발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

憲法論叢

第 22 輯

憲法裁判所

目　次

1. 독점금지법상 체약강제의 헌법적합성 ····· 李奉儀 ····· 5
- 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -

2. 미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 ··· 李相莖 ····· 45
- 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -

3. 헌법상 평생교육의 개념 정의(定義) ····· 李濬熙 ····· 83

4. 빈곤사회와 생존권 논쟁 ····· 金敏培 ··· 129
- 일본의 학설과 판례를 중심으로 -

5. 친권포기각서의 위헌성 ····· 李準一 ··· 177

6. 미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용,
기준 및 심사절차 ····· 金珍漢 ··· 207
- Writ of certiorari 제도를 중심으로 -

7. 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정 ··· 李明雄 ··· 249

8. 프랑스 헌법재판소 결정의 효력 ····· 金慧眞 ··· 311
- 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -

9. 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무 ····· 許完重 ··· 357

10. 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에
대한 판례평석 ····· 韓秀雄 ··· 447
- 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -

<附 錄>
憲法論叢 收錄 論文索引 ····· 499

독점금지법상 체약강제의 헌법적합성

- 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -

李 奉 儀

서울大學校 法學專門大學院
副敎授

- 目 次 -

Ⅰ. 머리말 ····· 7
1. 헌법과 공정거래법 ····· 7
2. 문제제기 및 논의의 범위 ····· 8

Ⅱ. 독일 경쟁제한방지법상 거래거절의 법리 ····· 10
1. 濫用行爲 일반론 ····· 10
가. 남용규제의 체계 ····· 10
나. 방해남용의 의미 ····· 11
다. 방해남용의 不當性 ····· 13
2. 거래거절을 통한 남용 ····· 14
가. 경쟁제한방지법상 거래거절의 규제근거 ····· 14
나. 거래거절의 남용요건 ····· 15
3. 부당한 거래거절에 대한 조치 ····· 17

Ⅲ. 사건의 경과 ····· 17
1. 사안의 개요 ····· 17
2. 연방카르텔청의 결정 ····· 19
3. 연방항소법원의 판결 ····· 20
4. 연방대법원의 판결 ····· 22

Ⅳ. 연방헌법재판소의 결정 검토 ····· 25
1. 청구인의 주장 ····· 25
2. 연방헌법재판소 결정의 요지 ····· 27
가. 직업수행의 자유 침해 여부 ····· 27
나. 기본권 침해에 대한 위임근거 유무 ····· 29
다. 利益衡量의 허용범위 ····· 31
라. 체약강제의 必要性과 適合性 ····· 32
마. 부당성 판단과 比例原則 ····· 34
바. 平等原則의 위반 여부 ····· 35
사. 형사처벌에 있어 명확성원칙의 위반 여부 ····· 36

Ⅴ. 시사점 ····· 38
1. 공정거래법과 헌법의 관계 ····· 38
2. 시정조치의 헌법적합성 ····· 39
3. 공정거래법상 이익형량 ····· 40

* 국문초록 및 주제어 ····· 41
* 독문초록 ····· 43

Ⅰ. 머리말

1. 헌법과 공정거래법

우리나라 경제질서의 기본은 재산권보장과 직업의 자유를 바탕으로 경쟁이 활발히 이루어지는 자유시장경제이다(헌법 제23조 제1항, 제15조, 제119조 제1항). 나아가 헌법 제119조 제2항은 국가로 하여금 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정함으로써, 독점규제와 공정거래유지를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 삼고 있다. 즉, 공정하고 자유로운 경쟁질서를 형성하고 유지하는 것은 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제인 것이다.[1)]

이러한 맥락에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 "공정거래법"이라 한다)은 헌법상 재산권보장과 직업선택의 자유, 사적자치를 기초로 형성·전개되는 자유시장경제의 세 번째 구성요소인 '公正하고 自由로운 競爭'을 보호하기 위한 법규범을 말한다. 이때, 공정거래법이 시장지배적 지위 남용이나 카르텔 등 이른바 경쟁제한행위를 금지한다는 것은 그 성격상 재산권이나 사적자치에 대한 한계설정을 의미한다.[2)] 이처럼 공정거래법은 헌법상 보장되는 기본권과 밀접한 관련을 맺게 되는바,[3)] 구체적으로 공정거래법과 私法은 서로 긴장관계 또는 보완관계에 있게 된다.

---

1) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2001헌마605 결정 "신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적지위 남용행위의 유형 및 기준 제3조 제1항 등의 위헌 확인."

2) Wolfgang Fikentscher, "Vertrag und wirtschaftliche Macht", in : Recht und wirtschaftliche Freiheit, 1992, 30면 이하. 시장경제하에서 국가권력과 마찬가지로 경제력 또한 법의 구속을 받지 않으면 안 되며, 경제력의 남용을 방지하는 것은 단순히 경제정책이 아니라 법적 문제로 인식되어야 한다. Ernst Joachim Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 2002, Einleitung Rn.7.

3) 시장경제의 기본권 관련성에 대해서는 Bruno Binder, Wirtschaftsrecht, 2.Aufl., 1999, 13면 이하.

그런데 공정거래법은 시장경제질서의 기본인 경쟁을 보호하기 위하여 재산권보장이나 직업의 자유 등에 대한 일정한 제한을 내용으로 한다는 점에서 언제나 헌법상 가치충돌을 내재하고 있으며, 공정거래위원회나 법원이 동법을 해석·적용함에 있어서 공정거래법의 헌법적 기초와 한계를 종합적으로 고려하지 않으면 안 된다. 이 점은 특히 공정거래법의 목적을 효율성이나 소비자후생으로만 접근하고자 하는 최근의 이론적 추세[4]를 감안할 때 더욱 주의를 요한다.

2. 문제제기 및 논의의 범위

독점금지법과 私法이 외관상 충돌하는 대표적인 예가 바로 계약체결의 자유가 갖는 또 다른 측면인 계약체결 거부의 자유를 경쟁제한의 목적으로 남용하는 경우이다. 예컨대, 시장지배적 사업자가 별다른 정당한 이유 없이 계약체결을 거부하는, 이른바 거래를 거절하는 경우 독점금지법이 이를 금지한다는 것은 당해 사업자에게 계약체결을 강제한다는 의미가 된다. 우리나라에서 특히 원사업자와 하도급사업자의 거래관계에 직접 개입하는 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」(이하 "하도급법"이라 한다)의 경우에는 사법원리에 대한 제약은 물론이고 헌법상 보호되는 사적자치나 재산권, 평등원칙을 침해할 소지가 더욱 크다.[5]

---

4) 경제적 접근방법(economic approach) 내지 효과중심의 접근방법(effects-based approach)으로서, 2005년 유럽집행위원회의 Discussion Paper(DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005. 12.), 2007년 미국 독점금지현대화위원회(Antitrust Modernization Commission ; AMC)의 보고서(Report and Recommendations)를 계기로 국내외 경쟁법 집행에 지대한 영향을 미치고 있다.

5) 실제로 원사업자가 파산 등의 사유로 하도급대금을 지급할 수 없는 경우 하도급계약의 당사자가 아닌 발주자에게 하도급대금 지급의무를 부과하는 하도급법 제14조 제1항 및 제2항이 발주자 및 원사업자의 사적 자치권을 과도하게 제한하여 헌법 제10조에 위반되는지, 계약의 당사자가 아닌 발주자에게 하도급대금 지급의무를 부과하고 원사업자의 계약상의 도급대금채권을 소멸시키는 위 법률조항이 발주자 및 원사

그런데 우리나라에서는 1980년 4월 1일 공정거래법이 시행된 이후 지금까지 공정거래위원회의 시정조치에 대하여 憲法訴願이 제기된 예가 없고, 다만 일부 신고사건에서 공정거래위원회의 무혐의처분에 대해서만 헌법소원이 제기되었을 뿐이다.[6] 그 결과 시정조치의 헌법적 한계가 적절히 다루어진 바 없다. 여기서 공정거래법상 시정조치의 형식으로 부과되는 締約强制義務(Kontrahierungszwang)[7]가 과연 헌법이 보장하는 직업선택의 자유, 평등원칙 등의 기본권을 침해하는 것으로서 위헌인지 여부를 살펴볼 필요가 있다. 이러한 논의에서 본고가 다루고 있는 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht ; BVerfG)의 결정은 이에 관한 중요한 시사점을 제공하고 있다. 아래에서는 먼저 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ; GWB)상 시장지배적 사업자의 거래거절이 남용에 해당하는지 여부에 관한 학설과 판례의 태도를 살펴본 후, 독일 연방헌법재판소의 결정을 통하여 거래거절에 대한 남용금지조치로서의 체약강제가 헌법질서에 부합하기 위한 요건을 살펴보고, 끝으로 공정거래법의 집행에 관련된 몇 가지 시사점을 제시하기로 한다.

업자의 재산권을 침해하여 헌법 제23조의 재산권보장 규정에 위반되는지, 그리고 하도급대금직접지급제도가 원사업자의 채권자들 중에서 하도급대금채권자인 수급사업자를 우대하고 다른 일반채권자를 차별하여 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되는지 여부가 다투어졌고, 헌법재판소는 만장일치로 위 법률조항이 헌법에 반하지 않는다고 결정하였다. 헌법재판소 2003. 5. 15. 2001헌바98 결정.

6) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2004헌마80 결정; 2004. 6. 24. 2002헌마496 결정; 2002. 6. 27. 2001헌마381 결정 등.

7) 공정거래법상 체약강제는 무엇보다 거래거절이 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위에 해당되는 경우에 그에 대한 시정조치로서 행해진다(법 제5조, 제24조 등). 특히 사업자에게 적극적인 작위를 명하는 법적 근거로는 공정거래위원회가 시장지배적 사업자의 부당한 가격인상에 대하여 가격인하명령을 내리는 것과 통상의 법위반행위와 관련하여 시정조치를 받은 사실의 공표명령을 내리는 것을 들 수 있다. 그 밖에 경쟁제한적인 기업결합에 대해서는 주식의 처분이나 영업의 양도 등 보다 적극적인 조치를 명할 수 있게 되어 있다(법 제16조).

Ⅱ. 독일 경쟁제한방지법상 거래거절의 법리

1. 濫用行爲 일반론

가. 남용규제의 체계

경쟁제한방지법 제19조 제1항은 시장지배적 사업자의 지위 남용을 일반적으로 금지하는 한편, 동조 제4항에서 필수설비의 접근거절 등 대표적인 남용행위의 유형을 예시하고 있다. 이처럼 공정거래법의 列擧主義에 비하여 독일법은 一般條項을 통해서 다양한 형태의 남용행위를 탄력적으로 규제하는 동시에 예시조항을 통하여 '남용' 여부 판단을 용이하게 할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 '남용'의 개념은 여전히 불확실하고, 제19조 제1항이 일반사업자에게는 허용되는 경쟁행위를 시장지배적 사업자의 행위라는 이유로 금지하기 위한 기준을 밝히는 것은 연방카르텔청과 법원의 해석에 맡겨져 있다.

독일 경쟁제한방지법 제19조 제1항의 일반조항 외에 제4항 각호에서 예시하고 있는 시장지배적 사업자의 남용행위는 크게 搾取濫用(Ausbeutungsmissbrauch)[8]과 妨害濫用(Behinderungsmissbrauch)으로 구분할 수 있다. 그중 제2조는 "유효경쟁 하에서 성립할 수 있는 것과 다른 가격이나 거래조건을 요구하는 행위"로서 착취행위에 해당하며, 제1호의 "다른 사업자의 경쟁가능성 저해", 제3호의 "차별취급", 그리고 제4호의 이른바 "필수설비에 대한 접근거절"은 넓은 의미에서 방해행위에 해당된다.[9] 그밖에 경쟁제한방지법 제20조 제1항

8) 착취남용에 관한 자세한 내용은 이봉의, "독과점시장과 착취남용의 규제", 경쟁법연구 제22권, 2010, 120면 이하 참조.

9) 남용행위의 유형체계는 학자에 따라 차이를 보이고 있는바, 예컨대 Emmerich 교수는 동법 제19조 제4항 2호(부당한 가격이나 거래조건의 금지)와 3호(부당한 차별취급)을 가격남용 내지 거래조건남용이라 부르면서, 이들을 모두 착취남용으로 분류하고 있다. Volker Emmerich, Kartellrecht, 10.Aufl., 2006, §27 Rn.84.

과 제2항 또한 방해남용의 또 다른 유형으로서 시장지배적 사업자와 이른바 有力事業者(marktstarke Unternehmen)[10]에 의한 부당한 방해 및 차별을 금지하고 있다.

한편, 독일의 학설과 실무는 전통적으로 방해남용의 판단기준을 무엇보다 경쟁제한방지법 제19조와 제20조의 규범목적(Normzweck)에서 찾고 있다. 그에 따르면 제19조의 목적은 제3자의 경제활동의 자유를 시장지배적 사업자가 억압하지 못하게 함으로써 경쟁과정이 가능한 한 자유롭게 전개될 수 있는 여지를 마련하는 데에 있다.[11] 예컨대, 시장지배적 사업자가 자신의 시장지배력을 이용하여 전·후방의 거래단계에서 활동하는 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위가 남용에 해당된다. 동법 제20조의 목적 또한 경쟁사업자나 공급자 또는 구매자를 부당한 방해로부터 보호하는 데에 있다.[12]

나. 방해남용의 의미

대표적으로 시장지배적 사업자가 일정한 상품이나 용역의 공급자 또는 수요자로서 정당한 이유 없이 시장에서 경쟁에 상당히 영향을 미치는 방법으로 다른 사업자의 경쟁가능성을 저해하는 경우에는 방해남용이 성립할 수 있다(GWB 제19조 제4항 1호). 방해남용을 금지하는 것은 경쟁여건의 악화를 방지하기 위하여 거래상대방이나 경쟁사업자와의 관계에서 시장지배적 사업자에게 경쟁에 부합하지 않거나 성과와 무관한 행위를 하지 않을 추가

---

10) 한편, GWB 제19조 제2항 2호의 '우월적 지위'(überragende Marktstellung)는 공정거래법상 우월적 지위와 달리 특정 거래관계와 무관하게 경쟁사업자에 비하여 시장에서 일정한 지배력을 가지는 지위로서 동조에서는 (준)독점과 마찬가지로 이를 시장지배적 지위의 일 유형으로 규정하고 있다.

11) 이는 경쟁의 개념을 경제활동의 자유와 연결시키는 태도와도 결부되어 있다. Emmerich, 앞의 책. §1 Rn.2. 그밖에 Giuliano Amato, Antitrust and the Bounds of Power, 1997, 2면 이하.

12) Karl/Reichelt, in : Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3.Aufl., 2005, §39 Rn.37.

적 配慮義務(zusätzliche Rücksichtnahmepflichen)를 부과한다는 의미를 갖는다. 이를 달리 표현하자면 시장지배적 사업자는 구조적으로 이미 제한되어 있는 경쟁, 이른바 殘存競爭(Restwettbewerb)을 더 이상 왜곡시키지 않을 特殊한 責任(special responsibility)[13]을 지는 것이 된다.

착취남용의 경우와 달리 방해남용은 시장지배적 사업자의 어떤 행위가 과연 유효경쟁에서 가능하였을지 여하에 따라 판단하는 것이 아니다.[14] 즉, 유효경쟁 하에서 사업자는 자유롭게 거래거절을 할 수 있는 반면, 시장지배적 사업자의 거래거절을 남용으로 보아 금지할 수 있는 것은 당해 사업자가 유효경쟁 하에서라면 거래거절을 하지 않았을 것으로 기대되기 때문이 아니다. 반면, 착취가격의 책정은 유효경쟁에서라면 기대할 수 없는 수준으로, 다시 말해서 유효경쟁에서 예상되는 가격으로부터 현저히 이탈되었는지 여부가 남용 판단의 핵심기준이 된다.[15] 한편, 사업자의 지배력이 그가 이미 지배하고 있는 시장에서 뿐만 아니라 다른 제3의 시장에 경쟁제한효과를 미치는 경우에도 당해 제3의 시장에서 방해행위가 성립하는 바, 현행법상 이를 명확하게 규정하고 있는 조항은 없으나 1998년 법개정으로 도입된 법 제19조 제1항의 일반조항이 이러한 경우를 모두 포섭할 수 있다는 데에는 별다른 이견이 없다.[16]

그밖에 경쟁제한방지법 제20조 제1항(부당한 방해 또는 차별취급의 금지)과 제4항(우월적 사업자의 부당한 방해 금지)에서도 2개의 방해남용유형을

---

13) 시장지배적 사업자에게 이와 같은 특수한 책임을 인정하고 있는 유럽의 대표적인 판결로는 EuGH, Slg. 1979, 461 “Hoffman-La Roche” EuGH, Slg. 1983, 4361 “Michelin” 등 참조.

14) Rainer Bechtold, Kartellgesetz Kommentar, 2002, §19 Rn.62.

15) 구체적으로 독일 경쟁제한방지법 제19조 제4항 2호는 앞서 살펴본 유럽공동체조약 제102조 2문 1호에 비하여 보다 구체적으로 “유효경쟁 하에서 성립할 수 있는 것과 다른 가격이나 거래조건을 요구하는 행위”를 시장지배적 사업자의 착취가격으로서 금지하고 있다. 이봉의, “독과점시장과 착취남용의 규제”, 경쟁법연구 제22권, 2010, 131면.

16) Wernhard Möschel, in : GWB-Kommentar zum Kartellgesetz, 2001, §19 Rn. 11 ; Emmerich, 앞의 책, §27 Rn.8, 64.

찾을 수 있다. 이들 방해남용의 유형들은 내용적으로 제19조와 중첩될 수 있는바, 동법 제19조 제4항 1호가 금지하는 다른 사업자의 경쟁가능성 침해는 제20조의 방해와 마찬가지로 경쟁상 다른 사업자를 불리하게 하는 모든 조치에서 비롯될 수 있기 때문이다. 종래 실무상 제20조 제1항은 주로 거래상대방과의 수직적 관계에서 발생하는 방해행위에 대해서 적용되며, 특히 차별취급에 대해서는 제20조 제2항만이 적용되었다는 점에서 법 제20조는 제19조의 세부유형에 해당한다. 그 결과 제19조의 방해남용기준은 원칙적으로 제20조 제1항에도 적용된다는 것이 지배적인 견해이다.[17] 다만, 어느 조항을 적용하든 그에 따른 법률효과는 동일하기 때문에 어떤 행위에 제19조 또는 제20조를 적용할 것인지 여부는 실무상 그다지 중요하지 않다.

다. 방해남용의 不當性

경쟁제한방지법상 구체적인 사례에서 시장지배적 사업자의 어떤 행위가 경쟁제한방지법상 방해남용에 해당하는지 여부를 가리기란 매우 어렵다. 시장지배적 사업자도 자유롭게 자신의 長點에 기초하여 경쟁수단 내지 경쟁행위를 선택할 수 있고, 그것이 설사 제3자에게는 불리한 방해효과를 갖더라도 이를 문제 삼기는 어렵기 때문이다. 오히려 시장지배적 사업자의 비용절감이나 혁신은 언제나 경쟁사업자에게는 사업활동을 방해하는 효과를 수반하게 마련이다. 그렇다고 해서 시장지배적 사업자가 기왕의 시장구조나 경쟁사업자의 존속을 보장할 일반적인 책임을 지는 것도 아닌 것이다.[18] 즉, 시장지배적 사업자의 방해행위가 모두 금지되는 것은 아니며, 그것이 부당한 경우에만 금지될 뿐이다.

이때 부당성 판단을 위한 기준은 결국 남용규제의 일반적인 목적인 競爭

17) Wernhard Möschel, “Oligopolmißbrauch nach §22 GWB”, DB 1973, 206면 이하.
18) Wernhard Möschel, “Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute”, ORDO 1979, 295, 308면 이하.

의 보호에서 찾을 수밖에 없고, 따라서 어떤 행위가 시장구조에 미치는 효과를 일차적인 기준으로 하여 방해남용을 판단하지 않으면 안 된다.[19] 그런데 경쟁제한방지법 제19조 제1항 역시 다른 사업자의 '경쟁가능성 저해'를 명문으로 정하고 있다는 점에서 방해남용의 판단에는 시장지배적 사업자의 어떤 행위가 관련시장에서의 경쟁에 미치는 효과를 고려하여 시장지배적 사업자와 사업활동의 방해를 받는 경쟁사업자의 이해관계를 비교형량하지 않으면 안 된다.[20] 다만, 경쟁제한방지법상 利益衡量(Interessenabwägung)은 어디까지나 경쟁 내지 경쟁의 자유보호를 일차적으로 고려하여 이루어지는 것이기 때문에, 양 당사자의 경제적 이익을 단순히 비교하는 것이 아니다. 끝으로, 이익형량에는 이른바 比例의 原則이 적용되며, 시장지배적 사업자는 가능한 경쟁을 덜 제한하는 수단을 선택하여야 한다.[21] 따라서 시장지배적 사업자의 효율성을 제고하는 방해전략이라도 그로 인한 경쟁제한의 폐해가 더욱 큰 경우에는 부당성이 인정될 수 있다.

2. 거래거절을 통한 남용

가. 경쟁제한방지법상 거래거절의 규제근거

시장지배적 사업자의 부당한 방해행위는 경쟁제한방지법 제19조 제4항 1호에 의해서 금지되고 있으며, 방해남용의 일유형인 거래거절(Liefersperre)에 대해서는 동법 제20조 제1항도 적용될 수 있다. 경쟁제한방지법은 공정거래

19) 당초 방해남용에 성과와 무관한 행위를 통한 시장구조의 심각한 악화를 요구한 것은 1977년 KG의 판결에서 비롯되었다. 그러나 이러한 태도는 시장구조의 악화를 입증하기가 쉽지 않고, 특히 방해남용이 성공한 때, 즉 이미 시장구조의 악화가 완결된 때에 비로소 확실하게 입증될 수 있다는 문제가 제기되었다. Bechtold, 앞의 책, §19 Rn.64.

20) Karl/Reichelt, 앞의 책, §39 Rn.39.

21) Kurt Markert, in : Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 2007, §20, Rn. 172 이하.

법상 불공정거래행위와 같이 시장지배력이 없는 사업자의 부당한 거래거절을 따로 금지하는 조항을 두지 않고 있으나, 동법 제20조 제1항의 방해 및 차별의 금지는 동조 제2항에 따라 시장지배적 사업자뿐만 아니라 이른바 '有力事業者'에게도 적용된다. 여기서 유력사업자란 다른 사업자로 거래처를 전환할 수 있는 기대가능성이 존재하지 않는다는 의미에서 자신에 종속되어 있는 중소사업자에 대하여 지배적 지위에 있는 사업자를 말한다. 그밖에 경쟁수단의 부당성을 다루는 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ; UWG)은 거래거절을 구체적으로 규정하지 않고 있으나, 동법 제3조의 일반조항을 통하여 부당한 방해행위로 포섭할 수 있다.[22] 시장지배적 사업자의 부정경쟁방지법 위반은 원칙적으로 남용에 해당될 수 있는 것이다.[23]

경쟁제한방지법 제20조 제1항이 적용되는 거래거절에는 크게 기존의 거래관계를 일방적으로 종료하는 경우와 새로운 경쟁사업자와의 거래관계 개시를 거절하는 경우를 들 수 있으며, 특히 후자의 경우에는 그 이유에 따라 거래거절 사업자의 일반적인 영업정책에서 비롯되는 경우와 일정한 기준에 따라 거래상대방을 제한하는 경우(선택적 판매) 및 거래상대방의 특수한 사정을 이유로 하는 경우 등을 생각할 수 있다. 특히 경제적, 기술적인 이유로 사업활동에 필수적인 원재료 등을 직접 생산 또는 조달할 수 없는 사업자로서는 특정 시장에 진입하여 활동하는 것 자체가 다른 사업자의 공급에 좌우되기 때문에, 이 경우의 거래거절은 경쟁정책상 매우 중요한 의미를 갖게 된다.[24]

나. 거래거절의 남용요건

시장지배적 사업자의 거래거절이 부당한지 여부를 판단함에 있어서는 무

22) Karl/Reichelt, 앞의 책, §39 Rn.1.
23) W. Möschel, 앞의 책 [각주 16], §19 Rn.229.
24) K. Markert, 앞의 책 [각주 21], §20 Rn.151.

엇보다 시장진입에 대한 방해(Marktzugangsbehinderung)라는 측면에서 당해 사업자의 구체적인 시장지배력과 현실적 또는 잠재적인 거래상대방의 대체적 구입가능성 내지 거래처 전환가능성을 고려하게 된다. 따라서 특정 제품의 공급자로서 개별 수요자가 경제적으로 의미 있는 다른 대체적인 구입처를 갖지 못한다는 의미에서 이들에 대하여 유력한 지위를 갖는 사업자는 특별히 중대한 사유가 없는 한 공급을 거절해서는 안 된다.[25]

한편, 거래거절은 당해 공급자의 客觀的 또는 主觀的 사정이 존재하는 경우에 정당화될 수 있다. 객관적 정당화사유로는 흔히 공급부족을 들 수 있으며, 주관적 정당화사유로는 거래상대방의 신용부족이나 거래상대방의 중대한 계약위반, 기타 공급자의 영업을 저해하는 행위가 존재하고 그로 인하여 거래관계에 요구되는 신뢰가 손상된 경우 등을 들 수 있다. 다만 이러한 사유가 존재하는 경우에도 거래거절은 언제나 비례의 원칙에 부합하여야 하며,[26] 특히 거래거절의 사유가 중대한 것이 아니거나 거래관계에 특별히 信賴가 요구되지 않는 경우에 장기간 계속되는 거래거절은 원칙적으로 비례의 원칙에 반하는 것으로 본다.[27]

끝으로, 거래거절의 특수한 예로 들 수 있는 것이 바로 1998년 경쟁제한방지법 제6차 개정시 새로 도입된 '필수설비에 대한 접근거절'이다(동법 제19조 제4항 4호). 동호는 그 설비 등을 이용하지 않고는 다른 사업자가 전·후방시장에서 당해 설비 등을 보유한 시장지배적 사업자의 경쟁자로서 활동하는 것이 법률상 또는 사실상의 이유로 불가능해지는 網이나 기타 인프라 설비의 제공거절을 방해남용의 특수한 유형으로 규정하고 있다.

---

25) K. Markert, 앞의 책 [각주 21], §20 Rn.152.

26) 이때의 비례원칙은 달리 최소침해의 원칙(Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs)으로 이해할 수도 있는바, 비록 자신의 보호가치 있는 이익을 보호하기 위해서라도 그 수단은 다른 사업자의 이익이나 경쟁을 최소한으로 침해하는 것이어야 한다는 것이다. Bechtold, 앞의 책, §20 Rn.40.

27) Markert, 앞의 책 [각주 21], §20 Rn.174.

3. 부당한 거래거절에 대한 조치

2005년 경쟁제한방지법 제7차 개정 이전까지 카르텔당국은 단지 특정한 법위반해위를 금지할 수 있을 뿐이었고, 민사법원의 경우와 달리 사업자에게 일정한 의무를 부담시키는 처분(Verpflichtungsverfügung)을 내릴 수는 없었다.[28] 그 결과 사업자가 어떤 방법으로 법위반행위를 중지할 것인지는 사업자의 판단에 맡겨질 수밖에 없었다. 다만, 법위반행위를 제거하기 위하여 오로지 특정한 행위만이 가능한 경우에 카르텔당국이 부과한 거래거절의 금지는 일정한 작위를 요구하는 것과 유사한 결과를 가져올 뿐이었다. 이때, 체약강제의 실질을 갖는 금지처분이 내려지더라도 향후 사업자가 체결한 계약의 내용은 당사자에게 맡겨져 있었다. 그 후 법개정으로 비로소 연방카르텔청은 기속재량의 범위 내에서 법위반행위의 중지에 필요하고도 비례원칙에 부합하는 中止處分(Abstellungsverfügung)을 통하여 부당한 방해행위나 차별취급을 금지할 수 있게 되었다(GWB 제32조 제1항, 제2항).

그밖에 계약갱신이 거절된 경우에 거래상대방은 민사상 계약의 연장이나 예방적 금지를 청구할 수 있다. 거래거절의 경우에 부과되는 배제의무, 즉 법위반행위를 배제할 의무란 곧 적극적인 공급의무를 의미하며, 가처분의 형태로 공급 내지 거래개시를 청구할 수도 있다.[29]

Ⅲ. 사건의 경과

1. 사안의 개요

독일의 약 20여개에 달하는 의약품 도매업체 중 하나로서 본건 헌법소원

28) Hans-Dieter Lübbert, in : Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2.Aufl., 2008, §30 Rn.10.

29) Bechtold, 앞의 책, §20 Rn.55.

을 청구한 甲은 이 분야에서 상위업체에 해당하고, 주로 자신이 제조업체로부터 구입한 의약품을 직접 약국에 공급해왔으며, 다수의 자회사를 통하여 일부 제약시장에서도 활동하고 있었다. 1988년 4월 청구인 갑은 독일에서 가장 큰 수입의약품 판매업체인 乙과 계약을 체결하여, 을의 상품을 도매용으로 구매하기로 하였다. 그밖에 2개의 대규모 의약품 도매업체들도 을과 위와 같은 계약을 체결하였다. 참고로, 그때까지 독일에서는 의약품 도매업체들 중 누구도 수입의약품을 취급하지 않고 있었다. 그런데 위 계약을 체결한지 불과 몇 달 후에 이들 3개 도매업체들은 을의 수입의약품 판매를 중단하였고, 나아가 을로부터 수입의약품 구매를 거절하였다. 여기에는 다른 의약품 도매업체들의 간섭과 독일내 제약회사들의 압력 및 시장상황에 대한 이들 3개 도매업체의 판단변화 등이 주된 요인으로 작용하였다.

을의 신고로 1991년 연방카르텔청은 갑을 포함한 3개 도매업체의 경쟁제한방지법 위반 여부에 대한 조사에 착수하였고, 1992년 8월 14일 이들 업체에 대하여 을이 수입한 오리지날 약품에 관한 거래거절을 금지하는 처분을 내렸다.[30] 갑이 이에 불복하였고, 1993년 11월 26일 KG[31]는 갑의 청구를 받아들여 연방카르텔청의 처분을 취소하였다.[32] 이에 다시 연방카르텔청이 제기한 상고심에서 1995년 2월 21일 연방대법원(Bundesgerichtshof ; BGH)은 원심을 파기하였으며,[33] 갑은 다시 연방헌법재판소에 이들 결정 및 판결의 위헌을 구하는 헌법소원을 제기하기에 이르렀다. 그리고 연방헌법재판소는 2000년 10월 9일 재판관 전원일치로 이를 기각하였다.

---

30) WuW/E BKartA 2543＝WuW 1993, 757.

31) 연방카르텔청의 처분에 대한 불복의 소에 대해서는 동청이 소재한 곳의 고등법원이 전속관할권을 갖는바, 동일 통일 이후 연방카르텔청이 베를린에서 Bonn으로 이전함에 따라 현재는 (Bonn 지역을 관할하는) 뒤셀도르프 고등법원(Oberlandesgericht Düsseldorf)이 관할권을 갖고 있다.

32) WuW/E OLG 5241＝WuW 1994, 557 “Importarzneimittel-Boykott.”

33) WuW/E BGH 2990＝WuW 1995, 740. 위 연방대법원 판결에 대한 평석으로는 이봉의, “독일 경쟁제한방지법상 거래(개시)거절의 법리”, 경제법판례연구, 2010, 1면 이하. 연방카르텔청의 결정부터 연방대법원의 판결에 대한 소개는 주로 이 글을 참고하였다.

2. 연방카르텔청의 결정

연방카르텔청은 갑이 을의 수입의약품을 취급하지 않기로 거절한 행위가 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문(현재의 GWB 제20조 제2항 1문)[34]에 해당한다고 보았다. 먼저 을은 관련시장인 의약품 도매단계의 조달(구매)시장에서 상당한 지배력을 가진 갑에 종속되어 있는 중소사업자에 해당하고, 독일내 어떤 의약품 도매업자도 을의 수입의약품을 판매하고자 하지 않았기 때문에 을로서는 다른 도매업자로 거래처를 전환할 충분한 기대가능성이 존재하지 않았다. 그렇다고 해서 을이 직접 약국에 수입의약품을 판매하는 방법으로 시장에 진입할 수도 없었는데, 도매상들만이 즉각적인 수요(주문)에 응하여 하루에도 수차례씩 의약품을 공급할 수 있는 전국에 걸친 효율적인 판매망을 갖추고 있었기 때문이었다. 즉, 도매상은 제약업체와 약국을 이어주는 결정적인 유통경로였던 것이다.[35]

한편, 연방카르텔청은 을이 의약품 도매시장에 접근하는 것은 제약업체들에게는 “통상적으로 접근할 수 있는 영업거래”로 볼 수 있고, 다른 제약업체와의 관계에서 을은 이들과 경쟁관계에 있는 동종의 사업자(gleichartiges Unternemen)로 볼 수 있다고 보았다. 따라서 갑이 을의 수입의약품 취급을 거절한 것은 을의 사업활동을 방해한 것일 뿐만 아니라 다른 동종의 사업자, 즉 독일내 제약업체들에 비하여 차별취급을 한 것이 된다는 것이다. 끝으로, 연방카르텔청은 이익형량과 함께 수요자인 갑에게 체약강제를 부과하기 위한 엄격한 요건을 고려하더라도 갑이 을을 도매단계에서 배제하는 것을 정당화할 아무런 객관적 사유가 없다고 결론지었다.

이에 연방카르텔청은 위 3개 의약품 도매업체에 대하여 을에 대한 거래

34) GWB 제20조 제2항 1문은 거래처전환가능성이 충분하지 못한 중소사업자와의 관계에서 이른바 거래상 우월적 지위에 있는 사업자나 사업자단체에 대해서도 동조 1항의 부당한 방해 또는 차별금지를 준용하고 있다.

35) 의약품 유통분야에서 도매상의 핵심적인 역할은 약국에 공급되는 의약품의 약 95%가 이들 도매상을 통해서 이루어지고 있던 사실에서도 미루어 짐작할 수 있다.

거절, 즉 수입의약품을 도매거래에 통상적인 조건으로 구입, 보관하고 국내 약국들에 공급하기를 거절하는 행위를 금지하는 처분을 내렸다. 이때, 을에게 아무런 방해효과 없이 그의 시장진입을 가능케 하는 보다 약한 수준의 시정조치는 생각할 수 없었으므로 이와 같은 사실상의 체약강제명령이 比例의 原則(Verhältnismäßigkeit)에 반하지도 않으며, 금지처분의 조건에 명시된 제한사항, 즉 "도매거래에 통상적인 조건"을 고려할 때 適正性(Angemessenheit)의 요구도 충분히 고려된 것으로 판단되었다.[36]

3. 연방항소법원의 판결

갑은 연방카르텔청의 결정에 불복하여 소를 제기하였고, 베를린고등법원(Kammergericht ; KG)은 갑의 행위가 경쟁제한방지법 제26조 제2항이 정하는 부당한 방해나 정당한 이유없는 차별에 해당하지 않는다는 이유로 위 처분을 취소하는 판결을 내렸다. 그 근거는 다음과 같다.

첫째, 갑은 시장지배적 사업자라거나 을에게 거래처전환의 기대가능성이 없다는 의미에서 자신에게 종속되어 있는 경우에만 경쟁제한방지법 제26조 제2항의 적용을 받는다.[37] 여기서 의약품을 구매하는 수요자인 갑의 시장지위는 거래상대방이자 공급자인 을의 관점에서 판단되어야 하고, 그에 따라 관련시장 또한 의약완제품시장으로 획정된다. 그런데 연방카르텔청이 인정한 사실관계에 의하면 갑은 의약완제품 판매시장에서 불과 18%의 점유율을 갖는데 불과하여 경쟁제한방지법상 시장지배력이 추정될 수 없고,[38] 의약품

36) 이 문제는 독점금지법의 영역에서 경쟁당국의 재량통제와 그 맥락을 같이 한다. 홍대식, "공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제", 서울대학교 법학 제52권 제2호, 2011, 174면 이하.

37) '종속성' 요건에 대해서는 Rittner/Dreher, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht, 2008, §20 Rn.48 이하 참조.

38) 한 사업자의 시장점유율이 1/3 이상이거나 3 이하의 사업자의 시장점유율 합계가 50% 이상이거나 또는 5 이하의 사업자의 시장점유율 합계가 2/3 이상인 경우에 이들 사업자는 시장지배적 사업자로 추정된다(GWB 제19조 제3항).

의 조달 내지 구매시장에서의 점유율은 더 낮아질 수 있다. 그 결과 갑은 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문에 근거해서 이른바 자신이 유력사업자에 해당하는 경우에만 방해금지나 차별금지의 규제를 받을 수 있을 뿐이다. 여기서 KG는 을이 중소사업자에 해당하는 점에는 의문이 없으나, 갑에 종속되어 있는지는 의문이라고 보았다. 왜냐하면 본건에서 문제된 3개 주요 도매업체를 포함하여 전국적으로 20여개의 도매업체가 활동하고 있고, 이들 3개 업체를 제외한 나머지 도매업체들의 점유율 합계가 무려 33%에 달하며, 이들 수요자 또한 을과의 거래관계를 거절하였음이 확인되지 않는 이상, 을의 입장에서 거래처를 전환할 기대가능성이 없다고 단정할 수 없기 때문이다. 또한 KG는 을의 직접판매활동 또한 충분이 이루어지고 있고, 이 또한 기대가능한 전환가능성의 일부로 볼 수 있다고 판단하였다.[39]

둘째, 연방카르텔청이 인정한 바와 같이 갑의 거래거절은 일견 을 및 그와 동종의 거래단계에 있는 오리지날 제약업체를 차별하고, 결과적으로 을의 사업활동을 방해하는 효과를 가져온다. 이 점은 다른 사업자의 경쟁의 자유에 부정적으로 영향을 미치는 모든 행위가 방해로 간주될 수 있고, 경쟁제한방지법 제26조 제2항은 기존의 거래관계에 있는 상대방뿐만 아니라 신규진입자를 아울러 보호한다는 점에서 그러하다. 그런데 동조가 요구하는 이익형량의 결과, 갑의 거절행위는 정당한 사유가 있는 것으로서 '부당한' 방해에는 해당하지 않는다. 즉, 사업자의 계약자유에 대한 경쟁당국의 개입은 예외적인 경우에만 허용되는바, 경쟁제한방지법 제26조 제2항 위반에 따른 금지명령이 그 성질상 체약강제로 이어질 경우 사업자의 본질적인 자유가 제약을 받게 된다. 그런데 을과 같은 공급자의 입장에서는 자신의 상품을 누구에게 판매할 것인지는 일반적으로 중요하지 않다는 점에서 供給强制를 수인할 수 있는 반면, 갑과 같은 수요자의 경우에는 구입한 상품의 재판매나 사용상의 위험을 부담해야 하기 때문에 체약강제가 부과될 경우 그 부

39) 예컨대, 을은 1991년 당시 이미 전국적으로 10,000여개의 약국에 의약품을 공급하는 한편, 이들로부터 매일 400~600건의 주문을 받고 있었다.

담이 더욱 클 것이고, 따라서 그러한 구입의무를 정당화하기 위해서는 특히 엄격한 기준이 충족되지 않으면 안 된다. 즉, 수요자에게 부담을 주는 締約强制란 오로지 이를 통해서만 수요자의 자의적 판단을 억제할 수 있거나 관련시장에서 경쟁의 심각한 저해를 방지하기 위해서 체약의무가 필수적으로 요구되는 경우에만 허용될 수 있는바, 본건은 이중 어디에도 해당하지 않는다는 것이다.

끝으로, KG는 보건의료정책상 보다 저렴한 수입의약품의 판매확대를 통한 비용절감이라는 목표는 경쟁제한방지법 제26조 제2항의 틀 내에서 이익형량에서 함께 고려될 수는 있으나, 다른 법분야의 흠결있는 규제를 보완하여 경쟁상 요구되지도 않는 결과를 창출하는 것은 경쟁제한방지법이 아니라 입법자의 임무라고 보았다.

4. 연방대법원의 판결

연방카르텔청의 상고에 대해서 독일 연방대법원은 KG의 판결을 다시 취소하였는바, 그 요지는 아래와 같다.

먼저, 연방카르텔청의 문제된 처분은 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz ; VwVfG) 제37조[40]가 요구하는 明確性을 충족하며, 이 점은 체약강제에 수반된 "도매거래에 통상적인 조건"이라는 용어에 대해서도 마찬가지이다. 즉, 연방카르텔청의 처분 이후 갑이 을과 구체적으로 어떻게 협의하여 계약내용을 정할 것인지는 여전히 처분을 받은 갑에게 맡겨져 있는 것이다. 따라서 연방카르텔청의 처분 불이행은 갑이 계약체결 자체를 거부하거나 협의과정에서 도매거래상 통상적인 조건으로 볼 수 없는 조건을 제시하는 경우에만

40) 그에 따르면 행정행위는 내용적으로 충분히 특정되어야 한다(동조 제1항). 우리나라에서는 행정절차법이 행정작용 일반의 내용적 명확성을 요구하고 있다(동법 제5조). 그밖에 행정규제기본법에서도 이와 유사하게 규제법정주의의 틀 속에서 명확성의 원칙을 다루고 있다(동법 제4조).

성립할 수 있다.

또한 갑의 행위는 을의 사업활동에 대한 부당한 방해 내지 정당한 이유 없이 을을 차별취급한 행위에 해당한다. 여기서 이익형량의 결과 수입의약품 판매시장에 대한 을의 接近(Zugang ; access)이 갖는 이익이 보다 우월한 것으로 인정된다. 이때, 을과의 관계에서 수요자인 갑에게 불이익이 되는 체약강제는 그의 결정의 자유를 특히 중대하게 침해하는 것이므로 예외적인 경우에만 고려될 수 있다는 KG의 지적은 타당하다. 그러나 KG가 제시한 원칙은 지나치게 제한적이다. 오히려 경쟁제한방지법상 경쟁의 자유라는 목표를 우선적으로 고려하여 이익형량을 할 경우에[41] 갑의 이익을 지나치게 우선할 수는 없다. 본 사건에서 KG는 세 가지 관점에서 갑의 이익을 강조하였다. 즉, 국내 제약업체와의 장기적인 공급관계를 안정적으로 유지하는데 따른 이익, 자신이 취급하는 약품을 자유롭게 구성하는데 따른 이익, 그리고 자신의 이윤감소를 회피하는데 대한 이익이 그것이다.

이에 대하여 연방대법원은 갑이 기대하는 이익들이 문제된 거래거절을 정당화하기에 충분하지 않다고 판단하였다. 먼저 첫 번째 이익에 대해서는 중요한 의미를 부여할 수 없다. 왜냐하면 장기에 걸친 제약업체와의 거래관계 보호가 본건과 같이 자유로운 경쟁을 방해하는 방향으로 이루어지는 경우에는 그러한 이익을 배려하는 것이 정당화되지 않기 때문이다. 둘째로, 이와 동일한 맥락에서 취급품목을 자유롭게 정할 이익 역시 KG는 과대평가하고 있다.[42] 끝으로, 갑이 보다 비싼 오리지날약품을 판매함으로써 가능한 높은 이윤을 얻고자 하는 것은 을에 대한 차별취급을 정당화하기에 적절하지 않다. 물론 거래상대방을 희생하여 경제적 성공을 얻으려는 노력 그 자체는 상당한 지배력을 가진 수요자에게도 원칙적으로 허용되어야 한다. 그러나 본건과 같이 당해 행위가 다른 사업자의 시장접근을 막거나 봉쇄하고자 하

41) Emmerich, 앞의 책, §27 Rn.68.

42) 여기서 문제는 갑의 기대가능한 이익이 과연 거래거절이나 차별취급을 정당화할 수 있는 사유에 해당하는지 여부이고, 결국 사업자의 사업상 필요나 합리성만으로는 정당화사유를 인정할 수 없다는 취지이다.

는 경우에는 경쟁제한방지법의 목적에 반하게 되고, 바로 여기에 위와 같은 갑의 노력에 대한 허용한계가 존재하는 것이다.

이 사건에서와 같이 갑의 구입거절로 인하여 그에게 종속된 사업자인 을의 시장진입이 완전히 봉쇄되고, 그 결과 경제적 존속조차 위태로워지는 경우에는 위와 같은 허용한계가 일반적으로 받아들여진다. 나아가 시장접근을 단순히 곤란하게 하는 행위라도 특수한 사정이 결부될 때에는 경쟁제한방지법의 목적에 반할 수 있다. 이를테면 본건과 관련하여 '특수한 사정'이란 전국적인 판매시스템을 통하여 신속하게 약품을 제공받기 위하여 약국들이 약품수요의 약 90%를 전국에 걸쳐 110여개의 영업소를 갖추고 있는 도매상들을 통해서 해결하고 있다는 점에서 찾을 수 있다.[43] 그 결과 이러한 도매단계를 봉쇄하는 것은 을의 경제활동의 존속을 위태롭게 하지는 않더라도 중대한 방해에 해당된다.

끝으로 갑의 문제된 거래거절에서 추가로 주목할 것은 그것이 최종구매자의 구매결정을 침해하는 부분이다. 도매상에서 수입의약품을 취급하지 않을 경우 소비자는 직·간접적인 비용절감을 위하여 오리지날약품보다 저렴한 수입의약품을 우선적으로 구매하는 것이 방해될 것이기 때문이다. 이러한 결과는 물론 독일 사회법(Sozialgesetzbuch ; SGB) 제5장 제129조[44]의 취지에도 반하는 것이다.

---

43) 독일의 약국운영규칙(Apothekenbetriebsordnung)에 따라 약국은 일주일치의 재고를 유지하여야 하고, 의사의 처방을 지체 없이 늦어도 24시간 이내에 처리할 의무가 있다.

44) 독일 사회법 제129조는 의약품공급에 관하여 의료보험단체와 약사단체가 체결한 기본계약(Rahmenvertrag)을 정하고 있고, 특히 약국은 피보험자에게 의약품을 판매함에 있어서 기본계약이 정하는 바에 따라 저렴한 약품을 판매할 의무 및 판매가격이 15% 또는 15 유로 이상(이 사건 당시의 기준으로는 각각 10%와 10 DM) 저렴한 수입의약품을 판매할 의무가 있음을 명시하고 있다.

Ⅳ. 연방헌법재판소의 결정 검토

1. 청구인의 주장

1995년 7월 갑은 연방카르텔청의 결정과 연방대법원의 판결에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 갑은 전자와 관련해서는 기본법 제12조 제1항, 제2조 제1항, 제14조 제1항, 제3조 제1항 및 제103조 제2항에 따른 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하는 한편, 후자와 관련해서는 전술한 기본권 침해와 더불어 기본법 제103조 제1항, 제101조 제1항 2문 및 제19조 제4항에 따른 자신의 권리가 침해되었다고 주장하였다. 갑이 제시한 주요 근거는 다음과 같다.

※ 독일 기본법 관련 조항

제2조 제1항 : 누구나 자신의 인격을 자유롭게 발현할 자유를 가진다.
제3조 제1항 : 모든 인간은 법 앞에 평등하다.
제12조 제1항 : 모든 국민은 직업선택의 자유를 가지고, 직업수행은 법률에 따라 규제를 받을 수 있다.
제14조 제1항 : 소유권과 상속권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
제19조 제4항 : 공권력에 의해 자신의 권리를 침해당한 자는 누구나 법적 구제를 받을 수 있다.
제101조 제1항 : 특별법원(Ausnahmegerichte)[45]은 금지되며, 누구도 법률에 따른 판사로부터 재판을 받을 권리를 박탈당하지 않는다.
제103조 제1항, 제2항 : 누구나 법원에서 법적인 청문을 받을 권리를 갖는다. 어떤 행위라도 행위 이전에 법률로 형사처벌이 정해진 경우에만 처벌할 수 있다.

먼저 갑은 연방카르텔청의 위 처분으로 기본법 제12조 제1항이 보장하는

45) 특별법원이란 법률에 따른 일반적 관할권을 갖지 않고 특정 사건을 결정하기 위하여 설립된 법원으로서, 법치국가원리에 반하는 것으로 보아 허용되지 않는다.

기업의 자유(Unternehmerfreiheit)의 본질적 구성요소인 계약자유가 부당한 방법으로 침해되었다고 주장하였다. 또한 연방카르텔청이 문제의 처분을 통하여 자신의 직업행사의 자유를 제한한 것은 법률적 근거가 결여되어 있는바, 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문, 제37조a 제2항(현재의 GWB 제32조 제1항)[46] 및 제38조 제1항 4호(현재의 GWB 제81조 제2항 2호)[47]에서 체약강제를 가져오는 처분의 근거를 찾을 수도 없다고 주장하였다. 왜냐하면 이들 조항은 카르텔당국에게 경쟁의 자유에 대한 위험을 방지할 수단을 부여할 목적으로 마련된 것으로서, 그와 달리 국민보건상 의 비용절감과 같은 보건정책적 목표를 실현하기 위한 개입권한을 부여하는 것은 아니기 때문이다. 나아가 갑은 위 처분이 헌법이 요구하는 비례의 원칙에도 반하는바, 연방카르텔청이 부과한 청구인의 계약자유 제한은 의약품시장에서 가격경쟁을 촉진한다는 목적 실현에 적합하지도 필요하지도 않다고 주장하였다.

그밖에도 문제된 처분은 기대가능한 범위를 넘어서고 있는바, 갑은 연방카르텔청과 연방대법원이 경쟁제한방지법 제26조 제2항과 관련하여 이익형량을 함에 있어서 계약자유라는 基本權에 대하여 헌법이 요구하는 정도의 비중을 두지 않았다고 주장하였다. 청구인 갑은 위 처분으로 인하여 계속해서 자신의 취급품목 결정의 자유(Sortimentsgestaltungsfreiheit)를 침해받게 되는데, 의약품판매에 관한 법적 기준이나 기타 경제여건상 이러한 자유는 도매업자가 자신의 경제적 성공에 영향을 미칠 수 있는 유일한 요소라는 것이다. 즉, 취급품목 결정의 자유에 대한 고권적 제한은 도매업자에게 있어서 기업활동의 본질적인 자유를 침해하는 것으로서 헌법상 허용되지 않는다는 주장이었다.

---

46) 동조는 예컨대 시장지배적 지위남용행위에 대한 금지처분 내지 중지명령의 근거를 정하고 있으며, 현재의 GWB 제32조 제2항은 나아가 연방카르텔청은 법위반행위의 효과적인 중지에 필요하면서 동시에 법위반행위에 비례한 모든 조치를 내릴 수 있다고 규정하고 있다.

47) 그에 따라 연방카르텔청의 시정조치를 고의 또는 과실로 위반한 행위에 대하여 질서위반의 하나로 보아 벌금을 부과할 수 있다.

더구나 본건에서 문제된 연방카르텔청의 처분은 청구인의 경영상 이익에 정면으로 반한다는 점도 제기되었다. 의약품가격규칙(Arzneimittelpreisverordnung)이 정하는 고정가격 및 최고가격규제로 인하여 보다 저렴한 수입의약품이 오리지널약품을 대체할 경우 도매업자의 마진은 줄어들기 때문이다. 뿐만 아니라 위 처분으로 인하여 갑은 자신의 자회사가 생산한 오리지널약품과 경쟁관계에 있는 수입의약품을 판매하도록 강제되는바, 수입의약품의 판매란 곧 자회사의 매출액 감소를 의미하게 된다는 점에서 갑에게는 그만큼 손해가 될 것이기 때문이었다.

또한 청구인 갑은 연방카르텔청의 처분 등이 두 가지 관점에서 기본법 제3조 제1항의 자의적인 차별취급 금지에도 반한다고 주장하였다. 독일내 약 20여개의 의약품 도매업체 중에서 청구인과 2개 도매업체만 선별적으로 규제되어 체약강제를 부과받았다는 점과 을이 연방카르텔청의 자의적 선택으로 다른 의약품 수입업체에 비하여 우대를 받게 되었다는 점이 그 이유였다.[48] 끝으로, 경쟁제한방지법 제38조a 제1항 4호의 秩序違反行爲(Ordnungswidrigkeiten)를 이유로 한 연방카르텔청의 처분은 내용적 명확성에 있어서 헌법이 요구하는 엄격한 기준을 충족하지 못한다는 점에서 기본법 제103조 제2항에도 위반된다고 주장되었다.

2. 연방헌법재판소 결정의 요지

가. 직업수행의 자유 침해 여부

먼저, 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항 위반을 인정할 수 없다고 판시하였다. 일반적인 계약자유와 경제활동의 자유는 우선 기본법 제2조 제

48) 이 점에 대해서 연방헌법재판소는 청구인이 직접 기본권 침해를 받은 것이 아니라는 점을 들어 헌법재판소법 제23조 제1항 2문, 제92조가 요구하는 헌법소원의 적격을 갖추지 못하였다고 판단하였다.

1항의 보호를 받으며, 그밖에 사적자치에 따라 법률관계를 형성하거나 자율적인 판단으로 사업을 운영할 가능성을 제한하는 것은 직접적으로 직업수행과 관련되거나 적어도 객관적으로 직업을 규제하는 성격을 갖는 경우에 기본법 제12조 제1항의 보호범위와도 관련성을 갖게 된다는 점에서 문제된 처분이 일견 제12조 제1항의 보호를 제한하고 있는 점은 부인할 수 없다. 기본법 제12조 제1항이 가능한 한 규제받지 않도록 직업활동의 자유를 보장하고자 하기 때문에, 직업활동을 기대한 방법으로 수행하지 못하도록 하는 모든 규제는 이러한 기본권을 제약하는 것이다. 그 결과, 수범자가 일정한 계약을 체결하지 못하도록 하거나 일정한 계약을 체결 또는 유지하도록 하는 의무를 부과하는 것 또한 기본법 제12조 제1항이 보호하는 직업수행의 자유에 대한 개입으로 볼 수 있다.

이러한 점은 본건 연방카르텔청과 연방대법원의 처분 등에 대해서도 마찬가지이다. 연방카르텔청의 금지처분은 청구인에게 사실상 을로부터 일정한 수입의약품을 구입할 의무(Bezugszwang ; 購入强制)와 해당 의약품을 국내의 약국에 제공할 의무(Lieferzwang ; 供給强制)를 부과한다는 점에서 계약체결의 자유를 제한하고 있다. 그리고 기본법 제12조 제1항 2문에 따라 직업수행의 자유를 제한하기 위해서는 기본권을 제한하는 법률에 대해서 헌법이 요구하는 기준을 충족하는 법률적 근거를 요한다. 즉, 직업수행의 자유라는 기본권을 제한하는 법률은 적법하게(kompetenzgemäß) 제정된 것이어야 하고, 공익과의 정당하고 합리적인 형량에 기초하는 한편, 그로 인하여 직업활동이 지나치게 제한되어서는 안 된다.

그런데 본건에서 연방대법원과 연방카르텔청은 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문 등에 근거하여 처분 등을 내린 것이고, 이들 규정 자체가 사인의 직업수행의 자유를 제한하는 것이기는 하나 연방헌법재판소는 그것이 헌법에 반하지는 않는다고 판시하였다.[49] 경쟁제한방지법상 관련 조항들이 추구하는 목적, 즉 시장지배력의 남용으로부터 자유로운 경쟁을 보호하고자 하

49) BVerfG, Beschluss vom 12. Jui 1982－BvR 1239/81.

는 목적은 직업수행의 자유 제한을 정당화하기에 원칙적으로 적절한, 헌법상 승인된 '公益'의 하나에 해당한다. 그리고 경쟁에 반하는 차별이라도 부당한 방해행위나 객관적으로 정당화될 수 없는 차별취급의 경우에만 동조위반이 성립할 수 있다는 점에서 비례의 원칙 또한 이미 고려되고 있는 것이다.[50] 실제로 청구인 또한 경쟁제한방지법 관련 조항 자체의 헌법적합성을 문제 삼지 않고 있으며, 연방대법원과 연방카르텔청이 이들 조항을 어떻게 해석·적용하였는지를 다투고 있을 뿐이다. 그리고 법원은 법의 해석·적용을 통하여 헌법상 요구되는 법적 안정성을 담보할 책무를 지고 있기 때문에, 판결에 대한 헌법재판소의 심사는 과연 법원이 법해석시 직업선택의 자유 침해를 용인한 이유가 무엇인지, 그러한 침해가 법률에 드러난 입법자의 의도와 부합하는지를 제대로 심사하였는지 여부에 초점을 맞추게 된다.

나. 기본권 침해에 대한 위임근거 유무

청구인은 직업수행의 자유 침해와 관련하여 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문과 제37조a 제2항으로부터 연방카르텔청이 문제된 처분을 내릴 위임근거를 도출할 수 없고, 나아가 연방대법원과 연방카르텔청 모두 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문에 따른 이익형량에 있어서 청구인이 누리는 직업수행의 자유가 갖는 의미와 가치를 충분히 고려하지 않았다고 주장하였으나, 연방헌법재판소는 결론적으로 모두 타당하지 않다고 판시하였다.

먼저, 청구인 갑의 주장과 같이 경쟁제한방지법 제37조a 제2항이 카르텔당국에게 단지 일정한 경쟁제한행위를 금지할 수 있는 권한만을 부여하고 있는 것인지 살펴본다.[51] 그런데 비록 금지처분의 형식으로 사실상 적극적

---

50) 자유시장경제에서 평등원칙은 오히려 경쟁원리에 부합하지 않으며, 차별취급은 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 금지되는 것이다. Bechtold, 앞의 책, §20 Rn.4.

51) 이 문제는 우리나라에서도 공정거래법 위반행위에 대한 시정조치로서 규정된 '법위반행위의 중지'에 적극적인 작위명령이 포함될 수 있는지와 관련하여 일부 논의되고 있다. 이에 관해서는 BGH, Beschluss vom 15. Nov. 1994, BGHZ 127, 388 참조. 그에

인 作爲命令이 내려지는 측면이 있더라도 그로부터 곧바로 그러한 처분의 법적 근거가 없다는 이유로 헌법위반이 성립하지는 않는다.[52)]

연방대법원이 지적한 바와 같이 본건에서 연방카르텔청의 문제된 금지처분이 실제로는 체약강제에 해당하나, "도매거래에 통상적인 조건으로"라는 표현을 통하여 향후 체결할 개별 계약의 내용에 대해서는 협상의 여지를 인정하고 있다. 청구인은 위 처분으로 인하여 오로지 을과의 거래개시 자체를 거절하거나 통상적인 거래조건에 부합하지 않는 조건을 제시하는 행위만 금지될 뿐이다. 아울러 연방대법원이 직업수행을 규제하는 법률에 대한 헌법상 解釋限界를 벗어났다고 볼 수도 없다. 경쟁제한방지법 제26조 제2항의 차별금지로부터 적극적인 작위의무가 도출될 수 있는바, 종속기업에 대한 공급의무는 동조를 제정할 때 이미 입법자가 중요하게 고려했던 부분이기 때문이다. 경쟁제한방지법 제37조a도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

한편, 위임근거의 범위와 관련하여 그러한 작위명령은 그것이 거래관계의 개시 여부에 관한 기업의 결정을 교정하는 데에 국한되지 않고, 거래관계의 모든 중요한 사항을 정하고 처분의 수범자가 결정의 내용을 그대로 실행하여 그로 인한 경제적 효과를 부담하도록 구속하는 경우에 비로소 헌법상 문제될 수 있다.[53)] 그런데 연방카르텔청의 문제된 처분은 의약품 도매분야에서 널리 행해지고 있던 수입의약품에 대한 구입봉쇄를 제거하고자, 청구인에게 을과의 거래관계를 개시할 의무를 부과하고 이를 통하여 그의 도매유통시스템이 수입의약품의 판매에 이용될 가능성을 열어두고자 한 것으로 볼

따르면 카르텔당국의 처분은 문제된 행위의 금지에 국한되어야 하는데, 왜냐하면 어떠한 방법으로 문제된 행위를 중지할 것인지는 당해 사업자에게 맡겨져야 하기 때문이다. 그런데 금지된 경쟁제한행위를 제거하기 위해서 오로지 한 가지의 특정행위만이 가능한 때에도 문제된 행위를 금지할 수 있다. 이 경우 금지(Verbot)와 명령(Gebot)은 거울의 양면과 같고, 언어적 표현의 문제에 불과할 뿐이다.

52) 카르텔당국이 어떤 행위를 금지할 수 있는 권한을 위임받은 경우에 원칙적으로 특정한 행위를 명할 수는 없다는 것이 연방대법원의 태도였다. Rittner/Dreher, 앞의 책, §14 Rn.83.

53) 과징금 부과와 관련한 행정입법의 통제에 대해서는 홍대식, 앞의 글, 195면 이하.

수 있다. 동 처분에서 '정상적인 거래관행'을 명시한 것은 의약품 도매업체인 청구인 갑이 구입봉쇄를 사실상 계속하기 위하여 경영상 필요 없이 을이 수용하기 어려운 조건을 제시하지 못하도록 하기 위한 장치인 것이다. 오히려 이러한 조건이 부과됨으로써 갑과 을 사이에 체결될 의약품구매계약의 구체적이고 상세한 내용이 모두 장래의 거래당사자에게 맡겨져 있음을 알 수 있다. 이처럼 연방카르텔청의 금지처분에서는 경쟁의 자유에 대한 위험을 방지하면서 동시에 관련 사업자의 자유를 가능한 한 적게 제한한다는 관련 조항의 목적이 충분히 고려되고 있는 것이다.[54)]

다. 利益衡量의 허용범위

연방헌법재판소는 연방카르텔청이 입법자가 의도적으로 열어둔 사회법상의 흠결을 메우기 위하여 카르텔법의 관련 규정을 경쟁보호라는 본래의 규제목적에 반하여 적용한 것으로도 볼 수 없다고 판시하였다. 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문과 제37조a 제2항의 목적이 시장지배적 사업자가 부당한 방법으로 중소사업자의 成果競爭(Leistungswettbewerb ; competition on the merits)에 대한 참여를 방해하지 못하도록 함으로써 경쟁을 유지 또는 촉진하는 데에 있음은 물론이다. 따라서 이와 같은 경쟁촉진목적에 기여하지 않는 연방카르텔청의 처분은 허용되지 않는다. 그런데 제3자 또는 공공의 이익이라도 그것이 관련 사업자의 경쟁상 이익의 중요성을 판단하거나 이익형량을 함에 있어서 중요한 경우에는 그 한도에서 경쟁제한방지법과 관련성을 가지며, 제3자나 公共의 利益 보호가 법률에 명시적으로 규정되어 있는 경우에는 특히 그러하다.

실제로 본건에서 연방대법원이나 연방카르텔청은 경쟁의 자유 보호를 근거로 삼고 있으나, 그밖에 소비자보호 및 사회법 제5장 제129조에 깔려 있

54) 이른바 기본권 침해의 최소성 원칙에 대해서는 조혜수, "헌법과 독점규제법", 독점규제법 30년, 2011, 22면 이하.

는 보건의료상 비용절감이라는 공익을 강조하였다. 그러나 이것은 어디까지나 경쟁이라는 맥락에서, 그것도 청구인과 을의 이익을 衡量하는 과정에서 이루어진다.[55] 연방대법원과 연방카르텔청이 사회법 제5장 제129조의 도입으로 입법자가 의도한 목적을 올바르게 이해하였는지, 그리고 동법에 명시된 수입의약품 판매의무가 의약품도매상이 아니라 약국에게만 적용된다는 사정을 충분히 고려하였는지 여부에 대한 판단은 법원이 내리는 것이고, 연방대법원 등이 이익형량을 함에 있어서 어떤 판단을 내린 경우에 그 정당성 여부는 원칙적으로 연방헌법재판소가 심사할 사항이 아닌 것이다.

라. 체약강제의 必要性과 適合性

연방대법원과 연방카르텔청이 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문 등을 적용하면서 행한 이익형량과 관련하여 연방헌법재판소는 동법상 처분을 통하여 야기된 청구인의 직업수행의 자유에 대한 침해가 비례의 원칙을 충분히 고려한 것인지 여부를 심사하였는바, 연방대법원 등이 기본법 제12조 제1항의 보호범위에 대한 침해 그 자체를 오인하였거나 특히 직업수행의 자유라는 기본권 보장과의 관련성을 인식하지 못하였다는 점은 인정할 수 없다고 판시하였다.

헌법상 어떤 규제처분의 適合性(Geeignetheit)은 그로 인하여 당초 의도한 결과가 실현 내지 촉진되는 경우에 인정되며, 경쟁제한방지법 제37조a 제2항에 따른 처분이 '적합성의 원칙'에 부합하는지 여부를 심사함에 있어서 법적용기관에게는 일정한 판단의 여지(Beurteilungsspielraum)가 부여되어 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 그리고 행정청에 부여된 판단여지의 한계는 문제된 규제수단이 추구하는 목적, 여기서는 결국 국내 의약품시장에 대한

55) Lübbert, 앞의 책, §29 Rn.25, 28, 29. 그밖에 이익형량과정에서 제3자의 이해관계는 문제된 행위가 직접 또는 간접적으로 당해 제3자에게 영향을 미치는 경우에만 고려될 수 있다.

수입업자의 접근 개선에 적합하지 않은 경우에 찾을 수 있다. 그리고 이러한 시장접근의 개선은 독일 의약품시장의 현실을 감안할 때, 오로지 약국의 수요행태에 영향을 미치지 않고 도매업체의 취급품목에 수입의약품을 추가할 수 있는 경우에 비로소 기대할 수 있다. 그런데 사회법 제5장 제129조 제1항 2호는 약국에게 저렴한 수입의약품을 고객에게 판매할 의무를 부과하고 있고, 약국운영규칙(Apothekenbetriebsordnung) 제17조 제5항 1문은 의사가 오리지날약품을 처방함에 있어서 이름과 성분이 동일한 수입의약품을 함께 판매하도록 하면서 경제성 심사를 하도록 한 점에 비추어 의사들로서도 약국이 보유한 저렴한 수입의약품을 판매하도록 할 수 있는 유인이 있다. 이처럼 소매거래에서 의약품판매가 이루어지는 규범적 틀을 마련함에 있어서 연방대법원이 도매판매시스템을 수입의약품에 개방하는 것이 수업업자의 의약품시장에 대한 접근을 용이하게 할 것이라고 판단한 데에는 별다른 문제가 없다. 이는 특히 의약품 수입업체인 을이 수년 전부터 독일 의약품시장에서 활동하고 있고 비록 직접판매에 한정되어 있기는 했으나 상당한 매출을 올렸다는 점에서 더욱 그러하다. 더구나 1995년까지 대부분의 의약품 수입업체들이 도매업체를 통한 제품판매를 포기하고 있었다는 점을 고려할 때, 기존의 판매실적으로부터 을의 수입의약품이 오리지날 의약품과의 성과경쟁에서 경쟁력이 없다는 결론을 내릴 수는 없다.

그밖에 연방카르텔청의 처분의 필요성에도 의문이 없고, 보다 느슨한 수단도 생각할 수 없으며, 의약품시장의 현황을 볼 때 약국의 수요행태에 있어서 직접판매냐 도매업체를 통한 판매냐 여부는 나름 중요한 의미를 갖는다. 또한 연방카르텔청은 처분에 기한을 정하여야 할 의무도 없다. 당해 처분의 목적에 비추어 을에게는 '계속해서' 도매거래단계에 대한 접근이 보장되어야 하기 때문이다. 연방카르텔청의 행정비용을 고려하여 -당해 처분의 타당성을 일정 시기에 다시 평가하는- 이른바 審査條項(Überprüfungsklausel)을 두지 않을 수 있는 것이다. 또한 청구인 갑이 특정 수입업체와 거래하도록 고정된다는 점이 연방카르텔청이 내린 처분의 필요성을 부인하는 것도

아니다. 그때까지 을만이 도매거래에 접근하기 위하여 노력해왔으며, 연방카르텔청으로서는 청구인 갑의 구입의무를 을과 비교하여 “보다 저렴한” 다른 수입의약품에 국한할 의무를 지지도 않는다. 왜냐하면 문제된 처분의 주된 의도가 사회법 제5장 제129조 제1항 2호의 규제에 실효성을 제공하는 데에 있는 것이 아니라, 의약품 수입업자로 하여금 부당하게 방해받지 않고 동종의 사업자와 경쟁할 수 있도록 하는 데에 있기 때문이다.

마. 부당성 판단과 比例原則

연방헌법재판소는 비례의 원칙에 비추어 연방카르텔청의 처분을 문제 삼을 수도 없다고 보았다. 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문 및 제37조a 2항을 적용함에 있어서 차별금지에 포함된 “부당하게”와 “정당한 이유 없이”의 해석은 카르텔당국의 처분이 비례의 원칙에 부합하는지 여부를 법원이 판단하기 위한 출발점을 제공한다. 따라서 연방헌법재판소의 심사는 법원이 관련 법규정을 해석함에 있어서 비례원칙의 판단에 중요한 요소들을 모두 고려하였는지, 그리고 이해관계인의 입장에서 당해 처분의 기대가능성을 심사함에 있어서 직업수행의 자유라는 기본권이 갖는 의미가 적절히 고려되었는지 여부에 국한된다.

그런데 연방대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 경쟁제한방지법의 관련 조항에 따른 이익형량을 하는 과정에서 무엇보다 청구인 갑의 세 가지 이익, 즉 제약업체와의 장기 공급관계를 위태롭게 할 위험의 회피, 취급품목 구성의 자유 및 이익감소의 회피를 중요하게 고려하였다. 또한 금지처분의 내용 중 “도매거래에 통상적인 조건”을 포함시킨 것은 추후 청구인이 시정조치를 이행하는 과정에서 청구인 스스로 자신의 이익을 보호할 여지를 남겨두고 있다. 예컨대, 구입의무부과에 따른 갑의 판매상 위험을 을에게 전가하여 을의 제품을 수수료를 받고 구입하거나 반품권을 규정한 대리점계약에 의해서 구입할 수도 있고, 을이 당해 제품을 경쟁적으로 직접 판매하지 않는 조건

으로 을의 의약품을 취급하거나 또는 기존에 청구인이 판매해온 의약품의 기준에 맞는 수입의약품만을 구입하는 방법 등이 청구인에게는 여전히 열려 있는 것이다. 나아가 을이 항시 공급할 수 있도록 보장하는 제품에 한하여 수입의약품을 구매하는 방법으로 자신의 재고 및 판매시스템에 아무런 중대한 변화를 초래하지 않을 수도 있다.

또한 청구인 갑의 구입의무가 자신의 자회사가 제조·판매하는 것과 동종의 것을 수입한 을의 오리지날 의약품에도 확대 적용되고 있다는 점으로부터 헌법상 比例原則의 위반이 도출되지도 않는다. 경쟁제한방지법 제26조 제2항 2문은 직접 경쟁관계에 있는 사업자의 행위를 규제하는 것이 아니라, 수직적 종속관계에서 동종의 사업자에 의한 경쟁이 '외부로부터'(von außen) 방해되는 것을 금지하고 있다. 그 결과 청구인에게는 의약품 도매업자로서 행하는 자신의 사업활동과 관련하여 일정한 행위, 이를테면 을을 차별하는 행위가 금지되는 것이다.

이어서, 연방대법원과 연방카르텔청은 이해관계인의 입장에서 당해 처분의 기대가능성을 정함에 있어서 직업수행의 자유라는 기본권이 갖는 의미를 적절히 고려한 것으로 판단된다. 구매자인 청구인 갑의 입장에서 거래강제 명령의 기대불가능성은 경쟁의 자유보호라는 경쟁제한방지법의 목적을 고려하여 그에 종속된 공급자인 의약품 수입업체 을의 이익을 비교형량한 결과, 체약강제된 갑의 이익이 을의 이익을 넘는 경우에만 인정될 수 있는 것이다. 그런데 본건에서 연방대법원과 연방카르텔청이 취한 비교형량의 기준은 이러한 방법론에 충분히 부합하는 것으로 판단된다.

바. 平等原則의 위반 여부

일반적 평등원칙의 위반도 존재하지 않는다. 기본법 제3조 제1항의 평등원칙은 정당한 사유 없이 하나의 수범자집단이 다른 수범자집단과 다르게 취급되는 경우에 위반될 수 있다. 그러한 기본권 침해는 법원이나 기타 법

적용권한을 위임받은 행정기관이 관련 조항을 해석하거나 입법의 흠결을 매우는 과정에서도 발생할 수 있다. 그러나 금지위반으로 비난받는 자는 원칙적으로 다른 자에 대해서는 동종 또는 유사한 행위를 이유로 아무런 조치가 내려지지 않았다는 점을 주장할 수 없다. "원칙적으로 不法에는 平等이 존재하지 않기 때문이다"(es gibt grundsätzlich keine Gleichheit im Unrecht). 이러한 원칙의 적용한계는 바로 자의적으로 일부의 자를 추려내어 법률상 기준을 준수하도록 고권적 조치를 내리는 경우에서만 찾을 수 있다.

그런데 본건에서는 연방카르텔청이 전체 의약품 도매업체 중에서 3개의 도매업체를 자의적으로 선정하여 금지처분을 내렸다고 볼 근거가 없다. 경쟁제한방지법 제35조와 37조a는 경쟁의 자유를 보호하기 위한 것으로서, 私法的 수단과 高權的 규제로 실현되도록 짜여 있다. 다시 말해서 고권적 개입이 어떤 산업분야 전체에 걸쳐서 이루어질 필요도 없고, 동법의 목적에 맞게 개별 사례를 포착하는 것이다. 따라서 당국의 개입을 수반하는 사례의 선정은 경쟁제한방지법 제37조a 제2항에 따라 카르텔당국의 裁量에 맡겨져 있는 것이고, 자의적인 개입의 방지가 보장된다면 기본법 제3조 제1항의 요건을 충족하는 것이다.[56)]

사. 형사처벌에 있어 명확성원칙의 위반 여부

연방헌법재판소는 연방카르텔의 처분에 기본법 제103조 제2항에 대한 침해도 없다고 판시하였다. 동 규정은 입법자에게 어떤 행위의 형사처벌 여부를 구체적으로 정하여 구성요건의 범위 및 해석이 이루어질 수 있도록 할

56) 본건에서 연방카르텔청이 청구인을 선정한 이유는 의결서에 명시적으로 언급되지 않았다. 그러나 연방헌법재판소는 연방카르텔청이 이미 한번 을과의 거래관계를 가진 바 있는 도매업체를 대상으로 조사를 행하였고, 이러한 원칙은 기본법 제3조 제1항에 부합한다고 보았다. 왜냐하면 과거에 임의로 행해진 거래관계를 다시 회복시키고 종래의 협조노력의 결과를 활용할 가능성이 있는지 여부를 선정의 기준으로 삼는 것은 자의적으로 볼 수 없기 때문이라고 하였다.

의무를 부과하고 있다. 여기서 질서위반행위 또한 可罰性(Strafbarkeit)을 요건으로 하며, 有責行爲나 비난가능한 행위에 대한 고권적 대응을 가능케 한다는 의미에서 이를 제재하는 것 또한 규제에 포함된다. 여기서 기본법 제103조 제2항이 정하고 있는 明確性의 原則(Bestimmtheitsgebot)은 수범자의 법치국가적 보호 및 입법자에 의한 가벌성의 규정이라는 두 가지 목적을 갖는다. 그에 따라 다른 법률이나 하위규정에 의해서 채워질 白紙法律(Blankettgesetze)을 제정하는 것도 가능하며, 행정법적 조항을 통해서 그 의미내용이 채워지는 백지구성요건조차 기본법에 부합할 수 있다. 다만, 명확성의 원칙이 준수되기 위해서는 가벌성 요건과 제재의 종류 및 강도가 이미 백지법률에서 충분히 명확하게 도출될 수 있어야 한다. 그런데 형사법률이 행정행위를 통하여 보충되도록 예정된 경우, 당해 법률은 일정한 행위의무 위반이 형사처벌의 대상이 되는 만큼 행정행위의 유형 및 규제범위를 확정하여야 하고, 그러한 행정행위는 구체적인 내용에 있어서 충분히 명확하여야 한다.[57]

이러한 관점에서 경쟁제한방지법 제38조 제1항 4호는 명확성 원칙의 요건을 충족하고 있다. 동 조항은 가능한 제재의 종류와 강도뿐만 아니라 罰金(Bußgeld)이 부과될 수 있는 행정행위의 규제내용을 한정적으로 열거하는 방식으로 특정하고 있기 때문이다. 또한 연방카르텔청이 부과한 처분내용 중 "도매거래에 통상적인 조건"이라는 요건도 백지법률을 보충하는 금지처분으로서 명확성의 원칙에 반하지 않는다. 왜냐하면 명확성의 원칙이 판사에 의한 해석을 요하는 개념의 사용을 배제하는 것은 아니기 때문이다.

다만, 수범자에게는 형사처벌의 위험이 인식될 수 있어야 하며, 이때 법률상 구성요건이 인식 내지 이해가능한지 여부가 관건이 된다. 그런데 청구인 갑은 이미 수년 전부터 독일에서 유력한 의약품 도매업자로 활동해왔고,

57) 이 문제에 관한 국내의 논의는 많지 않은바 무엇보다 이봉의・전종익, "독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단" 소비자이익 저해행위 "금지의 위헌성 판단－명확성의 원칙을 중심으로", 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008, 241면 이하 참조.

따라서 어떤 조건이 의약품 도매거래에서 통상적인 것인지를 잘 알고 있다. 또한 1995년 이전까지 수입의약품이 도매거래를 통하여 판매되지 않았고 그 결과 수입의약품의 구매, 보관 및 판매에 관하여 통상적인 조건을 도출할 수 없다는 청구인의 주장은 타당하지 않다. 왜냐하면 연방대법원과 연방카르텔청의 결정이유로부터 의약품 수입업체와 그 밖에 오리지날 제약업체를 동등하게 취급하려는 의도를 명확하게 읽을 수 있기 때문이다. 즉, 종래 오리지날 의약품에 관한 거래조건이 수입의약품에 대해서도 바로 통상적인 조건이 되는 것이다.

Ⅴ. 시사점

1. 공정거래법과 헌법의 관계

공정거래법은 헌법이 추구하는 經濟秩序의 기초인 시장경제를 보호하기 위한 법규범이고, 시장경제는 기본권보장을 전제로 한다.[58] 그런데 공정거래법에 근거하여 공정거래위원회가 부당한 거래거절에 대한 시정조치로서 체약강제명령을 내리는 경우에 본질적으로 헌법상 보장되는 사적자치와 직업수행의 자유 등을 제한하는 측면을 가질 수밖에 없다는 점에서 언제나 헌법질서와의 조화에 관심을 가질 필요가 있다. 그런데 우리나라에서는 최근 過剩規制(false positive)냐 過少規制(false negative)냐를 둘러싼 논쟁에서 집행의 효율성이 더욱 강조되는 추세에 있으며, 그밖에 공정거래법 집행이 갖는 헌법질서와의 관련성과 그에 따른 한계설정은 전혀 도외시되고 있다.

이와 같은 맥락에서 앞에서 살펴본 독일 연방헌법재판소의 결정은 공정거래법의 집행 및 시정조치에 있어서 음미할 내용이 적지 않다. 이를테면

58) 헌법상 경제질서와 성격에 대해서는 권오승, 경제법 제9판, 2011, 42면, 49면 이하. 그밖에 홍명수, “헌법에 있어서 계약자유”, 경제법론 I, 2008, 3면 이하.

독일 연방대법원에 의해서 파기되기는 하였으나, 거래거절에 대한 시정조치로서 연방카르텔청이 사실상 체약강제를 명하는 경우에도 이른바 피심인이 공급자가 아니라 수요자인 경우에는 판매상의 위험을 고스란히 부담해야 한다는 점에서 체약강제가 경제활동의 자유를 본질적으로 침해할 우려가 크므로 보다 엄격한 요건 하에서만 허용될 수 있다는 KG의 판시내용은 결론의 당부와 무관하게 시사하는 바가 매우 크다.

2. 시정조치의 헌법적합성

앞서 살펴본 독일 연방헌법재판소의 결정은 시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 남용 판단이 정당한지 여부가 아니라 주로 절차법적 문제, 특히 연방카르텔청이 시정조치로서 부과한 사실상의 체약강제명령이 헌법상 필요성의 원칙, 비례의 원칙 등에 부합하는지 여부 등을 상세히 다루고 있다. 동 결정을 통하여 연방헌법재판소는 경쟁당국이 시정조치를 내림에 있어서 준수하여야 할 기본권조항에 따른 한계를 비롯하여 비례의 원칙, 평등의 원칙, 적합성의 원칙과 위임입법의 한계 등에 관하여 중요한 원칙을 제시하고 있다.

우리나라의 경우 현재 법위반행위 일반에 대해서는「시정조치 부과지침」,[59] 기업결합에 관해서는「기업결합 시정조치 부과기준」[60]이 마련되어 있고, 여기서 공정거래위원회가 是正措置를 부과함에 있어서 준수하여야 할 일반원칙으로 실효성의 원칙, 명확성의 원칙이나 비례의 원칙 등을 명정하고 있다. 즉, 공정거래위원회는 시정조치를 내림에 있어서 경쟁제한의 우려나 폐해를 확실하게 제거할 수 있으면서 피심인의 경제상 자유를 최대한 제한하지 않는 방식을 취하여야 하는 것이다. 여기서 관건은 시정조치를 고안하는 과정에서 이익형량이 올바르게 이루어지는 것이다.

59) 공정거래위원회 예규 2009. 8. 12.
60) 공정거래위원회 고시 제2011-3호, 2011. 6. 22.

3. 공정거래법상 이익형량

앞에서 살펴본 바와 같이 연방헌법재판소가 비록 放論이기는 하나 시장지배적 지위남용, 그중에서도 방해남용의 판단기준과 관련하여 경쟁의 자유라는 관점에서 이루어지는 利益衡量과 구체적인 방법론을 제시하고 있는 점은 공정거래법상 남용행위에 대한 접근방법에 있어서 시사하는 바가 크다. 특히, 제3자 또는 공공의 이익이라도 그것이 관련 사업자의 경쟁상 이익의 중요성을 판단하거나 이익형량을 함에 있어서 중요한 경우에는 그 한도에서 경쟁제한방지법과 관련성을 가지며, 경쟁당국이나 법원이 부당성이나 정당한 이유의 유무를 판단함에 있어서 이를 적절히 고려할 수 있다는 점은 공정거래법상 위법성 판단과정에서 제한된 의미의 '경쟁'이나 '효율성'만을 고려해야 한다는 국내의 논의흐름 속에서 공정거래법의 해석방법론과 관련하여 충분히 음미할 만하다.

우리나라에서는 이른바 포스코 판결[61]에서 시장지배적 사업자의 부당한 사업활동방해의 금지요건으로서 경쟁제한효과가 발생할 우려와 그에 대한 의도를 제시하고 있는바, 이와 같이 다분히 經濟的 接近方法 내지 效果中心의 接近方法(effects-based approach)에서는 시장지배적 사업자와 거래상대방, 나아가 관련 산업과 국민경제에 미치는 효과에 대한 폭넓은 비교형량이 이루어지기 어렵다. 더구나 시장지배적 사업자의 방해·배제행위가 다른 사업자의 경쟁의 자유를 침해하는 부분을 충분히 고려할 수 없음은 물론이다. 따라서 시장지배적 사업자의 남용을 규제하는 목적을 궁극적으로 헌법질서와 기본권보장과 결부지어 규명하는 한편, 부당성 판단에 관한 規範的 解釋方法論을 정립하기 위한 심도 있는 논의가 필요할 것이다.

61) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

독점금지법상 체약강제의 헌법적합성

[국문초록]

공정거래법은 헌법이 추구하는 경제질서의 기초인 시장경제를 보호하기 위한 법규범이고, 시장경제는 기본권보장을 전제로 한다. 그런데 공정거래법에 따라 공정거래위원회가 부당한 거래거절에 대한 시정조치로서 체약강제명령을 내리는 경우에 본질적으로 헌법상 보장되는 사적자치와 직업수행의 자유 등을 제한하는 측면을 가질 수밖에 없다는 점에서 언제나 헌법질서와의 조화에 관심을 가질 필요가 있다.

앞서 살펴본 독일 연방헌법재판소의 결정은 시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 남용 판단이 정당한지 여부가 아니라 주로 절차법적 문제, 특히 연방카르텔청이 시정조치로서 부과한 사실상의 체약강제명령이 헌법상 필요성의 원칙, 비례의 원칙 등에 부합하는지 여부 등을 상세히 다루고 있다. 동 결정을 통하여 연방헌법재판소는 경쟁당국이 시정조치를 내림에 있어서 준수하여야 할 기본권조항에 따른 한계를 비롯하여 비례의 원칙, 평등의 원칙, 적합성의 원칙과 위임입법의 한계 등에 관하여 중요한 원칙을 제시하고 있다.

한편, 연방헌법재판소가 시장지배적 지위남용, 그중에서도 방해남용의 판단기준과 관련하여 경쟁의 자유라는 관점에서 이루어지는 이익형량과 구체적인 방법론을 제시하고 있는 점은 공정거래법상 남용행위에 대한 접근방법에 있어서 시사하는 바가 크다. 특히, 제3자 또는 공공의 이익이라도 그것이 관련 사업자의 경쟁상 이익의 중요성을 판단하거나 이익형량을 함에 있어서 중요한 경우에는 그 한도에서 경쟁제한방지법과 관련성을 가지며, 경쟁당국이나 법원이 부당성이나 정당한 이유의 유무를 판단함에 있어서 이를 적절히 고려할 수 있다는 점은 공정거래법상 위법성 판단과정에서 제한된 의미의 '경쟁'이나 '효율성'만을 고려해야 한다는 국내의 논의흐름 속에서 공정

거래법의 해석방법론과 관련하여 충분히 음미할 만하다.

주제어
체약강제, 기본권, 경제질서, 영업의 자유, 특수한 책임, 거래거절, 이익형량, 공익, 비례의 원칙, 성과경쟁, 작위명령, 적합성의 원칙

[Abstract]

Zusammenfassung

Das koreanische Kartellgesetz(“das Geseetz”) schützt als Grundlage der koreanischen Wirtschaftsordnung die Marktwirtschaft, auf die das Verfassungsrecht im Zusammenhang mit der Garantie der Grundrechten offensichtlich abstellt. Im Falle, dass die Koreanische Fair Trade Commission(“KFTC”) als Maßnahme gegen unbillge Lieferverweigerung dem Unternehmen einen Kontrahierungszwang anordnet, schränkt er unvermeidlich Freiheitsrechte wie Privatautonomie, Gewerbeferiheit ein. Das ist der Grund, warum die KFTC bei der Anwendung des Gesetzes immer der Verfassungsordnung Rechnung tragen muss.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts(BVerfG), die oben näher behandelt worden ist, beschäftigt sich vor allem mit der prozessrechtlichen Problemen, wie z.B. ob die Auferlegung der de facto Buzugspflicht vom Bundeskartellamt dem Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot hinreichend entspricht. Durch die Entscheidung stellt der BVerfG den Grund und die Grenze für Eingriffslegitimation klar, an die die KTC bei der Anordnung der abstellungsordnung halten muss.

Überdies darf es nicht übersehen, dass der BVerfG die eigene Methodologie der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfreiheit im Rahmen der Missbrauchsaufsicht aufstellt. Vor alllem, ist bemerkenswert die Aussage des BVerfG, dass die Interesse der Dritte oder der Öffentlichkeit in die Abwägungsprozess einbezogen werden darf, wenn sie auf die Interessenlage der betroffenen Unternehmen mittelbar oder unmittelbar auswirkt. Darin findet sich das Argument für zurückhaltende Anwendung der Effizienz- oder wirtschaftsorientierten Betrachtungsweise in der Praxis.

참고 문헌

권오승, 경제법 제9판, 법문사(2011).

이봉의, “독과점시장과 착취남용의 규제”, 경쟁법연구 제22권(2010).

이봉의, “독일 경쟁제한방지법상 거래(개시)거절의 법리”, 경제법판례연구

이봉의, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 소비자이익 저해행위 금지의 위헌성 판단－명확성의 원칙을 중심으로”, 서울대학교 법학 제49권 제3호(2008).

조혜수, “헌법과 독점규제법”, 독점규제법 30년, 법문사(2011).

홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제”, 서울대학교 법학 제52권 제2호(2011).

홍명수, “헌법에 있어서 계약자유”, 경제법론 I(2008).

Ernst Joachim Mestmäcker, Kommentar zum GWB(2002).

Bruno Binder, Wirtschaftsrecht, 2.Aufl(1999).

Rittner/Dreher, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht(2008).

Gerhard Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2.Aufl(2008).

Giuliano Amato, Antitrust and the Bounds of Power(1997).

Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3.Aufl(2005).

Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar zum Kartellgesetz(2001).

Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum deutschen Kartellrecht(2007).

Rainer Bechtold, Kartellgesetz Kommentar(2002).

Volker Emmerich, Kartellrecht, 10.Aufl(2006).

Wernhard Möschel, Oligopolmißbrauch nach §22 GWB, DB(1973).

Wernhard Möschel, “Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute”, ORDO(1979).

Wolfgang Fikentscher, “Vertrag und wirtschaftliche Macht”, Recht und wirtschaftliche Freiheit(1992).

미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화

- 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -

李 相 莖

光云大學校 法科大學 敎授

- 目 次 -

Ⅰ. 서 언 ····· 47

1. 평등보호원칙의 역사적 기원과 확대적용 ····· 47
2. 성역할고정관념의 타파 ····· 49
3. 반고정관념화 원칙의 적용한계 : 임신・낙태와 관련한 규제 ····· 51
4. 논의의 범위 ····· 54

Ⅱ. 1970년대의 임신과 낙태의 규율과 성역할의 고정관념화 ····· 55

1. 임신에 의한 강제전역원칙과 성역할고정관념론 : Struck 사건을 중심으로 나타난 긴스버그의 항변 ····· 56
2. 낙태의 형사범죄화와 성역할고정관념론 ····· 65

Ⅲ. 임신과 낙태에 대한 규율제한과 반고정관념화원칙 ····· 68

1. Nevada Department of Human Resources v. Hibbs 사건 ····· 69
2. Gonzales v. Cahart 사건 ····· 71

Ⅳ. 결 어 ····· 74

* 국문초록 및 주제어 ····· 76
* 영문초록 및 주제어 ····· 77

Ⅰ. 서 언

1. 평등보호원칙의 역사적 기원과 확대적용

미국 헌법상 평등보호의 원칙[1]은 남성들뿐만 아니라 여성들도 대상이 됨은 주지의 사실이다. 물론 헌정사적으로 보면 평등보호의 원칙은 인종에 의한 차별을 억제하기 위해 도입된 원칙이다. 예컨대, 라울 버거(Raoul Berger)의 사법 정부(Government by judiciary)론에 따르면 다음과 같은 논의를 전개하고 있다 : 수정헌법 제14조(the 14th Amendment)를 이해하는 핵심은 북부는 흑인혐오증(Negrophobia)이 만연해 있었고, 일부 극단주의자들을 제외하고, 공화당은 노예제도 폐지론자들의 이데올로기가 아닌 자신들의 유권자를 사로잡은 인종차별주의에 의해 동요되고 있었다는 것이다. … 극단적인 폐지론자들의 중요한 대변인이 될 운명의 찰스 섬너(Charles Sumner)는 1834년 노예를 처음 보았을 때를 이렇게 썼다. “그들의 외모와 무지에 대한 나의 최악의 선입견조차도 그들의 실질적인 어리석음만큼이나 나쁘진 않았다. … 그들은 천부적으로 무언가 부여받은 짐승 이상의 지적인 어떤 면도 없이 단지 움직이는 살덩어리에 불과한 것처럼 보였다.” 1831-32년의 토크빌(Tocqueville)의 인상도 똑같이 지극이 나빴다. 토크빌은 북부에서 흑인들이 해방된 비율과 비례하여 그들을 (동등한 사람으로－필자 주) 받아들이지 않는 편견이 증가했고, 노예제가 아직 존재하는 주들 보다는 노예제를 폐지한 주들 사이에서 그러한 편견이 더욱 강한 것으로 보인다는 것을 알아차렸다. … 데이비드 도날드(David Donald)는 인종차별이 북부지방

1) 평등보호원칙의 규범성과 고유한 기능에 관한 논의와 평등이 실체적 내용을 갖는 헌법상의 원칙인지의 여부에 관하여는 전광석, 한국헌법론, 제7판(집현재, 2011), 252～53쪽 및 253쪽 각주 1) 참조 ; 또한 평등권에 관한 일반적인 내용은 허영, 한국헌법론(박영사, 2010) ; 이승우, 기본권론(두남, 2007) 참조 ; 평등권에 관한 헌법재판소의 판례에 관하여는 성낙인, 판례헌법(법문사, 2011) 참조.

깊숙이 퍼져있다고 발언하면서 흑인을 백인과 평등하게 대해야 한다는 사실이 미국인의 마음 속 깊이 자리 잡은 심연의 추악한 두려움을 일깨웠다고 주장했다. … (후략).[2] 이와 같이 당시 극복할 수 없으리만치 심각한 흑인에 대한 인종적 편견과 그들에 대한 차별의 문제를 두고 진지한 고민을 거듭한 끝에 남과 북의 반목과 흑인에 대한 편견을 극복하여 남북전쟁 후 미국의 복구와 통합을 위해 입안되었던 것이 수정헌법 제14조였다. 따라서 인종에 초점을 맞춘 평등보호가 다른 영역에서 논의될 수 없었다는 한계가 노정되었음은 자명한 사실이다. 즉, 평등보호를 규정한 수정헌법 제14조의 도입 후 처음 100년간 연방대법원은 성별에 의한 차별에 근거하여 특정 법률에 대한 위헌을 선언한 바가 없다는 점에서도 수정 헌법 제14조의 도입 의도와 그 한계를 추측할 수 있다. 물론 헌법해석시 이러한 개정권자의 의도만이 중시되어야 하는 것은 아니기 때문에 연방대법원은 평등보호조항의 적용범위를 성별의 의한 차별도 포섭하는 것으로 해석을 통하여 확대 적용해 왔음은 불문가지다.[3] 평등보호조항의 성차별에의 확대적용 논리는 구체

2) John H. Gavery, T. Alexander Aleinkoff 및 Daniel A. Farber, Modern Constitutional Theory : A Reader, 5판(Thomson, 2004), 448-49 참조.

3) 헌법의 접근과 해석방법론에는 다양한 입장들이 존재하고 있다. John Hart Ely를 필두로 한 절차기반적 이론(Process based theory)으로부터 Ronald H. Dworkin의 도덕 기반적 이론(Moral-based theory)을 중심으로 이에 대한 비판적 시각과 다양한 변형된 이론들이 주창되고 있다. 나아가 헌법의 해석적 방법론으로는 원의주의(Originalism), 문언주의(Textualism), 진화론(Evolutionary theories) 등의 논의가 전개되고 있는데 이러한 해석방법론에 따라 헌법규정의 포섭대상이 달리 판단될 수 있어 이에 대한 구체적인 논의가 실천적인 의미를 가진다고 할 것이다. 수정 헌법 제14조의 의미와 관련하여 어떠한 입장을 따를 것인가라는 질문에 당면한다면, 필자는 적어도 Dowrkin의 도덕 기반적 이론과 진화론적인 헌법해석론을 중심에 둔다고 답변하고 싶다. Dworkin의 입장은 다음과 같은 그의 생각에 의해 잘 나타나 있다 ; "개인들과 소수자들을 정부로부터 보호하는 미국 헌법의 조항들은 주로 헌법에 대한 최초의 몇몇 개정조항, 그리고 남북전쟁 이후 추가된 더 심화된 개정조항들인 소위 권리장전에서 발견된다(나는 때때로 수정 제14조의 시민의 특권과 면책권, 그리고 적법 절차의 보장과 법의 동등한 보호를 포함한 개인의 권리를 확정한 헌법의 모든 규정들을 언급하기 위해서 부정확하지만 "권리장전"이라는 용어를 사용할 것이다.). 이 조항들의 다수가 과도하게 추상적인 도덕적 용어로 기안되어 있다. 예를 들어 수정 제1조는 자유로운 언론의 "권리"를 수정 제5조는 시민들에게 "마땅한" 절차를, 수정 제14조

적으로는 다음과 같이 종래 보통법상의 여성의 역할에 대한 고정관념을 타파하는데서 시작하였다.

2. 성역할고정관념의 타파

미국에서는 1970년대와 1980년에 들어, 긴스버그(Ruth Bader Ginsburg)와 여러 사람들에 의한 사회운동옹호와 빛나는 소송으로 말미암아 헌법의 그림이 변화되었다.[4] Reed v. Reed[5] 사건을 필두로 한 여러 사건들에서 중요한 관점으로 성별(sex)이 인종(race)처럼 취급되었음은 주지의 사실이다, 즉 미국사회에서 개인에게 경쟁할 수 있는 기회를 부정하고 여성을 2등급의 지위로 강등시키는 고정관념(stereotypes)에 근거하여 여성을 배제하는 것에

는 "평등한" 보호를 언급하고 있다. 도덕적 독해방법(moral reading)에 따르면, 이러한 조항은 그 언어가 가장 자연스럽게 제시하는 방법으로 이해되어야 한다. 즉, 그들은 추상적인 도덕 원칙들을 언급하고 이러한 것들을 정부의 권력에 대한 한계로서 언급을 통하여 통합한다. 당연히 이러한 추상적인 도덕 원칙들을 우리에게 그것들의 효력을 분명하게 하고, 우리가 그것들을 보다 구체적인 정치적 논쟁들에 적용하도록 하기 위해 재언하는 올바른 방법에 대해서는 논란의 여지가 있다. 나는 가능한 가장 일반적인 수준에서 헌법적 원칙들을 말하는 특정한 방법을 선호한다. 나는 권리장전에 제시되고 모여 있는 그 원칙들이 미국을 다음과 같은 정치적 그리고 법적 이상으로 인도한다고 믿는다. 즉, 정부는 그 지배권에 속한 모든 신민들을 평등한 도덕적 그리고 정치적 지위를 가진 것으로 취급하여야 하고, 신념을 가지고 그들 모두를 동등한 관심을 가지고 대우하려고 하여야 하며, 언론과 종교의 자유와 같이 헌법에 특히 명시된 자유들을 포함하되 그것에 한정되지 않은 것들을 포함하여, 개인의 자유가 그것의 목적에 필수불가결하다는 사실을 존중해야 한다. 그러나 역시 도덕적 독해방법을 지지하는 다른 법률가들과 학자들도 매우 일반적인 수준에서, 내가 방금 한 것과 다르게 그리고 덜 확장적으로 헌법 원칙들을 공식화할 수 있을 것이다. 그러므로 나는 경쟁하는 공식들 사이에 어떻게 선택이 이루어져야 하는지에 대해서 무엇인가를 말해야만 한다. Ronald Dworkin, Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution(Harvard University Press, 1996), 7～11쪽 참조.

4) 현대적 성차별법제의 등장에 있어서 고정관념화(stereotyping)의 역할에 대한 긴스버그의 주장에 관한 상세한 내용에 대해서는 Cary Franklin, The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law, 85 NYULR 83(2010년 4월) 참조.

5) 404 U.S. 71(1971). 판시사항은 후술 각주 39) 참조.

대한 친숙한 정당화 논의들에 대한 재검토가 이루어지기 시작했다. 예를 들어, 성인 남성이 간호학을 공부하기 위하여 입학하기를 원하였으나 성별에 의해 입학이 거부된 Miss. Univ. for Women v. Hogan[6] 사건에서 연방대법원은 주정부가 지원하는 대학의 정책이 여성에게만 입학을 허가하여 소정의 자격을 갖춘 남성들이 간호학을 공부하기 위하여 입학할 수 있는 권리를 부정하는 것은 평등보호조항위반이라고 판시한 바 있다. 동 판결에서 O'connor대법관은 "비록 성별에 근거한 차별의 유효성에 대한 심사기준은 분명하지만, 그것은 남성과 여성의 역할과 능력과 관련한 고정관념으로부터 자유로운 상태에서 적용되어야만 한다. 법령상의 목적 그 자체가 구태의연하고 고정적(인습적)인 관념(archaic and stereotypic notions)을 반영하는지를 규명할 때 상당한 주의가 기울여져야 한다"라고 하였다. 그 이전에 Califano v. Westcott[7] 사건에서도 연방대법원은 "아버지가 실직상태에 있는 자녀들에게는 정부보조를 허용하면서도 어머니가 실직상태에 있는 자녀들에게는 정부보조를 허용치 않는 주정부의 정책을 위헌이라고 판시하면서, 아버지는 집과 그 필요한 것들을 제공하는 주된 책임을 지고 있는 반면에 어머니는 가정과 가족생활의 중심이라고 하는 것은 성별에 의한 고정관념화(혹은 인습)의 한 꾸러미의 일부(part of the 'baggage of sexual stereotypes')이고 이는 "정부가 행하는 성차별에 대한 정당화 근거가 되지 못한다"고 설명한바 있다. Orr v. Orr 사건에서도 연방대법원은 "성별에 근거하여 이익과 책임을 분배하는 입법적 차별은 여성들의 적합한 자리와 그들에 대한 특별한 보호에 관한 고정관념을 강화하는 본질적인 위험을 수반한다"[8]고 하였고, 성차별에 대한 강화된 중간심사기준(intermediate scrutiny)을 수립했다고 일컬어지는 그 유명한 Craig v. Boren 사건에서도 여성과 남성에게 서로 다른 연령을 기준으로 맥주를 팔도록 규율한 주정부의 행위는

6) 458 U.S. 718, 724-25(1982).
7) 443 U.S. 76, 89(1979).
8) 440 U.S. 268, 283(1979).

"사상의 세계와 시장에서의 여성의 역할보다는 집에서의 여성의 역할에 관한 잘못된 낡은 관념을 바탕으로 하는 것이어서 유효하지 못하다"[9]고 한 바 있다. 물론 그 이전에 연방대법원은 Frontiero v. Richardson 사건의 다수의견(plurality opinion)을 통하여 "우리나라에 성차별의 오래되고도 불행한 역사가 있어왔음은 의심의 여지가 없다. 전통적으로, 그러한 차별은 낭만적인 가부장주의('romantic paternalism')적 태도에 의해 합리화되었으나 이는 실질적인 효과로서 여성들을 받들어 모시는 것이 아니라 오히려 감옥에 가두는 역할을 수행해왔다"[10]라고 설시함으로써 여성차별에 대한 고정관념적인 경향을 적절히 지적한 바 있다. 이와 같이 지난 십수년간 연방대법원은 반고정관념화의 원칙을 인종에 기한 차별로부터 성별에 의한 차별로 확장시켜온 것이다. 다만 아래와 같이 여성의 성역할을 고정하는 것에 반대하는 논리를 발전시켜온 연방대법원도 성차별과 임신·낙태에 의한 차별을 동일 선상에서 취급하지 않음으로서 반고정관념화원칙의 한계를 노정한 바 있다.

3. 반고정관념화 원칙의 적용한계 : 임신·낙태와 관련한 규제

이러한 반고정관념화 원칙에 대한 충실성은 그 한계를 갖고 있었다. 그 대표적인 예로 1974년의 Geduldig v. Aiello 사건을 들 수 있다. 동 사건에서 연방대법원은 근로자들의 근로를 방해하는 모든 일시적인 장애상태－"임신의 경우를 제외"－의 경우에 적용되는 고용장애보험을 규정한 캘리포니아 주법을 지지한 바 있다.[11] 연방대법원은 "비록 임신에 의한 차별이 한 성별의 구성원을 다른 성별의 구성원에 비해 현저히 차별하는 결과를 야기할 수 있다는 것을 인식하면서도, 임신에 기에 차별이 필연적으로 성별에 의한 차

9) 429 U.S. 190, 198-99(1976).
10) 411 U.S. 677, 684(1973).
11) 417 U.S. 484, 497(1974).

별로 귀결되지 않는다"[12]는 해괴한 논리를 피력한 바 있다. 연방대법원은 2년 뒤 General Electric Corp. v. Gilbert 사건에서 임신과 관련된 장애를 제외한 장애급여제도(a disability benefit plan)에 대하여 1964년 민권법 제7조(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)의 의미에 포섭되는 성별에 근거한 차별이 아니라고 판단하였다.[13] 이는 연방고용차별금지법에 대하여 Geduldig판결의 이론적 근거를 적용하려는 연방대법원의 시도라고 보여 진다. 그러나 연방의회는 연방대법원의 이러한 논증을 거부하고 1978년 연방임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act)을 통과시켰는데 이에 따르면 임신에 근거한 차별은 성별에 근거한 차별로 정의된다.[14] 연방임신차별금지법은 즉시 연방대법원의 평등보호에 관한 헌법해석이 태도를 변모시키지 못했기 때문에 1970년대 연방대법원의 판결들은 임신한 여성들에 관한 규정들이 성별에 의한 편견(gender bias)에 의해 형성된 것인지 여부를 엄밀하게 심사하지 않았다. 이러한 이유로 말미암아, 헌법상의 성별에 의한 차별관련 판례법과 주

---

12) 417 U.S. 484, 496-97(1974). 동 사건에서 원고는 "다른 종류의 성별에 의한 차별과 마찬가지로, 임신에 근거한 차별은 심대한 고정관념화와 일반화라고 종종 귀결되고 이는 법원의 차별성 심사의 잣대아래에서는 비합리적인 것일 수 밖에 없다"고 주장한 바 있다.

13) 429 U.S. 125, 136(1976) 참조 ; 더불어 후술하는 바와 같이 민권법 제7조는 1972년에 개정되어 고용에 있어서 성별에 의한 차별을 금지한 바 있다.

14) 1978년 연방임신차별금지법: 임신을 근거로 한 성차별을 금지하기 위한 목적으로 1964년 민권법을 개정하기 위하여 1964년 민권법 §701에 다음과 같은 항목을 추가한다 ;
"(k) '성별에 의한' 혹은 '성별에 근거하여'라는 용어는, 제한되지 않고, 임신, 출산 또는 관련 의료조건에 의한 혹은 그에 근거하여를 포함 한다 ; 그리고 임신, 출산 또는 관련 의료조건에 의해 영향을 받는 여성은 이러한 영향을 받지 않는 근로할 수 있는 능력이나 무능력에 있어서 유사한 상황에 있는 다른 사람들과 후생복지급여제도 상의 복지급여를 포함하여 모든 고용관련목적을 위하여 동일하게 취급되어야만 한다("The terms 'because of sex' or 'on the basis of sex' include, but are not limited to, because of or on the basis of pregnancy, childbirth, or related medical conditions ; and women affected by pregnancy, childbirth, or related medical conditions shall be treated the same for all employment-related purposes, including receipt of benefits under fringe benefit programs, as other persons not so affected but similar in their ability or inability to work").

정부가 낙태를 범죄화하지 말아야 한다는 그 유명한 Roe v. Wade 사건의 주문과는 아무런 관련성이 없어 보인다.[15] 하지만 뒤에서도 살피는 바와 같이 반고정관념화에 따른 평등보호에 근거한 성별에 의한 차별심사는 여성의 낙태권을 제한하는 법률의 위헌성 논의에도 적용되어야만 한다고 긴스버그는 주장한다. 여하튼 1970년대의 대법원 판례들이 임신에 관한 규율을 평등보호의 체계 안에 포섭하지 않은 것은 Geduldig사건의 논증에서 알 수 있듯이 임신에 근거한 차별은 대부분의 여성이 아이를 가질 수 있기 때문에 성별에 의한 차별이 되지 않는다는데 있다. 사실 임신근로자에게 부담을 지우는 법률들은 오로지 여성근로자들에게만 유해함에도 불구하고, 연방대법원은 오히려 그러한 법률들이 잠재적으로 여성과 남성 근로자들을 포함하는 집단에 이익이 된다고 강조한 바 있다. 즉 Geduldig 사건에서 대법원은 "이 보험제도 하에서 배제된 장애와 성(the excluded disability and gender)의 동일성의 흠결(lack of identity)은 가장 피상적인 분석에서도 분명해진다. 동 보험제도는 잠재적인 급여수령자(potential recipients)를 임신한 여성(pregnant women)과 임신하지 않은 사람(nonpregnant persons)의 두 집단으로 나눈다. 첫 번째 집단은 절대적으로 여성이며, 두 번째 집단은 여성과 남성의 양 구성원이 포함된다. 그러므로 동 제도의 재정적이고 실제 산정된 보험급여의 이익은 양성의 구성원에게 발생 한다"[16]고 하였다. 또한 다른 사건에서는 임신을 가장 근본적인 성의 차이(the most fundamental sex difference)를 대표하는 것으로 보았는데, Michael M. v. Superior Court[17] 사건에서 스튜어트

15) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, Pregnancy and Sex Role Stereotyping: From Struck to Carhart, 70 OHSLJ 1095, 1097(2009).

16) 417 U.S. 484, 497(1974).

17) 동 사건에서는 18세 이하의 여성(행위자의 배우자는 제외)에 대하여 성적 교섭을 실행한 남성에 대해서만 처벌하도록 규정하고 있는 캘리포니아 의제강간법(California Statutory Rape Act)이 위법하게 성별에 근거하여 차별하는 것인지 여부가 문제되었는데 렌퀴스트(Rehnquist) 대법관은 이러한 차별은 성별에 근거한 차별이 아니라고 판단하였다. 성별에 근거한 차별이 의심되는 경우 엄격심사의 원칙이 적용되지 않는다는 것을 먼저 설시하고 나아가 캘리포니아법의 목적 중의 하나가 불법한 10대들의 임신을 막는 데 있다고 하였다. 즉 동 법은 육체적, 정서적 및 심리적 결과가 특별히

(Stewart) 대법관은 동의의견을 통해, “헌법이 필연적으로 승인하는 남성과 여성의 차이들이 존재한다. 이 사건에서 우리는 이러한 차이들의 가장 기본적인 것을 다루고 있다 : 여성들은 성적 교섭을 통하여 임신할 수 있지만 남성들은 그럴 수 가 없다”[18]고 한 것이 그 적례이다. 판례의 이러한 입장에 따른다면 사회가 임신한 여성들을 다른 사람들과 달리 취급하는 것이 가용자원을 적절하게 배분하는데 따르는 경제적인 이익을 위해서든 아니면 잠재적인 생명을 보호하는 이타적인 이득을 위해서이건 이유를 불문하고 정당화될 수 있을 것이다.[19] 이러한 판례들은 임신이 문제되는 사안에서 기능적인 이유에서건 이타주의에서건 전통적인 성역할에 대한 고정관념화가 판결에 영향을 미치는 가능성에 대해 진지하게 검토하지 않고 있다고 보인다. 따라서 이러한 1970년대의 판례들은 반고정관념화의 원칙이 성별에 의한 차별을 내용으로 하는 법에 대한 제한이 됨에 대한 지지를 보내면서도, 정부가 특히 임신을 규율하는 경우 이를 동 원칙의 위반으로 보지 않는다는 한계가 있음을 알 수 있다.

4. 논의의 범위

여기서 1970년대의 여성운동과 긴스버그의 활동이 반고정관념화가 임신에도 적용되어야 함을 주장하고 있고 임신한 여성에 대한 규율이 바로 성역할에 대한 고정관념을 보여주는 전형적인 지점이라는 것과 연방대법원은 초

위중할 나이의 여성을 성적 교섭과 임신으로 보호하는데 그 목적이 있다는 것이다. 현실적으로 10대의 임신의 확인될 수 있는 중대한 유해한 결과는 순전히 여성에게 발생하기 때문에 의회는 그 권한으로 자연적으로 그의 행위의 결과로부터 고통 받지 않는 일방 당사자(남성)만을 선별하여 처벌할 수 있다고 하였다. 나아가 여성을 처벌의 대상에서 제외시킴으로서 수사기관은 용이하게 여성으로부터 증언을 들을 수 있기 때문에 법집행을 효과적으로 할 수 있을 것이므로 이러한 입법수단은 정당하다고 판시한 바 있다. 450 U.S. 464(1981).

18) 450 U.S. 464, 478(1981).

19) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, 전게논문 1098쪽 참조.

기의 위와 같은 태도에도 불구하고 점차 임신에 의한 차별과 성별에 의한 차별의 관련성에 대한 인식을 하기 시작했음을 살피기로 한다. 결국 Geduldig 판결의 주문을 엄격하고 좁게 해석하여 임신에 대한 종래의 규율들이 심대하고 전통적인 고정관념화적 편견에서 비롯된 것임을 이해해야 한다. 더불어 임신에 대한 반고정관념화적인 이해가 평등보호와 더불어 재생산의 권리를 위한 중요한 기제가 됨을 알아야 한다. 따라서 먼저 Ⅱ.에서 1970년대의 성역할의 고정관념화에 근거한 차별이 여성의 임신과 낙태를 이유로 차별하는 경우를 포섭하지 않는 한계 상황을 살펴보고, Ⅲ.에서는 그러한 고정관념화에 대한 반대의 논리를 재조명하여, 여성의 임신과 낙태를 규율하는 법률들에 대한 위헌심사의 기준으로 평등보호원칙위반의 논증을 활용해야 함을 지적하고자 한다.

Ⅱ. 1970년대의 임신과 낙태의 규율과 성역할의 고정관념화

우선 1972년은 평등권 수정조항(the Equal Rights Amendment)이 그 인준을 위해 각주에 보내진 해인데 이때 공교롭게도 연방대법원이 두 개의 판결을 통하여 종래의 입장을 견지한 바 있어 이를 살피고자 한다. 특히 이러한 판결들에 대한 비판적인 긴스버그의 항변이 있었음과 여성운동단체들이 성별에 근거한 차별법에 대하여 연방대법원은 제고된 심사기준(heightened scrutiny)[20] 적용해야 한다고 주장하였음은 자명한 일이다.

20) 평등권침해의 심사기준으로 연방대법원이 확립해 온 삼단계－합리성, 중간 및 엄격－심사기준에 관한 자세한 사항은 이상경, 미국 연방대법원의 헌법재판권의 범위와 삼중위헌심사 기준론에 관한 소고, 세계헌법연구 제13권 제2호(2008) ; 정종섭, 헌법과 기본권(박영사, 2010), 205-12쪽 ; Erwin Chemerinski, Constitutional Law－Principles and Policies, 3rd Ed.(Aspen, 2006), 539-43쪽 ; John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 6th Ed(Westgroup, 2000), 638-44쪽 참조.

1. 임신에 의한 강제전역원칙과 성역할고정관념론 : Struck 사건[21]을 중심으로 나타난 긴스버그의 항변[22]

가. 사실관계

(1) 관련법령[23]

관련 공군규정 36-12(40)은 다음과 같이 규율하고 있다 :

40. [여군장교－임신 또는 미성년자녀] 여군장교의 복무(the commission of any woman officer)는 다음과 같은 a 또는 b의 조건이 존재한다고 판단되는 경우 최소한의 실질적인 지체(임무지연－필자 주)(the least practicable delay)로 종료된다.

a. 임신(PREGNANCY)

1) 일반 :

(a) 여군장교는 의무장교에 의해 임신되었다고 판단되었을 경우 최소한의 실질적인 지체로 복무로부터 면직된다.

b. 미성년 자녀(MINOR CHILDREN) :

1) 일반. 여군장교의 복무는 그녀가 다음과 같은 사유가 있다는 것이 인정될 경우 최소한의 실질적인 지체로 종료된다 :

(d) 복무 중인 상태에서 자녀를 출산하였을 경우.

---

21) Struck v. Secretary of Defense, 409 U.S. 1071(1972).

22) Struck v. Secretary of Defense, 1972 WL 135840, Supreme Court of the United States, 항소이유서(Appellate Brief for Petitioner).

23) 다만 우리나라 현행 군인사법 제48조(휴직)는 ③ 임용권자는 장기복무 장교, 준사관 및 장기복무 부사관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 휴직을 원하는 경우와 단기복무 중인 여군이 제4호의 사유로 휴직을 원하는 경우에는 업무수행 및 인력 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 휴직을 명할 수 있다. 다만, 여군이 제4호에 해당하는 사유로 휴직을 신청한 경우에는 대통령령으로 정하는 특별한 사정이 없으면 휴직을 명하여야 한다. 4. 만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀를 양육하거나 여군이 임신 또는 출산하게 되어 필요한 경우라고 규정하여 미국의 공군규정 36-12(40)과는 달리 규정하고 있다.

(2) 사실관계와 그간의 경과

수잔 스트럭(Suan R. Struck) 대위는 공군 직업군인이다. 1967년 4월8일 간호장교로서의 복무를 시작했고 지속적으로 현역복무 중이다. 1970년 9월 14일 베트남에서 그녀는 임신한 것으로 확인됐고 1970년 10월 16일 그녀는 워싱턴의 맥코드(McChord)공군기지에 전근을 명받았으며 동 기지에서 최종처분청문(a disposition board hearing)이 열렸는데 여기서 그녀는 출생 후 즉시 입양할 것이라는 의도를 표명하였다; 더불어 그녀는 60일간의 출산휴가가 출산시기에 발생하는 임시적인 장애기간을 충분히 포함할 수 있다고 진술하였다. 청문위원회 장교들은 그녀가 임신한 것을 확인하고 그녀에게 임신한 여군장교에게 면직을 강제하는 공군규율 36-12(40)에 따라 공군을 떠날 것을 권고하였다. 1970년 10월 26일 공군인사위원회의 검토를 거쳐 공군장관(Secretary of Air Force)은 위원회의 결정을 승인하고 가능한 한 조속히 그녀를 면직시킬 것을 지시했다. 1970년 10월 28일 장관의 지시에 따라 동 명령은 집행되었다. 그날 스트럭 대위는 워싱턴 서부지역을 관장하는 연방지방법원 볼트(Geroge H. Boldt)판사로부터 24시간 임시정지명령을 받았으나 다음날 동 법원의 굿윈(William Goodwin)판사에 의해 또 다른 임시정지명령신청은 거부되었다. 그러나 연방 제9항소법원 라이트(Eugene Wright)판사는 스트럭 대위의 면직처분에 대하여 그녀가 신청한 중지명령(injunctive relief)이 연방항소법원의 합의부에 의해 결정될 수 있을 때 까지 정지토록 명령했다. 1970년 12월 3일 스트럭 대위는 자녀를 출산했고 1970년 12월 12일 그녀의 의도대로 자녀를 입양했다. 그러는 동안 1970년 12월 7일 연방 제9항소법원은 스트럭 대위의 중지명령청구를 기각했으나 10일 동안 면직처분을 정지했다. 1970년 12월 17일 스트럭 대위의 청구에 의해 더글라스 판사는 그녀의 청구의 본안에 대한 최종결정이 워싱턴 서부지역을 관장하는 연방지방법원에서 내려질 때까지 면직처분을 정지하는 결정을 내렸다. 1971년 2월 1일 연방지방법원 굿윈(Goodwin)판사는 그녀에게 적용된 규율이 합헌이며 원고의 청구에 대한 피고의 기각청구를 수용하는 판결을 하였다. 그 이후, 연방

제9 항소법원은 이 결정에 대한 상소를 계류 중인 동안 면직처분의 정지를 명했다. 1971년 3월 27일 워싱턴 맥코드 공군기지에서 현직복무 중의 지위에 있던 스트럭 대위는 노스다코타의 미노(Minot)공군기지로 전근되었다. 공군복무의 전기간 동안 스트럭 대위는 탁월한 복무기록을 보유하고 있었다. 1971년 3월 공군은 규정 36-12(40)을 개정하여 임신과 모성에 근거한 면직요건의 면제를 청구할 수 있도록 하였고, 미노 공군기지에서 1971년 3월 13일 스트럭 대위는 면직요건의 면제를 청구하였다. 그녀의 청구는 미노 공군기지의 부대장(commanding officer)인 브럴리아(Max B. Bralliar) 대령의 추천장에 의해 지지되었다. 브럴리아 대령은 스트럭 대위가 그녀의 소속부대에서 탁월한 관리수행능력과 간호원칙의 적용에 있어서 탁월한 지식이 있음을 입증했다고 보고했다. 또한 그는 스트럭 대위가 "매우 헌신적이며, 직업적으로 올바르고 성숙한 태도"를 가지고 있다고 강조했다. 1971년 6월 4일 면직처분면제청구는 그러한 면제에 관한 규정이 그녀에게 면직을 명한 이후에 발효되었다는 것을 유일한 근거로 거부되었다.[24] 1971년 11월 15일, 연방 제9 항소법원 합의부는 연방지방법원의 명령을 전원일치로 승인했고, 1971년 11월 29일 스트럭 대위는 재청문을 청구했으며 전원합의체(en banc)에 의한 재청문을 요구했다. 재청문의 요청이 계류 중인 동안, 원 합의부의 메이든(Madden) 판사가 사망하였고, 항소법원의 라이트(Wright) 판사가 그 자리에 임명되었다. 1972년 5월 4일, 2 : 1의 표결로 재청문의 거부되었고 전원합의체에 의한 재청문의 요청은 8 : 5의 표결로 거부되었으나, 3인 합의부는 1971년 11월 15일 결정을 수정하여, 항소법원 판사에게 적용될 21일간의 스트럭 대위의 추가(지위)유지결정을 내렸다.[25] 원 합의부에서 연방지방법원의 청구인(스트럭 대위)의 신청에 대해 기각결정을 확인했던 더니웨이(Duniway) 판사는 반대의견을 피력했고 동 의견에 헙스테들러(Hufstedler) 판사가 가담했다.[26] 더

24) App. 35a ; Brief for Petitioner, 각주 22), 9쪽 참조.
25) Pet. 11a-12a: Brief for Petitioner, 각주 22), 9쪽 참조.
26) 460 F.2d at 1378, Pet. 12a-18a: Brief for Petitioner, 각주 22), 9쪽 참조.

니웨이 판사는 그의 입장을 바꿈에 있어 주로 1971년 11월 22일의 Reed v. Reed[27] 사건에서 설시되었던 평등보호의 관점에 주로 의존하였다. 더니웨이 판사는 일시적인 장애의 상태를 유발하는 다른 어떤 육체적 장애상태 없음에도 그것이 강제적인 면직을 결과하였다는 것을 강조하였고, 다른 어떤 일시적인 상태, 예컨대 공군의 구성원이 면직되지 않는 다리의 골절과 같은 그런 상태보다도 임신이 더욱 여성을 장애상태에 이끈다는 어떠한 증거도 없다는 점을 지적하였다. 더 나아가, 그는 공군규정 36-12(40)에 규정된 출산 후의 자녀의 자연적 부모인 남성과 여성의 차별은 전혀 합리적이지 않다고 하였다 : 자연적(생물학적－필자 주)인 아버지는 제외하고, 오로지 자연적인 엄마만이 복무에 부적합다는 규정이 그것이다. 1972년 5월 24일 더글라스 판사는 사건이송영장(writ of certiorari)에 대한 적기의 신청이 계류되고 있는 동안 스트럭 대위의 면직정지신청-동 법원의 판결이 내려질 동안 유효하게 지위를 유지하도록-을 허용하였다.[28]

나. 긴스버그의 항변 검토

(1) 성역할의 고정과 평등보호의 관점

결국 공군의 규정은 임신한 여성들과 어머니들로 하여금 군복무를 금하고 있는 것이다. 스트럭 대위가 그녀의 직무를 계속 수행할 수 있는 유일한 길은 임신을 중절하는 방법밖에는 없다. 그러나 복무 중에 아버지가 된 남성이 강제전역 될 것을 요구하는 이와 유사한 정부 정책은 없기 때문에 긴스버그는 1972년 항소이유서를 통하여 임신한 여성에 대한 정부의 규율은 위헌으로 추정된다고 주장하면서 임신에 의한 강제전역이 수정헌법 제5조의 평등보호의 위반이라고 항변하였다. 그러한 규율은 성역할과 신분분리의 전통(the separate-spheres tradition)을 강요하는 것으로 성역할에 있어서 남성

27) 404 U.S. 71(1971).
28) Pet. 29a-30a Brief for Petitioner, 각주 22), 10쪽 참조.

을 가족부양자(breadwinner)로 여성을 경제적으로 종속된 내조자(caregiver)의 역할수행을 기대하는 성역할의 이분법적 구조화(the dyadic structuring of sex roles)라고 비판하였다.[29] 긴스버그는 "모든 또는 일정하게 규정된 남성 또는 여성의 계층이 개인이 특성에 근거한 기회를 차단하도록 작동하는 고정관념화적 전제에 근거하여 불이익하게 취급되는 경우에 성별에 의한 차별이 존재한다"고 주장하였다. 그리고 그녀는 지금 법원에서 다투고 있는 임신에 관한 규율은 엄밀한 심사(close scrutiny)에 따라 판단되어야 하는데 이는 성별을 정부의 차별에 있어서 "차별혐의계층('suspect' criterion)"으로 파악해야 하기 때문이라고 하였다. 긴스버그는 임신에 의한 강제전역규정(discharge-for-pregancy rules)은 여권운동론자들이 철폐를 주장해온 성별에 근거한 차별의 특별한 종류의 전형적인 형태라고 하였다. 보다 구체적으로 그녀는 "최근들어, 여성들의 입지에 대한 새로운 평가가 미국에서 발전하여 왔다. 여권주의자(feminists)의 활동에 의하여, 입법부와 법원은 우리 사회에 있어서 여성의 종속적인 지위와 우리의 인습(institutions)이 여자들에게 부여해온 2류 계급의 지위(the second-class status)에 대한 인식을 갖고 이에 반응하기 시작했다. 여성과 남성의 기회균등은 온전한 정의(simple justice)의 문제라는 한층 고양된(heightened) 국가적 인식은 중요한 개혁에 이르게 하였다"[30]고 주장했다. 그녀의 항소이유서는 임신한 근로여성을 배제하는 것은 전통적인 성역할을 강제하는 성별에 근거한 국가행위라는 것을 논증하면서 "평등한 기회를 찾는 여성들에게 고통을 주는 자의적인 장벽(arbitrary barriers)의 목록을 첫머리에 두는 것은 그들의 독특한 출산의 기능을 근거로 불이익 취급하는 것이다"라고 하였다.[31] 따라서 임신한 여성 근로자를 강제해직하는 것은 실질적인 경제적인 불이익을 주는 것일 뿐만 아니라 여성에 대한 전통적인 사회적 역할을 부과하는 것이라 한다. 결국 임신에 의한 강

29) Brief for Petitioner, 각주 22), 26쪽 참조.
30) Brief for Petitioner, 각주 22), 26～27쪽 참조.
31) Brief for Petitioner, 각주 22), 34쪽 참조.

제전역은 “가정생활본위의 존재(hearth-centered existence)를 위하여 직업적인 열망을 포기케 하는 사회적인 압력을 강화시키는 것”이라고 주장하였다. 강제전역규정들에 의해 현실화 되고 있는 역할기반가정(role-based assumptions)을 가시화하기 위하여 긴스버그는 복무에 있어서 여성에 대한 정부의 취급과 남성에 대한 것을 비교하였다. 그녀는 공군이 임신을 제외한 여러 이유로 임시적인 장애에 빠진 군인들의 편의를 보아주고 아버지가 된 남성들에 대해서는 적극적으로 신분을 유지시키려는 노력을 하였다는 점을 언급하면서, “공군에 근무하는 남성들은 출산과 부모가 되는 기쁨과 책임으로부터 회피해야하는 제한을 받지 않으며 아버지가 된 남성들이 복무를 계속하도록 장려하는 여러 추가적인 혜택들이 실제로 제공되었다”고 지적하였다.[32] 이에 반해, 사실과는 상관없이, 임신에 대한 여자의 옳은 반응이라는 고정관념화적인 환상에 스트럭 대위를 끼워 넣는 그러한 규정에 하에서 그녀는 복무에 적합하지 않다고 추정되었다고 긴스버그는 항변하였다. 즉, “판단대상인 규정에 의해 요구되는 차별적인 취급은 임신한 여성은 임무수행에 적합하지 않고, 집에 갇힌 채 출산을 기다리고 나아가 자녀의 양육에 그녀를 헌신해야 만 한다는 신뢰할 수 없는 관념을 반영하는 것이다”라고 하였다.[33] 긴스버그는 여성에 대한 차별적인 취급을 선량한 보호(benign protection)로 정당화하는 여러 판례의 입장을 거부했다. 또한 신분분리전통에 의한 성역할을 강제하는 법들이 사실상 여성을 보호하지 않으며, 그 법들은 여성들에게 그들을 독립된 개체(individuals)로 정의하는 기회를 부정하는 사회적인 질서 안에 구속하는 것이고 여성들을 의존적으로 또 시민적인 핵심활동에 있어서 이등급의 참여자로 만듦으로써 그들을 종속시키는 것일 뿐이라고 하였다.[34] 즉, “아마도, 임신, 출산과 관련한 여성고유의 역할에 대한 선량한 찬양(well-meaning exaltation)은, 실상 여성들에게 부여되는 개인적 재능과 능력을

32) Brief for Petitioner, 각주 22), 52쪽 참조.
33) Brief for Petitioner, 각주 22), 55쪽 참조.
34) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, 전게논문, 1101쪽.

발전시킬 기회를 부인하고 사회에서 의존적이고 복종적인 지위를 받아들이라고 강요하는 것이다."라고 항소이유서에서 강조하였다.[35] 결국 긴스버그는 성차별의 범주에 임신에 의한 차별이 포섭되도록 반고정관념화원칙을 활용한 것이다. 따라서 임신에 의한 차별에 대한 위헌심사기준은 최소한도 성별에 의한 차별과 동일한 심사기준에 따라야 하는데 연방대법원은 성차별에 관한 관점조차도 최근에 이르러서야 강화된 심사기준을 적용하게 되었음은 주지의 사실이다.

다시 한 번 강조컨대, 성별에 근거한 차별에 대한 위헌판단도 성역할의 고정관념화가 극복된 이후에야 가능하게 된 것이다. 이미 1872년 성차별에 관한 문제를 언급한 Bradwell v. Illinois[36] 사건이 있지만 동 판결에서 다수의견은 오히려 여성에게 변호사업무를 수행하기 위한 자격부여를 금지한 일리노이법을 지지하면서 성차별의 문제를 평등보호와 연관 짓는 논리를 구성하지 않았다. 다수의견은 변호사업무의 수행은 연방헌법 수정14조에 규정된 특권과 면책규정에 의한 시민의 특권(privilege)이라는 관점에서 주장된 원고 Bradwell의 주장을 기각한바 있고 1894년 In re Lockwood[37] 사건에서 연방대법원은 Bradwell 사건의 입장을 재확인한바 있다. 그 이후 1930년대까지도 여전히 성별에 근거한 차별자체를 합헌으로 인정한 바 있다. 예컨대, Muller v. Oregon[38] 사건에서 여성에 대한 차별적인 최대근로시간법(Maximum hours la for women)을 지지하면서 여성의 육체적인 구조나 엄마로서의 기능수행(the performance of maternal functions)은 여성을 당연히 불리한 위치에 놓이게 한다는 것을 이유로 성별에 근거한 차별을 인정하였고, 제2차 세계대전 이후에도 여전히 차별은 수긍되어 Goesaert v. Cleary[39] 사건에서는 바를 소유한 남성의 부인이거나 와이프가 아닌 한 바텐더 자격의 허

35) Brief for Petitioner, 각주 22), 45쪽 참조.
36) 83 U.S. 130(1872).
37) 154 U.S. 116(1894).
38) 208 U.S. 412(1908).
39) 335 U.S. 464(1948).

가를 금지한 미시간주법을 연방대법원이 합헌선언 한 바 있으므로 이러한 판례들에 대한 비판논의를 긴스버그는 항소이유서에 장황하게 담고 있다. 긴스버그는 수정헌법상의 평등보호조항이 정부에게 요청하는 바는 여성들을 정의함에 있어 남성과 동일한 평등한 자유(equal freedom)를 부여하라는 것이라고 주장하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 연방대법원은 1971년에 이르러야 성차별적인 법령들에 대한 긴스버그의 이러한 관점들을 고려하기 시작했다.[40)]

(2) 성역할의 고정과 성적인 프라이버시(sexual privacy)의 관점

나아가 긴스버그의 항소이유서는 임신에 의한 강제전역규정(the mandatory discharge rule)이 평등원칙뿐만 아니라 프라이버시의 헌법적 보장에도 위반되는 것이라고 주장하였다. 긴스버그는 "이러한 시대에 뒤떨어진 기준을 청구인(스트럭 대위)에게 부과하는 것은 그녀의 개인적인 삶의 수행에 있어서의 프라버시권을 위헌적으로 침해하는 것이다"[41)]라고 하였다. 프라이버시 원칙은 그것이 정부로 하여금 여성에 대한 전통적인 성역할을 강요하는 것을 금지할 때 평등보호가 또한 보장하는 특정인의

40) 1971년 Reed v. Reed(404 U.S. 71)에 이르러 유산상속순위 결정에 있어서 성차별(동순위자가 둘 이상 있을 때는 남성을 우선함)을 둔 아이다호주법을 최초로 성차별에 근거하여 위헌 선언하였고 [다만 이때에도 합리성기준심사(rational basis review)을 하였을 뿐 엄격심사나 중간심사의 잣대가 사용되지 않았음 : 동순위의 자격자가 두 사람이 있어 한 사람이 선택되어야만 한다면 무작위로 결정되어야 할 것이지 특별한 성에 우선권부여를 명하는 법률은 자의적인 것이라고 판시], 1976년 Craig v Boren(429 U.S. 190)사건에서 중간심사기준(intermediate scrutiny : Classifications must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives)이 성차별에 대한 위헌심사기준으로 자리 잡게 되었음은 주지의 사실이다(여성은 18세가 되면 3.2%의 낮은 도수의 맥주를 구입할 수 있음에 반하여 남성은 21세까지 그러한 맥주구입을 금지한 오클라호마주법을 위헌 판단함- 교통안전이 중요한 정부의 목적 혹은 이익이지만, 성별에 의한 차별이 의심 없이 그러한 목적달성에 실질적 관련성을 가진다고 보기 어렵다고 판시함. 나아가 음주운전으로 체포된 자 중 18세와 21세 사이에 있는 자는 오직 0.18%의 여성이며 2%가 남성이라는 통계는 의미 있는 것이긴 하지만 성별에 기한 차별을 채용할 만한 토대를 형성하지 않는다고 판시).

41) Brief for Petitioner, 각주 21), 52쪽 참조.

가족생활을 정의하는 자유를 보장하는 기제가 된다. 이러한 관점에서 긴스버그는 프라이버시권에 관한 연방대법원 Griswold v. Connecticut[42]과 Eisenstadt v. Baird[43] 사건에 근거를 두면서 앞서 언급한 바와 같이 공군의 정책은 "임신한 여성은 임무수행에 적합하지 않고, 집에 갇힌 채 출산을 기다리고 나아가 자녀의 양육에 그녀를 헌신해야 만 한다는 신뢰할 수 없는 관념을 강요하는 것이며" 따라서 동 정책은 "실체적으로 성적인 프라이버시권과 아이를 갖는지 여부에 대한 결정의 자율권을 침해하는 것이다"라고 주장하였다.[44] 긴스버그는 이러한 주장을 하면서 Griswold와 Eisenstadt 사건을 낙태여부와 관련된 결정을 보호하는 판례로 이해하는 여러 하급법원들의 견해에 동조했다. 여기서 긴스버그는 자녀를 가질지의 여부에 대한 여성의 결정을 보호하는 판례들은 낙태에도 적용될 수 있다고 암묵적으로 시사한 바 있다. 이 지점에서 정부가 여성의 임신의 지속을 규율하거나 중절을 규율하거나 간에 이는 모두 성역할을 고정화하는 발상에서 근거한 것이라고 보기 때문에, 성역할의 고정관념화는 다른 한편으로는 수정헌법 제14조의 반음영지대(penumbra)에 포섭되는 프라이버시권을 침해하는 것으로 논증하고 있다. 어쨌든 긴스버그가 거론하고 있는 Griswold, Eisenstadt 판결 및 이를 낙태여부와 관련된 결정으로도 이해하는 하급법원의 판결들은 여성에게 임신을 지속하라고 요구하는 입법뿐만 아니라 '공군규정이 스트럭 대위에게 강요한 바와 마찬가지로' 여성에게 임신을 중절하도록 압력을 행

42) 381 U.S. 479(1965). 동 사건은 코네티컷 주의 피임도구 사용금지법에 대하여 연방대법원이 수정 헌법상의 권리장전 규정(the Bill of Rights)을 근거로 하여 사생활권의 영역(zone of privacy)을 인정하고 이러한 사생활의 영역에는 기혼자 사이에서의 피임도구를 사용할 권리를 주 정부는 침해해서는 않된다는 판시한 사건이다. 프라이버시권을 연방헌법이 보장하는 근본적인 권리(fundamental rights)로 포섭하고 이러한 프라이버시권을 침해하는 법률에 대한 위헌심사시에 엄격심사(strict scrutiny)기준을 적용한 판례로 유명하다.

43) 405 U.S. 438(1972). 이 사건은 개인의 임신에 관한 매우 근본적인 결정을 정부가 간섭해서는 안된다는 것이 헌법이 보장하는 프라이버시의 내용이고 이는 모든 개인에게 결혼 또는 미혼여부를 불문하고 인정되는 권리라고 판시한 사건이다.

44) Brief for Petitioner, 각주 18, 54쪽 참조.

사하는 입법도 금지된다는 중요한 근거로 작용하게 된다. 긴스버그는 평등보호, 프라이버시, 및 종교의 자유[45]의 관점에서 정부의 통제로부터 일과 가족을 어떻게 조화시켜야할 지에 대한 스트럭 대위의 결정을 헌법이 보호한다고 주장하였다.

(3) 소 결

재판진행 중에 다행이도 공군은 스트럭 대위의 강제면직에 대한 면제(waiver)를 허용하여 임신한 여성을 자동적으로 강제면직시키는 공군의 정책에서 한발 물러섰기 때문에 법무차관(Solicitor General) 그리스월드(Erwin Griswold)의 각하청구를 연방대법원이 수용하여, 이 사건은 판단이익부재(mootness)로 연방대법원에서 심리되지는 않았다. 여기서 우리는 왜 그리스월드가 연방대법원의 본안에 대한 결정을 기피했는지를 생각해 보아야 한다. 긴스버그가 줄기차게 그녀의 항소이유서에서 줄기차게 주장해 온 바와 마찬가지로, 정부가 낙태를 강요하는 경우 임신에 의한 차별영역에서 연방정부가 주장하는 이익을 옹호할 수 있는 정당한 근거를 찾을 수 없었고, 스트럭 사건은 결국 정부의 낙태의 강요의 적례로 비추어 질 수 밖에 없었기 때문이다.[46] 이러한 관점은 성역할의 고정관념화가 임신에 의한 차별에 대한 위헌심사의 논거를 제시하는 것을 넘어 낙태의 형사범죄화를 금지하는 논거로도 작용하는 되는 연결고리를 제시하므로 아래에서 이를 살펴보기로 한다.

---

45) 긴스버그는 공군의 규정이 스트럭 대위의 종교적인 신념(카톨릭)에 반하여 특별히 비인도적인 힘을 강제하고 있는데 이는 그녀에게 아이의 출생 전에 임신을 중절하는 것이 그녀가 선택할 수 있는 사항이 아니었기 때문이고 이는 결국 그녀의 종교적인 양심을 침해하는 것이라고 항소이유서에서 밝혔다. Brief for Petitioner, 각주 18, 56쪽 참조.

46) 이 점에 관해서 보다 자세한 것은 Janice Goodman, Rhonda Copelon Schoenbrod & Nancy Stern, Doe and Roe, Where Do We Go From Here?, 1 Women's Rts. L. Rev. 20(1973), 35쪽 이하 참조.

2. 낙태의 형사범죄화와 성역할고정관념론

1970년대의 반고정관념론을 통해 이루어진 또 다른 논증의 시도는, 낙태를 형사범죄화하는 법률들에 대해 이는 결국 여성에게 성역할(Sex roles)를 부과는 것이기 때문에 허용되지 않는다는 쪽으로 이루어졌다. 이러한 법률들은 임신한 여성들에게 원치 않는 자녀마저도 출산토록 강요하는 것이 되고 이는 성고정관념화와 성역할론의 표현에 지나지 않을 뿐이기 때문이다.[47] 즉, 수정 제14조에 근거하든, 아니면, 잔혹한 형벌을 금지하는 수정 헌법 제8조나 투표권에 있어서 성별에 의한 차별을 금지하는 제19조에 근거하던 임신한 여성에게 원치 않는 아이를 출산토록 강요하는 형사처벌법규들은 성고정관념화나 성역할론에 표출에 다름 아니라는 것이 긴스버그와 여성운동가들의 주장이다. 따라서 낙태를 제한하는 법률들도 남성이 여성을 엄마와 아내 역할 이외의 역할을 담당하는 것으로는 보지 않는다는 고정관념을 반영하고 있다고 주장한다. 특히 코네티컷주의 낙태법을 위헌판결한 Abele v. Markle[48] 사건은 긴스버그의 항소이유서에 인용된 사건으로 반고정관념화원칙이 낙태규율법에 적용된 적례라 할 수 있어 이 판결의 내용을 살펴보아야 한다. 럼버드(Edward Lumbard) 판사에 의해 쓰여진 결정문을 보면 연방대법원이 Roe v. Wade[49] 사건에서 내린 결정과는 다른 방향에서 코네티컷 주의 낙태금지법을 위헌이라 판단한 것을 알 수 있다.[50] 동 판결에서 럼버드 판사는 먼저 코네티컷 주의 낙태금지법은 여성들로부터 임신이 된 경우 자녀를 출산할 지의 여부에 대한 결정권한을 뺏은 것이라고 하였다. 더불어 "코네티컷의 낙태금지법은 1860년대에 제정된 것으로 그 당시 여성들

47) 낙태와 관련된 성적 평등론의 주장에 대해 자세한 내용은 Reva B. Siegel, Sex Equality Arguments for Reproductive Rights : Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression, 56 Emory L.J. 815(2007), 825쪽 이하 참조.
48) 342 F. Supp. 800(1972).
49) 410 US 113(1973).
50) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, 전게논문, 1104쪽.

이 가진 권리들은 거의 없었으나 그 이후 여성의 지위는 이 사회에서 현저히 변화하였다는 사실을 간과해서는 안된다. 따라서 모든 정치적인 사안으로부터 완전히 배제되었던 때는 흘러갔고 지금은 정치영역에 완전한 접근이 보장되고 있다. 여성들은 집으로부터 이제 직장과 산업으로 이동해 갔음은 물론이다. 예를 들어 1972년 당시 3천만 명의 여성근로자들이 전체 노동인구의 40%를 차지했고 따라서 여성의 역할이 변화하였고 그에 따라 사회의 여성에 대한 태도도 변모해 왔다. 1972년 당시 통과된 평등권법률(민권법 제7조 등의 개정법률－필자 주)과 그 당시 제안되어 인준을 위해 각 주에 송부되었던 평등권수정조항 등은 사회가 여성과 남성을 동등하게 간주하고 있다는 것을 보여준다. 사회내의 여성역할의 변화와 여성들에 대한 변모된 태도는 여성이 그들의 삶을 유능하게 주도하고 그들의 근본적인 관심사들에 영향을 끼치는 사안에 대해 적절한 의사결정을 할 수 있다는 사회적인 판단을 반영하고 있다"[51]고 판시하였다. 이러한 연방법원이 판결은 Frontiero v Richardson[52] 사건에서 브레넌(Brennan) 대법관이 강화된 심사기준 (heightened scrutiny)을 성별에 의한 차별에 확대적용하기 전에 내려진 것이라는 점에서 주목할 만하다. 또한 그로부터 1년 이후 블랙먼(Blackmun) 대법관에 의해 낙태를 규제하는 텍사스주법을 위헌 판단한 Roe v. Wade 사건의 판결이 나왔음을 기억해야 한다. 여기서 럼버드 판사가 여성의 지위나 역할에 대한 사회적인 관점의 변화에 근거로 하여 여성의 임신중단여부의 결정이 헌법상 보호되어야 한다는 주장을 피력했다는 점은 반고정관념화원칙(anti-stereotyping principle)의 점진적인 발전의 한 모습으로 볼 수 있다. 물

51) 342 F. Supp. 800(1972), 802 참조.

52) 411 U.S. 677(1973). 이 사건은 성별에 의한 차별은 본질적으로 차별혐의를 받으므로 엄격한 심사원칙에 종속되어야 하고 오로지 행정적인 목적에 의해 남성군인의 배우자는 피부양가족으로서 인정되어 증액된 주거수당, 의료 및 치과치료 수당 등을 수령할 수 있으나 여성군인의 배우자는 그들이 사실상 1/2 이상을 넘어 부양받고 있다는 것을 입증하지 못하는 한 피부양가족으로 인정되지 않는 규정한 법률이 연방헌법수정 제5조가 규정하고 있는 적법절차를 위반하여 여성에게 그 배우자의 피부양관계를 입증하도록 부담을 지운 것이라고 한 판례이다.

론 럼버드 판사는 여성에게 선거권을 부여하는 수정헌법 제9조, 성차별을 평등보호의 관점에서 판단한 최초의 판결인 Reed v. Reed[53] 사건(럼버드 판사는 직접적으로 평등보호조항을 근거로 들지 않고 평등보호관점에서 성별에 의한 차별을 위헌 판단한 Reed사건을 인용하였다),[54] 1964년 민권법 제7조의 1972년 개정조항(연방고용차별금지법의 성과 인종에 대한 평등집행을 위한 개정법) 및 연방헌법 평등권개정조항 등을 위헌 판단의 근거로 제시하였다. 럼버드 판사는 여성의 지위와 역할의 변화에 대한 사회적 이해를 전제로 하여, 태아를 보호하려는 주정부의 이익이 엄마가 될지의 여부의 판단에 대한 여성의 통제권을 모두 빼앗을 수 있는 충분한 근거가 되지 못한다고 판시하였다.[55] 그러나 이러한 근거들이 Roe 사건에서 낙태를 선택할 여성의 권리를 승인하는데 있어 연방대법원이 채택한 근거들이나 구속력있는 법원(forms of authority)은 아니다. 즉 연방대법원의 1970년대의 판례들은 임신에 의한 차별을 평등보호조항 아래에서 엄밀하게 심사하지 않았으며, 낙태권에 관한 근거로서 평등보호를 승인하는데 실패했다고 할 것이다. 이후 수 십년 동안 임신에 근거한 차별 사건들, 여성차별을 금지하는 관련 입법들 및 낙태권에 관한 논쟁을 통하여 점차 법의 태도가 오늘 날의 형태로 변모해 갔음은 물론이다.

---

53) 404 US 71(1971). 동 사건에서는 유언없이 사망한 아들을 위해 부모가 각각 유산관리인 신청을 하였으나 아이다호(Idaho) 주법은 부모의 경우와 같이 동순위자 여러 명 있는 경우의 신청에 대하여 남성이 여성에 우선한다고 규정하고 있어 성차별이 문제가 되었다. 아이다호 주정부는 그렇게 함으로써 본안에 대한 청문절차를 생략함으로써 검인법원(probate court : 유언의 검인, 유산관린 등의 재판권을 갖는 법원)의 업무량을 줄일 수 있다는 주의 이익을 주장하였다. 연방대법원은 이 사건에 합리성 심사기준을 적용하면서도, 유사한 조건 하에 있는 사람은 유사하게 취급되어져야 하고 재산관리능력은 성별에 따라 다르지 않으므로 아이다호 주법은 자의적으로 유산관리인을 선택한 것으로 평등보호를 침해하여 위헌이라고 판시하였다. 동 사건은 합리성 심사기준을 다소 엄격하게 적용하여, 합리성 심사기준에 의할지라도 성별에 의한 차별에 대해 위헌판단을 내린 최초의 사건이 되었다.

54) 342 F. Supp. 800, 802 참조.

55) 342 F. Supp. 800, 802～803 참조.

Ⅲ. 임신과 낙태에 대한 규율제한과 반고정관념화원칙

반고정관념화원칙을 임신과 낙태를 규율하는 법에 적용하려는 시도는 아래의 두 가지 판례를 통해 살펴볼 수 있다. 첫 번째 판결은 명시적으로 반고정관념화원칙을 임신과 관련된 지점에서 잘 논증하고 있지만, 두 번째 낙태와 관련된 판결은 긴스버그의 소수의견에 주목해서 논리를 살펴보아야 한다.

1. Nevada Department of Human Resources v. Hibbs 사건

먼저 다룰 쟁점은 모성휴가(maternity leave)와 관련된 Nevada Dep. of Human Resources v. Hibbs[56] 사건이다. 동 사건에서 렌퀴스트 대법원장은 반고정관념화원칙을 임신에 대한 규율에 적용하여 가족 및 의료 휴가법(Family and Medical Leave Act : FMLA)[57]이 합헌이라고 판시했다. 한마디로 힙스 사건은 남성내조자(male caregiver)에 관한 것이다. 윌리엄 힙스(William Hibbs)는 그의 아내가 교통사고를 당한 후에 가족 및 의료 휴가법에 따라 직장에 휴가를 청원했다. 동법은 연 12주간의 무급휴가를 자격요건을 갖춘 남성 또는 여성근로자에게 인정하고, 더불어 그들의 특정 가족구성원이나 그들 자신을 돌보기 위한 일자리보장적 휴가(job-protected leave)를 허용하고 있다. 네바다주의 힙스의 고용주는 수정헌법 제14조 제5항에 근거하여 입법된 FMLA법의 휴가에 관한 규정이 위헌이라는 소송을 제기하였다. 수정헌법 제14조 제5항은 종래 적절한 입법을 통해 수정헌법 제14조 제1항에 포섭되는 실체적인 보장들을 실행하기 위해 필요한 광범위한 권한을 의회가 보유하고 있는 것으로 이해되어 왔으나, 1990년대 중반에 연방대법원은 이러한 의회의 권한을 감축한바 있다. 즉, 수정헌법 제14조 제5항의 입법권한은 수정헌법 제14조 제1항에 위반되는 행위를 중지시키거나 구제하기 위한 입법

56) 538 U.S. 721(2003).
57) 29 U.S.C. Section 2612(a)(1)(C).

만을 할 수 있는 권한이라고 해석하였다.[58] 따라서 FMLA의 12주간의 휴가의 실체적인 보장에 관한 문제점은 그것이 수정헌법 제14조 제1항에서 연방대법원에 의해 보장되는 그 어떤 권리를 훨씬 유월하여 확장하는 것으로 보여진다는 것이었다. 즉 남성 또는 여성 근로자에게 12주간의 가족 휴가를 보장하는 것이 과연 헌법상의 평등보호에 관한 보장을 실행하는 유효한 수단인가라는 의문이 던져졌다.[59]

여기서 의회가 평등보호조항의 위반에 대한 구제수단으로서 수정헌법 제14조 제5항에 따라 FMLA를 입법할 수 있는 권한이 있음을 증명하기 위하여, 렌퀴스트 대법원장은 의회의 평등보호위반과 FMLA를 입법함으로써 그러한 위반행위를 구제할 수 있음을 논증하였다. 렌퀴스트 대법원장은 연방각 주는 종종 여성에게만 휴가를 허용했으나, 출산을 위한 확장적 휴가기간은 육아휴직도 포함하고 있는 것이며 이는 육아(parenting)목적을 위해 남성들도 또한 사용할 수 있는 것이라고 하였다. 렌퀴스트 대법원장은 "많은 주가 임신, 출산으로 말마암은 전형적인 4주에서 8주의 육체적 장애기간을 훨씬 넘는 확장된 '모성'휴가를 여성들에게 인정하고 있으나 매우 극소수의 주만이 남성에게 동일한 혜택을 허용하고 있다 : 15개 주만이 1년간의 확장된 모성휴가를 여성들에게 제공하고 있는 반면에 단지 4개 주만이 남성에게 동일한 혜택을 허용한다. 이러한 것과 그 외에 다른 차별적인 휴가 정책은 남성과 여성의 차별적인 육체적 필요에 기인한다고 볼 수 없고 오히려 가족구성원을 보살피는 일이 여성들의 일이라는 널리 스며있는 성역할의 고정관념화에 기인하는 것이다."[60]라고 판시했다. 결국 주정부가 "임신장애(pregnancy disability)"를 이유로 6주간의 의료적 차원에서 권장되는 임신장

58) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 519-24(1997) ; Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. Coll. Sav. Bank, 527 U.S. 627, 638(1999) ; Kimel v. Fla. Bd. of Regents, 528 U.S. 62, 81(2000) ; U.S. v. Morrison, 529 U.S. 598, 619(2000) ; Bd. of Trs. of the Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356, 365(2001) 등 참조.

59) Cary Franklin, The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law, 85 NYULR 83(2010), 150쪽.

60) 538 U.S. 721, 731.

애휴가 기간을 훨씬 넘는 여성근로자의 휴가를 허용하는 것은 렌퀴스트 대법원장의 표현처럼 남성과 여성들의 서로 다른 육체적 필요에 근거할 수 있는 것이 아니기 때문에 이러한 허용될 수 없는 성고정관념화를 교정하기 위해서 의회는 FMLA를 구제의 수단으로 입법할 수 있는 것이라는 논증을 한 것이다. 결국 임신장애휴가의 장기성(the length)은 부모로서의 여성 특유의 임무를 전형적으로 가정하고 이를 반영한 것이라고 볼 수 있다. 더 나아가 동 판결에서 연방대법원은 "역사적으로 여성들의 고용기회가 줄거나 부인되었던 것은 여성들은 엄마로서의 역할이 그 첫 번째이고 두 번째로 근로자라는 고정관념에 직접적으로 기인한다"고 판시하였고 결국 연방대법원은 긴스버그를 비롯하여 종래 여성운동가들이 오랫동안 주장해 온 바를 수용한 것이다. 즉, 위헌적인 성고정관념화가 엄마가 되는 여성과 임신한 여성을 규율하는 법을 형성해온 것이라는 주장을 귀담아 듣기 시작한 것이다.[61]

2. Gonzales v. Cahart 사건

여성의 낙태권을 일부 제한하는 Cahart[62] 판결의 소수의견으로 제시된 긴

61) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, 전게논문, 1107쪽.

62) 550 U.S. 124(2007). 미국 연방의회는 임신 3기 중 2기(3~6개월)에 주로 행하여지는 시술방법으로 자궁을 팽창시켜 태아를 제거하는 낙태방법(intact D&E, 즉 D&X라고도 함)을 규제하기 위하여 "부분출산낙태금지법(Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003, PBABA)을 제정하였다. PBABA가 통과되자 Carhart와 임신 2기 낙태를 시술한 3명의 의사는 J. Ashcroft 미연방 검찰총장을 상대로 네브라스카 연방지방법원에 소송을 제기하였고, 네브라스카 연방지방법원은 Roe와 Casey의 논리에 따라 다음과 같은 두 가지 이유로 부분출산낙태금지법을 위헌이라고 판단하였다. 첫째, 동법은 모체의 건강을 위해 반드시 필요한 예외를 두지 않아서 위헌이고, 둘째, 동법이 자궁팽창에 의해 태아를 제거하는 방식, 즉 "intact" D&E(즉, D&X) 방식에 의한 낙태 뿐 아니라 다른 일반적인 D&E방식에 의한 낙태까지도 모두 금지하는 것으로 확대 해석될 수 있기 때문에 문제가 있다는 것이다. 제8연방항소법원은 연방지방법원의 판결의 정당성을 확인하였으나 다만 동법의 무효근거를 주로 모체의 건강을 위한 예외규정(의학적 적응요건)의 부재에 두었다. 이후 연방대법원은 사건 이송명령 신청을 받아들여 심리하기에 이르렀는데 이것이 Gonzles v. Carhart(Carhart Ⅱ)사건이다. 이 사건은 근본적으로 다음의 3가지 쟁점을 제기하였다. 첫째로는 부분출산낙태금지법

스버그의 논증이 나오기 전에도 이와 마찬가지의 동일한 진실이 Roe 사건의 낙태의 자유권을 재확인한 Casey[63]사건에서도 발견된다. 특별히 Casey 사건의 동조의견(joint opinion)은 반복적으로 낙태권이 보호하고자 하는 가치를 설명하고 권리의 범위를 결정하기 위하여 성적 평등의 관념에 의지하였다. 헌법상 보장되는 낙태의 권리에 대한 동조의견은 다음과 같다 : "그녀의 고통은 주정부가 임신한 여성의 역할에 대한 정부자체의 시각(vision)－그러한 시각이 아무리 우리 역사와 문화 속에서 현저했었더라도－을 주장하기에는 너무 사적이고(intimate) 개인적(personal)인 것이다. 여성의 운명은 사회에서의 그녀의 위치와 그녀의 영적인 책무(spiritual imperatives)의 관념에 근거하여 폭넓게 형성되어야만 한다."[64] 더 나아가 Casey사건에서 연방대법원은 펜실베니아주의 낙태법상 요구되는 배우자의 동의는 임신한 여성에게 부당한 부담(undue burden)이 된다 하여 위헌판결하면서 배우자의 동의요건은 여성에게 전통적인 성역할을 부과하는 것일 뿐이라고 다음과 같이 판시하였다 : "부인이 잉태하고 있는 아이의 생명에 대한 남편의 이해관계가 주정부에게 부인에 대한 통제권을 남편에게 부여할 수 있게 하는 것은 아니다. 이와 다른 견해는 결국 보통법상의 여성의 성역할에 대한 인식을 회고케 하는 결과에 이를 뿐이다. 주 정부는 남성에서 부모가 자녀에게 행사하

의 규정이 헌법에 위반될 정도로 막연하고 모호한 것인지 여부, 둘째로는 동법이 임신 2기 여성의 낙태권에 부당한 부담을 지우고 있는지 여부, 마지막으로는 모체의 건강을 위해 낙태를 허용하는 예외규정을 두지 않는 것이 동법 전체를 그 자체로서 위헌으로 만드는 것인지 여부 등이다. 연방대법원은 동법은 "막연하기 때문에 무효"에 해당하지 않고, 내용의 광범위성으로 인하여 낙태의 선택에 부당한 부담을 부과하는 것도 아니며, 모체의 건강을 위해 낙태를 허용하는 예외규정을 두지 않은 것이 표면상(facially) 그 자체로서 무효가 되는 것도 아니라고 판시하였다. 여기서 소수의견을 제시한 긴스버그는 이러한 여성보호적인 낙태금지법에 대한 다수의견에 대하여 심각한 우려를 표명하였다. 이에 대한 자세한 논의는 Sangkyung Lee, A Comparative Analysis of a Pregnant Woman's Rights to Abortion: Notes on Constitutional Courts' Decisions of Abortion Laws in Germany and the U.S., and their Implications on Korean Abortion Laws, Asian Women, Vol. 24, No. 2(2008) 참조.

63) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833(1992).

64) 505 U.S. 833, 852.

는 지배권을 부인에게 행사하도록 허용해서는 않된다. 펜실베니아 낙태법 제3209조는 결혼한 여성의 보통상의 지위에 상응하는 혼인관계상의 권리설정의 관점을 구체화 한 것이나 이는 헌법에 의해 보장되는 권리의 본질과 결혼에 대한 우리의 현시점의 이해에 반하다. 여성이 결혼한다고 해서 헌법상 보장되는 그들의 권리를 상실하는 것은 아니다. 비록 개별가정의 구성원의 이익을 위하여 행사된다고 전제되는 정부권한의 남용으로부터 헌법은 모든 개인－남성이건 여성이건, 혹은 결혼한 경우이건 결혼하지 않은 경우이건－을 보호한다."[65] 이러한 연방대법원의 성차별에 대한 평등보호의 관점에서 발견할 수 있는 낙태에 대한 헌법상의 제한은 성평등사례들의 핵심적 논거에서 발견되는 여성지위에 대한 고정관념의 탈피의 관점들이 투영되고 있는 것이다. 결국 이러한 동조의견은 여성의 낙태결정에 대한 헌법상의 보장을, 정부가 여성에 대한 전통적인 성역할을 강제하기 위하여 낙태금지법을 활용해서는 안된다는 이해에 연결시키고 있다.

여기서 긴스버그 대법관은 Casey의 이와 같은 성평등논거를 Gonzales v. Cahart 사건의 반대의견에서 원용하고 있음에 주목해야 한다. 긴스버그 대법관은 반대의견에서 자신이 맡았거나 결정한 일련의 사건들과 주요한 평등보호성차별선례들의 논의들을 추가하면서, 평등성 주장의 규범적 힘을 평등보호조항의 문언적인 근거에 융합시켰다 : "낙태절차의 부당한 제한(undue restrictions)에 대한 법적 소송은 일반화된 프라버시의 관념의 정당화를 구하는 것이 아니다; 오히려, 그것은 여성의 삶의 경로를 결정함으로서 평등한 시민성의 발전을 향유하는 여성의 자율권에 중심이 있는 것이다."[66] 다수의견이 여성보호적인 낙태금지의 주장을 펼친 것에 대응하여, 긴스버그는 성역할고정관념화의 전형이랄 수 있는 Bradwell[67] 사건과 국가가 부인하는 전통적인 성역할을 강제했던 많은 선례들을 상기시켰다. 긴스버그는 여성이

65) 505 U.S. 833, 897-98.
66) 550 U.S. 124, 171-72.
67) 83 U.S. 130(1872).

그들의 잠재성을 실현할 수 있는 능력은 낙태 재생산여부와 관련된 삶의 방향을 결정할 능력을 의미하며 따라서 낙태에 대한 제한을 승인하는 것은 삶의 자율결정권과 평등한 시민적 지위를 향유할 여성의 권리에 대한 제한이 될 수 밖에 없다고 하면서 결론적으로 다수의견이 낙태의 자유화의 시대정신을 갉아먹고 극복되어야만 하는 성역할의 고정관념화에 회귀할 수 있는 위험성을 지적하였다.

Ⅳ. 결 어

이상에서 살펴본 바와 같이 반고정관념화원칙은 임신에 의한 차별의 경우 평등보호의 관점에서 중요한 위헌 논증기제로 작용할 뿐만 아니라 더 나아가 실체적인 적법절차상에 근거한 프라이버시권으로서의 낙태권을 제한하는 경우도 동일한 위헌 논증기제가 될 수 있음을 미국 연방법원의 판례들과 긴스버그의 주장을 통해 보았다. 이러한 판결들과 긴스버그 및 여성운동가들의 논리는 점차적으로 그러나 실질적으로 임신과 낙태에 근거한 차별과 성별에 의한 차별의 관련성을 볼 수 있는 미국인의 관점의 변화를 반영하고 있다고 할 수 있다. 다만, 연방대법원이 종래 임신한 여성을 규율하는 것을 추정적으로 그들을 위한 것－마치 적극적 평등실현조치(affirmative action)가 불평등한 취급을 받아온 계층을 보상하기 위한 것이듯－이라고 하는 관점에 기울어 있다가, 지금은 임신한 여성을 규율하는 법에 문제로 나타나는 고정관념화적 인식의 한계와 오류에 대해 보다 재빠르게 인식하고 있다는 점은 긍정적으로 평가되어야 한다. 한편, 연방대법원도, 오늘날 임신한 여성을 대상으로 하여 행사되는 정부권한이 비록 선량한 목적을 가진다고 하더라도 성별에 의한 편향(bias)에 의해 형성되지 않도록, 반고정관념화원칙이 평등보호원칙에 따라 임신과 낙태를 규율하는 법의 심사를 요구하고 있다는 것을 승인하고 있다는 점에 주목해야 한다. 그럼에도 불구하고 최근 연방대법원이 여성의 낙태를 규제하는 연방법(부분출산낙태금지법)을 합헌으로 판단

함으로써 여성의 성역할론으로의 부정적 회귀를 우려하는 시각이 긴스버그에 의해 표명되었다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다. 특히 앞서 검토한 바와 같이 임신에 대한 정부의 규율에 대하여는 반고정관념화원칙의 점차적인 수용이 이루어지고 있는데 반해, 여성의 낙태권과 "반고정화관념화원칙"과의 연결고리에 대한 인식은 아직 미흡하다고 볼 수 있다. 여기서 긴스버그의 주장과 마찬가지로, 여성의 낙태권은 자율권으로서의 프라이버시권의 내용이기도 하지만, 여성의 낙태권을 부정하고 낙태행위를 형사처벌하는 것은 여성의 출산 및 육아 등의 성역할에 고정하는 종래의 사회적 편견을 반영하는 것이나 마찬가지라고 하는 점을 다시 한 번 강조하고 싶다. 여성의 낙태의 자유를 인정하고 현행 형법상의 낙태죄 처벌규정을 철폐해야 한다는 필자의 입장에서 볼 때, 종래 연방대법원이 세웠던 여성의 프라이버시권으로서의 낙태권 논거 외에도 이와 같은 반고정관념화원칙은 필자의 입장을 지원하는 중요한 평등보호원칙상의 논거가 된다. 이에 임신한 여성을 차별하거나 혹은 임신을 지속을 강요(낙태의 금지)하거나 그 규율형태야 어떻든 임신한 여성을 규율하는 법이 성역할의 고정관념을 강제하거나 반영하는 것일 경우에 평등보호에 위반된다는 반고정관념화원칙을 재음미해 볼 적절한 시점이라 생각되어 나름 정리해 보려고 노력하였다. 앞으로 이러한 담론이 활성화 되는데 조그마한 기여라도 되었으면 하는 바람을 피력하면서 두서없는 글을 마친다.

미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화

[국문초록]

1970년대의 미국 연방법원의 판례들이 임신에 관한 규율을 평등보호의 체계 안에 포섭하지 않은 것은 임신에 근거한 차별은 성별에 의한 차별이 되지 않는 것으로 보았기 때문이다. 또한 임신을 가장 근본적인 성의 차이를 대표하는 것으로 보았는데 사회가 임신한 여성들을 다른 사람들과 달리 취급하는 것은 가용자원을 적절하게 배분하는데 따르는 경제적인 이익을 위해서든 아니면 잠재적인 생명을 보호하는 이타적인 이득을 위해서이건 이유를 불문하고 정당화되었던 것이다. 그러나 이러한 판례들은 임신이 문제되는 사안에서 전통적인 성역할에 대한 고정관념화가 판결에 영향을 미치는 가능성에 대해 진지하게 검토하지 않았다는 것을 반증하고 있다. 여기서 1970년대의 여성운동가와 긴스버그는 반고정관념화원칙이 임신에도 적용되어야 함을 주장하고 있다. 따라서 임신한 여성에 대한 규율이 바로 성역할에 대한 고정관념을 보여주는 전형적인 지점이라는 것과 연방대법원은 초기의 위와 같은 태도에도 불구하고 점차 임신에 의한 차별과 성별에 의한 차별의 관련성에 대해 인식하기 시작했음을 살피기로 한다. 더불어 임신에 대한 반고정관념화적인 이해가 여성의 재생산의 권리를 위한 중요한 보호기제가 됨을 알아야 한다. 따라서 낙태금지법에 대하여 반고정관념화원칙에 따라 위헌 판단을 한 연방법원의 판례를 통해 반고정관념화원칙의 낙태에의 적용국면을 재조명하기로 한다. 궁극적으로 반고정관념화원칙을 통해 여성의 임신과 낙태를 규율하는 법률들에 대한 위헌심사의 기준으로 평등보호원칙위반의 논증이 활용되어야 함을 지적하고자 한다.

주제어

평등보호, 임신과 낙태에 의한 차별, 성별에 의한 차별, 성역할고정관념화, 반고정관념화원칙

[Abstract]

Sex-Role Stereotyping on the United State Federal Courts' Decisions

- A Constitutional Analysis on the Relation between Pregnancy Discrimination and Abortion Restrictions, and Sex-Discrimination -

Sangkyung Lee*

In the 1970s, since the United States Federal Courts' Decisions do not recognize pregnancy discrimination as sex-discrimination, the guarantee of equal protection of the laws does not extend to pregnant women. According to the decisions, society is justified in treating pregnant women differently than others for reasons of self-interest to save money or for reasons of altruism to protect the unborn. However, those cases do not seriously explore that possibility that traditional sex-role stereotyping shapes judgments about functional rationality or altruism where matters of pregnancy are concerned. In other words, the Federal Courts' 1970s cases hold that the antistereotyping principle constrains laws that classify by sex, but do not find the principle violated where government regulates pregnancy and abortion. Ruth Bader Ginsberg and the women's movement challenged many laws that imposed traditional sex roles on pregnant women. Hence, this article focuses on the arguments that governmental regulations on pregnant women should be considered as governmental expression of sex-role stereotyping and albeit the early attitude of the Federal Courts, their attitude has been changed incrementally to recognize the relation between

* Professor of Law (J.S.D., J.D.), Kwangwoon University College of Law.

pregnancy discrimination and sex discrimination. In addition, antistereotyping principle should be also viewed as an important ground providing protection for pregnant women's right to choice based on the equal protection clause of the United States Constitution.

Key words
Equal Protection, Pregnancy Discrimination and Abortion Restrictions, Sex Discrimination, Sex-Role Stereotyping, Antistereotyping Principle

참고 문헌

[국내외 문헌]

전광석, 한국헌법론, 제7판(집현재, 2011).

허 영, 한국헌법론(박영사, 2010).

정종섭, 헌법과 기본권(박영사, 2010).

성낙인, 판례헌법, 제2판(법문사, 2009).

이승우, 기본권론(두남, 2007).

이상경, 미국 연방대법원의 헌법재판권의 범위와 삼중위헌심사 기준론에 관한 소고, 세계헌법연구 제13권 제2호(2008).

Sangkyung Lee, A Comparative Analysis of a Pregnant Woman's Rights to Abortion : Notes on Constitutional Courts' Decisions of Abortion Laws in Germany and the U.S., and their Implications on Korean Abortion Laws, Asian Women, Vol. 24, No. 2(2008).

Cary Franklin, The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law, 85 NYULR 83(2010).

Erwin Chemerinski, Constitutional Law－Principles and Policies, 3rd Ed. (Aspen, 2006).

Janice Goodman, Rhonda Copelon Schoenbrod & Nancy Stern, Doe and Roe, Where Do We Go From Here?, 1 Women's Rts. L. Rev. 20(1973).

John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 6th Ed(Westgroup, 2000).

John H. Gavery, T. Alexander Aleinkoff 및 Daniel A. Farber, Modern Constitutional Theory : A Reader, 5판(Thomson, 2004).

Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, Pregnancy and Sex Role Stereotyping : From Struck to Carhart, 70 OHSLJ 1095(2009).

Reva B. Siegel, Sex Equality Arguments for Reproductive Rights : Their Critical

Basis and Evolving Constitutional Expression, 56 Emory L.J. 815(2007).

Ronald Dworkin, Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution(Harvard University Press, 1996).

Ruth Bader Ginsberg, Appellate Brief for Petitioner of Struck v. Secretary of Defense, 1972 WL 135840, Supreme Court of the United States.

[판 례]

Abele v. Markle, 342 F. Supp. 800(1972).

Bd. of Trs. of the Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356(2001).

Bradwell v. Illinois,83 U.S. 130(1872).

Califano v. Westcott, 443 U.S. 76(1979).

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507(1997).

Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438(1972).

Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. Coll. Sav. Bank, 527 U.S. 627(1999).

Frontiero v Richardson, 411 U.S. 677(1973).

Geduldig v. Aiello, 411 U.S. 677,(1973).

General Electric Corp. v. Gilbert 429 U.S. 125(1976).

Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464(1948).

Gonzales v. Cahart, 550 U.S. 124(2007).

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

In re Lockwood, 154 U.S. 116(1894).

Kimel v. Fla. Bd. of Regents, 528 U.S. 62(2000).

Michael M. v. Superior Court, 450 U.S. 464(1981).

Miss. Univ. for Women v. Hogan, 458 U.S. 718(1982).

Muller v. Oregon, 208 U.S. 412(1908).

Nevada Department of Human Resources v. Hibbs, 538 U.S. 721(2003).

Orr v. Orr, 440 U.S. 268(1979).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833(1992).

Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973).

Struck v. Secretary of Defense, 409 U.S. 1071(1972).

U.S. v. Morrison, 529 U.S. 598(2000).

헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)

李 濬 熙
憲 法 硏 究 官

－ 目 次 －

Ⅰ. 들어가는 말 ····· 85

Ⅱ. 평생교육에 대한 역사적 배경의 개요 ····· 86

Ⅲ. 현행법체제의 평생교육의 개념 ····· 87
1. 현행 교육관련 법체제의 이해 ····· 87
2. 헌법재판소의 해석 ····· 89
가. 평생교육에 학교교육을 제외하는 개념을 설정한 선례 ····· 89
나. 학교교육을 포함한 광의의 평생교육의 개념을 시사한 선례 ····· 92

Ⅳ. 평생교육에 관한 법제의 고찰 ····· 93
1. 평생교육법상 개념정의의 연혁 ····· 93
2. 헌법과 평생교육법의 관계 ····· 95
3. 비교법적인 고찰 ····· 95
가. 일본의 평생교육법제 ····· 95
나. 영국의 평생교육법제 ····· 97
다. 미국의 평생교육개념 ····· 97

라. 독일의 평생교육개념 ····· 98
4. 평생학습과 평생교육의 개념 구별 ····· 99

Ⅴ. 헌법상 평생교육의 개념 정의 ····· 100
1. 헌법적 개념의 개방성 ····· 100
2. 개념정의의 주체 ····· 102
3. 연혁적 고찰 ····· 103
4. 현행법체제의 고려 ····· 104
5. 혼재되어 있는 학교교육과 평생교육 ····· 107
6. 교육을 받을 권리의 헌법상 지위 ····· 110
7. 비교법적 자료 ····· 111
8. 소결론 ····· 112

Ⅵ. 확장된 평생교육 개념에 따른 헌법해석의 차이 ····· 113
1. 선례에 대한 검토 ····· 113
가. 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519 사건 ····· 113
나. 헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144 ····· 114
2. 헌법해석과 논증의 차이 ····· 115
가. 평생교육권과 교육을 받을 권리 ····· 116
나. 학습자(피교육자)의 측면의 강조 ····· 117
다. 평등권(평생교육평등권)과의 관계 ····· 118
라. 직업의 자유(특히 직업 교육장 선택의 자유)와의 관계 ····· 119
마. (평생)학습권과의 관계 ····· 121
바. 교육에 관한 광범위한 입법형성권과 평생교육권과의 관계 ····· 124

Ⅶ. 글을 마치면서 ····· 125

* 국문초록 및 주제어 ····· 127
* 영문초록 ····· 128

Ⅰ. 들어가는 말

헌법 제31조 제5항은 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.”라고 정하고 있고, 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다.

헌법에서 표현한 평생교육(Lifelong Education)의 정의가 무엇인지에 관하여, 헌법 자체가 별도로 정하고 있지 아니한 이상, 평생교육의 정의는 열린 개념(open concept)이라고 할 것이다.[1)]

종래 헌법적으로 이를 해석함에 있어서 평생교육을 학교교육을 제외한 그 밖의 교육으로 이해하는 견해가 주류였다고 할 것이나, 교육학계에서는 평생교육을 학교교육까지 포함한 개념으로 이해하는 것이 오히려 주류라고 할 수 있다.

평생교육의 개념 정의는 평생교육을 둘러싼 여러 가지 헌법적인 사건들에서, 그 개념 정의와 반드시 직접적으로 연결되어 당해 사건의 합헌·위헌 여부나 기각·인용 여부 등이 결정되는 것은 아니라고 할 것이나, 평생교육

1) 헌법재판은 헌법해석을 전제로 하고, 헌법해석은 고정된 것이 아니라 사회의 발전과 이에 대처하는 법적사고(思考)의 발전에 따라 유동적이라는 점에서도 헌법에 기술된 기본권 및 관련개념은 변화 또는 진화할 수 있는 것이다. 헌법재판소도 사회와 사고의 발전에 따라 ① 동일한 사안에 대하여 합헌적 입장에서 위헌적인 입장으로 변화한 것이 있으며, ② 기본권의 내용 및 성격에 관하여도 변화한 것이 있는바, 그러한 현상들은 헌법에 기술되어 있는 여러 개념들 역시 재정의되거나 발전할 수 있음을 의미한다고 할 것이다. ①의 대표적인 예로는 혼인빙자간음죄를 처벌하는 구 형법 제304조에 대한 위헌심사를 들 수 있으며(99헌바40 등 사건에서는 합헌결정하였으나, 2008헌바58 등 사건에서는 위헌결정한 바 있다), ②의 경우의 예로서는 ‘직업 교육장 선택의 자유’가 직업의 자유에 포함되는지 여부에 대한 입장의 변화를 들 수 있는바, 한약사면허시험과 관련하여서는 ‘직업 교육장 선택의 자유’에 대한 아무런 언급을 하지 않은 채, 자기관련성이 없다는 이유로 각하하였으나(헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 716), 법학전문대학원 입학과 관련하여서는 명시적으로 직업 교육장 선택의 자유가 직업의 자유에 포함됨을 전제로 논증을 한 바 있다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248).

과 관련된 문제들을 바라보는 기본적인 사고틀을 달리할 수 있다는 점에서 그 정의에 대한 이해가 선행적이라고 할 수 있고, 나아가 사안에 따라서는 어떠한 정의에서부터 출발하는가에 따라 결론 자체가 달라지는 경우의 가능성을 배제할 수 없을 것이다.

이하 평생교육의 정의에 관한 역사적·비교법적 고찰을 해보고, 헌법재판소의 판례, 평생교육의 개념설정의 판단근거, 나아가 평생교육의 개념 정의에 따른 논증의 차이에 대하여 살펴본다.

Ⅱ. 평생교육에 대한 역사적 배경의 개요

1960년대에 들어 유네스코는 전 인류의 교육에 관한 문제점을 분석하고, 그 대안을 찾기 위한 노력을 시작하면서, 그 연구를 프랑스의 랭그랑(Paul Lengrand)에게 의뢰하였고, 그에 의하여 평생교육(L'education permanante)이라는 용어가 탄생되었다.[2)]

이러한 평생교육의 개념은 1972년경 제3차 세계 성인교육대회(The 3rd International Conference on Adult Education)로부터 정착되어 사용되기 시작하였으며, 이후 다수의 학자들에 의하여 다양한 개념 정의가 이루어져 왔다.[3)]

다베(R. H. Dave)는 평생교육에 관련되는 개념적 특성과 철학적 이념을 20개의 항목으로 제시한 바 있는데, 그 중 학교교육과 평생교육과의 관련성을 언급한 부분을 중심으로 보면, “1) 평생교육은 성인교육에 국한되는 것이 아니라 학령전교육, 초등교육, 중등교육과 그 이후의 교육을 망라하고 통합

2) 랭그랑에 의하면, 평생교육이라는 개념은 1) 교육의 전 과정의 생활화, 2) 개인의 전 생애를 통한 계속적인 교육, 3) 모든 형태의 교육의 통합적 연계조직화, 4) 생의 전 기간을 통한 수직적 통합과 개인 및 사회생활의 모든 국면을 포함한 수평적 통합 등 4가지 요소를 핵심으로 한다고 한다(이종만, 평생교육 관련 법규의 구조와 문제점에 대한 논의, 교육법학연구 제15권 제1호, 2003. p. 210).

3) 이종만, 평생교육 소고 1－교육이념으로서의 지향성 분석, 한국농업교육학회지 제23권 제1호, 1991. 3. p. 62.

한다. 2) 평생교육은 정규교육과 함께 비정규 교육 및 비형식적 학습까지도 포함한다.” 등의 특성을 들고 있다.[4)]

우리나라에 평생교육의 개념을 처음으로 도입한데 공헌한 유네스코 한국위원회는 1973년에 평생교육 발전을 위한 전국 세미나를 통해, 평생교육의 기본방향이라는 결과보고서를 제시한 바 있고, 그 몇 가지 내용은, “1) 평생교육의 일익으로서의 학교교육은 개인으로 하여금 일생동안 학습하려 하는 동기를 자극하고, 학습하는 능력을 학습할 수 있도록 계획되어야 한다. 2) 이 같은 목표를 달성하기 위하여 형식교육뿐만 아니라 학교외 교육을 보다 강화, 확충, 그리고 개편토록 하여야 한다.” 등이다.[5)]

1980년대 이후 국내의 여러 학자들의 평생교육에 관한 논의를 포괄적으로 고찰하여 정의된 내용은 아래와 같은 바, 그러한 정의가 대체로 학계에서 일반화되어가고 있다고 평가받고 있다.[6)]

“평생교육은 인간의 삶의 질의 향상이라는 이념추구를 위하여 태교에서부터 시작하여 유아교육, 아동교육, 청년교육, 성인전기교육, 성인후기교육, 노인교육을 수직적으로 통합한 교육과 가정교육, 사회교육, 학교교육을 수평적으로 통합한 교육을 총칭하여 말하여 그것은 개인의 잠재 능력의 최대한의 신장과 사회발전에 참여하는 능력의 개발을 목적으로 한다.”

Ⅲ. 현행법체제의 평생교육의 개념

1. 현행 교육관련 법체제의 이해

가. 먼저, 교육관련 법체제가 어떠한 구조를 가지고 있는지를 살펴본다. 헌법 제31조는 헌법적 차원에서 교육과 관련한 사항들을 선언하고 있고,[7)]

4) 이종만, 위 논문 p. 62.
5) 이종만, 위 논문 pp .62～63.
6) 이종만, 위 평생교육 관련 법규의 구조와 문제점에 대한 논의, p. 210.
7) 헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

교육기본법은 그러한 헌법적 명제들을 조금 더 구체화하고 있다고 할 수 있다.

나아가, 유아교육법, 초·중등교육법, 고등교육법, 평생교육법 등이 개인적 시간에 따른 수직적 교육의 형태를 일응 규정하고 있다고 할 것이고, 그 밖에 수평적 측면에서 영재교육진흥법, 문화예술교육 지원법 등 다수의 법률이 있다.

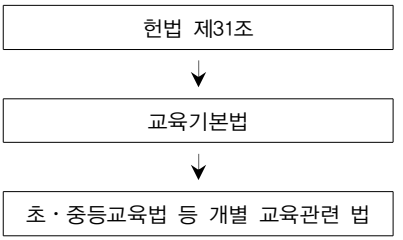
그렇다면, 교육에 관한 현재의 법체계는 일응 아래 표와 같이 구성되어 있다고 할 것인데, 그러한 체계의 이해는 상위적으로 교육기본법 자체가 헌법 제31조에 합치하여야 한다는 것을 의미하고, 하위적으로 개별 교육관련법이 헌법 제31조 및 교육기본법에 합치하여야 한다는 것을 의미한다고 할 것이다.

평생교육법 제1조는 "이 법은 「헌법」과 「교육기본법」에 규정된 평생교육의 진흥에 대한 국가 및 지방자치단체의 책임과 평생교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항을 정함을 목적으로 한다."고 규정하고 있고, 초·중등교육법 제1조도 "이 법은 교육기본법 제9조의 규정에 따라 초·중등교육에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다."고 규정하고 있는 등 각 개별 교육관련법은 교육기본법의 규정이 상위법임을 명시적으로 밝히고 있다.[8)]

---

② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
③ 의무교육은 무상으로 한다.
④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

8) 사회교육법이 평생교육법으로 개정되면서 국회에 제출된 검토보고서에도 그러한 취지의 내용이 아래와 같이 기재되어 있다. 『안 제1조(목적)는 "교육기본법 제10조의 규정에 따라 평생교육에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다."고 규정하고 있는 바, 이는 초·중등교육법 및 고등교육법이 각각 교육기본법을 근거법으로 삼고 있는 것과 동일하게 하여 이들 법과 병렬적 위상을 갖도록 하기 위한 것으로 사료됨.』



나. 평생교육과 관련하여서는, 헌법 제31조 제5항은 "국가는 평생교육을 진흥하여야 한다."고 정하고 있고, 같은 조 제6항은 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다."고 규정하고 있다.

교육기본법은 1997. 12. 13. 제정되었고, 그 제10조 제1항에서 "국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다."고 규정하고 있다.

그리고 평생교육법은 제2조 제1호에서 '평생교육'이란 학교의 정규교육과정을 제외한 학력보완교육, 성인 기초·문자해득교육, 직업능력 향상교육, 인문교양교육, 문화예술교육, 시민참여교육 등을 포함하는 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다고 정의하고 있다.

따라서 (헌법적 개념 정의를 일단 제외하면) 현재의 법체계에서는 평생교육은 학교의 정규교육과정을 제외한 일체의 교육활동을 의미한다고 할 것이다.

2. 헌법재판소의 해석

가. 평생교육에 학교교육을 제외하는 개념을 설정한 선례

(1) 헌법재판소는 학원강사로 하여금 일정한 자격을 갖추도록 하면서 그 자격기준을 대통령령으로 정하도록 규정한 '학원의설립·운영및과외

교습에관한법률' 제13조 제1항 등에 대한 위헌확인 사건에서, 평생교육으로서의 학원교육에 대한 일반적인 설시 중 평생교육에 대하여 아래와 같이 판시한 바 있다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 465-466).

『헌법 제31조 제1항은 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다"라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하면서, 동조 제5항에서 "국가는 평생교육을 진흥하여야 한다"고 규정하여 국가의 평생교육 진흥의 무를 선언하고 있다. 이에 따라 평생교육에 관하여 규율하는 평생교육법은 평생교육의 개념을 "학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동"으로 정의하면서(동법 제2조 제1호) 평생교육시설을 '동법에 의하여 인가·등록·신고된 시설'과 '학원 등 다른 법령에 의한 시설'로 구분하고 있는바(동법 제2조 제3호), 이와 같이 학원은 평생교육을 담당하는 시설의 하나이다.

오늘날의 지식기반 산업화·정보화사회에 있어 교육내용이 획일적이고 교육기간도 유한한 학교교육은 학습자의 다양한 교육적 욕구를 충족하기 어렵다는 한계를 지닐 수밖에 없고, 정규의 학교교육을 마친 이후에도 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습의 수요가 늘어나는 상황에서 사회교육·평생교육의 필요성이 강조되는 것은 자연스러운 현상이라고 할 수 있다. 그리하여 평생교육법이 규정하는 여러 교육시설에서 주로 비영리적 형태로 다양한 사회교육이 실시되고 있지만, 학원법이 규율하는 사설학원에서의 교육 역시 교습자 및 학습자의 수와 같은 양적인 측면에서나 교육내용의 수준과 같은 질적인 측면에서 학교밖 교육을 대표하는 교육형태로 자리잡고 있는바, 이러한 학원교육은 사교육의 비대화라는 역기능에도 불구하고 학교교육에서 발생하는 초과 교육수요를 흡수하여 국가 전체적으로 교육의 효용성을 증대시키는 기능을 수행하고 있다. 특히 이 사건에서 문제되는 입시계 학원에서의 교육은 개별교육, 맞춤교육을 통해 학생들의 학습결손을 보충하거나 심화시킴으로써 교육기회의 실질적 평등에 기여하고 있다고 볼 수 있고, 예체능 분야의 학원은 학습자의 재능 개발과 정서 함양을 통해 개개인의 자아실현과 문화생활의 바탕을 제공해주고 있으며, 직업·기술 분야나 경영실무 또는 어학 분야의 학원들은 정규 학교교육을 통해 전문지식과 기술·기능을 배울 기회를 갖지 못하거나 학교에서의 전공교습만으로 심도 있는 지식과 기술을 얻지 못한 학습자로 하여금 다양한 분야의 심화된 지식·기술을 손쉽게 익힐 수 있게 함으로써 취업준비에 있어서나 재교육 등 자기충실의 과정에 있어 긍정적인 기능을 수행하고 있다.』

(2) 또한, 대학·산업대학 또는 원격대학에 편입학할 수 있는 자격을 전문대학을 졸업한 자로 규정하고 있는 고등교육법 제51조에 대한 위헌확인의 사건에서도 법정의견은 아래와 같이 판시한 바 있다(헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144, 판례집 22-2하, 499, 506).

『평생교육은 정규의 학교교육을 마친 이후에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습을 의미하는 것으로, 대학교육이 평생교육에 해당한다고 볼 수 없다.』

(3) 나아가 단축된 고등학교과정에 입학할 수 있는 자를 만 16세를 넘은 자로 규정한 평생교육법 시행령(2008. 2. 14. 대통령령 20607호로 개정된 것) 제27조 제2항 후문 단서 제1호에 대한 헌법소원사건에서도 아래와 같이 판시한 바 있다(헌재 2011. 6. 30. 2010헌마503, 공보 제177호, 1008).

『헌법 제31조는 그 제1항에서 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다."고 하면서, 제5항에서는 "국가는 평생교육을 진흥하여야 한다."고 규정하고 있고, 나아가, 제6항에서 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다."고 규정하여, 제도적 측면에서 교육을 학교교육과 평생교육으로 나누어 정하고 있다.

종래 헌법재판소도 평생교육(또는 사회교육)을 학교교육 이외에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습의 형태로 이해하고 있으며, 교육기본법은 제9조에서 학교교육을 정하면서, 그 제10조에서는 사회교육에 대하여 정하고 있다.

나아가 평생교육법 제2조는 제1호의 정의규정에서 '평생교육'이란 "학교의 정규교육과정을 제외한 학력보완교육, 성인 기초·문자해득교육, 직업능력 향상교육, 인문교양교육, 문화예술교육, 시민참여교육 등을 포함하는 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다."고 규정하고 있다.

위와 같은 헌법 및 관련 법률의 체계에 의하면, 우리의 교육제도는 제도적 측면에서 크게 학교의 정규교육과정과 이를 제외한 평생교육(사회교육)의 2가지로 나뉜다고 할 것이고, 헌법 및 교육기본법상의 의무교육제도와 결부시켜 볼 때, 모든 국민은 학교의 정규교육과정을 받는 것을 원칙으로 하되, 그 보충적·보완적 방법으로 평생교육제도가 마련되어 있다고 할 수 있다.』

나. 학교교육을 포함한 광의의 평생교육의 개념을 시사한 선례

(1) 앞서 든 2010헌마144 사건에서, 반대의견은 아래와 같이 판시하였다(헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144, 판례집 22-2하, 499, 509).

『평생교육이란 정규의 학교교육을 마친 이후에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습을 의미한다고 할 것이나, 그 평생교육이 정규 학교교육이 아닌 일반 혹은 기타 교육시설에서의 학습만을 지칭한다고 보기 어렵고, 경우에 따라서는 또 다른 계속적 학교 교육까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이며,』

(2) 선전벽보 등에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거법 제64조 제1항 및 제250조 제1항이 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 합헌결정을 내린 사건에서(헌재 2009. 11. 26. 2008헌마114, 판례집 21-2하, 630), 학력주의의 병폐를 지적하면서, 능력주의로 나아가야 함을 제시한 논증[9]은 헌법상 평생교육의 개념을 설정함에 있어서 시사하는 바가 있다고 할 것이다.

『라. 입법자에 대한 권고

(1) 개인의 실력·능력·노력보다 형식적인 학력을 과도하게 중시하는 '학력주의'의 만연과 그로 인한 심각한 병폐에 대한 문제 제기는 이미 우리 사회 각 분야에서 오래 전부터 존재하여 왔다.

졸업한 학교의 단계, 즉 학교 교육의 연수(年數)에 따라, 또는 동일한 단계의 학교 중에서 어느 학교의 어느 과정을 마쳤는지 여부에 따라, 개인의 실재적 역량이나 능력이 재단될 수 있는 것이 아님은 명백하다. 그럼에도 불구하고 어떤 교육과정을 마쳤는지에 따라 그의 가능성을 평가하는 지금의 세태는 매우 우려스러운 것이다. 더구나 학력이 개인의 능력이나 성취에 온전히 의존하지 않고, 오히려 개인이 가지는 경제력이나 사회적 지위, 가정적 배경에 상당 부분 좌우되는 것이 현실임을 고려한다면 더욱 그러하다.

입법자로서는 개인의 능력이 단지 학력의 잣대로 잘못 평가되고 그로 인하

9) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마114, 판례집 21-2하, 630, 644-645.

여 선거의 공정이 위협받을 수 있는 현실적 상황을 무시할 수는 없겠으나, 이를 방지하기 위하여 유권자들이 국민의 대표를 선출함에 있어 필요로 하는 '후보자가 받은 교육'에 관한 충분한 정보를 제공받을 기회를 제한하기에 앞서, 학력주의의 병폐를 극복하기 위한 진지한 사회적 논의와 해결책을 제시해야 할 것으로 판단된다.

(2) 한편 교육의 목표는 개인의 능력의 단순한 평가나 학력기준의 서열화에 있지 않고, 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함에 있으며(교육기본법 제2조), 국가는 평생교육을 진흥해야 할 의무가 있다(헌법 제31조 제5항). 따라서 국가는 비정규교육과정 역시 교육의 이념에 따라 진행될 수 있도록 장려하여야 할 것이다. 그리고 개인이 받은 교육의 실질은 그것이 정규교육에는 해당하지 아니한다고 할지라도, 그가 살아 온 과정이나 그가 가지고 있는 세계관, 신념, 자질에 영향을 미치는 일정한 요소로서 그가 국민의 대표자로서 적임자인지 여부를 평가하는데 일정 부분 고려될 수 있을 것이다.

그러므로 입법자로서는 단순히 '정규교육'과 '비정규교육'을 양분하고, 정규학력의 최종학력과 이수내역에 관한 내용만을 학력으로 기재할 수 있게 하는 데서 나아가 정규교육과 비정규교육의 실질을 보다 구체적이고 명료하게 표시할 수 있는 여지가 있는지 살피고, 비정규교육의 경우에 학력이 아닌 경력사항으로서 별도로 표시하되, 그 실질을 보다 구체적으로 표시할 수 있는 선전벽보 이외의 다른 홍보매체에 표시할 수 있도록 하거나, 허위의 비정규학력 표시에 대한 규제를 강화하는 등의 방안을 통하여 유권자의 알권리와 후보자의 선거운동의 자유를 충분히 보장하도록 숙고하여야 할 것이다.』

Ⅳ. 평생교육에 관한 법제의 고찰

1. 평생교육법상 개념정의의 연혁

평생교육법은 종래 1982. 12. 31. 제정된 사회교육법이 1999. 8. 31. 평생교육법으로 전면 개정된 것인바, 연혁적으로 평생교육에 대한 정의규정은

아래 표와 같다.

사회교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호	평생교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 개정된 것) 제2조 제1호	평생교육법(2007. 12. 14. 법률 제8676호로 개정된 것) 제2조 제1호
"사회교육"이라 함은 다른 법률에 의한 학교교육을 제외하고 국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다.	"평생교육"이라 함은 학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다.	"평생교육"이란 학교의 정규교육과정을 제외한 학력보완교육, 성인 기초·문자해득교육, 직업능력 향상교육, 인문교양교육, 문화예술교육, 시민참여교육 등을 포함하는 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다.

위와 같은 정의규정의 연혁을 살펴보면, 학교교육을 제외한 교육 전반을 사회교육으로 규정하였다가 1999. 8. 31. 법률의 명칭이 평생교육법으로 개정되면서, 종래의 사회교육을 그대로 평생교육의 개념으로 사용한 것을 알 수 있고,[10] 이후 좀 더 구체적인 교육항목을 특정한 것이라고 할 것이다.

사회교육법이 평생교육법으로 개정될 당시 개정안의 제안이유는 '평생교육의 진흥을 국가의 의무로 규정하고 있는 헌법 및 교육기본법의 규정에 따라 사회교육법의 제명을 평생교육법으로 변경한다.'고 기재되어 있고, 그 전문위원검토보고서의 개요에는 '개정안의 취지는 전통적인 교육관과는 달리 교육장소를 학교 밖의 사회전역으로 그리고 교육대상 또한 전 연령층을 대상으로 확대하여 궁극적으로 학력중심사회를 능력중심사회로 전환하는데 기여할 것으로 보인다.'라고 기재되어 있다.[11]

10) 내용적으로는 사회교육인데 명칭을 평생교육으로 대체한 것은 그 본질에 변형을 가한 것이므로 많은 혼란을 초래하고 있다는 비판이 있다(김용헌, 평생교육개론, 2008. 양서원, p. 21).

11) 검토보고서에 법률의 제명과 관련하여서는 '현행의 사회교육법을 평생교육법으로 개정하는 것은 헌법 제31조 제5항 및 제6항이 "평생교육"을 학교교육과 구별하여 사

2. 헌법과 평생교육법의 관계

우선, 평생교육법 제2조 제1호의 평생교육의 정의규정과 헌법적 해석이 동일한가의 문제가 있다. 하지만, 평생교육법 제2조도 '이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.'라고 하고 있듯이, 평생교육법에 정한 평생교육의 개념은 그 개별법인 평생교육법 내에서의 정의규정에 불과하다.

헌법 제31조 제5항, 제6항에 기재되어 있는 평생교육의 개념을 어떻게 이해하고 해석해야 하는 것인가는 개별법률 이전의 헌법적 해석에 의하여 이루어져야 할 것이지, 거꾸로 개별법을 가지고 헌법에 기재된 문언을 해석하여서는 안 될 것이다.

따라서 헌법에 기재된 평생교육의 개념은 평생교육법의 개념 정의 이전의 문제라고 할 것이다.

또한, 평생교육법의 근거법인 교육기본법은 그 제10조에서 사회교육이라는 제목 아래 제1항에서 '국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다.'고 기재되어 있다.

그 교육기본법의 문언의 해석만 놓고 보면 1) 평생교육을 사회교육과 동일한 것으로 본 것일 수도 있고, 2) 평생교육 내에 사회교육이 포함되는 것, 즉 평생교육을 더 큰 개념으로 본 것으로 해석할 수도 있다.

3. 비교법적인 고찰

가. 일본의 평생교육법제

일본은 1947년 교육기본법이 제정되고, 1949년 사회교육법이 제정되었으

용하고 있는 점과, 개정안이 현행 사회교육법의 내용보다 더욱 확대된 내용을 규정하고 있는 점을 감안할 때 그 제명을 "평생교육법"으로 함에는 별다른 이견이 없음.' 이라고 기재되어 있다.

며, 공민관(公民館)이라는 평생교육기관을 통하여 사회교육이 이루어져 왔다.

이후, 평생교육(Lifelong Education)의 용어는 일본에서는 생애학습(生涯學習)이라는 용어로 정착되었고, 1990년에 생애학습진흥법(원명 : 生涯學習の振興のための施策の推進体制等の整備に關する法律)이 제정되었다.

생애학습진흥법은 제3조에서 생애학습의 사업으로 학교교육과 사회교육에 관한 학습을 모두 그 대상으로 들고 있어,[12] 생애학습의 개념에 학교교육도 포함되는 것으로 정의하고 있다.[13]

교육기본법이 2006. 12.에 개정되면서, 제3조에 생애학습의 이념이 신설되어, "국민 한 사람 한 사람이 자신의 인격을 갈고 닦아 풍요로운 인생을 보낼 수 있도록 그 생애에 걸쳐 모든 기회에 모든 장소에서 학습할 수 있게 하며 그 성과를 적절하게 살릴 수 있는 사회의 실현을 도모하지 않으면 안 된다."고 규정하였고, 사회교육에 대한 조문도 "국가 및 지방자치단체는 도서관, 박물관, 공민관 그 외 사회교육시설의 설치, 학교시설의 이용, 학습기회 및 정보 제공 그 외 적당한 방법에 의해 사회교육의 진흥에 노력하지 않으면 안 된다."고 개정되었다.

그러한 개정에서 주목할 것은 학교교육과의 연계를 강조하는 내용이 눈에 띤다고 할 것이다.[14]

---

12) 제3조 제1호 學校教育及び社會教育に係る學習(体育に係るものを含む。以下この項において「學習」という。) 並びに文化活動の機會に關する情報を收集し、整理し、及び提供すること。

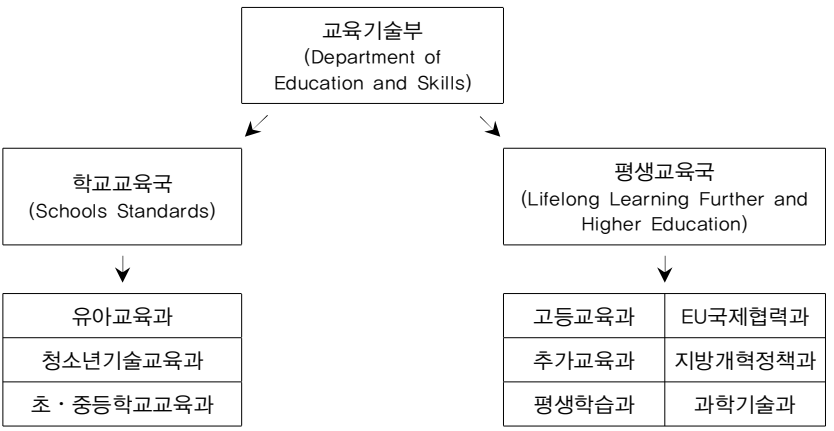
13) 교육학계에서도 일본의 생애학습은 학교교육을 포함하는 개념으로 이해한다.
'우리나라가 사회교육법을 폐기하고 평생교육법을 제정함으로써 제도적으로 평생교육을 사회교육의 의미로 축소하여 사용하고 있는 것과는 달리, 일본에서는 생애학습이라는 말과 함께 사회교육이라는 말을 여전히 사용하고 있으며, 생애학습은 학교교육에서의 학습과 사회교육에서의 학습을 통합한 개념이라고 할 수 있다.'(한숭희, 평생교육론－평생학습사회의 교육학, 2008. 학지사. p. 231)
도도현부의 생애학습 진흥을 위한 사업에는 학교교육과 사회교육의 연계체제구축을 강조하고 있는 것으로 보아 학교교육을 생애교육에 포함하고 있는 것으로 보인다(이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. pp. 13～14).

14) 일본 평생교육 정책동향, 평생교육진흥원, 2008. 12. p. 17.

나. 영국의 평생교육법제

영국은 평생교육을 후속교육(Further Education)이라는 개념으로 사용하고 있으며, 만 16세에서 만 19세에까지의 청소년 교육(Young People's Education)과 만 20세 이상의 성인교육(Adult Education)으로 나눠진다.[15)]

그러나 한편 영국은 교육과학기술부 아래 아래와 같은 평생교육 행정체제를 가지고 있는바,[16)] 초・중등학교까지는 학교교육으로 분류되고, 고등교육과 평생학습 등은 모두 평생교육국에서 관할하고 있어, 실제 법운영 체제는 고등교육 이상의 학교교육도 평생교육 차원에서 관리되고 있음을 알 수 있다.



다. 미국의 평생교육개념

미국은 성인교육(Adult Education)을 평생교육으로 칭하고 있다고 한다.[17)]

15) 이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. pp. 14～15
16) 한숭희, 평생교육론－평생학습사회의 교육학, 2008. 학지사. p. 240.
17) 이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. pp. 15～16.

미국의 성인교육은 '직업능력투자법(Workforce Investment Law)/성인교육 및 가족문해교육법(Adult Education & Family Literacy Act)' (WIA/AEFLA)이 근간이 되고 있다.[18]

평생학습에 직접적으로 관련되는 부서는 교육부이고,[19] 주요 정책은 문해교육프로그램, 성인학위제도, 노인 및 은퇴자 교육, 전역군인의 은퇴 및 직업교육 등이라고 할 것이다.[20]

라. 독일의 평생교육개념

독일은 종래 계속교육(Weiterbildung)이라는 개념을 사용하여 오면서, 1970년대 중반까지는 국민대학(Volkshochschule)를 중심으로 성인교육이 이루어져 왔다.[21]

2000년대에 들어 유럽연합 정상회담에서 지식에 기반을 둔 경제·사회공간으로서의 유럽이라는 목표가 천명되고, 이어 유럽연합위원회의 결의안들이 이어졌는데, 독일은 2004. 7. 연방정부와 16개 주정부들이 '교육계획 및 학술연구 촉진 위원회'를 열어 유년부터 노년까지 모든 삶의 단계에서 평생교육이 주목해야할 본질적 요소로 비형식적 학습을 평생교육에 포섭할 것, 학습자 주도의 평생교육 등을 강조하였다.[22]

2008. 4. 독일정부는 계속학습 혁신위원회의 '평생학습 형성전략을 위한

---

18) 1966년에 성인교육법, 1976년에 평생학습법이 제정되었으나, 1980년 고등교육법으로 평생학습법이 폐지되고, 1991년 문해교육법이 제정되고, 1998년 성인교육법이 폐지되고, WIA/AEFLA 제2장으로 통합되었다(해외 평생교육 정책동향 자료 시리즈 1－북미 평생교육 정책동향. 평생교육진흥원. 2008. p. 4).

19) 교육부의 성인교육에 관련된 부서는 직업성인교육국, 중등후교육국, 도서관서비스국 등이다(위 자료 pp. 6～11).

20) 위 자료 pp. 13～30.

21) 해외 평생교육 정책동향 자료 시리즈 3－독일 평생교육 정책동향. 평생교육진흥원. 2009. pp. 3～9.

22) 그 밖에 강조된 것은 직능개발, 평생교육의 네트워크화, 모듈 학습, 교육 상담, 새로운 학습 문화와 학습의 대중화, 기회 균등한 교육이다(위 자료 pp. 10～11).

제안서'에 기반을 둔 평생교육 컨셉트를 발표하였는데, 기초 정규교육을 포함하는 삶의 모든 국면에서 이뤄지는 교육에 정부가 중점적으로 지원할 것임을 천명한 것이다.

당시 발표된 내용 중에 "평생교육은 모든 교육의 단계들을 망라한 개념이다. 계속교육의 전제는 어린 시절부터 초·중등·직업·고등교육을 거치며 자발적인 학습의 동기와 능력에 의해 조성된다. 따라서 평생학습의 기본이 되는 학교교육은 만인에게 열려 있어야하며, 재 편입학과 학과의 재이수가 가능해야 한다."는 부분은 학교교육도 평생교육에 포함시키고 있음을 알 수 있다.[23]

위 평생교육 컨셉트에 따라, 교육상여금의 도입,[24] 학습지역(Lernenede Regionen) 사업을 통한 지역 네트워크의 지속적 지원 등의 다양한 정책 등이 행해지고 있다.[25]

4. 평생학습과 평생교육의 개념 구별

평생학습은 평생교육과 같은 의미로 쓰이기도 하면서도 구별되는 개념이라고 할 것이다. 평생교육은 그 자체가 헌법상 등장하는 것임에 반하여, 평생학습은 평생교육과 동의어가 아닌 의미로 쓰이는 경우에는 자기학습의 측

23) 그 밖에 평생교육의 개념 정의와 관련된 원칙들로는 '교육과 학습이 평생의 과제이며 개인 삶의 발전적 형성을 위한 기회라는 것을 개개인에게 고무시켜야 한다.', '평생학습으로의 진입이 각계각층에 용이해져야한다.', '모든 학습과정의 끝은 다음과정으로의 진입가능성을 확보해야 한다.' 등의 원칙들을 들 수 있다(위 자료 pp. 17~19).

24) 교육상여금(Bildungspramie)에는 교육상품권, 계속교육적금, 계속교육대출의 3가지 종류가 있는바, 교육상품권(Pramiengutschein)은 30유로 이상의 계속교육 과정의 수료비용을 본인이 50%를 부담할 경우, 국가가 1년에 154유로까지를 상품권 형태로 부담하는 제도이고, 계속교육적금(Weiterbildungssparen)은 기존의 재산형성법(VermBG)에 추가조항을 넣어 적금해약 없이 적립금을 계속교육 비용으로 사용할 수 있도록 한 것이며, 계속교육 대출(Weiterbildungsdahlen)은 수익의 고저와 형태에 상관없이 모든 개인이 계속교육에 참가할 수 있도록 계속교육용 참가 경비를 대출해주는 제도이다(위 자료 pp. 21~23).

25) 위 자료 pp. 21~39.

면이 강조되는 것이라고 할 것이다.

평생교육이 교육을 받을 권리에서의 그 교육의 대상의 문제라면, 평생학습은 평생교육을 한 축으로 하면서도 스스로의 학습권이 강조된 측면이 있어, 헌법 제22조의 학문의 자유를 또 하나의 축으로 한다고 할 것이다.

평생교육권이 교육을 받을 권리에서 파생된 것이라면, 평생학습권은 기본적으로는 학문의 자유에서부터 파생된 것이라고 볼 것이다.

따라서 평생교육의 개념 정의를 학교교육을 포함하는 것으로 볼 것인가의 문제와 평생학습의 측면에서 학교교육과 사회교육·자기학습을 포함하는 것은 차원을 달리 하는 문제라고 할 것이다.[26)]

교육기본법 제3조는 '학습권'이라는 제목아래 "모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육 받을 권리를 가진다."고 규정함으로써, 평생학습권을 명시적으로 인정하고 있다고 할 것이다.

Ⅴ. 헌법상 평생교육의 개념 정의

앞서 본 법리적·연혁적·비교법적인 내용을 종합하여 볼 때, 평생교육은 학교교육을 포함하는 더 넓은 개념으로 이해되어야 할 것이다.

그 논거를 정리해 보면 아래와 같다.

1. 헌법적 개념의 개방성

헌법에 표현된 단어나 문장은 그에 대한 시대적 변화나 법적 이념이나 가치에 대한 평가의 변화 또는 재해석에 따라 달라질 수 있는 개방성이 있다

26) 교육계에서 평생교육을 학교교육과 사회교육을 통합한 것으로 이해하는 것을 기능적 통합론이라고 하고, 학교교육과 사회교육 및 무형식 자기학습을 포함하여 평생교육의 내용으로 담는 것을 화학적 통합론이라고 보고 있으나(김용헌, 평생교육개론, 2008. 양서원, pp. 15~17), 후자의 경우에는 평생학습의 개념이 포함된 것으로서, 평생교육 자체를 헌법적으로 어떻게 해석해야 하는가와는 다른 차원이라고 할 것이다.

고 할 것이다. 헌법은 그 성격상 세세한 규정들로 정할 수 없는 한계가 존재하고, 그 문언적인 의미가 가장 중요하지만, 그 해석 자체는 열린 구조를 가지고 있다고 보아야 할 것이다.[27]

헌법 제31조 제6항이 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다."고 규정하고 있고, 그 조항에서 학교교육과 평생교육을 병렬적으로 정하고 있다는 것 자체에서 평생교육이 학교교육을 포함하는 개념으로 해석될 수 없는 것은 아니라고 할 것이다.[28]

평생교육 중에서도 특히 가장 중요한 학교교육을 강조하는 것으로 볼 수도 있고, 위 조항의 제정당시에는 학교교육을 평생교육과는 다른 것으로 보았으나, 이러한 사고를 오늘날 다르게 개념 정의할 수도 있는 것이다.

그와 같이 헌법에 정해진 엄밀한 문언적 의미와 달리 해석하고 있는 것은 헌법재판소의 선례들에서도 많이 찾을 수 있다.

대표적으로 헌법의 많은 조항들은 기본권의 주체로서 '모든 국민'이라고 정하고 있지만, 선례들은 '국민' 또는 국민과 유사한 지위에 있는 '외국인'은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하고 있어,[29] 원래의 문언적 의미를 넘

---

27) 헌법의 가족조항의 개방성을 논하면서 같은 취지의 접근방법을 사용하고 있는 예가 있다.
헌법을 규범과 현실로 조화되는 규범으로 이해하는 오늘날의 헌법입장에서는, 헌법은 시대와 상관없는 교과서에서나 존재하는 추상적인 규범으로만은 결코 머무르게 할 수만은 없기 때문이다. 헌법현실과 괴리감이 깊으면 깊을수록 원하든 원하지 않든 헌법의 역동성은 사라지며, 동시에 헌법의 현실지배적인 규범력은 약해질 수밖에 없다. 이는 헌법이 바라는 바가 아니라고 본다. 이 때문에 기본권보호의 규범영역은 기본적으로 공동체의 발전과 사회의 변천에 가능한 연결되어 있어야만 한다. 사회현실을 떠난 규범은 존재가치에 회의가 들기 때문이다. 이의 노력은 포기되어져서는 안 된다(임규철, 가족의 헌법상 의미에 관한 비판적 고찰, 헌법학연구 9권 1호 p. 12).

28) 예를 들어, 헌법 제36조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며,…"라고 규정하고 있는데, 혼인 자체가 가족생활에 포함되지 않는 것은 아니고, 가족생활 중에서 가장 근간이 되는 것을 강조하여 표시한 것이라고 볼 수 있다.

29) 현재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480 등 참조.

어서 판단하고 있다.[30]

문언적 의미를 떠나서도 해석이 가능한 경우가 있음에도 문언 자체에 어떠한 제한을 두고 있지 아니한 경우에 해당하는 평생교육의 개념에 대한 해석을 넓게 하지 못할 법논리적 이유는 없다고 할 것이다.

또한, 헌법 제15조는 '직업선택의 자유'만을 규정하고 있으나, 직업선택뿐만 아니라 직업수행의 자유도 포함하는 것으로 보고 있는바,[31] 이 역시 헌법적 문언 그 자체로만 개념 등을 확정하는 것은 아니라는 것을 보여준다.

요컨대 '학교교육 및 평생교육'이라는 헌법조문만으로 평생교육은 학교교육을 제외하는 개념이 되는 것은 아니고, 헌법적인 해석 및 논증을 통해 그 개념이 정해진다고 볼 것이다.

2. 개념정의의 주체

헌법에 사용되는 단어의 개념 중에서는 하위 법률에 의한 정의규정을 통하여 그 개념이 정해지는 경우가 상당수가 있다. 하지만, 헌법해석상 그 개념이 하위 법률에서 정한 개념보다 더 큰 개념이거나 다른 개념으로 헌법재판소나 법원에서 해석·적용될 수 있다. 하위법인 개별 법률에서 정한 정의에 의하여 반드시 헌법에서 표현하고 있는 개념들의 정의가 거꾸로 정해지는 것은 아니라고 할 것이다.

그런데, 앞에서 본 바와 같이 평생교육이라는 용어는 교육학계에서 사용

30) 헌법에는 '국민'이라고만 되어 있기 때문에, 문언적인 해석으로 볼 때, 외국인이 그 국민 속에 포함될 수 없는 것은 당연하다. 하지만, 학계의 다수설도 '헌법에 명시하고 있는 경우는 물론이고 명시하지 않고 있는 경우에도 성질상 당연히 인정된다고 보고 있다(정종섭, 헌법학원론, 2011, 박영사 pp. 324~325).

31) 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유는 직업 "선택"의 자유만이 아니라 직업과 관련된 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것이다. 또한 직업의 자유는 독립적 형태의 직업활동 뿐만 아니라 고용된 형태의 종속적인 직업활동도 보장한다. 따라서 직업선택의 자유는 직장선택의 자유를 포함한다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 677).

하고 있던 개념을 법 내로 받아들여진 것이라고 할 것이므로, 평생교육이라는 개념은 기본적으로는 교육학계에서 정의되는 것이다.

그와 같은 교육학계에서 정한 개념과 다르게, 개별 법률에서 그 규율하는 범위를 확정하는 의미에서 개념정의를 할 수 있지만, 그것은 개별법률 내에서의 개념정의의 문제일 뿐, 그 개념의 일반적인 정의라고는 할 수 없다.

그런데, 교육학계에서는 현재 평생교육을 '수평적으로는 가정교육, 사회교육, 학교교육을 통합한 교육'으로 이해하고 있다. 평생교육이라는 개념 자체를 창안한 랭그랑이 들고 있는 '1) 교육의 전 과정의 생활화, 2) 개인의 전생애를 통한 계속적인 교육, 3) 모든 형태의 교육의 통합적 연계조직화, 4) 생의 전 기간을 통한 수직적 통합과 개인 및 사회생활의 모든 국면을 포함한 수평적 통합'이라는 4가지 핵심적인 개념 요소에서도 모든 형태의 교육의 통합한다고 보고 있어, 평생교육은 학교교육과 사회교육 전반을 모두 포괄하는 상위 개념으로 사용하고 있었으며, 1960년대로부터 현재에 이르기까지 50여 년 동안 교육학계에서 정의내린 평생교육의 개념과 달리 평생교육법에서 정하고 있음에도 불구하고, 평생교육법상의 정의가 헌법적인 평생교육의 개념정의라고는 할 수 없는 것이다.[32)]

다만, 평생교육법상에서는 평생교육의 개념을 학교교육을 제외한 것으로 정의하고 있으므로, 헌법적으로는 평생교육이란 것은 생의 전 기간을 통한 통합적 교육이라고 할 것이지만, 현행 평생교육법상으로는 학교교육은 제외되는 개념으로 사용되고 있다고 표현할 수 있을 뿐이다.

3. 연혁적 고찰

법연혁적으로 살펴보면, 종래 학교교육을 제외한 평생교육을 사회교육이

32) 학문적 입장에서 평생교육의 개념은 평생교육법에서의 정의와 달리 Paul Legrand, Van Omamen, Dave 등은 일반적으로 평생교육에 학교교육도 포함하고 있어, 이러한 관점에서는 학교교육은 당연히 평생교육에 포함된다고 할 수 있다(이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. p. 12).

라고 칭하였는바[33](1982년부터 1999년까지 사회교육법이 존속하고 있던 기간 동안), 사회교육법이 제정된 1982년부터 이미 사회교육과 평생교육을 구분한 정의가 존재하였다고 할 것이다. 이 기간 동안에 사회교육법이 정한 개념 정의에 따르면, 평생교육을 학교교육을 포함하는 것으로 보고 있었다고 평가할 수 있다.

교육기본법에서도 그 제정시인 1997. 12. 13.부터 제10조 제1항에 '국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다.'고 정하고 있어, 사회교육이 평생교육보다는 작은 개념임을 시사하고 있다.

반면, 헌법상으로는 1980. 10. 27. 헌법이 개정되면서, 현재와 같은 내용으로 평생교육이라는 문구가 등장하였는데, 평생교육법이 아닌 사회교육법으로 그 이후인 1982. 12. 31. 제정된 것은 사회교육이라는 개념이 평생교육보다는 하위개념이라는 것을 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

이러한 연혁적인 측면에서 볼 때, 현행 평생교육법이 학교교육을 제외하고 있다는 이유로 헌법상 평생교육의 개념을 사회교육으로 한정해 버린다면, 평생교육의 중요성을 받아들여 헌법에 평생교육을 규정하고 사회교육법을 평생교육법으로 개정하였음에도 오히려 평생교육의 개념을 더 좁게 바라보게 되는 모순이 발생한다.

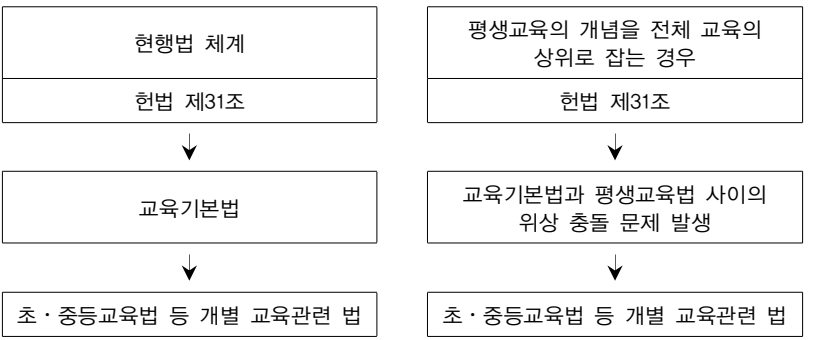
4. 현행법체제의 고려

평생교육법상 평생교육에 학교교육을 제외한 것은 논리적·개념적인 것이 아니라, 실정법적 체계를 고려한 것으로 볼 수 있다. 평생교육을 학교교육 및 비제도교육을 포괄하는 상위적으로 놓고 보면, 학교교육을 중심으로

33) 사회교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 평생교육법이 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "사회교육"이라 함은 다른 법률에 의한 학교교육을 제외하고 국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말한다.

한 전체 교육관련법 체제에 혼선을 가져오는 면이 있다.

평생교육이 학교교육과 그 밖의 교육일체를 포괄하는 것으로 보면, 평생교육법이라는 것이 교육기본법과 마찬가지의 내용을 가질 수밖에 없다.



따라서 명칭 자체는 평생교육법이라 칭하면서도, 그 평생교육의 개념을 한정하여, 내용상으로는 학교교육을 제외한 사회교육에 관한 규율을 할 수 밖에 없었다고 할 것이다. 더욱이 헌법에서 평생교육의 진흥의무 등을 규정하고 있음으로 인하여, 사회교육법을 평생교육법으로 법명을 개정한다는 개정안(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 개정된 평생교육법)의 취지에서도 그와 같은 점을 엿볼 수 있다고 할 것이다.[34]

평생교육에 관한 이러한 개념적 충돌을 해결하는 방안으로 여러 가지 방법이 있을 것이나, 현행법률체계를 존중한다는 의미에서는 평생교육법상 정의된 평생교육은 '협의의 평생교육'으로, 학교교육을 포함하여 교육 전체를 의미하는 것은 '광의의 평생교육'으로 칭할 수 있을 것이다.

34) 정규학교 교육과정과 법적 체계의 충돌이 우려되어 학교교육은 평생교육에서 제외되었다. 임해규 의원 입법안에도 학교교육을 평생교육으로 포함하고 있었으나, 정규교육과정과 법적용 혼란을 야기할 소지가 있어 국회심의과정에서 받아들여지지 않았다. 학교교육을 평생교육의 범주에 포함시키면 평생교육법 아래에 교육기본법, 초·등교육법, 고등교육법이 속하게 되어 법체계를 다시 구성해야 하는 것을 의미한다(이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. pp. 12～13).

따라서 헌법에서 규정한 평생교육은 '광의의 평생교육'이라고 할 것이고, 학교교육을 따로 표현하고 있는 것은 그것이 종래의 제도적·법적 기반을 확실히 가지고 있으므로, 이를 강조하는 것으로 해석하여야 할 것이다.

또한, 평생교육법상의 평생교육의 개념이 법률상 한정된 개념인 것은 교육기본법과의 관계 속에서도 드러난다고 할 것이다.

즉 평생교육법 제1조가 '헌법과 교육기본법'을 모법으로 하여 평생교육제도에 관한 기본적인 사항을 정한다고 규정하고 있으므로, 교육기본법이 내용상 상위법률이라고 할 것인데, 교육기본법은 평생교육에 대하여 따로 개념정의하지 않은 채 평생교육이 아닌 사회교육이라는 제목으로 제10조 제1항에 "국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다."고 규정하고 있을 뿐이다.

나아가 교육기본법 제10조와 제11조에는 사회교육 및 사회교육시설이라는 용어를 기본적으로 사용하고 있음에도,[35] 평생교육법이외에 사회교육법은 더 이상 존재하지 않고 있어, 평생교육법상의 평생교육이 실질적·내용적으로 사회교육임을 시사하고 있다고 할 것이다.

또한, 제9조에서는 학교교육이라는 제목 아래 학교가 평생교육을 위하여 노력하여야 한다는 내용의 조항 역시 두고 있다.[36]

결국 교육기본법 상에는 평생교육을 학교교육을 제외한 교육으로 보고

---

35) 제10조 (사회교육) ① 국민의 평생교육을 위한 모든 형태의 사회교육은 장려되어야 한다.
② 사회교육의 이수(履修)는 법령으로 정하는 바에 따라 그에 상응하는 학교교육의 이수로 인정될 수 있다.
③ 사회교육시설의 종류와 설립·경영 등 사회교육에 관한 기본적인 사항은 따로 법률로 정한다.
제11조 (학교 등의 설립) ① 국가와 지방자치단체는 학교와 사회교육시설을 설립·경영한다.
② 법인이나 사인(私人)은 법률로 정하는 바에 따라 학교와 사회교육시설을 설립·경영할 수 있다.

36) 제9조 (학교교육) ② 학교는 공공성을 가지며, 학생의 교육 외에 학술 및 문화적 전통의 유지·발전과 주민의 평생교육을 위하여 노력하여야 한다.

있는 어떠한 규정도 없을뿐더러, 그 내용상으로도 평생교육이라는 큰 틀에서 제9조는 학교교육을, 제10조는 사회교육을 규정하고 있는 것으로 볼 수 있어, 헌법 및 교육기본법 상으로는 평생교육을 넓은 의미로 정의할 수 있는 여지가 충분하다고 할 것이다.[37]

5. 혼재되어 있는 학교교육과 평생교육

이미 현행법제도 내에서 학교교육과 (협의의) 평생교육은 서로 혼재되어 있다. 학교교육은 정규교육과정으로서 교과과정(교과・수업일수・입학자격・입학전형 등)이 정해져 있고, 그 과정을 이수함으로써 학력・학위 등이 인정되는데 반하여, (협의의) 평생교육은 비정규교육으로서 교과과정이 좀 더 유연하면서도 학력・학위가 인정되지 않는 것에서부터 출발하였다고 할 것인데, 현행법체계에서는 정규교육과정에 포함되면서도 교과과정이 자유로운 교육형태가 다수 존재하고, 반대로 평생교육으로 불리면서도 학력・학위 등이 인정되는 교육형태도 다수 존재한다.

원래 평생교육제도로 출발하였지만 학교교육제도로 편입된 예를 살펴보면, 초・중등교육법은 학교교육을 받지 못한 자 등을 대상으로 하는 고등공민학교(제44조), 방송통신고등학교(제51조), 대안학교(제60조의3)[38]등을 규정하고 있고, 초・중등교육법 시행령은 특성화 중학교(제76조), 특성화 고등학교(제91조) 등을 규정하고 있으며, 고등교육법에는 산업대학(제37조 내지 제

37) 평생교육법상 평생교육의 이념은 좁은 의미에서 기술되어진 것으로 보인다. 헌법과 교육기본법의 조항에 비추어 볼 때 평생교육의 이념도 헌법상 행복추구권, 평생교육을 받을 권리 및 교육기본법상 교육의 이념을 기초하여 넓은 의미로 재규정되어야 할 것이다(이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. p. 19).

38) 제1항 학업을 중단하거나 개인적 특성에 맞는 교육을 받고자 하는 학생을 대상으로 현장 실습 등 체험위주의 교육, 인성위주의 교육 또는 개인의 소질・적성 개발위주의 교육 등 다양한 교육을 실시하는 학교로서 제60조 제1항에 해당하는 학교(이하 “대안학교”라 한다)에 대하여는 제21조 제1항, 제23조 제2항・제3항, 제24조 내지 제26조, 제29조 및 제30조의4 내지 제30조의7의 규정을 적용하지 아니한다.

40조의2), 원격대학(제52조 내지 제54조)을 규정하고 있다.[39]

반대로 평생교육제도로 출발하였지만, 학교교육과 같이 학력·학위 등이 인정되는 평생교육시설의 예를 보면, 평생교육법은 학력·학위가 인정되는 학교형태의 평생교육시설(제31조)과 사내대학형태의 평생교육시설(제32조) 등을 규정하고 있다.

비록 평생교육시설로 분류되고 있다고 하더라도 학력과 학위 등을 인정하면서 그 등록과 운영 등의 법적 형식을 정해둔다면, 이는 이미 제도교육 내에 포함되는 것이라고 할 것이어서, (협의의) 평생교육 자체가 비제도적인 교육에서 제도적인 교육으로 편입되고 있는 것을 보여준다고 할 것이다.

따라서 종래 학교교육 제도가 하나의 틀 아래 이루어진 정규교육이고, (협의의) 평생교육은 학교교육제도를 벗어난 비정규교육이었다고 한다면, 현행 법체계는 이미 학교교육과 (협의의) 평생교육이 혼재된 형식을 띤다고 할 것이다.

학교교육 내의 평생교육제도 (초·중등교육법, 고등교육법)	평생교육 내의 학교교육제도 (평생교육법)
고등공민학교 방송통신고등학교 대안학교	학교형태의 평생교육시설 사내대학형태의 평생교육시설

위와 같은 형태의 학교교육과 (협의의) 평생교육이 그 교육의 형태의 혼재의 측면이라고 한다면, 학교라는 인적·물적 시설을 평생교육기관으로서도 이용될 수 있도록 개방함으로써(평생교육법 제29조[40]) 학교 자체가 (협

39) 산업대학과 원격대학의 당초 설립목적은 성인의 평생교육을 증진하기 위한 것이었으나, 정규교육으로 변질되어 가는 경향이 있다. 산업대는 개방대에서 출발하였으나 정규학교화 되어가는 경향이 있고, 원격대는 설립기준 강화차원에서 평생교육법에서 고등교육법으로 법적 근거가 변경되었다(이황원, 법적관점에서 살펴본 평생교육론, 2008. 교육과학사. p. 11).

40) 제29조 (학교의 평생교육) ①「초·중등교육법」및「고등교육법」에 따른 각급학교의 장은 평생교육을 실시함에 있어서 평생교육의 이념에 따라 교육과정과 방법을 수요

의의) 평생교육시설로서도 기능함으로써 혼재되는 측면도 있다.

즉 아래 각 법령 조항에서 학교가 평생교육시설로 사용될 수 있도록 하는 구체적인 내용들을 규정하고 있어, 학교는 더 이상 학생교육기관에 국한되지 않고, 평생교육기관으로서의 역할도 수행하고 있다고 할 것이다.

교육기본법 제9조 제2항	학교는 공공성을 가지며, 학생의 교육 외에 학술 및 문화적 전통의 유지·발전과 주민의 평생교육을 위하여 노력하여야 한다.
초·중등교육법 제11조	모든 국민은 학교교육에 지장이 없는 범위 안에서 국립학교의 경우에는 학교의 장이, 공립 및 사립학교의 경우에는 시·도의 교육규칙이 정하는 바에 의하여 학교시설 등을 이용할 수 있다
평생교육법 제29조(학교의 평생교육)	① 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 각급학교의 장은 평생교육을 실시함에 있어서 평생교육의 이념에 따라 교육과정과 방법을 수요자 관점으로 개발·시행하도록 하며, 학교를 중심으로 공동체 및 지역문화 개발에 노력하여야 한다. ② 각급학교의 장은 해당 학교의 교육여건을 고려하여 학생·학부모와 지역 주민의 요구에 부합하는 평생교육을 직접 실시하거나 지방자치단체 또는 민간에 위탁하여 실시할 수 있다.(단서 생략) ③ 제2항에 따른 학교의 평생교육을 실시하기 위하여 각급학교의 교실·도서관·체육관, 그 밖의 시설을 활용하여야 한다.

자 관점으로 개발·시행하도록 하며, 학교를 중심으로 공동체 및 지역문화 개발에 노력하여야 한다.
② 각급학교의 장은 해당 학교의 교육여건을 고려하여 학생·학부모와 지역 주민의 요구에 부합하는 평생교육을 직접 실시하거나 지방자치단체 또는 민간에 위탁하여 실시할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 하는 법인 및 단체는 제외한다.
③ 제2항에 따른 학교의 평생교육을 실시하기 위하여 각급학교의 교실·도서관·체육관, 그 밖의 시설을 활용하여야 한다.
④ 제2항 및 제3항에 따라 학교의 장이 학교를 개방할 경우 개방시간 동안의 해당 시설의 관리·운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

평생교육법 제30조(학교 부설 평생교육시설)	① 각급학교의 장은 학생·학부모와 지역 주민을 대상으로 교양의 증진 또는 직업교육을 위한 평생교육시설을 설치·운영할 수 있다. 평생교육시설을 설치하는 경우 각급학교의 장은 관할청에 보고하여야 한다. ② 대학의 장은 대학생 또는 대학생 외의 자를 대상으로 자격취득을 위한 직업교육과정 등 다양한 평생교육과정을 운영할 수 있다. ③ 각급학교의 시설은 다양한 평생교육을 실시하기에 편리한 형태의 구조와 설비를 갖추어야 한다.

학교교육과 (협의의) 평생교육이 통합되어 가고 있는 점의 또 다른 예는 학교교육이외에 교육에 대한 학위 및 학점인정이라고 할 것이다. '학점 인정 등에 관한 법률'은 1997. 1. 13. 제정된 이래로, 일정한 교육과정을 이수하면 학습과정의 평가인정을 통하여 학점을 인정해 주고 학위를 수여하는 내용을 규정하고 있다.

학교교육이라는 제도적 교육 이외에 (협의의) 평생교육에 포함되는 평생교육시설 등에서의 교육과정을 이수한 것에 대하여 학교를 이수한 것과 같은 학위나 학점을 인정해 주는 것은 학교교육과 평생교육이 이미 상당부분 통합의 과정에 있음을 반증하는 것이라고 할 것이고, 종래 학력주의에서 능력주의로의 전환이 이루어지고 있음을 보여주는 것이라고 할 것이다.[41]

6. 교육을 받을 권리의 헌법상 지위

'능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리'를 규정한 헌법 제31조 제1항이

41) 학교교육과 (협의의) 평생교육이 통합되고 있는 면을 보여 주는 또 다른 예로는 독학학위취득제도를 들 수 있다. '독학에 의한 학위취득에 관한 법률'은 1990. 4. 7. 제정되었고, 독학자(獨學者)에게 학사학위(學士學位) 취득의 기회를 줌으로써 평생교육의 이념을 구현하고 개인의 자아실현과 국가·사회의 발전에 이바지하는 것을 목적으로 한다(제1조).

헌법 제31조의 다른 항들에 비하여 헌법 체계상 가지는 우월적 지위의 측면이 있다. 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 이하 제2항 내지 제6항은 그러한 ‘교육을 받을 권리’를 좀 더 구체적으로 정하고 있다고 할 수 있다.

그런데, 여기에서의 교육을 받을 권리는 국가에 대한 관계에서는 국민이 능력에 따라 균등하게 교육을 받는 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않는 것과 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려해줄 것을 요구할 수 있는 권리로 해석되고 있고, 부모가 친권의 범위 내에서 가지는 교육의 자유와 권리는 명문의 규정에 관계없이 인정되는 자연적 권리로 해석하고 있다.[42)]

그러한 교육을 받을 권리가 가지는 지위를 고려하면, 학교를 통한 교육과 (현행법상) 평생교육시설을 통한 교육, 나아가 무형식의 교육 모두 ‘능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리’가 적용되는 형식적·장소적인 대상이 된다고 할 것이다.

그러므로 헌법 제31조 제4항, 제5항에서 언급되는 평생교육은 기본적으로 ‘국민의 교육을 받을 권리’를 구체화하는 형태를 모두 포함하는 것으로 보아야 할 것이다.

7. 비교법적 자료

마지막으로 비교법적으로 살펴보면, 앞서 본 바와 같이 일본의 경우와 같이 평생교육의 개념을 학교교육도 포함하는 것으로 보고 있고, 독일 역시 근래에 들어서 제도적으로 학교교육도 평생교육의 내용으로 이해하고 있다고 할 것이다.

미국에서 평생교육이 성인교육을 중심으로 이루어지고 있지만, 그러한 성

42) 정종섭, 앞의 책, p. 762, 독일연방헌법 제6조 제2항은 자녀의 양육과 교육은 양친의 자연적인 권리라고 명시하고 있다.

인교육을 Adult Education이라고 칭하고, Lifelong Education이라고 칭하고 있지 아니한 것 역시 평생교육이라는 개념이 더 넓은 개념임을 반증한다고 할 것이다.

기본적으로 각국에 들어온 평생교육은 유네스코와 OECD가 수십 년간 발전시켜온 평생교육의 연구성과를 받아들인 것이므로, 각국의 실정에 맞는 평생교육이 어떠한 방법으로 운영되는 것은 별론으로 하고, 평생교육의 개념 자체는 모든 교육의 형태를 아우르는 것으로 보아야 할 것이다.[43]

8. 소결론

위에서 본 바를 종합하면, 헌법상 평생교육은 학교교육과 사회교육(협의의 평생교육)을 포함한 넓은 개념으로 이해하여야 할 것이다. 이를 개념적으로 정의해보면, 아래와 같다.

『종래 학교교육・제도교육・교육자 중심이었던 교육제도는 오늘날 지식정보화사회로 진입함에 따라 그 지식의 경로 역시 다양화되고, 다양한 경로를 통해 습득한 지식과 기술로 사회에 진출하면서 갖는 직업의 형태 역시 다양화되어, 형식화된 하나의 교육형태만으로는 그 다양한 수요를 충족시키기 어렵게 되었는바, 그러한 배경아래 평생교육의 개념이 등장하게 되었다.

따라서 평생교육은 종래의 정규의 학교교육 이외에도 취미활동・취업뿐만 아니라 개인의 삶의 질의 향상이라는 목표를 위하여 태교에서부터 시작하여 유아교육・아동교육・청년교육・성인전기교육・성인후기교육・노인교육을 수직적으로 통합한 교육과 가정교육・사회교육・학교교육을 수평적으로 통합한 교육을 총칭하는 개념이라고 할 것이다.

형식적으로는 현행법체제가 학교교육제도와 사회교육제도(협의의 평생교

43) 한국, 태국, 필리핀은 평생교육 개발도상국가로 분류되면서, 공통적으로 평생교육을 비형식교육(non-formal education)으로 바라보고 있는 특징을 가지고 있다고 보고 있다(한숭희, 평생교육론－평생학습사회의 교육학, 2008. p. 267).

육제도)로 나누어 규율하고 있지만, 이미 각 교육제도에서도 서로 다른 교육형태인 학교형태의 평생교육시설, 사내대학형태의 평생교육시설, 고등공민학교, 방송통신고등학교, 대안학교, 특성화 중학교, 특성화 고등학교 등을 포함하고 있어, 교육제도는 이미 학교교육과 사회교육을 포함한 평생교육의 큰 틀 내로 진행하고 있다고 할 것이다.

따라서 비록 평생교육법에서는 평생교육의 개념을 한정하여 사용하고 있지만, 이는 학교교육을 제외한 좁은 의미의 평생교육을 의미하는 것일 뿐, 이러한 정의가 헌법에서 규정하고 있는 평생교육의 개념을 설정하는 것은 아니라고 할 것이다.』

Ⅵ. 확장된 평생교육 개념에 따른 헌법해석의 차이

1. 선례에 대한 검토

가. 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519 사건

앞서 본 바와 같이, 이 사건에서 헌법재판소는 평생교육으로서의 학원교육이라는 소제목 아래 학원이 평생교육을 담당하는 시설의 하나라고 하면서, 헌법상 평생교육 조항과 평생교육법상의 평생교육을 연결하는 논증을 한 바 있다.

하지만, 앞서 본 바와 같이 평생교육의 개념을 넓게 보면, 헌법조항으로부터 먼저 평생교육의 원래의 개념을 설정하고, 나아가서 학원에 대한 설시를 하는 논증으로 바꾸어 볼 수 있다.

【선　례】: 『헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하면서, 동조 제5항에서 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.”고 규

정하여 국가의 평생교육 진흥의무를 선언하고 있다. 이에 따라 평생교육에 관하여 규율하는 평생교육법은 평생교육의 개념을 "학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동"으로 정의하면서(동법 제2조 제1호) 평생교육시설을 '동법에 의하여 인가·등록·신고된 시설'과 '학원 등 다른 법령에 의한 시설'로 구분하고 있는바(동법 제2조 제3호), 이와 같이 학원은 평생교육을 담당하는 시설의 하나이다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 466).』

【재정의】: 『헌법 제31조 제1항은 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다."라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하면서, 동조 제5항에서 "국가는 평생교육을 진흥하여야 한다."고 규정하여 국가의 평생교육 진흥의무를 선언하고 있다. 여기에서 헌법상 평생교육은 '정규의 학교교육 이외에도 취미활동, 취업뿐만 아니라 개인의 삶의 질의 향상이라는 목표를 위하여 태교에서부터 시작하여 유아교육, 아동교육, 청년교육, 성인전기교육, 성인후기교육, 노인교육을 수직적으로 통합한 교육과 가정교육, 사회교육, 학교교육을 수평적으로 통합한 교육'을 총칭하는 개념이라고 할 것이다. 따라서 평생교육법상 평생교육의 개념인 "학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동"은 좁은 의미의 평생교육을 정의하고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 나아가 평생교육법상 '동법에 의하여 인가·등록·신고된 시설'과 '학원 등 다른 법령에 의한 시설'을 좁은 의미의 평생교육시설로 분류하고 있으므로, 학원은 그와 같은 좁은 의미의 평생교육시설 중 하나라고 할 것이다.』

나. 헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144

【선 례】: 『평생교육은 정규의 학교교육을 마친 이후에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습을 의미하는 것으로, 대학교육이 평생교육에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144, 판례집 22-2하, 499, 506).』

【재정의】: 『평생교육은 '정규의 학교교육 이외에도 취미활동, 취업뿐만 아니라 개인의 삶의 질의 향상이라는 목표를 위하여 태교에서부터 시작하여 유아교육, 아동교육, 청년교육, 성인전기교육, 성인후기교육, 노인교

> 육을 수직적으로 통합한 교육과 가정교육, 사회교육, 학교교육을 수평적으로 통합한 교육'을 총칭하는 개념이라고 할 것이다. 따라서 대학교육은 학교교육이지만, 동시에 평생교육에도 해당한다고 할 것이다.』

위 사건은 재판관 5 : 4로 합헌 결정이 난 사건으로, 평생교육에 관한 정의의 차이가 반드시 그 결론에 영향을 미치는 것은 아니지만(시설적・재정적・장소적 여러 가지 조건들을 감안하면, 각 교육제도의 내용을 어떻게 구체화할 것인지에 대하여는 기본적으로 입법자의 광범위한 형성의 자유가 있다고 할 것이므로), 재판관 4인의 반대의견은 "평생교육이란 정규의 학교교육을 마친 이후에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습을 의미한다고 할 것이나, 그 평생교육이 정규 학교교육이 아닌 일반 혹은 기타 교육시설에서의 학습만을 지칭한다고 보기 어렵고, 경우에 따라서는 또 다른 계속적 학교 교육까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이다."라고 하여, 평생교육의 개념을 계속적 학교 교육까지 포함하는 넓은 개념으로 이해한 바탕에서 기본권 침해를 인정한 바 있다.

2. 헌법해석과 논증의 차이

종래 평생교육을 '학교교육을 마친 이후에 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습'이라고만 보던 해석을 떠나, '학교교육과 사회교육을 포함한 교육 일체'라고 해석하게 되면, 헌법상 평생교육을 받을 권리의 위치는 일반적인 '능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리'와 사실상의 동의어로써 보게 된다는 점에서 그 개념정의의 실천적인 의미가 있다고 할 것이다.

평생교육법상 정한 평생교육과의 혼돈을 피하기 위해서는 광의의 평생교육을 받을 권리, 협의의 평생교육을 받을 권리로 나누어 쓸 수도 있을 것이나, 광의의 평생교육을 받을 권리가 헌법적으로 평생교육을 받을 권리이므로, 오히려 협의의 평생교육을 받을 권리를 '평생교육법상 평생교육을 받을

권리'로 표현하는 것이 의미의 혼선을 막을 수 있을 것으로 보인다.

따라서 평생교육을 받을 권리에 대한 판단은 학교교육과 평생교육을 이분법적으로 나누어 그 틀을 달리하는 것으로 보고 판단할 것이 아니라, 국민의 교육을 받을 권리의 하나의 큰 틀에서 판단을 해야 할 것이다.

다만, 교육을 받을 권리 자체가 자유권적 기본권이 아닌 사회권적 기본권으로서의 성격이 강하고, 교육에 따른 여러 가지 제도적 바탕이 이루어져야 하며, 나아가 이에 대한 입법재량이 상대적으로 넓은 영역이라고 할 것이므로, 평생교육권의 침해 주장을 판단하는 기본 심사구조도 과잉금지심사가 아닌 합리성심사가 되는 경우가 많다고 할 것이고, 나아가 과소보장금지의 심사방법이 적용되는 경우도 있을 것으로 보인다.

이하 좀 더 세분화하여 살펴본다.

가. 평생교육권과 교육을 받을 권리

종래 교육을 받을 권리에서의 헌법적 권리로 보장하는 교육은 학교교육만을 의미한다고 보아 왔다.[44] 이러한 해석은 학교교육이 가장 일반적이고 조직적인 형태의 교육으로 보고 있었기 때문이다.[45]

하지만, 이렇게 교육을 받을 권리를 좁게 본다면, 평생교육을 받을 권리, 즉 학교교육의 틀 내에 있지 아니한 교육과 관련하여서는 헌법상으로는 아무런 권리가 없다는 결과가 되고(단지, 헌법 제31조 제5항에 따라 국가의 평생교육 진흥의무만이 있다고 보게 된다), 나아가 헌법상 어떠한 권리도 아니기 때문에 평생교육권에 대한 과도한 제한이나 불평등한 취급 등도 기본권 침해가 되지 않는다는 결과가 된다.[46]

---

44) 정종섭, 앞의 책 p. 767.
45) 정종섭, 앞의 책 p. 767.
46) 예를 들어, 방송통신대학에 서울에 거주하는 사람들만 입학자격을 주고, 그 이외의 지역에 거주하는 사람들은 입학자격을 제한하더라도 평생교육을 받을 권리가 헌법상 권리가 아니므로, 기본권침해 문제가 발생하지 않는다는 결론에 이른다.

따라서 교육을 받을 권리에서의 '교육'에는 학교교육과 사회교육을 모두 포함한 평생교육도 당연히 포함된다고 보아야 할 것이어서, 교육을 받을 권리에는 평생교육권을 받을 권리도 포함된다고 할 것이다.

평생교육의 개념을 학교교육을 포함하는 것으로 재정의(redefinition)하게 되면, (협의의) 평생교육권도 종래 헌법적 권리로 보장받는 학교교육을 받을 권리와 같은 지위로 올라간다고 할 것이어서, 평생교육권의 기본권성이 더욱 명확하게 된다고 할 것이고, 나아가 평생교육권의 제한과 관련한 심사도 더욱 강화되는 측면이 있다고 할 것이다.[47]

나. 학습자(피교육자)의 측면의 강조

평생교육은 평생학습과 비록 개념적으로 구별되더라도 기본적으로 교육자 중심에서 피교육자(학습자) 중심으로 교육제도를 바라보는 공통의 틀(paradigm)을 가진다고 할 것이다. 학교교육을 제도교육의 중심으로 보고, 평생교육을 부차적·보완적으로 보는 관점에서 떠나, 학교교육과 사회교육을 선택 가능한 교육제도의 큰 틀로 이해하게 되는 것이다.

고등교육의 단계에서 학습자들이 대학에 입학할 것인가, 전문대학에 입학할 것인가, 아니면 바로 취직을 하면서 평생교육시설 등을 통하여 학습을 이어갈 것인가의 선택이 자유로운 것처럼, 중등교육 이하의 교육에서도 의무교육의 틀을 벗어나지 않는 범위 내에서는 자신에게 가장 적합한 교육제도를 선택할 수 있다고 할 것이다.

물론, 학교교육을 중심으로 교육제도가 발전해왔고 학교교육이 가장 기본

47) 현재 학교관련 교육법과 '평생교육법'을 이원화하고 있는 현행 교육행정의 현실은 평생학습을 통한 인적자원개발을 21세기 국가의 생존 전략으로 채택하고 있는 세계적 기준과 추세에 어긋나고 있으며, 교육기본법을 (가칭) 평생교육법(현 평생교육법이 아닌 최상위 모법을 의미함)을 제정하고, 학령 전 유아교육법, 초·고등학교의 기초단계 교육법, 고등교육법, 성인계속교육법이 하위법으로 형성되어야 하고, 현재 정부의 각 부처에 산재되어 있는 교육과 훈련을 총괄하고 통합기구가 설립되어야 한다고 주장하는 입장이 있다(이상오, 평생교육론－역사·조건·전망, 2005. pp. 428～432).

적인 교육임은 부정할 수 없지만, 오늘날 학력주의에서 능력주의로 사회가 나아가려고 노력하고 있고, 교육을 선택에 관한 개인적·사회적 욕구가 증대되고 있는 점에 비추어 보면, 사회교육(좁은 의미의 평생교육) 등을 통하여도 원하는 학습을 할 수 있도록 제도적 보완이 이루어져야 할 것이다.

따라서 다양한 교육적 기회에 대하여 어떠한 입학자격 등이 문제가 되는 경우에는 학습자의 입장에서 그러한 교육에의 제한이 평생교육권 내지 교육을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 검토되어야 할 것이고, 학교교육과 사회교육(좁은 의미의 평생교육)을 준별하는 잣대로 국가나 교육자의 측면에서만 접근할 것은 아니라고 할 것이다.

다. 평등권(평생교육평등권)과의 관계

(1) 수직적 관점에서의 평생교육 평등권

평생교육을 수직적(垂直的)으로 본다는 것은 학습자(피교육자)가 태어나서 죽을 때까지의 시간의 진행에 따라, 평생교육권이 보장되는지 여부에 관한 것이라고 할 것이다.

유아교육, 초·중등교육, 고등교육, 성인교육 등의 일련의 과정에서의 평생교육권의 강조는, 현행 교육법체계에서는 중학교까지는 의무교육으로 되어 있으므로, 고등학교(내지 그와 같은 수준의 학교 등) 이상의 교육을 받음에 있어서 그 의미가 있다고 할 것이다.

평생교육의 기회균등의 면에서는 정규의 학교교육을 받은 학생들을 평생교육시설을 통해 학력을 인정받은 자들에 비하여 고등교육의 입학자격 등과 관련하여 합리적인 이유 없이 우대하거나 자격의 제한을 둔다면, 이는 수직적 측면에서 평생교육에 관한 평등권에 대한 침해가 될 수 있을 것이다.

또한, 고등교육 이상의 학교교육 및 사회교육을 받고자 함에도 지역에 따라서 어떠한 교육제도 등이 전혀 갖추어져 있지 않다면, 이는 평생교육권 자체에 대한 입법부작위 내이 행정부작위가 문제될 수 있을 것이다.

(2) 수평적 관점에서의 평생교육 평등권

수평적(水平的) 관점에서의 평생교육은, 같은 정도의 학력을 취득케 하는 학교교육제도와 사회교육제도가 있는 경우, 사회교육제도를 통해 교육을 받을 수 있는 기회가 학교교육제도에 비하여 현저히 적은 경우에 평생교육권의 제한이 문제될 수 있다.

고등학교 내지 이와 동등의 학력을 인정하는 평생교육시설 등에 입학함에 있어서 고등학교 등은 그 모집인원이 많고, 지역적으로 그 수가 많음에 비하여, 평생교육시설은 그 모집인원도 현저히 적고, 지역적인 한계도 크다면, 이는 수평적 관점에서 평생교육권을 제한하고 있는 것이라고 할 수 있다.[48]

또한, 초·중등 또는 고등의 학력을 인정해 주는 평생교육시설에 대한 국가 또는 지방자치단체의 지원이 일반 학교에 비하여 현저히 적다면, 평생교육 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 있는 경우도 있을 것이다.

라. 직업의 자유(특히 직업 교육장 선택의 자유)와의 관계

교육을 받을 권리가 헌법적으로 보장을 받는 이유 중에는 개인적·사회적 측면에서 교육을 통하여서만 자주적 생활능력과 공동체 생활에 필요한

---

48) 헌법재판소는 교육공무원법 제11조의2 [별표 2] 제2호에 대한 위헌심판사건에서, 아래와 같이 교육을 받을 권리에는 지역에 따른 균등한 교육시설 등의 교육체계를 구축할 의무가 있다고 판시한 바 있어, 수평적·소적 측면에서의 교육평등권을 설시한 바 있다.
"이 사건 법률조항이 기본적으로 교사자격자의 공무담임권과 관련된 것이지만, 다른 한편 특정 지역에서 교육을 담당할 교원의 수급과도 관련된 문제로서 피교육자의 교육받을 권리는 물론 지방의 교육자치와도 일정한 관계가 있다. 헌법 제31조의 취지를 고려하면, 국가는 국민의 교육받을 권리를 보장하기 위하여 교육시설이나 교육인력이 특정지역에 편중되거나 큰 질적 차이 없이 전국적으로 적정하게 분포되도록 하고 동시에 지역실정에 맞는 교육체계를 구축할 의무를 지고 있다고 볼 수 있으므로 이러한 측면들도 함께 고려하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 살펴볼 필요가 있다."(헌재 2007. 12. 27. 2005헌가11, 판례집 19-2, 691)

소양을 갖출 수 있고, 나아가 인간다운 생활을 영위할 수 있는 점이 있기 때문이다.[49] 그러한 교육의 이념적 가치 중에서도 '자주적 생활능력'은 일반적으로 '직업'을 통하여 이루어지므로, 교육의 상당부분은 직업을 선택하고 수행하기 위한 수단으로서의 기능 또한 가진다고 할 것이고, 실질적으로 그렇게 운영되고 있다.

특히 (협의의) 평생교육시설과 관련하여서는 직업교육이 하나의 큰 축을 형성하고 있다고 할 것이다.

한편, 헌법재판소는 헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유라 함은 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유뿐만 아니라 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하고, 직업선택의 자유에는 자신이 원하는 직업 내지 직종에 종사하는데 필요한 전문지식을 습득하기 위한 직업교육장을 임의로 선

---

49) 교육기본법 제2조는 교육이념을 "교육은 홍익인간(弘益人間)의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야(陶冶)하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영(人類共榮)의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다."고 규정하고 있다. 이러한 측면에 관하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다.
"교육을 받을 권리는, 첫째 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 헌법이 추구하는 문화국가를 촉진시키고, 셋째 합리적이고 계속적인 교육을 통해서 민주주의가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 헌법이 추구하는 민주주의의 토착화에 이바지하고, 넷째 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다. 이러한 교육을 받을 권리의 중요성을 인식하고 이를 실현하기 위하여 우리 헌법은 제31조 제1항에서 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다."고 규정함으로써 모든 국민의 교육의 기회균등권을 보장하고 있다. 이는 정신적·육체적 능력 이외의 성별·종교·경제력·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별하지 않고, 즉 합리적 차별사유 없이 교육을 받을 권리를 제한하지 아니함과 동시에 국가가 모든 국민에게 균등한 교육을 받게 하고 특히 경제적 약자가 실질적인 평등교육을 받을 수 있도록 적극적 정책을 실현해야 한다는 것이다."(헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173, 177-178)

택할 수 있는 '직업교육장 선택의 자유'도 포함된다고 판시한 바 있다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 258).

그런데, 평생교육을 받을 권리가 (협의의) 평생교육을 받을 권리에서 더 나아가 학교교육을 모두 포함한 교육을 받을 권리로 이해되고, 한편으로는 자신이 원하는 직업 내지 직종에 종사하는데 필요한 전문지식을 습득하기 위한 직업교육장을 임의로 선택할 수 있는 '직업교육장 선택의 자유'가 있으므로, '직업교육장'과 관련하여서는 교육을 받을 권리와 직업교육장 선택의 자유가 중첩되는 면이 있다.

따라서 직업교육장으로서 기능하고 있는 평생교육법 및 초·중등교육법, 고등교육법 상의 각종 학교와 평생교육시설에 대한 입학 제한 등의 합헌/위헌 여부를 심사함에 있어서는 단지 사회권적 기본권으로서의 교육을 받을 권리에 대한 제한으로서 뿐만 아니라 자유권적 기본권으로서의 직업의 자유(직업 교육장 선택의 자유)에 대한 제한이라는 점을 같이 고려하여 심사하여야 할 것이다.

마. (평생)학습권과의 관계

교육을 받을 권리가 평생교육을 받을 권리를 의미한다고 하여도, 헌법상 규정 자체가 피교육자의 입장에서 '받을' 권리인 이상, 그 조항 자체에서 학습권(또는 평생학습권)이라는 권리가 바로 도출된다고 보기는 힘들다. 하지만, 평생교육이라는 개념이 역사적으로 교육자가 아닌 피교육자의 입장을 강조하면서 학습권을 전제로 사용되어 오고 있다는 점에 주목하면 학습권을 단순히 헌법상 기본권이 아니라고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

현행법 체계에서 헌법 다음으로 교육에 관한 기본적 사항을 규율하고 있는 교육기본법은 제3조에서 학습권을 규정하고 있다. 동조는 학습권이라는 제목 아래 "모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있는바, 교육기본법은 헌법 제31조의 각

항에서 천명한 원칙들에 관하여 총칙의 제목 아래 제1조에서 제11조까지 정하면서, 학습권 조항을 교육이념의 다음 조항이자 교육의 기회균등 조항 및 기타 조항에 우선하는 조항으로 배치하고 있다.

나아가 개별 교육관련법은 그 각 법률 내에 '학습'이라는 용어를 다수 사용함으로 교육기본법상의 '학습권'을 구현하고 있고, 특히 평생교육법은 제4조 제2항에서 "평생교육은 학습자의 자유로운 참여와 자발적인 학습을 기초로 이루어져야 한다."고 규정하여, 다시 한 번 학습권을 강조하고 있다.

교육기본법 등이 헌법 제31조를 구체화하고 있는 것이므로, 학습권의 근거는 우선은 헌법 제31조의 제1항의 교육을 받을 권리에서 찾을 수 있으나, 나아가 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다.

교육을 받을 권리에 평생교육을 받을 권리가 포함되어야만 헌법 제31조 제1항도 학습권의 근거조항이 될 수 있다고 할 것인바, 학습권이 학교교육에 대한 학습만을 대상으로 하는 것이 아님은 명백하기 때문이다.

따라서 우선적으로 평생교육의 개념이 학교교육과 사회교육을 포함한 넓은 개념으로 이해하는 것이 학습권의 헌법상 근거가 보다 분명하게 되는 장점이 있다.

헌법재판소는 그러한 학습권을 처음에는 수학권(修學權)으로 칭한 바 있으나,[50] 이후 학습권으로 사용하고 있으며,[51] 헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리에서 도출되는 것으로 이해하여 왔다.[52] 그러나 한편 배우고 가르치는 행위 자체는 인간의 본원적 행위이자 사회유지에 기본이 되는 요소로서 헌법 제10조에 규정된 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권에 의

50) 수학권(修學權)(헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리)과 교사의 수업(授業)의 자유는 다같이 보호되어야 하겠지만 그 중에서도 국민의 수학권이 더 우선적으로 보호되어야 한다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 740).

51) 국민의 학습권과 교사의 수업(授業)의 자유는 다같이 보호되나 국민의 학습권의 보호가 우선하는 것이다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 478).

52) 위 89헌마88 사건의 판시 내용.

하여 기본권으로 보장되는 것이라고 판시한 바도 있다(헌재 2000. 4. 27. 98 헌가16, 판례집 12-1, 427, 473).

헌법재판소가 학습권을 기본권으로 분명히 표현하거나 종합적으로 판시한 바는 없으나, 위 개별적인 판시 내용들을 종합하면, 학습권이 헌법 제31조 제1항 및 헌법 제10조에서 도출되는 것으로 이해할 수 있을 것이다(헌법 제22조 제1항의 학문의 자유도 그 근거가 되는 측면이 있지만, 학문의 자유는 자유권적 성격이 강하므로, 국가에 대한 학습권의 보장을 의미하는 측면에서는 교육을 받을 권리에서 도출되는 측면이 강조될 수밖에 없을 것이다).

다음으로, 평생교육권의 제한(침해)과 학습권의 제한(침해)이 어떠한 관계가 있는지를 살펴보면, 교육을 받을 권리와 학습권은 통상적으로는 같은 내용의 권리를 보는 방향의 차이에 불과하다고 할 것이지만, 자유롭고 자발적인 학습이라는 점에서 보면 학습 자체의 방해를 받지 않는 자유권적인 성격을 더불어 갖는다고 할 것이다.

헌법재판소는 이와 관련하여, 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권의 제한의 문제로 접근하고, 학습권이라는 용어를 명백히 사용하지 않았지만 구 학원의설립·운영에관한법률 제3조에 대하여 위헌결정을 한 바 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 428-430).

> 과외교습을 금지하는 법 제3조에 의하여 제기되는 헌법적 문제는 교육의 영역에서의 자녀의 인격발현권·부모의 교육권과 국가의 교육책임의 경계설정에 관한 문제이고, 이로써 국가가 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권을 어느 정도로 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 학교교육에 관한 한, 국가는 교육제도의 형성에 관한 폭넓은 권한을 가지고 있지만, 과외교습과 같은 사적으로 이루어지는 교육을 제한하는 경우에는 특히 자녀인격의 자유로운 발현권과 부모의 교육권을 존중해야 한다는 것에 국가에 의한 규율의 한계가 있으므로, 법치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수하여야 한다. (중간생략)
>
> 법 제3조는 원칙적으로 허용되고 기본권적으로 보장되는 행위에 대하여 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 방식의 '원칙과 예외'가 전도된 규율형식을 취한데다가, 그 내용상으로도 규제의 편의성만을 강조하여 입법목적달성의

측면에서 보더라도 금지범위에 포함시킬 불가피성이 없는 행위의 유형을 광범위하게 포함시키고 있다는 점에서, 입법자가 선택한 규제수단은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다.

법 제3조와 같은 형태의 사교육에 대한 규율은, 사적인 교육의 영역에서 부모와 자녀의 기본권에 대한 중대한 침해라는 개인적인 차원을 넘어서 국가를 문화적으로 빈곤하게 만들며, 국가 간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빈곤은 궁극적으로는 사회적·경제적인 후진성으로 이어질 수 밖에 없다. 따라서 법 제3조가 실현하려는 입법목적의 실현효과에 대하여 의문의 여지가 있고, 반면에 법 제3조에 의하여 발생하는 기본권제한의 효과 및 문화국가실현에 대한 불리한 효과가 현저하므로, 법 제3조는 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하여 법익의 균형성을 갖추지 못하고 있다.

바. 교육에 관한 광범위한 입법형성권과 평생교육권과의 관계

학습자의 학습이 아닌 교육은 기본적으로는 제도적(formal)이든지 비제도적(informal)이든지 간에 그러한 교육시설을 갖추기 위한 물적·인적 시설이 필요하다고 할 것이다. 또한, 평생교육과 평생학습의 중요성이 증대되고 있지만, 학교교육과 (협의의) 평생교육이 전체 (광의의) 평생교육 내에서 어느 정도의 비율을 유지하는 것이 학생이나 학습자들의 수요와 욕구에 부합하는 적정한 수준인지에 대한 사회적 합의가 명백하다고 보기 어려울뿐더러, 그러한 비율은 계속적으로 변화해가는 진행 중이라고도 할 수 있다.

그러므로 교육기본법, 초·중등교육법, 고등교육법, 평생교육법으로 수직적으로 크게 준별되고 있는 현행법 체제에서는 여러 가지 입법적 또는 행정적 제한들이 다분히 불가피한 점들이 있다고 할 것이다.

그러한 불가피한 점들로 인하여 세부적인 교육제도를 어떻게 만들고 운영하는가에 대하여는 광범위한 입법형성권이 있다고 할 것이지만, 앞에서 본 바와 같이 평생교육권이 가지는 포괄적이면서도 기본적인 위치에 비추어 보면, 단지 입법형성권의 재량이 넓다는 이유만으로 평생교육권의 침해 주

장을 쉽게 배척하여서는 안 될 것이다.

법률이 헌법에 부합하는지, 또는 공권력이 기본권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어서, 헌법에서 법률로 정하도록 되어 있는 대다수의 조항들을 입법형성권이 넓다는 이유로 간단히 배척한다면, 기본권을 보장하는 헌법의 기본원리자체가 몰각될 것이다.

평생교육권이 기본권으로서 자리매김함으로써, 어떠한 평생교육권이 상당히 제한되고 있다면, 과잉금지심사원칙 아래 당해 법률(또는 공권력)의 목적의 정당성, 수단의 적합성, 최소침해금지원칙, 법익균형성 원칙의 면밀히 심사가 필요할 것이고, 경우에 따라서 입법부작위가 문제되는 경우에는 사회적 기본권적 성격을 가지고 있는 평생교육권을 과소보장하고 있는 것은 아닌지 여부에 대한 과소보장금지원칙의 심사가 이루어져야 할 것이다.

Ⅶ. 글을 마치면서

교육을 받을 권리는 교육을 통하여 개인의 능력과 지식이 향상되어 다른 기본권의 행사를 위한 전제가 되는 측면에서는 가장 기초가 되는 기본권 중의 하나라고 할 수 있다.

헌법상 평생교육의 개념을 평생교육법상 규정된 바와 같이 학교교육을 제외하는 개념이 아니라, 학교교육이 포함된 개념으로 이해하는 것이 그 철학적·연혁적·비교법적인 측면에서 더 타당하다고 할 것이고, 그와 같은 개념설정으로부터 평생교육권은 실질적으로는 교육을 받을 권리 자체와 다름 아닌 같은 것으로 이해된다고 할 것이다.

그와 같은 개념설정은 평생교육 및 평생교육권을 둘러싼 여러 가지 사안에서, 교육을 교육자 중심에서 피교육자(학습자) 중심으로 접근할 수 있게 하고, 한 개인의 삶 전체의 시간적·수직적 교육의 측면과 장소적·수평적 교육의 측면에서 모두 평생교육권이라는 기본권의 효력을 증대시키는 결과가 된다고 할 것이다.

따라서 학교교육을 포함하는 것으로 평생교육의 개념정의를 하게 되면, 평생교육이 관련되는 헌법적 사안에서 평생교육권을 더욱 보장하게 하여, 교육을 받을 권리라는 기본권의 충실한 보장에 기여하는 매개가 된다고 할 것이다.

다만, 이 글에서는 평생교육을 평생학습과 구별되는 것으로 보고 논의를 전개했으나, 향후 평생학습의 발전에 따라 양자의 관계가 새롭게 정립되고, 그에 기초하여 학습권을 중심으로 한 헌법적 해석을 기대해본다.

헌법상 평생교육의 개념 정의(正義)

[국문초록]

헌법은 평생교육과 관련하여 헌법 제31조 제5항 및 제6항에서 그 용어를 사용하고 있는데, 특히 위 제6항에서 학교교육 및 평생교육이라는 병렬적 순서로 규정하고 있는 점 및 평생교육법 제2조 제1호에서 평생교육의 개념 정의를 하면서 학교교육을 제외하고 있다는 점 등의 이유로, 평생교육의 개념은 학교교육을 제외한 개념으로 이해하고 있다.

하지만, 헌법상 기술된 용어는 사회적·법리적 변화에 따른 개방성을 가지고 있고, 교육학계에서 발전해온 평생교육의 개념이 오늘날 학교교육을 포함하는 것으로 보고 있고, 현대사회가 학력사회로부터 능력사회·지식사회로 변모함에 따라 형식화된 하나의 교육형태가 아닌 다양한 경로를 통해 교육이 이루어지고 있으며, 현행 교육법 체계 내에서도 정규의 학교교육과 좁은 의미의 평생교육이 학교형태의 평생교육시설 등의 형태로 혼재, 융화되고 있는 점 등에 비추어 보면, 평생교육은 학교교육을 포함한 개념으로 헌법적으로 이해되어야 할 것이다.

나아가 평생교육이라는 하나의 큰 틀에서 교육을 이해하게 되면, 교육을 받을 권리는 비단 학교교육뿐만 아니라 평생교육 전반에 걸친 기본권으로 받아들여지게 되고, 교육이 다른 기본권이나 한 사회의 구성원으로 지위를 얻는데 필요한 수단적 가치를 가지고 있다는 점에서, 교육을 받을 권리의 위상을 제고하는 실천적 의미를 가진다고 할 것이다.

주제어

평생교육, Lifelong Education, 평생교육권, 평생교육법, 사회교육, 교육기본법, 교육을 받을 권리, 학습권, 직업교육장 선택의 자유, 학교형태의 평생교육시설

[Abstract]

Regarding the Lifelong Education, the Article 31 (5), (6) of the Constitution uses the term. Especially the above (6) uses the School education and Lifelong Education in parallel order, and the Article 2 (1) of the 'LIFELONG EDUCATION ACT' defines the "lifelong education" not including the regular school education, that makes the concept of Lifelong Education recognized in the concept of excluding the regular school education.

But, the term written in the Constitution has the openness by the change of social · jurisprudential aspects. And the concept of Lifelong Education developed by the field of pedagogy is nowadays regarded as including the regular school education, in the modern society with the change from the academic background-oriented society to the ability · information-oriented society various form of education is being performed. In the form of the existing education-related law, the mixture · convergence between the regular school education and the Lifelong Education in the narrower sense is being observed such as 'School-Style Lifelong Educational Establishments'. With these all considerations, the concept of the Lifelong Education should be perceived as including the regular school education.

Futhermore, if the education is understood in the big frame of the Lifelong Education, 'the right to receive an education' would be regarded as the fundamental right in the field of not only the regular school education, but also the whole Lifelong Education, and in the aspect of the education being means to the other fundamental right or acquiring certain status as a member of a society, it would hold the practical meaning of enhancing the status of 'the right to receive an education'.

빈곤사회와 생존권 논쟁

- 일본의 학설과 판례를 중심으로 -

金 敏 培
仁荷大學校 法學專門大學院
敎授

- 目 次 -

Ⅰ. 왜 다시 생존권인가 ····· 131
1. 글로벌 금융위기와 사회권 후퇴 ····· 131
2. 빈곤사회의 도래와 사회적 기본권의 복원 ····· 132

Ⅱ. 빈곤사회와 민주주의 위기 ····· 134
1. 기술혁신과 산업구조의 변화 ····· 134
2. 일본의 경제 침체와 빈곤의 증대 ····· 135
가. 일본의 빈곤율 ····· 135
나. 평등신화의 붕괴와 비정규직의 확대 ····· 136
3. 일본형 복지모델과 그 한계 ····· 138
가. 일본 헌법 제정과 복지국가의 불성립 ····· 138
나. 사회민주주의와 복지국가의 좌절 ····· 140
다. 일본형 복지모델과 그 변화 ····· 141

라. 일본형 복지 정책의 한계와 전환 ····· 143
마. 격차를 보는 시각의 차이 ····· 145

Ⅲ. 사회적 기본권에 대한 재검토 ····· 147
1. 재검토의 필요성 제기 ····· 147
가. 실종된 생존권의 주체 ····· 147
나. 격차 사회와 생존권의 공전 ····· 148
다. 재검토의 필요성 ····· 149
2. 사회적 기본권 규정의 성립과 학설 ····· 151
가. 일본 헌법 제정과 사회권 규정의 성립 ····· 151
나. 생존권에 관한 학설 ····· 152
3. 사회권에 대한 새로운 문제의 제기 ····· 155
가. 아래로부터의 사회권 ····· 155
나. 헌법 제13조와 사회 보장의 기초 ····· 157
다. 근로의 의무와 생존권의 문제 ····· 158
라. 최저한도에의 권리 ····· 160
마. 사회권 관념과 권리성 ····· 161
4. 생존권의 이해와 개인의 자율성 ····· 162
가. 시대적 한계와 사회적 배제 ····· 162
나. 잠재능력과 생존권 ····· 163
다. 사회적 포섭과 생존권 ····· 164

Ⅳ. 결론－생존권과 사회 정책과의 차이 ····· 166
1. 생존권에 관한 헌법 규범과 현실 ····· 166
2. 사회 정책 연구와 헌법적 요소의 고려 ····· 168
3. 사회권의 복권과 과제 ····· 170

* 국문초록 및 주제어 ····· 172
* 영문초록 및 주제어 ····· 174

Ⅰ. 왜 다시 생존권인가

1. 글로벌 금융위기와 사회권 후퇴

하이에크(Friedrich August von Hayek)나 밀턴 프리드먼((Milton Friedman) 등 신고전파의 반 케인즈주의적 경제사상의 영향 아래 영국에서는 1970년대 후반기부터 대처리즘이 그리고 미국에서는 1980년대 상반기부터 레이거노믹스의 경제정책이 실시되었다. 이른바 신자유주의가 시작된 배경에는 1970년대 이후 달러와 금태환제의 폐지, 중동 전쟁에 의한 원유가 상승, 생산 현장에서의 ME기술의 도입, 오피스에서의 전산화 등이 있다. 그들은 규제완화에 의한 경쟁의 촉진, 대폭적 감세, 복지의 재검토라는 정책을 집행하였다. 이를 통해 최악의 상태라고 여겨졌던 국가의 경제가 성공을 거두었다.

그러나 1990년대가 되면서 대처리즘이나 레이거노믹스로 시행되었던 행정에 대한 규제의 완화와 자유경쟁 그리고 국제화가 성장한계라는 새로운 벽에 부딪힌 것이다. 실업자의 증가와 재화의 과잉 생산 리스크라는 새로운 문제점에 직면하였다. 그들을 기다리고 있던 것은 저성장 경제상황이었다. 미국에서 주택 가격 버블의 붕괴와 그에 따른 금융 위기는 세계적 규모의 금융위기뿐만 아니라 실물 경제를 악화시키고 있다.[1] 철저한 자유 경쟁을 하고 있다고 자부했던 카지노 자본주의(casino capitalism)[2]에 일대 위기가 도래했던 것이다.

---

1) 1998년 헤지펀드인 LTCM(Long Term Capital Management)의 파탄은 아시아 통화 위기와 러시아 재정 위기로 연계되었다. leverage 효과를 토대로 한 금융공학기술을 구사하는 금융거래가 투자가의 심리 동요와 함께 파탄하였던 것이다. 서브 프라임론과 CDS(Credit Default Swap)도 전대미문의 금융 위기를 초래하였다. Dunbar, Nicholas (2000). *Inventing Money : The story of Long-Term Capital Management and the legends behind it,* New York ; Miller, Ken(Spring 2009). “Using Letters Of Credit, Credit Default Swaps And Other Forms of Credit Enhancements in Net Lease Transactions.” *Virginia Law & Business Review 4(1)*, 69～80.

2) http://www.casinocapitalism.com/

이를 타개하기 위하여 국가가 금융기관에 공적자금을 투입하는 사회주의적 정책이 현실적으로 실시되어야만 했다. 다른 한편으로 세계적 차원의 위기가 반복되면서 빈곤층의 증대 문제가 심각해졌다. 특히 비정규 노동자의 증가와 함께 근로자의 노동 조건은 악화일로를 걷고 있다. 빈곤층은 급증하고, 장애자나 고령자를 포함해 최저한도의 인간다운 생활을 영위할 권리가 박탈되는 사람이 넘쳐나는 빈곤사회로 급속히 재편되고 있는 것이다. 빈곤사회로 급속히 재편된 이면에는 1991년 소련의 붕괴이후 사회주의와 대항할 필요성이 없어진 자본주의 국가들이 효율성을 강조한 나머지 경쟁의 공정이나 분배의 불공정에 대해서는 큰 관심을 두지 아니한 측면도 있었다. 이처럼 신자유주의의 사회경제 정책에 대한 회의와 비판이 제기되는 한편으로 새로운 형태의 빈곤사회가 도래하면서 헌법상 사회권의 형해화가 문제가 되고 있다.

2. 빈곤사회의 도래와 사회적 기본권의 복원

1990년대 글로벌화가 진행되면서 세계에서 가장 풍요로운 6%의 인간들이 세계 부의 59%를, 세계인구 최부유층 20%가 세계의 총자산 80%를 독점하고 있다. 세계의 12억 인구가 하루 1달러 이하로 생활하고 있다. 취학하지 못한 전 세계의 어린이들이 1억 3천만 명, 채무노예로서 매매된 어린이들이 남아시아에서만 2천만 명 내지 4천만 명으로 추정되고 있다. 5세에서부터 14세까지 취로아동들이 전 세계에 약 2억 5천만 명이며, 그 가운데 유해한 환경에서 일하는 아동들의 수가 5천만 명에서 6천만 명으로 ILO는 추정하고 있다. 밀가루나 쌀 등의 식량이 1980년도에 비해 40%가 증산되었지만 12억 명의 사람들이 기근에 시달리고 있다.

세계인구의 40%, 세계 80 개국이 물 부족에 시달리고 있다. 빈약한 의료시설 때문에 예방이 가능한 질병임에도 매일 3만 5천 명의 5세 이하의 어린이들이 사망하고 있다. 매년 58만 명의 여성들이 임신과 출산 시 예방가능

한 감염증에 의해 사망하고 있다. 선진국과 후진국의 경제격차는 2차 세계대전당시의 30대 1에서 70대 1로 확대되었다. 일본의 경우 70년대부터 80년도 후반까지 저축 제로세대가 5% 정도이었지만 2005년에는 22.8%에 달하였다. 생활보호대상세대는 1996년에 61만 세대에서 2005년에는 105만세대로 증가하였다.3)

과연 21세기 민주주의에서 최대의 위기라는 빈곤사회를 헌법은 어떻게 대처할 것인가. 과거와 다른 형태의 거대한 격차사회의 도래하면서, 사회적 기본권은 헌법전의 장식물로 전락할 위기에 놓여있다. 이를 타개하기 위하여 제시된 무상교육, 무상급식, 무상보육, 노인복지, 보편적 복지 등의 정책들을 놓고, 상호 충돌하고 있다. 초과이익공유제나 연기금 사회주의 논쟁과 재계의 반발에서 보듯이 재원마련을 위한 수단의 선택도 간단하지 않다. 그러나 부와 권력이 소수의 인간이나 재벌기업에 집중되고 있는 현재의 상황도 문제다.

본 논문에서는 빈곤사회의 도래와 함께 재검토의 필요성이 제기되고 있는 사회적 기본권을 검토하는데 주된 목적이 있다. 특히 일본식 복지국가를 추진하다가 위기를 맞고 있는 일본에서의 사회적 기본권 논쟁을 검토하고자 한다. 일본은 한국보다 앞서 경제적 발전을 이루었지만 최근 경제침체, 저출산, 고령화로 상징되는 새로운 형식의 빈곤사회를 맞이하고 있다. 2009년, 54년간 집권을 해온 자민당 정부가 막을 내린 이면에는 빈곤사회의 도래와 일본식 복지국가를 둘러싼 실망이 내재되어 있었다. 그것은 하토야마 정부가 내건 각종 복지 정책과 사회적 기본권의 복원에서도 확인할 수 있다.

이제 우리에게 당면한 과제는 빈곤사회가 민주주의의 질에 심각한 영향을 주고 있다는 비판과 함께 이러한 빈곤사회에서 과연 민주주의를 어떻게 복원할 것인가 하는 점이다. 이러한 과제의 극복을 위한 시작은 헌법이 말하는 사회적 기본권에 대한 재검토와 재편이라고 할 수 있다. 인간의 존엄성과 인간다운 생활을 보장하는 헌법의 역할이 다시 중요하게 강조되어야

3) 橘木俊詔(2007),『格差社會－何が問題なのか－』, 岩波書店, 15頁.

한다는 의미이다. 그것이 제대로 작동할 때에 정의는 물론 사회적 기본권의 보장이라는 헌법적 가치와 원리가 복원될 수 있기 때문이다.

Ⅱ. 빈곤사회와 민주주의 위기

1. 기술혁신과 산업구조의 변화

20세기 후반에 들어서면서, 탈공업사회가 선진국가의 징표로 여겨졌다. 후진국가나 중진 국가들은 앞 다투어 선진국가로 진입하기 위해 그들의 정책모델에 대한 전환을 시도하였다. 제조업・건설업 중심의 공업 사회를 서비스 산업, 정보산업 중심의 경제사회로 전환해 나가고자 하였다. 1차 혹은 2차 산업 내에서도 재화의 실용적 가치보다 정보적 가치나 부가가치의 비중을 높이기 위해 노력하였다. 직업적인 차원에서 보면 숙련 노동은 해체되고, 노동력은 영업, 접객, 법무, 상담・조언, 개호 등의 대인 서비스, 인사관리, 상품의 개발・기획・디자인, 컴퓨터에 의한 정보처리 등으로 이행해 가게 된다.

그 배경에는 마이크로와 일렉트로닉스, 전자 네트워크의 발전과 확충, 그리고 기술을 도입해 염가의 노동 코스트로 공업제품을 생산하는 신흥 공업국의 추격이 있었다. 또한 주택, 자가용차, 전기제품, 가구 등의 소비재가 대량 보급되어 시장이 포화 상태가 되고, 저출산에 의해 신규 수요는 축소되었다. 한편 혁신에 의해 생산성이 향상할 때마다 생산적인 노동자의 수를 감소시켰고, 기업간 경쟁에 이용하기 위해 사용할 수 있는 값싼 노동자의 수를 증가시켰다).[4] 저가의 노동력을 세계의 변방에 까지 추구하는 글로벌 자본주의는 선진 산업사회의 소비자에게 보다 저렴한 상품의 공급을 가능하

4) Braverman, Harry(1974), *Labor and Monopoly Capital : The Degradation of Work in the Twentieth Century*, Monthly Review Press, 228-9.

게 했다.

한편 '권력이 투자가로 옮겨 가고, 초자본주의가 민족적 자본주의를 대신' 하는 상황이 전개되었다.[5] 이른바 조용한 혁명(silent revolution)[6]은 선진 국가에서 사람들의 가치관이 물질주의적 가치관으로부터 탈물질주의적 가치관에의 전환하는 것과도 맞물린다. 새로운 물질적 풍부함보다 자연 환경의 보호, 노동 시간의 단축과 자유시간의 증대 그리고 순수한 사교의 즐거움을 우선하는 사람들의 사회의식의 변화가 있었다. 그런 흐름에서 과잉사회에서 생산된 공업제품을 확대시킬 시장은 감소하였던 것이다.

2. 일본의 경제 침체와 빈곤의 증대

가. 일본의 빈곤율

사실 빈곤의 기준은 국가 사회 및 경제 상황이 전혀 다르기 때문에 절대적인 빈곤에 대해서는 국제비교를 할 수가 없다. 빈곤의 국제 비교를 하려면 우선 빈곤의 정의를 일반화할 필요가 있다. 예를 들어 그 나라의 평균적인 소득의 50% 이하의 소득 밖에 없는 사람을 빈곤층으로 정의하기도 한다.[7] 이 정의에 의거 각국 공통의 기준으로 산출할 수 있다.

OECD 조사도 그 정의에 따라 국민 중 몇 %가 빈곤층인지 빈곤율로 산출하고 있다. 일본의 빈곤율은 15.3%로 회원국 중 5위이다. 1위가 멕시코로 20.3%, 2위가 미국 17.1%, 3위가 터키 15.9%이다. OECD 전체 평균은 10.7%

---

5) Reich, Robert B.(2007), *Super capitalism : The Transformation of Business, Democracy, and Everyday*, 117.

6) 삶의 목적이 객관적・양적 지표 중시에서 주관적 지표 중시하는 것을 말한다, 즉 삶의 질(quality of life) 중시로 바뀌고 있는 현상에 대해 미국의 R. Inglehart 교수가 붙인 용어. 즉 지적・심미적 만족, 사랑・존경에의 욕구 등이 삶의 질에서 중요시되고 있다. R. Inglehart(1977), *The Silent Revolution,* Princeton University Press.

7) 橘木俊詔(2007), 15頁 이하 참조.

이며. 덴마크, 스웨덴, 노르웨이, 핀란드 등 북유럽 국가들은 4~6% 대라는 아주 낮은 빈곤율이다.

일본의 상대적 빈곤율은 1980년대 중반에 11.9%였던 것이 현재 15.3%까지 증가하고 있다. 미국은 훨씬 높은 수준의 상태로 증가하고 있다. 유럽에서는 독일, 영국도 증가하고 있지만, 프랑스는 그다지 변화하지 않고 있다.

일본에는 빈곤층을 구제하는 수단으로서 생활 보호 제도가 있다. 생활 보호 제도라는 것은 먹고 살수 없는 사람들에 대해 행정이 현금을 지급하는 제도이다. 어느 정도의 소득자를 대상으로 할 것인가 하는 점은 지역마다 생활 보호 기준이 정해져있다.[8] 지역에 따라 소득, 생활 물가 수준이 다르기 때문이다. 당연히 가족 인원수에 따라 생활 보호 기준은 변화하고 있지만, 가장 중요한 것은 지역에 따른 차이이다.[9]

나. 평등신화의 붕괴와 비정규직의 확대

일본 사회에서 격차가 확대되고 있는 요인은 무엇인가. 그 하나는 장기 불황의 영향이다. 일본 경제는 1990년부터 최근까지 20년 이상 장기 불황이 이어졌다. 그 영향을 받아 실업률도 높아지고 있다. 일본의 실업률은 2% 전후였지만 장기 불황에 돌입한 이후 한때 5.5%까지 도달했다. 실업자는 소득이 제로 상태에 있는 사람을 의미한다. 따라서 실업률이 높아지면 빈곤층도

8) 일본 후생 노동성이 마련한 기준에는, 도쿄와 지방 등에 지급액에 차이가 있다. 예를 들면, 표준 3세대(33세, 29세, 4세)의 경우 도쿄도는 167.170엔, 지방은 130.680엔이 지급되고 있다. 또 고령자 단신자 세대(68세)에는 전자의 경우 80.820엔, 후자의 경우는 62,640엔이며, 모자 세대(30세, 4세, 2세)에 대해서는 166.160엔과 132.880엔이라고 하는 기준이 있다.

9) 도쿄, 오사카, 센다이, 나고야 등 대도시에서 생활보호대상자는 1996년 11.2%, 2002년 15.7%이다. 지방의 작은 도시와 마을에 사는 사람들을 기준으로 비교해 보면 1996년 7.5%, 2002년 10.8%로 되어 있다. 실제로 생활 보호를 받고 있는 일본의 생활 보호 수급 세대의 추이를 보면 생활 보호를 받고 있는 가구는 1996년 61만 가구, 2004년 100만 가구, 2005년 105만 가구다. 일본 사회에서 생활 보호 기준 이하의 소득 밖에 없는 사람의 수가 확실히 증가하고 있다.

늘고 격차도 확산되게 된다.

1995년, 일본 경영자 단체연맹은 신시대의 일본식 경영을 발표했다. 이를 통해 기업의 노동력을 기업의 핵심이 되는 소수의 장기 축적 능력 활용형, 전문적인 지식을 지닌 고도전문 능력 활용형, 필요한 시기에 한해서 정형적인 업무를 완수하는 고용 유연형의 세 그룹으로 나눌 것을 제창했다.

이것을 받아 일본 정부는 1999년 노동자 파견법을 개정해 종래의 포지티브・리스트 방식을 네거티브・리스트 방식으로 전환해 한정된 직종에 파견노동을 자유화하였다. 그리고 2002년 동법의 개정에 의해 제조 현장에의 파견 노동이 해금되었다. 이것을 기회로 기혼여성 뿐만 아니라 청년층의 고용도 단번에 비정규화하는 충격적 사태로 이어졌다. 기존의 사회시스템에 일대충격을 주는 워킹 푸어가 양산되게 된 것이다. 일본형 복지사회는 실종되고, 끝없는 밑바닥으로 떨어지는 대량 빈곤 사회가 본격적으로 도래한 것이다.

비정규 노동을 둘러싸고 최근 위장도급제도가 문제가 되고 있다. 실태는 파견 노동자이면서 도급 노동자로 노동하고, 노동법 등의 규제를 벗어나 노동 비용 절감을 꾀하려는 수단이다. 이러한 비정규 노동자의 수가 매우 증가하고 있다.[10)]

비정규 노동자가 늘어나는 이유는 무엇인가. 첫째, 불경기의 영향이다. 불경기가 되면 기업으로서는 가능한 노동 비용을 절감하고자 한다. 따라서 임금이 낮은 비정규직 근로자를 많이 이용하는 것은 기업 측면에서 보면, 노동 비용의 절감인 셈이다. 둘째, 해고가 쉽게 있다. 기업가는 사업이 부진할 때 먼저 해고를 생각하고, 그 때에 법령상의 제재나 노조 등의 저항이 적은 비정규 노동자를 해고한다. 그것은 노동해고로 인한 비용의 절감 효과라는 생각을 갖게 한다. 한편, 정규 고용의 경우라면 쉽게 해고할 수 없다. 셋째,

10) 1995년 일본의 정규 노동자는 3,779만 명, 비정규 노동자는 1,001만 명이었다. 그것이 2005년 정규 노동자가 3,374만 명, 비정규 노동자가 1,633만 명으로 되어 있다. 즉, 지난 10년 동안 정규 근로자가 약 400만 명 감소하고, 비정규 노동자가 약 630만 명 증가한 것이다.

기업도 시간에 따라 바쁜 때와 그렇지 않은 때가 있다. 그러나 비정규직 밖에 선택할 수 없는 현실도 있다. 젊은이들과 기혼 여성 중 일부는 자발적으로 파트타임 및 기간 고용을 원하는 사람도 있다. 여성의 경우 아이의 연령이 어린 경우 가정 사정에 따라 전임으로서 일하기 어려운 경우도 있다. 노인의 경우 체력에서 단시간 근로를 원하는 사람도 있다. 또한 젊은이의 경우 자유로운 노동시간을 갖고 싶다고 생각하는 사람도 있다. 문제는 풀타임 노동을 바라고 있는데도 불구하고 기업이 비정규직의 장점을 고집하고, 전임으로서 고용하지 않는다는 것이다.

일본사회에서 급격한 고령화의 진전과 버블 경제 붕괴 이후의 잃어버린 10년이 남긴 것은 남성의 임금 감소와 어려운 가계의 보조 소득자로서 비정규 기혼 여성 노동자가 사회에 진출할 수 밖에 없는 현실이었다. 남성 근로자 임금이 정체하는 가운데 어려운 가계경제를 유지하기 위해 여성 취업이 확대되고, 많은 사람들이 의료 관련영역이나 개호 노동에 종사하게 되었다. 한편 여성 취업의 확대는 유아·아동의 보육 요구를 새롭게 제기하였다.

3. 일본형 복지모델과 그 한계

가. 일본 헌법 제정과 복지국가의 불성립

생존권 규정의 제정과 관련하여 헌법 제25조 제1항은 '정치상의 민주주주의 개혁과 대등하다. 혹은 그 이상으로 중대한 의의를 가지는 조항이다. 이것에 의해서 일본은 향후 복지국가를 목표로 한다고 하는 방향을 선언한 것이다'. 제25조 제2항은 '국가가 국민의 생활의 최저한도를 경제적·사회적·문화적으로 보장하기 위해서 필요한 구체적인 시책을 강구하는 책무를 지는 것이기 때문에, 적어도 장래로 향한 하나의 밝은 전망은 열어 놓았다'고 하였다. 한편 일본 헌법의 기본 원리의 하나로서 사회국가로 들면서, 헌법 제

25조 제2항의 규정은 사회국가의 원리를 나타낸 것이라고 평가하였다.[11)]

그러나 사회권의 구체화 내지 복지국가의 길은 간단하지 않았다. '나는 일본 헌법상의 자유권적 기본권과 생존권적 기본권이 협동체 사상에 의해서 통합하고, 일본을 평화로운 복지국가로 만드는 것이 가까운 장래에 실현할 수 있다고 생각했다. 그러나 쇼와 20년대의 끝부터, 점령군 사령부의 방침이 급속도로 선회해, 일본의 중요한 시책은 모두 후퇴를 거듭했다. 그에 따라 국민의 정치의식도 점차 활기를 잃었고, 정권은 보수 정당에 독점되어 움직이지 않았고, 혁신정당은 싸움의 목표를 내부의 파벌로 향하고 있어 침체의 늪에서 허우적대고 있었다, 국민 한 사람 한 사람의 생활이 전혀 보장되지 않는 정세 하에서, 자유권적 기본권의 조정을 주장하고, 협동체 이념의 고양을 주장하는 것은 더 큰 위험을 초래하였을 것이다. 나는 지금 통절하게 그것을 느끼고 있다'[12)]라고 하였다.

1947년에는 55%에 달한 일본 노동조합 조직율에서 나타난 노동의 조직화와 사회당 가타야마 내각을 성립시킨 1947년 4월의 총선거로의 노농 제휴의 발전은 패전 직후의 일본에 있어 사회민주주의가 하나의 유력한 대안이라는 점을 시사하고 있었다. 그러나 그 가능성은 1950년 전후를 경계로 완전하게 무너졌다. 그 이유는 점령 정책의 전환에 의해 좌익 노동 운동의 탄압과 좌익 노동운동 자신의 전략적 실패에 있었다. 당시 노동 운동을 지도한 산업별 노조는 각종 회의에서, 노사간 타협점을 찾는 일이 없었고, 비타협적인 혁명 노선을 고집하였다. 그 결과 진보적 경영자를 궁지에 몰아넣어 사회민주주의의 맹아를 스스로 잘라 버렸던 것이다.[13)] 이러한 상황때문에 일본 헌법제정 당시 학자들이 기대했던 복지국가의 성립은 실현되지 않았던 것이다.

---

11) 宮澤俊義(1949),『憲法大意』, 有斐閣, 84-86頁.
12) 我妻榮(1970),『民法論集Ⅷ』, 有斐閣, 3-4頁.
13) 新川敏光(2005),『日本型福祉レジームの發展と変容』, ミネルヴァ書房, 49-50頁.

나. 사회민주주의와 복지국가의 좌절

헌법학에서도 복지국가는 적극적으로 다루어지지 않았다. 그 이유로서 다음과 같은 점이 지적되고 있다.[14] 첫째, 정부의 헌법 조사회의 보고서가 1964년에 나왔다. 하지만 그 안에서 개헌 논자는 기본적 인권을 제한하는 근거로서 복지국가론을 주장한 것이다. 헌법 조사회 보고서의 정리에 의하면 헌법 제3장은 '개인의 권리를 존중하는 것이 갑작스럽고 너무 의무 및 국가를 경시하는 것이며, 또 국가와 개인을 대립적인 것으로만 생각해 국가협동체에 있어서의 사회 연대의 관념이나 개인의 사회적 책임의 관념을 경시하고 있다. 이러한 사상은 18・19 세기적인 자유 국가의 사상이며, 20세기에 있어서의 현대의 복지국가의 사상에 반하는 것이라는 의견'이었다.[15]

둘째, 전후 사회과학의 분야에 있어 맑스주의의 영향이 꽤 강하고, 정치에 있어서도 혁신진영에서는 맑스주의가 지배적이었다. 그런 상황에서 맑스주의의 입장으로부터는 복지국가의 본질이 국가독점 자본주의 단계에 있어서의 국가 체제와 다름없다고 파악하고, 원래 복지국가론은 현대 자본주의의 본질을 은폐 하는 것으로서 비판하였던 것이다.

스즈키(鈴木安藏)는 사회국가는 자본주의적 사유재산을 기초로 하면서도, 동시에 재산권에 대한 국가 통제를 실시하여, 반독점적 통제(사회화)를 실시하는 국가이어야만 한다고 했다. '반독점적 통제는, 노동 기본권의 보장의 확대, 경영에 대한 노동자의 참가, 공공적 기업의 노동자 및 소비자에 의한 관리내지 그것에의 참가에 의해 비로소 기능을 할 수 있는'것이며, '광범위한, 그리고 국민 대중에게 있어서 상대적으로 과중한 부담을 할 수가 없는 사회 보장 제도의 확립이 이루어졌을 때, 사회국가의 이념은 그 단서가 잡혔다'[16]고 하여 사회국가(복지국가)에 적극적인 의의를 부여하였다 .

---

14) 中村睦男(1999),「福祉國家のゆくえ」, 全國憲法研究會編『憲法問題』10号, 159頁。
15) 法律時報增刊『憲法調査會報告書』(1964), 170頁.
16) 鈴木安藏(1963),「憲法と社會構成態」,『淸宮博士退職記念・憲法の諸問題』 有斐閣, 101-102頁.

그러나 '종전 후 20년 남짓의 역사의 현실에서 봐도, 사회국가=복지국가라고 하는 개념은, 이러한 우리의 희구를 충족시킬 수 있는 국가 체제를 지시내지 반영하는 것은 아니지 않는가'라고 하여, 복지국가에 대한 근본적인 의문을 제시하고 있다.[17] 사실 복지국가론은 주로 유럽에서 사회민주주의의 사상아래에서, 정치적으로는 사회민주주의 세력에 의해서 추진되었다.

그러나 일본에서는 사회민주주의가 충분히 성숙하는 일이 없이 보수 정부가 일본형 복지사회를 완성해 나갔다. 일본형 복지사회론은 1970년대 후반부터 일본식 공동체의 상호부조 기능을 재평가하고, 복지국가에의 길을 재검토해 작은 정부로의 전환을 재촉한 것으로 이해할 수 있다.[18] 일본식 복지사회는 가정, 지역, 기업 등이 큰 역할을 이루어 온 일본의 특성을 발전시켜서 가면서, 개인의 자립・자조의 정신에 입각한 가정, 직장, 지역사회에서의 연대를 기초로 하여, 좋은 정부가 적정한 부담아래에 복지의 충실을 도모하는 것이 바람직하다는 것으로 표현되고 있다.

1990년대가 되면서 신자유주의에 의한 복지국가 비판이 정치적으로도, 또 법 이론적으로도 제기되었다. 복지국가에 대한 자유론자의 비판은 경제적 재배분의 부당성, 정부(권한)의 비대화, 자기 결정의 침해로 정리할 수 있다. 이러한 평가를 바탕으로 복지국가의 재건으로서 다원성, 참가, 자기 결정의 보장과 자기 결정을 가능하게 하는 조건의 보장이라는 키워드로 표시하고, 복지국가의 재건에는 적어도 이러한 키워드를 충족 하는 민주주의의 과정이 필요한 점을 지적하고 있다.[19]

다. 일본형 복지모델과 그 변화

선진 국가에서 서비스 경제화의 역사적 추이는 한결같지 않았다. 복지국가로 부터 이탈한 공공재의 민영화, 시장화를 도모한 영국, 시장원리주의의

17) 鈴木安藏(1966),「社會國家の理念と實態」,『公法硏究』28号, 3頁-4頁.
18) 宮本太郎(2008),『福祉政治』, 有斐閣, 97頁.
19) 中島徹(2007),『財産權の領分』, 日本評論社, 206-208頁.

실험장이 된 미국 등에서 상대적으로 소수인 전문직 종사자의 임금은 상승했다. 그러나 보육, 교육, 복지의 서비스 현업 노동자의 고용조건은 갈수록 악화되었다.[20]

일본 사회에서는 유럽국가보다 늦게 서비스 경제화가 진행되었다. 이것은 일본의 정밀기기, 자동차, 전기제품 메이커들이 달러 쇼크나 석유위기를 극복하면서 갖춘 경제의 견고함과 연계되어 있다. 또한 정치가・관료・업계의 철의 트라이앵글 아래에서 도로나 댐, 신칸센, 공항, 항만 건설 등의 공공사업이 건설업 등을 지탱하고 있었다. 또한 여성을 가정 내 무상 서비스 노동에 종사시키는 사회규범이 있었고, 전업 주부가 서비스 노동시장으로 진출하는 것을 막는 역할을 하였다.[21]

1979년 일본은 신경제사회 7개년 계획을 발표하였다. '새로운 국가 사회를 배경으로 개인의 노력과 가정이나 지역사회와의 연대를 기초로 하면서, 효율성이 있는 정부가 적정한 공적 복지를 중점적으로 보장한다. 자유경제사회가 가지는 창조적 활력을 원동력으로 한 일본에 독자적인 길을 창출한다. 일본형의 새로운 복지사회의 실현을 목표로 한다'는 일본형 복지의 문화모델을 제창했다.[22] 일본형 복지는 종신고용과 연공서열의 임금제도에 근거하여, 가족 임금을 책임지고 있는 남성 근로자와 가사 전업의 여성과의 분리를 통해 유지하였다. 일본은 3세대 동거 가족의 전통을 복지에서의 잠재자산이라고 불렀다.

그러나 저출산과 개인화가 진행하고, 저성장 경제 하에서 가계의 핍박과 기업의 비정규 고용의 확대에 따라 여성, 특히 기혼의 파트타임 근로자가 증가하였다. 당연히 가족・친족・지역이라고 하는 기초 집단은 쇠퇴하였다. 일본형 복지의 허망함이 밝혀지는 순간이었다. 이를 대체하기 위해 등장한

---

20) 下平好博(2004),「<サービス化> <グローバル化> はリスク構造をどのように変えたか？－四七都道府縣データによる檢証」, 橋木俊詔編『リスク社會を生きる』, 岩波書店.

21) 德永勇, 脫工業社會における社會權の毀損と復權, 197頁이하(http://www.lib.chikushi-u.ac.jp/kiyo/5_17.pdf).

22) 新藤宗幸(1996),『福祉行政と官僚制』, 岩波書店.

것이 바로 기혼 여성과 퇴직 고령자를 중심으로 한 자원봉사형 복지 커뮤니티의 창조였다.

그러나 가정 내에서 어려운 가계를 보조하는 비정규 소득자로서 역할을 담당하지 않을 수 없게 된 기혼 여성과 커뮤니티에서 사회참가를 할 계기가 주어지지 않은 채 고립화하는 고령자의 경우를 고려하지 않는 복지 커뮤니티 이론은 현실적응력이 부족한 말 그대로 그림 속의 떡에 불과하였다.

라. 일본형 복지 정책의 한계와 전환

1989년 일본은 골드플랜을 책정해, 시읍면 마다, 홈 헬프, 데이 서비스, 단기 보호 등의 재택 복지 서비스를 실시했다. 일본 사회가 고령화율 14%를 넘는 고령사회의 단계에 돌입한 1994년에는 신고령자 보건복지 추진 10개년 전략, 1999년에는 고령자 보건복지 5개년 계획을 책정하여, 재택 복지서비스의 목표를 상향시켰다. 2000년에는 개호보험 제도가 시행되어, 시읍면 및 광역 연합·사무 조합을 보험자, 65세 이상의 사람을 제1호 피보험자, 40세 이상 65세 미만의 의료보험 가입자를 제2호 피보험자로 하는 사회보험 방식을 채택하여, 행정에 의한 조치는 아니고 보편적인 권리로서 요양 간호 고령자에 대한 퍼스널 서비스를 전개하였다.

한편 장애자 복지에 대해서는 2003년도에 지원비 제도가 시행되었다. 그것은 신체장애자(아동), 지적 장애자(아동) 및 그 가족이 사회복지 사업자와 스스로의 의사로 계약해 지원비를 수급하면서 서비스를 이용할 수 있는 제도이다. 이 제도는 복지 서비스 이용에 있어서의 '조치로부터 계약으로, 혜택으로부터 권리로'의 전환을 의미하는 것이었다. 이처럼 계약과 권리행사를 바탕으로 한 복지 서비스의 보편적인 공급은 폭발적인 서비스 수요를 귀결되었다.[23]

---

23) 德永勇, 앞의 논문, 201頁.

그러나 국세에 의한 부담증가를 부정적으로 본 일본 정부는 고령자 복지와 장애자 복지 모두에 대해 서비스의 선별화라는 방향전환을 결단하게 된다. 즉, 2005～2006년에 시행된 개정 개호보험법은 개호보험 시설에서의 식비 및 거주비, 데이 서비스로의 식비가 전액 자기 부담이 되도록 했다. 요양간호 구분을 7 단계로 재편성하여 인정 기준을 엄격히 하였다.

장애자 복지에 대해서는 '장애자 및 장해아동이 가지는 능력 및 적성에 따라 자립한 일상생활 또는 사회생활을 영위할 수 있다'는 것을 이념으로 하는 장애자자립지원법이 2006년부터 시행되었다. 장애자 복지 서비스의 이용자에게는 그 비용의 1할 부담과 식비・광열비의 실비 부담이 부과되었다. 이 법률의 시행에 의해 시설이든지 작업장이든지 장애인이 활동을 할수록 자기 부담이 늘어나 결국에는 자립을 단념하는 본말 전도의 사태가 생기게 되었다. 노령 가산금과 모자 가산금이 단계적으로 폐지되면서, 저소득 고령자가 관혼상제에 필요로 하는 비용을 염출 할 수 없게 되자 친구・지인, 친족과의 사교를 끊었다.[24)]

2008년에 시행된 75세 이상의 후기 고령자를 대상으로 한 신의료 제도는 질병에 의한 의료 서비스의 요구가 높아지는 세대를, 국민건강보험으로부터 분리하여, 의료 서비스 공급을 억제하는 목적을 갖고 있다. 그러나 질환의 리스크가 극히 높은 세대만을 대상으로 사회보험방식으로 의료 서비스를 공급하는 후기 고령자 의료제도는 세대간 리스크와 부담의 분산이라고 하는 사회보험의 설계 사상으로부터 일탈하고 있다는 비판이 제기되었다. 장래 피보험자의 보험료와 서비스 비용의 부담증가를 준비하지 않으면 재정적으로 독립할 수 없다는 결함도 있다. 세대간 연대를 폐지하고, 리스크 층의 선별과 사회권의 배제를 도모한다는 비판도 마찬가지다.[25)]

---

24) 朝日新聞 2009年 6月 23日 夕刊.
25) 德永勇, 앞의 논문, 202頁.

마. 격차를 보는 시각의 차이

2006년 1월 일본의 내각부는 격차의 확대는 통계상의 외관에 지나지 않는다고 하는 견해를 공표하였다. 1976년 경제학자 말콤 소여가 OECD 조사에 관한 보고서를 출판했을 때,[26] 그 중 세계의 선진국에서 소득 분배가 가장 불평등 국가는 프랑스라는 보고서를 냈다. 일본은 당시 북유럽 국가들과 마찬가지로 분배의 평등성이 높은 국가로 보고되고 있다. 이 사실이 일본의 소득 분배의 평등성을 세상에 알리는데 영향력은 크다고 보아 일본 정부도 이 보고서를 자국의 선전에 이용했다.

그러나 당시 이 보고서에 대해 프랑스 정부는 OECD 통계를 만드는 방법이 이상하고, 프랑스가 세계 선진국 중 가장 소득 분배의 불평등성이 높다는 것은 있을 수 없다고 항의했다. 왜 프랑스가 그런 항의를 했는가. 프랑스는 소득 분배의 불평등성이 높다고 한데 대해 불쾌하게 생각했고, 반대로 평등성이 높은 것으로 나타난 국가는 국민에게 알리고 싶어 했다. 프랑스가 당시 지스카르 데스탱 대통령이 직접 OECD에 항의할 정도로, 불평등도가 높다는 지적에 반응 한 것은 국가와 자국민을 아프게 하는 일이었기 때문이다.

그런데 일본의 내각부 역시 격차는 외관에 불과하다며, 불쾌감을 드러냈다. 일본 내각부는 이 견해에 대해 다양한 근거를 제시하고 있다.[27] 첫째, 일본에서 저출산・고령화가 진행되고 있음을 지적하고 있다. 원래 노인이라는 것은 빈부의 격차가 크고, 소득 격차가 큰 층이다. 따라서 고령화가 진전됨에 따라 원래 빈부 격차가 큰 사람의 점유율이 늘었을 뿐이라는 설명이다. 둘째, 가족 구조의 변화를 지적하고 있다. 일본에서는 가계의 수가 줄어들고 고령 독신자와 젊은 독신자의 2 개의 층을 중심으로 하여 독신자의 수가 늘어나고 있다. 맞벌이 등 여러 구성원으로 이루어진 가계보다 독신자의

---

26) Sawyer, Malcolm(1976), *Organisation for Economic Co-operation and Development,* Washington, D.C. OECD Publications Center.

27) 内閣府,『しんぶん赤旗』, 2006年 1月 24日号.

가계가 소득이 적다. 따라서 이러한 독신자의 점유율이 늘어난 것도 통계상으로 격차가 증가하고 있는 것처럼 보이고 있는 것에 지나지 않는다. 실제로 통계에 격차가 증가하고 있는 것만큼 빈부 격차가 벌어지고 있는 것은 아니라는 것이다.

정부는 격차가 확대되고 있다는 지적에 매우 민감하게 반응한다. 일본 정부는 지금은 경기 회복기에 있다는 설명을 시작으로 경기가 회복 과정에 있기 때문에 실업률은 줄어들고 소득이 늘어난다는 식의 주장을 내 놓는다. 그러나 경기가 회복되면 고용 격차 문제도 축소되는 것일까. 낙관적이지 않다. 이미 경기 회복을 했던 일부 대기업들의 경우 비정규 노동자를 정규 근로자로 전환했다는 소식은 거의 없다. 정규 노동자의 수를 늘리면 노동 비용이 늘어날 것으로 기업들은 생각한다. 또는 노동자의 고용 수를 쉽게 변화시킬 수 있는 등 비정규 고용이 가지고 있는 장점을 잃고 싶지 않다는 의식도 있다.

다른 한편 기업은 일단 프리터가 된 사람을 정규 노동자로 고용하지 않는 경향이 있다. 프리터를 근로 의욕이 없다고 보고 있는 기업도 적지 않다. 또는 작업의 숙련도가 부족하다는 판단도 작동한다. 따라서 프리타를 적극적으로 고용하여 정규 노동자로 전환 하려는 의사를 가진 기업은 별로 볼 수 없다. 실제로 2006년 경영자 단체가 실시한 설문 조사에 따르면 프리터를 고용하겠다고 응답한 대기업은 불과 2%에 불과했다.[28] 본래 일본 사회에서는 기업에 채용된 사람의 교육과 훈련은 주로 기업이 맡아왔다. 그런데 불경기라서 기업은 이에 투입할 자금적인 여유가 없다. 따라서 프리타를 교육하고, 훈련하여 정규 노동자로 바꾸려고 하는 것을 기업에게 더 이상 기대할 수 없게 되었다는 것이다.

28) 日本経団連,『日本経団連タイムズ』, 2006年 8月 24日.

Ⅲ. 사회적 기본권에 대한 재검토

1. 재검토의 필요성 제기

가. 실종된 생존권의 주체

2009년 10월 20일, 일본 정부는 처음으로 상대적 빈곤율을 발표했다. 가처분 소득이 중앙치의 50%에 못 미친 사람의 비율이(OECD 기준 2007년 조사치) 15.7%라고 하였다. 일본지 정부가 빈곤율 삭감의 목표를 내 걸기는 커녕 빈곤율에도 관심이 없었던 과거에 비하면 발표자체가 의미 있는 일이었다. 물론 상대적 빈곤율의 숫자가 그 자체로서 직접 헌법상의 의미를 가지는 것은 아니다.

그러나 그것은 사회정책상의 문제이자 빈곤이라고 하는 현상에 대해서 정부가 어떤 입장을 취해왔던가를 판단하는 잣대다. 헌법에 보장된 생존권을 확보하는데 있어 누구의 어떠한 상황에 대해 정부가 배려해 왔는가를 분명히 하는 것이기 때문이다. 생존권을 말하면서 현실의 빈곤에 주목하지 않은 현실은 헌법학에서 생존권을 파악하는 방법들과 무관하지 않다.

일본에서 생존권이 실제 빈곤선상에 서있는 사람들의 자기실현에 중요하다는 인식이 처음부터 있었던 것은 아니다. 국민의 생존권과 관련하여 권리주체로서 구체적인 개인은 존재하지 않았다. ‘ 모든 국민이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 수 있도록 국정을 운영해야 할 것을 국가의 책무로서 선언한 것이다. …… 국가는 국민일반에 대해 개괄적으로 관련 책무를 부담하고, 이것을 국정상의 임무로 했다고 하여도 개개의 국민에 대해서 구체적, 현실적으로 관련 권리를 갖고 있는 것은 아니다. 바꾸어 말하면, 이 규정에 의해 직접 개개의 국민이 국가에 대해서 구체적이고, 현실적으로 관련된 권리를 갖고 있는 것은 아니다.’[29]

29) 1948년 9월 29일의 최고재판소 식량관리법 사건 판결이 그 예다. 最高裁 食管法事件

여기서 모든 국민은 한 사람 한 사람의 권리 주체의 집적으로서가 아니고, 개별성이 제거된 '국민 일반'으로 변화되게 된다. 그 결과 헌법에 보장된 생존권은 그 구체적 권리성이 박탈되기에 이르렀다. 이것은 구체적인 개인의 주체적인 청구권을 기초에 둔 해석과는 근본적으로 다른 것이었다.

그러나 미야자와(宮澤俊義)가 최고재판소의 '국민 일반과 개괄적 보장'을 수용하고, 공공의 복지를 인권 상호간 충돌의 조정 원리라고 보는 그의 주장에 의해 정책적인 관점으로부터 경제적 자유권을 제약하는 논리가 형성되었다.[30] 이러한 추론 구조에 의해 인권 보장은 상대화되고, 헌법상 권리로서 보장되었던 것이 판례와 학설에 의해서 권리가 아닌 것이 되었다.[31]

나. 격차 사회와 생존권의 공전

1980년대까지 일본의 사회정책은 종신고용・연공서열을 축으로 한 기업 내 복지의 체제에 크게 의존하면서 존립해 왔다. 경제통산성에 의한 다양한 기업 보호정책도, 고용을 유지하여 빈곤을 방지한다는 목적으로 설명되면서, 생존권 실현을 향한 조치로서 정당화 되었다. 그러나 파이의 확대에 의한 생존권 실현이라는 큰 틀은 많은 전제에 의존하고 있었다. 그리고 그 전제조건을 바꾼 것이 글로벌화된 산업과 경제구조의 변화였다. 부유층에 대한 우대 정책이 경제활동을 활성화시키고, 국민 전체에 이익을 가져온다고 하는 분수효과(trickle-down-effect)[32]는 한계를 드러냈다. 다국적화와 국제화는

判決 民集2卷10号 1235頁.

30) 宮澤俊義(1955),『(コンメンタール) 日本國憲法』, 日本評論社, 202頁.

31) 西原博史(2009),『自律と保護—憲法上の人權保障が意味するものをめぐって』, 成文堂, 203頁.

32) 정부가 투자 증대를 통해 대기업과 부유층의 부를 먼저 늘려 주면 궁극적으로 그 혜택이 중소기업과 소비자에게 돌아가는 효과를 말한다. 정부의 투자 증대는 나아가 총체적인 국가의 경기를 자극해 경제 발전과 국민복지를 향상시키게 된다. 정부가 성장과 분배의 선순환을 위해 복지재정 지출을 확대해 성장의 과실이 저소득층에게 돌아가도록 하는 것도 일종의 적하효과(분수효과)라고 할 수 있다. 이 정책은 레이거노믹스에서 등장했으며, 부시 대통령이 재임중이던 1989년부터 1992년까지 채택한

국내 시장에 대해 전제조건들이 작동하지 못하는 요소로 작용하였다. 격차 사회화의 진행에 바탕에는 경제의 국제화라는 상황 변화가 주된 요소로 자리 잡고 있었던 것이다.

국민 전체가 경제적 관점에 있어 운명 공동체를 형성하고 있다고 하는 비현실적인 가정을 전제로 운용되던 정책들은 그것이 작동하지 못하는 상황이 되자 바로 국민의 생존권에 영향을 주었다. 구체적인 권리로서의 개인의 생존권이 확립되어 있지 않은 상황에서 헌법상의 생존권이 공전하는 것은 필연적이었다.

그렇다면 격차 사회에 의해서 생존권의 공전 상황을 깨달은 지금 헌법학은 과연 무엇을 해야 하는가.

다. 재검토의 필요성

물론 일본의 헌법학도 판례에 의한 생존권의 상대화를 좌시하고만 있었던 것은 아니다. 미야자와의 프로그램 규정설을 극복하고자 하는 노력이 진행되었고, 그것이 추상적 권리설이다. 생존권이 법률에 의해서 구체화되어 법적 권리성을 띠게 되며, 국가기관은 법률의 운용 시 헌법상의 기준에 구속된다고 보았다.[33] 그러나 추상적 권리설의 추론은 헌법상의 주관적 권리를 구체적으로 구축하는 것은 아니었다. 이 학설에 의하면 생활보호법에 정해진 '최저한도의 생활의 수요를 채우기에 충분한 것으로 단지 이것을 넘지 않는 것'이라고 하는 후생성 장관에 의한 보호 기준 결정의 지침의 해석을 기속하는 헌법의 의의를 강조한다. 따라서 생존권 규정을 어디까지나 객관법적인 법률 해석의 지침으로서 본다. 그러므로 입법의 부존재에 의해 스스로의 권리에 대한 침해를 인정할 수 있는 범위가 만들어지기 위해서는 구체

경제정책도 이를 추구한 정책이었다.

33) 佐藤功(1959),「生存權の保障・法律と予算」 淸宮四郎佐藤功編 『演習憲法』, 有斐閣, 62頁 ; 池田政章(1961),「プログラム規定における消極性と積極性(1～2)」立教法學3号, 35頁.

적 권리설의 등장을 기다려야만 했다.[34]

일본에서 판례를 둘러싸고 헌법 해석상 사회권이 활발한 논쟁의 대상이 된 것은 1960년대부터 1980년대이다.[35] 생존권에 대해서는 아사히 소송

제 1심 토쿄 지방 법원 판결[36]이 실질적으로 추상적 권리설의 입장에 서 있다. 이 판결을 계기로 학설은 추상적 권리설과 구체적 권리설로 나누어지고, 법적 권리설로 발전해 나간다. 그러나 아사히 소송 최고재판소 판결 등[37]에서 생존권의 법적 효력 자체는 부정되지 않았지만 입법 및 행정의 넓은 재량을 긍정하는 사법 소극주의로 판례가 확립되었다. 사회권의 규정은 복지국가의 건설과 연계되어 헌법상 이해되고 있었지만 현실적으로는 유럽형의 복지국가의 형성에 이르지 않고, 가정・지역・기업 등의 역할을 강조한 일본형 복지사회론이 1980년을 전후하여 주창되게 된다.

그러나 최근 격차 사회, 파견노동자, 워킹 푸어, 가정의 자력에 의한 교육 격차 등의 현상이 중대한 사회 문제가 되고 있다. 헌법상 생존권, 노동권, 교육을 받을 권리가 서로 연계되면서 상호 침해되는 상황도 나타나고 있다. 사회권 중에서도 생존권에 관한 연구가 활발한 것은 자본주의 경제로부터 발생하는 폐해를 시정하기 위한 것이다.[38] 헌법상 규정된 사회권의 경위를

---

34) 大須賀明(1984),『生存權論』, 日本評論社, 93頁 ; 高田敏(1993),『社會的法治國の構成』, 信山社, 153頁.

35) 일본 헌법 제정의 초기에 자유권과 구별되는 사회권에「생존권적 기본권」이라고 하는 명칭을 붙여 그 이론적 위상을 정립한 사람은 민법학자 와가츠마사카에(我妻榮)이다. 일본의 사회권에 관한 헌법 학설의 검토는 와가츠마설을 원점으로 논쟁이 전개되고 있다. 伊藤正己(1995),『憲法』[第3版], 弘文堂, 376頁 ; 芦部信喜(2007),『憲法』[第4版], 岩波書店, 252頁 ; 長谷部恭男(2008),『憲法』[第4版], 新世社, 275頁 등은 사회권이라는 용어를 사용하고 있다. 노동법학에서는 일본 헌법 25조, 27조, 28조의 권리에 대해 생존권적 기본권이라는 말을 사용하고 있다. 菅野和夫(2008),『勞働法』[第8版], 弘文堂, 15頁 ; 片岡昇[村中孝史補訂, 2007],『勞働法(Ⅰ)』[第 4 版], 有斐閣, 22頁.

36) 朝日訴訟第 1 審東京地裁判決 1960. 10. 19, 判例時報241号2頁.

37) 朝日訴訟最高裁判決 1967年 5月 24日(民集21卷5号1043頁) ; 1982年 7月 7日의 堀木訴訟最高裁判決(民集36卷7号1235頁).

38) 葛西まゆこ(2008),「アメリカ憲法學における第二の權利章典(The Second Bill of Rights)の位置づけ」, 慶応義塾大學法學部編『慶応の法律學 公法Ⅰ』, 慶応義塾大學出版會, 235頁.

바탕으로 헌법상 사회권의 의미를 재검토할 필요성이 제기되고 있다.

2. 사회적 기본권 규정의 성립과 학설

가. 일본 헌법 제정과 사회권 규정의 성립

헌법 제25조 제1항의 생존권이 규정된 것은, 헌법 제13조에 포함되는 자유권으로서의 생활권이 아니고, 생존권을 보장하는 제도를 구체화하는 국가나 지방공공단체의 의무를 전제로 한 권리로서의 생존권일 것을 밝히는 것에 있었다. 헌법 제27조의 정부 개정안에서는 '모두 국민은, 근로의 권리를 가진다'라고 되어 있었다. 그러나 '근로의 의무'를 추가하자는 것이 사회당에 의해 제안되어 7월 30일의 제7회 소위원회에서 논의되어 '모두 국민은, 근로의 권리를 가져, 의무를 진다'로 하는 규정이 되었다.[39]

일본 헌법 제정 시에 헌법 제25조에서 제28조까지의 권리를 생존권적 기본권으로 분류한 것이 와가츠마이다. 그는 생존권적 기본권을 다음과 같이 설명하고 있다.[40] 첫째, 자유권적 기본권과 생존권적 기본권 구별에 대해 기본적 인권의 역사적 추이를 주목한다. 기본적 인권의 내용에 대해서 전자가 자유라는 의미를 가지는 것에 대해서, 후자는 생존이라는 의미를 가진다고 보았다. 보장의 방법에 대해서 전자가 국가 권력의 소극적인 규제・제한을, 후자는 국가 권력의 적극적인 배려・관여에 있다고 보았다.

둘째, 생존권적 기본권의 법적 성격에 대하여 그것이 적극적으로 침해되지 않는 정도의 보장을 받는 것으로, 이것을 침해하는 입법・행정 및 개인의 행위는 법원에 의해 그 효력을 부인해야 할 것으로 보고 있다. 생존권적

39) 鈴木安藏(1977),『憲法制定前後』, 靑木書店, 101頁 ; 遠藤美奈(2002),「『健康で文化的な最低限度の生活』再考」, 飯島昇藏＝川岸令和編『憲法と政治思想の對話』, 新評論, 107頁以下.

40) 我妻榮(1946),「基本的人權」, 國家學會雜誌 60卷10号, 63頁以下 ; 我妻榮(1948),『新憲法と基本的人權』, 國立書院, 24-33頁.

기본권의 자유권적 측면에 대해서는 대국가 및 개인 간의 양면에서 그 법적 효력을 인정하고 있다. 또한 청구권적 측면에 대해서는, 이 책무 위반을 제재하는 직접적인 법률적 수단은 존재하지 않는다고 하는 이른바 프로그램 규정설의 입장이었다. 셋째, 국가를 하나의 협동체로 관념하고, 국가와 개인(전체와 개인)과의 내면적・유기적 결합을 이상으로 하고 있다. 따라서 그것을 보장하는 기본적 인권은 국가의 적극적 배려와 국민의 적극적 노력에 의해서, 상호 협력하여 실현해야 할 국민의 기본적인 권리・의무라고 한다.

당시 생존권을 프로그램적 규정으로 보면서 구체적 권리가 아닌 이유는 다음과 같다. 자본주의 경제아래에서는 재산을 갖는 것이나 노동의 기회를 파는 것 모두는 하나의 가능성에 지나지 않는다. 그러므로 생존권 규정은 장래의 정치나 입법에 대한 기본적 방향을 지시한 것으로, 법률적으로는 프로그램적 의의를 지니는 것이라는 것이다.[41]

나. 생존권에 관한 학설

(1) 추상적 권리설

아사히 소송 제 1심 토쿄 지방 법원 판결은 생활보호법과 헌법 제25조 제1항을 하나로 해석해, 실질적으로는 후생성 장관이 정하는 생활보호 기준을 위법이자 위헌이라고 판단하고, 헌법 제25조에 새로운 법적 효력을 인정했다. 이 판결을 지지하는 대표적인 학설이 이케다(池田政章)의 프로그램 규정 적극설이다.[42] 이케다에 의하면 헌법 제25조만을 근거로 해서는 생존권은 형해화 할 수 밖에 없지만 그것을 실시하는 법률에 의해서 공간이 좁혀져 권리가 실질적 권리가 된다는 것이다. 그러므로 헌법상 프로그램이라고 하는 것은 단순히 헌법 제25조를 근거로 해 구체적으로 입법화의 요구를 할

41) 法學協會編(1953),『註解日本國憲法上卷』, 有斐閣, 487-489頁.
42) 池田政章(1961), 「プログラム規定における消極性と積極性(1)(2)」立教法學3号, 30頁以下.

수 없다고 하는 것을 의미하는 것에 지나지 않는다는 것이다.

(2) 구체적 권리설

추상적 권리설에서 한 걸음 더 나아가 헌법 제25조를 구체화하는 입법이 존재하지 않는 경우에도 국가의 부작위의 위헌성을 확인하는 소송을 인정하는 것이 구체적 권리설이다. 구체적 권리설을 주장한 것은 국가의 부작위 위헌확인 소송을 무명 항고 소송으로서 인정하는 타카다(高田敏)와 입법의 부작위의 위헌 확인 소송을 인정하는 오스가(大須賀明)의 주장이 대표적이다.[43]

(3) 프로그램 규정설

종래의 학설은 프로그램 규정설・추상적 권리설・구체적 권리설의 3개로 나뉜다. 그러나 구체적 권리설에 대해서 구체적 권리란 부작위가 위헌인가에 대해 확인을 요구하고, 필요한 입법을 하도록 촉구할 권리를 의미하는 것에 그치는 것이 아닌가 하는 의문과 함께 무엇이 구체적인가 하는 점에 대해 비판이 제기되어 왔다.[44]

생존권의 법적 성격에 관해 프로그램 규정설과 법적 권리설의 2분설의 입장 가운데 법적 권리설에 서서, 생존권이 재판규범으로서 효력을 가지는 것을 전제로 하고, 어떠한 소송 유형으로, 어떠한 위헌심사 기준에 의해서 생존권에 규범적 효력을 인정하는가 하는 문제가 중요하다는 것이다. 그러므로 입법 부작위의 합헌성을 다투는 소송으로서 국가배상 소송이 가능하다는 것이다.[45]

그 경우 입법이나 행정의 일정한 재량은 인정되지만, 그것이 인간으로서의 생활의 최저한도라고 하는 한계선을 이루는 이상 이론적으로는 특정의

---

43) 高田敏(1964),「生存權保障規定の法的性格」, 公法研究26号, 95頁 ; 大須賀明(1969),「憲法上の不作爲—生存權に卽しての檢討」, 早稻田法學44卷 1 =2号, 145頁以下.

44) 奧平康弘(1977), 「健康で文化的な最低限度の生活を營む權利」. 奧平康弘・原泰雄編『憲法學3』, 有斐閣, 74頁.

45) 中村睦男(1994),「生存と憲法」樋口陽一編『講座憲法學 4 權利の保障(2)』, 日本評論社, 61-63頁.

국가·특정의 시점에 있어 일단 객관적으로 결정해야할 것이고, 또 할 수 있는 것이다. 건강하고 문화적인 최저한도의 생활이라는 것은 지극히 추상적·상대적인 개념이다. 그리고 그 구체적 내용은 그 때 그 때의 문화의 발달의 정도, 경제적·사회적 조건, 일반적인 국민 생활의 상황 등의 상관관계에 의해 판단 결정되어야 하며 동시에 입법으로서 구체화하는데 있어서 국가의 재정 사정을 무시할 수 없다는 것이다. 또한 다방면에 걸친 다양하고, 고도의 전문 기술적인 고찰과 거기에 기초를 두는 정책 판단이 필요하다는 것이다. 결국 어떤 입장을 취하는가에 따라 입법이나 행정의 재량의 폭이 다르고, 위헌심사 기준도 달라지게 진다는 것이다.

생존권의 위헌심사 기준에 대해서는 제25조 제1항의 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리 속에 인간으로서의 최대한의 최저한도의 생활의 보장을 요구할 권리와 보다 쾌적한 생활의 보장을 요구할 권리 양자가 모두 포함되어, 전자에 보다 엄격한 위헌심사 기준이 적용되는 것으로 이해하고 있다.[46]

(4) 새로운 구체적 권리설

생존권의 재판 규범성에 관한 소극설의 근거를 비판하면서, 건강하고 문화적인 최저한도와 금전 급부 소송이 가능하다고 하는, 말 그대로의 의미에 있어서의 구체적 권리설도 유력하게 주장되고 있다. 과거의 급부를 요구하는 소송에서는 손해배상에 대한 급부판결을 내리고, 장래의 급부를 요구하는 소송에서는 급부 방법에 관한 입법에 따라서 급부를 하도록 하고, 그러한 급부 입법이 없는 경우에는 입법자에게 입법 의무를 부과하고 급부를 명하는 의무 부여 판결을 내릴 수 있다는 것이다.[47] 이에 따르면 생존권을 침해하는 입법의 부작위에 대해 국가 배상 청구가 가능하다는 것이다.

재외 선거권 소송 최고재판소 판결에서 입법 행위 또는 입법 부작위가 예

46) 中村睦男(1977),「國民の生存權，國の社會保障的義務」, 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』(注解法律學全集2), 靑林書院, 158頁.

47) 棟居快行(1995),「生存權の具体的權利性」, 長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』, 日本評論社, 156頁以下 ; 藤井樹也(1998),『權利の發想轉換』, 成文堂, 414頁以下.

외적으로 국가배상법상 위법의 평가를 받는 경우를 다음과 같이 판결하고 있다. '입법의 내용 또는 입법 부작위가 국민에게 헌법상 보장되고 있을 권리를 위법으로 침해하는 것이 명백한 경우나, 국민에게 헌법상 보장되고 있는 권리행사의 기회를 확보하기 위해서 필요한 입법 조치를 맡는 것이 필요불가결하고, 그것이 명백함에도 불구하고, 국회가 정당한 이유 없이 장기에 걸쳐, 이것을 게을리 하는 경우 등'이라고 판결하고 있다.[48] 즉 헌법상의 권리를 침해하는 것이 명백한 경우나 입법 조치를 맡는 것을 장기에 걸쳐 게을리 하는 경우로 확대하여, 입법 부작위의 위헌성을 다툴 수 있는 경우를 넓게 인정하고 있다. 국가배상 청구소송의 경우 법원은 위자료를 산정하는 것이 가능하지만 말 그대로의 금전 급부 소송을 요구하는 경우, 금액을 어떻게 산정하면 좋은 것인가. 금전급부 소송을 인정하는 경우에 건강하고 문화적인 최저한도의 생활에 대한 입법부나 행정의 제 1 차적 판단권을 거치지 않고, 급부금액을 결정해도 좋은가 하는 점이다. 이에 대해 건강하고 문화적인 최저한도의 생활수준의 급부를 법원에서 인정할 수 없다고 해도, 원고가 건강하고 문화적인 최저한도 이하인 것이라는 것이 분명한 범위 내 급부로 한정해 청구해 왔을 경우, 그 한도 내에서는 생존권의 재판 규범성이 긍정되게 된다는 것이다.[49]

3. 사회권에 대한 새로운 문제의 제기

가. 아래로부터의 사회권

나카무라(中村睦男)는 국가의 적극적 역할과 자유권과의 이질성이라고 하는 두 가지를 축으로 하는 사회권에 대해, 그것이 위로부터의 사회권 이론에 빠져 있다고 하면서, 1970년대에 근본적인 비판을 전개하였다. 그는 프랑

48) 2005年9月14日 在外選擧權訴訟最高裁判決(民集59卷 7 号2087頁).
49) 棟居快行(1995), 前揭論文, 159-160頁.

스를 모델로 하면서 아래로부터의 사회권론을 주장한다. 그 주장은 크게 나누어 4가지로 정리할 수 있다.[50]

첫째, 사회적 민주주의의 구성요소로서의 사회권이라는 위치설정이다. 이것은 생존권을 복지국가처럼 20세기적 국가 본연의 자세와의 관계로 논하는 것을 거부하는 입장으로, 사회권과 국가 개입의 필연적인 관계가 없다는 점을 분명히 한다. 둘째, 사회적 민주주의는 노동자를 중심으로 하는 이해관계자의 집단적 권리·자유로서 수행된다. 거기서 강조되는 것은 노동자에 의한 참가의 계기와 이의제기의 계기이다.

셋째, 이러한 집단적 권리·자유가 어디까지나 자유를 바탕으로 한 권리인 점이 강조된다. 단결 및 동맹 파업이 국가의 금지로부터의 자유로서 형성되어 온 경위를 근거로 하여, 자치를 위해서는 우선 국가로부터의 자유가 필요하다는 것을 중시한다. 넷째, 사회권은 개인의 주관적 권리라고 하는 구조로 그려낸다. 이것은 단결에 있어서도 어디까지나 결사의 자유를 전제로, 자발적인 개인의 자유로운 계약에 의해서 집단이 성립되고 있다는 점에 대한 중시로 연결된다. 다른 한편 개인의 권리라고 하는 발상은 사회보장의 범위에서 국가에 의해서 운영되는 사회 부조의 범위에서도 권리의 주관성을 전제로 법원의 컨트롤을 기능시키는 것으로 이해한다.

아래로부터의 사회권에는 집단적 권리·자유의 요소가 전면에 서는 경우와 개인적 권리·자유를 보장하기 위해서 국가의 적극적 급부 의무를 전면에 내세우는 경우가 모두 내재되어 있다. 사회보장은 전자의 문제이며, 사회부조는 후자의 문제이다. 후자는 어디까지나 보완적인 의미를 가지는 데에 머물러, 전자가 사회권 실현의 기축을 이루는 것으로 본다.

아래로부터의 사회권론은 생존권을 포함한 사회권의 주체를 노동자를 중심으로 하는 당사자라고 파악해 자치적인 제도 구축을 주된 실현 수단이라고 보고, 그 위에서 제도를 지지하는 보충적인 기능을 국가에 기대한다. 한

50) 中村睦男(1973),『社會權法理の形成』, 有斐閣, 294-305 ; 中村睦男(1983),『社會權の解釋』, 有斐閣, 35頁.

편 과도한 개입을 배제하는 점에서 권리로서의 실질을 만들어내는 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 능력 있는 당사자상을 제시한 것은 일본의 통설 속에서 구축되어 온 무능한 보호 대상이라는 전제와는 다른 대립적인 축을 형성하고 있다.

아래로부터의 사회권을 주장하는데 있어서 사회권을 경제적 약자를 보호하기 위한 국가의 개입이라고 파악하는 생각은 경제적으로 가장 풍족하지 않은 사람 및 사회적으로 억압된 사람을, 전혀 국가의 혜택적 조치의 수익자 및 수신인으로서 밖에 보지 않았다는 시각에서 주장되고 있다. 이와무라(岩村正彦)는 헌법학의 25조에 대한 관심이 오로지 일반론으로서의 위헌심사 기준의 해명에 있어 구체적인 사회보장 입법의 개혁을 전제로 한 현실적인 헌법 문제의 분석에 그만큼 역점을 두지 않은 것으로 본다. 그러므로 헌법 제25조(특히 제2항)가 상정하는 사회 복지 등의 제도가 구체적으로는 무엇을 가리키는지, 사회 보장의 각 제도의 적용 대상자, 급부・서비스의 재검토에 헌법상의 규범적 한계가 있는지, 사회 보장의 각 제도의 사업주체나 급부・서비스의 제공 주체에 대해 헌법 제25조의 규범적 제약은 있는가 하는 문제에 관심이 적다고 비판을 하고 있다.[51)]

나. 헌법 제13조와 사회 보장의 기초

생존권은 국민 스스로의 자주적 활동에 의해서 스스로의 생존을 확보해 그것을 국가에 의해서 방해되지 않는 것을 내용으로 하는 생존의 자유를 전제로 하고 있다. 국가에 의한 생존권의 자유권적 측면으로서 상정되는 것은 빈곤자에게 중세를 부과하는 경우이다. 생존권을 경제적 권리로서 파악하는 것만이 아니고, 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 일정 수준의 급부와 인격적 자율의 불가침이라고 하는 두 개의 요소로 구성된 권

51) 岩村正彦(2007),「社會保障改革と憲法25條」, 江頭憲治郎・碓井光明編『法の再構築 I 國家と社會』, 東京大學出版會, 83頁以下.

리라고 보는 견해, 생존의 자유는 문화적·정신적 성질의 자유를 포함한 자유 일반을 의미한다고 하는 견해도 있다.[52)]

키쿠치(菊池馨實)는 헌법 제13조를 사회보장의 기초로 보고 있다. 그에 따르면 사회 보장의 목적이란 국민의 생활 보장에 머무르지 않고 보다 근원적으로는 개인의 자율의 지원, 즉 개인이 인격적으로 자율적인 존재로서 주체적으로 스스로의 삶의 방법을 추구해 나가는 것을 가능하게하기 위한 조건 정비에 있다고 한다. 그러므로 존중되어야 할 것은 개인의 독자성과 자율지향성이며, 이것은 헌법 제13조에 의해서 보장되어야 한다. 그러한 조건 정비에 의해 최종적으로 책임을 지는 주체는 국가이다.[53)] 헌법 제25조와 제13조와의 관계에 대해서는 헌법 제25조가 사회 보장 제도의 직접적인 근거 규정이며, 동조의 보장 수준·보장 내용 등을 둘러싼 규범적 이해는 헌법 제13조에 의해서 규율되고 있다는 것이다.

그러나 개인의 자율의 조건 정비는 최종적으로는 국가의 책임이기 때문에 국가의 적극적 의무를 실현하기 위해서는 생존권을 개인의 주관적 권리로서 규정한 헌법 제25조의 생존권을 기초로 하여 사회보장의 제도화뿐만 아니라 보장 수준·보장 내용을 검토해야 한다는 것이다.[54)]

다. 근로의 의무와 생존권의 문제

근로의 의무에 의한 생존권 제약설에 대해 사사누마(笹沼弘志)는 다음과

52) 遠藤美奈(2000),「生活保護と自由の制約」, 攝南法學23号, 47頁 ; 岩間昭道(2009),「憲法25條が保障する權利」, 法政法科大學院紀要5卷 1 号, 53頁.

53) 菊池馨實(2000),『社會保障の法理念』, 有斐閣 ; 菊池馨實(2006),「社會保障の規範的基礎付けと憲法」, 季刊社會保障硏究41卷4号, 306頁以下.

54) 戶波江二(2006),「憲法學における社會權の權利性」, 芹田健太郎ほか編『講座國際人權法(2) 國際人權規範の形成と展開』, 信山社, 383頁 이하에서는 생존권 보장가운데 자유의 계기를 중시해 생존권이 자기 결정권과 내적으로 결합하고 있는 것을 강조하는 시점은 극히 중요하다는 점을 인정하면서 키쿠치의 주장이 사회 보장 분야에서의 개인상으로서 강한 개인을 상정하고 있는 것을, 사회권으로서의 생존권의 의의를 강조하는 입장으로부터 비판하고 있다.

같이 주장하고 있다.[55] 그에 의하면 생활보호법 제4조 제1항의 '보호는, 생활에 곤궁한 사람이 이용할 수 있는 자산, 능력 그 외 모든 것을, 그 최저한도의 생활의 유지를 위해서 활용하는 것을 요건으로서 행해진다'는 보호의 보충성을 정한 규정이라고 할 수 있다는 것이다. 즉, 가동능력 활용요건의 해석에 있어서 국가가 1993년 이후 근로의 의무에 의한 생존권 제약설을 채용해왔다는 것이다. '국민은 헌법 제27조 제1항에 의해 근로 의무를 지고 있어 헌법 제25조는 이것을 전제로 해서 국민의 생존권을 보장하는 것이기 때문에 가동의 능력이 있고, 그 기회가 있음에도 불구하고, 그 사람의 능력의 범위 내에서 할 수 있는 직업을 소개하였지만, 그에 종사하는 것을 끝까지 기피하는 사람에 대해서는, 생활보호법에 따르는 최저한도의 생활의 보장이 미치지 않다고 해도 헌법상 문제는 없다'는 것이다.[56]

일본에서는 1981년의 생활보호 적정화 123호 통지 이후 생활보호 신청에 대해 거부가 있었다. 이것은 근로의 의무에 의한 생존권 제약설에 의거 가동능력 활용요건에 대한 엄격한 해석을 통해 거부취급을 정당화해왔다.[57] 가동능력 활용요건에 관한 행정 실무상 운용에 대해서는 재판으로도 다투어졌다.[58] 가동 능력의 활용에 관해서도 '생업 부조의 대폭적인 확충이나 타법 이외 시책을 포함한 적절한 social work의 실시를 포함한 취업 액세스 확보 등을 위한 직업 소개・직업 훈련・직업 교육 등의 전개가 국가의 규범적 의무'라는 것이다.[59]

생활보호법 제4조의 가동능력 활용요건 그 자체는 합헌이지만 생활보호

55) 笹沼弘志(2008), 「社會權保障における憲法學の成果」, 全國憲法研究會編 『憲法問題』 19号, 31頁以下 ; 笹沼弘志(2008), 『ホームレスと自立 排除』, 大月書店, 67頁以下.
56) 厚生省社會・援護局保護課監修(1993), 『生活保護手帳(別冊問答集)』, 社會福祉振興・試驗センター, 253頁.
57) 笹沼弘志(2009), 「社會權・國家賠償請求權」, 辻村みよ子編 『基本憲法』, 悠々社, 218頁.
58) 最高裁2001年2月13日判決賃金と社會保障1294号21頁.
59) 菊池馨實(2004), 「公的扶助の法的基盤と改革のあり方」, 季刊社會保障研究39卷4号, 429頁 ; 石橋敏郎(2007), 「生活保護法と自立」, 日本社會保障法學會編 『社會保障法』 22号, 47頁.

법 제4조의 운용에 대해 자립 지원을 실시하지 않는 경우 등은 생존권 규정에 대한 위반이 된다는 것이다. 헌법 제25조 제1항의 생존권과 헌법 제27조의 근로의 의무는 제정당시 사회당의 수정안에 의해서 헌법으로 규정된 것으로 알려져 있다. 헌법 제25조 제1항에 생활권의 보장을 규정한다면 노동의 의무도 규정하는 것이 지당하다는 의견에 따라서 수정이 이루어졌던 것이다. 헌법 제정자의 의사는 생존권, 노동권 및 노동의 의무를 일체의 것과 파악하고 있었던 것이다. 생존권과 노동권을 입법에 따라 구체화하는 경우 직업선택의 자유를 전제로 해 생존권이나 노동권과 조화를 이루듯이 노동의 의무를 입법으로 구체화하는 것은 원칙적으로 입법 정책에 맡길 수 있다는 것이다.

라. 최저한도에의 권리

추상적인 사회정책 이념이라는 위상을 넘어 구속적인 내용을 찾아내려는 움직임이 있었다. 이에 따르면 헌법 제25조 제1항과 제2항을 분리하여 해석한다. 제2항을 최저한도를 넘는 생활 조건의 유지·향상에 관련되는 요구로 인정해 광범위한 입법 재량에 맡기면서도, 제1항에 대해서는 인간으로서의 더 이상 감당할 수 없는 최저한도의 생활 확보에 관련되는 부분에 대한 권리성을 확립하려고 하는 입장이 그것이다.[60]

그러나 생존권은 최저한도까지의 권리가 아니고, 보다 건강하고 보다 문화적인 생활수준의 향상을 부단히 추구할 권리이라는 비판을 받았다. 그러나 권리 침해를 특정할 수 있는 청구 내용의 구체화를 수반하지 않는 한 권리는 성립하는 것이 아니므로, 제1항과 제2항의 분리론은 프로그램을 넘어서 법규범화를 진행시키는데 있어서 필요한 단계였다. 즉 구체적 권리설은 아사히 소송 최고재판소 판결이 내건 최저한도에 관한 논리를 비판하면서, 특정의 시기, 특정의 국가에서 최저한도는 합리적으로 산정 가능하다는 것

60) 籾井常喜(1972),『社會保障法』, 總合勞働硏究所, 94頁.

을 강조한 것이다.[61]

헌법 제25조의 생존권은 국민의 권리로서 확산되고 상대화되었으며, 다른 한편 구체적인 사회적 약자의 권리로서 등록되었다. 다시 말해 무능력 혹은 나태한 개인적인 원인에 의해서 자활할 수 없는 사람들에 대해서, 자율적인 능력이 있는 개인으로 구성된 사회가 동정적·은혜적으로 급부를 베풀고 있다는 의식 구조 속에 생존권 보장이 자리 잡은 것이다. 이러한 방식은 생존권을 권리 보장의 문제로서 접근한 것이 아니다.

사회보장을 연대적 차원에서 보는 시각도 유사하다.[62] 권리가 아니고 연대라고 하는 순간에 생존권의 주체는 소멸하고, 동정과 혜택의 대상인 '뒤떨어진 존재'로 자리 잡게 된다. 해석론적 시각에서 보면 제도 대상자가 자율성과 감정을 가진 대등한 개인이라고 하는 인식을 잊게 하는 연대이론은 지극히 위험하다는 것이다.

마. 사회권 관념과 권리성

헌법 제25조를 법률 해석 지침으로 생각하거나 제도 운용에 있어서는 대상자를 '뒤떨어진 존재'로 취급하는 시각은 생존권이 사회권내지 생존권적 기본권이라고 하는 특수한 범주의 권리라고 하는 발상과 결합되어 있다. 이러한 접근방식은 개인의 자율성을 핵심으로 한 자유권과 다르며, 국가에 의한 급부에 의해서 실현되는 것으로 자리 잡고 있다. 즉, 개인이 정책 운용자에게 의존하는 형태로서 자리 잡고 있었다.

생존권적 기본권을 보장하는 것은 현실의 사회에서는 협동체의 일원이지만 힘없는 사람을 보호하고, 육성하는 것을 목적으로 한다. 국가의 배려에 있어서도 배려되는 각자가 스스로 협동체의 일원인 책무를 자각하여, 이것을 완수 하는 것에 노력하지 않는다면 협동체의 이상은 결코 실현될 수 없

61) 大須賀(1984), 前揭論文, 98頁.
62) 堀勝洋(2004),『社會保障法總論』第二版，東大出版會, 100頁.

기 때문이다.[63] 그곳에서는 '모든 사람을 위해서 실질적인 자유와 평등과 행복의 추구의 이상을 실현할 수 있도록 국가가 적극적인 관여를 한다고 하는 사상'을 강조한다. 여기에서 말하는 실질적인 자유는 어디까지나 '전체를 위해서, 문화적 가치의 발양을 위해서 자기의 능력을 활용할 책임이 부과된 자유'[64]를 의미한다.

생존권적 기본권내지 사회권이 국가에 의한 배려를 요구할 권리라고 자리 매김되면, 그곳에서는 배려하는 측의 위로부터의 시선이 권리 내용을 확정할 때의 기본적인 축이 된다.

4. 생존권의 이해와 개인의 자율성

가. 시대적 한계와 사회적 배제

프랑스에서 나카무라가 그려낸 이념적 모델이 그대로 작동한 것은 아니다. 특히 사회보장의 기초를 이루고 있었던 보험 모델이 기능하지 않게 되면서 직업을 기초로 한 공제조합적인 논리는 궁지에 몰리게 된다. 그러나 규범적 관점으로부터 주목할 만하는 것은 당사자의 대표 가능성에 관련되는 문제이다. 장기 실업자나 사회적으로 배제된 사람들이 국가를 매개로 하지 않고, 당사자의 대표가 될 가능성이 있는가 하는 점이다. 이것은 배제된 사람이 공통 이해를 가지지 않고, 신분이나 계급도 단체도 구성하지 않는데 따라 심각성이 증가된다. 노동조합이 기능하기 위해서는 국민 내부에서 공유되는 노동자라고 하는 속성의 일원성과 내부의 이익의 일체성이 있다. 그런데 장기 청년 실업자의 존재는 조직 노동자와 미조직으로 배제된 사람과의 사이의 이해대립이 명백하게 된다.

그러므로 국가 레벨의 민주적 토의를 통해서 국민 자신이 담당자가 되는

63) 我妻榮(1954), 前揭論文, 74頁.
64) 我妻榮(1948), 前揭論文, 172頁.

복지국가의 재생이 논해지게 된다. 새로운 모습으로 국민을 재창조하지 못하면 복지국가를 유지하는 것은 불가능하다는 것이다. 상호간 사회적 부채의 인식이 뿌리 내리는 기초가 되는 공민 정신의 토양을 재생하는 것 없이는 복지국가를 유지하는 것은 불가능하다고 보는 것이다.

이러한 주장은 사회적 민주주의와 달리 국가적 민주주의를 재생하는 것을 통해서 사회적 문제에 관련되는 당사자성을 토의 민주제의 과정으로 연결해 가는 구상으로 정리할 수 있다. 보상으로부터 참가를 통한 형태로 복지국가의 기능의 전환을 말하고 있다. 극복해야 할 현실을 사회적 배제라고 하는 형태로 파악해 배제된 사람에 대해서 노동을 통한 사회 참가를 재촉하기 위한 조치를 하는 점에 복지국가가 가야 할 방향을 보여 주고 있다.

사회 참가에의 권리는 개인을 부조의 대상이라고 보는 것이 아니라 능동적 시민으로 간주하는 점이 중요하다. 복지국가를 사회 계약의 문제나 시민권의 문제로 파악하는 것이다. 빈곤 문제를 단지 저소득층에 대한 해소가 아니라 사회적 배제의 과정에 관련되는 중층적인 문제라고 보는 것이다. 즉, 사회에 참가해 다른 사람과의 상호작용을 통해서 자기실현을 실시하는 존재라고 하는 인간상을 출발점에 둔다. 그리고 사회적인 참가와 동시에 민주적인 참가를 연속적으로 파악한다.[65]

나. 잠재능력과 생존권

사회적 포섭을 목표로 한 방향성은 21 세기에도 자립 지원이라고 하는 용어와 함께 정책의 중심을 형성하고 있다.[66] 그렇다면 생존권의 권리 주체를 어떻게 파악하는가.

경제적 약자를 보호하기 위한 국가 개입이라고 하는 전통적인 복지국가

65) Collins, Hugh(2003), “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, *66 Modern Law Review 16*, p. 24 : Collins, Hugh(2005), “Social Inclusion : A Better Approach to Equality Issues?”, *14 Transnational Law & Contemporary Problems 897*, p. 27 .

66) http:www.mhlw.go.jpshingi200412s1215-8a.html

의 시점은 많은 경우에 그 보호의 실질을 최저한 소득의 보장으로 본다. 그리고 그것은 개인의 자유나 자율이라고 하는 관념과 관련하는 것을 의식하지 않는 경향이 있다.

그러나 생활보호 수급자를 개인으로서 존중하지 않고, 그 권리 주체성을 무시하는 것은 문제가 있다. 그러므로 국가에 의한 개인 생활에의 과도의 개입을 가져오는 제도 설계는 바람직하지 않다. 오히려 일방적 수급 주체로 파악되는 보호해야 할 객체인 개인이 아니고, 권리 의무의 주체인 개인으로 상정되어야 한다. 소득 부족을 넘어 사회참가를 할 수 없는 배제 상태를 극복의 대상이라고 평가하는 포섭이론은 자유에 바탕을 두고 있다. 소득 능력에 차이가 있는 현실을 고려하면서 삶의 방법을 타개하기 위해서 필요한 잠재능력이 박탈된 상태는 또 다른 차원의 빈곤이다.[67] 빈곤 문제의 본질을 파악해 필요한 대책을 생각하는데 있어서도 개인의 자유내지 잠재능력을 기준점으로 하는 것은 의의가 있다. 사회적 배제가 잠재 능력의 박탈로 이어진다는 비판은 그런 점에서 경청할 만한 가치가 있다.

다. 사회적 포섭과 생존권

그렇다면 이러한 사회적 배제의 극복을 위한 시각을 포함시키는 것이 생존권의 권리성을 확립하는데 있어서 플러스가 되는가 여부이다. 권리를 권리로서 확립하기 위해서는 권리 내용의 명확성이 필요하다. 구체적 권리설이 최저한도의 생활을 향한 소득 보장적 요구를 설정하는 것도 권리성의 옹호에 그 목적이 있다. 그런데 포섭론적인 시각을 도입하였을 경우 다시 국가가 취할 수 있는 대책이 다양화하게 된다. 그 결과 반드시 실현되어 있지 않으면 안 되는 최저한의 권리 보장 기준이 불명확하게 되는 위험이 있기

67) Sen, Amartya(1992), *Inequality Reexamined, Cambridge,* Harvard University Press, p.40. ; Sen, Amartya(2000), *Social Exclusion : Concept, Applicationand Scrutiny, Social Development* Paper No. 1, Asian Development Bank., p. 8.

때문이다.

그럼에도 불구하고 자유의 바탕을 철저히 하기 위해서는 생존권의 권리 내용을 생각하는데 있어서 참가에의 권리라고 하는 관점을 도입하는 것이 중요하다고 생각한다. 왜냐하면 사회적인 배제 구조 그 자체를 막고, 대상자의 생활을 무너뜨리는 상황을 권리론으로 대항해야 할 필요성이 있기 때문이다. 생존권에 사회적 포섭을 도입하는 것은 헌법 제14조의 평등권과 직결된다.[68]

일본에서 문제가 된 병급 금지 규정은 분명히 장애자에게 육아 부적격의 낙인을 찍는 것이었다. 그 결과 일반적으로 받을 수 있었던 육아 자금의 거절이라고 하는 형태로 장애자가 아이를 가지는 것을 제재하는 것이었다. 그럼에도 불구하고 최고재판소는 소득 중심주의를 바탕으로 입법 재량을 말하고, 중요한 자의적 배제를 불문에 붙였다.[69] 그러나 헌법 제25조와 제14조의 실질적인 연관을 의식하면서 사회 보장의 영역에 있어도 국가가 적극적으로 배제 구조를 도입하고, 개인의 자유와 자율을 방해하는 것은 용서하지 않는다는 것을 규범으로서 확립할 필요가 있다.

문제는 사회적 포섭을 도입하는 경우 국가가 의도적으로 배제하는 경우뿐 만 아니라 개인에게 불리한 사회적 구조가 개인의 자유를 방해하고 있는 경우가 있다는 점이다. 개인에게 불리한 배제 구조가 가치가 있는 인생을 방해받는 경우 배제받는 측에서는 설정되어 있는 장벽에 합리적 근거가 있을지에 대해 검토를 요구할 수 있다. 생존권의 실현을 방해하는 배제 구조

68) 西原博史(2003),『平等取扱の權利』, 成文堂, 101頁.

69) 사회 보장과 헌법 제25조에 관한 최고재판소 판결의 리딩 케이스로 여겨지는 판결이다. 헌법 제25조에 관해서는 아사히 소송의 논리를 답습하고 있어, 25조의 규정은 권리는 아니고 책무를 정한 것에 지나지 않는다고 하여 그 권리성을 부정한 프로그램 규정설에 가까운 입장을 취하고 있다. 한편, 헌법 제25조에 관한 재판 규범성을 부정하고 있지 않아 완전한 프로그램 규정설을 그 의미로 채용했다고도 할 수 없다. 이 판결은 아사히 소송과 달리 정면으로 25조와 사회 보장 제도의 관계가 문제가 된 것으로 그 후 사회 보장과 헌법 제25조의 관계 소송에 자주 인용되고 있다. 일본 최고재판소가 헌법 제25조의 위헌심사 기준을 나타낸 판결로서 중요한 의의를 가지고 있다. 堀木訴訟, 1982年(昭和57年)7月7日, 民集 36卷 7号 1235頁.

내에 권리침해의 가능성을 볼 수 있다는 점에서 포섭에의 권리라고 하는 시각은 의미가 있다.

개인이 자율적이라고 말하는 것은 단순한 픽션일 수도 있으며, 사실상 모든 전제를 결하고 있다. 특정 개인이 스스로의 능력으로 자활하고 있는 것처럼 보여도, 그것은 단지 우연한 집적 후에 성립되는 모래위의 누각과 동일한 것이다. 전제가 되는 사회적 요인에 1개라도 변화가 일어나면 간단히 무너져 버린다. 그러므로 개인의 자율에 의미를 부여하려면 자율의 조건이 되는 여러 가지 사회적 구조에 대한 배려가 필요하다. 그를 바탕으로 한 사람 한 사람의 개인이 자율을 지향하고, 스스로의 인격 시스템을 유지・발전해 나가는 것 외에 최종적인 질서 유지의 대책은 없다. 자신의 삶의 방법은 스스로 결정하고 싶다는 의사가 바로 제도 구축의 기반이다.

Ⅳ. 결론－생존권과 사회 정책과의 차이

1. 생존권에 관한 헌법 규범과 현실

일본 헌법에서도 제25조 내지 제28조에서 사회권이 보장되고 있다. 사회권의 헌법 규범이 그 내용에 맞는 현실로 실현되고 있다면, 사회 복지는 문제가 되지 아니하였을 것이다. 그러나 현재 일본에서는 사회권의 헌법 규범이 헌법현실로 충분히 실현되고 있다고 말할 수 없다. 즉, 사회권에 담겨진 사회정책으로의 작위요청이 충분히 달성되고 있지 않기 때문에 헌법상 사회권의 이념과 현실이 괴리되어 있다는 지적이 나오고 있다.

헌법학계의 주요 연구 대상이 헌법학과 그 인접 과학을 엄격히 구별하고, 헌법학에서 법적 요소 이외의 것을 제거하는 법실증주의에 근거한 헌법 해석학이 헌법현실과의 괴리를 크게 만들었다는 지적도 있다. 즉, 헌법의 사회권 연구에 대해서도 헌법 해석학에서는 비 실정법적인 요소를 제거하는 것이 방법론적 전제가 되고 있다는 것이다. 그러나 헌법 해석학의 일차적인

목적은 각 조문의 규범 내용을 분명히 하기 위한 것이다. 또한 자유권과 다른 사회권의 권리성 등을 분명히 하는 것뿐만 아니라 그 규범의 정도도 헌법 해석학의 대상이 되어야 한다는 것이다.[70]

사회권 규정의 규범 내용 및 법적 성격에 관한 논의의 특징은 모두 재판의 규범 적용 가능성의 여부와 밀접한 관계를 가지고 있다. 즉, 헌법 해석학적 논의는 현실에 문제가 생겼을 경우, 소송을 통한 사후적인 권리 구제 여부를 명확히 한다는 관점에 근거 하고 있다. 물론 이러한 권리 구제 여부를 밝히기 위한 헌법 해석학이 중요한 임무 가운데 하나라는 점은 분명하다.

그러나 규범 내용 및 법적 성격에 관한 해석론에 시종하고, 개별 구체적인 사회 정책 과정과 정책 결과로 실현되고 있는 헌법 현실에 대해 비 법적 요소라고 하여 관심을 두지 않는 현실은 문제점으로 지적할 수 있다. 헌법 해석학은 정적인 헌법 규범을 주된 대상으로 하고 있지만 생존권에 관한 정책 작위요구와 실제 사회정책과의 괴리 문제 등은 헌법 해석학만으로는 해결할 수 없다.[71] 또한 헌법에서 볼 때 기대되는 정책이나 법률을 입안하고 더 활발히 논해야 한다는 제안도 있다.[72] 그러나 이러한 지적과 제안에 근거하여 실제로 구체적인 사회 정책 과정과 헌법의 사회권 규정과 관련시킨 연구는 많지 않다.[73] 앞으로 일본의 헌법학이 헌법 해석학의 범주를 넘어

---

70) 구체적으로 법적 권리성을 부정하면서 프로그램성을 강조하는 '프로그램 규정설', 법규범성은 인정되지만 재판 규범성을 인정하지 않는다고는 '추상적인 권리설', 법규범성도 재판규범성도 인정하는 '구체적인 권리설'로 대별되고, 학설 및 판례의 견해 차이가 발생하고 있는 것이 현실이다. 헌법상 생존권의 법적 성격에 관해서는 학설은 추상적인 권리설이 다수설이다. 朝日訴訟이나 堀木訴訟에서 일본최고재판소는 프로그램 규정설에 서 있다. 또한 구체적인 권리설의 입장에 의한 연구로는 大須賀를 들 수 있다. 또한 교육권, 근로권의 법적 성격에 관해서는 학설에서는 프로그램 규정설로 이해하는 것이 일반적이며, 최고재판소의 판례는 아직 존재하지 않는다. 大須賀明(1984),『生存權論』, 日本評論社 ; 大須賀明(1995),『社會國家の憲法理論』, 敬文堂.

71) 市川正人(2001),「憲法論のあり方についての覺え書き」,『立命館法學』 271号・272号上卷, 30頁。

72) 小林直樹(1991),『憲法政策論』, 日本評論社, 8頁.

73) 이러한 지적과 제안에 대해서는 헌법학과 정책학과의 관계를 애매하게 하는 것으로 비판하면서, '규범＝적용도식・적법성・과거 지향'의 법적사고 방식과 '목적＝수단

해결해야할 과제로 지적되고 있다.

2. 사회 정책 연구와 헌법적 요소의 고려

생존권에 관한 헌법 규범과 헌법 현실과의 괴리 및 정책 작위요구와 실제 사회 정책과의 괴리 문제를 파악해보면 거기에는 빈곤의 문제가 존재하고 있다.[74] 그 결과 법률 수준에서 개별 구체적인 사회 정책과 관련된 각종 법률과 밀접하게 관련한 연구가 입법정책 등 법 정책론으로 행해지고 있다. 그러나 어디까지나 법률 수준의 논의에 머물러 헌법적인 요소가 부족한 것이 현실이다. 예를 들어, 생존권에 관한 최저한도의 생활 보호에 관한 자세한 내용은 헌법에 규정되어 있지 않고, 생활 보호에 관한 법률에서 보다 구체화되고 있다. 교육을 받을 권리 및 근로권도 마찬가지이다. 추상적인 헌법의 조문은 개별 법률에 의해 구체화되어 그 법률에 따라 정책이 시행되는 것이 일반적이다.

그러나 헌법의 사회권의 추상성과 개별 사회 정책의 구체성이 원인이 되어 양자의 분리 구조가 나타난다고 해도,[75] 생존권 정책 작위 요구와

도식・타당성・미래 지향'의 정책적인 사고방식이라는 두 가지 사고방식의 차이를 들어 헌법학과 정책학과의 자각적인 학문 분야의 분리를 주장하는 견해가 있다. 藤井樹也(2002),「憲法解釋と公共政策」,『國際公共政策硏究』第6号, 2-14頁.

74) 빈곤과 사회 보장 문제에 대한 대표적인 연구는 橘木이다. 또한 일본 헌법에 명문화되어 있는 사회권은 생존권 외에 교육을 받을 권리와 근로권, 노동 기본권을 들 수 있다. 전자는 교육 정책, 후자는 노동 정책으로 많은 선행 연구가 존재한다. 교육받을 권리에 관한 괴리 문제는 사회 정책의 관점에서 교육 기회의 격차 문제라고 파악할 수 있다. 또한 근로권에 관한 괴리 문제, 즉 실업과 노동 시장 정책에 대한 문제에 대해서는 北村(2009)가 헌법 문제로서의 측면을 중심으로 약간의 사회 정책 문제로서의 측면을 가미한 시점에서 연구를 하고 있다. 橘木俊詔・浦川邦夫(2006),『日本の貧困硏究』, 東京大學出版會, ; ,苅谷剛彦(1998),「教育・機會と階層 ― 平等主義のアイロニー ―」, 佐伯胖・他編『教育の政治経濟學』, 岩波書店 ; 苅谷剛彦(2008),『學力と階層』, 朝日新聞出版 ; 小林雅之(2009),『大學進學の機會 均等化政策の檢証』, 東京大學出版會 ; 北村貴(2009),「日本國憲法の勤勞權規定に對する憲法政策的含意」,『比較憲法學硏究』第21号.

75) 생존권 규정의 규범 내용이 적어도 실현되지 않은 것을 나타내는 다른 지표로서 The

실제 사회 정책과의 괴리에 대한 효과적인 대처는 해결해야 할 과제로 남는다.

물론 헌법은 국가의 기본법이며, 매우 추상성이 높기 때문에 헌법에 상세한 규정을 하는 것은 바람직하지 않다. 그런데 사회 정책의 실시와 밀접하게 관련되어 있는 개별 법률도 그 연원은 헌법에서 찾고 있다. 즉, 헌법의 사회권 규정과 개별 사회 정책은 추상에서 구체라는 하나의 정책 실시 과정의 기점과 종점인 것이다. 이러한 정책 과정을 입헌주의의 관점에서 파악하면 헌법이 최종적인 사회 정책의 근거가 되어야 한다. 정책근거로서 헌법을 의식하는 것, 다시 말해 헌법 규범 실현을 위한 사회 정책이 어느 정도 실시되고 있는가 하는 관점을 의식하는 것이 중요하게 된다.

사회권의 본질은 국가 혹은 지방자치단체 등에 대한 정책 작위 요구에 있다.[76] 따라서 사회권에 대해서는 정책 결과로 헌법 규범이 어느 정도 실현되고 있는가. 헌법 정책으로 사회 정책이 어느 정도 실시되고 있는가 하는 점이 중요하다. 사회권 규정에 관한 헌법 규범과 헌법 현실과의 괴리 문제에 관해서도 양자의 괴리를 피할 수 없다는 것을 전제로 하면서도, 괴리로 인한 긴장 관계를 더 의미 있는 것으로 하기 위한 헌법 정책을 모색해야 한다. 긴장 관계의 문제는 헌법 규범이 어느 정도 헌법 정책과 헌법 현실을 통제하고 있는지, 반대로 헌법 정책과 헌법 현실이 어느 정도 헌법 규범에

Pew Global Attitudes Project(2002)를 들 수 있다. 이 조사에 따르면 일본에서 '소득이 원인이 되어 식량・의료・옷을 살 수 없었다'고 응답한 비율이 식량・의료가 4%, 의류가 5%로 조사되고 있다. 이 조사도 일종의 절대 빈곤율을 나타내는 것이며, 이 조사에서 일본의 결과는 다른 선진국보다 낮은 지표이지만, 음식・의료・의류와 같은 최저한도의 생활에 필요한 요소를 얻는 수 없는 계층이 존재한다는 의미에서 생존권 규정의 규범 내용이 충분히 실현되지 않고 있다는 것을 보여 주고 있다. 또한 HPI - 2의 구성 요소 중 하나이다 상대적 빈곤율은 UNDP뿐만 아니라 OECD도 발표하고 있다. OECD의 상대적 빈곤율 발표값을 보면, 2000년 전후부터 2000년대 중반까지는 다소 감소하고 있지만 이후에는 다시 증가하고 있다.

76) Loewenstein은 헌법 생활에 책임이 있다는 것을 Machtadressaten와 Machtträgern로 구분하였다. 국가 혹은 지방자치단체 등은 Loewenstein이 말하는 Machtträgern으로서 헌법 생활에 책임 있는 것에 해당한다고 할 수 있다. Loewenstein, K.(1959), *Verfassunglehre*, J.C.B.Mohr, S. 157.

적응하고 있는가 라는 점에 귀결된다.[77]

3. 사회권의 복권과 과제

사회권은 자유권이나 참정권과 함께 시민에게 보장되어야 할 보편적인 권리이다. 사회권 중에서도 생존권은 권력의 집적체로서의 국가가 그 모든 정통성을 걸고, 국민에게 보장하는 것이 의무 지워진 권리이다. 일본 사회가 헌법 제25조에 대해 '모두 국민은, 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다'라고 하면서, 그 권리를 실효성 있게 하기 위한 국가의 의무를 규정하고 있다. 그러나 고용의 악화와 사회 복지의 후퇴는 일본의 복지국가와 그 정통성에 위기를 야기하고 있다고 본다.

왜 국민들의 사회권이 지켜지지 않으면 안 되는 것인가. 롤즈가 말한다. '각자는 다른 사람들의 동일한 자유의 도식과 양립하는 평등한 기본적 자유의 가장 광범한 도식에 대한 평등한 권리를 가져야 하는 것이다. 사회적·경제적 불평등은 그것들이 모든 사람에게 유리하게 되면 합리적으로 기대할 수 있고, 모든 사람에게 열려 있는 지위나 직무에 부수하는 것과 같이 조정되어야 한다.'[78] 롤즈의 주장은 정치적 리버럴리즘에서 '사회에서 가장 불우한 성원의 최대의 편익에 이바지하는 불평등한 것'[79]으로 수정되어, 이른바 격차 원리라고 칭해지게 되었다.

인간은 원초 상태에서 스스로의 사회경제적 지위나 능력·자질·적성 등에 대해 무지의 베일에 감싸져 있어, 환경의 불확실성 리스크의 최대한의

---

77) 이 점에 관해서는 Hesse가 제창한 헌법 규범력(die normative Kraft der Verfassung)의 이론을 고찰할 필요가 있다. 왜냐하면 헤세의 헌법 규범력 이론에서는 헌법의 본질이 법규범의 타당성 요구로 파악되고 있으며, 타당성 요청의 결과로서 헌법 규범이 헌법 생활에 책임 있는 사람의 활동을 통해 어느 정도 국가적 현실로 실현되고 있는가를 헌법 규범력의 문제로 보기 때문이다. Hesse, K.(1959), "Die normative Kraft der Verfassung", *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft222, J. C. B. Mohr, S.8.

78) Rawls, John(1971), *A Theory of Justice,* The Belknap Press, 60.

79) Rawls, John(1995), *Political Liberalism,* Columbia University Press.

회피 원칙에 따르게 된다. 인간은 스스로 유전적으로 계승된 속성을 선택할 수 없다. 태어나면서 가족형태를 선택 할 수도 없다. 인생의 대부분이 선택의 여지가 없고, 스스로에게 닥쳐오는 것들이다. 그리고 만일 지금, 질병, 장해, 실업, 빈곤, 사회적 부적응 등의 문제에 직면하고 있지 않아도, 내일 스스로의 생활의 질을 위협하는 심각한 문제에 직면할지도 모른다. 그러한 과거・현재・미래에 걸치는 불확실성 리스크를 저감시키려면 사회에서 가장 불우한 성원에 대해 최대의 편익에 이바지하여 불평등을 제어하는 것이 최적이 된다.

빈곤사회를 야기하는 고용의 안정을 실현해 가기 위해서도 비정규 노동자의 정규화를 우선하고, 동일 가치 노동에 동일 임금의 원칙이라는 임금제도가 실현되어 가지 않으면 안 된다. 임금이 보장되어 질병, 장해, 실업, 빈곤, 사회적 부적응 등의 리스크와 자기 부담을 사회적으로 저감내지 분산하는 사회권의 복권이 이루어져야 한다. 카지노 자본주의에 있어서의 금융 딜러와 같이 금융상품을 오른쪽에서 왼쪽으로 전매해 막대한 이익금을 순간에 벌 수 는 없어도, 안정된 소득이 사회 서비스에 있어서의 공급과 소비의 상호순환을 가져오기 때문이다.

일본은 현재 일본형 복지사회론이 전제로 했던 기업, 지역, 가족의 힘이 급속도로 약해져 가고 있다. 과연 일본이 사회권의 보장에 대응할 수 있는 복지국가를 얼마나 재생해 나갈 것인지. 국민의 신뢰가 저하되고 있는 사회보장 제도를 얼마나 지속 가능한 것으로 해 재구축 해 나갈 것인지. 그 갈림길에 서 있다.

빈곤사회와 생존권 논쟁

[국문초록]

신자유주의 정책은 규제완화에 의한 경쟁의 촉진, 대폭적 감세, 복지의 재검토 등을 집행하였다. 이를 통해 최악의 상태라고 여겨졌던 국가의 경제가 성공을 거두었다. 그러나 1990년대가 되면서 행정에 대한 규제의 완화와 자유경쟁 그리고 국제화가 성장한계라는 새로운 과제에 직면하였다. 실업자의 증가와 재화의 과잉 그리고 생산 리스크가 그것이다. 그 후 금융 위기가 일어나면서, 자유 경쟁을 하고 있다고 자부했던 자본주의 국가에 위기가 도래했다.

다른 한편으로 세계적 차원의 위기가 반복되면서 빈곤층의 증대가 심각한 문제가 되었다. 그 결과 신자유주의의 사회경제 정책에 대한 회의와 비판이 제기되었고, 새로운 빈곤사회가 도래하면서 헌법상 사회권의 형해화가 문제되었다. 21세기 민주주의에서 최대의 위기라는 빈곤사회를 헌법은 어떻게 대처할 것인가. 사회적 기본권의 훼손과 복원이 헌법상의 과제로 등장한 것이다.

21세기, 빈곤사회가 직면한 과제는 과연 민주주의를 어떻게 복원할 것인가에 있다. 이러한 과제의 해결은 사회적 기본권에 대한 재검토와 재편에서 시작해야 한다. 인간의 존엄성과 인간다운 생활을 보장하는 헌법의 역할이 다시 중요하게 강조되어야 한다는 의미이다. 헌법이 제대로 작동할 때에 헌법적 가치는 물론 사회적 기본권이 보장될 수 있기 때문이다.

일본은 한국보다 앞서 경제적 발전을 이루었다. 하지만 최근 경제침체, 저출산, 고령화로 상징되는 새로운 형식의 빈곤사회를 맞이하고 있다. 2009년, 54년간 통치해 온 자민당 정부가 막을 내린 이면에는 빈곤사회의 도래와 일본식 복지국가를 둘러싼 실망이 내재되어 있었다. 그것은 하토야마 정부가 내건 각종 복지 정책과 사회적 기본권의 복원에서도 확인할 수 있다.

일본의 사회적 기본권 논쟁을 통해 사회권의 복원문제를 검토하고 한다. 이를 통해 향후 한국의 사회적 기본권과 사회정책이 나아가야 할 방향에 대해 시사점을 얻고자 한다.

주제어

빈곤사회, 빈곤율, 생존권, 사회적 기본권, 민주주의, 복지국가, 사회복지정책, 평등신화, 비정규직, 헌법해석

[Abstract]

Poverty society and controversy over the right to life
- Focus on theory and case law in Japan -

Neoliberal policy enforced deregulation and it led to a competition boost, a drastic cut in taxation and the government's reexamination of welfare. As a result, the nation's economy, once thought to have reached its worst condition, became stabilized. However, in 1990 the nation encountered a series of new challenges, namely, a deregulation on administration, a free competition and reaching its growth limit. Those are the increase in the number of jobless, a surplus of goods and production risks. Later, financial crisis has brought crisis to the capitalistic nation which once had confidence on its free competitive society.

On the other hand, as the crisis repeatedly hit the entire world, the increase in the number of poverty societies have become another grave issue. It brought about a skepticism and a criticism over social and economic policy of neoliberalism and the emergence of new poverty society has brought other problem of ruining a framework of social rights in the constitution. How do the constitution deal with poverty society that is named as the worst crisis in the democracy of 21st century? For the constitution, the restoration of the damaged social rights has become a new task.

In 21st century, a new task for a poverty society to deal with is basically how to restore the democracy. The solution to the task starts with reexamination and reorganization of basic social rights, which emphasizes the role of the constitution that ensures the dignity of human being and human life. Once the constitution works properly, it can assure basic social rights, not to mention the

legal value associated with it. Japan achieved economic prosperity earlier than Korea did. However, Japan is now encountering a new type of poverty society represented by a recent economic turmoil, low birth rate and aging society. In 2009, the fall of the Liberal Democratic Party that ruled Japan for 54 years lies a criticism over poverty society and Japanese welfare state. It can also be identified in Hatoyama government's promises of numerous welfare policies and restoration of basic social rights. I plan to examine the issue of restoring social rights through the debate on basic social rights in Japan. Further, I plan to get implications from it in pursuing basic social rights and social policies in Korea.

Keyword

poverty society, poverty rate, right to life, fundamental social rights, democracy, welfare state, social welfare, equality myth, non-regular workers, constitutional interpretation

친권포기각서의 위헌성

李 準 一

高麗大學校 法學專門大學院
敎授

－ 目 次 －

Ⅰ. 문제제기 ····· 179

Ⅱ. 친권포기각서의 법적 의미 ····· 180
1. 친권포기의 허용 및 친권포기의무의 부과 ····· 180
2. 친권포기제도의 부수적 문제 ····· 182

Ⅲ. 친권포기제도의 위헌 여부 ····· 186
1. 친권의 헌법적 성격 ····· 186
가. 친권의 주관적 측면 ····· 186
나. 친권의 객관적 측면 ····· 187
2. 비례성원칙의 적용 ····· 189
가. 친권포기의무와 과잉금지원칙 ····· 189
나. 친권포기허용과 과소금지원칙 ····· 198

Ⅳ. 시행규칙에 의한 친권포기제도 허용의 위헌성 ····· 199
1. 법정 서식의 법적 효력 ····· 199
2. 법률유보원칙과 포괄위임입법금지의 문제 ····· 200

Ⅴ. 결 론 ····· 202

* 국문초록 및 주제어 ····· 203
* 영문초록 ····· 204

Ⅰ. 문제제기

친권포기각서는 친권을 포기하겠다는 다짐(각오)의 의사를 표현하는 서면을 말하고, 친부모가 입양을 목적으로 입양기관에 자녀를 맡기면서 작성된다. '입양촉진 및 절차에 관한 특례법'(이하 '입양특례법'으로 약칭)[1]에 따른 요보호아동으로 입양시키는 경우에는 친부모 등의 '동의'가 필요하고(동법 제6조 제1항),[2] 이러한 동의는 '입양동의서'라는 서면으로 작성되어야 하는데(동조 제4항) 입양동의서의 법정 서식에 친권포기의 다짐이 포함된다(동법 시행규칙 제3조 제1항 및 별지 제1호 서식). 따라서 입양동의서는 명칭만 보면 단지 입양에 동의하는 의사를 표시하는 서면일 뿐인 것으로 보이지만 실제로는 친권을 포기하는 의사를 표시하는 서면이기도 하기 때문에 '친권포기각서'라고 부를 수 있다.

중요한 것은 친권의 포기가 입양의 동의와 결합되면서 자발적인 것이 아니라 자녀의 입양을 위해서 법적으로 강제된다는 점이다. 물론 입양이 성립되면 친부모의 친권이 박탈된다는 점에서 입양의 동의는 결과적으로 친권의 포기와 유사하다. 하지만 입양에 대한 동의와 함께 곧바로 입양이 결정되는 것은 아니기 때문에(입양에 동의하는 시점과 입양이 결정되는 시점 사이에 '시간적 간격'이 존재하기 때문에) 입양의 동의에 대해서 친권의 포기처럼 친권박탈의 법적 효과를 부여할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 입양의 동의와 친권의 포기를 결합시킴으로써 입양의 동의에 친권박탈의 법적 효과를

1) 입양특례법은 1961년에 제정된 '고아입양특례법'을 모태로 하여 1976에 '입양특례법'이 제정된 뒤에 1995에 현재의 명칭으로 개정되었다. 입양특례법의 역사에 대해서는 김상용, '입양촉진 및 절차에 관한 특례법'의 개선방향, <가족법연구>, 제23권 제2호(2009), 217면 이하 참조.

2) 입양특례법에 따르면 요보호아동의 입양에는 원칙적으로 '부모'의 동의가 필요하고, 부모가 사망 기타의 사유로 동의할 수 없으면 '다른 직계존속'의 동의가 필요하며, 부모나 다른 직계존속을 알 수 없으면 '후견인'의 동의가 필요하다(동법 제6조 제1항). 이처럼 부모 등의 '동의'가 필요하다는 점에서 입양특례법에 따른 입양은 부모 등의 '승낙'(엄격하게 말하면 입양되는 아동을 대신하는 승낙, 즉 대락)이 필요한 민법상의 입양(동법 제869조)과 구분된다.

부여하면 입양의 의사를 가진 친부모에게 친권의 포기를 강제하는 것이 된다. 여기서 친권의 포기가 법적으로 허용 또는 강제될 수 있는지, 단지 입양동의서의 구체적인 서식에 대해서만 위임하고 있는 법률규정에서 입양동의서의 내용, 특히 친권포기의 내용을 예측할 수 있는지 등이 문제될 수 있다. 이러한 쟁점들을 논의하기 위하여 우선 친권포기각서의 법적 의미를 살펴보고, 각각의 쟁점에 대해서 해결점을 찾아보기로 한다.

Ⅱ. 친권포기각서의 법적 의미

1. 친권포기의 허용 및 친권포기의무의 부과

입양에 관한 원칙적인 내용은 민법에서 규율된다. 민법에 따르면 당사자간의 합의가 없는 입양은 무효이기 때문에(동법 제883조 제1호) 입양이 결정되기 위해서는 기본적으로 당사자인 '양자가 될 자'와 '양친이 될 자' 사이에 입양에 관한 의사의 합치가 요구된다. 다만 양자가 될 자가 15세 미만인 경우에는 부모 등 법정대리인이 그 자를 '대신하여 입양을 승낙'(代諾)할 수 있다(동법 제869조).[3] 따라서 15세 미만의 아동이 입양되려면 부모 등 법정대리인과 양친이 될 자 사이에 입양에 관한 합의가 있어야 한다. 이처럼 15세 미만의 아동을 입양할 때 법정대리인인 부모 등은 '승낙(대락)권'을 가짐으로써 입양 여부를 결정한다. 하지만 고아나 기아와 같은 요보호아동[4]의 입양을 규율하는 입양특례법에 따르면[5] 부모 등은 입양 여부의 결정에서

3) 대락입양에 대한 자세한 논의는 이승우/김유은, 대락입양 소고, <성균관법학>, 제19권 제2호, 191면 이하 참조. 한편 대락입양제도의 문제점에 대해서는 정동호, 가족법의 개정추이에 비추어 본 입양문제, <고시계>, 제43권 제8호(1998), 73면 참조.

4) 요보호아동은 아동복지법에 따른 "보호를 필요로 하는 아동"을 의미한다(입양특례법 제2조 제2호). 아동복지법은 "보호를 필요로 하는 아동"을 "보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동, 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 부적당하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동"으로 정의한다(동법 제2조 제2호).

5) 입양특례법에 따른 요보호아동은 ① 보호자로부터 이탈된 자로서 특별시장·광역시

단지 '동의권'만을 가진다(동법 제6조 제1항). 요보호아동의 입양에서 입양에 관한 결정권(승낙권)은 '입양기관의 장'이 갖는다. 입양특례법에 따른 요보호아동으로 입양시키기 위해서는 우선 입양기관에 자녀의 보호를 의뢰해야 하고(동법 제4조 제2호), 요보호아동을 인수한 입양기관의 장은 인수한 날부터 '후견인'의 직무를 수행하므로(동법 제13조) 입양의 결정에서 민법에 따라 법정대리인으로서의 승낙권을 행사할 수 있게 되기 때문이다.

문제는 자녀의 입양에 동의하면서 입양기관에 보호를 의뢰하기는 했지만 입양절차가 종결되어 양부모가 친권자가 되기 전까지 여전히 친부모는 친권자로서 법정대리인이 된다는 점이다. 따라서 입양에 대한 친부모의 동의만으로 친부모의 친권이 박탈되는 것은 아니기 때문에 입양기관의 장에게 부여된 후견권은 개시될 수 없다. 물론 입양기관에 자녀의 보호를 의뢰하면서 입양에 동의한 친부모는 친권까지도 포기한다는 의사를 '묵시적으로' 표시했다고 볼 수도 있다. 하지만 단지 입양에 동의했을 뿐 친권을 포기하겠다는 명시적인 의사를 표시하지 않는 한 입양동의의 의사를 친권포기의 의사로 간주하기에는 여전히 무리가 따른다. 따라서 친부모가 입양에 동의할 때 입양동의를 친권포기의 의사로 간주하거나 입양동의와 함께 친권을 포기하는 의사의 표시를 의무적으로 요구하는 법률규정이 필요하게 된다. 더욱이 민법은 친권의 '포기'를 허용하지 않고, 법원의 결정에 의한 친권의 '상실'만을 허용하고 있다(동법 제924조).[6] 따라서 근본적으로는 친권의 포기를 허

장・도지사(이하 "시・도지사"라 한다) 또는 시장・군수・구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)이 부양의무자를 확인할 수 없어 국민기초생활보장법에 의한 보장시설(이하 "보장시설"이라 한다)에 보호의뢰한 자, ② 부모(부모가 사망 기타 사유로 동의할 수 없는 경우에는 다른 직계존속) 또는 후견인이 입양을 동의하여 보장시설 또는 제10조의 규정에 의한 입양기관에 보호의뢰한 자, ③ 법원에 의하여 친권상실의 선고를 받은 자의 자로서 시・도지사 또는 시장・군수・구청장이 보장시설에 보호의뢰한 자, ④ 기타 부양의무자를 알 수 없는 경우로서 시・도지사 또는 시장・군수・구청장이 보장시설에 보호의뢰한 자의 네 가지 유형으로 구분된다. 이 가운데 여기서 주로 문제가 되는 요보호아동은 부모의 동의가 중요한 역할을 하는 두 번째 유형이다.

6) 친권상실제도에 대해서는 권정희, 친권의 상실선고, <가족법연구>(한국가족법학회), 제9호(1995), 279면 이하 참조. 한편 친권상실제도의 문제점에 대해서는 정광수, 민법

용하는 제도 자체를 필요로 한다. 그런데 입양특례법에도 친권포기를 허용하면서 입양동의를 친권포기로 간주하거나 친권포기의 의무를 부과하는 명시적인 규정이 포함되어 있지는 않다. 친권포기에 관한 명시적 규정은 입양동의서의 법정 서식에 입양동의의 의사표시와 함께 친권포기의 의사표시를 포함시키는 '입양특례법 시행규칙(보건복지부령)'에 포함되어 있다(동시행규칙 제3조 제1항 및 별지 제1호 서식). 그렇지만 입양특례법 시행규칙은 모법인 입양특례법의 위임에 따라 제정된 행정입법(법규명령)이므로 입양특례법이 위임의 한계를 벗어나지 않은 한(헌법 제95조)[7] 친권포기는 이미 입양특례법에 따라 허용되어 의무로 부과되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 입양특례법은 위임의 한계를 명확하게 설정하고 있다고 본다면 같은 법률의 시행규칙과 함께 친권의 포기를 허용하는 제도를 도입하는 동시에 입양동의권자에게 친권포기의 의무를 부과하고 있는 법적 근거가 된다.

2. 친권포기제도의 부수적 문제

요보호아동의 입양에서 친권포기제도가 필요하게 된 본질적인 이유는 요보호아동의 입양은 친부모 등 법정대리인과 양부모가 될 자 사이에 직접적

상의 친자관계에 관한 연구, <강원법학>(강원대학교 비교법학연구소), 제13권(2001), 75면 이하 참조.

7) 헌법은 법률이 대통령령에 위임하는 경우에만 명시적으로 위임의 한계("구체적으로 범위를 정하여")를 규정하고 있지만(헌법 제75조) 법률이 총리령이나 부령에 위임하는 경우에도 위임의 한계를 벗어날 수 없다고 보아야 한다. 헌법재판소도 일관되게 같은 견해를 유지하고 있다. 대표적으로 헌재 2004. 11. 25. 2004헌가15 : "헌법 제95조는 … 대통령령의 경우와는 달리 '구체적으로 범위를 정하여'라는 제한을 규정하고 있지 아니하나, 부령의 제정・개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 법률의 위임에 의한 부령의 경우에도 법률의 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률로 부령에 위임을 하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것이다." 그밖에도 헌재 2002. 6. 27. 2001헌가30 ; 2003. 7. 24. 2002헌바54 ; 2004. 10. 28. 2003헌가18 등과 같은 결정 참조.

으로 이루어지지 않고, 중간에 입양을 알선하는 '입양기관'이 개입되기 때문이다.[8] 친부모 등은 아동을 입양기관에 맡기고, 입양기관은 일정한 시간을 두면서 아동의 후견인이 되어 양부모가 될 자와 입양에 관한 합의를 하게 된다. 여기서 이미 자녀를 입양시킬 의사를 가진 친부모 등의 입장에서나 신속하게 입양을 성사시켜야 하는 입양기관의 입장에서나 아동이 입양기관에 맡겨질 때 친부모와 아동의 법적 관계를 신속하고 명확하게 정리할 필요가 있다. 입양의 촉진을 입법목적으로 하면서 고아나 기아가 아닌 아동까지도 입양에 동의하는 부모가 입양기관에 보호를 의뢰하면 요보호아동의 범위에 포함시킨 입양특례법도 이러한 필요성을 분명하게 인식하여 친권포기제도를 도입한 것으로 보인다.

하지만 친권포기제도가 도입됨으로써 두 가지 부수적인 문제가 발생한다. 첫째, 친권포기각서는 입양기관에 자녀의 보호를 의뢰하면서 작성되기 때문에 양친이 될 자가 누구인지도 모른 채 친권이 포기된다는 점이다. 따라서 친권포기제도는 입양될 아동의 친권자로서 부모가 이행해야 할 보호의무(민법 제913조)를 회피하도록 만든다. 물론 자녀를 입양시키기로 결정한 부모에게서 어차피 친권자로서의 책임을 기대하기 어려운 측면이 있다. 오히려 후견인의 직무를 수행하게 될 입양기관이 입양에 관한 전문가로서 아동에게 가장 적합한 양친을 찾아줄 수도 있다. 하지만 입양이 지연되거나 불가능해지면(특히 장애아동의 경우에) 입양기관에 맡겨진 아동은 사실상 기아가 되기 때문에 법적으로 자녀의 유기를 허용하는 결과를 초래하게 되고, 수많은 아동을 인수하여 보호해야 하는 입양기관의 후견인적 역할은 제한적으로 수행될 수밖에 없기 때문에 모든 입양절차에서 입양기관의 충실한 역할은 기

8) 입양특례법에 따르면 입양기관을 운영하고자 하는 자는 사회복지사업법에 의한 사회복지법인으로서 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다(국내입양만을 알선하고자 하는 자는 시・도지사의 허가 필요 : 동법 제10조 제1항). 허가를 받지 않고 입양알선업무를 행한 자는 형사처벌을 받는다(동법 제27조 제1항). 입양특례법에 따른 입양과 달리 입양기관을 매개로 하지 않는 민법상의 입양에 대해서도 아동의 복리를 위해서는 반드시 입양기관을 매개로 하도록 해야 한다는 견해도 있다. 박인선, 해외입양에 대한 사회복지적 제언, <정신문화연구>, 제28권 제1호(2005), 35면 이하 참조.

대하기 어렵다. 심지어 법적으로 입양알선비용의 수수까지 허용받은[9] 입양기관은 오로지 이윤추구를 목적으로[10] 입양의 성사에만 주목하여 입양되는 아동의 복리를 소홀히 할 수도 있다. 결국 친권포기제도는 부모의 의무로부터 벗어나려는 '무책임한 부모의 이기적 욕망을 정당화'하고, '자녀의 유기를 합법화'하는 동시에 '입양의 상업화와 입양기관의 기업화'를 촉진하는 기능을 수행하게 될 개연성이 크다.

둘째, 부모의 동의에 의한 입양(요보호아동의 입양)의 대부분을 차지하는 미혼모 자녀의 경우에는[11] 친권포기각서가 임신중(출산전)에 작성될 수도

9) 입양특례법은 입양기관이 양친이 될 자로부터 ① 입양알선에 소요되는 인건비, ② 아동양육비, ③ 입양알선절차에 소요되는 비용, ④ 입양기관의 운영비 및 홍보비와 같이 입양알선에 실제로 소요되는 비용의 일부를 수납할 수 있도록 하고 있다(동법 제20조 제1항 및 동법 시행령 제8조). 이 가운데 특히 문제가 되는 것은 '입양기관의 홍보비'로서 그 범위가 특정되어 있지 않기 때문에 과도한 입양알선비용을 수납할 수 있도록 허용하는 근거가 될 수 있다.

10) 입양기관의 이윤추구 배후에서 입양비용으로 유입된 외화를 통해 경제성장을 추구해보자 했던 한국사회 전체의 "공모"를 찾기도 한다. 김도현, 해외입양 : 미혼모자 복지체계 형성의 걸림돌, <젠더리뷰>, 2008년 겨울호, 58면 이하 참조.

11) 입양특례법에 따라 입양되는 요보호아동은 대략 매년 1만 명 전후로 발생하는데 이 가운데 미혼모의 자녀는 30~40퍼센트를 차지한다(아래 [표] 참조). 비슷한 비율을 차지하는 빈곤/실직/학대로 인한 요보호아동은 상대적으로 나이가 많아 가정위탁이나 시설보호를 통해 보호가 제공되기 때문에 요보호아동 가운데 입양되는 아동은 대부분 나이가 어린 미혼모 자녀로 추정된다. 미혼모가 입양을 선택하는 원인에 대한 실증적 연구로 노충래/김원희, 시설거주 미혼모의 입양 결정요인에 관한 연구, <한국아동복지학>(한국아동복지학회), 제17호(2004), 62면 이하 참조.

		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
합 계		10,586	10,057	10,222	9,393	9,420	9,034	8,861	10,534	10,153	8,590
발생유형	빈곤/실직/학대	4,146	4,263	4,463	4,265	4,877	4,925	5,354	6,002	5,106	4,613
	비행/가출	728	749	595	581	1,413	802	748	706	707	772
	미혼모	4,897	4,337	4,457	4,004	2,638	3,022	2,417	3,463	4,075	2,804
	기아	717	634	628	481	429	230	305	212	230	191
	미아	98	74	79	62	63	55	37	151	35	210
보호유형	시설보호	4,774	4,663	4,824	4,782	4,818	4,366	3,245	4,964	4,767	4,842
	가정위탁	3,090	2,177	2,392	2,212	2,322	3,101	3,378	2,838	2,734	2,124
	입양	1,848	2,544	2,506	2,100	1,873	1,259	1,191	1,304	1,314	1,393
	소년소녀가장	874	673	500	299	407	308	247	178	213	

자료 : 보건복지부 웹사이트(www.mw.go.kr)

있으므로 아직 태어나지도 않은 자녀의 입양에 동의하면서 친권이 포기될 수도 있다는 점이다.[12] 물론 입양에 대한 출산전 동의 및 친권포기를 허용하면 태어날 자녀의 입양에 대한 미혼모의 기대가 커져 국가 전체적으로 보면 낙태가 감소됨으로써 태아의 생명을 보호할 수 있을 뿐만 아니라 출산율이 제고되어 인구감소를 예방할 수 있는 효과가 발생한다. 하지만 단지 출산할 자녀가 입양될 수 있다는 기대만으로 낙태가 감소하는 것은 아니고, 그렇기 때문에 인구증가의 효과가 나타나는 것도 아니다. 설령 출산전 입양동의와 친권포기의 허용으로 낙태감소와 인구증가의 효과가 발생한다고 해도 임신과 출산이 오로지 입양을 목적으로 한다면 여성은 단지 입양에 필요한 아동을 공급하는 도구로 전락하게 된다. 심지어 여성은 자신이 임신한 자녀를 출산할 때까지 임신의 지속과 출산 여부에 대해서 자율적으로 결정하지 못한 채 입양에 필요한 아동을 임신·출산하여 입양기관에 제공하는 공장의 생산기계와 같은 존재로 추락하게 된다. 이처럼 '여성을 도구화하고 사물화'하는 출산전 입양동의와 친권포기는 허용될 수 없다. 더욱이 자녀가 태어나기 전에는 친권을 갖지 못하기 때문에 출산전 입양동의마저 허용하는 친권포기제도는 친권제도 자체에 저촉하는 방식으로 악용될 수 있다.[13]

---

12) 미혼모의 자녀는 '혼인외의 자'이므로 그 자녀가 인지되면 부모의 협의로 친권자가 정해지지만(민법 제909조 제4항) 대부분의 경우에 미혼모의 상대방 남성은 그 자녀의 임신 사실을 몰라 그 자녀를 인지할 수 없거나 임신 사실을 안다고 해도 임의로 인지하지는 않을 것이므로 미혼모가 친권자로 지정될 가능성이 높다. 여기서 미혼모의 자녀가 입양된 후에 상대방 남성이 그 자녀를 인지하여 친권을 행사하게 될 가능성을 배제할 수 없다.

13) 2011년 6월 29일 국회 본회의를 통과한 '입양촉진 및 절차에 관한 특례법 전부개정법률안(대안)'은 법률명칭을 입양특례법으로 바꾸면서(시행일은 공포후 1년이 지난 시점) 이 법에 따른 입양의 동의는 '아동의 출생일로부터 1주일이 지난 후'에만 가능하도록 하여 이른바 '입양숙려제'를 도입함으로써 출산전 입양동의를 금지하고 있다.

Ⅲ. 친권포기제도의 위헌 여부

1. 친권의 헌법적 성격

가. 친권의 주관적 측면

친권은 가족법적 지위 가운데 하나다. 이러한 가족법적 지위를 묶어 헌법은 '가족에 관한 권리'를 기본권으로 보장한다(헌법 제36조 제1항). 가족에 관한 권리는 '혼인에 관한 권리'와 함께 가족법질서를 형성하는 중요한 두 기둥을 이룬다. 헌법이 가족에 관한 권리를 기본권으로 보장함으로써 국가는 원칙적으로 가족법적 지위를 박탈할 수 없다. 이것은 기본권으로 보장된 재산권(헌법 제23조 제1항)에 따라 국가가 원칙적으로 재산법적 지위를 박탈할 수 없는 것과 같다. 만약 국가가 국민에게 보장된 가족법적 지위를 박탈하면 국민은 이러한 박탈행위의 중지를 요구할 수 있는 주관적 권리(방어권)를 행사할 수 있다.[14] 따라서 가족에 관한 권리는 단지 가족제도라는 사법상의 '제도를 보장'함으로써[15] 입법자가 법률로써 가족제도를 폐지하거나

14) 헌법상 보장된 가족에 관한 권리에 주관적 권리의 측면이 포함된다고 보는 견해는 두 가지 범주로 구분된다. 첫째는 가족에 관한 권리에 '자유권'의 측면이 포함된다는 범주로 예를 들어 장영수, <헌법학>(2011), 846면 이하; 정종섭, <헌법학원론>(2008), 222면; 차선자, 양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법, <아시아여성연구>(숙명여자대학교 아시아여성연구소), 제43집 제1호(2004), 159면 이하 참조. 둘째는 가족에 관한 권리에 '사회권'의 측면이 포함된다는 범주로 예를 들어 김철수, <헌법학개론>(2007), 1026면; 성낙인, <헌법학>(2011), 772면 참조. 헌법재판소는 가족에 관한 권리에 포함된 자유권적 측면을 인정한다. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 : "헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고"(강조는 필자). 한편 헌법재판소는 같은 판례에서 가족에 관한 권리에 "적절한 조치를 통해서 가족을 지원"해야 할 국가의 의무가 포함되어 있다고 보는데 이것은 가족에 관한 권리에 대하여 사회권의 측면을 인정했다고 볼 여지가 있다.

15) 가족에 관한 권리에 제도보장의 측면이 포함된다는 견해로 권영성, <헌법학원론>(2008), 277면; 김철수, <헌법학개론>(2007), 1026면; 성낙인, <헌법학>(2011), 772면

가족제도를 구체화하면서 형해화하는 것을 금지하는 기능을 수행하는 데 그치지 않는다. 이처럼 가족에 관한 권리의 주관적 측면을 인정한다고 해도 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 근거하여 가족에 관한 권리도 제한될 수 있으므로 "국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리"와 같은 공익을 목적으로 가족에 관한 권리는 제한될 수 있다.

나. 친권의 객관적 측면

한편 친권을 포함한 가족에 관한 권리는 단지 '주관적' 권리가 아니라 '객관적' 가치질서가 되어 가족법질서를 포함한 사법(私法)질서에도 효력을 미친다. 이에 따라 법률에서 친권의 포기를 허용하지 않는 한 사인간에 친권을 박탈하는 내용의 계약이 체결되는 경우에 법원은 민법의 일반조항을 매개로 이러한 계약을 무효로 판단해야 한다. 기본권의 대사인적 효력에 관한 법리에 따르면[16] 법관에게는 민사재판에서 기본권을 존중해야 하는 의무가 부과되기 때문이다. 나아가 이러한 계약의 체결을 법률로써 금지시킬 의무가 입법자(의회)에게 부과되는지가 문제될 수 있는데 대체로 생명이나 신체와 같은 법익에 대한 제3자의 침해에 대해서 우선적으로 보호의무를 인정하

참조. 헌법재판소도 가족에 관한 권리에 제도보장의 측면이 포함된다고 본다. 예를 들어 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53 ; 2010. 7. 29. 2009헌가8 ; 2011. 2. 24. 2009헌바89 참조.

16) 기본권의 대사인적 효력에 대해서는 김선택, 사법질서에 있어서 기본권의 효력, <고려법학>(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 153면 이하 ; 김일환, 우리나라 헌법상 "기본권의 대사인적 효력" 논의의 비판적 고찰, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제6권 제2호(2000), 6면 이하 ; 방승주, 사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제7권 제5호(2006), 47면 이하 ; 이준일, 기본권의 대사인적 효력의 적용, <헌법실무연구>(헌법재판소), 제10권(2010), 148면 이하 ; 임규철, 기본권의 제3자적 효력 -독일에서의 학설과 판례를 중심으로-, <공법연구>(한국공법학회), 제32집 제2호(2003), 287면 이하 ; 장영수, 기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌, <고려법학>(고려대학교 법학연구원), 제38호(2002), 105면 이하 ; 장영철, 기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무, <공법연구>(한국공법학회), 제29집 제2호(2001), 155면 이하 참조.

고 있는 판례[17]에 따르면 가족법적 법익에 대한 보호의무가 인정되기는 어려워 보인다. 하지만 기본권침해에 대한 국가의 보호의무는 생명이나 신체와 같은 법익에 국한시킬 필요가 없으므로 가족에 관한 권리에 대한 침해에 대해서도 국가의 보호의무가 인정되어야 한다.[18] 생명이나 신체와 같은 법익만큼이나 가족에 관한 법익도 모든 기본권의 최종근거인 인간의 존엄과 직결되기 때문이다. 특히 부모와 자녀의 관계에 관한 법익은 '천륜(天倫)'이라고 부를 정도로 중대하고,[19] 친권은 단지 부모의 권리뿐만 아니라 의무를 포함함으로써 아동의 복리와 밀접하게 연계되므로 친권을 보호해야 할 국가의 의무는 인정될 수 있다고 보인다.

---

17) 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무를 헌법 제10조 제2문에서 도출하면서 보호의 대상을 생명이나 신체에 국한하지는 않는 것으로 보인다. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 : "우리 헌법은 제10조 제2문에서 '국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.'라고 규정함으로써 국가의 적극적인 기본권보호의무를 선언하고 있는바, 이러한 국가의 기본권보호의무 선언은 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다는 의미뿐만 아니라 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다." 하지만 이 판례는 태아의 생명권이 문제가 되었고, 또 다른 판례에서도 기본권보호의무를 주로 생명이나 신체와 관련시키고 있다. 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764 : "기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다."

18) 헌법재판소도 가족에 관한 권리의 객관적 측면에서 가족에 대한 국가의 보호의무를 도출하고, 심지어 국가의 지원과 차별금지의 의무까지 도출한다. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 ; 2008. 10. 30. 2005헌마1156 : "헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 **제3자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제**를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다."(강조는 필자)

19) 같은 맥락에서 친권을 "천부적 자연권"으로 이해하는 견해에 따르면 친권은 포기될 수도, 박탈될 수도 없는 권리라고 본다. 김은아, 친권의 본질과 행사상의 문제, <법학논총>(한양대학교 법학연구소), 제26집 제2호(2009), 253면 이하 참조.

2. 비례성원칙의 적용

가. 친권포기의무와 과잉금지원칙

친권포기제도는 단지 사인간(친부모와 입양기관 간)에 친권의 박탈을 내용으로 하는 계약의 체결을 허용하고 있을 뿐이라고 본다면 국가가 직접 국민의 친권을 박탈하는 것은 아닌 것처럼 보인다. 따라서 국민의 입장에서 친권포기를 허용하고 있는 법률조항에 대해서 가족에 관한 권리에 포함된 방어권을 주장하면서 헌법소원을 청구할 수는 없고, 친권포기에 관한 계약의 효력을 다투는 민사소송에서 친권포기를 허용하고 있는 법률조항의 위헌여부를 다툴 수 있는 것처럼 보인다. 하지만 친권포기제도는 단순히 친권의 포기를 허용할 뿐만 아니라 입양의 동의와 친권의 포기를 결합시킴으로써 자녀의 입양을 원하는 부모에게 친권의 포기를 강제하는(친권포기의 의무를 부과하는) 제도로 이해된다. 친권을 포기하지 않으면 자녀를 요보호아동으로서 입양시킬 수 없기 때문이다. 따라서 입양특례법에 따른 요보호아동으로서 자녀를 입양시키기 원하는 부모는 친권포기제도에 대해서 가족에 관한 권리의 침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 있다. 여기서 과잉금지원칙이 적용될 수 있다.

(1) 목적의 정당성

'목적의 정당성'이라는 측면에서 볼 때 친권포기제도는 입양을 촉진하기 위한 목적에서 제정된 입양특례법에서 규율되고 있고,[20] 실제로도 입양기관을 매개로 하여 입양을 촉진하는 기능을 수행하고 있다는 점에서 '입양의 촉진'을 입법목적으로 설정하고 있다고 볼 수 있다. 입법목적의 설정은 입법자의 고유한 권한에 속하기 때문에 친권포기제도의 입법목적으로 설정된 입양촉진에 대해서 헌법재판소가 그 정당성을 판단할 수 없다고 보는 것이 타

20) 입양특례법은 "요보호아동의 입양을 촉진하고 양자로 되는 자의 보호와 복지증진을 도모"하는 것을 입법목적으로 하고 있음을 명시적으로 밝히고 있다(동법 제1조).

당하다.[21] 물론 헌법은 기본권제한의 목적을 "국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리"로 열거하고 있기 때문에 적어도 헌법재판소는 입법자가 설정한 입양촉진이 이러한 헌법상의 목적에 포함될 수 있는지를 심사할 수 있다고 볼 수도 있다. 하지만 헌법에 열거된 목적은 대단히 광범위하여 실제로 이러한 목적에 포함되지 않는 입법목적이 존재할 수 있는지에 대해서는 의문이 들기 때문에 헌법재판소가 실제로 목적의 정당성을 기준으로 판단한다고 해도 입양촉진이 이 기준에 위배될 가능성은 크지 않다.

어쨌든 입양촉진이라는 입법목적의 정당성에 대해서 헌법재판소가 판단할 수 있다면 입양촉진의 정당성에 대해서는 논란이 있으므로 입양촉진이 목적의 정당성에 위배될 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 입양과 같이 아동의 복리에 중대한 영향을 주는 사안에서 가장 중요하게 고려되어야 할 것은 '아동에게 최선의 이익(the best interest of the child)이 되어야 한다'는 원칙인데[22] 입양이 과연 해당 아동에게 최선의 이익이 되는지에 대해서 견해의 대립이 존재하기 때문이다. 대체로 친부모에 의한 양육을 강조하는 입장에서 입양은 차선이지 최선은 아니라고 본다. 특히 해외입양은 아동권리협약에서도 아동의 보호를 위한 "대안적 방법(alternative means)"에 지나지 않는 것으로 보기 때문에[23] 친권포기제도가 해외입양의 촉진을 목적으로

---

21) 목적의 정당성이 비례성원칙이 부분원칙이 될 수 없다는 점에 대해서는 이기철, 헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?, <공법연구>(한국공법학회), 제35집 제1호(2006), 384면 이하 ; 이준일, 헌법상 비례성원칙, <공법연구>(한국공법학회), 제37집 제4호(2009), 27면 이하 ; 정종섭, <헌법학원론>(2008), 331면 ; 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, <저스티스>(한국법학원), 통권 제95호(2006), 9면 ; 황치연, 우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점, <고시연구>, 통권 제276호(1997년 3월호), 180면 참조.

22) 이러한 원칙은 아동권리협약 및 해외입양에 관한 헤이그협약에 명시되어 있다. 이 두 가지 국제협약과 입양의 관계에 대해서는 이병화, 입양아동의 국제적 보호, <국제법학회논총>(대한국제법학회), 제48권 제2호(2003), 137면 이하 및 장복희, 국제입양에 관한 헤이그협약과 국내입양법의 개선, <저스티스>(한국법학원), 통권 제93호(2006), 224면 이하 참조.

23) 아동권리협약 제21조 제b항 : States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount

한다면 그 정당성에 대해서는 더욱 의문이 제기될 수밖에 없다.[24] 실제로 한국의 입양 현실은 해외입양을 중심으로 진행되어 왔다는 점에서[25] 친권포기제도는 해외입양의 촉진을 주된 목적으로 했다는 의심을 지우기 어렵다. 그렇지만 입법자가 입법목적으로 설정한 입양촉진, 특히 해외입양의 촉진이 비록 최선이 아니라고 해서 그 자체의 정당성을 문제삼을 수는 없다. 목적의 정당성에서 심사되어야 하는 것은 해당 목적 '자체'의 절대적 정당성이지 다른 목적과 '비교'를 통해 평가되는 상대적 정당성은 아니기 때문이다. 다른 목적과 비교를 통해 평가되는 상대적 정당성은 나중에 검토하게 될 법익의 균형성에서 판단되어야 한다.

(2) 수단의 적합성

입양촉진이라는 입법목적의 정당성이 인정될 수 있다면 '수단의 적합성'이라는 측면에서 볼 때 친권포기제도는 그러한 목적을 효과적으로 실현하는 적합한 수단이 된다는 점에 대해서 의문의 여지가 없다. 친권의 포기로 친부모와 입양될 아동의 법적 관계는 완전히 정리되고, 해당 아동은 입양을 전문으로 알선하는 입양기관의 후견인적 지위에 따라 신속하게 입양이 결정

---

consideration and they shall : … Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin ; ….

24) 2011년 6월 29일 국회 본회의를 통과한 개정 입양특례법도 이러한 취지를 반영하여 입법목적을 "양자가 되는 아동의 권익과 복지를 증진하는 것"으로 설정하고 있다.

25) 아래의 통계에서 볼 수 있듯이 2009년까지 전체 입양아 숫자에서도 해외입양아가 대략 70퍼센트 정도를 차지하였고, 2007년부터 정부가 국내입양우선정책을 적극적으로 추진해왔다는 점을 고려한다면 그 이전에는 해외입양아의 비율이 더 높았다고 볼 수 있다. 1950년대말부터 2003년까지의 입양 현황에 관한 상세한 내용은 이삼식, 입양제도의 문제점과 개선방향, <보건복지포럼>(한국보건사회연구원), 2000년 5월호, 42면 이하 및 박인선, 해외입양에 대한 사회적 제언, <정신문화연구>, 제28권 제1호(2005년 봄호), 27면 참조.

	2003년까지	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	합계
국내입양	64,505	1,641	1,461	1,332	1,388	1,306	1,314	1,462	74,409
해외입양	152,786	2,258	2,101	1,899	1,264	1,250	1,125	1,013	163,696
합 계	217,291	3,899	3,562	3,231	2,652	2,556	2,439	2,475	238,105

자료 : 보건복지부 웹사이트(www.mw.go.kr)

될 수 있기 때문이다. 물론 입양기관이 후견인의 지위에서 해당 아동에게 최선의 이익이 되는 방향으로 입양 여부를 결정하겠지만 전문적인 입양알선기관으로서 입양기관의 우선적 관심은 '입양의 성사'이다. 따라서 입양이 친부모와 양부모 사이에서 결정되는 경우보다 입양기관과 양부모 사이에서 결정되는 경우에 입양이 성사될 가능성이 크다고 볼 수 있다. 다만, 오로지 입양의 성사에만 관심을 두는 입양기관이 입양될 아동의 신원을 조작하거나 양친이 될 자의 자격[26]을 충분히 조사하지 않는 경우를 배제할 수 없다. 그러나 이러한 문제점은 친권포기제도 자체의 문제점이 아니고, 다른 제도적 보완으로 해결될 수 있으므로 친권포기제도가 수단의 적합성을 충족하는 것을 방해하지는 않는다.

(3) 침해의 최소성

'침해의 최소성'이라는 측면에서 볼 때 친권포기제도를 포함하는 입양특례법에 따른 입양 외에도 친권포기제도를 포함하지 않는 민법에 따른 입양이 여전히 가능하다는 점에서 자녀를 입양시키기 원하는 부모의 가족에 관한 권리에 대한 침해를 최소화하고 있다고 볼 수도 있다. 실제로 요보호아동의 실질적 요건을 충족했지만 공식적으로 사회보장시설이나 입양기관에 보호가 의뢰되지 않은 아동의 경우에는 민법에 따른 입양이 이루어지기도 한다.[27] 하지만 민법에 따른 입양은 친부모와 양친이 될 자가 연결될 가능

---

26) 입양특례법에 따르면 양친이 될 자는 ① 양자를 부양함에 충분한 재산이 있을 것, ② 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 일원으로서 그에 상응한 양육과 교육을 할 수 있을 것, ③ 가정이 화목하고 정신적·신체적으로 양자를 부양함에 현저한 장애가 없을 것, ④ 양친이 될 자가 대한민국 국민이 아닌 경우 본국법에 의하여 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것, ⑤ 기타 양자로 될 자의 복지를 위하여 보건복지부령이 정하는 필요한 요건을 갖출 것과 같은 자격이 요구된다(동법 제5조 제1항). 특히 마지막 자격요건과 관련하여 보건복지부령인 같은 법의 시행규칙에 따르면 양친이 될 자는 원칙적으로 25세 이상(외국인의 경우에 25세 이상 45세 미만)으로서 양자가 될 자와의 연령차이가 60세 미만인 자이어야 한다(동시행규칙 제2조). 이러한 양친이 될 자의 자격을 확인하기 위하여 입양특례법은 입양기관의 장에게 입양을 알선할 때 양친이 될 자의 자격에 관한 사실을 조사해야 할 의무를 부과하고 있다(동법 제12조 제2항).

27) 이런 경우에 대체로 입양이 아니라 친생자로 출생신고를 하는 관행이 존재하는데 이

성이 크지 않고 선택의 폭도 넓지 않은 반면에 입양특례법에 따른 입양은 입양기관이 입양을 원하는 친부모와 양친이 될 자를 모집하고 연결시켜 준다는 점에서 연결가능성도 커지고 선택의 폭도 넓어진다. 따라서 민법에 따른 입양은 입양특례법에 따른 입양과 비교할 때 친부모가 직접 양친이 될 자를 찾아야 하는 불편이 따르고 그만큼 입양의 성사가능성도 기대하기 어렵기 때문에 동일한 효과(적합성)를 가진 수단이라고 볼 수 없다. 물론 민법에 따른 입양에서도 입양기관에 의해 매개되도록 강제하면 양 제도는 차이가 없어지지만 현행 민법은 입양에서 입양기관의 매개를 강제하지 않는다. 결국 친권을 포기하지 않아도 되는 민법에 따른 입양의 가능성을 보장함으로써 침해의 최소성이 충족된다고 볼 수도 있지만 입양의 성사가능성을 높여야 하는 수단의 적합성까지도 고려하면 그러한 보장만으로 충분하지는 않다. 여기서 침해의 최소성에서 고려되는 가족에 관한 권리와 수단의 적합성에서 고려되는 입양의 성사가능성을 형량하기 위하여 충돌하는 법익의 균형성이라는 측면에서 검토가 요구된다.

한편 침해의 최소성이라는 관점에서는 친부모가 입양에 동의한 시점부터 입양이 결정될 시점까지 친권을 완전히 박탈하는 친권포기제도보다 친권의

경우에 대법원은 나중에 친생자관계부존재확인의 소가 청구되더라도 입양의 실질이 있다면 이를 인용하지 않고, 파양에 따르도록 하고 있다. 대판 2010. 3. 11. 2009므4099 : "당사자가 양친자관계를 창설할 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 모두 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 양친자관계는 파양에 의하여 해소될 수 있는 점을 제외하고는 법률적으로 친생자관계와 똑같은 내용을 갖게 되므로 이 경우의 허위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 발휘하게 되는 것이지만, 여기서 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다고 하기 위하여는 입양의 합의가 있을 것, 15세 미만자는 법정대리인의 대낙이 있을 것, 양자는 양부모의 존속 또는 연장자가 아닐 것 등 민법 제883조 각 호 소정의 입양의 무효사유가 없어야 함은 물론 감호・양육 등 양친자로서의 신분적 생활사실이 반드시 수반되어야 하는 것으로서, 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하였다 하더라도 위와 같은 요건을 갖추지 못한 경우에는 입양신고로서의 효력이 생기지 아니한다." 허위의 친생자 출생신고의 문제점에 대해서는 강은화, 미혼모의 양육권 보장을 위한 논의, <한국여성학>(한국여성학회), 제22권 3호(2006), 48면 이하 참조.

행사를 그 기간 동안 일시적으로 정지시키는 '친권정지제도'를 고려해볼 수도 있다.[28] 양자의 차이는 친권이 포기되면 입양이 법원에 의해 취소되거나[29] 파양이 결정될 때까지 더 이상 친권을 주장할 수 없지만 친권이 정지되더라도 입양이 결정될 때까지 입양의 동의를 철회할 수 있도록 하고 이러한 철회의 의사표시로 친권이 회복될 수 있다는 점이다. 문제는 입양이 결정될 때까지 입양의 동의를 철회할 수 있는 경우에 발생할 수 있는 '입양의 불안정성'이다. 결국 친권포기제도를 허용하지 않으면 침해의 최소성은 충족되지만 입양의 불안정성으로 입양의 촉진에 방해가 됨으로써 수단의 적합성을 충족하지 못하게 된다. 더욱이 입양의 불안정성은 양친이 될 자뿐만 아니라 누구보다도 입양될 아동의 복리를 고려할 때도 바람직하지 못하다. 여기서 수단의 적합성에서 고려되는 공익목적(입양촉진)과 침해의 최소성에서 고려되는 기본권을 형량하기 위하여 '법익의 균형성'이라는 또 하나의 측면에서 검토가 필요하다.

(4) 법익의 균형성

'법익의 균형성'이라는 측면에서 볼 때 서로 충돌하는 법익은 친권포기제도를 허용할 때 실현되는 '입양촉진'의 입법목적과 친권포기제도를 허용하지 않을 때 실현되는 친부모의 '가족에 관한 권리'이다. 법익의 균형성이 요청하는 내용은 상충되는 법익들 가운데 일방적으로 하나를 선택하는 것이 가능하면 양자를 조화시키는 것이므로 친권포기제도를 통해 입양촉진과 가족에 관한 권리가 균형적으로 실현될 수 있는지에 대해서 살펴보기로 한다.

우선 친권포기제도를 허용함으로써 실현되는 입양촉진의 입법목적을 우선시켜야 하는 논거는 무엇보다도 입양이 아동에게 새로운 부모와 영원한

---

28) 친권포기제도를 대체하는 친권정지제도를 주장하는 견해로 김상용, '입양촉진 및 절차에 관한 특례법'의 개선방향, <가족법연구>(한국가족법학회), 제23권. 제2호(2009), 226면 이하 참조.

29) 입양촉진을 목적으로 하는 입양특례법은 원칙적으로 입양취소청구의 소를 제기할 수 있는 기간을 6개월로 제한하고 있다(동법 제9조). 그만큼 입양을 취소함으로써 친권이 회복될 수 있는 가능성이 적다는 의미가 된다.

가정을 만날 수 있게 하므로 '아동에게 최선의 이익'이 된다는 점이다. 물론 새로 얻은 부모와 가정이 해당 아동에게 최선의 이익이 되지 않을 수도 있지만 적어도 부모와 가정이 없는 상황보다는 더 나은 환경을 제공할 수 있다. 또한 입양이 촉진되어 출산한 자녀를 친부모가 직접 양육하지 않아도 된다면 양육의 부담으로 인한 '낙태의 가능성도 감소'하게 된다. 자녀를 입양시켜야 하는 정신적 부담도 작지 않지만 낙태를 통해 태아의 생명을 박탈해야 하는 정신적 부담은 더욱 클 것이기 때문이다. 심지어 입양가능성을 염두해 두면서 일단 낙태하지 않고 출산을 하게 되면 자녀를 직접 양육하게 될 가능성도 커질 수밖에 없다. 더욱이 입양이 촉진되어 입양가능성이 커진다면 원하지 않는 임신으로 출산한 부모가 자녀를 몰래 버리는 대신에 입양이라는 합법적인 방식을 선택함으로써 '자녀의 유기가능성도 감소'될 수 있다. 특히 미혼모의 경우에는 혼인하지 않은 채 자녀를 출산함으로써 받게 될 사회적 비난과 낙인을 두려워한 나머지 자녀를 유기하는 사례가 많은데 입양가능성의 확대로 미혼모에 대한 편견과 차별에서 초래된 유기의 가능성은 줄어들게 된다. 그밖에도 입양의 촉진은 입양의 확산으로 입양에 대한 사회적 인식을 개선하여 지나치게 혈연중심의 가족주의에 비롯된 '입양아에 대한 부정적 인식도 제거'할 수 있다.

하지만 아동에게 최선의 이익은 친부모에 의해 양육되는 것이므로 어쨌든 입양은 차선책이지 최선책이 아님은 분명하다. 입양이 친부모로부터 이탈될 수밖에 없는 아동의 복리를 위하여 불가피하다는 점을 인정한다고 해도 국가는 우선 이러한 아동이 친부모에게 양육될 수 있도록 최대한 노력한 후에야 비로소 입양을 촉진하는 정책을 추진해야 한다. 하지만 입양을 촉진하는 것 외에 자녀가 친부모에 의해 양육될 수 있도록 국가가 노력했는지에 대해서는 의문이 제기된다.[30] 오히려 국가는 친권포기제도를 통해 입양에 동의한 친부모로부터 곧바로 친권을 박탈함으로써 입양에 동의한 친부모,

30) 같은 맥락에서 입양중심의 아동복지정책은 "가족중심의 아동복지정책의 부재"에서 비롯되었다는 견해는 타당하다. 박인선, 해외입양에 대한 사회복지적 제언, 30면 참조.

특히 요보호아동 입양의 대부분을 차지하는 미혼모가 부모로서의 자격이 없다는 사회적 인식을 확산시켰다. 이로 인해 입양과 상관없이 모호하기 그지없는 '부모의 자격' 여부에 따라 친권박탈이 가능하다는 사회적 인식도 일반인에게 각인되었을 개연성이 크다. 심지어 출산한 자녀의 양육에 대해서는 전혀 고려하지 않은 채 갈등 없이 자녀의 유기를 선택한 부모에게 '합법적인 자녀유기의 통로'를 열어 놓았다.

한편 입양의 촉진과 낙태 및 자녀유기의 감소 사이에 상당한 인과관계가 있는지에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. 입양이라는 탈출구가 제공된다고 해도 특히 여성의 입장에서 임신과 출산으로 인한 부담감은 완전히 제거될 수 없어 입양의 확대가 낙태의 감소로 이어질 수 없고, 입양제도의 구체적인 내용에 따라 입양절차에서 신원이 드러나는 부담으로 인해 입양 대신에 자녀의 유기를 선택할 수밖에 없는 상황은 여전히 존재하기 때문이다. 마지막으로 입양아에 대한 인식의 개선이 혈연중심의 가족이데올로기가 붕괴되어야 가능하다는 점은 사실이지만 입양의 확대로 가족이데올로기가 붕괴되기보다는 먼저 가족이데올로기가 붕괴되어야 입양이 확대될 수 있을 것으로 보인다. 국내입양을 촉진하려는 국가의 지속적인 노력에도 불구하고 혈연중심의 견고한 가족이데올로기가 건재하고 있는 한국적 상황에서 국내입양 건수가 증가하지 않고 있는 현실이 이를 뒷받침한다.[31]

반면에 가족에 관한 권리, 특히 친권은 자녀에 대한 의무를 동반한다는 점에서 '입양되는 아동의 복리'를 고려하면 입양이 완성될 때에 비로소 박탈하는 것이 타당하다.[32] 물론 자녀를 입양시키기로 이미 결정한 부모에게 자녀에 대한 책임을 기대하기 어려운 것도 사실이고, 친권포기를 허용하지

31) 국내입양의 의사에 관한 실증적 통계는 이갑숙, 국내입양에 대한 인식과 태도 조사, <한국콘텐츠학회논문지>(한국콘텐츠학회), 제8권 제12호(2008), 361면 이하 참조.

32) 같은 맥락에서 친권의 목적이 자의 권리보호에 있다는 주장은 주목할 만하다. 김명숙, 자(子)의 복리와 친권, 자(子)의 권리, <안암법학>(안암법학회), 제28호(2009), 99면 이하 참조. 심지어 친권은 의무의 성격이 강하다는 주장도 같은 결론에 도달할 수 있다. 권정희, 친권의 상실선고, <가족법연구>(한국가족법학회), 제9호(1995), 279면 참조.

않아 부모의 책임을 강화함으로써 입양을 어렵게 만들면 자녀의 입양보다 유기를 선택할 가능성도 배제할 수 없다. 하지만 친권포기를 허용하든 허용하지 않든 자녀의 입양을 결정한 부모가 자녀를 입양기관에 맡기게 되는 결과가 달라지지는 않는다(친권포기를 허용하면 부모가 친권포기와 함께 입양에 동의하여 입양기관에 맡겨지고, 친권포기를 허용하지 않으면 사회보장시설을 통하거나 직접 입양기관에 맡겨진 후에 부모가 아닌 직계존속이나 후견인의 입양동의를 받게 된다). 그렇다면 입양이 성립될 때까지 부모의 친권을 박탈하지 않음으로써 입양되는 아동의 복리가 최대한 보장될 수 있도록, 특히 양부모가 될 자의 정보와 자격을 친부모가 확인한 후에 입양이 결정될 수 있도록, 그리고 오로지 입양의 성사에만 관심을 둘 수 있는 입양기관의 책임성도 강화될 수 있도록 친권포기를 허용하지 않는 것이 타당하다.[33]

오히려 가족에 관한 권리 안에 가족의 존립과 유지에 필요한 재정적 수요를 국가에 대해서 요구할 수 있는 사회적 기본권의 성격이 포함될 수 있다면 국가는 입양의 촉진이 아니라 양육의 지원을 통해 친부모가 직접 자녀를 양육할 수 있는 여건을 제공하는 것이 더욱 이상적이다. 헌법재판소도 양육권에 사회적 기본권의 성격이 포함될 수 있다고 보는데[34] 양육권은 친권의 한 내용을 이루므로 친권을 포함한 가족에 관한 권리의 사회적 기본권의 성격은 판례에 의해서도 인정된다고 볼 수 있다. 헌법(제정자)이 가족에 관한 권리를 사회적 기본권의 하나로 규정한 목적(의도)도 가족에 관한 권리 안에 포함된 사회적 기본권의 성격을 강조하려는 데 있는 것으로 이해할 수

33) 2011년 6월 29일 국회 본회의를 통과한 개정 입양특례법은 '입양허가제'를 도입하여 입양을 하려는 사람에게 가정법원의 허가를 받도록 하고, 가정법원은 양자가 될 자의 복리를 위하여 양친이 될 자의 입양 동기와 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 허가를 거부할 수 있도록 하고 있다. 이로써 입양의 결정에서 아동의 복리가 더욱 고려될 수는 있겠지만 아동을 친모로부터 분리하는 것을 전제로 하는 친권포기제도의 문제점이 완전히 해소되지는 않는다.

34) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156 : "양육권은 공권력으로부터 자녀의 양육을 방해받지 않을 권리라는 점에서는 자유권적 기본권으로서의 성격을, 자녀의 양육에 관하여 국가의 지원을 요구할 수 있는 권리라는 점에서는 사회권적 기본권으로서의 성격을 아울러 가지고 있다."

있다.[35] 이러한 관점에서도 친부모에 의해 자녀를 양육되도록 노력하기보다 부모로부터 자녀를 분리시키는 데 집중하고 있는 친권포기제도는 합리적 근거를 찾기 어렵다.

나. 친권포기허용과 과소금지원칙

사인간에 친권의 박탈을 내용으로 하는 계약을 금지시킬 의무가 국가에 대해서 인정된다면, 더 나아가 그에 상응하는 권리가 국민에게 인정된다면 국민은 친권포기를 금지하기는커녕 허용함으로써 그러한 의무를 이행하지 않은 국가의 입법부작위(공권력의 불행사)에 대해서 헌법소원을 청구할 수 있고, 헌법재판소는 과소금지원칙을 기준으로 입법부작위의 위헌 여부를 심사해야 한다.[36] 반면에 가족에 관한 권리에 대한 제3자의 침해로부터 보호를 요구하는 주관적 권리를 인정할 수 없고 적어도 그러한 보호의 의무가 국가에 대해서 인정될 수 있다면 친권의 박탈을 내용으로 하는 계약의 무효

35) 가족에 관한 권리의 사회권적 성격을 인정하는 학설에 대해서는 위의 각주 11) 참조.

36) 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무를 인정하고 있지만 기본권보호에 관한 주관적 권리를 인정하고 있지는 않다. 하지만 기본권보호의무의 위반 여부를 판단할 때 과소금지원칙이 적용되어야 한다는 점은 분명히 하고 있다. 물론 입법자가 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것이 이상적이기는 하나, 그것은 헌법이 입법자에 대하여 하고 있는 요구로서 주기적으로 돌아오는 선거를 통한 국민심판의 대상이 될 문제이지, 헌법재판소에 의한 심사기준을 의미하지는 않는다. 만일 헌법재판소에 의한 심사기준을 입법자에 대한 헌법의 요구와 일치시킨다면, 이는 바로 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단에 의하여 결정되는 것을 의미하며, 결과적으로 헌법재판소가 입법자를 물리치고 정치적 형성의 최종적 주체가 됨으로써 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서에 반하게 된다. 그러므로 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 '과소보호금지원칙'을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다." 같은 취지의 결정으로 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 및 2009. 2. 26. 2005헌마764도 참조.

를 다투는 재판에서 친권포기를 허용함으로써 친권보호의 의무를 이행하지 않은 입법부작위의 위헌성을 문제삼을 수는 있는데 여기서도 과소금지원칙이 적용될 수 있다.

앞서 과잉금지원칙에서 검토한 것처럼 친권포기제도는 오로지 입양의 촉진이라는 목적만을 지나치게 강조함으로써 입양을 원하는 자에게도 보장되어야 할 가족에 관한 권리를 최소한의 정도도 보호하지 않을 뿐만 아니라, 특히 친권 안에 포함된 자녀에 대한 부모의 책임을 방기하게 만들어 아동의 복리에 대한 최소한의 보호마저도 제공하지 않은 채 자녀의 유기를 합법화하는 제도로 기능하고 있다. 더욱이 친권포기제도는 입양의 촉진을 위하여 입양기관의 후견인적 지위를 강화하려는 목적에서 도입된 측면도 부정할 수 없기 때문에 입양기관이 기업화 내지 관료화될 가능성을 높임으로써 오히려 가족에 관한 권리가 제3자에 의해 침해될 수 있는 가능성을 강화하는 제도로 평가될 수도 있다. 입양기관이 부모의 친권포기로 강화된 후견인적 지위를 남용하여 양친이 될 자로부터 부당한(과도한) 입양알선비용을 수수할 수 있을 뿐만 아니라 입양을 할 수밖에 없고 그렇게 되면 친권을 포기해야만 하는 부모의 궁박한 처지를 악용하여 법적으로 후견인적 지위를 보장받은 입양기관이 친부모에 대해서 위압적인 태도마저 취할 수 있기 때문이다.

Ⅳ. 시행규칙에 의한 친권포기제도 허용의 위헌성

1. 법정 서식의 법적 효력

친권포기제도는 보건복지부령인 입양특례법 시행규칙의 '입양동의서 서식'에 포함되어 있다(동시행규칙 제3조 제1항 및 별지 제1호 서식). 이 서식은 부모 등의 동의권자가 입양에 대한 동의와 함께 "친권 일체를 포기합니다"라는 의사를 표시하도록 만들어져 있다. 요보호아동의 입양은 '가족관계의 등록 등에 관한 법률'에 따른 신고로 효력이 발생하는데(입양특례법 제7조

제1항) 입양신고서에는 반드시 입양동의서가 첨부되어야 하므로(동조 제2항 제3호) 입양동의서가 없으면 입양신고를 할 수 없어 법적으로 유효한 입양이 성립할 수 없다. 그런데 입양동의서는 반드시 법정 서식에 따라야 하고, 이러한 법정 서식은 법령의 본문에 포함시키기 어렵기 때문에 별지로 분리되어 있지만 법령의 본문과 동일하게 관련자에게 법적 의무를 부과하는 효력을 갖는다. 따라서 입양특례법 시행규칙은 입양동의서의 서식을 통해 입양에 동의하는 자에게 법적으로 유효한 입양을 성립시키기 위해서는 친권을 포기해야 하는 의무를 부과하고 있다. 또한 이러한 친권포기의 의무는 친권포기를 허용하는 제도를 전제해야 하기 때문에 민법에서는 허용되지 않는 친권포기제도가 입양특례법 시행규칙에 따라 비로소 창설되어 허용되었다고 볼 수 있다. 이처럼 입양특례법 시행규칙의 일부로서 법규명령의 성격을 가지는 입양동의서 서식은 입양의 법적 효력을 발생시키기 위한 입양신고에서 필수적 요건으로서 친권포기를 허용할 뿐만 아니라 친권포기의무를 부과하는 법적 효력을 발생시킨다.

2. 법률유보원칙과 포괄위임입법금지의 문제

친권포기의무의 부과를 통한 친권박탈을 내용으로 하는 친권포기제도는 기본권으로 보장된 '가족에 관한 권리'를 제한하기 때문에 원칙적으로 법률의 형식으로만 가능하다(법률유보원칙 : 헌법 제37조 제2항). 따라서 친권포기제도가 입양특례법 시행규칙의 입양동의서 서식에 따라 허용되었다면 일단 이 제도는 위헌의 의심을 받을 수 있다. 하지만 입양특례법 시행규칙의 입양동의서 서식은 모법인 입양특례법의 위임에 따라 제정되었기 때문에 위헌의 의심에서 벗어날 가능성이 있다. 문제는 '포괄위임입법금지원칙'(위임의 구체성에 대한 요청)에 따라 입양특례법에서 입양특례법 시행규칙의 입양동의서 서식을 예측할 수 있는지 여부다.

여기서 두 가지 해석이 가능하다. 첫 번째 해석가능성은 입양특례법 제6

조 제4항이 보건복지부령인 시행규칙에 위임하고 있는 것은 단지 입양동의서의 '형식(서식)'일 뿐이지 입양동의서의 '내용'은 아니라고 해석하는 것이다. 이렇게 해석하면 입양특례법에서 동법 시행규칙에 위임될 사항(구체적인 서식)을 충분히 예측할 수 있기 때문에 입양특례법은 포괄위임입법금지원칙을 위반하지 않게 되고, 오히려 법적 근거도 없이 친권포기제도를 신설한 동법 시행규칙이 '법률유보원칙'을 위반하게 된다. 어쨌든 첫 번째 해석가능성에 따르더라도 친권포기를 강제함으로써 헌법상 기본권인 가족에 관한 권리를 박탈하는 친권포기제도는 법률의 근거가 없는 제도가 되어 헌법에 위반된다.

두 번째 해석가능성은 입양특례법 제6조 제4항이 동법 시행규칙에 위임하고 있는 것이 외관상 입양동의서의 형식이라고 하더라도 실제적으로는 그 형식에 담길 수 있는 내용까지도 포함된다고 해석하는 것이다. 하지만 단순히 입양동의서의 형식만을 위임하고 있는 입양특례법 조항에서 입양동의서의 내용에 친권포기제도의 허용 및 입양에 동의하는 자의 친권포기의무가 포함될 것으로 예측하는 것은 거의 불가능하다. 심지어 헌법재판소가 제시하고 있는 것처럼 "위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당한다고 볼 수 없음"[37]이라는 기준을 적용한다고 해도 입양특례법의 전체체계 안에서 친권포기제도 및 입양동의권자에 대한 친권포기의무의 부과를 금지하는 "내재적인 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수"는 없다. 이것은 입양특례법이 포괄위임입법금지원칙에 위반하여 위헌임을 의미한다.

37) 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31 ; 2004. 10. 28. 2003헌가18 등의 결정 참조.

Ⅴ. 결 론

친권포기제도는 헌법상 보장된 가족에 관한 권리를 침해할 뿐만 아니라 이러한 권리를 제3자의 침해로부터 보호해야 할 국가의 의무에 위반되어 위헌이고, 비록 내용적으로 헌법에 합치하는 제도일지라도 전혀 법률의 근거가 없거나 있다고 하더라도 모법에서는 예상할 수 없는 제도가 시행규칙에서 비로소 허용된 것이므로 헌법에 위반된다. 그동안 입양은 아동에게 최선의 이익이 되는 제도로 인식되었기 때문에 입법자는 입양을 촉진시키기 위한 목적에서 입양절차를 간소화하기 위해 입양특례법을 제정하여 입양을 규율해왔다. 심지어 입양특례법을 구체화하는 시행규칙은 친권포기제도까지 도입하여 입양을 원하는 친부모에게 친권의 포기까지 강요하였다. 하지만 입양이 반드시 아동에게 최선의 이익이 될 수 없을 뿐만 아니라 그동안 해외입양이 입양의 대부분을 차지했다는 점에서 입양특례법은 아동에 대한 국가의 보호의무를 방기하는 수단에 지나지 않았다는 평가가 가능하다. 물론 입양은 아동에게 적어도 차선의 이익이 될 수 있고, 국내입양을 증가시킴으로써 해외입양의 문제점이 다소 해결될 수 있다는 점을 인정한다고 해도 현재 허용되고 있는 친권포기제도의 위헌성이 해소되지는 않는다. 부모로서 부담해야 할 최소한의 책임마저 회피할 수 있도록 만들고, 자녀의 유기를 합법화하면서도 마치 아동에게 최선의 이익이 되는 것처럼 알려진 입양의 촉진을 위하여 불가피한 수단인 것처럼 포장되어 버린 친권포기제도는 폐지되는 것이 타당하다.

친권포기각서의 위헌성

[국문초록]

입양특례법에 따른 입양에 동의하는 친부모는 입양동의서를 제출해야만 한다. 문제는 입양동의서에는 입양에 대한 동의뿐만 아니라 친권포기의 의사가 표시된다는 점이다. 이에 따라 민법상 허용되지 않는 친권포기제도가 도입되었고, 자녀를 입양특례법에 따라 입양시키고자 하는 친부모는 친권을 포기해야 하는 의무가 부과된다. 이러한 친권포기제도는 헌법상 보장된 가족에 관한 권리를 침해하고, 이 권리를 제3자의 침해로부터 보호해야 할 국가의 의무에 위반되어 위헌이다. 또한 비록 내용적으로 헌법에 합치하는 제도일지라도 전혀 법률의 근거가 없거나 있다고 하더라도 모법에서는 예상할 수 없는 제도가 시행규칙에서 비로소 허용된 것이므로 헌법에 위반된다. 부모로서 부담해야 할 최소한의 책임마저 회피할 수 있도록 만들고, 자녀의 유기를 합법화하면서도 마치 아동에게 최선의 이익이 되는 것처럼 알려진 입양의 촉진을 위하여 불가피한 수단인 것처럼 포장되어 버린 친권포기제도는 폐지되는 것이 타당하다.

주제어

친권포기각서(parental rights waiver form), 친권(parental rights), 입양동의서(adoption content form), 입양(adoption), 친권의 포기(waiver of parental rights)

[Abstract]

The Unconstitutionality of Waiver of Parental Rights

ZOONIL YI

Professor of Law, PH. D., Korea University Law School

According to the Adoption Act Covering Special Cases (AACSC), biological parents should sign a legally established adoption consent form. Problem is that waiver of parental rights as well as parental consent for adoption are included in this form. As a result, the waiver of parental rights that the Civil Act does not allow, was introduced, and biological parents who want to have their child adopted according to the AACSC have an obligation to waiver parental rights. Such waiver of parent rights is unconstitutional, because it violates the constitutional right to family life and the constitutional duty of the state that it should protect constitutional rights of people against infringement of the third parties. In addition, although the waiver of parental rights could be substantially consistent with the Constitution, it is formally unconstitutional, because it has no legal ground or, even if any of the grounds, enforcement regulation allows a new institution that can not be predicted in its mother law (AACSC). It is reasonable to abolish the waiver of parental rights that is able to avoid the minimum liability of parents and legitimize the abandonment of child, yet is glorified as an inevitable means in order to promote the adoption, known as the best interest of the child.

참고 문헌

강은화, 미혼모의 양육권 보장을 위한 논의, <한국여성학> (한국여성학회), 제22권 3호(2006), 39～59면.

권정희, 친권의 상실선고, <가족법연구> (한국가족법학회), 제9호(1995), 279～297면.

김도현, 해외입양 : 미혼모자 복지체계 형성의 걸림돌 - 입양을 보내지 않아도 되는 사회에 대한 꿈 -, <젠더리뷰> (한국여성정책연구원), 2008년 겨울호, 56～61면.

김명숙, 자(子)의 복리와 친권, 자(子)의 권리, <안암법학> (안암법학회), 제28호(2009), 73～114면.

김상용, '입양촉진 및 절차에 관한 특례법'의 개선방향 - 국내입양을 중심으로 -, <가족법연구> (한국가족법학회), 제23권 제2호(2009), 217～256면.

김은아, 친권의 본질과 행사상의 문제, <법학논총> (한양대학교 법학연구소), 제26집 제2호(2009), 251～270면.

김주수, 입양제도의 문제점과 개혁의 필요성, <한국사회복지학> (한국사회복지학회), 제10권(1987), 132～143면.

노충래 / 김원희, 시설거주 미혼모의 입양 결정요인에 관한 연구, <한국아동복지학> (한국아동복지학회), 제17호(2004), 49～79면.

박인선, 해외입양에 대한 사회복지적 제언, <정신문화연구>, 제28권 제1호(2005), 23～46면.

이갑숙, 국내입양에 대한 인식과 태도 조사, <한국콘텐츠학회논문지> (한국콘텐츠학회), 제8권 제12호(2008), 357～365면.

이병화, 입양아동의 국제적 보호, <국제법학회논총> (대한국제법학회), 제48권 제2호(2003), 135～164면.

이삼식, 입양제도의 문제점과 개선방향, <보건복지포럼> (한국보건사회연구원), 2000년 5월호, 41～51면.

이승우 / 김유은, 대락입양 소고, <성균관법학> (성균관대학교 비교법연구소), 제19권 제2호(2007), 191～201면.

장복희, 국제입양에 관한 헤이그협약과 국내입양법의 개선, <저스티스> (한국법학원), 통권 제93호(2006), 221～235면.

정광수, 민법상의 친자관계에 관한 연구, <강원법학> (강원대학교 비교법학연구소), 제13권(2001), 61～79면.

정동호, 가족법의 개정추이에 비추어 본 입양문제, <고시계>, 제43권 제8호(1998), 64～77면.

차선자, 양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법, <아시아여성연구> (숙명여자대학교 아시아여성연구소), 제43집 제1호(2004), 149～180면.

최진섭, 친권제도의 문제점 - 가족법 개정안과 관련하여 -, <사법행정> (한국사법행정학회), 제40권 제5호(1999), 9～16면.

미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차

- Writ of certiorari 제도를 중심으로 -

金 珍 漢
憲 法 硏 究 官

- 目 次 -

Ⅰ. 서론 : 오늘날 미국 연방대법원의 정체성과 역할 ····· 209

Ⅱ. Certiorari 신청 사건 및 그에 대한 심사 개요 ····· 211

Ⅲ. Certiorari 관할 창설 및 그 확장에 관한 역사 ····· 213
1. 1925년 연방대법원 관할 개혁에 관한 연방입법 ····· 213
2. 1988년 입법에 의한 관할 변화 ····· 214

Ⅳ. Certiorari 관할의 도입을 둘러싼 연방의회의 논의내용 ····· 215
1. Taft 대법원장의 입법제안 ····· 215
2. 개혁안의 쟁점에 관한 연방의회에서의 논의 ····· 216

Ⅴ. Certiorari 관할 사건 선별의 기준 및 결정방법 ····· 220

1. 선별의 기준 ····· 220
2. 사건 선별기준에 관한 연방대법원의 일반적인 관행 ····· 220

Ⅵ. 연방대법원의 판단과 쟁점사항(Question Presented) ····· 227
1. 연방대법원의 쟁점 선별의 기능과 의미 ····· 227
2. 쟁점사항(Question Presented)의 의의 및 역할 ····· 228

Ⅶ. 연방대법원의 Certiorari 신청에 대한 평의방식 ····· 234
1. 전원재판부 평의에 의한 결정 ····· 234
2. 논의대상 사건 목록(Discuss List) ····· 235
3. Certiorari 보고서의 공유(Cert. Pool) ····· 237

Ⅷ. Certiorari 신청에 대한 투표 및 결정 ····· 240
1. 신청을 받아들이기 위하여 필요한 투표의 수 ····· 240
2. 연방대법원의 Certiorari 신청에 대한 결정 ····· 241
3. certiorari 신청 인용과 약식재판(Summary Disposition) ····· 244

Ⅸ. 결 어 ····· 245

* 국문초록 및 주제어 ····· 247

Ⅰ. 서론 : 오늘날 미국 연방대법원의 정체성과 역할

1787년 연방헌법의 제정과 더불어 창설된 미국 연방대법원은 각 시대별로 해당 시기의 사회·정치·경제적 위기가 응축되어 있는 가장 어려운 문제에 답을 하였다. 수세기의 역사를 거치는 동안 내려진 연방대법원의 개개 판결에 대하여는 긍정적 또는 부정적인 역사적 평가가 교차하고 있다. 하지만 이들 판결이 오늘날 미국의 역사를 형성한 중요한 이정표라는 점에 관하여는 이견이 없다. 그와 같은 역사적 유산을 물려받은 오늘의 연방대법원은 국민들로부터 가장 신뢰받는 기관으로 평가받고 있다.[1)]

이와 같이 사법기관으로서는 이례적인 영향력을 가지고 있으면서도 국민의 신뢰를 잃지 않고 있는 미국 연방대법원은 오늘날 어떠한 정체성을 가지고 있을까? 미국 연방대법원은 수세기에 걸친 역사를 통하여 그 모습과 역할을 스스로 변화시켜 왔다. 오늘날의 연방대법원은 비록 최종의 상급심이라는 의미를 가지는 대법원의 명칭을 유지하고 있으나 다른 국가들의 일반적인 대법원과는 달리 하급심의 오판을 시정하는 기능에는 주목하지 아니하며, 주로 헌법적 쟁점 또는 국가적으로 중요한 법적 쟁점에 대하여 집중하여 판단한다는 점에서 그 정체성을 파악하기 쉽지 않은 사법기관이다.

1970년대 초반 미국에서는 연방대법원 개혁에 관한 논의가 진행되었다. 1971년 당시 대법원장이었던 Warren Burger 대법원장은 연방대법원의 개혁, 특히 사건의 과중한 부담 문제를 해결하기 위한 위원회를 구성하였다.[2)] 동

1) 전미변호사 협회(American Bar Association)가 1999년 시행한 연방대법원 등 국가기관, 전문가 집단에 대한 국민의 신뢰도 평가의 설문조사결과를 살펴보면 연방대법원은 50%의 조사대상자들로부터 매우 신뢰한다는 응답을 들었으며, 약 35%의 응답자로부터 어느 정도 신뢰한다는 응답을 들어, 도합 85%의 국민들로부터 신뢰를 받는 것으로 나타났다. 이와 같은 연방대법원에 대한 국민의 신뢰도는 다른 국가기관, 전문가 집단 등의 조사결과와 비교할 때 압도적으로 우월한 결과이다.

2) 동 위원회의 위원으로는 실무가와 권위있는 학자들을 위원으로 위촉하였는데, 이들은 모두 연방대법원 대법관의 로 클럭으로 근무했던 경력을 가지고 있어 연방대법원의 실무에 밝은 법조인들 이었다. 위원장으로는 하버드 법과대학의 Paul Freund 교수

위원회는 그 동안 미국 연방대법원이 담당하여 왔던 역할을 다음과 같이 정리하였다.

> 연방대법원이 담당하는 역할은 단순한 하급심의 잘못을 시정하는 일반적인 상고법원과는 다르다는 기존의 이해를 받아들일 뿐 아니라 특히 유념하고 있다. 우리가 이해하고 있는 연방대법원의 역할은 다음과 같다. 첫째, 연방헌법에 규정되어 있는 헌법상의 권리를 보장하는 역할이며, 둘째, 연방법의 통일을 보장하는 역할이고, 셋째, 헌법상 규정되어 있는 연방제 국가의 권력분립을 유지하고 보장하는 역할이다.[3)]

동 위원회에서 평가한 연방대법원의 역할은 스스로 밝힌 바와 같이 위원회의 독자적인 견해가 아니다. William H. Rhenquist 전 연방대법원장도 연방대법원은 "하급심의 잘못을 교정하는 일반적인 상고심 법원(from an error-correcting court of general appellate jurisdiction)"이 아니라 "헌법의 해석과 연방법에 관한 중대한 문제를 해결하는 특별한 법원"이라고 평가하였다.

연방대법원이 하급심의 잘못을 시정하는 상고심 법원이 아니라고 하는 것은 하급심 판단에 명백한 잘못이 있는 경우에도 이를 심사하여 교정하는 것을 연방대법원의 임무로 보고 있지 아니하다는 의미이다. 연방대법원이 창설초기부터 하급심의 잘못을 시정하는 책임으로부터 자유로웠던 것은 아니다. 연방대법원이 하급심의 잘못을 시정하는 일반적인 형태의 상고심 대법원의 역할을 맡지 아니하게 된 것은 연방대법원이 사건을 심판할 것인지 여부에 관한 자유로운 재량을 갖고 있는 certiorari 관할을 창설하면서 부터이다.

오늘날 연방대법원에 접수되는 거의 모든 사건은 certiorari 관할 사건으로 접수되고 있으며, 연방대법원은 당사자의 certiorari 신청이 접수된 경우 스스

를 위촉하였다. 이들 위원들은 1년간 연구를 진행하였다. 연구방법으로서 연방대법관들과 로 클럭들을 인터뷰 했으며, 사건 수의 통계 뿐 아니라 사건기록도 검토했다. Alexander Bickel, The Caseload of the Supreme Court, 7면.

3) Report of the Study Group of the Caseload of the Supreme Court, Federal Judicial Center(1972), 57 F.R.D. 573, 578.

로 해당 사건의 쟁점의 중요성을 판단하여 사건을 선별하고 있다. 그리하여 오늘날 해마다 접수되는 8천여 건의 사건 중에서 60-80여건의 사건에 대하여만 선택하여 그에 관한 사법심판을 하고 있다.

연방대법원은 이와 같이 접수되는 사건을 심판할 것인지 여부를 스스로 선택할 수 있는 권한을 가지고 있는바, 이와 같은 연방대법원의 사법심사에 관한 재량적 선별권한은 오늘날 연방대법원의 정체성을 형성하는 결정적인 수단으로 작용하고 있다. 본 논문에서는 연방대법원이 가지고 있는 사건선별 권한의 형성, 그 내용, 그리고 구체적인 선별 절차 등을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. Certiorari 신청 사건 및 그에 대한 심사 개요

연방대법원에 대한 사법심사를 구하는 가장 일반적인 방식은 certiorari 신청 방식이다.[4] 오늘날 연방대법원이 본안심사를 담당하는 사건은 원심관할(Original Jurisdiction) 사건이라고 하는 예외적인 유형의 사건을 제외하고는 certiorari 관할 사건으로 접수된다. 따라서 연방대법원의 사법심사를 받고자 하는 당사자는 연방대법원에 대하여 writ of certiorari를 발급해줄 것을 요구하는 신청(petition)을 하며, 그 신청에 대한 연방대법원의 재가 판단을 받은 연후에야 비로소 연방대법원의 사법판단을 받을 수 있게 되는 것이다.

가령, 2009~2010년 회기 동안 연방대법원에서 처리한 사건의 통계를 보면, 총 8,085건의 처리 사건 가운데 연방대법원이 선별하여 정식의 판결을

4) certiorari 신청이란 형식적으로 살펴보았을 때 연방대법원이 하급법원을 상대로 하여 writ of certiorari(기록송부명령)을 발하도록 하기 위한 신청이다. 그러나 실질적으로 보았을 때 이는 연방대법원에 대한 사법심사의 허락을 요구하는 신청이다. writ of certiorari는 사법심사를 위한 기록송부명령이라고 번역하는 것이 일반적인바, 과연 이 용어가 제도의 실질을 정확하게 반영하고 있는 용어인지에 관하여는 의문이 있다. 기록송부명령 제도는 기록송부를 명하였던 연혁에 충실한 번역이라고 할 것이지만, 현재 연방대법원은 하급심의 기록을 송부받지 아니한 상태에서 판단을 하는 것이 일반적이다.

하였던 건수가 모두 77건이고, 약식으로 처리한 사건이 91건이며,[5] 나머지 7,917건은 certiorari 신청이 기각되었다.[6]

William H Rehnquist 전 대법원장(1972～1985년 대법관으로 재임, 1985～2005년, 대법원장으로 재임)은 그의 회고록에서 certiorari 관할 이외의 사건들은 연방대법원의 관할에서 실질적으로 의미 없는 것이 되었음을 다음과 같이 언급하였다.

> 아주 미미한 숫자의 사건만이 certiorari 신청 이외의 경로로 연방대법원에 도달하여 우리의 판단을 받는다. 그러나 이들 사건은 연방대법원이 어떻게 활동하는 것인지를 보여주는 전체적인 그림을 그리는 데에는 전혀 중요성을 갖고 있지 않다.[7]

오늘날 certiorari 신청은 연방대법원의 사법심사를 받는 원칙적인 방법이 되었으며, 그에 대한 심사절차는 연방대법원에서 사법심사를 받는 경우 반드시 거쳐야 하는 관문이 되었다. 그런데 certiorari 신청을 받은 연방대법원이 그 신청을 받아들일 것인지 여부는 어떠한 법 원칙에도 기속되지 않는 자유로운 판단에 의한다.[8]

연방대법원은 재판기관으로서 그 스스로가 판단할 사건에 대한 통제받지 아니하는 선택권을 가지고 있는 것이며, 연방대법원의 이와 같은 사건 선별의 재량권 행사에 대한 별다른 법적인 통제 또는 당사자의 불복방법은 존재하지 아니한다. 사법기관으로서 사법심사 여부에 관한 이와 같은 광범위한 재량을 갖고 있는 경우는 매우 드문 경우이다. 이와 같은 재량권한은 과중한 사건 부담을 떨어내는 역할을 함과 동시에 연방대법원이 스스로 판단 주

---

5) 연방대법원이 약식판결을 하는 경우에 관하여는 본 논문의 내용 가운데 '8. Certiorari 신청에 대한 투표 및 결정' 중 '다. certiorari 신청에 대한 인용과 약식재판(Summary Disposition)' 참조.
6) 124 Harv. L. Rev.(2010) 411, 419.
7) William H. Rehnquist, The Supreme Court, Vintage(2001), 232면.
8) 연방대법원 규칙 제14조는 그 신청방식과 신청서의 기재사항에 관하여 상세하게 규율하고 있다.

제를 설정하는 기능을 한다. 또한 이와 같이 스스로 판단주제를 설정하는 기능은 미국 연방대법원의 독특한 정체성을 형성하고 있다.

Ⅲ. Certiorari 관할 창설 및 그 확장에 관한 역사

certiorari 제도를 최초로 규정하였던 것은 연방하급법원을 최초로 창설하였던 1789년 사법법이었다. 그런데 동법상의 certiorari 제도는 연방대법원에 계속되어 있는 사건에 대한 판단자료가 부족할 경우 하급심 법원에게 그 기록을 이송할 것을 명령하는 제도였으므로, 오늘날의 certiorari 관할과는 그 성격과 내용이 전혀 다른 것이었다.[9] 연방대법원이 오늘날과 유사한 내용을 갖는 certiorari 관할을 창설하게 된 것은 그로부터 100여년이 경과한 1800년대 후반이었으며, certiorari 관할이 본격적으로 의미를 갖게 된 것은 1925년의 입법을 통하여서 이다.

1. 1925년 연방대법원 관할 개혁에 관한 연방입법

1900년대 들어서 연방대법원은 무거운 사건 부담에 직면하게 되었다. 연방대법원에 접수된 사건은 변론에 이르기까지 통상 1년 내지 2년을 기다리는 것이 일반적인 관행이 되었다.[10]

1925년 개혁입법이 이루어질 당시의 통계에 따르면 연방대법원의 상고관할 사건은 해마다 약 250건의 사건이 접수되어, 연방대법원이 정식판결을 선고하는 사건 가운데 80%를 차지하였다. 상고관할은 연방대법원이 그 심사 여부를 재량으로 결정할 수 있는 certiorari 관할과는 달리, 그 사법심사가 필요적으로 이루어지는 사건들이다. 따라서 연방대법원은 이들 상고관할 사건에 대하여 구두변론을 여는 등 정식의 사법심사 방법으로 처리하여야 하

9) Edward A. Harnett, Questioning certiorari : Some Reflections 75 Years After the Judge's Bill, 1650.

10) Eugene Gressman, Supreme Court Practice, BNA Books(2007). 235면.

며, 원칙적으로 정식의 판결문을 작성하여 선고하여야 하였다.[11)]

1925년 연방의회는 사법법(Judiciary Act)을 통과시켰고 이를 통하여 연방대법원의 관할권에 관한 전면적인 개혁을 이루었다.[12)] 연방대법원이 접수하는 사건 가운데 약 4분의 3에 해당하는 사건의 관할을 심판이 강제되는 상고관할로부터 연방대법원의 재량에 의하여 심판여부를 결정하는 certiorari 관할 사건으로 변경하였다. 그리하여 상당부분의 연방대법원 관할은 그 심판여부가 연방대법원의 재량에 의하여 결정되는 certiorari 관할 사건이 되었다. 그리하여 비록 상고관할 사건이 상당한 부분 남아 있으나, certiorari 관할사건의 수가 상고관할 사건의 수를 넘게 되었다.[13)]

2. 1988년 입법에 의한 관할 변화

1925년 입법에 의하여 연방대법원의 상고관할로 인한 사건부담은 현저하게 감소되었다. 하지만 세월이 흘러가면서 상고관할로 남아있는 사건들은 다시 연방대법원에 커다란 부담으로 작용하게 되었다. 1980년대 초반까지만 해도 연방대법원의 한 회기동안 구두변론을 거친 사건의 약 20～25%가 상고관할 사건이었던 것이다.[14)]

1988년 연방의회는 다시 입법을 개정하여 연방대법원이 필요적으로 심사하여야 하는 상고관할을 실질적으로 폐지하고, 연방대법원의 상고관할을 모두 certiorari 관할 대상으로 만들었다.[15)] 그리하여 연방대법원은 연방대법원

---

11) 이에 대하여 연방대법원이 재량을 가지고 그 심판여부를 판단할 수 있는 certiorari 관할 사건은 약 500여건의 신청이 접수되지만, 그 가운데 60여건에 대하여 사법심사를 할 것을 결정하였을 뿐이다. Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 235면.

12) 43 Stat. 936 ; 입법과정 및 그 역사에 관하여는 후술함, Justice Frankfurter Dick v. New York Life Insurance Co. 359 U.S. 437, 448-463(1959), 반대의견 참조.

13) Federal Judicial Center, Report of the Sutdy on the Case Load of the Supreme Court(1972), 57 F.R.D. 537, 622～623면.

14) H. W. Perry, 전게서, 25～26면.

15) 102 Stat. 662.

에 계속되어 있는 사건을 자유롭게 통제할 수 있게 되었으며 사건의 부담이라고 하는 문제점으로부터 자유롭게 되었다.

Ⅳ. Certiorari 관할의 도입을 둘러싼 연방의회의 논의내용

연방대법원 관할을 개혁하는 1925년의 입법 과정에서는 과연 연방대법원이 스스로 자유재량에 의하여 사법심사 여부를 결정하도록 하는 제도가 정당한 제도인 것인가 여부에 관하여 다양한 토론이 이루어졌다. 그 입법과정의 논의에 관하여 살펴보기로 한다.

1. Taft 대법원장의 입법제안

1925년의 개혁입법은 연방대통령을 지낸 이후 연방대법원장에 취임한 William Howard Taft 대법원장의 정치력과 강력한 의지에 의하여 이루어졌다. Taft 대법원장은 1921년 연방대법원장에 취임한 직후 연방대법원의 관할 개혁에 관한 법안 제안을 위한 위원회를 구성하고 Day 대법관, Van Devanter 대법관, McReynolds 대법관 등 3명의 연방대법관을 그 위원으로 임명하였다.[16)]

1922년 certiorari 관할의 대폭 확대를 골자로 하는 관할 개혁안이 성안되었다.[17)]

1922년 3월 Taft 연방대법원장은 하원 사법위원회(the House Judiciary

16) Harnett, 1662면.

17) 제안 입법안은 연방순회항소법원의 재판에 대한 상고 사건을 모두 certiorari 관할로 돌리는 것, 연방순회항소법원도 중요하고 어려운 법적 쟁점에 관하여 연방대법원의 판단을 자문(certification)할 수 있도록 하는 것을 주요내용으로 하고 있었다. Harnette, 전게 논문, 1666면 ; 1922 Hearings, Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court : Hearing Before the House Comm. on the Judiciary, 67th Cong. 30(1922)[이하, 1922 Hearings라고 한다], 3면.

Committee)에 출석하여 개혁입법의 필요성 및 정당성에 관하여 설명하였다.

> 제1심과 제2심을 거친 사건이 그 이후의 사법심사 단계로 넘어간다면, 당사자의 권리보호라는 목적은 더 이상 제1차적인 목적이 된다고 할 수 없다. 연방대법원의 기능 목적은 국민 전체의 이익을 위하여 법의 원칙을 확립하고 해석하기 위한 것(expounding and stabilizing principles of law)이다. 헌법적 쟁점이나 공익과 관련되는 중대한 법적 쟁점에 관한 판단을 하는 것이 그 기능인 것이다. 또한 제2심 법원 사이의 판단의 통일성을 확보하는 것 역시 주요한 기능이다.[18]

2. 개혁안의 쟁점에 관한 연방의회에서의 논의

연방대법원의 사건 선별의 재량을 부여하는 것에 관한 개혁법안을 심의하였던 연방의회에서는 개혁안의 다양한 쟁점에 관한 논의가 이루어졌다. 토의의 내용을 쟁점별로 살펴보기로 한다.

가. 사건 선정과 관련한 기준을 설정할 것인가에 관한 논의

연방대법원의 사건 부담을 덜어내는 입법이 필요하다고 하여도, 그것이 반드시 연방대법원에 사건을 고르는 자유를 부여하는 방식으로 이루어져야 하는 것인지에 관하여 논란이 되었다. 특히, 입법안은 연방대법원이 certiorari 신청 사건 중 과연 어떠한 내용을 갖는 사건을 어떠한 기준으로 선별하여 그에 대하여 사법심사를 할 것인지 여부에 관하여 아무런 규정도 하고 있지 아니하다는 점이 특히 논란이 되었다.

연방대법원이 심사할 사건을 입법자가 미리 법률로 정해놓는 방식, 즉 입법자가 법률을 통하여 연방대법원이 판단할 사건의 유형 내지 요건을 정하고 그 유형에 해당하는 사건에 대하여 사법심사를 하는 방법이 연방대법원의 심사기능을 적절히 통제하는 방법으로서 가능한 것 아닌가 하는 의문이

18) Harnett, 전게 논문, 1665면 ; 1922 Hearings, 2면.

제기되었다. 이와 같은 지적에 관하여 Taft 연방대법원장은 연방의회의 청문회에 직접 출석하여 다음과 같이 주장하였다.

> 모든 중요한 사건을 포함시키도록 입법을 하는 것은 매우 어려우며, 모든 중요하지 아니한 사건을 배제하도록 입법을 하는 것 역시 매우 어렵다.[19]

연방대법원 내부의 입법안 준비위원이었던 Van Devanter 연방대법관도 다음과 같은 의견을 진술하였다.

> 만일 어떤 사건은 심사를 하고, 어떤 사건을 심사를 하지 아니하는 등 특정한 사건의 유형에 대하여만 사법심사를 하도록 하는 내용의 입법을 한다면 연방대법원은 매우 큰 어려움에 직면할 것이다. 그와 같은 내용에 관하여 정확한 입법을 한다는 것은 불가능하기 때문이다. 사법심사의 대상을 선택하는 입법에는 유연성이 필요하고, 입법안에 나타난 certiorari 관할이 바로 유연성을 확보한 관할이다.[20]

나. 연방대법원의 자의적 판단의 위험성

입법안에 관한 논의에서 가장 큰 쟁점이 되었던 것은 연방대법원이 그 재량권한을 남용하여 자의적으로 사건을 선택하거나, 자의적으로 사건을 선택하지 아니할 우려에 관한 것이었다.

개혁법안에 대한 반대의견을 갖고 있었던 Ohio 주의 Benjamin I. Salinger 판사는 입법청문회에 참고인으로 출석하여 입법에 아무런 기준을 제시하지 않는다면, 결국은 아무런 기준이 없는 자의적 판단을 부르는 것이라고 주장하며 다음과 같이 진술하였다.

> 입법안에 따르면 certiorari 신청에 대하여는 구두변론을 거치는 것도, 그 결론

---

19) Harnett, 전게 논문, 1665면 ; 1922 Hearings, Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court : Hearing Before the House Comm. on the Judiciary, 67th Cong. 30(1922)[이하, 1922 Hearings라고 한다], 3～4면.

20) Harnett, 전게 논문, 1687면 : 1922 Hearings, 21면.

을 설명하는 결정문을 작성하는 것도 아니기 때문에 아무런 기준도 제시되지 않는다.[21)]

그러나 Van Devanter 대법관은 연방대법원의 재량이 자의적으로 행사될 우려에 관하여 연방대법원의 입장을 다음과 같이 천명하였다.

> certiorari 신청에 대한 판단은 건전한 사법판단에 기한 재량이지, 연방대법원의 단순한 선택이나 연방대법원이 원하는 대로 선별하는 것은 아니다. 이와 같은 재량에 의하여 연방대법원은 공적으로 중대한 사건, 국민 일반이 이해관계를 갖는 사건, 통일적 해결에 중대한 이해가 있는 사건을 선택할 것이며, 이와 같은 사건을 제외하고는 사법심사를 거절할 것이다.[22)]

다. 헌법적 쟁점 사건의 특별취급 여부에 관한 논의

연방대법원이 담당하는 재판이 헌법적 쟁점에 관한 재판이고, 헌법적 쟁점 판단의 사회적·법적·정치적 중요성을 고려하여 볼 때 헌법적 쟁점 사건을 가지고 있는 사건에 대하여는 반드시 심사하도록 하는 필요적 심판사건으로 하고, 일반 법률의 해석 등 그 밖의 사건은 연방대법원이 재량으로 심사여부를 판단하도록 하는 것이 타당하지 않겠는가 하는 것이 논의되었다.

전문가 증인으로 출석한 당시의 연방 법무부 송무차관(Solicitor General) James Beck은 연방대법원의 성격을 '준(準) 헌법재판소(quasi-constitutional convention)'로 규정하여 연방대법원 역할의 가운데 가장 주요한 역할이 헌법적 쟁점 사건에 관한 판단이라는 점을 강조하면서도, 헌법적 쟁점이 문제되는 사건에 대하여는 필요적으로 심사하도록 할 것인가에 관하여 다음과 같은 반대의견을 표명하였다.

---

21) Harnette, 전게논문, 1667면 : 1922 Hearings, 15면.
22) Harnett 전게논문, 1685면 ; 1922 Hearings, 7면.

> 헌법적 쟁점 사건이라고 하여도 필요적 상고관할이 인정되어서는 안 된다고 생각한다. 변호사들은 보통의 사건으로부터 헌법적 쟁점을 만들어 내는 탁월한 재주를 갖고 있기 때문이다.[23]

Taft 대법원장도 헌법적 쟁점이라고 하는 점만으로는 중요한 사건이라는 점을 보장할 수 없다는 점을 지적하며 다음과 같은 의견을 밝혔다.

> 단순히 헌법적 의문만 제기하면 연방대법원이 심사하여야 한다고 생각하는 것은 잘못된 생각이다. 연방대법원은 헌법적 원칙에 기하여 판단하여 과연 그와 같은 의문이 헌법적 문제로서의 진정한 실체를 가지고 있는지 심사를 하여야 한다. 당사자의 대리인들은 연방헌법 수정 제14조, 제5조를 근거로 제시하면 시야를 흐리게 하는 안개를 피워낼 수 있다. 연방대법원은 "이 사건의 당사자는 헌법적 쟁점을 가지고 있다고 주장하지만, 사건의 실질은 그렇지 않다. 따라서 우리는 여기서 이 사건을 끝낸다(We cut it off)."라고 즉각적으로 대응할 수 있어야 한다.[24]

라. 지정재판부 제도를 도입할 것인지에 관한 논의

연방의회 의원들은 연방대법원에서 certiorari 신청 사건을 선별하기 위하여 지정재판부 형식의 소부를 구성하여 이를 간편하게 심사할 가능성이 있으며, 만일 이와 같은 방식으로 제도를 운영한다고 하면 '하나의 연방대법원(one supreme Court)'에 사법권을 부여한다고 규정한 연방헌법 제3조 제1항에 위반된다는 주장이 제기되었다.

연방의회는 연방대법원이 소부를 구성하여 사건을 선별하는 업무를 간이하게 변경할 가능성에 대하여 강하게 우려하였다. 이와 같은 우려에 대응하여 법안을 만드는 데에 깊이 간여하였던 Van Devanter 대법관은 새로운 제도 운영의 방침을 다음과 같이 밝히며, 반드시 전원재판부에서 심사할 것을 약속하였다.

---

23) Harnett 전게논문, 1670 ; 1922 Hearings, 30면.
24) Harnett, 전게논문 1690 ; 1922 Hearings, 28～29면.

연방대법원의 9명의 대법관들은 하나의 certiorari 신청에 대하여 9명 전원이 모두 연구하여 심사할 것이고, 전원재판부의 평의를 거쳐 투표를 할 것이다. 4명의 찬성표만 있으면 그것이 다수가 아닌 경우에도 신청에 대한 인용 결정이 내려질 것이다. 심지어 3개의 표만 받은 사건이라도 그 사건이 중요한 영역의 것이라고 한다면 인용 결정이 내려질 것이다.[25]

Ⅴ. Certiorari 관할 사건 선별의 기준 및 결정방법

1. 선별의 기준

어떠한 연방법률도 연방대법원이 certiorari 신청을 받아들이는 요건 내지 기준, 유형을 정하고 있지 않다.[26] 따라서 연방대법원은 법률 또는 다른 법원칙상의 제약을 받지 아니하고 연방대법원이 판단하기에 적절한 사건을 자유롭게 선택할 수 있다. 연방대법원의 선택이 법적 제약에서 자유롭다고 하는 점은 그 선택에 관한 연방대법원의 판단이유를 설명할 필요가 없다는 효과를 발생시킨다. 그리하여 연방대법원은 certiorari 신청 사건 가운데 사건을 자유롭게 선택할 수 있을 뿐 아니라, 선택하지 아니한 나머지 사건에 관하여 선택하지 아니한 이유를 설명하지 아니하고 신청에 대한 기각 판단을 할 수 있다.

2. 사건 선별기준에 관한 연방대법원의 일반적인 관행

가. 관행적 기준의 형성

25) Harnett, 전게논문, 1677면 ; 1922 Hearings, 29면.

26) 연방의회가 입법을 통하여 규율할 것인지 여부는 certiorari 제도를 본격적으로 인정한 최초의 입법과정인 1925년의 입법과정에서도 논의가 되었던 사항이라고 하는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 당시의 논의에서 연방대법원은 연방대법원이 선택할 사건의 기준은 법적 쟁점의 중요성이라고 할 것인데, 중요성이란 사건별로 매우 다양한 것이어서 입법으로 명확한 기준을 만들기 어렵다는 논리로 입법자를 설득하였다.

연방대법원의 certiorari 관할의 특징은 신청에 대한 허가를 부여하는 특별한 법적 요건이 존재하지 아니한 광범위한 재량이다. 연방대법원에게 이와 같은 자유가 주어진 것은 연방대법원이 판단하여 연방대법원의 역할을 수행하기에 적절한 사건을 선택하고, 그와 같은 사건에 역량을 집중하여 판단하도록 한 것이다. 그 선택의 기준은 어떠한 사건이 연방대법원의 역할을 수행하기에 적절한 사건인지, 궁극적으로 연방대법원은 스스로의 역할을 어떻게 규정짓고 있는지와 관련된다. William Rehnquist 전 대법원장은 연방대법원이 사건을 선별하는 기준을 다음과 같이 설명한다.

> 연방대법원이 certiorari 신청사건에 대하여 허가를 하는 기준은 다음과 같다. 첫째, 만일 문제된 하급법원의 판단 사안이 다른 법원에서 판결하였다면 다른 결론이 나올 사안이었던가, 둘째, 하급법원이 연방대법원의 선례를 잘못 적용하고 있는가, 셋째, 문제된 법적 쟁점이 사건 당사자의 범위를 넘어서서 일반적으로 중대한 성격을 갖는가의 문제 등이다.[27]

나. 사건 선별의 구체적 기준

연방대법원이 사건을 선별하는 방식은 구체적인 사건마다 자유롭게 판단하는 것이므로 이에 관한 예측가능한 법칙 등을 찾아내는 것은 어렵다. 다만, 연방대법원이 사건을 선별하는 기준에 관한 경향을 선례를 통하여 파악할 수 있을 뿐이다. 연방대법원이 certiorari 신청 사건에 대하여 허가를 하는 구체적인 유형을 살펴보면 다음과 같다. 연방대법원은 아래의 기준 가운데 하나의 기준의 충족으로 신청을 받아들이지 아니하고, 이들 사유가 중첩되는 경우에 한정하여 그 신청을 받아들는 것이 일반적이다.

(1) 법원 상호간 판단의 모순과 충돌

certiorari 신청 사건에 대한 허가결정을 하는 전형적인 유형은 판례 상호

27) Rehnquist, 전게서, 234면.

간의 충돌이 있는 경우이다.[28)]

(가) 연방항소법원간의 판단의 충돌

연방항소법원이 판단한 법리와 다른 연방항소법원의 판단한 법리 사이에 충돌이 있는 경우에는 연방대법원이 신청을 받아들일 가능성이 있다.[29)]

연방항소법원의 판단은 연방대법원의 판단이 없는 경우 연방법의 선례로서 판례법을 형성하는 판결이므로 중요한 의미를 갖고 있다. 만일 두 개 이상의 연방항소법원의 동일한 법적 쟁점에 관한 판단이 상호간에 충돌하고 있다면 동일한 연방법 조항에 대한 두 가지의 해석이 존재하는 문제가 발생하는 것이므로 법의 통일 및 안정성을 위하여 연방대법원이 개입할 필요가 있다.

하지만 연방항소법원 사이에 판단이 충돌된다는 점만으로는 연방대법원의 certiorari 신청에 대한 허가가 보장되는 것은 아니다. 연방대법원은 한 때 연방항소법원 사이에 판례가 충돌하는 경우에는 문제되는 법적 쟁점의 중요성과 상관없이 certiorari 신청을 허가하는 관행을 형성한 적이 있었다.[30)] 오늘날 이와 같은 관행은 더 이상 유지하지 않는다. 비록 연방항소법원 사이에 판단의 충돌이 있는 경우에도 해당 법적 쟁점이 중요한 것이 아닌 경우에는 certiorari 신청을 받아들이지 않는다.[31)] [32)]

(나) 연방대법원 판결과 하급법원 판결의 충돌

---

28) 실제로 1993년의 회기를 예로 살펴보면 certiorari 신청 사건에 대한 허가결정을 받은 약 70%의 사건이 연방법원간의 판례의 충돌 또는 주 최고법원 사이의 판례의 충돌 사건이다. Justice Ginsburg, 1994년 제71회 ALI 연례 모임에서의 연설, Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 241면.

29) 연방대법원 규칙 제10조(a).

30) R. Robertson & F. Kirkham, Jurisdiction of the Supreme Court of the United States, 629(1951) ; Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 243.

31) H. W. Perry, 전게서, 246～252.

32) 연방대법원은 1995년 연방대법원 규칙 제10조를 개정하여 연방대법원이 certiorari 신청을 받아들이기 위해서는 연방항소법원 간의 판단의 충돌이 있어야 할 뿐 아니라, 그 충돌은 '중요한 문제(important matter)'에 관한 충돌이어야 한다는 점을 규정하여 연방대법원 실무관행을 반영하였다.

연방항소법원 또는 주 최고법원이 연방대법원의 관련 선례와 충돌되는 판결을 하는 경우는 연방대법원의 판례를 잘못 이해하거나, 잘못 적용하는 경우이므로 이에 대하여 교정할 필요가 있다.

한편, 당사자들의 대리인은 연방대법원의 판단을 받기 위한 의도에서 신청대상인 판결이 연방대법원의 판단과 저촉되는 것으로 주장하고자 하는 경향이 있다. 따라서 여기서의 판례저촉이란 당사자의 그에 관한 주장만으로 인정되는 것이 아니라 그 판단에서 밝힌 법리에 의거하여 볼 때 명백하고 직접적인 것이어야 한다.

certiorari 신청대상인 연방항소법원 판결이 연방대법원의 판례에 명백히 저촉되는 판결인 경우에는 certiorari 신청에 대한 허가를 받을 가능성이 높다. 그리하여 항소심 법원이 연방대법원의 선례를 잘못 해석하였거나, 오해하는 등 잘못 적용한 경우에는 연방대법원이 certiorari 신청을 받아들여 이를 교정하는 것이 일반적이다. 또한 연방항소법원의 판결이 연방대법원의 판례를 변경하고자 의도적으로 연방대법원의 판례를 적용하지 아니한 것일 경우에도 신청을 받아들여 이에 관하여 판단하는 것이 일반적이다.[33]

(다) 연방항소법원과 주 최고법원, 주 최고법원 상호간의 판결의 충돌

연방대법원이 certiorari 신청에 대하여 허가하는 또 하나의 유형은 연방법의 쟁점에 관하여 연방항소법원의 판결과 주 최고법원 판결이 충돌하거나 또는 주 최고법원 상호간에 충돌이 발생하는 경우이다. 연방대법원은 연방법의 쟁점에 관하여는 주 법원이 판단했는가, 연방법원이 판단했는가와 상관없이 최종적인 판단자로서의 역할을 수행하는 것이므로 이와 같은 판단저촉을 해결할 수 있다.[34]

---

33) Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U.S. 477(1989).

34) 연방대법원 규칙 제10조 (b)에서는 연방대법원이 certiorari 신청에 대하여 허가를 하는 한 유형으로서 주 최고법원이 중요한 연방법 쟁점에 관하여 다른 주 최고법원 또는 연방항소법원과 충돌이 되는 판결을 내린 경우를 열거하고 있다. 또한 연방대법원 규칙 제10조 (C)는 연방항소법원 또는 주 최고법원이 연방법의 중요한 문제에 관하여 연방대법원의 관련 선례와 충돌되는 판결을 한 경우를 신청에 대한 허가를 하는 중요한 기준으로 규정하고 있다.

(2) 중요한 법적 쟁점의 판단

(가) 중요성의 판단과 그 판단요소

certiorari 신청 사건에 대하여 연방대법원이 허가 판단을 하는 가장 중요한 기준은 해당 사건에서 문제되는 법적 쟁점이 중요한 것인가 하는 점이다. 중요성(importance)이란 상대적인 개념으로서 그 판단을 위하여서는 여러 가지 요소를 종합하여 판단하는 것이 불가피하다.

중요성을 판단하는 요소로는 해당 법적 쟁점의 특성, 하급법원의 판단오류의 정도, 해당 법적 쟁점에 대하여 법적 논의의 성숙 정도 등 다양한 요소가 고려될 수 있다. 하지만 그 판단요소로서 가장 큰 비중을 차지하는 것은 해당 법적 쟁점에 대한 판단이 얼마나 많은 사람들에게 중대한 영향을 미칠 것인가 하는 판단이다.

연방대법원의 심사를 요청하는 모든 사건들은 직접 당사자에게 중요한 법적 의미를 가지고 있다. 하지만 연방대법원은 직접 당사자의 범위를 넘어 일반적으로 커다란 중요성을 가지고 있는 사건들에 한정하여 심판하고자 한다. 만일 어떤 법적 쟁점에 대한 판단이 직접적 당사자에게는 중요한 의미가 있지만, 널리 일반 공중에는 중요한 의미가 없는 경우 이는 중요한 법적 쟁점으로 판단받기 어렵다.[35]

연방대법원이 판단할 쟁점이 일반인에 중요한 영향을 미치거나, 공익에 중대한 영향을 미치는 법적 쟁점인 경우에는 다양한 주체들이 Amicus Curie로서 서면을 제출한다. 이와 같은 직접적인 소송 당사자 아닌 다양한 주체들이 certiorari 심사 절차에 자발적으로 참여하는 경우에는 중요한 법적 쟁점을 가지고 있다는 점을 시사하는 간접적인 증거로 판단할 수 있다.[36]

---

35) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 479 ; 해당 법적 쟁점에 얼마나 큰 액수의 경제적 문제가 걸려 있는가 하는 것은 일반적으로 중요성 판단의 큰 고려요소가 되지 아니한다.

36) 일반적으로 공익에 중요한 영향을 미치는 사건에 대하여는 연방정부 또는 주정부 등 정부기관이 개입한다. 연방정부 등 정부기관의 소송 참여는 해당 사건의 중요성의 보다 명확한 근거가 될 수 있다.

하급법원의 판단의 잘못되었는가 여부 그 자체만으로는 해당 법적 쟁점의 중요성이 인정되지 아니하지만, 하급법원의 판단이 명백하게 잘못된 경우에는 그것도 사안의 중요성을 구성하는 한 요소가 될 수 있다.

중요성 판단의 또 하나의 기준은 해당 법적 쟁점이 얼마나 반복적으로 문제되는가 하는 점이다. 여러 하급심 법원에서 자주 문제가 되어 여러 하급법원이 해당 법적 쟁점을 다루고 있다거나, 판단에 혼란을 겪고 있다고 하는 점은 중요한 쟁점으로 판단할 수 있는 근거가 될 수 있다.

(나) 중요성이 인정되는 사건의 유형

1) 헌법적 쟁점 사건과 중요성 판단

헌법적 쟁점을 제기하고 있는 사건이라는 점만으로는 중요성이 인정되지 않는다. 특히, 하급법원이 연방 법률 또는 주 법률에 대하여 합헌 판단을 한 경우는 그 자체로서 중요한 법적 쟁점으로 인정받기 어렵다. 따라서 이에 대한 신청 허가 여부는 연방대법원이 해당 법적 쟁점의 중요성을 어떻게 평가하는가, 하급심의 판단이 정당한 것으로 판단할 수 있는가 등의 다른 판단 요소에 달려있다. 하지만 사회적으로 위헌성 논의가 극심하였던 법률에 대하여 하급심이 합헌 판단을 하였다고 하여도 쟁점 자체의 중요성으로 인하여 중요한 사건으로 판단하여 사건을 선택할 가능성이 높다.

연방대법원은 하급심 판결이 연방법률 또는 주 법률에 대한 위헌 판단을 한 사건인 경우 그 사건에 대한 certiorari 신청에 대하여 허가를 부여하여 심사하는 것이 일반적인 경향이다.[37]

한편, 연방대법원은 하급법원이 연방법률 또는 주 법률에 대하여 연방헌법에 기하여 위헌 선언을 한 사건에 대하여는 certiorari 신청을 받아들이는 것이 일반적이다. 만일 하급법원이 법률에 대한 위헌 판결을 하였던 사건에 대하여 certiorari 신청을 받아들이지 아니하는 경우에는 하급법원의 판단에 의하여 대의적 정당성을 갖고 있는 연방의회 및 주 의회의 법률이 무효가 되는 결과를 승인하는 것과 다름없으며, 해당 판결과 관련된 하급법원의 연

37) Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1, 9(2005).

방헌법의 해석을 헌법해석으로 승인하는 것과 다름없다. 그리하여 연방대법원은 각급 하급법원이 연방헌법의 조항에 대하여 각기 나름의 해석을 하고, 의회에서 제정된 법률을 위헌으로 선고한 판결에 대한 다툼에 대하여는 certiorari 신청을 허가함으로써 연방헌법의 해석 및 법률의 통일적 해석·적용을 기하고자 하는 것이다.

2) 법적 쟁점 사건과 중요성 판단

연방대법원에 certiorari 신청 사건으로 제기되는 사건들 가운데 의회가 제정한 법률 또는 연방정부의 규칙의 해석 적용이 문제가 되어 제기되는 사건들도 많이 있다. 이들 사건들 가운데 중요성이 인정되어 certiorari 신청이 허가되는 사건들은 법원 사이에 법률 해석의 충돌이 있는 경우이거나, 그 자체로 중요성이 인정되는 사건들이다.

중요성이 인정되는 경우로 특기할 만한 것은 해당 법의 집행 및 운용이 신청 대상 판결로 인하여 어려워진 경우이다.[38] 가령, 신청대상 판결이 법률의 집행기관이 형성한 기성의 해석방법을 따르지 않고 이와 충돌하는 방향으로 해석함으로써 집행기관의 기존의 법 집행 및 운용이 불가능하여진 경우는 이에 해당된다.[39]

3) 하급법원의 오판과 중요성 판단

연방대법원이 하급심의 오류를 교정하는 법원이 아니라고 하는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 연방대법원은 하급법원의 오판이 명백한 경우에도 그 점만으로 certiorari 신청의 허가를 부여하여 연방대법원의 본안절차를 개시하지는 않는다. 연방대법원이 하급법원의 오판에 대한 certiorari 신청을 받아들이는 경우는 하급법원들 사이에 판결의 충돌이 있는 경우로서 중요한 법적 쟁점을 가지고 있는 사건인 경우가 일반적이다.

연방대법원이 하급법원의 오판을 심사하는 것에 적극적이지 않다고 하여 하급법원의 잘못된 판결에 대하여 certiorari 허가를 부여하는 경우가 전혀

38) Rothensies v. Electric Storage Battery Co., 329 U.S. 296(1946).
39) Household Credit Servs., Inc. v. Pfennig, 541 U.S. 232, 235(2004).

없는 것은 아니다. 연방대법원은 비록 그 자체가 사회적인 중요성이 없는 쟁점인 경우에도 잘못된 판결에 대한 허가를 부여하였던 경우가 있었으나, 이는 예외적인 경우이다.40)

Ⅵ. 연방대법원의 판단과 쟁점사항(Question Presented)

1. 연방대법원의 쟁점 선별의 기능과 의미

연방대법원은 접수된 사건들 가운데에서 심판할 사건을 스스로 선별하는 것에 그치지 아니하고, 하나의 사건에서 연방대법원이 판단할 쟁점도 선별한다. 즉, 연방대법원은 하나의 사건을 선별하였다고 하여도 해당 사건이 가지고 있는 법적인 쟁점 모두에 대하여 판단하는 것이 아니라, 해당 사건이 갖고 있는 가장 중요한 1~2개의 쟁점에 한정하여 판단한다. 따라서 연방대법원은 하나의 사건을 판단하는 경우에 해당 사건이 가지고 있는 모든 쟁점, 또는 당사자가 주장한 모든 쟁점을 판단하여야 한다는 부담으로부터 자유로울 수 있으며, 중요한 법적 쟁점에 관하여 깊이있는 판단을 할 수 있는 여유를 갖게 된다.

연방대법원이 쟁점을 선별한다는 의미는 연방대법원의 심판의 부담을 줄여주는 기능을 하는 동시에 사건의 선별 작업을 용이하게 하는 기능도 가지고 있다. 즉, 연방대법원은 사건을 선별하는 과정에서 사건이 담고 있는 여러 쟁점들 가운데 매우 중요한 법적 쟁점이 포함되어 있는 경우에도 당자가가 선정한 법적 쟁점이 그 중요한 쟁점이 아닌 경우 또는 그 중요한 쟁점이 사건의 결론을 내리는 것에 결정적으로 작용하는 것이 아닌 부차적인 경우에는 그 사건을 선별하지 아니하는 것이다.

---

40) 가령, 사법시스템이 지나치게 잘못 운영되었다는 점을 발견하거나{Thomson v. City of Louisville, 362 U.S. 199(1960)} 당사자에게 중대한 피해를 발생시키는 판결인 경우{Montana v. Kennedy, 366 U.S. 308, 309(1961)} 등이다.

따라서 certiorari 신청을 한 당사자가 판단받고자 하는 법적 쟁점을 무엇으로 삼고 있는가 하는 것은 사건을 선별함에 결정적으로 영향을 미치게 된다. 연방대법원으로부터 사법심사를 받고자 하는 신청인은 자신이 승소하기 위한 가장 결정적인 법적 쟁점인 동시에 연방대법원이 사건 선별에서 중요시 하는 기준에 적합한 법적 쟁점을 선택하여 기재하게 된다.

이와 같이 연방대법원은 접수되는 certiorari 신청 사건 가운데에서 중요한 법적 쟁점을 가지고 있는 사건을 선별하는 것에서 한 걸음 더 나아가, 하나의 사건 가운데에서도 중요한 쟁점을 선별하는 시스템을 통하여 사건 선별의 효과를 극대화한다. 아래에서는 과연 연방대법원의 쟁점선별 및 이에 대한 판단이 어떠한 방식으로 이루어지는지에 관하여 살펴본다.

2. 쟁점사항(Question Presented)의 의의 및 역할

가. certiorari 신청서의 기재사항

certiorari 신청서는 사건이 담고 있는 법적 쟁점이 무엇이며, 그 법적 쟁점의 중요성에 비추어 볼 때 연방대법원의 사법심사가 요청된다고 하는 점을 기재한 신청인의 신청서이다.

연방대법원 규칙 제14조 제1항은 신청인의 신청서에 담겨 있어야 할 내용, 즉 필요적 기재사항을 규정하고 있는바, 이들 필요적 기재사항은 연방대법원이 사건을 선별함에 있어 그 판단자료로서 모두 중요한 사항이라고 할 것이다. 필요적 기재사항 가운데 가장 중요한 사항은 신청인이 연방대법원으로부터 판단받고자 하는 법적인 쟁점, 즉 쟁점사항(Questions Presented)이다. 연방대법원 규칙 14. 1(a)는 신청인이 연방대법원으로부터 판단받고자 하는 법적 쟁점(question presented)을 특정하여 기재할 것을 요구하고 있다.[41]

41) 동 규칙 14. 1.이 정하고 있는 그 밖의 필요적 기재사항의 내용을 개략적으로 살펴보면 다음과 같다.

나. 쟁점사항(Questions Presented)의 의의 및 중요성

쟁점사항이란 신청인이 certiorari 신청의 허가를 받아 연방대법원으로부터 판단받으려고 하는 법적 쟁점으로서, certiorari 신청 단계에서는 연방대법원이 사건의 중요성을 파악하는 주요기준이 되는 것이며, 사건이 선별되어 연방대법원이 이에 대하여 사법판단을 하는 경우에는 그 판단의 주요대상으로서 해당 사건에 대한 실질적인 심판대상으로서의 역할을 담당한다.

연방대법원 규칙은 쟁점사항을 신청서의 첫째 면에 기재하도록 하고 있을 뿐 아니라, 신청서의 첫째 면에는 오로지 쟁점사항만을 기재하고 다른 내용은 기재하지 말 것을 규정하고 있다. 이는 연방대법원이 그 심판절차에서 쟁점사항을 얼마나 중시하고 있는 것인지를 보여주는 것이라고 할 것인바, 연방대법원은 실제 판결문에서도 쟁점사항의 중요성을 강조하면서 다음과 같이 기재하고 있다.

> 신청서의 첫 번째 페이지에는 '쟁점사항'만이 기재하도록 되어 있다. 이 페이지는 신청서 전체 중에서 가장 중요한 페이지인 것이다.[42)]

또한 연방대법원은 쟁점사항의 역할 및 그 제도의 취지에 관하여 스스로

---

① 당사자의 표시(list of all parties)
② 의견서의 목차 및 의견서에 인용된 판례 및 참고문헌 목록
③ 다른 하급심 법원의 판결이유 또는 관계기관의 의견서를 인용할 경우에는 그 출처 {동 규칙 14. 1(d)}
④ 관할에 관한 소명 및 이에 부가한 원심재판의 일자, 재심결정이 있는 경우에는 그 결정일자
⑤ certiorari 신청서 제출의 기간 연장을 허가 받은 경우에는 그 허가결정 일자 및 연장을 받은 기간 등{동 규칙 14. 1(e)}
⑥ 관련 헌법조항, 법률, 조약, 명령의 원문
⑦ 사건의 개요 {동 규칙 14. 1(g)}
⑧ 신청에 대한 인용 판단을 받아야 할, 즉 사건이 연방대법원의 심판을 받아야 할 이유 {동 규칙 14. 1(h)}
⑨ 불복의 대상이 된 하급심의 판결문{동 규칙 14. 1(i)}

42) 503 U.S. 519, 536.

다음과 같이 밝혔다.

> 쟁점사항은 상대방 당사자에게 신청 내용의 근거를 파악하게 함으로써, 왜 certiorari 신청이 받아들여져서는 안 되는가 하는 이유를 보다 명쾌하게 주장할 수 있게 해 준다. 또한 쟁점사항은 연방대법원이 본안판단을 할 사건을 선택할 수 있도록 도와준다. … 우리가 가지고 있는 자원을 가장 효과적으로 활용하기 위하여 특별히 중요한 쟁점(questions)에 관하여 해결을 할 수 있는 사건에 대하여만 certiorari를 인정해 준다. 만일 우리가 신청인의 신청서에 '쟁점사항'으로 기재되지 않은 쟁점에 관하여도 판단해야 한다면, 우리가 추구하려는 효율성은 대부분 잃고 말 것이다. 왜냐하면 '쟁점사항'에 관하여 승리할 자신이 없는 당사자들은 쟁점사항 이외의 사항에 관하여 장황하게 논의하려고 할 것이기 때문이다.[43]

다. 쟁점사항을 결정하는 주체

쟁점사항은 사건의 전체구도를 설정하는 역할을 한다. 쟁점사항은 청구인의 신청서의 기재사항이므로, 쟁점사항을 결정하는 주체는 일차적으로 신청당사자이다{동 규칙 14. 1(a) 참조}. 결과적으로 신청인은 연방대법원 사건심판의 전체구도를 설정하는 데에 있어 제1차적인 책임을 담당하는 것이다.

> 하급심 판단에 대하여 연방대법원의 심사를 구하는 신청인으로서는 하급심에서 어떠한 구도로 판단하였는가와 무관하게 연방대법원에서 어떠한 쟁점에 관하여 심판이 되었으면 하는 구도를 설정할 능력을 가지고 있다. … 연방대법원에 제기되는 쟁점사항의 범위를 정하는 것은 신청인에게 달려있다. 신청인은 자신이 판단하기에 가장 적합한 방식으로, 적합한 범위로 쟁점사항을 설정할 수 있다.[44]

연방대법원은 스스로 쟁점사항을 결정하는 방식을 취하지 아니하고 당사자의 신청에 맡기는 것을 원칙으로 하고 있다. 하지만 연방대법원은 쟁점사항의 결정을 당사자에게 전적으로 맡겨 놓고 있지는 아니하며 당사자가 스

43) Yee v. City of Escondido, 503 U.S. 519, 535-536(1992).
44) 503 U.S. 519, 535.

스로 정한 쟁점사항 가운데 일부만 선택적으로 받아들이거나, 그 내용을 수정·변경·추가하는 등 그 내용을 주도적으로 결정하는바, 그 상세한 내용은 뒤에서 살펴보기로 한다.

라. 쟁점사항의 작성방법

쟁점사항은 법적인 쟁점을 중립적인 내용으로 기재한 것이어야 하므로 당사자의 일방적인 주장을 담고 있어서는 안 된다. 또한 쟁점사항은 사건의 사실관계와 연결되어 있어야 하며 불필요하게 상세한 내용이 없이 짧고 간략하게 기재되어야 한다. 쟁점사항을 짧고 간략하게 하도록 한 것은 길고 복잡한 쟁점사항은 읽기에 오랜 시간이 걸릴 뿐 아니라 이해하기도 어려울 경우가 많기 때문이다. 쟁점사항의 숫자도 많아서는 안 된다{연방대법원 규칙 제14조 제1항(a) 참조}.[45]

쟁점사항 문장의 구체적인 형태는 헌법재판소 공보원고 모두의 결정의 요지의 모습과 유사한 형태를 가지고 있다(쟁점사항의 구체적 내용에 관하여는 뒤에서 살펴보기로 한다).

마. 쟁점사항의 한정

신청인이 판단 받고자 기재하는 쟁점사항의 개수는 일반적으로 두 개 이내이다. 두 개를 넘는 경우는 드물고, 3～4개를 넘는 경우는 극히 이례적이다.[46]

연방대법원은 certiorari 신청을 인용하는 결정을 하면서 신청서에 기재되어 있는 쟁점사항 가운데 일부에 대하여만 인용하는 결정을 할 수 있다. 연

---

45) 연방대법원 규칙 제14조 제1항(a).
The question presented for review, expressed concisely in relation to the circumstances of the case, without unnecessary detail. The questions should be short and should not be argumentative or repetitive. (…).

46) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice). 455면.

방대법원은 사건을 선별하는 재량권을 행사하는 것에 그치는 것이 아니라 하나의 사건 가운데에서 연방대법원이 변론을 거쳐 판단할 쟁점의 수 및 대상에 관하여도 재량을 가지고 있는 것이다.

연방대법원은 판결을 통하여 '재판부에 가장 도움이 되고 설득력이 있는 신청서는 한 개 또는 두 개 정도의 쟁점사항을 제시하고, 그 쟁점사항이 왜 그렇게 중요한 의미를 갖고 있는지, 왜 하급법원들의 판단이 갈리고 있는지 등에 관하여 집중적으로 논의하는 것'이라고 하면서 다수의 쟁점사항을 정하여 신청하는 것이 연방대법원의 판단에 도움이 되지 않을 뿐 아니라, 당사자 스스로에게도 이롭지 아니하다는 점을 명확히 하였다.[47]

바. 쟁점사항의 구체적 모습

(1) Arnold Schwarzeneger v. Entertainment Merchants Association (08-1448) 사건

2010년 회기에서 가장 중요한 사건으로 꼽히며 헌법적 쟁점이 문제가 되었던 Arnold Schwarzeneger v. Entertainment Merchants Association 사건의 예를 살펴보기로 한다. 동 사건의 certiorari 신청인인 California 주 정부가 신청서의 첫 면에 기재한 쟁점사항의 내용을 그대로 소개하면 다음과 같다.

[쟁점사항(questions presented)]

California Civil Code sections 1745-1746.5는 18세 이하의 청소년들에게 폭력적인 내용의 비디오 게임을 팔지 못하도록 금지하고 있다. 동법은 폭력적인 내용이라고 하는 용어의 정의를 합리적인 사람이 보았을 때 변태적인 욕구(deviant or morbid interest)를 충족시키는 것으로서 청소년에게 적합한 것의 판단에 관한 일반적인 사회적 기준으로 보았을 때 이를 어기는 것으로서 전체적으로 보아서 청소년들에게 문학적, 예술적, 정치적, 학문적인 가치를 찾을 수 없는 것이라고 규정하고 있다. 상대방 당사자인 게임산업 연합회는 이 법조항이 수정 헌법 제1

47) O'Sullivan v. Boerckel, 526 U.S. 838, 858(1999).

조의 표현의 자유 조항을 위반하는 것으로서 그 조항 자체가 위헌이라고 주장하고 있으며, 연방항소법원은 해당 조항의 집행을 영구적으로 중단하도록 한 연방지방법원의 판단을 받아들이는 판단을 하였다. 쟁점사항으로서 판단받고자 하는 사항은 다음과 같다.

① 주 정부가 청소년들에게 폭력적인 비디오 게임을 팔지 못하도록 하는 것은 수정 헌법 제1조에 위반되는가?

② 청소년들에게 비디오 게임을 파는 것도 수정 헌법 제1조의 적용범위에 포함된다고 할 경우에 그 심사의 기준은 Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622, 666(1994)의 선례에 따른 엄격심사기준으로서, 폭력적인 비디오 게임과 청소년들의 물리적, 심리적 해악 사이의 직접적인 인과관계를 입증해야 하는가?

(2) Harvey Leroy Sossamon, III v. Texas(08-1438)

쟁점사항이 짧아 한 문장으로 구성되어 있는 경우도 있다. 헌법적 쟁점보다는 법률적 쟁점이 문제가 되었던 사건의 경우에는 쟁점사항이 보다 간략한 경향을 보인다. 법률적 쟁점이 문제되었던 사건으로서 쟁점사항을 간략하였던 예를 들어 보면 다음과 같다.

[쟁점사항(questions presented)]

개인이 주 정부 또는 주 공무원을 상대로, 주 공무원의 공무집행이 Religious Land Use and Institutionalized Persons Act, 42 U.S.C. 2000을 위반하였음을 이유로 손해배상 청구를 할 수 있는가?

사. 쟁점사항에 관한 연방대법원의 판단

(1) 당사자가 제출한 쟁점사항과 연방대법원의 심판대상

연방대법원은 certiorari 신청서에 기재되어 있던 내용과 다른 쟁점사항을 구두변론에서 제기하거나 본안의 의견서에서 다루는 것을 허용하지 아니한다. 연방대법원 규칙 제14조 제1항의 a호의 마지막 문장은 “신청서에 기재된 쟁점들(questions) 또는 그 쟁점들의 내용으로 기재되어 있는 쟁점들만이

판단에서 고려된다."고 규정하고 있다.[48]

이와 같은 규율내용은 연방대법원의 정책적 관행을 명문화한 것인바, 연방대법원은 certiorari 신청에 대한 인용 결정 이후에 새로이 제출된 본안에 관한 의견서에서 새로운 쟁점을 제기한 것을 받아들이지 아니하고 있다.[49]

(2) 쟁점사항을 변경하거나 추가하는 것에 관한 재판부의 권한

재판부에 의한 쟁점사항의 변경 내지 추가

연방대법원은 certiorari 신청에 대한 인용 결정을 하면서 쟁점사항을 제한하거나 변경하는 결정을 한다. 또한 쟁점사항을 새로운 문장으로 구성(rephrase)하거나 당사자에게 새로운 문장으로 재구성할 것을 요구하는 경우가 있다.[50] 심지어 쟁점사항을 추가로 선정하여 이에 관한 의견서를 제출할 것을 요구하는 결정을 부가하여 내릴 경우도 있다. 연방대법원은 다른 하급법원과는 달리 certiorari 제도를 통하여 심판 여부를 자유로 결정할 수 있는 법원이므로, 그 결정권한을 활용하여 쟁점사항에 관하여 탄력적인 운영을 하고 있는 것이다.

Ⅶ. 연방대법원의 Certiorari 신청에 대한 평의방식

1. 전원재판부 평의에 의한 결정

연방대법원은 지정재판부 제도를 두고 있지 않으며 모든 평의는 전원재판부에서 행하고 있다. 우리의 사전심사와 유사한 특징을 가지고 있는

48) "Only the questions set out in the petition, or fairly included therein, will be considered by the Court."

49) "연방대법원이 certiorari 신청에 대하여 인용하는 결정을 하였던 것은 신청서에 기재되어 있는 쟁점사항에 기초한 것이었으며, 마지막 단계에서 이를 변경하거나 추가하여 새로이 주장을 하는 것은 특별히 허락된 경우가 아닌 한 전체적인 시스템을 왜곡하는 것이라고 판단한 것이다. Taylor v. Freeland & Kronz, 503 U.S. 638, 646(1992)."

50) Ankenbrandt v. Richards, 502 U.S. 1023 참조.

certiorari 신청 사건에 대한 평의도 역시 전원재판부에서 행한다.

연방대법원이 지정재판부 등 소부 방식의 사건 심리를 하지 않는 것은 헌법에 근거한 사고에 기초한다. 연방대법원은 전원재판부를 여러 개의 소부로 나누어서 사건 선별에 관한 재판을 하도록 하는 것은 '재판은 위임되어서는 안 된다(Judging is not delegated).'고 하는 원칙에 위반되는 것으로 판단하고 있다. 이와 같은 원칙을 끌어내는 것은 헌법이 연방대법원을 창설하고, 사법권을 부여하고 있는 조항의 해석을 통한 것이다. 즉 연방헌법 제3조 제1항은 연방대법원을 창설하고, 사법권을 부여하면서 '하나의 연방대법원(one Supreme Court)'이라고 하는 문구를 사용하였다는 점에 주목하여, 연방대법원에 전원재판부 이외의 다른 소부 등의 설치는 금지되는 방식으로 인식하고 있다.[51)]

2. 논의대상 사건 목록(Discuss List)

certiorari 신청에 대한 판단은 결국 연방대법원이 어떤 사건에 대하여 판단할 것인지를 결정하는 과정이므로 그 평의를 연방대법원의 대법관 전원이 모인 전원재판부에서 행하는 것은 특별히 중요한 의미가 있다. 다만, 한 회기 동안 약 8천여 건의 certiorari 신청 사건이 접수되므로 효율적인 사건 연구조사와 평의방식을 채택하여 이들 사건의 연구 및 평의에 들이는 시간과 노력을 절약해야 할 필요가 있다. 이와 같은 목적을 위하여 사용하는 방식이 '논의대상 사건 목록(discuss list)'이다.

논의대상 사건 목록이란 certiorari신청 사건들 가운데 평의장소에서 논의

---

51) Justice Brennan, State Court Decisions and the Supreme Court, 31 Pa. Bar Ass'n Q. 393, 405-406, 이와 같은 원칙을 끌어내는 것은 헌법이 연방대법원을 창설하고, 사법권을 부여하고 있는 조항의 해석을 통하여서 이다. 즉 연방헌법 제3조 제1항은 연방대법원을 창설하고, 사법권을 부여하면서 '하나의 연방대법원(one Supreme Court)'이라고 하는 문구를 사용하였다는 점에 주목하여, 연방대법원에 전원재판부 이외의 다른 소부 등의 설치는 금지된다고 해석한다.

할 대상 사건의 잠정적 목록으로서 연방대법원장이 작성한다. 연방대법원장은 평의일에 임박하여 certiorari 신청 사건들 가운데 평의에서 논의할 만한 중요성을 가지고 있는 사건의 목록을 작성하여 대법관들 사이에 회람한다.

논의대상 사건 목록은 certiorari 신청 사건의 평의 대상을 잠정적으로 한정하는 기능을 한다. 대법원장 이외의 대법관들은 논의대상 사건 목록에 포함되어 있지 않은 사건들 가운데 논의대상으로 포함시키고 싶은 사건이 있는 경우 별도로 의견을 제시하며, 이들 사건들은 논의대상 사건 목록에 새로이 추가된다. 이와 같이 작성되는 논의대상 사건 목록에 포함되지 아니한 대다수의 사건들(약 85%)은 평의 중 특별한 논의나 표결 없이 그 허가가 기각된다. 논의대상 사건 목록에 포함되었다고 하여 신청이 받아들여질 확률이 높은 것은 아니다. 사건 목록에 포함된 사건들은 대법관들의 평의에서 그 상고허가 여부에 관하여 논의를 하게 된다는 것뿐이며, 그 가운데 대다수의 사건들은 certiorari가 거부되는 결정을 받게 된다.[52]

> 만일 어느 평의에 100여건의 certiorari 신청 사건이 있다고 한다면, 그 가운데 사건 목록에 포함될 사건의 수는 대략 15～30건 정도이다. 논의대상 사건 목록에 포함되지 아니하였던 사건은 실제로 투표도 되지 아니한 채 기각된다.[53]

certiorari 신청 사건을 전원재판부에서 결정하는 것은 사건의 선정기준이 적법요건의 흠결과 같은 기술적인 것이 아니라 연방대법원이 판단할 중요성이라는 점에서 연방대법원의 정책적 선택으로서의 성격을 강하게 갖기 때문이다. 대법관들은 비록 시간을 절약하기 위하여 논의대상 사건 목록이라는 도구를 사용하고 있으나 사건의 선별이 갖는 중요한 의미 때문에 논의대상 사건 목록에 속하지 아니한 모든 사건들에 관하여 그 쟁점을 파악하여 허가 여부를 검토한다. 즉, 논의대상 사건 목록은 평의과정에서 불필요한 논의를 제거하고 신속하게 다수의 사건에 관한 결정을 진행하기 위한 도구일 뿐 그

52) The Supreme Court : A C-Span Book, Featuring the Justices in their own words, PublicAffairs(2010), 15～16면.

53) Rehnquist, 전게서, 234면.

자체가 검토의 대상을 한정시키는 도구가 되는 것은 아니다.[54)]

3. Certiorari 보고서의 공유(Cert. Pool)

가. 연방대법원 대법관들의 로 클럭들의 certiorari 보고서 회람

연방대법원의 대법관들은 사건의 연구에 보조를 받기 위하여 각 대법관 소속으로 4명의 로 클럭을 고용한다. 개별 대법관들은 다른 대법관들과 독립하여 각 사건들에 대하여 개별적으로 연구를 하는 전통을 가지고 있으며, 그 과정에서 자신에 소속된 로 클럭들로 하여금 사건의 연구 및 보고를 하도록 하여 연구에 도움을 받는다.

로 클럭들은 연방대법관 전원의 사건 연구를 돕는 것이 아니라 자신이 소속된 대법관의 사건 연구를 돕는 것이므로 사건의 보고는 자신이 소속된 대법관에게만 전달된다. 전원재판부에서 심리하는 사건의 본안에 대한 심리에 관하여는 오늘날도 이와 같은 대법관실별 독립의 전통을 유지하고 있다. 하지만 certiorari 신청 사건, 즉, 연방대법원이 사법심사를 담당할 사건으로 선택할 것인지 여부에 관한 사건 연구에 관하여는 그 전통에 큰 변화가 생겼다.

연방대법원의 관할에 관한 개혁을 이루었던 1925년 당시에는 certiorari 신청 사건이 불과 400여건에 불과하였으므로 모든 certiorari 신청 사건에 대하여 개별적인 노력을 투여하는 것이 어렵지 않은 일이었다. 하지만 certiorari 신청 건수가 8,000여건에 이르게 된 오늘날에는 certiorari 신청 사건에 대하여 개별 대법관들이 각자 전면적인 평의준비를 하는 것은 현실적으로 쉽지 않게 되었다. 연방대법관들은 certiorari 신청 이외에도 본격적인 사법심사를 하는 변론판결 사건의 평의 및 판결문 작성의 업무를 수행하는 것인바, 이

54) The Supreme Court : A C-Span Book, 15～16면 ; Alsup, A Policy Assessment of the National Court of Appeals, 25 Hast. L. J. 1313, 1315-1318.

들 모든 업무를 적정하게 수행하기 위해서는 certiorari 신청 사건의 평의준비에 들이는 시간과 노력을 절약해야 할 필요가 있게 되었다.

따라서 연방대법원은 certiorari 신청 사건의 평의준비에 들이는 시간과 노력을 절약하는 방식으로서 'certiorari 사건의 보고서 공유 제도(cert. pool)'를 사용하고 있다.

certiorari 사건의 보고서 공유 제도란 연방대법관에 소속되어 있는 로 클럭들이 certiorari 사건을 보고하는 경우에는 자신이 소속한 대법관에게만 보고하는 것이 아니라 보고서를 공유할 것을 약속한 대법관 모두에게 회람하는 보고서를 작성하는 제도이다. 이는 공식적인 법 제도가 아니라 연방대법원의 실무절차를 운용하는 과정에서 발생한 관행일 뿐이다. 대법관들은 Pool에 참여할 의무가 없으며, 언제든지 Pool에서 탈퇴할 수 있다.[55]

또한 Pool에 속한 대법관이라고 하여도 언제든지 자유롭게 자신의 로 클럭을 통하여 구체적 사건에 대한 새로운 연구를 하고, 보고를 받을 수 있다. 실제로 많은 경우 대법관들은 자신의 로 클럭에게 certiorari Pool 메모를 재검토할 것을 지시하는 것으로 알려지고 있다.

나. certiorari 사건의 보고서 공유 제도(Cert. pool)의 운영방식

Cert. Pool에 참여한 대법관에 소속된 로 클럭들은 한 회기 동안 연방대법원에 접수되는 모든 certiorari 신청 사건을 해당 로 클럭의 숫자로 나누어 공

55) 가령 퇴임한 Stevens 대법관은 Pool에 참여하지 아니하였으며, 현직의 Alito 대법관은 Pool에서 탈퇴하였다. Adam Liptak, "A Second Justice Opts Out of a Longtime Custom : the 'Cert. Pool', New York Times 2008. 9. 26. ; certiorari의 사건의 공동보고 관행이 시작된 계기에 관하여 렝퀴스트 전 대법원장은 다음과 같이 소개한다. "내가 연방대법원에 근무하였던 첫 번째 회기에는 certiorari Pool 같은 것은 존재하지 않았다. 그 회기의 평의 중 Powel 대법관이 certiorari 신청 사건의 보고서를 공유하기 목적에 한정하여 로 클럭들을 공동으로 운영하면 어떨까 하는 제안을 하였다. 당시에는 5명의 대법관이 동의하여 이를 함께 운영하였는데, 오코너 대법관 등 그 이후 임명된 대법관들이 모두 참여하여 관행이 성립되었다."

평하게 분배한다. 사건을 배당받은 로 클럭은 분배받은 사건에 관한 보고자가 되어 보고서(pool memorandum)를 작성하고, 이 보고서를 대법관들이 회람하여 검토하는 방식으로 심사가 이루어지게 된다. 보고서에는 해당 사건의 사실관계, 법적인 쟁점의 분석, 그리고 대법관들에게 제시하는 보고자의 결론 등의 내용이 포함되어 있다.[56)]

Cert. pool의 시스템을 이용하지 않을 경우에는 개별 대법관들은 접수되는 각 사건에 대하여 각자 연구를 하여야 하며, 각 대법관에 소속되어 있는 로 클럭들은 각 사건 마다 보고서를 작성하게 된다. 만일 cert. pool 제도를 활용하지 아니한다면 한 회기에 접수되는 모든 사건을 4명의 로 클럭이 분담하여 보고서를 작성해야 하는바, 이 점을 감안하면 이 시스템이 연방대법원의 효율적 심사에 미치는 공헌을 가늠할 수 있다.

다. Cert. pool 제도의 단점을 보완하는 관행

연방대법원은 Cert. Pool 제도가 가지고 있는 논란의 소지를 인식하고 있으며, 그 부작용을 가급적 완화할 수 있는 방향으로 관행을 형성하고 있다. 그 하나가 Cert. pool의 관행을 모든 대법관들이 반드시 참여하여야 하는 것이 아닌 것으로 형성함으로써 스스로 Cert. Pool에 속하지 않기를 선택한 대법관은 그 pool에 참여하지 아니할 수 있도록 한 것이다.

Cert. Pool에 참여하기를 원하지 아니하는 연방대법관은 pool에 참여하지 아니하거나, 참여하였다가 탈퇴할 수 있다. 참여하지 아니한 대법관은 각 certiorari 사건에 대하여 독립적으로 연구하여 판단하는바, 자신의 소속 로 클럭으로 하여금 별도의 보고서를 작성하도록 하여 판단에 도움을 받는다. 연방대법원은 퇴임한 Stevens 대법관 시절 Pool에 참가하지 아니하였던 Stevens 대법관 소속의 로 클럭이 작성한 보고서를 모든 대법관들에게 회람하는 관

56) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 317면.

행을 형성하였다. 그리하여 모든 대법관들은 하나의 certiorari 사건에 대하여 Pool에서 작성된 메모 보고서 1부와 Pool에 참가하지 아니한 Stevens 대법관 소속 로 클럭이 작성한 별도의 메모 보고서 1부를 참고할 수 있게 된 것이다.[57] 현재 Stevens 대법관은 퇴임하였으며 Stevens 대법관이 퇴임하기 전에 Cert. Pool에서 탈퇴한 Alito 대법관이 그 전통을 이어가고 있다.

Ⅶ. Certiorari 신청에 대한 투표 및 결정

1. 신청을 받아들이기 위하여 필요한 투표의 수

연방대법원은 certiorari 신청 사건을 선별할 것인지 여부의 판단을 전원재판부의 평의를 통하여 결정한다. 그리하여 연방대법원은 전원재판부의 평의에서 4명 이상의 대법관이 찬성할 경우 사건에 대한 certiorari 신청을 받아들여 사법심사를 허가하는 전통을 형성하였다. 이를 일반적으로 4표의 법칙(Rule of Four)이라고 부른다.[58]

4표의 법칙은 평의에 참여한 대법관의 수에 결원이 있어 8명의 대법관이 참여한 경우에도 마찬가지로 준수되는 원칙이다. 하지만, 대법관의 평의 참여 대법관의 수가 그 보다 적어 7명 내지 6명인 경우에는 그 원칙을 완화하여 3명의 대법관의 찬성으로 족한 것으로 판단하고 있다.[59]

---

57) T. Mauro, Ginsburg Plunges Into the Cert. Pool, Legal Times, 1993. 10. 6. Stevens 대법관 소속의 로 클럭들은 모든 certiorari 사건에 대한 검토를 해야 하여 그 부담이 많았으므로 모든 사건에 대하여 보고서를 작성하는 것이 아니라 문제가 될 만한 사건을 취사선택하여 보고서를 작성하였고, 그 작성 방식도 pool 메모에 비하여 훨씬 간략한 방식이었던 것으로 알려지고 있다.

58) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice). 323면.

59) Pryor v. United States, 404 U.S. 1242, 1243(1971), 다만, 연방대법원은 이와 같은 예외 원칙을 공식적으로 선언하지는 않고 있다. Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 324면.

2. 연방대법원의 Certiorari 신청에 대한 결정

가. 기각하는 결정

(1) 기각 결정의 의미 및 효력

certiorari 신청에 대한 거절 결정은 아무런 이유를 기재하지 아니한 한 문장의 결론으로 판단이 내려진다. 따라서 연방대법원이 그 거절 결정을 내리게 된 공식적인 이유는 존재하지 아니한다. 기각결정을 내리게 된 실질적인 이유를 탐구하여 보아도 그 이유는 하나로 설명할 수 없을 만큼 매우 다양하고 복합적이다. 즉, 기각 결정의 의미는 청구가 부적법하다는 의미로부터 사건이 연방대법원이 판단할 만큼 중요한 법적 쟁점을 갖고 있지 못하다는 의미, 사건의 법률관계가 지나치게 복잡하고 그 법적 쟁점을 판단하기에 적합하지 아니하다는 의미까지 매우 다양하고, 그와 같은 이유들은 하나의 사건에 복합적으로 존재한다. 따라서 그 결정은 선례로서의 가치를 전혀 갖지 못한다.

certiorari 기각 결정이 선례로서의 아무런 가치를 갖지 못한다고 하는 점과 certiorari 기각 결정이 아무런 의미를 갖지 못한다고 하는 주장은 구별할 필요가 있다. 기각 결정이 적어도 해당 사건을 확정하는 힘은 가지고 있기 때문이다. certiorari 기각결정이 갖는 최소한의 의미에 관하여 1941년부터 1954년까지 재임하였던 Robert H. Jackson 대법관은 다음과 같이 언급하였다.

> 연방대법원은 이 주제에 관하여 하나의 의견은 아닌 것 같다. 어떤 대법관들은 기각 결정은 아무런 의미가 없다(means nothing)고 이야기하고, 어떤 대법관들은 별 의미가 없다(means nothing much)고 한다. 첫 번째 입장은 실현 불가능하고, 두 번째 입장은 이해하기가 어렵다. 가령, 수형자에게 우리에게 사건을 제기하여야 한다고 말하면서 동시에 그 기각 결정이 누구에게도 아무런 의미가 없다고 할 수 있을까? … 선례구속의 원칙의 입장에서 ceritorari 신청에 대한 기각 결정이 별 의미가 없다는 평가에는 전적으로 동의한다. 기각결정은 아무런 선례

를 만들지 아니하며, 다른 사건에 영향을 줄 수 있는 어떠한 법적 원칙도 승인하지 아니하였다. 그러나 신청 기각 결정이 최소한의 의미는 가지고 있다. 그것은 연방대법원이 당사자에게 어떠한 결과를 가져오건 간에 하급심 법원의 판단을 적어도 그 기판력의 범위(doctrine of res judicata)에서 승인하고, 법으로 인정한다는 점이다.[60]

(2) 기각 결정의 방법

certiorari 신청에 대하여 이를 기각하는 결정은 단순히 신청을 거절한다는 문구만 담긴 결정(명령)문의 형태로 이루어진다. 연방대법원은 certiorari 신청을 받아들이지 아니하는 결정에 대하여 상세하며 정확한 이유를 제시하지 아니하는 것이다. 이와 같은 관행은 연방대법원이 certiorari 신청에 대하여 갖는 넓은 재량의 권한을 상징한다고 볼 수 있다.[61]

연방대법원은 certiorari 신청에 대하여 약 100건 당 1건의 비율로 신청을 받아들이는 결정을 하고 있다. 만일 그와 같은 판단을 하기 위해서 일일이 그 이유를 명시해야 한다면 재판부로서는 매우 큰 부담을 갖게 된다.

더욱이 받아들이지 아니하는 사건들은 대부분 적법성을 갖추고 있는 사건으로서 사건의 중요성 등의 여러 가지 선별의 판단요소를 감안한 구체적인 판단에 따라 기각하는 결정을 하게 되는 것이므로 각 대법관 별로 신청을 기각하는 이유는 전혀 별개일 수 있다는 점을 고려한다면 신청 기각 결정에 대한 이유를 명시하는 것은 실질적으로 불가능한 것이라고 할 수도 있다. certiorari 신청에 대한 기각 결정의 이유를 기재하지 아니하는 실무에 대하여 1950년 Felix Frankfurter 대법관은 다음과 같이 언급하였다.

연방대법원이 certiorari 신청에 대한 사건을 처리하기 위해서는 신청을 기각하는 결정에 대한 이유를 기재하는 방식으로는 그 업무를 처리할 수 없다. 개별 대법관들은 특정사건을 해당 시점에 판단할 것인지에 관한 판단에서 전혀 다른 이유에서 이를 받아들이는 것이 바람직하지 아니하다는 결론에 도달하는 경우

60) Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 542～543.
61) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice) 328면.

가 많다는 점을 거론하지 않더라도, 그 업무를 수행하는 데에 소요되는 시간이 이를 허용하지 아니한다.[62]

(3) 기각결정에 대한 반대의견

일반적으로 대법관들은 certiorari 신청에 대한 반대의견이 있는 경우에도 이를 명시하지 아니하는 것이 관행이다. 하지만 반대의견을 가지고 있는 대법관들의 의견이 강한 경우에는 이를 명시하는 것 또한 관행이다. 최근의 50년 동안 반대의견을 밝히는 횟수는 증가하는 경향이다.[63]

일반적으로 certiorari 신청에 대한 허가결정이 예상될 수 있는 사건에 대하여 신청이 기각될 경우 반대의견이 작성된다. 가령, 국가적으로 중요한 법적 쟁점에 관한 연방항소법원의 판단이 서로 충돌하는 경우임에도 신청이 기각되는 경우가 있다.[64] 이와 같은 경우 반대의견이 작성되는 것이 일반적이며 이와 같은 반대의견은 certiorari 신청에 대한 연방대법원 판단이 일정한 기준과 일관성을 형성하는데 결정적으로 작용한다.

이와 같은 반대의견을 작성하는 관행은 다른 동료 대법관들을 설득하는 도구로 사용된다. 기각결정에 대하여 반대하는 의견을 가지고 있는 대법관들은 설득력있는 반대의견을 작성함으로써 다른 대법관들이 의견을 변경하여 certiorari 신청을 받아들이도록 설득한다. 실제로 많은 반대의견들은 다른 대법관들을 설득하여 신청을 받아들이도록 하는 목적을 달성하여 발표가 되

---

62) Maryland v. Baltimore Radio Show, 338 U.S. 912, 917~918(1950).

63) 1949~1952년 사이의 기간 동안 매년 평균 약 56건의 certiorari 기각 결정에 대한 반대의견이 발표되었으며, 1960년대에 들어서는 이미 한 해당 200여건을 넘어섰다. 이와 같은 반대의견을 밝히는 사건의 숫자의 추세가 일관된 것은 아니며 해 마다 큰 편차가 있다. 가령, 1991년에는 167건의 반대의견이 있었음에 비하여, 1998년에는 14건에 불과하기도 한다, Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 331~332.

64) 이 경우 기각 의견의 연방대법관들에게는 각기 다른 이유가 있을 수 있다. 아직 법적 쟁점에 관한 판단이 충분히 논의되지 않았다는 판단을 하였거나, 연방항소법원의 판결들이 어느 정도 하나의 방향으로 정리가 될 때까지 기다려야 한다고 하는 사법정책적인 이유일 수 있으며, 대법관들의 의견을 예상하여 볼 때 해당 사건에 대한 평의가 이루어질 경우 본인이 판단하고자 하는 결론이 채택되지 아니할 가능성이 있다고 하는 전략적 이유일 수도 있다.

지 않은 것으로 알려진다.[65]

나. 신청에 대한 인용결정

4명의 대법관이 신청을 받아들일 것으로 판단한 경우 인용결정이 내려진다. 인용결정은 아무런 이유 기재 없이 신청에 대한 인용결정이 내려졌음을 기재한 결정(명령)서로서 성립된다. certiorari 신청에 대한 인용결정의 의미는 변론을 거쳐 본안에 관하여 판단할 사건으로 선택되었음을 의미한다.

3. certiorari 신청 인용과 약식재판(Summary Disposition)

certiorari 신청을 받아들이는 재판을 하는 동시에 사건의 실체에 관하여 약식으로 재판하는 경우가 있다. 이와 같은 약식재판은 certiorari 신청을 허가하는 재판과 동시에 이루어지기 때문에 별도의 구두변론이 이루어지거나, 사건의 실체에 관한 서면제출기회가 주어지지 아니한 채 재판을 받게 된다.[66] certiorari 신청 사건에 대한 처리를 규율하고 있는 연방대법원 규칙 제16조는 연방대법원의 판단 형태는 본안에 관한 약식재판 형태일 수 있다고 규정하여 약식처리 절차의 근거를 규정하고 있다.[67]

약식의 재판은 certiorari 신청에 대한 인용 판단과 함께 본안에 관한 재판을 하는 형태의 재판이므로 해당 사건에 관한 평의도 certiorari 신청에 대한 평의와 함께 이루어진다. 한 연방대법관은 약식재판의 투표방식을 묻는 학

---

65) Justice Stevens, “Cheers!” A Tribute to Justice Byron R. White, 1994 B.Y.U. L. Rev. 209, 217

66) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 342면.

67) 현재 연방대법원의 실무관행상 certiorari 심사단계에서 본안에 관한 판단까지 내리는 약식재판의 유형을 살펴보면 ① 이유를 기재하지 아니한 약식재판(summary disposition without opinion), ② 약식의 파기환송 재판(Summary Reconsideration Order), ③ 약식의 이유가 붙은 법원 명의의 재판(Summary Disposition on the Merits by Per Curiam Opinion) 등이 있다.

자의 질문에 대하여 익명으로 다음과 같이 답변하였다.

> 약식재판 여부에 관한 판단은 5명의 찬성 투표가 아니라 6명의 찬성 투표로 결정된다. 나는 종종 그 결정에 대한 반대의견을 표시하였다. 왜냐하면 내 생각에는 전면적인 심사가 바람직하다고 생각하였기 때문이다. … 일반적인 표결 의사표시 방법은 "나는 하급심 판결을 번복하는 또는 번복하지 않는 것에 투표한다(my vote is to reverse or deny)."는 방식이다. 그 의미는 그 대법관의 생각에는 어떠한 조치가 필요하기는 하지만 그 사건에 관하여 전면적인 심사를 하는 것을 원하지는 않는다는 의미이다.[68]

연방대법원의 약식재판에 관하여는 연방대법원 내부 및 외부에서 지속적으로 비판이 제기되고 있다. 그 정당성에 관하여 가장 논란이 되는 것은 하급심 판결에 대한 파기번복(reversal)의 재판을 약식으로 하는 경우이다.[69]

연방대법원의 약식재판은 certiorari 단계에서 이루어지므로 당사자로서는 사건의 실체에 관하여 주장할 기회가 주어지지 아니한다. 당사자들은 사건의 본안에 관하여 변론에서 주장할 기회는 물론 서면으로 의견을 개진할 기회도 보장되지 아니하였고, 사건을 선택하여 사법판단을 하여달라고 하는 신청 단계에서 본안판단을 받게 되는 것이다. 약식재판으로 패소하는 당사자에게는 절차적으로 공정하지 아니한 재판제도인 측면이 있다. 그리하여 일부 연방대법관들은 반대의견을 통하여 약식재판 제도의 잘못된 점을 지적하는 의견을 개진하였다.[70]

Ⅸ. 결 어

오늘날 미국 연방대법원의 정체성은 헌법적 쟁점을 포함하여 연방 사법체계에서 가장 중요한 법적 쟁점을 판단하는 특별한 최고법원이라고 정의할

68) H. W. Perry, 전게서, 100면.
69) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice), 349면.
70) Eugene Gressman, 전게서(Supreme Court Practice). 350, 351～352면.

수 있으며, 그와 같은 기능을 충실히 다하도록 하는 것이 바로 연방대법원의 사건선별(certiorari) 제도라는 점에서 사건선별 제도는 연방대법원을 이해함에 있어 중요한 열쇠로서 기능한다.

연방대법원은 국가적으로 중요한 사건을 선별하여 이들 사건에 대하여만 사법심사를 부여하며, 선별한 하나의 사건에 존재하는 다양한 쟁점 가운데 규범형성의 관점에서 가장 핵심적인 쟁점으로 판단대상을 더욱 좁힌다. 연방대법원은 최고 상급심 법원으로서 하급심의 잘못된 판단을 검토한다. 하지만 구체적인 당사자의 억울함을 구제하는 것에 의미가 있을 뿐 국가적으로 중요한 법적 쟁점을 가지고 있지 아니한 사건의 경우에는 이들 사건에 대하여 연방대법원이 사법판단을 하지 아니함으로써 하급심의 판단을 그대로 인정하고 있다. 하급심이 잘못한 판단을 파기하거나 고치는 기능은 헌법적 쟁점을 포함하여 국가적으로 중요한 법적 쟁점을 판단하는 수단으로 작용할 뿐이다.

일반적으로 헌법재판소 및 대법원 등 최고법원의 사법판단은 두 가지 기능을 담당한다. 그 하나는 재판부 앞에 와서 다투고 있는 당사자들 간의 분쟁을 해결하는 기능(dispute resolution)이고 다른 하나는 미래의 당사자들 간의 분쟁을 방지하기 위한 규범을 형성하는 기능(rule making) 이다. 연방대법원은 두 가지 사법기능 가운데 규범을 형성하는 기능(rule making)에 집중하고 있는 것이라고 할 수 있다. 연방대법원이 규범형성의 기능에 집중하는 것은 현재 계쟁된 사건의 당사자들 사이의 분쟁에 관한 해결에 집중하는 것이 아니라 장래의 수많은 당사자 간의 법적 분쟁을 규율하는 것에 집중하고 있다는 의미로 해석할 수 있다.

미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차

[국문초록]

오늘날 미국 연방대법원은 '하급심의 잘못을 교정하는 일반적인 상고심 법원(from an error-correcting court of general appellate jurisdiction)'이 아니라 '헌법의 해석과 연방법에 관한 중대한 문제를 해결하는 특별한 법원'이라고 평가할 수 있다. 오늘날 연방대법원은 이 역할을 충실하게 수행하고 있으며, 연방대법원이 이와 같은 역할에 전념할 수 있도록 하여주는 결정적인 수단은 접수되는 사건을 심판할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 연방대법원의 판단권한, 즉 certiorari 심사절차이다. 이를 통하여 연방대법원은 현재 해마다 접수되는 8천여 건의 사건 중에서 60~80여건의 사건에 대하여만 선택하여 그에 관한 사법심판을 하고 있다. 본 논문은 미국 연방대법원의 특유한 사법심사절차라고 할 사건선별절차에 관하여 다음의 사항을 다루고 있다.

첫째, 연방대법원이 이와 같이 사건을 선별할 수 있는 권한을 확보하게 된 것은 여러 차례의 입법을 통하여 연방대법원의 모든 관할을 실질적으로 certiorari 관할로 만들게 되면서 부터인데, 연방대법원의 사건 선별에 관한 재량권한을 인정한 입법의 경과, 특히 그 가운데 연방대법원의 사건 선별권한을 인정한 가장 대표적인 입법인 1925년의 사법법의 입법과정의 논의에 관하여 살펴보았다.

둘째, 연방대법원이 어떠한 기준에 의하여 사건 선택을 하는 것인지를 규정하고 있는 법률은 존재하지 아니한다. 과연 연방대법원은 어떠한 기준과 내용에 따라 사건을 선별하는 실무관행을 가지고 있는지 살펴보기로 한다.

셋째, 연방대법원은 사건만을 선별하는 것이 아니라, 사법심사를 할 사건으로 선택한 하나의 사건 가운데 어떠한 쟁점에 관하여 판단할 것인지에 관하여도 선택하는 관행을 형성하고 있다. 과연 쟁점을 선정하는 것은 어떠한

의미가 있는지, 그 쟁점을 선정하는 효과는 어떠한 것인지 살펴보았다.

넷째, 연방대법원이 사법심사의 대상으로 선정하는 방법은 과연 어떠한지 살펴보았다. 연방대법원은 사건을 선별하는 판단과정에서 개별 로 클럭의 보고서를 모든 대법관들이 공유하는 Cert. pool의 관행적 제도를 활용하고 있는바, 관행의 내용 및 그에 관한 평가를 살펴보기로 한다. 또한, 연방대법원은 사건을 선별하는 판단의 주체는 누구인지, 과연 어떠한 절차와 방법하에 사건을 선택하는 것인지 살펴보기로 한다.

주제어

연방대법원, 사건선별, certiorari 절차, 로 클럭, 쟁점사항, 약식재판

미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정

李 明 雄

University of Washington School of Law, Visiting Scholar
前 憲法硏究官

－ 目 次 －

Ⅰ. 머리말 ····· 251

Ⅱ. 3단계 심사기준 정립 전의 단계 ····· 253
1. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137(1803) ····· 253
2. Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393(1856) ····· 255
3. Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303(1879) ····· 256
4. Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356(1886) ····· 259
5. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537(1896) ····· 261
6. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954) ····· 264
7. Lochner v. New York, 198 U.S. 45(1905) ····· 267
8. 정 리 ····· 270

Ⅲ. 합리성 심사 기준의 성립 과정 ····· 271
1. Equal Protection 분야 ····· 271
가. Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61(1911) ····· 271

나. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412(1920) ····· 272
2. Due Process 분야 ····· 273
가. 성립 배경 ····· 273
나. Nebbia v. New York, 291 U.S. 502(1934) ····· 275
다. West Coast Hotel v. Parish, 300 U.S. 379(1937) ····· 276
3. United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938) ····· 277
4. 정 리 ····· 280

Ⅳ. 엄격심사의 성립 과정 ····· 282
1. 배 경 ····· 282
2. 각 분야별 엄격심사의 발전 과정 ····· 283
가. 인종을 기준으로 한 차별 사안 ····· 283
나. 근본적 권리에 적용되는 평등조항 분야 ····· 285
다. 언론의 자유 사안 ····· 287
라. 결사의 자유 사안 ····· 289
마. 종교의 자유 사안 ····· 290
바. 실체적 적법절차 사안 ····· 291
3. 정 리 ····· 291

Ⅴ. 중간심사의 성립 과정 ····· 293
1. 배 경 ····· 293
2. 중간심사 기준의 채택 과정 ····· 295
가. Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971) ····· 295
나. Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677(1973) ····· 296
다. Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976) ····· 300
라. LALLI V. LALLI, 439 U.S. 259(1978) ····· 301
3. 정 리 ····· 302

Ⅵ. 결론 및 시사점 ····· 304

* 국문초록 및 주제어 ····· 308
* 영문초록 ····· 309

Ⅰ. 머리말

미국 연방대법원의 3단계 위헌심사기준[1]은 오늘날 대부분의 사회-경제적 규제입법과 많은 헌법적 권리 사안에서 적용되고 있다. 그 형태는 아래 표에서 보듯이 모두 목적과 수단의 관계에 관한 기본틀을 지니고 있어 상당히 논리적인 것 같지만, "법의 인생은 논리가 아니라 경험이어 왔다."는 Holmes 판사의 말[2]이 비록 성문헌법 하에 있지만 보통법 내지 판례법의 전통이 강한 미국 사법심사 영역－여기서는 위헌심사기준의 영역－에서도 해당된다. 즉, 3단계 기준은 뒤에 보듯이 많은 헌법사건을 다룸에 있어서 사회적 변동 상황에 반응하면서 연방대법원이 시행착오를 거쳐 서서히 판례로서 진화되어 온 것을 알 수 있다.

위헌심사기준은 헌법에 직접적 근거를 찾기 어렵지만,[3] 헌법재판기관이 정한 그 내용과 심사강도에 따라 심리방식과 결론에 많은 영향을 미친다. 예를 들어, 미국에서 표현의 자유가 강하게 보장된 이유는 엄격심사 기준이

1) 위헌심사기준이란 용어는 다양한 내용을 지닐 수 있으나, 여기서 말하는 위헌심사기준(standard of review)은 미국 연방법원에서 행해지는 소위 3단계 심사기준, 즉 합리성 심사(rationality test), 엄격심사(strict scrutiny), 중간 심사(intermediate scrutiny)와 같이 법원이 어떠한 심사강도와 내용으로 개별사건을 심리할 것인지를 보여주는 기준을 말한다, 한국 헌법재판소가 설정한 비례(과잉금지)의 원칙, 자의금지 심사기준이 이에 포함된다.

2) "The life of the Law has not been logic ; it has been experience." Oliver Windell Holmes, Jr., The Common Law, Little Brown and Company, 1881(1923년 판), 1쪽.

3) 미국 연방헌법에서는 위헌심사기준의 직접적 근거를 발견할 수 없으며, 이는 판례법으로써 형성되어 왔다. 우리는 헌법 제37조 제2항에서 비례의 원칙의 근거를 찾을 수 있으나 그 구체적인 심사기준은 헌법재판소의 판례로써 정립된 것이다. 입법례를 보면, 헌법에서 위헌심사기준의 대강을 정하는 경우가 있으나, 그 구체적 내용은 역시 판례로써 형성될 수밖에 없을 것이다. 예를 들어, 남아프리카 공화국 헌법 제36조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다 : "the rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable." 또 이스라엘의 기본법(Basic Law : Human Dignity and Liberty) 제8조는 다음과 같다 : "there shall be no violation of rights under this Basic Law except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required."

설정되었기 때문이고, 재산권과 경제적 자유가 약하게 보장되는 이유는 합리성 심사가 적용되기 때문이다. 마찬가지로 우리 헌법재판소가 위헌결정을 많이 하여 법치주의를 통한 민주주의 발전에 크게 기여해 온 배경에는, 과거 권위주의 정권 시절의 잘못된 많은 입법 및 이를 교정하기 위한 헌법재판소의 적극적 의지에도 기인하지만, 과잉금지원칙이 엄격하게 적용되었기 때문이라고 할 수 있다. 그러므로 위헌심사기준을 어떻게 정립할지, 어느 정도로 실무상 일관성을 유지할 지의 문제는 헌법재판에 매우 중요한 것이며, 그 영향은 모든 국가기관들과 국민들에게 미친다.

그리하여 비교법적 관점에서 현대적 헌법재판을 처음 시작한 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 정립 과정을 연구해 보는 것은 앞으로 우리 헌법재판에서 심사기준의 여하한 개선 논의에 참고가 될 것이라 생각한다.

미국에서 3단계 위헌심사기준의 기본적 모습은 다음과 같이 정리할 수 있다.

	적용대상(예)	목 적	수단과 목적 달성의 관계	입증책임
합리성 심사	사회-경제적 (규제)입법 차별(침해) 목적 없는 부수적 권리 제한	헌법상 허용되는 것 (추정됨) legitimate (presumed)	합리적 연관성 rational	위헌 주장자가 위헌성 입증
엄격 심사	인종차별 표현, 집회, 결사, 종교의 자유 제한 기타 근본적 권리 제한	필수불가결한 공익 compelling governmental interest	필요한 혹은 정밀하게 재단된 (덜 제약적 수단 없을 것) necessary or narrowly tailored (no less restrictive alternative)	정부측이 합헌성 입증
중간 단계 심사	성별, 혼인 외 출생 차별 내용 중립적 표현의 자유, 상업적 언론 사안 선거자금 기부, 방송 규제	중요한 공익 important governmental interest	실질적 연관성 substantially related	정부측이 합헌성 입증

미국의 3단계 심사기준은, 무정형의 단계(정립 전의 단계) → 합리성 심사 → 엄격심사 → 중간심사의 차례로 정립되어 왔다. 이 글은 각 단계별로 중요한 발전과정의 판례들의 논지를 심사기준의 관점에서 차례로 살펴본다. 그런 다음 이러한 논의가 우리 헌법재판에 어떠한 시사점을 줄 수 있는지를 언급해 보기로 한다.

Ⅱ. 3단계 심사기준 정립 전의 단계

3단계 심사기준의 정립 전 단계의 경우 연방대법원은 구체적 심사기준을 제시하지 않은 상태에서, 대체로 헌법 규정의 개념적 해석을 통하여 혹은 각 기관의 권한영역의 경계를 확정하는 형식으로 공권력 작용의 위헌 여부를 판단하였다. 흔히 거론되는 몇 가지 중요한 판례의 논지를 위헌심사기준에 연관시켜 살펴보기로 한다.[4)]

1. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137(1803)

이 사건에서 여러 가지 정치적으로 얽힌 복잡한 관계가 배경이 되고 있지만, 헌법적 측면에서는 연방대법원의 직무집행명령(mandamus) 권한을 원심 관할(original jurisdiction)로 포함시킨 법원조직법 조항의 위헌성이 문제되었다. John Marshall 대법원장은 이 조항이 헌법에 반하는(repugnant to the constitution) 것으로 판단하였는데, 그 이유의 구성은 재판 관할권을 규정한 연방헌법 제3조 제2항의 조문구조를 밝히는 방법으로 이루어졌다.

제3조 제2항은 “대사와 그 밖의 외교사절 및 영사에 관계되는 사건과, 주가 당사자인 사건은 연방대법원이 원심 관할권을 가진다. 그 밖의 모든 사

4) 이러한 사건들은 헌법상 권리의 문제가 아닌 경우도 있어, 후술할 3단계 심사기준 사안들과 지평을 달리 하는 측면이 있지만 편의상 여기서 살펴보기로 한다.

건에 있어서는 연방의회가 정하는 예외의 경우를 두되, 연방의회가 정하는 규정에 따라 법률문제와 사실문제에 관하여 상소심 관할권을 가진다."고 규정하고 있다.

John Marshall은 제기된 2가지의 합헌 주장에 대하여 다음과 같이 반박하였다. 먼저, 헌법이 원심과 상소심 관할권을 구분하고 있지만, 그 원심 관할이 배타적이라거나 다른 원심관할을 부정하는 것으로 해석할 수 없고 따라서 입법부가 헌법에 규정된 외의 사항을 연방대법원에 원심 관할로 귀속시킬 재량이 있다는 주장에 대해서, 그는 위 조항을 그렇게 해석할 경우 그 부분은 아무런 의미가 없는 문구에 불과하며, 만일 의회가 헌법상 원심 관할로 한 것을 상소심 관할로, 상소심 관할로 한 것을 원심 관할로 조정할 수 있다면 헌법상의 관할 구분은 실체가 없는 형식에 불과하다고 하였다.

다음으로, 상소심 관할은 다양한 형태로 규정될 수 있으므로 직무집행명령 역시 그 일환으로 연방대법원에 부여된 것이라는 다른 차원의 주장에 대해서는, 직무집행명령은 성격상 상소심 관할이 아닌 원심 관할에 속하는 것이라 할 수 있으므로, 연방의회가 연방대법원에 부여할 수 있는 상소심 관할 대상에 포함되지 않는다고 판단하였다.

그러므로 연방의회가 연방대법원에 연방헌법 제3조가 규정하지 않은 원심 관할권을 부여한 것은 헌법에 의하여 부여된 권한의 행사가 아니라고 하였다.

이 판결은 최초의 사법심사 사안 및 위헌결정이었지만, 헌법상 개념적 구분을 통한 권한의 경계 확정을 통하여 판단이 이루어지고 있으며, 어떤 때 법률조항이 위헌이 되는지에 대한 기준을 제시하지는 않았다. 한편 판결에서 언급된 '헌법에 반하는'(repugnant to the constitution) 이라는 표현만으로 그 기준을 찾기도 어렵다.[5] 직무집행명령의 관할권이라는, 사안의 1회적 성격상 후속 판례에 지침이 되는 위헌심사기준 제시는 거의 불가능하였지만,

5) 참고로, 이 표현은 John Marshall의 고유한 것은 아니며, 이미 The Federalist #78에서 Hamilton의 논술에서도 나타나고 있다.

헌법이 국민의 직접적 의사표현장치로서 모든 국가기관을 기속하며 법원은 헌법과 하위법의 충돌문제를 해명하고 조정할 의무와 권한이 있다는 판단은 후대에 걸쳐 법원이 사법심사에서 상당한 심사재량을 가질 수 있는 기초를 제공하였다.

2. Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393(1856)

Dred Scott은 흑인 노예로서 노예제를 인정하는 미주리주에 거주하다가 노예제를 폐지한 일리노이주 및 1920년의 '미주리 협약'에 따라 연방의회가 노예제를 금지한 지역에 각 거주하다가 다시 미주리주로 돌아오게 된 뒤, 백인 주인이 사망하자 그 미망인측을 상대로 자유인의 지위를 구하는 소송을 제기하였다. 그는 일단 자유인이 된 이상 미주리주로 돌아왔더라도 그 지위가 유지된다고 주장하였고, 미망인측은 그가 시민(citizen)이 아니므로 연방법원에서 당사자능력이 없다고 주장하였다.

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)[6]을 인정받을 수 없다고 하였다. 한편 일단 Dred Scott이 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 연

6) 주지하듯이, 이 개념은 영국에서의 보통법상 개념으로서 재산에 대한 처분이나 계약의 자유 등에 관한 시민권(civil rights, 즉, 선거권 등 정치적 권리나 사회권에 대비되는 권리)을 의미한다고 볼 수 있다. 참고로 연방대법원은 이러한 개념을, 연방헌법 제4조의 특권과 면책 조항에 관련하여, 주들 간에 자기 주의 주민을 다른 주에서 온 사람보다 그러한 권리 측면에서 우대하지 못하는 것으로 해석하였다. 한편 수정헌법 제14조의 특권과 면책 조항에 대해서는 이를 연방의 시민으로서 한정된 권리(예, 거주이전의 자유)만을 의미하는 것으로 축소해석 하였다. The Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36(1873).

방법원에 다른 주의 주민을 상대로 한 소송(diversity jurisdiction)을 제기할 능력이 없다고 판단하였다.

이 글의 관점에서 중요한 것은 법정의견이 예비적으로 판시한 연방법률(미주리 협약) 자체의 위헌 문제이다. Taney 대법원장은 노예제 문제에 대해 이 사건에서 종지부를 찍을 의도로,[7] 당사자 능력의 인정에 문제가 없다고 전제할 경우를 가상하여 예비적으로 본안판단을 하면서, 지역적으로 한정하여 노예제를 폐지하는 연방법률을 위헌으로 선언하였다.

그 위헌성은 두 가지 측면에서 접근되었다. 우선 연방의회는 연방에 속한 영토와 재산에 대한 헌법상 규율권한이 있지만(연방헌법 제4조 제3항), 그 권한은 헌법 제정 후에 취득된 루이지애나와 같은 영토에까지 포함되는 것은 아니며, 다음으로 노예가 헌법이 보장하는 재산(property)에 해당한다는 것은 과거부터 현재까지 명백한 사실이므로, 의회가 재산 소유권자의 권리를 박탈하는 그러한 영토 규율권을 행사하는 것은 위헌이라는 것이다.

이러한 위헌논거는 헌법규정의 적용범위 및 헌법상 재산 개념의 내용을 분석함으로써 이루어지고 있다. 그러한 입법에 의하여 추구되는 공익이 무엇인지, 이를 여하한 권리침해의 정도와 형량하는 것과 같은 객관적인 형태의 심사기준은 정립되거나 적용되지 않았다. 여기서 위헌여부 판단은 기본적으로 헌법의 역사적 혹은 문리적 해석방법을 통하여 범주적으로(categorical), 즉 헌법개념에 포섭되면 합헌, 포섭 안되면 위헌이란 형식으로 이루어지고 있는 것을 볼 수 있다.

3. Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303(1879)

청구인은 살인죄로 기소된 흑인인데 백인으로만 배심원을 구성하도록 한

7) 당시 대통령 당선자인 James Buchanan과 Taney의 판결선고 전 접촉사실은 이 판결이 정치적, 도덕적으로도 비난받게 만들었다고 한다. Farber/Eskridge/Fricky, Constitutional Law : Themes for the Constitution's Third Century, 3rd ed, 2003, 18～19쪽 참조.

웨스트 버지니아 주법을 수정헌법 제14조 위반이라며 다투었다.

법정의견을 집필한 Strong 대법관은, 수정헌법 제14조가 다른 수정헌법 조항들(노예제와 비자발적 노역을 금지한 제13조 및 흑인들의 선거권을 보장한 제15조)과 함께 최근 해방된, 오랜 세대 동안 노예였던 인종에게 백인들이 향유하는 모든 시민권(civil rights)을 보장하고자 하는 공통의 목적을 지니고 있는 조항이라는 것을 강조하였다. 그 요지는 다음과 같다.

노예 상태를 벗어났지만 이를 질시하고 부정적으로 보는 주의 법들이 각종 규제와 차별을 유지하거나 시도하고, 이로써 예전의 신분적 구분을 영구화하는 것을 방지하기 위하여 수정헌법 제14조가 그들에게 시민권을 부여하면서, 그들의 시민권을 보호하고 여하한 차별을 금지하면서 연방정부로 하여금 이를 집행할 권한을 주었다. 어떤 법률도 그들의 피부색을 이유로 차별하는 것은 금지되어야 한다. 동 조항의 문구는 금지적(prohibitory)이지만 유색인종에게 가장 가치 있는 권리와 면책, 특히 시민사회에서 열등함(inferiority)을 내포하며, 다른 사람들이 향유하는 권리의 향유를 못하게 하며, 유색인종을 하급 인종의 상태로 저하시키는 비우호적인 입법들이 피부색을 구분하여 법률상의 차별을 하는 것으로부터 면책될 권리를 내포하고 있다.

청구인의 형사사건에서 배심원의 선택을 통제하는 법률이 그러한 차별조치라는 것은 의심의 여지가 없다. 단지 피부색을 이유로, 시민임에도 불구하고, 법률로써 유색인종이 배제되어 배심원으로서 법의 집행에 참가할 모든 권리가 명시적으로 부인되고 있다는 사실은 법에 의하여 그들을 열등하게 낙인찍는 것이며, 그들에게 평등한 정의를 보장하게 만들게 된 계기가 된 인종적 편견을 강화하는 것이다. 그러한 편견이 공동체의 특정한 계층에게 불리하게 존재하며 배심원의 판단을 뒤흔들고, 따라서 어떤 사건에서는 다른 사람들이 향유하는 법의 보호를 부인하도록 작용한다는 것은 잘 알려져 있다.

이러한 관점에서, 그 법률이 주를 상대로 한 형사 재판의 심리를 받는 그

유색인종을 차별하지 않는 것이라고 보기 어렵다. 법이 백인과 유색인종을 평등하게 보호하는데도 왜 백인은 같은 인종 혹은 그의 피부색깔에 대한 편견이 없는 배심에 의한 재판을 받는 반면, 흑인은 그렇지 못한 것은 이해하기 곤란하다.

우리는 수정헌법 조항이, 각 주로 하여금 배심원의 자질을 규정한다거나, 그럼으로써 차별을 행하는 것까지 배제한다고 말하는 것은 아니다. 배심원을 남자, 자유인, 시민, 특정 연령 이상자 혹은 교육 수준을 지닌 사람에게 한정할 수 있다. 우리는 수정헌법 제14조가 그러한 것까지 금지하려고 의도하였다고 믿지 않는다. 그 연혁을 볼 때 그러한 의도를 지니지 않은 것은 명백하다. 그 조항의 목적은 인종 혹은 피부색을 이유로 한 차별을 금지하는 것이다.

이러한 이유에서 위 판결은 웨스트 버지니아 법원의 판결 및 배심에 관한 주법 조항에 의하여 청구인의 차별로부터의 면책권이 침해되었다고 판단하면서, 주법원의 판결을 파기하고 청구인에 대한 심리를(당시의 연방법률에 의한 구제수단에 따라 연방법원에서) 다시 하도록 이송하였다.

이 사건에서 위헌논증은 해당 법률이 지니는 인종차별 조치를 인정함으로써 이루어졌다. 과거의 인종차별을 시민권의 향유의 관점에서 교정하려는 수정헌법 제14조의 목적이 워낙 뚜렷하므로 그러한 인종적인 사유의 차별은 그 자체로 허용될 수 없다는 것이다. 달리 왜 그런 차별이 필요하였는지, 그러한 차별목적과 입법수단 간의 비례성이 있는지, 공익과 사익간의 법익형량이 가능한지와 같은 후일의 평등권에 관한 엄격한 위헌심사기준의 적용은 없었다. 한편으로 이는 인종을 이유로 한 차별임이 명백하므로 더 나아가 살펴볼 필요가 없이 그 자체가 위헌이라고 논증한 것이라고 볼 수 있다. 그런 측면에서 이러한 판단구조는 후일의 엄격심사보다도 더 강한 위헌심사라고 볼 수도 있다. 왜냐하면 인종적 차별임이 확인되면 바로 위헌이 되기 때문이다. 그러한 차별을 하게 된 compelling interest가 있는지를 묻지 않는다. 그 만큼 1868년에 제정된 수정헌법 제14조의 흑인에 대한 시민권 보장과 차

별철폐의 의지와 방향이 뚜렷하게 연방대법원에게 작용했기 때문이라고 볼 수 있다.

이러한 판단구조는 후일의 위헌심사기준에 중요한 시사점을 주게 될 것이다. 무엇보다도 평등 문제에 있어서는 '인종적 차별이냐 아니냐' 하는 점에 대한 심사척도를 도출하게 하는 계기가 될 것이다. 우리는 이러한 사건에서 '차별목적'이 무엇이냐 하는 점이 중요한 심사기준의 한 내용으로 자리 잡게 된 시원적 모습을 볼 수 있는 것이다.

흥미로운 점은, 동 판결이 배심원 선택에 있어서 인종적 차별이 아니라 배심원의 연령이나 교육수준 등 일반적 자질에 따른 차별은 허용될 수 있다고 보았는데, 만일 그런 문제가 당시에 헌법재판의 대상이 되었다면 어떤 관점에서 위헌심사가 이루어졌을까 하는 것이다. 헌법재판기관으로서는 그러한 차별이 무조건 허용된다고 판단하기는 어려울 것이고, 결국 후일의 위헌심사기준의 카테고리, 즉 차별이 자의적이거나 비합리적인 차별인지, 차별목적이 무엇인지, 차별수단이 그러한 목적에 비하여 지나치게 과다한 것인지 혹은 과소한 것인지, 차별의 효과가 지나치게 제약적인 것인지와 같은 기준을 향하는 쪽으로 진입하게 되지 않았을까 생각된다.

4. Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356(1886)

샌프란시스코시의 조례는 벽돌이나 석재로 된 건물에서가 아닌 곳(주로 목재 건물)에서의 세탁업은 (화재 예방을 목적으로) 해당 위원회의 동의를 얻어서만 행할 수 있도록 새로 규정하였다. 이 위원회는 중국인들의 세탁업 신청을 차별적으로 거부하였는데, 청구인 Yick은 과거 20년 동안 적법하게 세탁소를 경영하여 왔으나 위 조례에 따른 위원회의 동의를 받지 못한 채 세탁업을 계속하다가 벌금($10)에 처해졌으나 내지 않자 구금되었다. 청구인은 주법원에서 이를 다투었으나 성과가 없자 연방대법원에 인신보호영장을 청구하였다.

당시 중국인 신청자들은 중국국적을 가졌거나 미국 영주권만을 소유하였고 미국 시민은 아니었다. 우선 연방대법원은 이 사건에서 수정헌법 제14조의 문구가 보편적이므로 흑인에 대한 차별만 금지하는 것이 아니라고 처음으로 해석하였다.

다음으로, 연방대법원은 위 조례의 내용이 시 당국에게 신청인의 능력이나 세탁업 장소에 상관없이 무한정한 자의적 권한을 주고, 적절한 재량에 대한 고려를 하지 않고 있는 한 연방헌법에 위반된다고 판단하였다(한정위헌). 또한 위 조례의 집행행위는 유사한 상황에 있는 신청인들 사이에서 인종의 차이에 따라 자의적이고 부정(不正)한 차별을 하는 한 연방헌법 규정에 위반된다고 판단하였다.

연방대법원은 과거 선례들[8]로부터 다음과 같은 법리를 도출하고 있다. 즉 "비록 법 자체가 문언상 공평하게 보이더라도, 만일 당국이 유사한 상황에 있는 사람들에게 그들의 권리에 실질적인, 부정하고 불법적인 차별을 실제적으로 하기 위하여 사악한 관점에서 편파적으로 법을 집행한다면, 그러한 평등과 정의(正義)의 부정은 여전히 헌법의 금지 내에 포함된다."[9]

이 사건에서 같은 법리가 적용된다고 판단되었다. 이에는 동 위원회가 특히 중국인 신청자 200명의 신청을 거부한 반면, 중국인 아닌 신청자 80명은 위원회가 동의를 해 준 사실이 지적되었다. 중국인 신청자들의 세탁업 영업신청이 화재 위험에 문제가 없고 공공의 보건에 피해를 주지 않기 위한 주의를 기울인 것으로 보이는데도, 그들의 신청을 거부하여 생계수단을 막은 것은 인종과 국적에 따른 적대감 외에는 이유를 발견할 수 없다는 것이다.

---

8) Henderson v. Mayor of New York, 92 U. S. 259 ; Chy Lung v. Freeman, 92 U. S. 275 ; Ex parte Virginia, 100 U. S. 339 ; Neal v. Delaware, 103 U. S. 370, and SSoon Hing v. Crowley, 113 U. S. 703.

9) 118 U.S. 373-374. "Though the law itself be fair on its face and impartial in appearance, yet, if it is applied and administered by public authority with an evil eye and an unequal hand, so as practically to make unjust and illegal discriminations between persons in similar circumstances, material to their rights, the denial of equal justice is still within the prohibition of the Constitution."

그러한 적나라한 자의적 재량은 정당화될 수 없으며 따라서 그 차별은 수정헌법 제14조에 위반된다고 판단되었다.

이 판결은 법 자체가 사악한 차별(invidious discrimination)을 하지 않더라도 실제적인 차별이 무제한한 자의적 재량에 의해서 행해진다면 수정헌법 제14조의 평등조항의 보호범위에 포함된다고 본 것이다. 하지만, 만일 차별이 우연히 부수적으로 행해진 것이며, 사악한 차별목적이 전혀 없었다면 이 판결 상의 법리가 사안에 적용되지 않을 것이다. 이러한 관점에서 이 판결은 후술할 Washington v. Davis 판결에서의 적용기준, 즉 인종적 차별은 그러한 '차별목적'이 존재할 때에만 엄격심사가 적용된다는 위헌심사기준의 원초적 모습을 보여주고 있다.

5. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537(1896)

1890년의 루이지애나주 법률은 기차회사로 하여금 루이지애나 지역을 운행하는 기차에는 백인과 흑인칸을 구분하도록 하였다. 청구인은 흑인보다 백인의 피가 더 많이 섞인 혼혈인으로서 기차에서 백인칸에 탔다가 흑인칸으로 가라는 차장의 요구에 불응함으로써 기소되었다. 청구인은 위 법률이 수정헌법 제13조와 제14조 위반이라면 루이지애나 대법원에 금지영장 및 사건이송명령을 신청하였으나 기각되자, 연방대법원에 상소하였다.

Brown 대법관의 다수의견은 다음 이유에서 이를 합헌이라고 판단하였다.

「수정헌법 제13조는 노예제와 형벌을 제외하고는 비자발적 노역을 금지하지만, 흑백간의 법적인 구분을 포함하는 법률은 한 인종을 타 인종에게 부속시키거나 소유물로 만들거나 법적 권리를 박탈하는 것이 아니므로 이를 노예제나 비자발적 노역에 해당하는 것이라 볼 수 없다.

수정헌법 제14조의 목적은 의심할 바 없이 두 인종의 법 앞에서의 절대적 평등을 관철하려는 것이었지만, 그것이 피부색에 따른 구분 자체를 철폐하려거나, 정치적이 아닌 사회적 평등을 관철시키거나, 서로 간에 불만족스럽

게 두 인종을 혼합시키려고 의도한 것은 아니었다. 그들이 쉽게 접촉될 수 있는 장소에서 그들의 분리를 허용하거나 요구하는 법이 필연적으로 한 인종을 다른 인종에 비해서 열등한 것(inferiority)으로 내포하는 것은 아니며, 이는 주의 일반적 규제권한(police power)에 속한다고 일반적으로 인식되어 왔다. 강제적인 분리가 유색인종의 특권과 면책권을 침해하거나 적법절차 없이 그들의 재산을 박탈하거나 수정헌법 제14조의 법 앞의 평등 보호를 부인하는 것이라 보지 않는다.

청구인은 만일 이 법이 허용된다면 머리 색깔, 외국인인지 여부, 국적에 따라 열차칸을 구분하는 것도 허용될 것이며, 흑인은 도로의 한 쪽으로 백인은 다른 쪽으로 보행하도록 하는 것도, 백인의 집은 백색 페인트로 흑인의 집은 흑색 페인트로 칠하도록 하는 것도, 그들의 자동차나 영업 간판도 각각 다른 색으로 하도록 하는 것도 허용될 것이라고 주장한다.

그러나 주의 일반적 규제권한의 행사는 합리적이어야 하고 공익을 증진하기 위하여 선의로(in good faith) 제정된 법에만 미친다. 이 사건에서 루이지애나 법이 합리적인 규제인지(whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation)가 수정헌법 제14조와 관계에서 문제되는데, 이 점과 관련하여 입법부에게 필수적으로 큰 재량이 있어야 한다(there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature).

합리성의 문제를 판단함에 있어서 입법부는 확립된 관행, 관습, 사람들의 전통 그리고 그들의 평온의 증진과 공공의 평화와 좋은 질서의 유지의 관점을 쫓아 자유롭게 행동할 수 있다. 이러한 기준으로 판단하면 우리는 공공운송수단에서 두 인종의 분리를 용인하거나 요구하는 법이 비합리적이라거나 수정헌법 제14조에 해악이 되는 것이라고 말할 수 없다.

청구인은 사회적 편견이 입법으로서 극복될 수 있고, 두 인종의 강제적인 혼합 외에는 흑인에게 평등권이 보장될 수 없다고 하나, 우리는 이런 제안을 받아들이지 않는다. 만일 두 인종이 사회적 평등의 관점에서 만나게 된다면 그것은 자연적인 친화, 서로의 장점에 대한 상호 존중, 그리고 개인들

의 자발적인 동의에 따른 결과이어야만 할 것이다. 입법은 인종적인 본능의 제거하거나 육체적 차이에 따른 구분을 철폐할 힘이 없으며, 그러한 시도는 단지 현 상황의 어려움을 가속시키는 결과를 가져올 수 있다.」

위 판결은 두 가지 관점에서 접근하고 있다. 우선 형식적 측면에서, 흑백 분리 자체가 흑인을 열등하게 대우하거나 그들의 시민권을 제한하는 것이 아니라는 것이다. 다음 실질적 측면에서 위 법은 비합리적이라 볼 수 없다는 것이다.

여기서 비합리성 여부의 판단은 후대의 '합리성 심사'와 매우 유사한 구조를 보이고 있다. 즉 입법부의 재량을 넓게 인정하는 전제에서 자의적인지 여부를 판단하고 있는 것이다. 다만 입법부가 당시의 관행과 사회환경에 따른 규제를 한다면 합리성 요건이 충족될 것이라는 암시를 주는 점에서, 후대의 심사기준이 그러한 점보다는 객관적인 목적과 수간간의 적합성을 중심으로서 심사하는 점과 차이가 있다.

※ Harlan 대법관의 반대의견

이 판결에서는 Harlan 대법관의 반대의견이 매우 중요하다. 그는 다수의견의 형식적 판단의 측면에 대해, 흑백 분리가 흑인의 시민권을 제한하고 열등성을 표현한 것이라고 반박한다.

"루이지애나 법은 한 인종을 차별하는 것이 아니라, 흑백 시민 모두에게 적용되는 룰을 규정한 것이라고 주장되었다. 그러나 이 논거를 반박하는 것은 어려운 일이 아니다. 누구나 이 법이 흑인이 타고 있는 기차칸에서 백인을 배제하려는 것이 아니라 백인에게 할당된 기차칸에서 흑인을 배제하려는 것이라는 원래의 목적을 지니고 있다는 것을 안다. …… 달성하려는 것은 흑백 모두에게 평등한 설비를 준다는 가장(guise) 아래 흑인들이 기차로 여행하는 동안 그들만이 있도록 강제하는 것이다. 아무도 솔직한 마음으로 이와 반대되는 주장을 할 수 없을 것이다. 그러므로 그 법에 대한 근본적인 이의는 그것이 시민의 개인적 자유를 침해한다는 것이다. …… 만일 백인과 흑인이 같은 공공의 교통로에서 공공 운송수단을 차지하고자 한다면, 그것은 그렇게 할 그들의 권리이다. 어떤 정부도 개개인의 신체적 자유를 침해하지 않고는 단지 인종에 근거하여 그것을 막을 수 없다. …… 사실상 흑인 시민들은 너무

열등하고 수준이 낮아서 공중 운송수단에 백인 시민들과 같이 앉을 수 없다는 근거에서 마련된 주의 입법들보다, 더 확실히 인종적 미움을 일으키고 인종들 간의 불신의 감정을 만들고 영속시키는 것이 있을 수 있겠는가?"[10)]

한편 다수의견의 실질적 측면에 대해서 그는 다수의견식의 합리성 기준 자체를 반박한다. 그는 입법을 심사하는 데 있어서 입법자가 주의 상황을 모두 고려했는지 아닌지에 따라 합리성 유무가 결정되는 것은 부적절하다고 본다. 그 경우 건전한 공공정책이 입법을 반대한다는 이유만으로 입법이 비합리적인 것이 될 수 있다고 한다. 그런데 법원이 입법의 정책이나 편의성에 관계한다는 것은 이해할 수 없는데, 그것은 법원이 권력분립원칙을 넘어서서 지나치게 입법에 개입하는 것이 될 수 있다고 한다.

이러한 비판은 정책문제에 법원이 관여하게 되는 위험성을 경고하는 것이라고 볼 수 있다. Harlan 대법관의 위헌론은, 별도의 위헌심사기준을 제시하지 않았지만, 자유롭게 공공 운송수단의 자리를 이용할 수 있는 시민의 권리의 입장에서 접근하고 있다.

6. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954)

이 판결은 앞서 본 판결들보다 시기적으로 훨씬 뒤의 것이지만 평등원칙에 대한 위헌심사기준의 관점에서 여기서 언급될 가치가 있다. 당시에 이미 합리성 심사와 엄격심사 기준이 상당 부분 연방대법원에서 자리 잡고 있었지만 이 판결은 그러한 심사기준을 적용한 것이 아니라, 흑백 분리교육이 지니는 차별효과에 대한 논증을 통하여 그러한 분리교육 자체가 수정헌법 제14조 위반이라는 논증형식을 취하고 있다.

사안은 Plessy 판결 이후 고정된 'Seperate but Equal' 법리가 흑백분리 교육에서도 계속적으로 타당할 것인지에 관한 것이었다. 동 판결은 위에서 본 바와 같이 운송수단에서의 흑백분리가 흑인의 열등성이나 시민권 침해와 같은 차별목적이나 차별효과를 지니고 있지 않다고 판단하였다.

10) 163 U. S. 537, 552-560.

Warren 대법원장은 전원일치로 위헌 결론을 다음과 같이 논증하고 있다.

우선 수정헌법 제14조의 입법연혁이 흑백교육의 위헌성 문제에 대해서 확실한 지침을 주지 않는다고 인정하였다. 그런 뒤 이 문제는 수정헌법 입법 당시가 아닌 현재의 미국 상황에서 공교육의 발전단계와 현 위치의 관점에서 접근해야 한다고 전제하였다.[11] 그런 뒤 오늘날 교육이 지니는 개인의 인격형성과 직업, 인생관에 대한 영향력과 중요성을 논하고 있다. 이 점과 관련하여 비록 흑백분리교육이 백인학교와 흑인학교 간에 물리적 시설과 유형적(tangible) 요소가 동등하다고 하더라도, 그 외에 비유형적 요소, 즉 학습능력, 토론 참여 능력, 다른 학생들과의 의견 교환 능력, 직업을 습득할 능력이 교육기회의 부여에 상당부분 차지하다고 보았다. Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 ; MaLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637를 인용하였음. 한편 그러한 요소들은 초중등 교육에서 더 고려되어야 한다고 인식하였다.

이러한 전제에서 현대의 심리학 등 많은 자료들이 흑백분리교육이 흑인학생들에 대한 열등감 등 부정적 효과(detrimental effect)를 미치는 것으로 증명하고 있다고 판단하였다. 그리하여 공교육 분야에서는 'separate but equal' 법리가 적용되지 않으며, 분리된 교육시설은 본래적으로 불평등하다(Separate educational facilities are inherently unequal.)고 판단하였다. 그 결과 청구인들과 유사한 상황에 처한 다른 사람들은 해당 법들에 의하여 수정헌법 제14조에 보장하는 평등보호를 박탈당하고 있다고 선언하였다.

이러한 위헌심사는 구체적인 객관적 기준에 입각한 것이 아니라 종전 선례의 차별적 효과를 번복하는 입증에 의한 것이라는 점에서 여러 학자들로부터 그 긍정적 판결의 결론에도 불구하고 연방대법원의 정책적 판단 혹은 무원칙한 판결이라며 비판의 대상이 되었다.

---

11) 참고로, 이는 Originalism이나 Textualism의 헌법해석 접근방법이 아니라 헌법해석자가 처해있는 시대 상황을 고려하여 헌법해석을 하는 입장(living constitution의 강조)에 가깝다.

그러나 이러한 비판은 현대의 위헌심사기준에 익숙한 입장에서 비롯된 측면이 강하다. 차별효과의 사회과학적 입증이 규범적 평가로 연결되는 과정에서 논리적으로 매끄럽지 못한 점이 있지만, 현대의 위헌심사기준 설정 전의 다른 판례와 비교할 때 이 판결만이 특별히 설득력이 떨어진다고 보기는 어렵다. 이 판결의 위헌논증방식의 특수성은 오히려 사안의 특수성에 기인한다고 볼 수 있다.

공립학교에서의 흑백분리교육의 문제점은 충분히 인식되어져왔고 그것이 수정헌법 제14조의 취지에 부합하지 않는다는 결론은 잘못된 것이라 보기 어렵다. 문제는 어떤 이유에서 접근할 것이냐이다. 그러한 결론을 도출하는데 있어서 연방대법원의 논거 선택은 관념적으로 크게 다음 네 가지 중 하나가 될 수 있을 것이다.

1) Plessy 사건에서 Harlan 대법관의 반대의견처럼 흑백분리교육은 그 자체가 흑인의 열등성을 드러내는 것이고 흑인의 시민권을 침해한다고 보는 것이다. 그러나 교육제도에 관한 사안은 열차의 분리된 칸 문제와 달리 시민권(자유롭게 공공 운송시설을 이용할 권리)의 영역이라고 보기 어렵고(일종의 사회권), 결론의 사회적 파장을 고려할 때 열등성 문제를 구체적인 권위 있는 자료 없이 상식적 수준만으로 논의하기는 어렵다. 또한 이미 수정헌법 제14조 제정 시부터 흑백분리가 이루어졌고, 적어도 Plessy 판결이후 50년간 흑백분리교육이 시행되어 온 것을 처음부터 잘못된 것이라고 논리적으로 판단하는 것은 사안의 중대성을 감안할 때 연방대법원의 권위와 판례의 일관성을 크게 해치게 되는 위험한 선택이었을 것이다.

2) Plessy 판결의 합리성 심사기준 자체를 재고하는 방법이 있을 수 있다. 말하자면 엄격심사를 통하여 흑백분리교육을 요할 강한 입법목적이 존재하지 않으며 목적과 수단 간의 부적합성을 논해 위헌결정에 이르는 방법이다. 그런데 이 방법은 Plessy 판례를 교육뿐만 아니라 모든 사회적 영역에서의 흑백차별문제에 있어서 전면적으로 변경하는 것이 될 것인데 사회적 파장이 어마어마하게 크고 연방대법원의 흑백문제에 대한 판례의 일관성을 크게 해

치게 될 것이다.

3) 뒤의 Washington v. Davis 판결에서 굳어진 법리와 같이 입법목적 자체가 악의적인 차별목적을 지니고 있다고 인정하여 위헌론을 구성하는 것이다. 그러나 이 역시 위 1)과 마찬가지의 문제가 있으며, 또 엄격심사가 적용됨을 전제하여야 한다는 점에서 2)와 같은 문제점이 있다.

4) 시대변화에 따른 교육의 중요성을 강조하면서 흑백분리교육이 가지는 학생들에 대한 차별적 효과를 인정하고, 그것을 수정헌법 제14조에 따른 평등원칙 위반으로 입론하는 것이다. 이 방법은 Plessy 판례를 변경하지 않고 가능하며, 연방대법원의 판례의 일관성을 크게 해치지 않고 문제를 해결할 수 있는 방법이다. 실제로 Brown 사건에서 Warren 대법원장은 이 길을 택한 것이다.

7. Lochner v. New York, 198 U.S. 45(1905)

뉴욕 주는 고용된 제빵사들이 일주일에 60시간 혹은 하루에 10시간 이하로 일하도록 규제하는 법률을 제정하였다. 청구인은 고용주로서 위 법률위반으로 벌금형($50)을 받고 주 항소심 및 상고심 법원에 상소하였으나 모두 기각되었다. 연방대법원의 Peckam 대법관은 다수의견에서 다음과 같은 접근방법으로 위헌심사를 하였다.

「계약의 자유는 수정헌법 제14조에서 보장되는 자유에 해당되며(Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578), 위 법률이 고용주와 고용인의 계약을 자유를 제한하는 것이 인정된다.

재산과 자유의 제한은 주의 규제권한의 행사에 있어서 주가 부여할 수 있는 합리적 조건(resonable conditions) 하에서 정당화된다. 즉 수정헌법 제14조 위반이 아니다. 주의 일반적 규제권한(police power)은 대중의 안전, 위생(보건), 도덕 그리고 일반적 복지(the safety, health, morals, and general welfare of the public)에 관련된다.

문제는 주의 입법이 개인의 자유 혹은 노동 계약을 체결할 권리에 있어서, 공평하고, 합리적이고, 적절한 권한 행사인가(a fair, reasonable, and appropriate exercise of the police power of the state), 혹은 비합리적이고, 불필요하며, 자의적인 간섭인가(an unreasonable, unnecessary, and arbitrary interference) 하는 점이다.

우선 이 법률이 제빵사를 보호하기 위한 노동법의 한 종류(a labor law)라고 볼 수 없다. 제빵사가 지능과 능력에 있어서 다른 직종에 있는 사람들보다 더 열등한 계층이어서, 국가가 그들의 독립적 판단과 행동에 간섭함으로써 보호해주지 않으면, 그들이 스스로 권리를 주장하거나 자신을 보호할 수 없다는 점에 대한 다툼은 없다. 위생에 대한 관점은 차치하고 순수한 노동법의 관점에서 볼 때 이 법은 대중의 안전, 도덕 혹은 복지와 무관하며, 대중의 이익은 이 법에 의하여 전혀 영향 받지 않는다.

이 법이 대중의 위생에 영향을 준다는, 매우 희박한 정도의(in a remote degree) 주장만으로 이 법이 유효하다고 할 수 없다. 자유로운 개인의 권리와 자신의 노동에 연관된 계약을 할 권리를 제한하는 법률이 유효하려면, 그 법률은 목적에 대한 수단으로서(as a means to an end) 보다 직접적인 관계를 지니고 있어야 하며, 그 목적 자체는 적절하고 정당하여야(appropriate and legitimate) 한다.

대중의 위생은 이 법으로 영향 받지 아니한다. 깨끗하고 온전한 빵은 제빵사가 하루에 10시간을 일하는지 일주일에 60시간을 일하는지에 달려있지 않다. 제빵사의 직업은 노동계약에 대한 제약이 필요할 정도로 비위생적(unhealthy)이라고 의심하기 곤란하다. 어느 직업이든지 약간의 비위생이 초래될 잠재성을 지니고 있지만, 자유에 대한 입법자의 개입을 용인하기 위해서는 약간의 비위생 문제가 있을 수 있다는 사실보다 더 큰 것이 존재하여야 한다. 그렇지 않으면 인쇄업자, 양철공, 열쇠수리공, 목수, 캐니넷 제작자, 은행 및 변호사의 사원 등 대부분의 사원들이 입법자의 권한 아래 놓이게 될 것이다. 대중의 보건과 종업원의 보건에 실질적 위험(material danger)을

주는 것이 아닌 한, 즉 올바르고 합리적인 이유가 없는 한 이 법이 주의 규제권한 내에 있다고 볼 수 없다. 이 법이 근로시간을 줄인 것은 종업원의 보건에 직접적 관계(direct relation)가 없고 이에 실질적 효과(substantial effect)를 주는 것이 아니므로, 이를 위생에 관한 법(a health law)이라고 정당화할 수 없다. 오히려 이 법의 진정한 목적은 다른 곳에 있으며[12] 단지 고용주와 제빵사 사이의 근로시간을 줄이는 것 자체에 있다.」

이러한 판단구조는 사안의 내용이 주의 규제권한의 범위 내에 있는지 여부에 따라 개인의 자유 제한에 대한 합헌 혹은 위헌론을 전개한 것이다. 즉 동 판결은 주의 규제권한의 범위에 관한 개념적 판단을 하고 있다. 자유가 어느 정도로 제한되는지, 그러한 제한이 필요한 이유는 무엇인지는 따로 논하지 않고 규제권한의 형식적 내용에 이를 포섭시키고 있다. 비록 여러 차례 '합리성'을 논하고 있지만 기본적으로 규제권한(보건)에 포함되는 것으로 볼 것인가 여부를 판단하는데 그것이 동원되고 있으며, 합리성 자체가 별도의 심사기준으로 자리 잡은 것은 아니다. 나아가 위 Plessy 판결에서와 같은 입법자의 재량에 대한 존중 내지 사법자제의 요소가 보이지 않는다. 오히려 입법목적이 보건이나 노동법이 아니라 다른 곳에 있다는 언급을 통하여 노동조합의 로비에 힘입어 입법이 이루어진 연혁적 사실을 간접적으로 표현하고 있는데, 이는 매우 앞서가는 사법적 판단의 형태이다.

전반적으로 이 사건에서 위헌심사는 후대의 엄격심사에 버금가는 형식으로 매우 강하게 이루어지고 있으며, 개인의 자유에 대한 우선적 보장과 제한정부(limited government)의 사고방식을 강하게 보여주고 있으며, 사회보장에 관한 행정적 규제입법 자체를 불신하는 태도를 바탕에 두고 있다. 그리하여 개인의 전통적 자유 문제에 대한 엄격한 심사태도가 나타난 것이다.

---

12) 여기서 Peckham 대법관은 이 법이 노동조합의 일방적 로비에 의해서 입법이 되었음을 암시하고 있다고 볼 수 있다. 필자 주.

※ Harlan 대법관의 반대의견

이 판결에는 Holmes 대법관의 반대의견도 유명하지만, 위헌심사기준과 관련하여서는 Harlan 대법관의 반대의견이 중요하다. 이 반대의견은 오늘날의 '합리성 심사기준'과 매우 유사한 법리를 구성하고 있다.

「일반적으로 말해, 주는 자신의 권한을 행사하는데 있어서 각 개인에게 속하는 고유한 권리, 즉 자신의 능력을 자유롭게 향유할 권리에 필수적이고 본질적인 시민의 계약의 자유를 부당하게 간섭할 수 없다. 그러나 계약의 자유는 주가 공공선과 사회의 복지를 위하여 합리적으로 규정한 규제에 종속된다. 그렇다면 사법부가 그 규제를 입법의 한계를 초과한 것이라며 무효라고 선언할 수 있는 조건은 무엇인가?

이 사건 법률은 제과점에서 일하는 사람들의 육체적 복지를 보호하기 위하여 입법된 것임은 명백하다. 그것이 현명한 입법인지 여부는 법원이 심리할 영역이 아니다. 우리의 정부 시스템 하에서는 법원은 입법의 지혜나 정책에 관여하지 않는다. 계약의 자유를 침해하는지 여부에 있어서 법원은 주에 의하여 마련된 수단이 적법하게 달성될 수 있고 위생의 보호에 진정한 혹은 실질적인 관계를 지닐 수 있는 목적에 적절한지를 심리할 수 있다(whether the means are germane to an end). 이 사건에서 수단과 목적 사이에 진정한 혹은 실질적 관계가 없다고 말하기는 불가능하다. 또한 이 법이 근본적인 법에 의하여 보장되는 권리에 대한 명백하고 뚜렷한 침해(a plain, palpable invasion of rights)라고도 볼 수 없다. 그러므로 나는 다수의견이 뉴욕 주의 법률을 무효로 하는 것은 그 기능을 초월하는 것이라고 본다.」

8. 정 리

지금까지 본 초기부터 1930년대 초반까지의 판례들은 위헌심사를 주나 연방의 권한범위에 대한 개념적 헌법해석을 통하여, 혹은 경계영역을 확정하는 방식에 의하여 행하고 있다. 후대의 3단계 심사기준과 직접 연관될만한 기준 제시는 없었다. 그러나 점차 합리성 기준에 유사한 개념들이 판례에서 설시되고 있는 것을 볼 수 있다. 이러한 내용들이 뒤에 합리성 심사를 정립하는 데 있어서 개념적 바탕이 되고 있음은 명백하다.

Ⅲ. 합리성 심사 기준의 성립 과정

1. Equal Protection 분야

가. Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61(1911)

1908년의 뉴욕의 '자연적 미네랄 온천의 보호 및 자연적 미네랄 온천수의 낭비 및 훼손을 예방하기 위한 법률'은 미네랄 워터가 용액 형태로 미네랄 소금과 탄소개스를 함유한 샘으로부터 바위에 구멍을 뚫거나 드릴을 이용한 양수(pumping)를 금지하고, 바위에 구멍을 뚫거나 드릴을 이용하여 샘물과 분리하여 인공적으로 탄소가스를 추출하여 판매하는 것을 금지하였다.

뉴욕 사라토가 온천에 대지를 소유하고 위와 같은 금지행위를 한 개스회사가 위 법률이 바위에 구멍을 뚫거나 드릴을 이용한 온천수 개발과 바위에 그렇게 하지 않고 온천수를 개발하는 것을 구분하고, 탄소가스를 추출할 목적으로 양수를 하고 샘물과 분리해서 그것을 판매하는 것을 금지하는 반면 다른 목적으로 양수하는 것은 허용하는 것은 자의적인 구분이고 따라서 평등보호 조항에 위배된다고 다투었다. 연방대법원은 이러한 주장과 관련하여 우선 심사기준을 다음과 같이 정리하였다.

"이러한 주장을 심사하는 규칙은 이 법원의 반복된 판결들에서 보듯이 다음과 같다 : 1. 수정헌법 제14조의 평등보호 조항은 주에게 일반규제 입법의 채택에 있어서 구분(classification)을 행할 권한을 박탈하지 않으며, 그것에 관하여 광범위한 재량(wide scope of discretion)의 행사를 인정하며, 단지 여하한 합리적 근거(any reasonable basis)가 없고 따라서 전적으로 자의적인(purely arbitrary) 때에만 행해진 것을 부인한다. 2. 합리적 근거를 지닌 구분은 단지 그것이 수량적 정확성(mathematical nicety)을 지니지 못했거나 실제에 있어서 어떠한 불평등(some inequality)을 초래한다는 이유만으로 평등보호 조항을 침해하지는 않는다. 3. 그러한 법의 구분의 위헌성이 문제될 때,

그것의 합헌성을 유지시킬 사실 상태가 추정될 수 있다면(any state of facts reasonably can be conceived), 그 법이 입법될 때 그런 사실의 상태가 존재했다는 것으로 보아야 한다(must be assumed). 4. 그러한 법의 구분을 공격하는 자는 그것이 아무런 합리적 근거에 기인하지 않으며 본질적으로 자의적이라는 것을 입증하여야 한다. Bachtel v. Wilson, 204 U. S. 36 ; Louisville & N. R. Co. v. Melton, 218 U. S. 36 ; Ozan Lumber Co. v. Union County Nat. Bank, 207 U. S. 251, 207 U. S. 256 ; Munn v. Illinois, 94 U. S. 113, 94 U. S. 132 ; Henderson Bridge Co. v. Henderson, 173 U. S. 592, 173 U. S. 615."[13]

이러한 기준에 따라 연방대법원은 다음과 같은 이유로 비교적 간단하게 해당 법률의 합헌성을 인정하였다.

「위 법이 바위에 구멍을 뚫어 온천수를 개발하는 것은 그렇지 않은 방법에 의한 온천수 개발보다 온천의 공동 공급이나 다른 사람들의 권리에 미치는 효과가 차이가 있고, 바위에 구멍을 뚫거나 드릴을 이용하여 샘물로부터 분리된 탄산가스의 추출 및 판매는, 바위 안의 액체 상태로 있는 가스의 양이 한정된 관계로 다른 목적에 의한 양수와 달리 많은 온천수의 낭비를 초래하므로, 이러한 차이점은 그러한 구분에 합리적 근거를 제공한다.」

나. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412(1920)

버지니아의 세법은 버지니아 내의 법인이 버지니아 내에서 얻은 소득과 버지니아 바깥에서 얻은 소득 모두에 대하여 과세하지만, 버지니아 내의 법인이더라도 버지니아 내에서 얻은 소득이 없고 바깥에서 얻은 소득만 있는 경우 그 소득에 대해서는 과세를 하지 않았다.

청구인은 전자의 경우에 해당하는 법인으로서 위 법률이 평등보호 조항에 위반된다고 다투었다. 연방대법원은 심사기준에 관련하여 다음과 같이

13) 220 U. S. 78-9.

판시하였다.

"수정헌법 제14조에 의하여 요구되는 '법의 평등보호'가 주로 하여금 입법의 목적을 위하여 구분을 행하는 것을 막는 것이 아니라는 것은 말할 필요가 없다. 수많은 그리고 친숙한 이 법원의 판결들이 주는 이에 관하여 넓은 범위의 재량(wide range of discretion)을 갖는다고 판시하였다. 그러나 구분은 합리적(reasonable)이어야 하며 자의적이어서는 안 되고(not arbitrary), 입법의 목적에 대하여 올바르고 실질적인 관계를 지니고 있는, 이유가 있는 차이에 기초를 두어(must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation), 유사한 상황에 처한 모든 사람들이 동등하게 취급되어야 한다(all persons similarly circumstanced shall be treated alike). 이러한 재량의 범위는 과세를 위한 재산의 구분 및 정책적 근거에 의한 면세의 부여에 있어서 현저하게 넓다(notably wide)."[14]

이러한 관점에서 연방대법원은 문제된 버지니아의 세법은 합리적인 구분 이유가 없고, 이는 이 사건 이후 개정된 세법이 주의 관할 내에 소속된 법인이라도 그 주 밖에서 발생한 소득에 대해서는 과세하지 않은 것으로 개정된 것에서도 알 수 있다고 하였다. 한편 그 개정법이 소급효가 없기 때문에 연방대법원은 구법 조항을 자의적인 차별로서 수정헌법 제14조의 법의 평등보호에 위반된다고 판단하였다.

2. Due Process 분야

가. 성립 배경

Lochner 판결이 보여준 개인의 자유를 제한하는 연방과 주의 적극적 개혁입법에 대한 사법부의 적대감은 후속 사건에 상당한 영향을 주었다. 비록

14) 253 U. S. 415.

사회복지를 위한 개혁입법이 연방대법원에서 합헌판단을 받은 경우도 있었으나(예로서, 여성 종업원의 노동시간을 제한한 주법을 합헌이라고 한 Muller v. Oregon(1908)), 많은 법률들이 위헌으로 선언되었다. 예를 들어, Adair v. United States, 208 U.S. 161(1908)은 노동조합에 가입한 이유로 해고하는 것을 금지한 연방법이 주들 간에 대한 연방의회의 통상규제권(commerce clause power)의 범위를 넘어섰다고 판단하였고, Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1(1915)은 고용주가 종업원을 고용할 때 노동조합에 가입하지 않을 서약을 요구할 수 있도록 한 주법을 위헌으로 판단하였으며, Adkins v. Children's Hospital of the District of Columbia, 261 U.S. 525(1923)은 여성 종업원에 대한 최저임금을 정한 연방법을 위헌이라고 판단하였다.

그런데 1930년대에 이르러 경제공황의 상황은 국민의 복지를 위한 정부의 적극적인 개입을 야기하게 되었다. 1933년 취임한 Franklin D. Roosevelt 대통령은 적극적 개혁입법을 통하여, 주에 대한 연방정부의 권한 강화, 규제적인 행정국가화 경향의 강화, 사회적 복지정책의 적극적 추진을 시도하였다.[15] 그러나 연방대법원은 보수적인 태도로서 이러한 시도를 용인하지 않았고,[16] Lochner 판결의 기본적 태도가 지속되었다.[17]

---

15) Hall/ Finkelman/ Ely, Jr., American Legal History, 3rd ed., 2005, 475-6.

16) 이러한 태도는 아래에 언급할 West Coast Hotel v. Parrish 판결에서 Sutherland 대법관의 반대의견에서 잘 나타나고 있다. "…… 헌법의 의미는 경제적 사건의 썰물과 밀물에 따라 변화하지 않는다. 우리는 흔히 일반적인 말로 헌법은 현재의 관점에서 해석되어야 한다는 말을 듣는다. 만약 그것이, 헌법은 모든 새로운 상태에 적용되는 살아있는 개념들로 구성되어 있다는 의미라면, 그 진술은 옳다. 그러나 만일 그것이, 오늘날 헌법의 개념들이 의미하는 것은 제정될 때 의미하지 않았던 것이라면, 즉 그들이 적용될 수 있었을 것에 현재는 적용되지 않는다면, 이는 대리인 아닌 국민들 자신이 달리 만들 때까지 국민들이 만든대로 헌법에 힘을 유지시켜주는 핵심적 요소를 헌법으로부터 박탈하는 것이다. 사법의 기능은 해석하는 기능이다, 그것은 해석의 가장 하에 수정하는 권한을 포함하지 않는다. …… 만일 이러한 원칙들의 관점에서 지성적이고 합리적으로 고안된 헌법이 바람직한 입법을 가로막는다면, 비난은 헌법 자체에 주어져야지 그 개념에 따라 그것을 집행하는 법원에 주어져서는 안 될 것이다. 그 상황에서 해결책은, 유일하고 진정한 해결책은 헌법을 개정하는 것이다."

17) 당시 보수적인 '4명의 기수'(the Four Horsemen : Devanter, McReynolds, Sutherland, Butler 대법관)은 지속적으로 뉴딜입법에 반대표를 던졌고, 3인의 리버럴 대법관들

1936년 압도적인 국민들의 지지로 재선에 성공한 루즈벨트 대통령은 개혁입법에 반대하는 사법부에 대한 불신에서, 1937년 3월 연방법원 판사의 정년을 70살로 하는 소위 'Court-Packing' 법안을 제안하기에 이르렀다.

이러한 상황에서, 연방대법원은 사회-경제적 입법에 대해서는 폭넓게 입법부의 정책결정 재량을 인정하는 '합리성 심사기준'을 정립해 감으로써 개혁입법에 대한 보수적 태도의 변화를 보였다. 이는 시대 상황을 반영한 것이지만, 한편으로는 위에서 본 평등보호 조항 사건들의 기존 판시가 향후 주도적인 것으로 채택된 것이라 볼 수 있다. 다음 몇 개의 사건에서 그러한 내용을 읽을 수 있다.

나. Nebbia v. New York, 291 U.S. 502(1934)

청구인은 식품점을 경영하다가, 해당 위원회로 하여금 우유 소매자 가격의 하한과 상한을 정하도록 한 뉴욕주 법률에 따른 위원회의 가격 규제에 위반하여 우유를 팔았다는 이유로 기소되자 뉴욕주 법률 및 위원회의 명령이 연방헌법에 위반된다고 다투었다.

Roberts 대법관의 다수의견은 다음과 같은 기준에서 합헌판단을 하였다.

"재산권과 계약의 자유의 일반적 룰은 정부의 간섭 없이 이를 향유할 수 있어야 한다는 것이다. 그러나 재산권과 계약의 자유는 절대적인 것이 아니다. 만일 누구나 자신의 재산을 다른 사람에게 손해를 주는 식으로 사용하거나 계약의 자유를 그들에게 해악을 주는 것으로 행사할 수 있다면 정부는 존재할 수 없기 때문이다. 사적 권리와 마찬가지로 똑같이 근본적인 것은 공공의 이익으로 그것을 규제할 수 있는 권한이다."

"적법절차의 요구에 관한 한 그리고 다른 헌법적 제약이 없는 한 주는 공공의 복지를 증진시키는 것으로 합리적으로 간주되는 경제적 정책을 자유롭

(Cardozo, Brandise, Stone)은 이를 지지하는 상태에서, 대법원장 Hughes와 대법관 Owen J. Roberts가 swing vote를 가지고 있었다. Id., 476.

게 채택할 수 있다(whatever economic policy may reasonably deemed to promote public welfare). 법원은 입법부에 의하여 선언된 그러한 정책을 선언하거나 번복할 권위가 없다. 만일 통과된 법률이 적합한 입법목적에 합리적인 연관성을 가진 것으로 보이는 한(to have a reasonable relation to a proper legislative purpose), 그리고 자의적이거나 차별적이지 않는 한(neither arbitrary nor discriminatory), 적법절차의 요구는 충족되며, 그 효과에 대한 사법적 판단을 할 권한은 법원에게 없다(functus officio).”

다. West Coast Hotel v. Parish, 300 U.S. 379(1937)

이 사건은 워싱톤주의 최저임금법의 위헌 여부를 다루고 있다. Hughes 대법원장의 다수의견은 다음과 같은 심사기준을 정립하면서 합헌판단을 하고 있다.

“헌법은 자유와 적법절차 없는 자유 박탈의 금지를 말하고 있다. 그러한 박탈의 금지에 있어서 헌법은 절대적이고 통제될 수 없는 자유를 인정하지 아니한다. 자유는 각 그 자신의 단계에서 자신의 역사와 함의를 지니고 있다. 그러나 보장되는 자유는, 사람들의 보건, 안전, 도덕, 그리고 복지를 해치는 해악들에 대한 법의 보호를 요구하는 사회적 조직 안에서의 자유이다. 헌법상의 자유는 그러므로 필수적으로 적정한 절차(due process)에 종속되며, 그 주제와의 관계에서 합리적이고(reasonable to its subject), 공동체의 이익에서 채택된 규정이 적정한 절차이다.” “고용주와 종업원의 관계를 다루는 데 있어서, 입법자는, 보건과 안전의 적합한 보호를 위하여, 그리고 온전한 노동조건과 억압으로부터의 자유를 보장하기 위해 고안된 규정들을 통해 평화와 좋은 질서가 증진될 수 있도록 하기 위하여, 필수적으로 넓은 영역의 재량(a wide field of discretion)을 가진다. …… 공동체는 입법 권한을 동원하여 자신들이 이기적으로 공익을 무시하는 것에서 비롯된 남용을 교정할 수 있다.”[18)]

18) Hughes 대법원장은 판결문에서 “협상력(bargaining power)에 있어서 평등하지 않고,

"입법부는 해악의 정도를 자유롭게 인식할 수 있으며 그 제약을 가장 명확하게 필요로 하는 사안들의 계층에 이를 한정시킬 수 있다. 만일 법이 가장 문제된 해악을 교정하는 것이라면, 다른 경우에 해악이 남아있다는 이유로 그 법이 폐기될 수는 없는 것이다."[19]

3. United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)

1923년의 연방법 Filled Milk Act는 치환유(filled milk. 置換乳-탈지유에 우유의 지방이 아닌 다른 지방 혹은 (코코넛) 오일이나 식물성 지방을 가한 우유)가 품질이 나쁜 혼합물로서 공중의 건강에 해롭고, 진짜 우유로 오해될 사기성이 있다고 표현하면서[20] 각 주 사이의 통상(interstate commerce)의 대상물에서 배제하고 그 위반행위를 처벌하였다. 피상소인(피고인)은 이를 위반하여 기소되었는데 법원은 이에 대한 피상소인의 항변을 인용하였다. 그러자 연방정부가 연방대법원에 상소를 제기하였다.

Stone 대법관은 다수의견에서 위 법률이 연방의회의 주 사이의 통상에 관한 권한 내에 있는 것임을 인정한 다음, 위 법률이 청구인의 물품을 저품질의 가짜 우유로서 공공의 건강에 해로운 것이라고 단정적으로 규정하고 주간 통상 대상으로서 금지하는 것이 수정헌법 제5조의 적법절차 없는 재산의 박탈이라는 주장에 대하여 다음과 같이 합헌 판단을 하였다.

"광범위하게 이용되는 음식물의 특정한 영양 성분의 최소치를 확보하고, 공중을 사기성 있는 대체물로부터 보호하는 입법부의 권한은 의심이 없었으며, 연방대법원은 해로운 물품의 금지가 공중에 대한 피해를 예방하는 적절한 수단(an appropriate means of preventing injury to the public)이라는 입법적

따라서 생존 임금의 거부에 상대적으로 무방비한 노동계층에 대한 착취는 그들의 건강과 복리에 해로울 뿐 아니라 그들의 후원을 위하여 공동체에게 직접적 부담을 던지는 것이다."고 표현하고 있다.

19) 이 판결은 Adkins v. Children's Hospital 판결을 번복하고 있다.

20) 당시에는 냉장고가 드물고 유통이 제한되어 진짜 우유가 귀했다고 한다.

판단에는 폭넓은 영역(ample scope for the legislative judgment)이 존재한다고 보았다.

우리는 이러한 판단으로부터 이탈할 설득력 있는 이유를 찾지 못하며, 수정헌법 제5조에 관한 한, 그리고 달리 제시된 것이 없으므로, 우리는 전적으로 합헌성의 추정을 전제로 해서 판단해야 한다. 그러나 긍정적인 증거가 또한 그 법률을 지지하고 있다."[21]

"[입법 당시 하원과 상원의 위원회에서] 양 위원회는, 동 법률이 바로 선언하고 있듯이, 순수한 우유의 대체물로서 치환유의 사용은 일반적으로 건강에 해롭고 대중에 대한 사기성 을 조장한다고 결론짓고 있다. (각주 2 생략)"

"연방헌법에는 연방의회든 주의회든 간에 그러한 증거를 무시하라고 강제하는 내용이 없으며, 청구인의 것과 같은 저급한 제품이 보편적인 가치있는 식품과 구분불가능하여 쉽게 현혹시키고 소비자 보호를 어렵게 하여 위험이 크게 증가된다는 의회 위원회들의 결론을 지지하는 많은 다른 증거를 무시할 필요도 없다. (각주 3 생략)"[22]

"그러한 상황에서 그 법률에 의하여 잘못된 상표와 잘못된 혼합을 금지함으로써 공중이 적절히 보호될 것인지 여부 혹은 더 나아가 만일 분간이 어려울 때 대체물로 사용되는 경우 건강해 해롭다고 여겨지는 대체 식품을 금지할 필요가 있는지 여부는 입법적 판단의 문제이고 법원의 그것이 아니다."[23]

"피상소인은 이 규정이 버터 지방을 대체하는 식물성 지방이나 기름을 사용한 오레오 마가린이나 기타 버터 대체용품은 금지하지 않으면서 자신의 물품 같은 것을 금지하는 것을 다투나 그러한 주장은 받아들일 수 없다. 수정헌법 제5조는 평등보호 조항을 가지고 있지 아니하고, 제14조의 평등보호 조항도 주에 대한 것일 뿐이므로, 그들의 입법부들로 아려금 모든 유사한

21) 304 U. S. 148.
22) 304 U. S. 149-50.
23) 304 U. S. 151.

해악을 금지하거나 아무 것도 금지하지 않도록(prohibit all like evils, or none) 양자택일을 강제하지 않는다. 한 입법부는, 비록 다른 부조리를 척결하지는 못하더라도, 자신이 발견한 부조리만을 척결할 수 있다(may hit at an abuse which it has found, even though it has failed to strike at another). Central Lumber Co. v. South Dakota, 226 U. S. 157, 226 U. S. 160 ; Miller v. Wilson, 236 U. S. 373, 236 U. S. 384 ; Hall v. Geiger-Jones Co., 242 U. S. 539, 242 U. S. 556 ; Farmers & Merchants Bank v. Federal Reserve Bank, 262 U. S. 649, 262 U. S. 661."[24]

"…… 알려진 사실이나 일반적으로 추정된 사실에 비추어 볼 때, 입법자의 지식과 경험 내에서 그것이 어떤 합리적 근거(rational basis)를 지닌 것이라는 가정을 배제할 정도의 특성이 있지 않는 한, 입법적 판단을 지지하는 사실의 존재는 추정될 것이다(the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed). 각주 4"[25]

※ 각주 4[26]

입법이, 문면 상(on its face), 수정헌법 제1조-제10조의 금지와 같은, 또 수정헌법 제14조에 의하여 포함된 그러한 특별한 금지와 같은, 연방헌법의 특별한 금지 내에 해당된다고 보이는 때에는, 합헌성의 추정이 더 좁은 영역에서 적용될 것이다(There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality). Stromberg v. California, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370 ; Lovell v. Griffin, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452.

---

24) Id.
25) 304 U. S. 152.
26) 이하는 각주 4의 전체 내용이다. Stone 대법관의 이 각주 4는 향후 연방대법원이 사회경제적 입법에 대해서는 입법형성권을 존중하는 완화된 심사를 하지만 모든 헌법사건에서 그렇게 하지 않을 것이며, 적어도 근본적 권리 사안이나 정치과정에서 제대로 걸러지지 않는 사안이나 분리되고 고립된 소수자보호를 위해서는 강한 위헌심사를 할 것을 예견하고 있다. 그 점에서 이 각주는 매우 중요한 역사적 가치를 지닌다. 참고로, 1980년 John Hart Ely 교수가 사법심사에 관한 저술(Democracy and Distrust)에서 이 각주 내용을 발전시켜 사법심사의 방향에 대한 오늘날의 주류적 인식에 기여한바 있다.

바람직하지 않은 입법을 폐기할 것으로 통상 기대될 수 있는 정치적 과정(political processes)을 한정하는 입법은 수정헌법 제14조의 일반적 금지 하에서 다른 대부분의 입법보다 더 강한 사법적 심사에 종속될 것인지(to be subjected to more exacting judicial scrutiny) 여부는 지금 더 이상 고려할 필요가 없다. 선거권의 제약에 대하여, Nixon v. Herndon, 273 U. S. 536 ; Nixon v. Condon, 286 U. S. 73 ; 정보의 전파에 대한 제약에 대하여, Near v. Minnesota ex rel. Olson, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722 ; Grosjean v. American Press Co., 297 U. S. 233 ; Lovell v. Griffin, 전게 ; 정치적 단체에 대한 간섭에 대하여, Stromberg v. California, supra, 283 U. S. 369 ; Fiske v. Kansas, 274 U. S. 380 ; Whitney v. California, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378 ; Herndon v. Lowry, 301 U. S. 242, 그리고 Holmes, J., in Gitlow v. New York, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673 ; 평화적 집회의 금지에 대해서는, De Jonge v. Oregon, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365.

마찬가지로 우리는 특정한 종교적 소수자들이나(Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510), 민족적 소수자들이나(Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390 ; Bartels v. Iowa, 262 U. S. 404 ; Farrington v. Tokushige, 273 U. S. 284) 혹은 인종적 소수자들(Nixon v. Herndon, supra ; Nixon v. Condon, 전게)을 직접적 대상으로 한 법률들에 대한 심사에도 유사한 고려를 할 것인지 여부를 물을 필요가 없다. 즉 분리되고 고립된 소수자들(discrete and insular minorities)에 대한 편견은, 통상 소수자들을 보호하는 것으로 믿어지는 정치적 과정(political processes)의 이행을 심하게 제약하는 경향을 가진, 그리고 그에 상응하는 더 강화된 사법적 심사(correspondingly more searching judicial inquiry)를 요하는, 특별한 조건일 것인지 여부 역시 물을 필요가 없는 것이다. 다음 판결 및 거기에 인용된 판결 비교. 17 U. S. Maryland, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428 ; South Carolina v. Barnwell Bros., 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2.

4. 정 리

이러한 판례를 통하여 사회 경제적인 입법에 대해서 법원이 적극적으로 정책판단을 행하는 시대가 종료되고, 합리성 심사기준이 적립되었다. 그 결과 재산권(property right)이나 경제적 사항에 관련된 계약의 자유는 적어도 연방대법원에 관한 한, 특별히 재산의 수용(taking) 문제가 아닌 이상, 적극적인 사법적 보호를 받지 못하게 되었다. 그러한 입법의 경우 입법목적에

대해서는 추정적 정당성이 인정되며 채택된 입법수단은 그것이 명백히 자의적이거나 입법목적에 아무런 합리적 관련성이 없는 것이 아닌 한 합리적인 것이라고 보게 된다.[27)]

이러한 심사기준이 헌법의 의미를 제대로 구현하는 것이냐에 대해서는 비판적 의견이 있다. 예를 들어 수정헌법 제14조의 평등보호 조항은 주가 개인들을 달리 취급하는 것은 그렇게 하는 것이 공정할 때에 한정된다는 뜻인데, 법원이 '추측 가능한 공익이 존재하고, 차별취급이 그러한 공익에 합리적으로 연관되기만 하면' 합헌이라고 하는 것은 헌법의 의미를 부족하게 실현하는 것(under-enforcement)이라는 비판이다.[28)] 그러한 심사기준은 헌법의 의미를 올바로 밝히는 것이라기보다는, 법원의 사건부담 경감과 법원의 결정이 가져올 바람직하지 않은 결과를 피하고, 입법자의 결정에 대한 사법적 존중(judicial deference)을 단지 넓게 인정하기 위한 것이라고 한다.

이러한 연방대법원의 입장이 Lochner 시대의 사법적극주의에 대한 정치적, 사회적 비난에 영향을 받은 지나친 반대방향인지는 단언하기 어렵지만, 적어도 이는 법원이 정책적 요소가 강한 분야에 개입하는 것은 사법적 본질에 잘 맞지 않다는 특징을 반영하고 있으며, 향후 법원의 사법심사의 에너지를 좀더 근본적 권리와 소수자 보호에 집중하는 데 기여하였다.

한편 연방대법원은 때로는 합리성 심사를 비교적 엄격하게 적용하여 위헌결정에 이르기도 한다(rational basis review with a bite).[29)]

---

27) Jefferson v. Hackney, 406 U. S. 535, 406 U. S. 546(1972) ; Richardson v. Belcher, 404 U. S. 78, 404 U. S. 81(1971) ; Flemming v. Nestor, 363 U. S. 603, 363 U. S. 611(1960) ; McGowan v. Maryland, 366 U. S. 420, 366 U. S. 426(1961) ; Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471, 397 U. S. 485(1970).

28) Lawrence Gene Sager, Fair Measure : The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, 91 Harv. L. Rev. 1212, 1215(1978).

29) Mathews v. Lucas, 427 U.S. 495, 510(1976) ; City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc., 473 U.S. 432, 446-50(1985), Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 631-36(1996).

Ⅳ. 엄격심사의 성립 과정

1. 배 경

사회-경제적 입법에 대해서 연방대법원은 합리성 심사를 하게 되지만 Carolene Product 사건의 각주 4에서 보듯이 근본적 권리나 소수자 보호, 그리고 정치과정의 오작동에 대해서는 위해서는 적극적인 사법심사를 할 것이 예견되었다.

한편 연방헌법의 권리장전이 주에까지 그 효력을 미치게 됨에 따라 (incorporation) 권리침해에 대한 연방법원의 사법심사가 확대되었고, 이에 다양한 권리 침해성 사안을 다루면서 합리성 심사기준보다 더 엄한 심사기준이 형성되기에 이르렀다. 그리하여 합리성 심사 사안과 구분되는 우월적 권리(preferred rights)의 개념이 탄생하였고, 이중기준(double standard)에 따라 표현의 자유나 정치적 자유의 영역에서는 경제적 자유보다도 더 강화된 위헌심사를 행한다는 법리가 전개되었다.[30]

그리하여 입법 등 공권력 작용이 '필요불가결한 정부의 이익'(compelling governmental interest)을 달성하기 위하여 '필요한'(necessary) 혹은 '정밀하게 재단된'(narrowly tailored) 것이 아닌 한 위헌이라는 오늘날의 엄격심사(strict scrutiny) 기준이 정립되게 되었는데, 이는 한 번의 추상적, 관념적 사고를 거쳐 채택된 것이 아니라 여러 가지의 다양한 헌법사건에서 실험적인 접근방법을 통한 발전과정을 거쳐 1960년대의 Warren 재판부에 이르러 확립된 것이라고 할 수 있다.[31]

---

30) 이에 대해서는 다음 문헌의 설명 참조. Richard H. Fallon, Jr., Strict Judicial Scrutiny, 54 UCLA L. Rev. 1267, 1285-1290(2007).

31) Fallon, 위 논문, 1270쪽. 이하 엄격심사의 발전과정에 대한 서술은 이 논문의 내용을 기초로 하였다.

2. 각 분야별 엄격심사의 발전 과정

가. 인종을 기준으로 한 차별 사안

앞에서 본 것처럼 Strauder v. West Virginia에서 수정헌법 제14조의 목적이 흑백 인종차별을 시정하기 위한 것임을 명백히 하면서 '악의적 차별'인지를 심사하게 되었지만, Plessy v. Ferguson에서는 흑백분리제도가 합리적이고 공공선을 증진하기 위한 선의적인 것인 한 정당화된다고 판단하였다. 그러나 Brown v. Board of Education에 이르러 공교육에 관한 한 그러한 구분은 '내재적으로 불평등한 것'이라고 선언되었다.

그런 와중에서 엄격심사의 내용이 처음으로 윤곽을 드러낸 사건은 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214(1944)이다. 이 사건은 일본의 진주만 공습 후 캘리포니아 서부의 미군기지 근처 주민들 중 일본인 혈통을 가진 사람들은 해당 지역으로부터 의무적으로 이주하도록 한 군 당국의 명령을 다툰 것이다. 이 명령은 당시 연방법률과 대통령의 행정명령에 근거를 둔 것이었으며, 해당 주민들의 스파이 및 방해 활동(espionage and sabotage)의 가능성과 위험성을 이유로 하였다. 미국에서 태어나 미국시민인 일본계의 청구인은 이 명령을 따르지 않아 기소되었다.

Black 대법관의 다수의견은 이 사건에서 심사기준에 대하여, 별다른 선례의 원용 없이, 다음과 같이 설시하였다.

"먼저 한 단일한 인종적 집단의 시민권을 박탈하는 모든 법적 제약은 즉각적으로 의심스러운(suspect) 것이라는 점이 지적되어야 한다. 이는 모든 그런 제약이 위헌이라는 말은 아니다. 그것은 법원들이 그것들을 가장 엄격한 심사(most rigid scrutiny)에 종속시켜야 한다는 의미이다. 절박한 공익적 필요성(pressing public necessity)이 때로는 그러한 제약의 존재를 정당화할 수 있다. 인종적 적대감은 절대로 그럴 수 없다."[32]

32) 323 U.S. 214, 216.

그런데 그는 이 사건에서, 비록 일본인들의 개별적 상황을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 해당 지역에서 일본 혈통을 가진 사람들을 무조건 강제로 이주시킨 것의 문제점을 지적하고 있지만, 이는 법률적 근거를 가지고 있으며, 전시 상태에서 한시적으로 행해진 군 당국의 그러한 명령이 정당하지 않다고 볼 수 없다며 합헌결정을 하였다.

이 판결 이후 단지 흑백을 근거로 한 인종차별은 헌법적으로 의심스러운 (constitutionally suspect) 것으로 보게 되었다.[33)]

현대적인 엄격심사의 모습은 McLaughlin v. Florida, (1964)에서 나타났다. 플로리다 주법은 결혼하지 않은 흑백의 커플이 밤에 지속적으로 한 방을 쓰는 것(the habitual occupation)을 금지하였다. 이 판결은 Bolling 판결을 원용하면서 모든 인종적 구분은 헌법적으로 의심스러운 것이라고 하였고, 다시 Korematus 판결을 원용하면서 이는 가장 엄격한 심사에 종속된다고 판시하였다.

인종적 구분이 헌법적으로 의심스런 것이라면, 그것은 엄격한 심사 대상이 되어야 하지만, 한편 모든 기본권이 절대적으로 보장되는 것은 아니므로, 때로는 합헌적인 제한이 있을 수 있지만 그 합헌성을 인정하기 위해서는 필수불가결한 목적이 있어야 한다는 법리가 형성되게 된다.

그 구체적인 모습은 Palmore v. Sidoti(1964)에서 드러나고 있다. 플로리다의 백인 부부가 이혼하면서 아이의 양육을 부인이 맡았는데, 부인이 흑인 남자와 동거에 들어가자 전 남편이 아이 양육을 신청하였고, 법원은 흑백 간의 동거에 따라 아이가 사회적 낙인에 취약하게 될 수 있다는 이유로, 부인에게 아무런 결격사유가 없었는데도, 신청을 인용하였다. 전원일치 판결로 연방대법원은 사회에 인종적 편견이 존재하지만 법이 그것에 직, 간접적인 법적 효과를 줄 수는 없으며 따라서 플로리다 법원의 결정은 수정헌법 제14조에 위반되는 것이라고 판단하였다.

---

33) Bolling v. Sharpe.

나. 근본적 권리에 적용되는 평등조항 분야

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 해당되는 지가 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 사람들에 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, 부지불식간에 특정한 집단이나 부류에 대하여 정당하고 평등한 법의 헌법적 보장에 위반하여 악의적 차별(invidious discrimination)이 이루어지지 않게 하기 위해서,[34] 엄격심사(strict scrutiny)가 필수적이라는 것을 강조하려는 것이다. '법의 평등 보호는 평등

34) 220 U. S. 82
to discriminate invidiously between different persons in substantially the same situation. Bailey v. Alabama, 219 U. S. 219, 219 U. S. 238 ; Board of Excise v. Merchant, 103 N.Y. 143, 148. The validity of such a statute was brought in question in the recent case of Mobile &c Railroad Co. v. Turnipseed, 219 U. S. 35, 219 U. S. 43, and it was there said by this Court :

한 법의 보호에 대한 서약'의 보장이라는 것이다. Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356, 118 U. S. 369. 법이 본래적으로 동일한 죄질의 범죄를 저지를 사람들을 차별하여 누구는 불임 시키고 누구는 하지 않는 것은 마치 특정한 인종이나 국적을 억압적 조치의 대산으로 선택하여 악의적인 차별을 행하는 것이다."[35]

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. 그러나 차별목적과 수단간의 연관관계에 대한 구체적 언급은 없다.

이러한 행태는 CARRINGTON V. RASH, 380 U. S. 89(1965)에서도 유사하다. 여기서는 Texas 주가 단순히 텍사스주에 주둔하는 것뿐만 아니라 군입대를 텍사스주에서 한 군인들로서 텍사스주에 주둔하는 군인들에게만 선거권은 부여한 규정이 문제되었다.

Stewart 대법관의 다수의견은「심사기준과 관련하여, 단순히 구분이 있다는 점만으로 평등원칙 위반이 되지 않지만(Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483), 특정한 계층을 겨냥하여 차별취급하는 경우에는, 그 구분이 입법목적에 비추어 합리적인 것인지를 심사하여야 한다(McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 191)」고 전제하였다.

텍사스주는 이 규정이 임시로 주둔하는 군인들의 정치적 의사에 의하여 적은 규모의 시민들의 의사가 왜곡되는 선거결과를 방지하는 것이라고 주장하였는데, 그러한 선거에 대한 개인의 의사를 이유로 한 집단에 대한 차별은 허용될 수 없다고 배척되었다. 다음으로, 주는 군인들이 임시로만 텍사스주에 거주하게 되는 현실을 이유로 선거권에 대한 그러한 규제가 정당화된

35) 316 U.S. 535, 542.

다고 주장하였으나, 이에 대해서는, 비록 주는 선의의 선거권자 자격을 규제할 수 있지만, 이 규정이 다른 부류의 임시 거주자들, 즉 학생들, 병원 환자들, 연방정부 직원들에 대해서는 그러한 규제를 하지 않고 있는 차별적 성격을 지적하였다.

결론적으로 연방대법원은 그러한 규제는 선거권이라는 중요한 권리를 지닌 유권자들에 대한 악의적 차별(insidious discrimination)로서 수정헌법 제14조에 위반된다고 판단하였다.

이러한 심사방식은 엄격심사라는 용어를 사용하지 않고 합리성 유무를 판단한다고 하였지만, 주의 규제입법 권한도 선거권의 차별이 없는 상태에서만 허용된다고 보고, 차별의 악의성 여부를 판단하는 구조를 띄고 있다. 이 판결에서 입법목적의 정당성 여부가 직접적으로 논해지지는 않았지만, 주가 주장한 입법이유의 비정당성을 논하는 단계에서 그 차별적 입법목적을 드러내고 있다. 그 결과 입법목적 자체가 부당한 것이 되므로, 입법목적과 수단 간의 관계에 대한 구체적 언급이 불필요하게 되는 심사구조를 보인 것이라고 할 수 있다.

평등조항과 근본적 권리에 있어서, 엄격심사는 1960년대에 이르러 확립된 모습을 갖게 된다. 1969년 Kramer v. Union Free Sch. Dist. No. 15, 395 U.S. 621(1969)에서는 선거권의 근본적 성격을 인정하면서 특정 집단에 대한 선거권의 배제가 필수불가결한 주의 이익을 증진시키기 위하여 필요한가를 심사하였다(whether the exclusions of some from the opportunity to vote are necessary to promote a compelling state interest). 이는 오늘날의 엄격심사의 기본 형태를 보여주고 있다.

다. 언론의 자유 사안

연방대법원에서 언론의 자유 사안은 1919년의 Schenk v. U.S. 판결에서부터 가시적으로 나타나기 시작한 명백하고 현존하는 위험의 법리(clear and

present danger rule)에서 심사기준의 형태를 찾아볼 수 있다. 또한 Stormberg v. California(1931)에서 나타난 명확성 원칙(vagueness doctrine), New York Times v. Sullivan(1964)의 공무원에 대한 명예훼손에 있어서 실제적 악의(actual malice) 요건, Dennis v. United States 판결에서와 같이 공익과 사익의 이익형량(balancing test), 나아가 New York Times v. Unites States(1971)에서의, 사전적 억제(prior restraint)는 국가나 국민들에게 직접적이고 즉각적이고 회복할 수 없는 손해가 있는 경우만 허용된다는 법리, 그리고 명백, 현존의 원칙과 유사하게, Brandenburg v. Ohio(1969)에서의, 폭력의 옹호는 즉각적인 불법행위를 자극하거나 야기하는(directed to inciting or producing imminent lawless action) 경우 외에는 불법이 아니라는 법리가 형성되었다.

엄격심사는 이러한 사안들의 영향 하에서 하지만 별도로 전개된 것이라 할 수 있다.

1958년 Speiser v. Randall에서 처음으로 필수불가결한 이익(compelling interest)이 거론되었다. 캘리포니아 헌법은 폭력이나 기타 불법적 수단으로 정부를 전복할 것을 옹호하는 사람이나 단체에 대하여 여하한 면세를 거부하면서 의회가 이 규정의 집행에 필요한 입법을 하도록 하였고, 캘리포니아 세법은 헌법에 규정된 그러한 행위를 하지 않겠다는 서약을 면세의 조건으로 요구하였다. 청구인은 제대군인으로서 면세를 신청하였으나 그러한 서약을 하지 않아 거부되었다.

연방대법원은 표현행위에 대한 면세의 거부가 표현행위를 제약하는 효과를 인정하면서, 그러한 표현행위의 규제절차가 청구인으로 하여금 그러한 위법행위를 하지 않겠다는 입증책임을 부담하게 하는 것에는, “주는 보호되는 언론을 제약하는 결과를 필연적으로 가져오는 간소한 절차를 정당화할만한 필수불가결한 이익을 가지고 있지 않다.”[36]고 판단하였다.

1963년의 NAACP v. Button, 371 U.S. 415 에서는 그러한 공익과 이를 달성하기 위한 수단의 적정성을 심사하였다. 흑인인권단체인 NAACP는 변호

36) 357 U. S. 529.

사를 고용하여 인권침해를 구제하기 위한 공익소송을 도모하였다. 버지니아 주법은 변호사의 윤리를 규정하면서 변호사가 사건 당사자가 아니며, 금전적 권리를 갖거나 의무를 가지지 않은 사람이나 단체로부터 보수를 지급받거나 고용되지 않도록 규제하였다. 청구인은 이 조항이 자신에게 적용되는 한 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하였다.

연방대법원은 청구인이 공익소송을 통하여 자신의 의사표현행위를 하는 것이 표현의 자유에 의하여 보호되는 영역이라고 인정하였다. 나아가 "연방대법원의 판결들은 지속적으로, 주의 헌법적 규제권한 내에서 필수불가결한 주의 이익만이 수정헌법 제1조의 자유의 제한을 정당화할 수 있다고 판시하여 왔다."고 한다.[37] 한편 다음과 같이 표현하였다. "표현의 자유 영역에서 광범위한 예방적 규율은 의심스럽다. 예를 들어, Near v. Minnesota, 283 U. S. 697 ; Shelton v. Tucker, 364 U. S. 479 ; Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP, 366 U. S. 293. Cf. Schneider v. Irvington, 308 U. S. 147, 308 U. S. 162. 규제의 정확성(precision of regulation)은 우리의 가장 소중한 자유들을 다루는 영역에서 시금석이 되어야 한다."[38]

이러한 기준에서, 연방대법원은 변호사의 부적절한 윤리(barratry, maintenance and champerty)를 규정하기 위한 변호사 윤리규정들은 청구인 단체의 표현의 자유를 제한하는 공익적 근거로서 합당하지 않으며, 직업적 윤리기준에 관한 주의 규제권한은 헌법적 권리를 무시할 수 없다고 하였다.

라. 결사의 자유 사안

1950년대에 들어, 연방대법원은 결사의 자유 사안에서 의회의 입법재량을 존중하는 형태의 이익형량 심사(balancing test)를 하기도 하였으나,[39] 결사의

37) 371 U. S. 438.
38) 같은 곳.
39) 예를 들어, Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109, 127(1959) ; Uphaus v. Wyman, 360 U.S. 72, 81(1959).

자유 제한에는 필수불가결한 공익이 요구된다는 판례들을 내기도 하였다.

1960년에 이르러 Bates v. City of Little Rock, 361 U. S. 516(1960)에서 NAACP로 하여금 회원 명부를 공개하도록 한 것이 '필수불가결한 공익'에 해당되는 것이 아니라고 하였다. 나아가 이 판결에서는 비록 그러한 공익이 존재한다고 해도 법원은 결사의 자유를 제한하는 주법과 주법이 의도적으로 추진하는 필수불가결한 공익 사이에 '합리적 연관관계'(reasonable relationship)가 존재하는지 심사할 필요가 있다고 판시하였다. 같은 해 Shelton v. Tucker, 364 U. S. 479(1960)에서는 선생들에게 가입 단체를 보고하도록 한 아칸사스 주법이 필수불가결한 공익 요건을 흠결하였다고 판단하였다.

NAACP의 회원 이름 공개를 요구한 플로리다 주법을 다룬 1963년의 Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee, 372 U. S. 539(1963)에서는 주법이 필수불가결한 공익을 흠결하였다고 하면서, 그러한 공개 요구가 정당하기 위해서는 주는 "설득력 있게, 찾는 정보와 압도적이고 필수불가결한 공익(overriding and compelling interest) 사이에 실질적 관계(substantial relation)를 보여"주어야 한다고 판시하였다.[40]

마. 종교의 자유 사안

1963년의 Sherbert v. Verner, 374 U. S. 398(1963)에서는 제7일 안식일교 교인이 토요일에 근무하지 않아 직장에서 해고된 뒤 사우스 캐롤라이나에서 실업수당을 신청하였으나 자발적 실업이라며 거부되자 이를 다투었다. 연방대법원은 실업수당의 거부는 종교의 자유에 대한 실질적인 제약이며, 이를 정당화하기 위해서는 그 어떤 필수불가결한 주의 이익이 있어야 하고 달리 주가 예방하고자 하는 해악을 극복할 "다른 대체적인 형태의 규율"(no alternative forms of regulation)이 없어야 한다고 판시하였다.

40) 372 U. S. 539, 546.

바. 실체적 적법절차 사안

수정헌법 제14조의 적법절차에 따른 자유의 보장과 관련하여 연방대법원은 여러 형태의 근본적 권리를 인정하였으나 엄격심사의 형식으로 그 권리 제한의 위헌 여부를 심사한 사건은 1973년의 Roe v. Wade, 410 U. S. 113(1973)이다. 낙태를 금지한 이 사안에서 프라이버시 침해 여부를 판단하는 기준으로 오늘날의 엄격심사가 제시되었다. 즉 필수불가결한 공익을 달성하기 위하여 좁게 재단된 것이어야 한다는 것이다.

이러한 기준의 효시는 1965년의 Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479(1965)에서의 Goldberg 대법원의 동조의견이라고 할 수 있다. 동 판결은 결혼한 부부에게 피임약 사용을 금지한 규정이 위헌이라고 선언하였다. Goldberg 대법관은 별개의견에서, '개인의 자유에 대한 심각한 제약이 있는 경우, 주는 필수불가결한 이익을 증명하여야 한다. 그 법은 허용되는 주의 정책의 달성을 위하여, 단지 합리적으로 연관된 것이 아니라, 필수적(necessary)인 것이어야 한다.'고 하였다.[41]

3. 정 리

위에서 본 것처럼 엄격심사는 연방대법원의 어느 한 시점의 결단이 아니라 여러 사건에서 점차적으로 형성되어 왔다. 이 심사기준은 앞서 언급하였듯이 합리성 심사와 연관이 있다. Roosebelt 대통령의 재선 후 연방대법원이 사회-경제적인 뉴딜 입법에서 거의 무조건적으로 의회의 형성재량을 존중하여 매우 약한, 때로는 명목적인 위헌성 심사를 실시하였지만, 이 단일한 심사기준만으로 많은 입법이나 공권력작용에 대한 심사가 완결될 수 없었다.

한편 연방헌법의 권리장전이 주에까지 효력을 미치게 됨에 따라

41) Griswold, 381 U.S. at 497(Goldberg, J., 동조의견).

(incorporation) 연방대법원에 평등조항과 적법절차 조항에 따른 많은 근본적 권리 침해사안이 제기되었고 법원으로서는 그것이 근본적인 권리(fundamental rights)인 한 의회의 자유로운 입법재량에 의하여 쉽게 제한될 수 있다는 논증방법을 채택할 수는 없었다.

특히 수정헌법 제14조의 제정목적이 흑백 인종차별의 철폐라는 대전제에서, 각종 형태의 주법들이(특히 남부의 주들) 여전히 인종차별을 영속화하는 직, 간접적인 입법수단을 때로는 교묘하게 동원하는 것에 제동을 걸 필요가 있었고, 이에 인종적 구분을 하는 법률들은 일단 헌법상 '의심스런'(suspect) 것으로 보고, 이에 대해서는 강력한 위헌심사를 하는 쪽으로 방향을 잡게 되었다.

그 결과 우선적으로 그러한 입법의 목적이 무엇인가, 즉, 왜 그런 규제를 행하는가를 묻게 되고, 이 단계에서 인종차별에 대해서는 필수불가결한 목적이 아니면 수정헌법 제14조에 따라 허용되지 않는다는 법리가 먼저 발전되었다. 다음 단계로서, 설사 그러한 공익목적이 인정된다고 하더라도 채택된 수단이 그러한 목적에 상응하고 있는지를 심사하는 단계로 진입하였다. 이 부분에서, 입법목적과 수단이 '합리적 관련성'이 있는지, '실질적 연관성'이 있는지, 지나치게 광범위한 것이 아닌지 등의 심사방식을 거쳐, 마침내 채택된 수단이 필요한(necessary) 것인지, 즉 정밀하게 재단된 것인지(narrowly tailored) 혹은 달리 덜 제약적인 입법수단이 없는지를 묻는 심사기준이 정립되어 왔다.

그런데 비록 그러한 엄격심사 기준이 정립되었지만, 그 추상성과 불확실성으로 인하여 개별 재판관마다 그 적용범위가 차이가 날 수밖에 없다. 하바드 로스쿨의 Fallon 교수에 따르면, 엄격심사의 실제 적용례에 있어서 크게 3가지 유형이 존재한다.[42]

첫 번째는, 정부의 입법동기를 불문하고 엄격심사 사안을 거의 헌법상 금지된 경우라고 보는 것이다(a nearly categorical prohibition against infringements

42) Fallon, 전게 논문, 1302～1311.

of fundamental rights). 그러한 입법의 정당성은 고도로 중요한 해악이나 재난적 해악을 방지하지 위하여 필요한 경우에만 인정된다.

두 번째는 엄격심사는 본질적으로 강화된 형태의 이익형량(a weighted balancing test)이라고 보는 것이다. 즉 자유에 대한 제약을 공익의 이점의 측면에서 정당화하는 것이다. 이러한 심사방식은 중간심사나 합리성 심사와 그 심사강도에 있어서 구분하기 어려운 측면이 있다고 한다.

세 번째 방식은 엄격심사를 소위 부정한 동기(illicit motive)를 배제하는 도구로 삼는 것이다. 허용되지 않는 정부의 목적을 걷어내는(smoking out)데 사용하는 것이다. 즉 백인의 기득권을 위한 소수인종의 불리나 표현내용의 반발감 때문에 발생된 규제를 억제하기 위한 것이다.

한편 엄격심사는 이론상으로는 단지 엄격이지만 실제적으로는 치명적인(strict in theory and fatal in fact) 것이라고, 즉 적용 결과, 위헌이라고 선언될 가능성이 높은 심사기준이라고 주장되어 왔다. 그러나 이에 대한 실증적 조사 결과는 그렇지 않다는 반론이 제기되었다.[43)]

Ⅴ. 중간심사의 성립 과정

1. 배 경

연방대법원은 사회-경제적 입법 혹은 근본적인 권리 제한이 아닌 분야에서 입법형성의 광범위한 재량을 인정하는 합리성 심사기준과, 인종차별과 근본적 권리의 제한에 적용되는 엄격심사를 확립하였지만, 그 후의 많은 사건에서 도저히 이 두 가지 기준만으로는 적절히 포섭할 수 없는 위헌문제가 발생하게 된다.

---

43) Adam Winkler, FATAL IN THEORY AND STRICT IN FACT : AN EMPIRICAL ANALYSIS OF STRICT SCRUTINY IN THE FEDERAL COURTS, 59 Vand. L. Rev. 793(2006).

이러한 문제에 대한 접근방법에는, 심사기준의 측면에서 보면, 다음과 같은 논리적 가능성이 나타날 것이다. 1) 양 극단 사이의 어느 지점에 해당되는 하나의 중간단계 심사기준을 같은 구조적 기반 하에 정립하는 방법, 2) 양 극단 사이에서 다시 여러 단계의 심사기준을 정립하는 방법, 3) 양 극단 외의 사건에서는 심사기준을 따로 정립하지 않고 심사하는 방법, 4) 합리성 심사나 엄격심사와 구조가 전혀 다른 위헌심사기준을 마련하는 방법이 있을 수 있다.

각 방법은 장단점이 있을 것이다. 위 1)은 심사기준의 적실성과 후속 사건에 대한 예측가능성을 준다는 점에서 긍정적이나, 합리성 기준과 엄격심사가 비교적 딱 떨어지는 객관적 심사기준의 요소를 지니고 있는 반면, 중간심사기준은 어정쩡한 구성에 머무를 가능성이 있다. 한편 앞으로 사건이 다양해짐에 따라 3가지 단계만으로 모든 관련 사건을 포섭하는 것에 어려움이 또 예상된다. 위 2)는 사안에 따른 구체적 기준이 정립될 수 있는 장점은 있으나, 사법심사 방식이 복잡해지고 예측가능성을 쉽게 줄 수 없는 단점이 있다. 위 3)은 이미 권리의 침해 사안에 대하여 역사적으로 연방대법원이 점차 객관적 심사기준을 정립하여 온 추세에 반하며, 위헌심사기준이 정립되기 이전 단계의 헌법재판으로 되돌아가는 것을 뜻한다. 그런 점에서 받아들이기 어려운 접근방법일 것이다. 위 4)는 실무상 완전히 새로운 틀의 심사기준을 만드는 것이 어렵고, 그것이 가능하더라도 사법심사의 평면을 복잡하게 만들며 예측가능성도 어렵게 하는 단점이 예상된다.

연방대법원은 성별에 의한 차별문제 등 합리성 심사나 엄격심사가 부적절하다고 판단한 영역에서 결국 위 1)의 방법을 선택하였다. 그리하여 입법목적에서 엄격심사보다 약하고 합리성 심사보다는 강한 '중요한' 입법목적 개념을 채택하였고, 입법수단과 목적과의 연관관계에서도 '실질적으로 연관된' 정도의 중간적 개념을 채택하게 된 것이다. 이러한 개념은 합리성 심사나 엄격심사의 개념에 비하여 모호하고 추상적이라는 비난에 직면하고 있다. 그러나 양 극단에 포섭할 수 없는 영역이 존재하는 것은 오늘날 부인할

수 없는 것이고, 여기에 연방대법원의 고민이 있었던 것이다.

2. 중간심사 기준의 채택 과정

수정헌법 제14조의 평등조항은 애초에는 인종차별에만 적용되는 것으로 해석되었다(The Slaughter House Cases, 83 U.S. 36(1872)). 그러나 그 조항내용의 일반성은 후속 사건에서 인종차별뿐만 아니라 모든 형태의 차별문제에 적용하게 되었다(예, Yick Wo v. West Virginia. 100 U.S. 303(1879)).

가. Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971)

남녀차별 금지 문제는 미국헌법 하에서 인종차별 금지와 같은 뚜렷한 헌법적 지위를 가지고 있지 않았다. 여성단체는 남북전쟁 후 수정헌법 제14조를 제정할 때 남녀차별을 금지하는 헌법규정을 별도로 두고자 노력하였으나, 입법으로 채택되지 못했다.[44] 이러한 배경에서 연방대법원이 남녀차별 문제에 대해서 인종차별과 동등한 수준의 심사를 하지 않고, 따라서 수정헌법 제14조를 남녀차별에 적용할 때 엄격심사를 적용하지 않았다.

1971년도의 위 사건을 보면 엄격심사가 적용되지 않고, 합리성 심사기준이 적용되었다. 아이다호의 법률이 상속재산 집행자를 정함에 있어서 남자를 여자보다 우위에 둔 것이 문제되었다. 미성년자가 양부모의 이혼 후 유언 없이 사망하자 양부모가 서로 법원에 상속재산의 집행인으로 선정해 달라는 신청을 하였다. 아이다호의 유언법은 여러 사람이 경합적으로 상속재산 집행인 신청을 하였을 때 남자를 여자에 우선하였다.

연방대법원은 심사기준에 관하여 다음과 같이 판시하였다 : “이 법원은 지속적으로 수정헌법 제14조가 주로 하여금 다른 사람들을 다르게 구분하는

44) American Legal History.

권한을 부인하는 것은 아니라고 인정하여 왔다. Barbier v. Connolly, 113 U. S. 27(1885); Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U. S. 61(1911); Railway Express Agency v. New York, 336 U. S. 106(1949); McDonald v. Board of Election Commissioners, 394 U. S. 802(1969). 그러나 동 수정헌법의 평등보호조항은 주가 해당 입법의 목적에 전적으로 무관한 기준에 근거하여 (on the basis of criteria wholly unrelated to the objective of that statute) 차별적 취급을 하는 입법권한을 부인한다. 구분(classification)은 '합리적이고 자의적이 아니어야 하고(must be reasonable, not arbitrary), 입법의 목적에 온당하고 실질적인 관련성을 지닌 차이에 근거하여야 하며(must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation), 유사한 상황에 처한 모든 사람들이 유사하게 취급받아야 한다."[45]

이 사건에서 제기된 질문은 유언집행인 선정에 있어서 신청인들의 성별을 기준으로 한 차이가 입법목적에 합리적 관계가 있는지 여부이다. 연방대법원은 해당 법률규정의 입법목적, 즉 유언 집행인 선정에 있어서 법원이 누가 적격자인지 심리하는 부담을 줄이고자 하는 것은 성별을 이유로 한 차별사유로서 부적합한 것이고, 수정헌법 제14조가 금지하는 자의적인 입법적 선택이라고 판단하였다.

나. Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677(1973)

위 Reed 판결은 합리성 심사를 하였으나 성별을 이유로 한 구분에 대하여 엄격심사를 한 경우도 있었다. 공군장교인 여성 청구인은 배우자를 피부양자로 등록하여 추가적 혜택을 받으려 하였다. 그런데 해당 연방법 조항은 남자가 배우자를 피부양자로 등록하는 경우에는 아무런 입증책임이 없으나

45) 404 U. S. 75-76.

여자가 배우자를 피부양자로 등록하는 경우에는 그 피부양자가 생계의 1/2 이상을 실제로 배우자로부터 부양받고 있다는 입증을 하도록 하였다.

청구인은 이 조항의 적용을 중지해 달라는 금지명령과 자신을 다른 남성 군인과 같은 요건으로 배우자의 피부양자 등록을 하게 해 달라는 명령을 구하였으나 지방법원에서 받아들여지지 않자 연방대법원에 상소하였다.

연방대법원은 이 조항의 입법목적에 대한 자료를 찾을 수 없으나 지방법원에서 추측한 입법목적, 즉 대부분의 가정에서 남자가 벌이를 하고 여자는 피부양자인 현실에서 여성이 벌이를 할 경우 그러한 입증을 하게 하는 것이 행정비용을 줄이는 경제적이라는 것을 인정하였다.

심사기준에 관련하여, 우선 연방대법원은 Reed 판결의 심사기준이 종전의 합리성 기준보다 더 엄격한 것임을 전제하였다. 즉 동 판결에서 비록 차별적 취급의 입법목적의 정당성은 어느 정도 인정하였지만, 수단으로서의 적합성을 부인한 것은 다음에서 보듯이 종전의 합리성 기준과 구분되는 것이라고 보았다.

"성별에 근거한 구분에 관하여 이러한 '전통적인' 합리성 기준에 따른 분석('traditional' rational basis analysis)은 명백히 정당하다. 우리의 국가가 오랫동안 불행한 남녀차별의 역사를 가지고 있다는 것은 의심할 수 없다. (각주 생략) 전통적으로 그러한 차별은 '낭만적인 가부장주의'(romantic paternalism)의 태도, 즉 실제적 효과에서 여성을 주춧대가 아니라 우리 안에 놓는 것(put women not on a pedestal, but in a cage)에 의해 합리화되었다. 사실 이러한 가부장적 태도는 우리 국민의 의식 속에 확고히 뿌리를 내렸고, 100년 전에 이 법원의 구성원 한 분은 다음과 같이 선언하였던 것이다 : '남자는 여자의 보호자이고 방어자이고, 그래야 한다. …… 여성의 최고의 운명과 과제는 아내와 어머니로서의 고귀하고 선한 직을 수행하는 것이다. 이것이 창조자의 법이다.' Bradwell v. State, 16 Wall. 130, 83 U. S. 141(1873)(Bradley, J., concurring). 이러한 것과 같은 생각의 결과, 우리의 법전은 점차 성별에 따른 수많은, 판에 박힌 구분으로 차 있고, 사실상 19세기 동안 우리 사회에

서 여성의 지위는 많은 측면에서 남북전쟁 전 노예에 관한 법 하에 있던 흑인의 지위에 비교되었다. 노예와 마찬가지로 여성은 공직을 할 수 없고, 배심원이 될 수 없고, 자신의 이름으로 소송을 제기할 수 없고, 결혼한 여성은 전통적으로 재산을 가지거나 이전할 법적 능력 혹은 자신의 아이들의 법적 후견인이 될 자격이 부인되었다."[46]

한편 연방대법원은 동 사건에서 최근 수십년간 여성의 지위가 상승한 점은 인정되나 여전히 교육, 직업, 그리고 무엇보다도 정치적 영역에서 심각한 차별을 받고 있다고 보았다. 나아가 성별은 인종차별과 같이 변경 불가능한 특징(immutable characteristic)을 가지고 있다고 전제하였다. 그런 후 다음과 같은 엄격심사 기준을 채택하였다.[47]

"이러한 고려를 염두에 둘 때, 우리는 성별에 근거한 구분은 인종, 국적 혹은 민족에 근거한 구분과 마찬가지로 본래적으로 의심스러우며(inherently suspect), 따라서 엄격심사에 종속되어야 한다(must therefore be subjected to strict judicial scrutiny)."[48]

이러한 심사기준에 따라 연방대법원은 다음과 같이 판단하였다. 우선 사안이 유사한 상황에 처한 사람들을 유사하지 않게 대하는 것임을 인정한 다음 입법목적인 행정적 편의성(administrative convenience)과 입법수단의 적정성에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

"정부는 하지만 그러한 차별취급이 사실상 정부로 하여금 비용을 절약하게 한다는 관점을 지지하는 구체적 증거를 제시하지 않고 있다. 예를 들어, 어떤 남성 부양자들이 그러한 혜택을 받을 수 있는지를 결정하는 것 혹은 그들의 부인이 실제로 피부양 요건을 갖추고 있는 사람들에게만 혜택을 부여하는 것보다, 모든 남성 부양자에게 혜택을 부여하는 것이 실제로 더 비

46) 411 U. S. 684-685.

47) 참고로 이 사건의 청구인측 변호인은 뒤에 대법관이 된 Ginsburg 였는데, 여성의 지위에 대한 방대한 입증자료를 제시하고 엄격한 심사를 요청하였다. Michael C. Dorf, ed., Constitutional Law Stories, Foundation Press, 2004, Frontiero v. Richardson 참조.

48) 411 U. S. 688.

용절감이 된다는 것을 보여주어야 한다. 그러나, 만일 조사한다면, 많은 남성의 부인들이 그러한 혜택의 조건에 부합하지 않는다는 실제적 증거가 존재한다. (각주 생략) 그리고 여성 부양자의 남편에 대한 피부양자 결정이 현재, 보다 비용이 드는 청문절차가 아니라, 선서진술서에 의해서만 이루어지고 있다는 사실의 관점에서, (각주 생략) 정부의 입법취지에 대한 설명은 매우 의문스럽다.

어쨌든, 우리의 선례들은 정부 프로그램의 효율적인 행정이 그 어떤 중요성을 가지고 있다고는 인정하였으나 '연방헌법은 신속과 효율성보다도 고도의 가치를 인정하고 있다'는 것을 명백히 하였다. Stanley v. Illinois, 405 U. S. 645, 405 U. S. 656(1972). 그리고 우리가 '엄격한 사법심사'의 영역에 들어갈 때, 행정적 편의성은 그 자체가 합헌성을 뜻하는 것이 아님은 명백하다. Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618(1969) ; Carrington v. Rash, 380 U. S. 89(1965). 그 반대로, 행정적 편의성을 목적으로 성별에 따른 분명한 구분을 하는 입법적 조치는 '유사하게 처해진 …… 남성과 여성을 유사하지 않게' 명령하게 되며, 따라서 '[연방헌법]에 의하여 금지되는 자의적인 입법 그 자체'를 내포한다. Reed v. Reed, 404 U.S. at 404 U. S. 77, 404 U. S. 76. 우리는 그러므로, 단지 행정적 편의성의 목적만으로, 남성과 여성 군인을 차별적의 취급함으로써, 문제된 법률조항들은, 그들이 여성 군인에게 그녀의 남편의 피부양성을 증명하게 하는 한, 수정헌법 제5조의 적법절차 조항에 위반된다고 결론짓는다."[49]

이 판결은 Reed 판결이 종전 합리성 심사보다 더 엄격한 심사기준을 적용한 것을 전제하면서, 새로이 엄격심사를 성별차별에 적용하고 있는데, 그 적용방식은 Reed 판시의 구조와 동일하게, 즉 수단의 적정성을 인정할 수 없어(행정적 편의성 내지 효율성이 확보되는 것이 아니다) 결국 그러한 입법목적(행정적 편의성)은 성별에 따른 차이를 정당화할 입법목적이 되지 못한다고 하는 판단구조를 갖고 있다.

49) 688-691.

다. Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976)

이는 성별에 근거한 구분에 대하여 오늘날의 중간심사 기준을 확립한 사건이다. 오클라호마 주법은 맥주 판매의 금지 대상을 남자는 21세 미만, 여자는 18세 미만으로 하였다. 맥주를 사지 못한 18-20세 사이의 남자와 술 판매자가 이 조항을 평등원칙 위반이라며 다투었다.

Brennan 대법관의 다수의견은 심사기준에 관련하여 이 사안에서 Reed 판결을 원용하면서도 독자적인 중간심사기준을 별도의 근거 없이 제시하고 있다.

"이 사건의 심리는, 남성과 여성 간의 법률적 구분은 '평등보호조항 하의 심사에 종속된다'(subject to scrutiny under the Equal Protection Clause)는 Reed 판결의 판시를 상기하는 것으로부터 출발할 수 있다. 404 U. S. 75. 종전 판례들은 위헌 문제를 극복하기 위해서는 다음과 같은 조건이 필요하다고 설시하였다. 즉 성별에 의한 구분은 중요한 정부의 목적에 부합하여야 하고, 그러한 목적에 실질적으로 연관되어야 한다(classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives)."[50]

연방대법원은 이 법률조항의 입법목적이 교통안전을 위한 것임을 긍정한 뒤, 공중의 보건과 안전에 대한 주와 지방정부의 중요한 기능은 인정되지만, 정부가 제시한 미성년자의 교통사고 등에 관한 통계수치로는 성별에 의한 그러한 구분이 입법목적에 밀접하게 기여한다(closely serve to achieve that object)고 볼 수 없고, 따라서 Reed 판결 기준 하에서 그러한 구분은 평등보호조항에 위반된다고 판단하였다.

---

50) 429 U. S. 197.

라. LALLI V. LALLI, 439 U.S. 259(1978)

이 사건은 혼인 외 출생자에 대한 차별에 대하여 중간심사를 적용한 사례이다.

혼인 외의 출생자(illegitimacy)의 차별문제에 대하여 심사기준에 관한 논의는 MATHEWS V. LUCAS, 427 U.S. 495(1976)에서 먼저 찾아볼 수 있다. 동 사건에서는 혼인 외의 출생에 따른 차별은 인종이나 민족적 기원에 따른 차별과 같이 엄격심사를 적용하여야 한다는 주장이 제기되었다. 연방대법원은 혼인 외 출생자의 법적 지위가 본인이 통제할 수 없는 사유로 인한 것이고, 사회의 구성원으로서 기여할 수 있는 개인의 능력과 무관한 것이며, 부모의 잘못을 아이에게 전가하는 것은 비논리적이고 부당하다는 것, 또한 법적 불이익은 기본적으로 잘못이 있거나 책임이 있는 사람에게 주어져야 하는데 혼인 외 출생자는 아무런 잘못이 없다는 것을 인정하였다.[51] 그러나 그러한 차별문제에 대해 엄격심사보다는 완화된 심사를 하는 것이 타당하다고 보았다. 법이 오랫동안 혼인 외 출생자를 부양과 가족법의 관계에서 열등한 지위에 놓아온 것은 사실이나, 혼인 외 출생은 인종이나 성별에 따른 역사적, 법적, 정치적 차별과 같은 가혹함과 침투성(severity or pervasiveness)에 이른 적은 없다고 한다.[52] 따라서 합리적 사유에 따른 어느 정도의 차별성이 본래적으로 불가능한(inherently untenable) 것은 아니라고 용인하였다. 그리하여 혼인외 출생에 대한 차별 문제에는 다수결에 의한 정치적 과정으로부터 특별히 보호되어야 할 정도의 것, 즉 엄격한 심사를 요하는 것이 아니라고 하였다.[53]

그런데 Mathews 판결이 구체적으로 엄격심사보다 완화된 형태이면서, 구체적으로 어떤 심사기준을 채택한 것인지는 명확하지 않다. 보다 현대적인

51) MATHEWS V. LUCAS, 427 U. S. 495, 504-5(1976).
52) 당시에는 성별을 이유로 한 차별에 대하여 엄격심사가 적용되던 시기였다.
53) 427 U. S. 495, 505-6.

중간심사 기준은 Lalli 사건에서 언급되고 있다.

혼인 외의 출생자가 부친이 유언 없이 사망한 후 상속재산의 분할을 청구하였으나 뉴욕 주법은 혼인 외의 출생자는 부가 살아 있을 때 법원으로부터 친자관계 확인을 받지 않은 경우 그러한 청구권을 주지 않았다. 청구인은 그 법이 평등보호조항에 위반된다고 다투었다.

연방대법원은 심사기준에 관하여 다음과 같이 판시하였다. "비록 Mathews v. Lucas, 427 U.S. 495, 506(1976)에서 본 것처럼 그리고 Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762, 767 에서 재확인 된 것처럼, 혼인 외 출생에 근거한 구분들은 '엄격심사'에 종속되지 않지만, 그럼에도 불구하고 이들은 만일 허용되는 주의 이익에 실질적으로 연관되지 않는다면 수정헌법 제14조 하에서 효력이 없다(if they are not substantially related to permissible state interests)."[54]

이러한 기준 하에서 볼 때, 뉴욕 주법의 주된 목적은 상속재산의 정당하고 질서있는 처분을 도모하는 것인데, 친자관계의 증명은 부가 사망한 후에는 더 어려우며, 따라서 주는 부정한 상속인 자격 주장 및 혼인 외 자의 지위를 구하는 사람들에 의한 번거로운 소송을 예방할 중요한 이익을 지닌다. 부의 재산을 상속받을 혼인 외의 자에 대한 요건을 정한 뉴욕 주법은 중요한 주의 이익에 실질적으로 연관되어 있다. 따라서 이는 평등보호 조항에 위반되지 아니한다.

3. 정 리

성별과 혼인 외의 자에 대한 차별문제에 대하여 이를 인종차별과 유사하게 보면 엄격심사가 적용될 사안이 된다. 그 유사성은 성별과 혼인 외의 자의 지위는 인종과 마찬가지로 본인의 귀책사유가 없고, 본인의 노력으로 변경불가능 하며, 역사적으로 편견과 불이익의 대상이었으며, 본인의 사회적

54) 439 U. S. 265.

능력과 무관하다는 것이다. 그러나 노예제에서 비롯된 인종차별이 악의적인 것으로서 헌법이 직접적으로 교정을 도모하는 것임에 비하여, 성별이나 혼인 외의 자의 차별은 인종차별과 똑 같은 정도의 헌법적 비중을 두기에는 약한 것이었다. 그렇다고 이를 사회 경제적 입법에 대한 통제와 같이 입법형성의 영역에 대폭적으로 맡겨 합리성 심사만으로 사법적 통제를 할 대상은 넘어서는 것이 명백하다.

이러한 관점에서 연방대법원은 심사기준을 양 극단 사이의 어떤 것으로 정할 수밖에 없었으며, 여러 형태의 시험과정을 거쳐 목적이 '중요할 것' 수단이 목적 달성에 '실질적으로 연관될 것'이란 모형에 안착하였다.

나아가 입증책임의 분배에 있어서 합리성 심사보다는 엄격심사의 유형에 따라, 입증책임은 합헌임을 주장하는 정부측에 있는 것으로 정리되었다. Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U. S. 718(1982) 참조.

한편 중간심사는 성별과 혼인 외 자 사안뿐만 아니라, 엄격심사도 아니고 그렇다고 합리성 심사만 하기도 곤란한 여러 영역에 침투하게 된다. 언론의 자유에 있어서 사법심사는 언론 내용(content based)에 대한 규제와 내용-중립적인(content-neutral) 규제를 구분하게 되었는데, 입법의도와 규제의 내용의 측면에서 양자를 같은 평면에서 위헌성을 논하기 어렵고, 그렇다고 중립적인 규제를 의회의 재량에 쉽게 노출하기도 어려운 점에서 후자의 경우 중간심사를 행하는 것으로 귀착되었다. 즉 내용-중립적인 시간, 장소, 방법의 제한에 대해서는 그 제한이 정부의 헌법적 권한 내일 것, 규제가 중요한 혹은 실질적인 정부의 이익을 증진시킬 것, 정부의 이익이 언론의 억압과는 무관한 것일 것, 그 제약은 필요한 이상으로 되면 안되고 좁게 재단된 것일 것이란 요건과(U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)), 나아가 규제가 다른 커뮤니케이션 방법을 열어 놓을 것이란 요건(Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43(1994))을 설정하였다. 이러한 심사기준에서 규제가 좁게 재단된(narrow tailored) 것을 요하는 요건은 엄격심사의 그것이나 전체적으로 이는 중간심사 개념에 귀속되는 것으로 이해된다.

한편 광고표현의 규제에 대해서도, 그것이 전통적으로 가치가 있는 표현의 내용 자체를 통제하는 것이라기보다는 상업적인 표현에 대한 부수적 제한이 강하다는 측면에서 특별한 사정이 없는 한 중간심사 기준이 적용된다. 예를 들어, Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 U.S. 437(1978).

Ⅵ. 결론 및 시사점

미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정은 관념적, 논리적 설정이라기보다는 많은 헌법사건을 심리하면서, 사회적 변동 상황에 법원이 반응해 오면서, 서서히 정립되어 온 것을 알 수 있다. 이러한 심사도구는 헌법재판에 있어서 일관성과 예측가능성을 줄 수 있고 자의성을 예방할 수 있다는 점에서 긍정적이나, 구체적 사건에서 도식적으로 적용되기가 어려운 점은 쉽게 예상할 수 있다. 그리하여 실제 실무상으로는 사안에 따라 여러 가지 혼합적 형태(hybrid)의 적용사례가 나타나고 있다.

이 글은 합리성 기준이 나타나기 전에는 헌법상 권한범위를 개념적 접근방법으로 확정하여 위헌 유무를 판단하는 심리단계였고, 뉴딜을 거치면서 쏟아지는 사회적 경제적 입법에 법원이 반응하면서 더 이상 정책적 요소가 강한 법률에 대한 법원의 적극적 판단을 자제하는 것으로 변화된 것을 보여준다. 합리성 심사는 뚜렷한 논리적 정합성을 가진 사법심사 기준이라기보다는 그러한 사회변화와 맞물려 최소한의 법원의 개입을 논리적으로 설명하기 위하여 설정된 기준이라고 할 수 있다.

한편 권리장전의 주에 대한 적용과 사회현상에 따른 프라이버시권 등 근본적 권리를 인정하여야 하는 단계에 이르러서는 더 이상 합리성 심사만으로 법원이 그 사법심사의 의무를 다할 수는 없고, 특히 수정헌법 제14조의 강력한 흑백차별 의지를 차별적 입법의 심사에서 구현해 내야 하는 연방대법원의 책무는 역으로 가장 강력한 위헌심사를 고안하게 되었다. 그리하여 목적의 정당성을 거의 최대치로 끌어올리게 되었으며, 수단의 목적 달성 연

관성 판단도 매우 강화된 형태로 요구하게 되었던 것이다. 이는 합리성 기준의 역방향이지만, 한편으로 목적의 정당성 및 목적과 수단의 관계의 측면에서 심사기준을 정립한 것에서 보면, 합리성 심사의 구조를 그대로 반영하고 있다.

나아가 사건의 종류가 세분화되고 경계 영역의 사건들이 제기됨에 따라 사안의 성격상 완화된 기준과 엄격한 기준만으로 이들을 포섭할 수 없게 되자, 중간단계의 기준이 모색되기 시작하였다. 하지만 이 역시 한 시점에 관념적으로 이루어진 것이 아니라, 남녀 성별차이 사안에서 보듯이 처음에는 완화된 심사를(Reed v. Reed), 다음에는 엄격심사를(Frontiero v. Richardson) 하는 등 시행착오를 거쳐 중간심사에 안착하게 된다. 여기서 중간심사의 내용을 어떻게 구성할 것인지가 문제인데, 기본적으로 연방대법원은 목적의 정당성, 목적과 수단의 적합성 구조를 유지하면서 엄격심사보다 약간 완화된 형태의 개념적 모색('중요한 공익', '실질적 관련성')을 하게 된 것이다.

그러므로 3단계 심사기준은 연방대법원이 수많은 위헌심사를 행하면서 진화의 과정을 거쳐 정립된 것임을 볼 수 있다. 만일 연방대법원이 표현의 자유나 근본적 권리 문제에 합리성 심사만을 행하였다면 인권보장에 취약하여 오늘날과 같은 국민들의 존경을 못 받았을 것이고, 중간심사를 개발하지 않았다면 지나치게 넓은 사안의 스펙트럼 하에서 법원 판결의 일관성과 권위가 상당히 훼손되었을 것이다.

이러한 심사기준 논의가 우리 헌법재판에 주는 시사점은 무엇일까? 이 문제는 별도로 논해야 할 주제에 해당될 것이나 여기서는 간단히 소감만 언급해 보기로 한다.

비교법적 논의는 하나의 법체계와 룰이 다른 법체계의 그것과의 '관계'를 설정하는 데서 가치를 찾을 수 있다.[55] 미국의 사법심사는 유럽(독일)을 거쳐 우리나라에 이식된(transplant) 것인데, 헌법과 인권의 가치를 우선하여 헌

55) Alan Watson, Legal Transplants : An Approach to Comparative Law, university Press of Virginia, 1974.

법 하위의 입법과 공권력 작용을 걸러내야 하는 본질은 동일하며, 사법심사의 제도적 정당성 면에서는 미국과 달리 성문헌법적 근거를 지니므로 미국의 심사기준과는 다른 차원의 접근이 가능하다.

이 점에서 뉴딜 이후의 미국의 합리성 심사기준, 즉 의회의 입법형성을 최대한 존중하는 심사방식은 사법적 본질의 관점에서만 우리에게 적실성을 지닐 것이다. 즉 의회의 정책적 요소가 많은 영역에서는 사법적 개입이 부적절할 것이지만, 단순히 미국식으로 근본적 권리 문제가 아니라고 해서 무조건 사법자제, 즉 합리성 심사가 적용되는 것은 바람직하지 않다. 이미 우리는 재산권 문제에서 엄격한 형태의 심사를 하고 있으므로 이 점에서 미국과 구분되지만, 한편 재산권 문제는 경제 정책적 요소를 많이 지니고 있으므로 이에 상응하는 사법자제적인 점을 고려하여야 할 것이다. 한편 모든 기본권 제한에 적용되는 헌법 제37조 제2항과 관련하여, 보다 융통성 있는 해석을 통하여 우리의 자의금지 심사기준의 헌법적 근거를 보강할 필요가 있다.

미국식 엄격심사는 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 심사보다 더 엄격한 측면이 있다. 왜냐하면 입법목적의 필수불가결한 공익(compelling interest) 요건 때문이다. 우리의 경우 헌법이 기본권 제한사유로서 국가안전보장, 공공복리, 질서유지를 규정하고 있지만, 사안에 따라 이를 좁게 설정하여 목적의 정당성 판단이 실제적으로 이루어지는 것이 필요하다. 왜냐하면 입법목적 자체가 넓은 범위로 설정되어 정당성이 인정되어 버리면, 후속되는 수단의 적합성이나 수단의 최소침해성 판단에 있어서는 구체적인 판단의 연계점이 애매하게 설정되기 때문이다. 우리의 경우에도 “왜 제한하는가?”라는 근본적 질문이 사법심사에서 좀더 적실성을 가져야 할 것이다. 물론 우리는 역사적으로 흑백차별 문제와 같은 것이 없어 입법목적을 악의적인 것(invidious)이 아닌지 찾을 필요성이 약하나, 사법심사의 본질은, 적어도 미국의 3단계 심사기준의 구조를 참조하면, 목적과 수단간의 관련성을 기준으로 할 수 밖에 없는데, 여기서 목적 자체가 무엇인지 그 정당성이 좀더 구체적

으로 한정되어야 수단의 목적 달성에 있어서의 연관성 심사가 실효성 있게 전개될 수 있을 것이다.

중간심사 기준과 관련하여서는, 우리도 사안의 스팩트럼이 넓고 경계 선상에 있는 사안이 많으므로 과잉금지 원칙의 적용에 있어서 사안의 유형별로 강화된 심사와 중간 단계의 심사기준과 같은 것을 구분해 낼 필요가 없는지 연구가 필요하다. 중요한 점은 미국 연방대법원이 사회현상의 변화에 조응하여 필요한 심사기준을 진화시켜 왔다는 점이다. 그 과정에서 판례의 일관성이 흐트러진 경우도 적지 않았지만, 다시 한번 Holmes를 인용하면, "사실은 법은 항상 일관성(consistency)에 접근하지만 결코 도달한 적이 없다. 법은 항상 한 쪽 끝에서는 인생으로부터 새로운 원칙을 채택하고, 다른 한 쪽에서는 역사로부터 아직 흡수되어 버려지지 않은 옛 원칙들을 보유한다. 법이 완벽하게 일관성 있게 되는 때는 그것이 자라기를 멈출 때일 것이다."[56]

56) Holmes, 전게 Common Law, 36쪽.

미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정

[국문초록]

미국 연방대법원이 채택한 3단계 위헌심사기준은 오늘날 대부분의 사회-경제적 입법과 헌법상 권리의 제한에 적용되고 있다. 이는 입법목적의 헌법적 정당성과 채택된 수단의 목적 달성과의 연관성을 기본틀로 하여 단계화되어 있다.

그 발전단계는 무정형의 단계(정립 전의 단계)→합리성 심사→엄격심사→중간심사의 차례로 정립되었는데, 이 글은 각 단계별로 중요한 발전과정의 판례들의 논지를 심사기준의 관점에서 살펴보고 있다.

판례들의 분석 결과 3단계 심사기준은 관념적, 논리적으로 채택된 것이 아니라, 오랜 기간의 사법심사 과정에서, 사회상황의 변화에 연방대법원이 반응하면서, 서서히 진화된 것임을 알 수 있었다.

마지막으로 이 연구가 비교법적 관점에서 우리 헌법재판의 심사기준 발전에 어떤 시사점을 줄 수 있는가를 간단히 살펴보았다.

주제어

미국 연방대법원, 헌법재판, 사법심사, 위헌심사기준, 심사기준, 합리성 심사, 엄격심사, 중간심사, 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙

[Abstract]

The Formation Process of the Three-tiered Scrutiny of the US Supreme Court

Myong Ung Lee
University of Washington School of Law,
Visiting Scholar,
former Constitution Research Officer,
B.A., LL.M, Ph.D in Law

The three-tiered scrutiny-rational basis test, strict scrutiny, and intermediate or hightened scrutiny-is the most broadly used standards of review in judicial review by the US Supreme Court. The basic structure of those look same since all require scrutinizing the legitimacy of legislative objectives and the relation of means to achievement of them. That makes the adoption of those standards more like a logical or theoretical work. When we track the historical formation of those, however, we can find they were not the products of logic or theory but the long experience of evolution in jurisprudence of US Supreme Court.

This article searches the formation process or the historical development of them by analysing related famous Supreme Court decisions in regard of standard of review, from Marbury v. Madison, 1803 to LALLI V. LALLI, 439 U.S. 259 (1978) which adopted finally the intermediate scrutiny in gender-based classification case.

Specifically, this paper purports to explain through the searches what was the standard of review, if any, before the rational basis test emerged mainly in 1930s, why the rational basis review was developed, how it influenced the

development of strict scrutiny, and why the Court had to adopt the intermediate level on top of the existing two-tiered standard.

A collateral purpose of this study is to look for some connotation in the aspect of comparative law from the formation process of those for future development of the Korean Constitutional Court's standard of review. A brief description of that is added at the end.

프랑스 헌법재판소 결정의 효력

- 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -

金 慧 眞
憲法硏究官補

- 目 次 -

Ⅰ. 서 론 ····· 313
1. 2008년 헌법개정과 구체적 규범통제의 시행 ····· 313
2. 연구의 목적과 범위 ····· 315

Ⅱ. 프랑스 헌법재판제도의 개요 ····· 316
1. 구체적 규범통제 도입 이전 ····· 316
가. 헌법재판소의 지위 ····· 316
나. 헌법재판소의 권한 ····· 319
2. 구체적 규범통제제도의 시행과 그 현황 ····· 321
가. 2008년 7월 23일 헌법개정과 조직법률의 제정 ····· 321
나. QPC와 그 현황 ····· 322

Ⅲ. 헌법재판소 결정의 기속력 ····· 332
1. 일반론 ····· 332

가. 구체적 규율의 공백과 문제 상황 ····· 332
나. 헌법재판소 결정의 효력의 내용 ····· 334
2. 예방적 규범통제제도와 결정의 효력 ····· 338
가. 기속력이 인정되는 결정유형 ····· 338
나. 국사원과 기속력의 객관적 범위 ····· 339
다. 파기원과 기속력의 객관적 범위 ····· 343
3. 구체적 규범통제제도와 결정의 효력 ····· 346
가. 기속력이 문제되는 국면 ····· 346
나. QPC 제청요건 심사와 기속력 ····· 346
다. 헌법재판소의 QPC 결정과 기속력 ····· 350

Ⅳ. 전망과 시사점 ····· 352
1. 전망 ····· 352
2. 시사점 ····· 354

* 국문초록 및 주제어 ····· 355
* 영문초록 ····· 356

Ⅰ. 서 론

1. 2008년 헌법개정과 구체적 규범통제의 시행

프랑스의 헌법재판기관인 헌법재판소(Le Conseil constitutionnel)[1]는 1958년 10월 4일자 헌법(이하 '제5공화국 헌법'이라 한다) 제7장 제56조부터 제63조까지의 조문들에 근거하여 창설되고 운영되고 있다. 그런데 제5공화국 헌법의 헌법재판소는 원래 국가권력 상호간 권한질서의 수호, 특히 의회에 의하여 행정권이 침해되는 것을 방지하기 위한 것으로 출발한 것이기 때문에 시민들의 기본권을 보장하기 위한 수단으로서는 태생적으로 한계를 가지고 있었다.[2] 이점은 프랑스의 헌법재판제도가 예방적·추상적 규범통제를 중심으로 설계되어 있고 사후적·구체적 규범통제를 실시하지 않고 있다는 제도적 한계와 결부되어, 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격에 의문을 제기하게 함과 동시에 다른 사법기관들과의 관계에서 그 결정의 효력 유무에 관해 논란을 불러일으키게 하는 요인이 되어왔다.

'제5공화국 제도의 현대화와 재균형을 위한 심의와 제안위원회'(Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ⅴe République)가 제안한 보고서를 기초로 만들어진 헌법개정안이 2008. 7. 21. 양원합동회의에서 가결되었다.[3] 위 헌법개정안은 특히

1) '위원회'(Le Conseil)라는 명칭에도 불구하고, 프랑스 헌법재판소는 실질적으로 '법원'(La Cour)이라는 점에 대다수의 프랑스 헌법학자들이 동조하고 있다. 이에 따라 본고에서는 기존의 '헌법위원회' 또는 '헌법평의회'라는 번역례를 따르지 않고 우리나라 헌법재판소 제도를 참고하여 프랑스 '헌법재판소'로 번역하고자 한다.

2) Maurice Duverger, <Naissance de la Ⅴe République>, in N. Wahl(dir.), Analyse de la Constitution par la Revue française de Science politique en 1959, Presses de la FNSP, 1990, p. 120.

3) 제5공화국 헌법 제89조 제3항에 의하면 헌법개정안은 국민투표(레퍼렌덤) 또는 양원합동의회의 승인에 의하여 가결된다. 양원합동의회의 승인의결정족수는 재적의원의 5분의 3이다.

헌법재판소와 관련하여 중요한 개혁을 담고 있는데, 시민의 권리보장을 강화한다는 측면에서 제61-1조를 신설하여 사후적·구체적 규범통제제도를 도입한 것이 바로 그것이다. 사후적·구체적 규범통제제도는 1990년 헌법재판소가 스스로 그 도입을 시도하면서 만들어진 이른바 '1993년 Vedel 개정안'에서 이미 그 구체적 내용이 확정되어 있었던 것이지만, '법률은 주권자의 일반의사'라는 고전적 헌법이론의 벽을 쉽게 넘지 못하다가 20년 가까이 지난 뒤에야 헌법제도로 실정화 되었다는 점에서 프랑스 헌법이 기다려온 숙원과제를 해결한 것으로 평가된다.[4)]

신설된 제5공화국 헌법 제61-1조에 따라 2009. 11. 24. 제정된 '헌법 제61-1조의 적용에 관한 조직법률'(La loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) 제5조는 '우선적 합헌성 문제(Question prioritaire de Constitutionalité : 이하 'QPC'라 한다)'[5)]라는 이름으로 2010. 3. 1.부터 사후적·구체적 규범통제제도를 시행하도록 하였다. QPC 제도가 시행된 지 1년이 넘은 현재, 도입 당시의 우려와는 달리 위 제도는 성공적으로 정착되고 있다고 평가되는데, 이는 무엇보다도 QPC 제도 내에서 일종의 '여과장치'(Le filtrage)로서의 기능을 부여받은 국사원(최고행정법원)과 파기원(최고일반법원)이 과거 우리나라 대법원과 같은 소극적 입장을 견지하지 아니하고 상당히 적극적으로 위헌법률심판제청신청에 응하고 있다는 점에 빚지고 있다. 나아가 우리나라의 헌법불합치결정에 해당하는 '연기된 위헌결정'(Non conformité avec effet différé)의 헌법상 근거를 마련하는 등, 사후적·구체적 규범통제제도가 낳을 수 있는 다양한 이해관계의 충돌을 헌법재판소가 직접 조정할 수 있도록 한 헌법개정권자의 결단이 존재한다는 점도 QPC 제도의 성공적 정착에 크게 기여한 것으로 평가된다.

---

4) 박인수, 프랑스 헌법재판소의 규범통제, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009년 2월, 한국토지공법학회, 410면.

5) 헌법개정과정에서는 '위헌성의 항변', '합헌성의 선결문제' 등의 표현이 사용되었으나, 조직법률을 제정하는 과정에서 이러한 표현이 채택되었다고 한다.

2. 연구의 목적과 범위

입법절차 내에 위치하기 때문에 의회와의 관계가 주로 문제 되는 예방적·추상적 규범통제제도와는 달리, QPC 제도는 재판절차 내에서 구체적 사건에 부수하는 절차로 존재하기 때문에 구체적 규범통제제도의 실효성 및 통일적인 헌법해석을 확보하기 위하여 구체적 사건을 재판하는 다른 사법기관, 특히 국사원과 파기원에 대한 관계가 강조된다. 이에 따라, 그동안 본격적으로 논의되지 않았던 다른 사법기관에 대한 '헌법재판소 결정의 효력'(L'autorité de la décision du Conseil constitutionnel)과 그 '수용'(La reception)이 점차 큰 실무적인 쟁점으로 등장하고 있다.

프랑스 헌법재판소는 우리나라 헌법재판소와 마찬가지로 다른 사법기관들, 특히 우리나라의 대법원에 상응하는 국사원 및 파기원과의 관계에서 상급법원의 위치에 있지 않으며, 다른 사법기관들의 재판을 직·간접적인 심판의 대상으로 삼을 헌법소원제도 등을 보유하고 있지 않다. QPC 제도의 시행과 더불어 헌법을 최상위로 하는 '법질서의 단일성'은 제도적으로 명백해진 반면, 이를 실질적으로 관철할 '사법기관의 단일성'은 확보되지 못한 것이다. 이러한 제도적 배경 속에서 헌법재판소와 다른 사법기관들을 매개하는 유일한 수단은 '헌법재판소 결정의 효력'인데, 이에 대해서는 헌법상 매우 추상적인 단 하나의 조문만이 존재할 뿐이고, 입법적으로도 그 구체적인 내용이 정해진 바 없다.

QPC 제도의 시행은, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 위와 같은 법적 규율의 추상성을 행정법원 및 일반법원의 개별 사건 단위에서 해결할 구체적 해석론을 요구하고 있다. 이에 따라 프랑스에서는 현재 헌법재판소 결정이 가지는 효력의 내용에 관한 연구가 매우 활발히 진행되고 있고, 최근에는 QPC 절차에 따른 헌법재판소 결정의 효력에 관한 판례들이 나타나기 시작하였다. 그러나 우리나라와 마찬가지로 프랑스의 헌법재판소 역시 '최고사법기관'으로서의 지위를 명시적으로 부여받고 있지 못하고 그 결정의 효력

을 관철할 강제적 수단을 보유하지 않기 때문에, 국사원과 파기원에 대한 관계에서 헌법재판소 결정의 효력은 위 두 최고사법기관의 자발적 협력에 의해서만 확보될 수 있다는 한계가 있다. 이러한 점에서 프랑스에서의 논의는, 우리나라 헌법재판소와 법원과의 관계, 특히 헌법재판소 결정의 법원에 대한 기속력에 관한 논의에 일정한 시사점을 줄 수 있을 것이다.

이하에서는 프랑스 헌법재판소의 결정 중에서 위헌법률심판의 효력의 내용을 국사원과 파기원에 대한 기속력을 중심으로 살펴보기로 한다. 우선 프랑스 헌법재판제도가 생소한 독자들을 위하여 이를 개관하되, 특히 2008년 헌법개정 이후 도입된 QPC 제도에 관해 상세하게 소개한다(Ⅱ). 이를 바탕으로, 헌법재판소의 위헌법률심판의 효력을 국사원과 파기원에 대한 기속력을 중심으로 예방적·추상적 규범통제제도와 QPC 시행 이후로 나누어 살펴본다(Ⅲ). 마지막으로, QPC 제도의 완전한 정착을 위하여 해결되어야 할 문제점을 향후 전망과 더불어 제시하고, 이로부터 시사점을 도출할 것이다(Ⅳ).

Ⅱ. 프랑스 헌법재판제도의 개요

1. 구체적 규범통제 도입 이전

2008년 헌법개정으로 프랑스의 헌법재판제도에는 큰 변화가 있었지만, 기존 헌법재판소의 지위와 권한은 그대로 유지되는 범위에서 그 권한이 강화된 것이므로, 헌법개정 이전의 상황을 개관하는 것이 현재의 헌법재판제도를 이해하는 데 도움이 될 것이다.

가. 헌법재판소의 지위

(1) 조직과 구성

헌법재판소는 9인의 임명직 재판관과 전직 프랑스 대통령이 종신으로 봉

직하는 당연직 재판관으로 구성된다.[6] 임명직 재판관은 대통령, 하원의장, 상원의장이 각 3인씩을 지명한다.[7] 임명직 재판관의 임기는 9년으로, 매 3년마다 3인씩 교체된다. 연임은 불가능하다. 헌법재판소장은 재판관들 중에서 대통령이 임명하는데, 헌법재판소장은 재판소 회의 소집권 및 평의 시 가부동수 결정권을 가진다. 관례상 대통령이 임명하는 재판관 중에서 재판소장을 임명하게 되나, 법문상 당연직 재판관을 포함한 전체 재판관들(Les membres) 중에서 임명하는 것이 가능하다. 재판관들은 임기를 개시하기 전에 대통령 앞에서 선서를 해야 한다.

재판관이 되기 위하여 연령이나 전문적 자격요건을 요구하지는 않으며, 정부소속 공무원이나 의회, 유럽의회 및 경제사회이사회의 위원직과는 겸직이 불가능하다. 실제상 파기원 또는 국사원의 재판관으로 재직한 경력이 있거나 법학을 전공한 사람들이 헌법재판관의 대부분을 차지하고 있다.

(2) 타 사법기관과의 관계

2008년 헌법개정 이전에도 헌법재판소의 사법기관성을 전면적으로 부정하는 견해는 존재하지 않았으며, 다만 자문 또는 의견제시권한을 가지는 점에 비추어 정치적 자문기관으로서의 성격도 가진다는 주장이 있었을 뿐이다. 제5공화국 헌법 역시 사법권을 어느 한 사법기관에 전속시키지 않고 다만 대통령 소속하에 있는 '일반 사법기관'의 설치근거를 마련하였을 뿐이다(제5공화국 헌법 제Ⅷ장).[8] 그런데 사법기관으로서의 프랑스 헌법재판소의

6) 당연직 헌법위원제도의 타당성에 대해서는 2008년 헌법개정 당시 많은 논란이 있었다. 그러나 전직 대통령의 공정한 헌법준수의무를 신뢰할 수 있기 때문에 위 제도를 존치하는 것으로 결론 내려졌다. 자세한 내용은, 정재황, 프랑스에서의 헌법재판제도에 관한 헌법개정, 성균관법학 제20권 제3호, 2008. 12. 486면 이하를 참고.

7) 2008년 헌법개정으로 재판관 지명절차에 중대한 변화가 있었다. 개정된 헌법에 따르면, 대통령이 지명하는 재판관 후보자들에 대해서는 양원의 소관 상임위원회의 공식적인 의견을 듣되, 부정적 의견이 양원 소관 상임위원회의 유효투표의 3/5 이상인 때에는 재판관으로 임명할 수 없고(제56조 제1항), 하원의장 및 상원의장이 지명하는 재판관 후보자에 대해서는 각 원의 소관 상임위원회의 의견에만 구속된다(제56조 제1항).

8) 이는 '사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다'고 규정하고 있는 우리나라 헌법 제101조 제1항과의 큰 차이점이다.

헌법적 지위의 특수성은 '타 사법기관들과의 병존성'에 있다. 즉, 프랑스 헌법재판소는 다른 사법기관들의 상급기관이 아니며, 각 사법기관들은 자신들의 관할범위 내에서 사법권을 독점하는 '주권적 지위(La souveraineté)'를 누린다.[9)]

프랑스에서는 재판제도가 개인 사이의 분쟁 및 형사사건을 해결하는 일반재판제도와 공권력과 공권력 사이, 개인과 공권력 사이의 분쟁을 해결하는 행정재판제도로 양분되어 있고, 행정재판제도는 행정부 조직하에 있다.[10)] 그 결과, 재판기관 또한 파기원(La Cour de cassation)을 정점으로 한 일반법원과 국사원(Le Conseil d'Etat)을 정점으로 하는 행정법원으로 엄격하게 분리되어 있으며, 양 재판제도 사이의 관할분쟁을 해결하기 위하여 관할분쟁재판소(Le Tribunal des conflits)를 두고 있다. 이처럼 파기원과 국사원은 일반재판영역과 행정재판영역에서 그 누구의 지시도 받지 않는 최고법원의 지위에 있지만, 제5공화국 헌법은 헌법재판소의 결정의 효력을 담보하기 위하여 사법기관을 포함한 국가기관에 대한 기속력을 명문화하고 있다(제62조 제3항 제2문).

그러나 위 규정의 존재에도 불구하고, 사법기관에 대한 헌법재판소 결정의 기속력은 표면적으로는 무시되어 왔다. 추상적・예방적 규범통제제도 하에서는 헌법재판소 결정의 기속력이 문제 되는 영역이 제한적일 수밖에 없었을 뿐만 아니라, 파기원과 국사원 역시 위 헌법규정의 의미를 축소해석함으로써 자신들의 주권적 지위를 보호하려 하였기 때문이다.

---

9) Guillaume Drago, Contenxieux constitutionnel français, 3 édition, PUF, Paris, 2011. p. 662.

10) 이러한 '이원적 재판관할제도'의 기원은 프랑스 혁명시기로 거슬러 올라가는데, 구체제(L'Ancien Régime) 하에서 왕권도 제약할 수 있었던 고등법원(Le Parlement)의 법복귀족들에 대한 강한 불신이 존재하여 사법기관으로 하여금 행정에 관여하지 못하게 할 필요성이 있었고, 이론적으로는 '행정을 재판하는 것도 행정이다'라는 독특한 권력분립의 관념이 광범위하게 받아들여졌기 때문이다.

나. 헌법재판소의 권한

2008년 헌법개정 이전 프랑스 헌법재판제도의 특징은 무엇보다도 그 규범통제에 관한 권한이 원칙적으로 추상적·예방적 규범통제에 국한되어 있었다는 데 있다.[11] 제5공화국 헌법은 그 밖에도 대통령 선거의 적법성 감독 및 결과공표권(제58조), 양원의원 선거소송권(제59조), 양원 의원의 피선거권 및 겸직금지 여부 심사권(제23조 제1항), 국민투표 실시의 적법성 감독권(제60조), 대통령 유고 판단권(제7조 제4항), 대통령 유고시 후임 대통령 선거실시권(제7조 제5항), 대통령의 비상대권 행사 시 사전의견제시권(제16조) 등을 헌법재판소에 부여하였지만,[12] 가장 중요한 권한은 규범통제에 관한 것이므로, 이를 중심으로 헌법재판소의 권한을 개관하여 본다.

(1) 규범통제의 대상과 절차

헌법재판소의 규범통제의 대상은 ① 우리나라의 국회법 및 국회규칙에 해당하는, 양원 의사규칙(Les règlements), ② 중요한 헌법사항을 정하는 조직법률(La loi organique), ③ 국제조약(Les traités), ④ 일반 법률(La loi)이다. 이들 중 양원 의사규칙과 조직법률은 그 시행 또는 공포 전에 반드시 헌법재판소의 합헌결정을 받아야만 시행 또는 공포될 수 있고(의무적 규범통제),

---

11) 이미 공포된 법률이 '입법사항'이 아니라 '행정사항'에 속하는 영역을 규율하고 있는 경우, 즉 입법권에 의한 행정권의 침해가 발생한 경우, 그 법률을 '비법률화'(délégalisation)하기 위한 절차가 존재하므로(헌법 제37조 제2항), 예외적으로 '사후적' 규범통제가 행해지기도 한다. 그러나 비법률화 절차는 권한쟁의의 성격을 가지는 추상적 규범통제의 일종이므로, 2008년 헌법개정 전 프랑스 헌법재판제도는 추상적 규범통제만을 인정하였다고 할 수 있다. 한편, 헌법재판소는 예외적으로 사후적 규범통제가 가능하다는 입장인데, 예방적 규범통제의 대상이 된 법률안이 이미 공포된 법률을 변경, 보충하거나 또는 그 적용영역에 영향을 미치는 경우에는 예방적 규범통제를 하는 기회에 이미 공포된 법률의 합헌성을 심사할 수 있다고 한다(1985년 1월 25일 제85-187호 결정). 그러나 이 경우에는 이미 공포된 법률에 대한 위헌성을 주문에서 확인하지는 않으며, 이유에서만 설시하게 된다는 특징이 있다(1999년 3월 15일 제99-410호 결정).

12) 그 구체적인 내용은, 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 659면 이하를 참고.

조약 및 일반 법률은 대통령, 수상, 상·하원 의장, 60명 이상의 상·하원의원이 청구한 경우에 한하여 그 공포 및 비준 전에 위헌여부를 심사하고, 합헌판결을 받아야 공포 및 비준될 수 있다(임의적 규범통제). 일반 시민의 자격으로는 추상적·예방적 규범통제를 청구할 수 없다.

헌법재판소는 심판이 회부되거나(의무적 규범통제) 심판청구를 받은 때(임의적 규범통제)로부터 한 달의 기간 내에 결정을 하여야 하고, 정부 측에서 특별히 요구한 경우에는 8일 이내에 결정하여야 한다(제5공화국 헌법 제61조 제3항). 필요한 경우에는 변론(L'audience)에 부칠 수 있으나 원칙적으로 비공개로 행해진다.[13] 헌법재판소의 모든 결정은 최소 7인 이상의 재판관의 의견으로 행해진다[1958년 11월 7일자 법률명령(L'ordonnance) 제14조]. 결정문에는 법정의견만이 제시된다.

(2) 결정의 유형과 효력

규범통제에 따른 헌법재판소의 결정은 크게 ① 합헌결정(La décision de conformité), ② 해석유보부 합헌결정((La décision de conformité sous réserve d'interprétation), ③ 위헌결정((La décision de non-conformité)으로 나뉜다.[14] 해석유보부 합헌결정은 일종의 한정합헌결정으로서, (a) 법률해석의 지침을 제시하거나(L'interprétation directive), (b) 법률해석의 공백을 채우거나(L'interprétation constructive), (c) 법률을 축소해석하는 것(L'interprétation minoritante et neutralisante)이다. 위와 같은 변형결정에 대한 명시적 근거는 없지만, 헌법재판소는 자신에게 부여된 규범통제권한에 당연히 속하는 것으로 보고 오래전부터 이러한 결정주문들을 발해오고 있다.[15]

헌법재판소의 심리기간 동안 당해 법률의 공포기간은 진행하지 않는다(제5공화국 헌법 제61조 제4항). 위헌으로 선언된 조항은 공포되거나 적용될

13) QPC가 헌법재판소의 변론에 회부된 경우에는 원칙적으로 이를 공개한다는 점과 다르다.

14) Guillaume Drago, op.cit. pp. 601～616.

15) 1991년 7월 24일 제91-298호 결정, "합헌성의 통제에 필요한 범위 내에서 심판대상조항을 해석하는 권한은 헌법재판소에 속한다."

수 없다(제5공화국 헌법 제62조 제1항).[16] 합헌 또는 해석유보부 합헌결정이 내려진 조항은 공포 또는 시행절차를 거치게 된다. 헌법재판소의 결정은 관보에 게재되며, 헌법재판소의 결정에 대해서는 불복이 불가능하다(제5공화국 헌법 제62조 제3항 제1문). 헌법위원회의 결정은 공권력 및 행정기관과 사법기관을 구속한다(제5공화국 헌법 제62조 제3항 제2문). 헌법재판소의 '모든' 결정에 기속력이 부여되며, 기속력이 미치는 사법기관에는 행정법원과 일반법원이 이에 해당하는 것으로 해석된다.

2. 구체적 규범통제제도의 시행과 그 현황

가. 2008년 7월 23일 헌법개정과 조직법률의 제정

2008년 헌법개정으로 헌법재판제도에 가해진 가장 큰 개혁은 구체적 규범통제제도의 도입이다.[17] 추상적·예방적 규범통제절차에 관한 규정인 제5공화국 헌법 제61조 다음에 새로이 삽입된 제61-1조는 제1항에서, 추상적·예방적 규범통제와 병존하는 구체적·사후적 규범통제제도의 도입을 선언한다. "구체적 소송사건이 법원에 계속중에 어떤 법률조항이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해한다는 주장이 제기될 때, 일정한 기간 내에 행해지는 국사원 또는 파기원의 결정에 의하여 이 문제는 헌법재판소에 회부된다." 위 조항은 구체적 규범통제의 요건으로 '구체적 사건성'과 '국사원과 파기원의 회부결정'이라는 두 가지 요건만을 명시하고 있으며, 더 구체적인

16) 입법절차 내에 위치한 예방적 통제의 특성상, 위헌결정의 효력이 법률을 공포하는 권한을 가진 국가기관에 직접 미치도록 한 것이다.

17) 구체적 규범통제권한 외에도 다음과 같이 권한이 신설되었다. ① 대통령의 비상대권 행사의 요건이 존속하는지 여부에 대한 심판(헌법 제16조 제6항), ② 행정부가 제출한 법률안의 의사일정 상정이 조직법률이 정한 절차에 위반되는지 여부에 관한 심판권(헌법 제39조 제3항). 기존의 추상적·예방적 규범통제제도 역시 그 대상이 확대되었는데, 의원이 발의한 헌법개정법안에 대해서는 국민투표에 부의하기 전에 의무적으로 위헌법률심판을 거쳐야 한다(헌법 제11조 제3항).

요건은 동 조 제2항에서 정하는 바와 같이 조직법률의 정함에 따르도록 하고 있다.

이에 따라 2009년 12월 10일 '헌법 제61-1조의 적용에 관한 2009년 12월 10일 제2009-1523호 조직법률'(이하 '조직법률'이라 한다)이 공포되었는데,[18] 위 조직법률은 동법 제5조에 의하여 2010년 3월 1일부터 시행되었다. 위 조직법률은 헌법 제61-1호 제1항에서 도입한 구체적·사후적 규범통제제도를 '우선적 합헌성 문제(QPC)'로 명명하고, 구체적인 절차에 관해서 규정하면서 그 내용이 각 절차적 단계에 따라 행정법원법전(Code de justice administrative), 일반법원법전(Code de l'organisation judiciaire), 재정법원법전(Code des juridictions finacières) 및 기존의 헌법재판소 조직법률인 1958년 11월 7일 자 법률명령(L'ordonnance)에 삽입되도록 하였다.

나. QPC와 그 현황

(1) QPC 제도의 특징과 내용

QPC 제도의 특징은 다음과 같이 요약된다. 첫째, QPC 신청은 각급 법원 단계에서 제기될 수 있지만, 이를 헌법재판소에 제청할 것인지 여부는 국사원 및 파기원의 전권에 속하며, 이에 대해서는 불복할 수 없다. 즉, 국사원과 파기원은 일종의 합헌결정권 또는 불송부결정권을 가지는데, 이러한 국사원과 파기원의 기능은 '여과장치'(Le filtrage)에 비유되고 있다.[19] 일반 국민은 국사원과 파기원의 결정을 거치지 않고서는 어떠한 방법에 의해서도 헌법재판소에서 법률의 위헌성을 다툴 수 없으므로,[20] 여과기능은 '봉쇄기

18) 일반적으로 조직법률은 의무적으로 예방적 규범통제의 대상이 되는데, 헌법재판소는 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정에서 위 조직법률에 대한 해석유보부 합헌결정을 하였다. 이 결정에서 헌법재판소가 제시한 조직법률에 대한 해석은, 이를 구체적으로 적용하게 될 국사원 및 파기원에 대한 유용한 지침이 되고 있다.

19) 이러한 제도의 취지는 국사원과 파기원의 최고법원으로서의 법해석권을 존중하고, QPC 신청의 폭주로 인한 헌법재판소 업무의 과중을 경감하기 위한 것이라고 설명된다.

20) 즉, 우리나라 헌법재판소법 제68조 제1항 및 제2항의 위헌소원은 불가능하다.

능'(Le bouchon)으로 전락할 수 있다는 우려도 제기되었으나, 후술하는 바와 같이 이러한 우려는 상당 부분 극복된 것으로 보인다. 오히려 문제는, QPC 제청 요건 및 당해사건 처리와 관련해서 국사원과 파기원이 헌법해석에 적극적으로 관여하게 되므로 헌법해석의 통일성이 저해될 우려가 있다는 것인데, 이러한 문제를 해결하기 위하여 헌법재판소 결정의 기속력이 새롭게 그 중요성을 획득하고 있다.

둘째, QPC 제도는 그 명칭에서 밝혀진 바와 같이 '우선적'(prioritaire)이다. 하급심 및 최고법원단계에서 법률적 조항이 위헌이라는 신청이 제출되면, 당해법원은 위 신청이 법률적 조항이 헌법에 위반된다는 이유 외에 국제조약에 위반된다는 주장을 동시에 담고 있다고 해도 자신이 최종적인 관할권을 갖는 '법률의 조약 합치성 심사'(Le contrôle de conventionnalité)를 뒤로 미루고 '어떠한 경우에도 우선적으로' QPC 제청요건을 심사하여, 하급심으로서는 이를 파기원 또는 국사원에 이송할 것인지 결정하고, 파기원과 국사원으로서는 헌법위원회에 위헌법률심판을 제청할 것인지를 결정해야 한다.[21)]

---

21) 조약합치성 심사에 대한 QPC 심사의 우선성의 문제는 다음과 같은 제도에 대한 이해가 선행되어야 한다. 첫째, 프랑스 제5공화국 헌법상 조약은 헌법보다는 하위에 있으나 법률보다는 상위에 있는 규범이다(제55조). 둘째, 헌법재판소는 법률에 대한 합헌성 통제만 가능할 뿐, 조약합치성 심사는 할 수 없다고 스스로 선언한 바 있다(1975년 1월 15일 제74-54호 결정). 셋째, 이에 따라 국사원과 파기원은 법률에 대한 합헌성 통제는 할 수 없지만 조합합치성 심사는 할 수 있으며, 이 경우 당해 법률조항의 적용을 배제할 수 있다고 스스로 선언하기에 이른다(파기원 1975년 5월 24일 Jacques Vabre 판결, 국사원 1989년 10월 20일 Nicolo 판결). 이러한 조약합치성 심사는 당사자의 신청에 의해서 또는 법원이 직권으로 행한다.

위와 같은 제도적 배경을 바탕으로 QPC의 이면을 살펴보면, 그 '우선성'을 명시하지 않는 한 조약합치성 심사에 의하여 언제든지 잠식될 수 있다는 것을 알 수 있다. 즉, 당해사건에서 법률조항의 적용을 배제하기 위하여 당사자들은 헌법위반과 조약위반을 동시에 주장할 수 있고 파기원은 심지어 직권으로 조약위반을 문제 삼을 수도 있는데(2006년 5월 10일 파기원 민사 1부 제05-15707호 판결), 실질적으로 유럽공동체조약 또는 유럽인권조약의 내용은 헌법상 보장되는 자유와 권리의 내용과 거의 일치하고 있으므로, 당해법원으로서는 QPC 제청이라는 방식을 택하지 않고 자신이 종국적인 결정권을 가지는 조약합치성 심사를 행하여 당사자들이 원하는 결과를 도

아래에서는 QPC의 절차와 그 효력을 자세히 살펴보기로 한다.

(가) QPC의 신청

1) 신청권자 및 신청요건

구체적 사건의 당사자는 원고, 피고, 형사사건의 피고인을 불문하고 누구라도 신청권자가 된다. 당사자는 일반법원과 행정법원을 불문하고 어느 심급의 단계에서든 QPC를 신청할 수 있다(단, 형사중죄법원은 예외. 조직법률 제23-1조 제1항, 제4항). 그러나 당해법원이 직권으로 QPC를 제청할 수는

출할 수 있다는 것이다. 이러한 이유 때문에, 국내법상 헌법의 최고법으로서의 지위를 보장하기 위해 QPC의 우선성이 명문화될 수밖에 없었던 것이다.

그러나 QPC의 우선성은 결과적으로 각 법원의 조약합치성 심사를 크게 제약하는 것이어서 특히 파기원 측의 반발이 컸다. 즉, 이미 합헌으로 결정된 법률조항에 대해서는 기속력 때문에 사실상 조약위반이라고 판단할 수 없게 되고, QPC를 헌법재판소가 심리하는 기간 동안 당해사건이 정지됨으로서 유럽공동체조약의 위반상태를 신속하게 시정할 법원의 의무를 다할 수 없게 된다는 것이다. 물론, 헌법재판소는 QPC에 대한 헌법재판소의 결정이 있은 다음에도 각급 법원이 자유롭게 조약합치성 심사를 행할 수 있다고 선언하였지만(전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정 이유 제14번 참고), 파기원은 이러한 QPC의 우선성이 유럽공동체조약을 위반한 것이라고 주장하며 유럽사법재판소(Cour de Justice de l'Union européenne ; CJUE)에 조직법률에 대한 선결적 해석을 제청하였다. 유럽사법재판소는 2010년 6월 22일 결정으로 일정한 요건 하에서 QPC의 우선성이 유럽공동체 조약을 준수할 의무와 양립가능하다고 판시하였는데, 그 요건은 다음과 같다. 첫째, 법원이 언제든지 선결적 해석을 유럽사법법원에 제청할 수 있고 둘째, 언제든지 유럽공동체 조약으로 보장된 권리를 보호하기 위한 잠정처분을 발할 수 있으며 셋째, 조약합치성 심사의 가능성이 여전히 남아있어야 한다.

위와 같은 유럽사법재판소의 판시에 근거하여, 파기원은 2010년 6월 29일 Melki et Abbeli 판결에서, QPC를 우선적으로 심리, 제청하지 않고 조약합치성 심사를 행할 수 있다고 하면서, 조약합치성 심사 결과 형사소송법전 제78-2조 제4항의 적용을 배제하고 유럽공동체 조약으로 보장된 권리를 보호하기 위해 잠정처분을 발하였으며, 이러한 경우 QPC 신청을 인용하여 헌법재판소에 제청할 필요가 없다고 하였다.

반면, 국사원의 경우는 QPC 심사의 우선성을 충실하게 따르는 것으로 보이며, 더 나아가 조약합치성 심사를 직권으로 행할 수는 없다고 하고 있으므로(1991년 1월 11일 Morgane 주식회사 결정), 조약합치성 심사의 영역이 사실상 크게 제한될 것으로 전망되었는데, 최근 국사원의 결정은 헌법재판소의 QPC 결정에도 불구하고 당해사건 당사자가 구하는 목적이 충분히 달성되지 못하는 경우에는 당사자의 조약위반 주장이 있으면 QPC 결정 이후에 조약합치성 심사를 행할 수 있다고 판시하고 있다(2011년 5월 13일 제316734호, 제329290호, 제317290호 국사원 전원합의체 결정).

없다(조직법률 제23-1조 제1항).[22] 신청자는 ① 이미 헌법재판소에 의하여 합헌으로 결정되지 않은(사정변경이 있는 경우는 제외) ② '구체적인 사건에 적용'되는 법률적 조항이 ③ '헌법이 보장하는 권리와 자유'를 침해한다고 주장하여야 한다. 이 신청은 이유를 명시한, 당해사건의 본안과는 구별되는 별도의 서면으로만 가능하고, 이는 구술변론으로만 진행되는 절차에서도 마찬가지다(형식주의, 조직법률 제23-1조 제1항).

2) 신청대상

QPC 신청의 대상은 '법률적 조항들'(Les dispositions législatives)이다(헌법 제61-1조 제1항). 즉, 의회가 표결한 일반 법률과 이와 같은 효력을 가지는 조직법률, 대통령이 발하고 의회가 비준한 법률명령(L'ordonnance)을 대상으로 한다. 그러나 의회의 승인이 없었던 법규명령에 대한 심판권한은 여전히 국사원을 정점으로 하는 행정법원의 관할에 속한다.[23] 그러나 QPC 신청대상이 되는 법률적 조항들의 제정시기에는 아무런 제한이 없다.[24]

(나) QPC 제청결정 또는 기각결정

1) 하급심에서의 심리

행정법원 및 일반법원의 하급심 단계에서 QPC 신청이 있는 경우, 당해법원은 ① 구체적인 사건에 적용되는 법률적 조항이 ② 이미 헌법재판소에 의하여 합헌으로 결정되지 않았고(사정변경이 있는 경우는 제외) ③ 그 합헌성에 대한 '중대한' 의심이 존재하는지 여부를 심리한다(조직법률 제23-2조). 위 요건들은 국사원 및 파기원에서의 요건과 중복되므로, 아래 2)부분에서 상술하기로 한다.

---

22) 이는 제5공화국 헌법 제61-1조 제1항의 표현('주장이 제기될 때')에서 비롯되는 조항이며, 헌법재판소도 조직법률에 대한 합헌결정에서 법원의 직권에 의한 위헌법률심판제청권을 인정하지 않은 위 조항은 헌법에 직접 근거하고 있으므로 합헌이라고 판시하였다. 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정 참고.

23) 헌법재판소는 홈페이지에서 이점을 스스로 밝히고 있다(http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/12-questions-pour-commencer.47107.html#1).

24) 따라서 1958년 제5공화국 헌법 제정 이전의 법률에 대해서도 QPC 신청이 가능하다.

하급심 법원은 위 요건들이 충족되지 않는다고 판단하는 경우 신청을 기각하고, 요건이 충족되었다고 판단하는 경우에는 '지체 없이'(sans dèlais) QPC 신청을 국사원 또는 파기원으로 송부한다. 신청기각결정에 대하여는 당해사건의 종국판결에 대한 항소 또는 상고를 제기함과 동시에 불복할 수 있다(조직법률 제23-2조 제6항).

송부결정이 있는 경우 원칙적으로 당해법원의 본안에 관한 선고는 국사원 또는 파기원의 QPC 신청기각결정이 있을 때까지 또는 국사원 또는 파기원의 QPC 제청결정이 있는 경우 헌법재판소의 종국결정시까지 연기된다(조직법률 제23-3조 제1항).[25] 이 경우에도 잠정조치 등 부수적 재판은 가능하며, 일정한 경우에는 재판이 정지되지 않으나,[26] 당해법원의 선고가 연기되지 않아 재판이 확정되고 이후 헌법재판소가 위헌결정을 내린 경우에는 당해사건 당사자에 대하여 재심청구권을 인정해야 한다.[27]

2) 국사원 또는 파기원에서의 심리

국사원과 파기원은, (a) 하급심으로부터 QPC 신청을 송부받거나, (b) 당사자가 하급심의 QPC 신청기각결정에 불복하여 본안과 더불어 상고하였거나, (c) 상고심에서 비로소 새로운 QPC 신청이 제기된 경우, 하급심에서 심리한 위 ①, ②, ③의 요건 및 이에 더하여 합헌성과 관련한 문제가 '새로운' 것인지를 심리한다(조직법률 제23-5조 제1항, 제3항).

①요건과 관련하여, QPC 신청 대상인 법률적 규정들은 당해사건에 '적용'되는 것이어야 한다. 이와 관련하여 헌법재판소는 확립된 판례에 의해 구체

25) 한편, 동일한 법률조항에 대하여 같은 이유로 QPC 신청이 제기되어 이미 국사원, 파기원 또는 헌법재판소에 사건이 계속중이면, 당해법원은 그 신청을 기각하는 대신 당해사건을 국사원 또는 파기원의 QPC 신청기각결정 또는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 정지할 수 있다.

26) 자유를 박탈하는 조치가 대상인 소송, 긴급절차에 의한 소송, 선고 정지가 당사자 일방에게 회복할 수 없는 명백히 과도한 결과를 초래하는 경우, 선고를 정지하지 않을 수 있다(조직법률 제23-3조 제2항, 제3항, 제4항).

27) 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정 이유 제18번 판시에서 헌법재판소는 위 조직법률 제23-3조에 대하여 '당해사건 당사자에게 재심청구권을 부여한다는 유보하에' 합헌결정을 한 바 있다.

화된 법해석 역시 '당해사건에 적용되는 법률'이라고 보고 법률조항과 일체로 QPC 신청의 대상으로 삼고 있다.[28] 국사원 역시 묵시적으로 국사원 판례에 의해 구체화 된 법률내용에 대한 QPC 신청이 적법함을 인정하고 있다.[29] 그러나 파기원은 QPC 신청이 파기원의 판례, 특히 형벌조항에 관한 파기원의 법해석을 다투거나 이를 근거로 형벌조항의 명확성을 다투는 경우 '법률적 조항' 그 자체와 '법해석'을 분리하여 후자에 대해서는 QPC 신청대상이 되지 않는다는 입장을 일관되게 표명하고 있다.[30] [31] 그러나 QPC 제청이 된 이상, 헌법재판소는 국사원과 파기원의 재판의 전제성에 대한 판단에 구속되고, 이를 새로이 판단하여 재판의 전제성을 부인하거나 직권으로 다른 법률조항을 심판대상으로 삼을 수는 없다고 한다.[32]

②요건은 헌법재판소의 결정의 기속력과 직접관련이 있는데, 선행결정의 기속력이 미치는 한 헌법재판소가 다시 그 법률조항의 합헌성을 심사할 필

---

28) 2010년 10월 14일 제2010-52호 QPC 결정. 그러나 프랑스 헌법재판소 홈페이지의 게시문서는 순수하게 판례의 형식으로만 존재하는 법리, 즉 명시적인 법률적 조항에 근거를 두고 있지 않은 판례법은 QPC 신청 대상이 아니라고 한다. 예컨대 행정계약에 있어서 행정청의 일방적 계약변경권을 인정하는 판례상의 '왕자행위 이론'은 실정법상의 근거를 가지지 못하기 때문에 QPC 신청의 대상이 되지 못한다고 한다.

29) 2010년 6월 25일 제326363호 Mortagne 결정. 그러나 이 결정에서 국사원은 위헌성의 의심이 중대하지 않다는 이유로 QPC 신청을 기각하였다.

30) 2010년 6월 11일 제09-87호 판결 등 다수. 그러나 파기원은 동일한 법률조항에 대하여 명확성의 원칙 위반과 다른 헌법원리위반에 관한 주장이 동시에 제기될 경우, 전자에 대해서는 파기원의 법해석을 다투는 취지여서 부적법하다고 하면서도, 후자의 주장이 이유 있다고 하여 QPC 신청을 받아들이기도 한다.

31) 이러한 파기원의 입장에 대해서는 많은 비판이 행해지고 있다. 대표적으로, N. Molfesis, La jurisprudence supra-constitutionem, La semaine juridique, Édition générale 18 oct. 2010, 1955 참고, 그러나 법해석을 QPC 신청의 대상으로 삼게 되면 헌법재판소 결정의 기속력에 의하여 QPC 제도는 실질적으로 각 최고법원의 판례를 간접적으로 통제하는 제도로 변질될 수 있고, 특히 기존의 판례와 반대되는 '해석유보부 합헌결정'이 내려지게 될 경우에는 헌법재판소가 국사원과 파기원의 판례를 직접 변경하는 셈이 되어 국사원과 파기원의 '주권적 지위'를 해할 우려가 있다는 반박도 제기되고 있다. 실제로 이러한 우려 때문에 2009년 10월 13일 상원의회에서 검토되었던, '판례에 의한 법해석'도 QPC의 대상으로 삼자는 개정안이 명시적으로 부결되기도 하였다. 이 점을 지적하는 것으로, Guillaume Drago, op. cit. p. 473 참고.

32) 2010년 5월 28일 제2010-1호 QPC 결정.

요성이 없다는 점에 근거하는 제한이기 때문이다.[33] 선행결정에는 예방적 규범통제절차에 의한 결정도 포함된다는 것이 헌법재판소의 입장이며, 헌법재판소는 법적, 사실적 사정변경이 없는 한[34] 선행결정의 기속력이 미치므로 다시 그 위헌성을 심사할 필요가 없다는 입장이다.[35]

③요건은 당해 법률적 조항의 실질적 위헌성을 각급법원이 자율적으로 판단할 수 있도록 한 것인데, 이 점에서 국사원과 파기원에 일종의 '사전적 위헌법률심판권'이 제도적으로 부여되었다고 평가하는 견해도 있다.[36] 실제로는 국사원이나 파기원은 중대한 의심의 존부에 대한 상세한 논증을 회피하고 있는 것으로 보이며, 심지어 위 요건을 다른 요건, 특히 ①요건에 대한 판단과 혼동하기도 한다.[37] 나아가 국사원과 파기원의 심리 단계에서는 중대한 의심이 존재하지 않는 경우에도, QPC 신청이 '새로운' 문제에 관한 경우에는 이를 헌법재판소에 제청할 수 있다.[38] 신규성의 판단 기준은 아직 확립된 바 없지만, 헌법재판소는 QPC 신청된 법률조항이 아직 헌법재판소의 판단을 받지 않았다는 것만으로는 부족하고, 아직 헌법재판소에 의하여 해석되고 적용되지 않은 헌법규정 또는 헌법원리를 문제 삼는 경우가 '새로운' 문제의 대표적인 사례가 될 것으로 보고 있다.[39]

---

33) 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정의 이유 제13번 및 2010년 7월 2일 제2010-9호 결정 참고.

34) 임시구금제도(La garde à vue)에 관한 형사소송법전의 규정들에 대한 예방적 규범통제절차에 의한 합헌결정(1993년 8월 11일 제93-326호 결정) 이후 법적, 사실적 사정변경이 있었디고 인정하여 동일한 법률조항들에 대한 QPC 제청 사건의 심사에 나아간 사례가 있다(2010년 7월 30일 제2010-14/22호 결정).

35) 예를 들면, 2010년 7월 2일 제2010-9호 결정은 이미 예방적 규범통제가 있었던 법률에 대한 QPC 제청에 관해 기속력의 존재를 근거로 '이를 다시 심사할 필요가 없다'는 불심리 주문을 냈다.

36) D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd., Montchrestien, Paris, 2010, p. 252

37) 파기원이 특히 그러한데, 예컨대 법률해석 내지는 판례에 대한 QPC 신청이 부적법한 이유를 설시함에 있어서 '그 위헌성의 의심이 중대하지 않기 때문'이라고 판시하는 경우들이 종종 존재한다.

38) '중대한 의심' 요건과 '새로운 문제' 요건은 선택적 관계에 있다. 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정 이유 제21번 참고.

39) 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정 이유 제21번 참고.

위 요건들이 충족되지 않는 경우 국사원 또는 파기원은 QPC 신청을 기각한다. 이 신청기각결정에 대하여는 불복할 수 없다. 위 요건들이 충족되었다고 판단하면 QPC를 제청하는 결정을 하고 그 결정문과 신청인의 QPC 신청서를 헌법재판소에 송부한다. 신청기각결정도 헌법재판소에 통지된다(조직법률 제23-7조 제1항). 파기원과 국사원의 결정은 3개월 내에 행해져야 한다(조직법률 제23-5조 제3항). 위 기간 내에 결정이 이루어지지 못하면 자동으로 QPC 제청이 이루어져 사건이 헌법재판소에 회부된다(조직법률 제23-7조 제1항). 국사원 또는 파기원이 헌법위원회에 QPC를 제청한 경우 당해 사건 재판은 중단되는 것이 원칙이고, 예외적으로 재판을 진행할 수 있다는 점 및 이 경우 확정된 당해사건에 대해서는 재심청구권이 인정될 수 있다는 점은 앞 1)부분에서 설명한 것과 같다(조직법률 제23-5조 제4항).

(다) 헌법재판소의 QPC 심리 및 결정

1) 심리절차

QPC가 제청되면 헌법재판소는 이를 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장에게 통지하고 그들은 헌법재판소에 자신들의 의견을 제출할 수 있다(조직법률 제23-8조 제1항). 헌법재판소 역시 국사원 또는 파기원으로부터 QPC를 제청받은 날부터 3개월 내에 합헌 여부에 관한 결정을 내려야 한다(조직법률 제23-10조). 심리의 신속성을 위하여 청구인과 정부의 서면공방은 전자우편으로만 이루어진다. 서면공방 이후에 변론이 열릴 수도 있는데, 이 경우 변호인이 구술변론을 한다. 변론은 원칙적으로 공개된다. 변론에 참석한 재판관들만이 평의에 참석할 수 있으며, 7인 이상의 찬성으로 결정을 내린다.

헌법재판소가 사건을 관할하게 된 이후에 당해사건의 종료는 그 원인을 불문하고 헌법재판소의 심판권에 영향을 미치지 아니한다(조직법률 제23-9조). 이는 QPC 제도의 '객관성' 때문으로 설명된다.[40]

40) 그러나 객관소송의 일종인, 국사원에서의 법규명령에 대한 월권소송에서는 이러한 경우 소의 이익이 상실된다고 보고 있다.

2) 헌법재판소의 결정

조직법률은 헌법재판소의 결정의 유형과 효력에 관한 구체적인 조항을 두고 있지 않다. 따라서 이는 제5공화국 헌법 제62조의 해석에 좌우되는데, 신설된 조항인 제62조 제2항은 QPC 절차에 의한 위헌결정의 유형과 그 효력에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. "헌법 제61-1조에 따라 위헌으로 선언된 법률은 헌법재판소 결정이 관보에 게재된 때로부터, 또는 그 결정에서 정한 시기 이후부터 폐지된다. 헌법재판소는 당해 법률조항이 이미 발생시킨 효과들을 다툴 수 있는 조건과 한계를 정한다."

이에 따라 헌법재판소는 QPC 절차에 의한 결정의 유형으로 ① 이미 합헌 또는 위헌결정이 있어서 다시 심리할 필요가 없다고 하는 불심리 결정(Non-lieu), ② 단순 합헌결정, ③ 단순 위헌결정, ④ 해석유보부 합헌결정, ⑤ 폐지시점이 연기된 위헌결정을 제시하고 있다.[41] 해석유보부 합헌결정은 우리나라의 한정합헌결정에 유사한 것이고, 연기된 위헌결정(Non conformité avec effet différé)은 우리나라의 헌법불합치결정에 유사한 것이다.

헌법재판소의 위 결정들은 그 유형을 불문하고 모두 기속력을 가진다. 즉, 제5공화국 헌법 제62조 제3항 제2문에 따라 모든 사법기관 및 기타 국가 공권력을 구속한다. 단순 위헌결정 또는 연기된 위헌결정이 있으면 그 결정 시부터 장래에 향하여 또는 결정문에서 정하는 시기부터 당해 법률적 조항은 폐지된다. 즉, 비소급적 대세효가 있다. 헌법재판소가 단순 합헌결정 또는 해석유보부 합헌결정을 한 경우, 당해 법률적 조항은 유효하게 당해사건에 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 국사원과 파기원은 위 법률적 조항이 국제조약에 위반된다는 이유로 당해사건에 한하여 그 적용을 중단할 수 있다.[42]

(2) QPC 제도의 현황

QPC 제도가 시행된 지 1여 년이 지나면서, 위 제도가 처음의 우려와는

41) 수개의 법률조항들 중 일부 조항에 대해서만 행하는 '일부 위헌결정' 및 '일부 연기된 위헌결정'의 유형은 별도로 논하지 않기로 한다.

42) 앞의 각주 21)의 설명 참고.

달리 상당히 활발하게 작동하고 있다는 점이 통계로 나타나고 있다. 비록 파기원이 몇 가지 쟁점에 대하여 헌법재판소와 충돌을 보였지만,[43] 2010년 3월 1일부터 2011년 2월 28일까지 국사원에서 심리된 QPC 신청은 총 256건, 파기원에서 심리된 QPC 신청은 총 581건이며, 그중 국사원이 52건, 파기원이 55건에 대하여 QPC 신청을 인용하여 헌법재판소에 이를 제청하였다는 점에서 양 사법조직 간 일정한 균형이 이루어지고 있다는 점을 확인할 수 있다.[44] 헌법재판소는 위 기간 중 총 102건의 QPC 제청에 대한 결정을 내렸는데, 그 중 47건이 단순 합헌결정, 9건이 해석유보부 합헌결정, 22건이 일부 또는 전부 단순 위헌결정, 24건이 불심리 결정이었다. 국사원과 파기원, 헌법재판소의 심리기간이 각 3개월로 상당히 짧은 편이지만, 국사원과 파기원은 평균 2개월 반, 헌법재판소는 평균 2개월 내에 결정을 선고하고 있다.

QPC 제청요건과 관련한 법적 쟁점은 헌법재판소 스스로 조직법률에 대한 예방적 통제 당시에 제시한 해석[45]에 최고법원들의 QPC 신청에 대한 결정 사례가 더해지면서 상당 부분 그 해결방안이 제시되고 있다. 그러나 헌법재판소의 단순 위헌결정 또는 연기된 위헌결정에 따른 당해사건 등의 처리와 관련한 국사원과 파기원의 입장은 최근에서야 판례로 나타나기 시작하고 있고,[46] 앞으로 헌법재판소 결정의 기속력과 관련하여 명확한 입장이 정리될 것으로 보인다.

---

43) 앞에서 본 QPC의 우선성에 관한 문제, 법해석에 대한 QPC 신청의 가부 문제가 바로 그것이다.

44) Carlotte Michellet, LA QPC, Un an après : Une réforme positive, à approfondir, Terra Nova, 28 févr. 2011.

45) 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정의 이유들을 말한다.

46) 국사원의 입장은 2011년 5월 13일 제316734호, 제329290호, 제317290호 전원합의체 결정으로 일부 제시되었다. 구체적인 내용은 후술한다.

Ⅲ. 헌법재판소 결정의 기속력

1. 일반론

앞서 살펴본 바와 같이 프랑스 헌법재판소 결정에는 규범통제절차에 따른 결정 외에도 다양한 유형이 존재하며, 이러한 결정들 모두에 대해서 헌법 제62조 제3항(개정 전 제62조 제2항)은 일반조항으로서 단심제의 원칙과 기속력의 존재를 확인하고 있다. 그러나 이하에서는 논의의 편의상 규범통제 중 비법률화 절차를 제외한 추상적·예방적 규범통제절차와 구체적 규범통제절차인 QPC 절차에 따른 결정을 중심으로 그 효력을 살펴본다.

가. 구체적 규율의 공백과 문제 상황

(1) 헌법과 조직법률의 규정 내용

프랑스의 현행 헌법은 헌법재판소 결정의 효력에 대해 구체적인 규율을 하지 않고 있다. 제62조 제3항이 매우 추상적으로 "헌법재판소 결정에 대해서는 불복할 수 없다. 헌법재판소 결정은 공권력과 행정기관 및 사법기관에 강제된다"고 규정하고 있을 뿐이다. 이는 2008년 헌법개정으로 구체적 규범통제가 도입되기 이전, 추상적·예방적 규범통제만을 시행하던 시기에도 마찬가지였다. 헌법재판소법에 해당하는 1958년 11월 7일 자 법률명령과 조직법률 역시 헌법재판소 결정의 효력에 대해서는 아무런 구체적인 규율을 하고 있지 않다. 그 결과 추상적·예방적 규범통제뿐만 아니라 QPC 제도에 있어서도 헌법재판소 결정의 효력이 구체적으로 어떠한 내용을 가지는지는 전적으로 헌법 제62조 제3항의 해석에 맡겨져 있다.

이러한 헌법재판소 결정의 효력은 그 자체 집행력을 가지지는 않으므로, 결국 그 효력을 받게 될 기관의 태도에 좌우되는 것이라 할 수 있다.[47] 그

47) 헌법재판소 결정의 효력이 가지는 법적 한계에 관하여, Guillaume Drago, op. cit.

런데 추상적·예방적 규범통제절차에 따른 위헌결정의 효력은 법률을 공포하는 권한을 가진 국가기관에 직접 미치고(제5공화국 헌법 제62조 제1항), QPC 절차에 따른 위헌결정은 직접적으로 당해 법률의 폐지를 초래하므로(제5공화국 헌법 제62조 제2항), 위헌결정 유형에 있어서는 그 효력이 직접적이고 매우 효과적이다. 문제는 해석유보부 합헌결정 및 단순 합헌결정의 효력인데, 과연 위와 같은 유형의 결정이 '공권력과 행정기관 및 사법기관'에게 어떠한 범위 내에서 효력을 미치며 얼마나 실효적일 수 있는지 오래전부터 논란이 되어왔다.[48] 이러한 논쟁은 QPC 제도의 시행 이후 특히 사법기관들에 대한 관계에서 실무상 매우 어려운 문제로 대두되고 있는데, 그 해결은 사실상 국사원과 파기원의 태도에 따라 좌우될 것이므로, 국사원과 파기원의 판례를 검토하는 것이 필요하다.

(2) 문제 상황

추상적·예방적 규범통제제도하에서 헌법재판소의 결정의 효력이 문제된 영역은 주로 해석유보부 합헌결정 및 단순 합헌결정이 어떤 조건에서 사법기관에 대하여 기속력을 가지는지에 관한 것이었다. 새로운 구체적 규범통제 제도, 즉 QPC 절차에서 헌법재판소와 다른 사법기관들이 충돌할 수 있는 영역은 두 단계로 확장되었다. 첫째는 QPC 절차의 초입 단계에서 국사원 및 파기원의 여과기능이 발동되는 영역이고, 둘째는 QPC 절차의 마무리 단계에서 국사원 및 파기원이 헌법재판소 결정을 참조하게 되는 영역이다. 이 두 영역에서 헌법재판소와 다른 사법기관과의 갈등을 배태하는 공통적인 쟁점은, 규범통제절차 내에서 밝혀진 헌법재판소의 헌법해석과 법률해석에 국사원과 파기원이 어떤 범위 내에서 구속되는가이다. 국사원과 파기원은

---

pp. 630~631 참고. 저자는 이를 '제재가 수반되지 않는 의무'라고 표현하고 있다.

48) 예방적 규범통제 절차에 따른 해석유보부 합헌결정의 내용은, 행정청 및 사법기관이 구체적 사안에서 그 결정 취지에 따라 당해 법률을 해석·적용하기에 충분히 유형적이거나 명확하다고 볼 수 없으며, 더구나 그와 같이 모호한 내용의 해석유보부 합헌결정이 형성의 자유를 가지는 입법자를 직접 구속한다고 보기는 힘들다는 것이다. Guillaume Drago, op. cit. pp. 624~625의 내용을 참고.

헌법재판소의 결정의 효력을 제한적으로 해석하고 그 효력이 미치지 않는 범위에서 독자적으로 헌법과 법률에 대한 해석을 행하고자 하는 경향이 있지만, 이러한 태도는 법질서의 통일성을 해한다는 점에서 바람직한 것은 아니라는 것이 광범위하게 인식되고 있다.

나. 헌법재판소 결정의 효력의 내용

헌법재판소의 결정은 일반적으로 기판력(L'autorité de la chose jugée), 기속력(L'autorité de la décision), 해석효(L'autorité de chose interprètée)를 가진다고 설명되고 있다.

(1) 기판력(L′autorité de la chose jugée)

프랑스 민법전 제1351조[49]가 규정하는 기판력은 동일한 청구원인(La cause)과 동일한 소송물(L'objet), 동일한 당사자(Les parties) 사이에서만 미치는 것이다. 위 조항은 기판력에 관한 일반 규정으로 단지 민사 영역에만 적용되는 것은 아니고,[50] 제5공화국 헌법 제62조 역시 헌법재판소 결정에 대하여 위 조항이 정하는 의미의 기판력을 부정하는 취지는 아니다. 그러나 규범통제절차와 같은 객관적 소송에서 이러한 좁은 의미의 기판력은 사실상 무용한 것인데,[51] 위헌결정은 성질상 대세효(*erga omnes*)를 가지고, 합헌결정 역시 당해 법률이 유효하게 존속하는 한 그 법률을 통하여 일반적 효력을 발생시킨다고 볼 수 있기 때문이다.

학자들도 헌법재판소 결정의 기판력을 사실상 후술하는 기속력과 그 내

---

49) 민법전 제1351조 “기판력은 판결의 대상이 된 것에 대해서만 미친다. 소송물이 동일하여야 하며, 청구가 동일한 원인에 기초하여야 하며, 청구가 동일한 당사자 사이에서 동일한 자격으로 일당이 다른 일방에 대하여 제기된 것이어야 한다.”

50) 프랑스의 행정소송 중 우리나라의 항고소송에 상응하는 것인 월권소송에 있어서도, 기각판결의 경우 그 기판력은 민법전 제1351조가 정한 요건에 따라 상대효만을 가진다.

51) 객관소송인 월권소송에 있어서도 취소판결의 기판력은 형성력, 기판력, 기속력을 모두 포함하는 포괄적 대세효로 이해되고 있다. 김영현, 프랑스 월권소송의 판결의 효력, 행정법연구 제13호, 2005. 99면.

용상 동일시하고 있다.[52] 실제로 제5공화국 헌법 어느 곳에서도 '기판력'이라는 용어는 등장하지 않으며, 헌법재판소 역시 위 표현을 거의 사용하고 있지 않다.[53] 헌법재판소가 드물게 '기판력'이라는 표현을 사용하는 경우에도, 후술하는 '결정의 효력'과 마찬가지로 내용적으로는 기속력을 지칭하고 있다.

한편, 제5공화국 헌법 제62조 제3항 제1문이 정하는 단심제의 원칙이 좁은 의미의 기판력의 직접적 근거인지 여부가 문제 되나, 동 조항의 입법배경은 헌법재판소 스스로에 의해서가 아니라 다른 사법기관, 특히 국사원에 의해서 헌법재판소의 결정이 번복될 가능성을 봉쇄하려는데 있었다는 점을 감안하여 이를 부정적으로 해석하는 견해가 있다.[54] 헌법재판소는 위 조항이 '특히 선거소송의 영역에서' 헌법재판소 스스로에 의해서 또는 다른 사법기관에 의해서 헌법재판소의 결정이 다시 다투어지는 것을 금지하는 것이라고 하는데,[55] 이에 관하여 '기판력'이라는 표현은 사용하고 있지는 않다.

요컨대 프랑스 헌법재판소는 적어도 규범통제에 있어서 기판력은 독자적인 의미를 가지지 못한다는 것을 인식하고 있는 것으로 보인다.

(2) 기속력(L'autorité de la décision)

헌법재판소는 제5공화국 헌법 제62조 제3항 제2문이 규정하는 강제력을 다른 국가기관에 대한 헌법재판소 결정의 기속력으로 이해한다. 헌법재

---

52) 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구 제18호, 1991, 186면. 헌법재판에서는 기판력이라는 표현보다는 결정의 효력이라는 표현이 더 자연스럽다는 주장도 존재한다. A.-C. Bezzina, L'autorité des décisions du Conseil sur lui-même, constribution in <L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel>, Thèmes et commentataires, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2010, p. 121

53) 헌법재판소가 명시적으로 제5공화국 헌법 제62조에 근거하여 '기판력'의 존재를 언급한 결정례로, 1988년 7월 20일 제88-244호 사면법 결정(결정이유 제18번)이 존재한다.

54) Michel Verpeaux, Brève considération sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, in <Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel> n. 30, 2011. 3., p. 16.

55) 1959년 5월 5일 제59-90bis호 결정. 이 사건은 청구원인, 소송물, 당사자가 동일한 선행결정이 존재하는 선거소송으로서 민법전 제1351조가 규정하는 기판력이 미치는 사안이었다.

판소는 대다수 결정에서 위 조항의 효력을 '결정의 효력'(L'autorité de la décision)이라는 표현으로 지칭한다. 일찍이 헌법재판소는 1962년 1월 16일 농업진흥법 결정[56]에서 제5공화국 헌법 제62조의 규정으로부터 직접 '결정의 효력'의 존재를 도출하고, 모든 공권력과 행정기관, 사법기관에 대하여 헌법재판소 결정의 주문(Le dispositif) 및 그 주문을 지지하는데 필요하고 그 주문의 기초 자체를 구성하는 이유(Le motif)의 구속력이 미친다고 선언한 바 있다. 헌법재판소는 위 결정에서 '결정의 효력'이 미치는 범위를 확정함에 있어서 심판대상과 결정이유의 동일성만을 기준으로 하고 있는데, 이 점에서 '결정의 효력'은 민법전 제1351조의 기판력과는 구별된다.

기속력이 미치는 주관적 범위에 대하여 제5공화국 헌법 제62조 제3항 제2문은 '공권력'과 '행정기관' 및 '사법기관'을 명시하고 있다. 양원의회는 '공권력'에, 행정법원과 일반법원은 '사법기관'에 각 해당된다. 헌법재판소도 사법기관이지만, 위 조항에서 말하는 '사법기관'에 헌법재판소 자신도 포함되는지 문제 되는데, 헌법재판소 스스로에 대한 기속력을 인정할 경우 결정례 변경의 가능성이 사라지게 된다는 점을 들어 부정적인 견해가 있다.[57] 실제로 헌법재판소는 두 차례에 걸친 이른바 '뉴칼레도니아 비상사태사건'에서 일정한 조건 하에서 자신의 선례를 변경할 수 있는 권한을 인정하였다.[58] 그러나 이러한 선례 변경의 가능성을 헌법재판소 스스로가 아닌 다른 공권력, 행정기관 및 사법기관에 대해서 동일한 방식으로 적용할 수는 없을 것이다.[59]

기속력의 객관적 범위에 관해서는 QPC 제도 시행 이전과 이후로 나누어 Ⅲ. 2. 이하에서 상술하기로 한다.

---

56) 1962년 1월 16일 제62-18호 결정. 이 결정은 '비법률화' 절차, 즉 법률과 행정입법의 규율영역에 관한 다툼을 해결하는 절차에 따른 선행 결정의 효력에 관한 것이었다.

57) Michel Verpeaux, <Brève considération sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel>, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n. 30, 2011. 3., p. 17.

58) 1985년 7월 25일 제85-187호 결정 및 1999년 3월 15일 제99-410호 결정.

59) Michel Verpeaux, op. cit. p. 18.

(3) 해석효(L'autorité de chose interprètée)

헌법재판소는 '결정의 효력'이라는 표현으로 기속력을 지칭하고 있지만, 헌법재판소 결정이 가지는 실질적 효력은 기속력에 그치지 않는다. 특히 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 객관적 범위를 벗어나는 경우에도 일정한 효력이 존재한다는 주장이 헌법학계에서 제기되고 있다. 이 견해는 헌법재판소가 행한 헌법해석과 법률해석이 다른 국가기관, 특히 사법기관에 대하여 매우 강한 설득력을 가진다는 점에 착안하여, 이러한 효력을 '헌법재판소에 의하여 해석된 것의 효력(해석효)'이라고 명명하고 있다.

해석효를 인정해야 한다는 논의는 1999년 1월 22일 헌법재판소의 '대통령의 형사상 소추의 면제에 관한 법률' 결정[60]과 2001년 10월 10일 파기원의 Breisacher 판결[61]과의 관계 때문에 촉발되었다. 위 사건에서 파기원은 민법 전상의 기판력의 개념에 영향을 받아 헌법재판소 결정의 기속력의 범위를 상당히 제한하고, 기속력이 미치지 않는 범위에서는 파기원이 독자적으로 헌법해석을 행할 수 있다고 선언하였다. 그러자 위와 같이 제한된 기속력 범위에서 벗어나는 사례들의 경우에도 파기원은 헌법재판소 결정에 나타난 헌법 해석을 존중하여야 했다는 비판이 다수 등장하게 되었고, 이로부터 해석효의 인정 여부에 관한 논의가 본격적으로 시작되었다.

해석효를 인정할 것인지 여부에 관해 학자들의 견해가 일치하는 것은 아니다. 일부 학자는 헌법재판소 결정의 이유, 즉 해석된 것에 대한 효력을 인정하는 것은 결국 헌법재판소 결정례집을 헌법 그 자체로 보는 것에 귀착된다고 비판하고 있다.[62] 그러나 헌법학계에서는 법체계의 통일성을 확보하기 위하여 헌법재판소 결정의 해석효를 인정하여야 한다는 견해가 점차 힘을 얻고 있고, 해석효가 헌법 제62조 제3항 제2문에 직접 근거하고 있다고 주장하는 학자도 존재한다.[63] 국사원과 파기원은 해석효를 묵시적으로는 인정

60) 1999년 1월 22일 제98-408호 결정.
61) 구체적인 내용은 후술한다.
62) O. Pfersmann, <L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel>, p. 84.
63) M. Disant, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, LGDJ, Paris, 2010.

하고 있지만,[64] 아직 명시적으로 해석효를 인정한 사례는 없다. 헌법재판소 역시 아직 해석효를 직접 언급한 바는 없는 것으로 보인다.

해석효의 존재는 헌법재판소의 관할을 존중하는 것일 뿐, 헌법재판소에 대하여 일종의 '최고사법기관성'을 부여하는 것은 아니라는 것이 해석효를 긍정하는 학자들의 설명이다. 그러나 대부분의 헌법재판소 결정은 헌법해석뿐만 아니라 심판대상법률의 해석을 그 내용으로 하기 때문에 법률 해석권을 행사하는 사법기관의 권한과 충돌이 있을 수밖에 없고, 이 경우 해석효를 인정하면 헌법재판소를 사실상의 최고사법기관으로 보는 것과 같은 결론에 이른다는 지적이 있다.[65]

2. 예방적 규범통제제도와 결정의 효력

가. 기속력이 인정되는 결정유형

전술한 바와 같이 헌법재판소의 모든 결정에는 기속력이 인정된다. 그러나 해석유보부 합헌결정 및 단순 합헌결정의 경우 헌법과 법률에 대한 해석이 주된 내용이 되고 그 해석의 내용이 모호하거나 결론에 직접적인 영향을 미치지 않는 방론(*obiter dictum*)에 그치는 경우도 있으므로 기속력을 전면적으로 인정할 수 있을 것인지에 대한 회의적인 입장이 지배적이었다.[66] 그러

---

64) 국사원은 이미 1985년 12월 20일 outters 社 판결에서 간접적으로 해석효를 인정하고 있으며, 파기원 역시 헌법재판소 결정에서 나타난 헌법해석을 묵시적으로 따르고 있다.

65) Michel Verpeaux, op. cit. p.21 헌법재판소에 대하여 사실상의 최고사법기관성을 인정할 수 있다는 견해는 오래전부터 존재하였다. 행정법원과 일반법원(민・형사법원)이 이원적 사법체계를 구성하고 있는 프랑스의 독특하고 유서깊은 법제에 비추어 <일반법원>이라는 표현은 주의해서 사용될 필요가 있지만, 프랑스 헌법학의 권위자 Vedel은 위 <일반법원>이라는 표현을 '당해 체계 내에 최고법원이 존재하고, 일반 시민이 소를 제기할 수 있는 법원', 즉 행정법원과 민・형사법원을 포괄하는 법원이라는 의미로 사용하면서, 헌법재판소가 이들 <일반법원>에 대하여 통상의 상급법원보다는 느슨한(또는 부드러운) 상급법원으로서의 위치에 있다고 한다.

66) 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사결정의 효력, 공법연구 제18호, 1991, 201면.

나 최근의 논의에서는 해석유보부 합헌결정 및 단순 합헌결정에 대하여 기속력을 전면적으로 부정하는 입장은 찾아보기 어렵고, 오히려 앞에서 본 바와 같이 기속력이 아니더라도 해석효의 이름으로 헌법재판소의 모든 결정에 대하여 일정한 구속력을 부여하려는 시도가 활발히 행해지고 있다.

해석유보부 합헌결정 및 단순 합헌결정에 대하여 기속력을 인정하는 경우에도 그 객관적 범위가 어디까지인지 문제 되는데, 이에 관해서는 국사원과 파기원의 입장이 차이를 보이고 있었다.

나. 국사원과 기속력의 객관적 범위

(1) 독자적인 헌법해석권 부인

국사원은 이미 헌법재판소의 결정이 있었던 헌법문제에 관하여 입장을 밝혀야 할 기회가 올 때마다 실질적으로 헌법재판소의 입장에 크게 의존하고 있으며, 헌법재판소의 결정이 없었던 헌법문제에 있어서도 그 결정 내에서 헌법을 직접 해석하지는 않는다. 즉, 헌법재판소의 헌법에 대한 독점적 해석권을 인정하면서 스스로는 철저히 '법률'에 근거한 재판을 고수해왔다. 이러한 태도는 사실 프랑스 민법전 제4조가 규정하는 법관의 '전체로서의 법' 해석권과는 일치하지 않지만, 이른바 '법률의 헌법차단론'(Loi-écran),[67] 즉 헌법을 직접적인 재판규범으로 삼지 않는 오랜 전통에 따른 것이다.[68]

(2) 주문과 이유에 나타난 법률해석에 대한 강한 기속력

국사원은 헌법재판소가 이미 심판대상으로 삼았던 법률조항을 개별적인

67) 국사원 2005년 1월 5일 Drepez 결정.

68) 이러한 태도는 법규명령에 대한 행정소송을 개별 처분에 대한 행정소송과 마찬가지로 국사원의 독점적 관할로 하고 있는 프랑스 행정재판제도에 비추어볼 때, 다음과 같은 의문을 불러일으킬 수 있다. 법규명령의 위법성 판단의 기준은 무엇인가? 특히, 법률의 수권 없이도 제정되는 독립명령의 경우, 그 심사기준은 무엇인가? 이에 대한 대답은 바로 국사원 판례에 의하여 정립된 '법의 일반원리'이다. 실질적으로 헌법의 내용과 일치하는 법의 일반원리의 존재로 인하여, 헌법에 직접 의거함이 없이도 각종의 행정소송을 체계 일관적으로 수행할 수 있었던 것이다.

사건에 적용함에 있어서 내용적으로는 헌법재판소의 결정을 매우 철저하게 따르고 있다. 1994년 3월 11일 La Cinq 社 결정에서 국사원은 다음과 같은 입장을 전원합의체 판결의 형식을 통해 선언하였다. "법률의 해석 및 적용에 있어서, 행정법원은 헌법재판소가 심판대상 법률이 헌법에 합치한다고 선언한 결정에서 밝혀진 해석에 기속[69]된다." 그러나 국사원은 이러한 결론이 헌법 제62조의 적용에 의한 것, 즉 기속력 때문이라는 점을 명시하지는 않았다. 국사원은 해석유보부 합헌결정이 있는 경우에도 그 유보된 해석에 대체로 전적으로 따르는 입장인데, 비록 드물긴 하지만 그러한 해석이 헌법 제62조의 '기판력(기속력)'에 의한 것임을 결정문에서 명시하기도 하고[70] 월권소송에서 헌법재판소의 해석과 다른 결정을 한 행정행위에 대해 '명백한 평가의 오류'를 범한 것으로 보아 당해 행정행위를 취소한 바도 있다.[71] 그러나 대부분의 경우 국사원은 헌법재판소 결정을 직접 선례로서 인용하고 있지는 않다.[72] 이는 동일한 내용의 법리를 설시하는 유럽인권재판소 판결에 대해서도 마찬가지다.[73]

---

69) 국사원이 '기속(lié)'이라는 표현을 사용한 것은 매우 의미심장한데, 이 '기속'이라는 표현은 행정행위의 분류에서 말하는 '기속행위'에 적용되는, 매우 강한 법적 구속을 의미하는 것이기 때문이다.

70) 국사원 전원합의체 1985년 12월 20일 SA des Etablissements Otters 결정 및 국사원 1986년 4월 16일 Soc. méridionale de participations bancaires, industrielles et commerciales 결정.

71) 예를 들어, 국사원 전원합의체 1986년 12월 19일 Thomas 결정.

72) 예컨대 2007년 6월 22일 Lesourd 결정에서 국사원은 선례가 되는 2002년 1월 12일의 해석유보부 합헌결정을 직접 언급하지는 않았지만, 결과적으로 헌법재판소와 동일한 법률해석에 이르고 있다.

73) 국사원이 헌법재판소 결정을 직접 인용하지 않는 이유는 기관이기주의 때문이라기보다는 선례구속성의 원칙을 인정하지 않는, 즉 국사원 자신의 판례조차도 직접 인용하지 않는 대륙법계의 전통 때문으로 보아야 한다는 견해가 있다(Jacques Arrighi de casanova, L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'Etat, in <Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel> n. 30, 2011. 3., p. 24). 그러나 일각에서는, 드물지만 국사원이 당해사건의 결론을 도출함에 있어서 직·간접적인 영향을 받은 헌법재판소 결정을 언급한 사례가 있는 점을 들어, 모든 사안에서 헌법재판소 결정을 직접 인용할 것을 주장하는 견해도 있다(O. Schrameck, L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, in <Les cahiers constitutionnels de Paris 1>, Dalloz 2010, p. 134).

위와 같은 기속력은 헌법재판소 결정에서 '간접적'으로 다루어진 법률에 대한 해석에는 미치지 않는다. 예방적 규범통제의 대상이 되지 않고 공포되었으나, 이후 그 법률을 기초로 한 다른 법률이 예방적 규범통제의 대상이 되어 간접적으로 헌법재판소의 해석이 이루어진 법률에 대하여, 국사원은 직접 헌법위원회 결정의 대상이 되지 않았던 법률조항에 대한 헌법재판소의 해석에는 기속되지 않는다는 입장이다.[74] 이는 기속력이 미치는 심판대상 법률의 범위를 형식적으로 파악하는 입장으로 이해되는데, 헌법재판소가 취하는 실질적 기준에 비하여 기속력의 범위를 좁히고 있다고 평가할 수 있다.[75]

(3) 해석효 일부 인정

국사원은 헌법재판소가 직접 심판대상으로 삼은 바 없었던 법률조항의 해석에 있어서는 헌법재판소의 법률해석에 대한 기속력을 인정하지 않는 것을 원칙으로 한다. 즉, 위와 같은 경우 국사원은 당해 법률을 자유롭게 해석한다. 물론 국사원은 문제되는 법률조항과 내용적으로 유사한 법률조항에 대한 헌법재판소의 선례가 존재하는 경우, 그 내용을 사실상 그대로 원용하여 법률해석에 활용하고 있기는 하다. 헌법재판소 수석연구부장이었던 국사원 최고법관 Bruno Genevois는 이러한 효력을 <설득효>라고 명명하는데,[76] 이는 국사원이 앞에서 말한 해석효를 사실상 받아들이고 있다는 점을 암시한다.

그러나 헌법재판소의 직접적인 결정이 없는 경우 법해석의 자유가 인정

---

74) 국사원 1967년 2월 3일 전원합의체 결정 등 다수, 그러나 결론을 도출하는 과정에서는 사실상 동일한 해석을 하고 있다.

75) 헌법재판소는 1988년 7월 20일 사면법 결정에서 이미 위헌결정이 내려진 법률과 내용적으로 동일한, 그러나 표현이 다소 다른 법률이 위헌결정의 기판력에 반하지 않는다고 결정하였다가, 1989년 7월 8일 사면법 결정에서는 위헌결정이 내려진 법률과 본질적으로 같은 내용을 규정하고 있는 법률에 대해서도 위헌결정의 기속력이 미친다고 하면서 선행 위헌결정과 동일한 이유로 심판대상 법률을 위헌으로 선언한 바 있다.

76) Jacques Arrighi de casanova, op. cit., p. 24.

된다는 것은, 국사원이 헌법재판소의 결정과 실질적으로 상반되는 법해석을 할 수도 있음을 시사한다. 실제로 두 번의 명시적인 충돌이 있었는데, 하나는 경범죄(La contravention) 처벌규정을 개정하는 권한이 입법권에 속하는지 행정권에 속하는지 여부에 관한 것[77]이었고, 다른 하나는 '행정청의 신청에 대한 무응답은 거부처분으로 간주된다'는 내용의 법의 일반원칙(Le principe général du droit)의 존재에 관한 것[78]이었다. 첫 번째 사안에 관하여 헌법재판소는 경범죄에 관한 규율이 입법사항이라고 보았으나,[79] 그 판시는 주문에서는 나타나지 않고 이유에서 방론에 가깝게 나타나는 것이었다. 이러한 경우 기속력이 미치지 않는다고 판단한 국사원은 이후 위 권한을 행정입법사항으로 보았다.[80] 두 번째 사안에서 헌법재판소와 국사원은 좀 더 극적인 충돌을 보인다. '법의 일반원칙'은 헌법과는 달리 행정소송에서 직접적인 재판규범이 되는, 국사원이 정립한 판례법리이다. 따라서 헌법재판소가 기존의 국사원의 결정례와 정면으로 배치되는 내용의 법의 일반원칙이 존재한다고 선언한 것은 헌법재판소가 직접 국사원의 판례를 변경한 것과 다름 없는 것이었다. 이러한 갈등은 2000년, '행정청의 무응답은 거부처분으로 간주된다'는 원칙과 그에 대한 예외를 규정한 법률이 제정됨으로써 입법적으로 수습되었지만, 헌법재판소의 결정이 국사원의 확립된 결정례를 직·간접적으로 문제 삼는 경우 그 결정에 대하여 기속력을 인정할 수 있을 것인가에 대한 해답은 아직 물음표로 남아 있다.

---

77) 헌법재판소와 국사원은 형사제재와 행정제재의 구별 및 이중처벌 여부에 관한 판단의 영역에서 미묘한 입장 차이를 보이고 있다. 제5공화국 헌법 제34조는 경범죄에 관한 권한이 입법사항이라고 명시하고 있지 않기 때문에 위와 같은 논란이 존재하게 된다.

78) 헌법위원회는 1969년 결정을 통하여 위와 같은 내용의 (행정)법의 일반원칙이 존재한다고 선언하였으나, 이듬해인 1970년, 국사원은 곧바로 그러한 내용의 법의 일반원칙은 존재하지 않는다고 판시한다.

79) 1973년 11월 23일 제73-80호 결정.

80) 1978년 2월 3일 C.F.D.T. - C.G.T. 결정.

다. 파기원과 기속력의 객관적 범위

(1) 독자적 헌법해석권 인정

파기원은 헌법재판소 결정의 효력과 관련해서 전원합의체의 2001년 10월 10일 Breisacher 판결을 통하여 다음과 같은 입장을 밝힌 바 있다. “헌법재판소 결정의 효력은 주문뿐만 아니라 그 주문을 뒷받침하는데 필수적인 이유에도 미치지만, 그 결정은 헌법재판소의 심판대상이 된 바로 그 조항에 관해서만 공권력, 행정기관 및 사법기관에 강제된다.” 위 판결에서 파기원은 헌법 제62조 제3항 제2문도, ‘기판력’의 개념도, 기판력의 근거인 민법 제1351조도 직접 언급하지는 않았지만, 그 내용은 결국 헌법 제62조 제3항 제2문을 민사판결에서의 소송물 이론을 약간 변형하는 것으로 제한 해석한 것과 다름없다고 평가된다.[81)]

헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 범위를 심판대상 법률조항의 형식적 동일성을 기준으로 한정한 파기원은, 국제형사재판소에의 가입조약에 관한 헌법재판소의 1999년 1월 22일 자 제98-408호 결정이 단지 추상적으로 대통령이 국제형사재판소에 소환될 수 있는지만을 확인하였을 뿐이므로 당해사건에 그 기속력이 미치지 않는다고 보았다. 그리고 헌법 제68조 및 기타 헌법조항들을 종합하여 대통령의 형사책임은 그 임기 내에는 일반법원에서 다루어질 수 없고, 그 기간동안 공소시효는 정지된다고 선언하였다. 결론에 있어서는 헌법재판소와 동일한 입장이지만, 중요한 것은 파기원이 직접 “(기속력이 미치는 사항이 아니므로) 대통령이 국제형사재판소에 증인 또는 피고인으로 소환될 수 있는지 여부에 대한 판단권은 파기원에 속한다”고 선언하였다는 점이다. 즉, 파기원은 헌법재판소 결정의 기속력을 매우 엄격한 조건하에서만 인정하고, 그 기속력이 미치지 않는 범위에서는 스스로의 독자적인 헌법해석권을 인정하고 있다. 이 점은 국사원이 헌법을 직접 해석하는

81) Olivier Desaulnay, <L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation>, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n. 30, 2011. 3., p. 36.

것을 극도로 회피하고 있다는 사실과는 대조적이다.

(2) 주문과 이유에 나타난 해석에 대한 기속력 제한

헌법재판소와의 인적·조직적 거리가 상대적으로 먼, 헌법재판소를 결코 자신들의 상급법원으로 받아들이지 않는 파기원으로서는 위와 같이 '최소한의 효력' 인정론을 전개할 수밖에 없었을 것으로 보인다.[82] 실제로 파기원은 헌법재판소의 합헌결정 이유에서 설시된 법리를 법률조항의 해석에 적절히 반영하지 못하고 있다.[83] 예를 들어 헌법재판소는 오래전부터 "교육시설에 고유한 특성을 준수하여야 할 교육자의 의무가, 그들의 양심의 자유를 침해하여서는 안된다"라고 판시해오고 있으나, 파기원은 카톨릭계 학교에서 이혼 후 재혼한 교사를 해임한 사안이 문제 되자 교육시설의 특성이나 양심의 자유에 대한 고찰 없이 '단순한 계약 위반'의 문제로 위 사건을 다루는데 그쳤다.

파기원은 일반적으로 해석유보부 합헌결정에서 유보된 해석에 대하여 기속력을 부여할 것인지 여부에 대해서도 확립된 입장으로 보이지 않고 있다. 파기원 민사 제1부 2005년 3월 22일 Leonardo Plata Restrepo 판결에서는 당해 사안이 "2003년 11월 20일 헌법위원회 결정에서 해석된 유보의 대상과 같음"을 이유로, 같은 부 2005년 7월 6일 Calvados 도지사 대 Sofiane Belhaoua 판결에서는 "(위 헌법재판소 결정에서) 그렇게 해석되었기 때문에"라는 표현을 사용하면서, 각 심판대상인 구금명령을 취소하기에 이르렀다. 더 나아가 파기원은 기판력이 인정되는 사안에서 하급법원이 헌법재판소의 법률해석을 따르지 않은 경우, 이를 '법률위반'의 상고이유로 보고 그 이유로 파기하기도 한다. 이는 파기원이 법률 그 자체뿐만 아니라 '헌법

82) Olivier Desaulnay, op. cit. p. 31 국사원과 헌법재판소는 인적, 사항적, 조직적 측면에서 매우 가까운 관계에 있다. 특히, 관례적으로 국사원의 최고행정법관이 헌법재판소 수석연구부장직에 파견된다는 점이 양 조직의 친밀성을 상징적으로 보여준다.

83) 특히 노동, 교육, 사회관계법의 해석에서 그러하다. M. Guillame, L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vers de nouveaux équillibres?, in <Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel> n. 30, 2011. 3., pp. 56～57.

재판소에 의해 구체화 된 법률에 대한 해석' 역시 파기원이 수호해야 하는 법질서로 파악하고 있다는 것을 드러낸다. 그러나 2001년 5월 23일 파기원 민사2부 제00-50045호 Préfet de police/M. Jaime Ranchez 판결은, "입법자가 아닌 법관은 법률에 정해져 있지 않은 조건들을 부가할 수 없으므로" 해석유보부 합헌결정을 따를 수 없다고 판시한다. 또, 유명한 일반사회부담금(La contribution sociale généralisée) 사건에서도 파기원 사회부는, 위 부담금은 조세가 아니라 사회보험금이라는 유럽사법재판소 판결의 기판력에 따른다고 하면서, 위 부담금이 조세라고 본 헌법재판소 결정[84]의 기속력이 이 사건에는 미치지 않는다고 하여 명시적으로 당사자의 주장을 배척한 바도 있다.[85]

(3) 해석효 부인

국사원과 마찬가지로 파기원 역시 헌법재판소에 의해 간접적으로만 다루어졌던 법률조항이 문제 되는 경우, 헌법재판소 결정의 기속력을 부인하고 당해 법률조항을 독자적으로 해석하고 있다. 그러나 사실상 해석효를 인정하고 있는 국사원과는 달리, 파기원은 Breisacher 판결을 통하여 해석효를 인정하지 않겠다는 명시적인 입장을 표명한 것으로 평가되고 있다. Breisacher 판결의 내용은 결국 '헌법재판소 결정에는 제한적인 경우에 인정되는 기속력 외에는 아무런 효력이 없다'는 것이기 때문이다. 사실 선례구속성의 원칙이 존재하지 않는 프랑스에서 헌법재판소 결정의 해석효를 인정한다는 것은 헌법재판소의 최고사법기관성 인정문제와는 별개로 '대륙법체계 내에서의 판례의 지위'라는 고전적인 문제를 상기시키는 것이기도 하다. 이러한 이유로 파기원으로서는 되도록 헌법재판소의 결정을 참고할만한 '선례'로서 인정하지 않으려는 것으로 보인다.

파기원 내부에서는 법질서의 통일성·일관성을 유지하기 위해서 실질적으로 헌법재판소의 결정에 해석효를 인정하는 것이 바람직하다는 견해가 존

84) 1990년 12월 28일 제90-285호 결정 등.
85) 파기원 사회부 2000년 6월 15일 제98-12467호 판결 등.

재하였으나, 받아들여지지 않았다. Breisacher 판결에서 정부 측 대리인인 검찰총장 de Gouttes의 의견서는 다음과 같이 주장하고 있다. “(해석효는) 세 개의 최고사법기관들 사이의 조화를 확보하고, 법치국가에 있어서 필수적인 법질서의 통일성·단일성을 수호하기 위해 필요하다. 따라서 세 개의 최고사법기관들 사이의 해석을 조화시키는 절차에서 가장 중요한 위치를 점하는 것이 바로 헌법을 해석하는 헌법재판소이며, 더 나아가 헌법재판소가 해석한 그대로의 헌법이 파기원과 그 하급법원들에게 주어진다고 보는 것은 당연하다. 또한 헌법재판소 결정의 해석적 효력을 인정하는 것은 시민들의 입장에서 법적안정성을 보장하기 위하여 반드시 필요하다.”

3. 구체적 규범통제제도와 결정의 효력

가. 기속력이 문제되는 국면

QPC 절차에서 기속력이 문제 되는 국면은 예방적 통제와 상당히 다르다. QPC 제청절차에서 헌법재판소 결정의 기속력은 QPC 제청의 요건을 심사하는 ‘여과’단계에서의 국사원과 파기원의 판단의 부담을 덜어주고, 궁극적으로는 구체적 규범통제의 실효성을 확보해 준다는 점에서 예방적 통제의 경우보다 기속력이 더 강화될 필요성이 있기 때문이다.

나. QPC 제청요건 심사와 기속력

(1) ‘동일 사건’ 심판 금지

조직법률 제23-2조는, “사정변경이 없는 한, 이미 헌법재판소 결정의 주문과 이유에서 헌법에 합치한다고 선언된 법률에 대해서는 QPC 신청을 할 수 없다”고 규정한다. 위 규정의 취지는 선행 결정의 기속력이 미치는 한, 헌법재판소로서는 다시 위헌법률심판에 나아갈 필요가 없기 때문이라는 것이라

는 점을 앞에서 설명한 바 있다. 따라서 어떠한 경우에 "이미 헌법재판소의 '주문'과 '이유'에서 헌법에 합치한다고 선언된 법률"인지, 즉 기속력이 미치는 법률의 범위가 어디까지인지 판단할 기준이 마련될 필요가 있다.

헌법재판소는 예방적 통제와 QPC 절차 상호간, QPC 절차 상호간에도 기속력이 미친다는 입장이다. 특히 2010년 7월 2일 형사소송법(국제교도소연구소 프랑스분과위원회에 관한 규정)에 관한 QPC 결정에서, "헌법재판소는 (예방적 통제절차였던) 2008년 2월 21일 결정[86]에서 이미 이 사건 조항이 헌법에 합치된다고 주문에서 선언한 바 있다"고 하면서, "사정변경이 없는 이 사건에서, 이 사건을 심리할 이유가 없다"고 하여, "헌법재판소는, 스스로가 인정한 사실적 상황의 변화가 존재하지 않는 한, 동일한 법률규정에 대하여 두 번 재판하지 않는다"는 법리를 선언하기에 이르렀다.[87] 헌법재판소는 이미 조직법률 제23-2조 자체에 대해서 예방적 규범통제 절차에서 이를 합헌으로 결정하면서 '사정변경'에 관하여 다음과 같은 설시를 한 바 있다. "선행 결정 이후에 심사기준인 헌법 규범 자체, 또는 사실적 법적 상황에 변경이 가해져 다툼의 대상이 된 법률조항의 내용에 영향을 미치게 된 경우" '사정변경'이 있다고 할 수 있다.[88] 헌법재판소는 QPC 절차 상호간에도 '동일 법률 반복 재판 금지원칙'을 적용하여, 2010년 10월 6일 꼬뮌 브론 사건에서, 선행 사건인 2010년 9월 22일 꼬뮌 브장송 사건을 언급하면서, QPC 제청을 불심리한다는 결정을 하였다.

그런데 헌법재판소가 '동일한 법률'로 보는 기준은 국사원 및 파기원보다 확장되어 있기 때문에, QPC 제청이 이루어져도 기속력에 의하여 불심리되는 경우가 많다. 즉, 국사원과 파기원이 기속력이 미치지 않는 법률조항으로 판단하여 QPC 신청을 받아들인 경우에도, 헌법재판소는 기속력이 미치는

86) 2010년 7월 2일 제2010-9호 QPC 결정.

87) 그러나 추상적 규범통제절차에서의 논의는 구체적 규범통제절차에서의 논의만큼 다양한 상황에 대한 고찰을 담고 있지 못하기 때문에, 일률적으로 전자의 기속력이 후자에도 미친다고 보는 것은 문제가 있다는 지적도 있다.

88) 전술한 2009년 12월 3일 제2009-595호 결정.

것으로 판단하여 불심리 결정을 한 사례가 적지 않다. 기속력이 미치는 범위에 관한 이러한 재판기관 간의 의견 차이는 당분간 계속될 것으로 전망되고 있다.

QPC 제도의 시행 이후 가장 큰 변화는, 국사원과 파기원이 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 법률조항에 대한 신청으로 보아 QPC 신청을 기각하는 경우에는 선행 헌법재판소 결정을 직접 인용하고 있다는 점이다. QPC 제도 시행 이전에는 양 최고법원이 헌법재판소 결정을 직접 인용하는 것에 대한 거부감을 가지고 있었던 점을 감안할 때 상당히 전향적인 태도라고 할 수 있을 것이다.

(2) '중대한' 위헌성에의 의심

QPC 제도 시행 이후 실무적으로 가장 중요한 문제는 국사원과 파기원이 일차적으로 재판의 전제성을 확인한 후, 당해 법률조항의 위헌성이 과연 심각하게 의문시되는 것인지를 판단하여야 한다는 것이다. 폭주하는 QPC 신청을 3개월이라는 단기간 내에 처리해야 하는 이들 최고법원의 입장에서는 기존의 헌법재판소의 결정들을 '참고'할 수밖에 없게 되었는데, 이는 결국 기속력의 범위를 확장하고 해석효까지 인정하게 되는 결과로 되고 있다.

(가) 국사원의 입장

국사원은 오래전부터, 재판의 전제성이 인정되는 유럽공동체 법규범에 대한 '선결적 심사' 제청절차에 있어서 기존의 유럽사법재판소의 직·간접적 선례가 있는 경우에는 그로부터 '중대한 의심'의 유무를 이끌어 내거나 경우에 따라서는 선례의 해석에 근거하여 직접 당해 사건의 결론을 도출해왔다. 이러한 판단 과정은 QPC 신청에 대한 판단과정과 사실상 동일하다.

2010년 10월 4일 Repplinger 판결에서도 국사원은 방어권에 관한 헌법재판소 결정례들을 명시적으로 인용하면서, QPC 신청이 된 도로법 규정이 제재의 대상이 된 시민의 방어권을 보장하고 있고 따라서 위헌성에 대한 진지한 의심이 존재하지 않는다고 하였다. 2010년 6월 18일 Canal+ 社 판결 역시, 방송위원회법에 대한 1986년 9월 30일 해석유보부 합헌결정에 근거하여,

방송위원회에 대하여 새로운 제재권한을 부여한 당해 법률에 대하여 “비록 명시적으로는 언급되지 않았지만 헌법재판소 결정에 따르면 방어권이 존재하므로” 위헌성의 의심이 중대하지 않다고 하였다.[89] 국사원은 2010년 3월 31일 Exbrayat 결정에서, 헌법재판소가 간접적으로만 합헌으로 해석한 바 있는, 따라서 기속력이 미치지 않는 세법상의 감면조항에 관해 기존 헌법재판소 결정의 이유를 그대로 설시하면서 위헌성의 의심이 중대하지 않다고도 하였다.

위와 같은 국사원의 태도가, 헌법재판소가 해석유보부 합헌결정을 하듯이 국사원 스스로 법률을 ‘합헌적으로 해석’하여 QPC 신청을 기각할 수 있다는 결론으로까지 나아가게 될 것인지는 아직은 알 수 없다. 분명한 것은, 국사원은 ‘중대한’ 위헌성 유무를 판단함에 있어서 헌법재판소 결정의 기속력뿐만 아니라 해석효까지 포괄적으로 인정하고 있기 때문에, 그간 논의되어 오던 기속력과 해석효 사이의 구별은 점차 희미해져 가고 있다는 점이다.

(나) 파기원의 입장

선거범죄자에 대하여 일정한 기간 시민권의 박탈을 규정한 선거법 제7조에 대한 QPC 제청에서 파기원은 위 조항과 매우 유사한 내용을 규정하였던 구 선거법에 대한 헌법재판소의 위헌결정[90]을 하나의 근거로 삼아 그 위헌성의 의심이 중대하다고 판단하였다. 파기원은 위 결정에서 헌법재판소 선례를 국사원이 그러하듯이 주요하고 직접적인 위헌성의 근거로 삼는 것이 아니라, 수많은 위헌성의 논거 중 하나로 원용하는데 그쳤는데, 이는 파기원이 헌법재판소 결정에 ‘복종’하는 것이 아니라 단지 이를 ‘참고’하는 것에 불과하다는 뉘앙스를 보이기 위해 극도로 조심하고 있다는 것을 나타낸다. 더 나아가 파기원이 경우에 따라서는 헌법재판소 선행 결정과는 전혀 무관하게 위헌성의 중대한 의심의 존부를 판단할 수도 있음을 강하게 시사하는 것이기도 하다.

---

89) 같은 취지의 판례로, 국사원 2010년 7월 16일 제321056호 결정.
90) 2010년 6월 11일 제2010-6/7호 QPC 결정.

다. 헌법재판소의 QPC 결정과 기속력

(1) 'QPC 이후'에 대한 헌법재판소의 규율

구체적 규범통제인 QPC 절차에 따른 헌법재판소 결정은 예방적 규범통제와는 달리 위헌결정에 따른 당해사건 등의 처리와 관련하여 사법기관에 대한 강한 기속력을 필요로 한다. 이에 관해 제5공화국 헌법과 법률은 직접적인 규율을 하고 있지 않고, 다만 신설된 5공화국 헌법 제62조 제2항 제2문이 위헌결정 또는 연기된 위헌결정의 경우 헌법재판소가 스스로 '당해 법률조항이 발생시킨 효과들'이 다투어질 수 있는 조건들(Conditions)과 제한들(Limites)을 결정할 수 있도록 하고 있다. '당해 법률조항이 발생시킨 효과들'에는 당해 법률조항에 근거한 법규명령, 개별 처분, 법률관계가 포함되므로, 결국 위헌결정 또는 연기된 위헌결정 이후 구체적 사건의 처리방향을 헌법재판소가 개별 사건마다 구체적으로 정할 수 있도록 한 것이다.

(2) 국사원의 입장

2010년 3월 1일 QPC 제도가 실시된 이후 헌법재판소의 위헌결정 또는 연기된 위헌결정에 따른 당해사건 등의 처리방향에 대한 국사원의 입장이 2011년 5월 13일 세 개의 사건들에 대한 전원합의체 판결[91]을 통하여 최초로 밝혀졌는데, 그 내용을 요약하면 다음과 같다.[92]

첫째, 위헌결정 또는 연기된 위헌결정에 따른 당해사건 등의 처리방향을 결정할 권한은 국사원이 아니라 헌법재판소에 속한다. 즉, 국사원은 헌법재판소의 위헌결정 또는 연기된 위헌결정 이후 구체적인 사건을 처리함에 있어서 헌법재판소의 주문에서 명한 바에 전적으로 기속된다. 특히 연기된 위헌결정, 즉 헌법불합치결정에 있어서 결정 선고 시점부터 폐지 시점까지 당해 법률의 적용여부, 당해법률이 이미 낳은 효과들(법규명령, 개별처분 등)

91) 2011년 5월 13일 제316734호, 제329290호, 제317290호 국사원 전원합의체 결정.
92) Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA, 13 juin 2011, p. 1137.

을 다툴 수 있는 조건과 제한들, 개선입법의 소급적용 범위 등을 헌법재판소가 정할 수 있도록 하고 있는 이상,[93] 국사원은 헌법재판소의 주문에 전적으로 기속되며 스스로의 독자적인 판단에 의하여 당해사건 등을 처리하여서는 안된다.

둘째, 구체적인 사건 처리에 관한 헌법재판소의 특별한 설시가 없으면, 헌법재판소가 이미 밝힌 다음과 같은 원칙에 따른다.[94] 위헌결정 또는 연기된 위헌결정이 내려진 법률은 위헌결정이 관보에 게재된 날로부터 또는 헌법재판소가 정한 시점으로부터 장래에 행하여 그 효력을 상실한다(대세적 폐지무효). 그러나 QPC를 제청한 당해사건 및 위헌결정 또는 연기된 위헌결정 당시 각급법원에 계속중이던 사건(동일한 QPC 신청을 한 다른 사건 및 동일한 법률조항이 재판의 전제로 된 사건)에 대해서는 '원칙적으로' 헌법재판소에 의한 위헌결정의 효력이 소급하여 미친다(상대적 무효확인). 이는 헌법재판소가 명시적으로 위헌결정의 소급효가 미치는 그 범위를 주문이나 이유에서 언급하지 않아도 구체적 재판을 행하는 법원이 구체적 사건에 적용해야 하는 법률이 무엇인지를 확정함에 있어서 '당연히' 고려해야 하는 통상적인 소급효의 범위이다.

셋째, QPC 절차의 우선성은 절대적으로 보장되며, 그 결정의 기속력은 예외적으로 조약합치성 심사에 의해서 배제될 수 있다. 즉, 재판의 전제성에 관한 잘못된 판단 또는 개선입법의 잘못 등으로 인하여 QPC 절차에 따른 위헌결정 만으로는 QPC를 신청한 당사자가 원하는 효과를 얻지 못한 경우

93) D. Rousseau, Question prioritaire de Constitutionalité, 2010. pp. 128～129에 따르면, 연기된 위헌결정은 법적 공백이 발생하는 것을 막고 입법자에게 위헌성을 치유할 수 있는 기회를 주는 것에 불과하고, 헌법재판소가 폐지 시점으로 정한 시기 이후에 당해 법률은 법질서 내에서 '완전히' 사라진다고 한다. 다만, 헌법재판소가 폐지 시점으로 정한 시기 이전에 당해 법률에 기해 행해진 조치들에 대해서는 헌법재판소가 달리 정하지 않는 한, 유효한 것으로 여겨지며 위헌결정을 원용하여 다툴 수 없다고 한다. 다만, 헌법재판소 2011년 3월 25일 제2010-108호 결정은 당해사건과 병행사건(또는 동종사건)에 대해서는 '원칙적으로' 위헌결정의 소급효가 미친다고 하고 있다.

94) 2011년 3월 25일 결정.

에 비로소 조약합치성 심사를 행할 수 있으며, 이러한 조약합치성 심사는 당사자의 신청에 의해서만 가능하고 직권에 의해서는 불가능하다.[95] 이는 QPC 절차의 우선성과 헌법재판소 결정의 기속력을 최대한 보장하기 위한 것이다.

위 판시 내용은 결국 국사원이 인정하는 위헌결정의 소급효 범위와 헌법불합치 결정의 기속력에 관한 것인데, 위 주제에 관한 파기원의 판례는 아직 존재하지 않는 것으로 보인다.

Ⅳ. 전망과 시사점

1. 전 망

향후 국사원과 파기원에서 헌법재판소 결정의 기속력의 범위는 얼마나 확장될 것인지, 해석효가 전면적으로 인정될 것인지는 불분명하다. 본래 구체적 규범통제란 위헌인 법률을 법질서 내에서 제거하기 위한 제도이지, 헌법 및 법률해석에 구속력을 부여하기 위한 제도는 아니기 때문이다. 더구나 헌법재판소가 행한 법률해석에 구속력을 부여하는 것은 파기원과 국사원의 최고법원으로서의 기능과 상치된다. 그러나 국사원과 파기원에 일종의 합헌판단권, 즉 '여과기능'이 부여된 현 제도 아래에서는, 언제든지 헌법해석의 통일성이 부정되고 구체적 규범통제 제도 자체가 좌초될 수도 있는 것이 사실이다. 이에 다수 헌법학자들은 이탈리아의 사례를 중요한 교훈으로 삼아야 한다고 주장한다.

이탈리아 헌법재판소와 대법원 간의 이른바 '두 법원 간의 전쟁'(guerra delle due Corti) 사례[96]에서 얻을 수 있는 교훈은, 헌법재판소는 국사원과 파

95) 파기원의 입장은 이와 반대이다. 앞의 각주 21) 참고.
96) 다만, 이탈리아의 경우 프랑스와는 달리 대법원이 위헌법률심판제청신청을 기각 또는 각하하더라도 시민은 헌법재판소에 직접 청구할 수 있는 다른 방법이 있다.

기원의 법률해석을 존중하고, 국사원과 파기원은 헌법재판소의 결정을 '전체적으로 완전히' 수용하는 것이 필요하다는 것이다. 전자의 지혜는 이미 헌법재판소에 의해 발휘되고 있는데, 헌법재판소는 일련의 사건들[97]을 통하여 "헌법재판소는 법원의 법해석을 대체하지 않는다"는 원칙을 확립하였다. 그러나 후자의 지혜가 발휘되어야 할 영역에서 파기원의 반응은 아직 미온적이다. 파기원은 QPC 신청이 파기원의 법해석, 즉 판례를 다투는 취지로 보이는 경우 당해 신청을 기각하고 있기 때문이다.[98] 국사원은 헌법재판소 결정을 상대적으로 쉽게 수용하고 있지만, 앞에서 지적한 바와 같이 헌법재판소가 국사원 결정례를 직접 문제 삼는 경우 과연 그 기속력을 전면적으로 인정할 것인지는 의문이다.

---

97) 2010년 10월 14일 헌법재판소 결정에서는 당해 법률조항에서 규정하는 국가의 사회보험금 보조의무가 어떠한 법적성격을 가지는지가 심판대상법률의 위헌성 판단의 전제가 되었는데, 헌법재판소는 "국사원의 최고행정법원으로서의 법해석 통일에 관한 권한, 재판의 전제성 여부를 판단하는 권한을 존중"해야 함을 강조하고, 위 국가의 의무는 계약상의 의무가 아니라 국가의 (시혜적) 재정적 부담에 불과하다는 국사원의 확립된 판례를 직접 인용하면서 이를 전제로 동 법률조항을 위헌으로 선언하였다. 헌법재판소는 또한, 위 결정 직전인 2010년 10월 6일, 단순입양자가 단독친권을 행사하는 것이 원칙이지만, 생물학적 부모 중 일방의 배우자 또는 동거인이 입양자가 되는 경우에는 입양자의 배우자 또는 동거인인 생물학적 부모의 친권은 소멸되지 않은 채 입양자와 공동친권을 가진다고 규정한 민법 제365조 제1항에 대하여, 파기원의 "생물학적 부모가 자를 계속 양육하기를 원하는 경우, 그 배우자 및 동거인에게 다른 생물학적 부모의 친권을 이전하는 것은 피입양자의 이익에 반하는 것이 되고, 입양은 허가되지 아니한다"는 확립된 해석에 근거하여, 위 법률조항을 "생물학적 부모 일방의 배우자 또는 동거인에 의해 입양되었다는 이유로 자의 친권자가 달라진다는 관점에서 이 사건 조항을 심사할 것이 아니라, 원칙적으로 동성 배우자 또는 동거인의 자녀를 단순입양하는 것이 금지된다는 관점에서 심사하여야 한다"고 보았다. 그러나 결론적으로 헌법위원회는 민법 제356조 제1항이 합헌이라고 보았다.

98) M. GUILLAUME, Question prioritaire de constitutionnalité et interprétation de la loi, in <Les Echos>, 2010. 10. 28.참고. Eric Sagalovitsch, Des effets de la QPC sur les arrêts de règlement, AJDA 11 avril 2011, p. 705은, 단순한 법해석인 판례 뿐만 아니라 법규적 판례 모두 합헌성 통제에서 벗어날 수 없다고 주장한다.

2. 시사점

QPC 제도의 도입은 프랑스 법학계와 실무계에 규범통제제도의 본질에 관한 광범위한 논쟁의 장을 제공하였다. 특히 QPC 제도의 구체적인 시행과정에서 불거진, 프랑스 헌법재판소와 파기원과의 갈등 문제는 우리나라 헌법재판소와 대법원과의 관계를 상기시키기에 부족함이 없는데, 그와 같은 갈등 없이 프랑스 헌법재판소의 결정과 조화로운 관계를 정립하고 있는 국사원의 태도는 어떠한 배경에서 가능한 것인지 검토해볼 필요가 있을 것이다.

QPC 신청의 대상 및 기속력의 객관적 범위와 관련하여 프랑스에서 논쟁이 되고 있는 바와 같이, 판례에 의하여 구체화 된 법률의 내용이 위헌법률심판의 대상이 될 수 있는지 여부에 관한 논의를 '한정위헌청구의 적법성' 및 '한정위헌결정의 기속력'과 관련하여 심도 있게 행할 필요가 있다. 나아가 위헌결정 및 헌법소원 인용결정에 대해서만 명시적으로 기속력을 인정하고 있는 우리나라와는 달리, 모든 결정에 기속력을 인정함으로써 사정변경이 없는 한도에서 '반복된 심판청구'를 피하고 있는 프랑스의 사례는 규범통제제도의 효율성의 측면에서 긍정적으로 평가될 수 있다고 본다.

마지막으로, QPC 절차에 의한 위헌결정 또는 연기된 위헌결정의 기속력은, 헌법상 헌법재판소에 의한 개별적 규율의 대상으로 정해져 있다는 점도 주목하여야 할 것이다. 헌법재판소는 위헌결정 또는 연기된 위헌결정 유형에서 개별 법률조항의 특성에 따라 당해법률의 적용 배제 여부 및 그 효과로 발생한 개별작용들에 대한 처리방법을 구체적으로 지시할 수 있는데, 이는 헌법에 직접 근거하고 있고 그 결과 국사원은 위헌결정 또는 연기된 위헌결정에 대하여 기속력을 전적으로 인정하고 있다. 헌법불합치 결정의 유형과 그 기속력의 구체적 내용에 대하여 현재 우리의 이론과 실무는 확립된 입장을 보이고 있지 못하는데, 프랑스 헌법재판소의 '연기된 위헌결정'의 유형과 효력을 검토하는 것은 위 문제에 대한 일정한 방향을 제시할 수 있을 것이다.

프랑스 헌법재판소 결정의 효력

[국문초록]

2008년 프랑스 제5공화국 헌법의 개정은 많은 제도적 변화를 가져왔지만, 헌법재판제도에 있어서 가장 중요한 것은 구체적·사후적 규범통제제도가 도입되었다는 점이다. 이는 '합헌성의 우선적 문제'라는 이름의 제도로 2010년 3월 1일부터 시행되고 있다. 위 제도의 특징은 최고행정법원인 국사원과 최고일반법원인 파기원에게 법률에 대한 위헌법률심판제청여부에 대한 사전적 판단권을 인정하여 일종의 여과기능을 하도록 하였다는 점, 국사원과 파기원이 최종적 관할권을 가지는 조약합치성 심사와의 관계에서 우선적이라는 점이다. 구체적 규범통제 제도 시행 전 국사원과 파기원은 기속력의 객관적 범위를 매우 한정적으로 해석해 왔으며, 한정합헌결정에 해당하는 '해석유보부 합헌결정'에 대한 기속력을 부인하기도 하였다. 그러나 구체적 규범통제 제도 시행 이후, 국사원은 헌법재판소 결정의 기속력을 점차 넓게 인정하여 해석효까지 인정하는 태도를 보이고 있으며, 파기원도 점차 헌법재판소 결정의 기속력을 넓게 인정할 것으로 기대되고 있다.

주제어

프랑스 헌법재판제도, 예방적 규범통제, 구체적 규범통제, 위헌성의 우선적 문제, 헌법재판소 결정의 효력, 기판력, 기속력, 해석효, 한정합헌결정의 기속력, 헌법불합치결정의 기속력

[Abstract]

The Amendment of French Constitution in 2008 has brought many institutional changes. Of which the most important is the introduction of the concrete・ex post judicial review which has already come into force in March 1 2010 by the name of 'Prior Question of constitutionality'(Question prioritaire de Constitutionalité : QPC). The feature of this new judicial review system is that it has kind of filtering function by endowing the Supreme court of justice(La Cour de cassation) or the Council of State(Le Conseil d'Etat) with the prior judgment regarding the review of constitutionality requested by the parties, and the exception of treaty-related review of the constitutionality which the Supreme court of justice and the Council of State has the final jurisdiction. the Supreme court of justice and the Council of State has construed narrowly the objective range regarding the effect of excluding further litigation, and denied the effect of sentence corresponding to 'the constitutionality decision with the open construction'. But since QPC, the Council of State has a tendency to enlarge the effect of sentence to the state of acknowledging the effect of construction, and the Supreme court of justice is expected to acknowledge the effect of sentence made by the Consitutional Court.

헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무*

許 完 重
憲法裁判硏究院 責任硏究官

－ 目 次 －

Ⅰ. 입법자를 구속하는 헌법재판소결정 ····· 361

Ⅱ. 입법권자이면서 입법의무자인 입법자 ····· 363
1. 입법자의 입법형성권과 그 한계인 입법의무 ····· 363
2. 헌법재판소가 입법에 미치는 영향의 유형 ····· 365

Ⅲ. 동일규범반복제정금지 ····· 367
1. 개념과 근거 ····· 367
2. 동일규범반복제정금지와 헌법재판소결정존중의무의 구별 ····· 369
3. 내 용 ····· 370
가. 반복법률의 의미 ····· 370
나. 의무위반 효과 ····· 371

---

* 본 논문은 필자의 박사학위논문인 *Wan-Jung Heo*, Umfang und Grenzen der gesetzgeberischen Bindung durch verfassungsgerichtliche Entscheidung, Diss. jur. München, 2008의 제4장을 번역하여 다듬고 보태서 2009년 2월 21일 한국공법학회 제147회 학술발표회 “공법학연구의 최근동향”에서 발표한 것을 다시 다듬고 보탠 것이다.

Ⅳ. 헌법재판소결정존중의무 ····· 371
1. 개 념 ····· 371
2. 근 거 ····· 372
가. 헌법기관충실원칙 ····· 372
나. 선례적 구속력 ····· 372
3. 내 용 ····· 373

Ⅴ. 법률제정의무 ····· 374
1. 개 념 ····· 374
2. 발생요건 ····· 375
가. 대체할 수 없는 헌법위임 ····· 375
나. 진정입법부작위 ····· 376
3. 내 용 ····· 377
가. 법률제정 강제 ····· 377
나. 의무위반 효과 ····· 378

Ⅵ. 법률개선의무 ····· 378
1. 개 념 ····· 378
2. 근거와 발생원인 ····· 383
가. 근 거 ····· 383
나. 발생원인 ····· 386
3. 내 용 ····· 388
가. 심사대상 ····· 388
나. 법률개선의무의 대상 ····· 388
다. 법률의 잘못 제거 ····· 389
라. 유사규범도 개선대상인지 여부 ····· 389
마. 의무위반 효과 ····· 390

바. 입법부작위 통제 가능성 ····· 397
4. 개선된 법률의 소급효 ····· 405
가. 문제 제기 ····· 405
나. 학설과 판례 ····· 406
다. 사 견 ····· 410

Ⅶ. 법률관찰의무 ····· 412
1. 개 념 ····· 412
2. 필요성 ····· 413
3. 독자성 : 법률개선의무와 맺는 관계 ····· 415
가. 문제 제기 ····· 415
나. 독일의 학설과 판례 ····· 415
다. 사 견 ····· 416
4. 내 용 ····· 419
가. 관찰의 의미 ····· 419
나. 관찰 대상 ····· 420
다. 헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인할 수 있는 예외적인 때 ····· 421
라. 의무위반 효과 ····· 425

Ⅷ. 맺음말 : 입법의무를 이행하지 않는 입법자 ····· 428

* 국문초록 및 주제어 ····· 430
* 독문초록 및 주제어 ····· 433

Ⅰ. 입법자를 구속하는 헌법재판소결정

한국 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판소의 지위를 명확하게 규정하지 않는다. '헌법재판'은 독립한 중립기관이 실정헌법을 기준으로 사법절차를 통해서 일반사법기관이 판단하기 어렵거나 곤란한, 헌법체계적 측면에 비추어 중요한 헌법분쟁에서 무엇이 헌법인지를 최종적으로 결정하는 국가작용을 말한다.[1] '실질적 사법'은 중립기관, 즉 법관이 특별히 규정된 절차에서 실정법을 적용하여 내리는, 사안에 대한 최종적인 결정이다.[2] 헌법재판은 중립기관인 헌법재판관이 헌법재판소법이 규율하는 절차에 따라 헌법을 적용하여 사안에 대한 최종적인 결정에 이르는 판단이므로, 헌법재판은 실질적 사법에 속한다. 헌법재판을 통해서 법률이 효력을 상실하기는 하지만, 이것은 헌법재판의 결과에 불과하므로 이것을 근거로 헌법재판을 입법작용으로 볼 수는 없다. 그리고 헌법재판을 제4의 국가작용으로 보려면 기존의 세 국가권력과 구별되는 제4의 국가작용의 명확한 구체적 실질이 제시되어야 하는데, 그러한 실질을 찾기 어렵다. 따라서 헌법재판은 심사기준이 헌법인 특별한 사법작용으로 보는 것이 타당하다고 본다. 그에 따라 헌법재판을 담당하는 헌법재판소는 특별한 법원으로 보아야 한다. 헌법해석을 통해서 헌법재판소에 헌법기관의 지위도 있다는 것이 확인되지만, 이것은 헌법이 그에게 부여한 기능과 과제 그리고 권한 때문에 인정되는 것이다. 따라서 헌법재판소의 헌법기관성이 특별한 법원이라는 헌법재판소의 본질을 바꾸지 않는다.[3]

헌법재판소는 특별한 '법원'이므로 헌법재판소결정은 사법'판결'이다.[4] 당

---

1) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅱ, München 1980, S. 943 참조.

2) *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 547 ff. (콘라드 헷세, 계희열 옮김, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001, 337~339쪽) ; *Klaus Stern*(Anm. 1), S. 898 참조.

3) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소의 지위와 민주적 정당성」, 『고려법학』 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 4~25쪽 참조.

4) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소 종국결정의 본질」, 『영남법학』 제30호,

사자(청구인, 피청구인, 참가인[보조참가인 제외])만이 재판절차의 진행과 종결에 영향을 미칠 수 있으므로, 사법재판의 효력은 법치국가원리에 따라 원칙적으로 당사자에게만 미친다. 국가기관은 일반적으로 규범통제절차에서 당사자가 아니므로, 원칙적으로 규범통제결정에 구속되지 않는 것처럼 보인다. 다른 개별 심판절차에서도 절차에 참여하지 않은 국가기관은 헌법재판소결정으로부터 자유로운 것처럼 보인다. 그러나 일반사법판결과 달리 헌법재판소결정은 일반적인 사법판결의 효력을 넘어서 모든 국가기관을 기속한다(헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항, 제6항).[5] 따라서 국가기관이면 입법권, 행정권, 사법권, 지방자치권 등 어떤 국가권력을 행사하는지와 상관없이 모두 확정력이나 기판력[6]의 주관적 확장인 기속력[7]

영남대학교 법학연구소, 2010, 60～69쪽 참조.

5) 헌법재판소결정 중 법률의 위헌결정(제47조 제1항, 제75조 제6항), 권한쟁의심판의 결정(제67조 제1항) 그리고 헌법소원의 인용결정(제75조 제1항)에서만 기속력이 발생하지만, 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항("연방헌법재판소재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청[Behörden]을 기속한다.")에 따른 기속력은 원칙적으로 모든 연방헌법재판소재판에 귀속된다. 그러나 양자는 거의 차이가 없다. 다른 심판절차(탄핵심판과 정당해산심판)의 헌법재판소결정은 심판절차의 성질에 비추어 기속력을 가질 수 없고, 연방헌법재판소재판은 심판절차의 성질에 따라서(예를 들어 선거소송) 기속력이 없을 수도 있기 때문이다.
일반적으로 'Entscheidung'은 '재판', 'Urteil'은 '판결', 'Beschluss'는 '결정'으로 각각 번역한다. 판결(Urteil)은 구두변론을 한 때이고, 결정(Beschluss)은 구두변론을 하지 않은 때이며(독일연방헌법재판소법 제25조 제2항), 판결과 결정을 포괄하는 용어가 재판(Entscheidung)이다. 구두변론 여부에 따른 이러한 용어구별은 한국 일반소송법에서도 부분적으로 비슷하다(강현중, 『민사소송법(제6판)』, 박영사, 2004, 632～633쪽 ; 송상현/박익환, 『민사소송법(신정6판)』, 박영사, 2011, 389～390쪽 ; 이시윤, 『신민사소송법(제6판)』, 박영사, 2011, 559～560쪽 ; 정동윤/유병현, 『민사소송법(제3판 보정판)』, 법문사, 2010, 658～660쪽 ; 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009, 953～955쪽 ; 호문혁, 『민사소송법(제9판)』, 법문사, 2011, 566～567쪽 ; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 『신형사소송법(제3판)』, 홍문사, 2011, 730쪽 ; 이재상, 『신형사소송법(제2중판)』, 박영사, 2010, 642～643쪽 참조). 본 논문에서도 이러한 방식으로 번역하였다. 따라서 판결과 결정이 혼재된 때에는 '연방헌법재판재판'으로 번역하였다.

6) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 확정력」, 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413～452쪽 참조.

7) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 기속력」, 한국헌법판례연구학회 4월 월례발표회, 2009. 4. 18., 1～36쪽 ; 같은 사람, 「헌법재판소결정의 기속력과

이 미치는 수범자가 된다. 이때에 국가기관을 기속하는 헌법재판소결정에는 단순위헌결정뿐 아니라 변형결정[8]도 포함된다.

헌법재판소는 스스로 자기 결정을 집행할 수 없다. 그리고 권력분립원리 때문에 헌법재판소는 입법자의 권한을 대신 행사할 수도 없다. 따라서 헌법재판소결정이 기속력을 매개로 입법자를 구속한다는 것은 헌법재판소결정이 입법자에게 의무를 부과[9]하여 입법자의 행위를 강제하는 모습으로 나타날 수밖에 없다. 그래서 헌법재판소가 헌법재판소결정을 통해서 입법자에게 의무를 부과하여 자기 의사를 관철할 수 있을 때에만, 헌법재판소의 입법통제는 옹글게(완전하게) 기능할 수 있다. 만약 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무가 없다면, 헌법재판소가 행하는 입법통제의 유효성은 오로지 입법자의 의사에 따라 좌우될 수밖에 없다. 이때에 헌법재판은 입법'통제'가 아닌 입법'권고'로 전락하게 될 것이다. 이러한 점에서 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무는 헌법재판소가 행하는 입법통제의 결과일 뿐 아니라 본질이라고 할 수 있다. 따라서 헌법재판소와 입법자의 관계에서 헌법재판의 의미를 찾기 위해서는 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무를 살펴보는 것이 필수적이다.

Ⅱ. 입법권자이면서 입법의무자인 입법자

1. 입법자의 입법형성권과 그 한계인 입법의무

입법자는 독자적인 자기 의사에 따라 법률을 제정할 수 있는 헌법적 권한

결정이유 - 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 결정에 대한 평석을 중심으로 -」, 『인권과 정의』 제399호, 대한변호사협회, 2009. 11., 20～39쪽 참조.

8) 변형결정의 허용성에 대한 자세한 논의는 허완중, 「헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 사유」, 『안암법학』 제31호, 안암법학회, 2010, 33～48쪽 참조.

9) 여기서 '부과'는 새로운 의무를 발생시킨다는 뜻이 아니라 헌법의 해석을 통해서 기존 의무를 확인하고 확정한다는 뜻에 불과하다.

이 있다(헌법 제40조, 제52조, 제53조). 따라서 입법자는 법률질서를 창설하고 보충하고 변경할 수 있다. 입법자는 단순한 헌법의 집행기관이 아니라 고유한 정치의사를 형성할 수 있으므로 정치적 형성재량이 있다. 따라서 입법목적을 달성하기 위해서 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인지는 입법자의 결정이 현저하게 불합리하거나 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속한다.[10] 이러한 입법형성의 자유는 입법자가 법률을 제정할 때에 어떤 내용을 선택할 것인지는 물론 법률을 제정할 것인지와 언제 법률을 제정할 것인지도 포함한다. 입법형성의 자유와 관련하여 헌법재판소는 입법자가 입법목적에 맞게 법률을 제정하였는지가 아니라[11] 단지 법률이 합헌인지만을, 즉 법적 한계인 헌법원리와 국민의 기본권을 존중하는지만을 통제할 수 있다. "결국, 입법자는 오로지 법률에 대해서만 책임진다."[12]

그러나 입법자는 국가권력 일부로서 헌법에 구속되므로(헌법 제10조 제2문), 헌법의 1차적 수범자인 입법자도 전체 법질서를 헌법 기준에 맞게 형성하여야 하는[13] 독립적인 헌법적 의무와 책임이 있다. 따라서 입법자가 유효한, 즉 효력이 있는 합헌적 법률을 제정할 의무를 진다는 것이 일반적으로

---

10) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 166.

11) BVerfGE 1, 14(32) ; 3, 162(182) ; 12, 326(338) ; 33, 171(189) ; 36, 174(189) ; 38, 312 (322) ; 71, 364(384) ; *Ernst Benda*, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik, in : ZRP 1977, S. 3 ; *Jutta Limbach*, Missbraucht die Politik das Bundesverfassungsgericht?, Köln 1997, S. 18 ; *ders.*, Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stuttgart 2001, S. 20 ; *Michael Piazolo*, Das Bundes verfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen, in : ders. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht－Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/ München 1995, S. 252 ; *Horst Säcker*, Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht?, in : Michael Piazolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht－Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 194 ; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅲ/1, München 1988, S. 1306 참조.

12) *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in : VVDStRL 39, Berlin 1981, S. 109 ; *ders./Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht－Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010, Rdnr. 542.

13) *Hanno Kube*, Die Bindungswirkung der Normverwerfung - Zur Stellung der Parlamente im Verfassungsstaat -, in : DÖV 2002, S. 738 f.

인정된다.[14] 이러한 점에 비추어 입법자도 위헌상태를 제거할 의무를 진다.[15] 그래서 헌법은 입법자에게도 한계로서 기능한다. 따라서 입법자는 언제나 자기 행위의 합헌성을 심사하여야 한다.[16] 이러한 맥락에서 헌법재판소결정은 헌법에서 도출되는 입법자의 의무를 확인하는 것에 불과하다. 그리고 헌법재판소결정은 원칙적으로 새로운 입법자의 입법의무를 발생시키지 못한다.[17] 그래서 헌법에서 도출되는 입법자의 입법의무는 입법형성권의 한계로서 작용한다. 입법권자의 권한을 보장하기 위해서 이러한 입법의무는 엄격하게 해석되어야 한다. 특히 이러한 엄격한 해석은 헌법재판소가 소극적 입법자나 보조입법자(Nebengesetzgeber)로서 활동하는 것을 저지할 수 있다.[18]

2. 헌법재판소가 입법에 미치는 영향의 유형

입법자는 입법권자로서 (형식적) 법률을 독점적으로 제정할 뿐 아니라 다른 국가기관처럼 국민의사를 확인하고 그것에 따라야 할 의무를 진다. 입법과 관련하여 입법자는 헌법의 최초해석자(Erstinterpret)이고, 헌법재판소는 최종해석자(Letztinterpret)이다.[19] 이러한 지위에 따라서 헌법재판소에는 입

---

14) *Yooncheol Choi*, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, Diss. jur. Hamburg, 2002, S. 49 ; *Michaela Eisele*, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin 1999, S. 148 f. ; *Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996, S. 34 참조.

15) *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth*(Anm. 12), Rdnr. 411.

16) *Detlef Merten*, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : DVBl. 1980, S. 775 참조.

17) *Michaela Eisele*(Anm. 14), S. 152 f. 참조.

18) *Stefan Korioth*, Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber, in : Der Staat 30(1991), S. 561 참조.

19) BVerfGE 101, 158(236) ; *Christian Hillgruber*/*Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 33 ; *Paul Kirchhof*, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, in : NJW 1996, S. 1504 ; *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in : Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche, München 1998, S. 16 ; *Rupert Scholz*, Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen Rechtsstaat, i

법자에 대한 우위(Vorrang)가, 입법자에게는 헌법재판소에 대한 우선권(Vorhand)이 귀속된다.[20] ① 헌법재판소는 먼저 입법자가 헌법을 해석한 결과물인 법률의 위헌성을 확인함으로써 법률의 효력을 상실시킬 수 있다(위헌결정에 따른 법률의 효력 상실). 이것은 헌법재판소의 전통적 과제에 속한다. 헌법의 우위가 이 과제를 정당화한다는데 오늘날 다툼이 없다.[21] 그리고 ② 헌법재판소는 법률을 헌법합치적으로 해석함으로써 법률의 내용을 수정하거나 제한할 수 있다(합헌적 법률해석을 통한 법률 교정). 또한, ③ 헌법재판소는 구속적 지침을 통해서 법률을 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 강제할 수도 있다(입법강제). 그밖에 ④ 사실관계와 법적 상황의 변화에 따라서 위헌이 될 수도 있는 법률의 합헌성을 유지하기 위해서 헌법재판소는 입법자에게 법률을 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 촉구할 수도 있다(입법촉구). 나아가 ⑤ 입법자가 (일시적이라도) 입법할 수 없거나 입법할 의사가 없으면 헌법재판소는 예외적으로 임시규율을 제정하거나 법률을 계속형성할 수도 있다(임시규율제정이나 단순한 법률계속형성). 구체적으로 헌법재판소가 단순위헌결정 이외의 다른 결정을 내릴 수 없지만, 특별한 상황 때문에 입법자가 새로운 법률적 규율을 제정할 때까지 수인하기 어려운 상태가 발생하거나 입법자가 대내·외적 원인 때문에 너무 오랫동안 입법할 수 없거나 입법하려고 하지 않으면, 헌법재판소는 긴급입법자로서 입법자가 법률을 제정할 때까지만 잠정적으로 적용되는 임시규율을 형성할 수 있다. 이러한 헌법재판소의 행위는 사법적 긴급권의 확장이다.[22] 그러나 헌법재판

---

n : Ulrich Karpen (Hrsg.), Der Richter als Ersatzgesetzgeber, Baden-Baden 2002, S. 17, 23.

20) *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 61 ; *Christian Hillgruber*/*Christoph Goos*(Anm. 19), Rdnr. 33 ; *Hans Hugo Klein*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur - Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat -, in : Paul Kirchhof/Klaus Offerhaus/Horst Schöberle(Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik : Festschrift für Franz Klein, Köln 1994, S. 519.

21) *Klaus Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997, S. 27.

22) *Peter Lerche*, Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs, in : Meinhard Heinze(Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter : zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden 1995, S. 514.

소가 긴급입법자로서 활동하는 것은 원칙적으로 법원인 헌법재판소의 기능적 지위에 반하므로, 매우 드물게 아주 엄격한 조건이 충족될 때에만 예외적으로 허용될 수 있다.[23] 헌법재판소에 이러한 권한이 우선적이고 지속적으로 부여된다면 이러한 권한과 헌법재판소의 본질에 반하므로,[24] 이러한 권한은 진정한 의미의 권한이라고 보기는 어렵다. 이러한 행위를 통해서 헌법재판소는 입법자의 의무를 확인하는데, 이러한 의무에는 동일규범반복제정금지, 헌법재판소결정존중의무, 법률제정의무, 법률개선의무 그리고 법률관찰의무가 포함된다.

Ⅲ. 동일규범반복제정금지

1. 개념과 근거

동일규범반복제정금지(규범반복금지 : Normwiederholungsverbot)는 헌법

23) 정연주, 「비상입법자로서의 헌법재판소」, 『헌법학연구』 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 25～26쪽 ; *Andreas Voßkuhle*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Würtenberger, Thomas(Hrsg.), Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, Berlin 2006, S. 222 f. 엄격한 요건과 관련하여 ① 입법자 스스로 위헌결정 이후에 발생하는 법적 공백을 제거하기 위한 입법을 조속히 행할 수 없을 때에, ② 헌법적으로 도저히 용인할 수 없는(위헌으로 결정된 법률규정을 적용할 때보다) 더 큰 위헌적인 법적 공백과 혼란을 피하기 위해서 ③ 비상적인 입법조치가 입법자가 새롭게 입법할 때까지만 적용하는 잠정적인 규율로서 ④ 그 조치의 내용이 기존 법률규정에 나타난 입법자의 본래 견해를 합헌적인 범위안에서 최대한 반영하는 한편 향후 입법자가 입법을 한다면 하게 될(입법자의 평균적·추정적 견해에 기초한) 예상되는 입법내용을 최대한도로 존중하고 관철하고, ⑤ 현상을 유지하기 위한 그리고 법적 혼란을 피하기 위한 최소한의 것이면서, ⑥ 그 형식이 일반법률이 갖추어야 할 형식, 예를 들어 조문형식, 일반성, 추상성, 명확성 등을 갖추어야 하고, 기타 법치주의원리에서 지켜야 할 모든 원칙, 예를 들어 기본권의 제한이나 행사에 관한 본질적인 사항을 반드시 정하여야 한다는 본질성이론, 비례성원칙, 기본권의 본질적 내용 침해금지의 원칙 등이 준수되었을 때에 헌법재판소는 임시규율을 발할 수 있다는 견해가 있다(정연주[위 논문], 35쪽).

24) "우선적이고 지속적인 의무가 그 자체를 무의미하게 만드는 것" : *Klaus Schlaich/ Stefan Korioth*(Anm. 12), Rdnr. 544.

재판소가 입법자가 제정한 법률을 확정력 있게 폐기하고 나서 입법자는 폐기된 법률과 같거나 비슷한 내용의 법률을 새롭게 제정할 수 없다는 것을 말한다. 기속력에 관한 조항(헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항, 제6항)은 입법자를 특별하게 다루지 않는다. 따라서 입법자를 기속력의 수범자에서 제외할 실정법적 근거는 없다. 그리고 헌법재판소결정이 입법자를 구속할 수 없다면, 규범통제의 의미를 찾기 어렵다. 또한, 헌법은 입법자에게 법률을 제정할 권한을 부여하기는 하지만(헌법 제40조, 제51조, 제52조, 제53조), 법률의 일반적 구속성에서 벗어날 특권을 부여하지는 않는다. 따라서 입법자가 법률을 폐지하거나 개정하지 않는 한 입법자도 법률에 구속된다. 게다가 입법자에게 부여된 폭넓은 입법형성의 자유가 위헌적인 입법행위를 허용하는 것은 아니므로, 입법자는 법률제정권한을 언제나 헌법합치적으로만 행사하여야 한다. 따라서 입법자도 헌법재판소결정에 기속되어야 한다.[25] 이러한 헌법재판소결정의 기속력에서 동일규범반복제정금지가 직접 도출된다. 법적 평화와 법적 안정성의 형성과 유지가 기속력의 중심기능인데, 반복법률(재생법률 : Wiederholungsgesetz)의 제정은 입법자가 헌법재판소결정의 기속력에서 벗어나 법적 평화와 법적 안정성을 직접 파괴하는 행위이기 때문이다. 그리고 헌법재판소결정을 멋대로 바꾸거나 취소할 수 있다면, 헌법재판의 신뢰를 확보할 수 없어서 헌법분쟁은 종국적으로 해결될 수 없고, 헌법재판을 통한 헌법질서의 형성과 유지도 불가능하며, 국민 생활과 국가는 매우 불안정한 상태에 놓이게 될 것이다. 그래서 헌법재판소 자신도 자기 결정을 다시 폐지하거나 변경할 수 없다. 이러한 맥락에서 다른 국가기관도 헌법재판소결정을 폐지하거나 바꿀 수 없다고 보는 것이 논리적이다. 따라서 헌법재판소결정의 불가변력[26]도 동일규범반복제정금지의 간접적 근거로 볼 수 있다. 동일규범반복제정금지를 통해서 헌법재판소의 최종적 헌법해석권과 헌법재판소가 행하는 입법통제의 실효성은 보장될 수 있다.

---

25) 허완중(주 7, 헌법재판소결정의 기속력), S. 21～22쪽.
26) 이에 대한 자세한 검토는 허완중(주 4), 416～418쪽 참조.

2. 동일규범반복제정금지와 헌법재판소결정존중의무의 구별

동일규범반복제정금지의 일반적이고 제한 없는 인정은 '법발전의 경직(화석화)'을 일으킬 수 있다. 그에 반하여 동일규범반복제정금지의 완전한 부정은 헌법재판소 권위를 침식시키고 헌법재판 자체를 공동화할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 입법기관이 아니고 법원이며, 헌법재판소결정은 사법판결이므로, 이러한 극단적인 결과는 발생하기 어렵다. 헌법재판소는 결정에서 해당 사건과 관련하여 헌법을 해석하지만, 헌법 내용을 고정하지는 않는다. 따라서 헌법재판소결정은 법규범처럼 확정된 지속적인 기준을 제공하지는 않는다. 그래서 헌법재판소결정은 해당 사건과 관련하여서만 기속력이 있는 것이지 모든 사건에서 기속력이 있는 것은 아니다. 이것은 기속력이 확정력이나 기판력의 주관적 확장이므로 확정력이나 기판력의 객관적 한계와 시적 한계를 그대로 가질 수밖에 없다는 점에서 비롯된다. 그리고 해당 사건과 관련된 모든 헌법적 관점이 심사되지 아니하므로, 헌법재판소결정의 기속력은 해당 사건에서도 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 결국, 헌법재판소결정은 최종적이기는 하지만, 일반적이거나 지속적이지는 않다. 따라서 헌법재판소결정은 원칙적으로 해당 사건과 관련하여 선고시점에 효력이 있다. 즉 헌법재판소결정은 결정선고 이후에 나타나는 사실관계와 법적 상황을 규율하지 않는다. 헌법재판소결정은 그것에 대해서 아직 결정하지 않았기 때문이다. 결국, 헌법재판소결정의 기속력에서 도출되는 동일규범반복제정금지는 기속력이 미치는 범위 안에서만 문제가 된다. 따라서 동일규범반복제정금지의 적용범위는 원칙적으로 선고시점에 국한된다. 물론 헌법재판소결정이 소급되면 그 시점까지 동일규범반복제정금지의 적용범위가 확장된다. 결론적으로 헌법재판소결정이 선고시점을 기준으로 효력이 발생하여도 입법자는 앞날을 규율하는 법률을 제정할 수 있다. 그리고 계획법률처럼 법률이 현재의 사실관계와 법적 상황이 아니라 앞날의 사실관계와 법적 상황을 규율하면, 동일규범반복제정금지의 적용범위는 법률이 규율하는 앞날의 사실관계와

법적 상황까지 확장될 수 있다. 다만, 이때에 동일규범반복제정금지의 적용범위는 사정변경에 강하게 영향을 받을 것이다. 그러나 지난날의 사실관계와 법적 상황을 건드려서는 아니 된다. 따라서 동일규범반복제정금지는 입법의 내용적 한계로서 작용한다. 그에 비해서 헌법재판소결정존중의무는 결정 선고 이후에 존재하는 사실관계와 법적 상황을 다룬다. 그리고 헌법재판소결정존중의무는 입법의 내용적 한계가 아니라 행위의 지침으로서 작용한다. 즉 입법자는 입법할 때에 헌법재판소결정을 고려함으로써 자기 의무를 이행할 수 있다. 이러한 점에서 동일규범반복제정금지는 헌법재판소결정존중의무와 구별된다.

3. 내 용

가. 반복법률의 의미

동일규범반복제정금지를 따르면 입법자는 반복법률을 제정할 수 없다. 따라서 헌법재판소가 헌법재판소결정을 통해서 법률을 폐기하면, 입법자는 폐기된 법률과 같거나 본질적으로 같은 내용이 있는 법률을 새롭게 제정할 수 없다. 반복법률은 헌법재판소가 위헌으로 결정한 규범내용을 완전히 또는 부분적으로 반복하여서 헌법재판소결정과 충돌하는 법률을 말한다. 위헌으로 결정된 규범내용은 위헌결정뿐 아니라 변형결정에서도 도출될 수 있다. 따라서 입법자는 합헌적 법률해석에 반하는 법률도 제정할 수 없다. 반복법률은 시간상으로 결정선고시점과 결정의 효력이 소급하는 시점에 국한된다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정한 규범내용과 같은 법률일지라도 결정선고시점 이후의 사실관계와 법적 상황만을 규율한다면 반복법률이 아니다. 다만, 계획법률처럼 법률이 현재의 사실관계와 법적 상황이 아니라 앞날의 사실관계와 법적 상황을 규율할 때에는 그렇지 않다.

나. 의무위반 효과

입법자가 반복법률을 제정하면 반복법률은 위헌이다. 그러나 오로지 헌법재판소만 법률이 반복법률인지를 최종적으로 확인할 수 있다. 따라서 반복법률은 헌법재판소가 위헌결정을 할 때까지 형식적으로 존속한다.[27] 법률이 반복법률로 인정될 것인지는 불명확하기 때문이다.[28] 그리고 한국 헌법에서 법률은 단지 입법자의 법률폐지와 헌법재판소의 위헌결정에 따라서만 효력을 상실한다. 이것은 반복법률도 마찬가지이다. 또한, 반복법률은 최소한 형식적으로 위헌으로 결정된 법률과 같지 않으므로, 반복법률에 대한 헌법재판소의 새로운 심사는 방해받지 않는다. 그러나 헌법재판소는 반복법률의 위헌성을 새롭게 심사하는 것이 아니라 새로운 법률이 반복법률인지를 확인하는 것에 그칠 뿐이다. 즉 헌법재판소가 반복법률임을 확인하는 것만으로 해당 법률은 효력을 상실한다.

Ⅳ. 헌법재판소결정존중의무

1. 개 념

헌법재판소결정존중의무는 입법자가 헌법재판소결정 선고 이후 입법할 때에 헌법재판소결정을 존중하여야 하는 입법의무이다. 여기서 존중은 입법자가 입법할 때에 관련되는 모든 헌법재판소결정을 고려하여야 한다는 것을 의미한다. 고려하여야 하는 헌법재판소결정에는 위헌결정뿐 아니라 모든 변형결정이 포함된다.

---

27) *Stefan Korioth*(Anm. 18), S. 554 참조.
28) *Stefan Korioth*(Anm. 18), S. 555 f. 참조.

2. 근 거

가. 헌법기관충실원칙

입법자는 입법형성의 자유가 있다. 그러나 "자유는 자의를 의미하지 않는다."[29] 즉 입법형성의 자유가 입법자가 제한 없이 마음대로 입법할 수 있다는 뜻은 아니다. 헌법기관충실원칙(Grundsatz der Verfassungsorgantreue)[30]의 내용이 무엇인지는 명확하지 않지만, 광범위하게 인정된다. 헌법기관은 서로 동등한 지위에 있다는 점에서, 헌법기관의 상호독립성에 대한 대응으로서 자기 권한을 헌법합치적으로 행사함으로써 헌법기관이 서로 조화롭게 협력하여야 하고, 다른 헌법기관의 권위를 침해하고 그와 함께 헌법을 위험에 빠뜨릴 수 있는 모든 것을 하지 말아야 한다는 요구가 도출된다. 따라서 입법자는 입법할 때에 헌법재판소결정을 고려하여야 하고 "헌법재판소가 권한을 적절하고 유효하게 행사하는 것을 어렵게 하거나 불가능하게 만들 수 있는"[31] 모든 것을 하지 말아야 한다.[32]

나. 선례적 구속력

---

29) *Stefan Korioth*(Anm. 18), S. 565.

30) 이에 대한 일반적인 내용은 *Wolf-Rüdiger Schenke*, Die Verfassungsorgantreue, Berlin 1977, 특히 S. 115 ff. 참조. 그리고 BVerfGE 36, 1(15)도 참조.

31) *Andreas Voßkuhle*, Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG, in : NJW 1997, S. 2217.

32) *Hans-Heiner Gotzen*, Die Wiederholung rechtskräftig aufgehobener Gestaltungsakte, in : VR 1999, S. 391 ; *Andreas Heusch*, Verbindlichkeit der Entscheidungen, in : Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2005, §31 Rdnr. 64 ; *Hans Hugo Klein*(Anm. 20), S. 518 f. ; *Stefan Korioth*(Anm. 18), S. 566 ; *Alfred Rinken*, in : Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein(Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel 2001(Stand : August 2002), Art. 94 Rdnr. 71a ; *Andreas Voßkuhle*(Anm. 23), S. 2217 ; *ders.*, in : Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005, Art. 94 Rdnr. 33.

헌법재판소결정은 선례적 구속력이 있다.[33] 헌법재판소는 사실관계와 법적 상황이 변하지 않는 한 같은 결정을 반복할 것이기 때문이다. 그에 따라서 입법자가 적절한 논증 없이 헌법재판소결정에 반하는 법률을 제정하였다면, 입법자는 또다시 그가 제정한 법률이 폐기될 위험을 감수하여야 한다. 따라서 헌법재판소결정은 위헌법률의 사후적 제거에서 중요한 의미가 있기는 하지만, 위헌법률을 예방하는 기능도 무시할 수 없다. 이러한 점에서 선례적 구속력은 (헌법재판소법 제23조 제2항 제2호에서 볼 수 있듯이 적어도 법률적 차원에서 판례의 추정적 구속력을 인정한다는 점에서 더욱더) 헌법재판소결정존중의무의 간접적 근거로 볼 수 있다.

3. 내 용

헌법재판소결정존중의무는 입법자가 헌법재판소결정에 따라야 한다는 것이 아니라 헌법재판소결정을 존중하여야 한다는 것을 말한다. 이러한 의무는 오로지 설득력 있는 근거 없이 헌법재판소결정에서 벗어나는 것만을 금지한다. 입법자는 입법할 때에 헌법재판소결정을 고려하여 법률의 합헌성을 심사하여야 한다. 입법자는 헌법재판소결정이 적절하지 않거나 틀렸다고 생각하면 헌법재판소결정을 따르지 않을 수 있다. 즉 입법자가 헌법재판소가 이전에 위헌으로 결정한 규범내용을 다르게 보아야 한다는 결론에 도달하면, 입법자가 헌법재판소가 위헌으로 결정한 규범내용을 법률의 제·개정을 통해서 반복하는 것이 허용된다.[34] 그러나 이때에 입법자는 그에 대한 적절한 근거를 제시하여야 한다.[35] 즉 입법자는 자기 결정을 (일반적으로 입법목적이나 입법이유에서) 충분히 논증하여야 한다. 이러한 논증의무는 입법

33) 이에 대한 자세한 검토는 허완중, 「헌법재판소결정의 선례적 구속력」, 『저스티스』 제110호, 한국법학원, 2009. 4., 5～28쪽 참조.

34) *Hans-Heiner Gotzen*(Anm. 32), S. 391 ; *Stefan Korioth* (Anm. 18), S. 567.

35) 독일연방헌법재판소는 헤센주의 특별휴가법률에 대한 재판에서 명시적으로 동일규범반복제정에 대한 특별한 근거를 요구하였다. BVerfGE 96, 260(263).

자가 헌법재판소결정의 내용을 심사숙고하게 만들고, 다양한 의견을 충분히 수렴하고 나서 충실한 토론과 합의를 통해서 법률을 제정하게 한다. 그러나 이것이 헌법재판소와 벌이는 논쟁에서 입법자의 논증 부담이 가중된다는 것을 의미하지는 않는다.[36] 즉 입법자가 헌법재판소결정존중의무를 질 때에도 이러한 의무를 지지 않을 때와 같은 수준의 논증 부담을 질 뿐이다. 입법자가 이러한 논증에 실패하였을지라도 이러한 법률은 효력을 발생한다. 그러나 헌법재판소는 이러한 법률을 새로운 심판절차에서 위헌으로 결정할 수 있다. 이때에 헌법재판소는 입법자가 새로운 법률의 합헌성을 충분히 논증하였는지를 새로운 선고시점의 사실관계와 법적 상황을 기준으로 심사한다.

Ⅴ. 법률제정의무

1. 개 념

입법자에게 입법의무를 지우는 원인은 법률의 불완전성(법률의 하자 : Gesetzesmangel)이다. 법률의 불완전성은 법률의 빈틈(법률의 흠결 : Gesetzeslücke)과 법률의 잘못(법률의 결함 : Gesetzesfehler)으로 구성된다.[37] 그에 따라서 입법의무는 법률의 빈틈을 메워야 하는 의무와 법질서 안에서 법률의 잘못을 바로잡아야 하는 의무로 나타난다. 전자에서 법률제정의무가, 후자에서 법률개선의무가 문제 된다. 법률제정의무는 입법자가 법률로 법적 영역을 규율하여야 한다는 것을 말한다. 이러한 의무는 헌법에서 직접 도출된다(헌법 제10조 제2문).

기본권과 다양한 법적 가치는 작위와 부작위를 통해서 법적으로 똑같이

---

36) *Stefan Korioth*(Anm. 18), S. 556 f. ; *Jan Ziekow*, Rechtsmittelrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Die Verwaltung 27(1994), S. 481 ; *ders.*, Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungs gerichts, in : Jura 1995, S. 526.

37) *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005, S. 177.

침해될 수 있다. 법률제정의무는 부작위와 관련된다. 그러나 법률로 법적 영역을 규율하는 것은 헌법재판소가 아니라 입법자의 과제이다.[38] 따라서 헌법재판소는 단지 입법자의 위헌적인 입법부작위를 확인할 수 있을 뿐이고, 법률로 법적 영역을 규율하는 것에 대한 중요결정은 입법자에게 맡겨야 한다. 헌법재판소는 위헌결정을 통해서 위헌법률의 무효성을 확인하지 않으므로, 헌법재판소는 위헌적인 입법부작위를 위헌으로 선언한다. 즉 헌법재판소는 위헌적인 입법부작위가 확인되면 단순위헌결정을 내린다. 그에 반해서 독일연방헌법재판소는 제정되지 않은 법률을 무효로 선언할 수 없으므로, 위헌적인 입법부작위를 헌법에 합치하지 않는다고 선언한다.

2. 발생요건

가. 대체할 수 없는 헌법위임

입법자에 지향된 헌법위임은 그 자체로 집행될 수 없어서 입법자의 보충을 요구한다.[39] 그러나 입법형성의 자유 때문에 입법자는 언제 법률을 제정할 것인지를 결정할 수 있다. 그래서 헌법재판소의 위헌적 입법부작위는 매우 제한적으로만 인정될 수 있다. 따라서 입법의무의 내용과 범위를 본질적으로 확정한 명확하고 구체적인 헌법위임이 있을 때에, 비로소 입법자의 위헌적인 입법부작위는 존재한다.[40] 이것과 관련하여 헌법재판소는 명시적 헌

38) *Wolfgang Zeidler*, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen－Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, in : EuGRZ 1988, S. 211.

39) *Herman Hill*, Impulse zum Erlaß eines Gesetzes, in : DÖV 1981, S. 489.

40) BVerfGE 6, 257(264) ; 11, 255(261) ; 12, 139(142) ; 23, 242(249) ; 56, 54(70) ; BVerfG, Beschluss vom 14. 9. 1983, in : NJW 1983, S. 2932 ; *Tae-Ho Chung*, Bedeutung des §90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze－Versuch des normorientierten Aufbaus der Systematik der Zulässigkeitskontrolle der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Diss. jur. Regensburg, 1993, 43 ; *Klaus Stern*, in : Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof(Hrsg.), BK, München 2007(Stand : Juni 2007),

법위임과 묵시적 헌법위임을 법률제정의무의 전제로 제시한다. 헌법재판소 결정을 따르면, 헌법이 기본권보장을 위해서 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 내버려둘 때(명시적 헌법위임)[41]나 헌법해석을 통해서 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무나 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않을 때(묵시적 헌법위임)[42]에 입법자의 입법부작위는 위헌이다.[43] 결론적으로 위헌적인 입법부작위는 헌법위임을 전제한다.[44] 여기서 헌법위임은 반드시 입법자가 보충하여야 하는 위임, 즉 다른 국가기관이 대신 보충할 수 없는 위임에 국한한다. 즉 법률을 통해서 형성되어야 할 헌법위임의 내용이 단순한 헌법해석에서 도출되지 않고 헌법이 열어놓은 여러 가능성 중에서 선택하거나 보충을 통해서 비로소 확정될 때에만 위헌적 입법부작위가 문제 될 수 있다. 반드시 입법자가 보충할 필요가 없는 헌법위임이 문제 되면 법원이 구체화를 통해서 헌법위임 자체를 보충할 수 있기 때문이다.[45] [46]

나. 진정입법부작위

넓은 뜻의 입법부작위는 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 포함한다.

Art. 94 Rdnr. 637.

41) BVerfGE 6, 257(264) ; 11, 255(261) ; 12, 139(142) ; 23, 242(249) ; 56, 54(70) ; *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 49 ff. ; *Michaela Eisele*(Anm. 14), S. 154 ff.

42) BVerfGE 39, 1(42) ; 46, 160(164 f.) ; 53, 30(57 f.) ; 56, 54(71) ; *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 52 ff. ; *Michaela Eisele*(Anm. 14), S. 160 ff.

43) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18 ; 1993. 3. 11. 89헌마79, 판례집 5-1, 92, 101-102. *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 42 ff.도 참조.

44) BVerfGE 6, 257(264).

45) BVerfGE 3, 225(239) 참조.

46) *Christian Pestalozza*, “Noch verfassungsmäßige” und “bloß verfassungswidrige” Rechtslagen, in : Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts - Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. Ⅰ, Tübingen 1976, S. 526 f.

진정입법부작위는 법률에 빈틈이 있을 때에, 즉 입법자가 헌법에 따른 법률제정의무가 있는 사항에 대해서 법률을 전혀 제정하지 않았을 때에 발생한다. 그에 반해서 부진정입법부작위는 법률에 잘못이 있을 때에, 즉 입법자가 헌법에 따른 법률제정의무가 있는 사항에 대한 법률을 제정하기는 하였지만, 법률의 내용・범위・절차 등이 해당 사항을 불완전하거나 불충분하거나 불공정하게 규율하였을 때에 나타난다.[47] 법률제정의무는 부진정입법부작위가 아니라 진정입법부작위에서만 문제가 된다. 부진정입법부작위에서는 입법부작위가 아니라 잘못된 입법행위의 결과, 즉 법률을 다투어야 하기 때문이다.[48]

3. 내 용

가. 법률제정 강제

헌법재판소가 입법부작위를 위헌으로 결정하면, 입법자는 해당 사항을 가능한 한 빨리 법률로 규율할 의무를 진다. 이때에 헌법재판소는 법률이 포함하여야 할 특정한 규범내용을 확정할 수도 있다. 그러나 이러한 내용은 헌법에서 직접 도출되어야 한다. 그리고 헌법재판소는 법률제정의 기한을 설정할 수도 있다. 그러나 구체적 법률형성은 여전히 입법형성의 자유에 속한다.

---

47) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489 ; 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 18, 648, 651 ; 1996. 11. 28. 95헌마161, 공보 19, 93, 96 ; 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437 ; *Herbert Bethge*, Erhebung der Verfassungsbeschwerde, in : Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichts gesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2007(Stand : Juli 2007), §90 Rdnrn. 220 f. ; *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth*(Anm. 12), Rdnr. 213.

48) 헌재 1989. 7. 28. 89헌마1, 판례집 1, 157, 163-164 ; 김지형, 「입법부작위에 관한 헌법문제(상)」, 『판례월보』 제260호, 판례월보사, 1992. 5., 13～14쪽 ; BVerfGE 29, 268(273) ; 56, 54(71) ; *Klaus Stern*(Anm. 40), Rdnr. 648.

나. 의무위반 효과

입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 기한 안에 법률을 제정하지 않으면, 입법부작위로 말미암아 헌법이 보장한 자신의 기본권을 침해받은 자는 새롭게 입법부작위에 대해서 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이러한 헌법소원심판은 입법부작위가 계속되는 한 기간 제약 없이 허용된다. 이때에 헌법재판소는 이러한 입법부작위를 다시 위헌으로 결정할 수 있고, 입법자가 법률을 제정할 수 없거나 제정하려고 하지 않으면 필요한 때에 한하여 긴급입법자로서 임시규율을 제정할 수 있다. 이러한 임시규율은 입법형성의 자유를 침해하지 않기 위해서 법률이 반드시 포함하여야 할 최소한에 국한된다. 이때에 법원은 법률에 빈틈이 있을 때의 일반원칙에 따라 헌법위임을 법관의 법형성을 통해서 직접 보충할 수 있다.[49] 입법자는 현재 자기 의무를 이행할 수 있고, 자기 결정이 앞날을 향해서 사법판결에 우선하므로 입법자의 권한 침해는 이러한 때에 존재하지 않는다.[50]

입법자가 법률제정의무를 불완전하게 이행하면, 이러한 불완전한 법률도 효력이 발생한다. 그러나 이 법률에 대한 위헌법률심판이나 위헌소원심판이 청구될 수 있고, 이 법률로 말미암아 헌법이 보장한 자기 기본권을 침해받은 자는 이 법률에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

Ⅵ. 법률개선의무[51]

1. 개 념

헌법재판소가 법률의 위헌성을 확인하면 원칙적으로 법률을 위헌으로 결

49) BVerfGE 25, 167(188).

50) *Christian Starck*, Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : ders. (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt－Teil Ⅰ, Baden-Baden 2004, S. 128.

51) '4. 개선된 법률의 소급효'를 제외하고는 허완중, 「헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무 위반의 법적 효과」, 『헌법실무연구』 제11권, 박영사, 2010, 323～343쪽.

정한다. 일반적으로 위헌결정은 법률의 폐기를 통해서 이미 합헌상태를 회복시킨다. 위헌결정은 법률의 빈틈이나 규율 없는 상태를 일으키지 않고 합헌상태를 발생시키는 것이 보통이다. 그러므로 이때에 입법자의 행위는 요구되지 않는다. 입법자는 같거나 비슷한 목적이 있는 법률을 새롭게 제정하거나 가만히 있거나 의미 없게 된 법률파편을 제거할 수 있다. 그밖에 입법자는 어떠한 의무도 지지 않는다.[52] 그러나 드물지 않게 법률의 폐기와 함께 감내할 수 없는 법적 공백이 발생할 수 있다. 그리고 기존 법률이 단지 보충이나 수정만을 요구할 때도 있을 수 있다. 이때에 법률의 합헌성은 위헌결정을 통해서 회복될 수 없어서 헌법재판소는 법률이 헌법에 합치하지 않는다고 결정한다. 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 달리 위헌법률을 먼저 존속시킨다. 그러나 헌법불합치결정은 입법자에게 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 기한 안에 위헌법률을 개선할 의무를 부과한다.

법률개선의무는 입법자가 헌법과 어긋나는 법률의 잘못을 헌법에 맞게 바로잡아야 할 적극적(이고 구체적인) 입법의무이다. 법률개선의무는 입법자가 헌법을 위반하였을 때에 비로소 소극적으로 확정되는 상대적 의무이다.[53] 헌법재판소는 '입법개선의무'라는 용어를 사용한다.[54] 그러나 개선의 대상은 입법이 아니라 법률이므로 '입법개선의무'라는 용어는 적합하지 않고, '법률개선의무'가 정확한 용어라고 생각한다.[55] 특히 법률개선의무는 법률제정의무와 법률관찰의무라는 용어와도 조화를 이룬다. 법률을 계속 개선하기 위해서 법률이 제·개정되고 나서 입법자가 생각했던 대로 효력을 발생하는지를 확인하여야 하는 입법의무인 법률관찰의무는 위헌성이 아직 확

52) *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 131.
53) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 152.
54) 예를 들어 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 959 ; 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 418 ; 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 732 ; 2004. 1. 29. 2002헌가22, 판례집 16-1, 29, 46, 56-57 ; 2008. 10. 30. 2005헌마723, 판례집 20-2상, 941, 964-965.
55) 같은 견해 : 홍완식, 「입법자의 법률개선의무에 관한 연구」, 『공법연구』 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002, 284쪽.

인되지 않은 법률에서 문제가 되고, 입법자에게 구체적 행위의무를 부과하지 않는다는 점에서 법률개선의무와 구별된다.

법률개선의무는 오로지 헌법불합치결정을 통해서만 입법자에게 부과된다.[56] 단순위헌결정이나 한정위헌결정에서는 위헌법률(조항) 자체나 그 일부가 효력을 상실하여 법률개선의무의 대상이 없어서 법률개선의무가 비집고 들어갈 틈이 없다.[57] 단순합헌결정이나 한정합헌결정을 통해서는 개선되어야 할 법률의 위헌성이 확인되지 않고, 촉구결정은 개선명령이 아니라 개선촉구에 그치므로,[58] 이러한 결정 때문에 입법자가 법률개선의무를 지지 않는다.[59] 단순합헌결정이나 촉구결정에서 법률이 현재 합헌이기는 하지만, 앞날에 위헌이 되리라는 것이 확인되더라도 헌법재판소는 '잠재적' 법률개선의무를 지적할 수 있을 뿐이며, 이러한 헌법재판소결정에서 어떠한 (현재적) 법률개선의무도 도출되지 않는다.[60] 이러한 점에서 독일연방헌법재판소가 법률의 위헌성을 확인하였을 때에 촉구재판을 내리는 것[61]은 이러한 법률이 더는 합헌일 수 없으므로 적절하지 않다. 이때에 헌법재판소결정[62]처

56) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 959 참조.

57) *Helmut Miernik*, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgeber, Diss. jur. Leipzig, 1997, S. 47 참조.

58) 이러한 점에서 헌법불합치결정과 관련하여 법률개선촉구, 입법개선촉구, 입법촉구와 같은 용어를 사용하는 것은 올바르지 않다고 본다. 헌법불합치결정은 입법자에게 단순히 법률개선을 '촉구'하는 것이 아니라 법률개선의무를 부과하여 입법을 '강제'하는 것인데, '촉구'라는 용어는 헌법불합치결정이 입법자에게 부여하는 법률개선의무의 성격이나 내용을 오해하게 할 수 있기 때문이다. 그러므로 헌법불합치결정과 관련하여서는 '법률개선명령'이라는 용어를 사용하여 입법자가 법률개선의무를 진다는 점을 명확하게 밝히는 것이 바람직하다고 본다. 덧붙여 헌법불합치결정을 넓은 의미에서 입법개선촉구결정의 유형으로 볼 수 있다는 견해(허 영, 『헌법소송법(제6판)』, 박영사, 2011, 249~250쪽)도 문제가 있는 것으로 보인다. 헌법불합치결정의 본질은 위헌결정이지만, 촉구결정의 본질은 합헌결정이고, 헌법불합치결정은 입법자에게 법률개선의무를 부과하지만, 촉구결정은 입법자에게 법률관찰의무를 부과한다는 점에서 완벽히 구분되기 때문이다.

59) *Yooncheol Choi* (Anm. 14), S. 166 참조.

60) *Marius Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden 1998, S. 450 참조.

61) BVerfGE 4, 157 ; 16, 130 ; 21, 12 참조.

62) 예를 들어 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92, 판례집 13-2, 502(위헌적 선거구 획정).

럼 헌법재판소는 법률이 헌법과 합치하지 않는다고 결정하고 법률을 개선할 때까지 그러한 법률의 계속적용을 명령하여야 할 것이다.

무엇보다 법률의 정당성이 후발적으로 사라질 때와 관련하여서 입법자에게 적응기간(Anpassungsfrist)과 경험축적기간(Erfahrungsfrist)이 보장되어야 하므로 즉각적인 위헌성이 이러한 법률에 귀속되지 않는다는 견해가 있다.[63] 이 견해는 시간적 측면의 기본권한계(Grundrechtsschranke)를 의미하는 적응기간과 기본권이 일치(Konvergenz)하여야 한다는 것에서 출발한다. ① 이 견해를 따르면 적응기간이 지나가기 전에는 법률이 기본권에 위반되지 않으므로, 연방헌법재판소는 이러한 법률을 무효로 선언할 수 없다고 한다. 그러나 위헌성은 헌법과 법률 사이의 불일치를 지적하는 것이므로, 헌법에 모순되는 법률은 항상 그리고 제한 없이 위헌이다.[64] 그리고 법률의 위헌성이 언제나 법률의 즉각적인 효력 상실을 일으키지는 않는다.[65] 즉 법률의 위헌성은 늘 후발적으로 확정되므로, 법률의 위헌성은 특히 법적 안정성 때

---

63) BVerfGE 33, 171 (189 f.) ; 37, 104 (118) ; 43, 291 (321) ; 46, 55 (66) ; 54, 11 (37) ; 54, 173 (202) ; 78, 249 (286 f.) ; 80, 1 (26) ; 83, 1 Ls. 2 ; 87, 1 (39 ff.) ; 89, 365 (378 ff.) ; *Philippe Gerber*, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, in : DÖV 1989, S. 701 f. ; *Hans-Detlef Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989, S. 137 ; *Marius Raabe* (Anm. 60), S. 453, 456 f. ; *Rudolf Steinberg*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, in : Der Staat 26 (1987), S. 171. 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 116-117 참조.

64) *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth* (Anm. 12), Rdnr. 400.

65) 예를 들어 헌법재판소법 제47조 제2항과 폐지무효설 그리고 헌법불합치결정(독일연방헌법재판소법 제31조 제2항["제13조 제6호, 제6a호{추상적 규범통제}, 제11조{구체적 규범통제}, 제12호{국제법규의 규범성 검증} 그리고 제14호{구법의 연방법률성 확인}의 사건에서 연방헌법재판소재판은 법률적 효력이 있다. 연방헌법재판소가 법률이 독일기본법에 합치 또는 불합치하거나 무효라고 선언할 때에는 제13조 제8a호{본안적 그리고 부수적 규범통제형 헌법소원}의 사건에서도 위와 같다. 법률이 독일기본법이나 그 밖의 연방법에 합치 또는 불합치하거나 무효라고 선언할 때에는 연방법무부가 연방법률공보를 통해서 재판주문을 공고하여야 한다. 제13조 제12호와 제14호 사건의 재판주문도 마찬가지이다."], 제79조 제1항["독일기본법과 합치하지 아니하거나 제78조에 따라서 무효라고 선언된 규범이나 연방헌법재판소가 독일기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언한 규범의 해석에 의거한 확정력 있는 형사재판에 대해서는 형사소송법의 규정에 따른 재심절차가 허용된다."]).

문에 법률의 효력 상실과 언제나 일치하는 것은 아니다.[66] 따라서 적응기간이 위헌성 확인에 영향을 주지 않는다. 그리고 ② 이 견해를 따르면 개선대상을 찾을 수 없으므로 법률개선의무의 근거를 발견할 수 없다. 법률은 헌법이 설정한 한계 안에 있는 한, 이러한 법률을 개정하는 것은 입법형성의 자유에 속한다.[67] 따라서 입법자는 법률이 아직 합헌일 때에 (단지) 장래에 위헌이 발생할 위험성을 저지할 의무를 원칙적으로 지지 않는다.[68] 또한, ③ 이 견해를 따르면 소급적용을 통해서 처리하여야 할 위헌상태가 존재하지 않으므로, 개정법률을 소급하여 적용할 가능성과 필요성이 사라진다. 게다가 ④ 적응기간은 후발적으로 위헌이 된 법률을 처리하기 위한 것이므로, 위헌이 된 법률에 귀속되는 특별한 법적 효과일 뿐이다.[69] 그밖에 ⑤ 적응기간은 법률개선의무 이행을 위해서 인정되므로, 입법자에 대한 적응기간의 의미는 형량이 아니라 강제이다. 나아가 ⑥ 위헌성은 적응기간 지나가고 나서 발생하므로, 촉구결정의 선고시점에는 앞날의 사건이 문제 된다. 그러나 그것은 선고시점의 심판대상이 아니다. 덧붙여 ⑦ 적응기간을 명확하게 확정하는 것은 어려우므로, 이 견해를 따르면 언제부터 법률이 위헌인지가 분명하지 않게 된다. ⑧ 기본권의 사법적(司法的) 관철은 법률개선의무 부과로 보장되므로, 독일기본법 제1조 제3항(한국헌법에서는 제10조 제2문)이 명령하는 완전한 기본권의 사법적 관철가능성도 침해되지 않는다. 오히려 완전

---

66) 예를 들어 독일연방헌법재판소법 제79조("제2항 : 그 밖에는 제95조 제2항의 규정이나 법률에 특별한 규정이 있을 때를 제외하고, 제78조에 의해서 무효라고 선언된 규범에 의거한, 더는 취소할 수 없는 재판은 방해받지 아니한다. 이러한 재판에 의거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 의한 강제집행을 실행하여야 할 때에는, 민사소송법 제767조의 규정을 준용한다. 부당이득을 이유로 한 청구는 허용되지 아니한다.").

67) *Christian Mayer* (Anm. 14), S. 48.

68) *Werner Bernd*, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss. jur. Mainz, 1989, S. 139 ; *Jörn Ipsen*, Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S. 133, 268 f. ; *Mathias Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Diss. jur. Berlin, 1993, S. 31.

69) *Christian Mayer* (Anm. 14), S. 141 f.

한 기본권의 사법적 관철성을 보장할 수 있다고 주장하는 이 견해는 적응기간이 지나갈 때까지 법률의 위헌성을 부정함으로써 법률이 개선될 때까지 기본권보호를 포기하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 점을 고려하면 헌법재판소는 법률이 헌법과 모순되면 적응기간과 상관없이 법률을 (아직) 합헌이라고 결정하여서는 안 된다고 생각한다.

2. 근거와 발생원인

가. 근 거

(1) 판 례

한국헌법과 독일기본법은 법률개선의무를 명확하게 규정하지 않는다. 그러나 독일연방헌법재판소는 법률개선의무를 오래전부터 인정하였다.[70] 헌법재판소도 몇몇 결정에서 구체적으로 논의하지는 않았지만, 법률개선의무를 언급하였다.[71] 독일연방헌법재판소는 법률개선의무를 헌법적 의무로 본다.[72] 이러한 헌법적 의무는 일반적으로 입법자의 헌법합치적 질서에 대한 구속(독일기본법 제20조 제3항)[73]이나 기본권구속의 효력(독일기본법 제1조 제3항) 또는 입법자의 다른 (예를 들어 선거구획정에서 선거권평등원칙, 정당재정보조규정에서 정당의 기회균등원칙 또는 독일기본법의 재정헌법에 대한) 헌법적 구속[74]에서 도출된다고 한다. 그리고 법률개선의무를 보호의무에서 도출하는 독일연방헌법재판소재판도 있다.[75]

---

70) BVerfGE 49, 89 (130) ; 56, 54 (79).

71) 예를 들어 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 418 ; 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 732.

72) BVerfGE 41, 399(426) ; 43, 291(321) ; 45, 187(252) ; 49, 89(130) ; 53, 257(312 f.) ; 55, 274(308) ; 59, 119(127) ; 67, 299(328) ; 68, 287(309) ; 88, 203(309).

73) BVerfGE 15, 337(349 f.).

74) BVerfGE 82, 353(380).

75) BVerfGE 56, 54(79, 81) ; 88, 203(309) ; BVerfG, Beschluss vom 26. 10. 1995, in : NJW

(2) 학 설

법률개선의무의 근거를 헌법 제10조 제2문에서 찾으려는 견해가 있다.[76] 이 견해는 법률개선의무의 근거를 헌법재판소법 제47조 제1항과 제2항(헌법재판소결정의 기속력과 법률적 효력)에서 찾기가 쉽지만, 입법자의 입법형성권을 침해하는 문제가 발생할 수 있다고 한다. 그리고 헌법 제10조 제2문 국가의 기본권보장의무 때문에 입법자인 국회는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 확인한 헌법불합치상태를 신속히 교정할 의무를 부담한다고 한다. 또한, 입법자의 법률개선의무는 헌법불합치결정이 선고되어도 국민의 기본권침해에 대한 구제 폭이 축소되어서는 안 되고, 가능한 한 그대로 유지하여야 한다는 법적용자에 대한 법적 효과와 들어맞는다고 한다.

독일에서는 법률개선의무의 근거를 독일기본법에서 찾는다. 먼저 오직 독일기본법 제20조 제3항[77]과 제1조 제3항[78]이 법률개선의무의 근거를 형성할 수 있다는 견해가 있다.[79] 이 견해를 따르면 법률 개선은 독일기본법에서 도출되는 헌법적 의무라고 한다. 그리고 입법자의 헌법 구속(독일기본법 제20조 제3항), 입법독점의 의무적 성격 그리고 원상회복원칙(Restitutionsprinzip)이 법률개선의무를 근거 지울 수 있다는 견해도 있다.[80] 또한, 법률개선의무는 기본권에서 획득되어야 할 보호효력의 특별한 법적 효과라는 견해도 있다.[81] 그밖에 법률개선의무의 법적 근거는 헌법규정의

1996, S. 652.

76) 남복현, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안」, 문광삼/남복현/전정환, 『헌법재판소결정의 효력에 관한 연구』(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 350~351쪽.

77) "입법은 헌법합치적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법(Gesetz und Recht)에 구속된다."

78) "이하의 기본권은 직접 효력이 있는 법으로서 입법, 집행 그리고 사법을 구속한다."

79) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅲ/2, München 1994, S. 1159.

80) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 153 ff.

81) *Peter Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, in : Georg Müller(Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 482 f.

급부적 또는 보호적 내용이라는 견해도 있다.[82)]

(3) 사 견

헌법은 모든 국가권력을 조직·구성·제한하고, 그 임무와 절차, 권한을 규율한다. 따라서 모든 국가권력은 헌법에 구속된다(헌법 제10조 제2문). 그래서 국가권력은 언제나 합헌상태를 유지하여야 하고, 합헌상태가 깨지면 합헌상태를 회복하여야 한다. 그러므로 국가권력은 위헌상태를 제거할 권한이 있을 뿐 아니라 위헌상태를 제거할 의무도 진다. 그리고 기본권을 보호하고 구체화하는 것은 헌법 목적으로서 국가의 과제이며 의무이다.[83)] 또한, 기본권규범은 국가에 대한 개인의 주관적 권리뿐 아니라 헌법적 기본결정으로서 모든 법영역에 효력을 미치고 입법, 집행 그리고 사법에 대한 지침과 동인을 제공하는 객관적 가치질서도 포함한다. 게다가 많은 기본권, 특히 사회권은 구체화와 형성이 필요하다. 그래서 국가는 기본권을 소극적으로 존중하여야 할 뿐 아니라 적극적으로 보호하여야 한다.[84)] 따라서 입법자는 국가권력 일부로서 합헌상태를 형성하고 위헌상태를 제거할 의무를 진다. 특히 헌법이 입법자에게 입법권을 부여하여(헌법 제40조) 법률제·개정권을 독점시켰으므로, 입법자는 법률을 헌법에 맞게 제·개정하고, 법률의 합헌상태를 계속 유지하여야 한다. 이러한 입법자의 입법의무에 법률개선의무가 당연히 포함된다. 이러한 점에서 법률개선의무의 근거는 헌법에 대한 입법자의 구속이다. 헌법재판소는 법률의 위헌성을 단지 확인할 수 있을 뿐이므로, 헌법재판소결정 자체나 그 효력은 법률개선의무의 직접 근거가 될 수 없다. 그러나 헌법에 대한 입법자의 구속은 구체적인 내용을 포함하지 않는다. 이러한 구체적 내용은 오로지 관련된 개별 헌법규정에서 도출될 수 있다. 결국, 법률개선의무는 헌법에 대한 입법자의 구속과 결합한 관련된 개별 헌법규정에서 도출된다.[85)] 이러한 점에서 기본권

82) *Michaela Eisele*(Anm. 14), S. 177.
83) *Konrad Hesse*(Anm. 2), Rdnr. 291(콘라드 헷세, 계희열 역[주 2], 189쪽).
84) *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 33.
85) *Klaus Stern*(Anm. 11), S. 1316 참조.

보호의무[86]에서는 제3자의 기본권침해가 문제 되고 국가의 기본권침해는 문제가 되지 않으므로 기본권보호의무에서 법률개선의무가 도출될 수 없다는 견해[87]는 부분적으로 옳지 않다. 입법자가 과소보호금지원칙[88]에 어긋나게 법률을 제·개정하면 기본권은 침해될 수 있기 때문이다.

나. 발생원인

법률개선의무는 늘 개선 대상인 현재 효력이 있는 법률을 전제한다. 따라서 법률에 빈틈이 있을 때가 아니라 법률에 잘못이 있을 때에 법률개선의무가 문제 된다.[89] 이때의 잘못은 법률에 헌법에 어긋나게 할 정도, 즉 법률을 위헌이 되게 할 정도이어야 한다. 입법자는 법률에 잘못이 있는 한 언제나 그러한 잘못을 바로잡아야 하므로, 법률의 잘못이 처음부터 존재하였는지 또는 후발적으로 발생하였는지는 중요하지 않다. 따라서 법률개선의무의 발생원인은 3가지가 제시될 수 있다.

먼저 ① 입법자가 법률을 제정할 때에 법률의 내용·범위·절차 등 규율사항을 불완전하거나 불충분하거나 불공정하게 규율하여서 법률이 이미 제정 당시에 위헌이면(부진정입법부작위) 법률개선의무가 문제 된다. 입법자는 모든 법적 사항을 규율하여야 하고 이러한 규율은 완전하고 충분하며 공정하여야 한다. 그렇지 않으면 입법자가 제정한 법률은 위헌이고 입법자는 이러한 법률을 개선하여야 한다. 법률의 위헌성이 효력이 발생하고 나서 드러났더라도 객관적으로 아무것도 변하지 않고 단지 인식상태가 개선되었을 뿐이므로, 언제 법률의 위헌성이 인식되었는지는 전혀 중요하지 않다.[90]

---

86) 이에 대한 자세한 검토는 허완중,「기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무」,『저스티스』 제115호, 한국법학원, 2010. 2., 85～90쪽 참조.

87) *Werner Bernd*(Anm. 68), S. 127.

88) 이에 대한 자세한 검토는 허완중,「기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계」,『공법연구』 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 201～227쪽 참조.

89) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 47 참조.

90) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 121 참조.

다음으로 ② 법률이 근거하는, 규율에 중요한 사실이나 법률의 작용에 대한 예단이 효력이 발생하고 나서 전체적으로 혹은 부분적으로 잘못된 것으로 밝혀지면(잘못된 예단) 법률개선의무가 발생할 수 있다.[91] 여기서 예단의 범위는 법률을 제정할 때에 예측할 수 있는 변화에 국한된다.[92] 입법자가 예단할 때에 규율에 중요한 사실이나 법률의 작용결과를 실제로 고려하였는지는 문제가 되지 않는다.

끝으로 ③ 사실관계와 법적 상황이 바뀌어서 법률과 사실의 불일치가 발생하면(사실관계와 법적 상황 변화) 법률개선의무가 나타날 수 있다.[93] 이때에 변화 대상은 법률을 제정할 때에 예측할 수 없었던 변화에 국한된다. 그리고 이러한 변화는 법률의 위헌성에 영향을 미쳐야 한다.[94] 사실관계 변화는 규율되어야 할 현실인, 법률이 근거하는 사실이 바뀐 것을 뜻한다. 법적 상황 변화에는 헌법개정, 바뀐 헌법해석 또는 심지어 '헌법변천', 관련법규

---

91) BVerfGE 88, 203(309 f.) ; *Peter Badura*(Anm. 81), S. 484 ; *ders.*, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), HStR, Bd. Ⅶ, Heidelberg 1992, §163 Rdnr. 30 ; *Jens Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998, S. 121 ; *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000, S. 1007 ; *Helmut Miernik*(Anm. 57), S. 12 ff. ; *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts - Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976, S. 517 f. ; *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in : Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht : Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozeß, Bd. Ⅰ, Tübingen 2001, S. 40 ; *Rudolf Steinberg*(Anm. 63), S. 164 f. ; *Klaus Stern*(Anm. 11), S. 1315 ; *Rupert Stettner*, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, in : DVBl. 1982, S. 1125 ; *Andreas Voßkuhle*, (Anm. 23) S. 220.

92) BVerfGE 25, 1(12 f.) ; 77, 84(109) 참조.

93) BVerfGE 65, 1(56) ; 88, 203(309 f.) ; *Peter Badura*(Anm. 81), S. 484 ; *ders.*(Anm. 91), Rdnr. 30 ; *Jens Blüggel*(Anm. 91), S. 121 ; *Christoph Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985, S. 207 f. ; *Klaus Meßerschmidt*(Anm. 91), S. 1007 ; *Helmut Miernik*(Anm. 57), S. 22 ff. ; *Fritz Ossenbühl*(Anm. 91, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung), S. 40 ; *Klaus Stern*(Anm. 11), S. 1315.

94) *Peter Badura*(Anm. 81), S. 486 참조.

범 개정 등에 따른 규범적 판단기준 변경이 포함된다. 그러나 법률 자체의 개정은 심판대상 자체가 바뀌므로 제외된다.[95] 그밖에 법률을 제정할 때에 합헌이었던 법률이 나중에 새로운 고찰방법이나 평가변화 때문에 위헌으로 증명될 수도 있다.

3. 내 용

가. 심사대상

헌법재판소는 관련된 헌법적 심사절차가 없으므로 법률개선의무 발생과 함께 명령받은 입법자의 행위를 직접 심사할 수 없다. 입법자는 특정한 행위가 아닌 법률에 대해서만 책임을 지므로, 규범통제에서 헌법재판소의 과제는 법률의 헌법합치성을 심사하는 것이다. "따라서 헌법재판소는 단지 의심스럽고 개선이 필요한 것으로 보이는 법률을 심사하는 범위 안에서만 입법자의 법률개선의무에 대해서 통제할 수 있다." [96]

나. 법률개선의무의 대상

법률개선의무를 헌법이 입법자에게 부여한 (일반적 의미의) 의무로 이해한다면, 법률이 제정되고 나서 사실관계와 법적 상황이 바뀌어 법률과 현실의 불일치가 발생할 수 있으므로, 법률이 위헌이 되지 않더라도 법률을 개선할 필요성이 발생할 수 있다. 따라서 어떠한 법률도 법률개선의무의 대상에서 제외될 수 없다는 결론이 도출될 수도 있다. 그러나 법률개선의무가 이러한 방식으로 매우 넓게 이해된다면, 그 규범적 효력과 기본권의 구속력은 오히려 약화할 수 있다. 심지어 법률개선의무는 단지 정치적 의미만 있

95) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 114.
96) *Rudolf Steinberg*(Anm. 63), S. 177.

는 것처럼 이해될 수도 있다. 그렇지 않다면 이러한 인식은 헌법재판소가 사실적 측면에서 청구를 전제로 관련 있는 입법자의 모든 행위를 통제할 수 있다는 결론에 이를 수도 있다. 따라서 법률의 잘못으로 말미암아 위헌인 법률만 법률개선의무의 대상이 된다고 보아야 한다. 결론적으로 법률개선의무 발생은 위헌인 법률을 전제한다.[97] 그러나 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률과 진정입법부작위에서는 처음부터 개선 대상이 존재하지 않으므로 법률개선의무가 문제 되지 않는다.[98]

다. 법률의 잘못 제거

입법자는 법률의 잘못을 가능한 한 빨리 제거하여야 한다. 따라서 입법자는 법률을 헌법과 조화시킬 의무를 진다.[99] 그래서 입법자는 위헌법률을 헌법과 합치하는 법률로 교체하여야 한다. 이때에 입법자가 제거하여야 할 법률의 잘못은 헌법재판소가 위헌성을 확인한 것에 국한된다. 그러나 헌법재판소가 위헌성을 확인하지 않은 범위 밖에서도 입법자는 자신의 입법형성권 범위 안에서 언제든지 법률을 개선할 수 있다. 구체적으로 법률개선의무를 어떻게 이행할 것인지는 입법자의 재량에 속한다. 헌법재판소는 때에 따라서 법률개선의무 이행과 관련해서 기한을 설정할 수도 있다.

라. 유사규범도 개선대상인지 여부

소송경제적 이유 때문에 개선대상을 확장하려는 견해가 있다.[100] 이 견해

---

97) *Rudolf Steinberg*(Anm. 63), S. 169 참조.

98) 같은 견해 : 최윤철, 「독일에 있어서의 "입법자의 법률개선의무"에 관한 논의」, 『공법연구』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 373～374쪽.

99) BVerfGE 82, 126(155) 참조.

100) *Hermann Heußner*, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, in : NJW 1982, S. 261.

를 따르면 입법자는 지난날과 앞날을 향한 새로운 법률을 제정할 때에 위헌으로 결정된 법규범뿐 아니라 유사규범도 포섭하여야 한다고 한다. 유사규범에서도 독일기본법 제100조 제1항에 따른 법원의 제청이나 당사자의 헌법소원심판 청구에 따라서 독일연방헌법재판소의 심판대상이 될 것이고, 이때에 독일연방헌법재판소는 그것에 대해서 똑같이 결정할 것이기 때문이라고 한다. 그러나 헌법재판소는 심판대상이 아닌 유사규범에 대해서 아직 심사하지 않았고, 심사할 수도 없다.[101] 그리고 법규범의 문구가 같다고 하더라도 때에 따라서 그 의미가 다양할 수 있다. 따라서 개선 대상은 헌법재판소의 심판대상으로서 헌법과 합치하지 않는다고 결정된 법률에 국한된다고 보아야 한다.

마. 의무위반 효과

(1) 헌법불합치로 결정된 법률의 운명

(가) 효력 상실

헌법불합치결정은 심판대상이 된 법률(조항)의 위헌성을 확인한다. 위헌성이 확인된 법률(조항)은 효력을 상실하는 것이 원칙이다(헌법재판소법 제47조 제2항과 제75조 제5항 및 제6항). 그러나 헌법불합치결정은 법률(조항)이 즉시 효력을 상실함으로써 발생하는 입법자의 입법형성권 침해나 법적 공백과 혼란을 방지하기 위해서 법률의 효력 상실을 일정 기간 유보하면서 입법자에게 법률개선의무를 부여한다. 헌법불합치결정의 목적은 위헌법률의 단순한 존속이 아니라 개선을 위한 위헌법률 효력의 임시존속이다. 즉 위헌법률의 효력 존속이라는 위헌상태는 입법자가 법률을 개선할 때까지 오로지

101) *Peter E. Hein*, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht－Grundlage, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Baden-Baden 1988, S. 180 ; *Christian Pestalozza*(Anm. 46), S. 563 ; *Michael Sachs*, Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, in : FamRZ 1982, S. 983 ; *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth*(Anm. 12), Rdnr. 416 참조.

잠정적으로만 감내할 수 있고, 감내하는 것이 허용된다.[102] 따라서 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간이 지나면 입법자는 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 회복하여야 한다. 입법자가 이러한 시간이 지나고 나서도 이러한 의무를 이행하지 않으면, 입법자의 입법형성권을 존중할 헌법적 근거가 사라지거나 입법자가 법적 공백과 혼란을 제거할 의사나 능력이 (적어도 일시적으로) 없는 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 헌법불합치결정은 존속될 정당성을 상실하고 결국 헌법불합치결정에서 법률의 위헌성을 확인하는 내용만 남아서 법률의 효력 상실이라는 결과를 남긴다. 그래서 헌법불합치로 결정된 법률(조항)이 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간이 지나고 나서도 개선되지 않는다면, 그 효력을 상실하고, 그것은 더는 행정처분이나 재판의 근거가 되지 못한다. 이러한 측면에서 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무를 입법자가 법률을 개선하기에 충분한 시간이 지나도록 이행하지 않으면 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 같은 효력이 있다. 이것은 헌법불합치결정이 위헌성이 확인된 법률(조항)의 효력 상실 시기를 일정 기간 뒤로 미루는 것이라는 점[103]에서 당연한 결과라고 볼 수 있다.

개선 시한이 명시된 때에 그 시한이 지나거나 명시되지 아니한 때에 상당한 시일이 지나고 나서 헌법불합치로 결정된 법률은 당연히 효력이 상실된다는 견해는 헌법불합치결정을 선고한 취지에 들어맞지 않는다는 반론이 있다.[104] 특히 계속적용 헌법불합치결정은 헌법불합치결정시점부터 법률개선시점까지의 법적 공백상태 발생 방지를 의도한 것인데 개선 시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시킴은 결정 의도에 어긋난다고 한다. 그

---

102) *Albrecht Peter Pohle*, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt am Main/Bern/ Cirencester 1979, S. 163 참조.

103) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260 ; 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결(집39-3, 1 ; 공1991, 1895).

104) 남복현, 「법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문, 1994, 305쪽 ; 같은 사람(주 76), 360쪽 ; 같은 사람, 「헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 - 실체적 형법법규를 중심으로-」, 『헌법실무연구』 제10권, 박영사, 2009, 474～475쪽.

리고 적용중지 헌법불합치결정은 개선된 법률에 따라서 처리할 목적으로 헌법불합치로 결정된 법률의 적용을 중지한 상태인데, 이때에는 입법자의 법률개선의무를 사실적 측면에서 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하는 것은 적절하지 않다고 한다. 그러나 ① 헌법재판소는 입법자가 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 제거할 의사와 능력이 있다는 신뢰를 바탕으로 헌법불합치결정을 내리는 것이고, ② 헌법불합치결정은 일정 기간 안에 입법자가 위헌상태를 제거하리라는 것을 전제로 위헌성이 확인된 법률의 효력 상실을 잠정적으로만 유보하며, ③ 헌법불합치로 결정된 법률 개선은 입법자의 '재량'이 아니라 '의무'이므로 그 불이행에 대한 제재가 필요하고, ④ 입법자의 법률개선의무 이행은 위헌상태를 제거하고 합헌상태를 회복할 제일 나은 방법이지, 유일한 방법은 아니라는 점에서 이 견해는 타당성을 인정받기 어렵다고 본다.

(나) 효력 상실이 확정되는 시점

입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 헌법불합치로 결정된 법률(조항)을 개선하지 않으면, 그 효력 상실은 확정된다.[105] 헌법재판소는 기한 설정 없이 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 내리는 때[106]가 있다. 이러한 때에도 입법자에게 법률 개선에 관한 제한 없는 입법형성권이 부여된다면, 위헌상태의 잠정적 수인이라는 헌법불합치결정의 내용 및 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무의 의무적 성격과 들어맞지 않고, 헌법불합치결정의 본질은 위헌결정이며, 헌법불합치결정의 실효성을 확보하기 위해서는 입법자의 법률개선의무 불이행을 내버려둘 수 없다는 점에서 기한 설정 없는 때와 마찬가지로 다루는 것이 옳다고 본다.

---

105) 같은 견해 : 이인호/오수정, 「헌법불합치결정에 따른 입법개선의무의 이행현황 분석과 비판」, 『중앙법학』 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010, 46쪽 ; BVerfGE 101, 158(238) ; *Marius Raabe*(Anm. 60), S. 452 ; *Michael Sachs*, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, in : NVwZ 1982, S. 659 f. 참조.

106) 예를 들어 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 273 ; 2007. 6. 28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899, 903 ; 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 판례집 21-2하, 710, 714.

위헌상태의 상당한 기간은 입법자가 헌법불합치로 결정된 법률(조항)을 개선하는데 필요한 충분한 시간을 말한다. 상당한 기간은 통상 법률을 제·개정할 때에 걸리는 시간을 기준으로 해당 법률의 성격(특히 형벌에 관한 법률은 신속한 개선 요구), 입법논의 성숙도, 관련법익의 규범서열과 종류, 그 법익에 대한 침해나 침해위험의 종류, 근접도, 크기 등을 고려하여 구체적으로 확정하여야 한다. 그리고 회기계속원칙은 국회를 매회기마다 독립된 별개의 국회가 아니라 입법기 중에는 일체성과 동일성이 있는 의회로 보는 것이어서 국회의원의 임기가 만료된 때, 즉 해당 입법기가 종료한 때에는 적용되지 않으므로, 국회의원의 임기가 만료되면 해당 법률안이 폐기된다(헌법 제51조). 따라서 국회의원의 임기도 상당한 기간을 산정할 때에 고려하여야 한다.

상당한 기간은 입법형성권이 있는 입법자 스스로 확정할 문제이지만, 입법통제의 관점에서 보면 헌법재판소가 최종적으로 확정하게 될 것이다. 상당한 기간을 확정하기가 쉽지 않아서 언제 헌법불합치로 결정된 법률(조항)의 효력 상실이 확정되는지가 다투어질 수도 있다. 헌법재판소는 이러한 불명확성을 제거하기 위해서 입법자가 법률을 개선하여야 할 기한을 설정하기도 한다.[107] 헌법불합치결정에 따른 법적 관계에 대해서 아직도 다툼이 있

107) 효력이 상실되는 시기를 정하지 아니한 헌법불합치결정은 지양하는 것이 타당하다는 견해가 있다(정종섭, 『헌법소송법(제6판)』, 박영사, 2010, 381쪽). 이 견해를 따르면 효력 상실 시기가 없는 헌법불합치결정은 결국 '합리적인 시점 이내에' 새로운 입법을 할 것을 명하는 것이라고 할 것인데, 이때에 '합리적인 시점'이 언제까지인지가 불분명하므로, 위헌인 법률의 효력이 유지되는 시한을 정하여 그 시한이 지나면 효력이 상실되는 것을 선고하지 않고 단순히 헌법에 합치하지 않는다는 것만 선언하는 것은 헌법재판의 기능과 실효성을 불확실하게 한다고 한다. 그리고 이러한 헌법불합치결정은 단순위헌으로 선고하여야 할 사안에서도 헌법불합치결정으로 도피할 수 있는 출구를 열어놓은 것이 되어 헌법재판의 기능과 권위를 훼손할 우려가 있다고 한다. 헌법에 위반되는 법률 혹은 법률조항의 효력을 부정기간 내버려두는 결과가 되므로, 기본적으로 위헌결정인 헌법불합치결정을 선고하면서 위헌인 법률이나 법률조항의 효력 상실 시기를 명시하지 않는 헌법재판소의 태도는 정당하다고 보기 어렵다는 견해도 있다(신 평, 『헌법재판법(전면개정판)』, 법문사, 2011, 474쪽). 이에 대해서 명시적으로 기한을 설정하면 법적용자에게는 법적 명확성을 부여

다는 점을 고려하면, 헌법불합치결정과 관련한 법적 관계를 명확하게 하여 불필요한 논란을 제거하기 위해서 법률개선시한을 설정하는 것은 바람직하다고 본다. 헌법재판소가 법률개선시한을 설정하는 권한은 헌법재판소가 상당한 기간을 최종적으로 확정한다는 입법통제적 관점에서 비롯된다.

헌법재판소가 법률개선시한을 정하였을 때에, 헌법불합치로 결정된 법률(조항)은 헌법재판소가 설정한 기한이 지날 때까지 입법자가 법률개선의무를 이행하지 않으면 기한의 다음 날부터 효력을 상실한다.[108] 헌법재판소는 헌법불합치로 결정된 법률의 적용을 중지할 때에는 결정주문에,[109] 그 법률을 계속 적용할 때에는 결정이유에[110] 이러한 내용을 적시한다. 헌법재판소가 이러한 내용을 적시하지 않더라도 헌법재판소가 기한을 정하는 취지에 비추어 기한이 지나면 헌법불합치로 결정된 법률은 효력을 상실한다. 따라서 이러한 내용을 반드시 결정주문이나 결정이유에 적시할 필요는 없지만, 논란의 불씨를 제거한다는 측면에서 굳이 그것을 적시하려 한다면 명확성을 담보하기 위해서 적용중지인지 계속적용인지와 상관없이 결정주문에 적시하는 것이 바람직하다고 본다.

헌법불합치로 결정된 법률(조항)의 효력 상실이 확정되는 시점과 그 법률

하고, 입법자에게는 입법개선 촉구라는 장점이 있지만, 입법 시한을 지나는 때가 상당수인 것을 고려하면 명시적인 입법 시한 설정에 대해서 다시 고려하여야 한다는 견해도 있다(이인호/오수정[주 105], 63～64쪽). 이 견해는 고정된 시한을 제시하기보다는 개선입법이 이루어지는 시점까지라고 함으로써 입법자에게 개선의무이행을 환기시키는 방법을 고려해 볼 수 있다고 한다.

108) 같은 견해 : 이명웅, 「헌법불합치결정의 사유 및 효력」, 『헌법논총』 제20집, 헌법재판소, 2009, 393～394쪽 ; 이상훈, 「위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용」, 『사법논집』 제38집, 법원도서관, 2004, 87～88쪽 ; 이준일, 『헌법학강의(제4판)』, 홍문사, 2011, 1006쪽 ; 정종섭(주 107), 384～385, 392쪽 ; 최완주, 「헌법불합치결정」, 『헌법재판제도의 이해』(재판자료 제92집), 법원도서관, 2001, 402～403쪽.

109) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1, 6 ; 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 246-247 ; 1998. 8. 27. 96헌가22, 판례집 10-2, 339, 342 ; 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686, 690.

110) 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59, 78 ; 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 판례집 19-1, 711, 728 ; 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 판례집 19-2, 795, 809 ; 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427.

이 효력을 상실하는 시점은 언제나 같은 것은 아니다. 헌법불합치로 결정된 법률(조항)이 효력을 상실하는 시점은 적용중지 헌법불합치결정에서는 헌법불합치결정이 선고되는 시점이고, 계속적용 헌법불합치결정에서는 입법자의 법률개선의무 위반이 확정되는 시점이다. 그리고 (형벌에 관한 헌법불합치결정이 허용된다면) 형벌에 관한 헌법불합치결정에서는 헌법불합치로 결정된 법률(조항)은 소급하여 효력을 상실한다. 소급하는 시점은 해당 법률(조항)과 헌법이 충돌하는 때이다.

기한 설정에 특별한 법적 효과가 있다는 견해가 있다.[111] 이 견해를 따르면 기한을 정한 헌법불합치결정에서는 특정 기한을 넘겨 입법자가 법률을 개선하지 않으면 해당 규정의 위헌성이 확정된다고 한다. 그러나 기한을 정하지 아니한 헌법불합치결정은 입법자에게 신속히 법률을 개선할 의무를 지우지만 '일정한 기한'이 지났음에도 그 의무를 이행하지 아니한 때에는 개선입법부작위에 대한 헌법소원을 제기하거나 해당 규정이 위헌임을 다투는 위헌법률심판이나 위헌소원심판을 청구할 수 있을 뿐이라고 한다. 그리고 입법자가 법률개선의무를 이행하지 않은 때에 원칙적으로 결정주문에 따라서 헌법과 합치되지 않는 것으로 결정된 법률이 효력을 상실하는지가 결정된다는 견해도 있다.[112] 이 견해는 결정주문이 법률개선의무 위반 효과를 규정하였다면, 그에 따라서 법률의 효력이 결정된다고 한다. 그렇지 않다면 특별한 상황이 없는 한 법률이 기한을 지나고 나서 당연히 효력을 상실한다는 결론을 도출하기 어렵다고 한다. 그러나 ① 헌법불합치결정은 선고시점에 이미 해당 법률의 위헌성을 확인하지만, 그 법률의 효력을 입법자가 개선할 때까지만 잠정적으로 존속시킨다는 점, ② 기한 설정은 입법자의 법률개선의무위반 시점을 명확하게 밝히는 것에 그친다는 점, ③ 헌법재판소가 헌법불합치결정의 주문에서 법률개선의무 위반의 법적 효과를 달리 정한다

111) 신봉기, 「헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무」, 『헌법논총』 제7집, 헌법재판소, 1996, 355～356쪽.

112) 황도수, 「헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도」, 『헌법실무연구』 제4권, 헌법실무연구회, 박영사, 2003, 264～265쪽.

면 이것은 헌법불합치결정의 목적에 어긋나서 헌법적 정당성을 상실한다는 점에 비추어 이러한 견해들은 정당성을 인정받기 어렵다고 본다.

(2) 법률개선의무 존속

입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 개선하지 않아서 법률이 효력을 상실하여도 입법자의 법률개선의무는 여전히 존속한다.[113] 따라서 입법자는 여전히 헌법불합치로 결정된 법률을 개선할 의무를 진다. 법률개선시한이 지나가도 법률개선의 헌법적 필요성이 사라지는 것이 아니라 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무를 지는 입법자가 그 의무를 (적어도 일시적으로) 이행할 의사가 없거나 이행할 수 없다는 것이 확인된 것에 불과하고, 입법자의 법률개선의무는 헌법재판소의 헌법불합치결정에서 비로소 도출되는 것이 아니라 헌법이 입법자에게 부과하는 것이기 때문이다. 헌법재판소가 법률 전체에 대해서 헌법불합치결정을 내렸다면,[114] 법률 전체가 효력을 상실하여 법률 자체가 적용될 수 없게 된다. 따라서 이러한 때에 규율의 헌법적 필요성이 인정된다면 입법자의 법률개선의무는 법률제정의무로 바뀌게 된다. 헌법불합치로 결정된 법률(조항)이 효력을 상실하지만, 입법자의 법률개선의무가 여전히 남는다는 점에서 헌법재판소의 헌법불합치결정은 입법자의 법률개선의무 위반이 확정되는 시점에도 단순위헌결정으로 성질이 바뀐다고 볼 수는 없다. 오랜 시일이 지나면서 사정변경이 발생하여 법률개선의 헌법적 필요성이 더는 존재하지 않는다면, 입법자의 법률개선의무가 소멸할 수도 있을 것이다.

입법자가 상당한 기간이 지나서 또는 기한이 설정되면 그 기한을 지나서 법률을 개선하여도 그 법률은 헌법불합치결정이 선고된 시점까지 소급하여 적용되는 것이 원칙이다. 다만, 계속적용 명령이 있었다면 입법자의 법률개선의무 위반이 확정된 시점까지만 소급하여 적용된다. 그러나 입법자의 법

113) 같은 견해 : *Christian Mayer* (Anm. 14), S. 185.

114) 예를 들어 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2, 64, 86 : "토지초과이득세법(제정 1989. 12. 30. 법률 제4177호, 개정 1993. 6. 11. 법률 제4561호, 1993. 6. 11. 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다."

률개선의무 위반이 확정되고 나서 행정행위의 확정력이나 판결의 기판력이 발생하였다면, 개선된 법률은 소급하여 행정행위의 확정력이나 판결의 기판력을 깨뜨리지 못한다. 따라서 법원은 이러한 때에 일부판결의 가능성이나 일부판결로 볼 가능성을 면밀하게 검토할 필요가 있다.

(3) 법률개선의무를 불완전하게 이행하였을 때

입법자가 헌법불합치로 결정된 법률을 개선하기는 하였으나 법률개선의무가 불완전하게 이행되어 위헌상태를 완전하게 제거하지 못하였다면, 헌법불합치로 결정된 법률을 개선할 입법자의 의무는 개선된 법률을 개선할 의무로 바뀌어 존재한다. 그러나 아직 이러한 의무를 헌법재판소가 확인하지 않았으므로 개선된 법률은 효력을 발생한다. 따라서 이러한 법률에 대해서 위헌법률심판이나 위헌소원심판이 청구될 수 있고, 불완전하게 개선된 법률로 말미암아 헌법이 보장한 자기 기본권을 침해받은 자는 이 법률에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 새로운 심판절차에서 헌법재판소는 먼저 ① 헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무의 구체적 내용이 무엇인지, ② 개선된 법률이 적용되는 모든 영역에서 입법자가 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무를 제대로 이행하였는지 그리고 ③ 개선된 법률로 말미암아 새로운 기본권침해가 발생하였는지를 검토하여야 한다.[115]

바. 입법부작위 통제 가능성

(1) 한국의 학설과 판례

(가) 학 설

기한이 지남으로써 법률이 당연히 효력을 상실한다는 견해와 거듭 위헌심판대상으로 삼아서 후소에서 단순위헌결정을 선고하여야 한다는 견해는 헌법불합치결정을 선고한 취지에 들어맞지 않는다는 견해가 있다.[116] 이 견

115) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91등, 판례집 15-2하, 530, 536-537 ; 2008. 10. 30. 2005헌마723, 판례집 20-2상, 941, 964 참조.

116) 남복현(주 104, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구), 305쪽 ; 같은 사람(주 76), 360～

해는 특히 계속적용 헌법불합치결정은 헌법불합치결정 선고시점부터 법률 개선시점까지의 법적 공백상태 발생 방지를 의도한 것인데. 개선 시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시킴은 결정의 의도에 반하다고 한다. 그리고 적용중지 헌법불합치결정은 개선입법에 따라서 처리할 목적으로 헌법불합치로 결정된 법률의 적용이 중지된 상태이므로, 입법자의 법률개선 의무를 사실적 측면에서 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하는 것은 적절하지 않다고 한다. 또한, 거듭 위헌심판의 대상으로 삼아 전소에서 헌법불합치로 결정되었던 법률에 대해서 후소에서 위헌결정을 하여야 한다는 견해는 헌법불합치결정이 심판대상인 법률에 위헌성이 내포됨을 전제로 하는 관념이라는 점에 비추어 보면, 후소에서 해당 법률에 대해서 새로이 위헌결정을 선고하는 것은 헌법불합치결정의 선고 취지에 들어맞지 않는다고 한다. 이 견해를 따르면 민주적 정당성, 입법권자의 입법형성권, 권력분립원리 등 때문에 누구도 입법자에게 법률개선의무를 강제할 수 없고 집행력확보수단으로서 입법대집행도 허용되어서는 안 된다고 한다. 단지 국가기관의 불법행위에 대한 손해배상청구를 고려하여야 한다고 한다.

그리고 헌법재판소가 정한 기한이 지나도록 입법자가 법률개선의무를 이행하지 않으면, 기한 다음 날부터 대상법률은 효력을 상실한다고 하면서, 대상법률이 권리침해적이거나 부담을 부과하는 근거가 되는 법률이면 법원이 그 효력이 없는 것을 전제로 사건을 처리하는 데 별문제가 없을 것이라는 견해가 있다.[117] 다만, 이 견해는 대상법률이 무효인 것을 전제로 사건을 처리하는 것이 곤란하거나 부적절한 때가 있을 수 있는데, 이때에는 법원이 법보충권을 행사하여 사안에 가장 적절한 결론을 내리는 방법을 고려해 볼 수 있다고 한다.

또한, 효력유지기간이 지나도 법률 개선이 없거나 효력유지기간이 없더라도 상당한 기간이 지나도 법률 개선이 없으면, 헌법불합치로 개선된 구법을

361쪽 ; 같은 사람(주 104, 헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토), 474～475쪽.

117) 최완주(주 108), 402～403쪽.

해당 사건에 적용하여 재판할 수 없어 국회에서 무한정 법률 개선을 하지 않은 때에는 법원의 재판이 진행되지 못하는 사태가 발생하는데, 이때에 국회의 법률개선의무가 헌법에 근거한 것이면 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 견해가 있다.[118] 이 견해는 이때에 법원은 가능한 한 당사자의 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 기다려 재판하는 것이 바람직하다고 한다. 국회가 헌법불합치결정이 있었음에도 그 결정 취지에 따른 법률 개선을 무작정 하지 않으면, 법률개선의무 불이행으로 말미암아 피해를 본 국민은 헌법재판소에 입법부작위에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하여 법률 개선을 재차 강제하거나 국가배상을 청구하는 방법으로 구제를 받을 수 있다는 견해도 있다.[119] 그리고 헌법재판소가 헌법불합치로 결정한 법률의 효력 시한을 정해준 때에는 그 효력 시한이 지나면 그 법률이 효력을 상실하여 법원이나 행정기관은 더는 그 법률을 적용할 수 없고, 입법자가 법률개선 시한을 존중하지 않아 입법부작위에 의한 기본권 침해가 발생하면 헌법소원심판의 대상이 된다는 견해도 있다.[120] 그밖에 입법시한을 정하지 않은 때에 입법자가 상당한 기간 안에 입법하지 않았다고 하더라도 헌법재판소가 시한을 정하지 않은 한 그 효력을 상실한다고 보기는 어렵지만, 법률개선 지연으로 말미암아 적용중지 헌법불합치결정에서 재판의 장기화가 문제 될 수 있는데, 이때에 국가배상소송이나 입법부작위 위헌소송이 가능할 것이라는 견해도 있다.[121]

(나) 판 례

헌법재판소는 1998년 8월 27일에 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 상속개시 있음을 안 날부터 3월 안에 한정승인이나 포기를 하지 못한 때에도 단순승인을 한 것으로 보는 민법 제1026조 제2호가 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장

118) 정종섭(주 107), 385쪽.
119) 신 평(주 107), 466쪽 ; 이상훈(주 108), 87～88쪽 ; 황도수(주 112), 264～265, 272～273쪽.
120) 허 영(주 58), 250쪽.
121) 이명웅(주 108), 394쪽.

한 헌법 제10조에 위반된다는 이유로 헌법불합치결정을 내리면서, 입법자가 1999년 12월 31일까지 개정하지 아니하면 2000년 1월 1일부터 그 효력을 상실한다고 결정하였다.[122] 입법자가 법률개선시한까지 해당 법률을 개정하지 않아 해당 법률이 효력을 상실하자, 서울지방법원은 해당 법률관계를 규율하는 규정이 현재로서는 없다고 하면서, 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지에 따라 상속인이 상속받을 재산보다 채무가 많으면 상속재산을 초과하는 채무는 상속하지 않겠다는 한정승인의 의사표시를 하지 않았어도 채무까지 상속한 것으로 볼 수 없다고 판결하였다.[123]

그리고 헌법재판소는 2007년 3월 29일 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련 없는 범죄에도 일률적·필수적으로 퇴직급여 등을 제한하는 것은 공무원범죄를 예방하고자 하는 입법목적에 적합한 수단이라고 볼 수 없고 법익의 최소침해성과 법익균형성도 충족하지 못하여 재산권을 침해하고, 공무원을 국민연금법상 사업장가입자 및 근로기준법상 근로자와 비교하면 마음대로 차별대우하여 평등원칙에 어긋난다는 이유로 '재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때'에 급여를 제한할 수 있도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해서 2008년 12월 31일을 법률개선시한으로 잠정적용을 하도록 하는 헌법불합치결정을 내렸다.[124] 국회가 법률개선시한까지 해당 법률을 개정하지 않자, 서울행정법원은 국회가 법률개선시한까지 법률을 개선하지 않으면, 헌법불합치결정에 따른 법상태는 헌법불합치결정의 효력과 그 결정 취지를 바탕으로 판단할 수밖에 없다고 하면서, 이 사건 법률조항은 2009년 1월 1일 자로 효력을 상실하였고, 이러한 법상태는 2009년 1월 1일 자로 이 사건 법률조항에 대해서 헌법재판소의 단순위헌결정이 있었던 것에 버금가는 것으로 볼 수 있다고 하였다. 그리고 ① 원고는 공무원으로서의 직무상 의무나 신분과 관련이 없는 범죄로 말미암아 금고 이상의 형을 선고

122) 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22, 판례집 10-2, 339.
123) 서울지법 2001. 11. 21. 선고 2000가합33206 판결.
124) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211.

받았는데, 이러한 때에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은 위헌이라는 것이 이 사건 헌법불합치결정의 취지로 보이는 점, ② 원고에 대한 형의 선고 및 확정은 헌법불합치결정이 선고되고 나서 발생한 것으로, 이처럼 처분의 기초가 되는 사실관계 자체가 헌법불합치결정 이후에 발생한 때에 대해서 행정청이 해당 법률조항의 효력이 존속한다는 이유만으로 헌법불합치결정의 취지에 반하는 내용의 처분을 할 수 있다고 보는 것은, 행정작용이 합헌적 법률에 따라서 이루어져야 한다는 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인 점, ③ 비록 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정을 하면서 일정한 시한까지 이 사건 법률조항의 효력을 유지하게 하고 잠정적으로 적용하도록 결정하였다고 하더라도 이 사건처럼 헌법불합치로 선언된 법률조항 중 합헌인 부분과 위헌인 부분이 적용영역에서 어느 정도 구분될 수 있는 때에는, 합헌인 부분에 한정하여 잠정적용을 하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것인 점 등을 종합해 보면, 원고에게 이 사건 법률조항을 적용하여 퇴직급여 등을 제한한 이 사건 처분은 위법하다고 판결하였다.[125] 또한, 퇴직 후 재직 중의 사유와 관련된 죄로 금고 이상의 형이 확정되었음을 이유로 공무원연금법 관련조항에 따라 이미 지급한 퇴직연금 일시금 및 퇴직수당의 2분의 1에 대해서 환수처분 후 그에 따른 분할납부금을 내지 않음에 따라 부동산을 압류처분한 사안에서, 행정법원은 제64조 제1항 제1호가 헌법불합치결정에서 정한 법률개선시한인 2008년 12월 31일까지 법률이 개선되지 않아 2009년 1월 1일부터 효력을 상실하고 나서 압류처분이 있었다고 하더라도 이 조항의 효력이 지속하던 2008년 9월 12일에 환수처분이 적법하게 이루어졌고, 압류처분은 이 조항이 효력을 상실하고 나서인 2009년 3월 23일에 이루어졌으나, 압류처분은 환수처분의 후속조치로서 이루어진 징수처분에 불과하고 이 환수처분을 받은 자는 원칙적으로 반납고지서를 받은 날부터 30일 이내에 이를 내야 하는 한, 원고는 피고의 승인에 따라 분할납부가 허용되어 일부 환수금의 납부기한이 해당 조항의 효력상실일 이후로 유예된 것

125) 서울행법 2009. 8. 20. 선고 2008구합9379 판결(각공2009하, 1653).

이므로 해당 조항의 효력 상실 전에 해당 조항에 근거한 환수처분을 받고 그 납부를 마친 때와 형평성을 고려하여야 하며, 더구나 해당 헌법불합치결정에서는 "공무원의 직무상 의무나 공무원 신분과 관련된 범죄로 인하여 금고 이상의 형을 선고받은 자에 대하여 퇴직급여 등을 감액하는 것은 위 입법목적의 달성에 상당한 수단"이라고 판시하였으므로, 직무상 의무나 신분과 관련된 죄로 금고 이상의 형이 확정된 원고는 해당 조항 개정으로 퇴직급여 등의 감액대상에서 배제될 가능성이 거의 없어서 이 사건 압류처분은 적법하다고 하였다.[126]

요컨대 지방법원과 행정법원은 입법자의 법률개선의무 위반이 확정된 때에는 헌법불합치로 결정된 법률의 효력이 상실된다는 것을 전제로 헌법불합치결정의 취지에 맞게 사건을 해결하는 방향으로 판결을 내리는 것으로 보인다.

(2) 독일의 학설과 판례

(가) 학 설

입법자가 법률개선의무를 이행하지 않으면, 관련된 개인은 지체된 입법자의 행위가 그에게 일으킨 손해에 대해서 국가배상을 청구할 가능성만 있다는 견해가 있다.[127] 대집행, 예를 들어 새로운 청구에 따라서 독일연방헌법재판소가 문제 되는 법률에 대해서 무효선언함으로써 이루어지는 대집행은, 독일연방헌법재판소는 대체입법자가 아니고 누구도 최고 헌법기관인 입법자에게 그의 헌법의무를 이행하도록 강제할 수 없으므로 가능하지 않다고 한다. 이에 반해서 헌법재판소는 극단적인 때에 필요하다면 위헌법률을 계속 존속시키지 않기 위해서 (물론 권력분립원리 때문에 단지 잠정적으로만) 스스로 합헌상태를 창출시킬 수 있어야 한다는 견해도 있다.[128] 그러나 이 견해는 헌법재판소는 직권으로 활동할 수 없으므로, 모든 관련자가 기간이

126) 서울행법 2009. 10. 22. 선고 2009구합28902 판결.
127) *Peter E. Hein* (Anm. 101), S. 179 ; *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth* (Anm. 12), Rdnr. 426.
128) *Albrecht Peter Pohle*(Anm. 102), S. 162 f.

지나고 나서 헌법소원심판청구를 새롭게 제기할 수 있어야 한다고 한다. 그리고 단지 헌법에 합치하지 않는다고 결정된 법률은 자동으로 효력을 상실하지 않으므로, 기간이 지나고 나서도 이행되지 않고 남아 있는 법률개선의무의 구체적 효과는 결국 새롭게 청구된 헌법소원심판에서 밝혀질 수 있다는 견해도 있다.[129]

(나) 판 례

독일연방헌법재판소는 입법자가 헌법위반을 상당한 기간 안에 제거하지 않는다면, 스스로 위헌적으로 행동하려고 하지 않는 법원은 계류 중인 사건을 계속 진행하고 헌법합치적으로 재판하여야 한다고 한다.[130] 이 결정은 헌법합치적으로 재판하는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지를 말하지 않았다. 그러나 헌법합치적으로 재판한다는 것은 법원이 법관의 법형성을 통해서 계류 중인 사건에서 합당한 결론을 이끌어내야 한다는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

(3) 사 견

헌법불합치결정에 따라서 입법자는 법적 상태를 즉시 헌법과 합치시킬 의무를 지고, 법원은 계류 중인 절차를 입법자가 법률을 개선할 때까지 중단시켜야 한다. 그러나 이러한 유동상태를 너무 오랫동안 지속한다면 위헌상태를 내버려두고 당사자의 권리구제를 외면하는 것과 다름없어서 위헌상태를 제거하여 합헌상태를 유지하여야 한다는 법치국가원리에 어긋나게 된다. 신속한 합헌상태 회복을 요구하는 법치국가원리에 비추어 위헌적 법적 상태에서 비롯되는 사법절차 중단은 오로지 제한된 기간 안에서만 받아들여질 수 있을 뿐이다.[131] 따라서 헌법재판소가 법률에 대해서 헌법불합치결정을 내렸을 때에 입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 그 법률을 개선하지 않는다면, 그 법률은 위헌이어서 효력을 상실한다.

129) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 184.
130) BVerfGE 82, 126(155).
131) BVerfGE 82, 126(155) 참조.

법원은 효력이 상실된 법률을 적용할 수 없으므로 법적 공백이 발생한다. 이것은 헌법불합치결정이 단순위헌결정과 달리 해당 법률의 효력 상실만으로 합헌상태가 회복되지 않기 때문이다. 이때에 법률에 빈틈이 있을 때의 일반원칙에 따라서 법원이 계류 중인 사건에서 법관의 법형성을 통해서 합당한 결론을 이끌어내는 것 이외에는 다른 방법이 없다.[132] 다만, 법관의 법형성을 통해서 기본권을 직접 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항 때문에 허용되지 않는다. 특히 형벌에 관한 법률(조항)에 대해서 헌법불합치결정을 내려 입법자에게 법률개선명령을 하였음에도 입법자가 해당 법률을 개선하지 않았다면, 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항 제2문 후단, 제13조 제1항 전단) 때문에 법관은 법형성을 통해서 형벌을 부과할 수는 없다. 즉 헌법불합치로 결정된 형벌에 관한 법률(조항)은 입법자의 법률개선의무 위반이 확정되었을 때에 소급하여 그 효력을 상실하고 해당 행위는 더는 형벌로 통제될 수 없다. 다만, 이때에 재심의 허용 가능성은 헌법불합치결정의 취지에 따라 결정하여야 할 것이다.

입법자가 헌법불합치결정에 따른 법률개선의무를 이행하지 아니하여 법관이 법형성을 할 때에 헌법불합치결정(대부분 중요이유)은 가장 중요한 판단기준이 된다. 입법자가 헌법불합치결정의 취지에 따라서 법률을 개선하여야 하므로, 입법자의 법률개선의무 위반에 따른 법적 공백을 메우는 법관의 법형성도 당연히 헌법불합치결정의 취지에 따라야 하기 때문이다. 이러한 법관의 법형성은 ① 입법자의 법률개선의무 위반이 일으킨 법적 공백을 단지 잠정적으로만 메우는 것이고, ② 입법자는 언제나 자신의 법률개선의무를 이행하여 자기 결정이 앞날을 향해서 사법재판에 우선하게 할 수 있으므로, 이러한 때에 입법자의 입법형성권은 침해된다고 보기 어렵다.

그러나 일반사법재판은 일반적 구속력이 없고 단지 개별적 효력만 있으므로 일반사법재판은 임시규율로서 기능하지 못하고 해당 사건을 해결하는 것에 그친다. 물론 일반사법재판(특히 대법원의 판결)도 선례적 구속력을 통

132) *Michael Sachs*(Anm. 105), S. 659 f. 참조.

해서 해당 사건을 넘어 영향력을 미칠 수도 있지만, 선례적 구속력은 추정적 구속력에 그친다. 이러한 점에서 기속력과 형성력 혹은 법률적 효력이 있는 헌법재판소결정은 중요한 의미가 있다. 그리고 입법자의 법률개선의무와 관련하여 헌법재판소의 통제가 허용되지 않는다면, 법률개선의무 이행은 사실적 측면에서 입법자의 재량에 속하게 될 것이다. 따라서 입법자의 법률개선의무 불이행 때문에 헌법이 보장한 자기 기본권을 침해받은 자는 이러한 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다.[133] 이러한 헌법소원심판은 입법부작위가 계속되는 한 기간 제약 없이 허용된다. 헌법재판소는 이러한 입법부작위를 위헌으로 결정할 수 있고, 입법자가 법률을 개선할 수 없거나 개선하려고 하지 않는다는 것을 근거로 필요한 때에 한하여 긴급입법자로서 입법자가 법률을 개선할 때까지 잠정적으로만 적용되는 임시규율을 제정할 수 있다. 이러한 임시규율은 입법자의 입법형성권을 침해하지 않기 위해서 법률이 반드시 포함하여야 할 최소한에 국한된다. 그밖에 입법자의 법률개선의무 불이행이 일으킨 손해가 있다면, 피해자는 국가배상청구소송을 제기할 수 있을 것이다. 그러나 이 소송에서 입법자의 법률개선의무 불이행과 피해자의 손해 사이에 인과관계가 있음을 입증하기는 쉽지 않아서 실제로 피해자가 배상을 받는 경우는 매우 드물 수밖에 없을 것이다.

4. 개선된 법률의 소급효

가. 문제 제기

헌법불합치결정의 특징은 구체적 사건에 관한 법원의 판단을 입법자가 새로운 판단을 내릴 때까지 미결상태로 보류하는 것이다. 따라서 법원은 법률이 개정되기를 기다려 개정법률에 따라 판단함으로써 당사자가 개정법률

133) *Yooncheol Choi*(Anm 14), S. 166 f. 참조.

의 결과에 따른 혜택을 받을 기회를 열어놓아야 한다.[134] 헌법불합치결정은 이처럼 개정법률의 소급적용을 전제하므로, 입법자는 소급효 있는 개정법률을 제정할 의무가 있다.[135] 그러나 입법자가 이러한 의무를 게을리하여 개정법률에 명시적인 소급적용규정을 두지 않으면 개정법률이 소급적용될 수 있는지가 문제 된다.

나. 학설과 판례

(1) 한 국

(가) 학 설

소급적용규정 유무에 관계없이 개정법률이 소급적용될 수 있다는 견해가 있다.[136] 이 견해는 단순위헌결정이 법원에 최종적이고 확정적인 판단근거를 제공하지만, 헌법불합치결정에서는 그 자체가 완결된 최종판단이 아니고 그 위헌상태 제거에 대한 최종결정을 입법자에게 미루는 것이라고 한다. 따라서 개정법률의 소급적용은 헌법불합치결정에 내재하는 본질적 요소라고 한다. 입법자가 헌법불합치결정에 따라서 위헌적 상태를 제거하는 법률을 제정하면 그것은 헌법재판소를 대신하여 합헌상태를 소급하여 회복하는 것이고, 법원이 이러한 합헌법률을 적용하여야 하는 것은 당연하다고 한다. 이렇게 보면 입법자가 개정법률의 시행시점을 별도로 규율하는 것은 큰 의미가 없다고 한다. 이에 대해서 개선입법에서 소급효를 인정하는 규정이 없을

134) 한수웅,「헌법불합치결정의 소급효력」,『판례월보』제325호, 판례월보사, 1997. 10., 11～12쪽 ; *Hartmut Maurer*, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in : Hans Schneider/Götz Volkmar(Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat : Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 361.

135) 윤진수,「헌법재판소 위헌결정의 소급효」,『헌법문제와 재판(상)』(재판자료 제75집), 법원도서관, 1997, 677～678쪽 ; 한수웅,「헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -」,『헌법논총』제6집, 헌법재판소, 1995, 526쪽 ; 황도수(주 112), 262쪽.

136) 남복현(주 104, 헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토), 479～480쪽 ; 한수웅(주 135), 525～527쪽 ; 같은 사람(주 134), 12～13쪽.

때에 신법이 당연히 소급하여 적용되는 것은 아니라는 견해가 있다.[137] 법률의 소급적용은 법률로써 결정하여야 할 사항으로 입법권에 속하는 것이기 때문이라고 한다. 이 견해는 신법이 이러한 소급효를 인정하지 않으면 여전히 위헌인 것으로 되어 신법은 다시 위헌여부심판의 대상이 될 수 있다고 한다. 그밖에 개정법률을 해석하여 동법률의 소급 여부를 결정하여야 한다는 견해도 있다.[138] 즉 개정법률을 해석한 결과 개정법률에서 비록 경과규정을 두지 않았지만, 개정법률을 소급적용하여야 할 것으로 해석될 때에는 개정법률을 소급적용할 수 있다고 한다. 그러나 해석의 결과 개정법률을 소급적용하는 것으로 해석되기 어려운 때에는 입법자가 입법개선의무를 일부 게을리하는 것으로 보아야 한다고 한다.

(나) 판 례

헌법재판소는 "당재판소가 위 사건의 주문으로서 그 각 개별 조항에 대한 결정이유에서 밝힌 바대로 단순위헌선언 또는 개정입법촉구 등을 선고하지 아니하고, 굳이 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 당연한 논리적 결과로, 위 결정의 효력이 소급하여 미치는 소위 "당해 사건" 또는 "병행 사건"에 관하여는 위 결정 이후 입법자에 의하여 개정된 법률조항이 적용되어야 할 것인 바, 이는 헌법불합치결정이 의도하는 효력의 본질적인 부분의 하나이기도 하다."라고 하여 신법에서 명시적으로 소급효를 정하지 아니한 때에도 당연히 신법이 소급적용된다고 판시한 바 있다.[139]

---

137) 김시철, 「형벌조항에 대한 헌법불합치결정」, 『사법』 제8호, 사법발전재단, 2009, 204~205쪽 ; 윤진수(주 135), 677쪽 ; 같은 사람, 「상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점」, 『헌법논총』 제11집, 2000, 218~225쪽 ; 이준일(108), 1006쪽 ; 정종섭(107), 395쪽 ; 최완주(주 108), 397~398쪽.

138) 황도수(주 112), 263쪽.

139) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1, 판례집 7-2, 221, 246-247. 같은 취지 : 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95, 판례집 12-1, 16, 39 ; 2006. 6. 29. 2004헌가3, 공보 117, 872, 875 ; 2007. 1. 17. 2005헌바41, 판례집 19-1, 14, 19.

대법원은 “어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 개정 전 민법 제1026조 제2호에 대한 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 개정 전 민법 제1026조 제2호의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로 비록 개정 민법 부칙 제3항의 경과조치의 적용 범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 관하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 개정 민법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 하여 개선입법을 소급적용하여야 한다고 보고 있다.[140] 다만, 대법원판례 중에는 “결정(헌재 1995. 11. 30. 95헌바12등) 이유 전단에서는 종래의 법령의 계속 적용이 가능하다고 하면서도 후단에서는 개정법률이 위헌성이 제거되었다는 이유로 이를 당해 사건 등에 소급하여 적용할 것을 설시하고 있으나, 이를 소급적용할 법리상 근거도 없을 뿐만 아니라 개별공시지가 시행 이전에 이미 양도가 이루어진 사건에 있어서는 위 개정법률은 양도 당시의 과세시가표준액 등에 의한 기준시가를 위 개정법률이 정하고 있는 개별공시지가로 환산하는 규정을 결하고 있으므로, 위와 같은 사례에 있어서는 그 처분이 전부 취소될 수밖에 없어 위 결정 이유 전단에서 헌법불합치결정을 채택하는 근거로 내세운 법적 공백의 회피, 국가의 재정차질 방지 및 납세자 사이의 형평 유지에 정면으로 모순되는 결과가 발생하게 된다. 그렇다면 결국 이 사건 헌법불합치결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용

140) 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결(집50-1, 343 ; 공2002상, 1059). 같은 취지 : 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결(공2006상, 569).

하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해 사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유가 없다."라고 하여 개정된 신법이 당연히 소급적용되는 것은 아니라고 판단한 것도 있다.[141] 하지만, 이 판결은 개정법률을 소급적용할 때에 헌법불합치결정의 취지와 모순되는 사례 자체의 문제점 때문에 예외적으로 개정법률의 소급적용을 부정한 것에 지나지 않는 것으로 보는 것이 옳을 것이다.

(2) 독 일

지배적 견해는 원칙적으로 개정법률의 소급효를 요구한다. 그러나 그에 대한 근거는 다양하다. 먼저 헌법불합치는 무효결정처럼 독일연방헌법재판소법 제79조 제2항의 기본사고에 맞게 처리하여야 한다는 견해가 있다.[142] 이 견해는 개정법률은 아직 확정력 있는 절차종료에 이르지 않은 모든 사건에 소급하여 적용된다고 한다. 그리고 헌법불합치결정은 법률적 효력(독일연방헌법재판소법 제31조 제2항 제1문) 때문에 모든 사건에 대해서 (대세적으로) 창설적으로 위헌규범과 독일기본법의 충돌 시점부터 (소급하여) 효력이 있고 입법자에게 위헌적 법상태를 제거할 의무를 부과한다는 견해도 있다.[143] 이 견해를 따르면 입법자는 헌법합치적 질서에 대한 입법자의 구속(독일기본법 제20조 제3항) 때문에 즉시 (지체 책임 없이) 합헌적 법상태를 창출하여야 하므로, 입법자가 헌법과 합치하지 않는 것으로 확인된 법적 상황을 바꾸지 않고 지속시키는 것은 허용되지 않는다고 한다. 여기서 입법자는 과거에 대한 독일기본법의 요구를 정당하게 평가할 의무가 있다고 한다. 또한, 권력분립과 권한질서에 근거한, 다른 국가기관의 유효한 결정을 서로 존중하여야 한다는 국가기관의 헌법적 의무와 법률적 측면에서 독일연방헌

141) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결(집45-2, 451 ; 공1997상, 1282).

142) *Peter E. Hein* (Anm. 101), S. 171 ff. ; *Wolfgang Heyde*, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in : Wolfgang Zeidler/Theodor Maunz/Gerd Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 54 ff. ; *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth* (Anm. 12), Rdnr. 427.

143) *Hermann Heußner* (Anm. 100), S. 258.

법재판소법 제31조 제1항에 따른 구속력으로부터 국가기관이 스스로 제거하고 소급하여 해결하여야 한다는 명령이 도출되므로,[144] 입법자는 과거를 "합헌상태로 돌려야" 한다는[145] 견해도 있다. 그밖에 입법자의 헌법구속과 헌법합치적 법상태를 창출하기 위해서 노력하여야 한다는 입법자의 법률개선의무 목적에 따라서 모든 헌법위반은 처음부터 제거되어야 한다는 견해도 있다.[146] 이 견해는 이러한 의무지움을 원칙적으로 위헌성의 확인에 포섭되는 전체 시간영역으로 확장한다.

독일연방헌법재판소를 따르면 상당한 기간 안에 헌법에 합치하는 법상태를 창출하여야 하는 입법자의 의무는 원칙적으로 확인이 포섭하는 전체 시간영역, 즉 헌법불합치결정과 관련되는 전체 시간영역까지 확대되고, 최소한 위헌으로 결정된 규율에 근거한, 아직 확정력 없는 모든 재판을 포섭한다고 한다. 입법자가 헌법과 합치하지 않는 법적 상태를 (과거에 대해서도) 존속시키는 것은 허용되지 않는다고 한다. 이것은 특히 독일연방헌법재판소법 제31조가 규정한 독일연방헌법재판소재판의 기속력에서 도출된다고 한다.[147] 그에 반해서 입법자가 다투어진 법규범의 효력발생시점부터 합헌적 규율을 창출할 의무를 진다는 독일연방헌법재판소재판도 있다.[148]

다. 사 견

헌법불합치결정은 본질에 비추어 위헌결정이므로, 헌법불합치결정을 받은 법률은 (결정주문에서 예외적으로 잠정 적용을 명하지 않는 한) 가능하면 적용되지 아니하도록 할 필요가 있다. 그래서 입법자가 '마음대로' 개선

---

144) *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, §20 Rdnr. 65.
145) *Christian Pestalozza*(Anm. 144), §20 Rdnr. 129.
146) *Christian Mayer*(Anm. 14), S. 175.
147) BVerfGE 81, 363(384) ; 87, 114(137) ; 87, 153(178).
148) BVerfGE 55, 100(110 f.) ; 61, 319(357).

법률의 소급범위를 정하는 것은 헌법불합치결정의 취지에 어긋난다. 즉 헌법재판소는 대상법률을 위헌이라고 판단하여 그 적용을 배제하면서 오로지 합헌상태의 회복만을 입법자의 재량에 맡긴 것이다. 따라서 입법자에게는 위헌인 법률을 계속 적용하게 할 수 있는 권한이 없으므로, 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 범위에서는 개선된 법률에 소급적용에 관한 경과규정이 명시되어 있는지와 상관없이 개선된 법률이 적용되어야 한다. 그리고 입법자가 법률을 개선할 때까지 재판절차가 중단되므로, 법적 안정성을 고려할 필요가 없다. 또한, 위헌법률을 적용하는 것은 위헌이므로,[149] 개선된 법률을 소급적용하지 않으면 법적 공백이 발생한다. 소급적용을 규정하지 않는다는 이유로 개정법률을 다시 헌법재판소의 심판대상으로 삼아 위헌결정을 받아내라고 하는 요구는 당사자의 구제를 늦추는 의미밖에는 없다. 새로운 위헌법률심판과 그에 따른 새로운 법률을 통해서 단지 개정법률의 소급효만이 확인될 수 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소의 헌법불합치결정을 통해서 이미 개정법률의 소급효는 확정되었고 개정법률의 다른 내용은 바뀌거나 폐지되지 않으므로, 법원이 소급효규정 없는 개정법률을 소급적용할지라도 입법자의 권한은 침해되지 않는다. 개정법률이 소급적용되는 범위는 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다.[150] 따라서 법률개선의 계기를 부여한 헌법재판소결정이 선고된 시점을 넘어서 소급효는 미칠 수 있다. 다만, 예외적으로 입법자가 법률을 개선할 때까지 헌법재판소가 위헌법률의 계속적용을 명한 때에는 개정법률이 소급적용되지 않는다.[151]

149) *Hartmut Maurer*(Anm. 134), S. 362 참조.
150) 정종섭(주 107), 395쪽 ; 한수웅(주 134), 12쪽 ; BVerfGE 37, 217(262) 참조.
151) 같은 견해 : 김선택, 「대학교원의 신분보장－교수임용방식 개선방향과 해직교수 구제방안」, 『공법연구』 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003, 244쪽.

Ⅶ. 법률관찰의무[152]

1. 개 념

헌법은 국회에 입법권을 부여한다(헌법 제40조). 그러나 입법자에게 부여된 입법권은 '권한'으로서 개인이 가지는 '권리'와 달리 마음대로 행사할 수 없다. 입법자는 입법권을 행사하여 기본권보호라는 헌법이 부여한 과제를 수행할 수 있는데 그치는 것이 아니라 수행하여야 한다. 즉 입법은 입법자의 권한일 뿐 아니라 의무이다(헌법 제10조 제2문). 이러한 점에서 입법은 입법자가 기본권을 보장하는 수단이다. 입법자의 입법의무는 한 번의 행위로 소멸하는 것이 아니라 계속 존속한다.[153] 기본권은 헌법현실 변화와 상관없이 늘 보호되어야 하므로, 입법자는 끊임없이 바뀌는 헌법현실에 맞게 법률을 제정하고 개정하고 폐지하여야 하기 때문이다. 따라서 "입법자가 법률을 제정할 때에 아직 예상할 수 없었던 새로운 변화 때문에 그 근거가 결정적으로 의심받는 결정을 하였다면, 입법자는 최초 결정이 바뀐 상황에서 유지될 수 있는지도 심사할 의무가 헌법에서 도출될 수 있다."[154] 이러한 심사를 위해서 관찰이 필요하다. 입법에서 '관찰'은 법률의 이행통제와 법률의 효력 관찰이다.[155] 따라서 입법에서 관찰은 기존 규율을 실제상황에 적응시킴으로써 법률의 규범적 효력을 향상하거나 법률이 헌법에 어긋나기 전

152) 자세한 것은 허완중, 「입법자의 법률관찰의무」, 『공법연구』 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, 239~261쪽 참조.

153) *Alexander Roßnagel*, Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, in : JZ 1985, S. 715. BVerfGE 88, 203(310) : "즉 합헌적 질서에 대한 입법자의 구속(독일기본법 제20조 제3항)은 법률을 제정할 때에 헌법적 한계를 지켜야 한다는 의무에 그치는 것이 아니다. 그것은 제정된 법률을 독일기본법과 합치되도록 유지하여야 한다는 책임도 포함한다."

154) BVerfGE 49, 89(130).

155) *Ulrich Karpen*, Gesetzgebungs-, Verwaltungs-und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989, S. 39.

에 적절한 조치를 취하기 위해서 이행된다.[156] 이러한 점에서 입법자의 법률관찰의무는 법률의 규범력을 유지하거나 향상하기 위해서 법률이 제정되고 나서 입법자가 생각하였던 대로 법률이 현실을 적절하게 규율하는지를 확인하여야 하는 입법의무이다.[157]

법률효과평가(Gesetzesfolgenabschätzung[GFA])[158]는 법률의 의도된 효과와 의도되지 않은 부작용을 파악하고 분석하는 것이다. 법률효과평가를 통해서 계획된 법률의 필요성과 효력이 파악되고 그것의 가능한 대안을 찾게 된다. 법률의 관찰은 입법자뿐 아니라 예를 들어 헌법재판소나 심지어 이익집단에 의해서도 이루어질 수 있지만, 법률효과평가는 입법자에 의해서만 이루어진다는 점에서, 법률의 관찰은 법률효과평가와 구별될 수 있다고 한다. 그리고 법률관찰의무는 헌법적 의무이지만, 법률효과평가는 지침이나 권고로서 (특히 헌법을 통해서) 법적 제도화가 이루어지지 않는 한 입법자에게 강제적 효력이 없다고 한다.[159] 또한, 관찰 대상은 단지 현재 효력이 있는 법률이지만, 법률효과평가는 법률제정을 위한 준비와 내부입법자에 의한 법률제정과정에 대한 평가도 포함한다고 한다.[160]

2. 필요성

헌법상황은 고정적이지 않다. 법률이 작용하는 사실관계가 근본적으로 바

156) 최윤철, 「입법자의 법률관찰의무」, 『토지공법연구』 제21집, 한국토지공법학회, 2004, 468～469쪽 ; 같은 사람, 「의원입법의 평가와 평가제도의 발전에 관한 이론적 검토」, 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 18쪽 ; 같은 사람, 「법률과 시간－시간의 경과에 따른 법률의 효력 변화」, 『토지공법연구』 제35집, 한국토지공법학회, 2007, 499쪽 ; *Yooncheol Choi(*Anm. 14), S. 65.

157) *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 65 참조.

158) ‘Gesetzesfolgenabschätzung’의 번역어로 ‘입법평가’가 주로 사용되지만, ‘입법’이 법률에 국한되는 것이 아니라는 점에서 그리고 실제 독일의 용례와 의미를 살펴보면, ‘입법평가’보다는 ‘법률효과평가’가 적절한 번역어로 보인다. ‘입법평가’라는 번역어의 문제점에 대해서는 최윤철(주 156, 의원입법의 평가와 평가제도의 발전에 관한 이론적 검토), 2～4쪽 참조.

159) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 479쪽 ; *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 66.

160) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 481쪽.

뀌거나 법률을 제정할 때에 아무런 문제가 없던, 앞날의 효과에 대한 헌법적 평가가 나중에 완벽히 또는 부분적으로 잘못된 것으로 밝혀진다면, 헌법상황이 바뀐다. 이러한 변화 때문에 제정할 때에 합헌이었던 법률이 위헌이 될 수도 있다.[161] 따라서 입법자는 법률의 근거를 검토하고 법률을 바뀐 상황에 적응시켜서 법률의 위헌성이나 그 가능성을 가능한 한 빨리 제거하여야 한다.[162] 그리고 개입국가, 복지국가, 계획국가, 예방국가나 협동적 보장국가(kooperativer Gewährleistungsstaat)인 현대국가의 입법은 전통적인 질서국가의 입법과 같을 수 없다. 이러한 현대국가는 적극적으로 사회현상에 대응하여야 하므로, 많은 법률이 제정될 수밖에 없다. 이러한 경향 때문에 질이 나쁜 법률이 범람하는 것을 피하기 어렵다.[163] 또한, 현대국가에서 기본권은 적극적으로 해석되어 존중적 부작위(respektierendes Unterlassen)뿐 아니라 적극적 실현도 요구한다. 게다가 기본권의 적용영역은 제3자에게까지 확장된다.[164] 기본권의미의 이러한 확장은 관찰의 강화와 사회현실과 관련된 국가의 적극적 대응을 요구한다. 따라서 법률을 제정하여야 하는 입법자의 과제에서 권한적 측면보다 의무적 측면이 더 강조될 수밖에 없다.[165] 그리고 현대사회는 기술혁신을 통해서 입법자에게 한편으로는 법률 상태를 더 잘 그리고 더 효과적으로 관찰할 수 있는, 더 나은 그리고 더 광범위한 정보를 제공할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 이전에 인식할 수 없거나 예측할 수 없었던 영역이 자연과학 발전으로 말미암아 국민의 실제 생활에 중대한 영향을 미치게 됨으로써, 입법자 스스로 모든 정보를 검토하고 모든 것을 관찰할 수 없을 정도로 현대사회는 매우 복잡해졌고, 더욱더 복잡해지고 있

161) BVerfGE 50, 290(335, 352) ; 56, 54(78 f.) ; 73, 40(94) ; 88, 203(309) 참조.

162) BVerfGE 15, 337(351) ; 88, 203(310) 참조.

163) *Wolfgang Köck*, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, in : VerwArch 93(2002), S. 1 f. 참조.

164) *Stefan Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, in : Zeitschrift für Rechtssoziologie 24(2003), S. 4 f. 기본권의 제3자적 효력에 대한 자세한 검토는 허완중, 「사법관계에 미치는 기본권의 효력」, 고려대학교 석사학위논문, 2002 참조.

165) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 467～468쪽.

다. 따라서 입법자는 현대사회에서 과도한 입법요구와 입법부담에 시달리고, 법률이 자기 의사에 맞게 실제로 작용하는지를 확인할 수 없을 때가 빈번하다.[166] 특히 환경법이나 기술법에서 드물지 않게 "법과 기술의 경쟁"[167]에서 입법자가 계속해서 너무 늦게 반응하고 입법을 한다는 것이 확인된다. 유동적이고 복잡한 기술과학과 자연과학 발전이 일으키는 위험과 그 가능성으로부터 법익을 효과적으로 보호하는 것은 이러한 영역에서 일회적이고 고정적인 법적 규율을 통해서 더는 이루어질 수 없다.[168] 이러한 점 때문에 입법자에게 사실관계와 법적 상황을 계속해서 관찰할 의무가 부과될 수밖에 없다.

3. 독자성 : 법률개선의무와 맺는 관계

가. 문제 제기

법률의 관찰은 일반적으로 법률이 관찰 결과에 따라 개선되었을 때에 비로소 의미가 있다. 이러한 점에서 법률의 관찰은 개선의 전제나 앞단계처럼 보인다. 따라서 법률관찰의무는 법률개선의무와 맺는 관계 속에서 독자성이 있는지가 문제 된다. 나아가 법률관찰의무의 불명확한 성격 때문에 법률관찰의무가 입법의무로 인정될 수 있는지도 분명하지 않다. 그래서 법률관찰의무가 법률개선의무와 구별되는 헌법적 의무로서 독자성이 있는지에 대해서 다툼이 있다.

나. 독일의 학설과 판례

① 법률관찰의무는 입법자의 독자적인 헌법의무로서 인정될 수 없다는

166) *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 72.
167) *Wilfried Berg*, Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik, in : JZ 1985, S. 401 ff.
168) *Stefan Huster*(Anm. 164), S. 17.

견해가 있다.[169] 이 견해를 따르면 법률과 그 효력을 계속 포괄적으로 평가하여야 하는 헌법적 의무 부과로 나타나는 독자적인 관찰의무는 독일기본법에서 도출될 수 없다고 한다. 여기서 법률관찰'의무'는 원칙적으로 위헌이 된 법상태를 제재함으로써 오로지 간접적으로만 그 위반을 추궁할 수 있는 단순한 입법자의 간접의무(책무 : Obliegenheit)라고 한다.[170]

② 변화의 지속적인 관찰은 법률개선의무의 논리적 전제이므로, 법률관찰의무와 법률개선의무는 서로 결합한다는 견해도 있다.[171] 그리고 법률관찰의무는 (잠재적) 법률개선의무를 전제할 뿐 아니라 법률개선의무는 바로잡아야 할 불완전을 인식하여야 하는 의무이므로 최소한의 법률관찰의무는 법률개선의무와 결합한다는 견해도 있다.[172]

③ 독일연방헌법재판소는 모든 법률개선의무에 관한 재판에서 명시적으로 법률관찰의무를 수용하지는 않지만,[173] 어느 곳에서도 법률관찰의무를 명시적으로 부정하지도 않는다.

다. 사 견

입법자는 독자적인 자기 의사에 따라 법률을 제정할 권한이 있다(헌법 제40조, 제52조, 제53조). 따라서 입법자는 법률질서를 창설하고 보충하고 변경할 수 있다. 입법자는 단순한 헌법의 집행기관이 아니라 고유한 정치의사를 형성할 수 있으므로, 정치적 형성재량이 있다. 그러므로 입법목적을 달성하기 위해서 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인지는 입법자의 결정이 현저히 불합리하거나 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속한

169) *Stefan Huster*(Anm. 164), S. 20.
170) *Stefan Huster*(Anm. 164), S. 20. 입법절차에서 절차적 합리성 요구의 책무적 성격에 대해서는 *Klaus Meßerschmidt*(Anm. 91), S. 875 ff., 942 참조.
171) *Werner Bernd* (Anm. 68), S. 143.
172) *Marius Raabe*(Anm. 60), S. 452.
173) 예를 들어 BVerfGE 25, 1(13) ; 50, 290(335) ; 73, 118(169, 180 f., 203) ; 77, 84(109).

다.[174] 이러한 입법형성의 자유는 입법자가 법률을 제정할 때에 어떤 내용을 선택할 것인지는 물론 법률을 제정할 것인지와 언제 법률을 제정할 것인지도 포함한다. 입법자의 법률관찰의무는 이러한 입법형성의 자유를 근거로 부정될 수도 있다. 이때에 법률의 관찰은 입법자의 전속적 결정대상으로 볼 수 있다. 그러나 입법자도 다른 국가기관과 마찬가지로 헌법에 구속된다. 따라서 입법자가 누리는 입법형성의 자유도 헌법 안에서 인정된다. 이러한 점에 비추어 입법자가 누리는 입법형성의 자유도 한계가 있을 수밖에 없다. 그리고 입법자의 헌법구속성은 시간과 관계없이 늘 존재하고, 법률은 언제나 헌법에 어긋나서는 안 된다. 따라서 입법자의 결정은 법률을 제정할 때뿐 아니라 법률이 제정되고 나서도 헌법의 구속성에서 벗어날 수 없다. 결국, 입법자의 법률관찰의무를 완벽히 부정할 수는 없고, 적어도 일정한 범위에서는 인정할 수밖에 없을 것이다.[175]

입법자가 법률 관찰을 통해서 법률의 목적이 달성될 수 없다는 결론에 이르렀다면, 입법자는 법률이 목적을 달성할 수 있도록 법률을 개선하여야 한다. 이러한 점에서 관찰은 개선의 전제나 최소한 개선의 앞단계로 볼 수 있다.[176] 따라서 법률관찰의무는 법률개선의무의 부수적 의무에 불과한 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 법률관찰의무는 '현재적' 법률개선의무가 아니라 '잠재적' 법률개선의무와 결합한다.[177] 즉 법률관찰의무는 입법자가 지금 지는 법률개선의무가 아니라 앞날에 질 가능성이 큰 법률개선의무와 관련된다. 앞으로 법률개선의무가 발생할 가능성만 확인할 수 있다면 법률관찰의무를 확인하는 것에 그칠 것이고, 만약 선고시점에 법률개선의무 발생이 이미 확인되었다면, 법률관찰의무를 확인하거나 지적할 필요 없이 바로 법률개선의무를 확인하거나 지적하면 되기 때문이다. 그리고 입법자는 법률개선의무가 존재하지 않더라도 법률을 관찰하고 나서 고유한 자기 판단에 따라

174) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 166.
175) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 472～473쪽 참조.
176) *Yoncheol Choi*(Anm. 14), S. 67.
177) *Marius Raabe(*Anm. 60), S. 451 참조.

개선이 필요하다고 생각하면 법률을 언제든지 개선할 수도 있다.[178] 즉 법률 관찰은 입법자가 자신의 법률개선의무가 확인될 때에만 의미 있는 것이 아니라 법률개선의무와 상관없이 입법자가 법률을 개선할 필요성을 스스로 인식하거나 법률 개선 여부를 판단하기 위해서도 법률을 관찰할 수도 있다. 또한, 부진정입법부작위[179]에서는 법률을 제정하거나 개정할 때의 법률의 잘못(법률의 결함 : Gesetzesfehler), 즉 법률의 원시적 잘못이 문제 되므로, 법률개선의무는 관찰 없이 발생할 수도 있다. 게다가 법률 관찰이 언제나 법률개선의무를 발생시키는 것도 아니다.[180] 즉 법률 관찰이 늘 법률개선의무 확인으로 이어지는 것도 아니다. 결론적으로 법률관찰의무는 법률개선의무와 밀접한 관련을 맺는 때가 없는 것은 아니나 양자가 늘 결합하는 것은 아니므로, 법률관찰의무는 법률개선의무과 구별되는 독자적인 입법의무로 보는 것이 타당하다고 본다. 그밖에 법률관찰'의무'가 입법자의 간접의무라면, 입법자의 법률관찰의무는 의무로서 가져야 할 강제성이 의심되어 단지 정치적 의무로만 남을 수 있다. 그러면 법률관찰의무의 개념이 오히려 불분명해져서 그 법적 의미가 퇴색할 수밖에 없을 것이다. 그리고 법률관찰의무가 인정되지 않을지라도 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정하는 데에는 아무런 지장이 없다. 법률의 위헌성은 법률관찰의무와 상관없이 확인될 수 있기 때문이다. 따라서 법률관찰의무를 간접의무로 보는 견해의 실익을 찾기 어렵다고 본다.[181] 결론적으로 입법자의 법률관찰의무는 입법자의 헌법구속성에서 비롯되는, 법률개선의무와 구별되는 독자적인 입법의무로서 입법자의 간접의무에 불과한 것은 아니다. 따라서 입법자의 법률관찰의무는 헌법을 근거로 입법자에게 부여되는 입법의무이다.

---

178) *Yooncheol Choi*(Anm. 14), S. 69 참조.

179) 진정입법부작위에서는 관찰의 대상인 법률이 없어서 법률관찰의무가 문제 되지 않는다.

180) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 476～477쪽 참조.

181) 최윤철(주 156, 입법자의 법률관찰의무), 473쪽 참조.

4. 내 용

가. 관찰의 의미

위헌성이 아직 확인되지 않은 법률에서 법률관찰의무가 문제 된다. 법률의 위헌성이 확인되면, 입법자는 구체적 입법의무, 즉 법률개선의무나 법률제정의무를 지기 때문이다. 따라서 법률관찰의무는 합헌결정과 합헌결정의 특별한 형태[182]인 촉구결정[183]에서 도출될 수 있다.[184] 선고시점에 법률의 위헌성이 드러나지 않는 한 헌법재판소는 위헌결정을 내릴 수 없고, 기속력이 없는 합헌결정[185]은 입법자의 구체적 행위를 요구하는 진정한 (구체적) 입법의무를 근거 지울 수 없다. 따라서 법률관찰의무는 관찰을 통해서 발견될 수 있는 결과가 구체적인 입법적 결론(예를 들어 법률개선의무 발생)을 도출할 수 있을 때에만 의미가 있다. 그리고 법률을 어떻게 관찰할 것인지는 입법형성의 자유에 속한다. 그러므로 헌법재판소는 관찰의 절차와 내용이 아니라 단지 입법자가 관찰을 통해서 얻을 수 있는, 구체적인 입법적 결론을 이행하는지를 통제할 수 있을 뿐이다. 원칙적으로 헌법재판소는 의회의 입법절차에서 도출된 결과인 법률만 심사할 수 있고, 논거나 그 밖의 헌법이 규정하지 않은 절차와 입법자나 입법절차에 개별적으로 참여한 사람의 행위를 심사할 수 없으므로,[186] 오로지 입법자 자신만이 의무에 맞게 법률적 상황을 관찰하는지를 통제할 수 있기 때문이다.[187] 그러나 헌법재판소는

182) *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth*(Anm. 12), Rdnr. 431.
183) 헌법재판소는 아직 촉구결정을 내리지 않았다.
184) 헌법재판소는 불명확을 제거하여 법률관찰의무를 명확히 하고 그 유효성을 확보하기 위해서 오로지 촉구결정의 주문를 통해서만 법률관찰의무를 확인하는 것이 바람직하다.
185) 합헌결정의 기속력에 대한 자세한 검토는 허완중,「헌법재판소결정의 기속력」, 한국헌법판례연구회 4월 월례발표회, 2009. 4. 18., 12～13쪽. 참조.
186) *Klaus Schlaich*/*Stefan Korioth* (Anm. 12), Rdnr. 541.
187) *Yooncheol Choi* (Anm. 14), S. 73.

법률관찰의무 확인을 통해서 법률이 헌법에 어긋나기 전에 그 가능성을 입법자에게 경고함으로써 간접적으로 입법을 강제하여[188] 기본권침해를 사전에 예방할 수 있다. 특히 입법자가 제·개정한 법률이 조만간 위헌결정을 받을 수 있다는 사전경고는 헌법재판소가 입법자의 책임을 묻는데 결정적 근거로 작용할 수도 있다. 그리고 헌법재판소는 법률관찰의무를 확인하여 입법자가 적극적인 입법활동을 하도록 간접적으로 강제한다는 점에서, 법률관찰의무를 통해서 입법자가 사회변화에 적극적으로 대응하라고 요구할 수 있다. 이것은 (법률관찰의무 불이행에 대한 제재가 충실하게 그리고 확실하게 가해진다면) 입법자의 소극적 입법태도를 개선하는 데 큰 역할을 할 수 있다.

나. 관찰 대상

관찰의 대상은 현재 효력이 있는 법률이다. 수범자가 법률의 효력을 사실적으로 무시하거나 법률이 너무 오래전에 제정되어서 법률의 규범적 효력이 의심될 수 있다고 할지라도, 법률이 현재 유효한 법률로서 존재하는 한 관찰의 대상이 된다.[189] 그러나 현재 심의 중인 법률안은 아직 법률이 아니므로 관찰의 대상이 될 수 없다. 입법자가 이미 폐지하였거나 헌법재판소가 위헌으로 선언한 법률도 효력이 없어서 관찰의 대상이 될 수 없다.

법률관찰의무 때문에 입법자는 권한의 범위 안에서 법률의 효력을 검토하기 위하여 자료를 조사하고 수집하고 평가할 의무를 진다.[190] 이를 통해

188) 헌법재판소가 결정을 내리는 시점에 입법자에게 구체적 입법의무를 부과하지 않지만, 입법자가 심판대상이 된 법률을 개선하지 않으면, 조만간 헌법재판소가 그 법률의 위헌성을 확인할 수 있다고 이유에서 밝힘으로써 사실적 측면에서 입법자의 법률개선을 강제할 수 있다.

189) 법률이 현재 제대로 효력을 미치는지는 관찰의 중요한 대상이다. 만약 법률이 그 효력을 무시당하거나 의심받고, 관찰을 통해서 그것이 확인된다면, 입법자는 그러한 법률을 개정하거나 폐지할 의무를 지게 될 것이다.

190) BVerfGE 88, 203(310).

서 입법자는 자신이 제정한 법률이 그 목적을 아직 이행할 수 있는지, 즉 법률을 제정할 때에 설정한 목적과 입법자의 의사에 합치하는지와 법률의 효력을 약화하지 않고 유지할 수 있는지를 계속해서 관찰하여야 한다. 나아가 입법자는 법원과 달리 최적의 입법을 할 의무가 있으므로 법률의 목적을 더 효과적으로 달성할 수 있도록 개정할 필요가 있는지와 법률의 효력을 강화할 수 있는지도 함께 관찰하여야 한다.

다. 헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인할 수 있는 예외적인 때

헌법재판소가 법률관찰의 모든 절차와 내용을 통제하려 한다면, 헌법재판소는 사실적 측면에서 입법에 직접 개입할 수 있고, 그와 함께 입법형성의 자유는 극도로 제한될 수 있다. 이것은 헌법재판소의 권한을 넘어선 것으로서 권력분립원리에 어긋난다. 이때에 입법자는 헌법재판소의 법률관찰의무 확인을 대부분 무시할 것이므로, 이러한 확인의 의미는 사라질 것이다. 따라서 입법형성의 자유를 보호하고 법률관찰통제의 실효성을 확보하기 위해서, 헌법재판소는 매우 제한적으로만 입법자의 법률관찰의무를 확인할 수 있다고 보아야 할 것이다. 법률관찰의무는 입법자에 의한 지속적인 법률관찰을 포함하지 않는다.[191] 이러한 의미의 의무는 입법권을 부여받은 입법자가 헌법에 따라 언제나 지는 추상적 의무이기 때문이다. 즉 입법자의 일반적 법률관찰의무는 헌법재판소의 통제대상이 아니다. 헌법재판에서 의미 있는 것은 오로지 구체성을 획득한 입법자의 특별한 법률관찰의무뿐이다. 이러한 일반적인 추상적 의무와 구별되는 특별한 의무로서 기능하는 입법자의 법률관찰의무는 관찰 필요성이 헌법적으로 명확히 인정될 때에만 헌법재판소가 확인할 수 있다. 다만, 법률관찰의무는 입법자의 구체적 행위를 강제하는 것

191) BVerfGE 88, 203(310) 참조.

이 아니므로, 반드시 결정주문에서 확인되어야 하는 것이 아니라 결정이유에서 확인되어도 무방하다. 이러한 점에서 법률관찰의무는 헌법재판소결정의 기속력과는 무관하다. 그러나 헌법재판소의 법률관찰의무 확인은 객관적 헌법보호기능을 소극적으로 이행하는 것으로 볼 수 있다.

먼저 ① 법률의 위헌성을 아직 확인할 수 없을지라도 법률이 예상할 수 있는 시점에 위헌이 되리라는 것을 확인할 수 있으면(예상할 수 있는 앞날의 위헌성 확인), 입법자의 법률관찰의무가 문제 된다. 이때에 선고시점을 기준으로 아직 위헌이 아니어서 헌법재판소는 이러한 법률을 위헌으로 결정할 수는 없다. 그러나 헌법재판소가 이러한 법률을 단지 합헌으로 결정하는 것은 헌법의 수호자인 헌법재판소의 기능에 들어맞지 않는다. 이때에 헌법재판소는 입법자의 법률관찰의무를 확인함으로써 헌법수호에 관한 임무를 수행할 수 있다.

다음으로 ② 법률의 위헌성을 현재 명확하게 심사하거나 확정할 수 없을지라도 중대한 기본권침해 의심이 여전히 남으면(제거되지 않은 중대한 기본권침해 의심), 입법자의 법률관찰의무가 문제 된다. 충분한 경험이 아직 축적되지 않거나 적절한 심사수단이 아직 없거나 사실관계와 법적 상황이 유동적일 때에, 헌법재판소가 당장 법률의 위헌성을 확인하는 것이 매우 어려울 수 있다. 그러나 이러한 법률이 기본권을 매우 심각하게 제약할 수도 있다. 이때에 헌법재판소는 이러한 법률을 위헌으로 결정할 수는 없지만, 법률의 합헌성에 대한 의심이 아직 제거되지 않았으므로 입법자의 법률관찰의무를 확인할 필요가 있다. 전통적인 사고에 기초를 둔 법적 제도나 제재가 바뀐 헌법현실 속에서 합헌성이 있는지가 끊임없이 의심되는 때가 잦다.[192)]

192) 대표적인 것이 4차례(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306 ; 1993. 3. 11. 90헌가70, 판례집 5-1, 18 ; 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480 ; 2008. 10. 30. 2007헌가17, 판례집 20-2상, 696)에 걸쳐 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 간통죄이다. 특히 네 번째 결정에서는 합헌의견이 4에 불과하고, 위헌의견이 4, 헌법불합치의견이 1이어서 위헌의견이 다수였다.

헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 313-315 재판관 조규광, 재판관 김문희의 다수의견에 대한 보충의견 : "… 우리 사회의 구조와 국민의식의 커다란 변화에

그리고 자연과학의 발전 때문에 이전에 인식할 수 없거나 예측할 수 없었던 영역이 실제 국민의 생활에 중대한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이러한 법률은 계속 늘고 있다. 특히 환경법과 기술법에서 이러한 법률은 오늘날 쉽게 발견된다. 헌법재판소는 비록 법률관찰의무에 대해서 명확한 언급은 하지 않았지만, 심판대상인 법률이나 법률조항이 법리적으로 헌법에는 어긋나지 않아서 합헌결정을 하지만, 부당하거나 실정법의 전체 체계상 합당하지 아니한 때에는 국회에 입법적 시정조치를 요구하거나[193] 기본권을 보장하기 위해서 특정조치가 입법정책적으로 바람직함을 확인한 것[194]이 있다. 그리고 헌법재판소는 사형제도에 대한 합헌결정에서 관찰 필요성을 지적한 바 있다.[195] 또한, 무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 의료법 및 '보건범죄단

도 불구하고 우리 사회에서는 고유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은 전래적 전통윤리로서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서 우리 국민의 상당부분의 법의식이 아직은 간통에 대한 형사처벌을 성에 관한 사항을 스스로 결정할 수 있는 개인의 권리의 본질적 내용을 침해한 것으로 여길 정도로 변화되었다고 단정하기는 어렵다."

헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 487 : "… 우리의 법의식의 흐름과의 면밀한 검토를 통하여 앞으로 간통죄의 폐지 여부에 대한 진지한 접근이 요구된다고 하겠다."

헌재 2007헌가17, 판례집 20-2상, 696, 711-712 재판관 민형기의 별개의 합헌의견 : "이 사건 법률조항 중 행위의 태양과 관련하여 헌법불합치의견이 뒤에서 상술하는 바와 같이 반사회적 성격이 미약한 부분의 사례에 이르기까지 이를 처벌하는 것은 사실상으로나 정책적으로 부당한 결과를 초래할 우려가 있으므로, 입법자로서는 여기에 지적되는 문제점에 대하여 우리의 인습과 사회적인 합의, 국민의 법의식 등을 실증적, 종합적으로 고려하여 이를 입법적으로 개선할 수 있도록 정책적인 노력을 기울여야 할 것임을 지적해 두고자 한다."

193) 헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 221, 233 참조 : "… 이러한 입법정책 내지 입법기술의 졸렬에서 오는 체계상의 부조화 내지 부적합도 경우에 따라서는 헌법위반의 사태를 초래할 수 있으므로 이 기회에 우리나라 선거법 전반에 관한 체계적 재검토와 그에 의한 입법적 시정조치가 있어야 할 것이다."

194) 헌재 1996. 2. 29. 92헌바8, 판례집 8-1, 98, 108 참조 : "… 국민의 재판을 받을 권리 및 재산권의 보장을 위하여 이 사건 법률조항의 입법목적인 본안재판의 법적 안정성을 크게 해하지 않는 한도 내에서 소송비용의 재판에 대한 독립적인 불복을 허용하는 것이 입법정책적으로 바람직한 길임을 밝혀 둔다."

195) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 548-549 : "… 한 나라의 문화가 고도로

속에 관한 특별조치법' 관련조항에 대해서 합헌의견 4 대 위헌의견 5로 합헌결정을 하면서, 헌법 제36조 제3항이 규정하는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미하므로, 의료유사행위이나 보완대체의학에 의한 치료방법을 연구와 검증을 통해서 의료행위에 포함하거나 별도의 제도를 두어 국민이 이를 이용할 수 있게 하는 것이 헌법 제36조 제3항의 취지에 더 들어맞는다는 소수의견이 제시되었다.[196]

끝으로 ③ 위헌결정을 내릴 수 있는 선고요건이 충족되지 않았지만, 법률

발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다거나 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며, 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는 의견이다."

헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 공보 161, 420, 437-438 재판관 민형기의 합헌의견에 대한 보충의견 : "… 사형제 자체는 우리 헌법질서 내에서 용인될 수 있는 정도의 것이지만 그 안에 적지 않은 문제점을 지니고 있으므로, 입법자로서는 사형제 자체의 전면적인 폐지나 전면적인 존치와 같은 극단적인 방법을 선택하기 보다는, 사형제 자체를 존치시키면서도 형벌체계상 조화되기 어려운 대상 범죄를 축소하고 존치된 사형 조항에 대해서도 최대한 문제의 소지를 제거하는 등 점진적인 방법을 통하여 제도를 개선해 나아가고 있는 외국의 입법례 등을 참고하여, 진정한 국민적 합의를 바탕으로 시대상황의 변천에 맞게 현행의 사형제 전반에 걸친 문제점을 개선하고, 필요한 경우 문제가 되는 법률이나 법률조항을 폐지하는 등 입법적인 노력을 게을리 하여서는 아니 될 것이다."

헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 공보 161, 420, 438-439 재판관 송두환의 합헌의견에 대한 보충의견 : "… 사형제도의 폐지 또는 유지의 문제는 헌법재판소의 위헌법률심사를 통하여 해결되는 것보다는 향후 입법자에 의한 입법의 개폐 여부에 의하여 해결되어야 할 문제라고 할 것이다."

196) 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19등 재판관 김희옥의 보충의견 : "… 국가는 보다 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립·시행하여야 할 의무를 부담하는 것이므로 국가는 국민보건을 위해 제도 변경의 필요성이 있으면 이를 적극적으로 실천하여야 한다."

의 위헌성이 매우 강하게 추정되면(강한 위헌성 추정), 입법자의 법률관찰의무가 문제 될 수 있다. 헌법재판소가 법률의 위헌성을 확인하거나 확인할 수 있다고 할지라도, 때에 따라서 헌법재판소는 이러한 법률을 위헌으로 결정할 수 없을 수도 있다. 이때에 헌법재판소는 위헌 가능성을 제거하기 위해서 입법자의 법률관찰의무를 지적할 수 있다. 예를 들어 유사규범은 위헌으로 결정된 법률과 내용이 비슷하므로, 그것이 심판대상이 아닐지라도 그 합헌성이 매우 심각하게 의심될 수밖에 없다. 그리고 헌법재판소는 위헌결정의 정족수(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호) 때문에 다수 헌법재판관이 법률의 위헌성에 동의한다고 하여도 법률을 위헌으로 결정할 수 없을 때(예를 들어 재판관 5인이 위헌의견일 때)가 있다. 그러나 이때에도 이러한 법률의 위헌성이 매우 심각하게 의심된다는 것은 부정할 수 없다.

헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인할 수 있는 세 가지는 사유는 엄격하게 구별되지 않을 수도 있다. 따라서 세 가지 사유는 단독으로 또는 서로 결합하여 헌법재판소의 입법자의 법률관찰의무 확인을 정당화할 수 있다.

라. 의무위반 효과

헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인하더라도 입법자는 구체적 의무를 지지 않는다. 법률관찰의무는 구체적인 입법행위를 확인하거나 지시하지 않기 때문이다. 헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인하여도 여전히 입법자는 자신이 선택한 방법과 절차에 따라 법률을 관찰하면 된다. 게다가 입법자가 법률을 관찰하지 않더라도 법률이 위헌이라는 사실이 확인되지 않는 한 헌법재판소를 비롯한 다른 모든 국가기관은 입법자를 제재할 수 없다. 이러한 점에서 헌법재판소의 법률관찰의무 확인은 입법자의 입법형성권을 직접 제한하지 않고, 오로지 잠재적이고 간접적으로만 제한할 수

있을 뿐이다. 그러나 헌법재판소의 법률관찰의무 확인은 법률이 앞날에 위헌으로 판단될 가능성을 지적함으로써 입법자가 그에 대비하도록 하고, 일반국민에게는 그 법률의 문제점을 인식시키는 계기를 마련한다. 그리고 법률관찰의무는 입법자가 적절한 시점에 법률을 헌법에 맞게 개정하도록 유도함으로써 법률의 위헌결정을 예방할 수도 있다.

헌법재판소가 입법자가 법률관찰의무를 위반하였다는 것을 확인하기는 쉽지 않다. 특히 법률관찰이 입법재량과 밀접한 관련이 있다는 점에서 법률관찰의무 위반은 더욱더 인정하기 어렵다. 그리고 헌법재판소는 법률의 위헌 여부만을 확인할 수 있으므로, 법률관찰의무 위반으로 말미암아 관찰대상인 법률이 위헌이 되었을 때에만 헌법재판소는 그가 밝힌 입법자의 법률관찰의무 위반을 확인할 수 있다. 이것은 입법자가 법률관찰의무를 제대로 이행하지 않아서 해당 법률의 잠재적 위헌성이 현재적 위헌성으로 실현되었음에도 해당 법률을 개선하지 않았을 때에 비로소 법률관찰의무 위반을 확인할 수 있음을 뜻한다. 즉 해당 법률을 위헌으로 만들 만큼의 법률의 잘못이 발생하여 입법자에게 해당 법률을 개선할 의무가 발생하였음에도 입법자가 법률을 개선하지 않고 있을 때에 법률관찰의무 위반이 확인될 수 있다. 이때에 당사자는 그 법률의 위헌성을 주장하면서 법원에 위헌법률심판제청을 신청하거나 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 이때에 입법자의 법률관찰의무를 확인하는 헌법재판소결정이 있는 때와 그렇지 않은 때가 명확하게 구별되지 않는다. 당사자는 법률관찰의무 위반으로 말미암아 해당 법률이 위헌이 되었다고 주장할 수도 있지만, 법률개선의무 위반으로 말미암은 해당 법률의 위헌성을 주장할 수도 있기 때문이다. 오히려 당사자는 법률관찰의무 위반보다는 법률개선의무 위반을 주장하는 것이 일반적일 것이다. 게다가 헌법재판소는 결정이유에서 위헌을 논증할 때에도 법률관찰의무 위반이 아니라 법률개선의무 위반을 제시하는 것이 일반적일 것이다.

하지만 법률관찰의무가 헌법적 의무로서 실질적 의미가 있으려면, 입법자가 법률관찰의무를 위반하였을 때에 독자적인 법적 효과가 발생하여야 한

다. 입법자가 헌법재판소결정에 따른 법률관찰의무를 소홀히 하면, 즉 입법자가 법률 관찰을 게을리하여 적정한 시점에 법률을 개선하지 못하거나 아무런 행위를 하지 않고 있으면, 당사자는 이러한 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 물론 이때에 당사자는 입법자의 법률관찰의무 위반이 아니라 법률개선의무 위반을 그 근거로 제시할 수도 있다. 그러나 당사자가 법률개선의무 위반을 청구근거로 삼으면, 법률개선의무가 발생한 시점, 즉 법률의 위헌성이 발생한 시점부터 청구기간이 진행된다. 따라서 때에 따라 청구기간 도과를 이유로 헌법소원심판청구가 각하될 수도 있다. 법률개선의무 발생시점을 확정하기가 쉽지 않다는 점에서 이러한 위험은 작지 않다. 그러나 당사자가 법률관찰의무 위반을 청구근거로 주장한다면, 입법자가 적정한 시점에 법률개선을 충실하게 이행하지 않는 것을 법률을 제대로 관찰하지 않는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 헌법소원심판은 진정 입법부작위에 대한 헌법소원심판으로서 입법부작위가 계속되는 한 기간 제약 없이 허용될 수 있다. 이러한 점에서 법률관찰의무 위반이 법률개선의무 위반과 구별되는 중요한 실익을 찾을 수 있다.

이러한 헌법소원심판절차에서 헌법재판소는 이러한 입법부작위를 위헌으로 결정할 수 있고, 이 결정에서 법률을 충실히 관찰하였을 때에 발생하는 입법적 결론, 즉 법률의 개정이나 폐지 또는 보충을 명령할 수 있다(헌법불합치결정을 통해서 입법자의 법률개선의무를 확인하는 것이 일반적일 것이다). 이러한 결정에서 헌법재판소는 필요하다면 긴급입법자로서 임시규율을 제정할 수도 있다. 이러한 임시규율은 입법형성의 자유를 침해하지 않기 위해서 법률이 반드시 포함하여야 할 최소한에 국한된다. 이때에 헌법재판소는 이전 결정에서 이러한 의무 발생을 미리 경고하였으므로, 처음 위헌결정을 내리는 때보다는 쉽게 임시규율을 제정할 수 있을 것이다. 즉 이전의 법률관찰의무 확인은 (입법자가 법률을 개선할 수 없거나 개선할 의사가 없음을 강하게 추정함으로써) 헌법재판소가 임시규율을 제정할 수 있는 결정적 근거로 기능할 수 있다. 그러나 법률관찰의무는 직접적이고 구체적인 행위

가 아니라 단지 관찰만을 요구하므로, 이러한 임시규율은 이전의 위헌결정, 특히 법률개선의무 위반을 확인하는 결정보다 강력한 근거가 될 수는 없다. 즉 이전에 위헌결정이 있을 때보다 이전에 입법자의 법률관찰의무를 확인하는 결정이 있을 때에 헌법재판소가 임시규율을 제정하는 것이 더 어렵다.

그밖에 법률관찰의무 확인은 헌법재판소가 이전 결정과 다른 결정을 쉽게 내릴 수 있도록 한다. 헌법재판소가 입법자의 법률관찰의무를 확인하면서 합헌결정을 내리면, 이것은 헌법재판소가 해당 법률의 잠재적 위헌성을 확인하는 것이다. 따라서 잠재적 위헌성이 실현되면 해당 법률이 위헌이 될 수 있음을 경고한다. 그래서 해당 합헌결정의 논거는 잠재적 위헌성이 실현되면 그 타당성을 상실할 수 있다. 즉 해당 합헌결정의 논거는 잠재적 위헌성이 실현되기 전까지만 타당한 것이다. 결국 해당 합헌결정은 신뢰보호원칙에서 말하는 신뢰의 바탕이 될 수 없고, 선례적 구속력의 선례로서 기능하기 어렵다.

Ⅶ. 맺음말 : 입법의무를 이행하지 않는 입법자

입법자도 기속력 때문에 헌법재판소결정에 구속되므로 헌법재판소결정에 따른 입법의무를 이행하여야 한다. 그러나 입법자는 이따금 그의 진정입법부작위가 위헌으로 결정되었음에도 법률을 제정하지 않았고,[197] 드물지 않게 헌법재판소가 헌법에 합치하지 않는다고 선언한 법률을 개선하지 않았다.[198] 최근에는 입법자가 위헌으로 결정된 법률과 같은 내용의 법률을 다시 제정하는 때도 나타난다.[199] 그래서 헌법재판소에 의한 입법통제의 실효

197) 예를 들어 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395.
198) 예를 들어 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1.
199) 예를 들어 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199 결정과 관련하여 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91, 판례집 13-2, 77 결정과 헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 판례집 15-2(상), 214 결정, 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2(하), 1 결정과 관련하여 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579, 판례집 17-2, 481 결정, 헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715, 판

성은 심각하게 위협받는다. 이러한 현실은 먼저 입법자가 자신의 과제와 의무를 제대로 이행할 의사나 의지가 부족하다는 점에서 비롯된다. 그러나 헌법재판소결정에 따른 입법의무의 내용과 범위가 분명하게 밝혀져 있지 않다는 점도 무시할 수 없다. 또한, 대통령(노무현)탄핵사건[200]이나 신행정수도의건설을위한특별조치법위헌확인사건[201]에서 드러나듯이 헌법재판소 스스로 헌법재판의 한계[202]를 벗어나 헌법재판권을 행사하였다는 의심과 비난을 받음으로써 자기 권위를 스스로 무너뜨린 점도 중요한 원인임을 부정할 수 없다. 따라서 헌법재판이 그 실효성을 회복하고 헌법재판소가 입법통제기능을 제대로 수행하기 위해서는 헌법재판소결정에 따른 입법의무의 내용과 범위를 명확히 밝히고 헌법재판의 한계를 확정하는 노력을 게을리하여서는 안된다.

례집 18-1(하), 112 결정과 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098, 공보 145, 1554.

200) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609.

201) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2(하), 1.

202) 이에 대한 자세한 논의는 허완중, 「헌법재판의 한계」, 『사법』 제10호, 사법발전재단, 2009, 169～207쪽 참조.

헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무

[국문초록]

1. 입법은 입법자의 권한일 뿐 아니라 의무이다. 따라서 입법의무는 입법형성권의 한계로서 기능한다. 입법과 관련하여 입법자는 헌법의 최초해석자이고 헌법재판소는 최종해석자이다. 이러한 지위에 비추어 헌법재판소는 입법자에 대해서 우위가 있다. 그에 따라서 헌법재판소는 ① 위헌성의 확인을 통해서 법률의 효력을 상실시키고, ② 합헌적 법률해석을 통해서 법률의 내용을 수정하거나 제한하며, ③ 구속적 지침을 통해서 법률을 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 강제하고, ④ 입법자에게 법률을 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 촉구하며, ⑤ 입법자가 입법할 수 없거나 입법할 의사가 없을 때에 임시규율을 제정할 수 있다.

2. 동일규범반복제정금지는 직접적으로는 기속력에서, 간접적으로는 불가변력에서 도출된다. 동일규범반복제정금지에 따라서 입법자는 반복법률을 제정할 수 없다. 그러나 반복법률은 그에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 내려질 때까지는 형식적으로 존속한다. 반복법률은 새로운 헌법재판소의 심사를 통해서만 제거될 수 있다. 동일규범반복제정금지의 적용범위는 결정선고 시점에 국한되지만, 헌법재판소결정존중의무는 결정선고 이후에 존재하는 사실관계와 법적 상황과 관련된다. 따라서 동일규범반복제정금지는 헌법재판소결정존중의무와 구별되어야 한다. 헌법재판소결정존중의무는 직접적으로는 헌법기관충실원칙에, 간접적으로는 사실적 구속력에 근거한다. 헌법재판소결정존중의무 때문에 입법자는 헌법재판소결정에 따라야 하는 것이 아니라 단지 헌법재판소결정을 고려하여야 한다. 그래서 입법자가 헌법재판소결정이 적절하지 않거나 틀렸다고 생각하면 입법자는 헌법재판소결정을 존중하지 않을 수 있다. 그러나 이러한 때에 입법자는 그에 대한 적절한 근거를 제시하여야 한다.

3. 대체할 수 없는 헌법위임이 있음에도 입법자가 입법의무를 전혀 이행하지 않을 때에 헌법재판소는 입법자의 입법부작위를 위헌으로 결정할 수 있다. 이러한 결정에 따라서 입법자는 특정한 법적 영역을 가능한 한 빨리 법률로 규율할 의무를 진다. 헌법재판소의 위헌결정에도 입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 제정하지 않는다면, 이러한 부작위는 헌법재판소의 새로운 심사를 통해서 다시 위헌으로 결정될 수 있고, 이때에 한국헌법재판소는 긴급입법자로서 필요하면 임시규율을 제정할 수 있다.

4. 헌법불합치결정은 입법자에게 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 개선할 의무를 부과한다. 이러한 법률개선의무는 헌법에 대한 입법자의 구속과 결합하여 관련 개별 헌법규정에서 도출된다. 법률개선의무에서는 법률의 잘못이 문제 된다. 법률의 잘못이 처음부터 존재하는지 또는 후발적으로 발생하는지는 중요하지 않다. 법률개선의무의 발생원인은 ① 부진정입법부작위와 ② 잘못된 예단 그리고 ③ 사실관계와 법적 상황 변화이다. 법률개선의무의 대상은 오로지 법률의 잘못 때문에 위헌인 법률이다. 입법자가 상당한 기간 안에 또는 기한이 설정되면 그 기한 안에 법률을 개선하지 않는다면, 법률은 위헌이고 효력을 상실하므로 법적 공백이 발생한다. 이러한 때에 일반법원은 계류 중인 사건에서 법관의 법형성을 통해서 합당한 결론을 이끌어 낼 수 있다. 그리고 이러한 부작위는 헌법재판소의 새로운 심사를 통해서 위헌으로 결정될 수 있고, 이때에 헌법재판소는 긴급입법자로서 필요하면 임시규율을 제정할 수 있다. 개선된 법률은 입법자가 명확한 소급효규정을 두지 않더라도 소급하여 적용된다. 개선된 법률의 소급범위는 위헌결정의 소급범위와 같다.

5. 입법자는 기존 규율을 실제상황에 적응시킴으로써 규범적 효력을 향상시키거나 법률이 위헌이 되기 전에 적절한 조처를 하기 위해서 사실관계와 법적 상황을 계속해서 관찰할 의무를 진다. 입법자의 헌법에 대한 구속성은 시간구속적이지 않으므로, 입법자의 법률관찰의무는 완전히 부정될 수 없다.

그리고 관찰은 개선과 무관하게 행해질 수 있으므로, 법률관찰의무는 법률개선의무와 맺는 관계에서 독립적인 입법의무이다. 헌법재판소는 관찰의 절차와 내용이 아니라 단지 입법적 결론을 이행하였는지만을 통제할 수 있다. 관찰 대상은 현재 효력이 있는 법률이다. 헌법재판소는 ① 법률의 위헌성을 아직 확인할 수 없을지라도 법률이 예상할 수 있는 시점에 위헌이 될 것이라는 것을 확인할 수 있을 때, ② 법률의 위헌성을 현재 명확하게 심사하거나 확정할 수 없을지라도 중대한 기본권침해의 의심이 여전히 남아있을 때 그리고 ③ 법률의 합헌성이 매우 강하게 의심될 때에 입법자의 법률관찰의무를 확인할 수 있다. 입법자가 헌법재판소결정에 따른 관찰을 소홀히 할 때에, 당사자는 이러한 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 기간 제약 없이 청구할 수 있다. 이러한 절차에서 헌법재판소는 이러한 부작위를 위헌으로 결정할 수 있고, 이때에 한국헌법재판소는 긴급입법자로서 필요하면 임시규율을 제정할 수 있다.

주제어

헌법재판소결정, 입법의무, 동일규범반복제정금지, 헌법재판소결정존중의무, 법률제정의무, 법률개선의무, 법률관찰의무

[Abstract]

Die Pflichten des Gesetzgebers aufgrund verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Heo, Wan-Jung

1. Die Gesetzgebung ist nicht nur eine Kompetenz, sondern auch eine Pflicht des Gesetzgebers. Folglich funktioniert die Gesetzgebungspflicht als Grenze der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. In Bezug auf die Gesetzgebung ist der Gesetzgeber der Erstinterpret der Verfassung und das Verfassungsgericht der Letztinterpret. Entsprechend dieser Stellung hat das Verfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber Vorrang. Danach kann das südkoreanische Verfassungsgericht durch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit ein Gesetz außer Kraft setzen, durch die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen den Inhalt des Gesetzes korrigieren oder beschränken, durch eine verbindlich Richtlinie zwingen, ein Gesetz zu erlassen, zu verändern oder aufzuheben, an den Gesetzgeber appellieren, ein Gesetz zu erlassen, zu verändern oder aufzuheben, und eine vorläufige Regelung schaffen oder fortbilden, wenn der Gesetzgeber nicht tätig werden kann oder will.

2. Das Normwiederholungsverbot ergibt sich direkt aus der Bindungswirkung und indirekt aus der Unwiderruflichkeit. Nach dem Normwiderholungsverbot kann der Gesetzgeber ein Widerholungsgesetz nicht erlassen. Ein Wiederholungsgesetz aber dauert bis zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung formell fort. Das Wiederholungsgesetz kann nur durch die neue Überprüfung des Verfassungsgerichts beseitigt werden. Der Geltungsbereich des Normwiederholungsverbots wird auf

den Zeitpunkt der Entscheidung eingegrenzt, während sich die Pflicht zur Beachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die nach dem Zeitpunkt der Entscheidung bestehende Sach- und Rechtslage bezieht. Also muss das Normwiederholungsverbot von der Pflicht zur Beachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen unterschieden werden. Die Pflicht zur Beachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen beruft sich unmittelbar auf die Verfassungsorgantreue und mittelbar auf die faktische Bindungswirkung. Nach der Pflicht zur Beachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen muss der Gesetzgeber die verfassungsgerichtliche Entscheidung nicht befolgen, sondern nur berücksichtigen. Deswegen kann der Gesetzgeber eine verfassungsgerichtliche Entscheidung nicht beachten, wenn er sie für ungemessen oder falsch hält. Aber in diesem Fall muss der Gesetzgeber den angemessen Grund dafür aufzeigen.

3. Das südkoreanische Verfassungsgericht kann ein gesetzgeberisches Unterlassen für verfassungswidrig erklären, wenn der Gesetzgeber eine Gesetzgebungspflicht gar nicht erfüllt, obwohl es einen unvertretbaren Verfassungsauftrag gibt. Nach dieser Entscheidung ist der Gesetzgeber verpflichtet, ein bestimmtes Rechtsgebiet durch Gesetz möglichst schnell zu regeln. Falls trotz der Verfassungswidrigerklärung des südkoreanischen Verfassungsgerichts der Gesetzgeber nicht binnen einer angemessenen Zeit oder innerhalb der Frist bei Fristsetzung ein Gesetz erlässt, kann dieses Unterlassen durch die erneute Überprüfung des Verfassungsgerichts wieder für verfassungswidrig erklärt werden, wobei das südkoreanische Verfassungsgericht als Notgesetzgeber nötigenfalls eine vorläufige Reglung treffen kann.

4. Die Unvereinbarerklärung erlegt dem Gesetzgeber die Pflicht auf, binnen einer angemessen Zeit oder innerhalb der Frist bei Fristsetzung das verfassungswidrige Gesetz nachzubessern. Hier ergibt sich die Nachbesserungspflicht aus der betroffenen einzelnen Verfassungsvorschrift i.V.m der Bindung des Gesetzgebers

an die Verfassung. Bei der Nachbesserungspflicht handelt es sich um einen Gesetzesfehler. Es ist nicht wichtig, ob der Gesetzesfehler ursprünglich vorhanden ist oder nachträglich entsteht. Danach ist die Entstehungsursache der Nachbesserungspflicht ein unechtes gesetzgeberisches Unterlassen, eine Fehlprognose und eine Änderung der Sach- und Rechtslage. Gegenstand der Nachbesserungspflicht ist nur ein Gesetz, das aufgrund seines Fehlers verfassungswidrig ist. Falls der Gesetzgeber nicht binnen einer angemessenen Zeit oder innerhalb der Frist bei Fristsetzung das Gesetz nachbessert, wird das Gesetz verfassungswidrig und deshalb nichtig, so dass es ein Rechtsvakuum entsteht. In diesem Fall können allgemeine Gerichte durch Rechtsbildung des Richters bei den anhängigen Rechtsstreitigkeiten die entsprechenden Schlüsse ziehen. Außerdem kann dieses Unterlassen durch die erneute Überprüfung des Verfassungsgerichts wieder für verfassungswidrig erklären, wobei es als Notgesetzgeber nötigenfalls eine vorläufige Reglung treffen kann. Ein nachgebessertes Gesetz kann zurückwirken, obwohl der Gesetzgeber keine klare Rückwirkungsvorschrift im nachgebesserten Gesetz bestimmt. Der Umfang der Rückwirkung des nachgebesserten Gesetzes ist mit dem Umfang der Verfassungswidrigerklärung gleich.

5. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Sach- und Rechtslage weiter zu beobachten, um die normative Wirkung des Gesetzes zu erhöhen oder um vor dem Verfassungswidrigwerden des Gesetzes angemessene Maßnahmen zu treffen, indem die vorhandene Regelung an die tatsächliche Lage besser angepasst wird. Weil die Gebundenheit des Gesetzgebers an die Verfassung nicht zeitgebunden ist, kann die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers nicht vollständig angelehnt werden. Dazu ist die Beobachtungspflicht im Verhältnis zur Nachbesserungspflicht eine eigenständige Gesetzgebungspflicht, da die Beobachtung unabhängig von der Nachbesserung unternommen werden kann. Das südkoreanische Verfassungsgericht kann nicht das Verfahren und den Inhalt der Beobachtung, sondern nur die

Nichterfüllung der gesetzgeberischen Konsequenzen durch den Gesetzgeber kontrollieren. Gegenstand der Beobachtung ist ein derzeit geltendes Gesetz. Das südkoreanische Verfassungsgericht kann die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers insoweit feststellen, als ein Gesetz in absehbarer Zeit in die Verfassungswidrigkeit umzuschlagen droht, der Zweifel an der sehr schweren Grundrechtsverletzung noch vorhanden ist und die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sehr stark bezweifelt wird, obwohl dessen Unvereinbarkeit mit der Verfassung noch nicht feststellt ist. Wenn der Gesetzgeber die Beobachtung nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung vernachlässigt, kann der Betroffene Verfassungsbeschwerde gegen dieses gesetzgeberische Unterlassen „unbefristet“ erheben. In diesem Verfahren kann das Verfassungsgericht dieses Unterlassen für verfassungswidrig erklären, wobei es als Notgesetzgeber nötigenfalls eine vorläufige Reglung treffen kann.

Stichwörter

Verfassungsgerichtliche Entscheidung, Gesetzgebungspflicht, Normwiederholungsverbot, Pflicht zur Beachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Erlasspflicht von Gesetzen, Nachbesserungspflicht von Gesetzen, Beobachtungspflicht von Gesetzen

참고 문헌

김선택, 「대학교원의 신분보장－교수임용방식 개선방향과 해직교수 구제방안」, 『공법연구』 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003, 237～262쪽.

김시철, 「형벌조항에 대한 헌법불합치결정」, 『사법』 제8호, 사법발전재단, 2009, 180～216쪽.

김지형, 「입법부작위에 관한 헌법문제(상)」, 『판례월보』 제260호, 판례월보사, 1992. 5., 9～17쪽.

남복현, 「법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문, 1994.

남복현, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안」, 문광삼/남복현/전정환, 『헌법재판소결정의 효력에 관한 연구』(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 151～399쪽.

남복현, 「헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 - 실체적 형법법규를 중심으로 -」, 『헌법실무연구』 제10권, 박영사, 2009, 463～510쪽.

신봉기, 「헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무」, 『헌법논총』 제7집, 헌법재판소, 1996, 349～384쪽.

신 평, 『헌법재판법(전면개정판)』, 법문사, 2011.

윤진수, 「헌법재판소 위헌결정의 소급효」, 『헌법문제와 재판(상)』(재판자료 제75집), 법원도서관, 1997, 621～718쪽.

윤진수, 「상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점」, 『헌법논총』 제11집, 2000, 175～231쪽.

이명웅, 「헌법불합치결정의 사유 및 효력」, 『헌법논총』 제20집, 헌법재판소, 2009, 369～405쪽.

이상훈, 「위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용」, 『사법논집』 제38집, 법원도서관, 2004, 7～108쪽.

이인호/오수정, 「헌법불합치결정에 따른 입법개선의무의 이행현황 분석과

비판」,『중앙법학』 제12집 제1호, 중앙법학회, 2010, 45～84쪽.
이준일,『헌법학강의(제4판)』, 홍문사, 2011.
정연주,「비상입법자로서의 헌법재판소」,『헌법학연구』 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 13～48쪽.
정종섭,『헌법소송법(제6판)』, 박영사, 2010.
최완주,「헌법불합치결정」,『헌법재판제도의 이해(재판자료 제92집)』, 법원도서관, 2001, 365～406쪽.
최윤철,「독일에 있어서의 "입법자의 법률개선의무"에 관한 논의」,『공법연구』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 363～384쪽.
최윤철,「입법자의 법률관찰의무」,『토지공법연구』 제21집, 한국토지공법학회, 2004, 465～485쪽.
최윤철,「의원입법의 평가와 평가제도의 발전에 관한 이론적 검토」,『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 1～26쪽.
최윤철,「법률과 시간－시간의 경과에 따른 법률의 효력 변화」,『토지공법연구』 제35집, 한국토지공법학회, 2007, 483～503쪽.
한수웅,「헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -」,『헌법논총』 제6집, 헌법재판소, 1995, 481～536쪽.
한수웅,「헌법불합치결정의 소급효력」,『판례월보』 제325호, 판례월보사, 1997. 10., 8～19쪽.
허 영,『헌법소송법(제6판)』, 박영사, 2011.
허완중,「사법관계에 미치는 기본권의 효력」, 고려대학교 석사학위논문, 2002.
허완중,「기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계」,『공법연구』 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 201～227쪽.
허완중,「헌법재판소결정의 확정력」,『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413～452쪽.
허완중,「헌법재판에서 필요성이 의심되는 법률적 효력과 형성력에 의한 그 대체 가능성」,『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2009, 33～72쪽.

허완중,「헌법재판소결정의 기속력」, 한국헌법판례연구학회 4월 월례발표회, 2009. 4. 18., 1～36쪽.

허완중,「헌법재판소결정의 선례적 구속력」,『저스티스』제110호, 한국법학원, 2009. 4., 5～28쪽.

허완중,「헌법재판소결정의 기속력과 결정이유 - 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 결정에 대한 평석을 중심으로 -」,『인권과 정의』제399호, 대한변호사협회, 2009. 11., 20～39쪽.

허완중,「헌법재판의 한계」,『사법』제10호, 사법발전재단, 2009, 169～207쪽.

허완중,「헌법재판소의 지위와 민주적 정당성」,『고려법학』제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 1～37쪽.

허완중,「헌법재판소의 헌법불합치결정을 정당화하는 사유」,『안암법학』제31호, 안암법학회, 2010, 31～68쪽.

허완중,「기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무」,『저스티스』제115호, 한국법학원, 2010. 2., 68～105쪽.

허완중,「헌법재판소 종국결정의 본질」,『영남법학』제30호, 영남대학교 법학연구소, 2010, 55～84쪽.

허완중,「헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무 위반의 법적 효과」,『헌법실무연구』제11권, 박영사, 2010, 321～348쪽.

허완중,「입법자의 법률관찰의무」,『공법연구』제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, 239～261쪽

홍완식,「입법자의 법률개선의무에 관한 연구」,『공법연구』제31집 제2호, 한국공법학회, 2002, 281～297쪽.

황도수,「헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도」,『헌법실무연구』제4권, 헌법실무연구회, 박영사, 2003, 250～282쪽.

Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, in : Georg Müller(Hrsg.), Staatsorganisation

und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 481-492.

Peter Badura, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. Ⅶ, Heidelberg 1992, §163, S. 165-188.

Ernst Benda, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik, in : ZRP 1977, S. 1-5.

Wilfried Berg, Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik, in : JZ 1985, S. 401-407.

Werner Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss. jur. Mainz, 1989.

Herbert Bethge, Erhebung der Verfassungsbeschwerde, in : Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/ Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2007(Stand : Juli 2007), §90.

Jens Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990.

Yooncheol Choi, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, Diss. jur. Hamburg, 2002.

Tae-Ho Chung, Bedeutung des §90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze－Versuch des normorientierten Aufbaus der Systematik der Zulässigkeitskontrolle der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Diss. jur. Regensburg, 1993.

Michaela Eisele, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin 1999.

Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005.

Philippe Gerber, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, in : DÖV 1989, S. 698-707.

Hans-Heiner Gotzen, Die Wiederholung rechtskräftig aufgehobener Gestaltungsakte, in : VR 1999, S. 389-393.

Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.

Peter E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht－Grundlage, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Baden-Baden 1988.

Wan-Jung Heo, Umfang und Grenzen der gesetzgeberischen Bindung durch verfassungsgerichtliche Entscheidung, Diss. jur. München, 2008.

Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995(콘라드 헷세, 계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001).

Andreas Heusch, Verbindlichkeit der Entscheidungen, in : Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz－Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2005, §31, S. 491-527.

Hermann Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, in : NJW 1982, S. 257-263.

Wolfgang Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in : Wolfgang Zeidler/Theodor Maunz/Gerd Roellecke(Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 53-62.

Herman Hill, Impulse zum Erlaß eines Gesetzes, in : DÖV 1981, S. 487-497.

Christian Hillgruber/*Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011.

Hans-Detlef Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989.

Stefan Huster, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, in : Zeitschrift für Rechtssoziologie 24(2003), S. 3-26.

Jörn Ipsen, Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980.

Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.

Ulrich Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs-und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989.

Paul Kirchhof, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, in : NJW 1996, S. 1497-1505.

Paul Kirchhof, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in : Peter Badura/ Rupert Scholz(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche, München 1998, S. 5-22.

Hans Hugo Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur－Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat -, in : Paul Kirchhof/Klaus Offerhaus/ Horst Schöberle(Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik : Festschrift für Franz Klein, Köln 1994, S. 511-526.

Mathias Kleuker, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Diss. jur. Berlin, 1993.

Wolfgang Köck, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, in : VerwArch 93(2002), S. 1-21.

Stefan Korioth, Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber, in : Der Staat 30(1991), S. 549-571.

Hanno Kube, Die Bindungswirkung der Normverwerfung－Zur Stellung der

Parlamente im Verfassungsstaat -, in : DÖV 2002, S. 737-739.

Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs, in : Meinhard Heinze(Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter : zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden 1995, S. 509-517.

Jutta Limbach, Missbraucht die Politik das Bundesverfassungsgericht?, Köln 1997.

Jutta Limbach, Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stuttgart 2001.

Hartmut Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in : Hans Schneider/Götz Volkmar(Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat : Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 345-368.

Christian Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.

Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : DVBl. 1980, S. 773-779.

Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.

Helmut Miernik, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgeber, Diss. jur. Leipzig, 1997.

Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts - Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Tübingen 1976, S. 458-518.

Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in : Peter Badura/ Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht : Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozeß, Bd. Ⅰ, Tübingen 2001, S.

33-53.

Christian Pestalozza, “Noch verfassungsmäßige“ und “bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in：Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz：Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts－Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. Ⅰ, Tübingen 1976, S. 519-567.

Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.

Michael Piazolo, Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen, in：ders.(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht－Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 243-257.

Albrecht Peter Pohle, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt am Main/Bern/Cirencester 1979.

Marius Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden 1998.

Alfred Rinken, in：Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein(Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel 2001(Stand：August 2002), Art. 94.

Alexander Roßnagel, Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, in：JZ 1985, S. 714-717.

Michael Sachs, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, in：NVwZ 1982, S. 657-662.

Michael Sachs, Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, in：FamRZ 1982, S. 981-985.

Horst Säcker, Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht?, in：Michael Piazolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht－Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 189-225.

Wolf-Rüdiger Schenke, Die Verfassungsorgantreue, Berlin 1977.

Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen,

in : VVDStRL 39, Berlin 1981, S. 99-146.

Klaus Schlaich/Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht－Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010.

Rupert Scholz, Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen Rechtsstaat, in : Ulrich Karpen(Hrsg.), Der Richter als Ersatzgesetzgeber, Baden-Baden 2002, S. 15-25.

Christian Starck, Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : ders. (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt－Teil Ⅰ, Baden-Baden 2004, S. 117-131.

Rudolf Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, in : Der Staat 26(1987), S. 161-186.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅱ, München 1980.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅲ/1, München 1988.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅲ/2, München 1994.

Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997.

Klaus Stern, in : Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof(Hrsg.), BK, München 2007(Stand : Juni 2007), Art. 94.

Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, in : DVBl. 1982, S. 1123-1128.

Andreas Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG, in : NJW 1997, S. 2216-2219.

Andreas Voßkuhle, in : Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005, Art. 94, S. 689-714.

Andreas Voßkuhle, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Thomas Würtenberger(Hrsg.), Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, Berlin 2006, S. 215-227.

Wolfgang Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen－Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, in : EuGRZ 1988, S. 207-217.

Jan Ziekow, Rechtsmittelrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Die Verwaltung 27(1994), S. 461-494.

Jan Ziekow, Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in : Jura 1995, S. 522-529.

헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정 (금연구역지정 사건)에 대한 판례평석

- 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -

韓 秀 雄

中央大學校 法學專門大學院
敎授

- 目 次 -

Ⅰ. 문제의 제기 ····· 449

Ⅱ. 대상결정의 사건개요 및 결정이유의 요지 ····· 450
1. 사건의 개요 ····· 450
2. 결정이유의 요지 ····· 451
가. 흡연권 ····· 451
나. 흡연권의 제한 가능성 ····· 451
다. 과잉금지원칙의 위반여부 ····· 453
라. 평등권의 침해여부[생략] ····· 453
4. 결 론 ····· 453

Ⅲ. 흡연권과 혐연권 사이에서 기본권의 충돌이 발생하는지의 문제 ····· 453
1. 기본권의 충돌 ····· 453
가. 기본권충돌의 개념 ····· 453

나. 진정한 의미의 기본권충돌과 단지 외견상의 기본권충돌 ····· 455
2. 흡연권과 혐연권 사이에 기본권충돌이 존재하는지의 여부 ····· 456
가. 혐연권의 실체 ····· 456
나. 적극적 자유와 소극적 자유의 기본권충돌이 가능한지의 문제 ··· 458
3. 대치하는 기본권으로서 흡연권의 문제점 ····· 460
가. 개인의 각 개별행위와 관련하여 별도의 기본권을 인정해야 하는지의 문제 ····· 460
나. 흡연권의 헌법적 근거의 문제점 ····· 461

Ⅳ. 기본권충돌의 해결방안으로서 서열이론이 적용되는지의 문제 ····· 465
1. 헌법재판의 결정과정으로서 법익형량 ····· 465
가. 법적용의 2가지 기본방법으로서 포섭과 법익형량 ····· 465
나. 헌법의 해석 ····· 466
다. 헌법재판의 결정과정으로서 법익형량 ····· 468
2. 기본권충돌의 해결방안 ····· 470
가. 문제의 제기 ····· 470
나. 헌법재판소의 판례와 학계의 견해 ····· 470
다. 서열이론의 문제점 ····· 473
라. 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일한 가능성으로 실제적 조화의 원칙 ····· 479
마. 법익형량의 이론 ····· 484
3. 서열이론을 적용한 판시내용의 문제점 ····· 486

Ⅴ. 대상결정에서 기본권충돌의 상황을 확인하는 것이 필요한지의 문제 ···· 488
1. 입법단계에서 제기되는 문제로서 기본권충돌 ····· 488
2. 입법결과에 대한 위헌심사의 기준으로서 과잉금지원칙 ····· 489
3. 헌법재판에서 기본권충돌이 문제되는 경우 ····· 490

Ⅵ. 맺는말 ····· 491

* 국문초록 및 주제어 ····· 494
* 독문초록 ····· 496

Ⅰ. 문제의 제기

헌법재판소는 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에서 보건복지부장관이 국민건강증진법의 위임에 의하여 공중이 이용하는 시설 중 흡연이 금지되는 금연구역을 구체적으로 규정하는 국민건강증진법시행규칙 제7조(이하 '이 사건 심판대상조항')에 대하여 합헌으로 판단하였다.

헌법재판소의 판시내용을 살펴보면, 헌법재판소는 다음과 같은 사고의 흐름을 통하여 결론에 이르고 있다. 헌법재판소는 첫 번째 단계에서, 이 사건 심판대상조항에 의하여 제한된 기본권을 '흡연권'으로 언급하면서, 그 헌법적 근거를 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조 및 행복추구권을 보장하고 있는 헌법 제10조에서 찾고 있다. 두 번째 단계에서는, 흡연권이 제한될 수 있는 가능성을 서술하고 있다. 헌법재판소는 '흡연자의 흡연권'과 대치하는 기본권으로서 '비흡연자의 혐연권'을 설정하여 흡연권과 혐연권이라는 기본권의 충돌상황이 발생한다는 것을 확인한 다음, 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이기 때문에 상위기본권우선원칙에 따라 흡연권이 제한될 수 있다고 한다. 또한, 흡연은 비흡연자의 기본권을 침해할 뿐만 아니라 흡연자 자신을 포함한 국민의 건강을 해치고 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리를 위하여 흡연권은 제한될 수 있다고 한다. 세 번째 단계에서는 이 사건 심판대상이 흡연권을 과도하게 제한하는지의 여부를 과잉금지원칙의 단계적 심사(수단의 적합성·최소침해성, 법익균형성)에 따라 판단한 다음, 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 하여 청구인의 심판청구를 기각하였다.

그러나 헌법재판소의 위 판시내용은, 첫째, 헌법재판소가 '흡연을 할 자유'(흡연권)와 '흡연을 하지 아니할 자유'(혐연권)를 서로 대치시키고 기본권 충돌상황을 확인한 것이 타당한 것인지, 적극적 자유와 소극적 자유 사이에서 기본권충돌이 발생할 수 있는지, 이 사건에서 기본권충돌이 존재한다면 어떠한 기본권 사이에서 충돌이 발생하는지의 문제, 둘째, 기본권충돌을 해

결하는 방법으로서 상위기본권우선원칙(서열이론)을 적용하여 흡연권에 대한 혐연권의 우위를 인정한 것이 타당한지, 기본권충돌을 해결하기 위하여 어떠한 방법이 고려되는지, 서열이론에 따라 기본권간의 우열관계를 추상적으로 확인한 다음에 이어서 다음 단계에서 과잉금지원칙에 따라 이 사건 심판대상조항의 위헌여부를 판단한 것이 타당한지의 문제, 셋째, 이 사건 심판대상조항의 위헌여부를 판단하기 위하여 기본권충돌의 상황을 확인하고 그 해결방법을 언급하는 것이 필요하고 사안의 해결에 기여하는 것인지, 헌법재판에서 언제 기본권충돌이 문제되고 그 해결방법이 논의되어야 하는지의 문제 등 일련의 중요한 헌법적 문제를 제기한다.

Ⅱ. 대상결정의 사건개요 및 결정이유의 요지

1. 사건의 개요

국민건강증진법 제9조 제6항 및 제4항은 공중이 이용하는 시설 중 시설관리자가 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하여야 하는 시설을 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있고, 이에 근거하여 제정된 보건복지부령인 국민건강증진법시행규칙 제7조는 시설관리자가 금연구역으로 지정해야 하는 각 해당시설을 구체적으로 규정하고 있으며, 국민건강증진법 제9조 제5항은 이와 같이 지정된 금연구역에서 시설이용자가 흡연하는 것을 금지하고 있다. 흡연자인 청구인은 국민건강증진법시행규칙 제7조가 자신의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2003. 7. 11. 위 규칙조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 결정이유의 요지[1)]

가. 흡연권

(1) 흡연권의 헌법적 근거

흡연자들이 자유롭게 흡연할 권리를 흡연권이라고 한다면, 이러한 흡연권은 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조에 의하여 뒷받침된다.

우선 헌법 제17조가 근거가 될 수 있다는 점에 관하여 보건대, 사생활의 자유란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리를 말하는바(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 202), 흡연을 하는 행위는 이와 같은 사생활의 영역에 포함된다고 할 것이므로, 흡연권은 헌법 제17조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다.

또 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하므로, 자유로운 흡연에의 결정 및 흡연행위를 포함하는 흡연권은 헌법 제10조에서도 그 근거를 찾을 수 있다.

(2) 그 밖의 헌법적 근거에 관한 청구인 주장에 관하여 [생략]

나. 흡연권의 제한 가능성

(1) 기본권의 충돌

위와 같이 흡연자들의 흡연권이 인정되듯이, 비흡연자들에게도 흡연을 하지 아니할 권리 내지 흡연으로부터 자유로울 권리가 인정된다(이하 이를

1) 판례집 16-2상, 355, 360-363, 결정이유에 관한 한, 필자에 의한 편집 없이 원문 그대로 소개하면서, 일부 생략한 부분에서는 [생략]의 표시를 하였음을 밝힌다.

'혐연권'이라고 한다).

혐연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 혐연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기하여서도 인정된다.

흡연자가 비흡연자에게 아무런 영향을 미치지 않는 방법으로 흡연을 하는 경우에는 기본권의 충돌이 일어나지 않는다. 그러나 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다.

그런데 흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.

(2) 공공복리를 위한 제한

흡연은 비흡연자들 개개인의 기본권을 침해할 뿐만 아니라 흡연자 자신을 포함한 국민의 건강을 해치고 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 개개인의 사익을 넘어서는 국민 공동의 공공복리에 관계된다. 따라서 공공복리를 위하여 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항에 따라 흡연행위를 법률로써 제한할 수 있다.

나아가 국민은 헌법 제36조 제3항이 규정한 보건권에 기하여 국가로 하여금 흡연을 규제하도록 요구할 권리가 있으므로, 흡연에 대한 제한은 국가의 의무라고까지 할 수 있다.

(3) 이 사건 조문의 흡연권 제한

이 사건 조문은 위와 같은 근거에서 청구인을 포함한 흡연자의 흡연권을 일정부분 제한하고 있다.

다. 과잉금지원칙의 위반여부

[과잉금지원칙에 관한 일반적 서술 생략]

이 사건 조문은 국민의 건강을 보호하기 위한 것으로서(국민건강증진법 제1조 및 국민건강증진법시행규칙 제1조 참조) 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 흡연자와 비흡연자가 생활을 공유하는 곳에서 일정한 내용의 금연구역을 설정하는 것은 위 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여 방법의 적정성도 인정할 수 있다. 또한 이 사건 조문으로 달성하려고 하는 공익(국민의 건강)이 제한되는 사익(흡연권)보다 크기 때문에 법익균형성도 인정된다. 나아가 이 사건 조문이 … 흡연자들의 흡연권을 최소한도로 침해하고 있다고 할 수 있다. 그렇다면 이 사건 조문은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

라. 평등권의 침해여부[생략]

4. 결 론

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

Ⅲ. 흡연권과 혐연권 사이에서 기본권의 충돌이 발생하는지의 문제

1. 기본권의 충돌

가. 기본권충돌의 개념

기본권의 충돌은, 하나의 동일한 사건에서 복수의 기본권주체가 서로 대

립적인 이익을 가지고 국가에 대하여 각자 자신의 기본권을 주장하는 경우를 말한다.[2] 기본권의 경합이 동일한 기본권주체에 있어서 다양한 기본권의 병존에 관한 것이라면, 기본권의 충돌은 복수의 기본권주체가 동일한[3] 또는 상이한 기본권을 서로 대립적으로 주장함으로써 상호간의 관계에서 기본권의 보호범위 사이의 충돌이 발생하고 이로 인하여 일방 기본권주체의 기본권에 대한 제한 효과가 발생하는 상황을 말한다. 그러므로 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사의 희생 하에서 이루어지거나 법익의 침해를 초래하는 경우에, 비로소 기본권의 충돌은 존재한다.[4] 기본권충돌의 상황은 예외 없이, 국가가 한 기본권주체의 기본권을 보호하기 위하여 다른 기본권주체의 기본권을 제한하는 상황에서 발생한다.[5] 기본권충돌의 경우, 양(兩) 기본권주체가 국가에게 서로 자신의 기본권을 고려해 줄 것을 요청함으로써, '국가공권력과 양 기본권주체의 3자 관계'가 발생한다.

기본권의 충돌이 발생하는 상황을 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다. 가령, 입법자가 사법규정을 통하여 채권자의 이익을 보호하기 위하여 채무자의 이익을 제한하는 경우 채권자의 기본권과 채무자의 기본권이 충돌한다.[6] 뿐만 아니라, 입법자가 형법이나 행정법규정 등을 통하여 사인에 의한 기본

---

2) Vgl. Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollision, 1974, S.1f. ; W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S.454 ; 우리 학계의 대부분의 견해와 헌법재판소의 판례도 이와 유사하게 기본권충돌을 정의하고 있다. 가령, 계희열, 헌법학(中), 2004, 121면 ; 이와 동일한 내용으로 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95등(Union Shop 협정 사건), 판례집 17-2, 392, 401, "기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다."

3) 복수의 기본권주체가 상이한 기본권뿐만 아니라 동일한 기본권을 서로 대립적으로 주장하는 경우(가령, 집회와 반대집회의 경우)에도 기본권충돌이 존재한다.

4) Vgl. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 2000, 5. Aufl. Vorb. Art.1-19 Rn.44.

5) Vgl. W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S. 454.

6) 헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96(채권자취소권), 판례집 19-2, 467.

권침해로부터 사인의 기본권을 보호하기 위하여 보호입법을 하는 경우에도 기본권충돌의 상황이 발생한다. 예컨대, 입법자가 낙태죄를 통하여 인공임신중절이 형법적으로 허용되는 범위를 정하는 경우, 산모의 행복추구권과 태아의 생명권이 서로 충돌하게 된다. 또한, 비흡연자의 건강권을 보호하기 위하여 흡연자의 권리를 제한하는 경우에도 흡연자의 일반적 행동자유권(행복추구권)과 비흡연자의 건강권이 서로 충돌하게 된다. 또한, 구체적 소송을 담당하는 법관이 기본권의 대사인적 효력으로 인하여 적용법규의 해석과 적용에 있어서 양 당사자의 기본권을 고려해야 하는 경우도 기본권의 충돌이 발생하는 대표적인 경우이다. 예컨대, 작가가 문학작품에서 개인의 명예를 훼손하는 내용을 언급함으로써 손해배상청구가 문제되는 경우, 작가의 예술의 자유와 피해자의 인격권이 충돌하게 된다.

나. 진정한 의미의 기본권충돌과 단지 외견상의 기본권충돌

진정한 의미의 기본권충돌이란, 복수의 기본권주체가 서로 대립적인 이익을 가지고 기본권을 행사하는 경우 기본권의 보호범위가 서로 충돌하는 것을 말한다.[7] 즉, 기본권의 충돌이란 기본권 보호범위의 충돌을 의미한다. 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사의 희생 하에서 이루어지는 경우에 비로소 기본권충돌은 인정될 수 있다. 그러므로 기본권충돌의 해결방법을 찾기 전에, 당해 사건에서 기본권의 충돌이 실제로 존재하는지 아니면 단지 외견상의 기본권충돌(Scheinkollision)인지에 관하여 확인해야 한다.[8] 기본권충돌이란 기본권 보호범위의 충돌을 의미하므로, 기본권충돌의 문제는 일차적으로 기본권의 보호범위를 인식하고 확정하는 문제이다. 그러므로 구체적 사건에서 문제되는 개별기본권의 보호범위를 규명하는

7) Vgl. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 2000, 5. Aufl. Vorb. Art.1-19 Rn.44.
8) Vgl. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 2000, 5. Aufl. Vorb. Art.1-19 Rn.45 ; W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S.455f. ; 한국문헌으로 계희열, 헌법학(中), 2004, 123면 참조.

것이 필요하다. 개별자유권의 보호범위를 확장적으로 이해할수록 기본권충돌의 상황을 폭넓게 인정하게 되며, 역으로 개별자유권의 보호범위를 협소하게 확정할수록 진정한 의미의 기본권충돌은 감소하게 된다. 가령, 개인의 행위에 의하여 타인의 기본권행사 가능성이 저해되거나 법익이 침해되는 경우, 타인의 기본권을 제한하는 개인의 행위가 기본권의 보호범위에 포함되지 않는다면, 기본권충돌은 발생하지 않는다. 기본권충돌이 존재하지 않는다면, 양 기본권사이의 법익형량의 필요성이 없고, 이에 따라 법익형량(기본권충돌)의 해결방법을 찾는 것도 불필요하다.

예컨대, 살인범과 그의 희생자의 관계에서 살인범의 일반적 행동자유권과 범죄피해자의 생명권 사이의 충돌이 존재하지 않는다. 일반적 행동자유권의 보호범위는 인간의 생명을 박탈할 자유를 포함하지 않기 때문이다. 따라서 형법상 살인죄의 위헌여부가 문제되는 경우, 기본권충돌의 상황이 발생하지 않는다. 마찬가지로, 세입자가 임대주택의 외벽에 공직선거운동을 위한 벽보를 붙이고자 하는 경우, 세입자의 의견표명의 자유와 임대인(소유자)의 재산권이 서로 충돌하는 것처럼 보이지만, 이는 단지 외견상의 기본권충돌일 뿐이다. 의견표명의 자유는 의견표명의 수단으로서 타인의 재산권을 사용할 권리를 보호하지 않기 때문이다. 또한, 집회의 자유를 행사하는 과정에서 폭력적 행위로 타인의 재물을 손괴한 경우, 폭력의 사용은 기본권적 자유를 행사하는 수단이 될 수 없다는 점에서 폭력적 행위는 집회의 자유에 의하여 보호되지 않기 때문에, 집회의 자유와 재산권 사이의 기본권충돌은 존재하지 않는다.

2. 흡연권과 혐연권 사이에 기본권충돌이 존재하는지의 여부

가. 혐연권의 실체

(1) 혐연권과 관련하여 우선 혐연권의 실체가 무엇인지의 문제가 제

기된다. 헌법재판소는 흡연자들에게 '흡연권'이 인정되듯이, 비흡연자들에게도 흡연을 하지 아니할 권리 내지 흡연으로부터 자유로울 권리로서 '혐연권'이 인정된다고 하면서, 혐연권의 헌법적 근거를 한편으로는 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조 및 헌법 제10조에서, 다른 한편으로는 흡연이 흡연자는 물론 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에서도 찾을 수 있다고 한다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은, 혐연권의 내용이 '흡연을 하지 아니할 권리'라면, 이러한 권리는 흡연을 할 권리(흡연권)의 소극적 측면에 해당하기 때문에, 흡연권과 혐연권은 '흡연의 자유'라는 동일한 자유의 적극적 측면과 소극적 측면을 표현하고 있다는 점이다.

(2) 자유권은 자유를 적극적으로 행사할 수 있는 권리(적극적 자유)만을 보호하는 것이 아니라, 자유를 행사하지 아니할 권리(소극적 자유)도 함께 보호한다.[9] 자유권규정은 그 법문에 있어서 적극적인 행위를 보호하는 형식으로 규정되어 있는데, 이러한 자유권규정은 '무엇을 할 자유'인 적극적인 자유로서 '행위의 가능성'을 보호할 뿐만 아니라, 나아가 적극적인 자유에 대한 반대지위로서 '이러한 행위를 하지 않을 권리'를 소극적 자유로서 보호한다.[10] 즉, 개인이 자유권에 의하여 보호되는 행위를 해도 된다면, '해도 되는 것을 하지 아니할 자유'도 함께 보장되는 것이다. 가령, 혼인의 자유는 '혼인을 할 자유'뿐만 아니라, '혼인을 하지 아니할 자유'도 보장하는 것이고, 신앙의 자유는 '종교를 선택하여 신앙생활을 할 자유'뿐만 아니라 '종교를 가지지 아니할 자유'도 함께 보장하는 것이다.

자유권이 보장하고자 하는 궁극적인 것이 개인의 자기결정권이라면, 소극적 자유는 자기결정권을 보장하기 위한 필수적 요소이다.[11] 적극적 자유가 소극적 자유에 의하여 보완됨으로써 자유권은 비로소 개인의 자기결정권을

9) Vgl. Isensee, Die verdrängte Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, S.615.
10) Vgl. D. Merten, Negative Grundrechte, in : Handbuch der Grundrechte II, 2006, §42, Rn.2.
11) Vgl. D. Merten, Negative Grundrechte, in : Handbuch der Grundrechte II, 2006, §42, Rn.44ff.

완전하게 보장할 수 있다.[12] 자유권이 특정한 내용의 자유나 특정한 방향이나 목적을 위한 자유로 변질되지 않으려면, 소극적 자유의 보장은 필수적이다. 소극적 자유가 비로소 자유권을 완전하게 만드는 것이다. 따라서 기본권적 자유는 '자유를 행사하지 아니할 자유'를 소극적 자유로서 포함한다.

(3) 이러한 관점에서 볼 때, '흡연을 하지 아니할 권리'는 흡연할 권리의 소극적인 측면으로서 모든 개인에게 흡연행위와 관련하여 인정되는 자유이다. 헌법재판소가 흡연을 자유롭게 할 권리는 흡연자의 권리이고 흡연을 하지 아니할 권리는 비흡연자의 권리라는 것에서 출발하여, 동일한 자유의 적극적인 측면과 소극적인 측면을 서로 대립하는 기본권주체인 흡연자와 비흡연자에게 나누어 귀속시키는 것은, 모든 자유가 항상 적극적인 측면과 소극적인 측면을 함께 보장한다는 자유권의 본질을 제대로 이해하지 못하고 있음을 드러내는 것이다. 요컨대, 흡연권과 혐연권을 대치시키는 것은 결국 동일한 자유의 적극적 측면과 소극적 측면을 대치시키는 것이라는 것을 헌법재판소는 인식하지 못하였다.

나. 적극적 자유와 소극적 자유의 기본권충돌이 가능한지의 문제

그렇다면, 적극적 자유로서 흡연의 자유와 소극적 자유로서 흡연하지 아니할 자유 사이에서 기본권의 충돌이 발생할 수 있는지의 문제가 제기된다. 기본권에 의하여 보호되는 소극적인 자유가 적극적인 자유의 행사를 저해하거나 또는 적극적인 자유의 행사가 소극적인 자유를 저해하는 경우에만, 적극적 자유와 소극적 자유 사이에서 기본권의 충돌이 발생할 수 있다.

(1) 그러나 기본권주체의 적극적 자유는 제3자의 소극적 자유의 행사(부작위)에 의하여 침해되지 않는다. 적극적인 자유가 그 보호범위에 있어서 기본권의 적극적인 행사를 넘어서, 제3자의 협력의무나 기본권행사를 통

12) Vgl. Bethge, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S.2147.

하여 의도하는 성과를 함께 보장하는 경우에만, 타인의 부작위에 의하여 적극적인 자유가 침해될 수 있다.[13] 가령, 의견표명의 자유가 자신이 의견을 자유롭게 표명할 자유뿐만 아니라 이를 넘어서 제3자가 자신의 의견을 경청해야 할 의무나 타인에 대하여 자신의 의견을 관철할 권리를 포함하는 경우에만, 타인이 자신의 의견을 경청하려하지 않거나 설득당하지 않는다면 의견표명의 자유는 침해될 수 있을 것이다. 가령, 집회의 자유가 집단으로 의견을 표명하는 자유를 넘어서 집회가 의도하는 성과까지 포함하는 경우에만, 행인이 무관심하게 집회를 그냥 지나치거나 집회에 참여하지 않음으로써 집회의 자유는 타인의 부작위에 의하여 침해될 수 있을 것이다. 그러나 기본권은 단지 기본권의 주체에게 행위의 가능성을 허용하는 것이지, 타인의 기본권행사에 협력해야 할 의무 또는 타인의 기본권행사가 의도한 성과에 이르도록 노력해야 할 의무를 부과하는 것이 아니다. 이러한 이유에서 적극적 자유는 타인의 부작위, 즉 소극적 자유의 행사에 의하여 침해될 수 없는 것이다.

역으로, 소극적 자유는 타인의 적극적인 자유행사에 의하여 침해되지 않는다. 소극적 자유가 '무엇을 하지 아니할 부작위'의 권리를 넘어서 '부작위와 반대되는 타인의 행위를 저지하는 자유'까지 보호하는 경우에만 타인의 적극적인 기본권행사에 의하여 소극적인 자유가 침해될 수 있다. 그러나 소극적 자유는 적극적인 자유행사를 저지하고 방해하는 것까지 보호하지 않는다.[14] 만일, 소극적 자유가 '부작위에 대한 자기결정권'을 넘어서 '타인의 기본권행사를 저지하고 방해하는 권리'까지 포함한다면, 소극적 자유는 적극적 자유에 대하여 우위를 차지하는 상위의 기본권이 될 것이다. 결국, 적극적 자유와 소극적 자유는 서로의 보호범위를 건드리지 않으면서 동시에 행사될 수 있으며, 서로 평화롭게 병존할 수 있는 것이다. 적극적 자유와 소극적 자유는, 그것이 동일한 기본권에 속하는지 아니면 서로 다른 기본권에

13) Vgl. D. Merten, Negative Grundrechte, in : Handbuch der Grundrechte II, 2006, §42, Rn.29.
14) Vgl. D. Merten, Negative Grundrechte, in : Handbuch der Grundrechte II, 2006, §42, Rn.30.

근거하고 있는지와 관계없이, 서로 충돌할 수 없는 것이다.

(2) 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 '흡연을 하지 아니할 자유'는 타인의 흡연을 저지하는 권리를 포함하지 않는다. 그러므로 흡연자와 비흡연자가 동일한 공간에서 생활하는 경우에도 적극적인 자유로서 흡연권과 소극적인 자유로서 혐연권의 충돌은 발생하지 않는다. 비흡연자는 흡연으로부터의 보호를 단지 건강권과 생명권을 근거로 하여 주장할 수 있을 뿐이다. 따라서 헌법재판소가 이 사건에서 '흡연을 할 자유'(흡연권)와 '흡연을 하지 아니할 자유'(혐연권)의 기본권충돌을 언급하였다면, 이는 잘못된 것이다. 흡연권과 충돌하는 것은, 흡연권의 소극적 자유인 혐연권이 아니라 타인의 흡연에 의하여 위협받는 법익, 즉 개인의 건강권과 생명권이다. 따라서 흡연자의 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 흡연의 자유와 이로 인하여 위협받는 제3자의 건강권과 생명권이 서로 충돌하고 대치하는 것이다. 흡연자의 흡연행위는 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 행위로서 기본권에 의한 보호를 받으며, 흡연자는 기본권의 행사(흡연행위)를 통하여 비흡연자의 기본권인 건강권과 생명권을 저해하게 된다.

3. 대치하는 기본권으로서 흡연권의 문제점

가. 개인의 각 개별행위와 관련하여 별도의 기본권을 인정해야 하는지의 문제

(1) 자유권과 자기결정권의 관계

자유란 '개인의 행위와 사고에 있어서 타인에 의한 결정으로부터의 자유'를 의미하고, 이로써 자유란 각 생활영역에서 '개인의 자기결정권'과 '인격을 자유롭게 발현할 수 있는 가능성'의 보장을 뜻한다. 헌법상 보장된 개별자유권은 모두 일정 생활영역에서 개인의 自己決定權을 보장하고자 하는 것이다. 자기결정권은 자유권의 또 다른 표현일 뿐이다. 가령, 양심의 자유는

양심형성과 양심실현에 관한 자기결정권, 집회의 자유는 집회의 시간·장소·목적·방법에 관한 자기결정권, 재산권보장은 재산권의 이용과 처분에 관한 자기결정권을 의미한다. 일부 학자는 자기결정권이 마치 독자적인 성격이나 유형의 기본권인 것처럼 서술함으로써 자유권과 자기결정권의 同一性을 간과하고 있으나,[15] 자기결정권은 자유권의 또 다른 이름에 지나지 않는다. 마찬가지로, 개인정보에 관한 자기결정권, 성적 자기결정권, 소비자의 자기결정권 등도 행복추구권과 같은 일반적 자유권에서 파생하는 구체적 내용의 자유권에 불과하다.

(2) 흡연에 관한 자기결정권으로서 흡연권

이러한 관점에서 볼 때, 헌법재판소가 언급하는 '흡연권'은 흡연행위에 관하여 자유롭게 결정할 권리로서, 흡연에 관한 자기결정권을 의미한다. 여기서 제기되는 문제는, 인격을 자유롭게 발현하기 위한 개인의 행위가 모든 생활영역에서 무수하게 다양한 형태로 나타나는데, 각 개별행위와 관련하여 인정되는 자기결정권에 대하여 '흡연권', '혐연권' 등 별도의 기본권 이름을 붙일 필요가 있는지 하는 것이다. 만일 그렇다면, 당구장출입권, 야간 수상레저활동권, 결혼식 하객접대권, 산책권(散策權) 등 무수한 개별기본권을 인정해야 할 것이다. 이러한 점에서, 헌법재판소가 흡연자들이 자유롭게 흡연할 권리를 '흡연권'으로, 흡연을 하지 아니할 권리를 '혐연권'으로 독자적인 기본권의 이름을 부여한 것은, 이러한 권리가 독자적인 기본권이 아니라 헌법상 기본권에 의하여 보호되는 개별행위에 지나지 않는다는 점에서 불필요하고 무의미하며, 나아가 흡연권, 혐연권 등의 이름은 개별 행위의 헌법적 실체를 가리고 왜곡할 가능성이 있다는 점에서도 지양되어야 한다.

나. 흡연권의 헌법적 근거의 문제점

헌법재판소는 흡연권의 헌법적 근거로서 행복추구권과 사생활의 자유를

15) 가령, 김철수, 헌법학개론, 2007, 497면 이하 참조.

함께 언급하고 있는데, 이러한 입장이 타당한 것인지의 의문이 제기된다.

(1) 일반적 행동자유권

행복추구권은 인격발현의 적극적인 요소인 '일반적 행동의 자유'와 인격발현의 소극적 요소로서 '일반적 인격권'을 그 보장내용으로 하고 있다.[16] 개인이 인격을 자유롭게 발현하기 위해서는, 국가권력의 방해나 간섭을 받지 않고 자유롭게 자신이 원하는 대로 행동하고 원치 않는 것은 하지 않을 자유인 '일반적 행동의 자유'가 일차적으로 보장되어야 한다. 일반적 행동자유권은 광범위한 의미에서의 행동의 자유, 즉 원하는 바대로 하거나 하지 않을 권리를 보호한다.[17] 국가가 개인의 생활방식, 취미생활이나 여가형성을 규제하는 경우, 일반적 행동자유권이 제한된 기본권으로서 고려된다. 따라서 이 사건에서 입법자가 흡연행위를 규제하는 경우, 제한된 기본권으로서 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생되는 일반적 행동자유권이 고려된다.

(2) 사생활의 자유

헌법은 제17조에서 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있는데, 사생활의 보호는 사생활영역을 외부로부터 차단하는 '사생활의 秘密'과 자유로운 사생활 형성의 권리로서 '사생활의 自由'로 구성된다.[18] 사생활의 비밀이 '사

16) 이에 관하여 한수웅, 헌법상의 人格權, -특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般的 人格權 및 헌법 제17조의 私生活의 保護에 관하여-, 헌법논총 제13집(2002), 637면 이하 참조.

17) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518(좌석안전띠 착용의무), 판례집 15-2하, 185, 199-200, "일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉, 부작위의 자유도 포함되며, 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반조항적인 성격을 가진다. 즉 일반적 행동자유권은 모든 행위를 할 자유와 행위를 하지 않을 자유로 가치 있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아닌 것으로, 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함되며, 여기에는 위험한 스포츠를 즐길 권리와 같은 위험한 생활방식으로 살아갈 권리도 포함된다."

18) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518(좌석안전띠 착용의무), 판례집 15-2하, 185, 206, "사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. … 우리 재판소는 '사생활의 자유'란 사회공동체의 일반적인

생활 정보에 관한 자기결정권'이라면, 사생활의 자유란 '사생활의 형성에 관한 자기결정권'을 보장하고자 하는 기본권으로서, 개인의 인격발현의 기본조건에 관하여 독자적으로 결정하고 이로써 사생활을 스스로 자율적으로 형성할 자유를 말한다.[19] 즉, 사생활의 자유는 개인의 인격발현 및 개인적 생존의 근본조건의 보장에 관한 것이다.

헌법 제17조에 의하여 보호되는 '사생활의 자유'와 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 '사생활에 관련된 행동의 자유'의 구분은 어려우나, '사생활의 자유'는 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 사생활의 기본조건에 관한 자기결정권을 보호하고자 하는 것이고, '사생활에 관련된 행동의 자유'는 포괄적인 행동의 자유 중 하나의 개별적 측면인 사생활관련 행위가능성을 보호하는 것이다. 사생활의 자유는 부모와 자식의 관계, 혼인 및 부부관계, 성적 영역 등과 같이 인격권의 핵심영역에 속하는 사생활을 스스로 형성할 권리를 보호하는 반면, 취미생활이나 여가생활의 형성, 두발과 복장을 결정할 자유는 사생활의 자유가 아니라 일반적 행동자유권에 의하여 보호된다.

위와 같은 관점에서 볼 때, 흡연의 자유는 노래연습장이나 당구장을 출입할 자유, 결혼식하객에게 음식물을 제공할 자유, 야간에 수상레저활동을 할 자유와 마찬가지로, 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 사생활의 기본조건에 관한 것이 아니라 개인의 생활방식, 취미생활이나 여가생활의 형성

생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며, 사생활과 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 '사생활의 비밀'과 함께 헌법상 보장되고 있는 것이라고 판시한 바 있다. 즉, 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 '사생활영역'의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이며, 공적인 영역의 활동은 다른 기본권에 의한 보호는 별론으로 하고 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 아니라고 할 것이다."; 同旨 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139(공직자 병역공개).

19) 사생활의 자유는, 국가가 사생활영역을 들여다보고 사생활 정보를 수집하는 것에 대하여 사생활영역을 보호하고자 하는 것이 아니라, 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호에 관한 것이다.

에 관한 것으로, 사생활의 자유가 아니라 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 것으로 판단하는 것이 보다 타당하다고 본다. 한편, 사생활의 자유의 보호범위를 개인의 생활방식, 취미생활이나 여가생활의 자유로운 형성을 포함하는 것으로 넓게 이해하는 입장에 선다면, 흡연의 자유도 사생활의 자유에 의하여 보호되는 것으로 간주할 수 있다.

(3) 보충적 기본권으로서 일반적 행동자유권

한편, 행복추구권은 헌법에 구체적으로 규정된 자유권에 의하여 보호될 수 없는 인간의 행위나 법익에 대하여 보충적으로 기본권적 보호를 제공하는 일반적 자유권이다.[20] 행복추구권은 다른 개별자유권과의 관계에서 일반·특별관계에 있는 일반적 자유권이자, 다른 자유권에 의하여 보호되지 않는 자유영역을 그 보호범위로 하는 보충적 자유권이다.[21] 즉, 국가가 다른 개별 자유권에 의하여 보호되지 않는 자유영역을 침해하는 경우, 비로소 행

20) 헌법재판소도 행복추구권을 자유권의 일반조항으로 이해하고 있다, 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률), 판례집 7-2, 1, 32, "헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가지므로 국민에 대한 일정한 보상금의 수급기준을 정하고 있는 이 사건 규정이 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다."; 같은 취지로 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 902; 헌재 2007. 3. 29. 2004헌마207(무공명예수당의 지급), 판례집 19-1, 276, 286; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바20(임금채권의 우선변제), 판례집 18-2, 52, 63.

21) 예컨대, 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76(요양기관 강제지정제), 판례집 14-2, 410, 428, "'일반적 행동의 자유'는 이른바 보충적 자유권이다. … 따라서 직업의 자유와 같은 개별 기본권이 적용되는 경우에는 일반적 행동의 자유는 제한되는 기본권으로서 고려되지 아니한다."; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112(교육공무원의 정년 단축), 판례집 12-2, 399, 408, "행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 공무담임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 그 침해여부를 판단하는 이상, 행복추구권 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다."; 동일한 내용으로 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123, 한편, 헌법재판소는 일반적 행동자유권의 보충적 성격에 대한 인식이 불분명하여 다른 개별적 자유권과 행복추구권을 함께 심사기준으로 언급하는 것을 자주 확인할 수 있다, 예컨대 헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 587, 직업의 자유와 행복추구권을 제한된 기본권으로서 함께 언급하고 있다.

복추구권은 헌법적으로 기능한다. 그러나 헌법재판소는 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활의 자유를 흡연권의 헌법적 근거로서 함께 언급함으로써, 자유권의 영역에서 일반·특별관계에 관한 인식이 불분명함을 드러내고 있다. 헌법재판소의 견해와 같이, 흡연의 자유가 사생활의 자유에 의하여 보호된다면, 흡연권의 헌법적 근거로서 일반규정과 특별규정을 동시에 언급해서는 안 되고, 특별규정인 사생활의 자유를 흡연의 자유의 헌법적 근거로서 확인해야 할 것이다.

Ⅳ. 기본권충돌의 해결방안으로서 서열이론이 적용되는지의 문제

1. 헌법재판의 결정과정으로서 법익형량

가. 법적용의 2가지 기본방법으로서 포섭과 법익형량

헌법재판은 본질적으로 사법기능을 이행하는 국가작용으로서 그 주된 과제는 헌법의 해석과 적용에 있다. 따라서 일차적으로, 헌법재판에서 헌법이 어떠한 방법으로 해석되고 적용되는지를 확인하는 것이 필요하다.

법규범을 적용하는 2가지 기본방법 또는 법적 결정에 이르는 2가지 방법은 포섭(Subsumtion)과 법익형량(Abwägung)이다.[22] 법적용의 방법으로서 포섭은 우선 이를 가능하게 하는 법규범의 존재를 전제로 한다. 포섭의 이상적인 경우를 상정한다면, 법규범은 매우 상세하고 구체적이어서 모든 발생가능한 경우에 대한 해결책을 이미 규율하고 있어야 한다. 따라서 법적용자

22) 이에 관하여 vgl. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S.211ff. ; 한국문헌으로는 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.), 314면 이하 참조.

는 단지 문제되는 구체적인 개별사건에 법률을 적용할 수 있는지 또는 역으로 구체적 사실관계가 일반·추상적으로 규정된 법규범에 포섭될 수 있는지를 판단하게 된다. 포섭이 가능한 법규범은 일반적으로 條件命題의 구조(…라면 …이다)를 취한다는 특징을 가지고 있다. 구체적 사실관계가 법규범에서 개념적으로 서술된 구성요건을 충족시키면, 법률이 규정하는 법률효과가 발생한다. 포섭이 가능한 법규범에서 그 의미의 불확실성으로 인하여 해석의 필요성이 있다면, 이러한 경우 법규범의 의미와 내용은 고전적 법률해석을 통하여 밝혀질 수 있다.

이와는 대조적으로, 법규범이 조건명제의 형식이 아니라 목적제시의 형식으로 규정되어(가령, …을 실현하기 위하여 노력하여야 한다) 단지 목적과 방향만을 제시한다면, 목적을 실현하는 방법을 찾는 것은 규범해석자에게 맡겨진다. 이러한 법규범의 경우, 규범해석자는 가능하면 목적을 실현할 수 있도록 해석·적용해야 할 의무를 부담하게 되고, 규범해석과 관련하여 광범위한 형성적 공간이 부여된다. 여기서 법규범의 해석은 법규범이 제시하는 목적을 다른 법익과의 관계에서 가능하면 최적으로 실현해야 한다는 최적화의 과제를 의미한다. 이러한 법규범의 적용 방법은 상충하는 법익간의 정당한 조정 또는 상충하는 법익의 최적화를 목표로 양 법익간의 비례적 조정을 시도하는 법익형량이다.

나. 헌법의 해석

(1) 헌법해석의 특수성은 '해석의 대상'인 헌법규범의 특수성에 기인한다. 헌법은 국가 및 공동체생활의 기본질서를 조직적으로나 실체적으로 확정한다는 점에서 다른 법규범과 비교할 때 일반적으로 보다 간결하고 함축적이며 추상적인 표현에 그치게 된다. 또한, 헌법의 규율대상인 정치적 영역은 이를 상세히 규율하는데 한계가 있고, 정치적 타협의 산물로서 합의될 수 없는 부분은 규율되지 아니한 채 미래의 정치적 발전에 대하여 개방적

상태에 놓이게 된다. 헌법은 다른 법규범과는 달리 이러한 고유한 특징을 가지고 있기 때문에, 일반적인 법해석방법을 헌법에 그대로 적용하는 것은 부적절하다.

(2) 조직규범이나 권한규범과 같이 헌법제정자가 스스로 확정적으로 규율한 헌법규범은 '법적용의 방법으로서 포섭'이 가능한 법규범에 해당하고,[23] 이러한 헌법규범의 의미내용이 불분명하여 해석을 필요로 한다면, 고전적 해석방법을 통하여 그 의미와 내용을 밝힐 수 있다. 헌법규범의 특성에도 불구하고 헌법해석의 출발점은 私法 영역에서 형성된 일반적인 법해석원칙, 즉 사비니(Savigny)의 고전적인 법해석방법이다. 사비니의 법해석방법은 법조문, 즉 실정법을 출발점으로 삼아야 하고, 법조문의 뜻이 분명하지 않은 경우에는 의미내용을 밝히기 위하여 문법적・체계적・목적적・역사적 해석방법을 사용해야 한다는 해석원칙이다.[24]

(3) 그러나 헌법이 스스로 확정적으로 규율하지 않은 개방적인 헌법규범의 경우에는 고전적인 헌법해석을 통하여 접근하는 데 한계가 있다.[25] 특히 기본권조항, 법치국가・민주주의와 같은 국가의 기본구조에 관한 원칙, 국가행위의 목표를 제시하는 국가목표규정은 개방적이고 유동적인 헌법규범으로서 사회상황의 변화에 따라 지속적인 발전을 가능하게 한다. 이러한 개방적 헌법의 규범내용은 과거에 역사적으로 형성된 규범내용에 고정되고 확정된 것이 아니라 변화하는 사회현실을 고려하여 구체화되고 실현되어야 한다. 따라서 여기서 제기되는 문제는 이미 확정된 규범내용을 밝히는 문제가 아니라, 헌법규정을 창조적으로 지속적으로 발전시키

---

23) 가령, 헌법 제44조 제2항("… 때에는 … 된다."), 제47조 제3항("… 때에는 … 한다."), 제50조 제1항 단서("… 때에는 … 아니할 수 있다.") 등 조직과 권한에 관한 다수의 헌법규범이 명시적으로 조건명제의 형식을 취하고 있으며, 비록 명시적으로 조건명제의 형식을 취하고 있지 않은 일련의 헌법규범도 대부분의 경우, 조건명제의 형식으로 전환될 수 있다.

24) 이에 관하여 상세하게 한수웅, 헌법학, 2011, 42면 이하 참조.

25) 헌법해석에 관하여 근본적으로 Starck, Die Verfassungsauslegung, in : HdbStR VII, 1992, §164 Rn.16ff.

는 문제이다.[26] 가령, 자유권의 규범내용은 이미 확정된 것이 아니라 사회 상황의 변화에 따라 발전하는 것이다. 현대 정보처리기술의 발전에 의하여 개인의 사생활영역에 대한 새로운 위험이 발생한다면, 개인의 자유권은 이에 대응하기 위하여 개인정보에 관한 자기결정권에 의하여 보완되어야 한다.

따라서 개방적인 헌법규범의 내용을 밝히는 것은 해석의 문제가 아니라 헌법의 내용을 채우는 작업, 즉 헌법의 보충이나 구체화의 문제를 의미한다. 헌법이 규율하지 않은 헌법적 문제의 해결책을 찾는 것은 고전적 의미의 해석을 통해서가 아니라 헌법의 구체화·실현·형성을 통해서 가능하다. 여기서 헌법은 일반적인 것을 구체화하는 작업, 또는 그 내용을 채워 넣는 작업, 다시 말하자면 해석 이상의 창조적인 작업을 요청하고 있는 것이다. 개방적 헌법규범의 해석은 법인식이 아니라 법창조에 관한 것이다. 개방적 헌법의 해석은 기본권조항이나 국가구조원칙 또는 국가목표규정을 불문법적 요소에 의하여 보완하는 것에 있다.[27] 헌법의 구체화·실현의 과정에서 도출되는 이러한 불문법적 요소가 어느 정도 설득력을 가지는지의 문제는 일차적으로 법적 논증의 문제, 결국 헌법재판소결정의 논리적 설득력의 문제이다.

다. 헌법재판의 결정과정으로서 법익형량

헌법재판소가 헌법재판을 통하여 해결해야 하는 대부분의 헌법적 분쟁은 하나의 개방적 헌법규범과 또 다른 하나의 개방적 헌법규범, 가령 기본권과 기본권 또는 기본권과 공익이 서로 충돌하는 상황에서 발생한다. 따라서 헌법재판의 실무에서 헌법을 해석하고 적용하는 작업은, 문제되는 헌법규정의 내용을 고전적 헌법해석을 통하여 밝혀내고 밝혀진 규범내용을 헌법현실에

26) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1984, Rn.60ff.

27) 예컨대, 헌법재판소는 법치국가원리에서 헌법에 명시적으로 규정된 것 외에 법률의 명확성원칙, 신뢰보호의 원칙 등을 도출하였고, 헌법에 명시적으로 규정된 기본권 외에 헌법해석을 통하여 가령, 행복추구권으로부터 인격권이나 개인정보자기결정권을 도출하였다.

적용하는 포섭(包攝)의 방법보다는, 개방적인 헌법규범의 내용을 불문법적 요소에 의하여 보완하고 이와 같이 헌법의 구체화와 보충을 통하여 밝혀진 내용을 근거로 상충하는 법익간의 교량을 통하여 이루어진다.[28] 헌법재판에서 주로 문제되고 심사기준으로서 고려되는 헌법규범이 포섭을 가능하게 하는 구체적이고 확정적인 헌법규범이 아니라 포섭과 고전적 해석방법으로는 접근할 수 없는 추상적이고 개방적인 헌법규범이기 때문에, 헌법재판에서 법적용의 방법으로서 '포섭'이 '법익형량'에 대하여 차지하는 비중이 적다.

개방적인 헌법규범의 적용은, 개별적인 사안마다 판단의 대상이 되는 구체적인 상황에 비추어 서로 충돌하는 개방적 헌법규범의 가치를 구체화하고 실현하는 작업을 의미한다. 따라서 헌법재판의 결정과정은 통일체로 이해되어야 하는 헌법 내에서 다수의 개방적 헌법규범(법익)이 서로 충돌하는 경우 상충하는 법익을 어떻게 구체화하고 실현시킬 것인지의 문제로 귀결된다. 이로써 헌법재판소의 결정과정은 상충하는 헌법규범을 그 의미와 가치에 상응하게 실현하고자 하는 법익형량과정을 의미한다. 개방적 헌법의 해석과 적용은 대립하는 관점의 규명과 법익교량에 의하여 지배되고 있고, 헌법적인 결정은 헌법적 판단의 근간을 이루는 다양한 관점들을 규명하고 대치하는 관점들을 서로 저울질하는 법익형량의 형태로 내려진다.[29] 따라서 개방적 헌법의 해석과 적용은 상충하는 법익과 가치를 지지하는 관점과 논거를 형량하는 형태로 이루어짐으로써 근본적으로 논증의 성격을 가지고 있으며, 헌법재판소의 결정과정은 법익형량의 과정이자 합리적 논증의 과정이다. 여기서 제기되는 문제는, 개방적인 헌법의 해석과 적용의 방법이 상충하는 헌법적 법익간의 형량에 관한 것이라면, 헌법재판의 결정과정으로서 법익형량이 어떠한 방법으로 이루어져야 하는지에 관한 것이다.

---

28) Vgl. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S.224.
29) Vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, S.58.

2. 기본권충돌의 해결방안

가. 문제의 제기

기본권의 충돌은 헌법적 법익간의 충돌이 발생하는 상황의 대표적인 경우에 해당한다. 따라서 기본권충돌의 해결방안은 곧 법익충돌의 해결방안을 의미한다. 아래에서 기본권충돌과 관련하여 서술하고 확인하는 모든 관점은 헌법적 법익간의 충돌에도 그대로 적용된다.

헌법재판소는 대상결정에서 "… 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다."고 판시함으로써, 헌법적 법익간의 우위관계를 판단할 수 있다는 소위 '서열이론'에 기초하여 흡연권에 대한 혐연권의 우위를 확인하고 있다. 여기서 일차적으로 제기되는 문제는 기본권의 충돌과 같이 헌법적 법익이 서로 충돌하는 경우 헌법적 법익간의 우위관계를 확인할 수 있는지, 어떠한 방법으로 헌법적 법익간의 충돌을 해결해야 하는지의 관한 것이다.

나. 헌법재판소의 판례와 학계의 견해

(1) 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 종래 기본권충돌이 문제되는 일련의 결정에서, 실제적 조화의 원칙(규범조화적 해석)에 따라 해결하고자 시도하였음을 확인할 수 있다. 가령, 헌법재판소는 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 결정(정정보도청구제도)에서 인격권과 언론의 자유 사이의 '기본권 충돌 상황'을 확인한 후 해결방안으로서 '실제적 조화의 원칙'을 제시하였고, 이어서 '과잉금지원칙'을 적용하여 합헌결정을 하였다.[30] 또한, 헌법재판소는 헌재 2007. 10. 25. 2005헌바

30) 판례집 3, 518, 529, "… 보도기관이 누리는 언론의 자유에 대한 제약의 문제는 결국

96 결정(채권자취소권)에서도 채권자와 채무자 및 수익자의 기본권들이 충돌하는 상황을 실제적 조화의 원칙에 따라 해결해야 한다고 판시하고 있다.[31)]

한편, 헌법재판소는 이 사건 대상결정의 영향을 받은 것으로 판단되는 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95등 결정(Union Shop 협정 사건)에서는 '서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리' 중에서 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택해야 한다고 판시함으로써 매우 혼란스런 모습을 보이고 있다.[32)]

피해자의 반론권과 서로 충돌하는 관계에 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 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 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다."; 판례집 3, 518, 535, "현행 정정보도청구권제도는 그 명칭에 불구하고 피해자의 반론게재청구권으로 해석되고 이는 언론의 자유와는 비록 서로 충돌되는 면이 없지 아니하나 전체적으로는 상충되는 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있는 것으로 판단된다."

31) 판례집 19-2, 467, 473-474, "이 사건 법률조항은 채권자에게 채권의 실효성 확보를 위한 수단으로서 채권자취소권을 인정함으로써, 채권자의 재산권과 채무자와 수익자의 일반적 행동의 자유 내지 계약의 자유 및 수익자의 재산권이 서로 충돌하게 되는 바, 위와 같은 채권자와 채무자 및 수익자의 기본권들이 충돌하는 경우에 기본권의 서열이나 법익의 형량을 통하여 어느 한 쪽의 기본권을 우선시키고 다른 쪽의 기본권을 후퇴시킬 수는 없다고 할 것이다. … 따라서 이러한 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 할 것이다."

32) 판례집 17-2, 392, 401, "이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(=규범조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다. 예컨대, 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인 사건에서 흡연권과 혐연권의 관계처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있다고 보아서 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정된다고 판단한 바 있다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2, 355, 361 참조). 또, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항 등 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 동법 소정의 정정보도청구권(반론권)과 보도기관의 언론의 자유가 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로

그럼에도, 헌법재판소는 위 결정에서 최종적으로는 실제적 조화의 원리에 따라 기본권의 충돌 문제를 해결하고자 시도하고 있다.[33]

(2) 학계의 견해

학계에서는 기본권충돌의 해결방안으로서 독일의 학계와 판례에 의하여 형성되고 제시된 이론인 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리의 3가지 가능성을 일반적으로 소개하고 있다. 기본권의 서열이론이란, 기본권 사이에 확정된 위계질서가 존재한다는 것을 전제로 기본권이 충돌하는 경우 그 서열을 기준으로 하여 하위의 기본권은 상위의 기본권의 실현을 위하여 희생되어야 한다는 이론으로 이해되고 있다.[34] 실제적 조화의 이론은 헌법의 통일성의 관점에서 상충하는 기본권을 모두 최대한으로 실현시키기 위하여 조화의 방법을 찾는 시도로 이해되고 있다.[35] 한편, 법익형량의 이론은 그 의미하는 바가 불분명하여, 학자에 따라서는 실제적 조화의 원칙과 근본적으로 동일한 내용으로 이해하는 견해도 있고,[36] 일부 학자의

그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 한다고 보고, 결국은 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 관점에서 심사를 한 바 있다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 527-534 참조).”

33) 판례집 17-2, 392, 403, “이와 같이 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(규범조화적 해석 ; 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 528 참조), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.”

34) 가령, 홍성방, 헌법학(上), 2010, 375면 이하.

35) 가령, 권영성, 헌법학, 2010, 340면 ; 학자에 따라서는 ‘규범조화적 해석’으로 표현하기도 한다, 가령, 허영, 한국헌법학, 2010, 273면.

36) 가령, 홍성방, 헌법학(上), 2010, 382면 ; 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구

경우에는 기본권의 서열이론과 동일한 것으로 이해함으로써 이념적으로 실제적 조화의 이론과 대립관계에 있는 해결방법으로 간주하기도 한다.[37]

다. 서열이론의 문제점

기본권의 서열이론(Rangordnung der Grundrechte)이란, 기본권 사이의 서열과 위계질서를 확정할 수 있다는 것을 전제로 하여 서로 충돌하는 기본권 중에서 서열이 높은 기본권, 보다 중요하고 보호가치가 큰 기본권을 우선시킨다는 이론이다. 서열이론에 대하여 제기되는 가장 큰 의문점은 헌법이 스스로 법익간의 우위관계를 추상적으로 확정하고 있는지에 관한 것이다.

(1) 법익충돌의 해결방안으로서 '서열이론' 아니면 '실제적 조화의 이론'을 따를 것인지의 문제는 본질적으로 헌법과 입법자의 관계, 즉 헌법과 정치(공동체의 형성)의 관계를 어떻게 이해할 것인지의 문제와 밀접한 관계에 있다.

헌법의 목적은 국가의 정치적 지배를 법적으로 구속하고자 하는 것이다.[38] 그러나 헌법에 의한 '정치의 법적 구속'은 완전한 구속일 수 없다. 헌법에 의하여 완전히 정치를 규범화한다는 것은 '정치의 否定'을 의미한다.[39] 정치는 '헌법의 집행'으로 축소될 것이고, 이로써 궁극적으로 '행정'으로 변질될 것이다. 헌법은 정치를 불필요한 것으로 만드는 것이 아니라, 정치를

제12권 제2호(2006. 6.), 329면.

37) 가령, 권영성, 헌법학, 2010, 342면(법익형량의 원칙을 기본권 상호간에 효력의 우위를 가리기 위한 추상적 기준에 의한 법익형량으로 이해하여, 추상적 기준으로서 생명권・인격권우선의 원칙, 생존권우선의 원칙 등을 제시하고 있다.) ; 계희열, 헌법학(中), 2004, 126면(기본권의 위계질서를 전제로 하여 법익의 우열을 확정하는 방법으로 서술하고 있다.) ; 허영, 한국헌법론, 2010, 271면 이하(이익형량의 방법은 기본권 상호간에 일정한 위계질서가 있다는 것을 전제로 상위기본권우선의 원칙, 인격적 가치우선의 원칙, 자유우선의 원칙에 따라 하나의 기본권을 다른 기본권에 우선시키는 방법으로 이해하고 있다.)

38) 한수웅, 헌법학, 2011, 8면.

39) Vgl. D. Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in : HbStR Bd.I, §1 Rn.44.

유도하고 합리화하고자 하는 것이다. 그러므로 헌법은 항상 정치에 대하여 단지 '규범적 울타리'일 뿐이다.

헌법은 입법자에 의한 사회의 형성, 즉 정치를 대체할 수는 없으므로, 헌법의 실현은 헌법을 실현하려는 입법자의 부단한 정치적 의사에 의존하고 있다. 국가의 조직 및 절차규범과 같이 법문이 일의적이고 명확하여 직접 적용이 가능한 일부의 헌법규범을 제외한다면, 행정관청이 법을 집행하는 것과는 달리, 입법자는 헌법을 집행하는 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 근거로 입법을 통하여 헌법의 내용을 구체화하고 실현하는 것이다.[40] 입법행위는 공동체질서의 형성에 관하여 입법자가 내리는 창조적 결정이다. 입법자는 헌법이 허용하는 범위 내에서 고유한 정치적인 형성의 공간을 가지고 있으며, 입법자의 이러한 형성의 자유는 민주주의헌법의 기본적인 구성요소에 해당한다.

민주국가의 헌법은 헌법적 법익간의 우위관계를 확정함으로써 스스로 사회를 형성하는 것이 아니라, 사회형성의 과제를 입법자에게 위임하고 있다. 다만, 헌법은 헌법적 가치와 법익을 제시함으로써 사회형성의 과제를 이행하기 위한 지침과 방향만을 제시할 뿐이다. 가령, 헌법은 다양한 국가과제를 제시할 뿐, 국가과제 사이의 우위관계를 확정함으로써 이행의 우선순위에 있어서 입법자를 구속하지 않는다. 마찬가지로, 헌법은 자유권의 보장을 통하여 자유권을 존중하고 보호해야 할 의무와 과제를 부여할 뿐, 어떠한 자유권이 우선적으로 보호되어야 하는지에 관하여 결정하지 않는다.

서열이론은 헌법적 차원에서 법익간의 우열관계를 추상적으로 확정함으로써 입법자를 구속하고자 한다. 그 결과, 헌법이 이미 법익간의 충돌관계를 사전에 서열로써 확정하게 된다. 이러한 법적 상황에서, 입법자는 단지 헌법에 이미 확정된 것을 확인하고 집행하는 헌법의 집행자로 전락하게 될 것이

40) 입법자가 헌법을 집행하는 것은 매우 예외적으로 헌법이 입법자에게 구체적인 헌법적 위임을 통하여 특정한 내용의 입법의무를 부과하는 경우에 제한된다. 그러므로 입법자는 행위의 지침이자 한계규범으로서의 헌법에 기속되지만, 헌법으로부터 입법자에 대한 구체적인 지시나 명령을 원칙적으로 이끌어낼 수 없다.

다. 그러나 수시로 변화하는 사회현상에 끊임없이 대처해야 하는 현대의 사회국가에서, 헌법적 법익간의 우위관계를 확정하는 헌법이 기능할 수 없으며, 사회현상의 변화에 적응할 수 없다는 것은 두말할 필요가 없다.

(2) 서열이론의 또 다른 문제점은 기본권 사이의 추상적인 우위관계를 통하여 소위 하위의 기본권을 일방적으로 희생시키면서 소위 상위의 기본권을 전적으로 실현한다는 데 있다. 서열이론에 따른다면, 후순위 헌법적 법익이나 헌법적 과제는 법익간의 충돌상황이나 과제실현을 위한 경합과정에서 항상 선순위 헌법적 법익이나 과제에 대하여 양보하거나 후퇴해야 하는데, 이는 후순위 헌법적 법익이나 헌법규정이 헌법질서에서 사실상 제거되는 효과를 초래한다. 이러한 상황이 모든 헌법규범을 하나의 통일체로 이해하는 '헌법의 통일성'의 사고와 부합하지 않는다는 것은 두말할 필요가 없다. 뿐만 아니라, 복수의 기본권주체가 '동일한 기본권'을 주장하는 기본권충돌의 상황에서는, 가령 집회의 자유와 반대집회의 자유가 서로 충돌하는 경우에는 서열이론은 전혀 기능할 수 없다는 한계를 안고 있다.[41]

또한, 서열이론은, "필요한 경우에 한하여"의 표현을 통하여 구체적 사건에서의 개별적 법익형량과 개별적 정의를 요청하는 헌법 제37조 제2항의 정신과도 부합하지 않는다.[42] 과잉금지원칙의 가장 중요한 기능은 구체적 경우의 개별적인 법익형량을 통하여 '개별사건에서의 정의'를 실현하고자 하는 것이다.[43] 이러한 의미에서, 헌법 제37조 제2항은 개별사건에서의 구체적 법익형량을 배제하고 추상적 원칙에 따라 포괄적으로 위헌판단을 하는 법원칙에 대한 헌법적 부정을 의미한다.

(3) 헌법은 헌법적 가치나 법익 사이에 명확하고 체계적인 우위관계

41) Vgl. v. Münch, in : Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Vorb. Art.1-19 Rn.46.
42) 과잉금지원칙이 개별적 법익형량과 개별적 정의의 표현이라는 것에 관하여 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 過剩禁止原則의 意味와 適用範圍, 저스티스, 2006. 12., II. 3. 다. 참조.
43) Vgl. Stern, Staatsrecht III/2, 1994, S.818, 837 ; Schmitdt-Aßmann, Der Rechtsstaat, HdbStR Bd.II, 3. Aufl., 2003, §26 Rz.87 ; Kluth, Das Übermaßverbot, JA 1999, S.613.

를 확립하고 있지 않으며, 또한 기본권 사이에도 추상적인 우위관계가 존재하지 않는다. 헌법에 보장된 개별기본권은 특정 상위기본권으로부터 도출되는 권리가 아니라, 각자 그 자체로서 역사적으로 형성된 독자적인 보장이다. 우리 헌법은 개별자유권마다 각 상이한 개별적 법률유보를 규정하는 것이 아니라 제37조 제2항에서 모든 자유권에 대하여 일괄적으로 적용되는 일반적인 법률유보조항을 두고 있으므로, 법률유보의 정도를 기준으로 개별적 기본권의 근본성이나 중요성을 판단할 여지도 없고,[44] 그밖에 우리 헌법에서 경제적 자유권에 대한 정신적 자유권의 우위를 암시하는 어떠한 표현도 찾을 수 없다.[45] 헌법의 통일성의 사고에 비추어 개별기본권은 원칙적으로 상호간에 동등한 지위를 가진다. 다만, 헌법의 최고 가치이자 최고의 구성원리로서 인간존엄성만이 다른 기본권에 대하여 예외적으로 우위를 인정받을 수 있을 뿐이다. 결국, 기본권사이의 서열을 일원적이고 체계적으로 확정하는 것은 불가능하다.[46]

학계의 일부에서는 기본권충돌의 해결을 위한 하나의 방안으로서 서열이론을 제시하면서, 생명권이 다른 기본권보다 상위에 있다는 주장이나 인격적 가치나 정신적 가치를 보호하기 위한 기본권이 재산적 가치를 보호하기 위한 기본권보다 우위에 있다는 주장 또는 자유를 실현하기 위한 기본권이 평등을 실현하기 위한 기본권보다 우위에 있다는 주장 등을 하기도 한다.[47] 그러나 이러한 주장들은 모든 헌법적 근거를 결여하고 있을 뿐만 아니라,

---

44) 개별적 법률유보의 규율형식과 그 의미에 관하여 한수웅, 헌법학, 2011, 444면 이하 참조.

45) 오히려, 헌법은 대표적 정신적 자유인 표현의 자유와 관련하여 제21조 제4항에서 헌법적 한계를 명시적으로 제시함으로써, 다른 모든 자유권과 마찬가지로 다른 법익의 보호를 위하여 제한될 수 있음을 밝히고 있다.

46) Vgl. Ossenbbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd.I, 1976, S.507 ; H. H. Rupp, Einteilung und Gewichtung der Grundrechte, in : HbGR II, 2006, §36 Rn.30 ; W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd.II, 1976, S.461ff. ; 同旨 계희열, 헌법학(中), 2004, 126면.

47) 가령, 대표적으로 권영성, 헌법학, 2010, 342면 ; 허영, 한국헌법론, 2010, 272면.

헌법재판에서 한 번도 실현된 적이 없다.[48]

생명권의 경우, 생명권이 절대적으로 보장되는 기본권이 아니라 생명권도 특수한 상황에서는 공익의 관점에서[49] 또는 타인의 기본권과의 충돌관계에서 제한될 수 있다는 것에 대해서는 이론의 여지가 없다. 가령, 인공임신중절행위에 의하여 태아의 생명권이 위협받는 경우, 태아의 생명권과 산모의 기본권이 충돌하는 상황에서 생명권우위의 원칙에 따라 추상적으로 태아의 생명권에 일방적인 우위가 부여되는 것이 아니라, 임신중절의 시기와 계기, 산모의 상황 등 구체적인 상황을 고려하여 일정한 조건 하에서는 태아의 생명권에 대하여 산모의 자기결정권이나 건강권 등이 우위를 차지함으로써 법적으로 낙태가 허용될 수도 있다.[50] 낙태가 법적으로 허용될 수 있다는 것은 특정한 상황에서는 태아의 생명권이 산모의 기본권에 대하여 양보해야 한다는 것을 의미한다. 즉, 생명권과 다른 기본권이 충돌하는 경우에도 일정한 상황에서는 생명권이 후퇴할 수도 있는 것이다. 따라서 개별적 상황의 구체적 법익형량 없이 생명권이 추상적으로 다른 기본권에 대하여 우위를 차지한다는 이론은 헌법에 그 근거를 찾을 수도 없고, 헌법재판에서 한 번도 적용된 적이 없다.[51]

---

48) 또한, 정신적 기본권 우위의 원칙은 정신적 기본권과 정신적 기본권 또는 경제적 기본권과 경제적 기본권이 서로 충돌하는 경우, 자유권우선의 원칙은 자유권과 자유권이 서로 충돌하는 경우에는 아무런 기능을 할 수 없다.

49) 가령, 사형제도에 의하여 생명권을 박탈하는 경우나 국가권력이 인질의 건강이나 생명을 보호하기 위하여 인질범의 생명권을 박탈하는 경우를 예로 들 수 있다.

50) 일부 학자(가령, 계희열, 헌법학 中, 2004, 128면 ; 홍성방, 헌법학 上, 2010, 379면)는 태아의 생명권과 산모의 자기결정권이 충돌하는 낙태의 상황을 실제적 조화의 원칙으로 해결할 수 없는 예외적 상황으로 보고 있으나("낙태의 경우 그 성질상 예외적으로 상충하는 기본권을 모두 실현시킬 수 없고 그 중 하나를 희생시킬 수밖에 없다, 즉 양자택일적 방법으로 해결할 수밖에 없다."), 이는 실제적 조화의 이론을 제대로 이해하지 못한 결과이다. 입법자가 형법을 통하여 낙태행위를 규율함에 있어서도 임신 후 일정기간 동안 낙태행위를 정당화하는 특정요건 하에서만 낙태를 허용함으로써, 한편으로는 산모의 행복추구권을 존중하면서, 다른 한편으로는 태아의 생명권을 보호할 수 있다. 바로 이러한 경우가 서로 충돌하는 기본권 사이의 조화로운 경계를 설정하는 대표적인 경우에 속한다.

51) 독일연방헌법재판소가 낙태결정에서 산모의 기본권에 대하여 생명권에 우위를 부여

마찬가지로, 정신적 자유가 경제적 자유에 우선한다거나 인격권이 비인격권에 대하여 우선한다는 '정신적 자유의 우위원칙' 또는 '인격권우선의 원칙' 등은 헌법상 그 근거를 찾을 수도 없을 뿐만 아니라, 헌법재판에서 한 번도 그러한 추상적 원칙에 근거하여 법익형량이 이루어진 적이 없다.[52] 가령, 정신적 자유와 경제적 자유가 충돌하는 경우, 인격권우선의 원칙에 따라 모든 상황에서 경제적 자유가 정신적 자유에 대하여 양보해야 하는 것이 아니라, 개별사건의 구체적 상황을 고려하여 상충하는 경제적 자유와 정신적 자유가 개인의 인격발현과 인간존엄성실현 또는 민주주의의 실현 등에 대하여 가지는 구체적인 의미와 중요성에 따라 구체적인 법익형량이 이루어질 수 있을 뿐이다.[53] 헌법재판소도 종래 일관되게 추상적인 우위원칙이 아니라 구체적 법익형량의 원칙에 따라 결론에 이르고 있다.

또한, 자유가 평등에 우선한다는 '자유권우선의 원칙'도 헌법에서는 그 근거를 발견할 수 없다. 헌법적 차원에서 자유와 평등 사이에 충돌과 대립의 관계가 발생하지 않는다.[54] 헌법은 자유와 평등을 어떻게 조화시킬 것인지, 자유와 평등의 요청을 어떻게 동시에 보장할 것인지의 문제를 '법적 평등'이라는 방법을 통하여 해결하고 있다. 여기서 '법적 평등'이란 자유를 전제로 하는 평등, 즉 '자유행사에 있어서 법적 기회의 평등', 즉 형식적 평등을 의미하는 것이지, 자유행사 '결과의 평등'이나 사실상의 평등을 의미하지 않

하였다면, 이는 기본권간의 추상적인 우열관계를 전제로 하는 서열이론에 따른 결과가 아니라 실제적 조화의 이론에 따른 구체적 법익형량의 결과인 것이다(가령, BVerfGE 39, 1 ; 86, 390).

52) 이에 관하여 한수웅, 헌법학, 2011, 478면 이하 참조.

53) 가령, 불매운동으로 인하여 재산상의 손해를 입었다는 주장으로 제기된 손해배상청구소송에서 표현의 자유와 재산권이 서로 충돌하는 경우, 표현의 자유의 행사(불매운동)가 자신의 사적인 경제활동에서 이기적인 경쟁상의 이익을 추구하기 위하여 직접적으로 타인의 재산을 겨냥한 것인지 아니면 일반국민 모두와 관련되는 공적 사안에서 사회의 정신적 논쟁을 촉발하기 위한 것으로 이 과정에서 타인의 재산권침해가 불가피한 부수적 효과로 발생한 것인지에 따라, 개별적인 사건마다 어떠한 법익이 후퇴해야 할 것인지의 판단이 달라질 수 있다, 이러한 관점을 제시하는 독일연방헌법재판소의 결정으로 vgl. BVerfGE 7, 198, 239(Lüth).

54) 이에 관하여 한수웅, 헌법학, 2011, 543면 참조.

는다. 따라서 평등이 단지 '법 앞에서의 평등' 또는 '법적(형식적) 평등'을 의미한다면, 평등은 자유행사의 기회에 있어서 평등, 즉 자유를 전제로 하는 '자유의 평등'을 의미하기 때문에, 자유와 평등은 서로 충돌하지 않는다. 평등을 '법적 평등'이 아니라 '실질적 평등'(자유를 행사할 수 있는 실질적 기회의 평등)으로 이해한다면, 자유와 평등이 서로 대립하는 것이 아니라 '자유'와 실질적 평등을 실현하기 위하여 국가에 대하여 적극적인 행위와 자유에 대한 제한을 요청하는 '사회국가원리'가 대립하는 것이다. 따라서 자유와 평등의 충돌을 전제로 하는 '자유권우선의 원칙'은 헌법상 존재하지 않는다.

라. 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일한 가능성으로 실제적 조화의 원칙

(1) 실제적 조화의 원칙의 요청

실제적 조화의 원칙(Prinzip der praktischen Konkordanz)이란, 헌법규범간의 충돌관계를 헌법규범간의 우위관계로 해결하는 것이 아니라 헌법의 통일성의 관점에서 상충하는 헌법규범 모두가 최적의 효력을 발휘할 수 있도록 해석해야 한다는 원칙을 말한다. 실제적 조화의 원칙은 헌법의 통일성으로부터 나오는 당연한 원칙이며, 헌법적 법익간의 조정을 입법자에게 위임하는 민주적 헌법의 태도로부터 나오는 당연한 요청이다. 헌법이 하나의 통일체를 형성한다는 것은, 헌법 내에서 헌법규정들이 서로 충돌하는 경우 양자 중 하나를 배제해야 하는 것이 아니라 서로 조화시켜야 한다는 것을 의미한다. 일견하여 다른 헌법규정들과 충돌을 일으키는 헌법규정도 헌법제정자에 의하여 의도적으로 헌법에 수용된 것이며, 이로써 헌법을 구성하는 하나의 요소인 것이다. 따라서 헌법제정자에 의하여 의도적으로 수용된 헌법규정을 헌법 내의 위계질서를 근거로 다시 제거하는 효과를 초래해서는 안 된다.

헌법의 통일성으로부터 헌법규범간의 최적화 또는 조화의 과제가 도출

된다.[55] 헌법이 스스로 헌법규범 사이의 일정한 위계질서를 확정하고 있지 않은 한, 어느 한 헌법규범을 다른 헌법규범의 일방적인 희생 하에서 우위가 인정되는 것으로 간주해서는 안 된다. '실제적 조화의 원칙'은 충돌하는 법익의 양자택일이 아니라 병립(竝立)가능성을 모색하고자 한다. 헌법규범간의 충돌이 발생하는 경우, 하나의 규범을 일방적으로 우대하여 다른 규범의 희생 하에서 실현해서는 안 되고, 양 헌법규범이 상호 관계에서 서로를 제약한다 하더라도, 양자가 가능하면 최적의 효과를 얻을 수 있도록 양 헌법규범의 경계가 설정되어야 한다. 따라서 기본권이 서로 충돌하는 경우 양자택일적으로 하나의 기본권만을 실현하고 다른 하나의 기본권을 희생시켜서는 안 되고, 헌법의 통일성의 관점에서 양 기본권이 모두 최대한으로 실현될 수 있도록, 조화의 방법을 찾아야 한다.[56]

(2) 구체적이고 개별적인 법익형량의 원칙

기본권의 충돌은 개별사건의 모든 구체적인 상황을 고려하는 법익형량을 통하여 해결되어야 하고, 이러한 법익형량의 방법이 바로 '실제적 조화의 원칙'이다.[57] 기본권충돌의 경우 문제가 되는 것은, 기본권 사이의 일반적이고 추상적인 우위관계가 아니라, 개별사건의 구체적인 상황을 고려하여 어떠한 기본권이 후퇴하는지 또는 우선하는지를 판단하는 구체적이고 개별적인 법익형량에 관한 것이다.[58] 실제적 조화의 이론은 헌법적 법익이 서로 충돌하는 경우 최적화의 과제를 제시하며, 최적화의 과제란 개별적인 경우 구체적인 상황을 고려하여 양 법익이 최대한으로 효력을 발휘할 수 있도록 상충하는 법익사이의 경계가 설정되어야 한다는 것을 의미한다. 결국, 최적화의 과제는 구체적 상황과 무관한 추상적이고 절대적인 법익형량이 아니라 구체적

55) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1984, Rn.72
56) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1984, Rn.72 ; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S.152f.
57) Vgl. W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : BVerfG und GG, Bd.II, 1976, S.465ff.
58) Vgl. H. H. Rupp, Einteilung und Gewichtung der Grundrechte, in : HbGR II, 2006, §36 Rn.30

상황에 의하여 좌우되는 상대적인 법익형량을 요구한다. 즉, 법익형량의 작업이란, 추상적으로 동등한 헌법적 법익 중에서 구체적인 경우 어떠한 법익에 보다 큰 비중이 부여되는지의 확인에 관한 것이다. 기본권의 충돌은 개별사건의 구체적 상황을 고려하여 상충하는 기본권간의 조건부 우위관계를 확인함으로써 해결된다.[59] 조건부 우위관계란, 구체적 사건과 관련하여 특정한 상황에서 하나의 법익이 다른 법익에 우선한다는 것의 확인을 의미한다.

예컨대, 범죄행위가 발생한지 상당한 기간이 지난 후 언론(TV 방송)이 범죄인의 실명과 사진을 사용하여 반복적으로 범죄사실을 보도하는 것이 허용되는지를 판단함에 있어서 추상적으로 언론의 보도의 자유・국민의 알권리와 범죄인의 인격권 중에서 무엇이 우선하는지를 판단하는 것이 아니라, 언론이 보도를 하고자 하는 구체적 시점에서 '보도의 필요성과 중요성' 및 '인격권보호의 필요성과 중요성'을 구체적으로 형량하여 판단하게 된다.[60] 법익형량을 하기 위해서는 우선 관련당사자의 어떠한 기본권들이 문제되는지,

---

59) Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.81.

60) 독일 연방헌법재판소의 레바하(Lebach) 결정(BVerfGE 35, 202, 226ff.) 참조. 공영TV 방송은 독일 레바하 市에서 여러 명의 군인이 살해된 사건에 관하여 위 사건의 공범인 헌법소원청구인에게 형이 선고되고 2년이 지난 후, 청구인의 사진과 실명을 사용하여 실화 드라마를 제작・방영할 것을 계획하였다. 청구인의 방영금지가처분신청을 기각한 법원의 판결에 대하여 제기된 헌법소원사건에서 연방헌법재판소는 "언론이 범죄인의 실명과 사진을 사용하여 범죄사실을 보도하는 것은 범죄인의 인격권에 대한 중대한 침해이나, 일반 국민이 발생한 범죄사실에 대하여 알아야 할 이익과 이를 보도해야 할 언론의 공적 과제가 있기 때문에, 위 2가지 법익을 비교형량하는 경우 '중대한 범죄가 발생한 당시'에는 범죄에 관한 사실을 보도해야 할 이익 및 국민의 알고자 하는 이익이 범죄인의 인격권에 대하여 원칙적인 우위를 차지한다."고 확인한 후, "그러나 범죄행위 후 시간이 경과할수록 범죄사실에 관하여 보도해야 할 이익이 감소하는 반면, 범죄인이 형을 치르고 출소의 시기에 접근할수록 범죄인의 인격권과 사회에 복귀할 권리의 비중이 커진다. 범죄행위가 발생한 후 몇 년이 경과하여 국민의 알고자 하는 이익이나 이에 관한 보도의 이익이 거의 존재하지 않음에도 다시 반복적으로 범죄행위에 관하여 보도하는 것은 범죄인의 사회복귀의 가능성을 위협하기 때문에 허용되지 않는다. 이 경우 사회에 복귀하고자 하는 범죄인의 이익과 범죄인의 사회복귀를 가능하게 하고자 하는 국가공동체의 이익이 범죄행위를 다시 상기시키고자 하는 보도의 이익에 대하여 원칙적인 우위를 차지한다."고 판시하였다.

기본권이 어떠한 방법으로 어떠한 강도로 침해되었는지, 구체적으로 침해된 자유영역이 인간존엄성실현과 자유로운 인격발현 또는 민주주의의 실현에 대하여 가지는 의미와 중요성이 어느 정도인지, 어떻게 기본권침해가 방지되거나 적어도 완화될 수 있는지 등의 관점이 구체적 사건의 판단을 위한 사실적 기초로서 규명되어야 한다. 구체적 사건의 판단은 실제적 조화의 원칙에 따라 양 기본권에 의하여 보호되는 자유행사나 법익이 각 기본권주체에 대하여 가지는 의미와 중요성에 부합하게 귀속되거나 또는 우위관계가 결정됨으로써 이루어진다. 따라서 헌법재판소의 결정이유에서 '어떠한 기본권이 다른 기본권에 대하여 양보해야 한다'고 판단함으로써 기본권의 우위관계를 확인한다면, 이는 헌법적으로 확정된 추상적인 우위관계의 확인이 아니라, 언제나 구체적인 충돌상황과 연관된 우위관계의 확인, 즉 개별적인 법익형량을 통한 우위관계의 확인인 것이다.

(3) 서열이론과의 근본적인 차이점

(가) 양자 사이의 근본적인 차이점은, 헌법이 상충하는 법익간의 충돌 문제를 법익간의 위계질서의 확정을 통하여 스스로 해결하는지 아니면 이를 개별 상황마다 구체적 법익교량을 통하여 해결하도록 입법자에게 위임하는지에 있다.[61] '서열이론'은 기본권충돌의 문제를 개별사건의 구체적 상황을 고려함이 없이 기본권 사이의 일반적인 위계질서를 통하여 '추상적으로' 해결하고자 하는 반면, '실제적 조화의 이론'은 개별사건의 모든 구체적 상황을 고려하는 법익교량을 통하여 기본권충돌의 문제를 해결하고자 한다. 실제적 조화의 이론은 가치 사이에 확정된 절대적 위계질서를 거부하고 법익교량의 상대성과 상황구속성을 강조한다. 충돌하는 모든 가치를 가능하면 최대한으로 실현해야 한다는 최적화의 사고는 가치간의 절대적 위계질서의 사고를 필연적으로 부정한다. 실제적 조화의 이론은 구체적 상황에 따라 실

61) 물론, 입법자가 헌법적 법익간의 충돌문제를 입법을 통하여 확정적으로 해결하지 아니하고 개괄조항 등 해석을 필요로 하는 법규범의 형태로 규율하는 경우에는, 법익형량을 통하여 법익충돌의 문제를 해결하는 과제는 입법자에서 법원으로 전이된다.

현되어야 하는 헌법적 법익과 가치가 다를 수 있다고 하는 사고에서 출발한다. 법익형량과정에서 상충하는 헌법적 법익의 비중과 중요성은 구체적 상황과 관계없이 절대적으로 결정되는 것이 아니라 구체적 상황에서 상대적으로 결정되는 것이다.[62]

(나) 입법자가 형법상의 낙태죄를 구체적으로 형성하는 경우와 같이, 산모의 임신과 출산에 관한 자기결정권과 태아의 생명권이 서로 대치하면서 충돌하는 경우, 서열이론에 따른다면, 구체적인 개별상황의 고려와 관계없이 추상적으로 태아의 생명권이 산모의 자기결정권에 대하여 우위를 차지하므로 입법의 내용이 이미 헌법적으로 결정된다. 그 결과, 서열이론에 의하면, 낙태의 전면금지를 규정하는 낙태죄규정만이 헌법의 의사에 부합한다.

그러나 실제적 조화의 이론에 의하면, 태아의 생명권과 산모의 행복추구권이라는 헌법적 법익이 서로 충돌하는 경우, 입법자는 낙태죄에서 낙태의 허용범위를 정함에 있어서 법익형량을 통하여 양 법익이 조화와 균형의 상태에 이르도록, 즉 가능하면 태아의 생명도 보호하면서 산모의 자기결정권도 효력을 발휘할 수 있도록 규율해야 한다. 이에 따라, 입법자는 헌법의 정신을 기본지침으로 삼아, 임신초기의 일정 기간 동안에는 낙태를 정당화하는 특정 사유가 존재하는 경우에 한하여 낙태를 허용하면서, 일정 기간이 경과한 후에는 낙태를 전면적으로 금지함으로써 태아의 생명권을 보호하는 등, 헌법에 부합하는 다양한 내용의 입법을 할 수 있는 형성권을 가진다.

(4) 실제적 조화의 이론과 과잉금지원칙의 관계

과잉금지원칙은 그 구조상 법익의 충돌(개인의 자유와 공공복리의 충돌) 및 수단(자유권의 제한)과 목적(자유권의 제한을 통하여 달성하고자 하는 공익)의 관계를 전제로 하고 있다. 과잉금지원칙은 개인의 자유와 공익이 충돌하는 경우 공익의 실현을 위하여 개인의 자유가 과도하게 제한되어서는 안될 것을 요청한다. 따라서 국가가 개인의 자유와 공익이라는 양 법익을 동

62) 유사한 취지로 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.), 329면.

시에 완전히 실현할 수 없기 때문에, 상충하는 법익간의 조화와 균형을 이루어야 하는 경우, 과잉금지원칙은 자유권과 그를 제한하는 공익 사이의 비례적 조정과 경계설정의 원칙으로서 적용된다. '자유와 공익 사이의 실제적 조화'를 구현하는 방법이 바로 과잉금지원칙이다.[63] 실제적 조화의 원칙은 기본권과 공익 사이의 비례적 조정을 요청한다.[64] 기본권과 공익이 서로 충돌하는 경우, 양 법익이 모두 최대한으로 효력을 발휘할 수 있도록 양자 사이에 경계가 설정되어야 한다. 즉, 공익과 기본권 사이의 조화를 실현하기 위하여 반드시 필요한 정도를 넘어서 양자 사이에 경계가 그어져서는 안 된다. 이러한 점에서, '과잉금지원칙'은 자유권의 영역에서 실제적 조화의 원칙이 구체화된 특수한 형태라고 할 수 있다.

마. 법익형량의 이론

독일연방헌법재판소는 류트(Lüth) 결정(BVerfGE 7, 198)에서 기본권충돌을 해결하는 방법으로서 법익형량의 이론을 제시한 이래, 지금까지도 이를 확고한 입장으로 견지하고 있다. 법익형량이론이란, 개별사건의 모든 본질적인 상황을 고려하는 구체적 법익형량을 통하여[65] 가능하면 양 법익을 조화시키고자 시도하고 이것이 실현될 수 없다면 어떠한 법익이 후퇴해야 하는지를 밝힘으로써 법익충돌을 해결하고자 하는 이론을 말한다.[66] 연방헌법

63) 특히, 법익균형성의 단계에서 실제적 조화의 원칙에 따른 법익형량이 이루어진다.

64) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1984, Rn.318

65) Vgl. BVerfGE 7, 198, 229(Lüth), "민사법원은 표현의 자유의 의미를 사법상의 불법행위규정에 의하여 보호되는 법익(재산권)의 가치와 형량해야 하는데, 그 결정은 모든 본질적 상황을 고려하여 개별사건의 전체모습을 고찰해야만 내려질 수 있다."; BVerfGE 30, 173, 195(Mephisto), 예술의 자유와 인격권이 충돌하는 상황에서 "결정은 단지 개별사건의 모든 상황을 형량함으로써만 내려질 수 있다,"; BVerfGE 35, 202, 203(Lebach), 범죄자의 인격권과 언론의 보도의 자유가 충돌하는 상황에서 "양 헌법적 법익 중에서 어떠한 것도 원칙적으로 절대적 우위를 주장할 수 없다. 개별사건에서 인격권에 대한 침해의 정도는 대중의 알고자 하는 이익과 형량해야 한다."

66) Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.79ff., 84ff. ; BVerfGE 35, 202, 225

재판소는 '법원의 재판에 의하여 개인의 기본권이 침해당했다는 주장으로 제기되는 재판소원'에서, 법원이 구체적 소송사건에서 상충하는 헌법적 법익을 고려하여 양 법익을 최대한으로 실현하고자 하였는지, 즉 법익형량의 위헌여부를 판단하는 과정에서 기본권충돌을 확인하고 법익형량의 이론에 따라 법익형량이 이루어졌는지를 심사하고 있다. 여기서 연방헌법재판소가 법익간의 우위관계를 언급한다면, 이는 서열이론에 따른 추상적인 우위관계가 아니라 개별사건마다 구체적인 법익형량의 결과로서 밝혀지는 우위관계이라는 것에 유의해야 한다.[67] 연방헌법재판소가 법익형량의 원칙에 따라 헌법적 법익간의 충돌문제를 해결한다는 것은 개별사건의 모든 구체적 상황을 고려하여 각 헌법적 법익을 지지하는 관점의 형량을 통하여 해결한다는 것을 의미하고, 이 과정에서 법익형량의 원칙은 필연적으로 실제적 조화의 원칙과 만나게 된다.[68] 연방헌법재판소의 법익형량은 '실제적 조화의 원칙에 따른 법익형량'을 의미한다. 실제적 조화의 원칙에 따른 비례적 이익조정의 결과로서 충돌하는 법익간의 경계가 설정되고, 이로써 어떠한 법익이 우선하는지 또는 후퇴하는지가 밝혀진다.

학계에서는 기본권충돌의 해결방안으로서 '법익형량의 이론'을 별도로 언급하고 있으나, 법익형량의 이론은 기본권충돌을 해결하기 위한 구체적 방

(Lebach), "헌법의 의사에 의하면 양 법익은 모두 헌법의 자유민주적 기본질서를 구성하는 본질적 요소이므로, 어떠한 법익도 원칙적인 우위를 주장할 수 없다. … 그러므로 양 법익은 충돌상황에서 가능하면 조화의 상태로 이끌어져야 하고, 이것이 실현될 수 없다면 개별사건의 구체적 상황을 고려하여 어떠한 법익이 후퇴해야 하는지를 판단해야 한다."

67) 국내의 일부 학자(가령, 계희열 헌법학 中, 2004, 126면)가 법익형량의 이론을 서열이론과 유사한 것 또는 동일한 것으로 간주한다면, 이는 독일연방헌법재판소의 결정이유에서 헌법적 법익간의 충돌상황을 법익형량을 통하여 해결하면서 법익형량의 결과로서 하나의 법익에 우위를 부여하는 것을 헌법적 법익간의 '추상적 우위관계의 확인'으로 잘못 이해한 것에서 기인한다고 본다.

68) 기본권의 충돌은 구체적 사건에서의 법익형량을 통하여 해결되며, 기본권충돌의 해결방법으로서 실제적 조화의 이론에 따라 구체적인 법익형량이 이루어져야 한다는 것은 독일연방헌법재판소의 일관되고도 확립된 판례이다, vgl. v. Münch, in : Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Vorb. Art.1-19 Rn.47.

안이 아니라, 개방적 헌법의 적용방법 또는 헌법적 결정에 이르는 방법이 '법익형량'임을 표현하고 강조하는 것에 지나지 않는다. 기본권충돌을 비롯하여 헌법적 법익간의 충돌은 법익형량을 통하여 해결할 수밖에 없고, 법익형량의 과정에서 기본권충돌의 해결방안으로는 상위의 법익과 가치를 일방적으로 실현하고자 하는 '기본권의 서열이론'과 충돌하는 법익 사이의 정당한 조정을 추구하고자 하는 '실제적 조화의 이론'만이 고려될 수 있을 뿐이다.

위에서 확인한 바와 같이, 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일하게 합헌적인 법익형량의 방법이 바로 실제적 조화의 원칙이므로, 법익형량이란 충돌하는 법익간의 실제적 조화를 추구하는 법익형량, 즉 비례적 법익형량만을 의미할 수 있을 뿐이다. 결국, 헌법적 법익간의 형량은 실제적 조화의 이론에 따른 법익형량 외에 다른 것을 의미할 수 없다. 이러한 점에서, 법익형량의 이론은 실제적 조화의 이론과 사실상 동일한 의미를 가진다.[69]

3. 서열이론을 적용한 판시내용의 문제점

가. 헌법재판소는 "흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것"이라는 이유로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권임을 확인하고 있다. 그러나 흡연권은 '사생활의 자유'라는 하나의 기본권에 헌법적 근거를 두고 있지만 혐연권은 '사생활의 자유와 생명권'이라는 2개의 기본권에 헌법적 근거를 두고 있다는 관점에서, 상충하는 법익을 양적으로 계량화하여 우위관계를 설정한다는 것이 얼마나 불합리한 논증인지에 관하여는 자세한 설명을 요하지 않는다. 헌법상의 법익이나 가치가 양적으로 계량화될 수 있는 무게를 가질 수 없다. 뿐만 아니라, '사생활의 자유'와 '생명권'이라는 기본권 사이에 헌법이 예정하는 추상적인 우위관계가 존재하지 않으며, 단지 조

69) 유사한 견해로 홍성방, 헌법학(上), 2010, 382면 ; 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.), 329면 주 34) 및 35)

건부 우위관계, 즉 구체적 또는 상대적 우위관계만이 있을 뿐이다. 헌법재판에서 문제되는 것은, 어떠한 조건과 상황 하에서 어떠한 헌법적 법익이 우선하는지 또는 후퇴하는지에 관한 것이다. 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일한 합헌적인 방법은 위에서 상술한 바와 같이 실제적 조화의 이론이라는 점에서, 헌법재판소가 서열이론에 따라 흡연권에 대한 혐연권의 추상적 우위를 인정한 것은 중대한 오류에 속한다.

나. 대상결정의 또 다른 문제점은, "이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있다"는 것을 확인한 다음, 이어서 과잉금지원칙에 따라 구체적인 법익형량을 하고 있다는 점이다. 헌법재판소가 기본권충돌상황에서 상위기본권우선의 원칙(서열이론)에 따라 기본권간의 우열관계를 추상적·절대적으로 확인하였다면, 구체적 상황과 관계없이 하위의 기본권은 상위의 기본권의 실현을 위하여 후퇴해야 할 것이다. 따라서 헌법재판소가 서열이론을 따른다면, 상위의 기본권을 위하여 하위의 기본권을 후퇴시킨 이 사건 심판대상조항은 헌법적으로 하자가 없으므로, 위헌심사는 이미 이 단계에서 종결되어야 한다. 그러나 헌법재판소는 서열이론에 따라 기본권간의 우열관계를 추상적으로 확인한 다음, 이어서 다음 단계에서 과잉금지원칙에 따라 개별사건에서의 구체적 상황을 고려하는 법익형량을 시도함으로써 상충하는 법익간의 실제적 조화의 여부를 판단하고 있다. 결국, 헌법재판소는 이 사건에서 서열이론과 실제적 조화의 이론을 단계적으로 함께 적용하는 중대한 논리적 모순을 보이고 있다.

한편, 흡연의 자유가 제한될 수 있다는 것을 논증하기 위하여 헌법재판소가 상충하는 기본권간의 우열관계를 확인하였다면, 이러한 작업은 불필요하다. 하위의 기본권이든 상위의 기본권이든 모든 기본권은 절대적으로 보장되는 것이 아니라 기본권행사로 인하여 법익충돌의 가능성이 존재하는 경우에는 항상 제한될 수 있기 때문이다. 따라서 헌법재판소가 서열이론을 통하

여 흡연권제한의 가능성이나 당위성을 논증하고자 하였다면, 헌법적으로 잘못된 이론에 근거하여 불필요한 시도를 한 것이다.

Ⅴ. 대상결정에서 기본권충돌의 상황을 확인하는 것이 필요한지의 문제

1. 입법단계에서 제기되는 문제로서 기본권충돌

기본권충돌의 상황이란, 입법자가 법률을 통하여 일정 생활영역을 규율함에 있어서 서로 대립적인 이익을 가지는 양 기본권주체의 기본권을 함께 고려해야 하는 경우, 양 기본권주체가 국가에 대하여 자신의 기본권을 주장함으로써 언제나 발생하는 현상이다. 가령, 입법자가 행정법이나 형법 등을 통하여 사인에 의한 기본권침해로부터 사인의 기본권을 보호하기 위하여 입법을 하는 경우(보호의무의 이행) 또는 입법자가 사법을 통하여 사인간의 이익을 조정하면서 일방의 이익을 위하여 일방의 이익을 후퇴시키는 경우, 예외 없이 기본권충돌의 문제가 발생한다. 따라서 입법에서 기본권충돌의 문제는 상충하는 기본권을 함께 고려하여 이익조정을 해야 하는 '입법과정'에서 일반적으로 발생하는 일상적인 현상이다.

그렇다면, 헌법재판소가 이 사건 심판대상조항의 위헌여부를 판단함에 있어서 '입법과정에서의 기본권충돌상황'을 확인하는 것이 사안의 해결을 위하여 필요한 것인지, 어떠한 의미를 가지는 것인지의 문제가 제기된다. 헌법재판소는 종래 하나의 기본권을 보호하기 위하여 다른 기본권을 제한하는 법률의 위헌여부가 문제된 대부분의 사건에서 기본권충돌의 문제를 전혀 언급하지 아니하고 과잉금지원칙에 따라 판단하였다.[70]

70) 가령, 헌법재판소는 교통사고처리특례법 사건(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등)이나 미국산 쇠고기수입의 위생조건에 관한 고시 사건(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419) 등에서 입법자가 기본권보호의무를 제대로 이행하였는지의 여부가 문제되었음에도 불구하고 기본권충돌의 문제를 언급조차 하지 아니하였다.

2. 입법결과에 대한 위헌심사의 기준으로서 과잉금지원칙

특정 생활영역에서 기본권충돌이 발생하는 경우(가령, 흡연행위로 인하여 타인의 건강과 생명이 위협받는 경우), 입법자는 이 사건 심판대상조항과 같이 기본권충돌을 확정적으로 해결하는 구체적인 입법을 할 수도 있고, 또는 개괄조항의 형태(가령, 사법상의 불법행위조항)로 규율하면서 개별 소송사건에서 발생하는 기본권충돌의 궁극적인 해결을 법원에 맡길 수도 있으며, 아니면 전혀 규율하지 않을 수도 있다. 입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하는 형태로 입법을 통하여 기본권충돌을 확정적으로 규율하는 경우, 헌법재판에서 문제되는 것은 기본권충돌을 해결하고자 시도한 결과인 법률의 위헌여부이다. 입법자가 특정 생활영역을 규율함에 있어서 상충하는 기본권을 고려하여 이익조정을 하는 경우 실제적 조화의 원칙에 따라 법익형량을 하게 되는데, 상충하는 기본권간의 조정을 시도하는 바로 이러한 입법단계에서 기본권충돌과 그 해결방법은 문제되는 것이다. 그러나 일단 법익형량의 결과인 입법자의 결정(법률)이 위헌심사의 대상이 되는 경우, 여기서 문제되는 것을 '기본권충돌'이 아니라 '법률에 의한 기본권제한'이므로, 기본권충돌을 언급하고 그 해결방법을 확인하는 것은 불필요하다.[71]

기본권이 서로 충돌하는 상황에서 입법자는 하나의 기본권을 보호하기 위하여 입법을 할 수 있으며, 이로써 '개인의 기본권보호'를 '공익'으로 전환할 수 있다. 입법자는 개인의 복리를 공동체의 복리로 파악함으로써 사익을 공익으로 전환할 수 있는 것이다. 입법자가 개인의 기본권보호를 위하여 입법을 하는 경우, 개인의 기본권보호는 타인의 기본권제한을 정당화하는 입법목적이 된다. 입법자는 공동체의 이익뿐만 아니라 사익도 입법목적으로 추구할 수 있으며, 가령 개인의 명예 보호 또는 태아의 생명권 보호와 같은

71) 유사한 취지로 홍성방, 헌법학(上), 2010, 382면.

개인의 기본권보호를 위해서도 개입할 수 있다. 따라서 개인의 기본권보호는 기본권의 제한을 정당화하는 입법목적으로서 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 해당한다. 기본권이 서로 충돌하는 상황에서 입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하기로 결정하는 경우, 입법에 의하여 보호되는 개인의 기본권이 공익으로 전환됨으로써, '기본권충돌'이 '공익과 기본권의 충돌'로 전환된다. 공익을 실현하기 위하여 자유권이 제한되는 경우, '자유와 공익 사이의 실제적 조화'를 구현하는 방법이 바로 과잉금지원칙이다. 그렇다면, 이 사건 심판대상조항의 위헌심사는, 입법자가 개인의 건강권과 생명권 보호를 이유로 개인의 흡연의 자유를 과도하게 침해하는지의 판단, 즉 과잉금지원칙에 의한 심사로 귀결된다.

3. 헌법재판에서 기본권충돌이 문제되는 경우

헌법재판에서 기본권충돌이 문제되고 그 해결방법이 논의되어야 하는 경우란, 입법자가 구체적인 입법을 통하여 기본권충돌상황을 스스로 확정적으로 규율하지 않았기 때문에, 법관이 구체적인 소송사건에서 스스로 법익형량을 해야 하는 경우이다. 즉, 입법자가 상충하는 법익간의 관계를 확정적으로 정하지 않았기 때문에, 법관이 개괄조항 등 해석을 요하는 사법조항의 해석과 적용의 과정에서 대립하는 양 당사자의 기본권을 고려해야 하고, 이로써 스스로 법익형량을 통하여 상충하는 기본권간의 조화를 시도해야 하는 경우이다. 따라서 헌법재판에서 기본권충돌이 문제된다면, 이는 구체적 소송사건에서 법관의 법익형량의 결과인 재판이 헌법소원의 형태로 또는 상소에 의하여 헌법재판소나 상급심법원에 의한 위헌심사의 대상이 되는 경우이다. 독일의 헌법재판에서도 상충하는 기본권간의 법익형량이 문제된 것은 예외 없이 법원의 재판에 대한 헌법소원에서 법원의 법익형량의 위헌여부가 심판대에 오른 경우이며, 독일연방헌법재판소에 의하여 형성된 소위 '법익형량의 이론'도 법원의 재판에 대한 헌법소원에서 법원의 법익형량의 타당

성을 판단하기 위한 것이다.[72] 따라서 이 사건에서 헌법재판소가 법원의 재판이 아니라 입법자의 법률에 대한 위헌심사를 하면서 기본권충돌과 그 해결방법을 언급한 것은 불필요하고 무의미할 뿐만 아니라, '기본권충돌이 어느 곳에서 언급되고 논의되어야 하는지'에 관하여 제대로 인식하지 못하고 있음을 드러내고 있다.

Ⅵ. 맺는말

1. 헌법재판소가 이 사건에서 '흡연을 할 자유'(흡연권)와 '흡연을 하지 아니할 자유'(혐연권) 사이의 기본권충돌을 언급하였다면, 이는 잘못된 것이다. 흡연권과 혐연권을 대치시키는 것은 결국 동일한 자유의 적극적 측면과 소극적 측면을 대치시키는 것이다. 적극적인 자유로서 흡연권과 소극적인 자유로서 혐연권 사이에서 기본권의 충돌은 발생하지 않는다. 흡연권과 충돌하는 것은, 흡연권의 소극적 자유인 혐연권이 아니라 타인의 흡연에 의하여 위협받는 법익, 즉 제3자의 건강권과 생명권이다. 따라서 흡연자의 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 흡연의 자유와 이로 인하여 위협받는 제3자의 건강권과 생명권이 서로 충돌하고 대치하는 것이다.

2. 헌법재판소가 서열이론에 따라 흡연권에 대한 혐연권의 추상적 우위를 인정한 것은 중대한 오류에 속한다. 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일한 합헌적인 방법은 실제적 조화의 이론이다. 기본권충돌의 경우 문제가 되는 것은, 기본권 사이의 일반적이고 추상적인 우위관계가 아니라, 개별사건의 구체적인 상황을 고려하여 어떠한 기본권이 후퇴하는지 또는 우선하

72) Vgl. BVerfGE 7, 198, 229(Lüth), 사법상의 불법행위규정의 해석에 있어서 재산권과 표현의 자유가 충돌하는 경우 ; BVerfGE 30, 173, 195(Mephisto), 예술의 자유와 인격권이 충돌하는 경우 ; BVerfGE 35, 202, 203(Lebach), 인격권과 보도의 자유가 충돌하는 경우 ; BVerfGE 67, 213, 228(Anachronistischer Zug), 예술의 자유와 인격권이 충돌하는 경우.

는지를 판단하는 구체적이고 개별적인 법익형량에 관한 것이다.

대상결정의 또 다른 문제점은, 서열이론에 따라 기본권간의 우열관계를 추상적으로 확인한 다음, 이어서 다음 단계에서 과잉금지원칙에 따라 개별 사건에서의 구체적 상황을 고려하는 법익형량을 시도함으로써 상충하는 법익간의 실제적 조화의 여부를 판단하고 있다는 점이다. 헌법재판소가 기본권충돌상황에서 서열이론에 따라 기본권간의 우열관계를 추상적·절대적으로 확인하였다면, 구체적 상황과 관계없이 하위의 기본권은 상위의 기본권의 실현을 위하여 후퇴해야 할 것이다. 따라서 헌법재판소가 서열이론을 따른다면, 상위의 기본권을 위하여 하위의 기본권을 후퇴시킨 이 사건 심판대상조항에 대한 위헌심사는 이미 이 단계에서 종결되어야 한다. 그러나 헌법재판소는 이 사건에서 '서열이론'과 '실제적 조화의 이론이 구체화된 형태인 과잉금지원칙'을 단계적으로 함께 적용하는 중대한 논리적 모순을 보이고 있다.

3. 입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하는 형태로 입법을 통하여 기본권충돌을 확정적으로 규율하는 경우, 헌법재판에서 문제되는 것은 기본권충돌을 해결하고자 시도한 결과인 법률의 위헌여부이다. 법익형량의 결과인 입법자의 결정(법률)이 위헌심사의 대상이 되는 경우, 여기서 문제되는 것을 '기본권충돌'이 아니라 '법률에 의한 기본권제한'이므로, 기본권충돌을 언급하고 그 해결방법을 확인하는 것은 불필요하다. 기본권이 서로 대립적인 이해관계를 가지고 충돌하는 상황에서 입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하기로 결정하는 경우에는 입법에 의하여 보호되는 개인의 기본권이 공익으로 전환됨으로써, '기본권충돌'이 '공익과 기본권의 충돌'로 전환된다. 그렇다면, 이 사건 심판대상조항의 위헌심사는, 입법자가 개인의 건강권과 생명권 보호를 이유로 개인의 흡연의 자유를 과도하게 침해하는지의 판단, 즉 과잉금지원칙에 의한 심사로 귀결된다.

4. 헌법재판에서 기본권충돌이 문제되고 그 해결방법이 논의되어야 하는 경우란, 입법자가 구체적인 입법을 통하여 상충하는 법익간의 관계를 확정적으로 규율하지 않았기 때문에, 법관이 개괄조항 등 해석을 요하는 사법조항의 해석과 적용의 과정에서 대립하는 양 당사자의 기본권을 고려해야 하고 이로써 스스로 법익형량을 통하여 상충하는 기본권간의 조화를 시도해야 하는 경우이다. 따라서 헌법재판에서 기본권충돌이 문제된다면, 이는 구체적 소송사건에서 법관의 법익형량의 결과인 재판이 헌법소원의 형태로 또는 상소에 의하여 헌법재판소나 상급심법원에 의한 위헌심사의 대상이 되는 경우이다. 따라서 이 사건에서 헌법재판소가 법원의 재판이 아니라 입법자의 법률에 대한 위헌심사를 하면서 기본권충돌과 그 해결방법을 언급한 것은 불필요하고 무의미할 뿐만 아니라, '기본권충돌이 어느 곳에서 언급되고 논의되어야 하는지'에 관하여 제대로 인식하지 못하고 있음을 드러내고 있다.

헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457결정 (금연구역지정 사건)에 대한 판례평석

[국문초록]

1. 개방성과 추상성이라는 헌법규범의 특수성으로 인하여 헌법규범을 적용하는 방법은 일반적인 법규범의 적용방법인 포섭이 아니라 상충하는 헌법적 법익간의 형량이다. 헌법재판의 결정과정은 본질적으로 법익형량의 과정이다. 문제는 어떠한 방법으로 법익형량이 이루어져야 하는지에 관한 것이다. 법익형량의 방법으로서 서열이론과 실제적 조화의 이론 사이의 근본적인 차이는 헌법과 입법자의 관계를 어떻게 이해하는지의 관점의 차이에 있다. 서열이론의 경우, 헌법이 법익충돌 문제를 헌법적 법익간의 위계질서의 확정을 통하여 스스로 해결하고자 하는 반면, 실제적 조화의 이론은 법익충돌의 문제를 개별 상황마다 구체적 법익교량을 통하여 해결하도록 입법자에게 위임하고 있다.

서열이론은 입법자를 헌법을 실현하고 구체화하는 창조적 형성행위(정치)의 주체가 아니라 헌법에 이미 확정된 것을 확인하고 집행하는 헌법의 집행자로 간주한다는 점에서, 사회형성을 입법자에게 위임하고 있는 민주국가의 헌법에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 서열이론이 전제로 하는 헌법적 법익간의 위계질서는 규범적으로 확인될 수도 없고 확정될 수도 없다는 점에서 적용이 불가능한 이론이다. 기본권충돌을 비롯하여 헌법적 법익간의 충돌을 해결하는 유일한 합헌적인 방안은 실제적 조화의 원칙이다. 실제적 조화의 원칙은 기본권충돌뿐만 아니라 헌법적 법익간의 모든 충돌상황에서 해결책으로 적용되는 일반적인 헌법원칙이다. 헌법제정자가 모든 헌법규범을 의도적으로 수용하였고 이러한 헌법규범들이 하나의 통일체를 형성한다면, 헌법규범간의 충돌상황이 발생하는 경우에는 모든 헌법규범이 고려되고 존중되어야 한다는 사고인 '헌법의 통일성의 원칙'으로부터 나오는 당연한 요청이

실제적 조화의 원칙이다.

주제어
기본권의 충돌, 포섭과 법익형량, 실제적 조화의 원칙, 서열이론, 법익형량의 원칙, 적극적 자유, 소극적 자유, 과잉금지원칙

[Abstract]

Der Vorgang, in dem das Verfassungsgericht zu einer Entscheidung gelangt, ist im wesentlichen ein Vorgang der Güterabwägung. Die im nächsten zu stellende Frage lautet, wie die Abwägung erfolgen sollte. Als Möglichkeiten der Abwägung kommen der Gedanke einer Rangordnung der Grundrechte und das Prinzip praktischer Konkordanz in Betracht. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten liegt darin, wie man das Verhältnis zwischen der Verfassung und dem Gesetzgeber verstehen soll. Bei der Gedanke einer Rangordnung löst die Verfassung selbst die Kollisionsfrage durch die Festlegung der Rangordnung der Verfassungswerte, während das Prinzip praktischer Konkordanz die Lösung der Kollisionsfrage dem Gesetzgeber überträgt. Der Gedanke einer Rangordnung ist nicht nur mit der demokratischen Verfassung, die konkrete Gestaltung der Gesellschaft dem Gesetzgeber anvertraut, unvereinbar, sondern er ist auch für sich unanwendbar, da eine feste Rangordnung in der Verfassung weder feststellbar noch aufstellbar ist. Daher als die einzige mit der Verfassung zu vereinbarende Möglichkeit, die Kollision der Verfassungswerte zu lösen, stellt sich das Prinzip praktischer Konkordanz dar. Es ist ein allgemeines Verfassungsprinzip, das sich nicht nur auf die Grundrechtskollision sondern auch auf alle Kollision Verfassungswerte bezieht und sich aus dem Prinzip der Einheit der Verfassung ergibt.

참고 문헌

[국내문헌]

계희열, 헌법학(中) (2004).

권영성, 헌법학(2010).

김철수, 헌법학개론(2007).

이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.).

한수웅, 헌법학(2011).

한수웅, 헌법상의 人格權, -특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般的 人格權 및 헌법 제17조의 私生活의 保護에 관하여-, 헌법논총 제13집(2002).

한수웅, 헌법 제37조 제2항의 過剩禁止原則의 意味와 適用範圍, 저스티스 (2006. 12.).

허 영, 한국헌법학(2010).

홍성방, 헌법학(上) (2010).

[외국문헌]

R. Alexy, Theorie der Grundrechte(1994).

v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland(1984).

Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollision(1974).

Bethge, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW(1982).

Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98(1973).

D. Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in : HbStR Bd.I, §1.

Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD(1984).

Isensee, Die verdrängte Grundpflichten des Bürgers, DÖV(1982).

Kluth, Das Übermaßverbot, JA(1999).

Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht(1961).

D. Merten, Negative Grundrechte, in : Handbuch der Grundrechte II, 2006, §42.

Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 2000, 5. Aufl.

Ossenbbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd.I(1976).

W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II(1976).

H. H. Rupp, Einteilung und Gewichtung der Grundrechte, in : HbGR II, 2006, §36.

Schmitdt-Aßmann, Der Rechtsstaat, HdbStR Bd.II, 3. Aufl., 2003, §26.

Stern, Staatsrecht III/2(1994).

Starck, Die Verfassungsauslegung, in : HdbStR VII, 1992, §164.

Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat(1981).

Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht(2005).

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論　　題	筆　者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 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의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論　　題	筆　者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 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

論　　題	筆　者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 硏究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調査硏究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論　　題	筆　者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許　營	169
美國判例法上 過度한 廣範性의 原則	李 東 洽	201
憲法硏究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 旣判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論　　題	筆　者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟：現行 命令・規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力의 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論　　題	筆　者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
判斷主義的 憲法槪念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 硏究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等槪念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의 財産權 槪念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論　　題	筆　者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

論　　題	筆　者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裵 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 硏究	鄭 宗 燮	239
選擧區劃定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의 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論　　題	筆　者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 爀	121
憲法學論 및 憲法學 敎育	崔 大 權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分의 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓 秀 雄	481

第 7 輯(1996年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法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 强度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗敎의 自由	桂 禧 悅	61
兒童・靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동・청소년의 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 중심으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 평결방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

論　　題	筆　　者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本의 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財産權保障	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 晳 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
集會의 自由－集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論　　題	筆　者	收錄面數
相續制度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 硏究	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
自由權的 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 産權保障 - 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 게재키로 결정되어 제10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論　　題	筆　者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選擧活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 硏究	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 違憲審査基準	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 (飜譯 : 桂禧悅)	481

第 12 輯(2001年)

論　　題	筆　者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問硏究의 自由	金 善 擇	229
選擧와 法治 그리고 美國民主主義	裵 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論　　題	筆　者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넌(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 國會議員選擧制度의 違憲性 - 헌재 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

論　　題	筆　者	收錄面數
憲法上의 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般的 人格權 및 헌법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論　　題	筆　者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 관점 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杙	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 교육행정정보시스템(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 旣判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論　　題	筆　者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法의 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
搜査上 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 杙	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 - 헌재결 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論　　題	筆　者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 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

第 17 輯(2006年)

論　　題	筆　者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論　　題	筆　者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李承桓	299
私人을 위한 公用收用의 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 공무담임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池成洙	501

第 18 輯(2007年)

論　　題	筆　者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金時徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金顯哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧熙範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明載眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 '결정이 있는 날로부터'에 대한 해석론을 중심으로 -	史奉官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李明雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李俊相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓渭洙	341

第 19 輯(2008年)

論　　題	筆　者	收錄面數
헌법재판과 입법	許　營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金哲洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所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 헌재의 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

第 20 輯(2009年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴容相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金顯哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南福鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明載眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李垈根	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

第 21 輯(2010年)

論　　題	筆　　者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李時潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴容相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金敏培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜査權	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 역내사법기구에 대한 전망	李鎬善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曺瑛植	525

版　　權
所　　有

憲 法 論 叢 (第22輯)

2011年　11月　25日　印刷

2011年　11月　30日　發行

發行處 : 憲法裁判所

주　소 : 서울 종로구 가회로 15(재동 83)
전　화 : (代) 708～3456
인　쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)