

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구  
2024-E-2

2024 제2호(통권 제65호)

# 세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소  
헌법재판연구원



# 목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제2호 소개 / 비교헌법연구팀장 최규환

## ◆ 최신 세계헌법판례

### ■ 유럽인권재판소

공무원인 교사의 파업할 권리 / 책임연구원 장효훈 ..... 3

### ■ 미국

미국 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하는 ‘진정한 위협’의  
주관적 요건 / 책임연구원 장효훈 ..... 27

### ■ 독일

국가채무제한 등 재정에 관한 헌법 규율에 위배되는 추가경정예산법의  
위헌성 / 책임연구원 김태호 ..... 49

### ■ 오스트리아

공영방송의 독립성과 다원성에 위배되는 방송공사법 조항의 위헌성  
/ 책임연구원 김태호 ..... 63

## ◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) ..... 77

## ◆ 국외통신원 소식

- 독일의 선거에 관한 사법심사에서의 헌법적 논의 – 베를린 주헌법재판소 및 연방헌법재판소의 최근 결정을 중심으로 – ..... 83

### 알림

『세계헌법재판 조사연구보고서』 2024 제2호(통권 제65호)는 헌법재판연구원에서 2024년 2월에 메일로 보내드린 『세계헌법재판 조사연구』 뉴스레터를 책자로 발간한 것임.

## 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제2호 소개

### □ 최신 세계헌법판례

유럽인권재판소는 <공무원인 교사의 파업할 권리> 사건에서, 공무원 신분인 교사가 근무시간에 파업에 참여한 데 대해 독일 정부가 징계처분을 내린 것은 정당한 목적을 달성하기 위해 법률에 근거하여 민주사회에 필요한 비례적인 제한을 한 것이므로, 유럽인권협약 제11조를 위반한 것이 아니라고 판단하였습니다.

미국 연방대법원은 <미국 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하는 ‘진정한 위협’의 주관적 요건> 사건에서, ‘폭력에 관한 진정한 위협’은 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖에 있는 표현이지만, 위협적이지 않은 표현까지도 자기검열을 하는 위축효과를 방지하기 위해서는 주(州) 당국이 표현행위자에게 ‘무모성’ 수준의 의사가 있었다는 형사처벌의 주관적 요건에 대한 입증책임을 부담하여야 한다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <국가채무제한 등 재정에 관한 헌법 규율에 위배되는 추가경정예산법의 위헌성> 사건에서, 연방의회가 코로나19 팬데믹 사태를 국가채무제한의 예외사유인 ‘비정상적인 긴급상황’에 해당한다고 보아 제1차 추가경정예산법을 통과시킨 후 그 증액된 차입예산이 필요 없게 되자 이를 에너지기후기금으로 이전해 사용하기 위해 해당 회계연도 종료 후 제2차 추가경정예산법을 제정하여 소급적용한 것은, 독일 기본법 제109조 제3항, 제110조 제2항 제1문, 제115조 제2항이 규정하는 국가재정에 관한 규율에 위배되어 무효라고 판단하였습니다.

오스트리아 연방헌법재판소는 <공영방송의 독립성과 다원성에 위배되는 방송공사법 조항의 위헌성> 사건에서, 방송공사법 규정이 공영방송사의 감독 및 통제기관인 재단이사회와 시청자위원회의 구성에 연방정부가 과도한 영향력을 행사할 수 있도록 하는 등 방송의 독립성 및 다원적 구성에 관한 방송헌법조항을 위반하고 있다고 결정하였습니다.

## □ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

## □ 국외통신원 소식

독일 통신원의 <독일의 선거에 관한 사법심사에서의 헌법적 논의-베를린 주헌법재판소 및 연방헌법재판소의 최근 결정을 중심으로->에서는 2021년 9월 26일 실시된 베를린의 동시선거와 관련하여 베를린 주의회 및 구의회 선거에 대한 베를린 주(州) 헌법재판소의 결정과 베를린 선거구에서 실시된 연방의회 선거에 대한 연방헌법재판소의 결정을 소개하였습니다. 재선거를 명령한 이 결정들을 통해 독일의 선거에 관한 사법심사에서 선거관리위원회의 선거 준비 및 진행 과정상의 하자에 적용되는 실질적 판단기준을 알 수 있습니다.

최신 세계헌법판례

# 유럽인권재판소

┃ 공무원인 교사의 파업할 권리 / 책임연구원 장효훈



## 공무원인 교사의 파업할 권리<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

4명의 청구인들은 공무원 신분을 가진 주립학교 교사들로 독일의 각기 다른 주에서 일하고 있었다. 그들은 ‘교육 및 과학 노동조합(Trade Union for Education and Science)’의 조합원들이었다. 청구인들 모두는 교사의 근로조건이 악화되고 있는 것에 항의하기 위해 위 노동조합이 주최한 파업에 참여했다. 이후 청구인들은 근무시간에 파업에 참여하여 공무원으로서의 의무를 위반한 데 대하여 징계를 받아 각각 견책 또는 과태료를 부과받았다.

청구인들은 위 징계 결정을 취소시키기 위해 행정법원에 소를 제기하였지만 받아들여지지 않았다. 행정법원은 청구인들이 파업에 참여함으로써 직무상의 의무를 위반하였다고 판단하였다. 행정법원은 기본법 제33조<sup>2)</sup> 제5항에 따른 직업공무원제도의 전통적 원칙이 공무원의 파업행위를 금지함으로써 기본법 제9조 제3항<sup>3)</sup>이 보장하는 공무원의 결사의 자유가 제한된다고 판시하였다. Schleswig-Holstein, Stade, Osnabrück 행정법원은 공무원의 파업금지가 설사 유럽인권협약(이하 ‘협약’) 제11조에 위배된다고 보더라도, 이러한 파업금지는 기본법 제33조 제4항 및 제5항에 명시된 헌법적 원

1) Humpert and Others v. Germany [GC], nos. 59433/18, 59477/18, 59481/18 and 59494/18, 14 December 2023.

#### 2) 독일 기본법 제33조 (공직과 공무원)

- ① 모든 독일인은 모든 주에서 국민으로서 동등한 권리와 의무를 갖는다.
- ② 모든 독일인은 그 적성·능력 및 전문성에 따라 모든 공직에 동등하게 취임할 수 있다.
- ③ 시민 및 국민의 권리 향유, 공직취임 그리고 공직근무에서 취득한 권리는 종교적 신조에 영향을 받지 않는다. 모든 사람은 특정 신앙이나 세계관을 갖거나 갖지 않는다는 이유로 불이익을 받지 않는다.
- ④ 고권적 권한의 행사는 계속적 과제로서, 통상 공법상 근무관계와 충성관계에 있는 공무원에게 위임된다.
- ⑤ 직업공무원제도의 전통적 원칙들을 고려하여 공무원법을 규율하고 계속 발전시켜야 한다.

#### 3) 독일 기본법 제9조 제3항 (결사의 자유)

근로조건과 경제조건을 유지와 개선을 위하여 단체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 모든 직업과 관련하여 보장된다. 이 권리를 제한하거나 방해하고자 하는 협약은 무효이며, 이를 목적으로 하는 조치는 위법이다. 제12a조, 제35조 제2항 및 제3항, 제87a조 제4항과 제91조에 의한 조치는, 제1문에서 뜻하는 단체가 근로조건과 경제조건의 유지와 개선을 위하여 하는 노동쟁의에 대해서는 취해질 수 없다.

칙의 본질에 속한 것이기 때문에 협약 제11조에 맞춰 기본법의 해석을 변경할 수 없다고 실시하였다. Niedersachsen 고등행정법원도 Schleswig-Holstein, Stade, Osnabrück 행정법원과 동일한 판단을 내렸다. 청구인들의 행정소송은 독일 연방행정법원(이하 ‘연방행정법원’)에서도 기각되었다.

청구인들은 각각 이 사건 징계 결정에 대한 행정법원의 기각판결에 대하여 독일 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 공무원인 교사의 파업을 금지함에 따른 이 사건 징계 결정이 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되는, 근로 및 경제적 조건의 유지·개선을 위해 결사할 자유를 침해한다고 주장하였다. 또한 공권력 행사의 핵심요소와는 무관한 직무를 수행하는 공무원인 교사의 파업을 금지하는 것은 협약 제11조4)에 위배되는 것이기 때문에, 행정법원이 법률을 국제법에 합치되지 않게 해석한 것이라고 주장하였다.

2018년 6월 12일 독일 연방헌법재판소(이하 ‘연방헌법재판소’)는 청구인들의 헌법소원심판청구를 기각하였다.<sup>5)</sup> 연방헌법재판소는 공무원의 파업은 금지된다는 전제 아래 청구인들에게 내려진 이 사건 징계 결정은 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되는 청구인들의 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 또한 독일법에 따른 공무원의 파업금지가 협약 제11조 및 파업에 관한 유럽인권재판소(이하 ‘본 재판소’)의 선례를 위반한 것도 아니라고 판단하였다.

연방헌법재판소는 기본법 제9조 제3항이 공무원을 포함한 모든 사람에게 적용된다고 보았다. 이 조항은 단체교섭 과정에서 노동조합에 의해 조직된 파업을 포함하는 단체행동까지 보장한다. 공무원의 권리와 의무는 법률에 규정되어 있기 때문에 공무원은 단체협약의 적용을 받을 수 없고 노동조합이 그들을 위해 단체협약을 체결할 수 없을지라도, 이러한 단체행동은 기본법 제9조 제3항의 보호영역에 속한다. 따라서 청구인들에 대한 이 사건 징계결정은 노동쟁의에 참여할 수 있는 가능성을 제한하는

#### 4) 유럽인권협약 제11조 (집회 및 결사의 자유)

- ① 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위해 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가지며, 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다.
- ② 이러한 권리의 행사에 대해서는 국가안보 또는 공공의 안전을 위해, 무질서나 범죄의 방지를 위해, 보건이나 도덕의 보호를 위해 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요하고 법이 정하는 경우를 제외하고는 어떠한 제한도 가할 수 없다. 이 조항에도 불구하고 국가의 군대, 경찰, 또는 행정부 구성원이 이러한 권리를 행사하는 것에 대해서는 합법적인 제한을 부과할 수 있다.

5) 연방헌법재판소 2018. 6. 12. 결정 2 BvR 1738/12 등. 헌법재판연구원, 공무원 파업의 금지는 합헌, 세계헌법재판동향, 2018년 제6호(2018-E-6) 참고.

것이므로, 결사를 형성하여 자신들의 근로 및 경제적 조건을 보호할 권리를 제한하는 것임을 인정하였다. 그러나 이러한 제한은 정당한 것으로 연방헌법재판소는 판시하였다. 결사의 자유는 다른 헌법적 가치, 특히 기본법 제33조 제5항이 규정하는 직업공무원제도의 전통적 원칙에 따라 한계가 설정될 수 있다는 것이다. 모든 공무원에 대해 그 신분을 근거로 파업을 금지하는 것은 직업공무원제도의 전통적 원칙 가운데 하나라는 것이 잘 정립된 선례이다. 이는 안정적인 행정 유지와 국가기능의 수행이라는 정당한 목적을 추구한다.

한편, 연방헌법재판소는 협약 제11조를 적용하더라도 이 사건 공무원의 파업금지는 법률에 근거한 것이라고 실시하였다. 이 사건 징계조치는 교육을 제공하고 학교 시스템을 보장할 국가의 임무를 수행함으로써 공공행정을 유지하기 위한 것이었고, 따라서 무질서를 예방하기 위한 목적에서 취해진 것이라고 보았다. 연방헌법재판소는 파업권이 아직은 협약 제11조에 따른 노동조합을 결성하여 가입할 권리의 본질적 내용을 구성하지 않는다고 보았다. 오히려 유럽인권재판소가 노동조합의 자유의 제한과 관련하여 다음과 같은 변별점을 두었다는 점을 강조하였다. 입법적인 제한이 노동조합 활동의 핵심적인 영역을 제한하는 경우 입법자는 더 적은 재량의 여지를 가지므로 더 큰 정당화 논거를 제시해야 하는 반면, 노동조합의 자유에서 부차적이거나 보조적인 영역을 제한할 경우에는 국가에 주어지는 재량의 여지가 더 커지고 그 제한이 비례적일 가능성 또한 커진다고 판시했다는 것이다. 이러한 맥락에서 볼 때, 공무원의 파업금지, 특히 공무원인 교사의 파업금지는 협약 제11조 제2항 제1문에 따라 정당화된다고 실시하였다. ‘교육 및 과학 노동조합’은 공무원인 교사와 계약직 국가근로자인 교사 모두를 대표하지만, 이 노동조합은 계약직 국가근로자 신분인 교사들만을 대상으로 사용자단체와 단체교섭을 하였다. 단체협약이 공무원에게 적용되지도 않는다. 왜냐하면 공무원의 근로조건을 결정할 권한은 의회만이 배타적으로 가지고 있고 계약직 국가근로자에 대한 단체협약을 공무원에게도 적용할지 여부와 적용범위 또한 의회가 결정할 사항이기 때문이다. 이 사건 청구인들이 파업에 참여한 것은 그 단체교섭의 결과가 자신들에게도 적용되도록 하려는 노력의 일환이었기 때문에, 청구인들의 파업 참여는 단지 파업을 지원하기 위한 부차적인 파업 유사의

6) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014.

것이어서 협약 제11조가 보장하는 핵심영역에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건에서 국가에 부여된 재량의 여지가 넓다고 연방헌법재판소는 판시하였다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. 법정의견

#### 가. 협약 제11조 위반에 대한 판단

청구인들은 근무시간에 파업에 참여한 데 대한 징계조치 및 이 징계조치의 근거가 된 공무원 파업의 원칙적 금지가 협약 제11조가 명시적으로 규정한 집회 및 결사의 자유를 침해한다고 주장한다.

##### (1) 적법성에 대한 판단

본 재판소는 이전에 구 유럽인권위원회가 협약 제11조에 따라 독일을 상대로 제기된 사건을 다루었다고 본다.<sup>7)</sup> 그 사건은 독일법에 따라 공무원은 파업을 할 수 없음에도 불구하고, 조합의 운영위원으로서 조합원들, 주로 교사인 조합원들에게 파업에 참여하도록 독려한 공무원 신분의 교사에게 내려진 징계조치에 관한 것이었다. 독일법이 공무원에게 그들의 특수한 위치를 고려하여 파업할 권리를 부여하지 않은 점과 결사의 자유가 파업권 부여 외의 다른 방식에 의해서도 보장될 수 있다는 점에 주목하여 당시 유럽인권위원회는 해당 징계조치가 그 자체로 결사의 자유를 침해하는 것은 아니며 협약 제11조에 근거한 주장은 완전히 근거 없는 것이라고 결론을 내렸었다.

이 사건에서 제기된 쟁점이 구 유럽인권위원회가 다루었던 사건의 쟁점과 유사하고 관련된 독일의 제도도 그대로 유지되고 있지만, 구 유럽인권위원회의 결정 이래로 협약 제11조에 대한 본 재판소의 선례가 확장되고 있음을 고려할 때 본 재판소는 협약 제11조에 대한 이 사건 청구가 협약 제35조 제3항 제a호<sup>8)</sup>가 규정하고 있는 완

---

7) S. v. Federal Republic of Germany, no. 10365/83, Commission decision of 5 July 1984, Decisions and Reports 39, p. 237.

8) 유럽인권협약 제35조 (적법요건) 제3항 제a호

유럽인권재판소는 제34조에 따른 개별적 청구가 협약 및 추가의정서의 조항과 합치하지 않는 경우, 또는 완전히 근거가 없는 경우 부적법하다고 선언해야 한다.

전히 근거 없는 청구는 아니라고 본다. 본 재판소는 이 사건 청구가 다른 어떠한 근거에 의하더라도 부적법하지 않다고 본다. 따라서 이 사건 청구는 적법하다.

## (2) 본안에 대한 판단

### ① 이 사건에 적용되는 원칙

#### (가) 노동조합의 자유에 대한 본 재판소의 태도

노동조합의 자유는 독립적인 권리가 아니라 협약 제11조에 따라 인정되는 결사의 자유의 구체적인 일부이다.<sup>9)</sup> 협약 제11조는 노동조합의 조합원들에게 조합을 통해 그들의 이익을 지키기 위해 발언할 권리를 부여하는 데 그칠 뿐, 국가의 특정한 조치로부터 그들을 보호하지는 않는다. 협약이 요구하는 것은 협약 제11조에 위배되지 않는 조건으로 국내법에 따라 조합원의 이익을 보호할 수 있는 노동조합이 결성될 수 있어야 한다는 것이다.<sup>10)</sup> 협약 제11조 제2항은 해당 조항의 범위로부터 어떠한 직업 단체도 배제하지 않는다. 기껏해야 국가 당국이 그 근로자 중 특정한 사람들을 제한할 수 있을 뿐이다.<sup>11)</sup> 협약은 공권력을 보유한 체약국의 역할과 사용자로서의 책임을 구분하지 않으며, 협약 제11조 또한 그러하다. 반면에 협약 제11조 제2항은 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원일 경우 국가가 ‘적법한 제한’을 부과할 수 있다고 전제하면서도 그러한 근로자의 집회 및 결사의 자유 역시 존중할 의무가 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 협약 제11조는 근로자와의 관계가 공법으로 규율되는지 혹은 사법으로 규율되는지와 무관하게 ‘사용자로서의 국가’를 구속한다.<sup>12)</sup> 노동조합의 자유에 대해 본 재판소가 접근하는 기본 법리는 *Demir and Baykara* 결정<sup>13)</sup>에서 다음과 같이 실시되었다.

“협약 제11조에 명시된 결사의 자유의 실체적 내용과 관련된 선례의 발전은 두 가지 지도적 원칙에 의해 특징지어진다. 첫째, 본 재판소는 노동조합의 자유를 보호하기 위하여 국가가 재량의 범위 내에서 취한 조치를 종합적으로 고려한다. 둘째, 본 재판소는 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 주고, 그 요소가 없다면 노동조합의 자유를 무의미하게 하는 제한은

9) *Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania*, no. 46551/06, § 57, 16 June 2015.

10) *Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania* [GC], no. 2330/09, § 134, ECHR 2013 (extracts).

11) *Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania* [GC], no. 2330/09, § 145, ECHR 2013 (extracts).

12) *Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey*, no. 28602/95, § 29, ECHR 2006 II.

13) *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008.

허용하지 않는다. 두 원칙은 모순되지 않으며 서로 연관되어 있다. 이 연관 관계는, 협약 제 11조를 준수하기 위해 어떠한 조치를 취할 것인지 결정할 자유가 해당 계약국에 원칙적으로 인정되지만, 본 재판소의 선례에 따라 정립된 본질적 내용 요소를 고려할 의무도 있다는 것을 의미한다.”

본 재판소는 위와 같은 지도원칙들에 따라 선례를 통해 노동조합을 결성하고 가입할 권리, 직장폐쇄 협약의 금지, 조합원을 대신하여 노동조합이 사용자에게 발언하고 설득할 권리, 노동관계의 발전과 관련하여 사용자와 단체교섭을 할 권리 등을 포함하여 노동조합의 자유의 본질적 내용 요소를 완결되지 않은 목록으로 정립해 왔고, 이는 매우 구체적인 사례들을 제외하면 원칙적으로 본질적 내용 중 하나가 되어 왔다.<sup>14)</sup>

본 재판소에서 문제된 제한이 자유의 본질적 내용에 영향을 주었는지 판단할 때에도 사건의 모든 상황과 노동조합의 자유를 보호하기 위해 국가에 의해 취해진 조치의 전반적인 면을 고려하여 비례성 심사를 수행해야 한다.<sup>15)</sup>

본 재판소가 협약 문언의 의미와 개념을 규명할 때에는 협약 이외의 국제법 내용, 권한이 있는 기관의 해석, 그리고 공통적인 가치가 반영된 유럽 국가들의 관행들을 고려할 수 있으며 고려해야 한다. 전문적인 국제적 법률문서 및 계약국들의 관행에서 드러나는 모든 합의는 본 재판소가 구체적인 사건에서 조항을 해석·적용할 때 고려 사항이 될 수 있다.<sup>16)</sup> 동시에 본 재판소의 관할권은 협약의 내용에 의해 제한된다. 본 재판소는 당사국이 국제노동기구(ILO)나 유럽사회헌장(European Social Charter)의 관련 기준을 준수하였는지 여부를 판단할 수는 없다.<sup>17)</sup>

---

14) Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 95, 10 June 2021; Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania [GC], no. 2330/09, § 135, ECHR 2013 (extracts); and Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, §§ 145 and 154, ECHR 2008.

15) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 154, ECHR 2008; Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, no. 28602/95, ECHR 2006 II; Sørensen and Rasmussen v. Denmark, [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, §§ 64-65 and 76, ECHR 2006 I; Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 94, 10 June 2021.

16) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 85, ECHR 2008.

17) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 106, ECHR 2014; Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 98, 10 June 2021.

## (나) 파업할 권리

본 재판소는 지금까지 파업금지가 협약 제11조에 따른 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치는지 여부에 관하여 판단을 열어 놓았었다.<sup>18)</sup> 파업권은 노동조합이 그들의 목소리를 내도록 하며, 그 조합원들의 이익을 보호하고 방어하기 위한 중요한 수단이 된다.<sup>19)</sup> 파업행위는 노동조합에 의해 조직되는 한 협약 제11조에 따라 명확하게 보호된다.<sup>20)</sup>

따라서 파업금지는 노동조합이 그 조합원의 이익을 보호할 권리를 제한하는 것으로 간주되어야 하며 노동조합 결사의 자유를 제한하는 것이다.<sup>21)</sup> 하지만 파업할 권리가 곧 승리할 권리를 의미하지는 않는다.<sup>22)</sup> 본 재판소도 파업권이 절대적이지 않다고 설시한 바 있다. 파업권은 특정의 요건과 제한에 구속된다.<sup>23)</sup> 특히 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 공무원에게 부과되는 파업금지는 노동조합의 자유에 합치한다.<sup>24)</sup> 마찬가지로 주민에게 필수적인 서비스를 제공하는 근로자의 파업할 권리 또한 제한될 수 있지만,<sup>25)</sup> 특정 범주에 속하는 근로자의 파업권을 전면적으로 금지하기 위해서는 국가가 이러한 제한의 필요성을 정당화할 수 있는 확실한 증거를 제시하여야 한다.<sup>26)</sup>

18) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; *Association of Academics v. Iceland (dec.)*, no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

19) *Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia*, no. 36701/09, § 59, 27 November 2014; *Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway (dec.)*, no. 38190/97, 27 June 2002; and *Ognevenko v. Russia*, no. 44873/09, §§ 55 and 70, 20 November 2018.; *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, § 24, 21 April 2009; *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain*, no. 45892/09, § 32, 21 April 2015.

20) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; *Association of Academics v. Iceland (dec.)*, no. 2451/16, § 24, 15 May 2018; *Barış and Others v. Turkey (dec.)*, no. 66828/16 and 31 others, § 45, 14 December 2021.

21) *UNISON v. the United Kingdom (dec.)*, no. 53574/99, ECHR 2002-I; *Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia*, no. 36701/09, § 49, 27 November 2014.

22) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; *Association of Academics v. Iceland (dec.)*, no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

23) *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, nos. 30668/96 and 2 others, § 45, ECHR 2002-V; *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, § 32, 21 April 2009; *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain*, no. 45892/09, § 33, 21 April 2015.

24) *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, § 32, 21 April 2009; *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain*, no. 45892/09, § 33, 21 April 2015.

25) *Ognevenko v. Russia*, no. 44873/09, § 72, 20 November 2018; *Association of Academics v. Iceland (dec.)*, no. 2451/16, 15 May 2018.

이와 관련하여 본 재판소는 파업권이 노동조합이 조합원의 이익을 보호하는 기능을 수행할 수 있는 가장 중요한 수단 중 하나지만, 다른 수단 또한 존재한다는 점을 강조한다.<sup>27)</sup> 파업권에 대한 제한이 협약 제11조에 합치하는지 여부를 결정할 때, 본 재판소는 노동조합의 자유를 보장하기 위해 국가가 취한 조치를 종합적으로 고려하여야 한다. 협약 제11조에 합치하기 위해서는 노동조합의 파업권을 제한함으로써 말미암아 그 조합원들이 보수나 근로조건을 저하하려는 시도에 무방비로 노출되는 실질적이고 즉각적인 불이익의 효과가 발생해서는 안 된다.<sup>28)</sup>

파업금지가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미쳐서 그 자유를 무의미하게 만드는지 여부는 구체적인 상황에 따라 달라지기 때문에, 추상적으로 또는 파업금지만을 단독으로 검토해서는 판단될 수 없다.<sup>29)</sup> 오히려 노동조합을 보호하기 위해 피청구국이 취한 조치의 종합적인 면, 노동조합이 발언하고 그 조합원들의 이익을 보호할 수 있도록 주어진 다른 대안들, 자신의 이익을 방어하기 위해 조합원에게 부여된 권리를 고려하여 해당 사건의 전반적인 상황을 평가하는 것이 필요하다. 단체교섭권과 파업권은 밀접하게 연관되어 있으므로 단체교섭을 통해 근로조건이 결정될 수 있는지 등 노동관계 구조와 관련된 다른 측면들 또한 고려되어야 한다. 해당 분야 및 그 근로자의 직무 내용과 특성 역시 고려되어야 한다.

따라서 파업금지가 특정 상황에서 노동조합의 자유를 무의미하게 만들어 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미쳤는지 여부는 이 사건의 모든 상황을 고려한 평가를 통해 결정되어야 한다. 하지만 구체적인 맥락에서 파업금지가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치지 않았더라도, ‘주요한’ 또는 ‘직접적인’ 단체행동과 관련된 것이라면 이는 노동조합 활동의 핵심에 영향을 끼친 것일 수 있다.<sup>30)</sup>

국가의 조치가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치거나,<sup>31)</sup> 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 것도 아니고 주민에게 필수적인 서비스를 제공하는 것도 아

26) *Ognevenko v. Russia*, no. 44873/09, § 73, 20 November 2018.

27) *Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway (dec.)*, no. 38190/97, 27 June 2002.

28) *UNISON v. the United Kingdom (dec.)*, no. 53574/99, ECHR 2002-I.

29) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; *Association of Academics v. Iceland (dec.)*, no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

30) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014

31) *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, § 58, ECHR 2006 I.

닌 공공부문 근로자들의 ‘주요한’ 또는 ‘직접적인’ 단체행동을 심각하게 제한하는 등<sup>32)</sup> 노동조합 활동의 핵심을 저해한다면, 국가에 인정되는 재량의 여지는 줄어들 것이다.

반면, 파업권에 대한 실질적인 제한이 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 공무원과 관련되어 있거나<sup>33)</sup> 노동조합의 -핵심적이지 않은- 부수적인 활동과 관련된 것이라면,<sup>34)</sup> 국가의 재량의 여지는 늘어날 것이다.

## ② 이 사건에의 적용

### (가) 권리에 대한 제한 유무

본 재판소는 청구인들이 더 나은 근로조건을 요구하기 위해 파업했다는 이유, 즉 다른 사람들과 함께 몇 시간 동안 수업을 중단하고 그 시간 동안 청구인들이 조합원으로 가입한 노동조합에 의해 조직된 시위에 참여했다는 이유로 이 사건 징계조치가 내려졌다고 본다. 이 사건 징계조치는 시위와 관련하여 취해진 조치라는 점에서 청구인들의 집회의 자유와 일응 관련성을 가지지만, 근무시간 외에 그러한 시위를 참여했더라면 청구인들은 징계를 받지 않았을 것이다. 즉 이 사건 징계조치는 청구인들의 집회의 자유를 제한한 것이 아니다. 오히려 이 사건 징계조치의 본질은 청구인들이 신분을 근거로 한 공무원의 파업금지 규정을 위반하여 노동조합이 조직한 업무중단에 참여한 데 대하여 제재를 받은 것이었다. 따라서 이 사건 징계조치는 노동조합의 자유의 한 측면인 청구인들의 결사의 자유를 제한하였다.<sup>35)</sup> 따라서 본 재판소는 이 사건을 집회의 자유 측면이 아닌 결사의 자유 측면에서만 검토한다.<sup>36)</sup>

### (나) 권리 제한의 정당성 여부

본 재판소는 공무원 신분인 교사로서 청구인들이 협약 제11조 제2항의 입법목적에

32) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014.

33) Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain, no. 45892/09, §§ 37-41, 21 April 2015.

34) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014.

35) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 109, ECHR 2008; Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania, no. 46551/06, § 57, 16 June 2015; Ognevenko v. Russia, no. 44873/09, § 57, 20 November 2018.

36) İsmail Sezer v. Turkey, no. 36807/07, § 41, 24 March 2015.

부합하는 ‘행정부의 구성원’에 해당하는지 여부를 판단할 필요는 없다고 본다. 그러나 본 재판소는 ‘행정부’의 개념이 좁게 해석되어야 한다는 점을 강조한다.<sup>37)</sup>

협약 제11조 제2항 제1문에 따라 정당화되기 위해서는 이 사건 제한이 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 추구하고 이 정당한 목적을 달성하기 위해 ‘민주사회에서 필요한’ 것에 해당하며 ‘법률에 근거한’ 제한이었다는 점이 밝혀져야 한다. ‘민주사회에서 필요한’ 것으로 여겨지기 위해서는 이 사건 제한이 ‘긴급한 사회적 필요’를 위한 것이어야 하고, 국가가 이를 정당화하기 위해 제시한 이유의 관련성이 충분해야 하며, 그 제한과 추구하는 정당한 목적 사이의 비례관계가 입증되어야 한다. 이를 위해 개인의 이익과 전체로서의 사회의 경합하는 이익이 공정하게 비교형량되어야 한다.<sup>38)</sup>

#### (㉠) 이 사건 징계조치가 ‘법률에 근거’했는지 여부

청구인들은 그들에게 내려진 징계조치가 법률에 근거하지 않았다고 주장한다. 본 재판소는 이 사건 징계조치가 공무원의 일반적인 의무와 무단결근 금지를 규정한 「공무원의 지위에 관한 법률」 및 각 주의 공무원법의 조항들과 함께 해석되는 기본법 제33조 제5항을 근거로 했다는 점에 주목한다. 기본법이나 어떠한 법령도 공무원의 파업을 명시적으로 금지하지는 않았지만, 연방헌법재판소는 수십 년 동안 일관되게 기본법 제33조 제5항이 모든 공무원에 대해 파업금지를 규정한다고 해석해 왔다. 연방행정법원 또한 공무원의 파업행위가 기본법 제33조 제5항에 따른 직업공무원제도의 전통적 원칙에 위반된다고 일관되게 판시해 왔다.

본 재판소는 연방행정법원이 4번째 청구인의 소송에서 취한 입장에 주목한다. 연방행정법원은 기본법 제33조 제5항이 협약에 대치되는 방식으로 해석되어서는 안 되며, 기본법과 협약 사이의 충돌은 의회가 해결해야 하고, 의회가 문제삼지 않는 한 기본법 제33조 제5항에 따른 공무원의 파업금지 조항은 유효하다고 판시하였다. 따라서 이 사건에서 문제된 제한은 협약 제11조 제2항에 따른 ‘법률에 근거한 것’이었다.

#### (㉡) 정당한 목적 유무

본 재판소는 공무원의 파업금지가 공무원에게 주어진 업무가 효율적으로 수행되도

37) *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 67, Series A no. 323; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, no. 35972/97, § 31, ECHR 2001-VIII; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 97 and 107, ECHR 2008.

38) *Association of Academics v. Iceland* (dec.), no. 2451/16, § 25, 15 May 2018.

록 보장함으로써 주민보호, 공익서비스 제공, 협약에 명시된 권리보장의 확보를 위한 양질의 행정을 제공하려는 전반적인 목적을 추구했다는 독일 정부의 주장을 받아들인다. 연방헌법재판소가 실시했듯이, 공무원의 파업금지는 독일에서 안정적인 행정을 유지하고 국가의 기능 수행을 보장하는 데 필수적인 것으로 여겨진다. 본 재판소는 공무원의 파업금지가 협약 제11조 제2항 제1문에 나열된 정당한 목적들 중 최소한 하나를 추구한다고 본다. 청구인들에게 내려진 이 사건 징계조치는 교육 시스템을 보장하고 기본법 제7조 제1항<sup>39)</sup> 및 협약 제1추가의정서 제2조<sup>40)</sup>에 명시된 교육권을 보호하기 위한 것이었다.

#### (ㄷ) ‘민주사회에 필요한지’ 여부

청구인들의 결사의 자유를 제한하는 것이 ‘민주사회에 필요한지’ 여부가 판단되어야 한다. 본 재판소의 역할은 관련된 국내법을 추상적으로 심사하는 것이 아니라, 그 국내법이 청구인들에게 미친 실질적인 영향이 협약 제11조가 규정한 권리를 침해하였는지를 심사하는 것이다.<sup>41)</sup> 그러나 이 사건에서 제기된 쟁점들, 더 구체적으로는 청구인들에게 내려진 이 사건 징계조치를 검토할 때, 본 재판소는 일반적인 맥락, 즉 독일에서 공무원 신분을 근거로 모든 공무원들에게 파업을 일반적으로 금지시키고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.<sup>42)</sup>

청구인들에 대한 징계조치가 ‘민주사회에 필요한지’ 여부를 결정하기 위해서는 이 사건 징계조치가 취해진 전체적인 사실관계와 법적인 맥락이 검토되어야 한다. 따라서 본 재판소는 공무원인 청구인들에 대한 파업금지의 효과가 적절했는지 그리고 그 금지가 노동조합의 자유를 무의미하게 만든 것은 아닌지를 확인해야 한다. 이를 위해 본 재판소는 다음의 사항을 확인한다. (i) 파업권 제한의 성격과 범위, (ii) 공무원 노동조합 및 공무원 스스로 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치, (iii) 공무원 파

39) 독일 기본법 제7조 제1항

모든 학교제도는 국가의 감독을 받는다.

40) 유럽인권협약 제1추가의정서 제2조 (교육을 받을 권리)

어느 누구도 교육을 받을 권리를 부정당하지 않는다. 국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는 데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 확보할 권리를 존중하여야 한다.

41) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 98, ECHR 2014.

42) Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 83 in fine, ECHR 2010.

업금지가 추구하는 목적, (iv) 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들, (v) 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성, (vi) 문제된 조치의 경중이다.

첫째, 파업권 제한의 성격 및 범위와 관련하여 본 재판소는 공무원 신분인 교사를 포함하여 모든 공무원에 대한 파업금지가 신분을 근거로 하며 절대적인 것이라고 본다. 따라서 청구인들을 포함하여 독일 공무원의 파업권에 대한 제한은 과중하다고 볼 수 있다. 본 재판소는 모든 공무원의 파업에 대한 원칙적인 금지가 분명히 협약에서 쟁점이 된다고 본다. 또한 본 재판소는 이와 관련하여 파업금지가 노동조합의 자유를 무의미하게 만들었는지를 평가하는 것은 여러 요소에 달려있음을 강조한다.

전문적인 국제기구 산하에 설립된 감시기구의 관행에 따르면 공무원의 파업행위 자체가 금지되어서는 안 된다는 경향이 강하게 보이고 있으며 이 경향이 체약국들의 관행에도 반영되어 있음을 본 재판소는 인정한다. 특정 분야의 공무원 또는 공공부문 근로자, 특히 국가를 대표하여 공권력을 행사하거나 필수적인 서비스를 제공하는 근로자들의 파업권을 금지하거나 제한할 수 있다는 전제에 대해 공감대가 형성되어 있음을 고려할 때 필수 서비스의 개념은 비록 그 정확한 의미에서는 차이가 있을 수 있더라도 엄격하게 해석되어야 하고 공교육을 포함하지 않는 것으로 이해되어야 한다고 보는 경향도 있다. 따라서 본 재판소는 피청구국의 입장, 특히 공무원의 파업을 전면적으로 금지하는 것이 전문적인 국제기구가 보이는 경향과 다르다는 점을 확인한다. 체약국들의 관행에서 나타나는 경향과 피청구국의 국제협약 준수에 대한 국제 감시기구의 부정적인 평가는 고려해 볼 요소이지만, 이러한 요소들 그 자체로 본 재판소가 이 사건 파업금지와 징계조치가 협약상 피청구국에 부여된 재량의 여지 내에 있는지를 판단하는 결정적인 기준이 되는 것은 아니다.<sup>43)</sup>

둘째, 공무원 노동조합과 공무원이 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치에 관하여, 본 재판소는 파업권이 노동조합이 조합원의 이익을 보호하고 조합원 자신이 스스로의 이익을 방어하는 데 중요한 수단임을 상기한다. 파업행위는 노동조합 활동의 중요 부분을 구성하지만, 본 재판소는 파업이 노동조합과 그 조합원이 자신의 근로관계상의 이익을 보호하기 위해 취할 수 있는 유일한 수단은 아니라는 점을 강조한다. 체약국들은 원칙적으로 노동조합의 자유가 무의미해지지 않는 선에서 협약 제

43) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 91 and 98, ECHR 2014.

11조를 준수하기 위하여 취할 수 있는 조치를 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 본 재판소는 독일 공무원 노동조합과 공무원들 스스로 자신의 근로관계상의 이익을 실질적으로 보호할 수 있는 다른 권리가 있는지 확인해야 한다.

본 재판소는 독일의 공무원들이 그들의 이익을 방어하기 위해 노동조합을 결성해 가입할 권리가 있으며, 청구인들이 그러한 권리를 활용했다는 점을 확인한다. 독일 내 최대 공무원 노동조합인 ‘공무원 협의회 및 단체교섭 노동조합(Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining)’은 전체 공무원의 50%를 대표했다. 또한, 독일에서는 공무원의 보수를 포함한 근로조건이 직업공무원제도의 전통적 원칙에 따라 노동조합과 국가 사이의 단체협약이 아닌 법령에 규정되어 있다. 공무원 노동조합들의 상위 조직은 공무원에 대한 법규범이 제정될 때 참여할 수 있는 법적 권리가 있다. 이러한 상위 조직이 새로운 입법에 참여하는 것은 단체교섭권이 없고 파업이 금지된 데 대한 대안으로서 공무원의 권리와 이익을 지키기 위한 것이다. 게다가 독일 직업공무원제도의 전통적 원칙인 ‘부양의 원칙’은 공무원에게 ‘적정한 보수’를 받을 개별적이고 집행가능한 헌법적 권리를 공무원에게 보장하는데, 이는 특히 공무원의 직급과 책임에 상응해야 하고 경제 및 재정 상황의 발전과 통상적인 생활수준에 부합하여야 한다. 의회는 이 원칙을 준수하기 위해 공무원의 보수를 계속해서 조정해야 할 의무가 있으며, 연방헌법재판소는 공무원 보수의 적정성을 판단할 구체적이고 세부적인 기준을 마련해 왔다. 연방헌법재판소가 몇몇 사건을 통해 공무원 보수가 기본법 제33조 제5항에 위배된다고 결정하면서 의회에 ‘부양의 의무’를 준수할 것을 요구했던 것에 비추보았을 때, 본 재판소는 공무원이 ‘적정한 보수’를 받을 개인의 헌법적 권리를 법원을 통해 행사할 실질적인 수단을 가지고 있다고 본다. 즉 공무원은 본질적인 근로조건 및 그와 관련된 자신의 이익을 방어할 실질적인 대안을 가졌고 이와 관련하여 노동조합의 도움을 받을 수 있다. 끝으로, 국내법은 공무원의 대표성이 보장되도록 규정하고 있다. 공무원들은 공무원 협의회를 통해 대표될 수 있고, 이 협의회는 공동결의권을 통하여 공무원과 관련된 직업적, 사회적, 조직적 사안에 참여할 권리를 가지며 관련 부서와 용역 계약을 체결할 수 있다.

셋째, 공무원의 파업금지가 추구하는 목적과 관련하여, 본 재판소는 보충적이고 법률상 행사 가능한 다른 기본권들과 함께 고려해 보았을 때 공무원의 파업금지가 양질의 행정 제공이라는 전반적인 목적을 추구한다는 독일 정부의 주장을 받아들인다. 권리와 의무의 상호적인 체계는 공공서비스에 부여된 기능의 효율적 수행을 보장하고,

이에 따라 다양한 상황에서 효율적인 공공행정을 통해 주민보호, 공익서비스 제공 및 협약에 명시된 권리의 보장에 이바지한다. 이와 관련하여, 본 재판소는 파업권에 대한 제한이 독일 정부 측의 사람들뿐만 아니라 다른 사람들의 권리를 보호하며 헌법, 협약 및 기타 인권조약에 따른 계약국의 적극적 의무를 이행하는 것이라고 본다.<sup>44)</sup> 이 사건 제한은 양질의 행정을 제공하기 위해 앞서 서술한 목적을 추구한 것이었다.

넷째, 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들과 관련하여, 국내법은 공무원에게 그들의 신분을 근거로 종신 근무에 대한 권리, 평생에 걸쳐 ‘적정한 보수’를 받을 권리 등 여러 권리를 부여한다. ‘공무원 협의회 및 단체교섭 노동조합’에 따르면, 독일에서 공무원은 공공부문의 계약직 국가근로자에 비해 더 높은 총 보수를 받으며 의료서비스나 연금에서 더 나은 조건을 보장받는다.

다섯째, 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성과 관련하여 볼 때 본 재판소는 독일에서 공무원의 파업이 전면적으로 금지된 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 공공부문 근로자의 62%에 해당하는 계약직 국가근로자가 파업권을 가지고 있었기 때문이다. 청구인들이 일한 주에서 주립학교 교사들은 원칙적으로 공무원 신분이나 계약직 국가근로자 신분 중 하나로 임용될 수 있었다. 청구인들은 공립학교 교사의 이원적인 신분 제도를 알고 있었다. 청구인들이 참여한 파업은 부분적으로 계약직 국가근로자 신분의 교사들을 지지하기 위해 조직되었으며, 청구인들이 본 재판소에 제기한 차별 문제에 대한 심판청구는 동일한 파업에 참여한 계약직 국가근로자 신분의 교사들은 제재를 받지 않았다는 점을 근거로 한 것이었다.

양 당사자는 공무원 신분에서 계약직 국가근로자 신분으로의 변경이 공무원이 자신의 면직을 요청하고 계약직 국가근로자로 재임용되는 것이라는 데 대해 동의한다. 청구인들은 면직된 공무원이 이후 계약직 국가근로자로 재임용되리라는 보장이 없다고 주장했지만, 독일 정부는 실제로 그러한 신분의 변화는 공무원이 면직을 신청하기 전에 협상된다고 주장했다. 따라서 면직신청이 공무원을 실직의 위협에 노출시킨다는 청구인들의 주장은 잘못되었다.

청구인들이 파업권을 가진 계약직 국가근로자 신분을 가진 교사로 재임용될 수 있었다는 것은 청구인들이 부담하는 파업금지 의무에 대해 비례성 심사를 할 때 고려

---

44) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 82, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 30, 15 May 2018.

되어야 한다.<sup>45)</sup> 피청구국은 주립학교 교사에게 그 신분에 대한 선택지를 제공하였을 뿐만 아니라 공무원 신분이 비록 파업을 금지당하지만 그 자체로 훨씬 더 매력적인 것으로 만듦으로써 주립학교에서의 파업 가능성을 근본적으로 줄였다는 사실을 인정한다.

마지막으로, 이 사건의 주요 쟁점은 금지 위반에 따른 제재의 경중보다는 파업금지의 효력이지만, 이 사건 조치의 경중과 관련하여 본 재판소는 첫 번째 청구인은 견책을 받았고 두 번째와 세 번째 청구인은 100유로의 과태료를 부과받았다는 점에 주목한다. 또한, 네 번째 청구인은 1,500유로의 과태료를 부과받았다가 300유로의 과태료로 감액되었다. 따라서 청구인들에게 내려진 징계조치는 과중하지 않았다.

### (3) 소결

앞서 실시한 내용에 따라 본 재판소는 공무원의 전면적인 파업금지가 그 성격상 과중하다고 본다. 파업권이 노동조합의 자유에 있어서 중요한 요소이지만, 파업행위는 노동조합이나 그 조합원이 자신의 이익을 보호하기 위한 유일한 수단은 아니며 계약국들은 원칙적으로 협약 제11조에 따라 국가가 원하는 조치를 결정할 자유가 있다. 이와 관련하여, 본 재판소는 피청구국에서 공무원과 그들의 노동조합에 자신의 이익을 방어하기 위한 다양한 제도적 수단들이 있었다는 점을 강조한다. 종합적으로 고려해 보았을 때, 본 재판소는 이러한 수단들이 노동조합과 그 조합원에게 그들의 이익을 실질적으로 방어할 수 있도록 했다고 본다.

또한 본 재판소는 이 사건에서 파업금지의 영향이, 피청구인 독일 정부가 제시하고 연방헌법재판소의 광범위한 평가에 반영된, 제한에 대한 -앞서 실시한- 치밀하고 설득력 있는 근거들보다 중한 것은 아니라고 본다. 특히 공무원 노동조합과 공무원이 자신의 이익을 실질적으로 방어하기 위해 취할 수 있었던 수단들을 종합적으로 고려해 보면, 파업금지는 공무원의 노동조합의 자유를 무의미하게 만들지 않았다. 따라서 파업금지는 협약 제11조가 보호하는 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 주지 않는다. 게다가 청구인들에게 내려진 징계조치는 과중하지 않았으며, 효율적인 공공행정을 통해 협약에 명시된 권리를 보호하기 위한 목적을 추구하였다.

따라서 본 재판소는 이 사건에서 청구인에게 내려진 조치가 피청구국에 부여된 재

45) *Travaš v. Croatia*, no. 75581/13, 4 October 2016; *Savickis and Others v. Latvia* [GC], no. 49270/11, § 183, 9 June 2022.

량의 범위를 초과하지 않았으며 중요하고 정당한 목적을 추구하는 데 있어 비례적이었다고 결론 내린다. 따라서 협약 제11조는 위반되지 않았다.

#### 나. 협약 제11조와 결부된 협약 제14조 위반에 관한 판단

파업에 참여한 데 대해 징계를 받은 공무원 신분의 교사인 청구인들은 파업에 참여했지만 징계를 받지 않은, 사법(私法)에 따라 고용된 교사들과 비교하여 협약상 권리를 누리는 데 차별을 당했다고 주장했다. 그들은 협약 제11조와 결부된 협약 제14조46)를 인용하였다.

반면, 독일 정부는 청구인들의 주장이 국내법상 구제절차를 소진하지 않았기 때문에 협약 제35조 제1항47)에 따라 부적법하다고 주장했다. 청구인들이 연방헌법재판소에서 협약 제14조의 위반이나 이에 상응하는 평등권의 위반을 주장하지 않았다는 것이다.

본 재판소는 4명의 청구인들 중 3명이 연방행정법원에서 사법에 따라 고용된 교사들과의 차별을 주장하지 않았다는 점에 주목한다. 또한, 나머지 한 명의 청구인도 이를 충분히 언급하지 않았다고 본다. 따라서 본 재판소는 독일 정부의 주장을 받아들이며 이 부분은 국내 구제절차를 소진하지 않았기 때문에 부적법하다고 선언한다.

#### 다. 협약 제6조 제1항의 위반에 관한 판단

청구인들은 또한 연방헌법재판소가 국제 노동법에서 공무원으로서 파업할 권리가 인정된다는 자신들의 본질적인 주장을 다루지 않았다고 하며 협약 제6조 제1항48)에 따라 이 사건 청구를 제기하였다. 독일 정부는 협약 제6조 제1항을 위반하지 않았다고 주

#### 46) 유럽인권협약 제14조 (차별 금지)

본 협약에서 명시된 권리와 자유의 향유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 출신 국가 또는 사회계층, 소수민족과의 관련성, 재산, 출생 또는 기타 신분을 포함하여 어떠한 사유로 인한 차별 없이 보장된다.

#### 47) 유럽인권협약 제35조 (적법요건) 제1항

유럽인권재판소는 일반적으로 인정된 국제법 원칙에 따라 모든 국내의 구제절차가 소진된 이후, 그리고 최종 결정이 내려진 날로부터 6개월 이내의 사건만을 다룰 수 있다.

#### 48) 유럽인권협약 제6조 (공정한 재판을 받을 권리) 제1항

모든 사람은 민사상의 권리와 의무 또는 자신을 상대로 제기된 형사소추의 결정을 위하여 법에 따라 설립된 독립적이고 공평한 법원에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개 심리를 받을 권리를 가진다. 판결은 공개적으로 선고되며, 다만 민주사회의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 미성년자의 이익이나 당사자들의 사생활 보호를 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 정의의 이익을 해할 특별한 사정이 있다고 법원이 판단하는 경우 엄격히 필요한 한도 내에서 언론 또는 대중에 대하여 재판의 전부 또는 일부가 공개되지 아니할 수 있다.

장하였다. 연방헌법재판소는 공무원의 헌법상 권리와 관련된 청구인들의 주장, 구체적으로는 협약과 본 재판소의 관련 결정에 관한 청구인들의 주장을 광범위하게 다루었다. 그 과정에서 연방헌법재판소는 국제 노동법이 본 재판소의 선례에 미치는 영향 또한 실시하였다.

본 재판소는 협약 제6조 제1항이 판결의 이유를 제시할 의무를 법원에 부과하지만, 모든 주장에 대해 상세한 답변을 요구하는 것으로까지는 이해될 수 없음을 강조하였다.<sup>49)</sup> 따라서 본 재판소는 연방헌법재판소가 파업권에 관한 국제 노동법상의 의무를 포함하여 독일의 국제적인 의무를 충분히 다루었고 청구인들의 청구를 기각하는 구체적인 이유를 명시적으로 제시했다고 본다.<sup>50)</sup> 따라서 협약 제35조 제3항 제a호에 따라 이 주장은 완전히 근거가 없다.

#### 라. 법정의견의 결론

전술한 이유들로 인해 본 재판소는, 만장일치로, 협약 제11조에 대한 청구는 적법하지만 이외의 청구들은 적법하지 않다고 결정한다.

16대 1의 표결로, 협약 제11조가 위반되지 않았다고 결정한다.

## 2. RAVARANI 재판관의 보충의견

나는 동료들과 함께, 공무원에게 적용되는 전면적인 파업금지에도 불구하고 파업에 참여했다는 이유로 청구인들에게 내려진 징계조치가 협약 제11조를 위반하지 않았다는 데 대해 동의한다.

독일은 교육 분야에서 이원적인 진로를 가지고 있으며, 둘 사이에서 선택할 수 있고 심지어 한 쪽에서 다른 쪽으로 바꿀 수 있는 권리도 부여한다. 중요한 것은, 어떤 진로를 택할 것인지에 대해 처음부터 선택권을 가지고 있으며 공무원인 교사는 계약직 국가근로자로 신분을 변경할 수 있다는 점이다. 이 점은 내가 협약 제11조의 위반이 없었다는 편에 서도록 하였다.

그러나 나는 추가적인 설명을 해야 할 필요성을 느낀다. 나는 정당한 목적과 징계조치의 비례성에 의구심이 든다. 회원국의 재량의 여지가 어느 정도이든, 이 사건에

49) *Perez v. France* [GC], no. 47287/99, § 81, ECHR 2004-I.

50) *Petrović and Others v. Montenegro*, no. 18116/15, §§ 41 and 43, 17 July 2018.

서 쟁점이 되는 것은 파업권에 대한 단순한 제한이 아니라 특정 범주의 사람들에게 부과된 전면적인 금지였다. 이는 그들의 활동 특성을 기반으로 한 것이 아니라 공무원이라는 신분을 기반으로 한 것이었다.

비례심사에서 파업금지의 정당한 목적으로서 그리고 징계조치가 추구하는 타당한 목적으로서 양질의 행정은 문제가 되지 않지만, 다른 사람의 권리를 보호하기 위해 특정 사람들의 권리가 전면적으로 금지당하는 것이 정당화될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 실제로 파업이란 본래 다른 사람의 권리에 영향을 미치는 것이기 때문에 그러한 전면금지의 정당성을 인정하기는 어려운 일이다. 파업의 목적이 곧 혼란을 만들고 다른 사람에게 영향을 미치려는 것 아닌가? 다른 사람의 권리보호를 파업금지의 정당한 목적이자 비례적인 수단으로 여긴다면, 이는 모든 분야에서의 파업금지를 허용하는 물꼬를 트는 것이 아닐까?

연방헌법재판소는 교육을 국가행정의 핵심적인 부분이자 협약 제11조 제2항에 따라 파업권이 제한될 수 있는 영역으로 보았다. 국제기구는 일반적으로 교육권을 필수 서비스로 여기지 않는다. 본 재판소의 일관된 선례에 따르면, 협약은 아무런 맥락 없이 해석될 수 없으며 가능한 한 협약의 일부를 구성하는 다른 국제법 규칙과 조화롭게 해석되어야 한다.<sup>51)</sup> 여기서 본 재판소가 취한 입장은 거의 모든 국제기구가 채택한 입장과 현저한 차이를 보인다.

독일 정부에 따르면, 공무원의 파업금지는 ‘다양한 변수로 특징지어지는 통합적인 시스템’의 일부이므로 파업금지는 다양한 요인에 의해 균형을 이루고 있다고 주장한다. 여기서 ‘부양의 원칙’과 종신 근무는 중요한 근거가 되는 반면, 충실의무, 예상가능한 진로, 완전한 헌신, 중립의무는 왜 공무원들로 하여금 파업을 하지 못하도록 하는가? 사적인 영역에서는 파업하더라도 충실한 것이지만, 공적인 영역에서는 그렇지 않은 것인가? 파업하는 것은 그 자체로 충실하지 않은 것인가? 독일 공무원들에게 파업 이외에 자신들의 이익을 방어할 수단이 있는 것은 사실이다. 하지만 파업권이 다른 수단들과 근본적으로 동일한 것일까? 어느 정도의 조정은 필요하겠지만, 대안의 존재가 파업을 전면적으로 금지하는 이유가 되어서는 안 된다.

결론적으로, 독일에서 교사들에게 공무원으로서의 신분과 계약직 국가근로자로서의

---

51) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, §§ 76 et seq., 12 November 2008; Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, § 55, 21 November 2001; Hassan v. the United Kingdom, [GC], no. 29750/09, § 77, 16 September 2014.

신분 사이에서 선택할 수 있도록 하는 것은 파업의 전면적인 금지에 정당성과 비례성을 부여하지만, 문제된 금지를 정당화하기 위해 제시된 다른 근거들에는 의문이 든다.

### 3. SERGHIDES 재판관의 반대이견

나는 협약 제11조에 대한 청구는 적법하지만 다른 청구들은 부적법하다는 점에서 법정의견에 동의하지만, 협약 제11조가 위반되지 않았다는 점에는 동의하지 않는다. 나는 법정의견의 방법론적, 개념적, 실질적 접근방식, 특히 협약 제11조의 위반이 없었다는 결론에 도달하는 접근방식에는 동의하지 않는다.

나는 모든 상황에서 파업권이 결사의 자유, 특히 협약 제11조상의 노동조합의 자유의 본질적 내용이라고 본다. 결사의 자유의 내용으로서 파업권의 특징과 성격은 구체적인 상황에 달려 있지 않으며 사건별로 달라지는 것도 아니다. 파업권은 결사의 자유와 DNA가 같으며 그렇게 취급되어야 한다.

파업권은 민주사회에서 핵심적인 가치이다. 하지만 법정의견은 파업이 협상과 단체교섭을 목적으로 한다는 점과 이 사건 징계조치로 인해 제한된 것이 단체교섭권이라는 점을 간과하고 있다. 협약 제11조 제1항의 ‘포함하여’라는 단어는 단순히 하위 권리를 나열한 것일 뿐 한정하는 것이 아니기 때문에, 파업권이 그 범주에 속할 여지를 남겨두었다. 파업권이 결사의 자유의 내용에 해당하는지와 관련하여 결사의 자유에 대한 본 재판소의 해석은 너무 한정적이며 ‘실효성의 원칙’(principle of effectiveness)에 위배된다. ‘실효성의 원칙’에 따르면, 권리의 제한은 좁고 제한적으로 해석되어야 하지만 권리는 넓게 해석되고 적용될 것을 요구한다.

여러 국제법은 일반적으로 파업권을 인정한다. 파업권이 국제법의 일반 원칙이라면 모든 국제 및 국내 법원은 이를 존중해야 한다. 협약은 국제법의 일부이며, 국제법의 일반 원칙, 즉 실효성의 원칙과 조화롭게 해석되어야 한다.

한편, 법정의견은 청구인들에 대한 공무원의 파업금지가 절대적, 전면적, 일반적인 금지였다는 것을 인정하면서도, 이러한 금지가 본질적으로 예외를 인정하지 않는다는 점과 구체적인 사건의 내용에 따른 비례성 심사를 봉쇄하고 있다는 점을 고려하지 않았다. 전면적인 금지는 무조건적인 금지이며, 예외나 이익형량의 여지를 두지 않는 극단적인 경직성을 본질로 한다. 결과적으로 법정의견은 협약 제11조 제2항이 요구하는 추가적인 검토를 하고 난 후 절대적인 금지가 협약 제11조 제1항을 위반하

였는지 판단했어야 하지만, 그렇게 하지 않았다.

절대적·전면적 금지를 이러한 방식으로 다루는 것은 개념적으로 잘못된 것이며, 이는 협약 제11조에 대한 완전히 잘못된 해석과 적용을 야기하고 해당 권리를 실질적으로 보장해야 한다는 실효성의 원칙에 위배된다. 이 사건에서 절대적 금지를 통해 권리를 완전히 부정하는 것은 본질적으로 비례적일 수 없다. 파업에 대한 절대적 금지는 직접적이고 자동적으로 집회 및 결사의 자유를 침해하며, 더 이상의 검토나 심사가 필요 없다.

인권이나 기본적 자유를 행사하기 위한 수단의 선택이 권리나 자유의 향유자가 아닌 계약국의 의지(또는 ‘자유’)에 달려있다는 말에 동의하기 어렵다. 협약이 보호하는 인권과 기본적 자유는 국가가 아닌 개인에 의해 향유되어야 한다. 파업에 대한 절대적 금지는 협약 제11조 제2항 제1문의 범위에서 검토될 수 없다. 따라서 피청구국에는 이 협약 조항에 따라 결정을 내릴 어떠한 재량의 여지도 주어지지 않는다. 노동조합의 자유의 본질적 내용으로서 파업권의 성격이 상황에 따라 달라진다는 법정의견의 관점을 따르더라도, 나는 절대적 금지를 제11조 제2항 제1문에 따라 심사하는 법정의견의 접근방식에는 동의하지 않는다. 왜냐하면 법정의견의 접근방식은 제1문에 따라 이 사건 징계조치를 심사하지만, 절대적 금지는 제1문에 따라 심사될 수 없기 때문이다. 절대적 금지는 제11조 제2항 제1문에 따른 비례성 심사의 대상이 아니며, 결사의 자유의 본질적 내용으로서 파업권은 절대적으로 금지될 수 없다.

법정의견은 청구인들이 공무원 신분인 교사로서 협약 제11조 제2항의 목적에 부합하는 ‘행정부의 구성원’에 해당하는지를 결정할 필요가 없다고 실시하였다. 이러한 실시는 법정의견이 협약 제11조 제2항 제1문에만 의존하여 이 사건을 결정한 이유를 제대로 설명해 주지 못한다. 연방헌법재판소는 명백하게 협약 제11조 제2항의 제1문과 제2문을 근거로 결정을 내렸다. 법정의견은 협약 제11조 제2항 제1문 하에서 쟁점을 검토하였는데, 이러한 접근방식은 완전히 잘못되었다.

(i) ‘법률에 근거’하고 (ii) ‘군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 것’과 관련된 경우라는 두 가지 요건 아래 협약 제11조 제2항 제2문의 절대적 금지가 적용될 수 있다. 제2문에 따르면 이러한 금지가 법률에 근거하고 있는 경우, 그 제한은 ‘민주사회에 필요’하지 않아도 되기에 비례성 요건을 수반하지 않기 때문에 관련 회원국의 재량의 여지 내에 있을 수 있다. 이는 제1문의 구성과는 다른 것이다. 즉 협약 제11조 제2항 제2문은 제1문에 대하여 우선되는 특별법(*lex specialis*)의

관계에 있다. 제2문은 제1문에 대한 예외이므로 비례성 심사를 받지 않는, 집회 및 결사의 자유의 예외의 예외이다.

이 사건 징계조치는 협약 제11조 제2항 제2문에 따라 (i) 법률상 근거가 있고, (ii) 군대, 경찰, 행정부 구성원에 대한 것이라면 정당화될 수 있다. 이 사건은 두 번째 요건을 충족하지 않기 때문에 첫 번째 요건인 법률상 근거 유무에 대해서는 검토할 필요가 없다. ‘행정부 구성원’에 국가의 모든 공무원이 포함되도록 차별 없이 해석하는 것은 이를 좁게 해석하는 것이 아니라 매우 넓게 해석하는 것이다. 또한 이러한 해석은 협약 제11조 제2항 제2문에 대한 문언해석 및 목적론적 해석과 협약 제11조 전체에 배치될 것이다. 왜냐하면 만약 협약의 작성자들이 협약 제11조 제2항 제2문에 모든 공무원이 포함되는 것을 의도했다면, 그들은 단순히 ‘국가행정’이라는 개념으로 이를 암시하기보다는 더 명확히 표현했을 것이기 때문이다. 또한 만약 제2문이 모든 국가근로자에게 적용되는 것이었다면, 세 범주를 구체적으로 언급할 필요도 없었을 것이다. 따라서 협약 제11조 제2항 제2문에서 명시된 세 범주를 제외한 공무원의 경우에는 제11조에 따른 절대적 금지에 관한 조항이 적용되지 않는 것이 명백하므로, 모든 공무원에게 절대적 금지에 관한 조항이 적용되는 것으로 해석하는 것은 협약을 위반하는 해석이자 적용이 될 것이다.

법정의견은 협약 제11조 제2항 제2문의 관점에서 이 사건의 검토를 시작했어야 하지만 그러지 않았다. 즉 법정의견은 제11조 제2항의 각 문장에 다른 기준이 적용된다는 점, 제2문이 그 성격상 제1문보다 더 특수하다는 점, 그리고 제2문은 예외의 예외라는 점을 고려했어야 한다. 법정의견이 문제된 금지가 성질상 절대적인 것이라는 것을 인정하면서도, 협약 제11조 제2항 제1문을 통해 절대적이지 않은 금지를 심사하는 방식으로 심사한 것은 모순적인 것이다.

청구인들에게 내려진 조치는 협약 제11조 제2항의 제1문과 제2문을 통해 정당화될 수 없으며, 따라서 협약 제11조 제1항을 위반한 것으로 결론 내릴 수 있다. 나는 법정의견이 협약의 기본 원칙인 실효성의 원칙과 인간존엄성에 대한 존중의 원칙을 준수하지 않았으며, 협약이 오늘날 사회 상황과 국제법의 발전에 따라 변화하는 살아 있는 문서라는 측면에서도 이론적으로 퇴보했다고 생각한다.

이 사건에서 독일 정부는 재량의 한계를 유월했을 뿐만 아니라 협약 제11조를 완전히 잘못된 방식으로 해석하고 적용했다. 나는 협약 제11조 제1항이 명시하는 청구인들의 평온한 집회 및 결사의 자유가 침해되었다고 판단한다.

### Ⅲ. 결정의 의의

이 사건에서 유럽인권재판소는 공무원 신분인 교사가 근무시간에 업무를 중단하고 파업한 데 대해 독일 정부가 징계를 내린 것은 협약을 위반한 것이 아니라고 판시하였다. 그 이유는, 공무원에 대한 이 사건 징계조치가 정당한 목적을 가지고 있었으며 민주사회에 필요한 것이었다고 판단했기 때문이었다. 정당한 목적과 관련하여, 유럽인권재판소는 공무원의 파업금지와 그에 따른 징계조치가 양질의 행정서비스 제공을 위해 취해진 것이라고 판단하였다. 또한 민주사회에 필요한지 여부를 판단하기 위해 (i) 파업권 제한의 성격과 범위, (ii) 공무원 노동조합과 공무원이 스스로 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치, (iii) 공무원의 파업금지가 추구하는 목적, (iv) 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들, (v) 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성, (vi) 문제된 조치의 경중 등 6가지의 요소를 검토하였다. 결과적으로 유럽인권재판소는 공무원의 파업금지와 이에 따른 징계조치가 협약 제11조를 위반하지 않는다고 결정하였다.

한편, RAVARANI 재판관은 청구인들이 파업권을 가진 계약직 국가근로자인 교사로 신분을 변경할 수 있었기 때문에 이 사건 조치가 협약에 위배되지 않는다고 판단한 법정의견의 결론에 동의하였다. 그러나 그 외에 법정의견이 제시한 근거들에 대해서는 의문을 제기하였다.

SERGHIDES 재판관은 반대의견을 통해 공무원의 전면적인 파업금지가 협약 제11조에 위배된다고 보았다. 그 이유로 파업권은 결사의 자유의 필수불가결한 요소로서 구체적인 상황에 따라 달리 판단될 수 있는 것이 아니라고 보았기 때문이다. 또한 파업에 대한 전면적인 금지는 협약 제11조 제2항 제1문이 아닌 제2문에 따라 검토되어야 하는데, 이 사건 청구인들은 ‘행정부 구성원’에 속하지 않기 때문에 파업권이 제한될 수 없다고 보았다.

공무원 및 교원 노동조합에 대해 파업 등 노동쟁의를 금지하는 한국의 법제를 검토할 때, 이 사건에서 유럽인권재판소가 실시한 판단기준은 비교사례로서 참고자료가 될 수 있을 것이다.

최신 세계헌법판례

# 미국

■ 미국 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하는 ‘진정한 위협’의  
주관적 요건 / 책임연구원 장효훈



# 미국 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하는 ‘진정한 위협’의 주관적 요건<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

2014년부터 2016년까지 Counterman(이하 “상고인”)은 지역 가수 C. W.에게 수백 통의 페이스북 메시지를 보냈다. C. W.는 한 번도 상고인에게 답장을 하지 않았고, 두 사람은 직접 만난 적이 없었다. C. W.는 상고인을 차단했지만, 상고인은 계속해서 새로운 페이스북 계정을 만들어 연락을 시도했다. 메시지들 중 일부는 단순히 모르는 사람으로부터 받은 평범한 것들이었지만, 일부는 상고인이 C. W.를 감시하고 있는 뉘앙스의 메시지들이었다. 예를 들면, 상고인은 C. W.에게 “흰색 지프차 안에 있던 게 당신이야?”라고 물어보거나, “당신의 애인과 좋아 보여.”라고 언급하거나, 몇 번의 목격담을 이야기 했다. 결정적으로 몇 개의 메시지는 C. W.에 대한 분노를 표출하고 그녀에게 해악을 예고하는 내용을 담고 있었다. 예를 들면, “영원히 꺼져버려”, “사이버 공간에 머무르는 것은 너를 죽일거야”라든지 “너는 인간관계능력이 부족해. 죽어.”라는 식의 메시지였다.

이러한 메시지들은 C. W.를 공포에 빠뜨리고 그녀의 일상을 뒤흔들어 놓았다. 그녀는 상고인이 자신의 삶을 위협하고 있다고 느꼈고, 상고인이 자신을 따라다니는 것에 대해 매우 두려워했으며 해악을 입게 될 것을 걱정했다. 이로 인해 C. W.는 수면문제와 심각한 불안증을 겪었다. 그녀는 혼자 길거리를 다니지 못하게 되었고, 사회적 관계를 끊었으며, 금전적 부담에도 불구하고 일부 공연들을 취소하였다. 결국 그녀는 상고인을 콜로라도 당국에 신고했다.

콜로라도 당국은 콜로라도 법을 근거로 상고인을 기소하였다. 콜로라도 법은 ‘합리적인 사람이라면 심각한 정신적 스트레스를 겪게 될 정도로 어떠한 수단으로든 반복하여 다른 사람에게 연락을 취하는 행위’를 범죄로 규정하고 있다.<sup>2)</sup> 콜로라도 당국은 법원에서 페이스북 메시지들을 유일한 증거로 제시하였다.

1) Counterman v. Colorado, 600 U.S. 66 (2023) (2023. 11. 2 선고).

2) Colo. Rev. Stat. § 18-3-602(1)(c) (2022).

이에 대하여 상고인은 헌법 수정 제1조<sup>3)</sup>를 근거로 기각 신청을 했다. 상고인은 자신이 보낸 메시지가 ‘진정한 위협(true threats)’에 해당하지 않기 때문에 기소 대상이 될 수 없다고 주장했다. 콜로라도 법에 따르면, 콜로라도 법원은 객관적인 ‘합리적인 사람(reasonable person)’ 심사기준을 적용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단한다.<sup>4)</sup> 이 기준을 따르면, 콜로라도 당국은 합리적인 사람이라면 상고인의 페이스북 메시지를 위협적으로 느꼈을 것을 입증해야 한다. 반면, C. W.를 위협하고자 한 상고인의 주관적인 내심의 의사는 입증하지 않아도 된다.<sup>5)</sup> 제1심 법원은 상황을 종합적으로 고려하여 상고인의 메시지가 진정한 위협에 해당한다고 판단하였고, 헌법 수정 제1조가 상고인에 대한 주 당국의 기소를 막는 근거가 되지 않는다고 보았다. 제1심 법원은 사건을 배심원단에 이송했고, 배심원단은 상고인의 유죄를 결정하였다. 이후 콜로라도 항소법원은 이를 유지하였고, 콜로라도 대법원은 상고인의 상고를 각하하였다.

법원들은 (1) 진정한 위협 사건들에서 헌법 수정 제1조가 피고인의 주관적인 내심의 의사가 입증될 것을 요구하는지, 그리고 (2) 만일 그렇다면 주관적 요건에 대하여 어떠한 심사기준을 적용해야 하는지에 대해 의견이 나뉘었다. 따라서 연방대법원은 상고를 허가한다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. Kagan 대법관의 법정의견(5인 의견)<sup>6)</sup>

#### 가. 이 사건의 쟁점

폭력에 관한 진정한 위협이 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖에 있다는 것에 대해서는 모두가 동의한다. 판단의 대상이 되는 표현은 그 객관적인 내용만을 기반으로 진정한 위협에 해당하는지가 결정된다. 이번 사건에서 연방대법원이 가장 먼저 판단해

---

#### 3) 미국 헌법 수정 제1조

연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

4) *People v. Cross*, 127 P.3d 71, 76 (Colo. 2006).

5) *In re R. D.*, 464 P.3d 717, 731, n. 21 (Colo. 2020).

6) Roberts 대법원장, Kagan, Alito, Kavanaugh, Jackson 대법관의 의견.

야 할 쟁점은, 헌법 수정 제1조에 따라 진정한 위협 사건에서 콜로라도 당국이 피고인이 자신의 표현이 위협적이라는 것을 인식했었다는 것, 즉 주관적 요건(*mens rea*)이 충족되었다는 것을 입증해야 하는지다. 콜로라도 당국은 이를 입증하지 않아도 된다고 주장하지만, 상고인은 주관적 요건이 없다면 보호영역 내에 있는 위협적이지 않은 표현들이 위축될 가능성이 있다며 당국이 이를 입증해야 한다고 주장한다. 연방대법원은 상고인의 주장에 동의한다. 역사적으로 연방대법원 판결들은 상고인이 언급한 위축효과를 예방하기 위하여 주관적 요건을 인정하여 보호영역 밖의 표현들 까지도 보호하려고 해 왔다. 이번 진정한 위협 사건에서 콜로라도 당국은 상고인이 자신의 표현이 위협적인 성격을 가지고 있다는 것을 알고 있었다는 사실을 입증해야 한다.

두 번째 쟁점은 헌법 수정 제1조의 목적에 부합하기 위하여 어떠한 수준의 주관적 요건을 입증해야 하는가이다.<sup>7)</sup> 연방대법원은 콜로라도 당국이 피고인의 무모성(*recklessness*)만 입증하면 된다고 본다. 주관적 요건이 보호영역 밖의 표현까지 보호한다는 것을 고려하면, 연방대법원은 콜로라도 당국이 상고인의 더 높은 수준의 내심의 의사까지 증명할 것은 요구하지 않는다.

#### 나. 진정한 위협의 주관적 요건

1791년부터 지금까지 헌법 수정 제1조는 몇몇 제한된 영역에서 표현의 내용을 제한하는 것을 허용해 왔다.<sup>8)</sup> 이 '역사적이고 전통적인 영역'은 재판부뿐만 아니라 일반 대중들에게도 잘 알려져 있다.<sup>9)</sup> 이 영역에 해당되는 것 중 하나는 '선동적인 표현(*incitement*)'으로 즉각적인 불법행위를 유도하려는 목적의 표현을 의미한다.<sup>10)</sup> 다른 하나는 '명예훼손적인 표현(*defamation*)'으로 다른 사람의 명예를 훼손시키는, 사실에

7) 이번 원고에서는 주관적 요건(*mens rea*)과 주관적 심사기준(*subjective standard*), 객관적 심사기준(*objective standard*)이라는 용어가 등장한다. 먼저, 주관적 요건이란 범죄의 구성요건 중 하나로 행위자의 심리적 요소로 볼 수 있다. 이번 원고에서는 주관적 요소와 혼용하여 사용되었다. 한편, 주관적 심사기준은 행위자의 내심의 의사를 기반으로 판단하는 기준을 의미한다. 반면, 객관적 심사기준, 또는 합리적인 사람 심사기준(*reasonable person standard*)은 행위자의 입장이 아닌 합리적인 사람의 입장에서 행위를 판단하는 기준이다. 이번 판결에서 법정의견은 주관적 심사기준을 이용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단해야 한다고 본 반면, Barret 대법관의 반대의견은 객관적 심사기준을 이용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단해야 한다고 주장하였다.

8) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468 (2010).

9) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468 (2010).

10) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1973).

대한 거짓된 표현을 의미한다.<sup>11)</sup> 세 번째는 ‘음란한 표현(obscurity)’으로 성적인 욕구를 자극하고 명백하게 불쾌한 방식으로 성적 행위를 묘사하는 무가치한 표현을 의미한다.<sup>12)</sup> 연방대법원은 이러한 역사적으로 보호받지 못하는 영역의 표현들에 대해 진리로 나아가는 걸음으로서의 사회적 가치가 매우 낮다고 표현해 왔다. 이러한 표현들로부터 얻을 수 있는 이익은 이러한 표현들을 금지하여 발생하는 사회적 이익보다 더 작다.<sup>13)</sup>

폭력에 관한 진정한 위협은 역사적으로 보호영역 밖에 있는 표현들 중 하나이다.<sup>14)</sup> 여기서 ‘진정한’의 의미는 농담이나 과장 또는 맥락상 폭력이 뒤따를 것이라는 실질적 가능성이 없는 표현들과 구분되는 것이다.<sup>15)</sup> 진정한 위협이란 화자(話者)가 불법적인 폭력행위를 자행하겠다는 것을 의미하는 진지한 표현을 말한다.<sup>16)</sup> 최근 연방대법원은 화자가 자신의 표현의 위협적 성격을 인식하고 있는지 그리고 의도하였는지는 그 표현이 위협적인 표현인지 판단할 때 고려되지 않는다고 판시하였다.<sup>17)</sup> 위협적 성격의 여부는 ‘화자의 내심의 의사’에 달려있는 것이 아니라 ‘그 표현이 청자에게 무엇을 전달하는지’에 달려있다.<sup>18)</sup> 판단의 대상이 되는 표현이 진정한 위협에 해당하는 표현이라고 판단되면, 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하기 때문에 이에 따른 불이익이 자연스럽게 뒤따른다.

하지만 헌법 수정 제1조는 진정한 위협에 해당하는 표현들 중 일부를 법적 책임으로부터 보호하는 주관적 요소<sup>19)</sup>를 필요로 한다. 그 이유는 이른바 위축효과(chilling effect)와 관련 있다. 표현에 대한 금지는 금지영역 밖에 있는 표현을 억제하거나 금지할 가능성이 있다. 화자는 자신의 표현이 헌법 수정 제1조의 보호영역과 금지영역 중 어디에 속하는지 확신하지 못할 가능성이 있다. 또한 사법 체계의 오류로 인하여

11) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 340, 342 (1974).

12) Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973).

13) United States v. Stevens, 559 U.S. 460, 470 (2010).

14) Virginia v. Black, 538, U.S. 343, 359 (2003); United States v. Alvarez, 567, U.S. 709, 717-718 (2012) (plurality opinion).

15) Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969).

16) Virginia v. Black, 538, U.S. 343, 359 (2003).

17) Elonis v. United States, 575 U.S. 723, 733 (2015).

18) Elonis v. United States, 575 U.S. 723, 733 (2015).

19) 참고로, 미국 모범형법전(Model Penal Code)은 주관적 요소(*mens rea*)를 의도(*purpose*), 인식(*knowledge*), 무모성(*recklessness*), 과실(*negligence*)의 네 가지 유형으로 분류한다.

보호영역 내에 있는 자신의 표현이 금지될 것을 우려할 수도 있고,<sup>20)</sup> 단순히 이러한 사법 체계에 연루되어 비용을 치를 것에 대해 걱정할 수도 있다. 결과적으로 이는 금지되지 않는 표현의 자기 검열(self-censorship), 즉 표현의 자유를 신중하고 제한적으로 행사하게 되는 결과를 초래할 것이다.<sup>21)</sup> 이러한 결과를 방지하기 위한 중요한 방법은 주 당국이 비난받을 만한 화자의 내심의 의사를 입증하는지에 따라 법적 책임을 묻는 것이다.<sup>22)</sup> 하지만 이러한 요건은 비용을 수반한다. 당국에 입증 책임을 부담시키는 것은 보호영역 밖의 일부 표현들을 보호하게 될 것이다. 왜냐하면 당국은 피고인이 어떠한 생각을 하는지 완벽히 증명할 수 없기 때문이다. 하지만 이러한 추가된 요건들은 완전히 보호받는 표현들이 위축될 가능성을 낮출 것이다. 이전에 언급하였듯이 이 요건은 법의 불확실한 부분을 보완하여 자기 검열의 위협성을 낮춘다.<sup>23)</sup> 다르게 말하면, 당국에 피고인의 내심의 의사를 입증하도록 하는 것은 선한 화자가 실수로 책임을 지게 될 수 있다는 두려움을 줄이면서 가치 있는 표현에 대한 '숨 쉴 공간'을 제공한다.<sup>24)</sup>

연방대법원은, 일반인이 불법적인 영역을 피하고자 하는 성향을 가지고 있다는 것을 염두에 두고 위협적이지 않은 표현이 억제될 수 있다는 것을 고려해야 한다.<sup>25)</sup> 자신의 표현이 위협에 해당할지에 대한 두려움, 사법 체계가 자신의 표현에 대해 잘못 판단할 수 있다는 두려움, 그 결과가 어떠한 법적 비용이 발생할 것이라는 두려움은 화자로 하여금 진정한 위협에 해당하지 않는 표현 또한 자제하도록 만든다. 50여 년 전 Marshall 대법관은 판단의 대상이 된 표현이 진정한 위협이 아니라 정치적 과장이라고 주장한 *Rogers* 판결에서 핵심을 짚었다.<sup>26)</sup> *Rogers* 판결에서 Marshall 대법관은 위협적이지 않은 표현을 위축시킬 위협에 중점을 뒀다. 객관적 심사기준을 적용하는 것은 합리적인 사람이라면 대상이 되는 표현을 맥락상 어떻게 해석할지에 대해서만 고려하기 때문에 사람들이 위협을 과도하게 피하도록 만들 것이다.<sup>27)</sup> 또한 이러한

20) *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767, 777 (1986).

21) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

22) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 526 (1958).

23) *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502, 511 (1966).

24) *United States v. Alvarez*, 567, U.S. 709, 733 (2012) (concurring opinion).

25) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 526 (1958).

26) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 35 (1975).

27) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 47 (1975) (concurring opinion).

심사기준을 적용하는 것은 ‘헌법 수정 제1조가 보호하고자 하는 금지되지 않고, 활발하며, 논의의 여지가 충분한 토론’을 위축시킬 것이다.<sup>28)</sup>

이러한 판결의 이유는 선동적인 표현, 명예훼손적인 표현, 음란한 표현 등 보호영역 밖에 있는 다른 표현들에 대한 주관적 요건을 강조한 연방대법원의 판결들로부터 직접적으로 도출된다. 의심할 여지없이, 이러한 모든 판결들의 주관적 심사기준은 비용을 수반한다. 주관적 심사기준은 보호영역 내에 있는 표현이 위축되는 것을 줄이는 대신, 일반적으로 금지되어야 하고 때로는 위험한 표현들을 기소하기 어렵게 만든다. 후술할 것과 같이 양 쪽의 이익 사이에서의 균형점은 각 상황에서 다르게 발현될 것이다. 그러나 객관적 심사기준의 적용 금지는 유지되어야 한다. 그렇지 않으면 진정한 위협에 대한 기소가 보호영역 내에 있는 위협적이지 않은 표현들을 과도하게 위축시킬 것이기 때문이다.

#### 다. 주관적 심사기준의 적용 수준

다음으로 검토해야 할 쟁점은 헌법 수정 제1조가 어느 수준의 의사를 주관적 심사기준으로 적용할지다. 주관적 요건에 관한 원칙은 심사기준으로 3가지 선택지를 제공한다. 먼저, 의도(*purpose*)는 범죄의 주관적 성립요건에서 유책성(*culpability*)이 가장 높은 수준의 의사이자 입증하기 가장 어려운 것이다. 어떠한 사람이 행위의 결과를 ‘의식적으로 원하면서(*consciously desire*)’ 행위하는 것을 의도적으로 행동한 것이라고 한다.<sup>29)</sup> 이 사건에 적용하면, 상고인이 자신의 표현이 위협으로 받아들여지기를 원한 경우를 의미한다. 다음으로는, 의도와 자주 구별되지는 않지만 인식(*knowledge*)이 있다.<sup>30)</sup> 어떠한 사람이 인식하에 행위하는 것은 ‘그 행위의 결과가 뒤따를 것이 사실상 확실하다는 것을 알며’ 행위하는 것을 의미한다.<sup>31)</sup> 이 사건에 적용하면, 상고인이 다른 사람들이 자신의 표현을 위협으로 받아들일 것이 사실상 확실하다는 것을 알며 행위하는 경우를 뜻한다. 무모성(*recklessness*)<sup>32)</sup>은 앞의 두 개념들과는 큰 차이가 있

28) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 48 (1975) (concurring opinion).

29) *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 404 (1980).

30) *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 404 (1980).

31) *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 404 (1980).

32) 무모성은 우리 형법상 미필적 고의와 유사한 개념으로서 고의와 과실의 중간 영역에 위치한다. 과거 무모성은 형법상 과실과 유사한 개념으로 이해되기도 했으나, 과실과 구별되는 개념이며 과실보다 중한 책임이 인정되는 주관적 요소이다. 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 31면.

는 개념이다. 어떠한 사람이 무모하게 행위하는 것은, 일반적으로 그가 '자신의 행위가 다른 사람에게 피해를 초래할 상당하고도 부당한 위협을 의식적으로 무시하는' 것을 의미한다.<sup>33)</sup> 이 기준은 피해를 준다는 것에 대한 인식보다는 행위의 위험성에 대해 충분히 고려하지 않은 것에 더 가깝다.<sup>34)</sup> 그럼에도 불구하고, 무모성이란 타인을 위협에 처하게 만든 의도적인 결정과 관련된 도의적 책임이 있는 행위를 의미한다.<sup>35)</sup> 이를 위협 행위에 적용하면, 무모성이란 화자가 다른 사람들이 그의 표현을 위협으로 여길 수 있음을 알면서도 해당 표현을 실행에 옮기는 것을 의미한다.<sup>36)</sup>

전술한 심사기준들 중 무모성 수준의 의사가 진정한 위협의 주관적 요소를 결정하는 데 있어 타당하다. 연방대법원은 지금까지 표현의 자유의 헌법적 가치와 위협 행위에 대한 기소의 위축효과를 중점적으로 고려해 왔다. 하지만 연방대법원의 선례는 역사적으로 보호영역 밖에 있는 표현들을 규율하는 과정에서 상충하는 가치의 조정을 인지하고 강조해 왔다. 여기서 그 가치는, 개인과 사회에 발생하는, 폭력에 관한 진정한 위협이 수반하는 심각한 피해를 방지하는 데 있다. 위협적인 표현들은 그로 인해 발생하는 피해로 인하여 오래 전에 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖으로 내몰렸다. 이러한 결정에도 불구하고 주관적 요소를 요건으로 한다는 것은 연방대법원이 진정한 위협에 대한 기소 중 일부를 방지하려 한다는 것을 의미한다. 연방대법원이 진정한 위협에 대한 주관적 요소의 수준을 높일수록, 이를 입증해야 하는 당국의 책임은 더 무거워진다. 이는 아마도 보호영역 내에 있는 표현을 보호하여 얻을 수 있는 이익을 상쇄시킬 것이다. 무모성보다 더 높은 수준의 의사를 요건으로 하는 것은 당국으로 하여금 피고인의 내심의 의사에 대한 추론을 입증하기 더 어렵게 만든다. 무모하게 행위하는 것은 나쁜 실수를 범한 것 이상의 행위이다. 왜냐하면 그들은 자신의 행위가 심각한 피해를 입힐 상당한 위험성을 인식하고 받아들인 것이기 때문이다.

무모성 수준의 의사를 주관적 요건으로 하는 것은 보호영역 내에 있는 표현들에 '숨 쉴 공간'을 제공하면서도, 진정한 위협을 제한하여 얻을 수 있는 이익을 너무 많이 포기하게 하지도 않는다.<sup>37)</sup> 어떠한 균형점을 택한다 하더라도 모든 것을 얻을 수

33) *Voisine v. United States*, 579 U.S. 686, 691 (2016).

34) *Borden v. United States*, 593 U.S. \_\_\_, \_\_\_, (2021) (plurality opinion).

35) *Voisine v. United States*, 579 U.S. 686, 694 (2016).

36) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 746 (2015) (concurring in part and dissenting in part).

37) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 748 (2015) (concurring in part and dissenting in part).

는 없다. 오늘 연방대법원이 택한 법리는 표현의 자유를 극단적으로 보호하는 것도 아니고, 그렇다고 해서 진정한 위협의 위협에 극단적으로 민감한 것도 아니다. 우리는 극단적인 대안을 선택하지 않음으로써 더 중요한 것을 얻는다. 모든 것을 얻는 것은 불가능하지만, 이러한 판단을 통해 저울의 양쪽에서 중요한 것을 많이 얻는 것이다.

## 라. 이 사건에의 적용

이 사건으로 돌아오면, 상고인은 객관적 심사기준인 ‘합리적인 사람’ 기준에 따라 기소되었다. 이 과정에서 주 당국은 합리적인 사람이었다면 상고인의 표현을 위협으로 이해했을 것이라는 점만을 입증하면 됐다. 이는 상고인이 자신의 표현이 위협으로 이해되었을 것이라는 것을 알았다는 것을 보여주지 않는다. 전술한 이유들로 인하여 이는 헌법 수정 제1조에 위배되는 것이다.

따라서 연방대법원은 콜로라도 항소법원의 판결을 파기·환송한다.

## 2. Sotomayor 대법관의 별개의견(2인 의견)<sup>38)</sup>

### 가. 서론

국가가 표현의 내용을 근거로 하여 해당 표현을 처벌하려 할 때, 헌법 수정 제1조는 기본적으로 엄격한 요건을 요구한다. 이를 통하여 국가는 긴절한 목적을 가지고 있더라도 표현의 자유에 대한 국가의 약속을 부당하게 위반할 수 없다. ‘1791년부터 지금까지 헌법 수정 제1조는 몇몇 제한된 영역에서 표현의 내용을 제한하는 것을 허용해 왔다.’<sup>39)</sup> 이는 헌법 수정 제1조의 보호영역으로부터 일부를 제외시키는 것이기 때문에 이로 인한 심각한 결과를 고려하여, 이 범주의 표현들은 ‘명확하게 정의되고, 엄격하게 제한되어야’ 한다.<sup>40)</sup>

진정한 위협은 이러한 범주의 표현들 중 하나이고, 미국에서는 수 세기에 걸쳐 위협을 범죄로 처벌하는 전통이 있어 왔다. 이는 전달된 메시지를 근거로 단 한 번의 발언을 처벌하는 경우까지 포함한다. 하지만 의도하지 않은 위협적인 표현을 그 이유만으로 처벌하는 전통은 없었다. 오히려 연방대법원의 선례는 역사적 법령 및 사례들

---

38) Sotomayor, Gorsuch 대법관의 의견. 다만, Gorsuch 대법관은 보충의견의 일부에만 동의.

39) United States v. Stevens, 559 U.S. 460, 468 (2010).

40) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571 (1942).

과 마찬가지로 누군가를 위협하는 행위는 의도적인(intentional) 것이라는 상식적 이해를 반영하고 있다. 연방대법원은 어떠한 내심의 의사가 필요한지에 대하여 '전통적으로 어떠한 사람이 특정한 결과를 의도했다는 것은 그 사람이 자신의 행위가 특정한 결과를 초래하기를 바라거나, 그 행위를 통해 그러한 결과가 초래될 것을 상당히 확실하게 인식했다는 것을 의미한다.'고 판시하였다.<sup>41)</sup> 이는 개인이 위협을 실행할 의사를 가지고 있었다는 것이 입증되지 않아도 된다는 것을 의미한다. 다시 말하면, 개인이 위협을 의도하거나 자신의 표현이 위협으로 느껴졌을 것이라는 사실을 상당히 확신하고 있었다는 것만 입증되면 그러한 내심의 의사가 있었다는 것을 의미한다.

오늘 법정의견은 불필요하게 이러한 전통적인 이해에서 벗어난다. 나는 법정의견의 모든 부분에 반대하는 것은 아니다. 나는 주관적 요건이 진정한 위협의 성립요건이라는 법정의견의 결론에는 동의한다. 또한, 이 사건에서 상고인의 위협적인 표현을 포함한 스토킹 범죄를 기소하기 위한 무모성 수준의 주관적 요건이 충족되었다는 점에 동의한다. 다만 법정의견과 다르게 나는 무모성이 일반적으로 진정한 위협을 기소하기 위한 주관적 요건으로서 충분한지 여부라는 별도의 더 복잡한 쟁점에 대해서는 논의하지 않을 것이다. 나아가, 무모성 수준의 주관적 요건만을 요구하는 것은 선례, 역사, 그리고 해로운 표현까지 보호하고자 하는 헌법 수정 제1조의 보호 약속에 어긋나는 것이다. 따라서 나는 법정의견의 일부에만 동의한다.

#### 나. 주관적 요건의 수준에 대한 논의가 불필요한 이유

나는 법정의견이 무모성이 진정한 위협 기소에 충분한 주관적 요건인지에 대하여 다루지 않았어야 한다고 본다. 중요한 개념적인 구분이 그 이유를 설명하는 데 도움이 될 것이다. 먼저, 객관적인 관점에서 위협적인 표현들이 있다. 이러한 표현들은 보호영역 밖의 '진정한 위협'이라는 범주에 포함되기 때문에 처벌된다. 하지만 이러한 표현은 범죄 행위에 포함된 표현처럼 보호영역 밖의 다른 범주의 표현에 해당되어 처벌될 수도 있다. 또는 다른 이유들로 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못할 수 있다. 한편, 보호영역 밖에 있는 진정한 위협의 명확하고 전통적인 범주가 무엇인지에 대한 쟁점이 있다. 나는 이 두 번째 쟁점과 관련하여, 진정한 위협이 성립하는 데 무모성이라는 의사로 충분한지에 대해서는 다를 필요가 없다고 본다.

그 첫 번째 이유는 하급심 법원이 무모성이라는 주관적 요소가 진정한 위협이 성

41) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987).

립하는 데 필요한지에 대해 다루지 않았고, 당사자들 또한 주관적 요건의 수준에 대해 주장하지 않았기 때문이다. 두 번째 이유는 상고인은 위협적인 표현이 포함된 스토킹 범죄로 기소되었기 때문에, 이 사건은 진정한 위협을 근거로 할 필요가 없다. 마지막으로, 위협적인 표현을 단 한 번만 했다면 화자가 우연히 또는 실수로 인해 법적 책임을 초래했을 위험이 있지만, 피해자가 원치 않는 표현을 반복적으로 했을 경우에는 우연이나 실수일 확률이 상당히 줄어든다.

전술한 사안들을 고려했을 때, 스토킹 범죄의 과정에서 발생한 위협적인 표현에 대한 기소는, 단 한 번의 발언에 대하여 그 내용만을 근거로 기소함에 있어 필요한 주관적 요건이 무엇인지라는 가장 어려운 쟁점을 정확하게 드러내지 못한다. 진정한 위협에 대한 법리는 상고인이 진정한 위협이라는 예외에 해당하는 행위를 하여 기소당하고 하급심 법원이 이에 대해 의심스러운 판결을 했을 경우에만 필요하다. 이번 사건과 같은 스토킹 범죄 사건에서는 진정한 위협을 처벌하기 위하여 무모성 수준의 의사가 필요한지에 대해 논의할 필요가 없다.

#### 다. 인터넷 발달로 인한 스토킹 범죄의 위험 증가

진정한 위협의 정의에 관하여 헌법 수정 제1조는 실제로 매우 엄격하게 적용되고 있다. 헌법 수정 제1조의 보호영역은 ‘악의적이고, 모욕적이며, 부정확한’ 표현까지도 포용한다.<sup>42)</sup> 가치가 적은 표현을 헌법 수정 제1조의 보호 대상으로 여기고 싶지 않을 수도 있다.<sup>43)</sup> 그러나 우리가 다른 사람에게 말하는 것들의 대부분은 종교적, 정치적, 과학적, 교육적, 정보전달적, 역사적 또는 예술적 가치를 지니고 있지 않지만, 정부의 제한으로부터 보호된다. 불안감을 주거나, 겁에 질리게 하거나, 고통스러운 표현의 경우에는 헌법 수정 제1조의 보호가 더 중요하다. 왜냐하면 이러한 표현이 달갑지 않다는 사실이 이러한 표현을 제한하는 데 중요하게 작용할 수 있기 때문이다. 이에 대하여 연방대법원은 동물 학대 동영상,<sup>44)</sup> 십자가를 불태우는 행위,<sup>45)</sup> 전쟁 전사자의 장례식 앞에서 시위를 하며 혐오 발언을 하는 것,<sup>46)</sup> 컴퓨터로 아동 포르노 사진을 생성하는 것<sup>47)</sup> 등의 사건에서 헌법 수정 제1조의 권리를 옹호했다.

42) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

43) *Mahanoy Area School Dist. v. B. L.*, 594 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2021).

44) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 472 (2010).

45) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 347-348 (2003).

46) *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 448-449, 458 (2011).

인터넷은 불쾌한 표현이나 위협적인 표현을 과도하게 범죄화할 위험성을 증대시켰다. 우리 사회의 담론은 갈수록 인터넷 공간, 특히 소셜 미디어에서 더 많이 발생하고 있다.<sup>48)</sup> 의사소통과 정보전달의 역동성에 있어서 빠른 변화는 사회가 이를 적절한 행위로 받아들이는 것에 있어서도 똑같이 빠르고 끊임없는 변화를 가져왔다.<sup>49)</sup>

한편, 인터넷은 스토킹 범죄와 희롱 범죄들을 더 저지르기 쉽게 만들었다. 스토킹 범죄는 파괴적이며 위협하다. 스토킹 범죄는 삶을 파괴하고 최악의 경우 피해자의 목숨을 잃게 만든다. 희롱하는 사람들은 다른 사람들을 괴롭히면서 인터넷의 익명성 뒤에 숨는다. 이는 친밀한 관계뿐만 아니라 서로 모르는 관계에서도 일어난다. 스토킹 범죄에 대응하는 우리 사회의 능력을 과도하게 제한한다면 큰 대가가 따를 것이다. 하지만 이러한 이유들을 보았을 때, 진정한 위협의 주관적 요건이 되는 의사 수준을 정한다고 해서 스토킹 범죄의 기소를 막지는 않을 것이다.

#### 라. 의도적이지 않은 위협적인 표현이 진정한 위협에 해당하는지

헌법 수정 제1조의 보호는 진정한 위협의 경계를 규명할 때 신중을 기해야 하는 이유가 된다. 이 과정에서 법정의견과 나는 다른 의견을 가지고 있다. 법정의견은, 진정한 위협을 화자가 위협을 의도했는지 여부와 무관하게 객관적으로 위협적인 모든 표현들로 정의하면서 논의를 시작한다. 법정의견은 위협적인 표현들이 모두 보호받지 못하는 범주에 속한다고 전제하고, 위협적이지 않은 표현을 보호하기 위해 필요한 '완충지대'에 대해서 설명한다. 하지만 나는 다르게 생각한다. 이 논의는 헌법적 쟁점으로서 '진정한 위협'의 명확하고 제한된 범위가 무엇인지를 묻는 것부터 시작되어야 한다.

법정의견은 의도하지 않은 위협을 '진정한 위협'으로 보아 처벌하는 오랜 전통이 있었는지에 대해 먼저 확인해야 한다. 진정한 위협에 대한 연방대법원의 선례와 역사에 따르면, 의도하지 않은 위협 표현을 처벌하는 전통은 존재하지 않는다.

*Black* 판결<sup>50)</sup>에서 연방대법원은 주관적 요건이 충족되지 않으면 위협적인 표현에

47) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234, 239-240, 258 (2002).

48) *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98, 104 (2017).

49) *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746, 759 (2010).

50) *Black* 판결에서 연방대법원은 '사람들을 위협할 의도로' 십자가를 불태우는 행위를 범죄로 규정한 버지니아 주의 법률에 대하여 다루었다. 연방대법원은 십자가를 불태우는 행위에 대한 역사와 이 행위가 위협적인 메시지를 전달하기 위해 자주 활용된 혐오의 상징이라고 언급하였다. 그리고 연방대법원

대해 유죄를 선고할 수 없다고 판단하였다. *Black* 판결은 진정한 위협이 성립하기 위해서는 내심의 의사가 입증되어야 한다고 명확하게 실시한다. *Black* 판결에서 연방대법원은 진정한 위협을 ‘화자가 불법적인 폭력 행위를 저지를 의도를 전달하는 진지한 표현’이라고 정의하면서 위협적인 표현에 대한 전통적인 이해를 재확인했다.

어떠한 표현을 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외하는 것은 우리 헌법이 일반적으로 추구하는 표현과 공익 사이의 이익형량에 큰 변화를 가져오는 것이다. 따라서 중요한 것은 의도하지 않은 위협적인 표현을 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외하는 오랜 전통이 있는가이다.<sup>51)</sup> 하지만 법정의견은 보호영역 밖의 진정한 위협의 성립에 내심의 의사가 필요한지에 대해 명시적으로 다른 선례를 제시하지 않았다.

미국에서 몇몇 주들은 위협에 관한 법률에서 악의(maliciousness)를 명시적 요건으로 하였다.<sup>52)</sup> 법원들은 보통 주관적 요건을 더 중요하게 여겼다.<sup>53)</sup> 주법이 위협의 주관적 요건에 대해 침묵하고 있는 경우, 법원들은 자체적으로 주관적 요건을 도입하기도 하였다.<sup>54)</sup> 결과적으로, 위협적인 표현이 성립하는 데 있어서 객관적 심사기준이 충분하다고 선언한 선례나 법령은 없다.

*Black* 판결과 역사는 고의의 요건(intent requirement)에 관한 것이었다. *Black* 판결에서 고의의 측면에서 진정한 위협을 정의하고 검토할 당시 연방대법원이 고의를 그 전통적인 정의인 의도 또는 인식보다 낮은 수준의 의사를 의미하는 용어로 사용하였다고 볼 만한 근거는 없다.<sup>55)</sup> 무모성 기준이 ‘협박을 목적으로’ 십자가를 불태우는 행위와 ‘협박할 목적이 아니면서’ 십자가를 불태우는 행위를 구분하는 데 필수적인 역할을 했다는 근거 또한 없다.<sup>56)</sup> 십자가를 불태우는 행위의 폭력적인 역사를 고려할 때, 대중들 앞에서 십자가를 불태우는 정치적 행위가 합리적인 목격자라면 위협

---

은 주가 ‘진정한 위협’을 금지할 수 있다고 판단하였다. 여기서 진정한 위협은 화자가 특정한 사람이나 단체에 대하여 불법적인 폭력을 범하겠다는 의도를 진지하게 전달하는 표현이라고 정의했다. 또한 연방대법원은 진정한 위협을 금지하는 것은 개인을 폭력에 대한 두려움과 그로 인한 혼란으로부터 보호하고, 그러한 폭력이 발생할 가능성으로부터 보호한다고 보았다. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

51) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 469 (2010).

52) *Me. Rev. Stat.*, Tit. 12, ch. 154, §26 (1840); 1884 *La. Acts No.* 64, §1, p. 86.

53) *State v. Benedict*, 11 *Vt.* 236, 239 (1839).

54) *Commonwealth v. Morton*, 140 *Ky.* 628, 631, 131 *S. W.* 506, 507-508 (1910).

55) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987).

56) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 372 (2003) (opinion of Scalia).

을 느낄 것이라는 행위자의 인식 없이 대중들 앞에서 행해졌다고 보기 힘들다.<sup>57)</sup> 따라서 '객관적인 사람' 기준에 크게 의존하는 무모성 기준만으로는 충분하지 않았을 것이다.

진정한 위협과 관련하여 법원이 내심의 의사를 설명하는 데 매우 다양한 용어를 사용해 온 것은 사실이다.<sup>58)</sup> 하지만 형법상 고의의 요소는 전통적으로 의도 또는 인식의 두 가지 개념으로 이해되어 왔다.<sup>59)</sup> 그리고 최소한 피고인이 단순히 자신의 표현이 위협적일 수 있다는 위협을 인식하는 것만으로 진정한 위협이 성립한다는 것을 보여주는 역사는 없다.<sup>60)</sup>

#### 마. Sotomayor 대법관의 결론

진정한 위협에 관한 법리를 전통적인 수준으로 유지하는 것은 넓은 범위의 정치적, 예술적, 일상적 표현을 그 내용만을 근거로 과도하게 범죄화하는 것을 방지할 것이다. 이는 의도하지 않은 위협적인 표현이 국가의 제한에서 제외된다는 의미가 아니다. 전술한 것과 같이, 반복되고, 목표가 정해져 있으며, 원치 않는 행위인 스토킹 범죄를 처벌하는 스토킹 법은 헌법 수정 제1조하에서 위헌이 될 소지가 더 적다. 따라서 스토킹 범죄에 한해서는 무모성 수준을 그 주관적 요건으로 하는 것으로 충분하다.

나는 헌법 수정 제1조가 진정한 위협 사건에서 주관적 요소를 요건으로 한다는 부분과 이 사건에서 무모성이 충족된다는 부분에서 법정의견에 동의한다. 하지만 진정한 위협에 해당하려면 어떠한 수준의 주관적 요소가 필요한지에 대한 논의는 다음으로 미룬다.

57) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 388-291 (2003) (dissenting opinion).

58) *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 252 (1952).

59) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 445 (1978); *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987); and *Carter v. United States*, 530 U.S. 255, 270 (2000).

60) *Borden v. United States*, 593 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2021) (plurality opinion).

### 3. Barrett 대법관의 반대의견(2인 의견)<sup>61)62)</sup>

#### 가. 서론

상고인은 진정한 위협을 금지하는 콜로라도 법에 따라 유죄를 선고 받았다. 콜로라도 법은 화자가 자신의 표현의 의미를 이해해야 한다는 것만을 주관적 요건으로 하고 있다. 여기서 다루야 할 쟁점은 헌법 수정 제1조가 그 이상의 것을 주관적 요건으로 요구하는가이다. 콜로라도 당국은 객관적 심사기준-합리적인 사람이라면 그 표현을 폭력에 관한 위협이라고 보았을 것인지-이 충분하다고 주장한다. 하지만 상고인은 헌법 수정 제1조가 주관적 심사기준-화자 자신이 자신의 표현이 위협적인 성격을 가지고 있다는 것을 의도하거나 인식했는지-을 요건으로 한다고 주장한다.

두 입장 중에서 한쪽을 선택하는 것은 어렵지 않다. 진정한 위협은 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 않는다. 그리고 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖에 있는 거의 모든 표현은 객관적 심사기준을 통해 제한된다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 상고인이 주장한 것과는 다른 주관적 심사기준을 선택한다. 법정의견은 화자가 자신의 표현의 위협적 성격을 무모하게 무시해야만 헌법적 보호를 받을 수 없다고 판단한다. 이는 진정한 위협에 해당하는 표현에만 부당하게 특혜를 부여하는 것이기에, 법정의견에 반대한다.

헌법 수정 제1조는 그 제정 이래 헌법상 금지되는 내용의 표현에 해당한다는 이유로 정부가 특정한 범주의 표현을 제한하는 것을 용인해 왔다.<sup>63)</sup> ‘특정한 개인이나 단체에 불법적인 폭력을 자행하겠다는 의도를 진지하게 전달하는’ 표현인 진정한 위협도 여기에 포함된다.<sup>64)</sup> 진정한 위협은 가치는 거의 없으면서 막대한 비용을 초래한

61) Barrett, Thomas 대법관의 의견.

62) 본 원고에서는 Thomas 대법관의 반대의견에 대한 보충의견은 생략한다. Thomas 대법관의 반대의견은 Barrett 대법관의 반대의견을 보충하면서 법정의견의 일부 논거를 반박하는 내용을 담고 있다. 본 원고에서는 생략했지만, 법정의견은 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 판결을 인용하며 명예훼손적인 표현과 위협적인 표현을 비교하였다. 연방대법원은 *New York Times* 판결에서 공인은 명예훼손적인 표현으로 인해 피해를 입었더라도 그 화자가 현실적 악의(actual malice)로, 즉 그 표현의 내용이 거짓인 것을 인식(knowledge)했거나 무모하게 무시(reckless disregard)했을 경우가 아니라면 손해배상을 구할 수 없다고 판시하였다. 법정의견은 이를 진정한 위협이 성립하기 위해서는 주관적 요소가 필요하다는 판단의 근거로 삼았다. Thomas 대법관은 이에 대하여 *New York Times* 판결의 법리를 확장하는 것이 헌법적인 것이 아니라 정책적인(policy-driven) 것이라고 비판하는 취지로 반대의견에 대한 보충의견을 작성했다.

63) *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 382-383 (1992).

다.<sup>65)</sup> 또한 진정한 위협은 그 자체로 피해를 야기한다.<sup>66)</sup> 이는 폭력에 대한 두려움을 초래하고, 혼란을 일으키며, 예고된 폭력이 실제로 발생할 가능성을 만든다.<sup>67)</sup>

진정한 위협의 성질에 비추어 보았을 때, 헌법 수정 제1조의 보호 범위를 결정할 때에 객관적 심사기준을 활용하는 것이 타당하다. 위협적인 표현의 사회적 가치나 가해 가능성은 화자의 내심의 의사에 달려있지 않기 때문이다.<sup>68)</sup> 물론, 위협을 의도하지 않은 화자는 그러한 표현을 하지 않을 가능성이 높다. 하지만 헌법은 궁극적으로 주관적 근거가 아닌 객관적 근거를 통해 진정한 위협을 보호영역에서 제외한다. 따라서 객관적 심사기준이 '헌법 수정 제1조가 애초에 폭력에 관한 위협을 보호영역에서 제외하기로 한 근거와 합치한다.'<sup>69)</sup>

#### 나. 법정의견에 대한 비판

법정의견은 '위협의 성립여부는 화자의 내심의 의사에 달려있는 것이 아니라 그 표현이 청자에게 무엇을 전달하는지에 달려있다.'라는 것에 동의한다. 법정의견은 또한 '청자가 문제된 표현이 진정한 위협에 해당하는 표현이라고 판단하면, 그 표현은 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하기 때문에 이에 따른 불이익이 자연스럽게 뒤따른다.'라는 것을 인정한다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 콜로라도 법을 위헌이라고 판단했다. 왜냐하면 법정의견이 보호영역 내의 표현에 대한 위축효과를 방지하기 위해 완충지대를 만들었기 때문이다. 이 완충지대는 화자가 '자신의 표현이 폭력에 관한 위협이라고 받아들여질 상당한 위협을 의식적으로 무시한 경우'가 아닌 한 진정한 위협을 보호한다. 법정의견의 이러한 근거는 잘못되었다.

법정의견의 첫 번째 오류는 진정한 위협에 대해 '보호영역 밖의 표현들 사이에서 우선되는 순위'를 부여한 것이다.<sup>70)</sup> 연방대법원은 보호영역 밖에 있는 거의 모든 표현이 객관적 심사기준을 통해 제한된다고 판단해 왔다. 진정한 위협을 주관적 심사기준을 통해 판단하는 것은 선례들을 무시하고 오해한 결과이다. 헌법 수정 제1조에

64) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003); *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 388 (1992).

65) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

66) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

67) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 360 (2003).

68) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

69) *United States v. Jeffries*, 692 F. 3d 473, 480 (CA6 2012).

70) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 767 (2015) (dissenting opinion).

관한 연방대법원의 선례는 객관적 심사기준의 적용을 금지하는 기준선을 설정한 바 없다. 선례는 진정한 위협 사건에 대한 객관적 심사기준의 적용을 허용하는 것을 넘어, 이를 지지한다.

두 번째로, 진정한 위협의 두 가지 특성은 보호영역 내에 있는 표현이 위축될 위협을 이미 방지하고 있다. 따라서 법정의견은 강화된 심사기준을 적용할 필요가 없다. 그 특성 중 하나는 진정한 위협의 정의에 부합하는 표현의 범위가 매우 협소하다는 것이다. 진정한 위협이 성립하기 위해서는 화자가 ‘불법적인 폭력 행위를 자행하겠다는 의도’를 표현해야 한다.<sup>71)</sup> 단순히 공격적이거나 형편없이 선택되거나 처참한 표현들은 진정한 위협에 해당되지 않는다. 진정한 위협은 일반적인 대중이 아닌 특정 개인이나 단체에 대한 폭력을 위협하는 것이다.<sup>72)</sup> 진정한 위협의 두 번째 특성은, 표현이 발생한 ‘전체적인 사실적 맥락’을 잘 알고 있는 합리적인 청자가 해당 표현을 위협적인 것으로 받아들여야 한다는 것이다.<sup>73)</sup> 이 기준은 화자의 어조, 청중, 의사소통 매체, 그리고 표현이 이루어지는 더 넓은 맥락에 의해 영향을 받는다. 각 요소들은 진정한 위협과 보호영역 내에 있는 표현들을 구분한다.

*Black* 판결에서 연방대법원은 ‘특정한 사람이나 단체에 대하여 위협을 할 의도로’ 십자가를 불태우는 행위를 금지한 버지니아 주법을 다루었다.<sup>74)</sup> 특히, 그 법은 ‘십자가를 불태우는 행위는 그 자체로 위협의 고의를 추정할 근거가 된다.’라는 추정을 포함하고 있었다.<sup>75)</sup> 그 판결에서 연방대법원의 법정의견은 헌법 수정 제1조에 따라 정부가 특정한 위협 행위를 금지할 수 있다는 결론을 내리며 십자가를 불태우는 행위를 원칙적으로 금지하는 법이 합헌이라고 보았다.<sup>76)</sup> *Black* 판결의 다수의견(plurality opinion)<sup>77)</sup>은 더 나아가 법적 추정(statutory presumption)에 대해 언급하였다. 다수의견은 십자가를 불태우는 행위는 행위자가 헌법상 금지된 위협에 해당하는 행위에 관여한다는 것을 의미할 수도 있지만, 반드시 그러한 것은 아니라고 실시했다.<sup>78)</sup> 십자가

71) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003).

72) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003).

73) *State v. Taveras*, 342 Conn. 563, 572, 271 A. 3d 123, 129 (2022).

74) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 348 (2003).

75) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 348 (2003).

76) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 362-363 (2003).

77) *Black* 판결의 법정의견에는 Rehnquist 대법원장 및 O'Connor, Stevens, Scalia, Breyer 대법관 등 총 5인 참여했지만, 다수의견에는 Rehnquist 대법원장, O'Connor, Stevens, Breyer 대법관 등 총 4인만 참여하였다.

를 불태우는 행위는 한 개인을 향한 것일 수도 있고 단체를 향한 것일 수도 있다. 또는 이웃집 마당에서 이뤄질 수도 있고 공적인 공간에서 이뤄질 수도 있으며, 땅 주인의 허락을 받고 이뤄질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.<sup>79)</sup> 법적 추정은 다양한 상황 사이의 경계를 모호하게 만들었고, 십자가를 불태우는 행위가 법에 따라 금지되는지 여부를 판단하는 데 필요한 모든 맥락을 무시했다.<sup>80)</sup> 따라서 이 추정은 과도하게 광범위하여 위헌적이다.

*Black* 판결의 다수의견은 다음과 같이 요약된다. 표현이 발생한 맥락을 무시하는 것은 진정한 위협을 보호영역 내에 있는 표현과 명확하게 구분할 수 없게 만든다. 하지만 표현의 맥락이 적절하게 고려된다면, 그러한 헌법적인 우려는 줄어든다.<sup>81)</sup>

세 번째로, 역사적인 기록 또한 법정의견에 근거를 제공하지 못한다. 1791년 이래로 진정한 위협은 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외되어 왔다.<sup>82)</sup> 만일 상고인이 '진정한 위협'의 개념에 처음부터 주관적 심사기준이 내재되어 있었다고 주장하였다면 설득력이 있었을 것이다. 하지만 상고인은 그렇게 하지 못했다. 상고인은 헌법 수정 제1조의 의미를 직접적으로 언급하는 증거를 제시하지 않았다.

상고인은 여러 주의 위협에 관한 법률 조항이 주관적 심사기준을 규정하였다고 주장한다. 하지만 이는 잘못되었다. 주법들은 주관적 심사기준을 적용하였다기보다는 콜로라도 법과 같이 객관적 심사기준을 적용하였다.

주법들이 더 높은 수준의 주관적 요건을 규정하였다고 하더라도, 이러한 조항들이 상고인에게 유리한 것은 아니다. 표현의 자유의 보호영역에 관한 법의 제정은 의회가 그 법을 헌법의 보장에 합치하는 것으로 보았다는 것을 의미한다. 따라서 그러한 법이 헌법 수정 제1조에 위배되는지가 쟁점이 되는 경우, 그러한 법의 존재는 오히려 그 반대편<sup>83)</sup>의 논거가 된다. 하지만 여기서의 쟁점은 주관적 고의 요건(a subjective intent requirement)이 헌법이 정한 최소 기준이냐는 것이다. 의회는 항상 최소 기준보다 높게 기준을 설정할 수 있기 때문에, 법률의 제정이 반드시 헌법상 최소 기준에 대한 의회의 견해를 반영하는 것은 아니다.

78) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 365 (2003).

79) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 366 (2003).

80) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 365, 367 (2003).

81) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

82) *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 382-383, 388 (1992).

83) 여기서 반대편이란 '합헌론'을 의미한다.

네 번째로, 주관적 심사기준이 역사적인 배경을 가지고 있다고 가정하더라도, 법정의견의 무모성 기준은 전혀 그렇지 않다. 무모성 기준은 대체 어디서 나온 것인가? 이는 소송 당사자들이 주장한 것이 아니며, 하급심 법원이 다룬 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 무모성 기준을 진정한 위협에 대한 헌법적 최소 요건으로 확립하였다. 그 근거는 불명확하다.

법정의견은 한 쪽에는 ‘표현의 자유’를, 그리고 다른 한 쪽에는 ‘개인과 사회에 대한 심각한 해악’을 두고 이들이 ‘상충하는 가치’라는 것을 인정하며 논의를 시작한다. 이를 고려하더라도 무모성 기준이 어떻게 도출될 수 있는가? 의도나 인식을 주관적 심사기준으로 택한다면 더 많은 표현의 자유가 보장될 것이므로, 더 높은 기준을 택해야 할 것이다. 객관적 심사기준을 택한다면 피해자들의 피해가 더 적을 것이기 때문에, 더 낮은 기준을 택하는 것이 나올 수도 있다. 양 가치 사이의 최적의 균형점은 상황에 맞게 조절할 수 있는 의회에 맡겨야 할 문제이다. 헌법 수정 제1조에 관한 선례들조차 법정의견이 제시한 기준을 옹호하지 않는다.

객관적 심사기준은 불법행위법(tort law)의 영역에서 민사책임을 입증할 때 널리 활용되지만, 형법상 범죄성립을 위한 전통적인 요건은 범법행위에 대한 인식(awareness)이다.<sup>84)</sup> 이 전통에 따라서 연방대법원은 연방 형법이 주관적 요건에 대해 침묵하는 경우에도 범죄에 해당하는 행위와 그렇지 않은 행위를 구분하는 데 필수적인 주관적 요건을 요구하는 것으로 일반적으로 추정한다.<sup>85)</sup>

이번 사건은 형법 조항의 해석에 관한 것이 아니라 헌법 수정 제1조의 보호영역에 관한 것이다. 따라서 법정의견의 결론은 진정한 위협에 대한 형사적 책임뿐만 아니라 민사적 책임에도 영향을 미친다. 오늘 이후로 위협적인 표현을 한 사람이 그 표현이 공포를 유발할 것이라고 예상했다는 것을 입증하지 못하면 그 사람에게 민사적 책임을 부담시키기가 힘들어졌다.

상고인은 헌법 수정 제1조가 보호하지 않는 진정한 위협을 범했다. 그는 자신이 한 표현의 의미를 알고 있었다. 이 위협적인 표현은 피해자에게 삶에 대한 두려움을 초래했고 일상을 뒤흔들어 놓았다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 상고인이 헌법 수정 제1조의 보호를 통해 면책될 수 있다는 결론을 내린다. 헌법의 어떠한 부분도 그러한 결론을 뒷받침하지 않는다. 따라서 나는 법정의견에 전적으로 반대한다.

84) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 737-738 (2015).

85) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 736 (2015).

### Ⅲ. 판결의 의의

이번 판결에서 연방대법원은, 상고인의 표현이 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 않는 진정한 위협에 해당하려면 주 당국이 상고인의 내심의 의사를 입증해야 한다고 판단했다. 그리고 진정한 위협이 성립하기 위한 내심의 의사는 '주관적 무모성'이라고 실시했다. 여기서 주관적 무모성이란 '행위 시에 행위자가 결과발생의 위험을 인식하고도 그 위험을 내심 받아들이는' 것을 의미한다.<sup>86)</sup> 이는 '객관적 무모성'과 구별되는 것으로, 객관적 무모성은 '객관적으로 보아 합리적인 일반인이라면 위험을 예견할 수 있는' 수준을 의미한다.<sup>87)</sup> 결론적으로 이번 판결에 따르면, 판단의 대상이 되는 표현이 진정한 위협에 해당하려면 화자가 '다른 사람들이 그 표현을 위협으로 여길 수 있다는 점을 알면서도 이를 행동으로 옮긴다는 것'을 인식했다는 사실을 주 당국이 입증해야 한다.

이에 대하여 Sotomayor 대법관은 법정의견이 진정한 위협의 주관적 요건의 수준에 대해 불필요하게 논의했다고 보았다. 이 사건에서 상고인의 표현은 스토킹 범죄의 과정에서 발생한 것으로 진정한 위협에 해당하는 표현이 아니더라도 처벌이 가능한 것이었다. Sotomayor 대법관은 진정한 위협에 해당하기 위해 주관적 요건이 필요하다는 것에는 동의하지만, 그 주관적 요건의 수준이 무모성이라는 것에는 동의하지 않았다. 하지만 스토킹 범죄 과정 중 발생한 상고인의 위협적인 표현은 무모성을 충족할 수 있다고 보아 법정의견과 동일한 결론을 내렸다.

Barret 대법관은 법정의견이 진정한 위협의 성립여부를 판단할 때 주관적 심사기준을 활용하는 것에 대하여 비판하였다. Barret 대법관은 진정한 위협이 화자의 내심의 의사와는 상관없이 청자에게 피해를 유발하기 때문에 객관적 기준, 즉 합리적인 사람 기준을 따르는 것이 타당하다고 보았다. 또한 진정한 위협의 요건으로 화자의 내심의 의사를 입증하도록 요구하는 것은 민사 책임의 영역까지 영향을 미쳐 부작용을 초래할 것이라고 실시했다.

미국의 표현의 자유와 상응하여 우리나라에서는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 인정하고 있다.<sup>88)</sup> 헌법재판소는 표현의 자유에 대하여 '사상 또는 의견의 자

86) 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 34면.

87) 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 35면.

유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나'라고 실시한다.<sup>89)</sup> 하지만 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”라고 규정하며 표현의 자유의 한계를 규정한다. 이를 통해 국가기밀, 사생활의 비밀과 자유, 음란성, 공중도덕과 사회윤리, 선동에 관한 표현은 상황에 따라 헌법의 보호를 받지 못한다.<sup>90)</sup> 하지만 아직까지 위협적인 표현이 표현의 자유의 보호영역에 해당하여 보호되는지에 대해서는 판례나 학설을 통해 정립된 바가 없으며, 협박죄는 형법 제283조<sup>91)</sup>에 따라 처벌되고 있다.

---

88) **헌법 제21조 제1항**

모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

89) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집, 4, 64, 93.

90) 성낙인, 헌법학(제23판), 법문사, 1327-1328면.

91) **형법 제283조(협박, 존속협박)**

- ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.
- ② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

최신 세계헌법판례

# 독일

■ 국가채무제한 등 재정에 관한 헌법 규율에 위배되는  
추가경정예산법의 위헌성 / 책임연구관 김태호



# 국가채무제한 등 재정에 관한 헌법 규율에 위배되는 추가경정예산법의 위헌성<sup>1)</sup>

## I. 사실관계

2009년 헌법개정으로 이른바 국가채무제한(Schuldenbremse, debt break)에 관한 조항(기본법 제109조 제3항, 제115조 제2항 참조)이 독일 기본법에 규정<sup>2)</sup>되었다. 그런데 독일 연방의회는 2021년 연방예산에 대해 코로나19 팬데믹이 비정상적인 긴급상황이라는 예외에 해당한다고 보아 신용차입의 확대를 승인하였다. 즉 2021 회계연도에 대한 독일 연방예산법은 약 1,800억 유로 규모의 차입을 승인하였고, 이후 2021. 4. (제1차) 추가경정예산법을 통과시키면서 2021 회계연도에 600억 유로 규모의 차입을 추가 승인하였다. 이로써 2021년도 차입예산의 규모는 총 약 2,400억 유로에 이르게 된 것이다. 이는 당시 연방의회가 코로나19 팬데믹 사태를 국가채무제한에 관한 조항에서 예외로 인정한 ‘비정상적인 긴급상황’에 해당한다고 판단하여 2021. 4. 23. 차입예산 확대를 의결하였기에 가능한 것이었다.

그런데 2021년 코로나19 팬데믹 사태의 추이는 증액된 차입예산을 사용할 필요가 없는 상황으로 전개되었다. 이에 따라 정치권에서는 2021년 (제1차) 추가경정예산법으로 증액한 600억 유로의 차입예산 전액을 에너지기후기금(Energie- und Klimafonds, EKF)<sup>3)</sup>으로 이전하여 향후 회계연도에 사용할 수 있도록 하자는 아이디어가 등장하였다. 이에 따라 2022. 2. 25. 관보에 게재된 「2021 회계연도의 연방예산안에 대한 제2차 추가경정예산 결의에 관한 법률」(2021년 제2차 추경예산법)<sup>4)</sup>은 2021 회계연도의

1) 연방헌법재판소 2023. 11. 15. 결정, 2 BvF 1/22.

2) 2009년 헌법개정에 의한 국가채무제한 조항의 주된 내용은 다음과 같이 요약할 수 있다: 연방은 원칙적으로 채무를 통하여 국가수입과 지출의 균형을 맞출 수 없다(신규채무부담 금지 원칙). 다만 연방예산의 경우 명목 국내총생산의 0.35%를 초과하지 않는 범위에서 채무를 지면 균형예산의 범위를 지킨 것으로 본다. 법률에서 정한 경기변동 상황과 비정상적인 긴급상황에서는 예외적으로 채무부담을 늘릴 수 있다.

3) 이후 에너지기후기금은 기후전환기금(Klima- und Transformationsfonds, KTF)으로 그 명칭이 변경되었다.

4) Gesetz über die Feststellung eines Zweiten Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2021 (Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2021).

연방예산 총 규모를 약 5,477억 유로에서 약 5,727억 유로로 증액하고, 기존 에너지기후기금의 규모를 426억 유로에서 1,026억 유로로 증액(제1조)하는 한편, 이 법의 발효시점을 2021. 1. 1로 소급하도록 규정하였다(제2조).

이에 대해 야당인 기독교민주당/기독교사회당(CDU/CSU) 소속 국회의원 197명은 2021년 제2차 추경예산법에 대해 추상적 규범통제심판을 청구하면서 차입예산을 에너지기후기금으로 이전하고 예산을 소급적용하도록 한 것 등이 기본법에 위배되어 무효라고 주장하였다.<sup>5)</sup>

## II. 주문

「2021 회계연도의 연방예산안에 대한 제2차 추가경정예산 결의에 관한 법률」(2021년 제2차 추경예산법, 2022. 2. 18. 연방 관보 I 194면)<sup>6)</sup> 제1조 및 제2조는 기본법 제109조 제3항,<sup>7)</sup> 제110조 제2항 제1문<sup>8)</sup> 및 제115조 제2항<sup>9)</sup>에 위배되어 무효이다.

5) 이 사건 청구인들은 본안결정이 이루어질 때까지 추가적립된 에너지기후기금을 사용하려면 에너지기후기금에 추가로 배정된 금액을 충당하기 위해 2022 회계연도 연방예산안에서 그에 상응하는 예산지출을 승인한 경우에만 할 수 있도록 해달라는 가처분신청을 하였으나 2022. 11. 22. 연방헌법재판소는 이를 기각한 바 있다(연방헌법재판소 2022. 11. 22. 2 BvF 1/22 결정).

6) Gesetz über die Feststellung eines Zweiten Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2021 (Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2021).

7) [독일 기본법 제109조 제3항] 연방과 주의 예산은 원칙적으로 차입에 따른 수입이 없이 균형을 이루어야 한다. 연방과 주는, 경기변동이 일상 국면에서 벗어나 전개될 때 경기 상승·하락에 대해 대칭적으로 고려하는 규정과 국가관리에서 벗어나 국가재정을 심각하게 악화시키는 자연재해 또는 비정상적인 긴급상황에 대해 예외 규정을 둘 수 있다. 예외 규정에서는 그에 상응하는 상환규정을 두어야 한다. 연방 예산에 관해서는 제115조에서 자세히 규율하는데, 본조 제1문에 부합하려면 차입에 따른 수입이 명목 국내총생산의 0.35%를 초과하지 않아야 한다. (…)

8) [독일 기본법 제110조 제2항 제1문] 1년 또는 그 이상의 회계연도에 대한 예산안은, 연도별로 나누어, 첫 회계연도가 개시되기 전에 예산법률로 확정한다.

9) [독일 기본법 제115조 제2항] 수입과 지출은 원칙적으로 차입에 따른 수입 없이 균형을 이루어야 한다. 이 원칙은 차입에 따른 수입이 명목 국내총생산의 0.35%를 초과하지 않을 때 지켜진다. 나아가 경기변동이 일상 국면에서 벗어나 전개될 때 예산에 미치는 영향은 경기 상승과 하락을 대칭적으로 고려하여야 한다. 실제 차입이 제1문부터 제3문에 따라 허용되는 차입의 한계를 벗어나는지 여부는 통계계정에서 관리되는데, 명목 국내총생산 1.5%의 경계치를 초과하는 부담에 대해서는 경기상황에 맞추어 상환시켜야 한다. 특히 재정 거래에서의 수입·지출 조정, 경기조정절차의 토대 위에서 경기 전개를 고려하여 연간 순차입 상황을 산정하는 절차, 실제 차입이 기준 한도로부터 벗어날 경우의 통제와 조정 등에 대해서 상세한 내용은 연방법률이 정한다. 국가관리에서 벗어나 국가재정을 심각하게 악화시키는 자연재해 또는 비정상적인 긴급상황의 경우 연방의회 재적의원 다수의 의결로 차입의 상한을 초과할 수 있다. 이 의결은 상환계획을 포함하여야 한다. 제6문에 따라 이루어지는 차입의 상황은 적절한 시간적 범위 내에 이루어져야 한다.

### Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

#### 1. 심판대상조항

**2021년 제2차 추경예산법(이하 ‘심판대상법’이라 한다)**

##### 제1조

2021. 6. 3.의 법 제1조(연방관보 I 1410면)에 의해 개정된 2020. 12. 21.의 2021년 예산법률(연방관보 I 3208면)을 다음과 같이 개정한다.

1. 제1조를 다음과 같이 변경한다.

- a) 제1항의 문언 중 “547,725,714,000”을 “572,725,714,000”으로 변경한다.
- b) 제3항의 문언 중 “42,694,600,000”을 “102,694,600,000”으로 변경한다.

2. 2021년 연방예산안은 이 법에서 부록으로 첨부하는 추가경정사항에 따라 개정된다.

##### 제2조

이 법은 2021. 1. 1.부터 효력을 발생한다.

#### 2. 쟁점 및 요지

이 사건에서 연방의회의 야당의원들은 코로나19 팬데믹 대응을 위해 추가 승인되었던 600억 유로의 차입예산에 대해 해당 예산의 사용이 필요하지 않게 되었는데도 이를 다시 연방정부에 종속된 특별기금인 ‘에너지기후기금’(EKF)에 넣어 향후의 회계연도에 사용할 수 있도록 한다면 재정에 관한 여러 헌법조항에 위배된다고 주장하며 규범통제심판을 청구하였다.

적법요건 판단에서 연방헌법재판소는 연방의회의원인 청구인들의 청구인적격이 인정되고, 규범통제의 심판청구대상적격도 인정되며, 객관적인 해명의 이익도 존재한다고 보아 추상적 규범통제 심판청구의 적법요건을 충족하였다고 판단하였다.

본안 판단에서 연방헌법재판소는 심판대상법 제1조 및 제2조가 독일 기본법 제109조 제3항, 제110조 제2항 제1문 및 제115조 제2항에 합치하지 않는다고 판단하며 심

판대상법의 무효를 선언하였다. 연방헌법재판소의 결정은 주로 다음과 같은 세 가지 쟁점에 대한 판단을 거쳐 이루어진 것이다.

첫째, 비정상적인 긴급상황과 긴급상황이 유발한 입법자의 대응조치 사이에 사실적 연관성(Veranlassungszusammenhang)이 필요한데 이 사건에서 그러한 연관성이 존재하는지가 문제되었다.

둘째, 기본법 제115조 제2항 제6문에 의해 국가채무제한의 초과를 인정하는 요건인 비정상적인 긴급상황과 차입예산의 실제 사용 시점이 시간적으로 분리된다면 이는 예산의 단년성(Jährlichkeit) 및 연례성(Jährigkeit)에 대한 헌법적 요청과 모순되지 않는지 문제되었다. 문제된 사안에서와 같이 긴급상황을 이유로 국가채무제한을 상회하는 예산 차입을 허용한 다음 이를 그 해의 ‘채무’로 처리하지 않고 이후의 회계연도에서 사실상 그 차입예산을 계속 사용할 수 있도록 용인한다면 ‘국가채무제한’에 대한 기본법상의 규정을 우회하여 회피하는 결과가 될 수 있다는 것이다.

셋째, 2021년 회계연도 종료 후에 심판대상법을 제정하여 소급적용하는 것은 기본법 제110조 제2항에 따른 예산의 사전결정 원칙(Vorherigkeitsgebot)에 위배되지 않는가였다.

결론적으로 연방헌법재판소는 이하에서 보는 바와 같이 위의 세 가지 쟁점에 대해 모두 헌법에 위배됨을 인정하여 심판대상법을 무효로 결정하였는데, 그 주된 논증의 내용은 다음과 같다.

## IV. 판단

### 1. 재정에 관한 관련 기본법 조항과 헌법재판

#### 가. 기본법상 국가채무제한 조항

##### (1) 국가채무제한 조항의 내용

기본법 제109조 제3항 제1문은 연방과 주의 예산이 원칙적으로 차입수입 없이 균형을 이룰 것을 요구하는 예산운영의 원칙을 선언하고 있고, 연방예산의 신용차입에 대해 더 상세히는 기본법 제115조에서 정하고 있다. 연방 예산은 차입을 통한 수입 없이 수입과 지출의 균형을 이루어야 하는데, 경기 상승 및 하락 시 일상 국면을 벗

어나 경기상황이 전개되는 경우에 그러한 ‘경기적 요소’의 영향이 대칭적으로 고려되어야 한다(기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제3문). 명목 국내총생산의 0.35%를 초과하지 않는 차입수입의 경우에는 예산 균형의 원칙이 유지된 것으로 본다(기본법 제109조 제3항 제4문, 제115조 제2항 제2문).

한편, 국가의 통제 범위를 벗어나 국가재정을 심각하게 악화시키는 자연재해 또는 비정상적인 긴급상황이 발생한 경우에는 연방의회가 국가채무제한을 벗어난, 즉 경기적 요소의 영향을 반영하고 명목 국내총생산의 0.35%라는 신용차입 한도를 초과한 신용차입예산을 편성할 것인지를 결정할 수 있다(기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제6문). 이 때 연방헌법재판소의 판례는 신용차입 한도의 초과를 허용하는 기본법 제115조 제2항 제6문부터 제8문에 규정된 명시적 요건 외에 자연재해 또는 비정상적인 긴급상황과 국가채무를 초과할 필요성 사이에 사실적 연관성이 있을 것을 전제로서 요구한다.

## (2) 헌법재판의 심사강도

기본법상 비상상황을 전제로 한 국가채무조항의 문언상 예외 요건(기본법 제115조 제2항 제6문과 결부된 제109조 제3항 제2문의 요건)에 대해서는 원칙적으로 헌법재판소에 의한 전면적 심사가 가능하다. 즉 신용차입 한도의 초과를 허용하는 ‘국가의 통제에서 벗어난 자연재해나 비정상적인 긴급상황’이 존재하는지 여부에 대해 헌법재판소는 전면적으로 심사할 수 있다. 이러한 요건에 대한 사법심사를 제한할 이유는 특별히 없다. 자연재해 및 비정상적인 긴급상황이라는 요건이 적용되는 사안의 영역이 다양하다고 하더라도 법적 개념을 해석하고 적용하는 것에 대해서는 사법심사가 가능하다. 문언상의 예외 요건에 대한 입법의 연혁을 보더라도 해당 요건에 대한 전면적인 사법심사가 가능하다는 것을 알 수 있다. 2009년 헌법개정으로 이 조항들이 도입되기 전에는 연방정부의 신용차입 허용 여부에 대해 입법자의 평가 및 판단 여지를 인정함으로써 헌법재판의 심사를 입법자의 소명이 이해할만 하고 신빙성이 있는가로 제한하였는데, 기본법 제109조 및 제115조의 개정으로 이러한 태도가 더 이상 계속 고수될 수 없게 된 것이다.

다만, 국가재정 상황의 심각한 악화에 대한 판단, 신용차입을 상환하는 적절한 시간적 범위에 대한 판단은 일정 정도 제한된 헌법재판의 심사강도가 적용될 것이다.

연방헌법재판소는 비정상적 긴급상황으로 인해 재정 소요가 큰 폭으로 증가함으로써 국가 재정상황이 심각하게 악화될 상황인지를 심사해야 하지만, 재정상황의 악화를 초래하게 될 추가적인 재정 수요의 규모에 대해서는 입법자에게 평가와 판단의 여지가 있다. 신용차입 후 적절한 상환기간의 적절한 범위에 대해서도 입법자는 평가와 판단의 여지를 가진다.

명시적인 문언에는 없는, 자연재해 또는 비정상적인 긴급상황과 국가채무를 초과하도록 허용할 필요성 사이에 사실적 연관성이 요구된다고 하는 요건에 대해서도 입법자에게 평가와 판단의 여지가 있다고 할 수 있다. 따라서 비정상적인 긴급상황을 조건으로 한 신용차입이 이루어진 것에 대해 헌법재판소가 비례성 심사를 하는 것은 배제된다. 대신, 신용차입에 관한 입법자의 결정이 이해할 수 있고 신빙성이 있는지를 헌법적으로 심사해야 하며 이를 위해 입법자는 이를 소명할 부담(Darlegungslasten)을 진다.

#### 나. 연간예산편성 원칙·예산의 단년성 원칙

연방예산의 신용차입에 대해 기본법 제109조 제3항 및 제115조에 따른 헌법적 요청의 체계는 ‘연간예산편성의 원칙’(Verfassungsgebot der Jährlichkeit, principle of yearly budgeting)과 ‘회계연도 해당 예산의 원칙’(Grundsatz der Fälligkeit, current-year principle)에 의해 보충되는 ‘예산의 단년성 원칙’(Verfassungsgebot der Jährigkeit, principle of annuality)을 포함한다.

‘연간예산편성의 원칙’이란, 예산안이 회계연도의 개시 이전에 예산법률로 확정되어야 한다는 것을 의미한다. ‘예산의 단년성 원칙’은 예산 권한이 회계연도의 종료 전까지만 행사될 수 있다는 것을 의미한다. 그에 따라 예산은 회계연도가 종료되면 원칙적으로 소멸한다. ‘회계연도 해당 예산의 원칙’에 따르면 예산안에서는 해당 회계연도에 발생할 것으로 예상되는 수입과 지출에 대해서만 예산을 편성할 수 있다.

이러한 예산원칙은 기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제6문에 따른 자연재해와 비정상적인 비상상황에서의 국가채무제한 예외에 관한 규율에도 적용된다. 이러한 원칙의 위반 여부는 헌법재판소의 엄격한 심사를 받으며, 특별기금의 설립을 통해 우회할 수 없다.

## 다. 심판대상법의 적용

### (1) 입법자의 소명 부담

심판대상법은 기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제6문이 명문으로 규정한 요건을 충족한다고 할 수 있다. 그러나 명문의 요건 외에 이 사건에서 확인된 비상적인 긴급상황과 이를 이유로 신용차입을 확대하여 재정조달을 하는 위기대응조치 사이에 사실적 연관성이 있는지는 입법자에 의해 충분히 소명되지 않았다.

연방정부는 이와 관련하여 특히 코로나19 팬데믹으로 인해 허약해진 경제활동의 진흥을 다른 정치적 사안인 기후보호와 기후전환, 디지털화 지원과 결합하려는 의도에 대해 언급한 바 있다. 이에 따르면 팬데믹 극복이라는 특수한 상황에서 기후보호 및 디지털화 분야의 중요한 미래적·전환적 과제를 위해 국가자금을 안정적으로 조달하고 민간 투자를 촉진하는 것이 필요하며, 이는 위기의 영향을 신속하게 극복하고 경제의 경쟁력을 담보하여 경제 성장의 촉진 및 지속적 강화를 도모하는 중요한 전제 조건이라는 것이다.

그러나 이러한 입법자의 이유제시는 충분하지 않다고 판단된다. 심판대상법의 입법심의 당시에 팬데믹 상황은 이미 2년 가까이 계속되고 있었다. 위기를 촉발한 비상사태가 오래 전에 발생하여 입법자가 의사결정에 더 많은 시간을 할애하였을수록, 그리고 당초 비상사태와의 관계에서 위기의 영향이 초래한 문제가 간접적일수록 예산법에 대한 입법자의 평가 및 판단의 여지는 좁아진다. 그리고 이 경우에는 입법자의 소명 부담은 더 커진다. 만약 이 사건에서처럼 입법자가 한 회계연도 또는 연속된 회계연도 내에서 비정상적 긴급상황을 이유로 신용차입을 반복적으로 하는 경우에는 더욱 그러하다.

비정상적 긴급상황이 오래 지속되고 입법자가 긴급상황을 이유로 한 광범위한 신용차입을 하였을수록, 입법자는 긴급상황이 계속되는 이유와 긴급상황 극복을 위해 입법자가 계획한 조치가 계속해서 적합한지에 대해 더 상세한 근거를 제시해야 한다. 입법자는 특히, 입법자가 긴급상황의 대응을 위해 과거에 취한 조치가 효과적이었는지, 이로부터 미래에 취할 조치가 적합할 것이라고 결론지을 수 있는지를 소명해야 한다.

입법이유를 보면 지금까지의 위기대응조치에 대해 그러한 기본적인 평가와 분류를

기껏해야 단서 형태로 발견할 수 있을 뿐이다. 입법이유에 따르면 심판대상법에 따라 해당 기금을 증액하는 것은 팬데믹 극복을 목적으로 2020년에 에너지기후기금에 예산을 할당한 것을 보완한 것으로서 기금 증액은 이러한 목적을 계속 수행하는 것이라고 명시되어 있다. 또한 지금까지의 상황 전개는 비상사태 극복을 위해 특별히 취해진 국가의 조치가 효과를 거두고 있음을 보여주고 있으며, 지금까지의 국가 조치들은 팬데믹의 급격한 경제적 충격을 완화하는 데 적합하고 필요하며 적절한 조치들이라고도 한다.

그러나 에너지기후기금으로 예산을 1차적으로 배분한 후 어떤 구체적인 조치가 취해졌는지, 그리고 어떠한 (측정가능한) 성과가 있었는지에 대해서는 아직 논의된 바가 없다. 따라서 심판대상법이 2020년의 비상사태를 전제로 한 신용차입 승인 당시와 동일한 조치에 대해 재정지원을 하는 것인지도 명확하지 않다.

입법자는 (제1차) 2021 회계연도 추경예산법에서 필요한 것으로 간주하여 승인하였던 600억 유로의 신용차입을 2021 회계연도의 말에 가서 원래의 계획대로 위기극복을 위해 사용하지 않은 이유를 제시하지 않았다. 심판대상법의 의결은 2021 회계연도의 예산 확정 후 거의 1년이 지나 이루어졌기 때문에 그에 대한 이유를 제시하는 것이 더욱 필요한 일이었다.

에너지기후기금은 훨씬 이전에 이미 설립되었고, 기금을 통해 재정지원을 받는 프로그램의 목적도 그 당시에 이미 확정되어 있었으며, 진행되고 있던 프로그램이 위기를 확대하거나 축소하는 것도 아니라는 사정을 보면, 심판대상법의 기금 확대를 더 심도 깊게 검토할 이유가 있었다. 따라서 특별기금 형태로 지원되는 프로그램을 위기대응을 위한 목적으로 보는 것은 적합하지 않은 것으로 보인다.

입법이유는 또한 기본법 제115조 제2항 제6문에 따라 긴급상황을 전제로 한 신용차입 확대와 기본법 제115조 제2항 제3문에 의해 일상 상황에서 벗어나는 경기 변동에 대해 인정 가능한 신용차입 확대를 그 적용 범위에서 명확히 구분하지 못하고 있다.

## (2) 연간예산편성 원칙·예산의 단년성 원칙 위배

심판대상법에 따라 기후전환기금(KTF, 에너지전환기금의 변경된 명칭)으로 예산을 배분한 것은 기본법 제109조 제3항, 제115조 제2항에 의한 예산의 연간편성과 예산의 단년성이라는 헌법적 원칙에 위배된다.

여러 회계연도에 이월되는 신용차입 승인을 통해 사실상의 유보금을 만드는 심판대상법의 규율은 기본법 109조 제3항 및 제115조 제2항에 따른 연간예산편성 원칙 및 예산의 단년성 원칙에 위배된다. 기본법 제115조 제2항 제6문에 따라 독일 연방의회가 긴급상황을 의결한 것은 특정한 회계연도에 대한 것이므로 그러한 의결은 각 회계연도마다 별도로 의결되어야 한다. 긴급상황을 전제조건으로 하는 긴급차입의 승인과 차입자금의 실제 사용을 분리하는 것은 기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제6문에서 정한 헌법상 요건과 양립할 수 없다. 이 조항들에 따라 특정 회계연도에 인정되는 차입승인은 해당 회계연도에서 긴급상황에 대처하기 위한 조치로 발생한 지출을 충당하는 데 대한 것으로 한정되어야 한다.

심판대상법에 따르면 600억 유로의 신용자금이 연방정부에 종속된 특수목적기금인 기후전환기금으로 이전된다. 이 기금은 2021년 회계연도에 허용되는 차입예산의 산정에 반영되지만, 승인된 신용차입을 통해 재정을 조달한 입법자가 상정한 위기대처조치들은 향후의 회계연도에 취해진다. 이러한 구도에 의하면, 연방정부가 실제 부담하는 채무는 주로 향후 몇 년 동안에 걸쳐 아마도 각 회계연도에 적용되는 헌법상의 채무 한도를 초과하며 발생하게 될 것이다. 이에 따르면 지금 이루어진 신용차입 승인은 실제 사용되는 회계연도의 채무한도에 계상되지 않고 사용될 수 있는데, 그에 대한 계상은 2021 회계연도에 채무한도의 예외로 이미 승인되어서 이후의 회계연도에 계상되지 않기 때문이다. 이는 회계연도 해당 예산의 원칙과 결부된 예산의 단년성 원칙에 합치되지 않는다. 입법자가 신용차입을 승인하여 법적으로 독립적이지 않은 특별기금에서 사용할 수 있게 하는 형식을 선택함으로써 예산에 대한 이상의 원칙을 배제해서는 안 된다.

코로나19 팬데믹이 특수하다는 사정이나 연방정부가 미래의 제3자를 위해 현재 부담해야만 하는 의무를 이행하는 것에 재원이 필요하다는 사정만으로는 기본법 제109조 제3항 제2문, 제115조 제2항 제6문의 위반을 정당화할 수 없다. 이후의 회계연도에서 긴급상황을 전제로 한 신용차입에 대한 요건이 (새롭게) 충족된다면 그러한 범위에서 신용차입은 해당연도의 시점별로 사실상 허용되는 한도까지 승인될 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 목적을 위해 2021년의 신용차입 승인을 이월해야 할 상당한 이유는 없다.

## 2. 기본법상 예산의 사전결정 원칙의 위배 여부

2021 회계연도가 종료된 후에 심판대상법을 의결하는 것은 다음과 같은 이유로 기본법 제110조 제2항 제1문에 따른 ‘예산의 사전결정 원칙’(Gebot der Vorherigkeit)에 위배된다.

### 가. 예산의 사전결정 원칙의 의의

예산은 원칙적으로 기본법 제110조 제2항 제1문에 따라 원칙적으로 회계연도 시작 전에 예산법률을 통해서 확정되어야 한다. ‘예산의 사전결정 원칙’은 의회예산권의 유효한 행사에 기여한다. 이 원칙은 예산에 관한 의회의 고유권한을 시간적 차원에서 보장하는 데 목적이 있고, 특히 회계연도 전체에 걸쳐 예산의 유도 기능을 보장한다. 입법절차에 관여하는 모든 헌법기관은 예산의 사전결정 원칙을 이행하기 위해 협력해야 한다. 이는 (추가경정) 예산법에 대해 유일한 발의권을 가진 연방정부에게도 해당되는 것이다.

‘예산의 사전결정 원칙’은 추가경정예산의 편성에도 적용되는 것이 원칙이다. 예산법의 유도 및 통제 기능을 보장하여 예산에 대한 의회의 고유권한을 실효적으로 확보하고자 하는 예산의 사전결정 원칙의 목적에 비추어볼 때, 추가경정예산안 편성에서도 이 원칙을 그에 맞게 적용할 필요가 있다. 그러한 차원에서 보면 ‘예산의 사전결정 원칙’은 예산안이 비현실적으로 보이거나 나중에 비현실적인 것으로 판명되면 이를 임의로 지체하지 말고 적시에 수정 또는 조정해야 한다는 헌법적 요청을 담고 있다.

### 나. 추가경정예산과 예산의 사전결정 원칙

이 사건에서는 심판대상법이 2021 회계연도가 종료된 이후에야 통과되었다는 점이 문제된다.

연방예산법(Bundshaushaltsordnung) 제33조 2항에 따르면, 추가경정예산안은 회계연도 종료 전까지 제출되어야 한다. 이 문언에도 불구하고 헌법합치적 접근에 따른 학계의 일치된 견해는 추가경정예산안이 연말까지 연방의회에서 통과되어야 하고 그렇지 않으면 무효라고 본다.

이러한 견해에 비추어 보면 추가경정예산은 원래의 예산계획을 새로운 혹은 변경된 수요에 맞춰 조정하는 것이고 이러한 이유에서 추가경정예산은 그 자체가 해당 회계연도의 나머지 기간에 대한 계획으로서의 성격을 가져야 한다. 그런데 회계연도

가 경과하고 난 후에 추가경정예산이 의결되면 추가경정예산은 그 계획적 성격을 위한 기능을 할 수가 없다. 예산집행이 완료되어 더 이상 예산집행에 영향을 미칠 수 없기 때문이다. 따라서 회계연도 종료 후 이루어지는 추가경정예산안에 대한 의회의 의결은 계획 수단으로서의 예산안의 기능과 모순된다.

기본법 제111조<sup>10)</sup>의 체계를 생각하면 본예산의 의결에서 예산의 사전결정원칙을 위반하더라도 이를 제재할 수는 없다. 그러나 추가경정예산 지연의 경우는 다르다. 기본법 제111조는 일시적으로 연방정부에게 특정한 긴급예산권을 부여하여 예산이 없는 동안 잠정적으로 연방정부가 예산 및 경제를 관리할 수 있도록 허용한다. 그러나 추가경정예산에 대해서는 추가경정예산이 지연되더라도 기본법 제111조에 상응하는 규정이 없다.

#### 다. 심판대상법의 경우

이러한 기준에 비추어 볼 때, 심판대상법은 기본법 제110조 제2항 제1문에 합치하지 않는다. 2021 회계연도 종료 후 심판대상법이 의결되었으므로 예산의 사전결정원칙에 위배된다.

심판대상법을 통해 2021년 예산법을 소급하여 개정하는 것은 예산법이 반드시 제공해야 하는 계획수립수단으로서의 기능이 작동되지 못하게 하는 것인데, 이 사실은 입법이유에서도 드러난다. 입법이유에서 2021 회계연도가 이미 종료되었기 때문에 심판대상법에서 전염병 대처를 위한 국가적 조치에 예산을 사용하기로 결정하고 집행할 수 없는 상황이라고 하고 있는 것이다. 예산의 사전결정원칙에 대한 위반이 어떤 전제에서 정당화될 수 있는가에 대한 물음은 별론으로 하더라도, 입법이유에는 그러한 위반을 정당화하는 사유도 제시되어 있지 않으며, 심판대상법의 입법초안도 그에 대한 해명을 포함하고 있지 않다.

10) **[독일 기본법 제111조]** ① 회계연도의 종료까지 차년도에 대한 예산안이 법률을 통해 확정되지 않으면, 그 발효 시까지 연방정부는 다음과 같은 경우에 필요한 모든 지출을 결정할 권한을 가진다.

- a) 기존 법정 시설을 유지하고 법에서 정한 조치를 이행하기 위한 경우
  - b) 연방의 법적으로 뒷받침되는 의무의 이행을 위한 경우
  - c) 건설, 조달 및 기타 서비스를 계속하거나 전년도 예산안에서 이미 해당 지출의 승인이 이루어져 이러한 목적에 대한 지원을 계속 보장하기 위한 경우
- ② 특별법에 따른 조세, 공과금, 그 밖의 수입 또는 운영경비금으로 제1항에 따른 지출을 충당하지 못하는 경우에는 경제운용을 유지하기 위해 필요한 자금을 경과된 예산안에서 최종 총액의 4분의 1까지 신용의 방식으로 사용할 수 있다.

따라서 심판대상법 제1조와 제2조는 기본법과 양립될 수 없고 그에 따라 심판대상법 제1조와 제2조는 무효이다.

## V. 결정의 의의

연방헌법재판소가 추가경정예산법을 위헌으로 결정함에 따라 기후전환기금에서 증액된 600억 유로는 삭감되었다. 그 결과 기금을 사용하여 국가의 의무를 이행하는 것이 어렵게 된 분야에 대해 입법자가 보상적 조치를 취할 수밖에 없게 되었고, 연방헌법재판소의 위헌결정으로 인한 여파는 2024 회계연도에 대한 예산법이 소화하고 반영해야 할 과제로 남게 되었다.

이에 위헌결정 이후에 연방정부와 연방의회에서는 2024 회계연도의 예산에 대한 다양한 합의가 시도되었다. 기후위기에 부정적인 영향을 초래하는 보조금을 우선적으로 폐지하고, 개별 부처의 지출을 축소하며, 연방보조금을 삭감하는 논의를 진행하였다. 2021년에 있었던 홍수재해로 피해를 입은 주민들의 지원에 관해 별도로 채무제한조항의 예외를 승인하는 방안도 검토하였고, 기후보호 및 기후전환과 관련한 다양한 프로젝트에 대해서는 지원을 조정하는 합의도 하였다.<sup>11)</sup> 그리고 이러한 논의를 거쳐 2024. 2. 2.에 2024년 예산법에 대한 합의를 하였다.<sup>12)</sup>

본 결정은 재정에 관한 헌법 규율이 재판규범으로서 규범통제의 기준으로 작동할 수 있음을 보여준 의미 있는 사례라고 할 수 있다. 이 결정을 통해 예산권 행사에 대한 헌법재판의 심사방식과 심사강도에 대한 추가적 논의가 이루어지는 계기도 마련되었다. 결과론적으로 기후위기와 그 대응이라는 시급한 사회적 요청을 위해 필요했던 재정적 수단이 제약되게 된 것 또한 사실이었던 때문이다.

한국 헌법에는 재정에 관한 헌법조항이 상세하지 않고 그에 따라 재정에 대한 헌법재판소의 결정례가 드물다. 국가채무제한과 같은 내용을 포함하는 재정준칙 조항의 도입과 재정권에 대한 헌법재판의 정당성과 심사강도에 관한 논의에 관심을 가질 때 본 결정이 시사하는 의미는 조금 더 분명해 질 것이다.

---

11) Nach wegweisendem BVerfG-Urteil: Ampel einigt sich auf Haushalt 2024, in: Legal Tribune Online (LTO), 2023. 12. 13.

12) 연방헌법재판소의 결정에 따른 2024년 예산법의 합의 및 그 내용에 대해서는, <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/staatsfinanzen-bundshaushalt-2024-verabschiedet-wer-jetzt-verzichten-muss/29634804.html> (2024. 2. 5. 최종방문).

최신 세계헌법판례

# 오스트리아

Ⅰ 공영방송의 독립성과 다원성에 위배되는 방송공사법 조항의 위헌성

/ 책임연구관 김태호



# 공영방송의 독립성과 다원성에 위배되는 방송공사법 조항의 위헌성<sup>1)</sup>

## I. 사실관계

오스트리아 방송공사(ORF, Österreichischer Rundfunk)는 오스트리아 방송공사에 관한 연방법률(ORF-Gesetz, 이하 ‘방송공사법’이라 한다)<sup>2)</sup>에 근거한 공법상 재단이다. 오스트리아 방송공사(이하 ‘방송공사’라 한다)의 기관은 재단이사회(Stiftungsrat), 사장(Generaldirektor), 시청자위원회(Publikumsrat)로 구성된다.<sup>3)</sup>

방송공사법 제20조에 따르면 재단이사회는 방송공사의 최고감독기구로서 총 35인으로 구성되며, 연방정부가 의회를 대표하는 정당들의 추천과 의석비례관계를 반영하여 지명하는 6인, 주정부가 지명하는 9인, 연방정부가 지명하는 9인, 시청자위원회에서 지명하는 6인, 중앙노사협의회에서 지명하는 5인의 이사로 구성된다. 방송공사법 제28조에 따르면, 시청자위원회는 총 30인의 위원으로 구성되며, 그 중 13인은 법에서 정한 기관 또는 단체가 지명하고, 나머지 17인은 연방총리가 사회단체의 추천인사풀에서 지명한다.

오스트리아의 연방주인 부르겐란트(Burgenland) 주정부는 방송공사법이 공영방송(öffentlich-rechtlicher Rundfunk)의 감독 및 통제기관 구성에 대해 연방정부가 너무 많은 영향력을 행사하도록 규정하고 있다고 보았다. 재단이사회와 시청자위원회의 구성원 다수가 연방정부 및 연방정부의 관할 하에 있는 인사로 구성된다는 것이다. 부르겐란트 주정부는 이에 관한 방송공사법의 규정이 「방송의 독립성 보장에 관한 1974. 7. 10. 연방헌법률」 제1조 제2항<sup>4)</sup> 및 유럽인권협약 제10조<sup>5)</sup>에 위배된다고 주장

1) 오스트리아 헌법재판소 2023. 10. 5. 결정, G 215/2022-26.

2) Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz)

3) [방송공사법 제19조(오스트리아 방송공사의 조직)]

제1항 오스트리아 방송공사의 기관은 1. 재단이사회, 2. 사장, 3. 시청자위원회로 구성된다.

4) Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks. 제1조 제2항의 내용은 이하 III.의 관련 조항의 소개를 참조.

5) [유럽인권협약 제10조(표현의 자유)]

하며 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 청구<sup>6)</sup>하였다.

## II. 주문

연방헌법재판소 결정의 주문은 다음과 같다.

I. 1. 방송법 제20조 제1항 제1문 제3호 및 제4호, 제20조 제1항 마지막 문의 “그리고 2.”부분, 제20조 제4항 제2문, 제28조 제4항 및 제5항, 제6항 제1문, 제29조 제6항 제2문에서 제4문, 제30조 제1항 제2호는 헌법에 위배되어 폐지한다(해당 법률조항의 특성을 위한 연혁 표기는 생략<sup>7)</sup>).

2. 폐지의 효력은 2025. 3. 31.을 경과하며 발효한다.

3. 이전의 법률 규정은 다시 효력을 갖지 아니한다.

4. 연방총리는 이 결정을 연방관보 I에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

(II~IV 생략<sup>8)</sup>)

---

제1항 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공권력 주체의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조항이 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

### 6) [연방헌법(B-VG) 제140조 제1항]

헌법재판소는 다음 각 호에 대한 위헌 여부를 심판한다.

제2호 연방법률. 위헌법률심판은 주정부, 국민의회 재적 3분의 1 또는 연방상원 재적 3분의 1의 청구로도 개시될 수 있다.

7) 제20조는 2021년, 제28조는 2017년, 제29조는 2021년, 제30조는 2014년에 개정되었다.

8) 이 사건에서 주정부는 심판대상법률조항의 범위와 관련하여 최초의 위헌법률심판청구 이후 두 차례에 걸쳐 추가적인 예비적 심판청구를 하였는데, 연방헌법재판소는 최초의 심판청구와 제1차 예비적 심판청구는 각하(주문 IV의 내용)하고, 방송공사법 제20조, 제28조, 제29조, 제30조를 심판대상으로 삼은 제2차 예비적 청구를 기준으로 인용 결정(주문 I의 내용), 기각 결정(주문 II의 내용: 인용부분을 제외한 방송공사법 제20조 제1항에서 제7항, 제28조 제2항, 제3항, 제6항, 제29조 제1항에서 제6항에 대한 기각), 각하 결정(주문 III의 내용: 방송공사법 제20조 제6a항, 제8항에서 제10항, 제28조 제1항, 제29조 제4a항, 제30조 제1항 제1호, 제3호에서 제8호, 제2항에서 제5항의 각하)을 하였다. 연방헌법재판소가 이 사건의 적법 요건을 판단하면서 확인한 주요 법리는 위헌법률심판 절차에서 심판대상 법률조항의 범위에 관한 것이다. 이에 따르면 폐지하려는 법률조항의 나머지 부분만 남을 때 법률의 내용이 완전히 변경되는 것이 되지 않도록 하고, 폐지하려는 법률 조항 부분과 불가분적으로 관련이 있는 조항은 포함되도록 위헌법률심판대상을 정하여 청구하여야 한다는 것이다(VfSlg. 13.965/1994, 16.542/2002, 16.911/2003). 이에 따라 폐지되고 남는 법률조항의 내용이 언어적으로 완전히 이해할 수 없어 내용 없는 법률이 되거나 적용할 수 없는 법률이 되도록 위헌법률심판청구를 한다면 그러한 청구는 허용될 수 없다고 한다. 반면, 추상적 규범통제의 심판청구에서는 심판대상조항의 범위를 아주 넓게 잡았다고 하더라도 개별구체적인 이의를 논리적이고 심사가능하도록 제시하거나 조항 간의 불가분성이 있는 경우라면 그러한 심판청구가 적법한 것이 될 수 있고(VfSlg. 20.000/2015, 20.092/2016),

### Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

#### 1. 주요 심판대상조항 등

오스트리아 방송공사에 관한 연방법(ORF-Gesetz, ‘방송공사법’)의 주요 조항은 다음과 같다(이하 위헌 결정된 부분에 밑줄).

#### 제20조 재단이사회

제1항 재단이사회의 구성원은 다음 규정의 기준에 따라 임명된다:

1. 국민의회에서의 정당 의석수와 정당의 추천을 고려하여 연방정부가 6인의 이사를 지명한다(…).
2. 각 주가 1인의 지명권을 가지도록 하여 주정부는 9인의 이사를 지명한다.
3. 9인의 이사를 연방정부가 지명한다.
4. 시청자위원회에서 6인의 이사를 지명한다.
5. 노동헌법률(Arbeitsverfassungsgesetz)의 적용에 따라 중앙노사협의회가 5인의 이사를 지명한다.

제1호에서 제4호까지의 지명에서 다음의 점을 유의해야 한다. 이 인사들이,

1. 이사회에서 다룰 사안에 맞는 사전 교육 또는 그와 관련된 직업적 경험을 통해 개인적·직업적 적합성을 제시해야 한다. 그리고
2. 오스트리아와 세계 미디어시장에 대한 지식이 있거나 경제, 과학, 예술 또는 교육 분야에서 지금까지의 성과를 통해 높은 평판을 얻고 있어야 한다.

제4항 이사회의 임기는 첫 소집으로부터 4년으로 하되, 새로 지명된 이사회가 첫 소집될 때까지로 한다. 임기 중 연방정부가 지명한 위원은 연방대통령이 새로운 연방정부를 지명한 경우에만, 주정부가 지명한 위원은 주의회가 새로운 주정부를 선출한 경우에만, 시청자위원회와 중앙노사협의회가 지명한 위원은 새로운 위원회가 구성된 경우에 한해, 조기에 임기를 종료할 수 있다. (…)

#### 제21조 재단이사회의 임무

제1항 재단이사회는 연방법률에서 정한 임무 외에도 다음의 임무에 대한 의무를 진다.

---

이 때 심판청구된 조항이 분리될 수 있는 경우라면 심판청구된 대상조항의 일부에 대해 각하결정을 하게 된다(VfSlg. 14.802/1997)고 한다. 이 사건 주문 II-IV는 그러한 법리를 적용한 것이다.

1. 운영 감독
2. 사장의 선임과 해임
- (…)

### 제28조 시청자위원회

제1항 청취자와 시청자의 이익을 보호하기 위해 오스트리아 방송공사에 시청자위원회를 둔다.

제3항 시청자위원회는 다음과 같이 지명되어야 한다.

1. 오스트리아 상공회의소, 오스트리아 농업회의소 회장단회의, 연방노동회의소 및 오스트리아 노동조합연맹에서 각각 1인의 위원을 지명한다.
2. 자영업자연합들은 공동으로 1인의 위원을 임명한다.
3. 로마가톨릭교회가 1인의 위원을 임명한다.
4. 개신교회는 1인의 위원을 임명한다.
5. 시민교육을 담당하는 정당 영역의 법인에서 각각 1인의 위원을 임명한다.
6. 학술아카데미에서 1인의 위원을 임명한다.

제4항 연방총리는 추가 위원의 임명을 위해 대학, 교육, 예술, 스포츠, 청년, 학생, 노인, 장애인, 학부모 또는 가족, 소수민족, 관광, 운전자, 소비자, 환경보호의 분야 또는 그룹을 대표하는 기관 또는 조직에 추천을 요청해야 한다.

제5항 연방총리는 제4항에 따라 전자적 공지 및 연방정부 정보플랫폼을 통해 적격의 기관 또는 조직에게 3인의 후보자를 지명하여 추천하도록 요청하고, 추천 내용을 공시하여야 한다.

제6항 연방총리는 제4항에 따른 분야 또는 그룹으로부터 접수된 추천에서 17인의 위원을 추가로 지명하여야 하며, 이 때 각 분야별로 1인의 위원을 임명을 하여야 한다. 시청자위원회에서 장애인의 이익은 스스로 장애가 있는 1인이 대변하여야 한다.

### 제29조 임기, 위원장, 의사결정

제1항 시청자위원회의 임기는 첫 소집으로부터 4년으로 하되, 새로 지명된 위원회가 첫 소집될 때까지로 한다.

제6항 시청자위원회 위원이 임기 종료 전에 사임하는 경우 남은 임기 동안 새로운

위원을 지명해야 한다. 제28조 제6항에 따라 지명된 위원이 조기에 사임하는 경우, 연방총리는 사임하는 위원이 대변하는 기관 또는 그룹에 추천을 하도록 요청해야 한다. 추천은 지체 없이 제출되어야 한다. 연방총리는 제출된 추천 중에서 위원을 지명한다.

### 제30조 시청자위원회의 임무

제1항 시청자위원회는 다음의 임무에 대해 의무를 진다.

1. 프로그램 제작에 대한 추천 및 기술 개발에 대한 제안
  2. 재단이사회 이사 6인의 지명
  3. 규제위원회에 대한 이의제기
  4. 방송사 시청료 확정에 대한 재단이사회 결의의 승인
- (…)

관련 헌법조항은 다음과 같다.

**방송의 독립에 관한 연방헌법률(BVG Rundfunk, 이하 ‘방송헌법’이라 한다)<sup>9)</sup>**

#### 제1조

제2항 방송과 그 조직에 관한 더 상세한 규정은 연방법률로 정한다. 그 연방법률은 특히 보도의 객관성과 공정성, 의견의 다양성에 대한 고려, 프로그램의 균형 및 제 1항에 따른 임무(역주: 방송의 운영)를 위임받은 구성원과 운영기관의 독립성을 보장하는 조항을 포함하여야 한다.

## 2. 쟁점 및 요지

(1) 연방헌법재판소는 방송공사법의 재단이사회 및 시청자위원회의 구성에 관한 규율이 연방정부의 과도한 영향력을 인정하여 방송기관의 독립성과 다원적 구성(pluralistische Zusammensetzung)에 관한 헌법적 요청에 위배된다고 결정하였다.

(2) 재단이사회의 구성과 관련하여, 연방정부는 9인의 이사를 지명하는 반면, 시청자위원회는 6인의 이사를 지명하도록 되어 있다. 연방헌법재판소는 연방정부가 시청자위원회보다 더 많은 이사를 임명할 수 있다면 이는 방송헌법상 다원적 구성의 원칙에 위배된다고 보았다.

9) Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks.

반면, 주정부가 9인의 재단이사회 이사를 임명하고 국민의회 내 정당들의 추천을 받아 6인의 이사를 지명하며 중앙노사협의회가 5인의 이사를 임명하는 것은 헌법상 문제가 없다고 보았다.

(3) 재단이사회 이사의 임기와 관련하여 이사의 임기는 4년이 원칙이지만, 방송공사법 규정에 따라 연방정부 및 주정부가 지명하는 이사 18인과 시청자위원회가 지명하는 이사 6인은 새 정부가 구성되거나 시청자위원회가 재구성되면 임기가 끝나기 전에 교체될 수 있다. 연방헌법재판소는 이러한 규율이 독립성 원칙에 위배된다고 보았다.

반면, 정당이 추천하는 지명한 6인의 이사와 사원을 대표하여 중앙노사협의회에서 지명한 5인의 이사가 조기에 교체될 수 있는 것은 문제가 없다고 보았다.

(4) 시청자위원회의 구성과 관련하여, 방송공사법은 연방총리(또는 미디어장관)가 17인의 시청자위원을 지명하고, 13인은 법에 명시된 다른 사회단체(상공회의소, 교회, 정당 아카데미 등)에서 지명하도록 하고 있다. 여기서 쟁점이 된 것은 연방총리(또는 미디어장관)가 다른 사회단체로부터의 지명을 합친 것보다 더 많은 시청자위원을 지명할 수 있다는 것인데, 연방헌법재판소는 이러한 구성이 방송의 독립성과 다원적 구성이라는 헌법적 요청에 위배된다고 보았다.

한편, 연방총리(또는 미디어장관)가 지명하는 17인의 시청자위원회 위원은 14개 사회단체를 대표하는데, 개별 단체에서 추천되는 위원의 수, 다시 말해 14개 사회단체 중 어느 단체의 추천이 어떻게 고려되어야 하는지를 방송공사법이 정확히 규정하지 않는 것도 문제되었다. 연방헌법재판소는 이러한 규율 또한 방송의 독립성과 다원적 구성의 원칙에 위배된다고 보았다.

(5) 위헌결정은 잠정적용 헌법불합치 결정으로서 위헌결정조항은 2025년 3월 31일까지 유효하고 입법자는 그 때까지 새로운 규율을 할 시간을 가진다. 재단이사회 이사와 시청자위원회 위원의 임기는 새로 구성되는 재단이사회 및 시청자위원회가 소집되는 날까지이다. 재단이사회의 이사와 시청자위원회의 모든 위원이 지명되지 않더라도 정족수를 충족하면 재단이사회와 시청자위원회는 의결을 할 수 있다.

## IV. 판단

### 1. 공영방송의 독립성과 다원성 요청

(1) 방송헌법에 따르면 방송과 방송조직에 관하여 상세히 규정하는 것은 입법자의 임무이다. 입법자의 규율은 특히 보도의 객관성과 공정성, 의견의 다양성 고려, 프로그램의 균형성과 구성원 및 운영기관의 독립성이라는 네 가지 사항을 보장해야 한다(방송헌법 제1조 제2항). 그리고 연방헌법재판소는 이러한 방송헌법 제1조 제2항의 헌법적 요청 중에서 독립성과 다양성에 대해 다음과 같이 판시해 왔다.

방송헌법과 유럽인권협약 제10조(특히 제10조 제1항 제3문)는 방송질서의 형성에서 방송의 기능이 담보될 수 있도록 할 책임이 입법자에게 있다고 한 것이다. 이는 유럽인권협약 제10조가 보장하는 개인의 방송의 자유와 방송헌법에 규정된 제도적 요청에 더 잡은 것이며, 이것은 방송을 통한 공적 의사소통의 자유를 포괄적으로 보장하는 것이기도 하다.

헌법적으로 보장된 방송질서에서 공영방송은 방송헌법과 유럽인권협약 제10조에 따라 그 기능에 걸맞은 지위를 가져야 한다. 여기서 공영방송은 전체방송질서에서 민주적·문화적 차원에서 중요한 위상을 갖는다. 따라서 공영방송에 대한 기능적·재정적 책임에는 방송헌법의 헌법상 원칙이 보장될 수 있도록 법적 체계를 설계할 의무와 공영방송사가 그러한 프로그램 서비스를 제작할 의무를 포함한다.

(2) 공영방송의 조직과 내부구조 또한 방송헌법의 요청에 부합해야 한다. 연방헌법재판소는 공영방송사의 방송의 자유가 갖는 제도적 측면에 대해 “보도의 객관성과 공정성, 의견의 다양성 고려, 공영방송사 차원의 프로그램의 균형 고려를 통해 뉴스나 생각을 전달할 기회가 실제로 존재할 때” (VfSlg. 10.948/1986)에만 공영방송사와 관련한 방송의 자유가 보장되는 것이라고 강조한 바 있다.

여기서 공영방송사의 주요 기관, 즉 재단이사회와 시청자위원회의 조직과 관련하여 특히 중요한 것이 운영기관의 독립성 보장이다. 연방헌법재판소에 따르면, 위 조항은 방송공사 내 합의제적 운영기관인 재단이사회와 시청자위원회의 지명 및 구성에 있어 그 어떠한 국가기관도 일방적인 영향을 미침으로써 운영기관의 독립을 훼손해서는 안 된다는 의미를 포함하고 있다. 이는 특히 공영방송사가 ‘공적 감시권’으로

서의 기능을 수행한다는 점을 감안할 때, 그리고 민주적 제도 하에서의 대표성을 반영하고 합의제적 운영기관 구성에 공동으로 영향을 미치는 정치세력과의 관계를 고려할 때 중요하다. 여기서 공영방송사의 합의제적 운영기관이 갖게 되는 독립성 보장은 공영방송사의 운영자들이 그 기능을 독자적이고 외부의 영향을 받지 않으면서 행사할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이 점에서 독립성 보장은 운영기관 자체에 해당되는 것이다.

또한 방송헌법상 의견의 다양성과 프로그램의 균형 요청에 따라 공영방송사의 합의제적 운영기관을 구성할 때에는 다원성 요청을 고려하여 합의제 기관이 사실적 또는 법적으로 특정 그룹에 속하는 사람들에 의해 일방적으로 지배되지 않도록 해야 한다. 이 점에서 다원성과 독립성 요청은 상호 영향을 미친다.

방송헌법에 따른 기관의 독립성 확보 요청은 공영방송사의 합의제 운영기관을 구성할 때 그 어떤 국가기관이 지나치게 큰 영향력을 행사하지 않도록 보장한다. 이 때 공영방송사의 운영기관 구성에서 임명될 위원들의 자격요건을 두거나 국가로부터 거리를 둔 조직의 추천권을 결부시켜 이것에 국가기관의 조직구성 결정이 법적으로 구속 되도록 하고 해당요건에 따른 배제사유 외에는 국가기관의 선호에 따라 임명이 이루어지지 않도록 해야 한다.

(3) 조직의 구성에 대해 입법자는 형성의 여지를 갖는다. 입법적 형성에서 주요한 사회 영역 또는 그룹의 대표성을 보장하여 다원성을 확보하는 것은 방송의 임무 수행에 적합한 결정을 내릴 수 있도록 구성원의 전문성을 요구하는 것만큼이나 중요한 다원성 보장의 요소이다.

방송헌법 조항은 의사결정 과정에 다양한 이해관계와 관점이 영향을 미칠 수 있도록 하고, 해당 사안과 관련성이 없는 이해관계가 의사결정 과정을 지배하지 않도록 보장해야 한다는 의미를 포함한다.

## 2. 재단이사회의 구성에 관한 조항의 위헌성

### (1) 연방정부의 과도한 영향력

연방정부는 국민의회를 대표하는 정당들의 추천에 따라 6인의 이사를 지명하는 것 외에 추가로 9인의 재단이사회 이사를 지명한다(방송사법 제20조 제1항 제1문 3호).

이러한 이사들의 숫자는 정부가 아닌, (시민사회를 대표하여 구성되고 국가와 분리된) 시청자위원회에서 지명하는 6인의 위원보다도 상대적인 다수를 차지한다. 이러한 구성은 방송공사 운영기관의 지명과 구성에서 독립성 및 다원성을 보장하도록 하는 헌법적 요청에 반한다.

### (2) 조기 임기종료의 가능성

재단이사회 이사의 임기는 일반적으로 4년이다. 연방 및 주 정부가 지명하는 9인의 재단이사회 이사와 시청자위원회가 지명하는 6인의 위원은 새로운 연방정부 또는 주정부가 구성되거나 새로운 시청자위원회가 구성되면 임기가 조기에 종료될 수 있다. 이들의 경우 임기를 정하여 활동의 독립성을 보장하는 측면이 중요하다.

정당 대표가 지명하는 6인의 이사와 중앙노사협의회가 지명하는 5인의 이사의 경우 그 임기가 조기에 종료될 가능성이 있다고 하더라도 문제가 없다. 전자의 경우 특히 국민의회를 대표하는 각 정당이 적어도 1인의 이사를 지명할 수 있도록 보장하고 있어 민주적 다양성을 확보하고 있으며, 후자의 경우에도 중앙노사협의회를 대변하는 이사는 협의회를 통해 사원의 이익을 직접적으로 대표하는 것이기 때문이다.

그러나 방송공사법 제20조 제4항 제2문은 제20조 제1항 제1문의 제1호에서 제5호까지의 위원 전체에 적용되고 위원들 간의 차이를 구분하고 있지 않으므로 제4항 제2문의 전체 규율이 방송헌법에 위배되어 위헌으로 판단한다.

### (3) 다원성의 부족

연방정부와 시청자위원회가 임명할 재단이사회 이사는 다양한 분야에서 쌓은 높은 수준의 인적·전문적 기준을 충족해야 한다. 이는 개인의 독립성 확보에서 의미가 있다. 그러나 방송공사법은 연방정부와 시청자위원회의 이사 지명에서 다양성의 요청을 어떻게 반영할 것인지에 대해 규정하고 있지 않다. 이로 인하여 헌법적으로 중요하게 요청되는 이사회 구성의 다원성이 형해화될 수 있고, 연방정부와 시청자위원회는 어떤 인사를 지명할 것인지에 관하여 지나치게 광범위한 결정의 재량을 갖게 된다. 이것은 방송헌법 제1조 제1항에 반한다.

### 3. 시청자위원회의 구성에 관한 조항의 위헌 여부

#### (1) 연방총리의 과도한 영향력

총 30인의 위원으로 구성되는 시청자위원회는 방송공사법에서 직접 명시한 조직(대표적으로 사회적 파트너, 자영업자 협의회, 교회 등)이 13인의 위원을 지명하고, 나머지 17인은 추가로 연방총리가 대학, 예술 또는 노인 등 14개 분야(그룹)를 대표하는 기관 또는 단체로부터 각 3인의 추천을 받아 그 중에서 지명한다(방송사법 제 28조 제4항). 여기서 연방총리가 임명하는 17인의 시청자위원회 위원은 대표적인 사회단체가 직접 지명하는 13명의 위원보다 다수이다. 이것은 방송헌법상의 독립성 요청에 부합하지 않는다. 즉 입법자는 시청자위원회에서 대표적 사회단체가 직접 지명하는 위원이 연방총리(또는 미디어부 장관)가 사회단체의 추천명단으로부터 지명하는 위원과 적어도 동일한 정도로 대표될 수 있도록 균형을 맞춰야 한다.

#### (2) 연방총리의 과도한 재량

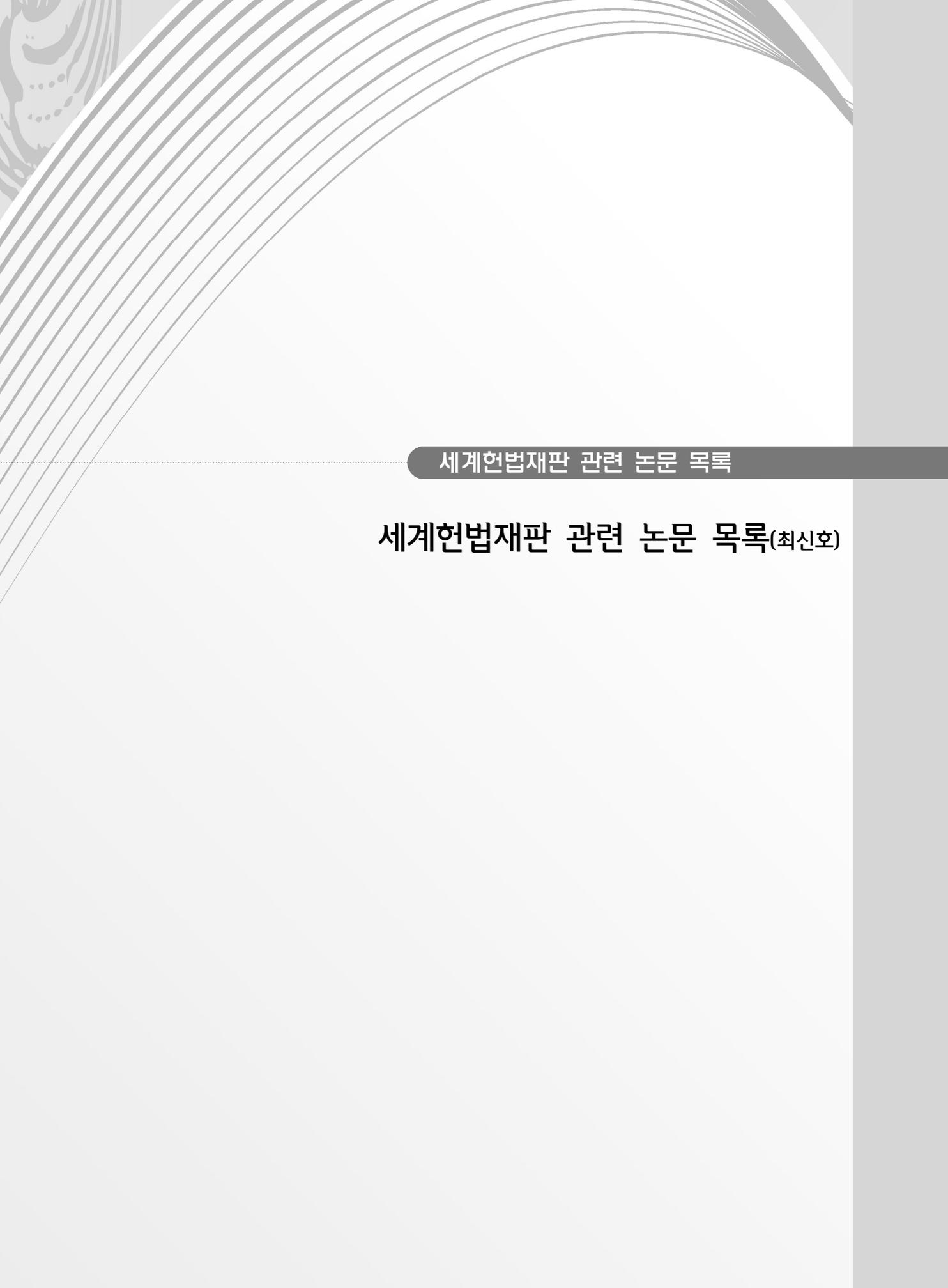
연방총리(또는 미디어부 장관)는 방송공사법에 명시된 분야 또는 그룹(교육, 예술, 스포츠, 청소년, 노인, 소수민족, 환경 보호 등)을 대표하는 조직에서 각각 3인의 추천을 받아 시청자위원회 위원 17인을 임명한다. 그러나 연방총리는 각 사회단체마다 3인씩 추천받은 사람 중 누구를 어떻게 지명할 것인지, 법에 특정된 14개의 사회 영역 내지 그룹 내에서 어떻게 17인의 위원을 배분하여 지명할 것인지에 대해 법적인 제한을 받지 않는다. 이것은 연방총리(또는 미디어부 장관)가 시청자위원회 위원 17명을 선택함에 있어 자신의 선호에 따라 광범위한 재량을 행사할 수 있다는 것이므로, 이는 방송공사의 독립성과 다원적 구성에 대한 헌법적 요청을 훼손하는 것이다.

## V. 결정의 의의

오스트리아에서 헌법적 지위를 갖는 방송에 관한 헌법률 조항은 방송의 독립성과 다원성 확보를 헌법적 원칙으로 인정하고 있다. 연방헌법재판소는 이 조항에 터 잡아 공영방송 내부 감독·통제기관의 구성과 임기를 정한 방송공사법 조항이 연방정부의 과도한 영향력 행사를 가능하게 하여 방송의 독립성과 다원성 원칙에 위배된다

고 보았다. 방송의 독립성과 다원성 원칙을 적용하는 구체적인 심사기준과 심사강도에 대해서는 다차원적인 검토가 필요하겠으나, 헌법재판소가 공영방송의 거버넌스 구조를 방송의 독립성과 다원성이라는 헌법적 원칙에 비추어 적극적으로 심사하였다는 점에서 주목된다.





세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)



## Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 강일신, 유럽사법재판소의 입법과정심사, 세계헌법연구 제29권 제3호, 2023. 12., 151-166면.
- 권수진, 디지털 헬스케어에 관한 비교법적 검토, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023. 12., 127-151면.
- 김명식, Roe v. Wade 판결폐기와 낙태권의 헌법적 근거, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023. 12., 105-125면.
- 김병록, 어퍼머티브 액션(Affirmative Action)에 관한 고찰 - 아시아계에 의한 문제 제기를 중심으로 -, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023. 12., 31-74면.
- 김연진/지성우, 최근 미국 연방대법원의 변화된 엄격심사기준에 관한 고찰-적극적 평등실현조치에 대한 적용을 중심으로-, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023. 12., 1-30면.
- 김용욱, 독일에서 공법상 인공지능(AI) 활용의 억제와 육성 논의, 성균관법학 제35권 제4호, 2023. 12., 39-80면.
- 김용훈, 프랑스의 반부패규율 정책의 함의와 시사점, 유럽헌법연구 통권 제43호, 2023. 12., 447-482면.
- 김재선, 디지털 헬스케어 이익형량과 법제 설계 방향에 관한 고찰-미국 디지털 헬스케어 규제법리에 관한 논의를 중심으로-, 한국의료법학회지 제31권 제2호, 2023. 12., 217-239면.
- 남정아, 미국 연방대법원 Dobbs 판결과 그 함의에 대한 소고-우리 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정과 향후 입법 개선 방안-, 유럽헌법연구 통권 제43호, 2023. 12., 313-342면.
- 박진완, 유럽연합의 유럽인권협약 가입을 통한 유럽의 기본권 보호체계의 완성과 유럽연합 법체계의 자율성과 유럽연합법원의 독자적 지위 인정 요구의 조화, 경북대학교 법학논고 제84집, 2024. 1., 35-70면.
- 방동희, 영국의 지방자치제도 발전과정에 관한 고찰-행정체제개편, 지역법시스템 및 성과평가·협약제도를 중심으로-, 지방자치법연구 제23권 제4호, 2023. 12., 37-80면.

- 신우철, 미합중국헌법상 입법부 구성방식의 역사적 기원: ‘대타협(The Great Commpromise)’의 입헌 경위를 중심으로, 중앙대학교 법학논문집 제47집 제3호, 2023. 12., 65-110면.
- 신호은, 유럽의료데이터공간 제안의 규제전략과 시사점, 공법학연구 제24권 제4호, 2023. 11., 257-287면.
- 심소연, 분산형 동료 시민정치 형태로서의 유럽연합 참여민주주의, 유럽헌법연구 통권 제43호, 2023. 12., 67-108면.
- 오시진, 국제인권법상 문화생활 참여권에 대한 고찰-현대사회 문화와 인류학적 문화 개념의 양립을 중심으로-, 충북대학교 법학연구 제34권 제2호, 2023. 12., 49-88면.
- 윤진수, 동성결합에 대한 유럽인권재판소의 페도토바 대 러시아 판결, 가족법연구 제37권 제3호, 2023. 11., 1-24면.
- 이길원, AI 규제를 위한 국제협력 방안-국제기구의 역할과 기능에 관한 국제법적 검토를 중심으로-, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023. 12., 75-103면.
- 이상학, 독일 연방헌법재판소와 유럽사법재판소의 관계와 기본권보호의 경합-개인 정보보호의 기본권을 중심으로-, 홍익법학 제24권 제4호, 2023. 12., 41-69면.
- 이수연, 초고령 사회와 연령차별주의(Ageism)에 따른 고용상 연령차별-「연령차별금지법」 체계와 정년제도를 중심으로-, 노동법논총, 제59집, 2023. 12., 469-504면.
- 이현정, 헌법상 가족 개념의 변화와 동성혼에 관한 논의-비교법적 검토를 중심으로-, 충북대학교 법학연구 제34권 제2호, 2023. 12., 89-118면.
- 이환경, 미국 의회의 입법적 거부권에 관한 연구, 충북대학교 법학연구 제34권 제2호, 2023. 12., 119-138면.
- 이황희, 민주제의 이론사적 좌표-고대 그리스의 논의를 중심으로-, 공법연구 제52집 제2호, 2023. 12., 189-216면.
- 장지원, 스위스의 헌법개정절차와 사례에 대한 연구-국민발안 및 국민투표를 포함하여-, 헌법학연구 제29권 제4호, 2023. 12., 441-473면.
- 정일영, 일본 스나가와(砂川) 판결에 대한 연구: 일본 헌법 제9조와 통치행위론, 법사학연구 제68호, 2023. 11., 147-177면.
- 정하명, 캘리포니아 동물복지법의 위헌성에 관한 미국 연방대법원 판결례-National Pork Producers Council v. Ross-, 경북대학교 법학논고 제84집, 2024. 1. 123-140면.

- 조설연, 중국 「감찰법」상 유치제도에 대한 사법통제-영장주의를 중심으로-, 고려법학 제111호, 2023. 12., 105-131면.
- 조성자, 미국법 상 동물의 권리에 관한 연구-캘리포니아주 농장동물학대방지법(The Prevention of Cruelty to Farm Animal Act)과 시사점-, 강원법학 제73권, 2023. 11., 353-378면.
- 차원일, ‘정보적 침해’에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌심사기준-비례성원칙과 절차보장을 중심으로-, 헌법학연구 제29권 제4호, 2023. 12., 217-253면.
- 채형복, EU에 있어 젠더 스테레오타입 예방과 근절을 위한 정책: 「젠더평등전략 2020-2025」를 중심으로, 경북대학교 법학논고 제84집, 2024. 1., 479-522면.
- 하민정/이경은, 국회의원 이해충돌 방지제도 개선을 위한 법적 소고: 미국, 영국, 일본 의회 의원 이해충돌 방지 법제와의 비교를 중심으로, 공법학연구 제24권 제4호, 2023. 11., 289-329면.
- 한동훈, 프랑스의 인터넷상 혐오표현 및 불법정보 규제에 대한 헌법적 검토-프랑스 헌법재판소의 2020년 6월 18일 결정(Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020)을 중심으로-, 세계헌법연구 제29권 제3호, 2023. 12., 53-82면.
- 홍일선, 독일의 초기 입헌주의 운동-독일연방을 중심으로-, 유럽헌법연구 통권 제43호, 2023. 12., 175-209면.
- Bartolozzi, Miriam, A Comparative Perspective on Moral Rights beyond Audiovisual Works: International Mandatory Rule and Moral Interests as Human Rights, 문화·미디어·엔터테인먼트법 제17권 제2호, 2023. 12., 203-231면.
- Wu, Zongze/Yang, Yi, The Current Dilemma of Health Care Data Sharing in China and Its Legal Responses, 의생명과학과 법 제30권, 2023. 12., 89-121면.



## 국외통신원 소식

- 독일의 선거에 관한 사법심사에서의 헌법적 논의
  - 베를린 주헌법재판소 및 연방헌법재판소의 최근 결정을 중심으로 -



# 독일의 선거에 관한 사법심사에서의 헌법적 논의

## - 베를린 주헌법재판소 및 연방헌법재판소의 최근 결정을 중심으로 -

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정다운

### 1. 들어가는 말

2021년 9월 26일 베를린의 동시선거<sup>1)</sup>(주(州)의회 선거, 구의회 선거, 연방의회 선거, 주민투표, 이하 ‘2021년 베를린 선거’라 한다)가 실시된 이후 독일에서는 최근까지 선거에 관한 사법심사(Wahlprüfung, 이하 ‘선거심사’라 한다)와 관련한 헌법적 논의가 활발히 이루어지고 있다. 선거심사는 이미 실시된 선거의 하자 여부를 사후적으로 심사하는 헌법상 제도로, 독일에서 연방의회 선거에 대한 심사는 기본법 제41조<sup>2)</sup> 및 연방 선거심사법(Wahlprüfungs-gesetz)에 따라, 각 연방주의 주의회 선거 및 구의회 선거에 대한 심사는 주(州)헌법 및 개별 선거 관련법 등에 따라 이루어진다.

2021년 베를린 선거에서는 베를린 주(州)선거관리위원회(Landeswahlleitung)의 위원장이 즉시 사퇴했을 정도로 위원회의 부실한 선거관리가 큰 논란이 되었고, 선거 직후 정치권 및 시민사회로부터 재선거 요구가 거세게 일었다. 투표용지의 미배부, 선거의 일시 중단, 투표 시간 연장 등 전례 없이 심각한 선거상 하자(Wahlfehler)가 발생하면서 선거에 대한 이의신청이 제기되었다.<sup>3)</sup> 이후 2022년 11월 16일 베를린 주(州)헌법재판소(Verfassungsgerichtshof)는 베를린 헌법 제84조 제2항 제6호<sup>4)</sup> 및 베를린

1) 독일 베를린은 하나의 도시이면서 동시에 연방주(도시주, Stadtstaat)의 지위를 갖는다.

#### 2) [기본법 제41조]

- (1) 선거심사는 연방의회가 관할한다. 연방의회는 연방의회 의원의 자격 상실 여부를 결정한다.
- (2) 연방의회의 결정에 대해서는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.
- (3) 자세한 사항은 연방법률에서 정한다.

3) 베를린 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 선거심사는 이의신청이 제기될 때만 이루어진다.

#### 4) [베를린 헌법 제84조 제2항 제6호]

헌법재판소는 그 외 법률을 통해 관할하게 된 사안에 관하여 결정한다.

헌법재판소법 제14조 제2호<sup>5)</sup>에 따라 주의회 선거 및 구의회 선거에 대한 심사권을 행사하여 베를린 내 전체 선거지역(Wahlgebiet)<sup>6)</sup>에서 해당 선거가 무효라고 선언하였고,<sup>7)</sup> 이에 2023년 2월 12일 독일 선거 역사상 초유의 사태인 재선거가 시행되었다.<sup>8)</sup> 2023년 12월 19일에는 베를린 선거지역에서 치러진 2021년 연방의회 선거와 관련하여 청구된 선거소원심판(Wahlprüfungsbeschwerde)에서 연방헌법재판소가 해당 선거를 베를린 내 455개의 투표구에서 무효라고 선언하였고,<sup>9)</sup> 이에 2024년 2월 11일 베를린 선거지역 내에서 연방의회 재선거가 시행되었다.<sup>10)</sup>

이 글에서는 2021년 9월 26일 실시된 베를린 주의회 및 구의회 선거에 대한 베를린 주헌법재판소의 결정, 같은 날 베를린 선거지역에서 실시된 연방의회 선거에 대

5) [베를린 헌법재판소법 제14조 제2호]

헌법재판소는 주의회 선거 및 구의회 선거의 유효성에 대한 이의신청에 관하여 결정한다.

- 6) 선거지역은 특정 선거가 실시되는 전체 지역 범위로, 한 명 또는 여러 명의 지역 대표 의원을 선출하기 위한 하위 지역 단위인 선거구(Wahlkreis)로 분할된다. 선거지역을 선거구로 분할하는 기준은 주민 수로, 이에 따라 선거구마다 대략적으로 동일한 주민 수가 할당된다. 또한 선거구는 선거관리의 원활함과 편의를 위해 하위 지역 단위인 투표구(Wahlbezirk)로 분할된다(bpb, Wahlkreis/Wahlbezirk, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/das-junge-politik-lexikon/321377/wahlkreis-wahlbezirk/>, 최종 검색일: 2024. 2. 7.). 2021년 베를린 선거와 관련하여 연방의회 선거를 위한 선거지역은 12개 선거구, 2,256개 투표구로 분할되었으며, 주의회 및 구의회 선거를 위한 선거지역은 78개 선거구, 2,256개 투표구로 분할되었다.
- 7) 베를린 주헌법재판소 2022. 11. 16. 결정, VerfGH 154/21.
- 8) 베를린 주의회 재선거 결과를 살펴보면, 전체 159석 중에서 기독교민주연합(CDU)이 52석으로 의석 점유 1위, 사회민주당(SPD)과 녹색당(Grüne)이 각각 34석으로 공동 2위, 좌파당(Linke)이 22석으로 4위, 대안당(AfD)이 17석으로 5위를 차지했다. 2021년 베를린 선거에서는 전체 147석 중에서 사회민주당이 36석으로 의석 점유 1위, 녹색당이 32석으로 2위, 기독교민주연합이 30석으로 3위, 좌파당이 24석으로 4위, 대안당이 13석으로 5위를 차지했었다. 재선거를 통해 각 정당의 의석수뿐만 아니라 의석 점유 순위 또한 바뀌었다(Spiegel, Alle Ergebnisse zur Abgeordnetenhauswahl im Überblick, 27.02.2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/berlin-wahl-2023-alle-daten-grafiken-und-karten-der-abgeordnetenhauswahl-im-ueberblick-a-aed0946-b97f-49c0-be8f-f2cb0850c810>, 최종 검색일: 2024. 2. 7.).
- 9) 연방헌법재판소 2023. 12. 19. 결정, 2 BvC 4/23.
- 10) 재선거 결과, 베를린의 12개 선거구에서 직접 선출되는 연방의회 의원은 2021년 선거에서 선출된 의원들이 동일하게 선출되었다. 이에 따라 사회민주당은 4석, 녹색당과 기독교민주연합은 각각 3석, 좌파당은 2석을 유지했다. 정당 투표에서는 사회민주당이 2021년 선거 대비 1.2% 감소한 22.2%, 녹색당이 0.3% 감소한 22%를 기록했지만, 여전히 1위와 2위를 유지했다. 기독교민주연합은 2021년 선거 대비 1.3% 증가한 17.2%, 좌파당은 0.1% 증가한 11.5%, 대안당은 1% 증가한 9%를 차지했다. 재선거 결과 연방의회 차원에서는 자유민주당(FDP)이 1석을 잃게 되어 연방의회 전체 의석수는 기존 736석에서 735석으로 감소하였다. 다른 정당의 의석수에는 결과적으로 변화가 없었기 때문에 재선거의 결과가 연방의회 의석 배분에 큰 영향을 미치지 않은 것으로 볼 수 있다(Deutscher Bundestag, FDP-Fraktion verliert Sitz nach Wiederholungswahl in Berlin, 12.02.2024, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw06-wiederholungswahl-berlin-989202>, 최종 검색일: 2024. 2. 13.).

한 연방헌법재판소 결정의 주요 내용을 통해 독일의 선거심사에 관한 최근의 헌법적 논의를 소개한다.

## II. 베를린 주(州)헌법재판소의 결정(VerfGH 154/21)

### 1. 사실관계

2021년 베를린 선거에서 유권자들은 연동형 비례대표제(Personalisierte Verhältniswahl)에 따라 시행되는 주의회 선거와 관련해 두 표(후보자 투표를 위한 제1표, 정당 투표를 위한 제2표), 순수 정당명부식 비례대표제(Listenwahl)에 따라 시행되는 구의회 선거를 위해 한 표를 행사하였다. 또한 주의회 선거와 마찬가지로 연동형 비례대표제에 따라 시행되는 제20대 연방의회 선거와 주민투표가 동시에 시행되어 유권자들은 최대 여섯 번의 투표를 해야 했다. 투표소에는 코로나19 팬데믹 위생 규정과 거리 두기가 적용되었으며, 베를린 시내에서는 약 25,000명이 참가하는 마라톤 대회가 개최되어 교통이 매우 혼잡하였다.

코로나19 팬데믹 상황에서 여러 선거가 한 번에 치러져 혼잡이 예상되었음에도 미리 대비하지 못하여 당일 선거에서 여러 절차상의 문제들이 발생하였다. 먼저 몇몇 투표소에서 투표용지가 부족한 상황이 발생하였다. 급히 추가 투표용지를 배송받으려 했으나 마라톤 대회로 인한 교통혼잡의 영향으로 투표소에 제때 배송되지 못했다. 급기야 선거가 일시 중단되었으며, 투표소 앞에는 긴 대기줄이 형성되었다. 일부 투표소에서는 보유한 투표용지만을 배부해 선거를 진행하였고, 유권자에 따라 주의회 선거를 위한 제1표 또는 제2표를 행사하지 못하는 경우가 발생했다. 그뿐만 아니라 주의회 또는 구의회 선거를 위한 제2표 투표용지가 몇몇 선거구 간에 바뀐 사실이 개표 과정에서 밝혀져 무효표로 처리되었다. 이러한 선거 절차상의 문제들로 많은 투표소에서 투표 종료 시각인 18시 이후까지도 투표를 진행하였다.

이에 베를린 헌법재판소법 제40조 제3항의 이의신청권자 규정에 따라 베를린 주선거관리위원회, 베를린 주정부의 내무·디지털화·스포츠부(Senatsverwaltung für Inneres, Digitalisierung und Sport), 대안당과 디 파타이당(Die Partei)이 베를린 주헌법재판소에 주의회 및 구의회 선거에 대한 이의신청을 제기하였다. 이들은 각각 다른 선거 종류, 선거구 범위에서 선거의 유효성에 이의를 제기하였다. 베를린 주선거관리위원회는

투표용지 미배부를 이유로 2개 선거구의 주의회 선거 중 제1표 선거와 관련하여, 내무·디지털화·스포츠부는 투표용지 미배부, 잘못된 투표용지 배부, 투표의 일시 중단을 이유로 3개 선거구의 주의회 선거 중 제1표 선거와 관련하여 이의신청을 제기하였다. 두 정당 중 대안당은 불충분한 투표용지, 긴 투표 대기시간 등 선거 준비 및 시행의 총체적 부실을 이유로 26개 선거구의 주의회 선거 전체와 관련하여, 디 파타이당은 동일한 이유로 전체 선거지역의 모든 주의회 및 구의회 선거와 관련하여 이의신청을 제기하였다.

## 2. 법정의견의 주요 내용

베를린 주헌법재판소는 제기된 4건의 이의신청을 병합하였고, 모든 투표소에서 수집한 2,256개의 프로토콜, 베를린 주선거관리위원회에서 제공한 자료 등 약 100건의 서면 자료들을 종합적으로 분석한 결과 재판관 9인 중 7인의 찬성으로 베를린 주의회 및 구의회 선거가 완전히 무효임을 선언하였다. 베를린 헌법재판소법 제40조 제2항 제8호 제1문은 “선거의 준비 및 진행 또는 선거 결과의 산출 시에 의석 배분에 영향을 미치는 방식으로 기본법, 베를린 헌법, 주선거법 및 주선거규칙의 규정들이 위반될 때” 선거에 대한 이의신청이 제기될 수 있다고 규정하고 있다. 베를린 주헌법재판소는 주의회 및 구의회 선거의 준비와 진행 과정에서 아래와 같이 의석 배분에 영향을 미치는 수많은 심각한 선거상 하자가 확인되어 베를린 헌법이 보장하고 있는 민주선거 원칙에 대한 위반이 있었다고 판단하였고, 해당 선거를 완전히 무효로 선언할 때에만 헌법적 기준이 보장될 수 있다고 판시하였다.

첫째, 베를린 주헌법재판소는 선거 당일 발생한 선거상 하자의 주된 이유가 베를린 주선거규칙(Landeswahlordnung) 제6조<sup>11)</sup>에 따라 선거 준비에 대한 책임을 지는 주선거관리위원회의 준비 부족에 있다고 보았다. 베를린 주선거관리위원회는 유권자 한 명에게 필요한 투표 시간을 겨우 3분으로 계산하였고, 그 결과 한 투표소에서 투표할 수 있는 전체 유권자의 수 또한 현실적으로 가능한 수보다 더 많은 것으로 잘못 예측하였다. 현실적으로 필요한 최소 투표 시간인 5분을 기준으로 했을 때, 한 투표소당 평균 283명의 유권자를 할당해야 했으나, 실제로는 평균 1,085명의 유권자가

11) [베를린 주선거규칙 제6조]

주선거관리위원장은 주선거관리위원회의 업무를 집행하며 베를린 내 선거의 준비와 진행에 대한 책임을 진다.

할당되어 유권자의 26%만이 투표권을 행사할 수 있었다. 그뿐만 아니라 이미 선거 준비 과정에서 특정 선거구 간의 투표용지가 뒤바뀐 사실이 한 차례 밝혀져, 전체 지역구 내에서 동일 사례가 있는지 미리 파악했어야 함에도 불구하고 베를린 주선거관리위원회는 이를 소홀히 하였다. 이로 인해 선거 당일 12개 선거구 중 적어도 5개 선거구에서 잘못된 투표용지가 배부되었고, 해당 투표용지를 사용한 유권자들의 표는 무효표로 처리되어 사실상 선거에서 제외되는 결과가 야기되었다. 또한 각 구선거관리위원회(Bezirkswahlamt)의 선거관리위원장(Wahlvorsteher)에게는 주선거규칙 제42조 제1문 제2호에 따라 충분한 양의 투표용지를 준비해야 할 의무가 있으나, 그 의무의 위반으로 몇몇 투표소에서 투표용지 부족 상황이 발생하기도 하였다. 베를린 주헌법재판소는 이러한 선거 준비상의 하자는 상기한 개별법상 규정을 위반할 뿐만 아니라 주헌법 제39조 제1항<sup>12)</sup>이 규정하고 있는 민주선거의 원칙 중 보통선거의 원칙 및 평등선거의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

둘째, 베를린 주헌법재판소는 위와 같은 선거 준비의 부실로 인해 심각한 선거 진행상의 하자가 확인되었다고 판시하였다. 마라톤 행사로 인한 교통혼잡으로 부족한 투표용지의 보충이 지연되었고, 일부 투표소에서는 투표용지의 사본(Kopie)을 직접 제작하여 유권자들에게 배부하였는데, 이는 주선거규칙 제49조가 상세히 규정한 투표용지의 형식과 내용에 위배되어 무효로 처리되어야 한다고 밝혔다. 또한 일부 투표소에서 투표용지 부족으로 선거가 일시 중단된 것과 관련해 총 6,924분 간의 투표 중단이 확인되었으며, 이러한 투표 중단이 주선거규칙 제41조 제1항에 따라 18시까지로 예정된 투표 시간의 연장을 야기하였고, 그 연장 시간이 총 21,941분에 달한다고 밝혔다. 베를린 주헌법재판소는 이러한 선거 진행 과정에서의 하자가 상기한 개별법상의 규정에 위배될 뿐만 아니라 주헌법 제39조 제1항에 따른 민주선거의 원칙 중 보통선거의 원칙 및 평등선거의 원칙에 위배되고, 주헌법 제2조<sup>13)</sup> 및 기본법 제28조 제1항 제2문<sup>14)</sup>에서 도출되는 선거의 자유(Freiheit der Wahl)를 침해한다고 판시하였다.

#### 12) [베를린 헌법 제39조 제1항]

의원은 보통, 평등, 비밀, 직접 선거로 선출된다.

#### 13) [베를린 헌법 제2조]

공권력의 주체는 베를린에 거주하는 독일 국민 전체이다. 이들은 이 헌법에 따라 의회 선거와 투표를 통해 직접적으로, 의회를 통해 간접적으로 의사를 실현한다. 베를린의 다른 주민들에게도 국가의 의사 형성에 참여할 기회를 부여하는 이 헌법의 규정들은 영향을 받지 않는다.

#### 14) [기본법 제28조 제1항 제2문]

주, 군(Kreis) 및 구(Gemeinde)에서 주민은 보통, 자유, 평등 및 비밀 선거로 선출된 대표기관을 가져야 한다.

베를린 주헌법재판소는 위와 같은 심각한 선거 절차상의 하자가 의석 관련성 (Mandatsrelevanz), 즉 의석 배분에 영향을 미칠 가능성이 인정된다고 판단하였다. 먼저, 선거상 하자에 영향을 받은 전체 투표수의 파악과 관련하여, 이를 정확히 계산하는 것은 어렵지만, 배부되지 않은 투표용지의 수(제1표: 3,910장, 제2표: 1,546장), 잘못 배부된 투표용지의 수(제1표: 1,939장, 제2표: 2,063장), 무효표로 처리된 수천 장의 사본 투표용지, 전체 투표 중단 시간 및 연장 시간을 종합적으로 고려할 때, 선거상 하자에 영향을 받은 투표수가 최소 20,000~30,000표에 달한다고 파악하였다. 또한 선거상 하자가 의석 배분에 미치는 영향인 의석 관련성의 판단을 위해 정확한 증명은 필요하지 않고, 잠재적 인과관계(Potentielle Kausalität)로 충분하다고 밝히면서, 몇몇 선거구에서는 수백 장의 투표수만으로도 의석 배분의 변화가 충분히 가능하기 때문에 전체 수만 표에 달하는 이러한 선거상 하자가 의석 배분에 영향을 미쳤을 가능성 또한 인정된다고 보았다. 나아가 베를린 주헌법재판소는 전체 선거지역에서 주의회 선거가 무효로 선언되어야 한다고 판시하면서, 이는 구체적으로 주의회 선거와 관련하여 전체 147석 중 무려 약 60%에 해당하는 88석(제1표 관련 19석, 제2표 관련 69석)이 선거상 하자에 영향을 받았을 가능성이 있기 때문이라고 밝혔다. 또한 베를린 헌법 제70조 제1항 제1문<sup>15)</sup>의 이른바 연계규정(Koppelungsgebot)에 따라 주의회 선거의 무효와 함께 구의회 선거의 무효 또한 선언되어야 한다고 판단하였다.

### 3. 반대의견의 주요 내용

위 결정은 재판관 2인의 반대의견으로 인해 전원일치하에 이루어지지 못했다. 재판관 렘브케(Lembke)는 법정의견과 마찬가지로 선거 준비 및 진행 과정에서의 심각한 선거상의 하자를 대부분 인정하였고, 특히 제2표와 관련하여 발생한 선거상 하자가 의석 배분에 영향을 미쳤다고 보았다. 그러나 제1표와 관련하여 발생한 선거상 하자는 6개의 선거구에서만 의석 배분에 영향을 미친 것으로 판단하였다. 이에 따라 베를린 내 전체 선거지역에서 치러진 모든 선거를 무효로 선언하고 전면 재선거를 시행해야 한다는 법정의견의 주장에 동의하지 않는다고 밝히면서, 적어도 그러한 주장을 위해서는 더 상세하고 충분한 헌법적 근거가 제시되었어야 한다고 비판하였다.

15) [베를린 헌법 제70조 제1항 제1문]

구의회는 주의회와 동시에 보통, 평등, 비밀, 직접 선거로 선출된다.

렘브케는 전면 재선거라는 과도한 대응이 오히려 민주적 기관과 절차에 대한 반감을 키울 수 있으며, 무엇보다도 헌법재판소에 의한 선거심사의 헌법적 한계를 넘어선다고 판단하였다.

### Ⅲ. 연방헌법재판소의 결정(2 BvC 4/23)

#### 1. 사실관계

2021년 9월 26일 베를린에서 치러진 연방의회 선거와 관련하여 연방의회에 총 1,713건의 이의신청이 제기되었다.<sup>16)</sup> 이에 기본법 제41조 제1항 제1문에 따라 선거심사의 권한을 가지는 연방의회가 12개 선거구의 327개 투표구에서 의석 배분에 영향을 주는 것으로 판단되는 선거상 하자가 있음을 확인하였다. 이들 투표구는 104개의 다른 투표구와 공동으로 우편 투표구를 형성하고 있었기 때문에, 2022년 11월 10일 연방의회는 베를린 선거지역 내 전체 2,256개의 투표구 중 총 431개 투표구에서 치러진 연방의회 선거를 무효로 선언하고 제1표와 제2표와 관련해 모두 재선거를 시행할 것을 결정하였다.

이러한 연방의회의 결정에 연방의회 구성 정당인 기독교민주연합/기독교사회연합(CDU/CSU)은 연방헌법재판소에 기본법 제41조 제2항에 따른 선거소원심판을 청구하였다.<sup>17)</sup> 청구인은 연방선거관리위원회에 의해 이의신청이 제기되었던 6개 선거구(제75, 제76, 제77, 제79, 제80, 제83선거구)에서 치러진 연방의회 선거의 제2표와 관련해 연방의회가 이들 선거구 전체에 대해 무효를 선언하지 않고, 선거구 내 일부 투표구에 대해서만 무효를 선언하여 위법하다고 주장하였다. 또한 연방의회 선거에서 발생한 선거상 하자는 기본적으로 위의 제2표 선거와 관련해서만 의석 배분에 영향을 미치지만, 예외적으로 제76선거구와 제77선거구에서는 제1표 선거와 관련해서도 의석 배분에 영향을 미쳤다고 주장하였다. 따라서 연방의회가 제76선거구 및 제77선거구의 제1표와 관련해서는 무효를 선언하는 것이 맞지만, 연방의회에 의해 특정된 투표구 전체에 대해 제1표의 무효를 선언한 것은 무효의 범위를 너무 넓게 정한 것으로서 위법하다

16) 연방 선거심사법 제2조 제2항에 따르면 모든 유권자와 유권자 집단, 각 연방주의 선거관리위원장, 연방선거관리위원장, 연방의회 의장이 선거심사를 신청할 수 있다.

17) 기본법 제41조 제1항 및 제2항에 따라 연방헌법재판소는 연방의회가 1차로 시행한 선거심사에 대해 헌법소원심판이 청구될 때에만 선거심사를 할 수 있다.

고 주장하였다. 청구인은 재선거를 치러야 하는 선거구 및 투표구의 범위와 관련해 연방의회의 선거심사결과를 수정해야 한다고 주장한 것이다.<sup>18)</sup>

## 2. 주요 내용

연방헌법재판소 제2재판부(이하 ‘재판부’)는 청구인의 주장을 일부 받아들여 상기한 연방의회 결정에 포함된 투표구 외에 새로운 31개 투표구 및 이들 투표구와 관련된 우편 투표구에서 치러진 연방의회 선거에 대해서도 추가적으로 무효를 선언했다. 또한 연방의회가 선거상 하자를 확인한 431개 투표구 중 7개 투표구와 이들 투표구에 관련된 우편 투표구에 대해서는 무효를 선언한 연방의회의 결정이 취소되어야 한다고 밝혔다. 이에 따라 베를린 선거지역 내 전체 2,256개의 투표구 중에서 455개 투표구 및 이들 투표구에 관련된 우편 투표구에서 재선거가 시행되어야 하며, 이에는 제1표와 제2표 선거가 모두 포함된다고 판시하였다.

재판부는 연방의회 결정의 내용이 대부분 적법하지만, 연방의회가 개별 투표구 기록에 대한 자세한 검토와 평가를 소홀히 하여 선거 실태를 충분히 밝히지 못했다고 비판하면서, 이러한 경우 연방헌법재판소에 선거 관련 진상 규명에 대한 의무가 있다고 판시하였다. 먼저, 재판부는 연방의회가 연방의회 선거의 준비 및 진행에서 발생한 선거상 하자과 관련해 그 하자의 내용을 대부분 올바르게 규명하였다고 판단하였다. 선거상 하자는 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 및 연방선거규칙(Bundeswahlordnung)의 규정들과 기본법 제38조 제1항 제1문<sup>19)</sup>에 위반될 때 인정되는데, 예를 들어 투표용지 부족으로 투표소를 일시적으로 폐쇄한 것은 연방선거규칙 제54조<sup>20)</sup>의 공개 원칙에 위배된다고 하였다. 재판부는 다만 투표 대기시간과 투표 시간의 연장과 관련해서는 이를 규율하는 명시적 규정이 없기 때문에 그 자체만으로는 선거상 하자로 볼 수 없고, 1시간가량의 특별히 긴 대기시간이 발생한 경우라면 관할 선거기관이 선거

18) 기독교연합/기독교사회연합은 전체 2,256개 투표구 중 총 1,200개 투표구에서 재선거가 이루어져야 한다고 주장하였다(LTO, BVerfG lässt Berlin mit blauem Auge davonkommen, 19.12.2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2bvc423-wahl-bundestag-berlin-wiederholung-neuwahl-richter-mueller-befangen/>, 최종 검색일: 2024. 1. 31.).

19) **[기본법 제38조 제1항 제1문]**

독일 연방의회 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀 선거에 의하여 선출된다.

20) **[연방선거규칙 제54조]**

선거사무에 방해가 없는 한, 누구나 선거 행위와 선거 결과의 조사 및 확인 중에 선거 장소에 출입할 수 있다.

의 준비 시에 투표를 최대한 용이하게 해야 한다는 연방선거규칙 제46조 제1항 제3문의 규정 위반에 대한 간접 증거(Indiz)로 인정될 수 있다고 보았다. 또한 30분 이상의 투표 시간 연장이 있었다면 투표용지가 늦게 배부되었다는 점에 대한 간접 증거로서 선거상 하자로 인정될 수 있다고 보았다. 이러한 기준에 따라 투표구의 기록들을 검토할 때, 재판부는 연방의회의 판단과 달리 더 많은 투표구에서 선거상 하자에 대한 간접 증거가 인정된다고 판단하였다. 나아가 규명된 선거상 하자의 대부분이 의석 배분에 영향을 미친다고 보았다. 선거상 하자의 의석 배분에 대한 영향은 양자간에 잠재적 인과관계가 인정될 때, 즉 보통의 삶의 경험에 비추어 구체적인 가능성이 확인될 때 인정된다고 하였다. 이에 따라 재판부는 투표용지의 부족, 1시간 이상의 투표 대기시간, 투표의 일시 중단, 투표소 개방의 지연 등이 유권자가 투표권을 행사하지 못하게 하는 원인이 되었을 가능성과 의석 배분에 미친 영향이 충분하다고 판단하였다. 이러한 의석 배분에 대한 영향을 고려할 때, 재판부에 의해 선거상 하자가 규명된 투표구에서 재선거가 이루어져야 하며, 재선거는 제1표 및 제2표 모두와 관련하여 시행되어야 한다고 하였다. 이것이 연방의회를 연동형 비례대표제로 구성하는 입법 목적에도 부합하며, 재선거는 본선거(Hauptwahl)에서처럼 이루어져야 한다고 규정한 연방선거법 제44조 제2항에도 부합한다고 하였다.

#### IV. 나오는 말

독일 선거 역사상 전례 없는 사례로 여겨지는 2021년 베를린 선거는 독일 사회에서 선거심사 제도와 관련한 활발한 헌법적 논의를 이끌었다. 베를린 주의회 및 구의회 선거에 대한 베를린 주헌법재판소의 무효 선언 및 재선거 명령, 베를린 선거지역에서 치러진 연방의회 선거에 대한 연방의회의 무효 선언 및 재선거 명령, 그리고 이러한 연방의회의 결정에 대해 제기된 선거소원심판과 이에 대한 연방헌법재판소의 결정은 앞서 살펴본 바와 같이 선거상 하자의 인정 기준, 의석 관련성의 판단 기준, 재선거의 범위 등 다양한 헌법적 질문들을 제기하였다.

2023년 2월 12일에 다시 시행된 베를린 주의회 및 구의회 선거는 2021년 베를린 선거에서 나타난 절차상 하자의 중대성을 고려할 때, 그 하자를 바로잡는 것이 중요하다고 판단한 베를린 주헌법재판소의 결정이 있었기에 가능했다. 전면 재선거에 따

르는 사회적 비용 및 혼란과 이미 선출된 의원 및 의회의 이익보다 헌법상 원칙에 부합하는 민주선거의 보장에 비중을 둔 결과였다. 또한 베를린 선거지역 내에서 치러진 연방의회 선거에 대한 연방의회 의 결정과 관련하여 재선거가 시행되어야 할 일부 투표구의 수를 수정한 연방헌법재판소의 결정도 선거상 하자를 바로잡은 중요한 판례로 평가받고 있다.

독일에는 선거심사 기준과 관련한 법적 규정이 마련되어 있지 않기 때문에 위 사례들에서처럼 판례를 통해 실질적 판단 기준이 확립되고 있다. 독일의 선거심사 제도를 파악하는 데에 앞으로도 심도 있는 판례 연구가 필요해 보인다.

# 세계헌법재판 조사연구보고서

(2024 제2호)

2024년 3월 13일 인쇄

2024년 3월 18일 발행

발행: 헌법재판소  
헌법재판연구원

인쇄: 크리커뮤니케이션  
02) 2273-1775

<비매품>

