

# 헌법재판연구

Journal of Constitutional Justice

제6권 제1호

Vol. 6 No. 1

2019. 6.

헌법재판소

헌법재판연구원

Constitutional Research Institute



# 목 차

---

|  |            |
|--|------------|
| <b>특집 1: 외국인의 기본권주체성</b>                           | <b>1</b>   |
| 정태호   외국인의 기본권주체성과 헌법해석의 한계 .....                  | 3          |
| 정광현   국제인권규약과 헌법상 기본권 .....                        | 43         |
| <br>   |            |
| <b>특집 2: 정보통신기술을 활용한 수사기법에 대한 헌법적 통제: 감청과 위치추적</b> | <b>75</b>  |
| 이상경   정보통신기기의 위치추적에 대한 헌법적 통제에 관한 소고 .....         | 77         |
| 오길영   첨단감청 시대의 통신비밀 보호방안 .....                     | 117        |
| <br>   |            |
| <b>평석과 이론</b>                                      | <b>157</b> |
| 김해원   헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념 .....                    | 159        |
| 허완중   헌법재판에서 소수의견제도 .....                          | 189        |
| <br>   |            |
| • 헌법재판연구 발간 내규 .....                               | 217        |
| • 헌법재판연구 윤리 내규 .....                               | 226        |

---

# CONTENTS

---

|  |            |
|--|------------|
| <b>Special Issue 1: Legal Status of Foreigners in Korean Constitutional Law</b>  | <b>1</b>   |
| <b>Tae-Ho Chung</b>   Grundrechtsberechtigung der Ausländer im Koreanischen Verfassungsrecht und Grenzen der Verfassungsinterpretation .....                           | 3          |
| <b>Chung, Kwang Hyun</b>   Internationale Pakte über Menschenrechte und Grundrechte in der Verfassung .....  | 43         |
| <br>   |            |
| <b>Special Issue 2: Judicial Jurisdiction over Constitutional Issues of the Advanced Investigation Techniques</b>  | <b>75</b>  |
| <b>Sangkyung Lee</b>   A Study on the Constitutional Control on the Location Information Tracking of Information Communication Devices for Investigation Purpose ..... | 77         |
| <b>Oh, Kil-Young</b>   Legal Solution to the Protection of Communication Secrets in the Age of Advanced Wiretapping Technologies .....                                 | 117        |
| <br>   |            |
| <b>Case Analysis and Commentaries</b>  | <b>157</b> |
| <b>Kim, Hae Won</b>   Der Begriff "Republik" in Art. 1 Abs. 1 KV .....   | 159        |
| <b>Heo, Wan-Jung</b>   Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit .....   | 189        |
| <br>   |            |
| • Rules for Publication of Constitutional Justice .....  | 217        |
| • Constitutional Justice Code of Ethics .....  | 226        |

---

## 외국인의 기본권주체성

- **외국인의 기본권주체성과 헌법해석의 한계**
  - 정태호
  
- **국제인권규약과 헌법상 기본권**
  - 정광현



# 외국인의 기본권주체성과 헌법해석의 한계

## Grundrechtsberechtigung der Ausländer im Koreanischen Verfassungsrecht und Grenzen der Verfassungsinterpretation

경희대학교 법학전문대학원 교수, 정태호  
Kyunghee Law School, Prof. Tae-Ho Chung

### ■ 목 차 ■

|   |  |
|---|--|
| <p>I. 문제의 제기 ..... 5</p> <p>II. 기본권성질설의 적용의 난점과 혼란 ..... 7</p> <p>    1. 기본권성질설 ..... 7</p> <p>    2. 인간의 권리와 국민의 권리의 구분기준과<br/>        관련한 기본권성질설의 혼란 ..... 10</p> <p>        가. '인간의 권리'와 '국민의 권리'라는 개념쌍과<br/>            그 유래 ..... 10</p> <p>        나. '인간의 권리'와 '국민의 권리'의 구분과<br/>            관련한 기본권성질설의 혼란 ..... 14</p> <p>    3. 외국인의 기본권주체성 인정과 관련한 여타<br/>        쟁점 ..... 17</p> <p>        가. 외국인의 기본권관계의 성립의 전제로서의<br/>            적법한 입국? ..... 17</p> <p>        나. 장기거주외국인의 기본권주체성? ..... 18</p> <p>III. 헌법해석의 한계 ..... 19</p> <p>IV. 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 헌법<br/>    제정자의 의사 ..... 23</p> <p>    1. 기본권목록에 대한 문리해석 ..... 23</p> | <p>    2. 기본권주체에 대한 헌법적 규율의 발생사적<br/>        해석 ..... 23</p> <p>    3. 헌법 제6조 제2항과의 체계적 해석 ..... 26</p> <p>        가. 헌법 제6조 제2항의 발생사 ..... 26</p> <p>        나. 헌법 제6조 제2항에 대한 해석 ..... 28</p> <p>        다. 국제인권법의 국내적용 ..... 30</p> <p>    4. 소결: 기본권주체의 범위에 관한 헌법제정자의<br/>        의사 ..... 32</p> <p>V. 기본권성질설에 의한 헌법해석의 한계<br/>    유월 ..... 33</p> <p>    1. 객관적·목적론적 해석을 통한 헌법해석의<br/>        한계의 유월? ..... 33</p> <p>        가. 국제평화주의나 인권보장의 시대적 흐름? 33</p> <p>        나. 국제인권법상 인권을 헌법적 '기본권'으로의<br/>            재구성할 필요성? ..... 34</p> <p>    2. 자유권의 초국가적·천부인권성을 근거로 한<br/>        헌법해석의 한계 유월? ..... 35</p> <p>    3. 국민 개념의 헌법변천? ..... 37</p> <p>    4. 소결 ..... 38</p> <p>VI. 결론 ..... 38</p> |
|---|--|

## Ⅰ 국문초록

본고는 우리 헌법상 외국인의 기본권주체 문제에 관한 국내의 통설이자 실무를 지도하고 있는 기본권 성질설이 우리 헌법텍스트에 담긴 헌법제정자의 의사, 즉 내국인만을 기본권주체로 삼되 외국인의 국내에서의 법적 지위는 헌법 제6조 제2항에 따라 국제법적 기준을 존중함으로써 보호하겠다는 의사를 무시하고 형성된 이론으로서 실무에서 적지 아니한 혼란을 유발하고 있을 뿐 아니라 헌법해석의 한계를 유월하고 있음을 기본권주체에 관한 헌법적 규율에 대한 문구해석, 발생사적 해석, 헌법 제6조 제2항과의 체계적 해석을 통해서 입증하고 있다.

**주제어:** 외국인, 기본권주체, 헌법해석의 한계, 기본권성질, 인간의 권리, 국민의 권리, 역사적·주관적 해석, 주관적 해석론, 객관적 해석론, 헌법의 규범성

(논문접수일: 2019. 5. 13. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 문제의 제기

헌법재판소는 1994년 외국인이 제기한 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원사건에서 청구 인능력(소원능력)의 문제, 즉 외국인의 기본권주체성 문제를 전혀 따지지 않고 그 심판청구의 적법성을 인정한 뒤 기각하였다.<sup>1)</sup> 법리적으로 따져 보면 외국인에게도 우리 헌법상의 재판절차진술권, 평등권의 주체성이 인정된 것으로 볼 수 있다.

헌법재판소는 같은 해 말에 국회의 조직의 하나인 노동위원회라는 상임위원회가 제기한 불기소처분에 대한 헌법소원에서 기본권주체만이 헌법소원을 적법하게 청구할 수 있는데, “기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 ……권리를 가진다”고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체”라고 하면서 헌법소원의 적법성을 부정하였다.<sup>2)</sup> 그러나 여기서도 외국인이 국민과 유사한 지위를 갖게 되는 이유와 범위에 대해서는 아무런 논증을 찾아볼 수 없다.

그렇지만 이 판례는, 중국국적의 재외동포들이 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」상의 규정이 1948년 대한민국 정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속을 재외동포의 범주에서 제외함으로써 자신들의 기본권을 침해했다는 이유로 헌법소원에 대한 심판에서 외국인에게도 이른바 인간의 권리로 분류될 수 있는 기본권의 주체성이 인정된다는 것을 뒷받침하는 판례로서 인용되고 있다.<sup>3)</sup> 그뿐만 아니라 헌법재판소는 그들의 헌법소원을 인용하기까지 하였다. 이 사건에 대한 결정에서도 헌법재판소가 우리 헌법의 조문이 갖고 있는 한계를 의식하고 있다는 흔적은 찾아 볼 수 없다.

외국인 산업연수생들에게 근로기준법에 의한 보호의 일부를 제외하는 일련의 노동부 예규가 그들의 기본권을 침해한다는 이유로 제기된 헌법소원청구의 적법성에 대한 헌법재판소의 판단도 마찬가지였다.<sup>4)</sup> 이 사건에서 헌법재판소는 “헌법상 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 의미하는데, ‘일할 환경에 관한 권리’는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로서 외국인에게도 인정”된다는 획기적이지만 법리

1) 헌재 1994. 12. 29. 94헌마205, 판례집 6-2, 535, 537.

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

3) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724. 그밖에도 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 303.

4) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304. 그밖에도 고용 허가를 받아 국내에 입국한 외국인근로자의 출국만기보험금을 출국 후 14일 이내에 지급하도록 한 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」상의 조항에 대한 헌법소원청구를 기각하고 있는 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367, 판례집 28-1상, 471, 479-480도 똑같은 접근을 하고 있다.

적으로 많은 의문을 던지고 있는 판례를 형성하였다. 그러나 근로의 권리를 보장하고 있는 헌법 제32조가 국민만을 그 주체로 명시함으로써 설정된 헌법해석상의 한계는 천부적 성격의 기본권은 외국인도 그 주체성이 인정된다는 기본권성질설을 원용하여 간단히 외면하고 있다.

우리 헌법의 텍스트에 주목하는 본격적인 해석논쟁은 헌법재판소가 2011년 9월 29일 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 및 동법시행령상의 사업장변경회수 제한규정으로 출국할 수밖에 없게 된 외국인근로자들이 헌법 제15조의 직업의 자유 등을 침해당했다고 주장하면서 제기한 2007헌마1083, 2009헌마230, 352(병합) 헌법소원사건에 대한 기각결정(기각의견 5인, 법률규정에 대한 별개의견 및 시행령에 대한 반대의견 2인, 시행령에 대한 반대의견 1인, 각하의견 1인)을 통해서 본격화되었다. 이 판례에서도 1인의 재판관을 제외한 7인의 재판관은 기본권성질설에 입각해서 외국인의 기본권주체성 문제에 접근하고 있다. 즉 직업의 자유는 원칙적으로 국민의 권리이지만, 그 일부인 직장선택의 자유만은 인간의 존엄성과 밀접한 관련이 있기 때문에 인간의 권리의 하나라는 판단 하에 적법하게 고용허가를 받아 입국한 외국인은 직장선택의 자유의 주체가 될 수 있다거나(5인의 기각의견),<sup>5)</sup> 직장선택의 자유를 비롯한 직업의 자유는 내국인의 권리일 뿐이나 외국인은 생존 및 인간의 존엄과 가치와 밀접한 관련이 있는 근로계약의 자유를 포함하는 행복추구권의 주체가 될 수 있다고 한다(별개의견을 낸 2의 재판관).<sup>6)</sup>

반면 이 사건에서 각하의견을 낸 김종대 재판관은 헌법조문이 설정한 기본권주체의 범위에 주목하고 있다. 즉 “기본권의 주체를 ‘모든 국민’으로 명시한 우리 헌법의 문언, 기본권 주체에서 외국인을 제외하면서 외국인에 대해서는 국제법과 국제조약으로 법적 지위를 보장하기로 결단한 우리 헌법의 제정사적 배경, … 청구인이 주장하는 기본권의 내용이 인간으로서의 권리인지 국민으로서의 권리인지 검토하여 기본권 주체성 인정 여부를 결정하는 것은 구별기준이 불명확하고 판단 순서가 역행되어 헌법재판 실무처리 관점에서도 부당한 점, 외국인에 대해서는 국제법이나 조약 등에 의하여 충분히 그 지위를 보장할 수 있는 점에 비추어 보면 모든 기본권에 대하여 외국인의 기본권 주체성을 부정함이 타당하다 …”<sup>7)</sup>는 요지의 의견을 제시하고 있다.

이 판례를 계기로 학계의 관련 연구도 활발해지기는 하였으나,<sup>8)</sup> 헌법재판소 실무는 물론

5) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 (병합), 공보 180, 1454. 직업의 자유가 국민의 권리라는 것은 우리나라에서 침술치료를 하려는 미국국적을 취득한 동포가 제기한 헌법소원에서든 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423, 1424에서 재확인되고 있다.

6) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 (병합), 공보 180, 1454-1455.

7) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 (병합), 공보 180, 1455.

8) 그 판례 이래 발표된 관련 주요 논문 내지 평석으로는 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적

학계도 소수의 학자를 제외하고는 여전히 현행 헌법의 조문을 떠나 기본권성질설을 신봉하고 있다.<sup>9)</sup>

본고의 과제는 먼저 외국인의 기본권주체성 문제에 관한 국내의 통설이자 실무를 지도하고 있는 기본권성질설의 논거와 내용을 개관하고, 이 설이 그 구체적 사건에의 응용과 관련하여 혼란을 겪고 있는 이유를 구명한 뒤(II), 이 설이 헌법해석의 한계를 무시하고 있다는 점을 논증하기 위하여 헌법해석의 한계를 개관한다(III). 이어서 기본권주체의 인적 범위에 관한 헌법제정자들의 의사를 기본권조항들에 대한 문리적, 발생사적 해석, 그리고 헌법 제6조 제2항과의 체계적 해석을 통해 확인한 후(IV), 헌법텍스트를 무시해야 할 근거로 제시되고 있는 논거들을 비판적으로 검증한 뒤(V), 간단한 결론을 맺고자 한다(VI).

본고에서는 지면 사정상 자연인인 외국인의 기본권주체 문제만을 검토대상으로 한다는 점을 밝혀 둔다. 외국의 사법인도 우리 헌법상의 기본권을 향유할 수 있는지의 문제는 자연인의 그것과는 그 본질이 다른 면이 있어 별도의 고찰을 요하기 때문이다.<sup>10)</sup>

## II. 기본권성질설의 적용의 난점과 혼란

### 1. 기본권성질설

외국인이 우리 헌법이 보장하고 있는 기본권을 향유할 수 있는지의 문제와 관련하여 현재 국내 학계의 통설<sup>11)</sup>은 우리 헌법이 명시적으로 외국자연인의 기본권주체성을 부인하지 않았

고찰 - 현재 2011. 09.2. 9. 2007헌마1083 등 (외국인근자로의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건)의 관련 법리분석을 중심으로 -, 헌법실무연구 제13권(2012), 402면 이하; 공진성, 출입국관리법상 '보호' 및 '강제퇴거'와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 -, 공법학연구 14-1(2013), 221면; 전상현, 외국인의 기본권 - 헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -, 강원법학 제43권(2014.10), 579면 이하; 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의 - 제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제55권 제1호(2014), 521면 이하; 김경제, 대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰, 일감법학 제29호(2014.10), 3면 이하; 임희선/김경제, 현행 헌법에 따른 외국인의 법적 지위 - 외국인의 기본권 주체성에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, 국민대 법학논총 20-1(2017), 255면 이하; 정광현, 외국인의 기본권주체성, 2017; 정광현, 외국인의 기본권주체성: 헌법 제6조 제2항의 해석을 중심으로, 외국인과 헌법(한국이민법학회·한양대학교 법학연구소 2017년 추계공동학술대회 자료집), 55면 이하 등 참조.

9) 현재 2014. 4. 24. 2011헌마474 등, 판례집 26-1하, 117 - 중국국적의 재외동포가 제기한 출입국관리법 시행규칙에 의한 차별 위헌확인 사건.

10) 이 문제에 대한 개관은 정태호, 헌법실무연구 제13권(2012), 434면 이하 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

11) 유진오, 신고 헌법해의, 1954, 57-58면. 그는 "기본적 권리 의무의 헌법 규정 중 다수의 것은 성질상 당연히 외국인에게도 적용되는 것이니, 이러한 의미에서 본다면, 차종 기본권은 국민의 기본권이라느니 보다는 차라리 인권이라 하는 것이 타당하다"고 기술하고 있다(강조는 필자)(같은 곳 58면). 그 후 이 설은 통설의 지위를

다고 전제하면서 외국인(무국적자를 포함한 외국국적의 자연인)은 “기본권의 성질상” 외국인에게도 인정될 수 있는 기본권을 자신의 이익을 위하여 주장할 수 있지만 대한민국 국적자에 대한 유보되어 있는 ‘국민의 권리’는 향유할 수 없다고 본다.

외국인에게 인정될 수 있는 기본권의 기준으로 자유주의적 기본권이론에서 출발하고 있는 이들은 기본권의 천부적·초국가성, 즉 ‘인권적 특성’을 제시하고 있다.<sup>12)</sup> 한편, 통합론적 기본권이론에 가담하고 있는 허영 교수는 외국인에게 인정하더라도 사회통합을 해치지 않을 권리 일 것을 요구하고 있다.<sup>13)</sup>

외국인에게 인정되는 개별기본권도 학자마다 차이가 있으나, 대체로 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 평등권,<sup>14)</sup> 개별 자유권적 기본권은 초국가적 자연권으로 외국인에게도 인정된다고 보는 입장이 지배적이다. 이에 비해 거주이전의 자유(제14조), 집회·결사의 자유(제21조), 직업선택의 자유(제15조)는 독일의 실정헌법해석론을 참고하여 국익의 관점에서 이를 부정하는 설<sup>15)</sup>과 이를 긍정하는 설<sup>16)</sup>이 대립한다. 한편, 국가를 전제하는 참정권적 기본권, 사회권적 기본권, 청구권적 기본권은 외국인에게 인정되지 않지만, 재판청구권이나 청원권은 인권성을 띠는 자유권 및 평등권의 실효적 보장을 위해서 외국인에게도 인정된다고 본다.<sup>17)</sup>

모두에서 살펴본 것처럼 헌법재판소도<sup>18)</sup> 기본권성질설에 입각해 있으면서도 외국인이 주장할 수 있는 기본권의 범위를 독특한 방법으로 확대하고 있다. 개별 기본권 전체가 아니라 그 보장내용 중 인간존엄성 보장과 밀접한 관련이 있는 부분에 한하여 권리주체를 외국인에게

접하게 된다. 이설로는 박일경, 신헌법, 1990, 199면; 박일경, 기본적 인권과 그 주체, 고시연구(1974. 10.), 12-17면만이 자유권도 실정헌법상의 권리라는 이유로 이를 부정해 왔다.

12) 대표적인 학자로는 김철수, 헌법학신론, 2013, 332면; 정종섭, 헌법학원론, 2016, 330-331면.

13) 허 영, 헌법이론과 헌법, 2017, 409-410면; 허 영, 한국헌법론, 2017, 252-254면.

14) 외국인에게 천부적 성격의 기본권의 주체성을 인정한다면 평등권의 주체성을 부정할 수 없을 것이다. 그러나 평등권이 외국인에게는 인정되지 않는 국민의 권리를 주장하기 위한 우회로로 활용되어서는 안 될 것이다(동지: 김하열, 헌법강의, 2018, 204면; 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423, 1425). 즉 평등권은 외국인도 누릴 수 있는 기본권과 관련된 차별에 대한 방어권으로서만 인정된다. 그러한 기본권의 보호효과가 미치지 아니하는 법률상의 권리에 대한 외국인 차별에 대해서도 외국인이 평등권의 주체성을 주장할 수 있는지는 의문이다(그러나 이를 긍정하는 현재 2015. 12. 23. 2011헌바139 - 국외강제동원 희생자 위로금 관련 외국인 차별; 이에 동조하는 김하열, 헌법강의, 204-205면). 그 가능성을 긍정한다면 외국인은 평등권을 통해 헌법이 보장하는 기본권보다 법률상의 권리와 관련하여 더 강한 보호를 받게 되는 이상한 결과가 될 것이다.

15) 계획열, 헌법학(중), 2007, 491면, 506면, 516면, 530면; 한수웅, 헌법학, 2017, 398면.

16) 가령 성낙인, 헌법학, 2017, 957면; 이준일, 헌법학강의, 2013은 외국인에게도 원칙적으로 집회의 자유의 주체성 인정하고(541-542면), 입국의 자유를 비롯한 거주이전의 자유는 예외적으로 외국인도 주체가 될 수 있다(584면)고 하지만, 그 예외를 구체적으로 제시하지 않고 있으며, 직업의 자유는 특별한 근거를 제시함이 없이 국민의 권리로 분류한다(593면).

17) 무엇보다도 정종섭(주 12), 330면 참조.

18) 현재 2001. 11. 29, 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724; 현재 2007. 08. 30, 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304; 현재 2016. 3. 31. 2014헌마367, 판례집 28-1상, 471, 479-480.

까지 확장하는 방식이다. 가령 기본적으로 국민의 권리인 근로의 권리에 일할 환경에 관한 권리가 포함되어 있다고 전제하는 한편, 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건에서 일할 권리는 자유권적 성격을 띠므로 외국인도 그 주체가 될 수 있다고 판시하였다.<sup>19)</sup> ‘일할 환경에 관한 권리’는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로서 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 한다. 이러한 논리구성에 의하여 외국인이 향유할 수 있는 근로의 권리는 후에 퇴직금 지불시기와 같은 임금조건에 대해서까지 인정되고 있다.<sup>20)</sup> 같은 방식의 확장기법은 직업의 자유에 의하여 보호되는 직장선택의 자유에도 적용되었다.<sup>21)</sup>

한편, 조약이나 법률에 의해서 외국인에게 인정되는 권리의 주체성 문제와 헌법이 보장하는 기본권 주체의 문제를 혼동하는 경우가 적지 않다. 외국인의 기본권을 설명하면서 외국이 우리 국민에게 보장해주는 만큼 우리도 그 외국인에 대해 보장하는, 즉 상호주의적으로 인정하는 것도 있다고 하면서 외국인토지법 제3조의 토지소유권을 들거나 청구권적 기본권은 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 호혜평등하게 인정된다고 한다.<sup>22)23)</sup> 그러나 그러한 권리들은 기본권과 명칭이 같다고 하더라도 조약이나 그것을 집행하는 국내법에 의하여 인정되는 권리이지 헌법에 그 효력의 근거가 있는 기본권은 아니다.<sup>24)</sup> 특정 외국과 체결된 비자면제협정에 의하여 해당 국가 소속의 외국인이 국내에 사증을 발급받지 않고 입국할 수 있다고 하더라도, 그의 대한민국 입국가능성은 헌법 제14조 거주·이전의 자유에 의하여 보호되는 입국의 자유에 근거를 두고 있는 것이 아니다. 한미 FTA에 의하여 미국인이나 미국기업이 국내에서 내국인처럼 많은 분야에서 기업활동을 할 수 있게 되었더라도 그러한 법적 가능성은

19) 현재 2007. 08. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304-305. 그러나 인간의 존엄성에 상응하는 근로조건 보장을 요구할 수 있는 근로의 권리가 과연 국가의 침해행위의 부작위를 요구할 수 있는 방어권을 포함하는 자유권인지의 근본적 의문을 자아내고 있다. 민간기업이 대부분의 일자리를 제공하고 있고 또 이 헌법소원 사건의 계기가 된 당해 사건에서도 노동부 예규가 민간기업에 노동을 제공하는 외국인에 대한 근로기준법에 의한 보호를 일부 제외한 것이 문제되고 있다. 그렇다면 인간의 존엄성에 상응하는 근로조건 보장은 방어권의 문제가 아니라 국가의 사회국가적 보호입법과 그 법률의 강제적 집행을 내용으로 하는 문제, 즉 사용자에 의한 근로자의 존엄성 침해에 대한 사회국가적 보호의 문제이기 때문이다.

20) 현재 2016. 3. 31. 2014헌마367, 판례집 28-1상, 471 참조.

21) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 (병합), 공보 180, 1454

22) 가령 김철수, 헌법학신론, 333면; 홍성방, 헌법학(중), 2010은 외국인의 입국의 자유(100)와 집회자유(182)도 호혜주의원칙에 의하여 인정된다고 본다; 장영수, 헌법학, 2017, 470면은 재산권, 영업의 자유, 국가배상청구권은 상호주의원칙에 의하여 외국인에게도 인정된다고 한다.

23) 일부 헌법재판소 판례도 이와 같은 오해를 하고 있다. 가령 현재 2001. 11. 29. 99헌마494를 인용하고 있는 현재 2014. 4. 24. 2011헌마474 등, 판례집 26-1하, 117, 124: “평등권은 원칙적으로 인간의 권리에 해당되지 만, 참정권과 같이 관련 기본권의 성질상 외국인에게 인정되지 아니하는 기본권에 관한 평등권 주장은 허용되지 아니하고, 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있다.” 그러나 상호주의에 의한 제한의 문제는 헌법재판의 문제인 기본권주체의 문제가 아니라 조약 및 법률에 의한 제한의 문제일 뿐이다.

24) 동지: 정종섭(주 12), 331면, 693면(국내법령에 의한 직업활동의 허용); 전광석, 한국헌법론, 2017, 237면 등.

한미 FTA에 의하여 한국에 부과된 조약상의 의무를 이행하는 국내법률상의 권리일 뿐, 그것이 곧바로 헌법 제15조의 직업의 자유의 보호를 받게 되는 것은 아니다.

국가배상법 제7조의 상호주의규정도 마찬가지다. 자유주의적 기본권론의 입각해 있는 기본권성질설에 의하면 헌법 제29조의 국가배상청구권은 국가를 전제로 하므로 내국인에게 유보된 기본권으로 보아야 할 것이다. 국가배상법 제7조에 의하여 어떤 나라가 대한민국 국민에게 국가배상청구권을 인정할 경우 해당 국가의 국민에게 국가배상법상의 국가배상청구권이 인정될 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 해당 국가의 국민이 헌법 제29조의 기본권의 주체인 것은 아니다. 그는 조약 및 국가배상법에 의한 법률상의 청구권만을 취득하는 것이다.

재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제11조에 의하여 외국국적의 재외동포를 부동산취득·보유·이용·처분 등과 관련하여 내국인과 같은 대우를 받는다고 하여, 그것만으로 헌법 제23조의 재산권의 보호도 그에게 미친다고 할 수는 없는 것이다. 외국인에 대한 헌법상의 재산권보호는 헌법 제23조에 대한 해석을 통해 확인되어야 할 문제이다. 외국인에게 헌법 제23조의 재산권주체성이 부정된다면, 외국국적의 재외동포의 그와 같은 법률상의 권리는 동 법률규정의 개폐를 통해 언제든지 제한·박탈되더라도 헌법 제23조를 통한 재산권보호의 문제는 발생하지 않는다. 물론 범치국가원리 및 국제법에 의한 다른 형태의 권리보호의 문제는 발생할 수 있다.

## 2. 인간의 권리와 국민의 권리의 구분기준과 관련한 기본권성질설의 혼란

### 가. '인간의 권리'와 '국민의 권리'라는 개념쌍과 그 유래

기본권성질설은 위에서 본 것처럼 헌법에 보장되어 있는 기본권들을 그 '성질'을 기준으로, 즉 그 천부적 성격의 인권인지 여부를 기준으로 '인간의 권리'와 '국민의 권리'로 양분할 수 있다고 한다. 그런데 이 개념들은 실정헌법상의 용어도 법률상의 용어도 아니다. 이 용어는 강학상 외국인도 주체가 될 수 있는 기본권과 그렇지 않은 기본권을 지칭하는 용어로 사용되어 오다가 헌법재판소의 판례에 의해서 수용된 것이다.

그런데 이 개념 쌍 및 그 구분기준과 관련하여 독일의 두 가지 상이한 원천의 해석론이 국내에 유입되면서 큰 혼란이 발생하고 있다.

#### 1) 자연법사상의 영향

이 개념쌍은 1789년 8월 26일의 인간과 시민의 권리선언(Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen; 프랑스 인권선언)에서 인간의 권리와 시민의 권리, 또는 인권과 시민권이라는 축약된 용어로 출현한다. 그렇지만 프랑스 인권선언과 이 선언을 흡수한 1791년 9월 3일 프랑스 헌법은 어떤 권리가 인간의 권리이고 어떤 권리가 국민의 권리인지를 명확히 구분하여 규정하지 않았다. 심지어는 같은 조에서 두 가지 표현이 함께 등장하기도 한다(제7, 11조). 여러 가지 정황에 비추어 볼 때 프랑스 인권선언의 표현은 반복적 성격을 띤 뿐 권리주체를 구분하여 명시하려는 의도를 담고 있지 않다고 보아야 한다. 그 기초자들에게 인간은 시민이고 시민은 인간이었던 것이다.<sup>25)</sup>

미국 권리장전들도 마찬가지이다. 미국의 권리장전들은 미국의 연방에 가입한 주에 살고 있는 모든 사람들이 그 주체가 될 수 있도록 단지 “권리(right)”라는 표현을 사용하고 있을 뿐이다. 이 권리장전들의 목적은 본국인 영국의 헌법문서들에 의한 영국식 국민의 권리보장과 결별하는 것이었다. 프랑스의 인권선언도 모든 인간을 위한 권리선언을 목적으로 하였다. 미국의 권리장전들과 프랑스의 인권선언은 국민중심적(nationalistisch) 성격이 아니라 개인주의적 성격을 띤다.

19세기에 프랑스 혁명을 지켜 보면서 인권이 유럽의 군주제를 전복시키는 위험한 혁명의 씨앗을 내포하고 있다는 유럽 각국의 보수세력이 품게 된 우려 때문에 Bürgerrechte(국민의 권리 내지 시민권)이라는 표현에 새롭고도 특별한 의미가 부여되었다. 프랑스, 벨기에, 독일의 입헌법주의 헌법들은 인권이라는 표현을 사용하지 않게 되었고, 시민권 또는 벨기에인의 권리, 프랑스인의 권리와 같은 국적자의 권리라는 표현을 사용하였다. 자연법론에서 입헌국가론으로 후퇴함으로써 기본권은 모든 인간의 권리가 아니라 국민의 권리가 되었다. 보편적인 인권의 이념은 국가가 국민에게 부여하는 권리의 이념으로 후퇴하였다. 그 대표적인 예로는 1814년 6월 4일의 프랑스인의 헌장(Charte constitutionnelle française)은 그 제1장의 표제로 “프랑스인의 공권(Droit public des Français)”이라는 표현을 부여함과 동시에 소수의 권리만을 담고 있다.

1848년 및 1850년의 프로이센 헌법전, 1871년 라이히 헌법의 기본권규정의 권리주체에 대한 독일 헌법학계의 해석론은 자연법론에 토대를 두고 내국인의 권리로 명시된 기본권을 외국인도 향유할 수 있는 것으로 해석함으로써 우리 학계의 기본권성질설과 유사한 입장을 취하고 있었다. 바이마르 헌법의 해석에서도 그와 같은 전통은 이어졌다.<sup>26)</sup> 바이마르 헌법도 제2부 제109조 이하에 “독일인의 기본권과 기본의무”라는 표제를 부여하였다. 안슈쯔

25) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, 1988, § 70 Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen S. 1017 참조.

26) 이에 대해서 상세한 것은 K. Stern(주 25), § 70 S. 1018 ff.

(Anschütz)는 그럼에도 불구하고 인간인 동시에 국민이기도 한 개인의 일정한 근본적 권리들에 관한 규정을 국가기본법에 수용하는 것은 모든 근대헌법의 본질적 특징이라고 보았다. 1849년 헌법초안 및 1850년 프로이센 헌법에 의거하고 있는 것으로 보이는 전형적인 국민의 권리를 비롯한 모든 기본권규범들의 문구가 독일인만을 권리주체로 표시하고 있음에도 그 권리들은 정도 차이는 있지만 외국인에게도 인정될 수 있다고 해석하였다.<sup>27)</sup> 즉 그러한 권리들은 개인의 국적이 아니라 개인의 인격성이 보장의 근거라는 것이다. 개인의 자유영역을 보호하는 권리들은 관련 기본권규정의 문구와 무관하게 국민의 권리가 아니라 인권이라는 것이다. 물론 민주적 질서에서 정치과정에 참여하는 권리를 보장하는 시민권은 정치적 지위권으로서 국가 내부에서 작용하고 또 국가생활에 대한 참여의 기준을 정하고 있다고 한다.<sup>28)</sup> 그렇기 때문에 그러한 권리들은 국민의 권리라고 한다. 이에 비하여 자유권은 개인, 즉 인간을 대상으로 하며 “인간 대 국가라고 하는 영원히 영향을 주고받는 과정상의 정거장들(Stationen in dem ewig hin- und herflutenden Prozeß the man versus the State)”이라고 한다.<sup>29)</sup> 이러한 해석이 당시의 독일 학계의 다수설이었지만, 실정법해석론으로 관철되기 어렵다는 것도 부인할 수 없었다.<sup>30)</sup> 그렇지만 바이마르 헌법 시대에 독일 법원이 이 쟁점을 판단할 기회는 없었다고 한다.

어쨌든 자연법론에 토대를 두고 명문규정에 의하여 독일인에게 유보된 자유권들의 향유주체를 그 법문의 문리적 한계를 넘어서 외국인에게까지 확대하려고 했던 독일 학자들의 해석론은 후술하는 것처럼 제헌헌법 제정과정 당시부터 우리 학계의 해석론에 큰 영향을 미치고 있다.

## 2) 독일 기본법의 해석론의 영향

독일 현행 헌법인 기본법의 제정자는 바이마르 헌법까지 이어지던 독일의 전통과 부분적으로 단절하면서 헌법이 보장하는 기본권의 주체를 독일인과 누구나, 모든 사람 등으로 구분하여 표기하고 있다.

독일 헌법해석론은 기본법의 이와 같은 명시적 구분을 토대로 기본권규범이 “모든 사람”이나 “인간”, 또는 “누구나”를 권리주체로 명시하고 있거나 그러한 사람들에게 귀속될 수 있는

27) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 511.

28) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 168.

29) R. Thoma, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 187.

30) R. Thoma, in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S. 25; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1929, S. 171.

생활영역, 법적 지위 보장을 목적으로 하는 기본권을 ‘인간의 권리(Menschenrechte)’로 지칭하고, 기본권규범이 독일인만을 그 권리주체로 명시하고 있는 기본권을 ‘국민의 권리’ 내지 ‘시민권’(Bürgerrechte)으로 부르고 있다.<sup>31)</sup> 독일 실정헌법에서 사용된 이 구분기준은 기본법이 보장하고 있는 “권리의 내용”이 아니라 기본법이 명시하고 있는 “권리주체의 특성”, 즉 국적이다.

한편, 권리의 근원, 효력근거, 특성의 문제와 실정헌법규정으로부터 추론되어야 할 권리주체의 문제가 분명히 구분되어야 한다는 주장도 있다. 즉 “기본권 특성의 견지에서 인권(Menschenrecht)과 국법상의 기본권(Grundrecht)이라는 용어, 기본권 주체의 견지에서의 인권(Menschenrecht)과 국민의 권리(Bürgerrecht)는 구분되어야 한다”는 것이다.<sup>32)</sup> 외국인도 주장할 수 있는 실정헌법상의 기본권을 표시하는 ‘인간의 권리’라는 용어가 자연법적 권리인 ‘인권’과 혼동되는 것을 방지하려면, ‘인간의 권리’를 ‘만인의 기본권(Jedermann-Grundrechte)’으로, 독일인에게 유보된 기본권은 ‘독일인의 기본권(Deutschen-Grundrechte)’으로 칭하여야 한다는 것이다.<sup>33)</sup>

그리하여 독일 기본법은 일반적 행동의 자유, 생명권, 신체를 훼손당하지 않을 권리, 평등권, 주거의 불가침, 통신의 자유, 의사표현의 자유, 청원권, 신앙 및 양심의 자유, 노동자 및 사용자의 단결의 자유의 인적 보호범위를 외국인에게까지 확장하였다. 그렇지만 집회의 자유, 결사의 자유, 거주이전의 자유, 직업의 자유는 인권사상에서 유래하기는 하지만 독일인에게 유보되었다. 독일 기본법은 이를 통해 바이마르 당시의 독일 국법학이 취한 “기본권은 곧 인권”이라는 일반화된 이해와 거리를 둔 것이다.

독일 기본법 제정자들이 이처럼 인권으로서의 성격을 띠는 일부 자유권을 독일인의 권리로 명시한 이유는 세계 제2차 대전을 거치면서 현저히 줄어든 독일영토에 밀려든 다수의 독일인에게 풍족한 삶을 보장하는 것이 어렵다는 사정과 좁은 영토에 많은 사람이 들이닥치게 될 때 공간이 위태로워질 수도 있다는 우려로 이 권리들을 완전한 인권으로 보장하는 결정을 내리기 어려웠기 때문이다.<sup>34)</sup>

31) 가령 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., 1988, Rn 284; Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl., 1994, § 19 Adressat und Berechtigte S. 139.

32) H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Vorbemerkung B V 1 vor “Die Grundrechte”. 인권과 기본권을 개념적으로 엄격히 구분하여 사용할 필요가 있음을 주장하는 국내 학자로는 홍성방, 헌법학(상), 2016, 328 이하.

33) 가령 K. Stern(주 25), § 70 S. 1016 이하; H. Quaritsch, § 120 Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HStR V, 2000, Rn 90 ff.

34) H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Vorbemerkung “Grundrechte”, Anm. 8; K. Stern(주 25), S. 1022.

기본권규정의 문구와 기본법 제정 당시의 사정을 고려하여 기본권의 주체를 구분하는 해석론은 독일의 학설과 판례에서 수용되었다.<sup>35)</sup> 그와 같은 독일 기본법의 기본권 해석론과 판례는 독일 기본법과 우리 헌법의 조문 사이에 존재하는 엄연한 차이에도 불구하고 국내 학자들에 의하여<sup>36)</sup> 수용된 뒤, 우리 헌법재판소의 판례에까지 영향을 미쳤다. 독일 기본법이 자연법론의 이상주의적 주장과 국민국가적 현실의 요청을 매우 합리적으로 절충해 냈다는 사정이 우리 헌법에 대한 해석에까지 영향을 미친 것이다.

#### 나. ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’의 구분과 관련한 기본권성질설의 혼란

이처럼 우리 학계와 실무가 외국인이 우리 헌법의 기본권을 향유할 수 있는지의 문제에 답하기 위하여 우리 헌법의 조문이 설정하고 있는 의미상의 한계를 넘어서 추상적인 자연법론과 독일 나름의 헌법정책적 결정의 소산인 기본법의 기본권규정에 대한 해석론에 영향을 받으면서 우리 헌법상의 기본권들을 인간의 권리와 국민의 권리로 분류하는 작업에서 혼란을 겪을 수밖에 없게 되었다. 즉 기본권성질설에 가담하는 이들이 권리의 성질, 즉 기본권의 인권적 속성만이 아니라 독일 실정헌법이 헌법정책적 결정을 담아내기 위한 기본권의 주체 구분까지도 ‘만인의 권리’를 판별해 내기 위한 기준으로 사용하면서 혼란의 발생은 예정된 것이었다.

독일 기본법과 우리 헌법의 조문 차이를 외면하는 가운데 자연법사상에 그 뿌리를 둔 기본권성질설에서 출발하면서도 경제적 활동의 자유를 보장하는 직업의 자유는 내국인에게 유보되어 있는 것으로 이해하는 반면, 직장선택이라는 경제행위를 기본권적으로 보호하는 계약의 자유는 외국인에게도 인정한다든가, 직업의 자유 중에서도 유독 직장선택의 자유만을 떼어내어 외국인에게까지 그 주체성을 확장하는 것이나, 근로의 권리 중 일할 환경에 대한 권리를 떼어내서 외국인에게도 귀속시키는 것은 모두 헌법해석론적 토대가 취약함은 물론 기본권이론적 일관성도 견지하지 못하고 있다.<sup>37)</sup>

헌법재판소가 외국인에게 직장선택의 자유가 인정된다는 테제를 뒷받침하기 위하여 제시한 기준인 “인간의 존엄과 가치 및 행복추구권”과의 밀접한 관련성<sup>38)</sup>도 인간의 권리와 국민의 권리

35) 이에 대해서 상세한 문헌고증은 K. Stern(주 25), S. 1022-1023.

36) 가령 계획열(주 15), 491면, 506면, 516면, 530면.

37) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423에 대하여 김이수, 강일원 재판관은 ‘직업선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 밀접한 관련을 가지는 권리로서 단순히 ‘국민의 권리’라고 볼 수 없다. 입국의 자유가 인정되지 않는 외국인의 경우 입국목적 등에 따라 근로의 권리나 직업선택의 자유가 제한될 수 있으나, 근로가 허용된 외국인의 경우 그 허용된 범위 안에서 제한되었던 근로의 권리와 직업선택의 자유가 회복된다.’는 반대의견을 펼치고 있다(1425-1426). 헌법재판소 내부에서도 직업의 자유나 근로의 권리가 국민의 권리인지를 둘러싸고 의견이 갈리고 있는 것은 권리성질설의 난맥상을 보여주고 있는 것이다.

를 판별하기에는 너무도 막연할 뿐 아니라 설득력도 없다. 모든 기본권들은 궁극적으로 인간의 존엄성 실현 및 행복추구권을 뒷받침하기 위하여 보장되는 것이기 때문이다.<sup>39)</sup> 따라서 헌법재판소에 의한 기본권성질설의 보완도 그 설이 직면한 해석론상의 난점을 해소해 주지 못한다.

독일해석론의 강력한 영향력은 행복추구권에 포함되어 있는 계약의 자유, 따라서 근로계약의 자유는 외국인도 향유하지만 직업의 자유는 그렇지 않다는 2007헌마1083 결정의 별개의견에서 선명하게 나타난다. 이 의견은 직업의 자유는 내국인의 기본권으로 보면서 외국인은 일반적 행동의 자유로 이해되는 보충적 기본권인 행복추구권에 의해서 보호될 뿐이라고 한다. 이러한 법리구성에 일부 국내학자들도 가담하고 있다.<sup>40)</sup> 그렇지만 이러한 법리구성은 두 나라의 실정헌법의 이와 같은 조문 차이를 간과하는 것이다. 즉 독일에서는 직업의 자유는 독일인의 권리로, 일반적 행동의 자유는 만인의 권리로 명시되어 있는 반면,<sup>41)</sup> 우리 헌법에서는 직업의 자유는 물론 행복추구권도 국민에게 유보되어 있다는 사실을 외면하는 것이다. 더구나 직업의 자유를 내국인의 권리로 본다든 것은 외국인의 직업활동을 기본권으로 보호하지 않겠다는 것임에도 행복추구권을 통해 실질적으로 같은 내용의 활동을 과연 직업의 자유와 같은 정도로 보호할 수 있는지 문제에 대한 아무런 검토도 없다.

근대 자연법적 인권사상에서 자신의 기본권이론의 토대를 발견하는 이는 적어도 인권에서 직접 유래하는 자유권들 및 이 자유권들의 실효성을 확보하는 데 불가결한 재판청구권의 향유주체에 외국인도 포함해야 자신의 철학에 부합하는 것이다. 자연법론자의 입장에서는 인권성을 띠는 직업의 자유는 외국인도 향유한다고 보는 것이 기본권이론의 관점에서는 일관성이 있다. 자연법론자가 “초국가적” 자연권의 인적 보호영역을 확인하는 데 “국가”의 가변적인 경제·노동정책적 상황을 끌어들이는 수는 없을 것이기 때문이다. 기본권성질설은 이렇게

38) 현재 2011 .09. 29, 2007헌마1083, 공보 180, 1460.

39) 그렇지만, 별개의견도 “행복추구권은 ‘인간의 권리’로서 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있으므로(현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724 참조), 일반적 행동자유권 중 외국인의 생존 및 인간의 존엄과 가치와 밀접한 관련이 있는 근로계약의 자유에 관하여는 외국인에게도 기본권주체성을 인정할 수 있다”(공보 180, 1464)고 함으로써 기각의견과 유사한 오류를 범하고 있다고 생각된다. 별개의견도 일반적 행동의 자유에 의해 보호되는 인간의 활동의 자유를 외국인의 생존 및 인간의 존엄과 가치와의 밀접한 관련성을 기준으로 내국인에게 유보된 것과 그렇지 아니한 것으로 구분하려는 것처럼 보이기 때문이다.

40) 대표적인 학자로는 제희열(주 15), 530면. 다만, 그는 주 54에서 직업의 자유가 그 내용상의 특별성 때문에 일반적 행동의 자유보다 더 강한 보호를 제공한다고 지적한다.

41) 독일에서는 내국인에게 유보된 기본권들로 인해 발생한 외국인을 위한 기본권보호의 구멍을 인간의 권리로 보장된 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유를 통해서 막으려는 시도가 학계 및 실무계에서도 관찰되고 있다. 독일의 통설에 의하면 독일인에게 유보된 기본권의 영역에서도 일반적 행동의 자유는 외국인에게 기본권적인 보호를 제공할 수 있다는 것이다. 독일인에게 유보된 특별한 기본권규정은 그 특별규정의 인적·사항적 보호영역이 미치는 한에서만 일반적 행동의 자유에 대한 우위를 점하므로 일반적 행동의 자유를 통한 외국인에 대한 기본권적 보호를 배척하지 않는다는 것이다. 그에 따라 독일 헌법이 외국인에 대한 기본권보호를 특별히 명령하지 않은 영역에서도 일반적 행동의 자유를 통해서 내국인과 외국인을 법률적으로 동등하게 취급하도록 보장하는 것이 가능하다.

인권론의 기반을 떠나지 않을 때에만 이론적 일관성과 인간의 권리와 국민의 권리를 가르는 기준의 명증성도 확보할 수 있을 것이다. 그러나 그렇게 함으로써 이론적 일관성과 명증성을 확보하는 데 성공한 추상적 기본권이론을 구체적 헌법의 해석론으로는 채택할 수 있느냐는 별개의 문제다.

왜냐하면 구체적인 역사적 현실을 규율하여야 할 헌법을 제정하는 헌법제정자는, 자연법사상의 영향을 받는 가운데 헌법을 제정하였다고 하더라도 기본권을 보장할 때 여러 가지 헌법정책적 고려를 담을 수 있고, 그렇게 제정된 헌법에 대한 해석론은 헌법제정자의 그와 같은 정책적 결단을 존중하여야 하기 때문이다. 외국인의 기본권주체성을 부정한 우리 헌법도 후술하는 것처럼 그와 같은 헌법정책적 고려의 산물이다. 우리 헌법의 기본권규정을 해석할 때 그 조문에 반영된 헌법제정자의 결정을 무시한 채 해석자 나름의 가치를 담아내려고 할 경우 헌법해석의 한계를 넘는 것일 뿐 아니라 정책적 고려의 결과들은 해석주체들의 가치관이 나 현실인식에 큰 영향을 받을 수밖에 없고, 따라서 그 고려의 결과는 해석주체마다 달라지게 될 가능성이 높을 수밖에 없다.

기본권의 통합가치성을 강조하는 통합론적 기본권론을 토대로 하면서도 국민통합을 해치지 않는 범위 내에서 외국인에게 기본권주체성을 인정하려는 설도 기본권조문을 무시하는 한 그와 같은 결과를 피하기 어렵다는 점에는 자연법론자와 차이가 없다. 어떤 기본권을 외국인에게 인정할 때 통합을 저해하는 부작용이 발생할 것인지는 명증하게 논증될 수 있는 문제가 아니라서 해석주체의 선이해의 영향을 크게 받을 수 없을 것이기 때문이다. 가령 사용자는 값싼 외국인 노동력을 수입하는 것을 원하는 반면, 노동자, 특히 경쟁력이 떨어지는 단순 노동자들일수록 그와 같은 분야의 노동시장에서 자신과 경쟁하게 될 외국인 노동력의 수입에 반대할 것이다. 국민연금의 고갈을 우려하는 노년층은 외국인 노동자들이 들어와 연금재정에 보탬이 되고 자신이 받고 있거나 향후 받게 될 연금의 수준이 저하되지 않기를 바랄 수도 있다. 국민들 사이에 존재하는 이와 같은 이해관계의 차이를 직시한다면, 사회통합이라는 추상적 기준이 가령 직업의 자유의 영역에서 외국인의 기본권주체성 문제를 해결하는 합리적인 기준을 제시할 수 있다고 주장할 수는 없을 것이다.

요컨대, 헌법재판소의 판례는 기본권이론에 의거하여 헌법조문을 무시하면서 외국인의 기본권주체성 문제를 해결하려는 시도가 직면하게 되는 혼란을 잘 보여주고 있다고 본다. 기본권이론의 역할은 기본권규범 특유의 광범위하고 불명확한 개념의 폭 안에서 이뤄지는 해석작업을 지도하는 나침반임에도 실정헌법조문이 설정한 한계를 뛰어넘기 위한 마술지팡이로서의 역할을 수행하는 것이 우리의 현실인 것이다.

### 3. 외국인의 기본권주체성 인정과 관련한 여타 쟁점

#### 가. 외국인의 기본권관계의 성립의 전제로서의 적법한 입국?

헌법재판소는 당초 외국인의 적법한 입국을 직장선택의 자유의 주체성을 인정받기 위한 요건으로 보았다.<sup>42)</sup> 그러나 신체의 자유, 평등권, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등과 관련해서는 그와 같은 요건을 제시하지 않고 있다.<sup>43)</sup>

적법한 입국을 인간의 권리의 주체성 인정의 요건으로 제시하는 것에 대해서는 “기본권주체성이란 우리 헌법상의 기본권을 향유할 수 있는 지위를 말하고, 따라서 법률에 의하여 창설되는 것이 아닌데, 우리 법률에 의하여 고용허가를 받았다는 헌법외적 사유로써 헌법상 기본권의 주체성을 인정하자는 것은 논리적으로 선후가 뒤바뀐 것”이라는 비판이 제기되었다.<sup>44)</sup>

우리 헌법이 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 부정하고 있다고 본다면, 이와 같은 논쟁은 무의미할 것이다. 그렇지만 헌법재판소가 제한적 긍정설을 취하고 있으므로 이 쟁점에 대하여 답할 실무상의 필요는 인정할 수밖에 없다. 결론부터 말하자면, 적법한 입국을 요건으로 제시하는 판례는 부분적 진리만을 말하고 있다고 본다.

외국인은 대한민국의 영역고권이 미치는 곳, 따라서 대한민국의 헌법의 효력이 미치는 대한민국의 영역으로 입국하여 대한민국과 내국관계(Inlandbeziehung)를 맺게 될 때에만<sup>45)</sup> 우리 헌법상의 기본권을 주장할 수 있는 법적 가능성을 확보하게 된다는 점에서는 기각의견의 기본논지가 타당하다. 물론 필자는 직업의 자유를 분해하여 직장선택의 자유만을 만인의 권리로 평가하는 기각의견의 해석론에는 찬동하지 않는다. 어쨌든 대한민국으로의 입국 등을 통해 형성되는 내국관계는 기본권성질설에 의하여 인정될 수 있는 대부분의 만인의 기본권들

42) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083, 공보 180, 1460: “직업의 자유 중 직장선택의 자유는 앞서 본 바와 같이 인간의 권리로서의 성질을 가진 헌법상 기본권으로 보아야 할 것이며, 고용허가를 받아 적법하게 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하였을 것을 요구하는 것은 외국인이 우리 헌법상 기본권인 직장선택의 자유를 누리기 위한 전제일 뿐이지 이러한 법적 제한을 둔다고 하여 그 직장선택의 자유의 성격이 헌법상 권리에서 법률상의 권리로 바뀐다고 보기는 어렵다 할 것”이다.

43) 출입국관리사무소장의 긴급보호의 대상이 된 불법체류 외국인들이 신체의 자유, 주거의 자유, 재판청구권 등을 침해당했다는 이유로 제기한 헌법소원사건인 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430, 판례집 24-2상, 567; 불법체류를 이유로 출입국관리공무원에 의해 보호되어 조사를 받은 후 강제퇴거명령을 받아 본국에 송환된 외국인들이 인신보호법상의 관련 규정들이 평등권, 신체의 자유를 침해한다는 이유로 청구한 헌법소원사건인 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686, 판례집 26-2상, 39 참조.

44) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083, 공보 180, 1464.

45) J. Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32, S. 60 ff.; H. Quaritsch(주 33), § 120 Rn 72 ff.; 정중섭(주 12), 326면 참조. 그밖에 외국인에게 기본권주체성을 인정할 경우 외국인이 대한민국과 맺을 수 있는 내국관계의 구체적 형태에 대해서 상세한 것은 정태호(주 10), 428면 이하; H. Quaritsch(주 33), § 120 Rn 74 ff.; J. Isensee, VVDStRL 32 (1974), S. 49(60 ff) 참조.

의 본질적인 발생요건이다. 그 예외는 정치적 망명권을 기본권으로 인정할 때에만 인정될 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

그러나 외국인이 반드시 합법적으로 입국했어야 할 필요는 없다고 본다. 외국인이 위법적으로 입국했다고 하더라도 내국관계는 형성되며, 그가 누릴 수 있는 기본권의 보호를 받을 수는 있다. 가령 불법체류자의 체포·구금·추방과 관련하여 기본권문제가 발생할 수 있다. 직장선택의 자유를 비롯한 직업의 자유가 만인의 기본권이라면, 불법입국자도 그 보호를 받을 수 있다. 다만, 그는 출입국관리법에 의한 체류제한 내지 추방 때문에 이 자유를 향유하는데 어려움을 겪게 될 뿐이다.

#### 나. 장기거주외국인의 기본권주체성?

우리 헌법의 해석상 외국인에게는 기본권주체성이 인정되지 않지만, 장기거주 외국인에게는 예외적으로 그 주체성이 인정될 수도 있다는 견해도 있다.<sup>47)</sup> 외국인이 국민과 유사한 지위에 있는 경우 기본권주체가 될 수 있다는 헌법재판소 판례의 명제를 일반화시켜 외국인이 우리 사회경제적 공동체에 편입되어 있으면 외국인도 그러한 범위에서 기본권주체가 될 수 있다는 주장도 있다.<sup>48)</sup>

어느 정도의 장기거주자에게 그와 같은 지위를 인정할 수 있느냐라는, 해석을 통해서는 그 답을 얻기 어려운 문제는 논외로 하더라도 장기거주사실 내국인 지위로의 질적 도약이 가능한 것인지부터가 의문이다. 우리 출입국관리법은 외국인의 법적 지위를 국내 체류기간에 비례하여 강화하고 있는 것으로 분석된다. 영주권신청자격이 법률이 아닌 시행령, 시행규칙에 의해 매우 복잡하게 규율되고 있어서 그 취득요건을 일목요연하게 개관하기는 쉽지는 않다. 그렇지만 영주권을 취득한 외국인에게는 취업활동의 제한이 광범위하게 해제됨으로써 그의 법적 지위가 내국인의 지위에 접근하는 것처럼 보인다. 그렇다고 해서 이로부터 장기거주 외국인이 내국인과 같은 기본권능력을 획득한다는 추론을 할 수는 없다.

46) H. Quaritsch(주 33), § 120 Rn 72 참조. 한편, 대한민국의 법질서는 대한민국 국적의 선박이나 항공기에도 미친다. 그러나 이들이 떠다니는 대한민국의 영토가 아니므로 우리 법질서는 국제관습법에 의하여 승인된 이른바 국기고권에 입각하여 효력을 발휘한다. 그러므로 국기고권에 의하여 대한민국의 법질서 전체가 아니라 선박이나 항공기 등의 운행과 관련된 법률(가령 선박법, 선원법, 화물운송법, 등등)만이 효력이 미치게 된다. 공해상 또는 외국의 영해 내에 있는 선박에서는 기본권도 원칙적으로 제한한적인 보호효과를 발휘할 수 있을 뿐이다. 그러한 한 외국인의 내국관계도 형성될 수 있을 것이다.

47) 현재 2011.09.29, 2007헌마1083, 공보 180, 1469(김종대 재판관의 각하의견).

48) 전광석(주 24), 232면은 이를 외국인에게 기본권을 인정하는 독자적인 방법으로 분류한다. 그러나 전상현(주 8), 599면 이하는 국민과 유사한 지위를 갖는 외국인을 외국인 중 국민과 유사한 지위에 있는 사람과 그렇지 아니한 사람으로 이원적으로 구분하는 개념이 아니라 외국인이 누릴 수 있는 기본권의 종류와 범위를 확정하는 기준으로 이해하고 있다.

장기거주 외국인이 출입국관리법 등에 의하여 부여되는 법률적 권리와 관련하여 신뢰보호, 비례의 원칙과 같은 법치국가적 헌법원칙들에 의한 비교적 강한 보호를 받을 수는 있겠지만, 그것이 국적의 한계를 극복하여 주는 것은 아니다. 관할 행정청의 재량권이 체류기간이 장기화되면 될수록 줄어들어 일정 기간을 지나면 완전히 영으로 축소되는 것도 아니다. 영주권자도 추방될 수 있다(출입국관리법 제46조 제2항 참조). 장기체류로 인해 외국인이 내국인처럼 대한민국을 떠나 새로운 삶을 살기 어려울 정도로 대한민국 체류에 대한 의존성이 커졌다고 하더라도, 그러한 사실로 인해 외국인이 내국인이 되는 것은 아니다.<sup>49)</sup> 장기체류를 이유로 외국인을 내국인과 동일하게 대우하고, 외국인도 내국인과 같은 기본권주체성을 누리도록 해석한다면, 대한민국 국적의 가치와 그 취득절차의 가치를 박탈하는 것이다. 장기거주 외국인을 좀 더 두텁게 보호하는 합리적인 길은 헌법해석을 통해서 무리하게 그들에게까지 기본권 능력을 확대하여 주는 것이 아니라, 대한민국 국적 취득요건을 그들에게 완화해 주는 것이다.

국내의 사회경제공동체의 편입여부를 기준으로 외국인의 기본권주체성 인정여부를 결정하는 것도 외국인의 구체적 편입요건을 규율하는 것은 헌법이 아니라 법률이라는 점에서 타당하지 않다. 기본권주체의 문제는 헌법문제이지 법률의 문제가 아니기 때문이다.

### III. 헌법해석의 한계

우리 헌법처럼 미국 연방헌법이나 독일 기본법을 모델로 삼는 현대의 실정헌법은 법률처럼 법적 구속력을 갖고 또 직접적 효력을 갖는다. 이 유형의 헌법은 엄정한 규범적 요구를 하며 단순한 정치적 강령이나 정치적·도덕적 호소로 만족하지 않는다. 헌법의 법적 구속력은 구체적 모습은 상이할지라도 어쨌든 헌법재판제도에 의해서 보장된다. 헌법이 요구하는 이와 같은 법적 구속력은 민주적 정치과정에 대하여 한계를 설정하는 한편, 그것을 안정화하고 또 그에 쏠리는 부하를 덜어 준다.<sup>50)</sup>

제한된 정부의 이념을 추구하는 현대 헌법의 효력은 원칙적으로 무조건적이며 무제한적이다. 또 그러한 헌법은 다른 모든 법규범에 대하여 우위를 갖는다. 헌법의 변경과 변화된 상황에 맞게 헌법을 변용하는 것은 헌법이 예정한 절차를 통해 그리고 실정헌법상 존재하는 기준에 따라 이루어져야 한다. 실정헌법이 스스로 그 규범성을 명시하고 있는 이상 헌법해석은 헌법

49) H. Quaritsch(주 33), § 120 Rn 136 참조.

50) 이에 대해서 전반적 서술로는 F. Reimer, Verfassungsprinzipien: ein Normtyp im Grundgesetz, 2001, S. 77, 84.

이 선언한 규범성을 무시할 수 없으며, 헌법해석은 그 규범성을 출발점으로 삼아야 한다.

헌법수호를 임무로 하는 헌법재판소가 헌법의 구속력을 의문시하거나 헌법제정권력 내지 헌법개정권력이 헌법을 통해 제시한 구속력 있는 지침을 무시하거나 부정하는 헌법해석에 입각하여 재판을 할 수 없으며, 오히려 헌법의 구속력을 인정하고 실현하면서 헌법에 봉사하여야 함은 자명하다.

물론 법해석방법에 관한 논쟁에서 법률의 구속력 인정은 법률가의 환상으로 간주되기도 한다. 언어철학과 철학적 해석학(Hermeneutik)은 이미 오래전에 그러한 전제의 타당성을 부정하였다. 해석은 선재하는 것에 대한 인식이라는 전통적 견해는 진부한 자기기만에 불과하다는 것이다. 해석의 대상이 되는 규범은 해석자가 수행하는 이해의 지평에서 비로소 구성되고 또 그에 따라 해석자에 의해서 부과되는 것일 뿐이라는 것이다. 이러한 견해에 따르면 해석의 대상인 규범의 내용은 해석 과정에서 형성되게 된다.<sup>51)</sup> 법의 객관적 인식은 불가능할 뿐 아니라 주관적 인식을 위한 노력에 불과한 것이기 때문에 법인식의 기본적 전제도 포기하여야 한다고 한다.<sup>52)</sup>

법해석은 해석자의 선이해를 토대로 할 수밖에 없고 또 그로 인해 창조성을 떨 수밖에 없다는 점은 분명하다. 그렇다고 해서 법해석이 그 인식의 대상인 법을 벗어날 수 있는 것도 아니다. 해석이 이뤄지는 구조에 비추어 볼 때 법의 구속력이 상대화되는 것은 사실이다. 그렇지만 법이 해석자의 이해에 대하여 원칙적인 조종력을 발휘한다는 것도 검증되었다. 더구나 헌법이 법의 준수를 규범적으로 명하고 있고 또 법질서의 구속력을 전제하는 한 법이 원칙적 구속력을 갖는다는 것을 전제할 수밖에 없다.<sup>53)</sup>

상황이나 지배적인 의견의 변화와 무관하게 헌법제정자의 시원적인 의사를 확인하는 것이 헌법해석의 목표이어야 하는지, 아니면 헌법해석은 시대와 함께 가야 하고 따라서 시대가 변하면 헌법해석도 그에 발을 맞추어야 하는지는 뜨거운 쟁점이다.<sup>54)</sup> 특히 미국에서는 추상적인 헌법조문의 의미 확인과 관련하여 헌법제정자의 원의(original intent)가 지속적으로 결정적 기준이라는 입장(원전주의<Originalism>)과 헌법을 살아 있는 문서(living document)로 보는 입장(생동적 입헌주의<Living Constitutionalism>)이 첨예하게 대립하고 있다. 미국 연

51) 가다머의 해석학을 토대로 헌법해석론을 전개하고 있는 K. Hesse(주 31), Rn 60.

52) Ch. Hillgruber, § 15 Verfassungsinterpretation, in: Deppenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, Rn 15에서 인용되고 있는 인터넷 문서 B. Lahusen, Norm und Entscheidung의 주장.

53) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 12 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

54) 미국, 캐나다, 호주, 독일, 인도, 남아프리카공화국의 헌법재판에서 채택되는 헌법해석방법론을 비교헌법론적인 관점에서 연구한 글로는 J. Goldworthy, Constitutional Interpretation, in: M. Rosenfeld/A. Sajó, The Oxfordhandbook of Comparative Constitutional Law, 2012, pp. 689 참조.

방대법원도 이를 둘러싸고 분열한다.<sup>55)</sup>

어떤 입장이 헌법에 부합하는 것인지는 각 실정 헌법의 성격에 비추어 답할 수밖에 없다. 적어도 헌법이론적으로는 헌법 특유의 규범성, 즉 그 엄정한 효력요구는 그 의미를 시대에 따라 달리 이해할 수 있다는 설을 뒷받침한다고 보기 어렵다. 헌법의 구속력을 진지하게 고려한다면 헌법의 조문을 통해 그리고 그 조문 안에 고정된 역사적 헌법제정자의 의사가 헌법개정절차를 통해 폐기 내지 변경될 때까지는 헌법해석에 대해서 지속적으로 결정적 의미를 가져야 한다. 민주주의는 물론 헌법재판기관의 기능법적 내지 권한법적 한계도 이 같은 입장을 뒷받침한다.

헌법 자체는 어떤 것도 의욕하거나 목적으로 삼을 수 없다. 헌법제정자만이 헌법을 통해서 무엇인가를 의욕하고 목적으로 삼을 수 있을 뿐이다. 그러므로 헌법해석을 통해서 해명하여야 하는 것은 헌법규범에 담긴 헌법제정자의 의사이지 헌법제정자의 의사와 무관한 이른바 객관적인 헌법의 의사가 아닌 것이다.<sup>56)</sup> 헌법제정자의 의사와 무관한 헌법의 의사를 헌법의 객관적 목적으로 보는 이른바 객관적-목적론적 해석은 해석자 자신의 정치적 의사를 헌법으로 보는 것과 다름없다.<sup>57)</sup> 헌법제정자의 의사를 시대에 맞는 헌법해석을 위해 동태적으로 이해하여야 한다는 주장도 마찬가지이다. 현실의 변화, 지배적 가치관이나 세계관의 변화는 헌법이 이를 예정하거나 명하고 있을 때에만<sup>58)</sup> 헌법으로 전환되는 것이다. 그러한 특별한 사정이 없다면 그러한 변화는 헌법개정의 계기가 될 수 있을 뿐이다.<sup>59)</sup>

역사가 오래된 헌법으로부터는 새로운 기술적·의학적 문제처럼 헌법제정 당시에 예상할 수 없었던 문제에 대해서 답을 추론해 낼 수 없고, 따라서 헌법을 생동하는 것으로 보고 시대에 맞게 새롭게 해석하는 것이 불가피하다는 만연된 생각도 타당하지 않다. 헌법은 새로운 문제는 물론 제정 당시 이미 존재했던 오래된 문제에 대해서도 부분적인 답만을 제시하고 있을 뿐이다. 해석을 통해 인식되는 헌법은 그 자체 사건에 곧바로 적용할 수 있을 만큼

55) 이에 대한 훌륭한 개관을 제공하는 것으로는 Waluchow, Wil, "Constitutionalism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>. 그러나 미국 연방대법원은 대체로 헌법조문에 담긴 헌법제정자의 의사를 중시하는 해석을 지향하며, 구조적 원리에 입각한 객관적 해석은 드문 것으로 분석되고 있다. 이에 대해서는 M. Tushnet, 'The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism', in: J. Goldsworthy(Ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, 2007. 여기서 J. Goldsworthy(주 54), pp. 696 참조.

56) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 22.

57) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 44.

58) 가령 남아프리카공화국 헌법 제39조 "(권리장전의 해석) 제1항 권리장전을 해석할 때 법원, 심판위원회 또는 포럼은 a. 인간의 존엄성, 평등 및 자유에 기초한 열린 민주 사회의 근간이 되는 가치들을 증진해야 하며 b. 국제법을 고려해야 하고 c. 외국법을 고려할 수 있다."

59) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 23.

완전한 것이 아니라 - 구속력을 발휘하기는 하지만 - 그 인식의 결과를 구체적 사건에 적용할 때 생성되는 사건규범들(Fallnormen)을 통한 충전을 지향하는 것이다.<sup>60)</sup> 즉 구체적 사건에 해당하는 헌법규범의 발견은 2단계로 진행된다. 즉 주어져 있는 해석대상으로서의 헌법을 인식하는 단계와 이렇게 인식된 헌법을 구체적 사건에 적용하여 구체적인 사건규범을 형성하여 제시하는 단계로 구성되어 있으며, 새로운 문제들에 대한 답은 이 적용의 단계에서 창조적으로 모색되는 것이다.

헌법재판소는 이처럼 구체적 사건에 대한 재판을 통해 헌법이 남긴 여지 안에서 창조성을 발휘할 수 있지만, 주어져 있는 구속력 있는 헌법에 대한 충성을 잊지 말아야 한다.<sup>61)</sup> 헌법재판의 과제는 헌법제정자의 의사에 입각해 있는 헌법을 언어로 표현해내고 이를 관철하는 것이기 때문이다. 헌법제정자의 의사는 단순히 역사적·발생사적 해석을 통해서만이 아니라 문구해석, 체계적 해석을 통해서도 확인되어야 한다.<sup>62)</sup> 헌법제정자가 추구하려는 목적도 고려해야 함은 물론이다. 헌법재판소의 임무는 인식된 헌법을 수정하는 것이 아니라 헌법제정자가 설정한 목표와 의지의 방향을 정향점으로 삼아 헌법에 담겨 있는 기본적 결정을 사유를 통해 발전시키면서 일관성 있게 구체적 사건에 맞게 변용하는 것이다.<sup>63)</sup>

물론 헌법제정이나 헌법개정이 대부분 심도 있는 논의 속에서 진행되지 못한 우리나라에서 헌법제정자 내지 헌법개정자의 의사를 정확히 밝히는 것이 어려운 경우가 많을 것이다. 그 경우 헌법해석의 목표는 불가피하게 헌법의 객관적 의미를 밝히는 것이 될 수밖에 없다.

60) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 33. 헌법의 적용, 즉 헌법으로 인식된 것의 적용은 해당 헌법에 의해 부분적으로만 결정된 행위이다. 헌법의 적용은 추상적·일반적 헌법규범의 개별화 및 구체화를 통한 법의 생산인 것이다. 적용대상인 헌법이 남긴 여지는 개별사건에 대한 법정립 권한을 부여받은 헌법적용자의 자율적인 가치설정을 통해서 채워진다. 헌법이 남긴 여지는 헌법적용자의 형성권이 발휘될 수 있는 여지이며, 이 여지를 채울 때 헌법적용자의 법정정책 평가가 유입될 수밖에 없다. Ch. Hillgruber, 같은 곳, Rn 29.

61) 헌법적용자의 과제로서의 헌법에 대한 창조적 충성에 대해서는 J. Isensee, in: J. Ipsen u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 571, 587.

62) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 20.

63) Ch. Hillgruber(주 52), Rn 33.

## IV. 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 헌법제정자의 의사

### 1. 기본권목록에 대한 문리해석

헌법은 제2장의 표제를 “국민의 권리와 의무”로 명시하고 있고, 제10조 이하의 거의 모든 기본권의 권리주체를 “모든 국민”으로 표기하고 있다. 일부 기본권규정에서만 그 권리주체가 “형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자”(제28조), “근로자”(제33조)로 표기되고 있을 뿐이다. 그러나 제2장의 표제나 인간존엄권은 물론 천부인권사상에 뿌리를 둔 모든 자유권 조차도 그 권리주체가 국민임에 비추어 볼 때 이 두 기본권의 주체에는 다른 대다수의 기본권들과는 달리 외국인도 포함된다고 해석하는 것은 무리이다. 평등권을 보장하고 있는 헌법 제11조의 제1항 제2문, 신체의 자유를 보장하고 있는 헌법 제12조의 제1항 제2문, 제4, 5, 6항에서 그 권리의 주체가 “모든 국민”이 아니라 “누구든지”로 되어 있고, 제7항의 주체가 “국민”이 아니라 “피고인”으로 되어 있다는 것을 근거로 평등권이나 신체의 자유를 외국인도 향유할 수 있다고 해석하는 것도 설득력이 없다. 평등권과 신체의 자유의 기본조항인 제11조 제1항 제1문, 제12조 제1항 제1문이 평등권과 신체의 자유의 주체로 국민만을 들고 있기 때문이다.

이처럼 현행헌법에 제2장의 표제부터 시작하여 각 기본권규정의 권리주체가 거의 모두 “국민”으로 명시되고 있는 기본권텍스트에 비추어 볼 때 외국인에게 기본권주체성이 인정되는 것은 원칙이 아니라 예외일 수밖에 없다. 그럼에도 헌법제정자가 외국인이 일부 기본권을 향유할 수 있음을 명시하는 규정을 두고 있지 않은 이상 우리 헌법상의 기본권은 내국인에게 유보되어 있다고 해석할 것이지 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 결정을 내리지 아니하고 해석에 맡겼다고 추론하는 것은 비논리적이다.<sup>64)</sup>

### 2. 기본권주체에 대한 헌법적 규율의 발생사적 해석

기본권성질설에 가담하는 일부 문헌은 헌법제정자가 기본권의 장에서 기본권을 향유할 수 있는 이의 범위에 대해 설정한 헌법조문상의 한계를 넘어 외국인의 기본권주체성을 인정하기 위하여 먼저 제헌헌법에 대한 발생사적 해석을 시도한다.<sup>65)</sup> 그는 제헌헌법의 기초자들이

64) 그러나 그렇게 보는 이로는 무엇보다도 전상현(주 8), 595-598면 참조. 그는 헌법 제6조 제2항을 외국인도 헌법적 보호를 받을 뿐 아니라, 적어도 국제법과 조약이 정하는 내용만큼의 보호는 보장된다는 의미로 해석해야 한다고 본다. 그러나 이는 후술하는 것처럼 기본권주체에 관한 헌법규율의 발생사적 해석의 결과와는 정면으로 배치되는 것이다.

기본권이 국가권력에 의해 처분될 수 있는 것이 아니라는 것을 강조하기 위하여 국가우월주의적 냄새를 풍기는 국민이 아니라 국가라 할지라도 함부로 할 수 없는 자유와 권리의 주체인 사람을 표현하기 위하여 “인민의 기본적 권리·의무”로 표시하려 했으나, 인민이라는 용어에 대한 이념적 반감 때문에 “국민”이라는 용어로 대체하였다는 사실을<sup>66)</sup> 근거로 우리 헌법이 외국인의 기본권주체성을 부정하지 않은 것으로 새겨야 한다고 해석하는 것이다.

그러나 제헌헌법 제2장에 대한 발생사적 해석은 오히려 이와 같은 이해에 정면으로 충돌하는 추론을 뒷받침하고 있다. 물론 1948년 국회헌법기초위원회는 유진오 박사가 중심이 되어 기초한 건국헌법 초안을 원안으로 채택하였으며, 원안 제2장의 제목은 “인민의 권리의무”였다.<sup>67)</sup> 그러나 제1독회에서 심의대상이 된 헌법안은 이미 제2장의 표제를 비롯하여 각 기본권 규정에서 그 권리주체를 모든 국민으로 표기하고 있었다.<sup>68)</sup> 헌법안 제2독회에서 진정식 의원의 44인이 제2장 중 일부 규정을 제외하고는 외국인을 포함할 수 있는 인민으로 모두 바꾸자는 수정안이 제출되어 이 문제를 둘러싼 비교적 상세한 논의가 진행되었다.<sup>69)</sup> 전문위원인 유진오 박사가 외국인에게도 인권성을 띠는 기본권을 보장하려면 인민이라는 용어를 사용할 필요가 있다는 설명을 하였다. 그러나 전문위원인 권승렬<sup>70)</sup>과 윤치영 의원<sup>71)</sup>이 외국인의 문제는 조약을 비롯한 국제공·사법에 의하여 규율되도록 하는 것으로 족하다는 반론을 제기한 뒤 표결에 부쳐 위 수정안은 재적 167인, 가 32, 부 87로 부결되었고, 제2장 국민의 권리의무는 재적 167인, 가 89, 부 12로 원안 통과되었다.<sup>72)</sup> 유진오 박사의 회고와는 달리 단순히 이념적 문제 때문이 아니라, 외국인에 대한 법적 처우는 아래에서 상세하게 고찰하는 것처럼 현행헌법 제6조에 해당하는 제헌헌법 제7조 제2항을 통해서 하기로 하면서 “국민”이라는 용어를 고수한 것이다.<sup>73)</sup>

반면, 국민이라는 용어를 통해서도 외국인에게도 기본권주체성을 인정하려고 한 다수의 제헌의원들의 의사는 분명히 드러나지 않는다. 일부 의원들이 ‘국민’이라는 용어를 사용하더

65) 김주환, 외국인의 기본권주체성, 헌법재판연구 제20권 「기본권의 주체」(2009, 헌법재판소), 87면.

66) 이에 대하여 상세한 것은 유진오, 헌법기초 회고록, 1980, 65면 주 10. 그에 따르면 국회본회의에서 윤치영 의원이 “인민”은 공산주의자들이 사용하는 용어라는 이념 공세를 펼쳤기 때문에 “국민의 권리의무”가 되었다고 한다.

67) 유진오(주 66), 209면 이하에 수록된 초안 참조.

68) 국회도서관 편, 헌법제정회의록(제헌의회), 헌정사자료집 제1집, 1967, 88면 이하 참조.

69) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 380면.

70) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 388-389면. 그는 오히려 이곳에서 ‘인민’으로 쓰든 ‘국민’으로 쓰든 헌법, 즉 기본권과 기본의무는 외국인에게는 적용되지 않고, 국제조약이 적용된다는 취지의 해설을 하고 있다.

71) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 389-390면.

72) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 390면.

73) 동지: 현재 2011.09.29., 2007헌마1083 결정에 대한 김종대 재판관의 반대이견 공보 180, 1467 둘째 논거.

라도 기본권에 따라서는 외국인에게도 적용될 수 있다는 주장을 하였으나,<sup>74)</sup> 상술한 것처럼 권승렬 전문위원과 윤치영 의원의 강력한 반발에 직면하였다. 다수의 제헌의원들의 의사임이 확실한 것은, 기본권이 국가가 임의로 처분할 수 없는 권리임을 분명히 하고자 했다는 것일 뿐이다. 그와 같은 의사는 현행 헌법 제37조 제1항에 해당하는 제헌헌법 제28조 제1항 “국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다”는 규정에 반영되어 있다. 반면에 외국인을 적어도 일부 기본권의 주체에 포함시키려는 다수 제헌의원의 의사가 존재한다는 사실을 추정하게 하는 어떤 흔적도 찾을 수 없다. ‘인민’과 ‘국민’이라는 용어를 둘러싼 위와 같은 논의의 경과에 비추어 볼 때 당시 다수의 헌법제정자들이 외국인도 일부 기본권을 향유할 수 있도록 하려는 분명한 의사를 가지고 있었다면, 만인의 자유와 권리의 향유주체를 국민이 아닌 외국인도 포착할 수 있도록 대안을 모색하여야 했다. 가령 제2장의 표제를 그 주체를 생략한 채 “기본권과 기본의무”로만 표기하고, 헌법정책적 고려에 기초하여 외국인도 향유할 수 있는 ‘만인의 권리’와 대한민국 국적자에게만 유보되어 있는 ‘국민의 권리’를 구별하면서 “모든 사람”, “누구나”, “모든 국민”을 각 기본권의 주체로 명시할 수 있는 가능성 등 외국인을 포함시킬 수 있는 다양한 표현을 사용할 수 있었다.<sup>75)</sup>

1946년 일본 헌법도 그 제3장의 표제는 “국민의 권리와 의무”였다. 그럼에도 개별 기본권규정에서는 그 자유와 권리의 주체를 “국민”(제14조 평등권, 제15조 공무원 선거권), “누구든지”(제16조 청원권, 제17조 국가배상청구권, 제17조 노예적 구속으로부터의 자유 등, 제20조 종교의 자유, 제21조 거주이전 및 직업의 자유, 해외이주의 자유 및 국적이탈의 자유, 제31조 형사재판절차의 보장, 제32조 재판청구권, 제33조 적법한 절차에 의한 체포, 제34조 적법한 절차에 의한 억류 및 구금, 제35조 주거의 불가침, 제36조 공무원에 의한 고문금지, 제37조 형사피고인의 공평·신속한 재판을 받을 권리 등, 제38조 불리진술거부권)로 표기하거나 권리 주체는 표기하지 않은 채 특정 자유나 권리를 보장(제21조 집회·결사·언론·출판의 자유, 제23조 학문의 자유, 제29조 재산권)하는 방식으로 기본권을 일응 내국인의 권리와 만인의 권리로 구분하여 보장하고 있었다.<sup>76)</sup> 서양법문화 유입의 경로국이자 인접국이면서 한국의 근대 법문화 발전에 결정적인 영향을 미쳤던 일본의 헌법이 이와 같은 태도를 취했다는 것을 당시 일본어에 능통했던 제헌헌법 제정자들이나 제헌헌법 기초자들이 몰랐을 리 없다. 그럼에도

74) 가령 조국현 의원, 헌법제정회의록(제헌의회), 382면; 이윤영 의원, 헌법제정회의록(제헌의회), 385면; 김상돈 의원, 헌법제정회의록(제헌의회), 385-386면.

75) 헌법 제2장 표제 등의 개정방향과 관련한 비교헌법적 검토에 대해서는 정태호, 권리장전의 개정방향, 공법연구 제34집 제4호 제2권(2006.6), 113면, 119면 이하 참조.

76) 이와 같은 명문의 규정에도 불구하고 일본의 판례가 헌법규정에 의하여 외국인의 기본권주체성을 판별하는 것이 아니라 추상적 이론인 기본권성질성을 따르는 것은 납득하기 어렵다. 가령 最大判 1878.10. 4. 民集 32권 7호, 1223.

도 그러한 시도조차 하지 아니했다는 것은, 제헌헌법 제정자의 다수가 기본권의 주체로 오로지 대한민국의 국적자만을 염두에 두었기 때문이라고 해석하는 것이 논리적이라고 본다.

끝으로 35년간의 일제 식민통치로부터 해방되어 광복의 기쁨을 맛보기도 전에 신탁통치라는 뼈아픈 굴욕부터 경험한 상황에서 국내에서 생활하고 있거나 장차 생활하게 될 외국인들과의 공존을 위한 기본권보장과 같은 개방적 정치공동체의 지향보다는 정치공동체의 진정한 독립과 존속을 걱정해야 했던 제헌헌법의 제정 당시의 사정도 기본권주체 문제에 대한 제헌헌법의 내향적 공동체 지향성을 추정하게 한다. 이에 비하여 가령 미국헌법은 인민을 권리나 자유의 주체로 표기하고 있고, 또 그것이 미국 연방대법원의 판례가 이민자<sup>77)</sup>나 외국인<sup>78)</sup>도 공민권 이외의 자유권의 주체에 포함시킬 수 있는 근거로 이해되고 있다. 신분제와 신분의 특권이 지속되고 있는 영국의 법질서와의 단절과 광활한 대륙의 개척을 위해 이민국가로 출발했던 미국과 외세로부터의 공고한 독립의 확보가 과제였던 우리나라는 근본적으로 사정이 다르기 때문이다.<sup>79)</sup>

### 3. 헌법 제6조 제2항과의 체계적 해석

#### 가. 헌법 제6조 제2항의 발생사<sup>80)</sup>

“외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”는 헌법 제6조 제2항의 모태가 된 것은 제헌헌법 제7조 제2항이다. 이 규정은 상술한 것처럼 헌법제정자가 제2장 국민의 권리와 의무에 관한 장에서 국민만을 기본권의 주체로 명시하면서 외국인의 법적 보호를 위한 방안으로 등장한다. 제헌헌법 제7조 제2항의 초안은 1948년 7월 7일 제헌의회 본회의 헌법안 제2독회에서 진헌식 의원 외 44인의 수정안 형태로 처음 제시되었다. 이 초안은 “외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약, 국제관습의 범위 내에서 보장된다.” 였다.<sup>81)</sup>

진헌식 의원이 이와 같은 초안을 제안한 이유는 다음과 같다. 즉 “제2장에 ‘국민의 권리와 의무’라는 장에 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하는 ... 의미에 있어서 ‘국민’이라는 것이

77) Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886) - 목조건물 내에서의 세탁소 운영 금지.

78) In re Griffiths - 413 U.S. 717 (1973) - 변호사 시험 응시자격 제한.

79) 헌법안 제2독회에서의 윤치영 의원의 다음과 같은 발언도 이와 같은 맥락에서 나온 것이라고 본다. 즉 “남의 나라의 압제를 받으면서 무슨 치외법권이니 하는 것을 생각할 것이 아닙니다. 여러분이 외국사람을 표준하시려면 國際司法이니 그런 것이 있겠지마는 여러 가지 법률관계에 다른 것은 우리가 이것을 제정할 권리와 의무가 있습니다. 그러니까 우리 헌법을 제정하는 데에 있어서 외국사람의 관계를 이행해 가지고 ‘국민’이라는 것을 ‘인민’이라고 하는 것은 나는 절대로 반대합니다.” 헌법제정회의록(제헌의회), 389-390면 참조.

80) 이에 대하여 상세한 것은 이종혁(주8), 521면, 553면 이하 참조.

81) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 501면.

외국인에게까지 미치지 못할 염려가 있어서 그 ‘국민’이라는 구절을 ‘인민’으로 고치자는 것을 제안했[습]니다. 그러나 그것이 통과되지 못하고 부결이 되었[습]니다. 그러나 우리가 헌법을 제정하는 데 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체제에 있어서 좋지 못한 ... 점이 있고 또는 우리 헌법이 세계의 한 법으로 ... 이러한 조항이 없으면 대단히 유감스럽다고 생각”되기 때문이라는 것이다. 이 초안이 외국인의 기본권주체성 부정에 대한 대안이었음을 의문의 여지가 없으며, 나아가 진 의원의 발언은 그 취지가 선명하지는 않지만 대한민국의 국제사회에서의 위신의 실추를 막고 우리 헌법의 정당성을 확보하기 위해 그와 같은 대안이 필요하다는 말로 이해된다.

초안의 3가지 선택지 중 ‘국제관습’은, 적산처리에 지장을 초래할 수도 있다거나(권태욱, 조헌영 의원의 지적),<sup>82)</sup> 국제법이 이미 국제관습을 포함하고 있다(유진오 전문위원)는 논리적인 이유 등으로 헌법안 제3독회에서 그것을 삭제하자는 안이 가결된다.<sup>83)</sup>

한편, “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”는 헌법초안 제7조 제1항이 있는데 굳이 초안 제7조 제2항이 필요한지, 즉 제7조 제2항의 독자성에 대한 의문이 제기되기도 하였으나(유성갑 의원), 제1항이 있으므로 제2항이 꼭 필요하다고는 볼 수 없으나 대한민국이 외국인을 차별하는 나라가 아니라는 것을 확인하는 의미가 있다는 유진오 전문위원의 설명에 힘입어 국제관습만을 삭제한 제2항은 살아남게 된다.<sup>84)</sup>

제헌헌법 제7조 제2항은 제3공화국 헌법 제5조 제2항에서 “법적 지위”가 “지위”로, “국제법과 조약이 정하는 범위 안에서”가 “국제법과 조약이 정하는 바에 의하여”로 변경된 후 아무런 수정 없이 현재에 이르고 있다. 당시의 헌법개정심의록에도 법문이 현행 법문처럼 변경된 이유는 언급되어 있지 않다.

현행 헌법 제6조 제2항의 모델이 된 것으로 추정되는 것은 “외국인의 법적 지위는 국제규범과 조약에 따라 법률로 정한다(Legal regulation of the status of foreigners conforms to international rules and treaties)<sup>85)</sup>”고 되어 있는 1948년 이탈리아 헌법 제10조 제2항이다. 제헌의회에서 헌법제정 전문위원이었던 유진오는 제헌헌법 제7조 제2항에 대해 외국인의 법적 지위가 “국제법의 범위 내에서 보장된다는 것은 다른 나라의 헌법에 유례가 적은 규정”이고, 그 조항은 “우리나라가 국제법을 상실히 준수할 것을 선명한” 규정이라고 푸는 한편,

82) 이 지적의 타당성에 대한 검증으로는 이종혁(주 8), 521면, 557면 이하 참조.

83) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 506면, 519-520면.

84) 헌법제정회의록(제헌의회)(주 68), 520-511면.

85) [http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html).

그 말미에 그 조항이 이탈리아 신헌법 제10조 제2항을 참조한 것임을 시사하고 있다.<sup>86)</sup> 다만, 이탈리아 헌법은 이탈리아 법률에 의한 외국인의 지위 규율이 국제법과 조약에 부합할 것을 요구하고 있다는 점에서 국제법과 조약상의 권리가 그대로 외국인의 국내법적 지위를 것처럼 되어 있는 우리 헌법 제6조 제2항과 차이가 있다.

#### 나. 헌법 제6조 제2항에 대한 해석

헌법 제6조 제2항은 외국인의 대한민국 내에서의 법적 지위에 대한 우리 헌법 특유의 보장방식을 규율하고 있다. 그러나 어떤 헌법초안에도 들어있지 않다<sup>87)</sup> 외국인을 기본권주체에서 배제하면서 그 대안으로 뒤늦게 제시됨으로써 조문의 정합성이나 내용의 합리성을 충분히 검증받지 못한 채 추가되었다.<sup>88)</sup> 결과적으로 그 지위 보장방식의 독특함만큼이나 그 의미와 관련된 불확실성을 안게 되었다.

외국인의 지위는 제헌헌법 제7조 제2항처럼 외국인의 법적 지위를 의미한다. 이 점에 대해서는 별다른 이의가 있을 수 없을 것이다. 여기서 법적 지위란 권리를 부여하고 의무를 부과하는 법에 의하여 확보되고 구현되는 대한민국에 대한 외국인의 법적 상태를 말한다.<sup>89)</sup> 그러므로 헌법 제6조 제2항은 국내 체류 외국인에 대한 권리보장은 물론 그에 대한 의무의 부과와 관련해서도 국제법 및 조약에 따르겠다는 대한민국의 의지를 대외적으로 천명하는 것이다. 그러므로 ‘보장’이라는 표현을 이유로 권리보장만을 염두에 둔 것으로 새겨야 할 설득력 있는 근거를 찾기 어렵다.<sup>90)</sup>

한편, 헌법 제6조 제2항은 같은 조 제1항과는 달리 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’가 아닌 ‘국제법과 조약’이라는, 개념의 내포가 상대적으로 더 적고, 따라서 논리적으로 그 요건을 충족하는 법규범의 범위가 훨씬 넓은 용어를 사용하고 있다. 그에 따라 일반적으로 승인된 국제법규의 지위를 획득한 것도 아니고 대한민국이 당사

86) 유진오(주 11), 27면.

87) 제헌헌법 이전의 각종 헌법초안들을 자료로 수록하고 있는 김수용, 건국과 헌법 - 헌법논의를 통해 본 대한민국 건국사 -, 2008, 398면 이하 참조.

88) 제헌헌법 초안에 대한 제3독회과정에서 유성갑 의원이 초안 제7조 제2항 전체에 대한 삭제를 주장하자 나용균 의원이 자구 수정안이 아닌 한 조항 전체의 삭제 동의는 헌법안심을 지나치게 지체시키게 되므로 신속한 심의를 요하는 제3독회의 단계에서는 있을 수 없다는 주장이 결과적으로 수용되게 된다. 이에 대해서는 『헌법제정회의록(제헌의회)』, 520-521면.

89) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Grundrechte, 2. Aufl., 1919, S. 87, 94 ff.도 그의 주관적 공권의 체계에서 국민의 지위를 자유권으로 구성되는 소극적 지위, 수익권 내지 사회적 기본권으로 구성되는 적극적 지위, 참정권으로 구성되는 능동적 지위는 물론 국가에 대한 국민의 복종의무로 구성되는 수동적 지위로 설명한다. 그의 지위이론을 상세히 소개하고 있는 국내문헌으로는 계희열, 헌법관과 기본권이론 - 기본권의 성격변천에 관한 고찰, 공법연구 제11집(1983), 11면 이하; 계희열(주 15), 24면 이하.

90) 그러나 정광현(주 8, 외국인과 헌법), 63면.

국이 아닌 조약까지도 대한민국에 체류하는 외국인의 지위를 형성하는 데 법적 구속력을 발휘하는 것으로 보아야 한다는 것인지 의문이 제기될 수밖에 없다. 그렇게 되면 우리나라가 해당 조약의 내용을 준수할 수 없거나 준수할 의사가 없어 해당 조약을 비준하거나 가입하지 않은 조약에도 따라야만 되는 부조리한 결과가 된다. 그러므로 헌법 제6조 제2항의 ‘국제법’은 같은 조 제1항처럼 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로, ‘조약’은 ‘대한민국이 헌법에 의하여 체결·공포한 조약’으로 각각 한정축소해석하여야 할 것이다.<sup>91)</sup> 여기서 “일반적으로 승인된 국제법규는 국제관습법을 의미한다는 것이 국제법학계의 인식이다.”<sup>92)</sup> 우리나라가 당사국이 아닌 조약은 관습법성을 획득해야 비로소 일반적으로 승인된 국제법규가 될 수 있는 것이다.<sup>93)</sup>

외국인의 지위가 국제법과 조약이 ‘정하는 바에 의하여 보장된다’는 부분이 구체적으로 무엇을 의미하는지도 충분히 해명되지 않았다. 제헌헌법 제7조 제2항은 외국인의 법적 지위는 국제법과 조약의 ‘범위 안에서 보장된다’고 하여 대한민국이 국제법의 규율을 고려하되 주권적으로 외국인의 법적 지위를 형성할 수 있는 여지를 남겨 두었다고 볼 수 있었다. 그렇지만 현행헌법 제6조 제2항에서는 제헌헌법 제7조 제2항의 ‘범위 안에서’라는 문구가 국제법과 조약이 ‘정하는 바에 의하여’로 대체됨으로써 문면상으로만 보면 그러한 여지도 사라진 것으로 보인다. 즉 각기 ‘일반적으로 승인된 국제법규’와 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’으로 축소해석된 ‘국제법’과 ‘조약’에 의한 외국인의 권리와 의무에 대한 규율이 대한민국 법률의 매개 없이 대한민국의 공권력을 구속할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나 국가는 부담스러운 조약을 체결하지 않거나 원하지 않는 다자조약에 가입하지 않는 다거나 가입하더라도 특정조항에 대하여 유보를 달거나 조약의 자기집행력을 부정하는 유보를 달아서 조약에 의하여 당사국에 부과되는 의무의 내용과 수준을 조절할 수도 있다. 그렇기 때문에 헌법 제6조 제2항에도 불구하고 대한민국이 외국인에 대한 처우와 관련하여 준수하여야 할 최저기준이 문제된다. 이와 관련하여 국내표준주의(national treatment standard; 내

91) 동지: 성재호, 헌법 제6조 제1항의 국제법적 검토, 헌법상 국제조약 관련 규정의 검토와 제언, 2017년도 국제법 학술대회(2017.11.06.) 자료집, 13면.

92) 성재호(주 91), 10면 주 20에서의 이 주장을 뒷받침하기 위하여 적시한 국내 국제법학들의 문헌 이한기, 국제법 신강, 1997, 144면; 김정건, 국제법, 2004, 114면; 김명기, 국제법원론, 1996, 119면; 장효상, 현대국제법, 1987, 33면; 정인섭, 신국제법강의, 2017, 118면 참조.

93) 이 점에서 일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법 이외에 우리나라가 계약당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것도 포함된다고 보는 헌법학자들의 견해(가령 김철수, 헌법학신론, 2013, 288면; 정종섭, 헌법학원론, 261면; 허 영, 한국헌법론, 189면; 한수웅, 헌법학, 354면; 성낙인, 헌법학, 323면; 장영수, 헌법학, 244-245면; 정재황, 신헌법입문, 2018, 194-195면; 권영성, 헌법학원론, 2009, 175면). 이에 대해서는 성재호(주 91), 10면 참조는 타당하지 않다(양건, 헌법강의, 2015, 159면; 최대관, 헌법학강의, 1998, 353면).

국민대우기준)와 국제표준주의(international minimum standard; 국제최소기준)가 대립하여 왔다.<sup>94)</sup> 전자는 외국의 과중한 요구로부터 약소국이 스스로를 지키기 위한 이론으로서 시민적·사적 권리에 관해 외국인은 내국인과 동일한 대우를 받으며, 외국인의 대우는 이것으로 충분하다는 입장이다. 외국인이 피해를 입더라도 그가 외국인이라는 이유로 부당한 차별을 받지 않는 한 본국은 이 문제에 개입할 수 없다는 주장이다. 이에 비해 후자는 외국인의 처우는 단순한 내외국인 평등대우로는 부족하며 국제법이 최저한의 기준에 합치되어야 한다는 입장이다.

이와 같은 대립적 상황을 바꿔 놓고 있는 것이 국제인권법의 발전이다. 국제인권법이란 개인의 인권을 보장하는 것을 목적으로 하는 조약이나 국제관습법을 총칭한다. ‘국제인권법은 내외국인간의 구분 없이 모든 사람의 권리를 보장함을 원칙으로 한다. 그렇기 때문에 국내표준주의의 핵심을 포용한다. 또한 모든 인간에게 최소한의 국제법적 대우를 요구하고 있다는 점에서 국제표준주의의 핵심주장도 포용한다. 제2차 대전 이후의 각종 국제인권규범의 발달은 이제 국제사회에서 개인의 처우기준에 대한 어느 정도의 합의를 구축하고 있다. 이제 외국인의 처우기준에 대한 기준에 대한 어떠한 논의도 국제인권개념을 활용하지 않을 수 없으며, 국제인권기준 이상의 보편적으로 수용될 수 있는 처우기준을 찾기도 어렵게 되었다.’<sup>95)</sup>

#### 다. 국제인권법의 국내적용

그에 따라 국내법에 의한 외국인 지위의 규율은 헌법 제6조를 존중하는 가운데 이뤄져야 한다. 헌법 제6조 제1항은 일반적으로 승인된 국제법규와 우리 헌법에 따라 성립한 조약 중 적어도 자기집행적 조약은 국내법으로의 특별한 변형절차를 거침이 없이 국내법과 같은 효력을 발휘하게 된다.<sup>96)</sup>

어쨌든 대한민국은 외국인 처우와 관련하여 국제관습법화된 인권조약 및 기타 우리나라가 가입한 인권조약에 의하여 부과된 의무를 이행하기 위해 외국인의 해당 인권을 존중하여야 한다. 국제인권조약과 충돌하는 국내법은 조속히 개선되어야 한다. 우리가 처한 사실적 상황 등으로 인해 어떤 국제인권조약의 요구수준을 감당하지 못할 것으로 판단된다면, 해당 조약에

94) 이에 대해서는 정인섭(주 92), 863면; 김대순, 국제법론, 2016, 769면

95) 정인섭(주 92), 864면.

96) 적어도 자기집행적 조약에 관한 한 국제법학계의 통설로 보인다. 정인섭(주 92), 118면 이하; 김대순(주 94), 300면 이하 참조. 조약의 직접적용 가능성을 사사하고 있는 판례로는 현재 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 10-2, 685 - 관세법이나 특정범죄가중처벌등에관한법률의 개정 없이 조약에 의하여 관세법에 대한 처벌을 가중하는 것의 합헌성 확인; 현재 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13-2, 322, 328 - 국제통화기금 임직원의 ‘공적(公的) 행위’에 대한 재판권 면제 등을 규정한 국제통화기금조약 제9조 제3항 등의 재판규범성 확인.

가입하는 것을 피하거나 가입하더라도 유보, 양해, 선언 등을 통해 조약위반 사태의 발생을 방지하기 위한 대책을 미리 세우는 것이 헌법 제6조를 준수하는 길이다.<sup>97)</sup> 그 경우에도 국제관습법성을 취득한 국제인권규범의 준수를 회피할 수 없음은 물론이다.

그러나 우리나라의 법원과 헌법재판소는 세계인권선언의 국제관습법성을 부정하거나<sup>98)</sup> 각종 인권조약을 개인에게 직접 권리를 부여해 주는 것이 아니라 국가간의 권리·의무를 규율하는 것으로 보면서 사건에 대한 직접적용을 거부하거나<sup>99)</sup> 해당 조약기구의 견해나 권고는 권고적 효력만을 갖는다는 이유로 법적 구속력을 부정하는 등<sup>100)</sup> 그 수용에 매우 소극적이다.<sup>101)</sup>

이처럼 국제인권법의 발전추세에도 불구하고 우리 법원이나 헌법재판소는 국제관습법성을 획득한 국제인권법상의 인권이 아니면 그 법적 구속력을 인정하려 하지 않는 것이 현실이다. 그런데 국제관습법은 외국인법에서 - 내국인이 어떻게 국내법에 의하여 대우받고 있는지와 무관하여 - 일정한 절대적인 최저기준을 준수할 것을 요구하고 있다.<sup>102)</sup> 오늘날 이 최저기준의 정확한 내용에 대해서는 인권의 국제화가 강력하게 진행되면서 논란이 있지만, 아직은 국제인권법의 발전이 외국인법의 최저기준의 내용을 눈에 띄게 확대하지는 못하고 있다. 이 최저기준<sup>103)</sup>은 그것이 인권적인 내용과 관련되어 있는 한 강행법적 성격을 띤다. 그렇지만 어떻게 이 의무를 이행할 것인지는 각 국가에게 맡겨져 있다.

97) 미국은 연방헌법 제6조 제1항이 “이 헌법, 이 헌법에 의하여 제정된 합중국법률, 합중국의 권능으로써 체결되었거나 장래 체결될 모든 조약은 국가의 최고법이다; 각 주 법관은 각 주 헌법이라 법률에 달리 규정하고 있더라도 이에 따라야 한다.”고 명시하고 있다. 그에 따라 적법하게 체결된 조약은 미국법의 구성부분이 된다. 그렇지만 미국은 인권조약에 가입할 때 유보, 양해, 선언 등을 하는 예가 많다고 한다. 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약에 가입하면서 이 규약이 자기집행적이 아니라는 선언을 첨부하였다고 한다. 이에 대해서 상세한 것은 오승진, 국제인권조약의 국내 적용과 문제점, 국제법학회논총 제56권 제2호(2011), 119면 이하 참조.

98) 현재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426.

99) ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제2조 제3항과 관련하여 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결.

100) 가령 현재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등, 판례집 17-2, 238, 259 - “국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 국제연합의 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’ 및 경제협력개발기구(OECD)의 ‘노동조합자문위원회’ 등의 국제기구들이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 그것만으로 위 법률조항이 위헌으로서 당연히 효력을 상실하는 것은 아니라 할 것이다(대법원 1993. 12. 24. 선고 93도1711 판결 참조).”; 현재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등, 판례집 19-2, 213, 239-240. 또한 양심을 이유로 한 병역거부와 관련하여 현재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2상, 174, 197 등 참조. 유엔인권이사회가 채택한 견해와 권고의 국내법적 효력을 부인하고 있는 대법원 판례로는 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7972 판결.

101) 비판적으로 정인섭(주 92), 933-934면; 홍관표, 국제인권조약을 원용한 법원의 판결에 관한 검토, 저스티스 통권 제149호(2015. 8), 165면 이하, 특히 185면 이하; 오승진(주 97), 125면 이하 참조. 그밖에도 박선옥, 국제인권조약의 국내적 적용 - 주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰 -, 법학연구 49집(2013. 3), 409면 이하, 특히 422면 이하; 이휘진, 인권의 국제적 보호와 국내적 이행, 국제법학회논총 제61권 제4호(2016), 207면 이하, 특히 228면 이하 등 참조.

102) K. Stern(주 25), S.1036 참조.

103) 이 최저기준에 대해서 자세한 것은 정태호(주 10), 424면 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

이 최저기준을 헌법차원에서 관련 기본권을 외국인에게 보장하는 방식으로 충족해야만 하는 것은 아니다. 국가가 체류하는 외국인에게 헌법적으로 보장된 기본권을 보장하여야 한다는 국제법규범도 존재하지 않는다.<sup>104)</sup> 만일 그러한 규범이 존재한다면, 영국처럼 특별한 법적 효력이 부여되는 성문의 헌법전이 존재하지 않는 나라는 기본권목록을 담은 성문헌법이 없다는 이유만으로 곧바로 국제법을 위반하고 있다는 것을 의미하게 될 것이다. 외국인에 대한 불평등대우가 자의성을 띠는 극단적인 경우에만 국제법위반을 초래할 수 있을 뿐이다. 그러므로 이 최저기준을 충족하기 위해 헌법해석의 한계를 넘어 외국인에게 기본권주체성을 인정하는 방향으로 헌법을 해석할 필요도 없다.<sup>105)</sup>

#### 4. 소결: 기본권주체의 범위에 관한 헌법제정자의 의사

위에서 전개한 기본권주체의 범위에 관한 현행 헌법의 텍스트에 대한 문리적, 발생사적, 체계적 해석을 통해서 헌법제정자가 외국인의 기본권주체 문제에 대해 분명히 부정적 결론을 내렸으며, 그 대신 헌법 제6조 제2항을 통해 외국인의 국내법적 지위를 국제법적 기준에 의하여 보장하기로 하였음이 확인되었다.<sup>106)</sup> 우리 헌법이 9차례에 걸쳐 개정되었지만 헌법제정자의 이와 같은 의사는 헌법개정자에 의해서 본질적으로 수정되거나 단절된 적이 없다.

이처럼 헌법제정자의 의사는 명백히 기본권성질설의 주장을 배격한다. 헌법해석의 객관론자들처럼 헌법해석의 목표를 헌법제정자의 주관적·역사적 의사의 확인이 아닌 헌법의 객관적 의사의 확인에 두더라도 헌법텍스트에 나타난 이와 같은 명시적 헌법의 의사를 무시할 수는 없다. 주관론과 객관론의 갈림길은 추상적 조문이 허용하는 어의적 한계 안에서만 존재하는 것이다. 헌법규정에 담긴 의미의 생동적 변화를 인정하는 객관론자들도 텍스트를 완전히 떠나서 생동하는 헌법의 의미를 모색하는 것은 아니기 때문이다. 헌법텍스트를 벗어난 헌법의 의미 모색은 해석이 아니라 제한이기 때문이다.

104) Karl Doehring, VVDStRL 32, S. 32.

105) 전상현(주 8), 597-598면은 우리 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 가치가 우리 헌법의 최고가치임을 이유로 헌법 제6조 제2항을 외국인의 기본권주체성을 인정하는 근거로 원용할 수 있다고 한다. 그러나 그는 외국인의 인간으로서의 존엄성을 존중하기 위하여 반드시 외국인에게도 헌법을 통해 기본권을 보장해야 하는 것이 아님을 간과하고 있는 것이다. 국제법 준수를 통해서 그리고 법률차원의 권리보장을 통해서도 외국인의 인간으로서의 존엄성을 얼마든지 보호할 수 있기 때문이다. 법률에 우월한 효력을 갖는 헌법문서 내지 권리장전을 알지 못하는 영국의 예는 이를 잘 보여준다.

106) 동지: 이종혁(주 8), 521면 이하. 그는 헌법 제6조 제2항에 의거하여 외국인의 법적 지위는 국제법과 조약이 정하고 있는 양적 및 질적 범위 내에서 헌법상 권리의 자격으로 보장된다는 추론을 하고 있다(564).; 김경제(주 8), 3면 이하, 특히 9면; 임희선/김경제(주 8), 255면 이하.

## V. 기본권성질설에 의한 헌법해석의 한계 유일

위에서 살펴본 것처럼 우리 헌법제정자는 외국인에게 제한적인 범위에서조차 기본권주체성을 인정하지 않았다. 그러므로 기본권성질설은 이와 같은 헌법제정자의 의사가 분명하게 표출된 우리 헌법의 해석론으로는 타당성이 없다. 그럼에도 기본권성질설은 이런저런 명분으로 이처럼 명백한 헌법제정자의 의사를 무시하는 가운데 외국인에게 이른바 인간의 권리의 주체성을 인정하는 이론적 토대로 활용되어 왔다.

### 1. 객관적·목적론적 해석을 통한 헌법해석의 한계의 유일?

우리 헌법의 기본원리 중의 하나인 국제평화주의를 구현하기 위해서는 외국인에게 헌법상의 기본권주체성을 인정해야 한다고 한다. 기본권 텍스트의 의미를 국제평화주의의 구현이라는 헌법의 객관적 목적의 관점에서 구성하려는 일종의 객관적·목적론적 헌법해석의 시도인 것이다. 그러나 헌법텍스트를 도외시한 이른바 객관적·목적론적 헌법해석은 헌법해석주체의 주관적·정책적 가치를 객관적으로 포장하는 도구일 수밖에 없다.

#### 가. 국제평화주의나 인권보장의 시대적 흐름?

외국인의 기본권주체성을 부인하는 것은 오늘날 세계가 일일생활권화 되고 있고 기본권의 보장이 점차 국제화하고 있는 데다 내국인과 외국인의 법적 지위가 점차 비슷해지는 추세로 볼 때 시대역행적이라는 이유<sup>107)</sup> 또는 헌법전문에 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지 함으로써”라는 문구, 헌법 제6조의 국제법존중주의 등을 통해 표출되어 있는 헌법의 국제평화주의<sup>108)</sup>에 부응하여야 한다는 등의 이유로 외국인에게도 기본권주체성을 인정하여야 한다는 주장도 있다.

그러나 그와 같은 국제적인 동향<sup>109)</sup>에 보조를 맞추는 올바른 방법은 헌법개정을 통해 시대에 뒤떨어진 헌법의 기본권규정들을 개선하는 것이지, 헌법해석의 이름으로 개헌을 하는 것은 아니다. 기본권이론의 일관성을 유지하려는 의도이든 특정한 이념을 실현하기 위한 것이든 아니면 헌법상의 어떤 가치를 실현하기 위한 것이든 성문헌법이 설정한 한계를 무시하는 것은 성문헌법 제정을 통해서 얻고자 했던 법적 안정성과 명확성 확보, 그리고 이를 통한

107) 가령 계획열(주 15), 63면.

108) 허영(주 13), 252-254면.

109) 국제적인 동향에 대하여 상세한 것은 정태호(주 10), 422면 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

국가 및 개인 생활의 안정화·합리화라는 목표의 실현을 어렵게 만들 것이다.

더구나 헌법차원에서 외국인에게 기본권을 보장하지 않는다고 해서 그것이 바로 국제법에 위반되는 것이거나 국제적인 갈등을 유발하는 것도 아니며, 따라서 그 자체만으로는 헌법의 기본원리 중의 하나인 국제평화주의원리와 충돌하는 것도 아니다. 외국인의 기본권주체성 문제는 궁극적으로는 외국인과 내국인의 평등대우와 관련된 문제이다. 그런데 내국인과 외국인의 차별대우나 외국인 상호간의 차별대우를 일반적으로 금지하고 있는 국제법상의 원칙은 존재하지 않는다.<sup>110)</sup>

더구나 우리 헌법은 제6조 제2항을 통해 외국의 법적 지위를 국제법에 따라 보호하는 방식으로 국제평화주의를 구현하고 있다. 그렇기 때문에 국제평화주의는 헌법해석의 한계를 무시하면서까지 외국인에게 기본권주체성을 인정하여야 할 근거가 된다고 볼 수 없다.

#### 나. 국제인권법상 인권을 헌법적 ‘기본권’으로의 재구성할 필요성?

우리 헌법의 국제평화주의 정신을 토대로 현행 헌법상 “국제인권조약에서 규정한 외국인의 인권은 단지 헌법하위적 서열을 가지는 데서 끝나는 게 아니라, 헌법 제6조 제2항에서 말하는 ‘지위’의 내용으로 그대로 전사(轉寫)되어 ‘헌법상 주관적 공권’으로 거듭나도록 프로그램되어 있다”고 보면서 외국인의 조약상의 공권 중 기본권처럼 근본적 성격을 띠는 것, 따라서 국제인권조약상의 인권을 권리구제형 헌법소원을 통해 그 침해를 다룰 수 있는 기본권으로 구성하는 설이 있다.<sup>111)</sup> 이 설은 이를 통해 외국인의 기본권주체성에 관한 명확한 실정법적 근거를 확보하는 한편, 외국인도 향유할 수 있는 우리 헌법상의 기본권을 기본권성질설에 의거하여 판별할 경우의 난맥상을 극복할 수 있다고 한다.

이 설이 외국인의 인권을 두텁게 보호하기 위해 참신한 시도를 전개하고 있는 것은 평가받아야 하지만, 헌법 제6조 제2항에 대한 해석론으로서 그 설을 지지할 수는 없다. 상술한 것처럼 외국인의 지위 보장을 외국인의 권리보장으로만 새겨야 한다는 전제부터 근거가 희박하다. 또 이 설은 국제인권조약의 헌법화를 초래한다. 우리나라가 인권조약에 가입할 때마다 인권 관련 개헌이 이뤄지는 셈이다. 그러나 이와 같은 우회개헌은 우리 헌법이 예정하고 있는 개헌의 방식이 아님은 자명하다. 더구나 우리 헌법상 조약은, 그것이 국제관습법성을 획득하더라도 그 규범적 서열상 헌법보다는 하위에 있을 뿐이라는 사실에도 반한다(헌법 제60조 제1항, 제73조, 부칙 제5조 참조).<sup>112)</sup> 외국인의 국제인권법상의 권리를 보장하기

110) Karl Doehring(주 104), S. 46 Leitsätze 7.

111) 정광현(주 8), 2017; 정광현(주 8, 외국인과 헌법), 55면 이하

112) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166, 판례집 25-2하, 559, 563: “우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여

위해 해석론적 무리를 해가면서 굳이 권리구제형 헌법소원제도를 동원하여야 하는지도 의문이다. 법원에 제소할 때는 ‘기본권’의 침해 가능성이 아니라 ‘권리’ 침해 가능성만 있으면 족하므로 법원을 통해서도 국제인권법상의 권리를 구제받을 수 있다. 또한 법률이 국제인권조약상의 인권을 침해한다면, 위헌법률심판절차(헌법 제107조 제1항), 규범통제형 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제2항)을 통해서 입법자가 그러한 법률을 통해 헌법 제6조를 위반한 것은 아닌지에 대한 헌법재판소의 판단을 받아 볼 수 있는 길도 열려 있다. 관건은 인권조약의 법적 구속력에 대한 우리 법원과 헌법재판소의 부정적 태도이지 소송절차의 종류가 아니다. 상술한 것처럼 법원만이 아니라 헌법재판소도 국제인권조약의 규범력 인정에 소극적인 것은 마찬가지이기 때문이다.

## 2. 자유권의 초국가적·천부인권성을 근거로 한 헌법해석의 한계 유월?

기본권성질설에 가담하고 있는 학자들 중 일부는<sup>113)</sup> 우리 헌법의 기본권을 자연권으로 규정하면서 외국인들도 향유할 수 있는 기본권의 기준으로 초국가성을 띠는 자유권을 드는데 주저하지 않는다. 현행헌법이 인권사상에 뿌리를 둔 기본권의 주체를 내국인에게 명시적으로 한정하고 있는 한 실정헌법의 이면에 있던 자연권인 인권이 외국인을 보호하기 위하여 전면에서 나선다고 보는 것이다.

국가에게 “기본적 인권을 확인하고 보장할 의무”를 부과하고 있는 헌법 제10조 제2문, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 대한 존중의무를 국가권력에게 부과하고 있는 헌법 제37조 제2항에 비추어 볼 때 현행 헌법의 기초자들이 인권사상의 영향을 받고 또 거기서 도덕적 정당성을 공급받고 있음은 부인할 수 없다.<sup>114)</sup>

체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고, 헌법 부칙 제5조는 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하는바, 우리 헌법은 조약에 대한 헌법의 우위를 전제하고 있으며, 헌법과 동일한 효력을 가지는 이른바 헌법적 조약을 인정하지 아니한다고 볼 것이다. 한미무역협정의 경우, 헌법 제60조 제1항에 의하여 국회의 동의를 필요로 하는 우호통상항해조약의 하나로서 법률적 효력이 인정되므로, 규범통제의 대상이 됨은 별론으로 하고, 그에 의하여 성문헌법이 개정될 수는 없다.”

조약의 규범적 서열에 대해서 상세한 것은 정경수, 국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석, 민주법학 17호(2000), 148면 이하, 특히 169면 이하; 정인섭, 조약의 국내법적 효력에 관한 한국의 판례와 학설의 검토, 서울국제법연구 제21권 제1호(2015), 27면 이하 참조.

113) 국내의 대표적인 학자로는 김철수, 헌법학신론, 309면. 그는 우리 헌법상의 기본권을 자연권으로 본다. 같은 곳, 287-288. 독일에서 자연법론자인 Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 22. Aufl., 1978, § 13 II 1 b, 는 이점을 특히 강조하고 있다: “초국가적 기본권의 존속은 실정법규에 의한 그 규정과는 완전히 독립되어 있다. 기본권은 절대성을 띠며 헌법조문에 의하여 상대화되지 않는다”는 것을 항상 거듭하여 부각시켜야 하며 또 보장하여야 한다.; 이에 가담하고 있는 Chr. Starck, in: v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Art. 1 Rn 107.

114) 한국헌법사에서 인권사상의 도입과 발전에 대해서는 김철수, 한국에서의 인권론의 도입과 전개, 법학교육과

그렇다고 해서 우리 헌법의 기본권을 ‘국가로부터의 개인의 자유’를 보장하는 자연법상의 초국가적, 전국가적 자연권으로 보는 것에 대해서는 동의하기 어렵다. 그것은 기본권의 도덕적 정당성의 문제와 실정법적 효력의 문제를 혼동하여 기본권목록의 실정화의 성과를 몰각시키는 것이기 때문이다.<sup>115)</sup> 기본권은 실정법에 그 효력의 근거를 두고 있고, 따라서 실정법해석을 통해서 추론되는 것이다. 또한 현실적 자유는 자유로운 법질서 안에서만 보장될 수 있기 때문이다.<sup>116)</sup> 헌법 제10조 제2문, 헌법 제37조 제1항은 국가권력이 국민의 자유와 권리를 임의로 처분할 수 없음을 분명히 하고, 개인의 자유는 원칙적으로 무제한적이므로 개인은 그 자유행사의 정당성을 입증할 필요가 없는 데 비하여 국가가 개인의 자유를 제한할 수 있는 권한은 원칙적으로 제한되어 있고, 따라서 국가는 개인의 자유제한의 필요성 내지 그 정당성을 입증하여야 한다는 의미만을 갖는다고 보아야 한다.

나아가 헌법제정자들이 인권이념에 영향을 받고 있다고 해서 또는 인권이 우리 정치공동체의 통합가치라고 하여 헌법을 제정할 때 실정헌법에 의해 보장되는 기본권을 구체적으로 형성할 수 없는 것은 아니다.<sup>117)</sup> 오히려 자연법사상이나 공동체도덕 또는 공동체적 가치에 그 타당성에 근거를 두는 인권도 헌법에 수용되는 과정에서 우리 사회공동체의 특수한 역사적 경험, 시대적 상황 등에 맞게끔 헌법제정권력자에 의하여 기본권으로 구현될 수밖에 없다.<sup>118)</sup> 즉 기본권을 조문화할 때 인권의 사항적·인적·시간적·공간적인 보호범위를 한정하지 않을 수 없다. 현행헌법은 인권사상에서 유래하는 기본권의 인적 보호영역까지도 내국인에 한정시켰다. 추상적·관념적인 인권의 적용범위를 기본권규정을 통해 그와 같이 구체적으로 한정함으로써 헌법제정자가 인권의 내용을 부정한 것이 아니라 그 인적 적용범위만을 제한하였을 뿐이다. 헌법제정자는 외국인의 기본권주체성을 부정하였지만 외국인의 인권을 헌법 제6조를 통해 보호함으로써 자의적인 국가권력의 대상이 되는 것을 방지하고 있다.

이상에서 살펴본 것처럼 우리 헌법이 자연법사상의 영향을 받고 있다는 이유만으로 기본권 규정의 문구에 의하여 그어진 한계를 무시하고 외국인에게까지 그 규정을 적용할 수는 없다고 할 것이다.

법조개혁, 한국법학교수회, 1994, 187면 이하 참조.

115) 인권과 기본권의 관계에 대하여 상세한 것은 김선택, 기본권의 개념, 법정고시 제4권 제6호(통권 제33호); 허완중, 자유와 권리 그리고 기본적 인권, 성균관법학 제20권 제3호(2008), 531면, 특히 536면 이하 참조.

116) 이에 대하여 자세한 것은 계희열(주 15), 35면 이하 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

117) BVerfGE 3, 225, 233은 초실정법적 규범과 기본법에 의하여 실정법적으로 고정된 법규와의 관계와 관련하여 “개별적 형성”과 “정의의 최후의 한계”라는 개념을 사용하고 있다.

118) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등 (병합), 헌재공보 180, 1460 반대의견의 두 번째 논거 참조.

### 3. 국민 개념의 헌법변천?

정치공동체의 토대가 핏줄이나 언어, 문화 등 민족적 동질성에 기반을 둔 정서적 사고에서 합리적 사고로 점진적 변화함에 따라 민족이 중심이 되는 국민국가는 이제 시대적 상황에 부합하지 않게 되었다고 하면서 “국민”의 개념이 대한민국에 정주하는 사람들의 운명공동체로 변천되었고, 따라서 정주외국인에게도 우리 헌법상의 기본권을 인정하여야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>119)</sup>

현대사회가 인류사에서 그 유례를 찾아볼 수 없을 정도로 국경을 넘어가는 인간, 특히 노동자들의 이동과 통신이 자유롭고 활발하게 전개되는 세계화를 특징으로 하고 있으며, 그에 따라 법과 제도의 세계화가 필요하다는 것을 주된 논거로 하고 있다. 실제로 해외로부터 도래하는 이주민의 급증 현상은 자본주의가 고도로 발전한 소수의 부유한 구미선진국에 국한되는 현상이 아니라 정도의 차이는 있으나 다수 국가에서 연쇄적으로 나타나고 있고, 이미 거주외국인의 수가 150만 명에 달하는 우리나라의 현상이기도 하다.

이 설은 이와 같은 해외도래 이주민의 급증 현상은 국민국가의 개념을 변화시키는 동력으로 작용하고 있다고 본다. 그리하여 세계화시대에 국민이라는 자격을 부여받는 핵심은 바로 혈통이 아니라 “생활의 공유성”이 되어야 한다고 강조한다. 생활공동체에 편입되어 정주하여 생활의 수요를 충족하고 있다는 사실이 정치공동체에 대한 충성심을 유발시킬 수 있기 때문이라는 것이다. 그리하여 전통적으로 인권성을 띠는 것으로 평가되어온 자유권만이 아니라 일정한 사회적 기본권들도 외국인에게 인정되어야 한다고 한다.

법률과 같은 강한 규범적 구속력이 부여되는 헌법은 현실변화에 따른 의미변천을 무한히 허용할 수 없다. 성문화를 통한 헌법생활의 안정화와 합리화 기능을 포기하지 않으려면 그 의미변천은 헌법해석의 한계 안에서만 인정될 수 있다. 그렇기 때문에 규범적으로 본다면 이러한 주장을 수용할 수는 없다.

그러나 정치적·경제적·사회적 현실의 변화의 정도에 대한 평가에 대해서도 위 주장에 동의하기 어렵다. 정주외국인의 비율이 훨씬 높은 독일에서도 비교적 장기간 정주한 외국인에게 주의회나 지방자치단체 선거를 위한 선거권을 부여하는 법률규정의 위헌여부가 문제된 사건에서도 유사한 주장이 제기되었으나, 독일 연방헌법재판소는 국민 개념의 변천을 검토조차 하지 않았다. 그만큼 국민 개념의 의미변천이 미미하다는 것이다.<sup>120)</sup>

나아가 이 설은 외국인들을 사회적으로 통합하고 그들의 인권을 보장하는 방식과 제도와 관련한 헌법정책적·입법정책적 논의와 헌법해석론적 논의를 혼동하고 있다.

119) 최 유, 외국인의 사회권주체성에 관한 작은 연구, 사회학연구(2009), 제19권 가을호, 충남대학교 사회과학연구소, 115면 이하.

120) H. Quaritsch(주 33), § 120 Rn 110.

오늘날 변화된 현실은 기본권의 전면적인 내국인유보의 개선 필요성을 뒷받침하는 헌법정책적 논거가 될 수는 있다. 그렇지만, 국민국가는 엄존하는 국제적인 현실임을 외면하고 있다는 점에서 위 설에 유보 없이 동의하기는 어렵다.

#### 4. 소결

위에서 살펴본 것처럼 어떤 관점에서든 헌법 제2장의 기본권 관련 텍스트에 의해서 설정된 한계를 무시하고 기본권조항별로 외국인이 그 주체가 될 수 있는 것으로 보아야 할 불가피한 이유가 없다. 이른바 국제평화주의도, 인간의 권리의 자연권성도, 국제화·세계화에 따른 정주 외국인의 급증에 따른 국민개념을 둘러싼 사회적·경제적·정치적 변화도 헌법해석의 한계를 유월해야 할 불가피한 사정을 뒷받침하지 못한다.

### VI. 결론

상술한 것처럼 현행 헌법의 해석상 기본권성질설의 주장과는 달리 외국인은 우리 헌법상의 기본권을 자신의 이익을 위하여 주장할 수 없다. 이른바 천부적 성격을 띠는 기본권은 외국인도 향유할 수 있다고 보는 것은 우리 헌법에 대한 해석의 한계를 넘는 것이다. 외국인은 헌법 제6조 제2항에 의하여 우리나라가 가입한 조약, 특히 국제인권조약이나 국제관습법에 의한 보호를 주장하는 한편, 상당 부분 내외국인에 대하여 무차별적인 규율을 하고 있는 국내 법률의 의한 보호를 받을 수 있을 뿐이다. 우리 헌법은 외국인의 인권보호를 위해 독자노선을 선택한 것이다. 국제인권법의 발전은 헌법 제6조 제2항이 시대에 뒤떨어진 배타적 입법의 부산물만은 아님을 보여주고 있다.

기본권성질설은 헌법제·개정의 지침으로는 의미 있는 역할을 할 수 있지만, 외국인의 기본권주체성을 일괄해서 부정하는 우리 헌법의 해석론을 지도할 수는 없다. 헌법텍스트를 외면한 채 전개되는 기본권성질설의 종착역은 그 설을 선택한 판례가 보여주는 심각한 혼란상이다. 목적이 선하다고 헌법해석의 한계를 무시할 수는 없다. 그렇게 되면 입헌주의이념의 소산인 헌정질서의 성문화의 가치는 뿌리부터 흔들릴 수밖에 없다. 현실의 심대한 변화로 실정헌법의 낙후성이 입증되고 있다면, 개헌을 통해 문제를 해결하는 것이 정도다. 최근 발표된 개헌안들이 인권성을 띠는 기본권의 주체를 표시하기 위하여 국민만이 아니라 외국인도 포함할 수 있는 용어를 선택하고 있는 것은 바로 이와 같은 인식의 표현이라고 할 것이다.

## | 참고문헌 |

### 국내문헌

- 계희열, 헌법학(중), 2007.
- 계희열, 헌법관과 기본권이론 - 기본권의 성격변천에 관한 고찰, 공법연구 제11집(1983).
- 공진성, 출입국관리법상 '보호' 및 '강제퇴거'와 외국인의 기본권 보호 - 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 - , 공법학연구 제14권 제1호(2013).
- 국회도서관 편, 헌법제정회의록(제헌의회), 헌정사자료집 제1집, 1967
- 김경제, 대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰, 일감법학 제29호(2014.10).
- 김대순, 국제법론, 2016.
- 김선택, 기본권의 개념, 법정고시 제4권 제6호(통권 제33호).
- 김수용, 건국과 헌법-헌법논의를 통해 본 대한민국건국사, 2008.
- 김주환, 외국인의 기본권주체성, 헌법재판연구 제20권 「기본권의 주체」(2009, 헌법재판소).
- 김철수, 헌법학신문, 2013.
- 김철수, 한국에서의 인권론의 도입과 전개, 법학교육과 법조개혁, 1994, 한국법학교수회.
- 김하열, 헌법강의, 2018.
- 박선옥, 국제인권조약의 국내적 적용 - 주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰 -, 법학연구 49집(2013. 3).
- 박일경, 신헌법, 1990.
- 박일경, 기본적 인권과 그 주체, 고시연구(1974. 10.).
- 성낙인, 헌법학, 2017.
- 성제호, 헌법 제6조 제1항의 국제법적 검토, 「헌법상 국제조약 관련 규정의 검토와 제언」 2017년도 국제법 학술대회 자료집(2017. 11. 6.).
- 양진, 헌법강의, 2015
- 오승진, 국제인권조약의 국내 적용과 문제점, 국제법학회논문총 제56권 제2호(2011).
- 유진오, 신고 헌법해의, 1954.
- 유진오, 헌법기초 회고록, 1980.
- 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의 - 제헌국회의 논의와 비교헌법적

- 검토를 중심으로 - , 서울대학교 법학 제55권 제1호(2014).
- 이준일, 헌법학강의, 2013.
- 이휘진, 인권의 국제적 보호와 국내적 이행, 국제법학회논총 제61권 제4호(2016).
- 임희선/김경제, 현행 헌법에 따른 외국인의 법적 지위 - 외국인의 기본권 주체성에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, 국민대 법학논총 제20권 제1호(2017).
- 장영수, 헌법학, 2017.
- 전광석, 한국헌법론, 2017.
- 전상현, 외국인의 기본권 - 헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -, 강원법학 제43권(2014.10.).
- 정경수, 국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석, 민주법학 17호(2000).
- 정광현, 외국인의 기본권주체성, 2017.
- 정광현, 외국인의 기본권주체성: 헌법 제6조 제2항의 해석을 중심으로, 외국인과 헌법(한국이민법학회·한양대학교 법학연구소 2017년 추계공동학술대회 자료집).
- 정인섭, 신국제법강의, 2017.
- 정인섭, 조약의 국내법적 효력에 관한 한국의 판례와 학설의 검토, 서울국제법연구 제 21권 제1호(2015).
- 정재황, 신헌법입문, 2018.
- 정태호, 권리장전의 개정방향, 공법연구 제34집 제4호 제2권(2006. 6.).
- 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2011. 09.2 9. 2007헌마 1083 등(외국인근자로의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건)의 관련 법리분석을 중심으로-, 헌법실무연구 제13권(2012).
- 정종섭, 헌법학원론, 2016.
- 최 유, 외국인의 사회권주체성에 관한 작은 연구, 사회학연구 제19권 가을호(2009, 충남대학교 사회과학연구소).
- 최대권, 헌법학강의, 1998.
- 한수용, 헌법학, 2017.
- 허 영, 한국헌법론, 2017.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 2017.
- 허원중, 자유와 권리 그리고 기본적 인권, 성균관법학 제20권 제3호(2008).

홍관표, 국제인권조약을 원용한 법원의 판결에 관한 검토, 저스티스 통권 제149호(2015. 8.).  
홍성방, 헌법학(중), 2010.

## 외국문헌

- Anschütz, G.: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933.
- Goldsworthy, J.: Constitutional Interpretation, in: M. Rosenfeld/A. Sajó, The Oxfordhandbook of Comparative Constitutional Law, 2012.
- Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1995.
- Hillgruber, Ch.: § 15 Verfassungsinterpretation, in: Deppenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010.
- Isensee, J.: Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32, S. 60 ff.
- Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Grundrechte, 2. Aufl., 1919.
- Maunz, Th.: Deutsches Staatsrecht, 22. Aufl., 1978.
- Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl., 1994.
- Quaritsch, H.: § 120 Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HStR V, 2000.
- Reimer, F.: Verfassungsprinzipien: ein Normtyp im Grundgesetz, 2001.
- Schmitt, C.: Verfassungslehre, 1928.
- Stern, K.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, 1988.
- Thoma, R.: in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichverfassung, Bd. I, 1929.
- Waluchow, Wil, "Constitutionalism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =  
<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>>

## | Abstract |

Hiermit wird beschäftigt mit dem Nachweis der Mängel und Grenzen der sog. Grundrechtsnaturtheorie, welche die naturrechtlichen Grundrechte im Koreanischen Verfassungsrecht auch Ausländer zustehen läßt. Dieser Theorie folgen die hierzulande herrschende Grundrechtslehre und die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, welche in ihrer Anwendung in einer schwerwiegenden Verwirrung geraten ist. Meiner Meinung nach entschied sich der Koreanische Verfassungsgeber gegen die Grundrechtsberechtigung der Ausländer. Er wollte unmißverständlich den rechtlichen Status der Ausländer nicht mit den Grundrechten im Verfassungsrecht, sondern nach dem völkerrechtlichen Standard garantieren. Hier wird versucht zu demonstrieren, daß die sog. Grundrechtsnaturtheorie den Willen des Verfassungsgeber, der im Wortlaut fast aller Grundrechtsbestimmungen, deren Entstehungsgeschichte und im systematischen Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2<sup>121)</sup> des Koreanischen Verfassungsrechts zum Ausdruck kommt, mißachtet, so daß sie die Grenzen der Verfassungsauslegung überschreitet.

**Keywords:** Ausländer, Grundrechtsberechtigung, Jedermannsrechte, Koreanischenrechte, Natur der Grundrechte, Grenzen der Verfassungsinterpretation, historischsubjektivistische Auslegung, Normativität der Verfassung

---

121) Article 6 (1) Treaties duly concluded and promulgated under the Constitution and the generally recognized rules of international law shall have the same effect as the domestic laws of the Republic of Korea.

(2) The status of aliens shall be guaranteed as prescribed by international law and treaties.

# 국제인권규약과 헌법상 기본권

## Internationale Pakte über Menschenrechte und Grundrechte in der Verfassung

한양대학교 법학전문대학원 교수, 정광현  
Hanyang Law School, Prof. Chung, Kwang Hyun

### ■ 목 차 ■

|   |   |
|---|---|
| <p>I. 서론 ..... 45</p> <p>II. 문제 제기 및 연구방향 ..... 45</p> <p>1. 문제의 제기 ..... 45</p> <p>    (1) 이른바 '권리성질설'의 문제점 ..... 46</p> <p>    (2) 국제인권규약의 헌법소송적 의미에 대한<br/>        훈선 ..... 48</p> <p>2. 연구의 방향 ..... 50</p> <p>III. 인권과 기본권 ..... 51</p> <p>1. 인권과 기본권의 개념적 구별 ..... 51</p> <p>2. 구별의 실제적 의의 ..... 52</p> <p>    (1) 법률의 위헌성 심사의 경우 ..... 52</p> <p>    (2) 헌법소원심판청구의 경우 ..... 53</p> <p>3. 인권의 기본권편입 가능성 ..... 55</p> <p>    (1) 오스트리아 ..... 55</p> <p>    (2) 스위스 및 리히텐슈타인 ..... 56</p> <p>    (3) 독일 ..... 56</p> <p>    (4) 평가 ..... 57</p> | <p>IV. 우리 헌법상 외국인에 대한 인권보장과<br/>    기본권 ..... 58</p> <p>1. 헌법 제6조 제2항의 입법취지 ..... 58</p> <p>2. '기본권조항'과 '기본권편입조항' ..... 60</p> <p>3. 헌법 제6조 제2항의 기능 ..... 62</p> <p>    (1) 헌법 제6조 제2항의 부재를 가정할 경우<br/>        해석론 ..... 62</p> <p>    (2) 헌법 제6조 제2항의 존재를 전제할 경우<br/>        해석론 ..... 64</p> <p>    (3) 헌법 제6조 제2항의 성격 ..... 66</p> <p>V. 우리 헌법상 국민에 대한 인권보장과<br/>    기본권 ..... 67</p> <p>1. 문제의 소재 ..... 67</p> <p>2. 헌법 제37조 제1항의 입법취지 ..... 67</p> <p>3. 헌법 제37조 제1항의 기능 ..... 68</p> <p>VI. 결어 ..... 69</p> |
|---|---|

## Ⅰ 국문초록

이 글은 국제인권협약과 헌법상 기본권 사이의 관계를 다룬다. 이 연구의 계기를 제공한 것은 헌법 제 6조 제2항이다. 이에 따르면, 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다. 즉, 국제인권협약에 의해 외국인에게 여러 인권이 귀속되어 있다면, 해당 외국인은 대한민국에 대해 그 인권을 존중할 것을 청구할 수 있다. 여기서 전자의 인권 그 자체와 후자의 존중에 관한 권리를 구별할 필요가 있다. 전자는 협약에 의해 정해진 것이라면, 후자는 헌법 자체에 의해 정해진 권리이다. 사건으로는, 이와 같은 종류의 권리는 일종의 기본권으로서 성격이 있다고 할 것이다. 다시 말해, 그 권리는 헌법적 서열을 지닌다.

유사한 것이 헌법 제37조 제1항에도 적용된다. 이 조항에 따르면, 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 다시 말해, 헌법 제37조 제1항에서의 ‘국민의 자유와 권리’는 헌법에 열거된 기본권과 동일하게 보장되어야 한다. 사건으로는, 헌법 제37조 제1항에서의 ‘열거되지 아니한 국민의 자유와 권리’에 국제인권규약상의 인권도 포함된다. 그리하여 결과적으로 국민은 이러한 인권이 헌법 제37조 제1항에 의하여 헌법적 서열을 가지는 자신의 주관적 공권, 즉 기본권의 목록에 편입되어 있음을 주장할 수 있게 된다.

**주제어:** 인권, 기본권, 국제인권규약, 헌법 제6조 제2항, 헌법 제37조 제1항

(논문접수일: 2019. 5. 12. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 서론

2017년 말 현재 우리나라에 체류하는 외국인 수는 약 218만 명에 달한다. 그 중에 장기체류자는 약 158만 명으로서, 전체 체류외국인의 약 72%나 된다.<sup>1)</sup> 외국인은 더 이상 단순한 방문객에 불과한 것이 아니라, 바로 우리의 이웃에서 우리와 함께 근로하고 세금을 내며 더불어 살아가는, 우리 사회를 구성하는 또 하나의 주체로서 대두되기에 이르렀다. 물론, 이러한 변화의 추세는 비단 우리나라에만 국한된 것은 아니다. 교통과 통신의 비약적 발달을 배경으로 오늘날 전 세계가 하나의 지구촌을 형성함에 따라, 각국은 실로 대량으로 유입된 ‘이주민의 시대’를 경험하고 있다.

‘세계화’의 조류에 더하여, 지난 세기의 세계대전이 일깨워 준 국제평화 및 인권 의식은 기존에 거의 절대시되어 왔던 ‘국민국가적 주권’ 관념에 어느 정도 후퇴를 요구하고 있다. 2차대전 종전 이후 국제인권규약의 급증과 UN 등 각종 국제기구의 창설은 ‘인류 및 세계시민 공동체의 이익’이라는 범세계적 가치에 개별 주권국가가 구속되어 가는 과정을 단적으로 보여 주고 있다. 우리나라 역시 이러한 추세에서 예외는 아닌바, 점증하는 교류와 협력의 필요성에 부응하고 국제사회의 일원으로 우뚝 서기 위해서라도, 그에 상응하는 책임을 다하지 않으면 안 된다.

이처럼 현대 국가는 그 영역의 경계선에서 외국인을 단순히 타자(他者)로서 배척하는 것만으로는 제대로 경영될 수 없고, 국가권력의 행사는 이제 ‘국민’에 대해서뿐만 아니라, 그 관할 내에 있는 ‘세계시민’에 대해서도 정당성을 획득할 수 있어야 한다. 그런데 이와 같은 시대적 요청에 우리 헌법이론은 얼마나 적응력을 갖추고 있는가? 혹시 ‘국민국가’라는 전통적 관념에 고루하게 속박된 채 필요최소한의 발상 전환마저 거부하고 있지는 않은가? 혹은 지나치게 이상론에 치우쳐 현행 법체계와 유리되는 오류를 범하게 되지는 않은가? 양 극단 사이에서 적절한 중용을 모색할 수는 없을까? 이하에서는 그 한 가지 시도를 해 보고자 한다.

## II. 문제 제기 및 연구방향

### 1. 문제의 제기

먼저, 이 연구는 다음 두 가지 문제점에 대한 착목에서 출발한 것임을 밝힌다.

1) 체류 외국인 수의 통계는 [https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx\\_cd=2756](https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=2756) (2019. 6. 17. 기준) 참조.

### (1) 이른바 ‘권리성질설’의 문제점

우리나라 헌법의 기본권조항들 대부분에서 주어는 “국민”으로 되어 있다. 예컨대, 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며,”라고 시작하고, 제11조 제1항 제1문도 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 규정하고 있다. 이처럼 법문에서 해당 기본권의 주체를 “국민”으로 표현하고 있는 경우 외국인도 그 기본권의 주체가 될 수 없는가?

이에 대해 지배적인 학설과 판례는 이른바 ‘권리성질설’에 따라 판단하고 있다. 즉, 외국인에게도 기본권이 인정될 수 있으나, 그렇다고 무제한적인 것은 아니며, 그 성질상 ‘인간의 권리’로 분류될 수 있는 것만 인정되고 ‘국민의 권리’로 분류되는 기본권은 인정되지 않는다는 것이다.<sup>2)</sup> 가령, 인간의 존엄과 가치나 행복추구권과 같은 것은 ‘인간의 권리’라고 볼 수 있으므로 외국인도 그 주체가 되는 데 반하여, 참정권, 사회적 기본권, 입국의 자유 등은 ‘국민의 권리’라고 할 것이어서 외국인은 그 주체가 되지 못한다고 한다.

하지만 명시적인 법문의 근거 없이 기본권주체의 범위를 이처럼 확장할 수 있는지에 대해 근본적으로 의문을 제기하는 견해가 있을 뿐만 아니라,<sup>3)</sup> 무엇이 ‘국민의 권리’이고 무엇이 ‘인간의 권리’인지 구별기준이 반드시 선명하지도 않다. 예컨대, 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 결정에서 재판관 6인의 다수의견은 “직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것”이라고 한 반면,<sup>4)</sup> 재판관 2인의 소수의견은 위 자유를 ‘국민의 자유’라고 보아 견해의 대립을 드러낸 바 있다.

그런가 하면, 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359 결정에서는 재판관 7인의 다수의견이 오히려 “직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하므로 국민의 권리에 해당한다”고 하여 위 선례와 배치되는 입장을 취한 데 대해,<sup>5)</sup> 재판관 2인의 소수의견은 인간의 권리라고 본 종전의 선례를 고수해야 한다며 반대하였다.

또 다른 사례로서, 헌법재판소는 앞서 언급한 것처럼 사회권적 기본권이 ‘국민의 권리’라고 보고 있다. 하지만 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정에서는 사회권적 기본권에 속하는

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 316쪽; 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 202쪽 이하; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 951쪽; 양건, 헌법강의, 법문사, 2016, 265쪽; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 327쪽 이하; 한수용, 헌법학, 법문사, 2019, 397쪽 이하; 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 302.  
3) 박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990, 199쪽; 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰, 헌법실무연구 제13권 (2012), 402-435쪽; 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 결정에 대한 재판관 김종대의 반대이견.  
4) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등, 판례집 23-2상, 638.  
5) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423.

‘근로의 권리’ 중에서도 적어도 ‘일할 환경에 관한 권리’에 관한 한 외국인의 기본권주체성을 인정함이 타당하다고 하였다. 비록 이 결정의 판시에서 “근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로...” 운운하고 하고 있으나,<sup>6)</sup> 이는 ‘일할 환경에 관한 권리’가 말 그대로 ‘자유권’에 해당한다는 취지라기보다, 사회적 기본권이라 할지라도 인간의 존엄성 보장과 밀접한 관련성이 있다고 인정되는 한에서는 외국인에게도 그 주체성을 인정할 수 있다는 취지로 선택함이 상당하다.<sup>7)</sup> 이렇게 볼 때, 판례는 사회적 기본권에 관한 외국인의 기본권주체성 판단에서도 일관성이 없는 모습을 보여 주고 있다고 하겠다.

이처럼 판례들 중에 모순된 판시가 등장하는 것보다 더 문제시될 것은, 기본권은 그것이 자유권이든 사회권이든 모두 인간의 존엄성 보장과 깊은 관련성이 있는데, 그럼에도 기본권 중 인간의 존엄성 보장과 관련된 것은 ‘인간의 권리’, 그렇지 않은 것은 ‘국민의 권리’라는 식으로 분류하는 것이 근본적으로 타당한가 하는 점이다. 독일의 경우 비록 우리나라와 마찬가지로 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’를 나누고 있기는 하나, 그것은 기본적으로 명문의 헌법 규정에 근거한다. 즉, 기본법에서 어떤 기본권의 주체를 “모든 사람(alle Menschen)” 또는 “누구든지(jeder, jedermann, niemand)” 등으로 명시하고 있으면 그 기본권을 ‘인간의 권리’로 인정하고, 그렇지 않고 “독일인(Deutsche)”라고 표현하고 있으면 해당 기본권을 ‘독일국민의 권리’로 인정하는 식이다.<sup>8)</sup> 반면, 우리나라의 경우 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’를 나누는 준거는 헌법 문언과 같은 실정법적인 것이 아니라, 인간존엄성 보장과의 관련성과 같은 개별 기본권의 성질에 관한 가치평가이다. 하지만 그 가치평가의 기준 자체가 불확실하다.

이러한 상황에서 권리성질설에 따른 외국인의 기본권주체성의 판단은 주로 ‘순환논법’에 의존하는 경향을 보인다. 예컨대 위 2013헌마359 결정의 다수의견이 직업의 자유를 ‘국민의 권리’로 본 데에는 일견 이 기본권이 외국인을 포함한 인류 모두에 보편적으로 인정된다고 하는 것이 뭔가 사회현실적 관점 또는 실무적인 이유에서 마땅치 않다고 판단한 때문으로 생각된다. 또한 위 2004헌마670 결정에서 근로의 권리 중 ‘일할 환경에 관한 권리’를 ‘인간의 권리’라고 성격 규정한 것도 외국인에게 적어도 이 권리만큼은 보장되어야 할 필요가 있다는 판단이 선행하여 이루어졌기 때문으로 추측된다. 그렇지 않고는, ‘사회적 기본권은 국민의 권리’라던 종래의 판례에서 벗어난 결론을 달리 설명하기 어렵다. 하지만 이러한 순환논법은

6) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670. 판례집 19-2, 303.

7) 유사한 견해로는, 전광석, 다문화사회와 사회적 기본권, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6), 129쪽 각주 67 참조.

8) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, CH.Beck, 2008, 193-194쪽 참조.

그 자체로는 외국인의 기본권주체성 여부 판단에 관한 아무런 실체적 근거를 제시하지 못하는 점에서, 헌법재판소 결정의 설득력과 예측가능성을 현저히 떨어뜨린다고 할 것이다. 바로 그러한 이유에서 권리성질설은 헌법 도그마틱의 관점에서 여간 불만족스럽지 않다.

## (2) 국제인권규약의 헌법소송적 의미에 대한 혼선

한편, 앞서 언급한 2013헌마359 결정에서 재판관 김이수, 재판관 강일원은 직업 선택의 자유를 ‘인간의 권리’로 보아야 하는 논거들 중 하나로서, “1948년 유엔총회에서 채택된 세계인권선언은, 모든 사람은 일을 할 수 있는 자유(right to work)가 있고 자유롭게 직업을 선택할 자유(right to free choice of employment)가 있다고 선언하고 있다(제23조). 또 세계인권선언을 바탕으로 마련된 법적 구속력을 가진 국제인권협약 중 시민적·정치적 권리규약(B규약)은 강제노동을 금지하고 있고(제8조), 경제적·사회적·문화적 권리규약(A규약)은 모든 사람에게 자유로이 선택하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리가 있고 국가는 이를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다(제6조)고 규정하고 있다”고 하면서, 이는 “사람이면 누구나 자기가 하고 싶은 일을 선택하여 할 수 있는 기본적 권리를 가지고 있다”는 것을 확인하여 준다고 실시하였다.<sup>9)</sup>

만약 이 논리대로 국제인권규약상 ‘모든 사람이 마땅히 누려야 할 인권’으로 규정되어 있는 것을 ‘인간의 권리’의 결정적인 판단기준으로 삼을 수 있다고 한다면, 우리 헌법에 열거되어 있는 기본권들은, 국민투표권 등 몇 가지 예외를 제외하고는, 대부분 ‘인간의 권리’로 분류할 수 있게 될 것이다. 국제인권규약에서는 우리나라 헌법상의 기본권에 상응하는 인권들의 향유주체를 “모든 사람(everyone)”으로 규정하는 게 보통이기 때문이다.<sup>10)</sup> 그러나 위 결정의 다수의견은 직업의 자유를 인간의 권리로 보기를 거부함으로써 일단 결과적으로 이러한 결론에 부정적인 입장을 취한 모양새이다. 이것이 정당한지는, 국제인권규약상 인권이 우리 헌법의 해석·적용에서 가지는 의미가 무엇인가 하는 문제와 밀접하게 관련된다.

그 동안 헌법재판소 판례는 “헌법의 개별 조항을 해석함에 있어서는 국제연합의 세계인권선언이나 국제인권규약들, 국제노동기구의 협약과 권고 등 국제법 규범과 조화되도록 해석하여

9) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1425.

10) 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 1986. 4. 11.자 일반논평 제15호(General comment No. 15)에서 “이 규약상 각 권리는 국민과 외국인 사이에 차별 없이 보장되어야 하는 것이 일반적 원칙”임을 확인하였고, 경제적·사회적·문화적 권리위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)도 역시 2009. 7. 2.자 일반논평 제20호(General comment No. 20)에서 ‘국적’을 차별금지사유의 하나로서 열거하면서, “규약상 권리들은 법적 지위와 등록상태에 상관없이 난민, 망명자, 무국적자, 이주노동자, 국제인신매매 피해자 등 비국민을 포함한 모든 사람에게 적용된다”고 하였다.

야 할 것이고, 국내법이 이러한 국제적 규범에 위배된다고 하여 막바로 위헌이라고 할 수는 없다 하더라도, 그 국내법의 위헌 여부를 판단함에 있어 중요한 기준으로 삼아야 할 것"이라고 하거나,<sup>11)</sup> '국제인권규약의 위반이 헌법 제6조 제1항에 천명된 국제법 존중주의에 대한 위배로서 결국 위헌사유를 구성할 수 있다'는 전제 하에 실제로 국제인권규약 위반의 점이 인정될 수 있는지를 심사하기도 하였다.<sup>12)</sup> 또한 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 사건에서 재판관 한병채, 재판관 이시윤은 "정정보도청구의 경우 ... 통상의 소송사건과 달리 약식절차에 의하게 함으로써 정기간행물의 발행인이나 편집인으로 하여금 명예권 침해여부에 대한 충분한 방어 기회를 보장하지 않[는] ... 것은 정기간행물의 발행주체에 대한 법적 차별이며 법원 앞에서의 평등(헌법 제11조, 국제인권규약 B규약 제14조 제1항)에 위반된다."고 설시하여 법원 앞에서의 평등의 근거규정을 헌법 제11조과 국제인권규약 B규약 제14조 제1항에서 찾은 바도 있다.<sup>13)</sup>

요컨대, 헌법재판에서 국제인권규약상 인권이 가지는 기능에 대해 기존 판례들은 어느 정도 편차를 보이고 있다. 즉, ① 국제인권규약상 인권이 독자적으로 위헌성 심사기준이 된다 기보다는, 단지 우리나라 헌법상 기본권조항의 해석·적용에 참고될 수 있을 뿐이라는 입장을 취한 것도 있고, ② 특정 기본권조항과 결부시키는 대신 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의를 매개로 하여 국제인권규약을 사실상 독자적 위헌성 심사기준으로 취급한 것도 있으며, ③ 비록 소수이지만, 국제인권규약상의 인권규정 자체를 마치 기본권조항처럼 취급하여 별도로 그 위반여부를 판단한 듯한 것도 있다.<sup>14)</sup> 게다가, ④ 2013헌마359 결정의 다수의견처럼 기본권조항의 해석·적용에서 국제인권규약상 인권을 고려에서 배제한 것 같은 판례마저 있어서, 국제인권규약상 인권의 기능을 어떻게 파악하여야 하는지에 관하여 헌법재판소 내부에서도 상당한 혼선이 있음을 감지하게 한다.

학계의 상황도 크게 다르지 않아서, 아직 이에 관한 의견의 일치에 이르지 못하고 있다. 국회의 동의를 얻어 체결한 국제인권규약은 법률적 효력을 가진다는 견해가 다수를 이루지만,<sup>15)</sup> 헌법적 서열을 인정할 수 있다는 견해도 있으며,<sup>16)</sup> 헌법보다는 하위이고 법률보다는

11) 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47, 판례집 20-1상, 490.

12) 예컨대, 헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12등, 판례집 23-2상, 155-156.

13) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 538-539.

14) 이와 같은 헌법재판소 판례의 일관적이지 않은 태도를 지적한 것으로는, 전종익, 헌법재판소의 국제인권조약 적용, 저스티스 제170-2호 (2019. 2), 507쪽 이하 참조.

15) 우기택, 국제인권법의 국내 이행 과제, 경희법학 제51권 제2호 (2016. 6), 247쪽; 장영수, 국제인권규약의 국내법적 의의와 효력, 고려대 법학논집 제34집 (1998), 62쪽; 전종익(주 14), 534쪽; 조홍석, 국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성, 저스티스 제32권 제3호 (1999. 9), 14쪽.

16) 류성진, 헌법재판에서 국제인권조약의 원용가능성, 아주법학 제7권 제1호 (2013. 6), 18쪽 이하; 이명용, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 제83호 (2005. 2), 183쪽; 허종렬, 국제인권규약의 국내법적 효력과 헌법, 성균관법

상위인 것으로 보는 견해도 있다.<sup>17)</sup> 그리고 단지 헌법하위적 서열만 인정하려는 견해 내에서도, 국제인권규약이 독자적으로는 헌법재판규범이 되지 못하지만, 헌법해석에 참고가 되거나 ‘국제법 존중원칙’을 매개로 실질적으로 국내법을 무효화할 여지는 있는 것으로 보려는 기류가 존재한다.

이처럼 국제인권규약의 헌법소송적 의미 내지 기능에 관해 일련의 혼선과 논란이 일어나는 데에는, 국제인권규약상의 인권이 내용적으로는 우리 헌법질서에 수용할 만한 것임에도, 아직 이를 실정헌법에 편입시킬 만족스러운 통로를 찾지 못한 데에 그 중요 원인이 있다고 판단된다.

## 2. 연구의 방향

이러한 문제의식 하에서, 이 연구는 그 동안 명확한 법문의 근거 없이 선형적으로 기본권주체성을 논하던 관행을 지양하고, 국제인권법의 발전추세와도 보조를 같이 할 수 있는 이론적 실마리를 모색하기 위해 다음과 같이 논지를 전개하기로 한다.

- (1) 우선, 인권과 기본권은 개념적으로 구별될 뿐만 아니라, 달리 특별한 정함이 없는 한, 헌법재판에서 권리구제와 관련하여 실제적 차이로 이어질 수 있음을 확인한다. 이 글의 논의는 바로 이러한 출발점에서 시작하지만, 그렇다고 거기서 모든 결론을 연역해 낼 의도는 없다. 오히려 그렇게 전제한 ‘인권’과 ‘기본권’의 준별이 개별 국가의 구체적인 헌법규정체계 하에서 상대화될 여지도 있다는 점을 지적하는 데 더 주안점이 있다고 하겠다.
- (2) 다음으로, 우리 헌법은 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 하고 있는바, 이 조항의 입법취지 및 의의를 살펴본 후, 이 조항을 매개로 외국인이 국제인권규약에 의해 보장된 인권을 헌법상 기본권처럼 주장할 여지가 없는지를 검토한다.
- (3) 끝으로, 국제인권규약상 인권은 외국인에게만 적용되는 것이 아니라, 국민에 대해서도 적용된다. 그러므로 만약 외국인이 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권처럼 주장할 수 있다고 한다면, 국민도 그에 상응한 권리주장을 할 수 있다고 함이 형평에 맞을

학 제5호 (1994), 43쪽 이하.

17) 박찬운, 국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰, 법조 제609호 (2007. 6), 151쪽; 박선욱, 국제인권조약의 국내적 적용, 법학연구 제49집 (2013. 3), 421쪽.

것이다. 하지만 그 근거를 외국인 지위에 관한 헌법 제6조 제2항에서 찾을 수는 없는데, 그 대체물이 될 만한 조항으로서 헌법 제37조 제1항의 의의와 기능에 대해 검토하도록 한다.

### III. 인권과 기본권

#### 1. 인권과 기본권의 개념적 구별

근대 서구에서 통용된 개념에 따르면, ‘인권’이란 인간이 인간이기 때문에 누리는 천부적이고 전(前)국가적인 권리, 즉 자연권을 가리켰다.<sup>18)</sup> 하지만 오늘날 ‘인권’은 그보다 좀 더 넓은 개념으로 사용되고 있다. 예컨대 1948년 UN의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)에서는 자연권적 성질의 자유나 평등뿐만 아니라, 가령 ‘국적을 가질 권리(the right to a nationality)’, ‘자국의 정부에 참여할 권리(the right to take part in the government of his country)’, ‘사회보장을 받을 권리(the right to social security)’ 또는 난민의 ‘비호를 구할 권리(the right to seek asylum)’ 같은 것들도 인권의 외연에 포함시키고 있다.

한편, ‘기본권’은 독일의 ‘Grundrecht’라는 용어에서 유래한 것으로서,<sup>19)</sup> 근대적인 인권보장의 이념에 따라 중요 인권들을 헌법전에 명문화하면서 탄생하였다. 다시 말해, 일련의 인권을 실정헌법에 수용하면서 ‘기본권’의 개념이 등장하였다고 해도 과언이 아니다.<sup>20)</sup> 물론, 오늘날 헌법상의 기본권들 중에는 ‘전통적 의미의 인권’으로 보기 어려운 것도 있을 수 있지만, 전술한 바와 같이 ‘인권’ 개념이 확장함에 따라 양자 간의 내용적 중첩가능성이 그만큼 더 커진 상황이다.

이처럼 ‘기본권’은 이념적·역사적으로 ‘인권’과 아주 밀접한 관련이 있다. 그럼에도 헌법을 비롯한 한 국가의 법체계에서 양자가 가지는 지위는 상이하다. 개인의 다른 권리에는 없는 기본권만의 특성은 바로 그것이 ‘헌법적 서열(Verfassungsrang)’을 가진다는 데 있다.<sup>21)</sup> 이러한 서열은 헌법전에서 그 권리의 보장을 명시적으로 규정함으로써 인정된다. 헌법재판소가 기본권을 정의함에 있어서 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 한 것도

18) 권영성(주 2), 287쪽; 한수웅(주 2), 375쪽 참조.

19) 정종섭, 기본권의 개념에 관한 연구, 서울대학교 법학 제44권 제2호 (2003. 6), 5쪽 참조.

20) 이상희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 60쪽 참조.

21) Kingreen/Poscher, Grundrechte, C.F.Müller, 2016, Rn. 45 참조.

바로 이러한 취지라 할 것이다.<sup>22)</sup> 반면, 헌법전에 그런 명시적 보장규정이 없고 단지 국제인권 규약에만 근거를 둔 인권은, 그것이 아무리 근본적 가치를 가진 것이라고 하여도, 그것만으로는 헌법적 서열이 당연히 인정될 수는 없다. 특히 헌법부칙 제5조에서 “조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하고 있고, 국제인권규약도 조약의 일종에 해당하는 점을 감안하면, 국제인권규약 내지 거기에 규정된 인권 자체는 우리나라에서 기본적으로 헌법하위의 서열을 가진다는 전제에서 출발할 수밖에 없다고 할 것이다.

## 2. 구별의 실제적 의의

인권과 기본권의 구별은 단지 이론적인 의미만 가진 것이 아니라, 헌법재판에서 여러 실제적인 차이로 이어질 수 있다.

### (1) 법률의 위헌성 심사의 경우

첫째로, 위헌법률심판에서 심사기준은 모든 헌법규정들과 이로부터 도출되는 헌법원칙이고,<sup>23)</sup> ‘기본권’은 헌법상 명문의 규정에 근거를 두고 있기 때문에 그 자체로 법률의 위헌성에 관하여 독자적인 심사기준이 된다. 반면, 헌법전에 명문의 근거를 두고 있지 않은 ‘인권’은 원칙적으로 위헌법률심판에서 독자적인 심사기준이 되지 못한다. 즉, 심판대상 법률이 ‘기본권’을 침해하였다고 할 때, 그것만으로 그 법률에 대해 위헌결정을 할 수 있지만, 단지 ‘인권’을 침해하였을 뿐이라면, 그것만으로는 법률의 위헌성을 단정할 수 없는 것이다.

물론, 이것이 국제인권규약상의 인권이 위헌법률심판에서 아무런 기능도 하지 못한다는 것을 의미하지는 않는다. 앞서 언급한 바처럼, 헌법재판소는 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권조항의 해석·적용에 중요한 참고자료로 삼거나 혹은 국제인권규약상 인권의 침해를 국제법 존중주의에 대한 위반으로 간주하기도 한다. 그 결과 국제인권규약상 인권은 간접적이거나 법률의 위헌성 판단에 어느 정도 영향을 미칠 수도 있다. 특히, 국제인권규약상 인권을 단지 참고하는 데에서 그치는 게 아니라, 국제법 존중주의와 결부시킬 경우에는 국제인권규약과 국내법이 충돌할 때 전자를 우선시함으로써 사실상 국제인권규약상 인권에 대해 ‘법률상위적 서열’을 부여하는 것과 같은 결과를 가져올 수도 있다. 다만, 헌법재판소 판례가 국제법

22) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 692.

23) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 317쪽; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 645(“일반적으로 헌법상 명문규정뿐만 아니라 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙의 경우도 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다”) 참조.

존중주의를 도출하는 근거로서 제시한 헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에서 그러한 법률상위적 효력의 부여를 명시하고 있지는 아니하고,<sup>24)</sup> 국제법 존중주의가 본질상 국제법에 법률상위적 효력을 부여하는 것을 당연히 내용으로 한다고 볼 수도 없으며, 국회가 제정한 법률을 존중하는 것 역시 의회주의로부터 도출되는 대등한 헌법적 요청이라 할 때, 국제인권규약과 국내법률 간 저축의 상황에서 과연 국제법 존중주의만으로 법률의 위헌성을 결정하기에 충분할지는 의문이다.

## (2) 헌법소원심판청구의 경우

둘째로, 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 … 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 ‘기본권’이 침해된 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있지만, “헌법상 보장된 기본권”에는 해당하지 않는 ‘인권’이 침해된 경우에는 헌법소원을 제기할 수 없다.

한편, 국제인권규약상 인권의 침해에 대해 헌법소원 이외의 통상적인 사법절차에 의한 구제가 가능한지는 별개의 문제이다. 일반적으로 조약에 의해 직접 개인에게 소구가능한 권리가 창설되는지 여부와 관련해서는 다음과 같은 사정들이 고려되고 있다.<sup>25)</sup> 첫째로, 조약이 국내에서 그 시행을 위해 별도의 추가적인 입법을 요하지 않을 정도로 구체적이고 명확한 규율로 되어 있는가? 둘째로, 조약이 문언, 목적, 내용 등에 비추어 단지 계약국에 대해 일정한 조치를 취할 의무를 지우는 데에서 그치지 않고 개인을 해당 법률관계의 주체로서 규정하여, 개인으로 하여금 행정청이나 법원 앞에서 자신의 법적 지위를 주장·관철할 수 있도록 한 경우라고 볼 수 있는가?

하지만 이러한 것들의 판단에 있어서 어떤 보편적인 기준이 마련되어 있는 것은 아니며, 그 결과 각국마다 또는 법의식의 발달상황에 따라 판단이 상이해질 소지가 있다는 점도 유의할 필요가 있다. 특히 위 첫 번째 사항은 19세기 초에 미국에서 판례법으로 형성된 이른바 ‘자기집행적 조약의 이론(The Doctrine of self-executing treaty)’에서 연원을 찾을 수 있는데,<sup>26)</sup> 이를 20세기 중반부터 본격적으로 등장하기 시작한 국제인권규약에 대해서까지 기계적

24) 헌법전문에서 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함”을 천명하고 있고, 헌법 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있는바, 현재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 428은 “헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에 나타나 있는 국제법 존중의 정신”이라는 문구를 통해 국제법 존중주의가 이들 규정으로부터 도출됨을 표현하고 있다.

25) 조약에 기한 개인의 구체적 권리 및 제소권의 인정 여부와 관련하여, 국제법에서는 조약의 ‘자기집행력’ 내지 ‘직접효력’ 등의 개념들 하에 논의가 이루어지고 있다. 이에 관한 자세한 설명은, 김태천, 재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행, 국제법평론 제20호 (2004), 27쪽 이하; 조홍석(주 15), 15쪽 이하 참조.

26) 자기집행적 조약의 이론이 미국연방대법원 판례에 의해 도입된 것은 1829년의 Foster v. Neilson 판결(27

으로 적용하여도 괜찮은지는 의문이다. 전통적인 국제법 하에서는 ‘국가’가 권리의무의 주체이고, ‘개인’은 주체가 아닌 것으로 인식되어 왔기 때문에 이와 같은 이론이 통용될 수 있었을 테지만, 현대에는 국제인권법의 발전 내지 ‘국제법의 헌법화’<sup>27)</sup>와 더불어 개인이 독자적으로 국제법상 권리의 주체로 인정받는 예외가 점점 늘어나는 추세이다.<sup>28)</sup> 또한 형성적 법률유보에 의하는 기본권이 그 실현을 위해 관련 입법조치를 필요로 한다고 해서 기본권의 권리성이 부정될 수 없듯이, 기본권과 마찬가지로 원칙규범적 성격을 가진 인권이 그 구체적 실현에 어떤 입법조치를 필요로 한다고 해서 곧바로 그 권리성을 부정할 수는 없는 게 아닌가 하는 관점에서 도, 위 이론을 아무런 변용없이 무제한적으로 적용하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

실제로, UN의 경제적·사회적·문화적 권리 위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 1990. 12. 14. 일반논평 제3호로, ‘이 규약 제3조(모든 사회권의 향유에 있어 남녀의 동등한 권리), 제7조(a) (i)(정당한 임금과 동일가치 노동에 대한 동일보수), 제8조(노동조합을 결성하고 가입할 권리), 제10조 제3항(아동의 보호), 제13조 제2항(a) (무상초등교육의 보장), 제13조 제3항(자녀의 학교를 선택할 부모의 자유), 제13조 제4항(개인인과 단체의 교육기관 설립권), 제15조 제3항(과학연구와 창작활동의 자유) 등은 사법기관에서 즉시 적용이 가능하다고 할 것이므로, 이 규약상 규정들이 원래 비자기집행적이라고 하는 그 어떤 견해도 유지되기 어렵다’고 강조한 바 있고,<sup>29)</sup> 이는 국내의 다수 학자들에 의해서도 폭넓은 지지를 받고 있다.<sup>30)</sup> 또한 자유권규약위원회(Human Rights Committee) 역시 1994. 11. 4. 일반논평 제20호로 “인권조약, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 국가들 사이에 상호적 의무를 교환한 데 불과한 게 아니다. 인권조약들은 개인에게 권리를 부여하기 위한 것이다.”라고 천명하였다.<sup>31)</sup> 이러한 점들에 비추어, 국제인권규약상 인권이 침해된 경우 법원에의 제소를 통한 권리구제의 길이 근본적으로 차단되어 있지는 않다고 할 것이다.

U.S. 253)부터이다. Vázquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, 89 Am. J. Int'l L. 695 (700) 참조.

27) ‘국제법의 헌법화’는 종래 국제법 영역에서 일종의 최고입법기관의 역할을 하던 ‘주권국가들’로 하여금 그 입법적 전권을 행사함에 있어서 ‘상위의 법원칙’, 특히 ‘인권’의 구속을 받게끔 국제법질서를 구축해 나가는 것을 뜻한다. 이로써, 대등한 주권국가들 사이의 수평적 법질서를 특징으로 하던 전통국제법 구조에, ‘인류 및 세계시민공동체의 이익’이라는 상위의 가치에 각 주권국가가 구속되고 이를 통해 국제법적 정당성이 부여되는 식의 수직적 요소가 가미된다. ‘국제법의 헌법화’에 관한 더 자세한 내용은, 박진완, 국제법의 헌법화, 유원복스, 2015; Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 (2003), 61-67쪽 등 참조.

28) 정인섭, 신 국제법강의, 박영사, 2016, 812쪽 참조.

29) CESCR General Comment No. 3, E/1991/23.

30) 정인섭(주 28), 858쪽; 류병운, 국제법, 형설출판사, 2016, 647쪽; 이명웅(주 16), 194-195쪽; 우기택(주 16), 265쪽; 박찬운, 국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격, 인권과 정의 제364호 (2006. 12), 105-110쪽; 이주영, 사회권규약의 발전과 국내적 함의, 국제법학회논문총 제61권 제2호 (2016. 6), 132-146쪽.

31) CCPR General Comment No. 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

다만, 권리침해시 통상적인 사법적 구제절차만 허용되는 것과 헌법소원심판절차도 허용되는 것 사이에는 권리구제의 실효성 면에서 엄연히 차이가 존재할 수 있음은 부정할 수 없다. 예컨대, 법원의 구제절차에서는 법령을 직접 소송물로 하여 다투는 것을 허용하지 않는 데 반하여, 헌법소원심판절차에서는 직접성요건 등의 충족을 전제로 이를 허용할 여지가 있다. 또한 권리침해의 상황이 종료된 경우 행정소송은 소의 이익이 없어 소각하 판결로 종결되는 것이 통상적이거나, 헌법소원심판에서는 예외적으로 객관적 심판청구의 이익이 존재한다고 인정되는 경우 본안판단에 들어가기도 한다. 그런 점에서도, 침해된 권리가 '기본권'이냐 아니면 '인권'이냐는 권리구제의 면에서 실제적인 차이를 초래할 수 있다고 하겠다.

### 3. 인권의 기본권편입 가능성

이상에서 인권과 기본권은 기본적으로 개념상 서로 구별될 뿐만 아니라, 헌법재판실무상 여러 실제적 차이로 이어질 수 있음을 살펴보았다. 하지만 그렇다고 인권과 기본권이 항상 상호 절연관계에 놓이는 것은 아니다. 만약 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권으로 편입시킬 수 있는 특별한 연결고리를 찾을 수 있다면, 전술한 인권과 기본권의 준별은 어느 정도 상대화될 여지도 있다고 할 것이다. 아래에서는 이와 관련하여 몇 가지 외국의 사례를 살펴본다.

#### (1) 오스트리아

오스트리아 헌법전(Bundes-Verfassungsgesetz)은 원래 자체적으로 기본권목록을 가지고 있지는 않다. 그 대신 헌법전 제149조 제1항에서 1867년 12월 21일 제정된 '국민의 일반적 권리에 관한 국가기본법'<sup>32)</sup>을 헌법으로 간주하도록 규정함으로써, 동법에 규정된 일련의 권리들을 헌법상 기본권으로 전환시켰다.

그런데 이러한 방식의 기본권 편입은 그 후 유럽인권규약상의 인권에 대해서도 마찬가지로 행해졌다. 즉, '1964년 연방헌법개정법'<sup>33)</sup> 제2조 제7호에서 유럽인권규약 및 그 추가의정서

32) 공식명칭은 '제국참사회에 대표를 두고 있는 왕국과 주에 적용되는 국민의 일반적 권리에 관한 국가기본법, 1867년 12월 21일자, RGBL. Nr. 142 (Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBL. Nr. 142, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder)'이다.

33) BGBl 1964/59. 공식명칭은 '1929년 연방헌법의 국가조약 관련 규정을 개정·보충하는 연방헌법률, 1964. 3. 4.자 (Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden)'이다.

도 역시 헌법적 서열을 가지는 것으로 간주되도록 규정한 것이다. 이에 따라 위 규약상의 인권은 자연스레 기본권에 추가 편입된 것으로 간주되기에 이르렀다.<sup>34)</sup>

## (2) 스위스 및 리히텐슈타인

이처럼 명문의 규정으로 유럽인권규약에 헌법적 서열을 부여한 오스트리아와는 달리, 스위스의 경우는 유럽인권규약에 명시적으로 헌법적 서열을 부여하는 규정이 없다. 그럼에도 스위스 연방법원은 유럽인권규약에 대해 헌법적 서열에 버금가는 서열을 인정함으로써, 실질적으로 위 규약상 인권을 기본권에 준하는 정도로 보장하고 있다. 즉, 동 법원은 1991년의 한 판결에서 “유럽인권규약은, 거기에 규정된 보장이 기본권을 보호하는 한에서 그 성격상 헌법적인 내용이 있는바, 그런 점에서 특별한 조약에 해당한다. 이 규약은 여러 회원국들의 헌법에 규정되어 있거나 혹은 그 회원국들이 불문의 헌법적 권리로서 인정하는 기본권들의 최소한의 수준을 보장한다.”라고 전제한 다음, 이러한 유럽인권규약에 의해 보장된 권리와 헌법상 기본권 사이의 내용적 연관성으로부터 전자의 침해는 헌법소원심판절차에서 후자의 침해와 똑같이 다루어져야 한다는 원칙을 확립한 바 있다.<sup>35)</sup>

리히텐슈타인의 경우도 스위스와 유사하다. 즉, 비록 헌법을 개정하지는 않았지만 유럽인권규약의 비준 이후 헌법재판소법을 개정하여, 유럽인권규약상 권리에 대한 침해를 헌법소원으로 다룰 수 있게 한 것이다.<sup>36)</sup>

## (3) 독일

독일에서도 유럽인권규약에 대해 헌법적 서열을 인정할 만한 헌법적 근거를 찾을 수 있다는 견해가 존재한다. 즉, 독일 기본법 제1조 제2항은 “독일 국민은 불가침, 불가양의 인권을 세계의 모든 인류공동체, 평화, 정의의 기초로서 신봉한다”고 천명하고 있고, 이 조항은 심지어 헌법개정에 의해서도 폐지할 수 없는 것으로 기본법 제79조 제3항에서 규정하고 있는바, 이러한 헌법규정들을 근거로 국제인권규약상의 인권에 헌법적 서열을 인정함이 상당하다는 것이다.<sup>37)</sup> 만약 그렇지 않고 유럽인권규약상의 인권에 대해 단지 법률적 서열만 인정한다면,

34) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundes-Verfassungsrechts, Manz, 1992, Rn. 1321 참조.

35) BGE 117 Ib 367, 370-371.

36) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H.Beck, 2008, 17쪽, 각주 11 참조.

37) Bleckmann, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149쪽 이하; Zuleeg, Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich, EuGRZ 2005, 681쪽 이하.

예컨대 그에 저촉되는 연방법률이 사후에 제정되는 경우 신법우선의 원칙에 의하여 오히려 유럽인권규약상의 인권이 그 연방법률보다 열위에 놓이게 되는 등의 사태가 빚어질 수 있는 바, 그리 되면 결국 위 헌법규정들에서 천명하고 있는 '인권'에 대한 존중의 취지를 제대로 살릴 수 없다는 것이다.

그러나 이러한 견해는 독일 기본법상의 여러 조항들과 충돌을 일으키는 까닭에, 다수 학자들로부터 별로 지지를 받지 못하고 있다.<sup>38)</sup> 먼저, 독일 기본법은 국제법의 국내적 효력에 관해 두 개의 규정을 두고 있다. 즉, 기본법 제25조에서는 “국제법의 일반원칙은 연방법의 일부가 된다. 그것은 법률에 우선하며, 연방의 영역 내 주민들에게 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다.”고 규정하고 있고, 제59조 제2항에서는 “연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방의 입법사항에 관한 조약은 연방입법권한을 가진 기관이 연방법률의 형식으로 그에 동의 내지 참여할 것을 요한다. 행정협정에 관하여는 연방행정에 관한 규정이 준용된다.”고 규정하고 있다. 이 조항들 중 어느 쪽에 의하더라도, 국제법에 헌법적 서열이 부여되기는 어렵다. 그럼에도 국제인권규약상 인권에 대해 헌법적 서열을 부여하려고 한다면, 결국 위 조항들에 저촉될 수밖에 없다는 것이다.

뿐만 아니라, 기본법 제79조 제1항에서는 “기본법은 문언을 명시적으로 변경 또는 보완하는 법률에 의하여만 개정될 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그런데도 국제인권규약상 인권에 헌법적 서열을 부여한다면, 이는 결국 기본법의 문언을 명시적으로 변경 또는 보완함이 없이 개정하는 것이나 다를 바 없어 제79조 제1항을 위반하게 된다고 한다.

#### (4) 평가

이상의 외국 사례들에서도 알 수 있듯이, 국제인권규약상 인권이 기본권에 편입될 수 있는지는 일차적으로 각 헌법의 특수한 규정 상황에 크게 좌우된다. 오스트리아 헌법처럼 국제인권규약에 헌법적 서열을 부여하는 명문의 규정이 있다면, 인권의 기본권편입은 그만큼 용이하게 일어날 수 있지만, 독일 기본법처럼 기본권편입에 저항하는 헌법규정들이 있다면, 인권과 기본권의 엄격한 준별은 그만큼 확고하게 유지될 수도 있는 것이다. 그러므로 기본권편입의 가능성에 관하여 단지 이론적인 관점에서 그 결론을 재단하기보다는, 해당 헌법상 관련 규정들을 면밀히 분석하는 작업이 선행될 필요가 있다.

38) 대표적으로, Isensee, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006, § 26, Rn. 96 이하; Merten, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006, § 35, Rn. 68 참조.

## IV. 우리 헌법상 외국인에 대한 인권보장과 기본권

### 1. 헌법 제6조 제2항의 입법취지

헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있다. 이것은 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 한 제헌헌법 제7조 제2항을 계승한 것으로서, 다른 나라에서는 그 유례를 발견하기 어려운 우리나라만의 독특한 헌법규정이다.<sup>39)</sup> 하지만 그 실제적 의미의 규명에 관하여 대부분의 문헌은 지금까지 거의 무관심에 가까운 태도를 보이고 있다. 그에 따르면, “외국인에 대한 법적 지위의 보장은 일방적일 수 없고 상대국의 보호에 상응하는 것일 수밖에 없다는 것이 국제적 관례”인바, 헌법 제6조 제2항은 결국 이른바 ‘상호주의’에 따라 외국인의 법적 지위를 보장하겠다는 취지라고 한다.<sup>40)</sup>

그러나 단지 그러한 취지일 뿐이라면, 굳이 헌법 제6조 제2항과 같은 규정을 둘 필요가 있는지 의문이다. 그러한 식의 외국인 지위 보호는, 해당 문헌에서도 시인한 것처럼, 국제법에서 이미 관례로서 제공하는 바이며, 헌법 제6조 제1항에서 이러한 국제법에 대한 존중을 한 번 표명한 이상, 헌법 제6조 제2항에서 또 다시 기성의 보호상태를 단순 재확인하는 것밖에 안 되는 그런 무의미한 규정을 둘 이유가 전혀 없을 터이기 때문이다. 즉, 종래의 문헌에서 지배적인 견해처럼 헌법 제6조 제2항을 해석하면, 이 조항은 별다른 규범적 효력이 없는 쓸데없는 규정으로 전락하게 되는 것이다.

그런데 헌법제정 역사를 살펴보면, 흥미롭게도, 헌법 제6조 제2항의 전신(前身)에 해당하는 제헌헌법 제7조 제2항이 도입되기까지 상당한 우여곡절이 있었다는 것을 깨닫게 된다.<sup>41)</sup> 그것은 외국인에게 헌법상 기본권을 어떻게 보장해 줄 것인가 하는 문제에 대해 제헌국회 나름으로 고뇌하여 내놓은 산물이었다.

39) 1949년 유진오가 저술한 ‘헌법해의’ 초판에서 제헌헌법 제7조 제2항에 대한 해설의 말미에 “伊 新憲法 第10條 參照”라고 부기한 점을 들어 일견 위 제헌헌법조항이 이탈리아 헌법 제10조 제2항을 참조하여 만들어진 것으로 추측된다는 지적으로는, 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의미, 서울대학교 법학 제55권 제1호 (2014. 3), 549쪽 이하 참조. 하지만 이종혁도 인정하듯이 제헌헌법 제7조 제2항과 이탈리아 헌법 제10조 제2항은 그 역사적 맥락이 상이할 뿐만 아니라, 문언에서도 본질적 차이가 있다. 즉, 동 조항에서는 “외국인의 법적 지위는 국제규범 및 조약과 합치되게 법률로 정한다”고 하고 있어서, 문리해석상 입법자에 대해 외국인의 법적 지위를 법률로 정할 수 있게끔 수권함과 동시에 그 입법권 행사를 국제규범 및 조약과 합치되게 할 것을 요구하는 취지로 읽힌다. 반면, 우리 제헌헌법 제7조 제2항은 그러한 입법적 수권 내지 그 한계를 규정한 것이 아니라, 문자 그대로 국제법과 국제조약에 의해 정해진 한에서는 외국인의 법적 지위를 보장하겠다는 헌법제정권자의 의지를 천명한 취지로 풀이된다.

40) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 218쪽; 권영성(주 2), 316쪽, 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016, 283쪽.

41) 제헌헌법 제7조 제2항의 도입경위에 관한 상세한 것은, 이종혁(주 39), 526쪽 이하 참조.

즉, 유진오가 기초한 제헌헌법 초안에서는 원래 기본권주체를 가리키는 표현으로 “인민”이라는 용어를 사용하였다. 이는 ‘국민’뿐만 아니라, 경우에 따라 ‘외국인’도 아우를 수 있는 개념으로 인식되었다. 하지만 당시 남북의 이념적 대립이 고조되어 가던 시대적 상황에서, 이 용어가 주는 어감은 남쪽 지역에서는 다소 거북스럽게 여겨질 수밖에 없었다. 그리하여 헌법기초위원회 회의과정에서부터 “인민”이라는 용어에 대해서는 반대가 많았고, 결국 이는 “국민”이라는 용어로 대체되게 되었다.

그렇게 작성된 ‘헌법기초위원회안’이 제헌국회 본회의에 부의되었고, 1948. 7. 1. 그 제2독회가 이루어지던 중에 진헌식 의원 외 44인은 “국민”을 다시 “인민”으로 수정할 것을 제안하였다. 기본권의 향유주체를 표현함에 있어 “국민”이라는 용어를 사용하면, 외국인이 그 향유주체에서 배제될 우려가 있다는 이유에서였다. 하지만 전술한 바와 같은 이념적 반감으로 인해, “인민”이라는 용어 사용으로 회귀하자는 안은 결국 부결되었다.

그러자 진헌식 의원 등은 그로부터 6일만인 1948. 7. 7. 제헌헌법 제7조 제2항을 도입할 것을 제안하면서 그 취지를 다음과 같이 설명하였다.

“진헌식 의원: 7월 5일 25차 본회의에 있어서 제2장에 『국민의 권리와 의무』라는 장에 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하는 ... 의미에 있어서 『국민』이라는 구절을 『인민』으로 고치자는 것을 제안했습니다. 그러나 그것이 통과되지 못하고 부결이 되었습니다. 그러나 우리가 헌법을 제정하는 데 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체제에 있어서 좋지 못한 ... 점이 있고 또는 우리 헌법이 세계의 한 법으로 ... 이러한 조항이 없으면 대단히 유감스럽다고 생각이 있어가지고 제7조 2항에다가 『외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다』라는 조항을 넣으면 ... 적절하다는 의미에 있어서 이것을 제안한 바입니다.”<sup>42)</sup>

요컨대, 헌법 제2장의 기본권조항들에서 “인민” 대신에 “국민”이라는 표현을 쓰게 됨에 따라 야기될 수도 있는 외국인에 대한 법적 지위 보장상의 결손을 제헌헌법 제7조 제2항을 도입함으로써 만회하자는 것이었다. 이는 당시 찬성 109명, 반대 2명이라는 압도적인 표차로 가결되었다.

이렇게 볼 때, 제헌헌법 제7조 제2항의 실천적 의미는 외국인에게도 국민에 대한 기본권보장에 상응하는 법적 지위를 보장하는 것이었다. 이것은 제헌헌법 제정에 관여한 유진오의 다음과 같은 설명에서도 다시 한 번 확인할 수 있다.

42) 제헌국회속기록 (제1권), 501쪽 [이종혁(주 39), 534쪽에서 재인용].

“本條 第二項은 外國人の 法的 地位는 國際法과 國際條約의 範圍 內에서 保障된다고 規定하였는데, 그것은 外國人の 法的 安全을 明示하기 爲하여 特히 設置한 規定이다. 從來 各國은 自國 人民의 自由와 權利는 尊重하고 保障하면서도 自國內에 있는 外國人에게는 不當한 差別待遇를 하여 偏狹한 國家主義로 흐르는 傾向이 많았는데, 우리나라는 그러한 排外主義를 一擲하고 國際法과 國際條約의 範圍內에서 그 地位를 保障하기로 한 것이다. 그러나 國際法과 國際條約의 範圍內에서 外國人の 法的 地位를 保障한다는 것은 如何한 境遇에나 外國人을 우리나라 國民과 同一하게 取扱한다는 의미는 아니다. 一例를 들면, 身體의 自由(第九條, 第二十三條), 信仰과 良心의 自由(第十二條)같은 것은 우리나라 國民에 對한 것과 마찬가지로 外國人에게도 保障될 것이지만, 選舉權(第二十五條), 公務擔任權(第二十六條), 國土防衛의 義務(第三十條)같은 것은 外國人에게는 制限되거나 또는 賦與되지 않을 것이다. 大體로 말하여 國際法과 國際條約에 특별한 規定이 없는 한, 國防上 또는 治安上 重大한 關係가 있는 境遇에는 私權에 대하여도 外國人에게는 그 享有를 認定하지 않을 수 있는 것이라 할 것이다. 그리고 우리나라 國民에 대하여는 如何한 境遇에도 國外追放(deportation-expulsion) 許容되지 아니하지만, 外國人에 對하여서는 犯罪 또는 公安을 害하는 境遇에 國外追放을 命함은 國際法上的 當然히 容認되는 바이다.”<sup>43)</sup>

이러한 설명에 따를 경우, 당초 제헌헌법 제7조 제2항에서 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다.”라고 함은, 가령 신체의 자유, 신앙과 양심의 자유와 같은 것들은 외국인도 국민과 마찬가지로 향유할 수 있도록 하되, 선거권이나 공무담임권처럼 외국인에 대해 제한하더라도 국제법상 용인될 수 있는 한에서는 외국인이 이를 누리지 못하도록 하는 것이 허용된다는 취지였던 것으로 보인다.

어쨌든 이러한 제헌헌법 제7조 제2항이 그 조문위치와 자구만 약간 바뀐 채 현행 헌법 제6조 제2항에 이르기까지 계속 계승되어 왔는바, 이 조항을 외국인의 기본권주체성과 연관시키지 않고 이른바 ‘상호주의’에서만 그 의미를 찾는 것은 이 조항의 원래의 입법취지에 충실한 해석이라고 하기 힘들다.

## 2. ‘기본권조항’과 ‘기본권편입조항’

일반적으로, 주관적 공권은 ① 국가 등 공권력주체에 대해 구속적인 일정한 규율, 즉 강행법

43) 유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954, 54-55쪽.

규가 존재하고, ② 그 강행법규의 취지가 적어도 개인의 이익도 보호하는 데 있다고 인정되며, ③ 그리하여 개인이 국가 등 공권력주체에게 그 강행법규에 따른 일정한 작위나 부작위를 요구하거나 소송으로 이를 관철할 수 있다고 할 때 성립한다고 파악되고 있다.<sup>44)</sup> 기본권도 일종의 주관적 공권에 해당하는바, 전술한 성립요건은, 관련 강행법규가 헌법조항이라는 점만 제외하고는, 기본권의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 바꿔 말해, 국가 등을 일정하게 구속하는 규율이면서 동시에 그 취지가 개인의 이익을 보호하려는 데 있는 규정이 헌법전에 존재한다는 것은, 해당 기본권의 성립을 인정하기 위한 기본적 전제인 것이다.

한편, 어느 헌법조항이 기본권의 근거가 되는 조항, 즉 ‘기본권조항’에 해당한다고 인정되기 위해서는 단지 ‘기본권관련적 규율’을 담고 있다는 것만으로는 충분하지 않고, 그 자체가 ‘해당 기본권의 생성원천(Erzeugungsquelle)’으로서 기능할 수 있을 것이 요구된다.<sup>45)</sup> 예컨대, 우리 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 한계를 설정한 점에서 ‘기본권관련적 규율’에 속한다고 할 수 있으나, 그 자체가 특정한 기본권의 생성원천이 될 수 있는 것은 아니므로, 기본권조항이라고 할 수 없다. 통상적으로, ‘기본권조항’이라고 하면, 적어도 일정한 ‘보장내용’을 규정하고 있어서<sup>46)</sup> 그로부터 ‘직접’ 또는 ‘해석을 통해’ 개별 기본권의 보호영역을 도출할 수 있어야 한다.<sup>47)</sup>

이상과 같이, 기본권은 헌법전 내 ‘기본권조항’의 존재에 의존하고 있으며, 기본권조항은 원칙적으로 그 자체 일정한 ‘보장내용’을 담고 있어야 한다. 하지만 헌법전에서 그와 같은 기본권조항을 두지 않은 경우에는 기본권이 성립할 가능성이 전혀 없는 것인가? 앞서 언급한 오스트리아의 사례는 이에 대한 예외를 인정할 필요성을 잘 보여 준다. 즉, 헌법전에서 직접 일정한 보장내용을 가진 기본권조항들을 일일이 명시하고 있는 것은 아니지만, 특정한 국제인권규약상 인권규정에 대해 일괄적으로 헌법적 서열을 부여하기로 하는 조항을 됴으로써, 결과적으로 그 인권규정들로부터 개별 기본권들을 도출할 수 있게끔 할 수도 있는 것이다. 이처럼 국제인권규약에 규정된 인권규정과 특정한 기본권의 성립을 가교하는 헌법조항을 ‘기본권편입조항’이라고 일컫는다면, 결국 기본권은 ‘기본권조항’에 의해서뿐만 아니라, ‘기본권편입조항’의 매개에 의해서도 도출된다고 말할 수 있을 것이다.

44) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, W.Kohlhammer, 1914, 224쪽; 김동희, 행정법 I, 박영사, 2016, 88쪽 이하; 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2016, 105쪽 이하; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2017, 156쪽 이하 참조.

45) Merten(주 38), Rn. 61 참조.

46) 한수웅(주 2), 376쪽 이하 참조.

47) Merten(주 38), Rn. 57 참조.

### 3. 헌법 제6조 제2항의 기능

우리 헌법에는 오스트리아의 경우처럼 특정한 국제인권규약에 대해 명시적으로 헌법적 서열을 부여하는 규정은 없다. 하지만 그렇다고 독일의 경우처럼 전체적인 헌법규정체계에 비추어 기본권편입이 사실상 봉쇄되어 있다고 단정하기도 어렵다. 독일 기본법에서는 그에 상응하는 규정을 발견할 수 없는 헌법 제6조 제2항이 존재하기 때문이다.

#### (1) 헌법 제6조 제2항의 부재를 가정할 경우 해석론

만약 헌법 제6조 제2항이 없었다고 가정하면, 인권의 기본권편입 가능성을 둘러싼 독일에 서의 논란이 우리나라에서도 유사한 형태로 재현될 수 있었을지도 모른다. 즉, 한편에서는, 우리 헌법 제10조 제2문이 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있으므로, 국제인권규약상 인권이 바로 이 조항에 의하여 헌법적 서열을 획득하는 것으로 보자는 견해가 나올 수 있다. 그리고 이에 대해 다른 한편에서는, 헌법 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 할 때 “국내법과 같은 효력”이란 어디까지나 ‘헌법하위적 법령의 효력’을 의미한다고 할 것이고, 만약 이렇게 해석하지 않고 국제인권규약상 인권이 그 자체로 헌법적 서열을 가지는 것으로 인정한다면, 그런 한에서 결과적으로 헌법 제128조 내지 제130조에 규정된 절차를 따르지 아니한 채 실질적인 헌법개정을 하는 것을 용인하는 셈이 된다면, 위 견해에 반대하는 견해가 제기될 여지도 충분히 있다.

위 두 견해만 가지고 평가하면, 일견 후자의 견해는 법리적으로 상당히 설득력이 있다. 먼저, 국제인권규약도 조약의 일종이고, 조약이 국내법과 같은 효력을 가지기 위해서는 일단 헌법적으로 유효하게 체결·공포되어야 한다(헌법 제6조 제1항). 국제인권조약이라고 할지라도, 만약 그 체결·공포에 이르기까지 절차적인 측면에서 혹은 내용적인 측면에서 헌법에 위배되는 것으로 평가된다면, 그 효력을 유지할 수 없고, 헌법부칙 제5조도 바로 이러한 이치를 반영하고 있다고 할 것이다. 그러므로 국제인권규약 자체는 헌법하위적 법령으로서 효력만 가진다고 보아야 한다. 설령 국제인권규약상의 인권이 내용적으로는 헌법 제10조 제2문에서 말하는 ‘기본적 인권’에 완전히 부합한다고 할지라도, 이는 국제인권규약 자체가 헌법적 효력을 가진다고 말할 수 있는 근거가 되지 못한다. 그것은 어떤 법률규정이 내용적으로 기본권을 충실히 구체화하였다고 해서 그 자체로 헌법규정으로 간주되지 않는 것과 마찬가지로, 또한 만약 그런 법률규정 그 자체에 대해 헌법적 효력을 인정한다면, 그로써 헌법개정

절차가 사실상 잠탈되는 것 같은 결과가 빚어지리라는 것도 비교적 확연히 추론할 수 있다.

하지만 이와는 별개로, 전자의 견해도 일면 타당한 부분이 있음을 간과해서는 안 될 것이다. 국제인권규약상의 인권이 우리 헌법 제10조 제2문의 '기본적 인권'과 내용적으로 완전히 부합한다고 할 때, 그 국제인권규약상 인권을 침해하는 법률은 결과적으로 위헌이라고 평가될 수밖에 없다. 주의할 것은, 여기서 위헌성은 법률이 국제인권규약을 위반했다는 것 자체에 있는 것이 아니라, 우리의 실정헌법조항인 헌법 제10조 제2문을 위반했다는 데 있다는 사실이다.

이른바 '국제법 존중주의'를 매개로 법률에 대해 실질적인 위헌심사를 해 온 실무관행은, 비록 그 논거에서는 동의하기 어렵지만, 적어도 결론에서는 수긍할 수 있는 이유도 바로 여기에 있다. 다시 말해, 일반적으로 조약에 대해 국내 법률과 대등한 효력을 인정한다고 하더라도, 그리하여 양자가 상호 저촉할 때 신법우선의 원칙에 따라 그 효력 여부를 판단한다고 하더라도, 그것만으로 '국제법 존중주의' 위배여서 헌법에 위반된다고 말할 수는 없다. '국제법 존중주의'는 반드시 조약에 대해 국내 법률보다 상위의 효력을 부여함으로써만 실현될 수 있는 것이 아니다. 국내 법률과 대등한 효력을 부여하는 것 자체도 '국제법 존중주의'의 가능한 실현형태 중 하나라 하겠다.<sup>48)</sup> 따라서 어떤 법률이 국제인권규약에 위배된다고 해서, '국제법 존중주의 위반'이고 그래서 바로 '위헌'이라고 결론내리는 식의 논증은 별로 타당하지 않다. 나아가, '국제법 존중주의'의 의의를 이와 같이 파악할 때, 헌법조항, 그 중에서도 특히 기본권조항을 '국제인권규약에 합치되게 해석해야 한다는 요청' 역시 '국제법 존중주의' 자체로부터는 도출되지 아니한다고 할 것이다. 하지만 '국제법 존중주의' 대신에 '헌법 제10조 제2문'을 대입한다면, 이야기가 달라진다. 즉, 법률이 국제인권규약을 위배하였다는 것은 '헌법 제10조 제2문 위반의 하나의 징표'가 된다고 할 수 있고, 바로 그런 차원에서 법률의 위헌성 심사에 국제인권규약을 끌어들이 수 있게 된다. 또한 '헌법 제10조 제2문'은 비단 입법자뿐만 아니라, 헌법재판소에 대해서도 구속적인 실정헌법규정이자, 같은 조 제1문의 '인간으로서의 존엄과 가치'와 더불어 헌법해석의 지도이념으로서 기능한다고 볼 수 있다. 그리고 그러한 연장선상에서 기본권조항의 해석시 국제인권규약 체결의 의미를 반추하는 것도 요청된다고 할 것이다.

이렇게 볼 때, 국제인권규약이 그 자체로 헌법규정으로 전환되는 것은 아니라고 할지라도, 헌법 제10조 제2문의 후견기능 하에 사실상 '법률상위적 효력'을 접하는 것 같은 결과가

48) 대법원 2005. 5. 13.자 2005초기189 결정: "헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것이 아닐뿐더러.....".

초래될 수 있다. 물론, 이것은 어디까지나 기존의 실정헌법규정인 헌법 제10조 제2문을 적극적으로 해석·적용한 결과인바, 논리적으로 ‘헌법개정절차 잠탈의 위험’을 야기하지도 않는다.

그러나 그렇다고 해서 국제인권규약상의 인권의 향유주체에게 기본권주체로서의 지위까지 당연히 인정되지는 않는다. 설령 위헌법률심판절차에서 국제인권규약상의 인권이 실질적으로 법률의 위헌성을 판단하는 데 결정적인 잣대로 기능할 여지가 있다고 하더라도, 그것은 어디까지나 헌법 제10조 제2문의 규범력에 따른 반사적 효과일 뿐이고, 국제인권규약상 인권이 그로 말미암아 곧바로 헌법적 서열을 가진 기본권으로 그 법적 성격이 전환되는 것은 아니다.

또한 국제인권규약상 인권침해 여부가 문제되는 상황에서 헌법 제10조 제2문이 직접 일종의 ‘기본권조항’으로 기능하리라고 기대하기도 어렵다. 이 조항의 문언은 일차적으로 국가의 객관적 의무를 규정하는 취지로 비칠 뿐, 개인에게 직접 특정한 기본권을 보장한다는 인상을 주지는 않는다. 비록 ‘개인이 가지는 불가침의 기본적 인권’을 거론하고 있으나, 그러한 ‘기본적 인권’은 헌법 제10조 제2문에 의해 비로소 성립한 것이라기보다는, 이 조문의 규정 이외의 다른 근거에 의해 이미 성립하여 있고, 헌법 제10조 제2문은 단지 국가에게 그 확인 및 보장의무를 부여한 것으로 풀이된다. 그런 관점에서 헌법 제10조 제2문은 그 자체가 특정한 권리를 도출하는 근거로 기능한다고 볼 수 없다.

이처럼 헌법 제10조 제2문이 국제인권규약상 인권을 기본권으로 전환시키는 것도 아니고, 그 자체가 기본권조항으로 기능하는 것도 아니라고 한다면, 국제인권규약상 인권의 향유주체는 해당 인권의 침해나 혹은 헌법 제10조 제2문의 위반만 이유로 해서는 헌법소원심판을 청구하지 못한다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원심판은 오로지 ‘헌법상 보장된 기본권’의 침해를 주장하는 한에서만 청구할 수 있기 때문이다.

## (2) 헌법 제6조 제2항의 존재를 전제할 경우 해석론

그런데 이러한 상황은 헌법 제6조 제2항이라는 또 하나의 변수가 등장함으로써 변화할 수 있게 된다. 이에 본격적으로 들어가기에 앞서, 우선 이 조항 자체의 특성부터 살펴보면, 헌법 제10조 제2문과는 달리, 제6조 제2항은 ‘국가’를 주어로 하고 있지 않고, ‘외국인’을 주어로 하고 있다. 또한 그 술어는 ‘지위가 보장된다’로 되어 있는데, 이러한 표현은 헌법 제23조 제1항 제1문(“재산권은 보장된다”)에서 유사한 사례를 발견할 수 있는 것에서 알 수 있듯이 일종의 주관적 공권을 규정한 취지로 해석할 소지가 많다. 즉, ‘외국인은 그 지위가 보장된다’고 함은, 국가는 외국인에 대해 그 지위를 보장할 의무가 있고, 외국인은 그 지위의

보장을 국가에 청구할 수 있다는 의미라고 풀이할 수 있는 것이다. 더구나, 앞서 살펴본 헌법 제6조 제2항의 도입경위에서 알 수 있듯이, 이 조항은 '외국인'에게도 국민에 대한 기본권에 상응하는 법적 지위를 보장하려는 데 그 취지가 있었다. 그러므로 헌법 제6조 제2항을 외국인에게 헌법상 주관적 공권을 부여하는 조항이라고 간주하더라도 그리 무리는 아니다.

다만, 헌법 제6조 제2항은 통상의 기본권조항과 달리, 그 보장내용이 매우 포괄적이다. 그 법문에서 사용된 '지위'라는 개념 자체가 온갖 종류의 자유와 권리를 모두 함축할 수 있을 만큼 광범위하다. 물론, '국제법과 조약이 정하는 바에 의하여'라는 수식어가 삽입됨으로써, 헌법 제6조 제2항에서 말하는 '지위'의 범위가 어느 정도 한정되는 측면이 분명히 있기는 하다. 하지만 이 역시 뒤집어 말하면, 헌법 제6조 제2항은 구체적으로 어떤 자유와 권리를 보장한다는 것인지 그 실제적 보장내용에 관하여는 스스로 규율함이 없이, '국제법과 조약에 따른 지위'라는 단지 형식적인 요소들로 구성된 보장내용만 규정하고 있다는 이야기도 된다.

한편, '국제법과 조약'은 그 자체로 헌법적 서열을 가지는 것은 아니다. 그러므로 이들은 자신과 동급 이상의 서열을 가지는 헌법하위적 법령에 의해서도 얼마든지 폐기될 수 있다. 이것은, 헌법 제6조 제2항에서 '외국인의 지위를 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장할 것'을 규정하고 있거나 그에 따라 외국인에게 일종의 헌법상 주관적 공권이 인정된다고 하더라도, 달라지지 않는다. 이 조항에서 규정한 바는 어디까지나 '국내에서 유효하게 존속하는 국제법과 조약에 의하여 외국인의 지위를 보장한다'는 것일 뿐이고, 국제법과 조약의 개정 내지 폐기의 가능성 자체는 아니기 때문이다.

그런데 헌법 제6조 제2항과 제10조 제2문이 서로 결합하면 또 이야기가 달라진다. 즉, 이미 앞서 설명한 바와 같이, 국제인권규약상 인권이 내용적으로 헌법 제10조 제2문의 '기본적 인권'과 전적으로 부합한다고 인정될 경우, 전자의 인권은 후자의 헌법규정의 후견에 의해 실질적으로 법률의 위헌성 심사의 기준으로도 기능할 수 있게 된다. 이 경우 거꾸로 법률로써 국제인권규약상의 인권을 폐기하는 것은 헌법 제10조 제2문에 위배되는 결과가 되므로 가능하지 않다. 여기에 더하여 헌법 제6조 제2항까지 적용되면, 그 인권은 이제 이 조항에서 말하는 '지위'의 실제적 보장내용으로 그대로 전사(轉寫)됨으로써, 외국인에게 보장되는 '헌법상 주관적 공권'으로서 거듭나게 된다. 이렇게 탄생한 '헌법상 주관적 공권'은 형식적 면에서나 실제적 면에서나 모두 헌법적 서열의 보장내용을 가진 것으로서, '기본권'의 반열에 넣더라도 전혀 손색이 없다.

### (3) 헌법 제6조 제2항의 성격

이러한 견지에서, 헌법 제6조 제2항은 제10조 제2문과 결합 하에 일종의 ‘기본권조항’으로 기능한다고 할 수 있다. 하지만 그 실제적 효과는 사실상 국제인권규약상 인권을 기본권으로 편입시킨 것이나 다를 바 없다는 측면에 초점을 맞추면, 실질적으로 ‘기본권편입조항’의 변형된 형태라고 간주하더라도 완전히 틀린 것은 아니라고 할 것이다. 다만, 원래의 의미의 ‘기본권 편입조항’은 국제인권규약상의 인권 자체가 헌법상의 기본권으로 전환되도록 하는 것이라고 한다면, 헌법 제6조 제2항은 국제인권규약상 인권의 실제적 보장내용만 따와 이를 자신이 가진 주관적 공권의 작동기계에 결합시킨다는 점에서 양자는 차이가 있다. 따라서 설령 헌법 제6조 제2항을 매개로 국제인권규약상 인권의 내용이 우리 기본권체계 내로 대거 유입된다고 하더라도, 이는 어디까지나 실정헌법규정인 헌법 제6조 제2항을 적극적으로 해석·적용한 결과일 뿐이므로, 애당초 ‘헌법개정절차 잠탈의 위험’과는 무관하다.

나아가, 가사 헌법 제6조 제2항을 전형적인 ‘기본권편입조항’으로 분류한다고 하더라도, 그에 따른 인권의 기본권편입이 꼭 헌법 제6조 제1항의 규정에 위배된다거나 혹은 헌법 제128조 내지 제130조에 규정된 헌법개정절차를 잠탈하는 결과가 된다고 볼 수는 없다. 그것은, 첫째로 만약 헌법 제6조 제2항에서 보장하기로 한 외국인의 지위가 ‘헌법상 주관적 공권’으로서가 아니라, 단지 ‘헌법하위적 서열의 권리’로서만 인정되게 하려는 의도였다면, 헌법 제6조 제2항은 처음부터 있으나마나하여 존재할 이유가 전혀 없었다고 해도 과언이 아니다. 헌법 제6조 제1항의 규정만으로도 그런 ‘헌법하위적 서열’은 얼마든지 확보할 수 있기 때문이다. 헌법 제6조 제1항이 있음에도 굳이 같은 조 제2항을 도입한 것은 바로 ‘헌법적 서열을 가지는 공권’으로서의 성격을 인정해 주기 위한 데 그 취지가 있었다고 해석할 수밖에 없고, 그런 점에서 헌법 제6조 제2항은 오히려 같은 조 제1항에 대한 특칙에 해당한다고 할 수 있다.

둘째로, 앞서 독일의 사례에서는 기본권편입에 관하여 명시적인 헌법규정이 없이 단지 해석에 의존해서만 기본권편입을 인정할 수 있겠는가 하는 맥락에서 헌법개정절차 잠탈의 우려가 제기되었다. 하지만 오스트리아의 사례에서처럼, 기본권편입에 관하여 명문의 규정을 헌법제정 내지 개정에 의해 도입하였다면, 그로써 헌법제정 내지 개정의 요건은 충족되었다고 할 것이지, 기본권에 편입되는 인권규정 자체에 대해 일일이 헌법개정절차를 밟지 않으면 안 된다고 요구할 수는 없다. 마찬가지로, 우리 헌법의 제정 및 개정에 의해 제6조 제2항과 같은 명문의 규정을 도입한 이상, 기본권편입되는 인권규정에 대해 일일이 헌법개정절차를 밟도록 요구할 수는 없다 할 것이다. 물론, 오스트리아의 경우 기본권편입조항에서 어떠한 인권규약상 인권을 기본권으로 편입할 것이지를 구체적으로 특정하고 있는 데 반해, 우리

헌법 제6조 제2항에서는 기본권편입대상인 인권규약을 구체적으로 특정하고 있지 않은 점에서 양자의 차이가 있기는 하다. 하지만 기본권편입에 관해 얼마만큼 개방적인 태도를 취할지는 어디까지나 헌법제정권자가 결단할 사항이라고 할 것이고, 그러한 결단이 개별 실정헌법규정을 통해 일단 명시된 이상, 헌법개정절차 잠탈의 우려를 내세워 이를 저지할 수는 없다고 생각한다.

## V. 우리 헌법상 국민에 대한 인권보장과 기본권

### 1. 문제의 소재

국제인권규약상 인권은 기본적으로 외국인뿐만 아니라 우리나라 국민에게도 인정된다. 하지만 헌법 제6조 제2항은 외국인에 대하여만 국제인권규약상 인권의 보장내용을 기본권으로서 향유할 수 있게끔 하고 있다. 이로 말미암아 오히려 국민이 역차별을 받게 되는 것이 아니냐는 의문이 제기될 소지도 있다. 그러나 결론적으로 그러한 시비 제기는 헌법 제37조 제1항의 존재를 간과한 것이어서 정당하지 않다.

### 2. 헌법 제37조 제1항의 입법취지

헌법 제37조 제1항에서는 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이러한 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리 조항은 1948년 제헌헌법 이래 그 조항 위치나 일부 문구만 바뀌었을 뿐, 계속 존속해 오고 있다.

이 규정의 취지에 관하여 유진오는 다음과 같이 설명한 바 있다.

“本條는 前 各條에 列記한 國民의 自由와 權利는 例示에 지나지 않는 것으로서 國家는 前記 以外의 國民의 모든 自由와 權利도 尊重하여야 하는 것이며, 秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 境遇에 法律에 依하지 아니 하고는 이를 任意로 制限할 수 없음을 規定하였는데, 이것은 第二章 「國民의 權利義務」의 基本原則 卽 法治主義의 原則을 宣命한 重要한 規定이라 할 수 있는 것이다.”<sup>49)</sup>

49) 유진오(주 43), 100쪽.

이에 의할 때, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리도 헌법에 명시적으로 열거된 기본권과 마찬가지로 보호되어야 하며, 그 제한 역시 헌법 제37조 제2항과 같은 기본권제한의 일반적 한계를 준수할 것이 요구되는바, 결국 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 실질적으로 기본권으로서 취급된다는 것을 전제하고 있다고 하겠다.

### 3. 헌법 제37조 제1항의 기능

하지만 헌법에 명시적인 근거규정이 없음에도 과연 기본권의 성립을 인정할 수 있는가? 만약 인정한다면, 그것은 이 글의 서두에서 전제한 ‘기본권’의 개념, 그 중에서도 특히 ‘실정헌법성’에 정면으로 반하는 결과가 되지 않는가?

실제로 학설 중에는 헌법 제37조 제1항은 ‘기본권조항’이라기보다는 “헌법해석의 지침을 담고 있는 객관적인 규정”<sup>50)</sup> 내지 일종의 ‘주의적·확인적 의미’만 있는 규정으로 보는 견해도 있다.<sup>51)</sup> 헌법 제10조 제1문의 ‘인간의 존엄성’이나 ‘행복추구권’이라는 포괄적인 보장내용을 가진 기본권조항이 존재하는 이상, 헌법 제37조 제1항과 같이 구체적 보장내용을 가지지 않은 조항으로부터 기본권을 도출하려고 할 필요가 거의 없다는 판단이 그 배경을 이룬다.

또한 헌법 제37조 제1항이 불문의 기본권을 도출하는 근거조항으로서 기능할 수 있음을 인정하는 견해도, 이 조항이 독자적으로 기본권 도출의 근거가 된다고보다 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄성’이나 ‘행복추구권’ 등과 결합하여 기본권조항이 되는 것으로 파악하거나 그런 불문의 기본권을 인정하는 실체적 기준을 헌법 제10조 등으로부터 추출하려는 경우가 많다.<sup>52)</sup>

이러한 학설의 상황은 헌법 제37조 제1항이 기본권조항으로 보기에 지나치게 불완전한 구조로 되어 있음을 반영한다. 즉, 헌법 제37조 제1항에는 기본권의 보장내용이 전혀 나타나 있지 않다. 또한 그 문언은 이 조항으로 말미암아 비로소 어떤 개별 기본권이 창설된다는 인상을 주기보다는, 오히려 이 조항과 무관하게 성립한 국민의 자유와 권리가 경시되어서는 안 됨을 규정한 데 그치는 것처럼 보인다.

그럼에도 ‘헌법에서 달리 도출근거를 찾기 어렵지만 전술한 헌법 제37조 제1항의 입법취지에 따라 여전히 기본권적 보호를 할 만한 자유와 권리’를 찾아야 한다면, 그에는 적어도 헌법 제10조 제2문에서 말하는 “불가침의 기본적 인권”에 해당하는 자유와 권리가 포함될 것이다.

50) 한수용, 헌법상의 인격권, 헌법논총 제13집 (2002), 635쪽.

51) 권영성(주 2), 311쪽.

52) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 209쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2012, 335쪽; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2015, 21쪽.

나아가, 국가가 ‘불가침의 기본적 인권’을 확인하고 보장할 의무를 행하는 일환으로서 각종 국제인권규약에 가입하는 것이라고 할 때, 해당 국제인권규약상의 인권은 결과적으로 헌법 제37조 제1항에서 말하는 ‘헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리’의 중요한 부분을 이룰 것이라고 추론할 수도 있다. 이 때 중요한 것은, 그러한 인권이 단지 법률적 권리로 보호받는 데 그치는 것이 아니라, 헌법에 열거된 기본권과 대등한 수준의 보호를 받아야 하고, 이것이 바로 헌법 제37조 제1항의 입법취지이기도 하다는 점이다.

이렇게 볼 때, 헌법 제37조 제1항의 도입이유는 이 조항 자체가 ‘기본권조항’으로 기능하도록 하는 데 있다기보다는, 국가가 헌법 제10조 제2문에 따른 의무의 이행 차원에서 확인한 ‘불가침의 기본적 인권’을 기본권으로 고양시켜 보호하고자 하는 데 있다고 해석할 여지가 크다. 즉, 헌법 제37조 제1항은 일종의 ‘기본권편입조항’에 해당한다고 봄이 상당하다.

## VI. 결어

이상의 내용을 정리하면, 우선, 국제인권규약이라고 할지라도 국내에서 그 효력이 인정되기 위해서는 우리 헌법에 의하여 체결공포되어야 하고(헌법 제6조 제1항), 만약 어떠한 사유에서든지 헌법에 위배된다면 그 효력은 부정될 수밖에 없다(헌법 부칙 제5조). 그러므로 헌법 헌법의 규정체계 하에서 국제인권규약 자체는 원칙적으로 헌법하위적 효력을 가지는 것으로 전제함이 상당하다. 이는 국제인권규약상 인권 역시 그 자체로는 헌법적 서열이 부정됨을 의미하며, 그런 점에서 기본권과 구별된다.

하지만 유럽인권규약에 헌법적 서열을 인정하는 명문의 규정을 둔 오스트리아의 사례에서 알 수 있듯이, ‘인권’과 ‘기본권’의 준별은 특별한 헌법규정의 존재에 의해 상대화될 여지도 있다. 우리나라의 경우 헌법 제6조 제2항과 제37조 제1항이 바로 그런 조항이라고 할 것이다.

즉, 국제인권규약상의 인권이 내용적으로 헌법 제10조 제2문에서 말하는 ‘기본적 인권’과 부합한다고 볼 수 있는 한에서, 헌법 제6조 제2항은 해당 국제인권규약에 의하여 외국인에게 보장된 인권을 우리 헌법상으로도 보장함을 선언한 취지이다.

또한 헌법 제37조 제1항은 국민에 대하여 헌법에 열거되지 않은 자유와 권리도 헌법상 기본권에 준하여 보장할 것임을 규정하고 있는바, 국제인권규약에 의하여 국민에게 보장된 인권이 바로 이 조항에서 말하는 ‘헌법에 열거되지 않은 자유와 권리’에 속하는 것으로 인정될 수 있는 한에서, 그것을 실질적으로 기본권으로 편입시키는 기능을 한다고 하겠다.

이러한 해석론을 전제할 경우, 첫째 외국인의 기본권주체성을 인정하기 위해 굳이 ‘권리성 질론’에 의존할 필요가 없게 된다. ‘권리성질론’은 헌법의 문언해석적 한계를 넘어 헌법재판소가 일종의 판례법 형태로 창설한 것인데, 외국인의 기본권주체성이 인정되는 범위에 관한 분명한 기준을 제시하지 못하고 다소 순환논법에 의존하는 양상을 보이는 점에서 법도그마틱적으로 문제가 있다. 반면, 이 글에서 제안한 바에 따라 헌법 제6조 제2항을 헌법 제10조 제2문과 더불어 외국인의 기본권을 도출하는 헌법적 근거로 본다면, 막연한 선형적 판단에만 의지하여 외국인의 기본권주체성을 논하던 종래의 관행을 지양할 수 있을 뿐만 아니라, 헌법이나 국제인권규약 규정에 대한 해석을 통해 외국인에게 인정되는 기본권의 보장내용을 좀 더 확실히 제시할 수 있는 장점이 있다고 생각한다.

둘째, 헌법 제37조 제1항의 기능이 국민에게 인정되는 국제인권규약상의 인권을 기본권으로 고양시켜 보장하는 데 있다고 파악할 경우, 헌법 제6조 제2항이 외국인에 대해서만 국제인권규약에 따른 지위를 보장하는 데에서 생기는 역차별의 우려를 불식시킬 수 있을 뿐만 아니라, 국제인권법의 발전추세에 보조를 맞추어 국민에게 기본권보호의 폭을 더 넓히는 계기를 제공할 수 있을 것으로 기대된다.

다만, 이 글의 논지와 같이 국제인권규약상 인권의 보장내용이 기본권체계에 유입되도록 한다고 할 때, 국제인권규약상 인권규정과 헌법상 기본권규정이 상이한 데에서 오는 규범저촉의 상황을 어떻게 해결할지가 문제될 수 있다. 여기서는 일단 이 문제에 관한 고찰에까지 나아가지는 않았는바, 이를 추후 연구할 과제로서 남겨 두고자 한다.

## | 참고문헌 |

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.  
계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.  
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.  
김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2016.  
김동희, 행정법 I, 박영사, 2016.  
김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.  
김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018.  
류병운, 국제법, 형설출판사, 2016.  
박균성, 행정법론(상), 박영사, 2017.  
박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990.  
박진완, 국제법의 헌법화, 유원북스, 2015.  
성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.  
양진, 헌법강의, 법문사, 2016.  
유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954.  
이장희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.  
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.  
정인섭, 신 국제법강의, 박영사, 2016.  
한수용, 헌법학, 법문사, 2019.  
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2012.  
홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.  
홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2015.
- 김태천, 재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행, 국제법평론 제20호 (2004).  
류성진, 헌법재판에서 국제인권조약의 원용가능성, 아주법학 제7권 제1호 (2013. 6).  
박선욱, 국제인권조약의 국내적 적용, 법학연구 제49집 (2013. 3).  
박찬운, 국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰, 법조 제609호 (2007. 6).

- 박찬운, 국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격, 인권과 정의 제364호 (2006. 12).
- 우기택, 국제인권법의 국내 이행 과제, 경희법학 제51권 제2호 (2016. 6).
- 이명웅, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 제83호 (2005. 2).
- 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의, 서울대학교 법학 제55권 제1호 (2014. 3).
- 이주영, 사회권규약의 발전과 국내적 함의, 국제법학회논총 제61권 제2호 (2016. 6).
- 장영수, 국제인권규약의 국내법적 의의와 효력, 고려대 법학논집 제34집 (1998).
- 전광석, 다문화사회와 사회적 기본권, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6).
- 전종익, 헌법재판소의 국제인권조약 적용, 저스티스 제170-2호 (2019. 2).
- 정종섭, 기본권의 개념에 관한 연구, 서울대학교 법학 제44권 제2호(2003. 6).
- 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰, 헌법실무연구 제13권 (2012).
- 조홍석, 국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성, 저스티스 제32권 제3호 (1999. 9).
- 한수웅, 헌법상의 인격권, 헌법논총 제13집 (2002).
- 허종렬, 국제인권규약의 국내법적 효력과 헌법, 성균관법학 제5호 (1994).
- Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, W.Kohlhammer, 1914.
- Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H.Beck, 2008.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte, C.F.Müller, 2016.
- Walter, Robert/Mayer, Heinz, Grundriß des österreichischen Bundes-Verfassungsrechts, Manz, 1992.
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht, CH.Beck, 2008.
- Bleckmann, Albert, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994.
- Bryde, Brun-Otto, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 2003.

Vázquez, Carlos Manuel, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, 89 Am. J. Int'l L., 1995.

Isensee, Josef, Positivität der und Überpositivität der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006.

Merten, Detlef, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006.

Zuleeg, Manfred, Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich, EuGRZ 2005.

## | Abstract |

In dieser Arbeit geht es um das Verhältnis zwischen Internationalen Pakten über Menschenrechte und den Grundrechten in der Verfassung. Einen Anstoß zu dieser Untersuchung liefert eine Vorschrift, nämlich Art. 6 Abs. 2 KV. Sie lautet: die Stellung von Ausländern, wie sie durch das Völkerrecht bzw. Staatsverträge bestimmt wird, ist zu gewährleisten. Das heißt, wenn Ausländer nach einem Internationalen Pakt eine Menge von Menschenrechten haben, können sie geltend machen, dass der Staat ihre Menschenrechte beachten muss. In diesem Zusammenhang sollte man zwischen jenen Menschenrechten als solchen und diesem Beachtungsanspruch unterscheiden. Die Ersteren sind nach dem Internationalen Pakt bestimmt, während der Letztere nach dem KV selbst bestimmt ist. Meiner Meinung nach ist ein derartiger Anspruch an sich als eine Art Grundrecht zu qualifizieren; er hat nämlich den Verfassungsrang.

Ein Ähnliches gilt auch für Art. 37 Abs. 1 KV. Nach dieser Vorschrift dürfen die Freiheiten und Rechte der Staatsbürger nicht deswegen vernachlässigt werden, weil sie nicht in der Verfassung enumeriert sind. Das heißt, 'die Freiheiten und Rechte der Staatsbürger' im Sinne von Art. 37 Abs. 1 KV sind genauso wie diejenigen Grundrechte, die in der Verfassung enumeriert sind, zu gewährleisten. Meines Erachtens gehören Menschenrechte, die durch eine Reihe von Internationalen Pakten über Menschenrechte bestimmt sind, den Freiheiten und Rechten der Staatsbürger im Sinne von Art. 37 Abs. 1 KV. Somit können die Staatsbürger im Ergebnis geltend machen, dass jene Menschenrechte aufgrund Art. 37 Abs. 1 KV in den Katalog ihrer subjektiven öffentlichen Rechte mit Verfassungsrang, d.h. ihrer Grundrechte, inkorporiert sind.

**Keywords:** Menschenrecht, Grundrecht, Pakte über Menschenrechte, Art. 6 Abs. 2 KV, Art. 37. Abs. 1 KV

## 정보통신기술을 활용한 수사기법에 대한 헌법적 통제: 감청과 위치추적

- 정보통신기기의 위치추적에 대한 헌법적 통제에 관한 소고  
- 이상경
- 첨단감청 시대의 통신비밀 보호방안  
- 오길영



# 정보통신기기의 위치추적에 대한 헌법적 통제에 관한 소고

## A Study on the Constitutional Control on the Location Information Tracking of Information Communication Devices for Investigation Purpose

서울시립대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 (J.D., J.S.D.), 이상경  
 University of Seoul Law School, Professor of Law (J.D., J.S.D.), Sangkyung Lee

### ■ 목 차 ■

|   |    |   |     |
|---|----|---|-----|
| I. 서론   | 79 | (3) 검토  | 93  |
| II. 정보통신기기의 위치추적의 종류와 헌법적 쟁점                              | 81 | 3. 미국 연방대법원의 판례: Carpenter v. United States - 시간 표시된 발신기지국 위치정보 (time-stamped cell-site location information: 'CSLI')와 영장주의 | 95  |
| 1. 정보통신기기의 위치정보의 활용                                       | 81 | (1) 사실관계  | 95  |
| 2. 제한되는 기본권을 포함한 관련 헌법상 쟁점                                | 82 | (2) 판결요지 및 평가   | 96  |
| (1) 개인정보자기결정권   | 83 | IV. 실시간 GPS위치정보 활용의 헌법적 통제  | 100 |
| (2) 통신의 비밀보장  | 83 | 1. 서언   | 100 |
| (3) 사생활의 비밀과 자유   | 84 | 2. 실시간 위치정보의 추적 관련 미국 연방 법원의 판례   | 102 |
| (4) 영장주의 등  | 85 | (1) 서   | 102 |
| III. 발신기지국 위치정보 활용의 헌법적 통제                                | 86 | (2) 관련 판례   | 102 |
| 1. 서언   | 86 | (3) 소결  | 109 |
| 2. 우리 헌법재판소의 결정   | 88 | V. 결론   | 110 |
| (1) 발신기지국 위치추적자료 등 제공요청 사건 (통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인 등) | 88 |   |     |
| (2) 기지국 수사 사건(통신비밀보호법 제13조 제 1항 위헌확인 등)                   | 91 |   |     |

## Ⅰ 국문초록

최근 개인의 위치정보(Location Information)를 활용하는 소위 “위치기반서비스(Location-Based Service)”가 활성화되었다. 이러한 위치정보의 활용은 다양한 편의를 제공함에도 불구하고 여러 가지 헌법적 문제를 발생시킨다. 특히 국가가 개인의 위치정보를 수사목적으로 활용하는 경우, 정보주체의 통신비밀, 사생활의 비밀 및 개인정보 등의 침해로 야기할 수 있다. 따라서 본 논문은 현재 문제 되고있는 위치추적과 관련된 핵심 쟁점을 다음 3가지로 구분하여 논의한다. 먼저 정보통신기기의 위치추적의 종류를 논의하고, 두 번째로 발신기지국 위치추적, 세 번째로 실시간 GPS위치정보 추적에 관해 순서대로 논의한다. 이러한 논의와 더불어 위치추적의 헌법적 통제문제로서 영장주의, 통신비밀의 보장 및 개인정보자기결정권 등 침해 여부에 관해 검토한다.

위치정보를 수사목적으로 활용하는 방법은 다양하다. 크게는 발신기지국 위치정보 추적과 실시간 GPS 위치정보의 추적으로 구별할 수 있다. 발신기지국 위치정보 추적은 다시 2가지로 구별될 수 있다. 첫째는 이동정보통신기기의 사용을 통한 위치추적 방법으로 과거의 발신기지국 접속 정보를 통한 위치추적-우리의 경우 통신확인사실자료의 요청과 관련된 부분-이다. 둘째는 특정한 기지국 내에 존재하는 모든 통신 가입자들에 대한 통신내역과 위치정보를 일괄 제공받는 형태-소위, ‘기지국 수사’-의 위치정보 추적이다. 우리나라 헌법재판소와 미국의 연방법원의 판례를 통해 발신기지국 위치정보의 추적에 관한 헌법적 통제문제를 살펴본다.

다음은 실시간 GPS위치정보의 추적이다. GPS위치정보는 인공위성과 GPS장치 부착 단말기 사이를 신호가 이동하는 시간을 측정하여 단말기의 위치가 파악되는 것으로써, 기술적인 수단이나 추적범위, 추적의 용이성 등의 측면에서 ‘발신기지국 위치정보’와 구별된다. 실시간 GPS위치정보의 추적도 다시 2가지로 구별될 수 있다. 첫째는 GPS위치추적 장치를 부착하여 지속적으로 실시간 추적하는 방법이고, 둘째는 가상기지국을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적방법이다. 실시간 GPS위치정보의 활용은 명문의 근거법률이 없다는 점에서 법률유보 위반 문제와 사생활의 비밀과 자유 등 침해문제를 야기하므로, 활용에 대한 법적 근거를 마련하되 법원의 영장주의를 요건으로 하는 등 엄격하게 인정되어야 한다. 이와 관련된 미국 연방법원의 판례를 고찰함으로써 우리에게 필요한 시사점을 얻고자 한다.

**주제어:** 위치정보, 발신기지국 위치추적, GPS위치추적, 통신의 자유, 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 영장주의

(논문접수일: 2019. 5. 13. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 서론

최근 미국 연방통신위원회(Federal Communications Commission)는 위치정보를 활용하는 위치기반서비스에 대해 “이동 중에 있는 사용자가 그들의 지리학적 위치 소재나 알려진 존재에 대해 파악할 수 있는 기반 서비스”라고 정의하고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 위치정보의 활용은 다양한 편의를 제공함에도 불구하고 여러 가지 헌법적 문제를 발생시킨다. 특히 국가가 이러한 위치정보를 수사목적으로 활용하는 경우 국민의 기본권 침해 우려가 발생한다. 즉, 위치정보의 수사목적 활용은 통신비밀의 보장, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보보호 등과 갈등을 일으킨다. 따라서 본 논문은 위치정보의 수사목적활용과 관련된 핵심 쟁점을 다음 3가지로 구분하여 논의한다. 첫째, 정보통신기기의 위치추적의 종류, 둘째, 발신기지국 위치추적, 셋째, 실시간 GPS위치정보의 추적의 순서로 논의한다. 이러한 논의와 함께 위치추적의 헌법적 통제문제로서 영장주의,<sup>2)</sup> 통신비밀의 보장<sup>3)</sup> 및 개인정보자기결정권 등 침해 여부에 관해 고찰한다.

위치정보를 수사목적으로 활용하는 방법은 다양하다. 크게는 과거의 발신기지국의 위치정보 추적과 실시간 GPS(위성위치확인시스템: Global Positioning System, 이하 ‘GPS’)위치추적으로 구별될 수 있다. 발신기지국 위치정보 추적은 다시 2가지로 구분될 수 있다. 첫째는 이동정보통신기기의 사용을 통한 위치추적 방법으로 과거의 발신기지국 접속 정보를 통한 위치추적-우리의 경우 통신확인사실자료의 요청과 관련된 부분-이다. 둘째는 특정한 기지국 내에 존재하는 모든 통신 가입자들에 대한 통신내역과 위치정보를 일괄 제공받는 형태, 소위, ‘기지국 수사’<sup>4)</sup>이다. 이 두 가지 모두 과거에 축적된 발신기지국 정보를 활용하는 경우에

1) Federal Communications Commission, LOCATION-BASED SERVICES AN OVERVIEW OF OPPORTUNITIES AND OTHER CONSIDERATIONS available at [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DOC-314283A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-314283A1.pdf).

2) 우리나라에서 논의되는 주거에 대한 압수·수색과 영장제도의 문제는 공간적인 사생활의 보호 문제로 국가공권력으로부터 주거의 평온을 보호하는 것으로 헌법 제16조 주거의 자유의 보호 영역이며, 사회공동체에서 개인의 일반적인 생활규범의 보호는 헌법 제17조에서 규정하는 사생활의 비밀과 자유의 보호 영역이다. 주거의 사생활 보호와 사회생활영역의 사생활 보호는 상호불가분의 연관성을 갖고 있기 때문에 미국 연방대법원의 판례는 공·사적 영역에서 일어나는 위치정보 추적의 프라이버시 침해 문제를 부각시키고 있다. 주거의 사생활 보호와 영장주의 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 자세한 논의는 전광석, 한국헌법론(제14판), 집현재, 2019, 338쪽 이하; 성낙인, 헌법학(제19판), 법문사, 2019, 1224쪽 이하; 양건, 헌법학(제8판), 법문사, 2019, 562쪽 이하; 한수용, 헌법학(제4판), 법문사, 2014, 680쪽 이하; 허영, 한국헌법론(제11판), 박영사, 2016, 404쪽 이하 참조.

3) 통신비밀의 보장에 관한 자세한 사항은 전광석(주 2), 351-354쪽; 강태수, 통신의 비밀보장에 관한 연구, 경희법학 제45권 제4호 (2010), 287쪽 이하 참조.

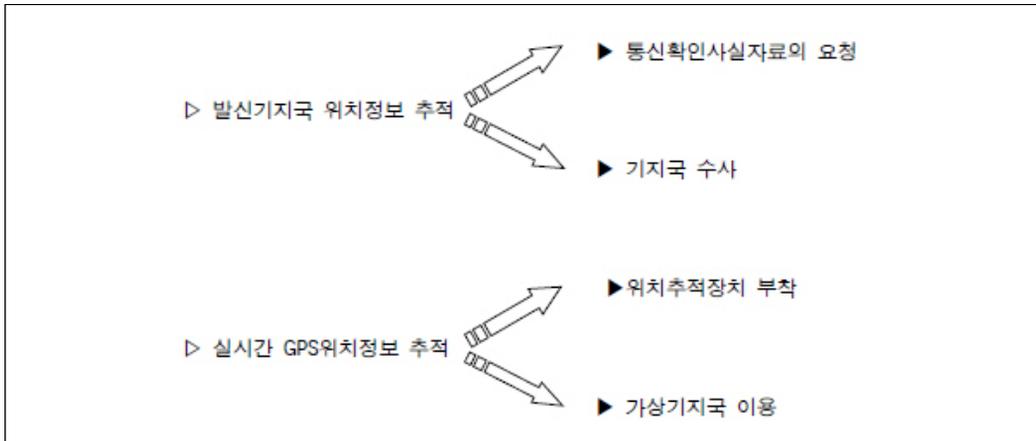
4) 이른바, 기지국 수사의 개념에 대해서는 논란이 있고 학술적으로도 명확히 정의된 개념이 아니라며, 이를 광의와 협의로 나누는 입장에 대해서는 박정훈, 최근의 위치정보에 관한 논의, 그리고 그 평가와 시사 - 미국의 사례를 중심으로, 경희법학 제46권 제4호 (2011), 125-129쪽 참조. 한편, 헌법재판소에 따르면, 기지국 수사란 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호 등을 통신사실 확인자료로 제공받는 수사방식을 말하며, 이는 주로 수사기관이 용의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를

해당한다.

다음은 실시간 GPS위치정보의 추적이다. GPS위치정보는 인공위성과 GPS장치 부착 단말기 사이를 신호가 이동하는 시간을 삼각함수 방법으로 측각 측정하여 단말기의 위치를 파악하는 것으로서 별도의 다변 측정 절차를 거칠 필요가 없어 간명하며 정밀성도 우수하므로, “기술적인 수단이나 추적범위, 추적의 용이성 등의 측면에서 ‘기지국 위치정보’와 구별된다.”<sup>5)</sup> 이러한 GPS 위치정보의 추적도 다시 2가지로 구별될 수 있다. 첫째, GPS위치추적 장치를 부착하여 지속적으로 실시간 추적하는 형태가 있고, 둘째, 소위 가상기지국 (cell site simulator)을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적방법이 있다. 실시간 GPS위치정보의 활용은 명문의 법적 근거가 없으므로 법률유보 위반의 문제가 있다. 또한 실시간 GPS위치정보의 추적은 사생활의 비밀과 자유 등 침해문제를 야기하므로, 실시간 GPS위치정보 활용의 법적 근거를 마련하되 법원의 영장주의를 요건으로 하는 등 엄격하게 인정하여야 한다.<sup>6)</sup>

이상의 위치정보의 활용 형태에 대한 구분을 간단한 표로 보면 다음과 같다.

〈표1. 위치정보의 활용형태〉



두고 발견된 경우, 사건 발생지역 기지국에서 발신된 전화번호들을 추적하여 용의자를 좁혀나가는 수사기법으로 활용된다고 한다. 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538 등. 판례집 30-1하, 602 참조. 특히 헌법재판소가 기지국 수사의 개념을 통신비밀보호법 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실에 대한 수사목적의 확인요청이라고 명확히 하였으므로, 본 논문은 우리 헌법재판소의 태도에 따라 논의한다. 즉, 기지국 수사는 범죄 발생이 의심되는 장소를 관할하는 기지국을 이용한 모든 사람들의 착·발신 시간, 통화 시간, 수·발신 번호 등 사실상 발신인과 수신인의 성명, 발신지, 수신과 발신의 연월일, 통신의 횟수와 시간 및 형태 등 통신에 관한 정보들을 무차별적으로 수집하여 수사에 이용하는 것을 말한다. 이런 점에서 김민지, 수사·정보기관의 통신정보수집에 관한 비판적 연구, 법학연구 제59권 제2호 (2018), 9쪽 각주 23)에서 “현행 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목을 ‘기지국 수사’라고 일컫는다.”라고 서술하고 있는 부분은 오류로 보인다.

5) 홍성욱, 핸드폰 위치추적과 영장주의, Law & Technology 제14권 제4호 (2018), 12쪽.  
 6) 홍성욱(주 5), 3쪽.

아래에서는 앞서 언급한 바와 같이, 위치정보의 활용 형태에 따라 헌법적 통제에 대한 쟁점을 검토하기로 한다. 각 위치정보의 활용 형태에 따라, 현재 우리 법제상의 규율을 살펴보고,<sup>7)</sup> 우리 헌법재판소의 관련 결정과 미국의 연방법원의 판례를 소개한다. 더불어 명문의 법적 근거가 없는 수사목적 실시간 GPS위치정보의 추적에 대해서는 엄격하게 규율되어야 함을 강조한다.

## II. 정보통신기기의 위치추적의 종류와 헌법적 쟁점

### 1. 정보통신기기의 위치정보의 활용

위치정보는 해당 개인의 활동반경이나 이동경로, 취미나 관심사까지도 예측할 수 있는 단서가 될 수도 있다는 점에서 개인의 사생활과 직결되며, 오남용시 심각한 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해가 발생할 우려가 있다.<sup>8)</sup> 먼저 최근 우리 헌법재판소 결정에서 문제되었던 부분은 발신기지국 위치정보(Cell Site Location Information)에 관한 것이다. 휴대전화와

7) 위치정보의 활용과 관련한 현행법으로는 통신비밀보호법, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 및 전기통신사업법 등이 있다. 본 논문에서는 통신비밀보호법과 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률만을 대상으로 논의한다. 왜냐하면, 전기통신사업법상 '통신자료' 제공요청이란 검사, 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국제청장 및 지방국세청장을 포함), 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보 수집을 위하여 전기통신사업자에 대하여 요청하는 것인바, 전기통신사업법상 '통신자료' 제공은 전기통신사업자가 보유하고 있는 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일 등 자료의 열람이나 제출을 의미하는 것이므로(법 제83조 제3항), 통신비밀보호법에 따른 '통신사실 확인자료' 제공과는 그 대상 등에서 구별되기 때문이다. 참고로, 2010년에 전기통신사업법 제83조 제3항과 동일한 내용을 갖고 있던 구 전기통신사업법 제54조 제3항에 대한 헌법소원심판이 청구된 적이 있으나 부적법 각하되었다. 이 사건 심판대상은 ① 피청구인 경기도경찰청장이 전기통신사업자에게 청구인의 주소, 전화번호 등 통신자료의 제공을 요청하여 취득한 행위, ② 구 전기통신사업법 제54조 제3항 중 '수사관서의 장으로부터 수사를 위하여 통신자료제공을 요청받은 때'에 관한 부분이었는데 헌법재판소는 첫 번째 심판대상에 대해서는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다는 이유로, 두 번째 심판대상에 대해서는 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료제공을 요청하더라도 이에 응할 것인지 여부는 전기통신사업자의 재량에 맡겨져 있어서 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니한다는 이유로 각각 부적법 각하결정을 내렸다. 여기에는 3인의 반대의견이 있었는데, 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당하므로 본안에 나아가 위한 여부를 심사함이 타당하고, 심판대상 법률조항은 그 자체로는 직접성 요건을 통과하기 어렵지만 심판대상 통신자료 취득행위에 대하여 위헌선언을 할 경우에는 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 심판대상법률조항에 대하여 부수적 규범통제를 할 수 있으므로 심판대상 법률조항에 대한심판청구를 각하해서는 안된다는 입장이었다. 현재 2012. 8. 23. 2010헌마439, 판례집 24-2상, 645-646 참조.

8) 박경신, "개인정보"의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안 - 익명위치정보, 허가제 및 즉시동의요건을 중심으로 -, 전북대학교 법학연구 제37집 (2012), 193쪽; Kristin E. Edmundson, Note, Global Positioning System Implants: Must Consumer Privacy Be Lost In Order for People to Be Found?, 38 Ind. L. Rev. 207 (2005) 참조.

같은 이동정보통신기기의 작동은 해당 이동통신 사업자가 운영하는 기지국과의 지속적인 연결과 통신을 통하여 이루어지며, 이동정보통신기기의 위치가 이동함에 따라 그 매체는 계속해서 기지국과의 연결을 시도함으로써 네트워크 연결이 지속적으로 이루어진다. 이처럼 이동정보통신기기가 기지국과 연결될 때, 이동정보통신기기는 그 고유의 식별 데이터를 기지국에 전송하게 되는데 이 데이터를 통하여 이동정보통신기기의 위치를 계산할 수 있어, 이동정보통신기기 사용자의 사용 또는 접속 위치를 파악할 수 있게 된다.

또한 이동정보통신기기는 그것이 소재하는 지역에 있는 기지국들 중 가장 강한 신호, 가장 빠른 신호 혹은 가장 가까운 신호를 보내는 기지국을 찾아 연결하도록 설계되어 있기 때문에 진짜 기지국이 아니더라도 '가상기지국'에서 발송하는 가짜 신호를 수용하여 가상기지국에 연결될 수 있다. 이는 뒤에서 언급하고 있는 바와 같이 실시간 GPS위치정보의 추적 수단 방법의 하나로 활용된다.<sup>9)</sup> 민감한 정보인 개인의 위치정보 취득·이용 방법으로 가장 일반화된 것은 GPS위치정보다.<sup>10)</sup> 이는 지구 궤도상에 배치된 다수의 인공위성과 지상에서 인공위성을 통제하는 관제국, 그리고 사용자의 GPS수신기를 활용하여 지리적 위치를 확정하는 방식이다.<sup>11)</sup> 이는 이동정보통신기기를 활용하여 위치기반정보를 수집·활용하는 것으로, 이동통신 기지국과 위치추적 관련 서버 등을 활용하여 위치기반정보를 취득·활용하는 방식이다.<sup>12)</sup>

## 2. 제한되는 기본권을 포함한 관련 헌법상 쟁점

발신기지국의 위치추적자료(과거 기지국 접속 위치정보)의 활용 및 이른바 기지국 수사의 경우 영장주의, 통신비밀의 보장, 개인정보자기결정권 등의 침해 여부가 주요 쟁점이다. 실시간 GPS위치정보 추적의 경우 미국 연방대법원에 따르면 프라이버시와 영장주의가 쟁점이다.

9) 홍성욱(주 5), 4-5쪽.

10) 이상경, 공간지리정보로서의 위치기반서비스 활용의 헌법적 쟁점에 관한 연구 - 미국에서의 논의 및 우리나라에서의 시사점 -, 미국헌법연구 제27권 제1호 (2016), 183쪽.

11) 즉, 인공위성으로부터 GPS 수신기까지의 전파 도달시간과 위성과 수신기 간 거리를 측정·계산한 후 삼각측량법으로 GPS 수신기에 대한 위치를 파악하는 것이다. 일반적으로 GPS를 통하여 위치정보를 취득하고 수집하는 방법은 위치정보활용의 확장성 측면에서 유리하며, 지구상의 모든 지역에서 위치인식이 가능한 장점이 있다. 한편 GPS방식은 차단지역인 실내나 건물 밀집지역과 같은 음영지역에서는 수신신호가 약해지는 것 때문에 때로는 정확한 위치파악과 인식이 어려운 경우가 있으며, 이 때 초기 위치파악에 걸리는 시간이 길어지는 문제점이 있다. Janice Y. Tsai et al., Location-Sharing Technologies: Privacy Risks and Controls, 6 J. L. & Pol'y for Info. Soc'y 119 (2010) 참조.

12) 이동통신망기반 위치추적방식은 정확한 위치 측정·추적을 위해 최소 2개 이상의 다수의 기지국이 필요하며 이동단말기 사용자가 속해 있는 기지국 셀의 ID, 무선신호의 입사각, 신호의 도달시간 및 신호의 도달 시간차이 등의 정보를 분석하는 기술을 이용하여 지리공간적 위치를 계산하는 방법이다. 보다 자세한 것은 Janice Y. Tsai et al.(주 11), 120쪽 이하; 박정훈(주 4), 114-116쪽 참조.

### (1) 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 독자적인 기본권이다. 이와 같은 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다.<sup>13)</sup> 이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.<sup>14)</sup> 우리 헌법재판소는 수사기관이 수사를 위하여 필요한 경우 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 정보주체의 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하고 있는 통신비밀보호법 관련 조항에 대해 위치정보 추적자료는 개인의 인적정보와 결합하여 특정인의 위치를 파악할 수 있는 개인정보이고, 수사기관은 정보주체의 동의 없이 제공받은 위치정보 추적자료를 통해 그의 활동반경·이동경로·현재위치 등을 확인할 수 있으므로, 이는 개인정보자기결정권을 제한하고 있다고 하였다.<sup>15)</sup>

### (2) 통신의 비밀보장

헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀 보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해 기본권으로 보장하는 이유는 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기

13) 전광석(주 2), 345쪽에 따르면, 개인정보자기결정권은 헌법 제10조 일반적 인격권과 제17조 사생활의 비밀과 자유를 근거로 독자적인 기본권으로 인정되고 있다고 한다. 또한 헌법재판소의 판례의 입장도 마찬가지로 (개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다. 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 682). 다만, 양건(주 2), 568쪽에 따르면 “사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리를 포함한 넓은 의미의 자기정보 통제권은 헌법 제17조 및 헌법 제10조의 양 조항에 근거한다고 볼 것이다. 헌법재판소 판례처럼 자기정보 통제권을 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권으로 볼 필요는 없다.”는 입장도 존재한다. 개인정보자기결정권의 독자성을 부정하는 입장에 따르면, 제한되는 기본권 목록이 달라질 수 있으므로 필자는 헌법재판소의 태도와 같이 개인정보자기결정권을 독자적인 기본권으로 본다.

14) 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 90; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153, 판례집 24-2하, 546 참조.

15) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 575.

때문에 개인 간의 의사소통을 전제로 하는 통신은 국가에 의한 침해가능성이 여타의 사적 영역보다 크기 때문이다.<sup>16)</sup> 자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신으로 발생하는 외형적인 사실관계, 특히 통신관계자의 인적 동일성·통신시간·통신장소·통신횟수 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장해야 한다. 따라서 수사기관이 수사를 위하여 필요한 경우 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 정보주체의 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하고 있는 통신비밀보호법 관련 조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료의 제공을 요청하여 이를 제공받도록 함으로써 정보주체인 전기통신가입자의 통신의 자유를 제한한다.<sup>17)</sup>

### (3) 사생활의 비밀과 자유

우리 헌법 제17조는 ‘모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.’고 규정하고 있다. 사생활의 비밀과 자유란 사회공동체에서 개인이 일반적인 생활규범의 범위 내에서 자신의 사생활을 자유롭게 설계·형성하고 이에 대해서 외부의 간섭을 받지 않을 권리를 말한다.<sup>18)</sup> 또한 사생활의 비밀과 자유는 사생활의 은밀한 부분에 대한 탐지 또는 그 사실의 폭로에 의해 침해된다.<sup>19)</sup> 따라서 사생활의 자유는 사생활의 평온함과 자율성을 침해받지 아니할 자유를 내용으로 한다.<sup>20)</sup> 여기에는 예컨대 사생활을 감시당하지 않을 자유와 같이 사생활을 평온하게 영위할 수 있고 이러한 평안을 침해하는 행위를 배제할 수 있는 ‘사생활의 평온보장

16) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 657 참조.

17) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 575.

18) 진광석(주 2), 343쪽.

19) 진광석(주 2), 344쪽.

20) 양건(주 2), 563, 564, 582쪽에 의하면, 우리 헌법은 제17조에서 사생활의 ‘비밀’과 ‘자유’를 구분하고 있다고 하면서 헌법적 문언을 존중하여 이를 구분해서 해석하는 것이 적절하다고 한다. 이에 따르면, 사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리란, 개인의 사적 영역에 대한 사항을 자신의 의사에 반하여 공개당하지 않을 권리를 말하며, 이는 본래 소극적인 자유권의 성격을 갖는다고 한다. 그런데 행정기관이나 사적 기관이 개인에 관한 여러 정보를 방대하게 수집, 관리하는 현대의 정보화 사회에 있어서는 사생활의 권리는 더 적극적인 ‘개인정보자기결정권’, 즉 자기에 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 권리로 확대되고 있다고 한다. 다만, 개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관해서는 헌법 제17조가 소극적인 자유권으로서의 사생활의 권리를 규정한 것으로 보는 것이 적절하므로, 개인정보자기결정권의 적극적인 측면은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾고, 사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리를 포함한 넓은 의미의 개인정보자기결정권은 헌법 제17조와 헌법 제10조의 양 조항에 근거한다고 보고 있다. 이러한 관점에서 이미 언급한 바와 같이 헌법재판소가 개인정보자기결정권을 헌법에 명시되지 않은 독자적인 기본권으로 보고 있는 점에 비판적인 입장을 취한다. 또한 위 견해는 헌법재판소도 사생활의 ‘비밀’과 ‘자유’에 대하여 마찬가지로 구분한다고 보고 있다: “헌법 제17조의 사생활의 비밀은 국가가 사생활 영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다.” (헌재 2011. 10. 25. 2009헌마691, 판례집 23-2하, 88). 더불어 사생활의 자유는 사생활의 평온함과 자율성을 침해받지 않을 자유를 내용으로 한다.

권과 사생활 영역을 자율적으로 형성하고 유지할 자유가 포함된다.<sup>21)</sup> 그러므로 특히 GPS위치정보 수집은 사생활의 평온과 자율성을 침해하므로, 수사기관의 GPS위치정보 수집은 통신의 자유를 제한할 뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유도 제한한다. 특히 미국 연방대법원의 판례는 프라이버시 침해의 관점에서 실시간 GPS위치정보의 추적의 위헌성에 대한 논증을 주로 하고 있으며, 실시간 GPS위치정보의 추적이 미국 연방헌법 수정 제4조에 근거한 수색에 해당하여 사전영장이 필요한지 여부에 관한 쟁점을 주로 다루고 있다.<sup>22)</sup>

다만 우리 헌법재판소는 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니하고 있다. 이 점에 대해서는 헌법재판소 판례를 검토한 후 보다 자세히 언급하기로 한다.<sup>23)</sup>

#### (4) 영장주의 등

헌법 제12조 제3항은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정하고, 헌법 제16조는 ‘주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다.<sup>24)</sup> 우리 헌법이 채택한 영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이다. 따라서 헌법상 영장주의의 본질은 체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관의 구체적 판단을 거쳐야 한다는 데에 있다. 한편, 입법자는 수사기관의 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어, 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 해당 강제처분의 특수성, 그 강제처분과 관련된 우리 사회의 법 현실, 국민의 법 감정 등을 종합적으로 고려해 정책적인 선택을 할 수 있다.<sup>25)</sup> 통신사실 확인자료 제공요청은 수사 또는 내사의

21) 성낙인(주 2), 1158쪽 이하; 정재황, 헌법학입문, 박영사, 2018, 401쪽 이하.

22) United States v. Jones 132 S.Ct. 945 (2012).

23) 현재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 556 참조. 그러나 우리 헌법재판소는 이른바 ‘인터넷 패킷 감청’ 사건에서 헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한하게 된다고 판시하고 있다. 이에 대해서는 후술하는 헌법재판소 판례의 검토 부분 (III. 2. (3))에서 자세히 언급한다. 현재 2018. 8. 30. 2016헌마263, 판례집 30-2, 495 참조.

24) 전광석(주 2), 332쪽에 따르면 수사목적으로 행해지는 강제처분에 대해서는 영장주의가 적용된다. 통신비밀보호법상 전기통신사업자에 대한 위치정보 추적 자료의 확인 및 제출요구는 법원의 허가가 필요한데, 이는 실질적으로 영장에 해당한다고 보고 있다.

대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 통신비밀보호법이 정한 수사기관의 강제처분이다. 이러한 통신사실 확인자료 제공요청과 관련된 수사기관의 권한남용 및 그로 인한 정보주체의 기본권 침해를 방지하기 위해서는 법원의 통제를 받을 필요가 있으므로, 통신사실 확인자료 제공요청에는 헌법상 영장주의가 적용된다.<sup>26)</sup>

### Ⅲ. 발신기지국 위치정보 활용의 헌법적 통제

#### 1. 서언

헌법재판소는 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료의 제공요청<sup>27)</sup>과 이른바 ‘기지국 수사’와 관련된 사건에서 헌법불합치 결정<sup>28)</sup>을 내린바 있다. 통신비밀보호법은 ‘통신사실 확인자료 요청제도’를 규정하고 있는데 ‘통신사실 확인자료’란 전기통신사실에 관한 자료를 의미하는 것으로서, 여기에는 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료가 포함된다.<sup>29)</sup> 또한 수사기관 등에 의한 통신사실확인자료의 요청절차 등에 관한 세부적인 사항은 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차), 제13조의2(법원에 의한 통신사실확인자료제공), 제13조의3(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지), 제13조의4(국가안보를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차등), 제13조의5(비밀준수의무 및 자료의 사용 제한) 등에서 규정하고 있다.<sup>30)</sup> 우리 헌법재판소는 통신사실 확인자료의 열람이

25) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672, 판례집 24-1하, 655.

26) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 581.

27) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564 이하.

28) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538 등, 판례집 30-1하, 596 이하.

29) 통신비밀보호법 제2조 제11호.

30) 통신비밀보호법 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ①검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 "전기통신사업자"라 한다)에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 "통신사실 확인자료제공"이라 한다)을 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가

나 제출요청에 관한 조항(소위 ‘요청조항’)과 기지국 수사가 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한 것으로 판시하였다. 그러나 통신사실 확인자료의 열람에 대한 헌법상 영장주의 위반 여부의 쟁점에 관해서는 통신비밀보호법 관련 조항(소위 ‘허가조항’)이 ‘법원의 허가’를 연도록 규정하고 있으므로 영장주의에 위배되지 않는다고 판시하였다.<sup>31)</sup> 공교롭게도 헌법재판소의 동 결정이 나오기 6일 전인 2018년 6월 22일에 미국 연방대법원은 아래 살피볼 Carpenter v. United States 사건<sup>32)</sup>을 통하여 수색영장 없이 이루어진 과거의 발신기지국의 위치추적자료 수사는 미국 연방헌법 수정 제4조의 영장주의를 위반한 것으로 판시하였다.<sup>33)</sup> 이하에서 우리 헌법재판소의 결정과 미국 연방법원의 판례를 검토하기로 한다.

를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

③제2항 단서의 규정에 의하여 긴급한 사유로 통신사실확인자료를 제공받았으나 지방법원 또는 지원의 허가를 받지 못한 경우에는 지체 없이 제공받은 통신사실확인자료를 폐기하여야 한다.

④ 삭제

⑤검사 또는 사법경찰관은 제2항의 규정에 따라 통신사실 확인자료제공을 받은 때에는 당해 통신사실 확인자료 제공요청사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련자료를 소속기관에 비치하여야 한다.

⑥지방법원 또는 지원은 제2항의 규정에 따라 통신사실 확인자료제공 요청허가청구를 받은 현황, 이를 허가한 현황 및 관련된 자료를 보존하여야 한다.

⑦전기통신사업자는 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장에게 통신사실 확인자료를 제공한 때에는 자료제공현황 등을 연 2회 과학기술정보통신부장관에게 보고하고, 당해 통신사실 확인자료 제공사실등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서등 관련자료를 통신사실확인자료를 제공한 날부터 7년간 비치하여야 한다.

⑧과학기술정보통신부장관은 전기통신사업자가 제7항의 규정에 의하여 보고한 내용의 사실여부 및 비치하여야 하는 대장등 관련자료의 관리실태를 점검할 수 있다.

⑨이 조에서 규정된 사항 외에 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공과 관련된 사항에 관하여는 제6조(동조 제7항을 제외한다)의 규정을 준용한다.

31) 이와 관련된 포괄적인 문헌으로는 차진아, 사이버범죄에 대한 실효적 대응과 헌법상 통신의 비밀보장 -사이버범죄협약 가입에 따른 통신비밀보호법의 개정 방향을 중심으로-, 공법학연구 제4권 제1호 (2013); 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 -헌재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로-, 법조 제724권 (2017); 차진아, 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안, 법조 제728권 (2018); 황성기, 현행 통신비밀보호법제의 헌법적 문제점, 언론과법 제4권 제1호 (2015); 임규철, 전기통신사업자의 수사기관으로의 통신정보 제공시 문제점과 개선방향 -통신사실확인자료 및 통신자료의 제공을 중심으로-, 헌법학연구 제9권 제1호 (2013) 참조.

32) 585 U.S. \_\_\_\_; 138 S. Ct. 2206; 201 L. Ed. 2d 507 (2018).

33) 대표적인 통신제한조치로서 감청은 미국 연방헌법 수정 제4조에 규정하고 있는 압수·수색에 해당하여 사전영장 없이도 프라이버시 침해가 되므로 허용되지 않는다는 점에 대해서는 이진구/김일환, 통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 비교법적 연구: 미국의 통신비밀보호법제를 중심으로, 미국헌법연구 제27권 제1호 (2016), 227쪽 이하 참조.

## 2. 우리 헌법재판소의 결정

### (1) 발신기지국 위치추적자료 등 제공요청 사건(통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인 등)<sup>34)</sup>

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목<sup>35)</sup>의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2020. 3. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다. 특히 휴대전화 이용과 관련한 발신기지국 위치추적자료 부분은 ‘바’목에 해당한다.

#### 1) 사실관계

청구인들은 ○○중공업이 영도조선소 근로자를 정리해고한 것에 항의하여 크레인 점거 농성 중이던 김○숙 등을 응원하고자 2011. 6. 11.부터 2011. 10. 9. 사이에 희망버스 집회를 개최하였다는 취지의 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 위반 등 혐의로 기소된 사람들이다. 해당 수사기관은 위 사건의 수사 또는 체포영장의 집행을 위하여 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 청구인들에 대한 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목에 해당하는 통신사실 확인자료의 제출을 요청하여 이를 제공받았고, 위 청구인들은 2011. 12. 22.경부터 2012. 4. 4.경 사이에 해당 수사기관으로부터 위와 같은 통신사실 확인자료 제공사실을 통지받았다. 또한 병합사건의 청구인들은 국토교통부에서 발표한 ‘철도산업 발전방안’이 한국철도공사를 민영화하는 방안이라고 주장하면서 이를 막겠다는 명목으로 2013. 12. 9.부터 2013. 12. 30.까지 파업을 벌여 한국철도공사의 여객·화물 수송 업무를 방해하였다는 취지의 업무방해혐의로 기소되거나, 동일한 이유로 고소되었으나 기소에는 이르지 않은 사람 등이다. 해당 수사기관

34) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564 이하.

35) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

11. "통신사실확인자료"라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

가. 가입자의 전기통신일시

나. 전기통신개시·종료시간

다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호

라. 사용도수

마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료

사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

은 위 사건의 수사 또는 체포영장의 집행을 위하여 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 위 청구인들에 대한 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 및 사목에 해당하는 통신사실 확인자료의 제출을 요청하여 이를 제공받았고, 위 청구인들은 2014. 2. 10.경부터 해당 수사기관으로부터 위와 같은 통신사실 확인자료 제공사실을 통지받았다.

이에 청구인들은 2014. 5. 2. 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 사목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의3이 청구인들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2) 심판대상

본 논문의 논지와 관련된 심판대상은 ① 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분(이하 ‘이 사건 요청조항’이라 한다), ② 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 허가조항’이라 한다), ③ 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조의3 제1항 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 통지조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 3) 판시사항

### 가. 다수의견

#### ① 요청조항에 대하여

수사기관은 위치정보 추적자료를 통해 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있으므로 위치정보 추적자료는 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당되는 점, 그럼에도 이 사건 요청조항은 수사기관의 광범위한 위치정보 추적자료 제공요청을 허용하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하는 점, 위치정보 추적자료의 제공요청과 관련하여서는 실시간 위치추적 또는 불특정 다수에 대한 위치추적의 경우 보충성 요건을 추가하거나 대상범죄의 경중에 따라 보충성 요건을 차등적으로 적용함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점, 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그

요건으로 하고 있어 절차적 통제마저도 제대로 이루어지기 어려운 현실인 점 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다.

② 허가조항에 대하여

위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다. 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 이 사건 허가조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

③ 통지조항에 대하여

수사의 밀행성 확보는 필요하지만, 적법절차원칙을 통하여 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위해서는, 위치정보 추적자료 제공과 관련하여 정보주체에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회를 부여해야 한다. 그런데 이 사건 통지조항은 수사가 장기간 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지할 의무를 규정하지 아니하고, 그 밖의 경우에 제공사실을 통지받더라도 그 제공사유가 통지되지 아니하며, 수사목적 달성이 이후 해당 자료가 파기되었는지 여부도 확인할 수 없게 되어 있어, 정보주체로서는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 되었다. 이에 대해서는, 수사가 장기간 계속되거나 기소중지된 경우라도 일정 기간이 경과하면 원칙적으로 정보주체에게 그 제공사실을 통지하도록 하되 수사에 지장을 초래하는 경우에는 중립적 기관의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법, 일정한 조건 하에서 정보주체가 그 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, 통지의무를 위반한 수사기관을 제재하는 방법 등의 개선방안이 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 이 사건 통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

나. 통지조항에 대한 반대의견 (재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호)

수사기관으로 하여금 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 것은 수사활동 보장에 목적이 있으므로 성질상 기밀성을 요한다. 그런데 통신사실 확인자료 제공사실을 수사 진행 중에 정보주체에게 알려준다면, 피의자 및 그와 관계있는 자들이 이동전화·인터넷

의 이용을 중단하거나 도주·증거인멸할 가능성을 배제할 수 없고, 그로 인하여 범죄수사에 지장을 초래하거나 추가 범행에 대처하기 어려워지게 된다. 반면 제공사실을 공소제기 또는 불기소처분 이후에 통지받는다 하더라도, 통신사실 확인자료의 비내용적 성격을 고려할 때, 그로 인해 제한되는 정보주체의 사익은 크다고 보기 어렵다. 한편, 정보주체가 피의자인 경우에는 공소장부본을 송달받거나 불기소처분결과를 통지받음으로써 통신사실 확인자료 제공요청 사유를 알 수 있고, 정보주체가 피의자 아닌 경우에는 피의자의 명예와 사생활 보호 필요성이 있기 때문에 그 제공요청 사유를 통지하지 않는 것이 바람직할 수 있다. 그 밖에 이 사건 요청조항 및 허가조항을 위반하여 취득한 통신사실 확인자료에 대해서는 형사절차에서 위법수집증거 배제법칙을 통해 증거능력을 부정하거나, 해당 수사관 및 국가에 대해 손해배상을 청구하는 등 사후적인 권리구제수단도 마련되어 있다. 사정이 이러하다면, 이 사건 통지조항이 통신사실 확인자료 제공사실을 수사 종료 후에 통지하도록 하고, 그 사유를 통지사항으로 정하지 아니하였다고 하여, 적법절차원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

## (2) 기지국 수사 사건(통신비밀보호법 제13조 제1항 위헌확인 등)<sup>36)</sup>

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목<sup>37)</sup>의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2020. 3. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.

36) 현재 2018. 6. 28. 2012헌마538 등, 판례집 30-1하, 596 이하.

37) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~10. 생략

11. "통신사실확인자료"라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

가. 가입자의 전기통신일시

나. 전기통신개시·종료시간

다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호

라. 사용도수

마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료

사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

## 1) 사실관계

2011. 12. 26. 서울 서초구 ○○동에 있는 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선 과정 중 성명불상자의 선거인들에 대한 금품살포 의혹이 언론보도 등을 통해 제기되었다. 수사에 착수한 피청구인은 사건 현장에 설치되어 있던 폐쇄회로 텔레비전(CCTV) 자료를 확인하여 위 성명불상자가 이동전화로 통화하는 시각에 기초하여, 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011. 12. 26. 17:00부터 17:10 사이 ○○회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요청하였고, 전기통신사업자들로부터 청구인을 포함한 총 659명의 통신사실 확인자료를 제공받았다. 청구인은 인터넷 언론의 기자로서 위 시각에 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선을 취재하였는데, 2012. 3. 20. 피청구인으로부터 위와 같은 통신사실 확인자료 제공요청 집행사실을 통지받아 위 수사에 관하여 알게 되었다. 이에 청구인은 위 수사 및 그 근거조항인 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항이 청구인의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2012. 6. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2) 판시사항

### ① 법정의견

이동전화의 이용과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실 확인자료는 비록 비내용적 정보이지만 여러 정보의 결합과 분석을 통해 정보주체에 관한 정보를 유추해낼 수 있는 민감한 정보인 점, 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그 요건으로 하고 있어 제대로 된 통제가 이루어지기 어려운 점, 기지국수사의 허용과 관련하여서는 유괴·납치·성폭력범죄 등 강력범죄나 국가안보를 위협하는 각종 범죄와 같이 피의자나 피해자의 통신사실 확인자료가 반드시 필요한 범죄로 그 대상을 한정하는 방안 또는 다른 방법으로는 범죄수사가 어려운 경우(보충성)를 요건으로 추가하는 방안 등을 검토함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 불특정 다수의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다.

기지국수사는 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다. 헌법상 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 이 사건 허가조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료

제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

② 요청조항에 대한 반대의견 (재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호)

초동수사 단계에서 활용되는 통신사실 확인자료의 특성상 기지국수사는 주로 용의자의 범위를 한정하기 위해 사용되는 점, 범죄 예방과 사건의 조기해결을 위하여 수사기관으로 하여금 특정 시간대 특정 기지국에 있었던 불특정 다수인의 통신사실 확인자료를 제공 요청할 수 있도록 허용해야 할 필요성이 인정되는 점, 기지국수사를 통한 통신사실 확인자료는 비내용적 정보로서 기본권 제한의 정도가 심각하지 않은 점, 다수의견과 같이 대상범죄를 제한하거나 보충성 요건을 추가할 경우 수사의 난항이 예상되고 추가범죄로 연결됨으로써 국민의 안전에 위험을 초래할 수 있는 점, 관련규정에 의하면 수사기관이 통신사실 확인자료 제공을 요청하는 경우 그 요청사유, 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기록한 서면을 통해 법원의 허가를 얻어 실시하도록 하고 있어 필요 최소한의 범위에서 기지국수사를 허용하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다.

**(3) 검토**

우리 헌법재판소는 두 개의 결정을 통하여 수사목적 발신기지국의 위치추적자료의 제공요청과 기지국 수사를 구별하고 있다. 각각 제한되는 기본권으로 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 들고 있다. 그 외에도 영장주의와 적법절차원칙에 대한 판시사항도 있다. 우리 헌법재판소는 통신비밀보호법상의 통신사실 확인자료 요청(기지국 수사 포함)에 대해서는 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한 것으로 보았으나, 영장주의에 위배되지는 않는 것으로 판단하였다. 법원의 허가를 실질적으로 영장으로 본 것으로 생각된다. 발신기지국의 위치추적자료 제출요청 및 기지국 수사의 요건에 대해 엄격하게 판단한 헌법재판소의 입장은 타당한 것으로 생각된다.

그런데 헌법재판소는 사생활의 비밀과 자유의 침해 여부는 별도로 살펴보고 있지 않다. 헌법재판소는 이 사건에서는 “사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때... 청구인의 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다.”고 판시하였다.<sup>38)</sup> 이 점은 헌법재판소의 인터넷회선 감청 사건

에서의 판단과 다르다.<sup>39)</sup> 헌법재판소는 인터넷 회선 감청 사건에서 소위 인터넷 패킷 감청의 속성에 주목하여<sup>40)</sup> 다음과 같이 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유의 침해 여부 또한 쟁점으로 삼았다: “헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀 보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 이 사건 법률조항은 현대 사회에 가장 널리 이용되는 의사소통 수단인 인터넷 통신망을 통해 송·수신하는 전기통신에 대한 감청을 범죄수사를 위한 통신제한조치의 하나로 정하고 있으므로, 일차적으로 헌법 제18조가 보장하는 통신의 비밀과 자유를 제한한다. 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀이란 사생활에 관한 사항으로 일반인에게 아직 알려지지 아니하고 일반인의 감수성을 기준으로 할 때 공개를 원하지 않을 사항을 말한다. 감시, 도청, 비밀녹음, 비밀촬영 등에 의해 다른 사람의 사생활의 비밀을 탐지하거나 사생활의 평온을 침입하는 행위, 사적 사항의 무단 공개 등은 타인의 사생활의 비밀과 자유의 불가침을 해하는 것이다. 인터넷회선 감청은 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로, 이를 통해 드러나게 되는 개인의 사생활 영역은 전화나 우편물 등을 통하여 교환되는 통신의 범위를 넘는다. 더욱이 오늘날 이메일, 메신저, 전화 등 통신뿐 아니라, 각종 구매, 게시물 등록, 금융서비스 이용 등 생활의 전 영역이 인터넷을 기반으로 이루어지기 때문에, 인터넷회선 감청은 타인과의 관계를 전제로 하는 개인의 사적 영역을 보호하려는 헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한하게 된다.”(밀줄 필자 추가)

인터넷 패킷 감청 사건에서 판시한 헌법재판소의 입장은 종래 헌법재판소가 “사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지”에 비추어 통신의 자유 침해 여부만을 쟁점으로 삼거나,<sup>41)</sup>

38) 현재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 556 참조: 제청법원은 그 밖에 이 사건 법률조항이 사생활의 비밀을 침해한다고도 주장하지만, 이 사건 법률조항은 사생활의 비밀의 특별한 영역으로 헌법이 개별적인 기본권으로 보호하는 통신의 비밀을 제한하고 있다는 점에서 별도로 사생활의 비밀을 침해하는지 여부를 검토할 필요는 없다.

39) 현재 2018. 8. 30. 2016헌마263, 판례집 30-2, 481 이하.

40) 인터넷회선 감청은, 인터넷회선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷’을 중간에 확보한 다음 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는 이른바 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지며, 이를 통하여 수사기관은 타인 간 통신 및 개인의 내밀한 사생활의 영역에 해당하는 통신자료까지 취득할 수 있게 된다. ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 실제 감청 집행을 하는 단계에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 불특정 다수인의 모든 정보가 패킷 형태로 수집되어 일단 수사기관에 그대로 전송되므로, 다른 통신제한조치에 비하여 감청 집행을 통해 수사기관이 취득하는 자료가 비교할 수 없을 정도로 매우 방대하다. 불특정 다수가 하나의 인터넷회선을 공유하여 사용하는 경우가 대부분이므로, 실제 집행 단계에서는 법원이 허가한 범위를 넘어 피의자 내지 피해사자의 통신자료뿐만 아니라 동일한 인터넷회선을 이용하는 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장된다. 따라서 인터넷회선 감청을 통해 수사기관이 취득하는 개인의 통신자료의 양을 전화감청 등 다른 통신제한조치와 비교할 바는 아니다. 현재 2018. 8. 30. 2016헌마263, 판례집 30-2, 493, 497-498.

41) 현재 2018. 8. 30. 2016헌마263, 판례집 30-2, 495.

“사생활의 비밀의 특별한 영역으로 헌법이 개별적인 기본권으로 보호하는 통신의 비밀을 제한하고 있다는 점에서 별도로 사생활의 비밀을 침해하는지 여부를 검토할 필요는 없다.”는 태도<sup>42)</sup>와는 다른 입장이다.

필자는 통신사실확인자료의 제공요청은 개인정보자기결정권과 통신의 자유 외에도, 헌법 재판소 스스로도 인정한 바와 같이, “수사기관의 위치정보 추적자료를 통해 특정 시간대 정보 주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있으므로 위치정보 추적자료는 충분한 보호가 필요가 민감한 정보에 해당”<sup>43)</sup>하거나, “이동전화의 이용과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실 확인자료는 비록 비내용적 정보이지만 여러 정보의 결합과 분석을 통해 정보주체에 관한 정보를 유추해낼 수 있는 민감한 정보인 점”<sup>44)</sup>에서 엄연히 개인의 내밀한 사적 생활, 즉 프라이버시와 관계되어 있기도 하기 때문에 사생활의 평온과 자율성의 보장 측면에서 헌법 제17조의 위반 문제도 다루었으면 좋았을 것이라고 본다. 다음에서 언급하는 미국 연방법원의 판례들은 프라이버시 측면에서 접근하고 있다. 이는 물론 미국에서 개인정보나 통신비밀이 프라이버시에 포섭되고 있고 별도의 독자적인 기본권으로 인정되지 않기 때문이라고 할 수 있다.

### 3. 미국 연방대법원의 판례: Carpenter v. United States<sup>45)</sup> - 시간 표시된 발신기지국 위치정보(time-stamped cell-site location information: ‘CSLI’)와 영장주의

이하에서는 시간정보가 표시된 발신기지국의 위치추적정보와 영장주의에 관한 연방대법원의 판례를 살펴보기로 한다.

#### (1) 사실관계

검찰은 저장통신법(Stored Communications Act)상의 법원명령 요건에 따라 용의자들의

42) 현재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 556.

43) 현재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 578.

44) 현재 2018. 6. 28. 2012헌마538 등, 판례집 30-1하, 606.

45) 이 사건은 과거의 휴대전화 발신기지국 위치기록의 프라이버시(the privacy of historical cellphone location records)에 관한 이정표가 되었다. Roberts 대법원장이 집필한 이 판결은 5(위헌)-4(합헌) 판결이었으며, 정부가 수색영장 없이 휴대전화의 물리적인 위치를 포함하는 과거의 기록에 접근하는 것은 미국 연방헌법 수정제4에 위반하는 것이라고 하였다(the government violates the Fourth Amendment to the United States Constitution by accessing historical records containing the physical locations of cellphones without a search warrant), Carpenter, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

발신기지국의 위치추적기록을 얻기 위한 법원명령을 얻었는데, 동법은 그 기록들이 현재 진행 중인 수사에 중요하고 관련성이 있다는 것을 믿을 수 있는 “합리적인 이유(reasonable grounds)”를 “상당한 이유(probable cause)” 대신해서 요구하고 있다.<sup>46)</sup> Carpenter의 전화에 대한 발신기지국의 위치추적자료로 정부는 Carpenter의 127일간의 이동목록을 만들었고, 이를 통해 Carpenter의 휴대전화가 4군데의 강도 장소 근처에 강도가 발생했을 당시 있었다는 것을 보여주었다. Carpenter의 증거배제신청(his motion to suppress)이 거부된 후 그는 유죄판결을 받았고 연방 제6항소법원은 이를 유지하였다. 연방대법원은 정부의 Carpenter의 휴대전화 발신기지국 기록을 획득하는 것은 영장을 필요로 하는 연방헌법 수정 제4조의 수색(search)<sup>47)</sup>에 해당한다고 판시하면서 연방 제6항소법원의 판결을 번복하였다.

## (2) 판결요지 및 평가

연방대법원은 정부가 Carpenter의 휴대전화 발신기지국 기록을 획득하는 것은 연방헌법 수정 제4조의 수색에 해당한다고 보았다. 연방헌법 수정 제4조는 재산적 이익뿐만 아니라 프라이버시에 대한 어떤 기대 또한 보호한다.<sup>48)</sup> 연방헌법 수정 제4조는 프라이버시의 기대를

46) 관련 규정의 원문은 다음과 같다: 18 U.S.C. 2703(d) Requirements for Court Order.— A court order for disclosure under subsection (b) or (c) may be issued by any court that is a court of competent jurisdiction and shall issue only if the governmental entity offers specific and articulable facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents of a wire or electronic communication, or the records or other information sought, are relevant and material to an ongoing criminal investigation. In the case of a State governmental authority, such a court order shall not issue if prohibited by the law of such State. A court issuing an order pursuant to this section, on a motion made promptly by the service provider, may quash or modify such order, if the information or records requested are unusually voluminous in nature or compliance with such order otherwise would cause an undue burden on such provider (밑줄 필자 추가).

47) 미국 연방헌법 수정 제4조는 영장주의를 규정하고 있다: 불합리한 수색, 압수, 체포에 대하여 신체, 주거 서류, 물건의 안전을 보장받을 국민의 권리는 침해되어서는 안된다. 영장은 상당한 이유가 있고, 선서나 확인에 의하여 뒷받침되고, 수색될 장소, 체포될 사람, 압수될 물품을 특정하여 기재하지 아니하고는 이를 발부할 수 없다.

48) 이러한 논증은 Katz v. United States 사건에서 Harlan 대법관의 보충의견에 의해 제시된 이른바 ‘이중기준’의 논증과 같다고 볼 수 있다. Katz 사건은 수사기관이 Katz가 공중전화에서 한 통화의 통화내용을 녹음한 행위의 위법성을 다룬 사건이다. 이 사건에서 연방대법원은 연방헌법 수정 제4조의 적용범위는 ‘물리적인 침입’이 발생하였는지의 여부에 따를 수 없으므로 불법침입이론(property trespass theory)은 더 이상 연방헌법 수정 제4조의 압수·수색의 분석에 지배적인 역할을 하지 않는다고 하였다. 따라서 정부의 행위는 합리적으로 기대할 수 있는 프라이버시를 침해한 것으로서, 이는 영장이 필요한 연방헌법 수정 제4조의 ‘수색’에 해당한다고 판시하였다. Harlan 대법관의 이중기준은 첫째, 개인의 주관적인 프라이버시의 기대(reasonable expectation of privacy)를 실제로 보였는지, 둘째 사회가 그러한 기대를 합리적인 것으로 인식할 준비가 되어 있는지의 여부로 구성되어 있다. 종래 연방대법원은 미국 연방헌법 수정 제4조의 수색을 구성하여 영장을 필요로 하는지 여부에 대하여 불법침입이론에 따르고 있었다. 불법침입이론에 따르면 미국 연방헌법에 의해 보호되는 장소들이 연방헌법 수정 제4조에 따른 핵심적인 보호가치가 인정되어야 하기 때문에 연방헌법 수정 제4조에 따른 영장주의는 유형 재산에 대한 압수·수색에 국한시키고 있었다. 홍성욱(주 5), 6쪽 참조.

보호하는데 사회는 그 기대가 합리적인 것으로 인식할 준비를 하고 있어서 공식적인 침해가 일반적으로 수색으로 인정되고 상당한 이유에 의해 지지되는 영장을 요구한다(when an individual “seeks to preserve something as private,” and his expectation of privacy is “one that society is prepared to recognize as reasonable,” official intrusion into that sphere generally qualifies as a search and requires a warrant supported by probable cause).<sup>49)</sup> 과거 발신기지국 접속기록은 정부에 대하여 거의 완벽한 감시능력을 부여하고, 개인의 장소적 존재를 재추적할 수 있는 과거 시간으로의 여행을 허락한다(Historical cell-site records give the government near-perfect surveillance, allow it to travel back in time to retrace a person’s whereabouts). 제3자 이론(third-party doctrine)이 이러한 ‘영업상의 기록’을 지배한다는 주장을 배척하면서, 연방대법원은 “종전의 선례에 제시된 개인정보의 제한된 유형과 무선 통신 사업자가 형식을 갖추지 않고 수집한 위치 정보의 철저한 시간 순서에 따른 기록이 서로 하늘과 땅만큼의 차이”가 있음에 주목하였다(the Court noted the “world of difference between the limited types of personal information addressed in precedent and the exhaustive chronicle of location information casually collected by wireless carriers”). 또한 휴대전화는 일상생활에 없어서는 안될 만큼 널리 퍼져있는 부분(pervasive part)이고 휴대전화 사용자의 그 어떤 적극적인

49) 연방대법원은 Katz의 이중기준이론을 다시 확인한 Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979) 사건을 인용하고 있는데 Smith 사건의 사실관계와 주요 판시는 아래와 같다: 전화회사는 경찰의 요청에 따라 Smith의 집 전화로부터 발신된 번호를 기록하기 위해 펜 등록기(Pen Register)를 본사에 설치했다. Smith의 강도 사건 공판 이전에, 그는 펜 등록기에서 파생된 모든 증거를 배척하기 위한 청구를 하였다. 메릴랜드 주 1심 법원은 펜 등록기의 무단 설치가 연방헌법 수정 제4조를 위반하지 않았다고 판시함으로써 Smith의 청구를 배척했다. Smith는 유죄 판결을 받았고, 메릴랜드 주 항소 법원은 원심판결을 유지하였다. 연방대법원은 펜 등록기의 설치 및 사용은 연방헌법 수정 제4조에 포섭되는 수색이 아니므로 영장이 필요 없다고 판시하였다. Smith 사건에서도 연방대법원은 Katz에 따라 이중기준이론을 따랐다(“사생활의 합법적 기대”를 주장 할 수 있는지 여부에는 첫째, 개인이 실제 주관적인 사생활 보호 기대를 나타냈는지 여부, 둘째, 사회가 “합리적인” 것으로 인식할 준비가 되어 있는지에 대한 그의 기대 여부에 달려있다는 원칙). 연방대법원은 Smith는 그가 사용한 전화번호에서 사생활을 실질적으로 기대하지 않았으며, 그가 그렇게 했을지라도 다음과 같은 이유로 그의 기대는 “정당한(legitimate)” 것이 아니었다고 판시하였다. 첫째, 일반적으로 전화사용자는 자신이 전화를 건 사람의 전화번호와 관련하여 개인정보 보호에 대한 기대를 갖고 있는지 의심스럽고, 전화회사에 전화번호를 전달해야 한다는 사실과 회사가 다양한 합법적 사업 목적으로 이 정보를 녹음할 수 있는 시설을 갖추고 있다는 사실을 알고 있었기 때문이다. 그리고 Smith는 자신의 사적 대화 내용을 비공개로 유지하려는 계산을 하였지만, 전화를 건 사람의 개인정보를 보호하기 위한 계산을 하지 못하였기 때문에 다른 전화가 아닌 집 전화만 사용하여 사생활 보호에 대한 기대를 보여주지 못했다. 둘째, Smith가 사생활에 대한 주관적인 기대를 가졌을지라도, 이 기대는 사회가 “합리적인” 것으로 인식할 준비가 되지 않은 것이었다. Smith가 자발적으로 전화회사에 전화번호 숫자 정보를 전달하고 통상의 영업 과정에서 해당 정보를 그 장비에 “노출”시켰을 때 당해 회사는 정보를 공개할 수도 있다는 위험을 그가 감수했기 때문이다. 요컨대, 연방대법원은 이 사건에서 개인이 제3자에게 자발적으로 넘긴 정보에 대한 프라이버시의 기대는 정당한 것으로 인정할 수 없다(“a person has no legitimate expectation of privacy in information he voluntarily turns over to third parties.”)는 점을 확인하였다. 이것이 소위 제3자 이론이다. 442 U.S. 739~746.

행위에 없어도 발신기지국 접속은 기록되기 때문에, 발신기지국 위치기록은 진정으로 공유되는 것이 아니라고 하였다(CSLI is not truly “shared” because cell phones are an indispensable, pervasive part of daily life and they log CSLI without any affirmative act by the user). 프라이버시에 대한 어떤 기대가 보호받을 자격이 있는지에 대한 분석은 연방헌법 수정 제4조가 채택되었을 때 부당한 검색 및 압수로 간주되었던 것의 역사적 이해로부터 알게 된다. 이런 헌법 제정 초기의 이해는 연방대법원이 혁신적인 감시 도구에 대해 수정 제4조를 적용할 때도 지속적으로 판단 기준으로 작용한다고 하면서 연방대법원은 *Kyllo v. United States*를 인용하였다.<sup>50)</sup>

또한 연방대법원은 제3자에 의해 보유·유지되는 개인의 위치정보에 관한 쟁점은 현존하는 선례의 어디에도 맞지 않지만, 다음 두 계통의 판례의 교차지점에 놓여 있다고 판시하였다. 그 첫 번째 일련의 판례는 개인의 물리적인 위치와 이동에 대한 프라이버시 기대문제를 다루고 있다. 뒤에서 다룰 *United States v. Jones* 사건<sup>51)</sup>이 바로 그것인데 GPS위치정보 추적은 프라이버시 침해문제를 제기한다는 것이다. 다른 일련의 판례는 자발적으로 제3자에게 이전된 정보에 대한 개인의 프라이버시 기대문제를 다룬다. 앞서 다룬 *Smith* 사건은 전화회사에 자발적으로 이전된 전화번호 기록에 대한 프라이버시는 기대를 할 수 없고, *United States v. Miller* 사건<sup>52)</sup>에서는 은행이 보유하고 있는 금융기록에 대한 프라이버시 기대는 인정되지 않는다고 하였다. 그러나 연방대법원은 발신기지국의 위치추적기록을 통하여 개인의 과거 행적을 추적하는 것은 *Jones* 사건에서 고려된 GPS위치추적(*monitoring*)의 질적 성격을 많이 공유하고 있다고 하였다. 그와 동시에 개인이 그의 위치정보를 무선통신사업자에게 지속적으로 노출시키는 것은 *Smith*와 *Miller* 사건의 제3자 이론을 암시하기도 한다고 보았다. 하지만 발신기지국 위치기록의 특유한 성격에 비추어 볼 때, 연방대법원은 *Smith*와 *Miller* 판례가

50) *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27. 사건에서 연방대법은 집 바깥에서 집안의 열을 추적하여 이미지로 형상화 시킬 수 있는 새로운 장비를 사용하였을 경우라도 이것이 수정 제4조의 수색에 해당하여 영장이 필요하다고 판시하였다. 수사기관은 이 사건에서 마약수사관은 *Kyllo*의 주거에 대한 물리적인 침입 없이도 마리화나 재배활동을 수사할 수 있도록 열화상(*the thermal imager*)장치를 사용하였다. 마약수사관은 열화상장치를 통해 *Kyllo*가 마리화나의 성장을 촉진하기 위하여 할로겐 등을 사용하고 있는 것을 알 수 있었다. 연방 제9항소 법원은 *Kyllo*가 프라이버시에 대한 주관적인 기대를 보여주지 못했다고 판시하였다. 왜냐하면 그는 그의 집 밖으로 방출되는 열을 감추기 위한 어떤 시도도 하지 않았으며, 설령 그가 그런 시도를 하였다 하더라도 열화상 장치가 *Kyllo*의 생활의 그 어떤 내밀한 부분도 노출시키지 않을 뿐만 아니라 그의 집 밖에서 무정형의 뜨거운 곳 (*only amorphous hot spots on his home's exterior*)만을 노출시키기 때문이다. 그러나 연방대법원은 항소심 판결을 번복하였다. 연방대법원은 정부가 일반 대중에게는 사용하지 않는 장치를 사용하여 물리적 침입 없이도 종래에는 물리적인 침입 없이는 알 수 없었던 개인 주택의 세부 사항을 탐색하기 위한 감시를 하였으므로 이는 연방헌법 수정 제4조 “수색”에 해당하며 영장 없이는 불합리한 것이라고 판시하였다. 533 U.S. 27, 4~7.

51) 565 U. S. 400.

52) *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

이 사건에 적용되는 것을 거부하였다(Given the unique nature of cell-site records, this Court declines to extend Smith and Miller to cover them).<sup>53)</sup>

또한 연방대법원의 대다수 판결은 이미 개인이 물리적인 이동 (혹은 행적) 전체에서 사생활을 합리적으로 기대한다고 인정했다. 따라서 많은 미국의 '삶의 프라이버시'(privacy of life)를 담아 두는 발신기지국 위치기록에 대한 정부의 접근을 허용하는 것은 개인의 기대에 반하게 된다고 하였다. 여기서 연방대법원은 Riley v. California 사건을 인용하고 있다.<sup>54)</sup> 실제로 과거 발신기국 위치기록은 Jones 사건에서 고려한 GPS위치추적(monitoring) 보다 개인정보 보호에 대한 더 큰 우려를 가져온다; 과거 발신기국 위치기록은 정부에 의한 완벽한 감시가 이루어질 수 있도록 해주며, 정부는 대부분의 이동통신사업자가 5년간 이를 보유하는 정책을 갖고 있으므로 그 동안 개인 행방을 추적하기 위해 시간을 거슬러 여행할 수 있게 된다. 정부는 발신기국의 위치기록 데이터가 GPS위치정보 보다 정확하지 않다고 주장하지만, 연방대법원은 이 사건에서 강조해야 할 만큼 충분히 정교하다고 보았다. 여하튼, 연방대법원이 채택한 규칙은 "Kyllo 사건에서 이미 사용되거나 개발 중인 것과 같이 보다 정교한 시스템을

53) Carpenter v. United States, 10~18.

54) Riley v. California, 573 U. S. \_\_\_; 134 S. Ct. 2473; 189 L. Ed. 2d 430 (2014): 이 사건은 Riley와 Wurie 두 사람에 대한 휴대전화 압수가 문제되었다. 먼저 Riley는 교통 위반으로 멈추어진 후, 무기소지 혐의로 체포됐다. 체포된 Riley 사건을 수사하는 경찰관은 Riley의 바지 주머니에서 휴대전화를 압수하고 휴대전화에 있는 정보에 접근했으며 거리 갱단과 관련된 용어를 반복적으로 사용하는 것에 주목했다. 2시간 후 경찰서에서 갱들을 전문으로 다루는 수사관이 전화기의 디지털 컨텐츠를 조사했다. 발견된 사진들에 부분적으로 기초하여, 주 정부는 총격 사건과 관련하여 Riley에게 혐의를 씌우고 갱단 멤버에 기반을 둔 고양된 문구들을 찾아냈다. 연방지방법원은 증거배제청구를 배척하였고, Riley는 유죄판결을 받았다. 또한 Wurie는 명백한 마약 판매에 참여하는 것을 목격한 경찰에 의해 체포되었다. 경찰서에 경찰관들은 Wurie의 신체로부터 휴대전화를 압수하고 전화기가 "내 집"으로 식별된 출처의 전화를 화면에서 수신하고 있음을 발견했다. 경찰관들은 전화를 열고 전화 기록에 접속하여 Wurie의 아파트라고 의심되는 전화번호를 추적했다. 경찰관 영장을 확보했고, Wuri의 아파트에서 마약, 총기류, 탄약, 그리고 현금을 찾았다. Wurie는 마약과 총기범죄로 기소됐다. 지방법원은 증거배제청구를 배척하였고 Wurie는 유죄판결을 받았다. 연방 제1항소법원은 그 유죄판결을 번복하였다. 연방대법원은 Riley에 관해서는 유죄판결을 번복하고, Wurie에 관해서는 항소법원 판결을 유지하였다. 경찰은 일반적으로 영장 없이 체포된 개인으로부터 압수된 휴대전화로부터 디지털 정보를 검색할 수 없다. 체포에 수반되는 수색의 예외는 적용되지 않는다. 그러한 수색은 체포된 자의 즉각적인 통제범위 내로 제한되어야 하며, 경찰관의 안전과 증거 파괴 방지에 대한 이익이 있을 때 정당화된다. 휴대전화의 디지털 정보에 대한 수색은 단순한 신체 수색보다 프라이버시를 침해할 우려가 훨씬 크다. 휴대전화에 저장된 데이터 자체는 체포 중인 경찰관을 해치거나 탈출을 위한 무기로 사용할 수 없다. 휴대전화 데이터 수색을 통해 압박한 위험에 대해 경찰관에게 경고할 수 있는 한도에서, 그러한 우려는 긴급 상황과 같이 영장 요건에 대한 사안 구체적인 예외를 인정하는 것이 문제를 더 잘 해결할 수 있는 것이다. 이 사건에서는 (데이터의) 원격 제거 또는 암호화 가능성이 우세하는 아무런 징후가 없으며, 체포에 수반되는 수색을 실행하는 것이 효율적인 해결책일 것이라는 징후도 거의 없다고 판시하였다. 따라서 연방대법원은 중요한 사생활 침해를 고려할 때, 경찰은 위급 상황과 같은 영장 요건의 예외가 적용되지 않는 한, 일반적으로 체포된 사람으로부터 압수된 휴대전화로 디지털 정보를 검색할 수 없다고 판시하였다 (Primary Holding: Considering the significant privacy interests involved, the police are generally not permitted to search digital information on a cell phone seized from an arrested person, unless an exception to the warrant requirement such as exigent circumstances applies).

고려해야 하며 발신기국 위치기록의 정확성은 GPS 수준의 정밀도로 급속히 상승하고 있다는 점을 고려해야만 한다는 것이다.<sup>55)</sup>

다만, 연방대법원은 이 판결이 매우 좁게 적용되므로, 전통적인 감시 도구, 즉 보안카메라나 위치정보를 밝힐 수 있는 다른 영업상의 기록, 또는 외교적인 업무나 국가안보와 관련된 수집기술에 대하여는 적용되지 않는다는 점도 지적하였다.

## IV. 실시간 GPS위치정보 활용의 헌법적 통제

### 1. 서언

지금까지 살펴본 것은 과거의 발신기지국 정보를 통한 위치추적의 헌법적 통제문제이다. 여기에 더하여 수사목적 실시간 GPS위치정보의 추적·활용과 이에 대한 헌법적 통제가 최근 중요한 쟁점으로 부각되고 있다. 실시간 GPS위치정보의 추적은 GPS위치정보추적기 부착에 의한 추적방법과 가상기지국에 의한 실시간 GPS위치정보를 추적하는 방법으로 구분된다. 이에 대해서는 두 가지 선결적인 문제가 제기된다. 첫째는 개인의 실시간 GPS위치정보가 헌법 제18조가 보호하는 통신비밀에 해당하는가의 문제다. 통신비밀보호법 제2조에 따르면 “통신”은 “우편물 및 전기통신”을 말하고, “전기통신”이라고 함은 전화·전자우편·회원제 정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다. 따라서 통신비밀보호법이 보호하는 통신은 사람과 사람 상호간에 송·수신하는 전자적 정보로 한정된다고도 볼 수 있다. 이렇게 해석하는 경우 기계와 기계 사이에 교환된 신호·통신을 의미하는 GPS위치정보는 통신으로 해석되기 어려울 수도 있다. 그러나 이러한 해석은 통신비밀보호법상의 통신의 포섭범주를 제한하여 실시간 GPS위치정보를 헌법 제18조의 보호 범위에서 배제하게 되는 문제가 발생한다. 따라서, 통신비밀보호법에서 보호하는 통신사실 확인자료의 범위에 기계 상호간 통신에 해당하는 발신기지국의 위치추적자료도 해당한다는 점을 고려하여 판단하여야 한다. 결국 GPS위치정보와 그 정확도에 차이만 있을 뿐 접속 정보통신기기의 위치 확인이라는 같은 목적을 가지고 있다는 점을 고려할 때 개인의 위치정보를 추적하는 기계 사이의 통신이라는 점에서 통신의 범주에 포함시켜야 할 것이다. 최근 기계 사이의 통신의 일환인

55) *Carpenter v. United States*, 12~15.

‘데이터 통신’이 전기통신의 개념으로 확장되어 가고 있는 점을 고려할 때 실시간 GPS위치정보도 헌법 제18조의 ‘통신의 비밀과 자유’에 의해 보호되는 통신으로 볼 여지는 충분하다. 요컨대, 실시간 GPS위치정보는 헌법상 기본권인 사생활의 비밀과 자유, 개인정보보호법상 보호받아야 하는 개인정보에 포함될 뿐만 아니라, 통신비밀보호법상의 통신으로서 헌법상 ‘통신의 비밀과 자유’에 의해 보호된다.<sup>56)</sup>

두 번째 문제는 법률유보원칙 위반 여부다. 현행 통신비밀보호법상 수사목적의 발신기지의 위치추적자료 제공요청은 실시간 GPS위치정보의 제공요청을 포함한다고 해석할 수 없다. 따라서 수사목적의 실시간 GPS위치정보의 추적에 대해서는 현행 법령상 명문의 근거가 없다. 일반적인 GPS위치정보의 보호 및 이용에 대해서는 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이 시행되고 있을 뿐이다.<sup>57)</sup> 따라서 명문의 법적 근거가 없는 수사목적 실시간 GPS위치정보의 추적에 대해서는 엄격한 법적 근거가 마련되어야 할 것이다.<sup>58)</sup> 이하에서는 실시간

56) 김지은/박원규, 수사상 GPS위치추적기 활용을 위한 법적연구, 한국치안행정논집 제15권 제2호 (2018), 87쪽.

57) 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률은 다음과 같이 위치정보 등의 수집을 제한하고, 수집한 위치정보의 보호조치 및 누설금지, 이용·제공의 제한 등을 규정함으로써 위치정보 및 개인위치정보를 보호하고자 한다.

① 원칙적으로 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하는 것을 금지한다(제15조 제1항 본문); ② 타인의 정보통신기기를 복제하거나 정보를 도용하는 등의 방법으로 위치정보사업자 등을 속여 타인의 개인위치정보를 제공받는 것을 금지한다(제15조 제2항); ③ 위치정보를 수집할 수 있는 장치가 부착된 물건을 대여하는 자에 대하여 위치정보 수집장치가 부착된 사실을 대여받는 자에게 고지하여야 할 의무를 부과한다(제15조 제3항); ④ 위치정보사업자 등에게 위치정보의 누출, 변조, 훼손 등을 방지하기 위하여 위치정보의 취급·관리 지침을 제정하거나 접근권한자를 지정하는 등의 ‘관리적 조치’와 방화벽 설치나 암호화 소프트웨어의 활용 등의 ‘기술적 조치’를 취할 의무를 부과한다(제16조 제1항); ⑤ 위치정보사업자 등과 그 종업원이거나 종업원이었던 자에 대하여 직무상 알게 된 위치정보를 누설·변조·훼손 또는 공개하는 것을 금지한다(제17조); ⑥ 위치정보사업자가 개인위치정보를 수집하고자 하는 경우에는 미리 일정한 내용을 이용약관에 명시한 후 개인위치정보주체의 동의를 얻어야 할 의무를 부과한다(제18조 제1항); ⑦ 개인위치정보주체의 동의가 있는 등의 경우를 제외하고는 위치정보사업자 등이 개인위치정보 또는 위치정보 수집·이용·제공사실 확인자료를 이용약관에 명시 또는 고지한 범위를 넘어 이용하거나 제3자에게 제공하는 것을 금지한다(제21조). 자세한 것은 홍성욱(주 5), 12-13쪽 참조.

58) 민영성/박희영, 통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여, 형사정책연구 제28권 제4호 (2017), 203쪽은 “통비법의 통신사실 확인자료 규정은 2001년 제정 당시 도입되었으며 2005년 개정으로 발신기지의 위치추적자료가 추가됨으로써 휴대전화의 위치정보를 수집할 수 있게 되었다. 하지만 위치정보를 수집할 수 있는 통비법 제13조의 실제적 요건은 변경되지 않았다. 제13조는 법적인 보관의무라는 점에서 통신정보보관제도의 성격을 갖고 있지만 통신사실 확인자료의 수집 요건과 절차는 독일 초기의 법적 상황에 머물러 있다. 이것은 독일 초기의 법적 상황에서 제기된 헌법적 문제점을 그대로 가지고 있다는 것을 의미한다. 이러한 통비법 규정의 해석으로는 휴대전화의 실시간 추적은 허용되지 않는 것으로 판단된다. 특히 통신제한조치의 기간 제한 조항을 준용하지 않고 있다는 점에서 이러한 해석은 더욱 명확하다. 따라서 현재 형사실무에서 행해지고 있는 위치정보의 실시간 추적은 잘못된 해석으로 금지되어야 한다. 과거의 위치정보가 아닌 장래의 위치정보 나아가 실시간 위치정보를 수집하기 위해서는 새로운 규정이 필요하다. 휴대전화의 위치정보와 같은 통신사실 확인자료는 이동프로파일의 작성될 수 있기 때문에 상당히 민감한 개인정보이다. 특히 이러한 위치정보가 실시간으로 수집되는 경우 기본권 침해의 강도는 다른 통신사실 확인자료와 비교하여 월등하게 높다. 따라서 수사기관이 이에 접근하기 위해서는 보다 엄격한 요건이 필요하다.”고 한다; 박희영, 독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점, 경찰학연구 제9권 제3호 (2009); 김지은/박원규(주 56), 81-112쪽 참조.

GPS위치정보의 추적에 관련된 미국 연방법원의 판례를 살펴봄으로써 우리에게 필요한 시사점을 찾도록 한다.

## 2. 실시간 위치정보의 추적 관련 미국 연방법원의 판례

### (1) 서

유형적으로 볼 때 실시간 위치정보의 추적은 GPS위치추적기의 부착에 의한 방법과 ‘가상기지국’을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적방법으로 나뉘볼 수 있다. 2012년 1월 23일 미국 연방대법원은 *United States v. Jones* 사건에서 차량에 대한 GPS위치추적기를 “부착(attachng)”하고 이를 이용하여 장기간 차량의 움직임을 “감시(monitring)”하는 행위는 연방헌법 수정 제4조가 규정하는 영장을 필요로 하는 수색에 해당한다고 판결하였다.<sup>59)</sup>

GPS위치추적기 부착과 달리 가상기지국을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적은 현재 우리나라에서는 활용되고 있지 않다. 이 방식은 가상기지국이 GPS장치가 부착된 개인의 통신매체(휴대전화)에 위장된 신호를 보내 그 개인 통신매체가 가상기지국을 실제 기지국으로 믿고 그 GPS위치정보를 가상기지국에 전송하게 되는 이를 통해 휴대전화의 위치추적이 이루어지게 된다.<sup>60)</sup>

### (2) 관련 판례

미국에서 GPS위치정보 추적은 2008년부터 정부와 시민단체 간 치열한 논쟁거리가 되고 있다. 월스트리트에 따르면 연간 1,000건이 넘는 휴대전화 위치추적이 영장 없이 시도되고 있다고 한다.<sup>61)</sup> GPS위치추적기를 통한 감시가 사생활의 자유에 대한 침해가 되는지의 쟁점에 관하여는 미국 연방대법원의 *United States v. Jones*<sup>62)</sup> 판결을 살펴볼 필요가 있다. 동 판결에서 연방대법원은 GPS위치추적기를 범죄혐의자의 차량에 부착하여 마약수사에 활용하는 경우에 이는 범죄혐의자의 사생활의 자유를 침해하는 것이며, 따라서 미국 연방헌법 수정 제4조에 의해 사전영장이 필요한 “수색”에 해당하므로 사전영장이 없이 이루어진 GPS위치추적기의

59) Stephanie Lockwood, Who Knows Where You've Been? Privacy Concerns Regarding the Use of Cellular Phones as Personal Locators, 18 Harv. J. L. & Tech. 307 (2004) 참조.

60) 홍성욱(주 5), 5-6쪽에 따르면, 미국에서는 Harris Corporation에서 생산·판매되는 StingRay를 통하여 진짜 기지국인 것처럼 가짜 신호를 휴대전화에 보냄으로써 휴대전화기기가 이를 진짜 기지국 신호로 오인하여 휴대전화 위치정보를 StingRay로 전송하도록 하여 휴대전화의 위치정보를 파악하는 방식이 이용되고 있다고 한다.

61) Paul M. Schwartz, Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the US, 80 Iowa L. Rev. 553 (1995); Press Release, Information Commissioner's Office, Common Sense on Street View Must Prevail, Says the ICO (April 23, 2009) 등 참조.

62) 132 S.Ct.945 (2012).

사용은 미국 연방헌법에 위반된다고 판결하였다.<sup>63)</sup> 다만, 수사기관에 의해 위치추적장치가 부착된 피의자의 차량이 고속도로를 운행하고 있는 경우 이를 추적하는 경우에는 미국 연방헌법 수정 제4조의 사전영장은 필요하지 않다는 *United States v. Knotts*<sup>64)</sup>사건도 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 연방대법원은 *Knotts* 사건에서 범죄혐의자의 차량이 공용도로나 고속도로를 통하여 이동하는 경우 자신의 이동에 대한 프라이버시는 합리적인 기대를 인정할 수 없다고 판시하였기 때문이다. 반면에 이미 살펴본 바와 같이 물리적인 침입 없이 공중전화 부스에서 이루어진 개인의 통화내용을 도청한 *Katz* 사건<sup>65)</sup>에서 연방대법원은 물리적인 침입이 없는 통화내용 도청도 불법침입을 구성할 수 있다고 하여 영장주의 위반과 프라이버시 침해를 인정하였다. 이와 같이 GPS위치추적기를 이용하는 방식의 수사가 영장 없이 사인의 주거, 차량 등에 대한 수색에 해당하여 위헌인지 여부에 대해 다양한 논의가 있다.<sup>66)</sup> 더불어 가상기지국을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적과 관련한 연방 제6항소법원의 *United States v. Skinner* 사건도 함께 살펴보기로 한다.

#### 1) GPS위치추적기 부착 및 감시 사건 - *United States v. Jones*<sup>67)</sup>

##### 가. 판결 내용 분석

미국 연방대법원은 2012년 1월 23일 *Jones* 사건에서 *Jones*의 차량에 GPS추적 장치를 “부착”하고 이를 이용하여 장기간(28일간) 차량의 움직임을 “감시”하는 행위는 연방헌법 수정 제4조가 규정하는 영장을 필요로 하는 수색에 해당한다고 판결하였다. 즉, *Jones* 사건의 다수의견은 GPS위치추적기 부착과 이를 통한 장기간의 감시는 *Jones*의 사생활의 보호영역을 침해하는 ‘수색’이라고 보았다. 미국 연방대법원은 어떻게 새로운 기술들이 전통적인 개인의 사생활을 위협하는지에 대한 우려와 관심을 표명한 바 있지만 반면에 가끔은 엄격한 헌법적인 제한을 그와 같은 잠재적인 통제와 감시의 장치에 부과하는 것에 세심한 주의를 요한다는 점도 보여주고 있다. 따라서 *Jones* 판결을 명쾌하게 이해하기 위해서 다수의견과 대비되는 소토마이어(*Sotomayer*) 대법관과 알리토(*Alito*) 대법관의 견해도 살펴볼 필요가 있다.<sup>68)</sup> 즉,

63) Adam Koppel, Note, Warranting a Warrant: Fourth Amendment Concerns Raised By Law Enforcement's Warrantless Use of GPS and Cellular Phone Tracking, 64 U. Miami L. Rev. 1061, 1065 (2010); Andrew E. Taslitz, The Fourth Amendment in the Twenty-First Century: Technology, Privacy and Human Emotions, 65 Law & Contemp. Probs. 125 (2002) 참조.

64) 460 U.S. 276 (1983).

65) 389 U.S. 347 (1967).

66) 자세한 것은 Thomas K. Clancy, What Is a “Search” Within the Meaning of the Fourth Amendment, 70 Alb. L. Rev. 1 (2006); Tracey Maclin, Katz, Kyllo, and Technology: Virtual Fourth Amendment Protection in the Twenty-First Century, 72 Miss. L.J. 51 (2002) 등 참조.

67) 이하의 *Jones* 판결 부분은 이상경(주 10), 192-199쪽을 요약·수정 및 발전시킨 것이다.

소토마이어 대법관은 다수의견이 불법침입이론을 구성하여 마약수사에 GPS의 활용이 사전영장주의에 위반된다는 점에 최소한(at a minimum)으로 동의한다고 하면서도, 연방대법관 그 누구보다도 광의의 사생활 보호 입장을 표명한 바 있다. 즉, 소토마이어 대법관은 GPS에 의한 “감시” 자체를 연방헌법 수정 제4조의 수색으로 보는 알리토 대법관의 입장에 동조적인 입장을 취했다. 요컨대 스칼리아(Scalia) 대법관이 대변한 5명의 다수의견은 불법침입이론에 따라 GPS “부착”과 “감시”가 경찰의 “수색”이라고 보았고, 알리토 대법관을 중심으로 한 4인의 동조의견은 그러한 견해를 부정한 것이다. 결국 알리토 대법관과 소토마이어를 포함한 5인의 대법관은 “장기간의 GPS 장치에 의한 감시(long-term monitoring of a GPS device)”가 “개인의 합리적인 사생활의 기대(reasonable expectation of privacy)”를 침해한 것이라는 결론에 동의함으로써 개인의 사생활 보호의 영역을 확장한 결과를 가져온다. 알리토 대법관과 소토마이어를 포함한 5인의 대법관은 Katz 사건의 이중기준을 유지하려 한 것으로 보인다. 연방대법원은 Jones 사건에서 불법침입이론으로 복귀한 것으로 보여 지지만, 여전히 알리토와 소토마이어 대법관을 포함한 5인은 Katz의 프라이버시에 대한 주관적이고도 합리적인 기대의 기준을 지지하고 있다는 점에서, Jones 사건에서 Katz 기준이 완전히 대체된 것은 아니라는 점에 유의해야 한다.<sup>69)</sup> 또한 Jones 사건은 Knotts 사건<sup>70)</sup>과도 비교하여 살펴볼 필요가 있다.<sup>71)</sup>

다만, Jones 판결의 다수의견도 GPS를 ‘부착’함으로써 야기되는 수색에 사전영장을 필요로 하는 것인가에 대한 문제를 정면에서 다루고 결론짓지 않았다는 점에 유의해야 한다. 특히 알리토 대법관의 동조의견에 가담한 4명의 대법관은 그러한 행위를 영장을 요하는 가택 등의 수색으로 간주하지 않았기 때문이다. 나아가 GPS ‘부착’에는 영장이 필요 없다는 가정하에, ‘단기간의 GPS장치에 의한 감시’(short-term monitoring of the GPS device)를 위해서는

68) Kaitlyn A. Kerrane, Keeping up with Officer Jones: A Comprehensive Look at the Fourth Amendment and GPS Surveillance, 79 FDMLR 1695 (2011) 참조.

69) 홍성욱(주 5), 7쪽.

70) United States v. Knotts 460 U.S. 276 (1983).

71) Knotts 사건에서 연방대법원은 ‘공용도로(public roads)’를 운행하고 있는 혐의자의 차량에 탑재된 클로로포름 드럼통(chloroform barrel)에 ‘부착’된 소위 무선발신기(radio beeper)에서 나오는 신호를 ‘감시’하는 것은 정당한 사생활의 보호 영역을 침해하는 것이 아니므로 미국 연방헌법 수정 제4조가 보장하는 영장을 필요로 하는 “수색”이나 “압수”에 해당하지 않는다고 판시한 바가 있다. 클로로포름 드럼통을 실은 혐의자의 차량이 공용도로를 운행하는 경우 그 이동의 추적은 수사기관의 ‘시각적 감시’만으로도 충분히 가능하므로, ‘무선발신기 신호를 감시’하는 것은 어떠한 ‘프라이버시에 대한 적법한 기대’도 침해하지 않기 때문이다 (the Supreme Court held that the police had not engaged in a Fourth Amendment search when they tracked the defendant by means of a chloroform barrel containing a hidden radio beeper because the beeper simply conveyed information that could be obtained by observing the defendant on public roads), Knotts, 460 U.S. 276, 285면 참조; Renée McDonald Hutchins, Tied Up In Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment, 55 UCLA L. Rev. 409 (2007) 참조.

영장이 필요한가의 문제에 관하여도 다수의견은 명시적인 언급을 피하고 있으며, 알리토 대법관의 동조의견에 찬성한 4인의 대법관은 정면으로 영장이 필요치 않다고 설시하였다. Jones 사건은 GPS의 ‘부착’과 ‘감시’를 통한 수사목적 활용이 사생활의 침해를 야기하는 가택 등의 수색인지 여부, 따라서 사전영장이 필요한지의 여부에 대한 주의를 환기시킨 바 있다.

#### 나. 평가

Jones 사건에서 연방정부는 항변으로 조그마한 GPS 장치의 “부착”과 이를 통한 “감시”가 연방헌법 수정 제4조의 “수색”에 해당하지 않는다는 주장을 하였는데, 연방대법원은 동 장치의 ‘비밀스런 물리적 부착’과 이를 통한 ‘장기간 감시’가 헌법적 의미의 “수색”에 해당한다고 보아 연방정부의 주장을 기각하였다. 사실 처음에는 사전영장을 발부받았는데 동 장치의 부착시점에 영장의 유효기간이 도과했고, 영장의 장소적 유효성도 워싱턴 D.C.에 국한되었던 것이었는데 GPS 장치는 메릴랜드 주에서 Jones의 Jeep Cherokee 차량에 부착되었기 때문에 사전영장주의에 위반되는 것이었다. 나아가 일단 Jones의 차량에 부착된 동 장치를 감시하여 물경 28일이나 Jones의 마약밀매공모의 유죄의 증거를 수집했다. 여기서 또 다른 쟁점의 하나는 장기간 GPS 장치의 사용이 위헌이라는 것인데, 얼마나 장기간이어야 하는 가는 여전히 풀리지 않은 숙제가 되었다.

또한 법무부의 입장은 전자적인 장치에 의한 Jones의 감시는 설령 그것이 수색이라 할지라도 범죄혐의에 대한 합리적인 의심과 정당한 이유를 바탕으로 이루어진 것이기 때문에 미국 연방헌법 수정 제4조의 위반이 아니라고 주장하였다. 앞서도 언급한 바와 같이 다수의견을 집필한 스칼리아 대법관은 이러한 주장에 대해 정면으로 판단하지 않았기 때문에, 향후 연방 검찰이 또 다른 사건에서 사전영장 없이 이루어진 GPS 장치의 사용에 대해 동일한 주장을 할 가능성을 배제할 수 없을 것이다.

그러나 소토마이어 대법관의 별개 의견은 위와 같은 법무부의 주장에 대해서도 검토를 필요로 하는 것으로 해석될 여지가 있다는 점에 유의해야 한다. 물론 1791년 연방헌법 수정 10개 조항의 증보 시에 가택의 사생활 침해가 무엇을 의미하는지에 관해 헌법기초자들은 알 수 없었다는 것은 분명하나, 헌법기초자들의 예측가능성의 부재에도 불구하고 지금과 같은 전자시대에 이르러서는 사생활을 확장적으로 인정할 수밖에 없을 것이다. 따라서 연방대법원은 사생활을 강하게 포용하면서 경찰이 범죄수사의 목적으로 GPS 장치 같은 것을 차량에 ‘물리적으로 부착’하기 위해서는 사전영장이 있어야 한다고 판시하기에 이른 것이다. 특히

United States v. Jones 사건은 GPS 장치를 사용하는 경찰에 대하여 최초로 미국 연방헌법 수정 제4조의 관점에서 연방대법원의 입장을 피력한 것이다.

법정의견은 수많은 형태의 감시는 사실상 물리적인 침입을 필요로 하지 않는 형태인데 이러한 경우도 사생활 침해를 인정해야 한다는 입장이다. 법정의견은, 예를 들어 자동차에 장착되어 나온 추적장치나 GPS가 가능한 스마트폰의 경우에는 GPS 장치 부착을 위해 별도의 물리적인 행위가 필요하지 않음에도 사실상 이들의 장치에 의한 감시가 가능하기 때문에 이러한 경우도 미국 연방헌법 수정 제4조가 보호하는 사생활을 침해하는 것으로 해석해야 한다고 주장하면서, United States v. Pineda-Moreno, 617 F.3d 1120 판결의 코진스키(Kozinski)판사의 반대의견을 인용하였다. 즉 물리적인 침입 없이 단지 전자적인 신호의 발산만을 감시하는 경우에도 사생활의 침해를 인정하는 Katz v. United States, 389 U.S. 347의 분석에 따라야 한다는 것이다.<sup>72)</sup>

결국 연방대법원은 현재 급증하고 있는 이러한 장치의 제한 없는 사용이 잠재적인 사회적 부담이 될 것이라는 우려를 강하게 드러낸 것이다. 그럼에도 불구하고 여전히 남아 있는 문제는, ‘어느 정도의 장기간’ GPS 장치의 ‘부착’과 ‘감시’가 상대방의 “사생활의 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy)”를 침해하게 되는가에 있는데, 이는 Jones 판결의 중요성에도 불구하고 연방대법관들의 태도 때문에 결정주문에 대해 불확실성이 존재하고 있다. 얼마나 오랜 기간 그러한 장치가 사용될 수 있는지 또 어떤 종류의 범죄혐의자에 대하여 그러한 장치를 사용할 수 있는지에 대해서는 여전히 논의의 여지가 남아 있다. 요컨대, 미국 연방대법원은 이러한 쟁점들에 대하여 일정한 구분을 만들어 내기 위하여 여러 해에 걸쳐 많은 사건들을 심사해 왔는데, Jones 사건에서는 미국 연방헌법 수정 제4조의 사생활에 관한 최소한의 접근방식(a minimalist approach)과 확장적인 견해(an expansive view)의 중간적인 견해의 하나를 채택한 것으로 생각된다.<sup>73)</sup>

## 2) 가상기지국 이용 사건 - United States v. Skinner<sup>74)</sup>

### 가. 사실관계

2006년 초 테네시 주의 법집행당국은 Christopher Shearer를 체포하였다.<sup>75)</sup> 그는 James

72) 132 S.Ct. 945, 955~56 참조.

73) Orin S. Kerr, Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev. 503 (2007); The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution, 102 Mich. L. Rev. 801 (2004) 등 참조.

74) 690 F.3d 772 (6th Cir. 2012).

75) Harvard Law Review, Jan. 2013, Vol. 126, No. 3

Michael West에 의해 운영되는 마리화나 밀매 공모 조직(marijuana-trafficking conspiracy)의 일원이었다.<sup>76)</sup> Shearer가 마약단속국(Drug Enforcement Administration)의 범죄정보원(criminal informant)이 되기로 일단 동의하자, 마약단속국 요원들은, West가 Shearer는 알지 못하는 운반책(courier)에 의해 마리화나를 애리조나로부터 테네시로 운반하는 일을 조율하기 위하여, 다른 공모자에 의해 구입되고, 가짜 이름으로 등록된 일회용 휴대전화들(disposable cell phones, registered under false name and purchased by another conspirator)을 사용하고 있다는 사실을 발견하였다.<sup>77)</sup> 그 운반책의 일회용 휴대전화 번호와 마리화나를 운반하는 차량의 특징(description)을 획득한 후에, 마약단속국 요원들은 휴대전화 회사로부터 휴대전화로 발송되는 GPS 좌표(GPS coordinates)를 요청하는 ping(Packet Internet Groper: 인터넷 접속 정보 신호-필자 주) 또는 다른 신호를 통하여 운반책의 휴대전화로부터 발신된 GPS 좌표를 획득하기 위하여 법원의 수색영장이 아닌 법원의 명령(court order)<sup>78)</sup>을 확보했다. 마약단속국 요원들은 3일 동안 Skinner의 휴대전화에 ping신호를 보냈고, 그의 위치를 실시간으로 추적하였다. ping에 응답하여 수신된 데이터를 사용하여, 마약단속국 요원들은 운반책의 이동을 추적하였으며, 그가 Texas에서 하룻밤을 보내기 위해 멈추려는 것을 알게 되었다. 마약단속반 요원들은 운반책이 밤을 보내기 위해 멈추자 인근 Lubbock 부근의 마약반 동료들에게 이를 알렸고, 동료들은 운반책을 체포하였으며, 운반책이 Melvin Skinner임을 확인하였다.<sup>79)</sup> Skinner는 1,100파운드(lb)가 넘는 마리화나 유통공모 혐의로 기소되어 유죄판결을 받았다. Skinner는 마약단속국이 실행한 실시간 휴대전화 GPS위치추적을 통해 그의 휴대전화에서 전송된 위치정보의 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 침해하였다고 주장하였다.<sup>80)</sup> 그러나 연방 제6항소법원은 ping 신호를 사용하여 목표가 된 휴대전화로부터 GPS 데이터를 획득하는 것은 사전영장을 필요로 하는 수색에 해당하지 않는다고 판시하여, Skinner의 유죄를 확정하였다.<sup>81)</sup> Judge Rogers에 집필된 판결의 요지는 다음과 같다: Skinner는 그가 자발적으로 취득한 일회용 휴대전화(pay-as-you-go phone:

(<https://harvardlawreview.org/issues/volume-126-issue-3/>)

(<https://harvardlawreview.org/2013/01/sixth-circuit-holds-that-pinging-a-targets-cell-phone-to-obtain-gps-data-is-not-a-search-subject-to-warrant-requirement-ae-united-states-v-skinner-690-f-3d-772-6th-cir-2012-rehae/>)

76) Skinner, 690 F.3d 772, 775.

77) Harvard Law Review(주 75), 803쪽.

78) 이 법원의 명령은 전화회사가 Skinner의 휴대전화의 실시간 기지국 정보와 GPS위치정보로 구성된 위치정보를 제공하는 것을 내용으로 하였다: 홍성욱(주 5), 8쪽 참조.

79) Harvard Law Review(주 75), 803쪽.

80) 홍성욱(주 5), 9쪽.

81) Skinner, 690 F.3d 772, 777.

필시 위치추적을 더 어렵게 할 목적으로 사용한 것임 - 필자 주)로부터 방출된 데이터에 대한 프라이버시의 합리적 기대를 갖지 않기 때문에 이 사건에서는 연방헌법 수정 제4조의 위반이 없다.<sup>82)</sup> 만일 금지된 제품을 운반하기 위하여 사용된 도구가 신호를 방출한다면, 경찰은 당연히 그 신호를 추적할 수 있다.

#### 나. 평가

연방 제6항소법원은 앞서 언급한 Katz 기준에 의거하면서 Skinner는 자신의 휴대전화에서 나온 GPS위치정보의 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖지 않는다고 보았다. 연방 제6항소법원은 Skinner가 공용도로에서 자동차로 이동하고 있었기 때문에, Knotts 사건을 인용하면서 위치 데이터(location data)는 단순한 시각적인 감시(mere visual surveillance)를 통해서도 획득할 수 있었다고 판단하였다.<sup>83)</sup> 요컨대 항소법원은 실질적으로 비록 GPS 정보를 포함한 휴대전화 위치정보로 획득한 정보가 Skinner의 위치를 추적하는 데 도움이 되었을지 몰라도, 시각적 감시에 의하더라도 같은 정보를 얻을 수 있었을 것이라고 판단한 것이다. 따라서 Skinner에게는 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 없었기에, 정부의 실시간 위치정보 추적 및 수집이 연방헌법 수정 제4조에 따른 수색은 아니라는 것이다. 항소법원은 이 사건을 두 가지 점에서 Jones 사건과 구별했다. 첫째, Jones 사건의 다수의견은 정보를 얻기 위한 목적으로 사유재산에 대한 물리적 지배(physical occupation of private property for the purpose of obtaining information)가 있었다는 점에 근거하지만, Skinner 사건에서는 그런 일이 벌어지지 않았다는 점이다. 둘째, Jones 사건과 달리 Skinner 사건에서는 감시가 오로지 3일간만 지속되었다는 점과 그것은 불합리하게 여겨질 만큼 광범위한 것이 아니었다 (thus was not so comprehensive as to be unreasonable)는 점이다.<sup>84)</sup> 항소법원은 부분적으로 Jones 사건의 실시 중 United State v. Karo 사건<sup>85)</sup> 논의에 의지하였다.<sup>86)</sup> Karo 사건에서 정부는 피의자를 추적하기 위하여 에테르 캔(a can of ether)에 부착된 무선신호발신기 (beeper)를 이용하였다.<sup>87)</sup> Jones 사건과 달리, Karo 사건에서 연방대법원은 무선신호발신기

82) Harvard Law Review(주 75), 804쪽.

83) Skinner, 690 F.3d 772, 777~78 참조; 또한 연방 제6항소법원은 United States v. Forest, 355 F.3d 942 (6th Cir. 2004)를 인용하면서, 마약단속국 요원들은 혐의자의 추적 중 시각적인 궤적(visual contact)을 잃은 후 혐의자를 추적하기 위하여 GPS 데이터가 아니라 발신기지국 데이터(cell-site data)를 사용할 수도 있다고 하였다. 690 F.3d 772, 778~79 참조.

84) United States v. Jones, 132 S.Ct. 945, 949를 인용하고 있는 United States v. Skinner 690 F.3d 772, 780 참조.

85) 468 U.S. 705 (1984).

86) Harvard Law Review(주 75), 804쪽.

87) Karo, 468 U.S. 705, 708~09.

는 그 에테르 통(barrel)이 피의자에게 전달되기 전에 정부의 정보원(government informant)의 동의 아래 부착된 것이므로, 불법침입(trespass)이 없었고 따라서 영장을 필요로 하는 수색에도 해당하지 않는다고 판시하였다.<sup>88)</sup> 요컨대, 수사기관이 개인 재산을 침범하여 GPS 장치를 부착한 Jones와는 달리 Skinner 사건에서 정부는 Skinner의 휴대전화에 어떠한 물리적 접촉(physical contact)도 없었으며, 그는 휴대전화를 구입함으로써 GPS 첨단기술(technology)과 다른 모든 것을 직접 획득했기 때문에 그것들의 존재를 부정할 수 없다고 판시한 것이다.<sup>89)</sup> 항소법원은 이러한 이유로 그 휴대전화는 자유롭게 자신의 위치를 밝혀내는 신호를 방출하여 Skinner측의 사생활 보호에 대한 합리적인 기대를 제거했다는 점에 주목하여야 한다고 강조했다.<sup>90)</sup>

### (3) 소결

실시간 GPS위치정보의 추적을 통해 기본권 침해의 가능성은 훨씬 커진다. 특히 GPS위치정보에 접근하는 기술적 특성으로 인해 위치정보의 노출 가능성이나 그 노출 범위가 통신비밀보호법 상의 '통신사실 확인자료'보다 훨씬 클 뿐만 아니라, GPS위치정보를 수집·저장·분석·이용 및 제공할 수 있도록 서로 유기적으로 연계된 컴퓨터의 하드웨어, 소프트웨어, 데이터베이스 및 인적자원의 결합체인 위치정보시스템에 의해 관리되므로 그 위치정보의 유출, 남용의 가능성도 크다. 그럼에도 불구하고 앞서 언급한 바와 같이 실시간 GPS위치정보의 수사목적 활용에 대한 법적 근거가 없다. GPS위치정보는 개인정보로서 개인정보자기결정권·프라이버시권 등에 의한 보호 대상이므로 이를 제한하기 위해서는 반드시 법적 근거가 필요하다. 우리나라 수사기관이 앞서 언급한 Skinner 사건에서처럼 ping 신호를 활용한 실시간 위치추적을 하게 된다면 이는 먼저 법률유보원칙에 위반되고 나아가 영장주의에도 위반된다고 할 것이다. 물론 아직 우리나라는 Skinner 사건에서 사용된 실시간 GPS위치정보를 추적할 수 있는 장비를 수사상 활용하고 있지 않다. 하지만 향후 가상기지국을 수사목적으로 활용하게 된다면, 정보주체의 사전 동의가 없는 한 그 처분을 영장주의가 필요한 강제처분으로 보아야 하고 이에 대한 헌법적 통제수단이 마련되어야 할 것이다.<sup>91)</sup> 한편 수사실무상 인정되

88) Karo, 468 U.S. 705, 711~13.

89) Harvard Law Review(주 75), 805쪽.

90) Skinner, 690 F.3d 772, 781면.

91) 홍성욱(주 5), 15쪽은 수사기관이 소위 기지국 시뮬레이터를 이용하여 휴대전화 위치추적을 하는 것은 첫째, 공용도로 등이 아니라 집과 같은 곳에 있을 때에도 휴대전화의 위치를 파악할 수 있게 되어 개인의 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 침해하고, 둘째 휴대전화가 진짜 기지국 대신 시뮬레이터에 연결되어 있는 동안 그 휴대전화는 사용할 수 없기 때문에 개인의 재산에 대한 침해를 구성하며, 셋째, 수색을 실시함에 있어 일반 대중이 아직 사용할 수 없는 특수한 기술에 의존하기 때문에 미국 연방헌법 수정 제4조의 수색을 구성함을

고 있는 방식으로 피의자 검거 등을 위하여 이동통신사에 피의자 휴대전화의 위치추적을 요청하면 이동통신사가 10분 혹은 30분 단위로 수사기관에 알려주는 경우가 있다. 이는 미국의 가상기지국을 이용한 실시간 위치추적은 아니지만, 이를 실무상 실시간 위치추적으로 부른다고 한다.<sup>92)</sup> 이 경우 “드물기는 하지만 현재 국내 수사실무 사례에 의하면 형사소송법상 압수수색 대상으로 간주하고 영장을 발부받아 해당 정보를 수사에 활용하고 있는 것으로 파악되었다. 즉, 우리 법원은 ‘GPS위치추적기 서버를 수색하여 실시간 GPS위치정보를 압수’ 하는 형태로 압수·수색영장을 발부해주고 있다. 그러나 법 논리적으로 수사기관의 실시간 GPS 위치추적이 우리 형사소송법상 압수·수색·검증의 대상이 된다고 보기에는 무리가 있으므로 별도의 입법이 필요하다. 보다 근본적인 해결을 위해서는 형사소송의 일반법인 형사소송법에 GPS 위치정보를 포함한 통합적인 ‘수사기관의 정보수집’ 규정을 신설하는 것이 바람직하다. 앞으로는 실시간으로 확보할 필요성이 있는 정보의 유형도 다양화되고 정보의 본질적 특성상 취득뿐만이 아니라 축적 및 보관, 처리 및 가공, 사후이용 및 폐기까지 아우를 수 있어야 하기 때문이다.”라는 견해가 타당하다.<sup>93)</sup> 따라서 실시간 GPS위치정보의 추적에 대해서는 관련 법률의 제정 등을 통한 법률유보원칙을 준수하고, 관련 법률에는 실시간 GPS위치추적에 대한 엄격한 요건을 규정하는 등 적절한 규제가 요구된다.<sup>94)</sup>

## V. 결론

지금까지 정보통신기술을 활용한 수사기법의 헌법적 통제의 쟁점 중 위치추적과 관련된 부분을 중심으로 논의하였다. 위치추적 수사가 다양한 형태로 나타날 수 있으므로, 우선은 4가지 형태로 구분하여 우리 헌법재판소 판례와 미국 연방법원의 판례들을 살펴보고 검토하였다. 발신기지국 위치정보 추적 중 이동정보통신기기의 사용을 통한 위치추적 방법으로 과거의 발신기지국 접속 정보를 통한 위치추적 부분-즉 우리의 경우 통신확인사실자료의 요청과 관련된 부분은 헌법재판소가 관련 통신비밀보호법 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내림으로써 정보주체의 기본권 침해 우려는 어느 정도 해소되었다. 마찬가지로 특정한 기지국 내에 존재하는 모든 통신 가입자들에 대한 통신내역과 위치정보를 일괄 제공받는 형태-소위,

물론 우리 헌법이 규정한 강제처분에도 해당될 것이므로 법원의 영장이 필요하다는 입장이다.

92) 홍성욱(주 5), 14쪽.

93) 김지은/박원규(주 56), 83쪽 인용.

94) 홍성욱(주 5), 1, 13쪽; 오기두, 전자정보에 대한 기본권보장과 위치정보추적 수사권, 헌법논총 제21집(2010년), 307-308쪽 참조.

‘기지국 수사’에 관한 부분도 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내림으로써 기본권 침해의 우려가 일정 부분 해소되었다. 다만, 우리 헌법재판소 판례와 미국 연방대법원 판례 사이의 간극이 존재하는 부분은 프라이버시 부분이며, 우리 헌법재판소도 사생활의 비밀과 자유의 침해 여부 판단에 대해서도 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 본다.

실시간 GPS위치정보를 활용하는 경우 위치추적장치를 부착하여 지속적으로 추적하는 형태가 있고, 여기에 더하여 가상기지국을 이용한 실시간 GPS위치정보의 추적방법이 있는데 최근 이에 대한 헌법적 통제문제는 다양한 형태로 논의되고 있지만 아직까지 명확한 해결방안은 마련되고 있지 않다. 위치정보는 사생활의 비밀과 자유, 통신비밀의 자유 및 개인정보자기결정권과 직결되어 있으므로, 위치정보의 수사목적 활용은 남용방지를 위하여 법원의 영장주의를 요건으로 하는 등 엄격하게 인정되어야 함을 거듭 강조하고자 한다. 미국 연방대법원 판례도 언급하고 있듯이 현대생활에서 휴대전화의 보편성 등에 비추어 프라이버시 침해의 위험성이 크므로, 불가피한 경우<sup>95)</sup>를 제외하고는 법관이 발부한 사전영장에 의하지 않고는 실시간 GPS위치추적을 포함한 수사상의 강제처분을 하지 못하도록 영장주의 원칙을 엄격하게 적용하는 방향으로 가야 할 것이다.<sup>96)</sup>

95) 입법론적으로는 실시간 GPS위치정보의 수사목적 활용을 위해서는 먼저 근거 법률부터 제정할 필요가 있음을 거듭 강조하면서, 여기에 불가피한 경우 영장주의의 예외를 규정하려면 현행 헌법 제16조의 영장주의의 예외를 규정한 형사소송법 제216조에 해당하는 경우를 참조하여야 할 것으로 생각된다. (다만, 참고로 헌법재판소는 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다고 하여, 체포영장이 발부된 피의자 체포를 위하여 타인의 주거 등을 수색하는 경우 별도의 수색영장 없이 수색할 수 있는 예외사유로서 첫째, 피의자가 그 장소에 소재할 개연성이 인정되고, 둘째, 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있어야 하는 경우로 국한하였다. 헌재 2018. 4. 26. 2015헌바370 등, 판례집 30-1상, 573).

96) 홍성욱(주 5), 15쪽 참조.

## | 참고문헌 |

- 김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007.
- 성낙인, 헌법학(제19판), 법문사, 2019.
- 양 건, 헌법학(제8판), 법문사, 2019.
- 이준일, 헌법학강의(제6판), 홍문사, 2015.
- 장영수, 헌법학(제7판), 홍문사, 2012.
- 전광석, 한국헌법론(제14판), 집현재, 2019.
- 정재황, 신헌법입문(제2판), 박영사, 2012.
- 정종섭, 헌법학원론(제11판), 박영사, 2015.
- 한수웅, 헌법학(제4판), 법문사, 2014.
- 허 영, 한국헌법론(제12판), 박영사, 2016.
- 
- 강태수, 통신의 비밀보장에 관한 연구, 경희법학 제45권 제4호 (2010).
- 김민지, 수사·정보기관의 통신정보수집에 관한 비판적 연구, 법학연구 제59권 제2호 (2018).
- 김지은/박원규, 수사상 GPS위치추적기 활용을 위한 법적연구, 한국치안행정논집 제15권 제2호 (2018).
- 민영성/박희영, 통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여, 형사정책연구 제28권 제4호 (2017).
- 박경신, “개인정보”의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안 - 익명위치정보, 허가제 및 즉시동의 요건을 중심으로 -, 전북대학교 법학연구 제37집 (2012).
- 박정훈, 최근의 위치정보에 관한 논의, 그리고 그 평가와 시사 - 미국의 사례를 중심으로-, 경희법학 제46권 제4호 (2011).
- 박희영, 독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점, 경찰학연구 제9권 제3호 (2009).
- 오기두, 전자정보에 대한 기본권보장과 위치정보추적 수사권, 헌법논총 제21집 (2010).
- 이상경, 공간지리정보로서의 위치기반서비스 활용의 헌법적 쟁점에 관한 연구 - 미국에서의 논의 및 우리나라에서의 시사점 -, 미국헌법연구 제27권 제1호 (2016).

- 이진구/김일환, 통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 비교법적 연구: 미국의 통신비밀보호법제를 중심으로, 미국헌법연구 제27권 제1호 (2016).
- 임규철, 전기통신사업자의 수사기관으로의 통신정보 제공시 문제점과 개선방향 -통신사실확인 자료 및 통신자료의 제공을 중심으로-, 헌법학연구 제9권 제1호 (2013).
- 차진아, 사이버범죄에 대한 실효적 대응과 헌법상 통신의 비밀보장 -사이버범죄협약 가입에 따른 통신비밀보호법의 개정 방향을 중심으로-, 공법학연구 제4권 제1호 (2013).
- 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 -현재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로-, 법조 제724권 (2017).
- 차진아, 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안, 법조 제728권 (2018).
- 허은영, 위치정보, 서비스 활성화와 사생활보호를 위한 과제, New Policy 1, Vol. 58 (2011).
- 홍성욱, 핸드폰 위치추적과 영장주의, Law & Technology 제14권 제4호 (2018).
- 황성기, 현행 통신비밀보호법제의 헌법적 문제점, 언론과법 제4권 제1호 (2015).

- Adam Koppel, Note, Warranting a Warrant: Fourth Amendment Concerns Raised By Law Enforcement's Warrantless Use of GPS and Cellular Phone Tracking, 64 U. Miami L. Rev. 1061, 1065 (2010).
- Andrew E. Taslitz, The Fourth Amendment in the Twenty-First Century: Technology, Privacy and Human Emotions, 65 Law & Contemp. Probs. 125 (2002).
- Janice Y. Tsai et al., Location-Sharing Technologies: Privacy Risks and Controls, 6 J. L. & Pol'y for Info. Soc'y 119 (2010).
- Kaitlyn A. Kerrane, Keeping up with Officer Jones: A Comprehensive Look at the Fourth Amendment and GPS Surveillance, 79 FDMLR 1695 (2011).
- Kristin E. Edmundson, Note, Global Positioning System Implants: Must Consumer Privacy Be Lost In Order for People to Be Found?, 38 Ind. L. Rev. 207 (2005).
- Orin S. Kerr, Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev. 503 (2007).

Orin S. Kerr, The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution, 102 Mich. L. Rev. 801 (2004) .

Paul M. Schwartz, Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the US, 80 Iowa L. Rev. 553 (1995).

Press Release, Information Commissioner's Office, Common Sense on Street View Must Prevail, Says the ICO (April 23, 2009).

Renée McDonald Hutchins, Tied Up In Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment, 55 UCLA L. Rev. 409 (2007).

Stephanie Lockwood, Who Knows Where You've Been? Privacy Concerns Regarding the Use of Cellular Phones as Personal Locators, 18 Harv. J. L. & Tech. 307 (2004).

Thomas K. Clancy, What Is a "Search" Within the Meaning of the Fourth Amendment, 70 Alb. L. Rev. 1 (2006).

Tracey Maclin, Katz, Kyllo, and Technology: Virtual Fourth Amendment Protection in the Twenty-First Century, 72 Miss. L.J. 51 (2002).

## | Abstract |

Recently, a so-called Location-Based Service (LBS) has been activated using geographical location information, which can lead to various constitutional problems as well as various beneficial services. In particular, there is a great deal of concern about infringement of fundamental rights in using such location information for investigation purposes. The conflicts occur between the basic rights, especially securing freedom of communication, privacy, protection of personal information, and the investigatory utilization of location information. Therefore, this paper discusses the key issues related to location tracking, which are currently in question, in the following three categories. First, this paper discusses the sorts of location information tracking methods, the second, tracking cell-site location information, and the third, tracking real time GPS location information. In addition to these discussions, this paper examines whether investigatory use of location information infringes search warrant, freedom of communication, and right to self-determination of personal information. Use of location information can be largely classified into tracking of cell-site location information and GPS location tracking. The cell-site location information tracking can be divided into two again. The first is a location tracking method through the use of mobile information and communication equipment, which is related to the request of the communication confirmation fact data in the recent constitutional case. The second is a form in which communication history and location information of all communication subscribers existing in a specific base station are collectively. The following is the tracking of GPS location information. The tracking of such GPS location information can be further divided into two. First, there is a way to continuously track by attaching a location tracking device. Second, there is a method of tracking real time GPS location information using a virtual cell-site location, namely, a cell-site simulator. Since tracking real time GPS location information is directly related to the privacy, freedom of

communication, and right to self-determination of personal information, this papers suggests that search warrant issued by courts be strictly needed for investigatory use of real time GPS location information.

**Keywords:** Location Information, Cell Site Location Information tracking, GPS location tracking, Freedom of Communication, Right to Self-Determination of Personal Information, Privacy, Search Warrant

# 첨단감청 시대의 통신비밀 보호방안

## Legal Solution to the Protection of Communication Secrets in the Age of Advanced Wiretapping Technologies

신경대학교 부교수, 오길영  
ShinGyeong University, associate Prof. Oh, Kil-Young.

■ 목 차 ■

|                        |     |                             |     |
|------------------------|-----|-----------------------------|-----|
| I. 들어가며 .....          | 119 | III. 법적 쟁점과 대응방안 .....      | 136 |
| II. 감청기술의 현황과 미래 ..... | 120 | 1. 기술적 관점에서의 쟁점과 대응방안 ..... | 137 |
| 1. 감청영역에 따른 분석 .....   | 121 | 가. 감청의 분류 설정에 대한 문제 .....   | 137 |
| 가. 음성통신 .....          | 122 | 나. 감청의 기준 설정에 대한 문제 .....   | 138 |
| 나. 데이터통신 .....         | 125 | 다. 감청의 범주 설정에 대한 문제 .....   | 142 |
| 다. 차세대 통신 .....        | 128 | 2. 법정책 관점에서의 쟁점과 대응방안 ..... | 144 |
| 2. 감청방식에 따른 분석 .....   | 131 | 가. 새로운 편제에 관하여 .....        | 144 |
| 가. 납치하는 방식 .....       | 131 | 나. 새로운 통제방안에 관하여 .....      | 146 |
| 나. 침입하는 방식 .....       | 133 | 다. 새로운 기본권에 관하여 .....       | 148 |
|                        |     | IV. 나오며 .....               | 150 |

## Ⅰ 국문초록

이 글은 첨단 감청기술에 대하여 법제의 선제적 대응을 구상하기 위한 글이다. 즉 현행의 법제에 대한 해석론이 아니라, 기술에 대응하는 새로운 담론을 끌어내기 위한 취지로 작성된 것이다. 따라서 글의 전반에 있어 감청의 기술적 요소에 대한 검토를 토대로 법적인 논의를 진행하고, 이러한 과정을 통해 도출된 쟁점을 중심으로 법제의 개혁을 구상하는 것이 주요한 내용이다.

글의 전반부에서는 현재 진행되고 있는 감청기술을 개관하고 기술의 견지에서 발생하는 법적 혼란을 검토하였다. 먼저 음성통신과 데이터통신 그리고 차세대통신으로 분류하고 이들 기술의 특성과 동향을 기반으로 간략한 법적인 분석을 진행하였다. 그 다음에는 감청기술을 '납치'와 '침입'의 경우로 대분하여 현행법의 해석상 발생하는 혼란을 기술하였다. 납치방식에 대해서는 실시간성을 요건으로 하고 있는 현행법제의 감청 기준이 이미 기술적으로 무의미하다는 점을 검토하였고, 침입방식의 경우에는 해킹과 크래킹을 구별하지 못하는 우리 입법의 한계를 적시하였다.

이러한 기술적 동향과 법제의 혼란에 대한 이해를 바탕으로, 글의 중반부에서는 기술적인 관점을 바탕으로 한 본격적인 법적 검토를 진행하였다. 첫째로 음성통신과 데이터통신으로 분류하는 현재의 접근방식은 음성통신의 디지털화로 인하여 더 이상은 유의미하지 못하기 때문에, 그 분류에 있어 직접감청과 간접감청으로 접근하는 것이 오히려 타당하고 실효성이 있음을 밝혔다. 둘째로 침입의 방식으로 진행되는 경우에 주목하자면 감청이 목적인 침입도 압수와 수색의 기능을, 압수·수색이 목적인 침입도 감청의 기능을 동시에 가지게 된다는 점을 논증하였다. 즉 감청과 압수·수색의 양자에 대하여 분명한 경계를 설정하고 있던 지금까지의 법적 개념설정에 전환이 필요하다는 것이다. 셋째로는 현행법상 감청의 유형으로 규정하고 있는 '송·수신의 방해'에 대하여, 새로운 기술 환경에서의 적용가능성을 검토하였다. 새로운 형태의 감청을 열린 개념으로 수용할 수 있다면, 이를 차세대 통신기술에 대한 효과적인 규제책으로 사 용이 가능하다는 것을 논증한 것이다.

이러한 기술적 관점에서의 쟁점분석에 뒤이어, 글의 후반부에서는 법정정책 관점에서 주요한 쟁점사항을 검토하였다. 먼저 지금의 디지털통신 환경에서는 형사소송법상의 압수·수색과 통신비밀보호법상의 감청을 동시에 고려하여 기본권 보호에 공백이 없도록 하는 것이 바람직하다는 것을 밝혔다. 다음으로 수사목적의 감청과 안보목적의 감청을 개념적·제도적으로 구분할 필요성이 있다는 점을 적시하였다. 실무상 감청내용의 범위와 사용기술의 수위를 달리할 필요도 있겠으나, 무엇보다 감청의 오남용을 방지하기 위함이다. 마지막으로서는 기본권의 공백에 관하여 상술하였다. 통신비밀 보호의 대상이 되는 정보들을 살필 때, 통신의 비밀보호나 개인정보자기결정권, 프라이버시권을 모두 동원하더라도 메울 수 없는 공백이 존재한다는 것이다. 이에 대해 필자는 독일에서 새로운 기본권으로 선언한 바 있는 소위 'IT 기본권'의 도입 필요성을 주장하였다.

**주제어:** 감청, 통신, 패킷, 압수·수색, IT 기본권

(논문접수일: 2019. 4. 30. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 들어가며

지난해 우리 헌법재판소는 매우 의미 있는 결정을 한 바 있다. 통신제한조치 허가에 대한 위헌성을 판단한 ‘2016헌마263’ 결정이 바로 그것이다.<sup>1)</sup> 그간 미루어왔던 ‘패킷감청’<sup>2)</sup>의 위헌성 여부에 대하여 드디어 판단을 해내었다는 점에서도 유의미하지만, 그 결정의 내용 또한 첨예하게 대립되어 왔던 찬반의 의견 모두를 수용하여 심도 있게 고민한 결과라는 점에서 더욱 그러하다. 이는 또한 글을 통해 필자가 처음으로 패킷감청의 문제점을 학계에 보고한 지 10년 만에 내려진 판단이기도 하다. 10년이라는 시간동안 그 위헌성 여부에 대한 학설의 대립이 점차 첨예해져 온 것도 사실이지만, 정보통신기술의 눈부신 발전으로 인하여 패킷감청도 이제는 다소 고전이 되어버린 점 또한 부정할 수 없다. 즉 학설의 입장에서는 그 대립의 정도가 되돌릴 수 없을 정도가 되어야, 그리고 기술적인 시각에서 바라보자면 고전이 되고 나서야 법적 판단이 내려진 셈이 된다.

‘ICT(information and communications technology)’ 분야에서는 이러한 점이 늘 아쉬움으로 남는다. 기술의 속도에 비해 법적 대응이 너무 늦다는 것이다. 적절한 시점을 놓친 규제는 실효성이 없거나 부담스럽기 마련이라, 이를 뒤늦게 시행하는 법제의 입장에서는 난감하고 이를 수용하는 기술 분야에서도 결코 곱지 않은 시선을 보내기가 일쑤이다. 그래서 기술법 분야에서 견지해야 할 중요한 관점 가운데 하나가 바로 ‘미래지향성’이다. 현재의 기술상황에 상응하는 법제의 마련으로 만족해서는 결코 능동적으로 대응할 수 없기 때문이다. 따라서 현재의 기술을 통해 미래 기술의 모습을 예측해내고, 그 위에서 발생 가능한 법적 쟁점들을 미리 짚어내는 선제적 대응이 필요하다. 물론 다소의 예측에 기반한 대응이라는 점에서 법적 안정성이 떨어질 수밖에 없겠으나, 차라리 추후 수정을 하더라도 법적 흠결인 상황보다는 나은 경우가 훨씬 많다. 요컨대 현 시점에서 ‘첨단’인 기술에 대해 ‘선제’적인 대응을 구상하는 것이 기술법의 과제라는 것이다.

이러한 의미에서 이 글은, 감청과 관련하여 진행되어 온 지금까지의 논의들을 가급적 반복하지 않기로 한다. 이들의 논의는 금번 헌법재판소의 결정으로 일단락 짓기로 하고, 이를 발판삼아 한 차원 더 높은 논의를 진행하는 것이 글의 기획취지에 부합한다고 생각한다. 또한 헌법재판소의 결정은 학계에서나 사회적으로나 이미 적지 않게 회자가 된 터라, 그 평석이 절실하다고 생각하지도 않는다. 오히려 헌법재판소의 결정으로 관련법규를 손보아야 할 이때에, 현재

1) 헌법재판소 2018.8.30. 선고, 2016헌마263 결정.

2) 이에 대한 상세는 오길영, 인터넷 감청과 DPI, 민주법학 제41호(2009), 민주주의법학연구회, 410-414쪽.

에 진행되고 있는 새로운 감청기술을 주목하고 앞을 예측하여 미래대응적인 규제를 담아내는 것이 더 요긴한 작업이 될 것이다. 이러한 이유로 본고는 먼저 감청기술에 대한 기술적 접근으로 글을 시작하고자 한다. 또한 글의 전반에 있어 이러한 기술적 요소에 대한 검토를 토대로 법적인 논의를 진행시키기로 한다.

## II. 감청기술의 현황과 미래

이해의 편의를 위해 법문의 내용과 해석에 얽매이지 말고 논의를 시작해보기로 하자. 그냥 통신의 내용을 몰래 엿듣거나 보는 행위를 도청, 그리고 합법적인 도청을 감청이라고 간단히 정의하기로 하고 우리가 사용하고 있는 통신수단을 떠올리면 되겠다.<sup>3)</sup> 사람의 목소리를 전달해주는 기기로는 널리 ‘스마트폰’이라 칭해지는 손전화기가 가장 먼저 생각이 나고, 다음으로 는 집이나 사무실에 아직도 자리를 지켜내고 있는 유선전화, 마지막으로는 공사현장이나 넓은 사업장 등에서 종종 목격할 수 있는 무전기 정도를 생각해낼 수 있겠다. 한편 어떠한 정보를 전달해주는 통신도 있다. 검열의 대상이 되는 전통적인 서식 형태를 제외하고 보자면, 필자의 기억에는 소위 ‘삐삐’라고 불리우던 페이지(pager) 무선통신이 가장 고전처럼 생각된다.<sup>4)</sup> 물론 그 이전에 전보(telegraph)와 텔렉스(telex) 등의 디지털통신<sup>5)</sup>이 이미 있었으나, 일상에 널리 사용되었다고 하기에는 무리가 있다. 그 다음으로는 제법 익숙한 용어들이 뒤를

3) 본고에서는 지면관계상 “타인간의 대화를 녹음 또는 청취(통신비밀보호법 제3조 제1항 및 제14조)”하는 행위인 소위 ‘대화 감청’에 대한 논의는 생략하기로 한다. 대화감청은 대화의 당사자가 같은 공간 또는 가까운 장소에서 진행되는 대화에 대하여 대화의 상대방 또는 제3자가 감청장비를 사용하여 유·무선의 방식으로 녹음 또는 청취하는 행위로서, 이는 대화의 당사자가 어떠한 통신수단을 이용하여 대화나 의사표시를 진행하는 경우인 ‘통신’의 경우와는 여러 면에서 논점이 상이하기 때문이다.

4) 아직도 페이지 통신은 그 서비스가 계속 중이기도 하다 :

<<http://www.my015.co.kr/usr/com/my015Info.vw?page=02>>, 검색일: 2019.4.13.

5) 디지털 통신의 시작이라고 하면 흔히들 텔렉스를 꼽는 것이 일반적이다. 그러나 필자의 생각은 이와는 다르다. 디지털(digital)의 어원이 되는 디지털(digit)은 본래 손가락·발가락이라는 뜻이고, 손가락처럼 분명하게 셀 수 있다는 의미에서 유래했다고 한다. 즉 어떠한 수치를 최소 값의 정수배로 취급할 뿐 그 이외의 중간 값을 취하지 않아, 결국 한자리씩 끊어서 다루는 방식을 말하는 것이다. 이러한 의미에서 어떠한 수치를 연속된 물리량으로 나타내는 아날로그(analog)에 대응하는 말로 사용한다. 요컨대 디지털은 전달하고자 하는 내용을 특정한 규칙에 의해 분별·변환시키는 것을 의미한다. 이러한 본연의 뜻을 살피자면 모스부호(morse code)로 전송되던 시절부터 사용해진 전보(專用電信)는 엄연한 디지털방식의 통신이다. 물론 텔렉스(加入電信)는 현재 상용화되어있는 이진수(binary)방식의 디지털 통신을 최초로 사용했다는 점에서 차별화할 수 있겠다. 더 거슬러 올라가지면 봉화를 통해 통신을 하던 우리 선조의 봉수제도(烽燧制度)도 일종의 디지털방식이라고 할 수 있다. 낮에는 연기, 밤에는 불꽃의 숫자로 신호를 보내기로 약속하고, 평상시에는 하나, 적이 바다나 국경에 나타나면 둘, 가까이 오면 셋, 우리 배를 공격하거나 국경을 침범하면 넷, 상륙하거나 전투가 벌어지면 다섯 개의 봉수를 올리도록 했다고 하니 디지털 통신임이 분명하다.

있다. ‘SMS(short message service)’, ‘LMS(long message service)’, ‘MMS(multi-media message service)’ 등<sup>6)</sup>의 소위 문자서비스 계열이 있고, 오늘날의 대세인 인터넷 (프로토콜) 통신(communication over internet protocol)이 있다. 마지막으로 감청과 관련하여 아직까지는 사각지대로 방치되고 있는 근거리무선통신 부류도 있다.<sup>7)</sup> 소위 ‘하이패스’나 물류창고에서 쓰이는 ‘RFID(radio frequency identification)’<sup>8)</sup> 통신도 중요한 정보를 담고 있으며, 블루투스(bluetooth) 또한 음악만 전송하는 것이 아니라 본격적인 데이터 통신이 얼마든지 가능하다는 점에서 결코 무시할 수 없는 감청의 대상이 된다. 요즘 카드결제 대응으로 사용되는 근접통신 채널인 ‘NFC((near field communication)’의 경우에는 전송되는 정보의 성격상 더욱더 그러하다.

## 1. 감청영역에 따른 분석

통신비밀보호법이 제정되던 시기는 대체로 아날로그 통신이 주력인 시절이다.<sup>9)</sup> 그러나 참으로 다행히도 동법은 전기통신<sup>10)</sup>과 감청<sup>11)</sup>에 대한 정의를 상당히 ‘폭넓게’ 규정하는 동시에 ‘명확’하게 규정함으로써 선제적인 대응을 이루어내었다. 전기통신에 대한 정의규정을 살펴보면 유선전화와 무전기 정도의 ‘음향과 기초적인 전자적 통신(전자우편, 회원제정보서비스, 모사전송, 무선호출)이 시작되던 시절인데도 불구하고, “유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것”으로

6) MMS는 멀티미디어 메시지 서비스를 말하는 것으로 정지영상을 비롯하여 음악 및 음성 그리고 동영상 등 다양한 형식의 데이터를 상대방에게 송부하는 동시에 검색할 수 있는 메시지 시스템이다: 네이버 지식백과, <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=74676&cid=43667&categoryId=43667>>, 검색일: 2019.4.15; SMS, LMS에 관한 상서는 오길영, 감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래, 법과 정책연구 제16집 제2호(2016), (사)한국법정정책학회, 355쪽.

7) 현재 무선인터넷 서비스의 대세라고 할 수 있는 와이파이(Wireless Fidelity, WiFi)가 가장 주요한 근거리무선통신이라고 할 수 있다. 그러나 와이파이는 무선이라는 특징을 제외하면 통상의 데이터통신용 회선과 기능상 별다른 차이가 없기 때문에 여기서는 별도로 언급하지 않기로 한다. 그러나 블루투스는 해당 채널을 통하여 접근할 수 있는 범주가 와이파이와는 달리 전면적이지 않기 때문에 별도로 언급하기로 한다.

8) 이에 관한 상서는 오길영, 개인정보보호를 위한 RFID 규제에 관한 연구, 정보화정책 제12권 제2호(2005), 47-49쪽.

9) 동법이 처음으로 시행된 1994년은 이미 전자식 통신이 사용되고 있었다. 소위 ‘1G’의 시대였던 당시의 유선전화는 이미 전자식 교환방식을 사용하고 있었고 무선 이동통신도 개통되어 운용중이었으나, 이들의 통신방식 자체는 아날로그 기술을 바탕으로 하고 있었다.

10) 동법 제2조 제3호: 전기통신이라 함은 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.

11) 동법 제2조 제7호: 감청이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.

정의하여 지금의 시점은 물론이고 앞으로 펼쳐질 첨단통신에 있어서도 그대로 사용이 가능할 정도로 폭넓게 규정하고 있다. 한편 감청에 대한 정의에서는 ① 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하는 경우와는 별도로 ② 전기통신의 송·수신을 방해하는 것 또한 감청의 범주내로 포함하고 있다. 당시에는 아마도 ①의 경우가 대다수일 것임에도 불구하고 별도로 ②를 포함하고 있다는 점은 선제적인 대응이 아닐 수 없다. 왜냐하면 이를 전기통신의 정의규정과 함께 해석해보자면, 그 내용의 지득이나 채록을 하지 않은 채로 단순히 대상 데이터를 식별하거나 분석하기 위해 가로채거나 본래의 경로를 우회시키는 경우 등도 감청에 포함되기 때문이다. 즉 내용과는 무관한 ‘처리나 이동에 대한 방해 행위’ 자체도 별도의 구성요건 해당성을 가진다<sup>12)</sup>는 것이 현재 또는 미래의 기술상황, 즉 ‘자동화된 처리’를 고려할 때의 정의규정으로서 매우 유의미하고도 명확성을 가진다는 것이다.<sup>13)</sup> 그야말로 ‘첨단규정’이 아닐 수 없다.

이러한 정의규정에 의하자면 동법이 상정하고 있는 감청의 대상과 범주는 상당히 넓고도 다양할 수밖에 없다. 관념적이거나 사전적 의미인 ‘몰래 엿듣기’식 감청과는 달리 거의 대부분의 통신침해 행위가 감청에 포섭될 수 있기 때문이다. 이하에서는 이러한 감청의 정의에 충실하기 위하여 세 가지의 영역으로 구분하여 감청의 기술적 요소를 분설하기로 한다.

## 가. 음성통신

주지하는 바와 같이 감청은 본래 음성통화를 엿듣는 것을 기본으로 상정된 개념이다. 법문상의 표현에 의하자면, 음향에 대한 지득이나 채록이 바로 그것이다. 고전적 의미의 통신은 대체로 격지자와의 대화(통화)를 위한 것이었기 때문에 음성이 원격지로 전달되기 위해 필요한 회선과 요청받은 당사자로의 연결을 위한 교환서비스, 즉 전화가 가장 대표적이다. 따라서 그 감청방식은 회선에 대한 직접적인 공격이 주를 이룬다. 회선자체를 ‘브리지(bridge)’하거나 교환기를 조작하는 방식으로 감청이 진행되는 것이다.

그러나 통신비밀보호법이 시작되던 당시의 기술상황을 회상하자면, 조금은 상황이 달라진다. 모토로라사(Motorola Inc.)의 검은색 휴대전화가 열어준 ‘1G’의 시대가 국내에 개통된 지 이미 10여년이 지난 이후이기 때문이다. 즉 무선통신의 시대가 이미 개막되어 보급에 박차를 가하고 있던 시기였기에 무선구간에 대한 감청도 필요했던 것이다. 따라서 종래에 유선전화 통신망에 대한 감청기기로 ‘R2’를 사용해오다, 이에 더하여 새로 생긴 무선구간을

12) 이에 관한 사례로는 오길영, 감청의 상업화의 그 위법성, 민주법학 제43호(2010), 민주주의법학연구회, 454-455쪽.

13) 동지: 전현욱/Chris Marsden/Michael Geist, 망 중립성(Net Neutrality)과 통신비밀보호에 관한 형사정책, 연구총서 13-B-03, 한국형사정책연구원, 2014, 32-34쪽.

감청해내기 위하여 ‘CAS’라는 이동식 감청기기를 도입하여 사용한다.<sup>14)</sup> 은밀히 대상자를 추적해가며 감청을 진행하는, 영화에서나 등장할 법한 ‘직접감청’<sup>15)</sup>을 진행했던 것이다. 전파를 통하여 열린 공간을 이동하게 되는 무선구간은 폐쇄된 유선구간에 비해 보안에 취약할 수밖에 없기 때문에, 이를 기술적으로만 보자면 감청의 새로운 장이 열린 것과 다름이 없다.

그 이후 지금까지 통신의 세대(G)를 거듭해오면서도 이러한 유선/무선의 구별구도는 동일하게 유지된다. 차이가 있다면 ‘1G’ 시기의 무선통신은 아날로그 방식이었다는 것이다. 즉 주파수를 변조하여 무선으로 대화하는 무전기과 크게 다르지 않았기 때문에, 대상회선만 찾아내면 목소리를 바로 들을 수 있었다. 그러나 ‘2G’ 이후부터 지금까지는 디지털방식을 사용한다. 소리가 직접 전달되는 것이 아니라, 이를 해당 세대(G)에서 정한 특정한 규칙으로 바꾸어 음성패킷을 전송하는 디지털 기법을 사용한다. 거기다 기본적으로 암호화하여 전송하고 있다. 무선구간의 보안취약성을 암호화를 통해 해결하고자 했던 것이다. 따라서 암호를 해독(복호화)하지 못하는 한 이상한 잡음이 들릴 뿐, 음성을 들을 수가 없다.

이러한 디지털화는 유선통신에서도 동일하게 진행되어 왔다. ‘PSTN(Public Switched Telephone Network)’으로 통칭되는 아날로그방식의 공중전화망이 아직 존재하기는 하나, 그 존존을 위해서 대대적인 변신을 거듭해와야만 했다. 왜냐하면 소위 인터넷전화라고 칭해지는 음성패킷 전송방식의 ‘VoIP((Voice over Internet Protocol)’ 전화와 암호화 전송방식의 이동통신 기술이 모두 디지털 방식이기 때문이다. 누군가 이러한 디지털방식의 전화기를 사용하여 상대방의 거실에 위치한 일반전화기로 전화를 걸어와도 통화를 보장해야 했기 때문에, 순수한 아날로그 통신망의 고수만으로는 변모해가는 통신상황에 대응할 수 없었던 것이다. 반대의 경우 또한 마찬가지이다. 즉 설령 아날로그로 통화를 시작하였다고 하더라도 결국 그 음성이 디지털화 되어야만 어디로건 통화가 가능한 것이다. 결국 아날로그와 디지털의 접점에다 교환기(gateway)를 설치하여 양자의 징검다리를 마련해야만 했고, 따라서 현재의 유선통신망은 양쪽 망이 혼재되어 있는 상황이라고 요약해 볼 수 있겠다.

이를 감청기술의 입장에서 바라보자면, 아날로그방식의 직접감청이 설자리가 궁색해져

14) 서울신문, “김은성前차장 징역2년 선고”, 2005.12.24.자, <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=081&aid=0000071308>>, 검색일: 2019.4.15; 세계일보, “8월 국정원 발표는 거짓말?”, 2005.10.27.자, <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=022&aid=0000127015>>, 검색일: 2019.4.15.

15) 지금까지 학계에서는 직접감청과 간접감청에 대한 명확한 정의가 없는 채로 그 표현의 필요시에 편의에 따라 사용되어 왔다. 따라서 다소의 혼란이 있는 것이 사실이다. 본고에서는 통신사 등 전기통신사업자의 도움을 받아 진행되는 감청을 간접감청이라 칭하고, 감청의 주체가 자신이 장비나 기술을 사용하여 직접 감청을 진행하는 경우를 직접감청으로 칭하기로 한다.

버린 것으로 귀결된다. 이제는 ‘브리지’를 할 수 있는 회선이 현실성이 떨어지기 때문이다. 아날로그 음성신호가 디지털로 변모되기 이전이어야 하기 때문에 복잡하게 얽힌 망에서 해당 접점을 찾아내어야 하는데, 이를 독자적으로 진행하기란 쉽지 않은 일이다. 따라서 그 신호의 형태가 아날로그·디지털을 불문하고 감청이 가능한 방식, 즉 통신회사를 압박하여 협조를 구해내는 방식으로 감청의 체제를 전환하게 된다. 즉 디지털 방식이 병합되던 시기에 ‘간접감청’으로의 대대적인 전환이 국제적으로 진행된다.<sup>16)</sup>

한편 무선구간의 감청형태는 큰 변화가 없다. 감청장비를 기지국인양 속이고 피감청자의 핸드폰과 기지국사이에 끼어들어 날아가고 있는 전파를 낚아채고는 이를 지득·채록하는 방식을 사용한다.<sup>17)</sup> 물론 아날로그 시절과는 달리 음성이 패킷화·암호화되어 전송되기 때문에, 납치한 패킷을 재조합·복호화해내는 복잡한 기술을 감청장비에 담아야 했다. 그래서 초반에는 이러한 고도의 기술에 대응하는 감청장비가 실현가능한 것인지를 두고 논쟁이 있기도 하였으나, 미국에서 ‘Stingray’<sup>18)</sup> 사건<sup>19)</sup>이 발발하면서 논쟁의 종지부를 찍게 되었다. 그 이후 버지니아주와 워싱턴주에서는 이 장비의 사용에 대한 법안이 통과<sup>20)</sup>되었고, 2015년 9월 영장주의의 준수를 위한 연방차원의 가이드라인<sup>21)</sup>이 생겨난 이후에는 많은 주들이 합법적으로 이 장비를 사용하기에 이른다.<sup>22)</sup> 즉 핸드폰에 대한 감청이 가능함은 이미 국제적으로

16) 우리나라에서는 시민사회의 반대로 해당 내용의 법안들이 번번이 무산되어 왔으나, 예를 들어 미국의 경우에는 통신사업자에게 감청장비의 설치와 협조를 의무화한 입법(The Communication Assistance for Law Enforcement Act, CALEA)이 이미 1994년부터 시행되었다는 것은 이미 주지의 사실이다. 이에 대한 상세는 나채준, 미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구 제52집(2011), (사)한국토지공법학회, 337-342쪽.

17) 이를 가상기지국(Virtual Base Transceiver Station, VBTS) 기술이라고 칭한다. 이에 대한 상세는 “About XCell Stealth Phone and GSM Interceptors”, <<http://x-cellular.com/about.html>>, 검색일: 2019.4.15.

18) ‘Stingray’는 본래 꼬리에 독침이 있는 노랑가오리를 말한다. 여기서는 미국에서 개발·사용되는 무선이동통신용 감청장비를 말한다. 가오리의 그림이 새겨진 동 장비의 사진은 <<https://techcrunch.com/2018/08/28/stingray-cell-phone-surveillance-devices-may-interfere-with-911-calls-senator-says/>>, 검색일: 2019.4.28에서 감상할 수 있다.

19) The Wall Street Journal, “How ‘Stingray’ Devices Work”, 2011.9.21.자, <<https://blogs.wsj.com/digits/2011/09/21/how-stingray-devices-work/>>, 검색일: 2019.4.15.

20) Bloomberg, “State Laws Start Catching Up to Police Phone Spying”, 2015.3.25.자, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-03-24/state-laws-start-catching-up-to-police-phone-spying>>, 검색일: 2019.4.15.

21) The United States Department of Justice, “Justice Department Announces Enhanced Policy for Use of Cell-Site Simulators”, 2015.9.3.자, <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-enhanced-policy-use-cell-site-simulators>>, , 검색일: 2019.4.15.

22) The New York Times, “New York Police Are Using Covert Cellphone Trackers, Civil Liberties Group Says”, 2016.2.11.자, <[https://www.nytimes.com/2016/02/12/nyregion/new-york-police-dept-cellphone-tracking-stingrays.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/02/12/nyregion/new-york-police-dept-cellphone-tracking-stingrays.html?_r=0)>, 검색일: 2019.4.15; Ars Technica, “Judge rules in favor of ‘likely guilty’ murder suspect found via stingray”, 2016.4.27.자,

공공연한 사실이며, 요즘은 감청기능별로 장비의 구매가격까지도 공개되어 있다.<sup>23)</sup>

마지막으로 살필 것은 그야말로 전파통신의 고전, 무전기(간이 무선국)이다. 1G 시대가 지나간 이후로는 정통 아날로그 통신을 주위에서 찾아보기가 쉽지 않은 터에, 요즘은 생활용·업무용 무전기조차 디지털방식을 사용하고 있다. 과거의 워키토키(walkie-talkie)를 생각하는 것은 오산이라는 것이다. 워낙에 기지국 운용을 전제로 하는 군사용이나 경찰, 소방서, 선박 및 항공업무 등의 공공업무용 무전의 경우에는 산업현장이나 생활무전기 및 아마추어무선통신(HAM)<sup>24)</sup> 등과는 달리 매우 특별한 통신비밀의 대상이 된다. 따라서 이에 대한 감청 또는 도청은 항상 수요가 있을 수밖에 없다.<sup>25)</sup> 그러나 무전기 방식은 그 기술적·경제적 이유로 인하여 지금의 이동통신과 같은 복잡한 기술을 적용하지 않기 때문에 보안에 취약할 수밖에 없다. 주로 주파수 대역이나 특정 지역을 중심으로 광범위하게 도·감청된다는 점에서 그 침해의 정도도 매우 심각하다. 반면 일상영역이 아니라는 점에서 별로 주목받지 못하여 온 부문이기도 하다.

## 나. 데이터통신

앞서 언급한 페이지나 전보, 텔렉스 등의 통신도 음성이나 문자를 담고 있다는 측면에서 엄연한 데이터통신에 해당한다. 따라서 이를 전송도중에 납치한다면 이 또한 감청이 될 것이다. 이렇듯 이론적으로는 감청이 가능한데도 불구하고, 현실에 있어서는 이들 부류는 대체로 압수·수색의 대상으로 대해질 뿐 감청의 영역으로 다루지는 않는다. 정보의 형태와 통신기술의 특성이 고려된 결과라고 본다. 이러한 고려는 ‘SMS, LMS, MMS’ 등 소위 문자서비스에도 동일하게 적용된다. 특히 ‘MMS’의 경우에는 웬만한 이메일 이상의 기능을 수행할 수 있음에도 불구하고, 아직 감청의 대상으로 취급된 사례를 목격한 바 없다.

다음으로 금번 헌법재판소의 결정에서 뜨거운 논의가 오갔던 인터넷 통신을 살펴기로 하자. 다른 방식의 통신과 마찬가지로 인터넷통신에도 바이너리<sup>26)</sup>로 짜진 고유한 양식(protocol)이

<https://arstechnica.com/tech-policy/2016/04/citing-unconstitutional-search-via-stingray-judge-suppresses-murder-evidence/>, 검색일: 2019.4.15.

23) 이에 관한 상세는

[https://www.scribd.com/document/333638085/Kingfish-Quote#download&from\\_embed](https://www.scribd.com/document/333638085/Kingfish-Quote#download&from_embed), 검색일: 2019.4.15.

24) HAM에 관한 상세는 [https://www.karl.or.kr/html\\_2017/01/01/](https://www.karl.or.kr/html_2017/01/01/), 검색일: 2019.4.16.

25) 이에 관한 최근의 기사로는 JTBC, “대검 ‘실시간 무선 통신내역 확인 요청’ 수상한 공문”, 2019.4.9자, [http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news\\_id=NB11798014](http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11798014), 검색일: 2019.4.16.

26) 본래는 0과 1의 2진수로 표시되는 데이터라는 의미이지만, 일반적으로 텍스트 등 문자로서의 의미를 가진 데이터에 대하여 프로그램의 동작을 결정하는 것, 또는 일정한 포맷에 따라 기록되는 데이터를 말한다: 네이버 지식백과, <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=363593&cid=50372&categoryId=50372>, 검색

있다. 이를 ‘TCP/IP’라고 하는데 현재 우리는 주로 4번째 버전(Internet protocol version 4, IPv4)을 사용하고 있다. 이러한 통신용 양식은 통신을 위한 약속일 뿐 컴퓨터나 핸드폰 등 기기(device) 자체의 언어는 아니다. 각각의 기기는 그 특성과 종류에 따라 서로 상이한 언어를 사용하기 때문에, 기기 스스로도 인터넷 통신을 위해서는 그 내부에서 국제공용의 표준양식으로 변환하는 과정을 거친다. 마치 오늘날 전 세계의 모든 도로에서 자동차 방향지시등의 깜빡임이 도로주행의 표준적 양식이 되듯, ‘TCP/IP’는 인터넷 네트워크의 주행양식으로 통용되기 위해 개발된 것이다. 따라서 인터넷 회선을 흐르는 정보들은 모두 동일한 양식으로 포장되어 있다.

한편 ‘TCP/IP’는 기기내의 사용이 아니라 통신용으로 개발되었기 때문에 이동을 전제로 한다. 특정한 목적지로의 전송을 의도하고 있기 때문에 주소가 적혀있으며, 교통체증의 부담을 경감시키기 위해 작은 단위(packet)로 조각내어 전송하고 도착 후에 합체하는 방식을 선택했다. ‘TCP/IP’는 원래 보안통신이 아니라 공용통신을 위해 개발되었기 때문에 암호화되지 않은 것이 기본이다. 물론 보안을 고려해야 하는 경우에는 그 내용(payload)을 암호화하기도 한다. 그러나 주소까지 암호화를 할 수는 없는 일이다. 여행을 떠난 패킷이 만나게 되는 수많은 교차로에서 친절한 ‘허브(hub)’씨가 주소를 읽을 수 있어야 진행방향을 알려줄 수 있기 때문이다. 그러나 특정한 구역으로 진입하게 되는 경우는 상황이 좀 다르다. ‘라우터(router)’라는 엄격한 요원에게 검문을 받아야 하기 때문이다. 그러다 목적지가 포함된 특별영역 안으로 진입하게 될 때에는 ‘방화벽(firewall)’이라는 매우 험악한 보안을 마주치게 된다. 여기에서는 공항의 보안검색대를 통과하듯 낱알이 털리고 난 뒤에야 들어갈 수 있다. 이때 사용하는 엑스레이(X-ray) 투사기술이 바로 ‘DPI’이다. 보안용 장비가 그러하듯, ‘DPI’는 일말의 침입가능성에 대응하기 위해 진입하는 패킷의 바닥까지 샅샅이 뒤져내서 위험성을 확인하는 목적으로 개발된 기술이다. 따라서 통과하는 모든 패킷을 빠짐없이 검사해야 하고, 패킷이 담고 있는 모든 내용을 열람해야만 한다. 애시 당초 패킷을 특정하거나 그 내용을 구분해가며 열람코자 개발한 장비가 아니라는 것이다. 또한 열람하지 않으면서 위험요소를 지득할 다른 방법도 없다. 이러한 장비를 가져다 그 용도를 전환하여 감청용으로 사용하므로, 무언가 남아날 방도란 당연히 없는 것이다.

특히 문제가 되는 것은 공중망에다 이 장비를 설치하는 경우, 대상이 되는 누군가의 패킷만을 미리 선별하여 감청할 수 없기 때문에 불측의 피해자가 발생한다는 점이다. 감청대상자의 ‘MAC주소(Media Access Control Address)’ 등 특정 가능한 꼬리표가 확인되기 전까지는

---

일: 2019.4.16.

전수조사 이외의 기술적 방법은 존재하지 않는다.<sup>27)</sup> 또한 최근의 통신환경을 고려하자면 그 피해의 규모가 매우 심대하다는 것도 문제이다. 종래 전화감청에서의 피해자란 감청대상자와 통화를 하는 상대방 1인이거나 비교적 소수에 불과하였다. 그러나 최근 통신환경은 이미 다수기기의 동시접속이 당연지사이고(유무선공유기), 통신 프로그램 또한 ‘1:다(多)’통신을 기본으로 깔고 있다. 이렇듯 물리계층(전자)과 논리계층(후자)에 병존하는 피해자들을 곱해보면, 결국 ‘1:무한대(∞)’의 피해자가 발생한다는 결론이 나온다.<sup>28)</sup>

한편 이러한 패킷감청은 통상적으로 간접감청의 방식으로 진행된다. 우리 국가정보원도 통신제한조치 허가서를 감청대상자가 사용하는 인터넷서비스업체에 제시하고 그의 협조를 얻어 감청장비를 설치하는 방식으로 진행한다<sup>29)</sup>고 밝힌 바 있다. 즉 유선구간에 대한 간접감청을 말하는 것이다.<sup>30)</sup> 그렇다면 무선구간은 어떠한가? 무선구간의 감청은 대상자의 통신기기과 기지국 사이에서 진행되어야하므로 통신회사의 협조가 불가능하다. 통신회사가 제공하는 서비스의 종단이 기지국이기 때문이다. 따라서 직접감청만이 가능한데, 그렇다면 결국 가상기지국으로 둔갑하는 수밖에 없다. 현재까지 보고된 바에 의하면, ‘Stingray’는 대상자의 음성통신은 물론 데이터통신의 내용까지도 감청해낸다고 알려져 있다.<sup>31)</sup> 이 또한 감청의 초기에는 유선구간의 경우와 마찬가지로 감청범위내에 존재하는 다수인의 핸드폰들을 모두 탐지하게 된다. 그들 가운데 타깃을 찾아내면 더 이상은 전방위적 탐지가 필요 없게 된다. 주지하는 바와 같이 핸드폰에는 유심(universal subscriber identity module, USIM)이나 ‘IMSI(International mobile subscriber identity)’ 등 가입자나 기기를 특정하기 위한 특유의 체계가 존재하므로, 탐지의 초기를 제외하고는 불특정 다수에 대한 침해의 위험이 유선구간의 경우에 비해 작다고 하겠다.

27) 이에 관한 상세는 오길영, 국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판 - 국가정보원 답변서에 대한 반박을 중심으로-, 민주법학 제48호(2012), 민주주의법학연구회, 352-355쪽.

28) 이에 관한 상세는 오길영, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향, 언론과 법 제14권 제1호(2015), 한국언론법학회, 48-50쪽.

29) 국가정보원장의 대리인, 2016헌마263 통신제한조치 허가 위헌확인 등 사건의 변론요지서, 4-5쪽.

30) 유선구간에 대한 직접감청도 이론적으로는 가능할 것이나, 앞서 밝힌 유선구간에서의 음성통화 감청의 경우와 동일한 사유로 인터넷서비스업체의 도움 없이는 현실적으로 불가능하다고 보아야 할 것이다.

31) 이에 대한 상세는 The Washington Post, “How StingRay cellphone surveillance devices work”, 2018.4.12자, <[https://www.washingtonpost.com/video/business/technology/how-stingray-cellphone-surveillance-devices-work/2018/04/11/62c5f1b4-3db4-11e8-955b-7d2e19b79966\\_video.html?utm\\_term=.de2a24bd9e10](https://www.washingtonpost.com/video/business/technology/how-stingray-cellphone-surveillance-devices-work/2018/04/11/62c5f1b4-3db4-11e8-955b-7d2e19b79966_video.html?utm_term=.de2a24bd9e10)>, 검색일: 2019.4.16; Security Researcher, “How do Stingray, IMSI Catchers and Cell Tower Simulators Work?”, 2015.11.21자, <<https://www.youtube.com/watch?v=LSQIs4PujCQ>>, 검색일: 2019.4.16.

## 다. 차세대 통신

이번에는 구름 잡는 소리를 해보기로 한다. ‘4차 산업혁명’이라는 단어가 유행했던 지난해를 잠시 떠올려보기로 하자. 서너 가지의 핵심적인 단어가 등장한다. 모바일(Mobile), 빅데이터(Big Data), 사물인터넷(Internet of Things, IoT), 인공지능(Artificial Intelligence, AI) 등이 그것이다. 이러한 개별기술이 서로 융합하여 초연결(hyperconnectivity) 및 초지능(superintelligence)의 기술 환경을 구현해내는 것을 차세대 산업혁명으로 보고 있다.<sup>32)</sup> 이러한 구도의 설계는 결국 3개의 요소를 전제로 하고 있다. ‘① 정보: 정보의 대량생산과 그 집적, ② 알고리즘: 이를 활용하는 컴퓨팅을 통해 가치의 창출, ③ 네트워크: 정보의 초고속 이동과 연결’이 그것이다. 여기서의 정보는 인간이 생산한 정보에 국한되지 않는다. 우주를 관찰하는 거대한 안테나에서 수집되는 무한의 정보에서부터 누군가의 냉장고속에 들어있는 아이스크림의 온도까지, 사람이 개입되지 않은 정보들도 그 이유를 불문하고 수집되고 저장되는 시대가 오는 것이다. 또한 여기서의 네트워크는 현재 우리가 사용하고 있는 유·무선통신 채널에 국한되지 않는다. 각종의 사물이 생산해내는 다양한 정보들을 수집하기 위해 새로운 센서들이 개발되고, 여기서 생산된 정보들을 수집해내기 위한 새로운 방식의 접점(Access Point, AP)들이 개발되고 있기 때문이다. 이렇게 수집된 정보들은 전지구적인 저장장치에 담겨 있다가 특별한 목적을 위해 개발된 알고리즘의 대상으로서 분석되고, 그 결과를 통해 새로운 가치를 창출하겠다는 구상인 것이다.

이러한 논의를 바탕으로 살펴보면 ‘RFID’는 새로운 가능성을 가지게 된다. 칩(chip)의 크기가 먼지정도로 작아질 수도 있고 수집 가능한 정보의 종류도 다양하며, 나아가 지금은 가격까지 매우 저렴해졌기 때문이다. 그렇다면 활용방안은 어떠한가? 모든 신기술의 출발이 그러하듯, 새로운 ‘RFID’의 가능성에 대한 현 수준에서의 논의는 역시나 군사 분야에서 진행 중이다.<sup>33)</sup> 대표적으로는 사비(Savi Technology)<sup>34)</sup>라는 회사가 개발한 ‘능동형 RFID(active RFID)’<sup>35)</sup>를 사용하여 군사목적의 정찰과 정보 수집을 수행하는 사례를 말할 수 있겠다. 여기에서 능동형 ‘RFID’는 단순히 정보를 담고만 있던 종래(passive RFID)와는 달리 스스로 정보

32) 이에 관한 상세는 <<https://www.4th-ir.go.kr/4ir/list>>, 검색일: 2019.4.19.

33) AITIMES, “美 ‘IoT·RFID’ 적극 도입, 새로운 패러다임 열린다”, 2019.1.24.자, <<http://aitimes.co.kr/news/view/48152>>, 검색일: 2019.4.16; 채널IT 스마트 쇼 466회, “[IT심층취재] RFID, IT기술의 새 지평을 열다!”, 2013.10.29.자, <[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=446&v=ZyNYhDNL0n4](https://www.youtube.com/watch?time_continue=446&v=ZyNYhDNL0n4)>, 검색일: 2019.4.17.

34) 이 회사의 웹 주소는 <<https://www.savi.com/>>이고, 이 회사가 진행하고 있는 기술개발에 관한 개관은 <[https://en.wikipedia.org/wiki/Savi\\_Technology](https://en.wikipedia.org/wiki/Savi_Technology)>, 검색일: 2019.4.17.

35) 사비사가 개발한 능동형 RFID의 사례로는 <<http://www.activerfidtracking.com/rfidi/Hardware.aspx?catId=c05>>, 검색일: 2019.4.17.

를 읽어와 생산해내는 일종의 센서(sensor)의 역할을 한다. 'RFID'의 현재는 애완건의 분실을 방지하기 위한 칩(chip)이나 하이패스의 용도로 사용되고 있으나, 이렇듯 그 미래는 무궁무진하다고 추단해 볼 수 있다. 무선의 방식으로 센서 값을 읽어내는 사물인터넷의 기반기술이 되기 때문이다. 이러한 논의를 그대로 대입해 볼 수 있는 것이 신세대의 결제방식으로 요즘 유행하고 있는 'NFC'이다. 사용하는 무선의 방식과 통신규격이 상이할 뿐, 여러 측면에서 'RFID'와 동일한 이슈를 가지고 있다. 즉 누군가 애완건의 등애다 'RFID'가 아니라 'NFC'용 칩을 삽입해도 동일한 기능을 수행한다는 것이다. 차이가 있다면 리더기가 아니라 핸드폰 뒷면을 사용해야 하고, 그 가독 거리가 'RFID'에 비해 짧기 때문에 아주 가까이 붙어야 한다는 점 정도일 것이다.

그렇다면 이러한 기술이 감청의 대상이 되는가를 검토해보자. 이미 앞서 밝힌 바와 같이 전기통신에 대하여 ① 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하는 경우이거나 ② 송·수신을 방해하는 것이 감청이다. 만약 누군가 승인되지 않은 리더기를 사용하여 해당 칩의 정보를 열람하는 일련의 행위는, 승인받은 리더기의 열람을 방해한다는 점에서 ②의 구성요건을 충족시키거나 그 내용을 열람한다는 의미에서 ①의 구성요건에 해당할 것이다. 한편 이러한 무선 접속이 범문상의 통신에 해당하는가 하는 문제가 남는다. 본래 '통신'은 사용자의 의사를 송수신하는 것<sup>36)</sup>이므로, 단순히 기기가 그 사용을 위하여 순수한 기술정보를 '교신'하는 것은 통신에 해당하지 않기 때문이다.<sup>37)</sup> 즉 정보의 자기결정권에 대한 문제에 불과한 것인가, 아니면 통신비밀의 보호의 대상으로 볼 것인가의 문제인데 정답을 구하기가 쉽지 않다. 생각 건대, 호수의 수위나 수온에 대한 정보를 관측소 서버애다 일정 간격마다 알려주는 센서의 송신은 '교신'일 것이나, 심장병 환자의 심장박동수와 혈압정보를 병원 응급시스템으로 보내 주고 있는 송신은 '통신'으로 판단해야 할 것이다. 왜냐하면 자신의 응급상황에 대비하고자하는 환자의 묵시적 의사가 담겨있다고 보아야 하기 때문이다.<sup>38)</sup> 이렇듯 사물인터넷 환경은 우리의 생활영역에서 사람과 밀접한 정보들을 취급하게 되기 때문에, 다소의 확장해석이 진행될 필요가 있다고 본다. 즉 새로운 감청의 영역으로 판단하고 이에 능동적으로 대비할 필요가 있다는 것이다. 도대체 어디까지 센서를 달아낼지, 현재로서는 알 수 없기 때문이다.

이 정도로 구름 이야기를 걷어내기로 하고, 블루투스 스피커로 음악을 듣고 있는 현재의 모습으로 다시금 돌아와 보자. 본래 블루투스는 주변기기를 무선으로 간편하게 연결하기

36) 이에 대한 상세는 오길영, 통신데이터 남용의 실태와 그 쟁점, 민주법학 제55호(2014), 민주주의법학연구회, 138-140쪽.

37) BVerfG, Beschluss vom 22.8.2006 - 2 BvR 1345/03.

38) 이에 관하여는 'III.1.(3)'에서 후술하기로 한다.

위해 고안된 기술이다.<sup>39)</sup> 컴퓨터와 유선으로 연결하여 사용하던 키보드나 마우스가, 요즘엔 블루투스 방식으로 연결되면서 책상 위가 깔끔해졌다는 점을 생각하면 이해가 쉽다. 이 무선 기술은 산업·과학·의료용으로 개발된 주파수대역을 사용한다. 따라서 주변에 존재하는 다른 기기와의 전파간섭이 문제가 되는데, 원하는 기기를 선택하여 동기화(pairing)하는 방식으로 해결하였다. 핸드폰을 켜면 자동으로 진행되는 기지국과의 ‘교신’과는 달리, ‘통신’의 여부가 주체의 명시적인 의사표시에 의하게 된다는 것이다. 즉 특별한 예외가 없는 한 블루투스는 법문상 통신의 범주에 포함된다.

그런데 이 또한 무선통신의 방식이므로 보안에 취약하기는 마찬가지이다. ‘블루재킹(bluejacking),<sup>40)</sup> 블루스나핑(bluesnarfing),<sup>41)</sup> 블루버깅(bluebugging)<sup>42)</sup> 등의 해킹이 바로 그것이다. 이 가운데 블루재킹은 활성화된 무선채널에 침입하여 단순히 스팸(spam)메시지를 뿌리는 수준을 말하는데, 이를 바로 감청이라고 보기는 힘들다. 의도하지 않은 불청객을 주입하는 행위를 두고, 본래 이동 중이던 데이터를 가로채거나 경로를 우회시키는 방식의 방해라고 보기 힘들기 때문이다.<sup>43)</sup> 그냥 사용자의 짜증을 유발하는 수준의 해킹에 불과하다고 해야 할 것이다. 그러나 블루스나핑의 경우에는 상황이 다르다. 모바일 기기에 저장된 일정표, 전화번호, 이메일, 문자메시지 등에 접근하여 정보를 열람할 수 있고 저장된 사진이나 영상까지도 훑쳐볼 수 있기 때문이다. 그렇다면 이러한 침입행위를 ①에 해당한다고 볼 수 있을까? 침입행위 자체는 실시간성으로 진행되나 그 대상이 실시간으로 진행되는 통신의 내용이 아니라 기기에 저장되어 있던 데이터들이라는 점에서 감청의 개념과 상이하다. 즉 ①에서 등장하는 청취나 공독을 통한 지득 또는 채록이라고 볼 수 없다는 것이다. 오히려 수색의 일반적 개념에 가깝다고 하겠다. 또한 블루재킹과 동일한 이유로 ②에 해당한다고도 볼 수도 없으니, 이 또한 감청이 아니라 해킹에 불과하다고 해야 한다. 그러나 마지막 남은 블루버깅은 확실한 감청이다. 이는 블루투스 채널을 침입하여 원격조정을 위한 악성프로그램을 심는 방식의 해킹을 말하는데, 기기를 장악하여 음성 및 데이터 통신을 청취·공독하고 그 내용을 지득·채록할 수 있기 때문이다.<sup>44)</sup>

39) 이에 대한 상세는 네이버 지식백과,

[〈https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3572035&cid=59088&categoryId=59096〉](https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3572035&cid=59088&categoryId=59096), 검색일: 2019.4.17.

40) 이에 대한 상세는 위키피디아, [〈https://en.wikipedia.org/wiki/Bluejacking〉](https://en.wikipedia.org/wiki/Bluejacking), 검색일: 2019.4.17.

41) 이에 대한 상세는 위키피디아, [〈https://en.wikipedia.org/wiki/Bluesnarfing〉](https://en.wikipedia.org/wiki/Bluesnarfing), 검색일: 2019.4.17.

42) 이에 대한 상세는 위키피디아, [〈https://en.wikipedia.org/wiki/Bluebugging〉](https://en.wikipedia.org/wiki/Bluebugging), 검색일: 2019.4.17.

43) 침입행위로 인하여 본래의 데이터 전송이 상당히 지연되거나, 급기야 전송이 끊겨버리는 상황이 발생한다면 재론의 여지가 있다고 본다. 이에 관하여는 ‘Ⅲ.1.(3)’에서 후술하기로 한다.

44) 이에 대한 상세는 techopedia, [〈https://www.techopedia.com/definition/5044/bluebugging〉](https://www.techopedia.com/definition/5044/bluebugging), 검색일: 2019.4.17; webopedia, [〈https://www.webopedia.com/TERM/B/bluebugging.html〉](https://www.webopedia.com/TERM/B/bluebugging.html), 검색일: 2019.4.17.

## 2. 감청방식에 따른 분석

이번에는 영역이 아니라 감청의 방식으로 접근해보자. 사실 이러한 접근이 더 의미가 있다. 왜냐하면 이제는 음성이건 데이터이건 순수한 아날로그 통신이 사라져가고 있기 때문이다. 대체로 디지털 방식의 통신들이고보니, 감청장비 입장에서는 음성과 데이터를 불문하고 패킷을 납치하기만 하면 되기 때문이다. 그래서 기술적으로는 동일한데도 불구하고, 법제에서만 양자를 구분하여 접근하고 있는 현재의 상황은 그리 효율적이지 못한 것이 사실이다. 전체구도의 전환이 필요하다고 생각한다. 아래에서 는 이러한 관점에서 감청기술을 조명해보기로 한다.

### 가. 납치하는 방식

가장 전통적인 감청방식은 '브리지'라고 할 수 있다. 전화선에 새로운 전선을 접속시키거나, 무선일 경우 동일한 주파수를 맞추는 방식이다. 아날로그 방식의 특성상 이들 신호는 납치를 당하더라도 해당 신호가 사라지지 않는다. 이는 마치 컴퓨터 파일을 압수하더라도 원본이 그대로 존재하는 것과 유사하다. 따라서 통신의 당사자들은 별다른 이상 없이 통신을 진행할 수 있으며, 감청자는 문밖에서 대화를 엿듣듯 감청을 진행하게 된다. 컴퓨터 파일의 특성상 복사하는 방식으로 압수를 하더라도 압수에 해당하듯, 아날로그 통신에 대한 브리지 방식도 납치에 해당한다는 것은 의문의 여지가 없다. 디지털도 큰 차이가 없다. 일단 납치를 해서 즉시 복사만 하고는 가던 길로 다시금 보내주는 방식을 취해, 통신의 당사자들이 알아차리지 못하게 처리하는 세심함을 잊지 않고 있기 때문이다. 그러나 아날로그 통신은 이제 점차 퇴물이 되어가고 있고 디지털 통신에서의 납치 또한 이미 공연한 사실이니, 이러한 논의가 큰 의미를 가지는 시대는 지났다.

그러나 여기에 새로운 문제점이 생기기도 한다. 앞서 밝힌 바와 같이 음성통신이 점차 디지털화되면서, 음성통신이 인터넷 통신망으로 주행하고 있다는 점이 바로 그것이다. 특히 보이스톡, 스카이프(skype), 넘버즈(nimbuzz) 등의 모바일인터넷전화(mobile Voice over Internet Protocol)의 가속도는 대단한 상황이다. 세계인의 국제전화가 되어가고 있으니 말이다. 이러한 채널의 융합, 즉 디지털 컨버전스(digital convergence)는 법제의 입장에서 바라볼 때에는 적잖이 난감한 문제이다. 이제는 데이터통신에 대한 통신제한조치 허가만으로도, 법원이 허가하지 않은 음성통신에 대한 감청이 가능하게 되기 때문이다. 이들의 패킷 또한 회선을 흐르는 패킷일 뿐이기 때문에 '회선감청'이라는 용어의 해석상 아주 부적합한 것도 아니다.

그러나 지금까지 우리는 음성과 데이터의 양자를 구분하여 접근하지 않았던가? 물론 음성통신의 패킷은 대체로 암호화되어 있기는 하다. 또한 암호화된 경우에는 감청에서 제외되니 문제가 없다는 주장이 있기도 하다.<sup>45)</sup> 그러나 암호화는 정상시의 보안을 위한 기술로서 항상 비상시의 복호화를 전제로 하고 있다는 점을 기억해야 한다. 미국의 경우에 모든 종류의 음성통신에 대한 감청을 공식적으로 진행하고 있음<sup>46)</sup>을 살필 때, 감청에 있어 암호화는 불편일 뿐 불능은 아니다. 종합하자면 결국 '회선감청'을 허가한 판사의 취지에 대해 그 범주가 어디까지인지가 혼란스러운 상황인 것이다.

아직 아날로그 입법에 머물고 있는 우리에게 적지 않은 혼란을 초래하는 상황은 이 뿐만이 아니다. 앞서 밝힌 바와 같이 아날로그에 비해 디지털의 경우, 감청대상에 대한 특정성이 떨어지는 치명적 결함이 있다는 점도 그러하다. 또한 이미 언급한 '통신'의 개념설정도 마찬가지이고, 나아가 감청의 요건인 '실시간성'도 궤를 같이하는 문제를 가지고 있다. 패킷이 서버입구에 도달하기 이전에 납치되면 감청이고, 서버입구 뒤에서 납치하면 압수·수색이 된다.<sup>47)</sup> 그러나 실상 양자는 동일하지 않은가? 둘 다 복사행위일 뿐이다. 서버입구의 앞에서는 'DPI' 장비가, 입구의 뒤에서는 대상자의 파일들을 선별해내는 프로그램이 처리를 한다는 차이뿐이다.

한편 간접감청에 협조를 해야 하는 통신회사의 입장에서는, 서버 앞 회선보다는 서버내부에서 감청작업을 진행할 가능성이 높다. 굳이 회선에 부하가 걸리는 'DPI' 장비를 운용하기보다는 패킷의 합체가 막 끝나 완성된 파일을 수사기관에 송부하는 것이 안정적이기 때문이다. 그렇다면 이 행위가 감청에 해당하는가? 패킷들이 서버에 진입하여 드디어 합체를 해내면 그때부터는 저장된 파일에 해당하므로 감청이 아니라 압수·수색의 대상이 되어야 한다. 그 저장의 장소가 일순간 머무르는 메모리(memory)이건, 장기간 머물게 되는 스토리지(storage)이건 상관없이 그러하다. 그렇다면 합체를 시작하였으나 패킷에 흠결이 있거나 결손이 있어 합체가 완성되지 못한 경우<sup>48)</sup>는 어떠한가? 난감한 문제가 아닐 수 없다. 나아가 'DPI' 장비라고 하더라도 결국에는 수집한 패킷들을 결합해야 한다. 패킷 자체로는 음성이건 데이터이건 열람도 청취도 불가능하기 때문이다. 그렇다면 서버에서 방금 결합된 파일을

45) 국가정보원장의 대리인 구태연, 2016헌마263 통신제한조치 허가 위헌확인 등 사건의 변론조서, 27-28쪽 및 40-41쪽.

46) 미국의 감청표준화 동향에 관하여는 손태진, 통신수단별 감청방안, 감청표준화와 감청규제, 비교법연구 제13권 제2호(2013), 동국대학교 비교법문화연구원, 172-183쪽; 이명락/한영섭/김상수, 합법적 감청의 표준화 동향과 이기종 통신망에서의 연속적 패킷 수집에 관한 연구, 보안공학연구논문지 제12권 제5호(2015), 보안공학연구지원센터, 435-442쪽; 특히 모바일인터넷전화의 감청표준화에 대하여는 박소영/강신각/한재천, 인터넷 전화 감청 규제 및 표준화 동향, 주간기술동향 1212호(2005), 정보통신기획평가원, 3-6쪽.

47) 이에 관한 상세는 오길영(주 28), 34쪽.

48) 디지털 포렌식을 해보면 이러한 경우를 어렵지 않게 볼 수 있다. 또한 다운로드하여 도착한 영상파일 등이 흠결 없이 완전한 상태인지 해시(Hash)값을 비교해보는 경우를 생각해보면 이해가 쉬울 것이다.

감청프로그램이 골라내는 것과 도대체 무슨 차이가 있는가?

이에 대해 그 차이를 ‘실시간성’에서 찾고자 할 수 있다. 감청은 ‘생방송’, 압수·수색은 ‘녹화방송’이라는 필자의 농담처럼 말이다. 그러나 실시간이라는 감청의 요건을 따지고 보면, 이는 아날로그 통신이 가지는 ‘휘발성’에서 비롯된 개념이다.<sup>49)</sup> 통신이 끝나는 즉시 그 통신의 내용이 세상어디에도 존재하지 않고 휘발되기 때문에, 부득불 감청은 생방송이 필요했던 것이다. 그러나 디지털 통신에서의 휘발은 어디까지나 ‘옵션’일 뿐이다. 방금 끊어버린 음성통신도, 원한다면 얼마든지 차곡차곡 쌓아서 제출가능한 시대가 된 것이다. 통신의 ‘휘발’ 성이라는 개념에 맞추어진 요건이 실시간성이라면, 이제 ‘비휘발’의 시대를 맞아 요건의 변화가 필요한 것은 아닌지 진지하게 고려해볼 일이다.

## 나. 침입하는 방식

침입이라고 하면 흔히 ‘해킹(hacking)’이라는 단어가 연상된다. 컴퓨터 시스템이나 통신망에 정당한 접근 권한 없이 접근하거나 허용된 접근 권한의 범위를 초과하여 침입하는 행위 자체를 해킹이라고 하며, 그러한 불법적 접근을 통해 다른 사람의 컴퓨터 시스템이나 통신망을 파괴하는 행위를 ‘크래킹(cracking)’이라고 한다.<sup>50)</sup> 즉 일단 침입에 성공하면 해킹이고, 그 이후에 진행되는 일련의 처리부터는 모두 크래킹에 해당한다. 통상 유능한 해커에 의해서나 진행될 법한 이러한 이야기가, 이제는 국가기관에 의해 공공연히 진행되는 시대가 왔다. 아니, 이 또한 사실 십여 년이 지난 이야기이기도 하다. 온라인수색에 관한 독일 연방헌법재판소의 판결<sup>51)</sup>이 나온 것이 2008년이기 때문이다. 즉 대상자의 컴퓨터나 핸드폰 등의 기기를 조사 또는 감시하거나 감청의 목적으로 크래킹하는 것은 이미 공식적인 것이다. 나아가 그 유명한 ‘스노든 사건’<sup>52)</sup>을 떠올려 볼 때, 이러한 침입의 정도는 그야말로 무한한 것으로 받아들여진다. 국경도 한도도 없이 상상을 초월한 경지의 감시가 가능하다는 것이 폭로된 것이다. 그나마 다행인 것 한 가지는, 미국과는 달리 이에 대한 우리나라의 기술력이 별로 우수하지 못하다는 것이다. 2015년 여름에 언론을 뜨겁게 달구었던 ‘RCS(Remote Control system)’ 사건<sup>53)</sup>을 돌이켜보자면, 우리는 이탈리아 소재의 회사에다 거금을 주고 해킹 프로그램을

49) 이에 관한 상세는 오길영(주 28), 34쪽.

50) 이에 관한 상세는 네이버 지식백과,

〈<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=923645&cid=47326&categoryId=47326>〉, 검색일: 2019.4.16.

51) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. 1-333.

52) 이에 관한 상세는 위키피디아, 〈[https://en.wikipedia.org/wiki/Edward\\_Snowden](https://en.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden)〉, 검색일: 2019.4.24.

53) 매일경제, “국정원이 구매했다는 RCS 어떻게 작동하나”, 2015.7.22.자,

〈<https://www.mk.co.kr/news/it/view/2015/07/704066/>〉, 검색일: 2019.4.23; 조선비즈, “국정원이 구입한 ‘갈릴레오’, 내 스마트폰을 손바닥처럼 들여다 본다”, 2015.7.16.자.

구입하여 사용하였기 때문이다.

어찌되었건 침입에 대한 부분에 있어 우리는 아직 미숙하다. 워낙에 불법으로 규정하여 처벌해오던 침입행위를 오히려 국가가 특정의 목적으로 진행하였을 경우, 이에 대한 법적 판단은 그때나 지금이나 맹점으로 남아있기는 마찬가지이다.<sup>54)</sup> ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 망법)’도 통신비밀보호법도 이러한 침입기술의 역사용을 예상하지 못했기 때문이다. 그러나 이제는 이러한 공백을 세밀하게 메울 필요가 있다. 이러한 방식의 감청을 허용하기 위해서가 아니라 방어하기 위해서이다. 입법의 흐름은 항상 불처벌의 결과로 귀속되는 바, 국가에 의한 침입행위에 대한 규정상 흐름은 결국 국가권력의 남용으로 이어진다. 또한 국가에 의한 침입이 이미 세계적으로 진행되고 있어, 미숙한 우리들만 고개를 저어서 해결될 상황도 아니다. 따라서 이제는 침입에 대한 법적 고려도 제대로 시작해야만 한다.

통상 컴퓨터나 핸드폰 등의 기기에 대한 침입의 경우, 법적 개념으로는 세 부류로 나누어 판단하는 것이 일반적이다. 기기의 보안시스템을 뚫고 침입한 다음 ㉠ 스토리지에 저장되어 있는 내용들을 열람하거나 이를 대상자 몰래 전송받는 행위(수색 및 압수),<sup>55)</sup> ㉡ 사용자가 기기를 사용하는 내역이나 상황 등을 실시간으로 모니터링 하는 행위(감시),<sup>56)</sup> ㉢ 사용자가 음성통신을 하는 경우 이를 실시간으로 녹음하여 전송하는 행위(감청)<sup>57)</sup> 등이 그것이다. 따라서 ㉠의 경우에는 형사소송법상의 적법요건이 문제가 되고, ㉡은 전형적인 감청(앞의 ㉠)이므로 통신비밀보호법상의 문제이다.

그런데 이러한 개념설정에 있어서도 문제점이 없지 않다. 먼저 ㉡의 법적 해석에 대한 부분이다. 이를 감청의 개념으로 바라보자면 앞의 ㉠에 해당할 수도 있고 ㉡에 해당할 수도 있겠다. 기기로 수신된 패킷들이 아직 합체가 완성되기 이전이거나, 발신용으로 파일이 해체되어 패킷으로 변화한 후 막 출발을 하는 시점을 생각해보자. 이에 대해 실시간 모니터링을 진행한다는 것은 이러한 패킷업무를 진행하는 프로그램의 가동여부를 체크하거나, 아니면 패킷의 복사행위일 것이다. 따라서 전자는 사용자의 허가 없이 해당 기기의 시스템자원을 절취·사용함으로써 ㉡에 해당한다고 볼 수 있다. 즉 시스템자원을 도용하여 시스템의 속도와 효율을 떨어뜨리고,<sup>58)</sup> 결국 패킷업무가 (미미하게나마) 지연되었으니 전기통신의 송·수신을

〈[http://businessnews.chosun.com/site/data/html\\_dir/2015/07/16/2015071601001.html](http://businessnews.chosun.com/site/data/html_dir/2015/07/16/2015071601001.html)〉, 검색일: 2019.4.23.  
54) 이에 대한 상제는 심우민, “국가정보원의 RCS 활용의 불법성 검토”, “국정원 해킹 사태 해결을 위한 토론 및 백신 프로그램 발표회” 발제문, 2015, 1-7쪽; 경향신문, “검찰 해킹 수사 ‘법적 걸림돌’”, 2015.7.28자, 〈[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201507282214225&code=940301#csidxf5659c57150c208a49b20615b4c9638](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201507282214225&code=940301#csidxf5659c57150c208a49b20615b4c9638)〉, 검색일: 2019.4.23.

55) 독일의 예를 들자면 StPO § 100a (1) 3 및 § 100b.

56) 독일의 예를 들자면 StPO § 100b.

57) 독일의 예를 들자면 StPO § 100a.

방해하는 것에 해당한다.<sup>59)</sup> 한편 복사를 하여 기기의 상황을 파악하는 경우에는 공동하여 지득한 것이니 ①에 해당한다. 여기까지는 해석상 장애가 없어 보이나, 통신이 아닌 경우가 문제이다. 예를 들어 사용자가 문서를 작성하여 저장하는 행위를 모니터한다면, 이는 파일의 저장행위일 뿐 통신상황이 아니다. 따라서 ‘통신’을 보호하고자 하는 통신비밀보호법의 적용 대상이 아니다. 또한 망법 제48조 제1항은 침입행위 자체(해킹)를 규제할 뿐 모니터를 하는 행위(크래킹)에 대한 규정이 아니고, 제2항은 악성프로그램의 ‘전달이나 유포’만을, 제3항은 기기가 아니라 ‘망 자체’에 대한 규제를 하고 있을 뿐이다. 한편 정보통신기반보호법의 경우에는 ‘주요정보통신기반시설’에서 진행되는 크래킹만을 금지하고 있어(동법 제12조) 개인용 기기는 해당사항이 없다. 마지막으로 이익을 취하는 것도 아니므로 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의2)에도 해당하지 않는다. 결국 그냥 해킹일 뿐이다.

해킹과 크래킹을 구별하지 못함으로 인해서 발생하는 문제점을 좀 더 살피도록 한다. 기술적인 견지에서는 악성프로그램을 사용한 침입에 대해 수동적(패시브)으로 열람이나 모니터링을 전송하는 경우(㉠, ㉡)와, 내용을 변경, 납치 또는 녹음을 하는 등의 능동적(액티브)인 경우(㉢, ㉣)로 구분한다. 즉 이렇듯 ‘패시브’와 ‘액티브’로 굳이 구분하는 이유는, 기기에 대한 장악의 정도를 기준으로 볼 때 양자의 차원이 기술적으로 상이하기 때문이다. 그러나 팔호에서 살피는 바와 같이 이는 전혀 법적인 구분과는 부합하지 않는다. 따라서 기술적 사실행위에 대한 법적 판단에 있어 항상 혼돈이 발생하는 것이다. 또한 ‘기기내부에 침입’하여 악성프로그램을 심고 기기의 시스템을 완전히 장악한 경우(블루버깅)와 단순히 ‘네트워크에만 침입’한 행위(블루재킹)를 동일하게 취급하는 현행 입법도 마찬가지로의 난점을 가지고 있다. 기술적으로나 법적으로나 양자는 그 내용과 방식에 있어 완전히 상이하다. 현행 입법은 이에 대한 구별 필요성의 자각이나 개념설정의 기준을 제대로 마련하지 못하고 있다.

마지막으로 이러한 해킹이 네트워크를 통해서만 진행된다고 생각하면 이 또한 오산이다. 기기내부에 저장되어 있는 파일에서, 또는 ‘USB(Universal Serial Bus)’ 등 기기에 접속하는 장치에서 은밀하게 악성프로그램이 옮겨온다. 우리는 이를 소위 ‘감염경로’라고 칭하고 있다.

58) 예를 들어 컴퓨터에 통신상황을 감시하는 웹보안용 프로그램이 깔린 경우를 생각해보라. 또는 온라인 은행 업무를 볼 때 깔리는 액티브엑스(ActiveX)용 어플을 생각해보아도 좋다. 누구나 느낄 수 있을 만큼 지연되고, 사용자의 인내를 요구하게 된다.

59) 블루재킹의 경우와 혼돈할 수 있으나, 양자는 상이하다. 블루재킹은 기기에 침입하는 것이 아니라 블루투스 전파에 침투하는 방식이다. 즉 채널에 대한 해킹이지 기기에 대한 해킹이 아니다. 전파채널에다 의도치 않은 정보(스팸)를 주입하는 행위도 광의로는 송·수신의 방해라고 볼 수도 있겠으나, 기술적으로 보자면 일상에서의 블루투스 채널은 항상 빈자리가 있어 어느 정도 여유롭다고 보아도 좋을 것이다. 즉 스팸 정보를 주입했다고 해서 본래의 통신에 장애가 발생한다고 보기 힘들다는 것이다. 따라서 블루재킹을 바로 감청이라고 보기에는 무리가 있다(각주 43). 이에 관하여는 III.1.3.에서 후술하기로 한다.

즉 기기에 대한 해킹은 비단 네트워크뿐만이 아니라 다양한 경로를 통한 감염으로 진행되기도 하는 것이다. 따라서 ㉠과 ㉡이 가능한 액티브형 악성코드를 대상자의 'USB-메모리'를 감염시켜서 대상기에 칩입한 경우, ㉢은 하지 못하고 사용자가 문서를 저장하는 행위를 감시하는 ㉠만을 하다가 발각되었다면 이를 법적으로 어떻게 해석해야 하는가? 상기의 논의를 바탕으로 검토를 거듭하여 보아도, 마땅한 규정을 찾기가 힘들다. 통신도 아니고, 네트워크를 통한 칩입도 아니고, 감청의 예비인가? 유일하게 가능한 것이 감청은 해당되지 않으나 감청이 가능하다는 점을 주목하여, 이를 감청설비<sup>60)</sup>로 보는 것이다. 통신비밀보호법은 감청설비에 대하여 일반인은 인가를, 국가기관은 신고를 하도록 규정하고 있다. 그 위반의 경우 일반인에 대해서만 처벌규정이 있다.<sup>61)</sup> 국가기관은 제외하고 도청을 시도한 일반인에 대해서만 사전인가를 받지 않은 프로그램으로 사용했다고 처벌할 수 있다는 것인데, 이 경우에 부합하지 않는다. 이러한 논의에 앞서, 악성프로그램을 감청설비로 볼 수 있는지가 더 큰 문제이다. 법문에서는 "감청에 사용될 수 있는 전자장치·기계장치 기타 설비"라고 규정하고 있는데, '장치'나 '설비'라는 유형(tangible)체를 칭하는 용어를 무형(intangible)의 컴퓨터 프로그램에 적용한다는 것은 아무래도 무리가 있다.

### III. 법적 쟁점과 대응방안

사실 이 분야에 조금만 관심을 가지고 있다면 지금까지의 문제들이 대단히 새로운 것도 아니다. 수사실무의 일선에서 규정의 흠결과 모호한 해석으로 이미 오래전부터 혼란이 발생해 왔고, 이에 이슈화되어 종종 사회적 대립이 극심하기도 했었기 때문이다.<sup>62)</sup> 그러나 지나가는 혼란으로만 여길 뿐, 누구도 이를 제대로 적시하여 면밀하게 간추리거나 해결하고자 노력하지 않아왔다. 왜냐하면 수사실무의 입장에서는 입법의 공백이나 흠결을 수사편의를 위한 자의적 해석으로 이용하는 것이 가능했고, 반면 시민사회의 입장에서는 공개적인 논의가 혹여 전면적

60) 통신비밀보호법 제2조 제8호: "감청설비"라 함은 대화 또는 전기통신의 감청에 사용될 수 있는 전자장치·기계장치 기타 설비를 말한다. 다만, 전기통신 기기·기구 또는 그 부품으로서 일반적으로 사용되는 것 및 청각교정을 위한 보청기 또는 이와 유사한 용도로 일반적으로 사용되는 것 중에서, 대통령령이 정하는 것은 제외한다.

61) 통신비밀보호법 제17조 제1항 제4호.

62) 예를 들자면 소위 '카카오톡 감청' 사건을 생각해볼 수 있겠다. 이에 대한 상세는 오마이뉴스, "국정원, 카카오톡 대화 내용 한 달간 감청", 2014.7.16.자,

<[http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002041126](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002041126)>, 검색일: 2019.4.25; 오마이뉴스, "카카오톡 감청 응하겠다... 1년 만에 '백기'", 2015.10.6.자,

<[http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002149286](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002149286)>, 검색일: 2019.4.25.

인 감청시스템의 허용으로 치닫는 것은 아닌가하는 노파심 때문이었다. 그래서 항상 손바닥이 맞부딪힐 때에만 뜨겁다가, 주위가 조용해지면 양쪽 다 약속이나 한 듯이 다시금 함구하며 지내온 것이다. 새로운 입법이 논의되면 수사 일선에서는 항상 불편과 손해라는 생각이, 시민 사회에서는 결국 ‘빅브라더(Big Brother)’로 귀결한다는 심려가 묘한 묵비의 합일점을 형성해 내었기 때문이다. 그러나 이제는 제대로 논의를 시작해야 한다. 이슈화될 때마다 등장하는 주먹구구식 처방 논의도 문제이지만, 그러한 처방으로 별로 해결이 되지도 않는다. 현행 틀에서의 즉발적인 논의가 아니라, 거시적인 입장에서 진정한 변화가 필요하기 때문이다. 이하에서는 이에 대하여 검토해보기로 한다.

## 1. 기술적 관점에서의 쟁점과 대응방안

### 가. 감청의 분류 설정에 대한 문제

음성통신과 데이터통신으로 구분하여 접근해왔던 감청에 대한 실무관행은 변화의 필요가 있어 보인다. 지금까지 살핀 바와 같이 디지털 통신에 있어서는 음성통신과 데이터통신의 구별이 사실상 무의미해졌기 때문이다. 디지털 방식의 음성통신의 경우, 그 역시도 패킷일 뿐이다. 또한 대상자를 향해가는 여러 종류들의 패킷들을 전방위적으로 수집하여 담게 되는 ‘DPI’ 장비의 특성상, 특정 부류의 패킷을 제외할 이유도 기술도 없다. 일단 모든 패킷을 담은 이후에나 그 패킷을 분류하여 재조합해내는 것이 순서이기 때문이다. 물론 암호화되어 있는 경우에는 바로 합체하는 것이 불가능하겠으나, 그렇다고 음성패킷만이 암호를 사용하는 것도 아니다. 복호화한 이후에도 역시나 합체를 해보아야 그 내용을 파악할 수 있는 점은 마찬가지이다. 따라서 ‘디지털’ 통신에 대한 감청기술이 ‘DPI’인 것이지, ‘데이터’ 통신에 대한 기술이 ‘DPI’라고 보는 것은 잘못된 생각이다.

물론 아날로그 음성통신도 아직은 분명 그 영역이 존재한다. 그러나 현실적으로 이에 대한 감청수요는 점차 줄어들고 있다고 보아도 좋을 것이다. 이론적으로만 살펴보면 아날로그 음성통신의 경우 직접감청(브리지)과 간접감청(통신사의 협조)의 양자가 가능하고, 디지털 음성통신의 경우에도 직접감청(Stingray의 패시브모드)과 간접감청(통신사의 협조)이 모두 가능하다고 보아야 한다. 여기에다 첨단 기술의 기법까지 더해져야 한다. 핸드폰에 침입한 악성프로그램을 통하여 녹음을 해 전송받는 경우(Stingray의 액티브모드, 블루버깅, 기타의 감청 등)이다. 이 경우에는 일반 음성통신 뿐만이 아니라 소위 인터넷전화(VoIP) 서비스까지 녹음을 하게 된다. 악성프로그램의 침입을 통한 녹음이란 일종의 숨겨진 녹음기를 설치하는 것과

유사하다. 즉 장르를 가리지 않고 모든 음성통신을 녹음하는 것이다. 또한 이는 패킷을 분석하는 방식도 아니다. 기기가 음성통신을 위해 패킷변환 작업을 하건 말건 상관없이, 사용자의 음성자체를 녹음하는 것이기 때문에 암호화의 장벽도 없다. 물론 굳이 원한다면 음성패킷을 수집할 수도 있겠다. 따라서 녹음방식으로 할 것인지, 패킷방식으로 할 것인지는 감청자의 선택사항이겠으나, 동일한 프로그램으로 양자가 선택가능하다면 굳이 패킷방식을 사용할 이유가 없다. 수집한 패킷들을 합체하고, 그 이후에 다시금 복호화까지 해야 하므로 매우 번거롭게 되기 때문이다. 즉 앞으로는 녹음방식이 선호될 가능성이 높다. 따라서 이러한 기술의 발전추이와 수사상의 편의를 고려하자면, 앞으로는 점차 간접감정보다는 직접감청을 선호하게 될 것이고 결국 그 종착점은 ‘침입’의 방식으로 판단된다.

결국 음성통신에 대한 감청은 ㉠ 간접감청으로 아날로그 유선통신과 디지털 이동통신이, ㉡ 직접감청으로는 디지털 이동통신과 인터넷전화가 그 대상이 될 것이다. 한편 데이터통신의 경우에는 지금과 같이 ㉢ 통신회사의 협조로 진행되는 간접감청(소위 회선감청)과, ㉣ 기기의 크래킹을 통해 진행되는 직접감청이 사용될 것이다. 그런데 여기서 ㉡와 ㉣는 사실상 동일한 작업이다. 즉 ㉡를 하겠다고 마음먹어도 ㉣가 가능하고, ㉣만 하려하여도 저절로 ㉡까지 되어버리기도 한다. 즉 기술적으로는 ‘㉡=㉣’이기 때문에 법제가 양자를 구별하는 것이 무의미하다는 것이다. 또한 ㉠와 ㉢의 경우도 유사하다. 둘 다 기술적으로 동일한 패킷감청이 진행된다는 것인데, 물론 아날로그 유선통신을 직접 브리지하여 녹음을 하는 경우라는 예외가 있다. 그러나 이제는 요원이 직접 침투하여 브리지하는 경우란 사실상 사라져가고 있는 상황이라고 보아도 되지 않겠는가? 즉 필자는 현재의 기술상황을 최소한 ‘㉠=㉢’라고 볼 수 있다고 생각한다.

이러한 논의들을 종합하자면 이제는 ‘음성통신과 데이터통신’의 구별이 아니라, ‘직접감청과 간접감청’으로 구분하여 접근하는 것이 타당한 대응이라고 본다. 법제의 입장에서 볼 때, 앞으로는 이러한 구분이 더욱 실효성 있는 통제력을 가질 수 있다고 생각하기 때문이다.

## 나. 감청의 기준 설정에 대한 문제

침입의 경우를 깊이 생각해보자면, 머리가 복잡해진다. 그 감청의 대상이 음성통신인지 데이터통신인지의 구분할 필요도 물론 있겠으나, 무엇보다 중요한 것은 침입의 목적에만 사용되게끔 그 기능을 통제해내는 것이다. 침투되는 악성프로그램은 여러 가지 기능을 동시에 담고 있는 것이 일반적이기 때문이다. 따라서 감청의 목적으로 침투된 경우를 상정하더라도, 녹음 등의 본연의 감청기능 뿐만이 아니라 이제는 수사이나 감시 등의 다른 기능들까지도 동시에 고려해야 하는 상황이 된 것이다.

### 1) 수색의 경우

먼저 수색의 경우를 생각해보자. 우리의 경우 이는 수색영장이 필요한 사항이 되겠다. 주지하는 바와 같이 기기내의 스토리지에 침입하여 저장되어 있는 데이터를 뒤지거나 열람하는 행위가 수색이다. 또한 이를 채증의 목적 등으로 전송받기 위해서는 압수의 영장도 필요하다. 통신의 관점에서 압수·수색의 대상을 살펴보면, 실시간성을 상실한 통신의 결과물이 된다. 예를 들어 도착해서 열람한 이메일이나 다운로드받은 동영상 파일 등이 되겠다. 이런 경우에 우리 통신비밀보호법은 특별히 별도의 규정을 마련하고 있다. 동법 제9조의3에서의 “송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우”라는 법문이 바로 그것이다. 그런데 독일입법의 경우는 그 입장이 조금은 상이하다. 온라인수색을 별도로 규정<sup>63)</sup>하고 있는 동시에, 감청으로도 이미 저장이 완료된 통신의 결과물을 취득할 수 있다고 규정<sup>64)</sup>하고 있기 때문이다. 이는 감청영장이 발부되고 난 이후에야 실제로 침입을 시도하게 되고, 침입이 성공하는 시점은 영장의 발부시점으로부터 상당시간이 소요된다는 점을 고려한 것이다. 즉 감청영장이 발부된 시점부터<sup>65)</sup> 유효기간의 종료 시점까지, 기저장되어 있던 실시간이건 대상 기기의 통신이기만 하면 감청으로 보고 집행이 가능하다는 입장인 것이다. 따라서 우리의 통신비밀보호법 제9조의3에서 규정하고 있는 내용은, 독일 형사소송법의 경우 영장기간의 이내이기만 하면 압수·수색이 아니라 감청의 대상이 된다. 따라서 이러한 입법취지에 의하자면, 감청의 목적으로 침투된 악성프로그램은 당연히 수색의 기능도 포함하고 있어야 한다는 이야기가 된다.

### 2) 감시의 경우

한편 감시에서도 유사한 난점이 있다. 온라인수색을 규정하고 있는 독일 형사소송법의 내용을 살펴보면, 감청의 실시간성 요건을 규정하고 있는 조항<sup>66)</sup>의 준용을 배제하고 있다.<sup>67)</sup> 그 밖의 경우에 대해서는 규정이 존재하지 않으므로, 실시간으로 진행되는 통신에 대해서만 온라인수색의 적용을 배제하고 있다고 보아야 한다. 즉 실시간으로 진행되는 통신에 대해서만 감청규정이 적용되고, 열려있는 나머지의 모든 경우에는 온라인수색의 대상이라는 개념 설정인 것이다.<sup>68)</sup> 그렇다면 통신이 아닌 경우, 즉 사용자의 일반적인 기기사용은 실시간성이

63) StPO § 100b.

64) StPO § 100a (1) 3.

65) StPO § 100a (5) 1 b).

66) StPO § 100a (5) 1 a): die laufende Telekommunikation (Absatz 1 Satz 2)

67) StPO § 100b (4): § 100a Absatz 5 und 6 gilt mit Ausnahme von Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 entsprechend.

68) 이러한 입장을 고려하자면, StPO § 100a (1) 3의 내용은 동 원칙에 대한 예외로 해석해 볼 수 있겠다.

있어도 동조의 수색 대상에 해당한다. 또한 동조의 수색이란 기저장된(실시간성의 상실) 내용에 대해서는 무엇이든 조사가 가능하다.<sup>69)</sup> 그래서 사용자가 작성하여 기기에 저장해놓은 문서는 물론이고, 사용자의 기기 사용내역(통신사실 확인자료 등)도 조사해 볼 수 있다. 그렇다면 기저장된 통신의 결과물은 어찌 되는가? 앞서 살핀 바와 같이 감청영장이 있다면, 그 기간 내에서는 감청의 대상이 된다. 감청영장이 없이 '온라인수색영장'만 발부된 경우에는 별다른 규정이 없기 때문에 결국 기간의 제한이 없다는 결론이 나온다. 즉 기저장된 모든 통신의 결과물을 조사하고 전송받을 수 있는 것이다.

그런데 여기서의 감청영장 없이 온라인수색영장만을 발부받은 상황이라는 설정은 사실 무의미하다. 왜냐하면 실시간인 경우에도 실시간이 막 지나기만 하면 일순간이나마 저장되기 때문이다. 방금 저장된 직후도 역시 기저장의 시점이기 때문에, 논리적으로 이를 수색하는 것은 온라인수색영장으로도 문제가 없다. 예를 들어 파일을 다운로드하여 전송받는 경우를 생각해보라. 패킷의 형태로 들어오고 있는 단계를 지나, 패킷이 합체되어 스토리지에 저장되는 순간부터는 통신의 실시간성이 사라지므로 온라인 수색의 대상이 된다. 또한 암호화된 음성패킷도 기기내로 들어와 복호화 및 합체되면서 음성파일로 변모하는 순간 메모리상에 잠시 저장된다면, 이 또한 기저장에 해당하므로 수색이 가능하다. 발신의 경우도 반대로 생각하면 이해가 쉽다. 음성이 파일화되어 패킷으로 변신하기 직전, 그 파일화 작업이 메모리에서 진행되기 때문에 일시적으로 저장되었다가 패킷화된다. 따라서 그 저장의 일순간 직후만큼은 온라인수색의 대상이 된다. 결국 프로그램의 기술적 속도만 뒷받침된다면, 온라인수색에서 실시간을 제외하는 규정은 무의하다고 보아야 한다. 따라서 여기서의 수색이란 단순한 수색이 아니라, 사실상 실시간 통신에 대한 감청까지도 포함하는 종합적인 '감시'라고 번역하는 것이 정확하다. 즉 이러한 입법취지에 의하자면, 수색의 목적으로 침투된 악성프로그램은 당연히 감청의 기능도 포함하고 있다는 이야기가 된다.

### 3) 소결

이러한 논의를 종합하자면, 결국 현행의 감청개념과 현재의 감청기술이 부합하지 않는다는 결론이 도출된다. 감청의 요건이자 해석의 기준이 되는 실시간성을 중심으로 정리해보자.

첫째로 납치감청의 방식을 보자면, 기술적으로 감청과 압수의 차이는 사실상 없다. 패킷이 서버입구에 도달하기 이전에 납치하면 감청이고(DPI) 서버입구 뒤에서 납치하면 압수인데(통

69) StPO § 100b (1): Auch ohne Wissen des Betroffenen darf mit technischen Mitteln in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen und dürfen Daten daraus erhoben werden (Online-Durchsuchung) ...

신사의 압수용 선별 프로그램), 양자는 공히 (복호화하고) 패킷을 합체하여 파일로 변모시킨 다음에야 그 내용을 알 수 있다. 결국 감청의 장소만 상이할 뿐인데, 설령 두 장비의 설치장소가 멀다고 한들 요즘 전송속도를 고려하자면 실제로 양자의 시간차는 거의 없을 것이다. 즉 통신회사의 협조로 진행되는 압수도 마음만 먹으면 실시간에 육박할 수 있다는 것이다. 한편 패킷방식이라고 하더라도 실시간성의 요건은 그 심도에 따라 감청일수도 있고 아닐 수도 있다. 즉 음성이 패킷화되어 기기 밖으로 전송되는 경우를 상정할 때, i) 아날로그 음성이 디지털 파일로 변화했을 뿐 암호화나 패킷이 되기 이전인 단계와 ii) 암호화 및 패킷화되어 기기외부로 출발을 하는 단계로 구분해 볼 수 있다. 통상의 패킷방식의 음성감청이란 ii)의 경우를 말한다. 즉 패킷으로 변모된 파일의 조각들을 납치하는 방식인 것이다. 그렇다면 i)에 대해서는 어떻게 해석해야 하는가가 문제이다. 아직 기기의 내부에서 방금 저장된 디지털 음성파일이므로, 이를 납치하면 저장된 파일에 대한 압수가 될 뿐 감청이 아닌 것으로 된다. 다시 말해 실시간인데도 불구하고 수색 및 압수인 경우도 있다는 것이다.<sup>70)</sup>

둘째로 침입감청의 방식을 보자면, 독일입법에서 보듯 ‘감청=실시간성’이라는 절대적 공식은 더이상 지켜내기가 힘든 것이 사실이다. 즉 감청도 실시간성을 여기기도 하고(Ⅲ.1.(2).1)), 반대로 수색이 실시간성으로 범람해 넘어오기도 한다(Ⅲ.1.(2).2)). 지금까지 우리 판례나 규정이 실시간성이라는 요건을 지켜내었던 것을 고려하여 이러한 입장을 고수하자면, 전자는 가능할지도 모르겠다. 그러나 후자의 경우, 즉 수색에서의 범람은 막을 도리가 없을 것으로 판단된다. 본래 실시간성이 없었던 개념인 수색이, 그 개념설정의 한도를 지켜내면서 사실상 실시간성과 동일한 효과를 내는 형태이기 때문이다.

요컨대 감청과 압수·수색의 경계에 대하여, 실시간성의 유무를 기준으로 일도양단(一刀兩斷)해오던 지금까지의 개념설정은 부득불 전환이 필요해 보인다.

70) 통신개념에 있어 실시간성의 의미를 ‘통신의 내용이 당사자의 지배영역을 벗어나서 통신기관의 지배영역에 있는 상태’라고 보는 학설이 있다. 동 견해는 이 부분에 대하여 “송신버튼이나 통화버튼을 누르면 그 통신내용은 기술적으로 아직 대상자의 컴퓨터에서 암호화되어 송신되기까지 대상자의 지배하에 있지만 실제로는 그 통신을 취소하는 기능이 없는 한 대상자의 지배영역을 벗어난 것으로 볼 수 있다”라고 하여, 결국 논리적으로는 압수의 대상이겠으나 사실적으로는 당사자의 지배영역을 벗어난 것과 다름없어 감청으로 본다는 입장을 취하고 있다. 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKÜ)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(2018), 한국형사정책연구원, 48쪽; 현행의 감청개념에 부합시켜내기 위한 훌륭한 해석으로 판단되나, 필자는 이러한 문제를 현행의 개념설정과 구조 내에서 해결한다는 것이 이제는 한계에 봉착했다고 본다. 이에 대한 입증은 바로 이 글을 쓰는 이유이기도 하다.

#### 다. 감청의 범주 설정에 대한 문제

이번에는 감청의 범주에 대하여 고민해 보기로 한다. 앞서 설명한 바와 같이 감청의 정의에 대한 우리의 입법은 매우 훌륭하다고 평가할 수 있다. 열려있는 개념으로서 앞으로 발생하게 될 새로운 기술들도 무리 없이 수용이 가능하기 때문이다. 특히 ②가 이러한 가능성을 더욱 높이고 있다는 점이 매우 유의미하다. 즉 청취·공독하여 지득·채록하는 경우뿐만이 아니라 전기통신의 송·수신을 방해하는 것 또한 감청으로 규정하였기 때문에, 앞으로 펼쳐지게 될 자동화된 시스템에 대하여 능동적으로 대응할 수 있다는 것이다. ‘송·수신을 방해’한다는 개념이 매우 중요하므로, 이에 대하여 좀 더 살피기로 한다.

먼저 납치의 경우로서 이를 ‘DPI’에 대입해 보기로 하자. ‘DPI’ 장비가 패킷을 납치하여 즉시 복사하고는 원본을 본래의 경로로 되돌려 보내 주었을 경우가 바로 여기에 해당한다. 즉 이 단계를 바라보자면 아직 청취·공독이 없어 지득이나 채록이 불가능한 상태이다. 납치만 했을 뿐, 패킷을 합체한 바가 없으므로 그 내용을 청취 또는 공독하는 것이 불가능하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 패킷을 납치해오면서 경로를 우회시켰으며, 설령 본래의 경로로 다시 보내었다고 하여도 송·수신을 방해했다는 점을 조각시켜내지 못한다. 즉 ②에 해당하여 감청이라는 것이다.

다음으로 침입의 경우를 살펴보면, 전술한 바와 같이 네트워크에의 침입과 기기에의 침입으로 구분하여 생각해 볼 수 있겠다. 네트워크에만 침입한다는 개념은 결국 네트워크상에서 무언가를 주입한다는 개념인 것이고, 이를 통해 네트워크에 교통체증이 발생하는 정도가 되어야 송·수신을 방해하는 결과가 발생할 것이다. 즉 본래의 데이터 전송이 상당히 지연되거나 급기야 전송이 끊겨버리는 상황이 발생해야 된다는 의미가 되겠다.<sup>71)</sup> 따라서 이는 끝없이 연결되는 드넓은 공공망(public network)에서는 매우 힘든 일이 될 것이고, 결국 폐색망(closed network)이나 비교적 짧은 구간에서나 가능한 일이 된다. 현재로서는 마땅한 사례를 찾아보기 힘든 것이 사실이나, 그나마 유사한 경우가 디도스(DDos) 정도가 아닐까 생각해본다. 물론 디도스는 망 자체의 정체가 아니라 서버의 다운이 목표이므로 분명한 차이가 있다. 그러나 엄청난 양의 패킷을 동시다발적으로 보내어 일순간 네트워크상의 범람을 유발한다는 점에서, 네트워크 차원의 교통체증이라는 개념을 이해하는 데에는 유사한 사례로 들 수 있겠다.

한편 기기에의 침입의 경우에는, ‘통신’의 송·수신을 방해해야 하므로 단순히 기기의 사용을 방해하는 것과는 구별되어야 한다는 점을 유의해야 한다. 또한 전송되는 파일이나 패킷의 이동을 직접적으로 방해하는 경우뿐만이 아니라, 해당 ‘통신프로그램’의 작동을 방해하더라도

71) 이러한 이유로 블루재킹의 정도로는 감청에 해당한다고 보기 힘들다고 전술한 바 있다.

이에 해당한다고 보아야 한다. 즉 ‘통신의 방해’이면 법문상 요건이 충족되므로, 패킷 등의 ‘이동’에 대한 방해뿐만이 아니라 통신프로그램의 ‘운용’을 방해하는 경우도 포함 가능하다는 것이 필자의 견해이다. 확장해석의 필요성이 있다고 보는 것이다. 이러한 양자의 조건을 수용하자면, 감청용 악성프로그램이 깔리는 바람에 인터넷 속도가 느려져 답답할 정도가 된 경우는 포함되나, 악성프로그램 덕분에 문서파일의 저장 속도가 느려졌다는 것은 해당하지 않는다는 이야기가 된다. 통신 관련성이 없기 때문이다.

물론 ②의 구성요건 자체가 지금껏 널리 사용된 바는 없는데다가, 여기에 다시 확장해석을 더하다보니 감청의 일반적 관념과는 다소 요원해지는 것을 부정할 수 없다. 그러나 앞으로는 이러한 해석이 반드시 필요한 세상이 온다는 점을 주목해야 한다. 왜냐하면 수많은 센서가 생산해내는 데이터들이 자동화된 처리를 기반으로 전송되는 기술이 진행 중이기 때문이다. 전술한 바와 같이 이는 사물인터넷의 기반기술이기도 하다. 사물인터넷에서의 네트워크는 항상성을 전제로 하지 않는다. 다시 말해 사용자의 사용유무를 불문하고 채널이 항상 연결되어 있는 방식이 아니라는 것이다. 필요할 때마다 채널을 열었다가 이내 닫아버리는 방식이 기본이다.<sup>72)</sup> 따라서 이러한 기술 환경에서의 침입은, 불안정한 네트워크가 아니라 안정적인 기기를 직접 침입해야만 한다. 즉 여기서의 정보에 대한 송·수신의 방해란, 이동하는 정보를 납치하는 방식이 아니라 정보를 취합·관리하는 프로그램의 운용을 방해하는 방식일 가능성이 높다. 따라서 이에 대한 고려가 필요하다는 것이다.

마지막으로 한 가지만 더 언급해보자면, 통신개념에 대하여 이제는 확대해석이 필요한 시점이 도래했다고 말하고 싶다. 사물인터넷 환경에서 있어 애초에 사람이 의욕하여 정보를 생산하거나 생산된 정보를 전송하기로 한 것이라면, 설사 해킹의 시점에서 자동화된 처리를 통해 사람의 의사가 배제되어 있다고 하여도 이를 통신으로 보아야 한다는 견해(묵시적 의사의 추정)를 앞서 밝힌 바 있다. 그 사례를 좀 더 생각해보기로 하자. 심장병을 지병으로 가지고 있는 독거환자가 협심의 단계에서 응급한 구조 전화를 한다는 것은 현실적이지 못하기 때문에, 이를 대체하기 위해 심장의 위급상태를 지속적으로 모니터하도록 병원의 응급시스템과 환자의 몸에 붙어있는 센서가 상시로 연결되어 있는 기술을 상정해보자. 이는 전형적인 사물인터넷의 사업모델이 된다. 여기서 생산되는 심장의 알람신호를 단순한 ‘교신’으로 보고 통신이 아닌 것으로 판단하는 것은 굉장히 위험하고도 잘못된 발상이다. 이는 건강정보이자 생체 정보이므로 매우 중요한 개인정보이기도 하겠으나, 무엇보다 응급구조의 전화통화를 대신하

72) 이해의 편의를 위하여, 정확성을 가지는 것은 아니나 유사한 사례를 생각해보자. 블루투스 이어폰을 끼고 진행하는 통화를 감청하기 위해, 핸드폰이 아니라 블루투스 이어폰을 해킹하는 경우를 생각해보라. 이때 핸드폰과 이어폰사이의 네트워크는 전화가 걸려와 이어폰의 버튼을 누를 때에만 존재한다.

고자 한 것 아니겠는가? 이제는 이를 단순한 구조신호가 아니라 그 형태가 변모된 응급통화로 보아야 하는 세상이 왔다. 왜냐하면 디바이스와 센서기술의 급격한 발달덕분에, 사람들은 일상의 편의를 위하여 점차 자동화를 선택해가고 있기 때문이다. 즉 굳이 일일이 통신을 하지 않아도 시스템이 알아서 챙겨주는 것이 당연시되고 있다는 것이다. 따라서 종래의 통신을 대체하는 다양한 형태의 서비스를 통신의 새로운 유형으로 포함해야 할 필요가 있고, 이를 위해 통신의 범주를 가급적 넓게 잡아 감청개념의 외연을 확대해 나아가야 한다는 것이 필자의 주장이다.

## 2. 법정책 관점에서의 쟁점과 대응방안

이번에는 감청제도에 대한 법정책적 쟁점에 관하여 살피기로 한다. 사실 이 부분을 논의하기 위하여 지금까지 많은 이야기들을 진행해온 것이기도 하다. 글의 서두에서 밝힌 바와 같이, 기술적인 바탕위에서 법과 제도의 변화가 필요함을 논증하는 것이 본고의 취지이기 때문이다. 제도로서의 법은 쉽게 변화하기도 힘들거니와 또한 쉬이 변해서도 안 된다. 그러나 현재의 통신비밀보호법과 관련법제로 지금의 통신기술을 감당해낼 수 있다고 보기 힘들다. 나아가 차세대 고도통신에 대해서는 아예 무방비의 상태임을 부정할 수 없다. 따라서 이제는 신중하게 법제의 변화를 고민해야할 시점인 것이다. 이러한 맥락위에서 제도의 차원에서 변화의 필요성을 논의하고자 한다. 거시적인 시각에서의 논의가 선행되는 것이 바람직하거니와, 현행 통신비밀보호법의 문제점<sup>73)</sup>을 해결한다고 하여 현재와 미래의 첨단통신에 제대로 대응할 수 있는 것도 아니기 때문이다.

### 가. 새로운 편제에 관하여

우리 헌법은 제18조에서 통신비밀의 보호를 별도의 기본권으로 규정하고 있다. 압수·수색 등 강제수사로 침해되는 기본권과는 구분하여 별도로 명시한 점에 대하여는 물론 입법자의 함의를 충분히 고려해야 하겠으나, 앞서 살핀 바와 같이 현재의 기술상황과 차세대 통신의 면모는 이러한 입법자의 취지를 적잖이 흔들어 놓고 있다. 이제는 기술적으로 수색과 감청이 유사하다는 점도 문제이겠으나, 양자의 결과물이 사실상 동일하게 취급될 수 있어 모두 압수의 대상이 된다는 점에서 더욱 그러하다. 물론 통신과 수색, 각각의 고유한 전유부문이 존재한다는 점은 부인할 수가 없다. 그러나 지금의 통신환경에서는 분명한 교집합의 면이 존재하고

73) 이에 관한 상세는 오길영(주 28), 35-48쪽.

있다는 점을 좌시할 수도 없다. 특히 그 교집합의 크기가 통신기술이 진보하면 할수록 점점 커져간다는 점에서 이제는 외면하기가 힘든 상황이다.

지금에 와서 감청제도의 법적 기원을 다시 찾아보는 것이 조금은 뜬금없을지 모르겠으나, 가장 긴 시간 감청법제를 손보아온 미국입법의 경우에 감청을 수정헌법 제4조에서 규정하고 있는 압수·수색에 해당한다고 보고 있기도 하다.<sup>74)</sup> 즉 동일한 뿌리에서 비롯되었다는 것이다. 물론 제도의 성숙으로 양자가 서로 다른 길을 걸어온 것은 분명하나, 각기 고유한 전유부문을 마련한 것은 제도의 취지가 상이해서라기보다는 기술적 성격이 달랐기 때문일 가능성이 높다.

특히 지금의 디지털 통신환경을 고려하자면 수색과 압수의 대상이 되는 대부분의 데이터가 통신의 결과물이라는 점도 중요하다. 자신이 직접 창작하여 저장해놓은 데이터보다, 어디에선가 전송받아온 데이터가 더 많지 않은가? 이제는 양자를 별도로 구분하여 각각의 기본권으로 접근하는 방식보다는, 오히려 함께 고려하며 기본권 보호에 공백이 없도록 노력하는 접근방식으로의 전환이 필요한 시점이라고 말하고 싶다. 즉 감청을 허가하면서도 수색과 압수의 가능성을, 압수·수색영장을 발부하면서도 감청까지 허용될 위험성을 고려해야 한다는 것이다.

나아가 실무적으로 보자면 감청과 압수·수색에 대한 현행 법제는 모순을 가지고 있기도 하다. 수사 일선에서의 감청이란 범죄의 동향을 파악하거나 결정적인 단서를 수집하기 위해 진행된다. 따라서 초동수사의 단계에서 진행되며, 밀행성이 필수적인 요건이 된다. 한편 압수·수색은 피의자의 앞에서 공개적으로 진행되는 처분으로서, 집행이 실시되는 단계는 대체로 범죄혐의에 대한 확신이 생기고 난 이후이다. 따라서 수사의 기법을 두고 보자면, 감청이후에 압수·수색이 진행되는 것이 정상적인 절차가 되겠다. 그러나 통신비밀보호법은 생각이 다르다. “보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다”고 하여 보충성(최후수단)과 최소침해의 원칙을 명정하고 있기 때문이다.<sup>75)</sup> 이는 사실 대단히 큰 모순이 아닐 수 없다. 살핀 바와 같이 오늘날의 디지털 감청은 전방위적인 감청을 피할 수 없기 때문에 최소침해는 애당초 불가능하며, 수사실무의 순서상 압수·수색의 보충적인 수단으로 사용될 수도 없기 때문이다. 이러한 모순 때문에 감청이 남용되거나 압수·수색의 우회수단으로 오용되는 결과로 귀착되는 것이다. 물론 통신비밀보호법이 보충성과 최소침해를 규정하고 있는 것이 잘못되었다는 것은 아니다. 헌법 제18조의 정신을 충분히 표현하고 있다는 점에서는 매우 적절한 규정임은 틀림없다. 그러나 형사소송법과의 조화를 고려하지 않은 통신비밀보호법만의 입장이라는 점이 문제이다.

74) 나채준(주 16), 335쪽; 이진구/김일환, 통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 비교법적 연구, 미국헌법연구 제27권 제1호, (사)미국헌법학회, 2016, 227쪽.

75) 통신비밀보호법 제3조 제2항.

요컨대 그 편제의 형태가 어떠한 방향으로 논의되건 불문하고, 앞으로는 양자의 동시고려가 필수적이라는 것이다.

## 나. 새로운 통제방안에 관하여

반면 완전한 결별이 필요한 사항도 있다. 범죄수사를 위한 통신제한조치<sup>76)</sup>와 국가안보를 위한 통신제한조치<sup>77)</sup>가 바로 그것이다. 감청이라는 개념을 공히 사용한다는 점을 제외하고 보자면, 양자는 사실 전혀 다른 것이다. 대상도 다르고 요건도 상이하며, 무엇보다 목적과 취지가 상이하다. 즉 전자는 형사법의 실천을 위함이고, 후자는 대테러의 실천을 위한 것이다. 특히 문제가 되는 것은 통제에 관한 내용이다. 법원의 통제를 전제로 하는 전자와 사실상 정치적 통제를 받게 되는 후자를 동일한 감청으로 취급하는 것은 여러 면에서 무리가 있다. 따라서 이제는 양자를 구분해오던 종래의 방식이 아니라, 공식적으로 결별을 시킬 필요가 있다고 본다. 특히나 근자에 대테러 관련법<sup>78)</sup>이 별도로 생기기도 했기 때문이기도 하다.<sup>79)</sup>

양자를 구분하여 접근하는 대표적인 입법례로 미국과 프랑스를 들고 싶다. 미국의 감청에 대한 통제를 살펴보면 수사목적의 감청에 관하여는 연방법원이, 안보목적의 감청에 관하여는 법무부가 주관을 하고 있다.<sup>80)</sup> 프랑스에서는 전자인 사법감청(*écoutes judiciaires*)과 후자인 행정감청(*écoute administratives*)으로 구분하고 있으며, 전자는 예심판사(*juge d'instruction*)의 통제 하에 진행되고 후자는 총리의 승인에 의하도록 규정되어 있다.<sup>81)</sup> 물론 형식적으로만 보자면 법원의 허가와 대통령의 승인에 의하도록 되어 있는 우리의 경우와 크게 다르지 않다고 말할 수도 있겠다. 또한 국가안보를 위한 감청 규정이 존재하지 않는 일본의 경우<sup>82)</sup>도 있다고 말할 지도 모르겠다. 그러나 여기서의 구분이란 법률의 형식을 말하고자 하는 것이 아니다. 개념적으로 양자는 완전히 다른 제도라는 생각을 해야 한다는 것이다. 국민에 대한 범죄수사를 목적으로 하는 감청과 국적을 불문하고 전개되는 국제테러에 대한 발상을 함께 묶어두는 한, 불법사찰로 인한 오남용이 발생하기 때문이다. 정치적 목적으로

76) 통신비밀보호법 제5조 및 제6조.

77) 통신비밀보호법 제7조.

78) '국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법'을 말한다.

79) 그렇다고 하여 필자가 이 법률의 제정에 대하여 찬성하는 것은 아니다. 주지하는 바와 같이 동법은 제정 시의 절차도 문제였거니와 그 내용 또한 많은 문제점을 담고 있기도 하다. 동법의 문제점에 관하여는 추후 논문을 통하여 따로 밝히기로 한다.

80) 이진구/김일환(주 74), 227쪽.

81) 여운태, 프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점, 법학논총 제35권 제1호(2018), 한양대학교 법학연구소, 55-66쪽.

82) 일본은 1999년에 제정한 범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律)을 두고 있다.

대국민 사찰을 진행해 온 우리네 아픈 경험들을 고려할 때에도, 양자의 개념적·제도적 분리는 반드시 필요하다. 또한 구체적인 실무에 있어, 감청내용의 범위와 사용기술의 수위를 고려할 때에도 양자는 차원을 달리해야 한다고 본다. 이러한 차별화 덕분에 스노든 사건당시의 미국 행정부는, 대외적으로는 국제사회의 강력한 질책을 받았음에도 불구하고 기실 대내적으로는 큰 문제없이 사건을 봉합할 수 있었던 것이다. 요컨대 양자를 서로 다른 법체계에서 완전히 구분하여 입법하는 것이 바람직하며, 그러한 사례로 미국<sup>83)</sup>과 프랑스<sup>84)</sup> 입법의 체계를 참고하면 좋을 것이다.

여기서 안보목적의 감청에 대하여 캐나다의 법제를 꼭 언급하고 싶다.<sup>85)</sup> 캐나다는 안보목적으로 진행되는 국외통신 감청에 대하여 ‘통신보안단(Communications Security Establishment, CSE)’<sup>86)</sup>이라는 별도의 감청전담기관을 두고 있다. 즉 우리의 국가정보원에 해당하는 CSIS(Canadian Security Intelligence Service)<sup>87)</sup>가 있는데도 불구하고, 디지털통신 부문만을 전담하는 기구를 별도로 마련하고 있는 것이다. 그 뿐만이 아니라, ‘CSE’를 전담하여 감찰하기 위한 별도의 기구도 마련하고 있다. ‘통신보안위원 사무국(Office of the Communications Security Establishment Commissioner, OCSEC)’<sup>88)</sup>라는 조직이 바로 그것이다. 이러한 체제에 대한 고민은, 새로운 통제방안을 모색해야 하는 지금의 우리에게 매우 유의미하다고 생각한다. 정보기관과 분리된 디지털통신 부문만을 전담하는 기구를 설치하여 정보기관의 권한을 제한하고 감청 등의 오남용 가능성을 억제한다는 점과, 다시 해당 기구를 통제하기 위한 별도의 감찰조직을 마련하고 있다는 점에서 그러하다. 특히 이 감찰조직이 여타의 기관

83) 미국입법의 경우 수사목적의 감청에 관한 입법으로는 1934년의 연방통신법(Federal Communication Act)를 필두로 하여 1968년의 ‘종합범죄방지 및 가두안전법(Omnibus Crime Control and Safe Street Act)’, 1986년의 전기통신 프라이버시법(The Electronic Communication and Privacy Act, ECPA), 1994년의 감청통신지원법(The Communications Assiatance for Law Enforcement Act, CALEA) 등이 있다. 한편 안보목적의 감청에 관하여는 1978년의 해외정보감시법(The Foreign Intelligence Surveillance Act, FISA)을 시작으로 2001년의 애국법(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act, 소위 Patriot Act), 그리고 FISA를 수정입법한 자유법(Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act, 소위 USA Freedom Act) 등이 있다. 이렇듯 양자는 서로 다른 체계위에서 입법이 진행되어 왔다. 이에 관한 상세는 나채준(주 16), 332-342쪽; 이진구/김일환(주 74), 226-237쪽.

84) 프랑스의 수사목적의 감청은 1991년 형사소송법(Code de procédure pénale)의 개정에 의해 신설되었다. 안보목적의 감청은 2012년의 별도의 법률명령(Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure)이 제정되면서 명시되었다. 이에 관한 상세는 여은태(주 81), 55-69쪽.

85) 이에 관한 상세는 오길영, 새로운 관점에서 바라본 국가정보원 통제방안, 민주법학 제66호(2018), 민주주의법학연구회, 174-177쪽.

86) 이에 관한 상세는 <<https://www.cse-cst.gc.ca/en/about-apropos>>, 검색일: 2019.4.28.

87) 이에 관한 상세는 <<https://www.canada.ca/en/security-intelligence-service.html>>, 검색일: 2019.4.28.

88) 이에 관한 상세는 <<https://www.ocsec-bccst.gc.ca/s55/eng/ocsec>>, 검색일: 2019.4.28.

과는 완전히 분리된 외부의 조직이라는 점이 더욱 주목할 만하다. 즉 정부의 영향력에서 완전히 독립하기 위해 의회로부터 별도의 예산을 배정받고, 독립된 감찰권한으로서 ‘CSE’에 대한 영장발부 권한을 직접 가진다는 점이 바로 그것이다. 이러한 체계의 구상은 감청제도의 일탈로 인하여 수차 고통을 받아온 우리에게 있어서는 매우 실천적이고 유효한 통제방안이라고 생각한다.

#### 다. 새로운 기본권에 관하여

통신비밀에 대한 보호는 헌법에 명시된 국민의 기본권이다. 이 기본권을 수호하기 위하여 만든 법률이 바로 통신비밀보호법이라는 것은 주지의 사실이다. 그러나 동법에 의한 감청은 비단 통신비밀에 대한 기본권만을 제한하는 것이 아니다. 감청과 관련하여 제한되는 다른 기본권으로서 가장 근접한 사례를 들자면, 아마도 개인정보자기결정권이나 프라이버시권 정도가 될 것이다. 감청의 ‘내용’에 주목하면 이러한 접근을 쉬이 이해할 수 있다. 이러한 이유 덕분에 금번 헌법재판소의 결정문에서도 개인정보에 관한 이야기가 등장한다. 해당부분의 요지를 간추려보자면 “인터넷회선 감청에 의해 취득한 자료는 법이 규율하지 않는 부분에 대해서는 ‘개인정보’의 보호에 관한 일반법인 ‘개인정보 보호법’이 적용될 수 있다. 개인정보 보호법에 따르면, 감청집행기관인 수사기관은 개인정보처리자로서 목적에 필요한 최소한의 정보만 수집하고, 개인정보의 처리방법 및 종류 등에 따라 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험정도를 고려하여 개인정보를 안전하게 관리하여야 하며, 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리해야 한다”<sup>89)</sup>라고 하여, 감청으로 취득한 자료의 남용을 방지할 수 있다고 실시하고 있다. 즉 “감청 집행으로 취득한 자료를 목적외의 용도로 활용하거나 제3자에게 제공하는 것이 금지되고, 해당 정보가 불필요하게 되었을 때에는 이를 지체 없이 파기하여야 할 의무가 있으므로, 수사기관의 권한 남용을 방지하는 제도적 장치가 어느 정도 마련되어 있다”<sup>90)</sup>고 본 것이다. 필자는 감청제도에다 개인정보보호법의 내용을 대입해 낸 해당 실시부분은, 금번 헌법재판소의 결정이 가져다 준 또 다른 쾌거라고 생각한다. 왜냐하면 지금까지 통신제한조치 허가서라는 면죄부를 통해 무소불위의 권한을 행사해왔던 수사기관의 입장에서는 청천벽력(靑天霹靂)같은 소리가 될 것이기 때문이다. 앞으로 감청을 집행하는 수사기관의 변화를 기대해보아야 할 대목이다.

그러나 필자는 이러한 반대의견에 취지에 동의하기가 힘들다. 왜냐하면 오늘날 우리가

89) 재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견, 2016헌마263 통신제한조치 허가 위헌확인 등 사건의 결정문, 27쪽.

90) 2016헌마263 통신제한조치 허가 위헌확인 등 사건의 결정문, 19쪽.

사용하는 통신의 내용 가운데 ‘살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보’<sup>91)</sup>가 얼마나 되는가? 또한 ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다’<sup>92)</sup>고 하여도 그 비율은 크게 증가하지 않는다. 기실 거의 대부분은 타인에 의해 작성되어진 정보들을 열람하거나 다운로드 받는 경우가 대부분이다. 또한 자신이 작성하는 정보 가운데 상당수는 개인정보와 무관한 정보들이기도 하다. 요즘 젊은이들에게 가장 인기 있는 것이 자신이 먹은 맛난 음식과 자신이 방문한 멋진 장소의 사진을 업로드하는 것이 아니던가? 이들은 대체로 반정형데이터(semi-structured data) 또는 비정형데이터(unstructured data)로서 특별한 결합을 전제로 하지 않는 한 일반적으로는 개인정보성을 인정하기가 곤란하다.<sup>93)</sup> 어쩌면 프라이버시보호의 대상이 될지언정 개인정보보호의 대상이 되기는 힘든 데이터들이라는 것이다. 개인정보보호의 법익은 프라이버시권이 아니며, 개인정보자기결정권의 실현으로 프라이버시의 보호까지 담보해낼 수 없다.<sup>94)</sup> 통상 프라이버시권이 개인정보자기결정권보다 광의의 개념으로 사용되거나 전자가 후자를 완전히 포함하거나 후자가 전자에 완전히 포함되지도 않으며, 개념적으로는 양자는 전혀 상이한 것이다. 따라서 개인정보 보호법의 대입이 가져다주는 수사기관에 대한 통제력은 크게 기대할 만한 것이 못된다.

지금까지의 논의를 간추리자면 보호의 대상이 되는 통신의 내용은 개인정보자기결정권의 대상이 되는 정보와 프라이버시권의 대상이 되는 정보로 구성된다고 정리해 볼 수 있겠다. 그러나 여기가 끝이 아니다. 통신기기에 침입하여 통신도 개인정보도, 그리고 프라이버시라고 할 정도의 자기관련성도 없는 정보<sup>95)</sup>를 열람하는 경우는 어떻게 되는가? 이를 막연히 프라이버시권 침해로 보고 실천적인 규제를 할 수 있을지 의문이다. 또한 통신기기를 완전히 장악할 수 있는 악성프로그램을 침입시켰으나 장악만 하였을 뿐 아직 아무런 정보를 취급하지 않고

91) 개인정보 보호법 제2조 제1호 본문.

92) 개인정보 보호법 제2조 제1호 괄호.

93) 개인정보는 식별가능성이 그 보호대상에의 포함여부를 판별하는 기준이 된다. 따라서 해당 정보 자체만을 두고 볼 때 식별가능성을 가지지 않는 정보는 다른 정보와의 결합이나 연계를 고려하지 않는 한 보호를 받지 못하는 정보에 해당한다. 예를 들어 누군가의 노트북에서 발견된 음식이나 남산의 사진을 생각해보라. 사람의 얼굴이 함께 등장하거나 촬영의 정보가 더해지지 않는 한 그 사진은 일단 개인정보가 아니라 프라이버시권이 ‘추정’되는 사진일 뿐이다. 음식이나 남산의 모습만으로는 누군가를 식별할 수도 없고 누군가와와 관련성을 쉬이 나타내지도 않기 때문이다.

94) 이에 관한 상세는 오길영, 데이터 비식별화 논의의 쟁점과 명점, 공법연구 제45집 제2호(2016), 한국공법학회, 312-315쪽.

95) 프라이버시권은 자기관련성이 그 보호대상에의 포함여부를 판별하는 기준이 된다. 따라서 해당 정보 자체만을 두고 볼 때 자기관련성을 가지지 않은 정보는 다른 정보와의 결합이나 연계를 고려하지 않는 한 보호를 받지 못하는 정보에 해당한다. 예를 들어 노트북에서 발견된 대통령과 국무총리의 사진을 생각해보라. 기사에 포함된 사진이 아니라 오로지 해당 사진만 발견되었다면 출처와 맥락을 파악할 수 있는 정보가 더해지지 않는 한 그 사진은 프라이버시권의 추정조차 힘들다. 사용자와의 관련성을 추측하기 힘들기 때문이다.

있는 경우도 마찬가지이다. 이를 잠재적인 감청으로 추정하여 통신비밀의 침해라고 볼 수 있는지도 문제이다. 즉 통신비밀의 보호를 위해 개인정보자기결정권이나 프라이버시권을 동원하더라도 메울 수 없는 공백이 존재한다는 것이다. 앞서 살핀 바와 같이 이러한 침입이 반드시 네트워크를 통해 진행된다는 보장도 없으니, 이러한 맹점들에 대한 고려를 종합해보면 결국 ‘침입 자체에 대한 보호’가 필요하다는 것으로 귀결된다. 독일 연방헌법재판소가 새로운 기본권으로 선언<sup>96)</sup>한 바 있는 소위 ‘IT 기본권’, 즉 ‘정보기술시스템의 기밀성 및 무결성의 보장에 관한 기본권(Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)’<sup>97)</sup>의 도입<sup>98)</sup>을 이제는 우리도 진지하게 고민해 보아야 한다.

#### IV. 나오며

최근에는 세계최초로 상용화했다는 ‘5G’<sup>99)</sup> 기술<sup>100)</sup>이 화제이다.<sup>101)</sup> 이 기술은 우리가 들고 다니는 핸드폰으로 1기가바이트(GB) 크기의 파일을 10초 안에 내려 받을 수 있는 속도를 가진다. 즉 고화질이라고 표현되는 ‘HD(High Definition)’<sup>102)</sup>급으로 2시간짜리 영화를 다운로드 받아도 채 20초가 걸리지 않는다는 것이다. 새로운 방송시대를 개막했다고 평가받는 공중파 디지털방송이 ‘HD’급 화질이라는 점을 생각해보면, 이는 놀라운 수준의 화질로 2시간

96) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. 1-333. 이에 관한 상세는 <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html)>, 검색일: 2019.4.28.

97) 이에 대한 상세는 허황, 최근 개정된 독일 형사소송법 제100조b의 온라인 수색(Online-Durchsuchung)과 제100조a의 소스통신감청(Quellen-Telekommunikationsüberwachung)에 관한 연구, 형사법의 신통향 통권 제58호(2018), 대검찰청, 109-112쪽; 민영성/강수경, 독일의 인터넷 비밀수사에 관한 논의와 그 시사점, 법학논총 제31권 제2호(2018), 국민대학교 법학연구소, 374-380쪽.

98) 이에 관한 본격적인 논의는, 추후 별도의 논문을 통하여 진행하기로 하겠다.

99) ‘5th generation mobile communications’의 약자로서 5세대 이동통신을 말한다. 국제전기통신연합(ITU)이 내린 정의에 따르면 5G는 최대 다운로드 속도가 20Gbps, 최저 다운로드 속도는 100Mbps인 이동통신 기술이다. 이는 현재까지의 4G에 비해 70배 이상 빠르고, 일반 LTE에 비해선 280배 빠른 수준이다: 네이버 지식백과, <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3581003&cid=59088&categoryId=59096>>, 검색일: 2019.4.10.

100) 이러한 이동통신 기술의 발전에 대한 상세는 오길영(주 6), 10-11쪽.

101) 이데일리, “文대통령 ‘30조원 이상 투자해 2022년까지 5G 전국망 구축’”, 2019.4.8.자, <<http://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02863446622454152&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y>>, 검색일: 2019.4.10; 디지털데일리, “[일문일답] 유영민 과기정통부 장관 ‘5G 세계최초 미국 아닌 한국, 이제는 최고로’”, 2019.4.8.자, <<http://www.ddaily.co.kr/news/article/?no=179848>>, 검색일: 2019.4.10. 등.

102) 720 순차주사방식(Progressive scanning)(720p) 혹은 1080 비월주사방식(Interlace scanning)(1080i) 등의 해상도로 구현되는 영상을 말한다: 네이버 지식백과, <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3477503&cid=58439&categoryId=58439>>, 검색일: 2019.4.10.

을 볼 수 있는 영화가 아주 잠깐 만에 우리의 손바닥위로 날아온다는 것을 의미한다. 그렇다면 앞으로 우리는 도대체 하루 동안 얼마나 많은 데이터를 사용하게 된다는 것일까? 또한 그 데이터들은 얼마나 많은 이야기들을 담고 있을까?

데이터가 흐르는 네트워크를 감청하는 행위는 본질적으로 심대한 침해성을 가진다. 또한 'DPI'를 통한 회선감청의 위헌성을 지적하던 10년 전에 비해 지금은, 그 침해의 정도가 기하급수적으로 증가해왔다는 점도 유의해야 한다. 나아가 앞으로는 그야말로 침해의 심각성이 폭증할 것으로 예상된다. 속도가 증가할수록 데이터의 양이 폭증하고, 따라서 그 침해성 또한 치명성을 더해가기 때문이다. 이러한 시점에 즈음하여 우리 법제는 어떠한 고민을 해야 하는 것인가? 참으로 큰 질문이 아닐 수 없다. 본고의 의뢰를 받은 취지가 바로 이것이기도 하다. 필자는 본고를 통하여, 지금의 시점에서가 아니라 앞을 바라보며 첨단에 대응하는 법제의 미래를 논하고자 하였다. 이러한 취지에 맞추다 보니, 글 전체를 다시금 요약하기가 벽찰 정도의 분량으로 작성되어 버렸다. 이는 기술에 대해 많은 지면을 할애해야 했기 때문이지만, 근본적으로는 부족한 글 솜씨가 이유이기도 하다. 덕분에 지금까지의 많은 논지들을 결론에서 요약하기가 부담스럽기도 하고 불필요하다고 생각되기도 한다. 왜냐하면 글의 전반부는 결국 글의 후반부를 위한 개관이었기 때문이다. 즉 글의 후반부가 결론의 역할을 어느 정도 해내는 구성을 취했다는 것이다. 이러한 이유로 글의 내용과 논지를 정리해야하는 결론부분을 아래의 몇 가지 당부의 말씀으로 갈음하기로 한다.

먼저 글의 취지를 재차 강조하고 싶다. 본고는 현행의 법제에 대한 해석론이 아니다. 첨단기술에 대응하기 위한 새로운 담론을 끌어내기 위한 의도로 작성된 글임을 다시금 밝히고자 한다. 즉 변화를 전제로 법제의 개혁을 구상한 것이지, 현행의 법제를 본고에서 논한 법리나 이론으로 해석할 수 있다는 것이 아니다. 글의 성격이 이러하다보니, 필자의 입장에서든 지금까지 오랜 기간 동안 주장해왔던 종래의 논지와 부합하지 않는 부분이 적잖이 있다. 그러나 이를 두고 견해의 변경이나 번복으로 파악할 것은 아니다.

다음으로 본고에서 거론된 감청기술이 현재 국내에서 사용되고 있다는 의미가 아니다. 또한 조만간 사용할 것이라는 이야기도 아니다. 글의 서두에서 밝힌 바와 같이, 본고는 어디까지나 '첨단'에 대한 법의 '선제'적 대응을 위하여 작성되었다는 점을 기억해야 한다. 따라서 아직 우리나라의 실정에는 요원한 기술이 본격적인 논의의 대상으로 등장하기도 하고, 조금은 이른 감이 있는 기술조차 논지를 증명하기 위하여 적극적으로 사용되기도 하였다. 이렇듯 다소 지나친 의욕이 어떠한 기술의 특정부분만을 극히 강조한 측면도 있을 수 있다. 이는 '기술적 중립성'이라는, 기술분야에서 논해지는 일종의 기본권을 침해하는 일이 되었을 수도

있다. 그러나 본고에서 등장하는 기술에 대한 표현은 어디까지나 법적 논의를 진행하기 위한 수단에 불과했다는 점을 고려해야 한다. 본고는 기술논문이 아니라 법학논문이기 때문이다.

마지막으로는 필자의 시각을 밝히고자 한다. 필자는 감청을 무조건 반대하는 반대론자가 아니다. 지금까지 긴 시간 감청이슈의 일선에서 적극적인 반대를 해왔던 것은, 법제에 흠결이 있거나 그러한 사건들이 모두 오·남용된 경우였기 때문이다. 앞서 모순이라고 지적했던 통신비밀보호법 제3조 제2항의 법문처럼 ‘보충성과 침해의 최소성’이 제대로 견지될 수만 있다면, 필자는 오히려 감청의 필요성을 강조하고 싶다. 왜냐하면 전지구적인 감청이 진행되고 상황에서 우리나라만 감청을 하지 않는다는 것은, 결국 촌각을 다투는 정보 전쟁이 진행되고 있는 오늘날의 기술 환경에서 도태되는 것과 다름없기 때문이다. 따라서 본고에서 논했던 모든 논의는 감청의 ‘보충성과 침해의 최소성’을 견지해내기 위한, 즉 감청제도의 통제를 위한 논의인 것이고, 이는 곧 헌법 정합성을 가지는 감청제도의 마련을 통해 경쟁력 있는 ‘감청국가’로 발돋움하기 위한 노력의 일환이기도 하다. 언젠가 우리의 국가기관이 진행하는 감청에 적극 찬성할 수 있는 날이 오기를 기대하며, 글을 마친다.

## | 참고문헌 |

- 나채준, 미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구 제52집(2011).
- 민영성/강수경, 독일의 인터넷 비밀수사에 관한 논의와 그 시사점, 법학논총 제31권 제2호 (2018), 국민대학교 법학연구소.
- 박소영/강신각/한재천, 인터넷 전화 감청 규제 및 표준화 동향, 주간기술동향 1212호(2005), 정보통신기획평가원.
- 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKÜ)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호 (2018).
- 손태진, 통신수단별 감청방안, 감청표준화와 감청규제, 비교법연구 제13권 제2호(2013), 동국대학교 비교법문화연구원.
- 심우민, 국가정보원의 RCS 활용의 불법성 검토, 국정원 해킹 사태 해결을 위한 토론 및 백신 프로그램 발표회 발제문, 2015.
- 여은태, 프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점, 법학논총 제35권 제1호(2018), 한양대학교 법학연구소.
- 오길영, 개인정보보호를 위한 RFID 규제에 관한 연구, 정보화정책 제12권 제2호(2005).
- \_\_\_\_\_, 인터넷 감청과 DPI, 민주법학 제41호(2009).
- \_\_\_\_\_, 감청의 상업화의 그 위법성, 민주법학 제43호(2010).
- \_\_\_\_\_, 국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판 - 국가정보원 답변서에 대한 반박을 중심으로-, 민주법학 제48호(2012).
- \_\_\_\_\_, 통신데이터 남용의 실태와 그 쟁점, 민주법학 제55호(2014).
- \_\_\_\_\_, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향, 언론과 법 제14권 제1호(2015).
- \_\_\_\_\_, 데이터 비식별화 논의의 쟁점과 맹점, 공법연구 제45집 제2호(2016).
- \_\_\_\_\_, 감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래, 법과 정책연구 제16집 제2호(2016).
- \_\_\_\_\_, 새로운 관점에서 바라본 국가정보원 통제방안, 민주법학 제66호(2018).
- 이명락/한영섭/김상수, 합법적 감청의 표준화 동향과 이기종 통신망에서의 연속적 패킷 수집에 관한 연구, 보안공학연구논문지 제12권 제5호(2015), 보안공학연구지원센터.
- 이진구/김일환, 통신비밀의 보호법위와 한계에 관한 비교법적 연구, 미국헌법연구 제27권 제1

호(2016).

전현욱/Chris Marsden/Michael Geist, 망 중립성(Net Neutrality)과 통신비밀보호에 관한  
형사정책, 연구총서 13-B-03, 한국형사정책연구원, 2014.

허황, 최근 개정된 독일 형사소송법 제100조b의 온라인 수색(Online-Durchsuchung)과 제  
100조a의 소스통신감청(Quellen-Telekommunikationsüberwachung)에 관한 연  
구, 형사법의 신동향 통권 제58호(2018), 대검찰청.

## | Abstract |

This article is designed to devise a preemptive response of the legal system to the advanced wiretapping technologies. That is, this paper is intended not to interpret the current legislation but to draw up a new discourse that corresponds to technology. Therefore, legal discussions are conducted on the basis of a review of the technical elements of wiretapping in the overall and the main content is to devise the reform of the legal system centered on the legal issues derived from this process.

The first part of this article is allotted to reviewing the current wiretapping technology and analyzing the legal confusion arising from the perspective of the technology. First, it was classified as voice communication, data communication and next-generation communication and a brief legal analysis was conducted based on the characteristics and trends of these technologies. Then, the wiretapping technology was divided into cases of 'kidnap' and 'invasion' to describe the confusion arising from the wiretapping of the current legislation. Regarding the kidnapping method, it was reviewed that the wiretapping standard of the current law, which is a requirement of real-time, is already technically meaningless. In the case of invasion methods, I specified the limits of our legislation that could not distinguish between hacking and cracking.

Based on this technical trend and understanding of the confusion of legislation, a full-scale legal review was conducted in the middle part of this article based on a technical point of view. Firstly, I analyze the problem of classification. Since the current approach to classification as voice communication and data communication is no longer meaningful due to the digitization of voice communication, it is rather reasonable and effective to approach direct and indirect wiretapping in its classification. Second, when the method of invasion is carried out, it has been argued that invasions which are aimed at wiretapping have the function of search and

seizure, and invasions that are the purpose of the search and seizure have the function of wiretapping at the same time. In other words, it is necessary to change the legal concept to set up a clear boundary between wiretapping and the search and seizure. Third, the possibility of application for new technological environment was examined for ‘interference in transmission and reception’, which is defined by the current law as a type of wiretapping. It has been argued that if the new form of wiretapping can be accepted as an open concept, it can be used as an effective regulatory measure for next generation communication technologies.

Following this analysis of the issues from a technical perspective, the last part of the article considered major issues from a legal policy perspective. First, it was suggested that in the current digital communication environment, it is desirable to ensure that there is no gap in the protection of basic rights by taking into account the search and seizure under the Criminal Procedure Act and the wiretapping under the Protection of Communications Secrets Act at the same time. Next, it was pointed out that there is a need to conceptually and systematically distinguish between wiretapping for investigation purposes and wiretapping for security purposes. In practice, it may be necessary to vary the scope of wiretapping and the level of technology used, but above all, it is necessary to prevent misuse and abuse of wiretapping. Finally, it is detailed about the blank space of basic rights. When looking at the information that is subject to the protection of communications secrets, there is a gap that can not be filled even if rights of the protection of communications secrets and the personal information self-determination and privacy are applied. In this regard, I have argued for the necessity of introducing the so-called “fundamental rights of IT” which was declared as a new fundamental right in Germany.

**Keywords:** wiretapping, communication, packet, search and seizure, fundamental rights of IT

## 평석과 이론

- 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념
  - 김해원
- 헌법재판에서 소수의견제도
  - 허완중



# 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념\*

## Der Begriff “Republik” in Art. 1 Abs. 1 KV\*\*

부산대학교 법학전문대학원 부교수, 김해원

Law School of Pusan National University, Associate Professor(Dr. iur.), Kim, Hae Won

### ■ 목 차 ■

|                                      |     |                                    |     |
|--------------------------------------|-----|------------------------------------|-----|
| I. 시작하는 글 .....                      | 161 | 1. 서두 .....                        | 172 |
| II. 헌법학계에서의 “共和”에 대한 이해 .....        | 164 | 2. ‘공(公)’에 대한 전통적·일반적 이해 .....     | 172 |
| 1. 일반적 경향 .....                      | 164 | 3. 비판적 검토: 헌법상 共和의 개념요소로서의 公 ..... | 175 |
| 2. 비판적 검토와 문제제기 .....                | 166 | 4. 소결: 公, 共和, 共和國 .....            | 179 |
| III. 헌법상 “공화”의 본래적 개념: ‘公的인 것’ ..... | 167 | V. 마치는 글 .....                     | 180 |
| IV. 헌법상 “공화”의 개념요소로서의 公 .....        | 172 | 1. 요약 .....                        | 180 |
|                                      |     | 2. 후속연구의 방향 .....                  | 181 |

\* 이 논문은 부산대학교 기본연구지원사업(2년)에 의하여 연구되었음. 본 논문의 심사과정에서 심사자 세 분이 논문의 질적 향상을 위한 소중하고 중요한 지적들을 해 주셨다. 이는 부분적인 오탈자나 어휘 선택의 문제뿐만 아니라 논문구조상의 개선을 위한 제안 또한 포함되어 있었다. 이들 소중한 논평을 각주를 통해서라도 반영하고자 노력했지만, 촉박한 시간관계상 아직 충분히 소화해 내지 못한 부분들이 많다. 이는 계속된 연구를 통해 보충해 나갈 것임을 약속드린다.

\*\* This work was supported by a 2-year Research Grant of Pusan National University

## I 국문초록

1. 본 글은 시대적 맥락 속에서 여러 관점들이 복잡하게 뒤엉켜 혼란스러운 상태로 내뿜긴 채 규범적 기능부전 상태에 처해있는 헌법개념이라고 해도 과언이 아닌, 헌법 제1조 제1항 “共和”의 실천적 의미를 되살리는데 이바지할 수 있는 헌법상 공화의 개념을 헌법문언과 헌법체계에 적합하게 구축하려는 문제의식에서 출발하였다.

2. 이러한 문제의식은 ‘*res publica*’에 기원을 둔 서양의 정치개념어를 우리 헌법의 어버이들이 ‘共和’로 수용하는 과정에서 개입된 동양의 사상·전통과 역사적 경험들을 존중하면서도 ‘*res publica*’의 본래적 의미와 그 의미의 현대적 계승에 유의함으로써, 공화주의에 주목하고 있는 정치철학의 현대적 성과들과도 헌법체계 안에서 합리적으로 소통할 수 있는 계기를 마련하고, 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도·평가하는 실천규범으로서 헌법상 공화의 의미와 역할을 갱신하는데 도움 될 이론적 착안점 제 공으로 구체화되었다.

3. 특히 헌법학계에 나타난 공화에 대한 기존 이해들(과소공화의 경향과 과잉공화의 경향)을 비판적 차원에서 점검하고 공화의 본래적 의미를 추적하는 과정에서 확보한 헌법상 공화의 핵심적 개념요소인 공(公)의 의미를 헌법문언과 헌법체계에 입각해서 상세히 밝힘으로써 헌법적 논증에서 폭넓게 합의할 수 있는 헌법상 공화의 개념 정립이 시도되었다.

4. 결론적으로, 주권에 기반을 둔 공동체가 독립된 영속적 정치공동체(국가)로 존속하기 위해서 내부적 이질성·다양성을 절멸시키지 않고 이를 관리하며 지속적 화합을 이루어내는 것은 상반된 가치들의 공존을 내포하고 있는 헌법규범에 부합할 뿐만 아니라(헌법의 상반규범성) 다원화된 헌법현실에서 피할 수 없는 과제라는 점에 주목해서, ①(정치공동체인 국가가 편파적 지향이나 파당적 힘에 좌우되어 내부의 이질성·다양성이 몰각되는 私化·共化로 귀결되지 않도록 국가권력을 감시·통제하기 위한 당위적 요청으로서의) 공개성·투명성 원칙, ②(내부적 이질성으로 인한 정치공동체의 해체를 예방하기 위한 내용적·실체적 규준으로서의) 공적 선, 즉 헌법상 국가목적(헌법국가)에 대한 정향과 그 실현, ③(내부적 이질성으로 인한 갈등을 조정하고 이질성의 조화로운 발현을 위한 형식적·절차적 규준으로서의) 규범조화의 원리 등을 핵심내용으로 하는 당위적 규준을 公으로, 이러한 당위적 규준을 헌법현실에서 관철해나가는 과정을 共和, 그리고 이러한 과정을 통해서 갱신된 정치공동체인 국가를 共和國으로 이해했다.

5. 이러한 이해로부터 헌법 제1조 제1항의 “공화”는 「다양한 이질적 존재들이 증첩적 결합을 이루고 있는 공동체를 주권적 발동에 의해서(타인이나 다른 집단의 눈에 띄지 않는 은밀하고 내밀한 배타적 영역 — 즉, 私的·共的 영역 — 이 아닌) 주권자 누구나 관여할 수 있는 개방된 객관영역(公的 영역)으로 밀어 넣어 독립된 정치공동체인 국가를 성립시켰다고 하더라도, 이렇게 성립된 국가가 公的 존재, 즉 共和國으로 존속하기 위해서는(개인이나 다수의 주관적 이해관계를 넘어선) 공적 이해관계에 기초한 객관규준(인 公)을 통해서 내부적 이질성이 보존·관리·조화되어야 하는데, 이러한 보존·관리·조화를 위한 당위적 요청에 헌법의 수범자인 국가기관을 예속시키는 헌법적 차원의 명시적 근거」라는 점이 뚜렷해졌다.

6. 본 연구를 통해서 정돈된 헌법상 공화의 개념과 공화에 내포된 당위적 규준인 公의 구체적 내용들은 ‘헌법상 共和는 누구를 위해서(공화의 향유주체) 헌법의 수범자인 국가기관에게 무엇을 어떻게 하도록 요구 및 기능하는 규준이며(공화의 대상과 기능), 어떤 범위에서 활용할 수 있는 규준인지(공화의 한계) 주권·법치·민주·자유 등과 같은 다른 헌법개념들과의 관련 속에서 체계적으로 규명할 후속연구’를 통해서 보다 뚜렷해지고 그 실천적 의미가 선명해질 것으로 기대된다.

**주제어:** 공화, 공화국, 공화주의, 공개성, 헌법국가, 규범조화, 공(公), 사(私), 공(共)

(논문접수일: 2019. 4. 30. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 시작하는 글

헌법해석을 위한 지도체계(Dogmatik)<sup>1)</sup>를 정립해서 헌법적 논증의 합리성과 일관성을 확보하고, 헌법현실에서 발생한 구체적 헌법문제들을 더 높은 이성적 설득력에 기대어 해결할 수 있는 기반을 닦는 것은 포기할 수 없는 헌법이론의 과제이다. 이러한 과제수행과 관련하여 본 글에서는 시대적 맥락 속에서 여러 관점들이 복잡하게 뒤엉켜 혼란스러운 상태로 방치되어 온 공화(共和)의 본래적 의미를 회복시킨 후,<sup>2)</sup> 이를 바탕으로 오늘날 규범적 기능부전 상태에 놓여있는 헌법개념이라고 해도 과언이 아닌 “공화”의 실천적 의미를 되살릴 수 있는 헌법상 공화의 개념을 구축하고자 한다.

물론 공화·공화국 혹은 공화주의에 관한 기존 연구들이 나름의 성과를 보여주었으며 헌법 해석에 주요한 자극이 되어 왔음을 부정할 수는 없다.<sup>3)</sup> 하지만 우리 법학계에서 헌법 제1조 제1항 “공화” 혹은 “(민주)공화국”을 (역사적 맥락에서 탐구하거나<sup>4)</sup> 정치·사회학적 관점으로 다룬 경우<sup>5)</sup> 혹은 국가형태와 결부해서 언급한 경우<sup>6)</sup> 등을 넘어서서 규범해석학적 차원에서

- 1) 도그마틱(Dogmatik)의 의미에 관해서는, P. Badura, 변무웅(譯), 국가법 영역에서 변천하는 법해석학상 이론적 체계 곧 도그마틱의 양상 — 비스마르크 제국으로부터 바이마르 공화국을 거쳐 현재 독일 연방공화국까지 —, *한양법학* 제17집 (2005), 293쪽 이하.
- 2) 한국사회에서 자유가 제국주의·사회진화론·기독교의 전파·독재·반공·시장 등과 결부됨으로써 강자에 대한 저항이나 정치영역에 참여할 수 있는 조건으로서의 측면은 상당부분 탈각되고 강한 개인의 이익이나 기득권자들의 재산을 지키기 위한 정치적 도구 내지는 보수적 함의로 재구성되었다고 해서(특히 이나미, 한국 자유주의의 기원, 책세상, 2001 참조), 그렇게 재구성된 가치들이 헌법상 “자유(自由)”의 내용으로 당연히 편입되거나 헌법상 “자유”를 대체할 수 있는 것은 아니다. 오히려 자유에 덧붙여진 불순물을 털어내고 자유의 본래적 의미를 회복시킨 후, 헌법체제 내에서 “자유”가 규범으로 기능할 수 있도록 그 의미를 다른 헌법규범들과의 조화 속에 정립하는 것이 헌법해석학 차원에서의 중요한 과제가 된다. 이러한 점은 한국사회의 시대적 맥락과 그때그때의 필요에 따라서 반군주제·군등·권력분립·부국단결 등과 같은 가치를 담아내는 파롤(parole)로 변용되다가 최근에는 신자유주의에 대응하는 진보적 의제(agenda)로 갱신되고 있는 헌법상 “공화”와 관련해서도 다르지 않을 것이다 (한국 근현대사에서 공화의 변용은 이영록, 한국에서의 ‘민주공화국’의 개념사 —특히 ‘공화’ 개념을 중심으로—, *법사학연구* 제42호 (2010), 49-50쪽).
- 3) 1948년 7월 12일 제정된 대한민국헌법이 “대한민국은 민주공화국이다.”라고 규정한 이래로 해당 문언은 8차례 걸친 헌법개정 과정에서도 편제만 다소 바뀌었을 뿐 현행 헌법에 이르기까지 변함없이 그대로 존치되고 있다. 뿐만 아니라 해당 조항은 헌법전 안에서도 가장 헌법적인 조항으로 평가되고 있다(김선택, 공화국원리와 한국헌법의 해석, *헌법학연구* 제15권 제3호 (2009), 227쪽). 그럼에도 불구하고 헌법학계에서 공화·공화국·공화주의에 관한 논의는 공화주의에 관한 서구의 담론이 소개되기 이전에는 매우 빈약했을 뿐만 아니라 몹시 불만족스러운 상태였다(이러한 지적은 김동훈, 한국헌법과 공화주의, *경인문화사*, 2011, 21쪽). 물론 이러한 불만족스러운 상태가 현재 완전히 해소되었다고 평가할 수 있는 것은 아니다. 하지만 역사학계를 통해서 소개되기 시작하다가 정치학계를 거쳐 법학계로 확산된 공화주의에 관한 서구의 담론에 힘입어 공화에 관한 헌법학적 논의 또한 새로운 동력을 얻어가고 있음은 분명하다(이에 관한 증거 및 국내의 공화주의 연구의 수용과정 및 현황에 관해서는 특히 김동훈, 위의 책, 19-21쪽).
- 4) 한인섭, 대한민국은 민주공화제로 함 —대한민국 임시헌장(1919.4.11.) 제정의 역사적 의의—, *서울대학교 법학* 제50권 제3호 (2009), 167-207쪽; 조맹기, 민세 안재홍의 ‘민주공화국’ 사상 —그의 언론활동을 중심으로—, *언론과 법* 제9권 제2호 (2010), 288-315쪽; 이영록(주 2), 49-83쪽; 전종익, 대한민국임시정부 이전 정치체제 구상 —1910년대 군주제와 공화제를 중심으로—, *법사학연구* 제56호 (2017), 219-248쪽.
- 5) 이국운, 민주공화국의 탈권력적 정당화, *법철학연구* 제15권 제2호 (2012), 81-108쪽.

그 의미를 본격적으로 탐구한 연구<sup>7)</sup>는 드물 뿐만 아니라,<sup>8)</sup> 무엇보다도 면밀한 분석에 기초한 논증 과정을 거치지 않고 서구의 정치사상이나 개인적 가치관의 헌법상 투입구로 공화를 성급하게 원용한 다음 이를 일반화해서 공화국원리 혹은 공화주의 등과 같은 이름으로 거칠게 헌법이념화 하거나 남용한 결과,<sup>9)</sup> 공화가 한편으로는 한국사회의 당면과제를 대부분 해결해 줄 수 있는 만능처럼 이상화되어 다른 주요한 가치들을 집어 삼키는 블랙홀로 거듭났지만,<sup>10)</sup> 다른 한편으로는 민주주의·법치주의·국민주권주의·자유주의 등과 같은 또 다른 헌법적 가치 내지는 이념들과 분별없이 뒤섞여 공화 그 자체는 물론이고 민주·법치·주권·자유 등과 같은 헌법개념들의 이해에도 혼란을 야기하고 있다.<sup>11)</sup> 그런데 공화를 둘러싼 이러한 혼란은 근본적

- 6) 예컨대 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2017, 77쪽; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2017, 205-206쪽; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 38, 91쪽; 김승대, 헌법학강론, 법문사, 2017, 53쪽; 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 209-210쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018, 103-104쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 108-109쪽; 김철수, 헌법개설, 박영사, 2015, 51-52쪽; 양건, 헌법강의, 법문사, 2018, 125쪽 참조.
- 7) 한국헌법학계에서 규범적 효력을 가지는 공화국 조항의 구체적 함의에 주목한 드문 연구로는 이계일, 헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구 —공공선, 공직제를 둘러싼 독일 헌법학계의 논의를 중심으로—, 헌법학연구 제17권 제1호 (2011), 39쪽 이하; 김선택(주 3), 235-244쪽; 신용인, 민주공화주의에 대한 헌법적 고찰, 법학논총 제28권 제3호 (2014), 355-365쪽 참조; 이승택, 한국 헌법과 민주공화국 —민주공화국의 형성과 전개를 중심으로—, 고려대학교 박사학위논문, 2013, 229-251쪽 참조.
- 8) 이러한 지적으로는 특히 김선택(주 3), 232-233쪽; 공화를 명시하고 있는 헌법 제1조 제1항의 실천적 의미에 관해서 거의 무관심으로 일관해온 우리 헌법학계에 대한 뚜렷한 질타로는 특히 한상희, 민주공화국의 의미: 그 공화주의적 실천규범의 형성을 위하여, 헌법학연구 제9권 제2호 (2003), 27쪽; 같은 문제의식으로는 장용근, 공화주의의 헌법적 재검토, 세계헌법연구 제16권 제1호 (2010), 324쪽; 이계일, 공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰 —고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로—, 법학연구 제21권 제2호 (2011), 69쪽; “우리 학계의 논의가 점차 공화주의 사상에 대한 이론적 탐구에서 그 헌법적 함의에 관한 부분으로 이동해 가고 있는 데 반해서 그에 대한 엄밀한 도그마틱적 분석은 아직 수행되고 있지 못한 듯 보인다.”
- 9) 이러한 비판은 헌법학계 외부로부터도 일찍이 제기된바 있다. 특히 정치학자 곽준혁은 2000년대 초반 대표적인 국내 공화주의 헌법이론가라고 할 수 있는 이국운과 한상희의 연구 — 헌법의 비판적 기능을 회복할 대안으로 공화주의에 주목하고 있는 이국운의 연구(이국운, 공화주의 헌법이론의 구상, 법과 사회 제20호 (2001), 131쪽)와 자유주의적 헌법해석에 대한 반감을 드러내면서 공화주의를 통해 헌법 제1조 제1항 “민주공화국”의 실천적 의미를 부각시켜온 한상희의 연구(한상희(주 8), 31-32쪽) — 에 대해서 “비록 공화주의 헌법이론의 기본구상을 제시하거나 공화주의를 소개하는 것이 일차적인 목적이라고 하더라도, 미국의 공화주의 논쟁에서 비롯된 ‘자유주의적 공화주의’나 ‘고전적 공화주의’와 같은 개념을 일반화시켜 한국헌법학계에 대한 비판으로 바로 적용한 것은 무리가 있다.”라고 비판한 바 있다(곽준혁, 민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙, 한국정치학회보 제39집 제3호 (2005), 37쪽). 같은 맥락에서 비판할 수 있는 최근의 연구로는 헌법상 공화를 성급하고 거칠게 원용해서 ‘마을공화국’이라는 신개념을 주창하고 있는 신용인, 마을공화국의 제도화 방안, 법학논총 제30권 제3호 (2018), 275쪽 이하.
- 10) 이러한 문제의식은 특히 곽준혁이 뚜렷하다. 이에 관해서는 C. Laborde 외, 곽준혁(譯), 공화주의와 정치이론, 까치글방, 2009, 15쪽.
- 11) 통상 자유와 평등, 자치, 공공선, 견제와 균형, 개인의 덕성, 법치 등이 공화주의의 주요한 가치로 언급되고 있으나, 이러한 개념들 상호 간 일치된 합의가 존재하지 않을 뿐만 아니라(이황희, 선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰 —고대에서 중세로의 의미변화를 중심으로—, 헌법학연구 제23권 제1호 (2017), 185쪽; 공화주의의 의미적 불명확성에 관해서는 G.-S. Wood, The Creation of the American Republic, Univ. of North Carolina Press, 1998, p. 48), 무엇보다도 자유와 평등, 자치, 견제와 균형, 법치 등은 헌법상 공화가 아닌 다른 명시적 헌법규정들로부터 도출해낼 수 있는 가치들이기도 하다. 바로 이러한 점에서 공화는 다른 헌법적 차원의 개념들과 분별없이 뒤섞여 혼란을 초래하거나 다른 헌법개념들로 대체될 가능성이 아주 농후한 헌법개념이라고 하겠다. 예컨대 헌법재판소는 통합진보당 해산 심판 사건에서 “고대 민주주의의 부정적 인식에서

으로 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념이 뚜렷하게 정돈되지 않았음에 기인하는 것으로 보인다. 즉 필요할 때마다 공화·공화국·공화주의를 언급했지만, 정작 “공화” 그 자체에 대한 개념적 합의가 이루어져 있지 않거나 혹은 합의된 공화의 개념이 실천헌법규범으로서 공화의 규범력을 담보하기에는 미흡함이 많았다는 것이다.<sup>12)</sup> 따라서 본 글에서는 실정헌법이 명시하고 있는 실정헌법체계 내에서의 공화에 주목하면서 헌법학계에 나타난 공화에 대한 기존 이해들을 비판적 차원에서 간략히 점검하고(II.) 공화의 본래적 의미를 추적한 다음(III.), 그 과정에서 확보한 헌법상 공화의 핵심적 개념요소인 공(公)의 의미를 상세히 밝힘으로써 헌법적 논증에서 폭넓게 합의할 수 있는 헌법상 공화의 개념을 정립할 것이다(IV.).

한편 헌법의 규정은 모든 국가기관을 당위적으로 기속한다. 물론 그 기속의 의미나 강도는 구체적인 규범현실에서 기속대상이 되는 국가기관의 역할이나 성격에 따라 달라질 수 있겠지만, 헌법규정이 한편으로는 국가기관의 행위를 지도하는 규범(행위지도규범)으로, 다른 한편으로는 국가기관의 행위를 심사하는 규범(행위통제규범)으로 작용되어야 한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다.<sup>13)</sup> 평서형 어말 어미(종결 어미)로 끝맺고 있는 헌법 제1조 제1항(“대한민국은 민주공화국이다.”) 또한 헌법현실 속에서 당위의 양식(명령·금지·허용)으로 전환되어 직접적이든 간접적이든 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도하고 심사하는 기준으로 원용될 수 있어야 하며, 국가기관은 마땅히 정치공동체인 대한민국을 민주공화국으로 만들고 유지해야하는 헌법적 당위에 부응해야 한다. 바로 이러한 원용과 부응은 단순한 정치적 구호와 선언이 아닌 실정헌법규범으로서 헌법 제1조 제1항의 진면목을 드러내는 헌법실천일 뿐만 아니라, 현행 헌법체계 속에서 헌법상 ‘공화’의 규범적 의미와 역할을 갱신할 수 있는 이론적 착안점을 제공하려는 본 글의 존재이유이자 겨냥점이기도 하다. 따라서 본 연구는 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념을 명확히 하려는 독립된 문제의식의 산물이기도 하지만, 다른 한편으로

탈피한 새로운 민주주의 체제는, [...] 공화주의 이념과, [...] 자유주의 이념으로부터 큰 영향을 받았다. 전자는 [...] 공적 의사결정을 중시한다. 따라서 이것은 [...] 우리 헌법상 ‘민주주의 원리’로 표현되고 있다. 그에 반해 후자는 [...] 인권의 우선성을 주장한다. 기본적 인권, 국가권력의 법률기속, 권력분립 등의 관념들은 자유주의의 요청에 해당하며, 우리 헌법상에는 ‘법치주의 원리’로 반영되어 있다.”라고 함으로써 “공화주의 이념”과 “민주주의 원리”를 동일한 것으로 이해하고 자유주의와 법치주의를 접근시키고 있는 반면에(헌재 2014. 12.19. 2013헌다1, 판례집 26-2(하), 6), 신용인은 민주주의와 공화주의를 사실상 같은 개념으로 이해하는 것은 부당하다고 하면서 “공화주의는 실질적 법치주의의 동의어” 혹은 “공화주의와 실질적 법치주의는 그 내용이 같다”고 이해한다(신용인(주 7), 355-357쪽). 이러한 이해의 차이는 헌법 제1조 제1항 “공화”와 다른 헌법개념들 상호 간 혼동으로 인한 논란의 가능성이 기우가 아님을 뚜렷이 보여주는 것이라고 하겠다. 뿐만 아니라 공화·민주·법치·자유 등과 같은 헌법개념들은 헌법이해의 증추를 이루는 핵심개념들이란 점에서 헌법상 공화의 개념과 그 규범적 의미를 정확하게 파악하는 것은 현행 헌법체제의 핵심에 다가가는 과정이기도 하다.

12) 아래 목차 II. 2. 참조.

13) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 758-759; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마390, 공보 제56호, 494; 김해원, 국가행위의 적헌성 판단에 있어서 헌법규범의 적용방식에 관한 연구, 헌법학연구 제16권 제3호 (2010), 498쪽 참조.

는 ‘헌법상 共和는 누구를 위해서(공화의 향유주체) 헌법의 수범자인 국가기관에게 무엇을 어떻게 하도록 요구 및 기능하는 기준이며(공화의 대상과 기능) 어떤 범위에서 활용할 수 있는 기준인지를(공화의 한계) 규명할 후속연구’의 밑거름으로서의 의미도 갖고 있다. 이러한 점에서 본 글의 갈무리는 본 글을 통해서 구축된 공화의 기본적 개념과 그 의미를 간추린 다음, (공화의 향유주체·대상·기능·한계 등을 규명할) 후속연구의 구체적 방향을 제시하는 것으로 같음할 것이다(V.).

## II. 헌법학계에서의 “共和”에 대한 이해

### 1. 일반적 경향

초기 한국헌법학계에서는 독일 헌법학자 H. Rehm의 국가형태 분류방식<sup>14)</sup>에 영향을 받은 일본헌법학계의 국체·정체 구별론에 입각해서 헌법 제1조에 명시된 “공화”의 의미를 이해하려는 경향이 강했다.<sup>15)</sup> 특히 유진오는 헌법 제1조 제1항 “민주공화”에 주목한 다음 “민주”와 “공화”를 분리해서 각각 정체와 국체로 이해했으며,<sup>16)</sup> 박일경은 헌법 제1조 제2항을 “국민주권을 기본으로 하는 민주국체”로 이해하고 헌법 제1조 제1항에 명시된 공화는 국가권력의 행사방법을 뜻하는 정체(즉 공화정체)로 파악했다.<sup>17)</sup> 하지만 국체·정체 구별론에 입각한 초기 한국헌법학계의 시도는 적어도 공화의 개념 정립과 관련해서는 적절한 시도라고 할 수 없다. 왜냐하면 공화를 국체로 이해하건 혹은 정체로 이해하건 간에 공화 그 자체가 무엇인지에 관한 의문은 여전히 남아있을 수밖에 없기 때문이다. 뿐만 아니라 이러한 시도가 전제하고 있는 국체·정체 구별론은 오늘날 한국헌법학계에서 현실적 의미나 이론적 가치가 희박한 것으로 평가되고 있기까지 하다.<sup>18)</sup>

오늘날 한국헌법학계에서 “공화”를 바라보는 관점은 크게 다음 두 갈래로 분별해서 살펴볼 수 있다: ①공화에 대한 형식적 접근으로서 공화를 ‘비군주’와 동일한 개념으로 파악하는 경향<sup>19)</sup>, ②(공화를 ‘비군주’로 이해하는 것을 넘어서서) 서양에서 형성된 공화주의 사상을

14) Vgl. H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, J.C.B. Mohr, 1899, S. 176ff.

15) 김선택(주 3), 230쪽.

16) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 19-21쪽; 초기 한국헌법학계에서 이러한 견해가 실익이 없다는 입장으로는 한태연, 헌법학, 법문사, 1977, 161쪽.

17) 박일경, 새憲法, 일명사, 1979, 26-27쪽.

18) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2018, 213쪽; 김선택(주 3), 230쪽; 권영성(주 6), 108-109쪽; 계희열(주 6), 208-209쪽.

답아낼 수 있는 실질적 계기로서 헌법상 공화에 주목하려는 경향<sup>20,21)</sup> 특히 후자<sup>(2)</sup>와 관련해서 소개되고 있는 공화주의 사상은 그 내용이 다양하고 강조점 또한 상이하지만, 대체로 공공영역에서 공적 속의에 참여하여 공동체를 형성해 나가는 과정에 적극적으로 협력하는 시민을 중심내용으로 강조하는 ‘계발공화주의 계열’<sup>22)</sup>과 혼합정을 마련하여 권력통제를 이루고 법적으로 구성된 공적 질서 속에서 국가행위가 법률에 기초해서 행해지도록 함으로써 자의적 지배에 의한 시민의 자유제한을 막고 공적 선을 지향하는 데 중점을 두는 ‘보호공화주의 계열’<sup>23)</sup>로 대별해 볼 수 있는데,<sup>24)</sup> 특히 최근에는 보호공화주의 계열에 속하는 신로마공화주의적 사유를 우리 헌법체제에 진입시키기 위한 매개로 헌법 제1조 제1항 “공화”에 주목하려는 경향이 한국헌법학계에서 증가되고 있는 것 같다.<sup>25)</sup>

19) 이러한 경향을 뚜렷하게 보여주는 문헌으로는 특히 위 주 6) 참조.

20) 김종철, 한국의 헌법재판과 민주주의 — 입헌민주주의의 공화주의적 재해석을 중심으로, 헌법재판연구 제5권 제2호 (2018); 조원용, 민주공화국에서 의무적 투표 참여제의 합헌성, 헌법학연구 제20권 제4호 (2014); 김연미, 자연권 — 자유와 평등의 그림자, 법학논총 제31권 제2호 (2011); 정병화, 공화민주주의모델의 헌법적 가치구성의 의의와 한계점, 한양법학 제28권 제4집 (2017); 강일신, 헌정원칙으로서 민주주의: 공화주의적 이해 — ‘신공화주의’ 관점에서의 고찰 —, 법철학연구 제18권 제2호 (2015); 이계일(주 7) 등등.

21) 이러한 두 경향 중에서 공화를 비군주론으로 국한해서 이해하는 경향<sup>(1)</sup>이 상대적으로 주류에 가까운 입장으로 소개되고 있다. 특히 김선택은 2009년에 발표한 논문에서 헌법상 공화를 실질적 내용을 가지는 헌법원리로 확충하여 이를 헌법해석에 대입해보고자 하는 시도는 찾기 어렵다고 하면서, 공화를 비군주론이라는 형태적 개념으로 이해하는 것이 한국헌법학계의 주류적 입장이라고 소개하고 있다(김선택(주 3), 233쪽). 하지만 최근에는 서양에서 형성된 공화주의 담론에 주목해서 이를 적극 소개하거나 이러한 소개에 기초해서 헌법상 공화의 실질적 내용을 확충하려는 시도들이 과거에 비해서 크게 증가하고 있다(특히 위 주 20) 참조). 물론 이러한 시도들로 인해서 확충된 공화의 실질적 내용에 당위적 의미를 부여해서 구체적인 헌법문제들을 해결하려고 하거나 혹은 다른 헌법규범들과의 관련 속에서 헌법상 공화의 규범적 의미를 정교하게 구축하려는 연구들은 여전히 찾아보기가 어려운 상황이다(같은 인식으로는 이계일(주 8), 69쪽).

22) 계발공화주의적 입장을 소개하거나 그러한 입장에 가까운 태도를 드러내고 있는 국내 문헌으로는 김비환, 아렌트의 정치사상에서 정치와 법의 관계: 민주공화주의체제에서의 법의 본질을 중심으로, 법철학연구 제6권 제2호 (2003), 93쪽 이하; 한상희(주 8), 86-91쪽; 이동수, 민주화 이후 공화민주주의의 재발견, 한국동양정치사상사연구 제6권 제2호 (2007), 22-23쪽; 정원규, 87년 헌법의 공화주의적 해석을 위한 정치철학적 검토, 법철학연구 제18권 제2호 (2015), 7-64쪽; 정병화(주 20), 149쪽 이하 등등.

23) 보호공화주의적 입장을 소개하거나 그러한 입장에 가까운 태도를 드러내고 있는 국내 문헌으로는 박준혁(주 9), 49-51쪽; 강일신(주 20), 43-64쪽; 김연미(주 20), 217-252쪽; 김종철, 공화적 공존의 전제로서의 평등, 헌법학연구 제19권 제3호 (2013), 28-33쪽; 조원용, 민주공화국의 국회입법형성과정에서 관한 헌법적 연구 — 국회의원의 공화적 속의 구현을 중심으로 —, 한양대학교 박사학위논문, 2014, 특히 47쪽 등등.

24) 이러한 대별은 D. Held의 연구로부터 수행되었으며(D. Held, 박찬표(譯), 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2010, 65쪽 참조), 무엇보다도 이계일의 연구를 통해서 국내적으로도 확충·보완·정도되었다(이계일(주 8), 92-98쪽, 특히 93쪽 및 95쪽 참조).

25) 예컨대 강일신(주 20), 43-64쪽; 조원용, 대의제 의회 입법과정에서 ‘민주’의 의미에 관한 일고찰, 헌법학연구 제20권 제3호 (2014), 312-313쪽; 조원용(주 20), 283, 290-291쪽; 김종철(주 20), 14-15쪽.

## 2. 비판적 검토와 문제제기

오늘날 한국헌법학계에서 공화를 다루는 두 경향들 모두 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 우선 서양에서 형성된 공화주의 사상을 담아낼 수 있는 실질적 계기로서 헌법상 공화에 주목하여 공화의 실질적 개념을 형성해 나가려는 경향(Ⅱ. 1. ②)은 구체적 주장에 따른 정도의 차이는 있겠지만, 기본적으로 헌법상 “공화”를 출발점으로 삼기보다는 특정 정치사상이나 이념을 헌법해석에 진입시키기 위한 매개물로 헌법상 공화를 도구화함으로써<sup>26)</sup> 생각이 다른 사람들에게 이데올로기적 압박으로 다가가거나 구체적 조항을 둘러싼 합리적인 헌법적 논증 대화를 추상적인 세계관의 격돌로 변질시켜왔다는 의심으로부터 자유롭지 않다.<sup>27)</sup> 왜냐하면 위 경향(Ⅱ. 1. ②)은 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념을 먼저 확정된 후, 그렇게 확정된 헌법상 공화의 개념이 특정 사상이나 이념의 원천 혹은 근거로 활용될 수 있다는 점을 헌법전체 체계 속에서 면밀히 논증함과 동시에 해당 사상이나 이념의 헌법적 근거로서 공화가 아닌 다른 헌법개념들(예컨대, 민주·법치·주권·자유 등등)을 원용하는 것은 비합리적이거나 적절치 않다는 점을 밝혀 논거를 보강하려는 태도를 보이기보다는, 오히려 추구하려는 특정 정치사상 및 이념을 소개하거나 그러한 사상이나 이념의 중요성 및 필요성에 대한 강조에 몰두하고 있기 때문이다.<sup>28)</sup> 한편 헌법상 공화에 대한 실질적 이해를 도외시하고 공화를 ‘비군주’와 동일시하는 입장(Ⅱ. 1. ①)은 군주가 존재하지 않는 현재의 헌법현실에서는 실익 없는 태도일 뿐만 아니라,<sup>29)</sup> 무엇보다도 헌법에 명시된 문언 “공화”가 ‘비군주’로 등치될 수 있는 것인지에 대한 근본적인 의문이 제기될 수 있다고 본다. 특히 ‘공화’가 제국(帝國)의 신민(臣民)으로부터 탈피하기 위한 파롤(parole)로 사용되는 과정에서 그 의미가 ‘반군주’ 내지는 ‘비군주’로 경도 혹은 전도된 것이라면,<sup>30)</sup> 군주제가 폐지된 시대의 변화에 발맞추어 망각된 ‘공화’의 본래적

26) 이러한 경향이 짙은 연구로는 특히 한태연, 공화국의 이론적 과제 —미국 헌법과 프랑스 헌법을 중심으로—, 동아법학 제24호 (1998), 25쪽 이하; 이국운(주 9), 129쪽 이하; 한상희(주 8), 29-46쪽; 조원용(주 25), 312-313쪽; 강일신(주 20), 43-65쪽; 정병화(주 20), 149쪽 이하; 김종철(주 20), 3쪽 이하, 특히 14-16, 32쪽; 이계일(주 8), 68-69쪽; 한편 서구에서 형성된 공화주의 사상이 현대 사회에서 실현 가능한 것인지에 대한 성찰을 보여주고 있는 법학문헌으로는 고봉진, 공화주의 이론의 명암, 법과 정책 제24호 (2018), 1-25쪽 참조.

27) 이러한 우려는 이계일(주 7), 94쪽.

28) 물론 공화와 관련된 특정 정치사상 및 이념 그 자체를 소개하고 그러한 사상 및 이념의 중요성과 필요성에 몰두하는 자세의 가치와 의미는 폄훼되어서는 안 되며, 오히려 존중받아야 마땅하다. 왜냐하면 “그러한 메타헌법적 이념과 그것을 둘러싼 메타헌법적 논의가 특히 헌법의 도그마틱의 근거에 놓여 있는 철학적-윤리적 토대를 더 풍요롭게 해주리라는 점에 대하여는 의심의 여지가 없”기 때문이다(이에 관해서는 김선택, (주 3), 237쪽).

29) 서장은, 공화주의적 통치구조의 헌법적 구현, 중앙대학교 박사학위논문, 2011, 72쪽.

30) 개화기 한반도에서 ‘공화’는 군주 부정론이 아니라 군민공치에 입각한 입헌군주론을 옹호하던 개념이었으나, 1910년 조선총독부에 의해 대한제국의 신민이 일본제국의 신민으로 변화되는 과정에서 급격한 변화를 겪었고, 그 결과 계몽군주나 입헌군주도 부정하는 보다 급진적 개념으로 재규정되었다고 한다. 이에 관해서는 정상호, 동아시아 공화(共和) 개념의 비교 연구: 한·중·일 3국의 근대화 초기(1900-1920년대)를 중심으로, 한국정치학

의미를 되묻고 이를 복원시킨 후 언어의 가능한 범위 안에서 현실 문제를 해결할 수 있는 규범어로 소생시키거나 갱신하는 것은 아주 중요한 문제가 된다. 왜냐하면 이러한 소생과 갱신은 헌법현실에 상응하여 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 헌법해석의 본령에 해당하는 것일 뿐만 아니라, 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도·평가할 수 있는 실효적 규범으로서 헌법의 지위를 공고히 하는 과정이기 때문이다.

결국 오늘날 한국헌법학계는 헌법상 공화에 대한 이해와 관련해서 그동안의 많은 성과들도 불구하고 해결해야 할 다음과 같은 두 과제를 잉태했다: ①정치적 구호나 운동 혹은 역사적·사상적 맥락에서 공화를 파악하고<sup>31)</sup> 그렇게 파악된 공화에 일정한 규범적 의미를 주입하기 위해 헌법상 공화를 활용함으로써 법적 개념으로서의 공화가 엄격한 법적 논증의 대상으로 부각되기보다는 정치적 이념투쟁의 도구로 전락되는 문제(‘과잉공화’의 문제), ②변화된 헌법현실을 고려하지 않고 공화의 개념을 비균주로 묶어둠으로써 헌법상 공화의 규범적 의미가 소진되거나 왜소화되는 문제(‘과소공화’의 문제). 그런데 ‘과잉공화’와 ‘과소공화’ 모두 헌법상 공화를 이해하는 기존의 접근방식으로부터 잉태되었다는 점에서 종래의 인식태도 및 접근방식을 쇠신하여 변화하는 현실 속에서 헌법상 공화의 규범적 의미를 새롭게 정초하려는 시도로 해결의 실마리를 마련할 수 있을 것으로 본다. 다만 이러한 시도는 마땅히 실정헌법이 명시하고 있는 실정헌법체계 내에서의 공화(즉, 헌법 제1조 제1항의 문언 “공화”)의 개념정의로부터 출발해야 한다. 왜냐하면 ‘과잉공화’와 ‘과소공화’ 모두 헌법상 공화를 통해 달성하려는 이상 — 그것이 서양정치사상의 수용이든 혹은 군주제의 극복이든 간에 — 에 경도되어 실정헌법체계 내에서 헌법 제1조 제1항 “공화” 그 자체에 대한 주목을 경시했다는 비판으로부터 자유롭지 않기 때문이기도 하지만, 무엇보다도 성문헌법국가에서 명시적인 헌법문언은 헌법해석의 피할 수 없는 출발점이자 한계점이기 때문이다.<sup>32)</sup>

### III. 헌법상 “공화”의 본래적 개념: ‘公的인 것’

개념의 고향인 어원을 추적하는 것은 개념에 대한 보다 깊은 성찰을 가능케 한다.<sup>33)</sup> 지금까지의 연구에 따르면, 한국어 공화(共和)라는 용어의 기원에 대해서는 기원전 841년부터 기원전 828년까지 周나라의 군주 여왕(厲王)이 부재했던 13~4년의 기간에 여왕(厲王)을 대신해

회보 제50집 제5호 (2016), 219, 227쪽.

31) 공화주의 그 자체를 운동으로 이해하는 경우는 특히 김경희, 공화주의, 책세상, 2009, 19쪽.

32) 신우철, 헌법과학: 새로운 방법론의 탐색, 동현출판, 2002, 87쪽.

33) 임의영, 형평성의 개념화, 서울행정학회 동계학술대회 발표논문집, 2011, 189쪽.

서 정사를 했다고 하는 공백화(共伯和) 즉 共國의 伯爵으로서 이름이 和인 인물을 지시하는 고유명사에서 비롯된 것이라는 견해(『竹書紀年』에 입각한 견해)와 그 기간에 공백화(共伯和)가 아니라 周의 대신이었던 召公과 周公이 공동으로 화합해서 정사를 행한 것을 지칭하는 것으로 부터 비롯된 것이라는 견해(『史記』에 입각한 견해)로 양분되어 있다.<sup>34)</sup> 하지만 분명한 것은 공화 그 자체의 본래적 의미가 ‘비군주’ 혹은 ‘반군주’였다는 뚜렷한 증거는 보이지 않는다는 것이다.<sup>35)</sup> 오히려 전통적으로 공화는 ‘군주 부재’의 의미보다는, ‘여러 사람이 화합하여 일하는 것’의 의미로 사용되었다.<sup>36)</sup> 이러한 점은 공화를 주로 ‘공동으로 화합하여야 한다’라는 의미의 서술어로 사용하거나,<sup>37)</sup> 화평과 대동을 지칭하는 정치적 의미로 사용해온 조선왕조실록을 통해서도 확인된다.<sup>38)</sup> 뿐만 아니라 오랫동안 군주가 군림해왔던 조선에서 일본이 서구와 접촉하면서 새로운 개념의 단어로 창출한 공화(신개념 용어로서의 共和)<sup>39)</sup>를 커다란 거부감 없이 받아들이고<sup>40)</sup> 또 군주가 사라진 해방 이후에도 좌우 가릴 것 없이 공화라는 개념이 쉽게 확산되었다는 점<sup>41)</sup> 또한 역사 속에서 공화의 개념이 오직 ‘비군주’로 정의되거나 혹은 그러한 정의에 묶여있었던 것이 아니었다는 추정을 뒷받침한다. 특히 ‘공화(共和)’에 대한 현대 한국어사전의 정의 또한 ‘비군주’가 아니라, ‘여러 사람이 공동으로 일을 함’·‘두 사람 이상이 공동 화합하여 정무(政務)를 시행하는 일’ 혹은 ‘공화 정치를 하는 정치 제도’라는 점을 고려한다면<sup>42)</sup> 구체적이고 풍부한 보강논거를 제시하지 않고 단지 특정한 시공간에서 공화가 ‘비군주’라는 의미로 통용되었음을 논거로 삼아서 오늘날 우리 헌법현실에서 헌법상 공화의 개념을 비군주로 정의하고 그 규범적 의미를 탐색하려는 시도<sup>43)</sup>는 헌법문언에 입각한

34) 관련해서는 원전(『竹書紀年』, 『史記』)에 입각해서 공화의 기원을 탐구하고 있는 이정환, 왕권찬탈과 정통주의 군주제: 전근대 중국, 한국, 일본에서의 ‘共和’에 대한 재해석의 역사, 대동문화연구 제82집 (2013), 419-421쪽, 423쪽; 정상호(주 30), 221쪽 참조.

35) 물론 이러한 인식이 군주부재상태에 권세자들이 국정을 사사로이 처단한 정치행태를 포착하기 위한 개념으로도 공화가 활용되어왔다는 점과 또 그렇게 활용된 공화가 군주제가 통용되던 시절에 금기시되어 온 측면이 있다는 점(이에 관해서는 박현모, 일제 강점기 공화주의와 복벽주의의 대립, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007), 59쪽)을 부정하는 것은 아니다.

36) 박혜진, 개화기 한국 자료에 나타난 신개념 용어 ‘민주’와 ‘공화’—수용과 정착과정을 중심으로—, 일본어교육연구 제26집 (2013), 43쪽.

37) 『朝鮮王朝實錄』, 광해군일기 174권, 광해 14년(1622년) 2월 17일 계미 3번째 기사(조선왕조실록 홈페이지: <http://sillok.history.go.kr/main/main.do>); 이정환(주 34), 441쪽.

38) 조선왕조실록 홈페이지(<http://sillok.history.go.kr/main/main.do>, 검색어: 共和); 조선왕조실록에 등장하는 공화와 관련된 구체적 용례들의 분석은 정상호, 한국에서 공화(共和) 개념의 발전 과정에 대한 연구, 현대정치연구 제6권 제2호 (2103), 7-11쪽 참조.

39) 번역어 ‘民主’의 근원지에 관해서는 중국연구자와 일본연구자 상호 간 논란이 있는 반면에, 번역어 ‘共和’는 서양어 Republic의 대역어로서 일본에서 최초로(『西洋事情』, 1866) 채택되었다는 점에 대해서는 중국학자들도 인정하고 있는 것으로 보인다(박혜진(주 36), 33쪽).

40) 정상호(주 30), 221쪽.

41) 정상호(주 38), 11쪽.

42) 국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>, 검색어: 공화) 참조.

합리적인 헌법해석이라고 평가하기 어렵다고 해야 할 것이다.

한편 언어는 법의 매개수단이자 담론공동체를 지향하는 헌법국가의 요소인 바, 법적 논증에서 언어가 상호이해의 지평을 벗어나서 유대감과 신뢰성을 잃고 자의적으로 사용되지 않는 것은 매우 중요하다.<sup>44)</sup> 따라서 언어공동체에서 일반적 언어생활의 표준이라고 할 수 있는 사전적 개념정의는 법적 논증에 있어서도 중요한 표준임을 부정할 수는 없다. 하지만 사전편찬자가 법제정권자 혹은 법해석권자가 아니라는 점에서 법적 개념이 사전적 개념정의에 전적으로 예측된다거나 같음될 수 없음은 분명하다. 나아가 정치공동체의 최고규범이자 높은 역사성과 개방성을 띠고 있으며 상반규범성이 강한 헌법의 규범적 특성을 고려할 때, 다른 법적 개념들에 비해서 헌법에 명시된 개념들은 헌법체계 안에서 독자적으로 정의되어야 할 필요성이 높을 뿐만 아니라,<sup>45)</sup> 특히 외국으로부터 계수된 헌법용어의 경우에는 그 용어의 원어와 원어의 어원에 대한 추적이 해당 용어의 개념과 의미의 정확한 파악을 위한 필수적 과정임을 간과해서는 안 된다. 왜냐하면 외국으로부터 계수된 헌법용어를 계수 받은 언어공동체의 사전적 개념에만 의존해서 그 의미를 살피고자 한다면, 계수의 취지와 의도를 왜곡하거나 망각한 자의적인 헌법해석으로 이어질 우려가 크기 때문이다. 바로 이러한 점에서 (한국어 공화(共和)가 아니라) 대한민국헌법 제1조 제1항 공화(共和)의 개념을 밝히기 위해서는 현대 한국어사전보다는 라틴어 ‘*res publica*’에 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 로마인들이 기원전 509년 폭정을 일삼던 왕을 축출한 후 자신들의 국가를 ‘사적인 것’이란 뜻을 갖고 있는 ‘*res privata*’와 대립적으로 정의하여 ‘*res publica*’ 즉 ‘공적(公的)인 것’ 혹은 ‘공적(公的)인 일’로 불렀는데, 이것이 후대 유럽 곳곳에서 각국어로 번역되어 사용되었고,<sup>46)</sup> 그렇게 사용된 용어가 일본에서 다시 共和로 번역된 후 개화기 조선에 전파되어 신개념 용어로서의 ‘공화’로 포착되는 과정을 거쳐<sup>47)</sup> 현행 헌법 제1조 제1항의 뿌리라고 할 수 있는 대한민국임시헌장

43) 이러한 시도 또한 연구자들 마다 한결같지는 않다. 예컨대 성낙인은 “군주제도가 존재하지 아니하는 소극적 의미의 공화국을 뛰어넘는 공화국의 적극적 개념모색이 대두된다.”라는 입장인 반면에(성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 115-116쪽), 전광석은 “민주주의가 정착해 있는 현대에 있어서 국가형태로 공화주의는 역사적 의미를 다했다고 생각한다.”고 하면서 헌법상 공화의 실질적 의미를 확충하는데 아주 소극적이다(전광석(주 6), 75쪽). 한편 앞서 언급한 과잉공화를 유발한 입장(II. 1. ②)들 또한 헌법상 공화를 ‘비군주’로 이해하는 바탕위에서 이를 일정한 서양정치사상의 진입구로 활용하고 있는 것으로 보인다.

44) 헌법국가의 요소로서 언어, 담론공동체로서의 국가에 관해서는 Vgl. J. Isensee, Staat im Wort - Sprache als Element des Verfassungsstaates, in: Verfassungsrecht im Wandel, J. Ipsen/H.-W. Rengeling/J. M. Mössner/A. Weber (Hrsg.), Carl Heymanns, 1995, S. 571ff.

45) 국어기본법 및 국어기본법시행령에 따른 ‘표준어 규정’에 입각해 있는 한국어사전에 나타난 개념의 정의에 전적으로 예측되어 상위규범인 헌법의 개념이 좌우되는 것은 헌법을 정점으로 하는 규범체계와도 부합되지 어렵다고 본다.

46) 조승래, 공화국을 위하여: 공화주의의 형성과정과 핵심사상, 길, 2010, 15쪽; 이계일(주 8), 76-77쪽.

47) 동아시아에서 신개념 용어 공화의 등장 및 조선에의 전파에 관해서는 박혜진(주 36), 32-37쪽; 개화기 조선에서 공화의 변용에 관해서는 정상호(주 30), 226-228쪽; 한국 근현대사에서 공화의 변용은 이영록(주 2), 59-77쪽

제1조에 자리 잡았기 때문이다.<sup>48)</sup>

따라서 공화에 대한 다양한 이해와 의미부여 작업에도 불구하고 ‘*res publica*’에 연원을 둔 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념을 일단 ‘공적인 것’으로 고정시킨 후,<sup>49)</sup> 그 규범적 의미를 파악하거나 변화하는 현실에 맞게 그 내용을 확충하려는 시도를 해야 할 것으로 본다. 실제로 고대 로마인들 또한 ‘*res publica*’를 국가형태에 주목해서 비군주로 받아들이기보다는, 국가 목적에 주목해서 공적 선을 지향하는 통치의 에토스로 이해하는 경향이 일반적이었다.<sup>50)</sup> 물론 중세 후기부터 ‘*res publica*’를 비군주 혹은 반군주의 의미로 사용하는 경향이 본격적으로 대두되었고<sup>51)</sup> 이러한 경향은 루이 16세의 처형을 가져온 프랑스혁명을 통해서 강화되긴 했다.<sup>52)</sup> 하지만 국가가 공적인 것이 되기 위해서는 군주의 부존재가 각별히 중요하다는 점을

참조.

- 48) 헌법상 용어로서의 공화(共和)가 서양의 ‘*res publica*’의 외형에 대한 이해를 표상하는 것으로부터 출발한다는 점에 대해서는 별다른 이견 없이 광범위한 합의가 이루어져 있는 것으로 보인다(이승택(주 7), 40쪽 참조). 한편 개화기 한반도에 수용된 신개념인 공화는 초기에는 *republic*뿐만 아니라 *democracy*의 대역어로도 사용되었다는 점에서 *republic*뿐만 아니라 *democracy*의 개념이 모두 혼용되어 있었다. 하지만 현행 헌법을 해석함에 있어서 헌법상 공화의 개념에는 *republic*뿐만 아니라 *democracy*의 개념이 모두 혼용되어 있다고 보는 것은 합리적인 해석이 아니라고 생각한다. 왜냐하면 헌법은 ‘민주’와 ‘공화’를 모두 명시적으로 규정하고 있기 때문이다. 한편 현행헌법 제1조 제1항의 뿌리로서 대한민국임시헌장 제1조와 대한민국헌법의 제정과정에서 대한민국임시헌장 제1조의 구체적인 변화과정에 대해서는 서희경/박명림, 민주공화주의와 대한민국 헌법 이념의 형성, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007), 88-89쪽 참조.
- 49) ‘공화’와 같이 변화무쌍한 헌법현실과 결부되어 다양한 맥락에서 다양하게 원용되고 있는 대상의 의미를 파악하기 위해서는 무엇보다도 사과의 개념적 고정 작용에 기초하여 그 대상을 잠정 확정하는 작업이 우선되어야 한다. 이에 관해서는 김해원, 기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구, 헌법학연구 제15권 제3호 (2009), 280-281쪽.
- 50) 즉 왕이 없던 로마가 국가명칭에 ‘*res publica*’를 사용했기 때문에 왕이 없는 국가는 각별히 ‘*res publica*’로 이해될 가능성이 많았을 뿐, 왕이 없는 국가가 곧 ‘*res publica*’였던 것은 아니다(조승래, 공화국과 공화주의, 역사학보 제198집 (2008), 228쪽 참조). 같은 맥락에서 Vgl. J. Isensee, Republik-Sinnpotential eines Begriffs, in: JZ, 1981, S. 3f.; M. Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 233ff.; ‘*res publica*’를 둘러싼 논쟁의 핵심은 지배형태의 문제(즉, 누가 *res publica*를 구현할 것인가라는 주체의 문제)가 아니라 *res publica* 그 자체가 담보되는가의 문제라는 점을 고려한다면, *res publica*는 어떤 국가형태와도 결합가능하다(이에 관해서는 특히 김경희, 서구 민주공화주의의 기원과 전개 — 아테네에서 르네상스에 이르는 민주와 공화의 변증법 —, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007), 122-123쪽).
- 51) 특히 중세 말 혹은 중세에서 근대로 넘어오는 이행기 — 세속권력과 대결 속에서 교황권이 약화되고 있었으나, 이를 대체할 세속권력(왕권)은 아직 공고하지 않던 시기이다 — 르네상스가 시작된 이탈리아 지역에서는 지중해 무역을 통한 경제적 번영에 힘입어 성장한 시민계급의 자치체로서 실질적 자율권을 획득한 도시들이 등장했는데, 이러한 지역에서 *res publica*는 시민들의 자치체인 도시국가의 정체성을 드러내는 용어로서 일인지배체제(군주정 혹은 폭군정)에 대립되는 의미로도 사용되었다(이에 관해서는 김경희(주 50), 126-127쪽; 김기봉, 국가란 무엇인가: 개념사적인 고찰, 서양사론 제82호 (2004), 17쪽; N. Machiavelli, 강정인/김경희(譯), 군주론(제3판 개역본), 까치, 2010, 13쪽: “인간에 대해서 지배권을 가졌거나 가지고 있는 모든 국가(stato)나 모든 통치체(dominio)는 공화국(respublica) 아니면 군주국(principato)입니다.”); Vgl. J. Isensee, Republik, in: Staatslexikon 4, Freiburg/Basel/Wien: Verlag Herder, 1988, S. 883.
- 52) 프랑스 혁명과 공화국에 관한 역사적 개관 및 프랑스에서 공화정의 등장에 관해서는 특히 최갑수, 제1장 공화국, 공화주의, 프랑스, in: 이용재/박단 외, 프랑스의 열정: 공화국과 공화주의, 아카넷, 2011, 28-36쪽, 특히 31-32쪽 참조.

특별히 부각하려고 ‘*res publica*’를 비군주의 의미로 활용했다고 해서, ‘*res publica*’의 본래적 개념인 ‘공적인 것’이 폐기되었다거나 비군주(혹은 반군주)로 대체되었다고 볼 수는 없다. 이러한 점은 증세와 근대의 이행기 및 혁명의 시기를 살면서 절대왕정을 ‘*res publica*’로 지칭한 J. Bodin이나 T. Hobbes, 그리고 공익에 의해 지배된다면 정부형태와 관계없이 ‘*res publica*’로 파악한 J.-J. Rousseau 등을 통해서도 뒷받침되며,<sup>53)</sup> 무엇보다도 군주공화국(*république monarchique*)과 같은 용어에서도 나타나듯 군주국에 대비되는 용어는 귀족국가나 민주국가이지 ‘*res publica*’는 아니었다는 점을 통해서도 확인된다.<sup>54)</sup> 결국 ‘*res publica*’에 기원을 둔 서양어(*republic, Republik, république, republiek*)를 한국어 공화(共和)로 포착해서 그 의미를 ‘비군주’로만 수용해온 태도는 처음부터 그 의미를 왜곡했거나 혹은 너무 협소하게 설정했다는 비교개념사적 평가에서 자유롭지 않다고 해야 할 것이다.<sup>55)</sup>

아울러 ‘*res publica*’에 기원을 둔 헌법 제1조 제1항 “공화”를 ‘공적인 것’으로 개념 정의한 후 그 규범적 의미를 탐색하는 것은 (공화의 본래적 의미로부터 논의를 시작할 수 있다는 장점뿐만 아니라) 가능한 한 폭넓은 이성적 설득력 확보를 목적으로 하는 헌법적 논증의 출발점에서부터 보다 많은 헌법적 논증참여자들로부터 동의를 이끌어내는데 도움이 될 것으로 본다. 왜냐하면 헌법 제1조 제1항 공화의 의미를 비군주로 묶어두려는 경향이 강한 과소공화의 경향(II. 1. ①)이든, 서양정치사상에 기대어 적극적으로 그 의미를 확충하려는 과잉공화의 경향(II. 1. ②)이든 간에 양자 모두 헌법상 “공화”는 ‘공적인 것’이란 의미를 갖고 있는 ‘*res publica*’로부터 기원한 것이란 점에 대해서는 별다른 이견 없이 광범위한 합의가 이루어져 있기 때문이다.<sup>56)</sup> 물론 헌법상 공화의 개념을 ‘공적인 것’으로 정의하는 것은 공화를 둘러싼 헌법적 논증의 첫 출발점을 확보했다는 의미를 가질 뿐, 그 본질은 ‘共和’를 ‘公的인 것’으로 치환한 것에 지나지 않는다. 따라서 목적을 바꾸어 ‘공적인 것’에 내포된 의미를 분석하고 정돈해서 공화의 실체에 계속적으로 다가가도록 한다.

53) 특히 “나는 법에 의해 다스려지는 모든 국가를, 그것이 어떤 정부형태를 갖추든 공화국이라고 부른다. 왜냐하면 오로지 그때에만 공익이 지배하고 공적인 것이 중요한 것이 되기 때문이다.”라는 입장을 피력하고 있는 J.-J. Rousseau, *On the Social Contract*, with Geneva Manuscript and Political Economy, in Roger D. Masters, ed. New York : St. Martin’s Press, 1978, p. 67.

54) 조승래(주 46), 15-16쪽; 프랑스혁명시기에 등장한 군주공화국에 관해서는 Ran Halévi, *Le république monarchique*, in: *Le siècle de de l’avènement républicain*, p. 168-172 (재인용: 한태연(주 26), 84-93쪽, 특히 88-89쪽); 같은 맥락에서 프랑스 1791년 헌법체제에 대해 프랑스혁명의 영웅 로베스피에르가 1791년 여름 ‘공화군주제(monarchie républicaine)’를 운위했다는 점(이에 관해서는 최갑수(주 52), 33쪽)과 증세와 근대 초기 나타난 귀족공화국(*Adelsrepubliken*) 및 부르주아 귀족공화국(*bürgerlich-patrizisch Republiken*)에 관한 용례들(Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 18, 20. Aufl., 2002, Republik) 또한 함께 언급할 수 있겠다.

55) 이영록(주 2), 56쪽.

56) 위 주 48); 이승택(주 7), 40쪽 참조.

## IV. 헌법상 “공화”의 개념요소로서의 공

### 1. 서두

헌법 제1조 제1항은 “대한민국은 민주공화국이다.”라고 규정하고 있다. 따라서 ‘공적인 것’으로 정의된 헌법상 “공화”는 헌법현실에서 대한민국이라는 국가를 공적인 것(*res publica*)으로 형성하고 유지해서 공적 성질(公的 性質: 公性, publicness)을 요체로 하는 公的存在로서의 국가, 즉 共和國(공화국)으로 존속될 수 있도록 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도 및 통제하는 기준으로 활용되어야 한다는 점은 분명하다.<sup>57)</sup> 문제는 도대체 국가를 ‘公적인 것’으로 형성한다는 의미가 무엇인가 하는 점이다. 이를 위해서는 우선 공(公, public)에 대한 우리의 인식을 성찰할 필요가 있다. 왜냐하면 공(公)은 시대의 변천에 따라 의미의 첨가와 분화를 겪으면서 착종된 추상성이 강한 복합개념이란 점에서,<sup>58)</sup> 공(公)으로 표상되는 관념들 중에서 헌법 제1조 제1항 “공화(共和)”를 통해 포착될 수 있는 것들을 선별하고 경우에 따라서는 이를 현실에 맞게 보완해야 할 필요성이 크기 때문이다. 그런데 이러한 선별 및 보완은 ‘*res publica*’에 기원을 둔 서양의 정치개념어를 우리 헌법의 어버이들이 수용하는 과정에서 개입된 동양의 사상·전통과 역사적 경험들을 존중하면서도<sup>59)</sup> ‘*res publica*’의 본래적 의미와 그 의미의 현대적 계승을 간과하지 않는 가운데에서 행해져야 할 뿐만 아니라(역사적 해석), 무엇보다도 우리 헌법문언과 헌법체계에 부합되는 의미부여 작업이 되어야 함은 물론이다(문리적 해석과 논리적·체계적 해석). 따라서 이하에서는 공(公)에 결부된 우리의 모든 관념들이 ‘*res publica*’에 기원을 둔 헌법 제1조 제1항 “공화(共和)”로 포착되는 것은 아닐 수 있다는 점을 염두에 두고, 공(公)에 대한 전통적 이해들부터 점검한 후 이를 비판적으로 검토하면서 헌법 제1조 제1항 “공화(共和)”의 개념요소로서의 공(公)이 갖는 의미를 논한다.

### 2. ‘공(公)’에 대한 전통적·일반적 이해

혈연에 기반을 둔 사적 영역의 규범원리인 종법제도의 확장을 통해서 신분에 입각한 지배

57) 헌법상 공적인 것으로 형성해야 할 대상은 가정도 회사도 마을도 아닌 분명 국가이다. 따라서 정치적 구호나 수사 아닌 엄격한 법적 논증과정에서 헌법 제1조 제1항에 기대어 ‘삼성공화국’ 혹은 ‘마을공화국’ 등과 같은 표현을 사용하는 것(예컨대 신용인(주 9), 284-296쪽)은 적절치 않다고 본다.

58) 이승환, 한국 및 동양의公私觀과 근대적 변용, 정치사상연구 제6권 (2002), 54-55쪽.

59) 동양어 ‘共和’와 ‘*res publica*’에 기원을 둔 유럽어의 조우는 단지 우연이나 순수한 오해에서 비롯된 것이 아니라, 서양의 정치개념어를 수용하는 과정에서 동양의 사상·전통과 역사적 경험이 적극적으로 개입한 결과이다(이에 관해서는 이정환(주 34), 448쪽).

체제(봉건제도)의 기틀을 마련했던 고대 중국의 가치관에서 공(公) 개념은 가(家)라는 가족질서로부터 출발해서 확장된 가족질서인 국가(國家)와 결부해서 이해<sup>60)</sup>되었으나(정치적 지배영역 내지는 정치체로서의 공)<sup>61)</sup>, 君·國과 臣·家 사이의 긴장 및 모순이 배반·대립관계로 노골화된 전국시대를 거치면서 사(私)에 대립되는 관념으로 재구축되었으며, 이후 성리학의 뒷받침을 통해서 편파적인 개인의 특수한 지향을 의미하는 私와 구분된 天理에 맞는 도덕적 본성 내지는 두루 평(平)하고 조화로운 공존의 실현이라는 윤리적 당위성으로 강조되었다(윤리적 당위로서의 공).<sup>62)</sup> 특히 군주에 의한 지배가 용인되던 시절에 정치적 지배의 주체가 결정하고 집행하는 것(정치적 지배영역으로서의 공)에 대한 윤리적 기대치로서 天理에 부합되는 정의관념(윤리적 당위로서의 공)이 결합되어 정치적 지배영역으로서의 공과 보편적 윤리원칙으로서의 공이 중첩적 의미연관성을 띠며 ‘공(公)’이란 단일한 문자 안에 포섭됨으로써,<sup>63)</sup> 공은 한편으로는 天理에 부합되는 정의의 실현자로서의 군주의 권력 강화를 꾀하는 중앙집권적 파롤로, 다른 한편으로는 공분(公憤) 등과 같은 표현에서도 엿볼 수 있듯이 군주에게 天理에 부합되는 정의를 실현할 것을 요청하는 저항적 파롤로도 변용되었다.<sup>64)</sup> 하지만 명말 경제발전과 양명학의 영향으로 사적 소유에 대한 존중감이 증대하면서 성리학의 전통적인 公·私의 이율배반성이 무너지고 참된 公은 私를 인정하고 사적 소유를 충족시키는 상호충족의 상태 즉 ‘만민의 私의 조화’를 의미하는 공(共) 개념으로 전환되었으며,<sup>65)</sup> 청말·중화민국 시기에 이르러서는 군주 한 개인만을 위한 公이 부정되고 ‘천하의 公’이라는 관점에서 국가와 조정이 ‘一家의 私’로, 다수 전체의 민이 ‘대다수의 公’<sup>66)</sup>으로 불리게 되면서 私(소수, 개인)보다는 公을 중시

60) 특히 周나라의 가치관을 계승한 공자는 공적 영역의 독립성을 인정하지 않고 공적 영역은 家라는 사적 영역이 확장된 것으로 이해했다(김정현, 아시아 公 개념의 전통과 근대 공동체의식, 민주사회와 정책연구 제13권(2008), 49쪽); 야규 마코토(柳生 眞), 동서양 공공성 연구와 한국적 공공성 탐구 -교토포럼의 연구 성과를 중심으로-, 퇴계학논집 제20호(2017), 501-503쪽, 특히 502쪽: “‘공’과 ‘사’는 본래 씨족공동체 안의 지배관계·사회관계를 나타내던 말이었으나 ‘공’이 관부(官府)의 의미도 가지게 되면서 관(官)과 민(民)의 정치관계 또한 ‘공’과 ‘사’로 표현되게 되었다.”

61) 보다 세부적으로 살펴보면 정치영역 내지는 정치체로서의 公은 크게 ‘국가’나 ‘정치권력자(왕)의 종실 및 궁실’ 혹은 ‘국가기관이나 관청’을 의미하는 것으로 분별해볼 수 있다. 이러한 분류 및 관련된 구체적 용례들에 대해서는 이승환(주 58), 49쪽 참조.

62) 김정현(주 60), 48-50쪽; 야규 마코토(柳生 眞)(주 60), 504쪽: “송대(宋代)의 성리학자들은 [...] 공과 사의 개념을 이기이원론(理氣二元論)에 의해 체계화시켰다. 특히 남송(南宋)의 주자(朱子)는 [...] ‘천리의 공(天理之公)과 인욕의 사(人欲之私)’라는 2항 대립적 개념을 성립시켰다.”; 보편적 당위관념 내지는 윤리원칙으로서의 公에 대한 구체적 용례에 대해서는 이승환(주 58), 50-53쪽.

63) 이승환(주 58), 51쪽.

64) 김정현(주 60), 51쪽.

65) 김정현(주 60), 51쪽; 야규 마코토(柳生 眞)(주 60), 505쪽.

66) 이 시기에 전체 혹은 다수의사로서의 公(대다수의 公)에 평등의 이념이 추가되면서 舜원의 天下爲公이라는 대동주의의 公으로 이어졌다고 한다(이에 관해서는 김정현(주 60), 54쪽); 다수이의 혹은 다수의사를 함의한 개념으로 公이 사용된 구체적 용례에 대해서는 이승환(주 58), 53-55쪽.

하는 공주의가 새롭게 등장했다고 한다(다수의사·전체로서의 公).<sup>67)</sup>

이러한 중국의 영향으로부터 자유롭지 않은 우리의 전통에 있어서도 공(公)은 한편으로는 유교문화의 관행 속에서 天理에 부합되는 공평무사한 윤리원칙으로 강조됨으로써 반공·성장·권위주의로 요약되는 근대국가 형성과정에서 사(私)에 대한 억압구조를 만들어내며 강력한 국가주의로 나아가는데 기여<sup>68)</sup>했으며(윤리적 당위로서의 公),<sup>69)</sup> 다른 한편으로는 공/사를 절연시키지 못하고 양자의 구분을 상대적이고 연속적으로 바라봄으로써 공(公)은 사(私)의 확대로 다수가 한가지로 된 공(共)으로, 공적 영역(公的 領域)은 사적 영역(私的 領域)의 확장으로, 공익(公益)은 동질성으로 엮어진 사적 이익들의 집합체(다수의 이익)인 공익(共益)으로 분별없이 치환되는 경향성<sup>70)</sup>을 강하게 노정하며 현재에<sup>71)</sup> 이르고 있다(다수의사·전체로서의 公).<sup>72)</sup>

67) 중국에서의 공 개념에 대한 전반적인 이해는 특히 미조구치 유조, 정태섭/김용전(譯), 中國의 公과 私, 신서원, 2004.

68) 특히 근대화 시기 우리의 정치상황에서 ‘公(public)’은 국가나 민족 등과 동일시되어 ‘민족국가가 지향해야 할 지고무상의 공동선’으로 강조되었고 지배 권력에 의해 독점된 불가침의 영역으로 여겨짐으로써 ‘다수의사·전체로서의 公’은 억압과 타도의 대상으로 전락되고 ‘공적 합리성’은 소수의 지배집단에 의해 탈취되었으며 오직 국가권력을 지지하는 가치만이 공으로 유일하게 부각될 수 있었다(이승환, 동양에서 ‘공적 합리성’의 특성과 근대적 변용 —성리학적 公論觀을 통해 본 ‘진리의 정치’와 ‘관용의 정치’—, 철학연구 제29호 (2005), 33쪽). 이렇게 구축된 ‘공에 대한 강조와 私에 대한 억압구조’는 자유로운 개인을 중심으로 하는 근대사회로 전환함에 있어서는 기본적으로 부정적 계기로 작동했겠지만, 군사독재에 대하여 민주화를 진전시키거나 저항적 지식인들이 권력을 비판하는데 긍정적 계기가 된 측면 또한 있다(김정현(주 60), 68쪽). 한편 일본의 전통에서 公 개념에는 보편적 윤리관을 대신해서 국가를 최고로 하는 영역적 의미가 강조됨으로써 중국이나 한국과는 다른 맥락, 즉 滅私奉公과 같은 의미에서의 국가주의를 강화하는 계기가 되었다(이에 관해서는 김정현(주 60), 60-64쪽).

69) 물론 독자적인 흐름이 없었던 것은 아니다. 특히 16세기 후반 율곡 이이는 사사로움 없이 지극히 공적인(至公無私) 봉사행을 하면 모든 사람이 군자가 될 수 있다는 사상을, 다산 정약용은 “개인을 활성화하여 공공성을 건설해나간다”는 활사개공(活私開公)의 논리를 피력했으며, 동학은 인내천(人乃天) 사상을 핵심으로 公義를 세우려고 했다. 하지만 조선에서는 사적 욕망에 대한 긍정적 시각을 갖고 있던 양명학이 이단으로 몰려 발을 붙이지 못했고 ‘공평무사한 윤리원칙’을 공으로 파악하는 성리학 이념이 500년간 조선사회를 지탱하는 중추적인 지배원리로 기능함으로써 근대에 이르기까지 ‘私’와 ‘欲’에 대한 긍정이 태동하지 못했다(이에 관한 상세한 설명은 김정현(주 60), 64-66쪽; 이승환(주 58), 60-61쪽).

70) 이러한 경향성을 차동욱 교수는 “동양적 가치관에서 公의 개념이 同의 성격을 갖는 家로부터 파생된 國家와 동일시되다 보니 발생하는 문제”라고 파악하고 있다(차동욱, 로마 공화정의 공공성 창출을 위한 제도적 장치에 관한 연구: 공화기 로마법의 성격과 관련하여, 21세기정치학회보 제21권 제2호 (2011), 27쪽).

71) 김정현(주 60), 67쪽: “최근 우리나라에서 전개되고 있는 NGO나 시민단체의 성공적 활동은, 전통 公 개념의 긍정적 자산인 ‘만민을 위한 공’이라는 대동사상과 공론을 중시하는 정치이념, 다수의 公 개념이 밑바탕에 깔려 있는 것으로 볼 수 있다.”

72) 우리 전통에서 공에 대한 이해와 그 변용에 관해서는 특히 이승환(주 58), 55-63쪽, 특히 우리에게 있어서 공은 개인을 私에서 벗어나 끊임없이 무아지공을 추구해야 하는 도덕의 대상으로 전락시키며 서구 근대사회에서 볼 수 있는 ‘私’에 대한 객관적 긍정을 폄위한 문화적 관성을 구축하는데 이바지했다고 하면서, 이러한 문화적 관성이 私를 적극적으로 긍정하는 자본주의적 근대성과 조우하면서 ‘私’를 추구하지 않는 척하면서도 사실은 숨어서 온갖 ‘사적 욕망’을 추구하는 왜곡되고 이중적인 모습으로 변용되어 현대 한국인의 일그러진 자화상을 빚어내는데 일조했다는 지적에 대해서는 60-61쪽.

### 3. 비판적 검토: 헌법상 共和의 개념요소로서의 公

그런데 헌법 제1조 제1항 共和의 기원인 ‘*res publica*(공적인 것)’에 내포된 중핵적 특성이 오늘날 公(公)에 해당되는 *public*의 어원인 *publicus*(공개성: 공중의 눈에 띄다·감시 속으로·자유민에게 심사를 받는다)는 오늘날 사(私)에 해당되는 *private·privacy*등의 어원이 된 *privatus*(은폐성: 남의 눈에 띄지 않는 은밀함·내밀함)와 대립·분별되는 관념적 영역성을 갖고 있었을 뿐 동아시아 한자문화권에서처럼 다수의 私를 포괄하는 公으로서의 의미를 갖고 있지 않았으며<sup>73)</sup> 오히려 지금까지도 *private*은 *public*의 일부로 포섭되지 않는 것을 가리킨다는 점에서,<sup>74)</sup> 특별한 보강논거 없이 헌법 제1조 제1항 共和(共和: 公的인 것, *res publica*)에 내포된 공적 성질(*publicness*)을 ‘내가 모여 이룬 전체의사 혹은 다수의사’를 표상하는 ‘공’으로 이해하는 것은 설득력을 얻기가 어려울 것으로 본다. 나아가 헌법현실에서 ‘내가 모여 이룬 전체의사 혹은 다수의사’를 표상하는 ‘공’의 구현에 관한 문제를 고민해야 한다면, 이는 “공화(*republic*)”가 아니라 “민주(*democracy*)”라는 헌법개념으로 포착하는 것이 ‘공화’와는 별도로 ‘민주’를 규정하고 있는 우리 헌법체계에 더 부합될 것으로 본다.<sup>75)</sup>

따라서 公(公)에 결부된 우리의 관념들 중에서 ‘*res publica*’에 기원을 둔 헌법 제1조 제1항 “공화(共和)”의 개념요소로서의 公으로는 (‘다수의사·전체로서의 公’이 아닌,) 공변됨을 지향하는 ‘윤리적 당위로서의 公’을 우선적으로 언급할 수 있겠다.<sup>76)</sup> 하지만 공화가 헌법적 차원의 개념이라는 점에서 公은 ①개인이나 집단 윤리적 차원에서의 당위가 아니라 객관적 실체로 존재하는 국가를 겨냥한 헌법적 당위(즉 ‘국가기관을 수범자로 하는 당위적 기준 내지는 당위 관념으로서의 公’)로 이해되어야 한다는 점, ②天理는 오늘날 헌법체제에서는 주권자의 의사로 대체되어야 한다는 점(헌법 제1조 제2항), 그리고 ③공화의 대상인 국가는 본질적으로 다양한 이질적 존재들이 주권에 기초해서 결합된 독립된 정치공동체라는 점 등을 고려한다면,

73) 동아시아에서 公은 본래 私的 秩序인 가족·씨족 공동체 안의 지배관계를 나타내던 말이었다는 점에서, 公(*public*)과 私(*private*)의 첫 출발점에서부터 양자의 분별이 서양에 비해서 흐릿했다고 하겠다(야구 마코토(柳生眞)(주 60), 502쪽).

74) 이에 관해서는 渡邊浩, 「おほやけ」「わたくし」の語義—「公」「私」, “Public” “Private” との比較において, 『公共哲學 1: 公と私の思想史』(佐佐木毅/金泰昌), 東京大學出版會, 2001, p. 146-147 참조(재인용: 야구 마코토(柳生眞)(주 60), 495쪽); *Republik*(독일어)·*république*(프랑스어)·*republic*(영어)는 라틴어 ‘*res publica*’에서 비롯되었는데, 여기서 *publica*는 라틴어 *publicus*로부터, *publicus*는 *populus*로부터 비롯되었다고 한다(이에 관해서는 Vgl. F. Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23., erw. Aufl. bearbeitet von E. Seebold, de Gruyter, Berlin; New York, 1999).

75) 여기서 우리는 민주주의와 공화주의의 관계, 특히 양자의 상호 제약적 관계에 주목하게 된다. 이에 관해서는 지면관계상 후속 연구를 통해서 밝히도록 한다.

76) 公에는 公을 넘어서 정의로움/공평함 등과 같은 가치들(*fair, just, impartial, even-handed*)이 들어 있다. 이러한 ‘공변됨’에 해당하는 가치들이 公에 깃들게 된 것은 公이 天의 관념과 결부되기 시작한 전국시대 무렵부터라고 한다(이에 관해서는 야구 마코토(柳生眞)(주 60), 531쪽).

공(公)은 (사적 존재들이 혈연·인종·성별·나이·건강·재산·언어·문화·직업·학력·취미·지역·가치관 등등과 같이 분별되는 다양한 기준에 따른 동질성을 매개로 중첩적 조화<sup>77)</sup>를 이루어 등장한) 공적 존재(共的 存在: 私→同→和→共)인 공동체(共同體)가 독립된 영속적 정치공동체인 국가로 존립하기 위해서 주권자의 의사에 입각하여 내부적 이질성을 절멸시키지 않고 이를 관리하여 지속적인 화합(和合)을 이루어내는 과정(共→和),<sup>78)</sup> 즉 공화(共和)를 위한 당위적 기준으로 정의하는 것이 보다 구체적이고 헌법에 더 적합한 이해라고 본다.<sup>79)</sup>

77) 현실에 존재하는 개개의 사인들은 하나의 동질적 공동체에만 귀속되어 있는 것이 아니라 다양한 구별 기준(인종, 성별, 연령, 언어, 문화, 계급, 계층 등등)에 따른 여러 개의 동질적 공동체에 중첩적으로 결합되어 보다 큰 공동체(특히 국가)의 개별 구성원으로 존재해있는데, 국가와 같은 큰 공동체가 안정적으로 존속하기 위해서는 구성원들 상호 간 필연적으로 마주하게 되는 이질성을 중첩적으로 조화시키는 것이 필수불가결한 과제가 된다(유사한 집단적 차원에서 조화시키는데 필요한 덕목 내지는 윤리로서 공을 주목할 수는 있겠지만, 이러한 공은 개인 혹은 집단 차원에서 갖추어야 할 윤리적 당위로서의 공이란 점에서 본 글에서 주목하고 있는 '헌법상 共和의 개념요소로서의 公'과는 근본적인 차이가 있다는 점이 간과되어서는 안 된다. 왜냐하면 헌법은 기본적으로 국가를 수범자로 하는 규범이기 때문에, 국가에 대한 당위적 기준으로서의 공이 아닌, '개인 혹은 집단 차원에서 갖추어야 할 당위로서의 公'(예컨대, 시민적 덕성)은 본 글의 관심사항이 아니기 때문이다. 바로 이러한 점에서 공화주의 혹은 공화국원리와 관련하여 그 내용으로 통상 언급되고 있는 '시민적 덕성'에 대한 강조는 자칫 헌법상 공화의 수범자를 국가기관에서 국민으로 오해하게 하는 계기가 될 수 있으므로 특별히 주의해야 한다(공화국 조항의 내용으로 제기되는 '시민적 덕성'에 관해서는 특히 이계일(주 8), 99-101쪽 참조). 하지만 이러한 오해의 소지는 결국 헌법적 당위로서 "공화"의 적용범위 내지는 한계에 관한 문제인 바, 이에 관해서는 별도의 후속 연구를 통해서 보완토록 한다.

78) 여기서는 특히 '내부적 이질성을 절멸시키는 과정'이 아니라 '내부적 이질성을 관리하여 지속적인 화합을 이루어 내는 과정'이란 점에 유의해야 한다. 왜냐하면 共의 내부적 이질성이 잘 관리되고 조화를 이루어나가는 것이 아니라, 그 이질성이 소멸되어 오직 동질적인 것만 존재하게 된다는 것은 결국 共의 소멸을 의미하는 것과 다르지 않다(차동욱(주 70), 28쪽 참조). 설사 共이 소멸되지 않고 존재하다고 하더라도 이질성의 완전한 소멸상태는 결국 유일성·획일성으로 귀결된다는 점에서 특정 종교에 입각한 정교일치국가나 神國 혹은 특정 이념만을 위한 국가를 지향하는 것과 다르지 않기 때문이다(헌법 제20조 제2항 참조). 이러한 국가상은 상반된 가치들을 함께 담아내고 있는 우리 헌법의 규범적 특성(상반규범성)과도 모순될 뿐만 아니라, 헌법상 "공화"의 이념 내지는 "공화국" 요청을 배제한 국가상에 지나지 않는다고 해도 과언이 아닐 것이다. 바로 이러한 점에서 헌법상 "공화"는 정치공동체인 국가 내부의 이질성을 전제로 요청되는 가치라고 하겠다. 따라서 공화주의와 공화국은 필연적으로 다원주의의 전제 위에서 성립가능하며, 다원주의의 절멸과 획일주의의 관철은 본질적으로 공화주의와 공화국의 파국이라고 해도 과언이 아니라고 본다(같은 맥락에서 다양한 층들에 의해 구성되어 있는 공동체 내에 존재하는 "차이를 인정하는 것"이 공화라고 하면서, 공화 구현을 위해 권력의 독점을 방지할 수 있는 견제와 균형을 강조하는 견해 또한 주목될 수 있겠다. 이에 관해서는 김경희(주 50), 135쪽 참조). 물론 이러한 다원주의는 공간적 차원에서만 적용되는 것이 아니라 시간적 차원에서도 관철되어서 과거세대와 미래세대를 아우를 수 있는 "지속적인 화합"을 피하기 위한 전제조건 내지는 기본토대로 이해되어야 한다. 이러한 점은 공화의 대상인 대한민국과 대한민국의 주권자인 국민의 연속성과 영속성을 선언하고 있는 헌법 전문 — 대한민국헌법은 前文에서 "우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐" 한 "유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민"이 헌법제정권자임을 밝히고 있다. — 을 통해서도 뒷받침된다(관련된 상세한 논의는 분량상의 제약으로 인해서 공화주의와 국민주권주의의 관계를 검토하는 별도의 지문을 통해서 밝힐 것을 약속드린다).

79) 이러한 관점의 일정부분은 차동욱, 앞의 글, 26-29쪽의 도움을 받은 것이다. 하지만 "공의 핵심은 역사과정 속에서 보통법적으로 성장한 법제도"라고 하면서 "和를 통해서만 진정한 共이 이루어질 수 있고, 이렇게 만들어진 共이야말로 공을 탄생시킬 수 있는 기반이 된다"는 점을 강조함으로써 결국 공화주의와 법치주의를 접근시키면서 동시에 정치사회제도를 私(→同→和)→共→公에 이르는 연속적 과정으로 파악하고 있는 차동욱의 견해(차동욱(주 70), 28, 39쪽)와 공과 私를 절연한 서구의 맥락 — 私와 共은 기본적으로 주관적 개념인 반면에, 공은 객관적 개념이다(관련해서 특히 김해원, 헌법적 논증에서 객관헌법과 주관헌법, 헌법학연구 제16권 제1호

다만 이러한 이해와 관련해서 특히 주목해야 할 사항은 (공동체의 유지/존속을 위해서 구성원들에게 상호 간 내부적 이질성을 관리하고 조화를 이룰 것을 요청하는 윤리적 기준으로서의 공이 아닌),<sup>80)</sup> ‘헌법상 共和의 개념요소로서의 공’은 한편으로는 정치공동체인 국가 내부에 헌법적합하게 존재하는 이질성의 절멸을 막고 이를 유지·관리하기 위한 기준으로,<sup>81)</sup> 다른 한편으로는 그러한 이질성 상호 간 조화를 피할 것을 요청하는 기준으로 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도하고 평가하는 계기가 되며, 그 결과 국가기관은 ① ‘내부적 이질성의 보존(유지·관리)’과 ② ‘내부적 이질성의 통합(상호간 조화)’이라는 팽팽한 긴장관계 속으로 투입되어 있다는 점이다.<sup>82)</sup> 여기서 전자(①)와 관련해서는 무엇보다도 정치공동체인 국가가 私的·共的 특유한 편파적 지향이나 파당적 힘에 좌우되어 私的·共的 利害關係의 관철을 위한 수단으로 전락되거나 私化 혹은 共化됨으로써, 내부의 이질성·다양성이 몰락되지 않도록 감시하는 것이 중요한 과제로 부각되는 바, 특히 국가권력 감시를 위한 공개성 및 투명성 원칙이 중요한 당위적 요청으로 등장하게 된다.<sup>83)</sup> 그리고 후자(②)와 관련해서 ‘헌법상 共和의 개념요

(2010), 176-177쪽 참조) — 에 입각하여 공을 공화(共→和: 共和)를 위한 헌법적 차원의 당위적 기준으로 이해하고 공화주의와 법치주의를 별개의 독립된 헌법적 기준으로 이해하고 있는 필자의 견해는 일정한 차이가 있음을 밝혀둔다(지면관계상 공화주의와 법치주의 상호 간의 관계에 관해서는 후속 연구를 통해서 별도로 발표하도록 한다).

80) 개인 혹은 집단 차원에서 갖추어야 할 윤리적 당위로서의 공(예컨대, 시민적 덕성)과 국가기관을 수범자로 하는 헌법적 차원으로서의 공은 분별되어야 한다는 것이다(위 주 77) 참조.

81) 위 주 78) 참조.

82) 관련해서 특히 헌법의 상반규범성과 헌법상 평등(헌법 제11조)에 주목할 필요가 있다. 우선 헌법현실에 존재하는 대립되는 각종 가치들을 함께 담아내고 있는 헌법의 상반규범성은 헌법현실에 존재하는 이질성을 헌법체제 안에 묶어두는 중요한 계기가 된다. 그리고 헌법상 평등은 한편으로는 공동체를 구성하고 있는 개개인들 상호 간 공통점에 주목해서 같은 특성을 갖게 취급(동등대우)함으로써 공동체 내부의 공감대를 형성하고 보편성을 나르는 수레로서, 다른 한편으로는 공동체를 구성하고 있는 개개인들 상호 간 차이점에 주목해서 다른 특성을 다르게 취급(차등대우)함으로써 공동체 내부의 다원화를 확보하고 다양성을 나르는 수레로 기능한다는 점에서(김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 제19권 제1호, 2013, 248-249쪽 참조), 헌법현실에서 공화를 실현하기 위한 핵심규범이 된다. 다만 헌법상 평등은 헌법이 제11조에 별도로 명시적 규정을 마련해두고 있다는 점에서, 굳이 헌법 제1조 제1항 “공화”의 개념요소로 언급할 필요는 없다고 본다.

83) 헌법상 공화주의(혹은 공화국원리)에 내포된 규범적 내용으로 공개성(Publizität/Öffentlichkeit) 원칙에 대한 강조는 특히 Vgl. G. Frankenberg, Art. 20 Abs. 1-3 I(Republik), in: E. Denninger (Hrsg.), AK-GG, Bd. I, 2. Aufl., Neuwied, 2001, Rn. 37; F. Wittreck, Republik und (verweigerter) Öffentlichkeit, in: K. Gräfin von Schlieffen(Hrsg.), Republik - Rechtsverhältnis - Rechtskultur, Tübingen : Mohr Siebeck, 2018, 81ff.; 이상해, 헌법상 공개성원칙과 인터넷선거의 가능성, 공법학연구 제11권 제4호 (2009), 321쪽; 한편 헌법상 투명성(Transparenz) 원칙과 관련해서 “헌법은 명시적으로 투명성을 언급하고 있지는 않지만”, 그럼에도 불구하고 “국가권력의 행사가 그 결과와 절차, 내용 및 책임의 측면에서 투명하게 이루어져야 한다는 것은 민주주의와 법치주의 원리가 전제로 하는 요소”라고 하면서, 이를 “민주국가의 헌법원리에 내재하는 원칙”이라고 이해하는 견해가 있다(김일환/백수원, 헌법상 투명성원칙에 관한 이론적 고찰, 공법연구 제39집 제2호 (2010), 369, 389쪽). 하지만 이러한 견해는 여전히 헌법상 투명성원칙의 근거마련과 관련해서는 미흡함이 있다고 본다. 왜냐하면 “민주국가의 헌법원리에 내재하는 원칙”이자 “민주주의와 법치주의 원리가 전제로 하는 요소”인 ‘헌법상 투명성원칙은 헌법 어디에서 도출되는 것인가?’라는 물음에 대한 대답이 뚜렷하지 않기 때문이다. 필자는 헌법상 일반원칙으로서의 공개성원칙 및 투명성원칙은 헌법상 “공화”로부터 그 근거를 마련할 수 있다고 본다(물론 이러한 인식이 민주주의나 법치주의로부터 공개성원칙의 도출 가능성을 부정하는

소로서의 '공'은 국가기관으로 하여금 한편으로는 헌법이 지향하고 있는 일정한 국가목적의 구현(공적 선의 실현: 헌법국가의 구현)이라는 비전에 적극 부응하게 함으로써 내부적 이질성에 의해 공동체가 붕괴되거나 해체·파편화되는 것을 막고 구성원들이 서로 간의 이질성에도 불구하고 이탈하지 않고 대한민국이라는 정치공동체로 결집·통합토록 하는 계기 마련과 관련된 실체적·내용적 기준으로(대국가적 결과윤리로서의 공: 결과통제기준),<sup>84)</sup> 다른 한편으로는 헌법의 상반규범적 성격에 기초해서 헌법체제 내부에 존재하는 이질적 요소나 가치들 상호간의 화합과 조화를 적극적으로 꾀하는 절차적·형식적 기준(대국가적 행위윤리로서의 공: 행위 통제기준)<sup>85)</sup>으로 제시되어 있는 것이라고 해도 과언이 아니라고 본다.<sup>86)</sup> 그리고 이러한 당위

것은 아니다. 보다 상세한 논의는 분량상의 제약으로 인해서 공화의 규범적 의미와 그 기능을 본격적으로 검토할 후속 연구의 과제로 남겨둔다).

- 84) 바로 이러한 점에서 헌법상 공화주의 혹은 공화국원리는 헌법국가의 구체적 내용으로 헌법 곳곳에 산재되어 있는 개별 국가목적관련 조항들 — 예컨대, 통일국가(헌법 제4조)·평화국가(헌법 제5조 및 제6조)·문화국가(헌법 제9조)·인권보장국가(헌법 제10조)·사회국가(헌법 제34조)·환경국가(헌법 제35조)·분권국가(헌법 제40조, 제66조 제4항, 제101조 제1항, 제117조 제1항 등등)·경제국가(헌법 제9장)·과학국가(헌법 제127조) 등등 — 을 종합 내지는 통합하여 상호 간 조화를 달성할 것을 요구하는 규제적 이념으로서의 의미를 확보하게 된다. 물론 헌법공동체가 지향하는 일정한 목적인 공적 선의 내용이라고 할 수 있는 헌법상 국가목표들을 헌법의 수범자인 국가기관이 구현함에 있어서 헌법과 법률이 정하는 바에 따르지 않고, 헌법 제1조 제1항에 근거하는 공화국원리(혹은 공화주의)에 입각해서 구체적 행위를 자의적으로 선택할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 국가 기관에게 공적 선을 지향·실현하라고 요구하면서 공화국원리(혹은 공화주의)를 포함한 추상적인 국가목적들 여러 규범적 요구 중 맨 앞에 내어놓는 것은 민주적 법치국가의 기본구조를 간과한 것이 때문이다(Vgl. H. Dreier, Art. 20 GG(Republik), in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen, 2006, Rn. 22). 관련하여 국가목적조항들의 조정원리이자 독자적인 국가목적으로서 헌법상 공화의 규범적 의미와 그 기능에 관해서는 지면 관계상 후속 연구를 통해서 정리한다.
- 85) 헌법체제 내부에 존재하는 이질적 요소나 가치들 상호 간 갈등상황에서 R. Gröschner는 공화국원리의 실현을 위한 기준으로 이질적 요소나 가치들을 뒷받침해주는 배후 규범들 상호 간 최적의 조화를 지향하는 규범조화(praktische Konkordanz)의 원리에 주목하고 있다(Vgl. R. Gröschner, Die Republik, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, § 23, Rn. 40, Rn. 51f.). 그런데 구체적 헌법현실에서 규범조화의 원리에 입각해서 문제를 설득력 있게 해결하기 위한 대표적인 논증도구이자 헌법적 차원의 원칙이 바로 비례성원칙 — 비례성원칙은 심사대상인 국가행위가 작위인 경우에는 과잉금지원칙으로, 부작위인 경우에는 과소금지원칙으로 등장한다 — 이다(비례성원칙에 관해서는 특히 이준일, 기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구, 헌법학연구 제4권 제3호(1998), 276-277쪽). 이러한 비례성원칙의 헌법적 근거와 관련하여 일반적 근거는 법치주의, 기본권관계라는 특수 영역에서의 근거는 헌법 제37조 제2항 “필요한 경우에 한하여”가 통상적으로 언급될 수 있겠으나(Vgl. A. v. Arnauld, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: JZ, 2000, S. 276ff.; 전광석(주 6), 275쪽; 김해원, 기본권심사에서 법치국가원칙의 의미, 헌법학연구 제23권 제1호(2017), 145쪽), 헌법체제 내에 존재하는 이질적 요소들 상호 간의 조화를 요청하는 공화주의 혹은 공화국원리(헌법 제1조 제1항)로부터도 비례성원칙은 뒷받침 될 수 있다고 본다. 물론 이러한 시각이 헌법상 공화주의 혹은 공화국원리 또한 다른 헌법적 가치들과 충돌·갈등 관계에 놓이게 될 경우 비례성원칙에 따른 형량의 대상이 될 수 있다는 점을 부정하는 것은 아니다(관련해서 이계일(주 7), 79-87쪽 참조; Vgl. S. Huster/J. Rux, Art. 20(Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht), in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), GG, München, 2009, Rn. 190).
- 86) 한편 ‘헌법상 共和의 개념요소로서의 공’을 공화의 대상 및 수범자인 국가 및 국가기관과 결부해서 살필 경우에, 공에 내포된 ‘공적 선’에 대한 정향과 그 실현은 주로 국가(기관)의 행위결과의 측면에서 그리고 공에 내포된 이질성 상호 간 화합과 조화를 위한 원리(규범조화의 원리)는 주로 국가(기관)의 행위방식의 측면에서 특히 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 본다면, 상대적으로 전자는 실체적·내용적·결과통제적 기준(국가권력에 대한 내용적 통제기준)으로, 후자는 절차적·형식적·행위통제적 기준(국가권력에 대한 형식적

적 규준으로서의 공에 부합되는 국가를 만드는 것이 헌법 제1조 제1항 “共和”의 수범자인 국가기관의 의무이며, 이러한 의무가 이행될 때 비로소 국가는 共和國으로 거듭날 수 있다고 본다.

#### 4. 소결: 公, 共和, 共和國

주권에 기반을 둔 공동체가 독립된 영속적 정치공동체(국가)로 존속하기 위해서 내부적 이질성을 절멸시키지 않고<sup>87)</sup> 이를 관리하며 지속적 화합을 이루어내는 것은 상반된 가치들의 공존을 내포하고 있는 헌법규범에 부합할 뿐만 아니라(헌법의 상반규범성) 다원화된 헌법현실에서 피할 수 없는 과제라는 점에 입각해서, ①권력에 대한 공개성·투명성, ②공적 선(헌법국가)에 대한 정향과 그 실현, ③이질성의 조화로운 발현을 위한 규범조화의 원리 등을 핵심내용으로 하는 당위적 규준을 公으로,<sup>88)</sup> 이러한 당위적 규준을 헌법현실에서 관철해나가는 과정을 共和, 그리고 이러한 과정을 통해서 갱신된 정치공동체인 국가를 共和國으로 이해했다. 이러한 이해는 (*res privata*)의 상대적·연속적 개념이 아닌 이율배반의 대립된 관념적 영역 — 이러한 관념적 영역은 ‘公(*public, öffentlich*)’을 인식주체에 속하는 것이 아닌 독립된 인식대상으로서의 존재(객관적 존재)로, ‘私(*private, privat*)’는 물론이고 私와 私의 결집체인 ‘共(*total, insgesamt*)’을 독립된 인식대상이 아닌 인식주체(개인 혹은 다수나 전체)에 종속되고 좌우되는 존재(주관적 존재)로 분별하여 이해하는 것으로부터 비롯된다. 이러한 분별은 합리적인 헌법적 논증을 위해서 주관과 객관을 뒤섞지 않아야 한다는 점과도 상통한다.<sup>89)</sup> — 으로

통제규준)으로 평가할 수 있다는 것일 뿐, 양자의 관계가 절대적 의미를 갖는 것은 아니다. 왜냐하면 국가권력행사의 형식적·절차적 문제라고 할 수 있는 국가기관들 상호간 권한배분의 문제라고 하더라도, 헌법적 권한질서 속에서 행해지는 그러한 권한배분의 배후에는 항상 ‘공적 선’이라고 할 수 있는 국가목적 실현하기 위한 과제(Aufgabe)들이 놓여있기 때문이다(Vgl. R. Gröschner, 앞의 글, Rn. 69f.). 한편 행위결과에 대한 책임감이 결여되어 있는 절대윤리/신념윤리(*absolute Ethik/Gesinnungsethik*)에 국가기관이 입각하게 될 경우에 초래될 현상과 그에 대한 우려와 비판은 Vgl. Max Weber, *Politik als Beruf*, München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1919, S. 63f.

87) 위 주 78) 참조.

88) 물론 이러한 규준들(헌법 제1조 제1항 “공화” 혹은 공화의 핵심개념요소인 公이 아닌, 다른 헌법개념들로부터 도출해내는 것은 적절치 않거나 어렵다는 점을 뒷받침할 수 있는 보강논거를 제시할 수 있다면, 해당 규준의 헌법적 근거가 헌법 제1조 제1항 공화라는 주장이 더 많은 설득력을 얻을 수 있을 것이다. 이와 관련된 본격적이고 구체적인 논증은 분량상의 이유로 헌법전체 체계 속에서 다른 헌법개념들(특히 주권, 민주, 법치, 자유 등)과 공화의 관계를 본격적으로 다룰 후속연구를 통해서 밝히도록 한다.

89) 한편 公은 본질적으로 객관관계를 규율하는 公法관계로 私는 물론이고 私와 私로부터 형성된 共(사적 의사에 기초한 사단재단 법인이나 단체)은 본질적으로 주관관계를 규율하는 私法관계로 나타나고 있다는 점, 그리고 원칙적으로 공적 성격을 갖고 있는 객관적 실체인 국가에 대한 당위적 요청은 객관규범(公法)으로, 사적인 것에 대한 당위적 요청은 주관규범(私法)으로 이해되는 점 등도 이러한 이해를 뒷받침한다. 관련된 상세 논증은 특히 김해원(주 79), 171-177쪽 참조.

정립된) 헌법 제1조 제1항 “共和”의 어원인 ‘*res publica*’의 본래적 의미와 *publicus*(공개성·투명성·감시성)를 어원으로 둔 *publica*<sup>90)</sup>에 내포된 함의를 간과하지 않으면서도, 헌법 제1조 제1항 “共和”에 담겨있는 우리의 사상적·역사적 경험을 헌법문언과 헌법체계에 맞게 수용·존중한 것이며, 무엇보다도 현행 대한민국헌법의 문언과 체계로부터 이탈하지 않으면서도 사회적 가치의 권위적 배분 및 배분결과(즉 정치행위 및 정치행위결과)에 관여하는 당위적 기준 내지는 정치이념으로서 ‘*res publica*’에 기원을 둔 공화(*republic*) 혹은 공화주의(*republicanism*)에 주목하고 있는 현대 정치철학계의 담론과도 적극 소통할 수 있는 계기를 마련하여 변화무쌍한 헌법현실 속에서 헌법 제1조 제1항 “공화국”의 규범력을 회복·확충하는데 도움 될 것으로 본다.

## V. 마치는 글

### 1. 요약

결론적으로, 다음과 같이 정리할 수 있겠다: 다양한 이질적 존재들이 중첩적 결합을 이루고 있는 공동체를 주권적 발동에 의해서 (타인이나 다른 집단의 눈에 띄지 않는 은밀하고 내밀한 배타적 영역 — 즉, 私的·共的 영역 — 이 아닌) 주권자 누구나 관여할 수 있는 개방된 객관영역(公的 영역)으로 밀어 넣어 독립된 정치공동체인 국가를 성립시켰다고 하더라도, 이렇게 성립된 국가가 公的 존재, 즉 共和國으로 존속하기 위해서는 (개인이나 다수의 주권적 이해관계를 넘어선)<sup>91)</sup> 공적 이해관계에 기초한 객관기준(인 公)<sup>92)93)</sup>을 통해서 내부적 이질성이 보존·관

90) 위 주 74) 참조.

91) 바로 이러한 점에서 공화주의는 기본적으로 다수의 이해관계의 관철에 주목하고 있는 민주주의와 일정한 갈등구조 속에 놓이게 된다. 이러한 갈등구조 속에서 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 평가하고 통제하는 문제는 별도의 연구를 통해서 추후 보완토록 한다.

92) 정치적 공동체인 국가의 유지·존속을 위한 객관기준인 公을 아주 넓게 본다면, 객관규범으로서의 헌법, 그 자체가 될 것이다. 하지만 헌법상 공화의 개념요소로서의 公을 무분별하게 확대한다면, 결국 공화주의는 헌법주의와 다르지 않게 될 것인바, 결국 헌법상 “공화”는 헌법이해에 있어서 아무런 역할을 못하게 된다. 뿐만 아니라 이러한 무분별한 의미의 확대는 헌법상 “공화”가 다른 헌법개념들과 함께 헌법전체의 구성부분이라는 점을 간과한 것이 된다(관련하여 이계일(주 7), 42쪽: “헌법내에는 다양한 원리들이 존재하며, 공화주의의 헌법적 구체화로 볼 수 있는 헌법상 공화국 원리 역시 (설명 추가적 내용을 갖는다고 전제할지라도) 여러 다른 원리들 중 하나일 뿐이기 때문에 그 제한과 보충의 복합적 상호관계를 적극적으로 고려하지 않은 상태에서 모든 원리들을 공화주의에 입각해 해석하고자 하는 시도는 헌법의 규범체계 내에서 받아들이기 힘들다는 입장이다.”). 따라서 헌법개념으로서의 공화가 갖는 독자적 의미가 부각되는 영역은 ‘다른 헌법개념들로부터 도출해 내는 것이 적확하지 않거나 수월치 않은 당위적 요청들의 산파로서 헌법상 공화의 개념요소인 公(public)이 기능하는 영역’이라고 할 수 있겠다. 물론 그러한 당위적 요청들이 헌법문언 共和와 공화의 개념요소로서의 公(public)에 내포된 역사적·사상적 관념들에 부합되어야 함은 물론이다.

리·조화되어야 하는데, 이러한 보존·관리·조화를 위한 당위적 요청에 헌법의 수범자인 국가기관을 예속시키는 헌법적 차원의 명시적 근거가 바로 헌법 제1조 제1항의 “공화”이다. 그리고 이러한 공화에 내포된 당위적 기준인 공의 핵심내용으로는 무엇보다도 다음 3가지가 강조되어야 한다: ①(정치공동체인 국가가 편파적 지향이나 파당적 힘에 좌우되어 내부의 이질성·다양성이 몰각되는 私化·共化로 귀결되지 않도록 국가권력을 감시·통제하기 위한 당위적 요청으로서의) 공개성·투명성 원칙, ②(내부적 이질성으로 인한 정치공동체의 해체를 예방하기 위한 내용적·실체적 기준으로서의) 공적 선 즉 헌법국가에 대한 정향과 그 실현, ③(내부적 이질성으로 인한 갈등을 조정하고 이질성의 조화로운 발현을 위한 형식적·절차적 기준으로서의) 규범조화의 원리<sup>94),95)</sup>

## 2. 후속연구의 방향

지금까지의 논의는 기본적으로 헌법상 “공화” 그 자체에 주목해서 공화의 개념 및 공화에 내포된 당위적 요청에 관한 일반적 사항들을 정리한 것이다. 하지만 우리가 헌법현실의 구체적 헌법문제와 결부해서 헌법의 수범자인 국가기관의 행위를 지도하고 통제할 수 있는 헌법 제1조 제1항 “공화”의 고유한 실천적 의미를 확보하고 이를 헌법현실에서 구현하고자 한다면, 헌법전체 체계 속에서 지금까지 정리된 사항들을 다시 점검할 필요가 있다. 왜냐하면 헌법상 공화는 규율영역을 둘러싸고 민주·법치·주권·자유·자치·권력분립 등등과 같은 다른 추상적인 헌법개념들과의 관련 속에서 경쟁과 협력을 끊임없이 반복하고 있는 헌법개념이기 때문이다.<sup>96)</sup> 따라서 국가행위를 통제하는 실천헌법규범으로서 “공화” 및 “공화국”이 가지는 규범력의 회복을 위해서도, 헌법상 “공화”의 가치를 헌법현실에서 구현하려는 적극적 의지·이념으로서의 공화주의의 길을 열기 위해서도 다음과 같은 쟁점들이 후속연구들을 통해서 보다 구체적이고 선명하게 규명되어야 할 것으로 본다: (1) (공화 및 공화국에 관한 논의는 본격적으로 공화의 귀속주체(향유주체)인 주권자를 소환하는 계기라는 점에서)<sup>97)</sup> 국민주권주의와 공화주

93) 헌법 법 또한 공적 이해관계에 기초한 또 다른 객관기준이다. 이러한 점에서 법에 의한 지배를 의미하는 법치주의와 공화주의의 상호관계를 정립하고 양자가 교차하는 영역에서 심사대상인 국가행위를 평가하고 통제하는 문제 또한 계속 연구되어야 할 중요한 과제가 된다.

94) Vgl. R. Gröschner, 앞의 글, Rn. 40, Rn. 51f.; 위 주 85) 참조.

95) 한편 공화에 내포된 당위적 기준인 공의 핵심내용으로 본문에서 강조한 3가지 요소들(①공개성·투명성 원칙, ②공적 선(헌법국가)에 대한 정향과 그 실현, ③규범조화의 원리) 중에서 ①과 ③은 주로 국가권력에 대한 형식적·절차적 통제기준으로, ②는 주로 국가권력에 대한 내용적·실체적 통제기준으로 기능하게 된다.

96) 위 주 11) 및 주 92) 참조; 한편 공화주의가 헌법절대적 가치가 될 수 없는 이유에 관해서는 이계일(주 7), 42쪽.

97) 헌법상 공화·공화국의 향유주체(귀속주체)는 실존하는 현실적 행위자로서 일정한 권한을 보유하고 있는 有權者

의의 관계 및 주권자의 의미와 범위 그리고 주권자와 유권자 상호 간의 관계 및 권한배분의 문제,<sup>98)</sup> (2) 국가권력에 대한 내용적·실체적 통제규준으로서의 공화의 의미와 기능(특히, 공화에 내포된 일반적 국가목적인 ‘공적 선의 구현’과 헌법규범 곳곳에 산재되어 있는 개별적 국가목적들 상호 간의 관계 및 충돌문제),<sup>99)</sup> (3) 국가권력에 대한 형식적·절차적 통제규준으로서의 공화의 의미와 기능(특히, 본질적으로 다수에 의한 지배를 의미하는 민주주의와 법에 의한 지배를 의미하는 법치주의는 국가행위를 지배하는 대립되는 양 원칙인 바, 이러한 원칙들과 공화주의의 상호관계 및 상호충돌문제),<sup>100)</sup> (4) 헌법 제1조 제1항 “공화”에 입각한 국가기관의 행위가 도달할 수 있는 한계(공화의 한계) 문제로서 특히 자유주의(기본권보장)와 공화주의의 상호관계 및 상호충돌문제,<sup>101)</sup> (5) 정치공동체 내부의 다양성·이질성의 조화로운 공존과 권력 감시를 위한 헌법원칙들의 산파로서 헌법상 공화의 역할과 그 기능.<sup>102)</sup>

---

와는 구별되는 主權者, 즉 시공간을 초월한 관념적·추상적 통일체로서의 국민(특히 헌법 전문의 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”)이다.

98) 주 78) 참조.

99) 위 주 84) 참조.

100) 위 주 75), 79), 91), 93) 참조.

101) 위 주 77) 참조.

102) 위 주 83), 85), 88) 참조.

## | 참고문헌 |

- 강일신, 헌정원칙으로서 민주주의: 공화주의적 이해 — ‘신공화주의’ 관점에서의 고찰 —, 법철학연구 제18권 제2호 (2015).
- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
- 고봉진, 공화주의 이론의 명암, 법과 정책 제24호 (2018).
- 곽준혁, 민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙, 한국정치학회보 제39집 제3호 (2005).
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김경희, 공화주의, 책세상, 2009.
- 김경희, 서구 민주공화주의의 기원과 전개 — 아테네에서 르네상스에 이르는 민주와 공화의 변증법 —, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007).
- 김기봉, 국가란 무엇인가: 개념사적인 고찰, 서양사론 제82호 (2004).
- 김동훈, 한국헌법과 공화주의, 경인문화사, 2011.
- 김비환, 아렌트의 정치사상에서 정치와 법의 관계: 민주공화주의체제에서의 법의 본질을 중심으로, 법철학연구 제6권 제2호 (2003).
- 김선택, 공화국원리와 한국헌법의 해석, 헌법학연구 제15권 제3호 (2009).
- 김승대, 헌법학강론, 법문사, 2017.
- 김연미, 자연권 — 자유와 평등의 그림자, 법학논총 제31권 제2호 (2011).
- 김일환/백수원, 헌법상 투명성원칙에 관한 시론적 고찰, 공법연구 제39집 제2호 (2010).
- 김정현, 아시아 공 개념의 전통과 근대 공동체의식, 민주사회와 정책연구 제13권 (2008).
- 김종철, 공화적 공존의 전제로서의 평등, 헌법학연구 제19권 제3호 (2013).
- 김종철, 한국의 헌법재판과 민주주의 — 입헌민주주의의 공화주의적 재해석을 중심으로, 헌법재판연구 제5권 제2호 (2018).
- 김철수, 헌법개설, 박영사, 2015.
- 김해원, 기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구, 헌법학연구 제15권 제3호 (2009).
- 김해원, 헌법적 논증에서 객관헌법과 주관헌법, 헌법학연구 제16권 제1호 (2010).
- 김해원, 국가행위의 적헌성 판단에 있어서 헌법규범의 적용방식에 관한 연구, 헌법학연구 제16

권 제3호 (2010).

김해원, '평등권'인가 '평등원칙'인가?, 헌법학연구 제19권 제1호 (2013).

김해원, 기본권심사에서 법치국가원칙의 의미, 헌법학연구 제23권 제1호 (2017).

미조구치 유조, 정태섭/김용천(譯), 中國의 公과 私, 신서원, 2004.

박일경, 新憲法, 일명사, 1979.

박현모, 일제 강점기 공화주의와 복벽주의의 대립, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007).

박혜진, 개화기 한국 자료에 나타난 신개념 용어 '민주'와 '공화' —수용과 정착과정을 중심으로—, 일본어교육연구 제26집 (2013).

서장은, 공화주의적 통치구조의 헌법적 구현, 중앙대학교 박사학위논문, 2011.

서희경/박명림, 민주공화주의와 대한민국 헌법 이념의 형성, 정신문화연구 제30권 제1호 (2007).

성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.

신용인, 민주공화주의에 대한 헌법적 고찰, 법학논총 제28권 제3호 (2014).

신용인, 마을공화국의 제도화 방안, 법학논총 제30권 제3호 (2018).

신우철, 헌법과학: 새로운 방법론의 탐색, 동현출판, 2002.

야규 마코토(柳生 眞), 동서양 공공성 연구와 한국적 공공성 탐구 —교토포럼의 연구 성과를 중심으로—, 퇴계학논집 제20호 (2017).

양 건, 헌법강의, 법문사, 2018.

유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.

이계일, 공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰 —고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로—, 법학연구 제21권 제2호 (2011).

이계일, 헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구 —공공선, 공직제를 둘러싼 독일 헌법학계의 논의를 중심으로—, 헌법학연구 제17권 제1호 (2011).

이국운, 공화주의 헌법이론의 구상, 법과 사회 제20호 (2001).

이국운, 민주공화국의 탈권력적 정당화, 법철학연구 제15권 제2호 (2012).

이나미, 한국 자유주의의 기원, 책세상, 2001.

이동수, 민주화 이후 공화민주주의의 재발견, 한국동양정치사상사연구 제6권 제2호 (2007).

이상해, 헌법상 공개성원칙과 인터넷선거의 가능성, 공법학연구 제11권 제4호 (2009).

이승택, 한국 헌법과 민주공화국 —민주공화국의 형성과 전개를 중심으로—, 고려대학교 박사학위논문, 2013.

- 이승환, 한국 및 동양의公私觀과 근대적 변용, 정치사상연구 제6권 (2002).
- 이승환, 동양에서 ‘공적 합리성’의 특성과 근대적 변용 —성리학적 公論觀을 통해 본 ‘진리의 정치’와 ‘관용의 정치’—, 철학연구 제29호 (2005).
- 이영록, 한국에서의 ‘민주공화국’의 개념사 —특히 ‘공화’ 개념을 중심으로—, 법사학연구 제42호 (2010).
- 이정환, 왕권찬탈과 정통주의 군주제: 전근대 중국, 한국, 일본에서의 ‘共和’에 대한 재해석의 역사, 대동문화연구 제82집 (2013).
- 이준일, 기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구, 헌법학연구 제4권 제3호 (1998).
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.
- 이황희, 선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰 —고대에서 중세로의 의미변화를 중심으로—, 헌법학연구 제23권 제1호 (2017).
- 임의영, 형평성의 개념화, 서울행정학회 동계학술대회 발표논문집, 2011.
- 장용근, 공화주의의 헌법적 재검토, 세계헌법연구 제16권 제1호 (2010).
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2017.
- 전종익, 대한민국임시정부 이전 정치체제 구상 —1910년대 군주제와 공화제를 중심으로—, 법사학연구 제56호 (2017).
- 정병화, 공화민주주의모델의 헌법적 가치구성의 의의와 한계점, 한양법학 제28권 제4집 (2017).
- 정상호, 동아시아 공화(共和) 개념의 비교 연구: 한·중·일 3국의 근대화 초기(1900-1920년대)를 중심으로, 한국정치학회보 제50집 제5호 (2016).
- 정상호, 한국에서 공화(共和) 개념의 발전 과정에 대한 연구, 현대정치연구 제6권 제2호 (2103).
- 정원규, 87년 헌법의 공화주의적 해석을 위한 정치철학적 검토, 법철학연구 제18권 제2호 (2015).
- 조맹기, 민세 안재홍의 ‘민주공화국’ 사상 —그의 언론활동을 중심으로—, 언론과 법 제9권 제2호 (2010).
- 조승래, 공화국과 공화주의, 역사학보 제198집 (2008).
- 조승래, 공화국을 위하여: 공화주의의 형성과정과 핵심사상, 길, 2010.
- 조원용, 대의제 의회 입법과정에서 ‘민주’의 의미에 관한 일고찰, 헌법학연구 제20권 제3호 (2014).

- 조원용, 민주공화국에서 의무적 투표 참여제의 합헌성, 헌법학연구 제20권 제4호 (2014).
- 조원용, 민주공화국의 국회입법형성과정에 관한 헌법적 연구 —국회의원의 공화적 속의 구현을 중심으로—, 한양대학교 박사학위논문, 2014.
- 차동욱, 로마 공화정의 공공성 창출을 위한 제도적 장치에 관한 연구: 공화기 로마법의 성격과 관련하여, 21세기정치학회보 제21권 제2호 (2011).
- 최갑수, 제1장 공화국, 공화주의, 프랑스, in: 이용재/박단 外, 프랑스의 열정: 공화국과 공화주의, 아카넷, 2011.
- 한상희, 민주공화국의 의미: 그 공화주의적 실천규범의 형성을 위하여, 헌법학연구 제 9권 제2호 (2003).
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2018.
- 한인섭, 대한민국은 민주공화제로 함 —대한민국 임시헌장(1919.4.11.) 제정의 역사적 의의—, 서울대학교 법학 제50권 제3호 (2009).
- 한태연, 헌법학, 법문사, 1977.
- 한태연, 공화국의 이론적 과제 —미국 헌법과 프랑스 헌법을 중심으로—, 동아법학 제24호 (1998).
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2017.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2018.
- C. Laborde 外, 곽준혁 外(譯), 공화주의와 정치이론, 까치글방, 2009.
- D. Held, 박찬표(譯), 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2010.
- N. Machiavelli, 강정인/김경희(譯), 군주론(제3판 개역본), 까치, 2010.
- P. Badura, 변무웅(譯), 국가법 영역에서 변천하는 법해석학상 이론적 체계 곧 도그마틱의 양상 — 비스마르크 제국으로부터 바이마르 공화국을 거쳐 현재 독일 연방공화국까지 —, 한양법학 제17집 (2005).
- 국립국어원, 표준국어대사전 (<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>)
- 朝鮮王朝實錄 (<http://sillok.history.go.kr/main/main.do>)
- A. v. Arnauld, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: JZ, 2000.

- Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 18, 20. Aufl., 2002.
- F. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23., erw. Aufl. bearbeitet von E. Seebold, de Gruyter, Berlin; New York, 1999.
- F. Wittreck, Republik und (verweigerter) Öffentlichkeit, in: K. Gräfin von Schlieffen(Hrsg.), Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur, Tübingen : Mohr Siebeck, 2018.
- G. Frankenberg, Art. 20 Abs. 1-3 I(Republik), in: E. Denninger (Hrsg.), AK-GG, Bd. I, 2. Aufl., Neuwied, 2001.
- G.—S. Wood, The Creation of the American Republic, Univ. of North Carolina Press, 1998.
- H. Dreier, Art. 20 GG(Republik), in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen, 2006.
- H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, J.C.B. Mohr, 1899.
- J. Isensee, Republik, in: Staatslexikon 4, Freiburg/Basel·Wien: Verlag Herder, 1988.
- J. Isensee, Republik-Sinnpotential eines Begriffs, in: JZ, 1981.
- J. Isensee, Staat im Wort - Sprache als Element des Verfassungsstaates, in: Verfassungsrecht im Wandel, J. Ipsen/H.-W. Rengeling/J. M. Mössner/A. Weber (Hrsg.), Carl Heymanns, 1995.
- J.-J. Rousseau, On the Social Contract, with Geneva Manuscript and Political Economy, in Roger D. Masters, ed. New York : St. Martin's Press, 1978.
- M. Weber, Politik als Beruf, München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1919.
- M. Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- R. Gröschner, Die Republik, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg, 2004.
- S. Huster/J. Rux, Art. 20(Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht), in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), GG, München, 2009.

## | Abstract |

1. Art. 1 Abs. 1 KV lautet: "Korea ist eine demokratische Republik." Dieser vorliegenden Untersuchung ist eine Studie, um einen Begriff der verfassungsrechtlichen Republik zu erstellen. Bisher war das Verständnis der Republik nach Art. 1 Abs. 1 KV verwirrend und kompliziert.

2. In Hinsicht auf den Begriff der Republik konzentriert dieser Artikel sich auf Folgendes: ① "*res publica*" als Etymologie der Republik, ② Tradition und geschichtliche Erfahrung, die mit der Akzeptanz des westlichen politischen Begriffs "Republik" verbunden sind, ③ Die koreanische Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit, ④ Moderne Errungenschaften des republikanischen politischen Denkens(Republikanismus).

3. In diesem Artikel wurden die bestehenden Ansichten zur Republik kritisiert. Und in dieser Studie konzentrieren sich der Verfasser auf die wichtigsten konzeptuellen Elemente der Republik die während des Prozesses der Nachverfolgung der Ursprünge der Republik erworben wurden. Die öffentliche Ding als die wichtigsten konzeptuellen Elemente der Republik unterscheidet sich von der privaten Ding oder der insgesamten Ding. Und die öffentliche Ding ist die Norm, die die folgenden drei Bedeutungen impliziert: ① Grundsatz der Transparenz und der Publizität, ② Gemeinwohl(öffentliches Gut) als Weg zum Verfassungsstaat und seiner Verwirklichung, ③ Grundsatz der praktischen Konkordanz.

4. Damit der Staat als Republik bestehen kann, muss die interne Heterogenität des Staates gemäß öffentliche Ding, die Wert der Verfassungsdimension ist, erhalten, verwaltet und harmonisiert werden. In dieser Hinsicht ist "Republik" nach Artikel 1 Absatz 1 KV eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Steuerung und Kontrolle der Handlungen staatlicher Institutionen.

**Keywords:** *res publica*, Republik, Republikanismus, Publizität, Verfassungsstaat, praktische Konkordanz, öffentlich, privat, insgesamt

# 헌법재판에서 소수의견제도

## Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit

전남대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사(Dr. jur.), 허완중  
Chonnam National University Law School, Associate Prof., Heo, Wan-Jung

### ■ 목 차 ■

|  |     |  |     |
|--|-----|--|-----|
| I. 머리말: 별다른 주목을 받지 못하는 헌법 재판소 결정의 소수의견 | 191 | VI. 소수의견의 요건과 절차                       | 203 |
| II. 의의                                 | 192 | 1. 소수의견을 내는 계기와 의도                     | 203 |
| III. 법적 근거와 연혁                         | 193 | 2. 전원재판부에서만 나타나는 소수의견                  | 203 |
| 1. 법적 근거                               | 193 | 3. 반드시 소수 재판관의 의견이 아닌 소수의견             | 205 |
| 2. 연혁                                  | 194 | 4. 소수의견을 내는 절차                         | 206 |
| IV. 종류와 표시방법                           | 195 | VII. 소수의견 표시는 의무인가? 권리인가?              | 208 |
| 1. 종류                                  | 195 | 1. 소수의견 표시는 재판관의 권리                    | 208 |
| 2. 표시방법                                | 196 | 2. 소수의견 표시 없는 평의의 다수결 공개 가능성           | 209 |
| V. 소수의견제도의 본질과 기능                      | 196 | 3. 소수의견 표시 없는, 소수의견 제시한 재판관 명단의 공개 가능성 | 210 |
| 1. 본질                                  | 196 | VIII. 소수의견의 법적 효력?                     | 210 |
| 2. 기능                                  | 197 | IX. 맺음말: 다양한 기능이 있는 소수의견               | 211 |
| 3. 소수의견제도에 대한 비판                       | 201 |  |     |

## Ⅰ 국문초록

소수의견은 재판의 결론, 즉 헌법재판소의 결정이나 그 이유에 관해서 견해를 달리하는 재판관이 결정서에 표시하는 재판관 개인의 의견을 말한다. 간단히 말해서 소수의견은 법정의견이 아닌 재판관의 의견이다. 소수의견이 있다는 것은 헌법재판소 결정이 재판관들의 만장일치로 이루어지지 않았다는 것을 뜻한다. 헌법재판에서는 법정의견이 언제나 다수 재판관의 의견인 것은 아니다. 소수의견은 늘 소수 재판관의 의견이 아니라서 다수 재판관의 의견이 소수의견이 될 수도 있다. 이러한 점에서 소수의견이라는 용어는 적절하지 않다. 법정의견이 아닌 의견이라는 개념에 맞게 비법정의견이라고 부르는 것이 타당하다. 헌법재판소법 제34조 제1항은 “심판에 참여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 규정하여 소수의견제도의 명시적인 법률적 근거를 둔다. 소수의견은 반대의견, 보충의견, 별개의견으로 나눌 수 있다. 반대의견은 주문에 반대할 때 내는 소수의견이고, 보충의견은 법정의견의 결론에는 동의하나 그 이유를 보충할 때 내는 소수의견이며, 별개의견은 별도의견이라고도 하는데, 법정의견의 결론에는 동의하나 그 이유를 달리할 때 내는 소수의견이다. 소수의견은 전원재판부에서만 나타난다. 소수의견 표시는 재판관의 의무가 아니라 권리이다. 소수의견에는 어떠한 헌법재판소 결정의 효력도 귀속되지 않는다.

소수의견제도는 헌법 해석의 다원성을 기초로 재판부를 구성하는 재판관의 의견을 존중하려는 것이다. 소수의견은 ① 다양한 헌법 해석 결과를 국민에게 알리고, ② 소수의견은 헌법재판소 결정은 해당 사건에 대해서는 최종적이기는 하지만 헌법 해석에 관한 유일한 결론이 아님을 드러내며, ③ 소수의견 허용은 다수의견을 더 분명히 표현하게 할 수 있게 함으로써 헌법재판소의 논증이 종종 외교적 타협의 성격과 같은 형태를 취하는 것을 방지할 수 있고, ④ 다수의견이 소수의견보다 더 설득력이 있다면 다수의견의 타당성을 강조하기도 하며, ⑤ 다수의견보다 소수의견이 더 설득력이 있다면 다수의견의 문제점을 부각하기도 하고, ⑥ 소수의견의 존재는 헌법재판소 결정이 재판관들의 대화와 토론에 따른 결론이라는 것을 보여주며, ⑦ 소수의견제도는 법정의견에 도저히 찬성할 수 없는 재판관이 법정의견에 형식적으로 동의하도록 하거나 동의를 추정받음으로써 자기 양심을 지킬 수 없는 것에서 빠져나올 길을 열어주어 재판관으로서 인격을 지킬 수 있게 해주고, ⑧ 법발전이 촉진되고 때에 따라서는 법규범의 개폐를 유도할 수도 있으며, ⑨ 소수의견제도는 재판관 개개인의 의견을 투명하게 공개함으로써 국민이 헌법재판소나 재판관을 통제할 수 있게 하는 기능이 있다.

**주제어:** 소수의견, 헌법재판소, 헌법재판소 재판관, 합의제, 헌법재판

(논문접수일: 2019. 4. 24. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

## I. 머리말: 별다른 주목을 받지 못하는 헌법재판소 결정의 소수의견

헌법재판소 심판은 헌법재판소법에 특별한 규정이 없으면 재판관 9명 전원으로 구성되는 재판부에서 관장한다(헌법재판소법 제22조 제1항). 즉 헌법재판소 결정은 재판관 9명의 합의를 통해서 이루어진다. 이때 재판관 9명 각자의 의사를 하나로 집약하여 헌법재판소의 의사를 확정하여야 한다. 헌법재판소를 구성하는 재판관들이 유기적 통일체로서 하나의 의사를 형성해 나가는 과정이 평의이다. 평의를 통해서 재판관의 주관성은 헌법재판소의 객관성으로 융합되어 간다. 평의에서 재판관들의 의견이 하나로 통일되지 않으면 평결을 통해서 헌법재판소의 의사를 결정한다. 모든 재판관은 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법재판소법 제4조). 재판부에서 재판할 때 합의를 통해서 재판관의 주관성은 배제되고 판단의 객관성을 도모하여야 한다. 따라서 각 재판관이 자유롭게 의견을 개진할 수 있어야 한다. 이를 위해서 심판 변론과 결정 선고는 공개하지만, 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다(헌법재판소법 제34조 제1항). 이로써 합의의 비밀을 보장한다. 합의의 비밀은 합의를 이르는 진행 과정과 각 재판관이 교환한 실질적인 의견내용 전부에 관해서 지켜져야 한다. 그러나 심판에 참여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제3항). 이러한 범위에서 합의의 비밀은 배제된다. 헌법재판에서 개별 의견 표시 인정은 헌법해석의 상대주의와 다원주의에서 비롯한다. 재판관들의 의견이 둘 이상으로 갈라질 때 결정정족수를 통해서 하나의 헌법재판소 의견이 확정되더라도, 그 의견은 결정 시점을 기준으로 해당 사건과 관련하여 헌법해석이 최종적으로 확정된 것에 불과하고, 헌법해석은 앞날을 향해서는 개방됨, 즉 앞으로 바뀔 수 있음을 소수의견이 보여준다.<sup>1)</sup>

대법원 재판과 비교하여 헌법재판소 결정에는 소수의견이 자주 등장한다. 이러한 점에 비추어 헌법재판에서 소수의견이 남발되거나 남용된다는 의심도 든다. 때로는 소수의견이 법정의견이 아니고 결정의 효력이 부여되지 않는다는 이유로 크게 주목받지 못하고, 헌법재판소 스스로 이후 심판에서 소수의견을 제대로 고려하지 않는 모습도 볼 수 있다. 이러한 상황은 소수의견의 기능과 한계 등이 충분히 검토되지 않은 결과로 보인다. 실제로 헌법재판에서 소수의견제도에 관한 논의는 찾기 어렵다. 따라서 여기서는 헌법재판에서 소수의견제도를 체계적으로 살펴보고자 한다.

1) 정종섭, 헌법소송법(제8판), 박영사, 2014, 169쪽.

## II. 의의

헌법재판소 재판부는 9명의 재판관으로 구성된다(헌법재판소법 제22조 제1항). 그리고 재판부는 중국심리에 관여한 재판관 과반수 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다(헌법재판소법 제23조 제2항 본문). 다만, 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정이나 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때는 재판관 6명 이상 찬성이 있어야 한다(헌법 제13조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호). 헌법재판소 재판부가 복수의 재판관으로 구성되고, 결정이 다수결이나 6명 이상 찬성으로 결정되므로, 헌법재판소가 내리는 결정에 찬성하지 않는 재판관이 있을 수 있다. 이러한 재판관의 의견을 소수의견이라고 한다. 정확하게 소수의견이란 재판의 결론, 즉 헌법재판소의 결정이나 그 이유에 관해서 견해를 달리하는 재판관이 결정서에 표시하는 재판관 개인의 의견을 말한다. 간단히 말해서 소수의견은 법정의견이 아닌 재판관의 의견이다. 이는 법률상 용어가 아닌 강학상 용어이다. 소수의견이 있다는 것은 헌법재판소 결정이 재판관들의 만장일치로 이루어지지 않았다는 것을 뜻한다. 즉 소수의견은 자기 의견 고수를 뜻하는 것이 아니라 충분한 합의과정을 거치고서도 좁혀지지 않는 재판관들 사이의 의견 차이가 있음을 뜻한다. 따라서 소수의견은 언제나 충분한 합의과정을 전제한다.

헌법재판에서는 법정의견이 언제나 다수 재판관의 의견인 것은 아니다. 소수의견도 늘 소수 재판관의 의견이 아니라서 다수 재판관의 의견이 소수의견이 될 수도 있다. 즉 헌법재판소 결정이 언제나 수적으로 많은 쪽의 의견대로 내려지는 것이 아니라서, 소수의견이 언제나 수적으로 적은 쪽의 의견을 가리키지 않는다. 이러한 점에서 소수의견이라는 용어는 적절하지 않다.<sup>2)</sup> 법정의견이 아닌 의견이라는 개념에 맞게 비법정의견이라고 부르는 것이 타당하다. 다만, 여기서는 의사소통의 편의상 일반적으로 사용하는 소수의견이라는 용어를 일단 사용하기로 한다.

헌법재판소 결정은 크게 (결정)주문과 (결정)이유로 나눌 수 있다. 결정이유는 중요이유와 방론으로 구성된다. 중요이유는 일반적으로 주문에 표현된 결론을 바꾸지 않고는 헌법재판소의 추론에서 배제할 수 없는 이유이다. 방론은 논의되는 부수적 근거를 말한다. 결정주문은 법정의견을 표시한다. 따라서 법정의견의 부수적 근거인 방론과 법정의견이 아닌 의견인 소수의견을 구별하여야 한다. 즉 방론은 법정의견 일부이지만, 소수의견은 법정의견에 속하지 않는다. 따라서 방론은 결정주문과 부분적으로나 간접적으로라도 관련이 있지만, 소수의견은 (긍정적 의미에서) 결정주문과 관련이 없다.

2) 따라서 재판부에서 합의 결과 다수의견과 결론이나 이유를 달리하는 의견을 소수의견이라고 하는 견해[신봉기, 헌법재판에 있어서의 소수의견제도, 고시연구 제21권 제9호(통권 제246호)(1994. 9.), 50쪽]는 문제가 있다.

### Ⅲ. 법적 근거와 연혁

#### 1. 법적 근거

헌법재판소법 제34조 제1항은 심판 변론과 결정 선고는 공개하지만, 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다고 규정한다. 따라서 평의 결론에 찬성하지 않는 재판관이 평의 결론에 영향을 줄 목적으로 평의 내용을 선고 전에 미리 언론이나 외부에 알릴 수 없다. 재판관의 이러한 행위는 탄핵사유에 해당하고 형사책임도 면할 수 없다.<sup>3)</sup> 평의 비공개는 헌법재판의 독립성을 보장하려는 것이다.

헌법재판소는 헌법재판소 재판관들의 평의를 공개하지 않는다는 것은 평의 경과뿐 아니라 재판관 개인의 개별적 의견과 그 의견의 수 등을 공개하지 않는다는 뜻이라고 한다. 따라서 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하려면 이러한 평의 비밀에 관한 특별규정이 있어야 한다고 한다. 이에 대해서 헌법재판소법 제34조 제1항 취지는 최종결론에 이르기까지 그 외형적인 진행과정과 교환된 의견 내용에 관해서는 공개하지 아니한다는 평의과정 비공개를 규정한 것이지, 평의 결과 확정된 각 관여 재판관의 최종적 의견마저 공개하여서는 아니 된다는 취지는 아니고, “법률의 위헌심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라는 구 헌법재판소법 제36조 제3조는 탄핵심판과 정당해산심판에서 일률적으로 의견표시를 강제하는 것이 적절하지 아니한데도 의견표시를 하여야만 하는 문제점이 있을 수 있어서 이를 방지하고자 하는 고려에 그 바탕을 둔 법규정으로서, 탄핵심판에서 의견을 표시할지는 관여한 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 이해하여야 한다는 소수의견이 있었다.<sup>4)</sup>

헌법재판소법 제36조는 재판부가 종국결정을 할 때 결정서에 주문과 이유를 기재하도록 함으로써 평의와 평결의 주요 부분이 알려지게 되는데, 헌법재판소법 제36조에서 말하는 주문과 이유는 ‘재판부’의 주문과 이유이므로, 그 밖의 다른 여러 의견은 평의 비밀 제한 때문에 결정문에 기재함으로써 공표할 수 없고, 이에 대한 예외를 인정하려면 법정책적 필요성을 이유로 개별 재판관의 의견 표시를 허용하는 법률적 근거가 있어야 한다는 견해가 있다.<sup>5)</sup> 이에 대해서 헌법재판소법 제34조 제1항 평의 비공개는 평의 진행과정을 공개하지

3) 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011, 273쪽; 정종섭(주 1), 172쪽; 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015, 72쪽.

4) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 659.

5) 김하열, 탄핵심판에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문, 2005, 226~227쪽; 같은 사람, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 210쪽.

않는다는 것이므로, 이것이 평의에서 주장된 다른 의견을 공개하여서는 아니 된다는 뜻은 아니라는 견해가 있다.<sup>6)</sup> 소수의견처럼 평의비공개원칙은 평의의 최종결론인 평결에 이르기까지 재판관들 사이에 오고 가고 한 의견 내용이나 평의의 구체적인 과정을 공개하지 않는다는 뜻으로 새겨야 한다는 견해도 있다.<sup>7)</sup>

평의 공개 여부는 법논리적 결론이 아니라 입법론적 선택이라는 점에서 헌법재판소법이 평의 비공개를 규정하여도 그것은 입법목적에 맞게 해석하여야 한다. 평의 비공개의 목적은 헌법재판의 독립성 보장이다. 따라서 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서 평의 비공개를 해석하여야 한다. 평의 진행과정이 공개되지 않고 법정의견이 아닌 의견 공개가 강제되지 않는다면 재판의 독립성은 충분히 보장된다. 이러한 전제 아래 법정의견이 아닌 의견 공개 여부를 재판관 자신에게 맡긴다면 그리고 그 공개 시점을 재판의 결론이 확정되는 시점 이후로 한정한다면 재판의 독립성은 침해되지 않는다. 그리고 헌법재판소법 제36조 제2항은 결정서를 작성할 때 적어야 할 필수적 사항으로 이해하여야 하므로, 여기서 주문과 이유가 법정의견에 관한 것이라도 그것이 소수의견을 적을 수 없다는 뜻으로 이해하기는 어렵다. 또한, 구 헌법재판소법 제36조 제3항은 물론 현행 헌법재판소법 제36조 제3항이 ‘하여야 한다.’라는 강제적 표현을 사용한다는 점에 비추어 강제 대상에서 배제한다는 것을 곧바로 금지로 이해할 수는 없을 것이다. 이러한 점에 비추어 소수의견 표시를 허용하는 법률적 근거가 있어야만 소수의견을 표시할 수 있는 것으로 보기는 어렵다. 즉 헌법재판소법 제34조 제1항 단서의 평의 비공개 대상은 평의 진행과정으로 보아야 할 것이다. 하지만 헌법재판소법 제36조 제3항은 “심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”<sup>8)</sup>라고 규정하여 소수의견제도의 명시적인 법률적 근거를 둔다. 그러나 현재 헌법재판소규칙에는 소수의견의 표시방법이나 제출절차에 관한 아무런 규정이 없으므로, 이 문제는 관행에 의존하여 해결된다.

## 2. 연혁

소수의견제도는 영국의 개별의견제도(seriatim opinion)에서 출발한다. 최고법원 재판에서 소수의견제도는 영미법계 국가에서 발원하여 대륙법계 국가로 확산하였다. 예를 들어 대륙법계 국가인 독일은 1970년 12월 21일 연방헌법재판소법 개정을 통해서 소수의견제도가 들어왔다. 대륙법을 계수한 한국법에는 미국 군정의 영향으로 말미암아 처음 법제를 마련할

6) 신봉기(주 2), 68쪽.

7) 신 평(주 3), 273쪽.

8) 이는 “법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 규정하였던 구 규정을 개정한 것이다.

때부터 소수의견제도가 수용되었다.

대법원의 소수의견제도는 1949년 9월 26일에 제정되어 1949년 8월 15일 시행된 법원조직법 제20조 “대법원재판서에는 합의에 관여한 대법관의 법률상이견을 첨서할 수 있다.”에 따라서 만들어졌다. 이 규정은 1961년 9월 1일에 시행된 법원조직법 제20조에서 “대법원재판서에는 관여한 각대법원판사의 의견을 표시하여야 한다.”라고 개정되었다. 이후 1988년 2월 25일 시행된 법원조직법 제15조에서 “대법원재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다.”로 개정되었다가, 2014년 12월 30일 시행된 법원조직법 제15조에서 “대법원 재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다.”로 바뀌어 현재에 이른다.

한국 헌법재판에서 재판관의 개별 의견을 표시하는 제도는 1950년 헌법위원회법이 제정될 때부터 채택되었다.<sup>9)</sup> 이때 개별 의견을 표시하는 것은 임의성을 띠었다. 1961년 헌법재판소법<sup>10)</sup>과 1973년 헌법위원회법<sup>11)</sup>은 개별 의견 표시를 필수적인 것으로 정하였다. 1961년 헌법재판소법은 개별 의견 표시에 제한이 없었다. 그러나 1973년 헌법위원회법은 개별 의견 표시를 위헌여부심판에 한정하였다. 1973년 헌법위원회법 규정은 1982년 개정과 1987년 개정에서도 그대로 유지되었다. 1988년 헌법재판소법을 제정하면서 제36조 제3항에서 “법률의 위헌심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 규정하였다. 그러다가 2005년 7월 29일 “심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 개정하였다.

## IV. 종류와 표시방법

### 1. 종류

법정의견의 결론이나 이유 전부나 일부에 관해서 동의하지 않을 때 재판관은 소수의견을 낼 수 있다. 소수의견은 반대의견, 보충의견, 별개의견으로 나눌 수 있다. ① 반대의견은 헌법재판소의 법정의견, 즉 주문에 반대할 때 내는 소수의견이다. 반대의견은 법정의견에 반대하는 내용이지만, 법정의견이 먼저 작성되므로 법정의견이 반대의견을 반박하는 때는

9) 제21조 “헌법위원회의 결정에 관계한 위원과 예비위원은 위원회의 결정에 이의가 있을 때에는 결정서에 의견을 발표할 수 있다.”

10) 제14조 “헌법재판소의 재판서에는 합의에 관여한 각심판관의 의견을 첨서하여야 한다.”

11) 제46조 “위헌심판에 관여한 위원은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”

드물다. ② 보충의견은 법정의견의 결론에는 동의하나 그 이유를 보충할 때 내는 소수의견이다. 때로는 반대의견에 대한 반론을 전개할 때 내기도 한다. ③ 별개의견은 별도의견이라고도 하는데, 법정의견의 결론에는 동의하나 그 이유를 달리할 때 내는 소수의견이다. 그러나 이러한 소수의견의 기능에 따른 구별이 언제나 명확한 것은 아니다. 때로는 여러 기능을 수행하는 소수의견이 나타나기도 한다.

## 2. 표시방법

헌법재판소법 제36조 제3항의 법문상 소수의견은 결정서에 표시되어야 한다. 따라서 소수의견은 다수의견과 함께 하나의 결정문을 이룬다. 소수의견을 낸 재판관도 다수의견을 낸 재판관들과 함께 그 결정문 끝에 서명·날인하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제2항 참조). 다만, 소수의견이 헌법재판소의 공식의견(법정의견), 즉 재판 결론이 되는 것이 아님은 물론이다.

긴급한 사건에서 재판이 소수의견 제출 전에 먼저 선고되거나 송달될 수 있는지가 문제된다. 이에 관한 명문 규정이 없으므로 전적으로 헌법재판소법 제36조 제3항 해석에 따른다고 할 것이다. 법문은 '결정서'에 소수의견을 표시하라고 요구하므로 원칙적으로 소수의견 제출 전에 먼저 선고되거나 송달될 수는 없다. 다만, 재판 결론 및 결정요지와 함께 소수의견 존재와 그 요지를 법정에서 발표하고 나서(헌법재판소 심판 규칙 제48조) 송달 전에 결정문을 보충할 수는 있다. 이때 보충은 요지를 변경하는 데 이르러서는 아니 된다.

## V. 소수의견제도의 본질과 기능

### 1. 본질

소수의견이 가능한 것은 헌법재판소 결정이 법규범이 아니라 재판이기 때문이다. 법규범은 획일적인 기준이지만, 재판은 법규범의 해석 결과이다. 9명의 재판관으로 구성되는 헌법재판소 재판부는 합의제원칙에 따라 하나의 결론을 도출한다. 합의제원칙으로 말미암아 헌법재판소 결정은 일방적이거나 독단적이거나 편협한 결정이 아니라 합리적이고 공정한 결정으로 추정받는다. 재판부 안에서 9명의 재판관은 결정할 때 동등한 위치에서 함께 관여한다. 따라서 9명의 재판관은 합의적 심리 범위 안에서 서로 통제하고 영향을 주고받을 수 있다. 그런데 재판관은 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법재판소법 제4조). 여기서

양심은 재판관 자신의 독자적 판단과 관련된다. 소수의견제도는 합의제원칙에 따른 헌법재판소 심판에서 각 재판관이 자신의 양심을 지킬 수 있게 한다. 즉 소수의견제도는 각 재판관이 다른 의견을 주장할 수 있음을 전제한다. 이것은 헌법 해석의 다원성에서 비롯한다. 즉 각 재판관이 헌법 문제를 해결하기 위해서 선택한 헌법 해석 방법과 다양한 고려사항에 따라 다양한 결론이 도출될 수 있다. 특히 재판관의 선이해, 특히 정치적인 견지에서 도출되는 선이해는 특별한 의미가 있다. 합의제는 서로 다른 의견이 있는 재판관들이 대화와 타협을 통해서 하나의 결론을 도출하는 것이다. 그러므로 소수의견이 표시된다는 것은 헌법재판소 재판부가 합의에 실패하였음을 드러낸다. 요컨대 소수의견제도는 헌법 해석의 다원성을 기초로 재판부를 구성하는 재판관의 의견을 존중하려는 것이다.

## 2. 기능

① 모든 사람이 어차피 알거나 추측하는 것을 투명하게 공개하는 것이 소수의견제도의 큰 장점이다.<sup>12)</sup> 헌법재판에는 본질에 비추어 헌법 해석이 수반된다. 그런데 헌법을 해석할 때 다양한 결과가 도출될 수 있다. 소수의견제도는 이러한 다양한 헌법 해석 결과를 국민에게 알리는 기능을 수행한다.<sup>13)</sup> 이를 통해서 사회통합기능의 일정한 한계를 확인하고 다양한 의견을 수용하여 적정한 이견 공간을 확보함으로써 열린 대화와 토론의 가능성을 담보할 수 있다.<sup>14)</sup> 그리고 소수의견은 헌법재판소 결정에 진심으로 승복하지 못하는 개인이나 집단에 게도 (자신의 견해가 잘못된 것이 아니고, 고도로 숙달된 재판관 일부가 그러한 견해에 동의함을 문서로 공식적으로 선언함으로써<sup>15)</sup> 자기 생각과 이익이 무시되지 않았고, 나중에 대화와 토론의 주제가 될 수 있음을 확인해 준다.<sup>16)</sup> 이를 통해서 소수의견은 헌법재판소 결정이 헌법적으로 당연한 결론이 아님을 명확하게 확인한다.<sup>17)</sup> 그와 함께 소수의견은 사회 변화를

12) Herbert Bethge/Franz Klein, Verbindlichkeit der Entscheidung, in: Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar, Bd. 1, München 2017 (Stand: Januar 2017), § 30 Rdnr. 6.

13) 정종섭(주 1), 170쪽.

14) 이덕연, 헌법재판에서 입법형성의 자유와 입증책임 - 반대의견의 의의와 기능 -, 헌법판례연구 제6권(2004), 183쪽.

15) Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, § 20 Rdnr. 41.

16) 이덕연(주 14), 184쪽; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 52 참조.

17) Christian Burkiczak, Beratungsgeheimnis, Verkündung, Sondervotum, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 30 Rdnr. 50.

선도하거나 바뀐 사회에 순응하거나 대비하는 기능을 수행한다. 이것은 소수의견이 나중에 결국 다수의견이 되었던 많은 사례에서 확인할 수 있다.<sup>18)</sup> 또한, 익명성이 제거됨으로써<sup>19)</sup> 재판관들은 자신의 헌법적·역사적 책임을 충실히 이행하려고 노력하게 된다. 소수의견은 국민에게 해당 사건에 관한 다양한 해결방식이 있음을 알려주는 교육적 효과도 있다.

② 헌법재판소 판례는 이후 사건에 선례로서 기능한다. 그러나 헌법재판소 판례는 선례적 구속력이 있는 것에 불과하다. 즉 헌법재판소 판례는 이후 사건에서 언제든지 바뀔 수 있다. 소수의견은 헌법재판소 결정은 해당 사건에 대해서는 최종적이기는 하지만 헌법 해석에 관한 유일한 결론이 아님을 드러낸다.<sup>20)</sup> 소수의견제도는 지금 내리는 헌법재판소 결정이 절대적이지 아니라는 것을 밝혀줌으로써 앞으로 헌법재판소 판례가 변경될 수 있음을 알려준다.<sup>21)</sup> 예를 들어 헌법재판소는 2004년 8월 26일 선고한 2002헌가1 결정과 2004년 10월 28일 선고한 2004헌바61등 결정에서 구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항 제1호에 대해서 합헌결정을 하였고, 2011년 8월 30일 선고한 2008헌가22등 결정에서는 구 병역법(2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항 제1호와 구 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되고, 2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항 제1호에 대하여 합헌결정을 하였다. 그러나 2018년 6월 28일 선고한 2011헌바379 결정에서는 종전과 달리 병역법 제88조 제1항(처벌조항)뿐 아니라 제5조 제1항(병역종류조항)도 심판대상으로 삼아, 병역종류조항에 대해서 재판관 6(헌법불합치) : 3(각하)의 의견으로 헌법불합치결정을, 처벌조항에 대하여 재판관 4(합헌) : 4(일부위헌) : 1(각하)의 의견으로 합헌결정을 선고하였다. 양심적 병역거부를 줄곧 인정하지 않던 헌법재판소가 병역의 종류에 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역법 제5조 제1항은 헌법에 합치하지 않는다고 선언한 것이다. 이러한 점에서 소수의견은 논의를 촉발할 수 있다. 그리고 이것 때문에 이미 합헌결정이 내려진 법률에 대해서 새로운 헌법재판이 이루어지는 것이고, 이로 말미암아 헌법재판소 결정이 헌법 자체가 아니라 헌법 해석에 불과함이 명확하게 드러난다. 나아가 소수의견은 때에 따라 판례 변경의 가능성과 그 내용을 예측하게 하여

18) 예를 들어 헌법재판소는 4차례에 걸쳐서 간통 및 상간행위를 처벌하는 형법 제241조에 대해서 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 내렸다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306; 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70, 판례집 5-1, 18; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480; 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등, 판례집 20-2상, 696). 그러다가 2015년 12월 6일 이 조항이 헌법에 위반된다고 선언하였다(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등, 판례집 27-1상, 20).

19) 신봉기(주 2), 67쪽; Herbert Bethge/Franz Klein (Anm. 12), § 30 Rdnr. 6.

20) Klaus Schlaich/Stefan Koriototh (Anm. 16), Rdnr. 51.

21) 이덕연(주 14), 184쪽; 정중섭(주 1), 170쪽 참조.

법적 안정성에 이바지할 수도 있다.<sup>22)</sup>

③ 소수의견 허용은 다수의견을 더 분명히 표현하게 할 수 있게 함으로써 헌법재판소의 논증이 종종 외교적 타협의 성격과 같은 형태를 취하는 것을 방지할 수 있다.<sup>23)</sup> 특히 소수의견의 공격을 받는 다수의견은 자신의 내용과 형식을 더 정교하게 다듬을 수밖에 없다.<sup>24)</sup> 그리고 때에 따라서 다수의견 자체만으로 이해하기 어려울 때도 있는데, 이때 소수의견을 통해서 다수의견을 쉽게 이해할 수도 있다.

④ 다수의견이 소수의견보다 더 설득력이 있다면 소수의견은 다수의견의 타당성을 강조하는 기능을 한다.<sup>25)</sup> 이때 소수의견은 다수의견이 왜 그렇게 결정하였는지 그리고 왜 달리 결정하였는지를 명확하게 드러낸다.<sup>26)</sup>

⑤ 다수의견보다 소수의견이 더 설득력이 있다면 소수의견은 다수의견의 문제점을 부각할 수 있다.<sup>27)</sup> 소수의견을 내는 재판관들은 자신이 열등해서 패배한 것이 아니라는 것을 논증의 질과 밀도로써 증명하고, 다수의견보다 더 상세하게 서술하고 핵심을 찌름으로써 증명하여야 한다.<sup>28)</sup> 위대한 반대자는 반대행위가 아니라 합리적인 객관적 논증을 통해서 인정받는다.<sup>29)</sup> 특히 소수의견은 다수의견의 정치성이나 대담성, 위험성을 뚜렷하게 보여줄 수 있다.<sup>30)</sup> 예를 들어 신행정수도건설을위한특별조치법 위법 확인 사건<sup>31)</sup>이나 통합진보당 해산 사건<sup>32)</sup>에서는 단 한명의 재판관이 소수의견을 제시하였지만, 이를 통해서 법정의견의 문제점이 명확하게 드러난다. 이러한 상황을 피하려고 다수의견을 내는 재판관들은 더욱 심사숙고하게 되고 더 설득력 있는 논리를 개발하려고 노력하게 된다.<sup>33)</sup>

⑥ 소수의견의 존재는 헌법재판소 결정이 재판관들의 대화와 토론에 따른 결론이라는 것을 보여준다. 이로써 소수의견은 헌법재판소 결정이 일방적인 다수의견의 표시가 아니라 다양한 의견을 수렴하여 검토한 결과임을 보여준다. 즉 소수의견은 헌법재판소 결정이 치열한 논쟁을

22) 서보건, 헌법재판에서 소수의견표시제에 관한 연구, 헌법학연구 제10권 제3호(2004), 421~422쪽.

23) Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 16), Rdnr. 51.

24) 박우동, 대법원전원합의체재판에 있어서의 의견의 표시, 민사법과 환경법의 제문제(송헌 안이준박사 화갑기념 논문집), 박영사, 1986, 423쪽 참조.

25) 정중섭(주 1), 170쪽; Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 16), Rdnr. 51.

26) Christian Pestalozza (Anm. 15), § 20 Rdnr. 41.

27) 정중섭(주 1), 170쪽.

28) Herbert Bethge/Franz Klein (Anm. 12), § 30 Rdnr. 6.

29) 정중섭(주 1), 171쪽.

30) Klaus Schlaich/Stefan Koriath (Anm. 16), Rdnr. 52.

31) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2, 1.

32) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1.

33) 허 영, 헌법소송법론(제13판), 박영사, 2018, 168쪽; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012, Rdnr. 369.

통한 진지한 합의의 산물임을 드러낸다. 이를 통해서 국민은 헌법재판소 결정이 합리적이고 공정한 결정으로 인식하게 만들어 헌법재판소 결정의 민주적 정당성을 보강하고 강화한다. 이를 통해서 헌법재판소의 권위도 높아질 수 있다.<sup>34)</sup>

⑦ 소수의견은 법정의견에 동의하지 않는 재판관이 결정서에 서명날인하여야 할 근거를 제공한다(헌법재판소법 제36조 제2항). 즉 소수의견제도는 법정의견에 도저히 찬성할 수 없는 재판관이 법정의견에 형식적으로 동의하도록 하거나 동의를 추정받음으로써 자기 양심을 지킬 수 없는 것에서 빠져나올 길을 열어주어 재판관으로서 인격을 지킬 수 있게 해준다.<sup>35)</sup> 즉 소수의견은 다수의견처럼 표현할 통로를 보장받음으로써 소수 재판관은 자기 견해의 패배와 비구속성에 대해서 공식적으로 보상받는다. 이를 통해서 소수의견은 패배를 인정할 수 있고, 다수의견과 화해하고 동료의식을 강화할 수 있다.<sup>36)</sup> 더불어 다수결의 한계는 어느 정도 보완될 수 있다.

⑧ 소수의견은 공인된 이견이다. 따라서 소수의견이 제시되면, 다음에 같은 문제를 다시 헌법재판소가 판단할 때 이에 관한 검토를 하여야 한다. 구체적으로 말해서 해당 결정에서 소수의견은 다수의견이 작성되고 나서 작성되므로 다수의견은 평의과정에서 나온 내용을 토대로 반박하는 것 이상의 소수의견 검토를 하기 어렵다. 즉 일반적으로 다수의견이 소수의견을 직접 비판할 수는 없다. 하지만 다음 결정에서 다수의견을 그대로 유지한다고 하여도 명확하게 제시된 다른 의견인 소수의견을 왜 수용할 수 없는지에 관한 설명이 있어야 한다. 이에 관한 공식적인 검토는 헌법재판소 결정에서 이루어진 바가 없을 뿐 아니라 가능한 다른 의견을 충분히 검토하지 않으면 다수의견은 설득력을 확보하기 어렵기 때문이다. 그리고 소수의견은 헌법재판소가 검토하여야 할 논점과 이론을 제시하는 기능이 있다. 이러한 점에서 선례를 요약정리하고 나서 선례를 변경할 이유가 없다고만 언급하는 헌법재판소 관례는 문제가 있다. 특히 법정의견에서 소수의견에 대한 검토와 반론이 없는 것이 일반적이라는 점에서 이후 결정에서 선례를 유지할 때 소수의견에 대한 검토와 반론이 있어야 할 것이다. 소수의견을 통해서 재판관들 사이의 의사소통이 촉진되고 핵심쟁점이 표출되면서 정리될 수 있을 뿐 아니라 다수의견은 자기 의견을 진지하게 다시 검토하는 계기가 마련되고 당사자가 다수의견을 이해하는 데 도움을 줄 수 있으며 학계에서 효과적인 토론을 하는 중요한 단서를 제공할 수 있다.<sup>37)</sup> 이에 따라 법발전이 촉진되고 때에 따라서는 범규범의 개폐를 유도할 수도 있다.

34) 박우동(주 24), 423~424쪽; 정종섭(주 1), 170쪽 참조.

35) 김하열(주 5, 헌법소송법), 212쪽; 신봉기(주 2), 67쪽; 한수용/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 399쪽; Herbert Bethge/Franz Klein (Anm. 12), § 30 Rdnr. 6; Klaus Schlaich/Stefan Koriöth (Anm. 16), Rdnr. 52.

36) 이상 Christian Pestalozza (Anm. 15), § 20 Rdnr. 41.

특히 소수의견은 해석의 어려움을 명확하게 드러냄으로써 범규범 자체의 문제점을 지적하여 범규범 개선을 촉구할 수 있다. 소수의견을 통하여 헌법재판소 결정이 내려지는 과정이 살살이 공개되면서 헌법 해석의 대화적 성격이 명확해진다.

⑨ 소수의견제도는 재판관 개개인의 의견을 투명하게 공개함으로써 국민이 헌법재판소나 재판관을 통제할 수 있게 한다. 소수의견제도에 따라 각자 의견이 공개되므로 이에 대한 비판적 논의의 실마리가 제공된다.<sup>38)</sup> 이에 따라 각 재판관은 편파적인 의견을 제시하기 어려워지고, 합리적인 의견을 제시하도록 강제된다. 국민은 재판관의 의견을 평가하고 비판하여 각 재판관의 행위를 통제할 수 있다. 특히 재판관 탄핵의 중요한 근거를 제공할 수 있다. 다만, 소수의견의 내용에 문제가 있다는 점은 비판받을 수 있으나, 소수의견을 자주 내거나 헌법해석학적 측면에서 가능한 특정 소수의견을 냈다는 것만으로 해당 재판관을 비판하는 것은 문제가 있다. 소수의견을 내는 것은 재판관의 권한일 뿐 아니라 의무이기도 하기 때문이다. 오히려 법학적 사유가 아닌 다른 이유로 소수의견을 내지 않았다면 해당 재판관은 비판받아야 한다. 이러한 점에서 재판관 후보자에 대한 국회의 청문회 과정에서 특정 사안에 관한 후보자의 의견 제시를 요구하는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 그리고 특정 사건에서 소수의견을 냈거나 소수의견을 자주 냈다는 것을 헌법재판소장 결격사유로 삼는 것은 문제가 있다.

### 3. 소수의견제도에 대한 비판

소수의견제도에 관해서는 다양한 비판이 있다. 먼저 ① 소수의견을 공개함으로써 내적으로는 재판부 내부의 평의 분위기가 나빠질 것이고<sup>39)</sup>(재판관 서로 간에 자기선전과 논쟁을 되풀이하여 합의 목적을 망각하고 감정대립을 불러일으킬 수 있고<sup>40)</sup>, ② 많은 재판관이 과시욕이나 명예욕으로 스스로 과시하려고 하거나 이름을 남기려 하면서 소수의견이 남발될 수 있으며, ③ 재판관 평의에서 충돌이 생기는 것을 피하려고 (바라지 않는) 타협을 하거나 타협점을 찾게 될 것이고,<sup>41)</sup> ④ 의견이 공포될 것을 우려하여 진솔한 의견 주장이 안 될 것이라고 한다.<sup>42)</sup> ⑤ 소수의견은 헌법재판소 결정을 수긍하는 데 의문을 제기하는 계기가 되어 재판의

37) 이상 이덕연(주 14), 184~185쪽; 정종섭(주 1), 170쪽 참조.

38) Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Anm. 33), Rdnr. 370.

39) 신봉기(주 2), 67쪽.

40) 박우동(주 24), 423쪽.

41) 김하열(주 5, 헌법소송법), 212쪽; 신봉기(주 2), 67쪽; 한수용/정태호/김하열/정문식(김하열 집필)(주 35), 399쪽.

42) 신봉기(주 2), 68쪽

신뢰성을 의심하는 계기가 될 수도 있다고 한다.<sup>43)</sup> 그리고 ⑥ 재판관들이 사건을 충분히 심리하지 않았다는 인상을 주어 헌법재판소 및 재판의 권위와 법적 안정성을 손상하는 단점이 있다고 한다.<sup>44)</sup> 특히 ⑦ 분열된 의견을 담은 헌법재판소 결정은 그 힘이 약하고, 그것만으로도 법을 안정화하는 효과를 의심받는다고 한다.<sup>45)</sup> 또한, ⑧ 정치적으로 불안한 국가에서는 재판관의 독립성을 약하게 할 수도 있다고 한다.<sup>46)</sup> 그 밖에 ⑨ 소수의견은 사건의 결론을 좌우하지 않으므로 무책임하기 쉽고 재판의 본질을 해칠 수 있고,<sup>47)</sup> ⑩ 외부 영향에 종속될 위험도 있으며,<sup>48)</sup> ⑪ 국민통합을 저해할 수도 있다고 한다.<sup>49)</sup>

① 소수의견이 공개된다고 하여 헌법재판소 결정이 도출되는 전 과정이 공개되는 것이 아닐 뿐 아니라 평의 이후에 정제된 의견이 공개된다는 점에서 소수의견제도가 평의 과정 자체에 미치는 영향이 크다고 볼 수 없고, ② 소수의견에 설득력이 있는지에 따라 평가를 받는다는 점에서 소수의견을 함부로 낼 수 있는 것이 아니며, ③ 소수의견 공개는 자기 의견을 주장할 기회를 부여하여 오히려 자기 의사에 어긋나는 타협에서 벗어날 수 있게 하고, ④ 공개를 원하지 않으면 재판관이 언제든지 자기 의견을 철회할 수 있으며 공개하더라도 자기 의견을 다듬을 수 있어 진솔한 의견 주장에 미치는 영향이 크다고 보기 어렵다. 그리고 ⑤ 다수의견이 소수의견 때문에 재판의 신뢰성이 의심받게 되는 지경에 이른다면 다수의견 자체는 소수의견과 상관없이 문제가 있다고 볼 수 있고, ⑥ 헌법재판소 및 재판의 권위와 법적 안정성은 소수의견이 있어서 손상되는 것이 아니라 다수의견 자체가 타당성이 없을 때 손상되는 것이며, ⑦ 헌법재판소 결정의 힘도 그 타당성에 비례하여 커진다. 또한, ⑧ 정치적으로 불안한 국가에서 소수의견은 사법부가 정의의 목소리를 낼 수 있는 중요한 수단이고, ⑨ 소수의견도 평가를 받는다는 점에서 책임을 회피할 수 없으며 다양한 해석은 재판의 전제이고, 의미 없는 소수의견을 계속 내면 재판관으로서 자질과 적격 여부에 의문을 제기하게 할 것이며,<sup>50)</sup> ⑩ 소수의견 공개 때문에 외부 영향을 받는 사법부가 소수의견을 공개하지 않는다고 하여서 외부 영향에서 벗어날 수는 없고, ⑪ 합의를 위해서 충분히 노력한다면(그래서 무분별한 소수의견 남발이 억제된다면), 소수의견 공개는 다양한 의견을 반영하고 순화하

43) 신봉기(주 2), 68쪽.

44) 김하열(주 5, 헌법소송법), 212쪽; 박우동(주 24), 423쪽; 같은 사람, 재판합의의 외형과 내면, 인권과 정의 제386호(2008. 10.), 145쪽; 서보건(주 22), 416~417쪽; 정중섭(주 1), 171쪽; 한수용/정태호/김하열/정문식(김하열 집필)(주 35), 399쪽.

45) 박우동(주 24), 423쪽; 서보건(주 22), 417쪽.

46) 신봉기(주 2), 68쪽.

47) 박우동(주 24), 423쪽; 신봉기(주 2), 68쪽.

48) 김하열(주 5, 헌법소송법), 212쪽; 한수용/정태호/김하열/정문식(김하열 집필)(주 35), 399쪽.

49) 서보건(주 22), 418쪽.

50) 정중섭(주 1), 171쪽.

여 오히려 국민통합에 이바지할 수 있다. 이러한 점에서 소수의견제에 대한 비판은 그다지 설득력이 있다고 보기 어려울 뿐 아니라 설사 그러한 문제점이 있다고 하여도 우려할 만큼 크다고 볼 수도 없다. 실제로 독일과 미국에서 이제까지 소수의견과 관련하여 심각한 문제가 발생하지 않았다.

## VI. 소수의견의 요건과 절차

### 1. 소수의견을 내는 계기와 의도

소수의견을 내는 계기 및 의도와 관련한 통일성은 확인되지 않는다. 소수의견은 일면 윤리적 이유(예를 들어 간통죄 사건이나 동성동본금혼 사건, 호주제 사건)나 근본적인 학문적·해석론적 이유(예를 들어 신행정수도건설에관한특별법 사건)로 재판을 지지하는 데 참여할 수 없어서 이를 알리고 싶은 반대자가 재판관으로서 인격을 지키는 수단이 될 수 있다. 이는 극한일 때만 필요하지만, 실제로 그러할 때는 종종 있다. 그러한 소수의견은 다수의견의 품격, 대담성이나 위헌성을 뚜렷하게 드러낼 수 있다. 그리고 소수의견은 헌법재판소 판례를 장차 다른 방향으로 움직이고 공중이 이러한 가능성에 (그리고 이제까지의 판례에 나타난 내적인 모순과 그 판례와 단절하는 것에도) 주목하게 하려는 의도가 있을 수 있다. 이것이 소수의견의 본래 의미이다.

### 2. 전원재판부에서만 나타나는 소수의견

헌법재판소장은 헌법소원심판사건에서 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 사전 심사를 담당하게 할 수 있다(헌법재판소법 제72조 제1항: 임의적 재판부). 현재 3개의 지정재판부가 있다(‘지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙’ 제2조). 지정재판부는 소속 재판관 전원의 일치된 의견으로 헌법소원심판 청구를 각하할 수 있다(헌법재판소법 제72조 제3항). 지정재판부가 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 하지 않으면 결정으로 헌법소원을 전원재판부의 재판에 회부하여야 한다. 요컨대 지정재판부는 각하결정만 내릴 수 있고, 이러한 결정도 오로지 재판관 전원의 일치된 의견으로만 가능하다. 지정재판부는 각하결정을 내리지 않으면 사건을 전원재판부에 회부하여야 한다. 따라서 지정재판부 결정에서는 소수의견이 표시될 수 없다. 결국 전원재판부에서 내리는 결정에만 소수의견을 붙일 수 있다.

개정 전 헌법재판소법 제36조 제3항은 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에서 관여 재판관이 결정서에 의견을 표시하여야 한다고 규정하였다. 이에 따라 탄핵심판 및 정당해산심판 절차에서 소수의견을 달 수 있는지가 문제 되었다. 이와 관련하여 이견표시제도의 진정한 기능은 이견 논증을 통해서 법정의견의 설득력을 더 높이고 법정의견의 타당성을 더 강화하는 데 있으므로 탄핵심판과 정당해산심판이라고 해서 이견 표시를 금지할 이유는 없었다는 견해가 있다.<sup>51)</sup> 탄핵심판과 정당해산심판은 다른 헌법재판과 달리 고도의 정치적인 상황이나 집권세력과 반대세력의 정치투쟁 상황 속에서 재판하게 되므로, 이때 재판관에게 의견표시를 강제하면 재판의 독립과 공정성을 확보하기 어렵게 될 위험이 크고, 특히 한국과 같이 헌법재판소 구성방법상 대통령의 영향력이 압도적이고, 재판관 연임이 인정되는 구조에서는 이러한 위험성은 한층 높아질 수 있으며, 집권세력에 유리하게 결론이 날 가능성이 크다고 하면서, 탄핵심판과 정당해산심판의 성질과 제도의 기능에 비추어 보면, 이들 심판에서는 개별 의견 표시를 금지하는 것이 타당하다는 견해도 있다.<sup>52)</sup> 소수의견은 평의가 마무리되고 나서 정제된 의견을 적시하는 것이므로 평의 자체에 직접 영향을 주는 것이 아니고, 외부 영향이 차단되지 않아 재판의 독립과 공정성이 위협받을 수 있다면 이것은 탄핵심판과 정당해산심판에서만 문제 되는 것이 아니며, 연임 가능성이 인정되기는 하지만, (특히 현재 사실상 연임이 되지 않는 상황<sup>53)</sup>에서) 오히려 연임을 기대하면서 재판을 하는 것이 헌법재판소의 독립성을 훼손할 수 있다는 점에서 탄핵심판과 정당해산심판에서만 소수의견을 달지 못하게 할 이유는 없다고 생각한다. 현재는 헌법재판소법 제36조 제3항이 개정되어 모든 심판절차에서 소수의견을 달 수 있게 되었다.

기피 신청에 대한 결정과 같은 절차상 결정에는 개별 의견 표시가 허용되지 않는다는 견해가 있다.<sup>54)</sup> 헌법재판소도 재판관의 기피 신청 재판의 성격상 소수의견은 수록할 수 없다고 결정한 적이 있다.<sup>55)</sup> 먼저 헌법재판소 결정 당시 헌법재판소법 제36조 제3항은 “법률의 위헌심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 규정하여 한정적으로 해석할 여지가 있다는 점에서 “심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 개정된 현행 헌법재판소법 제36조 제3항 아래에서 이러한 판례가 유지될 수 있는지는 의문이다. 헌법재판소법 제36조 제3항에 아무런 제한이 없을 뿐 아니라 절차상 결정에서 달리 보아야 할 특별한 문제가 있다고 볼 수 없어서 절차상 결정에

51) 허 영(주 33), 168쪽.

52) 정중섭(주 1), 171쪽.

53) 현재까지 연임한 재판관은 1기의 김진우(1988-1997)와 김문희(1988-2000) 단 두 명뿐이다.

54) 정중섭(주 1), 171쪽.

55) 현재 1992. 12. 24. 92헌사68.

서도 개별 의견을 표시할 수 있다고 보아야 할 것이다. 헌법재판소 판례에서도 소수의견을 낸 사람을 명시하고 그 의견을 적시하지 않는 것에 그쳤다. 가처분사건에서도 소수의견을 표시할 수 있다.<sup>56)</sup>

### 3. 반드시 소수 재판관의 의견이 아닌 소수의견

소수의견이 있다는 것은 재판관들이 하나의 결론으로 합의에 이르지 못하였다는 것이다. 즉 재판관들의 의견이 둘 이상으로 갈릴 때 소수의견이 있게 된다. 그리고 소수의견을 소수인 재판관만 내는 것이 아니다. 즉 다수인 재판관도 소수의견을 낼 수 있다. 먼저 ① 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정이나 헌법소원에 관한 인용결정을 하려면 재판관 6명 이상 찬성이 있어야 한다(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호). 따라서 재판관 5명이 찬성하여도 헌법재판소는 이러한 결정을 내릴 수 없다. 여기서 이러한 의견을 낸 재판관 5명은 다수이지만 그들의 의견은 소수의견이다. 다음으로 ② 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법이나 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하려면 재판관 6명 이상 찬성이 있어야 한다(헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호). 따라서 어떤 헌법이나 법률의 해석 적용에 관한 의견에 재판관 5명이 찬성하여 다수의 의견일지라도 이에 어긋나는 종전 의견, 즉 판례가 있으면 헌법재판소는 판례를 따라 결정주문을 작성하여야 한다. 끝으로 ③ 평의 결과 관여 재판관의 의견이 3 이상으로 갈려 한 의견만으로는 의결정족수를 충족할 수 없을 때, 청구인에게 가장 유리한 의견의 수에 차례로, 그다음으로 유리한 의견의 수를 더하여 과반수에 이르게 된 때의 견해를 헌법재판소의 법정의견으로 한다(헌법재판소법 제40조 제1항, 법원조직법 제66조 제2항). 이때 과반수에 이르게 된 때의 의견이 다수 재판관이 동의하는 의견이 아닐 수도 있다. 예를 들어 평의 결과 재판관 의견이 위헌 2명, 헌법불합치 3명, 한정합헌 2명, 합헌 3명으로 나누어지면, 청구인에게 가장 유리한 의견인 위헌 의견의 수(2명)에 차례로 유리한 의견의 수(헌법불합치 2명, 한정합헌 2명)를 더하여 '6명'에 이르게 된 때의 의견인 '한정합헌'에 따라 주문이 결정된다. 여기서 한정합헌 의견은 소수 재판관의 의견에 불과하지만 법정의견이다. 심지어 재판관 전원이 소수의견을 내는 때도 있다. 즉 헌법재판소는 적법요건이나 본안에 해당하는 문제를 개개 쟁점 별로 표결하지 않고 결론에 초점을 맞추어 전체적으로 표결하여 주문을 결정한다(주문별 평결방식). 이에 따라 헌법재판소는 인용의견이 5명이고, 각하의견이 4명이면 기각주문을 낸다.<sup>57)</sup> 이때 기각의견에 동의하는 재판관은

56) 헌재 1993. 12. 20. 93헌사81.

57) 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252; 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592; 헌재

한 명도 없고, 모두 다른 의견을 취한다. 따라서 재판관 전원이 소수의견을 내게 된다.

반대로 재판관의 의견이 갈리더라도 소수의견이 없을 때도 있다. 쟁점별 평결방식을 따르는 헌법재판소에서 위헌법률심판과 관련하여 비례성원칙 위반을 이유로 위헌이라는 견해를 취하는 재판관이 5명, 명확성원칙 위반을 이유로 위헌이라는 견해가 4명일 때 위헌주문에 찬성하는 재판관이 6명 이상이므로 헌법재판소는 위헌결정을 내릴 수 있다. 하지만 비례성원칙 위반은 물론 명확성원칙 위반도 위헌주문을 근거 지을 수 있으므로 둘 다 중요이유에 해당한다. 따라서 이때 위헌의 근거에 관해서 재판관의 의견이 나누어지지만, 전부 법정의견에 해당하여 소수의견은 없다. 그러나 헌법재판소처럼 중요이유에 결정주문과 마찬가지로 재판관 6명 이상 찬성을 요구한다면,<sup>58)</sup> 결정주문을 근거 지우는 중요이유가 없는 것이 되어 이러한 결정에는 소수의견만 있고 법정의견은 없다.

#### 4. 소수의견을 내는 절차

합의는 재판부를 구성하는 재판관들이 서로 협력하여 의견을 진술하면서 논의 끝에 헌법재판소의 의사나 인식을 형성하는 것이다. 따라서 합의는 재판관들의 의견을 병렬적으로 집약하는 것이 아니라 재판부가 유기적 일체로서 마치 한 명의 재판관이 의사결정으로 사물에 대한 인식을 형성하는 것 같은 사고활동이 요구된다.<sup>59)</sup> 합의는 재판관들의 의견을 단순히 평균하려는 것이 아니라 재판관 각자가 주관성을 서로 양보하고 다듬어 9명의 재판관으로 구성된 헌법재판소의 결정을 객관성 있는 것으로 만들려는 것이다.<sup>60)</sup> 합의는 평의와 평결로 구분된다. 평의는 합의체가 재판하려고 그 구성원이 서로 간에 의견을 진술하여 협의하는 것이고, 주로 재판장이 정리하며 주재한다(헌법재판소법 제35조 제1항). 평결은 평의한 결과를 정리하여 합의체 의견을 결정하는 것이다.<sup>61)</sup> 평의에서는 먼저 주심재판관이 사건에 관한 검토내용을 요약하여 발표하고 평의를 진행하고 나서, 최종적으로 표결하는 평결을 하게 된다. 평결에서

2003. 4. 24. 99헌바110등, 판례집 15-1, 371. 이때 각하결정을 내려야 한다는 주장도 있다[남복현, 2008년 헌법판례의 회고와 분석, 공법논총 제5호(2009), 59~60쪽 주 42]. 이 견해는 재판관 5명이 청구인용 의견을 제시하더라도 나머지 재판관 4명이 어떠한 의견을 취하는지에 따라 달라진다고 한다. 나머지 재판관 4명이 청구기각을 주장하면 청구기각이 법정의견이고, 청구 각하를 주장하면 청구각하결정을 내려야 한다고 한다. 재판관들이 개별적으로도 의견으로 제시하지 아니한 것이 법정의견이 될 수는 없기 때문이라고 한다. 만약 나머지 재판관 중 3명이 청구 각하를, 1명이 청구 기각을 주장하면 청구 기각이 법정의견이 되어야 한다고 한다.

58) 현재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1103-1104.

59) 박우동, 재판에 있어서의 합의, 민사재판의 제문제(하)(이시운박사 화갑기념논문집), 박영사, 1995, 230쪽 참조.

60) 박우동(주 59), 240쪽; 서보건(주 22), 415쪽 참조.

61) 서보건(주 22), 308쪽.

는 먼저 주심재판관이 의견을 내고, 그다음은 후임 재판관부터 차례대로 의견을 내고 나서 재판장이 마지막으로 의견을 내는 것이 관례이다.

특정사안에 관해서 평결이 이루어지면 그 결과에 따라 주심재판관이 다수의견을 기초로 결정문 초안을 작성하는 것이 통례이다. 주심재판관이 소수의견을 내면 다수의견의 재판관 중에서 결정문 초안 작성자가 지정된다. 그리고 어떤 재판관이 결정주문이나 결정이유에 관해서 다수의견과 다른 소수의견을 제출하고자 하면 이것을 재판부에 알리고, 이때 다수의견의 결정문 초안은 결정 선고 이전에 충분한 시간적 여유를 두고 소수의견 작성자에게 제공된다. 결정문 초안이 재판부에 제출되면 그에 관한 검토과정을 거쳐서 최종적인 결정문 원안이 확정된다. 재판에 관여한 재판관이 자기 의견을 변경하고자 하면 결정 선고 이전까지 재평의를 요구할 수 있다.

합의제 취지는 서로 다른 의견이 있는 재판관들이 대화와 타협을 통해서 하나의 결론을 도출하라는 것이다. 따라서 소수의견을 결정주문에 표시하는 것은 어디까지나 예비적 수단에 불과하다.<sup>62)</sup> 소수의견이 표시된다는 것은 합의에 실패하였음을 드러낸다. 그러므로 합의제의 취지상 소수의견은 되도록 없어야 하고, 소수의견이 있더라도 둘 이상의 다양한 소수의견이 제시되는 것은 바람직하지 않다. 즉 평의 초기에 의견이 갈려도 서로 설득하고 양보하여 불필요한 의견 차이를 없애야 한다. 그렇지 않으면 재판관들 사이의 의사소통이 원활하지 못하다는 것과 평의의 부실함을 드러내어 헌법재판의 신뢰성이나 권위가 실추될 수도 있다.<sup>63)</sup> 예를 들어 2009년 10월 29일에 선고된 2009헌라8등 결정에서는 주문별 평결방식을 취하던 헌법재판소가 특별한 설명 없이 쟁점별 평결방식으로 결정문을 작성하면서 정리하기도 어려운 다양한 소수의견을 어지럽게 제시한다.<sup>64)</sup> 이것은 평의를 마무리하지 않고 결정문을 작성한 것으로 볼 수 있어서 이러한 결정의 신뢰성을 의심할 수밖에 없다. 때에 따라서는 법리적 명확성 때문에 재판관 자신이 소신을 접어야 할 때도 있고, 불필요한 논란을 제거하거나 헌법재판소 결정의 권위를 세우기 위해서 소수의견을 숨겨야 할 때도 있다. 반대로 논란이 많은 사안에서 소수의견 없이 만장일치로 결정을 내리는 것은, 특히 그러한 결정이 반복되면 평의의 부실이나 재판부의 편파적 구성을 의심받게 할 것이다. 이것은 결국 헌법재판소의 권위와 헌법재판의 신뢰성을 훼손하는 결과를 낳을 것이다.

소수의견은 재판부가 아니라 개별 재판관이 제시하는 것이다. 그러나 여러 재판관이 함께 같은 의견을 제시할 수도 있다. 즉 개별 의견은 재판관 개개인이 각자 표시하여도 되고, 같은

62) 박우동(주 59), 229~230쪽.

63) 박우동(주 44), 145쪽.

64) 현재 2009. 10. 29. 2009헌라8등, 판례집 21-2하, 14.

의견의 여러 재판관이 합동하여 표시하여도 된다. 같은 의견은 합동하여 표시하는 것이 통례이다. 반대의견 가운데서도 결론은 같지만, 논증에서 차이가 있으면 해당 재판관이 각자 반대의견을 표시한다. 소수의견이 있을 때 결정문 기재순서는 헌법재판소 법정의견(주문을 끌어내는 의견)을 먼저 쓰는 것이 원칙이다. 즉 법정의견을 쓰고 나서 소수의견을 쓴다. 다만, 단순위헌의견이 5명, 헌법불합치의견이 2명, 합헌의견이 2명인 위헌법률심판사건에서 단순위헌의견, 헌법불합치결정을 차례로 소개하여 법정의견인 헌법불합치 주문을 끌어내고 나서, 반대의견인 합헌의견을 기재하였다.<sup>65)</sup>

소수의견을 표시하려면 평의과정에서 이미 그러한 의견을 주장하였어야 한다. 그리고 소수의견은 심판대상과 관련 있는 범위에서만 낼 수 있다. 소수의견은 결정주문을 근거 지우지 못하지만, 엄연히 결정의 일부이기 때문이다. 예를 들어 각하의견을 내면서 본안에 관한 의견을 제시하거나 기각의견을 내면서 인용에 관한 내용을 말하는 것은 문제가 있다. 지난날 심판대상이었던 사항에 관한 언급도 헌법재판소 결정에 소수의견으로 덧붙일 수 없다. 심판을 계기로 이루어지는 정치적 언급은 소수의견으로 정당화할 수 없다.<sup>66)</sup>

## VII. 소수의견 표시는 의무인가? 권리인가?

### 1. 소수의견 표시는 재판관의 권리

헌법재판소법 제36조 제3항은 “... 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.”라고 하여 심판절차에 관여한 재판관이 평의과정에서 진술한 자신의 소수의견을 결정문에 표시하여야 할 의무가 있는 것처럼 규정한다. 그러나 소수의견 표시는 재판관의 권리이지 의무는 아니라고 보는 것이 합의체 본질에 들어맞는다. 특히 재판관은 언제든지 자신의 의견을 변경할 수 있다는 점에서 더욱더 그렇다. 따라서 헌법재판소법 제36조 제3항은 재판관이 자신의 소수의견을 공개적으로 표시하기 원하면 재판장이나 법정의견에 가담한 재판관들이 이를 거부할 수 없다는 취지로 새겨야 할 것이다. 재판부 평의에서 제기된 의견 차이가 단순히 평의에서 이견으로 그치지 않고 공개적인 소수의견으로 할 것인지는 의견을 달리하는 재판관의 판단에 따라야 한다. 따라서 법정의견에 동의하지 않는 재판관은 소수의견을 결정 선고에서 밝히고 이를 결정문에 붙일 수 있다. 재판관은 소수의견을 제시하지 않고 다수의견에

65) 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 9, 20-21.

66) Christian Burkićzak (Anm. 17), § 30 Rdnr. 43.

찬성할 수도 있다. 그러나 재판장이나 재판부의 다수 재판관이 다른 견해를 밝힌 재판관에게 소수의견을 밝히도록 강제할 수는 없다.<sup>67)</sup> 즉 합의가 이루어지지 않았다고 언제나 소수의견을 내야 하는 것은 아니다.<sup>68)</sup> 평의과정에서 일단 이견을 표출한 재판관이 공식결정문에 자기 의견을 첨부하도록 하지 않는다면, 해당 재판관은 자기 견해를 바꾼 것으로 간주하고 국외자도 그가 평의과정에서 이견을 제시하였는지를 알 수 없게 될 것이다. 결국 결정문에 소수의견이 없다는 것만으로는 평의과정에서 이견이 있었는지를 알 수 없다. 즉 소수의견이 없다는 것이 헌법재판소 결정이 만장일치로 이루어졌다는 것을 담보하지 않는다. 그러므로 헌법재판소법 제36조 제3항은 “... 재판관은 결정서에 의견을 표시할 수 있다.”로 개정하는 것이 타당하다고 생각한다. 반대의견은 반드시 표시하여야 하지만, 보충의견은 표시하여도 되고 하지 않아도 된다는 견해가 있다.<sup>69)</sup> 그러나 반대의견이든 보충의견이든 소수의견제의 취지와 기능에 비추어 양자를 달리 볼 이유가 없으므로 그것을 표시할 것인지는 재판관의 의사에 따라야 한다. 다만, 소수의견을 표시하면 이러한 의견을 내는 재판관은 당연히 자신의 이름을 밝혀야 한다.<sup>70)</sup>

## 2. 소수의견 표시 없는 평의의 다수결 공개 가능성

재판관이 자신의 소수의견을 공개하길 원하지는 않지만, 평의에서 이루어진 표결의 다수관계를 공개하길 바랄 수도 있다. 법정의견에 가담한 재판관들이 표결의 다수결 공개를 원할 수도 있다. 이때 표결 결과 공개 여부를 누가 결정할 수 있는지를 다루는 규정은 찾을 수 없다. 명문 규정이 없는 이상 관련 재판관의 다수결로 정할 수밖에 없다고 볼 수도 있다. 그러나 소수의견을 낼 수 있는 권리에는 표결 결과를 공개하라는 청구권이 포함된 것으로 보아야 한다.<sup>71)</sup> 소수의견을 내면 당연히 표결 결과도 드러나기 때문이다. 따라서 모든 재판관 각자가 표결 결과를 공개할 수 있다고 볼 수 있다. 다만, 이때 표결 결과는 평의과정에서 실제 이루어진 표결 결과가 아니라 결정문을 작성할 때를 기준으로 법정의견에 동의하는 재판관과 그렇지 않은 재판관의 숫자를 가리킨다. 그렇지 않다면 소수의견을 낸 재판관 의사와 상관없이 해당 재판관이 소수의견을 낸 사실이 공개되고, 이것은 소수의견을 낸 재판관이 이후 자기 견해를 바꾸거나 철회할 수 없다는 결론이 도출되기 때문이다.

67) 신봉기(주 2), 66쪽. 이에 대해서 재판관 의견 표시는 의무사항이므로 생략하는 것은 위법이라는 견해도 있다(허영(주 33), 168쪽; 홍성방(주 3), 77쪽).

68) Christian Burkiczak (Anm. 17), § 30 Rdnr. 55.

69) 정종섭(주 1), 172쪽; 홍성방(주 3), 77쪽.

70) 허영(주 33), 168쪽; 홍성방(주 3), 77쪽.

71) Christian Burkiczak (Anm. 17), § 30. Rdnr. 53.

### 3. 소수의견 표시 없는, 소수의견 제시한 재판관 명단의 공개 가능성

소수의견을 표시할 것인지는 재판관 자신의 의사에 따른다. 소수의견에 가담한 재판관 명단은 평의의 비밀에 해당한다. 재판장이나 재판부의 다수 재판관이 소수의견을 제시한 재판관의 의사와 상관없이 그 명단을 공개하면 해당 재판관은 소수의견 공개를 강제당하는 결과가 발생한다. 따라서 해당 재판관의 동의를 있을 때만 그러한 명단을 공개할 수 있다. 소수의견을 낸 재판관은 언제든지 자신의 의견을 바꾸거나 철회할 수 있기 때문이다.

## VIII. 소수의견의 법적 효력?

추정적 구속력이 있는 선례적 구속력을 제외한 헌법재판소 결정의 효력은 오로지 결정주문에서만 발생한다. 선례적 구속력도 결정주문을 뒷받침하는 결정이유, 즉 중요이유에서만 생긴다. 소수의견은 결정주문이 아니라 결정이유에 적시된다. 그리고 소수의견은 결정주문을 뒷받침하지 않으므로 중요이유도 아니다. 따라서 소수의견에는 어떠한 헌법재판소 결정의 효력도 귀속되지 않는다.

헌법재판소 결정의 기판력은 헌법재판소가 심사한 내용에만 미친다. 이때 헌법재판소가 심사한 내용은 법정의견이 다른 내용에 국한된다. 따라서 법정의견에서 다루지 않은 내용을 소수의견에서 다룰지라도 이러한 내용에 기판력이 부여되지 않는다.<sup>72)</sup> 따라서 이러한 내용을 이후 청구인이 다시 다룰 수 있다. 소수의견이 기판력의 객관적 범위에 영향을 준다면 이것은 소수의견이 결정주문에 영향을 줄 수 있다는 것인데, 이것은 소수의견의 본질에 어긋나기 때문이다.

어떤 식으로든, 예를 들어 판례 변경의 전제요건으로 특별한 사정이 없으면 새로운 견해가 먼저 소수의견으로 표출되었을 것으로 요구하는 방식으로 소수의견에 '법적 효력'을 부여하는 것은 근거도 없을뿐더러 판례의 유연성이라는 측면에서도 바람직하지 않다.

소수의견이 간접적으로나마 법률의 폐지나 개선을 촉구하는 효력이 있을 수는 있다. 즉 재판관 6명 찬성이 없어서 다루어진 법률에 대해서 위헌결정을 내리지 못하였으나, 해당 법률이 위헌이거나 헌법불합치라는 의견에 찬성하는 재판관이 다수일 때, 특히 재판관 5명이

72) 예를 들어 현재 2016. 9. 29. 2012헌마1002등 결정에서 법정의견은 직업의 자유만 검토하였으나 소수의견이 직업의 자유 이외에 공무원임권과 평등권도 검토하였다. 그러나 기판력은 직업의 자유에만 미치고, 공무원임권과 평등권에는 미치지 않는다.

이러한 의견에 찬성할 때 입법자는 해당 법률을 폐지하거나 개선하여야 한다는 압박을 받을 수밖에 없다. 이것은 조만간 헌법재판소가 해당 법률에 대한 위헌결정이나 헌법불합치결정을 내릴 가능성이 크다는 것을 뜻하기 때문이다. 헌법이론적으로는 재판관 5명이 해당 법률이 위헌이거나 헌법불합치라는 의견에 찬성할 때 헌법재판소가 촉구결정을 내리는 것이 바람직하다.

## IX. 맺음말: 다양한 기능이 있는 소수의견

소수의견에는 아무런 법적 효력이 부여되지 않는다. 그러나 소수의견도 엄연히 헌법재판소 결정의 일부이다. 소수의견은 소수의견을 낸 재판관의 분풀이나 자기만족을 위한 것은 아니다. 헌법재판소 결정은 다양한 헌법 해석의 하나이다. 다만, 헌법재판소 결정은 중요한 유권해석으로서 선고 시점을 기준으로 누구도 다룰 수 없는 최종결정이다. 하지만 헌법재판소 결정이 선고 시점 이후에도 최종결정인 것은 아니다. 즉 헌법재판소 결정은 선고 시점을 벗어나면 언제든지 바뀔 수 있다. 이러한 변경 가능성을 명확하게 보여줄 수 있는 것이 소수의견이다. 소수의견은 다른 해석 가능성을 명확하게 보여주고 이를 근거 지움으로써 법정의견이 절대적이 아님을 확인하면서, 법정의견의 문제점과 위험성을 드러낼 수 있다. 때로는 사법적 판단의 한계를 느끼게 함으로써 입법적 해결의 필요성을 각성시킬 수도 있다. 이러한 점에서 소수의견은 헌법적 대화의 촉매제이면서 헌법 해석의 대안으로 기능할 수 있다. 이를 통해서 국민의 관심을 유도하고 다양한 논의의 장을 여는 계기가 될 수 있다. 이러한 과정에서 소수의견은 법발전에 이바지할 수 있다. 물론 소수의견이 부작용을 일으킬 수도 있다. 특히 적지 않은 헌법재판소 결정에서 나타나는 것처럼 하나의 결정 안에 여러 의견이 난립하는 것은 사실상 합의를 포기한 것으로 보일 수 있다. 이때 나타난 여러 의견은 다양한 소수의견이라기보다는 각 재판관 의견을 나열한 것에 불과한 것으로 볼 수 있다. 이것은 헌법재판이 제대로 이루어지지 않았음을 보여줄 뿐 아니라 헌법재판소 결정의 권위를 추락시키는 원인이 될 수도 있다. 따라서 헌법재판소는 가능한 한 셋 이상의 의견으로 갈리지 않도록 충분한 평의를 하여야 한다. 더하여 때로는 헌법재판소 결정의 정치적 중요성 때문에 소수의견을 자제하여야 할 때도 있다. 즉 소수의견의 슬기로운 자제가 헌법재판소의 권위와 그 결정의 효력 그리고 국민의 통합을 위해서 필요하다. 이러한 점에서 소수의견이 헌법재판에 약이 될 수도 있지만 독이 될 수도 있음을 잊지 말아야 한다.

## | 참고문헌 |

- 김하열, 탄핵심판에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문, 2005.
- 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018.
- 남복현, 2008년 헌법판례의 회고와 분석, 공법논총 제5호(2009).
- 박우동, 대법원전원합의체재판에 있어서의 의견의 표시, 민사법과 환경법의 제문제(송헌 안이준 박사 화갑기념논문집), 박영사, 1986.
- 박우동, 재판에 있어서의 합의, 민사재판의 제문제(하)(이시윤박사 화갑기념논문집), 박영사, 1995.
- 박우동, 재판합의의 외형과 내면, 인권과 정의 제386호(2008. 10.).
- 서보건, 헌법재판에서 소수의견표시제에 관한 연구, 헌법학연구 제10권 제3호(2004).
- 신봉기, 헌법재판에 있어서의 소수의견제도, 고시연구 제21권 제9호(통권 제246호)(1994. 9.).
- 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011.
- 이덕연, 헌법재판에서 입법형성의 자유와 입증책임 - 반대의견의 의의와 기능 -, 헌법판례연구 제6권(2004).
- 정중섭, 헌법소송법(제8판), 박영사, 2014.
- 한수용/정태호/김하열/정문식, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 허 영, 헌법소송법론(제13판), 박영사, 2018.
- 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015.
- Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012.
- Christian Burkiczak, Beratungsgeheimnis, Verkündung, Sondervotum, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 30.
- Herbert Bethge/Franz Klein, Verbindlichkeit der Entscheidung, in: Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin

Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz

- Kommentar, Bd. 1, München 2017 (Stand: Januar 2017), § 30.

Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.

Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung,  
Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018.

## | Abstract |

Das Sondervotum bezieht sich auf die Stellungnahme des Richters, der in einer Entscheidung angezeigt wird, der dem Entscheidungstenor oder der Entscheidungsgründe widerspricht. Das Sondervotum bedeutet, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht einstimmig von den Richtern beschlossen wurde. In der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Entscheidungstenor nicht immer die Meinung vieler Richter. Das Sondervotum ist nicht immer die Meinung einer kleinen Anzahl von Richtern, daher können viele Richter Sondervotum vertreten. In Artikel 34 Absatz 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes heißt es: „Die an der Entscheidung beteiligten Richter geben ihre Stellungnahmen in der Entscheidung ab.“ Das Sondervotum erscheint nur im Plenum. Die Angabe von Sondervotum ist ein Recht, keine Pflicht des Richters. Das Sondervotum bewirkt keine Entscheidung des Verfassungsgerichts.

Die Einführung des Sondervotums ist Ausdruck für den in Fragen des Verfassungsgerichts vorhandenen Pluralismus in Methode und Ergebnis der Verfassungsinterpretation. Die Funktion des Sondervotums ist wie folgt: ① das Sondervotum informiert die Öffentlichkeit über die Ergebnisse der verschiedenen Verfassungsinterpretation. ② das Sondervotum zeigt, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts endgültig ist, jedoch nicht die einzige Schlussfolgerung zur Verfassungsinterpretation. ③ die Genehmigung des Sondervotums kann die Mehrheitsmeinung deutlicher machen, sodass das Argument des Gerichts oft die Form eines diplomatischen Kompromisses verhindern kann. ④ wenn der Entscheidungstenor überzeugender ist als das Sondervotum, hebt es die Gültigkeit der Mehrheitsmeinung hervor. ⑤ wenn das Sondervotum überzeugender ist als der Entscheidungstenor, kann es das Problem der Mehrheitsmeinung hervorheben. ⑥ die Existenz von Sondervotum zeigt, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts der Abschluss der Diskussion der Richter ist. ⑦ das Sondervotum erlaubt einem Richter, der nicht vollständig mit dem Entscheidungstenor einverstanden sein kann, seine

Persönlichkeit als Richter zu wahren, indem er einen Weg öffnet, um sein Gewissen zu bewahren. ⑧ die Rechtsentwicklung wird gefördert und kann manchmal dazu führen, dass Gesetze zeitweise erlassen oder aufgehoben werden können. ⑨ das Sondervotum kann die Meinungen der einzelnen Richter auf transparente Weise eröffnen, sodass die Öffentlichkeit das Verfassungsgericht oder die Richter kontrollieren kann.

**Keywords:** Sondervotum, Verfassungsgericht, Richter des Verfassungsgericht,  
Kollegialprinzip, Verfassungsgerichtsbarkeit



# 헌법재판연구 발간 내규

소관 부서 : 헌법재판연구원 기획행정과

|    |              |                |
|----|--------------|----------------|
| 제정 | 2014. 5. 28  | 헌법재판연구원내규 제14호 |
| 개정 | 2014. 11. 25 | 헌법재판연구원내규 제18호 |
|    | 2015. 2. 23  | 헌법재판연구원내규 제19호 |
|    | 2016. 7. 18  | 헌법재판연구원내규 제28호 |
|    | 2019. 4. 24  | 헌법재판연구원내규 제36호 |

## 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 내규는 헌법재판연구원이 발간하는「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문의 모집·작성 방법·심사 및 편집 등에 관하여 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 한다.

**제2조(발간)** 「헌법재판연구」는 매년 6월 30일과 12월 31일에 2회 발간하는 것을 원칙으로 하고, 발간처는 헌법재판연구원으로 한다. 다만, 편집위원회가 특별히 필요하다고 인정하면 「헌법재판연구」를 추가로 간행할 수 있다. <개정 2015·2·23>

## 제2장 편집위원회

**제3조(편집위원회 구성)** ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 15명 이내의 위원으로 구성한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

② 위원장은 위원 중에서 호선하고, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 헌법재판연구원장이 임명 또는 위촉한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

1. 헌법재판소 소속 공무원
2. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
3. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구 및 실무에 종사하는 사람
4. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람

③ 위원의 임기는 3년으로 한다. <개정 2015·2·23>

④ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 헌법재판연구원 책임연구원 1명을 간사로 지명할 수 있다. <개정 2015·2·23>

**제4조(위원장의 직무)** ① 위원장은 편집위원회를 대표하고, 편집위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장 유고 시에는 위원 중에서 호선된 임시위원장이 그 직무를 대행한다. 임시위원장 선출을 위한 편집위원회는 헌법재판연구원장이 소집한다. <개정 2015·2·23>

**제5조(권한)** 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 헌법재판연구원이 발간하는「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문(이하 “논문등”이라 한다)의 모집, 게재 및 편집에 관한 사항
2. 심사위원의 추천에 관한 사항
3. 「헌법재판연구 발간 내규」 및 「헌법재판연구 윤리 내규」 개정에 관한 사항
4. 그 밖에 헌법재판연구 발간에 필요한 사항

**제6조(운영)** ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 인정하거나 위원 3명 이상의 요청이 있는 때에 위원장이 소집한다. 다만, 편집위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

② 편집위원회의 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 간사는 편집위원회 회의 개최 시마다 그 요지를 담은 회의록을 작성하고 위원장과 함께 기명 날인 또는 서명한다.

**제7조 (수당 등 지급)** ① 위원에게는 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위에서 실비를 지급할 수 있다.

### 제3장 논문등 작성 방법

**제8조(논문등의 요건)** 논문등은 헌법 또는 헌법재판과 관련된 주제로서 독창성이 있어야 하고, 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다. <개정 2016·7·18>

**제9조(투고 자격)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 논문등을 투고할 수 있다. <개정 2016·7·18>

1. 대학의 전임강사 이상의 직에 있는 사람
2. 박사학위를 가진 사람
3. 변호사의 자격이 있는 사람

4. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구와 실무에 종사하는 사람
5. 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

**제10조(작성 방법)** ① 논문등은 워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 이상 버전으로 작성하되, 200자 원고지 300매 이하(워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 문서통계 기준)로 작성함을 원칙으로 한다.

② 논문등 투고는 별지 제1호 서식의 논문투고신청서(연구윤리 확인서 포함)와 원고파일을 온라인 논문투고시스템에 제출하는 방식으로 한다. <개정 2015·2·23, 2019·4·24>

③ 논문투고신청서에는 논문 제목과 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(외국어(로마자)와 한자 표기도 포함), 국문과 외국어(로마자)의 소속과 직위의 인적사항 및 연락처(주소, 전화번호) 그리고 논문연구윤리 확인을 기재한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

④ 원고파일은 논문 제목, 논문 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(각주에 소속과 직위), 목차, 본문, 참고문헌, 국문초록, 국문주제어(5개 이상), 외국어초록(필자의 외국어(로마자) 성명과 성명 각주의 외국어(로마자) 소속과 직위 포함), 외국어주제어(5개 이상)의 순서로 작성한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

⑤ 공동으로 집필한 논문등은 주 저자(책임연구자)와 공동 저자를 구분하여 주 저자, 공동 저자의 순서로 표시한다. <개정 2015·2·23>

⑥ 원고파일은 한글로 다음 각 호의 규격에 따라 작성한다. <개정 2015·2·23>

1. 용지 여백: 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15
2. 본문: 글꼴 신명조, 글자크기 11, 줄간격 200%, 들여쓰기 10pt
3. 목차: 글꼴 신명조, 글자크기 13, 줄간격 200%, 첫째단위인 “I. ○○○...”, 둘째 단위인 “1.○○○...” 까지 작성
4. 각주: 글꼴 신명조, 글자크기 8, 줄간격 130%, 구분선 길이 5cm

⑦ 각주는 다음과 같이 기재한다. <개정 2015·2·23>

1. 저서는 저자명, 서명(판수), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 번역서는 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 서명은 한글로 표시한다. 편집서는 저자명 대신 편집자명을 쓰고 ‘편’을 추가한다.
2. 정기간행물은 저자명, 논문제목, 잡지명 권호수(출판년도), 쪽수의 순으로 표시한다. 권호수는 해당 간행물의 방식을 따른다. 번역문은 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 필요하면 원문을 괄호 안에 넣어 붙일 수 있다.

3. 학위논문은 저자명, 논문제목, 학위종류, 대학교(대학원), 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 대학명은 특수대학원인 때에만 쓰고, 일반대학원은 대학교만 쓴다.
4. 기념논문집은 저자명, 논문제목, 기념논문집명(○○○선생 ○○기념 논문집), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다.
5. 인터넷 자료는 저자, 자료제목(방문일자 연월일) 순으로 표시한다.
6. 외국문헌을 인용할 때에는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
7. 본인의 논문이나 저서를 인용할 때에도 ‘줄고’나 ‘줄저’ 대신에 본인 이름을 그대로 표시한다.
8. 재인용할 때에는 저자명(각주번호), 쪽수의 순으로 표시한다. 구별이 필요하면 쪽수 앞에 서명이나 논문명을 넣을 수 있다. 번역서는 저자명에 원저자를 넣고, 편집서는 저자명에 편저자명을 넣는다.
9. 판례인용은 대법원과 헌법재판소가 정한 약식에 따른다. 외국판례는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
10. 3명 공저까지는 저자명을 모두 표기하되 저자 사이는 /로 구분한다. 4명 이상이면 대표 저자 외로 표기한다.
11. 여러 문헌과 판례를 소개할 때에는 세미콜론(;)으로 연결한다.
  - ⑧ 본문 문단번호는 I. 1. (1) 1) ① i) 순으로 한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑨ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고, 강조할 때에는 ‘ ’를 사용한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑩ 학술용어, 외국 법률이나 제도 등은 한글 표기를 원칙으로 하고, 번역된 용어의 이해를 돕기 위하여 괄호 안에 영문 등 원어를 기재할 수 있다. 다만, 번역이 곤란한 경우에는 원어를 사용할 수 있다. <개정 2015·2·23>
  - ⑪ 참고문헌 목록은 각주 기재 방식과 마찬가지로 작성한다. 다만, 쪽수는 기재하지 않는다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>
  - ⑫ 국문초록과 외국어초록은 각 200자 원고지 10매 이하로 작성한다. <신설 2016·7·18>

## 제4장 원고의 심사 및 게재

**제11조(원고 심사)** ① 제출된 원고는 편집위원회가 위촉한 3명 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다. 이 경우 저자와 동일 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 위촉될 수 없다. 심사위원이 저자와 동일 기관에 소속된 사람임이 밝혀지면 즉시 다른 사람으로 심사위원을 교체하여야 한다. <개정 2016·7·18>

- ② 원고 심사 시 저자 및 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.
- ③ 헌법재판연구원은 제출된 원고에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 하여야 한다. 표절 여부 판정을 위해서 검사결과는 해당 원고 심사위원과 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·7·18>

**제12조(심사기준)** 심사위원은 다음 각 호의 기준에 따라 논문등을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 논지 전개 of 일관성
4. 참고문헌의 충실도
5. 학문적 기여도
6. 그 밖에 편집위원회가 심사를 위해 필요하다고 인정하는 사항

**제13조(심사결정)** ① 심사위원은 심사결과를 편집위원회에 보고하고, 편집위원회는 다음과 같이 판정한다.

1. 게재
  2. 수정 후 게재
  3. 게재불가
- ② ‘수정 후 게재’로 판정된 원고는 저자가 심사내용을 참고하여 수정한 원고를 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 판정한다. <개정 2015·2·23>

**제14조(심사결과 통지)** 간사는 원고심사 최종 결과를 저자에게 통지한다. <개정 2015·2·23>

**제15조(심사로 지급)** 심사위원에게는 예산의 범위에서 심사료를 지급할 수 있다.

**제16조(원고 게재)** ① 편집위원회에서 게재하기로 결정한 원고는「헌법재판연구」에 게재한다.

- ② 「헌법재판연구」는 종이책자 외에 전자출판이나 인터넷 홈페이지에 게재하는 등의 방법으로 발행할 수 있다.

**제17조(원고료)** 제출된 논문등에 대하여는 심사결과에 따라 예산 범위에서 원고료를 지급할 수 있고, 원고료는 편집위원회에서 결정한다.

**제18조(저작권 등)** ① 헌법재판연구원은「헌법재판연구」의 편집저작권을 보유한다. 「헌법재판연구」의 편자는 헌법재판연구원 명의로 한다. <개정 2019·4·24>

- ② 「헌법재판연구」에 수록된 개별 논문등의 저작권 관련 민·형사책임은 그 저자에게 있다. <신설 2019·4·24>

- ③ 저자는 제10조제2항에 따라 논문등을 투고하는 경우 별지 제2호 서식의 저작권양도동의

서를 함께 제출하여야 한다. 이 경우 논문등의 저작권 일체는 「헌법재판연구」에 논문등의 게재가 판정된 때부터 헌법재판연구원에 귀속된다. <신설 2019·4·24>

### **부칙**

이 내규는 2014년 6월 1일부터 시행한다.

### **부칙<2014·11·25>**

이 내규는 2014년 11월 25일부터 시행한다.

### **부칙<2015·2·23>**

이 내규는 2015년 2월 23일부터 시행한다.

### **부칙<2016·7·18>**

이 내규는 2016년 7월 20일부터 시행한다.

### **부칙<2019·4·24>**

이 내규는 2019년 4월 29일부터 시행한다.

[별지 제1호 서식]

## 「헌법재판연구」 제\_\_권 제\_\_호 논문투고신청서

|  |      |  |
|--|------|--|
| 논 문  | 국문제목 |  |
|  | 영문제목 |  |
| 성 명  | 한 글  |  |
|  | 한 자  |  |
|  | 영 문  |  |
| 소속과<br>직위  | 소 속  |  |
|  | 영문소속 |  |
|  | 직 위  |  |
|  | 영문직위 |  |
| 연락처  | 주 소  |  |
|  | 전화번호 |  |
| <b>연구윤리 확인서</b>  |      |  |
| 저자는 아래 사항에 대해서 확인합니다.  |      |  |
| 1. 투고논문이 창의적이고 다른 논문의 저작권을 침해하지 않았음.                             |      |  |
| 2. 저자는 투고논문 작성에 실제적이고 지적인 공헌을 하였으며, 투고논문 내용에 대해서 책임을 부담함.        |      |  |
| 3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해하지 않았음.                                  |      |  |
| 4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없고, 다른 학술지에 중복 게재를 위해서 투고하지 않았으며 투고할 계획이 없음. |      |  |

년 월 일

논문투고자: \_\_\_\_\_ (인)

[별지 제2호 서식]

### 저작권양도동의서

| <b>논문등 제목</b>   |          |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
|---|----------|----|-----|------|-------|----------|----|-----|------|---------|------|--|--|--|----------|------|--|--|--|----------|------|--|--|--|
| <b>투고일</b>  |          |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| <p>헌법재판연구원이 발행하는 「헌법재판연구」에 게재된 논문등의 저작권을 헌법재판연구원에 양도하는 것에 동의합니다.</p> <p>1. 본 논문등은 창의적이며 다른 출판물의 저작권을 침해하지 않았음을 확인합니다.<br/>                 2. 저자는 본 논문등에 실제적인 공헌을 하였으며 최종 논문의 내용에 동의합니다.<br/>                 3. 본 논문등은 과거에 출판된 적이 없으며 다른 학술지에 게재를 목적으로 제출되어 있지 않습니다.<br/>                 4. 게재가 결정된 최종 논문등의 저작권은 헌법재판연구원으로 양도되며, 「저작권법」 제24조의2가 규정하는 공공저작물로서 이용되는 것에 동의합니다.<br/>                 5. 표절 및 연구윤리위반으로 인한 저작권 관련 문제가 발생하는 경우, 해당 문제는 전적으로 저자의 책임임을 확인합니다.</p>  |          |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 10%;">저자 구분</th> <th style="width: 35%;">성 명 (서명)</th> <th style="width: 15%;">소속</th> <th style="width: 20%;">이메일</th> <th style="width: 20%;">전화번호</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">주<br/>저자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">공동저<br/>자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">교신저<br/>자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </tbody> </table> |          |    |     |      | 저자 구분 | 성 명 (서명) | 소속 | 이메일 | 전화번호 | 주<br>저자 | (서명) |  |  |  | 공동저<br>자 | (서명) |  |  |  | 교신저<br>자 | (서명) |  |  |  |
| 저자 구분   | 성 명 (서명) | 소속 | 이메일 | 전화번호 |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| 주<br>저자   | (서명)     |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| 공동저<br>자  | (서명)     |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| 교신저<br>자  | (서명)     |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |
| <p>년      월      일</p> <p style="text-align: right;">(교신)저자 _____ (인)</p> <p style="text-align: right;">헌법재판연구원 귀중</p>  |          |    |     |      |       |          |    |     |      |         |      |  |  |  |          |      |  |  |  |          |      |  |  |  |

[별지 제3호 서식]

## 개인정보 수집·이용 동의서

### □ 개인 기본사항

|                |                   |       |  |
|----------------|-------------------|-------|--|
| <b>성명</b>      | 한글:<br>영문:<br>한자: |       |  |
| <b>주민등록번호</b>  |                   |       |  |
| <b>주소</b>      |                   |       |  |
| <b>소속 및 직위</b> |                   |       |  |
| <b>본인명의 계좌</b> | 은행명:              | 계좌번호: |  |
| <b>연락처</b>     | 휴대폰:              | 유선전화: |  |
|                | 이메일:              |       |  |

### □ 안내사항

|   |  |
|---|--|
| <b>수집하는 개인정보 항목</b>   | 위 기재 '개인 기본사항'   |
| <b>개인정보의 수집 및 이용목적</b>  | <p>제공하신 정보는 헌법재판연구원 학술지「헌법재판연구」의 논문심사 및 발간 등과 관련하여 아래 용도로 사용합니다.</p> <p>① 소득세법에 의한 원천징수 의무 이행 : 성명, 주민등록번호, 주소<br/>         ② 의사소통 및 정보 전달 등에 이용 : 핸드폰 번호, 이메일 주소<br/>         ③ 원고료 지급 등에 이용 : 계좌정보<br/>         ④ 기타 객관적이고 합리적인 이용</p> |
| <b>개인정보의 보유 및 이용기간</b>  | 수집된 개인정보의 보유기간은 10년입니다. 또한 보유기간 종료 시 자원의 개인 정보를 재생이 불가능한 방법으로 즉시 파기합니다.  |
| ※ 귀하는 이에 대한 동의를 거부할 수 있습니다. 다만, 동의가 없을 경우 원고료 지급이 불가능함을 알려드립니다. |  |

「개인정보 보호법」등 관련 법규에 의거하여 상기 본인은 위와 같이 개인정보 수집 및 활용에 동의함.

년      월      일

성 명 :

(서명)

# 헌법재판연구 윤리 내규

소관 부서 : 헌법재판연구원 기획행정과

제정 2014. 5. 28 헌법재판연구원내규 제15호

개정 2016. 7. 18 헌법재판연구원내규 제29호

## 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 내규는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문(이하 “논문등”이라 한다)의 저자와 편집위원회 위원 및 심사위원이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 규정함으로써 연구윤리를 확립하고 건전한 연구문화의 정착에 기여함을 목적으로 한다.

**제2조(일반원칙)** 논문등의 저자, 편집위원, 심사위원은 원고 등을 두고, 편집, 심사할 때에 학술적 저작물의 연구와 발행에 관한 일반원칙을 준수하여야 한다.

## 제2장 논문등 저자의 윤리

**제3조(연구부정행위 금지)** ① 논문등의 저자(이하 “저자”라 한다)는 연구과제의 제출, 연구과제의 수행, 연구결과의 보고 및 발표 등에서 연구부정행위를 하여서는 아니 된다.

② ‘연구부정행위’와 관련한 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ‘연구부정행위’는 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구목적과 무관하게 고의나 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 이른다.
2. ‘위조’는 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 이른다.
3. ‘변조’는 연구와 관련된 자료, 선정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 것을 이른다.
4. ‘표절’은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는

행위를 이른다.

5. '부당한 저자 표시'는 연구내용이나 결과에 대하여 학술적 공헌이나 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌이나 기여를 하지 않은 사람에게 감사의 표시나 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 이른다.

**제4조(중복제출이나 이중출판 금지)** ① 저자는 국내외를 막론하고 이미 출판된 자신의 연구결과(출판예정 또는 심사 중인 연구결과를 포함한다)를 새로운 연구결과인 것처럼 제출하여서는 아니 된다.

② 저자는 「헌법재판연구」에 제출한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 다른 학술지에 중복해서 제출하여서는 아니 된다.

③ 저자는 이미 출판된 연구물(박사학위 논문을 포함한다) 일부를 사용하여 제출하고자 할 때에는 그 출판 정보를 편집위원회에 제공하여야 하고, 간사는 중복게재나 이중출판 해당 여부를 확인하여야 한다.

**제5조(검증을 위한 연구 자료 공유)** ① 편집위원회는 연구결과가 「헌법재판연구」에 게재된 이후 다른 기관으로부터 그 연구결과 검증을 목적으로 저자가 제출한 연구자료를 요청받으면 연구 참여자에 대한 비밀이 침해되지 않는 범위 안에서 자료를 제공할 수 있다.

② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 기관은 오로지 해당 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있고, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 때에는 편집위원장과 저자의 사전 동의를 받아야 한다.

**제6조(인용 표시방법)** ① 저자가 다른 사람의 연구내용이나 연구결과 등을 인용할 때에는 「헌법재판연구 발간 내규」에 따라 정확하게 그 출처를 밝혀야 한다.

② 저자가 개인적으로 얻은 비공개 자료는 이를 제공한 사람의 동의를 받아 인용할 수 있다.

**제7조(논문등 수정)** 저자는 논문등의 편집과 심사 과정에서 제시된 편집위원과 심사위원의 의견을 가능한 한 수용하여 논문등에 반영하되, 그 의견에 동의하지 않을 때에는 편집위원회에 그 사유와 근거를 밝혀야 한다.

**제7조의2(논문표절방지시스템 활용)** 헌법재판연구원은 제출된 논문등에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 하여야 한다. 표절 여부 판정을 위해서 검사결과는 해당 원고 심사위원과 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·7·18>

### 제3장 편집위원의 윤리

**제8조(편집방법)** ① 편집위원은 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하여야 한다.

② 편집위원은 저자의 성별, 연령, 소속 기관, 개인적인 친분 등을 떠나 오로지 심사기준과 학문적 평가에 따라 논문등을 공평하게 취급하여야 한다.

**제9조(비밀준수)** 편집위원은 투고된 논문등의 게재 여부가 확정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니 된다.

## 제4장 심사위원의 윤리

**제10조(심사방법)** ① 심사위원은 저자의 인격과 독립성을 존중하여야 한다.

② 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문등이 제3조의 연구부정행위 또는 제4조의 중복제출 등에 해당되는 때에는 편집위원회에 즉시 그 사실을 알려야 한다.

**제11조(공정 의무)** ① 심사위원은 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 친분관계를 떠나 객관적 기준에 따라 성실하고 공정하게 논문등을 심사하여야 한다.

② 심사위원은 자신이 논문등의 내용을 평가하기에 책임자가 아니라고 판단될 경우에는 편집위원회에 즉시 그 사실을 알려야 한다.

③ 저자와 동일 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 위촉될 수 없다. 심사위원이 저자와 동일 기관에 소속된 사람임이 밝혀지면 즉시 다른 사람으로 심사위원을 교체하여야 한다.

〈신설 2016·7·18〉

**제12조(비밀준수 등)** ① 심사위원은 심사 대상 논문등에 대한 비밀을 지켜야 한다.

② 심사위원은 논문등의 평가를 위하여 특별히 필요한 때를 제외하고 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 심사 중인 논문등을 다른 사람에게 보여 주는 행위
2. 심사 중인 논문등의 내용에 관하여 다른 사람과 논의하는 행위
3. 논문등이 게재되기 전에 그 내용을 인용하는 행위

## 제5장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

**제13조(윤리내규의 준수)** 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 본 윤리 내규를 준수하여야 한다.

**제14조(윤리 내규 위반 보고)** ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자가 본 윤리 내규를 위반한 사실을 안 때에는 연구 내규를 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자가 이 규정을 위반하면 제15조에 의한 연구윤리위원회에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니 된다.

**제15조(연구윤리위원회 구성원칙)** ① 제14조제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 때에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

② 이때의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회 위원장이 되고, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.

③ 편집위원장이 본 윤리 내규를 위반하면 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

**제16조(연구윤리위원회 조사)** ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.

③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하고, 조사결과를 확정하기 이전에 이의제기와 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않으면 이의가 없는 것으로 간주한다.

④ 윤리 내규 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 때에는 윤리 내규 위반으로 간주한다.

**제17조(조사결과 보고)** ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
2. 조사의 대상이 된 부정행위
3. 조사위원회의 조사위원 명단
4. 해당 연구에서 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
5. 관련 증거와 증인
6. 제보자와 피조사자의 이의제기나 변론 내용과 그에 대한 처리결과

② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

**제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권)** 연구윤리위원회는 조사 결과 연구 내규에 위반한 사실

이 있다고 판단되면 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

**제19조(징계의 절차 및 내용)** ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있으면, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부와 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

③ 논문등이 게재된 후 저자에게 이 내규 위반 사실이 있었던 것으로 밝혀지면 편집위원회는 저자에게 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다.

1. 경고
2. 논문등 목록 삭제
3. 이미 지급된 원고료의 환수
4. 위반의 정도에 따라 3년 이상 5년 이하의 기간 동안 「헌법재판연구」에 투고 금지
5. 헌법재판소와 헌법재판연구원 홈페이지에 위반사항 공지
6. 한국연구재단 등에 위반사항 통보

**제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호)** 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니 된다.

### **부칙<2014-5-28>**

이 내규는 2014년 6월 1일부터 시행한다.

### **부칙<2016-7-18>**

이 내규는 2016년 7월 20일부터 시행한다.

## 헌법재판연구 편집위원

|     |     |                 |
|-----|-----|-----------------|
| 위원장 | 전광석 | 연세대학교 법학전문대학원   |
| 위 원 | 권건보 | 아주대학교 법학전문대학원   |
|     | 김대환 | 서울시립대학교 법학전문대학원 |
|     | 김일환 | 성균관대학교 법학전문대학원  |
|     | 김해원 | 부산대학교 법학전문대학원   |
|     | 박진완 | 경북대학교 법학전문대학원   |
|     | 윤영미 | 고려대학교 법학전문대학원   |
|     | 임지봉 | 서강대학교 법학전문대학원   |
|     | 전종익 | 서울대학교 법학전문대학원   |
|     | 정주백 | 충남대학교 법학전문대학원   |
|     | 최희경 | 이화여자대학교 법학전문대학원 |
|     | 최희수 | 강원대학교 법학전문대학원   |
|     | 황성기 | 한양대학교 법학전문대학원   |
|     | 신동승 | 헌법재판연구원         |
|     | 임성희 | 헌법재판연구원         |
|     | 간 사 | 최규환             |
| 강일신 |     | 헌법재판연구원         |

---

### 헌법재판연구

제6권 제1호

2019년 6월 25일 印刷

2019년 6월 30일 發行

發行 헌법재판소  
헌법재판연구원

印刷 경성문화사 02) 786-2999

---

ISSN 2383-8108

