

헌법재판연구

Journal of Constitutional Justice

제6권 제2호

Vol. 6 No. 2

2019. 12.

헌법재판소




헌법재판연구원

Constitutional Research Institute

목 차

특집 1: 헌법과 선거제도	1
음선희 선거의 평온 및 공정성 관련 공직선거법 규정에 대한 검토	3
도회근 정당의 공직선거 후보자 공천제도 개선방안	45
특집 2: 헌법과 지방자치제도	77
조재현 지방의회와 지방자치단체장 간의 견제와 균형의 원리	79
최봉석 외국의 지방자치제도에 관한 비교법적 연구	107
평석과 이론	149
정기상 아동의 자기결정권에 관한 헌법적 고찰 - 의료영역에 있어 아동의 자기결정권 논의를 중심으로 -	151
서경미 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미	181
정주백 명령·규칙에 대한 헌법소원	223
• 헌법재판연구 발간 내규	257
• 헌법재판연구 윤리 내규	266

CONTENTS

 Special Issue 1: Constitution and Election System	1
Sun-pil Eum A Review on the Provisions of the Public Official Election Act on Tranquility and Fairness of Election	3
Hoe Kun, Do The Reformation of Party's Candidates Nomination System for the Public Elections	45
 Special Issue 2: Constitution and Local Government System	77
Cho Jae Hyun A study on the Checks and Balances in the Separation of Powers Between Local Council and Chief Executive of Local Government	79
Choi, Bong Seok A Comparative Analysis of the Constitutional Institution of Local Government in Foreign Countries	107
 Case Analysis and Commentaries	149
Jung, Kisang A Constitutional Study on the Children's Rights of Self-determination	151
Seo, Kyung Mi The Normative Meaning of the Article 22 Section 2 of the Constitution in Judicial Review	181
Joobaek Jeong Constitutional Complaint on Orders and Rules	223
• Rules for Publication of Constitutional Justice	257
• Constitutional Justice Code of Ethics	266

헌법과 선거제도

- 선거의 평은 및 공정성 관련 공직선거법 규정에 대한 검토
 - 음선필
- 정당의 공직선거 후보자 공천제도 개선방안
 - 도회근

선거의 평온 및 공정성 관련 공직선거법 규정에 대한 검토

A Review on the Provisions of the Public Official Election Act on Tranquility and Fairness of Election

홍익대학교 법대 교수, 음선필
Professor of Law, Hongik University, Sun-pil Eum

■ 목 차 ■

I. 들어가며	5	V. 시설물설치 등 금지	21
II. 선거의 평온 및 공정성의 개념	5	1. 서	21
1. 선거민주주의와 정치적 경쟁	6	2. 외국의 입법례	21
2. 선거의 평온: 지나친 경쟁의 제한	9	3. 현재의 판단	23
3. 선거의 공정성: 균등한 경쟁기회의 보장	9	4. 검토	25
4. 소결	11	VI. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지	27
III. 선거운동과 그 규제의 법리	12	1. 서	27
1. 선거운동의 개념	12	2. 현재의 판단	28
2. 선거운동규제의 법리	14	3. 검토	30
3. 소결	16	VII. 호별방문의 제한	31
IV. 비례대표국회의원 후보자의 공개장소 연설·대담의 금지	16	1. 서	31
1. 서	16	2. 현재의 판단	32
2. 현재의 판단	17	3. 검토	34
3. 검토	19	VIII. 맺는 말	36

* 이 글은 2018년 중앙선거관리위원회 연구용역과제로 수행한 『정치관계법상 주요 규제의 타당성에 관한 연구-선거운동과 정치자금 중심으로-』에서 필자의 서술부분을 수정, 보완하였음을 밝힌다.

Ⅰ 국문초록

선거의 공정성과 평온의 개념은 선거민주주의에서 실시되는 경쟁적 선거를 전제로 하여 이해할 필요가 있다. 경쟁적 선거에서 정치적 경쟁은 필연적이다. 정치적 경쟁은 자유롭게 보장되어야 한다. 그런데 정치적 경쟁이 정치적 평등과 결합함에 따라 균등한 경쟁기회가 보장되어야 하는바, 여기에서 선거의 공정성이 요구된다. 한편 정치적 경쟁의 과열로 말미암은 사회적 비용의 수준을 일정하게 설정할 필요가 있는바, 여기에서 선거의 평온이 요구된다. 그러한 점에서 선거의 공정성과 평온은 선거과정 특히 선거운동 규제의 목적으로 작용하게 된다.

민주정치체제에서 경쟁적 선거가 제대로 실시되기 위해서는 정치적 독과점을 방지하고 완화하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 정치적 경쟁과 정치적 통제의 관점에서 볼 때, 선거운동의 자유를 균등히 보장하려는 선거의 공정성이 충분히 구현되어야 한다. 이를 위해서는 선거운동의 범위에 충실한 공정한 게임규칙으로서 선거법의 입법, 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부의 감시가 중요하다.

평온 및 공정성과 관련하여 규제의 대상이 된 주요 선거운동은 비례대표후보자의 공개장소의 연설·대담, 시설물설치, 문서·도화의 배부·게시, 호별방문 등이다. 이러한 규제조항에 대하여 현재는 모두 합헌 결정을 내린 바 있다. 각 조항의 입법취지와 우리 정치적 경험 및 현실을 고려한다면 타당한 판단이라고 본다. 그러나 향후 정치적 발전을 기하기 위해서는 보다 전향적인 판단이 요청된다.

첫째, 후보자 외에 일반 선거권자의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위해서 비용이 적게 드는 방법으로 광고물 등의 설치 등을 허용하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 선거운동을 할 수 있는 사람은 누구든지 선거운동기간 중에 자신의 집이나 자동차에 선거운동을 위한 표시물을 부착·게시하는 것을 허용할 필요가 있다.

또한 선거에 직접 영향을 미치지 않는 시설물 설치의 규제를 다소 완화하는 방안도 고려할 수 있다.

둘째, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 후보자의 경우, 아직까지의 우리 선거문화와 선거비용관리체계를 고려한다면 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물·녹음 등의 배부·살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다. 그러나 일반 국민의 경우, 선거가 정치세력에 대한 국민의 정치적 통제에 해당하기 때문에 선거정보의 공유 차원에서 정치적 표현의 자유를 최대한 존중하여야 할 것이다. 그러한 점에서 현행 조항에 따른 기간 및 행위양식의 제한은 지나치다고 본다.

셋째, 우리의 현실을 고려할 때, 현행법상 호별방문 제한은 당분간 유용성을 갖는다고 본다. 특히 시골 지역의 효과적 선거정보의 전달을 위하여 선거관리위원회가 주관하는 소규모의 토론회를 수시로 개최할 필요가 있다고 본다.

현재는 정치적 중립자의 입장에서 선거관계법의 위헌여부를 심사하며 선거과정에서 침해당한 기본권을 구제하는 민주주의 정치과정의 심판자라 할 수 있다. 민주적 정치과정의 심판자로서 현재의 주요 역할은 정치적 경쟁의 확보이다. 정치적 수요자의 한계, 선거과정의 불완전성, 정치세력의 비경쟁적 행태로 말미암아 자연스럽게 정치적 독과점으로 되기 쉬운 정치과정에서 현재가 정치적 경쟁의 파수꾼의 역할을 담당하는 것이 매우 적절하다. 정치적 변화의 길을 가로막는 인위적 장애의 위헌성을 지적하고 제거하는 일은 선거의 정치적 경쟁 및 정치적 통제를 위하여 매우 필요하다. 그러한 점에서 정치적 독과점을 구축하려는 정치세력의 자연스러운 속성을 통제하여 정치적 변화의 경로를 열어놓는 것은 민주정치과정을 어거(馭車)하는 현재의 중요한 임무가 된다.

주제어: 선거의 공정성, 선거의 평온, 선거운동, 정치적 표현의 자유, 공직선거법

(논문접수일: 2019. 11. 1. 심사개시일: 2019. 11. 11. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 들어가며

공직선거법(이하, “공선법”)은 다양한 방식으로 선거운동을 규제하고 있다. 이중 선거의 평온 및 공정성과 관련하여 규제하고 있는 대표적인 선거운동방법에는 공개장소에서의 연설·대담 시 행위 및 장소 제한(제79조, 제80조), 정보통신망을 이용한 선거운동 시 행위 제한(제82조의4), 선거운동정보의 전송 제한(제82조의5), 시설물설치 등의 금지(제90조), 확장장치와 자동차 등의 사용 제한(제91조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 야간연설 등의 제한(제102조), 연설회장에서의 소란행위 등의 금지(제104조), 행렬 등의 금지(제105조), 호별방문의 제한(제106조), 서명·날인운동의 금지(제107조) 등이 있다.

위와 같은 공선법 규정에 따른 선거사범에 대하여 법원 판결이 다수 내려졌으며, 한편으로는 해당 규정의 위헌성을 다투는 헌법소송에 대하여 헌법재판소(이하, “헌재”)의 결정이 수차례 이뤄져 왔다.

선거운동의 자유가 헌법적 권리로서 보장되기 때문에 선거의 평온 및 공정성을 이유로 한 공선법 규정에 대하여는 앞으로도 계속 문제 제기가 이뤄질 것이다. 선거의 공정성과 달리 선거의 평온은 공선법상 용어는 아니지만, 헌재와 법원의 판례에서 선거운동 규제의 목적으로 자주 인용되고 있다. 이러한 인식 하에서 이 글에서 검토하고자 하는 질문은 다음과 같다. 선거운동을 규제하는 근거가 되는 선거의 평온과 공정성은 도대체 어떤 의미인가? 선거운동규제 조항의 법리는 무엇인가? 선거의 평온 및 공정성과 관련한 주요 공선법 조항의 위헌 여부에 대한 헌재의 입장은 무엇인가? 그러한 헌재의 판단은 타당한가, 나아가 앞으로도 여전히 타당하다고 볼 것인가? 민주정치체제에서 선거운동 규제의 위헌 여부를 판단하는 헌재의 역할은 무엇인가?

이하에서는 먼저 선거운동 규제의 목적(입법취지)에 해당하는 선거의 평온과 공정성의 개념에 대해 살펴보고(II), 선거운동규제의 법리를 검토한 후(III), 공선법상의 주요 규제조항에 대한 헌재 판단의 타당성을 개별적으로 따져보고자 한다.

II. 선거의 평온 및 공정성의 개념

선거운동을 규제하는 목적으로서 평온은 보통 선거의 공정성과 함께 연결되어 사용되고 있다. 헌재와 대법원의 판례를 살펴보면 “선거의 평온과 공정” 또는 “선거의 공정성과 평온성”의 표현이 다수 발견된다.¹⁾ 헌재의 결정만을 보더라도 선거의 평온과 공정(성)에 관하여 명확

한 개념 정의가 없이 일반적으로 사용하고 있으며, 또한 양자간의 개념적 관계를 제대로 설명한 것을 찾아보기 어렵다. 경우에 따라서는 양자를 별다른 구별 없이 사실상 비슷한 의미로 사용하기도 한다. 학자에 따라서는 이러한 현재의 인식을 비판적으로 보기도 한다. 후보자들 사이의 상대적인 홍보기회 균등을 보장하는 수단만으로 선거의 공정성이 확보된다고 보는 것은 일반적인 공정성의 의미와 일치되지 않는 것이고 오히려 그 의미를 왜곡시키는 것이라고 주장하면서, 제한된 의미로 공정을 이해하는 현재의 인식을 비판하는 견해²⁾가 있다. 또한 공선법 관련 조항을 판단함에 있어 현재가 ‘선거의 공정성’이라는 추상적 가치에 치중한다면 ‘선거의 자유’를 보장하지 못하였다는 비판³⁾이 제기되고 있다. 이처럼 현재가 파악하는 공정 및 평온의 개념에 대해 의문이 제기되고 있다.

선거와 관련한 규제를 최소화하기 위해서는 그 목적으로 작용하는 선거의 평온 및 공정성 개념을 보다 명확히 할 필요가 있다. 이를 제대로 파악하기 위해서는 그 전제가 되는 선거민주주의와 정치적 경쟁을 먼저 살펴봐야 한다.

1. 선거민주주의와 정치적 경쟁

(1) 민주주의의 최소한으로서 선거민주주의

민주주의의 개념에 관하여 다양한 견해가 있으나, 오늘날 민주주의에 대한 이해는 단지 다수의 지배(rule of the majority)만을 의미하지 않는다. 이와 관련하여 민주주의의 유형을 다양하게 파악하는 것이 실제에 부합한다고 보고 세계의 민주체제를 실증적으로 비교·평가하는 연구프로젝트를 주목할 필요가 있다. 스웨덴 Gothenburg 대학교와 미국 Notre Dame 대학교가 공동으로 주관하는 Varieties of Democracy (V-Dem) 프로젝트는 전 세계적으로 존재하는

- 1) “선거의 평온과 공정” 또는 “선거의 공정성과 평온성”을 검색어로 하여 찾을 수 있는 헌법재판소 결정과 대법원의 판결이 다수 있다. 예컨대 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가2, 결정문; 헌재 2016. 6. 30. 2014헌바253, 판례집 28-1하, 500; 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26, 판례집 28-1상, 333; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등, 판례집 27-2상, 308; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163, 판례집 27-1상, 407; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등, 판례집 26-1상, 628; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌마673, 판례집 24-1상, 646; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169, 판례집 22-1하, 497; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324 등, 판례집 22-1상, 347; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215, 판례집 18-2, 200; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 제116호, 803; 대법원 2015. 8. 19. 판결 2015도5789 선고; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도5344 판결; 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결; 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004도8969 판결 등.
- 2) 윤영미, 선거의 공정성에 관한 검토-공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로-, 헌법학연구, 제16권 제3호(2010.9), 589 및 591면. 아울러 윤 교수는 선거의 평온을 모호한 개념으로 보고 있다.
- 3) 김하열, 한국 헌법재판제도의 성과와 과제, 저스티스, 제146-2호(2015.2), 101면.

정치체제에 관한 방대한 데이터를 수집·분석하여 민주체제를 개념화하고 측정하고 있다.⁴⁾ 이에 따르면, 민주주의는 선거민주주의(electoral democracy), 자유민주주의(liberal democracy), 다수제민주주의(majoritarian democracy), 합의민주주의(consensus democracy), 참여민주주의(participatory democracy), 숙의(심의)민주주의(deliberative democracy), 평등민주주의(egalitarian democracy) 일곱 가지 유형으로 나뉜다.⁵⁾ 하지만 민주주의를 좁은(thin, minimalist) 의미로 이해할 때, 민주주의는 다름 아닌 선거민주주의라고 볼 것이다.⁶⁾ 즉 선거민주주의를 민주주의의 최소한(最小限)으로 보는 것이다. 왜냐하면 어떠한 유형의 민주체제라도 기본적으로 선거를 통해서만 민주체제가 작동될 수 있기 때문이다.

선거민주주의는 무엇보다도 선거를 민주주의의 핵심으로 본다. 정기적으로 대규모 선거인이 참여하는 선거에서 지지를 얻고자 하는 정치 그룹간의 경쟁을 통하여 민주주의가 실현된다고 본다. 그래서 국민에게 정치적 책임을 지는 대표자를 경쟁 가운데 선출하는 방식을 중시한다.

이러한 선거민주주의는 R. Dahl의 '다두제'(多頭制, polyarchy)에 해당한다.⁷⁾ Dahl에 의하면, 다두제는 선출직 공직자들, 자유롭고 공정하며 빈번한 선거, 표현의 자유, 선택의 여지가 있는 정보원(情報源), 결사의 자율성, 포괄적 시민권(inclusive citizenship)을 구성요소로 보아 그 제도적 보장을 요구한다.⁸⁾ Dahl은, 현대적 형태의 대규모 대의민주주의체제가 역사적으로 독특한 것이기 때문에 종래 익숙한 개념이었던 민주정과 공화정과 구별하기 위해, 이를 '다두 민주주의체제(polyarchal democracy)'라고 부른다.⁹⁾

요컨대 민주체제가 제대로 작동되기 위해서는 선거민주주의의 핵심적 요소인 경쟁적인 다당제, 보통선거, 정기적으로 실시되는 비밀투표, 언론 및 선거운동을 통한 정당과 선거권자의 소통 등이 제도적으로 확보되어야 한다.¹⁰⁾ 이러한 핵심요소는 정치적 경쟁을 뒷받침하는

4) 자세히는 www.v-dem.net 참조.

5) 이에 관하여는 Coppedge, Michael *et al.*, *A New Approach to Conceptualizing and Measuring Democracy* (Paper presented at the 3rd International Conference on "Democracy as Idea and Practice", University of Oslo, Norway, 12-13 Jan. 2012), pp. 10-13.

6) 일찍이 Joseph Schumpeter에게서 비롯한 이러한 이해는 A. Downs, R. Dahl에 의하여 더욱 보완되고 구체화되었다. Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harper, 1947; Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Addison-Wesley, 1957; Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, 1956; Dahl, Robert, *Polyarchy*, Yale University Press, 1971.

7) Dahl의 다두제가 Schumpeter가 생각한 (선거)민주주의와 전적으로 동일한 개념인가의 여부에 관하여는 논란이 있다. 이에 간단한 설명으로는 Teorell, Jan, *et al.*, *Measuring Electoral Democracy with V-Dem Data: Introducing a New Polyarchy Index*, Working Paper Series 2016:15, V-Dem Institute, 2016, pp. 4-6.

8) Dahl, Robert, *On Democracy*, Yale University Press, 1998, p. 85 [R. Dahl, 김왕식 외(공역), 민주주의, 증보판, 동명사, 2015, 131면. '포괄적 시민권'은 '배타적 선거권'의 반대 개념으로서 선거권을 가진 시민 범위의 확장을 의미한다. 즉 선거권 확대를 가리킨다. 논자에 따라서는 표현의 자유에 선택의 여지가 있는 정보원을 포함하기도 한다. 표현의 자유는 선택가능한 다양한 정보의 존재를 전제하기 때문이다.

9) R. Dahl, 김왕식 외(공역)(주 8), 138면.

10) 따라서 선거민주주의의 수준을 평가함에 있어서 결사의 자유가 인정되는지, 선거가 부정 없이 투명하게 실시되

메커니즘을 구성하고 있다. 즉, 선거민주체제는 정치적 경쟁을 통해 작동한다고 볼 수 있다.

(2) 정치적 경쟁으로서 경쟁적 선거

정치원리로서 민주주의의 핵심요소는 정치적 평등(political equality)이다.¹¹⁾ 정치적 평등을 최대한 구현하기 위하여 민주체제의 선거는 ‘평등한 참여’와 ‘동등한 영향력’을 매우 중시한다. 선거에의 평등한 참여와 동등한 영향력 행사는 자연스럽게 정치적 경쟁을 요구하며 기존의 정치적 독과점을 유지하려는 것을 거부한다. 따라서 민주주의체제에 상응한 선거유형은 당연히 ‘경쟁적 선거’(kompetitive Wahlen)이어야 한다.

경쟁적 선거란 ‘선택가능성’(Auswahlmöglichkeit)과 ‘선거의 자유’(Wahlfreiheit)가 법적인 권리와 제도로 보장되는 상태에서 실시되는 선거를 의미한다.¹²⁾ 선거권 및 피선거권의 보장뿐 아니라 선거의 5대 원칙으로 이해되는 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 제도적 확립이 바로 이러한 경쟁적 선거의 핵심에 해당한다. 이를 상술하면 아래와 같다.

첫째, 선거참여자의 정치적 기본권이 보장되어야 한다. 선거권, 피선거권, 입후보 및 선거운동의 자유, 정치자금 모금 및 기부 자유 등을 비롯하여 선거과정의 참여를 가능케 하는 권리와 자유가 최대한 보장되어야 한다.

둘째, 선거의 기본원칙인 보통·평등·직접·비밀·자유선거 원칙이 지켜져야 한다. 이는 민주체제에서 선거제도의 구성 및 운영의 기본원칙이기 때문이다. 그래서 모든 국민은 원칙적으로 선거권자 또는 후보자로서 모든 선거절차에 걸쳐 평등하고 자유롭게 참여할 수 있어야 한다. 특히 두려움 없이 자유의사에 따라 투표할 수 있어야 하며 선거결과에 미치는 정치적 영향력의 크기가 원칙적으로 동등하여야 한다.

한국헌법은 경쟁적 선거에 필요한 주요 권리 및 제도를 충분히 보장하고 있다. ‘조국의 민주개혁’의 사명에 입각하여 ‘자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서’를 더욱 확고히 하려는 한국헌법은 국민주권의 원리(제1조) 하에 정치적 생활의 영역에서 차별을 받지 아니할 평등권 및 평등원칙(제11조), 선거권(제24조), 피선거권을 포함한 공무담임권(제25조)을 보장하면서, 국회의원선거 및 대통령선거에서 보통·직접·직접·비밀선거원칙을 규정하고 있다(제41조 제1항, 제67조 제1항). 그리고 선거운동의 균등한 기회를 보장하고 있다(제116조 제1항).

는지, 대표자가 법적 절차에 의거하여 선출되는지 등을 판단하여야 한다. 1900년부터 2016년까지 전 세계적으로 선거민주주의의 전반적인 추세에 관하여는 V-Dem Institute, V-Dem Annual Report 2017: Democracy at Dusk?, 2017, pp. 16-21.

11) 이에 관한 간결하면서도 폭넓은 논증으로는 Dahl, Robert, *On Political Equality*, Yale University Press, 2006.

12) Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 4.Auf., Leske+Budrich, 2004, S. 23-32.

2. 선거의 평은: 지나친 경쟁의 제한

평은의 개념은 다의적으로 사용되고 있다. 예컨대 공선법 제91조 제1항의 확성장치의 사용 제한이나 제166조 제1항의 ‘소란한 언동’ 금지는 일반적인 의미의 질서유지에 따른 평은과 관련되어 있으나, 대체로 선거운동과 관련한 평은은 정치적 경쟁과 관련하여 그 의미를 파악할 필요가 있다.

대체로 현재의 판례에서 평은은 “경쟁이 과열되거나 선거내용이 혼탁해질 가능성”¹³⁾, “후보자나 예비후보자 등 사이의 지나친 경쟁으로 선거가 과열되고, 그들이 관련되는 공조직 및 사조직을 이용하거나 불법적으로 동원한 선거운동원뿐 아니라 그를 지지하는 유권자들의 문서나 인쇄물을 이용한 무분별한 흑색선전, 진실을 왜곡한 의혹제기, 편파적 의견이나 부당한 표현, 허위사실유포나 비방”¹⁴⁾과 관련하여 언급되고 있다.

따라서 현재의 판례를 통하여 확인할 수 있는 선거의 평은은 ‘선거과정에서 나타나기 쉬운 지나친 정치적 경쟁을 방지함으로써 사회질서가 혼란하게 되지 않고 개인의 자유·권리가 침해되지 않은 상태’임을 알 수 있다. 달리 말하면, 선거의 평은은 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실과 탈법적인 선거운동으로 인한 선거사범이 발생하지 않은 상태라 할 수 있다. 그러한 점에서 선거의 평은은 지나친 경쟁을 제한함으로써 확보되는 ‘사회적 평은’과 ‘사생활의 평은’으로 이해할 수 있다. 이를 위해서 공선법은 일정한 부작위의무를 부과함으로써 정치적 경쟁의 총량을 제한하는 방식을 취하고 있다. 선거의 공정성 못지않게 선거의 사회경제적 비용을 적정하게 관리하는 것도 중요한 가치(공익)라고 보아야 할 것이다.

선거의 평은과 관련하여 주로 문제 되는 것은 탈법적인 문서·도화의 배부·게시, 광고물·광고시설 등 설치, 전자우편 전송, 동영상 게시 등이다. 이를 통하여 선거의 평은이 선거운동의 지나친 경쟁을 제한함으로써 선거권자의 정치적 판단 및 선택을 차분하게 하기 위함임을 알 수 있다. 그런 점에서 선거의 평은은 국민의 합리적인 의사에 의하여 대표자를 올바르게 선출하여 대의제가 정상적으로 작동하도록 하는, 선거제도의 본래적 기능의 발현을 위한 전제조건이라고 할 수 있다.

3. 선거의 공정성: 균등한 경쟁기회의 보장

선거의 공정성은 선거과정에 나타난 정치적 경쟁의 공정성, 즉 선거참여자 특히 후보자

13) 예컨대 헌재 2019. 5. 30. 2017헌바458, 판례집 31-1, 606, 613.

14) 예컨대 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26, 판례집 28-1상, 333, 341.

및 정당 간의 공정한 경쟁(fair competition)을 의미한다.¹⁵⁾ 무엇보다도 선거권자의 정치적 지지를 획득하고자 하는 정당·후보자 간의 경쟁이 금력, 권력 등에 의해 방해되지 않음으로써 특정 정당·후보자에게 치우치지 않는(impartial, unprejudiced) 절차가 확보되어야 한다. 현재도 선거 공정성을 언급할 때 으레 ‘선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력의 차이에 따른 불균형이라는 폐해’¹⁶⁾, ‘후보자 및 예비후보자의 정당가입 유무와 가입정당의 규모, 후보자·예비후보자 및 그를 지지하는 유권자의 경제적·정치적·사회적 영향력의 차이에 따른 선거운동 등에서의 불균형이 두드러지게 되어, 선거운동에 있어서 균등한 기회를 보장한다고 규정한 헌법 제116조 제1항의 취지에 반하게 된다’¹⁷⁾는 점을 강조하고 있다.

선거의 공정성은 모든 선거참여자를 동등하게 취급하는 것을 목적으로 하는 동시에 실천과제로 삼고 있다. 선거의 공정성은 단지 정당 및 후보자 간 선거운동 기회의 균등성만을 의미하는 것은 아니다.¹⁸⁾ 즉 선거정보의 획득, 언론에의 접근, 선거운동을 통한 정치적 의사소통의 기회, 선거인등록, 투표시설에의 접근, 이의제기절차에 의한 구제절차의 활용 등에서 모든 선거참여자는 동등하게 대우받아야 한다. 그래서 선거의 공정성은 선거과정의 각 단계별로 다양하게 나타난다. 선거구의 규모는 소수세력의 진입이 가능하도록 확대되어야 하며, 입후보는 선거참여 기회의 균등을 위해 민주적인 추천절차가 마련되어야 하고 기탁금의 규모는 최소화하여야 하며, 선거운동에서는 주체·방식·기간·비용 등의 영역에서 기회의 균등이 확보되어야 하며, 투표와 관련해서는 누구나 쉽게 참여할 수 있는 투표방식이 마련되어야 한다. 당선자결정방식으로는 대표의 공정성을 위해 비례성이 강화되어야 할 것이고, 선거쟁송과 관련해서는 신속한 재판이 이뤄져서 왜곡된 선거권자의 의사를 조속히 바로 잡아야 할 것이다. 이처럼 선거의 공정성은 선거절차 전반에 걸쳐 어떠한 정치적 편견이나 관여 없이 선거관리가 중립적·객관적으로 이뤄질 것을 요구한다. 이중에서도 특히 선거운동에서 공정성이 중요함은 두말할 나위가 없다.

경쟁적 선거는 선거의 자유와 공정성이 확보될 것을 요구하는데, 양자의 관계를 명확히 할 필요가 있다.¹⁹⁾ 보통 선거운동의 자유와 공정성은 상호 대립적인 개념으로 이해되기 쉽다.

15) 자세한 내용은 음선필, 한국지방선거에서의 공정선거 확보방안, 유럽헌법연구 제7호(2010), 108-109면.

16) 예컨대 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가2, 결정문, 1, 5; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684, 717.

17) 예컨대 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26, 판례집 28-1상, 333, 341.

18) 윤영미 교수는 선거의 공정성을 위해서는 후보자들 간의 후보기회의 균등을 보장하는 것 이상으로 선거의 가장 중요한 이해당사자인 국민에게 ‘정보에 기초한 판단’(informed decision)에 필요한 자료제공이 매우 중요함을 강조하고 있다. 윤영미(주 2), 588-594면. 그러나 경쟁적 선거에서 공정성은 선거참여자의 정치적 경쟁을 확보하기 위해 훨씬 그 이상의 요소를 포함하고 있다고 본다.

19) 자유롭고도 공정한 민주적 선거에 관한 일반적인 설명으로는 Elklit, Jorgen and Svensson, Palle, “What Makes Elections Free and Fair?” *Journal of Democracy* 8(3), 1997; Beetham, David, “Freedom as

그러나 양자는 동일 차원의 대립적인 개념이라기보다는 차원이 다른 보완적 개념이라고 본다.²⁰⁾ 궁극적으로는 선거권자의 다양한 의사를 정확하게 반영하는 것을 목적으로 하기 때문에, 선거운동의 공정성은 선거운동의 자유를 전제로 하여 이러한 자유가 정당·후보자 등 선거참여자에게 동등하게 보장될 것을 요구한다. 따라서 선거가 공정하게 실시되기 위해서는 선거운동의 자유가 보장되어야 하며, 진정한 의미의 자유로운 선거운동이 이루어지기 위해서는 정당·후보자에게 동등한 기회가 주어져야 한다.

그런데 이러한 의미의 선거의 공정성이 선거운동의 '자유'의 제한'과 그 '기회의 제공'이라는 양면으로 나타남을 주의하여야 한다. 전자의 예로는 선거운동의 기간·경비·방법의 제한이 있으며, 후자의 예로는 선거운동기간의 제한을 정당한 것으로 전제로 할 경우 예비후보자에게 일정한 사전선거운동을 허용하는 것, 일정한 요건 하에서 선거비용을 보전하는 것, 지역별 선관위 주최로 토론회를 개최하는 것 등이 있다.

따라서 선거의 공정성을 확보하기 위해서 제한되는 것은 일반적인 선거운동의 자유가 아니라, 국민의 자유로운 선택권을 방해하고 기회의 균등을 침해하는 선거운동임을 유의하여야 할 것이다.

4. 소결

선거의 공정성과 평은의 개념은 선거민주주의에서 실시되는 경쟁적 선거를 전제로 하여 이해할 필요가 있다. 경쟁적 선거에서 정치적 경쟁은 필연적이다. 정치적 경쟁은 자유롭게 보장되어야 한다. 그런데 정치적 경쟁이 정치적 평등과 결합함에 따라 균등한 경쟁기회가 보장되어야 하는바, 여기에서 선거의 공정성이 요구된다. 한편 정치적 경쟁의 과열로 말미암은 사회적 비용의 수준을 일정하게 설정할 필요가 있는바, 여기에서 선거의 평은이 요구된다. 그러한 점에서 선거의 공정성과 평은은 정치적 경쟁에 해당하는 선거운동을 규제하는 목적으로 작용하게 된다. 이하에서는 먼저 선거운동과 그 규제의 법리를 살펴본다.

the Foundation,” *Journal of Democracy* 15(4), 2004, pp. 61-67; Inter-Parliamentary Union, *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*, 1994; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002.

20) 개념적으로 '자유롭고도 공정한 선거'는 '선거의 완전성(온전성)[electoral integrity]에 포함된다. 선거의 공정성과 완전성의 개념적 관계에 관하여는 음선필, 선거의 완전성, *홍익법학*, 제15권 제3호(2014), 106-108면. “선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함”을 목적으로 규정한 공선법 제1조가 선거의 완전성을 잘 설명해주고 있다.

III. 선거운동과 그 규제의 법리

1. 선거운동의 개념

(1) 선거운동의 의미

공선법상 선거운동의 개념은 대단히 포괄적이다. 공선법 제58조는 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 규정하고 있다. 공선법의 취지와 실제 운용상, 이러한 개념파악은 그 주체·대상·방법 등에 제한을 두고 있는 채 선거운동을 규율의 대상으로 보는 관점에 서있다. 현재와 법원은 역시 이러한 관점에서 선거운동을 ‘특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위’를 말하는 것으로 풀이한다. 그러나 선거과정에서 선거운동이 차지하는 의미를 제대로 파악하기 위해서는 다른 관점에서 접근할 필요가 있다.

경쟁적 선거에서 선거운동은 득표 내지 당선을 위해 선거권자의 지지를 확보하기 위한 일체의 행위를 의미한다. 경쟁적 선거에서 후보자와 정당은 선거운동을 통해 정치적 목표 내지 정책을 제시하며 선거권자의 신뢰를 경쟁적으로 획득해간다. 대의민주주의에서 선거를 통하여 형성된 대표관계를 정치적·윤리적 관계로 이해할진대, 이러한 대표관계를 실질적으로 형성하는 계기가 되는 선거운동은 선거권자의 신뢰를 획득하는 과정으로 이해할 수 있다. 선거는 대표자에게 정치적 신임을 부여하는 것이므로 이에 따라 형성되는 대표관계 역시 정치적 신임으로 이뤄져야 하며, 금품이나 향응에 의한 매수나 사회적 지위에 의한 압력 등으로 이뤄져서는 아니 된다.

한편 선거운동은 선거에 관한 정보의 유통, 즉 제공 및 획득을 의미하기도 한다. 이와 관련하여 선거과정에서 얻는 정치적 정보의 수준이 낮다는 사실을 주의하여야 한다. 선거권자들의 정치적 정보 수준은 경제적 시장의 참여자들에 비하여 낮은 편이다. 그 이유는 정치적 의사결정이 공공재화적 성격을 갖기 때문에 이에 대한 정보수집의 의욕이 현저히 낮은 반면에 정보처리비용이 상대적으로 높기 때문이다. 또한 정치적 정보를 수집하는 데에는 인간의 구조적인 무지와 사회질서의 복잡성에 기인하여 인지적인 한계가 있기 때문이다. 따라서 선거운동을 통하여 후보자와 정당은 자신에 유리한 정보를 최대한 다수의 선거권자에게 전달할 수 있어야 하며, 선거권자는 후보자나 정당에 관한 정보를 용이하게 접근할 수 있어야 한다. 아울러 선거권자는 후보자와 정당에 대한 지지 또는 반대의 의사를 자유롭게 표시할

수 있어야 한다.

(2) 선거운동의 법적 토대

선거운동은 기본적으로 자유의 영역에 속한다. 선거에 참여하는 자들은 모두 선거운동과 관련한 더 많은 자유를 요구한다. 선거운동의 시기, 방법, 도구, 비용 등의 영역에서 가용자원을 최대한으로 활용하기를 원한다. 후보자와 정당의 관점에서 볼 때, 선거운동은 정치적 신임을 획득하기 위한 정치적 경쟁이므로, 후보자와 정당은 이를 통하여 선거권자에게 자신의 정치적 목표와 정책을 충분히 전달할 수 있어야 한다. 따라서 후보자와 정당에게 선거운동은 ‘정치적 표현의 자유’와 ‘정당활동의 자유’로서 보장되어야 한다.

이와 동시에 선거운동은 민주주의체제에서 합법적인 권력획득의 수단이 되므로 민주주의의 속성상 평등의 영역에 속하여야 한다. 경쟁적 선거는 소속 정당의 유무·크기에 관계없이 후보자 간에, 그리고 정당의 규모에 관계없이 정당 간 선거운동의 기회균등을 요구한다. 이는 ‘평등권’ 내지 ‘평등선거의 원칙’의 보장을 요구한다. 다른 아닌 ‘선거운동의 공정성’의 요구이다. 그래서 선거운동은 모두에게 균등하게 자유롭게 보장되어야 한다. 헌법 제116조의 “선거운동은… 균등한 기회가 보장되어야 한다.”라는 규정이 바로 이를 뒷받침하고 있다.

한편 선거운동은 선거권자의 관점에서 정치적 통제와 관련하여 접근할 수 있다. 선거운동을 통하여 유통되는 선거관련 정보는 정확하여야 하며, 선거운동의 기회는 후보자 등에게 공평하게 보장되어야 한다. 그래야만 주권자의 의사에 부합한 선거결과를 담보할 수 있기 때문이다. 이처럼 선거권자의 정치적 통제를 실효적으로 만들기 위하여, 선거운동은 후보자·정당에 관한 정확한 정치적 정보를 수집할 수 있는 ‘알권리’로서 보장되어야 한다. 그리고 그들에 대한 평가를 전파·공유할 수 있는 ‘정치적 표현의 자유’가 선거권자에게도 보장되어야 한다.

그러한 점에서 선거운동을 규율함에 있어서 고려하여야 할 사항은 선거관련 정보의 정확성, 자유로운 전달, 용이한 획득가능성(접근성, 비배타성), 제공기회의 균등성 등이다.²¹⁾ 이와 아울러 선거운동의 공정성을 담보할 있도록 선거비용이 일정 수준으로 제한되어야 한다.

21) 선거권자로서는 어떠한 장애사유에 의하여서도 정치적 정보를 획득할 수 있는 기회가 박탈되어서는 아니 된다. 또한 선거권자에게 전달되는 정보는 정확하여야 한다. 부정확한 정보는 결코 올바른 결정을 가져올 수 없기 때문이다. 이를 단지 정보의 ‘시장’에 맡길 수만은 없다고 본다. 왜곡되거나 거짓된 정보의 확산을 방지할 수 있는 일정한 제도적 장치가 뒷받침되어야 할 것이다.

2. 선거운동규제의 법리

(1) 서

선거운동이 선거과정에서 그 의미가 제대로 구현되기 위해서는 일정한 제도적 규율이 필요하다. 경쟁적 선거에서 후보자와 정당은 선거운동을 통하여 선거권자에게 자신의 정치적 목표와 정책을 충분히 전달할 수 있어야 하며, 선거권자는 후보자와 정당에 관한 정확한 정보를 제때에 적은 비용으로 쉽게 획득할 수 있어야 한다. 선거운동을 규율하는 법리는 바로 이에 초점을 맞춰야 한다.

선거운동을 규제하는 입법은 내용의 정당성을 담보하기 위하여 기본권제한의 기본원칙에 따라 형성되어야 하며, 또한 절차적 정당성을 확보하기 위하여 입법절차에서 지켜야 할 헌법적 한계를 지켜야 한다. 그리고 결과의 정당성과 관련하여 선거운동규제조항에 대한 위헌심사는 엄격한 기준에 따라야 할 것이다.

(2) 내용의 정당성과 관련하여

선거운동규제는 정치적 표현의 자유, 정당활동의 자유, 평등권, 알권리 등에 대한 제한의 형태로 나타난다. 따라서 이러한 기본권을 제한하는 헌법적 한계인 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.

한편, 선거운동규제조항은 공선법의 처벌조항과 결합하여 사실상 범죄구성요건을 포함하고 있기 때문에 죄형법정주의에 따른 명확성 원칙의 위반 여부가 문제될 수 있다. 따라서 선거운동규제조항은 통상의 해석방법에 따라 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정되어야 한다.

(3) 절차의 정당성과 관련하여

선거운동규제관련 입법은 국정운영에 참여하는 정치세력의 판도를 결정하는 경기규칙에 해당하기 때문에, 절차의 정당성을 확보하기 위하여 적법절차원리 및 의사공개원칙 등의 입법원칙을 준수하여야 한다.

오늘날 적법절차원리는 입법, 행정, 사법, 헌법재판 등 모든 국가작용이 헌법과 정당한 법률을 근거로 하고 법규범에 따른 정당한 절차를 밟아 행사되어야 한다는 헌법상 원리로 이해되고 있다.²²⁾ 더 나아가 국가작용이 절차상의 적법성을 갖출 뿐 아니라 공권력행사의

근거가 되는 법률의 실제적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 원리로 이해된다.²³⁾ 이러한 적법절차원리에서 도출되는 가장 중요한 절차적 요청으로는 당사자에 대한 적절한 고지, 당사자에 대한 의견 및 자료제출의 기회부여 등을 들 수 있다.²⁴⁾ 따라서 법률제정과정에서 청문회 등 각계각층의 다양한 의견 수렴을 위한 절차를 필수적으로 거칠 것을 요구한다. 특히 선거운동을 규제하는 입법에서 소수정당에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 주는 것이 매우 중요하다고 할 것이다. 그런 점에서, 입헌민주국가에 있어서 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 함에도, 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차의 원칙에 반한다.²⁵⁾

선거운동규제입법의 합리성과 타당성을 담보하는 또 다른 장치는 회의공개 원칙이다. 입법과정에서 밀실야합은 언제든지 기득권의 수호로 연결되기 마련이다. 공개적인 토론과정에서 입법의 취지, 근거와 기대효과 등이 명백히 드러나야 한다. 즉 누가 무엇 때문에 이러한 규제를 하고자 하는지가 명백히 나타나야 한다. 이러한 자료는 나중 위헌심사를 위한 기초자료로 사용될 것이기에 그러한 만큼 입법의 신중함과 합리성을 담보할 수 있다고 본다.

(4) 결과의 정당성과 관련하여

선거운동에 대한 규제는 그 결과에 따라 정치적 자유 및 권리의 일반적인 제한에 그치지 않고 나아가 정치적 경쟁의 제한으로 이어지는 것이 있음을 주의할 필요가 있다.²⁶⁾

정치적 경쟁을 제한하는 규제는 국회의 입법을 통하여 이뤄지는데, 국회의 다수세력의 정치적 이해관계에 따라서 보편적 규제형식을 취하지만 사실상 기존 정치세력의 기득권을 보호하고 새로운 정치적 신진세력의 진입을 방해하는 결과를 낳기 쉽다. 정치세력은 자신의

22) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 504면.

23) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019, 1080면. 헌법재판소도 이러한 입장에서 적법절차원리를 법률의 위헌심사기준으로 보아 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용하고 있다. 예컨대 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853; 헌재 2001. 3. 15. 2001헌가1 등, 판례집 13-1, 441; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10, 판례집 19-1, 482; 헌재 2008. 1. 17. 2006헌바38, 판례집 20-1상, 85.

24) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 25; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10, 판례집 19-1, 482, 500.

25) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 250-251.

26) 선거운동의 규제가 곧바로 정치적 경쟁의 제한으로 이어지는 것은 아님을 주의할 필요가 있다. 예컨대 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하기 위하여 선거운동의 자유를 일반적으로 제한할 수 있다. 선거비용의 제한, 선거일의 선거운동 금지, 허위논평·보도의 금지, 소음의 규제 등이 그러한 예이다. 이러한 규제가 정치적 표현의 자유나 정치적 기본권을 제한하는 것이 사실이나 이로 인하여 정치적 경쟁이 저해된다고 보기는 어렵다.

정치적 이익을 극대화하기 위하여 다양한 형태의 비경쟁적 행태를 취한다. 때로는 정당간 결합을 통해서, 막후 접촉에 의한 정당간 협상을 통해서, 또는 잠재적인 경쟁자에 대한 진입장벽의 구축을 통하여 기존 정치세력은 자신의 지위를 견고히 하고자 한다.²⁷⁾ 이른바 ‘기울어진 운동장(unlevel playing field)’을 만듦으로써 정치적 변화의 통로를 제약하는 것이다. 이처럼 새로운 정치세력은 기존 정당에게 자신의 승리를 저해하는 ‘방해자’이거나 잠재적인 ‘경쟁자’로 인식되기 때문에 언제든지 진입규제의 대상이 되기 쉽다.²⁸⁾ 바로 이러한 이유 때문에 선거과정에 경쟁적 요소를 더욱 강화할 것을 요구하게 된다. 아울러 선거운동규제입법에 대해서 엄격한 사법심사가 필요하다.

3. 소결

민주정치체제에서 경쟁적 선거가 제대로 실시되기 위해서는 정치적 독과점을 방지하고 완화하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 정치적 경쟁과 정치적 통제의 관점에서 볼 때, 선거운동의 자유를 균등히 보장하려는 선거의 공정성이 충분히 구현되어야 한다. 이를 위해서는 선거운동의 법리에 충실한 공정한 게임규칙으로서 선거법의 입법, 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부의 감시가 중요하다.

이하에서는 지금까지 현재에서 자주 논의된 비례대표국회의원 후보자의 공개장소 연설·대담의 금지, 시설물설치 등 금지, 확장장치의 사용 제한, 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지, 호별방문의 제한을 차례로 살펴보기로 한다.

IV. 비례대표국회의원 후보자의 공개장소 연설·대담의 금지

1. 서

공선법 제79조 제1항에 의하면, 비례대표국회의원 후보자(이하, ‘비례대표후보자’라 한다)는 선거운동기간 중 후보자의 정견, 그밖에 필요한 사항을 홍보하거나, 정당의 정강이나 정책, 정치적 입장을 표명하기 위하여 공개장소에서 연설·대담을 할 수 없다.

27) 민경국, 신정치경제학-정치·관료시스템의 기능-, 석정, 1993, 128-129면.

28) 이러한 규제에 해당하는 것은 입후보 요건의 설정, 선거운동기간 및 방법의 제한, 소수정당 및 무소속 후보자에 대한 각종 제한 등이다. 현행법상 정치적 경쟁에 관한 규칙을 공정하지 않다고 볼 수 있다. 음선필, 한국 정치의 경쟁규칙은 공정한가?, 제도과 경제 제9권 제1호(2015), 7-17면.

이 규정은 ‘예외의 예외’에 해당하는 조항으로서 규제 중심의 공선법 성격을 잘 보여주고 있다. 공선법 제101조는 공선법의 규정에 의한 연설·대담 또는 대담·토론회를 제외하고는 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 다수인을 모이게 하여 개최하는 여타의 연설회나 대담·토론회를 금지하고 있다. 그런데 이러한 일반적인 금지에 대한 예외의 하나로서 제79조에서 ‘공개장소에서의 연설·대담’을 허용하고 있는데, 그 예외적 허용에서 다시 비례대표후보자를 제외하고 있다. 이러한 규제형식으로 말미암아, 연설회 및 대담·토론회에 대한 일반적 금지의 타당성 논의는 별론으로 하더라도, 비례대표후보자의 공개장소에서의 연설·대담 금지가 과잉금지원칙에 위배되는 것은 아닌지, 그리고 지역구후보자와 비례대표후보자를 차별하는 것이 합리적인지 등에 관하여 논란이 벌어져왔다.

이와 관련한 논점은 다음과 같다. 첫째, 공선법 제79조 제1항이 비례대표후보자의 선거운동 자유와 당원으로서 누리는 정당활동 자유를 제한하는 동시에, 선거운동기간 중 당원인 비례대표후보자의 공개장소 연설·대담을 통해 정강이나 정책을 알림으로써 정치적 의사를 형성하고자 하는 정당의 선거운동 내지 정치적 표현의 자유를 제한하는지 여부.

둘째, 공개장소 연설·대담이라는 선거운동의 기회를 부여함에 있어 지역구국회의원후보자와 비례대표후보자를 달리 취급하고 있으므로 비례대표후보자의 평등권을 침해하는지 여부.

셋째, 현실적 당선가능성과 고액기탁금 납부의 부담을 고려하여 소수정당이 지역구후보자를 제대로 내세우지 못하게 됨으로써 주로 비례대표후보자를 중심으로 선거운동을 하게 되는 바, 이로 말미암아 거대정당과 소수정당 간에 그리고 그 소속 후보자 간에 선거운동 내지 정치적 표현의 자유에 불합리한 차별이 발생하는지 여부.

2. 현재의 판단

(1) 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유에 대하여

현재는 비례대표후보자로 하여금 선거운동기간 중 공개장소에서 연설·대담을 할 수 없도록 규정한 공선법 제79조 제1항이 과잉금지원칙에 반하여 비례대표후보자의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.²⁹⁾ 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 전국을 하나의 선거구로 하고 정당선거로서의 성격을 가진 비례대표국회의원선거의 취지를 살리고, 각 선거의 특성에 맞는 선거운동방법을 규정함으로써 선거에 소요되는 사회적

29) 현재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212; 현재 2013. 10. 24. 2012헌마311, 판례집 25-2하, 276; 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684.

비용을 절감하고 효율적인 선거관리를 도모하여 선거의 공정성을 달성하고자 하는 입법목적은 정당하다. 그리고 지역구의원후보자에게 더 적합한 공개장소의 연설·대담을 비례대표후보자에게 금지하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하는 적절한 수단이 된다.

둘째, 비례대표국회의원선거가 기본적으로 전국을 하나의 선거구로 하는 정당선거라는 점을 고려하여 공선법이 그 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 선거운동방법을 허용하고 있는 점, 만약 비례대표후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 허용한다면 각 정당은 정당의 정강이나 정책실현 의지보다는 후보자 개인의 지명도나 연설 및 홍보 능력 등에 기초하여 비례대표후보자를 지명할 가능성이 높아져 비례대표국회의원선거제도의 취지가 몰각될 우려가 있다는 점, 연설·대담에 소요되는 비용과 노력으로 인한 경제적 부담이 가중되어 정당의 재정적 능력의 차이에 따라 선거운동기회가 차별적으로 부여되는 결과가 야기될 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 공선법 제79조 제1항과 동일한 효과를 가지면서도 덜 침익적인 수단을 발견할 수 없으므로, 이 조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다.

셋째, 이 조항을 통하여 달성하려는 선거의 공정성 확보 등의 공익은 매우 중대한 반면, 비례대표후보자로 하여금 공개장소에서 연설·대담을 하게 할 필요성이나 이를 금지함으로써 제한되는 비례대표후보자의 이익 내지 정당활동의 자유가 결코 크다고 볼 수 없어, 이 조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

(2) 평등권에 대하여

헌재는 공선법 제79조 제1항이 비례대표후보자 및 정당의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 그 논거는 다음과 같다.³⁰⁾

첫째, 지역구국회의원후보자에게 허용되는 모든 선거운동방법이 반드시 비례대표후보자에게 허용되어야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 공선법이 각 선거의 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 수단을 허용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 공선법 제79조 제1항이 지역구국회의원후보자와 비례대표후보자를 달리 취급하고 있다고 하여도, 그러한 차별취급에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서 비례대표후보자의 평등권을 침해하지 아니한다.

둘째, 최소한의 비용으로 정당의 정강이나 정책을 홍보할 수 있는 공개장소의 연설 및 대담을 금지하고 신문·방송 광고 등 막대한 비용이 드는 선거운동 방법만을 허용함으로써 경제력이 뒷받침되는 정당의 비례대표후보자와 재정이 부족한 정당의 비례대표후보자를 차별하고 있다는 주장이 있으나, 비례대표후보자가 전국 각지에서 연설·대담을 하는 데 드는

30) 헌재 2013. 10. 24. 2012헌마311, 판례집 25-2하, 276, 290-291.

비용과 노력으로 인한 경제적 부담이 신문·방송 광고에 드는 비용보다 부담이 훨씬 적다고 볼 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 공선법 제79조 제1항은 정당의 경제력 능력의 유무와 상관없이 모든 비례대표후보자에게 적용되고 경제적 능력에 따른 차별을 의도하거나 예정하고 있지 아니하므로, 경제적 능력에 따라 정당의 비례대표후보자를 차별적으로 취급한다고 볼 수 없다.

3. 검토

공선법 제79조 제1항이 문제되는 근본원인이 현행 국회의원선거체계가 지역구의원과 전국구비례대표의원을 각각 선출하는 혼합형선거체계(mixed-member electoral system)임을 알아야 한다. 공선법은 선거운동의 전반적인 규제의 틀에서 각 선거의 특성에 맞게 선거운동 방법을 마련하고 있는데, 이 중에 다소 정교하지 못한 것 중의 하나가 바로 비례대표후보자의 공개장소의 연설·대담 금지이다. 현행 비례대표국회의원선거체계가 ‘권역별’로 실시되지 않고 단일의 ‘전국선거구’ 차원에서 투표와 의석배분이 이뤄지기 때문에, 모든 정당은 그 능력과 의지에 관계없이 전국 차원에서 선거운동을 하는 것이 제도적으로 요구받고 있다.

그런데 경제적이고 효과적인 선거운동의 전략 차원에서, 비례대표후보자는 소속 정당을 위하여 또는 정당은 당원인 비례대표후보자를 통하여 전국적 차원 또는 지역적 차원의 선거운동방식을 선택적으로 활용할 수 있다.³¹⁾ 그런 점에서 비례대표후보자가 일정 지역의 공개장소에서 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하기 위하여 연설·대담할 수 있다고 볼 것이다. 경우에 따라서는 전국적 차원의 방송·신문광고 등을 이용하는 것보다 자신의 지지층이 많은 지역의 공개장소에서 비례대표후보자가 연설·대담하는 것이 더 효율적이라고 생각할 수 있기 때문이다. 이러한 필요성은 소수정당에게 더 절실하다고 본다.³²⁾ 따라서 이러한 금지의 위헌성을 판단함에 있어서 가장 중요한 것은 비례대표후보자의 선거운동의 자유 및 그 소속 정당의 정당활동의 자유와, 이를 허용함에 따른 문제점의 비교형량이라 하겠다.

여기서 비례대표후보자에게 공개장소의 연설·대담을 허용하는 것이 과연 어떠한 부작용과

31) 선거운동의 규제와 관련하여, 어떤 선거운동이 헌법상의 원리나 규정에 위배되거나 공익을 해치는 폐해를 낳는다는 이유로 금지되는 것은 합당하나, 비효율적이라는 이유로 금지되는 것은 타당하지 않다고 본다. 객관적인 기준에서 효율적이냐의 여부를 떠나 본인의 판단에 따라 선거운동의 방식을 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 것도 선거운동의 자유에 포함되기 때문이다.

32) 선거권자에게 큰 영향력을 가진 선거관련 보도는 대부분 ‘후보자 선거유세’에 관한 것이므로, 비례대표후보자가 공개장소의 대담·연설을 할 수 없게 된다면 비례대표후보자를 중심으로 선거운동을 해야 하는 소수정당으로서 지역구후보자를 많이 가진 거대정당에 비하여 불리할 수밖에 없을 것이다.

문제를 가지고 있는가를 따져볼 필요가 있다. 이는 궁극적으로는 비용(선거비용 및 선거관리 비용을 포함한 경제적, 행정적, 사법적 비용)과 공정성의 문제, 즉 기본권 제한에 따른 공익과 사익의 조화(법익형량) 문제로 귀결되는바, 결국 공리주의적 기준으로 따져보아야 할 정책적 판단의 대상이 된다.

비례대표후보자에게 공개장소의 연설·대답이 허용될 경우 비례대표후보자에 관한 보도가 이뤄짐으로써 효과적인 홍보가 가능하다는 점, 선거권자가 비례대표후보자와 면대면(face-to-face) 접촉을 통하여 선거정보를 직접 얻음으로써 그에 대한 신뢰감을 얻을 수 있다는 점 등이 장점으로 주장되고 있다.

반면에 비례대표후보자에게 공개장소의 연설·대답을 허용할 경우에 예상되는 문제점들은 그 규제의 필요성을 잘 보여준다.³³⁾ 예컨대, 최대로 많이 추천된 비례대표후보자가 최대한 많은 지역에서 여러 번 연설·대답을 함에 따라 선거비용이 증가하고 선거관리가 어려워져 결과적으로 선거의 공정성이 훼손될 우려가 있다는 점, 연설·대답에 소요되는 비용과 노력으로 인한 경제적 부담이 가중되어 정당의 재정적 능력의 차이에 따라 선거운동에 있어 기회를 차별적으로 부여받는 결과를 초래할 수 있다는 점, 비례대표후보자가 소속정당의 정강·정책 등을 홍보하는 데 그치지 않고 동일한 정당 소속 지역구국회의원후보자의 선거운동을 함께 할 경우 비례대표후보자의 수가 많은 정당이 지역구국회의원후보자를 홍보하는 데 있어서도 유리한 지위를 차지하게 되는 부당한 결과가 초래된다는 점 등이다.

이상을 종합해 볼 때, 비례대표후보자로 하여금 소속정당을 위하여 공개장소에서 연설·대답하도록 하는 것의 폐해가 유익점보다 더 크다는 점을 알 수 있다.

그런데 이러한 결론이 이른바 (준)연동형비례대표제의 도입을 핵심으로 하는 공선법이 개정 되기에 이르면 달라질 수밖에 없음을 알아야 한다. 제20대 국회에서 논의되고 있는 공선법의 개정안에 따르면, 지역구후보자가 비례대표후보자명부에도 중복하여 입후보할 수 있는 길을 열어주면서, 선거운동에 관한 한, 이러한 이중입후보자를 지역구후보자로 간주하게 된다.³⁴⁾ 이 경우, 지역구후보자와 달리, 비례대표후보자로 하여금 공개장소에서 연설·대답하는 것을 금지할 명분이 사라지게 된다. 이에 따라 공선법 제79조 제1항이 개정되어야 할 것이다. 만약 그렇지 않을 경우, 현재는 대단히 곤혹스러운 입장에 처하게 될 것이다.

33) 현재 2011. 3. 31. 2010헌마314, 판례집 23-1상, 456, 473 참조.

34) 2019. 4. 24. 발의된 공직선거법 일부개정법률안(의안번호 2019985) 제58조 제3항.

V. 시설물설치 등 금지

1. 서

공선법 제90조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법령의 방법 이외의 방법으로 시설물 설치 등을 하는 것을 금지하고 있다. 이러한 시설물설치 금지조항에서 금지하는 행위는 화환·풍선·간판·현수막·에드벌룬·기구류 또는 선전탑 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부하는 행위, 표찰이나 그 밖의 표시물을 착용 또는 배부하는 행위, 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·판매하는 행위이다.³⁵⁾ 이 규정에 위반하여 선전물을 설치·진열·게시·배부하거나 하게 한 자 또는 상징물을 제작·판매하거나 하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다(제256조 제3항 제1호 아목).

시설물설치 금지조항의 입법취지는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정성과 평온이 침해되는 것을 방지하기 위함이다.³⁶⁾

그런데 이 조항은 일정 범위의 선거운동방법에 대하여 그 주체, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 금지하기 때문에 지나친 규제가 아닌가 하는 문제 제기가 있었다. 외국 입법례를 참조해보면 이러한 문제 제기가 일리 있음을 알 수 있다. 외국 입법례는 우리 규제조항에 대한 침해의 최소성 판단에 좋은 참조가 될 것이다.

2. 외국의 입법례

(1) 서

선거에 영향을 미치기 위하여 광고물·광고시설을 설치하거나 표찰·그 밖의 표시물을 착용 하는 것과 관련하여, 다수의 외국 입법례는 인쇄물을 이용한 선거운동과 함께 이를 규율하고 있다. 이는 광고 관련 시설물과 문서·도화 등 인쇄물을 별도의 규정으로 달리 규율하고 있는 우리와 다르다.

스위스와 스웨덴의 경우, 선거법에 선거운동에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 반면에

35) 한편 선거기간이 아닌 때에 행하는 정당법 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동, 의례적이거나 직무상·업무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위는 선거에 영향을 미치게 하는 행위로 보지 아니한다(공선법 제90조 제2항).

36) 현재 2001. 12. 20. 2000헌바96 등, 판례집 13-2, 830, 843.

시설물에 대해 제한 또는 금지 규정을 두고 있는 국가들은 대체로 투표소 주변과 정부기관 건물이 선거 선전과 관련되지 않도록 하고 있다.³⁷⁾

(2) 영국

옥외 광고판이나 게시판을 이용한 정당 또는 후보자의 광고 전시는 1992년 시·도계획법에 의하여 규제된다. 후보자 및 대행인은 허용된 장소에 광고해야 하는데, 이에는 모든 옥외 광고, 현수막과 벽보(포스터, 피켓)가 포함된다. 특히 일반 사유지나 특정인이 관심을 가지고 있는 위치나 장소에는 관계자의 허가 없이 광고를 게재할 수 없다. 포스터나 광고는 교통이나 보행자에게 방해를 주지 않아야 한다.

(3) 미국

일반적으로 현수막을 사용하기보다 후보자를 지지하는 내용의 스티커나 간판 등을 자동차나 주택에 부착하는 경우가 많다. 선전물의 종류는 연필, 냉장고에 붙이는 자석, 문손잡이, 카드보드, 자동차 부착용 스티커 등 매우 다양하다.

선거벽보나 선전물 규격 등과 관련한 법적 규제는 없으나, 선전물의 부착 장소에 대해서는 부분적으로 규제하고 있다. 마트·도서관 등 공공장소에는 특정 정당이나 후보자를 지지하는 선전물을 부착할 수 없다. 주별로 차이는 있으나, 대체로 고속도로에 선전물을 부착할 수 없다.

(4) 독일

선거법에 별도의 규정이 없으나, 신문광고나 선전벽보와 함께 선전물이 선거운동을 위하여 다양하게 활용되고 있다. 티셔츠나 피켓을 이용한 선거운동이 가능하고, 정당 로고가 새겨진 볼펜, 사탕, 풍선 등과 함께 전단지를 나눠주는 것이 널리 사용되고 있다.

연방선거법 제32조에 의하면, 선거기간 중 투표시간 동안 투표소 내부와 건물 입구에 문구, 소리, 그림으로 된 광고물 게시가 일체 금지된다. 현수막은 각 주법에 위임된 도로법 내지 도로규칙(Straßenverkehrsordnung)에 따라 일반 광고와 동일하게 규제되고 있다.³⁸⁾

37) 이하 외국의 입법례는 중앙선거관리위원회 선거연수원, 각국의 선거제도 비교연구, 2015.11., 263-276, 340-344면 참조.

38) 노트라인 베스트팔렌의 경우, 현수막은 선거일 3개월 전부터 원칙적으로 허용된다. 뮌헨의 경우, 벽보규정(Plankatierungsverordnung)에 따라 도시미관과 자연경관의 보호를 위하여 입간판은 뮌헨시에서 허가한 공간에서만 설치된다(제1조 제1항). 정당, 선거단체, 후보자들은 선거, 주민투표, 주민소환일 3개월 전부터 그리고

(5) 스페인

현수막 및 벽보 설치를 위하여 시청은 특정 지역을 무료로 예약해 두어야 할 의무가 있다. 때로는 전봇대나 가로등을 가로질러 게시하는 현수막을 설치할 수도 있다. 이처럼 현수막은 시청이 무료로 지정한 장소에만 설치할 수 있다(선거법 제54조 및 제55조). 정당, 연합, 연맹 및 후보자들은 무료로 지정된 장소 이외에는 허가된 상업광고 장소에만 벽보를 부착하거나 다른 선전물을 설치할 수 있다(선거법 제55조).

(6) 일본

공직선거법 제143조에 의하면, 선거사무소 표시용 포스터·입간판·제등 및 간판류, 후보자가 사용하는 어깨띠·표찰(홍장)·완장류, 선거운동용 자동차 등에 부착하는 포스터·입간판·제등 및 간판류, 연설회장에서 사용하는 포스터·입간판·제등 및 간판류가 허용된다.

입간판 및 간판류는 정당에서 정한 총수의 범위 내에서 공직후보자 또는 후원단체가 정치활동을 위하여 사용하는 사무소마다 2개에 한하여 게시할 수 있다. 그 크기는 세로 150cm × 가로 40cm를 초과할 수 없으며, 해당 선거사무를 관리하는 선거관리위원회가 정하는 표시를 부착하여야 한다.

그러나 선거운동을 위하여 애드벌룬·네온사인 또는 전광에 의한 표시, 슬라이드 기타의 방법에 의한 영사 등의 종류를 게시하는 행위는 금지된다.

3. 현재의 판단

앞에서 살펴본 외국 입법례와 비교할 때, 우리 공선법은 시설물설치 등에 대하여 상당히 포괄적으로 규제하고 있다. 시설물설치 금지조항과 관련해서 첫째, ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 표현의 명확성원칙 위배 여부, 둘째, 일정 범위의 선거운동방법에 대한 포괄적·일률적 금지로 인한 표현의 자유 등의 침해 여부가 쟁점이 되고 있다.

첫째, 현재는 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 개념은 후보자나 정당이 선거에 승리하기 위한 계획을 수립하고 준비를 시작할 것으로 예상되는 ‘선거일 전 180일’부터 ‘선거일’까지 사이에 선거의 준비과정 및 선거운동, 선거결과 등에 실질적으로 선거운동에 준하는 작용을 하려는 의도를 가리키는 것으로서, 그 인정에 있어서는 행위자와 후보자 및 정당과의

14일 후까지 위에 언급된 장소 외에도 광고물을 부착할 수 있다. 그 크기는 1㎡로 제한된다(제2조 제1항). 현수막 광고는 도로교통규칙 제33조 제2항에 따라 게시장소 및 방법, 색상이 도로표지판이나 교통시설물과 혼동되게 해서는 아니 된다.

관계, 행위의 내용과 태양, 행위에 이르게 된 경위와 결과, 행위 당시의 상황 등 여러 사정을 종합하여 합리적으로 판단될 수 있으므로, 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 판단한 바 있다.³⁹⁾

“이 사건 법률조항 중 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 부분은 그 의미에 있어서 다소 불명확한 요소가 있고 광범위한 해석의 여지가 없는 것은 아니나, 공직선거법 전체 및 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적, 공직선거법에 규정된 다른 규제 조항들과의 체계적인 대비 및 그 조항들의 내용 등을 종합적으로 고려하면, 이는 선거의 준비과정 및 선거 운동, 선거결과 등에 어떤 작용을 하려는 의도를 가리키는 것으로 해석할 수 있고, 그 인정에 있어서는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서, 도화 등의 배부·첩부 등의 행위 그 자체 및 행위 당시의 정황, 행위의 방법 및 결과 등을 참작하여야 할 것인바, 행위의 동기가 반드시 위와 같은 의도만에 의한 경우가 아니라 하더라도 행위의 수단 및 결과, 전후 사정 등 전체적 과정에 비추어 그에 해당하는지 여부를 가릴 수가 있으므로, 명확성원칙에 위반되지 않는다.(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82 참조)”

둘째, 시설물설치 금지조항이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부에 관하여 헌재는 일찍이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.⁴⁰⁾

“공직선거및선거부정방지법 제90조 전문은 선거일 전 180일부터 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물설치 등을 하는 것을 금지한 규정으로서, 이는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평온이 침해되는 것을 방지하고자 일정 범위의 선거운동방법에 대하여는 그 주제, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 이를 금지하는 것인바, 위와 같은 목적 달성을 위하여 달리 효과적인 수단을 상정할 수가 없고, 제한되는 자유의 범위도 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 피해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용에 국한되는 것이며, 선거일 전 180일부터는 이미 사실상 선거운동의 준비작업이 시작되었다고 볼 수 있으므로, 이러한 제한은 피해방지에 필요한 최소한의 정도를 넘지 아니하여 표현의 자유 등을 침해한다고 할 수 없다.”

또한 헌재는 간판·현판·현수막 등을 이용한 선거운동의 경우, 인쇄물과 비교하여 시설물만

39) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등, 판례집 26-1상, 628, 648-650.

40) 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96 등, 판례집 13-2, 830, 831.

의 독특한 매체의 특성이 나타남을 지적하였다.⁴¹⁾

“인쇄물은 전문가가 아닌 개인도 프린터, 복사기 등을 이용하여 손쉽게 제작할 수 있는 반면, 시설물은 일반적으로 전문업체에 의뢰하여 제작한다. 인쇄물은 단품당 제작비용이 비교적 적지만, 시설물은 인쇄물보다 단품당 제작비용이 더 든다. 인쇄물은 일반적으로 개인이 다른 사람에게 직접 전달할 수 있어 대면이나 접촉을 전제로 하는 데 반해 시설물은 특정한 장소에 설치·진열하여 정보전달 방식에 있어서 차이점이 있다. 인쇄물과 달리 간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑과 같은 시설물은 특정한 장소에 고정되어 있어 설치장소를 지나가는 사람에게 노출되는 빈도수가 더 크다. 이러한 매체의 특성으로 인하여 시설물의 선거운동을 위한 선전물로서의 효과가 상대적으로 크고 선거의 공정성을 훼손할 우려가 있으므로, 이를 규율할 필요성이 있다.”

이러한 시설물의 매체로서의 특수성과 함께 예비후보자의 선거운동 허용, 인터넷을 통한 선거운동 허용(공선법 제59조 제3호) 등을 비롯하여 선거운동방법이 다양화된 점을 고려하여, 현재는 시설물설치 금지조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성 원칙에 위배되어 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

4. 검토

시설물설치 금지조항은 후보자·정당뿐 아니라 일반 선거권자 모두를 대상으로 선거일 전 180일부터 시설물 설치를 일률적으로 규제하고 있다. 그런데 공선법은 후보자나 정당에게 다양한 방법으로 광고할 수 있는 기회를 마련해주고 있는 반면에, 일반 선거권자의 경우에는 매우 제한하고 있다.⁴²⁾ 그런 점에서 이 조항은 후보자 등에게는 ‘탈법방지규범’이지만, 일반 선거권자에게는 ‘일반적 금지규범’으로 작용하고 있다.

흔히 시설물설치 금지조항의 입법취지로 경제적 차이에 따른 선거운동의 불균형방지를

41) 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163, 판례집 27-1상, 407, 425.

42) 공선법 제90조 제2항은 후보자·정당에게 일정한 유형의 광고물이나 광고시설물 설치, 표찰 기타 표시물의 착용, 상징물의 제작 등을 허용하고 있다. 이외에도 후보자는 선거운동을 위하여 당해 선거구 안의 읍·면·동마다 1매의 현수막을 게시할 수 있으며(제67조 제1항), 후보자와 그 배우자 등은 선거운동기간 중 후보자의 사진·성명·기호 등을 게재한 어깨띠나 일정한 규격의 옷(上衣), 표찰, 수기, 마스크트 등을 붙이거나 입거나 지니고 선거운동을 할 수 있다(제68조). 한편 문서에 의한 선거운동방법도 상세하게 규정되어 있다. 후보자는 선거운동기간 중 공선법에 따라 선전벽보(제64조)의 첨부, 선거공보(제65조) 및 선거공약서(제66조, 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 후보자에 한함)의 배부, 신문광고(제69조)의 게재를 할 수 있고, 명함을 직접 줄 수 있다(제93조 제1항 단서 제1호). 제60조의2에 따라 등록된 예비후보자와 관련자 등은 명함을 직접 주거나 예비후보자홍보물의 우편발송이 가능하다(제60조의3).

들고 있으나, 일반 선거권자에게는 이러한 입법취지가 적절하지 않다. 후보자의 경제력 차이에 따른 선거운동의 불균형 방지는 후보자의 선거운동을 규제하는 정당한 입법목적이 될 수는 있으나, 일반 선거권자의 정치적 표현의 제한에 대해서는 합리적인 사유가 되지 못한다. 일반 선거권자들은 후보자와 관계없이 자신의 정치적 의견을 개진하기 위하여 광고물이나 상징물 등을 활용할 수 있는데, 이러한 표현까지 경제력 차이를 이유로 규제하는 것은 타당하지 않다.⁴³⁾

물론 후보자가 선거권자를 빙자하거나 선거권자와 은밀히 결탁함으로써 각종 후보자에 대한 선거법상 규제를 잠탈할 수도 있다. 그러나 공선법은 적어도 선거관리위원회나 수사기관에 의하여 후보자가 선거권자를 빙자하였거나 은밀히 결탁하였음이 드러나는 경우, 후보자 측이 공선법상 선거비용제한의 규제를 잠탈하지 못하도록 규정하고 있다. 즉 누구든지 후보자 측과 통모하여 해당 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 비용과 기부행위제한 규정을 위반하여 지출한 비용(제119조 제4호)도 선거비용에 포함된다.

따라서 후보자 외에 일반 선거권자의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위해서 비용이 적게 드는 방법으로 광고물 등의 설치 등을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 선거운동을 할 수 있는 사람은 누구든지 선거운동기간 중에 자신의 집이나 자동차에 선거운동을 위한 표시물을 부착·게시하는 것을 허용할 필요가 있다.

또한 선거에 직접 영향을 미치지 않는 시설물 설치의 규제를 다소 완화하는 방안도 고려할 수 있다. 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거 관련 시설물 등이 미치는 영향력을 고려하여 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물 설치 등을 금지하는 현행 규정을 유지하더라도, 시설물 등에 정당의 명칭이나 후보자의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용이 있으면 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 간주하는 규정을 삭제함으로써, 선거와 무관한 시설물 설치 등에 대한 규제를 완화하는 것도 필요하다고 본다.

이러한 점을 고려한다면, 후보자 및 정당과 일반 선거권자를 구별하지 아니하고 포괄적으로 규제하는 것은 선거권자의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하는 측면이 있다고 본다. 이에 대한 현재의 판단을 재고할 필요가 있다고 본다.

43) 현재 2015. 4. 30. 2011헌바163, 판례집 27-1상, 407의 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대이견 참조.

VI. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지

1. 서

공선법 제93조 제1항은, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시하는 것을 원칙적으로 금지하고 공선법이 규정한 바에 따라서만 이를 할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 법정 홍보물만을 허용하고 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하는 이 조항은 1958.1.25. 법률 제470호로 제정된 「민의원의원선거법」에 규정된 이래 선거관련 법률에 계속 존치되어 왔다.⁴⁴⁾ 그런데 현행법과 같이 ‘선거일 전 180일부터 선거일까지’ 탈법방법에 의한 관련행위를 금지·처벌한 것은 1994.3.16. 법률 제4739호로 제정된 「공직선거 및 선거부정방지법」에서 선거일을 법정(法定)하면서 처음 도입되었다. 이처럼 선거운동기간 이전부터 상당한 기간 동안 다양한 문서 및 도화 등의 배부 등을 금지하게 된 것은 당시 야당이었던 민주당이 집권당인 민주자유당의 막강한 조직력과 자금력을 제약하기 위한 의도에 기인한 것이라고 한다.

이처럼 오랜 역사를 가진 까닭에 이 조항은 지금까지 수차례에 걸쳐 현재의 검토 대상이 되었다. 이에 대하여는 이 조항이 포괄적 금지에 해당하여 지나치게 광범위하고 불명확하다는 이유에서 위헌론이 끊임없이 제기되어 왔다. 금지기간이 상대적으로 길고, 금지되는 행위유형이나 표현매체가 포괄적이며, 규제의 대상이 되는 수범자(受範者)가 후보자뿐 아니라 일반 선거권자를 포함하여 일반적인 까닭에 이 조항이 명확성원칙, 과잉금지원칙, 과도한 광범성(廣範性) 법리(overbreadth doctrine) 등에 위배된다는 것이다.⁴⁵⁾

44) 인쇄물을 이용한 선거운동 방식에 대하여는 국가마다 입법례가 상이하다. 스페인, 캐나다, 브라질, 호주 등의 경우, 선거법에 인쇄물에 관한 별다른 규제가 없으므로 선거운동에서 인쇄물을 이용할 수 있다고 본다. 한편 스위스와 스웨덴은 선거법에 선거운동에 관한 별도의 규정을 아예 두고 있지 않다. 인쇄물을 이용하는 것과 관련하여 선거법에 자세한 규정을 둔 입법례도 있다. 프랑스, 이탈리아, 일본, 필리핀 등은 인쇄물의 규격, 매수 등을 상세히 규정하고 있다. 다수 입법례에서는 인쇄물을 이용하는 것과 광고물·광고시설을 설치하거나 표찰·그 밖의 표시물을 착용하는 것을 함께 규율하고 있다. 따라서 앞의 시설물설치 등에 관한 외국 입법례를 함께 참조할 필요가 있다.

45) 예컨대 윤영미(주 2); 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호(2008).

2. 현재의 판단

종래 제93조 제1항과 관련한 현재의 판단 대상은 크게 두 가지이다. 첫째, 동 조항에 예시로 명문화된 행위유형이 문제되었을 때 동 조항의 규정이 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되는가의 여부이다. 둘째, 동 조항에 예시로 명문화되지 않은 행위유형이 문제되었을 때 그것이 동 조항의 규율대상에 해당하는가의 여부이다. 즉 공선법 제93조 제1항의 “그 밖에 이와 유사한 것”을 해석함에 있어서, 문제되는 표현매체가 이에 해당하느냐가 핵심쟁점이었다.

첫째, 현재는 일관되게 이 조항의 규정이 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하고 있다. 현재는 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1997.11.14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제93조 제1항에 대한 헌법소원사건(헌재 2001.8.30. 99헌바92등)에서 합헌결정을 선고한 이래, 다수의 헌법소원사건⁴⁶⁾에서 “공직선거법 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다.”는 이유로 합헌결정을 하였다.

“우리 헌법 현실을 고려할 때, 문서·인쇄물 배부·게시조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정성의 확보라는 공익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 가지는 것이라고 할 것인바, 이러한 공익과 인터넷에 의한 선거운동 등이 상시 허용되는 상황에서 문서와 인쇄물을 이용한 선거운동 등을 금지함으로써 제한되는 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유는 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없어 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 않는다.”⁴⁷⁾

둘째, 현재는 사건마다 사뭇 다른 입장을 취하곤 하였으나, 동 조항이 원칙적으로 헌법에 합치된다고 보면서 특정 유형의 행위를 동 조항의 규율대상에서 배제되는 것으로 해석하였다.

46) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96 등, 판례집 13-2, 830; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 제116호, 803; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750; 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 판례집 21-1상, 211; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등, 판례집 26-1상, 628; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163, 판례집 27-1상, 407; 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26, 판례집 28-1상, 333; 헌재 2016. 6. 30. 2014헌바253, 판례집 28-1하, 500; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684; 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가2, 결정문; 헌재 2018. 7. 26. 2017헌가11, 판례집 30-2, 12.

47) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684, 719.

그 대표적인 예가, “정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법”은 이 조항의 “그 밖에 이와 유사한 것”에 해당되지 않는다고 판단한 것이다.⁴⁸⁾ 이 결정(2007헌마1001등)에서 현재는 표현매체의 특성에 따라 금지의 여부가 결정된다고 보았다. 문서·인쇄물 등 오프라인 상의 표현수단은 작성 내지 제작·배포에 상당한 비용과 노력이 소요되고 이를 통한 정보의 전달 및 수용도 일방적·수동적으로 이루어지는 데 반해, 인터넷은 쌍방향 의사소통이 가능하고 자체적인 교정의 가능성이 있어 선거의 공정성과 평온에 미치는 영향이 확연히 다르다는 점을 고려하였다. 그래서 문제가 되는 행위유형의 금지가 이 조항의 정당한 입법목적(선거운동의 부당한 경쟁과 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형을 막고 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지함으로써, 선거의 자유와 공정을 도모하여 선거구민 내지 국민 전체의 공동이익을 달성하는 것)을 구현하는 수단으로 적절하지 않다는 점을 들었다. 그리고 이를 뒷받침하기 위하여 피해 최소화, 법익 균형성을 추가적으로 검토하였다.

이러한 점에서 2007헌마1001 등(병합) 결정은 공선법 제93조 제1항에 관한 판단 중 가장 주목할 만한 결정의 하나에 해당한다고 볼 수 있다. 종래 이 조항에 의하여 규제되는 행위유형에는 후보자나 후보자가 되고자 하는 자의 오프라인 상의 선거운동에서부터 일반 선거권자의 인터넷 상 정치적 표현까지 모두 포함되는 것으로 이해되었다. 그런데 이 결정의 한정위헌판단에 의하여, 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 것은 이 조항의 규율대상이 아닌 것으로 해석되었다. 그래서 2012.2.29. 개정된 공선법에 의하여, 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 것은 선거일을 제외하고는 언제든지 할 수 있게 되었다(제59조 단서 제3호). 따라서 현재 이 조항은 오프라인 상으로 이뤄지는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하는 것으로 해석되고 있다.

여기서 주의할 점은 현재가 제93조 제1항 조항 중 인터넷이 아닌 오프라인 상의 표현수단인 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 등을 이용한 선거운동 등에 대해서 합헌으로 결정한 기존의 선례를 변경한 것은 아니라는 사실이다. 따라서 앞으로도 새로운 표현매체나

48) 현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 판례집 23-2하, 739. 그러나 일찍이 휴대전화 문자메시지 전송의 금지규정에 대해서는 4(합헌):5(위헌)의 판단으로 합헌결정(현재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599)를 내렸고, 일반 선거권자가 선거운동기간 이전에 UCC를 배포하는 것의 금지에 대해서는 3(합헌):5(위헌)의 판단으로 합헌결정(현재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311)을 내린 바 있었다.

행위유형이 등장함에 따라 이 조항의 위헌성을 묻는 일이 계속 반복될 것이며, 이 조항을 둘러싼 해석론의 수고가 거듭될 것이다.

3. 검토

제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 견해가 갈리는 이유는 선거(운동)의 자유 및 선거의 공정성 그리고 정치적 표현의 자유에 관한 개념적 이해의 차이, 이들의 가치에 대한 우선순위 결정의 차이, 그리고 무엇보다도 동 조항이 수범자(受範者)를 ‘누구든지’로 규정하고 있는 까닭에 후보자(후보자로 되고자 하는 자 포함)와 일반 국민(당원을 포함한 선거권자)을 같은 차원에서 취급함에 따른 차원적 혼동(dimensional confusion)에 기인한다고 본다.⁴⁹⁾ 동 조항이 처음 제정된 1958년 이래, 문서·도화 등을 사용하여 선거운동 내지 정치적 표현을 하는 주체나 행위유형이 매우 다양해졌음에도 불구하고 이를 동일하게 규율함으로써 규제의 적실성이 문제된 것이다.

생각건대, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 선거과정에서 후보자 및 일반 국민의 역할과 그에 대한 규범(기준)이 다를 수밖에 없다. 후보자는 국민의 지지를 획득하기 위한 경쟁자인 반면에, 국민은 후보자 중에 자신의 대표자를 선출하는 주권자이다. 그러한 점에서 후보자의 경우에는 정치적 경쟁기회의 균등성을 의미하는 선거의 공정성을 전제로 하여 선거운동의 자유를 논하는 것이 타당하다. 반면, 일반 국민의 경우에는 정치적 표현의 자유의 보장이라는 측면에서 검토하는 것이 타당하다. 오늘날 선거과정에서 국민은 단지 선거정보의 수령자에 그치지 않는다. 때로는 자신의 정치적 입장을 밝힘으로써 대표선출과정에 참여하고 있는바, 이러한 모습은 선거민주주의의 발전에 바람직하다고 본다.

이와 같이 후보자의 선거운동 자유와 국민의 정치적 표현 자유를 구별해서 동 조항이 각각 이들을 「적절하게 제한」하는지, 아니면 「지나치게 침해」하는지를 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 동 조항에 대한 판단은 네 가지의 경우로 나타날 것이다. 후보자의 선거운동 자유와 국민의 정치적 표현 자유를 모두 침해하거나, 또는 모두 침해하지 않거나, 아니면 둘 중 하나를 침해하는 경우이다.

따라서 공선법 제93조 제1항을 해석함에 있어서 차원적 혼동을 피하기 위하여 수범자를 후보자와 일반 국민으로 구별할 필요가 있다고 본다. 후보자의 경우, 지금까지의 우리 선거문

49) 음선필, 소수정당과 선거운동, 입법학연구 제13집 제1호(2016), 106-107면.

화와 선거비용관리체계를 고려한다면, 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물·녹음 등의 배부·살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다.

한편, 일반 국민의 경우, 선거가 정치세력에 대한 국민의 정치적 통제에 해당하기 때문에 선거정보의 공유 차원에서 정치적 표현의 자유를 최대한 존중하여야 할 것이다. 그러한 점에서 현행 조항과 같은 수준의 기간 및 행위태양의 제한은 지나치다고 본다. 예컨대 선거권자가 많은 돈으로 신문에 정치광고를 하는 경우와 공원에 있는 나무게시판에 특정 정당에 반대하는 글을 붙여놓아 지나가는 사람들에게 읽게 하는 경우를 동일하게 평가하는 것은 타당하지 않다고 본다. 다양한 유형의 행위를 동일하게 평가하는 것은 지나친 단순화라 할 것이다.

그런데 후보자·정당에 대한 사실상의 선거운동으로서 일반국민의 정치적 표현을 보장할 경우, 경제력의 차이에 따라 선거의 공정성을 저해하는 문제가 나타날 수 있음을 주의할 필요가 있다. 특히 거대정당을 위하여 경제력 있는 지지자가 동원될 경우 소수정당에게는 선거 공정성이 침해될 우려가 매우 크다고 하겠다. 이를 해결하기 위해서는 정치적 표현에 드는 비용의 다과(多寡)를 고려하여, 일정 금액 이상의 비용이 드는 표현행위를 일종의 기부행위로 간주할 수 있다고 본다. 이에 따라 일정 금액 이상의 비용이 드는 정치광고는 제한될 수 있을 것이다. 미국에서는 정치자금의 기부를 정치적 표현의 일종으로 보아 이에 대한 규제를 표현의 자유에 준하여 취급하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 우리의 경우에는 일정 금액 이상의 비용이 드는 정치적 표현(예컨대 정치광고)을 정치자금법상 기부행위로 보아, 이에 준하여 취급하는 것이 필요하다고 본다.

VII. 호별방문의 제한

1. 서

공선법 제106조 제1항 및 제3항에 따르면, 누구든지 선거운동을 위하여, 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 또는 선거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 호별로 방문

50) 이에 관한 최근 연구로는 성중탁, 헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금규제에 관한 소고-최근 미국 연방대법원 관련 판결을 중심으로-, 법학연구 제18집 제2호(2015).

할 수 없다. 한편 동조 제2항은 선거운동을 할 수 있는 자가 “관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소”에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소할 수 있음을 허용하고 있다.

이와 같이 선거운동을 하고자 하는 자가 극히 자연스러운 생활의 일부로서 호별방문하는 것을 규제하는 이 조항에 대하여, 선거운동의 자유를 지나치게 규제하기 때문에 위헌이라는 주장이 일찍이 제기되어왔다.⁵¹⁾ 하지만 이 조항에 대하여 헌재가 처음으로 판단한 것은 2015 헌마509·2015헌마1160(병합) 사건(2016.12.29. 선고)이었다. 이 사건에서 헌재는 이 조항에 대하여 합헌결정을 내렸다. 그 이후 2019.5.30.에도 합헌결정(2017헌바458)이 내려졌다.

2. 헌재의 판단

(1) 개념의 해석론

공선법 제106조를 종합적으로 이해하면, 누구든지 관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소하는 선거운동을 할 수 있다. 또한 후보자 추천을 받기 위한 호별방문은 후보자가 되고자 하는 자뿐 아니라 그 가족, 지지자 등 누구에게든지 허용되고 있다.⁵²⁾ 그러나 선거운동·선거기간 중 입당의 권유·선거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 ‘호(戶)’를 방문할 수는 없다. 이를 위반하여 호별로 방문하거나 방문하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다(제255조 제1항 제17호). 이처럼 제255조 제1항 제17호의 처벌조항과 결부하여 제106조 제1항 및 제3항이 범죄의 구성요건을 규정하게 됨으로써 호(戶)의 개념을 어떻게 파악하느냐가 해석론의 주된 논점이 되었다.

호의 개념과 관련하여, 법원은 공선법 제106조의 규정 형식, 선거운동을 위하여 공개되지 아니한 장소에서 선거권자를 만날 경우 생길 수 있는 투표매수 등 불법·부정선거 조장 위험 등을 방지하고자 하는 호별방문죄의 입법 취지⁵³⁾와 보호법익에 비추어 이를 파악하고 있다.

51) 예컨대 정만희, 선거운동의 자유와 호별방문금지, 동아법학 제3호(1986); 송석운, 선거운동 규제입법의 연원, 법학(서울대학교) 제46권 제4호(2005).

52) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌마265, 판례집 21-2상, 829, 834.

53) 법원이 파악한 호별방문 제한의 입법취지는, 첫째 일반 공중의 눈에 띄지 않는 장소에서의 대화가 의리나 인정 등 다분히 정서적이고 비본질적인 요소에 치우쳐 선거인의 냉정하고 합리적인 판단을 방해할 우려가 있고, 둘째 비공개적인 장소에서의 만남을 통하여 매수 및 이해유도죄 등의 부정행위가 행하여질 개연성이 상존하며, 셋째 선거인의 입장에서는 전혀 모르는 후보자측의 예기치 않는 방문을 받게 되어 사생활의 평온이 침해될 우려가 있고, 넷째 후보자측의 입장에서도 필요 이상으로 호별방문의 유혹에 빠지게 됨으로써 경제력이나 선거운동원의 동원력이 뛰어난 후보자가 유리하게 되는 등 후보자 간의 선거운동의 실질적 평등을 보장하기 어려운 폐해가 예상되므로 이를 방지하기 위함이다(대구고등법원 2007. 3.15. 선고 2007노38 판결).

이에 따르면, 일상생활을 영위하는 거택은 물론이고 널리 주거나 업무 등을 위한 장소 혹은 그에 부속하는 장소라면 공선법 제106조 제1항의 ‘호’에 해당한다. 다만 ‘호’에 해당하더라도 일반인의 자유로운 출입이 가능하여 다수인이 왕래하는 공개된 장소라면 같은 조 제2항에 따라 선거운동 등을 위하여 방문할 수 있다고 해석된다.⁵⁴⁾ 여기서 일반인의 자유로운 출입이 가능하도록 공개된 장소인지 여부는 그 장소의 구조, 사용관계와 공개성 및 접근성 여부, 그에 대한 선거권자의 구체적인 지배·관리형태 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁵⁵⁾

현재는 ‘기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소’를 해석함으로써 결과적으로 이와 대비되는 호의 개념을 정리한 바 있다. 현재는 호별방문 제한 조항의 입법취지⁵⁶⁾를 염두에 두고, 예외적으로 선거운동을 위하여 지지호소를 할 수 있는 ‘기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소’란, 해당 장소의 구조와 용도, 외부로부터의 접근성 및 개방성의 정도 등을 종합적으로 고려할 때 ‘관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실’과 유사하거나 이에 준하여 일반인의 자유로운 출입이 가능한 개방된 곳을 의미한다고 해석하였다.

(2) 호별 방문 제한조항의 위헌 여부

현재는 호별방문 제한조항이 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유, 나아가 정당활동의 자유를 제한하지만, 과잉금지원칙을 위반하여 선거운동의 자유 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.⁵⁷⁾

첫째, 해당 조항은 선거운동을 위하여 공개되지 않은 장소에서 선거권자를 만날 경우 생길 수 있는 투표매수 등 불법·부정선거 조장 위험을 방지함으로써, 선거의 공정 및 선거권자의 사생활의 평온을 확보하기 위한 것이므로, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

둘째, 우리나라의 정치적 현실과 상황에서, 비공개된 사적 공간에서 선거권자와 후보자가 은밀하게 접촉할 기회를 제공할 수 있는 호별방문에 의한 선거운동이 금전선거 내지 불법선거를 조장하거나, 선거권자에게 합리적 판단에 기초한 선택이 아닌 정리(情理)에 기반한 선택을 하도록 유도한다는 비판과 우려로부터 자유로울 수 없다는 것도 사실이다. 또한 호별방문에

54) 대법원 2015.9.10. 선고 2014도17290 판결.

55) 대법원 2010.7.8. 선고 2009도14558 판결. 이외에도 호별방문에서 ‘호’의 개념에 관한 판결로는 대법원 2015.9.10. 선고 2014도17290 판결; 대법원 2015.11.26. 선고 2015도9847 판결 참조.

56) 현재는 그 입법취지를 선거운동을 위하여 공개되지 않은 장소에서 유권자를 만날 경우 생길 수 있는 투표매수 등 불법·부정선거 조장 위험을 방지함으로써 선거의 공정과 평온을 확보하기 위함이라고 본다(현재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684, 720).

57) 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684.

의한 선거운동을 허용하면 모든 정당과 후보자가 가능한 최대의 인원을 동원하여 최대한 많은 세대를 방문하고자 하는 과정에서 주민 또는 다른 후보자와 갈등이 유발되는 등 경쟁이 과열되거나 선거내용이 혼탁해질 가능성이 크다. 선거권자들로서는 사적 공간인 주거에서조차도 선거운동기간 동안 자신들의 의지와 상관없이 선거운동에 노출될 수 있고, 그로 인하여 적지 않은 불안감이나 긴장감, 거부감 등을 느낄 수 있다.

한편, 각 가정을 실제 방문하여 개별 선거권자를 접촉하는 방법이 아니더라도 후보자 개인과 정당이 선거권자에게, 반대로 선거권자가 후보자 개인과 정당에게 각종 정보 및 정치적 의견 등을 알릴 수 있는 다양한 방법들이 마련되어 있으므로⁵⁸⁾, 여러 가지 심각한 문제 발생이 우려되는 호별방문에 의한 선거운동을 허용하지 않는다고 하여 국회의원후보자나 정당이 정치적 의사형성 과정에 참여하고 선거권자와 소통을 하는 데에 지나친 제한이 가해진다고 할 수 없다. 그러한 점에서 호별방문의 제한규정이 침해의 최소성에 위반된다고 할 수 없다.

셋째, 해당 조항이 선거운동 등을 위한 호별방문을 금지하는 것은 선거의 공정과 사생활의 평온을 위한 것이고, 대의민주주의를 채택하고 있는 우리나라에서 이러한 공익은 매우 크고 중요하다. 반면, 국회의원후보자와 그 소속 정당으로서는 각 국회의원선거에 적합한 선거운동 방법을 통하여 선거권자에게 후보자 개인 및 정당에 대하여 효과적으로 홍보하는 것 이외에 직접 호별방문을 할 필요성이 크다고 보기 어렵고, 이를 금지함으로써 제한되는 기본권 제한의 정도가 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 호별방문금지조항은 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 않는다.

3. 검토

(1) 여전히 유용한 호별방문 제한

호별방문에 의한 선거운동이 별도의 자본 투입 없이 가장 쉽고 간단하게 할 수 있는 선거운동방법이라는 장점을 가지고 있음에도 불구하고, 언제든지 선거의 공정과 선거권자의 사생활의 평온을 깨뜨릴 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 그러므로 그 허용 여부에 대해 신중하게

58) 공선법은 인터넷 등 온라인 소통방식을 통한 상시적이고 쌍방향적인 선거운동방법을 허용하고 있으며(제59조 단서 제3호), 특히 지역구국회의원선거에 있어서는 예비후보자등록을 통한 다양한 사전선거운동방법(제60조의 3 제1항)과 더불어, 선거벽보 및 선거공보의 제작(제64조, 제65조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조), 명함 교부(제93조 제1항 단서 제1호) 등 후보자 개인의 경력, 정치적 의견·정책 등을 효과적으로 홍보할 수 있는 여러 선거운동방법을 허용하고 있다. 따라서 후보자가 반드시 각 가정을 직접 방문하여 유권자를 대면하는 방법이 아니더라도 후보자 개인이 유권자에게, 반대로 유권자가 후보자 개인에게 각종 정보 및 정치적 의견 등을 효율적으로 알릴 수 있는 다양한 방법들이 마련되어 있다(헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 판례집 28-2하, 684, 722; 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바364, 판례집 30-1상, 246, 255-256).

접근할 필요가 있다고 본 현재의 판단은 매우 타당하다. 특히 선거운동의 자유 등을 제한함에 있어 그 한계로서 논의되는 침해의 최소성 원칙을 판단할 때에 우리나라 선거문화의 역사성, 선거 및 정치 문화의 특수성, 정치적·경제적·사회적 환경, 선거와 관련된 국민의식의 정도와 법 감정 등을 종합적으로 고려하여야 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

이와 관련하여 비공개적인 장소에서의 만남을 통한 금전선거사범의 발생가능성을 지적하지 않을 수 없다. 지난 몇 년간 선거사범의 유형을 살펴보면⁶¹⁾, 2014년과 2016년, 2017년만을 제외하고는 금전선거사범이 가장 많은 비율을 차지하였음을 알 수 있다. 2009년에는 전체 선거사범 중에서 금전선거사범이 66.2%, 2010년(지방선거)에는 44.1%, 2011년에는 43.4%, 2012년(국회의원선거)에는 31.1%, 2013년에는 41.1%, 2014년(지방선거)에는 24.0%, 2015년(전국동시조합장선거)에는 54.8%, 2016년(국회의원선거)에는 22.1%, 2017년(대통령선거)에는 13.8%를 차지하였다. 대체로 시간이 흐를수록 그 정도가 줄어든다는 점을 주목할 필요가 있는데, 이러한 사실이 공선법상 강력한 제재와 선거권자의 인식 변화에 따른 긍정적 신호인지의 여부는 좀 더 지켜볼 필요가 있다. 그런데 2015년에 금전선거의 발생비율이 대폭 증가한 것을 주목할 필요가 있다(전체 1,521건의 선거사범 중 834건). 이때의 선거가 제1회 전국동시조합장선거였다. 선거의 종류에 따라 주된 선거사범의 유형에 차이가 있음을 주목할 필요가 있다. 이러한 사실은 금전선거사범을 강하게 규제하는 현행 제도가 “당분간” 존속될 필요가 있음을 잘 보여준다. 따라서 금전선거사범으로 연결될 개연성을 지니고 있는 선거운동방식에 대한 규제가 여전히 유용하다고 볼 것이다. 그런 점에서 사실상 선거운동을 목적으로 하는 호별방문의 제한은 이러한 입법취지를 구현하기 위한 적절한 수단이라고 본다. 앞으로 선거권

59) 현재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599, 613; 현재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등, 판례집 26-1상, 628, 651 등 참조.

60) 호별방문에 관한 외국 입법례는 드물다. 예컨대 영국, 미국, 캐나다 등에서는 선거운동에 있어서 호별방문에 대한 제한이 없으므로 자유롭게 이루어지고 있다. 이를 잘 보여주는 입법례로 캐나다 선거법 제81조(거주지역 유세)를 들 수 있다.

제1항 아파트, 분양아파트 기타 다세대 주거건물 또는 출입구 공동체의 관리자는 후보자 또는 그 대리인의 다음 행위를 방해해서는 안 됨

a. 오전 9시부터 오후 9시까지 상기 주거지역에서 호별로 유세하는 행위

b. 다중주거지역의 공동구역에서 오전 9시부터 오후 9시까지 캠페인

제2항 제1항은 이 조에 따른 호별방문을 통한 선거운동 또는 캠페인으로 인하여 육체적·정신적 복리를 침해당하는 거주자에게는 적용되지 않음

이에 반하여 호별방문을 명문으로 금지한 입법례로 일본을 들 수 있다. 사실 일본의 입법례는 우리의 입법의 원조에 해당한다. 일본에서는 호별방문이 금지되며, 다만 개인면접을 이용한 선거운동은 허용된다. 여기서 개인면접이란 상점, 병원 등에서 그곳의 집원·의사 등이 방문자에게 투표를 독려하거나 길을 가다가 또는 버스, 전철, 백화점 안에서 지인들에게 투표를 독려하는 행위를 의미한다.

61) 법무연수원, 범죄백서 2015, 2016, 144면; 법무연수원, 범죄백서 2016, 2017, 151면; 법무연수원, 범죄백서 2017, 2018, 156면; 법무연수원, 범죄백서 2018, 2019, 142면.

자의 시민의식이 발달하여 금전선거사범의 우려가 충분히 해소된다면, 호별방문의 제한은 자연스럽게 사라지게 될 것이다.

요컨대 불특정·다수인의 자유로운 출입이 제한된 비공개적인 장소인 호(戶)를 제외하고는 누구든지 선거권자를 방문하여 선거운동을 할 수 있기 때문에, 현행법상 호별방문의 제한이 선거운동의 자유를 침해하는 것은 아니라고 본다.

(2) 입법론적 제언

오늘날 선거운동방식으로서 호별방문의 효용성은 드넓은 지역선거구에 선거권자가 산재해 있는 시골지역에서 나타날 수 있다. 호별방문 자체는 돈이 들지 않는 선거운동방식이기 때문에 소수정당에게 매력적인 수단으로 여겨진다. 또한 호별방문은 선거권자에게 직접 영향을 미칠 수 있는 효과적인 선거운동방식이며 투표율 하락 문제를 개선할 수 있는 방안으로 설명되기도 한다.⁶²⁾ 따라서 금전선거사범의 개연성을 방지하면서도 시골지역에서 선거정보를 효과적으로 전달할 수 있는 선거운동방식을 고안할 필요가 있다고 본다. 예컨대 선거관리위원회가 시골지역에 한하여 소규모로 후보자·정당을 초청하는 대담·토론회를 수시로 개최하는 방안을 모색할 수 있다. 그리고 이러한 토론회 개최의 공지를 선관위가 담당하면 될 것이다. 이러한 방안은 ‘기회의 균등한 제공’이라는 선거공정성의 차원에서도 매우 적절하다고 하겠다.

VIII. 맺는 말

1) 선거의 공정성과 평온의 개념은 선거민주주의에서 실시되는 경쟁적 선거를 전제로 하여 이해할 필요가 있다. 경쟁적 선거에서 정치적 경쟁은 필연적이다. 정치적 경쟁은 자유롭게 보장되어야 한다. 그런데 정치적 경쟁이 정치적 평등과 결합함에 따라 균등한 경쟁기회가 보장되어야 하는바, 여기에서 선거의 공정성이 요구된다. 한편 정치적 경쟁의 과열로 말미암은 사회적 비용의 수준을 일정하게 설정할 필요가 있는바, 여기에서 선거의 평온이 요구된다. 그러한 점에서 선거의 공정성과 평온은 선거과정, 특히 선거운동 규제의 목적으로 작용하게 된다.

민주체제에서 경쟁적 선거가 제대로 실시되기 위해서는 정치적 독과점을 방지하고 완화하

62) 예컨대 한국선거학회, 공직선거법상 선거운동방법의 실효성 및 제도개선 방안 학술연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2012; 이갑윤, 투표율저하 원인과 제고방안 분석, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2008.

는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 정치적 경쟁과 정치적 통제의 관점에서 볼 때, 선거운동의 자유를 균등히 보장하려는 선거의 공정성이 충분히 구현되어야 한다. 이를 위해서는 선거운동의 법리에 충실한 공정한 게임규칙으로서 선거법의 입법, 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부의 감시가 중요하다.

선거의 평은 및 공정성과 관련하여 규제의 대상이 된 주요 선거운동은 비례대표후보자의 공개장소의 연설·대담(제79조 제1항), 시설물설치(제90조), 문서·도화의 배부·게시(제93조), 호별방문(제106조) 등이다. 이러한 규제조항에 대하여 현재는 모두 합헌결정을 내린 바 있다. 각 조항의 입법취지와 우리 정치적 경험 및 현실을 고려한다면 타당한 판단이라고 본다. 그러나 향후 정치적 발전을 기하기 위해서는 보다 전향적인 판단이 요청된다.

첫째, 후보자 외에 일반 선거권자의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위해서 비용이 적게 드는 방법으로 광고물 등의 설치 등을 허용하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 선거운동을 할 수 있는 사람은 누구든지 선거운동기간 중에 자신의 집이나 자동차에 선거운동을 위한 표시물을 부착·게시하는 것을 허용할 필요가 있다.

또한 선거에 직접 영향을 미치지 않는 시설물 설치의 규제를 다소 완화하는 방안도 고려할 수 있다. 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거 관련 시설물 등이 미치는 영향력을 고려하여 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물 설치 등을 금지하는 현행 규정을 유지하더라도, 시설물 등에 정당의 명칭이나 후보자의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용이 있으면 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 간주하는 규정을 삭제함으로써, 선거와 무관한 시설물 설치 등에 대한 규제를 완화하는 것도 필요하다고 본다.

둘째, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 후보자의 경우, 아직까지의 우리 선거문화와 선거비용관리체계를 고려한다면 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물·녹음 등의 배부·살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다.

그러나 일반 국민의 경우, 선거가 정치세력에 대한 국민의 정치적 통제에 해당하기 때문에 선거정보의 공유 차원에서 정치적 표현의 자유를 최대한 존중하여야 할 것이다. 그러한 점에서 현행 조항에 따른 기간 및 행위태양의 제한은 지나치다고 본다.

한편, 입법론의 입장에 보면, 제93조 제1항에서 규제대상이 되는 선거운동의 표현매체를 구체적으로 명시하는 것이 필요하다. 또한 일반 국민의 정치적 표현을 최대한 허용하되, 일정

금액 이상의 비용이 드는 표현행위는 일종의 기부행위로 간주하여 취급하면 될 것이다. 셋째, 우리의 현실을 고려할 때, 현행법상 호별방문 제한은 당분간 유용성을 갖는다고 본다. 이를 보완하기 위해 특히 시골지역의 효과적인 선거정보의 전달을 위하여 선거관리위원회가 주관하는 소규모 토론회를 수시로 개최할 필요가 있다.

2) 선거제도는 민주주의체제에서 정치권력의 합법적 획득을 위한 하나의 경기규칙이다. 그런데 이러한 경기규칙의 제정자가 다른 아닌 기존 정치세력이라는 점에서 규칙의 중립성과 그 집행의 엄정성은 언제나 중대한 과제이다. 이와 관련하여 현재의 역할과 임무를 강조할 필요가 있다.

선거관련 입법을 담당하는 국회나 선거법을 집행하는 선거관리위원회와 달리, 현재는 정치적 중립자의 입장에서 선거법의 위헌 여부를 심사하며 선거과정에서 침해당한 기본권을 구제하는 민주정치과정의 심판자(referee)라 할 수 있다. 민주적 정치과정의 심판자로서 현재는 정치적 경쟁의 확보에 노력하여야 한다. 정치 수요자의 현실적 한계, 선거과정의 불완전성, 정치세력의 비경쟁적 행태로 말미암아 자연스럽게 정치적 독과점으로 되기 쉬운 정치과정에서 현재가 정치적 경쟁의 파수꾼(watchdog)의 역할을 담당하는 것이 매우 필요하다.

정치과정의 심판자로서 현재는 선거관련 입법에 관한 국회의 재량권을 어느 정도로 인정(존중)하느냐로 고민하게 된다. 즉 현재는 문제되는 법률이 과연 입법자의 입법형성의 범위를 벗어난 것인가 여부를 판단하게 된다. 그런데 쉬운 결정례를 통하여 확인할 수 있듯이, 현재는 선거과정에 관한 입법자의 입법재량을 존중하는 편이다.⁶³⁾ 그러나 선거과정에 관한 입법재량을 광범위하게 인정하기보다는 가능하면 제한적으로 보는 것이 안전하다고 본다.⁶⁴⁾ 선거관계법의 입법과정이 정치적 이해타산에 따라 정략적으로 진행되는 것을 우리 경험은 선명히 보여주었기 때문이다. 따라서 법률의 합헌성추정의 원칙은, 선거과정에 관한 한, 상대적으로 제한적으로 적용되어야 할 것이라고 본다. 정치세력으로 구성된 입법자에게 민주적 절차의 형성을 맡기기에는 그 중요성이 너무 크기 때문이다. 따라서 현재는 민주정치과정의 감시자 내지 심판자의 역할을 적극적으로 수행해야 할 것이다.⁶⁵⁾

63) 예컨대 예비후보자제도의 발전적 변화에 대하여 현재는 매우 조심스러운 태도를 취하였다. 예비후보자제도의 도입취지를 이해하였음에도 예비후보자 배우자의 선거운동을 불허하는 규정의 위헌 여부에 대한 사건(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160)에서 선거운동의 자유 및 평등권의 침해가 아니라고 보았다. 그런데 예비후보자 배우자의 선거운동 허용은 입법으로 해결되었다. 또한 후보자의 배우자인 공무원의 선거운동이 허용됨에도 불구하고 예비후보자 배우자인 공무원의 선거운동을 금지하는 것에 대하여 현재는 역시 소극적으로 판단하였다(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 판례집 21-1상, 622). 이 역시 입법으로 해결되었다. 여기서 현재가 적극적으로 판단하여 위헌성을 밝히는 것이 바람직할 것인지, 아니면 소수의견으로 위헌성을 판단함에 그치고 입법자로 하여금 개정하도록 하는 것이 나을 것인지가 문제된다. 관점에 따라 다를 수 있겠지만, 정치적 평등에 직접적으로 관련된 사항이라면 현재가 보다 적극적으로 판단하여야 할 것이다.

64) 이성환, 선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점, 헌법실무연구회 편, 헌법실무연구 제1권, 박영사, 2000.

민주주의정치체제에서 선거는 선택가능성과 선거의 자유가 법적 권리와 제도로 보장된 경쟁적 선거이다. 바로 이 경쟁적 선거를 통하여 정치세력간의 정치적 경쟁과 이들에 대한 선거권자의 정치적 통제가 제대로 구현될 수 있다. 따라서 민주정치체제에서 선거과정은 이러한 요소를 포함하여야 할 것인바, 선거과정을 규율하는 입법부나 이를 감시하는 사법부 역시 이러한 점을 염두에 두어야 할 것이다.

선거운동에 관한 판례를 통하여 알 수 있듯이, 현재는 선거운동에 관한 입법형성의 자유를 존중하는 입장에서 그 입법이 재량의 범위를 지나치게 벗어난 경우에 한하여 위헌판단을 내린 편이었다. 현재가 합헌결정을 통하여 선거관계법의 불분명한 부분을 명료하게 하는 일이 중요한 임무인 것은 사실이나, 위헌판단을 통하여 선거관계법의 개정방향을 지시하는 것 또한 중요한 역할이다. 물론 위헌판단을 다수의견을 통해서 할 수도 있지만, 소수의견으로 제시하는 것도 의미 있는 일이다. 실제로 이러한 소수위헌의견이 나중에 국회의 법률개정에 중요한 지침이 되기도 하였다. 이와 같이 정치적 변화의 길을 가로막는 인위적 장애를 제거하는 일은 선거의 정치적 경쟁 및 정치적 통제를 위하여 매우 필요하다. 그러한 점에서 정치적 독과점을 구축하려는 정치세력의 자연스러운 속성을 통제하여 정치적 변화의 경로를 열어놓는 것이 민주정치과정을 어거(馭車)하는 현재의 중요한 임무이다.

65) 민주정치과정에서 현재가 차지하는 역할의 중요성은 민주화의 산물로 현재가 도입되었던 많은 국가, 특히 체제전환국가의 경험을 통하여 이미 확인된 바이다. 이와 관련하여 음선필, 체제전환과 헌법재판소, 홍익법학, 제11권 2호(2010.6); 음선필, 라틴아메리카의 헌법재판제도, 세계헌법연구, 16권 3호(2010.8) 참조.

| 참고문헌 |

- 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호(2008).
- 김하열, 한국 헌법재판제도의 성과와 과제, 저스티스, 제146-2호(2015.2).
- 민경국, 신정치경제학-정치·관료시스템의 기능-, 석정, 1993.
- 법무연수원, 범죄백서 2015, 2016.
- 법무연수원, 범죄백서 2016, 2017.
- 법무연수원, 범죄백서 2017, 2018.
- 법무연수원, 범죄백서 2018, 2019.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019.
- 성중탁, 헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금규제에 관한 소고-최근 미국 연방대법원 관련 판결을 중심으로-, 법학연구 제18집 제2호(2015).
- 송석윤, 선거운동 규제입법의 연원, 법학(서울대학교) 제46권 제4호(2005).
- 윤영미, 선거의 공정성에 관한 검토-공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로-, 헌법학연구, 제16권 제3호(2010.9).
- 음선필, 선거의 완전성, 홍익법학, 제15권 제3호(2014).
- 음선필, 선거의 정치적 통제기능, 한국헌법학의 현황과 과제(금광 김철수교수 정년기념논문집), 박영사, 1998.
- 음선필, 소수정당과 선거운동, 입법학연구 제13집 제1호(2016).
- 음선필, 정당 정치자금의 투명성 강화방안, 홍익법학 제13권 제4호(2012).
- 음선필, 한국 정치의 경쟁규칙은 공정한가?, 제도와 경제 제9권 제1호(2015).
- 음선필, 한국지방선거에서의 공정선거 확보방안, 유럽헌법연구 제7호(2010).
- 음선필, 라틴아메리카의 헌법재판제도, 세계헌법연구, 16권 3호(2010.8).
- 음선필, 체제전환과 헌법재판소, 홍익법학, 제11권 2호(2010.6).
- 이갑윤, 투표율저하 원인과 제고방안 분석, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2008.
- 이성환, 선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점, 헌법실무연구회 편, 헌법실무연구 제1권, 박영사, 2000.
- 이옥한, 선거운동규제의 법리, 공법연구 제28집 제4호 제1권(2000).

- 정만희, 선거운동의 자유와 호별방문금지, 동아법학 제3호(1986).
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015.
- 한국선거학회, 공직선거법상 선거운동방법의 실효성 및 제도개선 방안 학술연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2012.
- Dahl, Robert, 김왕식 외(공역), 민주주의(증보판), 동명사, 2015.
- Beetham, David, "Freedom as the Foundation," *Journal of Democracy* 15(4), 2004.
- Coppedge, Michael *et al.*, *A New Approach to Conceptualizing and Measuring Democracy* (Paper presented at the 3rd International Conference on "Democracy as Idea and Practice", University of Oslo, Norway, 12-13 Jan. 2012).
- Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, 1956.
- Dahl, Robert, *On Political Equality*, Yale University Press, 2006.
- Dahl, Robert, *Polyarchy*, Yale University Press, 1971.
- Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Addison-Wesley, 1957.
- Elklit, Jorgen and Svensson, Palle, "What Makes Elections Free and Fair?" *Journal of Democracy* 8(3), 1997.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002.
- Inter-Parliamentary Union, *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*, 1994
- Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 4.Auf., Leske+Budrich, 2004.
- Powell, G. Bingham, Jr., *Elections as Instruments of Democracy*, Yale University Press, 2000.
- Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harper, 1947.
- Teorell, Jan, *et al.*, *Measuring Electoral Democracy with V-Dem Data: Introducing a New Polyarchy Index*, Working Paper Series 2016:15, V-Dem Institute, 2016.
- V-Dem Institute, *V-Dem Annual Report 2017: Democracy at Dusk?*, 2017.

| Abstract |

The concept of electoral fairness and tranquility must be understood on the premise of competitive elections implemented in the electoral democracy. Political competition is inevitable in competitive elections. Political competition must be guaranteed freely. However, as political competition is combined with political equality, equal opportunities of competition and the fairness of election should be guaranteed. On the other hand, because it is necessary to set the level of social costs due to overheating of political competition, the tranquility of the election is also required. In that sense, fairness and tranquility of the election regulate the election process, especially electoral campaigns.

In order for competitive elections to be conducted correctly in a democratic political system, there must be institutional devices to prevent and reduce political monopoly. From the perspective of political competition and political control, electoral fairness that seeks to ensure equal freedom of campaigning needs to be fully implemented. To that end, the legislation of election law, strict enforcement of election law, and ultimately the monitoring of neutral justice are important as rules for fair games that are faithful to the doctrines of election campaigns.

The main campaigns that have been subject to regulation in relation to tranquility and fairness are speeches and dialogues of proportional representative candidates in public places, establishment of facilities for campaigns, distribution and posting of documents and drawings, and door-to-door visits. The Constitutional Court has ruled all these restrictions constitutional. Considering the legislative purpose of each clause and our political experience and reality, the writer thinks they are reasonable decisions. However, more positive judgments are required for the future political development.

First of all, it is necessary to make it possible to install advertising materials in a low-cost manner in order to ensure freedom of political expression of general

voters as well as candidates. For example, anyone who can make an election campaign is allowed to attach an campaign display in his home or on his car during the campaign period.

Second, in judging the unconstitutionality of Article 93, paragraph 1, the writer thinks it is necessary to distinguish candidates from the general voters. In the case of candidates, the restriction under Article 93 (1) is an institutional device for ensuring freedom and fairness of elections. However, in the case of the general voters, their freedom of political expression must be respected in order to respond to the political control of the public over political forces. So, the writer thinks that the restrictions on the period and mode of action under the current regulations are excessive.

Third, the restriction of door-to-door visits is useful for the time being under the current law. However, it is necessary to frequently hold small debates organized by the Election Commission in order to effectively transmit election information in the rural areas.

From the standpoint of political neutrality, the Constitutional Court should examine whether election-related laws are unconstitutional as a referee in the political process of democracy that relieves basic rights that have been violated in the election process. The main role of the Court, as an adjudication in the democratic political process, is to ensure political competition. Due to the limitations of political consumers, imperfections in the election process, and the non-competitive behavior of political forces, the Court must play the role of a political competition guard in a political process that tends to become a natural political monopoly.

Keywords: Fairness of Election, Tranquility of Election, Electoral Campaign, Freedom of Political Expression, Public Official Election Act

정당의 공직선거 후보자 공천제도 개선방안

The Reformation of Party's Candidates Nomination System for the Public Elections

울산대학교 법학과 교수, 법학박사, 도회근
University of Ulsan, Professor of Law, Hoe Kun, Do

■ 목 차 ■

I. 머리말	47	IV. 공천제도 개선방안의 모색	58
II. 정당 공천의 법적 성격과 입법적 규제 ...	48	1. 현행 제도의 문제점	58
1. 정당의 헌법상 지위와 공천행위의 법적 성격	48	2. 공천제도 개선방안들과 그에 대한 평가	60
2. 정당 공천에 대한 입법적 규제	50	3. 바람직한 공천제도의 모색	65
III. 우리나라 정당들의 공천제도	54	V. 맺는말	68
1. 각 정당의 공천제도	54		

Ⅰ 국문초록

현대 민주주의는 정당제 민주주의라고 할 만큼 정당이 정치과정에서 행하는 역할이 중요하다. 민주주의가 제대로 작동하려면 정치과정의 핵심적 주체인 정당의 활동이 민주적이어야 한다. 이 정당활동의 가장 중요한 부분이 각종 공직선거후보자를 공천하는 행위이다. 공천이 민주적으로 이루어져야 정당이 민주화되고 정당이 민주적이어야 민주주의 정치가 발전하는 것이라고 할 수 있다.

2002년 지방선거와 대통령선거를 앞두고 국민참여경선이라는 민주적 상향식 공천제가 도입되었고, 2005년에는 선거관계법에 당내경선제가 규정되어 우리나라 정당의 공천관행에 획기적인 변화를 가져오게 되었다. 그러나 2008년 국회의원선거에서부터 경선제 공천방식이 후퇴하기 시작하여 당지도부의 영향력에 좌우되는 과거의 공천관행으로 되돌아가고 있는 것같이 보인다. 비례대표제의 확대가 예상되는 가운데 민주적 공천제가 확립되지 않으면 국회의 선진화 민주화는 오히려 후퇴할 것이 분명하다.

현재 선거법은 공천을 민주적 절차에 따라야 한다고만 규정하고 그 자세한 사항은 당헌·당규에 위임하고 있다. 정당들은 당헌·당규에서 공천절차를 경선을 원칙으로 규정하고 있지만 다양한 예외를 인정함으로써 실제 공천과정은 비민주적 형태로 실시되고 있는 실정이다.

이 글에서는 헌법의 요청에 따라 선거법을 다음과 같이 개정할 것을 제안하였다.

첫째, 공천은 정당원의 참여와 비밀투표가 보장되는 민주적 경선으로만 하여야 한다. 그리고 민주적 경선절차 이행 증명을 선거관리위원회에 보고하게 하고 그 보고서가 법 소정의 요건에 부합하지 않을 때에는 선관위가 해당 입후보자의 입후보 신청을 거부할 수 있도록 하여야 한다.

둘째, 비례대표후보자 공천절차도 지역구후보자와 마찬가지로 반드시 민주적 경선절차에 따라야 함을 선거법에 명시하여야 한다.

셋째, 선거관리위원회 제안처럼 국민참여경선(open primary)을 할 수 있는 근거를 선거법에 규정하는 것이 바람직하다.

주제어: 공직선거후보자 추천제도, 공직선거후보자 공천제도, 예비선거, 국민경선, 완전국민경선, 배심원단경선, 비례대표제

(논문접수일: 2019. 11. 4. 심사개시일: 2019. 11. 12. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 머리말

정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수범위 안에서 그 소속당원을 후보자(이하 “정당 추천후보자”라 한다)로 추천할 수 있다(공직선거법 제47조 제1항). 이를 ‘정당의 공직선거 후보자추천’이라 하는데 보통 ‘공천’이라고 부른다.¹⁾ 정당원이 아닌 자, 즉 무소속인 후보자는 선출되는 공직에 따라 일정수의 선거권자의 추천을 받아야 입후보할 수 있다(법 제48조). 그러나 오늘날의 선거에서 정당의 공천 없이 무소속으로 입후보하는 경우는 예외적인 극소수에 지나지 않는다. 현대 민주주의 정치과정은 정당을 중심으로 전개되고 있는 것이다. 오늘날 정당의 쇠퇴경향을 언급하는 이론들이 없는 것은 아니지만²⁾ 정치와 선거과정에서 정당이 차지하고 있는 역할과 지위는 여전히 절대적임을 부인할 수 없다.³⁾

공천은 이러한 정당이 선거에 앞서 최우선적으로 해야 할 일 중의 하나이고, 다원주의적 민주주의에서 활동하는 정당의 고유의 기능들 중 하나로서 정당과 다른 조직들을 구분하는 기준이 될 수 있다.⁴⁾ 70여년 전 샤프스나이더는 “공천은 정당의 활동 중 가장 중요한 것이며, 이를 통해 선거에서 통합된 전선(unified front)을 형성할 수 있고, 이러한 이유로 공천은 현대 정당이 갖는 두드러진 특징이 되었다”고 하였다.⁵⁾ 이러한 공천과정이 법제화되어 있는 경우는 미국과 독일, 뉴질랜드 등 극히 소수의 국가에 지나지 않으며 우리나라를 포함하여 대부분의 국가에서는 이를 정당내의 자율적인 활동으로 보아 법으로 강제하지 않고 있다.⁶⁾ 따라서 정당이 각종 선거에서 소속정당원을 공천하는 과정과 절차는 거의 정당의 자유지대로 남아있다.⁷⁾ 이러한 공천과정의 법적 공백상태는 과거 많은 나라에서 정당공천을 수많은 부정과 비리의 온상으로 만든 주요한 원인이었다고 말할 수 있다. 우리나라도 과거에는 물론이고 현행 제9차 개정헌법이 시행된 이후에도 오랫동안 공천은 정당의 지도자들에 의해 불공정 불합리하게 시행되었었다. 정당공천절차가 각 정당의 당헌·당규에 민주적 상향식으로 규정되

- 1) 법률에서는 ‘추천’이라고 하고 있으나 우리나라 언론이나 정치계의 관행은 ‘공천’이라는 표현을 훨씬 많이 쓰고 있다. 이 글에서는 같은 의미로 쓰기로 한다.
- 2) 정영태, 정당과 참여민주주의, 참여사회연구소 편, 참여민주주의와 한국사회, 창작과비평사, 1997, 161-165 참조.
- 3) 라이프홀츠는 현대의 민주주의는 근대적 의미의 의회주의적 민주주의에서 정당국가적 민주주의로 변모했다고 말하고 있다. G. 라이프홀츠 저, 권영성 옮김, 헌법국가와 헌법, 박영사, 1975, 104-107 참조.
- 4) 르우벤 하잔·기드온 라हत 지음, 강원택 감수, 김인균 외 옮김, 공천과 정당정치, 박영사, 2019, 19.
- 5) Schattschneider, E. E., Party Government, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1942, p.64, 르우벤 하잔·기드온 라हत(각주 4), 22에서 재인용.
- 6) 르우벤 하잔·기드온 라हत(각주 4), 15.
- 7) 공천과정이 비밀로 되어 있음은 ‘Secret Garden’이라고 표현한 학자도 있다. Gallagher, Michael and Michael Marsh, Candidate Selection in Comparative Perspective: The Secret Garden of Politics, London: Sage, 1988, 르우벤 하잔·기드온 라हत(각주 4), 20-21에서 재인용.

기 시작한 것은 2002년 대통령선거를 앞두고였다.⁸⁾ 당시 새천년민주당이 이른바 ‘국민참여경선제’를 도입·시행하면서 국민과 여론의 관심과 지지를 받게 되자 다른 정당들도 비슷한 상향식 공천제도를 도입하였고 이제는 거의 모든 정당들의 대통령후보자 결정절차로 확고하게 정착되었다고 보인다.

그러나 우리나라에서 정당의 공천대상이 되는 공직 중에서 대통령후보자 외에는 모든 공직선거후보자 공천절차가 민주적 경선방식으로 정착된 것은 아니다. 2002년 대통령선거를 계기로 정당들이 모든 공직선거후보자 공천절차를 민주적 경선제를 원칙으로 규정하고 있으나 실제로는 여러 가지 이유로 무경선 또는 하향식 공천을 실시해 오고 있고 그로 인한 부작용도 만만치 않게 발생하고 있는 것이 사실이다. 2008년 국회의원선거에서 한나라당의 친이·친박 갈등과 공천에서 탈락한 친박계 인사들이 창당한 ‘친박연대’의 돌풍 사태, 2016년 국회의원선거에서 이른바 ‘친박’, ‘진박’ 공천파동으로 인한 한나라당의 참패 사태는 비민주적 공천이 가져온 참담한 결과를 잘 보여주고 있다고 생각한다.

이 글은 이미 정착되었다고 보이는 대통령후보공천제도 외에 아직 정착되지 않은 공직선거후보자공천제도, 그 중에서도 국회의원 후보자공천제도의 바람직한 방향이 무엇인가를 중점적으로 논의해 보고자 한다. 국회의원선거제도에서는 최근에 비례대표제의 확대논의가 확산되고 있으므로 비례대표 후보자공천절차도 지역구 후보자공천절차 이상으로 중요하게 논의되어야 한다고 생각한다.

공천제도 개선의 방향은 단순한 아이디어 차원을 넘어서서, 우리나라 정치발전에 기여하여야 하고, 헌법, 선거법, 정당법 등 국가법체계에 합치되어야 하며, 국민의 선거권을 포함하는 정치적 기본권을 신장시키는 방향이어야 한다는 점이 반드시 고려되어야 할 것이다.

II. 정당 공천의 법적 성격과 입법적 규제

1. 정당의 헌법상 지위와 공천행위의 법적 성격

선거과정에서 정당의 공직선거 후보자추천(공천)행위의 법적 성격이 무엇인가를 규명하는 것이 공천제도를 개선하기 위한 전제조건이 된다고 생각한다. 공천행위의 법적 성격이 규명되어야 우리나라 헌법·선거법·정당법 등 전체 법체계가 요구하는 바에 합치되는 내용의 공천제

8) 다만 당시 소수당이던 민주노동당은 이미 상향식 공천제도를 가지고 있었다.

도를 제시할 수 있을 것이기 때문이다. 또한 정당의 법적(헌법상) 지위와 성격에 따라 정당의 공천행위의 법적 성격도 달라질 수 있기 때문에 이를 확인하는 것도 필요하다고 생각된다.

정당의 헌법상 지위에 관하여는 몇 가지 학설이 있다.⁹⁾ 첫째로 헌법기관 또는 국가기관으로 보는 설이 있다.¹⁰⁾ 둘째, 사법상 결사로 보는 견해가 있다.¹¹⁾ 셋째, 국민의 의사와 국가의사를 연결시키는 매개체(중개적 권력체)로 보는 견해가 있다. 현재 다수설과 헌법재판소가 지지하는 견해이다.¹²⁾¹³⁾

정당의 헌법상 지위에 따라 정당의 공천행위의 성격도 다르게 해석된다. 정당을 사적 결사체로 보게 되면 정당의 공천행위는 사적 자치의 원칙이 적용되는 사적 결사체의 내부행위가 되고, 사법(私法)의 영역이므로 이를 국가법으로 규율하는 데는 필요한 최소한에 그쳐야 한다는 한계가 있게 된다. 한편 정당을 헌법기관 또는 국가기관으로 보게 되면 정당의 공천행위에 대해서 국가가 광범위한 규율을 할 수 있다는 논리가 성립한다. 정당의 헌법상 지위를 매개체로 보는 우리나라의 다수설에 따르면 정당 공천행위에 대한 국가의 통제는 사적 자치의 영역보다는 넓어지겠지만 완전한 국가기관은 아니기 때문에 일정한 한계가 있게 된다. 즉, 정당의 공천행위는 정당의 내부적 자유행위로서의 성격과 국가 선거제도의 일부분으로서 국가의 통제대상으로서의 성격을 모두 가진다는 것이다.¹⁴⁾ 이러한 논리를 잘 보여주고 있는 것이

9) 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2008, 213-215; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019, 226-227 참조.
 10) 과거 독일의 Radbruch, Leibholz, 이탈리아의 Ferri 등이 이런 견해를 전개하였다고 한다(박일경, 제5공화국 헌법, 일명사, 1981, 95 참조). 우리나라에서는 유신헌법하에서 정당을 국가기관에 준하여 보는 견해가 있었으나 1980년 헌법개정 이후에 이런 견해는 사라졌다(문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987, 168 참조).
 11) 과거 독일의 Jellinek, Forsthoff, Krüger 등이 지지하였다고 한다. 박일경 교수도 이 견해를 지지한 바 있다. 박일경(각주 10), 98 참조. White Primary Cases 이전의 미국의 연방대법원이 취했던 태도도 이 견해에 속한다고 볼 수 있다.
 12) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 190-191; 김철수(각주 9), 215; 성낙인(각주 9), 226-227; 현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91; 현재 1996. 3. 28. 96헌마18 등, 판례집 8-1, 323; 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17; 현재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422; 현재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402 등 참조. 독일의 다수설이기도 하다.
 13) 정당의 헌법상 지위를 매개체설과 함께 제도적 보장이라고 설명하는 견해가 있다(김철수(각주 9), 215; 성낙인(각주 9), 226-227). 헌법에서 정당규정을 두고 있는 것이 제도로서의 정당제도를 보장하는 제도보장이라고 보아야 하고, 정당의 헌법상 지위와는 별개의 개념으로 다루는 것이 좋을 것 같다.
 14) 이 견해가 대부분의 연구자들의 견해이다. 정만희, 헌법과 통치구조, 법문사, 2003, 553-554; 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 제6권 제1호(2000.5), 140-141; 이종수, 선거과정의 민주화와 정당, 헌법학연구 제8권 제2호(2002.8), 103-105; 송기춘, 선거과정의 유권자의 참여, 공법연구 제34집 제4호 제1권(2006.6), 12-13; 김선택, 정당의 공천제도의 문제점과 개선방안, 아·태공법연구 제7호(2000), 41-43; 도회근, 정당의 국민참여형 공천제 정착을 위한 헌법적 과제, 공법연구 제34집 제3호(2006.2), 228-232; 도회근, 정당의 공직선거후보자 추천제도 개선방안 연구, 헌법학연구 제17권 제2호(2011.6), 248-249; 최병훈, 국민참여경선제의 합헌성 확보를 위한 개선방안 연구, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2010, 183-185 등 참조.
 헌법재판소도 정당의 활동은 헌법의 테두리 안에서 보장되는 것이고, 그 민주적 내부질서를 확보하기 위한 법적 규제가 불가피하게 요구된다고 하면서 그러나 그것이 지나칠 때에는 정당의 자유에 대한 침해의 위험성이 있으므로 민주적 내부질서에 필요한 최소한의 규제로 그쳐야 한다고 한다. 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1,

미국의 예비선거(primary election)제도이다. 미국에서는 정당의 예비선거에 관한 연방대법원의 일련의 판례를 통하여 예비선거는 정당의 각종 공직선거후보자를 선정하는 정당의 내부 사항이기는 하지만 국가 전체 선거제도의 필수적 일부로서 공적 기능(public function)을 수행함으로써 국가행위(state action)가 되어 헌법적 통제의 대상이 된다고 한다.¹⁵⁾ 100년 이상의 역사를 가지고 있는 미국의 예비선거제도에 관한 이론과 판례는 2002년 우리나라 대통령선거과정을 시작으로 각 정당의 공천과정과 이에 대한 민주적 통제방안 개발에 큰 영향을 미치고 있다. 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

2. 정당 공천에 대한 입법적 규제

(1) 우리나라의 현행 법체계

우리나라의 법체계에서 정당의 공직선거 후보자추천에 대한 규율은 헌법과 공직선거법 및 정당법에 그 근거를 두고 있다.

헌법은 제8조에 정당조항을 두고 있다. 제1항에서 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다”고 하고 있는데, 이는 정당설립의 자유뿐 아니라 정당가입과 탈퇴, 정당의 존속과 정당활동의 자유도 보장하는 것으로 이해된다.¹⁶⁾ 제2항에서는 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”고 규정하고 있다. 이는 당내민주주의, 즉 당기구의 구성, 운영, 당의사의 결정, 공직선거후보자의 공천 등 정당의 활동이 민주주의적 원칙에 따라 이루어져야 함을 규정한 것이다.¹⁷⁾ 헌법재판소에 의하면 이 조항은 제1항에 의하여 정당의 자유가 보장됨을 전제로 하여, “정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과하는 것임과 동시에 입법자에 대하여 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 부과하고 있다”¹⁸⁾고 설명하고 있다.

이에 따라 정당법과 공직선거법은 이에 대한 구체적인 사항을 규정하고 있다. 정당법에 의하면 ‘공직선거후보자 선출에 관한 사항’은 당헌의 규정사항이다(제28조 제2항 제8호). 공직선거법은 ‘정당의 후보자 추천을 위한 당내경선’이라는 장(제6장의 2)을 두고¹⁹⁾ 당내경선

판례집 15-2하, 17, 32.

15) 이른바 White Primary Cases 라고 하는 일련의 미국 연방대법원 판례를 통해서 확립된 이론이다. Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536(1927); Nixon v. Condon, 286 U.S. 73(1932); U.S. v. Classic, 313 U.S. 299(1941); Smith v. Allwright, 321 U.S. 649(1944); Terry v. Adams, 745 U.S. 461(1953) 등의 사건들을 말한다. 이에 관한 자세한 내용은 도회근(각주 14, 2006), 230-231 참조.

16) 현재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 813.

17) 권영성(각주 12), 193.

18) 현재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618, 626.

의 실시(제57조의 2), 당내경선운동(제57조의 3), 당내경선사무의 위탁(제57조의 4), 당원 등 매수금지(제57조의 5), 공무원 등의 당내경선운동금지(제57조의 6), 위탁하는 당내경선에 있어서의 이의제기(제57조의 7), 당내경선을 위한 여론조사 실시 등을 위한 휴대전화 가상번호 제공(제57조의 8) 등을 규정하였다.

공직선거법에서 중요한 부분은 “정당이... 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다”(제47조 제2항)는 조항과 “정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선을 실시할 수 있다”(제57조의 2 제1항)는 조항이다.²⁰⁾ 즉, 정당법과 공직선거법은 헌법의 요구에 따라 공직선거후보자 추천을 민주적 절차에 따라야 할 것과 그러한 민주적 절차의 예시로서 당내경선 실시 가능성을 규정하고 있을 뿐, 나머지 구체적인 내용은 당헌에 위임하는데 그치고 있다. 따라서 현재의 정당법과 공직선거법 규정은 헌법재판소가 판시하고 있는바 ‘입법을 해야 할 의무’를 방기하고 있음으로써 일종의 입법부작위에 의한 위헌상태에 있다고 보아도 무방할 것이다.

(2) 외국의 사례

1) 미국의 예비선거제도

이미 언급한 바처럼 정당의 공천과정을 입법으로 규제하는 나라는 극히 소수의 나라에 지나지 않는다.²¹⁾ 미국의 예비선거제도는 정당 내 공직선거후보자 공천과정과 절차를 국가(주)의 입법으로 규율하는 매우 드문 사례일 것이다.

미국의 예비선거제도는 거의 100년 전부터 입안되기 시작하여 오늘날 미국 전체에서 시행되고 있다. 20세기 초반까지만 해도 미국에서 각종 선거직공무원에 대한 정당의 공천은 정당의 지도자(Boss)들에 의해서 밀실에서 지명되었다고 한다. 이러한 부패한 공천과정에 대한 국민들의 분노가 진보주의운동(Progressive Movement)을 통해서 분출되었고 그 결과 19세기 말부터 당원 또는 유권자들이 공직선거후보자를 직접 선출하는 예비선거제도가 일부 주를

19) 2005.8.4.에 공직선거법을 대폭 개정하여 이 장을 신설하였다. 우리나라 선거관계법률의 개정과정과 내용에 관한 자세한 분석은 이형진, 선거관리위원회의 입법기능에 관한 연구, 법학박사학위논문, 울산대학교 대학원, 2012.2., 127-218 참조. 2005.8.4.의 개정내용은 특히 166-170 참조.

20) 정당법과 공직선거법은 2005. 8. 4.에 대폭 개정되어 당내경선에 관한 장(제6장의 2)을 신설하고 지구당의 폐지, 당비 납부 당원만의 공직선거후보자 선거권 보유 조항 폐지, 국민참여경선제 도입, 당내경선을 대체하는 여론조사 실시, 여성공천 비율, 선관위의 당내경선사무 수탁과 경선관리비용의 국가부담 등 많은 조항들을 개정 신설하였다. 그 후 2010년에 공무원의 경선운동금지(제57조의 6), 2017년에 당내경선을 위한 여론조사 실시 등을 위한 휴대전화 가상번호 제공(제57조의 8) 등이 신설되었다. 그러나 정당의 공직선거후보자 추천의 민주적 절차에 관한 부분은 별로 변경된 내용이 없다.

21) 각주 6 참조.

시작으로 확산되기 시작하여 20세기 중반에는 미국 50개주 전체 및 Washington D.C.에서 실시되기에 이르렀다. 예비선거가 실시된 초기 상당기간 동안 예비선거는 사적 결사체인 정당의 내부사항으로 여겨 국가법의 규제를 받지 않았다.²²⁾ 그러다가 미국 남부 주의 민주당 내 예비선거에서 흑인당원을 배제하고 실시한 예비선거들에 대한 위헌소송이 제기되었고 미국 연방대법원이 이 소송들에 대해 적극적으로 받아들임으로써 이른바 국가행위론(state action doctrine)이라는 이론이 성립되는 계기가 되었다. 흑인을 배제한 일련의 예비선거사건(이를 White Primary Cases라고 한다)에서 정당의 내부사항인 예비선거는 국가 전체 선거제도의 일부로서 공적 기능을 수행하는 것이므로 국가의 행위(즉 state action)가 되어 국가법(헌법)의 적용을 받는다는 것이다.²³⁾ 이후 미국에서는 사적 결사체인 정당이라 할지라도 공적인 기능을 수행하는 기관으로 보아 예비선거에 대한 국가의 통제를 인정하고 있다. 현재 미국의 예비선거는 주별로 정당의 당헌·당규와 주법에 의하여 규율된다. 그래서 당규정과 주법의 상충문제가 발생할 수 있는데, 수십 년에 걸쳐 발생한 이러한 사건들에 대한 연방대법원판례가 예비선거에 대한 법이론체계를 형성하고 있다.²⁴⁾

미국에서는 정당 공천을 필요로 하는 모든 공직선거후보자에 대한 당내 공천은 예비선거에 의하여 결정한다. 다만 대통령후보자 공천에 대하여는 예비선거 외에 코커스(caucus)라는 방식을 사용하기도 한다. 상하원 국회의원, 주지사, 주의원, 자치단체의 장 및 의원선거 등의 후보자들에 대한 당의 공천은 모두 예비선거로 결정한다. 예비선거제도는 각 주와 정당별로 모두 달라 수십 가지에 이르지만 크게 4가지 정도로 분류할 수 있다. 공개형(open primary), 폐쇄형(closed primary), 반폐쇄형(semi-closed primary), 비정파형(nonpartisan primary) 예비선거가 그것들이다.²⁵⁾ 이러한 분류는 누가 당내 예비선거에 참가하여 투표할 수 있는냐에 따라 구분된다. 공개형은 주의 모든 유권자는 아무 정당이든 하나의 정당을 선택하여 그 당의 예비선거에서 투표할 수 있다. 폐쇄형은 오직 소속당원만이 투표할 수 있다. 반폐쇄형은 소속정당원과 무소속 유권자가 투표할 수 있고 다른 정당원은 투표할 수 없다. 비정파형은 모든 유권자가 대통령, 상원의원, 하원의원 등 해당공직에 입후보한 모든 정당의 후보자들 중 한명씩에 대해 투표할 수 있다.²⁶⁾

22) *Newberry v. United States*, 256 U.S. 232(1921) 참조.

23) 각주 15 참조.

24) 이에 관하여는 여러 연구가 나와 있다. 대표적으로 안순철, 미국의 예비선거, 단국대학교출판부, 2005; 도회근, 국민참여경선제와 미국 예비선거제의 비교, 국제정치연구 제5집 1호(2002.6); 도회근, 미국의 블랑킷(Blanket)형 예비선거제도의 위헌성 논란, 공법연구 제31집 제1호(2002.11); 최병훈(각주 14) 등 참조.

25) 과거에는 위 4가지 외에 포괄형 예비선거(blanket primary)가 있었으나 2000년 미연방대법원에 의하여 위헌으로 판결됨에 따라 현재는 없어졌다. 이에 대한 자세한 사항은 도회근(각주 24, 2002.6), 100-101; 최병훈(각주 14) 45-56 참조.

예비선거는 정당 내 행사이지만 주법에 의하여 같은 날 실시되며, 주의 비용으로 주(선거관리위원회)의 관리 아래 실시된다.

2) 독일의 공직선거후보자 공천제도

독일도 국회의원후보자 공천절차를 법률로 규율하는 소수 국가 중 하나이다. 독일은 양원제 의회를 가지고 있는데, 국민에 의하여 선출된 지역구와 비례대표 의원으로 구성되는 하원(Bundestag)이 각주정부의 구성원으로 구성되는 상원(Bundesrat)에 비해 훨씬 중요한 지위와 기능을 수행하고 있다. 그래서 독일에서 국회의원선거라고 하면 일반적으로는 하원의원과 유럽회의의원 선거를 뜻한다.²⁷⁾ 독일헌법(기본법)은 연방하원의원선거에 관하여 보통·직접·자유·평등·비밀선거의 원칙과 선거권·피선거권에 관하여만 규정하고 상세한 사항은 연방법률에 위임하고 있다(제38조). 이에 따라 독일의 국회의원선거는 연방선거법(Bundeswahlgesetz)에 의해서 규율되는데, 정당의 공천에 관하여도 비교적 상세한 규정을 두고 있다.²⁸⁾

선거법에 의하면 지역구의 정당후보자 공천은 지역선거구 당원회의, 당원회의에서 선출된 특별대표자회의 또는 일반대표자회의의 3가지 중 하나의 방식에 의하여 비밀투표로 선출하여야 한다(법 제21조 제1,3항). 정당은 이러한 공천과정이 법에 규정된 요건에 합치된다는 것을 문서로 제출하여야 하고, 이러한 과정에 참여한 2명의 참가자가 지역구 선거관리위원장에게 이 사실을 선서하여야 한다(제21조 제6항). 이러한 요건들이 준수되지 않은 경우, 지역구 선거관리위원회는 해당정당의 후보자를 승인하지 않을 수 있다(제26조). 기타 대표자회의의 선출방법, 당원회의나 대표자회의의 소집방법과 공천에 관한 상세한 사항은 정당의 강령 등에 위임하고 있다(제21조 제5항).

비례대표 후보자는 정당이 주별 명부를 작성하는데(제27조), 지역구 후보자와 마찬가지로 법에 규정된 요건이 준수되지 않은 경우 주선거관리위원회가 정당입후보자 명부를 승인하지 않을 수 있다(제28조).²⁹⁾

한편, 독일 정당법은 정당의 국가대표기관 선거를 위한 후보자 선출은 비밀투표로 하여야

26) 50개주와 Washington D.C.까지 51개 투표단위에서 간혹 변경되기도 하지만 대체로 각 예비선거방식은 비슷한 비율로 분포되어 있다. 다만 비정파형 예비선거는 오직 루이지애나 주만 실시하고 있다.

27) 독일헌법도 국회의원선거는 하원의원에 관하여만 규정하고 있다. “독일 연방하원의 의원은 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다 …”(제38조 제1항).

28) 독일도 과거 바이마르공화국 시절에는 정당의 공천과정을 규율하는 법규정이 없었고, 국회의원후보자는 정당의 대표에 의하여 일반적으로 지명되었었다고 한다. 홍일선, 정당의 공천관련문제 해결을 위한 헌법적 기준, 공법연구 제34집 제4호(2006.6), 343-344.

29) 독일의 연방하원의원 선거제도에 관한 상세한 사항은 김도협, 독일 연방의회선거제도와 그 수용가능성에 관한 연구, 세계헌법연구, 제13권 제2호(2007), 38-43; 홍일선(각주 28), 339-345; 도희근, 독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가?, 공법연구 제40집 제3호(2012.2), 120-124 등 참조.

한다는 규정만 두고 있고 자세한 사항은 당강령에 위임하고 있다(제7조).

요컨대 독일의 연방하원의원선거에서 정당공천은 연방선거법 소정의 3가지 상향식 비밀선거방식으로 실시하고, 그 과정을 증명하는 서류를 선거관리위원회에 제출하여야 하며, 이러한 요건이 준수되지 않은 경우 선거관리위원회는 입후보를 승인하지 않을 수 있게 함으로써, 국가가 정당의 공천과정을 비교적 강력하게 통제할 수 있게 하고 있다.

Ⅲ. 우리나라 정당들의 공천제도

1. 각 정당의 공천제도

우리 법률체계에 의하면 정당의 공천은 당헌으로 정하게 되어 있다. 따라서 우리나라 정당들은 당헌 당규로 공천과정과 절차를 상세히 정하고 있다. 대통령선거후보자에 대한 공천제도는 거의 대부분의 정당이 2002년 이래 국민참여경선이라는 방식으로 정착되어 있다. 정당에 따라 다르지만 대체로 당원(당비를 내는 당원과 그렇지 않은 당원의 구별이 있는 정당들도 있다), 대의원, 일반국민, 여론조사 등을 종합하여 시행하고 있다는 점만 언급하고, 이 글에서는 국회의원후보자 공천제도를 중심으로 살펴보기로 한다. 편의상 현재 교섭단체를 구성하고 있는 더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당과 과거 민주노동당 시절부터 민주적 공천제도를 고수하고 있는 정의당의 공천제도를 살펴본다.

(1) 더불어민주당

더불어민주당의 공직선거후보자 공천은 원칙적으로 경선을 통하여 하도록 규정하고 있다(당헌 제98조 제1항). 그 중 국회의원과 지방자치단체의장후보자 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사 경선 포함)으로 하도록 하고 있다. 국민참여경선은 권리당원과 권리당원 아닌 유권자의 투표·조사를 반영하거나 선거인단을 구성해서 실시한다. 이때 권리당원의 투표·조사결과는 100분의 50 이하, 권리당원 아닌 유권자의 투표·조사결과는 100분의 50 이상을 반영한다(제2항).³⁰⁾ 최고위원회의 의결로 필요하다고 판단하는 때에는 국민참여경선 대신 시민공천배심원경선을 실시할 수도 있다(제4항).

30) 2019.7.1. 제정 시행된 더불어민주당의 특별당규로 '제21대국회의원선거후보자선출규정'이 있는데 이에 의하면 21대 국회의원후보자 경선은 국민참여경선을 원칙으로 하고 그 방법은 권리당원선거인단 ARS투표 50%, 안심번호선거인단 ARS투표 50%를 반영하도록 하고 있다(제22조).

후보자는 중앙당공천관리위원회가 심사하여 2명 이상으로 선정하고 경선방법을 마련하도록 하되, 당규로 정하는 사유가 있는 때에는 단수로 선정할 수 있다(제89조 제1항).³¹⁾ 경선 결과와 단수로 선정된 후보는 최고위원회의 의결 및 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(제2,3항). 또한 전체 선거구 수의 100분의 20 범위 내에서 전략선거구와 후보자를 선정할 수 있고, 이때에는 전략공천위원회가 심사하여 당대표에게 보고하고 최고위원회의 의결과 당무위원회 인준으로 추천을 확정할 수 있다(제4-7항).

비례대표후보자는 비례대표후보자추천관리위원회가 심사하여 당대표에게 보고하고 추천된 후보자목록을 당무위원회를 거쳐 중앙위원회에 추천하여 확정한다(제90조 제1,2항). 비례대표후보의 순위를 결정함에 있어서는 당대표가 당선안정권의 100분의 20 이내에서 전략후보자와 그 순위를 선정하고, 그 외에는 중앙위원회의 순위투표로 확정한다(제3항). 경제·외교·안보 등 비례대표후보자추천관리위원회가 선출이 어렵다고 판단하여 심사분야로 정한 분야와 전략공천을 제외한 모든 분야는 국민공천심사단이 선출한다(제5항).

공천을 관리하는 중심기구는 중앙당공천관리위원회와 비례대표후보자추천관리위원회인데 전자는 필요시 외부인사를 포함하여 20인 이내로 구성하며, 최고위원회의 심의를 거쳐 당대표가 임명한다(제87조). 후자는 필요한 경우 외부인사를 포함하여 15인 이내로 구성하며, 최고위원회의 심의를 거쳐 당대표가 임명한다(당규 제10호 공직선거후보자추천 및 선출직공직자 평가위원회 규정 제15조-제22조).

시민공천배심원단이나 국민공천심사단의 구성에 대해서는 특별한 규정이 없고 공천관리위원회나 비례대표후보자추천관리위원회의 의결로 모집, 구성하도록 하고 있다(같은 규정 제43조, 제50조).

(2) 자유한국당

자유한국당 당헌도 공직선거후보자 추천은 경선 등을 통한 추천을 원칙으로 하며 공직후보자추천기구가 이를 수행하도록 규정하고 있다(당헌 제80조 제1항). 지역구 국회의원후보자는 지역구 공천관리위원회의 후보자 추천, 국회의원선거 국민공천배심원단의 부적격 여부 심사, 최고위원회의 의결을 거쳐 당대표가 추천한다(제81조 제1항). 공천관리위원회는 당내경선,

31) '제21대국회의원선거후보자선출규정' 제16조 제1항에 의하면 다음의 경우 단수후보를 추천할 수 있다. 1. 해당 선거구의 후보자 추천신청자가 1명인 때
2. 후보자 심사결과 1명을 제외한 나머지 후보자의 공직후보자에게 예외 없는 부적격 처리 사유가 발견된 때
3. 2명 이상의 후보자가 추천을 신청하였으나 1위 후보자와 2위 후보자의 격차가 심사총점 기준 30점 이상이거나 여론조사(공천적합도조사) 결과 기준 100분의 20 이상일 때

단수후보자 추천, 우선추천제도를 통한 후보자 추천 등의 방법으로 후보자를 추천할 수 있는데 당내경선은 여론조사경선으로 갈음할 수 있다(제2, 4항). 공천신청자가 1인인 경우와 복수신청자 중 1인의 경쟁력이 월등한 경우 등일 때에는 단수후보자로 추천할 수 있다(제5항). 공천관리위원회는 지역구 국회의원 선거구 전체의 20% 내에서 우선추천지역을 선정하여 후보자를 추천할 수 있다(제82조).

비례대표국회의원후보자 추천은 다음과 같은 순서로 진행된다. 비례대표공천위원회의 부적격 여부 심사, 국민공천배심원단의 압축심사(3배수 이내), 비례대표공천위원회의 심층심사 후 후보자 순번 결정, 국민공천배심원단의 부적격 여부 심사, 최고위원회의 의결, 당대표의 추천(제83조).

국회의원 후보자 추천과 관련된 업무를 수행하는 기구는 지역구 국회의원후보자 공천관리위원회와 비례대표 국회의원후보자 공천위원회이다. 각 위원회는 10 이내의 위원으로 구성하며, 위원장과 위원은 당대표가 최고위원회의 의결을 거쳐 임명하되 재적의 3분의 2 이상을 당외인사로 임명한다(제75,76조). 지역구와 비례대표 공천과정에서 부적격 여부 등을 심사하는 국민공천배심원단은 무작위로 모집한 국민 35명, 사회 각 분야 전문가 및 당원대표성을 가진 인사 15명 등 50명으로 구성하며, 최고위원회의 의결을 거쳐 당대표가 임명한다(제77조).

(3) 바른미래당

바른미래당 당헌도 각급 공직선거후보자 추천은 경선을 원칙으로 하되 선거전략상 특별한 사유가 있다고 판단될 때에는 경선으로 추천하지 않을 수 있다고 규정하고 있다(제64조). 공직선거후보자 추천관리를 위하여 위원장 포함 11명 이내로 구성되는 공천관리위원회를 설치하는데, 위원의 100분의 50 이상을 외부인사로 위촉한다. 위원장과 위원은 당대표가 최고위원회의 의결을 거쳐 임명한다(제63조). 바른미래당의 비례대표국회의원선거후보자추천관리위원회에 관한 구체적 사항 및 국회의원 공천에 관한 자세한 사항은 다른 당들과 달리 대부분 당규에 위임되어 있고 그 내용도 상당히 소략하다.

바른미래당의 공직선거후보자추천 규정에 의하면 공천은 공천 신청의 공고 및 접수, 중앙당 및 시·도당 공직선거후보자추천관리위원회(비례대표 후보자추천관리위원회 포함)의 심의, 경선 등을 통하여 최고위원회의 의결로 확정한다(규정 제2조).

경선은 국민참여경선, 당원투표, 여론조사 등의 방법으로 할 수 있다(제29조). 해당 선거구의 공천 신청자가 1명뿐이거나 복수의 신청자 중 1명의 경쟁력이 현저히 높을 때 등의 경우에는 공천관리위원회는 재적 위원 과반수의 찬성과 최고위원회의 의결을 거쳐(제39조), 또는

선거 전략상 필요한 경우 재적위원 3분의 2 이상의 찬성과 최고위원회의의 의결을 통해 후보자를 단수로 결정할 수 있다(제40조).

비례대표후보자는 공천 신청자 및 최고위원회의의 추천을 받은 자 중 비례대표공천관리위원회의 심의 및 최고위원회의의 의결을 거쳐 확정한다(제33조). 다만 당대표는 최고위원회의의 의결을 거쳐 비례대표 국회의원선거후보자 공천 대상자 및 순위를 정할 수 있다(제35조 제4항).

공천과정을 관리하는 공직선거후보자추천관리위원회(공천관리위원회)는 외부 인사 과반수를 포함하여 11명으로 구성하며, 당대표가 최고위원회의의 의결을 거쳐 임명한다(제63조).

(4) 정의당

정의당 당헌에 의하면 모든 공직선거후보자는 당원들의 직접투표로 선출하되, 국민, 지지자의 참여 및 의사를 반영하여 선출할 수 있다. 단, 단수의 후보자는 당원들의 직접 투표로 선출한다(제58조). 주요 정당들의 공직선거후보자 선출규정 중 가장 단순하다. 당규(당규 제 15호 선거관리규정)에 의하면 투표는 투표 기간 동안 본인 인증을 전제로 한 온라인투표, ARS모바일투표, 현장투표의 방법으로 진행할 수 있으며, 투표종류, 투표방법, 각 투표방법에 따른 투표시간, 순서 등은 관할 선거관리위원회에서 정한 바에 따르되, 수감자 등 부재자의 경우 우편투표를 할 수 있다(제46조).

(5) 정리

주요 정당들의 당헌·당규를 보면 모든 정당들이 지역구 국회의원후보자 공천은 '원칙적으로' 경선을 거치도록 규정하고 있다. 더불어민주당은 국민참여경선 또는 여론조사경선, 자유한국당은 당내경선 또는 여론조사경선, 바른미래당은 국민참여경선, 당원투표, 여론조사 등, 정의당은 당원 직접투표로 정하고 있다. 그러나 정의당을 제외한 정당들은 여러 가지 예외를 인정하고 있는데, 단수추천, 전략지역 또는 우선추천지역 등의 예외를 인정하고 있고, 경선이 아닌 시민공천배심원경선으로 갈음할 수도 있게 하고 있다.

비례대표후보자의 경우는 정의당을 제외한 정당들의 경우 경선절차가 없다. 더불어민주당은 비례대표후보자추천관리위원회가 심사하고 중앙위원회가 순위투표를 하는데, 당대표가 일부 전략후보자와 그 순위를 정한다. 특정 전문 직능분야는 국민공천심사단이 선출한다.

자유한국당은 비례대표공천위원회가 후보자 순번을 결정한다. 바른미래당은 비례대표공천관리위원회의 심의를 거쳐 최고위원회의의 의결로 확정하는데, 다만 당대표는 최고위원회의의 의결을 거쳐 공천 대상자 및 순위를 정할 수 있다. 즉, 정의당만이 비례대표후보자를 당원들의

투표로 선출하고 나머지 정당들은 각종 위원회가 순위투표를 하거나 당대표가 결정하도록 하고 있는 것이다.

더불어민주당과 자유한국당이 채택하고 있는 시민배심원단에 관한 규정들도 그리 명쾌한 것은 아니다. 더불어민주당의 경우 국민참여경선을 갈음할 수 있는 시민공천배심원단과 비례대표 중 특정 전문분야 대표 선출권을 가지는 국민공천심사단은 구성방법이 구체적으로 규정되어 있지 않고 단지 공천관리위원회와 비례대표추천관리위원회가 모집·구성하도록만 규정하고 있을 뿐이다. 자유한국당의 경우 지역구 및 비례대표 후보자의 부적격 여부를 심사하는 국민공천배심원단에 대해서는 비교적 상세한 구성방법과 기능에 관하여 규정하고 있다.

공천과정에서 중요한 기능을 수행하는 기구는 공천과정을 총괄하는 공천관리위원회이다. 더불어민주당의 경우 중앙당공천관리위원회와 비례대표후보자추천관리위원회, 자유한국당의 지역구공천관리위원회와 비례대표공천위원회, 바른미래당의 지역구 및 비례대표공천관리위원회가 그것이다. 이들은 모두 비교적 소수의 위원으로 구성되는데(최소 자유한국당 10명, 최대 더불어민주당 20명) 일정비율의 외부인사를 포함하게 하고 있고, 당대표가 최고위원회의 심의 내지 의결을 거쳐 임명하게 되어 있다.

요컨대, 정의당을 제외한 각 당의 지역구 국회의원후보자 공천은 경선을 원칙으로 하고 있지만, 실제로는 여러 가지 방법으로 경선이 아닌 방법을 사용할 수 있고, 비례대표후보자의 경우에는 아예 경선절차가 없이 중앙당의 기구에서 후보자와 순위를 결정한다. 그리고 공천절차를 관리 또는 심의·결정하는 기구의 구성은 당의 공식적 최고기구인 최고위원회를 제외하면 공천관리위원회나 배심원단의 구성이 당대표와 최고위원회에게 위임되어 있다. 즉, 공천절차가 민주적인 상향식 구조가 아닌 당대표를 비롯한 당지도부의 영향력이 크게 미치는 하향식 구조이다.

IV. 공천제도 개선방안의 모색

1. 현행 제도의 문제점

우리나라에서 모든 공직선거후보자 공천을 당원 직선으로 시행한 민주노동당 외에 거대 정당들이 공직선거후보자 공천과정에 상향식 경선방식을 도입한 것은 2002년 6월 지방선거에서부터였다. 이때 상당수 지방선거후보자가 경선을 통해 공천되었다.³²⁾ 그리고 12월 대통령선거에서 대통합민주신당과 한나라당의 양대 정당이 국민참여경선제도를 실시함으로써

이후 이 방식이 대통령후보자공천방식으로 정착되었다. 각 정당들이 국회의원후보자 공천에 경선제도를 도입한 것은 2004년 선거에서부터였는데, 이때 실제 경선이 실시된 곳은 절반에 미치지 않았다.³²⁾ 이후 국회의원선거에서 각 당의 후보자 공천과정에서 경선방식은 오히려 후퇴하였다.³⁴⁾

현재 정의당을 제외한 정당들의 국회의원후보자 공천방식은 상향식 경선을 원칙으로 하고 있지만, 위에서 살펴본 바와 같이 다양한 방법으로 경선 아닌 방식을 통해서 사실상 당지도부의 의사를 관철시킬 수 있도록 한 하향식 공천이 가능하도록 되어 있다.

더욱 문제인 것은 비례대표후보자 공천방식이다. 정당에 따라 약간 다르기는 하지만, 비례대표후보자 공천에서 경선절차는 없고 당지도부가 구성하는 위원회가 심사 또는 추천하고 최고위원회나 당대표가 확정토록 하고 있다. 즉, 비례대표후보자는 사실상 당지도부가 결정한다고 할 수 있다.

이러한 현행 제도의 문제점은 크게 두 관점에서 살펴볼 수 있다. 첫째는 정치현실적 문제이고, 둘째는 법제도적 문제이다.

정치현실적인 문제점은 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 우선 경선이라는 민주적 정당성을 보장하는 절차를 결여한 공천의 경우, 그 공천결과에 대한 승복을 이끌어내지 못한다는 점이다. 다음으로 지도부의 영향력이 강한 하향식 공천은 계파갈등을 유발하여 분당, 탈당 등 당의 분열과 선거패배로까지 이어질 수 있다.³⁵⁾ 이러한 현실은 국민들의 우리나라 정당정치에 대한 불신, 나아가서 정치문화 전반에 대한 불신으로까지 이어질 수 있는 심각한 문제를

32) 한나라당은 후보자를 낸 190개 선거구 중 58곳(37.9%), 새천년민주당은 후보자를 냈던 217개 선거구 중 79곳(52.3%)에서 경선이 이루어졌다. 이 지방선거에 관한 자세한 사항은 전용주, 한국 정당 후보 공천제도 개혁의 쟁점과 대안, 현대정치연구 제3권 제1호(2010 봄), 51; 모종란·전용주, 후보경선제, 본선경쟁력 그리고 정당민주화: 2002년 6.13 기초자치단체선거를 중심으로, 한국정치학회보 제38집 제1호(2004); 황이란, 지방선거의 정당공천: 경선제 도입의 문제점과 개선방안, 지방행정연구 제16권 제1호(2002) 등 참조.

33) 한나라당은 후보자를 낸 228개 선거구 중 15곳(6.6%), 새천년민주당은 217개 선거구 중 73곳(33.6%), 열린우리당은 243개 선거구 중 84곳(34.6%)에서 경선이 이루어졌다. 이에 관한 자세한 사항은 정진민, 17대 국회의원선거에서의 상향식 공천제도와 예비후보 등록제, 한국정당학회보 제3권 제2호(2004, 7); 김영태, 17대 국회의원선거제도와 공천과정, 한국정당학회보 제3권 제2호(2004), 119; 연세대학교 동서문제연구원서강대학교 국제지역연구소, 제17대 국회의원선거 평가와 정책대안, 선거관리(중앙선관위) 제50호(2004), 175 등 참조.

34) 박경미, 18대 총선의 공천과 정당조직: 한나라당과 통합민주당을 중심으로, 한국정당학회보 제7권 제2호(2008), 41-63; 윤종빈, 19대 총선 후보 공천의 과정과 결과, 그리고 쟁점, 한국정당학회보 제11권 제2호(2012), 5-37; 지병근, 한국 주요정당들의 공천제도와 계파갈등: 2016년 국회의원선거 사례분석, 동서연구 제28권 제4호(2016), 59-86; 도회근(각주 29), 242-244 등 참조.

35) 2008년 국회의원선거에서 한나라당의 친이·친박 갈등은 공천탈락자들이 탈당하여 친박연대 결성을 가져왔고, 이후 2010 지방선거와 2011 재보궐선거에서 한나라당의 참패를 가져온 원인이 되었다. 2016년 국회의원선거에서 새누리당의 공천관리위원회 이한구 위원장의 하향식(이른바 전략공천) 친박·친박공천의 결과 김무성 대표와의 갈등, 유승민 의원의 탈당 등으로 선거에서 참패하였다. 도회근(각주 29), 245; 지병근(각주 34), 73-74 등 참조.

불러일으킬 수 있는 것이다.

법제도적인 문제로 지적할 수 있는 점은 현행 공천관행이 위헌적·위법적이라는 점이다. 이미 살펴본 바와 같이 정당의 공천행위는 정당의 내부적 자유행위로서의 성격과 국가 선거제도의 일부분으로서 국가의 통제대상으로서의 성격을 모두 가지고 있다. 다시 말해서 정당의 공천행위는 국가법으로부터 자유로운 사적 결사체로서의 정당의 내부적 자유행위의 성격과 전체 국가 선거제도의 일부분으로서 국가법의 규율에 따라야 하는 행위의 성격을 모두 가진다는 것이다. 그러므로 헌법과 선거법, 정당법 등이 요구하는 바를 준수하여야 한다. 역시 이미 살펴보았듯이 우리 헌법은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적인 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”(제8조 제2항)고 하여 당내민주주의, 즉 당기구의 구성, 운영, 당의사의 결정, 공직선거후보자의 공천 등 정당의 활동이 민주주의적 원칙에 따라 이루어져야 함을 규정하고 있고, 이에 따라 공직선거법에서는 정당의 후보자 공천은 “민주적 절차에 따라야 한다”(제47조 제2항)고 규정하고 그 예시로서 당내경선(여론조사 포함)을 규정하고 있다(제57조의 2, 제57조의 8). 헌법과 공직선거법에 의해 정당의 공천행위가 민주적 절차를 따르려면 그 방식은 경선 등 상향식 방식이 되어야만 한다. 그런데 현재 각 당(정의당 제외)이 시행하고 있는 공천방식은 상향식 경선은 일부뿐일 뿐 대부분은 당지도부의 영향력이 강하게 미치는 하향식으로 운영되고 있으며, 특히 비례대표후보자 공천절차는 아예 경선절차가 마련되어 있지 않다. 이러한 공천행위는 명백한 위헌·위법행위라고 보아야 한다. 그런데 현행 법체계 안에는 이에 대한 아무 제재규정이 없기 때문에 이 위헌·위법상태가 방치되고 있는 실정이다.

2. 공천제도 개선방안들과 그에 대한 평가

정·관·학계는 이러한 정당의 공천절차를 개선하기 위한 방안을 여러 가지로 제안하여 왔다.³⁶⁾ 이의 주된 동기는 헌법과 법률이 요구하는 공천제도의 민주화를 위한 것이라기보다는 유권자의 표심을 잡기 위한 선거전략적 고려에서였다고 볼 수 있다.³⁷⁾ 2002년에 새천년민주당이 도입된 국민참여경선도 그러한 맥락에서 도입된 것이었고 결과 노무현 후보가 경선과정에서 돌풍을 일으켜 대통령에 당선되었던 것이다. 이 국민참여경선제도에 대한 국민적 선호가 높아지자 2004년 국회의원선거에서부터는 정당들이 이 제도를 실시하는데 장애가 되는 법률을 개정하였고,³⁸⁾ 이듬해에는 적극적으로 일반 국민이 당내경선에 참여할 수 있도록 하는

36) 정계와 중앙선거관리위원회의 공천제도 개선을 위한 활동내용에 관하여는 도회근(각주 29) 252-256 참조.

37) 도회근(각주 29), 253.

규정들이 선거법에 도입되었고, 이후에도 여러 차례 개정되어 오늘에 이르고 있다.³⁹⁾

2008년 국회의원선거에서는 당 외부인사들이 주축을 이루는 공직후보자추천심사위원회(공심위)가 주목을 받았다. 한나라당과 통합민주당은 국민의 신뢰를 받는 외부인사를 공심위 위원장 및 다수의 위원으로 구성하여 당(지도부)의 영향력을 배제한 채 국회의원후보자를 선정하도록 함으로써 언론과 국민 여론으로부터 호평을 받았다.

2010년 지방선거를 앞두고는 국민공천배심원단(한나라당), 시민공천배심원경선(민주당)이 도입되었는데 실제 사용된 곳은 민주당 일부 지역에 그쳤다.⁴⁰⁾

한편, 정치권에서는 완전국민경선제의 도입이 시도된 바 있었다. 2006.11.8. 열린우리당(이인영 의원 등 139인)과 2007.1.3. 민주당(최인기 의원 대표발의)이, 2011.5.9.에는 한나라당(나경원 의원 등 135인)이 각각 완전국민경선제 도입을 골자로 하는 공직선거법 일부개정법률안을 발의하였으나 모두 국회에서 의결되지 못하였다.⁴¹⁾ 이와 별도로 중앙선거관리위원회도 2011년과 2015년에 완전국민경선제를 제안하였다.⁴²⁾

이러한 공천제도 개선방안들을 살펴보고 가장 바람직한 대안을 찾아보기로 한다.

(1) 공직후보자추천심사위원회(공심위) 제도

2008년에 양대 정당이 도입 실시하였던 공직후보자추천심사위원회(공심위)에 의한 공천은 의외로 언론과 국민 여론에 의해 긍정적으로 평가되었다. 이는 두 정당 모두 공심위의 구성을 국민으로부터 신망을 받는 당 외부 인사를 중심으로 구성하여 당의 영향력을 거의 받지 않고 독자적으로 결정할 수 있도록 했고,⁴³⁾ 실제 공천에서도 당의 중진의원들을 탈락시키고 참신한 신인을 추천했기 때문이었다.

그러나 이 제도는 탈락자의 불복, 계파 안배, 특정 지도자의 의지에 따른 후보자추천 등의

38) 일반 국민을 당내경선에 참여시키기 위해서 당비를 납부하는 당원만의 경선참여를 규정하고 있었던 법률규정(구 정당법 제31조 제3항)을 폐지하였다.

39) 각주 20 참조.

40) 민주당은 광역자치단체장 2곳(광주, 인천), 기초자치단체장 10곳(수도권 6곳, 호남권 3곳, 충청권 1곳)에 대하여만 이를 사용하였다.

41) 한나라당은 2010.6.2. 지방선거 패배 후 2010.7.29. 공천제도개혁특위(위원장 나경원 의원, 부위원장 서울대 박효중 교수 등 총 21명)를 구성하여 7개월간 논의 결과 2011.2월 말 ‘국민지향’공천제도 개혁안을 발표하였다. 자세한 내용은 나경원, ‘국민지향’ 공천제도 개혁안, (사)21세기국가발전연구원 주최, NDI 개원 15주년기념 정책심포지엄 「한국 정당공천제도 개혁의 방향과 과제」, 2011.4.14., 20-61 참조.

42) 김용희, 정당의 당내경선제도 개선, 중앙선거관리위원회 주최, 정치관계법 개정 토론회 자료집, 2011.3.24.-3.25, 35-50; 중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2015.2. 7-9; 채진원, 공화주의적 대통령제에 부합하는 선거·정당개혁, 21세기공화주의클럽, 21세기 공화주의, 인간사랑, 2019, 166-167 등 참조.

43) 한나라당은 국민으로부터 신뢰를 받고 있었던 전 서울지검장 출신 안강민 변호사를, 통합민주당 역시 전 대한변호사협회 회장 박재승 변호사를 각각 위원장으로 위촉하였고, 다른 외부위원들도 신망 있는 인사들로 구성하였다.

문제점이 있으며, 공심위 위원 구성에 있어서도 당내 인사가 주도하는 경우가 대부분이라는 문제가 있다.⁴⁴⁾ 즉, 공심위원의 구성이 당(지도부)의 의사에 좌우되기 때문에 결국 당의 의사에 반하는 공천이 이루어지기 힘들다는 것이다. 공천이 공심위를 구성하는 당지도부와 공심위원들의 주관적 선의에 의지하는 제도이므로 공천결과가 항상 당원 또는 국민 눈높이에 맞을 것이라고 예상할 수 없는 불안정한 제도라고 할 수 있다.

더 큰 문제는 이 제도가 민주적 절차에 따르는 것이 아니라는 점이다. ‘민주적’이라는 뜻은 당원 또는 이에 준하는 다수의 뜻이 상향식으로 반영되어야 한다는 뜻이지 아무리 덕망 있는 인사들이라 할지라도 지명된 소수가 밀실에서 비공개적으로 결정하는 방식을 뜻하는 것은 결코 아닐 것이다.

(2) 배심원단 제도

국민공천배심원단 또는 시민공천배심원경선은 공심위 방식의 폐쇄성 내지 비민주성이라는 문제점을 보완하고 국민참여경선의 문제점인 동원경선, 조직경선의 폐단을 막기 위한 방안으로, 수십 내지 수백 명의 일반시민, 시민단체, 전문가들이 배심원단이 되어 후보자 합동연설회 또는 토론회를 거쳐 투표로 후보자를 결정 또는 추천한다.⁴⁵⁾ 숙의민주주의의 한 형태로 주목을 받기도 하였다.

배심원단 제도에 대해서 과거에 비해 발전된 형태라고 평가되지만, 지역 유권자를 대표할 사람을 선출하는 선거에 입후보할 사람을 현지 실정을 잘 알지 못하는 배심원이 단순히 연설이나 토론회만으로 적격성을 판단하도록 하는 것은 문제가 있다는 지적이 있다.⁴⁶⁾

이와 비슷한 것으로 원자력발전소 건설 재개 여부를 결정할 때 등장했던 공론화위원회, 미국 대통령후보자 선정과정에 일부 주에서 실시하고 있는 코커스(caucus)제도가 있다. 이 방식들의 공통점은 상대적으로 소수의 인사들이 모여 대화, 토론, 타협 등을 통해 최종안 또는 후보자를 결정하는 방식이라는 점이다. 어떤 방식을 취하든 민주성과 대표성 등 선거의 일반원칙에 부합되는 방식으로 실시된다면 단순한 경선보다 발전된 형태라고 할 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

44) 김용희(각주 42), 41.

45) 한 언론인은 이 제도를 더 구체화한 방안을 제시한 바 있다. 전국을 5개 권역으로 나누고 권역 당 30명 정도의 배심원단을 구성하되, 배심원은 정당의 이념에 동의하는 사람이어야 하고, 정당은 지역별 공천신청자 중 일정 자격을 갖춘 자를 선별하여 지역 배심원단에 보내어 이들로 하여금 면접, 연설 등의 시험을 거쳐 배심원 각자가 점수를 매기고 종합 점수로 후보자를 결정하도록 하자는 것이다. 김진, 획기적인 공천제도를 제안함(중앙시평), 중앙일보. 2015.4.8., 31.

46) 김용희(각주 42), 42.

47) 코커스제도는 후보결정과정에서 대부분 공개적으로 이루어진다는 점에서 우리나라에 도입될 때는 비밀선거의

그러나 제안된 배심원단 제도는 전문가나 시민단체 등을 포함시킬 때 대표성과 평등선거 원칙 위반의 문제가 발생할 수 있다. 그들의 참여 비율에 따라서는 투표의 등가성을 훼손하여 평등선거의 원칙에 반할 수 있고 그들이 그 지역출신이 아닐 경우에는 대표성에 문제가 발생할 수 있다. 그러므로 지역구 유권자 또는 당원 중에서 지원자를 받아서 배심원단을 구성한다면 이 문제는 해소될 수 있을 것이다.

현재 더불어민주당과 자유한국당이 운영하고 있는 배심원단은 구성과 기능이 다소 불명확하거나 제한적으로 보인다. 더불어민주당의 경우 국민참여경선을 대신할 수 있는 시민공천배심원경선이 있는데 배심원단의 구성과 기능에 관한 상세한 규정이 없어 결국 최고위원회, 즉 당 지도부가 정할 수밖에 없게 되어 있다. 국민참여경선에 필적할만한 민주성을 갖추도록 당헌으로 규정할 필요가 있다고 생각된다. 특정전문분야 비례대표후보자 등을 선출하는 국민공천심사단의 구성도 상세한 규정이 없다. 자유한국당의 국민공천배심원단에 대해서는 비교적 상세한 규정이 있으나 기능이 후보자의 부적격 여부 심사에 그치고 있어 중요도가 과거 2010년 도입 당시보다 낮아졌다.

(3) 완전국민경선 제도

선거관리위원회가 제안한 안에 의하면, 각 정당은 여러 가지 경선제도를 실시할 수 있다는 전제 아래, 정당이 당원 아닌 일반 유권자가 경선에 투표하도록 하는 제도를 실시하는 경우(완전국민경선)에 한하여 선거관리위원회에 경선관리를 위탁할 수 있도록 하되 이때 경선비용은 국가가 부담하며, 경선일자는 이 완전국민경선을 실시하는 정당들 모두 같은 날 실시하도록 한다. 본선거 선거권이 있는 모든 유권자는 경선에 참가하여 자신이 원하는 1개 정당의 투표용지를 교부받아 투표할 수 있다. 국민경선이 아닌 방법으로 경선을 실시하는 정당은 선관위에 경선을 위탁할 수 없고 자체적으로 경선을 실시하도록 한다.⁴⁸⁾

이 완전국민경선 제도안은 한 마디로 미국의 예비선거제도를 본뜬 것이다. 미국의 예비선거 제도는 주와 정당별로 앞에서 언급한 4가지 방식 중 한 가지를 실시하는데, 같은 날 모든 정당이 선관위의 관리 아래 실시한다. 우리나라 선관위 안은 이를 약간 변형하여 정당이 각기 다른 방식의 당내경선을 할 수 있으나 어느 정당이 완전국민경선(미국식으로 말하면 공개형 예비선거, open primary) 방식을 실시하기로 결정하는 경우에만 선관위가 경선관리를 위탁 받아 국가비용으로 관리하자는 것이다.

원칙에 반한다는 비판에 직면할 수 있다.

48) 김용희(각주 42), 44-48 참조. 한나라당의 제안은 대체로 선관위의 제안과 비슷하다. 다만 전략지역, 취약지역에 대한 예외를 인정하자는 점 정도가 다른 점이다.

정당에게 경선방식에 관한 자율권을 주되 완전국민경선을 실시할 수 있도록 근거조항을 선거법에 두고 이때는 선관위가 경선관리와 비용을 부담한다는 것이니 상당히 진전된 방안이라고 할 수 있다. 이 안에 대해서는 당의 정체성이 지켜지지 않을 수 있다든가, 역선택(crossover voting)의 가능성이 있다는 등의 미국의 공개형 예비선거제가 가지는 문제점을 지적할 수 있을 것이다. 그러나 법으로 완전국민경선제를 강제하지 않는 한 이를 선택할 것인가 여부는 궁극적으로 정당이 스스로 결정하는 것이므로 이 방안에 대한 문제점은 별로 없어 보인다.

(4) 비례대표후보자 공천제도

선거제도의 개혁이 지향하는 목표들 가운데 가장 중요한 것이 득표율과 의석률의 비례성, 즉 대표의 공정성을 개선하는 것이다.⁴⁹⁾ 비례대표제 확대의 주요한 명분이다. 비례대표제도는 논란이 있지만 장점이 많은 제도이다. 우리나라 학계에서도 비례대표제 확대론이 꾸준히 제기되어 왔고,⁵⁰⁾ 현재 국회에서도 비례대표 의원 정수를 확대하고 정당 득표율에 따라 지역구 의원수와 비례대표 의원수를 연동시키는 공직선거법 개정법률안이 정당간 극심한 대립 속에 국회에 계류되어 있다. 그러나 고정명부식 비례대표제를 실시할 경우 명부작성과정에서 영향력을 거의 절대적으로 행사할 수 있는 정당지도부의 과도적 성격은 더욱 강화될 가능성이 매우 크다.⁵¹⁾ 실제로 정의당을 제외한 우리나라 정당들의 비례대표후보자 선정과정이 바로 그러하다.⁵²⁾

비례대표제도 자체에 관한 논란이 있는 것도 사실이지만,⁵³⁾ 이 글의 목적은 공천제도 개선

49) 박찬욱, 선거제도 개관, 박찬욱 편, 비례대표선거제도, 박영사, 2000, 30.

50) 박찬욱(각주 49); 음선필, 정치적 통제, 정치적 경쟁과 국회의원선거체계, 홍익대학교 출판부, 2007; 김영태, 독일연방의회 선거체계의 제도적 효과: 한국 선거체계 개혁에 주는 시사점을 중심으로, 국제정치논총 제41집 제3호(2001); 김욱, 독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점, 세계지역연구논총 제24집 제3호(2006); 김종갑, 국회의원 선거제도 개혁방안 -절충식비례제를 제안하며, 정책연구(국가안보전략연구소), 2008 여름호(2008); 장명학, 독일연방의회 구성의 정치적 특성: 연방의회 선거제도를 중심으로, 현대사회와 정치평론(한국정치평론학회) 제3권, 2008; 강윤택, 국회의원 선거제도와 개혁, 국민과 함께 하는 개혁 이야기(2권), 국회미래한국헌법연구회, 2010; 김한나·박현석, 연동형 비례제와 정당 민주화: 독일과 뉴질랜드 주요 정당의 공천제도 비교연구, 입법과 정책 제11권 제1호(2019) 등.

51) 음선필, 비례대표선거제론, 홍익대학교 출판부, 2007, 78.

52) 최근 17대 국회의원선거(2004)에서부터 20대(2016)까지 주요정당들의 비례대표후보 공천과정에 관한 자세한 사항은 이정진, 비례대표 공천의 문제점과 개선방안 연구, 선거연구 제10호(2019), 11-14 참조.

53) 과거 공천현금에 의한 비례대표후보 선정 등 정당부패의 가능성, 계파갈등 가능성, 고정명부식 비례대표제의 경우 헌법상 직접선거원칙에 위반될 수 있다는 점 등 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. 현재 더불어민주당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당 등이 합의하여 fast track으로 국회에 계류되어 있는 연동형 비례대표제안에 대하여 자유한국당은 비례대표제를 폐지하고 국회의원수를 270명으로 줄이는 안을 제안하면서 다수당의 제안에 반대하고 있다.

방안을 찾는 것이므로 이 논의에 집중하기로 한다.

현행 비례대표후보 선정과정의 문제점으로 당원이나 유권자들의 의사가 반영되지 않는 비민주적 절차에 의한다는 점, 투명성과 공정성이 보장되지 않는다는 점, 공천기준이 없고 계파갈등으로 무원칙한 공천이 이루어진다는 점 등이 지적되고 있다.⁵⁴⁾ 이에 대하여 투명성과 공정성을 확보하기 위해 공천과정과 결과를 공개하고, 정의당 등 진보정당들이 하고 있듯이 비례대표후보자에 대해서도 지역구 후보자와 마찬가지로 다양한 투표방식으로 결정하며, 공천심사위원회의 구성을 민주화하고, 공천심사기준을 명확화하고, 청년 등 정치적 약자에게 기회를 부여하도록 하자는 제안들이 있다.⁵⁵⁾ 모두 타당한 지적이라고 생각한다. 그 중에서도 핵심적인 사항은 민주적 상향식 공천방식을 채택하는 것이라고 생각한다.

비례대표후보자 선정을 민주적으로 하는 방식으로 생각할 수 있는 것은 정의당 등과 같이 자격심사를 거친 후보자 명단에 대하여 당원들이 투표로 순위를 결정하는 방식이다. 그러나 이론상 이보다 더 민주적인 방식으로 가변명부식과 자유명부식 비례대표선거제가 있다. 가변명부식은 유권자가 정당이 작성한 명부상의 후보자에 대해서 그 순위를 변경할 수 있도록 하는 제도이고, 자유명부식은 유권자가 여러 정당의 명부상 후보자들 중에서 자신이 선호하는 후보를 직접 선택하도록 하는 제도이다. 이 제도들은 유권자가 지역구 후보자를 직접 선택하는 것처럼 비례대표 후보자도 직접 선출하게 한다는 점에서 민주적 선거원칙에 가장 적합한 제도라고 할 수 있으나, 기술적·절차적으로 매우 복잡하고 유권자가 후보자에 대해서 잘 알기 힘들며, 정당이 필요로 하는 인물보다 대중적 지명도가 높은 인사가 당선될 확률이 높아 당규율이 완화되는 문제점이 있다.⁵⁶⁾

입법론적으로는 가변명부식과 자유명부식은 법률로 정해야 하는 사항이고, 당내경선방식은 당헌·당규만으로도 가능한 사항이다. 정당의 자율성을 존중하면서 최소한의 민주적인 방식을 강제할 수 있는 방안으로는 비례대표후보자 공천도 당내경선으로 하도록 하는 것이 가장 합리적이라고 생각한다.

3. 바람직한 공천제도의 모색

(1) 입법의 필요성

지적인 바와 같이 우리나라 정당들의 국회의원후보자 공천은 법과 당헌·당규상의 원칙과

54) 이정진(각주 52), 15-16 참조.

55) 이정진(각주 52), 18-23 참조.

56) 음선패(각주 51), 32-34 참조.

달리 예외로 규정하고 있는 전략공천, 단수공천 등의 방식으로 상당히 비민주적인 하향식·폐쇄적으로 이루어지고 있다. 이를 원칙대로 민주적 상향식으로 투명하게 바꾸는 것이 필요하다. 현행처럼 당헌·당규로만 공천절차를 정하고 있는 한 정당지도자들은 필요에 따라 원칙이 아닌 절차를 통해서 자신들의 의사를 관철하는 행태를 반복하게 됨을 그동안의 실제 선거과정 이 잘 보여주고 있다. 따라서 공천절차는 당헌·당규에만 맡길 것이 아니라 법률로 규정해야만 한다.

(2) 입법 가능성

그런데 정당의 공천절차를 법률로 강제하는 것이 정당의 자유를 침해함으로써 위헌의 소지가 있는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 앞에서 이미 살펴보았듯이 정당의 공천행위는 사적 행위의 성격과 국가선거제도의 일부로서 공적 행위의 양면적 성격을 가지기 때문에 국가는 정당의 사적 자율성을 과도하게 침해하지 않는 범위 내에서 입법을 강제할 수 있다고 해석된다. 헌법재판소도 헌법 제8조 제2항을 해석하면서 이 조항은 “정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과하는 것임과 동시에 입법자에 대하여 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 부과하고 있다”⁵⁷⁾고 하였다. 따라서 현재 공직선거법이 공천은 민주적 절차에 의할 것(제47조 제2항)과 경선을 실시할 수 있다(제57조의 2 제1항)라고만 규정하고 있는 것은 입법부작위에 의한 위헌상태인 것이다. 그러므로 국가는 정당활동의 민주성을 요구하고 있는 헌법규정에 따라 정당의 중요한 활동 중 하나인 공천절차에 관하여 민주적으로 실시할 것을 요구하는 법률을 제정할 수 있을 뿐 아니라 그러한 입법을 할 의무를 지고 있는 것이다.

(3) 공천제도 개선방안

그러면 어떤 개선방안으로 입법할 것인가?

첫째, 공천은 민주적 경선으로만 하도록 할 것을 제안한다. 구체적으로 평당원의 참여와 비밀투표가 보장되도록 하여야 한다. 그리고 독일처럼 민주적 경선으로 공천이 결정되었다는 증명을 선거관리위원회에 보고하게 하고 그 보고서가 법 소정의 요건에 부합하지 없을 때에는 선관위가 해당 입후보자의 입후보 신청을 거부할 수 있도록 하여야 한다. 이때 경선방식을 독일처럼 명시할 필요는 없다고 생각한다. 경선방식은 정당이 자율적으로 결정하도록 하는 것이 바람직하다. 이미 선거법에 여론조사, 당원경선, 국민참여경선 등의 가능성을 규정하고

57) 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618.

있으므로 이들에 대한 다양한 조합을 정당이 선택할 수 있도록 하면 충분하다고 생각한다. 이럴 경우 배심위원단의 채택 여부는 선거법과 민주적 선거원칙에 합치되도록 정당이 스스로 결정할 수 있게 될 것이다.

다만 여론조사경선만으로 공천을 실시하는 것은 일정한 제한을 두는 것이 바람직하다. 당내경선도 국가 선거제도의 한 부분으로 인정하여 국가법규의 규율 아래 두자는 것이므로 당내경선에도 헌법상의 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙에 부합되어야 하는 것이다. 여론조사만의 방식은 당내경선에 참여를 원하는 유권자 또는 당원의 선거권을 침해하며, 보통선거·평등선거 원칙에 반하는 위헌적 방식이라고 생각한다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 그러나 여론조사 방식은 이미 선거법에서 수용하고 있고, 휴대전화 가상번호 이용방법 등 기술적인 사항까지 수용하고 있는 점, 각 정당들이 대통령후보 공천을 비롯해서 지방자치선거후보자 공천에 이르기까지 이미 광범위하게 사용하고 있다는 점 등을 감안하여 공천에 반영 비율을 50% 이내로 제한하도록 하는 것이 좋을 것이라고 생각한다.⁶⁰⁾

이와 관련하여 '전략공천'도 단독입후보 또는 입후보자가 없을 때가 아니라면 금지하여야 한다고 생각한다. 경선방식만을 고수할 때 신인의 등장이 어렵고 현직자가 유리하다든가(이른바 incumbent effect), 지역 지역토호세력이 유리하다든가 하는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 이를 막기 위해 전략공천이 더 낫다고 결코 말할 수 없는 것은 이미 우리나라의 지난 경험들이 입증하고 있다. 눈앞의 이익을 위하여 정치공학적인 전략공천은 결코 우리나라 정치문화를 발전시킬 수는 없다. 신인이든 영입인재든 정당지도자의 의지가 아니라 지역유권자나 당원들을 통해서 선출되지 않으면 결코 입후보할 수 없다는 원칙이 정착되면 우리나라 정당문화와 정치문화가 바뀔 것이라고 생각한다.

둘째, 비례대표후보자 공천절차도 반드시 민주적 경선절차에 따라야 함을 선거법에 명시할 필요가 있다. 지역구 후보자와 마찬가지로 민주적 경선절차에 따르도록 하고 그 보고서를 제출하도록 하여야 한다. 이때 좀더 바람직한 방안은 정의당과 같이 당원(또는 유권자)은

58) 그밖에도 여론조사경선의 문제점에 대한 논의는 학계, 언론계 등에서 다양하게 제기되고 있다. 도회근(각주 29), 262-263 참조.

59) 최근 대법원은 당내경선운동에 관한 공직선거법위반죄를 여론조사방식의 당내경선에 적용 여부에 관한 판결에서 "정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 경선후보자 중 누가 선거의 후보자가 되어야 하는지에 관한 선택의 의사를 표시하게 하는 당내경선은 공직선거법 제57조의3 제1항에서 정한 '당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선'에 해당하고, 그 투표권을 행사하는 방식은 반드시 투표용지에 기표하는 방법으로 제한되지 않으며, 특별한 사정이 없는 한 여론조사 방식을 통하여 위와 같은 선택의 의사표시를 하도록 하는 방법도 포함한다고 보아야 한다."(대법원 2019.10.31. 2019도8815)고 하여, 여론조사도 투표권 행사의 한 방법으로 인정할 것으로 보인다. 이는 여론조사방식을 공직선거법이 규정하고 있음을 전제로 판단한 것이지만 헌법상 선거원칙에 부합하는 방식이나 여부를 판단한 것은 아니라고 생각한다.

60) 이부하 교수도 여론조사경선에서 일정 정도 정당구성원의 참여를 필수적으로 요구하도록 하여야 한다고 한다. 이부하, 민주적 선거를 위한 선거제도 개편, 피앤씨미디어, 2015, 181 참조.

비례대표 후보자 개인에 대해 직접 투표할 수 있도록 법으로 규정하는 것이다. 그렇지 않으면 당지도부가 미리 작성한 후보자 명부에 대해서 당원(또는 유권자)에게 찬반을 묻는 식으로 선출절차를 실시할 수도 있기 때문이다. 당원(또는 유권자)이 직접 투표권을 행사하도록 하겠다는 점에서 형식적으로는 민주적이라 할 수 있을지 모르지만⁶¹⁾ 이를 ‘진정한’ 민주적 절차라 할 수는 없을 것이다.⁶²⁾

셋째, 선거관리위원회 제안처럼 국민참여경선(open primary)을 할 수 있는 근거를 선거법에 규정하는 것이 바람직하다. 당헌·당규로만 규정할 경우 경선일자가 정당마다 다를 수 있어서 유권자의 중복참여와 역선택 등 부작용이 발생할 수 있기 때문이다.

V. 맺는말

21대 국회의원선거를 5개월 정도 앞두고 있는 현재, 비례대표 국회의원의 정수를 늘이고 연동형 비례대표제를 도입하는 공직선거법 개정법률안이 이른바 fast track 제도를 타고 국회에 계류되어 있다. 이 법률안이 국회를 통과하게 된다면 정당 공천에 경선제 도입을 골자로 하는 2005년의 선거법 개정 이후 가장 중요한 선거법 개정이 될 것이다. 유럽 국가들의 사례를 보면 이러한 연동형 예비선거제 하에서는 이념형 정당들이 약진하고 전통적 대중정당들이 후퇴하는 현상을 보인다. 의회 과반수를 획득하는 정당이 거의 사라지고 다당제 의회가 나타나며 군소정당들이 난립하기도 한다. 독일에서 전통적인 기독교민주당과 사회민주당은 수십 년간 의회 과반수를 획득하지 못해 연립정부를 구성했으며, 독일을 위한 대안당, 녹색당,

61) 고정명부식에 대하여 헌법상 직접선거원칙에 위반된다는 비판이 있다. 헌법재판소는 “비례대표후보자명단과 그 순위, 의석배분방식은 선거시에 이미 확정되어 있고, 투표 후 후보자명부의 순위를 변경하는 것과 같은 사후개입은 허용되지 않는다. 그러므로 비록 후보자 각자에 대한 것은 아니지만 선거권자가 종국적인 결정권을 가지고 있으며, 선거결과가 선거행위로 표출된 선거권자의 의사표시에만 달려 있다고 할 수 있다. 따라서 고정명부식을 채택한 것 자체가 직접선거원칙에 위반된다고는 할 수 없다”고 하였다. 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77, 96. 같은 취지로 정연주, 현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책, 저스티스 통권 제70호(2002.12), 126-127; 이부하(각주 60), 164-165 참조.

62) 독일에서도 이러한 방식에 대해서 문제를 제기하는 학자들이 있다. 독일의 정당들은 비례대표 후보자를 결정할 때 당지도부가 미리 작성한 복수의 후보자명부를 법이 규정한 3 가지 모임에 제출하여 비밀투표로 결정하도록 한다는 것이다. 제시되는 후보자명부들은 순위만 약간 다를 뿐 거의 동일한 후보자들로 채워진다고 한다. 이를 블록선거제(Blockwahlssystem)이라 하는데 이 명부를 만드는 과정은 투표권자들에게 전혀 공개되지 않는다고 한다. Hans Herbert von Arnim, Wahl ohne Auswahl - Die Parteien und nicht die Bürger bestimmen die Abgeordneten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, 2-4; Hans Herbert von Arnim, Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?, Juristenzeitung, 2002.12, 579-581; Wolfgang Ruzio, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, VS Verlag, 2006, 144-148; 홍일선(각주 28), 346; 도회근(각주 29), 128-129 등 참조.

좌파당, 해적당 등 특정 이념이나 정책을 주장하는 정당들이 등장하여 의회를 구성하고 있다. 우리나라도 정의당 같은 이념정당이나 극우성향 정당이 약진할 가능성이 예상된다. 많은 사람들은 국민의 의사를 비례적으로 국회에 반영할 수 있음으로써 공정성과 민주적 정당성을 향상시킬 수 있는 연동형 비례대표제가 도입되면 우리나라의 정당정치가 발전할 것이라고 기대하는 듯하다. 그러나 필자는 늘어난 비례대표 의원들이 현행 정당들의 공천관행대로 당지도부의 뜻에 따라 선정된다면 과연 우리나라 정당정치가 발전할 수 있을까에 관해서 극심한 우려를 금할 수 없다. 국회의원들이 국민이나 유권자를 바라보지 않고 공천권을 쥐고 있는 당지도부를 바라보며 정치를 하게 될 가능성이 매우 높고, 그럴 때 대화와 타협의 정치가 아니라 갈등과 극한대립의 정치로 치달을 가능성이 높아지지 않겠는가? 국회의원이 국민의 대표가 아니라 정당의 대표, 극단적으로는 당지도부의 대리인이 되어 버리는 것이 아닌가? 바로 이것이 현재 우리의 국회, 우리의 정치의 모습이 아닌가? 그러므로 연동형 비례대표제 도입도 중요하지만(물론 이의 도입이 바람직한 것인지에 관한 정치철학적 합의가 있는지에 관해서도 더 근본적인 성찰이 필요하지만⁶³⁾) 그 전제조건으로 정당의 국회의원 후보자 공천절차의 민주성을 확보하는 법개정이 반드시 이루어져야만 한다고 생각하는 것이다.

2002년 이후 우리나라의 정당의 공직선거후보자 공천제도는 크게 변화하였다. 일부 지방선거에서 경선이 시작되어 대통령선거후보자 공천은 경선원칙(국민참여경선)이 확고하게 정착되었다. 2004년 국회의원선거에서부터는 당내경선에 일반국민을 포함시키는 국민경선을 정당들이 경쟁적으로 확대하였다. 그러나 2008년 국회의원선거 이후 정당들의 이러한 분위기는 후퇴하기 시작하더니 2012년 국회의원 선거 이후 국민참여경선의 열기는 더 이상 타오르지 않고 있다. 당헌·당규상의 경선원칙은 여전히 남아 있지만 실제로는 과거 밀실공천의 관행으로 돌아가고 있다. 2020년 국회의원선거를 불과 몇 달 남겨놓고 있지 않은 지금의 정당들의 분위기에서는 물갈이 공천, 차기 공천을 위한 줄서기 이야기만 무성할 뿐 상향식 공천에 대한 어떤 언급도 나오고 있지 않다.⁶⁴⁾

오늘날의 민주주의 정치과정은 정당제 민주주의이고 이를 대체할 수 있는 대안은 없다고 단언할 수 있다. 당내 조직과 활동이 민주적이지 않은 정당이 민주적 정치를 할 수 있다고

63) 미국, 영국, 캐나다, 프랑스 등의 나라들이 비례대표제를 도입하지 않고 있는 이유가 무엇인지 성찰할 필요가 있다고 생각한다.

64) 2008년과 2012년 국회의원선거를 앞두고는 특히 오픈 프라이머리 공천방식에 대한 관심과 의지가 정계, 관계, 학계, 언론계에서 고조된 바 있었고, 2006년에는 열린우리당이, 2011년에는 한나라당이 각각 소속 국회의원 거의 전원의 공동발의로 오픈 프라이머리 도입 법률개정안을 국회에 발의하기까지 했었고, 중앙선거관리위원회도 이의 도입의견을 제출한 바 있다. 그러나 2012년 선거 이후 이 논의는 슬그머니 사라졌다. 2016년 국회의원 선거를 앞두고 새누리당 공천과정에서는 결국 실현되지는 않았지만 김부성 당대표가 오픈 프라이머리 공천론으로 이한구 공천관리위원장의 진박 전략공천론에 맞섰던 적이 있을 뿐이었다.

말할 수는 없다. 민주주의 정치과정의 시발점은 정당내 민주주의, 즉 정당조직과 활동의 민주성 확보일 수밖에 없다. 글머리에서도 밝혔듯이 정당의 각종 공직선거후보자 공천행위는 정당활동의 가장 중요한 부분이다. 현행처럼 이 과정을 당헌·당규에만 맡겨놓으면 민주적 공천이 이루어질 수 없음을 그동안의 경험이 충분하고도 명백하게 보여주었다. 법률로 민주적 상향식 공천제도를 정착시키는 길만이 우리나라 정당정치와 정치문화를 발전시킬 수 있고, 헌법과 법률이 요구하는 바를 충족시킬 수 있다는 점과, 이것이 비례대표제 확대보다 더 먼저 이루어져야 한다는 점을 강조하고자 한다.

| 참고문헌 |

- G. 라이프홀츠 저, 권영성 역, 헌법국가와 헌법, 박영사, 1975.
- 강원택, 국회의원 선거제도와 개헌, 국민과 함께 하는 개헌 이야기(2권), 국회미래한국헌법연구회, 2010.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
- 김도협, 독일 연방의회선거제도와 그 수용가능성에 관한 연구, 세계헌법연구, 제13권 제2호(2007).
- 김선택, 정당의 공천제도의 문제점과 개선방안, 아·태공법연구 제7호(2000)
- 김영태, 17대 국회의원선거제도와 공천과정, 한국정당학회보 제3권 제2호(2004).
- 김영태, 독일연방의회 선거체계의 제도적 효과: 한국 선거체계 개혁에 주는 시사점을 중심으로, 국제정치논총 제41집 제3호(2001).
- 김용희, 정당의 당내경선제도 개선, 중앙선거관리위원회 주최, 정치관계법 개정 토론회 자료집, 2011.3.24.-3.25.
- 김육, 독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점, 세계지역연구논총 제24집 제3호(2006).
- 김종갑, 국회의원 선거제도 개혁방안 -절충식비례제를 제안하며, 정책연구(국가안보전략연구소), 2008 여름호(2008).
- 김진, 획기적인 공천제도를 제안함(중앙시평), 중앙일보. 2015.4.8.
- 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2008.
- 김한나·박현석. 연동형 비례제와 정당 민주화: 독일과 뉴질랜드 주요 정당의 공천제도 비교연구. 입법과 정책 제11권 제1호(2019).
- 나경원, '국민지향' 공천제도 개혁안, (사)21세기국가발전연구원 주최, NDI 개원 15주년기념 정책심포지엄 「한국 정당공천제도 개혁의 방향과 과제」, 2011.4.14.
- 도회근, 국민참여경선제와 미국 예비선거제의 비교, 국제정치연구 제5집 1호(2002.6).
- 도회근, 독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가?, 공법연구 제40집 제3호(2012.2).
- 도회근, 미국의 블랑켓(Blanket)형 예비선거제도의 위헌성 논란, 공법연구 제31집 제1호(2002.11).

- 도회근, 정당의 공직선거후보자 추천제도 개선방안 연구, 헌법학연구 제17권 제2호(2011.6).
- 도회근, 정당의 국민참여형 공천제 정착을 위한 헌법적 과제, 공법연구 제34집 제3호(2006.2).
- 르우벤 하산·기드온 라हत 지음, 강원택 감수, 김인균 외 옮김, 공천과 정당정치, 박영사, 2019.
- 모종린·전용주, 후보경선제, 본선경쟁력 그리고 정당민주화: 2002년 6.13 기초자치단체장선거를 중심으로, 한국정치학회보 제38집 제1호(2004).
- 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987.
- 박경미, 18대 총선의 공천과 정당조직: 한나라당과 통합민주당을 중심으로, 한국정당학회보 제7권 제2호(2008).
- 박일경, 제5공화국 헌법, 일명사, 1981.
- 박찬욱 편, 비례대표선거제도, 박영사, 2000.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019.
- 송기춘, 선거과정의 유권자의 참여, 공법연구 제34집 제4호 제1권(2006.6).
- 안순철, 미국의 예비선거, 단국대학교출판부, 2005.
- 연세대학교 동서문제연구원·서강대학교 국제지역연구소, 제17대 국회의원선거 평가와 정책대안, 선거관리(중앙선관위) 제50호(2004).
- 윤종빈, 19대 총선 후보 공천의 과정과 결과, 그리고 쟁점, 한국정당학회보 제11권 제2호(2012).
- 음선필, 비례대표선거제론, 홍익대학교 출판부, 2007.
- 음선필, 정치적 통제, 정치적 경쟁과 국회의원선거체계, 홍익대학교 출판부, 2007.
- 이부하, 민주적 선거를 위한 선거제도 개편, 피앤씨미디어, 2015.
- 이정진, 비례대표 공천의 문제점과 개선방안 연구, 선거연구 제10호(2019).
- 이종수, 선거과정의 민주화와 정당, 헌법학연구 제8권 제2호(2002.8).
- 이형건, 선거관리위원회의 입법기능에 관한 연구, 법학박사학위논문, 울산대학교 대학원, 2012.
- 장명학, 독일연방의회 구성의 정치적 특성: 연방의회 선거제도를 중심으로, 현대사회와 정치평론(한국정치평론학회) 제3권, 2008.
- 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 제6권 제1호(2000.5).
- 전용주, 한국 정당 후보 공천제도 개혁의 쟁점과 대안, 현대정치연구 제3권 제1호(2010 봄).
- 정만희, 정당의 민주적 공천제의 법리 -국민경선제의 법적 문제를 중심으로-, 공법학연구 제4권

1호(2002.11).

정만희, 헌법과 통치구조, 법문사, 2003.

정연주, 현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책, 저스티스 통권 제70호(2002.12).

정영태, 정당과 참여민주주의, 참여사회연구소 편, 참여민주주의와 한국사회, 창작과비평사, 1997

정진민, 17대 국회의원선거에서의 상향식 공천제도와 예비후보 등록제, 한국정당학회보 제3권 제2호(2004).

중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2015.2.

지병근, 한국 주요정당들의 공천제도와 계파갈등: 2016년 국회의원선거 사례분석, 동서연구 제28권 제4호(2016).

채진원, 공화주의적 대통령제에 부합하는 선거·정당개혁, 21세기공화주의클럽, 21세기 공화주의, 인간사랑, 2019.

최병훈, 국민참여경선제의 합헌성 확보를 위한 개선방안 연구, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2010.

홍일선, 정당의 공천관련문제 해결을 위한 헌법적 기준, 공법연구 제34집 제4호(2006.6).

황아란, 지방선거의 정당공천: 경선제 도입의 문제점과 개선방안, 지방행정연구 제16권 제1호(2002).

Hans Herbert von Arnim, Wahl ohne Auswahl - Die Parteien und nicht die Bürger bestimmen die Abgeordneten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004.

Hans Herbert von Arnim, Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?, Juristenzeitung, 2002.12.

Wolfgang Ruzio, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, VS Verlag, 2006.

| Abstract |

As modern democracy is called party democracy, the role of political parties in the political process is important. In order for democracy to function properly, the activities of political parties, the core actors of the political process, must be democratic. The most important part of this political activity is the nomination of candidates for public office. Democratic politics can only be developed when nominations are democratically, and parties must be democratized.

In 2002, ahead of local elections and presidential elections, a democratic bottom-up nomination system called the People Participatory Primary Election was introduced. However, starting with the 2008 parliamentary elections, the nomination system seems to be retreating back to past nominal practices that depend on the influence of the party leadership. If the proportional representation system is expected to expand, and democratic nomination is not established, it is clear that the advanced democratization of parliament will retreat.

The current election law only requires that nominations be followed by democratic procedures, and details are delegated to party constitutions and party regulations. Although the party constitution and party regulations prescribe the nomination process as a principle, at the same time they acknowledge various exceptions, so the actual nomination process is carried out undemocratically.

This article, at the request of the Constitution, proposes to amend the election law as follows:

First, nominations should be made only in democratic contests with guaranteed participation of common party members and secret ballots. Proof of the implementation of democratic primary proceedings shall be reported to the Election Commission, and if the report does not meet the requirements of the law, the Election Commission shall refuse to accept the candidate.

Second, the election law must specify that the nomination process for proportional

representative candidates must follow the democratic primary procedure, just like regional candidates.

Third, it is desirable to define the grounds for open primary elections in the electoral law, as suggested by the Election Commission.

Keywords: candidates nomination, primary election, people participatory primary election, open primary election, jury primary election, proportional representative system

헌법과 지방자치제도

- 지방의회와 지방자치단체장 간의 견제와 균형의 원리
 - 조재현

- 외국의 지방자치제도에 관한 비교법적 연구
 - 최봉석

지방의회와 지방자치단체장 간의 견제와 균형의 원리

A study on the Checks and Balances in the Separation of Powers Between Local Council and Chief Executive of Local Government

동아대학교 법학전문대학원 교수, 조재현
Donga-A University School of Law, Cho Jae Hyun

■ 목 차 ■

I. 들어가며	81	III. 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등 ...	88
II. 권력분립의 원리와 지방자치제	82	1. 갈등의 원인	88
1. 지방자치제도의 기능적 권력통제	82	2. 갈등의 구체적 모습	89
2. 지방의회와 지방자치단체장의 견제와 균형 ...	82	3. 갈등의 해결	94
		4. 헌법재판소와 대법원의 갈등해결 방법	100
		IV. 나가며	101

I 국문초록

우리 헌법은 국가의 기능을 분리하고 상호간의 견제와 균형을 내용으로 하는 권력분립원칙을 채택하고 있다. 권력분립의 원리는 지방자치단체에도 적용된다. 권력분립의 원리에 내재되어 있는 핵심적 이념인 견제와 균형의 원리는 지방자치단체의 권력구조에 어떠한 형태로든 구현되고 있다. 지방의회와 지방자치단체장의 관계도 견제와 균형의 관계로 설명되며, 서로 대립하면서 갈등을 경험한다. 헌법재판소는 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등해결에 있어서 권력분립원칙의 적용여부를 판단기준을 삼는다. 국가적 차원의 권력분립원칙이 그대로 지방자치제도에는 적용되지는 않지만, 어떠한 형태로든 구현되고 있으며, 그것의 핵심적 내용인 견제와 균형의 원리는 양 기관 간에는 적용된다고 본다. 대법원은 양 기관의 갈등해결에 있어서 법률의 규정을 중요한 판단기준으로 삼는다. 법령에서 양 기관에 부여한 고유한 권한에 대해서는 서로 개입의 여지가 있고, 그러한 개입이 위법한 것인지의 여부는 견제와 균형의 원리에 입각해서 판단한다. 다만 법령이 부여하는 전속적 권한에 대해서는 지방의회의 동의와 같은 실질적 제약이나 인사청문 절차와 같은 절차적 제약도 허용하지 않는다. 하지만 전속적 권한의 경우에도 견제와 균형 장치에 관한 조례의 제정을 허용하는 것이 적절하며, 구체적·개별적 사안에 따라 달리 적용할 수 있는 가능성을 열어두어야 한다.

주제어: 권력분립원리, 견제와 균형, 지방자치단체장, 지방의회, 지방자치법

(논문접수일: 2019. 11. 1. 심사개시일: 2019. 11. 4. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 들어가며

우리나라는 1991년 기초의회 의원선거와 1995년 지방자치단체장 선거를 실시한 이래 주민 참여형 지방자치제도를 구현해오고 있다. 지방자치제도는 민주정치를 실현한다는 헌법적 의의를 가지며, 자유민주적 통치구조에서 기능적 권력통제를 위한 불가결한 제도적 장치로 인식되고 있다.¹⁾ 헌법과 지방자치법은 지방자치단체의 의사를 결정하는 기관으로 지방의회를, 지방자치단체를 대표하고 사무를 통할하는 기관으로 지방자치단체장을 둔다. 지방의회와 지방자치단체장은 자신에게 부여된 독자적 권한을 행사함으로써 주민의 복리를 증진하고, 지방자치단체의 발전을 위해 노력한다. 이 과정에서 자신들의 권한이 남용되지 않도록 견제와 균형 장치에 의해 서로 통제기능을 행사한다.²⁾

지방의회와 지방자치단체장이 지방자치단체의 핵심적인 축으로 자리매김하면서 그들 간에 보이지 않는 갈등이 나타나는 것은 부인할 수 없는 현실이 되었다. 갈등의 양상도 다양하다. 헌법과 지방자치법을 비롯한 입법적 체계는 양 기관 사이에 발생가능한 갈등을 해소하기 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 하지만 이러한 입법적 해결에 의해서도 해소하기 어려운 갈등 요소는 여전히 존재할 수밖에 없다.

지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등은 지방자치제도의 존재의의에서 그 해결책을 찾아야 한다. 지방자치제도는 효율적 행정을 통하여 주민의 이익과 복리를 증진시키는 것이다. 그러기 위해서는 양 기관의 상호 긴밀한 협조와 협력이 필요하다. 지방자치단체 기관 상호간의 협조와 협력은 견제와 균형 장치에 의해 유지될 수 있다. 지방자치제도는 풀뿌리민주주의 또는 민주주의 훈련장으로 시작하였으나, 오늘날에는 권력분립의 관점에서 재조명되고 있다. 수직적 권력통제뿐만 아니라 수평적 권력통제의 관점에서 중요한 의의를 가지게 되었다. 권력분립원리는 권력의 ‘분리’를 요구한다. 누구도 국가의 전체 권한을 통제할 수 없다는 확신을 통하여 독재나 전횡이 방지될 수 있다는 것이 그 이념이다.³⁾ 나아가 권력의 ‘균형’도 함께 요구한다. 지방자치제도 차원에서의 권력분립원리도 국가기관에서와 마찬가지로 ‘분리’와 ‘견제와 균형’이라는 두 가지 요소를 함께 실현시켜야 한다.

이하에서는 헌법상 권력분립의 관점에서 지방의회와 지방자치단체 간에 존재하는 갈등을 해결하는 요소로서 상호간의 견제와 균형 장치를 살펴보고, 바람직한 지방자치제도의 발전방향을 제시하고자 한다.

1) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2019, 848면.

2) 김석배, 지방의회와 지방자치단체장의 관계에 관한 연구, 조선대 사회과학연구 제20권 제3호(1999), 46면.

3) R. Lincoln, “Executive decisionmaking by local legislatures in Florida: Justice judicial review and the need for legislative reform”, 25 Stetson L. Rev. 627, 1996, p. 653.

II. 권력분립의 원리와 지방자치제

1. 지방자치제도의 기능적 권력통제

우리 헌법은 국가의 기능을 분리하고 상호간의 견제와 균형을 내용으로 하는 권력분립원칙을 채택하고 있다. 권력분립원리는 정부의 권한을 분산시키는 도구로서 정치적 억압이나 남용의 기회를 줄이기 위해 개인이나 개별 기관의 축척된 권한을 막는 것이다. 그렇게 함으로써 정부의 효율적인 정책결정, 정치적 정당성, 책임성 및 그 밖의 정부의 목표를 증대시키는 것이다.⁴⁾

지방자치제도 역시 권력분립원리의 실현에 기여한다.⁵⁾ 지방자치 차원에서도 권력을 분립 시킴으로써 궁극적으로는 주민의 자유 보장과 복리증진이라는 지방자치제도의 목적에 기여한다.⁶⁾ 지방자치제도는 그밖에 기능적 권력통제의 관점에서도 중요한 의미를 가지며, 고전적 권력분립의 의미보다 기능의 실질적 분산과 조화가 강조되고 있다.

2. 지방의회와 지방자치단체장의 견제와 균형

(1) 지방의회와 지방자치단체장

지방의회와 지방자치단체장은 지역주민을 대표한다. 지방의회는 주민의 의견을 수렴하며, 지방자치단체장은 민주성의 원칙에 따라 지방행정의 책임자로서 역할을 수행한다.

지방의회는 주민에 의해 선출되며, 입법·의결·감사·통제기관의 지위를 가진다.⁷⁾ 지방의회는 조례를 제정하고, 조례에 대한 개정 및 폐지권한을 가진다. 의결기관으로서 예산안을 심의·확정하며, 결산승인 등에 관한 의결권을 가진다. 지방의회는 효율적 행정에 의한 주민의 복리실현을 위하여 집행기관의 활동을 통제한다. 그 밖에 지방의회는 행정사무 감사 및 조사권한 등의 통제권을 가지며, 행정의 합법성과 합목적성의 통제함으로써 자기통제를 실현한다.⁸⁾

지방자치단체장은 지방자치단체의 사무를 집행하는 집행기관으로서의 지위와 국가기관으

4) Bradley A. Benedict, "Upsetting the balance: Ignoring the separation of powers doctrine in council of New York v. Bloomberg", 72 Brook. L. Rev. 1261, 2007, pp. 1265-1267.

5) 현재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 94.

6) 현재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 94.

7) 안영훈, 지방의회 의정활동 역량강화 방안, 한국지방행정연구원 기본과제 2013권, 한국지방행정연구원(2013. 12), 8면.

8) 김봉철, 한국과 독일의 지방자치법상 지방의회의 통제권의 비교법적 고찰과 그 시사점, 지방자치법연구 제14권 제1호(2014), 39-40면.

로서의 지위를 함께 가진다.⁹⁾ 지방자치단체장은 지방자치단체의 사무를 총괄하며,¹⁰⁾ 소속 직원을 지휘·감독한다.¹¹⁾ 지방자치단체장은 지방의회가 제정한 조례의 공포권한과 조례에 대한 거부권한을 가진다. 그 밖에 지방자치법에서는 지방자치단체장에게 행정기관을 감독하고 지방의회를 통제하는 권한을 부여한다.

(2) 지방의회와 지방자치단체장의 견제와 균형

1) 기능의 분리 그리고 견제와 균형

헌법¹²⁾은 지방의회와 지방자치단체에 각각 독자적 권한을 부여한다. 이는 지방자치의 영역에서도 권한을 분리하고, 분리된 권한의 견제와 균형을 실현시키려는 헌법적 의지가 투영된 것이다.¹³⁾

권력분립원리는 두 가지 특징을 갖는다. 하나는 ‘기능의 분리’이고, 다른 하나는 ‘견제와 균형’이다. ‘기능의 분리’는 권한과 책임이 부여되는 기관을 분리하고, 다른 기관에 대하여 간섭하거나 방해하지 못하도록 넘을 수 없는 경계선을 그리는 것을 의미한다. ‘견제와 균형’은 분리된 기관으로 하여금 권한이나 책임을 유지하도록 하면서, 하나의 기관이 지나치게 비대해 지거나 강력한 권한을 보유하지 않도록 서로 경계를 하면서 관여를 허락하는 것을 말한다.¹⁴⁾ 권력분립이론의 발전과정을 보면 권력의 ‘분리’ 그리고 ‘견제와 균형’은 뚜렷이 구분될 뿐만 아니라 서로 다른 과정을 거치면서 형성되었다. 미국 연방헌법 제정 당시인 1787년 권력분립의 이념에 대한 보충적 개념으로서 견제와 균형의 원리가 등장한다. 1776년 미국의 혁명정부는 몽테스키외의 이론에 영향을 받아 권력의 분리만을 헌법적 이론으로 수용하였고,¹⁵⁾ 견제와 균형이 그들의 헌법에 규정되는 것을 거부하였다. 그 과정에서 몇몇 주들이 제한 없는 입법권의 행사를 하게 됨으로써, 권력의 분리만으로는 문제가 있다는 것이 증명이 되었고, 1787년

9) 최성환·김수란, 지방의회와 지방자치단체장 간의 권한분쟁에 관한 대법원 판례 연구, 경기연구원(2016. 12), 23-25면.

10) 지방자치법 제101조.

11) 지방자치법 제105조.

12) 헌법 제118조 제1항, 제2항.

13) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 93-94 참조.

14) Michael J. Teter, “Congressional gridlock’s threat to separation of powers”, 2013 Wis. L. Rev. 1097, p. 1114.

15) 몽테스키외의 이론은 그의 저서에서 견제와 균형을 암시하는 표현을 찾아볼 수 있지만, 기본적으로 견제와 균형의 하나로 이해하기는 어렵다. 그는 다른 기관에 저항하기 위하여 하나의 기관에 하나의 권력이 부여되어야 한다거나, 권력은 남용을 막기 위해서 견제되어야 한다는 표현을 사용하고 있으나, 견제의 권한에 관한 설명이나 제시된 이유가 정교하지 않다. Jeremy Waldron, “Separation of powers in thought and practice?”, 54 B.C. L. Rev. 433, 2013, p. 453.

헌법에서는 견제와 균형이 결합된 새로운 형태의 권력분립이론을 수용하게 된 것이다.¹⁶⁾

오늘날 ‘견제와 균형’은 권력분립원리의 핵심적 내용을 형성하면서, 헌법의 필수적 디자인으로 자리매김하고 있다. 분리를 전제로 하지 않는 상호작용이 없듯이 견제와 균형의 원리는 권력의 분리를 전제로 하는 개념이며, 서로 밀접한 관련성을 가지면서 함께 발전하는 관계에 있다.¹⁷⁾ 견제·균형의 원리와 권력의 분리는 대응적 개념이 아니라 보충적 내지 보완적 개념으로서 그것이 결합된 권력분립원리라는 하나의 헌법적 원리로서 수용되고 있다. 권력분립원리의 궁극적 이념은 자유의 보장이다. 분리된 권력을 전제로 하지 않고, 견제와 균형의 의미를 권력에 대한 ‘견제’로만 이해하게 된다면 자유의 보장은 어렵다. 국가기관의 권한을 분리하고 권한에 대한 효과적인 통제를 가하기 위한 것이 견제와 균형의 개념이다. 따라서 권력분립은 권력의 공유관계와 연결된다. 권력의 ‘분립’은 기관을 분리시키는 것을 의미하고, 견제와 균형은 분리된 기관을 다시 통합하는 과정을 거치면서 분리된 기관 상호간의 협력을 바탕으로 하는 권력의 공유관계를 실현시킨다. 조직의 분리라는 고전적 권력분립의 이념에서 나아가 견제와 균형을 매개로 한 권력의 공유개념에서는 분리된 기관은 고유한 독립성과 합리적 근거를 가지면서, 다른 조직을 견제하고 균형을 이룰 수 있는 독자적인 능력을 가진다. 그러므로 공유된 권력의 세계에서는 분리와 함께 견제와 균형이라는 독자성과 협력적 구조를 함께 가진다는 것을 그 특징으로 한다.

2) 지방자치단체와 권력분립원리

지방의회와 지방자치단체장의 관계도 견제와 균형으로 설명된다. 지방의회와 지방자치단체장을 주민의 선거에 의하여 구성함으로써 자치기관의 민주적 정당성을 확보하고, 그들 간에 상호작용이 견제와 균형의 메커니즘에 의해 구현되도록 한다. 그것은 지방자치제도의 권력분립적 기능을 높이기 위한 전제이다.¹⁸⁾ 대법원도 상호견제의 범위 내에서 지방자치단체장과 지방의회는 각각 고유한 권한을 행사하면서 상대방의 권한행사에 대해서 관여가 허용¹⁹⁾된다고 한다. 헌법상의 권력분립원리와는 그 성격이 동일하다고는 하기는 어렵지만, 지방자치단체 내부에서도 지방의회와 지방자치단체장 간에는 헌법상의 권력분립원리와 유사하게 견제와 균형의 원리가 실현되고 있다.²⁰⁾ 지방자치단체 차원에서의 권력분립원리를 헌법상의

16) Michael J. Teter(주 14), pp. 1113-1114.

17) Thomas O. Sargentich, “The contemporary assault on checks and balances”, 7 Widener J. Pub. L. 231, 1998, p. 236.

18) 혁명(주 1), 741면.

19) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결 등

20) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 94.

권력분립원리와 대비시키기 위해 ‘권한분배의 원리’²¹⁾라고도 하고, 대법원은 ‘권한배분’이라고 표현하기도 한다.²²⁾

이와는 달리 지방자치단체에는 권력분립원리가 적용되지 않는 것으로 이해되기도 한다.

연혁적 관점에서 권력분립원리는 지방자치단체에는 적용되지 않는 것으로 간주되었다. 권력분립원리를 지방자치단체에 엄격하게 적용하지 못한 것은 그것의 역사적 기능이나 역할에도 그 원인이 있다. 지방자치단체가 수행하는 기능에는 입법적·행정적 기능이 혼재되어 있고,²³⁾ 대부분의 정책결정 권한은 행정적 권한으로 인식되었다. 지방자치단체는 역사적으로 중앙정부의 역할보다는 행정적 기능을 수행해 온 것으로 간주되었기 때문에 기관의 성격도 행정기관으로 이해되었다. 지방자치단체가 행정기관으로서 자치입법권을 행사해 왔다는 것은 헌법이나 법률규정 등에도 반영되어 있다.²⁴⁾ 법령 등에서 지방자치단체에 대하여 광범위한 통제권한을 부여하고 있는데, 이러한 광범위한 권한통제의 가능성은²⁵⁾ 권력분립원리를 적용하는데 있어서 예외 영역을 인정하는 근거가 되었다. 법령 등에서 지방자치단체를 입법권이나 사법권의 통제 하에 두는 권력구조를 선택함으로써 권력분립과는 거리를 두는 것이다.²⁶⁾

헌법과 법률규정뿐만 아니라 판례 등에서도 지방자치단체에는 권력분립원리가 적용된다고 확고하게 인식하지 않는다. 헌법 스스로 지방자치단체에 대하여 엄격한 권력분립원칙을 준수해야 할 의무를 부과하는 것으로 보기는 어려우며, 외국의 입법례를 보더라도 지방정부가 권력분립원리를 준수해야 하는지의 여부에 관하여는 사법적 판단이 일치하지 않는다.²⁷⁾ 사법부는 특정한 이슈에 있어서 지방자치단체가 입법적으로, 행정적으로 또는 준사법적으로 행동하는지를 결정하지 못하는 것처럼 보인다.²⁸⁾ 지방자치행정은 통치권한을 행사하는 것이라기 보다는 기본적으로서 기업경영이나 행정서비스의 제공에 가깝다고 간주되었던 것도 그 때문이다.²⁹⁾ 미국에서는 권력분립원리를 연방이나 주정부차원에서는 엄격하게 적용하고 있었으나, 지방정부의 차원에서까지 적용되는 것을 의도한 것은 아니라고 판결하였다.³⁰⁾ 권력분립

21) 최성환·김수란(주 9), 37면.

22) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결 등.

23) R. Lincoln(주 3), pp. 656-657.

24) R. Lincoln(주 3), p. 658.

25) R. Lincoln(주 3), p. 629.

26) R. Lincoln(주 3), p. 659.

27) Leslie Southwick, "Separation of powers at the state level: Interpretations and challenges in Mississippi, 72 Miss. L. J. 927, 2003, p. 937.

28) R. Lincoln(주 3), p. 630.

29) R. Lincoln(주 3), p. 662.

30) 플로리다 주 대법원은 *Locke v. Hawkes*(595 So. 2d 32, 36 (Fla. 1992))사건 등에서 권력분립원리를 지방정부 차원에서 적용하는 것을 의도하지 않았다고 판결함으로써 이전의 *Kaufman v. City of Tallahassee*(94 So. 697 (Fla. 1922))사건과 같은 입장을 유지하였으나, 그 이후 판결에서는 다른 결론을 내림으로써 혼란을 제공했

의 원리를 지방정부에서 적용하였던 이전의 판결과는 다른 판결이 등장하면서 지방정부 차원에서 권력분립의 원리가 적용되는지의 여부에 관하여 다소 혼란스러운 입장을 제공함으로써 논란거리를 제공했다. 이러한 상반된 판결에도 불구하고 지방입법권은 입법권으로부터 위임을 받은 지방행정권이나 사법권을 침해해서는 안 된다는 점은 명확하다는 것을 인식³¹⁾함으로써 지방자치행정의 배경에서 권력분립원리를 완전히 배제하지는 않는 것으로 보인다.

권력분립원칙이 지방자치단체에 적용되지 않는다는 인식은 관심의 부재로 인한 연구부족도 그 원인이 있다. 그 동안 권력분립원리의 목적과 지방정부 간의 관계에 관한 충분하고 적절한 연구가 진행되지 못하였다. 특히 증가하는 자치규정의 양이나 속도에 비해 지방자치단체에 주어지는 권한에 대한 연구가 부족했던 것도 사실이다.

권력분립원리가 지방자치의 영역에 적용되지 않는다는 입장은 지방자치법 상의 견제와 균형의 원리를 법률적 차원의 원리로 본다.³²⁾ 헌법은 지방자치단체의 조직이나 운영에 관한 사항을 법률에 위임하고 있기 때문에, 지방자치단체 내부에서의 견제와 균형도 헌법이 의도하였다고는 보기는 어렵고, 헌법의 위임에 따라 입법자가 견제와 균형이 필요하다고 판단하여 이들 기관을 만들었다고 보고 있다. 즉 지방자치단체 차원의 견제와 균형의 원리는 헌법상 원리는 아닌 것으로 본다. 오히려 법률적 차원에서 견제와 균형의 원리를 실현하기 위해 실정법에서 그러한 법원리를 규정하였다고 보는 것이 적절하다고 평가한다.³³⁾

생각건대, 권력분립의 원리는 지방자치단체에도 적용된다고 보아야 한다. 헌법상 권력분립의 원리에 내재되어 있는 핵심적 이념인 견제와 균형의 원리는 지방자치단체의 권력구조에 어떠한 형태로든 구현되고 있다. 지방자치단체도 국가기관의 실체와 같은 구조를 반영하고 있다. 지방자치단체 역시 지방의 조직과 행정에 관한 자치규정을 두고, 두 개의 구분되는 기관에 권한을 분산시키고 정당성과 권위를 부여한다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 지방자치제도의 조직과 구성에 있어서도 헌법상 권력분립원리가 준수되어야 한다.³⁵⁾ 다만 그것이 국가수준의 권력분립의 원리가 그대로 적용된다고 보는 것과는 별개의 문제이다. 따라서 지방의회와 지방자치단체장 간에도 권력분립의 핵심적 내용인 견제와 균형의 원리는 적용된다. 양 기관 상호간에 갈등적 상황이 나타나는 경우 더욱 그렇다. 헌법재판소도 같은 입장이다. 정치적

다. R. Lincoln(주 3), p. 652.

31) R. Lincoln(주 3), pp. 652-653.

32) 최성환·김수란(주 9), 36-37면.

33) 백윤기, 지방의회가 집행기관 인사권에 관여하는 조례의 허용범위 -대법원판례에 대한 비판적 분석-, 지방자치법연구 제15권 제2호(2015), 114면.

34) Bradley A. Benedict(주 4), p. 1274.

35) Leslie Southwick(주 27), p. 937.

권력기관으로 볼 수 있는 지방의회와 지방자치단체장은 국회와 중앙정부의 구성과는 다른 방법으로 국민주권주의 및 민주주의원리가 구현될 수 있는 것으로 본다. 지방자치단체장과 지방의회 사이에서의 견제와 균형의 원리의 구체적인 실현은 우리 사회에서 실현되고 있는 지방자치의 정도나 특성 등을 감안하여 국민주권주의와 민주주의원리가 최대한 실현될 수 있도록 하는 발전적이고 효율적인 방식이 되어야 한다는 것이다.³⁶⁾ 지방의회와 지방자치단체장에게 고유한 권한을 부여하여 상호견제와 균형을 이루도록 하면서도 견제의 범위를 넘어 상대방의 고유한 권한을 침해하지 못하도록 한 것이나,³⁷⁾ 비교법적으로 권력분립원리의 적용 여부에 관한 상반된 판결에도 불구하고 지방입법권이 지방행정권을 침해해서는 안 된다는 것을 명확하게 인식³⁸⁾하고 있는 점 등을 고려해보면, 지방자치단체에도 권력분립의 요소로서 견제와 균형의 원리가 적용된다는 점은 명확하다.

지방자치단체 차원에서 권력분립원리의 내용으로서 ‘분리’된 권력을 전제로 하여 ‘견제와 균형’의 원리에 의해 기관이 구성되어야 한다는 점은 중앙정부와 다르지 않다. 분리를 전제로 하지 않는 견제와 균형은 독재를 가져올 수 있고, 견제와 균형만을 강조하는 것은 그 자체로 교착상태의 원인이 된다.³⁹⁾ 권력분립원리에서 ‘분리’와 ‘견제와 균형’은 대응적 개념이 아니라 상호 보충적 개념이다. 따라서 ‘분리된 권력’의 전제하에서 견제와 균형이 이루어지는 정도에 따라 권력분립원리의 실현 여부는 다른 결과를 가져온다.⁴⁰⁾ 주민의 복리증진이라는 지방자치제도의 이념을 실현하기 위해서는 권력의 분리와 견제·균형은 대용이 아닌 보충적으로 완성되어야 할 개념으로 이해해야 한다.

권력의 ‘분리’와 ‘견제·균형’은 분리된 기관 상호간의 권력관계에서 긴밀한 협력관계를 요구하는 권력의 공유로의 발전을 의미한다. 공유된 권력에서는 하나의 기관이 다른 기관에 대하여 긍정적 견제로서 기능해야 한다. 긍정적 효과를 갖지 않는 견제는 자유의 보장을 어렵게 하기 때문이다.

36) 현재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 95.

37) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011추18 판결.

38) R. Lincoln(주 3), pp. 652-653.

39) John S. Baker, Jr., Symposium the Legacy of the Federalist Papers the Eleventh Annual National Federalist Society Symposium on Law and Public Policy 1992, Panel III: Liberty and Constitutional Architecture, 16 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 59, 1993, p. 69.

40) John S. Baker, Jr.(주 39), p. 69.

Ⅲ. 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등

1. 갈등의 원인

지방의회와 지방자치단체장 간에 발생하는 갈등의 원인은 다양하게 제시된다.⁴¹⁾ 우선 갈등의 대표적 원인으로 지방자치법상 지방자치단체의 구성방식을 든다. 기관통합형이 아닌 기관대립형의 구조로 되어 있는 지방자치단체 구성방식의 특성상⁴²⁾ 대립되는 기관 상호간 권한의 비대칭성⁴³⁾이나 지방자치법상 권한배분 규정의 애매성으로부터 갈등이 발생한다는 것이다.

지방자치단체의 구조는 정부형태의 유형과 동일한 맥락에서 이해된다. 정부형태가 입법부와 행정부의 구성방식과 의존도에 따라 대통령제와 의원내각제로 구분되는 것처럼, 지방자치단체의 유형도 정부형태에 대응하는 유형이 존재한다. 대통령제 정부형태에 대응하는 지방자치단체장 유형(단체장·의회 유형)과 의원내각제 정부형태에 대응하는 지방의회 유형(의회·단체장 유형)이 있다. 단체장·의회 유형은 지방의회와 단체장이 주민에 의해 선출되고 각각 자신의 권한을 가지는 관계에 있다. 이 유형에는 지방자치단체장이 강한 권한을 보유하는 강한 단체장 유형과 지방의회의 권한이 보다 강한 약한 단체장 시스템으로 구분된다. 약한 단체장 유형의 지방자치단체는 지방의회가 시장보다 강한 권한을 보유하고 있고, 지방의회의 권한에 대한 단체장의 거부권한은 제한된다. 강한 단체장 유형은 단체장이 지방자치단체의 행정권의 수장이 되며, 자치단체 공무원에 대한 주요 임면권을 보유하고 있고, 중요한 거부권한을 가진다. 그럼에도 불구하고 여전히 지방의회는 정책을 통제할 수 있는 권한을 보유한다.⁴⁴⁾ 의회·단체장 유형은 지방의회가 입법권과 정책결정기능을 수행하지만 행정기능은 수행하지 않는다. 지방의회는 자치단체의 행정책임자를 임면하며, 지방자치단체의 책임자는 행정권의 수장이 되고, 대부분의 행정권을 지휘·감독한다. 이 경우 권한의 행사에 지방의회의 동의권을 필요로 한다.⁴⁵⁾

우리나라의 경우 지방자치법에는 지방의회와 지방자치단체장의 관계가 법적으로 견제와 균형을 위한 상호 대등한 관계로 설계되어 있으나, 실질적으로 단체장의 권한이 크고 우월한

41) 정원희·김예승·양기근, 지방자치단체장과 지방의회간의 갈등에 관한 연구: 서울시와 경기도의 무상급식 갈등 사례를 중심으로, 분쟁해결연구 제11권 제1호(2013), 43면 참조.

42) 이상갑, 지방의회 인사권 독립에 관한 연구: 현재 지방자치법 제91조 제2항 위헌소원 결정을 중심으로, 한국과 국제사회 제2권 제2호(2018), 18면.

43) 이상갑(주 42), 11면.

44) Pekham Pal, "History, governmental structure, and politics: Defining the scope of local board of health power", 84 Fordham L. Rev. 769, pp. 774-775.

45) Pekham Pal(주 44), p. 775.

지위를 유지하고 있는 집행기관 우위의 권력분립 형태를 띠고 있다.⁴⁶⁾ 우리 지방자치법상 지방자치단체의 구조는 강한 단체장 유형의 단체장·의회 유형에 속한다.

지방자치단체장의 권한이 지방의회에 비하여 비록 강한 권한을 가지는 유형이라고 하더라도 그것을 기관대립형 구조로 이해하는 것은 바람직하지 않다. 지방의회와 지방자치단체는 협력 및 보완관계라는 점을 고려하여 기관대립형이라는 표현은 오해를 불러일으킬 수 있다는 지적⁴⁷⁾이 있는 것도 그러한 이유이다. 지방자치법은 양 기관이 균형을 이루도록 설계되어 있다. 의결기능과 집행기능의 분리는 각각 분산된 다른 기관에 각각의 권한을 맡기고, 상호 견제와 균형을 통해 지방행정의 책임성과 효율성을 증진시킴으로서 지방행정의 발전을 꾀할 수 있도록 하기 위한 불가피한 선택이었다.⁴⁸⁾ 그 때문에 지방의회와 지방자치단체장은 각각 자신에게 부여된 역할을 충실히 수행하고, 동시에 견제와 균형 및 상호협조 관계를 유지하는 것이 필수적으로 요구된다.⁴⁹⁾ 따라서 지방자치단체의 구조는 대립하는 양 기관이 균형을 이루는 기관균형형으로 이해할 필요가 있다.

지방의회와 지방자치단체장 상호간에 균형의 원리로 파악하더라도, 양 기관 상호간에 견제와 균형관계로부터 발생하는 갈등은 불가피하다.⁵⁰⁾ 지방자치법 규정의 애매성과 비대칭성으로부터 지방자치단체장과 지방의회 상호간에 존재하는 권한의 상대적 불균형에 대한 인식도 갈등상황을 증대시킨다.⁵¹⁾

2. 갈등의 구체적 모습

지방의회와 지방자치단체장의 관계는 서로 고유한 권한을 가지면서 견제와 균형의 원리에 의해 지배되기 때문에 일방이 타방의 권한에 대하여 개입할 수 있는 여지를 두고 있다.

46) 정원희·김예승·양기근(주 41), 42면.

47) 이기우, 지방의회와 지방자치단체장의 관계정립 방안, 자치공론 제3호(2003), 52면. 우리나라의 지방자치단체의 구성은 이원적인 기능배분 방식을 취하고 있으며, 이러한 사무배분 유형을 일반적으로 기관대립형이라고 표현하고 있지만, 이는 지방의회와 지방자치단체장의 상호관계를 잘못 이해할 우려가 있으므로 적절하지 않다고 한다. 양자의 관계는 고유한 기능상의 배분이 있다고 하더라도 주민의 복리증진이라는 동일한 목표를 위한 협력 내지는 보완관계라는 점이 고려되어야 하므로 기관대립주의는 양자의 기본관계의 설명으로는 바람직하지 않다고 지적한다.

48) 정원희·김예승·양기근(주 41), 40면.

49) 이종호, 지방의회와 지방자치단체장과의 관계, 한국인간관계학보 제9권 제1호(2004), 221면.

50) 이상균·주경일, 자치단체장과 지방의회간 갈등해소 방안, 한국행정학회 하계학술대회 발표문(2012), 7면 이하 참조.

51) 정원희·김예승·양기근(주 41), 43면 참조.

(1) 헌법재판소 판례

지방자치법 등 개별 법령에 의해 나타난 갈등과 그에 대한 헌법재판소의 판단은 다음과 같다.

구 지방자치법 제13조의3에서 주민으로 하여금 지방자치단체장에 대하여 조례제정·개폐 청구권을 가지도록 하면서 법령에 위반하는 사항에 관한 조례개폐청구권에 대해서는 지방자치단체장이 각하할 수 있도록 하는 것이 권력분립원칙에 위배된다는 주장에 대하여, 헌법재판소는 합헌으로 결정하였다.⁵²⁾ 법령위반 사항에 대한 조례제정·개폐청구권을 지방자치단체장이 각하하도록 하는 것은 헌법상 권력분립원칙과 관련된 것이라고 할 수 없고, 그것이 곧 지방의회의 권한을 침해한다거나 축소시키는 것으로 볼 수 없다는 것이다. 그러나 반대의견에서는 지방의회의 고유한 권한을 침해한다고 보고 있다.⁵³⁾ 지방자치단체장이 주민의 조례제정·개폐청구를 심사하여 그것이 법령에 위반되는 조례안일 경우 이를 각하할 수 있도록 하는 것은 주민자치제도의 본질적 내용으로서 지방의회가 가지는 고유한 권한인 조례제정권을 침해한다는 것이다.

지방공사 직원의 지방의회 의원 겸직을 금지하는 지방자치법 제33조 제1항 5호에 대한 헌법소원심판에서 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 정당하다고 결정하였다. 지방자치법 제33조 제1항 제5호의 취지는 지방의회 의원으로 하여금 지방자치단체장이 영향력을 미칠 수 있는 지방공사의 직을 겸할 수 없도록 하는 것이다. 헌법재판소는 공무원직과 지방의회 의원직의 겸직을 금지하는 것은 헌법상 권력분립의 원칙과 공무원의 중립성 보장을 관철시키기 위한 것으로서 합헌성은 인정된다고 보고 있다.⁵⁴⁾ 이 결정에서는 지방의회와 지방자치단체장 사이에 권력분립의 원칙의 내용으로서 견제와 균형이 유지되어야 할 필요성을 인정한 것이다.

2009헌라11 사건에서 안산시의회 의원들은 안산시장이 공유재산 관리계획 변경안을 가결 선포 한 행위에 대하여 안산시의회 의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구하였다. 「공유재산 및 물품관리법」 제10조에서 공유재산의 취득과 처분에 관한 계획이나 관리계획을 변경한 경우에는 지방의회의 의결을 받도록 하고 있는데, 의회 의장이 공유재산 관리계획 변경안을 가결선포한 행위에 대하여 의회 의원들이 자신들의 심의·표결권한을 침해한다는 이유로 권한쟁의심판을 청구한 것이다. 청구인과 피청구인은 각각 지방의회 의원과 지방의회 의장이지만 지방자치단체장이 피청구인 보조참가인으로 참여하여, 실질적으로는 지방의회와 지방자치단

52) 현재 2009. 7. 30. 2007헌바75, 판례집 21-2상, 170.

53) 현재 2009. 7. 30. 2007헌바75, 판례집 21-2상, 170, 180-184(재판관 이동흡의 반대의견).

54) 현재 2004. 12. 16. 2002헌마333 등, 판례집 16-2하, 515, 536-538.

체장 간에 다툼이 심판의 대상이 된 사건이다. 헌법재판소는 지방의회의 의장과 지방의회 의원 간의 권한쟁의심판은 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 범위에 해당하지 않는다는 이유로 부적법 각하결정을 하였다.⁵⁵⁾ 동일한 지방자치단체 기관 간의 다툼은 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상으로 보지 않는 헌법재판소의 선례에 따라 동일한 지방자치단체 내의 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등은 헌법재판소의 판단을 받기는 어려운 구조이다.

2012헌바216 사건은 지방자치단체장에게 지방의회 사무직원의 임용권을 부여하고 있는 지방자치법 규정에 대하여 지방의회가 청구한 위헌소원사건이다. 헌법재판소는 지방의회 사무직원의 임용권을 지방자치단체장에게 부여하는 것은 지방자치단체장이 가지는 일반적 권한을 구체화 한 것으로서 사무직원의 인력수급과 운영방법 등을 지방자치단체의 처한 현실이나 상황에 근거하여 최대한 효율적으로 규율하기 위한 것이므로, 지방의회 의장이 가지는 추천권이 실질적이고 적극적으로 발휘된다면 지방자치단체장이 지방의회의 사무직원 임용권을 가지고 있다고 하더라도 그것이 곧바로 지방의회와 지방자치단체장 사이의 견제와 균형의 원리를 침해할 우려가 있다거나 또는 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 결정하였다.⁵⁶⁾

조례에 의해서도 지방의회와 지방자치단체장 간의 다툼이 문제된다. 2018헌라1 사건은 거제시 의회가 같은 자치단체의 단체장을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 사건이다. 조례에서 지방자치단체장은 자치사무를 민간에 위탁하는 경우 지방의회의 동의를 받도록 하고 있었으나,⁵⁷⁾ 이 사건에서는 지방자치단체장이 지방의회의 동의 없이 위탁갱신 계약을 한 것이 지방의회의 동의권과 의결권을 침해하는지의 여부가 문제되었다. 헌법재판소의 선례에 따라 이 사건은 각하되었지만,⁵⁸⁾ 지방의회가 자치단체장의 자치사무 처리시 의회의 동의를 얻도록 조례로 정함으로써 지방자치단체장의 사무처리 권한과 지방의회의 동의권을 둘러싼 갈등이 구체화 된 사건이다.

(2) 대법원 판례

1) 고유한 권한

지방자치단체장은 인사권 등의 고유한 권한을 가진다. 지방의회도 조례의 제정에 관한

55) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596.

56) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87.

57) '거제시 사무의 민간위탁 촉진 및 관리 조례' 제4조 제3항은 자치사무를 민간위탁할 때 시의회의 동의를 얻도록 규정하고 있다.

58) 헌재 2018. 7. 26. 2018헌라1, 공보 제262호, 1236.

권한, 예산과 결산에 관한 권한, 행정사무 감사 및 조사에 관한 권한 등의 고유한 권한을 가진다. 지방의회와 지방자치단체장은 각각 고유한 권한을 가지면서 상호 견제와 균형을 이루도록 설계되어 있다. 따라서 법률에서 별도의 규정을 두고 있지 않는 한 지방의회와 지방자치단체장은 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유한 권한을 침해할 수 없다.⁵⁹⁾

인사권과 관련하여 대법원은 지방자치단체장의 인사권에 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 본다. 다만 지방의회가 사후에 소극적으로 개입하는 것은 견제의 범위 안에 드는 것으로 위법하지 않다고 본다. 대법원은 전라북도행정 불만처리조례안에서 행정불만처리조정위원회 위원의 위촉 등에 관하여 지방의회의 동의를 받도록 하는 것은 지방자치단체장의 인사권에 대한 위법한 개입으로 보지 않았다. 조례안에서 위원의 위촉 등에 지방의회의 동의를 받도록 하는 것은 지방의회가 사후에 소극적으로 인사권에 개입하는 것으로서 지방자치단체장에 대한 견제권한의 범위에 드는 적법한 규정이라고 본다.⁶⁰⁾ 합의제 행정기관인 읍부즈맨의 위촉 등에 지방의회의 동의를 받도록 한 읍부즈맨조례안에 대해서도 동일한 취지로 판시하고 있다.⁶¹⁾

이와 달리 인사권에 대한 적극적 개입으로 보아 위법하다고 판단한 예도 있다. 재단법인 광주비엔날레지원조례안 제6조 제2항은 시장이 재단법인 광주비엔날레의 업무수행을 지원하기 위하여 지방자치단체 소속 공무원을 재단법인에 파견함에 있어서 파견기간과 인원을 정하여 시의회의 동의를 얻도록 규정하고 있고, 부칙 제2항에서는 재단법인에 이미 파견된 지방자치단체 소속 공무원에 대하여는 조례안이 시행된 후 최초로 개최되는 시의회에서 동의를 얻도록 규정하고 있었다. 이 사건에서 대법원은 당해 조례안이 지방자치단체장의 소속 공무원에 대한 임용권 행사에 대한 위법한 개입이라고 판단하였다. 조례안의 취지가 지방자치단체장의 고유한 권한에 속하는 공무원 임용권 행사에 대하여 지방의회가 동의 절차를 통하여 단순한 견제의 범위를 넘어 적극적으로 관여하는 것으로서 위법하다는 것이다.⁶²⁾ 대법원은 조례로써 지방의회와 지방자치단체장이 다른 일방에 대하여 관여하는 행위는 상호 견제와 균형의 확보를 위한 범위 내에서만 허용되며, 그러한 범위를 넘어 다른 일방의 권한 행사에 적극적으로 개입하거나 관여하는 행위는 허용되지 않는다고 판단한다. 예컨대, 공유재산관리조례안에 관한 대법원의 판례도 이와 유사한 입장이다. 대법원은 지방의회가 공유재산관리조례안에서 공유재산심의회 위원을 12명으로 구성하도록 하면서 12명 중 9명은 시의원으로, 관계 공무원

59) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011추87 판결.

60) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결.

61) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결.

62) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000추67 판결.

은 3인으로 구성하도록 규정한 것 자체는 위법하지 않다고 보았다. 12명의 위원 중 9명을 시의원을 구성하도록 하는 것은 시의회의 참여비율을 상대적으로 높인 것이기는 하지만, 이는 입법재량의 범위에 속하는 문제이며, 이것만으로는 권한 분리 및 배분의 범위를 유월하지 않았다고 보는 것이다. 그렇지만 공유재산심의회 위원 중 9명을 시의원으로 구성하고, 위원이 될 시의원을 의회 의장이 추천하고 이를 시장이 위촉하도록 한 것은 위법하다고 보았다. 공유재산심의회의 활동은 지방자치단체의 사무에 속하고 위원회의 활동에 대하여 궁극적으로 책임을 지는 기관은 지방자치단체장임에 비추어 볼 때⁶³⁾ 공유재산심의회 위원 9명을 지방의회 의장이 추천하도록 하는 것은 사실상 인사권을 공동으로 행사하자는 것으로 이는 지방자치단체장의 인사권에 대한 적극적인 개입이라는 것이다.⁶⁴⁾

지방자치단체장의 사무집행에 대하여 감시하고 통제하는 기능은 지방의회의 고유권한이다. 대법원은 집행기관 내에 독립성을 갖는 옴부즈맨이라는 합의제 행정기관을 설치하여 행정에 대한 감시와 통제기능을 수행하도록 하는 것은 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이라고 보지 않는다. 옴부즈맨에 의한 행정 감시와 통제기능은 지방의회의 감시·통제기능과는 별도로 집행기관 스스로 사무집행의 공평·정확성을 확보하려는 것으로서, 지방의회의 감시·통제기능을 보완하는 것일 뿐 지방의회의 감시·통제권한을 박탈하거나 지방의회의 권한을 옴부즈맨에게 일임하는 것이 아니므로, 위법하지 않다는 것이다.⁶⁵⁾ 다만 지방의회의 고유권한을 박탈하거나 집행기관 소속의 행정기관 또는 제3의 기관에 일임하는 조례를 제정하는 것은 지방의회의 고유한 권한을 본질적으로 침해하게 된다.⁶⁶⁾

대법원은 지방자치단체장에 대한 새로운 견제장치를 만드는 것 역시 위법하다고 판시한다. 지방의회는 조례의 제정에 관한 권한, 예산과 결산에 관한 권한, 행정사무에 대한 감사 및 조사권한과 그 밖에 법령에서 정하는 고유한 권한을 가지며, 이러한 고유한 권한의 범위 내에서 지방자치단체장을 견제할 수 있다. 그렇지만 법령에 의해 주어진 권한의 범위를 벗어나 견제장치를 새롭게 만드는 것은 지방자치단체장의 고유권한을 침해하는 것으로 허용할 수 없다는 것이다.⁶⁷⁾

63) 대법원은 공유재산심의회가 시장의 자문에 응하거나 의사결정에 참고가 될 의견을 제공하는 업무를 수행하는데 불과하고 시장이 그 의견에 기속되는 것은 아니지만, 공유재산심의회의 활동은 지방자치단체장의 집행사무에 속한다고 본다.

64) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결.

65) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결.

66) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결.

67) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011추87 판결.

2) 전속적 권한

지방자치단체장이 지방공기업 사장 등의 임명권을 행사하는 경우 지방의회는 동의나 인사청문절차 등으로 개입할 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 대법원은 지방공기업 사장 등의 임명에 있어서 인사청문위원회 또는 인사청문절차의 도입을 내용으로 하는 전라북도공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안·광주광역시조례안⁶⁸⁾·전라북도출연기관등의장에대한인사검증조례안⁶⁹⁾ 등은 지방자치단체장의 인사권에 대한 침해를 이유로 위법하다고 판시하였다. 상위법령에서 견제나 제약에 관한 사항을 정하지 않고 전속적으로 부여한 권한에 대해서는 조례의 제정으로 이를 제한할 수 없다는 것이다. 상위법령에서 고유한 권한에 대한 견제나 제약을 정하고 있거나, 견제나 제약을 조례에 위임하였다면 전속적 권한은 아니다.⁷⁰⁾ 대법원은 지방공기업 사장 등의 임명권은 전속적 권한으로 본다.⁷¹⁾ 그 동안 지방공기업 임원의 임명에 있어서 낙하산 인사를 비롯한 지방자치단체장의 부적절한 권한행사의 문제들이 지속적으로 지적되어 왔다. 국회와 지방의회는 이러한 문제점들을 해결하기 위한 방안의 하나로 인사청문회제도의 도입을 추진하였다.⁷²⁾ 2018년 5월 기준으로 11개의 광역의회에서 지방공기업 등 산하기관장 내정자의 인사청문회를 도입한 것으로 나타났다.⁷³⁾ 그러나 대법원은 지방자치단체장의 전속적 권한인 지방공기업 사장 등의 임명권을 제약하는 조례를 제정하는 것은 위법하다고 일관되게 판시해 오고 있다.⁷⁴⁾

3. 갈등의 해결

(1) 고유한 권한과 권력분립원칙

1) 고유한 권한과 견제·균형의 원리

지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등을 해결하는데 있어서 기준이 되는 것은 권력분립의

68) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2012추169 판결.

69) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2014추644 판결.

70) 최재영, 지방자치단체장의 고유권한을 침해하는 조례 규정 판단 기준 연구, 2013. 9. 15면.

71) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결.

72) 인사청문회 관련 법안으로는 2014년 문병호의원이 대표발의 한 '지방공기업법 일부 개정법률안', 2017년 황주홍의원의 '지방자치법', '지방공기업법 일부개정안', 2017년 박대찬의원의 지방공기업법 일부개정안 2018년 전현희의원의 '지방의회법안', 2018년 김광수의원의 '지방공기업법 일부개정안' 등이 있다.

73) 김철, 지방공기업 낙하산 인사의 실태와 개선 방향, 이슈페이퍼 2018-06호(2018), 10면 참조.

74) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결. 전속적 권한인 지방공기업 사장 ... 대한 임명권의 행사에 앞서 미리 피고의 인사청문회를 거치도록 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 ... 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다고 할 것이어서 지방공기업법 제58조 제2항 본문, 지방공기업법시행령 제56조 제1항에 위반되고, 따라서 지방자치법 제15조에도 위반된다고 할 것이다.

원칙이다. 국가권력의 기능적 분할, 배분된 권력의 견제와 균형을 내용⁷⁵⁾으로 하는 권력분립 원칙은 자유를 유지하고, 효율성을 증대시키며, 책임감을 증가시킨다.⁷⁶⁾ 헌법과 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체장에게 고유한 권한을 부여하면서도 다른 한편으로는 그것이 남용되지 않도록 견제와 균형 장치를 함께 마련하고 있다. 그들에게 부여된 견제와 균형 장치가 제대로 구워되어 있는지, 서로 기능적으로 조화되고 있는지, 적절하고 긍정적인 견제와 균형의 메커니즘이 작동하고 있는지가 갈등해결에 있어서 중요한 요소이다. 갈등상황을 미리 예방하고, 그들 간의 교착상태를 방지하기 위해서는 그들에게 주어진 고유한 권한이 훼손되거나 형해화되지 않을 정도의 견제와 균형 장치가 작동하고 있어야 한다.⁷⁷⁾

헌법재판소는 지방의회와 지방자치단체장의 관계에는 국가기관에서와는 다른 방법으로 민주주의원리가 구현될 수 있다고 보면서, 효율적이고 발전적인 방식으로 국민주권원리나 민주주의원리가 구현되어야 한다고 결정하였다.⁷⁸⁾ 효율적이고 발전적인 방식으로 민주주의를 구현하기 위해서는 지방의회와 지방자치단체장은 자신의 역할을 충실히 수행하고 동시에 견제와 균형 및 상호협조 관계를 유지하는 것이 필수적으로 요구된다.⁷⁹⁾ 기능적으로 조화된 긍정적인 견제와 균형 장치를 위해서는 지방의회와 지방자치단체장 간의 권한행사에 있어서 양자를 대립적으로 바라보는 시각에서 균형적인 관계로 인식을 전환해야 한다. 지방자치제도의 목적을 실현해가는 과정에서 견제와 균형에 의한 대등적·균형적 관계로 인식하고 이를 유지하는 것이 상호간의 갈등을 예방하고 교착상태를 방지할 수 있다.

지방자치단체는 국가의 창조물로서 자신의 고유한 통치권한을 보유한다고 보기 어렵다. 지방의회와 지방자치단체장의 견제와 균형의 원리는 법률과 조례에 의해 구체화된다. 상향식 관점(bottom-up)에서 보면 지방자치단체는 주민의 선출에 의해 선출된 대표기관이지만, 하향식 관점(top-down)에서 보면 결국 국가의 법률에 의해 자신의 권한과 책임을 부여받는다.⁸⁰⁾ 법률에 의해 지방의회와 지방자치단체장에게 권한과 책임이 배분되고, 법률적 근거에 입각하여 양자 간의 견제와 균형을 위한 제도적 장치가 유지된다. 법령에서 부여한 고유한 권한을 침해하는 조례의 제정은 권력분립의 관점에서 허용되지 않는다. 고유한 권한을 제한하거나 박탈하는 것도 허용되지 않는다. 법률에서 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 조례로써

75) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 951-953면.

76) Michael J. Teter(주 14), p. 1142.

77) Michael J. Teter(주 14), p. 1142.

78) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 95.

79) 이종호, 지방의회와 지방자치단체장과의 관계, 한국인간관계학보 제9권 제1호(2004), 221면.

80) Pekham Pal, History, governmental structure, and politics: Defining the scope of local board of health power, 84 Fordham L. Rev. 769, p. 776.

견제의 범위를 넘어 고유권한을 침해할 수 없을 뿐만 아니라, 일방의 고유권한을 타방이 행사하게 하는 내용의 조례도 제정할 수 없다.⁸¹⁾ 권력분립의 원리는 다른 기관의 권한을 침해할 수 없다는 것에서 나아가 하나의 기관이 다른 기관에 대하여 자신의 권한을 위임할 수 없다는 의미를 포함한다.⁸²⁾ 따라서 조례로써 지방의회의 고유한 권한을 집행기관에 일임하거나 지방자치단체장의 고유한 권한을 지방의회에 위임하는 것은 헌법이나 지방자치법령에서 부여한 고유한 권한에 대한 침해를 의미한다. 그것은 법령위반뿐만 아니라 헌법상의 권력분립원리와 견제와 균형의 원리에도 위배된다.

지방자치단체 차원에서 권력분립원리와 핵심적 내용인 견제와 균형은 법률에 의해서 구체화된다. 법령은 지방의회와 지방자치단체장에게 고유한 권한을 부여할 임무를 가지고 있고, 헌법상의 권력분립의 원리를 실현하는 방향으로 설계되어야 한다. 법률에서 부여하고 있는 고유한 권한은 그 근거에 입각해서 적절하고 긍정적인 통제장치로 기능해야 한다. 법령에 의해 부여된 고유한 권한이 훼손될 정도에 이르면 법령위반뿐만 아니라 권력분립원리 위반이 된다. 고유한 권한이 훼손되지 않도록 하는 견제와 균형 장치가 법률에서 마련되어야 하고, 그것은 주민의 복리증진이라는 지방자치이념에 부합하고, 헌법상 권력분립원리의 기준에 합치하는 것이어야 한다.

2) 인사권과 견제·균형의 원리

지방의회와 자치단체장이 가지는 인사권은 고유한 권한이다. 지방의회는 지방자치단체장의 인사권에 개입할 수 있다. 인사권의 재량적 행사는 인사권을 공정하게 행사한다는 것을 전제로 한다. 재량적 인사권한이 자의적인 인사권을 보장하는 것은 아니므로, 자의를 방지하고 공정성을 확보하기 위해서는 인사권에 대한 제한은 불가피하다.⁸³⁾ 재량적 인사권을 제한하는 근거는 권력분립의 이념이다. 권력분립의 이념은 독자적인 헌법적 정체성을 가진다. 지방자치단체장이 집행기관의 구성원을 임명하는 것은 헌법적 의무를 수행하기 위한 하나의 도구이므로⁸⁴⁾ 독자적 헌법원리인 권력분립의 이념에 의해 제한될 수밖에 없다. 지방자치단체장의 인사권에 대하여 견제·균형의 원리에 의한 지방의회의 개입이 허용되는 것도 그 때문이다. 따라서 지방자치단체장이 집행기관 소속의 구성원을 임명할 때 지방의회의 동의를 받도록

81) 대법원 1996.5.14. 선고 96추15 판결.

82) R. Lincoln(주 3), p. 654.

83) 하태권, 광역지방자치단체장의 인사권확대에 관한 연구, 한국행정학보 제29권 3호(1995), 1162면.

84) Charles Herman Winfree, "B. State ex rel. Martin v. Melott: The Separation of powers and the power to appoint", North Carolina Law Review September, 1988, p. 1121.

하는 것은 지방자치단체장에 대한 지방의회의 견제 권한의 범위 안에 드는 적법한 것이다.⁸⁵⁾ 그런데 집행기관에 속하는 구성원의 전부나 또는 그 중의 일부를 지방의회가 임면하도록 하는 것은 지방자치단체장의 인사권에 대한 지나친 제약이 될 수 있다. 대법원은 지방의회의 사전적이고 적극적인 인사권 개입은 허용하지 않는다.⁸⁶⁾ 지방의회가 조례의 제정으로 집행기관의 인사권에 개입하는 것뿐만 아니라 지방의회 의장 개인의 자격으로도 관여할 수 없다.⁸⁷⁾

지방자치단체장도 지방의회의 인사권에 개입할 수 있다. 지방자치단체 소속 공무원에 대한 임명권은 원칙적으로 지방자치단체장에게 속하며,⁸⁸⁾ 지방의회의 사무기구 직원도 지방자치단체장이 임명권을 행사한다. 지방의회 소속 공무원의 임명에 관하여 지방의회 의장은 단지 추천권만을 가지고 있을 뿐이다. 지방자치단체장은 이러한 인사권의 개입을 통하여 지방의회에 대한 통제권을 확보하고 있다.⁸⁹⁾ 지방자치단체장이 지방의회 사무기구 직원에 대해서도 인사권을 행사하게 됨에 따라 지방의회의 전문성 확보가 문제가 되고 있다. 소속 공무원에 대한 임명권한을 지방자치단체장이 행사하게 됨으로써 지방의회 사무기구는 지방의회가 통제 대상이 아니라 지방자치단체장 또는 중앙정부의 통제에 놓이게 된다.⁹⁰⁾ 헌법재판소는 지방자치단체장에게 지방의회 사무직원의 임용권을 부여하는 것은 지방자치단체장의 일반적 권한을 구체화 한 것으로서 지방의회 사무직원의 인력수급 및 운영 방법을 최대한 효율적으로 규율하는 것으로, 지방의회 의장의 추천권이 적극적이고 실질적으로 발휘된다면 지방의회와 집행기관 사이의 견제와 균형의 원리는 침해되지 않는다고 본다.⁹¹⁾

지방의회에 대한 지방자치단체장의 인사권 개입으로 인한 남용위험성은 지속적으로 지적되고 있다. 지방의회와 지방자치단체장의 견제와 균형 관계는 인사권의 독립이 그 전제가 된다. 지방자치단체의 구성에 있어서 사무의 감독권과 인사권 분리를 전제로, 자치단체의 사무를 감독하는 자가 인사권을 행사하는 것이 원칙이다. 지방의회의 독립성과 사무기능의 전문성을 제고하고 위해서는 지방의회 인사권의 독립은 필수적으로 요청된다.⁹²⁾ 인사권의

85) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결.

86) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결. 지방자치법에서는 지방의회와 지방자치단체장에게 독자적인 고유한 권한을 부여하고 견제와 균형을 이루도록 하고 있다. 이에 법률에서 특별한 규정을 두고 있지 않다면 조례로써 견제권한의 범위를 넘어서 다른 일방의 고유한 권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없다. ... 지방의회가 지방자치단체장의 인사권에 사후에 소극적으로 개입하는 것은 견제권한의 범위 안에 드는 것으로 허용되지만, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사하는 것은 인사권에 대하여 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 원칙적으로 허용되지 않는다.

87) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결.

88) 지방자치법 제6조.

89) 권영주, 지방의회의 전문성 강화 방안 : 사무기구의 인사권 독립을 중심으로, 한국인사행정학회보 제10권 제2호(2011), 23면.

90) 권영주(주 89), 21면.

91) 현재 2014. 1. 28. 2012헌바216, 판례집 26-1상, 87, 97-98.

독립이 확보되지 않고는 견제와 균형에 의한 권력분립원칙이 제대로 기능할 수 없다.⁹³⁾ 기능적 권력통제의 관점에서 보더라도 인사권 독립은 권력분립원칙의 본질적 내용이다.⁹⁴⁾

국회에서는 지방의회 사무기구의 인력에 대한 인사권을 집행부로부터 독립시켜는 방향의 지방자치법 개정법률안을 지속적으로 제출해 오고 있다.⁹⁵⁾ 2019년에 제출된 정부제출 법률안⁹⁶⁾에서는 시·도의회 의장에게 사무직원에 대한 인사권을 부여(안 제102조)하는 것을 내용으로 하고 있다. 개정안은 시·도의회 사무기구 인력운영의 자율성을 제고하기 위하여 시·도의회 사무직원에 대한 임면과 징계 등을 시·도의회 의장이 처리하도록 하고 있다.⁹⁷⁾ 지방의회 사무직원의 인사권을 지방자치단체장이 보유하고 있는 것이 사무직원들이 지방의회의 일원으로서 소신 있게 집행부를 견제·감시하는 지방의회의 역할을 충분히 해내기 어렵다는 문제의식에 따라 지방의회 중 시·도의회에 한하여, 시·도의회 인사권을 의장에게 부여함으로써 시·도의회 역할 및 기능을 강화하고자 하는 것이다.

인사권에 대한 견제와 균형은 기관의 분리를 전제로 한다. 입법기관과 행정기관은 분리가 유지되어야 하며, 입법권과 행정권이 같은 기관에 들어가게 되면 자유가 있을 수 없다. 분리된 기관이 동의나 추천의 방식에 의하여 인사권에 대하여 개입하는 것은 고유한 권한에 대한 침해로 보기 어렵다. 다만 동의나 추천이 인사권의 행사 그 자체에 해당하는 것이라면 그것은 견제와 균형의 의미를 넘어 권력분립원리 위반에 해당한다. 분리의 원리는 입법권과 행정권을 수행하는 사람의 분리가 필요하다는 점이 강조된다. 지방공무원법 시행령 제63조에서는 지방의회에 두는 사무처장과 직원은 지방자치단체의 집행기관에 소속된 공무원에게 업무를 겸하게 할 수 있다고 규정한다.⁹⁸⁾ 그러한 점에서 지방의회의 사무기구에 지방자치단체의 집행기관 소속 공무원이 겸직할 수 있도록 규정하는 것은 적절하지 않다.

3) 예산에 관한 권한과 견제·균형의 원리

지방자치법에서 예산과 관련한 고유한 권한으로 지방자치단체장에게는 예산편성권⁹⁹⁾을,

92) 권영주(주 89), 28면.

93) 권영주(주 89), 21면.

94) 이상갑(주 42), 18면.

95) 안영훈(주 7), 118면 이하 참조.

96) 정부제출(2019. 3. 29. / 2019472)

97) 지방의회의 인사권 독립과 관련하여서는 강석호의원(16.12.1.), 추미애의원(16.7.14.), 정병국의원(17.5.11.), 김광수의원(17.12.14.) 대표발의안이 제출되어 있으며, 정부안과 달리 시·군 및 자치구의회 의장에게 사무직원 에 대한 임용권을 부여하는 내용도 포함하고 있다.

98) 지방자치법 시행령 제63조(사무직원의 겸무) 법 제90조에 따라 지방의회에 두는 사무처장·사무국장·사무과장 및 직원은 그 지방자치단체의 집행기관에 소속된 공무원에게 업무를 겸하게 할 수 있다.

99) 지방자치법 제127조.

지방의회에는 예산을 심의하고 확정하는 권한¹⁰⁰⁾을 부여한다.¹⁰¹⁾ 대법원은 예산편성권과 심의 및 확정권한에 대해서도 다른 판결들과 비슷한 취지로 판시한다.

지방자치단체의 예산안이 확정된 후 실질적으로 예산을 변경하는 결과를 초래하는 조례개정안을 지방의회가 의결하면서 예산편성권을 가지는 지방자치단체장의 의견을 듣지 않은 것은 위법하다고 판시하였다.¹⁰²⁾ 사전적인 예산편성권과 사후적인 예산에 대한 심의 및 확정 권한을 각각 부여한 지방자치법에 위배된다고 본 것이다.

지방의회는 지방자치단체의 재정적 부담을 수반하는 국·시비보조금 사업과 관련하여 예산안에 대한 심의를 통하여 사후에 감시하거나 통제할 수 있다. 지방자치단체장의 예산안 편성 권한에 대한 사전 의결이나 사후 승인을 받도록 하는 것은 허용되지 않는다고 판시한다.¹⁰³⁾ 법령에서 사전 의결이나 사후 승인 등의 견제규정을 두고 있지 않거나 조례로 제정할 수 있다고 하는 규정을 두고 있지 않는 한 조례로써 지방자치단체장의 예산안 편성권을 본질적으로 제약할 수 없다는 것이다.

(3) 전속적 권한과 견제·균형의 원리

지방의회나 지방자치단체장의 권한의 침해 여부를 결정하는데 있어서 중요한 기준이 되는 것이 법률규정이다. 대법원은 상위법령에서 전속적으로 부여하는 권한에 대해서는 동이나 인사청문절차에 의한 제약을 조례로 정하는 것은 허용하지 않는다.

지방공기업 사장 등의 임명에 관한 권한은 지방자치단체장의 전속적 권한이다.¹⁰⁴⁾ 지방자치단체장의 임명권한에 대한 제약은 지방의회가 동의를 하거나 인사청문회 등을 개최하는 방식에 의한다. 지방자치단체장의 임명권에 대한 지방의회의 동의는 실질적인 제약이 될 수 있다. 반면에 인사청문절차 등을 거치는 방법은 단순한 절차적인 제약에 그치는 경우가 많다. 대법원은 실질적인 제약이 될 수 있는 지방의회의 동의권뿐만 아니라 절차적인 제약으로 볼 수 있는 인사청문절차 모두 지방자치단체장의 전속적 권한에 대해서는 허용되지 않는다고 판시하였다.¹⁰⁵⁾

100) 지방자치법 제39조.

101) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95추87 판결.

102) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97추36 판결.

103) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95추87 판결.

104) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결.

105) 최계영(주 70), 17면.

4. 헌법재판소와 대법원의 갈등해결 방법

헌법재판소는 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등해결에 있어서 권력분립원칙의 적용여부를 판단기준으로 삼는다. 2007헌바75사건에서는 권력분립원칙과 관련된 것이라고 보지 않았고, 2002헌마333사건에서는 권력분립의 관점에서 정당하다고 결정하였다. 2012헌바216사건에서 지방의회 사무직원의 임용권을 지방자치단체장에게 부여하는 것은 지방의회 의장의 추천권이 실질적으로 발휘된다면 견제와 균형의 원리에 위배되지 않는다고 결정하였다.

대법원은 지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등해결에 있어서 법률의 규정을 중요한 판단기준으로 삼는다. 법률에서 지방자치단체장과 지방의회 의장에게 부여하는 고유한 권한의 침해 여부에 관해서는 견제와 균형의 관점에서 판단한다. 다만 상위법령에서 부여하는 전속적 권한에 대해서는 견제와 균형의 요소보다는 법률의 규정에 보다 중점을 둔다. 법령에서 전속적으로 부여하는 권한에 대해서는 동의와 같은 실질적 견제수단뿐만 아니라 인사청문절차와 같은 단순한 절차적 견제수단에 대해서도 조례의 제정을 허용하지 않고, 모두 위법한 것으로 판단한다.

지방자치단체는 자신들의 환경에 맞는 규범체계를 조례로 구체화하는 것이 자치의 정신에 부합한다.¹⁰⁶⁾ 지역적 관심사는 주민들의 알권리의 내용이 되며, 이에 대한 사항을 조례제정의 대상에서 배제하거나 무시할만한 사유가 없다면 지방자치의 이념은 유지되어야 하고, 다른 가치로 대체되어서는 안 된다.¹⁰⁷⁾ 헌법상 권력구조가 국민의 기본권 보장의 메커니즘인 것과 같이 지방자치제도는 지역의 발전을 통한 주민의 복리증진이 그 목적이다. 주민의 자유 실현이라는 지방자치의 궁극적 목적을 실현하기 위하여 협력적 보완관계를 지향하는 견제·균형의 메커니즘이 형성되어야 한다. 견제와 균형을 통한 권력분립의 실현은 주민의 복리증진을 위한 공공정책의 발전을 가져오며, 공공의 목적에 대한 배려를 증진시킨다는 헌법적 가치를 가진다.¹⁰⁸⁾

대법원은 법률에서 전속적으로 부여하는 권한에 대해서는 견제와 균형 장치를 허용하지 않는다.¹⁰⁹⁾ 공기업의 경영에 지방의회가 견제·균형의 원리로써 관여하는 것은 지방자치단체장의 인사전횡을 견제할 수 있다는 점에서 공익에도 부합한다. 지방자치단체장의 인사독점권

106) 오성호, 지방자치단체 인사행정의 쇄신 방안, 현대사회와 행정 제12권 3호(2002), 71면.

107) Robert M. Bastress, Jr., "Localism and the west Virginia Constitution", West Virginia Law Review Spring, 2007, p. 687.

108) Thomas O. Sargentich(주 17), p. 239.

109) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결. 원고의 전속적 권한인 지방공기업 사장인 전북개발공사 사장과 지방공사 전라북도의료원(군산, 남원) 각 원장에 대한 임명권의 행사에 앞서 미리 피고의 인사청문회를 거치도록 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 ... 지방자치법 제15조 에도 위반된다고 할 것이다.

을 견제함으로써 지역발전과 주민의 복리증진에 기여한다. 따라서 전속적 권한의 경우 조례의 제정을 허용하지 않는 것은 대법원의 판결은 적절하다고 평가할 수 없다. 개별적·구체적 사안에 따라 달리 적용할 수 있는 가능성을 열어두어야 한다. 지방자치단체장의 전속적 임명 권한에 대하여 사전적 동의를 요하는 것이 사실상 승인권으로서 기능한다면 그것은 인사권을 침해하는 것으로 위법하다고 할 수 있다. 하지만 사후적 동의권이나 임명권자의 의사를 기속하지 않는 정도에 이르면 위법으로 평가할 수 없다. 인사청문회의 도입 등도 하나의 절차적 제약으로서 기능하고, 임명권자가 그 의사에 기속되지 않는다면 반드시 위법이라고 평가할 수 없다.

대법원은 단순한 절차적 제약에 불과한 견제권한도 위법으로 본다. 전속적 권한의 경우에는 견제와 균형의 원리보다는 법률규정에 보다 더 중점을 둔다. 입법자가 미처 견제와 균형 장치를 법령에서 정하지 못한 경우에도 권력분립원리의 본질로부터 나오는 견제와 균형 장치는 전속적 권한임에도 불구하고 인정될 수 있다고 보는 것이 헌법이념에 부합한다. 모든 법률규정이 헌법적 정체성을 갖는 헌법적 원리를 규범화하는 것은 어렵다. 그렇다면 전속적 권한의 경우에도 권력분립의 속성상 당연히 견제와 균형 장치가 허용된다. 다만 인사청문 대상자의 직무범위나 권한의 중요성에 비추어 지방자치단체장의 독자적 임명권에 맡기는 것이 적절한 경우까지도 지방의회가 조례로써 그 대상을 확대하는 것은 견제와 균형의 시각에서 바람직하지 않다.

IV. 나가며

국가적 차원에서의 논의되는 헌법상의 권력분립의 원리는 지방자치의 차원에서도 적용된다. 헌법상의 권력분립원리와는 성격이 동일한 것은 아니지만, 그것과 유사하게 지방자치단체 내부에서도 권력분립원리의 핵심적 내용인 견제와 균형의 원리가 실현된다. 헌법과 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체장에게 각각 고유한 권한을 부여하면서, 그것이 상호 견제와 균형 장치에 의해 주민의 복리증진을 위한 지방자치 행정에 기여할 것을 기대한다. 그 과정에서 지방의회와 지방자치단체장은 자신의 권한에 대한 다른 일방의 개입에 직면하게 된다. 그것이 곧 지방의회와 지방자치단체장의 갈등의 원인이 된다.

지방의회와 지방자치단체장 간의 갈등의 양상은 다양하다. 특히 인사권을 둘러싼 갈등이 두드러진다. 양 기관 사이에 존재하는 갈등을 해결하는 기준은 헌법상의 권력분립의 원리이

다. 지방의회와 지방자치단체장 간에는 권력분립원리의 핵심적 내용인 상호 견제와 균형의 메커니즘이 작동될 것이 요구된다. 그들에게 부여된 견제와 균형 장치가 제대로 규율되어 있는지, 서로 기능적으로 조화되고 있는지, 적절하고 긍정적인 견제와 균형의 메커니즘이 작동하고 있는지가 갈등의 해결에 있어서 중요한 요소이다. 갈등상황을 미리 예방하고, 그들 간의 교착상태를 방지하기 위해서는 그들에게 주어진 고유한 권한이 훼손되거나 형해화되지 않을 정도의 견제와 균형 장치가 작동되어야 한다.

헌법재판소는 지방의회와 지방자치단체의 갈등을 해결하는 기준으로 권력분립원칙의 관점에서 판단한다. 국가적 차원의 권력분립원칙이 그대로 지방자치제도에는 적용되지는 않지만, 어떠한 형태로든 구현되고 있으며, 그것의 핵심적 내용인 견제와 균형의 원리는 양 기관 간에는 적용된다고 본다. 대법원은 양 기관의 갈등해결에 있어서 법률의 규정을 중요한 판단 기준으로 삼는다. 법령에서 양 기관에 부여한 고유한 권한에 대해서는 서로 개입의 여지가 있고, 그러한 개입이 위법한 것인지의 여부는 견제와 균형의 원리에 입각해서 판단한다. 다만 법령이 부여하는 전속적 권한에 대해서는 지방의회의 동의와 같은 실질적 제약이나 인사청문 절차와 같은 절차적 제약도 허용하지 않는다.

전속적 권한의 경우에도 견제와 균형 장치에 관한 조례의 제정을 허용하는 것이 적절하며, 구체적·개별적 사안에 따라 달리 적용할 수 있는 가능성을 열어두어야 한다. 임명권한에 대하여 사전적 동의를 요하는 것이 사실상 승인권으로서 기능한다면 인사권을 침해하는 것으로 위법하다고 할 수 있다. 하지만 사후적 동의권이나 임명권자의 의사를 기속하지 않는 정도에 이르면 반드시 위법으로 평가할 수 없다. 인사청문회의 도입 등도 하나의 절차적 제약으로 임명에 대한 승인의 절차로서 기능하지 않는다면 그것을 위법이라고 볼 수 없다.

| 참고문헌 |

- 권영주, 지방의회의 전문성 강화 방안 : 사무기구의 인사권 독립을 중심으로, 한국인사행정학회
보 제10권 제2호(2011).
- 김봉철, 한국과 독일의 지방자치법상 지방의회의 통제권의 비교법적 고찰과 그 시사점, 지방자
치법연구 제14권 제1호(2014).
- 김석배, 지방의회와 지방자치단체장의 관계에 관한 연구, 조선대 사회과학연구 제20권 제3호
(1999).
- 김철, 지방공기업 낙하산 인사의 실태와 개선 방향, 이슈페이퍼 2018-06호(2018).
- 백윤기, 지방의회가 집행기관 인사권에 관여하는 조례의 허용범위 -대법원판례에 대한 비판적
분석-, 지방자치법연구 제15권 제2호(2015).
- 오성호, 지방자치단체 인사행정의 쇄신 방안, 현대사회와 행정 제12권 3호(2002).
- 이종호, 지방의회와 지방자치단체장과의 관계, 한국인간관계학보 제9권 제1호(2004).
- 안영훈, 지방의회 의정활동 역량강화 방안, 한국지방행정연구원 기본과제 2013권, 한국지방행
정연구원(2013. 12).
- 이상갑, 지방의회 인사권 독립에 관한 연구: 현재 지방자치법 제91조 제2항 위헌소원 결정을
중심으로, 한국과 국제사회 제2권 제2호(2018).
- 이기우, 지방의회와 지방자치단체장의 관계정립 방안, 자치공론 제3호(2003).
- 정원희·김예승·양기근, 지방자치단체장과 지방의회간의 갈등에 관한 연구 : 서울시와 경기도의
무상급식 갈등사례를 중심으로, 분쟁해결연구 제11권 제1호(2013).
- 이종호, 지방의회와 지방자치단체장과의 관계, 한국인간관계학보 제9권 제1호(2004).
- 최계영, 지방자치단체장의 고유권한을 침해하는 조례 규정 판단 기준 연구, 2013. 9.
- 최성환·김수란, 지방의회와 지방자치단체장 간의 권한분쟁에 관한 대법원 판례 연구, 경기연구
원(2016. 12).
- 하상균·주경일, 자치단체장과 지방의회간 갈등해소 방안, 한국행정학회 하계학술대회 발표문
(2012).
- 하태권, 광역지방자치단체장의 인사권확대에 관한 연구, 한국행정학보 제29권 3호(1995).
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2019.

- Bradley A. Benedict, "Upsetting the balance: Ignoring the separation of powers doctrine in council of New York v. Bloomberg", 72 Brook. L. Rev. 1261, 2007.
- Charles Herman Winfree, "B. State ex rel. Martin v. Melott: The Separation of powers and the power to appoint", North Carolina Law Review September, 1988.
- Jeremy Waldron, "Separation of powers in thought and practice?", 54 B.C. L. Rev. 433, 2013.
- John S. Baker, Jr., Symposium the Legacy of the Federalist Papers the Eleventh Annual National Federalist Society Symposium on Law and Public Policy 1992, Panel III: Liberty and Constitutional Architecture, 16 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 59, 1993.
- Leslie Southwick, "Separation of powers at the state level: Interpretations and challenges in Mississippi, 72 Miss. L. J. 927, 2003.
- Pekham Pal, "History, governmental structure, and politics: Defining the scope of local board of health power", 84 Fordham L. Rev. 769.
- R. Lincoln, "Executive decisionmaking by local legislatures in Florida: Justice judicial review and the need for legislative reform", 25 Stetson L. Rev. 627, 1996.
- Robert M. Bastress, Jr, "Localism and the west Virginia Constitution", West Virginia Law Review Spring, 2007.
- Thomas O. Sargentich, "The contemporary assault on checks and balances", 7 Widener J. Pub. L. 231, 1998.

| Abstract |

The Local Autonomy Act is designed to check and balance each other by adopting an organ separation model. The Local Autonomy Act allocates the separated their own authorities to the local council as a deliberative body and to the chief executive of local government as an enforcement agency each. The local council and the chief executive of local government are separated from each other and exercises its own authorities. The purpose of distribution of these authorities in the Local Autonomy Law is to ensure that the government does not wield tyrannical powers over the citizenry. The policy behind the separation of powers is the so-called “balance of power,” the idea that tyranny can be prevented by ensuring that no person or persons can control the entire power of the government. The conflict and disputes between the chief executive of local government and the local council is natural due to the allocation of local authority. Thus, the conflict must be resolved based on the separation of powers. Historically, the separation of powers principle has not been applied to local governments for two reasons. First, local governments were seen as mostly administrative bodies with some narrowly confined policy making powers, therefore, have historically been seen in administrative, rather than governmental roles. Second, the local governments have been primarily considered as service providers rather than governmental institution, so courts do not apply the separation of powers doctrine to local governments, which are currently authorized by statute to adopt forms of government. But local government must comply with separation of powers. The local council and the chief executive of local government exercise its own authorities and its involvement in exercising of the other’s authorities is permitted within the scope of mutual checks. They should not violate the essential part of the inherent authorities of other beyond the scope of checks concerning the exercise of its own authorities. And also this study would derive the criteria to resolve the conflict between the chief executive of local government and the local

council by analyzing the precedents of the Constitutional Court and the Supreme Court.

Keywords: separation of powers, checks and balances, chief executive of local government, local council, Local Autonomy Act

외국의 지방자치제도에 관한 비교법적 연구

A Comparative Analysis of the Constitutional Institution of Local Government in Foreign Countries

동국대학교 법과대학 교수, 최봉석
Univ. Dongguk, Seoul Prof. Dr. jur. Choi, Bong Seok

■ 목 차 ■

I. 서론-지방자치제도에 관한 비교법적 연구의 의미	109
II. 주요국 지방자치제도의 본질과 특징	110
1. 미국의 지방자치제도	110
2. 일본의 지방자치제도	121
3. 프랑스의 지방자치제도	124
4. 스위스의 지방자치제도	130
5. 독일의 지방자치제도	134
III. 비교법적 시사점과 과제	141

Ⅰ 국문초록

주요국가의 지방자치제도의 특징과 최근 관련 법제개혁의 동향을 살펴보면, 지방자치단체에 폭 넓은 입법권, 행정권, 재정권한을 헌법에서 명시적으로 보장하고 있다는 공통점이 발견되고 있다. 이에 따라 국가와 지방자치단체의 입법권의 범위를 헌법에 명시하여 자치입법권의 범위가 국가의 입법정책에 따라 침해될 개연성이 높은 우리나라의 현행 헌법 규율방식을 개선할 필요가 있을 것으로 보인다. 특히 지방자치단체의 권한에 관해서는 독일기본법과 같은 자주재원과 재정고권의 보장이 가장 현실감 있고 유효성 있는 제도적 보장책이 될 것이다. 지방자치단체의 종류를 법률이 아닌 헌법에 규정하는 것은 정치적 이해관계와 입법자의 의도에 따라 좌우되지 않도록 보장되어야 하며 지방자치단체 역시 국정참여의 파트너로 참여하는 제도적 장치를 마련하여 지방자치의 실질적 보장 내지 지방분권의 실효적인 제도화를 위한 헌법적 결단이 필요한 것으로 보인다.

지방자치제도의 선경험자라 할 수 있는 국가들의 헌법과 헌법개정 및 관련 제도의 개혁은 향후 우리 헌법과 지방자치법제가 선택해야 할 중요한 내용과 진로에 관해 중요한 시사점을 전해주는 것을 발견할 수 있다. 주민주권주의, 지방자치단체의 종류와 구성에 관한 헌법적 규율과 함께 지방자치의 존립에 대한 근거, 지방행정의 주체성의 보장, 사무범위에 대한 기준(보충성의 원칙 등), 지방자치단체의 입법 재량의 확대, 국가에 의한 재정조정을 기반으로 한 지방자치단체의 자주재정권 보장, 지방자치단체의 자주적인 지역계획의 형성권(계획고권)의 보장 등이 바로 우리 헌법이 분권형 헌법으로 한 단계 업그레이드 하는 데 필요한 필수 아이템이 될 것이다.

주제어: 지방자치, 분권헌법, 헌법개정, 지방자치법, 지방자치제도보장, 지방분권

(논문접수일: 2019. 10. 31. 심사개시일: 2019. 11. 4. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 서론 - 지방자치제도에 관한 비교법적 연구의 의미

2019년, 지방자치제도의 부활을 알리는 1987년 헌법 개정 이후 32년, 뜨겁게 헌법 개정 논의가 촉발되고 진행되었던 2018년을 넘어 이제는 좀 더 이성적으로 헌법과 지방자치제도의 현재모습을 객관화할 수 있는 시기라 할 수 있다. 1987년 6월 항쟁¹⁾의 산물이라 할 수 있는 현행헌법은 어찌 보면 당시상황에서 향후 지방자치제도를 부활할 경우를 대비한 시나리오를 기술한 것이라 해도 과언이 아니다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 지난 30여 년 간 우리의 지방자치제도는 실로 헌법을 초월했다고 할 수 있는 발전과 변화를 겪어왔다고 할 수 있다. 그러나 다른 면에서는 지방자치와 관련한 소위 ‘초법적 헌법’으로 인해 지방자치제도는 수많은 어려움과 한계에 직면해있다는 논평을 피할 수 없는 상황이라 할 수 있다. 지난 2018년, 그 어느 때보다도 헌법 개정에 관한 논의가 박진감 있게 진행되었던 것으로 보인다. 이에 지방자치개혁에 관한 수많은 법적, 제도적 및 정치적 담론이 제시되었고 지금도 그 논의는 마무리되지 못하고 있다.

현행 헌법은 지방자치단체에게 주민의 복리와 재산의 관리라는 이념과 목적의 실현을 위한 과업을 요구하면서 또한 국가에 대해 이를 하나의 확고한 헌법상의 제도로 보장할 사명을 부여하고 있다. 그러나 30년을 넘는 지방행정, 즉 국가행정의 하부단위에서의 지방행정에 대한 국가의 중앙집권적 관리에 관한 경험은 헌법의 언명을 충실히 반영하지 못하고 있고 법원이나 헌법재판소의 입장 역시 소극적 범주를 벗어나고 있지 못한 것으로 보인다. 결국 지방자치제도의 발전은 그 출발점이 되는 헌법이 직접 나서야 할 수 밖에 없는 헌법적 과제가 되어버렸다고 할 수 있다. 지방자치제도가 국가의 보호망을 넘어 자주적이고 자율적인 국가의 동반자관계로 진일보 할 수 있는 지방자치의 실질적 제도보장이 분권형 헌법의 모습이라 할 수 있다.

우리의 지방자치제도는 그 출발에서부터 우리보다 일찍 지방자치제도를 실시하고 경험해 온 외국의 지방자치제도를 차용했음은 주지의 사실이다. 따라서 민주주의와 자치의 발전에 관한 인류의 보편성에 기초할 때 이들 외국의 지방자치제도, 특히 그 현실과 개혁방향은 우리의 지방자치발전에 중요한 방향성을 제시할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 2006년 이후 가속화된 프랑스의 분권헌법, 2016년까지 약 10여년에 걸쳐 지속된 독일의 기본법개혁 그리고 2010년 일본에서의 제도개혁과 지방자치제도의 교과서라 할 수 있는 스위스의 지방자치제

* 동국대학교 법과대학 교수, 법학박사, 한국행정법학회·한국지방자치법학회 부회장.

1) 강제규, 지방자치법제상 주민참여제도의 한일비교, 지방자치법연구 통권 제28호 제10권4호(2010), 6면.

도는 우리 지방자치의 현주소를 이해하고 향후 발전전략을 모색하는 시금석이 될 것으로 보인다. 특히 유럽지방자치현장과 세계지방자치선언 및 세계지방자치현장을 마련하기 위해 구상되고 있는 제도적 장치들은 지방자치의 확대강화가 이 시대 시민사회의 보편적이고 필연적인 요소라는 전(前)헌법적 인식을 강요하고 있다. 이 글에서는 최근까지 이루어져 온 각국의 분권형 국가로의 개혁을 위한 지방자치관련 헌법개정²⁾과 각종 법제도의 개혁동향을 살펴봄으로써 우리헌법개정에 관해 의미 있는 시사점을 발견해보고자 한다.

II. 주요국 지방자치제도의 본질과 특징

1. 미국의 지방자치제도

(1) 미국의 지방자치제도 개관

지방자치(Local Autonomy)라는 말은 미국에서는 주정부(State Government)와 지방정부(Local Government)의 관계를 표현할 때 사용한다. 연방제 하에서 주정부는 이미 연방정부로부터 상당한 자치권을 인정받고 있는 단위국가(State)의 위상을 갖는데, 이러한 점은 연방제라는 정치체제를 택하고 있는 영국, 독일 등의 다른 연방제국가들과 대체로 유사하다고 할 수 있다. 따라서 지방정부의 자치 정도는 주정부와의 관계에서 지방정부가 얼마나 많은 자치권을 인정받는지를 의미하며, 그 정도는 주마다 정해진 바가 같지 않다.

미국은 주마다 각기 다른 지방제도를 가지고 있지만, 지방정부라고 할 때 일반적으로 카운티(County : 자치군, 군)와 시티(City : 시)를 지칭하며 그 외 지방행정단위들로, 빌리지(Village : 읍, 면), 타운(Town : 동) 등이 있다. 우리나라를 비롯한 일부 국가들이 지방자치단체와 지방의회를 구별하여 헌법과 법률에서 규정하는 것과 다르게 미국은 ‘지방정부(Local Government)’라는 표현으로 두 주체를 모두 포괄하는 것으로 표현하고 있다.

우리의 현행헌법 제118조가 지방의회를 지방자치단체 내의 기관으로 정의하고 있고, 지방의회와 별도로 지방자치단체장을 하나의 단위로 별도로 규정하고 있는 만큼, 적어도 현행헌법의 취지를 문언대로 이해한다면 우리나라의 헌법 역시 지방자치단체장과 지방의회를 지방자치단체라는 지역공동체개념에 포섭시키는 것으로서 우리의 지방자치단체 개념과 미국의

2) 소위 불문법계 국가인 미국과 형식적 의미의 헌법이 없는 영국 및 유럽 국가들에서도 분권형 국가를 위한 헌법수준에서의 개혁이 이루어져 왔다.

Local Government의 개념이 다르지 않다고 할 수도 있다. 다만, 현행 헌법이 지방의회를 지방자치단체의 내부기관으로 규율하고 있는 것에 대해 비판론이 주류를 이루고 있는 만큼, 미국식의 Local Government 개념이 곧바로 우리헌법의 지방자치단체 개념과 동일한 것이라 확인하는 데에는 주의가 필요할 것으로 보인다.³⁾

지방정부의 개념은 행정부와 입법부로서의 권한과 지위를 지방행정부와 지방의회가 나누어 담당하고 있으며, 이를 합쳐서 일종의 정부로 인정해야 한다는 의도를 담고 있는 것으로 이해되기도 한다. 그러나 미국의 경우 지방정부는 선거에 의해 민주적 정당성을 갖춘 대의기구를 지칭하는 것으로서 선거에 의하지 않은 자치구(County) 내지 교육자치구(School County) 등 특별자치구에는 ‘Local Government’라는 명칭이 주어지지 않는다.

이 점에 대해 국내 법학계에서는 상당기간 오해 내지 이견이 존재하였던 것으로 보인다. 이로 인해 행정학이나 정치학 등 유관학문분야에서 지방정부로 통칭하는 우리의 지방자치단체의 호칭문제를 부정확한 것으로 오해하기도 했다. 저자는 지난 2017년 이후 우리 법학계의 이러한 오해에 대해 그 원인과 해법을 지적하며 민주적 공직선거에 의해 구성된 주민의 대의기관인 지방자치단체는 오히려 지방정부로 칭하여야 하며, ‘지방자치단체’라는 용어가 오히려 지방자치제도의 실시와 무관하게 지방자치단체의 법인격성, 즉 공법상의 법인(法人)성을 표시하는 단어로서 1987년 헌법 개정 이전 유신헌법으로 중단되어 군사독재로 이어진 지방자치제도의 중단시기에도 지방행정단위를 지방자치단체로 명명한 바 있음을 지적한 바 있다.⁴⁾

역사적으로 지방자치를 중요하게 여기는 미국은 각 주의 헌법에서 각 단계의 지방정부의 권한과 책임을 비교적 상세히 규정하고 있다. 대표적으로 뉴욕(New York)의 경우 제8조 지방재정(Article VIII Local Finance) 및 제9조 지방정부(Article IX Local Governments) 조항을, 캘리포니아(California)의 경우 제11조 지방정부(Article XI Local Government) 조항을 두고 있다. 그 밖에 많은 조항에서도 지방정부에 대해 적용하는 권한과 책임에 대해 규정하고 있다. 미국의 각 주들은 대체적으로 헌법 형식 및 실질적인 내용에 있어 모두 지방자치를 높은 수준으로 보장하고 있는 것으로 보인다.

(2) 미국헌법상 지방자치제도⁵⁾의 특징

1) 지방자치의 기본이념과 원칙 명시

3) 이에 대한 구체적인 설명은 최봉석, 지방자치의 기본범리, 한국법제연구원, 2008, 79면 이하 참조.

4) 보다 구체적인 내용은 최봉석, 지방자치법론, 삼원사, 2018, 132면 이하 참조.

5) 미국의 지방자치에 관한 헌법규율은 연방헌법이 아닌 주헌법의 규율관할에 속하므로 이 글에서는 주헌법 중 대표적인 일부 주에 관한 헌법규정을 분석의 대상으로 하였음을 밝혀둔다.

표현은 차이가 있지만, 대부분의 주 헌법들은 지방자치의 기본이념과 목적 등을 헌법에서 규정하고 있다. 뉴욕 주헌법의 경우, 지방자치에 관한 제9조 제1항6)에서 시민들을 위한 효과적인 지방자치 및 정부 간 협력을 주된 목적으로 규정하고 있다. 캘리포니아 주헌법의 경우, 첫 헌법의 총강과 전문에서 별도의 선언적 규정은 두고 있지 않지만 지방정부의 의무에 관해 규정하면서, 모든 지방정부는 지방자치적인 기능을 수행할 의무가 있음을 명시하고 있다. 또한 제11조 제8항에는 카운티는 시티의 요청에 따라 지방자치적 기능을 수행해야 한다고 규정하여 지방정부 상호간의 관계에 관해서도 ‘자치의 원칙’⁷⁾을 밝히고 있다.

2) 명확한 헌법규정

미국 주헌법은 지방정부의 권한 및 의무 등을 매우 상세하게 규정하고 있다. 이는 지방정부의 자치권의 정도와 범위를 분명하게 규정하여 자치권을 보장하고자 함이다. 이를 통해 상위 정부와의 충돌을 최소화하고, 충돌 시에도 지방정부의 권한을 법의 근거를 통해 쉽게 확인하고 구제할 수 있다.

뉴욕의 경우, 헌법 차원에서 지방정부의 권한을 매우 상세하게 규정하고 있다. 예를 들어 제9조 제1(f)항에서는, 지방정부가 공공 서비스 제공에 활용된 재산에 대해 보상하고 수익을 환원할 때 의회에 의해 제약받지 않을 권한을 명시하고 있다. 한국의 헌법에서 재산관리권(또는 의무)에 대해서만 언급하고 자세한 내용은 법률에 유보하는 것에 비해 훨씬 상세하다고 볼 수 있다. 캘리포니아의 경우도 마찬가지이다. 예를 들어 제11조 제9(a)항에서는, 지방정부가 전기, 물, 가스, 교통, 통신을 공급하기 위한 공공 기관을 설립 및 운영할 수 있음을 규정하고 있다. 위 두 예시를 포함하여 각 주헌법은 수십 개의 조항을 통해 명확하게 자치권의 정도를 규정하고 있다.

3) 적정 수준의 법률위임과 법률유보

미국 주헌법의 경우에도 헌법 또는 법률에 위배되지 않는 범위 내에서의 지방법 또는 조례 제정권을 규정하고 있다. 이와 비교하면 한국 헌법에서 ‘법령의 범위 내에서’ 조례를 제정할 수 있도록 하는 것은 매우 좁은 범위에서 조례제정권을 규정한다고 볼 수 있다.

6) 미국의 헌법체계는 한국과 다르기 때문에, 아티클(Article) 또는 섹션(Section) 등의 용어에 한국 법에서 쓰는 용어를 그대로 사용하기는 어렵다. 본문에서는 아티클의 경우 ‘조’, 섹션의 경우 ‘항’이라 부른다.

7) 지방정부 상호간의 자치의 원칙은 우리식의 보충성의 원칙과 유사한 것으로 이해될 수 있을 것으로 보인다. 보자 작은, 보다 주민에 밀접한 지방정부에게 자치에 관한 우선권(Initiative)을 부여하는 것으로 이해될 수 있다.

뉴욕의 경우, 각 지방정부는 헌법 조항에 위배되지 않는 한 지방법을 제정할 수 있으며, 다만 의회가 그 정도에 일정한 제한을 둘 수 있다는 점을 제9조 제2(c)항에 규정하고 있다. 캘리포니아의 경우에는 제11조 제7항을 통해 지방정부가 일반법에 위배되지 않는 한 조례 및 '규제적 규율(Regulation)'을 제정할 수 있다고 명시하고 있다. 이처럼 법률에 명확한 근거가 있지 않거나 법률의 규율내용 밖의 내용을 정하더라도, 그것이 현행 법률에 위배되지 않는 한에서라면 조례를 제정할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 우리의 자치입법권과 비교한다면 미국의 경우에는 법률유보원칙이 아닌 '법률우위의 원칙'만을 조례제정권의 한계로 설정하고 있다고 할 수 있는바, 실제 지방정부의 자치입법권은 상당한 수준으로 확장될 것으로 이해될 수 있다.

4) 다른 헌법 및 법률 조항과의 충돌 방지

미국의 경우 법률에 위반하지 않는 범위 내에서 조례제정을 규정하고 있는 것이 보편적이기는 하나, 이 경우 현존하는 헌법 및 법률과 충돌하는 경우가 발생할 수 있다. 일반적으로 우리나라의 경우, 법률유보원칙을 전제로 한 입법은 적어도 침익적 규율사항에 관해 법률적 근거를 요하기 때문에 직접근거법 외의 타 법령과의 관계는 그리 중요한 문제가 되지 않으며, 동시에 적용되는 법률우위의 원칙 역시 실질적으로 침익적 규율범위는 법률유보의 원칙에 의해 우선적으로 필터링 되기 때문에 실제 법률우위성 여부의 판단대상은 그리 넓지 않으며 그 내용 또한 비침익적 영역에 한정되는 만큼, 설사 그 검증이 완전한 것이 아니더라도 실질적인 법적 문제를 초래하지는 않게 된다. 하지만 법률우위의 원칙만이 검증의 기준이 된다면 그 적용영역은 예상하기 어려울 정도로 넓어질 수 있는 만큼, 엄정한 검증에도 불구하고 현실적으로 타 법령에 위반되거나 규율내용 상호간에 규범적 충돌을 초래할 가능성은 적지 않다고 할 수 있다.

미국 주헌법과 법률의 다양한 조항에서 지방정부의 경우를 예외조항으로서 규정하여 충돌을 방지하고 있다. 또한 지방정부의 조례나 규정이 그 주의 현행 법률보다 우선할 수 있음을 규정한 사례가 많다는 점은 우리와는 다른 중요한 특징이라 할 수 있다. 예를 들어 뉴욕 헌법에서는 제9조 3(b)항에서 헌법 조항이 현행 지방법에 영향을 미칠 수 없다고 규정하여, 경우에 따라 지방법이 주헌법보다 우선할 수 있음을 밝히고 있다. 캘리포니아의 경우처럼 지방정부의 헌장이 법률보다 우선할 수 있다는 조항을 두고 있기도 하다.

〈입법례〉 캘리포니아주 헌법

제11조 ③(a) …본 헌법 조항이 정한 바에 따라 채택된 **카운티 현장은 어떤 현행 현장⁸⁾보다도 우선하며, 지방자치 사무와 관련된 경우 어떤 불일치하는 법률보다 우선한다.** 현장의 조항들은 곧 주의 법이며 의회 입법에 영향을 미친다.

(2) 헌법상 지방자치의 보장

1) 자주입법권의 보장

미국의 주헌법은 대체로 지방정부의 자치입법권을 폭넓게 보장하고 있다. 법률에 위반하지 않는 범위 내에서 조례제정권을 폭넓게 보장함은 물론, 경우에 따라서는 조례가 법률에 준하는 위상을 갖도록 허용한다.

뉴욕의 경우도 헌법 및 일반법에 불일치하지 않는 한 재산, 정무, 통치에 관한 지방법을 자유롭게 제정할 수 있도록 보장하고 있다(제9조 2(c)항). 캘리포니아의 경우도 비슷한데, 특히 지방정부의 구성방법, 선거 및 운영 등에 대해 주로 규정하는 현장의 경우 불일치하는 법률보다도 우선할 수 있음을 보장하고 있다.⁹⁾

2) 행정권의 승인

지방정부의 행정권은 지방정부의 조직과 운영에 관한 권리와 지방 사무에 관한 권리로 나뉜다. 미국 대부분의 주헌법은 지방정부가 소속 지방행정단위와 지방정부의 의회를 조직하는 절차, 운영, 구성 등을 스스로 제정할 수 있도록 충분한 권한을 부여하고 있다. 특히 지방정부가 규정하는 기본조례로서의 법적 지위를 가지는 현장의 경우, 이를 법률에 준하는 것이거나 그 이상의 법적 위상과 효력을 가지는 것으로 보장하기도 한다. 이 밖에 지방정부의 폐지분합(설치, 분리, 통합, 폐지)의 경우 반드시 주민투표를 거치게 하는 등 더욱 엄격한 기준을 두고 있는 경우가 많은 점이 특징이다.¹⁰⁾

지방사무의 경우 지방정부가 담당하는 사무 분야를 상세히 규정하는데, 대체로 보충성의 원칙에 의거하여 상당히 많은 부분을 주정부보다는 지방정부가 우선적으로 그의 사무로 규정하고 집행하는 것이 일반적이다.

8) '현장(Charter)'은 지방자치단체의 구성, 공무원의 권한과 의무 등 조직 및 운영에 대한 헌법적 규율이다.

9) **캘리포니아주 헌법 제9조 제5(a)항** …본 헌법에 따라 채택된 시티 현장은 어떤 현행 현장보다 우선하며, 지방자치 업무와 관련된 경우 어떤 불일치한 법률보다 우선한다.

10) **캘리포니아주 헌법 제11조 제1항** …(카운티의) 형성 또는 통합은 영향을 받는 해당 카운티 주민의 투표에 의해 과반수의 동의를 필요로 한다.

3) 자주재정권의 보장

우리나라 헌법의 경우 지방자치단체의 재정권을 보장하는 규정이 없지만, 미국 주헌법에서 지방정부의 재정권 보장은 매우 중요한 규정이 되고 있다. 뉴욕은 주헌법 제11조에 지방재정 조항을 두고 있고, 각 주헌법에서는 지방정부의 세금, 수입 및 지출, 채무, 공공사업 등 다양한 분야에 관하여 권한과 의무를 상세히 규정하고 있다. 대부분의 주헌법이 지방정부의 재정권을 명문으로 선언하면서 보장하고, 상당히 넓은 범위에서 재정권을 구체적으로 인정하고 있음을 확인할 수 있다. 예를 들어 캘리포니아 주헌법의 경우 지방자치 목적의(지방자치를 목적으로 하는) 조세를 인정하고 있고 주법에서는 자치목적세를 지방정부가 직접 부과 및 징수하고 지방정부의 재원으로 전액 귀속시키도록 명시하고 있다.¹¹⁾

4) 사법적 권리구제

미국은 한국과 달리 헌법재판소가 따로 있지 않고, 대법원에서 합헌성 여부를 심사한다. 특이한 점은, 미국은 분산형 헌법재판제도를 채택하고 있기 때문에 연방대법원 뿐만 아니라 모든 주 및 연방 법원들이 법률의 연방헌법 위반 여부를 심사할 수 있다는 점이다. 즉 지방정부가 자치권 침해를 구제받고자 할 때, 그것이 헌법에 관련한 문제인가 여부와 상관없이 대법원에 심판을 청구할 수 있는 것이다. 다만 그 절차 등은 해당 주의 사법체계에 따라 다를 수 있다.

5) 국정 및 지방자치에의 참여

미국은 연방에 주를 대표하는 상원을 두고 있는 만큼, 주의 인구규모와 상관없이 연방에서도 개별 주의 권리를 보호할 제도적인 장치가 마련되어 있다고 할 수 있다. 국정 참여의 중요한 기준 중 하나인 법률안 제출권의 경우, 미국 헌법은 의회의 입법권한을 명확히 하여 의원을 통한 법률안 제출만을 가능하게 하고 있다. 이는 국회의원뿐만 아니라 정부에게도 법률안 제출권을 부여한 한국 헌법보다 엄격하다고 볼 수 있다. 그러나 두 경우 모두 실질적으로는 정부의 법률안(우회적으로 의원발의의 형식을 취한 법률안 포함)이 통과될 확률이 매우 높다. 지방정부 또한 연방정부의 경우와 마찬가지로 원칙적으로 법률안 제출은 지방의회를 통해서만 할 수 있도록 정하고 있다.

주민 참여의 경우, 뉴욕과 캘리포니아 헌법에서 이를 구체적으로 규정한 조항은 특별히

11) 캘리포니아주 헌법 제13조 24(a)항 의회는 지방 목적의 세금을 부과할 수 없으며, 지방정부가 이를 부과하도록 인가해야 한다.

없다. 다만, 지방정부의 폐지분합, 선거 사무소의 이전 등 지방자치에 관련하여 중요한 결정을 하는 경우 주민투표를 의무화하는 조항을 마련하고 있는 경우가 많다.

< 미국 주요 주 헌법 중 지방자치 관련 규정의 비교 >

규정	주	뉴욕	캘리포니아
1. 헌법 형식 상 공통적인 특성			
지방자치의 기본이념과 원칙 명시		효과적인 지방자치 및 정부 간 협력을 주 시민들의 목적으로 규정함. (IX-Sec.1)	각 수준의 지방정부는 지방자치적 기능을 수행할 의무가 있음. 예) 카운티는 시티의 요청에 따라 지방자치적 기능을 수행해야함. (XI-Sec.8(a))
분명한 헌법 조항		지방정부의 권한을 상세하게 규정 예) 지방정부는 공공 서비스 제공에 활용된 재산에 대해 보상하고 수익을 환원시 의회의 제약받지 않음. (IX-Sec.1(f))	지방정부의 권한을 상세하게 규정 예) 지방정부는 전기, 물, 가스, 교통, 통신을 공급하기 위한 공공 기관을 설립 및 운영할 수 있음. (XI-Sec.9(a))
적정 수준의 법률 위임 및 유보		조례에 대해 낮은 정도의 법률유보를 적용함. 예) 각 지방정부는 헌법 조항에 위배되지 않는 한 지방법을 제정할 수 있으며, 다만 의회가 그 정도에 제한을 둘 수 있음. (IX-Sec.2(c))	조례에 대해 낮은 정도의 법률유보를 적용함. 예) 지방정부는 일반법에 위배되지 않는 한 조례 및 규제를 제한 아래 제정 가능함. (XI-Sec.7)
다른 헌법 및 법률 조항과의 충돌 방지		지방법이 주 헌법보다 우선할 수 있음을 규정하여 상호 충돌을 방지함. 예) 헌법 조항이 현행 지방법에 영향을 미칠 수 없음. (IX-Sec.3(b))	지방정부 헌장 및 조례가 헌법보다 우선할 수 있음을 규정함. 예) 카운티 헌장은 불일치하는 법률을 대체할 수 있음. 헌장 조항은 곧 주의 법률임. (XI-Sec.3(a))
2. 내용 상 지방자치권 보장			
입법권		지방정부의 자치입법권을 폭넓게 보장함. 예) 지방정부는 헌법에 불일치하지 않는 한 재산, 정무, 통치에 관해 자유롭게 지방법을 제정 가능. (IX-Sec.2(c))	지방정부의 자치입법권을 폭넓게 보장함. 예) 시티 헌장은 어떤 현행 헌장 또는 불일치하는 법률보다도 우선함. (XI-Sec.5(a))
행정권		지방정부 조직, 운영 등 주요 사무를 지방정부의 권한으로 규정함. 예) 주민투표 과반수 동의 없이 지방정부 구역이 다른 구역에 통합될 수 없음. (IX-Sec1.(d))	지방정부 조직, 운영 등 주요 사무를 지방정부의 권한으로 규정함. 예) 카운티의 형성 및 통합은 과반수 이상의 유권자 투표에 따라 정해짐. (XI-Sec.1(a))
재정권		지방정부의 재정권을 폭넓게 보장함. '지방 재정' 조항을 따로 두어 상세하게 채무, 조세의 정도, 방법, 제한을 규정함.	지방정부의 재정권을 폭넓게 보장함 예) 의회는 지방 목적의 조세는 지방정부가 부과하도록 권한을 부여해야함.

규정	주	뉴욕	캘리포니아
		예) 채무와 세금 제한을 준수하는 한, 헌법은 지방정부가 주민복지를 위한 조항의 제정을 막을 수 없음. (VIII-Sec.1)	(XIII-Sec.24)
사법권 (권리침해의 구제)		(지방정부 및 지방재정 조항에 명시되어 있지 않음)	(지방정부 조항에 명시되어 있지 않음)
국정 및 지방자치에의 참여		(지방정부 및 지방재정 조항에 명시되어 있지 않음) 상원을 통해 국정 참여 가능함.	상원을 통해 국정 참여 가능. 주민의 참여가 필요한 사항을 상세히 규정함. 예) 헌장 초안 작성 및 수정을 위한 투표 및 위원회 선출에 있어 지방정부 또는 주민 법안 발의가 필요함. (XI-Sec.3(c))

6) 미국 지방정부의 기관구성 특징 및 현황¹²⁾

미국에서는 지방정부별로 다양한 자치계층과 지방행정기관의 형태가 존재하고 있다. 즉, 주(State)별로 별도의 헌법이 존재하는 가운데 지방정부 내의 집행기관과 지방의회의 법적 지위와 권한 및 상호관계가 상이하며 지방정부의 집행기관과 지방의회 내부의 기관구성과 운영형태 역시 다양한 모습을 보이고 있다.

미국 지방정부의 대표적인 기관구성형태라 할 수 있는 ‘의회-매니저(the Council-manager government)형’이 다수를 이루고 있는 가운데 ‘시장-의회제(mayor-council)형’과 ‘위원회(commission)형’ 역시 비록 소수이지만 일정한 비율을 차지하고 있다. 이 중 ‘의회-매니저(the Council-manager government)형’과 ‘위원회(commission)형’은 지방의회가 주도하는 기관 통합형으로 지방정부형태로서 지방의회 사무국이 실질적인 지방정부의 주축을 담당하고 있다.

‘의회-매니저(the Council-manager government)형’은 지방의회가 집행기관의 수장인 시티매니저(City Manager)를 임명하고 그에게 지방정부의 행정을 맡기는 형태인데, 시티매니저는 지방의회의원이 아닌 임명제시장으로서 시의회의 제안에 따라 지방정부의 업무를 총괄하게 된다. 그의 담당하는 업무와 구체적 권한 및 책임범위는 임명시 지방의회와 체결한 계약에 따라 결정된다. 지방의회는 임명제시장과는 독립적으로 지방정부의 정책결정, 조례제

12) 이에 주의회는 포함되지 않는다. 한국의 상당수 문헌들이 미국의 주(State)까지도 지방정부로 파악하며 주의회를 지방의회로 소개하는 사례가 많은 것으로 보인다. 하지만 미국, 독일 등 연방제를 채택하는 국가들의 주는 하나의 국가(state) 개념으로 단순히 한국의 광역자치단체의 비교대상으로서는 적절치 않은 것으로 보인다. 주의회는 오히려 한국의 국회와 비교 대상이 되는 것이 타당할 것으로 보인다. 하동현·안영훈, 지방의회 인사권 독립에 관한 연구, 한국지방행정연구원, 2012, 5면 이하 참조.

정, 예산승인 및 공무원임용에 관한 업무를 수행하는데 그 범위는 기관통합형 정부형태 하의 지방의회의 권한에는 이르지 못하지만 기관대립형 정부형태 하의 지방의회의 권한과 관할은 초월한 것으로 볼 수 있다.

〈미국 주요도시 지방정부의 정부형태(집행부-의회 기관구성형태)〉

도시	인구(추계)	기관구성형태	정부형태
New York	818만명	mayor-council	기관대립형
Los Angeles	379만	mayor-council	기관대립형
Chicago	270만	mayor-council	기관대립형
Houston	210만	mayor-council	기관대립형
Philadelphia	152만	mayor-council	기관대립형
Phoenix	145만	council-manager	기관통합형
San Antonio	133만	council-manager	기관통합형
San Diego	131만	mayor-council	기관대립형
Dallas	120만	council-manager	기관통합형
San Jose	95만	council-manager	기관통합형
San Francisco	92만	mayor-council	기관대립형
Jacksonville	81만	mayor-council	기관대립형
Detroit	81만	mayor-council	기관대립형
Indianapolis	81만	mayor-council	기관대립형
Austin	79만	council-manager	기관통합형
Columbus	77만	mayor-council	기관대립형
Fort Worth	73만	council-manager	기관통합형
Charlotte	70만	council-manager	기관통합형
Memphis	68만	mayor-council	기관대립형
Boston	68만	mayor-council	기관대립형
Baltimore	64만	mayor-council	기관대립형
Ei Paso	62만	council-manager	기관통합형
Seattle	62만	mayor-council	기관대립형
Denver	61만	mayor-council	기관대립형
Milwaukee	61만	mayor-council	기관대립형

■ 출처: 2018년 기준 통계, 미국통계청, 2018¹³⁾

반면에 우리식의 기관대립형 정부형태라 할 수 있는 ‘시장-의회(mayor-council)형’ 정부형태는 2015년 통계조사표에 따르면 지방정부 전체의 43.3%를 차지하고 있다. 물론 이러한 정부형태가 미국에서 가장 많은 지방정부 정부형태의 유형은 아니지만 미국 내 상위 25개 대도시의 68%가 ‘시장-의회(mayor-council)형’을 채택하고 있다는 점에서 미국의 지방자치 정부형태가 우리나라의 지방자치단체 기관구성 형태와 비교대상이 될 수 있는 전제가 어느 정도 있는 것으로 볼 수 있다고 할 수 있다. ‘시장-의회(mayor-council)형’ 정부형태는 구체적으로 강시장형¹⁴⁾과 약시장형으로 나눌 수 있으며 약시장형은 타운 등은 기초지방정부에서, 강시장형은 대도시에서 주로 채택되는 경향을 나타내고 있다. 이렇게 볼 때, 미국의 New York, Los Angeles, Chicago, Philadelphia, San Francisco, Dallas 등의 대도시, 즉 우리나라의 광역시 내지 대도시급 이상의 미국 도시 지방정부의 정부형태는 거의 대부분 우리나라 지방자치단체의 기관구성형태와 유사하다고 할 수 있다. 이는 미국식의 지방자치제도가 하나의 선택적 참고사항이 아니라 연방제 하에서 기관통합형 내지 의원내각제 지방정부형태가 다수를 이루는 유럽의 제국, 즉 그동안 비교법연구의 필수적 대상으로 여겨왔던 독일, 프랑스 등의 지방자치제도 운영보다 더욱 실효적인 시사점을 발견할 수 있는 대상이 될 수 있을 것으로 보인다.

7) 미국 지방정부 의회-집행기관 운영의 대심구조

미국의 지방의회, 특히 우리와 유사한 정부형태인 ‘시장-의회(mayor-council)형’ 정부형태에서 지방의회는 사무국장(시티클릭 : City Clerk)이 시 전체의 선거인명부 관리, 법률과 조례의 공포, 시행정업무에 대한 법적 기록관리 등 시 전체의 입법 및 법무관련 업무를 총괄한다. 뿐만 아니라 우리나라의 지방의회 사무처 등이 담당하는 시의회의 회기운영절차 등 의정 지원에 관한 업무 역시 총괄 관리하는 기능을 수행한다. 이러한 지방의회 사무국장을 막강한 권한과 전문성을 요하는 자리인 만큼 원칙적으로는 지방의회는 행정직원 중 승진 임용되기보다는 외부의 전문가를 선임하는 방식에 의해 충원되는데 그 구체적인 임명이나 선출의 방식은 지방의회마다 다양하게 나타난다. 시티클릭(City Clerk)은 지방자치단체의 개별적 사정에 따라 주민에 의해 직접 선출되거나, 지방의회 승인 하에 단체장이 임명(LA, Houston 등)하기도 한다. 지방의회가 직접 임명¹⁵⁾하기도 하지만 대부분의 지방정부에서는 시장 등 집행부의 수장이나 지방의원과 마찬가지로 시티클릭(City Clerk) 역시 공식선거를 통해 주민들의 투표

13) http://strongmayorcouncil.org/images/City_List_Top_25_2011_Publication.pdf

14) 강시장형 지방정부의 수장(시장 등)은 현재 한국의 지방자치단체장과 유사한 권한과 책임을 가진다.

15) 이 경우 기업의 CEO나 이사 선임방식과 유사한 방식으로 임용한다고 한다.

로 선출하는 방식을 취하고 있는 것(Chicago 등)으로 보인다.

〈New York시 시티클릭(City Clerk)의 주요 업무〉

- ① 지방정부(뉴욕시)의 인감(seal)의 관리
- ② 시의회가 제정(개정)한 모든 자치입법의 확인(attest) 및 시의회 의사절차 기록 등
- ③ 시에 영향을 미치는 주(State)의회의 조치나 법령 등에 대한 확인
- ④ 시의회 활동에 대한 기록관리 및 정보공개, 집행부에 대한 각종 의회 정보의 제공
- ⑤ 시와 민간의 부동산, 보조금, 계약, 채권, 세금 등 관련 인증
- ⑥ 시장의 행정명령과 시장의 확약에 관한 증명서, 주민투표의 청원 관련 서류, 각종 위원회 관련 서류 및 공직선거, 선거인명부의 작성·확인 및 관리, 주민투표 등 선거·투표관리 관련 사항을 포함한 공적 서류와 문서들의 책임관리
- ⑦ 로비스트의 관리
 - 로비스트로의 활동 및 관련 업무영역 등에 대한 정기적인 보고서의 작성과 관리, 보고서의 감사 및 로비스트의 인증과 행위의 적법성통제.
 - 로비스트에 대한 교육, 정보공유 및 로비스트의 인사정보 및 활동 관련 파일링과 그 내용의 정보 공개, 로비스트법 위반에 대한 조사부(Department of Investigation, DOI)와의 협력 작업
- ⑧ 주민생활과 직접 관련된 결혼, 장애 등 관련 인증업무 총괄
 - 결혼 라이선스와 국내 파트너십의 등록, 시민들의 결혼 세레머니 및 결혼 주례(officiants)의 등록, 결혼(이혼)의 기록관리, 장애 및 비장애의 인증서(Certificates of Non-Impediment) 발급

주의할 점은 미국 지방의회의 시티클릭(City Clerk)은 단순한 사무기구의 책임자가 아니라 주민의 대표기관으로서 지방의회의 입법과 집행의 투명성을 확보하기 위해 설치된 제3자적 중립기관이라는 점이다. 미국의 경우 사법부 외에도 행정부에서도 처분 등 각종 행정작용작용을 함에 있어 소위 행정법판사(Administrative Law Judge) 라는 준법감시관을 두어 행정관계에서도 이른바 ‘대심구조’를 취하고 있다. 이러한 대심구조의 형성 및 제3자의 중립적 지위에서 지방자치제도의 운영을 관리하는 지위가 바로 시티클릭(City Clerk)인 것이다. 따라서 그의 법적 지위와 독립성은 보장되면 그의 재임기간동안 그에 대해 지방의회나 집행기관 모두 그의 인사(재직기간, 급여, 업무 등 일체)에 대해 관여할 수 없도록 법제화 하고 있다. 따라서 시티클릭(City Clerk)은 지방의원이나 정당 등이 의뢰하는 입법조사 관련 업무에는 중사하지 않고, 지방의회의 공식적인 입법 관련 업무와 절차를 관리하는 한편, 지방의회의 각종 기록, 공식문서, 행정정보를 관리하고 공개하며 집행기관에 제공한다. 이와 함께 각종 지방정부의 공문서와 기록을 보관하고 각종 문서의 인증과 공증 등의 업무를 수행하는 한편, 지방정부의 정보공개와 주민참여, 공직선거 관리, 혼인(이혼)과 출산의 인증 등 공정성과 객관성이 요구되는 직무를 담당한다.

시티클릭(City Clerk)의 임무는 지방정부의 집행기관과 지방의회 사이의 중립적 대심관과 유사한 것이라 할 수 있는 만큼, 우리나라의 법원이나 선거관리위원회의 기능과 지방자치단체의 집행부가 행하는 법무행정 분야의 업무까지도 관할하는 것으로 보인다. 여기에서 과연 우리나라의 현재 지방의회의 위상과 업무관할 그리고 지방자치단체의 법무행정 관할이 적정한 것인지에 대한 논의가 필요하다. 나아가 행정부와 지방자치 영역에서 국가와 지방의 결정에 절차적 및 예방적 준법을 강화하기 위해 대심구조를 도입하는 미국의 결정 메커니즘(mechanism)에 관해서도 그 도입 혹은 그에 참고한 제도개선에 관해 신중한 고민이 필요할 것으로 보인다.¹⁶⁾

2. 일본의 지방자치제도

(1) 일본 지방자치제도의 전개과정

일본은 근대적 지방자치를 주로 프로이센의 제도를 모방한 것으로 중앙집권적인 것이었다. 일본에서의 현대적인 지방자치제도는 1947년 지방자치법이 공포되고 신헌법이 제정된 이후라고 할 수 있다. 지방분권은 ‘명치유신’, ‘전후개혁’에 이어 ‘제3의 개혁’으로 불리어 왔다¹⁷⁾.

1997년 「지방분권의 추진을 도모하기 위한 법률의 정비 등에 관한 법률」(일명 : 지방분권일괄법)을 제정하였고 2004년부터는 ‘삼위일체’개혁이 추진되었다. 「지방분권일괄법」 이후 결국 기관위임사무는 폐지되어 국가사무와 자치사무가 재편되었다. 이러한 제1차 지방분권개편의 핵심은 기관위임사무의 폐지와 ‘법정수탁사무’(단체위임사무)로의 전환이라 할 수 있다. 또한 지방사무개편과 함께 국가관여(중앙통제)를 완화하고 국가와 지방간의 분쟁처리를 위해 재정처리위원회를 설치하는 등 국가와 지방자치단체의 관계를 재정립하는 데 개혁의 중점을 두었다. 더불어 행정체제를 도도부현과 시정촌의 2계층제를 유지하면서도 1994년에는 광역연합과 중핵시도를 설치하는 등 특례를 도입하였고, 1995년에는 시정촌을 합병하는 조치를 단행하였다.¹⁸⁾

세출구조개혁인 ‘삼위일체개혁’은 ‘국가로부터의 세원이양’, ‘국고보조부담금 개혁’, ‘지방교부세의 재검토’를 일체적으로 실시하는 것이다¹⁹⁾. 국고보조부담금과 지방교부세를 축소하고 억제해감과 동시에 국세의 지방세로의 과감한 이양을 통해 지방재정 중 지방세수입의

16) 최봉석, 선진 각국의 지방자치제도, 대구광역시 공무원교육자료집(2019.5.28), 4면 이하.

17) 岩波一寛 外, 日本財政の改革, 新日本出版社, 1998, 239頁.

18) 김상태, 일본의 지방분권개혁, 지방자치법연구 제10권 제3호(2010), 35면.

19) 宇賀克也, 地方自治法概説, 有斐閣, 2007, 129頁.

비율을 높이고 작은 지방정부를 자치지표로 표방하여 지방재정의 건전화를 도모함으로써 지방재정을 흑자화로 전환하였다²⁰⁾.

1차 지방분권개혁이 미완에 그치지 않도록 하기 위하여 2007년 4월 1일부터 3년 한시법으로 「지방분권개혁추진법」을 제정하고 ‘지방분권개혁추진위원회’가 발족되어 지방분권개혁의 중추적 역할을 담당하도록 하였다. 2009년 12월에는 지방분권개혁추진계획²¹⁾을 작성하여 국회에 보고하고 2010년 「지역주권추진일괄법」을 제정하였다. 이 법은 국가와 지방자치단체가 대등·협력 관계로 역할을 수행하며 중복 행정을 피하기 위한 외교, 방위 등 국가 존립 관련 사무 등 ‘국가가 수행해야 하는 역할’에 해당하는 사무와 ‘주민에 친근한 행정’에 대한 지방자치단체의 재량과 책임을 강화하는 사무로 구분하였으며, 소위 보충성원칙에 의한 사무 처리 규정도 두었다. 도도부현에서 시정촌으로 권한을 이양하면서 8부성 15계통의 지방지분 부국의 321개 사항의 사무 및 권한 중 116개 사항의 사무 및 권한은 통폐합하여 이 중 9계통의 지방지분부구를 폐지하였다. 사무에 관련하여서는 지방자치단체에 대한 국가의 감독과 제한 및 각종 기준설정을 완화하고 조례제정권을 확대하여 국가법령에 따른 지방행정의 영향을 축소하고자 하였다. 다만 이러한 개혁에도 불구하고 지방자치제도의 취약성과 이에 대한 개선 요구는 우리나라와 별다른 차이가 없는 것으로 보인다. 오랜 기간 봉건제를 경험하였던 일본은 지방자치제도의 출발단계부터 주민보다는 지방공공단체(지방자치단체)의 독립성과 역량에 주목하였고 그 결과 지방행정의 효율화와 지방분권에 관해서는 상당한 성과를 이루었지만, 지방자치의 본래적 목적이라 할 수 있는 민주주의의 강화나 주민참여의 확대라는 측면에서는 오히려 우리나라의 경우에 미치지 못하고 있는 것으로 평가되고 있다.²²⁾

(2) 일본헌법상 지방자치제도의 특징

현행 일본의 헌법은 ‘제8장 지방자치(第八章 地方自治)’의 4개 조항을 통해 지방자치를 헌법 차원에서 규정하고 있다. 일본 헌법의 경우 미국 등 연방제 또는 서구권 국가의 헌법에 비해 지방자치에 관한 규정이 상대적으로 적다. 또한 지방공공단체(지방자치단체)의 설립과 정의에 관한 조항은 갖추고 있으나 운영에 대한 상세한 규정내용은 갖추지 못하고 있다.

일본헌법 상의 지방자치에 관한 규정은 우리나라 헌법과 비교하여 조항 수는 2개가 더 많지만 실제 규정내용은 거의 동일하다고 할 수 있다.

20) <http://www.5.cao.go.jp/keizai-shimon/cabinet/2003/0627kakugikettei.pdf>.

21) <http://www.cao.go.jp/chiiki-shuken/keikakutou/091215keikakutou01.pdf>.

22) 이에 관해서는 최봉석(주 4), 27면 이하 참조.

1) 지방자치 기본이념의 헌법 명시

일본 헌법 제92조는 “지방공공단체의 조직과 운영에 관한 사항은 지방자치의 본래 취지에 따라 법률로 정한다.”고 하여 지방자치의 조직 및 운영을 법률에 위임하되 지방자치의 본질을 위반해서는 안 된다고 규정하고 있다. 법률에 위임한 점은 한국 헌법과 비슷하나, 지방자치의 본질을 강조하였다는 점에서 의의를 지닌다. 즉, 지방자치의 기본이념을 명시했다는 점이 특징이다.

2) 주민 직접 선출권 : 행정권 및 주민 참여 보장

일본 헌법 제93조에서는 지방의회와 지방정부의 장을 주민이 직접 선출하는 ‘주민 직접 선출권’을 인정하고 있다. 의회 의원선거 및 지방자치단체 장 선임방법을 일괄적으로 법률에 위임한 한국 헌법에 비해, 행정권에 있어서의 주민 자치권을 적극적으로 보장하고 있다.

3) 지방정부의 사무 및 조례제정권의 보장

일본 헌법 제94조는 “지방공공단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행하는 권능을 가지며 법률의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다.”라고 하여 지방정부의 행정 역할을 규정하고 있다. 한국 헌법과 비슷하게 재산 관리, 사무 처리, 행정 집행으로 그 역할을 정의하였다. 다만, 법령이 아닌 ‘법률의 범위 내에서’ 조례의 제정을 규정하고 있기 때문에, 지방의 조례제정권이 더욱 강하다고 볼 수 있다. 또한 “법률의 범위 내에서”라는 표현은 ‘법률에 위반되지 않는 범위 내에서’로 해석되기 때문에 실질적으로는 법치행정의 원리 중 법률유보원칙이 아닌 ‘법률우위의 원칙’만이 조례의 한계가 되는바, 자치입법권의 범위는 우리나라의 경우보다 상당히 넓다. 특히, 법률보다 강하고 범위가 넓은 초과강화조례가 인정되며 명령은 제외되고 있다는 점이 특징이다.

4) 특정지역 관련 법률에 대한 주민투표 등 주민참여

일본 헌법 제95조는 특정 지역에 한정되는 법률의 제정은 반드시 해당 지역의 주민투표를 거쳐야 함을 규정하고 있다. 이 경우 주민 과반수의 동의를 얻어야 법률의 제정이 가능하다. 즉, 조례제정권의 경우 법률 유보의 원칙에 따라 법률에 위반하지 않는 범위 내로 한정시켜 놓았지만, 반대로 법률을 제정하는 경우 특정 지역에 해당하는 내용이라면 주민의 의사가 적극적으로 반영될 수 있는 제도적인 근거를 마련해 놓았다. 예를 들어 해당 지방자치단체의 폐지분합에 관한 특별법의 경우, 해당 지역 주민 과반수의 동의가 없으면 국회는 이 특별법을

적용할 수 없게 된다.

3. 프랑스의 지방자치제도

(1) 프랑스의 분권형 헌법개혁

프랑스에서 분권이론의 발전은 지역공동체에 대한 법인격 인정 여부와 밀접한 관련을 가지고 있다. 지방자치단체들이 진정한 지방자치 차원에서 사무를 만들고 국가의 지방에 대한 정책에 개입하게 된 것은 지역공동체에 법인격을 인정한 이후라고 할 수 있기 때문이다. 따라서 법인격성이 없는 분권을 말하기 어렵고 법인격 없는 지방자치단체는 무의미한 것이 된다. 프랑스 헌법은 지방자치단체의 법인성에 관하여 직접적이고 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 제34조에서 지방자치단체의 권한과 재원에 관하여 법률을 통해 규정하고 있다. 현재 프랑스의 지방행정은 국가의 일반지방행정기관(아롱디스망, 캉통 : canton)과 분권화된 지방자치단체(코뮌 : communes, 데파르트망 : départements, 레지옹 : régions)를 중심으로 이루어지고 있다. 지방자치단체의 경우 주민들의 선거를 통해 구성된 의회의 결정을 통해 정책을 집행하고 있다.²³⁾

프랑스의 지방분권은 1830년대 군주제하에서 지방분권이 출발(1831년 3월 21일 법률과 1833년 5월 18일 법률에서 선거를 통한 지방의회 구성)한 이후 혼란과 좌절을 경험하다가 1940년대 제4공화국 이후야 헌법에 지방자치단체의 자유로운 행정에 관한 규정을 직접 규정하게 되는 변천과정을 거쳐 왔다.²⁴⁾ 그러나 1946년 헌법뿐만 아니라 현행 헌법상으로도 여전히 지방자치단체의 “자유로운 행정조직의 원칙(Principe d’organisation administrative)”을 천명하고는 있지만, 이는 단순히 헌법적인 개념으로서 입법자를 추상적으로 구속하는 헌법적 가치를 가지는 데 불과한 것으로 이해되고 있다.²⁵⁾ 그 뒤 1958년 헌법 제1조에 “프랑스는 분권화된 조직을 가진다.”라는 지방분권에 관한 결정적인 문구가 추가되었는데, 1958년 프랑스 헌법은 제12장과 법률사항에 관한 제34조 제4항 및 상원에 관한 제23조 제3항에서 지방자치단체의 독립성과 지방자치단체에 대해 “자유로운 행정”의 보장원칙을 명문화하였다.

2002년 7월 3일 Raffarin총리는 그 당시 입법자에 의해 주도되고 있던 지방분권이 확고한 법적 기초를 결여하고 있다는 점을 강조하면서 헌법 개정을 통해 지방분권화를 본격적으로

23) 전훈, 프랑스 헌법상 지방분권 제도, 세계헌법연구 제12권 제1호(2006), 38면.

24) J. Bouron, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, Droit des collectivités territoriales, 2^eédition, PUF, Paris, 1998, pp. 22-34.

25) C. Boyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Economica-PUAM, Paris, 1993, p. 78et s.

추진하려 하였다. 이러한 헌법 개정을 통해 프랑스의 지방분권을 본격화하는 “새로운 지방분권화(nouvelle décentralisation)” 정책이 시작되었다. 2003년 개정헌법은 헌법 제1조에서 국가조직의 분권화를 선언²⁶⁾하면서 지방자치단체의 사무, 재정적 자율성, 주민참여와 지방분권에 대한 기본 원칙을 규정하고 있다. 나아가 제72조에서는 보충성원칙을 규정하면서 지방분권을 국가개혁의 핵심과제로 전면화 시켰다.²⁷⁾ 이러한 주요골간은 2008년 개정헌법에도 그대로 이어졌다.

(2) 분권형 헌법의 주요내용과 개정효과

1) 분권국가의 선언

2003년과 2008년의 프랑스 헌법 개정의 목표는 지방민주주의를 발전시킴으로써 지방자치단체의 자치행정 및 자치재정 능력을 제고하는 한편 해외에 산재한 해외지방자치단체의 특성과 다양성 그리고 그들의 법적지위를 개선한다는 것이었다. 이러한 헌법적 차원의 지방분권개혁조치에 대한 실행은 이미 프랑스 정부가 1982년부터 적극적으로 추진하고 있는 중앙권한의 지방이양과 국가와 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한배분에 관한 분권정책이 효율적이지 못하다는 비판과 함께 ‘국가 개혁(réforme de l’Etat)’이 선제적으로 추진되어야 한다는 요청에 근거하였다.²⁸⁾

개정헌법(Loi constitutionnelle) 제1조는 국가조직은 지방분권화(organisation décentralisée) 되어야 한다는 점을 명문화 하고 있다. 이와 같은 헌법적 차원의 지방자치(l’autonomie locale) 보장은 지방분권국가의 중요개념요소 중 하나인 지방자치단체의 자치권의 내용인 자치적 의사결정권에 대한 헌법적 보장이라고 할 것이다. 프랑스에서 광역지방자치단체(레지옹)는 기초지방자치단체(데파르트망, 코뮌)에 대해 최소한의 통제 권한도 갖고 있지 않으며 오직 국가만이 지방자치단체를 통제한다. 따라서 헌법 제1조는 “프랑스는 지방 분권화된 공화국(République décentralisée)이다”라고 규정하지 않고, “프랑스는 단일공화국으로서 ... 그 조직은 지방 분권화 된다.”라고 규정하고 있다. 결국 헌법의 개정을 통한 지방분권의 추진은 기존 국가의 정치형태(단일국가)는 변화하지 않고, 단지 국가의 행정조직만을 분권화하고 있다는 특징을 가진다. 이러한 프랑스의 행정적 분권은 공권력 행사주체로서 국가와 지방자치

26) 2003년 이전 헌법 제1조 “프랑스는 단일의 중립적인 사회민주주의 공화국이다”라고 규정되어 있었으나 2003년 헌법 개정으로 “프랑스공화국의 조직은 분권화된다.”라는 문구를 추가하였다.

27) 전훈, 프랑스 지방행정체제의 개편 움직임-2009년 3월 5일 지방자치단체 개혁위원회 보고서를 중심으로-, 지방자치법연구 제9권 제2호(2009), 287면.

28) O. Gohin, “La nouvelle décentralisation et la réforme de l’Etat en France”, AJDA, 24 mars 2003, p. 522.

단체 양자의 관계설정방식과 권한배분으로 이해된다.²⁹⁾

프랑스의 형식적 지방분권주의는 입법을 통한 지방자치구조의 개편(소위 “지방행정체제 개편”)을 가능하게 하고 있다. 2010년 12월 「지방자치단체개혁법」에 따른 대도시권 정책의 하나로 대도시연합체(métropoles) 구성이 추진되었다. 기존의 대도시공동체(communautés urbaines: CU)에 비해 보다 현실에 적합한 수준으로의 변화가 필요하다는 요구에 따라 ‘대도시 연합체’가 설치된 것이다. 대도시공동체는 1966년에 4개가 신설된 이후 지속적으로 증가하고 있다. 이 중에서 규모가 큰 공동체에게 새로운 추진력을 부여하기 위하여 11개 대도시연합체(Bordeaux, Lyon, Lille, Marseille, Nantes, Nice, Strasbourg, Rennes, Rouen, Toulouse, Toulon)가 신설되었다. 한편 데파르트망 의원과 레지옹 의원의 지위를 동시에 가지는 ‘지역의원(conseillers territoriaux)’이 신설됨에 따라 지위가 중복되는 의원 수가 감소하여 의원총수 역시 감소하게 되었다.

2) 보충성 원리 및 권한배분·중앙권한 지방이양의 원칙 규정

단일국가인 프랑스가 헌법 개정을 통해 지역 국가(Etat régional)로 전환하였다는 지적이 있을 수 있다. 이러한 지적은 지방분권을 국가 개혁의 대상으로 인식하고 권한을 이전하면서 이와 관련된 비용과 책임도 지방자치단체에게 함께 이양하려는 것으로 이해될 수 있다.

개정 헌법 제72조 제1항에서는 보충성원칙(leprincipe des subsidiarité)을, 제72조 제2항에서는 지방자치단체의 전권한성(vocation à prendre)을 각각 명문화하고 있다. 보충성원칙에 대한 제72조 제2항을 고려한다면 국가는 이론적으로 권한행사가 줄어들게 된다.³⁰⁾ 1982년 3월 2일 법률로 인해 지방자치단체는 일반권한조항의 행사가 가능해졌기 때문에 지방자치단체는 원칙으로 모든 지방 사무에 대한 개입이 먼저(a priori) 가능해졌다. 특히 개정헌법 제72조 제2항에서 “지방자치단체는 그 지방 차원에서 가장 잘 실행될 수 있는 모든 사안들에 대한 결정권한을 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이는 국가권한의 지방이양과 관련하여 이양된 권한에 대한 전권한성과 아울러 책임성을 명문화 한 것으로 해석되고 있다. 1983년에 “코뮌, 데파르트망, 레지옹, 국가 간 권한배분에 관한 법률”에서는 ‘총체적 권한이양 원칙’을 규정하였다. 그렇지만 이 후 많은 법률들이 이러한 원칙을 위반하여 입법이 이루어졌고, 지방자치단체 상호간에 권한의 중첩과 책임문제가 제기되었을 뿐만 아니라 심지어 이양된 권한을 환원하려는 경우까지 나타났다. 개정 헌법에서는 총체적 권한이양 방식을 헌법에 명시함에

29) J. Bourdon/ J.-M. Pontier/ J.-C. Ricci, Droit des collectivités territoriales, 2e édition, PUF, Paris, 1998, p.6.

30) P. Delvové, Le référendum local, RFDA, janvier-février 2004, p. 8.

따라 권한이양을 변경하는 법률은 헌법위원회에 의해 그 효력이 정지될 수 있게 되면서 이후의 입법에서 일관성을 유지할 수 있게 되었다.³¹⁾

개정 헌법 이후의 권한배분은 과거에 비해 지방자치단체 각자의 고유한 기능적 사무를 고려하면서 선도 지방자치단체를 활용한다는 점에서 변화가 있다. 개헌 이후 구체적인 권한배분은 안전, 사회복지, 보건, 교육, 스포츠, 문화, 관광, 도시·지역계획, 주거·환경, 상수도, 통신, 에너지, 도로교통 등의 분야에서 이루어졌다.³²⁾

국가의 지방자치단체간 권한행사를 둘러싼 행정상 후견을 포함한 어떠한 후견을 금지하고, 재정 지원 포함하는 권한 이양과 지방자치단체 상호간의 균등(péréquation)의 촉진이라는 과제가 헌법에 명시되었다. 또한 모든 지방자치단체는 권한행사에서 다른 지방자치단체에 대한 후견도 금지하였다(제72조 제5항 제1문).

3) 재정고권의 강화

개정 헌법 제72-2조는 “법률이 정하는 바에 따라 지방자치단체에게 과세표준과 세율을 정할 수 있다”고 처음으로 명문화함에 따라 지방분권의 중요한 요소인 재정자치권을 실질적으로 강화하고 있다. 헌법 제72-2조 제3항은 지방자치단체의 세입과 다른 고유한 재원이 전체 지방자치단체의 재원에서 중요한 부분을 차지하도록 하고(제1문) 법률을 통해 이에 대한 실행에 관한 내용을 정하도록(제2문) 규정하고 있다. 특히 제72-2조 제4항에서 “국가와 지방자치단체간의 모든 권한의 이양은 그 실행을 위해 사용한 규모에 상응하는 재원의 배분이 수반되어야 한다.”고 정하고 제72-2조 제5항에서 “법률에 지방자치단체간 평등을 촉진하기 위한 조정조항(dispositifs de péréquation)을 둔다.”고 하여 재원이전이 수반된 권한이양에 있어 재정격차가 큰 지방자치단체의 재정상의 형평성을 실현할 수 있는 조치에 관해 규정하고 있는데, 지방분권 및 중앙권한의 지방이양에 대한 우리의 논의에 대하여 많은 시사점을 제시하고 있다.

지방분권이 실질적으로 기능하기 위해서는 지방자치단체는 지방분권의 영역에 대해 국가가 의사결정에 영향을 행사하고 제한할 가능성이 있기 때문에 이에 의존하지 않기 위한 필요한 수단을 가지고 있어야 한다. 지방분권이 사무의 분권에 그치고 오히려 중앙에 더 의존하게 된 것은 재정권한의 이양이 사무분권과 함께 이루어지지 않았기 때문이다.³³⁾ 따라서 지방자치

31) 배준구, 프랑스 지방분권 이후 지방자치단체의 개혁과 특징, 프랑스문화연구 제24집(2012), 77면.

32) 지방자치단체인 데파르트망은 사회부조 분야의 핵심 업무와 관련된 권한을 이양 받았고, 레지옹은 지역 경제발전과 관련된 권한을 이양 받았다. 사회부조는 데파르트망이 주로 담당하는 분야이지 독점하는 분야는 아니다. J. Bernot, La répartition des compétences, LGDJ, Paris, 1996, pp. 9-11.

33) 이동식, “참여정부의 재정분권법제에 대한 평가”, 제9회 한국지방자치법학회 학술대회 발표문, 2005, 63면.

단체의 재정자치와 관리권강화를 위한 수많은 개정이 이루어져 왔고 결국에는 헌법에 규정되었다. 우선 지방자치단체는 기존의 세금이나 공공서비스 사용료(redevance)외에도 별도의 일반적 세원을 확보하게 되었다. 지방의회는 일정한 요건을 전제로 하여 과세표준과 세율을 자체적으로 부분조정 하는 '조세변안권'을 가지게 되었고, 이를 통해 조세의 징수관리상의 확대된 자치권을 통해 세수의 확대와 재정적 능력을 제고하는 기반을 갖추게 되었다.³⁴⁾ 다만, 이러한 조세변안권을 행사하기 위해서는 특정 지역의 조세변안을 통해 국가세수에 영향을 미쳐서는 안 되고 주변의 다른 지역과의 관계에서 평등의 원칙을 위반하지 않아야 하며 미리 국가(중앙정부)의 동의를 받아야 하는 등의 까다로운 요건으로 인해 현재까지 실제 조세변안이 현실화된 경우는 없는 것으로 나타나고 있다.³⁵⁾

4) 자치입법권의 확인

프랑스는 헌법 개정을 통해 지방자치단체의 법규제정권(pouvoir réglementaire)을 인정하게 되면서 자치입법권이 보다 강화되었다. 또한 국가의 입법관할 범위가 명확히 규정되지 않은 경우에 지방자치단체가 법규를 제정할 수 있다는 규정을 신설함으로써 국가법의 입법적 공백영역에 대한 지방의 선점권을 인정하였다. 이에 따라 법률에 근거하여 법률에서 정하는 사항에 대한 집행방식과 절차 등을 결정하는 법규제정권이 지방자치단체에 부여되게 되었다.³⁶⁾

개정헌법은 제72조 제3항에서 지방자치단체가 권한의 실행을 위해 명령제정권(unpouvoirréglementaire)을 가진다고 규정하였다. 지방자치단체의 행정은 법률이 아닌 헌법에서 직접 근거한 것이기 때문에 헌법 제37조 제1항에 따른 국가적 법규명령과 별도로 지방자치단체는 자치입법(le règlement local)을 제정할 수 있는 권한을 당연히 가진다. 그러나 헌법 개정 이전에는 헌법이 정하는 입법사항을 제외한 자치입법은 법률에 근거가 없어도 사전에 명령을 정할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 이해되고 있다. 이는 자치입법 대상에 관한 포괄성의 원칙이 헌법 제34조에서 입법자에게 자유로운 행정의 기본원칙을 규정하도록 하고 있는 점과 조화를 이루지 않는다는 점과 헌법 제21조에서 총리에게 명령제정권을 규정하고 있는 점과 배치된다는 점을 근거로 하고 있다.³⁷⁾ 헌법위원회 역시 개정헌법상의

34) 전훈(주 23), 40면.

35) 이에 대한 구체적인 설명은 최봉석(주 16), 15면 이하 참조.

36) Yves Luchaire et Francis Luchaire, *Décentralisation et constitution*. Paris: ECONOMICA, 2003, p.24; Michel, Piron, *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur l'équilibre territorial des pouvoirs* No 2281, 2006, pp. 67-70.

37) J.-M. Auby, *Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales*. Aproposontroverses

자치입법권 보장규정에 대해 지방분권을 위해 지방자치단체의 권한을 좀 더 적극적으로 확인한 것이지 국가로부터 독립적인 규범제정권을 인정하는 것은 아니라고 하는 소극적인 해석을 통해 기존 학설이나 헌법상의 타 규정과의 충돌여지를 제거하려 하였다.³⁸⁾

2003년에 ‘지방자치단체에 의한 실험법’ 제정에 따라 지방자치단체는 법률이 부여한 권한의 행사 또는 법규에 유리한 방향으로의 변경사항 등을 자체적으로 실험할 수 있게 되었다. 또한 이에 근거하여 법률에 정한 조건 하에서 실험하는 경우에는 지방자치단체에게 다른 입법 및 규제조항에 대한 예외를 인정하도록 하였다. 이와 같은 실험법이 제정된 제정 후 2004년 ‘지방의 자유와 책임에 관한 법률’에 근거하여 레지옹은 그 후 실험적으로 5년을 계획기간으로 하는 ‘경제발전레지옹계획(SDRE)’을 수립하였다. 그리고 레지옹은 국가 위임에 의하여 경제적 실험의 하나로 기업에게 보조금을 부여할 수도 있고, 보조금 결산에 참여하게 되었다. 이외에도 지방자치단체 통합, 지역계획, 회계제도 등에 대하여 다양한 정책실험이 추진되었다.³⁹⁾

5) 주민투표제

프랑스 2008년 개정헌법은 지방자치단체의 중요 사항에 대해 주민의 의사를 묻는 주민투표제를 명문화하고 있다. 개정헌법은 기존의 자문형 주민투표제를 ‘의사결정형 주민투표제’(référendum)로 변경하였고, 종전에는 코뮌에 국한하였던 것을 데파르트망과 레지옹까지 확대시켰다.⁴⁰⁾

프랑스는 헌법 제89조에 구속적 성격을 가지는 국가차원의 국민투표가 규정되어 있기는 하지만 대의제를 원칙으로 정하고 있는 민주주의 이념이나 전통적인 국민주권과 구별되는 주민투표는 헌법 제3조에 합치 않는다고 평가되어왔다. 국민주권(Souveraineté nationale)의 행사는 référendum을 통해 이루어지지만(제3조 제1항) 이러한 행사는 국가에 적용되는 것이지 지방에는 적용되는 것은 아니라고 이해되어 왔기 때문이다. 이는 국민주권주의는 인정되지만 주민주권주의는 인정될 수 없다는 사고에 뿌리를 둔 것이었다.⁴¹⁾

récentes, AJDA, 1984, p. 475.

38) C.C. 2001-454 Dc 17 janvier 2002. Rec.20.

39) C. Lauzaunie, Local government reform: the areas of education and culture, 지방자치단체와 국제협력, 2006년 경상대학교 국제학술세미나, 2006, 66면.

40) 배준구, 앞의 논문, 78면.

41) P. Delvové(주 30), p. 8.

4. 스위스의 지방자치제도

(1) 스위스 연방헌법과 지방자치제도의 특징

스위스는 1291년 Uri(우리), Unterwalden(운터발덴) 등의 지역을 스위스 연방의 기초로 하여 건국되었으며, 현재의 연방국가 구조는 1848년 이후 형성·지속되고 있다. 1848년 헌법은 연방주의, 직적민주주의, 중립주의 등의 원칙을 골간으로 하고 있는데, 분권화된 권력구조와 중앙정부의 가능한 가장 낮은 수준에서 역할을 원칙으로 하는 국가운영 방식은 스위스 연방의 대표적 특징이라 할 수 있다. 특히 스위스 시민, 정당, 정치그룹은 모두 스스로 법안을 발의하거나 이미 의회에서 승인된 법안에 대응할 수 있는 제도적 장치들을 마련하고 있다.

스위스의 지방자치제도와 관련하여 가장 특이한 점은 스위스가 연방국가 이면서도 연방을 구성하는 주의 헌법적 지위와 권한 및 연방과 주의 관계가 일반적인 연방제국가, 즉 미국이나 독일 등과 전혀 다르다는 점이다. 스위스의 연방제가 택하고 있는 연방과 주의 관계는 오히려 연방제국가가 아닌 우리나라나 프랑스 등의 국가에서 국가와 광역지방자치단체와의 관계와 유사하다고 할 수 있다. 이에 따라 스위스의 지방자치제도는 주와 지방자치단체의 관계에서 지방자치단체의 법적 지위와 권한에 관한 것이 주된 내용이 되기보다는 연방과 주의 관계가 곧 지방자치로 이해되고 있다는 점이다.⁴²⁾ 스위스 헌법상 자치권의 주체는 주이며 국가는 주에게 충분한 자치사무를 부여하고 그의 자치권을 존중하도록 규정하고 있다(스위스 헌법 제47조). 이에 따라 스위스에서 자치단체로 표현되고 있는 코뮌(Commune)은 다른 국가의 경우와는 달리 주 내부에 존재하는 지역적 특수성이 인정되는 독립된 자치단위로서 자치권의 주체가 아닌 주의 법률에 의해 그의 권한과 처우가 정해지는(스위스 헌법 제50조) 법정자치기

42) 스위스는 헌법을 통해 연방제 국가임을 명문화 하고 있으나 그 실질적 유형은 국가연합자치제에 가깝다고 한다. 스위스 연방공화국은 26개의 주(canton: Aargau, Appenzell Ausser-Rhoden, Appenzell Inner-Rhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Fribourg, Geneve, Glarus, Graubunden, Jura, Luzern, Neuchatel, Nidwalden, Obwalden, Sankt Gallen, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Thurgau, Ticino, Uri, Valais, Vaud, Zug, Zurich.)로 구성되어 있다. 행정부는 대통령과 부통령이 있고 대통령은 국가수반인 동시에 주정부의 수반이다. 연방 내각은 연방 의회 의원 중에서 4년 임기로 의회에서 선출되고 대통령과 부통령은 연방의회에서 연방 내각의 장관 중에서 1년 임기로 동시에 선출되며 연임할 수 없다. 입법부는 양원제로 구성되어 연방의회(Federal Assembly)는 상원(Council of States)과 하원(National Council)로 나뉘어져 있다. 연방통치기구인 연방의회가 국민과 주의 권리를 유보하여 최고 권력을 행사한다(연방헌법 제148조 제1항). 200명의 국민대표로 구성되는 국민의회(하원)와 46명의 주대표로 구성되는 전 주의회(상원)의 양원제를 취하며 양원은 대등하다(연방헌법 제148조 제2항). 입법권 우위의 집행부제 하에 있는 연방내각의 구성도 독특하다. 연방의회에 의하여 의원에 한하지 않고 전 유권자 시민 중에서 선출되는 7명의 각료로 구성되며 의장은 대통령의 칭호를 사용하나 특별한 권한을 가지지 않으며 단지 내각 중 수석에 불과하다(연방헌법 제175조, 제177조). 7명의 각료 선출에 관하여는 지역과 언어영역이 적절하게 대표되도록 배려하도록 하고 있다(연방헌법 제175조 제4항). 그러나 실질적으로 연방정부와 연방의회에 귀속된 권한은 극히 제한적이며 국가의 실질적 업무는 그 구성원인 주(Canton)에 의해 수행되는 것으로 하고 있다. 안성호, 분권과 참여: 스위스의 교훈, 다운샘, 2005, 59면 이하 참조.

구라는 특징을 가진다. 스위스 헌법은 코뮌의 자치에 관해 주(칸톤 : Canton)에 준하여 보장하도록 하고 있다.

스위스의 주(Canton)와 지방자치단체(Commune)의 크기는 다양하며 절반 이상의 지방자치단체는 천 명 이하의 주민으로 구성되어 있다. 1999년 연방헌법은 명확하게 연방에 위임되지 않은 모든 권력은 주에 의해 보유된다는 보충성 원칙을 명문으로 확인하였다. 이러한 보충성의 원칙과 자율성의 원칙은 더 낮은 단위의 지방자치단체나 주가 우선적으로 자주적으로 법률과 헌법의 틀 내에서 업무를 완수할지 결정하도록 하는 것으로서 높은 단계의 주나 국가는 단위는 낮은 단계의 지방자치단체나 주가 그들의 책임을 맡을 수 없거나 대단히 중요한 해결책이 절대적으로 필요할 때에만 권력을 인수할 수 있다. 지방자치의 보장을 위해 대부분의 주 헌법은 보충성 원리와 지방자치제도의 보장과 이를 실현할 수 있는 구체적인 법적 결정을 규정하고 있다.

주와의 관계에 있어서 지방자치단체는 정치 체제와 조직을 결정 및 행정의 자율성과 재화와 용역을 공급에 관해 원칙적으로 자유로운 권한을 갖는다. 특히 재정자주권이 핵심이 되는데, 지방자치단체는 스스로 재정을 통제하고 운영할 뿐만 아니라 수입과 재산에 대한 세율을 수정할 수 있는 권한을 갖는다. 기초지방자치단체인 코뮌⁴³⁾의 업무는 조례제정권, 행정권과 조직권 및 재정통제권과 더불어 행정, 세율 평가, 노인 보살핌, 사회보장과 공공보건, 학교, 교육, 쓰레기, 하수, 전기·물·가스 공급, 국도, 큰 도시에서 공공운송 기관, 지방계획, 문화와 스포츠, 공동의 시민권, 사유 재산의 유지 등에 관한 포괄적인 권한을 가지며, 스위스 연방헌법과 각 주 헌법은 이를 개별 항목별로 구체화하여 명문으로 보장하고 있다.⁴⁴⁾

43) 스위스 코뮌(Commune) 당 공무원 수는 평균 39명이다. 코뮌의 공무원 정원은 주민투표로 결정되며, 작은 코뮌의 공무원들은 자원봉사자로서 시간제로 근무한다. 주민 1천명 미만의 작은 코뮌들에서는 보통 전임직원이 행정관과 서기 단 2명뿐이다. 나머지 선출직 행정위원들을 비롯해 사회서비스요원, 소방대원, 토지이용계획위원, 교직원 등은 모두 시간제 직원들이거나 자원봉사자들(국회의원도 회의수당만 지급되는 명예직이다)이다. 코뮌은 주-칸톤(Canton)-가 연방 내에서 누리는 권한과 거의 동일한 수준의 준주권성을 칸톤 내에서 누린다. 주민이 수십 명에 불과한 코뮌일지라도 완벽한 토지이용계획권을 보유하고 있다. 주민총회나 주민투표로 결정되어 계획의 구체성을 가진다. 코뮌은 재정적 자주권을 행사한다. 코뮌은 칸톤법률이 규정한 칸톤세의 일정율을 주민투표 또는 코뮌의회의 의결로 과세할 수 있다. 스위스 정부예산은 연방, 칸톤, 코뮌에 각각 1/3씩 분여된다. 코뮌은 사회서비스, 토지이용계획, 도로, 공익사업 등을 수행하는 데 필요한 재원을 조달하기 위하여 부동산 관련 지방세뿐 아니라 개인소득세와 법인소득세를 비롯해 부유세, 가구세, 순이윤 및 자본세, 상속 및 증여세 등을 자유롭게 부과할 수 있다. 스위스 지방자치에 관한 상세한 내용은 안성호, 스위스 코뮌자치와 읍·면·동 주민자치 발전방향, 자치행정연구 제4권 제1호(2012), 61면 이하 참조.

44) 올리버 들바츠, 스위스 지방의회의 조직과 역할, 자치행정연구 제5권 제2호(2013), 8면.

(2) 스위스 분권헌법의 주요내용

1) 분권헌법의 개요

스위스 연방헌법은 지방분권을 헌정질서의 기본으로 정하고 국민통합을 이루었다. 스위스는 연방헌법 전문에 명시된 “통일성 속에서 다양성(diversity in unity) 존중”이라는 헌법제정 정신을 실현하기 위해서 연방주의적 지방분권을 선택하였다. 연방헌법의 1/3 이상이 연방주의적 지방분권과 관련된 조항들로 채워졌다.⁴⁵⁾ 총 제197조 조항인 스위스 연방헌법에서 자치분권형 규정은 제1조(스위스 연방), 제3조(주), 제5a조(보충성의 원칙)에 일반조항이 규정되어 있고 제3편 연방, 주 및 지방자치단체에서 제42조에서 제135조까지 규정되어 있다.

스위스는 국가연합으로 보충성의 원리가 명확하게 규정되어 있으며 주는 자신의 사무 처리와 관련하여 권한 내에서 어떠한 사무를 수행할지 여부를 스스로 결정하도록 보장받고 있다. 연방헌법 제3조에서 “주(Canton)는 연방헌법에 의하여 제한받지 아니하는 범위 내에서 주권을 향유하며 연방이 위임되지 아니한 모든 권리를 행사한다.”라고 규정하고 있다. 2004년 개정 연방 헌법 제44조 제1항에서는 국가적 통일성을 고려하여 연방과 주는 임무수행을 상호 지원하고 협동한다고 하면서도 연방과 주는 행정상 및 법률상의 지원을 해야 하는 것으로 규정하였다.

2004년 개정 스위스 연방헌법은 분권의 중점을 국가(연방)와 주에 맞추어 주의 포괄적인 자율권과 독립성을 인정하였다는 데에서 그 의의를 갖는다고 할 수 있다. 실제 스위스 연방헌법에서 규정하고 있는 지방자치에 대한 내용은 극히 선언적이며 제한적인 것으로 보인다. 그러나 스위스의 주는 실제 그 규모가 작을 뿐만 아니라 지역적 기반 역시 우리의 도나 특광역시 등 광역지방자치단체에 해당하는 것으로 이해될 수 있기에 그 시사점이 적지 않은 것으로 보인다.

2) 분권헌법의 주요내용

① 다양성의 존중

연방헌법 제1조에서 연방을 구성하는 26개의 주(칸톤)를 열거하고 제2조 제2항에서는 이 26개 칸톤이 “국가의 공동복지, 지속가능한 발전, 내적 결속”과 더불어 “문화적 다양성”을 증진을 추구한다고 명기하였다.

45) 안성호, 왜 지방분권형 개헌인가?, CEO REPORT, 2009, 11면.

② 지방의 자율성

연방헌법 제3조는 “주는 연방헌법에서 제한하지 아니하는 범위 내에서 주권을 향유한다. 주는 연방에 위임되지 아니한 모든 권리를 행사한다.”라고 규정하여 주의 자율성과 독립성을 명문화 하고 있다. 또한 연방헌법 제46조에서는 “연방은 주의 특성을 감안하여 주에게 최대한의 자유를 부여한다.”고 규정하고 있으며 연방헌법 제47조에서는 “연방은 주의 자치권을 존중한다.”고 규정하고 “연방은 주에게 충분한 고유사무를 부여하고, 그러한 자치조직권을 존중한다.”고 규정하여 주의 자율성과 자치권을 강조하고 있다.

③ 보충성의 원칙

연방헌법 제5a조는 “보충성의 원칙”이라는 표제 하에 “국가임무는 보충성의 원칙(principe de subsidiarité)에 따라 분배되고 수행되어야 한다.”라고 하여 보충성의 원칙을 직접적으로 보장하고 있으며, 각 주의 헌법 역시 지방자치단체인 코뮌의 보충성의 원칙을 확인하고 있다.

④ 연방과 주의 관계

연방헌법 제47조에서는 “연방은 주의 자치권을 존중”하고 연방은 “주에게 충분한 고유사무를 부여하고, 그러한 자치조직권을 존중한다.”고 규정하고 있다. 또한 연방헌법 제44조 제3항에서는 “주 상호간 또는 연방과 주 간의 분쟁은 가능한 한 교섭이나 조정에 의하여 해결하도록” 규정하고 있다. 또한 연방헌법 제172조 제2항에서는 “연방의회는 주헌법을 보장한다.”고 하고 있으며 제186조에서 연방내각은 “연방과 주의 관계에 대한 책임을 가지고 주와 협력”하고 “연방법률, 주헌법 및 주 간의 협정이 준수되도록 보장”하도록 정하고 있다.

⑤ 연방의 의사결정에 대한 참여

연방헌법 제45조 제1항에서 “주는 헌법에서 정하는 바에 따라 연방의 의사결정”, 특히 입법에 관한 의사결정에 참여할 수 있도록 보장하고 있다. 또한 동조제2항에서 연방이 행하는 사업들과 계획 등 대하여 “연방은 시의적절하고 충분한 정보를 주에 제공”하여야 하며, 특히 연방의 사업이 “주의 이익과 관련성이 있는 경우에는 연방은 주와 협의하도록” 하고 있다.

⑥ 지방자치의 보장

연방헌법 제50조는 주(canton) 내에서의 코뮌(commune)의 지방자치 보장에 관해 규정하고 있는데, 연방헌법의 규정은 주 헌법의 지방자치보장에 대한 지침적 성격을 갖는다. 연방헌

법은 “지방자치는 주 헌법과 법률이 정하는 범위 내에서 보장된다.”고 하여 지방자치의 근거를 명문화 하고 있다. 또한 “연방은 그의 활동이 지방자치단체에 미칠 수 있는 영향을 감안”하도록 하고 연방은 “도시지역, 대도시지역 및 산악지역의 특수성을 감안하여야 한다.”라고 하여 지방자치단체와 주와의 관계를 넘어서 지방자치단체와 연방과의 관계에 관한 선언적 규정을 두고 있다. 이와 더불어 제3항에서 “지방자치단체의 자치는 주의 자치에 준하여 최대한 보장된다.”라고 하여 연방헌법에 의한 주의 자치와 자율성이 지방자치의 영역에 그대로 인정되는 것으로 하고 있다.

⑦ 주와 지방자치단체의 과세권

연방헌법 제134조는 주와 지방자치단체는 부가가치세·특별소비세·인지세·청산세의 과세 대상과 연방입법에 의한 면세대상 이외의 모든 세원에 대해 과세권을 행사할 수 있는 것으로 규정하여 주와 지방자치단체의 과세권을 원칙적으로 승인하고 있다. 다만, 연방법이 부가가치세, 특별소비세, 인지세 및 원천징수세 부과에 관하여 대상 또는 면제대상으로 규정하는 경우에는 주 및 지방자치단체는 이와 동일 종류의 세금을 별도로 부과할 수 없도록 하여 이중과세의 금지 및 지방과세의 제한을 규정하고 있다. 또한 연방헌법 제129조에서 “연방은 연방, 주 및 자치단체 간에 직접세의 조화를 도모하기 위한 원칙을 정하고, 주에 의한 조화의 노력을 감안”하도록 하고 있다.

또한 연방헌법 제135조에서 “연방과 주, 그리고 주 간의 재원균등화 및 적절한 부담분 상계에 관한 법률을 제정”하도록 하고 주의 재정자립도는 연방의 최소 3분의2, 최대 80%에 상응”하도록 정하고 있다.

5. 독일의 지방자치제도

(1) 개설

지방자치의 현대법적 의의를 고려할 때, 헌법이 직접 지방자치를 보장하고 있는 것은 선진 법제에 있어 일반적이라 할 수 있다. 다만 지방자치 규정을 헌법에 직접 명문화하는 입법례에서도 각 나라의 정치적·역사적 경험으로부터 그 구체적 규정방식과 내용은 매우 다양하기 때문에 획일적인 비교는 용이하지 않다. 앞서 살펴본 바와 같이, 프랑스헌법은 지방자치를 비교적 간단히 규정하고 있지만 직접적인 지방자치보장 규정과는 별도로 2003년 헌법 개정을 통하여 지방분권을 명문화함으로써 지방자치에 대한 강력한 의지를 보다 명확하게 천명하고

있다.⁴⁶⁾ 이와 달리 독일기본법은 지방자치에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있는 입법례라 할 수 있는바, 독일의 경우에는 지방자치의 보장에 관한 원칙적 규정 외에, 지방자치단체의 재정고권보장에 있어서 중요한 재정과 관련된 헌법적 규정들을 별도로 두고 있다는 점에서 규범적 특징을 찾을 수 있다. 이러한 재정 헌법적 규정들 역시 추상적인 규정에 그치지 않고, 토지세, 영업세 등 對物稅의 보장, 지역적인 소비세(Verbrauchssteuer) 및 특별소비세(사치세; Aufwandsteuer)에 대한 소득고권, 소득세 수입에 대한 계마인테의 참여 및 공동조세(Gemeinschaftsteuer)에 있어 卹의 몫 중 일정 비율의 배분 등을 직접 구체적으로 규정하고 있다(기본법 제106조 참조).

(2) 독일 기본법의 내용

독일 기본법(Grundgesetz)은 지방자치권의 보장에 대하여 헌법 자체에서 비교적 상세한 규정을 두어 지방자치에 관한 헌법의 규범력을 강화하고 있다.

기본법 제28조 제2항은 제1문에서 “계마인테에게 법률의 범위 내에서 자기의 책임 하에서 지역공동체의 모든 사무를 규율할 수 있는 권리가 보장되어야 한다.”라고 규정하고 있는데, 이를 지방자치단체의 자치권으로서 전권한성(Allzuständigkeit)과 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)의 보장으로 이해하는 것이 일반적이다. 그러나 이 규정을 보다 세부적으로 살펴보면 “계마인테에게(Den Gemeinden)” 그 범위로서 “법률의 범위 내에서(im Rahmen der Gesetze)”와, “자기의 책임성 내에서(in eigener Verantwortung)”를 정하고, 지역적 범위로 “지역공동체(örtlichen Gemeinschaft)”에 대하여 사무의 종류로 “모든 사무(alle Angelegenheiten)”로 정하고 이에 대한 “규율권(das Recht zu regeln)”을 “보장(muß gewährleistet sein)”한다고 규정하고 있다. 따라서 이 규정에 의한 자치권은 “적법성과 자기책임성의 범위 내에서의 지역적 사무에 대한 규율권”이라고 해석하는 것이 적절할 것이다. 무엇보다 지방자치단체의 자치권은 자기책임성이 전권한성보다 우선적인 전제가 된다는 점이 고려되어야 한다.

1) 지방의회의 민주적 정당성의 보장

독일 기본법 제28조 제1항에서는 지방자치단체에게 의회를 설치할 의무를 규정하는 한편, 지방의회는 주민의 보통·평등·비밀·직접·자유선거에 의해 구성할 것을 직접 규정하여 지방

46) 프랑스 헌법 제1조는 ‘프랑스는 지방분권 국가이다’라고 선언하고 있다. 이는 1958년 제5공화국 헌법 제정 후 17번째 헌법 개정으로 2003년에 규정되었다. 이 개정을 통해 프랑스는 지방분권 국가로 새로이 변화하였다고 할 수 있다.

의회의 민주적 정당성을 보장하고 있다. 특히 지방자치의 본질은 참여를 통한 민주주의의 실현이라는 점에서 직접민주주의의 가능성을 헌법에서 직접 명문화하고 있는바, 제3항에는 주민총회가 지방의회를 대신할 수 있도록 하고 있다.

2) 지방자치단체의 자치권의 구체적 보장

독일 기본법 제28조 제2항은 명시적으로 지방자치단체에 대하여 전권한성과 자기책임성을 내용으로 하는 자치권을 보장하고 있다. 특히 동항 제3문은 자치권의 보장과 관련하여 재정적 자기책임성의 보장 및 그 구체적 내용으로 지방자치단체의 자주과세권을 명시함으로써, 헌법에서 직접 지방자치권의 실질적이고 구체적인 보장을 규범화하고 있다.

독일 기본법 제28조 제2항은 지방자치의 보장과 관련하여 독일 학계와 판례의 입장을 헌법규정으로 받아들인 것으로 보인다. 독일은 전통적으로 지방자치에 관한 헌법적 보장에 대해 이를 제도적 보장으로 바라보면서 세 가지 영역의 핵심적 보장내용을 불가침의 것으로 보았다.

첫째 국가조직상의 구성원칙으로서 지방자치단체가 국가로부터 독립된 주관적 법적지위인 권리주체성(법인격)에 대한 보장, 둘째 지방자치단체의 지방자치행정에 대해 객관적 법제도로서 보장, 셋째 지방자치단체 및 지방자치의 존립하고 지속함에 대한 보장인 지방자치권에 대한 권리구제수단의 보장이 그것이다.

우선적으로 지방자치단체는 규범적으로 “권리주체성”이 보장된다. 제도적인 권리주체성의 보장에 따라 지방자치제도는 그 자체로서 보장된다. 즉 독일 기본법 제28조 제2항에서의 이러한 지방자치단체의 권리주체성보장은 지방자치단체가 연방 및 주와 더불어 국가조직상의 법제도도적 보장대상임을 의미하는 것으로, 이로써 행정구성의 요소로서 지방자치단체의 존립이 보장된다. 즉 지방자치단체는 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 능력이 부여되어야 하는데, 권리능력은 법률관계에서 행위능력의 창설을, 법기술상으로는 국가에 대하여 독자성을 보장하게 된다. 따라서 지방자치단체에 의한 행정을 완전하게 폐지하거나 혹은 지방자치단체의 지위를 비독립적인 지위로 변경하는 것과 같이 현저하게 약화시키는 것은 지방자치제도의 본질을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다고 하겠다.

둘째는 “지방자치단체에 의한 자치행정”을 권리로서 보장한다. 즉 자치사무영역에서 자기 책임에 의한 수행을 보장하는 것으로 전통적으로 제도적 보장의 내용으로 인정되어왔다.

이는 지역 공동체의 '모든 사무'를 '지역공동체 스스로' 처리할 수 있는 자치권이 보장됨을 의미한다. 법제도의 보장은 포괄적 사무(Angelegenheiten), 전권한성(Allzuständigkeit), 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit), 자치권 및 법률유보 하의 보장을 그 구체적인 내용으로 한다.

셋째 "지방자치단체와 지방자치제도의 지속성 보장"으로, 이는 구체적으로는 지방자치권의 침해에 대한 권리구제수단의 보장을 내용으로 한다. 헌법의 규정이나 해석상 인정되는 객관적 보장내용이 침해된 경우 회복을 위한 사법적 청구가 가능할 때 객관적 보장이 기능할 수 있다. 따라서 지방자치의 객관적 보장은 지방자치단체의 주관적 법적 지위가 완전히 보장됨을 통해 구현된다. 따라서 객관적 보장을 확보하기 위해 지방자치단체가 사법적 권리보호를 요구할 수 있어야 하며, 이러한 권리보호의 가능성은 지방자치제의 헌법적 보장에서는 당연한 것으로 이는 규범력 있는 헌법상의 명령이다(BVerwGE 40, 323ff). 결국 지방자치의 존속보장은 객관적 제도 보장과 지방자치단체의 주관적 법적 지위에 대한 법적 보장이라는 양자를 내용으로 하는데, 그러한 보장은 지방자치단체가 지방자치권에 대해 입법적 혹은 행정적인 침해가 발생하는 경우 이에 대한 방어가 가능하게 한다. 이러한 점에 관해 독일의 판례와 학설은 일치하고 있는바, 지방자치단체는 그 존속의 보장과 주관적 지위 및 자치권에 관해 대국가적 공권을 가지며, 행정소송절차를 통해 이를 방어하는 것으로 이해한다. 즉 지방자치권은 국민일반에 대해 보장되는 기본권은 아닐지라도 기본법 제28조 2항에 의한 법적 지위에 의해 독일 행정법원법 제42조 2항에 의한 권리로 개별소송법 영역에서 권리는 지방자치단체와 사인이 동일하게 취급된다.⁴⁷⁾

3) 자주재정권의 실질적 보장을 위한 재정헌법 규정

독일 기본법상 지방자치보장에 있어 특징적인 것은 기본법 제28조 제2항을 통한 지방재정권에 대한 원론적 보장규정 외에, 지방자치단체의 자주재정권보장을 위해 헌법상 중요한 재정 관련 규정들을 별도로 규정하고 있다는 점이다. 구체적으로 토지세 및 영업세에 대한 조세고권, 지역적인 소비세(Verbrauchssteuer)·특별소비세(Aufwandsteuer)에 대한 소득고권(기본법 제106조 제6항 제1문), 거래세 수입에 있어서 지방자치단체의 참여(기본법 제106조 제5a항) 및 공동조세(Gemeinschaftsteuer)의 수입 중 주에 배분하는 세액 중 일정 비율의

47) 이에 관해 상세한 내용은 Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2.Aufl., 1999, Rn.39 (S.955); Löwer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 3.Aufl., 1995, Rn.39 (S.287); Schmidt-Abmann, Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999, Rn.24 (S.24ff).

배분(기본법 제106조 제7항) 등을 규정하여 현대 행정의 본질적인 부분이라 할 수 있는 재정에 대한 자치권의 보장을 규범적으로 충실히 하고 있다.

독일 헌법을 연혁적으로 볼 때 독일의 경우 헌법을 통한 자주재정권의 명시적 규정 이전부터 이미 헌법상 지방자치의 보장에는 자주재정권도 포함되어 있었다는 것이 학설 및 판례를 통해 당연히 승인되어 왔음에도 헌법 개정을 통하여 자주재정권을 명시적으로 보장하고 있다는 것은 우리나라 헌법 개정에 대하여 시사하는 바가 크다.

따라서 우리나라의 경우에도 재정고권의 보장을 단순히 입법정책적 논의를 넘어서서 재정고권을 헌법에 명시하여 이를 보장하고, 실질적인 보장을 위한 과세자주권 및 재정조정에 관한 헌법상의 기본결단을 명문화하는 보다 진일보한 방안 마련이 필요하다. 우리나라 지방자치단체의 열악한 재정현실을 고려할 때 헌법상의 과세자주권의 보장은 절실하다고 할 것이다.⁴⁸⁾

(3) 독일 지방자치제도 보장의 본질과 분권화

우리 헌법에서 제117조와 제118조에서 규정하고 있는 지방자치제도를 ‘제도적 보장(Institutionelle Garantie)’으로 이해하는 것이 일반적이다. ‘제도적 보장’은 ‘제도보장(Institutionsgarantie)’과는 달라서 헌법상의 제도보장의 수준은 아니지만 적어도 그 본질적인 내용을 반드시 보장하여야 한다는 주권자(헌법제·개정권력자)의 언명을 원칙으로 규정한 것이다. 그러나 Carl Schmidt 이후 지방자치를 헌법에 규정하여 보장하는 본질로 인정되어 온 ‘제도적 보장론’은 헌법상 보장되는 지방자치의 보장이 어느 정도인지 또는 충분히 규정되었는지에 소위 제도보장과 차이를 의미하는 것은 아니다. ‘제도적 보장론’의 실질적 의미를 이해하기 위해서는 이 이론이 등장하던 당시 독일의 특유한 역사적 상황을 기반으로 하였다는 점을 고려하여야 한다. 현행 독일 헌법(GG)은 변화과정에서 국가통합(Integration)과 연방주의(Föderalismus) 실현을 핵심과제로 하고 있다. 독일이 통합국가로 안정화를 추구하는 과정에서 기존의 수많은 군소국가와 연방체계 중심의 독일 봉건사회의 해체 과정에서 기존 세력의 불만을 해소하기 위하여 독일 헌법(GG)이 연방주와 지방자치단체의 헌법상 보장과 자치권을 규정한 것이다. 따라서 독일 헌법상의 지방분권과 지방자치보장의 목적은 그 제도에 대한 본질적 내용의 보장보다는 지방분권과 지방자치 자체에 대한 존속보장이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

48) 이에 관해 상세한 내용은 최봉석, 국가사무 지방이양의 재정적 한계와 실질적 분권을 위한 법적 대응, 이슈페이퍼(2019. 11.) 참조.

49) 지방자치권에 대한 제도적인 해석은 바이마르 시대부터 이루어졌다. 바이마르 시대 당시 지방자치단체에게 “법률에 의한 한계 내에서 자치행정에 대한 권리”를 부여하였던 바이마르헌법 제127조에 대해서 이는 단지

따라서 ‘제도적 보장’은 봉건제의 해체와 국가통합의 역사를 거치는 과정에서 등장한 독일 고유의 헌법보장체계인데, 우리나라와 같이 헌법에 의해 지방자치제도가 창설적으로 보장된 국가에서 지방자치제도에 대한 헌법보장을 독일과 같거나 유사한 수준으로 이해하는 것은 적절하지 못하다. 결국 우리 헌법상 지방자치 규정은 ‘제도보장’에 해당하는 것으로 ‘지방자치주의(Kommunitarismus)’에 합치되는 완전한 의미의 보장이기 때문에 구체적인 실현을 위해서는 헌법해석과 관련 입법이 필수적으로 수반되어야 한다.

독일에서 지방분권에 대한 헌법과 제도는 독일 지방자치제도의 역사를 반영한 결과물이다. 독일의 지방분권의 변화는 1990년의 독일 통일과 EU 출범이라는 두 번의 격변을 거치면서 변화하였다. 우선 1990년 독일 통일은 구동독 연방주의가 구서독과 통합과정을 거치면서 양자의 절충을 위한 ‘조절적 정치체계’로써 “민주주의의 가속화(mehr Demokratie wagen)”⁵⁰라는 용어로 상징되는 직접민주제(unmittelbare Demokratie)의 강화를 확대하였다. 구동독지역에 주민참여제(Bürgerbeteiligung)가 전방위적으로 시행되었지만 이는 직접민주제의 활성화보다는 오히려 구동독지역을 서독지역이 주축이 된 연방주와 국가통치구조인 대의제(repräsentative Demokratie)로의 유인을 제고하는 수단으로 기능하였다.

두 번째 격변인 ‘독일의 EU화’ 과정을 살펴보면 2006년과 2008년의 독일 연방헌법 개정을 통해 지방분권에 혁신을 가져오는 “연방주의개혁(Föderalismusreform)”이 이루어졌다. 이 과정에서 주목할 부분은 당시 동시에 추진된 ‘행정관리체계의 개혁’으로 이는 “신제어모델(Neues Steuerungsmodell)”⁵¹로 지칭된다. 국가 행정 전반에 걸쳐 이루어진 “신제어모델”⁵²은 그 핵심내용 내지 실질적 의미를 ‘미국식 정부운영(Reinventing Government) 방식의 독일화’에 있다고 할 수 있다.⁵³ 이는 기존의 성문법주의와 사법(司法) 중심의 분쟁해결 방식이 다양한 비공식적 협의나 계약(협정) 등으로 대체하는 것을 내용⁵⁴으로 하고 있다. 기존

지방자치 영역에서 지방행정에 대한 연방 법률의 적법성 원칙을 강조한 것이라고 이해하였다. 바이마르헌법 제127조는 기본권 규정이 아니지만 이 규정은 지방자치제도 자체를 보호하는 것으로서 이러한 제도가 입법을 통해 폐지 또는 제도의 “본질적 부분”이 박탈되는 것을 금지하는 것이었다. 이러한 일반적인 견해를 국가법원 (Staatsgerichtshof) 역시 명시하지는 않았지만 그 내용에 대해서는 대체적으로 수용하였다. 이러한 ‘제도적 보장’의 내용은 이후 독일 기본법 이후 학설과 연방헌법재판소 판례를 통해 수용되고 있다.

50) Vgl. Choi, B. S., Die unmittelbare demokratische Bürgerbeteiligung am kommunalen Entscheidungsverfahren, Universität Hannover (Dissrt.), 2000, S.35.

51) ‘신제어모델’과 행정법(특히 지방자치법)의 관계에 관해서는 김남진, 제어학으로서의 행정법학론, 법연 제39호 (2013), 26면 이하 참조.

52) ‘신관리모델(신제어모델)’은 그 핵심적인 원칙(Prinzipien des neues Steuerungsmodell)으로 다음의 다섯 가지 원칙을 제시하고 있다. ①제어의 원칙(관리 대신 제어) ②효과의 원칙(규칙 대신 결과) ③책임의 원칙(지배 대신 책임) ④경쟁의 원칙(독점 대신 경쟁) ⑤유인의 원칙(영향 대신 동기부여) 김남진(주 51), 29면 이하 참조.

53) KGSt(Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement), Prinzipien des neuen Steuerungsmodells, IKO-Netz, Köln o.J., 2006, S.5.

54) 독일의 ‘신관리모델(신제어모델)’은 “급부와 규율이 아닌 보장(gewährleisten statt leisten und regeln)”을

독일법 체계와는 다소 이질적인 변화를 보인 2006년과 2008년의 ‘연방주의개혁’은 ‘독일의 EU화’와 독일 국가행정과 지방행정에서의 ‘신제어모델’⁵⁵⁾의 적용과 관련되어 있다고 할 것이다.⁵⁶⁾

우리의 제정헌법부터 지금까지 헌법과 지방자치단체 변화 과정에서 독일의 헌법과 법제 및 관련 법이론들이 주된 논거로 인식되어 왔다는 점에서 독일에서의 헌법개혁과 국가관리체계의 변화는 우리에게도 많은 변화가 불가피함을 보여주고 있다. 다만, 독일의 분권개혁은 독일의 역사적 경험은 물론 EU헌법의 등장이라는 상황과 밀접하게 연관되어 있기 때문에 이에 대해서 우리는 중립적인 이해가 전제되어야 한다. 그럼에도 불구하고 독일과 EU의 변화 방향이 대륙법계와 법체계를 달리하는 국가를 포섭하는 보편적인 방향을 보인다는 점에서 우리의 분권화에 대한 헌법과 법률 및 국가정책에 있어서 보다 많은 개혁의 요소들이 있음을 보여주고 있다고 할 것이다. 이렇게 본다면 최근까지 이루어진 그리고 지금도 진행중이라 할 수 있는 독일 국가운영체계의 개혁 그리고 그 직접적 적용영역이 되는 지방자치제도개혁은 독일만의 것이 아니며, 앞에서 살핀 미국과 프랑스 등 우리보다 먼저 지방자치제도를 운영해 왔던 국가들의 21세기적 보편유형이라 할 수 있을 것으로 보인다. 이렇게 본다면 현재까지 우리가 제도개선의 모델(Model)로 여겨왔던 독일의 지방자치는 이미 우리가 알고 있는 그곳이 아닌 다른 곳에서 ‘새로운 모델(neues Modell)’이 되고 있다고 할 수 있다. 적어도 독일의 지방자치제도에 대해 그리고 그에 관한 헌법과 법제들에 대해 대륙법식이니, 제도적 보장이니, 실체법적 제도이니 등등의 설명은 독일의 지난 19세기적 내지 20세기적 경험에 지나지 않는 것인 만큼⁵⁷⁾, 각별히 주의하여야 할 것이다.

주된 임무로 하는 “적극적 국가(Aktivierender Staat)”를 목표(Ziel)로 설정하고 있다. 이에 따른 세부과제로 실질적 민영화(Materielle Privatisierung), 지방자치와 공동체 활동에 대한 규제완화(Deregulierung), 지방과 기업의 활동에 대한 국가의 적극적 재정지원과 협력, 총체적인 민관파트너십(Öffentlich-Private-Partnerschaft ÖPP)의 구현, 문제해결적 네트워크의 형성을 지정하고 있다. 또한 구조적 측면에서는 정치와 행정의 명확한 기능분리(Rollenverteilung), 분권화(Dezentralisierung), 자원의 전문적 집중관리, 결정권한(Entscheidungsbefugnisse)의 분배, 책임성의 강화(Verstärkung der Eigenverantwortung) 등을 세부원칙으로 설정하고 있다. vgl. Rainer Heinz, Kommunales Management - Gesamtkonzept des Qualitätsmanagements, KGSt, 2000, S.180ff.

55) 지방의 영역에서 신제어모델을 가장 먼저 시도한 이는 Gemeinde였으며 이후 주(Land) 그리고 연방(Bund)로 확대되었다고 한다. 이에 관한 상세한 내용은 김남진, 행정법제 고문단 간담회 참가기, 학술원통신 제316호(2019. 11. 1.), 13면 참조.

56) Vgl. Cohen, Kern einer modernen Verwaltungssteuerung, 2008, S.15ff.

57) 이 점에서 국내 대부분의 헌법과 행정법 및 행정학과 지방행정론, 정치학 등의 도서와 논문은 일대 수정이 불가피할 것으로 보인다.

III. 비교법적 시사점과 과제

헌법과 지방자치제도 자체가 가지는 역사성과 정치성을 고려한다면 지방자치에 관한 헌법 규정들은 선형적인 것이 아니라 경험적이고 구체적이어야 한다. 지방자치에 관해 각 나라의 고유한 상황을 고려한다고 하여도 인간과 전인류적 가치의 보편성에 기반할 때 적어도 지방자치제도의 개혁방향이나 목적은 유사한 것으로 볼 수 있다. 그리고 이러한 보편적 가치의 유사성이야말로 비교법적 연구의 대전제가 된다고 할 수 있다. 1789년 프랑스 대혁명과 영국의 명예혁명, 미국의 조세입법운동 등으로 이어지는 인권과 자치 그리고 법치주의와 대표제의 역사에서 체득된 입헌주의와 법치주의 대표제와 인권 및 자유와 자치에 대한 규범적 가치를 적어도 제도적·입법적으로 부인하는 국가나 공동체는 찾기 어려워 보인다. 따라서 다른 나라의 지방자치제도, 특히 헌법과 지방자치관계법제의 변화를 살펴보는 비교법적 고찰은 우리나라의 헌법이나 법률의 개정을 넘어 향후 제도의 재설계나 개혁과 관련하여 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

지방자치의 헌법적 보장에 대한 현대적 의미를 고려하면 지방자치의 구체적 범위와 내용 역시 헌법으로부터 직접 도출된다고 할 수 있기 때문에 비교법적 연구의 우선적 대상은 지방자치에 관한 각국의 헌법규정이 될 수밖에 없다. 무엇보다 헌법에 의해 각국 지방자치제도의 이념과 본질 그리고 제도적 목적 및 제도의 기본적인 구조와 내용이 드러나기 때문이다.

이러한 점에서 살펴본다면, 적어도 우리 현행 헌법은 지방자치에 관해 단순하고 추상적인 규정만을 두고 있다는 지적을 피할 수 없을 것으로 보인다. 그리고 헌법적 규율의 체계와 상호관계를 감안할 때 지방자치에 대한 헌법의 시각 역시 지방자치단체를 국가와 구별되는 독립된 지위로 인정하는데 주저하는 것으로 보인다. 그렇기 때문에 지방자치를 보는 헌법적 시각 역시 전통적으로 이를 간접적 국가행정의 유형으로만 파악하는 그 수준에 머물러 있다는 평가를 피할 수 없어 보인다.

오늘날의 지방자치는 더 이상 국가의 내부구조 내지 국가 통치구조와 운영체계 내에 부속된 법적 지위와 국가법적 법리가 적용되는 대상이라 할 수 있다. 2016년의 독일헌법과 2008년의 프랑스 헌법은 소위 “기능적 분권” 관념에서 국가와 지방자치단체를 협력의 파트너 내지 분업의 동반관계로 전제하고 있다. 더 이상 법률유보의 원칙이나 감독관계가 관철되는 영역이 아니라 협약과 동의 그리고 협력과 분업을 내용으로 하는 국가운영의 파트너이며 그들의 목적 역시 지방의 자치권이나 고유성보다는 주민의 복리와 전체로서의 국가를 위한 공동의 이익을 지향하는 것으로 변모되어 있다.

지방자치에 대한 헌법적 보장에도 불구하고, 아직까지 국가행정의 일반 원리가 지방자치에도 그대로 적용되는 것인지 아니면 별도로 지방자치만을 대상으로 한 고유한 헌법원리와 해석론이 존재하는가에 대해서는 아직까지도 명확한 답변을 찾기 쉽지 않다. 또한 구체적인 현안과제에 적용할 때에도 모두 동일한 가치기준과 법리가 차용된다고 하기 어렵다. 예를 들어, 조세법률주의와 지방세조례주의의 경우 대표제원리와 법치주의에 의해 법률 없는 경우는 물론 설사 법률에 근거한다고 하여도 위헌성 논란이 제기될 것이기 때문에 예외가 인정되기 어렵다. 하지만 조례제정권과 행정입법권의 경우는 지방자치의 특수성이 보다 넓게 인정되는 영역이라는 점에서 충분한 헌법적 및 법적 변화가 가능할 것이다.

주요국가의 지방자치제도의 특징과 최근 관련 법제개혁의 동향을 살펴보면, 지방자치단체에 폭 넓은 입법권, 행정권, 재정권한을 헌법에서 명시적으로 보장하고 있다는 공통점이 발견되고 있다. 이에 따라 국가와 지방자치단체의 입법권의 범위를 헌법에 명시하여 자치입법권의 범위가 국가의 입법정책에 따라 침해될 개연성이 높은 우리나라의 현행 헌법 규율방식을 개선할 필요가 있을 것으로 보인다. 특히 지방자치단체의 권한에 관해서는 독일기본법과 같은 자주재원과 재정고권의 보장이 가장 현실감 있고 유효성 있는 제도적 보장책이 될 것이다. 지방자치단체의 종류를 법률이 아닌 헌법에 규정하는 것은 정치적 이해관계와 입법자의 의도에 따라 좌우되지 않도록 보장되어야 하며 지방자치단체 역시 국정참여의 파트너로 참여하는 제도적 장치를 마련하여 지방자치의 실질적 보장 내지 지방분권의 실효적인 제도화를 위한 헌법적 결단이 필요한 것으로 보인다. 그 단적인 예로 최근까지 이루어진 독일의 헌법개혁에서 과거 지방자치에 대한 국가(연방정부)의 가장 핵심적인 관리수단이 되어왔던 법률, 즉 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes)가 국가와 지방간의 협정 또는 협약으로 대체되었다는 점이다. 지방자치제도를 선도하고 있는 국가들에서 더 이상 국가와 지방자치단체는 상하관계가 아닌 수평적 동업관계로 이해되고 있다고 할 수 있다. 그 가운데 사무, 감독(관여), 재정 등에 관한 사항 역시 과거와는 다른 인식과 패러다임 가운데 새롭게 정리되고 있는 것으로 보인다. 그렇다면 2018년에 발의되었던 헌법개정안의 지방자치관련 개헌내용들은 어찌 보면 그동안의 숙원과제를 해결하려 한 것이었다고 긍정적으로 평가할 수도 있겠지만, 세계적 지방자치의 현주소에 준거하여 재검토하자면 아직 20세기적 과제해결에도 주저하고 있는 모습이었다고 평가해도 결코 과한 것 아니라고 할 수 있다.

지방자치제도의 선경험자라 할 수 있는 국가들의 헌법과 법률 및 그 개정과정들과 관련 제도와 정책의 변화는 향후 우리 헌법과 지방자치법제가 선택해야 할 중요한 시사점을 전해주는 것으로 보인다. 이에 더하여 주민주권주의, 지방자치단체 대의기관 구성방식의 다양화,

지방정부형태의 다양화 등 제도혁신의 중심 화두에 대해서도 보다 적극적인 연구와 실험이 필요할 것으로 보인다. 하지만 제도개선의 가장 주된 영역은 제도의 토대를 건강히 하는데 있다고 할 수 있다. 오래된 숙원사업일 수도 있지만 미완의 과제라 할 수 있는 것들, 즉 지방의회의 주체성의 보장, 사무범위 내지 배분의 기준원칙(보충성원칙 등), 지방자치단체의 입법권의 확대, 국가에 의한 재정조정과 자주세원권 및 세율권의 인정을 포함한 지방자치단체의 자주재정권 보장, 지방자치단체의 자주적인 지역계획의 형성권(계획고권)의 보장 등이 바로 우리 헌법이 분권형 헌법으로 한 단계 업그레이드 하는 데 필요한 필수 아이템이 될 것이다. 나아가 봉건제의 몰락이후 지방 세력들에게 일정한 지역적 독립성과 자치권을 보장하기 위해 탈 봉건 연착륙수단으로 등장했던 최초의 지방자치제도가, 1990년대 이후 유럽의 개혁과 1950년대 이후 미국의 개혁을 거치면서 진실한 민주주의 확대의 도구가 된 지금, 지방자치제도의 중심축 역시 지방자치단체에서 주민으로, 지방자치단체의 자치권에서 주민의 주권으로 새롭게 옮겨오는 데 주저해서는 안 될 것으로 보인다. 이러한 점에서 1987년 6월 민주항쟁 이후 민주화운동의 성과로 부활되어 7번의 선거를 추가하여 국민주권과 민주주의 강화수단이 되고 세계에서 가장 강력한 주민참여제도의 법제화를 통해 주민통제를 활성화 하는 우리 지방자치제도 역시 역으로 서구 선개발국가들이나 개발도상국가들의 비교법적 고려대상이 될 수 있음 또한 확인할 필요가 있다. 세계최초의 개발도상국 출신 지방자치선진국으로의 도약은 이와 같은 비교법적 기여의 대상이 됨을 동시에 인지하게 된다.

| 참고문헌 |

국내문헌

- 김남진, 제어학으로서의 행정법학론, 법연 제39호(2013).
- 김남진, 행정법제 고문단 간담회 참관기, 학술원통신 제316호(2019. 11).
- 김상태, 일본의 지방분권개혁, 지방자치법연구 제10권 3호(2010).
- 김성호, 국가경쟁력 제고를 위한 지방분권형 헌법개정 대안모색, 한국지방자치학회 동계학술대회 발표문, 2010.
- 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구, 권한쟁의심판제도에 관한 연구(헌법재판연구 제3권), 1991.
- 김철수, 한국헌법과 지방자치의 방향, 세계헌법연구 제4호(1999).
- 김철용, 지방자치단체에 대한 국가의 관여, 공법연구 제18집(1990).
- 김해룡, 분권형 국가를 지향하는 헌법의 개정방안, 공법학자대회 발표문(2012).
- 박인수, 현행 헌법상 입법사항에 관한 연구, 세계헌법연구 제8호(2012).
- 박정훈, 헌법과 행정법-헌법소송과 행정소송의 관계, 서울대학교 법학 제39권 제4호(1999).
- 서정욱, 지방자치단체의 사무에 관한 현행법상의 문제점과 입법론적 고찰, 공법학연구 제8권 제1호(2000).
- 올리버 들바츠, 스위스 지방의회의 조직과 역할, 자치행정연구 제5권 제2호(2007).
- 유은정, 미국의 연방주의와 지방자치제도 - 우리나라 지방자치 및 지방분권이행 과정에의 시사점 -, 공법학연구 제11권 제3호(2010).
- 이기우, 헌법상의 중앙집권과 지방분권, 그 현황과 과제, 한국정책학회·한국정책분석평가학회 공동추계학술대회 발표문(2010).
- 전 훈, 프랑스 헌법상 지방분권 제도, 세계헌법연구 제12권 1호(2006).
- 전 훈, 프랑스 지방행정체제의 개편 움직임-2009년 3월 5일 지방자치단체 개혁위원회 보고서를 중심으로-, 지방자치법연구 제9권 제2호(2009).
- 정만희, 헌법에 비취 본 지방자치법제의 발전방향, 한국지방자치법학회 학술대회발표문(2002).
- 조성규, 지방자치의 보장과 헌법개정, 공법연구 제34집 제1호(2005).
- 조성규, 지방자치법제에 있어 분권개헌의 의의 및 과제, 지방자치법연구 제12권 제3호(2012).

- 최봉석, 지방자치법론, 삼원사, 2018.
- 최봉석, 지방자치의 기본법리, 한국법제연구원, 2009.
- 최봉석, 국가사무 지방이양의 재정적 한계와 실질적 분권을 위한 법적 대응, 이슈페이퍼(2019. 11).
- 최봉석, 선진 각국의 지방자치제도, 대구광역시 지방공무원 교육자료집(2019).
- 최봉석, 실질적 자치권보장을 위한 헌법개정의 과제, 지방자치법연구 제9권 제4호(2009).
- 최진혁, 지방분권(개혁)을 위한 헌법개정에 관한 연구 -프랑스 사례를 중심으로-. 한국지방자치 학회보 제20권 제2호(2008).
- 하동현·안영훈, 지방의회 인사권 독립에 관한 연구, 한국지방행정연구원, 2012.
- 홍준형, 분권화, 헌법을 통해야 산다, 최병선·김선혁(공편). 분권헌법: 선진화로 가는 길, 2007.
- EAI분권화센터, 국가-지방정부 관계 재정립을 위한 헌법개정안 연구, EAI분권화프로젝트 최종 보고서, 2006.

2. 외국문헌

- Auby, Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. Aproposontroverses récentes, AJDA, 1984.
- Bernot, La répartition des compétences, LGDJ, Paris, 1996.
- Bouron, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, Droit des collectivités territoriales, 2^eédition, PUF, Paris, 1998.
- Boyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Economica-PUAM, Paris, 1993.
- Choi, B. S., Die unmittelbare demoktatische Bürgerbeteiligung am kommunalen Entsceidungsverfahren, Universität Hannover (Dissrt.), 2000.
- Cohen, Kern einer modernen Verwaltungssteuerung, 2008.
- Delvové, Le référendum local, RFDA, janvier-février 2004.
- Gohin, “La nouvelle décentralisation et la réforme de l’Etat en France”, AJDA, 24 mars 2003.
- Inger, Staat und Zivigesellschaft in 21te Hundert Jahre, 2009.
- Jarass/ Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1997.
- Lienhard, A.(Hrsg.), 10 Jahre New Public Management in der Schweiz, 2005.
- Luchaire, F. Luchaire, Décentralisation et constitution, Economica, 2003.

- Michel, Piron, Rapport d'information del'Assemblé nationale sur l'équilibre territorial des pouvoirs No 2281, 2006.
- Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 3.Aufl., 1995.
- Pontier, La Région, 2eédition, Dalloz, Paris, 1998.
- Rainer Heinz, Kommunales Management - Gesamtkonzept des Qualitäts- managements, KGSt 2000.
- Roux, Droit constitutionnel local, Economica, 1995.
- Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2.Aufl., 1999.
- Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: ders. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11.Aufl., 1999.
- Schmidt-Aßmann, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2 Bd. 2000.
- Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschlad, 1992.
- Werner Jann, Öffentlichen Anhörung der SPD-Bundestagsfraktion, , Universität Potsdam, 2000.
- Yves Luchaire et Francis Luchaire, Décentralisation et constitution. Paris: ECONOMICA, 2003.
- 岩波一寛 外, 日本財政の改革, 新日本出版社, 1998, 239頁.
- 宇賀克也, 地方自治法概説, 有斐閣, 2007, 129頁.

3. 참고 사이트

- <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml>
(California Legislative Information)
- http://strongmayorcouncil.org/images/City_List_Top_25_2011_Publication.pdf
- <http://world.moleg.go.kr> (법제처 세계법제정보센터)
- <http://www.cao.go.jp/chiiki-shuken/keikakutou/091215keikakutou01.pdf>
- <http://www.dos.ny.gov/info/constitution.htm>. (New York State Constitution)
- <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>
- http://www.olev.de/n/nsm.htm#Heinz_R_2000
- <http://www.5.cao.go.jp/keizai-shimon/cabinet/2003/0627kakugikettei.pdf>

| Abstract |

This research examines not only about local government but also about specific decentralization policies that brought change to past central government. This research also seeks to draw possible issues of major developed countries Constitution and Legislation activation of decentralization by comparing with the ones that the previous government once bypassed. The suggestion of this research is that our country has to activate introduce the National Assembly legislate participation policy of local government representatives, administration, regular conferences and citizen participation in the short run. Hence, local autonomy representation, another righteous democratic factor that represents local communities legally, should be acknowledged. This acknowledgment is only possible by mandatory installment of a system that makes to participate in legislation procedure of the National Assembly directly and indirectly.

Keywords: Local Government, Local Decentralization, Local and Central Government Relations, Constitution for Local Autonomy, Local Government Act

평석과 이론

- 아동의 자기결정권에 관한 헌법적 고찰
 - 의료영역에 있어 아동의 자기결정권 논의를 중심으로 -
 - 정기상
- 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미
 - 서경미
- 명령·규칙에 대한 헌법소원
 - 정주백

아동의 자기결정권에 관한 헌법적 고찰 - 의료영역에 있어 아동의 자기결정권 논의를 중심으로 - A Constitutional Study on the Children's Rights of Self-determination

사법연수원 교수(판사), 정기상
Professor(Judge), Judicial Research and Training Institute, Jung, Kisang

■ 목 차 ■

I. 들어가며	153	III. 부모의 자녀 치료 거부에 대한 헌법적 접근: 아동의 자기결정권 보장의 관점에서	165
II. 아동의 자기결정권에 대한 헌법적 근거와 그 제한	154	1. 개요	165
1. 자기결정권의 의미와 헌법적 근거	154	2. 부모의 자녀양육권의 내재적 한계	166
2. 아동의 자기결정권	157	3. 기본권 충돌의 관점에서 바라본 아동의 의료 자기결정권 보장	170
3. 아동의 자기결정권 제한	160	IV. 맺으며	176

I 국문초록

미연방대법원은 Prince v. Massachusetts 사건에서 부모는 그 스스로 순교자가 될 자유를 가지지만, 그렇다고 하여 동일한 상황에서 자신의 자녀인 아동을 순교자가 되게 할 자유를 가진다는 결론이 나오는 것은 아니라고 판시하였다. 여러 문헌에서 자주 인용되는 이 판시에는 아동의 자기결정권과의 관계에서 부모의 자녀양육권을 바라보는 미국 사회의 시각이 고스란히 드러난다. 아동에게도 인간의 존엄성과 가치를 표상하고 행복을 추구하는 실천원리로 기능하는 자기결정권을 보장하여야 한다는 점에는 이론(異論)의 여지가 없다. 다만, 인격의 성장과정에 있는 아동이 삶의 모든 사항에 대해서 스스로 결정·선택할 것을 기대하기는 현실적으로 어렵다. 이러한 연유에서 아동의 정신적 성숙도에 따라 기본권행사능력이 제한된다는 논리가 등장하게 되었고, 부모의 자녀양육권이 아동의 행복과 최선 이익을 위하여 그 자리를 대신하게 된다.

의료영역에서 아동의 자기결정권은 부모의 자녀 치료 거부사례를 통하여 활발하게 논의되고 있다. 아동의 인지능력 등 정신적 성숙도가 자기결정권의 자율적 행사를 기대할 수 없는 정도인 경우 부모의 자녀양육권은 아동의 행복과 최선 이익에 부합하여야 한다는 내재적 한계로서 제한될 수 있다. 아동의 자기결정권 행사능력을 인정할 수 있는 경우에는 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 충돌하는 문제가 발생할 수 있다. 결국 이들 기본권이 조화롭게 양립할 수 있도록 하는 해석론이 개진되어야 하는데, 영미에서는 의료영역에서의 아동의 자기결정권과 관련하여 '성숙한 미성년자의 원칙'이 정립되어 있는 바, 이는 우리 사회에 시사하는 바가 크다고 본다. 이 원칙은 아동이 미성숙하다는 가정에 대한 재고(再考)를 요구한다. 우리 사회에서 미성숙의 가정은 아동의 자기결정권에 대한 폭넓은 제한을 허용하는 근거로 기능해 왔음을 부인할 수 없다. 아동을 피동적 보호대상으로만 보는 시각에서 벗어나 아동의 자율성을 인정하는 것이 아동의 기본권을 보장하는 첫 단계가 아닌가 생각한다.

주제어: 아동, 자기결정권, 행복추구권, 후견주의, 기본권주체성, 자녀양육권, 기본권충돌

(논문접수일: 2019. 10. 23. 심사개시일: 2019. 11. 4. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 들어가며

부모가 자녀인 아동¹⁾의 생명·신체에 중대한 영향을 미치는 치료행위를 거부하거나 중단할 수 있는가 하는 문제는 그 사회적 관심을 불러일으킨 구체적인 사례들의 등장과 함께 끊임없이 논란이 되고 있다. 1999년 소아암의 일종인 율름종양을 앓던 당시 9세의 여아가 간단한 종양제거수술과 지속적인 치료로써 건강을 회복할 수 있었음에도 불구하고 부모가 종교적 신념에 따라 위 아동에 대한 수술을 거부하여, 검찰이 친권상실소송을 검토하는 등 해당 부모에게 압력을 가한 끝에 수술에 성공하여 위 아동이 학교에 다닐 정도로 건강을 회복하고 있었지만 부모가 지속적인 치료를 거부한 끝에 2002년 종양 재발로 아동을 사망에 이르게 한 사건은 우리 사회에 아동의 생명권과 의료에 관한 자기결정권이라는 화두를 던져주었다.

최근 호주에서도 병원이 뇌종양 판정을 받고 수술을 한 6세의 아동에 대하여 그 부모에게 화학요법과 방사선치료를 병행하여야 한다고 알렸으나 부모가 위 아동이 치료과정에서 겪게 될 극심한 고통과 영구적 지적 장애 등 부작용을 우려하여 이들 치료를 거부하고 진통관리 등 보존적 치료만을 고수하였고, 그 과정에서 해당 아동이 사망에 이른 사건²⁾이 발생하였다. 이 사건은 아동에 대한 치료행위가 필요한지 여부를 판단할 부모의 권리와 아동의 치료필요성과 생존가능성에 기반한 자기결정권을 둘러싼 사회적 논쟁에 불을 지폈다.

아직 자신의 생명·신체에 대한 독자적이고 합리적인 판단을 할 수 있을 정도로 정신적으로 성숙하지 못한 아동의 복리를 위하여 부모가 아동의 의료에 관한 결정을 할 수 있다는 관념은 특별한 거부감과 비판 없이 널리 수용되어 왔다. 그런데 위와 같은 사건들을 접하면서 몇 가지 의문을 갖게 된다. 부모가 자녀인 아동에 대한 치료행위 여부와 그 내용을 결정함에 있어 합리적이지 못한 선택을 하였고 이로써 아동의 생명·신체에 대한 중대한 위험이 발생할 수 있는 경우에도 부모의 선택권이 그대로 존중되어야 하는가? 과연 그러한 합리성은 어떤 기준으로 판단할 수 있는가? 이들 의문에 대한 해답을 찾는 과정에서 아동의 의료에 관한 자기결정권이 부상(浮上)하게 된다. 아동이 자신의 생명·신체에 직접적이고 중대한 영향을

- 1) 성년에 이르지 않은 사람을 일컫는 용어는 아동, 어린이, 청소년, 미성년자 등으로 다양하고, 아동의 기준이 되는 연령도 개별 법률의 목적, 규율내용 등에 따라 다르게 정해져 있어서 '아동'의 법적 개념을 일의적으로 파악하기 어렵다. 다만, 이 논문에서는 부모의 자녀양육권이 작용하는 영역에서의 아동의 자기결정권을 논하는 것이므로, 민법상 미성년자인 19세 미만의 사람을 아동으로 보고 논의를 전개하기로 한다.
- 2) 의료진은 방사선치료까지 했다면 아동의 생존확률이 최소 30% 이상은 됐을 것이라고 하였으나, 그 부모는 "극심한 고통과 부작용을 안기는 것보다는 차라리 과학적으로 입증되지 않은 아시아의 대체요법이 더 나을 것"이라며 맞서 이 문제는 법정다툼으로 이어졌고, 제1심 법원은 의료진의 손을 들어주었으나 항소심 법원은 재판과정에서 이미 악화된 아동의 건강상태 등을 고려하여 부모의 편에 서는 판결을 하였다(경향신문 2016. 12. 29.자 '아동 치료 거부할 부모의 권리 놓고 격렬한 논쟁 불러일으킨 오신 키스코 사망' 기사 중 인용).

미칠 수 있는 의료적 조치에 대하여 스스로 결정할 수 있어야 한다는 것이다. 미성숙의 가정에 가려져 보호의 객체로만 대해져온 아동이 권리의 주체임을 다시금 확인함으로써 자신에 대한 치료 여부 등에 관한 아동의 선택은 그 자체로 존중받게 된다. 단지 어느 범위의 아동에게서 ‘자신의 복리에 관한 성숙한 판단에 기초한 진정한 자기결정권의 행사’를 기대할 수 있는가 하는 문제만이 남게 될 뿐이다.

이하에서는 자기결정권의 헌법적 근거와 아동의 기본권 주체성에 대한 종래의 논의를 개관하여 아동에게도 자기결정권이 보장되어야 함을 확인하고, 아동의 자기결정권을 제한하는 논리나 근거를 살펴본 다음, 부모의 자녀 치료 거부사례 등에서 문제되는 의료영역에서의 부모의 자녀양육권이 갖는 내재적 한계 또는 보호영역을 검토하고, 기본권 충돌의 관점에서 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 조화롭게 양립할 수 있도록 하는 해석론을 모색해 보기로 한다.

II. 아동의 자기결정권에 대한 헌법적 근거와 그 제한

1. 자기결정권의 의미와 헌법적 근거

(1) 종래의 논의

우리 헌법에는 자기결정권에 관한 명문의 규정이 없지만, 일반적으로 자기결정권이라 함은 개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 의미한다고³⁾ 받아들여지고 있다. 여기서 선택과 결정의 대상이 되는 사항에 대해서는 개인의 삶 전반에 걸친 일체의 사항에 관한 개인적 행위의 자유로 포섭되는 문제들이라고 보기도 하고(일반적 행동 자유설), 개인의 인격적 생존에 불가결한 이익에 관련된 문제로 한정하여 파악하기도 한다(인격적 이익설).⁴⁾ 뒤에서 살펴보는 바와 같이 자기결정권이 개별적 기본권에 의하여 보호되지 못하는 흠결영역에 대한 보충적 기본권으로 기능한다고 볼 경우 전자(前者)의 입장에 따라 자기결정권의 보호범위를 획정하는 것이 옳다고 본다.

자기결정권의 헌법적 근거에 관해서는 ① 헌법 제10조에서 정한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 찾는 견해⁵⁾, ② 헌법 제10조 후단의 행복추구권에서 찾는 견해⁶⁾, ③ 헌법

3) 성낙인, 헌법학 제19판, 법문사, 2019, 1020쪽.

4) 권형준, 헌법상 자기결정권, 한국헌법학의 현황과 과제-금광 김철수 정년기념 논문집(1998), 349쪽.

5) 김철수, 헌법학신론 제20전정신판, 박영사, 2010, 415-418쪽; 위 견해에서는 인간의 존엄과 가치를 협의와

제10조와 제37조 제1항을 근거로 구하는 견해⁷⁾, ④ 헌법 제37조 제1항에서만 구하는 견해⁸⁾ 등이 제시되고 있다.

(2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권과 행복추구권은 개인의 자기운명 결정권을 전제하는 것이라는 취지로 판시하거나⁹⁾ 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 것이라고 판시하고 있는바,¹⁰⁾ 일반적으로는 인격권과 행복추구권에서 자기결정권을 도출하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 자기결정권은 구현되는 영역에 따라 성적 자기결정권, 개인정보 자기결정권, 소비자로서의 자기결정권 등 다양한 모습으로 나타나는데, 헌법재판소는 일부 유형의 자기결정권에 대하여 그 헌법적 근거를 다소 달리 하고 있다. 개인정보 자기결정권에 대해서는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다고 판시하기도 하고,¹¹⁾ “개인정보 자기결정권의 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, 개인정보 자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보 자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.”라고 판시하여 개인정보 자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제37조 제1항에서 찾기도 하였다.¹²⁾ 또한, 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보 공개 제도에 대한 위헌소원사건에서는 “심판대상조항에 따라 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의

광의로 나누어 협의의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 자기결정권을 도출해내고 있다.

6) 성낙인(주 3), 1020쪽.

7) 정중섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018, 420쪽.

8) 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2010, 311-312쪽; 이 견해에서는 헌법 제10조와 제37조 제1항의 통합적·유기적 해석을 통해 헌법에 열거되지 않은 자유와 권리를 찾아야 한다는 생각을 전제로 하여 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 자유와 권리라면, 그 모두가 경시되어서는 안 된다고 주장하면서 그러한 기본권의 예로 자기결정권, 일반적 행동자유권, 평화적 생존권, 휴식권, 일조권, 생명권 등을 들고 있다.

9) 헌재 2019. 6. 28. 2018헌바128, 판례집 31-1, 665, 675.

10) 헌재 2015. 7. 30. 2014헌바298 등, 판례집 27-2상, 244, 252; 헌재 2019. 8. 29. 2018헌바210, 공보 제275호, 973, 977.

11) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 683; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282 등, 판례집 17-2, 81, 90.

12) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 683.

신상정보가 공개되면, 공개대상자의 사회적 평가가 침해되어 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권이 제한된다고 할 수 있다. 또 본인의 동의 없이 신상정보를 대중에게 공개하도록 규정하고 있는 심판대상조항은 공개대상자의 개인정보 자기결정권도 제한한다.”고 판시하여 개인정보 자기결정권을 일반적 인격권과 별개로 보는 듯한 결정을 내리기도 하였다.¹³⁾ 반면, 성적 자기결정권에 대해서는 개인의 인격권과 행복추구권의 전제인 자기운명결정권에 포함되는 기본권이라고 하면서 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유를 성적 자기결정권과 병렬적으로 심판대상 규정에 의하여 제한되는 기본권으로 실시하였다.¹⁴⁾

한편, 헌법재판소는 행복추구권에 관하여 “국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.”고 판시하여¹⁵⁾ 개별적인 기본권규정에 의하여 보호되지 못하는 공백을 메울 수 있는 포괄적인 기본권으로서 행복추구권을 평가한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 행복추구권의 포괄적 권리로서의 성격을 적극적으로 이해하여 자기결정권 뿐만 아니라 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 계약의 자유 등 다양한 기본권을 행복추구권에서도 도출하고 있다.¹⁶⁾

(3) 검토

헌법재판소는 개인이 스스로의 삶을 설계하고 결정할 수 있어야 한다는 관념이 인간의 존엄과 가치를 표상하고 포괄적 자유권으로서의 행복추구권에 의해서 강화된다고 보는 것으로 이해할 수 있다. 다만, 자기결정권이 구현되는 영역에 따라 그 헌법적 근거를 다소 달리 보는 헌법재판소의 입장에는 수긍하기 어려운 점이 있다. 굳이 개인정보 자기결정권만 다른 유형의 자기결정권과 구별하여 헌법적 근거를 달리 할 필요성이 무엇인지 의문이다. 개인정보 자기결정권이 다른 개별적 기본권의 보호영역과 중첩된다면 이들 기본권을 병렬적으로 두거나 개별적 기본권만을 기준으로 하여 해당 심판대상조항의 위헌성 여부를 판단하면 족하지

13) 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106 등, 판례집 25-2하, 156, 161-162.

14) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등, 판례집 21-2하, 520, 529. 위 결정에서 헌법재판소가 자기결정권의 근거를 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유로까지 확대하였다고 평가하는 견해도 있으나(민병로, 헌법상 자기결정권과 후견주의, 법학논총 제32권 제1호(2012), 153쪽), 위 결정에서는 사생활의 비밀과 자유를 성적 자기결정권과 나란히 놓고 각 기본권의 침해 여부를 판단하였음이 실시내용상 명백하므로 헌법재판소가 자기결정권의 도출근거로 사생활의 비밀과 자유를 들었다고 평가할 수는 없다고 본다.

15) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 624.

16) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 836.

반드시 다른 기본권을 개인정보 자기결정권의 헌법적 근거로 편입할 것은 아니라고 본다. 자기결정권의 헌법적 근거를 일관되게 제시하지 않는 경우에는 자칫 자기결정권의 정체성이 모호해질 우려가 있다. 이는 자기결정권의 포괄적 특성으로 인하여 더욱 심화될 수 있기 때문에 자기결정권의 헌법적 근거를 분명히 할 필요가 있다. 특히 자기결정권의 주된 헌법적 근거로 원용되는 행복추구권이 포괄적인 자유권으로서의 성격을 띤다고 한다면, 이는 기본권의 공백이나 흠결이 있는 경우에 보충적으로 적용되어야 하고, 다른 기본권의 보호영역에 있어서는 원칙적으로 작용될 수 없다고 새겨야 한다.

자기결정권을 포괄적인 기본권으로 여기는 관념은 자기결정권의 내용이 기본권보장의 근본이념과 맞닿아 있는 것에서 기인한다. 자신의 삶을 스스로 설계하고 결정하는 것은 인간의 존엄과 가치, 자유와 평등, 행복추구권 등 다양한 기본권에 의하여 보장되고 실현되므로, 본질적으로 자기결정권은 여러 개별적 기본권에 걸쳐 존립하게 된다. 따라서 자기결정권의 헌법적 근거를 찾는 것은 자기결정권의 보호영역과 중첩되는 보호영역을 갖는 개별적 기본권을 확인하는 것과 크게 다르지 않다. 이러한 점이 헌법재판소가 자기결정권의 헌법적 근거에 대하여 다소 다양한 설시를 하게 되는 연유이기도 하다. 그렇기 때문에 자기결정권의 헌법적 근거를 거시함에 있어 일관성을 유지하는 것이 매우 중요하다. 자기결정권의 헌법적 근거가 그 보호범위로 포섭되는 영역을 표상하는데, 그 헌법적 근거가 일정하지 않은 경우에는 자기결정권이 일정한 사안에서 적용될 수 있는지 여부가 그때그때 달라지는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 더욱이나 자기결정권의 포괄적 특성에 경도된 나머지 자칫 보충적인 기본권에 지나치게 의존하여 개별적 기본권을 간과하는 '주객전도'의 가능성은 국민의 기본권 보장이념을 구현함에 있어 중대한 위협이 될 수도 있다.¹⁷⁾

2. 아동의 자기결정권

(1) 아동의 기본권주체성

역사적으로 아동의 기본권을 바라보는 시각이나 태도는 양육관점(nurturance orientation)과 자기결정관점(self-determination orientation)의 대립과 긴장관계 속에서 변증법적으로 발전되어 왔다. 부권주의(paternalism)에 입각하여 신체적·정신적으로 성숙한 단계에 이르지

17) 헌법재판소가 자기결정권의 헌법적 근거로 삼는 행복추구권의 보충성을 인정하지 않고 행복추구권을 우선 적용하게 된다면 헌법상 개별 자유권들을 특별히 '따로' 규정해놓은 노력들을 의미 없는 것으로 만들 뿐만 아니라 구체적인 사항이나 사안들이 어느 기본권에 속하는지를 검토할 것을 포기하도록 만들 위험이 있으며, 종국적으로는 구체적 자유권들의 규범력을 약화시킬 수도 있다는 지적으로는, 김일환, 자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토, 미국헌법연구 제25권 제2호(2014), 91쪽.

않은 아동의 기본권을 보호자를 포함한 사회가 보호해 주어야 한다는 양육관점은 아동을 부모의 소유물쯤으로 여겼던 근대 이전의 사회에 대한 반성적 고려에 따른 것으로 전근대사회와 근대사회의 단절을 나타내는 징표 중 하나로 간주되었다. 그런데 양육관점이 여전히 아동을 피동적 보호객체로 보는 생각에 머물러 있다는 비판은 아동이 스스로 자신의 삶에 관한 중요한 사항과 문제를 결정하고 자율적 책임을 질 수 있도록 하여야 한다는 자기결정관점의 등장으로 이어졌다.¹⁸⁾ ‘아동을 보호’한다는 관점에서 벗어나 ‘아동의 권리를 보호’한다는 관점으로 이행(移行)되는 과정에서 아동의 기본권주체성을 강조하는 관념이 정립되었다고 평가할 수 있다.

우리 헌법에 아동의 기본권주체성을 명시한 조항은 존재하지 않는다.¹⁹⁾ 단지 아동, 청소년 등을 언급한 조항에서 아동과 청소년의 기본권을 바라보는 시각의 단상을 확인할 수 있을 따름이다. 헌법 제31조 제2항에서는 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 가진다.”고 규정하고 있고, 헌법 제32조 제5항에서는 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.”고 규정하고 있으며, 헌법 제34조 제4항에서는 “국가는 … 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.”고 규정하고 있다. 이들 조항에서는 우리 헌법이 사회적으로 의존에서 자립으로 전이되어 가는 단계에 있는 아동을 그저 보호대상으로 볼 뿐 아동의 권리에 대해서는 수동적·소극적 인식을 보이고 있음을 알 수 있다.²⁰⁾

인격을 형성하는 과정에 있는 아동²¹⁾에 대한 보호필요성을 주로 고려하는 양육관점에 의할 때 아동의 기본권주체성을 인정할 수 있는지, 어느 범위의 기본권에 그 주체성을 인정할 것인지 하는 문제가 발생한다. 그러나 성장하는 인격인 아동에 대한 보호가 필요하다라는 이유를 들어 모든 인간에게 인정되는 이른바 천부인권을 아동에게만 부인할 수는 없는 것이다. 아동도 인간의 존엄과 가치를 가지고 인격권, 행복추구권, 신체의 자유, 표현의 자유, 종교의 자유 등 기본권을 누릴 수 있어야 한다는 당위에 있어서는 별다른 의문의 여지가 없다.²²⁾

18) Nancy E. Walker, Catherine M. Brooks & Lawrence S. Wrightsman, *Children's Rights in the United States*, SAGE Publications, Inc(1998), pp. 46-53.

19) 스위스 헌법 제11조 제1항에서는 “아동 및 청소년은 특히 온전하게 보호받고 그 성장발달을 지원받을 권리를 가진다.”고 규정하여 명시적으로 아동의 권리에 관한 일반규정을 두고 있다.

20) 한국청소년개발원, *청소년인권론*, 교육과학사, 2004, 23-30쪽; 정혜영, *아동의 기본권에 관한 연구*, 공법학연구 제10권 제4호(2009), 86쪽.

21) 종래 다수의 논문들에서는 아동의 신체적·정신적 미성숙에서 아동보호의 필요성을 찾았으나, 이러한 미성숙의 가정은 아동을 피동적·수동적 보호의 객체로만 바라보는 시각을 고착화시켰다고 생각한다. 아동의 권리주체성을 확인하는 의미에서 이러한 표현 대신 ‘인격을 형성하는 과정’ 또는 ‘성장하는 인격’이라는 표현을 사용하였다. 다만, 이후 논의의 과정에서는 미성숙의 가정이라는 표현을 그대로 원용하여야 할 경우가 있음을 부기해 둔다.

22) 윤영미, *학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제*, 헌법학연구 제14권 제3호(2008), 472쪽; 이노홍, *아동의 권리와*

다만, 아동의 기본권주체성과 보호필요성을 조화롭게 양립시켜야 한다는 문제만이 남을 뿐이다. 실제로 기본권의 종류에 따라서는 일정한 인지능력과 판단능력을 필요로 하기 때문이다. 이 문제에 대한 해결방안으로 종래 논의되어 온 것은 기본권주체성을 기본권행사능력과 분리하여 기본권의 보유와 행사를 다른 관점에서 접근하는 것인데, 이러한 분리적 관점에 근거한 기본권행사능력에 관해서는 뒤에서 살펴본다.

(2) 자기결정권 주체로서의 아동

자기결정권은 개인이 스스로 삶에 대한 중요한 사항을 결정할 수 있는 권리인 만큼 인간의 존엄성과 가치를 표상하고 행복추구권을 실현하는 기본권이라고 할 수 있어 아동에게도 자기결정권을 보장하여야 한다. 일각에서는 아동해방이 자기결정권의 인정에 그 핵심이 있다고 하면서 아동이 성적 자유, 경제적 독립, 주거의 선택 등 삶의 전반에 있어 그들에게 최상의 이익을 줄 수 있다고 판단한 것을 스스로 결정할 수 있는 포괄적인 자유를 가질 때에 비로소 아동의 권리가 실현될 수 있다고 주장하기도 한다.²³⁾ 다만, 아동에게 전면적인 자기결정권을 보장하는 것에 주저하게 되는 것은 자기결정에는 자율적 책임이 수반되어야 하고 그 책임을 인정하기 위해서는 ‘스스로 결정할 수 있는 능력’이 전제되어야 하기 때문이다. 또한, 아동의 입장에서 인지능력, 판단능력 등 스스로 의사결정을 하는 데에 필요한 능력이 부족한 경우 보호자의 도움을 받는 것이 해당 아동에게 최상의 이익을 줄 수 있으리라는 합리적인 기대를 할 수도 있다. 결국 기본권 ‘보유’의 관점에서 아동에게도 자기결정권을 인정하여야 하지만, 그 ‘행사’에 있어서는 자기결정에 수반되는 책임이나 아동과 사회의 이익이라는 관점에서 일정한 제한이 논의될 수밖에 없는 것이다.

헌법재판소는 과외교습금지규정에 대한 위헌심판사건²⁴⁾과 인터넷게임의 본인인증 및 법정 대리인의 동의확보규정에 대한 위헌심판사건²⁵⁾에서 아동과 청소년은 되도록 국가의 방해를 받지 않고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발휘할 수 있는 권리를 가지는 독자적인 인격체이고, 그들의 자기결정권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다고 판시하였다. 그러면서도 “우리 사회는 미성년자의 의사능력이 미약하다는 전제를 받아들이고 있고, 이러한 전제하에서 미성년자는 다른

가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰, 홍익법학 제16권 제1호(2015), 141쪽.

23) Michael S. Wald, Children's Right: A Framework for Analysis, U.C. Davis Law Review Vol.12 (1979), p. 257.

24) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427.

25) 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마517, 판례집 27-1상, 342.

영역에서도 판단능력 내지 결정능력이 미약하다고 추단될 수 있다.”라고 판시함으로써²⁶⁾ 미성숙의 가정 또는 추정을 통하여 아동의 자기결정권을 제한할 수 있는 길을 열어두고 있다.

3. 아동의 자기결정권 제한

(1) 아동의 자기결정권 제한의 근거

아동의 자기결정권 논의에서 주로 다루어지는 문제는 아동의 자기결정권 행사를 제한하는 이유나 근거를 찾아 이를 헌법적으로 정당화하고, 그 제한을 위한 법리를 구성하는 것이다. 특히 아동의 자기결정권 제한의 근거를 찾는 것은 상당히 철학적인 문제와 맞닿아 있어 많은 철학자들이 이를 규명하고자 하였으므로, 종래의 철학적 논의를 개관함으로써 중요한 논의의 실마리를 찾을 수 있을 것이다.

John Stuart Mill(1806-1873)은 공리주의에 입각하여 개인의 자유와 권리의 중요성을 주장하면서도 그것이 타인에게 위협을 야기할 때에는 제한될 수 있다고 보았고, 따라서 개인의 자유와 권리는 성숙하고 합리적이며 능력 있는 성인에게만 주어질 수 있을 뿐, 아동에게는 제한될 수 있다고 하였다. John Locke(1632-1704)는 개인이 스스로의 의지에 따라 자유를 행사하려면 이성을 가지고 있어야 하는바, 부모들이 권위를 가지고 자녀인 아동들을 그들의 선택에 따라 양육할 수 있는 것은 부모들이 이성을 가지고 있기 때문이라고 주장하였다. Jeremy Bentham(1748-1832) 또한 성인이 아동들을 보호할 권위를 갖게 되는 것은 아동들의 지적인 능력이 성인보다 낮기 때문이라고 지적하였다.²⁷⁾

이들 철학자들의 담론에는 아동의 무능력(incompetency)에서 아동의 자기결정권 제한의 근거를 찾았다는 공통점이 있다. 그런데 이러한 무능력의 논리를 좀 더 자세히 들여다보면, 자기결정권의 행사에 있어 아동의 무능력이 타인에게 미칠 수 있는 영향과 아동 자신의 이익에 미치는 영향으로 나누어볼 수 있음을 알 수 있다. 즉, 인지능력과 판단능력에서 미약한 아동이 자기결정권을 행사함으로써 ① 타인에게 위협을 야기할 수 있는 경우와 ② 아동 자신의 이익을 훼손할 수 있는 경우에는 그 자기결정권의 행사가 제한되어야 한다는 것이다. 타인에게 영향을 줄 수 있는 의사결정에는 그에 따른 자율적 책임이 전제되어야 한다는 측면에서 보면 ①의 논리는 책임주의를 표상하고, 아동 자신에게 최상의 이익을 줄 수 있는 의사결정을 위하여 부모 등 보호자의 도움을 받아야 한다는 측면에서 보면 ②의 논리는 후견주의로 귀결

26) 현재 2012. 4. 24. 2010헌마437, 판례집 24-1하, 171, 177.

27) Rosalind E. Ladd, Children's Rights Re-Visioned: Philosophical Readings, Wadsworth Publishing Company(1996), pp. 5-8.

된다고 볼 수 있다.²⁸⁾

책임주의는 개인적인 사항에 관한 자기결정이라도 그것이 타인의 자유와 권리를 해할 수 있는 경우에는 자율적 책임의 원리 아래에서 자기결정권을 제한받게 된다는 것으로 타인의 자유가 시작되는 곳에서 자신의 자유가 멈춘다는 관념에 기초한다.²⁹⁾ 자율적 책임을 기대할 수 없는 경우에 자기결정권을 제한할 수 있다는 논리는 기본권의 내재적 한계 또는 기본권의 일반적인 제한에 관한 헌법 제37조 제2항에서 도출해낼 수 있다.³⁰⁾ 실질적 공평을 추구하는 공공복리나 사회공공의 안녕을 위한 질서유지에 입각한 책임주의는 아동의 자기결정권 제한에 대한 헌법적 근거로 기능할 수 있게 된다.

후견주의는 타인에게 영향을 미치지 않는 의사결정이라도 아동 본인의 이익을 위한 경우에는 해당 아동의 의사와 상관없이 부모 등 보호자를 포함한 사회가 후견적으로 그 의사결정에 개입할 수 있다는 것이다. 종래 부모가 아동의 자기결정권을 제한할 수 있다는 관념은 부모가 자녀인 아동의 복리에 가장 적합한 선택을 할 수 있는 의지와 능력을 갖추었으리라는 가정적 판단에 기초하였다. 애정으로 맺어진 부모와 자녀의 유대관계가 부모로 하여금 자녀인 아동의 최선 이익에 부합하는 의사결정을 하도록 유도한다는 점은 역사적으로 확인되었다.³¹⁾ 가족적 연대를 지키기 위해서는 국가를 비롯한 외부(제3자)의 간섭이나 통제를 벗어나 자율적으로 의사결정을 할 수 있는 여건이 마련되어야 하는데, 성숙도나 판단능력 등에 비추어 그 의사결정권한이 부모에게 귀속되어야 한다는 것이다.³²⁾ 이러한 부권(父權)주의적 관점은 부모 등 보호자에 의한 제한을 넘어 점차 국가와 사회에 의한 후견주의적 관점으로 확대되었고, 후견

28) 타인에게 위협을 초래할 수 있는 한 개인의 자유를 제한할 수 있어야 한다는 의미에서 ①의 논리를 위해원리(harm principle)라고 명명하고, 개인이 무능력한 경우 그의 이익을 위하여 그의 의지와 상관없이 개인의 자유를 제한하는 것을 정당화할 수 있다는 의미에서 ②의 논리를 '약한 의미의 부권주의(weak paternalism)'라고 지칭하는 것으로는, *ibid.*, pp. 5-6.

29) 같은 취지로는, 민병로(주 14), 162쪽.

30) 양심의 자유, 종교의 자유 등과 같이 이른바 절대적 기본권으로 분류되는 기본권도 기본권의 내재적 한계에 의하여 제한된다고 하는 견해[김주현, 자기결정권과 그 제한, 헌법논총 제7집(1996), 59-60쪽]가 유력하게 제시되고 있고, 헌법재판소도 간통죄의 형사처벌 규정에 대한 위헌심판사건에서 "개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것이 아니다."라고 판시하여(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310) 위 견해와 입장을 같이 하는 것으로 보인다. 다만, 기본권의 내재적 한계이론은 독일에 특유한 이론으로 개별적 법률유보형식을 취한 독일기본법에서 개별적 법률유보가 없는 기본권을 제한하기 위하여 동원된 이론에 불과하여 일반적 법률유보조항을 둔 우리 헌법의 해석론에는 도입할 실익이 없다는 견해(성낙인(주 3), 953-954쪽; 양건, 헌법강의 제2판, 법문사, 2011, 240쪽)가 있는데, 이 견해에 의하더라도 책임주의는 기본권의 일반적 제한에 관한 헌법 제37조 제2항에서 도출될 수 있다고 본다.

31) *Parham v. JR.*, 442 U.S. 584, 602 (1979).

32) Allen E. Buchanan & Dan W. Brock, *Deciding For Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making*, Cambridge University Press(1989), pp. 233-234; Lainie Friedman Ross, *Children, Families And Health Care Decision-making*, Oxford University Press(1998), pp. 39-41.

주의는 아동의 기본권을 제한하는 주된 원리로 작용하게 되었다.

그런데 후견주의가 헌법상 어느 조항으로부터 도출되는 것인지에 관해서는 여러 견해가 대립하고 있다. 자기결정권에는 도덕률과 헌법질서에 위반되지 않는 범위 내에서만 보호받을 수 있다는 내재적 한계가 있어 이로써 후견주의가 뒷받침된다는 견해³³⁾, 개인의 의사결정은 어떤 방식으로든 타인의 자유 및 권리에 영향을 미치게 되므로 헌법 제37조 제2항에서 정한 질서유지로서 자기결정권을 제한할 수 있다는 견해³⁴⁾ 등이 유력하게 제시되고 있다. 자기결정권은 자율성을 본질로 하고, 자율성은 일정한 ‘능력’을 전제로 하기 때문에 그 전제가 충분하지 않고 미약한 경우에는 완결적 의미의 자기결정이라고 할 수 없다는 자기결정권의 내재적 한계가 존재한다고 보아야 한다. 이러한 내재적 한계선상에서 후견주의가 등장하여 자기결정권의 흠결을 보충하게 된다.

헌법재판소도 다수의 결정들에서 “헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼” 것이라고 판시하여³⁵⁾ 자기결정권이 자기책임의 원리를 전제로 하여야 함을 분명히 하였다. 또한, 헌법재판소가 자기결정권의 제한논리로서의 후견주의를 정면으로 실시한 것은 아니지만, 부모의 자녀양육권을 헌법상 기본권으로 인정하면서 부모가 자신의 선택과 결정에 따라 자녀인 아동을 양육할 수 있다는 취지에서 다음과 같은 취지로 판시함으로써 사실상 아동의 자기결정권 제한의 근거로서 후견주의를 받아들였다고 평가할 수 있다. ‘헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고자 하는바, 가족생활을 구성하는 핵심적 내용 중의 하나가 바로 자녀의 양육이다. 자녀의 양육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모의 자녀에

33) 김강운, 헌법상 자기결정권의 의의, 법학연구 제20집(2005), 175쪽.

34) 강태수, 자기위해행위의 제한에 관한 헌법적 고찰, 경희법학 제43권 제1호(2008), 31-32쪽.

35) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 715; 헌재 2013. 5. 30. 2011헌바360 등, 판례집 25-1, 293, 298; 헌재 2015. 3. 26. 2012헌바381 등, 판례집 27-1상, 241, 248 등.

대한 양육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.³⁶⁾

이처럼 아동의 자기결정권을 제한하는 근거를 책임주의와 후견주의에서 찾겠다고 할 때, 책임주의와 후견주의에 저촉될 것이 없는 사항에 대해서는 아동의 자기결정권이 존중되어야 한다는 결론에 이르게 된다. 즉, 자기결정권이 작동하는 영역에 따라서는 타인에게 영향을 미칠 것이 없고 아동이 스스로의 이익에 반하는 의사결정을 할 우려가 거의 없는 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우에는 특별히 아동의 자기결정권을 제한할 수는 없다고 보아야 한다. 이는 아동이 자신의 생명·신체에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 의료 및 치료행위 등에 관한 의사결정을 함에 있어서 문제될 수 있는바, 뒤에서 자세히 살펴보기로 한다.

(2) 아동의 자기결정권 제한에 관한 기준

헌법상의 기본권은 처음부터 개인적 시민(국민)을 염두에 두고 있고, 일차적으로 개인적 자기결정권의 실현에 기여하기 위한 것이다.³⁷⁾ 따라서 헌법상 기본권을 보유할 수 있는 능력인 기본권주체성 또는 기본권보유능력을 아동에게만 인정하지 않을 수는 없다. 다만, 아동이 기본권을 독자적으로 행사할 수 있는가 하는 문제는 간단하지 않다. 아동의 최선 이익에 대한 보호와 아동의 주체성 사이에서 아동의 기본권행사능력을 인정할 수 있는 범위를 일률적으로 재단하기는 어렵다. 기본권의 유형별로 요구되는 기본권행사능력이 동일하다고 볼 수는 없기 때문이다. 아동의 자기결정권에 있어서도 기본권행사능력이 문제되므로,³⁸⁾ 여기서 요구되는 능력이 무엇인지를 밝혀낼 필요가 있다. 아동의 무능력 또는 미성숙의 가정이거나 추정은 아동의 기본권을 침해할 가능성을 내포하므로 자기결정권의 행사에 필요한 능력의 실체를 규명하는 작업을 실질적으로 중요하다.

종래 기본권을 행사하는 데에 필요한 능력에 관해서는 인지능력, 변식능력, 판단능력 등

36) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427, 446; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156, 판례집 20-2상, 1007, 1018; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마635, 공보 제157호, 2083, 2088.

37) 김학성 연구책임, 기본권의 주체, 헌법재판연구 제20권, 헌법재판소, 2009, 1쪽.

38) 기본권행사능력이 문제될 수 있는 경우는 ㉠ 헌법이나 법률 등에서 명시적으로 기본권행사능력을 제한하는 유형과 ㉡ 합헌적인 법률적 구체화 또는 최소한의 독자적인 기본권행사를 위한 기준점에 관한 규정 없이 기본권행사능력을 제한하는 유형으로 나눌 수 있고, ㉢의 경우에는 일반적 또는 개인적인 변식능력이 기본권행사능력 판단의 기준이 된다는 설명으로는, 이석민 연구책임, 아동·청소년의 정치적 기본권 -정당가입 연령제한을 중심으로-, 헌법재판연구원, 2018, 25-26쪽.

다양한 용어가 제시되었다. 헌법재판소는 미성년자의 미약한 의사능력에서 판단능력과 결정능력의 부족을 추단할 수 있다는 취지로 판시하여³⁹⁾ 기본권행사능력의 일반적인 전제를 의사능력에서 찾고자 하였으나 의사능력이 구체적으로 무엇을 의미하는지 밝히지는 않았다. 자기결정권이 어떠한 사항에 대한 의사결정을 자율적으로 할 수 있는 권리라고 단순화하면 자기결정권의 행사에 필요한 능력은 의사결정에 관한 능력이라고 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 의사결정에 관한 능력에 대해서는 여러 선행연구가 있는데⁴¹⁾, 이들 연구결과를 종합해 보면 의사결정에 관한 능력은 의사표시를 함에 있어서 현상을 이해한 바에 따라 그 의사를 단독적으로 형성하고, 그에 따른 행위의 의미와 결과를 판단할 수 있는 정신적 능력을 의미한다고 결론지을 수 있다.⁴²⁾ 즉 의사결정에 관한 능력은 이해, 자율, 추론, 평가 등을 개념표지로 하는바, 주로 이성이나 합리성과 관련된 인지능력과 연계되어 있다고 이해할 수 있다.

아동의 자기결정권의 제한은 아동에게는 그 행사능력인 의사결정에 관한 능력이 미약하다는 것을 전제로 한다.⁴³⁾ 그렇다면 이러한 전제는 절대적으로 타당한가? 성인과 아동의 의사결정에 관한 능력을 비교하기 위해서는 먼저 비교의 기준이 되는 집단을 설정할 필요가 있다. 즉, 성인집단에서는 어느 정도의 인지능력, 판단능력을 가진 사람들을 비교대상으로 삼을 것인지, 아동집단에서는 정신적 능력에 주된 영향을 미치는 요소인 연령과 관련하여 어느 정도의 연령대에 있는 아동을 비교대상으로 하여야 할지 결정하여야 한다. 성인집단에서는 금치산자, 한정치산자 등 법적 책임이 제한되는 사람들을 제외하고 기본권행사능력을 온전히 인정받는 성인들 중 가장 낮은 정도의 정신적 능력을 가진 사람을 비교대상으로 하여야만 아동의 자기결정권 제한이 정당화될 수 있을 것이다. 아동집단에서는 도저히 자기결정권을 인정하기 어려운 정도로 신체적·정신적 능력이 미약한 영아가 아니라 스스로의 판단이 수용될 수 있을 정도로 의사를 형성할 수 있는 연령대의 아동을 비교대상으로 설정하여야 한다.

대표적인 인간발달이론이나 인간의 성장에 관한 몇몇 연구결과에서는 대부분의 아동들이 10세에서 12세까지의 10대 초반에 형식적 조작능력으로의 발달을 경험하게 되면서 이 시기

39) 헌재 2012. 4. 24. 2010헌마437, 판례집 24-1하, 171, 177.

40) 어쩌면 헌법재판소가 '의사능력'이라는 표현에서 의도하고자 한 것도 의사결정에 관한 능력일 수도 있으므로, 의사결정에 관한 능력의 실체를 규명함으로써 헌법재판소의 판시취지에 더 다가갈 수 있을지도 모른다.

41) 이들 연구를 개관한 내용에 대해서는, Nancy E. Walker, Catherine M. Brooks & Lawrence S. Wrightsman (주 18), pp. 62-67 참조.

42) 사법(私法)상 의사능력은 자신의 행위가 갖는 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력을 말한다고 설시한 대법원의 판결로는, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결, 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결.

43) 이러한 아동의 자기결정권 제한을 후견주의적 관점에서 보면 부모의 친권에 의한 아동의 기본권 제한으로 볼 수도 있고, 헌법재판소는 친권의 사법(私法)적 성격에 대응하여 부모의 자녀양육권이라는 기본권으로써 부모에 의한 아동의 기본권 제한가능성을 풀어내가고자 하였다.

에 가설적, 연역적 분석능력 및 추상적 추론능력을 갖추게 된다고 밝히고 있다.⁴⁴⁾ 즉, 이 정도의 연령대에 이른 아동의 인지능력, 판단능력은 자기결정권을 제한할 정도로 미약하다고 단정할 수 없어 그 제한의 근거가 흔들리게 된다. 결국 일정한 연령을 기준으로 아동을 분류하고 그 연령을 일반적인 정신적 성숙도와 연계시키는 것은 다분히 의제적이어서 '일정한 연령에 이르지 못한 아동의 정신적 능력은 미약하다는 가정'은 그 타당성을 그대로 받아들이기 어렵다고 본다. 특히나 자기결정권은 포괄적 기본권으로 기능하면서 개인의 삶 전반에 있어서 다양한 국면에서 나타날 수 있는데, 아동 개개인의 발달과 성숙정도와 관계없이 일률적으로 아동의 미성숙을 가정 또는 추정하는 것은 아동에 대한 폭넓은 자기결정권 제한을 가능케 하는 논리로 작용할 수 있음을 경계하여야 한다. 따라서 아동의 자기결정권을 제한함에 있어서는 문제되는 사안의 성격과 내용, 해당 아동의 성장과정과 발달정도, 해당 의사결정이 아동 및 사회에 미칠 것으로 예상되는 영향의 내용과 정도 등을 고려하여야 할 것이다.⁴⁵⁾ 나아가 자기결정권의 제한원리와 관련하여 책임주의가 거론될 여지가 없고 후견주의의 문제만이 남는 경우에 있어서는 합리적 사고에 근거하였다고 평가할 수 있는 아동의 현실적, 추정적 의사는 존중되어야 한다고 생각한다.

III. 부모의 자녀 치료 거부에 대한 헌법적 접근: 아동의 자기결정권 보장의 관점에서

1. 개요

자기결정권은 그 개념만큼이나 포괄적이어서 다양한 영역에서 발현될 수 있다. 종래 개인정보 자기결정권, 성적 자기결정권이 주로 다루어졌는데⁴⁶⁾, 의료영역에서의 자기결정권도 다양한 쟁점으로 활발하게 논의되고 있다. 헌법재판소는 의료법에 따라 개설된 의료기관이 당연히 국민건강보험 요양기관이 되도록 규정한 국민건강보험법 규정에 대한 위헌심판사건에서 의료소비자로서의 자기결정권을 위 규정에 따라 제한되는 기본권으로 판시하였고⁴⁷⁾, 연명치료

44) 이에 관한 상세한 설명으로는, 최윤진, 청소년 권리제한 논리의 부당성에 대한 고찰, 한국청소년연구 제10권 제1호(1999), 13-17쪽.

45) 자기결정권은 헌법이나 법률 등 규정에서 기본권행사능력을 따로 정한 기본권이 아니므로 자기결정권의 행사능력을 일률적으로 논단하여야 할 제도적 이유가 있다고 볼 수도 없다.

46) 자기결정권을 다룬 헌법재판소 결정례 중에서도 개인정보 자기결정권과 성적 자기결정권이 문제된 결정들이 다수를 이룬다.

47) 현재 2014. 4. 24. 2012헌마865, 공보 제211호, 875, 876.

의 중단에 관한 입법부작위 위헌심판사건에서 연명치료 중단에 대한 자기결정권을 자기결정권의 범주에 포섭시키는 결정을 하였다.⁴⁸⁾

의료영역에서 '아동의 자기결정권'은 이 논문의 첫머리에서 거시한 사례들과 같이 질병을 앓는 아동에 대한 의료조치(치료행위)에 관한 부모의 의사결정이 해당 아동의 생명·신체에 중대한 침해로 이어지는 경우에 주로 문제된다. 부모의 종교적 신념, 가치관 등에 따라 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 아동에 대한 의료(치료)의 영역에서 충돌할 여지가 작지 않다. 이러한 기본권 충돌을 논하기에 앞서 부모가 자기결정권의 행사능력이 없는 자녀의 최선 이익에 부합한다고 객관적·합리적으로 평가하기 어려운 선택을 하는 경우에 그 선택을 부인할 수 있는지 여부와 관련하여 자녀양육권의 내재적 한계를 논할 필요가 있다. 헌법재판소는 이에 관한 주목할 만한 판시를 하고 있으므로 이를 살펴본 다음 기본권 충돌의 관점에서 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 조화롭게 양립할 수 있도록 하는 해석론을 모색해보기로 한다.

2. 부모의 자녀양육권의 내재적 한계

(1) 의료조치에 대한 아동의 자기결정권 행사능력

아동이 자신의 질병에 대한 의료조치와 관련하여 그 생명·신체에 대한 자기결정권을 행사할 수 있는 능력을 갖추고 있는지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 아동의 정신적 성숙도가 그 연령과 반드시 연계될 수 있는 것은 아니고, 성장과정, 발달정도 등에 따라 개인차가 있다는 점은 이미 앞서 언급하였다. 그러나 해당 아동이 이러한 자기결정권을 행사할 능력을 보유한다는 것은 부모의 아동에 대한 치료 거부에 있어 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권의 기본권 충돌이 성립하기 위한 전제를 구성하는 것이므로 그 행사능력의 존부를 규명하는 작업이 반드시 선행되어야 한다.

독일에서는 아동이 의사의 설명을 듣고 이해하여 의문점을 질문할 수 있는지 여부, 자신의 특수한 상황에 맞추어 치료행위의 장점과 단점을 형량할 수 있는지 여부, 자신의 결정을 명확한 의사로 표시할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 아동이 자신에 대한 의료조치의 여부와 내용을 스스로 결정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다는 것이 널리 받아들여지고 있다.⁴⁹⁾ 한편, Weithorn과 Campbell은 의료조치에 대한 자기결정권을 행사하는 데에

48) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647, 660.

49) BGHZ 29, 33, 36.

필요한 능력을 규명한다는 연구목적 아래 일정한 실험연구를 실시하였다. 피실험자 집단을 9세, 14세, 18세, 21세의 4개 연령대 그룹으로 나누어 이들에게 가설적 판단 딜레마를 포함한 4개의 이야기를 들려주면 피실험자들이 그 이야기 속 가설적 상황에 대한 적절한 대처방안을 선택하도록 하여 참가자 반응비율 환산시스템을 통해 각 그룹별 결과를 비교해보는 것이었다. 위 실험연구결과에서는 4가지 영역의 능력(선택의 근거, 합당한 결과, 합리적 근거, 이해)에 있어서 14세 이후 연령대의 그룹들 간에 별다른 차이가 없었음을 보여주었다.⁵⁰⁾ 이 실험연구는 의료조치를 둘러싼 갈등상황에 대처하는 정신적 능력에 있어 14세 이후 연령대의 그룹들이 서로 대등한 수준을 보인다는 점을 실증적으로 밝혀주었다.

위와 같은 논의들을 종합해 보면, 해당 아동이 자신의 질병에 대한 치료행위의 필요성과 내용, 치료행위에 따라 예상되는 치료경과와 위험성, 그 치료행위 여부에 따라 시행과 불시행의 각 경우에 겪을 수 있는 고통 등 부작용 등을 어느 정도 이해하여 자신이 내린 결정에 대한 근거를 제시할 수 있을 정도의 정신적 능력을 갖춘 경우에는 그 아동의 자기결정권 행사능력을 인정할 수 있다고 본다. 이는 아동의 연령만으로 획일적인 판단을 할 수 있는 것이 아니므로 위와 같은 판단요소에 대한 다각적인 검토가 선행되어야 한다.

그렇다면, 신생아, 영아 등 아동에게 자기결정권의 행사능력을 인정할 수 없는 경우에는 부모의 자녀양육권에 의하여 아동에 대한 의료조치에 관한 부모의 의사결정이 아동의 생명·신체를 해하는 결과를 초래하는 때에도 이를 그대로 인정하여야 하는지 문제될 수 있다. 이에 관해서는 아동의 생명권,⁵¹⁾ 신체에 관한 기본권과 부모의 자녀양육권이 충돌하는 경우로 생각해볼 수도 있겠으나, 여기서는 다소 관점을 달리 하여 자기결정권의 행사능력이 없는 아동에 대하여 부모의 그 의료조치에 대한 의사결정은 자녀양육권의 내재적 한계 내에 있어야 한다는 측면에서 논의를 전개해보기로 한다.

(2) 부모의 자녀양육권의 의미와 그 내재적 한계

헌법재판소는 부모의 자녀양육권에 대하여 자녀의 행복을 위하여 행사되어야 한다는 내재적 한계를 확인하고 있다. 부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향과 능력, 정신적·신체적 발달상황 등을 고려하여 양육방법을

50) Lois A. Weithom & Susan B. Campbell, The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions, *Child Development* No.53 (1982), pp. 1589-1599.

51) 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545).

정하게 되는데, 이러한 결정권은 누구보다도 부모가 자녀의 이익을 가장 잘 보호할 수 있으리라는 사고에 터 잡은 것이라고 보았다. 따라서 부모의 자녀양육권은 다른 기본권과는 달리 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 통한 행복의 구현이라는 관점에서 보장되는 것으로서 자녀의 행복이 부모의 양육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다고 하였다.⁵²⁾ 이러한 논리에서 부모가 자녀의 이익과 행복에 반하는 결정을 한 경우 그 결정은 자녀양육권에 의하여 보호되는 범위 내에 있다고 볼 수 없게 된다. 결국 헌법 제37조 제2항에서 기본권의 제한 목적으로 정한 기본권 제한의 목적인 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 중 어디에도 해당되지 않는 아동의 행복과 최선 이익은 부모의 자녀양육권에 내재된 태생적 한계이자 목적으로 이해할 수 있다.⁵³⁾

그렇다면, 자녀의 행복, 최선 이익은 과연 무엇을 의미하고, 어떤 기준으로 판단할 것인가 하는 문제가 남게 된다. 행복이나 최선의 이익은 매우 주관적이고 다의적인 개념으로서 역사적 조건이나 때와 장소에 따라 그 개념이 달라질 수 있고, 생활환경이나 생활조건, 인생관, 가치관 등에 따라 다르게 나타날 수 있으므로 일률적으로 정의하기는 어렵다. 따라서 행복과 최선의 이익에 대한 철학적 논의는 매우 오랫동안 계속되고 있고, 그 만큼이나 깊고 방대한 논의가 집적되어 있어 그 내용을 간단하게 정리하기는 어렵다.⁵⁴⁾ 다만, 의료조치나 치료행위의 여부 및 내용을 결정한다는 관점에 국한하여 살펴보면, 아동의 인간다운 삶을 보전할 수 있도록 하는 의사결정이 이루어져야 한다는 정도의 결론을 내릴 수는 있을 것이다. 질병의 유형, 의료조치에 의한 치료가능성과 그 과정에서 아동이 겪게 될 고통의 정도, 의료조치가 없는 경우 아동의 생명·신체에 미칠 수 있는 영향, 아동의 연령 등을 종합적으로 고려하여 해당 아동에 대한 의료조치의 여부와 내용을 결정하여야 할 것이다. 이에 대해서는 해당 아동의 부모에게 일차적인 결정권이 있지만, 합리적이고 이성적인 제3자의 판단기준에서 부모의 의사결정이 아동의 행복과 최선 이익에 반한다고 여겨질 경우에는 부모의 자녀양육권이 후퇴한다고 보는 것이 타당하다.

부모의 자녀양육권이 해당 아동에 대한 의료조치의 여부와 내용을 결정함에 있어 일정한 제한을 받게 된다는 논의는 사법(私法)의 영역에서 매우 활발하게 논의되고 있다. 의료영역에

52) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427, 447. 위 결정에서는 부모의 '자녀교육권'에 관하여 실시하였으나, 헌법재판소는 부모의 자녀 양육과 교육을 위와 같은 기준에서 바라보고 있으므로, 그 판시내용은 부모의 '자녀양육권'에 있어서도 그대로 타당하다고 보아야 한다.

53) 부모의 자녀양육권의 내재적 한계 논의는 그 자녀양육권의 보호영역 논의로 접근할 수도 있다. 즉, 기본권의 보호영역이라는 관점에서 자녀인 아동의 최선 이익 또는 행복에 반하는 결정은 자녀양육권의 보호범위를 넘어서는 것으로 보아야 한다는 것이다.

54) 플라톤(Platon)이나 아리스토텔레스(Aristoteles)와 같은 고전적 철학자들도 행복(Eudaimonia)을 인생의 궁극적인 목적으로 삼아 철학적 논의를 전개하였다.

서 부모 등 보호자의 의사결정은 환자인 아동의 최선 이익을 위해서 이루어져야 하므로 해당 아동에게 객관적으로 이익이 되지 않는 방향의 의사결정은 그 법적 효력을 가질 수 없다고 보아야 한다는 견해가 지배적이다.⁵⁵⁾ 비교법적으로 보아도 다수의 외국 법제에서는 자녀인 아동의 복리를 보호하기 위하여 부모의 자녀양육권(친권)이 행사되어야 한다는 전제에서 부모의 자녀인 아동에 대한 치료 거부를 규율할 수 있는 해석론을 제시하고 있다. 독일에서는 “친권의 남용과 자녀의 유기, 부모의 귀책사유 없는 거부 또는 제3자의 행위로 인하여 자녀의 육체적·정신적 또는 영혼적 복리 또는 그의 재산에 위험이 발생한 경우, 가정법원은 부모에게 그 위험을 방지하려는 의사 또는 능력이 없는 한, 그 위험의 방지를 위해 필요한 조치를 취하여야 한다.”고 규정한 민법 제1666조 제1항에 근거하여 부모가 질병을 앓는 자녀인 아동에게 객관적으로 필요하고 위험이 없는 치료를 거부하는 경우 가정법원의 개입을 허용하고 있다.⁵⁶⁾ 또한, 미국에서는 부모의 자녀에 대한 치료 거부 사례에서 그 반대를 허용하지 않는 근거로 친권제한에 관한 일반법리인 ‘*parens patriae*’를 원용하고 있다.⁵⁷⁾ 구체적으로는 이러한 경우에 의사나 주(州)의 아동보호기구가 법원에 치료를 명하는 재판을 청구하고, 법원이 해당 치료행위를 명하는 판결을 하게 된다. 우리 법제에서도 2014. 1. 28. 법률 제12341호로 제정된 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제47조 제1항 제9호에서 학대피해아동에 대한 보호명령 중 하나의 유형으로 ‘친권자 또는 후견인의 의사표시에 갈음하는 결정’을 열거하고 있다. 이는 대체로 부모가 자녀인 아동의 생명, 신체, 재산 등을 보호하기 위한 일정한 의사표시를 하지 않는 것이 그 자체로 아동학대범죄를 구성할 수 있다고 보아 해당 아동의 최선 이익에 부합하는 방향으로 부모에 의사표시에 갈음하는 결정을 법원이 행할 수 있도록 한 것이다.⁵⁸⁾ 결국 여러 법제에서 부모의 아동에 대한 의료조치 등의 의사결정이 아동의 행복과 최선 이익에 반하는지 여부를 판단할 ‘합리적이고 이성적인 제3자’를 법원(法院)으로 정함으로써 그 판단의 객관성, 일관성을 담보하고자 한다는 점을 알 수 있다.

55) 한삼인, 설명의무론과 자기결정권의 법적 평가, 비교사법 제2권 제1호(1995), 262쪽.

56) 다만, 자녀의 발달에 대한 즉각적이거나 매우 압박한 위험이 존재하고, 그것이 계속될 경우 자녀의 육체적·정신적 또는 영혼적 복리에 중대한 해악을 미칠 것임이 매우 확실하게 예견되는 경우이어야 한다고 해석되고 있다(BVerfG NJW 2010, 2333).

57) *parens patriae*란 문자 그대로는 “그 남자 또는 그 여자의 부모인 국가(*parents of his or her country*)”라는 뜻의 라틴어로서, 자신을 보호할 수 없는 사람을 위하여 국가가 보호를 제공한다는 의미이다. 부모의 자녀 치료 거부에 대한 미국의 친권제한 제도에 관한 자세한 설명으로는 윤진수 연구책임, 부모의 자녀 치료 거부에 대한 입법필요성에 관한 연구, 법무부 연구용역보고서, 2012, 33쪽.

58) 오서현·정기상, 아동보호법론, 도서출판 유로, 2019, 253쪽.

3. 기본권 충돌의 관점에서 바라본 아동의 의료 자기결정권 보장

(1) 논의의 개요

아동의 자기결정권 행사능력이 인정되는 경우에는 자신의 질병에 대한 의료조치 여부와 내용에 관한 아동의 결정이 존중되어야 한다. 그런데 부모가 자신의 종교관, 가치관, 인생관 등을 들어 자녀인 아동에 대한 치료를 거부하는 경우에는 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 충돌할 수 있다. 특히나 인간은 자신의 생명과 신체를 침해하는 행위에 반대하는 의사결정을 하는 것이 일반적이라고 본다면, 아동의 자기결정권도 자신의 생명·신체를 보전하는 방향으로 행사될 것으로 예상할 수 있고,⁵⁹⁾ 이러한 경우에 자녀인 아동에 대한 치료를 거부하는 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권은 정면으로 충돌하게 되는 것이다. 물론 아동에게 자기결정권의 행사능력이 인정되는 경우에도 앞서 살펴본 부모의 자녀양육권의 내재적 한계가 여전히 문제될 수 있고, 또한 아동의 생명·신체에 관한 기본권과 부모의 자녀양육권의 충돌문제도 등장할 수 있을 것이지만, 이 논문의 목적상 아동의 자기결정권과의 충돌 문제를 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

(2) 기본권 충돌의 의의와 범위

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다.⁶⁰⁾ 즉, 기본권충돌의 상황은 예외 없이 국가가 한 기본권주체의 기본권을 보호하기 위하여 다른 기본권주체의 기본권을 제한하는 상황에서 발생하는데, 각 기본권주체가 국가에게 서로 자신의 기본권을 고려해줄 것을 요청함으로써, ‘국가와 각 기본권주체의 3자 관계’가 성립한다.⁶¹⁾

그런데 기본권의 충돌은 겉으로는 기본권이 충돌하는 것처럼 보이지만 실제로는 기본권의 충돌로 볼 수 없는 기본권의 유사충돌 또는 부진정충돌과는 구별되어야 한다. 기본권의 충돌은 각 기본권의 보호영역이 충돌하는 지점에서 발생한다. 어느 한 기본권주체가 행한 기본권

59) 극단적으로는 부모가 자녀인 아동에 대한 치료행위를 원하는데, 해당 아동이 그 치료행위를 거부하는 경우가 있을 수도 있는데, 이 역시 기본권 충돌의 관점에서 접근할 수 있는 것이어서 아래의 논의에서 일정한 시사점을 찾을 수 있으리라 본다.

60) 현재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 판례집 17-2, 392, 401.

61) 한수용, 현재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 : 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로, 헌법논총 제22집(2011), 454쪽.

행사가 당초 그 기본권의 보호영역 내에 있지 않다면 이는 기본권의 충돌에 해당한다고 볼 수 없고 이를 기본권의 유사충돌 또는 부진정충돌이라는 범주에서 논의하고 있는 것이다. 예컨대, 질병에 걸린 개인이 자신에 대한 의료 및 치료행위 여부와 그 내용을 스스로 결정할 수 있다고 하더라도 전염병환자가 완치 가능한 치료를 거부하는 등으로 타인에게 그 병을 전염시킬 수 있는 의사결정을 하는 것은 자기결정권의 보호영역을 벗어나는 것으로서 타인의 생명·신체에 관한 기본권과 위 환자의 자기결정권 간에 기본권충돌은 발생하지 않는다.

따라서 기본권의 충돌 여부를 검토함에 있어서는 해당 기본권들의 보호영역을 규명하는 작업이 선행되어야 한다. 기본권의 충돌과 유사충돌은 규범영역의 분석을 통하여 어느 정도 구별될 수 있는데, 기본권의 보호영역을 획정하는 것이 언제나 명확한 것은 아니다. 기본권이 충돌하는 상황의 개별성·다양성과 기본권 보호영역의 가치판단적 성격과 가변성 등에 따라 기본권의 보호영역을 일률적으로 획정하기는 어렵기 때문이다.⁶²⁾

부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권 충돌문제를 검토함에 있어서도 부모의 자녀양육권이 갖는 보호영역을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 이는 부모의 자녀양육권의 내재적 한계에 관한 앞서의 논의와 그 맥락을 같이 한다. 즉, 부모의 자녀양육권은 자녀인 아동의 행복과 최선 이익을 위한 것이어야 한다는 내재적 한계는 자녀양육권의 보호영역을 결정짓는 경계로 기능할 수 있다. 그런데 아동의 행복과 최선 이익에 부합하는 의사결정인지 여부를 판단함에 있어서는 가치판단적 요소가 깊숙이 개재된다. 이러한 연유에서 질병의 유형, 의료조치에 의한 치료가능성과 그 과정에서 아동이 겪게 될 고통의 정도, 의료조치가 없는 경우 아동의 생명·신체에 미칠 수 있는 영향, 아동의 연령 등을 종합적으로 고려하여 부모의 결정이 아동의 행복과 최선 이익에 부합하는지 여부를 판단할 수밖에 없고, 여러 입법례에서 그 판단의 주체를 법원으로 정하고 있는 것이다. 부모의 자녀에 대한 의료조치 거부에 있어 부모의 자녀양육권이 갖는 내재적 한계나 그 보호영역을 논함에 있어서는 부모가 내세우는 치료 거부의 이유에 대한 검토보다는 해당 치료의 의미와 그 아동에게 미치는 신체적·정신적 영향에 대한 검토에 초점을 둔다. 치료의 효과가 확실하고 부작용이 크지 않지만 그 치료를 하지

62) 성낙인(주 3), 945쪽; 기본권충돌의 문제를 법익형량을 통한 헌법규범의 해석문제로 접근하여야 한다는 취지에서 다음과 같이 설명하는 내용으로는, 한수웅(주 61), 466-469쪽. “헌법상 기본권조항은 개방적이고 유동적인 규범으로서 사회상황의 변화에 따라 지속적인 발전을 가능하게 그 규범내용은 과거에 역사적으로 형성된 규범 내용에 고정되고 확정된 것이 아니라 변화하는 사회현실을 고려하여 구체화되고 실현되어야 한다. 따라서 개방적인 헌법규범의 내용을 밝히는 것은 해석의 문제가 아니라 헌법의 내용을 채우는 작업, 즉 헌법의 보충이나 구체화의 문제를 의미한다. 헌법이 규율하지 않은 헌법적 문제의 해결책을 찾는 것은 고전적 의미의 해석을 통해서가 아니라 헌법의 구체화·실현·형성을 통해서 가능하다. 헌법의 구체화·실현의 과정에서 도출되는 불문법적 요소가 어느 정도 설득력을 가지는지의 문제는 일차적으로 법적 논증의 문제, 결국 헌법재판소결정의 논리적 설득력의 문제이다.”

않는 경우에는 해당 아동에게 심각한 생명이나 신체적·정신적 손해가 발생할 수 있는데도 부모가 그 치료를 거부하는 것은 자녀양육권의 내재적 한계나 보호범위를 벗어난다고 보아야 함에는 별다른 이론(異論)이 없을 것이고, 이러한 경우에는 국가적 개입이 헌법적 정당성을 갖게 된다고 보아야 한다.⁶³⁾ 그런데 치료의 부작용이 심대한 경우나 치료를 받지 않는다고 하더라도 자녀인 아동의 생명이 위급하게 되는 것은 아니지만 자녀의 삶의 질을 높이기 위하여 치료가 필요한 경우 등에서는 부모의 치료 거부가 아동의 최선 이익에 반한다고 단정하기 어렵다.⁶⁴⁾ 결국 부모가 자녀인 아동에 대한 치료를 거부하는 여러 사례에서 부모의 자녀양육권의 보호영역이나 내재적 한계만으로 해결방안(국가개입의 헌법적 근거)을 도출해내기 어려울 수 있고, 이러한 경우는 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권의 충돌문제로 접근할 필요가 있다.

(3) 기본권 충돌의 해결이론

기본권충돌의 해결을 위한 이론에 대해서는 학자마다 다소 다른 설명을 하고 있으나, 일반적으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 이론, 실제적 조화의 이론이 제시되고 있다.⁶⁵⁾ 기본권의 서열이론은 기본권 사이에 서열과 위계를 확정할 수 있다는 것을 전제로 하여 기본권이 충돌하는 경우 상위의 기본권을 우선시킨다는 이론이고, 실제적 조화의 이론은 헌법의 통일성 관점에서 충돌하는 기본권 모두를 최대한으로 실현할 수 있도록 헌법규범을 해석해야 한다는 이론이다.⁶⁶⁾ 법익형량의 이론은 독자적인 기본권 충돌의 해결이론이라기 보다는 기본권의 서열이론이나 실제적 조화의 이론을 구현하기 위한 방법론적 원리로 이해되고 있다. 학자에 따라서는 법익형량을 통하여 실제적 조화의 이론이 실현된다고 보아 양자를 동일하다고 이해하기도 하고,⁶⁷⁾ 법익형량의 이론을 기본권 사이의 우열을 정하는 추상적 기준 또는 원리로 이해하기도 한다.⁶⁸⁾

63) 부모가 종교적 신념에 따라 일정한 치료행위만으로 완치가 가능한 질병을 앓는 자녀인 아동에 대하여 그 치료행위에 필수적으로 수반되는 수혈을 거부하는 경우가 대표적이다. 실제로 미국에서는 부모가 종교적인 이유로 자녀의 치료를 위한 수혈을 거부하는 경우에 법원이 대체로 수혈을 명한다고 한다. 이에 관해서는 윤진수 연구책임(주 57), 35-36쪽.

64) 이 논문의 첫머리에서 들었던 두 번째 사례가 그러하다.

65) 이들 이론과 더불어 입법의 자유영역이론이 제시되기도 하는데[권영성(주 8), 339쪽], 기본권의 충돌에 있어 입법의 자유영역을 인정하게 되면 해당 영역의 입법이 없는 경우에는 기본권 충돌의 해결방안이 실질적으로 제시되지 못한다는 문제가 있고, 일정한 입법이 있는 경우에는 그 입법의 합헌성 판단문제로 전환되어 기본권 제한의 한계문제가 남게 될 뿐이라고 본다.

66) 학자에 따라서는 실제적 조화의 이론을 규범조화적 해석론이라고 표현하기도 한다. 허영, 헌법이론과 헌법 제7판, 박영사, 2015, 456-460쪽.

67) 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 329쪽.

68) 권영성(주 8), 342쪽.; 허영(주 66), 452-456쪽; 성낙인(주 3), 949쪽; 이들 견해에서는 생명권, 인격권, 자유권

헌법재판소는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 이론 중에서 해당 사안의 기본권 충돌문제를 해결하기에 적절한 이론을 선택하는 방법으로 기본권충돌을 해결하려는 입장인 것으로 보인다. 정정보도청구제도에 대한 위헌심판사건에서는 “두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것”이라고 판시하여⁶⁹⁾ 실제적 조화의 원칙을 제시하였고, 금연구역지정제도에 대한 위헌심판사건에서는 “흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.”고 판시하여⁷⁰⁾ 기본권 사이에 우열이 있음을 전제로 기본권의 서열이론을 적용하였다. 이른바 유니언 샵(Union Shop) 협정에 대한 위헌심판사건에서는 기본권의 서열이론이나 법익형량의 원리에 따라 충돌하는 기본권 중 어느 기본권이 더 상위기본권인지 확정할 수 없는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다고 판시하여⁷¹⁾ 기본권 충돌의 해결이론 간에 적용순서에 차등을 두어 기본권의 서열이론을 먼저 검토하여야 한다는 취지를 내비치기도 하였다.

(4) 아동의 의료 자기결정권 보장을 위한 해석론

질병에 걸린 아동에 대한 의료조치를 둘러싸고 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 충돌하는 경우에 기본권의 서열이론을 적용하여 그 충돌문제를 해결하기는 어렵다고 본다. 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권 중 어느 하나가 본질적으로 우월하다고 볼 수는 없기 때문이다. 기본권의 서열이론은 구체적인 사안을 보지 않고 추상적으로 기본권의 우열을 가리는 것인데, 개별적·구체적 타당성을 논하지 않을 수 없는 의료영역에서 부모의 자녀양육

등이 상위의 기본권으로서 보호된다고 설명하고 있다.

69) 현재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 529.

70) 현재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2상, 355, 361.

71) 현재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 판례집 17-2, 392 403. 위 결정에서 또 하나 주목할 것은 법익형량의 원리를 기본권의 서열이론과 실제적 조화의 이론(규범조화적 해석) 모두의 실현을 위한 방법론적 원리로 판시하였다는 점이다. 이는 법익형량의 원칙이 기본권 우열에 대한 추상적 기준을 넘어 비례의 원칙이나 과잉금지 원칙이 반영된 해석의 원리로 기능할 수 있음을 확인한 판시라고 이해할 수 있다.

권과 아동의 자기결정권 중 어느 한 기본권을 상위에 올려놓고 하위의 기본권을 일방적으로 희생시키는 것은 그 자체로 아동의 행복과 최선 이익을 해할 위험을 내포한다.⁷²⁾ 결국 법익형량을 통한 실제적 조화의 이론에 따라 양자의 기본권이 조화롭게 양립할 수 있는지를 모색해 보아야 한다.

부모가 자녀인 아동에 대한 치료를 거부하는 사례에서 법익형량은 다른 기본권충돌의 경우와는 다른 모습으로 나타날 수 있다. 일반적으로 기본권충돌에서는 대립하는 법익이 등장하고, 어느 하나를 실현하기 위해서는 다른 하나가 희생되어야 하는 관계가 형성된다. 그런데 부모의 자녀 치료 거부사례에서는 어떠한 선택이 아동에게 최선의 이익이 되는가 하는 문제에 최종적으로 도달하게 된다. 이미 자녀인 아동에게 이익이 되지 않는다는 점이 명백한 부모의 의사결정은 자녀양육권의 보호영역을 벗어나 기본권 충돌의 문제로 넘어올 수 없기 때문이다. 다만, 부모가 '자신의 가치관 등에 따라' 자녀를 양육할 수 있는 권리가 제한된다는 측면에서 기본권 충돌문제가 발생할 뿐이다. 예컨대, 치료행위로 인하여 질병이 치료될 가능성이 크지는 않은데 반해 그 치료행위로 인한 부작용이 심대한 경우에 부모는 그 부작용에 주목하여 치료행위를 거부하고자 하지만 해당 아동은 그 질병의 완치를 기대하며 치료행위를 원할 수 있다. 이러한 사례에서는 부모와 해당 아동 모두 최선의 이익을 위한 선택을 하고자 한다는 측면에서 궁극적으로 같은 방향을 바라보고 있는 것이다. 다만, 부모와 아동의 각 의사결정에는 서로 다른 가치관과 인생관이 반영되어 있을 뿐이다. 따라서 이러한 사례에 법익형량의 원리를 그대로 적용하기는 어렵고, 종래 아동의 자기결정권을 우위에 놓는 것을 인정할 수 있을 정도로 인지능력 또는 정신적 성숙도를 갖춘 아동에 대해서는 부모의 의사결정에 앞서 그 아동의 선택을 존중하여야 한다는 생각이 자리잡게 된다. 이처럼 자신에 대한 치료행위를 결정할 수 있는 아동의 자기결정권 행사에 필요한 인지능력이나 정신적 성숙도는 일상적·경상적 사항에 대한 자기결정권 행사에 필요한 인지능력보다 더 높은 수준이어야 한다. 의료영역에서의 자기결정권 행사는 아동의 생명과 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

영미에서는 아동에 대한 의료조치에 있어 아동의 자기결정권과 부모의 자녀양육권이 충돌하는 문제에 대한 해결이론으로서 성숙한 미성년자의 원칙(Mature Minor Doctrine)이 제시되고 있다. 미성년자가 자율적 의사결정을 하기에 충분한 정신적 능력을 갖춘 경우에는 그 의사결정은 그대로 존중되어야 한다는 것이다. 즉, 미성년자가 어떠한 의사결정이 자신의 최선 이익에 부합하는지를 알 수 있을 정도로 충분히 성숙하다면 부모나 국가로부터 자유로운

72) 이와 같은 취지에서 기본권의 서열이론에 따른다면, 후순위 기본권은 법익간의 충돌상황에서 항상 선순위 기본권보다 후퇴해야 하는데, 이는 후순위 기본권이 헌법질서에서 사실상 제거되는 효과를 초래할 수 있다는 지적으로는, 한수용(주 61), 475쪽.

선택을 할 수 있어야 한다는 것이다.⁷³⁾ 성숙한 미성년자의 원칙은 1970년대 초반에 논의되기 시작하여 주로 의료조치에 있어 미성년자의 자기결정권에 관한 보통법원리로 뿌리내렸다.⁷⁴⁾ 미성년자가 특정한 가치에 입각하여 내린 의사결정이 존중받을 만한 것으로 되기 위해서는 미성년자가 이를 뒷받침할 정도로 정신적으로 성숙하다는 증거가 있어야 하는데, 이러한 정신적 성숙도에 대한 판단기준은 명확하지 않다.⁷⁵⁾ 이러한 문제의식에 힘입어 의료영역에서 미성년자의 의사결정능력을 규명하기 위한 여러 실증적 연구가 실시되었고, Weithom과 Campbell이 일정한 실험연구를 통하여 의료조치를 둘러싼 갈등상황에 대처하는 정신적 능력에 있어 14세 이후의 사람들 간에 별다른 차이가 없다는 점을 밝혔음은 앞서 설명하였다. 위 연구결과는 대부분의 청소년들이 11세에서 15세 사이에 형식적 조작단계(formal operational stage)에 진입하여 가설적·연역적 분석능력, 추상적 추론능력을 포괄하는 인지능력의 발달을 경험하게 된다는 Jean Piaget의 선행연구를 뒷받침한다고 평가된다.⁷⁶⁾ 다만, 이러한 연구결과가 위 연령대의 청소년들이 의료영역에서 자율적이고 독립적인 의사결정을 할 수 있다고 가정해야 한다는 것은 의미하지는 않음에 유의하여야 한다.⁷⁷⁾ 결국 아동이 구체적인 사안에서 의료조치를 둘러싼 갈등상황을 인지하고 자신에게 최선의 이익이 되는 의사결정을 할 수 있는지를 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 이런 연유에서 위와 같은 갈등상황을 내포한 구체적인 사안에서 법해석과 적용에 대한 최종적인 권한을 가지는 법원의 판단에 의존한다는 결론에 이르게 된다.

73) Jonathan F. Will, My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* Vol.22 No.2 (2006), p. 259; 자율적인 의사결정능력은 청소년기에 나타나는 이슈들을 지배하는 일관성 있는 법적 모델의 초석이 되어야 한다는 주장으로는, Rhonda G. Hartman, Adolescent Autonomy: Clarifying an Ageless Conundrum, *Hastings Law Journal* Vol.51 No.6 (2000), pp. 1270-1271.

74) 미연방대법원의 *Wisconsin v. Yoder* 사건[406 U.S. 205 (1972)]에서 Douglas 대법관은 일부 반대의견으로서 “아동이 잠재적으로 상충되는 가치를 표현할 수 있을 만큼 성숙된 경우에 그 견해를 조사하지 않고 이에 반하는 부담을 허용하는 것은 아동의 권리에 대한 침해일 것이므로, 만약 아동이 부모의 결정에 동의하지 않고 존중받을 만한 가치를 견지할 만큼 성숙했다면, 국가는 부모의 종교적 신념에 기초한 아동에 대한 치료 거부를 무시할 수 있을 것”이라고 설시하였다. 이러한 설시가 성숙한 미성년자 원칙에 관한 논의에 단초가 되었다고 한다.

75) Douglas 대법관은 위 *Wisconsin v. Yoder* 사건에서 주석으로써 14세 이상의 아동들이 성인들에 준하는 도덕적이고 지적인 성숙함을 가지고 있다는 제안(가정)에 대해 아동 심리학자와 사회학자들의 연구가 필요하다고 지적했다.

76) Rhonda G. Hartman(주 73), pp. 1285-1286.

77) Thomas Grisso & Linda Vierling, Minors' Consent to Treatment: A Developmental Perspective, *Professional Psychology* Vol.9 No.3 (1978), p. 421.

IV. 맺으며

미연방대법원은 Prince v. Massachusetts 사건에서 부모는 그 스스로 순교자가 될 자유를 가지지만, 그렇다고 하여 동일한 상황에서 자신의 자녀인 아동을 순교자가 되게 할 자유를 가진다는 결론이 나오는 것은 아니라고 판시하였다.⁷⁸⁾ 여러 문헌에서 자주 인용되는 이 판시에는 아동의 자기결정권과의 관계에서 부모의 자녀양육권을 바라보는 미국 사회의 시각이 고스란히 드러난다. 아동에게도 인간의 존엄성과 가치를 표상하고 행복을 추구하는 실천원리로 기능하는 자기결정권을 보장하여야 한다는 점에는 이론(異論)의 여지가 없다. 다만, 인격의 성장과정에 있는 아동이 삶의 모든 사항에 대해서 스스로 결정·선택할 것을 기대하기는 현실적으로 어렵다. 이러한 연유에서 아동의 정신적 성숙도에 따라 기본권행사능력이 제한된다는 논리가 등장하게 되었고, 부모의 자녀양육권이 아동의 행복과 최선 이익을 위하여 그 자리를 대신하게 된다.

의료영역에서 아동의 자기결정권은 부모의 자녀 치료 거부사례를 통하여 활발하게 논의되고 있다. 아동의 인지능력 등 정신적 성숙도가 자기결정권의 자율적 행사를 기대할 수 없는 정도인 경우 부모의 자녀양육권은 아동의 행복과 최선 이익에 부합하여야 한다는 내재적 한계로써 제한될 수 있다. 아동의 자기결정권 행사능력을 인정할 수 있는 경우에는 부모의 자녀양육권과 아동의 자기결정권이 충돌하는 문제가 발생할 수 있다. 결국 이들 기본권이 조화롭게 양립할 수 있도록 하는 해석론이 개진되어야 하는데, 영미에서는 의료영역에서의 아동의 자기결정권과 관련하여 ‘성숙한 미성년자의 원칙’이 정립되어 있는바, 이는 우리 사회에 시사하는 바가 크다고 본다. 이 원칙은 아동이 미성숙하다는 가정에 대한 재고(再考)를 요구한다. 우리 사회에서 미성숙의 가정은 아동의 자기결정권에 대한 폭넓은 제한을 허용하는 근거로 기능해 왔음을 부인할 수 없다. 아동을 피동적 보호대상으로만 보는 시각에서 벗어나 아동의 자율성을 인정하는 것이 아동의 기본권을 보장하는 첫 단계가 아닌가 생각한다.

78) 321 U.S. 158 (1944).

| 참고문헌 |

- 강태수, 자기위해행위의 제한에 관한 헌법적 고찰, 경희법학 제43권 제1호(2008).
- 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2010.
- 권형준, 헌법상 자기결정권, 한국헌법학의 현황과 과제-금량 김철수 정년기념 논문집(1998).
- 김강운, 헌법상 자기결정권의 의의, 법학연구 제20집(2005).
- 김일환, 자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토, 미국헌법연구 제25권 제2호(2014).
- 김주현, 자기결정권과 그 제한, 헌법논총 제7집(1996).
- 김철수, 헌법학신론 제20전정신판, 박영사, 2010.
- 김학성 연구책임, 기본권의 주체, 헌법재판연구 제20권, 헌법재판소, 2009.
- 민병로, 헌법상 자기결정권과 후견주의, 법학논총 제32권 제1호(2012).
- 성낙인, 헌법학 제19판, 법문사, 2019.
- 양진, 헌법강의 제2판, 법문사, 2011.
- 오서현·정기상, 아동보호법론, 도서출판 유로, 2019.
- 윤영미, 학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제, 헌법학연구 제14권 제3호(2008).
- 윤진수 연구책임, 부모의 자녀 치료 거부에 대한 입법필요성에 관한 연구, 법무부 연구용역보고서, 2012.
- 이노홍, 아동의 권리와 가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰, 홍익법학 제16권 제1호 (2015).
- 이석민 연구책임, 아동·청소년의 정치적 기본권 -정당가입 연령제한을 중심으로-, 헌법재판연구원, 2018.
- 이준일, 헌법재판의 법적 성격, 헌법학연구 제12권 제2호(2006).
- 정종섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018.
- 정혜영, 아동의 기본권에 관한 연구, 공법학연구 제10권 제4호(2009).
- 최윤진, 청소년 권리제한 논리의 부당성에 대한 고찰, 한국청소년연구 제10권 제1호(1999).
- 한국청소년개발원, 청소년인권론, 교육과학사, 2004.
- 한삼인, 설명의무론과 자기결정권의 법적 평가, 비교사법 제2권 제1호(1995).

한수웅, 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 : 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로, 헌법논총 제22집(2011).

허영, 헌법이론과 헌법 제7판, 박영사, 2015.

Allen E. Buchanan & Dan W. Brock, Deciding For Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making, Cambridge University Press(1989).

Jonathan F. Will, My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs, Journal of Contemporary Health Law & Policy Vol.22 No.2 (2006).

Lainie Friedman Ross, Children, Families And Health Care Decision-making, Oxford University Press(1998).

Lois A. Weithom & Susan B. Campbell, The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions, Child Development No.53 (1982).

Michael S. Wald, Children's Right: A Framework for Analysis, U.C. Davis Law Review Vol.12 (1979).

Nancy E. Walker, Catherine M. Brooks & Lawrence S. Wrightsman, Children's Rights in the United States, SAGE Publications, Inc(1998).

Rhonda G. Hartman, Adolescent Autonomy: Clarifying an Ageless Conundrum, Hastings Law Journal Vol.51 No.6 (2000).

Rosalind E. Ladd, Children's Rights Re-Visioned: Philosophical Readings, Wadsworth Publishing Company(1996).

Thomas Grisso & Linda Vierling, Minors' Consent to Treatment: A Developmental Perspective, Professional Psychology Vol.9 No.3 (1978).

| Abstract |

In Prince v. Massachusetts case, the U.S. Supreme Court ruled as follows. “Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves.” This ruling, often cited in various literature, reveals the views of American society in the relationship between children’s right of self-determination and the right of parents to raise their children. Children should be guaranteed the right of self-determination, which represents human dignity and functions as a principle of practice for the pursuit of happiness. It is practically difficult to expect a child in the process of cognitive maturity to determine everything of his(her) life for himself(herself). His(Her) parents have right to foster their child and make a decision for his(her) happiness and best interests.

Many cases in which parents refused to take medical care(treatment) of their children caused social controversy. If the mental maturity, such as a child’s cognitive ability, is such that autonomous exercise of self-determination cannot be expected, parents’ right to foster children can be limited to an inherent limitation that the child care should be in the best interests of the child. If a child’s ability to exercise his(her) right of self-determination is acceptable, there may be a conflicts between the parental right to care children and the children’s right of self-determination. After all, the legal interpretation should be developed to ensure that these fundamental rights are harmoniously compatible, which we see as significant implications for our society as the ‘Mature minor Doctrine’ has been established in relation to children’s right of self-determination in the medical field. This principle requires reconsideration of the assumption that a child is incompetent.

Keywords: children, right of self-determination, right to pursue happiness, paternalism, parental right, conflicts between fundamental rights

위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미

The Normative Meaning of the Article 22 Section 2 of the Constitution in Judicial Review

헌법재판소 선임헌법연구관, 서경미

The Constitutional Court of Korea, Rapporteur Judge, Seo, Kyung Mi

■ 목 차 ■

I. 서설	183	III. 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항의 의미 (헌법재판소 결정을 중심으로)	209
II. 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미	183	1. 창작성 있는 지적재산 법률의 헌법적 근거 · 209	
1. 기본권보장규정인가, 국가의 목표규정인가 ..	183	2. 실질적인 위헌심사기준으로서의 역할	210
2. '저작자·발명가·과학기술자·예술가의 권리'의 의미	195	3. 입법형성의 한계로서 창작자주의	211
3. '법률로써 보호한다'의 의미	200	4. 보호 기간과 공공의 영역에 관한 문제	213
4. 다른 기본권과의 관계	205	5. 재산권과의 관계	216
		IV. 결론	216

* 짧은 수정기간으로 인하여 소중한 심사의견을 미처 다 반영하지 못하였다. 향후 연구를 진행함에 있어 늘 염두에 두고 반영하도록 하겠다. 더불어 헌법 제22조 제2항에 대한 기존의 헌법 해석론에 관하여는 동료 헌법연구관들의 조언이 있었음을 밝혀 둔다.

I 국문초록

헌법 제22조 제2항은 동일한 내용의 규정이 제헌헌법부터 존재하였음에도, 헌법적 의미에 대한 연구가 많지 않았으며, 헌법재판실무에서도 지적재산 관련 법안의 헌법적 근거로만 언급되고 있을 뿐, 실질적인 위헌심사기준으로 적용되지 못하고 있다.

그러나 헌법 제22조 제2항은 제헌헌법 제정 당시부터 학문과 예술, 과학과 문화의 발전을 위하여 창작자의 창작물에 대한 권리를 보장하는 규정으로 도입되었고, 9차례의 헌법개정에서도 계속 유지되었는바, 단순히 지적재산보호를 위한 국가의 목표규정이라 볼 수 없고, 지적재산제도 및 지적재산권을 보장하는 독자적인 헌법적 의미가 있는 조항으로 보아야 한다.

헌법 제22조 제2항은 지적재산제도 및 지적재산권을 보장하는 규정으로, 원칙적으로 창작자에게 창작물에 대한 권리를 귀속시킬 것을 요구하는 창작자주의를 채택하고 있다. 입법자의 구체적인 형성에 따라 창작자의 창작물에 대한 권리는 배타적으로 또는 비배타적으로 구성될 수 있으나, 창작자들에게 충분한 창작유인을 제공하기 위해서는 일정한 범위 내에서 배타적인 성질의 권리 설정이 불가피해 보인다. 또한, 창작자의 창작물에 대한 권리는 창작물의 종류와 특성에 따라 재산권적 성질이나 인격권적 성질 등 다양한 성질의 권리로 형성될 수 있으며, 헌법적 차원에서 창작물에 대해 요구되는 창작성은 최소한의 창작성, 다른 사람의 창작활동의 결과가 아닌 자신의 창작활동의 결과일 것을 요구하는 독창성으로 보여지고, 구체적으로 요구되는 창작성의 수준은 입법자가 창작물의 종류와 성격에 따라 결정할 입법정책의 문제이다. 무엇보다도 지적재산제도는 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위하여 인정된 것이므로, 그 형성에 있어 공중의 자유로운 이용 및 학문과 예술, 문화와 과학의 발전이라는 상호 보완적이면서도 상충적인 이익의 조화를 고려하여야 하고, 지적재산권에 대한 과잉한 보호로 학문과 예술, 과학과 문화의 발전이 저해되는 결과를 초래하지 않도록 하여야 한다.

헌행법상의 지적재산제도는 기본적으로 지적재산권의 재산권적 성질을 인정하고 있기 때문에, 헌법 제22조 제2항이 없더라도 헌법 제23조 재산권 규정에 의하여 충분히 보장을 받을 수 있도록 되어 있어, 헌법 제22조 제2항의 독자적인 의미가 간과되기 쉬우나, 헌법 제22조 제2항은 지적재산제도 및 지적재산권 보장, 창작자주의와 같은 독자적인 규범내용을 담고 있으므로, 지적재산권의 형성이나 범위 설정과 관련된 문제에 있어서는 헌법 제22조 제2항의 독자적인 의미를 인정하여 위헌심사에 적용할 필요가 있다.

주제어: 지적재산권, 지적재산제도, 창작성, 창작자주의, 학문과 예술의 자유, 퍼블릭 도메인, 공공의 영역, 헌법 제22조 제2항

(논문접수일: 2019. 10. 17. 심사개시일: 2019. 11. 7. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 서설

‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.’고 규정하고 있는 헌법 제22조 제2항은 동일한 내용의 규정이 제헌헌법부터 존재하였음에도, 위 조항이 헌법상 저작자 등의 권리를 기본권으로 보장하는 규정인지, 아니면 저작자 등의 권리를 법률로써 형성해야 할 국가의 목표를 규정한 조항인지, ‘저작자 등의 권리’란 구체적으로 무엇을 의미하는지, 국가가 ‘법률로써’ 보호한다고 할 때 그 입법형성의 범위와 한계는 무엇인지, 재산권 등 다른 기본권 규정과의 관계는 어떠한지 등 그 헌법적 의미에 대하여 연구가 많지 않은 상황이다. 헌법재판실무에서도 헌법 제22조 제2항은 지적재산 관련 법안의 헌법적 근거로만 언급되고 있을 뿐, 지적재산권의 귀속 여부나 침해 여부에 대한 판단에서 실질적인 위헌심사의 기준으로 적용되지 못하고 있다. 따라서 이 글에서는 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항이 어떠한 규범적 의미를 가지고 있는지를 살펴보고자 한다.

II. 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미

1. 기본권보장규정인가, 국가의 목표규정인가

헌법 제2장에서 기본권을 보장하는 대부분의 규정들을 살펴보면, ‘…자유를 가진다’, ‘…권을 가진다’, ‘…권리를 가진다’와 같이 권리가 주체에게 귀속된다는 의미를 분명하게 나타내는 표현을 사용하고 있다. 법률에 의한 형성을 필요로 하는 참정권 규정이나 재판청구권 규정에서도 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”, “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 하여 권리의 주체에 대한 귀속을 확실하게 표현하고 있다.

그런데 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 ‘권리’는 법률로써 ‘보호’한다고 규정하고 있어, 권리의 주체에 대한 귀속이 분명하게 드러나지 않는 규정형식을 취하고 있다.

또한, 저작자 등의 권리는 입법자가 재산적 가치 있는 내용으로 권리를 형성하는 경우에는 헌법 제23조의 재산권보장 규정에 따라 보호를 받을 수 있기 때문에, 헌법 제22조 제2항의 존재 여부가 헌법상 저작자 등의 권리 보호에 결정적인 영향을 미치는 것도 아닌 것처럼

보인다. 즉, 헌법 제22조 제2항의 독자적인 의미가 의심스러울 수 있는 규범적 상황이 존재하는 것이다. 이러한 이유로 헌법 제22조 제2항은 헌법상 기본권을 보장하는 조항인지, 아니면 저작자 등의 권리를 법률로 형성하라는 국가의 목표를 규정한 조항인지 등 그 독자적 의미에 대하여 의문이 제기될 수 있다.

견해에 따라서는 헌법 제22조 제2항의 독자적 의미를 부정하는 입장도 있지만,¹⁾ 헌법 제22조 제2항의 독자적 의미를 인정하는 견해에서는 헌법 제22조 제2항이 지적재산권을 보장하는 규정이라고 해석하고 있으므로,²⁾ 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 살펴보기에 앞서 먼저 지적재산권이 어떻게 형성되고 어떠한 정당화과정을 거쳤는지를 살펴보고, 헌법에 지적재산권 보호 조항을 두고 있는 국가들의 입법례, 제헌헌법 당시부터 저작자 등의 권리 보호 규정을 두게 된 취지, 그리고 그 이후의 개헌 과정, 헌법의 전체적인 체계의 측면에서 이를 검토하여, 헌법 제22조 제2항이 기본권 보장 규정으로서 독자적인 의미가 있는 조항인지 여부에 대하여 나름의 답을 구해보고자 한다.

(1) 지적재산권의 정당화 근거

학계에서 지적재산권(Intellectual Property Rights)은 인간이 창작한 무형의 창작물인 지적산물(intellectual products)에 대하여 부여되는 배타적 권리를 말한다.³⁾

지적재산은 정보 그 자체이므로, 일단 지적재산에 대한 내용을 타인이 알게 된 경우 그 타인을 지적재산으로부터 배제하는 것이 불가능하고(비배제성), 어느 한 사람의 이용이 다른 사람의 이용을 제한하지 않아 여러 사람이 아무런 손실 없이 동시에 사용할 수 있다는 특징을 가지고 있다(비경합성).⁴⁾ 그뿐만 아니라 지적재산은 그 시대의 사회적, 문화적 배경 속에서 축적된 기존의 지식을 기반으로 하여 형성되기 때문에, 지적재산의 형성에 오로지 창작자 개인의 고유한 기여만이 존재한다고 보기 어려운 특성도 가지고 있다.

1) 오늘날과 같이 지적재산권의 보호가 일반화되어 있고, 그에 대한 법률이 정비되어 있는데, 헌법에서 다른 재산권과 구별하여 이를 특별히 규정하여야 할 필요가 있는지 의문을 제기하는 견해도 있다(정종섭, 헌법학연구, 박영사, 2018, 717면).

2) 정필운, 헌법 제22조 제2항 연구, 법학연구 제20권 제1호(2010. 3.), 210-211면; 박성호, 지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용, 법학논총 제24권 제1호(2007), 101면, 104면.

3) 한지영, 디지털 시대에 지적재산의 정당성에 관한 연구 -법제사, 법경제학 및 법철학 논의를 중심으로-, 산업재산권 제55호(2018. 4.), 7면 참조; 한지영 논문에서는 '지식' 재산권이라는 용어를 사용하고 있으나, '지식재산'은 '지식'과 혼동을 일으킬 수 있고, 기술베이스라는 이미지를 강하게 보유하고 있으며, 창작 활동 본연의 의미를 표현하기 위해서는 '지식'이라는 명사보다는 '지적'이라는 관형어를 사용하는 것이 바람직하다는 비판이 존재하고, '지식'을 보호한다고 할 경우 저작권의 보호대상이 '표현'이 아닌 '아이디어(지식)'인 것으로 오해될 우려가 있다는 지적이 있으므로, 본 글에서는 '지적' 재산권이라는 용어를 사용하였다(이규홍·정필운, 헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 -지적재산권조항의 재정립에 관하여-, 법조 vol. 650(2010. 11.), 70면 참조).

4) 이규홍·정필운(각주 3), 101면.

이러한 특성들로 인하여 인간의 지적 산물에 대하여 개인의 배타적 지배권을 인정할 것인지 여부에 대하여는 역사적으로 계속 논란이 되어 왔다. 지적재산권의 정당화 논쟁은 주로 저작권을 중심으로 전개되었는데, 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

서양에서도 초기에는 인간의 지식과 아이디어는 신에게 속한 것으로 보아 이를 개인이 사유화하는 것에 대하여는 부정적인 태도를 가지고 있었다. 그러나 인쇄술의 발달로 서적에 대한 거래의 규율과 사전검열의 필요성이 증대하게 되자, 왕이 일정한 출판업자에게 서적에 대한 독점적인 인쇄와 배포권을 인정하는 특권제도가 나오기 시작하였다. 이러한 특권은 영속적인 권리로서 매매의 대상이 되기도 하였다. 그런데 18세기에 들어서면서 유럽에서 계몽주의의 확산과 시민계급의 성장으로 독서 인구가 폭발적으로 팽창하게 되고, 해적 출판물이 급증하게 됨에 따라, 기존 출판업자와 해적 출판사 사이의 갈등, 그로 인한 기존 출판업자의 독점적인 지위에 대한 비판적인 시각 증대, 창작자들의 경제적 욕구 증대 등으로 인하여 저작권의 권리화와 정당화 논쟁이 시작되었고, 여기에는 자연권사상과 공리주의라는 서로 다른 상이한 전통에 기반을 둔 이론이 나오게 되었다.⁵⁾

1) 자연권 전통

자연권 이론의 대표적인 견해는 로크(Locke)의 노동이론이다.

로크는 사람들이 자신의 육체를 소유하고 있기 때문에 그 노동의 열매를 자신의 것으로 소유하는 것은 정당하다고 생각하였다. 원시상태에 있는 재화에 노동력을 투입함에 따라 사유재산으로 변할 수 있다는 것이다.⁶⁾

로크의 이론은 원래 유체물인 재산권에 관한 이론이지만, 저작권을 정당화하는 근거가 될 수 있다고 한다. 유체물인 재산권과 마찬가지로 육체와 정신을 자연권으로 보유하고 있는 작가가 자신의 육체와 정신을 이용하여 만든 소산물은 그의 소유가 된다고 보기 때문이다.⁸⁾

이에 대하여 지적재산은 비경합적인 성질을 가지고 있으므로 본질적으로 배타적 지배가 어울리지 않을 수 있고, 설령 노동을 투입하여 가치의 증대를 가져왔다 하더라도 자신이 스스로 부가한 가치에 대하여만 권리를 취득해야지 지적결과물의 시장가치 전부를 지배하는 지적재산권은 정당하지 못하다는 비판이 있다. 지적성과물이라는 것은 선인의 문화적 또는

5) 남형두, 저작권의 역사와 철학, 산업재산권 제26호(2008), 270-271면 참조.

6) 여기서 로크가 말한 원시상태란 모든 것이 '충분하고 양호한 조건'(enough and as good condition)이어야 하는데, 이는 타인을 위한 충분한 양이 공유상태로 있어야 함을 의미한다고 한다(한지영(각주 3), 16면).

7) 남형두(각주 5), 273-274면; 신혜원, 저작권의 입법형성에 관한 연구, 박사학위, 서울대학교, 2017, 25-26면 참조.

8) 남형두(각주 5), 275면.

기술적 영향을 받아 누적적인 경험과 지식을 토대로 하여 형성된 것인데, 개인이 그 전부에 대하여 시장가치를 전유하는 것은 자신이 창출한 가치 이상에 대하여 배타적 권리가 인정되는 것이기 때문에 부당하다는 것이다.⁹⁾

또한 독점적인 지적재산권 인정을 비판하는 입장에서는, 배타적인 지적재산권 인정이 공공의 지식을 풍부하게 하여 지식의 공유상태를 확대시킨다는 자연권자들의 주장에 대하여도, 지적재산은 무체물인 재화로서 비경합적인 성질을 가지고 있기 때문에 지적재산을 이용하는 효과적인 방법은 특정인에게 독점적 지배를 허용하는 것이 아니라, 공중의 자유로운 접근을 허용하는 것이라고 주장한다.¹⁰⁾

로크의 노동이론 외에도 자연권 전통에 기반을 둔 이론으로는, 재산권이 노동에 의해 결정되는 것이 아니라 인간의 자유에서 나온다고 보고, 인간의 자유의 핵심은 개성인데, 저작물은 그러한 저작자의 개성과 인격이 표현된 것이기 때문에 당연히 저작자에게 귀속된다고 보는 칸트의 자유기반 이론,¹¹⁾ 어떤 대상에 자유의지를 투입하여 객관적 형태로 외부에 구현한 경우 소유권이 성립되는데, 저작물은 저작자의 정신적 요소가 외부에 구현된 것이므로 소유권을 인정할 수 있다는 헤겔의 인격권 이론 등이 있다.¹²⁾

논거에 있어 차이를 보이지만, 자연권자들은 저작권의 근거를 공중이 저작물로부터 이익을 받았기 때문이 아니라, 저작자와 저작물의 관계에 집중하여, 저작물은 개별 저작자의 정신에서 나오기 때문이라고 하거나, 저작자의 인격의 반영 또는 노동의 산물이기 때문에 저작권을 인정하는 것이 정당하다고 설명한다. 그러나 자연권이론은 창작자 개인의 이익에 착안한 이론이기 때문에, 공중의 자유로운 이용과 관련하여 발생하는 문제를 제대로 설명하지 못한다는 한계를 가지고 있다.¹³⁾

2) 공리주의 전통

공익을 앞세우고 효용을 증시하는 공리주의 전통은 영국의 철학자 제레미 벤담(Jeremy Bentham)의 영향을 받은 것으로 저작권법 분야에서는 유인이론과 효율적배분이론으로 발전되었다.¹⁴⁾

유인이론이란 저술, 발견 등 사회에 유용한 새로운 무형의 재화를 효과적으로 보호하기

9) 신혜원(각주 7), 30면 참조.

10) 한지영(각주 3), 19면 참조.

11) 남형두(각주 5), 278면.

12) 한지영(각주 3), 23면; 신혜원(각주 7), 33면.

13) 한지영(각주 3), 32-33면.

14) 남형두(각주 5), 289면.

위해서는 유인(incentive)이 필요하다는 이론이다. 유인이 없다면 새로운 무형의 재화를 창작한 사람은 항상 창작에 관한 비용을 스스로 부담해야 하고, 반면 이를 이용하는 사람은 별도의 큰 노력 없이 이익을 창출할 수 있게 되어 무임승차의 문제가 발생할 수 있다는 점, 무형의 재화에 관한 법적 보호가 없다면 새로운 정신적 창작물에 대한 사회적 요구가 충분히 충족될 만큼의 창작이 이루어지지 않을 수 있다는 점 등을 근거로 한다.¹⁵⁾

이에 대하여는 창작의 주요 동인을 경제적인 것에서만 찾는 것은 인간의 다양성에 대한 이해 부족이라는 점, 인간이 창작활동을 하는 것은 경제적인 이유도 있지만 자기만족을 위한 경우도 있다는 점 등의 비판이 있다.¹⁶⁾

효율적배분이론이란 저작권을 법적으로 보호해 주지 않으면 누구나 다 사용할 수 있게 되어 저작물의 가치가 영(Zero)에 가까워지게 되고, 이러한 경우 자칫 ‘공유지의 비극’과 같은 현상이 발생할 수 있으므로, 저작권의 사유화를 인정하여 자원의 효율적 이용을 도모해야 한다는 이론이다.¹⁷⁾

이에 대하여 ‘공유지의 비극’ 이론은 유체재산에는 적용될 수 있어도 비배타적이고 비경쟁적인 지적재산권과 같은 무체재산권에는 적용되기 어렵다는 점, 특히 인터넷이 발달함에 따라 경우에 따라서는 많은 사람이 참여하고 이용하는 것이 오히려 상호간의 시너지 효과를 일으킬 수 있다는 점 등의 비판이 존재한다.¹⁸⁾

이 외에도 공리주의적 입장에 대한 공통된 비판 내용으로는 지적재산권 제도의 궁극적인 목적은 기술발전, 풍요로운 문화의 향유에 있는데 과도한 유인을 제공함으로써 새로운 창작과 발명을 촉진시키기보다는 기존 창작물에만 안주하게 만들어 창작의욕을 감소시킬 수 있다는 점, 보상제도와 같이 배타적인 권리를 인정하지 않고서도 창작의 촉진과 공유지식의 확대를 가져올 수 있는 제도가 존재한다는 점, 저작권은 혼자만의 노력에 의하여 만들어진 것이라기 보다는, 그 사회·문화의 구성원들과의 상호관계 속에서 만들어져 그 사회·문화의 일부로 기능하는 경우가 많기 때문에, 창작자에게 저작물 전부에 대한 배타적 권리를 인정할 당위가 작다는 점, 저작권을 지나치게 보호하면 오히려 생산성과 경쟁성을 저해하게 되어 결과적으로 본래 추구하려고 했던 효율성을 놓칠 수 있다는 점 등이 있다.¹⁹⁾

15) 한지영(각주 3), 35면.

16) 남형두(각주 5), 290-292면; 한지영(각주 3), 38-39면.

17) 남형두(각주 5), 293면 참조.

18) 남형두(각주 5), 294-295면.

19) 한지영(각주 3), 39면; 남형두(각주 5), 290-292면, 294-295면.

3) 정당화 이론의 전개

자연권 이론은 초기에 출판업자의 특권제도에 대항하여 저작자들의 권리를 확립하는데 필요한 이론적 근거를 제공하였고, 영국에서 저작자들의 권리를 보호하는 앤 여왕법(Statute of Anne)을 제정하는 데에도 큰 기여를 하였다. 1710. 4. 10. 제정된 앤 여왕법에서는 출판업자들의 특권을 신간에 대해서 14년, 이미 출판된 책에 대해서는 21년으로 제한하였고, 저작자의 동의 없는 저작물의 출판도 금지하였다. 앤 여왕법은 출판업자의 독점을 깨기 위하여 '저작자'의 권리를 강조하였고, 이로 인하여 저작자들은 후원제도에 의존하지 않는 독립적인 창작활동의 물질적 기반을 마련할 수 있게 되었다.²⁰⁾

그러나 저작권의 보호로 인하여 공중의 자유로운 이용이 제한되는 문제가 발생하게 되자, 저작권의 정당화 근거가 자연권 이론에서 공리주의적 관점으로 변화되기 시작하였다.²¹⁾ 이 과정에서 영국의 Millar 판결이 공리주의적 전통을 수립하는데 결정적 기여를 하게 되었다.²²⁾

Millar 판결은 Taylor라는 출판사가 저작권자의 동의없이 James Thomas의 "The Seasons"라는 시집을 출판하여 이 시집의 저작권을 가지고 있던 Millar가 Taylor를 상대로 소송을 제기하면서 시작된 사건이다. Taylor가 출판한 위 시집은 당시의 앤 여왕법에 따르면 이미 저작권보호기간(28년)이 종료된 시집이었는데,²³⁾ Millar는 보통법을 근거로 영구적인 저작권을 주장하며 소를 제기한 것이었다. 이 사건에서 다수의견은 로크의 노동이론에 기초하여 Millar가 보유하는 보통법상의 권리가 성문법상의 권리에 의해 제한되지 않는다고 함으로써 앤여왕법의 적용을 배제하는 판결을 내렸다.²⁴⁾

그런데 수년 뒤에 위 책의 해적출판물이 다시 판매되자 당시 Thomas의 작품에 대한 출판권을 보유하고 있던 Beckett는 위 Millar 판결을 근거로 하여 해적출판사를 상대로 출판 금지의 소를 제기하였다. 그런데 대법원은 기존의 Millar 판결과 달리, 앤 여왕법에 의하여 출판에 관한 보통법상의 권리가 폐지되었으므로 성문법상의 보호기간이 지난 출판물은 누구나 다 이용할 수 있다는 판결을 내렸다(Donaldson 판결).²⁵⁾²⁶⁾ 이 판결은 앤 여왕법의 입법취지인

20) 정찬모 외 4, 디지털 저작물과 이용자의 권리, 정책연구 03-03(2003. 12.), 정보통신정책연구원, 38-40면.

21) 그런데 20세기 이후 저작권의 국제적 보호가 강화되면서, 오히려 자연권론의 주장이 득세하며 저작자의 권리를 강화하는 방향으로 입법이 이루어지고 있다고 한다(정필운, 정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구: 저작물을 중심으로, 박사학위, 연세대학교, 2008, 43면 참조). 이는 통상 압력 등 국제관계가 국내법 질서에 영향을 미친 결과인데, 이러한 경향에도 불구하고 아직까지 국내법에서의 지적재산권 보호는 공리주의적 이론에 기반을 두고 있는 것으로 보인다.

22) Millar v. Taylor, 4 Burr. 2303 (1769).

23) 앤 여왕법에 따르면, 새로운 저작물에 관하여는 저작자에게 14년의 보호기간을 부여하되, 14년의 보호기간 만료 후 저작자가 생존한 경우에 한하여 14년의 보호기간이 추가로 연장될 수 있었다(정필운(각주 21), 29면 참조).

24) 남형두(각주 5), 286-287면.

“학문과 배움의 장려”(encouragement of learning)라는 공익이 저작권법의 최고의 목적임을 밝히고, 성문법상의 권리가 보통법상의 권리보다 우위에 있다고 함으로써 공익을 앞세운 공리주의 전통이 개인적 권리를 강조하던 자연권 사상의 전통에 앞선다는 것을 확인하였다는 점에 의미가 있다.²⁷⁾ 앤 여왕법은 이후 미국을 위시한 보통법(common law) 국가들에 있어서 저작권법의 모델이 되었고,²⁸⁾ 이는 영미법계에서 공리주의적 전통이 강한 특징을 띠게 되는 계기가 되었다.

이처럼 인간의 지적 산물에 대한 배타적 지배는 처음에는 개인 창작자 보호에 치중하였다가 점차 창작물이 가지는 사회적 의미의 중요성을 인식하게 되면서, 소유권과 같은 영구적인 성격의 배타적 권리가 아니라 학문과 배움의 장려와 같은 공익을 위한 한시적이고 제한적인 권리로 전개되어 온 것을 알 수 있다.

(2) 입법례

지적재산권에 관한 규정을 헌법에 명시하고 있는 국가는 많지 않다.²⁹⁾

미국의 경우에는 연방헌법 제1조 제8항 제8호에서 ‘저작자와 발명자에게 그들의 저술과 발명에 대한 독점적인 권리를 일정 기간 확보해 줌으로써 과학과 유용한 기술의 발달을 촉진’시킬 권한이 연방의회에 있다고 규정하고 있다.³⁰⁾ 미국과 같은 연방국가의 경우에는 연방과 주의 권한을 분명하게 구분해야 할 필요가 있으므로, 위와 같은 권한 규정을 연방헌법에 두게 된 것이다.

또 다른 연방국가의 하나인 독일의 경우에도 기본법 제73조 제1항 제9호에서 ‘영업상의 권리보호, 저작권 및 출판권’을 연방의 전속적인 입법사항으로 규정하고 있다.³¹⁾ 그뿐만 아니라 오스트리아, 오스트레일리아, 캐나다 등과 같은 연방국가에서도 지적재산권에 관한 사항은

25) Donaldson v. Beckett, 2 Bro. P.C. 129 (1774).

26) 남형두(각주 5), 287면; 정필운(각주 21), 30-31면 참조.

27) 남형두(각주 5), 288면.

28) 남형두(각주 5), 288면.

29) 박성호(각주 2), 98면.

30) 2019 국가별 법령집(미국 헌법·연방대법원 규칙), 헌법재판소 헌법재판연구원, 17면.

Section 8.

The Congress have power ...

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

31) 2016 국가별 법령집(독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙), 헌법재판소 헌법재판연구원, 77면.

Artikel 73

(1) Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über:

9. den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht;

연방의회의 권한으로 규정하고 있다.³²⁾

그런데 위와 같은 조항들은 연방과 주 사이의 권한 배분에 관한 규정이므로, 지적재산권을 헌법상 기본권으로 보장하는 국가로 보기에 다소 무리가 있다. 그러나 이러한 규정이 우리에게 전혀 아무런 시사점을 주지 못하는 것은 아니다. 미국에서 전화번호부의 인명편(white pages)에 관한 저작권 보호가 문제되었던 Feist 사건에서³³⁾ O'Connor 대법관은, 헌법의 지적재산권 조항에 따라 저작권을 보호하기 위해서는 독창성(originality)이 요구되는데, 이것은 다시 해당 저작물이 독립적으로 창작되었다는 것과 최소한의 창작성(some minimal degree of creativity)을 가지고 있어야 한다는 것을 의미한다고 하면서, 아무리 많은 노력을 기울였다 하더라도 전화가입자의 이름을 단순히 알파벳순으로 나열한 것에는 최소한의 창작성도 인정하기 어려우므로 저작권에 의한 보호를 받을 수 없다고 하였다. 즉, 미 연방의회가 위 지적재산권 조항을 근거로 법률을 제정하여 보호할 수 있는 권리는 창작성을 전제로 하여 성립되는 권리뿐이라는 점을 분명하게 밝힌 것이다. 창작성이 없음에도 단순히 경제적인 손해가 발생할 우려가 있다는 이유만으로는 위 헌법조항을 근거로 배타적 권리를 창설할 수 없다는 것이다. 미국 헌법의 지적재산권 조항은 미 연방의회의 입법권한과 관련하여 규정된 것이지만, 창작성 요건을 필요로 한다는 점에서는 지적재산권의 보호범위와 관련하여 우리에게 시사하는 바가 있다고 할 것이다.³⁴⁾

이와 달리 헌법에서 보다 직접적으로 지적재산권을 보장하는 입법례도 있다. 포르투갈 헌법 제42조는 ‘문화적 창작의 자유’라는 표제 하에 제1항에서 ‘지적 창작, 예술적 창작 및 과학적 창작은 제한되지 않는다.’, 제2항에서 ‘이러한 창작의 자유는 과학적, 문학적, 예술적 저작물을 발명, 생산 및 발표할 권리를 구성하며 법률에 의한 저작권의 보호를 포함한다.’고 규정하고 있고,³⁵⁾ 필리핀 헌법 제13조는 제14장 ‘교육, 과학과 기술, 예술, 문화 및 스포츠’라는 표제 하에 ‘국가는 과학자, 발명가, 기술자 그리고 그 밖의 재능이 있는 국민의 지적재산권과 창조물에 대한 독점적인 권리를, 특히 국민에게 이익이 되는 경우 법률이 정한 기간 동안 보호한다.’고 규정하고 있으며,³⁶⁾ 브라질 헌법은 제5조에서 ‘모든 인간은 어떠한 차별도 받지

32) 이규홍·정필운(각주 3), 100면.

33) Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340(1991).

34) 박성호(각주 2), 108-109면 참조.

35) 세계의 헌법(40개국 헌법 전문) 제2권(제3판), 국회도서관 법률정보실, 2018, 427-428면.

36) 세계의 헌법(각주 35), 590면; 세계법제정보센터 홈페이지 필리핀 헌법 번역본 참조(2019. 5. 3. 방문). (http://world.moleg.go.kr/web/tl/themaLgslReadPage.do;jsessionid=Fqkn144MOOrSC06r7GuPne0zc pZtW15axtkFcY19L9gLq3GB0nDb2va1U946ubNR.eduweb_servlet_engine7?A=A&code=700201&searchType=all&searchPageRowCnt=10&searchTy=4&pageIndex=1&CTS_SEQ=28318&AST_SEQ=1090&ETC=4.)

않고 법 앞에 평등하다. 브라질 국민과 브라질에 거주하는 외국인인 아래의 조항에 나열된 생명, 자유, 평등, 안전, 재산에 관한 권리의 불가침성이 보장된다. …(생략)… 제27항 작가에게는 작품을 사용, 출판, 복제할 수 있는 배타적 권리가 있으며, 이 권리는 법이 그 권리를 보장하는 기간 동안 상속인에게 이를 양도할 수 있다. 제28항 법이 보장하는 기간 동안, 집단작품에 개인이 참여하는 것이 보호되고 인간의 이미지, 목소리, 스포츠 활동을 포함하는 재생산이 보호되며, 작가, 번역가, 그들이 창조하거나 참여하여 생산한 작품의 경제적 이용을 감시할 조합과 결사의 권리를 보장한다. 제29항 산업적 발명가는 법률로 그 이용에 관한 일시적 특허권을 부여한다. 사회적 이익과 기술적·경제적 진보를 보여주는 산업적 창작물, 상호, 상표 등도 법률로 보호한다.’고 규정하고 있다.³⁷⁾ 이들 국가들의 헌법 규정들을 보면, 학문과 예술, 과학의 자유를 보장하는 취지의 규정들과 함께 지적재산권 규정이 있는 것을 확인할 수 있다.

한편, 헌법에서 명문으로 지적재산권 규정을 두고 있지 않은 국가에서는 대체로 재산권 보장 규정에 의하여 지적재산권이 보호된다고 본다. 독일도 재산권을 보장하는 기본법 제14조를 지적재산권 보장의 헌법적 근거로 보고 있고, 일본도 재산권을 보장하는 헌법 제29조를 지적재산권 보장의 헌법적 근거로 보고 있다.³⁸⁾

(3) 조문 연혁 및 규정 취지

우리나라는 제헌헌법 제정 당시부터 제14조에 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하였다.

위 규정은 독일 바이마르의 헌법 규정과 매우 유사한데, 독일 바이마르 헌법 제158조에서는 ‘정신적 작품과 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 라이히의 보호와 배려를 받는다.’(제1항), ‘독일의 학술, 예술 및 기술의 창작물은 국가간의 합의에 따라 외국에서도 유효하게 보호되어야 한다.’(제2항)라고 규정되어 있었다.³⁹⁾

이러한 규정의 유사성 외에도 제헌헌법 제정 당시의 자료를 보면, 제헌헌법 제14조는 독일과 미국의 영향을 받은 것으로 보인다. 당시 회의록을 살펴보면, 의원들이 미국과 독일 등을 언급하며 우리나라에서도 선진국가들과 같은 수준의 과학기술의 발전이 이루어지기 위해서는 발명가 등의 권리를 법률로써 보호해야 한다고 발언한 내용이 보인다.⁴⁰⁾ 이는 건국헌법의

37) 이규홍·정필운(각주 3), 96-97면.

38) 이규홍·정필운(각주 3), 94-95면; 박성호(각주 2), 98면.

39) 박성호(각주 2), 99면; 황승흠, 예술가의 권리보호를 위한 법체계 -헌법 제22조 제2항의 예술가의 권리에 대한 해석론-, 법학논총 제24권 제2호(2017. 7.), 9-10면.

기초를 닦았다고 평가받고 있는 유진오 교수의 설명에서도 다시 확인할 수 있는데, 그는 제14조 후문을 “저작자, 발명가 예술가의 권리를 국가가 특히 보호한다는 규정을 헌법에 설치한 것은 각 국에 그 예가 많지 아니하나(와이말헌법[바이마르헌법] 제백사십이조, 미국 헌법 제1조 제8절[항] 참조), 우리나라 헌법은 그 중요성을 특히 인식하고, 과학, 예술, 기술의 발달을 조장하기 위하여 본조를 설치한 것이다.”라고 설명하였다.⁴¹⁾

이렇게 도입된 제헌헌법 제14조는 1962년 헌법 개정에서 제19조로 조문의 위치가 변경되었고, 전문과 후문 또한 각각의 독립된 항으로 분리되어, 제19조 제1항에서는 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”, 제2항에서는 “저작자·발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정되었다. 이후 1980년 헌법 개정에서 조문의 위치만 제19조에서 제21조로 변경되었고, 1987년 현행 헌법 개정에서는 ‘과학기술자’라는 문구가 추가되면서 조문의 위치도 제22조로 변경되었다.⁴²⁾

이러한 헌법의 제정 및 개헌 과정을 살펴보면, 헌법 제22조 제2항은 학문과 예술, 특히 과학의 발전을 위하여 의도적으로 제헌헌법에서부터 도입되어 현행 헌법까지 유지되고 있는 것으로 보이고, 특히 현행 헌법 개정 과정에서는 ‘과학기술자’라는 문구까지 추가되었는바, 우리 헌법이 아무런 법적 평가 없이 위 조항을 그대로 유지하고 있다고 평가하기에는 무리가 있다고 보인다.⁴³⁾ 우리 헌법은 제정 당시부터 ‘저작자 등의 권리’를 학문과 예술, 과학의 발전을 위한 수단적인 성격의 권리로 보았고, 서구의 지적재산권을 염두에 두고 ‘권리’라는 용어를 채택한 것으로 보인다.

40) 제1회 국회속기록(제23호), 국회사무처, 19-22면.

이진수 의원은 “...선진국가에서 과학과 발명과 제작의 권리에 대한 것을 제정하고 국가가 보호하며, 장려한 까닭에 그 나라에서는 산업이 발달된 것은 여실한 사실이올시다.”라고 언급하면서 독일(독일 헌법에 발명, 기타 공유한 기업의 진보적으로 조성하기 위하여 저작자, 발명가, 예술가에 대하여 그 적용하는 권리를 허용한다), 미국(헌법 제8조에 과학, 기타 유용한 기술의 진보를 조성하기 위하여 저작자급 발명가에 대하여 일정한 기한 저작자급 발명가에 대하여 권리를 허용한다) 등을 예로 들면서, 과학, 발명, 저작을 장려하고 보호하기 위한 헌법 규정의 필요성을 강조하였고, 황두언 의원은 “...앞으로 국가의 유용한 그러한 기술자는 얼마든지 우리가 양성해야 되겠고 그런 발명가가 나오는 때에는 금방석 우에다가 올려앉쳐놓고 승배를 해야 될 것입니다. 결국은 우리가 세계적으로 선진국가와 같이 어깨를 겨누고 나갈려고 할 것 같으면 오로지 이 모든 과학자란든지 기술자를 잘 양성하는 데에 있으므로 이러한 조문을 꼭 여기에다가 수정해서 넣는 것이 필요한 줄 알어서 여러분에게 잠시 설명해 드리는 것입니다.”라고 발언하였으며, 서이환 의원은 “...여하간 원안 이외에 더 수정할 필요가 절대 없습니다. 발명가든지 저작가라든지 예술가에 대해서 그 권리를 법률로써 특히 보호한다는 명문으로 제정한 이상 이것을 철저히 과학을 장려하며 기술원을 양성하려는 근본의도에서 나온 것이므로서 이 이상 더 가감할 필요가 절대로 없다고 생각합니다.”라고 발언하였는바, 이러한 발언 내용들을 살펴보면, 이미 과학의 발전과 과학자 보호를 위하여 이들에게 그 결과물에 대한 어떠한 ‘권리’를 인정해야 한다는 것에 대해서는 어느 정도 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.

41) 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 박사학위, 서울대학교(2000.8), 국문초록; 유진오, 헌법해의(제14판), 일조각, 단기 4292년(서기 1959년), 77면; 이규홍·정필운(각주 3), 89면에서 재인용.

42) 이규홍·정필운(각주 3), 87면 참조.

43) 정필운(각주 2), 193면 참조.

(4) 헌법의 전체적인 체계 및 규정 위치

저작자 등의 권리를 규정하고 있는 헌법 제22조 제2항은, 기본권을 보장하는 헌법 제2장에 서, 학문과 예술의 자유를 보장하는 헌법 제22조 제1항과, 재산권을 보장하는 헌법 제23조 사이에 위치하고 있고, 헌법 제9장 제127조 제1항(“국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.”)과 같은 국가의 목표규정들과는 분리되어 있다.

이러한 규정 위치는 제헌헌법에서부터 현행 헌법에 이르기까지 변함없이 유지되고 있는데, 이는 헌법 제정 당시부터 헌법 제22조 제2항의 권리 보호 규정은 단순히 국가의 목표 규정이 아니라, 헌법 제23조의 재산권과는 일응 구분되는, 학문과 예술, 과학의 발전을 위한 수단적 성격의 ‘권리’를 헌법적 차원에서 보장하려고 한 의도가 반영된 것으로 보인다. 이는 제헌헌법이 영향을 받았다고 평가되고 있는 독일 바이마르의 헌법 규정과 비교할 때 더욱 분명하게 드러난다. 바이마르헌법 제158조 제1항은 ‘정신적 작품과 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 라이히의 보호와 배려를 받는다.’고 규정하고 있는데, 바이마르헌법은 위 조항을 제2부 제5장 ‘경제질서’ 부분에서 규정한 반면, 제헌헌법은 ‘국민의 권리의무’와 ‘경제’를 별개의 독립된 장으로 편성하고 제14조 제2문을 ‘제2장 국민의 권리의무’ 장에 규정하였다. 규정 내용 또한 바이마르헌법은 ‘저작자, 발명가 및 예술가의 권리’는 라이히의 배려, 즉 국가정책에 의해서 보호를 받는다고 규정하고 있는 반면, 제헌헌법은 입법권을 가지고 있는 국회가 저작자 등의 ‘권리’를 ‘법률로써’ 보호하도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾

물론, 헌법 제22조 제2항의 ‘권리’ 보장 규정은 다른 기본권 규정들처럼 보호영역이 분명하게 드러나지는 않는다. 일정한 직업군이라 볼 수 있는 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가를 나열한 뒤 그들의 ‘권리’를 법률로써 보호한다고 규정하고 있기 때문에, 이들의 권리가 학문과 예술의 발전을 위한 수단적 성격의 권리로서 헌법 제23조의 재산권 규정과 일응 구분된다는 점 외에 보호영역에 대한 아무런 단서를 제시하고 있지 않기 때문이다. 그러나 헌법에서 명문으로 ‘권리’라고 규정하고 있는 조항을 단순히 그러한 권리를 법률로써 형성해야 할 국가의 목표를 규정한 조항이라고 해석하기는 어렵다. 특히 헌법 제9장에서 열거된 국가의 목표조항들의 규정 형식과 비교하면 이는 더욱 분명하게 드러난다. 따라서 헌법 조문 자체에서 그 보호영역이 분명하게 드러나지 않는다는 이유로 권리성을 부정할 수는 없다. 보호영역의 문제는 헌법 해석을 통하여 헌법적 차원에서 규명하면 충분하기 때문이다.

44) 황승홍(각주 39) 9-10면 참조.

(5) 소결

헌법 제22조 제2항은 제헌헌법 제정 당시부터 학문과 예술, 과학의 발전을 위하여 '저작자 등의 권리'를 헌법상 보장하려고 하였고, 서구의 지적재산권을 염두에 두고 '권리'라는 용어를 채택한 것으로 보인다. 헌법 제22조 제2항은 9차례에 걸친 개헌 과정에서도 그대로 유지되어 왔고, 1987년 현행 헌법 개정 과정에서는 오히려 '과학기술자'라는 문구까지 추가되었는바, 헌법은 의도적으로 저작자 등의 '권리'를 헌법상 보장하기 위하여 제헌헌법에서부터 현행헌법에 이르기까지 조문의 위치만 달리할 뿐, 헌법 제22조 제2항의 내용을 일관되게 규정하고 있는 것으로 보인다.

지적재산권의 정당화 이론으로는 자연권 전통에 기반을 둔 이론과 공리주의적 전통에 기반을 둔 이론이 있는데, 우리나라의 경우 제헌헌법 제정 당시의 회의록 등 자료를 살펴보면, 저작자 등의 '권리' 그 자체가 정당하기 때문에 보장하려는 것이 아니라 어디까지 학문과 예술, 과학의 발전을 위한 수단으로서 창작자들의 창작물에 대한 권리를 보장하려고 하여, 공리주의적 기반의 사고가 좀 더 우세한 입장에서 저작자 등의 '권리'를 보장하려고 한 것으로 보인다.⁴⁵⁾

입법례 측면에서도 제헌헌법 제14조 제2문은 바이마르 헌법의 영향을 받았다고 평가받고 있음에도 구체적인 규정의 내용과 위치에서는 바이마르 헌법과 달리 기본권으로서의 성격이 좀 더 분명하게 드러나는 방식을 취하고 있다. 또한, 많지는 않으나 지적재산권을 헌법에 명문으로 규정한 국가들은 창작활동의 자유를 보장하는 내용과 더불어 지적재산권에 관한 내용을 규정하고 있는 것을 확인할 수 있다.

헌법의 규정 위치에서도 헌법 제22조 제2항은 '제2장 국민의 권리와 의무' 장에서 학문과 예술의 자유를 보장하는 헌법 제22조 제1항과, 재산권을 보장하는 헌법 제23조 사이에 위치하고 있고, 국가의 목표규정들과는 분리되어 있다.

따라서 이러한 점들을 종합해본다면, 헌법 제22조 제2항은 단순히 저작자 등의 권리를 '법률로써' 형성해야 할 국가의 목표를 규정한 조항이라고 볼 수 없고, 저작자 등의 '권리'를 기본권으로 보장하는 규정으로 독자적인 헌법적 의미를 가지고 있다고 보아야 한다.

구체적으로 어떠한 권리를 기본권으로 보장하고 있는지에 관해서는 아래 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

45) 원세환, 지식재산 권리귀속의 법리에 관한 연구, 박사학위, 성균관대학교, 2013, 43-44면 참조.

2. '저작자·발명가·과학기술자·예술가의 권리'의 의미

(1) 창작자의 창작물에 대한 지적재산권 보장

먼저 주체의 측면에서 살펴보면, 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 '권리'를 보호한다고 규정하고 있는데, 여기서 저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가는 창작자를 예시한 것으로 보아야 한다.⁴⁶⁾

저작자는 저작물을 창작한 사람을 말하고, 발명가란 자연법칙을 이용하여 고도의 기술적 사상을 창작한 사람이며, 과학기술자 또한 과학기술에 관련된 지식을 습득하고 이를 바탕으로 연구개발활동을 수행하는 사람이며, 예술가는 예술작품을 창작한 사람이다. 이들은 특정한 직업군에 해당하는 사람들을 지칭하는 것으로 볼 수 있으나, 누구나 저작물을 창작하고, 발명하며, 과학기술을 습득하고 연구하며, 예술작품을 창작할 수 있다는 점에서 특정한 직업군을 지칭한다기보다는 일련의 활동영역을 나타내기 위한 표현으로 보는 것이 타당하다. 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가의 공통점은 무엇인가를 창작하는 사람들이고, 헌법 제22조 제2항이 학문과 예술, 문화와 과학의 발달을 위한 수단적인 성격의 규정임에 비추어보면, 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가는 창작자의 예시적 규정이라고 해석해야 한다. 따라서 헌법 제22조 제2항은 '창작활동을 하는 사람'의 권리를 보장하는 규정이라고 볼 수 있다.⁴⁷⁾

그런데 헌법 제22조 제2항이 창작활동을 하는 사람들의 권리를 보장하는 규정이라고 할 때, 어떠한 내용의 권리를 보장하는지에 대하여 헌법 문언에서 분명하게 밝히고 있지 않아, 어떠한 내용의 권리를 보장하는 규정인지 문제가 된다.

학설 중에는 '권리'를 포괄적으로 이해하는 입장이 있는데, 이 입장은 헌법 제22조 제2항이 기본권을 보장하는 규정임은 인정하되, 과학기술자나 예술가는 창작행위와 관계가 없는 경우도 있으므로, 헌법 제22조 제2항의 '저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리'는 창작자라는 공통된 속성의 예시가 아니며, 권리도 지적재산권에 한정되는 것은 아니라고 하면서,⁴⁸⁾ 이 조항에서 '예술가의 권리'란 직업 범주로서 예술가가 주체가 되는 예술 활동이 적절하게 이루어질 수 있도록 예술가에게 보장되는 제반 권리로 보아야 한다고 주장하며,⁴⁹⁾ 예술의 자유의 제3자적 효력이라는 관점에서 예술가가 주체가 되는 예술 활동의 보호에 관한 것, 정부의 예술지원에 있어 차별금지에 관한 것, 예술사업자의 불공정행위 금지제도를 확장하는

46) 이규홍·정필운(각주 3), 111면, 116면; 박성호(각주 2), 103-104면; 신혜원(각주 7), 150면.

47) 정필운(각주 2), 195-196면; 박성호(각주 2), 103-104면; 이인호, 정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구, 헌법재판 25권, 헌법재판소, 2014, 243면.

48) 황승흡(각주 39), 15-16면.

49) 황승흡(각주 39), 27면.

것, 예술가조합을 도입하는 것 등도 헌법 제22조 제2항의 권리에 포함될 수 있다고 한다.⁵⁰⁾

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 제헌헌법 제정 당시의 회의록 등을 살펴보면, 헌법 제22조 제2항의 권리는 창작자가 지적활동의 결과물에 대하여 가지고 있는 권리, 즉, 지적재산권을 염두에 두고 있었음이 분명하게 드러난다. 헌법의 해석이 반드시 헌법제정자의 의사에 구속되는 것은 아니지만, 입법자는 학문과 예술의 자유를 보장하는 헌법 규정이 없더라도 당연히 공익을 추구하는 국가 본연의 임무로서 얼마든지 창작활동을 장려하고 창작자들의 권익을 보호하기 위한 권리나 제도를 형성할 수 있으므로, 그러한 권리 전부가 헌법 제22조 제2항의 권리 개념에 포섭된다고 보기는 어렵다. 제헌헌법 제정 당시의 제정취지와 헌법 제22조 제2항을 별도의 독립적인 항으로 규정한 취지를 고려하면, 헌법 제22조 제2항은 창작자들의 창작물에 대한 지적재산권을 보장하는 규정이라고 해석하는 것이 타당하다.

또한, 헌법 제22조 제2항은 '창작물'에 대한 권리를 보장하는 규정이므로, 창작물에는 당연히 창작성이 요구된다. 헌법 제22조 제2항을 창작성 유무에 상관없이 모든 지적재산권을 보장하는 조항으로 해석하는 견해도 있을 수 있으나, 헌법 제22조 제2항이 학문과 예술의 자유를 보장하는 헌법 제22조 제1항과 함께 규정되어 있는 점, 창작을 주된 활동의 대상으로 삼고 있는 저작자·발명가·과학기술자·예술가를 그 주체로 열거하고 있는 점, 제헌헌법 제정 당시 학문과 예술, 과학의 발전을 위한 수단으로 저작자 등의 권리를 보장하려고 하였던 도입 취지 등을 고려해보면, 헌법 제22조 제2항이 창작성이 없는 무체물까지 포함하여 지적재산권으로 보호하는 규정이라고 보기는 어렵다. 헌법 제22조 제2항의 권리는 학문과 예술, 과학의 발달에 기여하는 창작활동을 장려하기 위한 수단적인 성격의 권리이므로, 적어도 헌법 제22조 제2항의 보호를 받을 수 있는 대상은 창작성이 있는 것을 전제로 한다고 볼 것이다. 단순히 경제적인 목적으로 무형의 지적재산권을 보호하기 위한 것이라면 굳이 헌법 제22조 제1항과 함께 규정되어 있을 필요가 없기 때문이다.

헌법 제22조 제2항은 창작성이 있는 창작물에 대한 권리를 보호하는 것이므로, 강학상 지적재산권이라 통칭하는 것이 모두 헌법 제22조 제2항에 의한 보호를 받는 것은 아니다. 학문적으로 지적재산권이란 인간의 지적 창작물에 관한 권리와 영업상의 표지(標識)에 관한 권리를 총칭하는 말이다. 지적·정신적 활동의 창작물이란 가치 있는 새로운 정보의 창출이라 할 수 있고, 영업상 표지란 그 표지에 내재되어 있는 영업상의 신용을 상징하는 것으로서 이는 소비자가 영업자에 대하여 갖고 있는 신용에 관한 정보를 말한다.⁵¹⁾ 따라서 이들 지적재

50) 황승홍(각주 39), 33면.

51) 송영식·이상정·김병일 공저, 지적재산법(제16정판), 세창출판사, 2018, 4면; 박성호(각주 2), 95면.

산권 중에서 헌법 제22조 제2항의 보호를 받는 것은 지적활동의 결과물 그 자체를 보호하는 저작권, 특허권 등이 이에 해당하고, 상표권 등과 같이 인간의 지적 활동의 결과로 나타난 상표 그 자체를 보호하는 것이 아니라 상표가 표상하고 있는 업무상 신용을 보호하는 표지에 관한 권리는 헌법 제23조의 재산권 규정에 의한 보호를 받을 수 있을 뿐, 헌법 제22조 제2항의 보호를 받는 권리라고 보기는 어렵다.

한편, 헌법 제22조 제2항이 요구하는 창작성의 수준은 입법자의 형성에 따라 달라질 수 있다. 헌법 제22조 제2항이 인간의 지적활동의 결과물에 대한 보호를 선언하는 규정이라는 점에 비추어 볼 때, 여기서의 창작성은 타인의 지적 활동의 결과가 아닌 자신의 정신적 활동의 결과라는 의미, 즉, 독창성(originality)을 요구하는 정도의 최소한의 창작성만을 의미한다고 보아야 한다. 헌법 제22조 제2항에서 요구하는 창작성의 수준을 헌법 자체에서 결정해야 할 헌법정책적인 문제로 보게 된다면, 헌법의 해석의 문제로 귀결될 수밖에 없게 되는데, 이는 창작자 보호와 학문과 예술, 문화와 과학의 발전이라는 이익에 대한 형량의 문제를 헌법 해석의 문제로 전환시킬 우려가 있다. 창작물의 종류와 특성에 따라 구체적으로 요구되는 창작성의 수준은 그 시대의 흐름에 따라 창작자 보호와 학문과 예술, 문화와 과학의 발전에 기여하는 정도 및 다양한 이해관계를 고려하여 탄력적으로 결정할 필요가 있는 문제이므로, 이는 결국 입법자가 결정하여야 할 입법정책의 문제라 할 것이다.

(2) 배타적 권리인지 여부

지적재산은 비배제적, 비경합적인 성질을 가지고 있으므로, 이에 대한 법적 보호가 제대로 이루어지지 않는다면, 창작자들은 창작비용만 부담할 뿐 창작에 투자된 비용을 회수할 수 없기 때문에, 창작의욕이 저하되어, 자칫 사회 전체적으로 필요로 하는 창작물이 충분히 공급 되지 않을 수 있다. 따라서 창작자의 창작의욕을 고취시키고 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 이루기 위해서는 창작자의 창작물에 대한 배타적 지배를 허용해야 할 필요가 있으므로, 지적재산권은 기본적으로 배타적인 성질의 권리로 형성될 수밖에 없다.⁵²⁾

그런데 이와 달리 지적재산권은 본질적으로 물권도 채권도 아닌 헌법상 보장되는 재산권의 한 유형이고, 헌법 제22조 제2항 또한 창작자의 권리에 관한 어떠한 제한도 두고 있지 않기 때문에, 지적재산권이 반드시 물권적인 방식의 배타적 권리로 형성되어야 한다는 결론이 논리적으로 도출되는 것은 아니라고 하면서, 지적재산권의 내용을 어떻게 채우느냐는 입법자

52) 이규홍·정필운(각주 3), 101-102면; 한지영(각주 3), 3-6면; 유대중, 저작권의 내재적 한계에 관한 소고, 정보화 정책 제13권 제2호(2006), 111면; 김창화, 자연독점 이론의 관점에서 바라본 지적재산권 제도의 이해, 정보법학 제17권 제1호(2013), 177면 참조.

의 형성의 문제일 뿐이라는 견해가 있다.⁵³⁾

창작자의 창작의욕을 고취하는 방법은 물권적인 보호 방식을 택하여 창작물에 대한 배타적인 지배를 직접 허용하는 방법이 있을 수도 있고, 창작물에 대한 배타적 지배를 허용하지 않고 보상청구권을 인정하는 방식과 같은 채권적인 보호 방식도 가능하다고 보인다. 우리나라 헌법 제정 시의 자료를 살펴보면, 물권적 보호 방식을 염두에 둔 것으로 보이나 헌법의 해석이 항상 헌법제정자의 의사에 구속되는 것은 아니므로, 헌법 명문에서 물권적 방식과 채권적 방식의 선택과 관련하여 어떠한 제한도 가하고 있지 않은 이상, 헌법해석으로 이를 제한하여 입법자의 형성 영역을 제한하는 것은 현실에 부합하는 지적재산제도의 형성에 있어서도 바람직하지 않다고 보인다. 지적재산권의 내용을 물권적으로 형성할 것인지 채권적으로 형성할 것인지는 기본적으로 입법형성의 문제라고 보는 것이 타당하다.⁵⁴⁾

그러나 창작자에게 비배타적인 권리를 인정한다면 과연 창작자들에게 창작에 대한 충분한 유인을 제공할 수 있는지 의문이다. 더불어 인격이나 개성이 발현되는 창작물의 경우 공중의 자유로운 이용은 인격권 침해 등의 문제도 발생시킬 우려가 있어 창작자의 입장에서는 어떠한 방식으로든 창작물 공개 이후에도 일정한 통제를 유지하기를 원할 수 있고, 경우에 따라서는 창작자 보호를 위하여 일정한 통제를 확보해줘야 할 필요가 있을 수도 있다. 물론 무형의 지적재산이 가지고 있는 특성 때문에 유체물에 대한 소유권과 같은 완전하고도 전면적인 성격의 배타적 권리를 설정하기는 어려운 측면이 있다. 그러나 무형의 지적재산이 가지는 한계를 극복하고 충분한 창작의 동기를 제공하거나, 인격 등이 발현된 창작물에 대한 창작자의 일정한 통제를 확보하기 위해서는 일정한 범위 내에서 배타적 권리의 설정이 불가피한바, 창작자가 창작물에 대하여 가지는 권리가 온전히 비배타적인 성격의 권리로만 형성되기는 어렵다고 보인다.

(3) 재산권적 성질의 권리인지 인격권적 성질의 권리인지 여부

헌법 제22조 제2항은 ‘…권리는 법률로써 보호한다.’고 규정하고 있을 뿐 그러한 권리가 재산권적 성질을 가진 권리인지, 인격적 이익을 가진 권리인지를 한정하고 있지 않다. 입법자는 창작물의 성격에 따라 재산권적 성질의 권리로 형성할 수도 있고, 인격적 이익을 인정하는 권리로도 형성할 수 있다. 구체적으로 어떠한 성질의 권리로 형성할 것인지 여부는 입법자의

53) 정필운(각주 2), 207-208면.

54) 미국의 경우에는 연방헌법에서 ‘제한된 기간 동안 저작자와 발명가에게 저작과 발명에 관한 배타적 권리.’라고 하여 ‘배타적 권리’(exclusive right)를 명문으로 규정하고 있지만, 비배타적 권리의 부여도 헌법에 합치한다는 견해가 일반적이라고 한다(정필운(각주 21), 315면).

재량 영역에 맡겨져 있는 것이다.

그런데 위에서 살펴본 바와 같이 헌법 제22조 제2항의 권리는 (오로지 배타적인 권리만을 보장하는 것은 아니나) 기본적으로 지적 창작물에 대한 배타적 권리를 그 내용으로 하고 있다. 어떤 대상에 대하여 배타적 지배를 한다는 것은 그 대상을 자유롭게 이용하고 처분할 수 있다는 것이므로, 헌법 제22조 제2항의 권리는 기본적으로 자유로운 사적 이용과 처분권을 내용으로 하는 재산권적 성질의 권리로 형성될 수밖에 없다.

그러나 헌법 제22조 제2항에 의하여 형성되는 권리가 항상 재산권적 성질의 권리로만 형성되어야 한다는 의미는 아니다. 헌법 제22조 제2항은 권리의 성질을 전혀 제한하고 있지 않으므로, 입법자는 얼마든지 재산권적 성질의 권리 외에도 인격적 이익을 보장하는 권리 등을 형성할 수 있다.

정리하면, 헌법 제22조 제2항의 ‘권리’는 기본적으로 창작물에 대한 배타적 권리로 형성될 것이므로, 자유로운 사적 이용과 처분 권능을 내용으로 하는 재산권적 성질의 권리로 형성되겠지만, 창작물의 성격에 따라 인격적 성질의 권리로도 얼마든지 형성이 가능하다. 따라서 재산적 이익을 보호하는 지적재산권이나 인격적 이익을 보호하는 지적재산권 모두 그 헌법적 근거는 헌법 제22조 제2항으로 보아야 한다.

이와 관련하여 저작재산권과 저작인격권의 헌법적 근거에 대한 견해를 살펴보면, ① 헌법 제22조 제2항을 저작재산권과 저작인격권 모두의 헌법적 근거로 해석하는 견해,⁵⁵⁾ ② 헌법 제22조 제2항은 저작인격권의 헌법적 근거로, 헌법 제23조는 저작재산권의 헌법적 근거로 해석하는 견해,⁵⁶⁾ ③ 헌법 제22조 제2항은 저작재산권의 헌법적 근거로, 헌법 제10조는 저작인격권의 헌법적 근거로 해석하는 견해가 있다.⁵⁷⁾

①의 견해는 헌법 제22조 제2항이 창작자의 권리를 법률로써 보호한다고 규정하고 있을 뿐 권리의 내용에 아무런 제한을 두고 있지 않고, 조문위치상으로도 학문과 예술의 자유를 보호하는 조문과 같이 규정되어 있으므로, 창작자의 보호가 재산권의 보호에만 국한되는 것은 아니라고 한다. ②의 견해는 우리 헌법 제22조 제2항은 지적재산권의 개인적인 인격권과 관련된 보호범위에 초점이 맞춰진 것이고, 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이라고 한다. ③의 견해는 독일에서 저작재산권을 기본법 제14조 재산권 규정에 근거한 것으로 보고 저작인격권을 인간 존엄성의 불가침성 및 인격보호에

55) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 547면; 정필운(각주 2), 224면에서 재인용.

56) 이시우, 지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고, 계간 저작권 제9권 제2호(1996), 5-6면; 정필운(각주 2), 224면에서 재인용.

57) 박성호(각주 2), 105-106면; 정필운(각주 2), 224-225면.

관한 기본법 제1조와 제2조 제1항 규정에 근거한 것으로 해석하는 것을 참조하여, 우리나라의 경우에도 지적재산권의 재산권적 측면은 헌법 제23조, 인격권적 측면은 헌법 제10조에서 헌법적 근거를 찾을 수 있다는 견해이다.⁵⁸⁾

위에서 살펴본 바와 같이 헌법 제22조 제2항은 형성될 권리의 성격에 대하여 아무런 제한을 가하고 있지 않고, 조문 위치상 학문과 예술의 자유와 함께 규정되어 있으며, 재산권 규정과 별도로 분리되어 있다는 점을 고려하면, 헌법 제22조 제2항은 창작자가 창작물에 대하여 가지는 권리의 헌법적 근거로서 그 성격이 재산권적인 것이든 인격적인 것이든 모두 포함한다고 할 것이다.

이에 대하여 헌법 제22조 제2항은 지적재산권 제도가 보호하려는 ‘상당부분 확정되었지만 여전히 확장되고 있는 재산권’이라는 면에서의 지적재산권을 포섭하고, 또 특허권, 저작권 등에 포함된 비재산권적 요소(대표적으로 저작인격권)를 포괄하여 보호하기 위한 조문구성을 하고 있는 것을 볼 수 있다고 하면서, 지적재산권은 그 자체로 ‘헌법상 재산권에 속하지만 기존의 재산권에 포함될 수 없는 특징을 공유로 하는 것들, 나아가 그 특징들이 확대되는 것’들의 총체이고, 헌법 제22조 제2항은 이러한 특수한 재산권들에 대한 별도의 형성·제한입법의 근거를 마련하기 위한 고유의 목적을 가지고 헌법 제23조로부터 압축·간략화된 모습으로 조문화된 규정으로 볼 수 있다고 하면서, 헌법 제23조와 단순히 중복되는 조항이 아니라 위와 같은 특별한 의미 부여를 통하여 현대사회에서 지적재산권이 갖는 중요성과 비중을 헌법적으로 뒷받침하는, 시대의 발전에 따라 그 숨겨진 가치가 발견되는 조항이므로, 헌법 제22조 제2항의 권리를 ‘재산권 유사 별도 기본권’으로 구성할 수 있다는 견해가 있는데,⁵⁹⁾ 이 견해 또한 헌법 제22조 제2항을 그 권리의 성격에 상관없이 지적재산권의 헌법적 근거로 보는 입장이므로, 같은 취지라고 보인다.

3. ‘법률로써 보호한다’의 의미

헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 하여 창작자의 창작물에 대한 권리 즉, 지적재산권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있고, 그 구체적인 내용의 형성은 입법자에 맡기고 있다. 따라서 창작자가 창작물에 대하여 가지는 권리가 구체적으로 어떻게 형성될 것인지는 입법자에게 달려있다고 할 것이다.

58) 정필운(각주 2), 224-225면.

59) 이규홍, 지식재산권법에 관련된 헌법적 쟁점과 향후 과제, 저스티스 제170권 제3호(2019. 2.), 196-197면.

(1) 지적재산제도 및 지적재산권 보장

헌법 제22조 제2항은 헌법 제23조와 별도로 규정됨으로써, 입법자에게 창작자의 창작물에 대한 권리를 보장하는 지적재산권을 기본권으로 보장하고 있다. 지적재산권을 보장한다는 의미는 지적재산제도의 형성을 전제로 하므로, 헌법 제22조 제2항은 지적재산제도에 대한 제도보장도 함께 규정하고 있는 것으로 보아야 한다. 이는 헌법 제23조의 재산권 규정이 재산권이라는 기본권 보장과 사유재산제도의 보장이라는 제도적 보장을 함께 규정한 것이라고 보는 것과 같다고 할 것이다. 헌법 제22조 제2항에서 지적재산제도의 보장이라는 제도보장적 성격은 입법자가 지적재산제도를 반드시 형성해야 한다는 헌법적 의무만 부과할 뿐, 구체적인 지적재산권의 내용과 한계에 대하여 어떠한 지침을 제공하는 것은 아니다. 따라서 입법자는 지적재산제도의 제도보장적 요청을 준수하는 한, 지적재산권의 구체적인 형성에 있어서는 광범위한 입법형성의 재량을 가지고 있다고 할 것이다.⁶⁰⁾

(2) 형성적 법률유보와 입법형성의 재량

헌법 제22조 제2항은 기본권형성적 법률유보 조항인데, 지적재산이 가지고 있는 다음과 같은 특성 때문에 입법자는 일반적인 재산권보다 더 넓은 입법형성의 자유를 가지게 된다.

첫째, 지적재산은 아무런 손상 없이 여러 사람이 동시에 사용할 수 있고, 다른 사람의 이용을 배제할 수 없는 공공재적 성격을 가지고 있으므로, 공공재적 성격의 지적재산에 대한 권리를 인정하는 지적재산권을 형성함에 있어서는 다른 일반적인 재산권보다 넓은 입법형성의 재량이 인정된다. 둘째, 지적재산은 창작자가 속해 있는 사회의 문화유산과 시대정신이 반영된 것이기 때문에, 창작물이 온전히 창작자의 노력과 기여만으로 형성된 것이라고 보기 어려운 측면이 있다. 따라서 이러한 창작물에 대하여 권리를 설정하는 지적재산권의 형성에는 일반적인 재산권보다 넓은 입법재량이 인정될 수밖에 없다. 마지막으로, 지적재산권은 그 자체가 목적이 아니라 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위한 수단적인 성격의 권리라는 점이다. 헌법 제22조 제2항의 권리 보장은 궁극적으로 학문과 예술, 문화와 과학기술의 발전을 위한 것이므로, 지적재산권을 형성함에 있어 창작자에 대한 권리 보호가 지나쳐 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 저해할 정도에 이르지 않도록 해야 한다. 따라서 입법자는 학문과 예술, 문화와 과학의 발달에 미치는 영향을 고려하여 지적재산권을 형성해야 하므로 입법형성의 자유가 일반적인 재산권보다 크다고 할 것이다.⁶¹⁾

60) 한수용, 헌법학(제9판), 법문사, 2019, 857-858면 재산권 관련 논지 참조.

61) 이규홍·정필운(각주 3), 102-103면; 정필운(각주 2), 232면; 유대중(각주 52), 109면 참조.

(3) 입법형성의 한계

헌법 제22조 제2항은 입법자에게 지적재산권을 형성할 폭넓은 입법재량을 인정하고 있지만, 일정한 한계 또한 제시하고 있다.

1) 창작성

창작자에게 창작물에 대한 권리를 인정하는 것은 창작의 대가를 제공함으로써 창작활동에 대한 유인을 제공하기 위한 것이다. 헌법 제22조 제2항의 지적재산권은 창작활동에 대한 대가로서 주어지는 권리이므로, 창작성은 지적재산권을 부여받을 자격이 있는지를 판단하는 기준이자, 지적재산권의 범위에 한계를 설정하는 기능을 한다.⁶²⁾ 헌법 제22조 제2항에서 요구하는 창작성은 그 수준을 높이는 경우 지적재산으로서 보호를 받을 수 있는 범위를 좁히게 되어 입법자의 형성 재량을 제한하게 되므로, 헌법적 차원에서 요구되는 창작성은 최소한의 창작성만을 요구한다고 보고, 구체적으로 어느 정도의 창작성을 가진 창작물에 대하여 지적재산권을 인정할 것인지 여부는 지적재산권의 종류와 내용에 따라 학문과 예술, 문화와 과학의 발달에 미치는 영향 등을 고려하여 공동체의 구성원의 합의에 따라 결정되어야 할 입법정책의 문제이다.

또한, 헌법 제22조 제2항의 보호를 받는 인간의 지적 산물에는 창작성이 요구된다고 하더라도, 창작성이 없는 인간의 지적 산물에 대한 배타적 보호를 헌법 제22조 제2항이 금지하는 것은 아니다. 창작성이 없는 지적 산물이라도 헌법 제23조 등 다른 헌법 규정을 근거로 하여 보호하는 입법이 가능하다. 헌법 제22조 제2항은 창작성 있는 인간의 지적 산물에 대한 창작자들의 권리를 보장하는 제도를 반드시 두어야 한다는 제도보장 규정이므로, 입법자는 반드시 지적재산제도를 마련하여야 할 헌법적 의무를 부담하고 있으나, 창작성이 없는 지적 산물에 대한 권리 보장 문제는 헌법에서 직접 제도로 보장하거나 형성을 요구하는 규정을 두고 있지 않으므로, 그러한 권리보장제도를 둘 것인지 여부에 대하여는 전적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다는 점에 차이가 있다고 할 것이다.

2) 창작자주의

헌법 제22조 제2항은 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위하여 창작자의 창작물에 대한 권리를 보호하는 규정이므로, 원칙적으로 창작자에게 창작물에 대한 권리를 귀속시킬 것을

62) 정필운(각주 2), 230면 참조.

요구하는 창작자주의를 채택하고 있다고 보아야 한다.

역사적으로 창작자의 창작물에 대한 권리 보장은 창작물을 통한 경제적 수익 활동을 가능하게 하여 창작자에게 물질적 생활의 기반을 만들어 주고 자유롭고 독립적인 창작활동의 보장과 창작의욕의 고취에 기여하였는바,⁶³⁾ 창작자주의는 학문과 예술, 문화와 과학의 발전의 관점에서 바람직하다고 보인다.

그러나 헌법 제22조 제2항은 창작자의 경제적 이익 보장에 주된 목적이 있는 것이 아니라, 보다 많은 정보와 지식이 사회적으로 축적되어 학문과 예술, 문화와 과학의 발달을 촉진하기 위한 것이므로,⁶⁴⁾ 창작자주의가 예외없이 관철될 것을 요구하는 것은 아니다.

입법자는 창작자주의의 예외를 인정하여 창작물에 대한 권리를 창작자가 아닌 자에게도 귀속시킬 수 있으나, 이 경우에도 창작자의 물질적·경제적 생활의 기반이 무너지거나 투자자에 대한 예속 또는 창작의욕 저하로 이어지지 않도록, 창작활동에 대한 정당한 보상 등과 같은 제도적 보완장치가 있어야 하며, 학문과 예술, 문화와 과학의 발달의 관점에서 창작자 아닌 자에게 권리를 귀속시킬 만한 별도의 정당화 사유가 있어야 한다. 헌법 제22조 제2항은 인간의 창작활동을 보호하기 위한 규정이지 투자자를 보호하기 위한 규정이 아니므로, 창작자주의의 예외를 인정함에 있어서도 창작자 보호가 투자자 보호로 변질되지 않도록 창작자들의 창작의욕을 저해하지 않는 범위 내에서 엄격하게 이루어져야 한다. 무엇보다도 창작물에 대한 권리를 창작자에게 바로 귀속시키지 않는 경우에는 헌법 제22조 제2항의 창작자 보호의 정신에 따라 창작에 대한 적절한 보상이 창작자에게 귀속될 수 있도록 하여야 한다.⁶⁵⁾

3) 학문, 예술, 문화, 과학의 발전을 위한 공중의 자유로운 이용 보장

지적재산권은 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위한 수단적 성격의 권리이다. 따라서 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 촉진하기 위한 수단으로서 지적재산권이 형성되어야 하고, 이미 공중이 이용하고 있는 정보나 지식에 대한 접근을 봉쇄하거나 부담을 주는 형태로 권리를 창설해서는 안 된다.⁶⁶⁾

학문과 예술, 문화와 과학의 발전 측면에서 창작물에 대한 배타적 지배를 허용하는 경우 창작물을 이용하는 이용자들의 이익이 문제된다. 이용자들이 창작물을 이용할 수 있는 이익이

63) 신혜원(각주 7), 4면; 정필운(각주 21), 221면 참조.

64) 이영희·이재진, 헌법적 공공복리와 저작재산권 제한으로서의 공정이용, 언론과 법 제18권 제1호(2019. 4.), 170면 참조.

65) 신혜원(각주 7), 137면 참조.

66) 이인호(각주 47), 246-247면 참조.

이용자의 권리에 근거한 것인지, 창작자의 지적재산권 제한에 따른 반사적 이익에 불과한 것인지는 의견이 나뉠 수 있다.⁶⁷⁾

‘공공의 영역’(public domain)은 지적재산권의 배타적 지배가 허용되지 않는 영역으로 ‘인류 공동의 지적 자산’인 영역이다. 전통적으로 실정법상 개별적인 지적재산권의 제한 규정, 미국 연방 저작권법 제107조 공정이용(fair use)과 같은 실정법상 지적재산권 제한의 일반 규정, 지적재산권의 보호기간을 넘은 자유로운 이용, 실정법상 인정되지 않지만 지적재산권의 제한으로 포섭되는 것이 타당한 이익 등이 포함된다고 한다.⁶⁸⁾

이러한 영역에 대한 이용자들의 이익을 ‘권리’의 개념으로 구성하려는 견해가 있고, 권리에 이른 것으로 볼 수 없지만 단순한 반사적 이익이 아닌 ‘헌법적 이익’으로 구성하려는 견해가 있다. 전자는 저작권이 사회적 대가로 주어지는 것임을 고려해 보았을 때, 충분히 이용자들의 권리로 구성할 수 있다는 입장이고, 후자는 실정법상의 규정형식에 비추어 보았을 때 이용자의 이익을 바로 권리로 인정하기는 어려우나, 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리에 따라 도출되는 헌법상 이익으로 평가할 수 있다는 견해이다.⁶⁹⁾

공공의 영역에 해당하는 부분은 일반 이용자들의 표현의 자유, 학문과 예술의 자유 등 기본권의 보호 영역에 들어올 수 있는 영역이며,⁷⁰⁾ 헌법상 지적재산권 보장은 창작자들의 권리 보장 자체에 목적이 있는 것이 아니라, 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위한 것이므로, 공공의 영역에 들어온 인류 공동의 지적 자산에 대한 이용자들의 이익은 단순히 지적재산권의 배타적 지배가 미치지 않는 반사적 이익을 누리는 영역이라고 평가하기는 어렵다고 보인다. 창작자들은 창작행위를 하더라도 공공의 영역인 인류 공동의 자산을 이용하여 창작행위를 할 수밖에 없고, 지적재산권이라는 것은 창작을 유인하기 위하여 이러한 창작의 결과물에 대한 배타적 지배를 창작자에게 한시적으로 허용한 것이므로, 이것이 다시 인류 공동의 지적 자산의 영역에 들어왔다면, 다양한 사상과 정보의 교류, 활발한 학문연구와 예술 활동의 자유 보장 측면에서도 공공의 영역에 대한 이용자들의 이익을 단순히 반사적 이익이라고 보기는 어렵다. 공공의 영역에 대한 이용권이라는 기본권이 헌법상 직접 보장되고 있다고 해석하기는 문언상 어렵지만, 공공의 영역은 표현의 자유, 학문과 예술의 자유의 보호 대상이 되는 영역으로서 헌법적으로 고려해야 할 공익이 존재하는 영역이다.

따라서 헌법 제22조 제2항에 따른 지적재산제도는 창작자에게 창작물에 대한 배타적 지배

67) 신혜원(각주 7), 199-200면; 정필운(각주 21), 164면 참조.

68) 정필운(각주 21), 165면 참조.

69) 정필운(각주 21), 166면 참조.

70) 신혜원(각주 7), 222면.

를 허용하더라도 학문과 예술, 과학과 문화의 발전이라는 측면에서 인류 공동의 지적 자산인 공공의 영역(public domain)에 대한 적절한 보호 또한 요구한다고 할 것이다. 입법자가 지적 재산제도를 형성함에 있어서는 창작자 보호와 학문과 예술, 과학과 문화의 발전이라는 상호 보완적이면서도 상충적인 이익의 조화를 고려하여야 하고, 지적재산권에 대한 과잉한 보호로 학문과 예술, 과학과 문화의 발전이 저해되는 결과를 초래하지 않도록 하여야 한다.

4) 보호 기간의 한시성

우리 헌법은 창작자 등의 권리 보장의 시간적 한계를 명문으로 직접 규정하고 있지 않으나, 미국 연방헌법의 경우에는 명시적으로 저술과 발명에 대한 독점적인 권리를 ‘일정 기간 동안’(for limited times)만 확보해준다고 규정하고 있다. 이에 대하여 우리 헌법에 명문으로 시간적 제약에 대한 규정은 없지만, 지적재산권의 본질에 비추어 지적재산권 보호의 한시성은 헌법상 지적재산권 보호에 요구되는 내용이라는 견해가 있다. 영구적으로 보호하는 지적재산권 형성은 헌법 제22조 제2항에 위반된다는 것이다.⁷¹⁾

지적재산권은 인류 공동의 지적 자산을 통하여 형성되어 일정기간 배타적 지배를 허용한 뒤 다시 인류 공동의 지적 자산에 편입됨으로써 학문과 예술, 문화와 과학의 발달을 촉진시키게 되는데, 지적재산권에 대한 영구적 보장은 지적 자산의 공공 영역(public domain)으로의 복귀를 영구적으로 봉쇄함으로써 지적재산권의 보장과 공공의 영역 사이의 선순환적인 발전 구조를 붕괴시킬 위험이 있다. 그러한 점에서 영구적인 지적재산권 보장은 ‘지적재산권의 보호’와 ‘학문과 예술, 문화와 과학의 발전’이라는 이익 사이의 균형 있는 입법의 결과라 보기 어렵다. 따라서 지적재산권 보장에 있어 그 보호 기간의 한시성은 본질적으로 내재되어 있는 제한 내지는 한계로 이해될 수 있다. 만약 입법자가 소유권과 같이 영구적인 지적재산권을 인정하는 법률을 제정한다면, 곧바로 헌법 제22조 제2항 위반의 문제가 발생할 것이다.

4. 다른 기본권과의 관계

(1) 재산권(헌법 제23조)과의 관계

위에서 살펴본 바와 같이 지적재산권은 기본적으로 창작물에 대한 배타적인 권리로 형성될 것이므로, 재산권적 성격을 지닐 수밖에 없다. 따라서 지적재산권이 재산권을 보장하는 헌법 제23조와 어떠한 관계에 있는지 문제가 된다.

71) 정필운(각주 21), 343면 참조.

이와 관련하여 ① 헌법 제23조의 재산권에 지적재산권도 포함되므로, 헌법 제22조 제2항과 헌법 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보장하고 있다는 견해,⁷²⁾ ② 헌법 제22조 제2항은 헌법 제23조와 성격이 달라 분리되어 이해되어야 하므로, 지적재산권은 헌법 제22조 제2항에 의해서만 보장된다는 견해,⁷³⁾ ③ 헌법 제23조의 재산권에 지적재산권도 포함되고, 지적재산권 조항이 헌법에 없는 국가들은 재산권 보장 규정에 의하여 지적재산권을 보호하고 있으므로, 헌법 제22조 제2항과 헌법 제23조 모두 지적재산권의 헌법적 근거이지만, 헌법 제22조 제2항이 헌법 제23조의 특별규정에 해당하므로, 헌법 제22조 제2항이 우선 적용된다는 견해가⁷⁴⁾ 있다.⁷⁵⁾

지적재산권도 재산적 가치 있는 권리로 형성된다면 헌법 제23조의 재산권 조항에 의한 보호를 배제해야 할 이유가 없다. 당연히 재산적 가치 있는 권리로 형성되는 경우에는 헌법 제23조에 의한 보호를 받는다고 할 것이고, 재산권 보장에 관한 헌법 제23조 제3항의 적용을 배제해야 할 이유가 없다. 지적재산권도 다른 일반 재산권과 동일한 수준의 헌법적 보호를 받는다고 보아야 한다.

그러나 헌법 제22조 제2항은 헌법 제23조의 재산권 보장과 다른 헌법적 의미를 가지고 있다.

헌법 제23조에 의해 보호되는 재산권은 사적인 유용성(Privatnützigkeit)과 임의적인 처분 권능(Verfügungsbefugnis)이 인정되는 모든 재산 가치 있는 권리를 포함하는데,⁷⁶⁾ 그 내용과 한계는 입법자의 형성에 맡겨져 있어, 입법자가 입법을 통하여 구체적인 재산적 가치 있는 권리로 형성하여 권리자에게 귀속시키기 전까지는 헌법 제23조에 의한 보호를 받기 어렵다. 입법자가 재산권으로 형성하여 권리자에게 귀속시킨 이후에야 권리자는 헌법 제23조에 의한 재산권 보장을 주장할 수 있는 것이다. 따라서 헌법 제23조만 존재할 경우 입법자가 물권, 채권 등과 같은 재산권만을 보장하는 입법을 하고, 따로 지적재산권 보장 입법을 제정하지 않더라도 위헌 여부의 문제는 발생하지 않는다. 어떠한 종류의 재산권을 입법으로 형성할 것인지 여부는 오로지 입법자에게 맡겨져 있기 때문이다.

그에 비해 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하여, 반드시 입법자로 하여금 지적재산권을 형성하는 입법을 강제하고

72) 허영, 한국헌법론(전정14판), 박영사, 2018, 523면; 한수용(각주 60), 858면.

73) 이인호, 지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화, CLIS Monthly(2003), 12-13면; 정필운(각주 2), 226-227면에서 재인용.

74) 정필운(각주 2), 227면.

75) 정필운(각주 2), 226-227면 참조.

76) 허영, 헌법이론과 헌법(신정11판), 박영사, 2006, 594면; 박성호(각주 2), 97면에서 재인용.

있다. 헌법 제22조 제2항은 입법자에게 저작자·발명가·과학기술자·예술가와 같은 창작자들을 위하여 반드시 입법으로 지적재산권을 형성하여 그 권리를 창작자에게 귀속시키도록 요구하고 있으므로, 입법자는 지적재산권 형성입법을 해야 할 헌법적 의무를 부담하게 되는 것이다. 그러한 점에서 헌법 제22조 제2항은 헌법 제23조와는 구별되는 독자적인 헌법적 의미를 가지고 있는 것이다.

그러나 헌법 제22조 제2항과 제23조의 관계를 단절적으로 보는 것은 아니다. 헌법 제22조 제2항이 지적재산권 제도의 제도보장과 지적재산권의 귀속에 있어 창작자주의 등과 같이 지적재산권 형성과정에서 일정한 헌법적 지침을 제공하고 있다는 점에서, 원칙적으로 지적재산권의 헌법적 근거는 헌법 제22조 제2항으로 보는 것이 타당하지만, 헌법 제22조 제2항에서 충분히 보장하지 못하는 부분에 대해서는 보충적으로 헌법 제23조가 적용될 수 있다고 보인다. 예를 들어, 지적재산권의 공용침해의 경우에는 헌법 제23조 제3항에 해당하는 내용이 헌법 제22조 제2항에 없기 때문에 헌법 제23조 제3항이 적용될 수 있는 것이다. 지적재산권이 이미 입법에 의하여 구체적으로 형성되어 재산권으로 보장받을 수 있게 된 이후에는 헌법 제23조의 재산권과 같은 수준의 헌법적 보호를 부인할 이유가 없기 때문이다.

(2) 인격권과의 관계

인간의 지적·정신적 창작활동의 결과물에 대한 권리를 보호하는 지적재산권에는 재산권적 요소 이외에 그 인격적 이익의 보호도 고려될 수 있는데, 특히 저작물의 경우에는 소위 'Brain-Child'라고 불릴 정도로 저작자의 인격적 요소가 많이 내포되어 있어 이러한 인격적 이익을 보호하는 입법이 이루어진 경우 일반적 인격권과의 관계를 어떻게 보아야 할지 문제가 된다.⁷⁷⁾

일반적인 인격권과 저작인격권의 성질에 관하여는 저작인격권이란 기본적으로 일반적인 인격권과 동질의 것으로서 일반적 인격권의 하나라는 견해(동질설), 저작인격권과 일반적 인격권은 성질을 달리하는 것으로서 저작인격권은 저작권법이 특별히 정하고 있는 인격권이라고 하는 견해(이질설), 저작인격권에는 일반적 인격권에 해당하는 것과 저작권법이 특별히 인정하고 있는 인격권이 혼재되어 있어, 전자에 대하여는 포기할 수 없지만 다른 부분은 포기할 수도 있다는 견해(중간설) 등이 대립하고 있다.⁷⁸⁾

이질설의 입장에서는 일반적인 인격권과 저작인격권은 다음과 같은 차이가 있다고 한다.

77) 박성호(각주 2), 105면 참조.

78) 中山信弘, 著作權法, 법문사(2008), 320-321면; 오승중, 저작권법(제4판), 박영사, 2016, 422면에서 재인용.

첫째, 일반적인 인격권은 모든 사람에게 보장되는 권리인데 반하여, 저작인격권은 저작자에게만 보장되는 권리이고(권리주체의 특질), 둘째, 일반적인 인격권의 보호대상은 인격 그 자체인데 대하여, 저작인격권의 보호 대상은 저작자의 인격으로부터 독립한 저작물이라는 점에서 차이가 있으며(권리객체의 특질), 셋째, 일반적인 인격권은 권리주체의 인격에 대한 관계가 보호되는 권리임에 대하여, 저작인격권은 저작자의 저작물에 대한 관계가 보호되는 권리라는 점에서 차이가 있다는 것이다.⁷⁹⁾

예를 들어 명예권과 성명표시권은 유사한 성질을 가지고 있지만, 성명표시권을 통하여서는 저작자의 명예 그 자체가 보호되는 것이 아니라 저작물의 창작자로서의 지위가 보호되는 것이며, 공표권이나 동일성유지권의 경우에도 이러한 권리를 통하여 저작물 자체가 보호를 받는 것이지, 저작자의 인격이 직접 보호를 받는 것은 아니라는 것이다.⁸⁰⁾

창작물은 인간의 지적 활동의 산물이므로, 그 종류에 따라 인격이나 개성 등이 반영되어 창작물에 대한 인격적 이익을 보호해야 할 필요가 있고, 그 대표적인 것으로 저작인격권이 현행법상 인정되고 있다. 그런데 저작인격권을 보면 이질설의 입장에서 적절히 지적하고 있는 바와 같이 창작자의 인격 그 자체를 보호하는 것이 아니라 창작물에 대한 창작자의 지위에 대한 보호를 주된 내용으로 하고 있어, 현행법상 저작인격권으로 구성되어 있는 권리의 침해가 바로 헌법상 일반적 인격권의 침해로 구성되는 것은 아니다. 따라서 창작물의 창작자에 대한 인격적 이익이 어떠한 내용으로 보호될 것인지는 헌법 제22조 제2항에 따라 입법자가 형성해야 할 영역으로, 일반적 인격권과는 일응 구분되는 형태로 얼마든지 형성될 수 있다.

입법자가 창작물에 대한 인격적 이익에 대한 보호를 일반적 인격권과 일응 구분되는 형태로 형성하든 아니면 유사하게 형성하든 헌법 제22조 제2항은 일반적 인격권을 보호하는 헌법 제10조에 대하여 특별규정에 해당하므로, 이러한 경우에도 헌법적 근거는 제22조 제2항으로만 보아도 충분하다.

79) 오승중(각주 78), 422면.

80) 半田正夫, 著作権法概説, 12版, 法學書院, 2005, 126면; 오승중(각주 78), 422면에서 재인용.

Ⅲ. 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항의 의미 (헌법재판소 결정을 중심으로)

위에서 살펴본 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 염두에 두고, 헌법재판소 결정을 중심으로 위헌심사에 있어서 헌법 제22조 제2항이 어떠한 의미를 가지고 있는지, 어떠한 역할을 수행해야 하는지에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 창작성 있는 지적재산 법률의 헌법적 근거

헌법재판소 결정에서 헌법 제22조 제2항이 직접적으로 쟁점이 된 경우는 많지 않다. 그나마 헌법 제22조 제2항이 언급된 경우를 살펴보면, 실질적인 위헌심사기준으로서 적용된 것이 아니라 대부분 지적재산 관련 법률의 헌법적 근거로만 언급되고 있는 수준에 머물러 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13등).⁸¹⁾

그런데 헌법재판소가 지적재산 관련 법률에 대한 헌법적 근거로 헌법 제22조 제2항을 언급하고 있는 결정들을 보면, 헌법재판소는 창작성이 인정되는 실용신안법 조항이나 저작권법 조항에 관한 사안에서만 헌법 제22조 제2항을 헌법적 근거로 언급하고(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13등), 경제적 신용에 대한 표지를 보호하는 상표법 조항이 문제된 사안에서는 헌법 제22조 제2항에 대한 언급 없이 재산권 또는 직업수행의 자유 제한 문제로 접근하여 판단한 것을 확인할 수 있다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바31; 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113등; 헌재 2013. 11. 28. 2012헌바69).

이는 헌법재판소가 명시적으로 밝히고 있는 것은 아니지만, 일응 창작성이 인정되는 지적재산 법률에 대하여만 헌법 제22조 제2항이 헌법적 근거가 될 수 있다고 보고 있는 것 같다. 위에서 살펴본 바와 같이 헌법 제22조 제2항은 창작성이 있는 인간의 지적 창작물에 대한 권리를 보장하는 규정이므로, 헌법재판소의 이러한 입장은 타당하다고 하겠다.

81) 「헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 하여 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가실현의 실효성을 높이기 위하여 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있다. 저작자 등의 권리를 보호하는 것은 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현하기 위하여 불가결할 뿐 아니라, 이들 저작자 등의 산업재산권을 보호한다는 의미도 함께 가지고 있다. 이와 같은 헌법의 취지에 따라 특허법, 실용신안법, 의장법 등 산업재산권을 보호하기 위한 개별법률들이 제정되어 발명가 등의 권리를 구체적으로 보호하고 있다.」(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 388-389)

2. 실질적인 위헌심사기준으로서의 역할

헌법재판소 결정에서 헌법 제22조 제2항은 창작성이 인정되는 지적재산 관련 법률에 대한 헌법적 근거로만 언급되고 있는 것이 다수이나, 헌법 제22조 제2항은 지적재산제도와 지적재산권을 보장하는 독자적인 헌법적 의미가 있는 규정이므로, 창작성이 인정되는 지적재산 관련 법률에 대한 위헌심사에 있어서는 실질적인 위헌심사기준으로서 적용될 수 있어야 한다.

그러한 점에서 최근 헌법재판소가 컴퓨터프로그램의 업무상 저작물의 저작자를 법인 등 사용자로 규정하고 있는 저작권법 제9조에 대한 위헌법률심판 사건에서 내린 결정(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12)은 의미가 있다. 위 조항은⁸²⁾ 창작자주의의 예외를 규정한 조항이라는 점에서 학계에서도 위헌 여부에 대하여 논란이 있었던 조항이었는데,⁸³⁾ 헌법재판소는 이 결정에서 헌법 제22조 제2항을 단순히 저작권법의 헌법적 근거로만 언급한 것이 아니라 실질적인 위헌심사기준으로 적용하여 판단하였다. 이렇게 헌법 제22조 제2항을 위헌심사의 기준으로 적용하여 판단한 것은 이 결정이 거의 유일한 것으로 보인다.⁸⁴⁾

헌법재판소는 헌법 제22조 제2항이 입법자에게 지적재산권에 관한 광범위한 입법형성권을

82) 위 2016헌가12 결정에서 심판대상은 업무상 저작물의 저작자를 법인 등 사용자로 규정하고 있는 저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 것) 제9조 전부가 아니라, 당해사건과 관련된 부분인 컴퓨터프로그램저작물에 관한 부분으로 한정되었다. 위 결정의 심판대상 내용은 아래 참조.

「이 사건 심판대상은 저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 것) 제9조 중 컴퓨터프로그램저작물에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 것)

제9조(업무상저작물의 저작자) 법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.」

83) 합헌론에서는 ① 법인 등 단체 내부에서 창작이 이루어지는 경우 여러 사람의 협동 작업에 의해 창작되는 사례가 많고 그 관여의 정도나 모습도 다양하여 구체적인 창작자를 자연인 가운데 특정하는 것이 어려우며, 저작권은 특허 등과 같이 등록을 통해 창작자가 공시되는 것이 아니기 때문에 제3자가 저작자를 알기는 더 어렵다는 점, ② 업무상저작물의 권리귀속 주체를 사용자로 단일화함으로써 저작물에 대한 유통이나 이용 등 제3자와의 거래관계에서 안전과 원활을 도모할 수 있다는 점이 거론된다(조영선, 현행 업무상 저작물 제도의 문제점과 입법적 제언, 계간 저작권 제103호(2013), 37면 참조).

위헌론에서는 주로 ① 저작물과는 인격적 관계도 없는 법인 등에게 저작인격권까지 귀속시키고 있다는 점, ② 저작물이 법인 등 사용자 명의로 공표되었다는 이유만으로 그 법인 등 사용자를 저작자로 보는 것은 창작자주의를 택하고 있는 우리나라 저작권법 체계와 맞지 않는다는 점, ③ 업무상저작물의 저작권 일체를 법인 등 사용자에게 귀속시키면서 피용자에게는 정당한 보상규정을 마련하지 않은 점 등을 지적한다(조영선, 현행 업무상 저작물 제도의 문제점과 입법적 제언, 계간 저작권 제103호(2013), 38-41면; 정필운(각주 2), 200-202면 참조).

84) 헌법재판소 초기 결정에는 ‘과학기술자의 권리’ 자체가 헌법상 기본권으로 인정되고 있는 듯한 설시도 발견되나(헌재 1993. 11. 25. 92헌마87; 헌재 1997. 3. 27. 93헌마159), 직접적인 쟁점이 되어 판단된 것으로 보이지 않아, 헌법재판소가 ‘과학기술자의 권리’ 자체를 헌법상 기본권으로 인정하고 위헌심사에 적극 적용하였다고 평가하기는 어렵다.

부여하고 있다고 보아, 위 조항의 위헌 여부를 심사함에 있어서는 입법자가 입법형성의 범위를 일탈·남용하였는지 여부를 기준으로 심사하여야 한다고 하였다.⁸⁵⁾

헌법 제22조 제2항이 입법자로 하여금 지적재산권을 구체적으로 형성하도록 규정하고 있으므로, 지적재산권의 귀속이나 그 범위에 관한 법률조항을 심사함에 있어, 일정한 보호영역을 전제로 하여 공익을 위한 가장 최소한의 제한 수단을 선택하도록 요구하는 과잉금지원칙의 심사가 아닌, 입법자의 형성이 제대로 이루어졌는지를 판단하는, 입법재량의 일탈·남용 여부를 기준으로 판단하는 심사기준을 택한 것은 적절하다고 보인다.

헌법재판소는 이러한 심사기준에 따라 위 조항의 위헌 여부를 판단하였는바, 위 조항이 권리관계를 명확히 하여 컴퓨터프로그램저작물의 활발한 개량 및 유통, 지속적이고 안정적인 창작을 유인하기 위한 것이라는 점, 업무상 저작물의 성립요건을 엄격하게 제한하여 피용자의 이익을 충분히 배려하고 있다는 점, 법인 등과 피용자 사이에 달리 합의할 가능성을 부여하여 이들의 이익을 상호 조정하는 수단을 마련하고 있다는 점 등을 근거로 합헌 결정을 내렸다.

그런데 헌법재판소는 위 사건에서 합헌결정을 내리면서, 헌법 제22조 제2항이 채택하고 있는 창작자주의에 대하여는 아무런 고려를 하지 않았는데, 이는 항을 달리하여 살펴보기로 한다.

3. 입법형성의 한계로서 창작자주의

업무상 저작물의 저작자를 누구로 볼 것인지는 입법례에 따라 다른 모습을 보이고 있다. 대륙법계에서는 전통적으로 저작자는 정신적 창작을 한 자연인에 한정된다는 입장을 기본으로 하고 있어, 저작물의 창작자는 오로지 자연인만이 될 수 있고, 법인 등 단체는 저작자가 될 수 없다고 보는 것이 원칙이다. 따라서 법인 등 사용자의 피용자가 그 사용자의 업무상 저작물을 제작하였다 하더라도 그 저작자는 피용자이고 저작권도 피용자에게 귀속된다. 그러나 그렇게 될 경우 창작의 기회를 제공한 법인 등 사용자는 그 저작물을 마음대로 이용할 수 없게 되는 문제가 발생하게 되므로, 대륙법계의 여러 나라에서는 사용자에 의한 저작물의 원활한 이용을 도모하기 위한 여러 가지 제도를 두고 있다. 통일 전 구 서독의 저작권법에서는

85) 「헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리를 ‘법률로써’ 보호한다고 규정하여 입법자에게 지적재산권을 형성할 수 있는 광범위한 입법형성권을 부여하고 있으므로, 프로그램을 업무상 창작하는 경우 어떠한 요건 하에서 누구에게 저작권을 귀속시킬지에 관하여는 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정된다. 심판대상조항은 법인 등의 기획 하에 피용자가 업무상 프로그램을 작성하였고 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없다는 요건 하에 당해 프로그램의 저작권을 법인 등에게 귀속하도록 규정하고 있다. 그러므로 이러한 내용의 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부에 대해서 살펴볼 필요가 있다.」(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 233)

사용자와 피용자 사이의 계약에 의하여 저작물의 이용권을 사용자에게 양도하는 것으로 규정하고 있었고, 구 동독이나 불가리아, 헝가리아의 법은 법인 등의 사용자가 그 활동과 관련된 목적으로 대가 없이 그 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있었다. 따라서 위와 같은 대륙법계 입법례에 의할 경우 법인 등 사용자가 취득할 수 있는 업무상저작물에 대한 권리는 저작재산권뿐이고 저작인격권은 그대로 피용자에게 잔존하게 된다.⁸⁶⁾

그에 반해, 영미법계에서는 저작자는 창작을 한 자연인에 한정되지 않고 창작을 기획한 제작자도 저작자에 포함될 수 있는 경우를 상대적으로 넓게 인정하는 입장을 취하고 있다. 업무상저작물의 경우도 ‘법적 의제’의 방법을 통하여 저작자의 지위와 저작권이 법인 등 사용자에게 원시적으로 귀속된다고 규정함으로써 법인 등 사용자가 저작자로 되는 효과를 부여하고 있다. 이는 대륙법계에서는 저작권을 ‘창작자의 권리’(author’s right)로 보는 반면, 영미법계에서는 저작권을 기본적으로 ‘복제할 수 있는 권리’(copyright)로 보기 때문이다. 그런데 우리나라는 기본적으로 실제 창작한 자를 저작자로 보는 대륙법계 전통을 따르고 있음에도 업무상 저작물에 대하여는 일정한 요건을 갖춘 경우에 법인 등 사용자를 그 저작자라고 규정함으로써 특이하게도 영미법계의 입법태도를 취하고 있는 것이다.⁸⁷⁾ 업무상 저작물에 관하여 실제 창작한 자가 아닌 법인 등에게 투자의 회수를 위하여 저작권의 일부만 귀속되도록 한 것이 아니라 아예 저작자로 의제하고 있어, 창작자인 피용자는 업무상 저작물의 모든 저작권을 향유할 수 없도록 규정하고 있는 것이다.

헌법재판소는 컴퓨터프로그램의 업무상 저작물의 저작자를 법인 등 사용자로 규정하고 있는 저작권법 제9조에 대한 위헌법률심판 사건(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12)에서, 컴퓨터프로그램의 업무상 저작물의 저작자를 법인 등 사용자로 볼 필요가 있다고 하면서, “업무상저작물의 창작 과정에는 자본이 투여되므로 이를 기획하는 법인 등이 자본을 회수하고 이윤을 획득할 수 있도록 하여 지속적인 창작이 이루어지도록 유인해야 할 필요성도 인정된다(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 234).”고 하였다. 이러한 실시 내용에 비추어 보면, 헌법재판소는 헌법 제22조 제2항이 채택하고 있는 창작자주의에 대하여 어떠한 고려도 하지 않은 것으로 보인다. 출판업자의 독점권에 대항하여 저작자의 권리를 보호함으로써 저작자에게 독립적인 경제활동의 기반을 마련하여 창작활동의 독립성을 보장하고자 하였던 저작권 보호의 역사나 저작권 제도의 취지에 비추어 볼 때, 투자자 보호를 통한 창작의 장려는 창작자들의 투자자에 대한 예측을 허용 또는 심화할 위험이 있으므로, 그 예외 인정에 있어

86) 박성호, 업무상 작성한 저작물의 저작권 귀속, 한국저작권논문선집(I), 저작권심의조정위원회, 1992, 121쪽; 오승중(각주 78), 371쪽-372쪽에서 재인용.

87) 오승중(각주 78), 371쪽-372쪽 참조.

좀 더 신중할 필요가 있고, 업무상 저작물은 동등한 교섭력을 가지고 있다고 보기 어려운 사용자와 피용자 사이의 관계를 규율하는 내용이므로, 이들 사이의 이익을 형량함에 있어서는 창작자보호의 정신에 기반한 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미, 즉 창작자주의에 대한 좀 더 깊은 고려가 있어야 할 것으로 보이는데, 이러한 부분이 고려되지 못한 것이다. 업무상저작물에 대하여는 창작자 귀속의 원칙을 관철하되, 자연인에게 그 귀속권을 인정하는 것이 타당하지 않은 경우나 계약 또는 근무규칙에 정한 때에 저작재산권만을 법인 등 사용자에게 인정하도록 하거나, 실제 창작한 피용자에게 근로대가 외에도 정당한 보상을 받을 수 있도록 보상제도를 도입하는 등 법인 등 사용자와 실제 창작자인 피용자 사이의 이해관계를 합리적으로 조정할 수 있는 방법 등이 가능할 수도 있었을 것으로 보이는데, 위 결정에서 투자자 보호를 통한 안정적인 창작활동의 보호 및 유인이라는 공익을 이유로 창작자주의의 예외를 인정한 것은 아쉬운 점이다.

4. 보호 기간과 공공의 영역에 관한 문제

지적재산권 보호 기간의 문제는 국가간 무역문제와 관련되면서, 공리주의적 사고가 우세한 국내법적 사고와 달리 자연권론적 기반의 사고인 창작자 보호에 치중하는 경향을 보이고 있다. 국제관계에서는 저작물의 수출국이 무역수지 흑자를 위하여 창작자 보호를 강화하고 저작권의 보호 기간도 연장하려는 경향을 강하게 보이고 있는데, 국제조약에 의하여 늘어난 저작권의 보호기간은 다시 국내 저작물과 해외 저작물 사이의 형평의 문제를 야기하여, 국내 법적으로도 저작권 보호기간을 연장하는 법 개정이 이루어지게 하는 동인을 제공하고 있다. 이에 따라 국내법에서 이미 소멸한 저작권이 사후 법 개정을 통하여 보호 기간이 연장되어 다시 부활하는 일이 발생하게 되었다.⁸⁸⁾

헌법재판소에서도 관련 사건이 있었는데, 헌법재판소는 과거에 소멸한 저작권점권을 다시 회복시키는 저작권법 부칙 조항에 대하여 위헌 여부를 심사하여 합헌 결정을 내린 바 있다(헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770).⁸⁹⁾ 이 사건은 이미 저작권점권이 소멸한 음원을 제작·판매한

88) 미국에서도 베른협약과 유럽 국가들의 보호기간 연장에 따라, 이미 저작권 보호기간이 진행중인 저작물에 대해서도 보호기간을 저작자 사후 70년, 업무상 저작물이나 익명 저작물의 경우는 공표시점으로부터 95년, 창작시점으로부터 120년으로 연장하는 Sonny Bono Copyright Term Extension Act를 통과시켰다. 이 법은 연방대법원에서 위헌 여부가 다투어졌었는데(Eric Eldred, et. al. v. John D. Ashcroft, 537 U.S. 186, 2003), 법정의견은 헌법에서 연방의회에게 저작권의 시적 한계를 설정하도록 하였을 뿐, 그 기간의 설정은 입법자에게 재량이 인정되는 영역이므로, 그 기간이 '영구적'이 아닌 한 보호기간은 합헌이라고 하였다. 표현의 자유 침해 주장도 있었으나 저작권법에서 표현의 자유와의 조화를 고려하여 입법을 하였으므로, 저작권 자체로 합헌적이고 의회가 저작권법의 '전통적 외양을 변경'하려고 할 때에만 표현의 자유 침해 여부가 고려될 수 있다고 하였다(신혜원(각주 7), 266-267면 참조).

음반업자들이 위 저작권법 부칙조항으로 더 이상 음반을 제작할 수 없게 되자 헌법소원을 제기한 사안이었다.

이 사안에서는 두 가지 점이 문제가 될 수 있었는데, 첫째는 저작권접권의 소멸로 이미 공공의 영역에 들어온 저작권접권을 다시 부활시켰다는 측면에서의 문제이고, 둘째는 저작권접권의 기간을 사후적으로 연장하였다는 점에서 지적재산권의 보호기간의 한시성과 관련된 문제이다.

먼저 공공의 영역과 관련된 측면에서 살펴보면, 헌법재판소는 위 사건에서, “음원을 무상 사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이지 사용자에게 음원에 대한 사적 유용성이나 처분권이 주어지는 것은 아니”라는 설시를 하였다(헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770).

이에 대하여 학계에서는 헌법 제22조 제2항의 권리보호가 제21조의 언론자유의 헌법적 가치를 달성하기 위한 수단적 지위에 있다는 점을 충분히 인식하지 못한 설시라고 하면서, 이미 소멸되어 공공의 영역으로 들어간 저작물을 공중이 자유롭게 이용할 권리는 단순한 ‘반사적 이익’이 아니라 헌법이 핵심적으로 보호하고자 하는 가치로 보아야 하고, 헌법재판소는 이 사건을 청구인의 재산권이나 직업수행의 자유의 관점에서가 아니라 헌법 제21조와 제22조가 보장하고자 하는 ‘공공의 문화향유권’이라는 새로운 관점에서 접근했어야 한다거나,⁹⁰⁾ ‘반사적 이익’은 19세기적 낡은 권리관념의 소산일 뿐 아니라 저작권정책과 공유정책이 동전의 앞·뒷면 관계에 있다는 것조차 몰이해한 것으로 공유정책의 관점에서 보면 이미 확보된 공유재산을 유지·관리해달라고 국민들이 국가에 요구하는 것은 법적으로 보호받아야 할 이익일 뿐 아니라 이미 하나의 권리라고 하는 등의 비판을 하였다.⁹¹⁾

그런데 헌법재판소가 위 2012헌마770 결정에서 위와 같이 실시한 것은 공공의 영역에 들어온 음원을 무상으로 사용할 수 있는 이익이 재산권의 보호대상이 될 수 있는가에 대한 쟁점으로 판단한 것이어서, 재산권의 보호영역에 들어오는 이익으로 볼 수 없다는 취지로 이해된다.

89) 우리나라에서도 2011년 저작권법 개정으로 저작권의 보호기간을 저작자 사후 70년으로 규정하였다. 이는 한·EU 자유무역협정의 이행조치의 일환이었고, 2년의 시행 유예기간을 두어 2013. 7. 1.부터 시행되도록 하였다. 저작권접권, 그 중 음반 및 실연에 대한 보호기간을 50년에서 70년으로 연장하는 규정도 2011년 개정 시 한·미 자유무역협정의 이행조치의 일환으로 반영되어 2013. 8. 1.부터 시행되었다. 이 때 저작권접권은 2013. 8. 1.전에 발생한 저작권접권 중 아직 보호기간이 만료되지 않은 것은 모두 연장된 기간에 적용을 받도록 하였고, 이미 보호기간이 종료된 저작권접권 중에서도 1987. 7. 1.부터 1996. 9. 30. 사이에 발생한 저작권접권에 대해서는 그 발생한 해의 다음해부터 기산하여 50년의 보호기간이 적용되도록 하였다(신혜원(각주 7), 270-271면 참조).

90) 이인호(각주 47), 247-249면.

91) 박성호, 저작권법(제2판), 박영사, 2017, 403면; 이규홍(각주 59), 245면에서 재인용.

공공의 영역에 대한 이익은 단순히 지적재산권의 배타적 지배가 미치지 않는 반사적인 이익의 영역이라고 볼 수 없고, 일반 국민의 표현의 자유, 학문과 예술의 자유 등과 같은 기본권 보장과 학문과 예술, 과학과 문화의 발전을 위하여 보호해야 할 헌법적 가치가 있는 공익이 인정되는 영역으로 볼 수 있으나, 재산권의 보호 영역에 바로 포섭할 수 있을 정도로 권리화가 이루어진 영역이라고 보기는 어렵다. 따라서 재산권 제한의 문제로 접근하지 않은 헌법재판소의 판단에는 수긍할 수 있지만, 헌법재판소가 저작권법이 소멸한 음원을 제작·판매한 음반업자들의 직업수행의 자유 침해 여부를 판단하는 과정에서 공공의 영역에 대한 헌법적 가치와 공익을 충분히 고려하지 않은 점은 아쉬운 점이다. 이 사안의 경우 청구인들이 저작권법이 소멸된 음원을 이용하여 상업적으로 음반을 제작·판매하는 사람들이었고, 헌법재판소가 소멸된 저작권을 다시 부활시킨 저작권법 부칙 조항의 입법목적은 구법과 신법의 저작권법자들 사이의 공평을 도모하는 것으로 보았기 때문에, 이익 형량에 있어 구법에 따라 저작권법이 소멸되었던 기존의 저작권법자들의 이익과 소멸된 음원을 무상으로 이용하여 음반을 제작할 수 있었던 사람들의 이익의 문제로만 접근하여, 공공의 영역에 들어온 저작물에 대한 일반 공중의 이익은 고려되지 못한 것으로 보인다. 그러나 배타적인 지적재산권의 보호는 공공의 영역에 대한 제한을 필연적으로 수반하게 된다는 점에서, 항상 배타적인 지적재산권의 범위 설정의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 공공의 영역에 대한 헌법적 가치와 공익을 고려해야 한다.

다음으로, 지적재산권 보호기간의 한시성과 관련된 문제를 살펴보면, 이미 소멸한 저작권법의 보호기간을 연장하면서 소급적으로 소멸한 저작권을 부활시킨 것은 사실상 지적재산권의 보호기간의 한시성에 반하는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 이러한 방식으로 계속적으로 법개정을 한다면, 사실상 영구적인 지적재산권의 보호도 가능해질 수 있기 때문이다. 헌법 제22조 제2항에서 보호하는 지적재산권은 창작의 대가로 한시적으로 인정되는 것이므로, 소유권과 같은 영구적인 지적재산권 입법은 헌법 제22조 제2항에 위반되는 것으로 허용될 수 없는 것은 명백하다. 그러나 일정한 보호기간을 정하고 있는 지적재산권 규정에 대하여 일률적으로 얼마 이상의 기간은 헌법에 위반된다는 결론을 도출할 수는 없을 것이다. 결국 지적재산권의 보호기간의 적정성 문제는 지적재산권 형성에 있어 입법자가 일반적으로 고려하여야 할 형량의 요소, 즉, ‘창작자의 창작물에 대한 권리 보장’과, ‘공중의 자유로운 이용’ 및 ‘학문과 예술, 문화와 과학의 발전’이라는 요소에 대한 이익형량의 문제로 보이고, 보호기간의 위헌 여부는 이들 요소에 대한 형량을 통하여 결정될 수밖에 없을 것이다. 위 결정에서는 보호기간 자체는 문제되지 않았지만, 향후 지적재산 관련 법률이 개정되면서

계속적으로 기존 지적재산권의 보호기간을 연장하는 법개정이 이루어진다면 지적재산권의 보호기간의 한시성 측면에서도 문제가 발생할 수 있을 것이다.

5. 재산권과의 관계

헌법재판소는 실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우 실용신안권을 소멸시키는 구 실용신안법 조항에 대하여 재산권 침해 여부를 심사하여 합헌결정을 내린 적이 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200). 헌법재판소는 위 결정에서 헌법 제22조 제2항을 실용신안법의 헌법적 근거로만 설시를 하고, '실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로, 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.'고 설시하며, 실용신안권 소멸로 청구인은 헌법 제23조 제1항의 재산권을 제한받고 있다고 보았다.

헌법재판소는 실용신안권의 소멸로 헌법 제22조 제2항의 지적재산권이 제한을 받고 있는 것이 아니라, 헌법 제23조의 재산권을 제한받고 있다고 보아 위헌심사를 한 것인데, 헌법 제22조 제2항의 독자적 의미를 인정하지 않은 것이다. 지적재산권 관련 사건이 헌법재판소에서 많이 다루어지지 않아 헌법재판소가 헌법 제22조 제2항에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있다고 단정하기는 어려운 상황이지만, 헌법재판소는 이미 형성된 지적재산권에 대해서는 헌법 제22조 제2항을 직접적으로 적용하여 판단하기 보다는 헌법 제23조의 재산권 문제로 포섭하여 판단하려고 했던 것으로 보인다. 아직까지 헌법 제22조 제2항의 독자적 의미를 인정하지 않고 있는 것인데, 향후 헌법재판소가 헌법 제22조 제2항의 독자적인 의미를 고려하여 위헌심사에 적용하길 기대해본다.

IV. 결론

헌법 제22조 제2항은 학문과 예술, 문화와 과학의 발전을 위하여 제헌헌법 제정 당시부터 도입된 규정으로 9차례의 헌법 개정에도 삭제되지 않고 그대로 유지되어 온 조항임에도, 그 헌법적 의미에 대한 규명이 활발하게 이루어지지 못한 조항이다. 헌법재판소 실무에서도 헌법 제22조 제2항은 창작성이 인정되는 지적재산 관련 법률들의 헌법적 근거로만 설시되고

있을 뿐, 독자적인 위헌심사기준으로서 적극적으로 활용되지는 못하고 있는 실정이다. 최근 업무상 저작물에 관한 저작권법 조항에 대한 위헌법률심판 사건(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12)에서 헌법 제22조 제2항이 독자적인 위헌심사기준으로 적용되었지만, 아직까지 헌법 제22조 제2항이 독자적인 위헌심사기준으로 자리를 잡았다고 평가하기에는 어려운 단계이다. 헌법재판소에 지적재산 관련 법률 사건이 많지 않지만, 등록료를 미납한 자의 실용신안권을 소멸시키는 구 실용신안법 조항에 대한 헌법소원 사건(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200)에서 보여주는 바와 같이 헌법 제22조 제2항을 전면적으로 드러내어 심사하기 보다는 재산권과 같은 다른 기본권으로 포섭하여 판단하려는 경향이 있는 것으로 보이기도 한다.

그러나 헌법 제22조 제2항은 지적재산제도 및 지적재산권 보장, 창작자주의와 같은 독자적인 규범내용을 담고 있으므로, 지적재산권의 형성이나 범위 설정과 관련된 문제에 있어서는 헌법 제22조 제2항의 독자적인 의미를 인정하여 접근할 필요가 있다고 보인다. 재산권이나 인격권 등 청구인의 기본권적 관점에서만 지적재산제도의 문제를 접근하게 되면, 자칫 창작자 보호만을 중시하여 지적재산제도를 인정함으로써 달성하고자 한 일반 이용자의 이익 및 이를 통한 학문과 예술, 문화와 과학의 발전이라는 헌법적 가치를 도외시하기 쉽기 때문이다. 향후 헌법재판실무에서도 헌법 제22조 제2항이 갖고 있는 독자적인 규범적 의미가 충분히 반영된 결정이 축적되길 기대해본다.

| 참고문헌 |

- 2019 국가별 법령집(미국 헌법·연방대법원 규칙), 헌법재판소 헌법재판연구원.
- 2016 국가별 법령집(독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙), 헌법재판소 헌법재판연구원.
- 세계의 헌법(40개국 헌법 전문) 제2권(제3판), 국회도서관 법률정보실, 2018.
- 송영식·이상정·김병일 공저, 지적재산법(제16정판), 세창출판사, 2018.
- 오승중, 저작권법(제4판), 박영사, 2016.
- 정중섭, 헌법학연구, 박영사, 2018.
- 한수용, 헌법학(제9판), 법문사, 2019.
- 허영, 한국헌법론(전정14판), 박영사, 2018.
- 김창화, 자연독점 이론의 관점에서 바라본 지적재산권 제도의 이해, 정보법학 제17권 제1호(2013).
- 남형두, 저작권의 역사와 철학, 산업재산권 제26호(2008).
- 박성호, 지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용, 법학논총 제24권 제1호(2007).
- 신혜원, 저작재산권의 입법형성에 관한 연구, 박사학위, 서울대학교, 2017.
- 유대중, 저작권의 내재적 한계에 관한 소고, 정보화정책 제13권 제2호(2006).
- 이규홍, 지식재산권법에 관련된 헌법적 쟁점과 향후 과제, 저스티스, 통권 제170권 제3호(2019. 2.).
- 이규홍·정필운, 헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 -지적재산권조항의 재정립에 관하여-, 법조 vol. 650(2010. 11.).
- 이영희·이재진, 헌법적 공공복리와 저작재산권 제한으로서의 공정이용, 언론과 법 제18권 제1호(2019. 4.).
- 이인호, 정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구, 헌법재판 25권, 헌법재판소, 2014.
- 정찬모 외 4, 디지털 저작물과 이용자의 권리, 정책연구 03-03(2003. 12.).
- 정필운, 정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구: 저작물을 중심으로, 박사학위, 연세대학교, 2008.
- 정필운, 헌법 제22조 제2항 연구, 법학연구 제20권 제1호(2010. 3.).
- 조영선, 현행 업무상 저작물 제도의 문제점과 입법적 제언, 계간 저작권 제103호(2013).

한지영, 디지털 시대에서 지식재산의 정당성에 관한 연구 -법제사, 법경제학 및 법철학 논의를 중심으로-, 산업재산권 제55호(2018. 4.).

황승흠, 예술가의 권리보호를 위한 법체계 -헌법 제22조 제2항의 예술가의 권리에 대한 해석론-, 법학논총 제24권 제2호(2017. 7.).

| Abstract |

The Article 22 Section 2 of the Constitution does not have much research on its constitutional meaning, and the Constitutional Court does not actively apply it as a practical standard for judicial review, even though the same provisions existed from the Founding Constitution.

However, The Article 22 Section 2 of the Constitution has its own constitutional meaning to guarantee intellectual property system and intellectual property rights. The Article 22 Section 2 of the Constitution also adopts a creator protection principle which basically requires that the right to creation be attributed to the creator. Depending on the specific formation of the intellectual property rights, the creator's rights may be constituted exclusively or non-exclusively, but in order to provide creators with sufficient incentives, it is inevitable that the rights of exclusive property are set within a certain range. In addition, the creator's right to creative work can be formed by variety of rights, such as property rights or personality rights, depending on the type and characteristics of the creation. The creativity required for the creation at the constitutional level is the minimum of creativity, which means originality that demands to be the result of one's own creative activity, and the level of creativity is a matter of legislative policy that the legislator decides according to the kind and nature of the creation. Above all, the intellectual property system is recognized for the development of academics, arts, culture and science. Consideration should be given to ensuring that excessive protection of intellectual property rights does not lead to the detriment of academic, artistic, scientific and cultural development.

Since the current intellectual property system basically recognizes the property rights, even if the Article 22 Section 2 of the Constitution do not exist, it can be fully guaranteed under the Article 23 property rights of the Constitution. This is the reason why the normative meaning of the Article 22 Section 2 is often ignored

in judicial review. However, it contains the contents of independent norms such as intellectual property system, intellectual property rights protection, and creationism. Therefore, in the judicial review related to the formation or scope of intellectual property rights, it is necessary to consider the constitutional meaning of the Article 22 Section 2.

Keywords: Intellectual Property Rights, Intellectual Property System, Creativity, Public domain, freedom of learning and the arts, the rights of authors, inventors, scientists, engineers and artists, the Article 22 Section 2 of the Constitution

명령·규칙에 대한 헌법소원

Constitutional Complaint on Orders and Rules

충남대학교 법학전문대학원 교수, 정주백
Professor, Chungnam National University Law school, Joobaek Jeong

■ 목 차 ■

I. 서론	225	3. 직접성이 인정되는 명령·규칙에 대한 항고소송과 헌법소원	240
II. 대법원과 현재의 입장	225	V. 현재법상의 '공권력의 행사'의 외연	243
1. 대법원의 입장	225	1. 행정소송법상의 '공권력 행사'와의 비교	243
2. 현재의 입장	227	2. 입법과 그 결과물의 준별	244
III. 헌법 제107조 제2항의 해석	228	3. 소결론	247
1. 통일적 해석?	228	VI. 인용 결정	247
2. 절차와 효력	229	1. 현재법의 내용과 그 실천	247
3. 명령·규칙 심사권의 분점 가능성	231	2. 명령·규칙에 대한 제1항소원 인용 주문	249
IV. 관할의 중첩	231	VII. 결론	253
1. 공권력 행사	231		
2. '재판의 전제가 된 경우' vs '직접 기본권을 침해하는 경우'	232		

* 충남대학교 2019년 학술연구비에 의해 지원되었음.
** 이 논문의 심사과정에서 익명의 심사위원들께서 귀중한 코멘트를 주셨습니다. 깊이 감사드립니다. 그래도 이 논문이 이리 허술한 것은 오로지 필자의 부족함 때문입니다.

Ⅰ 국문초록

헌재는 명령·규칙이 헌법소원의 대상이라고 본다. 다음과 같은 논거를 든다. ① 헌법 제111조 제1항 제1호에 따라 법률의 위헌여부심사권이 헌재에 속하는 것이므로, 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연하다. ② 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우에 한정되는 것이고, 이것이 명령·규칙에 대한 헌법소원 가능성을 배제한 것은 아니다.

그러나, 우리 법체계 안에는 명령·규칙의 위헌 여부에 관하여 헌재와 대법원이 서로 다른 판단을 하였을 때, 이것을 어떻게 처리할 것인가에 관한 규율이 없다. 그렇다면, 법원이나 헌재 중의 어느 하나의 기관에 위헌 여부 심사권이 속한다고 보는 것이 옳다. 그런데, 법원은 헌법에 기반한 심사권을 가지고 있고, 헌재는 법률을 들어 관할권을 주장할 뿐이다.

나아가 명령·규칙에 대하여 위헌 판단을 하였을 때 그 효력이 어떠한가에 대하여 우리 법은 어떤 규정도 두고 있지 아니하다. 법률에 대한 헌법소원의 인용 결정에 헌재법 제47조를 준용하는 것도 법적 근거가 없어서 문제될 수 있는데, 명령·규칙의 경우에는 아예 적용할 근거 자체가 없다.

또, 명령·규칙에 대한 인용 결정의 주문은 전혀 법적 근거가 없다. 헌재 실무적으로 헌재가 채택하고 있는 주문 형식은 헌재법 제75조와 전혀 부합하지 않는다.

헌재의 관할을 인정하기 위해서는 이 문제들에 대한 응답이 필요하다.

주제어: 명령, 헌법소원, 항고소송, 관할, 결정의 효력

(논문접수일: 2019. 10. 24. 심사개시일: 2019. 11. 4. 게재확정일: 2019. 12. 11.)

I. 서론

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고, 같은 조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”고 각 정하고 있다. 위 조항들은 규범에 대한 통제절차를 정한 것이다.¹⁾

같은 조 제1항에 대해서는 해석론상 큰 논란은 없다.²⁾ 그러나, 같은 조 제2항의 의미에 대하여는 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다.)와 대법원 간에 논쟁이 있다. 논점은 이 조항이 명령·규칙에 대한 위헌·위법심사권을 법원에 전속적으로 부여한 것인가, 즉 ‘명령·규칙’ 전부에 대하여 규율하고 있는가, 아니면 명령·규칙 중 일부에 대해서 규율하고 있을 뿐인가 하는 것이다. 헌재는 후자의 입장에서 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다.) 제68조 제1항에 따른 헌법소원(이하 ‘제1항소원’이라 한다.)에서 ‘명령·규칙의 기본권 침해 여부’를 심사하더라도 이것이 헌법 제107조 제2항에 위반되는 것은 아니라고 한다.

아래에서는 이 점을 몇 가지 관점에서 살펴본다. 아래에서 대법원과 헌재의 입장을 개관하고(II.), 헌법 제107조 제2항의 해석론(III.)을 본 후, 관할의 중첩 문제(IV.)와 헌재법상의 공권력의 행사의 외연(V.)과 인용 결정의 문제(VI.)를 살펴본 후 결론(VII.)을 맺기로 한다.

II. 대법원과 헌재의 입장

1. 대법원의 입장

아직 대법원이 명령·규칙의 위헌 심사권이 법원에 전속된 것이고, 헌재와 분점되지 않는다고 설시한 판례는 없는 것으로 보인다.

- 1) 제2항 중의 처분에 관하여는 깊은 논의가 있는 것 같지는 않다. 체계적으로 적절하지 아니한 자리에 규율이 있다.
- 2) 다만, 한정위헌 결정의 기속력에 관하여는 중요한 조문일 수 있다고 본다. “법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”는 구문이, 적어도 법원이 위헌법률심판을 제청한 경우에는, 한정위헌이나 헌법불합치 등의 변형 결정에 대해서도 기속력을 인정하는 근거로 될 수 있다고 본다. 법원이 헌재법 제45조를 근거로 변형결정의 기속력을 부인할 수는 없다고 본다. 만약 그렇게 해석된다면, 헌재법 제45조는 헌법 제107조 제1항에 반하여 위헌이다. 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원에 대해서도 위의 논리가 확장될 수 있는가 하는 점에 대해서는 좀 더 검토할 필요가 있다. 위헌법률심판제청과 달리 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원의 수용의사가 없기 때문이다.

헌재 1989. 3. 17. 88헌마13) 사건은 법률과 명령·규칙에 관한 제1항소원에 있어서 매우 중요한 사건이다.⁴⁾ 이 사건에서 대법원규칙의 입법부작위가 심판의 대상으로 되었는데, 따로 명령·규칙에 대하여 헌재가 위헌 심사권을 가지는가에 대한 논의는 없었다.⁵⁾ 흥미로운 것은, 법원행정처도 법률이나 명령·규칙에 대하여 제1항소원을 제기하는 것 자체가 부적법하다는 주장은 하지 아니하였다. 단지 직접성과 보충성의 관점에서 부적법함을 주장하였을 뿐이다.⁶⁾

대법원은 명령·규칙에 대한 위헌·위법 심사에 대해 다음과 같이 판시하였다. “현행 헌법상의 위헌 위법여부의 심사권은 헌법 제102조의 규정에 의하여 법원이 가지며 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한이 있는 것이라 할지라도 위 규정이 명시한 바와 같이 그 심사권은 법률이나 명령 규칙 처분의 위헌 위법여부가 재판의 전제가 되었을 때에 그 재판의 전제사항으로서만 이를 행사할 수 있을 뿐”⁷⁾이고, “행정입법의 심사는 일반적인 재판절차에 의하여 구체적 규범통제의 방법에 의하도록 명시하고 있으므로, 당사자는 구체적 사건의 심판을 위한 선결문제로서 행정입법의 위법성을 주장하여 법원에 대하여 당해 사건에 대한 적용여부의 판단을 구할 수 있을 뿐 행정입법 자체의 합법성의 심사를 목적으로 하는 독립한 신청을 제기할 수는 없”⁸⁾으며, “항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법률에 의하여 권리를 설정하고 의무를 명하며, 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위이어야 하고, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래케 하는 것이 아닌 일반적, 추상적인 법령 등은 그 대상이 될 수 없”⁹⁾고 “법원의 법률, 명령, 규칙 또는 그 법률 등의 조항의 위헌 결정의 효력은 그 법률 등을 무효화 하는 것이 아니고 다만 구체적 사건에 그 법률, 명령, 규칙 또는 그 일부 조항의 적용을 거부함에 그치는 것”¹⁰⁾이라

3) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9.

4) 헌재가 발족하고 난 후 최초로 접수된 사건이라는 점에서도 중요하다.

5) 이 점은 법률에 대해서도 마찬가지다. 단지, “이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는”(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 20)이라고 하여, 간단히 처리되었다. 심각한 논리적 비약이 있었다. 이 점은 뒤에 다시 본다.

6) 물론, 헌재의 위 결정문에 기재되어 있는 ‘법원행정처장의 답변요지’(판례집 1, 9, 15-16)만을 근거로 한 것이다.

7) 대법원 1966. 3. 14. 자 65초6 결정; 대법원 1966. 7. 28. 66카11 결정. 물론, 이 결정이 있었을 당시는 1962. 11. 5. 개정 헌법이 적용될 시기였다. 1960. 6. 15. 개정 헌법에 의하여 신설되었던 헌법재판소가 1962. 11. 5. 개정에 의하여 폐지되었고, 법률과 명령·규칙 모두 대법원이 위헌 심사를 하였다. 1962. 11. 5. 개정 헌법 제102조 ①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다. ②명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

8) 대법원 1994. 4. 26. 자 93부32 결정.

9) 대법원 1987. 3. 24. 86누656 판결; 대법원 1992. 3. 10. 91누12639 판결; 대법원 1994. 9. 10. 94두33 판결; 대법원 2007. 4. 12. 2005두15168 판결.

10) 대법원 1971. 6. 22. 70다1010 전원합의체 판결.

판시한 바 있다.

그 취지를 분설하면 다음과 같다. 첫째 행정입법의 통제를 목적으로 하는 독립적 행정소송은 허용되지 아니한다. 둘째, 행정입법에 대한 통제는 구체적 규범통제 절차에 의하여야 한다. 행정입법의 위헌·위법 판단에 의해 행정입법의 효력이 상실되는 것은 아니고, 당해 사건에 적용되지 아니할 뿐이다.¹¹⁾

2. 현재의 입장

이에 비하여 현재는 “헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원의 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판 청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. 그러므로 법률의 경우와 마찬가지로 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법 규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 “공권력”이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.”¹²⁾라는 입장을 가지고 있다.¹³⁾

11) 아래의 판례는 특기할 만하다. “형사소송법 제420조 제5호는 재심사유의 하나로 “유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때”를 규정하고 있다. 여기에서 무죄 등을 인정할 ‘증거가 새로 발견된 때’라 함은 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때는 물론이고(대법원 2009. 7. 16.자 2005모472 전원합의체 결정 등 참조), 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위반되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 때에도 역시 이에 해당한다고 할 것이다.”(대법원 2013. 4. 18. 자 2010모363 결정) 여기서 상론하기는 어려우나, 법원이 형벌에 관한 법령에 대해 위헌·무효라고 선언할 수 있고, 이 선언을 근거로 재심을 청구할 수 있다는 것이다. 당해사건에 적용되지 아니할 뿐이라는 판례와는 부합하지 않는다. 그런데, 대법원 2018. 12. 18.자 2017모107 결정은 형사재심을 청구하면서 법령에 관한 위헌·위법 주장을 하여 이것이 받아들여지면 재심개시 사유로 된다는 점을 밝히고 있다. 앞의 2010모363 결정보다는 더 앞으로 나아간 결정이다. 이 취지는 대법원 2019. 1. 31. 선고 2018도6185 판결에도 이어졌다. 이 판시는 현재의 형사 재심에 관한 재판의 전제성에도 큰 영향을 미칠 것이다. 다른 논문에서 검토하기로 한다.

12) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370.

그 취지를 분설하면 다음과 같다. 첫째, 헌법 제111조 제1항 제1호에 따라 법률의 위헌여부 심사권을 행사하는 헌재가 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것이다. 둘째, 명령·규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법소원심판의 대상으로 된다. 셋째, 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우에 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미일 뿐, 이것이 명령·규칙에 대한 헌법소원 가능성을 배제한 것은 아니다.

Ⅲ. 헌법 제107조 제2항의 해석

1. 통일적 해석?

위에서 보인 것처럼 헌재가 헌법 제107조 제2항의 의미를 축소시키는 근거는 헌법 제111조 제1호 또는 헌법 제107조 제1항이다. 이 조항들은 모두 헌재에 법률에 대한 위헌여부 심사권을 부여하고 있다. 헌재는 법률에 대한 위헌 여부 심사권한과 명령·규칙에 대한 위헌 여부 심사권은 당연히 하나의 기관에 속하여야 한다는 것을 전제로 하고 있다.

1972년 헌법 제105조¹⁴⁾는 현행 헌법 제107조와 똑같은 구조를 가지고 있었다. 단지 ‘헌법위원회’가 ‘헌법재판소’로 바뀌었을 뿐이다. 헌재의 위 논리¹⁵⁾에 의한다면, 당연히 헌법위원회는 명령·규칙의 위헌 심사권을 가지고 있었다고 이해하여야 할 것이다. 그러나 그렇게 이해되기는 어려울 것이다. 당시 헌법위원회의 권한에 관하여, 헌재에서 출간한 『헌법재판소

13) 같은 취지로는, 헌재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 헌재 2007. 5. 31. 2003헌마579, 판례집 19-1, 662, 679; 헌재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 헌재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 875-876.

14) ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.

② 명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

15) “헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것”(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370)

30년사』에도 법률에 관하여 언급하고 있을 뿐,¹⁶⁾ 법률의 위헌 여부를 심사할 수 있으므로, 명령·규칙에 대하여 위헌 여부 심사권이 헌법위원회에 귀속되었다는 어떠한 언급도 없다. 당연히 명령·규칙에 대하여는 법원이 독점적으로 위헌 나아가 위법 여부 심사권을 전속적으로 행사한다는 것을 받아들인 것이다.

또, '통일적 헌법해석'을 근거하여 법률에 대하여 헌재가 위헌심사권을 행사하도록 헌법이 정하고 있으므로, 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 헌재도 행사하여야 한다는 논리를 뒤집어 보면, 문면상 헌법 제107조 제2항은 '명령·규칙에 대한 위헌·위법 심사권'을 대법원에 귀속시켜 두고 있는데, 명령규칙에 대한 위법심사권과 위헌심사권이 분리되어 행사될 수 있다는 주장은 '통일성'의 관점에서 이해하기 어려운 것이다.

더 나아가 위법심사권은 대법원이, 위헌심사권은 헌재가 행사하는 것도 아니고, 위법심사권은 대법원이, 위헌심사권은 대법원과 헌재가 분점한다는 해석은 하나의 헌법조항에 대한 체계적이고 통일적인 해석의 결론이라 받아들이기 어렵다.

통일성의 관점에서 보면 '명령·규칙의 위헌위법심사권'이 하나의 기관에 속하는 것이라 이해될 수 있을 뿐이다. 헌재는 '직접성'의 관념을 동원하여 명령·규칙 중의 일부분을 도려내려 시도하나 그것이 타당한 것이라 보기 어렵다.

명령·규칙이 소원의 대상으로 되는 공권력의 행사인가 하는 문제와 직접성을 충족하는가 하는 문제는 전혀 별개의 문제다. 명령·규칙이 공권력 행사라 하더라도, 명령·규칙 중에는 직접성이 갖추어진 것도 있고 갖추어지지 아니한 것도 있다. 후자는 '직접성이 갖추어지지 아니하였다'는 이유로 각하될 수 있을 것이나, '직접성이 갖추어지지 아니하였으므로 공권력 행사성이 인정되지 아니한다'는 이유로 각하될 수는 없다. 헌재가 공권력 행사성과 직접성을 별개의 관념으로 설정해 두고는 이 지점에서 양자를 결합하여 논하는 것은 타당한 입론이라 하기 어렵다.

2. 절차와 효력

만약 헌법 제107조 제1항 또는 제111조 제1항 제1호를 근거로 하여 헌재가 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 행사할 수 있다면 어떤 절차에 의하여야 한다는 것인가? 헌법 제107조 제1항 또는 제111조 제1항 제1호를 근거를 근거로 하는 것이라면 이 헌법조항들 또는 이 헌법조항들에 근거한 법률에 의하여 그 절차나 효력에 관한 규율이 정해져 있어야 한다.

16) 헌법재판소, 『헌법재판소 30년사』, 헌법재판소, 2018, 120.

그런데, 법률에 대해서는 법원의 제청 등에 관한 절차를 헌법이 스스로 규정해 두고 있고, 현재법은 더욱 구체적으로 제41조 이하에서 절차와 결정이 효력에 관하여 규정하고 있다. 제청신청기간 결정에 대한 불복¹⁷⁾, 재판의 정지¹⁸⁾, 위헌 결정의 효력¹⁹⁾이 대표적이다. 그러나 명령·규칙에 대해서는 헌법 차원에서는 어떠한 절차도 정하고 있지 않다. 오로지 명령·규칙에 대해서 법원에서 위헌, 위법 여부를 결정할 수 있음을 정해 놓고 있을 뿐이다. 대법원이 언제든 심사할 수 있는 것도 아니다. 오로지 재판의 전제성이 인정되는 경우에만 할 수 있다. 그것을 헌법 제107조 제2항이 정해 두었다.

만약 ‘법률’에 대해서 뿐만 아니라 ‘명령·규칙’에 대해서도 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호가 적용된다면 ‘명령·규칙’에 대해서도 법원의 위헌심판제청을 거쳐 현재가 결정하는 절차를 거치는 것이 타당할 것이다.

나아가 헌법 제107조 제1항 또는 제111조 제1항 제1호는 ‘법률’이 ‘헌법에 위반되는지 여부’에 관하여 심사하는 절차를 규정하고 있다. 이 조항이 명령·규칙에 적용된다고 한다면, ‘명령·규칙’이 ‘헌법에 위반되는지 여부’에 관하여 심사하는 권한이 현재에 있다고 하여야 할 터이나, 실상은 ‘명령·규칙’이 ‘청구인의 기본권을 침해하는지 여부’에 관한 심사권한이 현재에 있다고 한다.²⁰⁾ 심사의 대상은 별론으로 하고, 심사의 내용 자체가 다르다.

나아가 현재가 명령·규칙에 대해 위헌심사권을 행사한 경우에는 그 효력이 어떠한가에 대해서는 헌법 제107조 제1항과 제111조 제1항 제1호 또는 그에 근거한 현재법 제41조 이하에 전혀 그 규율이 없다.²¹⁾ 그렇다면 헌법 제107조 제1항 또는 제111조 제1항 제1호를 명령·규칙에 대한 위헌심사의 근거로 내세우는 것은 곤란하지 않을까 하는 생각을 한다.

그런데도 현재가 헌법 제107조 제1항과 제111조 제1항 제1호를 근거로 내세우는 이유는 무엇일까를 궁리해 볼 필요는 있다. 아래에서 보는 바와 같이 현재법 제68조 제1항을 근거로 하여, 명령·규칙이 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거한 현재법 제68조 제1항의 ‘공권력 행사’에 포섭된다고 하면, 그 조항이 헌법 제107조 제2항에 위배되는 것은 아닌가 하는 문제

17) 현재법 제41조 제4항.

18) 현재법 제42조.

19) 현재법 제47조.

20) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 370.

21) 뒤에 보겠지만, 헌법 제111조 제1항 제5호와 그에 근거한 현재법 제68조 이하의 어디에도 명령·규칙에 대한 위헌 또는 기본권 침해 결정의 효력을 정하여 둔 바가 없다. 현재는 현재법 제68조 제1항에 기한 헌법소원의 대상에 법률이 포함된다고 하나, 법률에 대한 기본권 침해 결정에 대해서도 그 효력을 정한 헌법 또는 법률 조항이 존재하지 아니한다. [현재는 제1항소원의 결정 주문 형식을 정하고 있는 현재법 제75조의 주문 형식도 따르지 아니하고(현재법 제75조 제2항을 따른다면, ‘법률 조항이 청구인의 기본권을 침해한다.’는 주문을 내어야 한다.) ‘법률 조항이 헌법에 위반된다.’는 주문을 낸다. 이것은 앞의 주문을 내었을 때 그 결정을 뒷받침할 법이 없기 때문이다.]

에 봉착하게 될 것이다. 이 난점을 피하기 위해 헌법 제107조 제1항과 헌법 제111조 제1항 제1호를 근거로 댈 것으로 보인다.

3. 명령·규칙 심사권의 분점 가능성

어떤 하나의 심판대상에 대하여 현재와 대법원이 동시에, 중첩적으로 관할권을 가질 수 있다면 당연히 그들 판단 사이에 생길 수 있는 모순·저촉의 문제를 어떻게 해결할 것인가에 대한 규율이 당연히 있어야 한다. 그런데 현행 법 체계 안에서 그러한 규율은 없는 것이고, 따라서 현재와 대법원 간에 관할이 중첩될 수 있다는 논증만으로도 현재의 관할권은 부인될 수 있다. 왜냐 하면, 법원의 관할권은 헌법에 의한 것이고, 현재의 관할권 주장의 기초는 법률이기 때문이다.

행정소송법 제3조 제4호²²⁾는 기관소송과 권한쟁의심판의 관할이 중첩될 수 있음을 예정하고 그 경우의 처리를 규정해 두고 있음을 기억할 필요가 있다.²³⁾

IV. 관할의 중첩

1. 공권력 행사

헌법 차원에서만 본다면, 제107조 제2항에서 법원의 심사권을 정하고 있는데, 그렇더라도 제107조 제1항이나 제111조 제1항 제1호에 의하여 현재의 관할권이 생긴다는 주장은 이해하기 어렵다.

만약 명령·규칙에 대한 현재의 관할권이 인정된다는 것을 전제로 그 근거를 찾자면,²⁴⁾

22) 행정소송법 제3조 제4호 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

23) 여기서 상론할 수는 없으나, 행정소송법 제3조 제4호가 문제되는 경우는 현재의 실정법 안에서 없는 것으로 보인다. 이 점은 권한쟁의심판의 쟁송물이 무엇인가를 검토하여 다를 문제다. 정주백, 권한쟁의심판의 쟁송물, 법학연구 제30권 제4호(2019), 135 이하 참조.

24) 먼저 그러하다고 전제한 후에 그 근거를 찾아가는 방법은 학리적 '법률' 해석에서는 별로 채택되지 아니하는 방법이다. 물론, 입장이 정해진 당사자는 자기에게 유리한 주장의 근거를 찾아가는 경우가 있다. 그러나 그것을 학리적인 것이라 하기는 어렵다. 헌법학에서는 '근거'라는 말을 자주 쓰는 것 같다. 헌법의 문언으로부터 어떤 권리나 주장이 도출되는 것이 아니라, 먼저 권리나 주장이 있고 그 기초를 찾아가는 경우에 쓰이는 표현이다. 헌법 해석론의 고유한 것이다. 고유한 것이라고 하여 뭔가 멋있고, 그렇게 하여야 하는 것이란 의미가 아니다. '헌법'을 '실정법'으로 이해하기 보다는 자신의 정의관을 뒷받침하는 논거 정도로 이해하는 소위가 아닐까. 이것을 헌법 '해석'이라 할 수 있을까.

그것은 헌법 제111조 제1항 제5호에 기초한, 현재법 제68조 제1항이 되어야 할 것이다. 현재법 제68조 제1항 중의 ‘공권력의 행사’에 명령·규칙이 포섭될 수 있는가 하는 것은 논의의 대상으로 될 수 있다. 이 주장은 법률이 위헌심사의 대상으로 되는가, 또는 제1항소원의 대상으로 되는가에 의존하지 아니한다.²⁵⁾

현재도 헌법소원의 대상으로 되는 ‘공권력의 행사’는 “입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.”²⁶⁾라고 판시하였다.

물론, 이것은 위 조항이 헌법 제107조 제2항에 위배되지 아니한다는 한도 안에서 그러하다. 이것은 다시 앞의 ‘공권력의 행사’에 명령·규칙을 포섭시키는 것이 헌법 제107조 제2항에 위배되는 것 아닌가 하는 논점으로 옮겨 갈 것이다. 이 논점은 결국 헌법 제107조 제2항이 법원에 ‘전속적으로’ 명령·규칙에 대한 위헌·위법 심사권을 부여한 것으로 볼 수 있는가, 아니면 명령·규칙의 일부에 대하여 심사권의 귀속을 부여한 것일 뿐인가 하는 논의로 옮겨 갈 것이다. 만약 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙에 대하여 법원에 전속적으로 위헌 심사권을 부여한 것으로 이해된다면, 현재법 제68조 제1항을 근거로 하여 현재가 별도로 명령·규칙에 대하여 위헌심사권을 행사하는 것은 위헌으로 이해될 것이다.²⁷⁾

2. ‘재판의 전제가 된 경우’ vs ‘직접 기본권을 침해하는 경우’

가. 도입

25) 필자는 법률이 헌법소원의 대상으로 된다는 점을 받아들이기 어렵다고 보므로 이를 전제로 한 주장도 당연히 받아들이기 어렵다.

26) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 370. 같은 취지로는, 현재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 현재 2007. 5. 31. 2003헌마579, 판례집 19-1, 662, 679; 현재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 현재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 875-876.

27) 이 논의에서 문제될 수 있는 것은, 현재법 제68조 제1항의 제1항소원이 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거를 둔 것이므로, 현재법 제68조 제1항의 제1항소원은 헌법 차원에서 보장되는 것이어서, 헌법 제107조 제2항과 충돌하더라도 그 효력이 소멸하는 것은 아니고, 단지 양자의 해석 문제로 남을 뿐이라는 주장이 가능한가 하는 것이다. 이와 같은 논법은 헌법 제29조 제2항과 같은 내용을 담고 있는, 국가배상법 조항의 위헌 여부에 관한 사건에서 논급되었다. “국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”(현재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 848) 같은 취지로는, 재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289, 295; 현재 2005. 5. 26. 2005헌바28, 공보불게재; 현재 2018. 5. 31. 2013헌바22 등, 공보 제260호, 835, 837) 그러나, 위 국가배상법 조항은 헌법 조항과 거의 같은 내용의 조항이고, 현재법 제68조 제1항은 헌법 제111조 제1항 제5호의 내용을 구체화한 것이어서 양자는 그 성격을 달리 한다고 보인다. 그래서 현재법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상에 헌법 제107조 제2항에 위반되는 대상을 규정한다면 그 현재법 조항은 위헌이다.

헌재는 헌법 제107조 제2항에 따른 법원의 명령·규칙의 위헌심사권과 현재의 명령·규칙에 대한 위헌심사권이 '아무런 상관이 없는 문제'라고 한다. 나아가 헌법 제107조 제2항이 현재의 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 배제한 것으로 볼 수 없다고 한다.

그런데 가장 실천적으로 문제가 될 수 있는 것은 관할의 중첩 문제다. 헌재는 명령·규칙이 재판의 전제로 된 경우에는 법원에서 판단을 하고, '명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해'된 경우에는 헌재에서 위헌심사를 하면 된다고 본다. 헌재가 명시적으로 관할 중첩의 문제를 언급한 일은 없지만, 위와 같은 판시는 관할 중첩을 염두에 두고, 중첩 문제가 발생하지 않는다고 보는 듯하다. 즉, 명령·규칙 중 '재판의 전제성이 인정되는 경우'는 법원에서, '직접성이 인정되는 경우'는 헌재에서 관할하면 관할 중첩의 문제는 생기지 않는다고 보는 듯하다.

그런데, 그렇지 아니하다. 위 두 경우는 서로 배타적(exclusive)이지 않다. '재판의 전제성이 인정되는 경우'이면서 '직접성이 인정되는 경우'에 해당하는 경우도 매우 많다. 이 점은 법률에 관한 몇 개의 사례들을 살펴봄으로써 논증될 수 있다. 몇 가지 사례를 본다.

나. 법률의 경우에 관한 헌재 결정

(1) 병합되었던 사례

① 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바68, 2014헌마449(병합)²⁸⁾

2013헌바68 사건의 청구인들은 각 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나, 현행 주민등록법령상 주민등록번호 불법 유출을 원인으로 한 주민등록번호 변경은 허용되지 않는다는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 받았다. 청구인들은 주민등록번호 변경신청 거부처분 취소의 소를 제기한 후, 위헌법률심판제청신청을 거쳐 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원(이하 '제2항소원'이라 한다.)을 제기하였다.²⁹⁾

2014헌마449 사건의 청구인들은 자신들의 주민등록번호가 불법 유출되었다는 이유로 각 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나, 거부하는 취지의 통지를 받고, 제1항소원을 제기하였다.

② 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합)³⁰⁾

28) 판례집 27-2하, 480.

29) 이 사건에서 위헌법률심판제청신청이 각하되었다. 소가 부적법하다는 이유에서이다. 대법원 2017. 6. 15. 선고 2013두2945에서 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판시하였다. 결국 현재의 결정과 이에 따른 대법원의 판결에 의하여 이 사건에 있어서도 청구인들은 구제를 받을 수 있게 되었다.

98헌가16 사건의 청구외인은 금지된 과외교습을 하여 학원의설립·운영에관한법률 위반으로 공소제기되었다. 법원은 소송계속 중 청구외인에게 적용될 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호, 제3조에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

98헌마429 사건의 청구인들은 전문음악인들로서 음악에 재능이 있는 어린이들에 대한 과외교습을 금지하는 학원의설립·운영에관한법률 제3조와 과외교습에 대한 처벌을 규정한 위 법률 제22조 제1항 제1호에 대하여 제1항소원을 청구하였다.

③ 현재 2015. 9. 24. 2014헌바222, 2015헌바32, 2015헌마488(병합)³¹⁾

2014헌바222·2015헌바32 사건의 청구인들에 대한 강도상해죄등으로 인한 징역 및 보호감호 판결이 선고되고 각 확정되었다. 청구인들은 징역형을 복역한 다음, 보호감호 집행 중에 있는 사람이다. 청구인들은 보호감호 판결의 집행에 대한 이의신청을 하고, 그 재판계속 중 사회보호법 부칙 제2조³²⁾에 대하여 위헌법률심판제청신청을 거쳐 제2항소원을 제기하였다.

2015헌마488 사건의 청구인은 특수강도강간등으로 징역 및 보호감호 판결을 선고받아 확정되었다. 청구인은 징역형을 복역한 다음, 보호감호 집행 중에 있는 사람으로서, 사회보호법 부칙 제2조가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 제1항소원을 청구하였다.³³⁾³⁴⁾

30) 판례집 12-1, 427.

31) 공보 제228호, 1428.

32) 제2조(이미 선고된 보호감호 판결 및 집행에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 이미 확정된 보호감호 판결의 효력은 유지되고, 그 확정판결에 따른 보호감호 집행에 관하여는 종전의 「사회보호법」에 따른다. 다만, 보호감호의 관리와 집행에 관한 사회보호위원회의 권한은 「치료감호법」에 따른 치료감호심의위원회가 행사한다.

33) 그 밖에도 현재 2016. 3. 31. 2013헌마585 등, 판례집 28-1상, 453 사건에는 2013헌마585 사건과 동일한 심판대상에 대하여 2013헌바394 사건이 병합되어 있다.

34) 동일한 법률조항에 대하여 제1항소원과 제2항소원을 병합심리하는 데에는 여러 문제가 있다고 본다. 가장 큰 문제는 쟁송물이다. 전자는 ‘공권력의 행사(법률)이 기본권을 침해하는지 여부’이고, 후자는 ‘법률이 헌법에 위반되는지 여부’이다. 양자는 쟁송물이 다르다. 위 (1)의 ① 사례에서 현재는 심판대상을 “주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 주민등록법(팔호 안 생략) 제7조(팔호 안 생략)가 헌법에 위반되는지 여부 및 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부”라고 표시하였다. 이와 같이 표시한 다른 예로는, 현재 2010. 2. 25. 2008헌마324 등, 판례집 22-1상, 347, 353-354. 그러나, 현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등 사건에는 태아성별고지를 금지하는 법률조항에 대하여 제2항소원 사건도 병합되어 있는데, 심판대상은 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부라고 표시하고 있을 뿐이다. 위 사건은 동일한 법적 지위를 가진 사람들이 제1항소원과 제2항소원을 제기한 경우는 아니다. 전자는 태아의 부(父)가, 후자는 산부인과 의사가 제기하였다. 법률이 청구인의 기본권을 침해하는 경우라면, 양자를 모두 인용할 수 있으므로 큰 문제가 없을 것이나, 전자는 기각하여야 하고 후자는 인용하여야 하는 상황이 생길 수 있다. 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것은 아니지만, 헌법에 위반된다고 판단되어질 수 있기 때문이다.

다음과 같은 상황을 상정해 볼 수 있다. ① 법률조항이 기본권을 침해하는 것이 아니라, 기본권 이외의 헌법조항에 위반되는 경우가 있을 수 있다. 물론, “헌법소원이 단지 주관적인 권리구제절차일 뿐이 아니라 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여한다는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 본안판단에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사한다”(현재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 862)는 전제 하에, “헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법

다. 동일한 대상·다른 절차

동일한 심판대상에 관하여 제1항소원과 제2항소원 또는 위헌법률심판이 진행되는 경우는 허다하다. 현재 2007. 1. 17. 2005헌마1111등³⁵⁾ 사건은 긴급자동차를 제외한 이륜자동차와 원동기장치자전거에 대하여 고속도로 또는 자동차전용도로의 통행을 금지하고 있는 도로교통법 조항이 청구인들의 통행의 자유를 직접 제한하여 제1항소원이 적법하다고 보았고, 현재 2008. 7. 31. 2007헌바90등³⁶⁾ 사건은 위 조항에 대한 제2항소원이 적법하다고 보았다.

라. 특이한 사례 - 현재 2016. 11. 24. 2013헌마403³⁷⁾

(1) 사안

제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정(위 결정문, 같은 쪽)이므로, 제1항소원이 인용되어질 수 있다는 판례도 있으나, 현재법 제68조 제1항의 범문과는 너무도 거리가 있는 판례다. 아래의 상황을 보면 이 점을 더욱 분명히 알 수 있다. ② 기본권을 침해하더라도 청구인의 그것이 아니라 청구외인의 그것을 침해하는 상황이 있을 수 있다. 현재법 제68조 제1항은 '기본권이 침해된 자'가 소원을 제기할 수 있다고 정하고 있다. 이전에는 청구외인의 기본권 침해를 위헌이유로 삼았던 판례(현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 383)가 있었으나, 기본권 중에서도 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부만 심사할 수 있다는 판시들이 최근에 자주 나오고 있다. "청구인은 이 사건 법률조항이 국가유공자의 자녀가 사망하였으나 그 배우자가 생존해 있는 경우 그 배우자가 질병 또는 장애나 고령으로 인하여 취업이 어려운 경우에도 보호받지 못하도록 규정하여 헌법 제36조 제1항의 양성평등규정도 반한다고 주장하나, 청구인은 국가유공자의 자녀의 배우자에 해당하지 아니하는바 이러한 주장은 청구인의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 권리구제형 헌법소원인 본건에서 이에 대하여 판단할 필요가 없다"(현재 2006. 6. 29. 2006헌마87, 판례집 18-1하, 510, 526)거나 "청구인(중간 생략)은 심판대상조항이 일반 국민의 알 권리도 침해한다고 주장하나, 이러한 주장은 위 청구인의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 별도로 판단하지 않는다"(현재 2015. 6. 25. 2011헌마769등, 판례집 27-1하, 513, 520)거나, "청구인들은 이 사건 법률조항들이 미혼모 및 그 자녀가 되는 자의 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해한다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 청구인들 자신의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 권리구제형 헌법소원인 이 사건에서 이에 대해 별도로 판단하지 아니한다"(현재 2014. 5. 29. 2011헌마363, 판례집 26-1하, 378, 383)는 판시는, 기본권 침해의 주장이라 하더라도 청구인 자신의 것이 아니라면 주장할 수 없다는 것을 분명히 밝히고 있다. 따라서 청구외인의 기본권 침해는 제2항소원의 인용 이유는 될 수 있을 수는 있으나, 제1항소원의 인용 이유로 되기는 어려울 것이다. 물론, 엄밀히 따진다면 제2항소원의 인용 인유가 될 수 있을지에 대해서도 논증이 필요하다. 그러나 위헌법률심판의 위헌 이유로 될 수 있음은 분명하다. 헌법재판소에서의 판단을 구하여 제청한 법률조문의 위헌여부가 현재 제청법원이 심리중인 해당사건의 재판결과에 어떠한 영향을 준다면 그것으로써 재판의 전제성이 성립되어 제청결정은 적법한 것으로 취급될 수 있는 것이고, 제청신청인의 권리에 어떠한 영향이 있는가 여부는 이와 무관한 문제라 할 것이다(현재 1990. 6. 25. 89헌가98등, 판례집 2, 132, 142). 나아가 제2항소원이 위헌법률심판의 성격을 가진다는 판례(현재 1997. 7. 16. 96헌바36등, 판례집 9-2, 44, 52; 현재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 753; 현재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543)에 비추어 보면, 제2항소원의 경우에도 청구외인의 기본권 침해를 위헌이유로 삼을 수 있다고 본다. 현재 2003. 10. 30. 2001헌마700 등, 판례집 15-2하, 137 사건의 경우, 주문에서 "1. 청구인의 심판청구를 기각한다(2001헌마700). 2.약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조 제5항 제3호, 같은 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분 및 같은 법 부칙 제2조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다(2003헌바11)."이라 표시하였다. 인용의 경우 제1항소원이나 제2항소원의 주문이 같다.

35) 판례집 19-1, 110.

36) 판례집 20-2상, 224.

37) 판례집 28-2하, 297.

청구인은 농협중앙회 4급 차장인데, 축산물가공업자로부터 향응 등을 제공받은 혐의로 기소되었다. 청구인은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조 제2항의 위임에 따라 형법 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용함에 있어 공무원으로 의제되는 농협중앙회 간부직원의 범위를 과장대리급 이상의 직원으로 규정하고 있는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령’ 제3조에 대하여 제1항소원을 제기하였다. 이미 기소되어 청구인으로서는 헌법 제107조 제2항에 따라 법원에 대통령령의 위헌·위법 심사를 청구할 수 있음에도 불구하고 헌재에 제1항소원을 제기하였다는 것이 특이한 점이다.

(2) 판단

헌재의 결정요지는 다음과 같다. ‘이 사건 시행령조항은 형벌조항의 구성요건 일부를 규정하고 있는 조항으로서, 검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과라는 구체적 집행행위가 예정되어 있으므로, 원칙적으로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다. 나아가 집행기관인 검사나 법원이 이 사건 시행령만을 적용하여 기소나 재판을 할 수 없고 형벌조항인 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조, 형법 제129조 등을 함께 적용하여 기소 또는 재판을 하여야 할 것이므로, ‘법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관의 심사와 재량의 여지없이 법령에 따라 집행행위를 하여야 하는 경우’에 해당하지 아니하고, 청구인이 이 사건 시행령조항을 위반하여 기소된 이상 재판과정에서 곧바로 법원에 이 사건 시행령조항의 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있었을 것이므로, ‘구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대 가능성이 없는 경우’라고 볼 수도 없어, 이 사건 시행령조항은 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는다.’³⁸⁾

위와 같은 법정의견에 대하여 4인 재판관³⁹⁾은 직접성이 인정된다는 반대의견을 내었다.

(3) 검토

이 사건에서 직접성이 인정되는가에 대해서는 논란의 여지는 있으나 비교적 분명하게 직접성이 인정된다고 보인다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 만약 이를 부정하게 되면, 기소되기 전에 법령에 의한 의무의

38) 판례집 28-2하, 297, 297의 요지 부분.

39) 재판관 박한철, 이정미, 김이수, 안창호.

40) 이 점에 대해서는 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018), 73 이하 참조.

41) 이 사건의 반대의견 중 아래의 실시 참조. “국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 행위금지무의무를 직접 부담하는 것이기 때문이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마 213; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마949).”라고 판시하여 왔고, 이러한 견해에 입각하여 행위의무나 행위금지무를 내용으로 하는 형벌조항에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정해 온 결정들이 다수 존재한다(헌재 1998.

부담 자체를 기본권 제한이라 보아 헌법소원을 제기한 경우, 이를 적법하다고 한 많은 판례들을 설명할 수 없다.⁴²⁾

이 사건에서 법정의견이 ‘청구인이 이 사건 시행령조항을 위반하여 기소된 이상 재판과정에서 곧바로 법원에 이 사건 시행령조항의 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있었을 것’이라는 점을 보충성을 부인하는 논거로 보았다면 어느 정도 설득력이 있다고 본다. 즉 당해 시행령조항에 대하여 헌법 제107조 제2항에 따라 법원에 위헌·위법심사 여부를 물을 수 있음에도 불구하고, 현재에 제1항소원을 제기한 것이므로 부적법하다고 하였다면 충분히 설득력이 있었을 것이라고 본다.

그런데 현재가 위와 같이 보충성의 관점에서 이 문제를 보지 아니한 것은, 보충성에서 말하는 다른 구제절차란 ‘그 공권력 행사의 효력을 다투는 절차’의 문제로 보기 때문인 것으로 보인다. 이 점은 대법원과 현재의 다음과 같은 판례를 모아 보면 좀 더 분명해진다.

대법원은 “헌법 제107조 제2항은 ”명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제로 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하여 행정입법의 심사는 일반적인 재판절차에 의하여 구체적 규범통제의 방법에 의하도록 명시하고 있으므로, 당사자는 구체적 사건의 심판을 위한 선결문제로서 행정입법의 위법성을 주장하여 법원에 대하여 당해 사건에 대한 적용여부의 판단을 구할 수 있을 뿐 행정입법 자체의 합법성의 심사를 목적으로 하는 독립한 신청을 제기할 수는 없는 것이다.”⁴³⁾라고 하여, 헌법 제107조 제2항에 따른 위헌·위법심사의 성격을 ‘당해 사건에 대한 적용 여부’에 대한 판단 문제로만 이해하고 ‘행정입법 자체의 합법성심사’는 아니라고 보고 있다.⁴⁴⁾

3. 26. 97헌마194; 현재 2007. 7. 26. 2003헌마377; 현재 2009. 9. 24. 2007헌마949; 현재 2009. 3. 26. 2008헌마498; 현재 2012. 6. 27. 2011헌마288 등). 특히 이 사건 시행령조항은 뇌물죄의 주체를 규정하는 구성요건조항에 해당하는데, 벌칙조항의 전제가 되는 구성요건조항에 대해서는 검사의 기소 여부를 불문하고 직접성을 인정하는 것이 헌법재판소의 주류적인 입장이다(현재 1996. 2. 29. 94헌마213; 현재 2002. 7. 18. 2001헌마605; 현재 2009. 10. 29. 2007헌마1359; 현재 2009. 11. 26. 2008헌마114; 현재 2014. 4. 24. 2011헌마659등; 현재 2016. 10. 27. 2013헌마450).”(현재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297, 306)

42) 이론적으로는 무엇을 기본권 제한이라 볼 것인가 하는 것이 쟁점이다. 어떤 작위 또는 부작위 의무를 부과하는 것 자체를 기본권 제한이라고 볼 것인가, 아니면 위 의무를 위반한 경우에 형벌이 부과되는 것을 기본권 제한이라 볼 것인가 하는 것이 관건이다. 위 판례의 법정의견은 후자의 입장에 있는 것이고, 반대의견은 전자의 입장에 있다. 그런데, 후자의 입장에 있는 판례들도 허다히 많다.

43) 대법원 1994. 4. 26. 자 93부32 결정.

44) 그러면서도 대법원은 위법한 시행령을 ‘무효’라고 판시하는 것은 이해하기 어렵다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2005두1237 판결; 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006두8648 판결; 대법원 2000. 3. 16. 선고 98두11731 판결; 대법원 1996. 3. 21. 선고 95누3640 판결; 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 판결; 대법원 1994. 3. 22. 선고 93누7495 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93누8276 판결; 대법원 1993. 1. 19. 선고 92누12988 판결 등. 위법한 시행령의 효력이 ‘무효’라는 점을 밝히지 아니하더라도, 시행령이 ‘위법’하다는 점을 확인하는 것은 위법한 시행령이 당해 사건에 적용될 수 없다는 점을 논증하는 데는 필요하고도 충분하다(necessary

그런데, 현재는 “법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다”⁴⁵⁾고 하여 “법령 자체의 효력을 다투는 절차”의 존부 문제로 이해하므로, 헌법 제107조 제2항을 다른 법률에 의한 구제절차가 아니라는 논리가 가능해질 여지가 있기는 하다.

그러나, 다시 앞으로 돌아가 현재가 명령·규칙에 대한 관할권의 존부에 관하여 판시한 것을 보면, 위와 같은 인식이 분명한 것은 아니다. 만약 위의 논지가 분명하다면, 현재는 법원과의 관할 중첩이 없다는 것을 말하기 위하여, ‘구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었을 경우’와 ‘명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해’된 경우를 애써 구분하여 논의⁴⁶⁾할 필요가 없다. 헌법 제111조 제1항 제1호에 따라 명령·규칙에 대한 위헌심사권이 현재에 귀속된다. 다만, 이 경우에도 보충성이 문제될 여지가 있는데, 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙의 효력을 다투는 절차가 아니므로 현재법 제68조 제1항 단서에서 말하는 ‘다른 법률의 구제절차’라 할 수 없다. 나아가 직접성이 또 다른 적법요건이므로 명령·규칙이라 하더라도 직접성 불충족을 이유로 각하될 수 있다고 실시하였을 것이다.

그런데, 현재는 위와 같이 실시하지 아니하고, 명령·규칙에 대한 위헌심사권이 분점된다고 이해하고 있다. ‘구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우’와 ‘명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해’된 경우가 그것이다.

현재가 이 사건에서 보충성 요건 불충족을 이유로 각하하지 아니하고, 직접성을 끌고 온 것은 만약 보충성 요건을 이유로 각하하게 되면 기소되거나 소가 제기된 이후에 제기된 제1항 소원이 전부⁴⁷⁾ 부적법하다는 판단을 하게 될 것이기 때문에, 이를 피하고자 한 것 아닌가 짐작된다.⁴⁸⁾

and sufficient). 무효라는 것은 논증에 불필요한 판단이다. 다만, 형벌에 관한 대통령령 등의 경우에는 보다 진전된 효력을 부여하는 판례들이 있었다. 대법원 2013. 4. 18. 자 2010모363 결정, 대법원 2018. 12. 18.자 2017모107 결정, 대법원 2019. 1. 31. 선고 2018도6185 판결은 이 점에 있어서 흥미로운 판례들이다.

45) 현재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204; 현재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589; 현재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 173; 현재 2008. 11. 27. 2005헌마161 등, 판례집 20-2하, 290, 309.

46) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370.

47) 형벌에 관한 조항이든, 형벌에 관한 조항이 아니든 전부.

48) 사실 이 결정으로 말미암아 현재는 앞으로 적어도 ‘형벌에 관한’ 법령에 대해 제1항소원이 제기되면 재판이 계속 중인지 여부를 묻어서 직접성 여부를 판단하여야 한다. 이 결정의 이전에는 없었던 절차이다. 보충성 문제로 다루게 되면 모든 법령 조항에 대해 재판 계속 여부를 물어야 한다. 직접성 문제로 다루는 경우와 보충성 문제로 다루는 것 사이에는 이 점이 다르다.

마. 소결론

위와 같이 법률에 대하여 제1항소원과 제2항소원이 전부 적법하게 제기될 수 있다는 것은 명령·규칙에 대해서도 똑같은 상황이 일어 날 수 있음을 보여 준다. 그런데, 법률에 대해서는 제1항소원과 제2항소원이 전부 적법하게 제기될 수 있다 하더라도 국기기관 상호간의 권한 배분이 문제되지 않는다는. 왜냐하면, 법원이 법률에 대하여 위헌 여부를 심사할 법적 근거가 없고, 법원도 이를 주장하지는 않기 때문이다. 오로지 현재만 법률의 위헌심사 또는 기본권 침해 여부를 심사할 수 있다는 점에 대해서는 이론이 없으므로 권한의 배분 자체는 문제되지 않는다.

명령·규칙에 관해서는 상황이 다르다. 명령·규칙에 대해서 법원이 심사할 권한이 있음은 분명하고⁴⁹⁾은 법원은 이것이 전속적인 것이라 본다. 그런데, 현재도 관할권이 있다고 주장한다면, 동일한 대상에 대하여 관할이 중첩된 것으로 된다.

그런데 현재는 관할의 중첩이 일어나지 않는다는 입장인 것으로 보인다. 명령·규칙이 '구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우'와 '명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해'된 경우로 나누어질 수 있고, 전자는 법원이, 후자는 현재가 관할하는 것으로 된다는 것이다.

그러나 그렇지 아니다. 전자와 후자는 서로 배타적이지 아니다. 가장 대표적인 경우가 기속행위에 해당하는 행정처분이 있는 경우이다. 이 경우 기속행위의 근거되는 명령·규칙은 직접성 요건을 갖출 수 있어서 제1항소원이 가능하고, 기속행위지만 처분성이 인정되어서 행정소송을 제기한 후에 법원에 명령·규칙의 위헌·위법심사를 신청할 수 있다. 이 경우 동일한 대상에 대하여 양자의 판단이 달라질 수도 있고, 이 경우 그 효력이 어떻게 될 것인가가 심각하게 문제될 수 있다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

49) 헌법 제107조 제2항.

50) 현재 2008. 12. 26. 2007헌마1422 등, 판례집 20-2하, 910을 예로 들어 설명해 보자. 이 사건에서는 서울특별시 보도상영업시설물 운영자 중 자산가액 2억 원 미만인 자로서 재산조회동의서 등 관련서류를 제출한 자에 대하여만 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 갱신하도록 한 구 '서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례'가 문제되었다. 그런데 법정의견도 '관할 구청장의 갱신허가처분 내지 갱신허가거부처분이라는 집행행위'가 예정되어 있다고 본다(위 결정문, 921). 그러면 그 처분을 다투는 행정소송을 제기하고 나서 헌법 제107조 제2항에 따라 조례를 다룰 수 있다. 그래도 현재는 직접성이 인정된다고 보았다. "자산가액이 2억 원 이상인 자'나 '이 사건 조례 제3조 제5항에 명시된 서류를 제출하지 아니한 자'에 대하여는 갱신허가신청이 거부될 것이고, '자산가액이 2억 원 미만인 자'에 대하여는 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가될 것이라는 점이 이미 이 사건 조항들 자체에 의하여 일의적이고 명백하게 정해져 있다. 따라서 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 볼 수 있으므로 권리침해의 직접성이 인정된다."(위 결정문, 921) 그런데 흥미롭게도 보충성에 관한 검토는 없다. 이에 대하여 3인 재판관의 반대 의견이 있다. 그 중 다음의 것은 이 결정문의 특유한 것이다. "법규범의 내용이 일의적이고 집행행위에 재량의 여지가 없다고 하여 항상 직접성 요건의 예외를 인정할 경우 당사자가 집행행위를 다투지 않고 집행행위의 전제되는 근거규범만을 다투으로써 집행행위에 불가쟁력이 발생할 수 있고, 이와 같이 불가쟁력이 발생한 집행행위에 대하여는 위헌결정의

3. 직접성이 인정되는 명령·규칙에 대한 항고소송과 헌법소원

가. 현황

헌재는 명령·규칙에 대한 제1항소원 사건에서도 법원의 항고소송 가능성을 전적으로 배제하고 있지는 않다. “조례가 일반적·추상적인 규정의 성격을 가지거나 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부가 불분명한 경우에는 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”⁵²⁾고 한다. 이른바 두밀분교 사건⁵³⁾이 있었지만, 헌재는 이를 애써 무시하면서 ‘행정처분인지 여부가 불분명’하다고 하면서 보충성이 문제되지 않는다고 판시하였다.⁵⁴⁾

효력이 미치지 않고 행정청이 집행행위를 직권으로 취소할 의무가 있는 것도 아니므로, 헌법재판소가 근거규범에 대하여 위헌결정을 한다고 하더라도 당사자는 불이익한 집행행위 자체를 취소할 방법이 없어 직접적인 권리구제를 받지 못하게 되는 결과가 발생한다.”(헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422 등, 판례집 20-2하, 910, 934) 이 점에 대한 논의는 정주백, 법률에 대한 헌법소원에 있어서의 권리보호이익, 헌법학연구 제21권 제4호(2015), 279-317 참고.

51) 이 논문의 심사과정에서 익명의 심사위원께서는 다음과 같은 귀한 의견을 주셨다. “헌법 제107조 제2항이 현재의 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 배제하고 있다는 논지는 일견 문언해석 내지 체계적 해석에 입각한 것으로 보인다. 그러나 법무사법 시행규칙 사건에서처럼 위헌적인 명령·규칙이 구체적인 소송사건에서 재판의 전제로 되지 않으면서 그 자체로 기본권 제한적 효과를 야기하는 경우에도 현재의 위헌심사권이 배제되어야 하는지에 대해서는 의문이 든다. 권리구제의 공백을 메우기 위해 목적론적 해석을 하면 안 되는 것일까? 물론, 이 경우 헌재와 법원 사이의 재판권의 중첩이 문제될 여지는 있다. 하지만 최근 더욱 엄격해진 직접성 요건에 따르면, 해당 명령·규칙이 구체적인 소송사건의 재판 중에 부수적으로 위헌심사될 수 있는 한에서 원칙적으로 헌법소원은 직접성요건 결여로 부적법 각하되어야 하므로, 재판권이 불필요하게 중첩적으로 행사될 우려는 그만큼 줄어든 상태이다. 이에 대해 위와 같이 직접성요건을 엄격하게 적용하는 최근 판례에 대해 문제를 제기할 여지도 없지 않지만, 명령·규칙에 대해 ‘대상적격 부정 + 직접성요건 완화’의 조합이 ‘대상적격 원칙적 인정 + 직접성요건 강화’보다 실제적인 차원에서 더 나은 점이 무엇인지는 별로 선명하지 않다.”

나름대로 응답해 보고자 한다. 심사자께서는 제1항소원 절차에서 명령규칙을 다루지 아니하면 권리구제의 공백이 있을 것이라는 전제에서 의견을 주신 것 같다. 필자는 꼭 그런 것은 아닐 것이라고 본다. 미국이나 일본의 경우 일반법원에서 법률에 대한 위헌심사를 하고 있다. 우리 식으로 말한다면 당연히 재판의 전제성이 인정되어야 위헌심사를 하게 될 것이다. 그리고 우리의 제1항소원과 같은 절차를 두고 있지 않다. 그렇다고 하여 절차적으로 미국이나 일본이 권리구제에 있어서 공백이 있다는 말은 별로 들어보지 못하였다. 우리나라의 경우에도 1972년부터 1987년까지 제1항소원이 없어서 권리구제가 안 되었는가를 생각해 보면 이 논점에 대한 결론은 비교적 분명하다고 생각한다. 직접성 요건이 강화되었다는 것은 2013헌마403 사건을 염두에 두고 말씀하신 것으로 아는데, 과연 이 사건의 결론이 타당한가에 대해서도 필자는 의문을 지니고 있다. 이 점에 대해서는 정주백(주 40), 307 이하 참조. 나아가 그 결정의 취지를 따르더라도 위 결정은 형벌에 관한 법률 또는 시행령 등에 관한 부분을 다루고 있을 뿐이지, 일반적으로 법률 또는 시행령 등의 직접성을 다루고 있는 것은 아니다. 나아가 직접성 인정의 광협이 이 논문에서 다루는 해석론에 질적으로 영향을 미치기는 어렵지 않을까 하는 생각을 한다.

52) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마794, 공보 제234호, 651, 655.

53) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

54) 예를 들면 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마454, 판례집 21-2하, 402, 409. “이 사건 조항은 학교교과교습학원 및 교습소의 교습시간을 제한하고 있을 뿐이므로 비록 그로 인하여 학원 운영자 등이 교습시간을 제한받는다고 하여도 위 조항을 그 상대방과 적용사건이 특정되는 처분적 조례로서 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 있을지는 의문이다. 그렇다면 이 사건 조항에 대한 소송을 일반 법원에 제기하더라도 이 사건 조항이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하든지 여부가 객관적으로 불확실하고 이 사건 조항에 대하여 법원에서 항고소송의 대상으로 인정받은 적도 없는바, 청구인들에게 항고소송에 의한 권리구제절차를 거치도록 요구하거나 기대할 수 없으므로 보충성의 예외를 인정하여 헌법소원을 허용함이 상당하다.” 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마635, 공보

그런데, 고시의 경우에는 또 조금 상황이 다르다. ‘요양급여비용의 산정기준을 개정하는 내용의 보건복지부 고시에 대하여 “이 사건 개정기준을 직접 대상으로 하는 다른 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실할 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정기준이 2000. 12. 31.까지 한시적으로만 적용되는 까닭에 그 이후에는 청구인의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점 등을 종합하여”⁵⁵⁾ 적법하다고 보았는데, 그 이후 보건복지부의 국민건강보험 약가 고시에 대해 항고소송 대상성을 인정한 바 있다.⁵⁶⁾

요양기관의 개설자를 수급자로 하는 건강보험요양급여행위및그상대가치점수 개정고시에 관하여 동일한 당사자들이 제1항소원과 항고소송을 함께 제기하였다. “다른 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실할 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정고시의 내용은 법 제42조 제1항에 따라 매년 체결되어야 할 계약에 관한 것으로서 의료기술의 발달과 건강보험재정 및 기타 사회경제적 여건의 변화에 따라 언제든지 개정될 소지가 농후하므로 개정 이후에는 청구인들의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점 등을 종합하여”⁵⁷⁾ 보충성이 문제되지 않는다고 보았다. 그러나, 비록 1심 판결이지만, 이 결정이 선고되기 전에 본안심사를 하여 청구기각 판결을 선고하였다⁵⁸⁾는 점에서 현재가 과연 항고소송 가능성에 대해 얼마나 고려를 하고 있는지 의문이 든다.

이후 현재는 항고소송 대상성에 관하여 좀 더 이론적으로 접근하여 “행정소송의 대상이 되는 처분이란 구체적 사실에 관한 공권력행사로서(행정소송법 제2조 제1항 제1호) 그 처분의 ‘관련자가 개별적’이고, ‘규율대상이 구체적’인 것을 의미”⁵⁹⁾한다고 하면서, ‘관련자가 개별적’과 ‘규율대상이 구체적’을 검토하여 이것들이 인정되면 항고소송이 가능하므로 이를 거치지 아니하면 보충성이 충족되지 아니한 것으로 보겠다는 입장을 내보였으나, 그 이후에도 따로 보충성 문제를 언급하지 아니한 사례⁶⁰⁾도 많다.⁶¹⁾

제157호, 2083, 2087도 같은 판시.

55) 현재 2000. 12. 14. 2000헌마659, 판례집 12-2, 437, 444-445.

56) 대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 집행정지 결정; 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결.

57) 현재 2003. 12. 18. 2001헌마543, 판례집 15-2하, 581, 594.

58) 서울행정법원 2003. 1. 15. 선고 2001구256210 판결. 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003두11988 판결로 확정되었다.

59) 현재 2010. 9. 30. 2008헌마758, 판례집 22-2상, 739, 754.

60) 현재 2012. 6. 27. 2010헌마716, 판례집 24-1하, 754(1983. 1. 1. 이후 출생한 A형 혈우병 환자에 한하여 유전자재조합제제에 대한 요양급여를 인정하는 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’(2010. 1. 29. 보건복지가족부고시 제2010-20호) II. 약제 2.약제별 세부인정기준 및 방법 [339] 기타 의 혈액 및 체액용약 Recombinant blood coagulation factor vIII 주사제(품명: 리콤비네이트주, 애드베이트주 등)의 대상환자 중 “83. 1. 1. 이후에 출생한” 부분); 현재 2013. 9. 26. 2010헌마204 등, 판례집 25-2하, 1(보건복지가족부고시(2007. 1. 23. 제2007-3호) 중 인조테이프를 이용한 요실금수술을 하는 경우 요류역학검사를 실시하도록 하는 부분)

61) 현재 2008. 12. 26. 2007헌마862, 판례집 20-2하, 857, 862이나 현재 2014. 5. 29. 2010헌마606, 판례집

나. 검토

법원이 조례나 고시에 대해 항고소송의 대상성을 인정하더라도 헌법 제107조 제2항이 근거로 되기는 어려울 것으로 보인다. 대법원이 명시적으로 밝히지는 아니하였으나, 헌법 제101조와 행정소송법이 근거로 된 것이다. 그래서 행정소송법 제2조에서 정한 ‘처분등’에 포섭시키기 위하여 ‘구체성’을 강조하고 있다. “어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다.”⁶²⁾는 것이 그것이다.

그러나 법원의 위와 같은 시도는 그리 성공적인 것이라 하기 어렵다. 위의 대법원의 판시 중 전자와 후자는 서로 배타적이지 아니하다. ‘일반적·추상적 성격’의 법규명령 또는 행정규칙이 ‘다른 집행행위의 매개 없이’ 국민의 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 수 있다. 이를 헌법재판에서는 ‘직접성’이라 한다. 이와 같은 논리를 이어나가면, 법률에 대해서도 항고소송의 대상으로 되지 아니한다고 할 이유가 없다.

대법원이 말하는 항고소송의 대상으로 되는 고시나 조례는 완벽하게 제1항소원의 대상으로 된다. 양자는 완벽히 중첩된다. 그러나, 이 글은 이 문제를 다루고자 하는 것이 아니다.⁶³⁾ 이 문제는 어디까지나 행정소송법 제2조의 ‘처분등’ 해석 문제이고, 법원의 판례가 안정화되면, ‘보충성’의 이슈로 제1항소원의 적법여부에 영향을 미치게 될 것이다. 물론, 그러한 해석이 현재의 관할권을 침해하는 것 아닌가 하는 논의가 있을 수 있다.⁶⁴⁾

26-1하, 354, 365 결정은 고시가 행정처분에 해당한다고 하면서 보충성을 이유로 각하하였다.

62) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결.

63) 이 논문의 심사과정에서 의명의 심사위원회에서는 다음과 같은 귀한 의견을 주셨다. “최근 법원의 판례는 명령·규칙에 대해 항고소송 대상적격을 기존보다 폭넓게 인정하는 경향을 보여 주고 있다. 권리구제에 그만큼 적극성을 드러낸 점에서는 긍정적인 측면도 없지 않다. 하지만 항고소송의 대상이 될 수 있기 위해서는 ‘처분성’이 인정되어야 하고, 이는 ‘구체적인 규율’이라는 것을 핵심표지로 한다. 법원의 판례는 명령·규칙이 구체적인 규율인지 추상적인 규율인지를 구별하지 않고, 단순히 매개되는 행위 없이 국민에게 직접적인 권리의무의 변동을 초래하면, ‘처분성’을 가지는 것으로 간주하고 있다. 하지만 이는 ‘처분성’과 ‘직접성’을 개념 혼동한 것에 다름 아니라고 생각한다. 어떤 법률조항이 집행행위의 매개 없이도 직접 국민에게 권리의 박탈이나 의무의 부과 등 법적 효과를 직접 발생시킬 수 있지만(그래서 직접성은 인정되지만), 그렇다고 해서 그 법률조항이 ‘추상적 규율로서의 성격’을 상실하는 것은 아니다. 즉, 그 법률조항에 따른 권리의무의 변동은 어느 특정 시점, 특정 장소, 특정인에게만 발생하는 것이 아니라, 해당 법률조항이 시행되고 있는 한 불특정 다수인에게 반복적으로 발생하도록 되어 있다. 이 경우 처분성은 인정되기 어렵다. 바로 이런 상황에서 헌법재판소는 명령·규칙의 추상적 규율로서의 성격이 배제되지 않는 한에서, 법원의 권리구제절차가 열려 있지 않다고 하거나, (법원의 유권해석 권한을 존중한다고 할지라도) 적어도 청구인에게는 권리구제절차가 열려 있는지 분명하지 않다고 하여 보충성 원칙의 예외를 인정하고 있다. 이러한 현재 판례가 그다지 부당하다고 여겨지지는 않는다.” 이 논문은 위 본문에 보인 것처럼 법원이 항고소송의 대상을 넓히고자 하는 시도에 대해서는 큰 관심을 기울이지 않았다. 이 논문의 논지와는 별로 관계가 없기 때문이다. 이 논문은 보충성의 문제보다는 그 이전의 문제를 다루고 있다. 해량해 주시기를 바라면서 이 정도로 대답에 같음하고자 한다.

64) 이것을 어떻게 다룰 것인가 하는 것도 흥미로운 주제다. 현재가 권한쟁의로써 다룰 수 있을까? 대법원이 현재의

V. 헌재법상의 ‘공권력의 행사’의 외연

1. 행정소송법상의 ‘공권력 행사’와의 비교

가. 행정소송법상의 ‘공권력 행사’

행정소송법 제2조 제1항 제1호는 ‘처분등’을 정의하고 있다. “‘처분등’이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 정하고 있다.

위의 술어 부분의 첫머리는, “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행”이다. 이것이 우리가 보통 이해하고 있는 처분의 개념이다. 그런데, 위 구에 이어서 “으로서의”라는 말이 나오고, 그 뒤에 “공권력의 행사 또는 그 거부”가 나온다. 이것을 어떻게 이해할 것인가가 문제된다.

살피건대, “으로서의”의 앞말은 뒷말의 품성을 보여주는 것이다. 예를 들면, ‘자원으로서의 토지’나 ‘직업으로서의 학문’⁶⁵⁾을 보면 뒷말이 가지고 있는 품성을 앞말에서 설명하고 있다. 물론, 앞말과 뒷말이 외연을 공유하는 것은 아니다. 뒷말이 가지고 있는 여러 성격들 중의 일부를 포착하여 앞말에 드러내었을 때, 그 연결사로 ‘으로서의’가 사용되어 진다.

그렇게 이해한다면, “공권력의 행사”는 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행”이라는 품성을 가지고 있다고 보아야 할 것이다. 나아가 “처분”은 “공권력의 행사”와 동치이다. 그런데, “공권력의 행사”는 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행”이라는 품성을 지녔다. 즉 ‘처분’은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행”의 성격을 가진 “공권력의 행사”이다.⁶⁶⁾

위의 논의를 모아 보면, ‘공권력의 행사’를 바로 ‘처분’, 즉 ‘구체적 사실에 대한 법 집행’으로 한정하여 이해하기는 어렵다고 보인다. ‘처분’, 즉 ‘구체적 사실에 대한 법 집행’은 ‘공권력 행사’의 일부다.

상태에서 권한쟁의심판을 청구한다면 헌재가 자기 사건에 대하여 재판할 수 있는가 하는 문제가 생길 것이다. 그런데 대법원이 항고소송의 대상을 확장하는 것에 대하여는 더 심각한 문제가 생길 것이다. 자기가 자기에게 심판을 청구할 수 있는가 하는 문제까지 생기기 때문이다.

65) 이 말은 막스 베버의 ‘Wissenschaft als Beruf’라는 책 제목을 번역한 것이다. ‘Beruf’를 召命(vocation)이라고 번역하는 것이 낫다고 본다.

66) ‘등’에 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”이 포섭된다고 본다면, ‘등’에 대한 분석은 따로 필요하지 않을 것이라 본다.

나. 헌재법상의 '공권력 행사'

헌재법 제68조 제1항 전문은 “공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 정하고 있다. 여기서 말하는 ‘공권력의 행사’는 행정소송법에서 말하는 ‘공권력의 행사’와 일응 같은 것이고, 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행”보다는 좀 더 넓은 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

이를 뒷받침하는 또 다른 자료는, 헌재법이 ‘공권력의 행사’ 외에도 ‘처분’이라는 개념을 사용하고 있다는 것이다. 헌재법 제61조 제2항이 그것이다. 위 조항은 권한쟁의 심판은 피청구인의 ‘처분’ 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다고 정하고 있어서, 적어도 법문상 ‘공권력의 행사’와 별개로 ‘처분’ 개념을 사용하고 있다.

그런데, 헌재법 제75조 제5항은 제1항소원을 인용하는 경우에, 현재는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률조항⁶⁷⁾에 기인한 것이라고 인정될 때에는 해당 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있다고 정하고 있다. 이때의 공권력의 행사는 구체적 사실에 대한 법집행, 즉 행정소송법상의 ‘처분’에 가까운 것이라 할 수 있다. 그래서 헌재법 제68조 제1항의 공권력의 행사도 헌재법 제75조 제5항의 그것만큼만 인정되어야 하는 것 아닌가 하는 생각을 해 볼 수도 있다.

그러나, 헌재법 제75조 제5항의 공권력의 행사는 일반적인 공권력의 행사 중의 일부인, ‘구체적 사실에 관한 법 집행’으로서의 공권력 행사, 즉 처분을 의미하는 것으로 이해할 수 있다고 보인다.

다. 소결론

위와 같은 사정을 모아 본다면, 행정소송법상의 ‘처분’ 즉 구체적 사실에 대한 법집행작용보다는 넓은 외연을 가진 ‘공권력 행사’가 상정되어질 수 있음은 분명한 것으로 보인다.

2. 입법과 그 결과물의 준별

판례는 헌재법 제68조 제1항 중의 ‘공권력’에 “입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용”⁶⁸⁾이 모두 포섭된다고 본다. 그래서 여기의 공권력의

67) 법률상 ‘법률 또는 법률조항’이라고 기재되어 있으나, 특별한 사정이 없는 한 ‘법률조항’이라고만 한다.

행사에는 법률은 물론이고, 조약,⁶⁹⁾ 명령·규칙⁷⁰⁾이 포함된다고 본다.

그런데, ‘법률·명령·규칙 그 자체’와 ‘법률·명령·규칙을 제정 또는 개정하는 작용’은 다르다. 전자는 후자의 결과물일 뿐이다. 가사 공권력의 행사에 입법 작용이 포섭될 수 있다고 하더라도, 이로부터 ‘법률·명령·규칙’이 헌법소원의 대상으로 된다는 것은 논리적 비약이다. 법률에 대한 최초의 제1항소원 사건에서 현재는 “이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없”다고 판시하였는데, ‘공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체’ 부분이 그 논리적 비약을 분명히 보여준다. ‘입법 = 법률’이라 실시하고 있다.

이 점은 권한쟁의심판의 경우와 비교해 보면 분명하다. 권한쟁의심판의 경우, 법률 자체를 대상으로 하는 권한쟁의는 인정되지 아니하고, 국회의 ‘입법작용’을 대상으로 하여야 한다고 본다. 2005헌라4 사건에서 현재는 심판의 대상으로 “피청구인 국가가 법률 제7328호로 종합부동산세법을 제정한 것”이라 보고,⁷¹⁾ 그 이유를 “권한쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다(현재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650 참조).”⁷²⁾이라 실시하고 있다.⁷³⁾

68) 현재 2014. 9. 25. 2013헌마424, 판례집 26-2상, 620, 625.

69) 현재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692.

70) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369; 현재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 현재 2007. 5. 31. 2003헌마579, 판례집 19-1, 662, 679.

71) 현재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집18-1하, 28, 31.

72) 판례집18-1하, 35.

73) 엄밀히 분석해 보면 이해할 수 없는 부분이 있다. 권한쟁의심판의 쟁송물은 현재법 제61조 제2항의 ‘피청구인의 처분’이 청구인의 권한을 침해하는지 여부가 아니다. 현재법 제61조 제1항에 따르면 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼’이 있을 때 권한쟁의심판을 청구할 수 있고, 현재는 현재법 제66조 제1항에 따라 ‘심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단’한다. 즉, ‘특정한 권한이 청구인에게 있는지 없는지, 나아가 그 범위는 어떠한지’가 쟁송물이다. 소극적 권한쟁의의 문제는 별론으로 한다. 여기에 가장 어울리는 사건은 지방자치단체 상호간의 관할권에 관한 다툼이다. 예를 들면 현재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356; 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2, 404; 현재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319; 현재 2008. 12. 26. 2005헌라11, 판례집 20-2하, 547; 현재 2010. 6. 24. 2005헌라9 등, 판례집 22-1하, 374. 이와 같은 권한의 준부에 관한 다툼은 현재법 제62조 제2항에 정한 바에 따라 ‘피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만’ 제기할 수 있다. 그런데, 현재법 제66조에 따라 ‘권한의 유무 또는 범위’에 관하여 판단하면서 부수적으로 쟁의의 계기가 되었던 피청구인의 처분을 취소하거나 무효확인을 하는 것이다. 이 점들은 앞의 2004헌라2의 주문을 보면 분명하다.

그런데 많은 권한쟁의심판 사건이 피청구인의 처분이 청구인의 권한을 침해하였는지 여부에 관한 문제를 다루고 있다. 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154(국회의장의 법률안 가결선표 행위가 청구인인 국회의원의 법률안 심의·표결의 권한을 침해하였는지 여부), 현재 2009. 5. 28. 2006헌라6, 판례집 21-1하, 418(피청구인 행정안전부장관이 청구인 서울특별시의 자치사무에 대하여 실시한 정부합동감사가 청구인의 지방자치권을

이것은 현재법 제61조 제2항의 ‘피청구인의 처분’에 법률은 포섭될 수 없고, ‘법률의 제정 또는 개정 작용’만 포섭될 수 있다는 것을 전제로 한다. 그렇다면, ‘공권력 행사’라 하여 달리 볼 일은 아니다.⁷⁴⁾

침해한 것인지 여부), 현재 2010. 12. 28. 2008헌라7등, 판례집 22-2하, 567(피청구인 국회 외교통상통일위원회 위원장이 외교통상통일위원회 회의실 출입문을 폐쇄한 상태로 외교통상통일위원회 전체회의를 개회하여 ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정’ 비준동의안을 상정한 행위 및 위 비준동의안을 법안심사소위원회로 회부한 행위는 국회 외교통상통일위원회 위원인 청구인들의 위 비준동의안 심의권을 침해한 것인지 여부). 이것은 현재법이 예정한 것이 아니다. 이것을 권한쟁의의 대상으로 삼을 필요가 있을지는 모르겠으나, 현행 현재법이 예정한 것은 아니다. 위의 각 처분으로 인하여 다툼의 대상으로 된 권한의 유무와 범위를 정하는 것이 권한쟁의심판의 쟁송물이다.

현재법 제63조 제3호는 ‘심판 대상이 되는 피청구인의 처분 또는 부작위’를 권한쟁의심판의 청구서에 기재하여야 한다고 정하고 있으나, 위의 현재법 제61조 제1항이나, 제66조 제1항과는 조화롭지 않다. 여기서 말하는 ‘처분 또는 부작위’는 현재법 제61조 제2항이나 제66조 제2항의 ‘처분 또는 부작위’를 말하는 것으로 보이는데, 이것은 쟁송물이 아니다.

현재 2006. 8. 31. 2004헌라2 판례집 18-2, 356, 364에는 “적법요건으로서의 “처분”에는 개별적 행위뿐만 아니라 규범을 제정하는 행위도 포함되며, 입법영역에서는 법률의 제정행위 및 법률 자체를, 행정영역에서는 법규명령 및 모든 개별적인 행정적 행위를 포함한다. 이 사건 점용료부과처분은 행정소송법상의 처분에 해당하므로 처분요건을 충족한다.”고 기재되어 있어서, 마치 ‘법률’ 또는 ‘법규명령’이 권한쟁의의 대상으로 되는 것처럼 실시되어 있으나, 이를 그대로 받아들이기는 어렵다. 위 구문은 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집(1996), 451에서 인용하고 있는 독일 문헌의 기재이다. 위 최갑선의 논문 중의 위당과 정확히 일치한다. 어떻게 해서 위와 같은 구문이 현재의 결정문에 그대로 실리게 되었는지에 대해서는 짐작가는 바 있으나, 분명치 않다. 이 점들에 대한 상세한 논의는, 정주백(주 23), 135 이하 참조.

74) 이 논문의 심사 과정에서, 익명의 심사위원은 다음과 같은 귀중한 의견을 주셨다. “현재법 제68조 제1항 헌법소원의 소원대상인 ‘공권력의 행사 및 불행사’를 문자 그대로 해석하면서 입법과 그 결과물을 준별하여야 한다는 주장이다. 헌법소원은 국가가 개인과의 기본권관계에서 국가의 조치로 기본권을 침해받은 개인을 위한 기본권 구제절차이다. 그런데 입법과정상의 입법활동은 아직 대외적 효력이 없으며, 따라서 개인의 기본권을 침해할 수도 없다. 원칙적으로 국회의 입법과정을 거쳐서 대통령의 서명, 공포로 대외적 효력을 발휘할 수 있게 된 입법작용의 소산인 법률만이 국민과의 관계에서 효력을 발휘할 수 있고, 따라서 기본권을 침해할 수 있을 뿐이다. 따라서 법률의 공권력의 행사 또는 불행사를 법률, 입법부작위로 새기는 것이 전혀 이상하지 않으며, 그렇게 새기는 것이 헌법소원절차의 법리에 맞는다. 이에 비해서 권한쟁의 심판절차 중 국가기관 상호간의 권한쟁의절차는 일종의 자기소송으로서 국민에 대해서는 효력이 없는 입법과정상의 국가기관들의 다른 국가기관에 대한 조치로 인한 권한침해 문제가 소송대상이 될 수 있는 것이다. 그렇기 때문에 소송의 본질이 다른 권한쟁의와의 비교를 통해서 소원대상인 공권력의 행사 또는 불행사의 외연을 확정하려는 것은 성질이 다른 것의 비교를 통해 결과를 얻어내려는 것이어서 논리적 설득력이 떨어진다고 본다.”

간단히 필자의 의견을 개진한다. 제1항소원의 심판 대상이 현재법 제68조 제1항에서 정하고 있는 ‘공권력의 행사’라면, 권한쟁의심판에서 심판의 대상으로 보는 것은 현재법 제61조 제2항에서 정하고 있는 ‘처분’이다. 물론, 필자는 현재법 제61조 제2항의 ‘처분’은 권한쟁의심판의 쟁송물로 될 수 없다는 점은 바로 위의 각주에 언급된 논문에서 다루었다. 통설과 판례가 취하고 있는 입장을 전제로 위와 같이 말하였다. 제1항소원이든, 권한쟁의이든 무엇이 심판의 대상으로 될 수 있는가에 관한 1차적인 판단은 위의 ‘공권력의 행사’와 ‘처분’의 外延이라 할 것이다. 그런데 위 양자의 외연이 그리 본질적으로 다르지 아니한 것은 행정소송법 제2조에서 정하고 있는 ‘처분등’의 정의를 보아 알 수 있다. 여기에 제1항소원과 권한쟁의심판의 본질을 가져와 ‘법률에 관련된’ 심판대상이 다를 수 있다고 말하기는 어렵지 않을까 하는 생각을 한다. 만약 약자의 본질이 달라 심판의 대상이 달라진다면 그 취지가 법에 표현되어야 있어야 하는 것은 아닐까 하는 생각을 한다. 위헌법률심판은 분명하게 ‘입법작용’이 아니라 ‘법률 또는 법률조항’이 심판의 대상임을 밝히고 있다.

3. 소결론

‘공권력의 행사’가 구체적 사실에 대한 법집행작용만을 의미한다고 보기는 어렵다. 그것보다는 넓은 외연을 가지고 있다고 보인다. 그렇다고 하여, ‘법률 자체’나, ‘명령·규칙 자체’가 공권력의 행사에 포섭된다는 것은 받아들이기 어렵다. 현재의 일반적 판시에 따르더라도 입법작용이 제1항소원의 대상으로 될 수 있는가가 검토될 수 있을 뿐이다.

VI. 인용 결정

1. 헌재법의 내용과 그 실천

가. 내용

헌재법 제75조는 제1항소원의 인용결정에 관하여 규율한다. 헌재법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 밝히고 있다. 헌재법 제47조 제1항과는 그 규율이 다르다. 헌재법 제47조 제1항은 기속력의 상대방으로 ‘법원’을 명시하고 있으나, 헌재법 제75조 제1항은 그러하지 아니하다.

헌재법 제75조 제2항은 제1항소원을 인용할 때에는 결정서의 주문에 ‘침해된 기본권’과 ‘침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사’를 특정할 것을 정하고 있다. 나아가 헌재법 제75조 제3항은 제1항소원을 인용하는 경우에 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 ‘취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인’할 수 있음을 정하고 있다. 이것은 헌재법 제75조 제2항에서 정하고 있는 주문만으로는 청구인의 기본권이 회복될 수 없고, 헌재가 공권력의 행사를 ‘취소’하거나(작위의 경우), 위헌임을 확인하여 헌재법 제75조 제4항에 따라 피청구인이 현재의 결정 취지에 따라 새로운 처분을 하였을 때에야(부작위의 경우) 청구인의 권리가 구제된다는 것을 전제로 한다.

이와 같은 사정은 위헌법률심판제청의 경우와 다르다. 헌재법 제45조에 따라 법률의 위헌 여부를 결정하기만 하면, 따로 그 법률의 효력에 관하여 헌재가 결정하지 아니하더라도,⁷⁵⁾ 제47조에 따라 위헌 결정의 효력이 부여된다.

75) 예를 들면 무효임을 확인한다든가, 법률을 취소한다든가 등.

나. 실천

위와 같은 현재법 제75조의 규정에 충실한 주문 예로는, “피청구인이 1991.6.14. 청주시방검찰청 충주시청 1991년 형제2787호 사건의 피의자 이○희에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 재판절차진술권과 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다”⁷⁶⁾를 들 수 있다. 침해의 원인이 된 공권력의 행사와 침해된 기본권을 특정하여 기본권 침해의 점을 확인하고,⁷⁷⁾ 나아가 기본권 침해의 원인인 공권력 행사를 취소한 것이다.⁷⁸⁾ “피청구인이 대통령에 보고하여 그 지시를 받아 1985. 2. 7. 청구인 경영의 국제그룹을 해체키로 기본방침을 정하고 같은 달 11. 그 인수업체를 정하는 한편, 이의 실행을 위하여 제일은행장 등에 지시하여 같은 달 13.부터 국제그룹계열사에 대한 은행자금관리에 착수하게 하고 청구인으로부터 처분위임장 등으로 계열사의 처분권을 위임받게 하며 피청구인이 만든 보도자료에 의거하여 같은 달 21. 제일은행의 이름으로 해체를 언론에 발표하게 하는 등 국제그룹해체를 위하여 한 일련의 공권력의 행사는 청구인의 기업활동의 자유와 평등권을 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다”⁷⁹⁾는 주문의 경우, 침해의 원인이 된 공권력 행사와 침해된 기본권을 특정하였다.⁸⁰⁾ 다만, 침해의 원인인 공권력 행사를 취소하지는 아니하였다.⁸¹⁾ 공권력 행사가 권력적 사실행위에 해당하여 성질상 취소할 수 없기 때문이다.⁸²⁾ 조례 제정 부작위가 문제된 사례에서 현재는, “피청구인들이 지방공무원법 제58조 제2항의 위임에 따라 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 정하는 조례를 제정하지 아니한 것은 위헌임을 확인한다”⁸³⁾고 하였다. 침해된 기본권을 특정하지 아니하였고, 기본권 침해를 확인하는 것이 아니라 위헌임을 확인하는 주문을 내었다.

76) 현재 1992. 7. 23. 91헌마142, 판례집 4, 527, 528.

77) 현재법 제75조 제2항.

78) 현재법 제75조 제3항.

79) 현재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 91.

80) 다만, 기본권 침해의 점을 확인한 후에 ‘위헌’을 확인한 것은 법문과 친하지 아니한 것이다. 현재법 제68조 제1항에 따르면 쟁송물이 ‘기본권을 침해하였는지 여부’인 것이지, ‘위헌인지 여부’가 아니다.

81) “청구인들이 2000. 6. 18. 09:00경부터 같은 달 20. 02:00경까지 서울 영등포구 당산동 3가 2의 11 소재 영등포경찰서 유치장에 수용되어 있는 동안 차폐시설이 불충분하여 사용과정에서 신체부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 실내화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위는 헌법 제10조에 의하여 보장되는 청구인들의 인격권을 침해한 것으로 위헌임을 확인한다”(현재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 106)도 유사하다.

82) 그렇다고 행정입법을 제외한 ‘행정권력 부작위’의 경우 모두 위와 같은 전형적인 주문을 내는 것 같지도 않다. 일본군위안부의 배상청구권이 문제된 사안에서 현재는, “청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위는 위헌임을 확인한다”(현재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2상, 366, 370)는 주문을 내었다.

83) 현재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2상, 292, 296.

2. 명령·규칙에 대한 제1항소원 인용 주문

가. 실무

명령·규칙에 대한 인용 결정의 형태를 본다. 명령·규칙에 관한 소원 중 최초의 인용 결정으로 보이는 89헌마178 사건에서 현재는, “법무사법시행규칙(1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호) 제3조 제1항은 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다.”⁸⁴⁾는 주문을 내었다. 침해된 기본권을 특정하고, 말미로 ‘위헌’이라는 표현을 사용하였다.⁸⁵⁾ 현재 1993. 5. 13. 92헌마80 사건도 유사하다.⁸⁶⁾ 그러나, 그 이후로는 따로 침해된 기본권을 특정하지 아니하고, 바로 위헌이라는 주문을 내었다.⁸⁷⁾⁸⁸⁾

나. 헌재법 제75조와의 부조화

위에서 보인 바와 같은 명령·규칙에 대한 제1항소원 인용 결정의 주문이 헌재법 제75조와 조화롭지 아니함은 비교적 분명하다.

만약 헌재법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 규칙을 제정하거나 개정하는 작용이 포섭될 수 있다고 보고, 이것을 대상으로 한 제1항소원을 인용하는 결정을 한다면, 헌재법 제75조 제1항에 어울리는 주문형식은 다음과 같은 것이다.

1. 피청구인⁸⁹⁾이 1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호로 법무사법시행규칙 제3조 제1항을 개정한 것은 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해한다.
2. 피청구인의 제1항 공권력 행사를 취소한다.

위 주문 중 제1항이 헌재법 제75조 제2항의 것이고, 위 주문 중 제2항은 같은 조 제3항의

84) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 368.

85) 기본권을 침해한다는 주문을 내지 아니하였다는 점과 달리 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하지 아니하였다는 점을 확인할 필요가 있다.

86) 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 367-368. “체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1989.7.12. 체육부령 제13호, 개정 1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준(별표1)에 수록되어 있는 “2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)”의 “(2) 개별기준” 중 “자. 당구장업”란 3)에 기재된 “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위배된다.”

87) 현재 2006. 5. 25. 2003헌마715 등, 판례집 18-1하, 112, 116. “안마사에관한규칙(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 “앞을 보지 못하는” 부분은 헌법에 위반된다.”

88) 현재 2010. 4. 29. 2007헌마910, 판례집 22-1하, 97, 100. “행정사법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 일부 개정된 것) 제4조 제3항 중 ‘행정사의 수급상황을 조사하여 시험의 실시가 필요하다고 인정하는 때 시험실시계획을 수립하도록 한 부분’은 헌법에 위반된다.”

89) 대법원. 헌법 제108조 참조.

것이다. 만약 제1항의 주문만 있고, 제2항의 주문이 없는 경우 그 효력은 어떠한가. 여기에 관한 현재의 결정은 없지만, 참고할 만한 결정은 있다. 권한쟁의심판 사건에서, 제1항의 주문만 있고, 제2항의 주문이 없는 경우, 즉 권한침해 확인 결정만 있는 경우에는, 피청구인의 처분은 그대로 유효하다고 본다.⁹⁰⁾ 이 결정의 취지를 이어간다면, 피청구인의 입법작용을 취소하거나 무효임을 확인하지 아니하는 이상, 제1항의 확인 결정만으로는 피청구인의 입법작용의 효력에는 영향을 미칠 수 없다. 그대로 유효하다.

다. 효력

(1) 판시

그러함에도 현재가 그 인용 결정의 주문에서 명령·규칙이 헌법에 위반된다는 기재를 하였을 때 그 효력은 무엇인가 하는 것이 문제된다.

그런데, 현재는 “명령·규칙에 근거한 집행행위가 존재하지 아니한 경우에는 그에 대한 헌법위반여부를 구체적인 재판절차에서 심사할 수 없기 때문에⁹¹⁾ 직접 국민의 기본권을 침해하는 명령·규칙에 대하여는 주관적 권리구제절차로서 헌법소원의 가능성이 열려 있으므로(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178 결정), 헌법재판소에 의하여 명령·규칙이 위헌으로 결정되어 그 효력을 상실한 경우에도 법률의 경우와 그 법리가 다를 바 없다.”⁹²⁾고 한다.

(2) 제1항소원에서의 법률에 대한 위헌 결정의 효력

90) “헌법재판소가 위와 같이 권한침해확인결정을 하는 경우에 나아가 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있는바(같은 조 제2항), 처분의 취소 또는 무효확인 결정은 권한질서를 회복하고 청구인의 권한을 회복시켜주는 형성적 기능을 갖는다. 전자의 결정은 권한쟁의심판의 당사자 사이의 헌법적·법적 지위와 권한을 확정짓는 것이고, 후자의 결정은 청구인의 권한에 영향을 미친 피청구인의 행위를 헌법재판소가 직접 소멸시키거나 효력이 없음을 확인함으로써 청구인의 권한을 회복시키는 것이다. 전자의 결정은 후자의 결정을 위한 필요적 전제이지만, 그 자체로 취소나 무효를 결정짓는 유일한 요건은 아니므로 헌법재판소는 권한침해의 확인에도 불구하고 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 무효로 확인하지 아니할 수 있으며, 청구인이 적극적으로 취소청구나 무효확인청구를 한 때에는 이를 기각할 수 있다. 헌법재판소가 권한쟁의심판에서 청구인의 권한이 피청구인에 의하여 침해되었음을 확인하는 것에 그치고 피청구인의 행위를 취소하거나 무효임을 확인하는 결정을 하지 않는 경우, 이는 청구인과 피청구인 사이의 권한의 존부 또는 범위를 확인할 뿐이므로 피청구인의 행위는 여전히 유효하게 존속한다.”(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 330, 4인 재판관의 각하의견) 여기에 보태어 김종대 재판관의 기각의견이 보태어져서 법정 의견(기각)이 도출되었다.

91) 타당하지 아니한 지적이다. 위에서 본 바와 같이 명령·규칙에 대해 직접성이 인정된다고 하여, 그에 기한 행정작용에 대해 전적으로 다를 수 없다는 것은 오해이다. 우선은 기속행위로 이해되어지는 처분이 있다는 것을 근거로 들고 싶다. 만약 위의 진술이 타당하다면 일반법원에서 위헌심사를 실시하는 미국이나 일본의 경우 위헌심사를 할 수 없는 사각지대가 엄청나다고 하여야 할 것인데, 과연 그러한지는 의문이다.

92) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 861.

위에서 현재는 명령·규칙에 대한 위헌 결정의 효력이 법률에 대한 위헌 결정의 효력과 같다고 판시하였음을 보았다. 그러면 법률에 대한 위헌 결정의 효력은 어떠한가?⁹³⁾

법률에 대해 위헌으로 결정하는 경우 그 효력이 어떠한가에 대하여 현재법은 매우 상세히 규정하고 있다. 현재법 제47조 제2항, 제3항이다. 이것들은 위헌법률심판 사건에서 법률에 대해 위헌결정이 선고된 경우의 효력을 정한 것이고, 현재법 제75조 제6항은 같은 조 제5항의 부수적 규범통제절차나, 제2항소원을 통하여 법률에 대해 위헌으로 결정된 경우에 준용하도록 정하고 있다.

제1항소원의 경우에도, ‘공권력의 행사 또는 불행사’가 위헌인 법률 또는 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 부수적으로 해당 법률조항에 대하여도 위헌을 선고할 수 있고, 이 경우 현재법 제47조를 준용하도록 정하고 있다.⁹⁴⁾ 그런데, 현재는 위와 같은 부수적 위헌선언의 경우 이외에도 일반적으로, 제1항소원에서 법률에 대해 위헌이라 결정할 수 있고, 법률에 대해 위헌이라 결정된 경우에는 현재법 제47조가 준용됨을 밝히고 있으나, 정작 제1항소원 절차에서 법률에 대하여 위헌 결정⁹⁵⁾을 하는 경우에 그 효력이 어떠한가 하는 점에 대해서는 현재법 어디에도 정하고 있는 바가 없다.

이 상황을 이해하는 방법에는 두 가지가 있을 수 있다. 하나는 물론해석이다. 부수적 규범통제절차에서 법률에 대해 위헌 결정을 한 경우에 현재법 제47조가 준용되므로, ‘당연히’ 제1항소원을 통하여 법률에 대해 ‘기본권 침해 확인 결정’을 한 경우에도 현재법 제47조가 준용된다는 것이다. 이 입장에서는 현재법 제75조 제6항 중의 같은 조 제5항 부분을 ‘확인적’인 것으로 본다.

다른 하나는 현재법 제75조 제6항 중의 같은 조 제5항 부분을 ‘형성적’인 것으로 이해하는 입장이다. 즉 제1항소원을 통하여 법률의 기본권 침해 여부는 다루어지지 않는데, 현재법 제75조 제5항의 부수적 규범통제 절차를 통하여 비로소 법률이 위헌이라 선언될 수 있고, 이 경우 현재법 제47조가 준용된다는 것이다. 현재는 제1항소원을 통하여 법률에 대해 위헌 결정을 하면, 현재법 제75조 제3항에 따라 당해 공권력 행사를 취소하지 아니하더라도, 현재법 제47조에 따른 효력이 부여된다는 것이다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾

93) 현재가 제1항소원 절차에서 법률에 대해 위헌이란 주문을 낼 수 있는가 하는 것이 다루어질 필요가 있다. 이것은 명령·규칙의 경우에도 마찬가지다.

94) 현재법 제75조 제6항.

95) 엄밀히는 기본권 침해 결정.

96) 집약적으로 이 문장이 얼마나 잘못되었나 하는 것을 정리해 보자. 첫째, 법률은 공권력의 행사가 아니다. 입법작용의 결과물일 뿐이다. 둘째, 현재법 제68조 제1항에 의하면 제1항소원의 쟁송물은 ‘공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부’이다. 그러므로 ‘법률’이 공권력의 행사라 보더라도, 인용 결정의 주문은 “법률이 청구인의 기본권을 침해한다”는 것이어야 한다. 법률이 위헌인지 여부가 쟁송물이

(3) 검토

헌재의 위의 논리에 따른다면, 결국 명령·규칙에 대하여 위헌 결정⁹⁸⁾을 하는 경우 그 효력은 헌재법 제47조가 준용된다는 것이다. 그래서 장래를 향하여 그 효력을 상실하게 된다는 것이다. 만약 형벌에 관한 명령·규칙이라면 헌재법 제47조 제3항에 따라 소급하여 그 효력을 상실하게 될 것이다.⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾

이 경우 제1항소원에서 법률에 대해 위헌 결정을 하는 경우에 대한 비판에 보태어서, 위헌법률심판절차를 통하여 ‘법률’에 대한 위헌 결정을 하는 경우에 관하여 정하고 있는 헌재법 제47조가 어떻게 ‘시행령’이 기본권 침해한다는 결정에 준용될 수 있는가 하는 비판이 보태어질 수 있을 것이다. 즉, 법률에 대한 경우는 그나마 ‘법률’에 대한 위헌 결정의 효력을 정한 조문이라도 있어서 억지로라도 그 조항이 준용된다고 주장할 수 있는 가능성이 있다 하더라도, 명령·규칙의 경우에는 명령·규칙에 대한 위헌 결정의 효력을 정한 조문 자체가 없음에도 불구하고, 만연히 법률에 대한 위헌 결정의 효력을 정한 조문이 준용된다는 것은 이해하기 어려운 것이다.¹⁰¹⁾

아닌데(위헌법률심판과 비교해 보라), 심판의 결과물인 주문에는 ‘위헌’이라는 주문을 내는 것은, ‘쟁송물 따로, 주문 따로’라는 비난을 면할 길이 없다. 권한쟁의 심판에서 처분의 취소 없이, 권한침해 확인주문만으로는 어떠한 효력도 발생하지 않는다는 것이 현재의 판례인데, 제1항소원에서는 결국은 기본권 침해 확인만으로 공권력 행사의 효력을 장래적으로 상실시키는 효력이 있다고 보는 것은 논리적으로 일관된 것이라 하기 어렵다. 셋째, 헌재법 제47조가 준용될 근거가 어디에도 없다. 헌재법 제75조 제6항에 따른 법률의 위헌 결정에도 헌재법 제47조를 준용하도록 하는 규정을 두었음을 기억할 필요가 있다.

97) 이 점에 대한 보다 구체적인 비판은 정주백, 법률의 헌법소원대상성에 관한 관견, 헌법논총 26집(2015), 299-344 참조.

98) 엄밀히는 기본권 침해.

99) 앞에서 본 2013헌마403 사건을 생각해 보라. 이 사건에서는 각하를 하였지만 각하를 하지 않았다면 재심을 청구할 수도 있다는 것으로 귀결될 것이다. 필자는 이 사건에서 헌재가 심판청구를 각하한 가장 중요한 내심의 이유 중의 하나가 이것이라고 본다. 당해 형사재판이 확정되고 나서 재심을 청구한다면 재심이 받아들여질 것인가? 이 점에 대하여 헌재는 자신하지 못하였을 것이라고 본다.

100) 대법원 2018. 12. 18.자 2017모107 결정은 이를 전제로 하고 있다.

101) 이 논문의 심사과정에서 익명의 심사위원께서는 다음과 같은 귀한 의견을 주셨다. “한편, 헌재법 제75조의 규율이 여러 가지 결함이 많다는 것은 인정할 수밖에 없다. 그러나 그것에 더 잡아 법률, 명령, 규칙을 소원대상에서 제외하는 것이 입법자의 의도였던 것으로 새기기는 어렵다고 본다. 헌재법의 입법자는 우리 헌정사에서 처음으로 채택되었고, 따라서 충분한 연구가 축적되지 못한 상태에서 헌법소원제도를 규율하면서 여러 가지 편제상의 오류를 범했다고 보는 것이 정확한 진단이라고 본다. 부수적 위헌선언의 가능성을 명시한 것이나 재판만을 명시적으로 소원대상에서 제외하고 있다는 사정은 오히려 입법자에게 법령을 소원대상에서 제외하려는 의사가 없었다는 것을 뒷받침한다고 본다.”

이 점에 대하여 간단히 응답하고자 한다. 먼저 입법자의 의도만으로 법을 해석하기는 어렵지 않을까 하는 생각을 한다. 헌재도 그러한 생각을 드러낸 일이 있다. 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356, 374에서 헌재는 입법과정에서 논의된 것이 취지가 분명하고 명시적인 법률의 해석에 영향을 미칠 수 없다는 취지로 판시한 바 있다. 그러므로 우선은 존재하는 법을 해석하여 결론을 얻으려는 노력을 충분히 경주하여야 한다고 본다. 다음으로 부수적 위헌선언 규정은 어느 쪽으로도 논거로 사용되어질 수 있다고 본다. 부수적 위헌 선언에 대하여까지 그 효력에 관한 규정을 둘 정도로 섬세히 법률조항을 디자인했는데, 본원적인 제1항소원의 경우에는 인용 결정의 효력에 관하여 규율하지 않았다. 이것은 헌재법이 제1항소원에서 부수적 위헌

VII. 결론

필자는 법률에 대하여 제1항소원의 형태로 다루는 것이 우리 헌법과 법률에 부합하는가 하는 점에 의문을 제시한 바 있다. 그런데, 명령·규칙의 경우에는 법률의 경우보다 더 법적 근거가 빈약한 것으로 보인다. 이 상황에 대하여 추가적으로 법적 근거를 보강하여야 한다는 결론에 이를 수도 있고, 헌재가 관할을 포기하여야 한다는 주장에 이를 수도 있다. 이 점에 대해서는 언급을 하지 않는다. 필자의 목표는, ‘당연히’ 또는 ‘딱연히’ 된다, 안 된다고 하지 말고 우리의 헌법과 법률을 하나씩 뜯어보면서 해석을 해 보는 것이다. 현재까지는 헌재의 결정에 대해 의구심을 품고 있다.

이 글에서 보충성의 문제가 그리 선명하지 아니한 것은 앞으로 조금 연구하기로 한다. 특히 고시에 대해 법원과 헌재 사이에 관할권의 배분이 불명확한 부분이 있음은 분명한데, 이것을 이 논문의 결론과 어떻게 관련시켜 설명하여야 하는가 하는 점이 충분히 논증되지 못한 상태에 있다.

부작위에 관한 부분은 전혀 다루지 못하였다. 물론, 헌법의 명령을 바로 도출할 수 있는 경우는 별론으로 할 것이지만,¹⁰²⁾ 법률이 정한 작위의무를 이행하지 아니한 경우에 이것이 위법의 문제일 뿐인가, 아니면 위헌의 문제로 발전되어지는가 하는 이슈는 상당히 중요하다고 보인다. 후자의 입장을 분명히 드러낸 결정은 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718¹⁰³⁾이다. 대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 전원합의체 판결 중의 김용담 대법관의 반대의견에 대한 보충의견은 이 점을 의식하여 다루고 있다. 이 점들에 대해서는 다른 기회에 논의하기로 한다. 나아가 이 글에서는 권리보호이익의 문제를 다루지 못하였다. 청구기간의 특례 문제도 다루지 못하였다. 다음에 다시 다루어 보기로 한다.

결정 형식으로 법률에 대해 위헌을 선언하는 것을 예정했을 뿐, 법률 자체를 본원적 심판대상으로 삼지 않았기 때문이라고 해석할 수도 있다. 이것은 필자의 입장이다.

102) 헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2상, 292.

103) 판례집 16-1, 313, 320. “입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부(대통령)가 이러한 법적 의무를 이행하지 않는다면 이는 위법한 것인 동시에 위헌적인 것이 된다. 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 근대 자유민주주의 헌법의 원리에 따라 국가의 기능을 입법·행정·사법으로 분리하여 상호간의 견제와 균형을 이루게 하는 권력분립제도를 채택하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229-230). 따라서 행정과 사법은 법률에 기속되므로(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 267), 국회가 특정한 사항에 대하여 행정부에 위임하였음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것이다”

| 참고문헌 |

- 정주백, “권한쟁의심판의 쟁송물”, 법학연구 제30권 제4호(2019).
- 정주백, 법률에 대한 헌법소원에 있어서의 권리보호이익, 헌법학연구 제21권 제4호(2015).
- 정주백, 법률의 헌법소원대상성에 관한 관견, 헌법논총 제26집(2015).
- 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018).
- 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집(1996).

| Abstract |

The Constitutional Court (hereinafter 'CC') considers orders and rules to be justiciable by constitutional complaint, the ground of which is as follows: Firstly, since CC is empowered to judicial review on Acts by Art. 111, Sec. 1, Item 1 of the Constitution, it naturally follows that CC is entitled to judicial review on orders and rules which are subordinate to Acts as well. Secondly, the Supreme Court's power for final review on orders and rules provided by Art. 107, Sec. 2 of the Constitution is confined to specific court cases where the constitutionality of the order or rule in question constitutes a prerequisite for adjudication, and this does not rule out the eligibility of constitutional complaints on the order or rule.

This article, however, points out that there is nothing in Korean legal schematic to regulate cases in which CC and ordinary court have conflicting decisions on the constitutionality of orders or rules. Thus only one of them, either CC or the ordinary court, would have the power to decide thereupon. And we shall have to take the upper hand of the latter, since the ordinary court is empowered to such review by the Constitution, whereas such power of CC can be based, at best, by the CC Act.

The CC Act provides nothing on the legal effect when decisions on the unconstitutionality of orders or rules are declared. More problematic than cases where Acts are declared unconstitutional in constitutional complaints (as there is no provision allowing *mutatis mutandis* application of Art. 47 CC Act), there is no provision in the first place to rely on in cases of orders or rules.

To be worse, The current form of main sentence taken in CC's decisions declaring orders or rules unconstitutional has no legal provision justifying it, and it is entirely incompatible with Art. 75 of the CC Act.

Responses on these issues are needed to acknowledge the jurisdiction of the CC.

Keywords: Order, Constitutional Complaint, Appeal Litigation, Jurisdiction, effect of decision

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 “1. ○○○...”, 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 전개의 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 직위	소 속	
	영문소속	
	직 위	
	영문직위	
연락처	주 소	
	전화번호	
연구윤리 확인서		
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

논문등 제목																								
투고일																								
<p>헌법재판연구원이 발행하는 「헌법재판연구」에 게재된 논문등의 저작권을 헌법재판연구원에 양도하는 것에 동의합니다.</p> <p>1. 본 논문등은 창의적이며 다른 출판물의 저작권을 침해하지 않았음을 확인합니다. 2. 저자는 본 논문등에 실제적인 공헌을 하였으며 최종 논문의 내용에 동의합니다. 3. 본 논문등은 과거에 출판된 적이 없으며 다른 학술지에 게재를 목적으로 제출되어 있지 않습니다. 4. 게재가 결정된 최종 논문등의 저작권은 헌법재판연구원으로 양도되며, 「저작권법」 제24조의2가 규정하는 공공저작물로서 이용되는 것에 동의합니다. 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 저자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">공동저 자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">교신저 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 저자	(서명)				공동저 자	(서명)				교신저 자	(서명)			
저자 구분	성 명 (서명)	소속	이메일	전화번호																				
주 저자	(서명)																							
공동저 자	(서명)																							
교신저 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

성명	한글: 영문: 한자:		
주민등록번호			
주소			
소속 및 직위			
본인명의 계좌	은행명:	계좌번호:	
연락처	휴대폰:	유선전화:	
	이메일:		

□ 안내사항

수집하는 개인정보 항목	위 기재 '개인 기본사항'
개인정보의 수집 및 이용목적	<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 ② 의사소통 및 정보 전달 등에 이용 : 핸드폰 번호, 이메일 주소 ③ 원고료 지급 등에 이용 : 계좌정보 ④ 기타 객관적이고 합리적인 이용</p>
개인정보의 보유 및 이용기간	수집된 개인정보의 보유기간은 10년입니다. 또한 보유기간 종료 시 자원자의 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
	임성희	헌법재판연구원
	간 사	김종현
한동훈		헌법재판연구원

헌법재판연구

제6권 제2호

2019년 12월 26일 印刷

2019년 12월 31일 發行

發行 헌법재판소
헌법재판연구원

印刷 경성문화사 02) 786-2999

ISSN 2383-8108

