

한국헌법학회 · 헌법재판소 헌법재판연구원 공동학술대회

법치주의의 진화와 헌법재판

- 일시: 2021년 12월 3일(금) 14:00
- 장소: 서울시립대학교 법학전문대학원 모의법정(법학관 5층)
- 주최: 한국헌법학회 · 헌법재판소 헌법재판연구원
- 후원: 서울시립대학교 법학연구소



사단
법인 한국헌법학회
Korean Constitutional Law Association



헌법재판소
헌법재판연구원

일 정

- 14:00~14:10 **개회식** ▶사회: 정상우 총무이사(인하대)
▶개회사: 임지봉 회장(한국헌법학회)
▶축사: 이헌환 원장(헌법재판연구원)
- 제1부** ▶사회: 이종수 교수(연세대)
- 14:10~15:00 [제1발제] **헌법재판과 법, 그 사이의 거리**
▶발제: 정주백 교수(충남대)
▶토론: 권수진 박사(성균관대), 강서영 책임연구원(헌법재판연구원)
- 15:00~15:50 [제2발제] **아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 현황**
▶발제: 변해철 교수(한국외대)
▶토론: 윤성현 교수(한양대), 차원일 박사(헌법재판소)
- 15:50~16:00 **휴식**
- 제2부** ▶사회: 허진성 교수(부산대)
- 16:00~16:50 [제3발제] **코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의
— 미국의 백신접종정책을 중심으로 —**
▶발제: 이노홍 교수(홍익대)
▶토론: 이병규 교수(동의과학대), 조영승 박사(부산대)
- 16:50~17:20 **종합토론**
▶토론: 정필운 교수(한국교원대), 김종현 박사(헌법재판연구원),
이한주 박사(고려대)
- 17:20~ ▶상임이사회 ▶사회: 정상우 총무이사(인하대)
▶정기총회
- 18:00 **만찬**

목 차

【제1발제】

헌법재판과 법, 그 사이의 거리	정 주 백	1
▷ 토론	권 수 진	43
▷ 토론	강 서 영	45

【제2발제】

아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 현황	변 해 철	51
▷ 토론	윤 성 현	69
▷ 토론	차 원 일	75

【제3발제】

코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의 — 미국의 백신접종정책을 중심으로 —	이 노 흥	77
▷ 토론	이 병 규	115
▷ 토론	조 영 승	119

【종합토론】

▷ 토론	정 필 운	123
▷ 토론	김 종 현	125
▷ 토론	이 한 주	131

헌법재판과 법, 그 사이의 거리

정 주 백*

- I. 도입
- II. 헌법재판의 대상
- III. 민주주의와 헌법재판
- IV. 절차법
- V. 실체법
- VI. 결론

I. 도입

법학은 재판의 결과를 예측하기 위한 학문의 성격도 가지고 있다. 이 말은 재판이 이성과 논증의 결과물이라는 것을 전제로 한다. 감성의 결과를 예측하는 것은 어렵다. 재판은 법을 재판의 대상에 적용한다. 재판의 대상은 사실일 수도 있고, 다른 법일 수도 있다. 헌법재판은 사실을 대상으로 하는 경우보다는 법을 대상으로 하는 경우가 많다.

재판이 법을 근거로 진행되어야 한다는 점은 말할 필요가 없다. 절차에 관한 것이나 실체에 관한 것이나 마찬가지다. 결국 재판은 절차에 관한 법에 따라 진행하여 법을 재판의 대상에 적용하여 결론을 낸다. 일반적으로 이렇게 받아들여진다. 그런데 이것은 추상론이고, 구체적인 재판이 과연 그러한가는 다시 검토되어야 한다.

이 논문은 헌법재판이 법에 얼마나 충실하였나 하는 점을 다룬다. 법령소원과 권한쟁의의 대상으로 되고 있는 것들이 과연 헌법재판의 절차에 있어서 현재 효력이 있는 실정법과 조화로운가를 살펴본다. 만약 조화롭지 아니하다면, 현재는 법에서

* 충남대학교 법학전문대학원

정하지 아니한 것들을 대상으로 심판의 대상으로 삼고 있다고 비판받을 수 있다. 필자는 그렇다고 생각하고 이 논문을 작성하였다.

다른 한편으로는 헌법재판의 대전제에 관해 살펴본다. 헌법재판의 결론은 거의 과잉금지원칙 또는 평등원칙¹⁾의 적용 결과다. 이것들이 재판규범으로 작동할 수 있는가, 작동하고 있는가, 예측가능성은 담보하고 있는가 하는 점을 살펴본다. 나아가 본질침해금지원칙에 관한 본질적인 문제, 즉 과연 본질침해금지원칙이 앞의 과잉금지원칙과 별개의 심사원칙으로 운용되고 있는가 하는 점을 본다. 또, 적법절차원칙에 관한 현재의 일반론이 그대로 적용되고 있는가, 그와 같은 일반론은 우리에게 필요한가 하는 점을 살펴본다.

절차법에 관한 문제와 실체법에 관한 문제는 연계되어 있다. 이 논문은 절차에 관하여는 법이 예정하지 아니한 부분은 과감히 심판대상에서 배제하여야 한다고 본다. 이를 통하여 남게 되는 연구인력을 실체법에 관한 이론을 정치하게, 체계적으로 정립하는데 활용함으로써 좀 더 수준 높은 헌법재판을 할 수 있다고 본다. 사건을 많이 처리한다고 그 재판의 수준이 높아지는 것이 아니다. 밀려오는 사건들을 처리하느라 정작 중요한 연구를 소홀히 하여서는 안 된다. 게다가 그 사건들이 법이 허용하지 않는 것을 억지로 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)가 관할 아래 두고 있다는 점을 감안한다면 더욱 그러하다. 헌재가 출범 초기 존폐를 걱정하던 시기에 만들어진 판례들을 재검토할 필요가 있다.

이 글은 논문으로 출간하기 위하여 작성된 것은 아니다. 필자가 이 문제를 다루는 책을 준비 중인데, 발제를 부탁받아 발제를 하게 되었다. 이 글의 대부분이 이미 발표되었던 것이거나, 필자의 책²⁾ 중의 일부다. 신규성을 비난하면 비난받겠으나, 미리 변명을 적어둔다.

-
- 1) 원리인지 기본권인지에 관한 논란은 있으나, 실천적으로 큰 의의를 가지는 것 같지는 않다. 우리 문제로 본다면 헌재법 제68조 제1항 소원의 기초로 될 수 있는가 정도일 것이다.
 - 2) 이 글은 논문으로 출간하기 위하여 작성된 것이 아니다. 필자가 이 문제를 다루는 책을 준비 중인데, 발제를 부탁받아 발제를 하게 되었다. 이 글의 대부분이 이미 발표되었던 것이거나, 필자의 책(『헌법기사』, 박영사, 2021) 중의 일부다. 신규성을 비난하면 비난받겠으나, 미리 변명을 적어둔다.

II. 헌법재판의 대상

헌법재판소의 사건누계표를 보이면 다음과 같다.³⁾

구분	접수	처리											미제	
		위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하	계		
위헌법률 심판	1,035	299	84	18	7		366		75		124	973	62	
탄핵	3					1		1				2	1	
정당해산	2					1			1			2		
권한쟁의	117					19		28	45		19	111	6	
헌 법 소 원	§68 ①	33,765	116	76	20		806	4	8,120	22,956 (21,284)	8	812	32,918	847
	§68 ②	8,824	248	106	32	21		2,570		5,224 (4,821)	2	140	8,343	481
	계	42,589	364	182	52	21	806	2,574	8,120	28,180 (26,105)	10	952	41,261	1,328
합계	43,746	663	266	70	28	827	2,940	8,149	28,301 (26,105)	10	1,095	42,349	1,397	

위헌법률심판과 헌법소원심판이 대종을 차지한다. 접수된 사건 43,764 건 중, 43,624 건이다. 99.68%를 차지한다. 탄핵과 정당해산의 사례는 극소수에 불과하다. 탄핵심판은 3건, 정당해산심판은 1건이 접수되었다.⁴⁾

헌법소원 중 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원(이하 ‘헌마소원’이라 한다.) 중 가장 큰 비중을 차지하는 것은 검사의 불기소처분에 관한 것이다. 전체 접수사건 33,765 건 중 15,573 건이다. 그 중 7,427 건이 각하되었다.⁵⁾ 7,500건 정도⁶⁾가 본안에서 처리되었다. 749 건이 인용되었고, 6,700 건이 기각되었다. 그러나 이 사건이 현재의 중요한 업무에 해당된다고 보기는 어렵다. 1기 이시윤 재판관은 헌재가 1988년에 출범할 당시, 존폐를 걱정하였다고 한다.⁷⁾ 이 상황을 타개하기 위하여 검

3) 헌법재판소 홈페이지 자료. <https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do> 1988. 9. 1. ~ 2021. 9. 30. 기준. 정당해산심판사건 2건 중 1건은 재심사건임. 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.

4) 2건이라 표시되어 있지만, 1건은 재심사건이다. 위의 주 참조.

5) 미제 362 건이 있다.

6) 정확하게는 7,449 건. 접수된 사건수(15,573)에서 각하된 사건수(7,427), 취하된 사건 수(332), 기타(3), 미제 362를 뺀 숫자다.

사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 삼는 이론을 구성하고는 안도하였다 한다.⁸⁾

- 7) 이시윤 재판관은 다음과 같이 기술하였다. “헌법재판소가 개점 휴업의 구 헌법위원회 판박이로 양로원화하는 것이 아닌가 하는 공포(?)가 엄습했던 것도 사실이다. ‘태어나서는 안 되는 사생아적 기관’, ‘다음 개헌 때는 손 보아야 할 기관’으로 폄하하는가 하면, ‘대법관이라는 용이 되려다가 만 이무기의 집합’, ‘헌법재판감각 없이 민형사재판 하던 아류’라는 모욕적 언사가 나오는가 하면, 또 헌법재판소가 헌법위원회의 재판(再版)임을 시사하듯이 재판관 면전에서 만류에도 불구하고 구태여 ‘위원’이라고 거듭 호칭하는 자도 있었다. 이렇듯 냉소적인 모멸감에서 필자는 53세밖에 안 되어 더 일할 나이에 양로원 소속 신세가 되는 것을 개탄해야 할 때도 없지 않았다.”{원로법학자 이시윤의 소송야사(訴訟野史) 2 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편), 법률저널 2017. 8. 10. <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45046>} 밑줄은 필자가 추가한 것이다.
- 8) “재판은 헌법소원에서 배제되어 어쩔 수 없는 일이라 하여도, 검사의 불기소처분이 헌법소원의 대상이 된다면 헌법재판소가 사건 없는 한적한 기관임을 면할 수 있을 것인데, 그 이론적 뒷받침이 문제였다. 선진국 헌법재판소의 판례가 있는 것도 아니고, 파견 헌법연구부장법관에게 시켜보니 냉담한 반응이었고, 스스로 고심하다 보니까 헌법 제27조 제5항에 형사피해자의 공판절차에서의 진술권이 있는 것이 발견되었다. 검사가 제마음대로 형사고소사건 등에서 불기소처분을 하는 것은, 제대로 기소처분을 했을 때 법관에 의한 공판절차에서 형사피해자가 진술권을 행사하는 것을 막아버리는 기본권침해의 문제가 생긴다는 것에 착안하였다. 이렇게 되면 헌법소원의 대상적격이 있다는 이론적인 구성이 된다고 보았다. 드디어 검사의 불기소처분에 대해 헌법소원을 할 수 있다는 판례가 헌법재판소에서 나가면서 이제 불기소 처분에 대한 헌법소원사건이 늘어나, 헌법재판소는 사건없는 ‘별 볼 일 없는’ 기관이 아닌 실질을 갖출 수 있었다.”{원로법학자 이시윤의 소송야사(訴訟野史) 2 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편), 법률저널 2017. 8. 10. <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45046>} 밑줄은 필자가 추가한 것이다. 그러나, 이러한 판사가 이론적으로 타당한 것인가에 대해서는 의문이 제기될 수 밖에 없다. 재판절차진술권은 먼저 재판이 진행중인 것을 전제로 인정되어질 수 있다. 아직 기소되기 전의 상태에서, 기소를 요구하는 근거로 작동할 수는 없다. 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764, 판례집 21-1상, 156, 181의 재판관 조대현, 민형기의 반대의견 참조. “피해자의 재판절차진술권은 피의자가 이미 공소제기된 것을 전제로 하는 것으로서, 종합보험 등 가입을 이유로 검사의 공소권 없음의 불기소처분이 내려진 교통사고 사건의 피해자는 재판절차진술권을 가지고 있다고 볼 수 없으므로, 이를 보장하기 위하여 수사기관에 공소제기를 요구할 수 없다.” 유사한 쟁점인, 국민투표권에 관해서는 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166, 판례집 25-2하, 559, 563(“헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 기본권이므로 한미무역협정에 대한 대통령의 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 한미무역협정체결이 헌법 제72조의 국민투표권을 침해할 가능성은 없다.”); 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579, 판례집 17-2, 481, 519; 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166, 판례집 25-2하, 559, 562, 국회의원의 심의표결권에 관해서는 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170, 189(“국회의원인 청구인들은, 국회의장이 위 국회법 조항에 따라 해당 안건에 대해 심사기간을 지정하였으나 해당 위원회가 기간 내 심사를 마치지 아니하여, 국회의장이 중간보고를 들은 후 본회의에 이를 부의하는 일련의 과정을 거쳐 해당 안건이 본회의에 상정되어야만 해당 안건에 대하여 심의·표결권을 행사할 수 있게 되며, 청구인들의 법안 심의·표결권에 대한 침해위험성도 이때 비로소 현실화된다.”)를 각 참조. 평등권에 관하여 보더라도, 헌재는 동일한 사태에 대해 다른 처우를 하였다는 이유로 평등

그 외 ‘행정처분 등’이 3,659 건 접수되었으나, 3,153 건이 각하되었고, 173 건이 취하되었으며, 104 건이 미제로 남아 있다. 주로는 보충성 요건이 각하 사유로 되었을 것이라 보인다. 행정부작위는 568 건 접수되어 432 건이 각하되었고, 16 건이 취하되었으며, 9 건이 미제로 남아 있다. 주로 작위의무가 인정되지 아니하여 ‘부작위의 부존재’를 이유로 각하된 것으로 보인다.

그 외 사법부의 재판에 대한 헌법소원은 거의 각하되었다. 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다.)이 명문으로 부적법하다는 점을 밝히고 있기 때문이다.

이것들을 제외하면 헌마소원의 대상으로 남는 것은 법령에 대한 소원이다. 법률에 대한 것이 5,572 건, 국회의 입법부작위가 424 건, 행정입법이 1,083 건 등이 있다. 위헌법률심판 1,035 건과 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원 8,824 건을 비교해 보면, 그 비중이 적지 아니하다.

법률에 대해서는 ‘위헌 등’ 결정이 180 건⁹⁾ 있다. 법률에 대한 헌마소원 사건 중 우리 사회에 큰 파장을 일으킨 사건은 적지 않다. 제대군인지원에관한법률 제8조제1항 등 위헌확인 사건(속칭 ‘제대군인가산점 사건’),¹⁰⁾ 신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인(속칭 ‘관습헌법 사건’)¹¹⁾도 여기에 속한다. 공직선거법 조항에 대하여 위헌성 결정을 한 사례도 12 건이 검색된다.¹²⁾ 행정입법에 대한 인용 사례는 그리 많지 않다.¹³⁾ 사법입법에 관해서는 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원¹⁴⁾은 현재의 발족 초기에 헌재와 대법원 사이에 갈등을 유발한 사건이었다.

청구원인별 헌마소원 누계를 표로 정리하면 다음과 같다.¹⁵⁾

권을 침해하였다고 판단한 것 같이 보이나, 비교대상인 동일한 사태를 제시하지 아니하였다는 점에서는 비판받을 수 밖에 없다. 물론, 검사의 불기소처분을 집행의 평등 문제로 보고, 집행의 평등을 ‘위법’한 법집행으로 이해한다면 헌재의 결론을 수긍할 수 없는 것은 아니다. 이 점에 대해서는, 정주백, 『평등정명론』, 충남대출판문화원, 2019, 247 이하 참조. 문제는 위배한 법이 무엇인가 하는 것이다. 이것을 제시하지 않았다는 점에서 헌재가 이러한 관점을 선택한 것으로 보기도 어렵다. 구성요건에 해당하는 형벌조항 자체가 위법 또는 위헌 판단의 근거가 되는 것은 아니다.

9) 위헌 98, 헌법불합치 64, 한정위헌 16, 인용 2.

10) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770.

11) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2하, 1.

12) 헌마소원 사건 중 사건명 ‘공직선거’로, 중국결과 ‘위헌’, ‘헌법불합치’, ‘한정위헌’, ‘한정합헌’으로 검색.

13) 위헌 13, 헌법불합치 3, 한정위헌 3.

14) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365.

15) <https://www.court.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do> 1988. 9. 1. ~ 2021. 9. 30.

구분	접수	처리										미제		
		위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하		계	
입 법 권	법률	5,572	98	64	16		2	3	956	4,052		138	5,329	243
	부작위	424		1			4		15	385		4	409	15
	결의, 절차 등	24							3	21			24	
	계	6,020	98	65	16		6	3	974	4,458		142	5,762	258
행 정 권	행정처분 등	3,659	2	3			45	1	176	3,153	2	173	3,555	104
	부작위	568					6		5	532		16	559	9
	불기소처분	15,573					749		6,700	7,427	3	332	15,211	362
	행정입법	1,083	13	3	3				148	797	2	46	1,012	71
	자치입법	88		4					20	55		4	83	5
	계	20,971	15	10	3		800	1	7,049	11,964	7	571	20,420	551
	사 법 권	재판	2,991		1	1				73	2,899	1	4	2,979
부작위	70	1							67		1	69	1	
재판이의처분	185								178		5	183	2	
사법입법	49	1						9	30		8	48	1	
계	3,295	2	1	1				82	3,174	1	18	3,279	16	
기타	3,479	1						15	3,360		81	3,457	22	
합계	33,765	116	76	20		806	4	8,120	22,956	8	812	32,918	847	

헌마소원의 주된 대상이 법령임을, 그 중에서도 국회의 입법에 관한 것임을 확인할 수 있다.¹⁶⁾ 행정부의 일은 보충성 때문에, 법원의 일은 재판소원금지 때문에 현재의 심판대상으로 되기 어렵다.

Ⅲ. 민주주의와 헌법재판

민주적 정당성을 갖춘 의회가 제정한 법률을 민주적 정당성이 빈약한 헌법재판관이 무효로 할 수 있는가, 하는 점에 대해서는 오래도록 논쟁되었다.

그러나, 헌법은 입법을 국회에 맡기고,¹⁷⁾ 국회에 의하여 제정 또는 개정된 법률이 헌법에 위배되는지 여부에 대한 판단은 헌법재판소에 맡겼음¹⁸⁾을 이해하면 그 논쟁

기준.

16) 물론, 검사의 불기소처분을 다루는 헌법소원이 수효에 있어서 더 많은 것은 사실이나, 그 결정의 파급력이나 결정의 난이도, 이에 부수하는 연구인력의 투입량으로 보면 그 비중을 크게 볼 수 없다.

17) 헌법 제40조.

18) 헌법 제111조 제1항 제1호.

이 큰 의미를 가지지 아니한다는 것을 알 수 있다.¹⁹⁾ 헌법이 배분한 권한은 그대로 유효하다.

국회에 대한 헌법제정권력자의 불신은 헌법재판을 이해하는데 중요하다. 국회의 다수결이 헌법제정권력자가 보호하고자 하는 헌법의 가치를 훼손할지도 모른다는 우려가 헌법재판제도를 낳았다. 나치는 적법하게, 민주적 절차를 거쳐 집권하였음을 기억할 필요가 있다. 나치의 경험이 독일에서 연방헌법재판소를 설립하는데 중요한 계기가 되었다.

헌법재판은 ‘헌법적 가치’를 수호하는 것이 그 임무다. 현재는 민주적 정당성을 기반으로 하여 국민의 의사에 따라 재판을 하는 기관이 아니다. 현재는 헌법을 해석하고 헌법이 정한 바의 헌법적 가치가 무엇인가에 따라 재판을 한다. 따라서 논리필연적으로 헌법재판관이 민주적 정당성을 갖추어야 하는 것은 아니다.²⁰⁾ 헌법재판관의 민주적 정당성 문제는 법률에 대한 위헌 결정에 재판관 6명의 찬성을 요하게 함으로써 어느 정도 제도적으로 반영되어 있다.

나아가 헌법의 해석에 영향을 미칠 수는 있다. 미칠 수 있다는 표현은 필요한 정도보다 부드러운 표현이고, 미쳐야 한다는 것이 좀 더 적절할 것이다. 그것이 민주적 정당성을 갖춘 국회의 결정을 다루는데 필요한 태도일 것이다. 그래서 민주적 정당성을 갖춘 국회의 결정을 심판의 대상으로 하기 위해서는 분명한 ‘법적 근거’가 필요할 것이고, 국회의 결정을 무효로 하기 위해서는 보다 분명한 ‘헌법적 근거’를 제시할 의무가 있다고 할 것이다.

국민 다수가 옳다거나 헌법재판관이 옳다고 보는 바에 의해 헌법재판의 결론이 도출되어서는 안 된다. 국민의 의지를 그대로 헌법재판의 준거로 받아들인다면, 헌법재판은 국회의 임무와 중복된 작용을 하는데 지나지 아니한다. 헌법재판관의 의지

19) 이에 비하여 미국의 경우에는, 헌법재판에 관한 명문의 근거가 없으므로, 민주적 정당성의 문제가 헌법재판의 허부에 관한 논쟁에서 중요한 이슈로 될 수 있다.

20) 국민의 의사와 헌법이 일치하지 않을 수 있다. 만약에 일치한다면 현재는 불필요하다. 헌법은 의회가 국민의 의사를 대표하도록 정하고 있다(헌법 제41조 참조). 현재는 국민의 의사를 대변하는 기관이 아니다. 현재가, 헌법보다는 국민의 의사를 더 중요시하였다고 보이는 사건으로, [친일재산 귀속법 사건]과 [수도이전 사건]을 들 수 있을 것이라고 본다. 전자에 대해서는 위헌이 아니라는 결정을 하였고, 후자에 대해서는 위헌 결정을 하였다. 두 결정이 당시의 국민의 의사와 부합하였을 수는 있으나, 헌법에 부합하였던 것으로 보이지는 않는다. 전자의 결정에 대한 평석으로는, 최호동/정주백, “진정소급입법 금지원칙의 예외”, 『법학연구』 제24집 제1호, 충남대, 2013, 155 이하 참조.

로써 국회의 결정을 무효로 할 수는 없다. 이것은 너무도 당연하여서 더 말을 보탬 필요가 없다.²¹⁾

헌법재판관에게 요구되는 것은 헌법을 해석하고 분석해 내는 理性이다. 그 이성을 내보이기 위하여 현재의 결정에는 이유를 붙인다. 국회의 결정에 이유를 붙이지 아니함과 비교해 볼 필요가 있다. 현재의 이유는 논리적인 것을 전제로 한다. 법에서 출발하여 그 결론에 이르기까지 논리적으로 설명하여야 한다는 의무가 현재에 주어 져 있다. 이것은 결론이 법으로부터 논리적으로 도출된 것임을 보증한다. 즉 현재 결정문 중 ‘이유’ 부분은 그 결론이 ‘법’의 의지이지 ‘재판관’의 의지가 아니라는 것 을 보증한다.

법의 문면과 결론 사이가 논리적으로 연결되지 아니하면, 그 결론은 법의 의지로 인식되기 어려울 수 있다. 이 경우 그 결론이 법의 의지로 이해되기보다는 재판관의 의지로 이해될 여지가 생기게 된다. 이러한 상황은 위험하다.

IV. 절차법

1. 헌마소원의 대상

가. 법률

‘법률’이 헌법재판의 대상으로 됨에는 의문이 없다. 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호가 분명하게 밝히고 있다.²²⁾ 현재가 법률에 대한 위헌심사를 실시하기

21) 그러나 현실적으로 그런 일이 없는가는 분명치 아니하다. 필자는 비교적 분명하게 그런 일 이 있었다고 본다. 관습헌법 사건을 대표적으로 들 수 있다.

22) 그러나, “‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’을 갖는 규범들”(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바 132, 판례집 25-1, 180, 192)에 대해서는 논란이 있을 수 밖에 없다. 효력이라는 중간개념 을 도입하여 심판대상을 확장하였다는 비판을 받을 수 있다. 현재는 위 2010헌바132 결정 에서 ‘법률적 효력의 유무’를 판단 기준으로 든다. 무엇이 법률적 효력일까? 위 2010헌바 132 결정은 기본권을 제한할 수 있는 규범이라는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 그래서, 긴급조치는 “국민의 기본권을 직접적으로 제한하는 내용이 포함된 이 사건 긴급조치들의 효력을 법률보다 하위에 있는 것이라고 보기도 어렵다.”(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132, 판례집 25-1, 180, 193-194)고 하면서, “긴급조치들은 최소한 법률과 동일한 효력을 가지 는 것”(같은 결정, 194)이어서 그 위헌 여부 심사권한도 현재에 전속한다고 한다. 그러나, 법률 말고도 기본권 제한을 할 수 있는 규범은 수도 없이 많다. 대통령령(헌법 제75조), 총

위해서는 법원의 위헌법률심판제청이 필요하다.

그런데, 현재는 법원의 위헌법률심판제청이 없더라도, 헌마소원의 절차 안에서 법률에 대한 위헌심사를 실시할 수 있다는 입장이다. 몇 가지의 요건을 갖춘다면, 국민은²³⁾은 직접 현재에 ‘법률’이 ‘자신의’ 기본권을 침해했음을 확인해 줄 것을 요청하는 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 점에 관한 판례는 너무도 많아 따로 판례번호를 들 필요는 없을 것 같다.²⁴⁾

공권력의 행사에 입법작용이 포함된다는 것과 법률이 포함된다는 말은 다른 말이다. ‘공권력의 행사’는 공권력 행사와 주체와 공권력 행사의 내용으로 특정되어야 한다. 법률을 제정하는 작용을 예로 든다면, ‘국회가 모년 모월 모일에 특정 법률을 제정 또는 개정하는 작용’이 ‘청구인의 기본권을 침해하는지 여부’가 헌마소원의 심판의 대상으로 된다.²⁵⁾ 위 법률 제정 작용의 결과물인 ‘법률’이 심판의 대상으로 되는 것이 아니다. 이에 비하여 위헌법률심판의 경우에는 ‘법률’이 헌법에 위반되는지 여부가 쟁송의 대상임을 헌법과 법률이 밝히고 있다.²⁶⁾ 그러함에도 ‘법률’이 헌마소원의 대상으로 된다고 이해하는 것은 법문에 어긋나는 해석이다.

현재는 개소 이후 최초로 접수된,²⁷⁾ 88헌마1 결정에서 다음과 같이 판시하였다. “이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하

리령, 부령(헌법 제95조)은 말할 것도 없고, 행정규칙도 마찬가지다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449). 대법원규칙(헌법 제108조), 헌재규칙(헌법 제113조 제2항), 중앙선거관리위원회규칙(헌법 제114조 제6항)도 포함된다. 법률이 대통령령, 총리령, 부령, 행정규칙과 다른 것은 ‘위임을 전제로 하지 않고’ 기본권을 제한할 수 있다는 것이다. 그렇다면, 기본권을 제한할 수 있다는 측면에서 보면, 법률과 대통령령, 총리령, 부령, 행정규칙은 구별되지 않는다. 그러면, 위임을 받지 아니하고 기본권을 제한할 수 있다는 것을 법률적 효력의 본질로 볼 것인가? 그렇게 본다면, 법률과 대법원규칙, 헌재규칙, 중앙선거관리위원회규칙은 동등한 성격을 가지고 있다. 이 규범들은 법률의 위임 없이도 기본권을 제한할 수 있다. 단지 법률에 저촉되지 않아야 할 요청을 수용할 뿐이다. 그렇다고 헌재가 대법원규칙등을 위헌법률심판의 대상으로 이해하는 것 같지는 않다. 현재까지는 이 점을 판시한 결정은 없는 것 같다.

23) 특별한 경우에는 외국인도 가능하다. 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724.

24) 현재에 최초로 접수된 사건에서 이를 밝혔다. 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9.

25) 현재는 입법부작위에 대해서는 이 원칙을 지키고 있다. 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 398의 주문 참조.

26) 헌법 제111조 제1항 제1호, 헌재법 제41조 제1항 참조.

27) 당연히 최초의 헌마소원 사건이고, 최초의 법률에 대한 헌마소원 사건이다.

여 제소하는 길은 없어, 구제절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다.”

필자가 보기에는, 작지만 큰 비약이 눈에 보인다. ‘입법’과 ‘법률 자체’를 동일시한 것이다. 권한쟁의 심판의 경우, 입법작용이 다툼의 대상으로 된다고 하면서도, 즉 입법작용이 헌재법 제61조 제2항의 ‘처분’에 포함된다고 보면서도, 법률이 아니라, 국회의 입법작용 자체를 심판의 대상으로 보는 것과 비교된다.²⁸⁾²⁹⁾

어느 쪽으로 보든가에 따라 당장 청구기간의 준수 여부가 달라질 것이다. 법률의 제정이나 개정 작용을 헌마소원의 대상으로 본다면, 청구기간 만료일이 훨씬 빨리 도래할 것이다. 법률을 제정하거나 개정할 때로부터 1년이 지나면 헌법소원은 부적법해질 것이기 때문이다.³⁰⁾ 나아가 직접성을 둘러싼 복잡한 문제도 발생하지 않을 것이다.

헌마소원의 쟁송물은 공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 그렇다면, 그 결론에 해당하는 주문도 공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부를 표시하는 것이 필요하고도 족하다. 만약 침해하는 경우라면, 어떤 공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 침해한다는 주문을 내어야 한다. 입법작용의 경우라면, ‘피청구인³¹⁾이 모년 모월 모일에 모 법

28) 현재는 “피청구인 국회가 법률 제7328호로 종합부동산세법을 제정한 것”을 심판의 대상으로 특정하였고(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집18-1하, 28, 31), 그 이유를 “권한쟁의 심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650 참조).”라고 밝히고 있다(판례집18-1하, 35).

29) 다만, 피청구인의 처분이 권한쟁의심판의 대상으로 되는가 하는 점은, 주 11 참조.

30) 그러면 법률이 제정 또는 개정되고 나서 1년이 지난 후에 기본권침해 사유가 발생한 경우에는 헌법소원을 제기할 수 없게 되는 것은 부조리 또는 부당한 것 아니냐, 하는 논의가 있을 수 있다. 이 경우에도 당연히 법원을 거쳐 법률의 ‘위헌 여부’가 다투어질 수 있다. ‘위헌 여부’다. ‘기본권 침해 여부’를 다루는 헌마소원보다 인용가능성이 더 크다. 헌마소원을 제기할 수 없게 되면 기본권구제의 공백이 발생하는 것 아니냐, 하는 주장이 있을 수 있다. 그렇지 않다. 미국이나 일본은 우리식의 헌법소원제도가 없다. 그렇다고 하여 권리구제의 공백이 있다는 주장은 없다. 우리 행정소송법은 개괄주의를 채택하고 있으므로, 법률에 기한 행정작용에 대해, 처분성이 부정되는 경우는 적다. 나아가 당사자소송의 가능성까지 생각해 보면, 법률이 작출한 위헌 상태를 법원을 거쳐서도 다룰 수 없는 상황을 상정하기 어렵다.

31) 국회가 될 것이다.

률을 제정 또는 개정한 행위가 청구인의 어떠한 기본권을 침해하였다.’고 주문에 표시하여야 한다. 이것이 헌재법 제75조 제2항이 정하고 있는 바다.³²⁾

그런데도 헌재는 그리 하지 아니한다. 헌재는 “어떤 법률이 헌법에 위반된다”는 주문을 낸다. 왜 이렇게 하여야 하는 것일까? 그것은 법 안에 헌마소원을 통해 헌재법 제75조 제2항의 입법부의 법률의 제정이나 개정이라는 공권력의 행사가 청구인의 기본권을 침해한다고 주문을 내더라도 그 효력을 뒷받침할 규정이 없기 때문이다.³³⁾

헌마소원을 통해서 공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 침해한다고 선언하는 것만으로는 아무런 효력이 없고,³⁴⁾³⁵⁾ 같은 조 제3항에 따라 공권력 행사를 취소하거나 공권력의 불행사가 위헌임을 확인하는 경우에 비로소 공권력의 행사의 경우에는 취소의 형성적 효력이 발생한다.³⁶⁾ 헌재는 ‘국회가 법률을 제정하거나 개정하는 공권력 행사’를 취소한 일이 없다. 입법작용에 대한 ‘취소 주문’이 법리상 받아들여지기 어렵다고 본 때문이라 짐작된다. 그래서 헌재는 법문에 어긋나더라도 ‘위헌’이라는 주문을 낸다. 법률이 위헌이라는 주문을 내는 경우, 헌재법 제47조 제2항과 제3항에 의지할 수 있다고 본 것이라 짐작된다.

과연 그러한가? 헌마소원을 통해 ‘법률’을 ‘위헌’이라 선언하면 헌재법 제47조가 적용되는가? 헌재법 제47조는 헌재법 제4장 특별심판절차 중, 제1절 즉 ‘위헌법률심판’을 통하여 법률에 대해 위헌이라 결정한 경우의 효력을 정한 것이다. 헌재법의

32) 헌재법 제75조 제2항 “제68조제1항에 따른 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다.”

33) 권한쟁의심판에서 권한침해 확인 결정만 있는 경우, 그 효력이 무엇인가 하는 것이 문제로 될 수 있다. 국회의장의 법률안 공포 행위에 관한 사건에서, 피청구인의 처분이 취소되거나 무효로 선언되지 아니한 이상, 피청구인의 처분은 그대로 유효하다고 보았다.(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320). 위헌·위법한 상태를 제거할 의무를 부담하는가하는 점에 관하여는 재판관들 사이에 의견이 갈리었다. 4명의 재판관(이공현, 민형기, 이동흡, 목영준 재판관)은 피청구인에게 적극적인 재처분 의무나 결과 제거 의무를 부과하지는 않는다고 보았고, 5명의 재판관(김종대, 이강국, 조대현, 김희옥, 송두환 재판관)은 처분의 위헌·위법성을 제거할 의무를 부과한다고 보았다. 다만, 김종대 재판관은 입법절차에 있어서의 하자는 특수성이 있어서 법률안 가결선포행위에 내재하는 위헌·위법성을 어떤 방법으로 제거할 것인지는 전적으로 국회의 자율에 맡겨져 있다고 보았다.

34) 확인 판결에 대해 기관력이 인정될 뿐, 집행력과 형성이 인정되지 아니한다는 점 참조.

35) 위헌법률심판절차를 통해 ‘법률이 헌법에 위반된다’고 선언하기만 하면, 바로 헌재법 제47조 제2항이나 제3항에 의하여 법률의 효력이 상실되는 효과가 발생하는 것과 다르다.

36) 헌재법 제75조 제4항.

각 특별심판절차 안에는 각 절차를 통해 생성된 주문의 효력이 규정되어 있다.³⁷⁾ 각각의 특별심판절차를 거친 결정의 효력은 각각의 심판절차를 규정한 ‘절’ 안에서 효력의 근거 규정을 찾아야 한다.

헌재법 제47조가 법률에 대한 위헌 결정 일반에 대한 효력을 규정하는 취지를 드러내기 위해서는, 그 위치가 특별심판절차의 앞 장인 제3장 일반심판절차에 규정되어 있어야 한다.³⁸⁾ 또, 절을 넘어 효력 규정을 준용할 때에는 따로 준용 규정을 두었다. 헌재법 제75조 제6항은 제2항소원을 통해 인용 결정을 하는 경우에는 헌재법 제47조가 준용된다는 점을 밝히고 있다. 헌재법 제47조가 법률에 대한 위헌 결정의 효력을 일반적으로 정하고 있는 것이라면, 불필요한 조문이다.

법률의 위헌결정에 당연히 제47조가 준용되는 것이라면, 헌재법 제75조 제6항의 ‘제5항의 경우’는 불필요하다. 헌재법 제75조 제5항에서 부수적 위헌결정을 할 수 있다고 정하고 있는데, 이 결정에 통설과 판례가 보는 바대로 준용 규정이 없더라도, 당연히 헌재법 제47조가 준용된다면, 따로 준용규정을 둘 필요가 없다. 부수적 위헌 결정을 할 수 있다는 점만 밝히면, 필요하고도 충분하다(necessary and sufficient). 준용 규정이 없으면 준용될 수 없기 때문에 준용 규정을 둔 것이다.

혹자는 확인적 규정이라 이해할 수 있다는 반론을 제기할 수 있겠지만, 확인적 규정이라도 두려면, 헌마소원 주문의 일반적 효력을 정한 항에 규정할 일이다. 헌재법 제75조 제2항 내지 제4항은 헌마소원의 일반적 효력을 규정하고 있는데, 거기에 규정되지 않고 더 나아가 제6항에 특별한 경우에 헌재법 제47조가 준용된다고 규정한 것은 헌마소원의 일반칙으로는 헌재법 제47조를 준용한다는 규정을 둘 필요가 없었기 때문이라 보는 것이 옳다.³⁹⁾⁴⁰⁾

37) 헌재법 제47조, 제54조, 제59조, 제67조, 제75조.

38) 일반심판절차에서는 일반적인 ‘심판절차’만을 규정할 수 있을 뿐, 심판을 거친 주문의 효력을 규정할 수 없다는 반론이 있을 수 있으나, 그러하다면, ‘특별’ ‘심판절차’에도 심판을 거친 주문의 효력을 정할 수 없을 것이라고 응대할 수 있다.

39) 좀 더 상세한 내용은, 정주백, “법률의 헌법소원대상성에 관한 관견”, 『헌법논총』 26집, 헌법재판소, 2015, 299-344 참조.

40) 여기서 다루지 않지만, 대통령 등 하위 법령의 경우에는 더욱 심각한 문제가 있다. 법률에 대해서는 헌재법 제47조가 있다고 하지만, 대통령령등에 대해 헌마소원을 통해 위헌 결정을 하는 경우, 그 효력은 어떻게 되는가? 장래를 향하여 그 효력을 상실하는가? 아니면 당해 사안에 적용하지 아니함에 그치는가? 당해 사안에 적용되지 아니한다는 말은 무엇인가? 대통령령을 취소하여야 하는가? 대통령령은 취소되어질 수 있는 것인가?

가사 헌재법 제47조가 준용된다고 하더라도 모든 문제가 해결되는 것은 아니다. 청구인은 어떻게 구제받을 것인가? 물론, 헌재법 제47조 제2항이 장래효를 정해 두었으니, 장래를 향해서는 기본권 침해 상태가 해소될 것이다. 그런데, 과거의 문제는 어떻게 될 것인가? 헌재법 제75조 제7항은 제2항소원의 경우에 관해 재심을 청구할 수 있다고 정하고 있다. 확정되지 아니한 경우에는, 당연히 법률이 존재하지 아니하는 것을 전제로 재판을 하여야 할 것이다. 헌재법 제42조가 위헌법률심판을 제청한 경우 당해 재판을 정지해 두라고 한 취지가 이것이다.⁴¹⁾

‘처분’이 존재함에도 헌마소원을 제기할 수 있는 경우가 있다.⁴²⁾ 예를 들어 헌재 1995. 6. 29. 91헌마50⁴³⁾ 청구인은 세무공무원으로서 재직하던 중 뇌물을 수수하였다는 공소사실로 기소되어 징역 2년 6월에 집행유예 4년의 선고를 받고 확정되었다. 공무원연금관리공단은 청구인이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형의 선고를 받고 퇴직함에 따라 공무원연금법 제64조 제1항⁴⁴⁾ 등에 의하여 청구인의 퇴직급여를 1/2 감액처분하였다. 이에 청구인은 위 공무원연금법 제64조 제1항 등이 자신의 재산권을 침해하였다고 주장하면서 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구하였다.

헌재는 직접성이 인정된다고 보아 본안에 나아가 심판청구를 기각하였으나, 만약 심판대상 법률조항에 대하여 위헌 결정을 하는 경우,⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 과거의 처분은 자동적으로

41) 통설이나 판례는 이 부분을 해석에 의한 소급효라고 이해하나, 병행사건과 일반사건과는 구별되는 점이 있다. 당해사건은 법적 근거가 있는 것이고, 병행사건이나 일반사건은 전적으로 법적 근거가 없을 뿐만 아니라, ‘장래효’ 조항에 반하는 해석이다.

42) 헌재는 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 첫째, 그에 대한 구제절차가 마련되어 있지 않은 경우, 둘째, 형법 규정과 같이 당사자에게 구제절차의 경로를 강요할 수 없는 경우, 셋째, 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태가 되는 경우에 당해 법령을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다고 본다.(헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254-255 등)

43) 공보 불게재.

44) 제64조 ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받았거나, 공무원이 탄핵 또는 징계에 의하여 파면이 된 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 급여액의 일부를 감액하여 지급한다.(단서 생략)

45) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211은 동일한 취지의 법률조항에 대하여 위헌 결정을 하였다. 이 위헌 결정 전에 동일한 심판대상에 대하여 합헌 결정을 하였던 사례는, 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집 7-2, 82. 모두 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원이다.

46) 반복되는 이야기지만, ‘위헌’이 아니다. ‘청구인의 기본권을 침해한다’는 것이 정확한 주문

로 소멸하는가? 아니면 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하는가? 이 경우 확정력의 문제는 어떻게 되는가?⁴⁷⁾ 처분의 효력이 당연히 사라지는 것은 아니고, 위헌인 법률에 기한 처분이라는 점이 취소사유에 그치는 것이라면 제소기간을 지켜야 할 것인데,⁴⁸⁾ 대개는 제소기간을 지킬 수 없을 것이고, 결국 청구인의 권리는 구제받지 못하는 것으로 될 것이다. 이러한 결론은 당사자의 기본권 보장을 위한 제도라는 헌법소원의 본질⁴⁹⁾에 반하는 것이라 아니할 수 없다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

법률에 대한 헌법소원이 인정된다는 현재 입장이 해소하여야 할 의문은, 국회가 제정한 법률로써, 자신이 제정 또는 개정된 법률을 무효로 하는 절차를 만들었겠는가 하는 점이다. 지금이라도 국회는 ‘재판소원금지’처럼 ‘법률’에 대하여서도 소원을

이다.

47) 대법원은 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 본다.(대법원 1994.10.28. 선고 92누9463 판결 같은 취지로, 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1689 판결 ; 대법원 2001. 3. 23. 선고 98두5583 판결; 2002. 11. 8. 선고 2001두3181 판결 등)

48) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결.

49) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마343, 판례집 23-2상, 402, 409.

50) 상세한 것은 정주백, “법률에 대한 헌법소원에 있어서의 권리보호이익”, 『헌법학연구』 제 21권 제4호, 헌법학회, 2015, 12. 30., 279-317 참조.

51) 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마53, 공보 제194호, 1906은 법률조항이 위헌으로 결정되더라도 청구인은 이미 확정된 형사소송에 대해 법원에 재심을 청구할 수 없으므로 권리보호이익이 인정되지 않는다고 보았다. 이 결정을 두고 김하열, 『헌법소송법』 제2판, 박영사, 2015, 337은 법률조항이 형사소송절차에 관한 조항이어서 소급효가 미치지 않는다고 보았을 것이라고 짐작하나, 형벌조항이 아니더라도 현재법 제75조 제7항에 의한 재심은 인정되어야 할 것이다. 김하열 교수가 같은 쪽의 각주에서, 헌재가 헌법소원에 따라 법률에 대해 위헌결정을 하더라도 소급효가 생기지 않는다고 보았기 때문일 수도 있다고 기술하였는데, 필자는 이 말이 맞는 것이라 본다.

헌재가 분명하게 소급효를 부인한 사례는, 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마377, 판례집 13-2, 545. 이 사안은 기탁금 국고귀속을 정한 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기한 것이다. 헌재는 “위헌결정이 선고된다고 하더라도, 그러한 결정만으로는 법률에 대한 위헌결정의 장래효에 비추어 볼 때, 기탁금의 반환 및 선거비용의 보전과 관련하여 청구인의 주관적 권리구제에 도움을 주기 어렵다”고 판시하였다.(위 판례집, 553)

김하열 교수는 위 책의 같은 쪽에서 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마343, 판례집 23-2상, 402가 소급효를 인정한 사례라고 본다. 그러나, 이 사안은 위헌법률심판에서 위헌 결정을 하였을 때의 효력을 다루고 있는 것이지, 헌법소원에서 법률에 대해 위헌 결정된 경우의 효력을 다루는 것이 아니다.

제기할 수 없음을 규정할 수 있다. 어느 기관이든지 자신의 과업이 다른 외부 기관에 의하여 부인되는 것을 원하지 않는다. 게다가 외부적으로 부인되는 절차 자체를 만드는 권한이 있다면 그러한 절차를 만들지 않을 것으로 이해함이 상식적이다. 아무리 국회가 일치된 입장을 가지기 어렵다고 하더라도 이것은 국회 자체의 권위의 문제와 관련되어 있기 때문에 여기에 이론이 있기는 어렵다. 그런데도 헌재법을 제정하는 과정에서 법률을 대상으로 삼을 것인가를 심도 있게 논의한 기록은 남아 있지 않다.

물론 국회 자신이 제정하거나 개정한 법률이 현재의 헌마소원 결정을 통해 효력을 상실하고 있음에도 불구하고, 위에서 말한 바대로 법률을 헌마소원의 대상에서 제외하는 입법을 추진하지 않는 것은 법률이 헌마소원이 대상이라는 점을 수용하고 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 이와 같은 입법이 국민의 기본권 보장 절차를 폐지한다는 부담으로 작동할 여지가 있고, 보다 근본적으로는 국회 안에서 이 문제가 논의된 일이 없었다.

마지막으로 그러면 헌재는 왜 이렇게 무리한 해석을 했을까? 초기 헌재의 상황을 다시 돌아볼 필요가 있다. 앞에서 헌재 발족 초기에 존폐의 문제를 고민하였던 사정을 보았다. 그 상황에서 헌재는 어떻게 해서든지 사건을 확보하여 헌재 존립의 기반을 확보하여야 하였다. 그래서 변호사에게 연락하여 사건을 “유치”하는 노력까지 하였다.⁵²⁾ 이 상황에서 법률이 헌마소원의 대상인가를 깊이 연구하기는 어려웠을 것이다.

이시윤 재판관은 다음과 같이 회상한다. 88헌마1 사건에 관하여 “검토하여 보니 사법서사법 제4조가 위헌이라는 취지이나 이치에 맞지 않아 배척될 사건임이 분명하였던 것으로, 동료재판관은 “탄원서감의 사건을 놓고 빨리 정리하지 않는다”고 비판이다. 그러나 쟁점 법률 자체가 위헌이라는 결론을 낼 수 없지만 법률도 공권력의 행사결과이므로 그로 인하여 기본권 침해가 있고 청구인 자신의 직접성, 자기관련성, 현재성 등 헌법소원의 요건을 갖추면 헌법소원의 대상적격이 있다는 판례를 낼

52) “우리는 ‘쓰레기통에서도 장미가 필 수 있다’는 신념이 있었으며 그것이 역사적 당위라고 생각하였다. 상임재판관들이 단합하여 이는 변호사를 통해 당시 악법으로 정평이 난 보호감호처분이 담긴 사회보호법을 헌법재판소에 사건 유치시키는데 성공하였고, 그에 대해 위헌결론을 냈다.” 법률저널, 2017. 7. 26. “원로법학자 이시윤의 소송야사(訴訟野史)- 2 / 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편)”, <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45046>.

기회라고 보았다. 법령에 대하여는 그 자체로는 일반민사소송이나 행정소송으로 유효를 다룰 수 없는 이상 이에 의한 구제가 허용되지 아니하며, 보충성 원칙의 예외로 천상 헌법소원으로 갈 수밖에 없다는 결론을 냈다. 이 결정문이 1989년 3월 17일에 나왔는데 도하신문에서 이를 무게 있게 다루었다. K모 헌법학자가 신문 기사를 보고 결정문을 보내줄 것을 부탁하여 두려울 것 없이 응하였다. 긴장은 하였지만 별 비판이 없어 안도의 숨을 쉬었다. 이 판례는 의미가 컸다. 헌법소원제도 처분소원, 부작위 위헌소원 외에 제3유형으로 법률소원이 있음을 밝힌 것이다. 법률의 위헌 여부를 심판해 달라는 제청을 하며 법원을 거쳐서 헌법재판소에 오게 하는 간접 루트만이 아니라, 법원을 통하지 않고 직접 헌법재판소에 법률의 위헌 여부 심판 청구의 길을 열었다는 것으로 그 의미가 또 다른 것이었다. 법원이 법률에 대한 위헌심판제청을 하는 등 움직여 주어야 헌법재판소에 법률의 위헌 여부 심판을 하게 되는 헌법재판소의 법원 의존성을 탈피하여 이제 독립 입지의 길이 개척된 셈이다.⁵³⁾

나. 명령/규칙

명령/규칙에 대한 헌법소원의 경우에는 위에서 든 법률에 대한 헌법소원에 대한 비판이 전부 적용될 수 있다. 명령/규칙의 제정 또는 개정 작용과 명령/규칙 자체는 준별된다는 것, 권리보호이익의 문제, 주문과 주문의 효력 문제가 그것이다.

그런데, 명령/규칙의 경우에는 추가적인 문제가 있다. 그 하나가 헌법 제107조 제2항과의 충돌 문제이다. 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 정하고 있다. 헌법이 명령/규칙에 대한 위헌위법심사권의 귀속을 정하고 있다. 명령/규칙이 ‘헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우’에는 ‘대법원’이 이를 심사할 권한이 있다는 것이다. 그런데, 헌법은 이를 ‘최종적’인 것이라 선언하고 있다. 이 ‘최종적’이라는 말이 대법원에 불리하게 작동하고 있음은 아이러니하다.

현재는 “헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이

53) 법률저널, 2017. 8. 10. “원로법학자 이시윤의 소송야사(訴訟野史) 3 / 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (속편)”, http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45176&replyAll=&reply_sc_order_by=I. 조금 더 길게 인용하고 싶으나 지면관계상 이 정도만 인용한다. 전문을 읽어보면 당시의 사정을 이해하는데 큰 도움을 받을 수 있다.

란 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 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다.”⁵⁴⁾고 한다.

현재는 ‘최종적’이라는 말이 ‘법원 안에서 최종적’인 것으로 해석한다. 즉, 법원의 章, 즉 헌법 제5장 안에서의 최종성을 말할 뿐이지, ‘헌법’ 안에서의 최종성을 말하는 것이 아니라고 본다. 사실 이해하기 그리 쉽지 아니한 설명이다. 어디에 규정되어 있는가에 따라 법의 내용이 달리 이해되어질 수는 없다. 어떤 내용의 반드시 어떤 법률 안에 규정되어야 한다는 제약도 없다. 대표적으로 민사 또는 형사 재판에 관한 재심조항이 민사소송법이나 형사소송법에 규정되어 있지만, 현재법 제75조 제7항에 있는 재심조항이 민사소송이나 형사소송에 적용되지 아니한다고 말하는 사람은 없다.

다른 하나는 명령·규칙에 대한 위헌⁵⁵⁾ 결정의 효력을 어떻게 이해할 것인가 하는 것이다. 앞에서 현재는 현재법 제47조가 준용된다는 입장을 취하고 있음에 대해서는 설명하였다. 그러면 명령·규칙에 대해서는 어떠한가? 현재는 마찬가지로 현재법 제47조가 준용된다는 입장이다.⁵⁶⁾

위에서 법률의 경우에 관하여 현재법 제47조가 준용된다는 해석에 근거가 없다고 말하였지만, 그래도 ‘법률’끼리라는 점이 준용된다는 주장의 희미한 근거로 제시될 수 있다.⁵⁷⁾ 명령·규칙의 경우에는 전혀 명령·규칙에 대한 위헌 결정의 효력을 정한 조문이 없음에도 불구하고 ‘법률에 대한 위헌 결정의 효력’에 관한 조문이 ‘명령·규칙의 기본권 침해’ 결정에 준용된다는 입장을 이해하기는 매우 어렵다.

54) 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370.

55) 현재법 제68조 제1항이나 제75조 제1항에 따르면 위헌 결정은 존재할 수 없다. 기본권 침해 결정만 있을 수 있다. 이 점은 법률에 대해 다루면서 언급하였다.

56) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172, 판례집 9-2, 842, 861.

57) 다시 이야기하지만, 법률이 헌마소원의 대상이라 하더라도, 그 쟁송물은 ‘법률이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부’다. (법률을 대상으로 포섭하더라도) 헌마소원에서 법률이 위헌이다, 라는 결정을 할 수 없다. 현재법 제75조 제2항 참조.

이런 생각도 해 볼 수 있다. 먼저 법원이 명령/규칙에 대한 위헌/위법심사권을 가지는 것에는 이론이 있을 수 없다. 헌법이 분명하게 정하고 있기 때문이다. 그런데, 현재의 현재의 명령/규칙에 대한 기본권침해여부 심사권한은 헌법 제111조 제1항 제5호, 현재법 제68조 제1항에 기초하여 인정되는 것이다. 헌법은 단지 헌법소원의 내용을 법률로 정하도록 위임하고 있을 뿐이고, 헌법소원의 내용은 전적으로 법률에 의하여 확정되어진다. 따라서 현재의 권한은 대법원의 권한을 침해할 수 없다. 법원의 명령/규칙에 대한 위헌위법심사권은 헌법에 의하여 확정되어 있고, 현재의 그것은 법률해석에 의하여 도출되어진 것이기 때문이다. 만약 현재가 대법원의 권한에 속하는 부분을 자신의 관할 하에 둔다면 대법원의 권한을 침해하였다는 비판을 받을 수 있다.

현재는 양자의 관할이 중첩되지 않는다고 하면서 다음과 같은 설명을 한다. “헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송 사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제정할 것 없이 대법원의 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, (...중략...) 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.”⁵⁸⁾ 현재는 재판의 전제가 되는 명령/규칙에 대한 위헌위법심사권은 대법원에, 직접성이 인정되는 명령/규칙의 기본권침해여부에 대한 심사권은 현재가 각 분점한다는 것이다.

그러면 양자 사이에는 관할의 중첩이 생기지 않는가? 그렇지 않다. 얼마든지 중첩이 생길 수 있다. 이 점은 법률의 경우를 보면 명확하다. 하나의 법률조항에 대하여 헌법소원과 위헌법률심판 또는 현재법 제68조 제2항의 헌법소원이 모두 적법하게 제기될 수 있음을 보면, ‘직접성’과 ‘재판의 전제성’이 규범을 상호 배타적으로 구획하는 기준이 될 수 없다는 점을 분명하게 알게 해 준다. 즉 재판의 전제성이 있는 법률과 직접성을 갖춘 법률이 서로 배타적으로 구분되지 아니한다면, 그러한 상황은

⁵⁸⁾ 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370; 현재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 현재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 875-876; 현재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667; 현재 2007. 5. 31. 2003헌마579, 판례집 19-1, 662, 679.

명령/규칙에도 똑같이 일어날 수 있다. 이 경우 가장 심각한 문제는 결정이 서로 배치되는 경우에 그 상황을 어떻게 해소하여야 하는가 하는 점이다.

다. 소결

헌마소원을 통하여 법률 또는 명령/규칙에 대한 헌법소원을 인정하지 아니하면 기본권 보장에 큰 공백이 생기는 것일까? 그렇지는 않을 것이라고 본다. 만약 그렇다면 벌써 미국이나 일본에서 이 점에 대한 논의가 있었을 것이다. 과문하여서인지 모르나 위 나라들에서 법률 또는 명령/규칙에 대한 헌법소원과 같은 제도가 없어서 권리구제에 있어서 공백이 있다는 말은 들어보지 못하였다. 우리나라에도 헌재가 발족하기 전에는 헌마소원이 없어서 권리구제가 안 되었는가를 생각해 보면 이 논점에 대한 결론은 비교적 분명하다고 생각한다.

이런 정책적인 문제보다 더 근본적인 것은 과연 우리 헌법이나 법률이 이를 받아들이고 있는가 하는 것이다. 필자가 보기에는 이것이 받아들여지기 위해서는 지금의 헌법 또는 법률보다는 훨씬 명확한 근거가 마련되어야 할 것으로 본다. 국가기관 상호간의 권력 분립, 나아가 민주주의적 견제에 대한 통제 문제와 연결되는 이슈이기 때문이다.

2. 권한쟁의심판

가. 도입

현재 헌재에서 권한쟁의로 다루고 있는 사건들은 두 가지 유형으로 나누어진다. 하나는 권한의 유무 또는 범위의 확인을 구하는 유형이다. 이를 A형 권한쟁의라 부르기로 하자. 거기에 비하여 다른 하나는 권한의 유무 또는 범위에 대하여는 다툼이 없고, 피청구인의 처분이 청구인의 권한을 침해한다는 확인과 그 처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 유형이다. 이를 B형 권한쟁의라 부르기로 하자.

나. A형 권한쟁의(권한의 유무 또는 범위 확인형) ==

헌재법 제61조와 제66조를 모아보면, ‘권한의 유무 또는 범위’가 쟁송물이고, 처분은 이 심판을 가능하게 하는 적법요건을 구성하는 것임을 알 수 있다. 즉, ‘피청

구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에’(헌재법 제61조 제2항) ‘권한의 유무 또는 범위’(헌재법 제61조 제1항)를 다투는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

법문상 제61조 제2항은 ‘제1항의 심판청구’, 즉 ‘권한의 유무 범위에 관한 심판청구’는 피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다. 이 조항은 재송물을 정한 것이 아니고, 헌재법 제61조 제1항의 권한쟁의심판청구의 적법요건을 정한 것이다.

인용 결정을 할 때, 취소 또는 무효확인 결정을 할 수 있다. 헌재는 이 결정을 할 수도 있고 안 할 수도 있다.⁵⁹⁾ 그러므로, 청구인이 청구서에서 취소 또는 무효확인은 구하더라도, 직권발동을 촉구하는 것으로 이해될 수 있을 뿐이다. 나아가 처분의 취소 결정을 하더라도 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(헌재법 제67조 제2항).

지방자치단체 간의 경계를 다투는 권한쟁의가 이 유형에 속한다. 전형적인 주문은 다음과 같다. 청구인과 피청구인 사이의 경계를 확인하고, 피청구인의 처분이 (관할권 없는 영역에 대한 것이어서), 무효임을 확인하는 결정을 하였다.

예를 들어 헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정의 주문을 보이면 다음과 같다.

59) “헌법재판소는 심판대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다(법 제66조 제1항). 이 부분 판단은 본안결정의 기본적·필수적 주문 부분을 이루게 된다. 나아가 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다(법 제66조 제2항). 처분 등의 취소나 무효확인 판단은 헌법재판소가 재량에 따라 부가적으로 할 수 있다. 이와 같이 권한쟁의심판에서는 2단계의 판단과 그에 따른 결정이 행해질 수 있다.”(헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 438쪽) “헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하는 결정 또는 처분의 무효를 확인하는 결정을 내릴 수 있다(법 제66조 제2항). ‘권한의 유무 또는 범위’에 관하여는 법 제66조 제1항에 따라 헌법재판소가 필요적으로 판단해야 하지만, 동조 제2항은 헌법재판소에게 재량을 부여하고 있으므로, 재판부의 재량에 따라 부가적으로 처분의 취소나 무효확인을 할 수 있다.”(헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 440쪽)

1. 충청남도 천수만 해역 중 [별지 1] 도면 표시 가, 나 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 우측(남동쪽) 부분에 대한 관할권한은 청구인에게 있고, 위 선의 좌측(북서쪽) 부분에 대한 관할권한은 피청구인에게 있음을 확인한다.
2. 태안마을 제136호 및 제137호의 어업면허처분 중 위 제2항 기재 청구인의 관할권한에 속하는 영역에 대한 부분은 무효임을 확인한다.

주문 제1항이 A형 권한쟁의의 핵심이다. 주문 제2항은 쟁송물이 아니고, 이 부분 결정을 할 것인가는 현재의 재량에 속한다(헌재법 제66조 제2항). 주문 제2항을 판단하는데 현재는 별도의 노력을 기울이지 않는다. 피청구인이 권한에 속하지 아니하는 처분을 한 것이어서 무효이기 때문이다.⁶⁰⁾

나. B형 권한쟁의(처분의 취소 청구형)

현재의 권한쟁의심판 중 A형 권한쟁의는 소수에 속하고, 대부분의 권한쟁의심판은 (권한의 유무 또는 범위에 대해서는 다툼이 없고,) ‘처분’이 청구인의 권한을 침해하는지 여부를 다룬다. 처분의 취소를 다루는 항고소송의 특수한 형태처럼 다루어지고 있다. 이를 B형 권한쟁의(처분의 취소청구형)라 부르기로 하자.

그런데 현재는 이와 같은 형태의 권한쟁의 심판이 부적법하다고 수 차례 판시하였다. “청구인과 피청구인 상호간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우가 아니거나, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해할 가능성이 없는 경우에 제기된 권한쟁의심판청구는 부적법하다.”⁶¹⁾ 이와 같은 판시를 내면서도 여기서 말하는 B형 권한쟁의를 적법하게 다루는 상황을 이해하기 어렵다.

이와 같은 ‘과행’에 대해서는 법문의 애매함도 한 몫 하였다. 헌재법 제64조 제3호는 ‘심판 대상이 되는 피청구인의 처분 또는 부작위’를 청구서의 기재사항으로 하고 있고, 제65조는 ‘심판 대상이 된 피청구인의 처분’의 효력을 정지하는 결정을 할

⁶⁰⁾ 대법원 1996. 6. 28. 선고 96누4374 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005두15748 판결.

⁶¹⁾ 헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2, 판례집 22-2하, 612, 618. 같은 취지 헌재 1998. 6. 25. 94헌라1, 판례집 10-1, 739, 753-754; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 420-421; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 131-132.

수 있다고 하여, 마치 헌재법 제61조 제2항의 처분이 심판의 대상인 것처럼 기술하고 있다. 이와 같은 범문은 헌재법 제61조, 제66조와 충돌한다.

헌재는 이 경우의 처분이 권한을 침해하는지에 관한 주문을 내고, 다시 처분의 취소 또는 무효확인 주문을 내고 있다.

지방자치단체 간의 경계획정을 다투는 사건을 제외한 대부분의 권한쟁의가 이 유형에 속한다. 국회의원과 국회의장 간의 심의표결권침해 여부가 쟁점으로 되는 사건도 이 유형에 속한다. 전형적인 주문은 다음과 같다.⁶²⁾ 피청구인 국회의장의 법률안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결의 권한을 침해한 것이라는 점을 확인하고, 가결선포행위의 무효확인을 구하는 부분은 기각하는 결정을 하였다.⁶³⁾

1. 피청구인 국회의장이 2009. 7. 22. 15:35경 개의된 제283회 국회임시회 제2차 본회의에서 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부 개정법률안’의 가결을 선포한 행위 및 ‘방송법 일부개정법률안’의 가결을 선포한 행위는 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이다.
2. 청구인들의 피청구인 국회의장에 대한 위 각 가결선포행위에 관한 무효확인 청구를 모두 기각한다.

라. 소결론

필자는 A형 권한쟁의만 적법한 것이라고 본다.⁶⁴⁾ B형 권한쟁의는 헌재법 제61조, 제66조와 조화롭지 아니하다. 그런데, 헌라 사건부호가 붙은 83건 가운데, A형 권한쟁의로 보이는 사건은 12건에 불과하다.⁶⁵⁾ 나머지는 B형 권한쟁의다. 지방자치법의 개정으로 A형 권한쟁의는 더욱 그 비중이 줄어들 것이다.⁶⁶⁾ B형 권한쟁의 중에는

⁶²⁾ 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8, 판례집 21-2하, 14, 29. 주문 전부는 아니고 일부를 발취한 것이다.

⁶³⁾ 아직 국회의장의 법률안 가결선포행위를 둘러싼 권한쟁의심판에서 가결선포행위의 무효확인 주문을 낸 결정은 없다. 다만, 헌재법 제66조 제2항은 피청구인의 처분에 대한 취소 또는 무효확인은 헌재가 직권으로 할 수 있다고 정하고 있는데, 기각하는 마당에 이를 주문에 쓸 필요는 없다고 보인다.

⁶⁴⁾ 정주백, “권한쟁의심판의 쟁송물”, 『법학연구』 제30권 제4호, 충남대, 2019, 135 이하.

⁶⁵⁾ 2021. 10. 26. 검색.

국회 안 구성원 간의 쟁송이 많다. 20건이 해당된다.⁶⁷⁾ 나머지도 당연한 말이겠지만, 국가기관 또는 지방자치단체 사이의 쟁송이다. 이들 사이의 쟁송을 법적 근거 없이 헌재가 관할하고 있는 것처럼 보인다.

V. 실체법

1. 과잉금지원칙

가. 도입

대부분의 헌법이론은 중국적으로 과잉금지원칙의 주석이다. 헌법재판의 결론은 거의 과잉금지원칙을 적용한 결과다. 그래서 과잉금지원칙은 헌법재판의 알파요 오메가다.

헌재는 “헌법 제37조 제2항에 의하면, 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서, 기본권을 제한하는 입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.”⁶⁸⁾라고 판시하였다. 이것이 과잉금지원칙에 관한 가장 기초적인 설시라 할 수 있다. 과잉금지원칙이 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 침해의 최소성, 그리고 법익의 균형성이라는 4개의 하위 기준으로 두고 있다는 점과 그것들을 모두

66) 2009년 개정 지방자치법에서는 제4조 제3항을 신설하여 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 행정안전부장관이 결정하도록 정하고 있다. 헌재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1은 개정된 지방자치법 제4조가 합헌임을 전제로, 개정된 지방자치법 제4조가 시행된 이후로는 공유수면 매립지의 관할 귀속 문제는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판의 대상에 속하지 않는다고 판단하였다.

67) 83건 중. 2021. 10. 26. 검색.

68) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684, 판례집 15-2하, 211, 216-217.

충족하여야 과잉금지원칙을 충족한 것으로 되고, 그 중 어느 하나라도 충족하지 못하면 과잉금지원칙을 충족하지 못하였다, 나아가서는 위헌이라는 결론에 이르게 된다.

이렇게 보면, 과잉금지원칙은 충족하기 매우 매우 어려운 심사기준이라는 것을 알 수 있다. 그런데도 대부분의 헌법재판이 위헌이 아니라는 결론에 이르는 것은, 사실 원리론적인 과잉금지원칙을 헌재가 충실히 지키고 있지 아니하다는 것을 보여 준다.

나. 과잉금지원칙을 판단하는데 필요한 정보

목적의 정당성 판단의 대상은 ‘목적’이고 판단의 내용은 ‘정당성’이다. 정당성을 판단하기 위해서는 목적이 확정되어 있어야 한다. 입법목적이 무엇인가는 사실의 문제다. 목적이 확정되어 있어야 그것이 헌법적으로 정당한 것인가를 판단할 수 있다. 헌법적으로 정당한가는 규범적 판단이다.

방법의 적절성 판단의 대상은 ‘방법’이고 판단의 내용은 ‘적절성’이다. 판단에 필요한 ‘방법’은 제공되어 있다. 위헌심사의 대상으로 되는 공권력의 행사가 바로 방법의 적절성에서 말하는 ‘방법’이다. 이 방법으로써 위에서 확정한 ‘목적’을 달성할 수 있겠는가를 판단하는 것이 방법의 적절성 판단의 내용이다.

침해의 최소성 판단의 대상은 ‘대안들의 기본권 침해의 양’이고, 판단의 내용은 선택된 방법, 즉 심사의 대상이 되는 방법이 다른 대안들보다 기본권 침해의 양이 적은가 하는 것이다. 여기서 말하는 대안들은 전부 위에서 말한 목적을 달성할 수 있는 것들이어야 한다. 침해의 최소성 판단은 목적을 달성할 수 있는 대안들 중에서 가장 덜 침해적인 방법을 선택했는가를 살펴보는 것이다. 논리적으로만 말한다면, 목적을 달성할 수 있는 방법이면서 심사의 대상으로 되는 방법보다 조금이라도 덜 침해적인 다른 대안이 존재한다면 침해의 최소성은 충족되지 못한 것이다.

법익의 균형성 판단의 대상은 달성되는 공익의 양과 침해되는 사적 이익의 양이다. 판단의 내용은 달성되는 공익의 양이 침해되는 사익의 양보다 큰가 하는 것이다. 판단을 위해서는 달성되는 공익의 양과 침해된 기본권의 양(Quantity)이 동일한 척도(Scale)로 확정되어 있어야 한다. 양으로 표현되어있지 않거나, 동일한 척도가 아니라면 비교할 수 없다.

과잉금지원칙에 관한 이상적인 설문의 형식	
입법의 목적은 A이다. (A는 ‘공공복리’에 해당하는 정당한 공익으로 본다.) A로 인해 달성되는 공익의 양은 7 unit이다.	
상황	A를 달성할 수 있는 방법은, a, b, c가 있고, 각 기본권 침해의 양은 a→5 unit, b→6 unit, c→10 unit이다. d는 A를 달성할 수 없는 방법이고, 기본권 침해의 양은 3 unit이다.
대안	a 수단의 적합성 충족, 침해의 최소성 충족, 법익의 균형성 충족 → 합헌
	b 수단의 적합성 충족, 침해의 최소성 불충족 → 위헌(법익의 균형성 판단 불요, 만약 판단한다면 법익의 균형성 충족)
	c 수단의 적합성 충족, 침해의 최소성 불충족, 법익의 균형성 불충족 → 위헌
	d 수단의 적합성 불충족 → 위헌

위의 그림에서 각 대안들의 기본권 제한의 양이 표시되어 있고, 달성하고자 하는 공익과 달성하고자 하는 공익의 양이 표시되어 있다. 그리고 각 대안들이 공익을 달성할 수 있는지 與否가 표시되어 있다. 이 정보들이 있으면 위에서 말한 현재의 과잉금지원칙의 개념에 부합하는 논증을 하고 결론을 도출할 수 있다.

누군가는 이렇게 반론을 제기할지 모르겠다. 위와 같은 정보들이 모두 주어진다면, 누군들 과잉금지원칙 위배 여부에 대해 판단하지 못 하겠는가. 그렇다. 과연 그러하다. 위의 정보들이 다 주어진다면 중학생 정도의 수준이면 결론에 이를 수 있다. 마치 리트머스 시험지로 수액이 산성인지, 알칼리성인지를 판별하는 정도의 문제이다.

그러면 무엇이 문제인가? 현재의 헌법재판은 위와 같은 정보가 없는 상태에서 판단이 이루어지고 있다는 것. 그것이 가장 심각한 문제다. 필요한 정보들이 없는데 판단은 이루어지고 있다? 그렇다. 미지수는 3개인데도, 식은 한 개밖에 주어지지 않았다. 그러면 재능 있는 수험생은, 그 값을 알 수 없다 하고 시험장을 나가야 한다. 그것이 가장 훌륭한 답이다.

그런데 우리의 헌법재판은 식이 한 개 뿐인데도, x의 값은 얼마이고, y의 값은 얼마이며, z의 값은 또 얼마다, 라고 써낸다. 신기하기는 하지만 그 결론을 믿을 수는 없다.

위에서 보는 것처럼 필요한 정보들을 알아내는 것은 규범학의 과업이 아니다. 사회과학의 과업이다. 어떤 경우에는 자연과학의 과업이다.⁶⁹⁾ 그런데 사회과학과 자연

69) 예를 들어 코로나를 이유로 여러 가지 기본권의 제약을 가하는 경우를 생각해 보자. 이 경

과학에 대해 교육을 받았음을 전제로 하지 않는 법학자들이 모여 위에서 본 자료들이 있는 것처럼 토론을 하여 결론을 낸다.

다. 구체적 검토

(1) 목적의 정당성⁷⁰⁾

‘목적’은 어떻게 확정하여야 하는가? 입법 당시에 입법자가 가졌던 역사적이고 주관적인 것을 탐구하여 확정하여야 하는가? 아니면 존재하는 ‘법’⁷¹⁾을 분석하여 객관적으로 달성해 낼 수 있는 공적 이익을 목적으로 확정하여야 하는가? 이론적으로는

우 가장 본질적인 문제는 무엇일까? 필자는 코로나 바이러스의 전파력과 위험성이라고 생각한다. 이것들이 커지면 커질수록 기본권 제한은 더 많이 정당화되어질 수 있다. 그런데 이 정보들을 규범학을 공부한 사람들이 얼마나 알 수 있을까? 다른 예로 사형제가 다루어진 2008헌가23 사건에서, 법정의견은 “나아가 사형은 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 이를 통한 일반적 범죄예방효과가 있다고 볼 수 있으므로 일반적 범죄예방 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라 할 것이다. 또한 잔혹한 방법으로 다수의 인명을 살해하는 등의 극악한 범죄의 경우, 그 범익침해의 정도와 범죄자의 책임의 정도는 가늠할 수 없을 만큼 심대하다 할 것이며, 수많은 피해자 가족들의 형언할 수 없는 슬픔과 고통, 분노 및 일반국민이 느낄 불안과 공포, 분노까지 고려한다면, 이러한 극악한 범죄에 대하여는 우리 헌법질서가 허용하는 한도 내에서 그 불법정도와 책임에 상응하는 강력한 처벌을 함이 정의의 실현을 위하여 필수불가결하다 할 것인바, 가장 무거운 형벌인 사형은 이러한 정당한 응보를 통한 정의의 실현을 달성하기 위한 적합한 수단이라 할 것이다.”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 58)라고 판시하였다. 이에 비하여 김희옥 재판관은 “결국 사형제도는 사형이 법정될 정도로 매우 중대한 범죄에 대한 응보와 특별예방 및 일반예방이라는 목적에 있어 그 어느 것에 대하여도 명백한 기여를 하고 있다고 보기는 어렵다.”(판례집 22-1상, 36, 83)고 보았고, 목영준 재판관은 “또한 사형제도가 죽음에 대한 공포를 통하여 잠재적 범죄인을 위하함으로써 중대 범죄의 방지에 기여하는지 여부, 즉 사형제도의 일반예방적 효과에 관하여는, 사형제도의 폐지 또는 존치에 따른 범죄발생통계 등 실증적 자료에 의한 과학적 입증이 사실상 어려우므로, 사형제도의 존치가 여전히 중범죄를 억지하는 기능을 하고 있다거나 사형을 폐지한 후에 중범죄의 발생율이 높아졌다고 단정할 수는 없는 실정이다.”(판례집 22-1상, 36, 95)라고 보았다. 이와 같이 팩트 자체에 대한 의견이 분립된 상태에서 규범적 판단이 이루어질 수 있을까? 필자는 곤란하다고 본다. 필자로서는 차라리 입증책임의 문제로 상황을 타개하는 것이 옳다고 본다.

70) 목적의 정당성을 과잉금지원칙의 하위 기준에서 제외하는 경우가 있다. 그러나 특별한 실익을 발견하기는 어렵다. 물론, ‘필요한 경우에 한하여’로부터 과잉금지원칙을 도출해 내고, 과잉금지원칙 안에 목적의 정당성이 포함된다는 해석은 논리적으로 보았을 때 문제 있는 것이다. ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여’라는 구는 ‘필요한 경우에 한하여’와 별개로 있기 때문이다.

71) 여기서는 단순화하여 ‘법’이라 하였다. 과잉금지원칙이 적용되는 대상으로 ‘법’만 있는 것은 아니나, 주로 법이 문제되므로 단순화하였다.

당연히 입법 당시에 입법자가 가졌던 의사를 입법 목적이라 보아야 한다.⁷²⁾⁷³⁾ 그러나 거의 대부분의 판례는 입법 당시 입법자가 추구하였던 목적이 무엇인가를 확인하려는 노력 없이, 법을 분석하여 목적을 확정해 내고 그 정당성을 판단한다.

논리필연적으로 목적의 정당성이 문제되는 경우는 거의 없다. 헌재가 스스로 목적을 확정하는 다음, 스스로 찾아낸 목적을 스스로 정당하지 아니하다고 하고 위헌이라 결정하는 얼마나 우스꽝스러운가를 생각해 보면 이해하기 어렵지 않다.⁷⁴⁾

헌재는 입법자의 주관적이고 역사적인 입법 목적을 탐구하지 않는다. 법을 분석하여 입법목적의 추론해 내고, 그 정당성을 판단한다. 입법목적이 정당하지 아니하다고 하여 위헌으로 결정한 사례는 열 손가락으로 꼽을 정도이다. 그 몇 개 안 되는 결정이 논리적으로 타당한 것인가도 의문이다. 그 목적을 확정하는데 아무런 근거가

72) “위 답화문에 의하면...”(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132, 판례집 25-1, 180, 198); “심판대상조항의 입법목적과 관련하여 공직선거법 개정이유에서는 그 목적을 분명히 밝히고 있지는 않으나, 법률 개정안 관련 자료를 살펴보면...”(헌재 2016. 10. 27. 2014헌마797, 판례집 28-2상, 763, 772)이라는 판시는 자료를 통해 입법자의 의사를 찾아보려 노력한 케이스들이다. “앞서 본 바와 같이 심판대상조항은 그 제안이유에서 (...중략...) 위 조항이 삭제된 경우 등에 비추어 볼 때, 위 제안이유상의 입법목적의 진정한 것으로 볼 수 있을지는 의문이다. 설령 그 입법목적의 진정한 것으로 보더라도...”(헌재 2015. 10. 21. 2013헌가 20, 판례집 27-2상, 700, 705은 입법자료를 확인하고도 받아들이지를 주저하였다.

73) 이론적으로는 국회가 입법목적의 주장하고 이를 확정하는 과정을 거쳐야 할 것이다. 그러나, 실무상 국회는 피청구인으로 기재되지도 않고, 답변서를 제출하지도 않는다. 법률이 합헌이라는 주장은 정부가 담당한다. 그러나, 정부는 심판절차상 이해관계기관이지, 당사자는 아니다. 그래서 특별한 경우에는 정부가 위헌 주장을 포기하기도 한다. 예컨대 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가13, 판례집 17-1, 1. 국회라는 기간의 특수성이 반영된 것이다. 국회의 무책성. 어느 국가기관도 자신의 과업이 효력을 잃을 수 있는데도, 그 정당성에 관한 주장을 포기하지 않는다.

74) “(동성동본금혼규정의) 입법목적의 이지는 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 “사회질서”나 “공공복리”에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다”(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6[동성동본금혼 사건])는 판시는, 목적의 정당성 자체를 부정한 아주 희귀한 사례에 해당한다. 그러나 무엇을 입법목적으로 보았는지는 분명치 아니하다. 결정문에 기재된, ‘신분적 계급제도, 남계 중심의 족벌적, 가부장적 대가족 중심의 가족제도 등의 사회질서를 유지’하는 것을 목적으로 본 것으로 보인다. 그러나 입법 당시의 회의록 등은 자료로 언급되어 있지 아니하다.

헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58, 판례집 21-2하, 520, 531은 “이는 결국 이 사건 법률조항의 보호법익이 여성의 주체적 기본권으로서 성적자기결정권에 있다기보다는 현재 또는 장래의 경건하고 정숙한 혼인생활이라는 여성에 대한 남성우위의 고전적인 정조관념에 입각한 것임을 보여준다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 경우 형벌규정을 통하여 추구하고자 하는 목적 자체가 헌법에 의하여 허용되지 않는 것으로서 그 정당성이 인정되지 않는다고 할 것이다.”고 판시하였다.

없기 때문이다. 국회는 현재가 확정된 입법목적에 대해 찬성한 일도 없고 반대한 일도 없다.

(2) 방법의 적절성

방법의 적절성을 이끌어 가는 가장 핵심적인 관념은 당해 수단으로써 목적을 달성하는데 도움이 되는가, 하는 것이다. 목적달성에 필요한 수단들 중의 하나이기만 하면 족하다(one of them). 즉 목적을 달성할 수 있는 유일한 수단일 필요도 없다. “국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다.”⁷⁵⁾는 판시는 이 점을 잘 보여 준다. 이를 효과성이라 할 수 있다. 여기에는 규범적 요소가 개입할 여지가 없다. 현재 결정의 99%는 오로지 이 관념에 의하여 방법의 적절성이 판단되었다.

그런데, 위의 판시에 이어서 현재는 “선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적”이어야 한다.⁷⁶⁾고 설시하였고 있는데, 그 자체가 이미 모순이다. 즉 당해 수단이 ‘필요’하다는 것은 당해 수단이 없으면 목적을 달성할 수 없다는 것을 의미한다. 필요하면 반드시 효과적이다. 즉, 전자는 후자의 충분조건(sufficient condition)이다. 목적 달성에 반드시 있어야 하는 것이 아니라면, 그것은 ‘필요’하지는 않다.

현재 결정을 보면 방법의 적절성에 규범적 요소를 도입하여 심사하는 사례들이 적지 아니하다. 좀 길더라도 이 판례를 보자.

“한편, 사법작용이 외부의 영향이나 통제를 받지 않도록 하기 위하여 필요하고 적절한 보호 장치를 마련하는 것은 위와 같은 헌법적 요청에 입각한 국가의 권한이자 의무이므로, 이 사건 제2호 부분이 ‘재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회·시위’를 금지하는 것은 적대적이든 우호적이든 불문하고 군중의 영향이나 통제가능성을 배제함으로써 위와 같은 입법목적을 달성하는 하나의 방법이 될 수는 있다. 그러나 다른 국가권한과 마찬가지로 국가의 사법권한

⁷⁵⁾ 현재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 378.

⁷⁶⁾ 현재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 379.

역시 직·간접적으로 국민의 의사에 정당성의 기초를 두고 행사되어야 하는 점과 재판에 대한 정당한 비판은 오히려 사법작용의 공정성 제고에 기여할 수도 있는 점을 고려하면, 이 사건 제2호 부분이 ‘재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회·시위’를 금지하는 것이 사법작용의 독립성과 공정성을 확보하기 위하여 필요하고 적절한 수단인지 의문이다.”⁷⁷⁾78)

위 결정에서 법원 인근에서 집회·시위를 금지하는 입법의 목적은 ‘법관의 직무상 독립을 보호하여 사법작용의 공정성과 독립성을 확보’라고 하였다.⁷⁹⁾ 그리고, 위의 수단으로써 목적을 달성하는 하나의 방법이 될 수 있다고 하였다. 그러면 주류적인 판례 이론을 따른다면 방법의 적절성은 충족된 것이다. 그런데도 다시 돌아가 ‘필요하고도 적절’한 수단인지에 대하여 의문을 제기하고, 종국적으로는 방법의 적절성을 부인하였다.⁸⁰⁾

이런 결정은 현재의 심사 기준에 일관성이 있는 것인가에 대하여 의문을 제기하게 만든다. 특히 위와 같이 ‘적절성’을 거론한 판례들은 모두 위헌으로 결정된 것으로 보이는데,⁸¹⁾ 현재가 결론에 따라 심사기준을 선택한다는 비난을 피하기 어렵다.

방법의 적절성이 문제되는 경우도 거의 없다. 국회가 선택한 방법(심판대상 법률 조항)으로부터 추론되는 목적을 설정하였으므로,⁸²⁾ 논리적으로 국회가 선택한 방법(법률)이 목적달성과 무관한, 또는 무용한 방법이라 판단할 수 없다.⁸³⁾ 법률이 객관

77) 현재 2016. 9. 29. 2014헌가3, 판례집 28-2상, 258, 270.

78) 밑줄은 필자가 추가한 것임.

79) 현재 2016. 9. 29. 2014헌가3, 판례집 28-2상, 258, 270.

80) “그 제한의 실효성이 의심된다는 이유만으로는 이를 부정할 수는 없다고 할 것이다.”(현재 2010. 2. 25. 2008헌마324 등, 판례집 22-1상, 347, 363)과는 상당히 거리가 있다.

81) 현재 2018. 4. 26. 2016헌마116, 판례집 30-1하, 1, 9; 현재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 602-603; 현재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 816-818; 현재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 428-429; 현재 2007. 8. 30. 2004헌가25, 판례집 19-2, 203, 210; 현재 2015. 10. 21. 2013헌가20, 판례집 27-2상, 700, 705.

82) 위의 목적을 확정하는 단계를 다시 살펴보라.

83) 이 점을 보더라도 입법목적은 법을 분석하여 추론해 내는 판례의 입장이 옳지 아니한 것을 알 수 있다. 입법자의 ‘주관적’ 입법목적은 확정해 내고, 심판대상인 당해 방법으로써 그 입법목적의 달성해 낼 수 있는가를 ‘객관적으로’ 평가하는 것이 타당하다. 그래야 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 의미 있는 것으로 된다. 현재의 실무는 둘 다 의미 없는 것으로 만들었다. 입법자 즉 국회의 주관적 입법의사를 확정해 낼 방도가 없다는 주장이 있을 수 있다. 필자도 어느 정도 동의한다. 그러면 과잉금지원칙이라는 심사기준을 적용할

적으로 실현해 낼 수 있는 이익을 목적이라고 한 다음에 그 법률로써 그 목적으로 달성할 수 없다고 할 수는 없다. 이것은 논리의 문제다.

(3) 침해의 최소성

침해의 최소성을 이끌고 가는 관념은 ‘가장 덜 침해적인’ 수단인가 하는 것이다. “입법목적은 달성할 수 있는 유효한 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단”⁸⁴⁾이라는 판시는 이 점을 잘 보여 준다.

목적은 달성할 수 있으면서 덜 침해적인 다른 대안이 있으면 심판의 대상은 침해의 최소성을 충족하지 못한 것으로 되어 과잉금지원칙에 위배된 것이고, 더 나아가면 위헌이다. 심판대상 보다 덜 침해적인 대안이 한 개라도 있으면 방법의 적절성은 부인되었다고 판단하기에 충분하다. 전자는 후자의 충분조건(sufficient condition)이다.

침해의 최소성 심사에 나아가기 위한 전제는, 당해 방법이 목적을 달성할 수 있다는 것이다. 만약 당해 방법으로써 목적을 달성할 수 없다면, 방법의 적절성은 충족되지 아니한 것이다. 그렇다면, 방법의 적절성이 충족되지 아니하였다는 이유로 위헌 결정을 하면 논리적으로 아무 문제가 없다. 더 나아가서 다른 대안들과 기본권 침해의 양을 비교하는 것은 논리적으로 틀린 것이다. 그러나, 판례 중에서는 방법의 적절성을 부인하고 침해의 최소성 심사에 나아간 경우가 적지 않다.⁸⁵⁾ 앞의 표에서 수단 d는 방법의 적절성이 충족되지 아니하였다고 하였는데, 그것이 방법의 적절성

수 없다. 문제를 이렇게 해결하여야지 주관적 입법목적은 확정해 낼 수 없으니까 그것을 포기하고 심사를 진행하자는 주장은 납득하기 어렵다.

84) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 판례집 14-2, 410, 431. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260에는 ‘보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야’ 하는 것으로 표현되어 있다. 다만 비슷한 취지지만, “입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다.”(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556)는 실시 중의 ‘되도록’이라는 표현은 적절하지 아니하다고 본다. 엄밀히 위 문언을 분석하면 ‘노력할 의무’만 인정된다. 같은 결정문 중 “입법목적은 달성하기에 똑같이 효율적인 수단중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야”(판례집 10-1, 541, 553) 중의 ‘효율적인’은 ‘효과적인’으로 바뀌어야 한다. 동일한 목적을 달성하는 여러 개의 방법들 중에서 기본권 침해의 양이 가장 적은 것은 똑 같이 효율적이지 않고 가장 효율적이다. 효율은 투입과 산출 사이의 비로 표현되기 때문이다.

85) 예를 들어 헌재 2018. 4. 26. 2015헌가19, 판례집 30-1상, 530.

을 충족하는 다른 수단들과 비교하여 가장 덜 침해적이라고 말하는 것은 전적으로 무의미하다.

침해의 최소성 판단은 과잉금지원칙에서 작동하는 유일한 판단이다. 위에서 목적의 정당성과 방법의 적절성은 실무상 작동하지 않는다고 설명하였다. 아래에서 불법익의 균형성도 작동하지 않는다. 그러므로, 헌재가 과잉금지원칙을 심사한다는 말은, 당해 심판대상보다 덜 침해적이면서 목적을 달성할 수 있는 대안이 존재하는가를 판단하는 것과 거의 같은 말이다.

피해의 최소성을 이론대로 적용하는 경우 입법자가 이를 충족시키기는 대단히 어렵다. 목적을 달성할 수 있으면서, 기본권 침해의 양이 ‘가장 적은’ 방법을 선택하여야 한다는 요구를 국회가 충족할 수 있을까. 국회는 정치의 장이다. 정치는 이익과 이익이 충돌하여 결론을 도출해 내는 장소다. 거기서 타협이 이루어진다. 타협이 이루어진다는 것은, 누가 옳고 그른가 하는 것을 제쳐두었을 때 가능하다. 옳다, 그르다의 논쟁만 이어가서는 타협점을 찾아낼 수 없다. 그런데, 그 타협점은 헌법적으로 보면 거의 위헌이다. 논리적으로 옳고 그름을 따져 찾아낸 것이 아니기 때문이다.

그렇다고 하여 모든 법령을 다 위헌으로 결정할 수는 없는 것이니, 현재의 표현도 애매해진다. “달리 덜 제약이면서도 같은 효과를 달성할 수 있는 수단이 명백히 존재한다고 볼 수도 없으므로”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324), “명백히 덜 침해적인 방법이 존재한다고 할 수도 없으므로”(헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623), “덜 침해하는 다른 객관적인 수단은 찾아보기 어렵다”(헌재 2013. 9. 26. 2010헌마204), “이와 다른 덜 제한적인 방법을 찾기도 어렵다”(헌재 2015. 3. 26. 2013헌마131), “이러한 사정에 따라 좌석안전띠착용을 의무화하는 것보다 청구인의 기본권을 덜 제한하면서 입법목적을 효과적으로 달성하는 수단이 없다고 본 입법자의 판단이 잘못이라고 하기 어렵다”(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518), “이 사건 법률조항처럼 구속 집행정지결정 자체를 무력화시키는 방법보다 덜 침해적인 방법에 의해서는 그 목적을 전혀 달성할 수 없다고 보기도 어렵다.”(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36) 등의 모호한 표현으로 침해의 최소성 판단을 마무리하는 경우가 많다.

헌재의 결론은 보다 덜 침해적이면서 목적을 달성할 수 있는 방법을 딱 한 개 특정하여 제시하면서, 당해 법률이 침해의 최소성을 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 위배된다고 말한다면, 논리적으로 완벽한 논증이다. 이러한 대안이 있는가 없는가를 찾는 것이 침해의 최소성 판단이다. 그러나 이와 같은 심사 기준은 인간이 찾아낼

수 있는 것이 아니고, 더구나 ‘타협의 장’이라는 국회에서 추구할 수 있는 목표가 아니다. 논리적으로만 보면 침해의 최소성은 달성 불가능한 목표다.

(4) 법익의 균형성

이론상으로는 법익의 균형성이 과잉금지원칙 심사의 핵심을 이루는 것처럼 이야기되는 경우가 많다. 그러나 실무적으로는 전혀 작동하지 아니한다고 보아도 좋다. 일반적으로 법익의 균형성은 침해되는 사익보다 달성되는 공익이 더 커야 한다는 것을 내용으로 하는 판단기준이다. 법익의 균형성을 정돈한 현재의 설시는 별로 눈에 띄지 않는다. “... 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다”⁸⁶⁾는 판시 정도가 그나마 상세한 것이다.

현재는 논리적으로 보았을 때 한 번도 법익의 균형성 심사를 한 일이 없다. 현재 결정을 보면 법익의 균형성 판단의 결과는 항상 침해의 최소성 심사의 결과와 같았다. 현재 2017. 8. 31. 2016헌바447 결정 중 이진성 재판관은 별개의견에서 “30년에 달하는 우리 재판소의 역사에도 불구하고, 침해의 최소성 원칙은 만족되거나 법익의 균형성 원칙이 만족되지 않는 선례는 발견하기 어렵다.”고 판시하였다. 필자는 훨씬 이전부터 양자의 결론이 다른 사례는 없다고 말하였다.⁸⁷⁾ 아직까지 필자는 양자의 결론이 다른 사례를 발견하지 못하였다.

이러한 상황은 현재가 법익의 균형성 심사를 따로 실시하지 아니함을 간접적으로 보여 준다. 침해의 최소성 심사와 법익의 균형성 심사는 서로 독립적이다. 둘 다 위배되고 위배되지 않는 경우 외에도, 하나는 위배되고 다른 하나는 위배되지 않는 경우가 얼마든지 존재할 수 있다. 만약 양자의 심사가 서로 독립적으로 실시된다면 현재의 수만 건의 결정 중에 양자의 결론이 다른 사례가 없을 수 없다.

왜 이렇게 되었을까? 그것은 법익의 균형성의 판단 내용을 살펴보면 알 수 있다. 법익의 균형성을 판단하기 위해서는 정보가 필요하다. 목적이 실현되었을 때 달성될 공익의 양과 그와 인과관계가 있는 사익 침해의 양이 그것이다. 그런데, 그것들은 하나의 단위로 통일되어 있어야 한다. 즉 공익과 사익이 **량**으로 측정되어야 하고, 그것도 하나의 **尺度**로 표현되어야 한다.

⁸⁶⁾ 현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260.

⁸⁷⁾ 이 점은 이화여자대학의 성기용 교수님과 대화 중 성 교수님의 언급에서 아이디어를 얻었다.

그런데, 이러한 정보를 획득하는데는 상당한 시간과 노력이 필요하다. 기술이 필요함은 말할 것도 없다. 현재에는 그런 기술을 가진 사람이 없다. 그러므로 위의 정보를 획득하려면 외부에 용역을 주어야 한다. 누가 그런 일을 할 수 있는가?

과학에서는 이런 작업을 한다. 이를 操作的 定義(operational definition)이라고 한다. 추상적 변수를 관찰가능한 변수로 변환하는 정의다. 예를 들어 법학전문대학원에서 법학전문대학원 교육을 이수하는 데 필요한 수학능력과 법조인으로서 지녀야 할 기본적 소양 및 잠재적인 적성을 계량화한 것이 법학적성시험(LEET, Legal Education Eligibility Test) 성적이다. 어떤 사람이 어떤 수준의 수학능력 등을 가지고 있는지를 단 하나의 숫자로 표현한 것이 LEET 성적이다. 물론 LEET 성적이 수학능력 등을 잘 반영하고 있는가는 논쟁의 대상으로 될 수 있다.

예를 들어 위에서 보인 2013헌마11 사건의 경우도 감치로 인하여 입게 되는 사인의 불이익과 이로 인해 달성되는 강제집행의 실효성 확보라는 공익이 하나 하나 조각적 정의를 통하여 계량화되어야 한다. 그런데도 현재는 과학적 자료는 하나도 대지 않고 사익이 공익에 비해 ‘결코 크다고 할 수 없다’고 선언할 뿐이다. 다른 결정문에서도 ‘결코 크다고 단정하기 어렵다’(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527), ‘작다고 보기는 어렵다’(헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654), ‘크다고 할 수 없다’(헌재 2016. 7. 28. 2012헌바258), ‘훨씬 크다’(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89), ‘현저한 불균형이 있다고 보기 어렵다’(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718)는 애매한 선언만 할 뿐이다.

문제는 판단에 필요한 자료가 없다는 것이다. 그러니 이미 판단해 놓은 침해의 최소성 판단과 같은 결론으로 갈 수 밖에 없다. 그나마 침해의 최소성 판단이 조금 더 객관적인 방법으로 판단을 종결할 수 있기 때문이다.

라. 소결

과잉금지원칙은 중요하다. 그런데, 과잉금지원칙이 과연 그 원리대로 운용되고 있는지는 의문이다. 가장 큰 문제는 판단에 필요한 자료가 제공되지 않는다는 것이다.

판단의 대상으로 되는 것, 즉 ‘목적’, ‘방법’, ‘침해되는 사익의 양’, ‘달성되는 공익의 양’은 규범판단의 대상이 아니다. 그것은 오로지 과학에 의존하는 것이다. 위의 자료들이 주어지지, ‘정당성’, ‘적절성’, ‘최소성’, ‘균형성’을 판단할 수 있다.

위의 자료들 중 오로지 ‘방법’만이 주어져 있다. 그러므로, 과잉금지원칙의 심사는

‘논리적으로 불가능’하다. 즉, 문제를 푸는데 필요한 조건이 부족하다. 예를 들어 미지수가 3개인데, 식은 한 개밖에 없는 상황과 같다. 만약 위에 든 대상이 모두 과학적 방법을 통해 주어진다면, 규범적 판단은 거의 무의미하다. 중학생 수준이면 정확한 결론을 도출할 수 있을 것이다.

그러면 헌재가 운용하는 과잉금지원칙은 무엇인가 하는 의문이 들지 않을 수 없다. 논리적으로 불가능한 결론을 헌재는 척척 내놓는다. 필자는 놀라움을 느끼면서 걱정을 한다. 그 결론이 우리 법공동체의 운명을 바꿀 수도 있기 때문이다.

원리론적인 문제를 제기한다면, 의회의 입법재량이라는 말과 과잉금지원칙이라는 말은 서로 和同하기 어렵다. 민주주의는 정의와 친하지 않다. 경찰법상의 원칙이 의회의 결정을 재단할 수 있다는 생각은 당혹스럽다. 과잉금지원칙의 원리를 따른다면 의회는 과학자들이 모여 계산하고, 토론하는 장소이어야 한다. 정치세력간의 합의를 통하여 결론을 도출하였다고 말하는 순간, 그것은 과잉금지원칙에 위배될 가능성이 99.9%다.

2. 본질침해금지원칙

헌법 제37조 제2항 후단은 다음과 같이 정하고 있다. “제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.” 이를 통설과 판례는 본질침해금지원칙의 문제로 다룬다. 그런데, 이 후단은 과잉금지원칙과 어떤 관계에 있는가?

헌재의 아래와 같은 판시는 본질침해금지원칙을 과잉금지원칙과는 별개의 심사기준으로 본다는 것을 전제로 한다. “기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하여지는 경우에 그 본질적인 요소를 말하는 것으로서, 이는 개별 기본권마다 다를 수 있을 것이다.”⁸⁸⁾

즉, 각 기본권에는 ‘이를 제한하는 경우에는 기본권 자체가 무의미하여지는 것’, ‘본질적 요소’, ‘핵’, ‘근본요소’, ‘제한으로 기본권이 유명무실해지고 형해화되어 기본권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 하는 것’⁸⁹⁾이 있고, 이것은 어떠한 공익을 위해서라도 제한되어질 수 없다는 것이다.

88) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 509.

89) 인용 중 앞의 2개는 위 92헌바29의 것이고, 그 뒤의 3개는 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13에 있는 것이다.

과잉금지원칙은 ‘기본권 제한’과 이로 인해 달성되는 ‘공익’ 사이의 관계 속에서 검토됨에 비하여, 본질침해금지원칙은 ‘기본권 제한’ 자체를 검토한다. 양자는 검토 내용이 다르고, 양자의 결론은 다를 수 있다.⁹⁰⁾

공익과 사익의 교량이라는 관점에서 기본권 제한이 정당화되더라도 그 제한이 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 본질침해금지원칙에 위배되고 나아가 위헌이라는 결론에 이를 수 있어야 독자성 인정설이 의미 있는 것으로 된다. 만약 과잉금지원칙에 위배된다는 결론에 이르렀다면 그 자체가 위헌의 이유로 되기 때문에, 보태어서 본질침해금지원칙을 심사할 실천적 이익은 없다.⁹¹⁾ 이를 독자성 인정설이라 하자. 이것은 강학상의 절대설과 같은 내용이다.

그러나, 현재는 정작 본질침해금지원칙이 핵심적인 이슈로 되었던 다음의 [사형제 사건]에서는 위의 독자성 인정설(=절대설)의 입장과는 배치되는 결정을 하였다. 현재는 사형제 조항이 ‘생명권을 완전히 박탈’하더라도 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다면, ‘생명권이라는 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다’고 판시하였다.⁹²⁾

하지만 생명을 박탈한다는 것은, 절대설의 어느 관점에서 보더라도 본질을 침해한 것이라 아니할 수 없다. 결국 현재의 위 논리는 본질을 침해하였더라도 본질을 침해하였다 볼 수 없다는 말이다.

앞의 사형제 결정 이전부터 있었던 현재 결정의 관행이었지만, 현재는 대부분의 결정에서 과잉금지원칙에 관하여 심사한 후 본질침해금지원칙에 관하여 심사하지 아니하였다. 독자성을 인정하는 입장에서는 판단누락이라 아니할 수 없다. 물론, 과잉금지원칙에 위배된다고 판단하였으면 더 나아가 본질침해금지원칙을 심사할 실천

90) 기본권 제한이 사소하더라도 과잉금지원칙에 위배될 수 있다. 그러나 본질침해금지원칙에 위배되었다고 보기는 어렵다. 반대로 기본권의 본질이 침해되었다더라도 이를 통해 달성되는 공익이 크다면 과잉금지원칙에 위배되지 않았다고 할 수 있다. 그래서 그 판단은 서로 독립적(independent)이다.

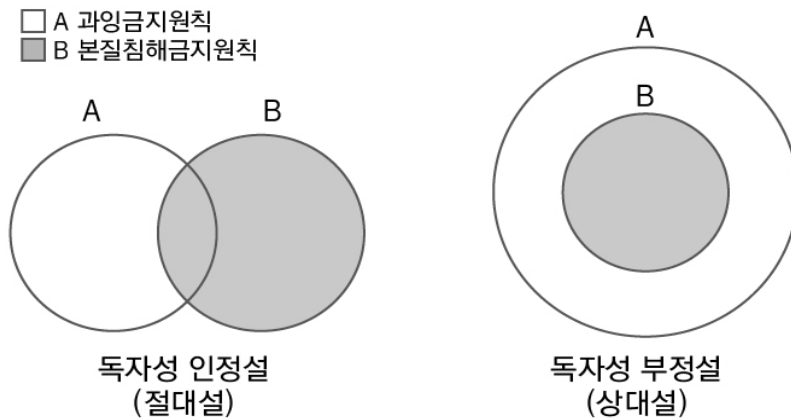
91) 쟁송물을 생각해 보면 된다. 위헌법률심판이나 헌바소원의 경우는 그 쟁송물이 ‘법률조항이 헌법에 위반되는지 여부’이다. 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되었다는 것은, 법률조항이 위헌이라고 결정하는 데 충분하다(sufficient). 전자는 후자의 충분조건(sufficient condition)이다. 헌바소원의 경우도 마찬가지다. 그 쟁송물은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부’이다. 어떤 공권력의 행사 또는 불행사가 과잉금지원칙에 위배되었다고 판단되었다면 앞의 쟁송물에 관하여 인용 결정을 하는 데 아무런 장애가 없다.

92) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 57-58.

적 이유는 없다. 문제는 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 하면서도 본질침해금지원칙에 관한 심사를 실시하지 않는 것이다.

현재의 위 관행과 사형제 결정의 취지를 합리적으로 설명할 수 있는 방법은, 오로지 과잉금지원칙에 위배되지 아니하면서 본질침해금지원칙에 위배되는 경우는 없다는 명제를 참으로 받아들이는 것이다. 과잉금지원칙에 위배된다는 것은, 본질침해금지원칙에 위배되기 위한 필요조건(necessary condition)이라고 이해하는 것이다. 이러한 입장을 독자성 부정설 또는 상대설이라 하자. 독자성 부정설 또는 상대설을 따르면 본질침해금지원칙은 우리 헌법에 있으나마나한 조항이다. 위헌 여부에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문이다.

아래 그림은 독자성 인정설(절대설)과 독자성 부정설(상대설)의 관계를 그림으로 나타낸 것이다.



현재는 왜 이런 상황에 빠진 것일까? 그것은 헌법 제37조 제2항을 잘못 이해했기 때문이다. 헌법 제37조 제2항은 과잉금지원칙과 본질침해금지원칙을 별도로 규정한 바가 없다.

다시 한 번 더 헌법 제37조 제2항을 읽어보자. 헌법 제37조 제2항은, 국민의 모든 자유와 권리는, (i) 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여(when), (ii) 법률로써 제한할 수 있으며(by what means), (iii) 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(to what degree)고 규정하고 있다. 즉, 헌법 제37조 제2항은 전체적으로 기본권 제한의 한계를 설정하고 있는데,

상황, 형식 그리고 정도로 나누어 규정하고 있다.

첫째, 기본권은 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여’ 제한될 수 있다. 기본권이 제한될 수 있는 상황을 설명한 것이다. 둘째, 기본권은 ‘법률로써’ 제한할 수 있다. 기본권 제한의 형식을 정한 것이다. 셋째, ‘제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.’ 기본권 제한의 정도를 규정하고 있다. 필자는 헌법 제37조 제2항을 이렇게 읽는 것이 자연스럽고 논리적 모순을 해소하는 것이라 본다.

3. 적법절차

가. 도입

헌법 제12조 제1항 후문 후단은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 정하고 있고, 같은 조 제3항 본문은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다.

그런데, 현재는 적법절차를 형사절차에 한정하여, 그 집행에 있어서만 적용된다고 보지 않는다. 현재는 현재 1998. 5. 28. 96헌바4 결정에서 다음과 같이 판시하였다.

“현행 헌법에 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법 원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장되어야 한다는 뜻으로 이해하는 것이 마땅하다. 다시 말하면 형식적인 절차뿐만 아니라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적인 의미로 확대 해석하고 있다. 이러한 적법절차의 원리가 형사절차 이외 행정절차에도 적용되는가에 관하여 우리 헌법재판소는 이 적법절차의 원칙의 적용범위를 형사소송 절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다고 판시하고 있다.”

위 판시는, 적법절차가 (i) 정해진 절차를 따라야 하고, (ii) 절차 자체가 적정하여야 하며, (iii) 실체적 법률 내용도 합리성과 정당성을 가져야 한다고 본다. 나아가 형사소송절차뿐만 아니라 ‘모든 국가작용에 대하여 문제된 실체적 내용’에 대해서도 적용된다고 한다. 현재의 입장에서 보면 세상의 모든 문제는 적법절차의 문제이다.

나. 실체적 적법절차

위에서 적법절차로부터 입법자는 모든 실체적 법률 내용이 합리성과 정당성을 가지도록 제정 또는 개정하여야 한다는 명령이 도출된다는 점을 보았다. 그런데 가만히 생각해 보자. 도대체 법의 내용이 어떠하면 ‘적법절차’에 어긋날 수 있는가. 필자로서는 도저히 이해할 수 없다. 그런데, 현재도 위와 같이 말을 해 놓고 책임을 못 지기는 마찬가지다. 아래의 판시들을 보자. 현재 2002. 4. 25. 98헌마425⁹³⁾는 “헌법 제12조 제1항 후문은 “모든 국민은 …… 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 위 헌법조항이 규정한 적법절차의 원칙은, 절차는 물론 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 것으로서, 공권력에 의한 국민의 생명, 자유, 재산의 침해는 합리적이고 정당한 법률에 의거하여 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리이다(헌재 1997. 5. 29. 96헌가17, 판례집 9-1, 509, 515). 이 사건의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 준법서약제에 관한 이 사건 규칙조항은 당해 수형자의 양심의 자유 등 기본권을 침해하고 있지 아니하다. 그렇다면 이 사건 규칙조항이 국민의 생명, 자유, 재산의 침해 등 기본권침해가 있음을 전제로 적용되는 위 적법절차원칙에 위배되지 아니함은 더 나아가 살펴볼 필요가 없이 명백하다.”고 한다.

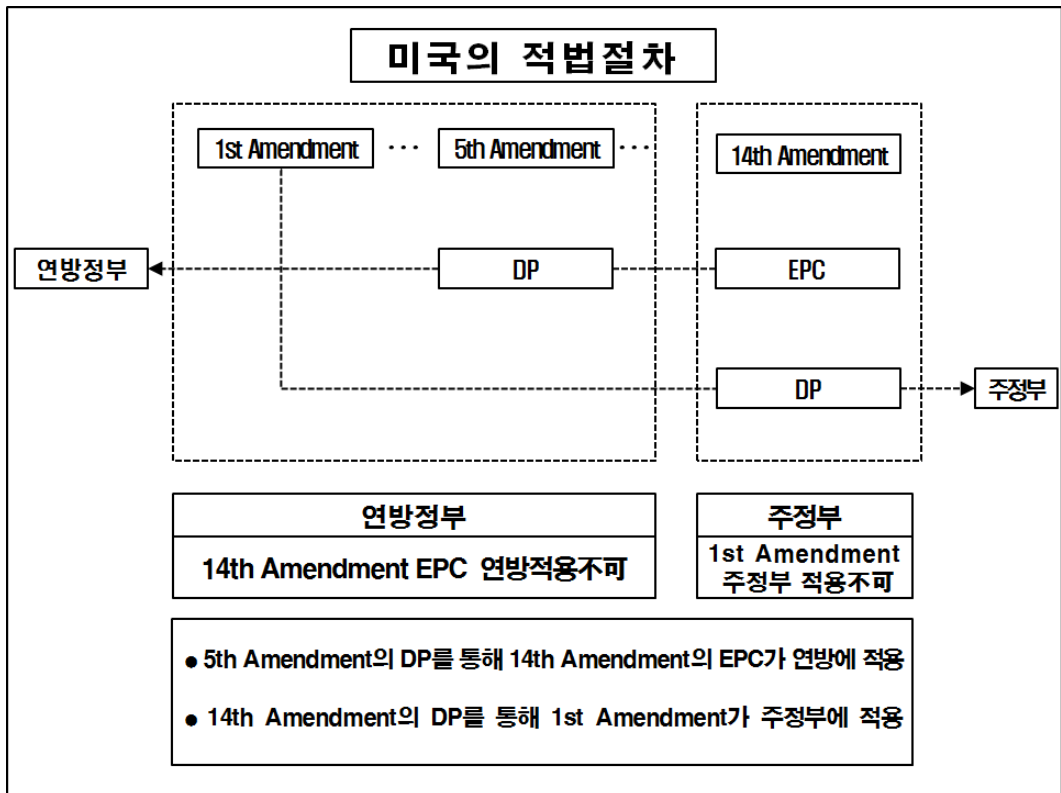
위의 판시에서 현재는 당해 심판대상이 (i) 다른 기본권을 침해하지 아니하고, (ii) 적법절차 외의 다른 원리, 원칙에 위배되지 않으면 적법절차에도 위배되지 않는다는 결론에 이를 수 있다고 한다. 다른 기본권을 침해하거나 원리, 원칙에 위배되지 아니하더라도, 적법절차 위배를 이유로 위헌 결정을 할 수 있을 때 비로소 적법절차는 독자성을 인정받게 된다. 그런데 위 판례는 그런 경우가 없다고 한다. 그러면 적법절차가 실제 문제에 적용된다는 말을 왜 하는가?

⁹³⁾ 판례집 14-1, 351, 366.

다. 검토

위의 마지막 물음에 대답하기 위해서는 미국의 헌법을 이해하여야 한다. 미국 헌법의 다음과 같은 사정을 가지고 있다.

- (i) 수정헌법 조항은 연방만을 기속한다. 주(state)를 기속하지 않는다.
- (ii) 다만, 수정헌법 제14조는 주를 기속하고, 연방은 기속하지 않는다.
- (iii) 주를 기속하는, 수정헌법 제14조에는 평등조항과 적법절차조항이 있다.
- (iv) 연방을 기속하는, 수정헌법 제5조에는 적법절차조항이 있다.



※ DP : Due Process(적법절차 조항)
 EPC : Equal Protection Clause(평등보호 조항)

문제는 이런 것이다. 주의 행위가 수정헌법 제1조에 위배되면 최고법원(Supreme Court)은 위헌으로 결정할 수 있는가? 또, 연방의 행위가 수정헌법 제14조의 평등조

항에 위배되면 최고법원은 위헌으로 결정할 수 있는가? 위에서 든 상황을 전제로 하면 최고법원은 어느 쪽도 위헌이라고 결정할 수 없다. 주는 수정헌법 제1조에 기속되지 않고, 연방은 수정헌법 제14조에 기속되지 않기 때문이다.

그런데 수정헌법 제14조의 적법절차라는 꾸러미 안에 수정헌법 제1조 등 연방을 기속하는 조항들이 다 들어있다고 하고,⁹⁴⁾ 수정헌법 제5조의 적법절차조항 안에 수정헌법 제14조가 정하고 있는 평등조항이 들어있다고 하면 상황이 달라진다.

주의 행위가 수정헌법 제1조에 위배되더라도, 말미에는 수정헌법 제1조에 위배되어 위헌이라 하지 아니하고, 수정헌법 제1조에 위배되어 결국은 수정헌법 제14조의 적법절차에 위배된다고 선언할 수 있다. 또, 연방의 행위가 평등에 위배되면, 내용상 수정헌법 제14조의 평등조항에 위배되어, 결국 수정헌법 제5조의 적법절차조항에 위배된다는 결론에 이를 수 있다. 실체적 적법절차 이론은 (타당성은 별론으로 하고) 위와 같이 도관으로서 헌법재판의 폭을 확장시켜 주는 역할을 한다.

이런 미국의 판례이론을 들여와 우리의 문제에 적용하여야 한다는 것이 앞에서 본 실체적 적법절차이론이다. 우리에게 실체적 적법절차이론이 필요한가? 없다. 단언코 없다. 어떤 법률이 표현의 자유를 침해하면 그냥 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 말하면 충분하다. 미국의 학자도 실체적 적법절차를 ‘초록 빨간색’ 즉 형용의 모순이라 말하는데,⁹⁵⁾ 우리의 판례이론은 이를 그대로 수입하여 적용하자고 말해 두고는, 그 실천에 있어서는 어떻게 처리하여야 하는지도 모르고 우왕좌왕한다.

4. 평등

여기서 평등을 다루기는 어렵겠다. 필자는 평등을 운용하는 현재의 입장에 대하여 비판하는 책을 낸 일이 있다.⁹⁶⁾ 여기서 이 논의들을 다 할 수는 없다. 지면이나 시간상의 제약 때문이다.

몇 마디만 하여 보자. 현재는 평등을 통하여 헌법상의 분배원리를 정한다. 왜 그

94) 지나치게 단순하게 이야기하는 것일 수는 있다. 적법절차 안에 무엇이 들어있는가는 논란의 대상이다.

95) “we apparently need periodic reminding that ‘substantive due process’ is a contradiction in terms - sort of like “green pastel redness.””(John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, p.18).

96) 정주백, 『평등정명론』 충남대출판문화원, 2019.

런가? 법이란 ‘같은 것’과 ‘다른 것’을 정하는 기준이다. 입법은 그 기준을 설정하는 활동이다. 우리 헌법에는 몇 가지 분배원리를 정하여 두고 있다. 교육이 대표적이다.⁹⁷⁾ 그러면 헌법이 정하지 아니한 가치나 부담은 어떻게 이해되어야 하는가? 이것들은 헌재가 ‘평등’을 통하여 스스로 정하여도 좋다고 헌법제정자가 결정하였는가? 그래서 우리 헌법에는 따로 정한 바가 없는 조세에 있어서의 응능부담원리를 헌재가 정할 수 있는 것인가?

필자는 학자들이 평등을 형식적인 권리라고 말하면서, 마치 평등의 본질을 찾아낸 듯이 논하는 것을 보면 놀라움을 느낀다. 그 말은 헌재로 하여금 이 평등이라는 ‘빈 통’에 당신들이 넣고 싶은 규범을 넣어서 당신들이 하고 싶은 결정을 하라는 ‘완전한 수권’, 완전한 헌법제정권력을 수여하는 것과 같다.⁹⁸⁾

97) 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. 물론, 이 조항을 어떻게 해석할 것인가에 대해서는 서로 다른 견해가 있을 수 있다. 헌재는 평준화 교육을 지향하고 있다고 이해하나(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바311, 공보 178, 1104, 1107), 그렇게 이해될 수 없다. 교육이라는 가치가 ‘능력에 따라’ 배분되어야 한다는 점을 밝힌 것이다. ‘균등하게’는 큰 의미가 없는 말이다. 능력이 같다면 균등하게 배분받는다라는 뜻이다. 프랑스 인권선언 제13조는 “공공의 무력의 유지를 위해 그리고 행정의 비용을 위해 공공의 기여는 불가결 하다. 그것은 모든 시민들에게 그들의 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다.”고 정하고 있었고, 독일 1919년 바이마르헌법 제134조는 “모든 시민은 차별 없이 그의 재정적 수단에 비례하여 법률이 정하는 바에 따라 공적 부담에 기여한다.”고 정하고 있었다. 응능부담원칙을 규정한 것이다. 규정형식에 있어서 차이가 있지 않다.

98) 이런 사례를 하나 들어본다. 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바27 등, 판례집 17-1, 644, 656은 “(3) 평등원칙 위반 여부 청구인 ○○건설 주식회사는 이 사건 법률조항이 고급오락장으로 사용하지 않을 목적으로 취득하는 경우에도 취득세를 중과세하도록 규정한 것이 평등원칙에 위배된다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 객관적으로 확인하는 것은 매우 어려운 일일 뿐 아니라 고급오락장의 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리하는 것은 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며 유통세인 취득세의 본질과도 상충하지 않으므로 고급오락장의 취득목적이 “본질적으로 다른 두 개의 비교집단”을 나누는 기준은 될 수 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.”고 판시하였다. 중국적으로 위헌이 아니라고 결정하였다.

그러나, 동일한 심판 대상에 관하여 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바87, 판례집 21-2상, 498, 512-513은 “다. 평등원칙 위반 여부 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 주된 목적이 사치성 재산의 소비를 억제하고 국민의 건전한 소비생활 정착을 도모하는 데에 있는 한, ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지는 취득행위’와 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않는 취득행위’는 본질적으로 상이한 집단이라고 하지 않을 수 없다. 그렇다면, 그 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부가 달라져야 할 것인바, 이러한 양자의 차이가 반영되지 아니한 채 이 사건 법률조항이 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않은 취득행위’에 대하여도 적용되는 것은 불합리한 차별취급에 해당하여 평등원칙에 위반된다 할 것이다.”

우리의 민주주의를 현재의 발 밑에 던져두고 우리는 편안하게 잠들어도 좋은 일인가? 이 정도의 말만 하여 두자.

VI. 결론

이 글은 헌법재판의 절차적 측면, 실체적 측면에서 비교적 근본적인 몇 가지 문제들을 다루었다. 현재의 관할에 관한 몇 가지 문제와 실체적 판단의 대중을 이루는 과잉금지원칙, 본질침해금지원칙, 적법절차원칙, 평등권 등이 과연 과연 법에 있는 것인가, 또는 법에 부합하는 것인가 하는 문제들을 다루어 보았다. 필자는 이 실체적 판단의 결과가 헌법으로부터 이어지는 튼튼한 이성적 사유의 결과물이라 보이지 않는다. 필자가 보기에는 현재 재판관들의 보는 세계관, 정의관에 따른 결론일 뿐이라고 본다. 비록 결정문에는 이런 저런 헌법학에 익숙한 말들이 써져 있지만 그것이 결론을 뒷받침하는 것은 아니다.

물론 현재의 결정에 따라 나라가 좋아진 바가 있다는 점을 부인하지 않는다. 그런 것들이 현재의 결정에 대한 신뢰를 증대시키는 것도 부인하지 않는다. 그런데, 의회가 엉뚱한 짓을 할까봐 헌법재판제도가 만들어졌다고 하는데 막상 현재가 엉뚱한 결정을 할지 모른다는 점에 대한 걱정은 없는 것 같다. 관습헌법 사건과 같은 결정이 다시 없으리라고 누가 담보할 수 있는가.

고 판시하였다.

양자를 갈게 치우하여야 하는가, 다르게 치우하여야 하는가는 법을 정하는 것이다. 여기서 우리가 다루는 논점으로 이야기한다면, ‘평등의 내용’을 확정하는 것이다. 그런데, 앞의 판례에서는 ‘유통세의 본질상’ 양자가 본질적으로 다르다 할 수 없다고 보았고, 뒤의 판례는 ‘당해 세법의 목적상’ 양자는 본질적으로 다르다고 보았다. 결국 현재가 두 집단의 규율이 어떠하여야 하는가를 ‘평등’의 용어(terminology)를 이용하여 규정하였다. 즉 헌법적 관점에서 양자가 어떻게 규율되어야 하는가를, ‘현재’가 ‘평등’이라는 도관을 이용하여 규정한 것이다. 그런데 문제는 그 때 그 때 재판관들 각자가 가진 ‘정의관’에 따라 달라진다는 것이다. 앞의 판례와 뒤의 판례를 보면 그것을 알 수 있다. 그 사이에 헌법이 바뀐 것은 없다. 현재 재판관의 생각이 ‘텅 비어 있는’ 평등을 충전하고, 그 평등이 국민의 대표로 구성된 국회의 결의를 무효로 만든다.

【토론문】

“헌법재판과 법, 그 사이의 거리”에 대한 토론문

권 수 진*

헌법재판 사항에 관하여 민주주의와 헌법재판, 절차적 측면, 실체적 측면에서의 고찰한 발제문은 기존에 제가 생각하지 못하였던 새로운 시각으로 바라볼 수 있는 좋은 기회가 되었습니다. 특히 헌법재판소의 주문을 ‘위헌’이 아닌 ‘청구인의 기본권을 침해한다’로 보아야 한다는 의견이 인상 깊었고 현재 헌법재판에 있어 법적 쟁점과 개선방향등을 생각할 수 있도록 고민할 수 있는 좋은 기회를 부여해 주셔서 감사드립니다. 전반적으로 발제문 내용에 큰 이견이 없기 때문에 주제와 연계된 일부 내용에 대하여 논의하고 질문을 제시하는 것으로 토론을 같음하도록 하겠습니다.

헌법재판은 일반적으로 헌법이 가지고 있는 최고 규범성을 전제로 하여, 헌법의 규범 내용이나 헌법 침해에 관한 다툼이 있는 경우에 분쟁의 당사자 중 일방당사자 또는 국가기관의 청구에 따라, 독립적 지위를 가진 기관이 헌법 규범을 기준으로 사법적 절차에 따라 권한을 가지고 해결하는 국가작용을 말합니다. 헌법분쟁 또는 헌법침해 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 유지하고 수호하는 국가작용이며 자유민주주의 국가에서 헌법재판제도는 국민의 기본권을 국가권력의 남용으로부터 보호하고, 정치권력을 헌법의 틀 안에서 작용하게 만듦으로써 헌법을 실현하는 헌법보호의 중요한 수단이라 할 수 있습니다. 오늘날 헌법재판 제도는 국가권력의 기본권 기속과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력 통제의 한 장치로 이해되며 권력분립의 차원에서도 중요한 의미를 가집니다.

헌법은 국가와 사회의 근본규범이며, 헌법재판소는 그런 헌법을 기준으로 하는 법치주의의 실현의 보루로 헌법질서를 수호하고 국민의 기본권을 보장하는 기관입니다. 발제자님께서 말씀하신 민주주의와 헌법재판과 관련하여 헌법재판은 헌법적 가

* 한국데이터산업진흥원 책임 (법학박사)

치를 수호하는 것이 그 임무이며, 헌법을 해석하고 헌법이 정한 바의 헌법적 가치가 무엇인가에 따라 재판을 한다는 의견에 동의하며 민주적 정당성을 갖춘 의회의 결정을 심판의 대상으로 하기 위해서는 분명한 법적 근거가 필요하고 국회의 입법 효력을 무효로 하기 위해서는 분명한 헌법적 근거를 제시하여야 할 의무가 있다는 부분에서 동의하는 바입니다.

헌법재판소는 1988년 설립된 이래 정치·경제·사회·문화 등 제반영역에 미친 영향이 이루 헤아릴 수 없을 정도입니다. 이는 우리사회가 민주화되고 실질적 법치주의를 구현하는데 기여한 것으로 볼 수 있을 것입니다. 현재의 헌법재판소의 문제점을 보완하고 헌법재판이 추구하여야 할 가치나 헌법재판의 신뢰성을 확보하기 위한 발제자님의 고견을 여쭙보고 싶습니다.

절차법적인 부분에서 헌마소원의 대상을 명확히 하여 명령/규칙에 대한 헌마 소원의 경우에는 관할의 문제를 말씀하시고 중첩의 문제가 발생할 수 있다고 하셨습니다. 헌마 소원을 통하여 명령/규칙에 대한 헌법소원을 인정하지 않더라도 기본권 보장에 공백이 생기지 않으며 지금의 헌법 또는 법률보다는 훨씬 명확한 근거가 필요하다고 하셨는데 이 부분에 대한 발제자님의 고견을 여쭙보고 싶습니다.

실체법적인 부분에서 발제자님께서 과잉금지원칙과 본질적 내용침해금지 적법절차의 원칙, 평등의 원칙 등을 말씀해주셨는데 실체적 판단에 있어 기존의 문제점을 보완하기 위한 구체적인 방안을 생각해두신 부분이 있는지 발제자님께 고견을 여쭙보고 싶습니다.

이상으로 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

【토론문】

“헌법재판과 법, 그 사이의 거리”에 대한 토론문

강 서 영*

2021년 한 해를 마무리 하는 뜻깊은 학술대회에서 이렇게 토론의 기회를 얻게 되어 기쁘게 생각합니다. 또한 고명하신 정주백 교수님의 발표를 들으면서 발제문의 제목처럼 헌법재판과 법과의 거리가 얼마나 동떨어져 있는지, 헌법재판이 과연 법에 얼마나 충실하였는지, 그리고 헌법재판의 대전제로 삼고 있는 원칙들의 적용에 있어서 문제점은 없는지 등에 대해 많은 것을 배우고 생각할 수 있었습니다.

교수님께서서는 광범위한 부분을 넘나들며 날카로운 비판의식과 새로운 관점에서의 통찰력을 제공해주셨습니다, 노고에 감사드리고 고심에 감히 공감을 표합니다. 토론자가 과묵하여 발제문을 읽으면서 느꼈던 단편적인 생각을 두서없이 정리해보고 이러한 생각을 토대로 교수님의 고견을 조금 더 청해듣는 것으로 토론문에 갈음하고자 합니다.

1. ‘민주주의와 헌법재판’과 관련하여

교수님께서 지적하신 것처럼, 국민의 다수가 옳다고 하여 그에 영향을 받아 헌법재판의 결론이 도출되어서는 안 될 것입니다. 그런데 근래에는 국민의 다수가 옳다고 생각하거나 혹은 다수의 지지를 받고 있다는 이유만으로 입법이 되는 경우가 적지 않은 것 같습니다. 다수가 옹호한다고 하여 그것이 곧장 공익이 되는 것이 아닌 데도 개인의 의사를 손쉽게 표현하고 타인의 의사표현도 간단히 확인할 수 있는 수단들이 점점 진화하면서 다수의 지지가 공익으로 둔갑하거나 공익인 양 행세하는 경우들을 종종 목격하게 됩니다.

그런데 그렇게 다수의 지지를 등에 업고 의기양양하게 등장한 법이 누군가의 기

* 헌법재판연구원 책임연구원

본권을 과도하게 제한하더라도 이에 대해 주목하거나 다수와 다른 목소리를 내기 쉽지가 않다는 점에서 문제의 심각성이 있습니다. 무엇보다도 그러한 사례들이 누적 되면 장기적으로 사회 전체에 부정적인 영향을 끼칠 수 있고, 궁극적으로 공동체 전체에 해악을 끼치는 결과를 초래할 수도 있습니다.

이러한 특정한 범죄 피의자의 신상을 대중에 공개하는 피의자 신상공개제도는 국민의 알권리 실현을 목적으로 삼고 있고 국민 대다수의 지지를 얻고 있는 것으로 보입니다.¹⁾ 그런데 이러한 제도의 영향(impact)은 그저 신상공개 대상이 된 피의자의 민낯을 확인하는 것에서 그치지 않는 것 같습니다. 국가는 사회적 문제가 불거질 때 마다 국민 대다수가 원한다는 명분을 내세워 신상공개를 만능열쇠처럼 사용하려고 할 수도 있고 이것이 반복되면 누군가의 신상을 대중 앞에 전시하는 것 자체에 사회 전체가 무감각해질 수 있다는 점에서 그러합니다. 이러한 측면에서 국민의 다수가 지지한다고 하여 그로부터 영향을 받아 ‘헌법재판의 결론이 도출’될 경우 헌법재판소가 장기적으로 사회에 부정적인 영향을 끼칠 수도 있는 제도를 묵인 혹은 방치하였다는 비판에 직면할 수도 있다고 생각합니다.

교수님께서서는 최근의 이러한 입법 풍조나 사회적 분위기로 인해 헌법재판이 실제로 영향을 받을 우려가 있다고 생각하시는지, 혹시 그렇다면 적절한 통제방법이 있을지, 과연 어떠한 것들이 방안이 될 수 있을지 고견을 여쭙고 싶습니다.

2. ‘과잉금지원칙’과 관련하여

교수님의 발제문을 읽고 공부하며 많은 부분에 공감하고 배움을 얻었지만 특히 과잉금지원칙과 관련한 부분에 대해서는 더욱 그러하였습니다. 전가의 보도처럼 활용하면서도 별다른 비판적 성찰 없이 적용해온 과잉금지원칙의 심사방식에 대하여

1) ‘특정강력범죄의 처벌법에 관한 특례법’ 및 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’에 근거하여 법상 요건을 갖춘 피의자에 대한 신상공개가 이루어지고 있습니다. 그러나 형사처벌이 확정된 것도 아닌 수사단계의 피의자에게 회복하기 어려운 피해를 준다는 점, 신상공개 기준이 불명확하다는 점 등이 지적되어 경찰 내부에서도 비판이 제기되고 있고 있습니다(천호성, 경찰청 인권위 “인권침해 우려...피의자 신상공개 최소화해야”, 한겨레, 2021. 9. 9). 그럼에도 불구하고 청와대 국민청원 게시판 등을 통해서 피의자 신상공개를 넘어서서 피의자의 머그샷(범인을 식별하기 위해 구급 과정에서 촬영하는 얼굴의 정면 사진)까지 공개하라는 등의 요청도 꾸준히 제기되고 있는 것으로 보입니다(이미나, 범죄자 인권이나 국민 알 권리냐...“머그샷 도입하라” 청원, 한국경제, 2021. 9. 13).

많은 문제의식을 갖게 되었습니다. 헌법재판소가 구체적이고 엄밀한 논증 없이 막연히 공익이나 질서, 윤리 개념을 내세워 자유와 권리가 실제로 침해되고 훼손되는 것을 눈감은 일이 적지 않다는 지적²⁾도 그러한 면에서 궤를 같이 한다고 생각합니다.

(1) 먼저 목적의 정당성 심사와 관련하여 물론 교수님께서 언급하신 바와 같이 입법자가 정당하지 않은 목적을 내세우는 사례를 찾기란 쉽지 않고 실제 헌법재판에서도 입법목적의 정당성이 부인되는 경우 역시 흔한 것은 아닙니다. 그러나 헌법재판에서 입법자가 표방한 목적에 구속될 필요가 없다고 생각합니다. 오히려 헌법재판의 과정에서 입법의 배후에 깔려있는 사회적·경제적 의도가 실질적인 입법목적임이 객관적으로 확인될 수 있다면 이를 입법목적으로 확정할 수도 있을 것입니다.³⁾

이러한 맥락에서 입법목적의 정당성 심사에서도 실증적인 자료나 정보가 판단의 근거로 사용될 여지가 있으며 객관적으로 도출된 입법목적에 대한 정당성 심사는 단지 입법자가 내세운 입법 목적을 확인하는 형식적인 것이 아니라 기본권 보장에 있어서 실천적 의의를 지닐 수도 있다는 생각이 들었습니다.

(2) 침해의 최소성과 관련하여, 국회는 해당 법안을 만들게끔 하는 이익집단 혹은 사회적 맥락을 고려하여 국민들이 납득하기 쉬운 수단을 찾을 뿐이므로 헌법재판에서 침해의 최소성 심사를 하는데 있어서 신중하고 명확해야 할 필요성에 대해서 깊이 공감하였습니다.

그런데 침해의 최소성이 준수되었음을 증명하기란 그것이 흠결되었음을 증명하는 것보다 훨씬 어려울 것입니다. 이로 인해 일부 논자들은 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 주장하는 청구인에게 문제된 국가작용과 동등하게 입법 목적을 달성하면서도 기본권 제한의 정도가 덜한 수단이 있다는 것에 대한 증명책임을 배분할 수 있다는 견해를 제시하기도 하는데 이러한 견해에 대해서는 어떻게 생각하시는지 고견을 청하고 싶습니다.⁴⁾

2) 김하열, 한국 헌법재판제도의 성과와 과제, 저스티스, 통권 146-2호, 한국법학원, 2015, 104면.

3) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 285-286면; 최규환, 기본권제한입법의 목적정당성 심사, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2020, 30-31면.

4) 김종현, 헌법재판에서의 증명책임, 저스티스, 통권 제183호, 한국법학원, 2021, 58면; ‘Julian Rivers(2014)는 국가가 목적의 정당성과 수단의 적절성을 증명하면 침해의 최소성

(3) 다음으로 과잉금지원칙의 운용에 있어서 가장 큰 문제점은 판단에 필요한 자료가 제공되지 않는 것이며 특히 법익의 균형성 판단에 있어서 그러한 정보가 요구됨에도 실제 헌법재판에서는 그렇지 못하고 있다는 지적은 절실히 공감하는 대목입니다.

과잉금지원칙이 적용되는 영역 전반에 있어서 판단의 근거가 될 수 있는 자료의 축적과 그에 대한 명확한 분석이 제시되어야 하겠으나 특히 직업의 자유 영역 그중에서도 허가, 면허 등 특정한 자격 요건을 설정하는 문제에 대해서는 위와 같은 실증적 분석이 더욱 필요하다는 생각이 들었습니다.

헌법재판소는 직업의 자유와 관련하여 허가, 면허 등 특정한 자격 요건을 설정하는 문제에 대해서는 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않은 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 한다는 취지로 폭넓은 입법형성의 자유를 인정해왔습니다.⁵⁾

그러나 전문적 혹은 특수한 분야라는 이유만으로 입법자에게 광범위한 재량이 인정된다면, 입법자는 자격제한을 하지 않았을 경우 발생할 수 있는 공익에 대한 위험을 일방적으로 확인하고 이것이 정책적 판단이라는 점을 내세워 손쉽게 직업선택의 자유에 대한 포괄적인 제한을 할 수 있게 되고, 이로써 직업의 자유의 보장은 사실상 형해화 될 가능성을 배제하기 어렵습니다.⁶⁾ 그러므로 입법자의 판단권에 대해서 헌법재판소가 적절하게 또 독자적으로 심사함으로써 입법자에 대한 헌법적 구속력을 실질적으로 발휘해야 할 필요가 있을 것입니다.⁷⁾

특히 허가나 자격제도는 다양한 구성요소로 이루어져있고 각각의 요소에 의한 직업의 자유에 대한 제한의 성격이나 실제 드러나는 제한의 효과도 다르기 때문에 이

과 법익의 균형성이 추정되며 기본권 제한이 일견(*prima facie*) 정당화된다고 본다. 따라서 청구인 측에서는 침해의 최소성이 충족되지 않았거나 법익의 균형성이 흠결되었음을 증명해야 한다고 본다' 하면서 과잉금지원칙의 적용에 있어서 일부 부분원칙에 관하여는 증명책임 분배가 가능하다는 취지의 견해를 소개하고 있습니다. 그러나 한편 '최소침해성 판단은 사실인정을 통해 결정될 수 있는 절대적 개념이 아니라, 입법목적 달성과의 관련 하에서 파악되는 상대적 개념이며, 가상의 장래에 대한 평가. 예측의 문제이고, 이는 재판기관의 평가적 판단이라는 점에서 증명의 대상이 아니'라는 견해도 있습니다(김하열, 헌법재판의 증명책임, 헌법재판연구, 제8권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021, 323-324면).

5) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586; 헌재 2019. 8. 29. 2016헌가16, 판례집 31-2상, 94.

6) 정영훈, 직업의 자유 침해 여부에 대한 심사기준, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014, 62면.

7) 한수용, 홍계정, 직업의 자유와 3단계이론, 중앙법학, 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010, 26-28면.

러한 점들을 더욱 더 객관적이고 과학적인 자료를 근거로 하여 헌법적 판단을 시도할 필요가 있다고 생각합니다.

게다가 4차 산업혁명이 본격적으로 진행되면서, 규제로 인한 효과는 현재 시점에, 그리고 그 시대를 살아가는 사람들에게만 머물거나 그치지 않는 것 같습니다. 이를테면 모바일 어플리케이션(휴대폰의 App 등)을 통해 유상여객운송서비스를 제공하는 플랫폼 기반 운송사업에 대한 규제를 시도할 경우⁸⁾ 이는 기존의 여객운송사업자(택시 등), 현재 플랫폼 기반 운송사업을 영위하는 자 혹은 영위하려고 하는 자, 혹은 다양한 교통수단을 선택하고자 하는 소비자에게만 영향을 미치는 것이 아니라 플랫폼 기반 운송사업을 통해 축적된 빅데이터를 이용한 향후 혁신기술(자율주행기술, 스마트 시티 등) 개발 및 자원의 효율적인 이용을 통한 지속가능한 발전 등 사회 전체의 후생과도 연관성이 크다는 점을 인지해야 할 필요가 있을 것 같습니다. 그리고 무엇보다도 이러한 인식이 법익의 균형성 심사에서 실증적인 자료를 통해 철저히 측정되고 반영될 필요가 있다고 생각합니다.

비단 플랫폼 기반 운송사업 뿐만 아니라 산업의 영향을 완전히 예측하는 것이 불가능하고 그 파급효과가 장래에 광범위하게 미칠 수 있는 4차 산업의 전반적인 특수성을 고려한다면, 혁신 기술을 기반으로 하는 사업에 관한 규제에 대하여 과잉금지 원칙 심사를 시도할 경우에는 법익의 균형성 심사가 더욱 중요하며 반드시 제 기능을 할 수 있도록 회생시켜야 할 필요가 있다고 생각합니다.

이러한 기술의 발전, 시대상 등을 고려할 때 교수님께서 지적하신 법익의 균형성 심사가 헌법재판에서 향후 어떠한 방식으로 구현되고 발전되어야 할지, 혹시라도 구상하신 형태나 방안이 있으신지 고견을 듣고 싶습니다.⁹⁾

(4) 한편 ‘조작적 정의’와 관련해서 교수님께서 언급해주신 부분도 상당히 인상 깊었으며, 새로운 시각으로 헌법적 문제를 바라볼 필요가 있다는 생각을 갖게 되었

8) 2021년 4월부터 ‘여객자동차 운수사업법’을 통해 플랫폼을 기반으로 하는 유상여객운송사업에 관하여 허가에 대한 각종 규제, 기여금 납부의무에 관한 규정 등이 시행되고 있습니다.

9) 발제문 22면에서 ‘(그런데, 이러한 정보를 획득하는데는 상당한 시간과 노력이 필요하다. 기술이 필요함은 말한 것도 없다). 현재에는 그런 기술을 가진 사람이 없다. 그러므로 위의 정보를 획득하려면 외부에 용역을 주어야 한다. 누가 그런 일을 할 수 있는가?’라고 하신 부분과 관련해서 조금 더 구체적인 의견을 경청하고 싶습니다.

습니다.

헌법재판과 같이 객관적 소송을 강하게 띠는 분쟁처리 메커니즘에서는 그 주장들이 대부분 ‘정치적’ 차원에서 이루어지는 만큼, 주장의 정당성 확보는 무엇보다 중요하며 바로 이 지점에서 사회과학적 증명의 필요성은 더욱 강조된다고 할 것입니다. 즉 경험적·조사 분석을 통하여 현존재로부터 사물의 본성을 도출하고 이로써 헌법명제의 타당성 여부를 검증하고 정당성을 확보해나가는 것입니다.¹⁰⁾ 그런데 이러한 사회과학적 변론의 방법에도 분명 한계가 존재하는 것으로 보입니다.

교수님께서서는 법익의 균형성과 관련하여 ‘목적이 실현되었을 때 달성될 공익의 양과 그와 인과관계가 있는 사익 침해의 양’이 ‘量’으로 측정되어야 하고 그것도 하나의 척도로 표현되어야 한다고 하셨습니다.

그 척도가 측정하고자 했던 대상을 적절하게 반영하였는지의 문제는 차체하고서라도 일단 동일한 저울에 올려 질 수 있는 상태로 만드는 작업이 필요할 것이고 그러한 작업이 바로 발제문에 잘 제시되어 있듯이 ‘조작적 정의’일 것입니다. 그런데 실제에서는 공익과 사익이 ‘量’으로 완벽히 가늠되지 못할 수도 있고(권리에 관해서는 ‘양화할 수 없는(unquantifiable)’ 영역이 존재한다고 생각합니다), 그것을 하나의 척도로 담아내기란 결코 간단치 않은 작업일 것으로 예상됩니다.

그럼에도 불구하고 교수님께서 말씀하신 것처럼 ‘상당한 시간과 노력’을 들여서 정보를 획득하고 그것들을 방대하게 축적함으로써 ‘양화할 수 있는(quantifiable)’ 상태에 가까워질 수 있도록 다만 ‘최선의 노력’을 기울여야 하는 것이 아닌가 하는 생각이 들었습니다.

* 교수님의 발제를 통해 헌법재판의 현주소와 과제를 다시 한번 깨닫는 계기가 되었습니다. 오늘 이렇게 귀한 자리에서 토론할 기회를 주셔서 깊이 감사드립니다.

10) 한상희, 헌법재판에서의 사회과학적 변론, 법학, 제41권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 105-106면.

아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 현황*

변 해 철**

- I. 머리말
- II. 아시아 지역 국가의 국가적 특성의 다양성
- III. 말레이시아에서의 헌법재판과 인권 현황:
종교를 중심으로
- IV. 인도네시아에서의 헌법재판과 인권 현황:
종교의 자유를 중심으로
- V. 맺음말

I. 머리말

아시아 지역에서의 헌법재판과 인권에 대한 논의는 아시아에서의 헌법재판이라는 제도와 인권이라는 보편적 가치와의 관계에 대한 논의로 볼 수 있다.

헌법재판이 헌법적 분쟁을 정치적 또는 사법적 절차에 의해 해결하는 국가작용을 의미한다고 한다면 헌법재판은 개별 국가의 헌법적 속성, 즉 당해 국가의 헌법적 분쟁의 형태 및 그에 따른 헌법현실적 인식에 따라 다양한 형태를 띠 수밖에 없으며, 그 해결 방법 또한 그 사회의 법문화적 배경에 따라 다양한 형태로 구체화 될 수밖에 없다.

국제사회가 제2차 세계대전 종전 후에 세계인권선언 및 UN 인권협약을 통해 범세계적으로 인권보장을 실현하고자 노력하는 가운데, 유럽은 지역 차원에서 인권보장을 위하여, 유럽 인권선언에 이어 유럽 인권협약(European Convention on Human Rights, ECHR)(공식 명칭은, 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)을 체결¹⁾하고 유럽

* 이 글은 발제용으로 미완성적이므로 인용에 주의하시기 바랍니다.

** 한국의국어대학교

인권재판소를 설치하여 이를 사법적으로 구현하기 위한 행보를 이어오고 있다.

최근에는 ‘법을 통한 민주주의 유럽위원회(European Commission for Democracy through Law)’, 이른바 베니스위원회를 중심으로 법을 통한 민주주의 실현과 인권보장을 위한 노력이 이루어지고 있다.²⁾ 2011년 5월에는 세계헌법재판회의 규약이 채택되어 영구적인 조직으로서의 세계헌법재판회의 체제가 출범한 바 있다.

한편, 이러한 움직임은 아시아 지역으로도 확산되었으며, 그 일환으로 아시아 헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Court and Equivalent Institutions, 이하 AACC)이 설립된 바 있다. AACC는, 헌법재판권을 행사하는 기관 사이의 우호와 협력을 증진하고 헌법 정의와 관련된 경험과 정보를 교환함으로써 아시아의 민주주의, 법의 지배와 기본권의 발전을 촉진하기 위해 2010년 7월에 설립된 아시아지역 헌법재판기관 협의체이며, 2010년 7월 인도네시아 자카르타에서 7개국이 설립 선언에 서명한 데 이어서 2012년 5월 서울에서 창립총회를 열고 회원국 10개국의 국제기구로 공식적으로 출범하였다. 현재 회원국은 20개국이다.³⁾

AACC의 설립으로, 헌법재판을 통해 아시아 지역에서의 보편적 가치로서의 인권보장이 확대·강화가 기대되는 가운데, 최근에는 아시아 지역에서의 인권협약 체결과 인권재판소 설치에 대한 요구가 증대하고 있다.⁴⁾

그렇다면 아시아 인권협약의 체결과 실효적 보장을 위해 요구되는 것은 우선 아시아 지역에서의 공통적 이상과 원칙, 상생과 공존·발전에 대한 공감대 형성에 대한 논의일 것이다.

왜냐하면, 인권을 ‘인간이 인간으로서 당연히 가지는 권리’로 정의할 수 있다고 하더라도 인간 및 권리에 대한 이해에 따라 그 보편성에 대한 이해가 달라질 수 있기 때문이다.

1) 1950년 11월 4일 유럽평의회 12개(20개?) 회원국들은 로마에서 모여 유럽인권협약을 채택하고 1953년 9월 3일에 최종적으로 효력이 발생하였다. 현재 가입국은 47개국이다.

2) 베니스위원회는 본래 1990년 유럽평의회(Council of Europe) 18개 회원국으로 출범하였으나 2002년 비유럽 국가도 회원이 될 수 있도록 문호를 개방하였고 우리나라는 2006년 6월 회원국이 되었다.

3) www.aaccsrd.org/kr/main.do 및 세계헌법재판기관 편람, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021.

4) 박한철 헌법재판소장은 2014년 9월 29일(월) 『세계헌법재판회의 제3차 총회』 두 번째 세션의 기초연설에서의 “인권보장을 위한 국제기준과 지역적 인권기구의 필요성을 강조하며 아시아 인권재판소 설립 필요성 및 논의”를 제안한 바 있다. https://blog.daum.net/c_court/466

유럽인권협약의 경우, 제2차 세계대전 이후의 ‘서유럽의 경제·사회적 진보와 유럽의 오래된 이상과 원칙을 구현하기 위한 국가들간의 통합 달성’을 목표로 하고 결성된 유럽평의회(Council of Europe)에 의해 주도되었던 만큼 다원적 민주주의 원칙과 전통적 시민적 자유를 중심으로 한 보편적 인권 개념에 바탕을 두었다. 특히 공통적으로 기독교 문화에 바탕하고 있다는 점 또한 분명하다.

AACC의 경우만 하더라도 민주주의의 실현 정도는 논외로 하더라도 헌법상으로 매우 다양한 형태의 헌법재판제도를 채택하고 있으며, 인권에 대해서도 특히 종교와의 관계에서 매우 다양하게 이해하고 있음을 알 수 있다.

여기서는 아시아 지역에서의 인권협약 체결 및 실효적 보장을 위한 전제조건이 아시아 지역에서 담보될 수 있는지에 대한 검토를 하고자 한다. 이를 위해, AACC 회원국이면서 다수 국민이 무슬림인 말레이시아와 인도네시아에서의 헌법재판과 종교 문제를 예로 하여 살펴보고자 한다.

II. 아시아 지역 국가의 국가적 특성의 다양성

1. AACC 회원국 현황⁵⁾

	국가형태	국교	헌법재판기관	종교법원	
AFGHANISTAN	이슬람공화국	Islam	헌법이행감독위원회	X	타 종교 인정
AZERBAIJAN	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가
BANGLADESH	이슬람공화국	Islam	대법원 최고재판부	X	세속국가 (타종교 인정)
INDIA	민주공화국 (연방국가)	X	대법원	X	세속국가
INDONESIA	민주공화국	X	헌법재판소	샤리아 법원	세속국가
JORDAN	입헌군주국	Islam	헌법재판소	샤리아 법원	세속국가
KAZAKHSTAN	민주공화국	X	헌법위원회	X	세속국가
KOREA, REPUBLIC OF	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가
KYRGYZSTAN	민주공화국	X	대법원 헌법재판부	X	세속국가

5) 각국 헌법 및 세계헌법재판기관 편람, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021.

	국가형태	국교	헌법재판기관	종교법원	
MALAYSIA	입헌군주국	Islam	연방법원	샤리아 법원	타종교 인정
MALDIVES	민주공화국	Islam	대법원	X	타종교 부인 (무슬림만이 국민, 제10조(a))
MONGOLIA	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가
MYANMAR	민주공화국 (Union)	X	헌법재판소	X	세속국가
PAKISTAN	이슬람공화국 (연방국가)	Islam	대법원	연방샤리아 법원	세속국가
PHILIPPINES	민주공화국	X	대법원	X	세속국가
RUSSIA	민주공화국 (연방국가)	X	헌법재판소	X	세속국가
TAJIKISTAN	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가
THAILAND	입헌군주국	X	헌법재판소	X	세속국가
TURKEY	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가
UZBEKISTAN	민주공화국	X	헌법재판소	X	세속국가

2. 양국(말레이시아 및 인도네시아)의 국가적 특성 개관

	Indonesia	Malaysia
국가형태	민주공화국(단일국)	입헌군주국(연방국)
정부형태	대통령제	의원내각제
국교	6개 공인 종교	이슬람
인구 (종교별 비율)	2억 7천만(이슬람 86.88%, 개신교 7.49%, 카톨릭 3.09% 힌두교 1.71%, 불교 0.75 %, 유교 0.03% 등)(2021년)	2천 8백만(이슬람 61.3%, 불교 19.8%, 기독교9.2 %, 힌두교 6.3%, 도교, 유교 1.3%, 무교 0.7 등)(2010년)
GDP	1.159조USD(2020년 기준)	3,363억USD(2020년 기준)
GNI	11,750USD(2020년 기준)	27,370USD(2020년 기준)
헌법재판기관	헌법재판소	연방법원
종교법원	샤리아법원	샤리아법원
헌법제정	1945년 8월 17일-2002년 개정	1957년 8월 31일-2009년 5월 1일 개정

참조: Direktorat Jenderal Kependudukan dan Pencatatan Sipil (Indonesia)
Banci Malaysia 2010 (Malaysia)
World Bank, International Comparison Program database

Ⅲ. 말레이시아에서의 헌법재판과 인권 현황: 종교를 중심으로

1. 말레이시아 헌법상의 종교 관련 조항

1957년 제정된 말레이시아 헌법은 여러 차례 개정(최근 개정은 2009년 5월 1일)을 걸쳐 현재에 이르고 있다.

말레이시아 헌법은 이슬람을 국교로 정하는 한편, 다른 종교의 자유도 보장하고 있다.⁶⁾

그러나 종교의 자유는 이슬람 보호 차원에서 제한될 수 있다. 즉, 모든 사람은 자신의 종교를 믿고 행할 수는 있으나, 이슬람교 신자 사이에서의 어떠한 종교적 이론 또는 신앙에 관한 선교행위에 대해서는 주나 (쿠알라 룸푸르, 라부안 및 뿌뜨라 자야 등 연방 지구의 경우) 연방이 법률로 감독하거나 제한할 수 있도록 하고 있다.⁷⁾

이러한 맥락에서, 종교를 이유로 한 차별도 헌법이 정하는 바에 따라 허용될 수 있다. 비록, 법률상, 공공기관의 직위에 대한 임명 또는 고용에 있어서 또는 재산의 취득, 보유, 처분 또는 거래, 사업, 직업, 고용의 수립 또는 수행에 관한 법률의 집행에 있어서 **종교**, 인종, 혈통, 출생지 또는 성별만을 이유로 시민을 차별하여서는 아니 되나, 헌법이 명시적으로 인정한 경우는 제외할 수 있도록 하고 있기 때문이다.⁸⁾

6) 제3조 (1) “이슬람은 연방의 종교이다. 그러나 다른 종교는 연방의 어느 지역에서나 안전하고 평화롭게 행해질 수 있다.”

7) 제11조 (종교의 자유)

(1) 모든 사람은 자신의 종교를 믿고 행할 수 있으며, 제4항에 정한 바에 따라 선교할 수 있다.

(2) (생략)

(3) (생략)

(4) 주 법률 그리고 쿠알라 룸푸르, 라부안 및 뿌뜨라 자야 등 연방 지구를 고려하여, 연방 법률은 이슬람교 신자 사이에서의 어떠한 종교적 이론 또는 신앙에 관한 선교행위에 대해 감독하거나 제한할 수 있다.

8) 제8조 (평등)

(1) 모든 사람은 법 앞에 평등하고, 법의 평등한 보호를 받을 자격이 있다.

(2) 본 헌법이 명시적으로 인정한 경우를 제외하고는 법률상, 공공기관의 직위에 대한 임명 또는 고용에 있어서 또는 재산의 취득, 보유, 처분 또는 거래, 사업, 직업, 고용의 수립 또는 수행에 관한 법률의 집행에 있어서 **종교**, 인종, 혈통, 출생지 또는 성별만을 이유로 시민을 차별하여서는 아니 된다.

특히, 국가주도 이슬람화(*the state-led Islamisation*)를 추진하였던 마하티르 행정부 하(1981 ~ 2003)에서 이루어졌던 1988년 헌법개정을 통해 샤리아 법원의 권한을 강화함으로써 궁극적으로 이슬람의 지위를 공고히 하였다. 사법권에 관한 헌법 제 121조에 제1A항을 추가·신설하여 샤리아 법원의 관할권에 속하는 사안에 대하여 일반법원의 관할권을 배제하였다.⁹⁾¹⁰⁾

그런데, 연방헌법은 샤리아 법원에 대해 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만, 연방과 주의 입법사항을 정하고 있는, 헌법 부속서 9 입법목록(Ninth Schedule Legislative Lists, Jadual Sembilan)의 제2목록-주 목록(List 2 - State List, Senarai II- Senarai Negeri) 제1호에서 샤리아 법원의 설립, 조직 및 절차 등을 각 주의 입법사항으로 정하고 있을 뿐이다.¹¹⁾

9) 제121조

- (1) 상호 조정된 관할과 지위를 갖는 두 개의 고등법원을 둔다. 이른바,
- (a) 말레이에 있는 주들에 소재하는 하나는, 말레이 고등법원으로 하며 국왕이 정하는 바에 따라 말레이 주들 가운데 어느 장소에 주소재지를 둔다.
- (b) 사바 및 사라왁에 있는 주들에 소재하는 하나는, 사바 및 사라왁 고등법원으로 하며 국왕이 정하는 바에 따라 사바와 사라왁 가운데 어느 장소에 주소재지를 둔다.
- (1A) (1)에 언급된 법원들은 샤리아 법원의 관할에 속하는 사안에 대해서는 관할권이 없다.
- 10) 이외에도 헌법 제121조 제1항 자체를 개정하여, “연방의 사법권은 고등법원에 속한다.”고 하였던 조항을 “고등법원의 관할과 권한은 법률이 정하는 바에 따른다.”고 변경함으로써 일반법원 중심의 사법권의 위상을 격하시켰다. R. Sivaperegasam P. Rajanthiran, “THE IMPACT OF ART. 121 (1A) 1988 ON ART. 11 - THE FREEDOM OF RELIGION IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF MALAYSIA: THE APOSTASY CASE OF LINA JOY”, Sejarah, No. 26, Bil. 1, Jun 2017, p.118.

- 11) Constitution of Malaysia 1957, Ninth Schedule - Legislative Lists, List II - State List
1. Except with respect to the Federal Territories of Kuala Lumpur and Labuan, Islamic law and personal and family law of persons professing the religion of Islam, including the Islamic law relating to succession, testate and intestate, betrothal, marriage, divorce, dower, maintenance, adoption, legitimacy guardianship, gifts, partitions and non-charitable trusts; Wakafs and the definition and regulation of charitable and religious endowments, institutions, trusts, charities and charitable institutions operating wholly within the State; Malay customs. Zakat, Fitrah and Baitulmal or similar Islamic religious revenue, mosques or any Islamic public places of worship, creation and punishment of offences by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion, except in regard to matters included in the Federal List; **the constitution, organisation and procedure of Syariah courts**, which shall have jurisdiction only over person professing the religion of Islam and in respect only of any of the matters included in this paragraph, but shall not have jurisdiction in respect of offences except in so far as conferred by federal law*, the control of propagating doctrines and beliefs

결과적으로, 샤리아 법원 자체에 대한 헌법적 근거 규정 없이 헌법에 근거한 일반 법원과의 동등한 지위를 인정하였다. 이와 함께, 전통적으로 인정되어오던, 샤리아 법원에 대한 일반법원의 감독권이 완전히 부정되었다.

샤리아 법원은 1986년에 연방 차원에서 체계화되었는데, 주의 샤리아 법원 체계는 일반법원 체계와 동일하게 샤리아 상고법원, 샤리아 고등법원, 샤리아 하급법원으로 통일적으로 구성되어 있다.¹²⁾

여기서 헌법재판과 관련하여 주목할 수 있는 것은, 비록 연방법원이 연방 법률과 주 법률에 대한 합헌성 통제를 담당하고는 있으나,¹³⁾ 앞에서 언급한 바와 같이 헌법 제121조 제1A항에 따라 주법률의 형태로 제정되는 샤리아법에 대해서는 합헌성 통제가 배제된다는 점이다.

2. 사례연구: 연방법원, 2007년 5월 30일 판결 [사건번호 01-2-2006 (W)]; 리나 조이 대 연방구 등의 이슬람 종교위원회¹⁴⁾ 사건, (Lina Joy v. Majlis Agama Islamic Wilayah Persekutuan & Yang Lain, [rayuan Sivil No: 01-2-2006 (W)], May 30, 2007, Federal Court)

가. 사건 개요

리나 조이(Lina Joy)는 말레이 인종, 즉 무슬림가정에서 태어났으나, 1990년 자신의 양심에 따라 가톨릭으로 개종하였고, 1998년에는 세례를 받고 가톨릭 남성과 결혼하였다.

among persons professing the religion of Islam; the determination of matters of Islamic law and doctrine Malay custom. <http://www.commonlii.org/my/legis/const/1957/24.html>

- 12) 김용운, “말레이시아의 이슬람사법제도에 대한 연구”, 법조, 2011.8(Vol.659), pp. 175 ~ 215.
- 13) 제128조 (1) 연방법원은 그 관할권에 관한 법원 규칙이 정하는 바에 따라 다음에 대하여 배타적 관할권을 갖는다.
- (a) 연방의회나 주의회가 제정한 법률이 연방의회나 주의회에 부여된 권한의 범위를 벗어나 무효인지에 대한 문제;
 - (b) 주 간 또는 연방과 주 간의 쟁의.
- 14) 말레이시아 헌법 제3조 제5항에 근거하여 설치된 기구로, 이슬람 종교 수장인 왕에 대한 이슬람교 관련 조인 및 이슬람법 제31조에 정해진, 이슬람 토지, 상속, 혼인 등의 업무를 담당한다.

그런데, 종교 문제가 혼인증명서를 받는 데에 장애가 되었다. 1976년 개혁법상의 민사 혼인 조항은 무슬림이 민법에 따라 결혼식을 올리거나 혼인신고를 하는 것을 금지하고 있었다. 그녀가 기독교인임을 밝혔음에도 불구하고 민사상의 혼인신고가 거부되었다. 왜냐하면, 그녀는 신분증에 무슬림으로 지정되어 있었기 때문이었다. 이러한 지정은, 그녀가 샤리아 법원으로부터 그녀가 배교자(apostate)가 되었다는 결정을 받기 전까지는, 즉 신을 믿지 않는 사람으로 자신을 법적으로 분류하기 전까지는 삭제될 수 없었다.

신분증상의 종교 사항 기재와 관련하여서는, 과거 1959년 국가등록법에는 말레이시아 국민의 신분증에 어떠한 세부 사항이 명시되어야 하는지 규정하고 있지 않았다. 다만, 제6조에서 그 세부 사항을 내무부 장관령으로 정하도록 위임하였다.

1990년 국가등록령 규정 4 (c)에서는, (i) 이름, (ii) 신분증 번호, (iii) 주소, (iv) 인종, (v) 출생지, (vi) 생년월일, (vii) 성별, (viii) 신체적 이상, (ix) 시민권 상태 (x) 기타 세부 정보를 제공하도록 하였다. 즉, 종교 사항에 대해서는 규정하고 있지 않았다. 그런데, 2000년 2월 4일, 관련 규정 4 (c) (iv a)을 신설하여 종교(이슬람에 게만 적용)에 대한 정보 또한 등록담당자에게 제공하도록 하였다. 또한, 관련 개정 규정을 1999년 10월 1일부터 소급하여 적용하도록 하였다.

이에 따라 리나 조이는 일반법원에 소송을 제기하였으나, 그 청구는 각하되었다. 그 근거로는, 말레이시아 헌법이 말레이계는 반드시 무슬림이어야 한다고 정의¹⁵⁾하고 있음에 따라, 말레이 인종은 이슬람을 포기할 수 없다는 점이 부분적으로 강조되었다. 또한, 일반법원은 이슬람교 이탈에 관한 사건은 우선적으로 샤리아 법원의 관할권에 속한다고 하였다.

그녀는 어떤 법원도 자신의 양심 상의 확신을 합법화하는 장소가 아니라고 주장하며 샤리아 법원에의 제소를 거부하면서 항소법원을 거쳐, 최종적으로 연방법원에 상고하였다.

나. 연방법원의 판결

2007년, 말레이시아 연방법원은 최종적으로 상고를 각하하였다.

15) 말레이시아 헌법 제160조 제2항 “말레이인은 이슬람을 믿어야만 하고 말레이 관습을 따르며, 말레이어를 사용하는 자이다.”

연방법원은 우선, 국가등록청이 신분증 대체 또는 변경 등에 관하여 권한이 있음을 확인하였다. 1990년 국가등록령의 규정 14는 신분증을 소지하고 신분증에 잘못된 정보가 포함되어 있음을 발견한 모든 사람은 신분증 세부 정보 수정을 신청해야 한다고 규정하면서, 이름 변경 (a), 주소 이외의 특정 사항 (c) 등이 부정확한 경우가 가까운 등록사무소에 보고하고 대체 신분증을 신청하도록 하고 있다는 점에 근거하였다.

한편, 샤리아 법원의 확인을 거쳐 발급된 종교 변경(이슬람에 대한 배교)에 관한 증빙서류 제출 요구와 관련하여서도, 연방법원은 국가등록령 규정 4 (c) (x)에서 대체 신분증 변경 신청인에게 증빙서류 제출 의무를 부과하고 있다는 점에 근거하여 이를 적법하다고 판단하였다.

또한, 연방법원은 “국가등록청이 누군가의 선언에 근거하여 이슬람을 이탈한다고 백을 인정하면 국가등록청이 그가 이슬람법에 의해 아직 나간 사람이 아님에도 불구하고 그를 비무슬림으로 잘못 분류하는 위험성이 존재한다.”는 항소 법원의 다수 의견에 동의하면서 “더군다나 무슬림이 단순히 이슬람법에 따른 범죄로 처벌받는 것을 피하기 위해 비무슬림으로 분류되는 행위를 하는 것이 쉽게 되며, 이는 분명히 무슬림 공동체로부터 비난을 받을 것이다. 이러한 이유로 국가등록청이 채택한 정책은 완벽하게 합리적인 것”이라고 판단하였다.

결론적으로, 국가등록청이 종교변경에 관한 증빙서류 미비를 이유로 내린 대체 신분증 발급거부 처분은 적법하다고 하면서, 종교변경 인정 여부에 대한 증빙서류 발급 문제에 대한 종교위원회와의 다툼에 대해서는 샤리아 법원이 관할권을 가지므로 연방법원은 관할권이 없다는 이유로 청구를 각하하였다.

재판관 Richard Malanjum FCJ는 반대의견에서,¹⁷⁾ 연방의회나 주의회의 입법권이 헌법으로부터 나오며, 따라서 이러한 입법 리스트는 헌법상 기본권 조항에 기속된다고 하였다. 1990년 국가등록령(명령 제4호) 규정 4(c)(iv a)는 신청인이 무슬림인 경우에만 그의 종교를 밝히도록 함으로써 무슬림과 비무슬림을 차별하여 헌법 제8조 평등조항에 반한다는 의견을 내었다.

16) 국가등록령 규정 4 (c) (x) “등록관이 제출된 세부 사항의 정확성을 뒷받침하기 위해 필요로 하는 증빙서류를 제출하여야 한다.”

17) [2007] 3 CLJ(Current Law Journal), P.565 이하 참조.

다. 평가

결과적으로, 리나 조이의 이슬람에서 기독교로의 개종이 거부되었고 그녀의 결혼은 국가에 의해 무효로 여겨졌다.

연방법원의 법정 의견은 현재까지도 유지되고 있다. 어느 개인이 더 이상 무슬림이 아니라는 사실을 알리는 샤리아 법원의 선언은 형식적으로 비 무슬림으로서 인정되기 전에 요구되고 있다. 또한, 증거가 샤리아 법원 판사에게 제시되어야 한다. 그러나 다른 신념을 가져왔다는 청구인의 주장을 별개로, 더 무엇이 제시될 수 있거나 기대되는가? 발표되지 않은 증거에 따르면, 단지 매우 적은 수의 사건만이 샤리아 법원에 청구되고 있다. 왜냐하면, 배교 자체가 하나의 범죄로 처벌될 수 있기 때문이다. 일부 주에서는, 배교자는 재활시설이나 상담을 위한 구금시설에 수용되기도 한다. 사실상, 헌법 제11조에 규정된, 어느 종교를 포기하고 다른 종교를 선택할 권리는 무슬림에게는 허구적이라고 할 수 있다.

그런데 말레이시아 정부가 리나 조이의 개종을 거부하는 것은 국제법을 정면으로 위반한다는 비판에 직면하기도 하였다. 양심의 자유는 세계인권선언(the Universal Declaration of Human Rights, UDHR)과 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(the International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)에 의해 보장되고 있다. 또한, 그녀의 개종을 인정하거나 그녀의 종교에 기초하여 민사상의 혼인증명서를 허용하기를 거부하는 것은 여성차별금지에 관한 협약(the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) 상의 평등 취급조항을 위반한다는 것이다. 이 협약은 UN 협약의 하나로 말레이시아가 조약법에 관한 비엔나 협약에 의해 법적으로 이행하여야 하는 협약이라는 것이다. 또한, 당해 사건에 대한 하급 법원의 관할 거부, 더욱이 행정법이 입헌민주주의 기능에 있어 기본적인 헌법적 보호에 의해 통치된다는 일반원칙에서 벗어날 수 있다는 문제도 제기된 바 있다.¹⁸⁾

¹⁸⁾ <https://www.becketlaw.org/case/malaysia-state-imposed...>

IV. 인도네시아에서의 헌법재판과 인권 현황: 종교의 자유를 중심으로

1. 인도네시아 헌법상의 종교 관련 조항

인도네시아 헌법은 전문에서 인도네시아는 “절대유일신에 대한 신앙에 근거한 주권국가”임을 밝히고 있다. 또한, 동 헌법 제29조 제1항에서 “국가는 절대유일신에 대한 신앙에 근거한다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 거주이전의 자유와 함께 “종교의 자유를 보장하며, 종교와 신앙에 따른 종교적 의무를 수행할 수 있는 자유를 보장”하고 있다. 인도네시아의 경우 1945년 헌법 제정 시부터 오늘날에 이르기까지 헌법상의 이슬람법 수용여부는 정부, 이슬람단체 및 여타 종교 단체 간의 분쟁 거리가 되어왔고 이슬람단체 및 정당들은 이를 지속적으로 요구하여 왔으나 이를 아직 실현하지 못하고 있다. 더군다나 1999년부터 2002년까지의 4차례에 걸친 헌법 개정¹⁹⁾과정에서 헌법 제29조(종교조항)를 개정하여 *syari'ah*를 헌법에 삽입하고자 하였던 제안 및 이를 둘러싸고 전개된 헌법적 논의는 종교와 국가 간의 관계에 대한 현대적 의미를 확인해볼 수 있는 중요한 계기를 제공하였다.²⁰⁾

당시 샤리아에 관련한 헌법개정 논의의 의의를 정리해보면 다음과 같다.²¹⁾ 첫째, 이슬람 샤리아법에 대한 준수 의무를 부과하자는 요청이 거부되었다는 점이다. 당시 헌법적 논쟁 중에 어떠한 이슬람 정당도 이란 등과 같은 이슬람국가의 설립을 제안하지도 않았고 민족국가의 인정을 의미하는 칼리프영토 체제(caliphate system)를 채택할 것을 제안하지도 않았다. 따라서 샤리아를 따를 권리가 충분히 실현될 수 있도록 헌법적인 보장을 요구하였으며, 이를 위해서는 헌법개정이 필요하다고 생각하였다. 이는 인도네시아가 “국가는 유일절대신에 대한 신앙에 근거한다”라는 1945년 헌법 제29조 제1항에 대한 개정 시도를 의미한다. 다수의 이슬람 정당²²⁾ 소속 MPR의원들을 통해 공식적으로 기존의 헌법 제29조 제1항에 “(이슬람교) 신자에 대한 샤리

19) 변해철, “인도네시아 헌법 개관”, 아시아법제연구, 제2호 (2004.9), pp. 29-49.

20) 변해철, “인도네시아 헌법과 종교”, 외법논집, 제36권 제1호, 2012, p. 60.

21) 앞의 글, pp. 66-67.

22) 예를 들면, 당시 메가와티 대통령 당시 부통령이었던 함자 하즈(Hamzah Haz)가 이끌던 PPP나 PBB(the Moon and Star Party)를 들 수 있다. Rizal Sukma, “Indonesia and the September 11 Attacks: Domestic Reactions and Implications”, The Indonesian Quarterly, Vol. XXX No. 3, Centre for Strategic and International Studies, 2002, p. 263 참조.

아법 준수 의무와 함께”라는 문구를 추가할 것을 요구하였다. 이는 1945년 자카르타헌장²³⁾으로의 회귀를 의미하며, 바로 세속국가로서의 인도네시아의 정체성을 이슬람국가²⁴⁾로 변경하는 것을 의미하였다. 또한 일부 정파에서는 “국가는 모든 신자에 대한 종교교육의무와 함께 유일신에 대한 믿음에 바탕을 두어야 한다”라고 규정하는 새로운 대안을 제안하기도 하였다.²⁵⁾

둘째, 이러한 논의가 공개적으로 이루어졌다는 점은 과거 인도네시아에서는 있을 수 없었던 일로 여겨졌다. 뿐만 아니라 샤리아법 부과에 대한 찬반토론이 무슬림 대 비무슬림을 다루지 않고 무슬림 자체를 다루었다는 점에서 특색이 있다.

셋째, 기존의 헌법조항을 그대로 유지한다는 결정이 표결에 의해서가 아니라 전반적인 공감대 형성을 통하여 이루어졌다는 점도 강조할 만하다. 결국 샤리아법 지지자들은 그들의 제안이 충분한 지지를 얻을 수 없다는 점을 분명히 인식하게 되었다. 이는 인도네시아에서의 종교적 다양성을 보다 분명히 하는 계기가 되었다.²⁶⁾²⁷⁾

종교와 관련한 헌법개정에 대한 시도는 종교조항 이외에도 인권조항(헌법 제28조)에 대해서도 있었다. 즉 이슬람정파 중 개혁당(Reformasi)과 PPP는 국민협의회 2000년 회기 중 “헌법상의 인권조항은 종교적 가치에 모순되어서는 아니된다”라는 내용으로 제28조를 개정할 것을 요구하기도 하였다. 다만, ‘종교적 가치’가 샤리아에 근거한 것으로 이해되지 않음으로써 큰 반향을 일으키지는 않았다. 결국, 헌법 제28J조 제2항은 “모든 사람은 자신의 자유와 권리를 행사함에 있어, 타인의 자유와 권리를 존중하고 인정하는 것을 보장하거나 민주 사회에서의 윤리, 종교적 가치, 안

23) Arskal Salim, *op.cit.*, pp. 63-68.

24) 이슬람국가와 비이슬람국가의 구별은 두 가지 기준에 따라 이루어진다. 첫째는 실질적 내용을 기준으로 구분하는 것으로 샤리아의 본래의 의미를 지침으로 하여 이를 자유롭게 이해한다는 입장이고 둘째는 샤리아를 세부적인 법조문으로 이해한다는 입장이다. 이에 대해서는, Nadirsyah Hosen, “In search of Islamic constitutionalism”, *American Journal of Islamic Social Sciences*, 21, 2 (2004), pp. 1 -24 참조.

25) Staff of Department of Politics and Social Change of CSIS, “Indonesia's New Constitution: A Peaceful Reform”, *The Indonesian Quarterly*, Vol. XXX No. 3, Centre for Strategic and International Studies, 2002, pp. 252-253.

26) *Op.cit.*, “Indonesia's New Constitution: A Peaceful Reform”, p. 253.

27) 당시 인도네시아 내부에서의 다수 이슬람 종파들의 온건하고 이성적인 성향은 9·11 사태와 미국의 아프카니스탄 침공에 대한 대응과 관련하여서도 잘 나타난 바 있다. *Op.cit.*, Rizal Sukma, “Indonesia and the September 11 Attacks: Domestic Reactions and Implications”, pp. 274-277 참조.

전 및 공공질서를 고려한 공정한 요청에 부응하기 위하여서만 법률에 의한 제한을 받을 의무를 진다”로 매듭지어졌다.²⁸⁾

2. 사례연구: 인도네시아 헌법재판소 97/PUU-XIV/2016

“국민의 기본권을 획득하는 신앙인의 헌법적 권리와 관련하여 신앙인 대상 가족 관계증명서 및 신분증의 종교란 공란화” 사건

“Pengosongan Kolom Agama Pada Kartu Keluarga dan KTP Bagi Penganut Kepercayaan Dalam Kaitannya Dengan Hak Konstitusional Penganut Kepercayaan Memperoleh Hak-Hak Dasar Warga Negara” Case

가. 사건 개요

인도네시아의 4개의 서로 다른 지역 주민인 청구인들은²⁹⁾ 주민행정에 관한 2006년 제23호 법률(주민행정에 관한 2006년 제23호 법률 개정에 관한 2013년 제24호 법률로 개정된) 제61조 제1항, 제2항 및 제64조 제1항, 제5항이 법치국가원리와 평등원칙을 위배하고 그들의 헌법상 권리를 침해한다는 이유로 관련 법률에 대한 위헌법률심판을 헌법재판소에 청구하였다.

주민행정에 관한 법률 제61조 제1항 및 제2항, 제64조 제1항 및 제5항은 가족관계증명서와 전자신분증 필수 정보인 종교란에 대해 다루면서, 특히 관련 법률 제61조 제2항 및 제64조 제5항은 공인 종교 이외의 신앙 신봉자에게는 종교란을 공란으로 두도록 정하고 있다.³⁰⁾ 이로 인하여, 청구인 1의 결혼은 국가에서 법적으로 인정

28) 이에 대해서는, Arskal Salim, *Challenging the secular state : the Islamization of law in modern Indonesia*, University of Hawaii Press . 2008, pp. 108-111 참조.

29) Nggay Mehang Tana (주소: 동부 누사텐가라 주, 동부 슴바, 하하루 면), Pagar Demanra Sirait (주소: 북부 수마트라 주, 토바 사모시르 군, 울루안 면), Arnol Purba (주소: 북부 수마트라 주, 메단 벨라완), Carlim (주소: 중부 자바 주, 브레베스 군, 크르사나, 치카당)

30) 제61조 (1) 가족관계증명서에는 가족관계증명서 번호, 가장 및 구성원의 성명, 주민등록번호, 성별, 주소, 출생지, 생년월일, 종교, 최종학력, 직업, 결혼여부, 가족관계, 국적, 이민서류, 부모 성명이 포함된다.

(2) (1)의 종교란에 관하여는 법령 규정에 따라 본인의 종교가 종교로 인정되지 아니한 국민 또는 기타의 신앙경험자를 위해 공란으로 하며, 주민데이터베이스에 제공되고 기록된다. 제64조 (1) 전자신분증에는 가루다 뱀짜실라(Garuda Pancasila)상징의 사진과 인도네시아 영토 지도가 포함되며, 주민등록번호, 성명, 출생지 및 생년월일, 성별, 종교, 결혼여부, 혈

되지 않아 혼인신고서와 가족관계증명서를 발급받지 못하여 헌법상의 손실이 발생하였다는 것이다; 청구인 1은 자녀 출생 시 출생증명서를 발급받지 못하게 되었다; 청구인Ⅲ의 자녀는 우수한 능력에도 불구하고 취업에 어려움을 겪었다; 청구인 IV 가족의 장례는 모든 공공 장례 장소에서 거부되었다.

청구인은 법치국가 원리와 국민의 법 앞에 평등원칙 위반 이외에 국민으로서의 기본권, 즉 교육에 대한 권리, 일할 권리, 건강에 대한 권리, 사회복지에 대한 권리 등 모든 서비스에 대한 권리를 침해하는 것이라고 주장하면서, 이는 명백한 인권 침해이자 1945년 헌법에 규정되고 보장되는 이러한 기본권을 침해하는 것이라고 주장하였다.

결론적으로, 청구인들은 다음과 같이 청구하였다;

1. 주민행정에 관한 법률 제61조 제1항 및 제64조 제1항이 1945년 헌법에 위배됨을 선언하고, 때문에 “종교에는 또한 신앙경험자와 모든 종교를 포함한다”고 해석되지 않는 한 법적 효력이 없다는 선언;
2. 주민행정에 관한 법률 제61조 제2항 및 제64조 제5항이 1945년 헌법에 위배된다는 선언.

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 청구인의 청구를 전부 인용하여, 주민행정에 관한 법률 제61조 제1항 및 제64조 제1항에 대해서는, 조문 상의 “종교”에 “신앙을 포함하는 것으로 해석하지 않는 한” 위헌(한정위헌)이라고 하였다. 같은 법률 제61조 제2항 및 제64조 제5항에 대해서는, 같은 조문이 1945년 헌법을 위반하여 무효라고 선언하였다.

다. 평가

이러한 헌법재판소의 판단은, 인도네시아의 헌법정신, 즉 “절대유일신에 대한 신

액형, 주소, 직업, 국적, 증명사진, 유효기간, 전자신분증 발행 주소 및 날짜, 전자신분증 소유자 서명과 같은 주민정보가 포함된다.

(5) (1)의 종교 관련 주민정보는 법령 규정에 따라 본인의 종교가 종교로 인정되지 아니한 국민 또는 기타의 신앙경험자를 위해 공란으로 하며, 주민데이터베이스에 제공되고 기록된다.

앙에 근거”하면서도 “다양성 속의 통일”을 추구하는 차원에서 “종교의 자유를 보장하며, 종교와 신앙에 따른 종교적 의무를 수행할 수 있는 자유를 보장”한다는 헌법 정신에 충실한 결론이라고 볼 수 있다.

V. 맺음말

위에서 살펴본 바와 같이 아시아 지역에서 헌법재판을 통한 인권보장이 보편적으로 실현되기에는 극복해야 할 난관들이 적지 않음을 확인할 수 있다. 이러한 맥락에서, 아시아 지역에서의 민주주의와 인권에 대한 보편적 인식과 상생과 공존·발전을 위한 공감대를 형성해나가면서, 동시에 실현 가능한 단계의 인권협약의 체결 (유보 조항을 포함하여) 및 이를 사법적으로 구체화할 수 있는 재판제도의 수립을 위한 점진적 노력이 요구된다.

구 공산권 국가인 동유럽 각국의 민주주의와 인권 상황을 수용해나가는 과정에도 주목할 수 있다.



<https://fake-docs.com/product/malaysia-id-card-psd-template/>



<https://www.bharian.com.my/berita/kes/2017/09/324446/maut-langgar-penghadang-jalan>



【토론문】

“아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 현황”에 대한 토론문

윤 성 현*

1. 서설

오늘 한국헌법학회 총회 및 정기학술대회가 열리는 뜻깊은 자리에 토론자로 함께 할 수 있는 기회를 주신 한국헌법학회 회장 및 관계자 분들에게 감사의 말씀을 드립니다.

특히 오늘의 발표주제는 토론자도 관심을 가져왔던 분야라 더욱 반갑고 뜻깊게 생각됩니다. 기왕에 프랑스 헌법학 분야에서 선구적인 연구를 해오셨고, 또한 일찍부터 인도네시아와 태국 헌법 등 아시아 국가 헌법으로 시야를 넓혀서 선도적 연구를 해 오신 변해철 교수님의 발표문을 통해, 아시아 국가 헌법재판과 인권보장의 관계, 아시아 헌법재판과 인권 보장의 증진을 위한 한국 헌법학과 헌법재판의 책임, 마지막으로 아시아헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, AACC)¹⁾과 AACC 연구사무국(AACC Secretariat for Research

* 한양대학교 정책학과 교수, 헌법학

- 1) 아시아헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, 이하 AACC)은 헌법재판 관련 경험 및 정보교류를 확대하고 헌법재판기관 간 우호협력관계를 강화하여 아시아 민주주의 발전과 법치주의의 실현, 나아가 국민의 기본적 인권증진에 기여하기 위하여 2010년 7월 창설된 자율적·독립적·비정치적 기구이다(윤성현, “아시아헌법재판소연합 연구사무국 조직·운영 모델 연구 - 아시아의 베니스위원회 구상의 현실화를 위한 시론 -”, 가천법학 제11권 제2호, 2018. 6. 30, 189면). AACC는 현재로서는 기본적으로 ① 아시아 국가의 헌법재판기관들 사이의 국제적 연대와 협력 강화를 지향하면서, 동시에 향후 중장기적으로는 ② 아시아 인권재판소와 같은 지역적 인권보장기구를 수립하는 방안을 모색하고 준비하는 목적을 가진다고 볼 수 있다(윤성현, 같은 논문, 190면). 이에 대한 긍정적인 평가로, 박경철·이상경, 아시아 지역의 인권보장 현황과 인권보장기구 설립방안에 관한 고찰, 헌법학연구 제21권 제1호, 2015. 3, 88-90면.

and Development, AACC SRD)의 역할 및 아시아 인권재판소 설립의 가능성과 필요성을 다시금 생각해보게 되는 중요한 계기가 되었습니다.

2. 아시아 인권보장을 위한 각국 헌법재판기관들 간의 협력적 법치주의 장(場)으로써 아시아헌법재판소연합과 연구사무국 및 한국 헌법학·헌법재판의 역할

(1) 인도네시아와 말레이시아 종교의 자유 사례를 통해 본 아시아 인권보장의 딜레마

발표문에서 검토하고 있는 인도네시아와 말레이시아의 헌법과 헌법재판에서 이슬람을 제외한 종교의 자유가 크게 제약되고 있는 부분은, 아시아에서 인권의 보편성에 대한 합의가 쉽지 않다는 예증이다.²⁾ 이들 두 국가들은 2021년 4월 미국 국무부 산하 국제 종교 자유 위원회(United States Commission on International Religious Freedom: USCIRF)가 발간한 2021년판 국제 종교 자유 보고서에서 종교의 자유에 관한 특별감시국으로 지정되었고 이 보고서는 미국의 대외정책에 큰 영향력을 행사한다고 하는데,³⁾ 이는 서구의 인권 기준과 아시아 국가들을 포함한 비서방 국가들 사이의 인권에 대한 접근법의 괴리를 보여주는 예이다.⁴⁾

하지만 이들 양국은 우리와 인접한 ASEAN(Association of Southeast Asian Nations)의 주요 구성국일 뿐만 아니라, 한국 헌법재판소가 주도하여 설립한 아시아 헌법재판소연합(AACC)의 주요 파트너로서,⁵⁾ 우리가 함께 손잡고 나가야 할 또 다른 우방임에 틀림없다. 따라서 이들 서방과 비서방 아시아 국가 사이에 위치한 한국이 아시아의 인권 보호를 위해 어떠한 조정자적 역할을 할 수 있을지에 대해 고민할 필요가 있다.

2) 물론 인도네시아 헌법재판소가 가족관계 증명서 및 신분증 등에 대한 차별적 조치에 대해서 종교의 자유를 보장하는 결정을 선고한 부분은 합의의 가능성에 대한 희망을 보게 하는 부분도 있다(발표문 8-10면).

3) 서명교, “경전과 법전 사이에서: 말레이시아의 이슬람, 헌법, 그리고 종교의 자유”, 동남아 연구 31(1), 2021.4, 119면.

4) 물론 이 보고서에 언급된 국가들은 대부분 그러한 평가가 서구 중심주의적이라고 반박한다고 한다(서명교, 위의 논문, 120면).

5) 특히 인도네시아는 한국이 유치한 AACC 연구사무국에 버금가는 행정사무국을 유치하여 AACC를 주도하는 국가 중 하나의 위상을 가지고 있다.

(2) AACC 연구사무국 플랫폼을 통한 아시아 인권 보장 수준의 제고

한국 헌법재판소는 기왕에 이강국 전 소장 재직시에 헌법재판에 대한 아시아 국가 간 교류·협력 강화를 위한 AACC의 기틀을 마련했고, 박한철 전 소장은 이를 이어받아 AACC를 통하여 지역인권체제로서의 아시아 인권재판소로 가는 발판으로 삼으려는 강력한 의지를 연이어 피력하여 왔다.⁶⁾ 그 결과로 2016년 8월 10일 인도네시아에서 열린 AACC 제3차 총회 이사회에서 AACC 연구사무국의 한국 유치를 확정짓고, 현재 동 사무국은 점진적으로 다양한 연구활동을 계획하고 추진 중에 있다.⁷⁾

그러나 중장기적으로 생각하더라도 아시아 인권재판소를 설립한다는 것이 간단치 않은 않다.⁸⁾ 또한 그러한 길로 가기 위해서는 준비해야 될 부분이 매우 많다. 아시아의 경우 굉장히 넓은 영토와 많은 인구, 나아가 문화적, 인종적, 종교적, 법제도적 다양성을 가지고 있음에도 아직까지 다른 대륙과 같이 공통된 인권협약이나 인권재판소의 운용경험이 전무한 상황이기 때문에, 이들을 모아 협력을 강화하고 종국적으로 인권재판소의 설립에 이르고자 한다면, 우선 각국의 사회현실과 법제도에 대한 기초적인 조사가 AACC 연구사무국을 통해 충분히 축적될 필요가 있다. 아시아 각 국가별 인권에 관한 판례들과 이론들, 그러한 판례와 법이론이 나오게 된 사회적 배경들에 대해서 충실하게 연구하고, 또 이들 간에 상호비교와 검증의 장을 마련할 수 있도록 다양한 학술세미나와 인적교류를 통해 비교연구를 수행할 필요가 있다.⁹⁾

6) 윤성현, 앞의 논문, 190면. 한국의 헌법재판소는 아시아에서 가장 많은 헌법사건을 처리하여 온 경험을 가지고 있을뿐더러, 또한 아시아 인권 논의의 장에 적극적인 합류를 거부하고 있는 중국, 일본, 대부분의 서아시아 국가를 제외하고 재정이나 각종 인프라 차원에서도 가장 선도적인 위치에 있다.

7) 세부 내용은 AACC 연구사무국 홈페이지(<http://www.aaccsr.org/kr/main.do>) 참조.

8) 가장 오랜 전통을 자랑하는 유럽인권재판소는 제2차 세계대전의 참상과 나치에 대한 경험을 공유하고 있고, 기독교적 전통의 유사성, 그리고 최근에는 EU 가입이라는 경제적 유인 등을 통해 위상과 역할이 제고되었다고 분석된다(김성진, “유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계”, 헌법학연구 제21권 제1호, 2015.3. 참조). 또한 Mark E. Villiger 유럽인권재판소 재판관도 나치정권의 참상으로 인해 유럽인권재판소가 과거에 2년 만에 설립될 수 있었다는데 동의하면서도, 만약 다원화된 지금의 유럽이라면 그것이 가능하겠는가 의문을 제기한다(Mark E. Villiger, “유럽인권재판소의 설립 및 운영 경험”, 유럽인권재판소 재판관 초청 국제세미나 발표문, 2015, 28면). 이상은, 윤성현, “미주지역의 인권보호체계 고찰”에 관한 토론문, 호베르트 까우다스 미주인권재판소장 초청 강연 토론회, 헌법재판소, 2016.7.15. 참조.

9) 윤성현, 앞의 논문, 208면.

또한 아시아 국가들은 대부분 서구 식민지를 경험했고, 그 직간접적인 결과로 그동안 대부분 서구 국가들의 법제도를 수입해오는데 급급했고, 자신들의 제도를 충실히 연구하거나 혹은 인접 아시아 국가의 제도에 대한 이해가 매우 빈곤하므로, 각국의 인권과 헌법재판에 관한 기초 데이터를 연구사무국에서 충실히 축적하고, 또한 이를 공용어인 영문으로 정확하게 번역하여 아시아 국가 서로간의 제도를 충실하게 이해하는 것이 선결되어야 한다. 그리고 연구사무국에서의 자체적인 조사, 연구 활동만으로는 부족하므로, 이제 어느덧 20개로 불어난 회원기관과 그 외의 다른 아시아 국가들, 또한 다른 대륙의 헌법재판 및 인권재판 기관들과도 교류하면서 서로의 경험을 공유하고 이해를 증진시켜 나가야 할 것이다.¹⁰⁾

AACC와 동 연구사무국은 위와 같은 목적을 달성하기 위해, 국내·외 교류협력을 통한 협력적 거버넌스를 구축하는 것이 필요하다. 헌법과 공익, 인권에 대한 지향을 가진 다양한 정부기구 및 비정부기구들과 상시적으로 협력하고 소통함으로써 이에 관한 포럼(forum)을 만들고 공론의 장을 만드는 것이다. 국제적으로는 유엔인권기구 및 지역별 인권보장기구 및 베니스위원회를 포함한 다양한 연구, 자문기관들과도 교류협력을 강화하고, 아시아에서는 AACC는 물론 아시아의 주요한 국가들의 지지를 획득하며, 국내외의 헌법재판기관, 사법기관이나 인권보호기관들, 나아가 학계나 시민사회, 다양한 NGO들과의 소통과 협력은 언제나 바람직하고 필수적이다. AACC와 연구사무국은 이러한 논의에서 중요한 역할을 해야 하지만 동시에 독점적 지위를 바라서는 안 된다.¹¹⁾

(3) AACC 연구사무국의 연구주제 선정과 조사 범위에서의 유의점

국제인권법에서 다루는 인권개념은 보편성을 그 특질로 내세우지만 현실적인 차원에서는 특수성과 상대성의 주장도 만만치 않고, 특히 다양하고 이질적인 구성원들의 집합체인 아시아의 경우는 그러한 점이 더 부각될 수 있는 가능성이 크다.¹²⁾ 이러한 가운데 자칫 다양한 국가와 집단들의 합의와 동의를 이끌어내기 어려운 논쟁적 권리목록을 초기부터 조사나 연구 대상으로 삼고 이를 일부 국가에 강요하는 분위기가 조성되면, 인권이 사법정의의 기준으로 받아들여지기보다는 주권침해나 내정

10) 윤성현, 앞의 논문, 209면 참조.

11) 윤성현, 앞의 논문, 219면 참조.

12) 이는 발표문에서 제시된 양국의 사례를 통해서도 잘 드러나고 있다.

간섭 등의 정치적 이슈가 될 수 있는 가능성이 높다. 따라서 아직 초기 단계에서는 지나치게 논쟁적이고 공세적인 주제 선정이나 연구, 조사보다는, 일단 가장 중요하고 시급하며 공통의 합의가 가능한 부분들로부터 시작하면서,¹³⁾ 기관의 위상이 높아지고 참여기관들 간의 신뢰와 협력의 수준이 높아지면 점점 더 다양한 분야로 확대하는 것이 필요하다고 생각된다.

13) 대한민국 박한철 헌법재판소장은 독일 프라이부르크대학에서의 2015. 11. 2. 특별강연문을 통해 ‘집단 말살의 금지, 여성에 대한 특별한 보호, 아동에 대한 특별한 보호’라는 3가지 인권목록을 아시아 인권재판소의 초기 관할 대상으로 제시한 바 있다(<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/ccourt/speechtext/selectSpeechtext.do> 참조).

【토론문】

“아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 현황”에 대한 토론문

차 원 일*

아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권의 현황이라는 주제 아래, 평소에 깊이 살펴 보지 못했던 신분증상 종교 기재에 대한 말레이시아와 인도네시아의 사례를 통해 현대 입헌주의의 관점에서 종교와 인권의 관계성에 대해 생각할 수 있는 기회를 마련해주셔서 깊이 감사드립니다.

교수님께서 발제문의 머리말에서 헌법재판을 통해 아시아에서의 보편적 가치로서의 인권보장을 강화하는 것이 가능한가라는 질문을 제기하셨고, 두 국가의 사례를 제시하셨습니다. 오늘 소개된 두 사례에서, 말레이시아의 경우 청구인의 기독교 개종이 거부되고 결혼이 무효화됨으로써, 국제인권규범에 반하는 결론이 나왔고, 인도네시아의 사례의 경우 헌법재판소가 문제된 법률들에 대해 한정위헌과 무효 결정을 내렸습니다. 이러한 차이점에 두 국가의 헌법재판제도가 어떻게 기여하는지에 대한 교수님의 고견을 여쭙고 싶습니다. 물론, 말레이시아는 이슬람을 국교로 채택하여, 헌법에서 이슬람 외의 종교의 자유를 제한적으로 인정하고, 연방법원의 합헌성통제는 샤리아법에 대해서는 미치지 못하고 있습니다. 반면, 인도네시아에는 세계 최대의 무슬림인구가 있지만, 팡짜실라(Pancasila)를 채택하였고,¹⁾ 그에 따라 전문과 헌법에 인도네시아가 절대유일신에 대한 신앙에 근거한다고 명시되었습니다. 또한 인도네시아에서 샤리아법은 2001년부터 이슬람법 특별자치주가 된 아체(Aceh)주에 한하여 적용되는 것으로 알고 있습니다. 헌법재판제도와 관련하여, 말레이시아는 보통

* 헌법재판소 헌법연구원

1) 팡짜실라는 인도네시아의 5개 국가 기본원칙을 의미한다. 유일의 신성 혹은 신의 존재성, 인도네시아의 통일 민족, 정의롭고 인간적인 인류에 감정, 인도네시아의 통일과 대의의 협의 속에서 슬기에 의해 지도되는 민주주의, 마지막으로 전 국민을 위한 사회 정의. 변해철, “인도네시아 헌법과 종교”, 외법논집, 제36권 제1호, 2012, 61면.

법에 근거하고, 이에 따라 일반법원형 헌법재판모델을 채택하고 있습니다. 반면, 인도네시아는 독립형 헌법재판모델을 채택하고 있습니다. 그리고 헌법소원제도는 없지만, 개인이 법률에 대한 위헌법률심판청구를 할 수 있다.²⁾ 양국 간의 많은 정치적, 법문화적 차이가 존재하여 비교가 어렵겠지만 종교를 다름에 있어서 각 헌법재판제도가 어떻게 기여하는지, 내지는 그 한계에 대한 교수님의 고견이 궁금합니다.

아시아 차원에서의 헌법재판기관의 연대와 관련하여서도 질문을 드리고 싶습니다. 유럽의 경우 유럽인권협약과 유럽인권재판소의 결정, 베니스 위원회의 활동 등이 유럽 인권의 상향평준화에 기여하였다는 것을 볼 수 있었습니다. 헌법재판소 차원에서 다층적 연대를 구성하는 것이 중요하다는 것에 대해서도 어느 정도 공감대가 형성된 것 같습니다. 우리나라에서는 아시아헌법재판소연합(AACC) 연구사무국이 2017년 개소한 이래 다양한 연구자료집 발간 및 연구관 파견 프로그램을 운영하고 있고, 매년 재판관회의와 연구관회의가 개최되고 있습니다. 이러한 의미에서 AACC 연구사무국은 회원국의 헌법재판을 위한 플랫폼으로서 기능하고 있습니다. 교수님께서 맺음말에서 이와 같은 연대와 관련하여, 아시아 지역에서의 민주주의와 인권에 대한 보편적 인식을 형성해나가면서, 동시에 실현 가능한 단계의 인권협약의 체결 및 이를 사법적으로 구체화할 수 있는 재판제도 수립을 위한 점진적 노력을 언급하셨는데, 이를 실현할 수 있는 제반여건 내지는 방법에 대해서 어떤 의견을 가지고 계신지 궁금합니다.

2) 인도네시아 헌법재판소법 제51조 ① 청구인은 특정 법률의 시행으로 인해 헌법상 보장된 권리 및/또는 권한이 침해되었다고 주장하는 당사자로,

- a) 인도네시아 국적을 지닌 개인,
- b) 법률이 정한 바에 따라 통일 인도네시아(Unitary State of the Republic of Indonesia) 원칙과 사회 발전에 부합하는 단일성과 전통을 지닌 현존하는 ‘관습법 공동체(customary law community group)’,
- c) 공법인 또는 사법인,
- d) 국가기관이다.

【제3발제】

코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의

— 미국의 백신접종정책을 중심으로 —

이 노 홍*

- I. 서설
- II. 코로나 위기 시대의 기본권 제한 특징과 법치주의
- III. 미국의 백신 접종관련 법정책 및 판례 검토-
- IV. 법치주의적 관점에서 본 우리의 방역(백신) 패스제
- V. 마치며

I. 서설

역사상 유래 없는 진정한 글로벌 보건 위기 상황인 코로나 19 팬데믹¹⁾은 세계적인 혼란을 초래하며 그간 상상할 수 없었던 일상의 급격한 변화를 가져왔다. 전염병 발생 이후 약 8개월의 시간이 지나 제약회사들은 백신을 빠르게 개발하였고 백신 공급과 접종이 보다 원활해지면서 코로나 종식의 기대감도 커져만 갔다. 그렇지만

* 홍익대학교

1) 2019년 시작된 신종 코로나바이러스(“COVID-19”)는 SARS-CoV-2 바이러스에 의해 유발되는 전염병으로 주로 호흡기 노출로 감염의 초기 증상은 무증상에서 중병 및 사망에 이르기까지 다양하며 회복 후에도 다양한 장기간 지속 기간 건강 문제가 남아 있을 수 있다. 2020년 1월 30일 세계보건기구(WHO)는 공중보건 비상사태로 선포했지만, 이 바이러스는 몇 달 만에 전 세계 대부분의 지역에 빠르게 퍼졌다. Privacy in Pandemic: Law, Technology, and Public Health in the COVID-19 Crisis, 52 Loy. U. Chi. L.J. 767, 771. (2021). 전염력과 치명성을 특징으로 하는 이 바이러스로 2021년 11월 전 세계적으로 2,780,000명 이상이 생명을 잃었다.

집단 면역에 필요한 백신 접종률 미달성과 계속되는 변이 바이러스의 출현²⁾ 및 백신 접종 이후 돌파 감염 소식 등과 함께 코로나 감염자 수가 쉽게 감소하지 않자 이제 세계는 코로나 완전 종식을 기대하기보다 코로나와의 공존을 의미하는 ‘위드 코로나시대’로 진입하였다.³⁾

그러나 위드 코로나 진입의 목표는 백신 접종률 확보를 통한 집단 면역의 획득이었고 EU를 시작으로 세계 많은 국가들은⁴⁾ 일명 백신 패스제(vaccine passport) 또는 그린 패스제(green passport)를 실시하여 백신 접종자 및 완치자 중심의 일상 회복 정책을 실시하고 있다. 우리 정부 역시 백신 접종률 70% 달성, 고위험군 90%이상 접종 완료로 장기간 거리 두기에 따른 경제, 사회, 문화 영역의 피해를 극복하고자 2021년 11월 1일부터 단계적 일상회복으로 전환하는 ‘백신 접종증명 및 음성확인제’를 도입하였다. 우리의 경우 전파 위험성이 높은 다중이용시설 및 고위험군 보호 필요시설에 백신(방역) 패스제를 실시하였는데 추후 감염자 수 및 중증환자 수, 18세 미만 접종확대 여부에 따라 적용시설의 확대 가능성도 배제할 수는 없는 상황이다.⁵⁾

세계는 코로나 19이라는 정체 모를 감염원을 차단하기 위하여 2019년 말부터 마스크착용, 도시봉쇄, 집합금지, 감시, 격리조치, 역학조사와 동선공개 등의 시민의 자유와 권리를 제한하는 다양한 행정명령을 발하였고 이는 전시 이후 가장 큰 국가권력 확대라는 평가 속에서 그간 사후적으로 법제도적 타당성과 개선점에 대한 검토

2) 또한 최근 몇 달 동안 “델타” 변종으로 알려진 SARS-CoV-2 바이러스의 돌연변이가 바이러스의 지배적인 변종이 되었고 이는 이전 변종보다 2배 이상의 전염성이 있다고 보고되었다. <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/sars-cov-2-transmission.html>

3) 유럽을 중심으로 백신접종률 및 확진자 수를 기준으로 시작된 위드코로나 정책 위드코로나 정책은 처음으로 영국에서 시작하였는데 7월19일 자유의 날을 선포한 영국은 거리 두기, 실내 마스크 착용, 모임 제한 등 방역규칙을 전면 해제하였다.

4) 봉쇄령과 백신 접종으로 확진자 및 사망자 수가 줄자 그간 에두아르 필립 프랑스 총리가 선언한 보건비상사태 선언과 함께 국회의 ‘보건비상사태를 연장하는 법률’들을 종료하는 법률을 제정하면서 종료까지 과도기 동안 통제를 위해 사회적 거리두기를 지속할 수 있는 근거와 함께 백신증명서 및 코로나 음성확인서, 완치증명서 등을 사람이 많이 모이는 곳이나 여행객에게 의무적으로 요구하는 보건 증명서(pass sanitaire)를 적용할 수 있도록 하였다.

5) 11월 12일 정부는 어린이집 외부인 출입에도 방역패스제를 적용하기로 하였다. 24일 0시 기준 우리나라의 인구 대비 백신 접종률은 1차가 82.4%, 2차가 79.1%다. 접종대상자만 놓고 보면 실제 접종률은 90%에 육박한다. 코로나19 국내 발생 및 예방접종 현황(11.24.) 중앙방역대책본부 보도대응팀 2021-11-24 참고.

가 이어졌다. 그렇지만 최근 세계에서 시행중인 백신 패스제는 그 적용 범위나 강도에 따라서는 사실상 백신 강제를 의미하고 이는 공공보건 및 안전을 위해 백신 거부를 선택할 신체에 관한 자기결정권, 종교나 사상의 자유를 침해하고 백신 접종을 근거로 한 차별이라는 비판이 제기되고 있다.⁶⁾

이에 본 발제는 현재 위드 코로나 시대를 진입에 있어 백신접종정책에 있어 어느 나라보다 적극적인 미국의 사례를 중심으로 백신 접종정책과 관련된 헌법적 논의들을 고찰해보고자 한다. 먼저 코로나위기시대 기본권 제한의 문제점을 법치주의 관점에서 살펴보고 위드코로나를 맞아 도입된 백신 패스제 도입과정 및 쟁점을 살핀 후 미국의 코로나 백신접종정책과 백신접종의무법제 및 관련 판례 고찰을 통해 우리에게 주는 시사점을 모색해보는 기회를 갖고자 한다.

II. 코로나 위기 시대의 기본권 제한 특징과 법치주의

1. 보건 위기상황에서 행정권한 강화와 실질적 법치주의 원칙

우리 헌법상 명문 규정은 없으나 헌법은 “국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념”⁷⁾으로 하고 있다.⁸⁾ 물론 법치주의는 우리나라 역사를 기초로 한 이론이 아니기에 개념의 다양성과 불명확성에 대한 분석도 많으나⁹⁾, 국가작용이 특정한 ‘사람의 지배’나 ‘자의적 지배’가 아니라 객관적인

6) 백신 접종을 기피하거나 이를 심각한 자유 침해로 바라보는 사람들의 반대 목소리도 만만치 않다. 프랑스와 이탈리아 주요 도시에서는 지난 7월부터 거의 매 주말 백신 패스 반대 시위가 열리고 있다. 이탈리아 로마에서는 지난 10일 ‘네오파시즘’ 성향의 극우 정치단체가 주도한 과격 시위대가 경찰과 충돌해 수십 명의 부상자가 발생하기도 했다. 스위스에서는 백신 패스에 반대하는 시민들이 연방정부 방역 정책의 찬반을 묻는 국민투표를 청구해 내달 28일 투표가 실시될 예정이다. 혜택이나, 차별이나...백신패스 도입 유럽 곳곳서 갈등 연합뉴스 2021-10-27

7) 현재 2017. 8. 31. 2015헌가30.

8) 법치주의의 근거조항으로 헌법 제37조 제2항과 헌법 제10조를 드는 견해로 임종훈, “한국 사회에서의 법치주의에 대한 재조명”, 홍익법학 제9권 제3호, 2008, 99면; 김현철, “법치주의의 이론과 실제: 최근 한국 헌정의 경험을 중심으로”, 국가법 연구, 2018, 제14권, 제3호, 3면.

9) 법치주의도 자유주의적 법치주의, 사회적 법치주의 등 많은 수식어가 부가되며 사용되고

법에 근거를 두고 행해져야 한다는 해석에는 반론이 없다. 결국 법치주의는 국민의 기본권 보장을 위해 민주적 정당성을 전제한 법에 의한 국가를 향한 구속을 의미한다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 또한 오늘날 실질적 법치주의는 근대 법치주의가 표방한 법률의 지배라는 형식적 법치주의의 문제를 극복하고 법률의 목적과 내용 또한 기본권보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 것을 의미한다.¹¹⁾ 이에 법률유보원칙로 요약되는 법치주의는 형식적 법률이라도 의회유보원칙, 명확성의 원칙, 포괄위임입법금지원칙에 따를 것과 함께 기본권제한 입법의 경우 그 규율내용도 ‘과잉금지의 원칙’에 적합할 것을 요청하여 국민이 가지는 기본권에 대한 최대보장을 목표로 한다.¹²⁾

2019년 말 발생한 코로나 팬데믹 보건위기 상황에서 예측 불가능한 새로운 바이러스를 추적하고 전염력 예방과 방지, 백신 보급 등을 통한 일상화 회복을 위한 조치들 모두가 위임입법을 근거로 한 행정주체에 의해 행해지고 있다.¹³⁾ 세계적 보건위기 상황인 코로나 사태에 대한 법적 대응에 있어 각 국가들도 마찬가지로 헌법이나 비상조치법에 따른 비상조치를 선언하거나 한시적 특별법 제정 및 한시적 특별규정 추가 등의 형식을 취하여 대응하고 있으나 대부분은 행정권력에 대한 포괄적 위임을 전제로 한다.¹⁴⁾ 결국 공중 보건 위기 상황 대응의 핵심은 재난 상황으로부터

일상생활의 법치주의 개념이 일반국민의 준법의식으로 사용되기도 하며 이는 또 정치적 성향에 따라 같은 정부의 행위에 대해 법치주의의 실현이나 퇴행적 법치주의라는 말로 그 의미가 각각 달리 사용되기도 한다. 황도수, 근대법치주의에 대한 이해, 행정법연구 제26권, 2010. 170면.

10) 법치주의는 국가공권력을 제한하기 위한 목적으로 출발한 이념이기에 법치주의는 시민들이 아니라 권력에게 법 준수를 요구하거나 국가 책무와 함께 국민의 준법의지를 결부시키는 견해를 비판하는 입장으로 김현철, 앞의 논문, 12면.; 헌법재판소도 우리 법치주의의 원리는 “기본적 인권, 국가권력의 법률기속, 권력분리 등의 관념이 반영된 것”으로 실시하여 기본권 보장과 국가권력의 법률기속 원칙을 설명한 바있다. 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다 1, 판례집 26-2하, 1.

11) 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49 등, 판례집 9-1, 611.

12) 법치주의는 형식 문제의 국가 작용 합법성만으로 충분하였지만(형식적 법치주의) 헌법에 기본권이라는 가치체계가 수용되면서 정당성의 확보(실질적 법치주의)도 요청되었다. 이에 법치주의는 기본권보장, 국가권력 분립, 법의 형식성, 국가작용의 법 기속, 법적 안정성, 법의 실효성, 사법적 권리구제를 그 기본요소로 한다. 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 164면.

13) 장훈, 코로나 위기, 더 많은 민주주의로 넘어서야, 중앙일보 (2020.12.15.); 영국 ‘이코노미스트’는 WHO의 팬데믹 선언 후 ‘큰 국가의 귀환’을 언급하며 “제2차 세계대전 이후 가장 강력한 국가권력의 확대”로 평가하였다. 이동현, 이향아, 전염병위기 관리하기-2020년 한국의 코로나 19 전염병 위기와 국가-사회관계, 경제와 사회, 제129호 (2021), 제44면.

14) 김태호, 법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응, 공법연구 제49권 제4호 (2021) 참조.

국민을 보호해야 하는 국가의무의 실현을 위해 충돌되는 국민의 자유와 권리에 대한 강도 높은 제한들은 사실상 의료, 보건 관련 전문가를 중심으로 하는 행정주체에 의해 이뤄진다는 점이다.

그렇다면 오늘날 실질적 법치주의 원칙은 이제 입법뿐만 아니라 위임입법상 권한을 위임받은 행정권의 행위에 대한 요청이 될 것이고, 행정기본법 역시 법치행정의 원칙과 함께(제8조) 행정작용이 행정목적 달성에 유효하고 적절할 것, 필요최소한도에 그칠 것, 국민의 이익 침해가 의도하는 공익보다 크지 않을 것을 규율하여 비례원칙에 따른 것(제10조)을 규정하여 헌법상 실질적 법치주의원칙을 반영하고 있다.

우리의 경우 코로나 비상사태 대책 조치들은 특별법 제정 없이 『감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이후 감염병예방법)』¹⁵⁾과 그 개정법을 통해 이뤄졌다. 그간의 코로나 대책을 개정법령을 근거로 정리하자면

감염병¹⁶⁾위기 시, ‘**질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장**’에게 **감염병 환자의 이동경로, 이동수단, 진료의료기관 및 접촉자 현황 등의 정보를 공개**하도록 하고(감염병 예방법 제34조의2)¹⁷⁾ **공개되는 정보의 범위를 결정**하도록 하며(시행 규칙 제27조의 4)¹⁸⁾, 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 **필요한 경우 감염병**

15) 동 법률은 2009년 전염병예방법과 기생충질환예방법이 통합되면서 전면 개정되었고 사람 사이에 전파되지 않는 질환까지 포함하기 위해 전염병이 아닌 감염병이라는 용어를 사용하였다. 2015년 감염병 관련 체계가 개편되면서 감염병 확산의 경우 보건복지부장관의 감염병환자 이동경로 및 진료의료기관과 접촉자 공개(감염병예방법 제34조의 2), 감염병환자 소재 일시적 폐쇄조치(제60조의2) 등이 신설되었다.

16) 종전 전염병은 감염병으로 용어를 변경하였는데 이는 사람사이에 전파되지 않는 질병도 관리대상으로 하기 위한 것이었다.

17) 제34조의2 제1항 “**질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은** 국민의 건강에 위해가 되는 감염병 확산으로 인하여 「재난 및 안전관리 기본법」 제38조제2항에 따른 주의 이상의 위기경보가 발령되면 감염병 환자의 이동경로, 이동수단, 진료의료기관 및 접촉자 현황, 감염병의 지역별·연령대별 발생 및 검사 현황 등 국민들이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 정보통신망 게재 또는 보도자료 배포 등의 방법으로 **신속히 공개하여야 한다**. 다만, 성별, 나이, 그 밖에 감염병 예방과 관계없다고 판단되는 정보로서 대통령령으로 정하는 정보는 제외하여야 한다” 그러나 **제5항은 제1항부터 제3항까지에 따른 정보공개 및 삭제와 이의신청의 범위, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있다.**

18) 시행규칙 제27조의4(감염병위기 시 정보공개 범위 및 절차 등) ① **질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은** 법 제34조의2제1항에 따라 정보를 공개하는 경우에는 감염병 위기 상황, 감염병의 특성 및 역학적 필요성을 고려하여 **공개하는 정보의 범위를 결정**해야 한다.

환자나 감염병의심사자의 정보(인적사항, 의료기록 등) 및 경찰서장에게 위치정보를 요청할 수 있도록 하고(제76조의2¹⁹), 오염장소 폐쇄나 이동 제한 및 감염병환자 및 감염병의심자 격리를 할 수 있도록 하며(제47조)²⁰, 예방조치를 목적으로 집회 금지, 집합 제한, 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등 방역지침의 준수 등 다양한 방역 조치를 할 수 있도록(제49조)²¹ 권한을 부여하고 있다는 것이고 특정 법령위반에 대

- 19) 제76조의2(정보 제공 요청 및 정보 확인 등) ① 질병관리청장 또는 시·도지사는 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관(그 소속기관 및 책임 운영기관을 포함한다)의 장, 지방자치단체의 장(「지방교육자치에 관한 법률」 제18조에 따른 교육감을 포함한다), 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 의료기관 및 약국, 법인·단체·개인에 대하여 감염병환자등 및 감염병의심자에 관한 다음 각 호의 정보 제공을 요청할 수 있으며, 요청을 받은 자는 이에 따라야 한다. <개정 2016. 12. 2., 2020. 3. 4., 2020. 8. 11., 2020. 9. 29.> 1. 성명, 「주민등록법」 제7조의2제1항에 따른 주민등록번호, 주소 및 전화번호(휴대전화번호를 포함한다) 등 인적사항 2. 「의료법」 제17조에 따른 처방전 및 같은 법 제22조에 따른 진료기록부등 3. 질병관리청장이 정하는 기간의 출입국관리기록 4. 그 밖에 이동경로를 파악하기 위하여 대통령령으로 정하는 정보
- ② 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 필요한 경우 감염병환자등 및 감염병의심자의 위치정보를 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」에 따른 경찰청, 시·도경찰청 및 경찰서(이하 이 조에서 “경찰관서”라 한다)의 장에게 요청할 수 있다. 이 경우 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 요청을 받은 경찰관서의 장은 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제15조 및 「통신비밀보호법」 제3조에도 불구하고 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제5조제7항에 따른 개인위치정보사업자, 「전기통신사업법」 제2조제8호에 따른 전기통신사업자에게 감염병환자등 및 감염병의심자의 위치정보를 요청할 수 있고, 요청을 받은 위치정보사업자와 전기통신사업자는 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.
- 20) 제 47조 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다. <개정 2015. 7. 6., 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.> 1. 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소에 대한 다음 각 목의 조치 가. 일시적 폐쇄 나. 일반 공중의 출입금지 다. 해당 장소 내 이동제한 라. 그 밖에 통행차단을 위하여 필요한 조치 2. 의료기관에 대한 업무 정지 3. 감염병의심자를 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것 4.-이하 생략.
- 21) 제49조(감염병의 예방 조치) ① 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 하며, 보건복지부장관은 감염병을 예방하기 위하여 제2호, 제2호의2부터 제2호의4까지, 제12호 및 제12호의2에 해당하는 조치를 할 수 있다. <개정 2015. 7. 6., 2015. 12. 29., 2020. 3. 4., 2020. 8. 11., 2020. 8. 12., 2020. 9. 29., 2021. 3. 9.> 1. 관할 지역에 대한 교통의 전부 또는 일부를 차단하는 것 2. 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것 2의2. 감염병 전파의 위험성이 있는 장소 또는 시설의 관리자·운영자 및 이용자 등에 대하여 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등 방역지침의 준수를 명하는 것 2의3. 버스·열차·선박·항공기 등 감염병 전파가 우려되는 운송수단의 이용자에 대하여 마스크 착용 등 방역지침의 준수를 명하는 것 2의4. 감염병 전파가 우려되어 지역

해서는 과태료 뿐만아니라 형사처벌을 규정하고 있다(제80조²²⁾ 제79조의 2²³⁾ 제79조의3)는 것으로 요약할 수 있다.²⁴⁾

이처럼 감염병예방법의 특징은 보건위기 상황을 전제로 하기에 i) 방역과 대응의 구체적 결정권한을 대부분 헌법 제75조나 제95조상의 행정입법의 형식을 통해 위임하기보다 대부분 ‘질병관리청장, 지방자치단체장, 보건복지부장관 등 독자적 행정기관으로 위임하고 있고 ii) 위임의 주된 내용인 행정 주체의 방역조치 범위 역시 개인의 신체, 사생활, 거주이전, 개인정보 자기결정권 및 집회의 자유처럼 오늘날 매우 중요한 개인의 자유 제한이 가능하도록 규정하고 있다는 점에서 매우 포괄적이라는 점이다.²⁵⁾

먼저 이와 같은 위임형식의 합헌성 여부에 대해서 논란이 있었으나 헌법재판소는 i) 오늘날 국회뿐 아니라 행정부 역시 민주적 정당성을 가지고 있고, ii) 적극적 질서유지기능에 대한 요청 iii) 기술 및 학문적 발전을 입법에 반영하는데 있어 국회입법 보다는 탄력적 규율형식의 보충이 필요하고, iv) 현대 사회는 종래 형식적 권력분립으로 대응하기 어렵기에 입법자가 규율의 형식을 선택할 수 있고 v) 헌법상 위임입법의 형식은 예시적인 것이기에 법률이 행정규칙에 위임하였다고 하여 행정규칙이 국회입법원칙과 상치되는 것은 아니라고 보았다.²⁶⁾ 그럼에도 현재는 극히 전문

및 기간을 정하여 마스크 착용 등 방역지침 준수를 명하는 것 3. - 13. 생략 14. 감염병의 심자를 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것.

22) 제80조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.(예로, 5. 제42조에 따른 강제처분에 따르지 아니한 자(제42조제1항·제2항제1호·제3항 및 제7항에 따른 입원 또는 격리 조치를 거부한 자는 제외한다) 7. 제47조(같은 조 제3호는 제외한다) 또는 제49조제1항(같은 항 제2호의2부터 제2호의4까지 및 제3호 중 건강진단에 관한 사항과 같은 항 제14호는 제외한다)에 따른 조치에 위반한 자 등)

23) 제79조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2019. 12. 3., 2020. 9. 29.> 3. 제76조의2제1항을 위반하여 질병관리청장 또는 시·도지사의 요청을 거부하거나 거짓자료를 제공한 의료기관 및 약국, 법인·단체·개인

24) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2020. 8. 12.> 1. 제41조제1항을 위반하여 입원치료를 받지 아니한 자 3. 제41조제2항을 위반하여 자가치료 또는 시설치료 및 의료기관 입원치료를 거부한 자 4. 제42조제1항·제2항제1호·제3항 또는 제7항에 따른 입원 또는 격리 조치를 거부한 자 5. 제47조제3호 또는 제49조제1항 제14호에 따른 입원 또는 격리 조치를 위반한 자 [본조신설 2020. 3. 4.]

25) 전상현, 감염병 시대의 방역과 기본권보장의 쟁점, 공법연구, 제49권 제2호, 2020, 344-351면 참조.

적인 식견에 좌우되는 영역에서 행정기관의 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있으나 법률이 입법사항을 고시 등에 위임하는 것이 가능하다고 하더라도 그에 관한 통제는 더욱 엄격하게 행하여져야 한다고 보았다.²⁷⁾

이렇게 위임입법이 헌법상 예정하지 않은 독자적 행정기관에 위임하였다는 것만으로 형식적 법치국가 원리에 위반된다고 하기는 어려우나, 감염병예방법은 법률의 명확성원칙이나 포괄위임금지원칙의 위배가 문제될 수 있다.²⁸⁾ 무엇보다 감염병의 특성과 위험성의 정도에 따라 방역 조치의 정도는 차이가 있어야 함에도 단순히 “감염병 유행과 감염병 방지”를 위해서 행정주체에게 기본권제한의 기한과 제한의 정도를 모두 행정주체에 위임하는 것은 포괄위임입법금지원칙에 반한다고 본다. 또한 법 49조는 제1항은 감염병 예방 필요조치로 “홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지할 수 있도록 하고 위반시 벌금형을 규정하였다. 그런데 이런 집합 제한 및 금지는 ‘종교 예배활동’ 및 ‘다중이용시설 영업제한’ 등의 근거로 사용되었는데 집합 금지를 다중이용시설 영업제한의 법적 근거로 해석하는 것은 명확성 원칙 위배의 소지가 있다고 본다.²⁹⁾ 또한 어떤 감염병 위험 상태나 종류 등을 고려한 집합 제한의 기준 설정도 전제하고 있지 않다는 것도 문제이다. 코로나 사태는 세계적 재난 상황이라는 점을 고려할 때 한시적 특별법의 제정이 법치주의 국가원칙에는 더 충실할 것이라 생각한다.

무엇보다 위임입법에 따라 행정기관이 행한 각종 조치들의 법적 성격과 사법심사 기준 역시 검토되어야 할 문제이다. 현재 방역조치는 일반적으로 행정명령으로 불리고 그 개념과 의미가 성문법 또는 판례상 정리된 바는 없으나³⁰⁾, 용어의 적정성 여

26) 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104.

27) 김민섭, 법령보충규칙의 문제점, 법학논총, 국민대학교 법학연구소, 28 (3) 2016, 445-446면 참조.

28) 물론 코로나 팬데믹에 따른 초기 선제적 과잉대응에 따른 인권침해 비판과 법령 미비에 따라 그간 많은 법체계가 정비되었다.

29) 김철우, ‘집합금지명령’에 대한 공법상 권리구제방안, 법학연구, 인하대학교 법학연구, 제 24권 제3호 (2021) 222면 참조.

30) 행정명령은 우리 성문법체계내 존재하지 않는 행위유형이고 판례상 행정명령은 ‘행정규칙’의 다른 표현이거나 일부 판례는 강학상 ‘하명’을 표현한 용어로 코로나상황에서 사용되는 행정명령은 미국 대통령의 행정명령의 번역으로 보이며 행정행위, 일반처분, 권고로서 행정 지도 등을 일반 국민들에게 쉬운 포괄적 용어로 사용한다고 보는 해석으로, 이기춘, 코로나-19에 따른 행정명령에 대한 소고, 한국국가법학회, 국가법연구 제17집, 제1호, 2021, 14면 참조.

부를 떠나 감염병예방방법의 위임에 따라 행정청이 내린 많은 ‘집합 제한’이나 ‘영업 제한 및 금지조치’들은 구체적 사실에 관하여 내린 개별 처분³¹⁾이라기보다는 일반적³²⁾ 성격을 가지고 있기에 단순한 처분과는 구분된다고 할 수 있다.³³⁾ 헌법재판소는 그간 마스크 착용 의무 공고와 관련된 몇 차례 코로나 대책 조치에 대한 헌법소원에서 이를 ‘행정명령’으로 명명하고 그 처분성을 인정하여 보충성원칙에 따른 각 하결정을 내렸다.³⁴⁾ 그렇지만 위 조치는 일반 행정명령과 달리 위임입법 자체가 행정기관에 직접 조치 권한을 위임하는 형식을 취하고 있고, 법률의 직접 위임에 따라 행정청이 대국민적 효력이 있는 기본권 제한 조치를 하였다면 그 법규명령성을 부인하기 어렵다고 본다.³⁵⁾ 이에 조치가 특정 영업이나 집단이라는 한정적인 영역의 불특정 다수인에 대한 처분이 아니라, 사실상 국민 전체에 대한 기본권 제한적 조치

31) 행정기본법 제2(정의) 4. 처분이란 행정청이 구체적 사실에 관하여 행하는 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.

32) 코로나 조치의 일반처분성을 인정하여 일반처분은 개별 통지가 없고, 고시 또는 공고에 의해 행해지는 것으로 집합, 모임, 행사 방역지침 의무화조치는 일반처분으로 볼 수 있다. 김중권, 위의 글, 2021.

33) 김중권, 위의 논문; 김철우 논문, 위의 논문 참조.

34) 경기도 전 지역 거주자 및 방문자에 대하여 실내에서 원칙적으로 마스크를 착용할 것을 내용으로 하는 ‘코로나19 확산 차단을 위한 마스크 착용 의무화 행정명령’(경기도 공고 제 2020-1581호)에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 “이 사건 행정명령은 행정심판 및 취소소송의 대상이 되는 행정처분인데, 청구인이 이러한 구제절차를 거쳤다고 인정할 자료가 없으므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하였다.”며 각하하였다. 헌재 2020. 9. 22. 2020헌마1121; 헌재 2020. 9. 1. 2020헌마1142 참조.

35) 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. “그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 449)고 판시함으로써, 고시가 그 실질적 내용에 있어서 일반·추상적 성격을 가질 때에는 이를 법규명령으로 판단하였다. 그러나 이와는 달리, 관보 등에서의 고시의 방법으로 효력이 발생하도록 되어 있는 행정처분은 외부에 그 의사를 표시함으로써 효력이 불특정 다수인에 대하여 동시에 발생하고 제소기간 또한 일률적으로 진행하게 된다. 이 사건 국세청고시 또한 이러한 성격을 갖는 것으로서 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인은 이 사건 고시 자체를 다룰 것이 아니라 이 사건 고시를 통하여 국세청장이 행한 납세병마개 제조자의 지정행위라는 행정처분을 법적 쟁송의 대상으로 삼아야 한다. 따라서 청구인의 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국세청장의 위 납세병마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다. 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496.

라면 법규명령성을 인정하여 헌법소원 대상성의 인정이 필요하다고 본다. 마지막으로 의료적으로 불확실이 가득 찬 보건위기상황 속에서 국민의 생명과 건강을 지키기 위해 정부의 재량권은 충분한 정당성을 가지나 이 경우라 할지라도 정부의 재량에 단순한 합헌성 추정은 적절하지 않다. 일반 감염병 상황이라면 별도의 심사기준 설정 없이 개별 사안에서 전문성과 긴급성을 고려하는 것이 기본권 제한의 합헌성 여부를 판단하는 것이 적절하다고 본다.³⁶⁾ 그렇지만 코로나 위기와 같은 세계적 팬데믹 상황에서는 과잉금지원칙에 따른 침해의 최소성 판단이 적절하다고 보기는 어렵기에 기본권 제한의 목적과 수단간에 진정한 실질적 관련성(real substantial)이 있는지를 심사하여 급박한 위험방지라는 목적과 수단의 적절성을 판단하는 것도 대안이 될 수 있을 것이다.

2. 워드 코로나시대 백신 패스제 도입에 따른 법치주의 쟁점

1) 세계 백신 패스제 도입과정과 쟁점들

코로나 백신이나 치료제가 개발되기 전 모든 국가가 취할 수 있는 유일한 선택은 마스크 착용 의무화와 엄격한 사회적 거리두기 정책이었다. 그러나 국가 봉쇄령 등 사회, 경제적 타격이 컸던 유럽을 중심으로 항체 검사 양성 반응을 보일 경우 바이러스에 대한 면역을 인정하여 일명 “면역 여권(immunity passport)나 면역 확인시스템”을 도입하고 엄격한 사회적 거리두기 조치 면제와 같은 특권을 부여하자는 주장이 제기되었다.³⁷⁾ 그러나 면역 여권은 자연 면역을 기반으로 한 것으로 경제적 사유의 고의 감염 시도도 가능하고,³⁸⁾ 확진자의 재감염 우려 및 항체 테스트기의 불완전

36) 개별 사안에서 전문성과 긴급성을 고려하는 것에 대한 견해, 전상현, 앞의 논문, 358면 참조

37) 2020년 4월 독일 로베르트코흐연구소는 유럽 최초로 2020년 코로나 항체 테스트 프로그램을 실시와 함께 여행이나 필수업무가 아닌 직무활동에 대해 제한의 예외를 허용하는 면역 증명서 발급 프로젝트를 제안하였으나 제안은 거부되었다. 이후 영국도 “Covid passports”라는 아이디어를 냈으며 미국과 이탈리아도 유사한 프로그램을 제안하였다. Henry T. Greely, COVID-19 ‘Immunity Certificates’: Practical and Ethical Conundrums, STAT (Apr. 10, 2020). 그러나 영국의 경우, 잉글랜드 지역의 클럽이나 대중시설에 백신 여권 도입을 시도하였지만 “불필요하고 가혹한 정책”이라는 사업주들의 거센 반발과 야당 및 보수당 내부에서도 비판이 일자 철회하였다.

38) 1세기 전 뉴올리언즈의 황열병이 발생하였을 때 가난한 이민자들은 높은 치사율에도 불구하고 황열병에 살아남은 자들에게 보장된 경제적 기회들을 얻기 위해 황열병에 감염되기 위해 노력하였다. 뉴올리언즈의 독일 이민자인 Kathryn Olivarius는 당시 면역을 가졌는지

성의 우려와 함께³⁹⁾ 세계보건기구(WHO)는 2020년 4월 브리핑을 통해 면역 여권의 사용에 대해 경고를 하였다.⁴⁰⁾

이후 코로나 백신 출시와 자연 면역의 지속력에 대한 불명확성 및 다양한 변종 출현으로 면역 여권의 논의는 사라지면서 각 국의 코로나 대응은 “백신 여권 (Vaccine Passport) 일명 백신패스제”로 변화하였다. 초기 백신 개발과 관련하여 연구 및 임상실험 기간 부족의 우려, FDA 긴급승인을 통해 인정된 백신 접종에 대한 불안은 있었지만 접종 이후 코로나 19 예방 효과가 인정되자 결국 백신 접종률 확보를 통한 집단 면역 달성과 코로나 종식은 각 국가의 중요 과제로 자리 잡게 되었다.⁴¹⁾ 2021년 3월 17일 유럽연합을 시작으로 EU 위원회(Europe Commission)는 모든 EU 국가 시민들의 안전하고 자유로운 이동을 위한 백신 여권인 DGC(Digital Green Certificate)도입 법안을 제안하였는데 이는 유럽연합 내 백신 접종자, 음성확인서 및 항체가 생겼다는 항체 검사서를 제출하는 자에게 국경을 개방하고 자가 격리를 면제해주는 것을 내용으로 하였으며 의회 승인을 통해 7월 1일부터 EU 전역에 적용되었다. 이후 많은 국가들이 일반적으로 백신을 두 차례 완료했거나 코로나 19로부터 완치됐다는 물리적 또는 디지털 증명서를 제시한 경우 사회적 거리두기를 완화하는 방안을 도입하여 현재 다양한 형태로 운영 중에 있다. 그러나 위드코로나 선언 이후 감염자 및 중증환자의 증가에 따라 엄격한 백신 패스제⁴²⁾를 운영하거나

여부로 주거, 소득, 보험 심지어 결혼까지 결정이 되었기에 “매우 치명적인 바이러스에 대한 사회적으로 인정된 평생 면역으로, 면역 이전에는 접근할 수 없었던 경제적, 정치적, 사회적 권력 영역에 접근할 수 있는 ‘면역자본(immunocapital)’을 소유”하게 되었다고 기술하였다. Kathryn Olivarius, *Immunity, Capital, and Power in Antebellum New Orleans*, 124 AM. HIST. REV. 425, 425, 429 (2019).

39) 100종 이상의 항체 검사기가 출시되었으나 2020년 5월까지 FDA 승인을 통과한 것은 12종이었다. Zachary Brennan & David Lim, *FDA Pushed Through Scores of Inaccurate Antibody Tests Without Agency Review*, POLITICO (Apr. 27, 2020).

40) 코로나감염에서 회복되어 항체가 있는 사람들이 2차 감염으로부터 보호된다는 증거는 없다고 논평하였다. WORLD HEALTH ORG., “IMMUNITY PASSPORTS” IN THE CONTEXT OF COVID-19 (2020).

41) 현재 미국 FDA는 3개의 코로나 백신에 대한 긴급사용승인(EUA)을 내렸고 이중 화이자에 대해서는 16세 이상 사용에 대해 정식 승인을 하였다. 16세 이상을 대상으로 한 임상 시험의 증거에 따르면 화이자-바이오엔텍(코미나티) 백신은 2회 접종을 받고 이전 감염 증거가 없었던 사람들의 COVID-19 원인 바이러스 감염(실험실 확인)을 예방하는 데 95% 효과적이었다고 미연방 질병관리청은 설명하였고 백신은 감염의 중증 위험을 낮추고 전염력을 감소시키며 변이바이러스에도 효과가 있다고 하였다. <https://www.cdc.gov/vaccines/covid-19/effectiveness-research/protocols.html>(방문일 2021.11.12.)

의료진 또는 공무원을 중심으로 백신 접종 의무제를 실시하는 나라도 늘고 있는 실정이다.⁴³⁾

그렇지만 이와 같은 백신 패스제의 운영은 사실상 백신접종의 강제를 초래할 수 있고 이에 대해서는 윤리적, 법적 문제점들을 둘러싼 강력한 반대를 불러일으키고 있다. 그 근거로는 i) 국제적으로 볼 때 백신 공급은 여전히 제한적이며 국가별 접종률도 차이가 있기에 사실상 저개발 국가 국민의 차별로 이어질 수 있고, ii) 백신 수급이 이루어진 경우라도 소수 인종 및 저소득 인구의 예방 접종 비율은 불균형적으로 낮은 상태를 유지될 것이라는 우려가 나온다. 또한 이런 위험이 없는 국가라 할지라도 백신의 효능 및 백신 미접종자의 전파 가능성 여부 및 위험 정도에 대한 의문과 함께 iii) 백신 패스제의 적용범위 확대는 결국 백신접종강제를 의미하고 이는 개인의 신체에 대한 자기결정권 및 자율성을 침해하는 것이며 iv) 백신 접종에 대한 종교적, 사상에 따른 접종 거부자에 대한 기본권 침해 v) 아동 백신에 있어 부모의 거부권 인정 여부 vi) 백신 접종 정보 및 면제 사유 노출에 따른 사생활권 침해 vii) 결국 면역력이라는 ‘체력’을 기준으로 사회적 특권 및 자본 특권을 부여하여 궁극적으로 차별을 낳게 될 것 등이 그 내용이다.

이에 이하에서는 최근 주에 따라 적용되는 백신 패스제를 넘어 의료진, 연방공무원 및 민간사업장에도 백신접종 의무를 명령한 미국의 사례를 중심으로 백신접종 정책에 관한 미국 헌법상 논의를 검토해보도록 하겠다.

42) 이제 호주, 덴마크, 스웨덴을 비롯하여 미국, 캐나다 등도 백신 패스제를 도입하였고 1인당 백신 접종 분야에서 세계를 선도하는 이스라엘은 이미 예방 접종을 받은 주민들에게 “그린 패스”를 발급하고 있으며 초기 단순히 여행 자격으로 시작한 패스제는 점차 사교 및 레크리에이션 모임, 직장 또는 학교에 대한 액세스까지 그 적용범위를 넓히고 있는 실정이다. 이탈리아는 8월 15일부터 코로나19 백신 접종을 완료했다는 ‘그린 패스’ 제도를 모든 자영업자와 근로자로 확대하기로 했다. 유효한 패스 없이 일하는 근로자가 적발되면 기업과 직원은 1500유로(약 207만원)의 벌금을 내야 한다. 이탈리아는 이미 8월부터 기차역과 영화관 등 공공장소에서 그린패스를 요구해 왔지만, 이번 조치로 대상이 대폭 확대됐다. 이 같은 의무 정책에 반대하는 시위는 지난달부터 이탈리아의 도시별로 꾸준히 열리고 있지만, 정부는 확대 시행을 밀어 붙이고 있다. 맞지 않으면 막는다...백신 여권 vs 안 맞을 자유’ 갈린 세상, 중앙일보 (2021.9.21.)

43) 캐나다의 경우 육해공 교통편을 이용하는 승객들과 연방정부 공무원들에게 백신 접종을 의무화하였다. 백신을 접종하지 않는 공무원들은 휴직을 해야 하며 임금도 지급되지 않는다. 트뤼도 총리는 “이번 여행 조치와 연방 근로자 백신 의무화는 세계에서 가장 강력한 조치”라며 “여러분이 백신을 접종한다면 코로나19로부터 안전한 자유를 누릴 자격이 있다”고 말했다. [http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924212672&code=11142500&cp=nv\(2021.10.8.\)](http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924212672&code=11142500&cp=nv(2021.10.8.))

Ⅲ. 미국의 백신 접종관련 법정책 및 판례 검토-

1. 코로나 백신 접종에 관한 미연방 또는 주 정부의 정책

미국에서는 약 4600만 건의 코로나 감염 사례가 보고되었고 751,000명 이상의 국민이 사망하였다.⁴⁴⁾ 재난으로부터 미국 국민의 생명과 안전을 보호할 의무는 연방과 주에 부여되어 있는데, 재난의 대형화, 항상성 및 테러의 위협 증가에 따라 연방의회는 그 대응을 위한 크게 네 가지 법률, 즉 공중보건서비스법⁴⁵⁾, 스태포드법⁴⁶⁾, 국가비상사태법⁴⁷⁾, 감염병 및 전체 위험 준비법⁴⁸⁾을 제정하였다. 미국 헌법 제10조는 헌법상 연방에 위임되지 않았거나 주에 금지되지 않은 권한을 각 주가 보유하도록 규정하고 있기에 주 정부 역시 공중 보건 위기상황에 대응할 많은 권한을 가지고 있다.⁴⁹⁾

코로나 비상사태의 대응에 따라 보건부 장관⁵⁰⁾은 2020년 1월 31일 공중보건서비스법상 보건 위기 상황을 선언하고⁵¹⁾ 백신 및 치료제가 존재하지 않는 상황에서 트럼프 대통령은 2020년 3월 13일 국가비상사태법상 비상 사태를 선언하였으며⁵²⁾ 보건부장관에게 의료 정책에 관한 권한을 위임하였다. 보건부장관은 코로나 위기상황

44) CDC, COVID-19 Data Tracker, <https://covid.cdc.gov/covid-data-tracker>(최종 방문일 2021.11.8.)

45) Public Health Service Act, PHSA, 2006. 공중 보건비상 사태에서 비상사태선언으로 보건부는 보조금 지급 및 재정지원을 제공하며 질병 원인, 치료, 예방에 대한 조사가 가능하다.

46) Robert T. Stafford Disaster Relief & Emergency Assistance Act) 이는 재난관리를 위한 기본법으로 가장 큰 목적은 재난으로 고통과 피해를 대응하는 주정부나 지역정부에 대한 연방의 지속적 도움을 목적으로 한다.

47) National Emergencies Act, 2008.

48) Pandemic and All Hazards Preparedness Act, PAHPA, 2006. “국가의 공중보건과 의료준비 및 비상사태 대응을 목적으로 하는 이 법은 의료 대체제가 없는 비상상태에서 FDA에게 긴급사용승인을 허용할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 21 USC § 360bbb-3의 (a) (1).

49) 이에 대한 상세한 논문으로 이상경, 미국의 재난안전관리 및 대응체계 개편과정과 그 시사점에 대한 일고, 헌법재판연구 제7권 제2호, 2020, 제47면 참고; James G. Hoge Jr., Public Health Law in a nutshell 3. ed., 2018, p.368.

50) Secretary of Health and Human Services, “HHS”

51) section 319 of the Public Health Service Act (42 U.S.C. 247d).

52) 85 Fed. Reg. 15,337 (Mar. 13, 2020); Proclamation 9994 of March 13, 2020 (a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak).

에서는 “의약품 및 생물 의약품의 긴급 사용 승인이 정당화”된다고 하였고 미국 FDA는 비상 사태에 대응 목적의 “긴급 사용 승인”(Emergency Use Authorization, “EUA”)⁵³⁾을 통해 2020년 말과 2021년 초 Pfizer BioNTech⁵⁴⁾, Moderna 및 Johnson & Johnson의 3개 회사에서 개발한 코로나 백신을 승인하였다. 이후 연방질병통제센터(U.S. center for Disease Control)는 코로나로 인한 심각한 질병, 입원 및 사망을 막기 위해 백신 접종을 적극 권고하였다.

특히 취임 후 지속적으로 코로나 관련 행정 명령을 내린 Joseph R. Biden 대통령은 백신패스제를 넘어 2021년 9월 9일 연방 공무원들에게 백신 접종을 의무화하는 행정명령을 발하였다.⁵⁵⁾ 이는 코로나 “델타 변종”의 강한 전염력과 환자 입원 급증되는 상황에서 연방 공무원 자신의 보호와 동료 및 일반 대중 보호를 위해 가장 시급한 것은 백신 접종이라는 근거에서였다. 행정명령에 따라 연방공무원 대책위가 구성되었고 대책위는 공무원의 경우 2021년 11월 22일까지 접종을 완료할 것과 장애 또는 진정한 종교적 신념에 의한 거부가 승인되는 경우⁵⁶⁾를 제외하고 백신 미접종 시 징계 또는 계약 종료 및 해고가 가능하다고 하였다.⁵⁷⁾ 적용 대상에 군인⁵⁸⁾ 및 연방정부와 계약한 하청업체 직원도 포함시켰다. 특히 11월 4일 100명 이상의 민간 사업장 역시 내년 1월 4일까지 직원의 백신 접종을 끝내도록 의무화하면서 백신을 접종하지 않을 경우, 매주 코로나검사를 받고 업무 중 마스크를 착용하도록 하는 명령을 발하였으며⁵⁹⁾ 11월 5일에는 연방 의료보장제도로 자금을 지원받는 요양원 및

53) 21 USC § 360bbb-3의 (a) (1).

54) 2021년 8월 23일 FDA는 화이자 백신을 “16세 이상의 COVID-19 질병 예방”을 위한 백신으로 정식 승인하여 이후 백신은 “Comirnaty(코미나티)”로 판매되고 있다.

<https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-covid-19-vaccine>.

55) “Federal Employee Vaccine Mandate”; Exec. Order 14043, 86 Fed. Reg. 50,989 (Sept. 9, 2021)

56) 의무접종을 면제하는 승인 결정을 할 때 다른 직원 또는 일반인 보호를 위한 조치인지, 공무원이라는 직업적 특성과 공직 운영의 합리적 예상 효과 등을 판단에 고려해야 한다고 규정하였다.

57) 대책위는 공무원이 백신 의무에 대한 종교상 예외 인정 신청서도 배포하였고 예외 신청 승인을 위한 소요기간 동안은 어떤 징계도 없으나 승인이 거부되면 “최종 불허 결정 후 2주 이내에 접종을 받아야 한다.

58) 로이드 오스틴 국방부 장관은 2021년 8월 9일 모든 군인에게 코로나 백신접종이 의무화될 것이라고 발표했다. DoD(Department of Defense) Instruction 6205.02, DoD Immunization Program, <https://perma.cc/ZU4H-CBA3>.

59) 이에 텍사스, 루이지애나, 미시시피, 사우스캐롤라이나, 유타 등 주 정부와 일부 기업은 집

병원 종사자에 대해서도 백신을 의무화하였으며 의료적, 종교적 면제사유는 허용하면서 기관 심사 후 승인하도록 하였다.⁶⁰⁾

물론 주들 중에도 이와 같은 백신 의무접종이나 백신 패스제 같은 적극적인 백신 접종정책에 앞장서는 주도 있는데 현재까지 백신 접종 관련 명령을 두고 있는 주는 22개 주이다. 그렇지만 12개 주는 이 같은 백신 정책을 금지하였고 특별한 규제가 없는 주도 17개 주가 있다.⁶¹⁾ 이하에서는 각 주들의 백신 정책을 살펴보도록 하겠다.

먼저 강력한 백신 접종정책을 두고 있는 주로는 캘리포니아주를 들 수 있는데 주 공무원, 의료시설 근로자, 학교 교직원들은 백신접종을 하거나 음성 증명을 받아야 하며 천 명이상 실내 행사의 참여자 역시 백신 접종증명서나 72간 내 음성확인을 제공해야 하고 중고등 학생의 경우 학교 출석에도 백신 접종증명을 의미화하였다. 지자체는 또 이를 더 확대하기도 하는데 샌프란시스코의 경우 모든 레스토랑, 바, 클럽, 체육관 출입에 백신 접종증명서를 요구하고 다만 음식이나 음료 픽업은 포함시키지 않았다. 또한 1000명이상 대규모 실내행사는 백신 접종자에 한하고 음성확인의 경우도 허용하지 않았다. 또한 2021년 10월 경찰을 포함한 모든 시공무원 및 시 하청업체나 계약업체 근로자에게도 백신 접종의무를 부과하였으나 제한된 범위 내에서 의료적 사유와 진정한 종교적 사유에 의한 면제는 허용하였다.⁶²⁾

뉴욕주지사도 모든 주공무원과 지하철 및 공항 직원, 병원 및 장기 요양 시설에 근무하는 모든 직원들의 백신 접종의무 명령을 발하였고 무엇보다도 접종의무 면제사유로 의료적 사유만 허용하고 종교적 사유는 배제하였으며, 의료기관의 경우 백신을 맞지 않은 직원의 출근을 방지할 경우 고용주인 의료기관에게 패널티를 부과하도록

행정지 가처분 신청을 법원에 냈다. 제5순회법원은 이 신청을 인용하였는데 그 근거는 100인 이상의 사업장을 기준으로 위험성을 구분하는 것에 대한 비합리성과

60) 42 CFR Parts 416, Federal Register, Vol. 86, No. 212, Friday, November 5, 2021, Rules and Regulations 6.

61) 이하 참조.

62) 고용주는 예방 접종을 의무화할 수 있고 2020년 12월 평등 고용위원회(Equal Employment Opportunity Commission)는 고용주가 직원들에게 미국 장애인법(Americans with Disabilities Act)상 시설 접근과 관련된 규율과 관련 없이 코로나 백신 접종 증명서의 제공을 요구할 수 있다고 하였다. 따라서 고용주는 백신 미접종자인 직원이 코로나 바이러스 전염과 같이 본인과 타인의 건강 또는 안전에 상당한 위험을 초래하거나 해를 입히고 직접적인 위험을 완화할 수 없거나 합리적인 조정을 충족할 수 없는 경우, 직장에 들어가는 것을 배제할 수 있다. 휴스턴 감리교 의료센터도 지난 6월 백신접종 의무제를 도입하였다.

하였다.⁶³⁾ 또한 현재 대면수업 방침을 고수하고 있는 뉴욕시는 전체 교직원에게도 백신 접종을 의무화하였다.⁶⁴⁾ 미접종자의 경우 직역에 따라 매일 또는 1주일마다 음성확인을 하도록 하였다. 백신 패스제를 가장 먼저 도입한 뉴욕시도 ‘Key to NYC’ 명령으로 12세 이상 사람들은 최소 한차례 이상 백신을 맞았다는 증명서가 있어야 뉴욕시에 있는 실내 식당이나 카페, 실내 피트니스, 실내 영화관, 공연장 및 회의 공간에 입장이 가능하다. 현장 단속에 나서 위반 시 사업주에게 위반 횟수에 따라 최대 5000달러의 벌금 부과가 가능하다.⁶⁵⁾ 노스캐롤라이나 주 역시 주공무원의 백신 접종의무명령을 하고 미접종자에 대한 일주일 간격의 음성확인 및 업무 중 마스크 착용의 명하였다.

각 주의 대학들도 학생들의 백신 접종을 의무화하여 미접종자의 등교 불허를 하는 사례가 늘고 있는데 약 80여개 대학이 백신 접종의무를 도입하였다.⁶⁶⁾

그러나 이와 달리 몇몇 주는 연방의 백신 접종명령에 소송을 제기하거나 백신 접종 의무나 백신 패스제를 금지하는 법안을 통과시켰다. 예를 들어 알라바마 주의 경우, 주가 업무 제공이나 공공 건물 입장, 사기업의 고객 서비스 제공에 있어 백신 접종요건을 두어서는 안 된다고 하였고, 연방의 백신 접종명령에 따르지 않는 연방

63) 2021년 8월 18일, 주 보건 국장은 종합병원과 요양원에 종사하는 모든 직원에게 백신 접종을 요구하는 명령을 발표하였는데 의학적 사유와 종교적 사유 상 면제를 인정하였다. 그렇지만 5일 후 국장은 접종 의무 면제 사유로 의학적 사유만을 규정하고 종교적 사유에 대한 규정은 삭제하였다. N.Y. Comp. Codes R. & Regs. tit. 10, § 2.61(c). 그러나 뉴욕주의 의사, 간호사 등 17명의 기독교 의료진이 “뉴욕주가 백신 접종의 종교적 예외를 인정하지 않은 채 강제함으로써 종교적 자유를 침해했다”며 신청한 집행 정지 가처분 신청에서 지방법원 데이비드 N. 허드 판사는 인용결정을 하였다.

노스캐롤라이나주의 대형 의료법인 노반트 헬스는 백신 접종을 거부한 직원 175명을 해고했다. 노스캐롤라이나주 역시 의료인들의 백신 접종을 의무화하고 있는데 백신 접종 기한을 넘겨 정직 처분됐던 직원들 중 일부는 종교나 의교적 이유로 면제를 인정받았으나 그렇지 않은 경우 백신 접종에 동의하거나 사직을 하였다.; <https://www.khan.co.kr/world/world-general/article/202109281220001#참조>.

64) 법원은 뉴욕시 교직원의 접종 의무화 시행을 잠정 중지하는 가처분 신청을 받아 들여 현재 교직원의 대량 해고 사태는 미뤄진 상황이다.

65) 뉴욕시 식당, 헬스장, 공연장 등에 들어가려면 종이로 된 증명서나 뉴욕주의 백신 접종 증명 애플리케이션(앱) ‘엑셀시어 패스’(Excelsior Pass) 등을 제시해야 한다. 미국 공화당 소속인 조셉 보렐리 뉴욕시의원은 이번 규정이 소규모 기업들을 짓밟고, 흑인과 라틴계 주민들이 음식점에서 식사하는 것을 막는 인종차별 문제를 야기할 것이라고 지적했다. 이와 관련 NYT는 뉴욕시에 있는 레스토랑과 바(Bar)만 2만5000개에 달한다고 전했다.

66) Dr. Tryon P. Woods, Public health Policing and the Case against Vaccine Mandates, 33 St. Thomas L. Rev. 219 (2021) 참조.

공무원을 보호할 것을 명하였다. 오하이오주는 학교나 대학은 FDA의 완전 승인을 받지 못한 백신 접종 의무를 명할 수 없다고 하였고, 테네시주도 주민들에게 코로나 백신 접종을 요구하는 정책을 입안해서는 안 되며 정부나 사업체가 사업장 입장이거나 서비스 제공에 있어 백신 접종을 요구해서도 안 된다고 명하였다. 텍사스주 역시 주내 어떤 업체도 공공 근로자나 고객을 포함한 개인들이 개인적 양심이나 종교적 믿음 또는 의료적 이유로 백신 접종을 반대하는 경우 접종을 강요하면 안 된다고 규정하고 있다.

이런 상황에서 연방과 주의 백신접종명령들은 사상 및 종교적 사유에 반해 백신 접종을 강요하는 것으로 종교의 자유 및 신체에 대한 자율성을 침해하는 것이라는 비판과 함께 연방 또는 주의 백신 접종명령에 대해 가치분신청 및 본안 소송이 계속되고 있으며 주 또는 연방법원의 결정도 상이한 상황이기에 연방대법원의 결정이 기대되는 상황이다.⁶⁷⁾

사실 일반적 백신(예방)접종은 아동들을 대상으로 규율하고 있으며 성인의 경우는 일부 의료직역 등에 있어 독감 백신을 의무화하곤 한다. 모든 주는 아동 백신의무법을 규정하였으나 의료적, 종교적, 사상적 사유에 의한 면제를 인정하고 있기에 사실상 엄격한 구속력을 갖는 것은 아니었다. 그러던 중 2014년 디즈니랜드에서 홍역이 발생하며 다시 아동백신 접종 의무 강화가 문제되었고 특히 캘리포니아주는 법개정을 통해 의무접종 예외사유로 의료적 사유만을 인정하자 많은 논란이 제기되었다. 이하에서는 백신 접종 의무법의 내용 및 이에 관한 연방대법원의 판례를 살피고, 코로나 백신 의무접종에 관한 판례를 살펴보도록 하겠다.

2. 미국의 백신 접종 의무법 도입과 관련 판례 분석

19세기 동안 인구가 밀집된 주택, 불충분한 위생 시설, 불결한 식수 등으로 콜레라, 장티푸스, 인플루엔자 및 말라리아 등 많은 전염병이 발생하였지만 무엇보다 유럽과 미국에서 치명적이고 전염성이 있는 공기 매개 질병인 천연두로 인해 사망자

67) 바이든 행정부의 백신 정책이 위헌적이라며 주들은 소송을 제기하였다. State of Missouri v. Joseph Biden, Arkansas, Alaska, Missouri, Iowa, Montana, Nebraska, New Hampshire, North Dakota, South Dakota and Wyoming 주도 함께 참가하였다.; State of Texas v. U.S. Department of Labor, 연방제 5항소 법원에 소송을 제기하였다. To Vax Or Not To Vax Is Not A Constitutional Question (November 19, 2021).

만 매년 약 40만명에 달했다. 다행히 “백신의 아버지”로 불리는 영국의 의사 에드워드 제너 박사가 백신을 개발하였고 백신 접종자는 강한 면역력을 갖게 되면서 바이러스에 반복적 노출되더라도 몇 년 동안 천연두에 걸리지 않게 되는 것이 밝혀졌다. 이에 영국의 일부 지역에서는 천연두백신 접종 의무를 규정하였는데, 이는 지역 사회 내 백신 접종자가 많을수록 의료적 사유로 인한 미접종자 및 백신 접종의 효과가 없는 사람들에게 질병이 퍼지는 것을 방지하는 장벽을 형성한다는 ‘집단 면역’이론에 근거한 것이다⁶⁸⁾. 이에 유럽 국가들은 시민들에게 의무적 백신 접종 프로그램의 적용을 시작하였고⁶⁹⁾ 미국도 백신 접종의 공공 보건 가치를 인식하여 “백신의 위대한 후원자”로 불리는 Thomas Jefferson 대통령의 노력과 함께 백신의 보급과 접종이 시작되었다.⁷⁰⁾ 그런데 1801년 천연두 전염병이 북동부를 휩쓸자 매사추세츠 주는 최초로 모든 21세 이상의 성인에게 천연두 접종을 의무화하고 미접종시 5달러(현재 140달러)의 벌금을 부과하는 법률을 제정하였다.⁷¹⁾ 이어 의무교육법 제정과 공립학교 출석을 앞두고 천연두의 발병 위험을 우려한 각 주들은 1827년 보스턴을 시작으로 아동에게 백신 접종을 의무화하고 접종기록 제출을 요구하는 법률을 제정하였고, 1904년까지 미국의 45개주 중 11개 주에서 백신 접종이 의무화되었다.

이에 주의 백신 접종 의무법에 대한 소송도 이어졌는데⁷²⁾ 1894년에 펜실베이니아주 대법원은 천연두 유행 시 백신 미접종 아동들의 등교를 막을 주의 권한을 인정하면서 그럼에도 물리적으로 백신 접종을 강제할 수 없다고 하였다. 1902년 미네소타주 대법원도 백신 미접종 아동에 대한 학교 퇴학 규정을 지지하면서도 이는 “비상 상황에서만” 허용될 수 있음을 분명히 하였다.⁷³⁾ 그러던 중 미연방대법원은 1904년

68) 집단 면역은 인구의 충분한 사람들이 백신을 맞아 면역이 생기면 집단 구성원의 감염 가능성이 감소하여 영유아, 노인 및 환자와 같이 면역 체계가 가장 취약한 사람들에 대한 보호가 강화된다는 이론이다.

69) 1853년 잉글랜드와 웨일즈는 모든 개인에게 천연두 예방 접종을 의무화하는 법령을 공포했으며, 54페이지의 텍스트에 대한 링크 이후 40년 동안 영국 의회는 추가 예방 접종을 의무화하는 여러 법률을 통과시켰다.

70) James G. Hodge & Lawrence O. Gostin, *School Vaccination Requirements: Historical, Social, and Legal Perspectives*, 90 Ky. L.J. 831, 874 n.233 (2001-02).

71) 4년 후, 연방의회 역시 ‘백신장려법(An Act to Encourage Vaccination)’을 제정하였고 이 법을 근거로 천연두 백신 접종을 보장하는 최초의 국립 백신청(National Vaccine Agency)이 설립되었다. *An Act to Encourage Vaccination*, ch. 37, 2 Stat. 806 (1813).

72) 초기 소송의 대부분은 의무적 접종 자체를 다루는 것이 아니라 예방접종 부작용 및 과실에 대한 소송이 주된 것이었다.

Jacobson판결⁷⁴⁾을 통해 백신 접종 의무법을 제정하고 위반 시 벌금을 규정한 한 Massachusetts 주법에 대한 합헌결정을 내렸고 공중 보건을 목적으로 한 백신 접종 정책에 대해 주의 재량권 인정한 Jacobson판결로 이후 아동 백신접종 의무법은 모든 주로 확대되었으며 이 판례는 100년이 지난 오늘날 코로나상황에서도 전염병에 관한 주의 명령을 지지하는 가장 강력한 선례로 자리 잡고 있다.

1) Jacobson판결의 내용과 후속 판례

천연두 발생에 따라 Massachusetts 주의회는 21세 이상의 모든 성인에게 천연두 백신접종을 할 것과 접종 거부자에 대해 5달러(현재 140달러정도)의 벌금형을 규정하였다. 1902년 2월 매사추세츠 주 케임브리지시도 이를 시행하였는데 목사였던 Jacobson은 백신의 안전성에 대한 우려를 표명하고 단순히 질병에 걸릴 가능성만으로 건강한 시민에게 치료를 부과할 수 없다는 주장과 함께 의무적인 백신접종은 “불합리하고 자의적이며 억압적”이어서 헌법 전문과 수정헌법 제14조상 개인의 신체 자율권을 침해한다고 주장했다.⁷⁵⁾

그러나 연방대법원은 7대 2의 결정으로 Jacobson의 주장을 기각하고 주법의 합헌성을 인정하였다. 대법원은 ‘주의 일반규제권(police power of a state)’⁷⁶⁾은 공중 보건과 안전 보호를 위해 합리적 규제를 할 수 있는 권한을 가지며 이는 헌법에 반하지 않는 한 주의재량권 내에 있다고 하였다.⁷⁷⁾ 또한 헌법상 보장되는 자유도 모든 시간과 상황에서 인정되는 절대적 자유가 아니며 전적으로 제한이 불가능한 영역이 아니라면서, 법원은 일반적 안전, 건강, 그리고 주의 번영을 확보하기 위해 모든 자유와 재산은 제한의 대상이 된다는 것을 인정해왔고, 권리의 향유는 국가 공동체의 안전, 건강, 평화, 질서와 도덕에 필수적이라 여기는 합리적 조건에 구속된다고 하였다.⁷⁸⁾ 그렇지만 공중 보건을 위한 주의 일반규제권에 광범위한 재량이 부여되어도

73) James G. Hodge & Lawrence O., supra, at

74) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11.

75) Id. at 12. NOTE: VACCINATION EVASION: LEGISLATING A SOLUTION THROUGH A REVISED VACCINATE ALL CHILDREN ACT OF 2019, 47 J. Legis. 75, 78.

76) 이는 주의 경찰권으로 번역이 되나 사실상 주민의 공공복지 및 안전 등을 보호하기 위한 주의 권한을 의미한다는 점에서 주의 ‘일반규제권’으로 번역하고자 한다.

77) Id. at 25.

78) Id. at 27.

무제한은 아니며 사법심사도 면제되는 것이 아니라고 하였다.⁷⁹⁾ 대법원은 만일 주가 공중 보건, 공중 도덕 그리고 공공 안전을 보호하기 위해 제정한 법률이 이런 목적과 어떤 진정한 또는 실질적 관련성(real or substantial relationship)이 없고, 기본권에 대한 명백한 침해라면 법원이 바로잡을 의무가 있고 따라서 헌법이 유효하게 되는 것이라고 하였다.⁸⁰⁾

대법원은 천연두가 만연하고 있기에 주는 합리적이고 적절한 주의 일반규제권을 행사하였으며 백신 접종 의무제는 공중 보건과 안전을 위해 그 필요성이 인정되고, 법이 천연두 퇴치를 목적으로 하고 “주가 규정한 수단은 공중 보건과 공공 안전의 보호에 진정한 실질적 연관성(real substantial relation)”이 있다고 하였다.⁸¹⁾ 물론 천연두 백신의 예방적 효과를 믿지 않는 사람들도 있지만 두려운 질병의 확산에 백신은 결정적으로 유효하다는 것이 공통된 신념이고, 모두는 아니지만 대부분의 의사와 많은 사람들이 이를 받아들이고 있다고 하였다.⁸²⁾ Jacobson은 백신 접종이 해로울 수 있고 그 유해성을 개별적으로 입증하는 것은 불가능하다고 주장하였지만, 법원은 Jacobson은 백신 접종을 받기에 의료적으로 부적합한 사람이라는 점을 입증하지 못했기에 설득력이 없고, 이 사안은 백신의 피해자가 제기한 소송이 아니고, 완벽한 건강을 갖추어 백신에 적합한 대상인 성인의 사례이며,⁸³⁾ 주는 치명적 전염병이 유행하던 시기 성인에게 백신접종 의무를 부과했고 이를 위반하는 경우, 상대적으로 적은 벌금을 부과하였다는 점에서 합리성을 인정하였다. 그러면서도 대법원은 물리적 방법으로 직접 백신 접종을 강제하는 것은 금지되며 잔인하고 비인간적인 경우 접종을 배제해야 한다는 예외도 실시하였다.⁸⁴⁾

당시 Jacobson은 수정헌법 제14조 상 적법절차 및 평등조호조항의 위반을 주장했지만 법원은 실체적 적법절차에 대한 언급은 없었고 이는 2개월 후 Lochner 판결에서 언급되었다.⁸⁵⁾

79) 박지용, 앞의 논문, 87면 참조.

80) Id. at 27.

81) Id. at 31.

82) Id. at 34-35.

83) Id. at 36-37.

84) 박지용, Jacobson v. Massachusetts 판결의 역사적 의미, 미국헌법연구 제28권 제1호, 미국헌법학회, 2017, 제81면 참조.

85) 12 Yale J. Health Pol’y L & Ethics 39, at 32.

이후 1922년 *Zucht v. King* 판결⁸⁶⁾에서도 연방대법원은 선례인 *Jacobson* 판결을 아동백신접종의무법에 적용하였다. 텍사스주 샌안토니오시 조레는 백신 접종증명서를 제출하지 않고는 아동이나 성인이 등교 및 교육시설 출입을 금지하였고 *Zucht*가 백신 증명서를 제출하지 않았고 백신접종도 거부하자 주공무원은 공립, 사립학교 등교를 막았다. 이에 아동의 부모는 공무원이 적법절차 없이 자녀의 자유를 박탈하였으며 조레는 사실상 백신접종을 강제하는 것이라고 주장하였다.⁸⁷⁾ 연방대법원은 시는 보건법의 적용 및 집행에 영향을 미치는 문제에 대해 공무원에게 광범위한 재량권을 부여할 수 있다고 판시하면서 이 조레는 자의적 권한을 부여한 것이 아니라 공중 보건을 보호하는데 있어 요구되는 광범위한 재량을 부여한 것이라고 하였다.⁸⁸⁾ 또한 학교라는 공간은 좁은 공간에 서로 감염력이 큰 아이들이 함께 집단 생활을 한다는 점에 초점을 두고 주가 학생의 등교에 백신접종 요건을 부과하는 것을 합헌이라고 결정하였다.⁸⁹⁾

2) 주의 백신접종의무법과 관련 판례

① 주 백신접종의무법과 면제 사유

Jacobson 판결 이후 많은 주들은 아동에 대한 백신접종의무법을 도입하였고 접종 의무를 요하는 백신의 종류도 증가⁹⁰⁾하였다. 현재 미국의 모든 주는 공립학교 입학생을 대상으로 백신 의무법을 두고 있고 46개 주와 컬럼비아 특별구는 사립학교 및 유치원에 백신 의무를 규정하고 있다. 그렇지만 아동의 백신 접종 의무에는 일반적으로 의료적, 종교적, 철학적 사유를 근거로 예외사유를 인정하고 있다.

사실 *Jacobson* 판결 이후 백신 반대 운동과 함께 3년 후 미국 반백신협회가 설립되기도 하였다. 그러나 1922년 *Zucht*판결 역시 만장일치로 주의 권한을 인정하자 백신 반대 운동의 퇴색되고, 1930년대 백신의 효능에 대한 의사의 권고 수용과 안전성에 대한 우려 감소로 이후 백신 접종에 대한 반대운동은 1990년까지 거의 나타

86) 260 U.S. 174 (1922)

87) *Id.*, at 175-6.

88) *Id.* at 177

89) Erwin Chemerinsky and Michele Goodwin, *Compulsory Vaccination Laws Are Constitutional?*, 110 *NW.U.L.Rev.* 589 (2016). p. 605-606 참조.

90) 연방 정부는 18세이하 모든 아동에게 16가지 백신을 70회 접종할 것을 권고하고 대다수의 주에서는 학령아동에게 30~45회 백신 접종을 의무화하고 있다.

나지 않았다. 그런데 1990년 말 다시 백신 미접종자가 늘게 되자 주 입법부는 면제 규정을 다시 좁히는 시도를 하였다. 백신 반대단체의 부활에는 전염병 발병 초기 미국인들과 달리 현재 미국인들은 많은 질병을 앓고 있지 않다는 주장과 백신이 자폐증과 같은 특이 질환에 영향이 있다는 연구가 영향을 미쳤다.⁹¹⁾ 또 기존의 백신이 아닌 B형 간염 백신과 HPV 백신 접종 의무 도입 반대와 백신 접종 면제 사유로 종교적 사유에 대한 폐지 등도 반대운동의 계기가 되었다. 게다가 오늘날 백신은 “정부, 의료기관, 및 제약회사가 관련된 음모”라는 불신과 함께 많은 종류의 백신을 너무 어린 아동에게 투여하는데 염려 및 과학적 근거 없이 건강에 대한 자연치유적 접근과 대체의학 등도 반대 이유이다.⁹²⁾ 그러던 중 2014년 말 홍역 발생⁹³⁾에 따른 보건위기가 나타나자 주들은 다시 백신 접종 의무를 강조하면서 캘리포니아주를 비롯하여 미시시피, 웨스트 버지니아주, 뉴욕주는 의학적 사유만을 면제 사유로 인정하였다.⁹⁴⁾

특히, 문제가 되는 종교적 사유로 인한 접종 면제를 허용하는 주들은 주마다 승인 절차와 요건에 차이가 있는데 서면신청서만 제출하면 되는 주도 있고 종교 교단의 교리 등을 상세히 적은 진술서를 요구하기도 한다.⁹⁵⁾ 종교적 사유에 의한 면제는

91) 백신 반대 운동은 자폐증과 홍역, 볼거리, 풍진(“MMR”) 백신 사이의 연관성을 주장하였고 현재 철회된 1998년 기사의 출판과 함께 발생했다. 현재는 의사면허가 취소된 영국 외과 의사 Andrew Wakefield와 12명의 다른 의료 전문가가 저술한 논문에서 MMR 백신이 정상인 그룹의 위장 질환 및 발달 퇴행을 초래한다고 주장하였다. 이후 논문의 데이터 위조 등으로 그는 유죄 판결 후 의사자격을 박탈당했다. NOTE: VACCINATION EVASION: LEGISLATING A SOLUTION THROUGH A REVISED VACCINATE ALL CHILDREN ACT OF 2019, 47 J. Legis. 75.

92) 최근 연구자적 부모의 성향과 소셜 네트워크의 발전 역시 백신 거부반응의 전과력을 높이는 사회적 요인으로 설명된다. 52 Conn. L. Rev. 771 (2020)

93) 2014년 캘리포니아주 디즈니랜드를 방문했던 9명의 아이들이 홍역에 감염된 것을 시작으로, 미 전역 7개 주에서 140명이 넘는 홍역 환자가 발생하였다. 출처 : 경북매일(<http://www.kbmaeil.com>)

94) 의료 면제는 일반적으로 “개인이 백신 접종을 받지 못하게 하는 의학적 상태”로 정의되는 의료 면제는 2021년 2월 현재 50개 주에서 실시하고 있다. States With Religious and Philosophical Exemptions From School Immunization Requirements, Nat'l Conf. of State Legislatures (June 26, 2020)

95) 예를 들어, 인디애나에서는 “학생의 부모가 종교적인 이유로 반대하는 경우 ... 학생은 백신 접종을 받을 필요가 없고“ 이의 제기하려면 부모가 서면으로 종교적 면제 요청서에 서명 후 교사에게 제출하기만 하면 된다 Ind. Code Ann. § 20-34-3-2 뉴저지에도 유사하나 부모의 신청서 제출 후 진술과 승이라는 절차가 요구되며 부모는 자신의 종교를 밝힐 필요는 없다. 그러나 종교적 면제를 엄격히 시행하는 주에서는 아동이 속한 종교 교단과 교

‘믿음의 진정성’에 대한 조사가 이뤄져야 하나 판단이 쉽지 않고 사실상 백신 접종 거부를 주장하는 종파도 거의 없기에 사실상 거부 사유는 종교적 신념이라기보다 백신 접종의 안정성과 효능에 대한 불신인 경우가 많다. 이에 종교적 사유에 대한 면제 불인정 주장도 있으나 그럼에도 현재 45개 주에서 종교적 사유에 의한 백신 접종 면제를 허용하고 있다.⁹⁶⁾ 이념적 사유에 의한 면제는 백신 접종이 "종교적 믿음을 넘어 부모의 신념과 모순되는 경우 부모가 백신접종을 거부할 수 있는 것으로 도덕적, 철학적 또는 개인적 사유 등이 포함된다. 현재 15개 주에서 철학적 면제를 허용하고 있다.⁹⁷⁾ 물론 아동의 백신접종에는 부모의 거부권이 가장 쟁점이 되나 연방대법원은 이 역시 인정하지 않았다. 그러나 이런 면제사유의 인정이 부모거부권을 인정하는 것이기에 접종 의무는 실제 느슨하게 운용되는 것이 사실이다. 성인에 대한 백신접종 의무를 규정한 경우는 그리 많지 않고 의료, 보건시설 종사자나 환자, 군인 등 특정 범주의 성인에게 해당되곤 했다.⁹⁸⁾

② 백신접종의무법관련 판례

백신접종의무법에 대한 소송은 많았으나 대부분의 주나 연방 법원은 1904년 Jacobson판결과 1922년 Zucht판결에 근거하여 기각결정을 내리고 있다.

Workman v. Mingo County Board of Education 판결⁹⁹⁾에서 제4 순회 법원은 종교적 사유에 의한 면제를 인정하지 않고 모든 초등학생에게 백신 접종을 요구한 웨스트 버지니아 주법을 합헌이라고 결정하였다. 무엇보다 법원은 급박한 질병의 위협이 없더라도 백신의무법들은 주가 결정한 권한 내에 있는 것이며, 질병 확산을 방지할 필수불가결의 사회적 이익이 종교의 자유보다 우선된다고 하였다. 또한 부모의

리나 관행에서 충돌한다는 것을 법정대리인이 서명한 진술서를 제출하도록 한다. State of N.J., Dep't of Health, N.J.A.C. 8:57-4.3 & N.J.A.C. 8:57-4.4, Immunization of Pupils in Schools, Medical and Religious Exemptions (May 19, 2017).

⁹⁶⁾ 61 Wm. & Mary L. Rev. 1607, at 1621.

⁹⁷⁾ 이념을 근거로 한 면제를 승인받는 과정은 주마다 다르며 대부분 진술서제출과 승인의 절차를 두고 있다 <https://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx>

⁹⁸⁾ 예를 들어, 18개 주는 의료기관이 직원에게 독감 백신을 제공하거나 직원의 백신 상태를 주에 보고해야 하는 독감 백신사항이 있다. 또한 인디애나주는 모든 공립대학생에게 디프테리아, 파상풍, 홍역, 볼거리, 예방 접종을 의무화하고 있다. Musumeci MB, Kates J; Kaiser Family Foundation. Key questions about Covid19 mandates. 2021.

⁹⁹⁾ 419 F. App'x 348 (4th Cir. 2011).

종교를 근거로 자녀의 자녀의 백신접종을 거부할 권리 주장에 대해 법원은, 연방대 법원이 종교행사의 자유권은 아동을 전염병이나 이후 나쁜 건강상태에 노출시키는 권리를 포함하는 것은 아니라고 한 Prince v. Massachusetts 판결¹⁰⁰⁾을 인용하면서 거부권을 인정하지 않았다.¹⁰¹⁾

몇몇 법원은 백신의무법에 종교적 면제를 두는 것은 허용할 수 없을 정도로 종교에 특혜를 부여하므로 위헌이라고 판단하기도 하였다. Brown v. Stone 사건¹⁰²⁾에서 미시시피 주대법원은 Mississippi 주의 백신의무법상 종교 면제규정은 면제를 얻을 특정한 종파의 구성원만 면제가 허용되기에 위헌이며, 면제조항이 없더라도 합헌이라고 하였다. 또한 주가 소아마비나 치명적 질병에 걸릴 위험한 아동들에게 입학 전 면역을 요구하는 것은 필수불가결한 주의 이익이고, 그런 이익은 아동들이 면역을 얻을 때까지 아동을 배제하는 것까지로 확장되는데 이는 단지 그 아동에 대한 보호뿐만 아니라 학내 구성원인 대다수 아동과 수업시간에 밀접하게 접촉하는 아이들을 위한 것이라고 보았다.¹⁰³⁾ 중요한 것은 백신접종의무는 우리 어린이들과 지역사회를 위협한 질병으로부터 보호하는데 너무 중요하기에 부모의 종교적 신념과 충돌될 수 있으나 학생들의 이익이 우선된다고 판시하였다.¹⁰⁴⁾

마찬가지로 연방법원은 McCarthy v. Boozman 사건¹⁰⁵⁾에서 종교행사의 자유를 보장하는 헌법은 입학 연령에 달한 자녀의 백신접종의무를 회피하기 위한 면제수단으로 종교를 인정하는 것은 아니라고 하며 종교적 사유에 의한 접종면제를 두지 않은 Arkansas 주 백신의무법을 합헌이라고 하였다.

2015년 홍역발생으로 2016년 캘리포니아주법은 모든 공사립 학령아동의 백신접종의무법에서 의료적 사유에 의한 면제만을 인정하고 개인 신념에 따른 면제조항을 삭제하는 주법¹⁰⁶⁾을 통과시키자 학부모들은 주법이 실제적 적법절차, 신체의 완전성에 대한 권리, 자녀양육권을 근거로 위헌이라고 주장하였다. 법원은 역시 100년이

¹⁰⁰⁾ Prince, 321 U.S. 158 at 166-67(1944). 이 판결은 부모 지시에 따라 거리에서 여호와의 증인에 관한 책자를 판매하도록 한 9세 아동에게 15세미만의 아동근로를 금지하는 아동근로법을 적용시키는 것에 대한 합헌결정이다.

¹⁰¹⁾ Erwin Chemerinsky and Michele Goodwin, *supra*, at 606-7.

¹⁰²⁾ Brown v. Stone, 78 So. 2d 218, 223 (Miss. 1979).

¹⁰³⁾ *Id.*, at 222-3.

¹⁰⁴⁾ *Id.*, Erwin Chemerinsky and Michele Goodwin, *supra*, at 608

¹⁰⁵⁾ McCarthy v. Boozman, 212 F. Supp. 2d 945, 948 (W.D. Ark. 2002).

¹⁰⁶⁾ California Senate Bill 277 (“SB 277”).

상 미연방대법원은 주가 시민들에게 백신접종을 요구하는 법을 제정하고 시행하는 것을 지지해왔다면서 Jacobson 판결의 내용과 Zucht 판결의 내용을 그대로 인용하면서 전염병 확산을 방지하여 건강과 안전을 보장이라는 필수적 이익(compelling government interest)을 증진시키기 위해 좁게 설정(narrowly tailored)되었다고 하면서 주가 의료적 사유 외의 면제 사유를 폐지하였다고 실체적 적법절차, 사생활권, 신체의 완전성, 종교 행사의 자유 및 평등보호조항을 침해하지 않는다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾

③ 코로나 백신접종에 관한 가처분소송 판례 검토

현재 미국은 많은 연방과 주의 백신 접종명령이나 백신 패스제와 관련하여 본안 소송과 함께 가처분소송을 제기하고 있다. 현재 판례들은 대부분 가처분소송에 관한 것으로 가처분소송의 요건은 본안승소 가능성, 회복하기 어려운 손해 존재, 공익성 및 형평법상 신청인과 피신청인의 법익으로 이하에서는 본안승소 가능성에 초점을 두고 설명한다. 이하에서는 가장 쟁점이 된 두 사례만 소개하도록 한다.

i) Klassen v. Trustees of Indiana University 사건¹⁰⁸⁾(대학 백신 패스제사안)

법원이 고등교육기관의 코로나 백신패스제에 대한 첫 사례는 Klassen 사건에서였다. 인디애나대 총장은 2021년 7월까지 학생 및 교직원은 개학과 함께 코로나백신 접종을 마칠 것을 명하였다. 구성원은 종교적 사유, 알레르기나 다른 의학적 사유를 근거로 면제 신청이 가능했고, 면제를 받은 경우라도 공공 장소에서 마스크 착용을 할 것과 일주일마다 음성확인서를 제출할 것을 명했다. 그러자 8명의 대학생들이 개학 전 명령금지 가처분 신청을 제기하였다. 지방법원은 이에 대해 기각결정을 내렸고 제7 순회법원 역시 만장일치로 이를 기각하였다.

연방항소 법원은 본안 승소가능성을 판단하며 주가 천연두 방지를 위해 백신 접종을 모두에게 요구할 수 있다고 한 Jacobson 선례에서 볼 때, 코로나 백신접종 문제는 헌법적으로 문제 될 여지가 없다고 하였다. 원고는 실체적 적법절차를 주장하나 선례 상 이런 주장은 미국 법전통에서 도출되는 기본권의 존재 여부에 달려 있는데, Jacobson 판결에서 백신접종 권부권을 인정하지 않았고 백신접종 요건은 다른

¹⁰⁷⁾ Whitlow v. California, 203 F. Supp. 3d 1079 (S.D. Cal. 2016).

¹⁰⁸⁾ Klaassen v. Trs. of Ind. Univ., 7 F.4th 592. (N.D. Ind., July 18, 2021).

공중 보건 조치와 마찬가지로 일반적인 것이라고 하였다.¹⁰⁹⁾ 더욱이 이 사안에서 인디애나 대학은 종교적, 의료적 면제를 허용하였으며 Jacobson 사안은 지역 내 모든 성인에게 적용되는 요건이지만 이는 대학에 다니는 사람들로 한정되어 있고, 많은 대학이 백신 접종을 요구하지만 그렇지 않은 대학도 있기에 접종 거부자는 다른 학교에서 교육의 기회도 있다고 보았다. 또한 대학은 모든 학생들의 안전 유지를 위해 필요한 사항을 정할 수 있으며 다른 질병(홍역, 볼거리, 풍진 등)에 대한 건강 검진 및 백신 접종은 고등 교육에 있어 일반적인 요구 사항이라고 하였다. 백신은 접종자 뿐만 아니라 접촉하는 사람까지 보호하고 대학에서 긴밀한 접촉은 불가피하며, 고등 교육의 조건이 등록금을 내고 교육 과정을 준수해야 하는 것이라면 모든 학생의 안전한 학습권에 도움이 되는 의료적 요건에 큰 문제가 있다고 보기는 어렵다고 판단했다. 개인들이 모든 사람이 질병을 퍼뜨리는 것에 대해 두려워할 때, 대학 운영은 어려움을 겪을 것이고 원격 교육으로 돌아가는 것을 원하는 사람은 거의 없으며, 헌법은 백신 접종(미접종자의 마스크 착용과 빈번한 음성테스트)이 대면 수업을 충분히 안전하게 만들 수 있다고 믿는 대학에게 원격 교육 접근 방식을 강요하는 것은 아니라면서 가처분신청을 기각하였다.¹¹⁰⁾ 이 결정의 상고에 대해 연방대법원도 간단히 이를 기각하였다.¹¹¹⁾

ii) Doe v. Mills¹¹²⁾ (의료 종사자에 대한 코로나 백신접종의무사안)

이는 Maine주 주지사 Janet T. Mills가 주내 의료시설 근로자에게 코로나 백신 접종을 의무화하고 10월 15일까지 접종을 완료하지 않는다면 해고를 하도록 하는 규정¹¹³⁾을 둔 것이 문제 된 사안이다. 다른 주와 달리 메인주는 백신접종 면제는 의학 적 사유로만 한정하고 의사가 “의학적으로 권장되지 않을 수 있음”이라는 인증이 있는 경우만 접종을 면제할 수 있도록 하고 종교적 사유의 면제는 인정하지 않았다.

¹⁰⁹⁾ 7 F.4th 592, 593-4.

¹¹⁰⁾ 이후 미시간대학이 교직원에게 백신접종의무화하고 의료적 사유가 아닌 경우 미접종시 해고하는 결정에 대한 가처분소송에서 지방법원은 Jacobson 판결과 Klaassen판결에 따라 본안승소가능성을 인정하지 않았고, 대학과 임시 계약관계에 있으며, 해고 시 적절한 보상이 있었다는 이유로 회복 불가능한 손해도 인정하지 않았다. Norris v. Stanley, 2021 U.S. Dist. LEXIS 168444.

¹¹¹⁾ Klaassen v. Trs. of Ind. Univ., 2021 U.S. ___, August 12, 2021, DecidedNo. 21A15.

¹¹²⁾ 595 U.S. ___, October 29, 2021, Decided No. 21A90.

¹¹³⁾ 10-144-264 Me. Code R. § 1-7(2021)

원래 Maine 주는 1989년부터 의료 종사자에게 특정 전염성 질병에 대한 백신 접종을 의무화했는데 2019년 5월 주법을 개정하여 백신 접종 의무의 면제 요건으로 의사가 ‘백신이 의학적으로 권장되지 않을 수 있다’는 것을 나타내는 서류를 제출할 것을 요구하는 의학적 사유상 면제는 인정하고 그 외 종교적 또는 철학적 사유를 인정하지 않았다.

이에 메인 주 의료 종사자는 백신 접종 의무의 강제는 미국 헌법상 종교행사의 자유, 평등권 등을 침해한다고 하며 가처분신청을 하였으나 연방대법원은 이는 본안판단을 받아들여야 할 것인지에 관한 재량문제로 보고 가처분신청에 대해서는 기각하였다.

그러나 Thomas, Alito, Gorsuch 대법관은 반대의견을 개진하였다. Gorsuch 대법관이 집필한 반대의견에서 내과 의사와 8인의 의료시설 근로자인 신청인들은 18개월 동안 코로나 팬데믹의 최전선에서 용감하게 환자를 돌봤음에도 법령의 효력이 발생하자 한 명은 직장에서 해고되었고 다른 사람들은 해고의 급박한 위협에 직면하였으며 원고들은 우리가 사건이송명령을 받아들일지 결정할 시간까지라도 법령의 효력을 중지해 달라고 요청하였기에 이는 받아들여져야 한다고 본다고 하였다.

가처분 신청에 가장 중요한 판단요소인 본안 판단의 승소 가능성에 대해 살피면서, 그는 수정헌법 제1조 상 문제된 법령이 진지하게 주장하는 종교적 믿음의 행사를 보호하고, 종교에 중립적이라면 수정헌법 제1조 심사를 통과할 것이나, 만일 이 두 가지 요건에 맞지 않는다면 엄격심사를 충족시켜야 할 것이라고 했다.

먼저 반대의견은 메인주는 법령이 진지한 종교적 믿음의 행사에 부담을 준다는 점을 반박하지 않은 반면, 신청인들은 백신 접종은 자신들의 종교적 신념(백신이 낙태아의 세포와 허용할 수 없는 관련성이 있다)에 반하여 자신들의 종교적 신념을 침해하는 것이라고 하였고 메인 주는 어떤 주장도 없었다고 하였다. 또한 메인주의 법령은 의사가 의학적으로 권고하지 않는다는 의견서만 제출하면 접종 면제가 가능한 것이고 여기에 특별한 사유를 요건으로 두지 않아 사실상 주는 단순한 공포로 인한 백신 면제도 존중하는 것이라고 판단하였다.

이런 이중 기준이라면 이 법령은 엄격심사의 대상이 되기 충분하다고 하면서, 반대의견은 주는 의료적 사유로 인한 미접종자들에게는 환자와 동료 보호를 위한 대체 수단(마스크 사용 및 음성확인)을 피할 수 있도록 하였으나 종교적 사유로 인한 접종거부자들에게는 이를 인정하지 않았다고 하였다. 또한 메인주의 백신의무법령의

목적은 코로나로부터 환자보호, 동료보호, 의료체계보호, 직장 내 의료시설 감염을 줄이기 위한 것이지만, 환자, 동료, 직장 내 감염방지가 정당하다는 것은 의문의 여지가 없지만, 주는 의료적 사유로 인한 면제자의 전염 위험이 종교적 사유로 인한 면제자의 위험보다 더 적다는 것을 입증하지 않았다고 하였다. 반대의견은 주는 필수불가결의 이익과 덜 제한적인 수단을 제공해야 하는데 코로나 확산이 당연히 필수불가결한 이익을 충족시키나 백신이 충분히 공급되지 않았던 초기와 현재¹¹⁴⁾는 다르고, 인간의 역사가 가르쳐준 것은 정부가 무기한의 비상사태를 선언할 때, 시민의 자유는 중대한 위험에 직면한다는 것이라고 하였다. 만일 필수불가결한 주의 이익이 충족된다고 해도 주는 덜 제한적인 수단을 입증하지 못했는데 주가 90%이상의 접종률 달성을 목표로 하나 종교적 반대자가 그 목적 달성에 필수적인 수인지에 대한 설명도 없고 언론에 따르면 의료기관의 접종률은 95프로이며, 백신의무제를 실시하는 다른 많은 주도 종교적 면제를 실시하고 있다고 하였다. 또한 이 사안은 심각하고 회복불가능한 손해라는 측면에서도 중요한 헌법적 문제를 제기한다고 하며 다른 주들이 종교적 사유의 면제를 인정한 반면, 메인주만 다른 길을 택하여 팬데믹 18개월 동안 최전선에서 근무한 의료인들이 해고되는 상황이며 이 모든 것은 헌법상 보호되는 자신들의 종교적 믿음을 지키기 위한 것이기에 구제가 인정되어야 한다고 하였다.¹¹⁵⁾

3. 소결

현재 미국은 수많은 코로나 확진자와 사망자로 인해 코로나 백신접종 정책은 다른 어떤 국가보다 강력한 것이라고 할 수 있다. 그러나 주에 따라서는 연방의 백신접종명령에 소송을 제기하거나 법으로 백신 접종 의무나 백신 패스제를 금지하는 법안을 통과시켰다.

결국 현재 백신정책의 적정성 판단은 미국의 백신 접종 의무에 관한 모든 입법과 관련 판결들의 선례가 되는 Jacobson 판결에 대한 해석과 적용에 달려 있다고 해도 과

¹¹⁴⁾ 거의 10명 중 7명에 해당하는 2억 명 이상의 미국인이 이 백신을 최소 1회 접종받았고 65세 이상 인구의 약 85%를 포함하여 미국인 10명 중 거의 6명이 완전한 백신 접종을 마쳤다. CDC, COVID-19 Vaccinations in the United States, COVID Data Tracker (Oct. 28, 2021)

¹¹⁵⁾ Thomas와 Alito와 Gorsuch 대법관 반대의견.

언이 아니다. Jacobson 판결은 공중보건 및 안전을 위한 주의 광범위한 일반규제 권한을 인정하고 무엇보다 전염병 유행 시, 질병 확산 통제를 위해 가장 안전하고 효과적인 것은 백신이라는 입법부의 결론을 존중하면서 지역 사회의 전염병 보호 방법에 대한 사법부의 개입 자제를 의미한다고 할 수 있다. 그렇기에 이 선례에 따르면 백신 정책뿐만 아니라 코로나 대책 모두에 대한 엄격한 심사보다는 일반적인 사법적 존중이 가능한 상황이다. 예로, 2020년 5월 코로나 대책으로 캘리포니아 주지사가 종교 집회를 포함한 모든 공공 집회 참석을 제한하는 명령을 내리자 수정헌법 제1조 상 종교의 자유를 침해한다며 신청한 가처분 사건인 South Bay사안에서 연방 대법원은 기각결정을 내렸다.¹¹⁶⁾ 이때 Roberts 대법원장은 동조의견에서 헌법상 국민의 안전과 건강을 보호하는 것은 정치적으로 책임 있는 공직자들에게 위임된다고 한 Jacobson 판례를 인용하며 의학적으로 또는 과학적으로 불확실한 상황에서 주의 공직자가 광범위한 한계를 넘지 않는 한 사법부는 이인자로 남아야 한다고 하였다.¹¹⁷⁾

그렇지만 Jacobson 판결은 사실상 시민의 자유에 대한 평가가 적었던 시대에 내려진 판결이고 실제적 적법절차이론이나 심사기준이 정립되기 전 판결이기에 오늘날 법원이 Jacobson 판결을 단순히 정부의 재량권에 대한 존중이라고 단순화시키는 것은 문제가 있다는 비판도 제기된다. 예로, 코로나 피해지역을 구역화하여 예배참석자의 수를 차등적으로 제한하는 뉴욕주지사의 명령에 대한 가처분신청 사건인 Cuomo사건¹¹⁸⁾에서 연방대법원은 이전 South Bay 판결과는 달리 인용 결정을 내렸다. 이때 다수견해에는 Jacobson판결의 언급이 없었지만, 동조의견을 쓴 Kavanaugh 대법관은 South Bay사건에서 Roberts 대법원장이 Jacobson판결을 언급한 것에 대해 비판하면서, 행정명령은 심각한 수정헌법 제1조 상의 쟁점이고 이는 엄격심사의 대상이며, 긴급한 비상사국에 사법부의 존중은 절대 사법의 포기로 이어져서는 안 되고 특히 종교적 차별, 인종차별, 언론의 자유와 같은 중요한 문제가 발생할 때는 더욱 그러하다고 판시하였다.¹¹⁹⁾

¹¹⁶⁾ South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 140 S. Ct. 1613, 207 L. Ed. 2d 154 (2020)

¹¹⁷⁾ Id. at 1613-14.18. 그는 다른 세속적 집회도 종교 집회와 유사하게 혹은 더 엄격하게 규제가 적용되었기에 수정헌법 제1조에 합치된다고 하였다.

¹¹⁸⁾ Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 141 S. Ct. 63, 65-69, 208 L. Ed. 2d 206 (2020).

또한 Jacobson 판결은 주 권한에 대한 단순한 합헌성 추정이 아니라 주 권한의 정당한 행사는 개입의 필요성, 합리적 수단의 사용, 범의 비례성 및 주의 개입으로 인한 해악의 회피 등을 요구한 것이며 이는 오늘날 엄격심사기준과 유사하다는 주장도 있다.¹²⁰⁾ Cuomo 사안에서 가처분 인용결정에 동조의견을 낸 Gorsuch 대법관도 이전 South Bay 판결은 전혀 없는 위기상황에서 코로나에 대한 무지가 있었던 3개월 정도 지난 시기에 제기된 사건이고 Robert 대법원장이 100년 전 Jacobson 판결을 인용하면서 그 분석에 오류가 있었다고 비판하였다. Gorsuch 대법관은 Jacobson 판결은 오늘의 위헌심사기준이 정립되기 전 판례이고 사실상 합리적 심사기준을 적용하였으나 당시 문제된 백신접종의무법은 백신을 맞거나 적은 벌금을 내거나 백신에서 면제될 의학적 근거를 제시하는 등 선택이 가능했기에 Jacobson은 신체에 대한 침해도 피할 수 있고 규제도 상대적으로 심하지 않아 합리성 심사는 물론 엄격심사기준의 충족도 가능했다고 하면서 오늘날 코로나 상황에서 대법원은 South Bay 판결에서 처음 Jacobson 판결을 인용하였고, 많은 하급심법원들은 헌법상 자유를 제한하는데 있어 이런 방식으로 Jacobson 판결을 인용하는 것은 코로나 팬데믹 동안 헌법을 의미 없게 만드는 것이며 위기에 개입하려 하지 않으려는 사법적 강박이라고 비판하였다.¹²¹⁾

그러나 이런 논란에도 불구하고 법원은 Jacobson 판결을 인용하여 보건 의료 및 전염병 예방에 관해 대부분 정부의 재량권을 넓게 인정하고 합헌결정을 내리고 있는 모습이다. 이는 백신이 역사상 가장 성공적인 공중 보건의 개입이고, 의무적 백신 접종을 통해 지역사회 모든 질병 위험이 근절되었으며 지역 사회의 집단 면역은 예방 접종을 받은 경우에만 달성된다는 사실을 부인하기 어렵기 때문이기도 하다. 그렇지만 주의 백신접종의무법들은 사실상 타인에게 직접적 위협이 되지 않는

¹¹⁹⁾ Id. at 73-74.

¹²⁰⁾ Lawrence Gostin, *Jacobson v. Massachusetts at 100 Years: Police Power and Civil Liberties in Tension*, 95 AM. J. PUB. HEALTH 576, 579 (2005). 이런 입장에서 Zucht 판결은 연방대법원이 백신접종을 조건으로 아동의 등교를 허용한 법률의 필요성이나 천연두가 유행을 하지 않는 경우 아이에 대한 유행성은 없는지 이런 부분에 대해서는 심사하지 않았고 단지 입법부에 대한 존중에만 초점을 두었다고 비판한다.

¹²¹⁾ Id. at 70 (Gorsuch, J., 동조의견). 물론 이에 대해 Robert 대법원장은 코로나 사태가 위중한 상황에서 공중보건 책임자가 내린 결정을 뒤집는 것은 중요한 문제이고 South Bay 판결에서 Jacobson 판결을 인용한 핵심은 헌법이 국민의 안전과 보건에 대한 문제를 정치적 책임이 있는 공직자에게 위임한다는 사실이라고 반박하였다. Id. at 76-76 (Chief Justice Roberts, 반대의견).

건강한 사람들이 공중에 위협이 된다는 관점으로 과거 판례에만 의존하여 신체의 완전성에 대한 권리보다 공중 보건의 우월성을 너무 쉽게 인정하고 있고, 무엇보다 아동의 백신접종의무에 대해서는 전염병의 심각성, 질병에 걸릴 확률, 진정한 필요성 및 의무접종 이외의 대안들에 대한 엄격심사가 필요함에도 이를 진행하지 않는 것에 대한 비판도 있다.¹²²⁾ 특히, 코로나 사태에서 백신의 경우는 국가 건강 문제가 아닌 정치적 문제로도 취급되어 백신정책에 있어서도 너무 심한 주간의 격차가 나는 것도 문제로 지적되는 상황이다.¹²³⁾ 비판도 제기되나 오늘날의 코로나 상황에서 행한 연방 또는 주정부의 다양한 백신접종명령은 전례 없는 전염병의 확산으로부터 국민을 보호하기 위한 결정이기에 앞으로도 가처분소송에서 인용가능성은 크지 않을 것으로 보인다.¹²⁴⁾ 그러나 접종거부 시 적은 벌금만 납부하였던 Jacobson사안과 달리 오늘날의 엄격한 백신접종정책들에 대한 헌법적 논의는 이후 코로나 상황에 따라 지속될 것으로 보인다.

IV. 법치주의적 관점에서 본 우리의 방역(백신) 패스제

1. 백신 패스제 근거와 법률유보원칙

우리 정부 역시 ‘방역(백신)패스제’를 도입하여 그간 엄격한 사회적 거리두기를 백신 접종자 중심으로 단계적으로 완화하는 ‘단계적 일상회복계획’을 발표함과 동시에¹²⁵⁾ ‘코로나 19 예방접종 접종증명·음성확인지침’¹²⁶⁾을 발표하였다. 접종완료자

¹²²⁾ Lawrence Gostin, *supra*, 579.

¹²³⁾ Samuel Chamberlain, Alabama Gov. Kay Ivey Calls Out Unvaccinated Residents for Choosing a Horrible Lifestyle, N.Y. POST (July 23, 2021). <https://nypost.com/2021/07/23/alabama-gov-kay-ivey-blasts-unvaccinated-residents/>.

¹²⁴⁾ 코로나 백신접종명령에 대한 것은 아니나 Chemerinsky 교수는 Jacobson 판결과 후속 판결들에 비추어 볼 때 백신접종의무법이 위헌이라는 주장은 끝이 날 것이라고 하였다.; 최근 코로나 백신접종의무 명령에 대한 가처분 소송 기각결정의 사례로는 Democratic Nat'l Comm. v. Bostelmann, 977 F.3d 639, 643 (7th Cir. 2020); In re Abbott, 954 F.3d 772, 786 (5th Cir. 2020) 등이 있다.

¹²⁵⁾ 중앙재난안전대책본부 11월 1일부터 향후 3차례에 걸쳐 방역조치를 단계적으로 완화하기로 하고 서민경제 애로 및 방역적 위험도 등을 고려해 생업시설(다중이용시설), 대규모 행사, 사적모임 순으로 시행한다고 발표하였다. 11월 1일부터 4주 동안 단계적 일상회복 1단

중심으로 점진적으로 방역조치 완화·해제를 중심으로 하는 지침의 주요 내용은 만 19세 이상 성인 접종 완료자 및 코로나19 음성 확인자를 대상으로 다중이용시설 등의 이용을 허용(완화)하는 접종증명·음성확인제 한시적 도입하는 것으로 적용대상은 감염취약시설¹²⁷⁾ 및 고위험 다중이용시설(유흥시설(접종완료자만 가능)¹²⁸⁾, 노래연습장, 목욕장업, 실내체육시설, 경륜·경정·경마·카지노 등 5종류 시설 (209만개 시설 중 약 13만개 해당)이다. 100인 이상 대규모 행사·집회 역시 적용대상이다. 교육부도 대학별 ‘접종증명·음성확인제’¹²⁹⁾를 마련하여 학내 시설이용 등에 ‘접종증명·음성확인제’ 적용하고 백신 접종자의 학내 시설이용 가능 범위를 확대하지만, 수업 참여에는 도입하지 않는 것과 학내 구성원 간 의견수렴을 거쳐 대학별 여건에 맞는 방식의 ‘접종증명·음성확인제’ 도입을 권고하였다.¹³⁰⁾

우리 헌법은 제34조 제6항의 ‘국가 재해예방의무’와 함께 36조 제3항 ‘보건에 관한 권리’ 및 헌법 제35조 제1항 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 들 수 있으며, 감염병예방을 위한 예방접종의 시행은 국가의 국민 보건과 건강을 위한 의무이다.¹³¹⁾ 특히 코로나19는 감염병예방법상 ‘제1급감염병 신종감염병증후군¹³²⁾’에

계 적용으로 백신 접종유무와 상관없이 수도권은 10명, 비수도권 12명까지 사적모임이 가능하나 식당과 카페에서는 미접종자 이용 규모를 4명까지로 제한했다. 영업시설에 적용되던 운영시간 제한 조치를 전면 해제해 24시간 영업을 가능하지만 유흥시설은 밤 12시까지로 완화한다. 일부 고위험시설은 접종증명·음성확인제를 도입하면서 방역규제를 해제하고, 이 외 시설은 접종자 인센티브를 적용한다. 대한민국 정책 브리핑<https://www.korea.kr/newspolicyNewsView.do?newsId=148894947> (2021.10.29.).

126) 질병관리청 중앙방역대책본부, 코로나-19 접종증명·음성확인제 지침 (2021.11.2.).

127) 의료기관 및 요양시설의 경우는 면회자에 적용되며, 중증장애인·치매시설, 경로당·노인복지관 등 고령·취약층 시설은 전 이용자에 적용된다. 간병인력 및 미접종 직원의 경우는 주기적 PCR 검사를 실시하고 신규 입원 환자 및 입소자도 선제 PCR검사를 실시한다.

128) 감염 위험도 높은 시설 및 활동 기준으로는 시설기준으로 ① 마스크 착용이 어려운(식사, 음주, 음료, 목욕 등) 실내, ② 지하 등 환기 미흡 시설, ③ 거리두기(2m) 유지가 어려운 실내, ④ 미접종 연령군(17세 이하) 다빈도 이용시설을 설정하고 있고, 활동의 기준으로는 ① 비말 생성이 많은 행동(운동, 노래, 합성 등), ② 장시간 실내 체류를 기준으로 한다.

129) 접종완료자 및 미접종자 중 PCR 음성확인자, 불가피한 일부 예외(알려진 반응 등 의학적 사유에 따른 미접종자)만 다중이용시설 및 행사 등 이용을 허용하는 일명 백신패스 개념

130) 예로 연세대는 송도캠퍼스 기숙사 입소시 접종증명서 의무 제출, 인하대는 실내 체육시설, 컴퓨터실습실, 기숙사 내 체력단련실 출입 시 백신 접종증명서 제출, 한양대(에리카)는 마스크 착용이 어려운 수업(실용음악과 수업 등)의 교원·수강자 백신 접종 의무화하고 있다고 소개하였다. 교육부, 교육분여 단계적 일상회복 추진방안.

131) 김진곤, 예방접종과 기본권의 관계, 공법연구 49(33), 2021, 79면.

132) 코로나19는 감염병의 임상양상, 역학특성에 대한 정보가 구체적으로 명확하게 밝혀지지

해당하고 백신을 통한 집단 면역 형성만이 코로나를 극복하고 일상으로 회복하는 유일한 수단이기에 백신 접종 시행은 가장 중요한 국가의 예방 의무일 것이다. 정부도 적극적 백신 접종권고와 함께 접종률을 높이고 백신 미접종자로부터의 감염확산을 방지하기 위해 다중이용시설과 감염취약시설을 중심으로 한 백신패스제를 도입하였고, 그 주된 법적 근거로는 감염병 예방을 위한 예방접종 시행의무 규정인 감염병예방법 제4조 제2항 제3호와 감염병 전파의 위험성이 큰 장소나 시설에 대한 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등 방역지침의 준수를 규정한 법 제49조 제1항 제2호의 2를 들 수 있다.¹³³⁾ 물론 감염병 전파위험이 큰 장소를 중심으로 백신 접종여부 따라 사회적 거리두기를 완화한다는 측면에서는 감염병예방법 제49조 제1항 제2호의 2를 근거로 실행이 가능한 방역조치라고도 할 수 있을 것이다. 그렇지만 백신 접종여부를 기준으로 한 방역지침이 출입자 명단 작성이나 마스크 착용 등의 방역지침과 유사한 예로 볼 수 있는지는 의문이다. 현재 코로나와 같은 급박한 위기상황이라면 다른 나라들과 마찬가지로 백신 패스제의 적용범위는 확대될 수 있고 그렇다면 결과적으로 백신접종의무를 의미하는 것과 같은 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

우리의 예방접종관련 법률은 강제적, 의무적 예방접종 규정을 두고 있지는 않다. 감염병예방법 법 제24조와 제25조는 예방접종을 ‘필수 예방접종’¹³⁴⁾과 ‘임시 예방접종’¹³⁵⁾으로 분류하고 있는데¹³⁶⁾ 현재 코로나 백신은 임시예방접종이다. 법은 특별자

전까지 감염병예방법 제2조 제2호 타목 ‘제1급감염병 신종감염병증후군’에 해당한다.

133) ‘코로나 19 예방접종 접종증명·음성확인지침’의 법적 근거는 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’ 제4조, 제49조, 제49조의2, 제83조를 들 수 있다. 감염병 예방법 4조는 감염병의 예방 및 관리를 위하여 예방접종계획의 수립 및 시행을 할 의무가 있으며 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합에 대한 제한 또는 금지 조치가 가능하고(제49조 제1항 제2호) **감염병 전파의 위험성이 있는 장소 또는 시설의 관리자·운영자 및 이용자 등에 대하여 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등 방역지침의 준수를 명할 수 있으며(제2호의 2) 감염취약계층에 대해 소독 및 필요한 조치를 명할 수 있도록 하고 있다(제49조의 2). 조치 위반시 과태료 처분이 가능하다.(제83조) 과태료에 관한 89조 ② 제49조제1항제2호의2의 조치를 따르지 아니한 관리자·운영자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다. ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 10만원 이하의 과태료를 부과한다. 제49조제1항제2호의2 또는 제2호의3의 조치를 따르지 아니한 이용자**

134) 법 제24조는 필수 예방접종으로 16개 질병과 ‘질병관리청장이 감염병의 예방을 위하여 필요하다고 인정하여 지정하는 감염병’을 규정하였다

135) 법 제25조 제25조(임시예방접종) ① 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각

치도지사 또는 시장·군수·구청장이 학교보건법과 유아교육법과 영유아보육법에 따라 예방접종 완료여부, 기록 제출이나 확인을 할 수 있도록 하고 있으며 결과 확인 후 예방접종을 끝내지 못한 영유아, 학생 등이 있으면 그 영유아 또는 학생 등에게 예방접종을 하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제31조). 그렇지만 위반에 대한 제재 규정은 없다. 또한 감염병 예방법 제46조는 질병관리청장 등이 감염병환자 등의 가족이나 동거인 또는 감염병 발생지역 거주인 또는 지역 출입으로 감염병에 감염되었을 것으로 의심되는 사람 등에 대해 건강진단을 받거나 감염병 예방에 필요한 예방접종을 받게 하는 등의 조치를 할 수 있지만¹³⁷⁾ 위반시 처벌규정은 건강진단을 거부하거나 기피한 자로 한정하여 예방접종에 대한 거부는 처벌대상이 아니며(법 제 81조 제10호), 예방접종 등의 피해에 대한 국가보장의무를 규정하고 있다(제71조).

그렇다면 사실상 백신 접종여부를 근거로 한 방역지침에 관한 구체적인 법적 근거를 찾기는 어렵고, 무엇보다 감염병 예방법 4조는 국가 또는 지방자치단체가 법률에 따르지 않고는 감염병환자등에 대하여 취업 제한 등의 불이익을 주어서는 안 된다고 규정하고 있기에 백신 접종여부를 근거로 방역지침을 단순히 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등과 같은 방역지침의 예로 확대해석하는 것은 법률유보 원칙에 위배될 것이므로 법적 보완이 필요하다고 본다.

2. 과잉금지원칙 및 평등권 위배 여부

백신 패스제¹³⁸⁾는 다중시설 이용을 위해서는 백신 접종이나 음성확인을 받아야

호의 어느 하나에 해당하면 관할 보건소를 통하여 임시예방접종(이하 “임시예방접종”이라 한다)을 하여야 한다. 1. 질병관리청장이 감염병 예방을 위하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 예방접종을 실시할 것을 요청한 경우

¹³⁶⁾ 현재 장티푸스와 신증후군출혈열이 질병관리청고시로 규정된 필수예방접종 감염병이다. 또 이 부분은 매년 3년이 되는 시점에 타당성을 검토하도록 하고 있다(질병관리청고시 제 2020-19호).

¹³⁷⁾ 제46조(건강진단 및 예방접종 등의 조치) 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 건강진단을 받거나 감염병 예방에 필요한 예방접종을 받게 하는 등의 조치를 할 수 있다. <개정 2010. 1. 18., 2015. 7. 6., 2020. 8. 11.> 1. 감염병환자등의 가족 또는 그 동거인 2. 감염병 발생지역에 거주하는 사람 또는 그 지역에 출입하는 사람으로서 감염병에 감염되었을 것으로 의심되는 사람 3. 감염병환자등과 접촉하여 감염병에 감염되었을 것으로 의심되는 사람

¹³⁸⁾ 물론 ‘코로나 19 예방접종 접종증명·음성확인지침’의 헌법소원 대상성여부가 문제될 것이

하기에 제한되는 기본권으로는 백신 미접종자의 일반적 행동자유권¹³⁹⁾, 신체에 관한 자기결정권 및 평등권, 다중시설을 운영하는 사업주의 영업의 자유 및 평등권 등을 들 수 있다. 또한 의료적 사유의 백신접종 면제대상자¹⁴⁰⁾의 경우 시설이용을 확인 받기 위하여는 보건소에 자신의 질병명을 밝혀야 한다는 점¹⁴¹⁾에서 사생활권 제한의 문제도 발생한다.

앞에서 언급한 바처럼, 코로나 위기와 같은 특수한 보건위기 상황에서는 공공 보건을 위한 국가의 재량권이 인정되고 이에 제한되는 기본권이 엄격심사를 요하는 중요한 경우라 할지라도 과잉금지원칙에 따른 침해의 최소성 심사는 적절하다고 보기 어렵고 목적 달성을 위한 수단이 필요한 범위 내인지, 즉, 목적과 수단 사이에 실질적 관련성을 중심으로 한 심사기준의 완화가 필요하다고 본다.¹⁴²⁾ 먼저 이 조치의 목적은 코로나 위기시대 단계적 일상회복을 목표로 전염병으로부터 국민의 건강과 안전을 위해 백신접종을 권장하며 전염성이 큰 고위험지역과 취약지역을 특성을 고려하여 방역조치의 일환으로 원칙적으로 백신접종자에 한해 허용하는 것이기에

나 이는 일반적, 추상적 성격을 가지고 법률의 위임에 따라 직접 혹은 각 지자체에 지침으로 작용하기에 사실상 그 대외적 구속력을 부인하기 어려워 법규명령의 성격을 지니고 헌법소원 대상성이 인정되어야 한다고 생각한다. 다만 일반적 처분이라고 하더라도 법원의 사법심사기준 역시 실질적 법치주의 원칙에 근거해야 할 것이다.

139) 개인의 레저활동을 규제하는 이 사건 조항들은 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동자유권을 제한하는 것으로 볼 수 있다. 행복추구권은 그 구체적 표현으로서 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하는바, 일반적 행동자유권의 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함된다. 헌재 2008. 4. 24. 2006헌마954, 판례집 20-1상, 689.

140) 접종 후 중대한 이상반응자 및 기타 건강상의 이유의 면역결핍자 또는 항암제·면역억제제 투여로 인해 백신접종 연기가 필요한 자 진단서 또는 소견서 상 면역결핍자 또는 항암제·면역억제제 투여로 인해 백신접종 연기가 필요하다고 명시된 경우에 한하여 발급

141) 건강상의 이유(면역결핍, 항암제·면역치료제 투여)로 예방접종 연기가 필요한 경우, 의료기관에서 진단서 또는 소견서를 발급받은 후 신분증·진단서 지참 후 보건소를 방문하여 ‘접종증명·음성확인제 예외 확인서’ 발급이 가능하며, 별도 유효기간은 없다.

142) 유사한 예로 상업광고 규제의 심사기준을 참고할 수 있을 것이다. 현재는 “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있고, 직업수행의 자유에 있어서도 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것이 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관하여 비례의 원칙에 의한 심사를 하더라도 그 중 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다”(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1하, 287) 고 보고 있다.

목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 무엇보다 백신 접종 요건은 호흡기로 인한 전염병 전파 위험이 큰 고위험 다중이용시설과 감염취약시설 등으로 적용 시설을 한정하였고, 백신 미접종자의 경우도 음성확인을 받아 시설이용을 하도록 하였기에 목적과 수단간의 실질적 관련성이 인정되어 미접종자의 일반적 행동자유 등을 침해하지 않는다.

또한 직업수행의 자유 중에는 영업의 자유가 포함되며, 직업수행의 자유 제한의 경우 공익을 고려할 때 합목적성이 인정되는 범위에서 입법자의 폭넓은 사회, 경제 정책적 형성의 여지를 인정하고 있다.¹⁴³⁾ 코로나 보건위기 상황에서 국민의 보건안전을 위하여 전염병 전파 차단이라는 목적 하에 위험 기간 동안 한시적으로 전염 위험이 큰 고위험 다중이용시설과 감염취약시설 운영자에게 시설 운영과 관련하여 백신 접종자(의료적 사유 예외 포함) 및 음성확인자를 확인하고 입장시킬 의무와 제한을 부여하는 것은 합리적 제한으로 영업의 자유를 침해하지 않는다고 본다.

한편, 오늘날 평등은 정당한 사유가 있는 차등을 허용하는 상대적 평등을 의미하고¹⁴⁴⁾ 이 조치의 경우는 보건위기 속 방역 조치로 정부의 넓은 재량이 인정되며 무엇보다 백신 접종을 강제하는 것도 아니기에 현재의 조치가 관련된 기본권에 중대한 제한을 초래하여 엄격심사의 대상이 되는 경우라고 보기 어렵다. 예를 들어, 특정 전염병 위험이 있는 일부 국가에 입국하려는 여행자에게 전염 예방을 위한 적절한 백신 접종이 요구되는 것처럼, 호흡이나 비말 노출로 인해 바이러스 전파의 위험이 크거나 취약시설을 중심으로 시설이용을 백신 접종자나 음성확인자로 한정하는 것은 합리적 차별이라 할 수 있다. 또한 감염취약시설의 경우인 외래진료는 제외하여 의료에 접근은 제한하지 않았으며, 의학적 사유로 백신 접종이 부적절한 사람의 경우 시설 이용을 허용하고 있다는 점에서도 평등권에 위반되지 않는다고 할 것이다. 다만 의료면제자의 인정 범위가 너무 엄격하고¹⁴⁵⁾, 엄격한 인정 범

143) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2020, 557면.

144) 김하열, 위의 책, 제324면.

145) 권씨는 9월 2차 백신을 맞고자 같은 내과를 찾았다가 의사는 권씨에게 “중대 이상반응에 속할 만큼은 아니지만 그에 준하는 수준”이라며 “또 이상반응이 나타나면 큰일 날 것 같다”고 말했다. 의사는 대신 권씨가 백신 패스 예외 확인서를 발급받을 수 있도록 병명을 ‘코로나19 백신으로 인한 수포성 다형 홍반’으로 기재해 진단서를 써줬다. 권씨는 관할 보건소에 진단서를 제출하고 예외 확인서 발급을 요청했지만 받아들여지지 않았다. 담당자는 진단서에 기재된 ‘홍반’이 질병관리청이 지정한 ‘중대한 이상반응’에 속하지 않는다는 점을 거부 이유로 들었다. 권씨에 따르면, 권씨가 “앞으로 실내체육시설 등을 이용하려면

위의 의료면제자를 확인하는 과정에서 사생활침해가 발생할 우려가 있으므로 정책적 보완이 필요하다고 본다.

또한, 백신 패스제를 적용하는 시설은 전염 위험이 큰 고위험 다중이용시설로 현재 유흥시설, 노래연습장, 목욕장업, 실내체육시설, 경륜·경정·경마·카지노가 지정되었고 그 기준은 마스크 착용이 어려운(식사, 음주, 음료, 목욕 등) 실내, 비말 생성이 많은 행동(운동, 노래, 합성 등), 장시간 실내 체류를 기준으로 설정하였기에 그 합리성이 인정된다. 그러나 같은 실내체육시설의 경우라도 등록 유형에 따라 적용 대상여부가 달라지기도 실내체육시설의 경우 내 마스크 착용의무와 운동의 종류에 따라 전염의 위험성도 차이가 있기에 정책적으로 좀 더 면밀한 고려도 요청된다.

V. 마치며

국가는 코로나 팬데믹 재난상황을 극복하고 국민의 안전과 건강을 보호하고 할 의무가 있고 급박한 현장 상황과 변화하는 사실을 대처하기 위해 특정하기 정책을 수립하고 적합한 조치를 취할 정부의 재량권은 인정되어야 할 것이다. 그러나 위기의 시기에 헌법은 항상 견제와 균형의 중재자로서 국민의 기본권을 수호하는 역할을 충실히 해야 하며 이것이 궁극적으로 사법심사를 통해 완성된다고도 할 수 있다.

미국의 경우, 백신 접종정책은 Jacobson판결 이후 거의 정부의 재량권 행사 영역으로 보고 있고 특히 지금의 코로나 위기에서 백신접종의무 조치의 강도 역시 점점 강해지나 많은 법원들은 Jacobson선례를 존중하는 태도를 보이고 있다.

오늘날 백신은 역사상 가장 위협이 되는 치명적 질병으로부터 수백만 명의 생명을 구했으며 백신 접종에 대한 국가의 개입은 20세기 보건에 있어 가장 중요하고도 효과적인 개입으로 평가받고 있다.¹⁴⁶⁾ 무엇보다 지금과 같은 코로나 위기 상황에서 백신 접종은 접종자와 타인의 보호를 위해 필요한 것이며, 백신 미접종의 경우 발생 가능한 질병의 위험성 증가는 의료시설과 같은 최소 자원의 사용을 통해 사회에 또

부작용을 감수하고 백신을 맞으라는 것이냐”라고 질문하자 보건소 측은 “그건 선생님 선택”이라는 대답만 반복했다고 한다. 정부 공인' 부작용 아니란 이유로... 2차 접종도 백신 패스도 막혀 '진퇴양난' 한국일보 (2021.11.13.)

146) 아동에게 높은 사망률을 가져온 소아마비, 디프테리아, 홍역 등은 백신을 쉽게 접근할 수 있는 국가에서는 모두 사라졌다.

다른 해를 끼칠 수 있기에 호흡기 전염 위험이 큰 다중시설, 감염취약시설을 중심으로 백신 접종을 요구하는 조치들은 그 합리성이 충분히 인정된다고 본다. 그럼에도 현재 세계적으로 진행되는 백신 패스제 역시 매우 예외적 상황에서 실시되는 것으로 도입과 확대에 있어서는 국가의 상황을 고려하고 보건 위기의 정도, 백신 접종률과 효능, 미성년자 백신접종여부 문제 등에 따른 신중히 검토를 하여 항상 공공 안전과 기본권이 조화를 이룰 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다.

과거 전염병의 극복 역사에서 나타난 면역자본에 따른 차별이 오늘날로 이어져서는 안 되고, “인간의 역사가 가르쳐준 것은 정부가 무기한의 비상사태를 선언할 때, 시민의 자유는 중대한 위험에 직면할 수 있다”는 사실과 “긴급한 비상사태에 있어 사법부의 존중이 절대 사법의 포기로 이어져서는 안 된다”는 미대법원의 판시는¹⁴⁷⁾ 코로나 상황을 대응하고 극복하는 이 시대에 함께 기억해야 할 기본권 보호의 원칙이 되어야 한다고 생각한다.

¹⁴⁷⁾ South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 140 S. Ct. 1613, 207 L. Ed. 2d 154 (2020)

【토론문】

“코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의”에 대한 토론문

이 병 규*

(1) “법치주의의 진화와 헌법재판”이라는 주제로 개최되는 헌법학회와 헌법재판소 및 헌법재판연구원의 공동학술대회에서 토론할 기회를 주신 학술대회 관계자분들께 감사드리며, 특히 “코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의”라는 귀한 발표문으로 정부의 코로나 방역 정책이 기본권 영역에 미치는 영향에 대하여 생각할 기회를 주신 존경하는 이노홍 교수님께 진심으로 감사드립니다.

공법학을 공부하는 사람으로서, 코로나 상황이 우리 일상에 어떤 영향을 미치고 있고, 이에 대응한 정부 방역 정책의 설정이나 집행에 어떤 법적 문제점이 있으며, 그러한 방역 정책의 집행을 통해 얻는 효과가 우리 사회가 치르는 비용에 비해 월등히 높은지 등에 대한 고민 없이, 어서 코로나 상황이 나아져서 예전처럼 신체적·정신적 부담 없이 일상생활을 즐길 수 있으면 좋겠다는 생각만 하다가, 최근에는 이 상황에도 익숙해져 무감각한 상태였는데, 교수님의 발표문이 좋은 자극을 주었던 것 같습니다. 부족한 토론이 되더라도 널리 이해해주시길 부탁드립니다. 이하에서는 교수님의 발표문을 읽으면서 들었던 몇 가지 생각을 전하는 것으로 토론을 마치고자 합니다.

(2) 교수님께서서는 지난해부터 전 세계적으로 확산되어 개인의 일상은 물론이고 사회 전 분야에 막대한 피해를 주고 있는 코로나 상황에 대응한 정부의 방역 정책(예 방접종, 거리두기, 백신 패스제 등)을 헌법상 기본권 제한 원리와 법치주의의 관점에서 다루었습니다. 특히 감염병과 같은 사전 예측이 어려운 보건의료 위기 상황에서 법치주의 원리가 제대로 작동할 수 있는지에 대한 논의를 하고 있습니다. 또한,

* 동의과학대학교

미국의 코로나 방역 정책의 현황과 관련 법제도 및 판례에 대하여 체계적으로 분석함으로써, 우리나라의 단계적 일상회복을 위한 방역 정책 논란에 일정한 시사점을 제공해주었습니다.

공중보건 위기 상황 대응의 핵심은 재난 상황으로부터 국민을 보호해야 하는 국가 의무의 실현을 위해 국민의 자유와 권리에 대한 강도 높은 제한은 보건의료 전문가를 중심으로 한 행정주체에 의해 이루어지고 있다고 하였습니다. 사실 코로나바이러스와 같이 여전히 바이러스가 진화하고 있는 데 반해, 효과성과 안전성이 확보된 백신이 충분히 마련되지 않은 감염병 위기 상황에서 일반 국민은 막연한 두려움 속에서 국가나 의료전문가의 말에 전적으로 의존할 수밖에 없으며, 이에 개인의 자유와 권리에 대한 침해 문제보다는 개인적 면적과 집단적 면역을 통해 개인과 사회의 안전을 우선시하는 정책에 부득이하게 따르는 상황인 것 같습니다.

「감염병예방법」이 행정입법의 형식에 의한 위임이 아니라 관련 행정기관에 위임하는 등 법치주의 원리를 벗어난 조치를 예정하고 있는 점이나 감염병의 종류나 정도 혹은 전국적 확산과 관계없이 일괄적으로 대응 조치를 마련하는 등의 문제점을 지적하면서, 이에 한시적 특별법 제정을 통해 법치주의에 충실할 필요가 있다는 주장에 공감합니다. 일본의 경우 「감염증 예방 및 감염증 환자에 대한 의료에 관한 법률」, 「예방접종법」과 함께 2012년 신종플루의 확산을 계기로 제정한 「신종인플루엔자대책특별조치법」을 통해 긴급조치 발령을 위한 요건, 방역 조직 및 예산, 예방접종, 확산 방지 조치 등에 대한 기준을 명확히 함으로써, 감염병의 급속한 확산을 막기 위한 정부의 광범위한 대응 정책의 법적 근거를 일정 부분 마련하고 있는 점은 참고할 필요가 있습니다. 특히 금년 동법 제13조 제2항을 신설하여 “국가 및 지방자치단체는 신종인플루엔자 등 대책을 실시하는데 있어서 신종인플루엔자 등에 기인하는 차별적 취급 등 및 타인에 대하여 차별적 취급 등을 하는 것을 요구하고, 의뢰하거나 또는 부추기는 행위를 초래할 우려가 높은 것을 고려하여 신종인플루엔자 등의 환자 및 의료종사자 및 이들의 가족 기타 이들과 동일한 집단에 속하는 자의 인권이 존중되고 또한 누구도 차별적 취급 등을 받지 않도록 하기 위하여 신종인플루엔자 등 환자 등에 대한 차별적 취급 등의 실태 파악, 신종인플루엔자 환자 등에 대한 상담지원 및 신종인플루엔자 등에 관한 정보 수집, 정리, 분석 및 제공에 광고 기타 계발 활동을 하는 것으로 한다.”고 규정하여, 감염병 확진자에 대한 인권 침해 유형을 나열하고, 이에 대한 금지 및 피해 구제 지원안을 마련하고 있는 점은 주목

할 만합니다.

발표문에서 소개한 미국의 백신 접종 관련 판례 중 Jacobson 판결이 “공중보건 및 안전을 위한 주의 광범위한 일반규제권을 인정하고, 전염병 유행 시 질병 확산 통제를 위해 가장 안전하고 효과적인 것은 백신이라는 입법부의 결론을 존중하면서 지역 사회의 전염병 보호 방법에 대한 사법부의 개입 자제”를 실시한 점은 우리 정부의 방역 정책에 대한 비판이나 논란에 일정한 결론을 제시한 것이 아닌가 생각됩니다.

우리나라의 경우 예방접종의 확대에 따른 단계적 일상회복과 함께 도입한 백신 접종 여부를 근거로 한 방역 지침 등에 대한 법적 근거의 부재는 법률유보의 원칙에 위배될 수 있으며, 또한, 백신 패스제 등을 통한 예방접종의 사실상 강제는 백신 접종을 통한 집단면역 달성이라는 사회적 목적에는 부합할 수 있으나 코로나 상황의 추이나 개별 기본권 침해 상황의 차이, 산업에 미치는 영향 등을 충분히 고려한 후 차별적으로 적용해야 한다는 교수님의 주장에 공감합니다.

(3) 지난해부터 이어지고 있는 코로나 상황에서 정부는 사회적 거리두기, 예방접종, 단계적 일상회복이라는 세 가지 정책을 순차적으로 시행하고 있으며, 이러한 정책은 코로나 상황의 변화에 따라 당분간 반복될 것으로 생각합니다. 이러한 정책이 헌법상 자기결정권, 행복추구권, 이동의 자유 등 적지 않은 개인의 자유와 권리를 침해하고 있는 것은 분명합니다. 그렇다면 왜 우리는 이러한 정부 정책에 (다른 상황에서 기본권이 침해될 때와 달리) 소극적·적극적으로 따르는가라는 물음이 중요한 것 같습니다. 우리가 코로나 상황에서 사실상 백신 접종을 강요받고, 사회적 거리두기나 마스크 착용에 따르는 것은 자동차를 탈 때 안전띠를 매거나 오토바이를 탈 때 헬멧 착용을 의무화하고 있는 것이나 다름없다고 생각합니다. 자동차 운전 시 안전띠를 매는 것은 자동차 운전자가 교통사고 충상을 입는 것을 방지하는 것과 같이, 정부가 국민들의 백신 접종을 강조하는 것은 백신 접종을 통해 코로나바이러스 확산에 의한 중증화를 예방하고 사회의 집단면역을 달성하기 위한 것입니다.

이처럼 개인의 이익을 보호하기 위해 개인의 의지에 반하더라도 무언가를 의무화하는 이른바 후견주의(paternalistic)가 작동되고 있는 것이 바로 지금 코로나 상황이 아닌가 생각합니다. 이는 우리 헌법이 지향하는 자유주의 원리에 반하지만, 예외적으로 개인의 의지에 반하여 국가의 강제력 행사를 정당화하는 타자에 대한 위해를

방지할 목적으로는 가능합니다. 우리 헌법상 기본권 제한의 일반적 법률유보인 공공복리는 이러한 원리를 나타내는 것이며, 이는 개인의 자유를 지키기 위한 방어선이라고 할 수 있습니다.

정부의 백신 접종 등 방역 정책이 정당화되기 위해서는 코로나 상황에서 백신 접종을 하지 않거나 백신 미접종자가 다중집합장소에 자유롭게 다니는 것이 타자에게 위해를 가져와야 합니다. 예컨대, 백신 접종 의무화를 정당화하기 위해서는 타자나 사회에 대한 위해의 유무나 정도를 고려해야 하고, 백신 접종에 의해 위해가 방지된다는 점은 과학적으로 검증되어야 합니다. 타자 위해라는 추상적 원리의 고찰만으로 구체적 결론을 곧바로 도출하기는 어렵겠지만, 이러한 사고가 코로나 백신 접종이나 단계적 일상회복을 위한 정부 방역 지침의 타당성에 대한 논의의 출발점이 아닌가 생각합니다. 생각건대, 현재 코로나 상황(확진자 증가, 변이바이러스, 돌파감염 등)을 감안할 때 개인의 자유와 권리에 대한 침해 문제보다는 공공복리 등 사회 전체의 이익을 위한 정부의 규제가 여전히 타당성을 더 가지는 것이 아닌가 생각합니다.

지난 2년간 코로나 위기 상황에서 우리 정부의 방역 정책은 세계적으로 그 우수성을 인정받고 있다고 합니다. 그것이 가능한 것은 앞서 교수님께서 지적한 바와 같이, 보건의료 전문가나 행정기관이 주도적으로 방역 정책을 설정하고 집행할 수 있는 체계가 마련되어 있기 때문입니다. 또한, 다른 나라에 비해 늦게 시작한 예방접종에도 불구하고 놀라운 속도의 예방접종률이나 불평을 하면서도 사회적 거리두기와 마스크 착용 등을 적극적으로 하는 우리 사회의 문화(?)가 일정한 역할을 한 것이 아닌가 생각합니다. 결국, 코로나 상황에서 법치주의의 문제는 방역 상황을 신속히 대응하는 것도 중요하지만 정부 정책이 엄격한 법치주의의 틀 내에서 작동되도록 법제도를 정비하면서 해나갈 것인지, 아니면 법치주의의 예외적 상황이 발생하더라도 방역 속도를 빠르게 하여 코로나 상황을 적극적으로 관리할 것인지라는 양자택일의 문제가 아닌가 생각합니다. 감사합니다.

【토론문】

“코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의”에 대한 토론문

조 영 승*

안녕하십니까. 먼저, 한국헌법학회·헌법재판연구원 공동학술대회에서 지정토론자로 참여할 수 있는 기회를 주셔서, 무한한 영광으로 여기며 감사의 말씀을 올립니다.

발제문은 현재 진행 중인 코로나 방역정책으로 발생하는 기본권 제한 문제와 관련하여 법치주의 관점에서의 쟁점들을 제시하고, 비교법적으로 백신접종에 관한 미국의 선구적인 판례이론과 미국에서 현재진행중인 방역정책과 이에 관한 다양한 사례와 쟁점을 살펴본 후, 이를 반영하여 다시 우리의 백신(방역) 패스제를 법률유보와 과잉금지원칙의 관점에서 검토해주시고 계십니다. 특히 코로나를 둘러싼 그간의 논의의 쟁점들과 가장 최근까지의 정책과 이에 대한 분석을 체계적이고 논리적으로 정리하고 지적해주셨습니다. 원칙적으로 현행 방역정책 목적의 중요성과 필요성이 전체적으로 인정되는 방향에 있다고 하더라도, 방역당국의 결정권이 지나치게 포괄적이라는 점 나아가 방역조치의 보다 세밀한 규율을 하여야 하며 위헌 소지가 제거되어야 한다는 방향에 대하여도 공감합니다. 이런 이유로 저로서는 관련 법적 문제에 대하여 배우고 익힐 뿐이어서 감사의 말씀을 올릴 수밖에 없는 것이 솔직한 마음이지만, 토론자의 책무를 조금이라도 다하기 위하여 배움의 입장에서 발제문을 정리해보고 감히 사족을 붙이는 것으로 토론을 대체하고자 합니다.

1. 법률유보 및 과잉금지원칙과 관련하여

특정한 규율영역이 전문성이나 탄력성을 요한다는 점은 행정입법에 대한 재량을 폭넓게 인정해줄 수 있는 근거가 될 수 있는 반면, 의회유보 원칙은 행정입법에 대

* 부산대학교·경남대학교 강사, 동서대학교 초빙교수, 법학박사

한 한계가 될 수 있을 것입니다. 감염병법 제2조 제1항의 2 “감염병 전파의 위험성이 있는 장소 또는 시설의 관리자·운영자 및 이용자 등에 대하여 출입자 명단 작성, 마스크 착용 등 방역지침의 준수를 명하는 것”에 접종여부에 따른 출입금지가 포함되는 것으로 해석하기에는 무리가 있다는 지적에 공감합니다.

과잉금지원칙과 관련하여서도 시설이용조치에 대한 시설의 유형의 세분화가 미진하다는 부분, 그 시기와 조건에 관해서 최소한의 기준이 마련되고 있지 않다는 점에서도 문제의 소지가 있다는 부분에 공감됩니다. 다만 과잉금지의 원칙을 적용함에 있어서 다음과 같은 요소를 추가로 생각해볼 수 있지 않을까 하는 점에서 살펴보고자 합니다. 즉, 미접종자가 다중이용시설에 출입하는 문제는, 혐연권과 흡연권의 문제와 같이, 접종여부의 선택권만 문제되는 것이 아니라 접종자의 입장에서, 말하자면 ‘미접종자로부터 분리될 권리’가 주장되어 기본권 충돌 문제가 비접종자 시설출입금지에 대한 정당성을 확보하는 방법으로 고려해볼 수 있지 않은지 궁금합니다.

2. 미국의 백신접종정책 관련 판례에서의 심사기준과 관련하여

- 실질적 관련성과 엄격한 심사기준 -

Jacobson 판결은 백신정책과 같은 주의 경찰권이 절대적인 것은 아니지만 일단 광범위한 재량이 부여되는 것이라고 하면서 목적과 수단 간의 ‘실질적 관련성’을 가져야 정당화 된다고 하고 있습니다. 나아가 천연두의 경우 백신이 결정적으로 유효하다는 점을 대부분의 의사와 사람들이 받아들이고 있다는 점, 전염이 유행하는 시기에 성인에게 백신접종을 강제하고 위반 시 상대적으로 적은 벌금(우리의 ‘벌금’과는 달리 형벌로서의 벌금은 아닌 것 같습니다)을 부과하고 있다는 점에서 합리성이 인정되는 것이며, 다만 물리적 강제가 행해진다면 이는 금지되는 것이라고 하고 있습니다.(p.14) 이후 Zucht 판결에서도 Jacobson 판결을 따르고 있고 100년이 지난 현재까지도 백신 강제접종 사건에서 그 초석이 되고 있는 것으로 보입니다.

즉, 이들 따름 판례들을 살펴보면, 종교적 사유에 의한 면제를 인정하지 아니한 Workman 사건에서 제4순회법원은 “급박한 질병의 위협”이 없더라도 백신의무법들은 주가 결정한 권한 내에 있는 것이며, ... 질병 확산을 방지할 필수불가결의 사회적 이익이 종교의 자유보다 우선”하는 것으로 실시되고 있으며,(p.17)

종교적 사유는 물론 개인 신념에 따른 면제조차 삭제하고, 의료적 사유에 의한 백

신 면제만을 인정하는 내용의 Whitlow 사건에서는 “전염병 확산을 방지하여 건강과 안전을 보장이라는 ‘필수적 이익’을 증진시키기 위해 ‘좁게 설정’”되어 기본권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있습니다(p.18). 이는 코로나 백신 접종 강제와 관련된 최근의 가처분 사건들에서도 유사하게 유지되고 있는 것으로 여겨집니다.(p.19, 20)

이와 관련하여 Jacobson 판결의 심사기준(‘실질적 관련성’)이 무엇인가에 대하여, 엄격한 심사기준도 통과하였을 것이지만 사실상 합리적 심사기준을 적용한 것이라는 주장(p.22)도 있지만, 엄격한 심사기준과 유사하다는 주장(p.21)이 유력해 보입니다. 특히 이후의 따름 판례의 문구들은 상기한 바와 같이 엄격한 심사기준을 적용하고 있는 것으로 보입니다.

발제자께서는 25페이지에서 “우리 헌법 제34조 제6항의 ‘국가 재해예방의무’와 코로나라는 특수한 보건위기 상황의 심각성과 급박성 및 대응의 전문성이 인정되고 특히 전파력 강한 전염병을 대응하기 위한 백신 접종 정책이기에 정부의 재량권의 정도를 고려할 때 심사기준의 완화가 필요한 부분으로 보이고 목적의 정당성과 수단이 목적 달성에 실질적 관련성을 중심으로 하는 검토가 필요하다고 본다.”고 하고 계십니다.

그렇다면 발제자께서 생각하시는 ‘실질적 관련성’은 미국 판례에서 언급되는 바와 같은 엄격한 심사기준인 것인지, 아니면 각주141에 나타난 상업광고의 예와 같이 ‘피해의 최소화’에 대한 완화된 심사기준인 것인지, 만약 그렇다면 피해의 최소화에서 ‘필요한 최소한의 제한’과 수단이 ‘필요한 범위내의 것인지’가 어떠한 실질적인 차이가 있을 것인지, 혹은 다른 어떤 기준으로 생각하시는 것인지 여쭙보고 싶습니다. -이상입니다-

【종합토론문】

“법치주의의 진화와 헌법재판”에 대한 종합토론문

정 필 운*

1. 한국헌법학회의 이번 기획은 우리 헌법학계의 제일 큰 화두인 헌법재판을 법치주의의 관점에서 다시 생각해 보도록 권하는 매우 계몽적이고 중요한 기획이라고 생각합니다. 존경하는 세 분 선배님께서 헌법재판의 법치주의적 과제, 아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권의 현황, 코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의이라는 세부 주제를 오랜 시간 고민하셔서 각 주제에서 세부 쟁점을 추출하고 이를 잘 분석해 주셨습니다. 토론을 준비하며 많은 것을 배웠습니다. 이번 기획을 해주신 학회 임원님, 그리고 발표자들에게 감사드립니다.

2. 저 역시 발표자께서 갖고 계신 문제의식과 동일한 문제의식을 가지고 공부하였고 뜻을 같이 합니다. 따라서 발표문에 대한 평론이나 비판이 아닌, 법치주의의 진화와 헌법재판이라는 대주제에 대한 제 생각과 발표문을 읽으며 제가 이해한 것을 말씀드리고 몇 가지 여쭙는 순서로 토론을 하려고 합니다.

3. 학회장에서 구체적인 말씀드리겠습니다. 감사합니다.

* 한국교원대학교 교수

【종합토론문】

종합토론문

김 중 현*

헌법재판연구원의 김종현 책임연구원입니다. 먼저 종합토론의 기회를 주신 한국헌법학회와 헌법재판연구원에 깊이 감사드립니다. 코로나19로 인하여 무수한 기본권의 제한이 일상이 된 지금, 이노홍 교수의 발표는 대단히 시의성이 큰 주제를 다루어 토론자를 비롯한 우리 모두에게 와 닿는 발표가 아니었나 싶습니다. 정주백 교수님께서 헌법재판의 여러 근본적인 문제점을 지적해 주셨습니다. 전 세계적으로 헌법적 쟁점과 법리가 일정하게 수렴하면서도 또한 고유성을 보여주는 현실에서, 변해철 교수의 발표를 통해 아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권 동향을 배울 수 있었습니다.

부족한 견문을 넓혀주신 발표자님들께 감사드리며, 토론자가 발표문을 읽으며 가지게 된 몇 가지 생각을 말씀드리는 것으로 종합토론에 갈음하고자 합니다.

1. ‘헌법재판관이 옳다고 보는 바’에 따른 헌법재판 (정주백 교수님 발표 관련)

헌법재판의 임무는 ‘헌법적 가치의 수호’이며, 민주적 정당성을 갖춘 국회의 결정을 심판하고 나아가 무효로 하기 위해서는 분명한 (헌)법적 근거가 필요하다는 정주백 교수님의 견해에 전적으로 동의합니다. 또한 여론 내지 국민적 법 감정이 하나의 고려요소, 참고사항이 될 수는 있을지언정, 국민 다수가 옳다고 보는 바에 의하여 헌법재판의 결론이 도출되어서도 안 된다고 생각합니다.)

* 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원

1) 법정의견은 아니었지만 사형제가 문제된 2002년 헌법재판소 결정의 반대의견은 이 점을 정확히 지적하고 있습니다. “사안에 따라서는 국민의 여론과 정서를 고려할 수는 있으나, 헌법재판소의 위헌심사에 있어서 유일한 기준은 현행 헌법규범이므로, 국민의 여론이나 법감정은 위헌성을 판단하는 결정적인 기준이 될 수는 없다. 국민의 여론이나 법의식이 헌법의 인간상 및 기본결정과 배치되는 한, 헌법재판소는 국민의 다수로부터도 헌법을 수호해야 하고 기본권을 보호해야 한다.” 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등, 판례집 14-2, 390,

그런데 ‘헌법재판관이 옳다고 보는 바에 의하여’ 헌법재판의 결론이 도출되어서는 안 된다는 발표문의 문장에는 다소 조심스럽습니다. 물론 재판관 개인의 자의 내지 지극히 주관적인 호불호에 따라 재판의 결론이 좌우되는 것은 바람직하지 못합니다. 하지만 법 문언은 그 추상적인 속성상 다의적으로 해석될 수 있고, 어떤 법리에 관하여도 재판관(법관)마다 견해가 다를 수 있습니다.²⁾ 과잉금지원칙의 부분원칙인 법익의 균형성 심사처럼 가치판단의 성격이 강한 경우도 있어 이 경우 ‘재판관의 옳다고 보는 바’에 따른 판단이 불가피하지 않은가 하는 생각이 들었습니다.

“재판관 000의 반대의견”, “재판관 000의 보충의견”과 같은 표현 또한, 헌법재판의 결론은 재판관이 옳다고 보는 바로서의 의견에 따른 것임을 보여주는 것이 아닐까 합니다. 물론 여기서 ‘재판관이 옳다고 보는 바’란 법적 소신을 말하며, 개인의 주관적인 호불호나 정치적 성향 등을 뜻하지는 않는다고 할 것입니다.

2. 법령헌법소원이 나아갈 길에 관하여 (정주백 교수님 발표 관련)

정주백 교수님께서 ‘법률’이 헌마소원의 대상이 된다고 이해하는 것은 법문에 어긋나는 해석이라고 하셨습니다. 이와 관련한 견해는 논자들마다 다를 수 있겠으나 ‘입법’과 ‘법률 자체’가 다르다는 점, 법률의 위헌결정에 헌법재판소법 제47조가 준용된다고 하더라도 청구인의 구제가 어려운 문제로 남는다는 점, 헌법재판소법 제정 과정에서 법률을 권리구제형 헌법소원의 대상으로 삼을지 깊이 논의한 기록이 남아 있지 않다는 점에 관한 지적은 상당히 설득력을 가진다고 생각하였습니다.

그런데 발표문에서도 언급된 것처럼 헌법재판소는 일정한 요건을 갖출 경우 법령헌법소원을 청구할 수 있다고 보고 있으며, 그러한 판례는 따로 사건번호를 거론할 필요가 없을 정도로 많습니다. 그리고 법령 그 자체가 자신의 기본권을 침해한다는

408(재판관 주선회의 반대의견).

남아프리카공화국 헌법재판소 또한 사형제 관련 1995년 판결에서, 여론이 사건의 심리에서 고려될 수는 있겠으나, 여론이 헌법을 해석하고 수호하는 헌법재판소의 의무를 대체할 수 없다고 하였습니다. 만약 여론이 헌법재판의 결정적인 기준이 된다면, 이는 헌법재판의 필요성을 부정하는 것이라고 실시하였습니다. S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3, para. 88.

2) 예컨대 유죄판결이 확정되었거나 형의 집행이 종료된 자에게 각종 보안처분을 부과하는 것이 진정소급입법인지, 부진정소급입법인지에 관하여 법학자들 사이에서도 견해가 나뉩니다. ‘(허위)사실의 진술’이나 음란표현이 표현의 자유의 보호영역에 속하는지 또한 각국의 학계와 실무에서 다툼이 있는 쟁점입니다.

취지의 헌법소원심판은 앞으로도 계속해서 청구되리라고 생각합니다.

이러한 현실에서, 법령헌법소원과 관련하여 향후 어떻게 대응해야 한다고 보시는지 발표자의 견해가 궁금하였습니다. 크게는 (1) 법령 그 자체도 권리구제형 헌법소원심판의 대상이 됨을 명확히 하도록 헌법재판소법 관련 규정의 문언을 다듬는 방안과 (2) 법령헌법소원 자체는 허용하지 않되, 헌법재판소법 제75조 제5항3)에 따라 부수적 규범통제만을 하는 방안 등을 생각할 수 있겠습니다.⁴⁾

3. 증명책임의 문제로 사실 관련 문제를 타개하는 방안 (정주백 교수님 발표 관련)

발표문 전체의 논지에서 다소 지엽적인 문제일 수 있겠으나, 정주백 교수님께서 팩트 자체에 대한 의견이 분립된 상태에서 규범적 판단이 이루어지기 곤란하며 차라리 증명책임의 문제로 상황을 타개하는 것이 옳다는 입장을 보이셨습니다. 이와 관련하여 두 가지를 말씀드리고자 합니다.

첫째, 당사자의 문제입니다. 발표자께서 예로 드신 사형제 결정(2008헌가23)과 같은 위헌법률심판의 경우 당사자가 없습니다. 법원은 위헌제청의 주체일 뿐이며, 헌법재판소의 실무에서도 법원(제청법관)은 당사자로서 절차에 관여하지 않고 결정서의 정본을 송달받을 뿐입니다.⁵⁾ 접수된 사건 가운데 가장 대중을 이루는 것은 권리구제형 헌법소원이지만⁶⁾ 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원의 경우 증명책임을 배분할 당사자 자체를 상정하기가 쉽지 않을 것 같습니다.

둘째, 증명책임을 배분하려면 그것이 ‘요증사실’이어야 하는데, 헌법재판에서 사실 인정 여부에 따라 재판의 결론이 직접 좌우되는 것이 아니라 많은 경우 규범적 평가가 동반된다는 점입니다. 과잉금지원칙의 부분원칙들 가운데 비교적 사실판단의 성격이 강하다고 생각되는 침해의 최소성과 관련해서도, 고려되는 입법대안이 심판

3) 제75조(인용결정) ⑤ 제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.
 4) 이 경우 법률이 아닌 공권력의 행사 또는 불행사가 존재하고 그로 인한 기본권 침해가 다 투어질 때에만 부수적으로 규범통제가 이루어질 것입니다.
 5) 김하열, “헌법재판의 증명책임”, 『헌법재판연구』, 제8권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021, 310쪽.
 6) 발표문에 언급된 헌법재판소의 사건누계표에 따르면 43,746건 가운데 33,765건(1988. 9. 1. ~ 2021. 9. 30. 기준)입니다.

대상조항과 동등한 효과를 가질지는 대개 가상의 장래에 대한 평가·예측의 문제이고 이는 재판기관의 평가적 판단이라는 지적이 있습니다.⁷⁾

4. ‘코로나19 백신’의 특수성에 관하여 (이노홍 교수님 발표 관련)

이노홍 교수님의 발표를 통하여, 대단히 많은 확진자가 발생하였고 현재는 위드코로나 시대 백신접종정책에 적극적인 미국의 현주소를 돌아볼 수 있었습니다. 발표문에 의할 때 백신 의무접종 등에 적극적으로 앞장서는 주들이 있는가하면 백신 접종 의무나 백신 패스제를 금지하는 법안을 통과시킨 주들도 있어 미국의 상황을 단순하게 이해할 수는 없겠으나, 1905년 Jacobson 판결⁸⁾이 코로나 상황에서 전염병에 관한 주의 명령을 지지하는 가장 강력한 선례로 자리 잡고 있다고 파악됩니다.⁹⁾ 교수님께서서는 “결국 현재 백신정책의 적정성 판단은 미국의 백신 접종 의무에 관한 모든 입법과 관련 판결들의 선례가 되는 Jacobson 판결에 대한 해석과 적용에 달려 있다고 해도 과언이 아니다.”라고 평가하셨습니다.

그런데 Jacobson 판결과 관련하여 최근 미국 실무에서는 여러 비판이 제기되고 있기도 한 듯합니다. 발표문에 잘 소개된 것처럼 Cuomo 판결의 동조의견을 쓴 Kavanaugh 대법관은 South Bay 사건에서 Roberts 대법원장이 Jacobson 판결을 언급한 것을 비판하였습니다. 동조의견을 낸 Gorsuch 대법관도 Roberts 대법원장이 100년 전 Jacobson 판결을 인용하면서 그 분석에 오류가 있었다고 비판한 것입니다.

Jacobson 판결 이후 접종을 의무적으로 요구하는 백신의 종류가 증가해왔음에도, 그 동안 각종 백신에 관한 접종명령에 문제제기가 적었다가 최근 급증한 데에는 여러 원인이 있을 것입니다. 가령 Jacobson 사안에서는 접종거부 시 경미한 벌금만이 부과되었으나, 지금 코로나19 백신 접종을 하지 않을 경우 해고(Doe v. Mills), (접

7) 김하열, 앞의 글(2021), 323-324쪽. 사건으로는 수단의 적합성이나 침해의 최소성은 위헌 심사기준의 부분원칙(법리)로서 그 자체 요증사실이라고 보기는 어려우며, 언제나 사실관계의 확정만 따라서는 판단되는 것도 아니라고 봅니다. 하지만 수단의 적합성이나 침해의 최소성이 위반 혹은 준수되었음을 뒷받침하는 구체적인 사실에 관하여는 증명책임을 배분할 여지가 있다고 생각합니다. 김종현, “헌법재판에서의 증명책임”, 『저스티스』, 통권 제 183호, 한국법학원, 2021, 61-62쪽.

8) Jacobson v. Massachusetts 197 U.S. 11 (1905).

9) 발표문에 따르면 1922년 Zucht v. King 판결을 비롯한 다수의 판결에서 Jacobson 판결이 인용되었으며, ‘백신의 효능에 대한 의사의 권고 수용과 안전성에 대한 우려 감소로’ 1990년대까지 백신 접종 반대운동이 거의 나타나지 않았습니니다.

중 면제를 받은 경우에도) 마스크 착용 및 정기적인 음성확인서 제출 등 더 많은 기본권 제한이 부과됩니다.

그런데 사견으로는 최근 코로나19 백신 접종명령에 관한 다툼이 급증한 가장 큰 이유 가운데 하나는 백신 자체의 안정성 문제가 아닐까 합니다. 2021년 8월 9일 FDA가 3개사의 코로나19 백신의 긴급사용승인(Emergency Use Authorization)을 하였으나, 긴급사용승인은 가용한 예방이나 치료제가 없고 개발 중인 제품이 효과적이거나, 알려지거나 잠재적인 혜택이 위험보다 큰 경우에 이루어집니다. 바이오의약품이 안전하고(safe), 불순물이 없으며(pure), 효능이 있다(potent)는 것이 잘 통제된 임상시험을 통해 증명된 경우에 이루어지는 정식 승인(Biologics License Application)과는 다를 수밖에 없습니다.¹⁰⁾

정식 승인의 경우보다 백신의 효능과 안전성(특히 안전성)에 관하여 임상적 검증이 충분히 이루어지지 못한 상태에서 그 접종을 강제하는 것이기 때문에, 그에 관한 문제제기가 많은 것이라고 판단됩니다. 그러한 측면에서, 홍역이나 풍진 등 다른 질병에 대한 건강검진 및 백신 접종은 고등교육에서 일반적인 요구사항이라는 점(Klassen v. Trustees of Indiana University에서 실시한 논거)은 적절한 논거가 아니라고 생각합니다.

현재 우리나라에서 코로나19 백신은 임시예방접종이어서 접종 자체가 강제되지 않으며, 다중시설 이용 제한 등의 기본권이 제한될 뿐이라는 점에서 백신 패스제 자체가 과잉금지원칙 위반이라고 보기는 어려울 수도 있습니다.¹¹⁾ 하지만 만약 추후 코로나19 백신 접종이 의무화될 경우, 그 위헌성을 판단함에 있어서는 (긴급사용승인을 받았을 뿐인) 코로나19 백신 자체의 특수성이 충분히 고려되어야 한다고 생각합니다.

5. 아시아 지역의 헌법재판을 통한 인권보장의 나아갈 길 (변해철 교수님 발표 관련)

아시아 지역에서 헌법재판을 통한 인권보장이 보편적으로 실현되기 위해 극복해야 할 난관이 적지 않다는 변해철 교수님의 전망에 토론자는 전적으로 공감합니다.

10) 박으뜸, “코로나19 백신 ‘정식 승인’, 긴급사용승인과 무엇이 다르나”, 『메디파나』, 2021. 8. 11, http://medipana.com/news/news_viewer.asp?NewsNum=282546&MainKind=A&NewsKind=5&vCount=12&vKind=1 (최종방문일 2021. 11. 29.).

11) 물론 발표자께서 지적하신 것처럼 조치의 기간과 조건이 명시되지 아니한 점, 의료면제자의 인정범위가 너무 엄격하다는 점 등은 개선을 요합니다.

관련하여, 유럽 각국에서 입헌민주주의가 공통의 가치로 자리 잡고, 유럽인권협약을 제정하여 규범적으로 관철하게 된 배경에 주목할 필요가 있다고 생각합니다.

제2차 세계대전으로 이어진 파시즘의 기억은 전후 유럽 공동체의 설계에 지대한 영향을 미쳤다고 평가됩니다. 1949. 5. 5. 설립된 유럽평의회는 개별국가의 자기통제 능력을 불신하여 인권·민주주의·법치주의에 대한 공동의 감시체제를 구축하는 것을 골자로 하였습니다. 유럽평의회는 유럽인권협약을 채택하였는데, 집회 및 결사의 자유 제한(제11조 제2항), 권리남용금지(제17조) 등의 규정은 파시즘의 흥기와 바이마르 공화국의 붕괴에 입각한 규정으로 평가됩니다.¹²⁾ 발표문에 언급된 것처럼 유럽 각국은 기독교 문화라는 공통분모를 지녔는데, 파시즘에 의한 자유의 침해를 경험하고 나서 국제적 차원에서 인권과 민주주의를 수호하는 메커니즘을 정비할 필요를 느끼게 된 것입니다. 역학적으로 본다면 유럽 열강 가운데에서도 중심적인 독일과 프랑스가 전후 경제적, 정치적 협력을 강화해 나간 것이 중요한 성공의 배경이었으리라고 생각합니다.

반면 아시아 각국은 인권과 자유를 수호하기 위한 지역-국제적인 차원에서의 기구나 메커니즘의 필요를 느낄 만한 역사적인 경험이 유럽에서보다 부족했을지도 모르겠습니다. 다만 발표문의 소재인 인도네시아에 본부를 둔 ASEAN이 2008년 헌장을 발표했으며, 동아시아 공동체 형성에 주도적 역할을 수행해 나간다는 내부적 공감대를 형성하고 있습니다. 아시아헌법재판소연합(AACC)은 아시아 각국 헌법재판기관들이 결성한 지역 헌법재판기관 연합체인데, 지역 민주주의 발전과 법치주의 실현에 기여하리라고 기대됩니다.

발표문을 통해, 헌법 전문에서부터 ‘절대유일신에 대한 신앙에 근거한 주권국가’를 천명하는 인도네시아에서도 샤리아를 헌법에 삽입하려는 제안을 둘러싼 논의가 공개적으로 이루어져 기존의 헌법조항을 유지하는 방향으로 매듭지어졌으며, 종교의 자유를 보장하는 취지의 판례가 축적되었음을 확인할 수 있었습니다. 아시아 지역에서의 다원주의와 입헌민주주의 발전에 고무적인 사례라고 생각합니다.

¹²⁾ Ruti Teitel, “Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, No. 1, 2007, p. 64.

【종합토론문】

종합토론문

이 한 주*

오늘 토론의 기회를 주신 한국헌법학회 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 세 분 교수님의 발표는 식견이 부족한 저에게 큰 자극과 아이디어를 제공해 주셔서 진심으로 감사드립니다.

첫째로 정주백 교수님은 “헌법재판과 법, 그 사이의 거리”라는 주제로 오늘날 헌법재판의 법치주의적 과제를 고찰해 주셨습니다. 특히 ‘헌법재판이 법에 얼마나 충실하였나?’라는 질문을 던지면서, 절차법적으로 헌법소원심판과 권한쟁의심판의 문제와, 실체법적으로 과잉금지의 원칙과 본질내용침해금지의 원칙, 적법절차의 원칙, 평등의 문제와 관련된 내용을 냉철하게 검토해 주셨습니다.

둘째로 변해철 교수님은 ‘아시아 지역 국가의 헌법재판과 인권의 현황’이라는 주제로 말레이시아와 인도네시아의 헌법재판과 인권 현황을 종교를 중심으로 소개해 주셨습니다. 여기에서 헌법재판을 통해 아시아에서 보편적 가치로서의 인권보장을 강화할 수 있는지, 만약 그러하지 못하다면 어떤 방향으로 어떻게 헌법재판을 해야 하는가에 대해 논의를 진행하시는 것으로 이해했습니다.

셋째로 이노홍 교수님은 ‘코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의’라는 주제로 코로나 19 상황에서 미국을 중심으로 백신 접종정책과 관련 판례를, 그리고 우리나라의 백신 패스제도를 소개하면서 관련 쟁점들을 고찰해 주셨습니다.

이미 앞에서 여러 토론자분들이 좋은 질문과 의견을 말씀해주셔서 지금 이 자리에서는 개별적인 질문을 대신하여 오늘의 대주제인 헌법재판의 법치주의적 과제에 대한 제 짧은 생각을 간단히 말씀드리겠습니다.

정주백 교수님께서 헌법재판의 임무는 ‘헌법적 가치’를 수호하는 것이라고 하셨습니다. 정치인들도 언급한 헌법적 ‘가치’가 무엇인지에 대해서 저는 고민해 봤습니다.

* 고려대학교

가치란 **대상을 평가하는 기준**으로 매우 다양하므로, 정당한 평가를 위해서는 다양한 가치들을 반영해야 하고, 다양한 가치가 전체의 평가에 충분히 반영되는 종합적인 평가가 이루어져야 합니다.¹⁾

헌법을 구성하는 다양한 가치들 가운데 오늘 학술대회의 대주제인 법치주의와 관련해서 이노홍 교수님은 발제문에서 “국민의 기본권 보장을 위해 민주적 정당성을 전제한 법에 의한 국가를 향한 구속을 의미한다.”라 하셨는데, 이는 법치주의가 법으로 국민을 통치하라는 것이 아니라, 법으로 국가권력을 통제하는 것이라는 것에 대해서 공감하실 것입니다.

다시 헌법재판과 헌법적 가치를 관련해서 말씀드리면, 헌법재판소는 정당한 평가(헌법재판)를 위해서 다양한 (헌법적) 가치를 반영해야 하고, 다양한 (헌법적) 가치가 전체의 평가에 충분히 반영되는 종합적인 평가를 해야 본연의 임무를 다하는 것이라 생각합니다. 9차 헌법 개정 이후 설립된 헌법재판소는 법치주의의 기본적인 전제를 다시 한번 되새기면서 앞으로도 존립 이유를 스스로 증명해 나가길 기대합니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

1) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 320면.