





# 헌법재판연구

Journal of Constitutional Justice

제7권 제2호

Vol. 7 No. 2

2020. 12.

헌법재판소

헌법재판연구원

Constitutional Research Institute



# 목 차

---

## 특집: 위험사회와 기본권

양천수   현대 안전사회의 헌법학적 문제 .....	3
- 법이론의 관점을 겸하여 -	
이상경   미국의 재난안전관리 및 대응체계 개편과정과 그 시사점에 대한 일고 .....	39
정문식·정호경   코로나위기와 헌법국가 .....	77
- 독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로 -	

## 평석과 이론

허완중   헌법의 기본원리로서 공화국원리 .....	119
홍영기   형법이 보호하는 명예 .....	171
- 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여 -	
이수창   아동복지법 정서적 학대 조항의 명확성 검토 .....	201
정주백   집행행위와 헌법소원의 직접성 .....	231

• 헌법재판연구 발간 내규 .....	259
• 헌법재판연구 윤리 내규 .....	268

---

# CONTENTS

---

**Special Issue: Risk Society and Fundamental Rights**

**Chun-Soo Yang** | The Constitutional Issues of the Modern Secure Society ..... 3  
– From the perspective of legal theory –

**Sang-kyung Lee** | A Study on the Disaster Management and Response System of the  
United States and Its Implications ..... 39

**Munsik Jeong·Hokyong Jung** | Corona Crisis and Constitutional State  
– Constitutional Discourse over the Corona-Measures in Germany – ..... 77

**Case Analysis and Commentaries**

**Heo, Wan-Jung** | Das republikanische Prinzip als Grundprinzip der Verfassung ..... 119

**Hong, Young Gi** | Reputation protected by Criminal Law ..... 171  
– A Study on the Decriminalization of Criminal Defamation –

**Suchang Lee** | Review on the void-for-vagueness doctrine of emotional abuse clauses in  
the Child Welfare Act ..... 201

**Joobaek Jeong** | Executive action and The directness of constitutional complaints ..... 231

• Rules for Publication of Constitutional Justice ..... 259

• Constitutional Justice Code of Ethics ..... 268

---

## 위험사회와 기본권

- 현대 안전사회의 헌법학적 문제
  - 법이론의 관점을 겸하여 -
  - 양천수
- 미국의 재난안전관리 및 대응체계 개편과정과 그 시사점에 대한 일고
  - 이상경
- 코로나위기와 헌법국가
  - 독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로 -
  - 정문식·정호경





# 현대 안전사회의 헌법학적 문제\*

- 법이론의 관점을 곁하여 -

## The Constitutional Issues of the Modern Secure Society

- From the perspective of legal theory -

영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사, 양천수

Yeungnam University Law School, Prof., Dr. jur., Chun-Soo Yang

### ■ 목 차 ■

I. 서론	5	1. 안전의 헌법학적 문제	15
II. 현대 안전사회로서 코로나 사회와 문제점	6	2. 행위의 자유와 개인정보 자유의 대립	21
1. 안전사회	6	3. 안전사회에 대한 대응으로서 포용국가	25
2. 안전사회의 특징	7	IV. 안전에 대한 포용국가의 대응 방향	
3. 안전	9	- 결론을 대신하여	30
4. 안전사회로서 코로나 사회	13	1. 완벽한 안전구현이 아닌 합리적 안전관리	30
III. 코로나 사회의 헌법학적 문제와 대응 방안	14	2. 안전관리에 대한 참여와 소통	31
		3. 안전에 관한 상징정치	31

\* 유익한 심사의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사를 드립니다.

## I 국문초록

코로나 19 바이러스는 우리 사회에 크나큰 변화를 야기하였다. 코로나 이전 사회와 코로나 이후 사회를 현격하게 구별할 수 있을 정도로 급진적인 변화가 이루어졌다. 더불어 코로나 사태는 우리에게 다양한 사회적·법적 문제를 던진다. 무엇보다도 포함과 배제라는 이분법이 우리 사회를 엄습하며 문제를 야기한다. 이러한 상황에서 이 글은 현재 사회를 코로나 사회로 규정하면서 여기에 어떤 헌법학적 문제가 등장하는지 검토한다. 이 글은 지금의 코로나 사회를 안전사회로 규정한다(II). 그러면서 안전사회가 어떤 특징을 지니는지 분석한다. 이 글은 특히 포함과 배제라는 구별에 주목한다. 더불어 안전사회에서 말하는 안전이란 무엇인지, 안전사회에서 안전은 어떤 특징을 지니는지 규명한다. 그중에서도 이 글은 안전은 결코 완벽하게 구현할 수 없다는 점에 주목한다. 나아가 이 글은 안전사회인 코로나 사회에 어떤 헌법학적 문제가 제기되는지, 이에 어떻게 대응할 수 있는지 살펴본다(III). 이 글은 세 가지 쟁점에 주목한다. 첫째는 안전을 독자적인 기본권으로 설정할 수 있는지의 문제이다. 둘째는 개인정보의 자유와 행위의 자유 간의 우선순위를 어떻게 설정할 수 있는지의 문제이다. 셋째는 현대 안전사회에 대응하는 데 적합한 국가 패러다임은 무엇인가의 문제이다. 이 글은 안전은 이익인 동시에 독자적인 기본권으로 설정할 수 있다고 주장한다. 이를 위해 이 글은 정치학에서 전개된 인간안보 논증과 한스 쾰젠의 기본권 이론을 원용한다. 이 글은 안전기본권을 두 가지로 구별한다. 개인적인 안전기본권과 집단적인 안전기본권이 그것이다. 다음으로 이 글은 개인정보의 자유와 행위의 자유 간의 우선순위는 확정되어 있는 것이 아니라 사회의 구조와 소통, 문화에 의존한다고 본다. 나아가 이 글은 안전사회에 대응할 수 있는 국가 패러다임으로 포용국가, 그중에서도 보장국가의 관점을 수용한 보장적 포용국가를 제시한다.

**주제어:** 안전사회, 포함-배제, 사회적 거리두기, 안전기본권, 개인정보의 자유, 행위의 자유, 포용국가, 보장국가

(논문접수일: 2020. 11. 9. 심사개시일: 2020. 11. 9. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

## I. 서론

코로나 19 바이러스 사태는 우리의 많은 것을 바꾸었다. 코로나로 인해 우리의 삶이, 우리가 몸담고 있는 사회 전체가 급격하게 변모하였다. 마치 혁명이 일어난 것처럼 코로나 이전과 코로나 이후의 사회는 질적·구조적 차이를 보인다.<sup>1)</sup> 이에 따라 다양한 사회적·법적 문제가 사회의 거의 모든 영역에서 출현한다.<sup>2)</sup> 가장 대표적인 예로 이제는 꽤 익숙해진 ‘사회적 거리두기’(social distancing)가 낳은 문제들이라 할 수 있다. 이를테면 사회적 거리두기가 진행되면서 나와 타자의 사회적 거리 문제, 확진자와 비확진자 사이의 포함과 배제 문제가 즉각적으로 등장한다. 이외에도 다양하고 복합적인 문제들이 우리를 엄습한다.

코로나가 유발한 새로운 현상과 문제는 우리 법학 및 법체계에도 중대한 이론적·실천적 도전이 된다. 어쩔 수 없이 진행된 사회적 변혁은 법학 및 법체계가 풀어야 하는 여러 난제를 던진다. 19세기에 활동했던 프로이센의 법률가 키르히만(Julius Hermann von Kirchmann)이 적절하게 언급한 것처럼 사회적 현실은 언제나 이론 및 실정법보다 앞서 나간다.<sup>3)</sup> 그 때문에 법학은 급변하는 현실에서 당장은 만족스러운 답을 제공하기 어렵다. 그러나 코로나가 낳은 변혁의 시대에서 우리가 지속 가능한 사회구조를 만들고 유지하기 위해서는 코로나가 유발한 여러 문제들을 이론적인 차원에서 심도 깊게 다룰 필요가 있다. 이에 이 글은 모든 실정법의 최고법인 헌법을 다루는 헌법학에 코로나가 어떤 이론적·실천적 문제를 던지는지, 이에 헌법학은 어떻게 대응해야 하는지를 조감하고자 한다. 특히 이 글은 ‘안전사회’ 개념을 끌어들여 이 문제들을 다루고자 한다. 이 과정에서 이 글은 다양한 시각에서 입체적으로 논의를 진행시킨다는 점에서 법이론적 관점을 원용하고자 한다.<sup>4)</sup>

1) 이를 흥미롭게 분석하는 대중서로는 김용섭, 언컨택트, 퍼블리온, 2020 참고.

2) 이에 관해서는 양천수, 포스트 코로나 시대에서 본 사회구조의 변화와 사회적·인권적·법적 문제, 인권이론과 실천 제27호(2020. 6), 1-30면 참고.

3) 이를 지적하는 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 윤재왕 옮김, 법학의 학문으로서의 무가치성, 박영사, 2019, 30면 아래 참고.

4) 법이론에 관해서는 Thomas Vesting, *Rechtstheorie* (München, 2007) 참고.

## II. 현대 안전사회로서 코로나 사회와 문제점

이 글은 코로나가 진행 중인 지금 사회를 안전사회로 규정하고자 한다. 이러한 주장의 타당성을 검증하려면 안전사회란 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.<sup>5)</sup>

### 1. 안전사회

#### (1) 개념

안전사회에 관해 포괄적인 연구를 수행한 독일의 형법학자 징엘른슈타인(T. Singelstein)과 슈톨레(P. Stolle)에 따르면, ‘안전사회’(Sicherheitsgesellschaft)란 “불안정(Verunsicherung)이 핵심적인 지위를 차지하며, 포괄적인 범위의 안전을 향한 노력이 다른 어떠한 목표보다 우선하며, 그러한 노력 자체가 가치를 갖는” 사회를 말한다.<sup>6)</sup> 요컨대 안전사회란 사회의 안전을 보장하는 것을 가장 우선적인 규범적 가치이자 목표로 설정하는 사회를 뜻한다. 이러한 안전사회는 가장 최근에 비로소 등장한 사회 패러다임은 아니다. 안전사회는 이미 지난 20세기 후반부터, 즉 ‘위험사회’ 패러다임이 등장하면서 덩달아 출현한 개념으로 볼 수 있다. 1986년 독일의 사회학자 울리히 벡(Ulrich Beck)이 현대사회의 패러다임으로 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)를 제시하자 이는 선풍적인 반향을 불러일으켰고 그 반응으로 법학을 비롯한 학문체계의 많은 영역에서 이에 관한 논의가 활발하게 이루어졌다.<sup>7)</sup> 이의 연장선상에서 ‘예방국가’(Präventionsstaat)나 ‘안전사회’와 같은 개념들이 법학 영역에서 논의되었다.<sup>8)</sup>

5) 안전사회에 관해서는 Peter-Alexis Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln* (Berlin, 2010); T. Singelstein/P. Stolle, *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3., vollständig überarbeitete Aufl. (Wiesbaden, 2012); 토비아스 징엘른슈타인·피어 슈톨레, 윤재왕 옮김, *안전사회: 21세기의 사회통제*, 한국형사정책연구원, 2012 등 참고. 여기서 한 가지 언급해야 할 점은 번역자인 윤재왕 교수는 번역서에서 원저자 중 한 명인 ‘Singelstein’ 교수를 ‘의도적으로’ ‘징엘른슈타인’으로 번역하고 있다는 것이다. 다만 독일어 이름인 ‘Singelstein’을 정확하게 읽으면 ‘징엘른슈타인’이 될 것이다. 따라서 이 글에서는 ‘Singelstein’을 ‘징엘른슈타인’으로 지칭한다. 다만 번역서를 인용할 때는 번역자의 의도를 존중하여 ‘징엘른슈타인’으로 표기하고자 한다.

6) 토비아스 징엘른슈타인·피어 슈톨레(주 5), 5면.

7) Ulrich Beck, *Risikogesellschaft* (Frankfurt/M., 1986); Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Frankfurt/M., 1989); Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Frankfurt/M., 1993) 등 참고.

8) 예를 들어 Stefan Huster/Karsten Rudolph, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (Frankfurt/M., 2008) 참고.

## (2) 위험사회와 안전사회

이렇게 보면 최근 이슈가 되는 안전사회와 위험사회는 내용적인 면에서 차이가 없는 사회 패러다임으로 보일 수 있다. 보는 시각을 달리함으로써 도출되는 형식적인 차이일 수 있다. 위험사회가 위험을 기준으로 하여 현대사회의 현상이나 구조를 관찰한 것이라면, 안전사회는 이러한 위험사회에서 무엇을 지향해야 하는지를 기준으로 하여 현대사회를 관찰한 것으로 볼 수 있다. 양자는 동전의 양면에 불과할 수 있다.

그러나 위험사회와 안전사회는 내용적인 면에서 차이가 있다. 양자는 결이 다른 사회 패러다임이라고 말할 수 있다.<sup>9)</sup> 두 가지 근거를 제시할 수 있다. 먼저 위험사회는 ‘관찰자 관점’으로 현대사회를 관찰하고 분석하여 도출한 사회 패러다임으로 볼 수 있다. 위험사회에서는 규범적 관점이나 요청이 강하게 드러나지는 않는다. 이에 반해 안전사회에는 ‘참여자 관점’이 강하게 투영된다.<sup>10)</sup> 안전을 규범적 절대명령으로 설정하는 사회의 규범적 성격이 강하게 드러난다. 이로 인해 위험사회와 안전사회를 구별하는 두 번째 근거가 도출된다. 현대사회와 위험의 구조적 연결이 강조되는 위험사회와는 달리 안전사회에서는 《포함-배제》라는 구별이 선명하게 드러난다는 것이다. 이는 안전을 최우선시하는 안전사회가 낳은 부작용이라 할 수 있다.

## 2. 안전사회의 특징

### (1) 《포함-배제》와 총체적 안전

위험사회와는 달리 안전사회에서는 《포함-배제》라는 이분법이 전면적으로 등장한다. 이때 ‘포함’(inclusion)과 ‘배제’(exclusion)는 무엇에 대한 포함과 배제를 뜻하는가? 사회, 더욱 정확하게 말하면 정치, 경제, 법, 교육, 의료 등과 같은 사회 각 영역에 대한 포함과 배제를 뜻한다. 안전사회는 사회 구성원 중 일부는 사회 안으로 포함시키고 다른 일부는 사회에서 배제한다. 그러면 포함과 배제에 대한 기준은 무엇인가? 그것은 바로 안전에 대한 위협이다. 안전사회는 안전에 대한 위협을 기준으로 하여 사회 안전에 위협이 되지 않는 이들은 사회 안으로 포함시킨다. 이들을 사회의 ‘친구’(Freund)로 받아들인다. 이에 반해 사회 안전을 위협하는 이들은 사회에서 배제한다. 이들을 사회의 ‘적’(Feind)으로 규정하는 것이다.

9) 이를 분석하는 양천수, 현대 안전사회와 법적 통제: 형사법을 예로 하여, 안암법학 제49호(2016. 1), 81-127면 참고.

10) 참여자 관점과 관찰자 관점에 관해서는 양천수, 범영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점, 안암법학 제23호(2006. 11), 89-120면 참고.

이렇게 《포함-배제》 메커니즘이 작동하면서 사회의 적으로 낙인찍힌 이들은 사회에, 사회 각 영역에 참여할 수 없다. 사회의 거의 모든 영역에서 이들은 배제된다. 안전에 관해 사회가 기능적·다원적으로 대응하는 것이 아니라 총체적·획일적으로 대응한다. 이에 따라 현대사회의 ‘기능적 분화’라는 요청은 안전사회에서는 제대로 힘을 쓰지 못한다.<sup>11)</sup> 일단 사회의 적으로 규정되면 기능적으로 서로 다른 사회의 영역인데도 참여가 배제된다. 위험사회에서는 기능적 분화 요청에 따라 사회의 각 영역에 맞게 위험이 정치적·경제적·법적 위험 등으로 분화되고 이에 따라 안전 역시 기능적으로 분화된다. 안전이 정치적·경제적·법적 안전 등으로 분화된다. 반면 안전사회에서는 기능적으로 분화된 안전이 아닌 총체적인 안전, 사회 전체의 안전이 전면에서 등장한다.

## (2) 안보와 안전의 혼용

그러면 이때 말하는 안전은 어떤 성격의 안전인가? 그것은 정치적 안전, 더욱 정확하게 말하면 ‘안보’(security)에 가까운 안전이라 말할 수 있다. 그 이유는 앞에서 언급한 것처럼 안전사회는 포함과 배제에 대한 기준으로 안전에 관한 친구와 적을 구별한다는 점에서 찾을 수 있다. 사회의 안전과 관련하여 친구와 적, 즉 동지와 적을 구별하는 것이다. 이는 독일의 공법학자 칼 슈미트(Carl Schmitt)가 제시한 정치적인 것의 본질에 정확하게 상응한다.<sup>12)</sup> 안전에 관해 정치화가 이루어지는 것이다. 이에 따라 안전사회에서는 정치적인 성격을 띠는 안보와 비정치적인 성격을 띠는 ‘안전’(safety)이 혼용된다. 안전의 분화가 중지되고 반대로 안전의 정치화·획일화가 가속화된다.<sup>13)</sup>

## (3) 《포함-배제》의 악순환

사회 전체의 안전이 기능적으로 분화되지 않고 정치적 안전을 중심으로 통합되면서 다음과 같은 문제가 등장한다. 《포함-배제》라는 안전사회의 지배적인 구별이 악순환을 거쳐 강화되는 것이다. 사회의 기능적 분화에 맞게 위험 및 안전이 다원적으로 분화되면 《포함-배제》라는 구별이 고착되지는 않는다. 법영역에서는 위험으로 평가되는 경우라 할지라도 경제영역에서는 오히려 수익창출의 기회로 평가될 수 있다. 이로 인해 법영역에서 위험하다는 이유로

11) 기능적 분화를 현대사회의 구조적 명령으로 이해하는 경우로는 정성훈, 법의 침식과 현대성의 위기: 루만(N. Luhmann)의 체계이론을 통한 진단, 법철학연구 제12권 제2호(2009. 12), 331-356면 참고.

12) C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 5. Nachdr. der Ausg. von 1963 (Berlin, 2002); 칼 슈미트, 김효전 옮김, 정치적인 것의 개념, 법문사, 1992, 31면 등 참고.

13) 안보와 안전을 구별하는 경우로는 김대근, 안전 개념의 분화와 혼용에 대한 법체계의 대응방안, 법과 사회 제47호(2014. 12), 39-75면 참고.

배제될 수 있지만 반대로 경제영역에서는 적극 포함 및 장려될 수 있다.<sup>14)</sup> 이처럼 기능적 분화가 원활하게 이루어지면 위험과 안전 역시 기능적·다원적으로 평가된다. 이에 따라 «포함-배제»라는 구별 자체는 사라지지 않지만 사회로부터 한 번 배제된 이들이 지속적으로 배제되지 않는다는 비유적으로 말하면 ‘갑과 을의 관계’에서 한 번 ‘을’로 규정되었다고 해서 언제나 ‘을’이 되는 것은 아니다. 그렇지만 안전사회에서는 다원적 안전을 총체적 안전이 대신하면서 안전에 대한 적으로 한 번 규정되면 지속적으로 사회에서 배제될 수밖에 없다. 사회에서 배제되었다는 낙인이 찍히면서 배제의 악순환을 거쳐 배제가 강화된다. ‘배제 ⇒ 낙인 ⇒ 배제 강화’라는 악순환이 계속됨으로써 특정한 대상이나 집단에 대한 «포함-배제» 구별이 고착된다.

### 3. 안전

안전사회는 안전을 가장 우선적인 규범적·정책적 목표로 설정한다. 안전을 기준으로 하여 강력하고 자기 강화적인 포함과 배제가 진행된다. 그러면 이때 말하는 안전이란 무엇인가?

#### (1) 안전 개념

오늘날 안전은 매우 중요한 지위를 차지하는데도 이를 명확하게 정의하는 실정법의 규정은 찾기 어렵다. 우리 헌법은 ‘국가안전보장’이나 ‘질서유지’라는 개념을 사용하기는 하지만 이러한 개념들이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 규정하지는 않는다. 재난 및 안전에 관한 기본법인 「재난 및 안전관리 기본법」도 안전이 무엇을 뜻하는지 규정하지는 않는다. 그 때문에 안전은 이론적·법도그마틱적인 차원에서 정의된다.

이에 따르면 안전은 크게 두 가지 의미를 지닌다.<sup>15)</sup> 첫째, 안전은 “자유의 전제가 되는 것으로서 위험이 없는 상태”를 뜻한다. 둘째, 안전은 “위해를 받지 않을 자유”를 뜻한다. 이러한 이해방식에 의하면 안전은 한편으로는 위험으로부터 해방된 ‘상태’를 뜻하면서, 다른 한편으로는 ‘자유 그 자체’를 뜻한다. 위험과 안전의 관계에서 볼 때 전자가 소극적인 안전의 의미를 지닌다면 후자는 적극적인 안전의 의미를 지닌다. 다시 말해 전자는 안전을 소극적인 이익으로 규정하는 반면, 후자는 안전을 적극적인 권리로 파악한다. 이렇게 안전은 두 가지 의미를 모두 담고 있는 것으로 파악된다.

14) 이를 분석하는 경우로는 이상돈, 부실감사법, 법문사, 2004 참고.

15) 이순태, 국가위기관리 시스템으로서 재난관리법제의 연구, 한국법제연구원, 2009, 20면.

## (2) 시간적·미래지향적 개념으로서 안전

안전에 관해 특히 언급할 만한 것은 이 개념이 시간과 밀접한 관련을 맺는 시간적인 개념이라는 것이다.<sup>16)</sup> 흔히 시간은 과거-현재-미래로 구별되는데 안전은 그중에서 현재 및 미래와 관련을 맺는다. 무엇보다도 미래가 안전에서 중요한 지위를 차지한다. 왜냐하면 안전은 현재 현실화된 위험뿐만 아니라 앞으로 현실화될지 모르는 위험으로부터 자유로워야 한다는 내용까지 담기 때문이다. 자유를 포함하는 기본권 주체의 법익을 현재 침해하는 것을 억제하는 것뿐만 아니라 앞으로 현실화될 수 있는 위험으로부터 철저하게 자유로워지는 것을 목표로 하는 것이 바로 안전사회가 지향하는 안전인 것이다. 이 점에서 안전은 미래지향적인 개념으로 볼 수 있다.

## (3) 안전의 분화와 갈등

위에서 언급한 것처럼 안전은 크게 두 가지 의미를 지닌다. 그렇지만 현대 사회이론의 관점을 원용하면 안전은 좀 더 다원적으로 구별할 수 있다. 사회의 기능적 분화에 따라 안전 개념이 다양하게 분화되는 것이다.

### 1) 객관적·주관적·사회적 안전

우선 안전은 객관적·주관적·사회적 안전으로 구별된다.<sup>17)</sup> 여기서 객관적 안전은 객관적인 기준과 방법으로 평가된 안전을 말한다. 이는 보통 수학적인 확률이나 통계로 정량화된다. 예를 들어 비행기의 안전을 수학적으로 정량화하는 것을 들 수 있다. 이에 대해 주관적 안전은 기본권 주체인 각 개인이 주관적으로 느끼는 안전 상태를 뜻한다. 이러한 주관적 안전은 각 개인이 지닌 성격의 특성, 즉 신경성 수치에 따라 달라질 수 있다. 주관적 안전의 경우에는 개인적인 차이가 나타나는 것이다. 뿐만 아니라 주관적 안전은 객관적 안전과도 차이가 나타날 수 있다. 인간의 심리와 경제적 행위 간의 관계를 연구하는 행동경제학은 이에 관해 다양한 증거를 제시한다.<sup>18)</sup> 마지막으로 사회적 안전은 사회적인 차원에서 공감대를 형성한 안전

16) 이에 관해서는 양천수, 위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰, 공법학연구 제16권 제2호(2015. 5), 187-216면 참고.

17) 이러한 구별은 '의미'(Sinn)를 실질적, 사회적, 시간적인 차원으로 구별하는 루만(Niklas Luhmann)의 주장을 응용한 것이다. 이에 관해서는 N. Luhmann, Sinn als Grundbegriff der Soziologie, in: J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?* (Frankfurt/M., 1971), S. 48 ff.

18) 이를 보여주는 대니얼 카너먼, 이창신 옮김, 생각에 관한 생각: 우리의 행동을 지배하는 생각의 반란, 김영사, 2018 참고.



상태를 말한다. 사회적 안전은 나름 통일된 기준이나 결과를 지닌다는 점에서 개별적으로 차이가 나는 주관적 안전과 구별된다. '상호주관성'(Intersubjektivität) 개념을 수용하면 사회적 안전은 '상호주관적 안전'으로 규정할 수 있다. 다른 한편 사회적 안전은 객관적 안전과도 구별된다. 사회적 패닉 현상이 보여주듯이 사회적 안전은 종종 객관적 안전과 드라마틱한 괴리를 보이기도 한다. 안정적으로 평가되는 객관적 안전과는 달리 사회적 안전은 사회적 소통과정에서 부정적인 방향으로 그리고 자기강화적으로 평가되기도 한다. 객관적 안전과는 무관하게 사회적 소통을 거치면서 불안이 사회적 차원에서 증가하기도 한다.

## 2) 기능적으로 분화된 안전

오늘날 안전은 사회에서 진행되는 기능적 분화에 따라 기능적으로 분화된다. 이는 위협의 분화에 따른 결과이기도 하다. 사회가 정치, 경제, 법 등과 같은 기능적 영역으로 분화되면서 위협은 정치적 위협, 경제적 위협, 법적 위협 등으로 분화된다. 이에 발맞추어 위협에 대응하는 개념인 안전 역시 정치적 안전, 경제적 안전, 법적 안전 등으로 분화된다. 예를 들어 정치영역에서는 국가안보에 관한 정치적 안전이 문제되고, 경제영역에서는 주식시장이나 환율시장의 안정과 같은 경제적 안전이 중요시된다. 법영역에서는 법적 안전을 대변하는 법적 안정성이 중요한 법적 이념으로 자리 잡는다.

안전의 기능적 분화는 넓은 의미의 안전 개념을 '안보'와 '안전'으로 구별하는 주장과도 관련을 맺는다.<sup>19)</sup> 이러한 주장에 따르면 안보와 안전은 다음과 같이 구별된다. 안보는 "위험이나 위협에서 자유로운 상태 혹은 테러나 절도, 스파이 행위와 같은 범죄로부터 국가나 기관이 안전한 상태"를 뜻한다. 이에 대해 안전은 "발생하였거나 예상치 않게 야기될 수 있는 위험, 부상 등으로부터 보호되고 있는 상태 혹은 부상과 위협 등을 막기 위해 의도된 어떤 것"을 뜻한다. 이러한 주장을 수용하면 안보와 안전은 다음과 같이 구별된다. 안보가 정치적인 성격이 강한 정치적 안전이라면, 안전은 정치적 성격이 약한 비정치적 안전이라는 것이다.

## 3) 안전 간의 차이와 갈등

안전이 여러 차원에서 분화되면서 다음과 같은 문제가 발생한다. 분화된 안전 사이에 차이가 발생하고 이로 인해 서로 갈등을 빚기도 한다는 점이다. 예를 들어 행동경제학 연구가 잘 보여주는 것처럼 시장에 대한 객관적 안전과 주관적·사회적 안전 사이에는 불일치가 발생하는 경우가 많다. 또한 독일 연방정부가 2007년부터 수행한 "시민안전을 위한 연구 프로젝트

19) 이러한 시도로는 김대근(주 13), 39-75면.

트”는 객관적 안전과 주관적 안전이 서로 일치하기도 하지만 반대로 불일치하기도 한다는 점을 잘 예증한다.<sup>20)</sup>

이러한 차이와 갈등은 기능적으로 분화된 각 안전 사이에서도 나타난다.<sup>21)</sup> 가장 대표적인 경우로 경제적 안전과 법적 안전 간의 차이와 갈등을 꼽을 수 있다.<sup>22)</sup> 이는 경제영역을 지배하는 목표와 합리성 및 법영역을 지배하는 목표와 합리성 사이에 기능적인 차이가 나타나면서 자연스럽게 도출된 결과이다. 경제영역과 법영역에서 각기 바라보는 위험이 달라지면서 안전도 달라지고 이로 인해 서로 갈등을 빚기도 하는 것이다.

다만 앞에서 언급한 것처럼 안전사회에서는 안전의 기능적 분화가 중지되고 정치적 안전을 중심으로 안전이 통합되는 현상이 가속화된다. 안전을 가장 중시하는 사회의 규범적 요청으로 안전의 기능적 분화가 아닌 정치적 통합이 진행된다. 이로 인해 안전사회에서는 안전 간의 차이와 갈등보다는 안전을 기준으로 한 «포함-배제»가 더 부각된다.

#### (4) 완벽한 안전 실현의 어려움

안전 개념이 다양한 차원에서 분화되고 이로 인해 차이를 빚고 갈등을 유발하면서 다음과 같은 어려움이 등장한다. 안전을 완벽하게 실현하고자 하는 시도가 도달하기 어려운 이상이 된다는 것이다. 이는 특히 객관적 안전과 주관적·사회적 안전 간의 차이에서 비롯한다. 객관적인 측면에서 안전을 구현하면 할수록 새로운 주관적·사회적 안전 욕구가 출현하기 때문이다. 달리 말해 객관적인 위험을 완벽하게 포착하고 이를 예방하여 객관적 안전을 추구하면 할수록 새로운 주관적·사회적 위험이 포착된다는 것이다. 완벽을 기할수록 결점이 더 많이 보이는 현상과 유사하다. 안전에 노력을 기울이면 기울일수록 불안이 증대하는 ‘안전의 역설’이 발생하는 것이다. 이러한 이유에서 징엘른슈타인과 슈톨레는 “거의 영원히 지속되는 것 같은 불안전은 우리가 가장 안전하고, 안전을 중시하는 사회에 살고 있음에도 불구하고 증가하는 것이 아니라, 오히려 바로 그러한 사회에 살고 있기 때문에 증가”한다고 말한다.<sup>23)</sup> 그 때문에 “안전

20) 이에 관해서는 전영실 외, 국민안전 보장을 위한 형사정책 실효성 검증 및 효율성 제고 방안 연구(I)-하, 한국형사정책연구원, 2016 참고. 이 연구는 안전을 주관적 안전과 객관적 안전으로 구별한다. 사회적 안전은 언급하지 않는다. 이 연구에 따르면 주관적 안전과 객관적 안전은 다음과 같이 불일치하기도 한다. 첫째는 객관적 안전은 높는데 주관적 안전이 낮은 경우이다. 둘째는 객관적 안전은 낮는데 주관적 안전은 높은 경우이다.

21) 주관적·객관적·사회적 안전 사이의 차이와 갈등은 기능적으로 분화된 각 안전과 연결되어 안전 간의 차이와 갈등을 더욱 복잡하게 만든다. 예를 들어 경제영역에서 주관적·객관적·사회적 안전이 분화되어 갈등을 빚는데, 이는 동일한 과정이 이루어지는 법영역의 주관적·객관적·사회적 안전과 다시 차이와 갈등을 빚으면서 안전에 관한 문제는 점점 더 복잡해진다.

22) 이를 잘 보여주는 법리가 바로 경영판단원칙과 형사처벌 문제라 할 수 있다. 이에 관해서는 이상돈, 경영판단원칙과 형법: 체계간 원칙(intersystemic principle)으로서 경영판단원칙의 기능과 형사법에서의 적용문제들, 박영사, 2015 참고.

은 계속 추구하는 대상이지만 결코 도달할 수 없는 이상”이라고 규정한다.<sup>24)</sup>

#### 4. 안전사회로서 코로나 사회

코로나가 진행 중인 지금 사회를 코로나 사회로 명명한다면 이러한 코로나 사회를 안전사회로 규정할 수 있을까?<sup>25)</sup> 이에 긍정적으로 대답할 수 있다. 코로나 사회 또는 포스트 코로나 사회는 안전사회로 규정할 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 첫째, 코로나 사회는 코로나 감염으로부터 안전해지는 것을 가장 중요한 정책적 목표로 설정한다. 둘째, 이를 위해 코로나 사회에서는 강력한 사회적 거리두기 정책을 실시한다. 셋째, 이로 인해 사회 전체적으로 포함과 배제가 선명하게 드러난다. 이 중에서 사회적 거리두기와 《포함-배제》 문제를 아래에서 다루도록 한다.

##### (1) 사회적 거리두기의 두 가지 의미

유럽이나 미국 등과 비교할 때 우리나라가 코로나 사태에 비교적 성공적으로 대응하는 과정에서는 ‘사회적 거리두기’(social distancing)가 중요한 역할을 하였다. 그런데 사회적 거리두기는 흥미로운 개념이다. 이는 두 가지 의미를 지니기 때문이다.

첫째, 사회적 거리두기는 사회적으로 형성되는 관계에 거리를 두라는 의미를 지닐 수 있다. 바꿔 말해 ‘사회적 접촉’을 적게 하라는 것이다. 언뜻 보면 사회적 거리두기는 이러한 의미를 갖는 것처럼 보인다. 다만 이에 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다. 대면접촉을 하지 않고도 인터넷을 통해 손쉽게 다른 사람들과 소통을 할 수 있는 현대 초연결사회에서 사회적 접촉을 적게 하라는 의미의 사회적 거리두기가 실제로 가능한가의 의문이 그것이다.

둘째, 사회적 거리두기는 사회 전체적인 차원에서 ‘물리적인 거리’를 두라는 의미로 규정할 수 있다. 바꾸어 말하면 사회적인 차원에서 물리적인 대면접촉을 줄이라는 것이다. 이는 현재 정부가 공식적으로 채택하는 사회적 거리두기의 의미이다. 정부는 사회적 거리두기를 사회적 관계에 대한 거리두기가 아닌 사회적 차원의 물리적 거리두기로 파악한다.<sup>26)</sup>

23) 토비아스 징엘슈타인·피어 슈톨레(주 5), 35면. 강조는 원문.

24) 토비아스 징엘슈타인·피어 슈톨레(주 5), 35면.

25) 필자는 코로나가 진행 중인 지금 사회를 코로나 사회로 규정하지만, 달리 이를 ‘포스트 코로나 사회’로 규정하기도 한다.

26) 이러한 맥락에서 세계보건기구(WHO)는 ‘사회적 거리두기’ 대신 ‘물리적 거리두기’라는 용어를 권고한다. 강민경, WHO ‘사회적 거리두기가 아니라 물리적 거리두기’, 뉴스1(2020. 3. 21) 참고.

## (2) 사회적 거리두기와 《포함-배제》

사회적 거리두기에 관해서는 크게 두 가지 문제를 제기할 수 있다. 이론적 문제와 실천적 문제가 그것이다. 먼저 이론적 문제로 사회는 무엇으로 구성되고 작동하는가의 근원적인 문제를 던질 수 있다. 인간의 행위로 이루어지는 물리적 접촉을 하지 않고도 사회가 충분히 존속할 수 있다면 사회는 인간의 '행위'(action)로 구성되는지, 그게 아니면 인간에 의해 촉발되는 '소통'(communication)으로 구성되는지 의문을 던질 수 있다. 이는 오늘날 사회적 관계에 대한 거리두기가 과연 가능한지와 관련을 맺는다. 이는 루만이 정립한 체계이론에서 중요하게 다루는 문제이기도 하다.<sup>27)</sup>

이보다 더욱 중요한 문제는 실천적인 문제이다. 사회적 거리두기가 야기하는 이분법 문제가 그것이다. 코로나 사태에 대응하기 위해 사회적 거리두기가 적극 시행되면서 다양한 이분법 문제가 사회적·법적 문제로 대두한다. 이러한 예로 안전과 자유의 이분법, 안전과 개인정보의 이분법, 코로나 대응에 따른 《포함-배제》의 이분법, 코로나에 따른 경제적 이분법 또는 경제적 양극화 문제를 들 수 있다. 그중에서 특히 주목할 만한 것은 《포함-배제》의 이분법이다. 코로나에 대응하기 위해 강력한 사회적 거리두기가 시행되면서 본의 아니게 포함과 배제가 부작용으로 나타난다. 정부는 사회적 거리두기를 실시하면서 물리적으로는 거리를 두면서도 사회적으로는 더욱 가까워지라고 강조하지만, 사회적 거리두기가 사회적 관계에 대한 포함과 배제로 작동하는 것이다. 이로 인해 지금의 코로나 사회는 전형적인 안전사회의 구조로 접어들고 있다.

## III. 코로나 사회의 헌법학적 문제와 대응 방안

앞에서 안전사회란 무엇인지, 코로나가 진행 중인 현재 사회를 안전사회로 규정할 수 있는지, 그렇다면 여기에 어떤 문제가 제기되는지를 살펴보았다. 이를 기반으로 하여 아래에서는 안전사회인 코로나 사회에서 어떤 헌법학적 문제가 등장하는지, 이에 어떻게 대응할 수 있는지 살펴본다. 코로나 사회에 관해서는 다양한 헌법학적 문제를 제기할 수 있는데 이 글은 그중에서 다음과 같은 문제에 초점을 맞추고자 한다. 안전의 헌법학적 문제, 코로나 대응에 따른 개인정보의 자유와 행위자유 충돌 문제, 사회적 포함 및 배제에 대한 대응 방안으로서 포용국가 문제 등이 그것이다. 다만 이들 문제를 상세하게 다루는 것은 이 글의

27) N. Luhmann, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl. (Heidelberg, 2009), S. 61 참고.

제약을 넘어서는 것이기에 아래에서는 강약을 조절하면서 개괄적으로 이 문제에 접근하고자 한다.

## 1. 안전의 헌법학적 문제

### (1) 안전의 법적 성격

안전사회에서 가장 우선적인 규범적 목표가 되는 안전이 헌법학의 측면에서 볼 때 어떤 성격을 지니는지 문제된다. 이는 특히 안전권을 독자적인 기본권으로 파악할 수 있는지와 관련하여 쟁점이 된다.

우선 안전은 ‘이익’(interest), 그중에서도 ‘공익’(public interest)으로 파악할 수 있다.<sup>28)</sup> 안전을 보장하는 것은 국가를 포함하는 공동체 및 이러한 공동체를 구성하는 구성원 모두에게 이익이 되기 때문이다. 이를 예증하듯 우리 헌법은 제37조 제2항에서 ‘국가안전보장’을 기본권 제한 근거가 되는 공익으로 규정한다. 다만 정확하게 말하면 이익으로서 안전은 두 가지로 구별할 수 있다. ‘집단적 안전’과 ‘개인적 안전’이 그것이다. 흔히 공익으로 인정되는 안전은 집단적 안전을 말한다. 국가공동체의 전체 질서가 안정화되어 그 결과로 각 개인의 자유가 보장되는 경우가 집단적 안전과 관련된다. 우리가 전통적으로 안전을 생각하면 이러한 집단적 안전을 떠올리는 경우가 많다. 홉스(Thomas Hobbes)로 거슬러 올라가는 ‘안전국가’ 역시 집단적 안전과 관련을 맺는다.<sup>29)</sup> 그렇지만 안전이 집단적 안전으로만 존재하는 것은 아니다. 개별 기본권 주체에게 귀속되는 개인적 이익에 속하는 개인적 안전 역시 생각할 수 있다. 각 개인의 생명, 신체, 자유, 재산이 침해되지 않고 보장되는 경우를 이러한 개인적 안전의 예로 언급할 수 있다.<sup>30)</sup>

안전, 그중에서도 집단적 안전은 국가가 존속하는 데 필수적인 요건이 되기에 우리 헌법은 안전보장을 국가의 의무로 설정한다. 심지어 국가의 안전을 보장하기 위해 기본권을 제한할 수 있도록 한다. 뿐만 아니라 우리 헌법은 각종 재해로부터 기본권 주체를 안전하게 하는 것, 즉 개인적 안전을 보장하는 것도 국가의 의무로 설정한다(헌법 제34조 제6항 등). 요컨대 우리 헌법은 집단적 안전 및 개인적 안전을 보장하는 것을 헌법적 의무로 설정한다.

이처럼 안전보장은 헌법이 국가의 의무로 설정할 만큼 우리 법체계에서 중요한 지위를

28) 공익 개념에 관해서는 최송화, 공익론, 서울대학교출판부, 2002; 양천수, 공익과 사익의 혼용현상을 통해 본 공익 개념: 공익 개념에 대한 법사회학적 분석, 공익과 인권 제5권 제1호(2008. 2), 3-29면 등 참고.

29) 홉스의 안전국가에 관해서는 심재우, T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상, 법률행정논집(고려대) 제17집(1979. 12), 119-142면 참고.

30) 헌법 제34조 제6항을 이러한 경우로 파악할 수 있다.

차지한다. 이를 통해 안전이라는 이익과 국가의 의무 사이에 대칭관계가 형성된다. 그러면 이를 넘어 안전 그 자체를 독자적인 권리, 즉 기본권으로 인정할 수 있는가? 오랫동안 공익으로 인정된 안전을 기본권 주체인 개인에게 귀속시킬 수 있는 기본권으로 승인할 수 있는가에는 의문을 제기할 수 있지만 최근 이를 독자적인 기본권으로 인정하는 것이 지배적인 견해로 자리 잡고 있다.<sup>31)</sup> 심지어 헌법개정안에서 독자적인 기본권으로 제안되기도 하였다.<sup>32)</sup> 그러나 안전을 독자적인 기본권으로 인정할 수 있는가에 관해서는 의문이 없지 않다. 가장 대표적으로는 과연 안전을 독자적인 기본권으로 인정할 필요가 있는가의 의문을 제기할 수 있다. 이를 아래에서 살펴본다.

## (2) 안전권의 인정 가능성

### 1) 집단적 안전과 개인적 안전

안전을 독자적인 기본권으로 파악하고자 할 때 가장 먼저 부딪히는 문제는 그동안 안전은 기본권 제한의 근거, 즉 기본권과 대립하는 공익으로 인정되었다는 것이다. 공익은 집단적 이익으로 파악되기에 이러한 공익이 과연 각 개인에게 배분될 수 있는지 의문이 제기된다. 흔히 공익과 권리의 구별기준으로 특정한 이익이 각 권리주체에게 배분될 수 있는지 여부가 언급되기 때문이다.<sup>33)</sup> 이는 이론적 문제에 해당한다. 그렇지만 이에 대해서는 다음과 같이 대응할 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 안전을 집단적 안전과 개인적 안전으로 구별하면서 공익에 해당하는 안전은 전자를, 기본권으로 인정할 필요가 있는 안전은 후자로 파악하는 것이다. 집단적 안전과 구별되는 개인적 안전을 기본권의 대상으로 포섭함으로써 공익으로 인정되는 안전과 기본권의 대립 문제를 해소할 수 있다.<sup>34)</sup>

### 2) 안전기본권의 인정 필요성

그렇지만 다음과 같은 의문은 안전을 독자적인 기본권으로 인정할 수 있는지에 꽤 어려운

31) 이에 관해서는 송석윤, 기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구, 법학논집(이대) 제8권 제1호(2003. 8), 1-32면; 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준, 법과 정책연구 제7집 제1호(2007. 6), 217-239면; 김소연, 기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제45집 제3호(2017. 2), 173-195면; 홍완식, 안전권 실현을 위한 입법정책, 유럽헌법연구 제14호(2013. 12), 225-250면; 전광석, 국민의 안전권과 국가의 보호의무, 법과인권교육연구 제8권 제3호(2015. 12), 143-157면; 윤수정, 국민 안전권 보장을 위한 국가 및 지방자치단체의 역할: 안전권의 공법적 논의구조를 중심으로, 공법학연구 제20권 제3호(2019. 8), 3-27면 등 참고. 그중에서 윤수정 교수의 논문은 그동안 축적된 안전권 논의를 충실하게 정리하고 있다.

32) 윤수정(주 31), 8면.

33) R. Alexy, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt/M., 1995), S. 232 ff.

34) 물론 아래 III.1.(3)에서 논증하듯이 공익에 해당하는 집단적 안전 역시 집단적 권리로 인정할 여지가 있다.

문제를 던진다. 안전을 굳이 독자적인 기본권으로 인정할 필요가 있는가의 의문이 그것이다. 앞에서 살펴본 것처럼 안전은 위험으로부터 자유로운 상태를 뜻한다. 이를 더욱 구체적으로 보면 생명, 신체, 자유 및 재산에 대한 위험 또는 침해로부터 자유로운 상태를 안전으로 새길 수 있다. 이렇게 보면 안전은 자유와 같은 전통적인 기본권과 불가분의 관계를 맺고 있음을 확인할 수 있다. 생명, 신체, 자유, 재산에 대한 기본권을 보장함으로써 그 결과로 주어지는 것이 안전이다. 이를 도식으로 표현하면 아래와 같다.

**〈개별 기본권과 안전의 관계〉**

위험 및 침해로부터 생명, 신체, 자유, 재산에 대한 기본권 보장  
 ⇒ 생명, 신체, 자유, 재산에 대한 안전보장

이처럼 전통적인 기본권과 안전이 마치 동전의 양면처럼 불가분의 관계를 맺는다면, 전통적인 기본권을 보장함으로써 주어지는 결과가 안전이라면 굳이 안전을 독자적인 기본권으로 인정할 필요가 있을까 의문을 제기할 수 있고 이는 상당한 설득력을 지닌다. 그런데도 필자는 안전 그 자체를 독자적인 기본권으로 설정하는 것은 이론적으로 가능할 뿐만 아니라 실천적으로도 필요하다고 생각한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다.

먼저 권리의 상징적 기능을 언급할 수 있다. 상징적 기능은 예나 지금이나 우리 사회에서 중요한 역할을 수행한다. 이러한 예로 ‘대의명분’을 들 수 있다. 우리 역사를 보면 알 수 있듯이 사람들은 대의명분을 지킨다는 상징적 기능을 위해 때로는 자신에게 가장 손해가 되는 목숨을 끊는 행위도 서슴지 않는다. 형벌을 부과하는 과정에서도 상징적 기능의 중요성을 엿볼 수 있다. 어찌 보면 오늘날에는 형벌을 부과하는 경우보다 경제적 제재를 가하는 것이 범죄자에게 더욱 가혹할 수도 있지만, 우리는 형벌의 상징성 때문에 여전히 형벌을 가장 강력한 법적 제재로 파악한다.<sup>35)</sup> 이러한 상징적 기능은 ‘권리’(rights)에서도 찾아볼 수 있다. 이익설의 관점을 수용하면 권리는 이익이다.<sup>36)</sup> 그러면 왜 우리는 이익이 아닌 권리라는 개념을 사용할까? 그 이유는 권리라는 개념은 특정한 이익이 매우 중요하면서 정당한 이익이라는 점을 상징적으로 보여주기 때문이다.<sup>37)</sup> 특정한 이익이 도덕적인 권리로, 더 나아가 법적 권리로 승인됨으로써 이 이익은 다른 이익에 대해 우선적인 지위를 획득한다.<sup>38)</sup>

35) 형벌의 상징적 기능에 관해서는 Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Frankfurt/M., 2002), S. 205 ff.  
 36) 권리의 성격에 관해서는 김도균, 권리의 문법: 도덕적 권리·인권·법적 권리, 박영사, 2008 참고.  
 37) 이를 보여주는 김현철, 권리의 우선성에 대한 고찰, 법철학연구 제7권 제1호(2004. 5), 249-272면 참고.  
 38) 이에 관해서는 김현철, 형식적 권리론: 권리의 개념구조에 대하여, 법철학연구 제5권 제1호(2002. 6), 115-140

이러한 상징성은 실제적으로도 매우 중요하다. 왜냐하면 각 개인의 권리를 그 어떤 이익보다 중시하는 현대 민주적 법치국가에서는 권리가 다른 이익과 충돌할 때 가능한 한 권리에 우선적인 지위를 부여하기 때문이다. 이러한 주장을 안전에 적용하면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 안전을 독자적인 권리, 그것도 헌법이 보장하는 기본권으로 설정함으로써 다른 이익이나 기본권 등과 충돌할 때 안전을 좀 더 충실하게 보장할 수 있다는 것이다. 개인의 자유와 권리를 중시하는 자유주의적 법치국가에서는 기본권에 해당하는 자유와 공익에 해당하는 안전이 충돌할 때 자유를 더 중시하는 경향이 강하다.<sup>39)</sup> 안전을 다소 희생시키더라도 자유를 우선시 하는 것이다. 이로 인해 안전의 규범적 비중은 약해진다. 그러나 안전을 독자적인 기본권으로 설정하면 안전이 자유와 같은 기본권과 충돌할 때 과소평가되기 어렵다. 말하자면 안전기본권은 안전에 대한 규범적 가치를 상징적으로 강조하는 역할을 한다. 그 점에서 안전을 독자적인 기본권으로 설정하는 것은 필요해 보인다.

안전을 기본권으로 인정할 필요는 국가의 기본권 보호의무와 관련해서도 생각해 볼 수 있다.<sup>40)</sup> 의무의 차원에서 보더라도 국가의 안전보장 의무와 안전기본권 보호의무 사이에는 규범적 무게의 차이를 발견할 수 있다. 더군다나 우리 헌법재판소 판례에 따르면 기본권 보호의무에서 기본권을 구체적으로 보호하기 위한 입법의무가 도출된다. 기본권 보호의무를 통해 입법자에게 부여된 광범위한 입법형성의 자유가 축소되는 것이다. 재량이라는 개념으로 바꾸어 말하면, 기본권 보호의무에 의해 재량권이 축소되어 입법재량행위가 입법자가 구체적인 입법을 해야 하는 입법기속행위로 전환된다. 이러한 기본권 보호 도그마틱에 비추어 보면 안전을 독자적인 기본권으로 설정하는 데 의미가 없지 않다. 안전을 기본권으로 인정하면 안전기본권 보호의무가 국가에게 부여되고 이를 통해 입법자에게 안전기본권을 보장하는데 필요한 구체적인 입법의무를 부과할 수 있기 때문이다.

### 3) 안전기본권의 인정 가능성

위에서 살펴본 것처럼 안전을 독자적인 기본권으로 설정하는 것은 충분히 필요해 보인다. 그렇다면 안전을 기본권으로 근거 짓는 것은 이론적으로 가능한가? 특정한 이익이 독자적인 권리로 인정되려면 몇 가지 단계를 거쳐야 한다.<sup>41)</sup> 이는 크게 세 단계로 구분할 수 있다.

면; 양천수, 권리의 형성 메커니즘, 법철학연구 제16권 제1호(2013. 4), 199-232면 등 참고.

39) 이러한 시각을 형법학에서 강하게 투영하는 경우로는 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 옮김, 범죄와 형벌: 올바른 형법을 위한 변론, 나남, 2011 참고.

40) 정문식(주 31), 217면 아래; 윤수정(주 31), 9면 아래 참고.

41) 김현철(주 38), 115면 아래.



먼저 해당 이익이 각 개인에게 귀속될 수 있어야 한다. 다음으로 해당 이익의 규범적 중요성이 인정되어 인권과 같은 도덕적 권리로 승인되어야 한다.<sup>42)</sup> 나아가 이러한 도덕적 권리가 실정법상 법적 권리로 제도화되어야 한다. 물론 권리화가 언제나 이러한 단계를 모두 거쳐야 하는 것은 아니다. 경우에 따라서는, 가령 그 이익이 매우 중대하고 긴급하게 보장될 필요가 있는 경우에는 도덕적 권리의 단계를 거치지 않고 곧바로 실정법상 권리로 제도화될 수 있다.

이러한 시각에서 안전을 검토하면, 앞에서 살펴본 것처럼 안전은 집단적 안전과 개인적 안전으로 구별할 수 있다. 따라서 안전의 개별화 문제는 해소된다. 다음으로 안전은 권리화가 필요할 정도로 중대한 이익일까? 물론 지배적인 견해가 안전을 독자적인 기본권으로 설정하고 있다는 점을 고려하면 이는 곧바로 승인될 수 있을 것으로 보인다. 다만 논증을 더욱 강화한다는 점에서 두 가지 근거를 덧붙이고자 한다.

우선 정치학 영역에서 논의되는 인간안보 논증을 언급하고자 한다.<sup>43)</sup> ‘인간안보’(human security)는 정치학, 특히 안보학에서 전통적인 국가안보에 대비되는 개념으로 제시되었다. 국가의 안전을 보장하는 안보에서 인간 존재의 안전을 보장하는 안보로 패러다임을 바꾼 것이다. 이의 연장선상에서 긴급복지를 인간안보를 실현하기 위한 수단으로 파악하기도 한다. 이러한 인간안보는 다음과 같은 상반된 의미를 지닌다. 한편으로 인간안보는 인간의 안전을 보장하는 것을 안보학, 즉 정치학의 영역으로 전환한다. 인간 존재의 보장을 정치화하는 것이다. 마치 국가를 보장하는 것처럼 인간 존재를 보장해야 한다는 것이다. 이를 통해 안전이 그 무엇보다 중요한 가치로 대두한다. 다른 한편으로 인간안보는 정치적인 성격이 강한 안보를 개별 인간 존재와 결합시킴으로써 안보를 탈정치화한다는 의미도 지닌다. 그렇지만 실제로는 두 가지 의미 중에서 전자의 의미가 더 강하게 부각된다. 뿐만 아니라 필자는 인간안보 논증에서 안전기본권에 관해 중요한 다음과 같은 의미를 추출할 수 있다고 생각한다. 안보가 국가뿐만 아니라 개별 인간 존재와도 연결될 수 있다는 점이다. 달리 말해 개별적 안보를 인정할 수 있다는 것이다. 나아가 인간안보는 인간의 실존을 보장하는 것, 다시 말해 인간의 안전을 보장하는 것이 그 얼마나 중요한 규범적 가치인지를 시사한다. 이러한 인간안보 논증에서 우리는 안전이라는 이익을 규범적으로 중대한 권리로 근거 짓는 데 필요한 이론적 근거를 획득할 수 있다.

물론 인간안보는 정치학이라는 존재 영역을 다루는 학문에서 제시된 개념이라는 점에서 중대한 규범적 이익인 안전기본권을 법이론적으로 논증하는 데 원용하는 근거로는 부족할

42) 안전을 인권으로 파악하는 경우로는 김소연(주 31), 173면 아래 참고.

43) 이에 관해서는 S. 타지박시·A.M. 체노이, 박균열 외 옮김, 인간안보: 개념과 함의, 철학과현실사, 2010; 조희순, 정보시대의 인간안보: 감시사회인가? 복지사회인가?, 집문당, 2012 등 참고.

수 있다. 존재에서 곧바로 당위를 이끌어낼 수는 없기 때문이다. 따라서 또 다른 규범적 근거가 요청된다. 이에 관해서는 권리 개념에 관해 전개된 독일 공법학의 논의, 특히 빌리의 주관적 공권이론과 순수법학을 제창한 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 권리 개념이 도움이 된다.

독일 공법학에서 주관적 공권 개념이 정립되는 데 중요한 역할을 한 빌리(Ottmar Bühler)에 따르면, 주관적 공권 개념이 성립하기 위해서는 다음과 같은 요건이 필요하다.<sup>44)</sup> 첫째, 국가에게 의무를 부과하는 강행법규가 존재해야 한다. 둘째, 이러한 강행법규가 사익을 보호해야 한다. 셋째, 강행법규가 보호하는 사익을 소송 등과 같은 강제절차로 관철할 수 있어야 한다. 흔히 ‘보호규범이론’으로 지칭되는 빌리의 주관적 공권이론은 이후 독일 공법학에 지배적인 영향을 미쳤다. 이때 가장 중요한 역할을 하는 요건은 강행법규가 존재하는가 여부이다. 이에 따르면 특정한 이익이 주관적 공권이 되는지는 이러한 이익에 대칭되는 의무가 국가에게 부과되고 있는지에 달려 있다. 이렇게 보면 객관적 의무에서 주관적 공권이 도출된다고 말할 수 있다.

이러한 시각은 켈젠의 기본권 이론에서 극명하게 드러난다. 엄격한 방법이론론에 따라 국가가 제정한 실정법만을 법으로 보고 법과 국가를 동일한 것으로 파악한 켈젠은 주관적 권리와 객관적 법을 구별하는 이분법에 반대한다.<sup>45)</sup> 켈젠은 이러한 이분법은 국가와 사회를 구별하면서 사회의 자율성을 인정하는 사고방식에 바탕을 둔다고 본다. 이를 대변하는 법학으로 19세기 독일에서 발전했던 판덱텐 법학을 든다.<sup>46)</sup> 켈젠에 따르면 판덱텐 법학은 국가가 제정하는 객관적 법으로부터 독립된 주관적 권리가 존재한다고 본다. 이러한 주관적 권리는 사적 자치에 따라 당사자의 자율적인 의사와 합의에 의해 형성된다. 그러나 켈젠은 이러한 사고방식에 반대한다. 켈젠에 따르면 주관적 권리는 객관적 법과 무관하게 독자적으로 존재하는 것이 아니다.<sup>47)</sup> 오히려 켈젠에 의하면 주관적 권리는 객관적 법이 규정하는 의무로부터 반사적으로 도출되는 이익에 불과하다. 요컨대 주관적 권리는 당사자의 자율적 의사라는 사실로부터 형성되는 것이 아니라 객관적 법이 국가에 부과하는 의무로부터 반사적으로 도출된다는 것이다. 그 점에서 켈젠의 기본권 이론에서도 의무가 핵심적인 지위를 차지한다. 이는 빌리의 주관적 공권이론과 상통한다.

빌리와 켈젠의 권리이론은 이후 새로운 권리이론 등에 의해 다양한 비판에 직면했다는

44) 빌리의 공권 개념에 관해서는 O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung* (Berlin u.a., 1914) 참고. 이를 간략하게 소개하는 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 190면 아래 참고.

45) 한스 켈젠, 윤재왕 옮김, 순수법학, 박영사, 2019, 67면 아래.

46) 한스 켈젠(주 45), 62면 아래.

47) 한스 켈젠(주 45), 70면.

점에서 오늘날에도 여전히 설득력을 인정할 수 있을지 의문이 없지 않다. 그렇지만 이들 주장은 안전기본권 인정 여부에 관해 중요한 이론적 시사점을 제공한다. 특정한 이익을 권리로 인정하는 데 가장 중요한 측면은 이러한 이익을 보장하는 것이 국가의 의무로 설정되어 있는지 여부라는 것이다. 이는 안전의 경우에 긍정적으로 판단할 수 있다. 왜냐하면 우리 헌법은 집단적 안전뿐만 아니라 개인적 안전 모두 이를 보장하는 것을 국가의 의무로 규정하기 때문이다. 안전에 관해서는 이에 대칭되는 국가의 의무가 헌법에 의해 설정되고 있는 것이다. 이렇게 보면 안전을 독자적인 권리, 더 나아가 기본권으로 인정하는 것도 이론적으로 가능하다고 말할 수 있다. 헌법이 이를 국가의 의무로 설정하는 이상 이를 실제로 관철할 가능성도 존재하기 때문이다.

### (3) 두 가지 유형의 안전기본권

앞에서 전개한 논증에 비추어 보면 안전은 독자적인 기본권, 즉 안전기본권으로 인정할 수 있다. 안전을 기본권으로 설정하는 것은 실제적으로도 의미가 있다. 여기서 한 가지 더 언급하고자 한다. 안전이 개인적 안전과 집단적 안전으로 구별되는 것처럼 안전기본권 역시 개인적인 안전기본권과 집단적인 안전기본권으로 구별할 수 있다는 것이다.<sup>48)</sup> 이때 개인적 안전기본권은 기본권 주체의 생명, 신체, 자유, 재산 등을 안전하게 보장하는 것을 내용으로 하는 기본권을 말한다. 이에 대해 집단적 안전기본권은 국가나 사회와 같은 공동체를 유지하는 데 중요한 집단적 안전을 보장하는 것을 내용으로 하는 기본권을 뜻한다.

## 2. 행위의 자유와 개인정보 자유의 대립

안전사회의 헌법학적 문제에 대한 두 번째 경우로 행위의 자유와 개인정보 자유의 대립과 충돌을 언급할 필요가 있다. 이는 코로나가 진행 중인 우리 사회에서, 전 세계적으로 이름을 떨친 'K-방역'과 관련하여 특히 문제가 된다. K-방역이 성공을 거둔 가장 큰 이유는 코로나 확산과 관련한 신속한 선별 검사라는 선제적·예방적 대응에서 찾을 수 있기 때문이다. 그러나 이는 대가를 필요로 하였다. 개인정보에 대한 중대한 제한 및 개인정보를 매개로 한 포함과 배제가 그것이다. 우리는 안전과 행위의 자유를 얻는 대신 개인정보의 자유 및 포함과 배제를

48) 집단적인 안전기본권은 개인적인 권리와 구별되는 집단적인 권리가 개념적으로 가능하다는 점을 전제로 한다. 집단적인 권리에 관해서는 James Crawford, *The Rights of Peoples: "Peoples" or "Government"?*, in: James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples* (Oxford: Clarendon Press, 1988), p. 55-67; Will Kymlicka, *The Good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights*, *Dissent* (Summer, 1996), p. 22-30 등 참고.

대가로 지불한 것이다.

## (1) 개인정보 자유 및 제한에 대한 법적 상황

### 1) 개인정보 보호법

개인정보의 자유 및 제한에 관해 살펴보려면 먼저 우리 법제가 이를 어떻게 규율하는지 검토할 필요가 있다. 개인정보에 관해 우리는 「개인정보 보호법」을 제정 및 시행함으로써 이에 대응한다. 「개인정보 보호법」은 개인정보 보호에 관해 유럽연합이 채택하는 명시적인 사전동의 원칙을 수용한다. 이에 따르면 개인정보처리자는 원칙적으로 정보주체의 동의를 받은 경우에 개인정보를 수집할 수 있으며 수집 목적의 범위에서 이를 이용할 수 있다(제15조 제1항 제1호). 이른바 ‘사후승인’(opt-out)을 원칙으로 채택한 미국과 달리 우리 법제는 유럽연합이 채택하는 ‘사전동의’(opt-in)를 원칙으로 수용함으로써 정보주체의 개인정보를 강력하게 보장한다. 다만 이러한 기본 태도는 현대 초연결사회에서 빅데이터나 인공지능을 구현하는 데 장애가 된다는 비판이 지속적으로 제기되었다. 이에 혁신성장을 위한 ‘데이터 3법’ 개정의 일환으로 2020년 2월 4일에 「개인정보 보호법」이 일부 개정되었다. 이에 따라 제15조 제3항으로 다음 내용이 추가되었다. “개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다.”는 것이다. 이를 통해 인공지능을 구현하는 데 필수적인 빅데이터를 수집 및 이용하는 데 필요한 법적 근거가 마련되었다. 그만큼 개인정보 보호가 제한되는 정도가 확대된 것이다. 여기서 우리는 혁신성장이라는 명분 아래 개인정보 수집 및 이용에 대한 규범적 통제 강도가 점차 약해지는 흐름을 읽을 수 있다.

### 2) 감염병예방법

개인정보 보호를 제한하는 또 다른 근거는 바로 안전, 그중에서도 코로나 19와 같은 질병감염 위험으로부터 안전해지는 것이다. 이에 대한 근거를 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘감염병예방법’으로 약칭함)에서 찾을 수 있다. 감염병예방법 제7장 “감염 전파의 차단 조치”에 자리한 제34조의2는 “감염병위기 시 정보공개”라는 표제 아래 제1항 본문에서 다음과 같이 규정한다. “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 등

국민들이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 정보통신망 게재 또는 보도자료 배포 등의 방법으로 신속히 공개하여야 한다.”

이는 「개인정보 보호법」이 원칙으로 삼는 사전동의 원칙의 증대한 예외가 된다. 감염병예방과 안전이라는 공익을 위해 특정한 요건이 충족되는 경우에는 감염병 환자의 사전동의를 받지 않고도 매우 민감한 개인정보를 공개할 수 있는 것이다. 물론 「개인정보 보호법」 제15조 제1항 제2호는 “법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우”에는 개인정보처리자가 개인정보를 수집 및 이용할 수 있도록 함으로써 「개인정보 보호법」과 감염병예방법 사이의 체계모순을 피하고 있다.

이번 코로나 사태에서 전 세계적으로 명성을 획득한 K-방역에서 가장 핵심이 되는 법적 근거는 감염병예방법 제34조의2 제1항이었다. 이 규정 덕분에 질병관리본부(질병관리청)는 신속하게 선제적인 선별검사를 실시함으로써 코로나 사태에 효과적으로 대응할 수 있었다. 코로나로부터 시민들의 안전을 확보하고 행위자유를 보장하기 위해 환자의 개인정보 보호를 강도 높게 제약한 것이다. 그렇지만 핸드폰 등과 같은 소통매체를 통해 환자의 개인정보가 여과 없이 노출되고 감염병예방과 직접 관련이 없는 성별, 연령 등이 공개되면서 환자가 누구인지 특정되는 경우가 많았다. 이로 인해 환자에 대한 강력한 사회적 배제가 이루어졌다.<sup>49)</sup> 이를 보완하기 위해 감염병예방법은 2020년 9월 29일에 이루어진 일부 개정으로 제34조의2 제1항에 단서를 신설하였다. 이에 따르면 “성별, 나이, 그 밖에 감염병 예방과 관계없다고 판단되는 정보로서 대통령령으로 정하는 정보는 제외하여야 한다.” 이외에도 2020년 9월 29일의 일부 개정으로 감염병 환자의 개인정보에 관한 잊힐 권리(제2항) 및 이의신청권(제3항)이 신설되었다.<sup>50)</sup> 이러한 일부 개정으로 감염병 예방 및 안전에 치우쳤던 개인정보 관리를 다시 개인정보 보호 쪽으로 다소간 조정할 수 있게 되었다.

## (2) 행위의 자유와 개인정보의 자유 간의 대립

감염병예방법 제34조의2 제1항 본문으로 코로나를 적극적으로 예방하는 데 필요한 법적 근거를 확보하면서 환자의 개인정보 보호에 대한 제한은 강화되었지만 그 반대급부로 안전 및 행위의 자유를 획득할 수 있게 되었다. 물론 그렇다고 해서 우리가 행위의 자유를 전면적으로 제한할 수 없는 것은 아니다. 정부는 코로나에 대응하기 위한 거리두기의 단계를 초기의

49) 이에 대한 비판으로는 권건보/김현경, 코로나 확진자 개인정보 공개는 신중을 기해야. 확진자정보의 신속한 공유·처리는 중요하나, 일반 국민에 대한 공개는 신중해야, 법연(법제연구원) 제67권(2020. 여름), 64-72면 참고.

50) 이에 관해서는 권건보, 감염병 위기 대응과 정보인권, 공법학연구 제21권 제3호(2020. 8), 3-31면 참고.

‘생활 속 거리두기/사회적 거리두기’라는 이원적 단계에서 ‘사회적 거리두기 1단계/2단계/3단계’를 거쳐 ‘사회적 거리두기 1단계/1.5단계/2단계/2.5단계/3단계’라는 총 다섯 단계로 정돈하였는데, 이때 각 단계에 따라 우리 법제 역시 행위의 자유를 제한하는 조치를 취할 수 있기 때문이다.<sup>51)</sup> 심지어 사회적 거리두기 3단계에서는 전면적 행위제한(lockdown) 조치도 취할 수 있다. 그렇지만 우리는 행위제한의 정도가 심한 사회적 거리두기 3단계로 가능한 이행하지 않기 위해 선제적으로 신속하게 감염병 환자 선별검사를 실시한다. 이 과정에서 감염병예방법 제34조의2 제1항이 규정한 “감염병위기 시 정보공개”를 적극 활용한다. 이에 반해 유럽연합이나 미국은 전면적 행위제한은 실시하지만 우리처럼 환자의 개인정보를 활용한 선제적인 선별검사 및 예방 정책은 실시하지 않는다. 이에 따른 개인정보 제한 또는 침해를 우려하는 것이다. 이러한 맥락에서 우리의 K-방역을 비판하기도 한다.<sup>52)</sup> 코로나 대응에 관해 행위의 자유와 개인정보의 자유가 대립 및 충돌하는 현상이 발생하는 것이다. 이와 동시에 민감한 개인정보를 통제하면서도 시민들의 일반적인 행위 자유는 가능한 한 보장하는 우리나라의 사회적 거리두기 정책과 개인정보는 보장하면서 시민들의 일반적인 행위 자유는 엄격하게 통제하는 유럽연합이나 미국의 사회적 거리두기(물리적 거리두기) 정책 중에서 무엇이 더 나은가 라는 근본적인 문제가 제기된다. 이는 기본권 충돌 문제에 해당한다.

### (3) 자유의 우선순위와 사회구조 및 문화

유럽연합이나 미국과 비교할 때 우리나라가 개인정보의 자유보다 행위의 자유, 더욱 정확하게 말해 개인정보의 자유보다 안전을 더 우선시하는 것으로 보인다. 물론 확진자의 동선 공개에 관해 비판이 제기되고 이를 반영하여 감염병예방법 제34조의2를 개인정보 보호 친화적으로 바꾸기는 했지만 여전히 무게중심은 안전 및 이에 결부되어 있는 행위의 자유에 놓여 있는 것으로 보인다. 행위의 자유와 개인정보의 자유 중에서 무엇을 더 우선시할 것인가에는 정답을 말하기 어렵다. 어떤 자유를 더욱 중요하게 여길 것인가 하는 점은 해당 사회가 어떤 구조를 지니는지, 자유에 관해 어떤 사회적 소통이 이루어지는지, 자유에 관해 어떤 문화를 지니고 있는지에 따라 달라지기 때문이다.

이는 정보주체의 개인정보 또는 프라이버시를 어떤 방식으로 보호할 것인가에 관해 유럽연합과 미국이 서로 다른 방식을 취하고 있는 것을 보아도 확인된다. 미국의 법학자 제임스 휘트먼(James Q. Whitman)은 이를 문화의 차이로 논증한다.<sup>53)</sup> 이때 말하는 문화의 차이는

51) 이에 관해서는 코로나바이러스감염증-19 중앙재난안전대책본부 정례브리핑 (2020. 11. 1) 참고. 이는 <https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148879354>에서 확인할 수 있다.

52) 이에 관한 기사로는 [https://world.kbs.co.kr/service/news\\_view.htm?lang=k&Seq\\_Code=352348](https://world.kbs.co.kr/service/news_view.htm?lang=k&Seq_Code=352348) 참고

‘존엄 대 자유’의 차이를 말한다. 휘트먼 교수에 따르면 유럽연합은 개인정보에 관해 ‘존엄’(dignity)을 강조한다. 이로 인해 유럽연합에서는 ‘존엄의 측면을 갖는 프라이버시’(privacy as an aspect of dignity)가 중요하다. 이를 달리 말하면 자신의 프라이버시, 즉 개인정보에 관해 정보주체가 자기결정권을 갖는지가 중요하다는 것을 뜻한다. 칸트의 철학이 시사하듯이 존엄에서 중요한 지위를 차지하는 것은 자기결정이기 때문이다.<sup>54)</sup> 이에 반해 미국은 개인정보, 즉 프라이버시에 관해 ‘자유’(liberty)를 우선시한다. 이러한 맥락에서 미국에서는 ‘자유’의 측면을 갖는 프라이버시’(privacy as an aspect of liberty)가 핵심이 된다. 프라이버시 또는 개인정보가 실질적으로 침해되었는지가 중요하다는 것이다. 이러한 문화적 차이로 인해 유럽연합은 정보주체의 존엄을 중시하는 사전동의 방식의, 미국은 정보주체의 실질적인 자유를 중시하는 사후승인 방식의 개인정보 보호를 채택한다는 것이다.

문화가 법제도에 긴밀한 영향을 미친다는 점은 다수의 연구에서도 확인된다.<sup>55)</sup> 그리고 문화가 사회의 구조 및 소통 방식을 규정하는 데 중요한 역할을 한다는 점을 고려하면, 개인정보의 자유와 행위의 자유 중에서 무엇을 우선시할 것인가의 문제는 결국 해당 사회가 어떻게 구조화되었는지와 밀접한 관련을 맺는다고 말할 수 있다. 이렇게 보면 코로나 상황에서 코로나 확진자의 개인정보에 관한 자유보다 비확진자의 행위 자유 및 안전을 더 중시하는 우리의 모습은 우리 사회가 이미 상당 부분 안전사회로 이행했다는 점을 시사한다.

### 3. 안전사회에 대한 대응으로서 포용국가

#### (1) 문제점

앞에서 살펴본 것처럼 코로나가 진행 중인 우리 사회는 안전을 그 무엇보다 중요시하는 안전사회로 접어들었다. 이에 따라 안전사회의 부작용이 사회 곳곳에서 불거진다. 가장 눈에 띄는 문제로 코로나 감염을 기준으로 한 강력한 포함과 배제 문제를 들 수 있다. 코로나에 대응하기 위해 사회적인 물리적 거리두기와 선제적인 선별검사를 실시하였지만, 그 때문에 코로나 확진을 기준으로 한 뚜렷한 포함과 배제 및 (확진자에 대한) 사회적 거리두기가 부작용으로 나타난다. 바이러스 감염이라는 생물학적·의료적 기준이 사회의 동지와 적을 구별하여

53) James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, *Yale Law Journal* 114 (2004), p. 1151 참고.

54) 이를 치밀하게 논증하는 경우로는 심재우, 인간의 존엄과 법질서: 특히 칸트의 질서사상을 중심으로, 열정으로서의 법철학, 박영사, 2020, 175면 아래 참고.

55) 이를 보여주는 양천수, 법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여, 법과 사회 제60호(2019. 4), 231-269면 참고.

강력한 포함과 배제를 유발한다. 정부가 애초에 의도한 사회적인 차원의 물리적 거리두기가 사회적 관계에 대한 거리두기로 변질된다. 문제는 이러한 포함과 배제가 코로나에 관해서만 한정되지 않는다는 것이다. 코로나로 비대면 방식의 소통이 급증하면서 사회의 여러 차원에서 포함과 배제 및 양극화가 심화된다. 비대면 방식의 소통 증가에 따른 친밀성의 양극화, 비대면 소통매체 및 플랫폼에 대한 접근의 양극화 그리고 지속가능한 생존과 직결되는 경제적 양극화 등을 꼽을 수 있다.<sup>56)</sup> 어찌 보면 이는 인터넷이 창발한 사이버세계의 배반일지도 모른다. 처음 인터넷이 등장하고 모든 정보가 소통되고 공유될 수 있는 사이버세계가 창발되면서 많이 이들은 정보민주주의와 같은 새로운 민주주의가 구현되는 사회를 꿈꾸었기 때문이다. 그렇지만 현실은 오히려 그 반대로 진행된다. 현실세계보다 사이버세계에서 양극화가 심화되고 있는 것이다. 다양한 소통플랫폼과 소통매체가 개발되면서 자유롭고 평등한 소통이 전개되기보다는 반대로 가짜 뉴스와 딥페이크로 대변되는 소통왜곡 문제가 심화된다.<sup>57)</sup> 사이버세계가 정보민주주의를 구현하기보다는 오히려 민주주의를 파괴한다는 우려가 늘어난다.<sup>58)</sup> 합리적인 대화와 토론보다는 적과 동지로 구별되는 진영논리가 모든 소통을 압도하고 있는 것이다.

물론 이 모든 것이 안전사회가 빚어낸 부작용이라고 말할 수는 없을 것이다. 그렇지만 앞에서 언급한 문제들이 안전사회를 뚜렷하게 특징짓는 《포함-배제》와 밀접한 관련을 맺는다는 점은 부인하기 어렵다. 이러한 상황에서 우리는, 우리 국가는 포함과 배제라는 이분법이 유발하는 문제에 어떻게 대응해야 하는지 고민해야 한다. 이에 관해 이 글은 두 가지 개념을 다루고자 한다. 포용국가와 보장국가가 그것이다.

## (2) 포용국가

### 1) 통합국가

포함과 배제라는 구별이 사회 전체를 지배한다는 것은 그 사회가 분열되어 있음을 시사한다. 이렇게 사회가 분열되어 있을 때 전통적으로는 '통합'(Integration)을 해법으로 제시하였다. 국가가 분열을 해소하고 사회를 통합해야 한다는 것이다. 사회를 통합하기 위해 국가는 다양한 정책적 수단을 활용한다. 이때 법규범은 사회를 통합하는 데 중요한 수단이 된다. 이는 독일의 공법학자 스멘트(Rudolf Smend)가 제시한 헌법이론에서 잘 드러난다.<sup>59)</sup> 국가와

56) 플랫폼이 야기하는 여러 문제에 관해서는 마셜 밴 엘스타인 외, 이현경 옮김, 플랫폼 레볼루션, 부키(주), 2019, 371면 아래 참고.

57) 이에 관해서는 이민영, 딥페이크와 여론형성: 알고리즘의 권력화와 탈진실의 규제담론, 미국헌법연구 제31권 제1호(2020. 4), 199-241면 참고.

58) 캐시 오닐, 김정혜 옮김, 대량살상 수학무기, 흐름출판, 2017, 298면 아래 참고.

59) Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Berlin, 1928); Roland Lhotta (Hrsg.), *Die Integration*



법을 동일하게 파악하는 켈젠과는 달리 스멘트는 국가를 통합과정으로 규정한다. 스멘트에 의하면 이때 헌법이 중요한 기능을 수행한다. 헌법에 힘입어 비로소 인적·사물적·기능적 통합이 이루어지고 이를 통해 국가공동체는 통합이라는 과정을 밟게 된다. 특히 헌법이 규정하는 기본권은 객관적 가치질서로서 국가가 통합되는 데 기여한다.

그러나 통합이라는 구상은 사회의 거의 모든 부분에서 다원화가 진행되고 이로 인해 복잡성이 비약적으로 증대하는 오늘날에는 적절하지 않은 것으로 보인다.<sup>60)</sup> 물론 통합 개념을 국가공동체를 하나로 동일화하는 통합이 아니라, 한편으로는 사회의 다원성을 인정하면서도 다른 한편으로는 이러한 다원성이 서로 조화를 이루면서 병존할 수 있는 개념으로 설정한다면, 다시 말해 ‘다원적 통합’으로 설정할 수 있다면 오늘날에도 여전히 유효한 개념으로 수용할 수 있을 것이다. 하지만 통합이 지닌 본래적 이미지 때문에 통합 개념을 재설정하는 것은 어려워 보인다. 그 때문에 오늘날에는 포용이 더 적절한 키워드로 부각된다.

## 2) 포용국가

‘포용’(inclusion)은 현 정부가 강조하는 키워드다.<sup>61)</sup> 문재인 정부는 ‘혁신적 포용국가’(innovative inclusive state)를 정책적 목표로 설정함으로써 한편으로는 혁신성장을, 다른 한편으로는 포용국가를 내세운다. 제4차 산업혁명을 주축으로 하는 혁신 과정에서 배제되는 이들이 없도록 혁신과 포용을 동시에 추구하는 것이다. 그런데 이때 말하는 포용이란 무엇을 뜻하는지 의문이 들 수 있다. 이에 관해 현 정부에서 강조하는 포용은 내용적인 면에서 볼 때 복지국가의 그것과 큰 차이가 없어 보인다. 사회에서 배제되는 사회적 약자를 배려하고 도와주는 복지국가의 목표와 비슷하게 포용 개념을 설정한다.<sup>62)</sup>

하지만 지난 2010년을 전후로 하여 활발하게 논의된 ‘포용국가’(inclusive state)는 전통적인 복지국가와는 다른 맥락에서 등장하였다.<sup>63)</sup> 기존의 복지국가는 한 국가의 경계선을 기준으로 하여 국가 구성원의 복지에 주로 관심을 기울였다면, 포용국가는 이를 넘어 국가의 경계

*des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend* (Baden-Baden, 2005) 등 참고.

60) 통합론에 대한 비판으로는 Robert Chr. van Ooyen, Demokratische Partizipation statt “Integration”: normativ-staatstheoretische Begründung eines generellen Ausländerwahlrechts. Zugleich eine Kritik an der Integrationslehre von Smend, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* (2003), S. 601-627.

61) 영어 ‘inclusion’은 포함, 포용, 포섭 등으로 번역된다. 필자는 《포함-배제》 구별을 원용할 때는 이를 ‘포함’으로 번역하였다. 다만 요즘 우리 사회에서 포용 및 포용국가가 널리 사용되기에 맥락에 따라 포용이라는 번역어도 함께 사용한다.

62) 성경룡 외, (새로운 대한민국의 구상) 포용국가, 21세기북스, 2017 참고.

63) Anis A. Dani/Arjan de Haan, *Inclusive States: Social Policy and Structural Inequalities* (World Bank, 2008) 참고.

밖에 있는 이들, 즉 국가공동체로부터 배제된 이들을 국가가 포용할 것을 강조하기 때문이다. 이때 포용국가가 직접적으로 관심을 기울여야 하는 이들은 이주민, 난민, 미등록외국인 등이었다. 그 점에서 포용국가는 국가주의의 한계를 넘어서는 ‘초국가주의’ (transnationalism)와 같은 맥락을 이룬다고 말할 수 있다. 요컨대 포용국가는 당시 인문학 영역에서 등장했던 호모 사케르, 환대, 포용과 배제 등과 같은 맥락에서 제시된 새로운 국가 패러다임이라고 말할 수 있다.<sup>64)</sup>

이렇게 보면 안전사회로 접어든 우리 사회에 대한 해결책으로 본래 의미의 포용 및 포용국가를 언급하는 것은 적절하지 않아 보인다. 제주도 예멘 난민 문제가 시사하듯이 우리 사회는 여전히 국가의 경계 밖에 있는 타자들을 포용할 준비가 충분히 마련되지 않은 것처럼 보이기 때문이다.<sup>65)</sup> 그런데도 필자는 오늘날의 상황에서 포용이 유의미한 개념으로 사용될 수 있다고 생각한다. 이는 포용을 다음과 같이 개념화하면 가능하다. 다원화되고 전문화된 사회의 각 영역에 대한 자유롭고 평등한 참여를 보장한다는 의미로 포용을 개념화하는 것이다. 다시 말해 오늘날의 상황에서 포용국가가 추구해야 하는 포용은 기능적으로 분화된 사회 각 영역에 사회 구성원들이 자유롭고 평등하게 참여할 수 있도록 보장하는 것이어야 한다. 이를 개념화한다면 ‘절차주의적 포용’(procedural inclusion)으로 언급할 수 있을 것이다.

### 3) 역량이론과 결합된 포용국가

포용을 이렇게 개념화하면 포용국가는 기존의 복지국가와 차별화되는 독자적인 의미를 획득할 수 있다. 복지국가가 직접적인 급부라는 방식으로 국가 구성원들의 생존을 배려하고자 했다면, 포용국가는 국가 구성원들이 기능적으로 분화된 사회의 각 영역에 자유롭고 평등하게 참여할 수 있는 능력, 즉 ‘역량’을 키우는 것에 더 주목한다고 말할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 포용국가는 쉐(Amartya Sen)와 누스바움(Martha Nussbaum)이 발전시킨 역량이론과 연결된다.<sup>66)</sup> 포용국가는 국가 구성원들에게 재화 공급과 같은 급부를 직접 제공하기보다는 구성원들의 자율적인 역량을 제고하는 데 관심을 기울이기 때문이다. 구성원들에게 물고기를 잡아주기보다는 물고기를 잡을 수 있는 역량을 키우는 데 더 초점을 맞추는 것이다.

64) 조르조 아감벤, 박진우 옮김, 호모 사케르: 주권 권력과 별거벗은 생명, 새물결출판사, 2008; 자크 데리다, 남수인 옮김, 환대에 대하여, 동문선, 2004 참고.

65) 이에 관한 문제를 다루는 구정우, 인권도 차별이 되나요?: ‘나는 괜찮다’고 여겼던 당신을 위한 인권사회학, 북스톤, 2019 참고.

66) 역량이론에 관해서는 마사 누스바움, 한상연 옮김, 역량의 창조: 인간다운 삶에는 무엇이 필요한가?, 돌베개, 2015; 이서형, 자유주의의 실질화를 위한 자율적 구성 모델, 법학박사 학위논문, 이화여자대학교 2018 등 참고.

#### 4) 포용국가와 보장국가의 연결 가능성

이렇게 이해된 포용국가는 기존의 복지국가보다는 한 발짝 물러서서 국가 구성원들을 배려하는 국가로 파악된다. 복지국가보다는 후견의 정도가 약한 것이다. 그 점에서 포용국가는 보장국가와 연결될 가능성이 있다. 최근 공법학, 특히 행정법학에서는 새로운 패러다임으로 보장국가가 논의된다. 여기서 ‘보장국가’(Gewährleistungsstaat)란 “국방, 치안, 외교, 국민생활의 최소한의 보장 등 국가의 핵심적 역할만 직접 수행하고 나머지 국가적(공익적) 역할 또는 활동은 되도록 공과私の 협력을 통해서, 혹은 사인의 자율적 활동을 통해 달성하되, 그 공사협력 내지 사인의 자율적 활동이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 보장할 책임을 지는 국가”를 뜻한다.<sup>67)</sup> 이러한 보장국가는 전통적인 복지국가와는 달리 국가의 직접적인 임무를 대폭 축소한다. 국민의 생존과 안전에 직결되는 보장책임만을 국가가 직접 부담하고 그 외의 임무와 책임은 우선적으로는 국가 구성원, 즉 시민들이 자율적으로 짊어진다. 이를 통해 시민과 국가가 서로 협력하는 민관협력 모델을 추구한다. 그 점에서 보장국가에서는 복지국가보다 시민과 사회에 대한 국가의 직접적인 후견과 개입이 약화된다. 하지만 그렇다고 해서 보장국가가 신자유주의가 추구하는 작은 정부의 새로운 버전인 것은 아니다. 보장국가는 시민과 사회의 자율성에만 의존하는 것은 아니기 때문이다. 보장국가는 일차적으로는 시민들이 자율적으로 자신의 문제를 처리할 것을 요청하지만 자율적으로 문제를 처리할 수 없을 때는 이에 개입하기 때문이다. 그 점에서 시민과 사회 영역에 대한 후견적 개입을 완전히 포기하는 것은 아니다. 이렇게 보면 보장국가는 복지국가와 신자유주의적 국가 사이에 자리한 국가 패러다임으로 이해하는 것이 적절하다.

바로 이 점에서 포용국가와 보장국가를 연결할 가능성이 보인다. 일단 국가는 보장국가가 추구하는 것처럼 국가 구성원들의 생존과 안전에 직결되는 책임은 직접 짊어져야 한다. 안전을 보장하는 책임은 국가가 직접 부담해야 한다. 이에 비해 기능적으로 분화된 사회의 각 영역에서 발생하는 여러 문제들은 일차적으로는 국가 구성원들이 자율적으로 풀어갈 수 있어야 한다. 그러나 이를 위해서는 사회의 각 영역에 구성원들이 자유롭게 평등하게 참여할 수 있는 역량을 갖추어야 한다. 만약 이러한 역량을 갖추지 못하면 구성원들은 사회의 각

67) 김남진, 보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제55집 제2호(2016), 2면. 그밖에 보장국가에 관한 연구로는 계인국, 보장행정의 작용형식으로서의 규제: 보장국가의 구상과 규제미의 한정, 공법연구 제41집 제4호(2013. 6), 155-184면; 박재운, 보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제, 행정법연구 제41호(2015. 2), 191-212면; 이부하, 위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할: 현행 안전법제에 관한 고찰을 곁하며, 서울대학교 법학 제56권 제1호(2015. 3), 139-165면; 정기태, 현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임, 공법연구 제44집 제1호(2015. 10), 457-491면; 김성수, 독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론, 토지공법연구 제78집(2017. 5), 159-161면 등 참고.

영역에 포용될 수도, 자신에게 당면한 문제를 자율적으로 해결할 수도 없다. 따라서 국가는 이러한 구성원들의 역량을 키우는 일에 적극 관여해야 한다. 만약 이러한 국가를 '보장적 포용국가'로 개념화할 수 있다면, 보장적 포용국가는 복지국가와 보장국가 사이에 자리하는 국가로 이해할 수 있다. 이를 도식으로 표현하면 아래와 같다.<sup>68)</sup>

#### 〈보장적 포용국가의 위상〉

복지국가 >> 복지국가적 포용국가 >> 보장적 포용국가  
>> 보장국가 >> 신자유주의적 국가

위에서 알 수 있듯이 포용국가는 두 가지로 구별할 수 있다. 복지국가적 포용국가와 보장적 포용국가가 그것이다. 복지국가적 포용국가는 복지국가에 좀 더 가까운 포용국가를 말한다. 이에 대해 필자는 현대 안전사회에 대응하기 위한 포용국가는 복지국가와 보장국가 사이에 놓인 보장적 포용국가를 목표로 해야 한다고 생각한다.

## IV. 안전에 대한 포용국가의 대응 방향 - 결론을 대신하여

마지막 논의로 안전사회로 접어든 오늘날 우리가 지향해야 하는 포용국가는 안전에 어떻게 대응하는 것이 바람직한지 간략하게 언급한다.

### 1. 완벽한 안전구현이 아닌 합리적 안전관리

앞에서 살펴본 것처럼 현대사회에서 안전을 완벽하게 구현하는 것은 불가능하다. 안전을 추구하면 할수록 또 다른 불안이 등장하는 '안전의 역설'이 발생하기 때문이다. 완벽한 안전사회는 도달할 수 없는 유토피아일 뿐이다. 따라서 우리가 추구해야 하는 안전은 법체계 등으로 합리적으로 관리할 수 있는 수준의 안전이다. 안전을 완벽하게 구현하기보다는 합리적으로 부담할 수 있는 수준으로 이를 관리할 수 있어야 한다. 안전을 완벽하게 구현하고자 하면 그에 상응하는 자유 제한을 대가로 치러야 한다는 점을 명심할 필요가 있다.

68) 도식에서 '≫'는 후전의 정도를 나타낸다.

## 2. 안전관리에 대한 참여와 소통

물론 이때 구체적으로 무엇이 합리적인 안전관리인지 문제를 제기할 수 있다. 이를 위해서는 우선적으로 객관적 안전을 제고하는 것이 필요하다. 객관적으로 위험발생 확률을 억제하는 것이다. 그러나 안전의 역설 및 객관적 안전과 주관적·사회적 안전 사이의 불일치 등을 고려할 때 객관적 안전을 제고하는 것만으로는 합리적인 안전관리를 실현하기 어렵다. 따라서 합리적인 안전관리를 구현하려면 객관적 안전뿐만 아니라 주관적·사회적 안전을 높일 필요가 있다. 이에 대한 구체적인 방안으로 안전관리에 대한 참여와 소통을 보장하는 것을 꼽을 수 있다. 시민들이 안전관리에 직접 참여하거나 소통할 수 있는 계기를 마련하면 주관적 안전 및 사회적 안전을 제고하는 데 도움이 될 수 있다. 안전관리를 투명하게 하는 것도 좋은 방안이 된다.

## 3. 안전에 관한 상징정치

안전관리에 대한 참여와 소통을 보장하면 주관적 안전과 사회적 안전을 제고할 수 있지만 이것만으로는 부족하다. 특히 사회적 차원의 안전을 드높이는 데 한계가 있다. 따라서 사회적 차원의 안전을 높이려면 사회 전체에서 이루어지는 안전에 관한 소통을 긍정적인 방향으로, 시민들이 불안을 덜 느낄 만한 방향으로 진행시킬 필요가 있다. 이러한 역할은 정치체계가 수행해야 한다. 사회적 안전에 관해 정치체계가 일종의 상징정치를 수행해야 한다.<sup>69)</sup> 이러한 과정으로 시민들을 설득하고 불안을 해소할 수 있어야 한다. 이를 위해서 안전에 관해 포함과 배제를 강화하는 방향으로 소통을 진행시키기보다는 안전에 관해 적극적인 포용이 이루어질 수 있도록 사회적 소통을 유도해야 한다.

69) 이에 관해서는 이종은 외, 상징과 정치: 상징이 정치적 권위를 확립하는 데 어떻게 영향을 미치는가, 인간사랑, 2012; 大貫恵美子, 人殺しの花: 政治空間における象徴的コミュニケーションの不透明性, 岩波書店, 2020 등 참고.

## | 참고문헌 |

- 강민경, WHO ‘사회적 거리두기가 아니라 물리적 거리두기’, 뉴스1(2020. 3. 21).
- 계인국, 보장행정의 작용형식으로서의 규제: 보장국가의 구상과 규제미의 한계, 공법연구 제41집 제4호(2013. 6).
- 구정우, 인권도 차별이 되나요?: ‘나는 괜찮다’고 여겼던 당신을 위한 인권사회학, 북스톤, 2019.
- 권건보, 감염병 위기 대응과 정보인권, 공법학연구 제21권 제3호(2020. 8).
- 권건보/김현경, 코로나 확진자 개인정보 공개는 신중을 기해야. 확진자정보의 신속한 공유·처리  
는 중요하나, 일반 국민에 대한 공개는 신중해야, 법연(법제연구원) 제67권(2020. 여  
름).
- 김남진, 보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제55집 제2  
호(2016).
- 김대근, 안전 개념의 분화와 혼용에 대한 법체계의 대응방안, 법과 사회 제47호(2014. 12).
- 김도균, 권리의 문법: 도덕적 권리·인권·법적 권리, 박영사, 2008.
- 김성수, 독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론, 토지공법연구 제78집(2017. 5).
- 김소연, 기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제45집 제3호(2017. 2).
- 김용섭, 언컨택트, 퍼블리온, 2020.
- 김현철, 권리의 우선성에 대한 고찰, 법철학연구 제7권 제1호(2004. 5).
- 김현철, 형식적 권리론: 권리의 개념구조에 대하여, 법철학연구 제5권 제1호(2002. 6).
- 박재윤, 보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제, 행정법연구 제41호(2015. 2).
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 성경룡 외, (새로운 대한민국의 구상) 포용국가, 21세기북스, 2017.
- 송석윤, 기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구, 법학논집(이대) 제8권 제1호(2003. 8).
- 심재우, T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상, 법률행정논집(고려대) 제17집(1979.  
12).
- 심재우, 인간의 존엄과 법질서: 특히 칸트의 질서사상을 중심으로, 열정으로서의 법철학, 박영  
사, 2020.
- 양천수, 법영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점, 안암법학 제23호(2006. 11).

- 양천수, 공익과 사익의 혼용현상을 통해 본 공익 개념: 공익 개념에 대한 법사회학적 분석, 공익과 인권 제5권 제1호(2008. 2).
- 양천수, 권리의 형성 메커니즘, 법철학연구 제16권 제1호(2013. 4).
- 양천수, 위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰, 공법학연구 제16권 제2호(2015. 5).
- 양천수, 현대 안전사회와 법적 통제: 형사법을 예로 하여, 안암법학 제49호(2016. 1).
- 양천수, 법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여, 법과 사회 제60호(2019. 4).
- 양천수, 포스트 코로나 시대에서 본 사회구조의 변화와 사회적·인권적·법적 문제, 인권이론과 실천 제27호(2020. 6).
- 윤수정, 국민 안전권 보장을 위한 국가 및 지방자치단체의 역할: 안전권의 공법적 논의구조를 중심으로, 공법학연구 제20권 제3호(2019, 8).
- 이민영, 딥페이크와 여론형성: 알고리즘의 권력화와 탈진실의 규제담론, 미국헌법연구 제31권 제1호(2020. 4).
- 이부하, 위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할: 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며, 서울대학교 법학 제56권 제1호(2015. 3).
- 이상돈, 부실감사법, 법문사, 2004.
- 이상돈, 경영판단원칙과 형법: 체계간 원칙(intersystemic principle)으로서 경영판단원칙의 기능과 형사법에서의 적용문제들, 박영사, 2015.
- 이서형, 자유주의의 실질화를 위한 자율적 구성 모델, 법학박사 학위논문, 이화여자대학교, 2018.
- 이순태, 국가위기관리 시스템으로서 재난관리법제의 연구, 한국법제연구원, 2009.
- 이종은 외, 상징과 정치: 상징이 정치적 권위를 확립하는 데 어떻게 영향을 미치는가, 인간사랑, 2012.
- 전광석, 국민의 안전권과 국가의 보호의무, 법과인권교육연구 제8권 제3호(2015. 12).
- 전영실 외, 국민안전 보장을 위한 형사정책 실효성 검증 및 효율성 제고 방안 연구(I)-하, 한국형사정책연구원, 2016.
- 정기태, 현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임, 공법연구 제44집 제1호(2015. 10).
- 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준, 법과 정책연구 제7집 제1호(2007. 6).
- 정성훈, 법의 침식과 현대성의 위기: 루만(N. Luhmann)의 체계이론을 통한 진단, 법철학연구 제12권 제2호(2009. 12).

- 조화순, 정보시대의 인간안보: 감시사회인가? 복지사회인가?, 집문당, 2012.
- 최송화, 공익론, 서울대학교출판부, 2002.
- 홍완식, 안전권 실현을 위한 입법정책, 유럽헌법연구 제14호(2013. 12).
- 마사 누스바움, 한상연 옮김, 역량의 창조: 인간다운 삶에는 무엇이 필요한가?, 돌베개, 2015.
- 자크 데리다, 남수인 옮김, 환대에 대하여, 동문선, 2004.
- 칼 슈미트, 김효전 옮김, 정치적인 것의 개념, 법문사, 1992.
- 조르조 아감벤, 박진우 옮김, 호모 사케르: 주권 권력과 별거벗은 생명, 새물결출판사, 2008.
- 마셜 밴 엘스타인 외, 이현경 옮김, 플랫폼 레볼루션, 부키(주), 2019.
- 캐시 오닐, 김정혜 옮김, 대량살상 수학무기, 흐름출판, 2017.
- 토비아스 징엘슈타인·피어 슈톨레, 윤재왕 옮김, 안전사회: 21세기의 사회통제, 한국형사정책연구원, 2012.
- 대니얼 카너먼, 이창신 옮김, 생각에 관한 생각: 우리의 행동을 지배하는 생각의 반란, 김영사, 2018.
- 한스 켈젠, 윤재왕 옮김, 순수법학, 박영사, 2019.
- S. 타지박시·A.M. 체노이, 박균열 외 옮김, 인간안보: 개념과 함의, 철학과현실사, 2010.
- 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 옮김, 범죄와 형벌: 올바른 형법을 위한 변론, 나남, 2011.
- 올리우스 헤르만 폰 키르히만, 윤재왕 옮김, 법학의 학문으로서의 무가치성, 박영사, 2019.
- 大貫恵美子, 人殺しの花: 政治空間における象徴的コミュニケーションの不透明性, 岩波書店, 2020.
- Peter-Alexis Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln* (Berlin, 2010).
- R. Alexy, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt/M., 1995).
- Ulrich Beck, *Risikogesellschaft* (Frankfurt/M., 1986).
- O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung* (Berlin u.a., 1914).
- James Crawford, The Rights of Peoples: “Peoples” or “Government”?, in: James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples* (Oxford: Clarendon Press, 1988).
- Anis A. Dani/Arjan de Haan, *Inclusive States: Social Policy and Structural Inequalities* (World Bank, 2008).
- Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, in: *Festschrift*



- für Klaus Lüderssen* (Frankfurt/M., 2002).
- Stefan Huster/Karsten Rudolph, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (Frankfurt/M., 2008).
- Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Frankfurt/M., 1989).
- Will Kymlicka, *The Good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights, Dissent* (Summer, 1996).
- Roland Lhotta (Hrsg.), *Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend* (Baden-Baden, 2005).
- N. Luhmann, Sinn als Grundbegriff der Soziologie, in: J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?* (Frankfurt/M., 1971).
- N. Luhmann, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl. (Heidelberg, 2009).
- Robert Chr. van Ooyen, Demokratische Partizipation statt "Integration": normativ-staatstheoretische Begründung eines generellen Ausländerwahlrechts. Zugleich eine Kritik an der Integrationslehre von Smend, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* (2003).
- Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Frankfurt/M., 1993).
- C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 5. Nachdr. der Ausg. von 1963 (Berlin, 2002).
- T. Singelstein/P. Stolle, *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3., vollständig überarbeitete Aufl. (Wiesbaden, 2012).
- Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Berlin, 1928).
- Thomas Vesting, *Rechtstheorie* (München, 2007).
- James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, *Yale Law Journal* 114 (2004).

## | Abstract |

# The Constitutional Issues of the Modern Secure Society

– From the perspective of legal theory –

The Corona 19 virus has caused great changes in our society. Its radical changes could distinguish the pre-corona society from the post-corona society. In addition, the corona crisis poses a variety of social and legal problems to us. Above all, the dichotomy of inclusion and exclusion strikes our society and causes various problems. In this context, this article examines what constitutional issues emerge here, defining the current society as the corona society. This article defines the current corona society as a secure society (II). At the same time, it analyzes what characteristics the secure society has. This article pays particular attention to the distinction between inclusion and exclusion. In addition, it examines what security refers to in the secure society and what characteristics it has in that. Among them, this article notes that security can never be fully realized. Furthermore, this article examines what constitutional issues are raised in the corona society, which is the secure society, and how to respond to them (III). This article focuses on three issues. The first is the question of whether security can be set as an independent basic right. The second is the question of how to set the priority between freedom of personal information and freedom of action. Third, what is the state paradigm suitable for responding to the modern secure society? This article argues that security is both an interest and an independent basic right. To this end, this article uses the human security argument developed in political science and Hans Kelsen's theory of basic rights. This article distinguishes the basic rights to security into two. These

are individual and collective basic rights to security. Next, this article argues that the priority between freedom of personal information and freedom of action is not fixed, but depends on the structure, communications and culture of a society. Furthermore, this article presents an inclusive state that embraces the perspective of the guaranteed state (Gewährleistungsstaat) as a state paradigm capable of responding to the secure society.

**keyword:** Secure society, inclusion–exclusion, social distancing, basic rights to security, freedom of personal information, freedom of action, inclusive state, Gewährleistungsstaat



# 미국의 재난안전관리 및 대응체계 개편과정과 그 시사점에 대한 일고\*

## A Study on the Disaster Management and Response System of the United States and Its Implications

서울시립대 법학전문대학원 교수, 법학박사(J.S.D., J.D.) 이상경  
University of Seoul Law School, Prof. J.S.D., J.D. Sang-kyung Lee

### ■ 목 차 ■

I. 서론 .....	41	III. 현행 재난 및 안전관리 법제의 문제점과 개선방안 .....	62
II. 미국의 재난관리 및 대응체계 개편과정 · 45		1. 우리나라 재난관리 및 대응체계 .....	62
1. 재난과 안전의 개념 및 재난대응체계 .....	45	2. 재난 및 안전관리 기본법의 문제점 .....	64
2. 재난관리 및 대응체계 개편과정 .....	46	3. 재난 관련 개별법의 검토 .....	65
3. 소결 .....	61	IV. 결론 .....	68

\* 이 논문은 2020년 11월 4일 한국헌법학자대회에서 발표한 내용을 대폭 보완하여 작성한 것입니다.

## Ⅰ 국문초록

21세기에 이르러 창의력을 바탕으로 인간은 꾸준히 과학기술과 의료기술을 발전시켰다. 이러한 과학기술과 의학의 발전은 인류의 발전과 진보의 무궁무진한 원동력이 되었다. 한편, 발전은 밝은 면만 있는 것은 아니다. 인류에 대한 새로운, 하지만 어두운 도전이라면 도전인 것이 작금의 코로나19 상황과 예기치 못한 재난사태의 발생이다. 무엇보다도 지금 코로나19의 확산으로 인한 인명피해와 사회경제적 피해를 최소화하기 위한 노력이 경주되고 있음에도, 코로나19의 종식의 기미는 보이지 않는 점을 생각해볼 때 인류의 과학기술적 발전이 무색하다는 생각마저 든다. 재난관리를 간단히 정의하자면, ‘위험과 위험회피를 다루는 분야’라고 할 수 있다. 위험에는 폭넓은 문제가 포함되며, 재난관리 시스템에 포함될 수 있는 상황은 매우 방대하다. 따라서 재난관리가 우리 모두의 일상생활에 반드시 필요하며, 재난 시에만 필요한 게 아니라 일상적인 결정으로 통합되어야 한다는 기본 전제에 부합한다. 결국 재난관리를 통해 안전이 실현될 수 있다. 이러한 재난관리는 정부가 수행해야 할 핵심적인 역할과 기능이다. 재난 및 안전과 관련된 코로나19사태와 관련된 헌법적 쟁점은 이미 많이 논의된바가 있다. 무엇보다도 자유와 생명·신체의 안전의 보호라는 두 개의 이익이 서로 상충하고 있으며, 피해자는 자기 자신뿐만 아니라 사회구성원의 다수라는 점에 강력한 공익적 이유가 작동하고 있다. 이 글은 재난·위기의 대응과 관련된 미국에서의 일반적인 논의와 우리나라 재난대응체계에 대한 시사점을 중심으로 논의하고자 한다. 이제 새로운 국가의 사회경제적 과제는 국가 혹은 제3자의 행위와 관계없이 자연재난이든 사회재난이든 개인이 처하게 된 운명을 국가의 적극적인 행위를 통하여 부분적으로 수정하는 내용을 갖는다.

**주제어:** 코로나 19, 재난관리, 재난대응체계, 생명·신체의 안전, 국가의 사회경제적 과제

(논문접수일: 2020. 11. 18. 심사개시일: 2020. 11. 18. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

## I. 서론

21세기에 이르러 전 세계는 다양한 변화를 겪고 있다. 우선 인간은 꾸준히 과학기술과 의료기술을 발전시켰다. 인간의 창의력은 이러한 과학기술과 의학의 발전에 무궁무진한 원동력이 되었다. 한편, 발전이 가져다준 어두운 측면도 있다. 인류에 대한 새로운 도전이면서도 기술진보와 발전의 어두운 측면 중의 하나가 바로 작금의 코로나19 상황과 예기치 못한 자연적 및 사회적 재난사태다. 무엇보다도 지금 코로나19의 확산으로 인한 인명피해와 사회경제적 피해를 최소화하기 위한 노력이 경주되고 있음에도, 코로나19의 종식의 기미는 보이지 않는 점을 생각해볼 때 인류의 과학기술적 발전이 무색하다는 생각마저 든다. 총체적인 재난관리 능력에 대한 재조명이 필요한 이유다. 국가가 국민의 생명과 자유 및 재산을 잘 지키기 위해서는 재난의 원인이 무엇이 되었든 재난 발생을 예방하고 억제하며, 재난 발생 시에는 이에 대처하고 사후복구와 구제조치를 실시하는 체계가 잘 정비되어 있어야 한다.<sup>1)</sup> 그러한 이유로 이 글은 재난안전관리와 대응체계에 대해 관심을 두고, 그중에서도 미국의 상황을 중심으로 한 번 살펴보는데 의의를 두고 있다.

재난은 자연적 재난과 사회적 재난으로 구분된다.<sup>2)</sup> 다양한 재난에 대한 관리는 고대 역사에 그 유래를 두고 있다. 고대 상형 문자에는 동굴거주자들이 재난에 대처하기 위해 노력한 내용이 묘사되어 있다. 고대 문명도 홍수 등 여러 재난 상황을 대비하고 관리하면서 물이 범람하는 지역에서 꽃피운 것을 우리는 알고 있다. 재난이 일어나면 개인과 지역 사회는 재난을 극복하기 위해 노력해 왔지만, 재난 복구를 위한 조직적인 시도는 그 한참 뒤인 현대사회에 들어와서야 찾아볼 수 있다. 재난관리를 함축적으로 정의하자면, ‘위험과 위험 회피를 다루는 분야’라고 할 수 있다. 위험에는 폭넓은 문제가 포함되며, 재난관리 시스템에 포함될

1) 국가는 헌법 제10조 및 헌법 제34조 제6항에 따라 재해를 예방하고 재해로부터 국민의 자유와 권리를 지켜야 할 당위적 의무를 진다.

헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

헌법 제34조 제6항 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

2) 재난 및 안전관리 기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "재난"이란 국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 자연재난: 태풍, 홍수, 호우(豪雨), 강풍, 풍랑, 해일(海溢), 대설, 한파, 낙뢰, 가뭄, 폭염, 지진, 황사(黃砂), 조류(藻類) 대발생, 조수(潮水), 화산활동, 소행성·유성체 등 자연우주물체의 추락·충돌, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해

나. 사회재난: 화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 국가핵심기반의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산, 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」에 따른 미세먼지 등으로 인한 피해

수 있는 상황은 일상에서 일어날 수 있는 재난의 모든 사태가 해당되므로 매우 방대하다. 따라서 재난관리가 우리 모두의 일상생활에 반드시 필요하며, 재난 시에만 필요한 게 아니라 일상 속의 재난관리로 체계적으로 통합·관리되어야 할 필요도 있다. 이러한 재난관리의 궁극적 목표는 국민 안전의 보호와 실현이며,<sup>3)</sup> 국가가 수행해야 할 핵심적인 역할과 기능 중의 하나가 재난관리이다.

코로나19와 관련된 재난 상황 대응 및 관리에 관한 헌법적 쟁점은 이미 많이 논의된 바 있다. 특히 코로나19라는 특수한 재난 상황 속에서 국민의 안전과 보호를 위한 국가의 역할이 국민의 기본권 제한도 가져오므로 공·사의 충돌의 구조를 형성하는데 헌법 규범적 특색이 있다. 즉, 기본적으로 다수의 국민에게 발생할 수 있는 재해를 예방하거나 재해가 발생하여 후속 관리 조치 등을 취할 때, 다수 국민의 보호라는 궁극적인 공익을 위하여 자주 그리고 빈번하게 발생하는 소수 국민들의 자유권, 재산권 등의 제한의 문제가 생긴다는 점에 주목해야 한다. 이익형량의 어려움은 이러한 구조적 특성에서 발생한다. 물론 이익형량의 관점에서 볼 때 다수의 이익을 보호하기 위한 공익이 소수의 사익보다 우선한다는 것으로 평면적으로 볼 수 있겠지만, 헌법규범은 그리고 적어도 헌법해석만큼은 소수자 보호에 방점을 두어야 한다는 당위가 존재한다는 점을 간과해서는 안 된다.<sup>4)</sup> 코로나19 사태에 있어서도 확진자의

3) 안전에 대한 권리의 헌법적 논의에 관한 자세한 것은 김대환, 국가의 국민안전보장의무, 공법학연구 제15권 제3호(2014), 16면 이하(“헌법 제34조 제6항에는 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하여 국가에 대해 재해로부터 국민을 보호할 것을 명하고 있다. 이 조항은 재난으로부터 국민을 보호할 국가의 노력의무를 명시한 것이기 때문에 그 효력범위에 관한 한 명백히 국가의 국민안전보장의무에 속한다. 그런데 헌법 제34조 제6항이 안전권의 헌법적 근거로 볼 수 있는지에 대해서는 논의의 여지가 있다. 모든 의무조항으로부터 상응하는 권리를 도출할 수는 없을지라도, 재난으로부터 국민을 보호할 국가의 노력의무 조항으로 인하여 국가가 과소보호금지원칙에 입각한 최소보호조치를 취하는 노력조차 등한시 한 경우에는 제34조 제6항의 노력의무를 위배한 것으로 볼 수 있고, 그에 상응한 범위 내에서는 안전권을 대응시킬 수 있을 것이다. 결론적으로 재해에 관한 한 ‘노력’의 범위 내에서 헌법 제34조 제6항은 안전권이나 국가의 국민안전보장의무의 헌법적 근거로 이해할 수 있다.”); 송석윤, 기본권으로서의 안전권에 관한 이론적 연구, 법학논집 제8권 제1호(2003), 27면 이하; 윤수정, 국민 안전권 보장을 위한 국가 및 지방자치단체의 역할 - 안전권의 공법적 논의구조를 중심으로, 공법학연구 제20권 제3호(2019), 14면 이하(“재난이 상시화된 현대적 상황에서, 안전권의 기본적인 내용은 각종 위험과 재난으로부터 안전할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있으며, 입법자에게 안전권을 실현할 의무를 부과하기 위해서는 안전권이 헌법에 의하여 보장되는 기본권으로 인정되어야 한다고 주장한다.”) 참조.

4) 이러한 관점에서 자세한 논의한 것은 유은정, 미국 헌법문서의 행복 및 안전에 관한 권리의 검토 - 우리 헌법상 행복추구권의 새로운 해석 가능성, 법학논총 제35집(2016), 21-22면 참조: “헌법 제10조가 “인간의 존엄과 가치의 전제가 되는 생명, 신체의 안전에 관한 권리, 그리고 이에 대한 국가의 보호의무를 보장한다고 해석하면 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치에서 유래하는 국민안전과 또 행복추구권을 보장하는 것이라고 할 수 있다.” “생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라, 헌법은 제36조 제3항에서 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 특별히 강조하고 있다. 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 그 위험의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다. 따라서 굳이 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치에서 도출해 내지 않아도, 즉 제10조 안에서 행복을 추구할 권리와 병렬적으로 존재하는



격리, 확진자와 동선이 겹친자의 위치추적(역학조사), 확진자의 접촉자에 대한 신원파악 등을 통하여 사회적으로 감염병의 확산을 억제하려는 방역대책이 낳는 다른 개인의 기본권 제한 내지 침해 문제를 조심스럽게 다루는 한편 지적하고 해결해야 할 문제라는 점에 공감하고 있다. 무엇보다도 자유와 생명·신체의 안전의 보호라는 두 개의 이익이 서로 상충하고 있으며, 피해자는 자기 자신뿐만 아니라 사회구성원의 다수라는 점에 강력한 공익적 이유가 작동하고 있다. 자유 아니면 죽음을 달라는 누군가의 외침은 자기 자신의 희생만에 국한되지 않는, 국한될 수 없는 이러한 감염병의 확산과 관련된 문제 앞에서는 더 이상 설득력이 없어 보인다. 그렇다 하더라도 그 목소리가 허공에 외쳐대는 무익한 몸짓이라고 단정지어서는 안 될 것이다. 하지만 이런 논의는 상당히 진척되어 다른 선행연구들을 통해 접할 수 있다.

지금까지 많은 선행연구는 기본권으로서의 안전권, 국가의 기본권보호의무, 기본권보장이론 등에 관련되어 이루어졌다.<sup>5)</sup> 국민의 관점에서 기본권이 안전권이냐 아니냐의 문제, 그리고 국가가 국민의 기본권을 보장해야 할 의무를 지는지, 만약 진다면 어느 수준 혹은 범위까지 기본권 보장의무를 저야하는지 등에 관한 논의가 주류를 이루고 있다. 이에 반하여 이 글은 지금까지의 논의와 중복을 피하기 위하여, 기본권으로서의 안전권을 헌법상의 기본권으로 전제하고, 또 나아가 헌법상 국가의 기본권보장의무를 인정하고 그 범위는 최소보장이 아니라

것으로 보기 어렵다 할지라도, 국민의 안전이 국가의 목적이고(헌법 제37조 제2항), 헌법의 핵심이념이며 가치인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구의 전제가 되며, 헌법 제36조 제3항(보건)에서 보장하고 있다는 점에서, 또한 미국의 주헌법들 사이에 행복과 안전/행복의 용어를 교차선택하고 있으며, 행복추구 안에 당연히 안전을 추구할, 획득할 권리도 포함한다고 해석하는 경우에 헌법 제10조의 행복추구권은 당연히 또는 인간의 존엄과 가치 및 다른 헌법의 가치와 함께 안전도 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 이렇게 해석하면서 안전을 추구하고 획득할 권리를 소극적, 자기 방어적 권리가 아닌 완전성(wholeness)의 개념에서 해석하는 경우 행복추구권을 판단하기 위한 더 적절한 준거점들을 제시할 수 있을 것이다.”

- 5) 기본권으로서의 안전권 및 국가의 기본권보호의무 등과 관련된 선행연구로는 김대환(주 3), 3면 이하; 김상겸, 재난관리와 국민안전에 관한 헌법적 연구, 유럽헌법연구 제33호(2019), 311면 이하; 김성진, 국가의 국민 안전보장의무 - 유럽인권재판소 판례를 중심으로, 강원법학 제52권(2017), 163면 이하; 김소연, 기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제45집 제3호(2017), 173면 이하; 김용훈, 기본권으로서의 안전권 조항의 헌법적 의의 - 미국에서의 관련 논의를 참고하여, 동아법학 제84호(2019), 2면 이하; 김용훈, 안전 관련 법률의 제정 의의 및 실효적 입법 전략 - 안전기본법 제정안을 중심으로, 홍익법학 제20권 제2호(2019), 142면 이하; 김용훈, 안전도시 수립과 추진을 위한 법제적 전략 - 국가의 기본권 보호 의무와 관련하여, 미국헌법연구 제28권 제2호(2017), 176면 이하; 백수원, 헌법상 안전에 대한 국가의 의무, 미국헌법연구 제27권 제3호(2016), 137면 이하; 송석윤, 기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구, 법학논집 제8권 제1호(2003), 1면 이하; 신현석, 자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무, 헌법논총 제29집(2018), 493면 이하; 양천수, 위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰, 공법학연구 제16권 제2호(2015), 187면 이하; 윤수정(주 2), 3면 이하; 이부하, 생명·신체에 대한 안전권에 대한 헌법적 고찰, 법과 정책 제25집 제2호(2019), 133면 이하; 이부하, 헌법상 가치로서의 안전과 안전보장, 홍익법학 제14권 제2호(2013), 221면 이하; 이한태·전우석, 한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구, 홍익법학 제16권 제4호(2015), 121면 이하; 전광석, 국민의 안전권과 국가의 보호의무, 법과인권교육연구 제8권 제3호(2015), 143면 이하; 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위험심사의 기준, 법과정책연구 제7집 제1호(2007), 217면 이하; 허완중, 국가의 목적이면서 과제이고 의무인 안전보장, 강원법학 제45권(2015), 65면 이하; 홍완식, 안전권 실현을 위한 입법정책, 유럽헌법연구 제14호(2013), 225면 이하; 채형복, ‘안전에 대한 권리’의 기본권성에 대한 국제인권법적 분석, 국제법평론 제40호(2014) 등이 있다.

가능한 한 최대한 보장해야 한다는 전제에서 출발한다. 이런 가정에서 혹은 전제에서 출발해야 하는 이유는 명확하다. 재해로부터 국민의 생명·신체를 지켜야 하는 국가의 존립의 가장 중요한 책무는 그것이 시혜적이고 은혜적인 것이 아니라 당연한 국가존립의 목적이고 가장 중요한 이념 중의 하나라고 할 수 있기 때문이다.<sup>6)</sup> 국가는 국민을 위한 존재일 뿐 그 자체가 목적론적인 존재가 아님은 너무나 자명한 것이다. 국가의 보호해야 하는 것은 국민이고, 나아가 국민의 자유와 권리며, 이러한 자유와 권리는 최대한 인정되어야 하기 때문에 위와 같은 전제에서 출발하고자 한다. 국민의 기본권 목록을 제한적으로 해석하지 않는 헌법 제37조 제1항의 취지와도 같은 맥락이며, 기본권보호의무의 구조, 즉 제3자인 사인으로부터의 기본권 침해를 당한 경우에 인정되는 기본권 보호 수준의 최소화와도 다른 점이 바로 그것이다. 재해로부터 국민이 자유로울 수 있으려면, 국가는 당연한 전제로서 국민의 안전권에 바탕을 둔 재해예방 및 관리 등에 관한 모든 필요한 조치를 취해야 하며 이를 바탕으로 앞으로의 논의가 펼쳐질 것이다. 다만, 이런 경우 헌법적 쟁점이 상당부분 선행연구결과에 따르고, 개별법령이나 조치 혹은 외국의 입법례 중심의 논의가 될 우려는 있다. 그렇다고 하더라도 논의를 국한해야 할 필요성이 충분히 존재하기 때문에 선행연구의 긍정적인 결과를 수용하고 출발하기로 한다.<sup>7)</sup> 따라서, 예컨대, “사회적 위험으로부터 개인의 법익을 보호하는 것은 소위 사회적 기본권을 통해서 (우리 헌법상 제31조부터 제36조를 통해서) 개인의 안전을 보장해

6) 재해예방 및 재난관리 등에 관한 법정정책·규범적 선행연구로는 김동주·노명선, 안전·재난 관리 체계에 관한 비교법적 검토와 시사점, 경희법학 제53권 제4호(2018), 67면 이하; 김용섭, 재난 및 안전관리 법제의 현황과 법정정책 과제, 행정법연구 제45호(2016), 52면 이하; 김중환, 재난대응체제의 확립을 위한 재난관리 협력체제에 관한 연구, 법학연구 제20집(2005), 621면 이하; 나채준, 재난 및 안전관리 기본법상의 안전문화 법제 개선방안 연구, 토지공법연구 제65집(2014); 나채준, 미국의 자연재해 보상제도에 관한 법제분석 및 시사점, 토지공법연구 제61집(2013); 박정일, 감염병으로 인한 격리조치에 관한 소고, 의료법학 제16권 제1호(2015), 289면 이하; 변종필, 위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 - 국내의 논의 현황과 동향을 중심으로, 비교형사법연구 제14권 제2호(2012), 529면 이하; 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호(2014), 79면 이하; 전훈, 재난패러다임의 전환과 재난법제의 설계방향, 법학논고 제53집(2016), 55면 이하; 정극원, 재난대응의 체계화와 효율성 제고의 법적 방안, 유럽헌법연구 제16호(2014), 1면 이하; 조성제, 재난 및 안전관리와 관련한 법제도 개선에 관한 연구, 한국위기관리논집제6권 제2호(2010), 3면 이하; 한창희, 표석환, 방재정책 개선방안에 관한 연구: 「재난 및 안전관리 기본법」 개정안을 중심으로, 손해사정연구 제6권 제2호(2014), 63면 이하; 홍석한, 사회기반시설의 헌법적 의의와 국가의 책임, 성균관법학 제24권 제2호(2012) 61면 이하 등이 있다.

7) 이와 같은 논의는 다음과 같은 맥락에서도 찾아 볼 수 있다: 정문식(주 5), 237면 (“외적인 위험으로부터 개인의 안전은 처음에 원초적인 문제로서 국가성립의 정당성 근거로서 발전되었다가, 국가가 점차 안정기에 접어들자 국가로부터 안전으로 변화를 겪었다. 안전은 자연권으로서 주장되고 인정되어 국가로부터 자유가 곧 안전이 되었다. 자유와 안전은 전혀 양립할 수 없는 모순이 아니라, 상호 보완적인 것이다. 법치자유국가의 형태가 더욱 안정되자 안전은 기본권이기보다는 국가의 사무 중 하나로 점차 당연한 전제가 되었다. 이 때문에 적극적으로 안전에 관한 기본권을 생명권이나 신체불가침과 구분시킬만한 독자적인 기본권으로 인정하기는 어렵게 되었다. 그러나 국가에 대해서는 여전히 생명과 신체불가침의 일정한 작위의무를 끌어올리는 헌법의 해저에 내려져 있는 기본권 보호의무의 헌법상 맞으로서 소극적 역할을 묵묵히 해내고 있다. 이 점에서 안전에 관한 기본권을 전혀 무의미한 것으로 치부하는 극단은 불완전하게나마 피할 수 있다.”)

왔다.”는 견해에 따르면 재해로부터 국민의 생명·안전에 대한 침해는 최소보장수준에 머물 수도 있다.<sup>8)</sup> 이러한 태도는 현재 복지국가적 헌법의 기능과 역할에 부합하지 않는다고 할 수 있다. 적어도 이 글은 최소보장수준에 머물러서는 안된다는 관점에서 출발하여 국가의 적극적인 조치나 개입에 관한 부분을 전제한다는 점에서 의미가 있다. 특히 기본권보호의무 자체를 인정하거나 수용하고 있지는 않지만 재난관리와 관련하여 상당한 역사적 변천을 겪은 미국의 사례는 주목할 만하다. 따라서 이 글은 재난·위기의 대응과 관련된 미국에서의 일반적인 논의와 우리나라 재난대응체계에 대한 시사점을 중심으로 논의하고자 한다.

## II. 미국의 재난관리 및 대응체계 개편과정

### 1. 재난과 안전의 개념 및 재난대응체계

재해란 무엇인가의 개념 확정 이전에 안전이란 무엇인가에 대한 논의를 하는 것이 일반적이다. 왜냐하면 국민의 생명·신체에 대한 위협을 예방하고 제거하는 것이 국가의 책무라면 그것은 결국 필연적으로 국민의 안전을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 안전의 개념은 우리 헌법상으로는 다층적으로 쓰인다. 헌법전문에 쓰인 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서’의 ‘안전’도 존재하고, 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한의 사유로 국가의 ‘안전보장’이라는 기준을 제시하는데 여기서 사용되는 ‘안전’은 또 다른 층위에서 논의되어야 하기 때문이다. safety(안전)와 security(안전보장)의 차이에서 비롯된 미묘한 의미의 차이가 존재한다. 미국에서는 state police power(주의 경찰권)가 당연히 개별 주(state)에 주어져 있다. state police power를 정의하자면, 개별 주는 그 주의 영역 안에 존재하는 주민과 물건을 보호하기 위한 권한을 행사할 수 있다는 것인데, 그 목적은 생명·신체·재산의 안전(safety)을 보호(protection)하고, 외부로부터의 이들을 보호함으로써 안전을 보장(security)하고, 복지를 증진(welfare)하기 위한 것이다.<sup>9)</sup> 국가의 기본권 보호로서 생명·

8) 정문식(주 5), 221면.

9) 안전에 대한 논의가 미국 연방헌법뿐만 아니라 여러 헌법문서에도 발견되는데 이에 대한 자세한 내용은 정문식(주 5), 226-227면 (“안전에 관한 국가사상은 세기 후반 18 미국의 여러 헌법문서에도 영향을 끼치게 되었다. 1776년 버지니아 권리장전에서는 정부의 목적이 국민과 국가의 복지, 보호 그리고 안전을 위한 것이며, 행복과 안전의 최고조를 이루는 정부가 최고의 정부임을 규정했다. 1776년 독립선언서에서도 정부의 목적은 생명, 자유, 행복추구, 재산과 명예 등 양도할 수 없는 자연권을 보호하는 것이었다. 심지어 시민은 자신들의 미래 안전을 위해 타락한 정부를 교체할 수 있는 저항권도 인정되었다. 그 밖에 미국의 여러 주 헌법들은 생명, 자유, 재산에 대한 국가의 보호를 받을 기본권을 인정하고, 그러한 기본권 보장을 위한 국가의 보호비용은 개인이 (세금을 통해서든 복무를 통해서든) 부담해야 할 의무와 연결되었다. 개인은 공동체의 안전을 통한 자신의 안전을 위해

신체 ‘안전’의 개념과 기본권제한의 사유로서 집단적인 안전보장(안보)이 개념적으로는 구분되지만 사실상 넓은 의미의 안전은 이 두 영역을 모두 포괄하는 것이라고 할 수 있다.

## 2. 재난관리 및 대응체계 개편과정

### (1) 서언

미국 1776년 6월 12일의 버지니아 권리장전 제1조는 “생명, 자유, 재산에 대한 권리와 행복, 안전을 추구하는 권리”를 규정하고 있다.<sup>10)</sup> 여기서 ‘안전’이란 용어는 일반적으로 생명·신체에 대한 육체적 안전을 의미하고, 이는 결국 국민이 안정(stability)과 안보(security)에 대한 대내외의 위협에 대한 집합적인 보호를 획득하기 위하여 자연상태와 결합된 자유를 국가에 대하여 양도하는 것을 지칭한다는 점에서 홉스의 사상을 반영한 것으로 보인다.<sup>11)</sup> 16~17세기 유럽 중세 봉건사회가 해체되고, 종교의 자유가 확장되면서 유럽 각국은 종교전쟁을 비롯한 수많은 전쟁에 겪게 되었는데, 이러한 상황에서 홉스는 개인의 안전 문제를 국가 존재와 관련시켜 체계적으로 발전시켰다.<sup>12)</sup> 미국 연방헌법상 공공의 건강과 안전에 대한 국가의 책임과 공공의 위협에 대한 책임도 연방정부의 역할로 규정되어 있다.<sup>13)</sup> 지방정부나 개인이 재난으로 어찌할 바를 모를 때 돕는 것이 바로 연방정부의 역할이다. 재난 관리에 대한 정부의 기능을 이끌어 온 것은 바로 이러한 근본 철학이다. 재난 관리가 주(state)와 지방정부(county)의 역할이라는 타당성에 대하여는 의문의 여지가 없다. 재난 관리의 역할을

어느 정도 자유의 희생과 양도를 감수하지만, 그러한 대가가 주어지지 않을 때는 그러한 양도와 희생의 의무에서 벗어나는 것이다. 이러한 미국 헌법의 기본적인 사상은 시민과 국가권력은 상호 급부를 교환하고 상호보증의 형태로서 안전의 보장을 추구한다는 것이다. 미국헌법 前文에서는 미국 시민들과 후손의 자유의 축복을 보장(secure)하는 것을 헌법의 제정목적 중의 하나임을 밝히고 있으며, 수정조항 제4조에서 “부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 통신”을 안전하게 보장받을 권리를 인정하고 있고, ‘마법의 상자’로 유명한 수정조항 제14조에서는 적법절차를 통해 개인의 생명, 자유, 재산의 안전을 보장하고 있다. 미국 항소법원의 판례들도 특히 신체에 대한 안전을 보장하는 기본권은 개인 사생활의 가장 근본적인 측면이며 실제적 적법절차가 보장하는 핵심적인 헌법적 내용으로 확립되어 있음을 인정했다…중략…“미국에서 안전은 국가를 설립하기 위한 것이었다. (생명과 신체에 관한) 안전에 관한 권리는 아메 시에에스가 제출한 1789년 인간과 시민의 권리선언의 초안에 홉스식의 의미로 삽입되었다가 결국 제2조에서 양도할 수 없는 천부인권 즉 “자유권, 재산권, 안전권 및 저항권” 중 하나로 채택되었다.”) 참조.

10) 유은정, 미국 헌법문서의 행복 및 안전에 관한 권리의 검토 - 우리 헌법상 행복추구권의 새로운 해석 가능성, 법학논총 제35집(2016), 4면.

11) 유은정(주 10), 16면

12) 이상경, 생활안전과 재해예방을 위한 국가책무의 규범적 고찰, 법조 통권 제730권(2018), 5-6면 참조.

13) 미국 연방헌법 전문에 있는 내용이다: We the people of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promotes the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

수행하는 개인과 조직은 연방 정부가 관여하기 오래 전부터 주와 지방차원에서 존재하였다. 하지만 여러 가지 사건이 발생하고 정치 철학이 변화하며 국가가 발전하면서 재난관리에 있어 연방정부의 역할은 지속적으로 확대되어 왔다. 그런 관점에서 최근 주요한 이슈로 부각되고 있는 연방재난관리체계와 재난관리법제를 검토하는 것은 유기적이고도 조직적인 재난 예방, 대응, 처리 체계를 재정비하고 조직하는데 있어 우리에게 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다.<sup>14)</sup> 기본적으로 미국의 경우 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호에 관한 의무는 연방 각 주(州)에게 부여된 것인데,<sup>15)</sup> 재난의 대형화, 향상화 문제, 그리고 테러리즘의 위협까지 겹쳐 연방법제정을 통하여 연방의회에게 강력한 재난위기관리에 관한 권한을 부여하고 있고 이에 더하여 민간자원들을 유효적절하게 활용할 수 있도록 체제가 잘 정비되어 있다.

미국은 1988년에 제정된 스태포드법(Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act: Stafford Act)을 시작으로 재난 관련 법률이 정비되었고, 이 법을 기본으로 주정부는 주법(State law)에서, 지방정부는 조례(Ordinance)에서 재난 관련 사항들을 규정하고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 스태포드법에 기초하여 미국의 재난관리체계는 카터대통령이 총체적 재난관리 개념을 도입하여 분산된 권한과 인원을 한데 모아서 연방재난관리청(Federal Emergency Management Agency: 'FEMA')을 창설한 이래 통합 위기관리방식을 채택하고 있다. 또한 2003년 이후 FEMA는 국토안보부(Department of Homeland Security: 'DHS') 산하로 편입되어 기존 자연 및 인위 재난관리에 사회적 재난을 포함하는 더욱 강화된 통합위기관리체계를 구축하였는데,<sup>17)</sup> 미국의 스태포드법은 재난관리에 있어 중앙정부와 지방정부의 책임을 명확히 규율하고 있다.<sup>18)</sup>

14) 이한구·전우석, 한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구, 홍익법학 제16권 제4호(2015), 124면 각주 3)은 “미국의 경우 사우디아라비아에서 의료계 종사자로 근무하는 동안 메르스에 감염된 것으로 추정되는 별개의 두 메르스 환자가 지난 2014년에 각각 인디애나주와 플로리다주의 병원에 격리조치되어 집중 치료를 받는 일이 발생했지만, 미국 질병통제예방센터(Centers for Disease Control and Prevention, CDC)와 주정부 등과 같은 관계 기관 및 관계 당국의 신속한 대응 및 발 빠른 후속 조치로 인해 두 환자 모두 완치되어 건강한 몸으로 퇴원했을 뿐만 아니라 이후에도 미국 내에서는 이들로 인한 추가 감염자가 전혀 발생하지 않았다”고 한 점에 주목할 필요가 있다.

15) 앞서 검토한 바와 같이, 연방 헌법에는 규정이 없지만 판례를 통해 인정되는 각 주(州)의 경찰권(police power)의 핵심적인 내용이다. 보다 자세한 것은 John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 6<sup>th</sup> ed., West Group (2000), 312면 이하 참조.

16) 재난관리를 위한 기본법은 1988년에 의회를 통과한 버몬트(Vermont)주 상원의원의 이름이 붙여진 스태포드법(Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act)이다. 연방법률인 스태포드법의 목적은 “연방정부가 재난의 결과로 발생하는 고통과 피해를 감소시키는 대응을 수행하는 주정부나 지역정부에 체계적이고 지속적인 도움을 주려는” 것이다(42 U.S Code 5121). 스태포드법은 주정부와 지역정부 그리고 재해로 인한 개인적인 피해자들에게 다양한 형태의 연방지원을 가능하게 하였다. 나채준, 미국의 자연재해 보상제도에 관한 법제분석 및 시사점, 토지공법연구 제61집(2013), 118면 이하; 보다 자세한 것은 이상경, 미국의 재난대응체계의 규범적 고찰과 시사점, 서울법학 제23권 제2호(2015), 31면, 각주 10번 참조.

17) 이상경(주 16), 31면 이하 참조.

## (2) 미국 재난관리의 역사적 배경

미국의 재난관리의 역사적 배경을 보다 명확하게 이해하기 위해서는 다음과 같은 사항들에 대한 물음이 필요하다.

- ① 미국 역사상 최초의 재난관리 사례에는 어떤 것이 있는가.
- ② 연방헌법에 의하면 연방정부는 공공의 위험을 관리하는데 있어 가장 큰 역할을 하는가 아니면 보조적인 역할을 하는가.
- ③ 1936년 홍수통제법의 의의는 무엇인가.
- ④ 냉전시대는 현대 재난관리분야의 발전에 어떤 기여를 했는가.
- ⑤ 어떤 재난으로 인해 국가 홍수보험 프로그램이 만들어지게 되었는가.
- ⑥ FEMA의 설립을 낳은 1970년대 사건은 무엇인가.
- ⑦ 1980년대 말 FEMA가 곤란한 상황에 처하게 된 이유는 무엇인가.
- ⑧ 제임스 리 위트는 FEMA를 어떻게 발전시켰는가.
- ⑨ 국토안보부의 설립이 연방정부의 재난관리능력에 어떤 변화를 가져왔는가.
- ⑩ 국토안보부는 어떤 단계를 거쳐 설립되었는가.
- ⑪ 허리케인 카트리나에 대한 대응이 그토록 비효율적이었던 이유는 무엇인가.
- ⑫ 허리케인 카트리나에 대한 형편없는 대응이 미국의 재난관리시스템을 어떻게 변화시켰는가.
- ⑬ 2009년 DHS/FEMA가 재난관리에 어떤 영역을 부각시키려 했는가.
- ⑭ 허리케인 샌디는 FEMA의 책임과 국가재난복구체계(National Disaster Recovery Framework: 'NDRF')의 변화에 어떤 영향을 미쳤는가.<sup>19)</sup>

이러한 핵심적인 질문과 궁금증에 대한 답을 아래에서 찾을 수 있을 것이다.

### 1) 초기역사: 1800~1950년

재난 관리의 초기 역사는 1803년 뉴햄프셔의 화재로부터 시작되었다. 당시 화재로 파괴된 뉴햄프셔의 소도시에 경제적 지원을 하는 법률이 연방의회를 통과하였고, 이것이 바로 연방정부가 처음으로 지역이 재난에 개입한 사례가 된 것이다.<sup>20)</sup> 그 후 프랭클린 루스벨트(Franklin Roosevelt) 대통령은 연방정부를 경제를 일으키는 도구로 활용했으며, 연방정부가 재난 관리 역할에 상당한 자금을 투여하기 시작했다. 그 후로부터 한동안 재난 관리와 관련된 연방정부의 역할은 두드러지지 않았고, 1930년대에 이르러 부흥금융공사(Reconstruction Finance

18) 류상일/남궁승태, 재난 관련 법률의 해외 비교 고찰 및 시사점 - 각국 재난 관련 법률에 대한 언어네트워크 분석을 중심으로, 한국위기관리논집 제9권 제1호(2013), 132면.

19) 최경식/배정환/이주호, 허리케인 카트리나 이후 미국 재난안전관리시스템 개편과정 재고찰 - 재난안전관리 법제도 및 조직 재정비 과정을 중심으로, 위기관리 이론과 실천, 제12권 제7호(2016), 6면 이하 참조.

20) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola, 김태웅/안재현 옮김, Emergency Management (재난관리론), 북코리아 (2016), 25면:

<https://web.archive.org/web/20080509080630/http://www.fema.gov/about/history.shtm> (2020.12.1. 최종방문)

Corporation)와 공공도로국(Bureau of Public Roads)은 재난 피해를 입은 공공시설의 복구와 재건에 필요한 재난 자금을 대출받을 수 있는 권한을 부여받았다. 이 시기에 수력 발전을 위해 테네시계곡 개발공사(Tennessee Valley Authority)가 설립되었고, 이지역의 홍수를 감소시키는 것이 테네시계곡 개발공사의 설립 목적 중의 하나였다. 더불어 재난 관리에 관한 의미 있는 법안이 통과되었는데 1936년 홍수통제법(Flood Control Act)이 바로 그것이다. 이는 미국 육군공병단(Army Corps of Engineers)의 홍수통제사업을 확립·개발하고 권한을 증대시킨 것이며 이는 미국의 재난 관리에 막대하고도 장기적인 영향을 미쳤다. 홍수통제법의 철학은 인간이 자연을 통제할 수 있으며, 홍수의 위험도 줄일 수 있다는 것이었다. 이 법에 따라 미국 전역의 하천을 따라 경제성장과 인구 증가가 촉진되었으나, 재난관리에 있어 이 같은 시도는 상대적으로 근시안적인 조치였으며 이후 홍수보다 더 큰 자연재난, 예컨대 허리케인 등의 경험을 통해 보다 장기적인 안목에서 재난을 대응해야 한다는 역사적 교훈을 남기고 있다.<sup>21)</sup>

## 2) 핵 전쟁과 핵 낙진의 가능성 시대(냉전시대): 1950년대

1950년대는 대규모 자연 재해의 측면에서는 크게 문제되지는 않았으나, 냉전시대였으므로 주된 위험은 히로시마에서 경험하였던 엄청난 핵무기에 의한 핵전쟁 발발과 이로 인한 핵 낙진의 가능성이었다. 그러므로 이시기에는 민방위조직이 여러 지역사회로 확산되었고, 개인과 지역사회는 소련의 핵 공격으로부터 자신과 가족을 지킬 대피소를 만들었다. 거의 모든 지역사회에는 민방위 지휘관이 있었으며 대부분의 주에는 주정부 조직 내에 민방위를 담당하는 사람들이 있었다. 이들은 대부분 퇴역 군인이었으며 이들의 활동에 국가나 지역정부가 제공하는 정치적·경제적 지원은 거의 없었다. 또한 이들은 원래 하던 고유의 업무나 직업을 수행하면서 민방위 지휘관을 겸하는 경우가 많았다. 이러한 활동에 대해 연방정부의 지원은 연방민방위청(Federal Civil Defense Administration: 'FCDA')에 의해 수행되었는데, 이 조직 또한 직원이나 재원이 거의 없어 그 주된 역할은 기술적인 지원이었다. 따라서 주나 지역의 민방위 지휘관들이야말로 미국 재난 관리의 최전선에 있는 존재들이었다.<sup>22)</sup> 이어서 FCDA와 유사한 조직인 국방동원실(Office of Defense Mobilization)이 국방부 산하에 설립되었다. 국방동원실의 주요 기능은 전쟁이 발발한 경우 물자와 물품을 신속하게 조달하고 주요 물자를 비축·저장하는 것이었으므로 여기에 재난대비 기능이 포함되었다고 할 수 있다.

21) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 25면.

22) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 26면.

이후 1958년에 두 조직은 민·국방위동원실(Office of Civil and Defense Mobilization)로 통합되었다.

### 3) 대규모 자연재난의 시대: 1960년대

1960년대 미국에서는 대규모 자연재해가 발생하였다. 첫째, 1962년 사순절의 첫째 날인 재의 수요일(Ash Wednesday)에 발생한 시속 620마일 짜리 폭풍우는 대서양 연안의 해안지역을 강타해 물경 3억 달러가 넘는 피해가 발생하였다.<sup>23)</sup> 둘째, 1964년 알래스카주 프린스 윌리엄 사운드에서 발생한 리히터 규모 9.2에 이르는 대지진이 발생하여 멀리 떨어진 캘리포니아 태평양 해안을 휩쓴 해일을 발생시켰고, 이로 말미암아 123명이 사망하는 등 큰 피해가 발생하였다. 셋째, 1965년 허리케인 벤티(Betsy)와 1969년 허리케인 카미유(Camille)는 수백 명의 피해자를 내고 걸프 해안(Gulf Coast)지역을 따라 수억 달러에 이르는 재산피해를 입혔다.

종래의 재난의 경우 연방정부의 대응은 자금을 지원하기 위한 특별법을 통과시키는 것이었다. 그런데 플로리다와 루이지애나를 가로지른 허리케인 벤티의 경로를 따라 엄청난 경제적 손실이 발생하면서 향후 다시 발생할 경우를 대비하여 재해보험의 문제가 사회적 이슈가 되었다. 결국 사회보험프로그램이 작동하게 되는 경우 재난이 일어난 이후 지속적인 정부의 재정적 지원을 줄일 수 있게 되므로, 연방의회는 주택보유자를 위한 정책으로 국가홍수보험법(National Flood Insurance Act)을 1968년에 통과시켰다. 홍수보험법 통과로 국가홍수보험 프로그램(National Flood Insurance Program: 'NFIP')이 시작되었다.<sup>24)</sup> 종전의 재난관리나 재난 관련 법률과는 달리 국가홍수보험법은 재난상황이 발생하기 전에 위험에 대해 사전적인 준비조치를 한다는 점에 그 의의가 있다. 즉, 재난관리 실무분야에서 지역사회기반완화(community-based mitigation)라는 개념이 도입된 것이다. 따라서 어떤 지역사회가 NFIP에 가입하면 연방정부가 보조금을 주는 대가로 일반 시민은 낮은 비용의 홍수보험에 가입하고, 그 지역사회는 향후 홍수범람원에 대한 개발을 제한하는 법령을 통과시켜야 하며, 연방정부는 또한 지역사회 내에 홍수범람원에 대한 지도 제작을 도와야 한다. 그러나 NFIP의 자발적인 체제에 합류한 지역사회가 거의 없었다는 것이 맹점이었다. 1969년 허리케인 카미유가 루이지애나, 앨라바마, 미시시피 등이 지역을 강타한 뒤에 연방정부는 NFIP를 통해 일반 시민의 경제적인 투자를 보호하고 정부의 재난 관련 지출을 감소시켜 보려 했지만 이러한 목적도 달성하지는 못하였다. 이후 닉슨 대통령이 조지 번스타인(George Bernstein)을 주택도시개발

23) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 27면.

24) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 28면.



부(Department of Housing and Urban Development: 'HUD') 내의 연방보험관리청(Federal Insurance Administration : 'FIA')장으로 임명하여, 홍수보험 의무가입과 연방정부가 대출금을 지원하는 모든 주택 보유자에 대한 대출을 연결시키도록 하였다. 이런 변화는 여러 지역사회가 NFIP에 가입하게 하는 장려책이 되었는데 이는 주택대출금 시장의 상당부분을 연방정부가 지원했기 때문에 가능한 것이었다.<sup>25)</sup>

#### 4) FEMA의 등장-국가재난관리 총력적 집중의 시대: 1970년대

1970년대 재난관리 책임을 주로 맡은 부서는 5개인데, 상무부(Department of Commerce)는 기후, 경보, 소방의 임무를, 조달청(General Service Administration)은 정부의 지속성, 물자비축, 연방정부 차원의 대비 임무를, 재무부(Department of Treasury)는 수입품 검사 임무를, 원자력규제위원회(Nuclear Regulatory Commission)은 원자력 발전소 및 원자력 발전 관리 임무를, 그리고 HUD는 홍수보험과 재난 구호의 임무를 맡았다.<sup>26)</sup> 그런데 1969년 허리케인 카미유와 1971년 샌프란시스코 지진에 의해 1974년 재난구호법(Disaster Relief Act)이 제정됨에 따라 HUD는 FIA의 NFIP와 연방재난지원청(Federal Assistant Administration: 'FAA')을 통해 자연재난의 대응과 복구에 있어 가장 막강한 권한을 갖게 되었다. 군사적인 측면은 민방위대비청(Defense Civil Preparedness Agency)은 핵공격에 대응하는 임무를, 육군공병단은 홍수관리의 임무를 맡았다. 하지만 위협과 잠재적 재난의 폭넓은 영역을 모두 감안하면, 100개 이상의 연방정부기관이 어떤 형태로든 위협과 재난에 관여하고 있었다. 이러한 양상은 주정부와 지역 정부차원으로까지 계속 이어졌으므로, 유사한 조직과 프로그램이 혼란을 가중시켰고, 특히 재난 발생 이후의 대응노력에 있어 영역 다툼이 발생했다. 이런 상황 속에서 새로 조직된 전국 재난대비 국장협의회(National Association of State Directors of Emergency Preparedness)는 독립적인 새로운 조직을 설립할 것을 주장했고, 상원은 이에 신속한 지지를 표명하였다. 이 와중에 펜실베니아 스리마일섬(Three Mile Island)의 원자력발전소에서 사고가 발생했고, 이는 이러한 통합 노력에 더 큰 힘을 실어주었다. 이 사고로 상업적 원자력 발전소 인근 지역에 대한 적절한 재난 대응 방안 부재와 이러한 종류의 사고에 대한 연방정부의 역할 부재가 전국적인 언론의 주목을 받게 되었다. 1978년 6월 19일 카터 대통령은 '조직개편 계획안 3호(3 CFR 1978, 5 U.S. Code 903)'를 의회에 제출하였다. 이 계획의 목적은 재난대비, 예방, 그리고 대응 활동을 하나의 연방 관리조직으로

25) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 29면.

26) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 30면.

통합하는데 있었다. 카터 대통령은 이 계획안으로 FEMA가 신설될 것이며, FEMA청장이 대통령에게 직접 보고하게 될 것이라고 선언하였다.<sup>27)</sup> 조직개편 계획안 3호에 의해 상무부 화재예방관리청(National Fire Prevention Control Administration), HUD의 FIA, 대통령실 연방방송국(Federal Broadcast System), HUD의 FAA, 연방대비청(Federal Preparedness Agency)의 업무가 FEMA로 이관되었고, 재난 대비 및 재난 예방 기능 또한 FEMA로 이관되었다.

결국 연방의회의 동의를 거쳐 1979년 3월 31일 행정명령 12127호에 의해 FEMA가 공식적으로 설립되었다.<sup>28)</sup> 카터 대통령은 두 번째 행정명령인 12148호를 통해 정부기관과 프로그램 그리고 인력을 새로운 독립기구인 FEMA로 재배치할 것을 명령하였다. 카터 대통령에 의해 새로 임명된 존 메이시(John Macy)는 통합재난관리시스템(Integrated Emergency Management System: 'IEMS')이라는 새로운 개념을 개발함으로써 자연적인 위험 요인에 대한 대비와 민방위 활동과의 유사성을 강조하였다.<sup>29)</sup> 이 시스템은 사소하고 산발적인 사건에서부터 핵 공격이라는 궁극적인 비상 상황에 이르기까지, 모든 위험 요인에 대한 접근을 포함하고 있었다. 메이시의 이러한 노력으로 FEMA는 자체 사업을 추구하며 상부 기관인 연방의회에 답변하는 독특한 독립기구로서의 기능을 수행해 나갔다.<sup>30)</sup>

##### 5) 핵 공격 계획으로 인한 민방위 조직의 재등장 시대:1980년대

1980년대 초반과 중반에 FEMA는 여러 문제에 직면해 있는 듯 보였으나, 심각한 자연재난은 발생하지 않았다. FEMA가 설립될 당시 연방의회가 요구한 재난에 대한 연방정부차원의 일관된 대응을 할 필요가 없었으므로 FEMA는 여러 기구를 아우른 조직으로 계속 존속해 나갔다. 1982년 레이건 대통령은 루이스 지우프리카(Luis Giuffrida)를 임명했고 그는 FEMA를 행정부의 정책적 요구와 자신의 경력<sup>31)</sup>에 부합하는 기구로 재정비해 나갔기 때문에 최우선 순위는 핵 공격에 대한 정부 차원의 대비에 있었다. 지우프리카는 FEMA를 워싱턴 D.C.의 새로운 본부 청사 건물에 물리적으로 통합하는데 성공하였다.<sup>32)</sup>

27) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 31면.

28) 44 FR 19367, 3 CFR, p.376.

29) 존 메이시의 임무는 물리적으로 상당히 떨어져 있을 뿐만 아니라 - FEMA는 워싱턴 주변에서 서로 다른 5개의 건물로 분리되어 있었다 - 철학적으로도 거리감이 있는 기관을 하나의 조직으로 통합하는 것이었으며, 이를 통해 핵 전쟁 준비에 중점을 두었던 프로그램을 환경과 홍수 범람원 관리라는 새로운 과제에 중점을 둔 프로그램과 통합시키는 임무 또한 달성하려고 노력하였다.

30) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 33면.

31) 지우프리카는 주정부 차원에서 테러대비와 훈련에 관한 경력이 있었다.

<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/nomination-louis-o-giuffrida-be-director-the-federal-emergency-management-agency> (2020.12.1. 최종방문).

32) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 34면.

#### 6) 위기의 FEMA 시대: 1989~1992년

1989년 두 차례의 처참한 자연재난으로 FEMA가 계속 존속해야 하는지에 대한 의문이 제기되었다. 1989년 9월 허리케인 휴고(Hugo)가 푸에르토리코와 버진 제도를 급습한 후에 노스캐롤라이나와 사우스캐롤라이나를 강타했다. 휴고는 10여년 만에 발생한 최악의 허리케인으로 150억 달러 이상의 재산피해와 85명의 사망자를 냈다. FEMA는 각 과정이 제대로 작동하기를 기다리고, 주지사들의 결정을 기다리며 느장 대응했다. 이로부터 한 달도 안 된 1989년 10월 오클랜드 스타디움에서 월드시리즈가 진행 중일 때 캘리포니아 베이 지역을 로마프리카(Loma Prieta) 지진이 강타했음에도 FEMA는 이러한 대참사에 제대로 대응하지 못했다.<sup>33)</sup> 몇 년이 지난 1992년 8월 허리케인 앤드류(Andrew)가 플로리다와 루이지애나를 강타했고, 그로부터 불과 몇 주 후에 허리케인 이니키(Iniki)가 하와이를 휩쓸고 지나갔음에도 FEMA는 준비되어 있지 않았다. 사람들은 필요할 때 정부가 나서서 자신들을 도와주기를 원하고 기대했다. 하지만 FEMA는 재난관리라는 정부의 핵심적인 역할을 수행해 낼 능력이 없어 보였다. 그럼에도 새로 들어선 클린턴 행정부는 효율적인 대응과 신속한 복구 작업이 얼마나 중요한지 잘 알고 있었고, 그래서 당시의 재난관리 시스템을 그대로 유지하기로 결정했다.

#### 7) 제임스 리 윌트 FEMA청장의 개혁시대: 1993~2001년

클린턴 대통령은 제임스 리 윌트(James Lee Witt)를 새로운 FEMA청장으로 임명하였다.<sup>34)</sup> 윌트는 FEMA의 전면적인 개혁에 착수하여 내부적으로 전 직원과 소통하며 대국민 봉사교육을 실시하고 병폐를 근절하기 위해 조직을 개편하였으며, 재난 서비스의 이행에 필요한 신기술을 적용하고 예방과 위험 회피에 중점을 두었다.<sup>35)</sup> 외부적으로는 주와 지역의 재난관리 기관과 관계를 강화하고 연방의회와 행정부 그리고 언론과도 새로운 관계를 맺어 나갔다. 이렇게 내외적으로 열린 의사소통은 윌트의 FEMA 재임 기간 동안 두드러진 특징을 이루었다.<sup>36)</sup> 1993년 중서부의 홍수는 9개주에 이르는 대규모 재난 선포로 이어졌지만, FEMA는 이 홍수에 성공적으로 대응했는데 홍수 범람원으로부터 국민들을 이주시켜 아무런 피해를 입지 않도록 했으며 이것으로 재난 이후 복구라는 FEMA의 중심 기능에 변화를 줄 계기가 마련되었다. 1993년 중서부 홍수에 이어 바로 캘리포니아 노스리지(Northridge) 지진이 발생

33) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 36면.

34) <https://www.fema.gov/pdf/library/danielsreport.pdf>, 13면 참조.

35) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 37면.

36) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 38면.

했다. 노스리지 지진은 서비스 전달 체계에 대한 최신의 능률적인 접근 방식과 기술적인 발달을 모두 시험해 더 나은 것으로 만드는 계기가 되었다. 이후 몇 년 동안 FEMA와 주 그리고 지역의 협력 기관들은 인명 피해를 동반한 토네이도, 눈보라, 허리케인, 홍수, 산불, 가뭄 등 모든 가능한 자연 재난에 직면해야 했다. 더불어 1995년 4월 오클라호마 폭탄테러 사건은 재난 관리의 발전에 새로운 국면을 열어 주었다. 재난관리의 책임 영역이 위험과 그러한 위험으로 인한 결과로 규정되므로, 테러리스트의 위협에 대한 대응 또한 이에 포함되는 것이 당연했다. 오클라호마 폭탄 테러사건은 이러한 명제에 대한 시험이 되었고, 어떤 정부기관이 테러 공격을 담당할 것인가에 대한 관계 부처 간 논쟁이 시작되었다. 이 같은 논쟁이 계속되면서, FEMA는 ‘프로젝트 임팩트(Project Impact):재난에 강한 지역 사회 만들기 (Building Disaster-Resistant Communities)’라는 지역사회 기반의 새로운 접근 방법을 활성화시키는 전국적인 계획에 착수함으로써 재난 완화에 대한 책무에서 중요한 진전을 이루었다.<sup>37)</sup> 이 프로젝트로 인해 지역 사회는 있을 수 있는 위험을 파악하고 그러한 위험을 줄이기 위한 계획을 수립해야 했다. 지역 사회는 최초로 기업을 포함하여 지역 사회 내의 모든 이해당사자를 포함하는 폭넓은 협력관계를 구축했다. 재난에 강한 지역 사회를 건설함으로써 해당 지역 사회는 지속 가능한 경제 발전을 이루고, 천연자원을 보존하고 축적하며, 주민에게 더 나은 삶을 약속할 수 있게 되었다. 2000년대의 첫 10년이 지나갈 무렵 FEMA는 여전히 세계적으로 탁월한 재난관리 시스템으로 인정받고 있었다.<sup>38)</sup>

#### 8) 테러와 국토안보부 창설의 시대: 2001~2005년

조지 부시가 대통령에 당선되면서 조 알바우(Joe Allbaugh)를 새로운 FEMA청장으로 임명하였으며, 알바우는 FEMA를 대대적으로 개편하여 국가대비국(Office of National Preparedness: ‘ONP’)을 다시 설치했다.<sup>39)</sup> 이러한 움직임에 FEMA의 지지자와 직원들은 우려를 나타냈으나, 그 당시 ONP의 임무는 테러에 집중되었다. 2001년 9월 11일 테러사건이 터지자, FEMA는 연방대응계획을 작동시켰고 뉴욕과 버지니아에서 계획된 대로 대응작업에 들어갔다. 수백 명의 대응인력이 사건 발생 불과 몇 분 만에 대응작업에 들어가면서 미국 재난관리 시스템의 강점이 여실히 입증되었다.<sup>40)</sup> 테러리스트들이 세계무역센터를 공격한 직후에 대통령은 백악관 내에 있는 국토안보국(Office of Homeland Security)에 행정명령을 발동했다. 펜실베이

37) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 39면.

38) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 40면.

39) 이 부서는 1980년대 제3차 세계대전에 대한 대비의 일환으로 지우프리카 재임 시 처음으로 설립되었다가 1992년 위트에 의해 폐지된 기관이다.

40) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 41면.

아주 주지사인 톰 리지(Tom Ridge)가 대통령 보좌관의 직위로 국토안보국장에 취임했고, 부시 대통령은 2002년 3월 '국토안보에 관한 대통령 훈령-3호'에 서명했다.<sup>41)</sup> 그 결과 등장한 것이 다섯 가지 색상의 국토안보 경보 시스템이었다. 2002년 11월 25일 부시 대통령은 2002 국토안보법(공법 107-296)에 서명했으며 이 법안을 통해 새로 설립될 국토안보부 장관으로 톰 리지를 임명할 것이라고 발표하였다. 이 법안은 해리 트루먼 대통령이 다양한 군대를 국방부로 통합한 이래 가장 대규모로 연방정부를 개편할 수 있는 권한을 부여한 법으로, 향후 미국을 테러범의 공격으로부터 보호하고, 테러에 대한 국가적인 취약성을 감소시키며, 잠재적인 테러리스트의 공격과 재난으로 인한 피해를 최소화한다는 세 가지 임무를 부여했다.<sup>42)</sup> 2003년 1월 24일 공식적으로 출범하는 새로운 부서를 만들기 위한 전면적인 개편 작업으로 22개 연방정부 기관에서 179,000명 이상의 연방정부 직원들이 각료급 단일 조직으로 이동하였다. 국토안보부의 신설은 연방정보기관들 사이의 유기적인 협조만 있어도 9월 11일 테러범의 공격을 예방할 수 있었다는 비판이 점차 거세어지면서 이에 대한 대응차원에서 대규모로 시작되어 점진적으로 이루어진 입법 승리의 정점을 이룬 사건이다. 백악관과 연방의회는 국토안보부라는 황제 기구가 성공하기 위해서는 직원과 규모 예산이 필요하다는데 인식을 같이 했고 이에 따라 연방정부에 분산되어 있던 안보관련 기관을 통합할 새로운 각료급 부서의 신설이 필요하다는 논의가 시작되었다.<sup>43)</sup> 2002년 하반기 몇 달 동안 연방의회는 통과 가능하면서도 효율적인 법률을 제정하려는 노력의 일환으로 국토안보부에 관한 여러 안을 두고 심사숙고했다. 정보수집과 수사와 관련된 법을 집행하는 여러 기관들 - 국가안전부(National Security Agency: 'NSA'), 연방수사국(Federal Bureau of Investigation: 'FBI'), 중앙정보부(Central Intelligence Agency: 'CIA')를 통합하려는 노력은 실패로 끝났다.<sup>44)</sup> 2002년 11월 25일 부시 대통령은 개편안을 제출했고 이 개편안에는 기념비적인 일을 진행할 일정, 방법 및 예산에 대한 계획이 담겨있었다. 이에 따라 합병작업이 이루어졌고 이후에도 몇몇 기관은 그대로 남아 있었지만, 대부분은 새로운 4개의 본부-국경 및 교통안전(Border

41) 그 내용은 다음과 같다: 미국에는 연방정부와 주정부 그리고 각 지역의 기관과 미국 국민에게 테러의 위협과 관련 정보를 알리기 위한 종합적이고 효율적인 수단을 제공할 국토안보경보시스템(Homeland Security Advisory System)이 필요하다. 이 시스템을 통해 위협의 위험이 증가하는 정도에 따라 '위협상태'의 등급을 올리는 형태로 경보를 제공해야 한다. 각각의 위협 상태에서 연방정부의 각 부서와 기관은 경보 상태에 맞게 그에 상응해 취약점을 줄이고 대응능력은 더욱 향상시키는 일련의 보호조치를 시행해야 한다. 이 시스템은 본토가 직면한 위협의 본질과 이에 대응해 취해질 적절한 조치에 대해 국가 차원의 논의를 가능하게 하는 공통된 용어와 상황 그리고 조직의 틀을 새로 갖추는 것을 목적으로 한다. 또한 이 시스템은 여러 정부 부처의 적절한 의사 결정을 촉진시키고 그 결정을 알리며, 가정과 직장에 있는 사람을 보호하는 것을 목적으로 한다.

42) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 42면.

43) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 43면.

44) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 43면.

and Transportation Security: 'BTS'), 정보분석 및 기반시설 보호(Information Analysis and Infrastructure Protection: 'IAIP'), 재난 대비 및 대응(Emergency and Preparedness and Response: 'EP&R'), 과학 및 기술(Science and Technology: 'S&T')-중 하나로 완전히 통합되었다. 다섯 번째 본부인 관리(Management)본부는 기존의 행정과 지원 부서를 통합한 것이다. 국토안보부의 신설과 더불어 국토안보법은 다른 연방 정부 기관과 그들의 운영 프로그램에 몇 가지 변화를 가져왔으며, 이에 따라 새로운 프로그램이 신설되었다.<sup>45)</sup> 국토안보부의 신설이 진전되면서 2004년 FEMA는 플로리다를 강타한 4개의 대규모 허리케인에 직면했고, 연방정부는 이를 허리케인에 효율적이고 효과적으로 대응한다는 것을 보여 주기 위한 막대한 노력을 쏟아 부었다. 2005년 2월 16일 상원은 국토안보부의 새로운 수장으로 마이클 처토프(Michael Chertoff)를 만장일치로 선임했다.<sup>46)</sup>

개편의 일환으로 실제로 연방소방청을 비롯해 FEMA에 남은 모든 인력은 새로운 대비국(Office of Preparedness)으로 옮겨졌다. 그러나 재난관리연구원(Emergency Management Institute: 'EMI')은 예외였다. EMI의 교육 기능은 예전부터 재난 대비의 일환으로 여겨졌지만, FEMA의 고위 관리들은 교육이 재난 대응과 복구 과정에 해당한다고 주장했다. 새로워진 FEMA는 재난의 대응과 복구에 특별히 중점을 두어야 했다. 초기 국토안보부 조직에서 재난대비와 대응 부서는 이전 국토안보부 및 FEMA의 업무와 직원을 대부분 그대로 갖고 있었다. 그러나 처토프의 개편으로 재난대비 및 대응본부(EP&R)는 없어지고, 이전 EP&R의 담당 차관이 FEMA청장이 되었다. 새로 구축된 국가사건 관리시스템(National Incident Management System: 'NIMS')에 대한 책임이 실질적으로 운영협력국장에게 귀속되므로, 이러한 개편으로 인한 재난에 대한 책임을 누가질 것인가가 다소 불분명해졌다.<sup>47)</sup> 처토프의 개편으로 연방재난관리와 재난지원 기능은 FEMA 이전 상태로 돌아갔다. 예방, 대비, 대응 그리고 복구에 대한 책임과 역량이 국토안보부 내의 여러 기관으로 분산될 터였다. 생물학무기를 이용한 테러와 테러리즘이라는 대재앙적인 위협에 대부분의 인적, 경제적 자원을 집중하는 방향으로 정책결정이 내려졌다. 이 같은 조직 개편이 있기 전에 FEMA는 국토안보부 내의 주요 프로그램을 지원하느라 경제적, 인적 자원을 끊임없이 부담하고 일을 나눠 맡고 있는

45) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 44면.

46) 새로운 청장은 업무 능률을 높이기 위해 국토안보부를 개편하기 위한 6가지 개선사항을 제안했다: (1) 재난 특히 대재앙적 재난에 대한 전반적인 대비능력을 향상시킨다. (2) 사람과 화물을 보다 안전하고 효율적으로 이동시킬 보다 안전한 운송시스템을 만든다. (3) 국경의 안전과 국내의 법률 집행을 강화하고, 이민과정을 개혁한다. (4) 협력기관들과의 정보 교류를 증진시킨다. (5) DHS 내의 재정관리 및 인적 자원의 개발, 물품 조달 및 정보 기술을 향상시킨다. (6) 업무 성능을 극대화하기 위해 DHS의 조직을 조정한다. George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 45면.

47) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 46면.

실정이었다. 따라서 FEMA의 핵심 프로그램을 분리해 냈으로써, 국토안보부 내에서 자원을 재배치하고 임무를 줄이기가 한결 더 쉬워졌다.<sup>48)</sup>

#### 9) 허리케인 카트리나와 FEMA의 대실패: 2005년

2005년 8월 25일 치명적이고 파괴적인 초대형 허리케인 카트리나(Katrina)가 루이지애나 버러스(Buras)를 강타했는데 이로 인해 사망자수는 1,856명이었으며 이와 별도로 실종된 자는 705명 이었고, 150만 명의 사람들에게 영향을 미쳤으며, 80만 명의 시민이 대피했다. 연방정부가 지출한 재난구호 비용은 1,500억 달러가 넘는 것으로 추정되고, 보험 손실은 350억 달러를 초과한 것으로 추정되었다. NFIP은 카트리나로 인해 피해를 봤다고 주장하는 205,000명 이상의 시민들에게 1,610만 달러 이상을 지불했다.<sup>49)</sup> 하지만 허리케인 카트리나는 미국의 재난관리 시스템과 재난대응 능력에 심각한 틈이 있음을 보여주었다. 즉각적인 대응이 적절히 이루어지지 못한 것은 이전 몇 년 동안 테러 공격과 국토안보에 우선권을 두고 중점적으로 관리해 온 문제를 드러낸 것으로, 이러한 성향이 재난 대응 능력과 역량을 감소시킬 수도 있음을 적나라하게 보여준 것이다.<sup>50)</sup>

카트리나에 대한 FEMA의 실패는 여러 면에서 9//11 사태 이후에 취해진 여러 조치에서 비롯된 결과다. FEMA는 신설된 국토안보부에 합병되면서 독립기구로서의 위상 - 대통령에 대한 직접 보고권을 포함해서 - 을 잃었다. FEMA청장은 재난이 벌어지면 업무를 주고받고 지시를 할 장관들과 더 이상 같은 급이 아니었다. 많은 주가 주차원에서 재난관리업무를 관장하는 국토안보 부서를 자체적으로 갖고 있었으며, 이 중에는 경쟁력 있고 복잡한 재난대응기구들이 많았다. 주와 지역의 여러 기관들로 재분배될 재난 대비와 예방에 필요한 예산을 포함한 FEMA의 인력과 자원은 국토안부에서 우선순위가 더 높은 업무를 지원하는데 쓰이고 말았으며, 이러한 일련의 조치로 FEMA는 더욱 힘없는 기관이 되었다.<sup>51)</sup> 연방정부의 대응계획은 국토안보부의 새로운 업무를 담당하고 국토안보부 장관의 감독 업무를 지원하기 위한 국가대응계획(National Response Plan: 'NRP')으로 개편되었다. 재난 발생 시 새로운 조정자 역할을 할 연방정부의 고위관리가 생기면서, 이전에는 권위와 책임이 모두 FEMA청장에게 있었지만, 새로운 고위관리의 등장으로 누가 재난에 대한 책임을 질 것인가에 대한 혼란이 벌어졌다. 테러리즘에 초점이 집중되면서 홍수, 토네이도, 허리케인과 같은 자연 재난에 대비

48) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 46면.

49) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 48면.

50) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 50면.

51) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 51면.

하고 예방하며 이에 대응하려는 노력은 뒤로 밀려났다. 이 같은 우선순위의 변화는 국가, 주, 그리고 지역 등 모든 차원의 정부에서 재난에 대한 대응 능력을 급격히 감소시키는 결과를 낳았다.<sup>52)</sup>

#### 10) 포스트 카트리나 FEMA 변화 양상

카트리나 대실패 이후 상원과 하원은 대규모 청문회를 열고 과오를 조사하고 시정 조치를 취하려고 하였다.<sup>53)</sup> 청문회와 보고서 발간의 결과, 109번째 연방의회는 연방정부의 재난관리 정책을 변경하는 법안을 통과시켰다. 이 법안에서는 대통령에게 더 많은 권한을 부여하고, FEMA를 개편하며, FEMA와 그 상위 기관인 국토안보부의 임무와 기능 및 권한을 명백히 규정하고 더욱 강화하였다. 동 의회에서 제정된 6개 법안은 향후 연방정부의 재난관리 활동에 적용될 변화가 담겨있었다.<sup>54)</sup> 2006년 포스트 카트리나 재난관리 개혁법(Post-Katrina Emergency Management Reform Act of 2006: 'PKEMRA')에는 FEMA와 다른 연방 기관에 장기적인 영향을 미칠 많은 변화가 담겨 있다. 이 개혁법에는 FEMA를 개편하고 법에 명시된 FEMA의 권한을 늘리며, FEMA의 업무 여건과 조건을 새롭게 개선한다는 내용이 담겨 있다.<sup>55)56)</sup>

요컨대, PKEMRA에 따라 국토안보부는 재난 대비를 포함한 모든 재난 관리 기능을 FEMA

52) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 52면.

53) 물론 카트리나 대실패 이후 힐러리 클린턴 상원의원과 미쿨스키(Mikulski) 상원의원은 FEMA의 독립적인 위상을 되찾아 주고 FEMA청장에게 장관급 지위를 주는 법률을 제정하려고 했지만, 국토안보에 관한 상임위원회의 강력한 반대로 이 법안은 통과되지 못했다. 이때 특히 국토안보부 설립에 핵심적인 역할을 했던 조 리버먼(Joe Liberman)의원이 자신이 설립한 기관에 누가 손을 대는 것을 원치 않았을 것이므로 강력하게 반대하였다.

54) (1) 2006년 포스트 카트리나 재난관리 개혁법

(2) 2005년 항만안전법(Safe Port Act)으로 알려진 모든 항만에 대한 보안과 설명 책임에 관한 법

(3) 2006년 애완동물 대피와 수송 기준법

(4) 2005년 연방 법무부의 재난 특별 회계법

(5) 2006년 학비보조금 관련 허리케인과 재난 구호법

(6) 2007년 회계연도 존 워너 국방권한 부여법

55) PKEMRA는 아래와 같이 총 6장으로 구성되어 있다:

Title I: National Preparedness and Response - (Sec. 101) Amends the Homeland Security Act of 2002 (the Act) to make extensive revisions to emergency response provisions while keeping the Federal Emergency Management Agency within the Department of Homeland Security (FEMA를 DHS에 속한 기구로 두면서도 재난 대응에 관한 확장적인 권한을 FEMA에 부여하기 위해 국토안보법을 개정하는 내용).

Title II: Stafford Act Amendments - (Sec. 201) Amends the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (Stafford Act) to authorize the President, in a major disaster, to: (1) authorize precautionary evacuations; and (2) provide accelerated federal support in the absence of a specific request and expanded assistance to state and local governments in recovery. (연방대통령이 주요 재난에 대한 승인을 통해 사전 소개권(대피와 이동명령)을 발동하도록 하고, 각 주나 지방정부의 구체적인 요청 없이도 주와 지방정부의 복구에 대하여 연방정부의 재난 지원을 강화할 수 있도록 하는 스태프드법의 개정 규정)



로 재통합하고, 국토안보부 내에서 FEMA의 위상을 높이며, 국토안보부내에서 재분배되는 일이 없도록 FEMA의 자산을 보호하고, FEMA의 자치권을 강화시켜야 한다는 것이다. 이에 더해 FEMA는 10개의 지역사무소를 둘 수 있게 하였다. 또한 FEMA내에 국가자문위원회, 지역자문위원회, 장애인 담당관, 소규모 주와 지역의 대변인, 지역 기동대를 두어야 한다. 또한 의회와 직접 소통할 수 있도록 FEMA 청장에게 자치권을 부여하였다.<sup>57)</sup>

이러한 노력에 의해 새로운 지도부 구성되었고, FEMA는 ‘새로운 FEMA’로 거듭났으며, 연방정부의 여러 자원을 제공받는 조건으로 재난 대응계획 및 운영과 관련해 연방 정부가 요구하는 조건이 주와 지역의 재난관리 활동으로 연결될 수 있는 하향식 접근을 하도록 했다. 통합계획수립시스템(Integrated Planning System)은 주와 지역의 비상계획 작성자들이 인증 과정에서 사용하는 것과는 다른 계획 변수를 포함하도록 만들어졌다. 또한 주와 지역의 기관이 국가정보관리시스템(NIMS)의 지시사항을 준수해야 지속적인 재정지원을 받을 수 있게 되었다. 연방정부가 주와 지역의 노력에 힘을 보태며 협력 관계로 함께 일했던 이전의 시스템은 대규모 재난이 닥치면 연방정부가 주와 지역의 기관을 대신하여 책임을 지는 시스템으로 바뀌었다. 이와 같은 변화를 위해 FEMA는 본부와 지역사무소 모두에서 상당수의 직원을 늘릴 수 있었다.<sup>58)</sup> 연방정부 차원에서는 FEMA가 국토안보부의 감독 아래 국가대응계획(NRP)을 국가대응체계(National Response Framework: ‘NRF’)로 바꾸는데 혼신이 힘을 기울였다. 새로운 NRF에서 국토안보부와 FEMA는 전에는 미국 적십자(American Red Cross)에서 주도했던 대중 보호, 긴급 지원 기능(Emergency Support Function) 등에서 주도적인 역할을 하는 연방정부기관으로서 활약하게 되었다. 한편, 국토안보부와 FEMA는 재난

스태프도법 개정안을 간략히 요약하면 다음과 같다:

- ① 공공지원 프로그램 관리를 위한 새로운 대체절차 구축
- ② 재난이후 주택 자원 확충 목적 다세대 임대 주택 민간 소유자와의 협의 권한 FEMA에 부여
- ③ 재해완화보조프로그램(Hazard Mitigation Grant Program)의 행정 개선으로 보조금 25% 증액
- ④ 재난 복구 사업에 대한 환경과 역사적 검토를 위한 공동절차 수립 감독
- ⑤ 특정 재난에 명시된 기타 필요지원의 적절한 지출로서 어린이 돌보기 포함
- ⑥ 긴급업무를 하는 공무원에 대한 수당 외 급료 특별 지급
- ⑦ 미래 재난 비용 감축 목적 FEMA의 통합 국가 전략 수립 감독 권한

Title III: Staffing Improvements

Title IV: Planning, Preparedness, and Training

Title V: Prevention of Fraud, Waste, and Abuse

Title VI: Miscellaneous Provisions

<https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/3721> (2020.12.20. 최종방문).

56) 스태프도법 개정에 관한 의회 조사국의 분석결과 보고서는 2013년 허리케인 샌디 복구 개선법의 법조문을 분석한 것이다. 전반적으로 FEMA가 제공하는 재난 지원의 효율성과 품질을 향상시키기 위한 목적으로 한다.

57) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 54면.

58) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 55면.

이후의 주거시설과 같은 문제를 해결하기 위해 PKEMRA에 명시된 요건을 활용했다. PKEMRA에 따르면 재난시의 주거 시설과 관련한 새로운 전략을 짜야 했고, 따라서 FEMA는 이러한 전략을 개발하고 재난 이후 주거 시설 제공에서 주된 역할을 하기 위해 다른 연방 정부기관, 구체적으로는 HUD의 일에 관여할 수 있게 되었다.<sup>59)</sup>

### 11) 재난관리에 대한 오바마 행정부의 새로운 접근 방법

오바마 행정부는 FEMA를 국토안보부에서 독립시켜 독립기관으로서의 이전 지위를 되찾게 해주는 문제를 논의하였지만 이루어지지는 않았다. 국토안부부장관 재닛 나폴리타노는 FEMA청장으로 전 플로리다 재난관리국장인 크레이그 퓨게이트를 선택했다. 퓨게이트는 재난대비의 문화-특히 개인의 재난대비-를 만들고 싶어 했고, 결과적으로 그는 재난 피해를 입은 개인을 ‘피해자’가 아니라 ‘생존자’라고 부름으로써 재난 관련 어휘를 바꾸기도 하였다. 퓨게이트는 주와 지역의 재난 관리 기관들과 협력관계를 다시 맺어야 한다고 주장하면서,<sup>60)</sup> FEMA를 강력하고 잘 관리되며, 즉각 반응하는 조직으로 재건설하려는 노력을 기울였다. 2009년 허리케인 계절은 H1N1독감이 발생하기는 했지만, 몇 십 년 동안 가장 조용한 해에 속했으므로 퓨게이트가 이끄는 조직이 대규모 재난에 대응한 전력이 없었다. 퓨게이트와 그의 팀은 FEMA가 활기를 되찾게 하려고 노력하였으며 다음과 같은 영역에 전략적인 주안점을 두었다:<sup>61)</sup>

- ① 대응능력 향상
- ② 소셜미디어 적극 활용: 재난 전후 및 재난 중 국민 소통 강화
- ③ ‘총체적인 지역사회’ 개념 권장: 재난 관리에 대한 새로운 접근법
- ④ FEMA의 주도권 감축: 장기간의 복구와 재난 완화과정은 지역사회의 자발적 역할

이 중에서도 특히 총체적인 지역사회 접근법은 매우 주목할 만하다. 이는 지역사회의 안전에 관한 의사결정에 상당한 책임을 양도하는 것으로 재난 관리에 대한 기존 접근법의 근본적인 변화를 뜻한다. 총체적 지역사회는 지역 주민, 재난 관리 전문가, 관련 기관과 지역 사회의 대표자, 그리고 정부의 공무원들이 각 지역 사회의 요구를 종합적으로 이해하고 평가하여, 지역 사회의 자산과 역량 및 이해관계를 체계화하고 강화하는 최선의 방법을 결정하는 수단이다. 이렇게 함으로써 사회의 안전과 회복을 위한 가장 효율적인 방법을 찾는 것이다. 다른

59) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 56면.

60) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 57면.

61) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 58면.

의미로는 총체적 지역사회는 재난 관리의 수행에 대해 어떻게 생각할 것인가에 관한 철학적인 접근이기도 하다. 이로 인한 장점은 다음과 같다;<sup>62)</sup>

- ① 지역 사회의 요구와 역량에 대한 이해 공유
- ② 지역 사회 전반에 걸친 자원 배분의 효율성 제고
- ③ 사회기반시설 강화
- ④ 민관 협력관계를 구축: 보다 효율적인 예방, 보호, 완화, 대응 및 복구 활동 가능
- ⑤ 개별적이고 집단적인 대비능력 향상시
- ⑥ 지역사회와 국가 차원의 회복력 극대화

### 3. 소결

지금까지의 논의를 요약하자면 다음과 같다. 미국의 경우, 1930년대까지, 재해 구조는 주와 지역 정부의 책임이었다. 연방정부는 홍수 통제 또는 뉴딜정책 등 경제적인 긴급사항에 주로 지원을 제공했다. 1950년 재난 구호법(Disaster Relief Act)은 연방정부가 주와 지역 정부에 더 폭 넓은 지원을 제공할 수 있도록 만들었다. 1960년대와 1970년대를 거치면서, 의회는 다양한 분야에서 연방 정부의 지원을 확장시키고, 기관들의 책임을 유기적으로 통합되게 만든 많은 법률을 제정하였다. 1979년에 카터 대통령은 FEMA에 100개 이상의 프로그램들을 통합하였다. 미국은 2003년 이후 국토안보부를 신설하고 FEMA를 국토안보부(DHS) 산하로 편입하여 기존보다 더욱 강화된 통합위기관리체계를 구축하였다.<sup>63)</sup> 그러나 FEMA의 재난 대응 및 관리 능력이 2012년 10월 대규모 허리케인 샌디에 의해 노정되자<sup>64)</sup> 오바마 대통령은 중대 결단을 내려 HUD장관인 손 도너번(Shaun Donovan)을 허리케인 샌디의 복구책임자로 임명하였다. 이것은 FEMA가 재난 구호기금 프로그램을 통해 비용을 부담하는 것을 제외하고 재난 복구 업무에서 손을 떼게 될 것이라는 명백한 암시였다.<sup>65)</sup> 허리케인 샌디는 새로운 국가재난복구체계(NDRF)에 완벽하게 적용되는 최초의 대규모 재난이었으며, 해결해야 할 여러 문제를 낳았다. NDRF는 여러 기관의 협조를 기반으로 만들어진 프로그램어이지만 이들 기관들이 따르거나 심지어는 협조할 게 아무것도 없는 상태이며, 예산배분도 바로 이루어지지 않고 있다. 이것은 법에 규정된 권한에 따라 연방의회가 연방정부의 예산을 전면적으로 5% 삭감하여 각 기관의 경제적 상황이 어려워졌기 때문인지도 모른다. NDRF의 야심찬 목표는

62) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 61면.

63) 류상일/남궁승태, 재난 관련 법률의 해외 비교 고찰 및 시사점 - 각국 재난 관련 법률에 대한 언어네트워크 분석을 중심으로, 한국위기관리논집 제9권 제1호(2013), 134~135면.

64) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 63면.

65) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 64면.

지역사회와 주 정부가 복구와 관련된 장기적인 결정을 내려야할 때 진정한 시험을 치루는 것이다. 이들 지역사회를 어떻게 재건할 것인가도 시험대에 오를 또 다른 중대한 문제이다.<sup>66)</sup> 역사적인 관점에서 깊고 넘어가야 할 마지막 문제는 FEMA가 2013년 보스턴 마라톤 폭탄 테러 사건 이후에 실질적으로 아무 역할도 하지 않았다는 사실이다. 이것은 1993년 세계무역센터 테러 사건, 오클라호마 폭탄 테러 사건, 그리고 2011년 세계무역센터 사건에서 FEMA가 보인 눈부신 역할과 극명한 대비를 이룬다. FEMA는 정보전달, 수색과 구조, 개별적 지원업무를 도왔으며, 가장 중요한 사실은 피해자와 그 가족을 돕기 위해 정부가 함께 있다는 든든한 존재감을 과시했다는 데 있다. 하지만 이러한 역할은 보스턴 사건에서는 눈에 띄지 않았다. 모든 위험에 대비하는 기관으로서 도움을 필요로 하는 사람들을 돕는다는 사명을 가진 재난관리 개념은 이제 더 이상 존재하지 않는 것이 분명하다.<sup>67)</sup>

### III. 현행 재난 및 안전관리 법제의 문제점과 개선방안

#### 1. 우리나라 재난관리 및 대응체계

##### (1) 재난관리체계의 형성 및 재난관리법의 제정

우리나라의 재난관리체계는 1960년대 초부터 1990년대 초까지는 주로 자연재해대책법을 통해 자연재해관리를 기반으로 형성되었으나 급격한 산업화와 도시화 현상에 따른 사회 환경의 변화로 각종 사회적 재난이 빈발하게 되면서 사회적 재난관리에 관한 각종 규정이 생겨났다. 1993년 7월 23일에 제정된 국무총리 훈령 제280호 「재해의 예방 및 수습에 관한 훈령」을 기점으로 사회적 재난관리 개념이 체계적으로 형성되었다. 이는 기존의 자연재해대책법의 적용을 받는 재해를 제외한 각종 사고로 인한 재해에 적용되는 규정이었다. 그러나 분리된 재난관리체계의 문제점은 1995년 6월 삼풍백화점 붕괴사고를 겪으면서 재난현장의 지휘체계와 참여 기관 간 공조·협조체계 등의 허점이 드러났다. 이러한 문제를 극복하기 위해 제정된 것이 재난관리법이다. 동 법은 사회적 재난의 총괄조정기구로 ‘안전대책위원회’를 설치토록 하였고, 사회적 재난 수습을 위한 ‘사고대책본부’의 설치와 ‘긴급구조본부(통제관)’에 대한 설치근거를 법제화시켰다. 안전대책위원회는 국가 재난관리의 정책심의를 주요업무로 국무

66) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 65면.

67) George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola(주 20), 67면.

총리를 위원장으로 조직되었고, 사고대책본부는 재난사고의 수습·복구를 주요업무로 재난관련 주무부처의 장을 본부장으로 조직되었다. 이때 지방자치단체에는 지방자치단체의 장을 중심으로 시도 및 시군구 안전대책위원회와 사고대책본부가 각각 조직될 수 있도록 하였다. 긴급구조본부는 자연재해를 포함한 각종 사고시 긴급인명구조를 주요업무로 당시 행정자치부장관을 본부장으로, 소방국장을 긴급구조통제관으로 조직되었다. 지방자치단체의 경우 자치단체장을 본부장으로, 시도소방본부장 및 시군구 소방서장을 긴급구조통제관으로 조직되었다. 긴급구조본부는 소방기관을 중심으로 재난현장에서 현장지휘의 중추적인 역할을 하게 되었다. 재난관리법의 제정을 기점으로 재난관리방식이 점차 선진국 재난관리체제로 전화하는 중요한 계기가 되었으나 재난관련 법령이 민방위기본법, 자연재해대책법, 재난관리법 등으로 분리되어 있는 점과 재난관리기구의 구조적인 문제로 인하여 효율적인 재난관리체계는 아직 미비한 상태였다.

## (2) 재난 및 안전관리 기본법의 제정

재난관리법의 제정과 긴급구조활동의 현장지휘에 관한 규칙의 제정으로 인위적 재난의 지휘·관리체제의 확립은 구축되었다고 볼 수 있지만, 재난 유형별로 다원화되어 있는 주요기능을 통합한 재난관리체제의 구축하는 데는 한계가 노정되었다. 다양한 재난에 대한 대응이 체계적으로 필요하다는 점은 2003년 2월 대구지하철 대형참사 이후 반성적인 관점에서 제기되었다. 정부는 재난관리체제의 시행착오를 겪었고, 결국 국가 통합재난관리체제의 구축의 필요성을 절감하였다. 그러나 소방공무원 중심의 소방방재청 신설을 갈구하는 국민의 여론과 일반직 중심의 '재난관리청' 신설을 둘러싸고 끊임없는 신설청 논쟁이 계속되었지만 결론은 내지 못했다. 그런 중에 2003년 9월 태풍 '매미'의 급습으로 또 한 번의 태풍피해를 경험하고, 정부는 서울, 경기지역을 제외한 전국 일원을 특별재난지역으로 선포하면서, 서둘러 소방방재청 신설을 주요 골자로 하는 정부조직법 개정안과 재난 및 안전관리 기본법 제정안을 입법예고, 2004년 3월 2일 국회 본회의 의결을 거쳐 2004년 3월 11일에 동법을 공포하였으며, 이에 따라 2004년 6월 1일 소방방재청을 발족하였다. 또한 재난 및 안전관리 기본법의 제정에 맞춰 긴급구조활동의 현장지휘에 관한 규칙을 '긴급구조대응활동 및 현장지휘에 관한 규칙'으로 개정하였다. 제·개정된 정부조직법과 재난 및 안전관리 기본법은 그 동안 재난 유형별로 다원화되어 있는 주요 기능을 통합한 국가 통합재난관리체제 구축의 전환점이 되었다. 하지만 외형상 통합이라 할 수 있을 뿐 여전히 각 부처별로 산발적으로 분산·관리되고 있는 재난관련 법령을 총괄·조정해야 하는 문제는 남아 있다.

## 2. 재난 및 안전관리 기본법의 문제점

### (1) 재난법의 포섭 범위로 인한 문제

재난 및 안전관리 기본법은 “각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전 문화 활동, 그 밖에 재난 및 안전관리에 필요한 사항을 규정함”을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 또한 “국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야” 할 책무를 지고 있다(동법 제4조). 재난 및 안전관리 기본법은 기본법으로서 역할을 수행하려다 보니 다양한 재난에 대한 구체적인 대응 방안을 규율하지 못하고 있다.

### (2) 민관 협력 체제로의 변화

재난 및 안전관리 기본법에 의하면, 국가와 지방자치단체가 모든 재난에 대해 대비와 처리를 하도록 되어 있다. 미국의 재난관리체계의 비교법적 검토에서 본 바와 같이 민간 자체의 대응 능력을 제발하지 않는다면 오직 국가의 재난관리능력에 전적으로 의존하게 된다. 따라서 국가 및 지방자치단체와 민간간의 협력 체제가 원활히 구축되도록 법제도를 개정해야 한다. 미국의 총체적 지역사회 접근법을 통해 유의미한 시사점을 얻을 수 있다. 현행 법제 하에서는 재난 및 안전관리 기본법 제12조의2<sup>68)</sup>가 민관협력에 관하여 규율하고 있다. 다만, 동 기본법에서 민관협력위원회의 역할, 운영, 시스템 등을 모두 대통령령과 조례에서 구체적으로 규정 하도록 위임해 놓고 있다는 점이 문제로 지적된다. 이러한 상태에서는 재난대응과 관리에 있어 민간의 적극적인 참여와 유도가 매우 어렵게 된다.<sup>69)</sup>

68) 재난 및 안전관리 기본법 제12조의2(안전관리민관협력위원회) ① 조정위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 중앙안전관리민관협력위원회(이하 "중앙민관협력위원회"라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

② 지역위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 지역 차원의 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 시·도 또는 시·군·구 안전관리민관협력위원회(이하 이 조에서 "지역민관협력위원회"라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

③ 중앙민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 지역민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

69) 이부하, 위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할-현행 안전법제의 고찰을 겸하여, 법학 제56권 제1호(2015), 159면.

### 3. 재난 관련 개별법의 검토

우리나라의 재난관련 법률은 성격과 내용에 따라 여러 개로 구분되어 제정되어 있다. 재난 안전에 관련된 기본법은 재난 및 안전관리 기본법이라 할 수 있다. 재난 및 안전관리 기본법은 재난을 자연재난과 사회재난으로 구분하고 있다. 자연재난을 태풍, 홍수, 호우, 강풍, 풍랑, 해일, 대설, 낙뢰, 가뭄, 지진, 황사, 조류 대발생, 조수, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해라고 정의하고 있고, 사회재난을 화재·붕괴·폭발·교통사고·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률에 따른 감염병 또는 가축전염병예방법에 따른 가축전염병의 확산 등으로 인한 피해로 정의하고 있다.

자연재난과 관련된 개별법으로는 자연재해대책법이 있다. 자연재해대책법은 태풍, 홍수 등 자연현상으로 인한 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산과 주요 기간 시설을 보호하기 위하여 자연재해의 예방·복구 및 그 밖의 대책에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위한 법률이다. 자연재해대책법 제2조 제1호는 재해에 대하여 재난 및 안전관리 기본법 제3조 제1호에 따른 재난으로 인하여 발생하는 피해라고 하고 있기 때문에 자연재해대책법은 재난 및 안전관리 기본법에 대한 개별 법률로 볼 수 있다.<sup>70)</sup> 또한 지진·화산재해대책법도 자연재난 개별법이라 할 수 있다. 또한 지진·화산재해대책법은 지진과 지진해일 및 화산으로 인한 재해로부터 국민의 생명과 재산 및 주요 기간시설을 보호하기 위하여 지진과 지진해일의 관측·예방·대비 및 대응, 내진대책과 지진재해 및 화산재해를 줄이기 위한 연구 및 기술개발 등에 필요한 사항을 규정하고 있다.<sup>71)</sup> 급경사지 재해예방에 관한 법률이 제정되어 급경사지 붕괴 등의 위험으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하고 공공복리 증진에 이바지 하도록 하였다.<sup>72)</sup> 더불어 풍수해에 의한 피해에 대한 보상을 위한 풍수해보험법을 제정하여 대비를 하고 있다.<sup>73)</sup>

70) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호(2014), 84면.

71) 지진·화산재해대책법 제1조(목적) 이 법은 지진·지진해일 및 화산활동으로 인한 재해로부터 국민의 생명과 재산 및 주요 기간시설(基幹施設)을 보호하기 위하여 지진·지진해일 및 화산활동의 관측·예방·대비 및 대응, 내진대책(耐震對策), 지진재해 및 화산재해를 줄이기 위한 연구 및 기술개발 등에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

72) 급경사지 재해예방에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 급경사지 붕괴위험지역의 지정·관리, 정비계획의 수립·시행, 응급대책 등에 관한 사항을 규정함으로써 급경사지 붕괴 등의 위험으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하고 공공복리 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

73) 풍수해보험법 제1조(목적) 이 법은 풍수해로 발생하는 재산 피해에 따른 손해를 신속하고 공정하게 보상하기 위한 풍수해보험에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 생활 안정에 이바지함을 목적으로 한다.

화재 등을 필두로 한 사회재난의 대응 및 관리를 규율하는 소방기본법은 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해, 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급 활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕 및 질서 유지와 복리증진을 위한 법이다.<sup>74)</sup> 그 밖에 최근 코로나19 사태와 관련된 재난에 대응하는 법률로 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률이 있고, 조류인플루엔자 혹은 돼지콜레라 등 가축 전염병의 확산 등으로 인한 사회적 재난에 대비하는 법률로 가축전염병예방법도 재난 및 안전관리 기본법에 대한 개별법이라 할 수 있다.

이를 종합해 보면 재난 및 안전관리 기본법을 재난관련 기본법으로 하여 자연재난에는 자연재해대책법과 지진·화산재해대책법, 재해구호법, 급경사지 재해예방에 관한 법 그리고 풍수해보험법이 개별법으로 있고, 사회재난의 경우에는 소방기본법 등이 있다.

**<재난 및 안전관리 기본법 및 재난 관련 개별법><sup>75)</sup>**

기본법	재난 및 안전관리 기본법	
재난 관련 개별법	자연재난	자연재해대책법, 지진·화산재해대책법, 재해구조법, 풍수해보험법, 급경사지 재해예방에 관한 법률, 농어업재해대책법 등
	사회재난	소방기본법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 가축전염병예방법, 저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률 등

그 밖에 농업 및 어업에 대한 재해를 예방하고 그 사후 대책을 마련함으로써 농업 및 어업의 생산력 향상과 경영 안정을 도모하기 위하여 농어업재해대책법이 있고, 저수지·댐의 붕괴 등으로 인한 재해로부터 국민의 생명·신체 및 농경지 등 재산을 보호하기 위하여 저수지·댐의 안전관리와 재해예방을 위한 사전점검·정비 및 재해발생 시 대응 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 저수지·댐의 효과적인 안전관리 체계를 확립하고 공공의 안전에 이바지함을 목적으로 하는 저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률 등이 있다.<sup>76)</sup>

재난 및 안전관리 기본법은 재난을 자연재난과 사회재난으로 구분하고 있을 뿐만 아니라 해외재난에 대해서도 규정하고 있다. 재난 및 안전관리 기본법 제3조 제2호에 따르면 ‘해외재난’이란 대한민국의 영역 밖에서 대한민국 국민의 생명·신체 및 재산에 피해를 주거나 줄 수 있는 재난으로서 정부차원에서 대처할 필요가 있는 재난을 말한다.<sup>77)</sup> 해외재난의 경우

74) 전학선(주 70), 85면.

75) 재난 관련 개별법에 대한 분류를 자연재난과 사회재난으로 하였지만 명백히 자연재난 혹은 사회재난에 해당하는 경우뿐만 아니라 두 가지 재난의 성격이 함께 있는 경우도 있을 수 있으므로 이러한 분류가 절대적인 것이라고 단정적으로 말할 수는 없다. 전학선(주 70), 85면 참조.

76) 전학선(주 70), 86면.



자연재난이나 혹은 사회재난으로부터 재외국민을 국가가 보호해야 할 의무가 헌법 제2조 제2항상 인정되므로 이러한 보호조치와 관련된 내용을 담은 ‘재외국민보호법’의 제정이 필요하다.<sup>77)</sup> 그런데 최근 재외국민 보호를 위한 국가의 조치의무에 대한 근거 법령으로 재외국민 보호를 위한 영사조력법이 통과되어 2021년 1월 16일부터 시행될 예정이다.<sup>79)</sup> 현재 재난 및 안전관리기본법에 의하면 해외재난이 발생한 경우 외교부장관이 중앙대책본부장의 권한을 행사하도록 되어 있다.<sup>80)</sup> 따라서 외교부장관은 해외에서 발생한 대규모재난의 수습을 지원하기 위하여 관계 중앙행정기관 및 관계 기관·단체의 재난관리에 관한 전문가 등으로 수습지원단을 구성하여 현지에 파견할 수 있고, 구조·구급·수색 등의 활동을 신속하게 지원하기 위하여 행정안전부·소방청 또는 해양경찰청 소속의 전문 인력으로 구성된 특수기동구조대를 편성하여 재난현장에 파견할 수 있다.<sup>81)</sup> 또한 재외공관의 장은 관할 구역에서 해외재난이 발생하거나 발생할 우려가 있으면 즉시 그 상황을 외교부장관에게 보고하여야 하고, 보고를 받은 외교부장관은 지체 없이 해외재난 발생 또는 발생 우려 지역에 거주하거나 체류하는 대한민국 국민의 생사확인 등 안전 여부를 확인하고, 행정안전부장관 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 해외재난국민의 보호를 위한 방안을 마련하여 시행하여야 한다.<sup>82)</sup>

다만 외국에서의 전쟁 또는 내란 및 인질 억류 또는 납치 등 인위적 재난이 발생한 경우에는 재해 및 사고 발생 시를 대비한 재난 및 안전관리기본법은 적용되지 않는다. 재외국민보호를 위해서는 이러한 경우를 대비하여 별도의 법 규정에 의하여 재난관리 및 위기대응체계를 갖추어야 한다.<sup>83)</sup> 이와 관련된 법으로서 2007년에 제정된 해외긴급구호에 관한 법률이 있다.<sup>84)</sup> 동법 제2조 제1호에서 ‘해외재난’이란 “대한민국의 영역 밖에서 발생한 천재지변·대형 사고 그 밖의 재해 또는 사고로 인한 신체 및 재산상의 대규모 피해를 말한다.”고 규정하고

77) 이상경(주 16), 25면.

78) 전학선(주 70), 90면.

79) 재외국민보호를 위한 영사조력법 제1조(목적) 이 법은 재외국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 국가의 영사조력(領事助力)과 관련한 제반사항을 규정함으로써 국민의 안전한 국외 거주·체류 및 방문을 도모함을 목적으로 한다.

80) 재난 및 안전관리 기본법 제14조 제3항 중앙대책본부의 본부장(이하 "중앙대책본부장"이라 한다)은 행정안전부장관이 되며, 중앙대책본부장은 중앙대책본부의 업무를 총괄하고 필요하다고 인정하면 중앙재난안전대책본부회의를 소집할 수 있다. 다만, 해외재난의 경우에는 외교부장관이, 「원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법」 제2조제1항제8호에 따른 방사능재난의 경우에는 같은 법 제25조에 따른 중앙방사능방재대책본부의 장이 각각 중앙대책본부장의 권한을 행사한다.

81) 재난 및 안전관리기본법 제14조의2.

82) 재난 및 안전관리기본법 제21조.

83) 전학선(주 70), 90면.

84) 해외긴급구호에 관한 법 제1조(목적) 이 법은 해외재난이 발생한 경우 피해국에 대한 긴급구호대의 파견, 긴급구호물품의 지원, 임시 재해복구의 지원 등 해외긴급구호에 필요한 사항을 규정함으로써 해외재난 지역에서의 신속한 인명구조와 재난구호에 기여하는 것을 목적으로 한다.

있다. 동법은 해외재난시의 구호를 위한 조직으로서 ‘해외긴급구호협의회’와 ‘해외긴급구호본부’를 두도록 규정하고 있으며, 협의회장과 본부장이 되는 외교부장관은 관계 중앙행정기관 장들과 협의하여 ‘해외긴급구호대’를 편성하며 위 협의회의 의결에 따라 이 구호대를 파견할 수 있다.<sup>85)</sup> 다만, 해외긴급구호에 관한 법률은 해외재난 시에 ‘재외국민’의 보호를 목적으로 하는 것이 아니며, ‘피해국’을 지원하는 것이 그 주된 목적이므로, ‘재외국민’의 보호와는 직접적인 관련이 없다. 결국, 해외에서 재난이 발생한 경우에 국민의 생명과 신체를 보호하기 위한 목적의 법률로서는 현재 재난 및 안전관리 기본법만이 있는 것이다.<sup>86)</sup> 따라서 재외국민의 개인적 위난, 예컨대 납치 등의 범죄피해 같은 경우도 포함되지 않으므로,<sup>87)</sup> 그런 상황에서의 재외국민보호와 관련해서는 이미 언급한 기관들과는 별도의 재난 및 위기 대응 기관이 구성될 필요가 있다.<sup>88)</sup>

#### IV. 결론

복잡한 사회문제를 경제체제에 포괄적으로 포섭하여 국가가 직접, 그리고 독점적으로 해결하려는 시도는 무모한 것으로 이러한 사회주의의 실험은 결국 20세기말 실패로 끝났다고 해도 과언이 아니다. 한편, 사회주의체제로 전환하기 위한 세력화가 성공하지 못한 경우 노동자의 사회문제를 해결하기 위한 국가정책 영역이 적극적으로 개발되고, 헌법에 반영되었다. 이와 같은 발전을 밟은 경우, 근대적으로 의미의 헌법에서는 개인의 자기결정권에 유보되었던 사회경제적 영역으로 국가의 과제가 확대되었다. 국가는 한편으로는 개인의 자유를 적극적으로 보호하고 다른 한편으로는 이를 조정하는 권한을 갖게 되었다. 사실 국가의 행위 혹은 제3자의 행위를 통해서 개인의 권리가 침해된 경우 혹은 침해될 우려가 있는 경우 국가가 이러한 상황에 적극적으로 개입하여 개인의 권리를 보호하는 요구는 처음부터 전통적인 경찰 국가의 과제에 속하였다. 이제 새로운 국가의 사회경제적 과제는 국가 혹은 제3자의 행위와 관계없이 자연재난이든 사회재난이든 개인이 처하게 된 운명을 국가의 적극적인 행위를 통하

85) 「해외긴급구호에 관한 법률」 제8조 내지 제11조.

86) 우리 법체계상 재외국민의 보호와 관련된 법률로는 「재외국민등록법」, 「여권법」 등이 있다. 그러나 「재외국민등록법」은 외국에 거주하거나 체류하는 대한민국 국민을 등록하도록 하여 재외국민의 현황을 파악하는 것을 주요 내용으로 하고 있고, 「여권법」상의 보호조치는 해외위난상황이 발생한 특정 국가나 지역에서의 여권의 사용제한이나 방문·체류를 금지하는 정도의 수준에 그치고 있다.

87) 따라서 이미 언급한 바와 같이 헌법 제2조 제2항에서는 국가의 재외국민 보호의무를 부과하고 있고, 재외국민이 생명·신체 및 재산의 침해위험이나 각종 긴급한 상황이 발생할 경우 국가의 재외국민의 보호를 위한 체계의 확립하고 국민의 안전한 국외 체류·거주 및 여행을 보장하기 위해서는 재외국민보호법이 필요하다 할 것이다.

88) 전학선(주 70), 91면.

여 부분적으로 수정하는 내용을 갖는다. 이 점에서 사회적 과제는 국가기능에 대한 근본적인 재검토를 필요로 하였다.<sup>89)</sup> 바로 헌법과 재난안전관리의 접점이 생기는 지점이다. 이에 따라 기본권으로서의 안전권 인정 여부에 관한 여러 선행논의<sup>90)</sup>들이 제기되고 있음은 이미 살펴본 바와 같다.<sup>91)</sup> 또한 헌법개정논의에서도 안전권 신설에 관한 부분이 제시되어 있다.<sup>92)</sup> 다만 여전히 “적극적으로 안전에 관한 기본권의 의미는 각 분야에서 국민의 생명과 신체를 보호하는 안전에 관한 법률을 제정하거나 입법정책을 수립할 때 비로소 적극적으로 실현될 수 있는 것이다. 입법자는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한입법의 목적인 “국가안전, 질서유지”를 단순히 기본권 제한의 입장에서 뿐만 아니라 적극적인 기본권 실현의 의미에서 그 당위성을 주장할 수 있다.”<sup>93)</sup>는 입장에 주목할 필요가 있다.

89) 전광석, 한국헌법론 제15판, 집현재, 2020, 17~18면.

90) 김대환(주 3), 6면 (“기본권보호의무론은 기본권의 의무주체를 사인으로 확장하지 않으면서도, 공권으로서의 기본권이 보호하려고 하는 법익을 사법관계가 적용되는 사인 간에도 지켜질 수 있도록 하는 이론이라는 점에 탁월함이 있다. 이러한 관점에서 보면 사법적 관계에 불과한 사인 간에는 기본권의 충돌이 존재할 수 없게 된다. 견해에 따라서는 기본권보호의무론의 구조를 사인인 침해자와 사인인 피해자 그리고 국가라고 하는 삼각관계에서 이해하기도 한다. 이러한 견해에 따르면 안전권에 관한 한 외국으로부터의 위협초래와 자연재해와 같은 것을 원인으로 하여 야기되는 안전에 대한 위협에 대해서는 기본권보호의무론은 더 이상 적용될 수 없는 한계를 가지게 된다. 따라서 보호의무론을, 헌법적으로 개인에게 보호되는 법익을 사인인 제3자 뿐만 아니라 외국이나 자연력에 의해 초래되는 모든 위협으로부터 국가가 보호할 의무라고 이해할 때 이러한 문제점은 비로소 해결될 수 있다.”) 참조.

91) 특히 이한구·전우석(주 14), 127~128면에 따르면, “헌법 헌법에서 기본권으로서의 안전권에 대한 근거를 찾을 수 있는 대표적인 규정은 전문과 제34조 제6항이다. 우리 헌법 전문에서는 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라고 명시하고 있는데 특별히 “안전의 영원한 확보”라는 표현에 주목할 필요가 있다. 이는 우리 헌법에 의하여 조직화된 국가가 국민 개인의 안전 확보를 위하여 항상 노력하여야 할 헌법적 의무를 지고 있음을 천명하고 있는 부분이기 때문이다. 이러한 헌법 전문상의 ‘안전의 확보’는 전문에 내포된 것처럼, 시간적으로 현 세대는 물론 후대 국민의 생명, 신체, 자유, 기타 법익까지 모두 대내외적 침해로부터 보호하는 것을 의미한다. 따라서 ‘안전의 확보’라는 개념은 국가의 기본권 보호 의무의 영속성이라는 관점에서 해석되어야 할 것이며, 이 경우 우리 현실에 있어서의 각종 재난으로부터 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하여야 할 국가적 의무의 지속성과 연결성, 그리고 영구성을 우리 헌법 전문에서 선언하고 있다는 점에서 이러한 표현의 의의를 찾아야 할 것이다. 이처럼 안전이란 보호 법익들의 현재 보호 상태뿐만 아니라 미래 상황에서의 보호 상태 여부도 그 중요한 고려 대상으로 삼아야 한다. 한편 제34조 제6항에서는 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 안전의 구체적 행태 개념으로 사용된 표현의 해석을 통해 기본권으로서의 안전권에 있어서의 핵심 개념이라 할 수 있는 ‘안전’에 관한 구체적 개념 정의를 나름대로 이끌어낼 수 있겠다. 동조 동항상의 법문적 표현의 해석에 따르면 ‘안전’이란 ‘국가에 의한 각종 재해의 예방 작용’과 ‘그러한 재해의 위험으로부터 국가가 국민을 보호하는 보호 작용’을 근간으로 하여 달성되는 개념임을 알 수 있다.”고 한다.

92) 윤수정(주 3), 8면에 따르면, “국회헌법개정특별위원회 헌법개정안 제13조는 ①모든 국민은 안전하게 살 권리를 가진다. ②국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 사람을 보호하여야 한다.”고 제안하였고, “2018년 국회헌법개정특별위원회는 ‘안전’은 법적개념규정은 없으나 ‘재난으로부터 자유로운 상태’로써 현재 법익침해를 야기하는 각종 범죄나 재난에서 자유로운 상태, 미래에 법익을 침해할 수 있는 잠재력을 갖고 있는 위험에서 자유로운 상태’를 의미한다고 하면서, 기본권으로서의 안전권을 신설하였다. 또한 문재인 대통령이 발의한 헌법 개정안 제37조에서도 안전권을 신설하여 모든 국민은 안전하게 살 권리를 가진다는 점을 밝히고, 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 사람을 보호할 의무를 가진다는 점을 명시하였다.”고 밝히고 있다. 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 「국회헌법개정특별위원회」(2018) 참조; 허중렬/엄주희/박진완, 헌법상 기본권 개정안 논의 동향과 성과 검토 - 2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로, 법학논고 제63집(2018), 118-119면.

필자는 국민의 기본권으로서 안전권을 인정해야할 필요가 있다는 전제에서, 국가의 재난 대응 및 관리에 관한 노력은 국민의 안전권을 보장하기 위한 당위적인 의무라고 본다. 미국에서는 이러한 기본권 수준의 안전권에 관한 논의가 전무함에도 불구하고 국가의 재난 안전 관리 및 대응체계는 200년이 넘게 변천과 발전을 거듭하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 궁극적으로는 국가의 일방적인 재난관리 노력으로는 도저히 재해 또는 재난에 대한 관리와 대응이 이루어지지 않으므로, 총체적 지역사회 접근이라는 관점이 중시되고 있음을 살펴보았다. 여기서 우리는 재난관리와 대응에 관한 모든 책임과 의무를 국가에 맡기는 방식에서 발전하여 민관이 협력하는 유기적인 체제로 발전해 나가야 할 당위성을 발견할 수 있었다. 재난은 예측할 수 없는 것이고 따라서 국민 모두가 재난 상황에 대한 대비가 되어 있어야 한다는 의미에서 향후 재난안전관리 및 대응체계의 정비와 개편의 방향성을 찾았다는데 의의를 두면서 글을 맺기로 한다.

---

93) 정문식(주 5), 237면.

## | 참고문헌 |

### 1. 단행본

국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 「국회헌법개정특별위원회」, 2018.

김철수, 헌법학개론 제21전정신판, 박영사, 2013.

김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.

성낙인, 헌법학 제20판, 법문사, 2020.

양 건, 헌법학 제9판, 법문사, 2020.

전광석, 한국헌법론 제15판, 집현재, 2020.

정종섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018.

정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.

한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017.

허 영, 한국헌법론 제14판, 박영사, 2018.

### 2. 논문

김대환, 국가의 국민안전보장의무, 공법학연구 제15권 제3호(2014).

김동주/노명선, 안전·재난 관리 체계에 관한 비교법적 검토와 시사점, 경희법학 제53권 제4호(2018).

김상겸, 재난관리와 국민안전에 관한 헌법적 연구, 유럽헌법연구 제33호(2019).

김소연, 기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제45집 제3호(2017).

김용섭, 재난 및 안전관리 법제의 현황과 법정정책 과제, 행정법연구 제45호(2016).

김용훈, 기본권으로서의 안전권 조항의 헌법적 의의 - 미국에서의 관련 논의를 참고하여, 동아법학 제84호(2019).

\_\_\_\_\_, 안전 관련 법률의 제정 의의 및 실효적 입법 전략 - 안전기본법 제정안을 중심으로, 홍익법학 제20권 제2호(2019).

\_\_\_\_\_, 안전도시 수립과 추진을 위한 법적 전략 - 국가의 기본권 보호 의무와 관련하여, 미국헌법연구 제28권 제2호(2017).

- 김종환, 재난대응체제의 확립을 위한 재난관리 협력체제에 관한 연구, 법학연구 제20집 (2005).
- 나채준, 재난 및 안전관리 기본법상의 안전문화 법제 개선방안 연구, 토지공법연구 제65집 (2014).
- \_\_\_\_\_, 미국의 자연재해 보상제도에 관한 법제분석 및 시사점, 토지공법연구 제61집(2013).
- 박정일, 감염병으로 인한 격리조치에 관한 소고, 의료법학 제16권 제1호(2015).
- 변종필, 위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 - 국내의 논의 현황과 동향을 중심으로, 비교형사법 연구 제14권 제2호(2012).
- 송석윤, 기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구, 법학논집 제8권 제1호(2003).
- 양천수, 위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰, 공법학연구 제16권 제2호(2015).
- 윤수정, 국민 안전권 보장을 위한 국가 및 지방자치단체의 역할 - 안전권의 공법적 논의구조를 중심으로, 공법학연구 제20권 제3호 (2019).
- 이부하, 헌법국가에서 국민의 안전보장, 한독사회과학논총 제21권 제1호(2011).
- \_\_\_\_\_, 헌법상 가치로서의 안전과 안전보장, 홍익법학 제14권 제2호(2013).
- \_\_\_\_\_, 위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할-현행 안전법제의 고찰을 겸하여, 법학 제56권 제1호(2015).
- \_\_\_\_\_, 생명·신체에 대한 안전권에 대한 헌법적 고찰, 법과 정책 제25집 제2호(2019).
- 이상경, 생활안전과 재해예방을 위한 국가책무의 규범적 고찰, 법조 통권 제730권(2018).
- \_\_\_\_\_, 미국의 재난대응체제의 규범적 고찰과 시사점, 서울법학 제23권 제2호(2015).
- 이한태/전우석, 한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구, 홍익법학 제16권 제4호 (2015).
- 전광석, 국민의 안전권과 국가의 보호의무, 법과인권교육연구 제8권 제3호(2015).
- 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호(2014).
- 전 훈, 재난패러다임의 전환과 재난법제의 설계방향, 법학논고 제53집(2016).
- 정극원, 재난대응의 체계화와 효율성 제고의 법적 방안, 유럽헌법연구 제16호(2014).
- 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사의 기준, 법과정책연구 제7집 제1호 (2007).
- 조성제, 재난 및 안전관리와 관련한 법제도 개선에 관한 연구, 한국위기관리논집 제6권 제2호 (2010).
- 채형복, 안전에 대한 권리'의 기본권성에 대한 국제인권법적 분석, 국제법평론 제40호(2014).

최경식/배정환/이주호, 허리케인 카트리나 이후 미국 재난안전관리시스템 개편과정 재고찰 - 재난안전관리 법제도 및 조직 재정비 과정을 중심으로, 위기관리 이론과 실천, 제12권 제7호(2016).

한창희/표석환, 방재정책 개선방안에 관한 연구: 「재난 및 안전관리 기본법」 개정안을 중심으로, 손해사정연구 제6권 제2호(2014).

허원중, 국가의 목적이면서 과제이고 의무인 안전보장, 강원법학 제45권(2015).

허종렬/엄주희/박진완, 헌법상 기본권 개정안 논의 동향과 성과 검토 - 2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로, 법학논고 제63집(2018).

홍석한, 사회기반시설의 헌법적 의의와 국가의 책임, 성균관법학 제24권 제2호(2012).

George D. Haddow·Jane A. Bullock·Damon P. Coppola, 김태웅/안재현 옮김, Emergency Management (재난관리론), 북코리아 (2016).

John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 6th ed., West Group (2000).

## | Abstract |

# A Study on the Disaster Management and Response System of the United States and Its Implications

By the 21st century, the whole world is going through a strange change. Along with the development of human cognitive abilities, humans have steadily developed technology and medical technology. Human creativity has become an inexhaustible driving force in this development of science and technology and medicine. This development of mankind is truly a surprise. Meanwhile, a new challenge to mankind is the current Covid-19 situation and the occurrence of an unexpected disaster. Most of all, despite the ongoing efforts to minimize human casualties and socioeconomic damage caused by the spread of the Covid-19, there is no sign of the end of the Covid-19, which makes me feel that the scientific and technological development of mankind is overshadowed. A simple definition of disaster management is 'the area that deals with risk and risk avoidance'. Risks include a wide range of problems, and situations that can be included in disaster management systems are very vast. Therefore, disaster management is essential to our daily lives, and it is in line with the basic premise that disaster management should be integrated into everyday decisions, not just in the event of a disaster. In the end, safety can be realized through disaster management. This disaster management is a key role and function that the government must perform. The constitutional issues relating to the Corona 19 incident involving disasters and safety have already been much discussed. Above all, strong public interest reasons work in that the two interests of freedom, the protection of life and body safety are at odds with each other, and that the victim



is a majority of the members of society as well as herself. This article aims to focus on the general discussion in the United States regarding the response of disasters and crises and its implications for the nation's disaster response system. Now, the new nation's socioeconomic task is to partially revise the fate of individuals, whether natural or social, regardless of the actions of the state or third parties, through active actions of the state.

**Key words:** Covid-19, Disaster Management, Disaster Response System, Safety of Life and Body, Nation's Socioeconomic Task



## 코로나위기와 헌법국가\*

-독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로-\*\*

### Corona Crisis and Constitutional State

-Constitutional Discourse over the Corona-Measures in Germany-

한양대학교 법학전문대학원 교수 정문식

Hanyang University, School of Law, Prof., Munsik Jeong

한양대학교 법학전문대학원 교수 정호경

Hanyang University, School of Law, Prof., Hokyoung Jung

#### ■ 목 차 ■

I. 서론: 코로나위기 대응 시에도 헌법적 논의는 필요한가? .....	79	2. 기본권 보호의무 이행으로서 제한조치와 그 한계 및 문제해결로서 형량 .....	90
1. 코로나 대유행과 한국과 독일의 대응 .....	79	3. 형량 관련 문제들 .....	91
2. 코로나위기 대응 시 한국과 독일에서 차이 .....	80	4. 비례원칙에 따른 제한조치들의 다양화 가능성 .....	93
3. 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의의 필요성 .....	80	V. 코로나위기 대응과 국가조직법 .....	96
II. 코로나위기의 발생과 국가의 대응 .....	82	1. 코로나위기와 의회 .....	96
1. 코로나위기 발생 .....	82	2. 코로나위기와 행정 .....	99
2. 의회의 입법적 대응 .....	83	3. 코로나위기와 사회국가원리 .....	103
3. 주정부의 행정적 대응 .....	84	VI. 코로나위기 관련 연방헌법재판소 결정들 .....	105
III. 코로나위기 상황과 헌법적 비상사태 .....	87	1. 집회금지 .....	105
1. 코로나위기는 비상사태인가? .....	87	2. 예배금지 .....	106
2. 코로나위기는 헌법과 법률의 통제를 받는 상황 .....	88	3. Triage .....	107
IV. 코로나위기 대응조치들과 기본권 .....	90	VII. 코로나위기에 대응하는 헌법국가 .....	108
1. 제한조치에 따른 관련 기본권 .....	90	1. 독일의 헌법적 논의를 통해 본 우리나라의 코로나위기 대응 .....	108
		2. 잠정적 결론 .....	110

\* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임. (NRF-2017S1A5B4055753)

\*\* 이 논문의 작성시점은 기본적으로 2020년 10월 31일을 기준으로 하며, 11월 이후 독일의 상황변화에 대해서는 반영할 수 있는 범위 내에서 수정·가필했음을 밝힌다. 독일 유학 중에 도움을 준 김휘홍·김예동 석사에 감사의 드린다.

## Ⅰ 국문초록

2020년 3월부터 본격적으로 독일에서 시작된 코로나19 감염의 확산으로 독일연방의회는 감염병예방법을 개정하고, 코로나위기에 대응하기 위한 일련의 입법작업을 완료하였다. 연방행정부와 각 주정부는 감염병예방법에 근거하여 코로나19 확산을 방지하기 위한 각종 조치를 취했는데, 사람들의 집합을 금지하고, 학교를 폐쇄하며, 상점의 영업활동을 금지하고, 사람 간 거리간격을 강제로 유지하도록 하거나, 일정 지역에 대해 외출을 기본적으로 금지하는 봉쇄조치들을 취하였다.

이러한 조치들은 일부 헌법학자들에게 위기상황을 통해 독일이 헌법과 법률이 작동하지 않는 비상사태로 발전하면서, 보건독재국가로 변질되는 것이 아닌지 의문을 불러일으켰다. 또한 구체적인 코로나위기 대응조치들이 기본권 보장과 비례원칙 차원에서 정당한 것인지에 대한 논란이 발생하였다.

그러나 전반적으로 독일에서는 헌법기관들의 활동과 기능이 정지되거나 중단된 것이 아니며, 주정부의 행정조치들도 헌법과 법률의 통제 하에 감독되고 있어서 비상사태라는 평가는 적합하지 않다. 또한 논란이 되는 제한조치들, 집회나 예배금지, 그 밖에 다양한 제한조치들이 개별적이고 구체적인 상황에서 비례원칙에 따라 심사한다면 합헌적인 것으로 평가될 수 있다.

그러나 무엇보다 중요한 것은, 코로나 위기 뿐만 아니라 일반적인 위기상황에서도, 국가의 행정조치로 인하여 헌법과 기본권이 경시되는 상태로 전환되지 않고, 헌법질서와 헌법적 가치가 유지되어야 한다는 것이다. 그것이 헌법이 실질적으로 보장되는 것이며, 명실상부 헌법국가라고 할 수 있다.

**주제어:** 코로나위기, 제한조치, 비상사태, 헌법국가, 비례원칙

(논문접수일: 2020. 11. 26. 심사개시일: 2020. 11. 26. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

## I. 서론: 코로나위기 대응 시에도 헌법적 논의는 필요한가?

### 1. 코로나 대유행과 한국과 독일의 대응

2019년 12월 중국 후베이성 우한시에서 최초 발생한 것으로 알려진<sup>1)</sup> 신종 코로나바이러스(SARS-CoV-2) 감염에 의한 코로나바이러스감염증-19(COVID-19)에 대하여,<sup>2)</sup> 2020년 3월 11일 세계보건기구(WHO)가 홍콩독감(1968)과 신종플루(2009)에 이어 세 번째로 대유행(pandemic)을 선언했다.<sup>3)</sup> 우리나라에서는 2020년 1월 20일 우한에서 입국한 중국인 여성이 코로나 확진자로 확인되면서 확진 사례가 시작되어, 2월 18일 신천지 대구지구의 집단감염과 경북 청도 대남병원의 확진자가 급증하자 정부는 2월 23일부터 중앙사고수습본부를 중앙재난안전대책본부로 격상시키고 위기경보를 최고단계인 '심각' 단계로 올려 대응체계를 강화하였다. 비록 5월 이태원 클럽, 8월 광복절 광화문 대규모 집회 등으로 몇 번 확진자의 증가 위기가 있었지만 대한민국은 전반적으로 커다란 사회적 혼란 없이 2020년 10말 현재까지 상대적으로 잘 대응하고 있다.<sup>4)</sup>

독일도 2020년 2월 28일 감염자를 확인하기 시작한 이후로 3월 13일부터 1일 새로운 확진자 숫자가 1천 5백 명대에 이르더니 3월 말부터 4월 초까지는 약 7천 명에 이르렀다. 5월부터는 1일 확진자 발생이 안정화되어(?) 1천 명대 미만을 유지하다가, 8월 초부터 1천 명대를 상회하기 시작하더니 9월부터는 2천 명대를 넘어 10월 21일부터는 1만 명을 넘어서는 날이 늘어나고 있다.<sup>5)</sup> 비록 숫자상으로는 독일에서 상황이 우리나라보다 심각한 수준이지만,

- 1) 세계보건기구(WHO)는 코로나바이러스감염증에 대해 12월 31일 중국 우한에서 처음 인지된 것으로 보고 있다. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> (최종 방문일: 2020.10.27.)
- 2) SARS-CoV-2는 급성호흡기증후군 코로나바이러스2(Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2)의 약자이며, 세계보건기구는 코로나바이러스에 의한 질병의 정식명칭을 COVID-19(Coronavirus disease-2019)로 명명하였으나, 대한민국 정부는 '코로나19'라는 명칭을 별도로 정해서 사용하고 있다. <http://ncov.mohw.go.kr/baroView.do?brdId=4&brdGubun=41> (최종방문일: 2020.10.27.)
- 3) 2020년 10월 27일 17시 기준 218개국에서 감염자는 약 4천 3백만 명이며, 확인된 사망자는 115만 명에 이른다. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (최종 방문일: 2020.10.27.)
- 4) 코로나위기를 잘 대응했다는 것의 객관적이고 구체적인 기준제시는 어렵지만, 세계보건기구 홈페이지에 기록된 코로나 상황판(Coronavirus Disease Dashboard)에 제시된 신규확진자와 사망자의 숫자라는 수치만 본다면, 대한민국은 2만 6천여명 확진에 460명 사망으로 2020년 10월 27일 17시 현재 218개 국가 중 90위에 있다. <https://covid19.who.int/table> (최종 방문일: 2020.10.27.). 이와 달리 장기적인 측면에서 코로나위기에 대한 대응으로서 집단면역 방역대책과 고위험군에 대한 중점적 보호 및 경제활동의 개선 등에 대한 주장은 대표적으로 전용일, 한국의 코로나 대응, 과연 성공했는가?, 동아시아재단 정책논쟁, 제148호(2020.10.27.), 1-5면 참조.
- 5) 구체적인 수치에 대해서는 <https://interaktiv.tagesspiegel.de/lab/karte-sars-cov-2-in-deutschland-landkreise/> (최종방문일: 2020.10.27.); <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/zahl-en-zum-coronavirus-die-pandemie-im-ueberblick-16653240.html> (최종방문일: 2020.10.27.) 등 참조.

프랑스, 영국, 스페인, 이탈리아 등과 비교하면 총 확진자 숫자나 사망률 면에서 상대적으로 잘 대응하고 있는 편이다.<sup>6)</sup>

## 2. 코로나위기 대응 시 한국과 독일에서 차이

우리나라와 독일의 코로나위기 대응을 접하면서 몇 가지 차이점을 볼 수 있다. 첫째, 확진자와 사망자 등에 관한 객관적인 수치가 우리나라보다 독일이 더 심각한데도 독일에서 취한 위기대응조치는 우리 경우보다 상대적으로 약하다는 것이다. 둘째, 상대적으로 약한 제한조치를 취했음에도 독일에서는 학계와 언론에서 제한조치에 관한 헌법적 논의가 강하게 제기되고 있다는 점이다. 주로 젊은 공법연구자들과 교수들이 중심이 되어 독일 내 헌법문제를 중심으로 다루던 헌법블로그(Verfassungsblog on Matters Constitutional)에 2020년 3월 2일부터 당시 독일에서 문제가 되던 홍역(Masern) 강제접종과 코로나바이러스위기 대응책의 기본권 침해 문제점이 제기되기 시작하면서<sup>7)</sup> 유력한 헌법학자들의 견해가 지속적으로 블로그에 게시되고, 찬반의 논쟁이 진행되었다.<sup>8)</sup> 이 글들은 그 후에 학계에서 발간되는 전문학술지에서도 주요한 근거로 인용되고 있다.<sup>9)</sup>

## 3. 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의의 필요성

2020년 10월 말 현재 독일에서 코로나 확진자가 다시금 증가하고, 11월부터는 제한조치가 강화되면서 어쩌면 성탄절에 가족들과 모임이 취소될 수 있다는 암울한 뉴스가 나오는 독일의

6) 송영신, '코로나 시대의 독일의 공동체 지키기, 월간 공공정책, 177호(2020.7.), 68면. 그 밖에도 독일의 대표적인 일간지 Frankfurter Allgemeine Zeitung(FAZ <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/zahlen-zum-coronavirus-die-pandemie-im-ueberblick-16653240.html> (최종방문일: 2020.10.27.))과 베를린 지역 일간지 Tagesspiegel(<https://interaktiv.tagesspiegel.de/lab/karte-sars-cov-2-in-deutschland-landkreise/>) 홈페이지 상황판 참조. 흥미롭게도 두 신문의 상황판에는 모두 환자 발생이 가장 적은 국가로서 한국의 상황이 대비적으로 표시되어 있다.

7) Andrea Kießling, Coronavirus, Masern und die Grundrechte, VerfBlog, 2020-3-02. 본래 본 블로그에서는 글에 대한 인용형식에 하이퍼텍스트 전송 프로토콜 보안주소(<https://>)와 디지털 고유 식별번호(DOI)를 표시하도록 제안하고 있으나, 여기서는 편의상 양자를 생략한다.

8) 코로나 관련 헌법적 논의가 확대되자, 헌법블로그는 3월에 세계 각 국가의 코로나위기 대응(Fighting COVID 19: <https://verfassungsblog.de/category/debates/fighting-covid-19-debates>), 4월에는 코로나와 비상사태(COVID 19 and States of Emergency: <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>)를 주제로 논의의 장을 확대하였다. 이석민 박사가 코로나위기 대응란에 한국의 상황을 소개하는 글을 올렸다. Seokmin Lee, Fighting COVID 19 - Legal Powers and Risks: South Korea, VerfBlog, 2020-3-25.

9) 코로나위기 관련 헌법학 논문을 찾게 되면, 헌법블로그에 게시되었던 글들의 인용을 쉽게 찾아볼 수 있고, 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 다룬 대표적인 도서로서 2020년 8월 말에 출간된 Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 169ff. 참고문헌 목록에서도 많은 블로그의 글을 확인할 수 있다.

상황을 볼 때,<sup>10)</sup> 코로나위기 대응조치에 대해 헌법적 문제를 제기하기보다,<sup>11)</sup> 국가조치에 순응한 대한민국의 선택이 더 나았다는 안심이 든다. 그럼에도 불구하고 독일의 코로나위기 상황에 대한 대응조치와 그에 대한 헌법적 논의에 대해 지난 8개월 간 지속적인 관심을 끌을 수 없었던 것은, 그것이 ‘헌법’ 문제이기 때문이다. 매일 TV에 질병관리청장이나 중앙재해대책본부장이 나와 코로나상황을 보고하더라도, 대한민국은 보건관료국가가 아니라 자유민주적 헌법국가이다.<sup>12)</sup> 보건담당 관료들이 주요 행정을 담당하더라도 그들에게 국가의 운명을 책임지울 수 없다. 결국 국가의 중요한 사항에 대해서는 국민대표들이 정치적 책임을 지는 헌법국가성을 위기 시에도 유지해야 하는 것이다. 물론, 그 유지에 대한 구체적인 방법은 상황에 따라 다를 수 있다. 독일에서도 코로나 대응조치에 대한 헌법적 문제 제기가 환영만 받은 것은 아니다.<sup>13)</sup> 코로나위기 상황이 더 심각해진다면 헌법적 논의는 무용지물이 될 수도 있다. 그럼에도 대한민국 공동체가 법치국가, 특히 헌법국가라는 기본이념을 유지하는 국가공동체임을 확인하고 증명하려면, 위기 시 헌법적 가치가 작용하고 영향을 미치는 범위는 어디까지이고, 그 한계는 어디부터인지 구체적인 경계를 인식하고 설정하는 것이 당연히 요구되고 확인되어야 한다. 그러한 노력이 부족했다면 헌법적 경계에 대한 인식과 설정을—지금부터라도—찾는 노력을 기울여야 한다.<sup>14)</sup>

여기서는 독일에서 지난 8개월 간 지속된 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의를 다룬

- 
- 10) Zunehmende Corona-Infektionen: Fällt Weihnachten dieses Jahr aus?, FAZ v. 27.10.2020. <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/faellt-weihnachten-wegen-corona-aus-17016606.html> (최종방문일 2020.10.28.)
- 11) 2020년 11월부터 독일에서 제2차 부분봉쇄(Teil-Lockdown)조치가 취해지자 연방헌법재판소에 4건의 헌법소원심판과 2건의 가명령신청이 청구되었다. 코로나위기 관련 독일연방정부와 주정부의 대응조치에 대하여 2020년 11월 7일 현재까지 518건의 헌법소원이 제출되었고, 331건이 기각 내지 종료되었으며, 187건의 헌법소원과 53건의 가명령신청이 서류 중인 것으로 보도되었다. Mehr als 500 Verfassungsbeschwerden wegen Corona in Karlsruhe, Handelsblatt v. 07.11.2020 (<https://www.handelsblatt.com/dpa/wirtschaft-handel-und-finanzen-mehr-als-500-verfassungsbeschwerden-wegen-corona-in-karlsruhe/26600420.html?ticket=ST-10769150-bahQZTLHHBmAllnOeZBB-ap1> 최종방문일 2020.11.10.). 2020년 11월에 취해진 두 번째 봉쇄조치에 대한 헌법적 문제에 대해서는 대표적으로 Walter Frenz, Zweiter Lockdown und Verfassungsrecht, COVuR 2020, S.794ff. 참조.
- 12) 여기서 헌법국가는 개략적으로 헌법의 내용과 형식을 통해서 형성된 국가(Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof(Hrsg.) HStR Bd.II, 3.Aufl., 2004, §15, Rn.170), 또는 헌법이 국가 질서의 기초를 이루며 개인의 자유를 보장하는 국가(Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 35.Aufl., 2019, Rn.6), 모든 국가작용의 헌법 적합성을 특별히 중시하고 이를 추구하는 국가(양건, 헌법강의, 법문사, 2020, 30-31면)로서 요약하면 헌법(과 헌법적 가치)이 국가운용의 중심적 기능을 담당하는 국가를 의미한다.
- 13) 예컨대 당시 코로나 대응조치에 대한 과도한 헌법적 논의에 대해 비판적인 입장은 대표적으로 Friedhelm Hase, Corona-Crise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, S.697ff.; Hanno Kube, Leben in Würde – Würde des Lebens, VerfBlog, 2020-4-02; Julian Krüper, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog, 2020-4-02 등 참조.
- 14) 물론 코로나위기 상황에 대한 헌법적 논의가 부족한 것은 우리나라 뿐만은 아니고, 같은 유럽연합 회원국이면서 독일과 인접한 오스트리아의 경우에도 헌법적 논의가 부족하다는 자기비판적 견해에 대해서는 Alexander Somek, A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog 2020-4-16. 참조.

다. 물론 독일에서 문제가 된 사례들이나 그 기준은 우리에게 직접 적용될 가능성도 있겠지만, 우리나라의 사회적·문화적 가치체계의 차이점으로 인해서 시사점만 제공할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 코로나위기 상황에서 우리 국회와 정부가 보여준 대응에 관하여 구체적인 헌법적 기준선을 인식하고 구체적으로 마련하는데 도움이 될 것이다. 따라서 먼저 독일에서 코로나위기 발전과정에 따른 입법적 대응, 그에 근거한 연방과 주에서의 행정적 조치들을 살펴본다(II). 그리고 이 대응조치들에 대한 헌법적 문제점들을 기본권(IV)과 국가조직법적(V) 측면으로 나누어 분석해 보는데, 그 전에 코로나위기를 해결하려는 상황이 헌법과 법률의 효력이 적용되지 않는 예외적인 상황인지 먼저 확인한다(III). 그리고 코로나 대응조치에 대한 구체적인 연방헌법재판소—또는 그 밖의 법원—의 결정들을 확인하고, 이를 평가해 본다(VI). 결론적으로는 대한민국 정부의 코로나위기 대응과 비교하여 우리에게 주는 헌법적 시사점은 무엇인지 정리한다(VII).

## II. 코로나위기의 발생과 국가의 대응

### 1. 코로나위기 발생

신종 코로나바이러스(SARS-CoV-2)는 박쥐에게서 발원하여 인간에게 감염된 것으로 알려져, 인간의 유기체에 적응하며 유전적 변형을 이루는 바이러스로 알려져 있다. 지금까지는 기침이나 재채기를 할 때 발생하는 비말(침방울)을 통해 바이러스가 다른 사람에게 전파되면, 몸 속 체세포를 감염시키면서 바이러스 숫자가 폭발적으로 증가하고, 이 때 발열, 권태감, 기침 등 경증에서 호흡곤란이나 폐렴 등 중증까지 다양한 증상이 나타난다. 지금까지 신종 코로나바이러스에 대해 알려진 것이 별로 없어서, 특정 의약품이나 생활습관과 관련이 있는 것인지, 연령이나 면역체계 등과 관련이 있는 것인지, 집단면역이 가능한지 등에 대해 확실하게 확인된 것이 적은 편이다. 무엇보다 코로나바이러스는 선택과 변형을 통해 진화하는 성격을 가지고 있어서, 인간 면역체계를 속이고 면역체계에 적응하며 지속적으로 발전하는 특징을 가진 것으로 알려져 있다.<sup>15)</sup> 이러한 신종 코로나바이러스의 성격 때문에 우리가 얼마나 오랫동안 대응할 수 있을지, 언제 치료제가 나올 수 있을지 의문이고,<sup>16)</sup> 2020년 가을과 겨울

15) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.17ff.

16) 2020년 12월 10일 미국 식품의약국(FDA) 자문기구인 VRBPAC(백신·생물의약품자문위원회)는 화이자(Pfizer)의 코로나19 백신의 긴급사용승인을 FDA에 권고했고, 모더나와 존슨앤존슨, 아스트라제네카 백신 심사가 이어질 전망이다(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20201211021151071?input=1195m> 최종방문일 2020.





재정지원법률을 의결하여 병원 등 의료기관에 대한 재정지원을 보장하였다.<sup>23)</sup> 넷째, 2020년 도 추가경정예산법률(Nachtragshaushaltsgesetz 2020)을 의결하여 기업, 병원 및 근로자 등에 대한 재정 지원정책을 시행하기 위한 재원 마련 명목으로 1,225억 유로를 추가로 편성하였다.<sup>24)</sup> 다섯째로 소위 사회보장패키지(Sozialschutz-Paket)라 불리는 법률을 제정하여 코로나위기로 피해를 입은 영세기업과 자영업자들에 대한 지원책을 마련하고<sup>25)</sup> 민사·파산·형사법 관련 규정들을 개정하였다.<sup>26)</sup>

### 3. 주정부의 행정적 대응

#### (1) 행정작용의 형식으로서 일반처분과 법규명령

각 주정부는 감염병예방법 제28조 제1항과 제32조에 근거하여,<sup>27)</sup> 코로나바이러스가 사람

---

/verfassungsblog.de/corona-constitutional-51-corona-im-bundestag/ 최종방문일 2020.11.19.)에서, 그 밖에 데겐하르트(Christoph Degenhart) 교수의 신문지면상 인터뷰는 (<https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/interview-staatsrechtler-zum-infektionsschutzgesetz-es-muss-sicherlich-noch-einmal-nachgebessert-werden/26634908.html?ticket=ST-396989-s56GRcFGHUL6dt0aap2-ap1> 최종방문일 2020.11.19.)에서 참조할 수 있다.

- 23) Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausbelastungsgesetz) v. 27.3.2020 (BGBl. I S.580).
- 24) Gesetz über die Feststellung eines Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 v. 27.3.2020 (BGBl. I S.556). 이에 대해서는 이승현(주 19), 81-82면 참조. 추경예산은 1,225억 유로이지만, 세입규모가 335억 유로 정도 줄어든 것으로 예상되어, 실제로는 약 1,560억 유로 규모의 새로운 국가채무부담을 허용하는 내용을 담고 있다. 독일연방헌법 제115조 국가채무제한규정(소위 Schuldenbremse) 때문에 함부로 추가적인 예산확대가 불가능하나, 자연재해나 예상치 못한 비상상황이 발생한 경우에는 예외적으로 연방의회의 동의하에 국채부담을 통한 예산확대가 가능하다. 이에 대해서는 정문식, 독일헌법상 국가채무제한, 공법연구 제41집 제3호(2013), 232-233면 참조. 추가경정예산에 대해서는 7월 14일 제2차 추가경정예산법률이 공포되었고, 소급하여 2020년 1월 1일부터 발효한다. Gesetz über die Feststellung eines Zweiten Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 (Zweites nachtragshaushaltsgesetz 2020) v. 14.7.2020 (BGBl. I S.1669). 이에 대해서는 대표적으로 Kyrill-A. Schwwarz, Haushaltsverfassungsrecht in Zeiten der Corona-Krise, COVuR 2020, S.74ff. 참조.
- 25) Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutzpaket) v. 27.3.2020 (BGBl. I S.757). 이 법률은 5월 20일 다시 개정·보완되었다. Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) v. 20.5.2020 (BGBl. I S.1055). 이 사회보장패키지에 대한 상세한 내용은 이승현(주 19), 75-77면 참조.
- 26) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19 Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafrecht v. 27.3.2020 (BGBl. I S.569). 각주 23에서 언급한 제2차 추경예산법률 외에도 코로나위기로 관련 법률들, 예컨대 조세혜택에 관한 법률 등이 추가적으로 개정되었으나, Zweites Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise (Zweites Corona-Steuerhilfegesetz) v. 29.6.2020 (BGBl. I S.1512), 여기서는 모두 생략한다.
- 27) 제28조: (1) 환자, 의심환자, 감염의심자 또는 병원체배출자임이 확인되었거나, 사망자가 환자, 의심환자 또는 병원체배출자였음이 밝혀진 경우, 관할 행정청은 감염병의 확산 방지를 위하여 제29조부터 제31조에 규정된 필요한 보호조치를 취하되, 특히 자신이 머무르고 있는 장소에서 퇴거를 금지하거나, 특정 조건하에서만 퇴거하도록, 또는 공공장소에 출입을 금지하거나 특정 조건하에서만 출입하도록 의무를 부과할 수 있다. 제1문의

들을 통해 전파되는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치를 법규명령(Rechtsverordnung)이나 일반처분(Allgemeinverfügung) 형식으로 발할 수 있다.<sup>28)</sup> 일반성과 추상성을 가지는 법규적 효력을 가지는 조치가 필요할 때는 법규명령을, 구체적이고 개별적인 처분으로서 효력을 가지는 조치가 필요할 때는 일반처분의 형식으로 대응할 수 있는 것이다.<sup>29)</sup> 그러나 일반처분은 구체적으로 제한된 인적·상황적·공간적 대상에 대해서만 규율할 수 있으므로 일반 시민들에 대해 적용할 때는 허용되지 않는 것으로 인식되어,<sup>30)</sup> 초기에 일반처분으로 대응했던 주들이 대부분 법규명령으로 대응조치 형식을 변경하였다.<sup>31)</sup>

요건 하에 관한 행정청은 행사 또는 그 밖에 집회(Ansammlungen)를 제한하거나 금지할 수 있고, 또는 수영장 시설이나 제33조에 규정된 공동체시설의 전부 또는 일부를 폐회할 수 있다. 치료는 명령할 수 없다. 이에 따라 신체의 자유(헌법 제2조 제2항 제2문), 집회의 자유(헌법 제8조), 주거불가침(헌법 제13조 제1항)의 기본권이 제한된다.

제32조: 주정부는 감염병에 대응하기 위하여 제28조부터 제31조에 규정된 요건에 따라 법규명령(Rechtsverordnung)을 통해 그에 상응하는 명령이나 금지를 발할 수 있다. 주정부는 법규명령을 통해 다른 기관(andere Stelle)에 위임할 수 있다. 이에 따라 신체의 자유(헌법 제2조 제2항 제2문), 이전의 자유(헌법 제11조 제1항), 집회의 자유(헌법 제8조), 주거불가침(헌법 제13조 제1항), 우편·통신 비밀(헌법 제10조)의 기본권이 제한된다. (감염병예방법 번역은 박원규(주 20), 128면의 제28조 제1항 번역도 참조하였음)

- 28) 주로 주지사의 지시(Weisungen)에 따라 내려지는 일반처분은 함부르크주, 자아란트주 등에서 사용하였고, 헤센주, 메클렌부르크-포어포만주, 베를린주, 작센-안할트주 등에서는 법규명령을 통해 대응조치를 취했다. Stephan Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise, NJW 2020, S.1097(1098), Fn.11ff. 그 밖에 연방과 주의 모든 코로나 관련 법률, 법규명령 등에 대한 자료는 지속적으로 <https://lexcorona.de/doku.php?id=start>에서 참조 가능.
- 29) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., 2011, S.74f.; 214ff. 행정행위는 '개별사안'에 대한 규율이라는 점에서, 법규명령이나 조례와 같은 일반적 규율은 행정행위의 개념에 포함될 수 없고, 따라서 취소소송의 대상이 되지 않는다. 그러나 일반적인 특성에 따라 정해지거나 특정 가능한 인적 범위를 대상으로 하거나, 또는 어떤 사물의 공법적인 특성이거나 그의 일반인에 의한 이용에 관한 행정청의 행위는 독일행정절차법(VwVfG) 제35조 제2문 일반처분의 정의에 따라 행정행위에 해당한다. 여기서 일반처분이 '개별적'이라는 말은 '특정된' 또는 '일반적 표지에 의해 특정될 수 있는(nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar)' 인적 범위를 말한다. 조치가 내려지는 시점에서 수범자의 범위가 확정되어 있거나, 불확실한 방법으로 확대되지 않을 것이 핵심이다. 이에 대한 상세한 내용은 정호경, 독일 행정소송의 체계와 유형- 대상적격과 원고적격을 중심으로-, (한양대)법학논총 제23집 제2호(2006), 220-221면 참조. 따라서 규율대상 인구가 적은 지방에서는 일반처분을, 사람이 많은 대도시 지역에서는 법규명령을 사용할 수 있다. Rixen, NJW 2020, S.1097(1100f.); Thorsten Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, S.577(579). 그 밖에도 법규명령은 독일 행정법원법(VwGO) 제47조 제1항 제2호의 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)를 통해서 법규적 효력을 일반적으로 무효화시킬 수 있지만, 일반처분은 행정법원법 제42조 제1항에 따라 취소소송을 통해 처분 상대방에 대해서만 효력을 취소할 수 있다는 점에서 양자를 구분하기도 한다. Annette Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1(13f.). 그러나 코로나위기 상황에서 각 주는 반드시 이러한 일반적 구분에 따라 대응조치의 법형식을 사용하지는 않은 것으로 평가받고 있다. Andrea Kießling, Infektionsschutzgesetz Kommentar, C.H.Beck, 2020, §32, Rn.7ff.
- 30) Anika Klafki, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, S.511(512); Siegel, NVwZ 2020, S.577(579). 특히 코로나위기 관련 대응조치는 더 이상 개별적이거나 구체적일 수 없고, 일반적 효력을 가지기 때문에 일반처분으로는 불가능하다는 내용을 실시한 것으로 VG München, Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, S.651(653) Rn.21ff. 참조.
- 31) Thorsten Kingreen, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, S.1019(1021).

## (2) 제한조치의 내용

신종코로나바이러스에 의한 코로나감염을 방지하기 위하여 내릴 수 있는 제한조치들은 여러 가지가 있다.<sup>32)</sup> 공공장소에서 1.5m 이상 개인 간 거리를 유지하는 거리두기명령(Distanz- und Abstandsgebot)이 있다. 자신의 주거에만 머무르도록 요구하는 접촉·외출제한(Kontakt- bzw. Ausgangsbeschränkung)조치도 가능하다.<sup>33)</sup> 사람들의 모임을 포괄적으로 제한하기 위해서 모든 집합(Ansammlung), 집회(Versammlung), 종교적 회합을 금지할 수도 있다. 어린이집, 초·중·고등학교, 대학, 상점이나 가게, 음식점 등의 등교나 방문을 금지하거나, 병원이나 요양원, 사회복지시설 등에 대한 방문을 금지시킬 수 있다. 사적인 여행이나 방문을 금지할 뿐만 아니라 자신의 별장을 방문하는 것도 금지할 수 있다.

코로나위기에 대응하는 주의 대응조치들은 각 주가 처한 상황과 환경적·문화적 배경에 따라 상이하게 나타났고, 제한조치를 취하더라도 예외가 인정되었다. 예컨대 외출금지를 규정하더라도 출근이나 생필품 구입, 운동을 위한 외출의 경우에는 예외적으로 허용이 된다거나, 이에 따라 상점의 폐쇄에도 생필품 판매점은 예외적으로 개점할 수 있었다. 일정 기간이 지나자 상점 폐쇄를 완화하면서 800제곱미터 이하의 상점만 개장을 하도록 허용함으로써 논란이 되기도 했다.<sup>34)</sup> 반대로 바이에른주는 법규명령을 통해 마스크 착용의무(Maskenpflicht)를 도입함으로써 논란을 야기하기도 했으며,<sup>35)</sup> 작센주는 10월 초에 여행객들에게 숙박을 제공하지 못하도록 제한하는 소위 숙소제공금지(Beherbergungsverbot)를 실시했다.<sup>36)</sup>

32) 코로나위기에 대한 각 주에서 취할 수 있었던 대응조치에 대한 일반적인 설명은 대표적으로 Kiebling, in: ders., IfSG, §28, Rn.25ff.; Christian Johann/ Moritz Gabriel, in: Christian Eckart/ Michael Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, C.H.Beck, 2020, § 28, Rn.33ff.; Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1(2ff.); 박원규(주 20), 120-127면 등 참조.

33) 언론에서는 보통 외출금지(Ausgangssperren)라고 일컫는다.

34) 예컨대 800-qm-Regel sorgt für Kopfschütteln, tagesschau.de v. 16.04.2020 (<https://www.tagesschau.de/inland/corona-massnahmen-117.html> 최종방문일: 2020.10.29.).

35) 2차 바이에른주 감염병예방조치명령 제2조 제6항 제2호, 제3호 등. Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung v. 21.4.2020 (BayGVBl. S.222). 이에 대한 최근 글로서 대표적인 것은 Dirk Moritz/ Sebastian Felz/ Marc Schulze, Atemschutzmasken im Recht der Pandemie, COVuR 2020, S.684ff. 참조.

36) 이에 대해서는 대표적으로 Henrick Eibenstein, Die Unverhältnismäßigkeit jüngster Beherbergungsverbot e am Beispiel Niedersachsens, COVuR 2020, S.688ff. 참조.

### (3) 제한조치의 한계로서 치료행위 강제 금지

이러한 조치들은 헌법적 측면에서 본다면 시민의 기본권을 제한하는 것으로서 헌법적 평가가 필요하다. 물론 감염병예방법 제28조 제1항 제3문에 명시적으로 규정되었듯이 치료를 할 수는 있지만 강제로 치료를 받도록 명령할 수 없는 한계를 규정하기도 했다. 치료행위의 명령은 독일연방헌법 제2조 제2항 제1문의 신체불가침(körperliche Unversehrtheit)을 위협적으로 침해한다고 입법자가 판단했기 때문이다.<sup>37)</sup> 그러나 그 밖에 제한조치들을 통해서는 법률에서 언급하고 있는 신체의 자유, 거주이전의 자유, 주거불가침, 집회의 자유, 통신의 자유 외에도, 일반적 인격권, 교육권, 종교의 자유, 예술의 자유, 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 사실상 모든 기본권이 제한될 수 있다. 그러나 이러한 제한조치들로 말미암아 헌법적으로 논란이 되는 것은 기본권 문제만은 아니다.

## III. 코로나위기 상황과 헌법적 비상사태

### 1. 코로나위기는 비상사태인가?

코로나19 감염자의 갑작스런 확대로 말미암아 세계 각국은 혼돈과 공포 속에 빠지고, 각 정부는 이에 대처하기 위하여 할 수 있는 모든 조치를 취하기 시작했다. 그런데 이 상황에서 그 동안 권위주의적인 정부행태로 유럽연합(EU) 내에서 비판을 받고 있던 헝가리나 폴란드 정부는 자유민주주의를 더욱 억압하고 민주주의 헌법국가체제를 부정하는 방향으로 나아갔다.<sup>38)</sup> 자유시민사회에 가해진 코로나위기 해결을 위한 조치들에 대해서 철학자들뿐만<sup>39)</sup> 아니라 법학자들도<sup>40)</sup> 자유민주주의 국가체제가 보건상 위기를 극복한다는 명목하에 독재적인 국가체제로 변모하는 것은 아닌지 우려하는 목소리를 냈다. 특히 프랑크푸르트대학 헌법교수이자 법철학자인 폴크만은 코로나위기에 대응하는 독일의 상황을 ‘파시즘경향의 신경과민 보건국가(faschistoid-hysterischen Hygienestaat)’라고 표현하며, 칼 슈미트(Carl Schmitt)

37) BT-Drs. 8/2468, S.28; Johann/Gabriel, in: Eckhart/Winkelmüller(Hrsg.), BeckOK IfSG, § 28, Rn.29; Kießling, in: Ders.(Hrsg.), IfSG, § 28, Rn.19. Grundgesetz를 보통 ‘기본법’이라고 번역하지만, 여기서는 ‘독일연방헌법’으로 일컫는다.

38) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.27.

39) 대표적으로 Giorgio Agamben, Wir sollten uns weniger sorgen und mehr denken, NZZ v. 7.4.2020. (<https://www.nzz.ch/feuilleton/giorgio-agamben-zur-coronakrise-wir-sollten-uns-weniger-sorgen-und-mehr-nachdenken-ld.1550672?reduced=true>) 최종방문일 2020.10.30)

40) 대표적으로 Uwe Vollmann, Der Ausnahmezustand, VerfBlog 2020-3-20.

가 이야기했던 비상사태(Ausnahmezustand)<sup>41)</sup> 일반적 상황(Normalzustand)이 되어 가는 것은 아닌지, 그 사이의 경계가 사라지는 것은 아닌지 의문을 제기했다.<sup>42)</sup>

비상사태에 대해 법적으로 확립된 개념은 찾기가 어렵지만, 대략 국가에 중대한 위험이 발생하였을 때 평상시 사용할 수 있는 수단으로는 그 위험을 제거하거나 국가의 안전과 (법)질서를 회복하기 어려운 상황이라고 할 수 있다.<sup>43)</sup> 독일에서 비상사태란 용어의 표현과 사용에 대해 거부감을 일으키는 것은, 바이마르헌법 제48조에서 이 개념이 사용되어<sup>44)</sup> 나치(독재)시대로 전환할 수 있었다고 보거나,<sup>45)</sup> ‘Ausnahme(예외/비상)’라는 표현이 주는 인상처럼 국가의 조치가 법적 구속을 받지 않는 것으로 보기 때문이다.<sup>46)</sup> 실제로 코로나위기 같은 상황에선 행정부가 대응조치를 주도하되, 야당이나 반대파의 주장은 환영받기 어렵고, 정부의 조치를 통해 기본권 제한만 더욱 강화될 수 있다. 코로나위기 상황이 개선되면 정부의 조치는 완화되겠지만, 이 모든 조치에도 불구하고 코로나위기 상황이 개선되지 않는다면 어떻게 할 것인가. 경제기반은 파괴되고 개인의 생존은 위협받으며 결국 남는 것이 폐허뿐이라면, 비상사태와 유사한 상황을 단순하게 생각할 것만은 아니다.<sup>47)</sup>

## 2. 코로나위기는 헌법과 법률의 통제를 받는 상황

헌법적으로 비상사태와 정상상태 구별은, 헌법이 작동하는가 여부에 따라 판단할 수 있다면 명확하다고 할 것이다. 앞에서 언급한 것처럼 신종 코로나바이러스로 인한 새로운 코로나19

41) Ausnahmezustand는 아감벤의 책 번역처럼 예외상태 또는 예외상황이라고 번역될 수 있으나, 평상(平常) 또는 정상(正常)의 상대적 개념으로서 비상사태라고 번역했다.

42) Vollkmann, Ausnahmezustand, S.2ff.

43) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1999, S.301; Eckart Klein, Innerer Staatsnotstand, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdStR Bd. XII, 3. Aufl., 2014, §280, Rn.1; Jens Kersten, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S.193(194). 비상사태에 대한 개념에 대해서 참조할 수 있는 최근 문헌으로는 대표적으로 Anna-Bettina Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S.49ff. 참조.

44) 제48조 (1) 주가 제국헌법이나 제국법률에 따라 주에게 부과된 의무를 이행하지 않는 경우, 제국대통령은 병력을 사용하여 그 의무이행을 강제할 수 있다. (2) 제국대통령은 독일제국 내에서 공공의 안전과 질서가 심각하게 침해되었거나 위협하게 된 경우, 공공 안전과 질서의 회복을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있고, 필요한 경우에는 병력을 사용할 수 있다. 이를 위하여 잠정적으로 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조 및 제153조에 규정된 기본권을 전부 또는 일부 정지시킬 수 있다. (이하 생략)

45) 1930년 독일제국대통령인 힌덴부르크(Paul von Hindenburg)가 바이마르헌법 제48조를 활용하여 독일을 대통령중심의 ‘영구적 긴급상황(permanenter Notsstand)’으로 유지하였고, 결국 독일은 1933년 히틀러(Adolf Hitler)가 주도하는 나치체제로 바뀌었다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.33f.

46) 예컨대 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.II, 1980, S.1294. 칼 슈미트도 비상사태를 평가함에 있어서 평상시를 규율하는 법적 상황으로는 비상사태를 판단하거나 결정할 수 없어서, 주권자가 누구인지를 극명하게 드러낼 수 있는 상황으로서 정상상태의 한계상황이 비상사태라고 보고 있다. Carl Schmitt, Politische Theologie, 9.Aufl., 2009, S.1f.; 43f.

47) Vollkmann, Ausnahmezustand, S.4ff.

환자들이 발생하고 사망하고 있음에도 불구하고, 연방의회는 이에 대응하기 위한 법률제정 활동을 지속하고 있으며, 연방정부의 주도하에 각 주정부는 상호 협력하면서 필요한 행정조치들을 취하고 있다. 연방헌법재판소를 비롯한 각 주의 법원들도 코로나위기 대응과 관련된 조치들에 대한 (헌)법적 판단을 지속적으로 수행하고 있다.<sup>48)</sup> 이런 상황은 독일연방헌법상 국가긴급권 등이 발동될 수 있는 전시상황(제115a조 이하)이나 긴장상황(제80a조 제1항), 그 밖에 국가 긴급상황 또는 국내 긴급상황(제91조) 그 어디에도 해당되지 않는다. 그나마 재난상황(제35조 제2항, 제3항)에 해당한다고 볼 수 있는 것이 가장 근접한 상황 평가에 해당한다.<sup>49)</sup>

연방정부와 주정부가 코로나위기 해결을 위한 각종 조치들을 취하고 있다고, 독일연방헌법의 규정들이 정지되거나, 독일 국민들의 기본권효력이 상실되는 것이 아니다.<sup>50)</sup> 코로나위기를 해결한다고 행정부가 무엇이든지 할 수 있는 것이 아니라,<sup>51)</sup> 국가의 존립과 국민들의 생명뿐만 아니라 그 밖에 경제적·사회적·문화적으로 중요한 헌법적 가치들과 기본권을 종합적으로 고려하여 판단하고 대응해야 한다.<sup>52)</sup> 그러한 행정부의 판단이 최종적으로 사법적 심사를 통해 통제될 수 있는 한 현재의 상황이 비상사태라고 평가하기는 어렵다.<sup>53)</sup> 코로나위

48) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.30f.; Thorsten Kingreen, Whatever it Takes?, VerfBlog. 2020-3-20, S.1.

49) 코로나위기가 헌법적으로 어떤 위기 내지 긴급상황인지에 대해서는 Jörn Ipsen, Notstandsverfassung und Corona-Virus, RuP 2020, S.118ff.

50) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.40f. 예컨대 코로나위기 대응조치를 통해 연방헌법기관이나 주헌법기관의 활동과 기능을 정지시킨다거나, 국민들의 중요한 기본권으로서 선거권 제한은 상당히 문제가 있을 수 있다. 실제 독일에서는 코로나위기 확산으로 말미암아 일부 주에서 선거와 지방선거가 논란이 되었으나 이에 대한 제한은 발생하지 않았을 뿐만 아니라, 연방의회의 경우에도 코로나위기 대응조치를 통해서 연방의회 의원들의 활동이 정지되거나 제약받지 않는다고 의사규칙을 개정하기도 했다. Nr.6 der Anlage 6 der GOBT (BT-Drs. 19/18126, S.5f.). 그 밖에도 긴급상황이라서 기본권이 유보되는 상태도 아니라는 견해에 대해서는 Hubert Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, C.H.Beck, 2.Aufl. 2020, § 17, Rn.32f. 참조. 물론 기본권이나 헌법의 효력 정지(suspension)가 비상사태의 필요조건은 아니라는 주장은 대표적으로 Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, S.53ff. 참조.

51) 대표적으로 Kingreen, Whatever it Takes?, S.1. 여기서 킹그린 교수는 국민들의 건강과 보건상태를 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있으나 무엇이든 가능한 것은 아니며, 내용 면에서만 아니라 제한조치의 형식적 측면에서도 일반처분이 아닌 법규명령으로 해야 한다고 주장했다. 킹그린은 2010년부터 시작된 세계적인 금융위기에 대응하여 유럽중앙은행(ECB) 드라기(Mario Draghi) 총재가 유로(euro)를 구할 수 있다면, 무엇이든지 하겠다(whatever it takes)는 표현을 빗대어 주정부의 일반처분을 통한 제한조치를 표현한 것이다.

52) Hase, JZ 2020, S.697(702f.).

53) Jens Kersten, Covid-19 — Kein Ausnahmezustand!, ZRP 2020, S.65; Stephan Rixen, Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, RuP 2020, S.109f. 케르스텐 교수는 코로나위기를 해결하기 위하여 내린 조치들은 비상사태가 아님을 증명할 뿐만 아니라, 긴급상황에서 적용되는 국가긴급권 조항도 활용되지 않았으며, 일반적으로 헌법이 상정한 재난 상황에서 감염병예방법상 일반수권조항을 통해 조치들이 내려지고, 이를 통제하는 헌법이 작동하고 있는 것으로 평가하고 있다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.32ff. 칼 슈미트의 비상사태 개념에 관한 헌법이론에 따르면이라도 현재 코로나위기에 대한 정부 대응이 비상사태라고 보기 어렵다는 주장에 대해서는 대표적으로 Reinhard Mehring, Carl Schmitt und die Pandemie. Teil 1, VerfBlog. 2020-5-11; Teil 2, VerfBlog. 2020-5-12 참조.

기는 독일연방헌법과 감염병예방법 그리고 연방정부와 주정부 간 협력 가운데 대응하고 있는 위험한 위기상황일 뿐이다.<sup>54)</sup>

## IV. 코로나위기 대응조치들과 기본권

### 1. 제한조치에 따른 관련 기본권

감염병예방법에 적시된 관련 기본권보다 제한조치들로 인해 실제로 제한되는 기본권은 더 다양하다. 사람들의 접촉을 금지하는 것은 일반적인 행동의 자유를 제한한다. 감염의심자를 격리시키거나 개인의 정보를 수집하는 것은 신체의 자유, 일반적 인격권, 개인정보 자기결정권 등의 제한이 문제된다. 감염병예방법상 감시조치나 격리조치, 외출금지 등은 법에 규정되었듯이 신체의 자유를 제한한다. 예배를 위한 집합금지는 종교의 자유를, 영화나 공연 등을 금지하거나 극장이나 미술관, 박물관을 폐쇄하는 것은 예술의 자유와 직업의 자유를 제한하는 것이다. 학교를 폐쇄하는 것은 교육의 기회를 제한하는 것이며, 코로나위기 대응조치에 대한 정치적 의사표현을 위한 집회의 금지는 집회의 자유를, 단체활동을 위한 집합금지는 결사의 자유를 제한하는 것이다. 연방 내 또는 주 내에서 이동의 자유를 제한하는 것은 이전의 자유를 제한하고, 상점을 닫게 하는 것은 직업의 자유를, 방역활동을 위해 공무원들이 집안에 들어가게 되면 주거불가침을 제한하는 것이며, 영업의 정지나 중단으로 파산에 이르게 된다면 직업의 자유와 재산권을 침해하는 것일 수 있다.

### 2. 기본권 보호의무 이행으로서 제한조치와 그 한계 및 문제해결로서 형량

신종코로나바이러스 확산을 방지하고, 다른 사람들이 코로나19에 감염되는 것을 방지하기 위해 정부가 개입하여 제한조치를 취하는 것은, 기본권적 시각에서 보면 스스로를 보호하기 어려운 약자들의 생명을 보호하기 위하여 국가가 기본권 보호의무를 이행하는 것이다.<sup>55)</sup> 그런데 국가의 기본권 보호의무 이행은 일반적으로 다른 사람들에게 대한 자유의 제한으로

54) 카이저 교수는 위기와 관련하여 일반적 상황, 단순한 위기상황, 일반적 상황을 벗어난 비상사태, 진정한 의미의 비상사태 등으로 구분하는데(Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, S.65f.), 그에 따르면 진정한 의미의 비상사태는 아니지만 (헌법의 지배를 받음에도 불구하고) 일반적인 상황을 벗어난 상태로 평가할 수 있을 것으로 보이며, 슈미트가 상정하는 의미의 비상사태로 보기는 어려울 것으로 보인다.

55) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.45; Kingreen, Jura 2020, S.1019(1026ff.); Kube, Leben in Würde - Würde in Lebens, S.2.



나타난다.<sup>56)</sup> 즉, 국가가 특정인의 기본권 보호의무를 강하게 이행할수록, 다른 사람들에 대한 자유의 제한이 강하게 나타나는데 특징이 있다. 따라서 코로나위기 극복을 위한 주정부의 제한조치들은 기본적으로 다른 사람의 기본권을 제한하는 측면에서 과잉금지원칙을 위반하지 않아야 헌법적 정당성이 인정되는 것이다.<sup>57)</sup> 한편에는 코로나위기 관련 제한조치들이 추구하는 코로나19 위협으로부터 사람들의 생명과 신체의 보호, 국가의 기본적인 보건의료시스템의 유지라는 헌법적 이익이 있고, 다른 한편에는 제한조치들을 통해 영향을 받는 자유권의 기본권 이익이라는 헌법적 이익이 있다. 코로나위기에 대응하는 제한조치에 대한 헌법적 평가는 이러한 양 헌법적 이익 간 형량에 따라 이루어진다는 것을 의미한다.<sup>58)</sup> 다만 코로나위기 대응조치에 대해서 적용되는 형량은 몇 가지 특징을 갖는다는 점을 유의해야 한다.

### 3. 형량 관련 문제들

#### (1) 고려사항의 다양성

코로나위기와 관련된 형량에는 기본적으로 몇 가지 어려움이 있다.<sup>59)</sup> 코로나19처럼 아직 신종코로나바이러스에 대한 정보가 완벽하게 파악되지 않은 경우에는 불확실성 가운데 구체적인 경우마다 개별적으로 판단해야 한다는 것이다. 정보가 확실하지 않은데도 불구하고 신속하게 대처해야 하는 어려움도 있다. 개인적인 차원에서 한편으로는 생명의 보호를 지향해야 하지만, 다른 한편으로는 다른 사람의 자유도 생각해야 한다. 거기에 더해서 전체 사회적인 영향과 결과도 고려해야 하는 어려움이 더해진다. 이런 형량과정을 전제한다면, 코로나위기에 대응하는 제한조치를 결정함에 있어서 국가가 모든 사항들을 고려하지 못할 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 어떤 제한조치를 결정하더라도 가능한 고려할 수 있는 모든 것을 고려해서 판단해야 한다는 당위는 변함이 없다.<sup>60)</sup>

56) 이에 대해서 대표적으로 Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht Bd.II*, 2010, S.42, Rn.62ff. 참조.

57) Christian Calliess, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, JZ 2006, S.321(329f.); Lothar Michael, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, JuS 2001, S.148(151f.).

58) 코로나위기에 대한 대응조치들에 대하여 구체적인 헌법적 이익 간 충돌과 형량을 다룬 것에 대해서는 대표적으로 Holger Schmitz/ Carl-Wendelin Neubert, *Praktische Konkordanz in der Covid-Krise*, NVwZ 2020, S.666(667ff.) 참조.

59) 위헌심사기준으로서 비례원칙, 특히 법익의 균형성(또는 협의의 비례원칙)에 대해서는, 이 심사기준이 과연 객관적인 심사기준인지, 어떤 상황에서 어떤 기본권 내지 헌법적 가치에 우위를 둘 것인지 등에 대해서 헌법 자체적으로는 확립된 심사기준이 없다는 근본적인 의문점이 있음을 부정할 수는 없지만(예컨대 Christian Hillgruber, *Grundrechtsschranken*, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *HStR Bd.IX*, 3.Aufl., 2011, § 201, Rn.80ff.), 그럼에도 여기서는 코로나위기처럼 국민의 건강보전에 대한 중대한 위협에 대응하여 구체적인 제한 조치에 대한 결정을 내려야 하는 경우 형량을 통해서 결정할 수밖에 없음을 전제로 하다.

60) Hillgruber, *Grundrechtsschranken*, Rn.77; Kersten/Rixen, *Verfassungsstaat*, S.47f.

## (2) 입법, 행정, 사법 단계에서 형량의 차이

코로나위기 해결을 위한 조치를 결정하는데 입법, 행정, 사법분야에서 국가기관은 판단을 하고, 이 때 다양하게 관련된 헌법적 이익들과 가치들을 추상적 차원에서 형량하게 된다. 국가의 중요하고도 기본적인 사항은 민주적 정당성을 가지는 국민대표기관인 의회가 결정한다는 의회유보원칙에 따라<sup>61)</sup> 입법자는 위기대응을 위한 1차적 판단을 할 수 있고, 이 때 의회는 가장 넓은 의미의 평가고권(Einschätzungsprärogative)과 형성재량(Gestaltungsspielraum) 권한을 가지고 대응책을 법률로 결정한다.<sup>62)</sup> 국민의 생명보호를 위한 기본적인 조치의 근거를 마련하고, 다른 사람들의 자유를 제한하는 법적 근거를 마련해야 한다.<sup>63)</sup>

행정부는 독일연방헌법 제80조 제1항에 근거하여<sup>64)</sup> 의회로부터 권한을 위임받아 법규명령 등을 통해 구체적인 제한조치를 시행할 수 있다. 법치국가원리에 따라 행정부가 결정하고 판단하는 구체적인 조치들은 입법자의 기본적인 결정으로 형식화 된 법률에 위배될 수 없고(법률우위),<sup>65)</sup> 법률이 수권한 범위 내에서 이루어져야 한다(법률유보)는 헌법적 한계가 있다.<sup>66)</sup> 그러나 입법자가 불확정 개념 등을 통해 행정청에게 허용한 범위 내에서, 행정청은 구체적인 사안에서 불확정 개념을 사용하여 재량권을 행사하고, 개별적인 사안마다 비례원칙에 따라 판단한 내용을 제한조치로서 결정하고 집행한다.

법원은 기본적으로 입법과 행정부의 평가고권과 형성재량을 존중하지만, 상대적으로 입법부와 행정부보다 재량의 여지가 좁은 비례원칙을 적용하여 기본권 침해 논란이라는 법적 분쟁으로 발전한 사안들을 판단하게 된다. 기본권침해에 대한 위헌심사로서 비례원칙 적용 시에는, 특히 헌법적 판단에서 최고위치에 있는 헌법재판소가 헌법질서 전체를 고려하여 결정한다.<sup>67)</sup>

61) 의회유보원칙과 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 대해서는 대표적으로 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Bd.I, 2010, S.320, Rn.121ff. 참조.

62) BVerfGE 147, 253(309f. Rn.115ff.).

63) 입법 영역에 있어서 비례원칙의 적용에 대해서는 대표적으로 Sebastian Seedorf, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Matthias Jestaedt/ Oliver Lepsius(Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Mohr Siebeck, 2015, S.130ff. 참조.

64) 제80조 (1) 법률로 연방정부, 연방장관 또는 주정부에 법규명령을 제정할 권한을 위임할 수 있다. 이 때 위임된 권한의 내용, 목적, 범위는 법률에 명시되어야 한다. 법규명령에는 법적 근거가 제시되어야 한다. 법률이 권한을 재위임 할 수 있음을 규정할 때, 권한의 재위임에는 법규명령이 필요하다. (이하 생략)

65) 법률우위에 대해서는 대표적으로 Kloepfer, Verfassungsrecht I, S.316, Rn.104ff. 참조.

66) 법률유보에 대해서는 대표적으로 Kloepfer, Verfassungsrecht I, S.318, Rn.111ff. 참조.

67) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.49. 물론 이 때 헌법질서 전체를 고려한 결정이란 법관의 가치판단을 적극적으로 실현한다는 의미보다는 소극적으로 헌법과 법률을 실현하고 집행하는 차원에서 이루어진다는 의미라고 할 수 있다. 입법자의 형성의 자유를 보장하기보다 적극적으로 사법적 판단을 하게 된다면, 자칫 헌법재판소의 결정이 정치적 반대의 표현으로만 평가될 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 Hillgruber, Grundrechtsschranken, Rn.84ff. 참조.

### (3) 시간적 추이에 따른 형량에서 관계 변화

코로나위기 상황의 진행에 따라 형량 시 고려사항의 개별적인 반영폭이나 정책결정자의 재량범위가 유동적일 수 있다.<sup>68)</sup> 예컨대 대유행이 진행될수록 코로나바이러스에 대한 의학적 정보가 증대하거나, 시민들의 방역규칙과 제한조치에 대한 준수수준이 올라갈수록, 입법이나 행정적 차원에서 정책결정의 재량범위는 축소되고, 기본권 제한조치에 대한 입법자의 근거제시의무도 증대될 수 있다. 이에 따라 법원의 제한조치에 대한 통제강도도 시간이 지날수록 강화될 수 있어서, 초기에 국가의 제한조치에 대한 긍정적인 결정이 일정 시간이 지나면 부정적인 결정으로 변경될 수 있다.<sup>69)</sup> 이 때문에 독일에서 제한조치를 규정한 법규명령은 보통 각 주에서 2주-짧게는 1주, 길게는 6주-를 효력기간으로 정하여 제한조치가 필요한 기간 동안 지속적으로 새롭게 발령되었다.<sup>70)</sup> 물론, 코로나위기가 진행되면서 보건상황이 악화된다면 제한조치가 강화될 수도 있다. 따라서 형량은 시간의 변화에 따라서도 유동적이지만, 상황의 개선이나 악화 여부에 따라서도 변동적인 것이다.<sup>71)</sup>

## 4. 비례원칙에 따른 제한조치들의 다양화 가능성

### (1) 신분증 소지의무

베를린주는 3월 22일 코로나19 완화조치 법규명령을 개정하면서,<sup>72)</sup> 제17조에서 신분증을 반드시 소지하고 경찰이 요구할 시 이를 제시하도록 의무를 부과하는 신분증소지 의무를 규정하였다.<sup>73)</sup> 그러나 신분증 소지의무가 코로나19 확산을 방지하거나 예방하는데 어떻게 도움이 될 수 있을지 의문이 제기되었다.<sup>74)</sup> 신분증 소지가 코로나19 확산방지와 예방이라는 목적달성에 기여할 수 있는 적합한 수단인지 문제가 된 것이다. 결국 10여일이 지나서

68) 이에 대해서는 대표적으로 Kingreen, Jura 2020, S.1019(1028f.) 참조.

69) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.50. 예컨대 자아란트주 헌법재판소는 신체의 자유를 제한하고 상실시키는 것은 매일 자유를 제한하는데 불이익을 더하는 것이므로, 시간이 지나면 보정할 수 없다고 실시하기도 하였다. SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.4.2020 - Lv 7/20 eA, S.15 (<https://verfassungsgerichtshof-saarland.de/frames/index.html> 최종방문일 2020.11.4.); NVwZ-RR 2020, S.514(518, Rn.42).

70) Kingreen, Jura 2020, S.1019(1021; 1028f.).

71) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.51f.

72) Verordnung über erforderlich Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin(SARS-CoV-2 EindmaßNV) v. 22. März 2020 ([https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:verordnung\\_ueber\\_erforderliche\\_massnahmen\\_zur\\_eindaemmung\\_der\\_ausbreitung\\_des\\_neuartigen\\_coronavirus\\_sars-cov-2\\_in\\_berlin](https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:verordnung_ueber_erforderliche_massnahmen_zur_eindaemmung_der_ausbreitung_des_neuartigen_coronavirus_sars-cov-2_in_berlin) 최종방문일 2020.11.3.)

73) 제17조: 신분증 또는 주소지를 확인할 수 있는 서류와 사진이 부착된 행정청 발급 증명서를 소지하고, 경찰이나 관할 행정청의 요구에 따라 신분증을 제시하여야 한다.

74) 예컨대 Jan Fährmann/ Clemens Arzt/ Hartmut Aden, Verordnungsgeber missachten rechtsstaatliche Grenzen, VerfBlog. 2020-3-29, S.2ff.

4월 2일 베를린주 법규명령이 개정되면서 신분증 소지의무는 삭제되었다.<sup>75)</sup>

## (2) 예배금지

예배금지는 종교의 자유에 대한 중대한 제한을 야기한다. 코로나19 확산 초기에 많은 주에서는 예외 없이 예배금지 인정하기를 주저하지 않았지만, 일부 주에서는 일정한 예외를 인정하여 예배를 허용하였다.<sup>76)</sup> 많은 사람들이 모이기 때문에 감염병 전파의 가능성이 높아지는 것이 문제된다면, 이러한 전파가능성을 낮추려는 목적을 동일한 정도로 달성하면서도, 예배의 자유나 행복추구권을 가능한 최소한으로 제한하는 예외를 마련하도록 노력하는 것이 비례원칙에 부합하는 것이다. 예컨대 방역기준을 준수하는 조건이나, 일정 수 이상의 실내집합은 금지하면서 예배를 드리도록 하는 조치가 침해의 최소성에 위반되지 않을 것이다.<sup>77)</sup>

## (3) 집회금지

집회금지도 그러한 시각에서 생각한다면, 예외적으로 방역기준 준수 하에 옥외에서 엄격한 거리유지를 조건으로 허용하는 것이 가능하다. 그런데 코로나위기가 확산되던 2020년 3월 말 모든 주에서는 집회를 전면적으로 금지하는 제한조치를 법규명령으로 발했다. 그러나 시간이 지나면서 많은 주에서 집회금지를 다시 완화하였다. 기본적으로 완전한 집회금지는 코로나위기 시에도 과잉금지원칙<sup>78)</sup> 또는 본질적 내용침해 금지(Wesensgehaltsgarantie)에 위배되는 것으로 평가될 수 있기 때문이다.<sup>79)</sup> 독일 연방헌법재판소 판례에 따르면 집회의 금지나 해산은 공공안전과 질서가 직접적으로 위협에 처한 경우에만 허용된다.<sup>80)</sup> 따라서 집회금지는 최후의 수단(ultima ratio)으로서 중대한 공익을 보호하기 위한 목적으로 비례원칙을 준수하며 예외적인 경우에만 인정될 수 있는 것이다.<sup>81)</sup> 예컨대 방역기준을 준수한다거나

75) Verordnung zur Änderung über erforderlich Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin (SARS-CoV-2 EindmaßnV) v. 2. April 2020 ([https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:aenderung\\_der\\_sars-cov-2-eindaemmungsmassnahmenverordnung](https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:aenderung_der_sars-cov-2-eindaemmungsmassnahmenverordnung) 최종방문일 2020.11.3.)

76) 예컨대 바덴뷔르템베르크주, 바이에른주, 함부르크주, 메클렌부르크포어포만주 등은 옥외에서 방역기준 준수를 조건으로 예배를 허용하였다. 각 주의 근거 법규명령에 대해서는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.54, Fn.107 참조.

77) Rixen, NJW 2020, S.1097(1102).

78) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.60f.

79) Stefan Martini/ Michael Plöse, Politische „Bewegung an der frischen Luft“ - Teil I: Versammlungs-ermöglichung im gesperrten öffentlichen Raum, JuWissBlog. Nr.42/2020 v. 31.03.2020, S.3 (<https://www.juwiss.de/42-2020/> 최종방문일 2020.11.4.); Andreas Gutmann/ Nils Kohlmeier, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog. 2020-4-8, S.2.

80) BVerfGE 69, 315(354).

집회 참가자의 숫자를 제한한다거나, 자동차에 탑승하여 사람들 간 거리를 유지하는 등, 감염 위험을 봉쇄할 수 있는 경우라면 행정청은 집회의 자유를 허용할 수 있도록 협력적 자세를 취해야 한다.<sup>82)</sup>

#### (4) 상점, 음식점, 학교 등의 폐쇄와 재개

상점이나 음식점, 학교 등은 많은 사람들이 모이게 되고 코로나바이러스 감염에 취약할 수 있으므로 모두 폐쇄조치를 명할 수 있다. 그러나 우리나라처럼 택배제도가 발달되지 않은 독일에서는 상점 폐쇄의 경우 생필품 구매까지 제한될 수 있고, 학교폐쇄의 경우에는 인터넷 통신이 충분히 보장되지 않는다면 학생들의 기본적인 교육까지 제한되는 것이다. 음식점 폐쇄는 음식점 운영자들의 직업 활동을 제한할 뿐만 아니라 파산으로 인한 생업이나 생존의 위험도 야기할 수 있다.<sup>83)</sup> 따라서 생명과 건강의 보호를 위한 폐쇄조치가 오히려 사람들의 경제상황과 생존을 위협하게 될 수 있어서, 균형적인 형량(법익의 균형성)이 요구된다. 예컨대 생필품을 구매하는 경우 상점 내부에 제한된 숫자의 출입을 허용하는 조건하에 상점의 운영을 허용할 수 있을 것이다. 또한 일정 기간 잠정적인 폐쇄는 가능하나 시간이 길어질수록 법익의 균형성이 인정되기 어려움을 예상할 수 있다. 따라서 폐쇄의 경우에는 언제 상점이나 음식점의 영업 재개 또는 학생들의 등교를 허용할 것인지도 함께 고려해야 한다.<sup>84)</sup>

이러한 제한조치들은 평등원칙 측면에서도 평가될 수 있다. 상점이나 음식점, 학교

81) Stefan Martini/ Michael Plöse, Politische „Bewegung an der frischen Luft“ - Teil II, JuWissBlog. Nr.43/2020 v. 31.03.2020, S.1 (<https://www.juwiss.de/43-2020/> 최종방문일 2020.11.4.)

82) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 17.04.2020 - 1 BvQ 37/20 - Rn.38ff.,([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200417\\_1bvq003720.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200417_1bvq003720.html) 최종방문일 2020.11.4.); Peters/Janz, GSZ 2020, S.223(225). 따라서 전면적인 집회금지라 하더라도 본질적 내용침해 금지에 위배되지 않는 것으로 보는 견해는 대표적으로 Berit Völmann, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, S.893(902) 참조.

83) 상점 등의 폐쇄에 대한 손실보상문제에 대해서는 Michael Brenner, Entschädigungsansprüche von Hotels und Gaststätten im Angesicht von COVID-19?, DÖV 2020, S.660ff.; Henrik Eibsenstein, Zur Entschädigung von durch Schließungsanordnungen betroffenen Gewerbetreibenden, NVwZ 2020, S.930ff.; Ludger Giesberts/ Michael Gayger/ Philip Weyand, COVID-19, NVwZ 2020, S.417ff.; Peter Itzel, Staatliche Entschädigung in Zeiten der Pandemie, DVBl 2020, S.792ff.; Martin Kment, Düstere Aussichten: Keine Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise, NVwZ 2020, S.687ff.; Boas Kümper, Zur Verortung der infektionsschutzrechtlichen Entschädigungstatbestände im Gefüge der öffentlichen Ersatzleistungen, DÖV 2020, S.904ff.; Carl-Moritz Reschke, Entschädigungsansprüche für rechtmäßige infektionsschutzrechtliche Maßnahmen im Zuge der COVID-19-Pandemie, DÖV 202, S.423ff.; Jens Rinze/ Rouven Schwab, Dulde und liquidiere, NJW 2020, S.1905ff.; Foroud Shirvani, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, S.1457ff.; Philipp Scholz, Das Verhältnis von Entschädigung und Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 202, S.2209ff.; Lukas Struß/ Johannes Fabi, Entschädigungsansprüche für unternehmensbezogene Eingriffe nach dem IfSG, DÖV 202, S.665ff. 등 참조.

84) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.54f.

등을 동시에 폐쇄하는 것도 평등원칙 측면에서 문제삼을 수 있을 뿐만 아니라, 모두 폐쇄했다가 완화하는 과정에서 단계적으로 학교나 상점을 먼저 운영 재개하도록 허용하고, 음식점을 뒤늦게 영업할 수 있도록 완화한다면 평등원칙 측면에서 문제될 수 있다. 상점이 폐쇄되었다가 영업을 재개하도록 허용하는 과정에서 베를린주는 800제곱미터 이하 상점들만 일단 개장하도록 허용하였는데, 이에 대해서 베를린 행정법원 제14부는 그러한 조치가 과잉금지원칙에 위반될 뿐만 아니라 평등원칙에도 위반된다고 판단하였다.<sup>85)</sup> 결국 코로나위기에 대응하는 제한조치들은 과잉금지원칙에 의해서 형량 속에서 평가될 뿐만 아니라 평등원칙에 의해서도 심사되어 그 위헌성을 판단할 수 있는 것이다.<sup>86)</sup>

## V. 코로나위기 대응과 국가조직법

### 1. 코로나위기와 의회

#### (1) 위기 시에도 의회활동의 유지

연방의회의 운영과 활동은 코로나위기 시에도 중요하다. 법치국가원칙 측면에서 본다면, 코로나위기에 대응하는 연방정부가 적절하게 행정사무를 이행할 수 있도록 법적 근거를 마련하고(법률유보), 사무를 수행하는데 인적·물적 자원공급에 어려움을 겪지 않도록 재정적인 지원도 결정해야 한다. 뿐만 아니라 행정부의 위기 대응조치가 헌법과 법률에 위반되지 않는지 더욱 엄격하게 감독할 의무가 있다(법률우위, 의회의 행정부통제).<sup>87)</sup> 연방의회는 코로나19 감염자가 갑작스럽게 증가하기 시작하자 3월말 감염병예방법을 개정할 뿐만 아니라, 노동법, 사회법, 파산법, 형법 등 관련 법률을 개정했고, 코로나위기를 해결하는데 재정적 문제가 발생하지 않도록 2020년 추가예산도 의결했다.<sup>88)</sup>

85) VG Berlin Beschl. v. 30.4.2020 / VG 14 L 55/20, Rn.32f. (<http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/vsh/bs/10/page/sammlung.psm?doc.hl=1&doc.id=JURE200006570&documentnumber=2&numberofresults=163&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=L&paramfromHL=true#focuspoint> 최종방문일 2020.11.4.)

86) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.57.

87) Robert Roßmann, Jetzt bloß keine hektische Verfassungsänderung, SZ v. 25. März 2020 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-bundestag-legislative-1.4855283> 최종방문일 2020.11.5.).

88) 앞의 II. 2. 참조.

## (2) 위기 시 의회 구성

우리나라는 코로나위기 상황에서 국회의원 총선거를 치른 반면, 독일에서는 바이에른주 각 시장과 지방의회의원들을 선출하는 지방선거가 3월 15일 실시되었고,<sup>89)</sup> 노르트라인베스트팔렌 주의회 의원선거가 9월 13일 치러졌다. 9월 13일 선거는 코로나19 확진자 발생이 잦아들었고, 어느 정도 시민들이 방역수칙에 적응한 시기여서 우리나라 4월 총선처럼 방역거리를 유지하면서 실시되어 큰 문제는 발생하지 않았다. 그러나 3월 15일 선거는 코로나19 확진자 발생이 막 1천 명대를 넘어서기 시작했을 때였는데, 과반수 득표자를 얻지 못한 지역이 많아서 3월 29일 2차 결선투표(Stichwahlen)를 치러야 했다. 코로나위기가 심각하게 전개된 상황에서도 의회의원 선거는 진행되어야 하는지 문제가 될 수 있다.<sup>90)</sup> 이 때는 확진자 수가 5천 명대에 이르렀을 때라 선거연기가 고려되기도 했지만 결선투표를 우편투표로 실시하도록 3월 19일 일반처분이 내려졌다.<sup>91)</sup>

하지만 이러한 우편투표강제는 공개선거원칙에 중대한 위반을 야기할 수 있었고, 감염병 예방법이 선거법을 우선할 수 있는지 문제, 일반처분 형식으로 선거사무집행을 규율할 수 있는지 등의 복잡한—주로 선거법과 감염병예방법 간 효력 충돌—문제가 제기되었다.<sup>92)</sup> 이에 바이에른 주의회는 3월 25일 바이에른주 감염병예방법(Bayerisches Infektionsschutzgesetz : BayIfSG)을 개정하면서 선거법 제60a조에 3월 29일 선거를 우편선거로 치른다는 규정을 삽입한다고 규정하여(제9a조) 법률간 충돌문제를 해결하였다.<sup>93)</sup> 그러나 법률로 강제된 우편 선거는 위헌문제, 특히 연방헌법재판소가 불문의 헌법상 선거원칙으로 인정한 공개선거

89) 코로나위기에다 지방선거를 미루지 않고 치르는 것은, 바이에른주 선거법(특히 “3월 중 일요일”에 선거를 치른다는 규정)에 근거해서 변경될 수 없는 것이며, 감염병예방을 위한 충분한 조치를 취하고 치러져야 한다는 주장에 대해선 대표적으로 Josef Franz Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona: Zur „Infektionsschutzfestigkeit“ des Wahlrechts, VerfBlog, 2020-3-13 참조.

90) 헌법개정이 없이는 선거는 결코 연기될 수 없기 때문에, 코로나위기 시에는 헌법개정보다도 선거운동(특히 온라인 선거운동 방법 등)과 선거실시를 어떻게 인정할지를 집중적으로 논의해야 한다는 주장에 대해서는 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.96ff. 참조.

91) <https://www.verkuendung-bayern.de/files/baymb/2020/150/baymb/2020-150.pdf>. 2020년 3월 중순과 3월 말의 상황도 차이가 있지만, 2020년 11월 1일 현재 독일의 코로나19 신규확진자 숫자가 매일 1만 명을 상회하면서 4주간 제한조치들이 강화되었다. 특히 2021년은 여러 주에서 지방선거와 주의회 의원선거가 있을 뿐만 아니라 연방의회 의원선거도 예정되어 있어서, 앞으로도 코로나위기 상황의 심각성에 따라 의회선거 실시 방법이 중요한 문제가 될 수 있다. 이 때문에 2020년 11월에 실시된 미국의 대통령선거에서 우편선거에 대한 부정선거의혹 제기를 무리한 주장이라고 보더라도, 실제 우편선거가 가진 문제점을 너무 안이하게 평가해서는 안 될 것으로 보인다.

92) <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-bayern-stichwahl-kommunalwahl-rechtsgrundlage-briefwahl-aenderung-wahlgesetz/> (최종방문일 2020.11.5.)

93) <https://www.verkuendung-bayern.de/files/gvbl/2020/07/gvbl-2020-07.pdf#page=2> (최종방문일 2020.11.5.) 이 때 상황에 대해서는 대표적으로 Josef Franz Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?, VerfBlog, 2020-3-25 참조.

(Öffentlichkeit der Wahl)원칙에<sup>94)</sup> 위반됨이 없는지 의문이 제기될 수 있다. 물론 공개선거 원칙에 대해서도 다른 헌법상 중요한 이익을 위해서 예외가 인정될 수 있다.<sup>95)</sup> 모든 사람들이 감염의 위험 없이 건강하게 선거를 치를 수 있도록 하는 것은, 보통선거원칙을 실현하기 위한 것으로서 우편선거의 강제를 반드시 위헌적인 것으로 평가할 수는 없을 것이다.<sup>96)</sup>

### (3) 구체적인 의회 운영방식

코로나위기 상황에서 의회의 활동을 보장하더라도, 의원들의 회의 참석의 가능성 여부, 의원간 방역거리 유지 등 실제 의회활동의 안전성을 보장해야 하는 문제가 있다.<sup>97)</sup> 예컨대 스위스 연방의회는 코로나위기 시 연방의회 회의를 박람회장에서 개최했는데, 베를린의 경우 대규모의 박람회장이 마련되어 있어 가능한 것으로 보고 있다.<sup>98)</sup> 장소문제는 방역수칙에 따라 공간의 확보를 통해 해결하더라도, 실제 709명의 의원들을 모두 참석시키는 본회의 형식을 유지할 것인지, 아니면 원내대표와 집행부 의원들을 중심으로 새롭게 위원회를 구성—또는 비상위원회를 구성—해서 운영할 것인지도 문제가 될 수 있다. 독일의 일부 주헌법에는<sup>99)</sup> 비상위원회 제도가 규정되어 있는데, 주의회 의장이 의회소집이 불가능한 것을 확인한 경우 하나의 위원회가 비상위원회의 역할을 할 수 있도록 한 것이다. 이런 비상위원회나 비상의회에 대한 주장은 상당한 비판을 겪은 뒤 사라졌다.<sup>100)</sup> 그러나 원격회의 형태로 본회의 등을 운영하는 것에 대해서는 헌법상 인정하는데 큰 문제는 없을 것으로 평가되고 있다.<sup>101)</sup>

### (4) 코로나위기와 야당의 기능보장

코로나위기 같은 국가위기 시에는 행정부의 대응조치가 중요하고도 핵심적인 역할을 하기

94) BVerfGE 123, 39(Ls.1): “다른 헌법적 이익이 예외를 정당화 하지 않는 한, 헌법 제38조 및 제20조 제1항과 제2항에 근거한 공개선거원칙(Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl)은 모든 본질적인 선거과정에 대한 공적인 심사가가능성(öffentliche Überprüfbarkeit)이 있어야 함을 요구한다.”

95) BVerfGE 134, 25(30, Rn.13).

96) Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2, S.4f.

97) 실제로 2020년 3월 말 4월 초에 개최된 연방의회 본회의에 의원의 1/4이 참석하지 않아서 연방의회 자체를 위한 보호조치가 필요함이 제기되었다. Robert Roßmann/ Georg Mascolo, Ein Rettungspaket für den Bundestag, SZ v. 3. April 2020 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-bundestag-schaeuble-1.4867460> 최종방문일 2020.11.5.)

98) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.100.

99) 예컨대 바덴뷔르템베르크주헌법 제62조, 작센주헌법 제113조.

100) 이에 대한 비판적 견해에 대해서는 대표적으로 Christoph Möllers, Über den Schutz der Parlamente vor sich selbst in der Krise, VerfBlog. 2020-3-20.

101) 이에 대해서는 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.103ff. 회의장소에 대한 문제가 의회 본회의 개최에 있어서 핵심적인 것은 아니며, 오히려 앞으로 기술발전을 통해 화상회의 등 대체를 통한 회의형식은 확장될 가능성도 있다.



때문에 실제 야당의 역할과 기능은 축소될 가능성이 높으며, 오히려 여론에서는 위기 해결에 불필요하거나 부담적인 요소로 평가되기 쉽다. 또한 위기 시에는 정부와 여당의 활동이 국민의 지지를 얻기 쉬우며, 위기를 잘 극복할 경우 잃었던 여론의 지지도가 상승하기 쉽다.<sup>102)</sup> 그러나 독일의 의회에서 야당은 코로나위기에서도 연방정부의 독주를 견제하고, 비판적인 견해와 시각을 지속적으로 제시하는데 게으르지 않았다.<sup>103)</sup> 다만 독일에서의 야당의 역할과 기능이 위기 시에도 어느 정도 보장될 수 있는 것은, 독일 특유의 연방과 주차원에서 집권정당이 다를 수 있는 가능성 때문이다.<sup>104)</sup> 예컨대, 연방차원에서 집권정당이 각 주에서는 주로 야당의 역할을 하고 있다면, 각 주에서 집권정당 역할을 하는 정당은 연방상원(Bundesrat)을 통해서 연방의회와 연방정부에 대해 야당으로서 기능을 발휘할 수 있다.<sup>105)</sup> 실제로 4월 말부터 어느 정도 코로나위기가 잦아들기 시작하자 각 주정부는 완화조치를 언제 시작할지 경쟁적으로 논의하게 되었는데, 연방정부에서 이를 경고하는 메시지를 내보내기도 하였다.<sup>106)</sup>

## 2. 코로나위기와 행정

### (1) 집행과정의 전문성, 투명성, 민주성과 헌법적 근거

코로나위기에 대한 행정부의 대응은 결코 간단한 과정이라고 할 수 없다. 먼저 코로나19 관련 전문적인 정보수집과 획득이 필요하고, 이에 대한 구체적 대응책이 어떤 것들이 있는지 그 가능성을 타진해야 하며, 대응조치가 가져올 사회적·경제적 결과와 효과가 어떤 것인지 파악한 후에야 행정부의 개입이 가능하다. 이 과정에서 의료·보건 분야 전문가만 참여하는 것이 아니라 경제·사회분야 전문가, 법전문가들이 개입하여 함께 논의하게 된다. 그리고 국민들의 여론도 살펴야 한다. 결국 전문가들의 전문지식은 민주적 헌법국가의 정치적 결정과정에

102) 집권 4기를 맞이하고 있는 메르켈 총리는 실제로 코로나위기에 대한 대응을 통해 다시금 인기를 회복한 것으로 평가받고 있다. 또한 2020년 1월 튀링겐주 선거에서 승리한 기독교민주당(CDU) 대표가 여론과 기독교민주당 연방 정당지도부의 의견을 무시하고 대안정당(AfD)과 연립정부를 구성하려다가 사퇴하는 일이 발생하면서 인기를 잃었지만, 2020년 4월에는 정당지지도를 40%까지 끌어올려서 위기 시는 집권 정당이 국민들의 지지와 신뢰를 회복할 수 있는 기회를 얻게 되는 것을 단적으로 보여주고 있다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.110.

103) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.107.

104) 독일은 연방차원에서 현재 기독교연합(CDU/CSU)과 사회당(SPD)이 연립정부를 구성하고 있지만, 각 주에서는 기독교민주당(CDU)과 기독교사회당(CSU), 사회당, 심지어는 녹색당이 연립정부를 구성하고 있어서, 연방차원에서 여당과 주차원에서 여당이 다르게 되면, 주정부가 야당으로서의 역할을 하게 되기 때문에, 독일에서 야당의 기능은 연방주의와 관련이 있는 것으로 평가된다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.106ff. 참조.

105) Peter Michael Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR Bd. III, 3. Aufl., 2005, §47, Rn.63.

106) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.107f.

투명하게 반영되어야 한다.<sup>107)</sup>

연방국가 체제 하에서 실질적으로 입법은 주로 연방(의회)에서 이루어지지만,<sup>108)</sup> 행정은 원칙적으로 헌법에 규정되지 않는 한 주가 자기사무로서 집행한다(독일연방헌법 제83조).<sup>109)</sup> 이 때문에 독일에서 행정권한은 일반적으로 주에게 부여된 것으로 평가된다.<sup>110)</sup> 감염병예방법은 독일연방헌법 제74조 제1항 제19호에<sup>111)</sup> 근거한 경합적 입법권한에 속하여<sup>112)</sup> 연방의회가 제정하고 개정하였지만, 감염병예방법의 집행은 각 주에서, 주의 사무로서 주의 헌법과 법률에 따라 집행한다.<sup>113)</sup>

## (2) 관련 전문기구로서 로버트코흐연구소(RKI)

감염병예방법 제4조에 연방기구로서 로버트코흐연구소(Robert-Koch-Institut: RKI)의 사무가 규정되어 있지만,<sup>114)</sup> 로버트코흐연구소는 전통적인 행정청으로서 법률집행이나 감독업무를 수행하는 것이 아니라, 감염병 관련 전문적인 정보를 각 관련 기관으로부터 수집하거나 제공하고, 연방과 주 관할 행정청에 대해 과학적·의료적 자문을 수행하는 기관이다.<sup>115)</sup> 형식적으로 로버트코흐연구소는 강력한 권한을 가졌다고 할 수 없지만, 기능적으로 볼 때 전문지

107) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.111f.

108) Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 33.Aufl., 2017, Rn.162.

109) 제83조: 본 헌법이 달리 정하거나 허용하지 않는 한, 주는 연방법률을 자기 사무로서 집행한다.

110) Degenhart, Staatsrecht I, Rn.514ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht I, §22, Rn.23ff.

111) 제74조: 19. 인간과 동물에게 위험하고 전염성이 있는 질병에 대한 조치, 의학 및 그 밖에 치료직업에 대한 허가제도, 의약품, 치료와 마취제, 독극물의 유통

112) 경합적 입법(konkurrierende Gesetzgebung)권한에 속하는 사안은 원칙적으로 연방과 주 모두 규율할 수 있지만, 연방이 입법권한을 행사하면 주는 이와 다른 법률을 제정할 수는 없다(제72조 제1항, 제3항). 경합적 입법권한에 대한 일반적인 내용은 대표적으로 Degenhart, Staatsrecht I, Rn.187ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht I, §21, Rn.67ff. 참조. 물론 이에 대하여 예컨대 바이에른주는 독자적인 감염병 예방법을 제정하였으나, 이는 감염병예방을 목적으로 하는 것이 아니라 바이에른주의 보건시스템의 과부하를 방지하고, 의료인력과 물자의 원활한 공급을 보장하기 위한 것으로, 연방법과는 목적과 기능면에서 차이를 보이기 때문에 위헌문제는 발생하지 않는다고 본다. 이에 대한 상세한 내용은 대표적으로 Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.5ff. 참조.

113) Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.15. 코로나위기 대응에 있어서 중앙집권적이고 통일된 대응이 더 나은지, 연방국가원리에 따라 각 주가 차별적으로 대응하는 것이 더 나은지에 대한 정답이 있거나 실증적으로 증명된 것이 있는 것은 아니다. 연방국가적 차원에서 법규범이 제정되더라도 각 주의 상황과 행편에 따라 달리 법집행이 이루어지는 것이 주민 편에서는 불평등처럼 느껴질 수 있지만, 헌법적 측면에서 문제되는 것은 아니다. 이에 대해서는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.113ff. 참조.

114) 제4조 (1) 로버트코흐연구소는 감염병예방과 사전확인 그리고 전파를 방지하기 위한 국가행정청(nationale Behörde)이다. 본 연구소는 감염병의 원인, 진단, 예방을 위한 분석과 연구의 발전과 수행을 담당한다. 연구소는 관할 연방행정청, 주행정청, 국가연구소들, 연구기관들과 전문학회들과 협력한다. (이하 생략)

115) Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.16. 1994년 법률개정이 있기 전까지 로버트코흐연구소는 실제로 '연방보건청(Bundesgesundheitsamt)'으로 표시되었다. Stephan Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: Michael Kloepfer(Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Nomos 2011, S.67(77f.).

식을 수집하고, 분석하며, 재구성해서 연방과 주 관할 행정청에 중요한 정보를 제공하고 자문을 수행하기 때문에 연방보건청으로서 역할을 한다고 볼 수 있다.<sup>116)</sup>

### (3) 주무 행정청으로서 연방보건부(BMG)

감염병예방법 제5조 제2항에 근거하여 연방보건부(Bundesministerium für Gesundheit: BMG)가 전국적인 대유행 상황에서 각종 명령(Anordnungen)과 법규명령을 제정하고, 관할 주 행정청에서 이 법규명령과 명령을 집행한다.<sup>117)</sup> 연방보건부는 주 관할 보건행정기관의 보건시스템 기술발전과 제도개선을 위한 재정지원도 할 수 있다(법 제5조 제2항 제9호). 이는 연방헌법 제104b조 제1항에 따라<sup>118)</sup> 각 주의 보건시스템의 개선(디지털화)을 위한 재정 지원을 규정한 것이다.<sup>119)</sup> 연방헌법 제104a조 제5항 제1문에 따라 연방과 주는 각각 독립적으로 행정비용을 부담하므로 연방의 재정지원은 원칙적으로 허용되지 않는다.<sup>120)</sup> 이런 재정 지원 문제는 다른 한편 코로나위기를 극복하는데 있어서 법적 근거마련과 권한분배도 중요하지만, 구체적인 위기대응을 위한 법률의 집행과 인적·물적 자원의 투입을 위해서는 실제로 재원마련이 더 중요한 역할을 한다는 것을 나타내는 것이다.<sup>121)</sup>

### (4) 법치국가원리 내용으로서 행정의 법규범적 형식

행정은 입법에 근거하여 법규명령을 제정하고 구체적인 행정을 집행하지만, 국가에 위기가 발생했고 행정부의 역할이 중요하다고 해서 아무런 제한 없이 활동할 수 있는 것이 아니다.

116) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.117f.

117) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.125f. 연방보건부는 상당히 포괄적인 법규명령과 명령권한을 가지는데, 의료진과 보건분야 종사자들의 교육, 보험제도, 요양제도, 보건관련 제품 및 의약품 마련과 공급, 의료관련 제조업의 개업과 폐업 등에 관한 규정과 예외를 규율할 수 있다. 이에 대한 내용은 대표적으로 Stephan Rixen, RuP 2020, S.109(114f.) 참조.

118) 제104b조 (1) 본 헌법이 입법권한을 부여한 범위 내에서, 연방은 다음 각호의 목적에 필요한 경우, 주 또는 지방자치단체(지방자치단체연합)에 특별히 의미있는 투자를 위하여 재정지원을 할 수 있다. 1. 거시경제적 균형성에 장애를 방지하기 위하여 2. 연방지역 내 상이한 경제력의 조정을 위하여 3. 경제성장의 지원을 위하여. 제1문과 달리 연방은 주가 통제할 수 없고 주의 재정상태를 현저하게 침해하는 자연재해나 예외적인 긴급상황이 발생한 경우, 입법권한 없이 재정지원을 할 수 있다.

119) Kathrin Dingemann/ Bettina Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.61. 물론 이런 재정지원에 대해서 코로나위기가 각 주의 경제력에 영향을 주는 것은 맞지만, 보건시스템 개선에 재정지원을 하는 것이 각 주 간 경제력 조정에 영향을 주는 것인지 의문을 표하면서 헌법적 측면에서 의문을 표하는 견해도 있다. 대표적으로 조항에 대해서는 Anna-Lena Hollo, in: Kiebling, IfSG, Art.5, Rn.32.

120) 이에 대해서는 대표적으로 Michael Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, C.H.Beck, 2014, S.112ff.; Henning Tappe/ Rainer Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2.Aufl., 2019, Rn.99ff. 참조.

121) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.118ff. 우리나라 뉴스에서도 종종 코로나위기 대응에 투입되었던 의료진에 대해서 비용지불이 늦어지는 것이 보도되는데, 코로나위기에 대응해서 전방에서 고군분투하는 의료진을 영웅시 대우하는 것으로는 그 보상이 충분한 것으로 보이지 않는다.

행정은 법률우위와 법률유보 등 법치행정의 원리가 유지되어야 하는 한계를 가진다. 행정사무가 과도하게 집행되는 것을 방지하기 위하여 감염병예방법 제5조 제1항은 기본적으로 행정부가 적극적으로 활동할 수 있는 전염병 상황의 개시와 종료를 확인하는 권한을 연방의회에 부여하였다.<sup>122)</sup> 또한 코로나위기에 대응하는 행정부의 적극적인 활동으로서 법규명령과 명령의 효력도 최대 2021년 3월 31일까지만 효력을 갖도록 한시적으로 규정하였다(감염병예방법 제5조 제4항).<sup>123)</sup>

다만, 감염병예방법 제5조 제2항 제3호, 제4호, 제7호, 제8호, 제10호에 법규명령 제정권한을 부여하면서 예외를 규정할 수 있도록 위임한 것은—예컨대 기본권 제한에 있어서 법률이 예정한 것보다 더 포괄적인 기본권제한이 발생한다면—자칫 법률우위와 법률유보원칙에 위배될 수 있다.<sup>124)</sup> 실제 코로나위기로 말미암아 긴박한 상황에서는 예외적인 조치가 필요할 수 있다는 가능성을 부정하기는 어렵다. 다만 이런 조항에 대해서는 가능한 엄격하게 해석한다면 위헌성을 피할 수 있을 것으로 본다.<sup>125)</sup>

제5조 제2항에서 연방보건부는 법규명령뿐만 아니라—제1호, 제2호, 제5호, 제6호에서—명령도 제정할 수 있는데, 이 때 명령은 행정행위나 일반처분과 같은 것으로서 연방에게 행정권한이 전제되어야 가능한 것이다.<sup>126)</sup> 하지만 전반적으로 연방에게는 감염병예방에 관한 부분에 대한 행정권한이 인정되지 않는 것으로 평가되어 연방헌법 제83조에 위반되는 것으로

122) 제5조: (1) 독일연방의회는 전국적인 전염병 상황(epidemische Lage)을 확인한다. 전염병 상황이 더 이상 존재하지 않으면, 독일연방의회는 전국적인 전염병 상황 확인을 폐지한다. 이 폐지는 연방법률공보에 게재한다.

123) 제5조: (4) 제2항 또는 제5a조 제2항에 근거하여 제정된 법규명령은 전염병 상황의 종료와 함께, 그 밖에는 늦어도 2021년 3월 31일 이후 효력을 상실한다. ... 제2항에 따른 명령은 전염병 상황의 종료와 함께, 그 밖에는 늦어도 2021년 3월 31일 이후 효력을 상실한다. 제2항에 근거한 명령에 대한 취소소송은 정지효를 갖지 아니한다.

124) 감염병예방법의 법규명령이 가지는 문제점에 대해서 상세하게는 Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20, S.4ff. (<https://www.bundestag.de/resource/blob/690262/cb718005e6d37ecce82c99191efbec49/WD-3-080-20-pdf-data.pdf>); Rixen, NJW 2020, S.1097(1102f.) 참조.

125) 여기서 엄격한 해석이란 목적을 표현하는 문구들(예컨대 제7호의 “보건의료공급제도의 유지(zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung)” 또는 제8호의 “요양공급제도의 유지(zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung)”)을 엄격하게 해석함을 의미한다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.124f.; Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.13. 이와 달리 법규명령권한이 위임범위가 포괄적이며 불분명하여 위헌이라는 입장은 대표적으로 Klaus Ferdinand Gärditz/ Maryam Kamil Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, S.108(114); Thomas Mayen, Der verordnete Ausnahmezustand: Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG, NVwZ 2020, S.828(830ff.) 참조. 다만, 2020년 11월 18일 세 번째로 감염병예방법이 개정되면서 제28a조에 구체적인 제한조치들의 근거를 마련하였으므로 법률유보문제는 어느 정도 해결된 것으로 보인다.

126) 제5조 제2항의 위헌성에 대해서는 대표적으로 Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.4ff.; Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.23ff.; Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, S.9f. 참조.

보고 있다.<sup>127)</sup>

### 3. 코로나위기와 사회국가원리

#### (1) 위기 대응을 대비한 사회적 인프라구축 노력

독일에서 사회적 위험, 특히 보건상 위험과 제도, 인프라시스템 등에 대해서 논의할 때면 보통 ‘생존배려(Daseinsvorsorge)’가 언급된다.<sup>128)</sup> 코로나위기와 관련해서도 코로나19 확진으로 인한 결과는 행정의 위기로서, 포르스트호프가 생존배려라고 설명한 급부를 국가가 더 이상 제공할 수 없다고 본 견해가 있다.<sup>129)</sup> 그러나 코로나위기를 겪으면서 앞으로 이에 대응할 수 있는 사회적인 인프라가 얼마나 갖추어지는지, 그러한 인프라가 자유주의적 시민사회의 공적 이익이나 서비스로서 지속적으로 운영될 수 있는지 등이 더 중요하게 되었다.<sup>130)</sup> 왜냐하면 앞으로 감염병에 대한 예방과 대응은 수도, 에너지, 교통, 통신, 교육 등과 마찬가지로 시민사회의 생존에 필수적인 것으로 평가될 수 있고,<sup>131)</sup> 이를 전적으로 국가에게만 의존할 수 없기 때문이다.<sup>132)</sup> 따라서 사회국가적 시각에서 본다면, 국가는 최소한 코로나위기와 같은 보건·의료 위기에 대응할 수 있는 제도적·조직적인 사회적 인프라와 공적 서비스를 구축해야 한다.<sup>133)</sup> 다만 사회국가원리에 근거하더라도 국가는 국민들의 사회적 안정과 보장을 위하여 어떤 제도나 조직까지 제공해야 하는지에 대해서 구체적인 헌법적 기준은 도출하기 어렵다.<sup>134)</sup>

127) Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.10; Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.28ff.; Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, S.10. 제1호, 제2호, 제6호의 경우에는 위험임을 인정하면서도, 제5호의 경우에는 합헌적 가능성을 인정하는 견해는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.125ff. 참조.

128) 생존배려의 개념에 대해서는 대표적으로 Hans Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdStR Bd. II, 3. Aufl., 2004, §28, Rn.64ff. 참조.

129) Florian Meinel/ Christoph Möllers, Eine Pandemie ist kein Krieg, FAZ v. 20.03.2020, S.9 (<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/eine-pandemie-ein-ausnahmestand-aber-kein-krieg-16686801.html> 최종방문일: 2020.11.5.). 그러나 코로나위기는 이러한 생존배려의 문제라기보다 위험사회에서 생존에 필수적인 인프라구조의 문제로 다루어져야 한다는 견해는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.68ff. 참조.

130) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.71.

131) Kloepfer, Verfassungsrecht I, §11, Rn.39.

132) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.71f.

133) Udo Di Fabio, An den Grenzen der Verfassung, FAZ v. 06.04.2020, S.7 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-triff-liberale-demokratie-grenzen-der-verfassung-16710755.html> 최종방문일 2020.11.5.)

134) Kloepfer, Verfassungsrecht I, §11, Rn.38ff.

## (2) 사회국가원리의 한계

사회국가적 보장문제는 두 가지 측면에서 어려움이 발생할 수 있다. 첫째, 사회국가 원리는 자원분배의 문제이기 때문에 부족한 자원을 이유로 한 분배의 (정의)문제가 발생할 수 있다. 예컨대 코로나위기 상황에서 갑작스런 확진환자의 폭증으로 말미암아 의료시설과 장비 등이 부족할 때, 어떤 환자를 먼저 검사하고 치료할 것인가를 결정하는 것이 문제 될 수 있다. 의료시설과 장비가 부족한 상황에 직면하여 환자들의 치료우선순위를 결정하는 것을 환자분류 또는 triage라 하는데, 이 때 결정기준을 어떤 형식으로 정할지 그리고 그 기준은 어떻게 설정할지가 중요한 문제가 될 수 있다.<sup>135)</sup>

둘째, 사회국가 원리의 실현은 기본권의 제한을 가져올 수도 있기 때문에 기본권 침해의 문제가 발생할 수 있다. 예컨대—코로나 치료제가 개발되지 않아서—코로나19 감염으로부터 사전예방적으로 보호하기 위하여 면역의약품을 강제접종해야 하는지 논란이 될 수 있다. 즉, 의약품이 부족하다면 분배의 문제가 발생하지만, 면역의약품을 접종해야 한다고 할 때, 누가 접종해야 하는지 뿐만 아니라, 본인의 의사에 반해서까지 접종시킬 수 있는지 문제될 수 있는 것이다. 감염병예방법 제20조 제6항과 제7항은 연방보건부가 법규명령으로 일부 국민에 대하여 예방조치를 강제할 수 있도록 수권하고 있으며,<sup>136)</sup> 연방보건부가 조치를 취하지 않는 한 주 관할 행정청이 이를 강제할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>137)</sup> 하지만 이에 대해서는 면역접종의무를 부과할 수 있는 구체적인 요건과 대상확정의 불명확성, 중대한 기본권제한을 야기하는 접종 의무를 법규명령으로 정할 수 있는지에 대한 형식적 위헌가능성 때문에 인정되

135) 코로나위기와 관련된 triage 문제에 대해서는 대표적으로 Armin Engländer/ Till Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, S.1398ff.; Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.73ff.; Anika Klafki, Iustitia Distributiva und die rechtlichen Fallstricke medizinischer Priorisierungsentscheidungen, VerfBlog, 2020-9-22; Josef Franz Lindner, Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, S.723ff.; Reinhard Merkel/ Steffen Augsberg, Die Tragik der Triage, JZ 2020, S.704ff.; Detlev Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, S.627ff.; Jochen Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S.440ff.; Daniel Wolff, Priorisierung in der Pandemie, DVBl 2020, S.1379ff. 등 참조. 우리나라는 2009년 신종플루 대유행 때 항바이러스제 타미플루와 백신을 충분히 확보하지 못해서 논란이 된 사례가 있다. 이 당시 의약품 부족과 관련된 분배문제와 헌법적 측면에서의 평가에 대해서는 정문식, 감염병의 대유행에 있어서 의약품 부족 시 의약품 제공기준에 관한 헌법적 정당성, 의료법학 제13권 제1호(2012), 155-197면 참조.

136) 제20조: (6) 연방보건부는 임상적으로 중대한 발전형식으로 감염병이 발생하고 그 전염을 예측할 수 있을 때, 연방상원의 동의를 얻어 법규명령으로, 국민의 일부에 대하여 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여하도록 의무를 명할 수 있다. 의학적 부작용 때문에 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여할 수 없는 사람에 대해서는, 제1문의 법규명령으로 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여하지 않도록 의무를 부과할 수 있다. 제15조 제2항을 준용한다.

137) 제20조: (7) 연방보건부가 제6항의 권한을 행사하지 않는 한, 주정부가 제6항의 법규명령에 대한 권한을 갖는다. 주정부는 이 권한을 법규명령으로 주 최고 보건행정청에 위임할 수 있다.

기 어려운 것으로 본다.<sup>138)</sup> 면역치료제의 경우에는 접촉강제보다는 중대한 위험을 야기하지 않는 한 자발적인 신청에 의해 접촉하도록 하는 것이 침해의 최소성 측면에서 정당할 것으로 보인다.<sup>139)</sup>

## VI. 코로나위기 관련 연방헌법재판소 결정들

코로나위기에 대응하기 위한 제한조치들은 일반처분과 법규명령의 형식으로 발령된 것이므로, 이에 대한 권리구제는 취소소송이나 가명명신청 등의 형식으로 행정법원에 청구가 이루어졌다. 각 주의 행정법원은 대부분 코로나 대응조치들에 대해서 소극적 자세를 취하여 청구를 기각하였다.<sup>140)</sup> 독일 연방헌법재판소도 이러한 행정법원의 결정들에 대한 가명명신청에 대해서 대부분 기각결정을 하였지만, 소수 결정에서는 이를 인용함으로써 위기 시에도 기본권을 보장하려고 노력하였다.

### 1. 집회금지

헤센주 기센(Gießen)시 시민이 30여명의 규모로 개인 간 간격을 6-10미터 정도 유지하면서 집회하려는 신청이 거부되고 헤센주 행정법원에서 기각결정을 받아, 연방헌법재판소에 가명명을 신청하면서 행정법원 결정에 대해 헌법소원심판을 제기하였다. 연방헌법재판소는 피청구인(시 행정청)이 집회의 자유의 중요성을 충분히 고려하지 않고, 코로나위기 상황만을 고려해서 판단하였고, 집회의 방법 등에 대해서도 구체적인 상황 등을 고려하지 않고 판단하여 청구인의 집회의 자유가 침해되었다고 판단하였다.<sup>141)</sup> 이틀 뒤 다른 일부 인용 결정에서는 시민의 생명과 안전을 보장하는 방법으로서 집회 참가인원의 숫자와 관련 없이 집회를 금지할 수 있지만, 감염위험을 감소시킬 수 있는 다른 대안을 전혀 고려하지 않고, 집회주최자와

138) 이에 대해서 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.86ff. 참조.

139) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.90.

140) 이러한 행정법원의 경향에 대해 비판적인 입장은 대표적으로 Uwe Volkmann, Wenn die Justiz der Herde folgt, FAZ v. 06.05.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wenn-die-justiz-der-herde-folgt-wie-der-zeitgeist-die-rechtsprechung-beeinflusst-16755465.html>) 최종방문일 2020.11.4.)

141) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 15.04.2020 - 1 BvR 828/20 - Rn.13f., ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200415_1bvr082820.html)) 최종방문일 2020.11.4.). 이에 대한 판례평석은 Michael Sachs, Grundrechte: Versammlungsverbot(Covid-19), JuS 2020, S.474ff. 참조. 코로나위기 대응조치로서 집회금지에 대한 연방헌법재판소 결정들에 대한 평가는 대표적으로 Wilfried Peters/ Norbert Janz, Grenzloser Shutdown bei Art. 8 GG?, GSZ 2020, S.223ff. 참조.

함께 집회의 자유를 허용할 수 있는 협력적 해결책을 찾고자 노력하지 않은 것을 지적하였다.<sup>142)</sup>

연방헌법재판소는 두 결정에서 근거 법률의 위헌성을 직접 다루지 않고, 관할 행정청이 코로나위기 대응조치로서 집회를 금지하면서 집회의 자유가 가지는 기본권의 의미를 충분히 고려하지 않은 것을 문제삼았다.<sup>143)</sup> 이는 행정청이 기본권을 제한하는데 제한목적의 공익과 기본권 사익 간 형량을 충분히 하지 않은 것을 비판한 것이라고 할 수 있다. 기본권 제한에 대한 일반적인 기준은 법규범으로 정해지지만, 구체적이고 개별적인 사안에서 구체적인 명령이나 처분을 해야 하는 행정청은 특히 집회의 자유와 같은 중대한 기본권 제한을 다룰 때에는 형량을 주의깊게 이행하도록 요구한 것이다.<sup>144)</sup>

## 2. 예배금지

3월 말 독일 전역에서 코로나19 환자가 증가할 때, 대부분의 주에서는 개신교나 카톨릭, 이슬람 등 종교를 불문하고 예배를 금지하는 법규명령을 발했다. 코로나위기를 대응하기 위한 헤센주의 예배금지 제한조치는 종교의 자유를 침해한다며 카톨릭 신자에 의해 제기된 가명명신청에 대해, 4월 10일 독일연방헌법재판소는 당시 로버트코흐연구소 등이 밝힌 위험 예측을 근거로 예배금지 제한조치는 생명보호를 위한 국가의 기본권 보호의무 이행이며, 예배의 자유가 이에 양보해야(zurücktreten) 한다고 실시했다.<sup>145)</sup> 이에 가명명신청은 기각되었다.

그러나 3주 후 4월 29일에 내려진 결정에서는 이전 결정과 약간 다른 내용이 포함되고 일부 인용이 인정되었다. 작센주 법규명령에 의한 5월 1일부터 23일까지 3주간 예배금지 제한조치가 이슬람교 신자의 예배의 자유를 침해한다며 제기된 가명명신청에 대해, 연방헌법재판소는 기본적으로 예배행위는 같은 목적을 가진 사람들의 같은 행동이 장시간 유지되기 때문에, 대형상점에서 각기 다른 물건을 구매하려는 목적으로 방문한 사람들의 시간적 차이가 있는 구매행위보다 위험성이 높아서 공연이나 운동경기에서 관중의 관람금지처럼 금지될

142) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 17.04.2020 - 1 BvQ 37/20 - Rn.38ff.

143) Michael Sachs, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen ein offensichtlich grundrechtsverletzendes Versammlungsverbot, JuS 2020, S.474(475).

144) Peters/Janz, GSZ 2020, S.223(224); Sachs, JuS 2020, S.474(476); Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, S.666(668). 이런 시각에서 집회의 자유는 위기 시에도 민주적 정치과정 참여권으로서 보장되어야 하며, 구체적으로 위기 시에 행정청이 어떻게 형량할 것인지에 대한 사례와 고려사항 등에 대해서 상세한 내용은 대표적으로 Völzmann, DÖV 2020, S.893(895f.; 899ff.) 참조.

145) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 10.04.2020 - 1 BvQ 28/20 - Rn.13f.,([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200410_1bvq002820.html) 최종방문일 2020.11.4.)



수 있음을 인정했다.<sup>146)</sup> 그러나 라마단 같은 중요한 종교행사 기간에 예배의 자유를 제한하는 것은 기본권 제한의 심각성(정도)이 증대됨을 인정할 수 있다. 따라서 ‘당시 위험상황과 대응 행 위기에 대한 대응전략을 고려하여’ 예외 없이 예배를 금지하는 것은 쉽게 인정되기 어렵고, 관할 행정청이 감염의 위험이 크지 않다고 볼 수 있는 경우 예외적으로 예배를 할 수 있도록 가능성을 인정해야 한다고 보았다.<sup>147)</sup>

물론 이러한 연방헌법재판소의 결정이 이전의 결정과 전혀 다른 입장에서 서 있는 것은 아니다. 이미 4월 10일 결정에서 연방헌법재판소는 헤센주의 법규명령이 한 달이라는 단기간 동안만 효력을 발휘하고, 코로나위기 상황의 경과나 변화에 따라서 법규명령이 이를 고려해야 한다고 실시했다. 따라서 시간이 지나면 엄격한 비례원칙을 적용하여 교회예배가 감염의 원인으로 확인되는지 보건시스템의 부담위험에 책임이 있는지 등을 심사하여, 상황에 따라서는 엄격한 조건 하에 예외적으로 예배를 인정한다거나 또는 지역적으로 예배금지를 해제할 수 있다고 보았다.<sup>148)</sup> 4월 29일 결정은 그러한 시간의 경과와 상황의 변화, 그리고 종교적으로 중요한 행사의 의미 등을 반영하여 엄격한 심사기준이 적용된 결과라고 볼 수 있다.

### 3. Triage

장애인들은 보통 고위험군에 속하여 코로나19 확진이 되었을 때, 통계적으로 생존가능성이 적어 다른 환자들에 비해 차별을 받거나 아예 치료대상에서 배제될 가능성이 있다. 이에 일부 장애인이 그러한 선별기준을 법률로 정하지 않은 입법자의 부작위를 대상으로 헌법소원 심판을 청구하며 가명명을 신청했는데, 연방헌법재판소는 청구인들이 걱정하는 상황이 도래할 것으로 보이지 않는다고 청구를 기각했다.<sup>149)</sup> 헌법적 측면에서 본다면 장애인 보호를 위하여 국가는 의료물품과 시설 등의 부족 시 환자분류에 대한 기준을 법률로 규정해야 할 기본권 보호의무가 있는지, 있다면 언제 있는지, 전제조건이 무엇인지, 구체적으로 기준을 제시하고 규율하는데 어느 정도의 평가고권과 형성재량이 있는지 등을 해결해야 한다.<sup>150)</sup> 연방헌법재판소는 이런 중요한 문제들을 가명명신청 재판을 통해서 신속하게 판단하고 결정

146) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – Rn.11 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200429\\_1bvq004420.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200429_1bvq004420.html) 최종방문일 2020.11.4.)

147) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – Rn.14.

148) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20 – Rn.14.

149) BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer d. Ersten Senats v. 16.07.2020 – 1 BvR 1541/20 – Rn.9 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200716\\_1bvr154120.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200716_1bvr154120.html) 최종방문일 2020.11.4.).

150) Erfolgloser Eilantrag auf verbindliche Regelung der Triage im Rahmen der Covid-19-Pandemie, Pressemitteilung Nr. 74/2020. v. 14. August 2020 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared\\_Docs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-074.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared_Docs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-074.html) 최종방문일 2020.11.4.)

할 수 있는 것은 아니라고 본 것이다. 다만, 2020년 11월 1일 현재 다시금 독일에서 신규 코로나19 확진자 숫자가 하루 1만여명 이상으로 늘어나고 제한조치가 강화되는 현실을 볼 때, 이 문제해결을 얼마나 더 미룰 수 있는지, 어떻게 해결될지 지켜볼 필요가 있다.<sup>151)</sup>

## VII. 코로나위기에 대응하는 헌법국가

### 1. 독일의 헌법적 논의를 통해 본 우리나라의 코로나위기 대응

#### (1) 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의

한국에서는 한국공법학회의 주관하에 “코로나19, 공법학의 과제포럼”이 6차에 걸쳐 개최되어, 그나마 코로나위기에 대한 법적 차원에서 논의가 이루어졌다.<sup>152)</sup> 그러나 2020년 10월 1일 현재까지 코로나위기와 관련된 헌법적 차원의 논문은 많지 않다.<sup>153)</sup> 코로나위기 대응에

151) 참고로 독일 국가생명윤리위원회(Deutscher Ethikrat)는 2020년 11월 9일 로버트코흐 연구소 상임면역위원회(STIKO), 국립자연과학회(Leopoldina)와 함께 “코로나19 면역물질 접종을 어떻게 규율할 것인가?”라는 공동입장문을 발표했고([https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2020\\_Positionspapier\\_COVID-19-Impfstoff\\_final.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_Positionspapier_COVID-19-Impfstoff_final.pdf) 최종방문일 2020.11.20.), 2020년 11월 18일 “누구에게 코로나 면역치료를 먼저 분배할 것인가?(Wer zuerst? Verteilung von Impfstoffen gegen SARS-CoV-2)”라는 주제로 온라인발표회를 개최하였다. 이 발표회는 영어로 이루어졌으며, <https://www.ethikrat.org/forum-bioethik/wer-zuerst-verteilung-von-impfstoffen-gegen-sars-cov-2/>에서(최종방문일 2020.11.20.) 녹화된 자료로 확인 가능함.

152) 제1차 포럼은 5월 28일 “감염병 대응의 법체계의 현황과 과제(이준서)”, “감염병 대응을 위한 정보전달체계의 현황과 개선 방안(박나연)”을 주제로, 제2차 포럼은 7월 9일 “코로나19와 동선, 그리고 프라이버시(이진규)”, “코로나19 확진자 동선관리와 지자체의 현장 대응(김인국)”을 주제로, 제3차 포럼은 8월 7일 “감염병예방법 제34조의2에 대한 공법이론적 검토(정필운)”, “감염병예방법 제76조의2 정보제공요청의 법적 문제(김가연)”, “감염병예방법에 따른 확진자 동선공개와 인권(김민섭)”을 주제로, 제4차 포럼은 11월 18일 “포스트 코로나 시대의 뉴노멀과 디지털 정부혁신 현황 및 법제도 이슈(오강탁)”, “코로나19 역학조사 및 밀접 접촉자 추적조사 데이터의 활용 가능성과 한계(박미정)”, “코로나19 대응에서 행정조사의 법적 쟁점(이희정)”을, 제5차 포럼은 11월 27일 “코로나19 시대 시민의 생명·건강보호에 관한 국가의 역할과 헌법(박진완)”, “감염병 시대의 방역과 기본권(이황희)”, “코로나19: 행정부의 행정조치와 헌법상 인격권 보호(유디트 안나 메르텐스)”, “코로나19: 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유(이석민)”을 주제로, 제6차 포럼은 12월 2일 “코로나19 대응과 공공조달법(김대인)”, “경찰질서법적 수단에 의한 코로나 대응 진단과 그 한계(박병욱)”, “감염병 질병관리 행정조직의 발전과 과제(서재호)”를 주제로 다루었다. 이는 한국공법학회 홈페이지(<https://www.kpla.or.kr/80> 최종방문일 2020.11.5.)에서 확인할 수 있다. 그 밖에도 11월 18일과 25일 독일 콘라드 아테나워재단과 고려대 법학전문대학원, (사)헌법이론실무학회가 공동으로 “COVID-19와 헌법”을 주제로 온라인 한·독 국제학술대회를 개최하였다.

153) 국내논문은 주로 개인정보자기결정권에 관한 내용으로서 예컨대 권건보, 감염병 위기 대응과 정보인권, 공법학연구, 제21권 제3호(2020), 3-32면; 이근욱, 정보공개법상 개인정보보호와 공익의 조화, 한국언론정보학보, 통권 제103호(2020), 145-176면; 정종구/손정구, 코로나19 동선공개에 대한 법적 고찰, (경북대)법학논고, 제70집(2020), 103-131면; 송가영, 감염병환자 개인위치정보자기결정권의 침해위험성 증대에 따른 개선방안에 관한 연구, 범죄수사학연구, 제6권 제1호(2020), 5-31면 등이 있고, 독일의 상황을 연구한 박원규(감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토, 경찰법연구 제18권 제2호(2020), 105-142면)의 논문과 석사논문(변

대한 헌법적 논의는 양적인 측면에서 독일과 비교할 수 없을 정도일 뿐만 아니라, 양적인 부족은 구조적으로 질적인 빈곤함과 연결될 수 있다. 물론 헌법적 논의가 양적으로나 질적인 면에서 독일보다 적다는 것이, 반드시 한국의 대응이 독일보다 헌법적 측면에서 뛰어나다는 것을 입증하는 것이라고는 할 수 없다. 다른 한편 2020년 11월 1일 현재 코로나19 확진자 숫자 면에서, 우리나라가 독일보다 적다고 하는 것이 코로나위기 상황에 대한 대응에 있어서 우리나라가 독일보다 못하다는 것을 입증하는 것이라고도 할 수 없다. ‘위기 시에도 헌법적 가치를 지키기 위한 논의는 상대적으로 독일에서 활발했으나, 실제 코로나위기 대응에 있어서 국민들의 생명보호는 상대적으로 한국에서 더 잘 이루어졌다’고 할 수는 있을 듯하다.<sup>154)</sup> 한국의 코로나위기 대응이 적절했다면, 부족했던 헌법적 가치를 지키기 위한 노력을 앞으로 더 기울이면 될 것이다.

## (2) 코로나위기 대응조치와 기본권

코로나위기 대응과 관련된 조치들에 대해서는 기본권 측면에서 비교해 볼 수 있다. 첫째, 집회의 자유에 대한 허용 면에서 독일은 집회의 자유를 상대적으로 한국보다 더 인정하는 경향이 있었다. 한국에서 집회의 자유 주장이 주로 정부와 여당에 반대입장을 가진 보수층의 주장이라면, 독일에서는 정치적 이념성향과는 관계없이 전반적으로 집회의 자유 확대를 주장한 점이 차이라고 할 수 있다.

둘째, 예배금지와 관련하여 독일은 예배금지를 일반적인 집합금지의 한 내용으로서 제한할 뿐, 특정 종교에 대한 제한이나 종교영역에서만 제한은 아니었는데, 우리나라는 언론의 영향 타인지 기독교, 특히 개신교에 대한 예배제한을 상당히 중요한 문제로 다루는 경향이 있었다. 신천지교회와 8·15 집회이후 코로나19 신규확진자의 증가 경험 때문에 집회의 자유와 종교의 자유에 대한 부정적인 인상이 여론에 영향을 미친 것은 아닌가 추론해 볼 수는 있지만, 구체적인 인과관계는 확인할 수 없다.

셋째, 개인정보 자기결정권 측면에서 독일에서는 코로나추적 앱(Corona-Tracing-Apps) 사용에 대한 논의가 한 때 사회적으로 논란이 되었으나 강제적으로 실시되지는 않았다.<sup>155)</sup>

준법, 감염병 관련 국가재난관리와 국민의 기본권 보장-코로나바이러스19를 중심으로-, 영남대 석사학위논문, 2020)이 있다.

154) 실제 독일의 주요 언론이나 뉴스에서 한국에서 생명보호가 잘 이루어지는 만큼, 독일에서도 헌법적 논의를 중단하고 코로나위기 대응에 더욱 강력한 조치를 취해야 한다는 주장은 찾아보기 어렵고, 오히려 10월 말까지는 시민들의 제한조치 완화에 대한 요구가 높아지는 추세였다.

155) 코로나 추적 앱은 자발적으로(freiwillig) 다운받아 사용할 수 있는 것으로서, 이에 대한 헌법적 평가에 대해서는 대표적으로 Anna Gamper, Verpflichtende Corona-Trac(k)ing-Apps: von der »demokratischen Zumutung« zum »Rand der Demokratie«, NLMR 202, S.155ff.; Jürgen Kühling/ Roman Schildbach,

그에 반하여 우리나라에서는 카카오맵을 통한 방문기록 등의 활용이 점차 일반화되는 경향이 있다.

### (3) 코로나위기 대응과 국가조직법

첫째, 독일연방의회와 마찬가지로 대한민국 국회도 코로나위기에 대한 대응에 있어서—법률개정의 내용과 범위, 예산의 내용과 규모 등 구체적인 면에서는 차이가 있지만—필요한 법률개정과 예산지원 측면에서는 유사한 활동과 기능을 발휘했다고 평가할 수 있다.

둘째, 코로나위기 대응을 위한 행정 측면에서는 독일은 연방국가원리 때문에 연방과 주 간 입법뿐만 아니라 행정권한에 있어서 위헌적인 문제가 제기되고 있는데, 한국의 경우에는 행정권한에 있어서는 지방자치단체가 주와 같은 역할을 하고 있지만 특별히 중앙정부와 권한 문제로 갈등을 빚은 경우는 없었던 것으로 보인다.

셋째, 사회국가원리 측면에서는 독일의 대응과 한국의 대응을 곧바로 비교하기는 어렵다. 사회국가원리의 실현은 국가의 재정규모와 관련이 있는 것이고, 이러한 측면에서 경제규모나 재정규모가 다른 한국과 독일의 단순비교는 적절하지 않기 때문이다. 다만 triage와 관련하여 흥미로운 것은 한국의 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(감염병예방법)」 제40조의2는 감염병 대비 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준을 정할 수 있는 법률상 근거를 마련하고 있다.<sup>156)</sup> 물론 이 규정 자체로 환자들의 치료에 있어서 우선순위까지 결정할 것으로 보이지는 않지만, 독일에서 논의되고 있는 triage 문제에 있어서 최소한 우리는 법률상 근거를 두고 있다는 점에서 독일과 차이가 있다.

## 2. 잠정적 결론

### (1) 지속적인 위기 대명사로서 코로나위기

코로나19로 인한 보건의료상 위기 이후 긍정적이든 부정적이든, 새로운 사회변화와 경향이 나타날 것이라는 점은 일반적인 평가로 보인다. 중장기적인 질서변화로서 거대정부나 독재자가 귀환한다는 예측도 있고,<sup>157)</sup> 의료가기술수준은 높은 편이지만 의료인력의 부족을 지적하면

Corona-Apps-Daten und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten, NJW 2020, S.1545ff.; Christian Hamann, „Zwangstrcking“ - Ein rechtliches No-Go?, RuP 2020, S.133ff., Simone Kuhlmann, Tracing-Apps zur Eindämmung der Covid-19-Pandemien - Eine datenschutzrechtliche Analyse bestehender Handlungsspielräume, GSZ 2020, S.115ff. 참조.

156) 제40조의2(감염병 대비 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준): 질병관리청장은 생물테러감염병이나 그 밖의 감염병의 대유행에 대비하여 제40조 제1항 및 제2항에 따라 비축하거나 생산한 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준, 그 밖에 필요한 사항을 위원회의 심의를 거쳐 정할 수 있다.

서 이를 개선해야 한다고 주장하는 견해도 있으며,<sup>158)</sup> 앞으로 개인의 프라이버시는 점차 사라질 것이라는 어두운 전망도 있다.<sup>159)</sup> 코로나위기에 대한 대응은 전통적인 시각에서 보면 자유와 안전(Freiheit v. Sicherheit: freedom v. security) 간 갈등 내지 균형문제의 또 다른 측면을 나타낸 것으로 평가할 수 있다. 위험사회 시대에는 앞으로 또 다른 형식의 위기가 지속적으로 도래할 수 있다고 생각하면, 코로나위기는 일회적인 것은 아니고 앞으로도 계속 대응해야 할 위기문제의 대명사라고 볼 수 있다.

## (2) 위기대응 시 헌법국가 보장

그러나 그러한 위기에 직면해서도 한 국가공동체가 ‘헌법국가’라고 할 수 있으려면, 최소한 (코로나)위기에서도 자유주의, 민주주의, 사회복지국가원리, 법치국가원리라고 하는 헌법상 기본원리가 작동하고 유지되어야 한다. 감염병이 대유행하는 상황에서도 개인의 자유와 안전, 그리고 구성원들의 연대 간에 민주적·법치국가적 균형을 찾을 수 있는 대응이 이루어지고, 그러한 대응조치가 헌법과 법률의 통제하에 효력을 발휘하는 국가가 헌법국가라고 할 수 있는 것이다. 경제적으로 자유주의 사회이지만, 위기상황에서 부조와 협력이 작동하는 사회복지국가적 성격이 보장되는 국가가 헌법국가라고 할 수 있다.<sup>160)</sup> 그렇게 본다면 독일뿐만 아니라 대한민국에서도 일단은 헌법국가성이 코로나위기에서도 유지되었다고 평가할 수 있다.

헌법국가에서는 최종적으로 헌법재판을 통해 헌법적합성 내지 헌법의 효력이 보장되는 것이므로,<sup>161)</sup> 최후에는 헌법재판을 통해 (코로나)위기 시 국가의 대응조치가 제대로 평가될 수 있는지가 관건일 것이다. 다만, 최후에 헌법재판소에서 헌법재판을 통해 헌법국가성을 보장받기에 앞서 헌법학과 국민 여론에서 위기극복을 위한 국가의 대응조치에 대한 헌법적 논의가 조금 더 양적으로 늘어나고 질적으로 수준이 향상될 때, 사회적 또는 시민생활적 차원에서 헌법국가성 보장이 실현될 것으로 희망하고 기대할 수 있다.

157) 최윤식, 박제인지: 코로나19 이후 미래 시나리오, 김영사, 2020, 186-197면; 한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 뒤바뀐 미래, 한국경제신문, 2020, 77-84면.

158) 임승규 외 6인, 포스트코로나: 우리는 무엇을 준비할 것인가, 한빛비즈, 2020, 213-219면.

159) 한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 69-76면.

160) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.5.

161) 양건(주 12), 31면.

## | 참고문헌 |

### 〈단행본〉

- 양건, 헌법강의, 법문사, 2020.
- 임승규 외 6인, 포스트코로나: 우리는 무엇을 준비할 것인가, 한빛비즈, 2020.
- 정호경 편저, 주요 국가의 감염(전염)병 관련 법령집, 법문사, 2020.
- 최윤식, 빅체인지: 코로나19 이후 미래 시나리오, 김영사, 2020.
- 한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 뒤바뀐 미래, 한국경제신문, 2020.
- Eckart, Christian/ Winkelmüller, Michael, BeckOK Infektionsschutzrecht, C.H.Beck, 2020.
- Kersten, Jens/ Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, C.H.Beck, 2020.
- Kiebling, Andrea, Infektionsschutzgesetz Kommentar, C.H.Beck, 2020.
- Schmidt, Hubert, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, C.H.Beck, 2.Aufl. 2020.

### 〈논문〉

- 박원규, 감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토, 경찰법연구 제18권 제2호(2020).
- 송영신, '코로나 시대'의 독일의 공동체 지키기, 월간 공공정책, 177호(2020.7.).
- 이승현, 코로나19 관련 독일의 지원정책, 국제노동브리프(2020.4.).
- 전용일, 한국의 코로나 대응, 과연 성공했는가?, 동아시아재단 정책논쟁, 제148호 (2020.10.27.).
- Engländer, Armin/ Zimmermann, Till, "Rettungstötungen" in der Corona-Krise?, NJW 2020, S.1398ff.
- Guckelberger, Annette, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1ff.
- Hase, Friedhelm, Corona-Krise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, S.697ff.
- Ipsen, Jörn, Notstandsverfassung und Corona-Virus, RuP 2020, S.118ff
- Kersten, Jens, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S.193ff.

- Kersten, Jens, Covid-19 — Kein Ausnahmezustand!, ZRP 2020, S.65
- Kingreen, Thorsten, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, S.1019ff.
- Klafki, Anika, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, S.511ff.
- Kühling, Jürgen/ Schildbach, Roman, Corona-Apps-Daten und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten, NJW 2020, S.1545ff.
- Kuhlmann, Simone, Tracing-Apps zur Eindämmung der Covid-19-Pandemien – Eine datenschutzrechtliche Analyse bestehender Handlungsspielräume, GSZ 2020, S.115ff.
- Moritz, Dirk/ Felz, Sebastian/ Schulze, Marc, Atemschutzmasken im Recht der Pandemie, COVuR 2020, S.684ff.
- Peters, Wilfried/ Janz, Norbert, Grenzloser Shutdown bei Art. 8 GG?, GSZ 2020, S.223ff.
- Rixen, Stephan, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise, NJW 2020, S.1097(1098)
- Rixen, Stephan, Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, RuP 2020, S.109ff.
- Sachs, Michael, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen ein offensichtlich grundrechtsverletzendes Versammlungsverbot, JuS 2020, S.474
- Schmitz, Holger/ Neubert, Carl-Wendelin, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, S.666(667ff.)
- Siegel, Thorsten, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 202, S.577ff.
- Taupitz, Jochen, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S.440ff.
- Völzmann, Berit, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, S.893

〈그 외 자료〉

- Fährmann, Jan/ Arzt, Clemens/ Aden, Hartmut, Ordnungsgeber missachten rechtsstaatliche Grenzen, VerfBlog. 2020-3-29
- Gutmann, Andreas / Kohlmeier, Nils, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog. 2020-4-8
- Kube, Hanno, Leben in Würde – Würde des Lebens, VerfBlog, 2020-4-02
- Krüper, Julian, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog, 2020-4-02
- Lee, Seokmin, Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Sotuth Korea, VerfBlog, 2020-3-25
- Lindner, Josef Franz, Wahlen in Zeiten von Corona: Zur „Infektionsschutzfestigkeit“ des Wahlrechts, VerfBlog. 2020-3-13
- Lindner, Josef Franz, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?, VerfBlog. 2020-3-25
- Martini, Stefan/ Plöse, Michael, Politische, Bewegung an der frischen Luft - Teil I: Versammlungs-ermöglichung im gesperrten öffentlichen Raum, JuWissBlog. Nr.43/2020
- Martini, Stefan/ Plöse, Michael, Politische „Bewegung an der frischen Luft“ - Teil II, JuWissBlog. Nr.42/2020
- Möllers, Christoph, Über den Schutz der Parlamente vor sich selbst in der Krise, VerfBlog. 2020-3-20
- Somek, Alexander, A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog 2020-4-16
- Vollmann, Uwe, Der Ausnahmezustand, VerfBlog 2020-3-20
- Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20



## | Abstract |

# Corona Crisis and Constitutional State\*

## -Constitutional Discourse over the Corona-Measures in Germany-

With the spread of Corona 19 infection, which began in Germany from March 2020, the German Federal Congress(Bundestag) revised the Infection Protection Act(Infektionsschutzgesetz: IfSG) and completed a series of legislative work, for example Social Security Act and Labour Law, to respond to the corona crisis. The federal administration and state governments have taken various measures to prevent the spread of COVID-19 based on the Infection Protection Act, prohibiting gathering of people, closing schools, shops, groceries, stores and pharmacies, leisure and sports facilities, restaurants and bars, and enforcing distance between people. It was also prohibited going out to certain areas.

However, these restrictions and measures have raised doubts for some constitutional scholars whether or not Germany is transformed into a health dictatorship, as Germany develops into a state of emergency in which the constitution and laws do not work. In addition, controversy arose over whether specific measures to respond to the corona crisis were justified in terms of guaranteeing constitutional rights and the principle of proportionality.

In general, the activities and functions of constitutional institutions in Germany are not suspended or stopped, and administrative measures of the states are also supervised under the control of the constitution and laws, so the emergency state

---

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NFR-2017S1A5B4055753)

is not appropriate and in real. In addition, controversial restrictions, prohibition of assembly or worship, and various other restrictions can be evaluated as not unconstitutional if they are examined according to the proportional principle in specific situations.

Most importantly, not only in the corona crisis but also in general crisis situations, the constitution and laws should be maintained without being converted into a state where the constitution and constitutional rights are not guaranteed due to general administrative measures. That is, the constitution is practically guaranteed, and in fact, it is a situation that can be called a constitutional state.

**Key words:** corona-crisis, corona measures, emergency state, constitutional state, proportionality

## 평석과 이론

- 헌법의 기본원리로서 공화국원리
  - 허완중
- 형법이 보호하는 명예
  - 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여 -
  - 홍영기
- 아동복지법 정서적 학대 조항의 명확성 검토
  - 이수창
- 집행행위와 헌법소원의 직접성
  - 정주백



# 헌법의 기본원리로서 공화국원리

## Das republikanische Prinzip als Grundprinzip der Verfassung

전남대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사(Dr. jur.), 허완중  
Chonnam National University Law School, Associate Prof., Heo, Wan-Jung

### ■ 목 차 ■

I. 머리말: 헌법학계가 대답하여야 할 대한민국 헌법 제1조에 관한 국민의 외침 .....	121	2. 공화국원리의 개념 .....	142
II. 공화국의 의의 .....	122	3. 공화국원리의 기본원리성 .....	144
1. 한국 헌법사적 맥락에서 살펴본 공화국 .....	122	4. 공화국원리와 민주국가원리(민주원리, 민주주의) 의 관계 .....	147
2. 공화국의 개념 .....	128	5. 헌법내재적 개정한계인 공화국원리 .....	150
3. 민족국가의 형태로 공화국을 선택한 이유 .....	130	IV. 공화국원리의 내용 .....	150
4. 공화국과 민국의 구별 .....	132	1. 지배 배제 .....	150
5. 공화국규정 해석 .....	133	2. 비지배적 자유 .....	153
6. 부론: 공화국 서차 부여의 문제점 .....	141	3. 공공복리 .....	156
III. 공화국원리의 의의 .....	142	4. 시민적 덕성 .....	159
1. 공화주의가 아닌 공화국원리 .....	142	5. 공직에 맞는 품격 .....	160
		V. 맺음말: 헌법의 핵심인 공화국원리 .....	162

## Ⅰ 국문초록

헌법 제1조 제1항은 “대한민국은 민주공화국이다.”라고 규정한다. 이러한 공화국규정은 1919년 대한민국의 임시헌장 제1조에서 시작하였다. 그리고 1948년 헌법부터 한국 헌법에는 공화국규정이 줄곧 있었다. 공화국규정 해석과 관련하여 일반적으로 공화국을 군주제 부정으로 이해하였다. 이에 따라 군주제가 부활할 가능성이 없는 한국 헌법에서 공화국규정은 형해화하였다. 그러나 대한민국 국민은 국가 권력에 대항하여 저항할 때마다 헌법 제1조 제1항을 외쳤다. 이것은 적어도 대한민국 국민은 헌법 제1조 제1항에서 군주제 부정 이외의 적극적 의미를 도출한다는 것을 뜻한다.

공화국은 대내·외적 지배 없이 주권자인 모든 구성원이 공동의 이익을 위해서 공동으로 운영하는 국가를 말한다. 구한말 공화국이라는 개념이 도입되었을 때 공화국은 군주제인 조선과 대한제국에서 군주제의 배격 혹은 부정이라는 의미를 띠었다. 그리고 외세 침략이 본격화하면서 외세 배격이라는 의미가 있었다. 특히 공화국은 일본에 주권을 빼앗기면서 외국 지배에서 벗어난다는 의미를 강하게 품었다. 이것은 1948년 광복 후 신탁통치 반대라는 전국민적 의사표현에서 외국 이외에 국제기구 지배까지도 배제하는 것으로 발전하였다. 그리고 이승만의 문민독재와 박정희 및 전두환의 군사독재를 경험하면서 공화국의 의미는 독재에 대한 부정으로까지 확장되었다. 1987년 민주화 이후에는 공화국에 국민 참여라는 의미가 강조되었다. 즉 민주화 이후 탄생한 정부도 여전히 국민의사를 무시하자 이제 공화국은 국민이 자기 의사를 직접 표현하여 정치에 반영한다는 의미까지 포함하게 되었다. 이러한 변화는 2000년부터 시작된 시민단체의 낙선·낙천운동으로 표출되었다. 이후 시민단체가 다양해지면서 시민단체에 대한 일방적인 신뢰가 아닌 시민단체를 선별하여 지지하는 단계까지 발전하였다. 그리고 촛불집회에서는 시민단체 매개 없이 시민이 직접 자기 의사를 드러내 실현하려는 단계까지 공화국이 발전하였다.

공화국은 구성원 모두가 소유하는 국가이다. 그래서 공화국 활동은 구성원 모두의 이익, 즉 공공의 이익을 위한 것이어야 한다. 공공의 이익을 달성하려면 특정 개인이나 집단, 계급이 아니라 구성원 모두가 공동으로 국가의사를 결정하고 실현하여야 한다. 이것을 위해서는 구성원이 서로 지배하지도 지배받지도 않으면서 동등한 지위에 있어야 한다. 이러한 점에서 헌법원리로서 공화국원리는 국가 구성원인 국민이 공동으로 공공의 이익을 추구함으로써 어떠한 지배도 하거나 받지 않도록 하라는 것이다. 여기서 공공의 이익은 다수의 이익이 아니라 국민 모두의 이익이다. 공화국원리는 ① 헌법의 이념을 실현하는 헌법적 과제를 수행하기 위한 것이고, ② 전체 헌법질서를 형성하고 유지하는 기준이어서 헌법상 비중이 매우 크며, ③ 끝없이 추구하여야 할 무엇이 아니라 특정한 국가형태를 완성하기 위한 구체적 틀이므로 헌법의 기본원리에 해당한다. 공화국원리의 내용에는 ① 지배 배제, ② 비지배적 자유, ③ 공공복리, ④ 시민적 덕성, ⑤ 공직에 맞는 품격이 있다.

**주제어:** 공화국, 공화국원리, 기본원리, 지배 배제, 비지배적 자유, 공공복리, 시민적 덕성, 공직에 맞는 품격

(논문접수일: 2020. 11. 9. 심사개시일: 2020. 11. 9. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

## I. 머리말: 헌법학계가 대답하여야 할 대한민국 헌법 제1조에 관한 국민의 외침

언론에서 확인되는 한국의 첫 촛불집회는 1974년 9월 26일 서울 명동성당에서 천주교정의 구현사제단이 주관한 시국기도회였다. 그러나 헌법사적으로 의미 있는 본격적인 촛불집회 시작은 2002년 미선이 효순이 사건이다. 대한민국 땅에서 고등학생 둘이 미군 장갑차에 어이 없게 죽임을 당하였는데도 미군 책임자를 형사처벌하지 못하는 상황에 국민이 분노하면서 촛불집회는 시작되었다. 그리고 2004년 새로이 선출된 진보 성향 대통령을 임기 만료 직전의 보수 성향 국회에서 탄핵소추하고, 이러한 소추에 관해서 헌법재판소가 최종적으로 결정하게 되자, 자기 손으로 선출한 대통령을 지키겠다고 국민이 촛불을 들고 거리로 나오는 일이 벌어졌다. 2008년 4월에는 대통령이 미국산 쇠고기의 전면수입개방을 결정하자 이에 반대하여 국민이 다시 촛불을 들고 거리로 쏟아져 나왔다. 이후 2011년 반값 등록금 공약 논란, 2013년 국가정보원 여론조작 의혹, 2014년 청해진 해운 세월호 침몰 사고에 이르기까지 촛불집회는 대한민국 국민이 정치적 의사를 직접 표현하는 중요한 수단이 되었다. 나아가 2016년 박근혜-최순실 게이트에서 비롯한 촛불집회는 2017년 3월 10일 헌법재판소의 탄핵 심판 청구 인용으로 현직 박근혜 대통령이 파면되는 촛불혁명으로 완성되었다. 이러한 과정에서 국민은 대한민국 헌법 제1조를 노래까지 만들어 부르면서 외치고 또 외쳤다. 이것은 헌법 제1조에 국민이 바라는 바가 응축된 것으로 볼 수 있다. 그것이 아니면 왜 그 순간에 하필이면 헌법 제1조를 외쳤을까?

한국 헌법학계에서 헌법 제1조는 그동안 크게 주목받지 못하였다. 헌법 제1조는 군주제 부정이라는 소극적 의미 이외에 다른 해석과 의미 부여 없이 스쳐 지나가는 조문에 불과하였다. 헌법학계에서 헌법 제1조의 의미는 명확한 것으로 보았으나, 실제로 헌법 제1조는 어느 조문보다도 명확하지 않았다. 이것은 대한민국이 건국되어 군주제가 사라지면서 헌법 제1조의 목적은 달성된 것으로 보고 구체적 해석을 포기하는 시각에 따른 것으로 보인다. 하지만 군주제 폐지를 선언하면서 1919년 4월 11일 제정된 대한민국 임시헌장 제1조에 등장하여 이미 그 효용이 다한 내용을 왜 1948년 헌법 제1조에서 다시 확인하고 나서 지금까지 계속 헌법의 첫 조문으로 계속 남겨두었을까? 헌법에 담긴 그 많고 많은 조문 중에 왜 공화국규정을 맨 앞에 두었을까? 군주제 부활 가능성이 사라졌는데도 계속되는 국민의 외침에 헌법학계는 어떠한 대답을 하여야 할까? 헌법학계에서 1980년대부터 제기된 헌법 제1조 공화국에 관한 적극적 해석이 크게 주목받지 못한 것은 외국이론 수용에서 시작되었다는 점 때문일 것이다.

하지만 촛불혁명을 완성한 국민이 외치는 헌법 제1조는 이에 관한 적극적 해석이 단순한 해석과 적용 문제를 넘어서 국민의 확신으로 자리 잡았음을 보여준다. 더군다나 3·15 부정선거 전날인 1960년 3월 14일 밤 9시에 종로 화신백화점 앞 거리에서 대동상고 학생 300여 명이 책가방을 옆구리에 낀 채 “대한민국은 민주공화국이다.”라는 헌법 제1조를 연필로 쓴 전단을 뿌리면서 데모를 벌인 적이 있다.<sup>1)</sup> 이것은 헌법학계에서는 큰 관심을 두지 않았으나 일반 국민, 그것도 미성년자인 고등학생도 헌법 제1조의 중요성과 의미를 오래전부터 인식하였음을 뜻한다. 결국, 헌법학계의 무관심과 외국이론 수용의 폐단에 갇혀 있던 헌법 제1조의 봉인을 풀고 국민 스스로 그 의미를 소리 높여 밝히고 널리 알린 것이다. 구체적으로 국민은 자신이 주권자임을 실질적으로 존중하라고 요구하는 것이다. 이에 따라서 헌법학계는 늦었지만, 국민의 목소리를 진지하게 듣고 헌법 제1조를 구체적으로 해석하여야 한다. 한국 헌법 제1조를 한국 헌법사의 맥락 속에서 대한국민의 의사를 탐구하여 그 의미를 심각하게 고민하여야 한다. 헌법학계는 더는 국민의 외침과 실천을 외면하지 말아야 한다. 본 논문은 이러한 반성에 기초한 대답의 일환으로 작성되었다. 특히 헌법학자는 국민보다 현명할 수 없음을 깊이 통감하면서 그동안 소홀히 한 헌법학자의 의무를 조금이나마 이행하고자 한다.

## II. 공화국의 의의

### 1. 한국 헌법사적 맥락에서 살펴본 공화국

조선을 설계한 정도전은 재상정치를 꿈꿨다. 재상정치는 훌륭한 재상을 선택하여 그 재상에 게 정치의 실권을 부여함으로써 위로는 임금을 받들어 인도하고, 아래로는 신하를 통괄하고 백성을 다스리는 중책을 부여하자는 것이다. 그러나 조선 후기, 특히 19세기에 재상정치는 세도정치로 응글게(완벽하게) 타락하였다. 세도정치는 한 명 혹은 극소수의 권세가를 중심으로 국가를 운영하는 정치형태를 말한다. 세도정치가 초래한 삼정문란으로 말미암아 백성의 삶은 파탄 났다. 1863년 고종이 즉위하면서 정권을 잡은 흥선 대원군 이하응은 백성의 요구를 일부 수용함으로써 왕권을 강화하고자 하였다. 흥선 대원군이 백성의 요구를 일부나마 수용하였다는 사실은 백성의 요구가 무시할 수 없을 정도로 강할 뿐 아니라 백성의 지지가 정권을 좌우할 정도로 백성 자신이 성장하였음을 보여준다. 이에 따라 백성의 삶은 부분적으로 나아

1) 민주화운동기념사업회 연구소 엮음, 한국민주화운동사 1, 돌베개, 2010, 110쪽.



지고, 개화파라는 새로운 정치세력이 등장하였다. 하지만 흥선 대원군의 개혁정치는 외세에 대한 대응에 미숙함을 드러내고, 왕권 강화를 목적으로 한 복고정치의 한계를 드러내면서 1873년 무너졌다.

이후 급진개화파는 1884년 갑신정변을 통해서 상층부 중심의 개혁을 시도하였다. 그러나 지지세력 없이 일본에 의지한 개혁 시도는 3일 만에 허무하게 끝났다. 그리고 농민의 요구를 황적으로 연결한 매개체 역할을 한 동학을 중심으로 1894년 하층부 중심의 개혁이 시도되었다(동학농민혁명). 그러나 농민을 중심으로 한 혁명은 기존 지배층을 자극하였을 뿐 아니라 본격적인 혁명을 주저한 개혁의 한계를 드러냈고, 기존 지배층이 동원한 외세 개입으로 결국 실패하였다. 다만, 이들의 요구는 일본의 개입 아래 온건개화파가 주도한 갑오·을미개혁(1894년~1895년)에서 상당 부분 수용되었다. 특히 이때 사노비 제도가 혁파되어 법제상 모든 노비가 해방되는 신분제 철폐가 이루어졌다.

갑신정변과 동학농민혁명의 실패를 딛고 서재필의 주도로 1896년 설립된 독립협회는 상층부와 하층부의 연합으로 통합 개혁을 시도하였다. 독립협회는 (소장파가 공화제를 주장하기는 하였지만) 군민공치라는 낮은 단계의 입헌군주제를 주장하면서 의회 설립을 통해서 군주권을 제한하고자 하였다. 그러나 전제권력에 집착한 고종과 기존 지배층이 적극적으로 개혁을 방해하였을 뿐 아니라 과격한 개혁 시도의 문제점이 나타났고, 기존 지배층에 대한 설득이 부족하여서 독립협회를 중심으로 한 개혁도 큰 성과를 거두지 못하였다. 그러나 독립협회를 통해서 평등사상이 보편화하고 자유사상이 널리 퍼졌으며, 상층부 상당수가 개화하고 하층부가 널리 계몽되었다. 특히 1898년 10월 29일 열린 관민공동회에서 결의안 현의 6조는 형식상 전제황권을 전제하지만, 그 내용상 전제황권을 제한하여 공공화하려는 것이었다. 즉 군주의 자의가 아닌 '장정', 즉 인민의 의사를 존중하여 군주와 인민이 함께 협의하여 정치하여야 한다는 내용을 현의 6조에 담았다. 공화국은 군주국과 대립하는 개념이지만, 군주와 인민이 함께 협의하여 정치한다는 것은 국민의 주체성을 일부나마 인정한다는 점에서 사실상 공화국의 이론적 출발로 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 인민의 의사는 결국 광무 황제(고종)가 200명의 인민대표를 직접 접견하고 나서, 그들의 요구를 수용하는 국태민안·칙어를 내려 실행하는 단계에까지 이르렀다. 그리고 독립협회의 정치활동 중 만민공동회가 주목된다. 만민공동회는 인민이 민회를 통해 공론을 형성하고 이를 국정에 반영하고자 한 정치운동이었다. 만민공동회는 자치에 대한 인민의 자각에 기반하여 다양한 계층의 사람이 모여 공동생활의 문제를 협의하고 이에 따라 행동하였다는 점에서 공화국의 실천적 맹아로 볼 수 있다. 특히 촛불집회의 원형으로

2) 서희경, 대한민국 '민주공화제'의 기원, 시민과 세계 제14호(2008), 56~57쪽.

볼 수 있는 장작불집회가 만민공동회에서 이루어졌다는 점은 주목된다.<sup>3)</sup> 이것은 자신이 속한 정치공동체에 대한 소속감과 연대감 없이는 불가능한 현상이다. 그리고 만민공동회 활동은 인민이 스스로 정치를 할 능력이 있음을 보여주었다. 따라서 만민공동회는 인민이 스스로 정치적 주체, 나아가 주권자가 되려는 본격적 시도였다. 만민공동회는 법을 통해 자의적이고 전제적 정부를 제한하려고 하였던 독립신문의 계몽적 수준을 뛰어넘어, '참여'를 통해 정치공동체를 바꾸고자 하였다.<sup>4)</sup>

하지만 이러한 여러 시도가 성과를 내지 못하자 이미 서양 제도로 적지 않게 소개가 되기는 하였지만, 전제군주제 아래에서는 주장할 수 없었던 공화국이 대안으로 떠올랐다. 특히 1898년 11월 26일 만민공동회 요구를 받아들여 군신 상하가 신과 의를 지키고, 어질고 능한 이를 전국 안에서 구하며, 아름다운 말을 꿀 베고 나무하는 백성에게도 캐어 쓴다는 국태민안·칙어를 발표하여 인민과 사회계약을 맺었던 광무 황제(고종)<sup>5)</sup>는 1년도 지나지 않아(1899년 8월 17일) 대한국이 제국이고, 자신은 무한한 군권(君權)을 누린다는 대한국 국제를 공포하는 반동을 일으켰다. 대한국 국제 반포는 황제권을 제한하여 공공화하려는 헌의 6조의 민권 의식과 에너지를 받아들이지 않고 이를 모두 포기하는 것이었다. 더욱이 한국사상 처음 이루어진 군민 사이의 사회계약을 무효화하고, 인민의 주체성을 부정하는 것이었다.<sup>6)</sup> 이것은 군주제를 유지하면서 개혁을 이룰 수 없다고 인민이 명확하게 인식하는 결정적 계기가 되었다. 즉 군주인 광무 황제(고종)에 대한 인민의 기대가 말끔히 사라졌다.

인민의 의사를 무시하고 태어난 대한제국은 근대국가로 제대로 자리 잡지 못하고 인민을 국민으로 재구성하지도 못하였을 뿐 아니라 국민의 자유와 안전을 보장하여야 하는 기본적인 기능마저 제대로 수행하지 못하면서 대한제국은 사실상 자연상태에 빠지고 말았다.<sup>7)</sup> 특히 1904년 청국과 일본이 국내에 들어와 전쟁을 벌이는데도 대한제국은 국민의 안전을 지키기는 커녕 중립 선언을 하는 데 그쳤다. 그리고 1905년 을사늑약으로 대한제국은 사실상 꺾이기만 남은 국가로 전락하였다. 급기야 1910년 꺾이기만 남은 국가조직마저 일제에 강점되면서 옹글게(완벽하게) 붕괴하고 말았다. 이러면서 공화국의 장애물인 군주가 사라지고, 국민이 되지 못한 인민이 민족이라는 이름 아래 뭉쳐 외세를 배격하면서 민족국가 건설을 시도하였

3) 전인권, 《독립신문》의 재해석과 한국의 사회과학, 독립신문강독회, 김홍우 감수, 전인권 편집/교열, 독립신문, 다시 읽기, 2004, 448~455쪽 참조.

4) 이상 서희경, 대한민국 건국헌법의 역사적 기원 (1898-1919), 한국정치학회보 제40집 제5호(2006), 143쪽; 같은 사람(주 2), 55~56쪽.

5) 전인권(주 3), 461쪽.

6) 이상 서희경(주 4), 146쪽.

7) 구한말을 흡스의 자연상태로 평가하는 것으로는 최정운, 한국인의 탄생, 미지북스, 2013, 67~173쪽.

다. 이때 한민족이 건설하려는 민족국가는 대한제국의 부활이 아니라 공화국으로 합의되었다.

민족국가의 형태가 공화국으로 합의된 것은 광무 황제(고종)라는 군주 한 사람의 의사결정만으로 군민공치 약속이 바로 뒤집혔고, 그 한 명의 포기만으로 국가지배권이 일제로 넘어가 대한인민 모두가 식민지인으로 전락한 역사적 경험에 힘입은 바 크다. 그리고 1911년 중국에서 일어난 신해혁명과 1917년 러시아혁명, 1918년 독일혁명 같은 세계사적 흐름은 공화국에 관한 관심을 키웠고, 공화국에 관한 이해를 넓혔다. 정부형태로든 근대 정치이념이든 ‘공화’라는 개념이 소개되고 나서 커다란 저항 없이 일찍 정착할 수 있었던 것은 공화를 당파와 당쟁이 없는 상태를 가리키는 화평·공영·공존의 맥락에서 이해하는 토착적 사유가 면면히 이어져 왔기 때문이다.<sup>8)</sup> 더하여 이때 양난 이후 조선 후기에 끊임없이 성장해 온 민중이 인민이 되어 주권자로서 확고하게 자리 잡았다. 1907년 8월 일제가 고종을 강제로 퇴위시키고 군대를 해산하면서 일어난 정미의병에서는 유생의병장 이외에도 해산군인과 평민·천민의 의병장 등이 대거 등장하면서 민중적 요소가 확대되었고, 유생의병장이라도 그 처지가 농민과 다를 바 없는 ‘잔반’ 출신이 많았으며, 투쟁 양상도 반일 성격과 함께 반봉건적 성격을 강화하는 것 등 전반적으로 인민적 성격이 강해졌다. 비록 유생의병장들이 민본주의와 같은 전통적 사유 체계에 갇혀 반봉건 민족운동 이념을 정립하지 못한 한계가 있음을 부정할 수 없지만, 투쟁 과정에서 인민이 국권상실 위기에 맞서 민족공동체를 방어하여야 할 저항 주체로서 그리고 공허해진 군주권의 빈자리를 메우는 국가의 한 구성요소이자 주권의 실체로 성장해 갔다. 이에 따라 그동안 피치자로만 취급되었던 인민을 독립한 주권자로 인식하게 되었다.<sup>9)</sup> 이것은 인민주권(혹은 국민주권)이 인정되는 바탕이 되었다. 게다가 한국에서 민중은 본능적으로 공화주의적 이상을 추구하였다.<sup>10)</sup> 예를 들어 임진왜란 때 선조를 비롯한 지배층이 도성을 버리고 도망쳤을 때 경복궁에 불을 지른 것은 민중이었지만, 의병을 조직해 싸운 것도 그들이었다. 아마도 그것은 그들이 이 나라를 떠나서는 어디서도 자기의 삶을 뿌리 내릴 수 없음을 자각한 탓일 것이다. 이것은 구한말에도 이어져 일제에 맞서 의병을 일으킨 것도 일제의 대한제국 강점 이후 일어난 독립전쟁의 주역도 민중이었다.

구한말 지식인들이 공통으로 군주제 변경 없이 이를 바탕으로 개혁을 추진한 것은 이들이 대체로 유교를 기반으로 서구의 학문과 문명을 받아들인 지식인이어서 급격한 변화를 경계하였고, 무엇보다도 일반 인민의 지식과 능력이 공화제를 채택하기에 부족하다고 생각하였기 때문이다.<sup>11)</sup> 그리고 당시 대한제국의 전제군주체제에서 군주제 부정은 곧 반역죄에 해당하였

8) 정상호, 한국에서 공화 개념의 발전 과정에 대한 연구, 현대정치연구 제6권 제2호(2013), 11쪽.

9) 윤대원, 한말 일제 초기 정체론의 논의 과정과 민주공화제의 수용, 중국근현대사연구 제12집(2001), 66~71쪽.

10) 김상봉, 모두를 위한 나라는 어떻게 가능한가?, 시민과 세계 제8호(2006), 312~313쪽.

던 현실적인 이유도 작용하였고,<sup>12)</sup> 대체로 헌정질서에 관한 지식은 주로 일본을 통해서 얻어졌는데, 당시 일본이 입헌군주제를 채택하였던 점도 중요한 요인이다.<sup>13)</sup> 그런데도 한국에서 입헌군주제가 자리 잡지 못한 것은 일제의 대한제국 강점이라는 객관적 조건과 함께 백성에게 대한 불신, 지주나 양반 관료 출신의 계급적 한계 그리고 제국주의에 대한 인식의 불철저 등의 주체적 조건 등 때문이다.<sup>14)</sup> 특히 조선과 대한제국에서 지배층은 인민과 권력을 나누어 가지려 하지 않았다. 오히려 임오군란(1882년), 동학농민혁명(1894년), 아관망명(이른바 아관 파천 혹은 아관이어, 1896년)처럼 청나라, 일본, 러시아 등의 외세와 결탁하여 나라 안에서 자신의 지위를 지키려 하였다. 심지어 나라를 외국에 넘기면서까지 자신의 이익을 보존하고자 하였다. 그리고 일제가 대한제국을 강점하고 나서 군주제를 회복하려는 복벽주의가 설 자리를 잃은 것은 망국에 대한 책임이 황실과 대신들에 있다는 자각이 커지고, 이들이 대일항쟁에서 의미 있는 저항적 역할을 하기는커녕 오히려 일제가 주는 갖가지 혜택을 누리며 호의호식할 뿐 아니라 청나라의 전제왕권이 1911년 신해혁명으로 종말을 맞았고 제1차 세계대전에서 전제군주국이 패배하면서 공화국으로 전환하는 것이 자연스러운 흐름으로 받아들여졌기 때문이다.<sup>15)</sup>

1907년에 결성된 신민회는 입헌군주국을 낳은 체제로 인식하고 처음부터 국권을 회복하면 공화정을 세우려고 하였다.<sup>16)</sup> 1909년 미국 샌프란시스코의 공립협회와 하와이의 한인합성협회가 합동하여 결성한 국민회는 3권분립과 개인 자유에 기초한 공화제 국민 국가 건설을 주장하였는데, 국민회의 기관지로 1909년 창간된 신한민보는 공화주의 여론을 미주를 넘어 중국과 러시아 지역은 물론 한반도 안까지 확산하는 데 크게 이바지하였다. 1915년 상해에서 결성한 신한혁명당은 공화정치를 표방하면 제정체제인 독일 및 중국과 긴밀히 연락하는 데 어려움이 있을 것으로 보고, 먼저 제정체제를 표방하고 광무 황제(고종)를 내세웠다. 하지만 이것은 임시방편으로 신한혁명당 구성원 대부분은 공화주의자였다. 신한혁명당 활동이 성과 없이 중단되고 나서 1917년 임시정부 수립을 위해서 작성된 대동단결선언은 융희 황제(순종)의 주권 포기를 인민에 대한 주권 양여라고 하면서, 일제가 국토를 강점하여 국내에 있는 동포는 주권을 행사할 수 없어 외국에 사는 동포가 주권을 행사할 수밖에 없으므로, 재외동포

11) 박찬승, 한국의 근대국가 건설운동과 공화제, 역사학보 제200집(2008), 325쪽.

12) 한인섭, 대한민국은 민주공화제로 함, 서울대 법학 제50권 제3호(2009), 179쪽.

13) 전종익, 대한민국임시정부 이전 정치체제 구상 - 1910년대 군주제와 공화제를 중심으로 -, 법사학연구 제56호(2017), 225쪽.

14) 윤대원(주 9), 54쪽.

15) 이상 한인섭(주 12), 179쪽.

16) 박찬승(주 11), 325~326쪽; 같은 사람, 대한민국은 민주공화국이다 - 헌법 제1조 성립의 역사, 돌베개, 2013, 104~106쪽; 신용하, 신민회의 창건과 그 국권회복운동(상), 한국학보 제8집(1977), 43~47쪽 참조.

가 민족대회의를 개최하여 임시정부를 수립하자고 하였다. 대동단결선언은 1917년 2월에 발생한 러시아 혁명 그리고 근왕주의자인 유인석과 이상설의 사망, 독립운동 진영의 여러 가지 시도 실패 등을 배경으로 하여 이루어졌다.<sup>17)</sup>

1919년 3·1 혁명<sup>18)</sup>을 통해서 상해에 수립된 대한민국 임시정부는 임시헌장이라는 헌법을 제정하여 공화국을 실정화하였다. 대한민국 임시헌장은 전체 구조상 대한민국 국제에 대한 명백한 부정을 표현한 것으로 보인다. 즉 대한민국 국제 제1조는 대한민국이 제국임을 명시하고, 제2조는 대한제국의 정치가 전제정치임을 확인하였다. 그런데 대한민국 임시헌장 제1조는 대한민국은 민주공화제로 한다고 규정하고, 제2조에서는 임시정부가 임시의정원 결의로 통치함을 밝혔다. 이러한 구조상 대비는 인민주권(혹은 국민주권)에 바탕을 둔 공화국이 군주제 부정이라는 의미를 담은 것에서 비롯한다. 이때 공화국에 군주제 부정 이외에 외세 지배 배격이라는 의미도 더해진다. 군주 지배 종식 피하던 한민족에게 군주를 없애고 등장한 일제라는 외세 지배가 군주 지배 이상으로 가혹하게 한민족에게 다가왔기 때문이다. 특히 (군주를 다시 세우지 않겠다는 소극적 선언에 그치는) 이미 일제가 없앤 군주제를 부정한다는 것만으로는 한민족은 지배에서 벗어날 수 없었다. 한국 헌법(특히 1948년 헌법)에 많은 영향을 미친 독일 바이마르 헌법(1919년 7월 31일 의결, 1919년 8월 11일 공포)보다 먼저 대한민국 임시헌장 제1조에 공화국규정을 두었다는 사실은 의미가 있다. 헌법 제1조가 독일 바이마르 헌법 제1조의 영향을 받았다는 것을 부정할 수 없을지라도 고유한 헌법사적 유산이 일부라도 담겨 있다는 증거이기 때문이다.

1945년 광복 이후 미국이 군정을 실시하던 대한민국 정부 수립 준비기에는 군정을 통해서 간접적이기는 하지만, 공화국 운영에 관한 부분적 경험을 쌓았다. 1948년 헌법은 대한민국이 공화국임을 제1조에 규정함으로써 공화국을 헌법에 확고하게 명시하였다. 하지만 1948년 헌법을 통해서 대통령이 된 이승만의 문민독재로 말미암아 대한민국민은 독재에 대한 저항을 시작하였다. 이러한 저항은 1960년 4·19 혁명을 통해서 일단 성공하여 이승만 대통령을 축출하였다. 이와 함께 대한민국민은 (주로 데모라는 형태이긴 하지만) 정치에 대한 직접 참여를

17) 대동단결선언에 관한 간략한 소개는 박찬승(주 16), 124~127쪽 참조.

18) 이를 통해서 제국이 공화국으로 바뀌어서 인민이 신민이 아닌 국민으로서 비로소 주권자로 나섰다는 점에서 3·1 운동이 아니라 3·1 혁명이 적절한 용어라고 생각한다. 1944년 대한민국 임시헌장 서문(“우리 국가가 강도 일본에게 패망된 뒤에 전 민족은 오매에도 국가의 독립을 갈망하였고 무수한 선열들은 피와 눈물로써 민족자유의 회부에 노력하여 삼일대혁명에 이르러 전민족의 요구와 시대의 추향에 순응하여 정치, 경제, 문화 기타 일질 제도에 자유, 평등 및 진보를 기본정신으로 한 새로운 대한민국과 임시의정원과 임시정부가 건립되었고 아울러 임시헌장이 제정되었다.”)에도 ‘삼일대혁명’이라고 규정되었을 뿐 아니라 헌법기초위원회가 만든 1948년 헌법 초안 전문도 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 3·1 혁명의 위대한 독립정신을 계승하여…”라고 시작하였다.

계속 시도하였다. 그러나 이러한 시도는 1961년 5·16 군사쿠데타로 좌절되면서 군사독재가 시작되었다. 이와 함께 1987년 6월 민주항쟁까지 군사독재에 대한 저항이 계속되었다. 이러한 저항 중 5·18 광주민주화운동 때 나타난 해방구에서 이루어진 완벽한 질서 유지는 공화국의 지향점을 보여준다. 세계사에서 나타난 외국 해방구는 폭력과 약탈로 대표되는 무질서를 낳아 극단적인 사익 추구를 보여주지만, 한국에서는 공권력이 사라진 상황에서도 질서가 무너지지 않고 계속 유지되었는데, 이것은 한국인에게 사익 추구를 억제하고 공익 추구가 우선함이 헌법사를 관통하는 전통임을 보여준다. 1987년 6월 민주항쟁으로 만들어진 1987년 헌법은 직선제 개헌을 통해서 정치에 대한국민이 참여할 길을 열었다. 하지만 1987년 헌법은 6월 민주항쟁의 주체인 국민이 배제되고 여당과 야당의 타협으로 만들어졌다는 태생적 한계가 있었다. 1987년 6월 항쟁에서는 대통령 직선제라는 대표자 선출을 국민이 직접 하고자 하는 것이었다면 촛불집회에서는 대표자의 개별 행위 정당성을 직접 문제 삼는다. 대표자에게 부여한 민주적 정당성이 곧 대표자 행위의 정당성을 담보하지 않는다는 것을 국민이 깨달은 것이다. 깨달은 것에서 그치는 것이 아니라 잘못을 바로잡으려는 직접 행동이 필요하다는 것까지 이른다. 이것은 결국 2017년 촛불혁명으로 완성되었다.

## 2. 공화국의 개념

공화국은 고대 로마 공화정에서 시작되어 발전한 역사가 오랜 개념이다. 공화국은 라틴어 *res publica*에서 비롯한다. *res publica*는 ‘공공의 것’이나 ‘공공의 재산’을 뜻한다. 따라서 공화국은 국가를 공적인 것(*res publica, public thing*)으로 여긴다. 즉 공화국은 국가를 사적인 것(*res privata, private thing*)으로 보지 않는다. 따라서 공화국은 국가를 사적으로 소유하거나 운영하는 것을 반대한다. 이러한 점에서 어떤 나라를 공화국이라고 부르면 그 나라가 한 명이나 소수의 권력자에게 속하는 것이 아니라 모든 구성원에게 속한다는 것을 가리킨다. 어떤 나라가 황제나 군주라는 한 명의 주권자가 어떤 나라를 소유하면 그 나라는 공화국이 아닌 군주국이다. 그리고 공화국에 따라서 국가가 공공의 것, 즉 구성원 모두의 것이라면 국가 활동은 구성원 모두의 이익, 즉 공동의 이익을 위한 것이어야 한다. 또한, 국가의 권력은 누구의 것이 아니라 모두의 것이므로 공동으로 행사되어야 한다. 따라서 공화국은 공동의 이익을 위해서 공동으로 운영되는 국가이다.

동아시아에서 ‘공화’라는 말이 처음 나온 것은 사기 주나라 본기이다. 즉 기원전 841년 주나라 여왕이 폭정에 따른 민란으로 체 땅으로 달아나자 왕이 없는 가운데 14년간 주공과 소공이 협화를 하여 정치를 잘하였다는 의미로서 ‘공화’라는 단어가 사용되었다. 이처럼 중국

고전에 나타나는 ‘공화’는 본래 ‘군주가 없는 상태에서 공동 협의로 이루어지는 정치’를 뜻하는 말이다. 그런데 이때는 왕이 없을 때 신하들이 다스린 것이라서 왕정 아래에서 ‘공화’를 말하는 것은 불경이나 반역에 해당하는 말로 받아들여질 수 있었다.<sup>19)</sup> 그러나 조선에서 공화는 이러한 의미보다는 화평과 단합을 내포하는 것으로 더 많이 사용되었다.<sup>20)</sup> 즉 조선왕조실록에서 공화는 ‘여러 사람이 화합하여 일하는 것’을 가리켰다.<sup>21)</sup> 이러한 중국 고전상 ‘공화’를 republijk(영어로는 republic)의 번역어로 전용한 것은 일본의 지식인들이었다. 결국 ‘공화국’은 일본에서 쓰기 시작한 신생한자어이다.<sup>22)</sup> 이것을 조선에서 받아들인 것이다.

공화국은 나라의 공공성을 가리킨다. 여기서 나라의 공공성은 나라가 모두의 것이라는 것이다.<sup>23)</sup> 한 나라가 공화국으로서 구성원의 것이라면 그 나라의 주인은 구성원이어야 한다. 이를 위해서 공화국은 두 가지를 갖추어야 한다. 먼저 공화국은 외부에서 독립한 국가이어야 한다. 만일 다른 나라의 식민 통치를 받거나 외교나 사법과 같은 영역에서 다른 국가의 구속을 당한다면 그 나라의 정치적 결정을 구성원이 할 수 없다. 이렇게 독립국이 아닌 나라를 공화국이라고 부를 수 없다. 이러한 나라는 구성원의 나라가 아니기 때문이다. 다음으로 공화국은 내부적으로 한 명이나 소수의 권력자가 지배하여서는 아니 된다. 공공의 것으로서 구성원 스스로 지배하는 자치 공동체일 때만 공화국이다. 결론적으로 공화국은 어떠한 대내·외적 지배가 없는 국가이다. 나라가 구성원 모두에 속하면 나라의 일은 모두의 일이다. 그리고 그 목적은 모두를 위한 목적이어야 한다. 즉 국가의 활동은 공익, 즉 구성원 모두의 이익을 위한 것이어야 한다.<sup>24)</sup>

헌법 제1조는 공화국을 규정하고 나서 국민주권원칙을 이어서 규정한다.<sup>25)</sup> 이것은 헌법이 규정한 공화국은 국가를 국민이 소유하고 그에 관한 결정을 할 수 있다는 것을 인정한 것이다. 여기서 공화국이 국민에 대한 신뢰에 기초함이 드러난다. 따라서 헌법의 공화국은 귀족적 공화국이나 엘리트적 공화국이 아니라 민주공화국이다. 민주공화국은 모든 국민을 주체로 하는 공화국을 뜻한다. 이러한 점에서 ‘대중에 대한 공포’나 ‘대중에 대한 혐오’는 헌법상

19) 박찬승(주 11), 308쪽; 박현모, 일제시대 공화주의와 복벽주의의 대립, 정신문화연구 제30권 제1호(통권 제106호)(2007), 61쪽; 이영록, 한국에서의 민주공화국의 개념, 법사학연구 제42호(2010), 52쪽; 조승래, 공화국과 공화주의, 역사학보 제198집(2008), 227쪽.

20) 정상호(주 8), 10쪽.

21) 박혜진, 개화기 한국 자료에 나타난 신개념 용어 ‘민주’와 ‘공화’ - 수용과 정착과정을 중심으로, 일본어교육연구 제26집(2013), 35쪽.

22) 송 민, ‘합중국’과 ‘공화국’, 새국어생활 제11권 제3호(2001), 98쪽.

23) 이상 김상봉(주 10), 306쪽.

24) 이상 김상봉(주 10), 306쪽.

25) 공화국의 소극적 의미는 군주제 배척(단순히 군주제도 배제가 아니라 군주주권주의의 종언을 뜻한다)이고, 적극적 의미는 자유·평등·복지의 원리에 입각한 국민주권주의국가라는 견해로는 성낙인, 한국 헌법사에 있어서 공화국 순차(서수), 서울대 법학 제46권 제1호(2005), 135~138쪽.

극복되어야 한다.<sup>26)</sup> 그래서 1919년 4월 11일 제정된 대한민국 임시헌장 제1조 이래로 ‘공화국’이 아닌 ‘민주공화국’이라는 용어를 사용한 것이다. 한성 정부와 상해 정부 그리고 노령 정부를 통합할 때 통합된 대한민국 임시정부가 국내에서 13도 대표가 창설한 한성 정부의 법통을 이어받은 것도 이러한 맥락이다.

요컨대 공화국은 공동의 이익을 위해서 공동으로 운영되는 국가이고, 어떠한 대내·외적 지배가 없는 국가이며, 모든 구성원이 주권자로서 주인인 나라이다. 이러한 점을 종합하면 공화국은 대내·외적 지배 없이 주권자인 모든 구성원이 공동의 이익을 위해서 공동으로 운영하는 국가를 말한다. 부산지방법원은 공화국을 구성원이 함께 어울려 살아가는 정치공동체, 즉 구성원 중 누구도 특정인의 자의적 의지에 예속되지 않고 공공선에 기반을 둔 법에 따라 구성원의 행동과 삶이 규율되는 정치공동체라고 한다.<sup>27)</sup>

### 3. 민족국가의 형태로 공화국을 선택한 이유

국내에서 민족이라는 용어가 처음 등장한 것은 1900년이다.<sup>28)</sup> 처음에 민족은 인종이라는 뜻으로 사용되다가 1904년 이후에는 한반도에 거주하는 주민집단을 가리키는 용어로 사용되었다.<sup>29)</sup> 근대국가가 되려면 먼저 자유와 권리를 누리는 주체로서 국민이 형성되어야 한다. 국가를 새롭게 형성하여야 하는 과정에서 국민은 선존하는 것이 아니라 새롭게 만들어야 한다. 이때 국민을 만드는 가장 좋은 재료가 민족이다. 특히 1897년 선포된 대한제국은 근대 국가를 지향하였으나, 국민의 나라가 아니라 군주의 나라를 꿈꾸면서 조선의 신민을 대한제국의 국민으로 바꾸는 데 실패하였다. 이러한 상태에서 1904년 러·일 전쟁에서 일제가 승리하고 나서 1905년 을사늑약으로 대한제국은 사실상 일제의 속국이 되었고, 급기야 1910년 국권침탈늑약으로 대한제국은 일제에 강점되었다. 이러한 과정에서 대한제국은 국가의 최소임무인 구성원의 안전마저 확보하지 못하면서 사실상 국가가 없는 자연상태를 초래하였다. 이러한 상황에서 인민은 민족으로 뭉쳐 대한제국의 독립을 지키면서 근대국가를 수립하려고 투쟁을 계속할 수밖에 없었다. 대한제국 시기에 민족주의의 과제는 주권을 수호하는 것(정확하게는 군주에게서 주권을 빼앗아 주권자의 지위를 얻으면서 외국에 주권을 빼앗기지 않는 것)이었

26) 남구현/이광일/박영균/목수정/이철호/김동성, 대한민국은 민주공화국이다: 2008 촛불의 정치, 메이데이, 2008, 111쪽.

27) 부산지법 2017. 1. 20. 선고 2016고단3264 판결(각공2017상, 115).

28) 권희영, 번역과 동아시아의 근대, 한국학중앙연구원출판부, 2017, 108~190쪽; 박찬승, 한국에서의 ‘민족’ 개념의 형성, 개념과 소통 창간호(2008), 99쪽; 같은 사람, 민족·민족주의, 소화, 2011, 68쪽; 백동현, 러·일전쟁 직후 ‘민족’ 용어의 등장과 민족의식, 한국사학보 제10호(2001), 163쪽.

29) 박찬승(주 28), 68~77쪽.



다.<sup>30)</sup>

민족주의는 하나의 민족이 하나의 민족국가를 만드는 것을 목표로 한다. 민족주의와 그것이 건설하고자 하는 민족국가에서는 민족인지만 확인되면 당연히 구성원으로 인정하고 다른 조건을 따지지 않고 주체로서 존중한다. 따라서 민족국가에서는 구성원 사이의 형식적 평등을 보장한다. 즉 민족국가 구성원은 서로 동질적이고 차별이 없다. 민족 이외에 다른 것이 끼어들면 우리라는 민족의식이 생길 수 없기 때문이다.<sup>31)</sup> 민족주의는 인민 사이에서 평등을 인식하게 하고, 이러한 바탕 속에 인민을 통합하게 한다. 이것은 군주로 대표되는 절대자나 지배자를 부정하고 양반과 같은 신분이나 계급을 인정하지 않는다. 물론 이것은 인민의 경제력이 향상되고 일정 수준 이상의 교육을 받게 되면서 양반에 대한 열등감을 극복한 결과이기도 하다. 특히 나라를 지키기는 커녕 팔아먹으면서 호의호식하는 황족과 대신을 비롯한 지배층은 더는 인민 위에 군림할 수 있는 존재가 아니었다. 민족주의는 이를 근거 지우고 강화한다. 이러한 점에서 민족주의는 국가 형성과 관련하여 국민주권원칙과 연결될 수밖에 없다. 그러므로 구성원 사이의 신분적 차별을 긍정하거나 군주주권을 고수하면 그것은 민족주의에 어긋난다.<sup>32)</sup>

군주주권을 고수하지 않는다는 것은 군주제나 군주국을 부정한다는 것이다. 이것은 대한제국 시절 군주제 부정으로 이해되던 공화국에 맞닿는다. 따라서 한민족이 건설하고자 하는 민족국가의 형태로 자연스럽게 공화국을 선택하였다. 특히 공동체적 전통이 강하였던 한민족에게 공동체를 강조하는 공화국은 친숙하게 다가올 수밖에 없었다. 그리고 모든 형태의 지배를 부정하고 구성원 사이의 평등을 내용으로 하는 공화국은 다양한 차별을 제거하고 평등을 지향하는 한민족에게 이상적인 국가형태일 수밖에 없었다. 게다가 황족과 대신 같은 지배층이 국가를 사유화하는 것에 그치지 않고 이를 일제에 팔아넘기는 것을 목격한 한민족에게 국가를 공유화하려는 공화국을 부정할 이유는 없었다. 나아가 일제라는 강력한 외세에 맞서 독립을 쟁취하여야 하는 한민족에게 공공의 이익을 위해서 국가를 공동으로 운영하여야 한다는 공화국은 너무나 필요하고 절실한 국가였다. 이러한 점들 때문에 한민족이 건설하고자 하는 민족국가의 형태로 별다른 이견 없이 공화국이 선택되었다.

30) 이상 허완중, 헌법의 기본원리로서 민족국가원리, 전남대 법학논총 제39권 제1호(2019), 9~10쪽.

31) 권혁범, 민족주의는 죄악인가, 아로파, 2014, 48쪽.

32) 대외저항성은 강하지만 공동체 내부에 신분적 차별 등 봉건적 요소가 강고하게 유지되는 '전근대적' 혹은 '고전적' 민족주의와 대외적인 주체성과 함께 공동체 내부의 신분평등 등 근대성이 담보되는 '근대적' 민족주의를 구별하는 견해로는 이만열, 민족주의, 한국사 시민강좌 제25집(2003), 4쪽.

#### 4. 공화국과 민국의 구별

‘민국’의 사전적 의미는 민주 정치를 시행하는 나라<sup>33)</sup>나 주권이 국민에게 있고 국민의사에 따라 직접 혹은 간접으로 정치가 운용되는 국가<sup>34)</sup>이다. 그래서 ‘민국’은 전제국가가 아니라 주권재민의 민주국가 혹은 민주공화국임을 뜻하는 것으로서 중국의 입헌운동이나 신해혁명의 결과로 만들어진 ‘중화민국’이라는 국호에서 영향받은 것이라고 한다. 따라서 대한민국이라는 국호는 ‘제국’이 ‘공화국’으로 그리고 군주주권이 국민주권으로 바뀌었음을 표시한다고 한다.<sup>35)</sup> 1948년 헌법을 만들 때 “민국이라는 것은 결국 민주국을 의미한 것이요 민국은 역시 공화국을 의미”한다는 것과 같은 개념 파악과 주장은 그동안의 헌법사적 경과에 따른 결과를 반영한 현재의 의미론이다.<sup>36)</sup> 하지만 그것이 헌법에 수용될 때의 ‘민국’ 의미로 보기는 어렵다. 오히려 본래 부여한 의미를 무시한 채 잘못된 이해나 평가에 근거한 왜곡된 의미 파악으로 볼 수 있다. 특히 자주적인 독립을 추구하던 독립운동가들이 국호를 정할 때 비자주적이고 사대적인 국호를 골랐다고 볼 수 없을 뿐 아니라 중화민국이 성립하기 전부터 대한민국이 비공식 국호로 사용되었다.<sup>37) 38)</sup>

‘민국’이라는 용어는 영·정조 시대에 ‘백성은 나라의 근본’이라는 서경의 민유방본(民惟邦本)을 기초 만들어져 조정에서 일반적으로 사용되었다. 그리고 고종 시대에 들어서는 정부 안팎에서 관민공용어로 널리 대중화하였고, 대한제국 14년 동안에는 모든 일간신문에서 일상어로 정착하였다. 또한, 일반적으로 사용되었던 ‘대한(제)국’과 ‘민국’이라는 두 단어가 자연스럽게 결합하여 익명인 대중이 집단으로 대중적 국호인 ‘대한민국’을 창작하였다. ‘민국’은 백성에 속한 나라, 즉 백성의 나라(국민의 국가)로서 신분제국가(양반국가)에 대비되는 백성(국민)과 국가가 하나인 평등한 탈신분제적 국민국가(평민국가)를 뜻한다. 따라서 ‘민국’은 민주국가나 민주공화국이 아니라 ‘국가가 아우르는 모든 사람을 위한 국가’로 풀이할 수 있다.

33) 국립국어원 표준국어대사전: <https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do> (2020년 12월 14일 방문); 우리말샘: [https://opendict.korean.go.kr/dictionary/view?sense\\_no=159672&viewType=confirm](https://opendict.korean.go.kr/dictionary/view?sense_no=159672&viewType=confirm) (2020년 12월 14일 방문).

34) 다음 국어사전: <http://dic.daum.net/search.do?q=%EB%AF%BC%EA%B5%AD&dic=kor&searchfirst=Y> (2020년 12월 14일 방문).

35) 이상 박찬승(주 16), 139쪽; 신우철, 비교헌법사, 법문사, 2008, 299쪽; 이완범, 국호 대한민국의 명명, 황해문화 제60호(2008), 64쪽; 같은 사람, 조선에서 대한으로의 국호 변천과 그 의미, 한국사 속의 나라이름과 겨레이름(단기 4347년 개천절 기념학술회의), 한국학중앙연구원 현대한국학연구소/한민족학회(2014. 10. 1.), 119~120쪽; 이충우, 국호 ‘대한민국’, 인문학연구 제4집(2001), 47쪽; 정상우, 헌법상 용어의 연원과 의미 및 순화방안 연구, 한국법제연구원, 2007, 46, 57쪽; 한인섭(주 12) 176쪽.

36) 이상 허완중, 한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석, 저스티스 제154호(2016. 6.), 28쪽.

37) 황태연, 대한민국 국호의 유래와 민국의 의미, 청계, 2016, 12~13쪽.

38) 이상 허완중, 헌법 일부인 국호 ‘대한민국’, 인권과 정의 제467호(2017. 8.), 45쪽.

이러한 ‘민국’ 개념을 1919년 상해 대한민국 임시정부가 수용하여 국호로 삼은 것이고, 이것을 1948년 헌법이 이어받아 현행 헌법까지 이어진다. 이러한 ‘민국’ 개념에는 국민주권 개념이 포함되지 않는다. 즉 ‘민국’은 국가권력을 ‘국민을 위해서’ 행사하여야 한다는 뜻은 포함하지만, 국가권력을 ‘국민’ 스스로 행사하여야 한다는 것은 담지 않는다. 따라서 ‘민국’은 공화국은 물론 군주국으로도 실현될 수 있다. 그래서 헌법 제1조는 대한민국이 공화국임을 선언하고 주권을 국민에게 부여한다. 민국이 공화국의 의미를 담았다면, 군주제 폐지를 뜻하여 반역에 해당할 수밖에 없는 대한 ‘민국’이라는 국호는 대한제국 시절에 절대 사용될 수 없었을 것이다. 특히 ‘민국’을 민주국가나 민주공화국으로 이해하면 헌법 제1조를 제대로 이해할 수 없다. ‘민국’이 민주국가나 민주공화국이라면 헌법 제1조는 민주공화국은 민주공화국이라는 동어반복에 지나지 않게 되기 때문이다.<sup>39) 40)</sup>

## 5. 공화국규정 해석

### (1) 역사적 배경

구한말까지 전제군주제적 국가형태에서 벗어나지 못하였던 한국<sup>41)</sup>은 1910년 일제 강점 이후 독립운동가들이 중심이 되어 설립한 대한민국 임시정부에서 1919년 4월 11일 제정된 대한민국 임시헌장 제1조 “대한민국(大韓民國)은 민주공화제(民主共和制)로 함”에서 처음으로 오랜 군주제 전통과 결별하고 적극적으로 공화제적 국가형태로 결단하였다. 실제로 한국에서 공화제적 국가형태의 입헌국가가 성립한 것은 자신의 영토와 국민 그리고 국가권력을 회복한 후인 1948년 대한민국 헌법을 제정하면서이다. 1948년 헌법 제1조에 “대한민국(大韓民國)은 민주공화국(民主共和國)이다.”라고 규정함으로써 대한민국의 국가형태는 공화제로 결정되었다.

### (2) 헌법 제1조 제1항에 관한 기존 해석

헌법 제1조 제1항의 민주공화국이 대한민국의 국가형태를 지칭하는 것임에는 이론(異論)이 없다. 그러나 ‘민주’와 ‘공화국’이 국가형태의 분류기준과 관련하여 어떤 의미가 있는지에 관해서는 ① 헌법 제1조 제1항의 민주공화국이라는 규정에서 민주는 정체를, 공화국은 국체를 뜻하고, 제1조 제2항의 국민주권에 관한 규정은 제1항을 부연한 것이라는 설,<sup>42)</sup> ② 헌법

39) 같은 견해: 황태연(주 37), 217, 228쪽.

40) 이상 허완중(주 36), 28~29쪽.

41) 이는 1899년 8월 17일 제정된 대한국 국제 제2조 “대한제국(大韓帝國)의 정치(政治)는 유전즉오백년전래(由前卽五百年傳來)이며 유후즉호만세불변(由後卽互萬世不變)의 전제정치(專制政治)라”에서도 확인된다.

42) 유진오, 신고 헌법해의, 탐구당, 1957, 45쪽; 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987, 106~107쪽 등.

제1조 제1항의 민주공화국이라는 규정에서 민주는 민주정체를, 공화국은 공화정체를 뜻하므로, 제1조 제1항은 오로지 정체에 관한 규정이고 제1조 제2항의 국민주권에 관한 규정이 국체를 규정한 것이라는 설,<sup>43)</sup> ③ 국체와 정체의 구별을 부인하면서 헌법 제1조 제1항에서 민주공화국은 국가형태를 공화국으로 규정한 것이고, 민주라는 말은 공화국의 정치적 내용을 민주주의적으로 형성하라고 요구하는 공화국의 내용에 관한 규정이라는 설<sup>44)</sup>이 있다. 부산지방법원은 민주국을 주권자인 국민이 동의한 법에 따라 국민의 행동과 삶이 규율되는 정치공동체이고, 공화국은 구성원이 함께 어울려 살아가는 정치공동체라고 하면서, 이 세상에서 가장 민주적인 절차에 따른 법일지라도 사회의 한 부분에게 다른 부분의 의사를 강요하고 의사를 강요당한 구성원의 자율성을 박탈하는 자의적인 법이 될 수 있어서 대한민국 헌법 제1조 제1항은 대한민국이 지향하는 공동체가 민주국임과 동시에 공화국이어야 함을 규정한다고 한다.<sup>45)</sup>

①과 ②의 견해는 국체와 정체를 구별하는 것을 전제로 하는데, 보통 국체는 주권자가 누구인지에 따른 국가형태 분류이고, 정체는 주권을 어떻게 행사하는지에 따른 분류를 말한다. 그러나 오늘날의 실재는 주권은 국민에게 있으면서 군주제도가 있는 영국, 네덜란드, 일본 등을 공화국이라고 하지 않고 군주국[이나 왕관을 쓴 공화국(Crowned Republic)]이라고 부른다. 그리고 권력 행사가 민주적인지 독재적인지의 문제는 권력의 사실적 행사에 관한 평가를 통해서 분류할 문제이지 권력을 행사하는 방법에 관한 규정으로 분류하기는 어렵다. 더욱이 국민주권 확립으로 말미암아 국체와 정체의 구별이 더는 실익이 없게 되었다. 따라서 국체·정체구별론은 따를 수 없다.<sup>46)</sup> ③의 견해도 공화국만을 국가형태규정으로 본다는 점에서 국가형태에 관한 군주국·공화국 2분론을 고수한 것으로 현대적인 문제 중심 변동에 부응하지 못하는 해석으로 수용할 수 없다.

헌법 제1조 제1항을 ‘헌법공동체의 이상’으로 새기는 견해도 있다.<sup>47)</sup> 그러나 이러한 견해는 헌법철학적 측면에서 유용할지 모르나 헌법해석학적 측면에서는 의미를 찾기 어렵다는 문제

특히 헌법초안을 작성하였던 유진오는 “대한민국의 국체는 ‘공화국’이며 정체는 ‘민주국’인데 그를 합하여 ‘민주공화국’이라 한 것이다.”라고 하였다.

43) 박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990, 70~72쪽.

44) 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010, 111쪽; 김철수, 학설·판례 헌법학(전정신판)(상), 박영사, 2009, 356쪽; 김학성/최희수, 헌법학원론(전정4판), 피앤씨미디어, 2020, 97쪽; 석인선, 헌법총론, 세창출판사, 2014, 62~63쪽; 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 121쪽; 한수용, 헌법학(제10판), 법문사, 2020, 104쪽.

45) 부산지법 2017. 1. 20. 선고 2016고단3264 판결(각공2017상, 115).

46) 같은 견해: 계희열, 헌법학(상)(신정2판), 박영사, 2005, 207~208쪽; 홍성방, 헌법학(상)(제3판), 박영사, 2016, 139쪽.

47) 강일신, 헌정원칙으로서 민주주의: 공화주의적 이해 - ‘신공화주의’ 관점에서의 고찰, 법철학연구 제18권 제2호(2015), 43~64쪽.

가 있다. 즉 헌법 해석은 헌법 분쟁을 해결할 구체적 규범을 찾는 과정이라는 점에서 이러한 견해는 헌법 해석이라고 보기 어렵다. 그리고 이 견해는 외국 견해를 수용하는 것 이외에 어떠한 내용을 추가하는지도 명확하지 않다. 미국 공화주의의 영향을 받아 공화국을 실질적으로 이해하고자 하는 견해<sup>48)</sup>도 미국 공화주의의 내용을 한국 헌법 해석에 어떻게 원용할 수 있는지를 충분히 논증하지 않았다는 문제점이 있다.

### (3) 헌법 제1조 제1항의 실질적 의미

#### 1) 민주공화국의 소극적·형식적 의미에 국한하는 해석의 문제점

“대한민국은 민주공화국이다.”라는 공화국규정 내용은 1948년 헌법 제1조로 규정된 이래로 줄곧 대한민국 헌법전의 맨 앞자리를 차지해 왔다. 공화국규정에 관한 제헌의회 논의에서는 ‘대한민국’이라는 국호가 주된 논의대상이었고, ‘민주공화국’에 관한 수정 주장은 김병희 의원이 ‘민국’이 ‘민주국’을 뜻하므로, ‘대한민국은 공화국’이라고 수정하자는 주장<sup>49)</sup>을 제외하면 찾을 수 없다. 김병희 의원의 주장도 단 한 사람에게만 동의를 얻어 표결에도 이르지 못하였고, ‘대한민국은 민주공화국이다’라는 규정은 재석의원 188명, 찬성 163명, 반대 2명으로 절대 다수 찬성으로 통과되었다. 이것은 제헌의원 대부분이 공화국규정을 두는 데 찬성하였음을 보여준다.

헌법 제1조 제1항에 관한 기존 해석은 민주공화국을 군주제 부정이라고 소극적·형식적 의미만으로 해석한다. 이것은 1948년 헌법안을 기초한 유진오의 해석에 바탕을 둔 것으로 보인다. 이러한 점에서 그동안 헌법 제1조 제1항에 관한 해석은 헌법제정자의 의사를 밝히는 데 몰두한 것으로 볼 수 있다.<sup>50)</sup> 그러나 1910년 일제가 대한제국을 강제 점령하면서 황실이 사라졌고, 1919년 대한민국 임시헌장을 통해서 국가형태를 공화국으로 확정하면서 대한민국이 군주제로 회귀할 가능성은 사실상 사라졌다. 이러한 상황에서 민주공화국을 비군주국이라는 형식적·소극적 이해에 국한하는 것은 법학적으로 의미 있는 구체적 결과를 낳기 어렵다. 한국 헌법전의 맨 앞에 계속 위치할 정도로 중요성을 인정받은 헌법 제1조 제1항의 민주공화국을 별 의미가 없다고 해석하는 것은 헌법 제1조 제1항 자체를 사실상 유명무실하게 하며

48) 이국운, 공화주의 헌법이론의 구상, 법과 사회 제20호(2001), 129~152쪽; 같은 사람, 입헌적 공화주의의 헌법이 해, 헌법실무연구 제6권(2005), 497~527쪽; 같은 사람, 한국헌정에서 입법자의 권위실추: 진단과 처방 - 입헌적 공화주의의 관점 -, 공법연구 제35집 제2호(2006), 55~79쪽; 같은 사람, 대한민국 헌법 제1조의 한 해석, 법과사회 제45호(2013), 233~256쪽; 한상희, 민주공화국의 헌법적 함의, 일감법학 제3권(1998), 115~142쪽; 같은 사람, 민주공화국의 의미 - 그 공화주의적 실천규범의 형성을 위하여, 헌법학연구 제9권 제2호(2003), 27~91쪽.

49) 헌법제정회의록[제헌국회](헌정사자료 제1집), 국회도서관, 1967, 344쪽.

50) 이러한 태도가 엘리트주의적이라는 비판으로는 정상호(주 8), 6쪽.

그 규범적 효력을 부정하는 결과를 낳는다. 그리고 이것은 헌법 체계에 비추어 이후 다른 헌법조문을 해석할 때 길잡이 역할을 하여야 하는 헌법 제1조 제1항의 헌법체계적 의미를 부정하는 것이다. 또한, 이것은 아직도 대한민국이 민주공화국임이 왜 강조되어야 하는지에 관한 고민이 부족한 것으로 볼 수밖에 없다. 더하여 이것은 공화국에 관해서 구한말부터 시작된 헌법사적 맥락, 특히 1919년 대한민국 임시헌장부터 현행 헌법까지 계속된 헌법조문상 연결고리를 무시한다. 이러한 점에 비추어 헌법 제1조 제1항 민주공화국의 적극적·실질적 의미를 탐구할 필요성이 있다.

구한말 공화국이라는 개념이 도입되었을 때 공화국은 군주제인 조선과 대한제국에서 군주제의 배격 혹은 부정이라는 의미를 띠었다. 그리고 외세의 침략이 본격화하면서 외세 배격이라는 의미가 있었다. 특히 공화국은 일본에 주권을 빼앗기면서 외국 지배에서 벗어난다는 의미를 강하게 품었다. 이것은 1948년 광복 후 신탁통치 반대라는 전국민적 의사 표현에서 외국 이외에 국제기구 지배까지도 배제하는 것으로 발전하였다. 그리고 이승만의 문민독재와 박정희 및 전두환의 군사독재를 경험하면서 공화국의 의미는 독재에 대한 부정으로까지 확장되었다. 1987년 민주화 이후에는 공화국에 국민 참여라는 의미가 강조되었다. 즉 민주화 이후 탄생한 정부도 여전히 국민의사를 무시하자 이제 공화국은 국민이 자기 의사를 직접 표현하여 정치에 반영한다는 의미까지 포함하게 되었다. 이러한 변화는 2000년부터 시작된 시민단체의 낙선·낙천운동으로 표출되었다. 이후 시민단체가 다양해지면서 시민단체에 대한 일방적인 신뢰가 아닌 시민단체를 선별하여 지지하는 단계까지 발전하였다. 그리고 촛불집회에서는 시민단체 매개 없이 시민이 직접 자기 의사를 드러내 실현하려는 단계까지 공화국이 발전하였다. 촛불혁명에서 시민이 외친 헌법 제1조는 국민이 정치에 직접 참여하여 국가의사를 결정하고 관철함을 명확하게 드러낸 것이다. 이러한 헌법사적 맥락은 헌법 제1조 제1항 민주공화국을 소극적·형식적 의미로만 해석할 수 없는 이유를 명확하게 제시한다.

민주공화국을 군주제 부정이라고 소극적으로 이해하여도 헌법 제1조 제1항 공화국규정에 이어 헌법 제1조 제2항에 국민주권규정이 위치한 것에서도 확인할 수 있듯이 민주공화국은 국민주권원칙을 전제한다. 국민주권원칙은 공화국 구성원 모두가 주권자로서 평등함을 뜻한다. 여기서 평등한 주체가 구성하는 국가로서 민주공화국을 적극적으로 이해할 필요가 드러난다. 그리고 민주공화국에서 적어도 혈연적 세습이라는 모든 세습적 권력 이전 금지와 개인적 인격에 따른 국가권력의 자의적 행사 금지라는 의미를 도출할 수 있다.<sup>51)</sup> 따라서 민주공화국을 군주제 부정으로 이해하여도 여기서 다양한 적극적 의미를 찾을 수 있다.

51) 이상 이승택, 한국 헌법과 민주공화국, 법학박사학위논문, 고려대학교, 2013, 242쪽 참조.

## 2) 민주공화국에서 민주와 공화국의 관계

먼저 민주공화국에서 민주와 공화와 결합하였다는 것 자체에서 민주와 공화가 같은 것이 아님이 드러난다. 즉 민주와 공화는 같거나 유사한 용어가 아니다. 동어반복을 할 이유가 없기 때문이다. 그리고 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 공화국원리나 공화주의가 구분된다면 ‘민주공화국’의 ‘민주’를 굳이 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 연결하여 해석할 필요는 없다. 헌법 제1조 제1항은 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 공화국원리나 공화주의를 병렬적으로 나열한 것으로 볼 수도 없다. 즉 헌법 제1조 제1항의 민주공화국을 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 공화국원리나 공화주의의 병렬적 결합으로 이해하면 공화국원리의 독자성이 위태로워진다. 따라서 ‘민주공화국’에서 ‘민주’는 공화국을 수식하는 의미로 해석하여야 할 것이다. 문법상으로도 ‘민주’는 ‘공화국’을 수식한다. 즉 민주공화국은 공화국 중 특정한 형태를 가리키는 것으로 보아야 한다. 이렇게 해석하지 않으면 공화국원리나 공화주의를 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 구별하기 어렵다. 또한, 헌법전의 ‘민주’라는 용어가 반드시 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의로 수렴되거나 민주국가원리나 민주원리 혹은 민주주의와 직접 관련되어야 하는 것은 아니다. 이러한 점에 비추어 인민이 주인이라는 ‘민주’가 군주제 부정이라는 ‘공화국’과 결합하여 공화국을 한정하여 인민이 주인인 공화국을 가리킨다.

1907년 신민회에서 본격적으로 제시된 공화국은 1910년대에 복벽주의 도전을 이겨내고 민족국가의 국가형태로서 국내·외 독립운동가 대부분이 공감대를 형성하였다. 여기에 1911년 중국에서 일어난 신해혁명과 1917년 러시아혁명, 1918년 독일혁명 같은 세계사적 흐름 속에서 공화국에 관한 관심은 점점 더 커졌다. 그래서 1919년 3·1 혁명 이후 대한민국 임시정부를 만들면서 대한민국 임시헌장 제1조에 공화국을 명시하였다. 이때 지주나 자본가 등 일부가 공화국의 주도권을 쥐는 것을 막기 위해서 단순히 ‘공화제’를 명기하는 것을 넘어 ‘민주공화제’이라고 못 박았다.<sup>52)</sup> 대한제국을 복원하려고 3·1 혁명이 일어난 것도 대한민국 임시정부를 수립한 것도 아니었다. 대한민국 임시헌장에서 국가형태를 민주공화제로 정하였다는 것은 황제가 아닌 인민이 주인인 나라를 염원한 것이다. 구한말에 소개된 공화제는 민주정과 귀족정으로 나눌 수 있다.<sup>53)</sup> 일부 국민에게 주권이 인정되면 귀족공화제, 모든 국민에게 주권이 부여되면 민주공화제이다. 대한민국 임시헌장은 이중 민주공화제를 선택한

52) 김병록, 대한민국의 탄생과 공화주의 실현의 과제, 국가법연구 제16집 제2호(2020), 24쪽.

53) 예를 들어 나 진/김상연 역술, 윤재왕 옮김, 국가학, 2019, 99쪽. 참고로 유길준은 정치 체제를 임금이 마음대로 하는 정치 체제, 임금이 명령하는 정치 체제, 귀족이 주장하는 정치 체제, 임금과 국민이 함께 다스리는 정치 체제, 국민이 함께 다스리는 정치 체제로 나누었다(유길준, 허경진 옮김, 서유견문, 한양출판, 1995, 143~145쪽).

것이다. 즉 대한민국 임시헌장 제1조는 귀족공화제를 부정한 것이다. 그리고 1948년 헌법 제1조가 민주공화국을 규정한 것은 좌우가 대립하는 당시 상황에 비추어 인민공화국으로 대표되는 전체주의와 공산주의를 반대한다는 의미를 담은 것이다.<sup>54)</sup> 비록 나중에 수용되기는 하였지만(1972년 헌법), 헌법에서 찾을 수 있는 (자유)민주적 기본질서도 인민공화국을 부정하는 근거이다.

### 3) 국가의 정당성 근거로서 민주공화국

대한민국 헌법 제1조 제1항은 대한민국 임시헌장 제1조에서 비롯한다. 대한민국 임시헌장 제1조의 민주공화제 규정은 일본뿐 아니라 중국의 수많은 헌법문서 가운데서도 유례를 찾아볼 수 없는 독창적인 형식과 내용이다.<sup>55)</sup> 유럽에서도 민주공화국이라는 용어가 헌법전에 명기되기 시작한 것은 1920년 2월 체코슬로바키아 헌법과 1920년 10월의 오스트리아 연방헌법이었던 것으로 알려진다.<sup>56)</sup> 물론 민주공화국이라는 용어가 대한민국 임시헌장 제정 이전에 등장한 것을 확인할 수는 있다.<sup>57)</sup> 그러나 이러한 용어를 헌법전에 수용하여 적시한 것은 대한민국 임시헌장이 처음으로 보인다. 이것만으로도 헌법사적 의미는 충분하다.

공화국의 기본적 의미는 군주제 부정이다. 이것은 먼저 군주제도 자체를 부정한다. 공화국은 일단 군주제가 없는 국가를 뜻하므로, 의례적 권한만 있더라도 군주가 있는 입헌군주국은 공화국이 아니다. 예를 들어 (세습)군주제도가 여전히 유지되는 영국이나 네덜란드, 일본 등은 군주국에 속한다. 부정되는 군주는 세습된 군주뿐 아니라 선출된 군주도 포함한다. 군주국에서 정부형태는 의원내각제일 수밖에 없다.<sup>58)</sup> 따라서 군주제 배척은 의원내각제가 아닌 정부형태, 예를 들어 대통령제나 이원정부제, 의회정부제 등을 선택할 가능성을 제공한다. 군주제도는 전제적 권력이 있는 군주가 위에서 일방적으로 지배하는 제도를 가리킨다. 이것은 왕권신수설처럼 지배의 정당성을 초월적이거나 선형적이거나 형이상적인 근거에서 찾는다. 그러나 공화국에서는 오로지 인민 혹은 국민만이 지배를 정당화한다.

군주제의 중요 특징으로는 종신제와 세습제, 파면 불가, 군주 무책임을 들 수 있다.<sup>59)</sup> 따라서 ① 공화국에서는 명칭과 상관없이 모든 지배자는 임기가 있어야 한다. 따라서 아무리

54) 같은 견해: 이영록, 제헌헌법의 동화주의이념과 역사적 의의, 한국사연구 제144호(2009), 49쪽.

55) 신우철(주 35), 300쪽.

56) 이영록(주 19), 58쪽.

57) Rudolf Hermann von Herrmann, Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung, Tübingen/Leipzig 1901, S. 2.

58) 성낙인(주 25), 136쪽.

59) Rudolf Hermann von Herrmann (Anm. 57), S. 26.



선거를 통하더라도 계속 집권 연장을 도모하거나 종신집권을 피하는 것은 금지된다. 이것은 한 번의 선거로 이루어지든 반복적인 선거로 이루어지든 상관없다. 그리고 ② 지배자는 자신의 권력을 후손에게 마음대로 넘겨서도 아니 된다. 그리고 지배자는 후손이 아닌 후계자를 지명할 수도 없다. 즉 세습은 혈연을 통한 것은 물론 국민의 의사를 따르지 않은 정당이나 종교를 비롯한 집단을 통한 것도 부정한다. 여기에는 재산 상속이나 특정 교육을 통한 후계자 양성 부정도 포함된다. 권력이 어떠한 방식으로든 세습된다면 공화국이 아니다. ③ 지배자는 잘못이 있으면 쫓겨날 수도 있어야 한다. 즉 지배자의 임기가 절대적으로 보장되는 것은 아니다. 지배자의 임기는 상대적으로 보장될 뿐이다. 최고지배자라고 하더라도 통제에서 벗어날 수 없기 때문이다. 이를 실현하려고 헌법은 대통령·국무총리·국무위원·행정 각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장 기타 법률이 정한 공무원에 대한 탄핵제도(헌법 제65조)를 두고, 국회의 국무총리나 국무위원 해임건의권(헌법 제63조)과 국무총리의 국무위원 해임건의권(헌법 제87조 제3항)을 인정한다. 그리고 주민은 그 지방자치단체의 장과 지방의회의원(비례대표 지방의회의원 제외)을 소환한 권리가 있다(지방자치법 제20조 제1항). 더하여 촛불혁명 과정에서 강하게 대두하였듯 대통령과 국회의원에 대한 국민소환제도 도입이 요구된다. ④ 지배자는 자신의 결정이나 행위에 대해서 책임을 져야 한다. 오히려 지배자는 일반 공무원보다도 더 강한 책임을 져야 한다. 권한은 책임에 비례하기 때문이다. 따라서 최고지배자는 가장 강한 책임 아래 있다.<sup>60)</sup>

하지만 공화국은 군주제 부정을 넘어 군주 지배 배척, 즉 군주제 지배 속성이 있는 지배 배척을 뜻한다. 따라서 공화국은 형식적 군주는 물론 실질적 군주도 부정한다. 즉 공화국은 군주가 아니라 군주적 지배 부정이다.<sup>61)</sup> 군주적 지배는 위에서 아래로 일방적으로 지배하는 구조라는 특색이 있다. 아래에서가 아니라, 즉 국민에 의해서가 아니라 어떤 초월적인·선형적인·형이상학적인 근거에서 정당성을 획득함으로써 이러한 지배구조가 가능하게 된다. 세습왕조의 혈통, 신의 은총, 이념 등이 스스로 절대성이 있는 근거이다. 오늘날 공화국은 세속적·경험적 차원의 정당화(인민 혹은 국민 선출)로만 지배가 가능한 국가이다. 따라서 공화국은 종교적·이념적 차원에서 이미 고차원적 권한이 있고, 이러한 고유한 권한을 통해서 자신의 지배권력을 정당화하는 모든 정치체제를 반대한다. 이러한 의미에서 전제정의 반대명제인 공화국이 독재, 전체주의, 인민공화국의 반대명제로 확대된다.<sup>62)</sup> 그리고 공화국원리는 국가

60) 이상 방승주, 민주공화국 100년의 과제와 현행헌법, 김선택/정태호/방승주/김광재, 3·1대혁명과 대한민국헌법, 푸블리우스, 2019, 207~208쪽 참조.

61) 같은 견해: 서장은, 공화주의적 통치구조의 헌법적 구현, 법학박사학위논문, 중앙대학교, 2011, 95쪽; 성낙인(주 25), 135쪽.

62) 이상 김선택, 공화국원리와 한국헌법의 해석, 법제 제609호(2008. 9.), 72쪽.

안에서 나타나는 군주나 군주유사적 존재를 부정하는 것을 넘어 국가 밖에서 영향을 미치는 군주나 군주유사적 존재도 부정한다. 즉 외국이나 국제기구를 비롯한 국제법 주체의 지배도 공화국은 허용하지 않는다. 이는 공화국이 처음 소개된 구한말에 외세배격이 일반적인 국민의 요구였다는 점, 3·1 혁명을 비롯한 대일항쟁기(이른바 일본강점기) 독립전쟁의 목표가 일제의 강점체제를 무너뜨리는 것이었다는 점, 8·15 광복 이후 불길처럼 타올랐던 신탁통치 반대 등에서 헌법사적으로 확인된다. 그러나 헌법 제60조 제1항에서 국회 동의를 위한 조약 중에 ‘주권의 제약에 관한 조약’이 있다는 점에서 국제법 주체가 한국의 주권을 제약할 가능성은 헌법적으로 인정된다. 다만, 이는 공화국규정에 비추어 헌법적으로 정당성을 인정받을 수 있는 불가피한 근거가 있을 때 국민의 동의를 전제로 최소한의 범위 안에서만 허용된다. 나아가 2004년 새로이 선출된 대통령을 임기 만료 직전의 국회에서 탄핵소추하고, 이러한 소추에 대해서 헌법재판소가 파면 여부의 최종 결정을 담당하게 되자, 자기 손으로 선출한 대통령을 지키겠다고 국민이 촛불을 들고 거리에 나오는 일이 벌어졌다. 그리고 2008년 4월 대통령이 미국산 쇠고기의 전면수입개방을 결정하자 다시 촛불을 들고 거리로 나오는 일이 벌어졌다. 또한, 2016년 9월 박근혜 대통령의 비선 실세인 최순실이 국정에 개입하였다는 의혹으로 불거진 이른바 ‘박근혜·최순실 게이트’를 계기로 시작된, 박근혜 대통령의 퇴진을 요구하는 촛불집회는 결국 2017년 3월 10일 헌법재판소의 박근혜 대통령 탄핵결정으로 마무리되었다(촛불혁명). 이는 국민이 민주주의의 ‘형식’만이 아니라 국민이 주권자임을 실질적으로 존중하라고 요구하면서 국가의사결정과정에서 직접 참여하려는 것으로 볼 수 있다. 즉 국가의사결정을 자기 책임으로 인식하고 자기 참여와 토론을 통해서 관철하고자 하는 의지와 요구가 있는 국민이 목격된다.<sup>63)</sup> 이는 갑자기 나타난 것이 아니라 1898년에 세 차례에 걸친 만민공동회부터 대일항쟁기(이른바 일본강점기)의 1919년 3·1 혁명, 1926년 6·10 만세운동, 1929년 광주학생운동을 거쳐 8·15 광복 이후 1945년 신탁통치반대운동, 1960년 4·19 혁명, 1979년 부마민주항쟁, 1980년 5·18 광주민주화운동, 1987년 6월 시민항쟁, 2000년 총선시 민연대의 낙천낙선운동, 2002년 미선과 효순 두 여중생을 추모하는 촛불집회, 2004년 노무현 대통령 탄핵 반대 촛불집회, 2008년 미국산 소고기 수입 반대 촛불집회, 2016년 박근혜 대통령의 탄핵결정을 끌어낸 촛불혁명까지 국민이 보호되지 않거나 국민의 의사가 무시되면 국민 스스로 자기 의사를 표현하고 관철하려고 하였던 전통의 연장선에 있다. 이러한 점에서 공화국은 단순히 국가의사를 결정하는 대표자를 선출하는 것을 넘어 대표자를 통제하고 국가 의사 결정과정에 직접 참여하는 것까지 포함하는 내용으로 발전하였거나 적어도 발전하는

63) 이상 김선택(주 62), 46~47쪽.

중이라고 보아야 한다. 이러한 참여의 극단에는 시민불복종은 물론 저항권도 있다.

## 6. 부론: 공화국 서차 부여의 문제점

헌정사 시대 구분에 관한 논쟁은 정치제제를 중심으로 시대 구분을 하였던 프랑스 헌정사 시대 구분을 그대로 빌리면서 시작되었다.<sup>64)</sup> 실제 헌정상 정치체제 변화 없이 정권(집권자)만 변경되었는데도 정치체제를 중심으로 한 시대 구분인 공화국 서차 부여 방식으로 시대를 구분하는 것 등의 문제가 발생하면서 헌정사 시대 구분에 관한 논쟁이 불거졌다. 그로 말미암아 헌정사 시대 구분의 혼란이 발생하였다. 현재까지도 많은 학자가 ‘공화국’의 의미에 맞는 서차 부여를 하지 않고 기존 관행대로 정권 중심의 시대 구분에 공화국 서차를 부여하는 방식을 채택한다.<sup>65)</sup>

‘공화국’ 서차 부여 방식으로 헌정사의 시대를 구분할 때 먼저 ① 분류기준인 공화국을 비군주국의 관점에서만 바라보면, 대한민국 정부 수립 이래로 현재까지 제1공화국이므로 구분의 실익이 없다. 그리고 ② 국가형태인 공화국은 단순한 정부형태 변경으로 그 의미가 바뀌지 않으므로 정부형태를 기준으로 공화국 서차를 부여하는 시대 구분은 적절하지 않다. ③ 본래 독재국가는 공화국 개념에서 배제되므로 헌정사상 독재정권에 공화국 서차를 부여하는 시대 구분을 적용할 수 없다. 따라서 한국 헌정사 시대 구분을 공화국 서차 부여 방식으로 할 때 권력집중을 반대하는 ‘공화국’ 개념에 따라서 헌정사상 독재정권은 공화국 서차 부여 대상에서 배제된다.<sup>66)</sup> 헌정 형성과 운영의 실제, 헌법규범의 성격 등을 기준으로 헌정사 시대 구분을 할 수 있을 뿐이고, (공화국의 단절이 있었던 시기인) 독재정권에 공화국 서차를 부여하는 것은 곤란하다. 헌정을 시대 구분할 때 각 시기에 공화국 서차 부여를 고집한다면 독재정권에 공화국 명칭을 붙일 수는 없으므로 공화국의 단절기가 생기고 헌정사는 공화국시대와 비공화국시대(독재시대)로 구분될 것이다. 그러나 의문의 여지없이 분명하게 헌정을 그렇게 양분할 수 있을지 의심스럽다. 오히려 공화국 서차를 부여하여서 헌정사를 양분하는 것보다 구체적인 징표를 기준으로 좀 더 섬세하게 헌정의 시대를 구분하는 것이 바람직하다.

64) 1789년 대혁명 이후 현재까지 입헌군주제를 3회, 제정을 2회, 반독재제를 1회, 공화정을 5회 경험하였던 프랑스는 중단되었다가 부활한 공화정을 가리킬 때마다 제 몇 공화정이라고 부른다.

65) 공화국 개념을 군주국에 대비되는 단순한 정치공동체를 뜻하는 것으로 보면서, 하나의 정치공동체인 헌법국가를 헌정 시대를 구분하는 도구개념으로 사용할 수 있다는 견해로는 이승우, 헌정사의 연구방법론, 두남, 2011, 41~42쪽.

66) 군사독재정권을 가리키는 용어로 공화국을 사용하는 것은 역사와 진실에 대한 중대한 도전으로 평가할 수도 있다는 견해로는 이승우(주 65), 41쪽.

### Ⅲ. 공화국원리의 의의

#### 1. 공화주의가 아닌 공화국원리

법학에서 '주의'와 '원리'는 구별 없이 혼용하여 쓰는 경향이 있다. 법치주의와 법치국가원리, 국제평화주의와 평화국가원리가 대표적인 예이다. 심지어 민주주의원리처럼 '주의'와 '원리'를 함께 쓰기도 한다. 하지만 '주의'와 '원리'는 엄연히 뜻이 다른 용어이다. 즉 '주의'는 체계화한 이론이나 학설을 가리키고,<sup>67)</sup> '원리'는 행위의 (근본이 되는) 규범을 뜻한다.<sup>68)</sup> 이러한 점에서 헌법상 특정 용어나 내용의 배경이나 역사를 설명할 때는 '주의'라는 용어를 사용할 수 있다. 그러나 헌법에서 도출되거나 헌법을 해석하여 확정된 내용은 법규범이라는 점에서 '주의'가 아니라 '원리'나 '원칙'이라고 부르는 것이 적절하다. 예를 들어 민주주의원리가 아니라 민주국가원리나 민주원리, 법치주의가 아니라 법치국가원리, 국제평화주의가 아니라 평화국가원리, 죄형법정주의가 아니라 죄형법정원칙, 영장주의가 아니라 영장원칙, 조세법률주의가 아니라 조세법률원칙이 의미상 타당한 용어이다.<sup>69)</sup> 이러한 점에서 공화주의와 공화국원리가 특별한 의미 구별 없이 혼용되고 오히려 공화주의가 공화국원리보다 더 자주 사용되는 것 같기도 하지만, 적어도 헌법의 해석이나 내용과 관련하여서는 공화주의보다 공화국원리가 적절하다. 공화국원리라는 용어는 민주국가원리, 법치국가원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 평화국가원리와 같은 다른 헌법의 기본원리와 같은 단어구성으로 이들과도 잘 어울린다.

#### 2. 공화국원리의 개념

헌법은 제1조 제1항에 “대한민국은 민주공화국이다.”라고 규정함으로써 공화국원리를 국가구성원리로 하는 결단을 내렸다. 따라서 민주공화국은 대한민국의 국가적 성격을 규정함으로써 (국가형태를 단순한 형식이 아니라 실질적 기준으로 이해하면) 국가형태를 결단한 것으로 볼 수 있다. 국민이 헌법 제1조를 반복하여 외치는 것은 먼저 대한민국이 아직 민주공화국이 아니라는 것이다. 다음으로 대한민국이 민주공화국이어야 하고, 그것을 국민 스스로 달성하겠

67) 국립국어원 표준국어대사전 주의2「2」 (<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>) (2020년 12월 14일 방문); 다음 한국어사전 주의1(5) (<https://small.dic.daum.net/word/view.do?wordid=kkw000236367&supid=kku000302175>) (2020년 12월 14일 방문) 참조.

68) 국립국어원 표준국어대사전 원리2「2」 (<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>) (2020년 12월 14일 방문); 다음 한국어사전 원리1(3) (<https://small.dic.daum.net/word/view.do?wordid=kkw000195174&supid=kku000247008>) (2020년 12월 14일 방문) 참조.

69) 이상 허완중(주 30), 19~20쪽.

다는 것이다. 끝으로 대한민국이 민주공화국이라는 것이 헌법의 핵심이고 기본원리라는 것이다. 그동안 공화국원리가 소홀히 다루어진 이유는 여러 가지가 있다. 먼저 오랫동안 독재에 대한 투쟁을 하는 과정에서 공동체보다 개인의 권리 보호가 우선시되었던 현실을 무시할 수 없다. 즉 국가를 위한 개인의 희생을 강조하였던 독재권력에 저항하면서 공동체를 강조하는 공화국원리에 관심을 두기 어려웠다. 다음으로 공화국 개념이 국가형태 문제로서 군주제 부정의 의미로 축소되어 이해되면서 공화국원리까지 살필 동력이 상실되었다. 다만, 공화국 개념을 국민 스스로 확장하였으나, 헌법학계가 이를 인식하고 수용하는 데 관심이 없었던 점은 잊지 말아야 한다. 끝으로 공화국원리가 민주주의와 혼동되거나 결합하면서 공화국원리의 내용 대부분이 민주주의라는 이름으로 다루어지면서 공화국원리는 논의 대상에서 사라졌다.

공화국은 구성원 모두가 소유하는 국가이다. 그래서 공화국 활동은 구성원 모두의 이익, 즉 공공의 이익을 위한 것이어야 한다. 공공의 이익을 달성하려면 특정 개인이나 집단, 계급이 아니라 구성원 모두가 공동으로 국가의사를 결정하고 실현하여야 한다. 이것을 위해서는 구성원이 서로 지배하지도 지배받지도 않으면서 동등한 지위에 있어야 한다. 이러한 점에서 헌법원리로서 공화국원리는 국가 구성원인 국민이 공동으로 공공의 이익을 추구함으로써 어떠한 지배도 하거나 받지 않도록 하라는 것이다. 여기서 공공의 이익은 다수의 이익이 아니라 국민 모두의 이익이다. 공공의 이익을 추구한다는 것이 개인의 이익을 무시하라거나 무시할 수 있다는 것이 아니다. 좋은 공동체를 만드는 것이 개인의 이익을 누리는 데 ‘도구적 의미’에서 절실하다는 것이다.<sup>70)</sup> 그리고 공화국원리는 결과보다는 과정과 그 조건에 초점을 맞춘다. 공화국원리는 특정한 국가를 가리키는 것이 아니라 특정한 국가를 만들기 위한 조건이다. 이로 말미암아 공화국원리는 민족국가원리처럼 다른 기본원리보다 구체성이 떨어진다. 이러한 점에 비추어 공화국원리는 어떠한 지배도 받지 않는 국민이 공공의 이익을 공동으로 추구하기 위한 기본조건이다. 헌법재판소는 공화주의 이념은 특정인이나 특정세력에 의한 전제적 지배를 배제하고 공동체 전체의 동등한 구성원의 통치를 이상으로 한다고 하면서, 공민으로서 시민의 지위를 강조하고 이들에 의해서 자율적으로 이루어지는 공적 의사결정을 중시하고 시민의 정치적 동등성, 국민주권, 정치적 참여 등의 관념을 내포한다고 한다.<sup>71)</sup>

공화국원리의 직접적 근거는 헌법 제1조 제1항이다. 그러나 헌법전 여기저기서 공화국원리의 근거를 찾을 수 있다. 이것은 공화국원리가 헌법의 기본원리라는 점에 비추어 당연하다. 먼저 대한민국 임시정부가 처음 공화국원리를 받아들이고 줄곧 공화국원리를 고수하였다는

70) 김병록(주 52), 23쪽 참조.

71) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 16-17.

점에서 그리고 4·19 혁명은 민주공화국을 국민이 처음으로 실현한 것이라는 점에서 헌법 전문의 대한민국 임시정부 법통과 4·19 민주이념 계승도 공화국원리의 근거가 된다. 그리고 공화국원리가 국민주권원칙을 전제한다는 점에서 헌법 제1조 제2항도 공화국원리의 근거이다. 특히 대한민국 임시정부 헌법에서 공화국규정을 두지 않을 때도 국민주권규정을 둔 점(1919년 대한민국 임시헌법 제2조, 1940년 대한민국 임시약헌 제1조)을 주목하여야 한다. 이것은 대한민국이 공화국임을 포기한 것이 아니라 국민주권규정으로 공화국규정을 대신한 것으로 볼 수 있다. 또한, 공화국이 공공의 이익 추구를 목적으로 한다는 점에서 공공의 이익 추구를 명시한 전문의 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기”한다는 헌법 전문과 헌법 제23조 제2항과 제3항, 제37조 제2항, 제119조 제2항 등도 공화국원리의 근거가 될 수 있다.

공화국원리는 좌·우익이 갈리기 시작한 1920년대부터 좌·우익 모두 동의한 국가형태이다. 이러한 점은 현재 남한과 북한도 마찬가지이다. 특히 남한의 영문 국호는 ‘Republic of Korea’이고 북한의 정식 국호는 ‘조선민주주의인민공화국’으로 양쪽 국호 모두에 공화국이 들어간다. 이러한 점에서 공화국원리는 남한과 북한이 모두 동의하는 헌법상 기본원리이다. 물론 남한과 북한이 말하는 공화국은 다를 수 있고, 현재 다른 것으로 보인다. 하지만 공화국원리의 내용에 관한 합의를 끌어내는 과정 자체를 통일 과정으로 볼 수 있다. 함께 나눌 대화의 주제가 있다는 것 자체가 통일의 물꼬를 트는 중요한 계기가 될 수 있다. 북한이 거부감을 느낄 수 있는 자유민주주의 혹은 자유민주적 기본질서에 관한 논의를 비껴 나갈 길을 열어줄 수 있는 것도 공화국원리이다. 이러한 점에서 공화국원리는 민족국가원리와 함께 통일의 구심점 역할을 할 수 있다.

### 3. 공화국원리의 기본원리성

#### (1) 헌법의 기본원리의 개념

헌법의 기본원리는 ① 헌법의 이념을 실현하는 헌법적 과제를 수행하기 위한 것으로서 ② 전체 헌법질서를 형성·유지하는 데 기준이 될 만큼 비중이 있는 ③ 헌법의 (지도적인) 원리를 말한다.<sup>72)</sup> 헌법의 기본원리는 1차적으로 국가와 국가조직의 형태를 결정하는 원리를

72) 헌법의 기본원리를 헌법질서의 전체적 형성에서 그 기초나 지주가 되는 원리[계희열(주 46), 194쪽], 헌법의 이념적 기초가 되는 것이면서 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리[권영성(주 44), 125쪽], 정치적 통일과 정의로운 경제질서를 형성하고 국가의 과제를 수행하는 데 준거가 되는 지도적 원리[홍성방(주 46), 112쪽], 국가질서를 실질적으로 형성하고 유지하는 기준이나 지침이 되는 원리[장영수, 헌법학(제12판), 홍문사, 2020, 137쪽], 헌법의 기본이 되어 헌법 전반을 관통하는 원리[이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사, 2019, 114쪽], 헌법 전체를 지배하는 기초적 원리이자, 헌법질서의 지주가 되는 원리[김하열, 헌법강의(제2판), 박영사, 2020, 51쪽], 정치적 공동체의 기본골격과 조직을 마련하고, 마련된 법적 토대가 올바르게 유지될 수 있도록 기본적인

중심으로 논의되었으므로 국가(를)구성(하는)원리라고도 부른다.<sup>73)</sup> 헌법의 기본원리는 헌법 제정이라는 시원적 행위를 통하지 않고는 포기할 수 없는 규범적 내용으로서 헌법이 창설하는 국가의 본질을 형성하는 내용이다.

헌법의 기본원리는 먼저 ① 헌법의 이념을 실현하려는 헌법적 과제를 수행하기 위한 것이어야 한다. 헌법의 기본원리는 헌법이 지향하는 이념과 가치를 실현하기 위한 헌법의 원리이다. 헌법의 기본원리는 이러한 이념과 가치를 구체화하는 헌법적 과제(기능)를 하나의 원리 안에 묶어주고 그 과제를 전체 헌법질서 안에서 헌법이 지향하는 이념과 가치를 실현하는 데 지향 되도록 연결해 준다. 예를 들어 헌법이 국가기능을 입법, 집행, 사법으로 나누고 각기 다른 기관에 기능을 귀속시키는 것(권력분립)과 기본권 보장의 관계를 법치국가원리라는 헌법의 기본원리 틀 안에서 이해할 수 있다. 이렇게 헌법이 부여한 과제(기능)가 하나의 헌법원리 안에서 이해됨으로써 그것이 지향하는 이념과 가치를 분명하게 밝힐 수 있다.<sup>74)</sup>

다음으로 ② 전체 헌법질서를 형성·유지하는 데 기준이 될 만큼 비중이 있는 것이어야 한다. 헌법의 기본원리는 헌법의 특정 영역에만 적용되는 원리가 아니라 전체 헌법질서를 형성하고 유지하는 데 기준이 될 정도로 전체 헌법질서에서 차지하는 비중이 큰 것이어야 한다. 예를 들어 비례성원칙이나 보충성원칙은 중요한 헌법(해석)의 원리이지만 헌법의 기본원리라고 할 수는 없다. 오늘날 헌법국가에서 전체 헌법질서에서 차지하는 비중이 커서 거의 이론(異論) 없이 합의될 수 있는 헌법의 기본원리로는 민주국가원리(민주원리, 민주주의), 법치국가원리, 사회국가원리를 들 수 있다. 그 밖에 평화국가원리, 문화국가원리, 환경국가원리 등이 논의된다. 헌법의 기본원리가 전체 헌법질서에 관련된다는 점에서 전체 헌법질서에 관련되면 ‘원리’, 헌법질서 일부와 관련되면 ‘원칙’이라고 구별하여 사용하는 것이 바람직하다.<sup>75)</sup>

끝으로 ③ 헌법의 지도적인 ‘원리’를 말한다. 헌법의 기본 ‘원리’ 그 자체는 헌법의 기본 ‘이념’과 구별된다. 원리는 이념을 지향하며 이념을 실현하기 위한 틀이다. 그리고 ‘원리’는 객관적인 것으로 주관적인 ‘권리’와 구별된다. 원리는 추상적이거나 일반적 내용을 담는다는 점에

고 구조적이며, 기초를 이루는 원리(김학성/최희수(주 44), 122쪽), 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리(성낙인(주 44), 131쪽), 헌법의 이념적 기초가 되는 것이면서 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리(고문현, 헌법학개론(제2판), 박영사, 2020, 29쪽), 헌법제정권자의 근본결단에 관한 사항으로서 헌법과 국가의 정체성 및 성격을 구성하는 원리(정만희, 헌법학개론, 피앤씨미디어, 2020, 92쪽), 정치적 통일을 형성하고 국가 과제를 수행하는 데 준거가 되는 지도원리(Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 114 (콘라드 헤세, 계획열 옮김, 통일독일 헌법원론, 박영사, 2001, 77쪽), 국가조직 형태를 결정하는 지도적 헌법원리(Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 552)라고도 정의한다.

73) 이상 허완중(주 30), 15~16쪽.

74) 이상 허완중(주 30), 16쪽.

75) 이상 허완중(주 30), 16~17쪽.

비추어 그 자체에서 구체적인 권리를 도출할 수는 없다. 물론 원리도 개별 헌법규정과 결합하여 구체적인 권리의 근거가 될 수는 있다.<sup>76)</sup>

주의할 것은 헌법의 기본원리는 서로 구별되는 영역에서 발전해 온 것이 아니라 다른 기본 원리와 독립적으로 또는 서로 영향을 주고받으면서 발전해 왔다. 따라서 각 기본원리는 일정 영역에서 서로 겹치는 내용을 담기도 하고, 때로는 어떤 내용이 어느 기본원리에 해당하는지가 모호하기도 하다. 그리고 이러한 되먹임(feedback) 현상은 현재진행형이다. 이는 헌법의 기본원리가 지닌 포괄성에서 비롯하는 피할 수 없는 결과이기도 하다. 다만, 기본원리의 내용이 중첩되고 서로 제어하고 보완하더라도 각자의 고유한 내용은 있어야 한다.<sup>77)</sup> 그리고 구체적인 위헌심사기준을 도출하기 어렵다는 것이 기본원리성을 부정하는 근거가 되지 못한다. 법치국가원리를 제외한 다른 기본원리들도 구체적인 위헌심사기준을 거의 담고 있지 못하기 때문이다. 법치국가원리가 구체적인 위헌심사기준을 다수 포함하는 것은 법치국가원리가 법의 해석과 적용을 직접 대상으로 한다는 특수성에서 비롯한다.

## (2) 헌법 기본원리의 규범적 의의

헌법의 기본원리는 헌법규정을 비롯한 모든 법령을 해석하고 적용하는 기준이 된다는 데 규범적 의의가 있다. 따라서 먼저 ① 법적으로 의심스러운 문제를 해결할 때 해석상 보조수단이 되고, ② 법규정의 흠결이 있을 때 그를 메울 수 있는 포괄적 구성요건이 된다. 그리고 헌법의 기본원리는 ③ 국가기관과 국민이 존중하고 준수하여야 할 최고의 가치규범으로서 ④ 입법권 행사의 범위와 한계를 확정하고 국가정책결정의 방향을 제시하는 기준이 될 뿐 아니라 헌법재판을 포함한 모든 재판의 심사기준이며, ⑤ 그 핵심 부분은 헌법 개정의 내재적 한계가 된다.<sup>78) 79)</sup>

76) 이상 허완중(주 30), 17쪽.

77) 방승주(주 60), 209쪽 참조.

78) 계획열(주 46), 194~195쪽; 권영성(주 44), 125~126쪽; 고문현(주 72), 29쪽; 김선택(주 62), 71쪽; 석인선(주 44), 83쪽; 홍성방(주 46), 112쪽 참조.

헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 103: “우리 헌법은 그 전문과 제1조에서 헌법의 최고이념 내지 기본원리가 국민주권주의와 자유민주주의임을 천명하고 있으며 이는 헌법조문을 비롯한 모든 법령해석의 근거 내지 기준이 되는 부동의 최고원리이고 모든 국가작용이 이에 기속되므로 법률의 제정 및 정책의 시행도 위 기본원리를 일탈할 수는 없는 것이다.”

헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380: “헌법의 기본원리는 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리로서 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며, 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나 기본권의 해석 및 기본권제한입법의 합헌성 심사에 있어 해석기준의 하나로서 작용한다.”

헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238등, 판례집 13-2, 383, 400: “대한민국의 주권을 가진 우리 국민들은 헌법을 제정하면서 국민적 합의로 대한민국의 정치적 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 이념적 기초로서 헌법의 지도원리를 설정하였다. 이러한 헌법의 지도원리는 국가기관 및 국민이 준수하여야 할 최고의 가치규범이고,



### (3) 공화국원리의 기본원리 해당 여부

먼저 ① 공화국원리는 헌법이 창설한 국가형태를 확정하면서 이러한 국가를 만들기 위해서 국가를 어떻게 조직하고 운영하여야 하는지를 제시한다. 이러한 과정에서 공화국원리는 공화국 건설이라는 헌법적 이념을 실현하기 위한 다양한 헌법적 과제를 구체화한다. 이러한 헌법적 과제는 공화국원리로 하나로 묶여 통일적인 지향점을 가지게 된다. 특히 기본권과 국가조직 사이의 긴밀한 결합을 통해서 헌법 전반에 해석 지침을 제공한다. 따라서 공화국원리는 헌법의 이념을 실현하는 헌법적 과제를 수행하기 위한 것이다. 다음으로 ② 공화국원리는 국가형태를 확정하는 데 그치지 않고 기본권을 어떻게 이해하고 실현하여야 하는지와 국가기관을 어떻게 조직하고 운영하는지를 다룬다. 즉 공화국원리는 기본권 보호는 물론 국가조직에 관한 전반적인 사항과 관련이 있다. 따라서 공화국원리는 전체 헌법질서를 형성하고 유지하는 기준이어서 헌법상 비중이 매우 크다. 특히 공화국원리는 민주국가원리(민주원리, 민주주의), 법치국가원리, 사회국가원리와 문화국가원리의 근거와 필요성을 제공하고 그 내용을 수정하고 보완하는 기능을 수행한다. 끝으로 ③ 공화국원리는 직접 기본권을 도출하고 확정하는 기능을 수행하는 것이 아니라 개별 기본권의 내용을 확정하는 길잡이 역할을 할 뿐이다. 따라서 공화국원리는 주관적인 권리와 직접적인 관련이 없다. 그리고 공화국원리는 끝없이 추구하여야 할 무엇이 아니라 특정한 국가형태를 완성하기 위한 구체적 틀이다. 따라서 공화국원리는 원리에 해당한다. 이러한 점에 비추어 공화국 원리는 헌법의 기본원리에 해당한다. 공화국원리를 기본원리로 보는 것은 기존에 없던 내용을 공화국원리를 매개로 헌법적 지위로 끌어올리려는 것이라기보다는 헌법전 여기저기에 흩어져 있던 내용을 유기적으로 종합하는 상위원리로서 공화국원리를 설정하고 그 내용을 구체화하려는 것이므로 설령 그 내용과 관련하여 의견 차이가 있더라도 이는 헌법의 규범성이라는 차원에서 큰 문제가 되지 않는다.<sup>80)</sup> 공화국원리는 기존 헌법규정을 실질적 측면에서 체계적으로 충실하게 해석하자는 것이다.

## 4. 공화국원리와 민주국가원리(민주원리, 민주주의)의 관계

그동안 공화국원리가 크게 주목받지 못한 가장 큰 이유는 공화국원리의 내용 대부분이 민주국가원리(민주원리, 민주주의)의 내용으로 논의되었기 때문이다. 그래서 (군주제가 없거

헌법의 각 조항을 비롯한 모든 법령의 해석기준이며, 입법권의 범위와 한계 그리고 국가정책결정의 방향을 제시한다.”

79) 이상 허완중(주 30), 17쪽.

80) 이계일, 헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구, 헌법학연구 제17권 제1호(2011), 89~90쪽.

나 군주가 실제 통치권을 행사하지 않는 국가형태인 공화주의에 대립하는 국가형태로 군주주의를 드는 것은 더는 의미가 없고 공화주의 내용 대부분이 민주주의의 이념·내용 및 제도 등이 발전하면서 민주주의에 포섭되었다고 하면서 이미 민주주의가 정착한 현대에는 국가형태로 공화주의는 역사적 의미를 다하였다는 주장까지 있다.<sup>81)</sup> 그러나 미국을 중심으로 한 여러 국가에서 공화주의가 새롭게 이해되고 해석된다는 점<sup>82)</sup>은 공화주의가 민주주의에 응급계(완벽하게) 포섭되지 않았을 뿐 아니라 민주주의와 구별되는 독자적 내용을 담고 있음을 가리킨다. 이러한 점에서 공화국원리를 민주국가원리(민주원리, 민주주의) 일부분으로 이해하여 무시하기보다는 공화국원리가 민주국가원리(민주원리, 민주주의)와 다른 점이 무엇인지 그리고 공화국원리의 독자적 의미가 무엇인지를 살펴보아야 한다. 헌법재판소는 공화주의 이념이 자유주의 이념과 함께 민주주의 체제에 큰 영향을 주었다고 하면서 공화주의 이념은 민주주의원리로 표현되고, 자유주의 이념은 법치주의원리로 반영되어 있다고 한다.<sup>83)</sup> 이러한 헌법재판소 의견은 민주주의는 공화주의에서, 법치주의는 자유주의에서 기원하는 것으로 이해한다. 그러나 공화주의와 민주주의는 서로 내용이 다르고 구별될 뿐 아니라 공화주의는 법치를 강조하여 법치주의와도 밀접한 관련이 있다는 점에서 이러한 의견은 문제가 있다.<sup>84)</sup>

민주주의(democracy)는 인민을 뜻하는 ‘demos’와 지배로 해석되는 ‘cracy’의 합성어로서 ‘인민의 지배’를 지향한다. 따라서 민주주의는 일반적으로 ‘다수파에 의한 소수파 지배(다수결 지배)’를 인정하는 체제를 말한다.<sup>85)</sup> 그러나 공화국원리는 다수파와 소수파의 존재를 모두 인정하면서 누가 정권을 잡더라도 ‘비지배적 자유 상태’를 추구하는 견제와 균형을 통한 공생 상태, 즉 국민통합을 추구하는 체제이다.<sup>86)</sup> 따라서 민주국가원리(민주원리, 민주주의)는 권력의 소재를 강조하지만, 공화국원리는 권력의 행사방식에 중점을 둔다.<sup>87)</sup> 민주국가원리(민주원리, 민주주의)는 다수가 의사를 결정한다고 하지만, 공화국원리는 다수 의견의 정당성에 관한 검토를 요구한다. 즉 공화국원리는 다수 의견이라고 하더라도 잘못된 것일 수 있다는 점을 강조한다. 다수의 의사와 이익이 모두의 의사와 이익은 아니기 때문이다. 공화국원리는 끝까지 소수의 의사와 이익을 포기하지 말 것을 주문한다.<sup>88)</sup> 이를 통해서 공화국원리는 일반

81) 전광석, 한국헌법론(제15판), 집현재, 2020, 75쪽.

82) 대표적으로 모리치오 비톨리, 김경희/김동규 옮김, 공화주의, 인간사랑, 2006; 마이클 샌델, 안규남 옮김, 민주주의의 불만, 동녘, 2012; 필립 페티, 박준혁 옮김, 신공화주의, 나남, 2012.

83) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 16-17.

84) 같은 견해: 신용인, 민주공화주의에 대한 헌법적 고찰, 국민대 법학논총 제28권 제3호(2016), 356~357쪽.

85) democracy를 민주주의가 아니라 다수정으로 번역하는 것이 적절하다는 주장으로는 최정욱, ‘Democracy’는 민주주의가 아니라 다수정이다, 비교민주주의연구 제5집 제1호(2009), 37~75쪽.

86) 채진원, 민주주의, 민족(국가)주의, 세계시민주의 그리고 공화주의, 공화주의의 이론과 실제, 인간사랑, 2019, 125쪽.

87) 신용인(주 84), 356쪽.

88) 이동수, 민주화 이후 공화민주주의의 재발견, 동양정치사상사 제6권 제2호(2006), 6~7쪽; 같은 사람, 개화와

다수의 자의적 지배를 차단하고자 한다.<sup>89)</sup> 따라서 다수의 지지로 선출된 대표자의 행위라도 언제나 정당성이 인정되는 것은 아니다. 즉 공공의 이익 실현에 어긋나는 대표자의 행위는 정당성이 부정된다. 공화국원리로 말미암아 대표자는 자신을 지지한 다수의 대표가 아니라 자신을 지지하지 않은 소수도 끌어안는 국민 전체의 대표가 되어야 한다. 그리고 민주국가원리(민주원리, 민주주의)는 어떠한 목적을 달성하기 위한 절차를 다룬다. 이와 비교하여 공화국원리는 달성하여야 하는 목표를 제시한다. 즉 민주주의는 주어진 문제를 해결하기 위한 공론장을 만들고 운영하는 원리이지만, 이러한 공론장이 지향하는 것은 공화국원리에 따른 공공의 이익이다.<sup>90)</sup>

민주국가원리(민주원리, 민주주의)는 국민의 정치 참여를 양적 측면에서 적극적으로 확대하는 데 이바지한다. 하지만 다수파 지배와 다수결에 따른 의사결정을 내용으로 하는 민주주의는 다수파 전횡에 따른 소수파 무시, 중우정치, 대중영합주의(Populism), 선동정치에 취약하여 과두정과 중우정, 참주정 등으로 타락할 수 있다. 즉 민주국가원리(민주원리, 민주주의)는 국민의 정치 참여를 질적 측면에서 확대하는 데 어려움을 겪는다. 그러나 공화국원리는 시민 참여를 양적 측면에서 확대할 뿐 아니라 숙의와 국민통합을 추구하는 덕성 있는 시민의 참여를 강조함으로써 민주국가원리(민주원리, 민주주의)의 이러한 타락을 방지할 수 있다. 그리고 공화국원리는 끝까지 소수파의 의사와 이익을 존중함으로써 공공의 의사와 이익이 다수파의 의사와 이익만으로 남지 않도록 함으로써 국민주권원칙이 단순한 정당성 근거로 전락하는 것을 막아준다. 즉 공화국원리는 국민주권원칙의 실질화를 요구한다. 또한, 공화국원리는 공공의 이익을 강조하여 공공의 이익에 어긋나는 의사결정을 인정하지 않는다. 이러한 점에서 공화국원리는 상대주의를 부분적으로 배제하여 방어적 민주주의나 전투적 민주주의를 대체할 수 있다. 그리고 공공의 이익을 침해하는 가치를 인정하지 않음으로써 다원주의를 제한한다. 이러한 점에서 공화국원리는 민주국가원리(민주원리, 민주주의)를 제한하고 보완하는 기능을 수행한다.

공화국원리는 비지배적 자유와 공공복리라는 추상적·가변적 개념을 제시한다. 하지만 비지배적 자유와 공공복리의 구체적 의미가 무엇인지 그리고 이를 어떻게 구체적으로 확정할 것인지에 관해서 말하지 않는다. 비지배적 자유와 공공복리의 구체적 개념은 결국 국민의 합의를 통해서 확정할 수밖에 없다. 이렇게 합의에 이르는 과정은 민주국가원리(민주원리, 민주주의)가 채운다.

공화민주주의, 정신문화연구 제30권 제1호(통권 제106호)(2007), 7~8쪽 참조.

89) 서장운(주 61), 53쪽 참조.

90) 전민형, 공화국원리와 공무원의 공의의무, 법학석사학위논문, 고려대학교, 2013, 77~78쪽 참조.

## 5. 헌법내재적 개정한계인 공화국원리

공화국원리가 헌법의 근본적 동일성을 구성하는 핵심적인 사항으로서 헌법내재적 개정한계에 해당하는지가 문제 된다. 국가형태는 과거에 군주국인지 공화국인지와 관련한 국가의 외형적인 형태를 가리켰다. 그러나 오늘날에 국가형태는 국가의 기본적인 성격이나 질서를 지칭한다. 따라서 민주국가(민주주의), 법치국가, 사회국가, 문화국가 등을 고려하여 국가형태의 의미를 파악하여야 한다. 예를 들어 민주국가원리(민주원리, 민주주의)를 해치지 않으면서 상징적 존재로서 군주제를 도입하는 것은 고전적 의미의 국가형태 변경일 뿐이고, 국가의 본질에 변화가 없으므로 헌법 개정 한계인 국가형태 변경이라고 할 수는 없다. 그러나 ① 대한민국 국민이 공화제를 채택하여 70년이 넘도록(1919년 대한민국 임시정부에서 공화국을 채택한 이래로는 100년이 넘도록) 특별한 이의 제기가 없었고, ② 촛불혁명에서 명확하게 드러났듯이 국민 스스로 공화국을 헌법에서 제일 중요한 내용으로 이해할 뿐 아니라 ③ 공화국원리를 1954년 헌법에서 실정헌법적 개정한계로 규정한 적도 있었다. 따라서 이제 공화국원리는 국민의 기본적 합의사항으로서 헌법의 동일성을 결정하는 핵심적 사항이 되었다고 볼 수 있다. 그러므로 이를 헌법 개정의 한계사항으로 보아야 하고, 헌법개정절차에 따르더라도 (입헌)군주제로 이행하는 것은 허용되지 아니한다.<sup>91)</sup>

## IV. 공화국원리의 내용

### 1. 지배 배제

공화국원리는 지배 자체를 허용하지 않는다(비지배). 즉 공화국원리는 모든 대내·외적 지배를 부정한다. 이것은 군주 지배와 외국 지배 부정에서 시작하여 국제기구 지배와 독재 부정으로 발전하면서 확대된 한국 헌법사상 공화국의 의미 변천에서 확인된다. 공화국원리는 모든 국민이 지배받지 않는 것은 물론 지배하는 것도 인정하지 않는다. 여기서 부정 대상은 주관적 지배, 즉 자의적 지배를 말하지 객관적 지배를 가리키지 않는다. 그래서 공화국원리는 객관적 지배, 즉 법을 통한 지배인 법치는 허용한다. 주관적 지배에는 인적 지배<sup>92)</sup>는 물론 종교나

91) 국민정서상으로도 군주제는 도입할 수 없다. 그리고 세습이 아닌 종신직대통령제를 도입하더라도 민주적 체제 안에서 한시적 정당성을 부여하는 임기제가 적용되지 않는 국가기관은 군주와 달리 판단할 수 없고, 마찬가지로 그러한 헌법 개정도 허용되지 않는다.

92) 이현환, '공화국' 일고, 사회과학연구 제4집(1991), 357쪽 참조.

이념에 따른 지배<sup>93)</sup>도 포함한다. 한국에서는 군주가 자기 역할을 제대로 하지 못하면서 지배자의 지위를 잃었고, 양반은 스스로 나라를 팔아먹음으로써 자신의 권위가 무너졌으며, 양심적인 양반은 증인과 평민, 천민과 함께 새로운 나라를 건설하고자 하였다. 이러한 점에서 1인(군주), 소수(귀족), 다수(인민)를 전제로 하는 혼합 정부론(이는 집행부, 상원, 하원으로 나타난다)은 한국에 수용되지 않았다. 이는 대통령이나 국무총리가 군주를 대신하고, 상원이 설치되지 않는 모습으로 나타났다. 한국에서는 인민 혹은 국민으로 융합된 평등한 전체 구성원이 정치를 담당하였다. 이는 한국에서 기존 권위를 인정하지 않는 형태로 표출된다. 그리고 이는 급격한 사회적 변동의 원인이다.

지배받지도 지배하지도 못하는 사람들은 서로 평등하다. 따라서 공화국에서는 누구도 다른 인간을 지배할 만큼 특별한 사람이 없다. 즉 모든 국민은 평등하다. 헌법 제11조도 이를 확인한다. 특히 기본권장에서 자유권보다 평등권을 먼저 규정한 것은 자유보다 평등을 우선함을 뜻한다. 공화국규정을 처음 둔 대한민국 임시헌장도 공화국규정과 국민주권규정을 두고 나서 제3조에서 남녀·빈부·계급의 차별이 있어선 안 된다고 평등 가치를 내걸었다. 1948년 헌법 제5조도 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에서 각인의 평등을 존중한다고 명시하였다. 평등한 국민은 국가의사를 결정할 때도 동등할 수밖에 없다. 따라서 공화국원리는 인민주권이 나 국민주권을 전제한다. 이것은 공화국에서 국가가 공유라서 국가권력도 한 개인이나 집단이 독점하는 것이 아니라 모든 국민이 공유한다는 점에서도 확인된다. 그리고 공화국원리가 기본적으로 군주제, 즉 군주주권 부정을 가리키므로, 당연히 공화국원리는 인민주권이 나 국민주권과 결합한다. 그래서 헌법 제1조는 제1항에서 공화국을 규정하면서 제2항에서는 국민주권을 규정한다. 이것은 대한민국 임시정부 헌법에서 공화국을 계속 고수하면서 공화국규정을 두지 않을 때 국민주권규정으로 대신할 수 있었던 이유이다. 그리고 1919년에 여러 임시정부를 통합하여 하나의 대한민국 임시정부를 만들 때 한성 정부의 법통을 이어받은 것에서도 국민주권원칙을 발견할 수 있다. 다른 임시정부와 달리 한성 정부는 전국 13개 도 대표가 종로에서 국민회의를 열어 만든 임시정부였다. 게다가 공화국규정을 처음 둔 대한민국 임시정부가 전국에 들불처럼 번져간 온 민족의 만세시위에 따른 결과물로 탄생한 것이라는 점에서도 국민주권원칙 선언은 당연하였다.<sup>94)</sup> 특히 모든 형태의 지배를 거부하는 것은 모든 국민이 평등하고 주권자일 때만 가능하다. 대한민국 임시정부 헌법의 이론적 기초<sup>95)</sup>로서 1948년

93) 이현환(주 92), 356~357쪽 참조.

94) 한인섭(주 12), 180쪽 참조.

95) 1941년 11월 28일 대한민국 임시정부 국무회의에서 통과된 대한민국 건국강령 제1장 제2조는 건국강령이 삼균제도에 역사적 근거를 둔다고 명시하고, 제1장 제6조에서 1931년 4월 대외선언에서 삼균제도의 건국원칙을 천명하였다고 규정하였다.

헌법에도 직접 영향을 미친<sup>96)</sup> 삼균주의도 평등주의로서 개인과 개인 사이의 균등을 강조한다.<sup>97)</sup> 국민주권원칙은 평등주의와 다시 결합하여 미성년자의 정치 참여를 확대할 것을 요구한다. 미성년자도 국민 일부로서 주권자임이 명확하므로 가능한 한 국가의사 결정에서 배제하지 말아야 하기 때문이다. 이때 정치 참여 확대는 선거연령을 낮추는 것은 물론 피선거연령을 낮추는 것도 포함한다. 평등주의와 결합한 국민주권원칙에 비추어 성년자의 피선거권 제한은 정당성을 인정받기 어렵기 때문이다.

국민주권에서 국민은 대한민국이 한민족의 독립전쟁으로 탄생하였으므로, 한민족을 중심으로 대한민국 건설에 참여한 모든 사람과 그 후손을 말한다. 국민주권에 따라 모든 국가권력은 국민에게서 나온다(헌법 제1조 제2항 후단). 그리고 국가권력이 타락하거나 남용되면 국민에게서 비롯한 국가권력이 국민을 구속하여 지배하는 결과를 낳을 수 있다. 이러한 타락이나 남용을 막으려면 국가권력을 쪼개서 서로 견제와 균형을 이루도록 하여야 한다. 따라서 공화국원리는 권력분립원칙을 품는다. 헌법은 입법권은 국회에(제40조), 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에(제66조 제4항), 사법권은 법관으로 구성된 법원에(제101조 제1항)와 헌법재판소(제111조 제1항)에 부여함으로써 권력분립을 구체화한다. 이러한 점에서 한국 헌법은 혼합정을 수용하지 않았지만, 그 취지와 목적은 받아들였다. 공화국에서 어떤 개인이나 국가기관도 국가권력을 자의적으로 행사할 만큼 가져서는 아니 된다.<sup>98)</sup> 법치국가원리에서 권력분립원칙은 자유주의를 바탕으로 한 개인의 자유 보장에 중점이 있지만, 공화국원리에서 권력분립원칙은 국가권력 행사가 지배로 타락하지 않게 하는 권력통제를 중시한다.

공화국원리에서는 주종적 지배(예속) 관계가 없는 자유 상태를 최상의 상태로 여긴다. 그래서 사람에게 의한 지배가 아니라 법에 따른 객관적 지배, 즉 법치를 목표로 한다. 법치에서 법의 지향점은 공적 영역을 안정화하고 영속하는 것이다. 법에 따른 지배는 사람에게 의한 자의적 지배를 막을 수 있다. 그리고 법을 통해서 사적 지배를 배제하고 공적 지배를 강화할 수 있다. 법치는 자율성과 공공성의 조화를 가능하게 한다. 법치는 모든 구성원이 평등하게 참여하는 과정에서 이성적 심의를 통해서 제정된 성문법에 따라 지배하고 그 아래에서는 모두가 평등하여야 한다는 것이다. 법은 다수결원칙에 따라 제정될 수밖에 없다. 그러나 이때 소수의 의견을 따르는 사람은 진정한 동의가 아니라 복종을 경험할 것이다. 따라서 법에 동의하려면 법 제정에 참여할 뿐 아니라 공공의 이익에 관한 논의가 필수적이다.<sup>99)</sup> 이러한 점에서 공화국원리에서는 법에 따른 지배뿐 아니라 법의 내용도 중시한다.

96) 유진오가 1948년 헌법 초안을 작성할 때 참고한 자료에 대한민국 건국강령이 있다(유진오(주 42), 26쪽 주).

97) 홍선희, 조소앙의 삼균주의 연구, 부코, 2014, 19쪽.

98) 이승택(주 51), 239~240쪽.

99) 이상 이상형, 공화주의의 현실성, 철학연구 제134집(2015), 94~95쪽.

## 2. 비지배적 자유

개인은 국가를 비롯한 다양한 공동체에 속하지만, 끊임없이 이러한 공동체와 부딪히는 고유한 독자적 존재로서 공동체는 물론 다른 개인과 구별되는 다른 존재이다. 이러한 점에서 개인은 홀로 존재하는 것이 아니라 관계 속에서만 존재한다. 그래서 인간을 공동체적 동물<sup>100)</sup>이라고 한다.<sup>101)</sup> 공동체에서 인간이 맺는 관계는 공동체에 대한 측면과 다른 인간(개인)에 대한 측면의 이중성이 있고, 이 양 측면에서 동시에 국가적 삶을 조성한다. 그리고 인간은 다른 사람과 나누는 상호작용과 공동체 속에서만 자기의 참된 본질을 찾을 수 있고, 국가는 이미 주어진 것이 아니라 개개의 생활표현이 부단히 경신되고 형성되는 생활과정 속에 있다는 관점에서 보면, 국가는 인간이 참여하는 인간의 활동에 대한 전체적 표상이라서 인간은 국가를 날마다 창설하는 지위에 있다. 따라서 공동체 형성에 (윤리적인) 책임을 지는 인간상이 채택된다. 더불어 인간은 언제나 인간에 대해 이리나 신이 된다는 것은 기대할 수 없는 상상에 불과하므로 '인간은 인간에 대해서 인간'일 수밖에 없다. 즉 인간은 다른 사람을 해할 수도 도울 수도 있다. 침해 가능성에서 인격성(주체성)이, 부조 가능성에서 연대성(사회성)이 각각 도출된다. 인격성과 연대성은 각각 헌법국가에서 인간의 고유가치와 공동체 관련성/구속성에 대응된다. 그리고 시간의 흐름 속에서 인간의 정신적 능력이 성숙해 가는 점에 비추어 인간 자신의 역사성이 있다. 따라서 인간은 완성된 상태로 시간 속에 머물러 있는 것이 아니라 시간을 자기발전의 지평으로 삼는 존재이다. 이를 종합하면 헌법상 인간상은 '인격성(주체성)과 연대성(사회성)이 함께 있으면서, 국가 형성과 자기 발전적 형성 과정에 있는 존재'라고 규정할 수 있다.<sup>102)</sup> 헌법재판소도 헌법의 인간상을 "자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 자신의 책임 하에 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민 ... 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민"으로 본다.<sup>103)</sup> <sup>104)</sup>

공화국원리는 인간의 자유를 정치공동체 속에서 이루어지는 자기실현으로 파악하고, 그것

100) 아리스토텔레스(Aristoteles)의 '폴리스적 동물(zoon politikon)'을 번역한 말인데, '본질적으로 국가에서 살게 되어 있는 동물', '정치적 동물', '사회적 동물(animal sociale)' 등으로도 번역한다. 아리스토텔레스, 나종일 옮김, 정치학/시학(삼성세계사상 7), 삼성출판사, 1993, 44쪽; 이진우, 사회 - 자유의 토대인가 아니면 구속의 그물인가, 우리말 철학사전 1, 지식산업사, 2001, 64쪽 참조.

101) 이상 허완중, 기본적 인권을 확고하고 보장할 국가의 의무, 저스티스 제115호(2010. 2.), 69쪽.

102) 이상 김선택, 헌법 제9조 제1문 전단 인간으로서의 존엄의 의미와 법적 성격, 법학석사학위논문, 고려대학교, 1983, 15~25쪽. 참고로 독일 연방헌법재판소는 기본법의 인간상은 고립된 주권적 개인이 아니라고 하면서, 기본법은 개인의 고유가치를 침해하지 않으면서 개인의 공동체 관련성과 공동체 구속성의 의미에서 개인과 공동체의 긴장을 결정한다고 하였다(BVerfGE 4, 7 [15 f.]).

103) 현재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555; 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 461; 현재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 201.

104) 이상 허완중, 헌법 으뜸편 - 기본권론, 박영사, 2020, 235~236쪽.

을 정치공동체에 대한 자율적이고 적극적인 참여와 동일시한다. 연대성을 중시하는 공화국의 핵심은 공화국 구성원 사이의 자격 대등성에 있다. 이것은 누군가가 시혜적으로 주는 자유나 누군가를 지배하는 자유가 아닌 진정한 자유로서 '지배자가 없는 자유'를 보장한다. 즉 공화국 원리는 비지배적 자유를 보장한다. 모든 형태의 지배를 부정하는 공화국에서는 자유도 비지배에 이바지하여야 하기 때문이다. 그래서 비지배적 자유는 주종적 지배(예속) 부재를 가리킨다. 비지배적 자유는 공동체 속의 자유이고, 관계 속에서 누리는 자유이며, 다른 사람과 관계를 맺지만 구속되지 않을 자유이다. 다른 사람의 지배를 기꺼이 받아들이는 것은 간섭이 아니라서 소극적 자유를 침해하지 않는다. 하지만 이러한 때도 지배임은 부정할 수 없어서 비지배적 자유 침해이다. 비지배적 자유에서는 비지배의 조건 형성을 중시하기 때문이다. 따라서 스스로 동의하였더라도 비지배적 조건이 충족되지 않으면 다른 사람의 자의적 의지에 종속되는 자기기만적 동의에 해당하여 이러한 동의는 절대 인정될 수 없다.<sup>105)</sup> 이러한 점에서 비지배적 자유는 소극적 자유인 불간섭적 자유를 훨씬 뛰어넘는다. 주종적 지배나 예속이 없는 상태는 간섭 가능성 자체가 없는 상태이다.<sup>106)</sup> 자유를 불간섭이나 자기실현이 아니라 비지배와 동일시하면 거기서 타자와 공존, 즉 타자의 인정 및 타자와 연대를 동시에 추진할 이론적 교두보가 마련될 수 있다.<sup>107)</sup> 인격성과 연대성의 조화를 추구하는 헌법의 인간상에 적합한 자유는 비지배적 자유이다. 비지배적 자유는 외부적 방해 부재라는 점에서 소극적 성격이 있다. 하지만 행위 자체를 강조하는 소극적 자유와 달리 비지배적 자유는 어떤 행위 조건에 초점을 맞춘다. 그리고 비지배적 자유는 권리의 실질적 행사에 초점을 맞춘다는 점에서 적극적 성격이 있다. 하지만 비지배적 자유는 비지배적 조건의 구축과 유지를 목적으로 하므로 적극적 자유가 아니다.<sup>108)</sup> 공화국원리는 간섭이나 속박이 없는 상태로서 나타나는 자유가 전혀 가치가 없다고 보지 않는다. 그리고 이러한 자유를 지배나 예속이 없는 상태로써 자유보다 낮은 가치가 있는 것으로 간주하여야 한다는 것도 아니다. 공화국원리는 비지배적 자유와 소극적 자유가 충돌하면 비지배적 자유를 소극적 자유보다 우위에 두라고 한다. 그렇게 하는 것이 지배 배제라는 공화국의 핵심에 더욱더 들어맞기 때문이다.<sup>109)</sup>

전통적으로 인권은 모든 인간이 오로지 인간이라는 이유만으로 누리는 권리로 본다. 즉 인간이라는 종에 속하기만 하면 '당연히' 누리는 권리가 인권이다. 따라서 인권은 자연권이다. 하지만 인권은 내용의 불명확성과 보장수단 부재라는 결정적 약점이 있다. 그리고 헌법이

105) 박준혁, 공화주의, 한국정치학회 편, 정치학 이해의 길잡이: 정치사상, 법문사, 2008, 181쪽.

106) 고봉진, 공화주의 이론의 명암, 법과정제 제24권 제1호(2018), 4쪽.

107) 이국운(주 48), 238쪽.

108) 박준혁(주 105), 180~181쪽.

109) 이상 모리치오 비톨리(주 82), 120쪽.



창설한 국가를 통해서 보장되는 권리는 실정권일 수밖에 없다. 그래서 헌법학에서는 인권이 아닌 기본권을 주로 다룬다. 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리이다. 공화국이 보장하는 비지배적 자유는 국가 안에서 보장하는 권리라는 점에서 실정권일 수밖에 없다. 즉 비지배적 자유는 자연적으로 주어지는 것이 아니라 획득되거나 심의를 통해서 구성되는 것이다. 그래서 비지배적 자유의 자연성은 인정될 수 없고, 정치사회적 맥락에 따라 그 내용이 다르게 구성될 수밖에 없다.<sup>110)</sup> 이처럼 비지배적 자유는 보편적으로 확정되는 것이 아니라 공동체 안에서 확정되므로, 공화국원리는 권리의 상대성을 잘 설명할 수 있다.

국가를 국민 모두의 소유로 보는 공화국에서는 국가의사도 공동으로 결정한다. 국민이 공동으로 국가의사를 결정하려면 국민 사이의 정치적 평등이 보장되어야 한다. 그러나 아무리 정치적 평등이 형식적으로 보장되어도 사회적·경제적 평등이 보장되지 않으면 정치적 평등은 실질적으로 보장될 수 없다. 즉 공화국원리에서 말하는 평등은 오로지 정치적 평등만으로 보장되지 않는다. 한국에서는 전통적으로 평등 개념은 있었으나, 개인과 자유의 개념은 없었다. 그래서 헌법에서는 자유보다 평등이 우선한다. 이는 한국에서는 공동체와 공동체 구성원을 하나의 용어로(예를 들어 인민, 민족, 국민, 시민) 가리킨다는 점에서 확인된다. 그리고 개인보다는 이러한 용어로 자신을 자리매김하는 데 익숙하다는 점에서 더욱더 그렇다. 민주공화국을 헌법에 처음 도입할 때도 개인과 자유보다는 공동체와 평등을 중심으로 바라보았다. 즉 1919년 대한민국 임시헌장도 제1조 공화국규정과 제2조 임시의정원에 따른 통치 규정에서 바로 제3조에서 평등규정을 두었다. 그리고 삼균주의도 정치의 균등과 경제의 균등 그리고 교육의 평등을 내용으로 한다.<sup>111)</sup> 또한, 1948년 헌법이 제정되기 전이라서 헌법이 없던 1947년에 대법원이 앞으로 만들 헌법에 남녀평등이 포함될 거라고 하면서 남녀평등을 근거로 처의 행위능력을 제한하는 의용민법 제14조 적용을 배제한 것<sup>112)</sup>은 이미 이때 남녀평등이 가장 보수적인 대법원도 무시할 수 없을 만큼 보편화하였음을 보여준다. 그 밖에 헌법 전문에는 1948년 헌법부터 줄곧 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 한다는 내용이 있다. 더하여 한국 공화국의 독창성은 대한민국이 서양처럼 재산과 교양이 있는 사람, 즉 지킬 것이 많은 시민을 주축으로 만든 국가가 아니라 평등한 한민족이 만든 국가라는 점에서 비롯한다. 민주공화국도 개인보다는 국민을 강조하는 용어로 볼 수 있다. 이러한 점에서 공화국원리는 국민의 실질적 동등을 목적으로 하는 실질적 평등을 전제한다. 이러한 실질적 평등은 다양한 목소리를 지닌 사람들이 다양한 목소리를 낼 수 있게

110) 박준혁, 공화주의와 인권, 정치사상연구 제15집 제1호(2009), 36쪽 참조.

111) 홍선희(주 97), 19쪽.

112) 대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88 판결, 법정 제2권 제10호(통권 제13호)(1947. 10.), 49쪽.

하고, 그들의 참여를 가능하게 하는 기본조건이다. 이때 참여는 혼자 다 차지하는 것이 아니라 일부를 가지는 것이고, 공동체 일부분에 자신의 목소리를 반영하도록 하는 것이다.

실질적 평등은 모든 국민이 존엄과 자존심을 가지고 살아갈 수 있을 정도의 사회적·경제적·문화적 조건을 보장하라고 요구한다. 먼저 ① 누구도 가난 때문에 공적인 명예에서 배제되거나 오명을 얻어서는 아니 된다. 그리고 누구도 가난으로 말미암아 교육을 받지 못하거나 일자리를 얻지 못하여서는 아니 된다. 다음으로 ② 누구도 자신을 팔아야 할 만큼 가난하여서도 안 될 뿐 아니라 누구도 사적 혜택을 미끼로 다른 사람의 굴종을 살 수 있을 정도로 부유하여서도 아니 된다.<sup>113)</sup> 따라서 공화국원리에서는 자유 행사 가능성에 집중하는 자유권보다는 자유 행사의 조건 마련에 중점을 두는 사회권을 중요시한다. 자유권 보장만으로는 실질적 평등을 확보할 수 없기 때문이다. 여기서 공화국원리는 사회국가원리와 밀접한 관련성이 있다.

공화국원리에서는 기본권 제한의 필요성을 근거 지움으로써 기본권 제한을 예외로 보지 않는다. 공동체 안에서 누리는 권리는 필연적으로 다른 사람과 맺는 관계 속에서 일정 부분 양보를 하여야 하기 때문이다. 그리고 제한 없이 보장되는 기본권은 다른 사람의 희생을 전제하기 때문이다. 비지배적 자유에서는 비지배적 조건이 충족되지 않으면 사적 영역이라도 국가나 공동체가 개입하는 것을 정당화한다. 반대로 국가나 공동체의 개입이 비지배적 조건을 충족하지 못하면 거부되고 이에 대한 저항은 정당성을 인정받는다.<sup>114)</sup>

### 3. 공공복리

개념적 측면에서 공화국의 본질은 공공복리 추구이다. 국가가 국민의 것이라서 국가가 국민을 위해서 존재한다는 공화국에서는 누군가의 이익이 아니라 모두의 이익을 추구할 수밖에 없다. 공공복리에서 ‘공공’은 모든 국민과 두루 관련이 있거나 모든 국민에게 영향을 미치는 성질을 뜻한다.<sup>115)</sup> 따라서 ‘공공’은 사람들이 공동체를 이루어 함께 모여 산다면 (혹은 함께 살 수밖에 없다면) 다른 사람과 맺는 관계 속에서 사적인 것은 부분적으로 배제될 수밖에 없다고 한다. 그리고 ‘공공’은 창설된 공동체를 전제하는 삶은 다른 사람과 맺는 관계 속에서 비로소 각 구성원의 의미와 역할이 확정되어야 한다는 것이다. ‘복리’는 공동체 속에서 누리는 행복과 이익을 가리킨다. 즉 ‘복리’는 서로서로 배려하는 가운데 구성원 모두의 최소한의

113) 이상 모리치오 비롤리(주 82), 140~141쪽.

114) 박준혁(주 105), 181쪽.

115) 이영재, 근대와 민, 모시는사람들, 2018, 86~87쪽 참조.

행복과 이익을 보장하여 행복과 이익을 공유하는 것을 뜻한다. 따라서 '복리'는 단순한 사적 이익의 총합이 아니다.<sup>116)</sup> 그리고 공공복리에서 공익은 다수의 이익이 아니라 정당한 이익이다. 공공복리 추구는 사익을 배제하거나 무시할 수 있음을 뜻하지 않는다. 이것은 공익을 위해서 사익이 제한될 수 있음을 가리킬 뿐이다. 그러나 이것이 사익과 공익이 충돌할 때 언제나 공익이 우선함을 뜻하지도 않는다. 사익과 공익이 충돌할 때는 비지배적 조건 마련에 이바지하는 정도에 따라 해결하여야 한다. 이러한 점에서 공화국원리는 공익을 위해서 사익을 제한할 수 있는 근거를 제공한다. 그리고 공공복리는 권력 행사에 최소한의 방향을 제공하여 자의적인 권력 행사를 방지하는 역할을 한다. 또한, 공공복리는 최소한의 사법적 통제는 물론 다양한 정치적 통제도 가능하게 한다. 공공복리 추구는 법적으로 공직자에게 요구되는 것이고, 일반 국민에게는 행위나 판단의 근거를 제공하고 시민적 덕성을 키워야 하는 이유를 제공하는 데 그친다. 그리고 공공복리 추구로 말미암아 공화국원리에서 공동체를 우선함이 드러난다. 국가는 공공복리라는 명분으로 활동하고 그에 따라 지지를 얻으며, 국민은 국가 활동이 공공복리에 부합할 때만 지지하고 그 정책에 따른다.

공동체에서 적법한 의사결정 절차를 거쳐서 내린 결정은 일단 공공복리에 부합하는 것으로 추정된다. 행복과 이익의 최대화는 구체적·확정적 개념으로 미리 주어지지 않는다. 공공복리는 명확하게 정의할 수 없는 추상적·가변적 개념이기 때문이다. 따라서 공동체 구성원이 공공복리가 무엇인지를 매 순간 결정하고 이에 관해서 평가하여야 한다. 이러한 점에서 공공복리 추구는 공공의 삶 속에서 끊임없이 이행하여야 할 계속적 과제로 남는다.<sup>117)</sup> 먼저 헌법은 전문에서 우리와 우리 자손의 '안전과 자유와 행복'을 영원히 확보할 것을 다짐하고 나서, 재산권 행사는 '공공복리'에 적합하도록 하면서(제23조 제2항) '공공필요'에 따른 재산권의 수용·사용이나 제한과 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하도록 할 뿐 아니라(제23조 제3항) 국민의 모든 자유와 권리는 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리'를 위하여 필요한 경우만 법률로써 제한할 수 있으며, 제한할 때도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고(제37조 제2항) 규정하여 기본권을 공공복리를 위해서 제한될 수 있다고 한다. 그리고 대통령이 취임할 때 '국민의 자유와 복리 증진'에 노력한다고 선서하도록 하고(제69조), 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상 위기에서 '국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서'를 유지하기 위해서 긴급한 조치가 필요하고 국회 집회를 기다릴 여유가 없을 때만 최소한으로 필요한 재정·경제상 처분을 하거나 이에 관하여 법률의

116) 이상 전민형(주 90), 26쪽 참조.

117) 전민형(주 90), 28~29쪽 참조.

효력이 있는 명령을 발할 수 있으며(제76조 제1항), 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에서 병력으로써 군사상 필요에 응하거나 '공공의 안녕질서'를 유지할 필요가 있으면 법률이 정하는 바에 따라서 계엄을 선포할 수 있다고 규정하고(제77조 제1항), 지방자치단체는 '주민의 복리'에 관한 사무를 처리하게 함으로써(제117조), 집행기관이 공공복리를 추구하라고 명시한다. 특히 1948년 헌법 5조는 국가에 공공복리 향상을 위해서 이를 보호하고 조정하는 의무를 부과하였다.

의무는 자연적 의무와 자발적 의무 그리고 연대의무로 나눌 수 있다. 자연적 의무는 인간으로서 다른 인간, 즉 이성적 존재에게 지는 의무이다. 즉 인간으로서 당연히 지는 의무가 자연적 의무이다. 자발적 의무는 합의에서 발생하는 의무를 말한다. 그리고 연대의무는 특정한 공동체에 속함으로써 그 구성원이 지게 되는 의무를 뜻한다.<sup>118)</sup> 헌법이 규정한 기본의무는 국가공동체의 존립과 활동을 위해서 국민이 국가에 대하여 반대급부 없이 지는 개별적·구체적인 헌법적 부담이다. 기본의무는 국가공동체를 전제로 헌법전에 규정되어야 국민이 지는 의무이므로, 인간으로서 당연히 지는 의무가 아니다. 따라서 기본의무는 자연적 의무가 아니다. 기본의무는 헌법에 규정되면 국민이 그 의사와 상관없이 강제로 지므로, 국민이 합의를 통해서 스스로 선택하는 것이 아니다.<sup>119)</sup> 따라서 기본의무는 자발적 의무도 아니다. 기본의무는 특정한 국가공동체를 전제로 원칙적으로 국가공동체의 구성원인 국민이 지는 의무이다. 즉 기본의무는 국가의 구성원인 국민이 국가공동체에 속한다는 이유로 지는 의무이다. 따라서 기본의무는 연대의무이다.<sup>120)</sup> 이는 기본의무를 지는 국민이 관계적 인간이라는 점에서 비롯한다.<sup>121)</sup> 여기서 기본의무는 공화국원리와 맞닿아 있다. 공화국원리의 공공복리 추구는 국민이 기본의무를 져야 하는 근거를 제공한다. 공화국이 국민의 것이라면 국가공동체의 존립과 활동을 위해서 필요한 부담은 국민이 질 수밖에 없기 때문이다. 그래서 헌법은 모든 국민에게 납세의 의무(제38조)와 국방의 의무(제39조) 같은 국가유지적 기본의무뿐 아니라 특정 기본권의 충실한 실현을 위해서 재산권 행사의 공공복리적합의무(제23조 제2항)와 보호자녀를 교육받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의무(제32조 제2항)와 같은 기본권보완적 기본의무도 부과한다. 1919년 대한민국 임시헌장 제6조도 교육과 납세, 병역의 의무를 규정하였다.

118) 이상 마이클 샌델, 이창신 옮김, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010, 312~315쪽.

119) 물론 헌법은 국민이 합의하여 만들므로, 기본의무를 인정할 것인지, 인정한다면 어떠한 의무를 기본의무로 인정할 것인지는 국민이 합의하여 결정한다. 그러나 일단 헌법이 제정되고 헌법에 규정된 기본의무를 법률로 구체화하여 국민에게 부과하면, 국민은 기본의무의 인정과 이행을 선택할 수 없다.

120) 이상 허완중, 기본의무를 구체화하는 법률의 위험심사기준, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 5~6쪽.

121) BVerfGE 12, 45 (51) 참조: "독일 기본법은 자유와 인간의 존엄성 보호를 모든 권리의 최고목적으로 인식하는 가치구속적 질서이다. 그 인간상은 독재적인 개인이 아니라 공동체 안에 있어서 공동체에 대하여 다양한 의무를 지는 인격이 있는 인간이다."

#### 4. 시민적 덕성

국가는 선존하는 것이 아니라 국민이 만들고 만들어가는 것이다. 따라서 국가의 구성원이 누구인지에 따라 국가의 운명이 좌우된다. 따라서 국민의 자치 능력을 배양하고 좋음을 만들어 나가는 형성적 정치가 중요하다. 형성적 정치는 자치에 필요한 인격적 성질을 국민에게 함양하는 정치이다.<sup>122)</sup> 모든 국민이 좋은 국가를 만드는 데 이바지하는 것은 아니다. 그러나 그렇다고 하여 좋은 국가에 도움이 안 되는 일부 사람들을 버릴 수는 없다. 따라서 국가는 이러한 사람들의 덕성, 즉 시민적 덕성을 함양하여야 한다. 이러한 점에서 공화국은 국민이 지지하는 가치와 목적에 대해서 중립을 지킬 수 없다.<sup>123)</sup> 공화국에서 정치의 목적은 덕성을 보존하고 타락을 방지하는 것이다. 하지만 공화국은 국민이 현재 선호하는 것이 무엇인지를 고려하지 않고, 그것을 충족하려고도 않는다. 이러한 점에서 공화국원리는 국민의 이익이 아니라 국민의 정체성에 주목한다.<sup>124)</sup> 그리고 국가는 시민적 덕성을 함양할 수 있을 뿐이지 국민에게 시민적 덕성을 강요할 수는 없다.

시민적 덕성은 시민<sup>125)</sup>이 정치공동체에 자율적이고 적극적으로 참여할 수 있게 하는 조건으로서 비지배적 자유와 공공복리를 판단하고 그 실현에 책임이 있는 자율적 주체로서 갖추어야 할 최소한의 지적·윤리적 토대를 말한다. 그리고 재산이 없으면 남에게 의존하게 되므로, 물질적 토대가 갖추어지지 않으면 시민적 덕성을 구현하기 어렵다.<sup>126)</sup> 그러므로 시민적 덕성을 키우기 위해서는 최소한의 물질적 생존을 보장하여야 한다(헌법 제34조 제1항). 결국 인격적 자율성과 경제적 자립을 확보하는 것이 시민적 덕성 함양의 중요한 요소이다.<sup>127)</sup> 이러한 점에서 시민적 덕성은 공동체에 동등자로서 참여하여 헌신할 수 있는 물질적·도덕적 기초이다.<sup>128)</sup> 시민적 덕성은 자신의 개인적 이익만을 우선하지 말고, 공공의 이익을 존중함으로써 공동체 안에서 자신의 이익을 함께 추구하는 미덕이다. 시민적 덕성은 공화국을 독재자와 외세 그리고 정치적 부패에서 보호하는 데 필요하다. 시민적 덕성을 갖춘 시민이라야 국가가 누구의 것이고, 공공복리가 무엇이며, 공화국을 왜 수호하여야 하고, 공직을 담당하는 공직자

122) 고봉진(주 106), 6쪽 참조.

123) 마이클 샌델(주 82), 18쪽.

124) 마이클 샌델(주 82), 44~45쪽.

125) 시민은 국가나 지방자치단체의 정치에 참여할 수 있는 권리와 의무가 있는 사람으로서 자율적으로 의사를 결정하는 정치공동체에 의식적으로 그리고 자율적 참여하는 사람을 가리킨다(조승래, 공화주의, 김영한/임지현 편, 서양의 지적 운동 I, 지식산업사, 2002, 249쪽; 허완중, 공동체 개념으로 바라본 한국 헌법사, 전남대 법학논총 제39권 제3호(2019), 89쪽).

126) 권용립, 미국의 정치 문명, 삼인, 2003, 103~104쪽 참조.

127) 이승택(주 51), 48쪽; 조승래(주 125), 247쪽.

128) 조승래(주 125), 247쪽.

에게 무엇을 요구하여야 하는지를 제대로 알 수 있다. 시민적 덕성을 키워야 한다는 것은 시민적 덕성 함양에 부정적 영향을 끼치는 사람들을 처벌할 수 있음도 포함한다. 몇몇 사람의 시민적 덕성에 대한 부정적 행위를 방치하면 더 많은 사람의 덕성이 타락할 수밖에 없기 때문이다. 즉 공화국의 이상과 목적을 부정하는 행위를 계속하는 것은 물론 다른 사람의 부정적 행위에 눈을 감아 본인은 물론 다른 사람의 시민적 덕성 함양을 저해하지 말아야 한다. 예를 들어 친일매국노를 찬양하고 그들의 행위를 옹호하거나 독재를 정당화하거나 식민사관을 적극적으로 따르는 행위에 민·형사상 불이익을 주거나 행정상 제재를 할 수 있다.

국민이 국가의사 결정에 참여한다는 것은 국민이 국가의 최종적인 정치적 의사를 책임질 수 있다는, 즉 국민이 주권자로서 충분한 능력과 자격이 동등하게 있다는 규범적 판단에 기초한다. 이는 국민이 시민적 덕성이 있음을 전제한다. 시민적 덕성 함양은 교육을 통해서 달성될 수 있다. 그래서 전체 국민에게 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리가 보장될 뿐 아니라 보호자녀를 교육받게 할 의무가 부여된다(헌법 제31조). 1919년 대한민국 임시헌장 제6조도 교육의 의무를 규정하였다. 그리고 삼균주의도 교육의 평등을 내용으로 한다.<sup>129)</sup> 따라서 국가는 공화국의 건전한 시민적 덕성을 길러내기 위한 교육제도를 마련하여야 한다. 그리고 시민적 덕성은 직접적인 교육뿐 아니라 다양한 문화를 누리는 과정에서도 효과적으로 길러질 수 있다. 여기서 공화국원리는 문화국가원리와 연결된다.

보통선거권 확립에 따른 투표가치 평등과 국가 구성원 사이의 인격적 대등성에 비추어 시민적 덕성의 수준은 높게 잡아서는 아니 된다. 그리고 시민적 덕성 함양이 획일적 인간을 양성하는 데 이르러서는 아니 된다. 또한, 시민적 덕성은 비지배적 자유를 누릴 수 있도록 공동체의 법과 제도를 형성하고 유지하고 그에 관한 신뢰성을 제고하는 데 이바지하는 것, 즉 수단에 불과하다. 따라서 시민적 덕성이 있어야 자유를 누리고 법의 보호를 받는 것이 아니다.<sup>130)</sup> 그리고 시민적 덕성 요구는 국가의 국민에 대한 낮은 책무에 불과하여 시민적 덕성에 어긋난다고 하여도 특별한 (헌)법적 효과는 생기지 않는다.<sup>131)</sup>

## 5. 공직에 맞는 품격

공화국원리에서는 권력자가 아닌 권한과 의무를 부여받은 공직자가 등장한다. 공직자는 국가의사 결정에 참여하는 것에 그치는 것이 아니라 직접 공무를 수행한다. 공공복리의 추상

129) 홍선희(주 97), 19쪽.

130) 이상 정태호, 민주공화국 완성을 위한 헌정질서의 개혁, 김선택/정태호/방승주/김광재, 3·1대혁명과 대한민국 헌법, 푸블리우스, 2019, 233쪽.

131) 전민형(주 90), 30쪽.

성·가변성으로 말미암아 ‘공직자’라는 매개체가 필요하다. 공공복리를 현실에서 실현하려면 공익을 형량하고 구체화하는 과정이 필요한데, 이러한 기능을 수행할 공직자라는 기관이 필요하기 때문이다.<sup>132)</sup> 비지배적 조건이 달성되려면 국가권력은 인격화하여서는 아니 되고, 공공복리 달성을 위해서 제도화하여 행사되어야 한다.<sup>133)</sup> 이러한 제도화가 곧 공직제도이다. 따라서 공직자의 인격에 따른 권력 행사는 허용되지 않고 공공복리를 지향하도록 제정된 법에 따른 공직 수행만이 정당성을 인정받는다. 그래서 헌법은 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자임을 확인하고, 그에게 국민에 대한 책임을 지우고(제7조 제1항), 공무원의 신분과 정치적 중립성을 보장함으로써(제7조 제2항) 공무원제도를 구체화한다.

공화국에서는 권력을 쥔 사람이 자기 자신의 정당성에 의지하여 자신이 원하는 것을 마음대로 할 수 있는 자리를 상정하지 않고, 어떠한 권력 행사이든 공공복리 실현을 위해서 미리 규정된 권한 범위 안에서만 수행할 수 있도록 하는 공직구조를 만들어야 한다. 이로써 공직자는 자의적 권한 행사가 아니라 공공복리 구체화를 위해서 구조화한 ‘합의된 법에 따른 권한 행사’만 할 수 있다. 그에 따라 권한은 권리와 구별되고, 권한은 자유롭게 행사할 수 있는 것이 아니라 공공복리 실현을 위해서 행사할 의무를 수반한다. 이에 따라 권한을 부여받은 공직자는 공직에 맞는 품격[공직에토스(Ethos)]을 갖추도록 요구받는다. 공공복리를 추구하는 공화국원리에서 공무를 수행하는 공직자에게 헌신 자세를 요구하는 것이 공직에 맞는 품격이고, 역으로 주권자인 국민 모두에게 적용되는 것이 시민적 덕성이다.<sup>134)</sup> 즉 공공복리 추구가 낮은 단계로 국민에게 적용되는 것이 시민적 덕성이고, 국가를 짊어지고 공공복리 방향 제시를 해나가야 하는 높은 의무로 공직자에게 적용되는 것이 공직에 맞는 품격이다.

공직에 맞는 품격은 공화국의 개념 본질로서 공공복리를 추구하기 위해서 공직기능 수행 이외에 요구되는 공직자 특유의 공동체에 대한 헌신이다. 이에 따른 가중된 의무 부과로서 공무원의 공익의무가 인정된다. 그러나 모든 공직에 맞는 품격의 내용은 법적 공익의무 이행만으로 갖추어지지 않는다. 따라서 공직에 맞는 품격은 공익의무보다 더 넓다.<sup>135)</sup> 공직에 맞는 품격은 직접적으로는 공직 관계 법령 해석에서 공무를 수행하는 공직자의 헌신적 자세 정당화와 공직에 부여된 여러 공익의무를 설명하고, 간접적으로는 국가의 주인인 국민에게 공직수행과정을 투명하게 개방하도록 하는 절차적 개방성원칙으로 이어진다.<sup>136)</sup>

132) 이상 전민형(주 90), 29쪽.

133) 전민형(주 90), 34쪽.

134) 전민형(주 90), 34쪽.

135) 이상 전민형(주 90), 92쪽.

136) 전민형(주 90), 35쪽.

## V. 맺음말: 헌법의 핵심인 공화국원리

한국 헌법사에서 공화국의 역사는 헌법 제정보다 오래되었다. 그리고 헌법 제정부터 지금까지 공화국은 헌법의 핵심이었다. 이것을 헌법사의 여러 사건 속에서 국민이 직접 확인하였다. 그러나 그동안 헌법학계에서 몇몇 문제 제기를 제외하고 공화국은 군주제 부정이라는 소극적 의미만으로 이해되고 해석되었다. 이에 따라 공화국규정은 형식화·화석화하고 이를 바탕으로 한 공화국원리는 헌법의 기본원리로 제대로 주목받지 못하였다. 특히 공화주의는 민주주의의 일부나 아류로서 폄하되어 독자적인 의미마저 인정받지 못하곤 하였다. 이러한 상황은 서양에서 공화주의가 재조명되고 부활하는 과정에서도 크게 달라지지 않았다. 하지만 헌법전상 공화국규정의 위치나 헌법사적 고찰에서 드러나는 공화국원리는 헌법질서를 지배하거나 적어도 그 근간을 흔들 정도로 중요하다. 헌법학계가 주목하지 않은 이러한 사실을 국민 스스로, 특히 촛불혁명이라는 위대한 승리로 명확하게 확인하고 증명하였다. 이제 헌법학계는 묵은 숙제를 미루지 말고 성실하게 공화국원리가 무엇인지를 진지하게 살펴보아야 한다. 헌법전과 헌법사에 비추어 그리고 국민의 인식과 의사를 바탕으로 공화국원리에 정당한 몫을 돌려주어야 한다. 핵심을 잃어버린 헌법 해석이 제대로 된 해석이 될 수 없기 때문이다. 이것은 계수법학의 덧에 갇혀 자리를 제대로 잡지 못한 한국 헌법학이 독자적이고 독립적인 학문으로 발전할 기회가 될 것이다.



## | 참고문헌 |

- 강일신, 헌정원칙으로서 민주주의: 공화주의적 이해 - '신공화주의' 관점에서의 고찰, 법철학연구 제18권 제2호(2015).
- 계희열, 헌법학(상)(신정2판), 박영사, 2005.
- 고문현, 헌법학개론(제2판), 박영사, 2020.
- 고봉진, 공화주의 이론의 명암, 법과정책 제24권 제1호(2018).
- 곽준혁, 공화주의, 한국정치학회 편, 정치학 이해의 길잡이: 정치사상, 법문사, 2008.
- 곽준혁, 공화주의와 인권, 정치사상연구 제15집 제1호(2009).
- 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010.
- 권용립, 미국의 정치 문명, 삼인, 2003.
- 권혁범, 민족주의는 죄악인가, 아로파, 2014.
- 권희영, 번역과 동아시아의 근대, 한국학중앙연구원출판부, 2017.
- 김병록, 대한민국의 탄생과 공화주의 실현의 과제, 국가법연구 제16집 제2호(2020).
- 김상봉, 모두를 위한 나라는 어떻게 가능한가?, 시민과 세계 제8호(2006).
- 김선택, 헌법 제9조 제1문 전단 인간으로서의 존엄의 의미와 법적 성격, 법학석사학위논문, 고려대학교, 1983.
- 김선택, 공화국원리와 한국헌법의 해석, 법제 제609호(2008. 9.).
- 김선택/정태호/방승주/김광재, 3·1대혁명과 대한민국헌법, 푸블리우스, 2019.
- 김철수, 학설·판례 헌법학(전정신판)(상), 박영사, 2009.
- 김하열, 헌법강의(제2판), 박영사, 2020.
- 김학성/최희수, 헌법학원론(전정4판), 피앤씨미디어, 2020.
- 나 진/김상연 역술, 윤재왕 옮김, 국가학, 2019.
- 남구현/이광일/박영균/목수정/이철호/김동성, 대한민국은 민주공화국이다: 2008 촛불의 정치, 메이데이, 2008.
- 독립신문강독회, 김홍우 감수, 전인권 편집/교열, 독립신문, 다시 읽기, 2004.
- 마이클 샌델, 이창신 옮김, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010.
- 마이클 샌델, 안규남 옮김, 민주주의의 불만, 동녘, 2012.
- 모리치오 비롤리, 김경희/김동규 옮김, 공화주의, 인간사랑, 2006.

- 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987.
- 민주화운동기념사업회 연구소 엮음, 한국민주화운동사 1, 돌베개, 2010.
- 박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990.
- 박찬승, 한국의 근대국가 건설운동과 공화제, 역사학보 제200집(2008).
- 박찬승, 한국에서의 '민족' 개념의 형성, 개념과 소통 창간호(2008).
- 박찬승, 민족·민족주의, 소화, 2011.
- 박찬승, 대한민국은 민주공화국이다 - 헌법 제1조 성립의 역사, 돌베개, 2013.
- 박현모, 일제시대 공화주의와 복벽주의의 대립, 정신문화연구 제30권 제1호(통권 제106호)(2007).
- 박혜진, 개화기 한국 자료에 나타난 신개념 용어 '민주'와 '공화' - 수용과 정착과정을 중심으로, 일본어교육연구 제26집(2013).
- 백동현, 러·일전쟁 직후 '민족' 용어의 등장과 민족의식, 한국사학보 제10호(2001).
- 서장은, 공화주의적 통치구조의 헌법적 구현, 법학박사학위논문, 중앙대학교, 2011.
- 서희경, 대한민국 건국헌법의 역사적 기원 (1898-1919), 한국정치학회보 제40집 제5호(2006).
- 서희경, 대한민국 '민주공화제'의 기원, 시민과 세계 제14호(2008).
- 석인선, 헌법총론, 세창출판사, 2014.
- 성낙인, 한국 헌법사에 있어서 공화국 순차(서수), 서울대 법학 제46권 제1호(2005).
- 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020.
- 송 민, '합중국'과 '공화국', 새국어생활 제11권 제3호(2001).
- 신용인, 민주공화주의에 대한 헌법적 고찰, 국민대 법학논총 제28권 제3호(2016).
- 신용하, 신민회의 창건과 그 국권회복운동(상), 한국학보 제8집(1977).
- 신우철, 비교헌법사, 법문사, 2008.
- 아리스토텔레스, 나종일 옮김, 정치학/시학(삼성세계사상 7), 삼성출판사, 1993.
- 유길준, 허경진 옮김, 서유견문, 한양출판, 1995.
- 유진오, 신고 헌법해의, 탐구당, 1957.
- 윤대원, 한말 일체 초기 정체론의 논의 과정과 민주공화제의 수용, 중국근현대사연구 제12집(2001).
- 이계일, 헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구, 헌법학연구 제17권 제1호(2011).
- 이국운, 공화주의 헌법이론의 구상, 법과 사회 제20호(2001).

- 이국운, 입헌적 공화주의의 헌법이해, 헌법실무연구 제6권(2005).
- 이국운, 한국헌정에서 입법자의 권위실추: 진단과 처방 - 입헌적 공화주의의 관점 -, 공법연구 제35집 제2호(2006).
- 이국운, 대한민국 헌법 제1조의 한 해석, 법과사회 제45호(2013).
- 이동수, 민주화 이후 공화민주주의의 재발견, 동양정치사상사 제6권 제2호(2006).
- 이동수, 개화와 공화민주주의, 정신문화연구 제30권 제1호(통권 제106호)(2007).
- 이만열, 민족주의, 한국사 시민강좌 제25집, 2003.
- 이상형, 공화주의의 현실성, 철학연구 제134집(2015).
- 이승우, 헌정사의 연구방법론, 두남, 2011.
- 이승택, 한국 헌법과 민주공화국, 법학박사학위논문, 고려대학교, 2013.
- 이영록, 제헌헌법의 동화주의이념과 역사적 의의, 한국사연구 제144호(2009).
- 이영록, 한국에서의 민주공화국의 개념, 법사학연구 제42호(2010).
- 이영재, 근대와 민, 모시는사람들, 2018.
- 이완범, 국호 대한민국의 명명, 황해문화 제60호(2008).
- 이완범, 조선에서 대한으로의 국호 변천과 그 의미, 한국사 속의 나라이름과 겨레이름(단기 4347년 개천절 기념학술회의), 한국학중앙연구원 현대한국학연구센터/한민족학회 (2014. 10. 1.).
- 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사, 2019.
- 이진우, 사회 - 자유의 토대인가 아니면 구속의 그물인가, 우리말 철학사전 1, 지식산업사, 2001.
- 이충우, 국호 '대한민국', 인문학연구 제4집(2001).
- 이현환, '공화국' 일고, 사회과학연구 제4집(1991).
- 장영수, 헌법학(제12판), 홍문사, 2020.
- 전광석, 한국헌법론(제15판), 집현재, 2020.
- 전민형, 공화국원리와 공무원의 공익의무, 법학석사학위논문, 고려대학교, 2013.
- 전종익, 대한민국임시정부 이전 정치체제 구상 - 1910년대 군주제와 공화제를 중심으로 -, 법사학연구 제56호(2017).
- 정만희, 헌법학개론, 피앤씨미디어, 2020.
- 정상우, 헌법상 용어의 연원과 의미 및 순화방안 연구, 한국법제연구원, 2007.
- 정상호, 한국에서 공화 개념의 발전 과정에 대한 연구, 현대정치연구 제6권 제2호(2013).

- 조승래, 공화주의, 김영한/임지현 편, 서양의 지적 운동 I, 지식산업사, 2002.
- 조승래, 공화국과 공화주의, 역사학보 제198집(2008).
- 채진원, 민주주의, 민족(국가)주의, 세계시민주의 그리고 공화주의, 공화주의의 이론과 실제, 인간사랑, 2019.
- 최정욱, ‘Democracy’는 민주주의가 아니라 다수정이다, 비교민주주의연구 제5집 제1호(2009).
- 최정운, 한국인의 탄생, 미지북스, 2013.
- 필립 페티, 곽준혁 옮김, 신공화주의, 나남, 2012.
- 한상희, 민주공화국의 헌법적 함의, 일감법학 제3권(1998).
- 한상희, 민주공화국의 의미 - 그 공화주의적 실천규범의 형성을 위하여, 헌법학연구 제9권 제2호(2003).
- 한수용, 헌법학(제10판), 법문사, 2020.
- 한인섭, 대한민국은 민주공화제로 함, 서울대 법학 제50권 제3호(2009).
- 허원중, 기본적인 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무, 저스티스 제115호(2010. 2.).
- 허원중, 기본의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013.
- 허원중, 한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석, 저스티스 제154호(2016. 6.).
- 허원중, 헌법 일부인 국호 ‘대한민국’, 인권과 정의 제467호(2017. 8.).
- 허원중, 헌법의 기본원리로서 민족국가원리, 전남대 법학논총 제39권 제1호(2019).
- 허원중, 공동체 개념으로 바라본 한국 헌법사, 전남대 법학논총 제39권 제3호(2019)
- 허원중, 헌법 으뜸편 - 기본권론, 박영사, 2020.
- 홍선희, 조소앙의 삼균주의 연구, 부코, 2014.
- 홍성방, 헌법학(상)(제3판), 박영사, 2016.
- 황태연, 대한민국 국호의 유래와 민국의 의미, 청계, 2016.
- 헌법제정회의록[제헌국회](헌정사자료 제1집), 국회도서관, 1967.
- Rudolf Hermann von Herrmann, Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung, Tübingen/Leipzig 1901.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (콘라드 헷세, 계획열 옮김, 통일독일헌

법원론, 박영사, 2001).

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984.

## | Abstract |

# Das republikanische Prinzip als Grundprinzip der Verfassung

Artikel 1 Absatz 1 der Verfassung sieht vor, dass "Korea eine demokratische Republik ist". Diese Bestimmung der Republik begann 1919 in Artikel 1 der vorläufigen Charta der Republik Korea. Und seit der Verfassung von 1948 hat die koreanische Verfassung immer die Bestimmungen der Republik. In Bezug auf die Auslegung der Bestimmung der Republik wurde die Republik allgemein als Verweigerung der Monarchie verstanden. Dementsprechend wurden Dementsprechend hat die Bestimmung der Republik in der koreanischen Verfassung, in der die Monarchie wahrscheinlich nicht wieder auferstehen wird, keine Bedeutung. Wenn jedoch die Bevölkerung der Republik Korea gegen die Macht des Staates protestierte, rief sie Artikel 1 Absatz 1 der Verfassung aus. Dies bedeutet, dass zumindest das koreanische Volk andere positive Bedeutungen als die Verweigerung der Monarchie in Artikel 1 Absatz 1 der Verfassung ableitet.

Die Republik bezieht sich auf den Staat, der von allen souveränen Mitgliedern ohne interne oder externe Herrschaft für Gemeinwohl geführt wird. Als das Konzept der Republik erstmals eingeführt wurde, sollte die Republik die Ablehnung oder Verweigerung der Monarchie sein. Und als die ausländische Aggression ernsthaft begann, bedeutete dies, dass ausländische Mächte abgelehnt wurden. Insbesondere hatte die Republik eine starke Bedeutung darin, der Fremdherrschaft zu entkommen, indem sie Japan ihrer Souveränität beraubte. Dies entwickelte sich, um sogar die Herrschaft internationaler Organisationen nach der Befreiung im Jahr 1948 auszuschließen. Und während sie Diktatur erlebten, dehnte sich die Bedeutung der

Republik auf die Verweigerung der Diktatur aus. Nach der Demokratisierung im Jahr 1987 wurde die Bedeutung der Bürgerbeteiligung in der Republik betont. Mit anderen Worten, da die nach der Demokratisierung geborene Regierung die öffentliche Meinung immer noch ignoriert, schließt die Republik jetzt die Bedeutung ein, dass die Öffentlichkeit ihre Absicht direkt ausdrückt und sie in der Politik widerspiegelt.

Die Republik ist ein Staat, der allen ihren Mitgliedern gehört. Daher müssen die Aktivitäten der Republik allen Mitgliedern zugutekommen, d. h. dem öffentlichen Interesse. Um das öffentliche Interesse zu erreichen, müssen nicht alle Mitglieder gemeinsam über eine bestimmte Person, Gruppe oder Klasse entscheiden und den nationalen Willen verwirklichen. Dazu müssen die Mitglieder gleichberechtigt sein und sich weder gegenseitig dominieren noch dominieren. In dieser Hinsicht besteht das republikanische Prinzip als Verfassungsprinzip darin, sicherzustellen, dass die Menschen, die Mitglieder des Staates sind, keiner Herrschaft unterliegen, indem sie das öffentliche Interesse verfolgen. Hier ist das öffentliche Interesse nicht das Interesse der Mehrheit, sondern das Interesse aller Menschen. Das republikanische Prinzip besteht darin, die verfassungsmäßige Aufgabe der Verwirklichung der Ideologie der Verfassung zu erfüllen, es ist ein Standard für die Bildung und Aufrechterhaltung der gesamten Verfassungsordnung, hat also einen sehr großen Anteil an der Verfassung, und es ist ein spezifischer Rahmen für das Ausfüllen einer bestimmten staatlichen Form. Es entspricht daher dem Grundprinzip der Verfassung. Der Inhalt des republikanischen Prinzips umfasst den Ausschluss der Herrschaft, die Freiheit als Nichtbeherrschung, das Gemeinwohl, die bürgerliche Tugend, das Ethos des öffentlichen Managements.

**Stichwörter:** Republik, republikanisches Prinzip, Grundprinzip, Ausschluss der Herrschaft, Freiheit als Nichtbeherrschung, Gemeinwohl, bürgerliche Tugend, Ethos des öffentlichen Dienstes





## 형법이 보호하는 명예

- 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여 -

## Reputation protected by Criminal Law

- A Study on the Decriminalization of Criminal Defamation -

홍 영 기(고려대학교 법학전문대학원 교수)

Korea University, School of Law, Prof. Dr. Hong, Young Gi

### ■ 목 차 ■

I. 명예의 지위 ..... 173	3. 일상적 대화와 법적 대화 ..... 185
1. 비범죄화논의 ..... 173	4. 형법 이외의 제재수단 ..... 187
2. 명예의 현대적 의의 ..... 174	5. 진실과 거짓 ..... 189
3. 형법의 법익으로서 명예 ..... 179	III. 맺음말 ..... 190
II. 비범죄화 근거에 대해서 ..... 180	1. 요약과 제안 ..... 190
1. 표현의 자유 ..... 180	2. 현재와 미래 ..... 192
2. 알 권리 ..... 183	

## Ⅰ 국문초록

현대사회에서 형법이 보호하는 명예는 단순히 사람들 사이의 평판이나 체면이 아니라, 사회구성원 각자가 의사소통 안에서 공동체를 이루며 살아가기 위한 핵심적인 참여조건이다. 각 인간의 삶 자체가 다른 사람과 마찰을 겪는 관계 안에서 공존하는 실존주체이기에 마땅히 존중받아야 하는 삶의 토양이기도 하다. 이와 같은 명예관념 또는 형법상 법익으로서 법익에 대한 이해는, 명예가 실추되어 도저히 공동체 안에서 대화를 이어갈 수 없을 뿐만 아니라, 그로부터 회복하기 위한 어떠한 저항도 무력해진 사람의 삶을 떠올려 볼 때 충분히 납득된다.

사실적시 명예훼손죄가 표현의 자유, 알 권리 등 기본권을 제한한다는 주장을 하기 위해서는 이러한 원칙들이 어떠한 의미를 지니는지를 우선 분명히 해야 한다. 타인을 둘러싼 사실을 불특정 또는 다수에게 전달하여 그를 공동체로부터 절연시키는 방식은 표현의 자유영역에서 존중될 수 있는 권리행사가 아니다. 마찬가지로 특정인에 대한 사실을 막연히 알고 싶어 하는 의도가 알 권리로 포장되어 명예훼손을 가능하게 하는 이론적 근거로 이용될 수도 없는 것이다. 특정인으로부터 부당한 일을 당했을 때 법적인 해결방법에 익숙하지 아니한 많은 사람들은 그 타인이 행한 일을 널리 알려 그를 사회에서 매장시키고 자신의 억울한 마음을 풀어내려 하기 쉽다. 그와 같은 의도가 일반인들 사이에서 납득된다고 하더라도, 헌법재판소가 이와 같은 사적 제재 수단을 법적으로 승인해주어서는 안 된다. 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하는 것은 추상적인 가치를 확대해야 한다는 근거에서, 특정된 개별 대상자를 사회로부터 소외시키는 방식을 이용하도록 길을 내어주는 것과 다르지 않다.

**주제어:** 사실적시 명예훼손죄, 표현의 자유, 언론의 자유, 알 권리, 미투운동, 비범죄화, 세계-내-존재, 사적 제재

(논문접수일: 2020. 11. 9. 심사개시일: 2020. 11. 9. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

사실적시 명예훼손죄에 비하면 몇 년 전 비범죄화된 간통죄를 둘러싼 논점은 오히려 단순한 것이었다. 후자는 우리 사회 핵심적인 도덕을 형법이 보호할 것인지 아니면 두 규범영역을 준별할 것인지를 논쟁으로 요약할 수 있었지만, 전자를 비범죄화할 것인지를 놓고 진행되는 논란은 법철학, 헌법, 형법도그마틱, 비교법, 형사정책, 범죄학, 법사회학, 형사절차의 맥락을 넘나든다. 현실에서 사법절차에 놓이는 명예훼손사안도 간통죄와는 비교할 수 없을 정도로 많기 때문에,<sup>1)</sup> 그 논의의 결론이 우리 사회에 미칠 영향도 막대할 것이다. 이 글에서 모든 내용을 자세히 취급할 수는 없다. 이미 다른 여러 문헌에서 반복된 비교법적 고찰이나 입법론, 법률해석론을 생략하고 보호법익인 명예의 의미를 다시 살펴보고 비범죄화 논거로 이용되는 상위원리의 의미를 분명히 하는 데에 일단 집중하고자 한다.

## I. 명예의 지위

### 1. 비범죄화논의

사실적시 명예훼손죄(제307조 제1항; 이하 법률명칭이 없는 것은 모두 ‘형법’임)를 비범죄화하자는 주장은 새로운 것이 아니다. 규정이 보호하고자 하는 명예는 이 시대에 어울리지 아니하는 전근대적인 가치라는 주장이나,<sup>2)</sup> 사실적시 명예훼손죄가 표현의 자유를 억압하고 국민의 알 권리를 침해하는 수단이 되고 있다는 비판이 제기되어왔다.<sup>3)</sup> 특히 형법의 보충성, 최후수단성을 고려한다면 명예훼손행위를 형법으로 금지할 것이 아니라, 민사상 손해배상 등 다른 제도로써 규율하는 것이 과잉금지로서 비례성원칙에 부합한다고 한다.<sup>4)</sup> 이 죄가 추상적 위험범으로 분류되고,<sup>5)</sup> ‘공연성’ 요건의 포섭범위를 확대하는 ‘전파가능성이론’<sup>6)</sup> 등에 힘입어 가벌성의 존재시기가 법익침해나 법익위태화의 전단계로 미리 앞당겨짐으로써 형법의 정형화원칙에서 벗어난다는 지적도 있다.<sup>7)</sup> 진실의 적시를 공공이익을 위해서 행한 경우에

1) 통계는 윤해성/김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2018, 43면 이하 참조.

2) 김성돈, 진실적시명예훼손죄의 폐지론, 형사정책연구 제27권 제4호(2016), 104면.

3) 손태규, 형법상 명예훼손죄의 폐지, 공법연구 제41집 제2호(2012), 379면; 신평, 명예훼손법, 청림, 2004, 253면 이하.

4) 박경신, 진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성, 세계헌법연구 제16권 제4호(2010), 40면; 신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구 제31집 제3호(2003), 214면 이하.

5) 김일수, 명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?, 안암법학 제1권(1993), 284면 이하; 이재상/장영민/강동범, 형법 각론, 박영사, 2017, 12/7; 임웅, 형법각론, 법문사, 2015, 222면.

6) 대판 2020. 11. 19. 2020도5813 전합; 2010. 10. 28. 2010도2877.

7) 김성돈(주 2), 99면.

는 위법성을 조각하도록 하고 있지만(제310조), 이는 예외적인 경우에 불법을 배제하는 수단이며, 요건입증의 기준이 까다롭고 증명책임을 피고인에게 전환하는 상황에서 그 역할이 제한적이라고 한다.<sup>8)</sup> 특히 최근에 이 논란이 활발해진 데에는 잊혀 있던 과거의 행위, 특히 성범죄사실을 피해자 자신이 용기를 내어 드러내는 사회운동[‘#MeToo’]이 배경에 놓인다. 일부 견해는 과거사실을 폭로하는 행위가 사실적시 명예훼손죄에 해당할 수 있게 되어 이 자정운동의 건전한 동력을 약화시킬 수 있다고 주장하고 있다.<sup>9)</sup>

다른 한편에서는 사적인 폭로행위로 인한 인격훼손의 가능성을 막을 수 있는 장치로 이 규정이 여전히 유효하게 남아 있어야 한다고 반박한다.<sup>10)</sup> 표현의 자유 등을 침해할 우려는 제310조의 위법성조각사유의 확장을 통해서 대비할 수 있다고 한다.<sup>11)</sup> 공적 토론장에서 자신의 의견을 표현하여 스스로 보호할 기회가 보장되어 있는 국가기관 및 극히 일부 권력자들 이외에 대부분의 사회구성원들에게는 그와 같은 기회가 없기 때문에 명예훼손죄를 폐지하면 안 된다고도 말한다.<sup>12)</sup> 아울러 다른 법률에 의한 통제는 범죄억제력에 한계가 있을 뿐만 아니라, 징벌적 손해배상 등이 본격적으로 법제화되지 않은 상황이기에 형법이 여전히 명예훼손행위에 대한 일반예방효과를 유지해야 한다고 강조하는 예도 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 명예의 현대적 의의

### (1) 일반론

명예훼손죄 규정이 보호하는 법익으로서 명예는 피해자의 명예감정이나 또는 그에 대한 주관적인 평가가 아니라 사회일반을 통해 객관적으로 확인할 수 있는 ‘외적 명예’를 뜻하기에, 개인 인격의 특징을 불문하고 누구나 명예주체가 된다는 견해가 일반적이다.<sup>14)</sup> 그러나 그

8) 김성돈(주 2), 106면 이하; 원혜욱/김자영, 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임, 비교형사법연구 제18권 제4호(2016), 10면 이하.

9) 손지원, 미투운동의 걸림돌, 사실적시명예훼손죄를 둘러싼 쟁점과 개선 방안, 언론중재 2018 여름호(2018), 33면 이하; 송진경, 사실적시 명예훼손죄에 대한 비판적 검토, 가천법학 제13권 제2호(2020), 122면 이하; 윤해성/김재현(주 1), 38면 이하. 비판으로는 주승희, 미투(#MeToo) 운동과 형사정책, 2018년 범죄 및 경찰 학술대회(2018), 120면 이하.

10) 김형준, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 비판적 검토, 법학논문집 제43집 제3호(2019), 80면 이하; 황태정, 형법에 의한 인격권보호와 명예훼손법제, 비교형사법연구 제14권 제2호(2012), 364면 이하; 현재 2016. 2. 25. 2013헌바105 등 참조.

11) 김형준(주 10), 85면.

12) 조국, 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성, 형사정책 제25권 제3호(2013), 22면.

13) 권순민, 명예훼손죄의 비범죄에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구, 법학논총 제40권 제1호(2016), 136면; 조국(주 12), 24면.

14) 대판 2004. 2. 26. 99도5190; 현재 2016. 2. 25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 등. 명예는 사회적 평가이므로 사람에 따라 유동적이라는 견해는 윤해성/김재현(주 1), 94면.

외적 명예가 뜻하는 바, 사회 안에서의 명예관념의 객관적인 지위에 대해서는 시각이 통일되어 있지 않다. 일부 견해는 사실적시 명예훼손죄가 보호하고자 하는 가치를 과거 신분적 지위가 특별히 중요하던 시대의 유산으로 보고, 세간의 평판으로서 사람의 체면과 위신을 좌우하던 때에나 어울리던 것으로 생각하고 있다. 신분적 지위가 큰 영향을 갖지 않는 현대사회에서는 명예를 형법을 통해 더 이상 보호할 필요가 없다는 것이다.<sup>15)</sup> 그러나 현대 사회에서 명예개념은 근대 이전 시대나 과거 우리나라가 형법을 제정했을 당시는 물론, 최근 헌법재판소가 명예훼손죄를 판단하였던 때와도 다르다고 할 수 있다. 이 점을 보이기 위해 문화사, 사상사적 배경을 간략하게 언급하고자 한다.

## (2) 역사적 배경

먼 과거 ‘권력’이 물리적 힘, 즉 ‘폭력’을 바탕으로 하였다는 사실은 폭력이 권력과 어원적으로 또는 그 역할 면에서 분화되지 아니하였던 데에서도 알 수 있다.<sup>16)</sup> 폭력적인 수단을 가진 소수가 국가라는 실체의 제도화와 이를 영속적으로 지속시키기 위한 데에 물리적 억압을 이용하였다는 가설에 베버(M. Weber)를 비롯한 많은 학자가 동의하고 있다.<sup>17)</sup> 이와 같은 수단을 이용하여 고대국가가 탄생한 이후에도, 다양한 형태의 국가를 지배하고자 한 사람은 다른 경쟁자는 물론 공동체의 구성원들을 물리적 힘으로 억압해야 했다. 근대국가가 성립한 이후까지 여전히 국가체제형태를 유지하고 그 안에서 권력자로서 지위를 누리기 위해 군사력이나 경찰력 등 물리적 수단을 활용했었다는 사실도 분명하다. 응징과 억압의 형태인 형벌 또한 오랜 기간 동안 육체적인 힘을 상실하게 하거나 고통을 주는 방식으로 존재했었다는 사실도 널리 알려져 있다. 이처럼 폭력이 지배수단으로 쓰이던 고대를 지나자, 인류는 ‘종교’적 권능을 가장 중요한 가치로 여기며 살아야 했던 긴 시간을 보낸다. 그 가치는 곧바로 국가를 비롯한 모든 사회의 권력수단으로 작용하였으며, 당시 주된 범죄에 대응하는 형벌 역시 종교재판을 통해 주어진 신체형, 파문 또는 참회방식 등으로 변모하였다.<sup>18)</sup>

물리적 힘이나 종교적 영향력과 같은 권력형태가 완전히 극복된 것은 아니지만, 후기 근대 사회부터는 이러한 권력수단적 지위에 균열이 생기기 시작하였다. 그 자리의 상당부분을 ‘자본’ 즉 경제적 권능이 대신하게 된 것인데, 이는 전적으로 산업화와 자본주의 성장에 따른

15) 윤해성/김재현(주 1), 96면. 과거 명예관념에 대해서는 D. Burkhardt, Eine Geschichte der Ehre, 2006, 19면 이하.

16) 어원에 대해서는 C. Menke, Recht und Gewalt, 2012, 8면. 양자의 관계에 대해서는 W. Berger, 김옥현 옮김, 권력, 이론과실천, 2009, 20면 이하.

17) M. Taylor, 송재우 옮김, 공동체, 아나키, 자유, 이학사, 2006, 13면 이하 참조.

18) G. Newman, 이경재 옮김, 서양형벌사, 길안사, 1997, 181면 이하.

결과였다. 이 점을 주목한 마르크스(K. Marx)는 단순한 노동력만 갖고 있는 대부분의 피지배자에 대하여, 생산설비를 소유한 자가 지배력을 행사하는 권력수단으로서 자본을 언급하였다. 피지배자들의 자유를 위한 투쟁을 통해 이러한 고착된 구조를 혁명으로써 재편할 수 있다고 믿기도 하였다. 그의 기획이 일부 국가를 통해 실험된 것은 이미 과거의 일이지만, 지금도 여전히 자본의 힘은 모든 사회 곳곳에서 주된 권력으로서의 형상을 드러내어 보이고 있다. 지난 세기부터 형벌을 비롯하여 국가가 부과하는 반작용 수단, 더 이상 자유형이 아니라 벌금형, 몰수, 추징, 과태료, 과징금 등 재산을 박탈하는 것으로 그 비중을 옮겨 온 데에서도 같은 맥락을 파악할 수 있다.

20세기 중엽 이후 푸코(M. Foucault), 하버마스(J. Habermas)를 비롯한 사상가들은 인류역사상 네 번째 권력수단이 이 사회를 주도하게 되며 장차 더욱 그러할 것으로 보았다. 그들이 말한 바, 이 시대의 권력은 '의사소통'에 대한 참여 및 그 능력에서 비롯된다.<sup>19)</sup> 의사소통의 수단을 지니고 그것을 유효하게 이용할 수 있는 사람이 권력자이고 그럴 수 있는 가능성이 없거나 낮은 사람은 권력이 행사되어야 하는 객체에 해당한다. 하버마스가 소통행위에 동등하게 참여하는 권력분산을 정의의 수단으로 여겼던 것은 마르크스에서와 같은 시각이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 의사소통이 차지하는 이와 같은 가치는 우리가 익히 알고 있는 것이기도 하다. 지금 국가권력이 시민사회에 영향을 미치는 주된 방식은 물리적 힘이나 경제적 역량이 아니다. 많은 경우, 국가는 구성원들을 관찰 또는 감시하고 필요에 따라 소통수단을 이용하여 운영방향을 전달하고 시민들이 이를 수용하도록 권유 또는 강제한다. 대부분의 시민들은 권력자를 손쉽게 감시 또는 제어할 수 없는 반면, 국가권력은 효과적인 의사전달을 통해 시민의 삶을 통제할 수 있는 이유도 관찰하는 시선과 소통방향의 일방성을 배경으로 한다.<sup>21)</sup> 그와 같은 의사형성에 영향을 미치는 수단이 가닿지 못하는 극히 일부 영역에서만 오로지 최후수단으로서 시민들의 재산을 박탈하거나(벌금형 등), 물리적 힘(징역형 등)을 이용할 수 있을 뿐이다.<sup>22)</sup>

여기서 중요한 사실은, 이와 같은 권력구조의 변천과정이 '국가기관 대 시민'과 같은 거대한 구조에서만 아니라, 사회 안 구성원들 간의 이른바 '미시권력' 차원에서도 똑같이 관찰된다

19) 이 글에서 의사소통은 사람들간 직·간접적으로 대화를 나눈다는 의미를 넘어, 언어를 포함한 모든 상징체계를 주고받는 관계됨을 뜻하는 넓은 의미로 썼다.

20) J. Habermas, 장춘의 옮김, 의사소통행위론 II, 나남, 2006, 특히 244면 이하.

21) M. Foucault, 오생근 옮김, 감시와 처벌, 나남, 1994, 특히 255면 이하.

22) 그렇다고 해서 지금 이른바 '명예형'이 국가형벌의 주인공이 된 것은 아니다. 형벌사에서 볼 수 있듯이 대부분 사람들이 해악으로 여기는 대상이 명확히 파악되고 그것이 다시금 국가의 제도로서 형벌로 고착되는 데까지는 긴 시간이 걸리기 때문이다. 더 중요한 것은 지금 사회구성원들 사이에서 명예박탈이 이미 주된 형벌기능을 한지 오래되었다는 사실인데, 이에 대해서는 후술한다.

는 점이다. 직장이나 학교는 물론, 가족이나 친구 모임 등 작은 규모의 사적 모임에 이르기까지 이와 같은 촘촘한 권력관계를 발견할 수가 있다. 그리고 이와 같은 모든 모임 안에서의 권력관계 또한 국가권력과 마찬가지로 물리적인 힘으로부터 경제적 능력으로 그리고 이제는 의사소통의 지배권으로 옮겨왔다. 그 안에서 소통행위를 주도하는 사람은 권력자, 그로부터 소외된 사람은 권력을 갖지 못한 자로 분류할 수가 있다. 물론 이 시대에서도 물리적 힘이나 자본 같은 과거의 권력수단이 중요하지 않은 것은 아니다. 그러나 이러한 수단들은 지금 대부분의 의사소통에서 영향력을 발휘하기 위한 하나의 조건에 그친다. 힘이나 경제적 능력이 있다고 하더라도 지금 사회 안에서 그것들이 시선의 주고받음, 직·간접적인 이미지생성, 넓은 의미의 대화상황에 어떠한 영향도 미치지 못한다면, 그것은 그 소유자의 가치로 환원될 수가 없다. 이 점을 간파한 리프킨(J. Rifkin)은 물질적인 부 등 다른 가치 또한 이제 인간의 지적 자본에 토대하게 되며, ‘가진 자’와 ‘못 가진 자’의 차이는 소통의 통로에 연결된 사람과 연결되지 아니한 사람의 차이에 해당하는 것이라고 하였는데,<sup>23)</sup> 이러한 상황은 현대사회에서 인터넷 공간에서의 대화에 힘입어 그대로, 아니 오히려 더 극명하게 전개된다.

### (3) 개인의 실존조건으로서 명예

여기서 의사소통에 참여할 자격은 소통을 위한 언어능력이나 존중받는 인격을 포함하지만, 그 좁은 의미에 국한되는 것은 아니다. ‘인간이 어떻게 존재하는가’에 대한 대답에서, 하이데거(M. Heidegger)를 포함한 사상가들은 사람이 살아가는 모습을 가리켜 ‘세계-내-존재’(In-der-Welt-Sein)로 있는 것이라고 말한다. 사람들이 실제로 살아가는 모습은 넓은 의미의 상호작용으로서 관계성 안에서 이루어지는 것이기에 인간이 존재하는 방식은 다른 사람이나 환경과 관계를 형성하고 그들과 마찰을 겪는 것으로 짜여진다.<sup>24)</sup> 이로부터 사람의 살아감은 각자 생명으로 유지되는 존재자임을 뜻하는 데에 그치지 않는다. 자신이 바라보는 자기 자신, 타자가 바라보는 자기 자신이 자기의 원래 존재를 대체하며, 타인의 존재함 또한 그 독자적인 생물학적 개체를 넘어 우리가 바라보는 또 다른 대상으로서만 의미를 갖는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 ‘사람이 사는 것’은 ‘연필이 존재하는 것’과 구별된다.

한 번 주어진 일회적 삶 가운데에서 이러한 관계성에 의존하는 존재함을 일컬어 ‘실존하는 것’이라고 말한다. 실존하는 사람들은 모든 관찰자들이 똑같은 모습으로 인식하는 개개 대상들의 통일된 모습으로 비추어지지 않고, 일상성 안에서의 세계에서 서로 영향을 주고받는,

23) J. Rifkin, 이희재 옮김, 소유의 종말, 민음사, 2001, 22면 이하.

24) M. Heidegger, 이기상 옮김, 존재와 시간, 까치, 1998, 특히 80면 이하.

주변세계와 공존하는 자로서 현존한다. 이러한 현존재는 세계에서 분리된 독립된 입장에 머무는 것이 아니기 때문에 고전적인 의미의 주관과 객관은 전혀 별개의 개념으로 준별되는 것이 아니며, 현존재 자신의 존재구조 속에서 하나의 요소가 되는 것이다. 이러한 실존함에 대한 서술은 실존철학에 대한 오해에서 비치듯이 ‘본래적·본질적인 데에 관심을 놓쳐버린 타락’<sup>25)</sup>을 의미하는 것이 아니다. 오히려 인간존재의 본래적인 특징을 정확히 응시한 결과이다. 어떠한 사회든 인간은 서로 같이 살아가는 장소이며[Mitwelt] 인간은 그 안에서 본래적 삶의 의미를 실현하거나 또는 그것을 그르칠 가능성을 갖고 살아간다.<sup>26)</sup> 각 개인은 자신이 살아가는 공간에서 소극적으로는 자신이 외부세계에 흡수되어버리는 것에 저항하여 자기결정과 자기주장을 통해서 타인의 생활공간과 구분하도록 하는 동시에, 적극적으로는 자신의 자아가 외부적인 삶의 형태, 즉 고유의 인격성을 가진 주체로서 실현되도록 하는 것이다.<sup>27)</sup>

모든 사람이 이 시대에서 살아가는 조건이 위와 같을진대, 각 개인들은 자유나 힘의 박탈이나 재산의 상실 못지않게, 아니 그보다 더, 넓은 의미의 대화마당이라고 할 수 있는 사회 안에서 소외되거나 아무런 소통의 영향을 발휘할 수 없게 되는 것을 두려워한다. 이와 같은 소외는 스스로 자율적인 주체성을 확인한 이후, 참여하고 대화하며 그로부터 능동적인 행위로 나아가는 근대 이후의 인간상<sup>28)</sup>을 다시금 일방적인 관찰, 지시의 객체로 다시 돌이키는 전근대화를 의미하게 된다. 이 글에서 논의대상으로 하는 명예는 이처럼 타자와의 관계를 계속 이어가게 하는 가장 기본적인 삶의 전제조건을 뜻한다. 다른 식으로 바꾸어 말하면 명예의 훼손은 어느 한 주체를 그를 둘러싼 타자로부터 완전히 단절하게 만듦으로써 실존됨을 박탈하는 행위이다. 넓은 의미로 ‘소통에 참여’하는 것이 곧 그 사람의 존재됨이라면, 소통의 장으로부터 끌어내는 행위가 곧 그의 존재의미를 잃게 한다.<sup>29)</sup>

25) 이러한 비판과 그에 대한 대응으로는 J.-P. Sartre, 방곤 옮김, 실존주의는 휴머니즘이다, 문예출판사, 1988, 8면 이하.

26) W. Maihofer, 심재우 옮김, 법과 존재, 삼영사, 1996, 44면 이하, 104면 이하, 115면 이하 참조. 마이호퍼는 여기서 더 나아가 공존하는 세계를 형성하는 관계맺음을 곧 ‘법’이라고 하면서 본래적 인간이 되는 조건이 곧 ‘법 가운데에서의 인간’이라고 말한다. 이 점에서 본래적 삶이 타락한 곳에서 법세계와 만난다는 하이데거의 사고는 법에 대한 편협함을 드러내는 것으로 평가한다(같은 책 26면 이하). 법이 없던 때(= 자연상태)를 가정해 보더라도 인간은 세계-내-존재로서 살았을 것이기 때문에, 마이호퍼의 생각은 지금 현재 법의 기능에 대한 설명으로서만 의미가 있다고 할 것이다(같은 책 53면 참조).

27) W. Maihofer(주 26), 122면 이하. ‘나는 생각한다. 고로 존재한다’는 데카르트의 cogito가 이제는 ‘나는 접속한다. 고로 존재한다’는 명제로 바뀌었다고 하면서 기존의 개인 자율성이라는 오래된 관념이 타인과의 관계성에 의해 대체되고 있으며, 이로부터 배제되는 것이 곧 단절과 고립이라는 권리박탈을 의미한다는 통찰로는, J. Rifkin(주 23), 306면 이하, 350면 이하.

28) 이에 대해서는 이재정, 계몽주의, 모더니즘, 휴머니즘, 하버마스 vs 푸코, 철학논총 제64집(2011), 413면 이하.

29) K. Amelung, Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht, 2002, 19면 이하. 헌법적으로 명예가 ‘인간의 존엄’으로부터 도출되는 보편적인 인격권을 형성한다는 점에 대해서는 J. Park, Ehreenschutz im Internet am Beispiel der Hassrede. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung von Ehreenschutzvorkehrungen im



### 3. 형법의 법익으로서 명예

신분과 지위에서 비롯된 체면이나 위신 또는 평판과 같은 속성을 크게 넘어서, 이 시대 형법이 보호하는 명예는 사람들 사이 직·간접적인 관계와 만남으로서 의사소통과정에 참여할 수 있게 하는 최소한의 자격이자, 인간으로서 실존하게 하는 토대이다. 그리고 이와 같은 역할은 점차 더 강화되어, 명예훼손죄규정의 과제는 개별 실존주체들이 사회 안에서 세계-내-존재로 관계성을 이루면서 살 수 있게 하는 최종적인 조건을 보호하는 역할로 변모되어갈 것이다.<sup>30)</sup>

형법상 법익인 명예에 대해 위와 같이 막중한 의미를 부여할 필요가 없다는 지적이 있을 수도 있다. 추상적인 삶의 조건을 보호하는 데에 형법의 목적이 놓여 있지 않다는 법이론적인 비판도 가능하다. 그러나 법익으로서 명예는 생명, 신체, 재산 등과는 달리 비가시적인 것일 뿐만 아니라, 독립적으로 존재하는 것이 아닌 의사소통 과정을 전제로 하는 관계개념이기 때문에<sup>31)</sup> 다른 법익에 비할 때 구체성이 떨어지는 것은 불가피하다. 이와 같은 대상을 형법적인 법익으로 볼 수 있는지, 더 나아가 추상적인 삶의 조건이라는 형태가 얼마나 분명해질 수 있는지는, 오히려 명예가 박탈된 삶을 구체적으로 응시할 때에 더 명확해진다. 법익은 그것이 침해되거나 위태화될 것을 가정한 개념이기에, 그 대상의 의미는 그것이 상실되었을 경우와 대조됨으로써 부각되어 보이는 것이다.<sup>32)</sup> 형법적인 보호법익인 명예가 의사소통의 전제조건 및 실존의 토대가 된다는 것을 이해하지 못할지라도, 그 보호법익이 훼손된 불명예의 상태로 명예가 실추된 사람이 지금 이 시대에 사회에서 사람들의 삶 가운데 능동적으로 참여하면서 사회구성원으로 온전히 생활하는 것이 불가능하다는 사실은 모두가 알고 있다. 어느 주체의 명예가 완전히 상실된 상태라면 그는 더이상 대화마당에 참여할 엄두조차 내지 못하며, 한 번 그런 상황에 처하게 된 다음에는 그의 반론 또한 영향 있는 작용을 하기 힘들다.<sup>33)</sup> 명예실추로 인해 소통가능성을 상실한 사람들은 더이상 ‘사는 게 사는 게 아니기에’, 그 가운데 자살을 선택하는 사례도 우리 일상에서 드물지 않게 접하고 있다.<sup>34)</sup>

Cyber-space in Zusammenhang mit §11 MDStV und §§ 8 ff. TDG/§§6 ff. MDStV, 2006, 9면 이하.

30) 연혁적으로 명예훼손죄는 정부와 지배자가 시민을 압박하기 위한 도구로 등장하였다는 설명(손태규(주 3), 388면)을 부정하는 것이 아니다. 당시의 폭력인 권력수단으로 쓰였던 것이었으나, 지금은 명예가 과거와 다른 새로운 가치를 갖게 되었다는 사실이 중요하다.

31) 한수용, 표현의 자유와 명예의 보호, 저스티스 제84호(2005), 23면.

32) 유사한 논증방법은 K. Amelung(주 29), 20면; T. Ceffinato, Hate Speech zwischen Ehrverletzungsdelikten und Meinungsfreiheit, JuS 2020, 498면.

33) 대상자와 관련된 모든 정보가 명예훼손시 적시된 사실로부터 압도당하는 효과에 대해서는 배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019, 56/17, 57/3.

34) 그러나 “인간의 존엄과 명예는 죽음으로써도 종결되지 않는다.”(김일수(주 5), 291면).

형법상 살인, 상해, 폭행 등과 같은 범죄유형은 생명과 신체를 보호대상으로 삼는다. 각종 재산죄 목록들은 경제적인 위해보부터 삶의 조건을 보호하는 역할을 담당하고 있다. 이에 대비해볼 때, 사회 안에서 결정적인 의미를 갖는 위에서 나열한 세 가지 가치요소 가운데 하나인 의사소통의 최소한의 참여조건을 보호하는 기능은 오로지 명예훼손을 처벌하는 규범만이 떠맡고 있다.<sup>35)</sup> 현대사회에서 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하는 결정은, 물리력이나 경제력에 비할 때 그 중요성이 장차 더욱 커질 것이 분명한 핵심적인 삶의 조건을 보호하는 규정을 없애는 것이라는 뚜렷한 인식이 필요하다.

## II. 비범죄화 근거에 대해서

사실적시 명예훼손죄 비범죄화의 논거로 언급되는 표현의 자유, 알 권리, 보충성원칙 등의 근거원리들은 개별사안에서는 물론 입법론에서도 비교형량을 허용하지 않는 절대적인 요청이 아니다. 우선 이러한 원칙들의 정확한 의미와 그 자리하는 근거를 명확히 하는 것이 중요하다.

### 1. 표현의 자유

사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 가장 강력한 논거는 그 범죄유형이 사상, 표현, 언론·출판 자유 등[이하 '표현의 자유'로 간략하게 표기]을 억압하고 있다는 것이다.<sup>36)</sup> 이러한 주장에는 충분한 이유가 있다. 언론이나 정치집단은 물론 개별시민들 모두 공동체의 운영방향을 결정하는 데에 일정한 영향을 미칠 권리로서 표현의 자유가 보장되기에, 이에 따라 다양한 정보와 자신의 생각을 전달하고, 그것을 나누어 서로 이용할 수 있어야 한다. 사실을 밝히는 행위만으로 처벌받을 수 있도록 사실적시 명예훼손죄를 광범위하게 적용하면 이와 같은 기본권이 위축될 것은 틀림없다. 그러나 다른 한편 이와 같은 권리의 행사가 타인의 불가침의 권리를 훼손하는 데에 이를 수 있다는 점에 대한 우려도 분명하다. 이로부터 많은 문헌은

35) 독일에서는 적시된 내용이 역사적인 거짓사실을 담고 있을 때에 처벌하는 형법규율이 적지 않으나(F. Hanschmann, Geschichtsbezogene Strafrechtvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit, KJ 2013, 307면 이하), 규정이 없는 우리 형사사법은 이러한 행위를 명예훼손죄에 포섭하기도 한다(대판 1989. 11. 14. 89도1744).

36) 예시로는 최관호, 표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안, 민주법학 제50호(2012), 427면 이하. 독일에서 특히 정치적 의사표현의 자유와 관련하여 Findeisen/Hoepner/Zünkler, Der strafrechtlichen Ehrenschutz – ein Instrument zur Kriminalisierung politischer Meinungsäußerungen, ZRP 1991, 245면 이하.

표현의 자유를 원칙적으로 인정하되 그로부터 비롯된 표현이 타인의 사생활을 침해하거나,<sup>37)</sup> 다른 사람에 대한 경멸, 비방 등에 해당할 때는 금지되어야 한다고 보고 있다.<sup>38)</sup> 표현의 자유를 제한할 수 있으려면 그 정도 면에서 비례성원칙에 따른 검토가 필요하기에, 명예의 보호가 타인의 표현의 자유를 과도하게 침해해서는 안 되며, 마찬가지로 자유로운 표현이 타인 명예의 핵심을 훼손해서는 안 된다고 한다.<sup>39)</sup>

두 가치 중 하나가 일방적으로 포기될 수는 없기에 그 비교형량작업은 반드시 필요하다. 표현의 자유는 참여와 대화를 형식적으로 보장하는 것을 넘어 그 내용을 검열받지 않을 것을 포함한다. 따라서 발설내용을 평가하여 표현의 자유를 제한하는 기준으로 삼는 위 일반적인 방식은 한계가 있다. 다른 사람을 비방하거나 모욕하는 행위라고 해서 곧바로 표현의 자유에서 벗어나 있는 것은 아니다. 사실적시가 아니라 평가나 판단에 해당한다면, 모욕죄가 되는지를 차치하고 명예훼손죄 구성요건에 해당하지 않는 것이기도 하다. 사생활에 대한 언급 또한 마찬가지이다. 사생활을 드러내는 내용이 포함된다고 하여 일관하여 금지할 수 없으며, 반대로 개인의 은밀함에 속하지 않는 정보라고 해서 언제나 표현의 자유에 따라 발설해도 되는 것은 아니다. 해당 발언이 프라이버시 영역에 속하는지 여부를 구별하는 것도 쉽지 않은 문제이다.

표현의 자유를 비롯한 정신활동에 관한 기본권은 현대사회에서 사회구성원들의 의사소통의 가능성을 보장하는 조건으로서 앞서 말한 것과 같은 이유에서 인신의 자유에 대한 것이나, 경제활동에 관한 권리보다 더 중요한 영역을 차지하고 있다. 이와 같은 자유는 오로지 그와 같거나 더 우월한 수준의 가치를 보장할 수 있을 경우에 한하여 제한될 수 있을 뿐이다. 다른 사람의 평판을 깎아내리는 표현이거나 사생활의 영역에 관련되는 내용 인지가 여기서 결정적인 것이 아니다. 그 사실의 적시로 인해서 다른 사람이 어떠한 지위에 놓일 수 있는지가 중요하다. 그 사실이 불특정 또는 다수인에게 알려짐으로써 언급된 대상자가 자신이 속한 사회 안에서 참여와 대화를 이어갈 수 없게 되는 상황의 심각성이 야기되는가 하는 물음이다. 명예훼손행위가 한 사람의 사회적 활동의 가능성을 박탈해버릴 수 있다는

37) 권순민(주 13), 153면; 김형준(주 10), 83면 이하; 박정남, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 관한 입법론적 검토, 법학논총 제31권 제3호(2019), 262면. 윤해성/김재현(주 1), 98면; 조국(주 12), 24면. 사생활보호는 이와 같은 가치를 갖지 못한다는 더 극단적인 의견은 박경신(주 4), 52면 이하.

38) J. Park(주 29), 19면 이하; E. Pohlreich, Strafrechtliche Grundfälle zur Meinungsfreiheit bei Ehrenschilddelikten, JA 2020, 746면 이하.

39) Findeisen/Hoepner/Zünkler(주 36), 248면; A. Gosche, Das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschild in der fragmentierten Öffentlichkeit, 2008, 61면 이하; K. Stamm, Das Bundesverfassungsgericht und die Meinungsfreiheit, Politik und Zeitgeschichte B 37-38, 2001, 17면 이하; Zurkinder/Buser, Ehrverletzung oder Gesellschaftskritik?, sui generis 94, 2019, 76면 이하. 포괄적으로는 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008, 224면 이하.

데에 대한 주의가 여기서 작동해야 한다. 특정 학생이 시험 중에 메모지를 보고 답을 써서 교칙에 따라 징계를 받았다는 사실을 전교에 널리 알리는 것이 허용되어서는 안 되는 이유는, 그것이 그를 경멸하는 말이어서도, 그의 사생활에 해당하는 내용이어서도 아니다. 그로 하여금 정상적인 학교생활을 더 이상 할 수 없게 만드는 행위이기 때문이다.

표현의 자유의 허용범위와, 그 한계의 설정의 기준을 마련하는 위와 같은 작업은 ‘대화와 참여’라는 현대사회의 가장 기본적인 소통수단의 자유로운 이용에 대한 한계를 정하는 것이며, 나아가 민주주의이념 실현에 내재적 한계를 성찰하는 작업이기도 하다. 여기서 우리는 한계설정을 위한 위와 유사한 사고방식으로서, 이른바 ‘방어적 민주주의’(wehrhafte, streitbare Demokratie) 개념을 떠올린다. 민주주의를 표방하고 실천하는 우리 사회에서 표현의 자유를 누리는 모든 이들은 어떠한 대화상황에도 자유롭게 참여할 수 있다. 발설의 내용도 간섭받아서는 안 된다. 신념을 이루는 배경 또한 자본주의든, 공산주의든, 자유주의든, 사회주의든 문제되지 않는다. 그러나 ‘나와 다른 생각을 하는 사람은 참여할 수 없다’고 주장하며 이를 관철하려는 것은 민주주의 고유의 참여와 대화의 가치를 부정하는 방식이기에, 방어적 민주주의에 따라서 바로 이를 관철하려는 자를 대화의 장에 참여할 수 없도록 해야 한다.<sup>40)</sup> 민주주의의 핵심적 가치를 보호하는 데에 역시 명예훼손죄와 관련되는 표현자유 한계가 놓인다고 한다면, 다른 사람의 자유를 배제하기 위해서 자신이 속한 대화의 장을 악용하는 것은 허용되지 않는다. 표현의 자유를 스스로 누리고 있다고 여기면서, 어느 한 사람의 명예를 안중에 두지 않고 특정한 정보를 불특정 또는 다수에게 전달하여, 그 상대를 사회 안에서의 대화의 장으로부터 축출해버리려는 시도를 허용해서는 안 된다. 간단히 말하면, 누군가를 대화마당에서 소외되게 만드는 표현의 자유는 인정할 수 없다.<sup>41)</sup>

표현의 자유가 중요한 만큼 그 대상자인 특정인의 표현가능성도 증시되어야 한다. 명예가 훼손되어 대화마당에 더이상 참여할 수 없게 되어버린 사람의 민주적인 대화의 권리는 도대체 어디에 남아 있는 것으로 보아야 할 것인가? 지금 상황을 응시하건대, 현대사회에서는 명예훼손죄규정이 침해하는 것보다, 다른 사람을 쉽게 평가하고 전달하는 발언이 침해하는 민주주의

40) BVerfGE 5, 85 (141); BVerfGE 140, 316(논평으로는 L. Gundling, Der enge Rahmen des Neutralitätsgebotes: Zur aktuellen Rechtsprechung des Thüringer Verfassungsgerichtshofes zur Äußerungsbefugnis von öffentlichen Amtsträgern, ZLVR 1/2017, 23면 이하).

41) 유사한 논증으로는 K. Amelung(주 29), 특히 118면 이하; BVerfGE 5, 85 (141). 명예가 대화와 참여의 기본권을 유지하기 위한 기본조건임을 밝힌 예는 K. Amelung(주 29), 45면; M. Kriele, Ehrenschtz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, 1898면 이하; F. Kübler, Öffentlichkeit als Tribunal? - Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschtz, JZ 1984, 546면. 익명보도를 하면 유사인물들이 간접적인 피해를 볼 것이므로, 해당인의 실명과 얼굴을 명확히 공개하여야 하며, 이를 통해 모범적인 사람은 성취동기를 가져야 한다는 견해(박경신(주 4), 41면 이하)는 추상적인 자유를 확대하기 위해서 특정인의 현실적인 자유를 확실히 침해해야 한다는 내용으로 읽힌다.

적 가치가 훨씬 더 광범위하다고 분명히 말할 수 있다. 보편적 기본권을 보장한다는 명목으로, 권리의 끝 지푸라기조차 잡을 수 없는 바깥으로 특정인을 떠밀어버리는 상황이다. 명예훼손죄의 존재가 표현의 자유를 위축시킨다는 것은 단순한 표현이다. 오히려 명예훼손죄규정이 허용될 수 없는 행위를 분명하게 지시해낼 수 있어야만 그 안에서 표현의 자유를 누릴 수 있는 공간이 확보되는 것으로 보아야만 한다.

## 2. 알 권리

알 권리 또한 같은 사상적 배경을 갖고 있다. 후기 근대 이후 권력의 주된 도구가 의사소통에 놓여 있기에 그에 참여하기 위한 전제로서 그 전에 알려지지 않았던 알 권리를 주목하기 시작하였다. 알 권리의 근거는 주체가 정보를 습득하여 자신의 의사를 형성하고 그에 따라 나아가 의사소통에 참여할 수 있도록 보장해주어야 한다는 당위에 놓여 있다. 즉 이 권리가 의사를 형성하고 의사소통할 수 있게 하는 전제를 이룬다.<sup>42)</sup> 예를 들어, 어떤 환자의 알 권리를 보장하는 방법으로 의사는 설명의무를 이행하는데, 여기서 권리보장의 목적은 환자가 그 지식을 기초로 미래에 있을 의료행위에 대한 동의여부를 자발적으로 결정할 수 있어야 한다는 데에 있다. ‘모든 국민은 국정에 대해 알 권리가 있다’고 말하는 이유는, 국가운영의 정보를 아는 주체들이 그로부터 비록 간접적·우회적일 수는 있으나 국정에 동의하거나 비판하는 방식으로 소통에 참여할 수 있도록 보장해야 하기 때문이다. 그와 같은 수단을 이용할 역량과 기회가 있는 사람만이 정보를 알아야 한다는 이야기는 물론 아니다. 권리향유가 곧 그것을 사용할 개별적인 자격이나 상황에 종속되는 것은 아니며, 알고 있으면서 의사소통에 참여하지 않을 수도 있다. 그러나 의사소통에 참여해야 하는 사람으로서 반드시 알아야 하는 정보가 있다면, 바로 그 사람에게 그 정보를 전달함으로써 그의 알 권리를 보장해주어야만 한다.

그런데 이를 다른 방향에서 보면, 알 권리가 누구나, 그리고 어떤 상황에서도 특정한 정보에 접근할 수 있게 할 편재된 권리가 아니라는 사실을 알 수 있다. 의사형성을 거쳐 의사표시로 나아가는 것이 기대되지 아니하는 앓, 그 자체를 법이 굳이 보장해주어야 하는 것은 아니다. 즉 의사소통과정에서 참여할 것인지의 선택가능성을 전제하지 않는, 또는 나아갈 필요가 전혀 없는 조건에서의 앓은 맹목적인 것으로서 권리대상으로서 의미가 없다. 위의 예에서, 수술을 받게 될 환자가 아닌 그 옆 침상에 누워 있는 사람은 소통에 참여할 지위에 있지 않기 때문에

42) 김배원, 알 권리의 법적 성격과 내용, 헌법논총 제27집(2016), 189면 이하; 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 454면 이하; 헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769, 2012헌마209·536(병합).

수술 받을 다른 환자의 상태와 수술과정을 알 권리가 없다. 그렇기에 의사는 그 옆 사람의 궁금증을 충족시킬 의무가 없으며 그에 반응해서도 안 되는 것이다. 개별 피의자의 형사사법 절차에 의견을 제시할 자격도, 필요도 없는 일반대중이 그 피의자의 신상 및 피의사실에 대한 정보를 알아서는 안 되는 이유이기도 하다. 피의자 신상이 언론기관을 통해 거침없이 공개될 때 우리가 느끼는 기본권침해의식은 그 근거가 뚜렷하다.<sup>43)</sup>

특정한 정보를 통해 장차 광범위한 의사소통의 어느 한 실마리에 관여할 수 없음에도 이를 알고자 하는 사람들이 있다면, 이러한 관심과 의도는 기본권으로서 ‘알 권리’가 아니라 ‘단순한 호기심’으로 일컬어야 한다. 그러나 단지 ‘읽’이 드러내는 막연한 긍정적인 인상 때문에, 권리 없는 자가 이를 누리려 하거나 정보를 무분별하게 다른 이에게 전달하는 것에 반감을 느끼지 못하는 일상을 겪고 있다. ‘많은 이들이 더 알게 된다고 해서 문제가 있겠느냐’는 식의 생각도 자주 만난다. 그렇지만 ‘권리’는 ‘의무’와 쌍을 이루는 개념으로서, 누군가가 권리를 갖고 있다면 다른 편은 그 권리를 실현시켜야 하는 작위 또는 부작위의 의무를 지게 된다. 즉 알 권리를 실현하기 위해서는 맞은편 상대가 이와 같은 권리를 충족시켜주어야 할 법적 의무를 부담해야 하는 것이기에, 호기심 수준의 관심을 헌법적 기본권으로 격상시켜서는 안 된다. 또한 알 권리가 이처럼 특정한 주체가 정보를 제공받을 권리를 뜻한다고 한다면, 그 정보전달의 필요성과 그로부터 명예를 훼손당할 수 있는 사람의 권리침해 사이에 비교형량이 수행되어야 한다는 사실은 더욱 명확해진다. 공연히, 즉 불특정 또는 다수인에게 사실을 전달하는 행위가 ‘알 권리’로부터 정당화될 수 없는 이유는 바로 불특정 또는 다수가 그 전달된 사실을 알고 그로부터 의사를 형성하며 의사소통에 참여할 수 있는 보편적인 권리를 갖고 있지 않기 때문이다. 특정 업체의 물건을 구입하여 피해를 입은 소비자가 불특정 또는 다수인에게 그 사실을 전달하는 것은, 정보를 접한 공중이 해당 업체를 이용하지 않는 식의 반응을 염두에 둔 것으로서, 제310조를 통해서 위법성이 조각될 수 있다. 반면에 어떤 이가 과거에 학교폭력에 가담하거나 또는 당한 적이 있다는 사실, 탈세나 불륜을 범한 적이 있다는 사실을 알아야 할 권리를 지닌 사람은 극히 제한되어 있다.

43) 이와 같은 알 권리의 근거에 대해서는 홍영기, 알 권리와 모를 권리, 법의 딜레마(윤진수 외 편저, 법문사), 2020, 640면 이하. 알 권리에 대한 일반론(이재진, 국민의 알 권리에 대한 재고찰, 언론과 법 제3권 제1호(2004), 230면 이하 참조)에서는 대개 의사형성에서 더 나아간 의사소통 참여에 대해서는 언급하고 있지 않다. 그러나 직·간접적인 참여를 목적하지 아니하는 의사형성 자체는 타인의 조력을 강제할 만한 권리의 원천이 될 수 없을 뿐만 아니라, 그 권리행사를 제한하는 비교형량 작업도 무의미하다.

### 3. 일상적 대화와 법적 대화

개별사안에서 행위자가 특정한 사실을 알려야 할 필요를 느끼는 많은 경우는, 그 적시되는 사실 안에 포함되는 대상자와 관련된 사실에 대해 불만을 갖는 때이다. 특히 자신이 불법 또는 부당하게 피해를 입은 경우에 억울한 마음에서 이를 알리고자 하는 의도가 사실적시의 배경이 되는 상황이 그 대부분이다. 이와 같은 필요가 추상적, 이론적인 원리보다 더 현실적으로 여겨지기도 한다. 일상을 살아가는 일반시민들에게 사법적인 도구는 어느 정도 낮설고 두려운 대상이다. 불이익한 일을 당한 때에 억울한 마음이 생기는 것은 자연스러운 일이지만 그것을 합리적으로, 특히 법적으로 해결할 수 있는 방법을 모두가 잘 알고 있는 것은 아니다. 이용할 수 있도록 허락된 방식의 대표적인 예는 민·형사상 고소이다. 그런데 민사절차에 대응할 때는 원고 스스로 사실관계 입증에 해야 하는 상황에 부딪칠 가능성이 높다. 법률적으로 의미 있는 정보만을 추려 스스로 증명활동을 할 수 있는 사람은 극히 드물기에, 많은 비용과 부담을 무릅쓰고 변호사에게 사건을 의뢰해야만 하나, 그렇게 법률전문가의 도움을 구할 수 있는 사람도 한정되어 있다. 형사고소를 한 이후에 수사는 수사기관이 한다고는 하지만, 경찰이나 검찰 역시 한정된 물적·인적 자원을 이유로 하여 고소인의 처지와 주장을 충분히 들어주지 못하고 있다. 그 결과 대개는 고소인이 원하는 바, 형사절차의 시작에도 이르지 못하거나, 그의 바람에 훨씬 못 미치는 수준의 법효과만을 얻게 되는 것이 일상이다.<sup>44)</sup>

이처럼 민사절차, 형사절차의 높은 벽을 실감한, 그로부터 좌절을 겪은 많은 일반인은 이윽고 자신에게 피해를 가한 사람의 ‘악행’을 알려 일상적 표현으로 그를 사회 안에서 ‘매장시키는 것’을 문제해결방법으로 떠올리기 쉽다. 나아가 법적인 방법이 충분히 접근가능한 경우라고 하더라도 더 쉬운 방법을 선호하는 때도 적지 않다. 해를 입힌 사람에게 형벌을 부과하거나 그로부터 손해배상을 받아내는 것보다 그를 생활환경에서 속편하게 지낼 수 없도록 만들어야 더 마음이 후련해질 것처럼 느끼기 때문이다. 불륜을 저지른 배우자의 회사를 찾아가 그 직장동료들에게 배우자의 부도덕한 행위를 알리고 싶어진다. 돈을 갚지 않는 채무자가 나름대로 잘 살고 있다는 사실을 아는 순간, 이를 채무자의 활동공간에 알려서 그가 더이상 사회생활을 제대로 할 수 없게 만들길 원한다. 부당하게 낮은 성적을 받았다고 생각한 학생은 우연히 알게 된 교수의 수업 안팎에서의 행동들을 외부에 널리 알려 부끄럽게 만들고 싶어진다.

여기서 우리는 미투(#MeToo)운동을 아울러 떠올린다. 과거에 피해자였지만 어떠한 행동도 할 수 있는 조건에 놓여 있지 아니하였던 사람이 자신의 잃어버린 권리를 되찾고자 하는

44) 이와 같은 한계가 주로 비범죄화를 주장하는 논거로 쓰인다는 점(신평(주 3), 312면 이하; 원혜옥/김자영(주 8), 13면 이하; 한수웅(주 31), 22면 이하)에 주목해야 한다.

목소리를 높이도록 도운 이 동기부여는, 그로부터 과거 권력관계 등으로 인해 감추어왔던 폭력과 소위 ‘갑질’, 특히 성적인 자기결정권 침해를 밝히 드러내도록 이끌어왔다. 그 어두운 과거를 들추어내었다는 것만으로도 우리 사회는 어느 정도의 정화효과를 보았으며 그로부터 이 운동의 가치를 족히 인정할 수 있다. 그러나 그 운동에 의한, 이른바 과거사실의 폭로가 그 주체의 의도대로만 끝맺게 되는 것은 아니었으며, 그 진실 또는 허위사실적시에 대항하여 반론을 제기하는 목소리 또한 끊임없이 불거져왔던 것도 사실이다. 이러한 일련의 사례에서, 사실을 적시한 사람이 과거의 겪었던 불쾌정도와 사실적시의 대상이 된 사람이 저야 할 책임 정도가 형량되어야 한다는 데에 주장에 대해 이의를 제기하는 경우는 많지 않다. 즉 이와 같은 폭로의 필요성이 그 대상자를 그의 활동공간으로부터 소외시켜야 할 정도에 이를 수 있는지에 대해서 논란이 진행되고 있다.

그러나 이러한 목적형량작업보다 훨씬 중요한 것은, 사회구성원들의 일상적인 대화와 사법기관이 수행하는 법적 대화를 구별해야 한다는 사실이다. 법적 제재수단에 접근하기 어렵거나, 소송장애 등의 이유로 법적인 방법을 이용할 수 없는 일반시민은 특정한 대상자를 그의 생활터전에서 완전히 쫓아내는 사적 제재수단을 그 대안으로 생각하는 것이 자연스럽다고도 볼 수 있다. 그러나 그와 같은 대응을 국가기관이 내버려 두거나 부추겨서는 안 된다. 위에서 예로 든 것과 같은 여러 문제가 발생하는 경우에 피해를 입었다고 주장하는 사람들이나 가해자로 지목된 사람들이 인터넷공간을 통해 폭로와 그에 대한 항변과 재폭로를 이어가며, 그것은 접한 수많은 사람들의 반응 또한 각각 구별되는 형태로 이루어지고 있다. 그 안에서 진실이 드러나면 거짓말을 한 사람이 비난받기도 하고, 거짓이 드러나는 때에 그 내용을 무분별하게 옮긴 사람들이 반성하는 때도 많이 있다. 그런데 적지 않은 경우에 그것이 고소 또는 고발 등을 거쳐 사법기관의 평가문제로 넘어서기도 하는데, 일상적이거나 사회규범에 따른 반응을 넘어서 법적인 평가가 시작되는 상황은 바로 이때부터이다.

우리 사회는 허용되기 어려운 행위에 상응하여 각각 구별되는 분화된 반작용의 방식들을 갖추고 있다. 그 가운데 법적 대응은 도덕, 윤리규범이나 사회구성원들 간 비공식적인 반응양식에 대비되어 형식성과 명확성을 뚜렷이 갖춘 예측가능한 반응체계로서 확립된 것이다. 예컨대 미투운동의 결과로 폭로가 이루어지거나 그에 대한 대응이 있다면 이는 실체법적으로 형법상 강간죄나 강제추행죄, 성폭력특별법, 강요죄, 공갈죄 등의 실정법적인 대상이 되거나 때로는 무고죄, 사실적시 명예훼손죄 등의 대상이 되며, 절차적으로는 고소·고발, 공소시효나 고소불가분원칙, 고소기한 등 법체계에 따른 규율대상이 된다. 바로 이와 같은 법체계를 이용해야 하는 국면에 이르러 비로소 국가기관의 사법작용이 개입한다. 일반인들이 사실적시에



다른 폭로와 반론, 재폭로와 확산을 반복할 때에는 그에 대한 편견을 경계하는 한편, 법적인 절차 안에 들어오는 순간부터는 최대한의 정보를 취합하고 법적인 의미가 있는 것을 추린 후에 법률에 포섭될 것을 가려내어 그로부터 최종적인 판단을 도출해내는 직업인이 곧 법조인이다. 누구로부터 불이익받은 것을 기억하는 사람은 그 원인제공 사실을 밝히는 것이 아무 문제가 될 수 없다는 생각을 그 스스로 할 수 있으며 그 사실을 접한 일반인들은 그에 찬성 또는 반대의 느낌을 갖는 것은 당연하다. 이러한 사적인 평가를 사법기관에 의한 판단보다 더 신뢰하는 것처럼 비치는 경우도 얼마든지 있다. 이는 사법체계에 따른 처리를 못마땅하게 여기는 사람들이 많기 때문이기도 하다. 그러나 이와 같은 비정형적인 사적 판단이 법적인 평가를 대신하거나 그것에 앞설 수 있다는 생각을 적어도 법률가들이 나누어 가져서는 안 된다. 마찬가지로 이러한 법제도의 존재가 미투 등 사회운동의 동력을 약화시킨다는 비판의 설득력도 제한되어 있다. 사회운동 차원에서 주고받는 대화과정과 법제도에 따른 평가는 서로 구속되는 것이 아니기 때문이다. 어떠한 경우에도 사법기관은 위와 같은 경로로부터 이어진 최종적인 법적 평가를 방기할 수 없다. 많은 사회구성원들이 사실적시와 폭로를 반복, 재생산하고 있음에도 그로부터 판단이 흐려지도록 선불리 놓아두지 않는, 일견 어느 편의 주장이 옳은 것처럼 비치더라도 법적인 판단은 얼마든지 달라질 수 있다는 점을 잊지 않는 법조인들에게 그 같은 중립적·전문적인 역할을 기대하는 것이다.

장차 사실적시 명예훼손죄 형법규정에 대해 위헌결정을 하는 것은, 사실을 적시하여 명예를 훼손하여 그로부터 해당인을 생활터전으로부터 몰아내는 방법이 형법적으로 ‘허용된다’는 메시지를 우리 사회에 전하는 것과 같다. 이는 그에 그치지 않고, 사법체계의 도움을 기대하기 어려운 대부분 일반 시민들에게 아주 간편하면서도 효과적인, 게다가 막중한 권리침해를 동반하는 사적 제재의 길을 열어 보여주는 셈이 될 것이다.

#### 4. 형법 이외의 제재수단

사실적시 명예훼손죄의 폐지논거 가운데 형벌제재가 아닌 다른 법에 의한 처리로 명예훼손의 문제를 해결하는 것이 형법의 보충성과 과잉금지원칙에 부합한다는 주장이 유력하다. 우선 명예훼손행위에 대해 제시되는 형벌 이외의 조치는 민사상 손해배상이든, 행정벌이든 모두 행위자의 재산박탈·손실을 대안으로 하고 있는 점이 확인되는데, 이와 같은 방식이 그 행위특성에 상응하는 처분으로서 부적합하다는 비판도 있을 수 있다. 어느 정도의 물질적 손해를 감내하고서라도 대상자의 사회생활 자체를 불가능하게 만들어 응보감정을 충족하려는 경우가 많을 것이기에 이러한 재산박탈은 형벌의 대안이 되기 어렵다.<sup>45)</sup> 형벌이 주는

상징적인 효과를 함께 감안할 때, 사실적시 명예훼손죄규정의 범죄억제효과를 부정할 수는 없다. 지금의 명예훼손죄 형법규범에 어떠한 범죄예방적인 효과도 없다는 주장<sup>46)</sup>은, 그 예방 효과가 완벽하게 입증될 수 있다는 기대보다 더 비현실적이다. 자신이 겪은 불이익에 대해서 법률에 따라 처리하기보다 그 사실을 알려서 대상자의 명예를 훼손하는 방식의 위력은 어지간한 법적 처리의 무게를 현저히 뛰어넘는다. 법적 절차의 불만족스러운 결과를 넘어서기 위하여 명예를 훼손한 행위를, 그것도 형법 이외의 다른 법적 절차로 예방할 수 있다는 주장은 모순이다.

형벌 이외의 다른 조치로써 예방가능성을 확보하기 위해서는 지금과는 다른 반작용이 필요하다. 우선 어느 정도의 재산박탈을 법효과로 예정해야 할지 따져야 한다. 대상자의 명예 정도에 따라 반작용의 정도를 달리한다면 헌법상 평등원리에 위배된다. 또한 재산박탈의 정도가 지나치게 크다면 책임원칙에 반하게 될 것이다. 책임원칙이 형법적 규범이라는 분류가 중요한 것이 아니다. 형벌수단이 아니라고 해서 제한 없이 무거운 부담을 지울 수 있다는 주장에는 뚜렷한 근거가 없을 뿐만 아니라, 형벌의 보충원칙을 모순에 빠지게 한다. 바로 이 점에서, 최근 여러 개별법률을 통해 도입되고 있는 징벌적 손해배상(punitive damages) 제도에 기대를 거는 문헌들도 있다.<sup>47)</sup> 징벌적 손해배상은 행위자가 피해자에게 고의 또는 과실로 불법행위를 하여 피해를 입힌 경우에 민사절차를 통해서 징벌을 가할 목적으로 부과하는 것으로서, 형벌이 아니라 말뜻 그대로 민사상 손해배상의 일종이지만 형벌의 효과를 일정 정도 갖고 있으므로, 책임원칙에 따를 때 형벌로써는 일정 액수 이상의 벌금을 부과할 수 없는 경우에 한계를 보완할 수 있을 것으로 여겨지고 있다. 그렇지만 아직 이 제도가 명예훼손죄를 비롯한 불법행위를 제어하는 데에 법이론적인 문제가 없는지에 대한 검토가 충분히 진행되지는 않았다. 형벌 대신에 손해배상이라는 명칭을 달고 있지만, 실질로는 국가의 사법기관이 대상으로 하여금 돈을 내도록 강제한다는 점에서는 마찬가지이다. 고의 및 과실책임 정도를 현저히 벗어나는 막대한 금액을 지불하도록 하는 것이 상당한지에 대해서도 문제 삼을 여지가 있다.<sup>48)</sup> 사실적시 명예훼손행위를 (징벌적) 손해배상으로 대응하는 것은, 실제로 그 행위자에게 막대한 경제적 부담을 지우는 것임과 동시에, 명예를 훼손하는 행위를 예방하는 기능에는 못 미칠 것이라는 점에서 형벌제재와 민사제재의 단점만을 공유하는 것으로 생각된다.

45) N. Mafi-Gudarzi, #MeToo: Wieviel Wahrheit ist erlaubt?, NJOZ 2018, 523면.

46) 김성돈(주 2), 119면.

47) 원혜옥/김자영(주 8), 22면. 반대하는 다른 견해는 아직 징벌적 손해배상제도가 확실히 법제화된 것은 아니기에 사실적시 명예훼손죄의 폐지가 이르다는 말을 하기도 한다(권순민(주 13), 153면; 김형준(주 10), 83면 이하; 조국(주 12), 24면).

48) 이에 대해서는 배종대/홍영기(주 33), 80/25.

## 5. 진실과 거짓

진실을 적시한 때에 공익성이 인정된다면 위법성을 조각하는 데 반해, 허위사실을 적시하여 명예를 훼손하면 가중처벌하고 이와 같은 불법배제가 불가능하다. 비범죄화도 대부분 진실적시의 방법에만 주장된다. 이러한 차이는 행위반가치 측면에서 진실과 허위를 적시하는 불법의 정도가 다르다는 데에 기인한다.<sup>49)</sup> 그런데 이같은 불법성의 차이를 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하기 위한 논거로 이용하는 예가 있다. 허위사실의 적시는 전혀 보호받을 만한 것이 아님에 반해 진실인 사실은 의견형성의 기초가 되어 자유로운 토론에 기여하기 때문에 표현의 자유에 일반적인 우위를 인정해야 한다고 하여 이익형량의 저울에 올릴 만하지 않다고 볼 수 있다는 주장이나,<sup>50)</sup> 진실인 사실적시로부터 보호되어야 하는 가치는 제한적이어서, 그에 남는 것은 사생활보호의 필요성 밖에 없다고 보는 시각도 있다.<sup>51)</sup> 그러나 행위자가 피해자를 사회구성원으로 온전히 생활하지 못하도록 만들 의도로 발설하는 것이 널리 허용될 수 없다고 한다면, 그 내용의 진실성 여부가 중요한 것은 아니다. 또한 공연히 적시된 내용이 사실인지 허위인지를 가려내는 과정에 이르기까지 피해자의 관계성을 깨어져 버리고 다시 회복될 수 없는 경우가 대부분일 것이다.

많은 문헌들은 허위사실이 적시되는 것은 법익침해에 해당하지만 진실된 사실인 이상 불특정 또는 다수인이 알게 되는 것에 아무런 거리낌이 없어야 하는 것이 아니냐고 말한다. 만약 진실을 알리지 못하게 해왔기에 얻어진 평판이라면 그것은 명예가 아니라 ‘위선’이자 ‘허영’이며,<sup>52)</sup> 진실한 사실이 비로소 올바르게 전달되어 그것이 곧 누군가의 인격을 손상하게 되었을 때, 그 인격이란 그 사람에 대해서 잘못 인식되어 온 바가 축적된 것이기에 ‘허명’에 불과하다는 이야기도 반복되고 있다.<sup>53)</sup> 그러나 이와 같은 이분법은 개별 사람들의 현실적인 삶의 모습을 지나치게 단순하게 생각하는 선부름이다. 사회의 복잡한 관계 안에 실존하는 대부분의 사람들은 자신을 둘러싼 ‘진실’이라고 해서 모두 불특정 다수인에게 드러내어 보여도 괜찮다

49) 진실인 사실과 허위인 사실은 모두 객관적 구성요건으로서, 양자에 각각 미치는 인식과 의욕이 구별된다. 진실인 줄 알고 허위사실을 적시한 때와 허위인 줄 알고 진실의 사실을 적시한 때에는 일종의 추상적 사실의 착오로서 제15조 제1항에 따라 두 경우 모두 진실적시행위의 법정형에 따른다(배종대, 형법각론, 홍문사, 2020, 48/17). 허위를 적시한 경우가 진실을 적시한 경우보다 결과반가치가 큰 것은 물론이다. 허위사실임이 추후에 드러나는 경우에 명예훼손 상태로부터 어느 정도 벗어나게 되지만, 진실한 사실이 적시된 경우에는 그 가능성이 봉쇄되어버리기 때문에 후자의 결과반가치가 더 크다고 보는 시각도 있으나, 추후의 상황에 따라 회복되는지 또는 그 가능성여부를 놓고 불법정도가 판단되는 것은 아니다.

50) 김성돈(주 2), 98면.

51) 류영재, 명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용, 언론과 법 제15권 제1호(2016), 75면 이하.

52) 박경신(주 4), 42면.

53) 김성돈, 앞의 논문, 103면; 송진경(주 9), 126면; 신평(주 3), 313면; 윤해성/김재현(주 1), 94면 이하.

고 생각하지 않는다. 반드시 부끄러운 사실이기에 드러내고 싶지 않은 것도 아니며, 자기와 관련된 사실을 알리는 데에 소극적인 사람들이 부정적인 평판을 염려해서 그렇게 살아가는 것도 아니다. ‘틀린 이야기도 아닌데 뭐가 문제냐’, ‘당신만 떳떳하면 됐지, 왜 당신에 대한 말을 못 하게 하느냐’, ‘알리길 꺼려하는 것을 보니 뭔가 구린 게 있나보다’... 이런 말들을 흔히 듣게 되는 사회는 누구도 살고 싶지 않은, 참으로 암담한 공간이다.

설사 감추고 싶은 진실이 불법에 해당하는 과거였다고 해도 이를 드러내는 것이 정당화되는 것은 아니다. 누군가 타인의 부당한 행위를 널리 알렸을 때, 사실이 알려짐으로써 명예훼손을 겪은 그 타인이 우선 과거에 부끄러운 짓을 했음을 반성해야 하는 것이지, 그 사실을 알린 행위자를 비난할 것은 아니라고 쉽게 이야기하는 경우가 있다. 그와 같은 행위를 알림으로써 대상자에게 사회적 비난이 주어지고 잠재적 범죄행위자에게는 자극이 되기 때문에 사실적시는 언제나 공익성이 있다는 견해도 보인다.<sup>54)</sup> 그러나 진실의 가치가 한 인격을 사회로부터 끊어내는 수단으로 쓰려면 이보다 훨씬 더 많은 근거가 필요하다. 일종의 사적 제재로서 폭로가 기능하는 불이익정도는 국가가 형벌권을 이용하는 것과 같은 책임비례적 검토를 거치지 않기에, 불법·부당한 과거행위의 대가로서 과도하더라도 이를 막을 방법이 없다. 누군가에게 부끄러운 진실이 있다고 하여, 이를 불특정 또는 다수에게 알려버리는 ‘소통을 통해 소통에서 몰아내는 또다른 폭력’이 정당화될 수 없음도 이미 충분히 논증되었을 것이다. 어느 사상가의 말을 인용함으로써 반복을 생략하려 한다.

“폭력을 정의할 때 필수적인 것은, ‘좋은 폭력이란 있을 수 없다’는 것이다. 좋은 폭력과 나쁜 폭력을 구분할 수 있다는 주장을 펼치는 순간 우리는 ‘폭력’이라는 단어의 고유한 용법을 잃고 혼란에 빠져든다. 무엇보다도 ‘좋은 폭력이 무엇인지’를 정의하기 위한 기준을 만들어내는 순간, 우리는 모두 그 기준을 매우 손쉽게 이용하여 우리 자신의 폭력행위를 정당화할 수 있음을 깨달을 것이다.”<sup>55)</sup>

### III. 맺음말

#### 1. 요약과 제안

이 시대의 형법이 보호하는 명예는 이전 시대에서 중시되었던, 사람들 사이의 평판이나

54) 정혜옥, 명예훼손과 표현의 자유, 원광법학 제34권 제3호(2018), 48면.

55) J.-M. Muller, Non-Violence in Education, 2002, 22면 이하.

위신, 체면 등을 의미하는 데에 그치지 않는다. 사람들 간 의사소통이 가장 강력한 권력수단으로 변모된 현대사회에서 소통과정으로부터 소외되는 사람은 그 자체로 세계-내-존재로서 실존의 가능성을 상실할 위기에 놓여 있다. 보호법익인 명예는 바로 대화상황으로부터 단절시키지 않도록 하는 최소한의 실존조건을 형성하는 것으로 보아야 한다. 이러한 이해는 형법상 명예관념에 대한 지나친 기대가 아니다. 실정법 안에서 명예훼손규정 이외에 삶의 조건을 보호하는 규범은 존재하지 않으며, 그와 같은 조건을 박탈당한 사람이 사회구성원으로서 소통하며 살아가기 어려운 것은 분명하다.

비범죄화를 위한 논거로 표현의 자유, 알 권리 등의 개념을 이용하기 위해서는 적어도 그와 같은 관념이 어떻게 구체화될 수 있는지 묻고 답해야 한다. 마음에 들지 않는 타인을 사회에서 영구적으로 퇴출하는 방식이 '표현의 자유'라는 명목으로 정당화될 수 없듯이, 다른 사람이 감추고 싶어 하는 사실을 굳이 알아내고자 하는 호기심이 '알 권리'라는 이름을 달고 법적 근거로 이용되어서는 안 된다. 대안에 대한 논의가 성숙하지 않은 상황에서 사실적시 명예훼손죄를 지금 비범죄화한다면, 그로부터 제도화된 규범적 수단을 이용하기보다 무책임한 보도와 사적인 폭로가 선호되는 사회적인 혼란이 야기될 것이라는 염려에는 충분한 이유가 있다.

표현의 자유영역을 확보하기 위하여 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것은 합리적인 방법이 아니다. 대신 명예훼손죄의 포섭범위를 제한하는 해석이 더 필요한 상황이다. 개별 테마에 대한 연구를 후속논문으로 미루고 그 방향만을 다음과 같이 간략하게 제시하려 한다. 첫째, 명예훼손죄는 추상적 위험범이 아니라 구체적 위험범으로 분류되어야 한다. 법조문의 표현형식은 침해범처럼 되어 있지만, 반드시 피해자의 명예가 훼손될 것까지 요하는 것이라고 볼 수는 없다. 피해자가 특정되지 아니하거나 그 명예가 훼손될 수 있는 추상적인 가능성만 있다 하여 범죄가 성립하는 것이 아니라, 그 위험이 구체적으로 실현되어야만 기수에 이른 것으로 보는 해석이 균형 있는 사고결과이다.<sup>56)</sup> 둘째, 위와 같은 이유에서 공연성 요건의 범주도 제한적으로 해석되어야 한다. 판례 등에서 언급되는 전파가능성 이론을 적용하는 것은 죄형법정주의에 반할 뿐만 아니라, 우연적·사후적 사정에 따라 가별성을 달리하는 것으로서 근대적 형법체계사고에 어울리지 않는다.<sup>57)</sup> 셋째, 국가기관이 법익으로서 명예의 주체가 되는 경우는 배제되어야 한다. 형법에서 국가의 구성원인 국민 개별적인 삶으로 환원되지 아니하는, 국가기관 자체를 보호하려는 범죄유형이 정당화될 수 없기 때문이다.<sup>58)</sup>

56) 같은 견해는 권순민(주 13), 144면; 김형준(주 10), 81면; 배종대(주 49), 48/8.

57) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2018, 159면; 배종대(주 49), 48/6. 최근 판례도 전파가능성을 엄격한 요건 하에 인정한다(대판 2020. 1. 30. 2016도21547; 2017. 9. 7. 2016도15819; 2013. 7. 25. 2013도6465).

## 2. 현재와 미래

비범죄화가 논의될 때마다 외국입법례가 언급된다. 여러 나라에 명예훼손죄가 없거나 이미 폐지하였으며, 민사상 손해배상으로 해결하고 있다는 것이다. 유엔인권위원회보고서 등에서 명예훼손죄의 폐지를 권고하였다는 점도 인용한다.<sup>59)</sup> 그러나 형법은 그 어느 실정법보다 해당 나라의 문화와 역사적 맥락에 종속된 것이기 때문에 비교법적 고찰에 뚜렷한 한계가 있는 말을 여기서 반복할 필요는 없을 것이다.<sup>60)</sup> 우리 사회가 체면과 위신을 중시하는 전통을 갖고 있다는 사실이 특별히 중요한 것은 아니지만, 개별 사람들 간 관계성을 중시하며 그것이 대화에 참여하는 데에 의미 있는 요건이 된다는 사실은 분명해 보인다. 2010년 영국에서 명예훼손죄를 폐지할 때에 법무부장관이 ‘표현의 자유가 없던 시대의 법’이라는 이유를 들었다고 하지만,<sup>61)</sup> 이러한 논거는 지금 우리나라처럼 인터넷공간이 현실세계를 능가하는 삶의 배경이 되어, 진실과 허위를 불문한 정보를 급속하고도 광범위하게 주고받는 사회에 어울리지 않는다. 자기 스스로 ‘정의를 구현한다’는 일부 사람들이 법적인 판단내용과 법조인의 신상을 널리 공개하고, 속칭 ‘디지털교도소’를 만들어<sup>62)</sup> 특정인을 간단하게 매장시키는 일들을 목도하고 있는 곳이 지금의 한국사회이다.

다가올 시대는 물론 이미 지금도 표현의 자유 자체에 대한 역압이 두드러지는 상황에 놓여 있지 않다. 이제는 그동안 크게 문제시하지 않았던 사고방식에 대해 비판하면서 새로운 방식으로 이를 극복하고자 하는 목소리를 전달하는 경향으로서 이른바 ‘정치적 올바름’(Political Correctness: PC)이 중시되는 때다. 이러한 동력은 그간 상대적으로 소외되어 왔던 계층의 권리의식을 새롭게 강조하는 데에 큰 힘을 쏟고 있고, 다른 한편 인터넷에서의 혐오 발언

58) 형법에서 인정되는 ‘국가적 법익’은 국가기능의 완전성이 곧 시민들의 삶에 영향을 나아가기 때문에 보호법익으로 인정되는 것이다(대판 2016. 12. 27. 2014도15290; 2011. 9. 2. 2010도17237 참조). 미국판례는 ‘공적 인물’에 대해서 명예훼손의 손해배상 가능성을 제한하는 원리를 동원한다(한수웅(주 31), 29면 이하; 박정남(주 37), 270면 이하 참조). 이 문제에 대해 더 자세히는 김진, 공적인 인물에 대한 명예훼손에 관한 고찰, 형사법의 신동향, 제36호, 2012, 281면 이하.

59) 배상규, 사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 대한 검토, 형사정책연구 제29권 제3호(2018), 165면; 손태규(주 3), 380면 이하; 한수웅(주 31), 27면 이하.

60) 이에 대해서는 배중대/홍영기(주 33), 6/3 이하. 명예라는 법익의 중요성이 오히려 과소평가되고 있다는 외국의 분석으로는 R. Merkel, Rechtsethische Grundsatzfragen in der Gesetzgebung, ZRP 2020, 163면.

61) 원혜옥/김자영(주 8), 3면. 그러나 명예살인이나 명예훼손에 따른 결투가 흔했던 시대를 지나, 근대 이후에 표현의 자유가 확인된 때보다 개인의 인격권에 주목한 것이 더 최근의 일이다(F. Kübler(주 41), 542면 이하).

62) 권칠승 더불어민주당 의원은 “최근 성범죄 사건에 대해 법원의 처벌이 너무 가볍다는 데 대한 국민들의 분노가 디지털교도소라는 것을 등장시켰다”며 “사회적 심판”이라고 말했다(동아일보 2020년 9월 2일자). 방송통신심위원회 강진숙, 심영섭, 이상로 위원은 “디지털교도소는 허용된 범위를 벗어나 사적 보복을 위한 도구로 운영되고, 사회적 피해와 무고한 개인의 피해 발생 가능성 또한 있는 것도 사실이나, 사이트 전체를 차단하기 위해선 일정한 원칙과 기준을 적용해야 하는데 전체 89건 중 17건만을 토대로 차단하는 것은 과잉 규제의 우려가 있어서 적절하지 않다”는 견해를 밝혔다(한겨레신문 2020년 9월 14일자).

등을 거부하는 움직임으로 나아가고 있다. 여기서 우리는 물리적인 자유, 육체적인 안락, 재산적인 이득을 훌쩍 뛰어넘는 '사회적 관계의 회복'이라는 가치가 육중한 목소리를 내고 있는 것을 목도한다. 차별과 소외가 없는 사회는 바로 관계성이 회복된 공간이다. 여기서 의미하는 관계성의 핵심조건을 지금 우리 형법에서는 명예라는 법익이 떠받치고 있는 것이다. 더욱이 머지않은 장래에 인터넷공간이 실제 생활공간의 역할비중을 넘어설 것이 분명하다. 온라인에서 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하고 그로부터 그 공간에서 버틸 수 없게 만드는 방법은 짧은 시간만을 들여 타자 치거나 사진을 올리는 등 몇 가지 작업을 하는 것으로 족하다. 그 전파가능성은 오프라인에서와 비교할 수 없을 정도로 광범위하며 전달된 내용도 영구적으로 '박제되기' 때문에, 언급된 대상으로 하여금 매우 오랜 시간을 온라인과 오프라인에서 공히 어떠한 대화조차 이어갈 수 없게 만든다.<sup>63)</sup> 이것이 미래학 서술이 아니라 현재의 상황분석일진대, 사실적시행위를 비범죄화해야 한다는 주장을 접할 때마다 더 깊은 심사숙고가 필요하다는 반론을 덧붙이지 않을 수 없다.

핵심적인 가치수단의 역사적 맥락에 걸맞게 형벌제재 또한 고통을 주는 체형이나 인신을 가두는 자유형 등 '신체형'으로부터, 벌금형 등의 '재산형'으로 변모되어왔다. 그리고 이에 이어 장치 의사소통가능성을 단절 또는 제한하는 방식이 형벌로 기능하게 될 것으로 내다볼 수 있다. 반사회적인 내용의 글을 게시한 사람이 네티즌들에게 비난을 받아 인터넷공간이 자정되는 일상에서 보듯, 이는 이미 사회공동체의 대화과정에서 구현되고 있는 것이기도 하다. 기존 국가권력의 역할이 퇴색되면서 앞으로는 이와 같은 국지적이면서도 편재된, 그러면서도 다른 한편 국경을 넘나드는 영향력이 시민사회를 움직여갈 것은 틀림없다. 그런데 상황이 이렇다고 하여 국가의 가장 원초적인 권한이자 의무인 형벌권행사를 미리 포기해버려도 되는 것인가? 아니면 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 인격침해의 형사제재적 성격을 제도화하는 우회적인 방편으로 생각하는가?

명예를 지니지 않은 사람은 아무도 없다. 비록 그것이 진실일지라도, 그 사실을 다른 이들에게 널리 알리는 방법으로 한 사람을 사회 전체로부터 소외시켜서는 안 된다. 금지되었던 그와 같은 행위가 앞으로는 허용된다는 것을, 특히 지금 현대사회에서 우리 세대의 헌법재판소가 선언하는 데에는 특별한 여러 조건이 필요하다. 막중한 역사의식과 더불어, 가까운 미래에 경험하게 될 부작용에 대한 책임의식도 이에 포함되지 않을 수 없다.

63) 이에 대해서는 김희준, 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유, 형사법의 신동향, 제18호(2009), 106면; 주승희, 인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토, 형사법연구 제25권(2006), 301면 이하.

## | 참고문헌 |

- 권순민, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구 - 형법 제307조 제1항의 사실 적시 명예훼손죄를 중심으로 -, 법학논총 제40권 제2호(2016).
- 김배원, 알 권리의 법적 성격과 내용, 헌법논총 제27집(2016).
- 김성돈, 진실적시명예훼손죄의 폐지론, 형사정책연구 제27권 제4호(2016).
- 김성천/김형준, 형법각론, 소진, 2014.
- 김일수, 명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?, 안암법학 제1권(1993).
- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2018.
- 김재현, 사실적시 명예훼손죄의 존폐론, 고려법학 제93호(2019).
- 김진, 공적인 인물에 대한 명예훼손에 관한 고찰, 형사법의 신동향 제36호(2012).
- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.
- 김형준, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 비판적 검토, 법학논문집 제43집 제3호(2019).
- 김희준, 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유, 형사법의 신동향 제18호(2009).
- 류영재, 명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용, 언론과 법 제15권 제1호(2016).
- 박경신, 진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성, 세계헌법연구 제16권 제4호(2010).
- 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.
- 박정남, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 관한 입법론적 검토, 법학논총 제31권 제3호(2019).
- 배상균, 사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토, 형사정책연구 제29권 제3호(2018).
- 배종대, 형법각론, 제11판, 홍문사, 2020.
- 배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019.
- 손지원, 미투운동의 걸림돌, 사실적시명예훼손죄를 둘러싼 쟁점과 개선 방안, 언론중재 2018 여름호(2018).
- 손태규, 형법상 명예훼손죄의 폐지 - 한국과 세계 각국의 비교 연구 -, 공법연구 제41집 제2호(2012).
- 송진경, 사실적시 명예훼손죄에 대한 비판적 검토, 가천법학 제13권 제2호(2020).



- 신평, 명예훼손법, 청림, 2004.
- 신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구 제31집 제3호(2003).
- 원혜옥/김자영, 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임, 비교형사법연구 제18권 제4호 (2016).
- 윤해성/김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2018.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사, 2017.
- 이재정, 계몽주의, 모더니즘, 휴머니즘, 하버마스 vs 푸코, 철학논총 제64집(2011).
- 이재진, 국민의 알 권리에 대한 재고찰, 언론과 법 제3권 제1호(2004).
- 이창규, 사이버 명예훼손의 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 고찰, 가천법학 제5권 제3호 (2012).
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2015.
- 정혜옥, 명예훼손과 표현의 자유, 원광법학 제34권 제3호(2018).
- 조국, 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성, 형사정책 제25권 제3호(2013).
- 주승희, 인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토, 형사법연구 제25권(2006).
- 주승희, 미투(#MeToo) 운동과 형사정책, 2018년 범죄 및 경찰 학술대회(2018).
- 최관호, 표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안, 민주법학 제50호(2012).
- 최정일, 사이버명예훼손죄의 구성요건 분석 및 형사법적 규제방안에 대한 소고, 법학연구 제23 권 제2호(2015).
- 한수용, 표현의 자유와 명예의 보호 - 한국, 독일과 미국에서의 명예훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 곁하여 -, 저스티스 제84권(2005).
- 홍영기, 알 권리와 모를 권리, 법의 딜레마(윤진수 외 편저, 법문사), 2020.
- 황태정, 형법에 의한 인격권보호와 명예훼손법제, 비교형사법연구 제14권 제2호(2012).
- Amelung, K., Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht, 2002.
- Berger, W., Macht [김옥현 옮김, 권력, 이론과실천, 2009].
- Burkhart, D., Eine Geschichte der Ehre, 2006.
- Ceffinato, T., Hate Speech zwischen Ehrverletzungsdelikten und Meinungsfreiheit,

- JuS 2020, S. 495 ff.
- Findeisen/Hoepner/Zünkler, Der strafrechtlichen Ehrenschutz – ein Instrument zur Kriminalisierung politischer Meinungsäußerungen, ZRP 1991, S. 245 ff.
- Foucault, M., Surveiller et punir [오생근 옮김, 감시와 처벌 – 감옥의 역사, 1994].
- Gosche, A., Das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz in der fragmentierten Öffentlichkeit, 2008.
- Gundling, L., Der enge Rahmen des Neutralitätsgebotes: Zur aktuellen Rechtsprechung des Thüringer Verfassungsgerichtshofes zur Äußerungsbefugnis von öffentlichen Amtsträgern, ZLVR 1/2017, S. 12 ff.
- Habermas, J., Theorie des kommunikativen Handelns [장춘익 옮김, 의사소통행위이론 I, II, 나남, 2006].
- Hanschmann, F., Geschichtsbezogene Strafrechtvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit, KJ 2013, S. 307 ff.
- Heidegger, M., Sein und Zeit [이기상 옮김, 존재와 시간, 까치, 1998].
- Kriele, M. Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, S. 1898 ff.
- Kübler, F., Öffentlichkeit als Tribunal? – Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschutz, JZ 1984, S. 541 ff.
- Mafi-Gudarzi, N., #MeToo: Wieviel Wahrheit ist erlaubt?, NJOZ 2018, S. 521 ff.
- Maihofer, W., Recht und Sein [심재우 옮김, 법과 존재, 삼영사, 1996]
- Menke, C., Recht und Gewalt, 2012.
- Merkel, R., Rechtsethische Grundsatzfragen in der Gesetzgebung, ZRP 2020, S. 162 ff.
- Muller, J.-M., Non-Violence in Education, 2002.
- Newman, G., The Punishment Response [이경재 옮김, 서양형벌사, 길안사 1997].
- Otto, H., Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NJW 2006, S. 575 ff.
- Park, J., Ehrenschutz im Internet am Beispiel der Hassrede. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung von Ehrenschutzvorkehrungen im Cyberspace in Zusammenhang mit §11 MDStV und §§ 8 ff. TDG/§§6 ff. MDStV, 2006.

- Pohlreich, E., Strafrechtliche Grundfälle zur Meinungsfreiheit bei Ehrenschutzdelikten, JA 2020, S. 744 ff.
- Rifkin, J., The Age of Access [이희재 옮김, 소유의 종말, 민음사, 2001].
- Sartre, J.-P., L'Existentialisme est un humanisme [방곤 옮김, 실존주의는 휴머니즘이다, 문예출판사, 1981].
- Stamm, K., Das Bundesverfassungsgericht und die Meinungsfreiheit, Politik und Zeitgeschichte B 37-38, 2001, S. 16 ff.
- Taylor, M., Community, Anarchy & Liberty [송재우 옮김, 공동체, 아나키, 자유, 이학사, 2006].
- Volkman, V., Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit? Meinungsäußerungsdelikte zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Instrumente der wehrhaften Demokratie, 2019.
- Zurkinden/Buser, Ehrverletzung oder Gesellschaftskritik?, sui generis 94, 2019, S. 74 ff.

## | Abstract |

### Reputation protected by Criminal Law

#### - A Study on the Decriminalization of Criminal Defamation -

In contemporary society, a reputation protected by criminal law is not merely one's reputation or dignity among other people, but a key factor to participate in society where each members of society forms communities driven by free communication. It is also one of the fundamental elements of life, which deserves to be respected on account of the fact that each and every lives are functioning as existential subject coexisting with conflicts between others. As the benefit and protection of the criminal law or the idea of reputation, such understanding of legally protected good can be sufficiently accepted, especially when you think of someone's helpless life where his/her reputation was disgraced, so that he/she can not possibly communicate with one another in a local community, and besides, one would not struggle for any resistance to restore tainted reputation or at least to recover from this situation.

It needs to be clarified first what actual meanings do these following principles carry in order to insist that defamation via true statement is imposing restriction the fundamental rights, such as freedom of speech, expression and information(=the right to know) etc. Isolating someone from his/her community by spreading the word(facts; true statements) about him/her could not be considered as exercise of fundamental rights and respected in a sense of freedom of expression. Likewise, it is not possible to use theoretical framework for enabling a person to sue for defamation with obscure intention, which has been disguised as freedom of information to know some facts about a certain individual. Many people who are not familiar with legal solutions are more likely to let go of their grudges and

bitterness or sense of injustice by putting all the blame on certain individual and giving publicity to what he/she has done, when they have been mistreated by him/her. Even if that sort of intent would be acceptable to the public, Constitutional Court of Korea should not approve such methods of taking the law into one's own hands, lynching for instance, legally. Decriminalizing the defamation via true statement is not so different from showing the way to isolate certain individual from the society in terms of reason why an abstract value is supposed to be expanded.

**Keywords:** defamation via true statement, freedom of speech, freedom of expression, the right to know, MeToo, decriminalizing, In-der-Welt-Sein, lynch



# 아동복지법 정서적 학대 조항의 명확성 검토\*

## Review on the void-for-vagueness doctrine of emotional abuse clauses in the Child Welfare Act

이수창, 대구광역시교육청 변호사  
Lawyer, Daegu Metropolitan Office of Education, Suchang Lee

### ■ 목 차 ■

I. 문제 제기	203	V. 법집행의 자의성 배제 기능 검토	217
II. 아동학대 및 정서적 학대의 개관	204	1. 정서적 학대의 인정 범위에 관한 사법적 인식의 확장	217
1. 아동학대의 개요	204	2. 입법기술을 통한 판단기준의 구체화 시도 여부	218
2. 아동학대에 대한 형사처벌의 개요	205	3. 정서적 학대와 다른 학대 간 관계 확립 여부	220
3. 정서적 학대의 개념 및 명확성에 대한 헌법재판소의 태도	207	VI. 정리 및 제언	221
III. 명확성 원칙의 의의와 판단기준	210	1. 유형력 없는 정서적 학대행위의 고의의 엄격한 인정	222
1. 명확성 원칙의 의의와 근거	210	2. 복지적 차원과 구별되는 사법적 차원에서의 정서적 학대행위의 예시주의의 채택	223
2. 명확성의 요구 정도	210	3. 타유형의 학대행위에 수반된 정서적 학대의 이중평가 지양	224
3. 명확성의 판단주체	211		
4. 명확성의 판단방법 및 기준	212		
IV. 수범자에 대한 공정고지 기능 검토	212		
1. 수범자(적용대상)의 파악	212		
2. 고의(학대할 의도)의 고려	213		
3. 수범자(일반인) 기준과 법관(법전문가) 기준의 조화 여부 검토	215		

\* 본 논문에 대해 과분한 평가를 해주신 익명의 심사자들에게 감사드리며 그 고견은 본 논문을 가다듬는 데 소중한 활용하였습니다.

## Ⅰ 국문초록

아동복지법이 금지하는 정서적 학대행위는 ① 유형력의 행사가 있지만 신체손상을 수반하지 않는 행위와 ② 유형력의 행사가 없는 행위를 포함한다. 인간 간의 상호작용은 주관적 감정과 인식을 의미하는 정서에 필연적으로 영향을 줄 수밖에 없으므로, 특히 후자의 경우를 처벌한다는 것은 명확성 원칙을 위배한다는 지적이 제기될 수 있다.

이에 대해 헌법재판소는 ① 아동복리를 위해 정형화할 수 없는 다양한 정서적 학대행위를 처벌할 필요성이 있고, ② 형사처벌의 대상인 정서적 학대행위는 신체손상, 유기·방임에 준하는 것으로 한정되며, ③ 어떤 행위가 포섭될 수 있는지 수범자에게는 모호할 수 있지만, 명확성 원칙의 보충적 판단주체인 법관의 해석을 통해 구체화할 수 있으므로 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

그러나 정서적 학대행위는 유형력의 행사, 학대할 의도, 학대의 가시적 결과를 요하지 않고 일상생활 중 다양한 행위를 포섭한다. 따라서 명확성의 원칙적 판단주체인 일반인(수범자)으로서의 일일이 법전문가의 조력을 구하여 자신의 행위를 결정할 수 없다(정서적 학대 조항의 수범자에 대한 공정고지 기능의 부족).

그리고 사법부는 정서적 학대에 관하여 일관되게 유기·방임에 준하는 범위에서 금지행위를 구체화하는 것이 아니라, 유기·방임에 준할 정도에 이를 필요 없이도 처벌대상으로 의율하여 포섭범위를 확대하고 있다. 한편 신체적·성적 학대가 발생할 경우 정서적 학대를 중복하여 인정하는지 여부에 관한 사법부의 판단도 일관되지 못하다. 이는 법집행기관도 정서적 학대 여부를 판단할 수 있는 충분한 판단기준을 부여받지 못하기 때문이다(자의적 법집행 배제기능의 부족).

그러므로 정형화하기 어려운 다양한 형태의 정서적 학대행위를 처벌할 필요성을 인정하더라도, 현행 정서적 학대조항의 명확성을 제고할 방안을 모색할 필요가 있다. 이를 위해서는 고의의 엄격한 인정, 제한적 예시주의의 채택, 정서적 학대의 중복 인정의 지양 등을 고려할 수 있다.

**주제어:** 정서적 학대행위, 명확성 원칙, 명확성의 판단주체, 공정한 고지, 자의적 법집행 배제

(논문접수일: 2020. 11. 9. 심사개시일: 2020. 11. 9. 게재확정일: 2020. 12. 8.)



## I. 문제 제기

우리나라에서는 울산·칠곡 아동학대 사망사건 등이 연달아 언론의 주목을 받아 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 제정되어 아동학대범죄에 대한 형량이 대폭 상향되는 등 입법과 사법의 영역에서 아동학대행위에 대한 처벌이 강화되었다. 한편 신체적 학대, 정서적 학대, 성적 학대, 유기 및 방임 등 2018년 전체 아동학대사례 24,604건 중 정서적 학대와 정서적 학대를 포함하는 중복학대는 11,473건(46.6%)에 이르고 있다.<sup>1)</sup>

그러나 정서적 학대의 높은 발생률과 그 후유증의 심각성과 장기성에도 불구하고 정서적 학대행위의 개념과 범위에 관한 규정은 모호하고 불충분하다.<sup>2)</sup> 법은 정서적 학대행위에 대해 아동의 정신건강·발달을 저해하는 행위라고만 언급하고 있다(아동복지법 제17조 제5호). 이에 대한 문언적 해석을 통해서도 ‘아동이 사물을 인식하여 판단하는 마음의 태도가 정상적으로 성장하는 것을 방해하는 행위로서 폭언 내지 심한 수치·고통을 주는 행위’ 정도로 정의할 수 있을 뿐이다.<sup>3)</sup>

그 결과 학대행위의 개념에는 응당 신체적·성적 학대만이 아니라 정서적 학대행위가 포함될 수는 있지만, 현행과 같이 주관적 감정과 인식을 의미하는 정서 발달을 저해하는 행위를 폭넓게 형사처벌의 대상으로 포섭한다는 것은 명확성 원칙에 반하고 처벌의 실효성을 담보하지 못한다는 지적이 제기된다.<sup>4)</sup>

이렇듯 정서적 학대 규정의 명확성 원칙 위배 여부가 쟁점이 되어 왔지만, 헌법재판소는 비록 사전에 법규정을 통하여 정서적 학대행위를 정형화·구체화하지 못하여 정서적 학대 규정의 의미 내용이 추상적이고 광범위하고 모호하다는 사실을 인정하면서도, 아동의 복리안전을 위해 다양한 정서적 학대행위를 처벌할 필요성이 있으며 법관의 해석을 통해 정서적 학대의 의미내용을 구체화할 수 있으므로 같은 규정이 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.<sup>5)</sup>

그러나, 정서적 학대행위를 보다 폭넓게 인정하자는 입장에서도 현재 구체적인 사안에 있어서 수범자(가해자)가 행한 행위가 정서적 학대행위에 해당하는지 여부에 관해 수사기관과 법원 등 법집행기관에 고스란히 맡겨져 있다는 지적이 여전히 제기되는 상황이다.<sup>6)</sup>

1) 보건복지부/중앙아동보호전문기관, 2018 아동학대 주요통계, 세종:보건복지부 2019, 26쪽.

2) 이세화/장미경/손금옥/이아름, 국내외 아동학대 관련법과 처리절차에 반영된 아동 정서학대 및 방임의 정의, 아동복지연구 제18권 제1호(2020), 58-60쪽.

3) 헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정

4) 이호중, 학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향, 저스티스 제134호(2013), 8쪽.

5) 헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌바264 결정

이에 따라 본 연구에서는 이러한 상황에서 현행 정서적 학대행위 규정이 명확성 원칙에 따라 ① 무엇이 금지되는 정서적 학대행위인지 수범자에게 사전에 고지하여 수범자에게 예측 가능성을 제공하는지(수범자에 대한 공정고지 기능)와 ② 금지규정의 적용에 관하여 객관적인 판단기준을 법집행기관에게 제공하여 사안마다 다른 차별적 법집행이 이뤄지는 것을 예방하는지(자의적 법집행 방지기능)를 검토한 다음, 정서적 학대행위 규정이 정형화하기 어려운 다양한 정서적 학대행위를 포섭하면서도 명확성 원칙상 수범자에 대한 공정고지 기능과 자의적 법집행 방지기능의 구현에 기여할 수 있는 대안을 모색하고자 한다.

## II. 아동학대 및 정서적 학대의 개관

### 1. 아동학대의 개요

#### (1) 아동학대의 정의

아동학대는 아동이 부모 등 양육자의 양육을 받는 동안 받는 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 유기·방임, 성적 학대를 포함한 혹사나 착취로 정의할 수 있다(아동권리협약 제19조).<sup>7)</sup> 이에 따라 현행법은 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강·복지·정상적 발달을 저해하는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 행하는 것과 보호자가 아동을 유기·방임하는 것으로 아동학대를 정의하고 있다(아동복지법 제3조 제7호, 아동학대범죄 등의 처벌에 관한 특례법 제2조 제3호).

#### (2) 아동학대의 주체(수범자)

아동복지법은 아동학대행위자를 ‘보호자를 포함한 성인’으로 한정하는 반면(같은 법 제3조 제7호), 아래에서 살펴볼 금지행위 규정의 적용을 받는 자는 ‘누구든지’라고 하여 아동학대의 주체를 제한하고 있지는 않음을 알 수 있다(같은 법 제17조). 이에 대해 아동학대가 성인인 아닌 자에 의해서도 발생할 수 있으므로 학대행위자를 성인으로 제한하는 것은 타당하지 않다는 지적이 제기된다.<sup>8)</sup>

한편 아동학대범죄 등의 처벌에 관한 특례법(이하 아동학대처벌법)은 아동학대범죄의 주체

6) 이세원, 정서학대와 방임에 대한 사법적 판단, 교정복지연구 제53호(2018), 119쪽

7) 김용화, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 시행 1주년에 즈음하여, 법학논총 제22권 제3호(2015), 588쪽

8) 강동욱, 아동학대행위자와 그에 대한 조치에 관한 고찰, 한양법학 제34호(2011), 100~101쪽.

를 아동의 ‘보호자’로 제한하고 있다. 이 보호자는 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 할 의무가 있는 자와 업무·고용 등의 관계상 아동을 보호·감독하는 자를 의미한다(아동복지법 제3조 제3호). 이러한 보호자의 범위에는 아동의 부모는 물론 부모를 대신하여 아동을 양육하는 친인척 등이 포함된다. 또한 각급 학교의 교사와 강사는 교육활동 중이거나 교육과 밀접불가분한 생활관계에 있어서는 법정 감독의무자를 대신하여 아동을 보호·감독할 의무가 있으므로 이들도 보호자의 범위에 포섭된다.<sup>9)</sup>

이러한 적용 범위의 차이점으로 인해 보호자가 아닌 성인이 아동복지법 제17조의 금지행위(아동학대행위)를 범할 경우 그자는 아동복지법 제71조 제1항 각호의 적용을 받을 뿐 아동학대처벌법의 적용을 받지 않게 된다.<sup>10)</sup>

### (3) 아동학대의 객체(보호대상)

반면 보호대상인 아동은 만 18세의 자를 의미하고(유엔아동권리협약 제1조), 이에 따라 현행법도 동일하게 만 18세 미만의 자로 보고 있다(아동복지법 제3조 제1호, 아동학대처벌법 제2조 제1호). 즉, 아동이란 신생아부터 영유아 및 청소년을 포함한다.

## 2. 아동학대에 대한 형사처벌의 개요

### (1) 아동학대행위(아동복지법상 금지행위)

앞서 살펴보았듯이 아동복지법은 아동학대를 “보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것”으로 정의한다(법 제3조 제7호).

나아가 같은 법은 아동학대에 관하여 유형을 구분하여 신체적·정신적 학대, 음행매개 및 성희롱 등 성적 학대, 유기·방임, 아동매매, 구걸과 곡예 등 강요를 금지행위로 설정하고 있다(법 제17조 각호). 이러한 금지행위에 포섭되는 행위를 할 경우 그 학대행위자를 형사처벌하는 벌칙규정을 두고 있으며 그 처벌을 받게 된 자는 일정 기간 아동관련 기관에 취업이 제한될 수도 있다(법 제71조 제1항 각호, 법 제29조의3).

이러한 사항들을 종합하여 볼 때, 아동복지법상 금지행위 위반죄는 법 제17조가 ‘누구든지’ 금지행위를 해서는 안 된다고 규정하고 있으나 법 제3조가 아동학대를 ‘보호자를 포함한

9) 대법원 1996.8.23. 선고 96다19833 판결: 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다40437 판결

10) 이천현, 아동학대 처벌규정에 관한 검토-아동복지법을 중심으로, 소년보호연구 제27호(2014), 173쪽.

성인'이라고 주체를 한정하며 실무적으로도 형사처벌 및 취업제한의 대상이 되는 것은 아동의 부모와 교사 등이므로 주로 미성년자를 제외한 성인에 의한 법 제17조 상 금지규정 위반행위로 정리할 수 있다.<sup>11)</sup>

표1. 아동복지법상 금지행위 및 처벌규정

처벌규정 제71조 제1항 각호	금지행위 제17조 각호	처벌수위
제1호	1. 아동을 매매하는 행위	10년 이하 징역 (미수범 처벌)
제1의2호	2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위	10년 이하 징역 또는 5천만 원 이하 벌금
제2호	3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위	5년 이하 징역 또는 3천만 원 이하 벌금
	5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위	
	6. 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위	
	7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위	
제3호	8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위	3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하 벌금
	10. 정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위	
제3호	11. 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위	3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하 벌금
	9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위	
제4호	9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위	1년 이하 징역 또는 500만 원 이하 벌금

## (2) 아동학대범죄(아동학대처벌법상)

아동학대에 관한 형사제재에 있어 아동복지법과 함께 큰 틀을 형성하는 아동학대처벌법은 제2조 제4호에서 아동학대범죄를 정의하고 있다. 이는 아동의 보호자가 ① 아동학대행위로 형법상 개인적 법익 침해 범죄를 저지르거나, ② 아동복지법 제17조 상 금지행위 위반범죄를 행한 경우와 ③ 아동학대행위를 수단으로 아동을 사망이나 중상해에 이르게 한 경우를 의미한다.

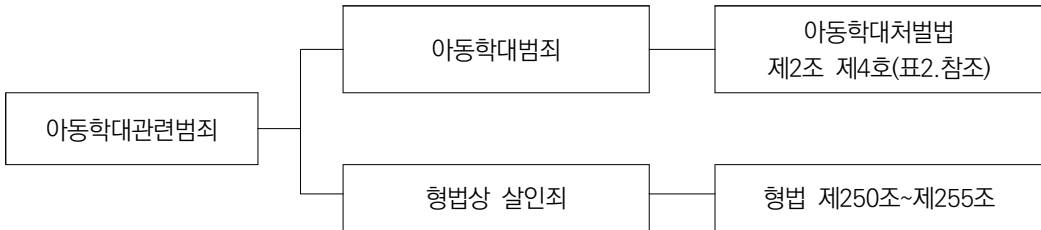
11) 류부곤, 아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토, 형사정책 제27권 제1호(2015), 141쪽.

그런데 아동학대처벌법은 아동학대범죄의 처벌절차와 법원이 특별히 부과할 수 있는 조치를 규정하는 것이 두드러진 점이고, 아동학대범죄의 포섭범위와 그 처벌수준 등에 관하여서는 아동학대치사와 아동학대증상해의 경우를 제외한다면 형법, 아동복지법의 규정 내용을 대부분 따르고 있다. 다만, 아동학대범죄의 주체로는 ‘보호자’를 설정하여 ‘보호자가 아닌 성인’이 행한 아동학대는 아동학대처벌법상 형사절차 특례규정이 적용되지 않는다.<sup>12)</sup>

### (3) 아동학대관련범죄(아동복지법상)

아동복지법상 ‘아동학대관련범죄’란 앞서 살펴본 ‘아동학대범죄’(아동학대처벌법 제2조 제4호)와 아동에 대한 형법 제2편 제24장 살인의 죄 중 제250조부터 제255조까지의 죄를 말한다(아동복지법 제3조 제7호의2). 따라서 아동을 살인한 자는 비록 아동학대처벌법의 적용대상은 아니지만, 형법상 살인죄로 처벌되고, 아동복지법이 적용되어 일정 기간 아동관련기관에서의 취업이 제한받는다(제29조의3).<sup>13)</sup>

표2. 아동복지법 상 아동학대관련범죄



## 3. 정서적 학대의 개념 및 명확성에 대한 헌법재판소의 태도

### (1) 정서적 학대의 개념 및 현황

이상에서 살펴보았듯이 아동학대 및 아동학대관련범죄에 관한 형사제재 전반을 규율하는데 있어 아동복지법상 금지행위에 관한 규정(법 제17조)이 핵심적인 내용임을 알 수 있다. 같은 규정은 아동학대에 관하여 아동매매, 장애아동 공중관람, 아동에 대한 구걸과 곡예의 강요 등 여러 금지행위(학대행위)를 규정하고 있으며 자주 발생하지 않아 사문화된 내용을 제외한다면 아동학대는 실무적으로는 신체적 학대, 정서적 학대, 성적 학대, 유기·방임으로

12) 류부근(주11),141쪽.

13) 강동욱, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 아동학대범죄의 의미와 수사기관의 긴급입시조치에 대한 검토 및 개선방안, 인하대학교 법학연구 제20권 제3호(2017), 100쪽.

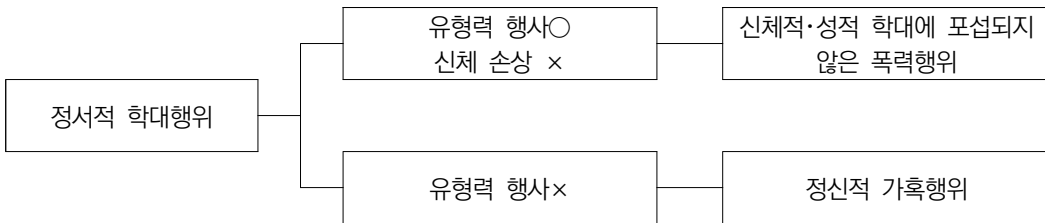
분류된다.<sup>14)</sup>

아동복지법은 아동의 정신건강·발달을 저해하는 정서적 학대행위를 금지하고 있다(아동복지법 제17조 제5호). 헌법재판소는 이 정서적 학대행위에 관하여 ‘아동이 사물을 인식하고 판단하는 마음의 태도가 정상적으로 유지·성장하는 것을 저해하거나 현저한 위험을 초래하는 행위 중 신체손상, 유기·방임에 준하는 정도의 행위’로 정의 내리고 있다.<sup>15)</sup>

이러한 정의는 대법원이 유형력 행사와 신체적 손상을 요건으로 하는 신체적 학대행위와 달리 ① 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에는 이르지 않은 학대행위는 물론 ② 유형력을 동반하지 아니한 학대행위에 대해서도 아동복지법상 형사처벌의 대상인 정서적 학대행위로 인정하기 때문이다.<sup>16)</sup>

나아가 정서적 학대 조항에 관한 헌법재판소의 결정(헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정)에서 참고한 중앙아동보호전문기관의 안내에 따르면 ‘아동에 대한 무시나 거부 혹은 애정을 갖지 않거나 칭찬을 하지 않는 것 또는 끊임없이 고함을 치거나 공포를 조성하고 트집을 잡는 행위, ‘아동에 대해 극히 부정적인 태도를 가지며 언어적 또는 정서적으로 공격하거나 공격의 위협을 가하는 것’ 등이 정서적 학대행위에 포섭된다. 다만 이러한 정의는 다양하게 해석될 여지가 있으며 사법적 차원의 정의라기보다는 아동복지적 차원에서의 광범위한 정의라고 할 수 있다.<sup>17)</sup>

**【표3. 정서적 학대행위의 분류】**



한편, 아동학대는 신체적 학대, 정서적 학대, 성적 학대, 유기·방임으로 분류할 수 있는데 2018년 전체 아동학대사례 24,604건 중 정서적 학대는 5,862건(23.8%)으로 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 그 뒤를 이어 신체적 학대 3,436건(14.0%), 방임 2,604건(10.6%), 성적

14) 보건복지부/중앙아동보호전문기관(주1),26쪽.: 아동권리보장원 <http://www.korea1391.go.kr/new/page/sign.php>에서 (검색일 2020.1.1.)인출  
 15) 헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌바264 결정  
 16) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결  
 17) 이세원(주6), 139면: 아동권리보장원 <http://www.korea1391.go.kr/new/page/sign.php>에서 (검색일 2020. 1.1.)인출

학대 910건(3.7%) 순으로 높게 나타났다. 아동학대 유형 중 중복지대는 47.9%(11,792건)로 가장 큰 비중을 차지하는데 그중에서도 신체적 학대와 정서적 학대가 중복하여 발생한 경우는 전체의 38.1%(9,376건)로 중복지대 중 압도적인 비중(79.5%)을 차지하고 있다.<sup>18)</sup>

## (2) 정서적 학대 조항의 명확성 원칙 위배 여부에 대한 헌법재판소의 태도

명확성 원칙의 준수 여부에 관한 헌법재판소의 원칙적 입장은 수범자(일반인)의 입장에서는 법규범의 명확성 여부를 판단하기 어려운 경우에도 법관(법률전문가)의 해석을 통해 법규정의 내용을 구체화할 수 있다면 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 것이다.<sup>19)</sup>

이러한 원칙은 헌법재판소의 정서적 학대 및 형사처벌 조항(아동복지법 제17조 제5호, 제71조 제2호)의 명확성 원칙 위배 여부 판단에도 적용하고 있다. 헌법재판소는 정서적 학대 행위가 무엇인지에 대한 정의가 비록 추상적이고 광범위하여 당해 규정에 의해 포섭되는 행위들에 대해 정량화·유형화하기 어려운 현실을 인정한다. 그러나, 헌법재판소는 ① 아동복리를 위하여 다양한 형태의 정서적 학대행위를 처벌할 필요성이 있고 ② 정서적 학대는 신체손상, 유기, 방임 등에 준할 정도에 이르는 행위로 제한되므로 ③ 이러한 제한되는 범위 내에서 어떠한 행위가 구체적으로 정서적 학대에 해당하는지는 법전문가인 법관이 유형력의 정도, 행위의 동기와 경위, 관련 당사자 간의 관계, 행위의 반복성 등을 고려하여 충분히 구체화할 수 있기에 정서적 학대조항은 명확성 원칙을 위배하지 아니하였다고 본 것이다.<sup>20)</sup>

그러나, 입법자가 모든 가능한 위법행위를 형사처벌 할 수 있도록 폭넓은 구성요건을 만들어 놓고 법관으로 하여금 누구를 처벌할지 결정하도록 하는 것은 사법부가 입법부를 일정 부분 대체하는 것으로서 지양되어야 한다(명확성 원칙의 자의적 법집행 방지 기능).<sup>21)</sup> 이러한 입장에서 금지행위에 정서적 학대행위가 포함되는 것은 당연하지만, 주관적 감정과 인식인 정서의 발달을 보호하기 위해 정서를 침해하는 행위를 광범위하게 형사처벌의 대상으로 삼는다는 것은 명확성 원칙에 반하고 처벌의 실효성도 떨어진다는 지적이 제기된다.<sup>22)</sup>

18) 보건복지부/중앙아동보호전문기관(주1).26쪽.

19) 헌법재판소 2011. 10. 25.선고 2010헌가29 결정; 헌법재판소 2012. 12. 27.선고 2011헌바225 결정; 헌법재판소 2013. 7. 25.선고 2012헌바471 결정

20) 헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정

21) United States v. Reese, 92 U. S. 214 (1875)

<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/92/214.html>에서 (검색일 2020.10.31.)인출

“It would certainly be dangerous if the legislature could set a net large enough to catch all possible offenders, and leave it to the courts to step inside and say who could be rightfully detained, and who should be set at large. This would, to some extent, substitute the judicial for the legislative department of the government.”

22) 이호중(주4), 8쪽.

### III. 명확성 원칙의 의의와 판단기준

#### 1. 명확성 원칙의 의의와 근거

명확성의 원칙은 기본권을 제한하는 금지규정의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙으로 건전하고 통상적인 상식을 가진 일반인에게 금지된 행위를 고지하여 합법적 행위와 불법적 행위 사이에서 스스로의 행동을 자유롭게 조정할 수 있게 해준다.<sup>23)24)</sup> 이를 통해 법의 수범자는 금지되는 행위를 사전에 알 수 있어 법적 안정성과 예측가능성을 도모할 수 있으며, 법집행기관은 법적용 상 객관적 판단지침을 확보하여 차별적·자의적인 법집행으로 인한 폐해를 방지할 수 있게 된다.<sup>25)</sup>

헌법재판소는 명확성 원칙의 근거로 법치주의와 함께 기본권 제한에 대한 법률주의를 규정한 헌법 제37조 제2항, 조세법률주의를 제시하고 있다.<sup>26)</sup> 한편 헌법재판소는 형사제재 규정의 명확성 원칙은 통상적인 판단능력을 갖춘 자라면 법률상 처벌되는 행위가 무엇이며 그 형벌은 어떠한 것인지를 예견할 수 있어 그에 따라 스스로 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확하여야 한다는 것으로 죄형법정주의에서 파생하는 것으로 보고 있다.<sup>27)</sup>

#### 2. 명확성의 요구 정도

이러한 명확성 원칙을 모든 입법에 있어 일률적으로 수준으로 요구할 수는 없고 개별적인 법률의 성격, 제정 배경 등에 따라 달라지며 일반적으로 수익적 성격의 입법보다는 부담적 성격의 입법에 있어 명확성 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다.<sup>28)</sup> 구체적으로는 죄형법정주의가 적용되는 형사제재 관련 입법, 민주주의 사회에서 표현의 자유를 두텁게 보호하기 위해 표현의 자유를 규제하는 입법, 국민의 재산권에 중대한 침해로 가져올 수 있는 조세법 등 영역에 있어서 명확성의 요구 정도가 강화된다.<sup>29)</sup>

23) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바169 결정

24) 김중대, 미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사- 미국연방최고법원 판례를 중심으로-, 서울대학교 법학 제50권 제1호(2009.3.), 458쪽.

25) 이부하, 법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙, 세계헌법연구 제20권 제1호(2014), 7-8쪽.

26) 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고 99헌바34 결정; 헌법재판소 2005.6.30. 선고 2005헌가1 결정

27) 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2009헌바56 결정

28) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2000헌가8 결정; 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500 결정; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바169 결정

29) 이부하(주25), 11쪽.



즉, 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않는 일반적인 법률은 상대적으로 완화된 기준이 적용된 데 비하여(일반적 명확성 원칙) 형벌법규에 있어서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되는 것이다(죄형법정주의상의 명확성 원칙).<sup>30)</sup> 그러므로 정서적 학대 규정과 같이 국가가 형벌권을 행사하는 법률에 있어서는 명확하지 않은 법률용어는 가급적 지양되어야 하며, 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라도 그에 대한 개념정의, 제한적 수식어의 사용, 적용한계의 설정 등을 통하여 법집행기관이 사안마다 그때그때의 판단에 따라 선택적 법적용을 하는 상황을 차단하여야 한다.<sup>31)</sup>

### 3. 명확성의 판단주체

원칙적으로 법규정의 명확성 여부를 판단하는 주체는 보통의 지성을 갖춘 일반인이다. 즉, 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 일반인이 법규정을 통해 그 수범자와 구체적인 금지행위를 충분히 파악할 수 있다면 당해 법규정은 명확성 원칙을 준수한다는 것이다.<sup>32)</sup> 그러면서도 수범자에 대한 행위규범으로서의 명확성은 일반 국민 누구에게나 당해 법령이 명확할 것을 요구하는 것은 아니며 적용대상이 일정한 신분, 직업, 지역의 특정인으로 제한되는 경우에는 그 영역 사람들 중의 평균인을 기준으로 하여 판단자로 상정하고 있다.<sup>33)</sup>

더 나아가 법규정이란 입법 기술상 일반적 개념을 사용할 수밖에 없으므로 일반인이 법규정의 명확성 여부를 판단하기 어려운 경우에도 법률전문가인 법관의 해석을 통해 법규정의 의미를 구체화할 수 있다면, 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판시하고 있다. 다만 이러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 선택적·자의적으로 이뤄질 가능성이 없어야 한다.<sup>34)</sup>

이러한 입장에 따라 헌법재판소는 정서적 학대 조항에 관하여서도 정서적 학대가 무엇인지에 대해서 해석이 귀일되지 못하고 그 행위 유형에 관하여서도 객관적으로 유형화하는 것이 불가능하지만 정서적 학대로부터 아동을 보호하고자 하는 아동복지법상 공익이 크기에 정서적 학대행위에 대한 처벌을 포기할 수 없고 어떠한 행위가 정서적 학대인지는 법관의 해석에 의해 구체화될 수 있다고 판시하고 있는 것이다.<sup>35)</sup>

30) 이부하(주25), 11쪽

31) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2000헌가8 결정; 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정

32) 헌법재판소 1992.4.28. 선고 90헌바27 결정; 헌법재판소 1998.5.28. 선고 97헌바68결정 ;헌법재판소 2010. 4. 29.선고 2008헌바118 결정

33) 이부하(주25), 9쪽.

34) 헌법재판소 2011. 10. 25.선고 2010헌가29 결정; 헌법재판소 2012. 12. 27.선고 2011헌바225 결정; 헌법재판소 2013. 7. 25.선고 2012헌바471 결정

#### 4. 명확성의 판단방법 및 기준

헌법재판소는 법규의 명확성 원칙에 관한 판단은 법규정의 문언 그 자체에 국한될 것이 아니라 입법취지, 연혁, 법규의 체계 등을 종합적으로 고려하여 법규의 의미를 합리적으로 파악할 수 있는 구체적인 해석기준을 얻을 수 있는지에 의한다고 판시하고 있다.<sup>36)</sup> 이에 따라 형벌법규의 구성요건이 예측가능성을 담보하고 있는지에 대한 평가는 당해 조항만으로 판단할 것이 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 판단하고, 각 구성요건의 특수성과 제재의 원인이 된 사회적 맥락, 처벌 강도 등을 고려하여 판단하여야 한다.<sup>37)</sup>

이러한 판단방법을 통해 법규정의 명확성을 심사하게 되는데 그 명확성 원칙 위배 여부는 당해 규정이 공정고지 기능과 법집행의 자의성 배제 기능을 충실히 구현하고 있는가에 달려 있다. 즉, 수범자의 입장에서는 당해 법규정상 금지행위의 내용을 알 수 있도록 공정한 고지(fair notice)를 하여 예측가능성을 부여하고 있는지 여부와 법집행기관의 입장에서는 당해 법규정이 충분한 의미와 법적용의 객관적 기준을 규율하여 자의적 법집행(arbitrary enforcement)이 배제되는지 여부에 따라 법규정의 명확성 원칙 준수 여부를 판단할 수 있다.<sup>38)</sup>

이에 따라 아동복지법상 정서적 학대 조항의 명확성 원칙 준수 여부를 검토하기 위해서 아래에서는 당해 규정이 수범자에게 어떠한 행위가 금지행위로 포섭될 수 있는지 사전에 인지할 수 있도록 고지하였는지(공정 고지)와 법집행기관에게 법적용에 대한 유의미한 의사결정기준을 제공하여 자의적 차별적 법집행을 차단하고 있는지(법집행의 자의성 배제)를 살펴보고자 한다.

### IV. 수범자에 대한 공정고지 기능 검토

#### 1. 수범자(적용대상)의 파악

학대행위자와 피해아동의 관계를 살펴보면 2018년 전체 24,604건의 학대사례에서 학대행위자는 부모 76.9%(18,919건), 대리양육자 15.9%(3,906건), 친인척 4.5%(1,114건) 등이며

35) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌바264 결정

36) 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2009헌바56 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바34 결정

37) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바83 결정; 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바66 결정

38) 김종대(주24), 458-459쪽.

대리양육자 중에서는 초·중·고교의 교직원 8.4%(2,060건)로 가장 높은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.<sup>39)</sup> 즉, 아동복지법상 정서적 학대 조항(같은 법 제17조 제5호, 제71조 제1항 제2호)의 실제 수범자(적용대상)는 일정한 신분, 직업, 지역 등으로 제한되거나 법률전문가 집단이 아니라 부모, 교사 등과 같이 아동과 일상생활을 공유하는 일반인이다.

그리고 정서적 학대조항은 형법상 학대보다 그 법정형이 가중되어 있을 뿐만 아니라, 교사, 보육교사 등이 정서적 학대 조항으로 처벌받을 경우 그에 따른 취업제한명령이 부과될 수 있다(개정 아동복지법 제29조의3 제1항).<sup>40)</sup> 이렇듯 수범자의 예상되는 불이익이 상당하므로 정서적 학대조항을 통해 포섭할 수 있는 금지행위의 범위를 구체화할 필요성이 커진다.

따라서 정서적 학대조항에 대한 명확성 판단은 ① 그 주된 수범자(적용대상)가 법률전문가 집단이 아닌 일반인이며, ② 입법성질 상 가중된 형사처벌에 관한 규정으로서 직장배제 등 부수적 불이익이 수반된다는 점에서 원칙적으로 가장 엄격한 심사가 이뤄져야 하는 것이다.

## 2. 고의(학대할 의도)의 고려

수범자에게 어떤 행위가 금지행위에 해당하는지 적절하게 고지하였는지를 평가함에 있어 형벌권 행사에 고의(scilicet)를 엄격하게 요구하는지가 주요한 요소가 된다.<sup>41)</sup> 형사처벌에 있어 고의를 엄격하게 요구한다면 당해 법규정의 불명확성은 감소하는 것으로 볼 수 있다. 아동복지법은 정서적 학대의 의미내용을 정의하는 데 있어 가해자의 고의성 인정 여부를 어떠한 기준에 따를 것인지, 학대행위 중 강도와 빈도 중 어떠한 것을 기준으로 삼을 것인지에 관하여 판단기준을 제공하고 있지 못하다.<sup>42)</sup>

한편, 정서적 학대 규정의 명확성 원칙에 대해 심사한 헌법재판소 결정에 인용된 대법원 판결에 따르면 정서적 학대행위는 ① 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에는 이르지 않은 정서적 학대행위와 ② 유형력을 동반하지 아니한 정서적 학대행위로 구분할 수 있다.<sup>43)</sup> 이러한 정서적 학대 고의의 인정에 있어 판례는 아동에 대한 ‘정서적 학대의 목적·의도가 있어야 정서적 학대행위로 인정할 수 있는 것이 아니라’ 당해 행위로 인하여 아동의 정신건강 및

39) 보건복지부/중앙아동보호전문기관(주1), 23쪽.

40) 헌법재판소가 아동학대 범죄전력자에 대해서 형집행 종료 후 일률적으로 아동관련기관에서 10년간 취업 및 노동제공을 금지하였던 舊 아동복지법 제29조의3 제1항에 대해 위헌결정을 내려(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2017헌마130·405·989(병합) 결정) 법관의 재량으로 취업제한명령을 내릴 수 있도록 아동복지법이 개정되었다.

41) 김중대(주24), 460-461쪽.

42) 이세원, 한국 아동학대범죄에 대한 사법적 판단과 지향에 대한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2017, 37-42쪽.

43) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결

발달을 저해하는 결과가 발생할 가능성을 인식할 수 있었다면 정서적 학대가 성립할 수 있다고 본다.<sup>44)</sup>

이중 전자의 유형 즉, 신체적·성적 학대에 포섭되지 않은 폭력행위(유형력을 행사하였으나 신체의 손상에 이르지 않은 행위)에 관하여는 외부적·객관적으로 평가할 수 있는 유형력의 행사가 있다. 예를 들어 아동의 머리를 눌러 앉히고 엉덩이를 때리며 손가락을 강제로 아동의 입속에 넣는 행위<sup>45)</sup>, 아동의 팔다리를 벨트로 묶은 후 물티슈를 아동의 입안에 강제로 넣고 소등한 교실에 방치한 행위<sup>46)</sup> 등이 그것이다.

이러한 행위들은 신체적·성적 학대로 의의하기는 어렵지만 아동에게 강제로 물리력을 행사하는 외형이 있기에 사회적 평균인의 예측능력에 비추어 행위자 스스로도 자신의 행위가 위법할 수 있음을 인식할 계기가 충분히 있었다. 따라서 이러한 유형의 학대행위에 관해서는 행위자가 당초 아동을 학대할 목적·의도가 아니었다고 하더라도 정서학대의 위험성을 미필적으로 인식했다면 학대의 고의를 인정하는 것은 타당하다.

그러나 후자의 유형 즉, 정신적 가혹행위(유형력을 동반하지 아니한 정서적 학대행위)는 유형력의 행사라는 객관적으로 관찰할 수 있는 외형이 없어 일상생활 중의 정당행위와 대단히 근접·점착되어 있다. 행위에 따라서는 행위자에게 사전에 자신의 행동이 금지행위에 포섭될 가능성을 충분히 의식할 계기가 주어지지 않을 수도 있는 것이다.

예를 들어 교사가 고등학교 1학년 학생에게 성적확인을 하도록 지시하는 행위<sup>47)</sup>, 교사가 수업시간 중에 소설책을 본 중학교 3학년 학생을 나무란 행위<sup>48)</sup>, 유치원 원장이 2세 원생이 자주 울자 연령에 맞지 않는 1세 원생반으로 배치한 행위<sup>49)</sup>, 교사가 초등학생에게 다른 급우에게 사과하도록 계획한 행위<sup>50)</sup> 등은 어떠한 강제적인 물리력을 행사한 것은 아니며 행위자가

44) 대법원 2015.12.23. 선고 2015도13488 판결; 대법원 2020.3.12. 선고 2017도5769 판결; 서울고등법원 2017.2.9. 선고 2016노3694 판결; 부산지방법원 2019.8.23. 선고 2019노721 판결

45) 인천지방법원 2016고단3228 판결

46) 울산지방법원 2015.6.11. 선고 2015고단325 판결

47) 고등학교 1학년 학생이 교사를 폭행한 후 공무집행방해 혐의 등으로 고소당하자 당해 교사가 중간고사 성적을 확인하는 과정에서 자신의 성적을 비하하여 자존감에 큰 상처를 받아 교사를 폭행하게 되었다고 주장하며 교사를 정서적 학대 혐의로 고소하여 경찰 단계 수사가 진행 중이다.

48) 교사가 중학교 3학년 학생이 도덕 수업 중 소설책을 보아 수업시간에 선정적인 책을 본다고 나무라고 이에 당해 학생이 교사로부터 무시를 받았으며 자살한 사건에 대하여 제1심 재판부는 교사의 정서적 학대행위로 학생이 자살에 이르게 되었다며 징역 10월을 선고하였으나, 제2심 재판부는 정서적 학대를 인정하면서도 교사가 학생의 자살을 예견할 수 없었다는 이유로 집행유예를 선고하였다.

49) 어린이집 원장이 등원하여 자주 우는 2세 원생을 혼자 간식을 먹게 하고 연령이 맞지 않는 반에 보낸 데 대하여 검사는 아동보호전문기관의 의견을 참고하여 정서적 학대 및 유기·방임 혐의로 기소하였으나 제1심 재판부는 당해 행위가 정신건강 및 발달을 저해할 위험성이 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

50) 초등학교 교사가 초등학생에게 다른 급우에게 사과하도록 지시하였으나 실제 이행되지는 않은 사건에 대해 경찰 단계에서는 아동보호전문기관의 의견을 참고로 기소의견으로 송치하였으나 검찰 단계에서 불기소 결정하였다.

자신의 행동이 정당행위의 범위를 넘어서서 아동의 정서발달에 현저한 위험을 초래할 수 있음을 사전에 예측하기는 어려웠을 것이다(각주 48의 사례에서는 항소심 재판부도 행위자가 자신의 행동에 따른 결과를 예상하지 못하였을 것이라고 판시한 바 있음).

이러한 유형의 행위에 대해서도 유형력을 동반한 정서적 학대행위와 마찬가지로 정서적 학대의 목적·의도를 요구하지 않고 당해 행위가 아동의 정서발달을 저해할 가능성에 대한 미필적 인식만으로 그 범의를 쉽사리 인정하는 것은 타당하지 못하다. 일반인인 수범자가 금지행위 여부를 정확하게 파악할 수는 없더라도 자신의 행위의 (결과에 따른) 위법성을 사전에 인식할 계기가 주어질 만큼 당해 행위가 이례적이지 못하기 때문이다.

이 유형의 문제 행위들은 일상생활 행위 그 자체인 경우가 상당하고 인간 간 상호작용은 필연적으로 정서에 영향을 줄 수밖에 없는 것이다. 그런데 문제가 되는 일상적 행위로 인하여 정서에 부정적 영향을 줄 가능성을 성인인 행위자가 소극적으로 인식하는 것만으로 행위자의 범의를 인정하는 것은 아동과 일상생활을 공유하는 과정에서의 상호작용 중 금지행위(정서적 학대)에서 확실하게 벗어날 수 있는 영역을 거의 남기지 않을 정도로 축소시킨다.

### 3. 수범자(일반인) 기준과 법관(법전문가) 기준의 조화 여부 검토

헌법재판소는 형벌법규의 원칙적 명확성 판단주체를 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 ‘일반인’으로 상정하면서도, 일반인이 법규범의 명확성 여부를 판단하기 어려운 경우 예외적 판단주체로서 ‘법관’으로 대표되는 법률전문가의 해석을 통해 규정에 포섭되는 금지행위를 구체화할 수 있다면 명확성 원칙을 준수한 것으로 판단한다. 앞서 살펴보았듯이 이러한 입장은 어떠한 행위가 정서적 학대에 해당하는지는 예외적 판단주체인 ‘법관’이 아동에게 가해진 유형력의 정도, 당해 행위의 동기와 경위, 피해아동의 연령 및 건강 상태, 가해자의 성향·태도, 행위의 상습성 등을 살펴 판단할 수 있다고 하여 아동복지법 정서적 학대 처벌규정에 대해서도 일관되게 유지되고 있다.<sup>51)</sup>

그러나 이러한 태도에 대해 형벌법규의 명확성 판단주체가 사실상 일반인이 아닌 법률전문가인 법관이 되므로 실제의 심사에서 수범자의 관점은 배제되어 명확성 원칙의 수범자에 대한 공정고지(fair notice) 기능이 형해화된다는 지적이 제기된다.<sup>52)</sup> 이러한 문제점에 대해 헌법재판소는 ‘일반인’도 문제가 되는 행위를 결정함에 있어 자신의 지식만으로 그 행위가 형벌법규가 금지하는 행위인지를 알 수 없을 때에는 어느 정도 법률전문가에 의한 보완을

51) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정

52) 김종대(주24), 463쪽.

받아 행위 여부를 결정한다고 하여 수범자인 일반인에 대한 공정고지라는 요구와 법전문가에 의한 해석을 조화시키고자 노력하고 있다.<sup>53)</sup>

그런데, 헌법재판소의 정서적 학대 처벌규정에 관한 명확성 심사 사례(헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정)에서는 이러한 수범자인 일반인과 법관이라는 법률전문가 기준의 상이함을 어떻게 조화시킬 것인지에 대해서는 특별한 언급이 없다. 따라서 명확성 원칙의 판단주체의 조화에 관하여는 원칙(헌법재판소 2005.3.31. 선고 2003헌바12 결정)으로 돌아가 정서적 학대조항의 수범자인 일반인들이 금지행위에 저촉될 수 있는 행위를 하기 전에 법률전문가에 의한 조언을 받아 의사결정할 수 있는지를 검토하여야 한다.

한편, 정서적 학대조항의 명확성 판단에 관한 헌법재판소의 결정에 인용된 대법원 판결에 따르면 ① 정서적 학대행위란 반드시 유형력을 전제로 하지 않는 것이다.<sup>54)</sup> 이에 더하여 정서적 학대행위에 관한 사법부의 인식을 살펴보면, ② 원칙적으로 학대할 의도를 요하지 않으며<sup>55)</sup>, ③ 학대의 가시적 결과가 있어야 하는 것도 아니다.<sup>56)</sup> 즉, 헌법재판소가 지적하였듯이 형사처벌의 대상이 되는 정서적 학대행위는 객관적인 정량화·범주화·유형화할 수 없을 정도로 다양한 형태로 이뤄질 수 있는 것이다.<sup>57)</sup>

더욱이 아동과 일상생활을 공유하는 수범자(부모·교사 등)의 언행 중 아동의 주관적인 감정과 인식을 의미하는 정서발달에 여하한 형태로든 영향을 주지 않는 행위를 상정할 수도 없다. 그런데 앞서 살펴보았듯이 교사가 학생에게 성적확인을 지시한 행위, 교사가 수업시간 중에 소설책을 본 학생을 나무란 행위, 교사가 초등학생에게 다른 급우에게 사과하도록 계획한 행위들은 일상생활 중 흔히 접할 수 있는 행동이었으나 아동의 정신건강 및 발달에 영향을 주었기에 당사자는 수사·기소·재판의 과정을 거쳤다.<sup>58)</sup>

이렇듯 아동을 학대할 의도가 없고, 유형력을 행사하지 않고, 학대의 가시적 결과가 발생하

53) 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌바12 결정

54) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결

정서적 학대행위는 유형력을 동반하지 아니한 정서적 학대행위와 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에는 이르지 않은 정서적 학대행위를 모두 포함한다는 취지

55) 대법원 2015.12.23. 선고 2015도13488 판결; 대법원 2020.3.12. 선고2017도5769 판결; 서울고등법원 2017.2.9. 선고 2016노3694 판결; 부산지방법원 2019.8.23. 선고 2019노721 판결

정서적 학대의 목적·의도가 있어야만 정서적 학대를 인정할 수 있는 것이 아니라 당해 행위로 아동의 정서발달을 저해할 가능성이 있음을 미필적으로 인식하면 충분하다는 취지

56) 의정부지방법원 2015.8.21. 선고 2015노492 판결(대법원 2015.12.23. 선고 2015도13488 판결의 원심) 아동학대는 그 결과가 현실적으로 심각하게 나타나지 않을 수도 있는바 피고인의 행위 이후 아동에게 어떠한 변화나 징후가 보이지 않는다고 하여 피고인의 행위가 아동의 정신건강에 아무런 영향을 미치지 않았다고 선불리 단정할 수 없다는 취지

57) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정

58) 일부는 검찰단계에서 불기소 결정, 일부는 항소심에서 집행유예·선고유예의 판결을 받았다.

지 않아도<sup>59)</sup> 정서적 학대행위가 성립할 수 있는 상황에서 입법자가 그 금지행위의 객관적인 정당화·범주화·유형화를 포기한다면, 법률전문가가 아닌 수범자에게 아동과 끊임없이 일상 생활을 공유하는 도중에 일일이 법률전문가의 조언을 구하여 정서적 학대행위와 정당행위를 구별할 것을 기대한다는 것은 도저히 불가능하다. 따라서 정서적 학대규정에 대한 명확성 심사에 있어 금지행위에 관한 일반인인 ‘수범자’의 ‘사전’ 예측 가능 여부가 아닌, 법관으로 대표되는 ‘법률전문가’의 ‘사후’적 판단 가능 여부를 주된 기준으로 채택한 것은 명확성 원칙의 공정고지 기능에 대한 과소한 고려라고 보여진다.

## V. 법집행의 자의성 배제 기능 검토

### 1. 정서적 학대의 인정 범위에 관한 사법적 인식의 확장

현재까지 헌법재판소가 정서적 학대 조항에 대해 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 한 결정(헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정)을 유지한 이유는 ① 정서적 학대행위란 아동의 정신적 성장을 저해할 수 있는 행위 중 신체손상, 유기·방임에 준하는 정도의 행위로 제한되며, ② 법관으로 대표되는 법률전문가가 이렇듯 제한되는 범위의 문제 행위에 대해 유형력의 정도, 행위의 동기와 경위, 관련 당사자 간의 관계, 행위의 반복성 등을 고려한 판단을 내려 정서적 학대행위를 구체화할 수 있다고 보았기 때문이다.<sup>60)</sup>

그런데 아동학대범죄에 대한 사법부의 인식을 살펴보면, 2000년대 초반에는 정서적 학대 등 아동학대에 관하여는 헌법재판소의 전제대로 유기·방임에 준하는 정도의 학대행위에 대해 서만 처벌대상으로 의율하였다. 그러나, 2000년대 중반 이후에는 유기·방임에 준할 정도에 이를 필요 없이도 정신적 폭력 등 가혹행위를 아동학대로 의율하여 처벌대상으로 인식하는 것으로 변화하였다.<sup>61)</sup>

즉, 헌법재판소의 전제와는 달리 다수의 하급심 판결은 아동복지법상 학대의 개념은 형법상 학대 개념보다 더 넓은 것으로 보아, “유기와 방임뿐만 아니라 그 정도에는 이르지 않더라도 (중략...)정신적 폭력 또는 가혹행위가 있으면 처벌대상으로” 의율한다.<sup>62)63)</sup> 이미 사법부 내

59) 다만 본문의 상기한 사례 중에서 교사가 수업시간 중에 소설책을 본 학생을 책망한 행위는 안타깝게도 당해 학생의 자살이라는 가시적인 결과가 있었으나 당해 교사가 학생이 그러한 행동을 할 가능성에 대해 사전에 인식하고 있었다고 보기는 어려울 것이다.

60) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌바264 결정; 헌법재판소 2015.10.21. 선고 2014헌바266 결정

61) 이세원, 한국 아동학대범죄에 대한 입법적·사법적 관점에서의 변화과정 연구, 보건사회연구 제38권 제3호 (2018), 232-236쪽.

상당수의 인식은 문제가 되는 행위가 반드시 유기·방임에 준할 정도에 이르러야 아동학대행위로 처벌할 수 있다는 식으로 가중요건이 설정된 것으로는 보지 않는 것이다.

이러한 모습은 헌법재판소는 정서적 학대란 신체손상, 유기·방임에 준하는 것으로 판시하여 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보고 대법원은 학대에 대해 단순히 반인륜적 침해만으로는 부족하고 유기에 준할 정도에 이르러야 한다고 판시하지만<sup>64)</sup> 여전히 법원, 수사기관 등 법집행기관조차도 정서적 학대의 구체적인 범위를 파악하는 데 어려움이 있는 현실을 반영한다.<sup>65)</sup>

즉, 법집행기관이 정서적 학대의 범위를 파악할 구체적인 판단기준이 마련되지 않은 상황에서 울산·칠곡 아동학대 사망사건 등 언론의 주목을 받는 사건들이 발생하고, 법집행기관의 아동학대에 대한 민감성이 결여되어 정서적 학대를 인정하는 데 소극적이라며 비판하면서 아동복지적 차원에서의 정서적 학대 개념을 사법적 차원에서도 공유하라는 주장이 거세지자<sup>66)67)</sup> 법집행기관도 이러한 영향을 받은 것이라고 볼 수 있다.

**【표4. 정서적 학대행위의 범위에 관한 인식의 변화】**

헌법재판소 (2014헌바266결정)	대법원 (2000도223판결)	하급심 판결 (2000년대 중반 이후)
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 정서적 학대</li> <li>- 신체손상, 유기·방임에 준할 정도</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ (형법상) 학대</li> <li>- 반인륜적 침해×</li> <li>- 유기에 준할 정도</li> <li>(형법 상 학대와 유기가 같은 장에 위치)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 정서적 학대</li> <li>- 유기·방임에 준할 필요×</li> <li>- 유기·방임 정도에는 이르지 않는 정신적 폭력 등도 포함</li> </ul>

## 2. 입법기술을 통한 판단기준의 구체화 시도 여부

형벌법규 중에서도 정서적 학대조항과 같이 포괄적인 적용범위를 가진 규정에 대해서는 보다 엄격하게 범죄구성요건에 관한 불명확한 용어의 사용이 지양되어야 한다. 헌법재판소에 따르면, 불명확한 용어 사용이 불가피한 경우 그에 대한 개념 정의, 제한적 수식어의 사용,

62) 이세원(주61), 235쪽

63) 대구지방법원 2015. 4. 23. 선고 2014노2526 판결; 의정부지방법원 2015. 8. 21. 선고 2015노492 판결; 울산지방법원 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결

64) 대법원 2000.4.25. 선고 2000도223 판결; 청주지방법원 2012.1.27. 선고 2010노1004 판결; 춘천지방법원 2016.1.22. 선고 2015고단651 판결

65) 김혁, 아동학대 사안에서의 경찰의 개입범위와 한계에 관한 소고, 외법논집 제42권 제1호(2018), 486쪽.

66) 이세원(주6), 137-140쪽.

67) 김혁돈/손지아, 아동복지적 관점을 고려한 아동학대 개념, 법학논고 제63호(2018), 368쪽.



적용한계의 설정 등을 통해 법 집행기관에게 법적용의 판단기준을 제공하여 집행의 자의성 배제기능을 도모하여야 한다.<sup>68)</sup>

이러한 원칙에 비추어 과거 헌법재판소가 아동복지법 금지행위 규정에 관하여 위헌결정을 한 경우와 현행 정서적 학대 규정의 명확성 여부를 비교·검토하고자 한다. 과거 헌법재판소는 舊 아동복지법(법률 제3438호, 1981.4.13.전부개정·시행)이 “아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물 기타의 내용물을 제작하거나, 이를 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 구연, 방송하거나 하게 하는 행위”(제18조 제11호)를 금지행위 유형으로 규정하는데 대하여 극도로 추상적인 표현을 사용하고 있어, 어떠한 도서 등 표현물이 처벌대상인지 알 수 없게 하므로, 명확성 원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 내린 바 있다.<sup>69)</sup>

당해 위헌결정의 이유를 살펴보면 당해 사건 아동복지법 조항 중 ① ‘덕성’이란 어질고 너그러운 품성을 뜻하는 것으로 수범자의 입장에서 확정된 의미를 가진다고 보기 어렵고, ② 설령이 ‘덕성’의 보편적인 기준을 설정할 수 있다고 인정하더라도 이에 덧붙인 ‘심히 해할 우려’에 대해서는 그 덕성을 심히 해하는 경우와 다소 해하는 경우를 구분할 수도 없어 법관의 보충적인 해석을 통하여도 당해 조항의 적용범위가 여전히 모호하고 막연하다는 것이다.

이렇듯 위헌 결정을 받은 구 아동복지법 조항(제18조 제11호)을 현행 아동복지법 정서적 학대 조항인 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위”(제17조 제5호)와 비교하여 볼 때, 첫째, 전자는 도서 등의 제작·전시 등과 관련된 행위만을 규제한 데 비해 후자는 금지행위에 대해 수단이나 방법을 제한하지 않고 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 일체의 행위로 규정하는데, 문리적으로 해석한다면 아동과 관련된 성인의 모든 행동과 대화가 이에 포함될 수 있어 형법의 보충성 원칙에도 위배될 소지가 크다.<sup>70)</sup> 둘째, 후자에서 사용하는 “정신건강 및 발달,” “정서”라는 개념이 전자에서 규정하는 “덕성”이라는 개념에 비해 전혀 구체적이라고 볼 수 없다. 셋째, 전자에서 사용하는 “심히 해할 우려”는 입법기술적으로 제한적 수식어를 사용하는 등 불명확한 용어의 적용을 자제하려는 모습을 찾아볼 수 있지만, 후자에서 사용하는 “해를 끼치는 행위”는 문언상 아동의 정서에 부정적인 영향을 준다면 성인과 아동과의 상호작용 중에서 긍정적인 영향을 주는 경우를 제외한 일체의 행위를 처벌하여야 할 것이므로 법관의 보충적인 해석으로 적용범위를 조정하는 것을 더욱 어렵게 한다.

68) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2000헌가8 결정; 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정

69) 헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 99헌가8 결정

70) 윤혜원, 아동학대 사건에 대한 형사처벌의 문제점, 법학연구 제18권 제4호(2015), 79-82쪽.

### 3. 정서적 학대와 다른 학대 간 관계 확립 여부

신체적·성적 학대 등이 발생한 경우 이에 대해 정서적 학대를 중복 인정할 것인가? 이는 신체·성적 학대행위에 수반된 정서침해를 법조경합(法條競合) 관계에 있는 것으로 보아 흡수하는 형벌법규(다른 학대행위 규정)만 적용되고 피흡수법(정서적 학대 규정)은 그 적용이 배제할 것인지, 양자를 상상적 경합(想像的 競合) 관계에 있는 것으로 볼 것인지로 하는 문제이다.

이에 대하여 대법원은 원칙적으로 ① 아동복지법상의 다른 학대행위 중 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치지 않는 행위를 상정할 수 없고, ② 정서적 학대행위는 유형력 행사를 동반하지 않거나 유형력을 행사하였어도 신체의 손상에까지 이르지 않는 행위로 제한된다는 이유로 다른 학대행위(신체적 학대행위)를 인정한 경우 다시 정서적 학대를 중복하여 인정하지는 않는다.<sup>71)</sup>

만약 대법원의 견해와 달리 신체적·성적 학대에 관하여 정서적 학대를 중복 인정한다면(상상적 경합 관계) 앞서 II. 2.에서 살펴본 아동학대관련범죄에 대해서도 아동의 정서 발달을 저해하지 않는 행위를 상정할 수 없으므로 모두 정서적 학대를 중복하여 인정할 수 있을 것이므로 정서적 학대의 적용이 제한 없이 확장되고 ‘정신적 가혹행위 및 신체적·성적 학대에 포섭되지 않은 폭력행위’라는 정서적 학대에 관한 개념 정의를 형해화하므로 타당하지 못하다.

그러나 한편으로는 학대행위의 유형력 행사가 신체적·성적 학대에는 이르지 못하여 신체적·성적 학대를 인정하지 않고 대신 정서적 학대로만 인정한 경우에는 신체적·성적 학대에 이에 수반된 정서적 학대가 상상적 경합의 관계에 있다고 판시한 하급심과 대법원 판결도 존재하는 등 정서적 학대행위의 인정 여부에 관해 일관된 모습을 보이지는 못하고 있다.<sup>72)</sup>

이에 따라 하급심 판결의 경우 다른 학대행위가 인정될 경우 이에 수반된 정서침해에 대해 별도로 인정할 것인지(양자를 법조경합으로 볼 것인지 상상적 경합으로 볼 것인지)에 관하여 견해가 대립하고 있다. 예를 들어 친부가 피해아동(16세, 딸)이 동생의 저녁을 제때 챙겨주지 않는다는 이유로 피해아동의 복부를 발로 차고 욕설을 하며 겁을 준 사실에 대해 신체적·정서적 학대행위를 모두 인정한 경우가 있다(상상적 경합 관계).<sup>73)</sup>

반면에 보육교사가 4세 여아가 밥을 늦게 먹는다는 이유로 큰소리로 혼내고 주먹으로 아동의 머리를 수 회 때린 사실에 대해, 보육교사가 피해아동에게 큰소리를 친 행위는 별개의 범의에 의한 것이 아니라 머리를 때리는 행위에 수반된 것이고 시간적·장소적으로 밀착한

71) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결; 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결 등

72) 광주지방법원 2018.5.3. 선고 2017노3019 판결(대법원 2018. 7. 20. 선고 2018도7109 판결로 확정)

73) 울산지방법원 2016. 5. 26. 선고 2015고단2850 판결

행위이므로 머리를 때리는 신체적 학대행위에 흡수되므로 이를 신체적 학대행위로 인정하는 이상 다시 정서적 학대행위로 평가할 수는 없다고 판단한 사례도 존재한다(법조경합 관계).<sup>74)</sup>

이렇듯 다른 학대 유형에 수반된 정서침해에 관하여 정서적 학대 규정을 적용할 것인지에 관하여 국가 최고의 법률전문가 집단으로 구성된 사법부 내에서도 유사한 사안에 관하여 그 판단이 갈린 경우가 빈번하다는 것은, 그만큼 현재 정서적 학대조항의 적용 여부를 두고 법해석·집행자(판사·검사·사법경찰관) 개개인의 주관적·선택적 법집행이 이뤄질 수밖에 없음을 방증한다.

## VI. 정리 및 제언

만성적이고 은닉된 정서적 학대가 지속될 경우 신체적·성적 학대 등에 비해 아동의 인격 발달에 더 치명적인 영향을 미칠 수 있는 정서적 학대의 특수성에 비춰 헌법재판소가 아동복리를 위해 정형화할 수 없는 다양한 정서적 학대행위에 대해 형사처벌을 가할 필요성을 지적한 점은 타당하다.

한편, 헌법재판소의 정서적 학대 조항에 관한 합헌 결정의 전제를 이루는 한 축은 명확성 판단의 예외적 주체인 법관이 보충적 해석을 통해 사후에 정서적 학대행위를 구체화할 수 있으므로 명확성을 확보할 수 있다는 것이다. 이러한 법률전문가에 의한 기준은 수범자인 일반인의 기준과도 조화를 이루어야 명확성 원칙을 준수한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 정서적 학대조항의 수범자는 특정 전문가 집단이 아닌 일반인이며, 정서적 학대행위가 유형력의 행사, 학대할 의도, 학대의 가시적 결과를 요하지 않고 아동과 생활을 공유하는 과정에서의 일상적 행위까지 포함하기에 수범자로서 개별 행위마다 법률전문가의 조력을 구하여 의사결정을 할 수 없다는 점에서 공정한 고지가 이뤄졌다고 보기 어렵다.

그리고, 헌법재판소의 정서적 학대 조항에 관한 합헌 결정의 전제를 이루는 또 다른 한 축은 정서적 학대행위는 신체손상, 유기·방임에 준하는 것으로 한정된다는 것이었다. 그러나, 사법부의 정서적 학대에 관한 인식은 정서학대, 유기·방임에 준할 정도에 국한되지 않으며, 여타 학대에 관하여 정서적 학대를 중복 인정할지에 관해 사법부의 판단은 귀일되지 못하다. 현재 정서적 학대조항은 과거 헌법재판소가 위헌 결정을 한 규정에 비해서도 법적용의 판단기

74) 광주지방법원 2017.7.27.선고 2016고단5167 판결(이후 항소심인 광주지방법원 2018. 5. 3. 선고 2017노3019 판결에서는 신체적 학대행위로 인정하기는 어려워 정서적 학대행위로만 인정하였고 대법원 2018. 7. 20. 선고 2018도7109 판결로 확정되었음)

준을 과소하게 제공하고 있어 자의적 법집행을 차단하기에는 역부족이라고 할 것이다.

따라서 아동의 인격발달에 치명적인 영향을 줄 수 있는 정서적 학대행위를 형사제재를 통하여 억제하려는 당초의 입법취지를 충실히 구현하기 위해서는 정서적 학대행위 규정이 정형화하기 어려운 다양한 정서적 학대행위를 포섭하면서도, 수범자가 사전에 금지행위를 예측할 수 있고 법집행기관이 당해 조항의 적용에 있어 보다 구체적인 판단기준을 가질 수 있는 방안을 모색하여야 한다. 이에 따라 다음과 같은 변화를 추구할 필요가 있다.

## 1. 유형력 없는 정서적 학대행위의 고의의 엄격한 인정

정서적 학대행위에 대하여 완전한 정의가 될 수는 없겠지만 헌법재판소와 대법원의 판시에 따라 정서적 학대행위에 대해 ① 유형력을 동반하지 않은 정신적 가혹행위 ② 신체적·성적 학대에 포섭되지 않은 폭력행위'로 구분할 때, 유형력을 동반한 폭력행위(②)와는 달리 유형력을 동반하지 않은 정신적 가혹행위(①)에 대해서는 학대할 의도로 그 행위를 한 경우 범의를 인정하도록 규정하는 것이 바람직할 것이다.

인간과 인간, 성인과 아동이 일상생활에서 상호작용하면서 서로의 '사물을 느끼고 생각하여 판단하는 마음의 자세나 태도'에 어떠한 영향을 줄 수 없는 언어나 행동을 상정할 수 없는 상황에서, 이러한 유형의 행위 중 상당 부분은 강제적인 물리력(유형력)의 행사가 없어 행위자로서도 당해 행위가 금지행위에 해당할 가능성이 있음을 예측하기에는 지나치게 일상적인 행위인 경우가 많기 때문이다.

입법자가 아동복지법상 정서적 학대 조항을 규정하고 헌법재판소가 이를 통한 형사처벌의 필요성을 긍정한 취지는 아동복리의 명목으로 보다 많은 수범자를 폭넓게 처벌하기 위해서가 아니라 아동복리를 위해 수범자들이 정서적 학대행위를 금지행위로 명확히 인지할 수 있도록 하여 정서적 학대의 발생 자체를 차단하기 위함에 있다.

형사처벌의 대상이 되는 행위자나 그 주변의 수범자(일반인)의 입장에서든 문제가 되는 행위는 수범자가 금지행위를 정확하게 예측하지는 못해도 위법성 소지를 사전에 인식할 계기가 있을 정도로 '이례적'인 것이어야 그 당벌성을 수용할 수 있다. 위법행위가 이례적인 것으로서 일상생활과는 구별되는 것이 되기 위해서는 유형력의 행사가 없는 이상 객관적인 정황에 비춰 그 행위가 학대할 의도에서 비롯된 것임을 증명할 수 있는 수준에는 이르러야 한다.

그리고 외형적인 유형력 행사가 없는 정서적 학대의 경우 신체적·성적 학대에 비해 사례판정이 어려울 수밖에 없지만 의학적 진단이 과거에 비해 많은 발전이 있었으므로 그 학대행위의 결과에 대해서도 의학적 수단을 통해 최대한 가시화하는 것이 정서적 학대행위의

구체화라는 측면에서 바람직할 것이다.<sup>75)</sup>

## 2. 복지적 차원과 구별되는 사법적 차원에서의 정서적 학대행위의 예시주의의 채택

사법부는 과거 정서적 학대에 대해 유기·방임에 준할 정도에 이르러야만 한다고 보았던 것에서, 2000년대 중반 이후 가해자의 행위 이후 아동에게 어떠한 변화가 없고 그 결과가 심각하게 나타나지 않아도 아동의 정신건강에 아무런 영향을 가하지 않았다고 단정할 수 없다는 논리로 정서적 학대를 더 넓게 인정하고 그 처벌을 강화하는 형태로 입장이 변화하였다.<sup>76)77)</sup>

그러나 아동의 복리를 위해 사전에 정형화하지 못한 다양한 정서적 학대행위를 처벌할 필요성을 인정하고 점차 그 처벌의 범위를 넓히고 그 양형을 강화하지만 정작 정서적 학대행위의 발생건수와 그 비중은 2014년 1,582건(15.8%), 2015년 2,046건(17.5%), 2016년 3,588건(19.2%), 4,728건(21.1%), 2018년 5,862건(23.8%)으로 매년 증가하고 있다.<sup>78)</sup>

당사자에게는 형사처벌과 취업제한명령 등 심각한 불이익이 주어질 수 있는 것이기에 이를 두고 우리 사회의 정서적 학대에 대한 민감성(감수성)이 성숙한 결과로 만 단순히 치부할 수는 없다. 이는 금지행위인 정서적 학대행위가 증가하고 있는 것은 수범자에게 무엇이 금지행위(정서적 학대행위)인지 충분히 계도하지 못한 결과이기도 한 것이다.

무엇이 금지행위인지는 법률전문가인 ‘법관’이 ‘사후적’으로 당해 행위의 동기와 경위, 피해 아동의 연령 및 건강 상태, 가해자의 성향·태도, 행위의 상습성 등을 검토하여야 비로소 구체화될 수 있기에 수범자의 입장에서는 유형력을 동반하지도 않으며, 아동의 정신건강을 저해하였다는 명시적인 결과도 요하지 않는 정서적 학대행위를 허용되는 일상생활 속 행위와 구별해 낼 수가 없는 것이다.

그렇다면 현재와 같이 단순히 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 행위라고 규정하기보다는 정형화할 수 있는 정서적 학대행위는 가급적 성문화할 필요가 있다. 다만 이 경우 중앙아동보호전문기관과 같이 ‘아동에 대한 애정을 갖지 않거나 칭찬을 하지 않는 것 또는 트집을 잡는 행위’ 등을 모두 형사처벌의 대상이 되는 정서적 학대행위 조항으로 포섭하는 것은 지양되어야 할 것이다. 중앙아동보호전문기관은 스스로 밝히고 있듯이 아동에 대한 ‘사회복지적 차원’에서 정서적 학대를 폭넓게 규정한 것으로서 이를 곧바로 형사처벌을 전제로 하는 ‘사법

75) 박상식/김두상, 아동학대범죄의 예방과 대책을 위한 과제, 법학논총 제34권 제3호(2017), 183쪽.

76) 대법원 2015.12.23. 선고 2015도13448 판결

77) 이세원, 정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구, 사회복지법제연구 제10권 제1호(2019), 82-83쪽.

78) 보건복지부/중앙아동보호전문기관(주), 5쪽. 중복학대를 별도로 분류한 아동학대 신고사례건수를 기준으로 함

적 차원'의 정서적 학대에 관한 정의로 차용하는 것은 부적절하기 때문이다.

이러한 예시주의의 사례로 일본의 아동학대방지법 제2조는 정서적 학대에 관하여 '아동에 대한 극심한 욕설 또는 극단적인 거부 대응, 아동이 동거하는 가정의 배우자(사실상 혼인 관계와 비슷한 사정에 있는 자를 포함)에 대한 폭력(배우자의 신체에 대한 불법적 공격이 있어서 생명 또는 신체에 위해를 미칠 것 또는 이에 준하는 심신에 해로운 영향을 끼치는 언동), 기타 아동에 극심한 심리적 외상을 주는 언행을 하는 것'이라고 정의하고 있다.<sup>79)</sup> 즉, 제한적 수식어를 사용하며 적용한계를 입법적으로 설정할 뿐만 아니라 중요한 정서적 학대행위의 형태를 예시로 들고 있음을 알 수 있다.

이에 비해 우리 아동복지법은 일본 아동학대방지법과 달리 가정폭력 목격에 대해 정서적 학대로 규정하고 있지 않아 전체 가정폭력(목적) 사건 수에 비하면 상당히 적은 소수의 하급심 판결에서만 아동의 부친 등이 아동이 보는 앞에서 아동의 모친을 폭행하는 등 공포분위기를 조성한 가정폭력에 대해서 정서적 학대로 인정하고 있다.<sup>80)</sup>

따라서 다양한 정서적 학대행위를 정형화하여 열거주의를 채택해 모든 금지행위를 나열하는 것은 헌법재판소가 지적하였듯이 입법기술상 불가하겠지만, 금지되는 정서적 학대행위를 수범자에게 보다 명확히 고지하기 위해서 가정폭력 목적 등 특정한 학대유형에 대해 예시주의를 활용하거나, 정서적 학대의 개념 정의에 있어 제한적 수식어를 사용하는 것이 바람직할 것이다.

### 3. 타유형의 학대행위에 수반된 정서적 학대의 이중평가 지양

학대행위를 사법심사하는 과정에서 단일한 행위로 평가될 수 있는 학대행위가 발생한 경우 이를 특정 학대 유형(예: 신체·성적 학대)으로 포섭하고도 다시 다른 학대 유형(예: 정서적 학대)으로 이중 평가하는 것은 지양되어야 한다. 이는 어렵사리 개념과 범위를 설정한 정서적 학대행위(유형력 행사를 동반하지 않거나 유형력을 행사하였어도 신체의 손상에까지 이르지 않는 행위)를 자칫 모든 아동학대(관련범죄)에 부수된 것으로 외연을 확장하여 정서적 학대의 구체화를 형해화시키기 때문이다.

따라서 신체적·성적 학대행위를 인정하고서도 그 학대행위에 대해 다시금 정서적 학대로 평가하는 것은 1개 행위에 대한 이중평가금지 원칙<sup>81)</sup>에 비추어도 타당하지 못하므로 신체적·

79) 배상균, 일본의 아동학대방지 대응에 관한 검토, 소년보호연구 제28권 제4호(2015), 70쪽.

80) 제주시방법원 2019. 5. 3. 선고 2018고단2037 판결; 수원지방법원 여주지원 2019. 2. 14. 선고 2018고합55, 2018전고4, 2018보고2 판결

81) 아동복지법상 모든 금지행위 및 아동학대관련범죄 중에서 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치지 않는 행위는

성적 학대와 정서적 학대를 상상적 경합의 관계로 파악하기보다는 법조경합의 관계(보충관계)로 보는 것이 타당할 것이다.

---

존재할 수가 없으므로 신체·성적 학대 행위 등이 발생한 경우 관련 법령상 그 행위 유형에 부합하는 조항으로 처벌하여야지, 이에 반하여 그 행위 유형에 해당하는 조항으로 처벌하고도 이에 가중하여 상상적 경합을 인정해 정서적 학대 조항을 다시 적용하는 것은 지양되어야 한다. 대법원도 원칙적으로 이러한 입장을 지지하고 있는바(각주 71 참조), 하급심 판결에서도 이러한 정서적 학대와 다른 학대 간의 관계에 대한 원칙을 준수하여 정서적 학대 조항의 적용 범위를 구체화하기 위해 노력해야 할 것이다.

## | 참고문헌 |

- 강동욱, 아동학대행위자와 그에 대한 조치에 관한 고찰, 한양법학 제34호(2011).
- 강동욱, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 아동학대범죄의 의미와 수사기관의 긴급임시 조치에 대한 검토 및 개선방안, 인하대학교 법학연구 제20권 제3호(2017).
- 김용화, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 시행 1주년에 즈음하여, 법학논총 제22권 제3호(2015).
- 김중대, 미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사- 미국연방최고법원 판례를 중심으로-, 서울대학교 법학 제50권 제1호(2009).
- 김혁, 아동학대 사안에서의 경찰의 개입범위와 한계에 관한 소고, 외법논집 제42권 제1호(2018).
- 김혁돈/손지아, 아동복지적 관점을 고려한 아동학대 개념, 법학논고 제63호(2018).
- 류부근, 아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토, 형사정책 제27권 제1호(2015).
- 박상식/김두상, 아동학대범죄의 예방과 대책을 위한 과제, 법학논총 제34권 제3호(2017).
- 배상균, 일본의 아동학대방지 대응에 관한 검토, 소년보호연구 제28권 제4호(2015).
- 보건복지부/중앙아동보호전문기관, 2018 아동학대 주요통계, 세종:보건복지부, 2019.
- 윤혜원, 아동학대 사건에 대한 형사처벌의 문제점, 법학연구 제18권 제4호(2015).
- 이부하, 법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙, 세계헌법연구 제20권 제1호(2014).
- 이세원, 한국 아동학대범죄에 대한 사법적 판단과 지향에 대한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2017.
- 이세원, 정서학대와 방임에 대한 사법적 판단, 교정복지연구 제53호(2018).
- 이세원, 한국 아동학대범죄에 대한 입법적·사법적 관점에서의 변화과정 연구, 보건사회연구 제38권 제3호(2018).
- 이세원, 정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구, 사회복지법제연구 제10권 제1호(2019).
- 이세화/장미경/손금옥/이아름, 국내외 아동학대 관련법과 처리절차에 반영된 아동 정서학대 및 방임의 정의, 아동복지연구 제18권 제1호(2020).
- 이천현, 아동학대 처벌규정에 관한 검토-아동복지법을 중심으로, 소년보호연구 제27호(2014).
- 이호중, 학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향, 저스티스 제134호(2013).



아동권리보장원 아동학대 유형 및 징후

<http://www.korea1391.go.kr/new>

United States v. Reese, 92 U. S. 214 (1875)

<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/92/214.html>

## | Abstract |

# Review on the void-for-vagueness doctrine of emotional abuse clauses in the Child Welfare Act

Emotional abuse prohibited by the Child Welfare Act includes ① abuse by the exercise of tangible force without physical injury and ② abuse without the exercise of tangible force. Interaction between humans inevitably affects emotions that mean subjective feelings and perceptions. Therefore, it can be frequently pointed out that it violates the void-for-vagueness doctrine, especially when punishing the latter.

In response, the Constitutional Court said the emotional abuse clause does not violate the void-for-vagueness doctrine for the following reasons:

① There is a need to punish a variety of emotional abuse that cannot be stereotyped for child welfare. ② Emotional abuse, subject to criminal sanctions, is limited to the degree of abandonment and neglect. ③ Although it may be vague to the subjects (the ordinary person) what kind of actions can be included, it can be embodied through the interpretation of the judge.

However, emotional abuse, according to the judiciary, includes a variety of activities one's daily life without requiring tangible force exercise, intention to abuse or visible consequences of abuse. Therefore, the ordinary person, who is the principal reviewer of the void-for-vagueness doctrine cannot decide whether to do so or not by seeking the assistance of a legal expert individually for each of their actions. (Lack of fair notice function)

And the judiciary tends to recognize it as an act of emotional abuse, even if it is not at the level of abandonment or neglect. Furthermore the judiciary's judgment on whether to recognize emotional abuse in the event of physical and sexual abuse

is inconsistent. These phenomena are due to the lack of sufficient decision-making standards for law enforcement agencies to determine which acts constitute emotional abuse. (Lack of prohibiting arbitrary and discriminatory enforcement function)

Therefore, even if we acknowledge the need to punish a various forms of emotional abuse that cannot be stereotyped for child welfare, we need to seek ways to enhance the clarity of the current emotional abuse provisions. In order to achieve this objective, we can consider the strict recognition of intention, the adoption of limited exemplarism, and the avoidance of duplicate recognition of emotional abuse.

**Keywords:** emotional abuse, void-for-vagueness doctrine, principal reviewer of the void-for-vagueness doctrine, fair notice, prohibiting arbitrary and discriminatory enforcement



# 집행행위와 헌법소원의 직접성

## Executive action and The directness of constitutional complaints

충남대학교 법학전문대학원 교수 정주백  
Professor, Chungnam National University Law school, Joobaek Jeong

■ 목 차 ■

I. 서론	233	IV. 집행행위가 예정된 경우	239
II. 직접성에 관한 일반이론	233	1. 재량행위를 예정한 경우	239
1. 요건	233	2. 기속행위를 예정한 경우	241
2. 적용 범위	234	V. 예외	248
III. 법령 자체에 의한 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈	235	1. 도입	248
1. 도입	235	2. 집행행위에 대한 소원의 가능성	249
2. 형벌조항	235	3. 법령소원의 권리보호이익	250
3. 신고납세방식의 조세법령	237	4. 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403 결정	251
4. 소결	238	VI. 결론	252

## Ⅰ 국문초록

법령에 대한 헌법소원에서 직접성 요건은 매우 중요한 역할을 한다. 그러나, 형벌조항이나 신고납세방식의 조세 법령에 관한 헌법재판소의 결정을 보면, 과연 헌법재판소가 제시한 기준을 따르고 있는지 의문을 가지게 된다. 물론 위의 경우들에 관해 직접성을 인정하면 사건이 폭증하게 될 우려가 없는 것은 아니다. 그렇다고 재판기관이 스스로 제시한 기준을 여기면서 재판을 하면 곤란하다.

2012헌마934 결정은 현재의 확립된 판례와 다른 취지의 결정을 하였다. 이 결정은 2012헌마904 결정과 이후의 10여 건의 지정부 사건에서 인용되었다. 그러나 이 결정이 종전 현재 결정을 변경한 것도 아니다. 서로 모순되는 판지가 양립하고 형국이다. 이런 상황은 재판에 대한 신뢰를 저하시킨다. 조속히 정리되어야 한다.

법령이 집행행위를 예정하고 있는데, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해에 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우라면 그 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원을 허용하면 족하고 법령을 대상으로 하는 헌법소원을 허용할 필요가 없다.

법령에 대한 헌법소원에서 위헌 결정을 하더라도 장래를 향하여 그 효력이 있을 뿐이라면, 법령에 따른 집행행위가 예정된 경우 권리보호이익이 인정될 수 없다. 그러므로 집행행위가 예정된 법령에 대해서는 직접성의 예외를 인정하는 것은 곤란하다. 권리보호이익의 결론과 부합하지 않기 때문이다.

2013헌마403 결정은 매우 이례적이고 특이한 결정이다. 이 결정이 종전의 헌법재판소 결정과 조화로 운지도 의문이고, 집행행위의 구제절차를 오해한 바도 있다고 보인다. 존속하기 어려운 판례로 보인다.

**주제어:** 법령소원, 직접성, 권리보호이익, 집행행위, 기속행위

(논문접수일: 2020. 11. 9. 심사개시일: 2020. 11. 9. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

## I. 서론

헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다)은 직접성을 헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원(이하 ‘헌마소원’이라 한다)의 적법요건으로 정하고 있지 않다. 오로지 현재의 판례에 의하여 제시되었을 뿐이다. 그런데, 법령에 대한 헌마소원에서 가장 논란이 많은 것이 이 요건이다. 그 중 가장 핵심적인 쟁점은 집행행위와 직접성의 관계 문제다. 이 논문에서는 이 점을 다루어 보고자 한다. 그 중에서도 법령에 기한 기속행위가 예정된 경우에, 그 법령에 대한 헌마소원에 대해 직접성이 인정되었는가 하는 문제에 대해 아주 오래 전인 2013년에 종전의 판례 취지와 다른 새로운 취지의 판례가 선고되었고, 이를 따르는 결정들이 상당히 있음에도 불구하고 학계에서는 별로 주목을 받지 못하고 있다. 그렇다고 종전의 판례가 폐기된 것도 아니다. 필자가 보기에는 전혀 그 취지가 다른 두 갈래의 판례가 혼재되어 있다. 이 점을 다루어 보고자 한다.

## II. 직접성에 관한 일반이론

### 1. 요건

헌재는 ‘집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생’기는 경우라면 직접성이 인정되는 것으로 판시하고 있다. 헌재는 그 예로, 지방의회에 청원할 때에는 필요적 요건으로 지방의회의원의 소개를 얻도록 규정하고 있는 지방자치법 조항,<sup>1)2)</sup> 지방공사 직원의 지방의회의원 겸직을 금지하는 지방자치법 조항,<sup>3)4)</sup> 지방자치단체 장의 계속 재임을 3기로 제한한 지방자치법 조항,<sup>5)6)</sup> 사용자로 하여금 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 한 ‘기간제 및 단시간근로자 보호

1) 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것) 제65조(청원서의 제출) ① 지방의회에 청원을 하고자 하는 자는 지방의회의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 한다.

2) 헌재 1999. 11. 25. 97헌마54, 판례집 11-2, 583, 587.

3) 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제33조(겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

5. 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임·직원

4) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마333등, 판례집 16-2하, 515, 529-530.

5) 지방자치법(1994. 12. 20. 법률 제4789호로 개정된 것) 제87조(지방자치단체의 장의 임기) ① 지방자치단체의 장의 임기는 4년으로 하며, 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한한다.

6) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 328.

등에 관한 법률' 조항<sup>7)</sup>등에 대해 집행행위의 매개 없이 기본권을 제한한다고 하면서 직접성을 인정하였다.

## 2. 적용 범위

헌재는 “기본권 침해의 직접성의 요건은 법령에 대한 헌법소원에서 특히 중요한 의미를 갖는”<sup>8)</sup>다고 한다. 실무제요에도 이와 유사한 표현이 있다.<sup>9)</sup> 필자는 이런 표현이 법적 문서에 적절한 것인지에 대해서는 의문을 가지고 있다. ‘특히 중요한 의미를 가진다’는 것이 무엇을 의미하는 것일까? 법령에 대한 헌법소원에 대해서만 요구되는 요건이라고 설명하면 족하다고 보인다. 이른바 불온문서 사건에서 “이 사건 지시 자체는 군 지휘조직 내부의 행위로서 청구인들을 비롯한 일반 장병에 대한 직접적인 공권력 행사라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 심판청구 중 이 사건 지시 부분은 기본권침해의 직접성 요건을 흠결하였다 할 것이다.”<sup>10)</sup>라고 하여 국방부장관의 지시에 관한 헌마소원이 직접성을 갖추지 못하였다고 판시한 사례가 있기는 하나, 이것이 법령 이외의 공권력 행사에 대하여 직접성을 부인한 유일한 사례인 것으로 보이고, 그 타당성에도 의문을 가지지 아니할 수 없다.

위 판시 중의 ‘이 사건 지시’가 ‘군 지휘조직 내부의 행위’라면 이 사건 지시는 공권력 행사성이 부정되는 것이다. ‘행정기관의 내부적 의사결정에 불과하여 직접 국민의 권리의무에 영향을 미치지 않는 행위’<sup>11)</sup>이기 때문이다. 헌재는 ‘행정자치부 소속 자치행정과장이 전국 공무원노조에 대한 대책과 관련한 상호 협조 차원에서 각 지방자치단체의 담당과장에게 ‘업무 연락’을 한 것’에 대해 ‘행정기관 내부의 행위일 뿐 대외적으로 효력이 있는 명령이나 지시’가 아니라면서 공권력 행사성을 부인하였는데,<sup>12)</sup> 위 실시 중의 ‘이 사건 지시’와 그 성격이 다르지 아니하다.

헌재의 실무제요는 불온문서 사건의 설시를 염두에 둔 것으로 보이나,<sup>13)</sup> 마치 법령이 아니라도 직접성이 문제될 수 있는 경우가 있다는 취지의 위와 같은 설명은 부적절하다고 보인다.

7) 헌재 2013. 10. 24. 2010헌마219등, 판례집 25-2하, 248, 254.

8) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 788.

9) 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제2개정판, 2015, 298.

10) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638, 판례집 22-2하, 216, 227.

11) 헌법재판소(주 9), 255.

12) 헌재 2005. 5. 26. 2005헌마22, 공보 제105호, 727, 728.

13) 법령이 아닌 경우에도 직접성을 언급한 사례가 불온문서 사건 외에 전혀 없지는 않다. “청구인들의 경우 일반국민의 지위에서 사실상 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 이 사건 사면조치 등으로 인하여 청구인들 자신의 법적이익 또는 권리를 직접적으로 침해당한 피해자라고는 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 자기관련성, 직접성이 결여되어 부적법”하다고 하였다. 헌재 2015. 11. 24. 2015헌마1061(제1지정부), 공보불게재.



직접성은 법령에 관해서만 문제된다고 이해하고, 불온문서 사건을 이례적인 것으로 봄이 상당하다.

### Ⅲ. 법령 자체에 의한 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈

#### 1. 도입

현재는 법령 자체가 헌법소원의 대상이 되려면 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과가 있거나, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겨야 한다고 본다.<sup>14)15)</sup> 이것이 직접성 인정의 가장 원칙적인 모습이다. 그러면 이것이 직접성이 인정되기 위한 충분조건(sufficient condition)인가? 그렇지도 않다. 아래에서 두 가지 그룹을 들어서 설명해 본다.

#### 2. 형벌조항

##### 가. 형벌조항에 있어서 구성요건

형벌조항 중 구성요건 부분은 수범자에게 작위의무를 부과하거나, 부작위의무를 부과한다. 대표적인 형벌조항이라 할 형법 제250조 제1항<sup>16)</sup>은 수범자에게 ‘살인하지 말라’는 부작위의무를 부과하고,<sup>17)</sup> 이를 위반하는 경우 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처할 수 있음을

14) 현재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 788.

15) “법규범이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해한다고 할 때의 집행행위란 공권력행사로서의 집행행위를 의미하는 것이므로 법규범이 정하고 있는 법률효과가 구체적으로 발생함에 있어 이 사건에서 범무사의 해고행위와 같이 공권력이 아닌 사인의 행위를 요건으로 하고 있다고 할지라도 법규범의 직접성을 부인할 수 없”(현재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465, 470-471)다는 판례가 있으나, 이것은 직접성의 문제가 아니라, 자기관련성의 문제다. 직접성은 수범자의 불이익에 집행행위가 필요한가 하는 것을 다루는 것이다. 그런데, 이 판례에서 문제된, ‘범무사의 사무원의 총수는 5인을 초과하지 못한다.’는 규범에 의하여 범무사는 집행행위 없이 5인을 초과하지 않는 사무원을 둘 의무를 부담하게 된다. 그러면 직접성이 인정되는 것이다. 다만 이 판례의 사안에서 범무사가 다투지 아니하고 사무원이 다투어서 위 판시와 같은 판례가 나왔으나, 수범자가 아닌 제3자의 자기관련성 문제로 이해하면 충분하다. 정보통신서비스제공자의 임시조치를 강제하는 조항에 대하여 정보계재자가 다투는 경우도 마찬가지다(현재 2012. 5. 31. 2010헌마88, 판례집 24-1하, 578). 다만, 이 경우에 문제되는 것은, 수범자가 아닌 제3자의 헌법소원을 적법하다고 보는 경우에 누구의 기본권 침해 여부를 심사하여야 하는가 하는 문제이다. 현재 2015. 6. 25. 2011헌마769, 판례집 27-1하, 513, 520은 청구인의 기본권 침해 주장이 아니면 별도로 판단하지 아니한다는 입장이어서(현재 2013. 10. 24. 2012헌마311, 판례집 25-2하, 276, 286도 같은 입장), 청구인이 누군가에 따라 결론이 달라질 수 있기 때문이다. 위에서 직접성을 인정한 각 사례는 제3자로서 헌법소원을 제기한 청구인들의 기본권 침해 여부를 심사하였다. 이론적 검토가 필요한 부분이다.

16) 제250조(살인, 존속살해) 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

경고한다. 거기에 비하여 형법 제271조 제1항<sup>18)</sup>은 작위의무를 부과하고 있다. 보증인 지위에 있는 자가 부조하지 아니하면 구성요건을 충족하는 것으로 평가받는다. 그렇다면, 위 조항들은 당연히 그 수범자들에게 직접 의무를 부과하고, 수범자들이 그러한 의무를 부담하는데 집행행위가 매개될 여지는 전혀 없다.

## 나. 판례

### (1) 직접성을 부인한 판례

현재는 위의 일반론을 그대로 적용하는 것으로 보이지 않는다. 예를 들면, 현재는 ‘부정수표 단속법의 처벌조항에 대해 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니라고 하면서, 법원의 재판이라는 구체적 집행행위를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되므로, 위헌여부심판의 제청신청을 한 후 그 신청이 기각된 때에 헌바소원을 제기함은 별론으로 하고 직접 헌바소원을 제기하는 것은 부적법하다’<sup>19)</sup>는 등 형벌조항에 대하여 직접성을 부인하는 판례가 매우 많다. 형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 재판이라는 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것<sup>20)</sup>이라는 입장도 유사한 맥락에 있다.

### (2) 직접성을 인정한 판례

그러나 모든 판례가 위와 같은 것은 아니다. 현재는 ‘형벌이나 행정벌의 부과를 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 작위 또는 부작위 의무를 직접 부담한다는 것이다. 따라서 청구인이 범위반으로 제재를 받은 일이 없다고 할지라도 직접성을 결여하였다고 볼 수는 없다.’<sup>21)22)</sup>라고 하여 분명하게 위와는 다른 판시를 하였다.

“법률조항<sup>23)</sup>에서는 금지하는 과외교섭을 행한 경우에 형벌을 부과하도록 규정하고 있으

17) 물론, 특별한 경우에는 작위의무가 인정되고 이 작위의무를 이행하지 아니한 것이 구성요건을 충족한 것으로 평가되기도 한다.

18) 제271조(유기, 존속유기) ①노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상의 무 있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

19) 헌재 1997. 6. 26. 96헌마148, 판례집 9-1, 690, 697.

20) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504.

21) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154.

22) 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 공보 27, 339; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 95-96도 같은 취지.

로 별도의 집행행위를 기다릴 것 없이 법률에 의하여 바로 과외교습을 하지 않을 의무를 직접 부담하고 있다. 청구인들 중 일부는 대학교수로서 국가공무원법 제64조의 영리업무 및 겸직금지조항과 사립학교법 제55조의 준용규정에 의하여 과외교습을 자유로이 할 수 없는 제한을 받고 있기는 하지만 이 사건 법률조항에 의한 제한도 중첩적으로 받고 있으므로 위 조항들은 이 사건 법률조항에 관한 청구인들의 법적관련성에 영향을 미치지 않는다.”<sup>24)</sup>는 결정도 마찬가지다.<sup>25)</sup>

#### 다. 검토

헌재가 위와 같이 서로 다른 결론에 이른 것은, 무엇을 기본권 제한이라 볼 것인가에 대해 각 결정이 보는 입장이 달랐기 때문이다. 위의 직접성을 부인하는 판례는 ‘형벌의 부과’를 기본권 제한이라 보았다. 이에 비하여 직접성을 인정하는 판례는 형벌이 부과되는 것이 아니라, <sup>26)</sup> 작위, 부작위의무를 부담하는 것 자체를 기본권 제한이라 보았다.

그런데 헌재가 직접성 판단에 관해 기본적으로 제시하는 기준에 의하면, 형벌을 부과 받기 전이라도 작위, 부작위 의무를 부담하는 것 자체가 기본권 제한이다. 작위, 부작위 의무를 부담하는데 집행행위가 필요한가? 집행행위가 있어야만 작위, 부작위 의무를 부담하게 되는가를 살펴보더라도 형벌조항에 의하여 바로 작위, 부작위 의무를 부담하게 되는 것이 행정청의 하명에 의하여 부담하는 것이 아니다. 만약 행정청의 하명이 필요하다면 우리나라의 누구도 살인죄로 처벌받을 수 없다. 누구도 행정청의 하명을 받은 바가 없기 때문이다.<sup>27)</sup>

### 3. 신고납세방식의 조세법령

이와 비슷한 상황은 신고납세 방식의 세법 조항에 대해서도 나타나고 있다. 헌재는, “위 조항에 의하여 부과되는 부가가치세는 형식상 신고납부 방식에 의한 조세에 해당하지만,

23) 학원의설립·운영에관한법률.

24) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 444-445.

25) 형벌조항에 대해 직접성을 인정한 최근의 사례로는, 헌재 2020. 2. 27. 2016헌마945, 공보 제281호, 395.

26) 헌재 스스로도 누차에 걸쳐 형벌의 부과를 집행행위라 볼 수는 없다고 판시하였다. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마 213, 판례집 8-1, 147, 154; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 312; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 95-96; 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377, 판례집 19-2, 90, 99.

27) 벌칙·과태료 조항의 전제가 되는 구성요건조항이 별도로 규정되어 있는 경우에, 벌칙·과태료조항에 대하여는 청구인들이 그 법정형이 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체가 위헌임을 주장하지 않는 한 직접성을 인정할 수 없다고 하나(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359, 판례집 21-2하, 304, 310), 적절한지는 의문이다. 구성요건과 벌칙을 붙여놓거나(‘형법’), 떼어 놓은 것(대개의 행정법 규정들)은 법기술적인 이유에서 달리 규정하고 있을 뿐이지, 그것이 직접성에 관한 판단을 달리하게 하는 이유로 되기는 어렵다고 보인다.

부과징수 방식에 의한 조세와 마찬가지로 중국적으로 과세처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해가 현실화되는 것이므로, 위 조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다.”<sup>28)</sup>라고 한다. 이와 같은 판시는 상당히 많다.<sup>29)</sup>

필자는 이 부분에 관해서는 김영일 재판관의 반대의견이 지극히 타당하다고 본다. 김영일 재판관은 “신고납세방식의 과세법령에서 과세표준, 세율 등에 관하여 규정하면, 이는 공권력적 집행행위없이 바로 납세의무자의 행태와 법률관계를 지배하게 된다. 납세의무자는 스스로 과세표준을 확인하고, 세율을 적용, 세액을 산출하여 신고하고 납부할 의무를 부담하며, 이를 해태하면 가산세를 부담하게 된다.”<sup>30)</sup>고 보았다. 필자는 이것 외에 직접성을 인정하여야 하는 다른 근거가 필요없다고 본다.

신고납세방식의 조세 법령에 대하여 직접성이 인정되지 않는다는 판례의 입장이 정당화되기 위해서는 직접성이 인정되는 다른 법령에 대하여는 과세처분과 같은 집행행위가 존재하지 않아야 한다. 만약 그런 것들이 없다면 그 법령은 기본권침해 가능성이 없다.

#### 4. 소결

위에서 집행행위를 예정하지 아니한 법령의 직접성 문제를 살펴보았다. 현재는 형벌조항과 신고납세방식의 조세법령에 대하여 직접성을 부인한다. 그러나, 필자는 현재가 이론을 몰라서 직접성을 부인하고 있다고 생각하지는 않는다.

만약 형벌조항에 대하여 직접성을 인정하면, 즉 작위, 부작위 의무를 부담하는 것 자체를 기본권 제한이라고 인정하면 누구라도, 언제라도 형벌조항에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있게 된다. 사건이 폭주할 가능성이 열린다.

신고납세방식의 조세법령의 경우도 마찬가지다. 현행 세법상 소득세, 법인세, 부가가치세, 개별소비세, 증권거래세, 주세, 교육세, 교통·에너지·환경세에 있어서 신고납세제도가 채택되어 있다. 이 조세법 조항에 대하여 직접성을 인정하게 되면, 이를 다투는 헌법소원이 폭발적으로 증대하게 될 것임은 묻지 아니하여도 알 수 있는 일이다.

그러면 현재로서는 사건 폭증에 어떻게 대응할 것인가, 하는 것이 문제될 터인데, 현재는 직접성을 부인함으로써 본안판단의 부담을 덜어내는 방식을 채택하였다. 그러나 이러한 입장이 이론적으로 정당한 것이라고 보기 어렵다. 현재가 스스로 제시한 판단기준에 부합하지

28) 현재 2014. 3. 27. 2011헌마577, 판례집 26-1상, 508, 512-513.

29) 현재 2009. 4. 30. 2006헌마1261, 판례집 21-1하, 228, 242-243; 현재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762-763; 현재 2001. 1. 18. 2000헌마80, 판례집 13-1, 163, 171-172.

30) 현재 2001. 1. 18. 2000헌마80, 판례집 13-1, 163, 173-176.

않기 때문이다. 재판기관이 법리를 적용함에 있어서 가장 피하여야 할 것은 경우에 따라, 사건에 따라 자의적으로 판단하는 것이다.

## IV. 집행행위가 예정된 경우

### 1. 재량행위를 예정한 경우

#### 가. 도입

종전 판례를 따르더라도 집행행위가 재량행위를 예정한 경우에는 원칙적으로 직접성이 인정될 여지가 없다. 종전 판례가 직접성에 관하여 기초적 관념으로 받아들이고 있다고 보이는, ‘입법자의 의지’에 의하여 수규자의 법적 지위가 변화하는 것은 아니기 때문이다. 그렇더라도 구체적인 상황을 반영하여 직접성을 인정한 사례가 없는 것은 아니다.

#### 나. 판례

법령에 근거한 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여했을 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권의 침해는 행정청의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화된다. 이러한 경우 법령에 대해 직접성이 인정될 여지가 없다<sup>31)</sup>는 것이 재량행위가 예정된 경우에 관한 현재의 기본적 입장이다. 입법자의 의지에 의해서가 아니라 법집행자의 의지에 의하여 수규자의 법적 지위가 결정되는 경우에는 직접성이 부인된다.

#### 다. 재량행위의 근거 되는 법률조항에 대해 직접성을 인정한 사례

(1) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49

이 사건 준칙조항<sup>32)</sup>을 준수해야 하는 검사조사실 계호근무자는 검사실에서 수용자가 조사를 받는 동안 그때그때 개별적으로 상관에게 요청하여 그 지시를 받아 계구사용의 해제 여부를

31) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503-504. 인용문 중의 판례는 생략하였다.

32) 심판대상인 계호근무준칙 제298조는 원칙적으로 계구를 사용한 채 근접계호를 하여야 하고, 검사로부터 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청받더라도 거절하도록 정하고 있다. 다만, 검사의 요구에 대해 상관으로부터 지시를 받은 경우에는 예외로 한다고 정하고 있다.

를 결정하기 어려우므로 일단은 재량의 여지없이 일률적으로 계구를 사용하여 수용자를 결박한 상태에서 계호할 수밖에 없다. 그렇다면 비록 규범적으로는 계호근무자의 의지가 작동할 여지가 있다고 하더라도, 사실상 이 사건 준칙조항은 재량 없는 집행행위를 통하여 계호대상이 되는 수용자에게 직접적으로 기본권 제한의 효력을 미친다<sup>33)</sup>고 현재는 보았다.

(2) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506

방송법 제32조 제2항은 '위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송 여부를 심의·의결할 수 있다'고 규정하고 있다. 그래서 마치 이 사건 규정들에 의한 기본권 침해는 방송위원회의 심의·의결이라는 집행행위를 매개로 하여서만 발생하는 것 같은 외관을 갖추고 있다.

그러나 다른 조항들과 함께 생각해 보면 다른 결론에 이를 수 있다. 같은 조 제3항은 방송사업자가 방송광고에 대해서 위원회의 심의·의결한 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 아니한 방송광고를 방송할 수 없다고 규정하고 있다. 그래서 결국 방송광고를 하고자 하는 자는 누구든지 사전 심의를 거쳐야 한다. 이를 거치지 아니하고는 방송광고를 할 수 없다. '방송심의에 관한 규정' 제59조는 이를 확인하고 있다. 또, 방송법시행령 제21조의2는 사전심의를 받아야 하는 방송광고의 종류를 나열하여 사전심의 대상을 구체화하고 있다. 그래서 위 각 규정들이 서로 결합하여 그 자체에서 텔레비전 방송광고의 사전심의라는 의무를 부과하고 있다. 그렇다면 위 규정들은 집행행위 이전에 이미 국민의 권리의무를 직접 확정적으로 정하고 있고 하면서 권리침해의 직접성을 인정하였다.<sup>34)</sup>

## 라. 소결론

법령이 재량행위를 예정하고 있는 경우에 직접성이 부정된다는 것은 명확하다. 아래에서 볼 새로운 판례의 등장에 의하여 변화하는 바는 없다. 위에서 본 바와 같이 예외적으로 인정된 경우가 있기는 하다. 이것들이 새로운 판례에 의하여 영향을 받을까에 관하여 생각해 보면, 첫 번째 사례는 집행기관이 재량을 행사할 수 없는 상황이라는 점에서, 나아가 재량성을 인정한다고 하더라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구체절차가 존재하기 어렵다는 면에서 새로운 판례의 영향을 받을 것으로 보이지는 않는다.

하지만, 두 번째 사례는 새로운 판례의 영향을 받을 것이다. 형식상 집행기관의 재량행위를

33) 판례집 17-1, 754, 761-762.

34) 판례집 20-1하, 397, 408.

예정한 것처럼 보이나, 기속행위로 이해될 수밖에 없다는 점에서, 종전 판례에 따라 직접성을 인정하였는데, 이 집행행위에 대하여 다룰 수 있는 절차가 있다고 보여지므로 직접성이 부정될 여지가 많다. 이 점은 아래에서 새로 살펴보기로 한다.

## 2. 기속행위를 예정한 경우

### 가. 종전 판례

현재는 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리 관계를 직접 변동시키거나, 국민의 법적 지위를 결정하는 것이어서 국민의 권리 관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 법령에 대한 헌법소원의 직접성을 인정할 수 있다고 한다.<sup>35)</sup> 당연히 그 집행행위를 다룰 수 있는 절차가 있는가 없는가는 고려의 대상이 아니다.<sup>36)</sup> 그래서 강학상 ‘입법자의 의지’에 의하여 100% 당사자의 법적 지위가 확정되는 경우라면, 법령에 기한 집행행위가 예정되어 있더라도 직접성이 인정된다고 가르친다.<sup>37)</sup>

이러한 법리는 확립된 것이었다. 극단적으로 법문이 ‘할 수 있다’고 정한 것이라 하더라도 해석상 ‘하여야 한다’고 해석되는 경우라면 직접성이 인정된다고 보았다.

앞의 IV. 1. 다. (2)에서 든 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506<sup>38)</sup>가 의미 있는 것은, 현재 2004. 12. 21. 2004헌마945(지정부)에서 ‘방송법은 법률이 직접 사전심의를 하도록 명령하는 것이 아니라 방송위원회가 사전심의를 할 수 있도록 하는 근거에 불과하여, 방송법 규정이 그 자체로서 심의라는 구체적인 행정처분을 기다리지 않고 직접 광고제작에 관여하는 청구인의 기본권을 침해하고 있다고는 볼 수 없다.’고 하면서 직접성을 부인한 결정을 다시 부인하였

35) “헌법소원심판의 대상이 되는 법령은 그 법령에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법령이어야 하지만 예외적으로 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때에는 당해 법령을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다.”(현재 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754, 761)

36) “비록 이 사건에서 공탁공무원의 회수인가처분이 개재되어 있다고 하더라도 위 대법원규칙이 공탁공무원에게 심사와 재량의 여지를 주지 않은 채 공탁금에 대하여 이자를 붙이게 하고 1만원 미만의 단수에 대하여는 이자를 붙이지 않도록 일의적이고 명백하게 규정하고 있는 이상 이 사건 심판청구는 위 예외에 해당하여 직접성이 있다.”(현재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254-255)

37) 김현철, 『헌법소송법』 제5판, 전남대학교출판부, 2019, 405 이하도 종전의 입장을 토대로 직접성을 설명하고 있다. 이례적인 판례가 있다면서 새로운 판례를 소개하고 있다. 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018, 512도 종래의 입장이 현재의 판례라고 설명하고 있다. 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015, 1109(정문식 집필 부분)은 종전의 현재 판례를 소개하고 있을 뿐 새로운 판례에 대한 언급은 없다. 현재 홈페이지의 판례요지 집에는 새로운 판례가 소개되어 있지 않다. 헌법재판소(주 9), 300도 기속행위를 예정하고 있는 경우 직접성이 인정된다고 하면서 예외적인 사례로 2012헌마934, 2012헌마904 결정을 들고 있을 뿐이다.

38) 판례집 20-1하, 397.

기 때문이다.<sup>39)</sup> 그 후 다른 청구인인 동일한 심판대상에 대하여 헌마소원을 제기하였는데, 이 때 현재는 위와 같이 판시하면서 직접성이 인정된다고 하였다.

2005헌마506 결정의 핵심은 집행행위 예정되어 있더라도, 그리고 그 집행행위를 다투는 절차가 있다고 하더라도 법령에 의하여 사실상 사전심의를 받아야 한다는 점이 확정되어 있다면, 설사 문면상 재량행위를 예정하고 있는 것처럼 보이더라도 법령을 대상으로 하는 헌마소원의 직접성이 인정된다는 것이다.

## 나. 새로운 판례

### (1) 내용

현재의 실무제요는 기속행위를 예정하고 있는 경우에 직접성이 인정된다는 판례를 설명한 후에 그에 배치되는 판례라면서 두 개의 판례를 소개하고 있다.<sup>40)</sup>

그 중 하나는 2013. 7. 25. 2012헌마934 결정이다. ‘법령의 규정에 의해 구체적인 집행행위가 필요적으로 예정되어 있는 경우라 하더라도 그 집행행위를 대상으로 하는 행정소송 등 구제절차를 거치지 않은 상태에서 헌법소원심판을 허용한다면, 그 근거 법령에 대해 위헌결정이 선고되더라도 이미 집행행위가 확정되어 무효로 되거나 취소될 수 없는 상황이 발생할 수 있다. 이 경우 헌법소원을 제기한 청구인은 권리구제를 받지 못하게 된다. 그러므로 법령에서 집행행위를 필요적, 일의적으로 요구하는 사정만으로 그 법령 자체가 당연히 헌법소원의 대상이 된다고 볼 수는 없다’<sup>41)</sup>는 취지의 판시를 하였다.

위 결정에서는 의료인 면허의 필요적 취소사유와 면허취소 후 재교부 금지기간을 규정하고 있는 의료법 조항이 문제되었는데, 기본권 침해는 이 조항에 따른 면허취소 또는 면허재교부 거부라는 구체적인 집행행위가 있을 때 현실적으로 나타난다고 하여 직접성을 부인하였다. 이 결정에서는 선례를 인용하지 않았다. 반대의견은 없었다.

다른 하나는 위 결정 후 약 반년이 지난 2014. 2. 27. 선고된 2012헌마904 결정이다. ‘법령에서 특정한 집행행위를 하도록 일의적으로 규정하고 있다고 하더라도, 그 집행행위에 대한 구제절차가 마련되어 있고 또 그 구제절차를 거칠 것을 요구할 수 없는 예외적인 사유가

39) 위 2004헌마945 사건의 청구인이 결정으로부터 약 보름 후인 2005. 1. 3. 위 사건과 동일한 청구취지와 청구이유로 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 대하여 현재는 “위 2004헌마945 결정은 직접성 요건의 결여를 이유로 각하한 것으로서, 그 각하결정에서 판시한 요건의 흠결은 보정할 수 있는 것이 아니다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 결국 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판청구한 것으로서 부적법하다고 할 것이다.”고 하면서 현재법 제39조에 따라 각하하였다(현재 2005. 1. 25. 2005헌마4(지정부)).

40) 헌법재판소(주 9), 300-301.

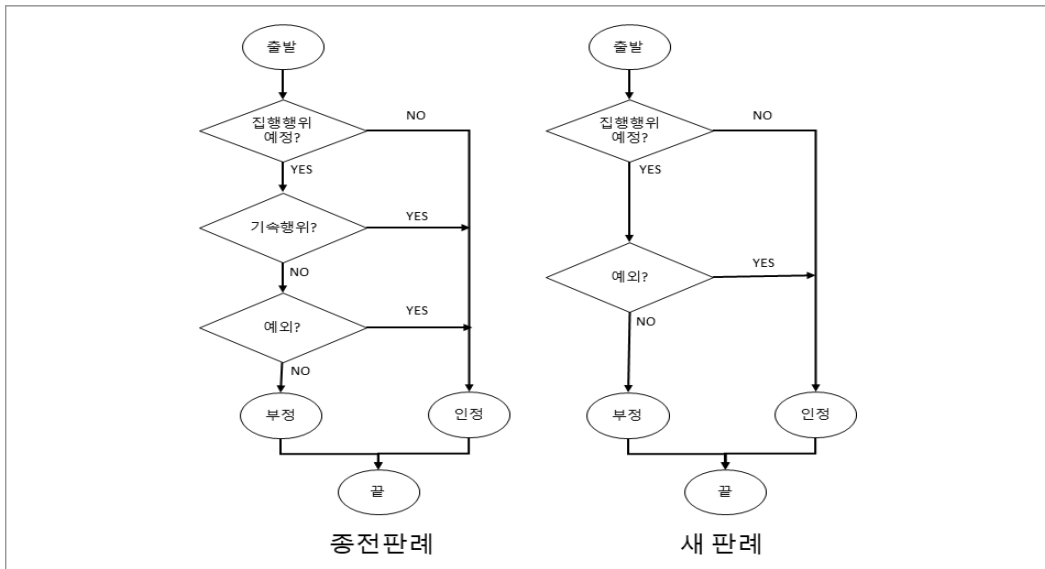
41) 판례집 25-2상, 339, 343.



존재하지 않는 한, 법령의 내용이 일의적이라는 사정만으로 그 법령 자체가 당연히 헌법소원 심판의 대상이 된다고 볼 수도 없다<sup>42)</sup>라고 하면서 위의 2012헌마934 결정을 선례로 하여 직접성을 부인하였다.

심판의 대상은 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료된 날부터 3년이 지나지 아니한 경우 전자총격기의 소지허가를 필요적으로 취소하도록 규정한 ‘총포·도검·화약류 등 단속법’ 조항<sup>43)</sup>이었다. 이 조항에 의한 기본권 침해는 경찰서장의 소지허가취소라는 집행행위가 있을 때 현실적으로 나타난다고 하여 직접성을 인정하지 않았다.<sup>44)45)</sup> 이 결정에도 반대의견이 없었다.

아래 그림에서 보는 바와 같이 종전의 판례를 따르면, 법령이 기속행위를 예정하고 있는 경우, 그 집행행위에 대한 구제절차가 있는가를 묻지 아니하고 직접성을 인정하였으나, 새 판례는, 법령이 재량행위를 예정하고 있든, 기속행위를 예정하고 있든, 집행행위를 예정하고 있거나 하면, 예외에 해당하지 않는 한 직접성을 부정한다.



42) 공보 제209호, 486, 487-488.

43) 총포·도검·화약류 등 단속법 제46조(총포 등의 소지허가를 받은 사람 등에 대한 행정처분) ① 제12조 제1항·제2항·제14조·제18조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 소지허가를 받은 사람(제12조 제2항의 경우에는 소지할 사람으로 특정된 사람을 말한다) 또는 화약류사용자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. (후문 생략)  
1. 제13조 제1항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때

44) 현재 2014. 2. 27. 2012헌마904, 공보 209, 486, 487-488.

45) 이 두 개의 결정이 나오기 전의 결정인, 현재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1상, 574에서 이와 같은 취지가 판시된 바 있다. 그런데, 동일한 쟁점인데, 현재 2014. 1. 28. 2012헌마431등, 판례집 26-1상, 155 사건에서는 직접성에 대한 아무런 설명 없이 본안에 나아가 위헌 결정을 하였다.

(2) 따름 판례

아래에서는 위의 2012헌마934, 2012헌마904 결정을 인용하면서 심판청구를 각하한 사례들을 들어 본다. 전부 지정부 사건이다.

연번	사건	법령의 내용	재판부
1	2014. 3. 17. 2014헌마157	어업허가를 받은 사람이 수산업법 제66조를 위반한 경우 그 허가를 취소하도록 정한 것	1
2	2014. 6. 17. 2014헌마408 46)	주인등록법 시행령 제18조(본인의 신고 등) ① 법 제11조제1항 단서 및 법 제12조 단서에 따라 본인이 신고를 할 때에는 세대주나 세대 또는 합숙사를 관리하는 사람의 확인을 받아야 한다. 다만, 세대주나 세대 또는 합숙사를 관리하는 사람의 확인을 받을 수 없으면 읍·면·동장 또는 출장소장의 사실조사로써 갈음한다. ② 법 제11조제2항 본문 및 같은 항 제2호에 따라 본인 또는 본인의 위임을 받은 사람이 신고를 할 때에는 세대주의 확인을 받아야 한다. 다만, 세대주의 확인을 받을 수 없으면 읍·면·동장 또는 출장소장의 사실조사로써 갈음한다. ③ 법 제11조제2항 본문에 따라 재외국민 본인이 신고를 할 때에는 재외국민 본인의 입국 여부를 확인할 수 있는 자료를 함께 제출해야 한다. 다만, 재외국민 본인이 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통한 출입국에 관한 사실증명 자료의 확인에 동의하는 경우에는 그 확인으로 해당 자료의 제출을 갈음할 수 있다.	2
3	2014. 12. 30. 2014헌마1048	전기공사업법 제10조를 위반한 경우 필요적으로 사업자등록을 취소하도록 규정하고 있는 전기공사업법 제28조 제1항 단서 제4호	1
4	2015. 1. 13. 2014헌마1142	폐기물처리업자가 폐기물관리법 제8조 제1항 또는 제2항을 위반하여 사업장폐기물을 버리거나 매립 또는 소각한 경우 그 허가를 취소하도록 정한 '폐기물관리법 시행규칙' 별표 21 행정처분기준 중 제2호 가목 3) 부분	3
5	2016. 7. 19. 2016헌마535	대학교에 휴학 중인 장애인 및 직업능력개발 정규훈련에서 중도탈락한 후 1년이 지나지 아니한 장애인을 직업능력개발훈련의 훈련대상에서 제외하고 있는 '직업능력개발원 및 훈련센터운영 업무처리규칙' 제6조 제2항 제2호 본문, 제3호 본문 질병, 체육대회참가 등의 사유로 훈련을 받지 못한 경우를 출석으로 인정하지 않는 같은 업무처리규칙 제31조 제3항 제4호 중 [별표2] 부분	1
6	2016. 8. 2. 2016헌마607	이름의 기재문자와 관련된 가족관계등록사무 제5호 이름에 한글과 한자를 혼합하여 사용한 출생신고 등은 이를 수리해서는 안 된다.	1
7	2017. 8. 8. 2017헌마799 47)	수산업법34조(공익의 필요에 의한 면허어업의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 면허한 어업을 제한 또는 정지하거나 어선의 계류(繫留) 또는 출항·입항을 제한할 수 있다.	1
8	2017. 11. 27. 2017헌마1208	직업안정법 제22조(유료직업소개사업의 종사자 등) ③ 유료직업소개사업의 종사자 중 제2항에 따른 직업상담원이 아닌 사람은 직업소개에 관한	2

연번	사건	법령의 내용	재판부
	48)	사무를 담당하여서는 아니 된다. 시행규칙 제42조 행정처분기준 [별표 2] 생략	
9	2018. 11. 6. 2018헌마1034	수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침 제137조(접견 녹음·녹화 대상자) ② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 수형자 등에 대하여는 접견 시 녹음·녹화를 실시하여야 한다.(각 호 생략)	3
10	2018. 12. 4. 2018헌마1097	영유아보육법 제49조의3(위반사실의 공표) ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제45조 또는 제45조의2에 따른 행정처분을 받은 어린이집으로서 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 해당하는 어린이집에 대하여 그 위반행위, 처분내용, 해당 어린이집의 명칭, 대표자의 성명, 어린이집 원장의 성명(괄호 안 생략) 및 그 밖에 다른 어린이집과의 구별에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공표하여야 한다.(단서생략) 시행령 제25조의7, 제25조의8 각 생략.	2
11	2018. 12. 11. 2018헌마1100	보건복지부장관은 2018. 8. 17. 의료관계 행정처분 규칙을 일부 개정하면서 [별표] 행정처분기준(제4조 관련) 중 2. 개별기준 가. 의료인이 「의료법」 및 「의료법 시행령」을 위반한 경우 32) 비도덕적 진료행위를 한 경우에 '라' 형법 제270조를 위반하여 낙태하게 한 경우'를 자격정지 1개월 처분 대상으로 추가	3
12	2019. 11. 26. 2019헌마1246	유아교육법 시행령 제9조(사립유치원의 설립인가 신청 등) ③ 교육감은 법 제8조 제4항에 따라 유치원의 폐쇄를 인가하려는 경우에는 다음 각 호의 사항을 고려해야 한다. 1. 유치원 폐쇄 예정연월일의 적절성 2. 유아 지원 계획의 적절성 3. 유치원 폐쇄에 관한 해당 유치원 학부모의 의견 4. 그 밖에 유아의 학습권 보호에 필요한 사항 ④ 제3항에 따른 고려 사항의 세부 기준과 그 밖에 유치원 폐쇄인가에 필요한 사항은 교육감이 정한다. 제34조의3(행정처분의 세부 기준) 법 제30조 제2항에 따른 유치원의 정원감축 등 행정처분의 세부 기준은 별표 1의2와 같다. [별표 1의2] 행정처분의 세부 기준(제34조의3 관련) [생략]	1
13	2020. 2. 4. 2020헌마138 49)50)	지방세특례제한법 제29조(국가유공자 등에 대한 감면) ④ 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따른 국가유공자로서 상이등급 1급부터 7급까지의 판정을 받은 사람 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 사람(이하 "국가유공자등"이라 한다)이 보철용·생업활동용으로 사용하기 위하여 취득하는(괄호안 생략) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자동차로서 취득세 또는 자동차세 중 어느 하나의 세목(稅目)에 대하여 먼저 감면 신청하는 1대에 대해서는 취득세 및 자동차세를 각각 2021년 12월 31일까지 면제한다. (단서 생략) 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 승용자동차 가. 배기량 2천cc이하인 승용자동차	2

(3) 새로운 판례 이후에 나온, 배치되는 판례

2013년 새로운 판례가 나온 이후에도 종전 판례에 따라 직접성을 인정한 사례들이 없지 아니하다. 직접성을 인정한 사례들을 들어 본다.

연번	사건	법령의 내용 <sup>51)</sup>
1	2014. 1. 28. 2012헌마431등 <sup>52)53)</sup>	구 정당법 제38조 (등록의 취소) ①정당이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 당해 선거관리위원회는 그 등록을 취소한다. 3.국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때
2	2015. 6. 25. 2013헌마128 <sup>54)55)</sup>	국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행규칙 제8조의3(신체부위별 상이등급의 결정) 영 제14조 제2항에 따라 신체부위별 상이에 대한 상이등급의 결정은 별표 4의 기준에 따른다. [별표 4] 신체부위별 상이등급 결정(제8조의3 관련) 2. 귀, 코 및 입의 장애 가. 귀의 장애 3) 준용등급 결정 나)이명은 3회 이상의 이명검사(tinnito gram)에서 모두 이명이 있고, 최소한 한쪽 귀의 청력장애가 공기전도 50데시벨(dB) 이상인 난청을 동반하여야 7급(2107)을 인정한다.
3	2020. 4. 23. 2019헌마430 <sup>56)</sup>	헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.
4	2020. 4. 23. 2017헌마321 <sup>57)</sup>	구 법관 및 법원공무원 명예퇴직수당 등 지급규칙 제3조(명예퇴직수당의 지급대상) ⑤ 정년잔여기간의 계산은 법관의 경우에는 정년퇴직일전에 임기만료일이 먼저 도래하는 경우에는 임기만료일을 정년퇴직일로 본다. 다만, 법관의 경우 그 기간은 7년을 초과할 수 없다.

46) 법령이 집행행위를 예정한 것인가는 의문이다.

47) 법령이 집행행위를 예정한 것인가는 의문이다.

48) 법령이 집행행위를 예정한 것인가에 대해서는 의문이 있다. 이 사건에서는 영업정지 처분을 집행행위라고 이해하였다.

49) 청구인은 국가유공자가 취득하거나 소유한 차량의 승차정원 또는 배기량이 2,000cc를 초과하는지 여부에 따라 취득세 면제 여부를 달리하는 점을 다투었다.

50) 법령에 집행행위를 예정하고 있는지는 의문이다. 법령에 의하여 바로 면제가 되는 것으로 보인다.

51) 개정경위는 모두 생략하였다.

52) 판례집 26-1상, 155.

53) 위의 각하 사례 중 현재 2006. 4. 27. 2004헌마562 판례와 동일한 법령을 대상으로 한 것이다. 직접성에 대한 아무런 설명 없이 본안에 나아가 위헌 결정을 하였다.

54) 판례집 27-1하, 553.

55) '심판대상조항은 '국가보훈처장에 의한 상이등급 판정'이라는 별도의 구체적인 집행행위를 예정하고 있지만, (...중략...) 국가보훈처장의 상이등급 미달 판정은 재량의 여지없이 심판대상조항을 기계적으로 적용한 결과에 지나지 않아서, 청구인의 지위는 위 집행행위에 앞서 심판대상조항에 의하여 이미 확정되었다고 할 것이므로, 심판대상조항으로 인한 기본권 침해의 직접성이 인정된다.'(현재 2015. 6. 25. 2013헌마128, 판례집 27-1하,

## 다. 소결

실무제요는, 2012헌마934 결정이 나오게 된 이유를, 구체적인 처분을 다투더라도 권리구제에 지장이 없다는 점이 반영된 것이라 설명한다.<sup>58)</sup> 그런데 이와 같은 설명에 과연 적절한지는 의문이다. 2012헌마934 결정의 사안과 다른 사안들 사이에 그와 같은 차이, 즉 다른 사안들에서는 처분을 다투어서 권리구제에 지장이 있고, 2012헌마934 결정의 사안에서는 지장이 없어서 2012헌마934 결정이 나온 것은 아니다. 기속행위가 집행행위로 예정된 모든 법령에 일반적인 것일 뿐이다. 그렇다면, 권리구제에 지장이 없어서 2012헌마934 결정의 취지가 적용되어야 할 사건과 그렇지 아니한 사건은 구별할 수 없다.

필자가 보기에는 2012헌마934 결정 이후로 서로 판지가 모순되는 결정들이 혼재한 상태다. 나아가 2012헌마934 결정은 직접성 이론의 새로운 방향을 제시하는 중요한 판례임에도 불구하고 종전 판례를 변경한다는 설시도 하지 않았다. 그러니 그 후에 종전 판례를 따르는 결정과 새로운 판례를 따르는 결정이 혼재하게 되었다. 무엇이 현재의 입장인지도 이제는 판단할 수 없는 상태로 되었다.

혹시 새로운 판례를 따르는 결정들은 2012헌마904 결정을 제외하고는 전부 지정부 사건이니 별로 중요한 것이 아니고, 종전의 판례가 계속 유지되고 있는 것으로 보아야 하는 것 아닌가 하는 반론이 제시될 수도 있을 것 같다.

그러나, 필자가 보기에는 헌법소원을 제기한 당사자의 입장에서는 지정부에서 각하되거나 전원부에서 각하되거나 매한가지다. 전원부 결정과 지정부 결정 사이에 효력의 차이는 전혀 없다. 지정부에서 각하되었으니 덜 고통스럽지 않냐고 말할 수는 없다. 필자가 보기에는 현재의 이와 같은 입장이 결정을 신뢰를 크게 훼손할 것이라고 생각한다.

그러면, 종전 판례가 맞는가, 새로운 판례가 맞는가? 이론적인 입장에서 본다면 새로운 판례 쪽이 타당하다고 본다. 아래에서 볼 위헌 결정의 효력과 연결하여 생각해 보자. 법령에 기한 집행행위가 예정되어 있다면, 그 집행행위를 다투지 아니하고 법령을 다투었을 때 당사자에게는 아무런 실익이 없을 가능성이 크다. 위헌 결정은 장래를 향해서만 효력이 있고, 소급효가 인정되지 아니하므로, 집행행위에 대해 이미 확정력이 생겼거나 다룰 수 있는 절차가 존재하지 않는다면 당사자는 그 집행행위로 인한 법익 침해를 구제받을 수 없기 때문이다.

집행행위와 무관하게 당사자의 법적 지위가 이미 확정되어 있다면 직접성이 인정되어야

55), 561)

56) 공보불계재.

57) 공보 제283호, 653.

58) 헌법재판소(주 9), 301.

한다는 종전 판례가 직접성의 이념에 어긋나는 것은 아니다. 다만 좀 더 넓게 보았을 때, 즉 권리보호이익 요건과 연계해 생각해 보았을 때 종전 판례는 실익이 그리 크지 않다. 다른 한편, 어느 쪽으로 가는가에 따라 국민들이 헌마소원을 통해 구제받을 가능성, 또 현재의 사건 부담이 달라지는 점도 분명하다. 굳이 사건 부담을 늘리면서까지 실익이 크지 아니한 재판할 필요는 없을 것 같다.

## V. 예외

### 1. 도입

헌재는 직접성의 예외를 다음과 같이 설명한다. 구체적 집행행위가 존재하는 경우라도 예외적으로 직접성이 인정되는 경우가 있다. 헌재는 집행행위가 예정되어 있더라도 다음과 같은 두 가지 경우 직접성이 인정된다고 한다.

- ① 집행행위가 존재하더라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제 절차가 없거나, 구제 절차가 있더라도 권리구제의 기대가능성이 없고, 기본권 침해에 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우
- ② 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법령의 내용이 집행행위 이전에 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 행정청의 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태<sup>59)</sup>

위에서 본 2012헌마934 결정을 따르면, 위 ②의 경우는 직접성이 인정될 여지가 없다. 이 부분에 관한 논의는 위에서 하였으므로 여기서는 더 이상 하지 않는다. 여기서는 '그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우(이하 '구제절차 부존재 등의 경우'라 한다)에 관한 직접성의 예외 부분에 관해서만 다루기로 한다. 이하에서 예외라고 하는 것은 위의 ①의 것만을 가리킨다.

위에서 본 2012헌마934 결정을 고려하지 않는다면, 직접성의 예외는 재량행위를 집행행위로 예정한 경우에 대해서만 적용된다. 2012헌마934 결정을 전제로 한다면, 재량행위 뿐만

59) 헌법재판소(주 9), 299.

아니라 기속행위를 예정한 경우에도 예외가 인정되는지 여부가 다루어질 수 있다. 기속행위라는 것만으로는 직접성이 인정되지 않고, 예외에 해당하는 경우에만 직접성이 인정될 수 있기 때문이다.

## 2. 집행행위에 대한 소원의 가능성

현재는 집행행위가 있더라도 위에서 말한 특별한 사정이 있다면, 법령에 대하여 집행행위가 예정되어 있다고 하더라도 직접성을 인정할 수 있다고 한다. 그러나, 여기에 대해서는 상당한 의문을 가지지 아니할 수 없다. 현재는 법령에 대한 헌법소원에 있어서 '기본권 침해의 직접성'을 요구하는 이유는 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 거쳐 기본권을 침해하게 되므로 예외적이고 보충적인 특별권리구제수단이라는 헌법소원의 본질상 기본권의 침해를 받은 자는 먼저 일반 법원에 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 요청되기 때문이라 한다.<sup>60)</sup>

현재는 집행행위가 있으면 그 집행행위를 다투어서 구제를 받으면 될 것이고, 국민의 대표가 제정한 법률의 유무효를 다투도록 허용할 필요가 없다는 입장이다. 그래서 집행행위가 존재하기는 하는데, 그 집행행위를 다투는 구제절차가 존재하지 않는 경우 등에 있어서 법령을 다투도록 해 줄 수 있다는 것이다.

그런데, 가만히 생각해 보면, 현재가 그 집행행위를 대상으로 하여 헌법소원을 제기할 수 있도록 해 주면 족한 것 아닌가 하는 생각을 해 볼 수 있다. 위의 구제절차 부존재 등의 경우라면, 보충성도 문제되지 않을 것이기 때문이다.<sup>61)</sup>

현재는 집행행위에 대한 구제절차 부존재 등의 경우 왜 그 집행행위가 아니라 그 집행행위의 근거로 되는 법령을 다툴 수 있도록 해 주어야 하는지에 대해서는 설명한 일이 없다. 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원을 인정하더라도 그 집행행위의 '기본권 침해 여부'만을 다툴 수 있을 뿐이고, 기본권 외의 헌법 위반이나 위법을 다툴 수 없기 때문인가를 생각해 볼 수 있으나, 그것으로써 정당화시키기는 어렵다. 어차피 구제절차 부존재 등의 경우라면 그렇게라도 심사를 하여 다루어 주는 것이 기본권 보장 이념에 부합하기 때문이다.

집행행위를 다투어서 문제를 해결할 수 있는데 그 집행행위를 다투는 절차가 없다고 하여 근거되는 법령을 다툴 수 있다고 하는 것은, 벼룩 잡자고 초가삼간을 태우는 격이 되지 싶다.

60) 현재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504; 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 789.

61) 현재 2013. 7. 25. 2012헌마934, 판례집 25-2상, 339, 342-343은 이 점을 명시적으로 실시하고 있다.

그 집행행위를 심사하면서 현재법 제75조 제7항에 따라 부수적 위헌심사를 할 여지도 열려 있다.

그런데 더 큰 문제는 집행행위의 근거 되는 법령에 대하여 위헌으로 결정된다고 하여 그 집행행위의 효력을 소멸시킬 수 있는가 하는 점이다. 아래에서 본다.

### 3. 법령소원의 권리보호이익

이론적으로 심각한 문제는 이런 것이다. 현재는 2012헌마934 결정에서 집행행위를 다투어야 하는 이유를, 근거 법령에 대하여 위헌결정이 선고되더라도 집행행위가 확정되어 당연히 무효로 되거나 취소될 수 없는 경우가 발생할 수 있는데, 이 경우 헌법소원심판의 청구인은 권리구제를 받지 못하게 되기 때문<sup>62)</sup>이라고 설명했다.

그러면, 이와 같은 상황은 재량행위라고 하여 다른가? 그렇지 않다. 법령에 기한 집행행위가 재량행위라 하더라도, 그 재량행위에 확정력이 발생하게 되면 그 재량행위의 근거 되는 법령에 대해 위헌 결정이 있다 하더라도 재량행위는 그대로 유효한 것으로 남게 된다. 물론 기존의 판례나 2012헌마934 결정이나 구제절차가 있는 재량행위가 예정된 경우에는 직접성을 인정하지 않으므로 위에서 말한 상황이 벌어질 가능성은 없다.

문제는 구제절차가 존재하지 않는 등의 경우이다. 이 경우에 관해서는 종전의 판례나 2012헌마934 결정이 모두 입장이 같다. 아래 표에서 보는 바와 같이, 구제절차가 존재하지 아니하는 등의 경우에는 어느 쪽이나 모두 직접성을 인정한다.

성격	구제절차	종전 판례		2012헌마934	
		직접성	권리보호이익	직접성	권리보호이익
기속행위	有	○	×(확정력 발생)	×	
	無	○	×	○	×
재량행위	有	×		×	
	無	○	×	○	×

그런데, 집행행위에 대한 구제절차가 존재하는지가 불명확하여 그 근거되는 법령에 대해 예외적으로 직접성을 인정한다고 하더라도, 나아가 그 근거 법령에 대해 위헌결정을 한다 하더라도, 그 집행행위에 이미 확정력이 발생하였다면, 당사자가 구제받지 못하기는 마찬가지다.

62) 현재 2013. 7. 25. 2012헌마934, 판례집 25-2상, 339, 343.



그러므로, 그 집행행위가 재량행위인가 기속행위인가를 묻지 아니하고, 집행행위에 대한 구제절차 부존재 등의 경우 그 집행행위의 근거 되는 법령에 대해 직접성을 인정하여 본안 판단을 하여서는 곤란하다. 권리보호이익이 부인되기 때문이다. 즉, 처분의 근거법령이 위헌으로 결정되더라도, 그 법령에 기한 집행행위가 당연히 효력을 상실하는 것은 아니다. 그러면 그 효력을 상실시키기 위해서는 법원에 항고소송을 제기할 수밖에 없는데, 그 구제절차가 존재하지 않는다면, 집행행위의 근거되는 법령이 위헌으로 결정되더라도 청구인에게는 아무런 이익이 없다.

어느 모로 보나 법령의 집행행위가 존재하는 경우, 그 예외를 인정하여 법령을 다투도록 허용하는 것은 무의미하다. 법령에 따른 집행행위가 예정되어 있는 경우, 그 집행행위를 다룰 수 있는 절차가 있으면 그 구제절차를 거쳐야 할 것이고,<sup>63)</sup> 만약 구제절차의 부존재 등의 경우 그 집행행위를 대상으로 하는 헌법소원을 제기하는 것은 별론으로 하고<sup>64)</sup> 법령을 대상으로 하는 당해 헌법소원은 부적법함을 면할 수 없다. 권리보호이익이 흠결되었기 때문이다.

이와 같은 결론은 2012헌마934 결정의 결론과는 무관하다. 오로지 그 결정 이유 중의 권리보호이익에 관한 판시와 연결되는 결론이다.<sup>65)</sup>

#### 4. 현재 2016. 11. 24. 2013헌마403 결정<sup>66)</sup>

형벌조항의 직접성과 관련한 현재의 최근 결정으로 2013헌마403 결정을 살펴본다. 이 결정은 기본적으로 형벌조항에 대해 직접성을 부인하는 판례를 기초로 하고 있다. ‘당해 시행령 조항은 형벌조항의 구성요건 일부를 규정하고 있는 조항으로서, 검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과라는 구체적 집행행위가 예정되어 있어서, 원칙적으로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.’<sup>67)</sup>고 한다. 이와 같은 입장의 부당함에 대해서는 이미 앞에서 보았다.

그런데, ‘국민이 그 형벌조항을 위반하기 전에는 그 형벌조항을 실제로 위반하여 재판을 통한 형벌의 부과를 받게 되는 위험을 감수하도록 국민에게 요구할 수 없다는 점에서, 그 형벌조항을 위반하였으나 기소되기 전에는 재판과정에서 그 형벌조항의 위헌 여부에 관한

63) 대개는 법원의 재판으로 연결될 것이기 때문에 현재의 심판대상으로 되돌아오는 경우는 상정하기 어렵다. 원행정처분의 문제.

64) 이 경우 보충성은 문제되지 않을 것이다.

65) 필자는 이전부터 법령에 기한 집행행위가 있는 경우, 법령에 대한 헌마소원에서 위헌결정이 있더라도 권리보호이익이 없다는 점을 주장하였다. 이 점에 대해서는 정주백, 법률에 대한 헌법소원에 있어서의 권리보호이익, 헌법학연구 제21권 제4호(2015), 279 이하 참조.

66) 판례집 28-2하, 297.

67) 현재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297, 303.

판단을 구할 수 없다는 점에서 구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고 볼 여지가 있'<sup>68)</sup>으나, '이미 기소된 후에는 재판과정에서 그 형벌 조항이 법률인 경우에는 위헌법률심판제청신청을 통하여 헌법재판소에 그 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있고,<sup>69)</sup> 명령·규칙인 경우에는 법원에 그 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있다는 점에서<sup>70)</sup> 구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없는 경우라 볼 수 없다'<sup>71)</sup>고 한다.<sup>72)</sup>

그러나 전자에 관해서는 수범자의 작위, 부작위 의무를 기본권 제한이라 보면 간단히 해결될 문제를 복잡하게 이야기한다는 비난을 피하기 어렵고, 후자의 경우에도 이론적으로 타당하다고 하기 어렵다.

헌재가 말하는 직접성의 예외 중 구제절차의 부존재 등의 경우는 법령의 집행행위에 대한 것이다. 이 결정에서 기소나 재판을 집행행위로 본다면, 기소나 재판에 대한 구제절차가 존재하는가 하는 논점을 다루어야지, 갑자기 법령의 위헌 여부를 다룰 수 있는 구제절차가 존재하므로, 직접성의 예외를 인정할 수 없다는 것은 헌재가 앞에 내세운 직접성의 예외 이론과 전혀 부합하지 않는 것이다. 필자는 차라리 이미 기소된 바이므로 보충성 요건 흠결을 이유로 각하하는 것이 훨씬 나은 이론구성이라고 본다.<sup>73)</sup>

## VI. 결론

필자가 보기에는 2012헌마934 결정은 종전의 직접성에 관하여 확립된 현재의 판례와 취지가 다르다. 기속행위가 예정되어 있는데, 그 집행행위에 구제절차가 있는 경우에는 그 결론이 완전히 다르다. 종전의 판례를 따른다면 직접성이 인정될 것이고, 새로운 판례를 따른다면

68) 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297, 304. 인용문 안의 판례는 전부 생략하였다.

69) 헌재법 제41조, 제68조 제2항.

70) 헌법 제107조 제2항.

71) 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297, 304.

72) "이 사건 시행령조항이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우에 해당하는지에 관하여 보건대, 이 사건 시행령조항은 형벌조항의 구성요건 일부를 규정하고 있음에 불과하므로, 집행기관인 검사 또는 법원이 이 사건 시행령 조항만을 적용하여 그에 따라 기소나 재판을 할 수는 없고, 형벌조항인 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조, 형법 제129조 등과 함께 적용하여 그에 따른 사실인정과 판단을 통하여 비로소 기소 또는 재판을 하여야 하는 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항은 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우에 해당하지 않는다."(헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297, 303-304)는 설시도 있으나, 이 점은 이후에 다시 본다.

73) 이 점에 대해서는 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018), 73 이하 참조.

직접성이 인정되는 경우가 거의 없을 것이다. 행정소송법의 개괄주의와 연계된 결론이다.

그렇지만, 현재는 2012헌마934 결정에서 종전의 판례를 변경한다는 점을 밝히지 않았다. 그래서 실무제요<sup>74)</sup>는 새로운 판시를 예외적인 것이라 보는 것 같다. 현재는 그 취지가 다른 두 개의 판례의 줄기가 형성되어 있다. 새로운 판례는 주로 지정부에서 각하의 이유로 활용되고 있다. 전원부에서는 종전의 판례에 따라 운용되고 있는 것으로 보인다.<sup>75)</sup>

그러면 판례의 입장은 무엇인가? 당사자는 소원을 제기해 놓고 현재의 결정을 기다리는 수밖에 없는가? 이것이 법치주의에 부합하는 것인가에 의문이 든다. 조속히 현재가 입장을 정리하여야 할 것이라고 본다.

나아가 2012헌마934 결정에서 말한 바대로 법령에 대해 현재가 위헌 결정을 하더라도 그 효력은 장래를 향할 뿐이고, 심판청구의 원인으로 된 사안에는 그 적용이 없다. 그렇다면, 법령에 기한 집행행위가 예정되어 있는 경우라면, 그것이 재량행위이든, 집행행위이든 그 직접성을 부정하는 것이 옳다고 보인다. 법령에 대한 헌법소원을 적법하다고 하여 본안 판단을 하고, 나아가 위헌 결정을 하더라도 당사자의 구제는 불가능하다면, 청구인으로서는 전혀 헌법소원의 목적을 달성할 수 없다. 이런 결정을 하여서는 안 된다는 것을 권리보호이론이론으로써 정립하여 두고도 적용하지 않는 것은 부당하다.

[보론] 최근에 선고된 아래의 판례는 위에서 본 두 갈래의 판례와는 또 다른 판례로 보인다.

“과세관청의 부과처분에 의하여 조세채무가 확정되는 부과과세방식이나 납세의무자 스스로 조세채무 성립요건의 충족을 확인하여 세액을 신고함으로써 조세채무가 확정되는 신고납세방식의 조세에 있어서 조세법령으로 인한 기본권 침해는 과세처분 또는 경정거부처분 등의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 현실화된다. 이러한 법리는 해당 조세법령이 조세의 면제나 부가가치세 영세율 적용 등의 조세혜택을 배제하는 내용을 담고 있는 경우에도 마찬가지로 적용되고, 이 경우 문제될 수 있는 납세의무 부담의 평등원칙 위반 여부 또한 납세의무자의 구체적인 재산권 제한 문제와 분리하여 파악할 수 있는 것이 아니다.

법령에 대한 헌법소원에서 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 그 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우에는 당해 법령의 직접성을 인정할 수 있다. 그런데 이와 같은 법리를 적용함에 있어서, 집행행위가 법령이 정한 요건이 충족될 경우 집행기관의 ‘재량’ 없이 이루어지는 기속행위라는 것과 집행기관이 법령이 정한 요건의 충족 여부를 ‘심사’할 여지도 없이 일의적

74) 헌법재판소(주 9), 300쪽.

75) 현재 2013. 11. 28. 2011헌마520, 판례집 25-2하, 532은 직접성이 부인된다고 판단하였으나, 종전의 이론에 따라 판단하였다. 2인 재판관의 반대이견은 더욱 이 점이 분명하다.

이라는 것은 구분되어야 한다. 즉 집행행위가 조세의 부과처분 등과 같이 집행기관의 재량이 없는 기속행위라 하더라도 집행기관에게 적극적·소극적 과세요건의 충족 여부에 대한 심사가 예정되어 있는 경우에는 위 법리를 적용하더라도 당해 법령의 직접성을 인정할 수 없다.

결국 심판대상조항으로 인한 기본권 침해는 개개의 적극적·소극적 과세요건의 충족 여부를 심사한 결과에 따르는 해당 과세기간에 대한 과세처분 또는 경정거부처분 등의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 현실화되는 것이므로, 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었다고 볼 수 없어 부적법하다.”<sup>76)</sup>

이 논문의 구분에 의하면 다시 종전 판례로 돌아가겠다는 것이고, 이를 토대로 다시 직접성의 인정 범위를 감축하겠다는 것이다. 이 결정의 의미를 좀 더 분석해 보아야 하겠으나, 이 논문에서는 더 다루지 않는다.

---

76) 2020. 9. 24. 2017헌마498, 공보 제288호, 1285.

## | 참고문헌 |

- 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018.
- 김현철, 헌법소송법 제5판, 전남대학교출판부, 2019.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제2개정판, 2015.
- 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015.
- 정주백, 법률에 대한 헌법소원에 있어서의 권리보호이익, 헌법학연구 제21권 제4호(2015).
- 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018).

## | Abstract |

The directness requirement plays an important role in constitutional complaints against legislation. However, when examining constitutional court decisions regarding penal provisions or the tax code in the self-assessed tax returns system, it seems open to question whether the criteria established by the constitutional court are being followed. Of course, there exists the concern that an explosion in cases may occur should directness be recognized in the above cases. Nevertheless, it is problematic when a trial organization violates the standards that it established itself in conducting trials.

Decision 2012 Heon Ma 934 deviated from the principle of the constitutional court's established precedent. This decision has since been cited in Decision 2012 Heon Ma 904 and more than 10 small bench cases. However, this decision did not change the existing precedent of the constitutional court decision, resulting in a situation in which two contradicting decisions continue to be upheld, damaging public trust in trials. This situation should be remedied as soon as possible.

Where the legislation preordains executive action, but there is no remedy system for the executive action in question, or even if a remedy system exists, there is no possibility of remedy against infringement of rights, and this only forces the claimant whose basic right has been infringed upon to seek an unnecessary bypass procedure, it should be sufficient to allow a constitutional complaint against the executive action, and not a constitutional complaint against the legislation.

Even if a legislation has been determined unconstitutional in a constitutional complaint, if the effect is directed only at the future, the interest of rights protection cannot be recognized where executive action has been preordained under the legislation. Therefore, it is problematic to recognize an exemption of directness for legislation with preordained executive action, as this does not align with the conclusion of interest of rights protection.

Decision 2013 Heon Ma 403 is a highly unprecedented and unique one. It is open

to question whether this decision aligns with the existing constitutional court decision; this decision seems to reflect a misunderstanding of remedy systems for executive actions. This decision would be challenging to uphold as a precedent.

**[Keywords]:** constitutional complaints against legislation, the directness, the interest of rights protection, executive action, binding acts





# 헌법재판연구 발간 내규

소관 부서 : 헌법재판연구원 기획행정과

제정	2014. 5. 28	헌법재판연구원내규 제14호
개정	2014. 11. 25	헌법재판연구원내규 제18호
	2015. 2. 23	헌법재판연구원내규 제19호
	2016. 7. 18	헌법재판연구원내규 제28호
	2019. 4. 24	헌법재판연구원내규 제36호

## 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 내규는 헌법재판연구원이 발간하는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문의 모집·작성 방법·심사 및 편집 등에 관하여 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 한다.

**제2조(발간)** 「헌법재판연구」는 매년 6월 30일과 12월 31일에 2회 발간하는 것을 원칙으로 하고, 발간처는 헌법재판연구원으로 한다. 다만, 편집위원회가 특별히 필요하다고 인정하면 「헌법재판연구」를 추가로 간행할 수 있다. <개정 2015·2·23>

## 제2장 편집위원회

**제3조(편집위원회 구성)** ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 15명 이내의 위원으로 구성한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

② 위원장은 위원 중에서 호선하고, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 헌법재판연구원장이 임명 또는 위촉한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

1. 헌법재판소 소속 공무원
2. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
3. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구 및 실무에 종사하는 사람
4. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람

③ 위원의 임기는 3년으로 한다. <개정 2015·2·23>

④ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 헌법재판연구원 책임연구원 1명을 간사로 지명할 수 있다. <개정 2015·2·23>

**제4조(위원장의 직무)** ① 위원장은 편집위원회를 대표하고, 편집위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장 유고 시에는 위원 중에서 호선된 임시위원장이 그 직무를 대행한다. 임시위원장 선출을 위한 편집위원회는 헌법재판연구원장이 소집한다. <개정 2015·2·23>

**제5조(권한)** 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 헌법재판연구원이 발간하는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문(이하 “논문등”이라 한다)의 모집, 게재 및 편집에 관한 사항
2. 심사위원의 추천에 관한 사항
3. 「헌법재판연구 발간 내규」 및 「헌법재판연구 윤리 내규」 개정에 관한 사항
4. 그 밖에 헌법재판연구 발간에 필요한 사항

**제6조(운영)** ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 인정하거나 위원 3명 이상의 요청이 있는 때에 위원장이 소집한다. 다만, 편집위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

② 편집위원회의 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 간사는 편집위원회 회의 개최 시마다 그 요지를 담은 회의록을 작성하고 위원장과 함께 기명 날인 또는 서명한다.

**제7조 (수당 등 지급)** ① 위원에게는 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위에서 실비를 지급할 수 있다.

### 제3장 논문등 작성 방법

**제8조(논문등의 요건)** 논문등은 헌법 또는 헌법재판과 관련된 주제로서 독창성이 있어야 하고, 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다. <개정 2016·7·18>

**제9조(투고 자격)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 논문등을 투고할 수 있다. <개정 2016·7·18>

1. 대학의 전임강사 이상의 직에 있는 사람
2. 박사학위를 가진 사람
3. 변호사의 자격이 있는 사람

4. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구와 실무에 종사하는 사람
5. 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

**제10조(작성 방법)** ① 논문등은 워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 이상 버전으로 작성하되, 200자 원고지 300매 이하(워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 문서통계 기준)로 작성함을 원칙으로 한다.

② 논문등 투고는 별지 제1호 서식의 논문투고신청서(연구윤리 확인서 포함)와 원고파일을 온라인 논문투고시스템에 제출하는 방식으로 한다. <개정 2015·2·23, 2019·4·24>

③ 논문투고신청서에는 논문 제목과 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(외국어(로마자)와 한자 표기도 포함), 국문과 외국어(로마자)의 소속과 직위의 인적사항 및 연락처(주소, 전화번호) 그리고 논문연구윤리 확인을 기재한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

④ 원고파일은 논문 제목, 논문 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(각주에 소속과 직위), 목차, 본문, 참고문헌, 국문초록, 국문주제어(5개 이상), 외국어초록(필자의 외국어(로마자) 성명과 성명 각주의 외국어(로마자) 소속과 직위 포함), 외국어주제어(5개 이상)의 순서로 작성한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

⑤ 공동으로 집필한 논문등은 주 저자(책임연구자)와 공동 저자를 구분하여 주 저자, 공동 저자의 순서로 표시한다. <개정 2015·2·23>

⑥ 원고파일은 한글로 다음 각 호의 규격에 따라 작성한다. <개정 2015·2·23>

1. 용지 여백: 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15
2. 본문: 글꼴 신명조, 글자크기 11, 줄간격 200%, 들여쓰기 10pt
3. 목차: 글꼴 신명조, 글자크기 13, 줄간격 200%, 첫째단위인 “1. ○○○...”, 둘째 단위인 “1.○○○...” 까지 작성
4. 각주: 글꼴 신명조, 글자크기 8, 줄간격 130%, 구분선 길이 5cm

⑦ 각주는 다음과 같이 기재한다. <개정 2015·2·23>

1. 저서는 저자명, 서명(판수), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 번역서는 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 서명은 한글로 표시한다. 편집서는 저자명 대신 편집자명을 쓰고 ‘편’을 추가한다.
2. 정기간행물은 저자명, 논문제목, 잡지명 권호수(출판년도), 쪽수의 순으로 표시한다. 권호수는 해당 간행물의 방식을 따른다. 번역문은 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 필요하면 원문을 괄호 안에 넣어 붙일 수 있다.

3. 학위논문은 저자명, 논문제목, 학위종류, 대학교(대학원), 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 대학명은 특수대학원인 때에만 쓰고, 일반대학원은 대학교만 쓴다.
4. 기념논문집은 저자명, 논문제목, 기념논문집명(○○○선생 ○○기념 논문집), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다.
5. 인터넷 자료는 저자, 자료제목(방문일자 연월일) 순으로 표시한다.
6. 외국문헌을 인용할 때에는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
7. 본인의 논문이나 저서를 인용할 때에도 ‘줄고’나 ‘줄저’ 대신에 본인 이름을 그대로 표시한다.
8. 재인용할 때에는 저자명(각주번호), 쪽수의 순으로 표시한다. 구별이 필요하면 쪽수 앞에 서명이나 논문명을 넣을 수 있다. 번역서는 저자명에 원저자를 넣고, 편집서는 저자명에 편저자명을 넣는다.
9. 판례인용은 대법원과 헌법재판소가 정한 약식에 따른다. 외국판례는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
10. 3명 공저까지는 저자명을 모두 표기하되 저자 사이는 /로 구분한다. 4명 이상이면 대표 저자 외로 표기한다.
11. 여러 문헌과 판례를 소개할 때에는 세미콜론(;)으로 연결한다.
  - ⑧ 본문 문단번호는 I. 1. (1) 1) ① i) 순으로 한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑨ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고, 강조할 때에는 ‘ ’를 사용한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑩ 학술용어, 외국 법률이나 제도 등은 한글 표기를 원칙으로 하고, 번역된 용어의 이해를 돕기 위하여 괄호 안에 영문 등 원어를 기재할 수 있다. 다만, 번역이 곤란한 경우에는 원어를 사용할 수 있다. <개정 2015·2·23>
  - ⑪ 참고문헌 목록은 각주 기재 방식과 마찬가지로 작성한다. 다만, 쪽수는 기재하지 않는다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>
  - ⑫ 국문초록과 외국어초록은 각 200자 원고지 10매 이하로 작성한다. <신설 2016·7·18>

## 제4장 원고의 심사 및 게재

**제11조(원고 심사)** ① 제출된 원고는 편집위원회가 위촉한 3명 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다. 이 경우 저자와 동일 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 위촉될 수 없다. 심사위원이 저자와 동일 기관에 소속된 사람임이 밝혀지면 즉시 다른 사람으로 심사위원을 교체하여야 한다. <개정 2016·7·18>

- ② 원고 심사 시 저자 및 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.
- ③ 헌법재판연구원은 제출된 원고에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 하여야 한다. 표절 여부 판정을 위해서 검사결과는 해당 원고 심사위원과 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·7·18>

**제12조(심사기준)** 심사위원은 다음 각 호의 기준에 따라 논문등을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 논지 전개의 일관성
4. 참고문헌의 충실도
5. 학문적 기여도
6. 그 밖에 편집위원회가 심사를 위해 필요하다고 인정하는 사항

**제13조(심사결정)** ① 심사위원은 심사결과를 편집위원회에 보고하고, 편집위원회는 다음과 같이 판정한다.

1. 게재
  2. 수정 후 게재
  3. 게재불가
- ② ‘수정 후 게재’로 판정된 원고는 저자가 심사내용을 참고하여 수정한 원고를 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 판정한다. <개정 2015·2·23>

**제14조(심사결과 통지)** 간사는 원고심사 최종 결과를 저자에게 통지한다. <개정 2015·2·23>

**제15조(심사로 지급)** 심사위원에게는 예산의 범위에서 심사료를 지급할 수 있다.

**제16조(원고 게재)** ① 편집위원회에서 게재하기로 결정한 원고는 「헌법재판연구」에 게재한다.

- ② 「헌법재판연구」는 종이책자 외에 전자출판이나 인터넷 홈페이지에 게재하는 등의 방법으로 발행할 수 있다.

**제17조(원고료)** 제출된 논문등에 대하여는 심사결과에 따라 예산 범위에서 원고료를 지급할 수 있고, 원고료는 편집위원회에서 결정한다.

**제18조(저작권 등)** ① 헌법재판연구원은 「헌법재판연구」의 편집저작권을 보유한다. 「헌법재판연구」의 편자는 헌법재판연구원 명의로 한다. <개정 2019·4·24>

- ② 「헌법재판연구」에 수록된 개별 논문등의 저작권 관련 민·형사책임은 그 저자에게 있다. <신설 2019·4·24>
- ③ 저자는 제10조제2항에 따라 논문등을 투고하는 경우 별지 제2호 서식의 저작권양도동의

서를 함께 제출하여야 한다. 이 경우 논문등의 저작권 일체는 「헌법재판연구」에 논문등의 게재가 판정된 때부터 헌법재판연구원에 귀속된다. <신설 2019·4·24>

### **부칙**

이 내규는 2014년 6월 1일부터 시행한다.

### **부칙<2014·11·25>**

이 내규는 2014년 11월 25일부터 시행한다.

### **부칙<2015·2·23>**

이 내규는 2015년 2월 23일부터 시행한다.

### **부칙<2016·7·18>**

이 내규는 2016년 7월 20일부터 시행한다.

### **부칙<2019·4·24>**

이 내규는 2019년 4월 29일부터 시행한다.

[별지 제1호 서식]

## 「헌법재판연구」 제\_\_권 제\_\_호 논문투고신청서

논 문	국문제목	
	영문제목	
성 명	한 글	
	한 자	
	영 문	
소속과 직위	소 속	
	영문소속	
	직 위	
	영문직위	
연락처	주 소	
	전화번호	
<b>연구윤리 확인서</b>		
저자는 아래 사항에 대해서 확인합니다.		
1. 투고논문이 창의적이고 다른 논문의 저작권을 침해하지 않았음.		
2. 저자는 투고논문 작성에 실제적이고 지적인 공헌을 하였으며, 투고논문 내용에 대해서 책임을 부담함.		
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해하지 않았음.		
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없고, 다른 학술지에 중복 게재를 위해서 투고하지 않았으며 투고할 계획이 없음.		

년 월 일

논문투고자: \_\_\_\_\_ (인)

[별지 제2호 서식]

## 저작권양도동의서

<b>논문등 제목</b>																								
<b>투고일</b>																								
<p>헌법재판연구원이 발행하는 「헌법재판연구」에 게재된 논문등의 저작권을 헌법재판연구원에 양도하는 것에 동의합니다.</p> <p>1. 본 논문등은 창의적이며 다른 출판물의 저작권을 침해하지 않았음을 확인합니다.                  2. 저자는 본 논문등에 실제적인 공헌을 하였으며 최종 논문의 내용에 동의합니다.                  3. 본 논문등은 과거에 출판된 적이 없으며 다른 학술지에 게재를 목적으로 제출되어 있지 않습니다.                  4. 게재가 결정된 최종 논문등의 저작권은 헌법재판연구원으로 양도되며, 「저작권법」 제24조의2가 규정하는 공공저작물로서 이용되는 것에 동의합니다.                  5. 표절 및 연구윤리위반으로 인한 저작권 관련 문제가 발생하는 경우, 해당 문제는 전적으로 저자의 책임임을 확인합니다.</p>																								
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 10%;">저자 구분</th> <th style="width: 30%;">성 명 (서명)</th> <th style="width: 15%;">소속</th> <th style="width: 15%;">이메일</th> <th style="width: 10%;">전화번호</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">주 저자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">공동저 자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">교신저 자</td> <td style="text-align: center;">(서명)</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </tbody> </table>					저자 구분	성 명 (서명)	소속	이메일	전화번호	주 저자	(서명)				공동저 자	(서명)				교신저 자	(서명)			
저자 구분	성 명 (서명)	소속	이메일	전화번호																				
주 저자	(서명)																							
공동저 자	(서명)																							
교신저 자	(서명)																							
<p>년      월      일</p> <p style="text-align: right;">(교신)저자 _____ (인)</p> <p style="text-align: right;">헌법재판연구원 귀중</p>																								



[별지 제3호 서식]

## 개인정보 수집·이용 동의서

### □ 개인 기본사항

<b>성명</b>	한글: 영문: 한자:		
<b>주민등록번호</b>			
<b>주소</b>			
<b>소속 및 직위</b>			
<b>본인명의 계좌</b>	은행명:	계좌번호:	
<b>연락처</b>	휴대폰:	유선전화:	
	이메일:		

### □ 안내사항

<b>수집하는 개인정보 항목</b>	위 기재‘개인 기본사항’
<b>개인정보의 수집 및 이용목적</b>	<p>제공하신 정보는 헌법재판연구원 학술지 「헌법재판연구」의 논문심사 및 발간 등과 관련하여 아래 용도로 사용합니다.</p> <p>① 소득세법에 의한 원천징수 의무 이행 : 성명, 주민등록번호, 주소          ② 의사소통 및 정보 전달 등에 이용 : 핸드폰 번호, 이메일 주소          ③ 원고료 지급 등에 이용 : 계좌정보          ④ 기타 객관적이고 합리적인 이용</p>
<b>개인정보의 보유 및 이용기간</b>	수집된 개인정보의 보유기간은 10년입니다. 또한 보유기간 종료 시 지원자의 개인정보를 재생이 불가능한 방법으로 즉시 파기합니다.
※ 귀하는 이에 대한 동의를 거부할 수 있습니다. 다만, 동의가 없을 경우 원고료 지급이 불가능함을 알려드립니다.	

「개인정보 보호법」등 관련 법규에 의거하여 상기 본인은 위와 같이 개인정보 수집 및 활용에 동의함.

년      월      일

성 명 :

(서명)

# 헌법재판연구 윤리 내규

소관 부서 : 헌법재판연구원 기획행정과

제정 2014. 5. 28 헌법재판연구원내규 제15호

개정 2016. 7. 18 헌법재판연구원내규 제29호

## 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 내규는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문(이하 “논문등”이라 한다)의 저자와 편집위원회 위원 및 심사위원이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 규정함으로써 연구윤리를 확립하고 건전한 연구문화의 정착에 기여함을 목적으로 한다.

**제2조(일반원칙)** 논문등의 저자, 편집위원, 심사위원은 원고 등을 두고, 편집, 심사할 때에 학술적 저작물의 연구와 발행에 관한 일반원칙을 준수하여야 한다.

## 제2장 논문등 저자의 윤리

**제3조(연구부정행위 금지)** ① 논문등의 저자(이하 “저자”라 한다)는 연구과제의 제출, 연구과제의 수행, 연구결과의 보고 및 발표 등에서 연구부정행위를 하여서는 아니 된다.

② ‘연구부정행위’와 관련한 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ‘연구부정행위’는 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구목적과 무관하게 고의나 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 이른다.
2. ‘위조’는 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 이른다.
3. ‘변조’는 연구와 관련된 자료, 선정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 것을 이른다.
4. ‘표절’은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는

행위를 이른다.

5. '부당한 저자 표시'는 연구내용이나 결과에 대하여 학술적 공헌이나 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌이나 기여를 하지 않은 사람에게 감사의 표시나 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 이른다.

**제4조(중복제출이나 이중출판 금지)** ① 저자는 국내외를 막론하고 이미 출판된 자신의 연구결과(출판예정 또는 심사 중인 연구결과를 포함한다)를 새로운 연구결과인 것처럼 제출하여서는 아니 된다.

② 저자는 「헌법재판연구」에 제출한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 다른 학술지에 중복해서 제출하여서는 아니 된다.

③ 저자는 이미 출판된 연구물(박사학위 논문을 포함한다) 일부를 사용하여 제출하고자 할 때에는 그 출판 정보를 편집위원회에 제공하여야 하고, 간사는 중복게재나 이중출판 해당 여부를 확인하여야 한다.

**제5조(검증을 위한 연구 자료 공유)** ① 편집위원회는 연구결과가 「헌법재판연구」에 게재된 이후 다른 기관으로부터 그 연구결과 검증을 목적으로 저자가 제출한 연구자료를 요청받으면 연구 참여자에 대한 비밀이 침해되지 않는 범위 안에서 자료를 제공할 수 있다.

② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 기관은 오로지 해당 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있고, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 때에는 편집위원장과 저자의 사전 동의를 받아야 한다.

**제6조(인용 표시방법)** ① 저자가 다른 사람의 연구내용이나 연구결과 등을 인용할 때에는 「헌법재판연구 발간 내규」에 따라 정확하게 그 출처를 밝혀야 한다.

② 저자가 개인적으로 얻은 비공개 자료는 이를 제공한 사람의 동의를 받아 인용할 수 있다.

**제7조(논문등 수정)** 저자는 논문등의 편집과 심사 과정에서 제시된 편집위원과 심사위원의 의견을 가능한 한 수용하여 논문등에 반영하되, 그 의견에 동의하지 않을 때에는 편집위원회에 그 사유와 근거를 밝혀야 한다.

**제7조의2(논문표절방지시스템 활용)** 헌법재판연구원은 제출된 논문등에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 하여야 한다. 표절 여부 판정을 위해서 검사결과는 해당 원고 심사위원과 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·7·18>

### 제3장 편집위원의 윤리

**제8조(편집방법)** ① 편집위원은 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하여야 한다.

② 편집위원은 저자의 성별, 연령, 소속 기관, 개인적인 친분 등을 떠나 오로지 심사기준과 학문적 평가에 따라 논문등을 공평하게 취급하여야 한다.

**제9조(비밀준수)** 편집위원은 투고된 논문등의 게재 여부가 확정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니 된다.

## 제4장 심사위원의 윤리

**제10조(심사방법)** ① 심사위원은 저자의 인격과 독립성을 존중하여야 한다.

② 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문등이 제3조의 연구부정행위 또는 제4조의 중복제출 등에 해당되는 때에는 편집위원회에 즉시 그 사실을 알려야 한다.

**제11조(공정 의무)** ① 심사위원은 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 친분관계를 떠나 객관적 기준에 따라 성실하고 공정하게 논문등을 심사하여야 한다.

② 심사위원은 자신이 논문등의 내용을 평가하기에 책임자가 아니라고 판단될 경우에는 편집위원회에 즉시 그 사실을 알려야 한다.

③ 저자와 동일 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 위촉될 수 없다. 심사위원이 저자와 동일 기관에 소속된 사람임이 밝혀지면 즉시 다른 사람으로 심사위원을 교체하여야 한다.

〈신설 2016·7·18〉

**제12조(비밀준수 등)** ① 심사위원은 심사 대상 논문등에 대한 비밀을 지켜야 한다.

② 심사위원은 논문등의 평가를 위하여 특별히 필요한 때를 제외하고 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 심사 중인 논문등을 다른 사람에게 보여 주는 행위
2. 심사 중인 논문등의 내용에 관하여 다른 사람과 논의하는 행위
3. 논문등이 게재되기 전에 그 내용을 인용하는 행위

## 제5장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

**제13조(윤리내규의 준수)** 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 본 윤리 내규를 준수하여야 한다.

**제14조(윤리 내규 위반 보고)** ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자가 본 윤리 내규를 위반한 사실을 안 때에는 연구 내규를 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문등 연구자가 이 규정을 위반하면 제15조에 의한 연구윤리위원회에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니 된다.

**제15조(연구윤리위원회 구성원칙)** ① 제14조제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 때에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

② 이때의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회 위원장이 되고, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.

③ 편집위원장이 본 윤리 내규를 위반하면 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

**제16조(연구윤리위원회 조사)** ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.

③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하고, 조사결과를 확정하기 이전에 이의제기와 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않으면 이의가 없는 것으로 간주한다.

④ 윤리 내규 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 때에는 윤리 내규 위반으로 간주한다.

**제17조(조사결과 보고)** ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
2. 조사의 대상이 된 부정행위
3. 조사위원회의 조사위원 명단
4. 해당 연구에서 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
5. 관련 증거와 증인
6. 제보자와 피조사자의 이의제기나 변론 내용과 그에 대한 처리결과

② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

**제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권)** 연구윤리위원회는 조사 결과 연구 내규에 위반한 사실

이 있다고 판단되면 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

**제19조(징계의 절차 및 내용)** ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있으면, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부와 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

③ 논문등이 게재된 후 저자에게 이 내규 위반 사실이 있었던 것으로 밝혀지면 편집위원회는 저자에게 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다.

1. 경고
2. 논문등 목록 삭제
3. 이미 지급된 원고료의 환수
4. 위반의 정도에 따라 3년 이상 5년 이하의 기간 동안 「헌법재판연구」에 투고 금지
5. 헌법재판소와 헌법재판연구원 홈페이지에 위반사항 공지
6. 한국연구재단 등에 위반사항 통보

**제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호)** 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니 된다.

### 부칙<2014·5·28>

이 내규는 2014년 6월 1일부터 시행한다.

### 부칙<2016·7·18>

이 내규는 2016년 7월 20일부터 시행한다.

## 헌법재판연구 편집위원

위원장	석인선	이화여자대학교 법학전문대학원
위 원	강일신	경북대학교 법학전문대학원
	공진성	전남대학교 법학전문대학원
	권건보	아주대학교 법학전문대학원
	김종철	연세대학교 법학전문대학원
	박경철	강원대학교 법학전문대학원
	박종현	국민대학교 법과대학
	임지봉	서강대학교 법학전문대학원
	전상현	서울대학교 법학전문대학원
	전학선	한국외국어대학교 법학전문대학원
	정문식	한양대학교 법학전문대학원
	조소영	부산대학교 법학전문대학원
	차진아	고려대학교 법학전문대학원
	김소연	헌법재판연구원
	하민정	헌법재판연구원
	간 사	강서영
김종현		헌법재판연구원

---

### 헌법재판연구

제7권 제2호

2020년 12월 28일 印刷

2020년 12월 31일 發行

發行 헌법재판소  
헌법재판연구원

印刷 경성문화사 02) 786-2999

---

ISSN 2383-8108

