

# 헌법재판연구

Journal of Constitutional Justice

## 특집 1: 인공지능과 헌법

- 윤수정 | 인공지능과 민주주의에 관한 소고
- 강현구 | 인공지능의 법적정의와 인공지능기술 발달에 따른 국가의 기본권 보호의무
- 김중권 | EU 인공지능명령안의 주요 내용과 그 시사점
- 이현정 | 인공지능과 헌법적 쟁점 - 인공지능의 차별에 관한 유럽에서의 논의를 중심으로

## 특집 2: 헌법재판의 과거, 현재, 그리고 미래

- 리처드 앨버트 | 캐나다 민주주의를 재판하다
- 양겔리카 누스베르거 | 독일 연방헌법재판소의 과거, 현재, 그리고 미래

## 평석과 이론

- 양소연 | 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 '예술'의 개념
- 이공주 | 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 적절성에 관한 연구
- 황지섭 | 영국 인권법 하에서의 규범통제의 양상  
- 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 중심으로 -
- 정주백 | 캐나다 일자리공유제 판결에 대한 분석





# 헌법재판연구

Journal of Constitutional Justice

제8권 제2호

Vol. 8 No. 2

2021. 12.

헌법재판소

헌법재판연구원

Constitutional Research Institute



# 목 차

---

## 특집 1: 인공지능과 헌법

- 윤수정 | 인공지능과 민주주의에 관한 소고 ..... 3
- 강현구 | 인공지능의 법적정의와 인공지능기술 발달에 따른 국가의 기본권 보호의무 ..... 29
- 김중권 | EU 인공지능명령안의 주요 내용과 그 시사점 ..... 65
- 이현정 | 인공지능과 헌법적 쟁점 - 인공지능의 차별에 관한 유럽에서의 논의를 중심으로 ..... 101

## 특집 2: 헌법재판의 과거, 현재, 그리고 미래

- 리처드 엘버트 | 캐나다 민주주의를 재판하다 ..... 133
- 앙겔리카 누스베르거 | 독일 연방헌법재판소의 과거, 현재, 그리고 미래 ..... 173

## 평석과 이론

- 양소연 | 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 '예술'의 개념 ..... 215
- 이공주 | 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 적절성에 관한 연구 ..... 255
- 황지섭 | 영국 인권법 하에서의 규범통제의 양상 ..... 283
  - 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 중심으로 -
- 정주백 | 캐나다 일자리공유제 판결에 대한 분석 ..... 321

- 헌법재판연구 발간 내규 ..... 351
  - 헌법재판연구 윤리 내규 ..... 360
-

# CONTENTS

---

☰ **Special Issue 1: Artificial Intelligence and the Constitution**

**Yun, Soo-Jeong** | Artificial Intelligence and Democracy ..... 3

**Kang, Hyun-Koo** | The Legal Definition of Artificial Intelligence and the Duty of Protecting Constitutional Fundamental Rights According to the Development of Artificial Intelligence Technology ..... 29

**Kim, Jung-Kwon** | Wesentliche Inhalte des EU Verordnungsentwurfs zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz ..... 65

**Lee, Hyun Jung** | Artificial Intelligence and Constitutional Issues ..... 101  
– Focusing on discussions of Algorithmic Discrimination in EU

☰ **Special Issue 2: The Past, Present, and Future of Constitutional Trials**

**Richard Albert** | Judging Democracy in Canada ..... 133

**Angelika Nußberger** | The German Federal Constitutional Court – Past, Present and Future ..... 173

☰ **Case Analysis and Commentaries**

**Yang, Soyun** | Definition of ‘Art’ and the Freedom of Art ..... 215

**Lee, Kong-Joo** | A Study on the Appropriateness of Constitutional Appeal Trial Cases In Relation To Prosecution Suspension Dispositions ..... 255

**Hwang, Jee-Sub** | Judicial Review under the Human Rights Act 1998 in the United Kingdom – Focusing on the Declaration of Incompatibility – ..... 283

**Jeong, Joo-Baek** | An Analysis on Fraser Case Made by the Supreme Court of Canada 321

• Rules for Publication of Constitutional Justice ..... 351

• Constitutional Justice Code of Ethics ..... 360

---

## 인공지능과 헌법

- 인공지능과 민주주의에 관한 소고  
- 윤수정
- 인공지능의 법적 정의와 인공지능기술 발달에 따른 국가의 기본권 보호의무  
- 강현구
- EU 인공지능명령안의 주요 내용과 그 시사점  
- 김중권
- 인공지능과 헌법적 쟁점  
- 인공지능의 차별에 관한 유럽에서의 논의를 중심으로  
- 이현정





# 인공지능과 민주주의에 관한 소고

## Artificial Intelligence and Democracy

강원대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사 윤수정  
Assistant Professor(Ph.D. in Law),  
Kangwon National University School of Law. Yun, Soo-Jeong

### ■ 목 차 ■

I. 들어가며 .....	5	3. 인공지능의 활용에 따른 민주주의의 기회와 위험 .....	15
II. 인공지능의 개념 및 특징 .....	7	IV. 인공지능에 대한 규범적 대응 방안 .....	19
1. 인공지능의 개념 .....	7	1. 규범적 대응의 필요성 .....	19
2. 인공지능의 특징 .....	9	2. 규범적 대응의 기본원칙으로서의 인간 중심적 인공지능 .....	20
III. 인공지능의 활용과 민주주의의 변화 .....	11	V. 마치며 .....	21
1. 민주주의에 대한 이해 .....	11		
2. 대의민주주의의 위기와 전자민주주의 .....	12		

## Ⅰ 국문초록

스마트폰 하나면 모든 것이 해결되는 포노 사피엔스(Phono Sapiens)의 시대, 인공지능(AI)은 우리의 삶에 밀접하게 스며들고 있다. 이제 인공지능의 문제는 '만약(if)'의 문제가 아닌 '얼마나 신속하게(how fast)', 그리고 '어느 범위까지(to what extent)' 허용할 것인가를 다루어야 하는 현실적인 문제이며, 국가 공동체의 일상, 나아가 인류의 미래를 좌우할 수 있는 중요한 문제로 발전하고 있다.

인공지능이 인류의 삶의 다양한 영역으로 진출하면서 또 하나 주목할 만한 영역은 정치이다. 정치가 디지털화되면서 다수의 국민으로 정치 주체가 변화하였고, 다양한 정치 의제가 제기되었으며, 정치 참여의 방식이 변화되었다. 이러한 디지털 정치는 이제 인공지능을 정치에 활용하는 것으로 발전하고 있다. 인공지능의 발전은 민주주의와의 관계에서도 다양한 기회와 위협을 내포하고 있다.

개인의 자유와 자기결정의 사고를 국가공동체 내에서 실현하고자 하는 헌법원리인 민주주의는 본질적으로 대의민주주의를 통해 실현된다. 그러나 현실에서 대의민주주의는 민주적 대표성과 책임성의 왜곡이 발생하면서 위기에 직면하였고, 지속된 코로나19 상황은 이를 가속화시켰다. 이러한 대의민주주의의 한계를 극복하기 위해 인공지능이 활용되고 있지만, 그 영향은 양날의 칼과 같다. 보편적인 정보접근성이 강화, 대의민주주의 한계의 완화, 인공지능 거버넌스 구축, 인간의 자유 영역 확대, 정치의 공정성 증대 등의 긍정적 효과가 기대되기도 하지만, 새로운 감시 사회의 출현, 정치적 의사형성의 왜곡과 불충분성 초래, 소수 디지털 기업에의 권력 집중 등의 부작용도 간과(看過)할 수만은 없다. 그러므로 인공지능이 민주주의와 공존(共存)하기 위해서는 민주주의 관점에서 유의한 목적의 인공지능의 개발은 장려하면서도 부정확한 목적의 개발과 이용, 그리고 부작용을 최소화하는 것을 목표로 하는 규범적 대응이 필요하다. 그리고 이러한 규범적 대응의 기본원칙은 '인간 중심의 인공지능'이 되어야 한다. 인공지능의 설계, 개발 및 활용의 전 단계에서 인간의 존엄성을 존중하여야 하며, 인공지능은 인간의 자율성을 보완하는 수단으로서만 활용되어야 한다. 이제 민주주의 실현을 위해 인공지능으로 무엇을 할 수 있는지보다 인공지능으로 무엇을 해야 하는지를 적극적으로 고민해야 할 시점이다.

**주제어:** 인공지능, 민주주의, 포노 사피엔스, 자율성, 인간 중심, 자기결정

(논문접수일: 2021. 11. 19. 심사개시일: 2021. 11. 19. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## I. 들어가며

21세기 시작된 4차 산업혁명<sup>1)</sup>은 과거와는 다른 차원의 패러다임 전환을 꾀하고 있다. 특히, 디지털 전환(Digital Transformation)<sup>2)</sup>으로 불리우는 아날로그에서 디지털로의 혁신은 인류의 삶을 근저(根底)에서부터 변화시키고 있다. 이 중 가장 주목할 만한 것은 인공지능(Artificial Intelligence: AI)이다. 1950년 앨런 튜링(Alan Turing)이 발표한 “계산하는 기계와 지능(Computing Machinery and Intelligence)”에서 ‘기계가 스스로 생각할 수 있을 것인가?’에 대한 증명 방법을 제시하면서 구체화된 인공지능의 개념은 이제 공상 과학 소설이나 영화에서만만이 아니라 우리의 삶에 밀접하게 스며들고 있다.<sup>3)</sup>

과거 인간의 제한적인 지적(知的) 활동을 모방하는 데 그쳤던 기술의 수준도, 현재에는 컴퓨터를 이용하여 인간의 뇌와 같은 인공 신경망을 구축하고 인간의 지각 능력, 학습 능력, 추론 능력 등을 구현함으로써, 여러 영역의 기능을 향상시킬 수 있는 동력(動力)으로 주목받고 있다. 2016년 세상을 놀라게 했던 구글 딥마인드(Google DeepMind Technologies Limited)의 인공지능 알파고(AlphaGo)와 이세돌 9단의 바둑 대결 이후, 인공지능은 이제 개인의 삶은 물론 산업구조를 비롯한 사회 전반에 커다란 영향을 미치고 있다. 특히, 2020년부터 지속되고 있는 사상 초유의 팬데믹(Pandemic) 상황에 각국 정부는 공통의 방역 대책으로 비대면 생활양식으로서의 전환을 택하였고, 그 영향으로 정보통신기술(ICT) 산업은 뜻밖의 전기(轉機)를 맞이하였다. 배달앱으로 대표되는 소매·유통뿐 아니라 온라인 교육이나 재택학습 및 재택근무는 일상이 되었고, 업무 효율성을 위해 화상회의와 원격근무가 활발해졌으며, 디지털 플랫폼 구축, 개인 맞춤 서비스에도 인공지능기술이 적극적으로 활용되고 있다. 스마트폰 하나면 모든 것이 해결되는 포노 사피엔스(Phono Sapiens)<sup>4)</sup>의 시대, 디지털 문명이 표준이 되는 문명의 교체라

- 1) ‘산업혁명’이란 인간이 삶을 영위하는 방식의 획기적인 변화를 의미한다. 지금까지 인류는 1차 산업혁명(증기기관과 기계화 혁명), 2차 산업혁명(전기에너지와 대량생산 혁명), 3차 산업혁명(컴퓨터와 인터넷의 지식정보 혁명)을 거쳐, 4차 산업혁명(정보통신기술(ICT)의 융합으로 이루어지는 ‘초연결’, ‘초지능’, ‘초융합’의 정보혁명)에 이르렀다. ‘4차 산업혁명’이란 용어는 2016년 세계 경제 포럼(World Economic Forum)에서 클라우드 슈밥(Klaus Schwab)에 의해 처음 사용되었는데, 그는 4차 산업혁명을 통해 파괴적 혁신이 일어날 것이고, 인간의 생산성은 보다 더 향상될 것으로 예상하였다(Klaus Schwab, 송경진 옮김, 「클라우드 슈밥의 제4차 산업혁명(새로운 현재, 2016), 24-28쪽 참조). 역대 산업혁명의 전개와 영향 및 특징들에 대한 자세한 내용은 송성수, “산업혁명의 역사적 전개와 4차 산업혁명론의 위상”, 「과학기술학연구」 제17권 제2호(2017), 5쪽 이하 참조.
- 2) ‘디지털 전환(Digital Transformation)’이란 사물인터넷(IoT), 클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing), 인공지능(AI), 빅데이터 솔루션(Big Data Solution) 등 정보통신기술(ICT)을 플랫폼으로 구축·활용하여 기존의 전통적인 사회구조를 혁신하는 것을 의미하는데, 4차 산업혁명은 성공적인 디지털 전환을 통해 비로소 실현될 수 있다([http://www.tta.or.kr/data/weekly/NoticeView.jsp?pk\\_num=5348](http://www.tta.or.kr/data/weekly/NoticeView.jsp?pk_num=5348), 최종방문 2021.10.1.).
- 3) Dermot Turing, 김의석 옮김, 「계산기는 어떻게 인공지능이 되었을까?: 주판에서 알파고까지 거의 모든 컴퓨팅의 역사」(한빛미디어, 2019), 3쪽 참조.
- 4) ‘포노 사피엔스(phono sapiens)’는 ‘스마트폰(smartphone)’과 ‘호모 사피엔스(homo sapiens)’의 합성어로,

고 할 수 있다.

이제 인공지능의 문제는 ‘만약(if)’의 문제가 아닌 ‘얼마나 신속하게(how fast)’, 그리고 ‘어느 범위까지(to what extent)’ 허용할 것인가를 다루어야 하는 현실적인 문제이며,<sup>5)</sup> 단순히 경제적 관점에서 국가경쟁력과 지속적인 성장력에 관한 문제를 넘어서 국가공동체의 일상, 나아가 인류의 미래를 좌우할 수 있는 중요한 문제로 발전하고 있다.

인공지능이 인류의 삶의 다양한 영역으로 진출하면서 또 하나 주목할 만한 영역은 정치이다. 정치는 변화하는 시대에 그 변화를 더디게 수용하는 영역 중 하나로 거론되기도 하였으나, 심각한 코로나 19 상황에서도 정치적 스케줄이 정상적으로 가동되고 있는 것은 선거와 정치활동에 디지털 기술이 적극 도입되어 활용되고 있기 때문이다. 정치의 디지털 기술 활용은 1980년대부터 시작되어, 오늘날 디지털 정치는 거스를 수 없는 추세가 되었다.<sup>6)</sup> 디지털 정치가 전면에 등장한 것은 대의민주주의의 취약점으로 거론되는 대표와 시민 간의 간극(間隙)이 확대되는 민주적 대표성과 책임성을 보완하고자 하는 노력에서 시도되었다.<sup>7)</sup> 정치가 디지털화되면서 다수의 국민으로 정치 주체가 변화하였고, 다양한 정치 의제가 제기되었으며, 정치 참여의 방식이 변화되었다. 이러한 디지털 정치는 이제 인공지능을 정치에 활용하는 것으로 발전하고 있다. 예컨대, 2017년 뉴질랜드에서는 인공지능 정치인 샘(SAM)<sup>8)</sup>이 개발되었고, 미국에서는 2025년 완성을 목표로 로바마(ROBAMA)<sup>9)</sup>를 개발 중이며, 이 밖에도 입법정보 분석이나 법안 분석과 번역, 여론 분석 및 민원업무지원 등에 인공지능이 활용되고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 정치

스마트폰을 신체의 일부처럼 사용하는 새로운 세대를 뜻한다[네이버 국어사전 (<https://ko.dict.naver.com/#/search?range=all&query=%ED%8F%AC%EB%85%B8+%EC%82%AC%ED%94%BC%EC%97%94%EC%8A%A4>, 최종방문 2021.10.1.) 참조].

- 5) 윤혜선, “인공지능의 사회적 수용성과 법제도의 기능적 관계에 관한 소고”, 『경제규제와 법』 제14권 제1호(2021), 33쪽 참조.
- 6) 박선희, “한국 정치의 디지털화(digitization)와 디지털 정치의 역설”, 『한국언론학회 심포지움 및 세미나』(2011), 58쪽, [그림 1] 참조.
- 7) 김유향, “디지털 민주주의는 어디까지 왔는가?”, 『KISO저널』 제39호(2020), 15쪽 참조. 지금까지의 전자정보통신기술과 민주주의 관계에 관한 다양한 개념들에 대해서는 조소영, “인공지능과 민주주의”, 『공법연구』 제49집 제2호(2020), 149-151쪽 참조.
- 8) 샘(SAM)은 인공지능 소프트웨어로, 페이스북 메신저를 통해 복지문제, 인구구조의 변화, 기후의 변화와 대처방안 등의 다양한 정치적 이슈에 대해 페이스북 유저들과 함께 대화한다(손현주, “인공지능 거버넌스와 민주주의의 미래”, 『사회사상과 문화』 제22권 제2호(2019), 308쪽 참조). 여기에 특정한 문제가 제시되면 자세한 분석은 물론 여론 조사 및 더 많은 사람들이 원하는 정책을 제안하기도 한다(송경재, “인공지능(AI)이 정치와 만난다면?”, 『프레스리안』 2021.10.18. 기사(<https://www.pressian.com/pages/articles/2021101814112615130>, 최종방문 2021.11.19. 참조).
- 9) 로봇과 버락 오바마 미 대통령의 합성어인 로바마(ROBotic Analysis of Multiple Agents: ROBAMA)는 인공지능 로봇 대통령으로, 법과 정책 의사결정을 지원하는 인공일반지능(Artificial General Intelligence)으로 공정한 의사결정을 내려 정책 결정 분야에 혁명적 변화를 가져올 것으로 기대된다(손현주, 앞의 논문(주8), 309쪽 참조).
- 10) 우리나라에서도 2022년 대선을 앞두고 ‘에이아이 윤석열’, ‘명탐정 이재보’, ‘윈디’ 등 인공지능 정치인이 잇따라 등장하고 있다(구본권, “메타버스 환경과 ‘인공지능 정치인’”, 『한겨레』 2021.12.12. 사설(<https://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/1022971.html>, 최종방문 2021.12.14.); 송경재, 앞의 기사(주8); 전치형, “AI 복제

영역에서도 인공지능을 향한 기대와 우려의 시각은 공존(共存)한다.<sup>11)</sup> 2018년 캐나다 밴쿠버에서 열린 ‘2018 테드(TED)’에서 유발 하라리(Yuval Noah Harari)는 무대에 직접 나타나지 않은 대신 홀로그램을 통해 청중과 마주하면서 정보기술 혁명이 민주주의의 몰락을 가져올 수 있다고 경고하였다.<sup>12)</sup> 인간의 편의를 위해 개발한 기술이 개인의 자유를 확장하는 것이 아니라 오히려 개인에 대한 통제를 강화하는 쪽으로 오용되고 있다는 것이다.

이렇듯 인공지능의 발전은 다양한 기회와 위험을 모두 내포하고 있으며, 이는 민주주의와의 관계에서도 마찬가지이다. 그러므로 인공지능이 민주주의의 질을 향상하고 이와 공존하기 위해서는 인공지능을 이용한 다양한 정치 기법들이 민주주의 실현에 부정적인 영향을 미칠 수도 있음을 인식하고, 이를 최소화하기 위한 방안을 고민하는 것이 현재 할 수 있는 최선의 선택이라 할 것이다.<sup>13)</sup>

이 글은 민주주의의 질을 향상하는 데 기여할 수 있도록 인공지능에 대한 규범적 대응 방안의 모색을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저, 인공지능의 개념 및 특징을 이해하고(II), 인공지능의 활용이 민주주의에 미치는 영향을 알아본 후(III), 이를 바탕으로 국가가 취할 수 있는 규범적 대응 방안의 기본원칙을 제시하면서(IV), 이 글을 마치고자 한다(V).

## II. 인공지능의 개념 및 특징

### 1. 인공지능의 개념

인공지능은 1차적으로는 과학기술의 영역이지만, 이를 규범적으로 포섭하기 위해서는 기본적으로 그 규율대상인 인공지능을 정의할 수 있어야 한다. 그러나 인공지능을 정의하는 것은 그리 쉬운 문제는 아니다. 왜냐하면 이에 관해서는 다양한 개념 정의가 존재하기 때문이다.<sup>14)</sup>

시대의 대통령”, 한겨레 2021.12.9. 사설(<https://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/1022718.html>, 최종방문 2021.12.15.) 참조.

11) 이와 관련하여서는 Winner Obayomi, “is artificial intelligence a threat to democracy?”([https://www.researchgate.net/publication/341781257\\_IS\\_ARTIFICIAL\\_INTELLIGENCE\\_A\\_THREAT\\_TO\\_DEMOCRACY](https://www.researchgate.net/publication/341781257_IS_ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_A_THREAT_TO_DEMOCRACY), 최종방문 2021.10.12.) 참조.

12) 이에 관한 자세한 내용은 유발 하라리(Yuval Noah Harari)의 TED(Technology, Entertainment, Design) 강연([https://www.ted.com/talks/yuval\\_noah\\_harari\\_why\\_fascism\\_is\\_so\\_tempting\\_and\\_how\\_your\\_data\\_could\\_power\\_it?language=ko](https://www.ted.com/talks/yuval_noah_harari_why_fascism_is_so_tempting_and_how_your_data_could_power_it?language=ko), 최종방문 2021.10.12.) 참조.

13) 같은 견해로는 홍석한, “민주주의에 대한 인공지능의 위험과 규범적 대응 방안”, 「2021 헌법학자대회: 뉴노멀시대와 헌법의 미래」(2021), 14쪽 참조.

14) 기술의 발전에 따라 인공지능의 개념이 변화하는 것은 어쩌면 당연하다. 인공지능에 대한 다양한 정의들에 대해서는 Joint Research Centre, *AI Watch Defining Artificial Intelligence*(European Commission,

더욱이 인공지능이 목표로 하는 ‘지능’의 개념에 대하여는 현재까지도 합의된 정의가 존재하지 않는다.<sup>15)</sup>

‘인공지능’이라는 용어의 유래는 1956년 미국 다트머스 대학(Dartmouth College)에서 인공지능을 주제로 열린 회의에서 존 맥커시(John McCarthy)가 처음 사용한 것으로 알려져 있는데, 당시 존 맥커시는 인공지능을 “지능적인 기계, 특히 지능적인 컴퓨터 프로그램을 만드는 과학과 공학(The science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs)”이라고 정의하였다.<sup>16)</sup> 이후 인공지능의 기술적 발전이 거듭되고 응용프로그램이 늘어 감에 따라 자율성의 수준에 초점을 맞추어 인공지능을 정의하려는 시도들이 다양하게 등장하였으나, 오늘날 가장 널리 알려진 접근방식 중 하나로 스투어트 러셀(Stuart Jonathan Russell)과 피터 노빅(Peter Norvig)의 4가지 분류 방법이 있다.<sup>17)</sup> 이들은 인공지능의 정의에 대한 접근방식을 ‘인간다운 행위(Acting Humanly)’, ‘인간다운 사고(Thinking Humanly)’, ‘합리적인 사고(Thinking Rationally)’, ‘합리적인 행위(Acting Rationally)’로 나누었다. 그 내용 및 한계는 다음과 같다.<sup>18)</sup> 첫째, ‘인간다운 행위(Acting Humanly)’는 인간이 대화할 때 자신의 대화 상대방이 인공지능인지 여부를 알 수 없는 상태라면, 그 상대방 역할을 한 대상은 인공지능에 부합한다는 앨런 튜링(Alan Turing)의 방식<sup>19)</sup>을 대표적인 사례로 분류하였다. 그러나 이와 같은 접근방식은 인간을 흉내 내는 행위와 지능 사이에 어떠한 필연적 관련성도 없다는 근본적인 한계를 갖는다. 둘째, ‘인간다운 사고(Thinking Humanly)’는 인간이 어떻게 사고하는지를 기준으로 인공지능 여부를 판단하였다. 즉, 인간의 사고방식을 모형화 할 수 있고 그 모형을 재현함으로써 인공지능을 구현할 수 있다고 보았다. 그러나 인간의 두뇌 구조를 완벽히 관찰하는 데에는 기술적 한계가 있고,<sup>20)</sup> 좋은 성과를 내는 인공지능

2020), pp.17-28 참조.

15) Yutaka Matsu, 박기원 옮김, 「인공지능과 딥러닝: 인공지능이 불러올 산업구조의 변화와 혁신」(동아엠앤비, 2015), 54쪽; 윤혜선, 앞의 논문(주5), 34쪽 참조.

16) John McCarthy, “What is Artificial Intelligence?”(Homepage of Professor John McCarthy, 12 Nov 2007, <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>, 최종방문 2021.9.30.); Matthew U. Scherer, “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology Vol.29 No.2*(2016), p.359; Sam Wrigley, “Bots, artificial intelligence and the General Data Protection Regulation: asking the right questions”, *Trinity College Law Review Vol.22*(2019), p.199 참조.

17) Stuart Russell & Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*(3rd)(Pearson Education Limited, 2010), pp.1-5 참조.

18) 황지은, “인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석”, 「경제규제와 법」 제13권 제1호(2020), 39쪽; 고학수·정해빈·박도현, “인공지능과 차별”, 「저스티스」 제171호(2019), 202-205쪽 참조.

19) Alan. M. Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind, Volume LIX, Issue 236*(1950), p.433(<https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>, 최종방문 2021.10.1.) 참조.

20) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, *Deep Learning*(MIT Press, 2016), pp.15-16 참조.

과 인간 두뇌와의 차이를 설명하는 데 어려움이 있다. 셋째, ‘합리적인 사고(Thinking Rationally)’는 ‘인간’이라는 특성에 국한하지 않고 합리적인 추론의 연속, 즉 ‘사고의 법칙(Law of thought)’을 인공지능의 핵심이라고 보았다. 그러나 이 접근방식은 비정형적인 문제를 정형적으로 표현할 수 있을지에 대해 충분한 해답을 제공하지 못한다는 점과 설령 풀 수 있는 문제라 하더라도 계산이 복잡할 경우에 사실상 풀지 못하는 문제와 별반 다르지 않다는 점을 간과하였다. 넷째, ‘합리적인 행위(Acting Rationally)’는 행위자가 최선의 결과 혹은 불확실성이 있는 경우 최선으로 기대되는 결과를 얻기 위해 행동하는지를 기준으로 인공지능 여부를 판단한다. 스튜어트 러셀(Stuart Jonathan Russell)과 피터 노빅(Peter Norvig)은 이 중에서 ‘합리적인 행위’를 가장 타당한 것으로 보았는데, 그 이유로는 다른 접근방식과는 달리, 인공지능인지 여부를 판단함에 있어서 무엇이 ‘인간적’인지에 대한 논쟁을 피할 수 있으며, 모든 상황에서 합리적 사고 하에 논리적으로 행동하는 주체만을 상정하는 것보다는 불확실성 등 주어진 제약 조건을 염두에 두고 최선의 결과를 산출할 수 있다는 점을 들었다.<sup>21)</sup> 그리고 이러한 점들에 근거하여 ‘합리적인 행위’에 따라 인공지능을 정의할 경우, 인공지능에 관한 논의의 범위는 현실적인 수준으로 제한된다.

정리하자면, 우리가 일반적으로 인공지능에 대해 논의할 때 (인간을 기준으로 삼아) ‘스스로’ 혹은 ‘자율적’과 같은 표현을 상정하고 이를 적용하지만,<sup>22)</sup> 실제 이러한 개념이 구체적으로 무엇을 뜻하는지는 분명하지 않으므로 무엇이 인공지능인지 여부, 즉 인공지능의 개념을 적어도 규범적으로 판단함에 있어서 중요한 기준은 (불확실한 상황 등에 대하여) 설계 당시에 기대된 결과에 가장 가깝게 행동하는지 여부가 되어야 할 것이다.<sup>23)</sup>

## 2. 인공지능의 특징

기대되는 최선의 결과를 도출하도록 설계된 인공지능을 구현하기 위해서는 다양한 기술이 활용된다. 이러한 기술 중 널리 알려진 데이터를 소재로 한 머신러닝(Machine Learning)은 컴퓨터가 수학적 최적화 및 통계분석 기법을 기초로 하여 인간의 도움 없이 데이터로부터 일정한 신호와 패턴을 배우고, 이를 바탕으로 새로운 정보를 얻어 내거나 미래를 예측하여 가장 적합한 의사결정을 내리는 알고리즘(Algorithm)을 만드는 방법론과 기술을 말한다.<sup>24)</sup>

21) 황지은, 앞의 논문(주18), 39쪽 참조.

22) 예컨대, 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」 제2조 제1호는 ‘지능형 로봇’을 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)”라고 정의하고 있다(밑줄은 필자 강조).

23) 고학수·정해빈·박도현, 앞의 논문(주18), 205쪽 참조.

보다 진보된 형태로 인간의 뇌를 형상화한 인공 신경망 학습 알고리즘을 사용하는 딥러닝(Deep Learning) 역시 머신러닝의 일종이다.<sup>25)</sup> 머신러닝은 막대한 양의 데이터로부터 패턴을 찾는 과정을 통해, 그들 스스로 관련 지식을 확보하기 때문에, 이미 옳다고 검증된 지식들을 연역적으로 엮어나가는 것이 아니라, 훈련을 통해 특정한 문제 집합 내에서 확률적으로 옳을 것이라고 예상되는 지식을 터득한다고 할 수 있다.<sup>26)</sup> 바꾸어 말해, 머신러닝은 효과적인 예측을 구현하기 위하여 막대한 양의 데이터를 자율적으로 학습하고, 이를 통해 인공지능의 성능을 높일 수 있다.<sup>27)</sup> 그러나 이렇게 자율적으로 변하는 속성으로 인해 어떠한 결과가 나올지 혹은 왜 그런 결과가 나왔는지에 대한 설명이 어려워지는 불확실성을 갖는다.<sup>28)</sup>

아울러 인공지능은 이전의 정보통신기술과 비교할 때, 시스템 구성요소 간의 상호작용 및 내부 작동이 훨씬 더 복잡하고 불투명하기 때문에, 작동원리나 완성된 시스템을 역으로 추적하여 설계기법 등의 정보를 찾는 데에도 취약하다.<sup>29)</sup> 특히, 딥러닝의 경우 수행되는 모든 작업을 일일이 설명하는 것은 불가능하여 블랙박스(Black-box)로 표현되기도 한다.<sup>30)</sup> 이러한 불투명성은 기술의 개발과 배포, 활용에 대한 인간의 책임 의식을 약화시키는 한편, 책임의 귀속과 내용의 확정을 어렵게 만든다.<sup>31)</sup>

나아가 인공지능의 발전은 막대한 양의 데이터를 기반으로 매우 신속하고 효율적으로 이루어지기 때문에, 기존의 정보통신기술에서 나타난 여러 위험성을 더욱더 증가시킨다.<sup>32)</sup> 예컨대, 인공지능 알고리즘은 매우 다양한 데이터를 기반으로 개인을 식별하고, 또 프로파일링함으로써 개인정보 보호의 문제를 비롯한 사생활 침해의 위험을 증가시키고,<sup>33)</sup> 이로써 의사결정의

24) 김용신, “지능정보사회의 인공지능과 인권”, 「국제지역연구」 제25권 제1호(2021), 10쪽 참조.

25) 홍석한, 앞의 논문(주13), 17쪽 참조.

26) 머신러닝은 세부적으로는 감독학습, 무감독학습, 강화학습의 세 가지로 나눌 수 있는데, 감독학습은 입력들이 주어질 때 출력들의 오류의 합을 최소화하도록 학습하는 방식이며, 무감독학습은 유사한 데이터끼리 한 묶음으로 하는 군집을 찾는 기술이고, 강화학습은 데이터가 관측되는 순서가 학습에 영향을 미치게 하여 순차적인 의사결정이 가능한 기술이다. 이것이 반복적으로 강화되어 인공 신경망으로 연결되면 자가학습이 가능한 인공지능으로 진화하는 것이다(장병탁, “인공지능과 미래 인간의 삶”, 권호정 외, 「호모 컨버전스-제4차 산업혁명과 미래사회」(2016), 44-45쪽 참조).

27) 황지은, 앞의 논문(주18), 39-40쪽 참조.

28) Jenna Burrel, “How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society January-June 2016*(2016), p.1; Brent Mittelstadt·Patrick Allo·Mariarosaria Taddeo·Sandra Wachter·Luciano Floridi, “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate”, *Big Data & Society July-December 2016*(2016), pp.3-4 참조.

29) 홍석한, 앞의 논문(주13), 18쪽 참조.

30) Will Knight, “The Dark Secret at the Heart of AI”, MIT Technology Review Apr.11, 2017(<https://www.technologyreview.com/2017/04/11/5113/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>, 최종방문 2021.10.7.) 참조.

31) 박종보·김휘홍, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 「법학논총」 제34권 제2호(2017), 42쪽 참조.

32) 홍석한, 앞의 논문(주13), 17-18쪽 참조.

33) 신영진, “우리나라의 인공지능(AI)서비스를 위한 개인정보보호 개선방안”, 「융합정보논문지」 제11권 제3호(2020), 21쪽; 이와 관련하여 서구에서는 이미 ‘디지털 윤리(Digital Ethics)’의 문제가 부각되었다(문정옥



자율성이 침해될 수도 있다.<sup>34)</sup> 또한 불확실한 결론을 산출함으로써 불평등과 부당한 편향성을 더욱 악화시킬 수 있다.<sup>35)</sup> 인공지능이 학습하는 데이터는 인간으로부터 기인한다. 즉 알고리즘에 의한 데이터의 선택 및 해석을 위한 방법론은 인간에 의해 설계되므로 인공지능이 도출한 결과에는 설계자의 편견이 반영될 수 있다.<sup>36)</sup> 또한 알고리즘은 객관적이고 중립적으로 작동하는 것이 아니라 이용하는 사람 혹은 객체와의 상호작용 속에서 끊임없이 수정 및 조정되기 때문에, 인공지능이 데이터를 수집하고 처리하는 과정 및 데이터를 노출하는 과정에서의 편향성이 있을 수 있다.<sup>37)</sup> 실제 우리는 여러 사례<sup>38)</sup>에서 인공지능을 망치는 편향성을 확인한 바 있다.

### III. 인공지능의 활용과 민주주의의 변화

#### 1. 민주주의에 대한 이해

규범적인 의미뿐만 아니라 정치적 이념으로도 사용되는 민주주의는 그 개념을 정의하기 어렵다. 아울러 민주주의는 헌법학뿐만 아니라 다른 학문의 대상이기도 하므로 이에 상응하여 다양한 개념과 해석이 존재한다. 그러나 헌법원리로서의 규범적 개념인 민주주의는 개인의 자유와 자기결정의 사고를 국가공동체 내에서 실현하고자 하는 원리라고 할 수 있다. 다시 말해, 민주주의는 개인의 ‘자유와 자기결정’에 기초하고 있으며, 모든 국민의 자유로운 자기결정의 이념이 민주주의의 출발점이라 할 수 있다. 개인은 자신이 스스로 결정할 수 있는 영역이

외 10인, 「윤리적 인공지능을 위한 국가정책 수립」(정보통신정책연구원, 2020), 1쪽 이하 참조.

34) Karl Manheim·Lyric Kaplan, “Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy”, *Yale Journal of Law & Technology* Vol.21(2019), p.114 참조.

35) European Committee on Democracy and Governance(CDDG), *Preliminary Study on the Impact of Digital Transformation on Democracy and Governance*, Council of Europe(2020), pp.5-6 참조.

36) Karen Yeung, “Why Worry about Decision-Making by Machine?”, Karen Yeung and Martin Lodge, *Algorithmic Regulation*(2019), p.33 참조.

37) 데이터 혹은 데이터로 인한 편향성에 대한 자세한 내용은 변순용, “데이터 윤리에서 인공지능 편향성 문제에 대한 연구”, 「윤리연구」 제128호(2020), 146-152쪽; 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방안”, 「법조」 통권 제749호(2017), 73-78쪽 참조.

38) 인공지능의 편향성에 대한 사례로는 국경완, “인공지능 편향성 이슈와 신뢰성 확보 방안”, 「주간기술동향」 2020호(2021), 21-22쪽; 박소정, “이력서에 ‘여성’ 들어가면 감점”...아마존 AI 채용, 도입 취소”, 조선일보 2018.10.11. 기사([https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2018/10/11/2018101101250.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2018/10/11/2018101101250.html)), 최종방문 2021.09.14.); 권오성, “인종차별 데이터는 인종차별보다 더 무섭다”. 한겨레 2019.02.15. 기사(<https://www.hani.co.kr/arti/science/sciencskill/882330.html#csidx978aa11e7039c0a8574b53cf1f3b24b>), 최종방문 2021.9.14.) 등 참조.

확대될수록 좀 더 자유로워지는데, 이때 ‘자유’란 사고와 행위에 있어서 타인에 의한 결정으로 부터의 자유, 즉 ‘자기결정’을 의미한다.<sup>39)</sup> 한편 자기결정의 주체인 국민은 평등하게 공동체의 형성에 참여할 수 있어야 한다.<sup>40)</sup> 이로써 민주주의에 ‘평등’의 성격이 더해진다. 결국, 민주주의는 정치적 공동체의 집단적 의사형성 및 의사결정과 연관되는 것이기 때문에, ‘개인의 자유와 자기결정’은 국가라는 정치공동체 내에서 ‘또 다른 개인의 자유와 자기결정’과 결합함으로써, ‘민주적 참여의 자유’로 변환되고, 그 결과 모든 국민의 ‘민주적 참여’는 다시 ‘국민의 집단적 자율과 자기지배’의 형태로 나타나는 것이다.<sup>41)</sup>

결과적으로, 민주주의 원리는 개인의 자율적 판단 능력을 존중하고 사회의 자율적인 의사결정이 궁극적으로 올바른 방향으로 전개될 것이라는 신뢰를 바탕으로 하고 있으며, 이러한 신뢰는 국민이 공동체의 최종적인 정치적 의사를 책임질 수 있다는, 즉 국민이 주권자로서의 충분한 능력과 자격을 동등하게 가진다는 규범적 판단에 기초한다.<sup>42)</sup>

우리 헌법은 ‘자기지배’를 통해 국가의 정당성을 확보하고자 하는 민주주의를 다음과 같은 헌법 조문을 통해 구체화하고 있다. 우선, 헌법 제1조 제1항에서 “대한민국은 민주공화국이다”라고 하여 민주주의를 헌법의 기본원리로 선언하고 있으며, 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 하여 국민주권주의<sup>43)</sup>를 천명함으로써 민주주의의 내용을 구체화하고 있다. 또한 국회의원과 대통령에 대한 선거 규정(제41조 제1항, 제67조 제1항), 국가권력의 배분에 관한 규정(제40조 제1항, 제66조 제4항, 제101조 제1항), 국회의원의 자유위임 규정(제46조 제2항)을 통해, 국민이 국가권력을 어떻게 행사하며, 또 국가권력을 행사하는 국가기관은 어떠한 방법으로 민주적 정당성을 획득하며 구성되는지를 구체화하고 있다.

## 2. 대의민주주의의 위기와 전자민주주의

민주주의는 국민적 정당성에 기초한 국가형태이다. 그러나 국가권력의 행사에 전체 국민이 개별적으로 직접 정당성을 부여할 수는 없으므로 민주주의는 본질적으로 대의민주주의(Representative Democracy)를 통해 실현되며,<sup>44)</sup> ‘국민의 대표성’과 ‘심의성의 확보’를 핵심

39) 한수용, 「헌법학」(법문사, 2020), 111쪽 참조.

40) 성낙인, 「헌법학」(법문사, 2021), 147쪽 참조.

41) 성낙인, 앞의 책(주40), 147쪽; 한수용, 앞의 책(주39), 112쪽 참조.

42) 현재결 2014.12.19. 2013헌다1, 판례집 26-2(하), 17쪽 참조.

43) 국민주권주의는 국가권력의 근원과 주체 및 정당성에 관한 것으로, 민주주의에서의 정치적 지배는 정치적 지배를 받는 자, 즉 국민의 ‘동의’에 의해서 정당화된다고(한수용, 앞의 책(주39), 114쪽 참조).

44) 전광석, 「한국헌법론」(집현재, 2021), 82쪽 참조.

적 요건으로 한다.<sup>45)</sup> 이러한 대의민주주의는 국가권력을 행사하는 국가기관의 권위를 인정하는 기반 위에서 기능한다. 다시 말해, 규범적으로는 ‘국민에 의한’ 그리고 ‘국민을 위한’ 통치라 할 것이나, 현실에서 이 두 요소는 대체로 첨예한 긴장 관계에 놓이게 된다.<sup>46)</sup> 좀 더 자세히 살펴보자면, 먼저, 선거제도의 한계이다. 규범적으로는 국민 전체의 이익을 지향하여야 할 과제를 갖는 대의기관이 현실에서는 자신의 선거에 영향을 미치는 유권자 다수의 이익을 추종하며, 그 결과 유권자에 종속되는 경향성을 갖는다. 이는 정책적 불균형으로 이어질 수 있으며, 이러한 의사결정의 정치적 종속성은 세대 간 갈등 또는 계층 간 갈등의 계기가 되기도 한다. 다음으로, 국가기능의 변화, 즉 정책의 변화이다. 국가기능이 전문화·복잡화되면서 국민적 대표성은 있으나 전문성이 결여된 대의기관은 의사결정에 있어 외부 이익집단의 전문성을 관여시키는데, 이 과정에서 대의기관의 의사결정은 국민 전체가 아닌 일부 유권자 또는 일부 사회의 부분 이익에 종속되게 된다. 아울러 국가기능의 확대로 구조적 복잡성을 띠 혹은 많은 양의 정책들은 결정의 속도마저 떨어뜨려 변화의 속도와 결정의 속도 간의 불일치 현상을 초래하였으며, 이는 심의를 통한 대의기관의 의사결정을 어렵게 만드는 요인이 되었다. 마지막으로, 대의기관에서 형성되는 의사와 국민의 개별적 의사 사이에 괴리가 지나치게 발생하는 경우 더 이상 어느 지점에서는 대의기관의 의사를 민주주의가 기능하기 위한 진정한 국가의사라고 볼 수 없게 되기도 한다.<sup>47)</sup>

결과적으로, 지나치게 경직된 대의민주주의는 민주적 대표성과 책임성의 왜곡이 발생하면서 실패한 정치체제로 평가될 만큼 위기에 직면했다.<sup>48)</sup> 2년간 이어진 코로나19 상황에서 경제적·정치적·사회적·문화적·양극화 현상은 더욱더 심화되고 있으며,<sup>49)</sup> 극단적 포퓰리즘(Populism)<sup>50)</sup>의 등장으로 전 세계 민주주의 수준 역시 급격히 저하되었다.<sup>51)</sup> 이제 한 번

45) 조소영, 앞의 논문(주7), 153쪽 참조.

46) 이는 민주주의 원리에 내재한 민주주의의 위기라고 할 수 있다(전광석, 앞의 책(주44), 102-103쪽 참조). 이러한 위기의 원인 및 배경에 대해서는 전광석, 앞의 책(주44), 628-631쪽 참조.

47) 전광석, 앞의 책(주44), 105쪽 참조.

48) 김주성, “심의민주주의인가, 참여민주주의인가”, 『한국정치학회보』 제42권 제4호(2008), 6쪽; 정동준, “민주주의의 위기의 원인과 대안에 대한 이론적 고찰”, 『현대정치연구』 제13권 제1호(2020), 82-83쪽 참조.

49) 이를 ‘코로나 디바이드(Corona Divide: 코로나19로 인한 사회 양극화)’ 현상이라 한다. 팬데믹 상황에서도 IT, 바이오, 유통 등의 산업 분야는 상당한 성장을 이뤄내고 있지만 대면 서비스 중심의 전통 제조업, 중소기업, 소매업 등은 매출과 고용이 감소하는 등 위기에 몰리고 있다. 또한, 자영업 붕괴, 비정규직 일자리 감소 및 기업의 구조조정 등으로 인해 경제적 취약계층은 다른 계층보다 더 큰 타격을 받으면서 부문 간 차별화 현상을 보이고 있다(정일영, “코로나19 팬데믹 시대의 양극화 전망”, 『FUTURE HORIZON+』 Vol.50(2021), 4쪽 참조).

50) 포퓰리즘(Populism)은 엘리트 지향에 맞서 대중의 견해와 바람을 대변하고자 하는 정치사상 및 활동을 말한다. 대중주의 또는 민중주의, 인민주의, 대중추수주의, 대중영합주의 등으로 불리우기도 한다. 대중에게 호소해서 다수를 위한 정책을 수립하고 다수의 지지를 얻어내기 위하여 노력한다는 점, 다수의 지배를 강조하고 직접적인 정치 참여를 강조한다는 점에서 민주주의와 맥을 같이한다고 볼 수도 있으나, 대중의 인기만을 쫓는다는 부정적인 면도 함께 존재한다(정병기, “포퓰리즘의 개념과 유형 및 역사적 변화”, 『한국정치학회보』 제54집 제1호(2020), 93-95쪽 참조).

확립된 민주주의는 지속가능하다는 기존의 이론은 더 이상 설자리를 잃었다.

이러한 대의민주주의의 위기 상황은 국민 스스로가 자신의 기본권을 적극적으로 행사하여 민주주의의 과정에 참여하려는 의지와 더불어 국민 개개인의 의사와 국가기관의 의사가 지나치게 괴리되지 않도록 개별적인 국민의 의사를 수용하려는 국가기관의 의지 등으로 극복할 수 있다.<sup>52)</sup> 이를 구체화할 수 있는 제도적 방법이 선거이다. 선거는 앞서 언급한 바와 같이 현실적인 한계점을 지니기도 하지만, 국가기관을 구성하거나 통제하는 기능 이외에 국민의 표현의 자유를 활성화하는 기능, 그리고 국민통합의 기능, 국정 참여의 기능 등의 다양한 기능을 통해 민주주의가 제대로 작동할 수 있게 한다.<sup>53)</sup> 다만 선거는 항상적(恒常的) 수단이 될 수는 없다. 이러한 이유로 비제도적 방법이 선거를 보충하여야 하는데, 이 때 비제도적 방법은 공익을 지향하는 사회적 단위를 활성화시키고, 또 이들의 의견을 적극적으로 의사결정에 반영하여야 한다.<sup>54)</sup> 정책내용 및 정책의 결과, 그리고 현재 및 미래의 발전에 대한 객관적인 상황이 투명하게 공개되고, 또 충실히 조사·평가할 수 있어야 한다.

한편 대의민주주의의 약점으로 지적되었던 민주적 대표성과 책임성의 강화를 위해 참여민주주의와 심의민주주의 등 새로운 방향성의 민주주의가 모색되기도 하였는데, 전자민주주의(e-Democracy) 역시 그중 하나이다. 현대 전자민주주의는 여러 개념적 정의를 두고 있지만, 정보통신기술과 정치 참여의 효과적인 조합으로 정의될 수 있다.

현대 전자민주주의가 활성화된 배경에는 인공지능을 비롯한 지능정보기술의 발전이란 기술적 측면도 있지만, 이보다 주목해야 할 것은 인터넷과 소셜미디어 등 디지털 공간을 통해 등장한 새로운 시민이다. 첨단 ICT 환경에서 교육받은 정보를 가진 시민(Informed Citizen)은 산업사회와는 다른 새로운 정치구조를 만들고, 협의와 조정을 중심으로 탈집중적인 네트워크를 형성하였다. 그리고 이들이 현실에서 교육받고 민주주의 학습장을 거치면서 ICT를 활용하는 자발적이고 능동적이며 정치 데이터를 스스로 공급, 통제하는 민주적 소양을 가진 통찰력 있는 시민(Insightful Citizen)으로 발전하면서,<sup>55)</sup> ‘디지털크라시(Digitalcracy)’와 ‘헤테라

51) 영국의 시사·경제 주간지 The Economist의 부설 경제분석기관(Economist Intelligence Unit: EIU)이 전 세계 167개국을 대상으로 선거 과정과 다원주의, 정부 기능, 정치 참여, 정치문화, 국민 자유 등 5개 영역을 평가해 민주주의 발전 수준을 점수로 산출하여 각 나라들을 ‘완전한 민주주의(full democracy)’, ‘결합있는 민주주의(flawed democracy)’, ‘혼합된 체제(hybrid regime)’, ‘권위주의 체제(authoritarian regime)’로 분류작성한 ‘2020년 민주주의 지수(2020 Democracy Index)’에 따르면, 민주주의의 종주국인 미국이 2016년 이래 5년 연속 결합있는 민주국가로 분류되었다. 우리나라는 2008년부터 2014년까지는 완전한 민주주의, 2015년부터 2019년까지는 결합있는 민주주의로 분류된 바 있다(<https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020>, 최종방문 2021.11.19. 참조).

52) 성낙인, 앞의 책(주40), 413쪽; 전광석, 앞의 책(주44), 105쪽 참조.

53) 전광석, 앞의 책(주44), 105-106쪽 참조.

54) 전광석, 앞의 책(주44), 106쪽 참조.

55) 송경재, “민주주의 기술: 전자민주주의의 진화를 위하여”, 『SW 중심사회』 No.70(2020), 57쪽 참조.

키(Heterarchy)'를 등장시켰다.<sup>56)</sup> 이러한 디지털크라시와 헤테라키 체제에서 디지털 기술은 매우 중요한 매개 역할을 하며, 시민들의 민주적 참여 촉진, 정치적 책임성 구현, 참여자 간 협동 촉진, 주권자로서 시민의 영향력 향상, 갈등 조정 등의 효과를 실현시킬 수 있을 것으로 기대되고 있다.<sup>57)</sup>

### 3. 인공지능의 활용에 따른 민주주의의 기회와 위험

현재 인공지능의 발전이 민주주의에 어떠한 영향을 미칠 것인지, 그리고 그 영향이 긍정적일지 혹은 부정적일지 속단하기는 어렵다. 과거 대의민주주의의 위기 속에서 등장한 인터넷은 직접민주주의를 용이(容易)하게 하여 민주주의를 위기에서 구원할 도구로 기대되었으나, 인터넷을 비롯한 디지털 기술혁신은 새로운 감시 사회의 도래를 초래할 수 있다는 우려도 함께 가져왔다.<sup>58)</sup> 인공지능의 발전은 정보의 확산 기회를 제공하여 정보의 민주적 이용 가능성을 증가시키기도 하나, 시민들의 의사소통과 연결수단인 인터넷을 국가가 제어할 수 있게 되면서 언제든지 쉽게 디지털 독재국가화 될 여지도 남겨 두었다.<sup>59)</sup>

인공지능기술의 발전이 민주주의에 미치는 영향은 크게 긍정론과 부정론으로 양분(兩分)할 수 있다.<sup>60)</sup> 우선, 인공지능의 발전이 민주주의에 가져올 수 있는 긍정적 효과는 다음과 같다. 첫째, 보편적인 정보접근성의 민주화가 가능해진다. 인공지능과 네트워크의 발전으로 정보와 지식, 문화가 저렴한 비용으로 형성·교환됨으로써, 시민들의 정보접근성이 강화되고 알권리가 실질적으로 보장되어 개인의 디지털 자유주의가 실현될 수 있다.<sup>61)</sup> 누구나 쉽고 자유롭게 정보에의 접근이 가능한 디지털 자유주의는 시민들이 국가권력의 방해를 받지 않고 의사결정

56) '디지털크라시(Digitalcracy)'는 디지털 및 모바일과 직접민주주의가 결합한 의사결정 방식을 의미하며(허태욱, "4차 산업혁명시대 블록체인 거버넌스 시스템으로의 전환과 시민사회의 역할에 관한 서설적 연구", 「NGO 연구」 제12권 제2호(2017), 101쪽 참조), '헤테라키(Hetaracy)'는 국가, 시민, 시장이 권력을 공유하고 협력적으로 통치하는 합의주의를 뜻한다(엄석진, "인공지능 시대의 민주주의와 행정", 「한국행정연구」 제30권 제2호(2021), 41쪽 참조).

57) 김선혁, "정보통신기술혁명과 민주주의의 미래", 「국제·지역연구」 제25권 제3호(2016), 112-113쪽 참조.

58) 김유향, 앞의 논문(주7), 15쪽 참조.

59) Justin Sherman, "Democracies Can Become Digital Dictators", Wired, 2020.1.5.(<https://www.wired.com/story/opinion-democracies-can-become-digital-dictators>, 최종방문 2021.11.19.) 참조.

60) Thomas Frey, "Will Artificial Intelligence Improve Democracy or Destroy It?"(<https://futuristspeaker.com/artificial-intelligence/will-artificial-intelligence-improve-democracy-or-destroy-it/>, 최종방문 2021.10.4.) 참조. 이 밖에도 인공지능이 민주주의에 미치는 영향에 관한 연구로는 Paulo Savaget, "Artificial intelligence, participation and accountability", *Round Table on Artificial Intelligence and the Future of Democracy*(2019), p.21(<https://rm.coe.int/cddg-bu-2019-17e-round-table-on-artificial-intelligence/168098cff7>, 최종방문, 2021.10.4.) 참조.

61) 손현주, "인공지능과 인간 자유의 미래", 「한중인문학포럼 발표논문집」(2019), 123쪽 참조.

에 필요한 정보를 적극적으로 수집할 수 있게 한다. 네트워크 사회에서는 저렴한 비용으로 시민들의 정치적 의사 표현이 가능해지고 그에 따른 참여 효과가 극대화될 수 있어, 표현의 자유 또한 실질적으로 보장된다. 둘째, 대의민주주의의 한계가 완화되는 효과가 있다. 시민들은 인공지능을 통해 얻은 데이터와 정보를 통해 시민 공론의 장에 참여할 수 있으며, 이 과정에서 의사결정의 투명성을 확보할 수 있다. 나아가 시민의 집단적 정치 참여를 유도할 수 있는 인공지능 기반 정치 플랫폼에서 국민투표, 정책 결정, 선거 등에 적극적으로 참여할 수 있게 한다면 대의민주주의를 보완할 수 있다.<sup>62)</sup> 셋째, 인공지능 거버넌스 구축이 가능해진다. ‘인공지능 거버넌스’란 인공지능이 가치판단과 의사결정 과정에 주요 행위자로 등장하여 공공 영역·시장 영역·시민 영역에 걸쳐 인간의 사회·경제·정치 생활의 삶에 영향을 주는 제도적 시스템의 역할을 하는 새로운 방식을 말한다.<sup>63)</sup> 인공지능은 다양한 정보를 실시간 제공하여 정확한 내용과 심도 있는 사실관계를 검색하게 할 수 있으며, 이는 시민들이 정책 결정에 대한 상황을 정확하게 해석하고 판단하는 데 도움을 준다. 이로써 정부와 민간 사이에 있는 ‘정보의 비대칭성’과 ‘지능의 비대칭성’을 제거되고, 시민들의 실질적인 주권자로서의 역할이 가능해진다.<sup>64)</sup> 이러한 인공지능 거버넌스는 인공지능이 편리한 서비스의 개념을 넘어서 사회의 핵심적인 제도가 될 수 있음을 의미한다. 넷째, 인간의 자유 영역이 확대될 수 있다. 인공지능은 정보 과잉으로부터 인간을 해방시켜 합리적 판단을 할 수 있게 도움을 주며, 인간의 필요에 따라 정보를 명확하게 분류함으로써 인간이 인식하지 못한 통찰력을 제공하게 된다. 또한 인공지능은 사회구조를 네트워크에서 플랫폼 조직으로 변화할 수도 있다. 플랫폼 조직은 조직들을 서로 연결하여 동일한 플랫폼을 공유함으로써 문제해결 능력을 크게 강화시킨다. 다섯째, 인공지능의 활용으로 정치의 공정성이 증대될 수 있다.<sup>65)</sup> 인공지능의 실시간 정보분석을 통해 정치체계에 발생하는 오류나 부정부패를 즉시 확인할 수 있고, 선거를 포함해 정치부패의 고비용정치를 개선할 수 있다.<sup>66)</sup> 아울러 소외계층의 정치적 영향력 확대에 기여할 수도 있다.

반면에, 인공지능이 잘못 활용될 경우 민주주의에 다음과 같은 부정적인 영향이 예상된다.

62) 송경재, 앞의 논문(주55), 59쪽 참조.

63) 손현주, 앞의 논문(주8), 314쪽 참조. 인공지능 거버넌스에 대한 좀 더 자세한 내용은 김길수, “인공지능 거버넌스에 관한 탐색적 연구”, 『한국자치행정학보』 제33권 제2호(2018), 219쪽 이하 참조.

64) 황종성, “인공지능시대의 정부: 인공지능이 어떻게 정부를 변화시킬 것인가”, 『IT & Future Strategy』 제3호(2017), 35쪽 참조.

65) Thomas Frey, “Eight ways artificial intelligence can improve democracy; And eight ways AI could destroy democracy”, *Colorado Biz.* 2016.4.1.(<http://www.cobizmag.com/Trends/Eight ways artificial intelligence can improve democracy>, 최종방문 2021.9.15.) 참조.

66) 손현주, 앞의 논문(주8), 321쪽 참조.

첫째, 시민에 대한 감시와 통제가 강화되어 새로운 감시 사회가 출현할 수 있다. 머신러닝이나 딥러닝과 같은 데이터 처리 기술을 통해 개인의 속성, 행동, 위치, 접촉정보 등 포괄적인 데이터 세트를 활용한 컴퓨터의 알고리즘만으로도 개인의 생활을 추적하는 것은 물론 축적된 데이터를 통한 예측이 가능하며, 이로 인해 만들어지는 프로파일링은 다양한 목적과 맥락에서 활용될 수 있다. 이에 더하여 인공지능을 장착한 지능형 CCTV, 안면 인식, 생체 인식, 보안 검색 및 전자 모니터링, 사물지능(AIoT),<sup>67)</sup> 드론 등은 이러한 위험성을 배가시킨다. 개인정보를 비롯한 사생활의 침해 우려가 비단 인공지능의 문제만이 아니지만, 인공지능의 처리하는 막대한 양의 데이터를 생각해 본다면 그 심각성은 간과할 수 없다. 결국 인공지능은 유발 하라리의 경고처럼 새로운 감시 사회를 출현시키고 독재 체제를 강화하는 강력하고 효과적인 수단으로 작용할 수 있다.

둘째, 정치적 의사형성의 왜곡과 불충분성을 초래할 수 있다. 우리는 빅데이터와 인공지능에 의해 수집된 정보의 객관성과 중립성을 당연시한다. 그러나 인공지능을 이루고 있는 알고리즘은 개발자와 관리자의 결정을 포괄하는 인간 프로세스이며, 이것이 의사결정 과정에 사용되는 경우 조종과 편향의 가능성을 가진다.<sup>68)</sup> 더욱이 개인의 정보환경을 정보 이용자의 자발적 선택에 의한 정보 편향성의 '선택적 노출(Selective Exposure)'에서 추천 알고리즘이 선별적으로 제공하는 '선택받은 노출(Selected Exposure)'로 변화시키는 데 기여한다.<sup>69)</sup> '필터 버블(Filter Bubbles)'이나 '빅 너징(Big Nudging)'이 이러한 선택받은 노출의 좋은 예이다. 검색 엔진이나 뉴스 수집 장치, 그리고 소셜 네트워크 서비스에서 개인 추천 알고리즘을 통해 필터 버블이 생성되면, 같은 검색어를 두고서도 이용자마다 다른 결과를 얻을 수 있으며, 빅데이터를 이용한 빅 너징으로 이용자는 특정한 선택을 강요받을 수 있다. 여기에 자신과 비슷한 성향의 사람들끼리 모여 소통하는 '에코 챔버(Echo Chamber)'가 더해지면 정치적 의사의 왜곡 가능성은 더욱더 증가한다. 이 경우 풍부한 데이터에 의한 정보환경이 도리어 개인의 정보에 대한 자기결정권을 약화시키고, 정보의 불충분성을 초래할 수 있다.<sup>70)</sup> 또한 인공지능에 의해 조작된 정보 역시 정치적 의사를 왜곡시킬 수 있다. 예컨대, 딥페이크(Deepfake) 기술을 사용한 가짜 뉴스의 경우 전혀 다른 품질의 콘텐츠가 생성되기도 하는

67) '사물지능(AIoT)'은 초연결 사회의 사물들이 서로 인터넷으로 연결되어 있으면서 즉각적으로 신호를 주고 받으며, 거대 규모의 데이터를 생산해 내는 인공지능 기술환경을 의미한다(송태은, 「인공지능 기술을 이용한 국가의 사회감시 체계 현황과 주요 쟁점」(국립외교원 외교안보연구소, 2020), 11쪽 참조).

68) 김윤명, "지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법적정책 대응", 「정보화정책」 제23권 제4호(2016), 27쪽 참조.

69) 민 희·김정연, "지능정보기술과 민주주의: 알고리즘 정보환경과 정치의 문제", 「정보화정책」 제26권 제2호(2019), 85쪽 참조.

70) 이희옥, "인공지능 의사결정에 대응한 자기결정권의 보장", 「헌법학연구」 제27권 제1호(2021), 36쪽 참조.

데,<sup>71)</sup> 특정 인물의 얼굴 또는 신체 등을 원하는 영상에 합성함으로써 진위 여부를 판별하기 어려울 정도의 가짜 영상이 유포될 경우 선거가 조작되거나 공공기관 등에 대한 신뢰의 하락, 사회 분열, 공공의 안전이나 및 외교 관계 및 안보에 대한 위협 등을 불러올 수 있다.<sup>72)</sup> 이 밖에도 인터넷상 인공지능 알고리즘을 매개로 한 뉴스 콘텐츠 제공에서 기사의 순위와 배열에 인간의 판단은 중요한 영향을 미친다. 이러한 점에서 ‘알고크라시(Algocracy)’의 등장을 배제할 수 없으며, 이들은 민주주의의 근간을 위태롭게 한다.<sup>73)</sup>

셋째, 소수의 디지털 기업에 권력이 집중될 수 있다. 미국의 구글, 아마존, 페이스북, 애플, 마이크로 소프트나 중국의 바이두, 알리바바, 텐센트, 우리나라의 카카오와 네이버와 같이, 이른바 ‘빅 테크(Big Tech)’로 불리는 대형 ICT 기업들은 인공지능, 빅데이터 등 첨단 기술 및 플랫폼 혁신에 기반을 두고 온라인상에서 다양한 서비스를 제공하며, 정보의 수집과 분석, 및 유통과 활용을 위한 인공지능 기술의 개발과 발전을 주도하면서, 주력사업인 IT 산업뿐만 아니라 금융 등 광범위한 산업으로 사업 분야를 확장하는 등 점점 더 그 영향력을 강화하고 있다.<sup>74)</sup> 이들 기업은 인공지능을 이용하여 개인정보를 수집하고, 온·오프라인상의 활동에 기초하여 개인을 프로파일링하며, 이렇게 얻어진 정보가 감시와 보안을 위해 활용될 수 있다.<sup>75)</sup> 그 결과, 이들 기업이 스스로 감시와 권력의 주체가 되거나 국가권력과 결탁하여 감시와 권력의 중앙 집중화를 위한 물리적 기반을 제공할 수도 있다.<sup>76)</sup> 나아가 정부가 공공서비스의 비용 절감 및 효율화를 위해 이들 기업에게 정부의 주요 기능을 위탁 혹은 민영화한다면, 플랫폼상에서 빅데이터의 분석을 통해 정치적 의사결정이 이루어질 수 있는데, 이 경우 데이터 수집과 알고리즘에 대한 규제와 정치적 통제는 취약해지며, 정책 결정에 대한 책임성과 투명성은 약화될 수 있다.<sup>77)</sup>

71) 홍석한, 앞의 논문(주13), 22쪽 참조.

72) Danielle K. Citron·Robert Chesney, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security”, *California Law Review Vol.107*(2019), pp.1776-1784 참조.

73) 심우민, “인공지능 시대의 자유와 민주주의, 그리고 입법”, 「인공지능과 법」(2020), 87쪽 참조.

74) Alison Beard, “Time to Rein In Big Tech?”, *Harvard Business Review(November–December 2021)*(2021) (<https://hbr.org/2021/11/time-to-rein-in-big-tech>, 최종방문 2021.11.30) 참조.

75) 홍석한, 앞의 논문(주13), 26쪽; 엄석진, 앞의 논문(주56), 43쪽 참조.

76) Michal Lavi, “Taking Out of Context”, *Harvard Journal of Law & Technology Vol.31 No.1*(2017), pp.153-154 참조.

77) 엄석진, 앞의 논문(주56), 43쪽 참조.



## IV. 인공지능에 대한 규범적 대응 방안

### 1. 규범적 대응의 필요성

민주주의의 실현이라는 관점에서 인공지능에 대한 규범<sup>78)</sup>적 대응 방안을 모색하는 경우 그 목표는 분명하다. 앞에서 검토한 바와 같이, 인공지능의 활용이 민주주의에 미치는 긍정적 영향은 극대화하면서 동시에 부정적 영향은 최소화하는 것이다. 이를 위해 여러 방식의 통제가 필요하고 또 가능하다. 인공지능기술은 여전히 지속적 발전의 단계에 있으므로 그 발전을 저해(沮害)하지 않기 위해서는 개발자와 기업 등의 자율성을 중시할 필요가 있다는 점 등을 감안하여 법적 규율보다는 윤리적 규율의 측면에서 접근하는 것이 더 적합한 경우도 있고,<sup>79)</sup> 인공지능이 미치는 경제사회적 효과를 고려한다면 구속력 없는 지침이나 자율성을 중시하는 윤리적 규율만으로 파생하는 여러 문제들을 해결하는 데 어려움이 있으므로 법적 규율이 필요한 경우도 있다.<sup>80)</sup>

현재 인공지능기술의 발전은 소수의 디지털 기업에 의해 주도되고 있으며, 이들은 이미 경제사회적 권력의 주체로서 상당한 영향력을 행사하고 있다.<sup>81)</sup> 지난 미국의 대통령 선거에서 트럼프 대통령은 재선에 실패하자 대통령 선거 결과를 부정하며 지지자들을 선동하는 ‘가짜’ 뉴스를 페이스북과 트위터에 게시하였고, 그의 지지자들은 조 바이든 대통령 당선인의 승리 확정을 막기 위해 미국의사당을 점거하는 소동을 벌이자, 페이스북과 트위터는 트럼프의 계정과 메시지에 대한 긴급조치를 취했다. 가짜 뉴스에 대한 플랫폼 기업들의 책임 있는 대응이라 볼 수도 있지만, 결과적으로 플랫폼, 그리고 플랫폼 운영자가 여론형성에 미치는 영향력을 확인시켜 주는 좋은 예가 되었다. 민주주의는 자유로운 언론과 여론, 정당 간의 경쟁에 기반하고 있고, 국민에 의해 선출된 국가권력에 통치와 통제의 정당성을 부여하고 있는데, 사기업인 플랫폼이 정치적 영향력을 행사하는 일이 벌어진 것이다. 이러한 예는 인공지능에 대한 국가의 규범적 통제 필요성을 더욱더 증가시킨다. 물론 이 경우 인공지능의

78) 이 때 ‘규범’은 ‘윤리’와 ‘법’을 모두 포함한다. 이들은 사회 구성원들에게 일정한 의무를 요구하는 사회적 합의라는 측면에서 동일한 스펙트럼 내에 있다. 동일한 행위에 대해 일차적으로 사회 규범과 윤리적 규율이 형성된 후, 법적 규율이 뒤따르는 일반적인 단계를 고려한다면, 인공지능의 경우도 이와 같은 구조를 따르게 될 것이다(이원태·김정인·선지원·이시직, 「4차산업혁명시대 산업별 인공지능 윤리의 이슈 분석 및 정책적 대응방안 연구」(정보통신정책연구원, 2018), 189쪽 참조).

79) 윤리적 접근의 필요성 및 중요성에 대해서는 선지원, “유럽 HLEG 인공지능 윤리 가이드라인과 지능정보 사회 이용자보호 정책의 비교”, 「The Digital Ethics」 제3권 제1호(2019), 60쪽 참조.

80) 홍석한, 앞의 논문(주13), 28쪽 참조. 그러므로 윤리적 접근을 하더라도 제도적 유인책 등은 필요하다(이원태·김정인·선지원·이시직, 앞의 보고서(주78), 134쪽 참조).

81) 홍석한, 앞의 논문(주13), 28쪽 참조.

사용 자체를 규율할 것인지, 혹은 인공지능의 사용이 수반된 행위만을 통제 대상으로 삼을 것인지에 대해서는 추가적인 고려가 필요한 또 다른 문제이다.

## 2. 규범적 대응의 기본원칙으로서의 인간 중심적 인공지능

사회 전반에 이익을 가져오고 각 개인에게 좋은 인공지능을 만들어야 한다는 사실에는 모두 동의하나, 어떠한 인공지능이 좋은 인공지능에 해당하는 것인지에 대한 답을 찾기는 쉽지 않다. 왜냐하면 좋은 인공지능을 정의하기 위해서는 우리가 인공지능을 어떠한 관점으로 바라보고 있으며, 또 보아야 하는지가 먼저 살펴보아야 하기 때문이다. 현재의 시점에서 ‘좋은 인공지능’은 인간과 같은 존재론적 지위보다는 인간을 위한 도구로서의 특성을 갖는 ‘인간 중심적 인공지능(Human-Centered Artificial Intelligence)’이라고 할 수 있다.<sup>82)</sup> 인간 중심적 인공지능은 인공지능의 생산과 활용, 그리고 이를 포괄하는 사업과 관리에 있어서 인간이 중심이 되어야 함을 의미한다.

초창기에 인공지능 연구가 인간처럼 생각하고 말하고 행동하는 지능적 시스템의 구현을 목표로 하였다면, 최근의 목표는 최종 사용자인 인간의 경험 향상에 최고의 가치를 두고, (인간보다 뛰어난 능력 발휘가 아닌) 인간이 보다 편안하게 느끼면서 접근가능한, 그리고 인간이 원하는 요구사항을 지능적으로 처리해 줄 수 있는 지능적 시스템을 개발하는 데 주안점을 둔다.<sup>83)</sup> 이러한 인간 중심의 경향성은 2020년 과학기술정보통신부에서 발표한 「국가 인공지능 윤리기준」에서도 잘 나타나 있다. 「국가 인공지능 윤리기준」은 3대 기본원칙(인간 존엄성 원칙, 사회의 공공선 원칙, 기술의 합목적성 원칙)과 이러한 기본원칙을 실현할 수 있는 세부 요건인 10대 핵심요건(인권 보장, 프라이버시 보호, 다양성 존중, 침해금지, 공공성, 연대성, 데이터 관리, 책임성, 안전성, 투명성)을 두고 있다.<sup>84)</sup> ‘인간의 존엄성’은 헌법의 핵심적인 이념으로, 우리 헌법 제10조에서도 명시적으로 규정하고 있다. 이때 인간은 자신을 윤리적으로 인식하고, 자신과 자신을 둘러싼 환경을 자율적으로 형성하는 능력을 부여받은 이성적(理性的) 존재이다.<sup>85)</sup> ‘이성적 존재’라는 특성이 이미 인간 그 자체를 목적으로 만든다.

82) 문정욱 외 10인, 앞의 보고서(주33), 27쪽 [그림 3-1] 참조. 이에 따르면, 인공지능의 지위를 ‘인간 중심적 인공지능’, ‘인간성을 위한 인공지능’, ‘인격으로서의 인공지능’으로 분류하고 있다.

83) 함동한, “인간 중심 인공지능 연구 동향”, 「KOSEN Report 2019」, 1쪽([https://www.kosen21.org/info/kosen-report/reportView.do?articleSeq=REPORT\\_0000000001399](https://www.kosen21.org/info/kosen-report/reportView.do?articleSeq=REPORT_0000000001399), 최종방문 2021.11.19.) 참조.

84) 과학기술정보통신부 보도자료(<https://www.msit.go.kr/bbs/view.do?mId=113&bbsSeqNo=94&nttSeqNo=3179742>, 최종방문 2021.9.13.) 참조.

85) Günter Dürig, “Der Grundsatz von der Menschenwürde”, *AöR 81*(J.C.B.Mohr, 1956), S. 117 ff.; Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*(Reclam, 1986), S. 125(윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 「공법연구」 제49집 제1호(2020), 179쪽 각주 48 재인용).

그 자체로서 목적일 수 있는 것이 바로 '존엄성'이며, 헌법적 의미에서는 공동체 내에서의 자율적 인격체로서 사회적으로 존중받을 개인의 권리, 즉 '자기결정권'을 말한다.<sup>86)</sup> 인공지능이 보편화·상용화되고 있는 현실에서 인간의 존엄성에 대한 고민은, 과거와는 달리 (인간이 아닌) 기계에 의한 인간의 '객체화' 나 '수단화'라는 새로운 차원의 문제이다.<sup>87)</sup> 인간이 인공지능에 의하여 분류 및 점수화되고, 예측 또는 조작되는 단순한 대상으로 취급될 개연성이 크기 때문이다.<sup>88)</sup> 그러므로 인공지능의 개발에서 활용에 이르는 전 과정에서 이러한 인간의 존엄성이 고려되어야 한다.<sup>89)</sup> 그리고 인공지능은 인간의 자율성을 보완하고 강화하기 위한 목적으로 개발 및 사용되어야 한다. 바꾸어 말하면, 인공지능은 인간의 자율성을 대체하기 위함이 아닌, 이를 보완하기 위한 수단이 되어야 한다. 그러므로 인간은 인공지능을 통해 획득된 정보를 토대로 자기 스스로의 판단과 행동을 할 수 있어야 한다.<sup>90)</sup> 이는 자율성과 자기결정에 바탕을 둔 자가지배로서의 민주주의를 실현하기 위한 본질적 요청이다.<sup>91)</sup>

## V. 마치며

노벨이 다이내마이트를 발명한 이유는 건설 현장에서 일하는 인부들에게 안전한 폭약을 제공하기 위해서였으나, 실제 다이내마이트는 이러한 개발자의 의도와 다르게 전쟁 무기로 쓰이면서 수많은 생명을 빼앗는 결과를 초래하였다. 이러한 예에서 알 수 있듯이, 과학기술 자체는 가치중립적이며, 결국 인간이 어떠한 관점으로 기술을 활용하고 이끌어 가는가에 따라서 세상은 달라질 수 있다.

인공지능은 대의민주주의의 한계를 보완하여 민주주의 실현에 기여할 수도 있지만 부정합의 의도나 잘못된 활용으로 부정적인 영향을 미칠 가능성도 다분(多分)하다. 기술이 발전하면 할수록 인공지능은 인간보다 정확하고 합리적인 결정을 할 것이라는 믿음도 함께 커질 것이다. 그리고 이러한 믿음은 인공지능에 대한 의존성을 증대시킬 것이다. 인공지능에 대한 절대

86) 윤수정, 앞의 논문(주85), 179쪽 참조.

87) 김일환, “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 「성균관법학」 제32권 제3호(2020), 78쪽 참조.

88) 홍석한, 앞의 논문(주13), 30쪽 참조.

89) 이에 대해서는 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence(CAHAI), *Feasibility Study, Council of Europe*(2020), pp.27-31(홍석한, 앞의 논문(주13), 29쪽 각주 80 재인용) 참조.

90) 함동한, 앞의 보고서(주83), 1쪽; 홍석한, 앞의 논문(주13), 30쪽 참조.

91) 같은 견해로는 홍석한, 앞의 논문(주13), 30쪽 참조. 이 밖에도 헌법상의 원칙 및 기본권을 인공지능에 대한 통제규범으로 정립하고자 하는 연구로는 백수원, “헌법상 투명성원칙에 기반한 인공지능 규제 방향”, 「성균관법학」 제33권 제2호(2021), 589쪽; 이희욱, 앞의 논문(주70), 46쪽 이하 등 참조.

적 의존성이 자동화된 인공지능 시스템과 결합하게 되면, 인간의 자율성과 자기 결정에 바탕을 둔 자가지배의 실현은 요원(遼遠)해질 수밖에 없다.

민주주의 관점에서 인공지능에 대한 규범적 대응은 유익한 목적의 인공지능의 개발은 장려하면서도 부정한 목적의 개발과 이용, 그리고 부작용을 최소화하는 것을 목표로 삼아야 한다. 그리고 이러한 규범적 대응의 기본원칙은 '인간 중심의 인공지능'이 되어야 한다. 인공지능의 설계, 개발 및 활용의 전 단계에서 인간의 존엄성을 존중하여야 하며, 인공지능은 인간의 자율성을 보완하는 수단으로서만 활용되어야 한다. 이제 민주주의 실현을 위해 인공지능으로 무엇을 할 수 있는지보다 인공지능으로 무엇을 해야 하는지를 적극적으로 고민해야 할 시점이다. 인간이 자신의 존엄성을 보장받고, 고유의 인격을 발현하며 실현시킬 수 있는 정치공동체의 구축이라는 헌법적 가치와 목표는 과거뿐만 아니라 현재에도, 또 앞으로 다가올 미래에서도 반드시 지켜나가야 할 목표라 할 것이다.

## | 참고문헌 |

### 1. 단행본

문정욱 외 10인, 「윤리적 인공지능을 위한 국가정책 수립」(정보통신정책연구원, 2020).

성낙인, 「헌법학」(법문사, 2021).

송태은, 「인공지능 기술을 이용한 국가의 사회감시 체계현황과 주요 쟁점」(국립외교원 외교안보 연구소, 2020).

이원태·김정언·선지원·이시직, 「4차산업혁명시대 산업별 인공지능 윤리의 이슈 분석 및 정책적 대응방안 연구」(정보통신정책연구원, 2018).

전광석, 「한국헌법론」(집현재, 2021).

한수용, 「헌법학」(법문사, 2020).

Dermot Turing, 김의석 옮김, 「계산기는 어떻게 인공지능이 되었을까?: 주판에서 알파고까지 거의 모든 컴퓨팅의 역사」(한빛미디어, 2019).

Klaus Schwab, 송경진 옮김, 「클라우드 슈밥의 제4차 산업혁명」(새로운 현재, 2016).

Yutaka Matsu, 박기원 옮김, 「인공지능과 딥러닝: 인공지능이 불러올 산업구조의 변화와 혁신」(동아엠앤비, 2015).

Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence(CAHAI), *Feasibility Study, Council of Europe*(2020).

European Committee on Democracy and Governance(CDDG), *Preliminary Study on the Impact of Digital Transformation on Democracy and Governance, Council of Europe*(2020).

Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, *Deep Learning*(MIT Press, 2016).

Joint Research Centre, *AI Watch Defining Artificial Intelligence*(European Commission, 2020).

Stuart Russell & Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*(3rd)(Upper Saddle River, 2010).

## 2. 논문

- 고학수·정해빈·박도현, “인공지능과 차별”, 「저스티스」 통권 제171호(2019).
- 국경완, “인공지능 편향성 이슈와 신뢰성 확보 방안”, 「주간기술동향」 2020호(2021).
- 김길수, “인공지능 거버넌스에 관한 탐색적 연구”, 「한국자치행정학보」 제33권 제2호(2018).
- 김선혁, “정보통신기술혁명과 민주주의의 미래”, 「국제·지역연구」 제25권 제3호(2016).
- 김용신, “지능정보사회의 인공지능과 인권”, 「국제지역연구」 제25권 제1호(2021).
- 김유향, “디지털 민주주의는 어디까지 왔는가?”, 「KISO저널」 제39호(2020).
- 김윤명, “지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법정정책 대응”, 「정보화정책」 제23권 제4호(2016).
- 김일환, “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 「성균관법학」 제32권 제3호(2020).
- 김주성, “심의민주주의인가, 참여민주주의인가”, 「한국정치학회보」 제42권 제4호(2008).
- 민 희·김정연, “지능정보기술과 민주주의: 알고리즘 정보환경과 정치의 문제”, 「정보화정책」 제26권 제2호(2019).
- 박선희, “한국 정치의 디지털화(digitization)와 디지털 정치의 역설”, 「한국언론학회 심포지움 및 세미나」(2011).
- 박종보·김휘홍, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 「법학논총」 제34권 제2호(2017).
- 변순용, “데이터 윤리에서 인공지능 편향성 문제에 대한 연구”, 「윤리연구」 제128호(2020).
- 선지원, “유럽 HLEG 인공지능 윤리 가이드라인과 지능정보사회 이용자 보호 정책의 비교”, 「The Digital Ethics」 제3권 제1호(2019).
- 손현주, “인공지능 거버넌스와 민주주의의 미래”, 「사회사상과 문화」 제22권 제2호(2019).
- \_\_\_\_\_, “인공지능과 인간 자유의 미래”, 「한중인문학포럼 발표논문집」(2019).
- 송경재, “민주주의 기술: 전자민주주의의 진화를 위하여”, 「SW 중심사회」No.70(2020).
- 송성수, “산업혁명의 역사적 전개와 4차 산업혁명론의 위상”, 「과학기술학연구」 제17권 제2호(2017).
- 신영진, “우리나라의 인공지능(AI)서비스를 위한 개인정보보호 개선방안”, 「융합정보논문지」 제11권 제3호(2020).
- 심우민, “인공지능 시대의 자유와 민주주의, 그리고 입법”, 한국인공지능법학회, 「인공지능과 법」(2019).
- 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방안”, 「법조」 통권 제749호(2017).
- 엄석진, “인공지능 시대의 민주주의와 행정”, 「한국행정연구」 제30권 제2호(2021).

- 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 「공법연구」 제49집 제1호(2020).
- 윤혜선, “인공지능의 사회적 수용성과 법제도의 기능적 관계에 관한 소고”, 「경제규제와 법」 제14권 제1호(2021).
- 이희옥, “인공지능 의사결정에 대응한 자기결정권의 보장”, 「헌법학연구」 제27권 제1호(2021).
- 장병탁, “인공지능과 미래 인간의 삶”, 권호정 외, 「호모 컨버전스-제4차 산업혁명과 미래사회」 (2016).
- 정동준, “민주주의 위기의 원인과 대안에 대한 이론적 고찰”, 「현대정치연구」 제13권 제1호 (2020).
- 정병기, “포퓰리즘의 개념과 유형 및 역사적 변화”, 「한국정치학회보」 제54집 제1호(2020).
- 정일영, “코로나19 팬데믹 시대의 양극화 전망”, 「FUTURE HORIZON+」 Vol.50(2021).
- 조소영, “인공지능과 민주주의”, 「공법연구」 제49집 제2호(2020).
- 함동한, “인간 중심 인공지능 연구 동향”, 「KOSEN Report 2019」(2019).
- 허태욱, “4차 산업혁명시대 블록체인 거버넌스 시스템으로의 전환과 시민사회의 역할에 관한 서설적 연구”, 「NGO 연구」 제12권 제2호(2017).
- 홍석한, “민주주의에 대한 인공지능의 위협과 규범적 대응 방안”, 「2021 헌법학자대회: 뉴노멀 시대와 헌법의 미래」(2021).
- 황종성, “인공지능시대의 정부: 인공지능이 어떻게 정부를 변화시킬 것인가”, 「IT & Future Strategy」 제3호(2017).
- 황지은, “인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석”, 「경제규제와 법」 제13권 제1호(2020).
- Alison Beard, “Time to Rein In Big Tech?”, *Harvard Business Review*(November–December 2021)(2021).
- Alan. M. Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind, Volume LIX, Issue 236*(1950).
- Brent Mittelstadt·Patrick Allo·Mariarosaria Taddeo·Sandra Wachter·Luciano Floridi, “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate”, *Big Data & Society July–December 2016*(2016).
- Danielle K. Citron·Robert Chesney, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security”, *California Law Review Vol.107*(2019).

- Jenna Burrel, “How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society January-June 2016*(2016).
- John McCarthy, “What is Artificial Intelligence?”(Homepage of Professor John McCarthy, 12 Nov 2007, <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>).
- Karen Yeung, “Why Worry about Decision-Making by Machine?”, Karen Yeung and Martin Lodge, *Algorithmic Regulation*(2019).
- Karl Manheim·Lyric Kaplan, “Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy”, *Yale Journal of Law & Technology Vol.21*(2019).
- Mathew U. Scherer, “Regulating Artificial Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, *Harvard Journal of Law and Technology Vol. 29, No. 2*(2016).
- Michal Lavi, “Taking Out of Context”, *Harvard Journal of Law & Technology Vol.31 No.1*(2017).
- Paulo Savaget, “Artificial intelligence, participation and accountability”, *Round Table on Artificial Intelligence and the Future of Democracy*(2019).
- Sam Wrigley, “Bots, artificial intelligence and the General Data Protection Regulation: asking the right questions”, *Trinity College Law Review Vol. 22*(2019).
- Thomas Frey, “Eight ways artificial intelligence can improve democracy; And eight ways AI could destroy democracy”, *Colorado Biz. 2016.4.1.*([http://www.cobizmag.com/Trends/Eight ways artificial intelligence can improve democracy](http://www.cobizmag.com/Trends/Eight%20ways%20artificial%20intelligence%20can%20improve%20democracy)).
- Thomas Frey, “Will Artificial Intelligence Improve Democracy or Destroy It?”(<https://futuristspeaker.com/artificial-intelligence/will-artificial-intelligence-improve-democracy-or-destroy-it>).
- Will Knight, “The Dark Secret at the Heart of AI”, *MIT Technology Review Apr.11*(2017).
- Winner Obayomi, “is artificial intelligence a threat to democracy?”([https://www.researchgate.net/publication/341781257\\_IS\\_ARTIFICIAL\\_INTELLIGENCE\\_A\\_THREAT\\_TO\\_DEMOCRACY](https://www.researchgate.net/publication/341781257_IS_ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_A_THREAT_TO_DEMOCRACY)).



## | Abstract |

In the era of Phono Sapiens, where everything is solved with a smartphone, artificial intelligence (AI) is closely permeating our lives. Now, the problem of artificial intelligence is not a problem of “if,” but a realistic problem that has to deal with “how fast” and “to what extent” to allow, and is developing into an important problem that can determine the daily life of the national community and even the future of mankind.

As artificial intelligence advances into various areas of human life, another notable area is politics. As politics became digital, the political subject changed to a large number of citizens, various political agendas were raised, and the way of political participation changed. The development of artificial intelligence also poses various opportunities and risks in relation to democracy.

Democracy, a constitutional principle that seeks to realize the thoughts of individual freedom and self-determination within the national community, is essentially realized through representative democracy. However, in reality, representative democracy faced a crisis due to the distortion of democratic representation and accountability, and the continued COVID-19 situation accelerated this. Artificial intelligence is being used to overcome the limitations of representative democracy, but its influence is like a double-edged sword. Although positive effects such as strengthening universal information access, easing representative democratic limits, building artificial intelligence governance, expanding the realm of human freedom, and increasing political fairness are expected, there are side effects such as the emergence of a new surveillance society, distortion and insufficiency of political opinion. Therefore, in order for artificial intelligence to coexist with democracy, a normative response aimed at minimizing side effects from a democracy perspective is necessary. The basic principle of this normative response should be ‘Human-Centered Artificial Intelligence’. Human dignity should be respected in all stages of artificial intelligence design, development, and utilization, and artificial intelligence should only be used as a means of supplementing human autonomy. It is time to actively think about what to do with artificial intelligence rather than what can be done with artificial intelligence to realize democracy.

**Keywords:** Artificial intelligence, Democracy, Phono Sapiens, Autonomy, Human-Centered, Self-Determination.



# 인공지능의 법적정의와 인공지능기술 발달에 따른 국가의 기본권 보호의무

## The Legal Definition of Artificial Intelligence and the Duty of Protecting Constitutional Fundamental Rights According to the Development of Artificial Intelligence Technology

개인정보보호위원회, 변호사 강현구

Personal Information Protection Commission, Lawyer, Kang, Hyun-Koo

■ 목 차 ■

I. 들어가며 .....	31	IV. 인공지능과 국가의 기본권 보호의무-인공지능 기술 발달에 따른 국가의 헌법적 의무 ...	45
II. 인공지능의 원리와 특성 .....	33	1. 인공지능의 발달에 따른 국가의 기본권보호의무의 특징 .....	45
1. 인공지능의 원리 .....	33	2. 인공지능 기술에 의해 침해 가능한 기본권 ...	49
2. 인공지능의 특성-인공지능의 위험성 .....	35	3. 인공지능 기술에 대한 국가의 기본권 보호의무의 존부 .....	53
III. 인공지능의 법적 정의 .....	37	4. 인공지능을 육성할 국가의 헌법적 의무 존부 ·	53
1. 인공지능의 법적 정의의 헌법적 중요성 .....	37	5. 국가의 기본권 보호의무의 실현방법 .....	54
2. 인공지능의 의의에 대한 논의 .....	39	V. 결론 .....	59
3. 인공지능의 법적 정의 .....	41		
4. 현재 입법동향에 대한 평가 .....	43		
5. 소결 .....	44		

## Ⅰ 국문초록

최근 기계학습의 일종인 심층학습에 관한 연구의 발달은 인공지능을 급격하게 발달시켰다. 사람이 만들어낸 기계가 사람의 능력을 넘어선 예는 전부 열거할 수 없을 정도로 많지만, 인공지능은 사람의 본질적이고 가장 중요한 능력인 지능을 가진 실체라는 점에서 다른 기계들과 차이점이 있다. 이러한 차이점은 인공지능에 대한 기대와 함께 우려도 같이 가지고 오는데, 이러한 우려는 인공지능에 관하여 헌법적 논의를 할 필요성을 제공한다.

국가의 기본권보호의무의 이행은 일반적으로 다른 기본권 주체의 기본권을 제한하는 결과도 함께 가져오므로, 인공지능에 의해 기본권을 침해당할 우려가 있는 사인을 보호하기 위해 법규범을 제정한다면 인공지능을 개발하여 사용하려는 자의 직업의 자유 등을 제한하게 된다. 즉, 기본권 제한을 수반하는 법률에 해당하게 되는 것이다. 기본권 제한을 수반하는 법률은 명확성의 원칙을 충족시켜야 하므로 그 규율대상이 명확하게 규정되어 있을 것이 요구되는데, 인공지능에 관한 법률은 먼저 인공지능의 개념을 명확히 해야 한다. 결국 인공지능에 의해 침해되는 기본권에 대한 국가의 보호의무의 논의는 인공지능의 개념이 무엇인가에 대한 논의에서부터 출발하여야 하는 것이다. 인공지능에 대하여 충분히 수궁할 만한 개념이 정해지지 않은 상태에서 관련 법률을 제정한다면, 국가의 기본권보호의무를 제대로 이행하지 못하면서 인공지능을 사용하려는 사인의 직업수행의 자유 등을 침해할 우려가 있기 때문에 인공지능의 법적 개념 정립은 헌법적으로 중요한 의미가 있다. 인공지능에 대하여 접근하는 방법은 인간을 중심에 두고 그 능력을 전자적으로 구현하는 것을 중점에 두는 방법, 불확실한 상황 하에서 가장 합리적인 결정을 내릴 수 있는 전자적 실체를 만드는 것을 중점에 두는 방법 등이 있을 수 있다. 그러나 현재 인공지능 연구의 대부분은 후자를 중심으로 이루어지고 있고, 현재 사용되고 있는 인공지능의 실체가 인간의 지적 능력을 그대로 구현한 것으로 보기에 어렵다는 점에서 인공지능의 개념 정의를 할 때에는 후자에 중점을 두어야 한다. 그렇다면 인공지능의 법적 개념을 「복잡한 환경 아래에서 데이터 분석을 통해서 환경을 인식하고, 이러한 데이터로부터 얻어진 정보와 지식에 기반을 둔 탐색으로 주어진 목적 달성에 가장 적합한 행동을 선택하여 실행하는, 인간에 의해 고안된 소프트웨어 또는 하드웨어 시스템」이라고 하는 것이 규율의 대상을 놓치지 않아 기본권보호의무를 충분히 이행하면서도 기본권 제한 규정의 명확성을 추구하는 방법이라고 생각한다. 물론 이러한 정의도 명확하지 않다고 볼 여지도 있으나 인공지능은 계속해서 발전하는 분야이고 그 응용분야도 다양하기 때문에 그 개념을 어느 정도는 개방된 상태로 둘 필요가 있다.

인공지능에 대한 사항을 정하는 법률에서 지나치게 규제의 관점에서만 접근한다면, 인공지능의 발전을 가로막을 수 있는데 이것은 인공지능이 창출할 수 있는 경제적 가치 등에 비추어 올바른 현상이 아니다. 인공지능으로 침해 가능한 사인의 기본권을 보호하면서도 인공지능의 발전을 저해시키는 일은 없어야 하는데, 현재로서는 법률에 많은 내용을 담기 보다는 민주적이면서도 전문적인 심의를 할 수 있는 기구를 만들어 각종 처분을 할 수 있도록 하는 것이 바람직한 방향이라고 생각한다. 중앙행정기관으로서 설립하기엔 시기상조라고 볼 수도 있는데, 그렇다면 위원회를 과학기술정보통신부에 설립하여 그 심의의결에 과학기술정보통신부 장관이 따르는 방안도 생각할 수 있다.

**주제어:** 인공지능, 명확성의 원칙, 기본권보호의무, 절차적 규제, 위원회

(논문접수일: 2021. 11. 19. 심사개시일: 2021. 11. 19. 게재확정일: 2021. 12. 16.)

## I. 들어가며

인간은 스스로를 현명한 사람이라는 뜻을 가진 ‘호모 사피엔스’라고 부른다.<sup>1)</sup> 이는 우리의 지능이 우리가 살아가는데 있어 아주 중요하기 때문이다.<sup>2)</sup> 인공지능(artificial intelligence) 분야는 아주 다양하게 변화하는 상황에서 어떻게 효과적이고 안전하게 행동할 것인지를 계산하는 지능적 실체인 기계를 이해하고 그것을 구현하려는 것이다.<sup>3)</sup> 인공지능을 발전시키고 활용하는 이유는 컴퓨터<sup>4)</sup>라는 전자 계산 장치의 연산능력을 활용해서 여러 불확실한 상황에서 의사결정을 하는데 도움을 받거나 의사결정을 하게 하기 위함이다. 즉, 인간의 데이터 처리 능력보다 우수한 처리 능력을 활용해서 불확실한 조건에서 목적 달성을 위한 최적의 의사결정을 하는데 사용하기 위하여 인공지능을 발전시키고 있는 것이다. 인공지능이나 인공지능을 탑재한 로봇은 비록 인간이 만들어낸 것이긴 하지만 이제 우리의 생활 곳곳에서 사람의 능력을 훨씬 뛰어넘는 능력을 나타내고 있다.<sup>5)</sup> 물론 사람이 만들어낸 것이 사람의 능력을 증가하는 것 그 자체는 어제 오늘의 일이 아니며, 사람은 AI의 탄생 이전부터 인간의 신체적 능력을 압도적으로 증가하는 기계와 기구를 많이 만들어냈다.<sup>6)</sup> 인간 보다 훨씬 빠르고 오래 달릴 수 있는 자동차, 멀리 있는 사람과 전화할 수 있는 전화기, 엄청난 중량을 들어 올릴 수 있는 중장비, 사람의 눈으로는 도저히 볼 수 없는 세계를 볼 수 있게 하는 망원경이나 현미경 등이 그 예이다.<sup>7)</sup> 그러나 지능은 우리가 살아가는데 있어 아주 중요한 것으로 인간과 다른 동물을 차별화 시키고 인간에 의한 자연 지배를 가능하게 한 인간의 본질적 능력이다. 또한 인공지능은 그것이 「자율성」을 가지거나 적어도 「그렇게 보이는 성질」을 가진다는 점에서, 다른 기계·기구와 차별화 되는 성질을 가지고 있다.<sup>8)</sup> 이렇듯 인간의 본질적 능력을 가진 시스템이라는 점에서, 그리고 그것의 자율성으로 인해 인간의 통제를 벗어날 수 있다는 점에서 인공지능에 대해서는 기대감도 많지만 우려도 많은 것이 사실이다. 인간의 본질인

1) Russell·Norvig, Artificial Intelligence A Modern Approach Fourth Edition, Pearson Education, 2022, 19쪽.

2) Russell·Norvig(주 1), 19쪽.

3) Russell·Norvig(주 1), 19쪽.

4) 컴퓨터를 정확하게 표현한다면 전자식 데이터 처리 시스템(EDPS: Electronic Data Processing System)이라고 말할 수 있다. 여기서 ‘전자식’이란 용어는 컴퓨터를 주판이나 기계식 계산기와 구분하는 것이며, ‘데이터 처리’란 용어는 컴퓨터가 숫자뿐만 아니라 도표, 그림, 글, 소리 등 다양한 형태의 데이터를 처리한다는 것을 의미한다(김형근·손진곤, 컴퓨터 구조, 한국방송통신대학교출판원, 2021, 2쪽).

5) 弥永眞生·山田剛志, AI·DXが変える現代社會と法, 商事法務, 2021, 2쪽.

6) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 2쪽.

7) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 2쪽.

8) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 2쪽.

지능에 관련된 것이라는 점과 인격권 등에 대한 위협이 될 수 있다는 우려는 인공지능에 대하여 헌법적 차원의 논의를 시작해야 하는 필요성을 제공한다.

인공지능 활용이 이루어지고 있는 시점에서, 헌법적으로 논의 되어야 할 점은 먼저 인공지능의 정의문제이다. 인공지능이 무엇인지에 대해서는 확립된 개념이 없는 상태인데, 인공지능의 정의가 제대로 되지 않은 상태에서 인공지능과 관련된 법률을 제정한다면 그 법률은 그 내용이 기본권 제한적이든, 아니면 인공지능 사업의 지원과 관련되어 있든 위헌적일 수밖에 없다. 그 내용이 기본권 제한적이면 불명확한 법률에 의해 기본권을 제한하는 것이 되고 지원하는 내용이면 지원을 받지 못하는 다른 사람들의 평등권 침해가 문제되기 때문이다. 인공지능의 정의를 위해서는 현재 사용되고 있는 인공지능의 작동원리 및 인공지능에 관한 여러 논의를 검토하여, 인공지능에 대하여 법에서 어떠한 방식으로 접근해야 하는지 결정해야 할 것이다. 그런데 최근 국회에서 발의된 인공지능에 관련된 법률안들은 인공지능에 대하여 ‘인간 능력을 구현한 기계’라고 접근하고 있는데, 인공지능은 다양하고 불확실한 환경 하에서 최적의 결정을 할 수 있는 컴퓨팅이라는 점에서 ‘인간 능력을 구현한 기계’라는 접근은 잘못된 것이라고 본다.

한편 인공지능은 새로운 기술이라는 점에서, 인공지능을 사용하려는 자로부터 사인을 보호할 국가의 기본권 보호의무의 존부와 그 내용도 헌법적 논의의 대상이다. 국가는 기본권보호의무를 이행해야 하는데, 사인의 위법한 기본권 침해로부터 국민의 기본권을 보호해야 할 의무는 기술의 발달 및 사회의 변화에 따라 그 내용이 달라질 수 있기 때문이다. 즉, 새로운 기술의 도입으로 인한 위험사회<sup>9)</sup>에 대하여 적절한 대책을 마련해야 할 국가의 의무가 문제되는 것이다. 이밖에도 바둑이나 자동차의 운전과 같이 특정의 작업을 위한 특화형 AI를 넘어선 인간의 두뇌와 같이 생각하거나 판단할 수 있는 범용형 AI의 등장<sup>10)</sup>은 새로운 헌법적 문제를 야기할 수 있을 것이다. 예컨대 인공지능 로봇의 법인격 인정문제, 인공지능 로봇의 권리 등의 문제이다. 그러나 그 정도의 기술 발달은 아직 요원하다. 적어도 아직까지는 완전한 자율성을 가지는 인공지능은 모두 영화 속에서만 가능한 환상이며 착시<sup>11)</sup>라고 할 것이다. 또한 국가의 기본권 보호의무의 이행 방법을 논의함으로써 그러한 범용형 AI출현에 대비할 수도 있기 때문에 이 논문에서는 별도로 다루지 않을 것이다.

9) 울리히 벡(Beck, Ulrich)에 의하여 설명되고 있는 위험사회(risk society)란 현대사회의 특징을 분석하기 위해 만들어낸 개념으로서, 극단적으로 단순화 하자면 산업화·근대화 등을 통하여 기술발달과 물질적 풍요가 달성되는 만큼 내재된 위험도 커진다는 것을 의미한다(권현영·김경열·김나연, 위험사회에서의 빅데이터 활용과 잇힐 권리의 보장에 관한 고찰, 공법연구 제41집 제4호(2013), 186쪽).

10) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 2쪽.

11) 한국인공지능법학회, 인공지능과 법, 박영사, 2020, 3쪽.

이하에서는 먼저 널리 알려지고 현재 사용되고 있는 인공지능의 작동원리를 검토해 볼 것이다. 인공지능의 작동원리를 검토하는 것은 인공지능을 법적으로 어떻게 정의 내려야 하는지에 대한 지침이 될 수 있으며, 왜 인공지능이 다른 사람들의 기본권에 대한 위협이 될 수 있는지에 대한 이해에 도움을 줄 수 있다. 즉, 인공지능의 작동원리로부터 인공지능의 ‘자율성’, ‘투명성의 결여’, ‘정보처리의 대량성’이라는 특성을 이끌어 낼 수 있는데, 이 특성들은 인공지능이 왜 기본권에 위협이 될 수 있는지를 설명해 준다. 그 다음에 인공지능의 법적 개념 정의의 헌법적 중요성을 언급한 후 현재 시점에서 가장 바람직하다고 생각되는 인공지능의 법적 개념을 제시할 것이다. 그리고 이러한 인공지능 기술에 의해 침해될 수 있는 기본권을 국가가 보호할 헌법적 의무가 있는지, 있다면 그것을 어떻게 실현할 것인지에 대한 윤곽을 제시해 보고자 한다.

## II. 인공지능의 원리와 특성

### 1. 인공지능의 원리

2016년은 한국사회에서 본격적으로 인공지능 및 지능정보사회에 관한 담론이 제기된 한 해로 기억될 것이다.<sup>12)</sup> 바둑은 무한하다고 할 만큼 방대한 경우의 수로 인해 인공지능이 사람을 뛰어넘을 수 없는 분야로 여겨 왔으나, 구글 딥마인드(DeepMind)가 개발한 인공지능(AI) 바둑 프로그램인 알파고에게 우리나라의 프로기사가 1승 4패로 패했다.<sup>13)</sup> 알파고는 몬테카를로 트리 탐색, 심층학습(deep learning)을 이용한 기계학습 기술을 적용하였으며, 1,202개의 CPU와 176개의 GPU를 이용하여 고속으로 동작한다.<sup>14)</sup> 구글은 이 기술을 기후변화 예측, 질병 진단, 건강관리, 자율주행 자동차, 스마트폰 개인비서 등에 기술을 적용할 계획이다.<sup>15)</sup>

몬테카를로 트리<sup>16)</sup> 탐색(Monte Carlo tree search: MCTS)은 게임과 같은 의사결정 문제에 활용되는 경험적 탐색 알고리즘으로 광범위한 문제에 효과적으로 적용되고 있는데, 탐색공간의 무작위 표본화를 바탕으로 탐색트리를 구성한다.<sup>17)</sup> 탐색트리를 구성한다는 것은 초기상

12) 심우민, 인공지능의 발전과 알고리즘의 규제적 속성, 법과사회 제53호(2016), 42쪽.

13) 이광형·이병래, 인공지능, 한국방송통신대학교출판문화원, 2020, 3쪽.

14) 이광형·이병래(주 13), 3쪽.

15) 이광형·이병래(주 13), 3쪽.

16) 트리는 상태묘사의 한 방법이다. 상태묘사(state description)란 풀이하고자 하는 문제의 상태를 컴퓨터로 처리하기 위한 적절한 자료구조로 표현한 것을 의미한다(이광형·이병래(주 13), 30쪽). 즉, 환경을 컴퓨터로 정보처리가 가능한 논리적인 상태로 표현한 것이다.

태에서부터 최종 목표상태를 얻을 때까지 연산자를 거듭 가하는 탐색작업<sup>18)</sup>을 하는 것을 의미한다. 초기상태에서부터 연산자를 적용하여 새로운 상태를 얻고, 이들에게 다시 연산자를 가하여 또 다른 상태를 얻는 과정에서 최종 목표상태가 얻어지는 것<sup>19)</sup>이다. 바둑을 예로 들면, 초기상태는 비어 있는 바둑판이 될 것이고 최종 목표상태는 바둑규칙에 의해 승리 요건을 충족시킨 상태가 될 것이다. 자율주행 자동차의 경우에는 출발 하고자 하는 위치가 초기상태가 되며, 최종 목표상태는 목적지에 도달한 상태가 될 것이며, 연산자는 자동차의 이동이라고 할 수 있다. 이러한 몬테카를로 트리 탐색에 의한 인공지능의 문제해결 능력은 심층신경망에 의해 더욱 우수해졌다. 심층신경망으로 현재의 상태에서 다른 상태가 되었을 때 그 다른 상태가 얼마나 목표상태에 적합한가를 판단하는 것이다. 즉, 심층신경망은 인공지능이 행동을 할 때 이 행동이 최종 목표 상태 달성을 위해 얼마나 가치 있는 행동인가를 판단하는 판단기준(평가함수)으로 작용한다.<sup>20)</sup> 알파고의 획기적인 측면은 바로 이와 관련된 것으로, 합성곱 신경망(CNN)인 벨류 네트워크를 만들어 바둑의 평가 함수를 만든 것이다.<sup>21)</sup> 심층학습의 기원은 뇌 안의 신경망을 컴퓨터 회로로 모델링한 것이어서 심층학습 방법에 의해 훈련된 망(網)을 일컬어 신경망이라고 부르지만, 신경망과 실제 신경의 구조의 유사점은 거의 없다.<sup>22)</sup> 이렇듯, 인공지능은 현재 상태에서 다음 상태로 움직이는 행동 결정을 함에 있어서 탐색에 의해 가능한 행위 유형을 검토하고 그것을 심층 신경망에 의해 평가하는 방법을 거치는데, 심층학습의 아이디어를 인간 사고과정에서 얻었는지 몰라도 인간의 지적 능력을 전자적으로 구현시킨 것은 아니다.

한편, 행동이 최종 목표 상태에 도달하기에 적합 한지 판단하는 심층신경망을 최대한 정확하게 만들려면 수많은 데이터가 필수적으로 요구된다. 최근 신경망이 거둔 성공의 상당 부분은 가용 자료(사용 가능한 자료)의 양과 현대적인 컴퓨터의 계산 능력이 전통적인 기계 학습 알고리즘의 한계를 넘어설 정도로 풍부해졌다는 점에서 설명<sup>23)</sup>할 수 있다는 것은 심층 신경망에서의 데이터의 중요성을 다시 한 번 상기시킨다. 이렇게 심층신경망의 활용에 많은 데이터가 필요하다는 사실은 개인정보에 대한 심각한 위협이 될 수 있다.

17) 이광형·이병래(주 13), 99쪽.

18) 이광형·이병래(주 13), 35쪽.

19) 이광형·이병래(주 13), 35쪽.

20) 참고로 심층학습을 평가함수를 나타내는 것에 사용하여, 알파고는 인간 최고의 바둑기사에게 승리를 거두었다 (Russell·Norvig(주 1), 45쪽 참조).

21) 大槻知史, 정인식 옮김, 알파고를 분석하며 배우는 인공지능, 제이펍, 2019, 90쪽.

22) Russell·Norvig, Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Pearson Education, 2016, 801쪽.

23) Charu C. Aggarwal, 류광 옮김, 신경망과 심층학습, 제이펍, 2020, 5쪽.



## 2. 인공지능의 특성-인공지능의 위험성

위에서 본 바와 같이 인공지능은 탐색과 심층신경망에 의해 행동을 결정한다. 여기에서 인공지능은 자율성을 가진다는 것을 이끌어 낼 수 있다. 인공지능은 자율성 면에서 다른 컴퓨터 프로그램과 구별되는데, 이는 인공지능과 알고리즘의 관계를 통해 알 수 있다. 컴퓨터 과학자들은 주어진 문제의 해결 방법을 알고리즘(algorithm)을 이용하여 기술한다.<sup>24)</sup> 알고리즘은 유한한 계산 단계를 나타내는데, 계산이란 주어진 입력으로부터 원하는 답을 찾기 위해 수행해야 하는 명확한 절차를 뜻하며, 이 절차가 유한한 단계 안에 끝나야 비로소 알고리즘이라고 부른다.<sup>25)</sup> 인공지능에서 관심을 기울이는 문제는 알고리즘으로 구현할 수 있는 효율적이고 완전한 해가 발견되지 않은 문제이다.<sup>26)</sup> 즉, 인공지능에서는 행렬의 곱을 구하거나 데이터를 정렬하는 문제와 같이 풀이방법이 알고리즘으로 잘 정의되어 있는 문제에는 관심이 없다.<sup>27)</sup> 이러한 문제에 대한 인공지능의 풀이는 단순한 계산이 아닌 시행착오적(trial and error)방법에 의한 문제해결 방법을 의미하는 것으로, 해(solution)가 놓인 방대한 공간에서, 그중 하나의 해를 탐색(search)함으로써 문제를 풀게 되는 것이다.<sup>28)</sup> 인공지능에게는 주어진 목적을 달성하는 명확한 방법을 제시하는 알고리즘은 없는 상태에서, 달성해야 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 가장 좋은 방법을 탐색하는 탐색 알고리즘 및 이 탐색의 결과를 평가하기 위한 기계학습<sup>29)</sup>이 존재할 뿐이다. 이렇듯, 인공지능이 목표상태만 정해져 있을 뿐 초기상태에서 목표 상태로 도달하는 방법이 정해져 있지 않아 알고리즘화 되어 있지 않은 문제 해결에 관련된 기술이라는 점이 인공지능과 다른 컴퓨팅을 구별하는 가장 중요한 요소이다. 즉 인공지능은 사람이 해결방식을 제시하지 않은 문제를 해결하고 그 방식을 예측할 수 없다는 점에서 자율적인데, 인간이 아닌 실체가 인간의 생활에 있어서 중요한 결정 및 행위를 자율적으로 하여 다른 사람의 행동에 영향을 미친다는 것은 인격권에 대한 심각한 위협이 될 수 있다.

이렇듯 인공지능이 사람이 미리 해결방법을 제시하지 않은 문제를 해결한다는 점은 '투명성의 결여'로도 연결된다. 전통적인 알고리즘은 기본적으로 사람이 머릿속에서 생각하는 문제풀이 규칙을 시간 순서대로 사전에(ex ante)기호화하여 기술한 것이므로 사람이 이해하기 용이

24) 손진곤, 이산수학, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021, 10쪽.

25) 우균·김진욱, 프로그래밍언어론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021, 4쪽.

26) 이광형·이병래(주 13), 28쪽.

27) 이광형·이병래(주 13), 28쪽.

28) 이광형·이병래(주 13), 28쪽.

29) 기계학습이란 인공지능 시스템이 지능적 행동능력을 갖기 위해서 외부 환경으로부터의 정보를 이용하여 시스템 내부에 지식을 형성하고 저장하는 과정을 의미한다(이광형·이병래(주 13), 256쪽 참조).

한데 비해, 인공지능 알고리즘은 전통적인 알고리즘과 달리 문제를 푸는 규칙이 사전에 결정되어 있지 않다.<sup>30)</sup> 인공지능 알고리즘은 입력 값이 주어지면 사전에 결정되어 있는 규칙에 따라 결과 값을 계산하기 위한 알고리즘이 아니라, 입력 값이 주어지면 결과 값을 만들 수 있는 규칙을 사후적으로(ex post)찾아내는 알고리즘이다.<sup>31)</sup> 정확한 규칙을 찾을 때까지 현재의 잠정적 규칙에 빅데이터를 입력하여 얻은 계산 값과 정답을 비교하여 그 오차만큼 현재의 규칙을 개선하는 ‘학습’을 반복하는 것이 인공지능 알고리즘의 기본 원리이다.<sup>32)</sup> 즉, 사람이 미리 제시한 문제풀이 규칙에 의해 결과를 도출해 내는 것이 아니라 방대한 데이터를 기반으로 자율적으로 형성한 신경망에 의해 판단을 한다는 점에서 인공지능의 의사 결정 과정은 블랙박스 화 되어 있다. 한편, 심층신경망을 통한 판단은 단층 신경망과는 달리 다수의 평가기준을 거치게 한다는 의미인데, 이것은 인공지능의 의사결정 과정의 복잡성으로 이어진다. 의사결정 과정이 복잡하기 때문에 인공지능이 어떠한 결정을 내렸을 때 왜 그러한 결정을 내렸는지 사람이 이해하기가 힘들게 된다. 이렇듯 인공지능의 행동 판단 기준이 사람이 미리 제시해 놓은 기준이 아닌 빅데이터를 통해 자율적으로 학습한 심층 신경망이라는 것과 그 심층 신경망의 복잡성으로 인하여, 인공지능을 통한 의사 결정은 ‘투명성’이 결여 되었다고 표현할 수 있다.

이러한 자율성 및 투명성의 결여는 자연스럽게 인공지능의 동작 및 그 결과에 대한 ‘예측불가능성’으로 이어진다.<sup>33)</sup> 즉, 인간이라면 직관적으로 거부할 수밖에 없는 선택이나 결정도 인간이 가지는 인지적 한계에서 자유로운 인공지능은 내릴 수 있고, 그로 인하여 도저히 상상할 수 없는 방법으로 일을 처리할 수도 있는 것이다.<sup>34)</sup>

한편, 심층학습은 대규모의 데이터를 필요로 한다는 점에서 인공지능은 자연스럽게 그 처리하는 데이터가 방대해 질 수 밖에 없고, 이러한 의미에서 인공지능은 ‘정보처리의 대량성’이라는 성질을 지니게 된다. 정보처리의 대량성이라는 성질로 인해 인공지능의 사용은 곧 개인정보자기결정권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 대한 위협으로 이어진다.

30) 이해원, “인공지능과 법인격”, 법조 제70권 제4호(통권 제748호)연구논문(2021), 216쪽.

31) 이해원(주 30), 216쪽.

32) 이해원(주 30), 216쪽.

33) 이해원(주 30), 217쪽.

34) 이해원(주 30), 217쪽.

### Ⅲ. 인공지능의 법적 정의

#### 1. 인공지능의 법적 정의의 헌법적 중요성

헌법은 입법부와 행정부에게는 행위규범으로 작용하는데, 자유권에 의하여 보호되는 법익에 대한 국가의 보호의무가 인정되며 국가는 자유권에 의하여 보호되는 법익을 사인에 의한 침해로부터 보호해야 할 의무를 진다.<sup>35)</sup> 입법자에 의한 보호의무의 이행은 가해자인 제3자의 자유권에 대한 제한을 동시에 수반하게 되므로, 보호의무는 필연적으로 제3자의 대국가적 방어권과 충돌하게 된다.<sup>36)</sup> 이로써, 국가의 보호의무의 이행은 보호대상자에게는 ‘자유 보호’라는 이익으로, 가해자인 제3자에게는 ‘자유 제한’이란 불이익으로 나타나는 양면적 성격을 띠고 있는데, 국가는 보호의무를 이행함에 있어서, 기본권의 보호를 받고 있는 제3자인 가해자의 이익도 피해자의 이익과 마찬가지로 고려하고 존중해야 한다.<sup>37)</sup> 자유권에 의하여 보장된 법익을 보호하고자 하는 국가의 시도가 이와 충돌하는 다른 법익에 대한 과도한 침해를 가져오면 안 되기<sup>38)</sup> 때문이다.

인공지능을 사용하려는 사업자에 의하여 침해 가능한 국민의 기본권을 보호하기 위해 국가가 법 제정을 할 때에도 인공지능을 사용하려는 사인의 기본권 제한의 문제가 될 수 있다. 예컨대, 인공지능을 사용할 때 국가의 특정기관에 신고의무를 부과하는 경우도 있을 수 있고 그 폐해가 심각하다고 판단되면 사용을 금지할 수도 있는데, 이러한 신고의무 내지 사용 금지는 직업 수행의 자유에 대한 심각한 제한이 될 수 있다. 기본권을 제한하는 법률은 「일반성」과 「명확성」을 가진 법률이어야 하고, 불명확한 법률로 기본권을 제한해서는 안 된다.<sup>39)</sup>다. 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구되는데, 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이다.<sup>40)</sup> 인공지능을 규율하는 법규범에서 인공지능의 개념을 불명확하게 하거나 잘못 정의하여 인공지능 관련 행정이 법집행 당국에 의해 자의적으로 운용된다면, 인공지능을 이용하려는 사업자들의 직업 수행의 자유가 크게 제한될

35) 한수용, 헌법학(제11판), 법문사, 2021, 438쪽.

36) 한수용(주 35), 439쪽.

37) 한수용(주 35), 439쪽.

38) 한수용(주 35), 439쪽.

39) 장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2021, 520쪽.

40) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌바258, 판례집 22-2하, 721 [전원재판부].

뿐 아니라 인공지능의 발달에도 악영향을 줄 수가 있다.

한편, 인공지능을 개발하는 사업자들에게 보조금 교부, 조세 경감 등의 혜택을 주는 정책 역시 가능하기 때문에 인공지능의 법적 의의를 명확히 하는 것이 중요하다. 우리 헌법은 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”라고 규정하여 행정부의 일방적이고 자의적인 조세부과를 금지하고 반드시 국회가 제정한 법률에 의하여서만 조세를 부과할 수 있다는 조세법률주의의 원칙을 선언하고 있는데, 조세법률주의에 입각하면 조세의 부과(賦課)만이 아니라 조세의 감면(減免)도 법률로 규정되어야 한다.<sup>41)</sup> 또한 조세평등주의란, 평등원칙의 조세법적 표현으로서 조세입법에 있어서 조세부담이 국민들 사이에 공평하게 배분되도록 법률을 제정할 것을 요청하는 원칙을 말한다.<sup>42)</sup> 헌법재판소도<sup>43)</sup> “조세평등주의라 함은 헌법 제11조 제1항에 규정된 평등원칙의 헌법적 구현으로서, 조세의 부과와 징수를 납세자의 담세 능력에 상응하여 공정하고 평등하게 할 것을 요구하며 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것을 허용하지 아니한다”고 결정하였는데, 조세평등주의는 조세의 부과뿐만 아니라 조세의 감면에도 적용<sup>44)</sup>되는 것이다.

만약 인공지능에 대한 법적 정의가 명확하지 않은 상태에서, 인공지능 개발 사업자에게 인공지능 개발을 장려하는 취지에서 조세 감면 등의 혜택을 주는 법안이 제정된다면 행정부가 일방적이고 자의적인 조세 감면 혜택을 줄 수가 있어 조세법률주의에 반할 여지가 있는 것이다. 법안에서 ‘인공지능 개발’을 조세 감면의 요건으로 규정하면서, 그 구체적인 결정을 국가 또는 지방자치단체에 맡긴다면, 명확하지 않거나 잘못 규정된 인공지능 개념을 바탕으로 대상자를 선정하게 될 수 있기 때문이다. 또한 불명확한 조항에 근거하여 조세 감면 혜택을 주게 되면, 조세 감면 혜택을 받아야 할 사업자는 못 받고 받지 말아야 하는 사업자가 받게 되는 등 조세부담의 공평적 배분을 추구하는 조세평등주의에 위반될 여지도 있다.

이러한 관점에서 인공지능에 대한 법학적 논의를 위해서 가장 먼저 해야 할 작업은 인공지능의 의미를 명확히 하는 것이다. 만약 인공지능의 의미를 명확히 하지 않은 상태에서 인공지능에 관한 각종 법률안을 제정한다면, 인공지능 기술을 개발하려는 사인의 입장에서는 자신의 어떠한 행위가 규율대상이 되는지 예측하기가 힘들다. 즉, 인공지능의 정의가 명확하지 않은 상태에서 인공지능에 관한 규율을 하는 것은 그 자체로 인공지능을 개발하려는 자의 직업 수행의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 있다. 또한 인공지능에 대하여 명확하게 잘 정의된

41) 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021, 487쪽.

42) 한수웅(주 35), 1167쪽.

43) 현재 1999.11.25. 98헌마55 결정, 한수웅(주 35), 1167쪽 참고.

44) 성낙인(주 41), 492쪽.

법적 정의가 없다면, 각종 의무 부과가 필요한 경우는 제대로 규율하지 못하여 국민의 기본권 보호의무를 제대로 이행하지 못하면서, 의무 부과가 불필요한 경우에 대하여 규제하여 직업수행의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있다. 인공지능의 개념이 제대로 정의되지 않는다면, 관련 법률 전체가 과잉금지원칙의 심사 기준 중 하나인 수단의 적합성에 반할 수 있는 것이다.

결국 인공지능의 법적 정의가 헌법적 관점에서 중요한 이유는 규율대상의 명확화를 통해 기본권제한 규정의 명확성을 높여서 위헌적인 기본권 침해를 방지하기 위함이고, 인공지능에 의해 기본권이 침해될 우려가 있는 부분을 빠짐없이 규율하여 국민의 기본권보호 의무를 이행하기 위함이다. 따라서 비록 인공지능이 아직 법적 개념이라고 할 수 없고 컴퓨터공학에서도 확립된 개념 정의도 없는 상황이지만, 그 법적 정의를 최대한 명확히 하는 것이 법적 논의를 위한 출발점이자 현재 시점에서 가장 중요한 과제라고 본다.<sup>45)</sup>

## 2. 인공지능의 의의에 대한 논의

AI, 즉 인공지능의 정의는 매우 다양하고 전문가 사이에서도 공통인식을 형성하지 못하고 있다.<sup>46)</sup> 애당초 인간의 지능이란 무엇인가가 해명되지 않은데다가, 그것을 한층 더 「인공적」으로 실현하려고 하는 것이기 때문에 그 정의는 매우 어려운 것이다.<sup>47)</sup> 굳이 지능을 정의하자면, '배우거나 이해하는 능력, 또는 새로운 상황에 대처하는 능력', '새로운 상황이나 환경에 대처하기 위하여 배우고 이해할 수 있는 능력'<sup>48)</sup>이라고 할 수 있을 것이다. AI는 주로 인간처럼 행동하거나 지능을 요하는 행위를 할 수 있는 기계라는 설명처럼 인간 지능 또는 지능 일반과 연관시켜 정의되어 왔다.<sup>49)</sup>

인공지능(artificial intelligence)이란 지능적 행동의 일반적 의미에 대한 컴퓨터 관점에서의 이해 및 지능적 행동을 할 수 있는 인공물의 생성을 다루는 컴퓨터과학 및 컴퓨터공학의

45) 다만, 인공지능은 계속하여 발전하고 있는 분야이고 그 개념 정의의 어려움에 비추어 볼 때 명확성의 정도는 완화될 수 있다고 본다. 헌법재판소는 현재 1999.9.16. 97헌바73/98헌바62/98헌바60 사건에서 「기본권제한 입법이라 하더라도 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 입법기술상 일의적으로 규정할 수 없는 경우에는 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다. 또 당해 규정이 명확한지 여부는 그 규정의 문언만으로 판단할 것이 아니라 관련 조항을 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 할 것이다.」라고 판시한 바 있는데 현재의 결정 취지에 의할 때, 인공지능은 현재 발전하고 있는 개념이고 규율대상도 지극히 다양하므로 명확성의 요건을 완화시켜야 할 것이다.

46) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 187쪽.

47) 弥永眞生·山田剛志(주 5), 187쪽.

48) 이광형·이병래(주 13), 4쪽.

49) Joint Research Centre, AI Watch Defining Artificial Intelligence, European Commission, 2020, 4쪽.

분야<sup>50</sup>)라고 볼 수 있다. 즉, 인공지능의 탐구는 지능적 행동의 일반적 의미에 대한 컴퓨터 관점에서의 이해를 다루는 계산심리학(computational psychology)관점에서의 접근과 지능적 행동을 할 수 있는 인공물의 생성을 다루는 기계지능(machine intelligence)관점에서의 접근이 함께 이루어지고 있다.<sup>51</sup> 계산심리학 관점의 접근방식에서는 사람과 동일한 방식으로 행동하는 컴퓨터 프로그램을 만듦으로써 인간의 지능적 행동을 이해하는 데 목적을 두고 있는데, 이를 위해 실제로 사람이 지식이나 데이터를 어떻게 기억하고 주어진 상황에서 어떻게 행동하는가에 대해 관심을 가지고, 이를 위한 데이터 구조나 알고리즘을 연구한다.<sup>52</sup> 반면 기계지능 관점에서의 접근은 컴퓨터를 이용하여 프로그래밍 할 수 있는 영역을 인간이 수행할 수 있는 작업영역(비록 사람 내부의 ‘프로그램’이 어떻게 구성되어 있는지 알지 못한다 해도)으로 확장시키는 것에 목적이 있기 때문에, 이 관점은 과제 지향적이며 많은 경우 사람의 지능적 사고나 행동에 대한 고찰을 통해 풀이 방법에 대한 단서를 발견하여 적용하기도 하지만 주어진 과제를 성취하는데 도움이 된다면 어떤 기술이든 도입한다.<sup>53</sup>

계산심리학적 관점은 AI에 대하여 인간중심적으로 접근하는 방법이라고 볼 수 있다. 인간중심적인 접근 방법은 인공지능을 평가하는 척도를 인간을 얼마나 잘 모방하였는지에 둔다.<sup>54</sup> 즉, 인공지능이 인간의 행동 또는 인간의 사고방식을 그대로 재현하였는지 여부가 중요한 것이다. 인간중심적인 접근은 인간행동에 대한 관찰과 가설을 포함해야 한다는 점에서 어느 정도는 경험과학이 될 수밖에 없다.<sup>55</sup> 이 접근은 다시 행동을 얼마나 인간처럼 하는지(Acting humanly<sup>56</sup>)를 중심으로 연구하는 방향과 생각을 얼마나 인간처럼 하는지(Thinking humanly<sup>57</sup>)를 중심으로 연구하는 방향으로 나누어진다. 얼마나 인간과 유사하게 행동하는지를 인공지능의 평가 지표로 보는 접근은 일반적으로 조사자가 어떠한 문장을 제시한 후 그 문장에 대한 답변을 컴퓨터와 인간이 각각 하게 한 다음에, 만약 조사자가 누구의 답변인지를 구분할 수 없다면 성공적인 인공지능으로 보는 튜링 테스트를 흔히 언급한다. 다만, 인공지능 연구자들은 튜링 테스트를 통과하기 위한 노력을 크게 기울이지 않는데, 이는 인공비행<sup>58</sup>)이 라이트 형제를 비롯한 기술자들이 새를 흉내 내는 것을 그만두고 풍향과 기체역학을 사용하였

50) 이광형·이병래(주 13), 5쪽.

51) 이광형·이병래(주 13), 5쪽.

52) 이광형·이병래(주 13), 5쪽.

53) 이광형·이병래(주 13), 5쪽.

54) Russell·Norvig(주 22), 1쪽.

55) Russell·Norvig(주 22), 2쪽.

56) Russell·Norvig(주 22), 2쪽.

57) Russell·Norvig(주 22), 3쪽.

58) 새와 같은 조류의 비행과 비교한 사람이 만든 비행물체의 비행을 의미한다.

기 때문에 가능하였다<sup>59)</sup>는 것과 유사한 맥락이라고 할 것이다. 한편, 얼마나 생각을 인간과 같게 하는가를 기준으로 인공지능을 연구하는 입장은 프로그램(program)이 문제를 정확히 해결하는 것만을 의도하지 않고, 프로그램이 문제를 해결하기 위해 추론하는 과정이 사람이 같은 문제를 해결하기 위해 추론하는 과정과 비교하는 것에 더욱 중점을 둔다.<sup>60)</sup>

한편 기계지능(machine intelligence)관점에서의 접근은 과제 지향적으로, 과제를 이상적으로 수행하였는지를 판단하는 ‘합리성(rationality)’이라는 기준으로 인공지능을 평가한다.<sup>61)</sup> 이 접근 방법은 인공지능을 개발하기 위해 수학과 공학을 결합한 방법을 쓴다.<sup>62)</sup> 인공지능을 합리적으로 행동(Acting rationally)하는 합리적 에이전트(a rational agent)를 개발하는 것에 중점을 두는 이 방식은 인간을 중심에 두고 접근하는 방식에 비해 과학의 발달을 훨씬 더 잘 반영한다.<sup>63)</sup> 또한 합리성이라는 기준은 수학적으로 잘 정의되어 있어 완전히 일반적인 접근이라고 볼 수 있으며, 따라서 주어진 문제에 대하여 늘 최상의 결과를 내는 실체를 개발할 수 있게 한다.<sup>64)</sup> 이에 비해 인간중심적인 접근방법은 수학적 모델링을 사용한 일반적인 접근이라기보다는 특별한 환경에 잘 적응한 인간행동들을 기준<sup>65)</sup>으로 하여 인공지능에 대한 연구를 진행한다. 이렇게 ‘합리적 에이전트’로 인공지능을 접근하는 방식이 가진 장점 때문에 인공지능에 대한 연구의 목적을 ‘합리적 에이전트’를 설계하는데 필요한 요소 개발에 두는<sup>66)</sup> 것이다.

### 3. 인공지능의 법적 정의

#### (1) ‘인간의 능력 구현’이라는 관점의 배제

이상의 논의를 종합해 보면 인공지능을 법적으로 정의할 때에는 컴퓨터시스템이 얼마나 인간의 능력을 잘 구현하였는지 보다는 ‘합리적’ 행동을 하는지에 중점을 두어야 한다. 즉 인공지능을 인간의 능력을 구현한 전자적 실체로 정의하면 안 되고, 인간이 특정한 목적<sup>67)</sup>을

59) Russell·Norvig(주 22), 3쪽.

60) Russell·Norvig(주 22), 3쪽.

61) Russell·Norvig(주 22), 1쪽.

62) Russell·Norvig(주 22), 2쪽.

63) Russell·Norvig(주 22), 5쪽.

64) Russell·Norvig(주 22), 5쪽.

65) Russell·Norvig(주 22), 5쪽.

66) Russell·Norvig(주 22), 5쪽.

67) 예컨대, 자율주행 자동차(특정 지점 까지 도착을 목적으로 하는 컴퓨터 시스템) 및 번역기(특정 언어를 다른 특정 언어로 표현하는 것을 목적으로 하는 컴퓨터 시스템), 알파고(상대방과의 관계에서 바둑이 정한 승리요건을 달성하는 것을 목적으로 하는 컴퓨터 시스템) 등이 있다.

효과적으로 달성(합리적 행동)하기 위해 고안한 컴퓨터시스템이라고 정의하는 방식을 취하여야 한다.

인공지능을 법적으로 정의할 때 가장 염두에 둘 점은 법적 정의가 헌법적으로 중요한 이유에서 언급했듯이 규율대상의 명확화를 통한 기본권 침해의 방지와 기본권 보호의무의 측면에서 빠짐없는 규율이다. 이 목적을 달성하기 위해서는 인공지능에 관한 논의 중 현재 개발이 이루어지고 있는 인공지능과 큰 관련성이 없는 부분은 법적인 정의를 할 때 제거하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 인공지능에 대한 법적 규율에 있어서 ‘인간과 같은 행동 또는 생각’이라는 논의는 큰 의미가 없다고 할 수 있다. 최근 인공지능 연구는 인간과 동일하게 생각 또는 행동하는 실체를 만드는 것이 아니라 불확실한 상황에서 합리적인 문제해결을 하는 컴퓨터 시스템을 고안하는 것에 중점을 두고 있기 때문이다. 인공지능 분야의 역사 전반에서 주로 쓰인 것은 합리적 에이전트 접근방식이며, 인공지능의 초창기 몇십년 동안은 연구자들이 논리적 토대 위에서 합리적 에이전트들을 구축하고 특정한 목표를 달성하기 위한 유한한 계획들을 수립했으나 그 이후에는 확률론과 기계학습에 기초한 방법들이 등장해서 불확실한 상황에서도 최선의 결과를 얻는 결정을 내릴 수 있는 에이전트들이 만들어졌다.<sup>68)</sup> 인공지능 분야는 합리적인 일(do the right thing)을 하는 에이전트의 연구와 구축에 초점을 두어온 것이다.<sup>69)</sup> 인공지능의 합리적인 행동은 위의 인공지능의 작동원리에서 언급했듯이 탐색과 심층신경망을 기반으로 이루어지고, 인간의 능력을 구현하기 위해 만들어진 모델로 이루어지는 것이 아니다. 비록 인간의 정보 처리 방식에서 아이디어를 얻었을지는 몰라도 인간의 행동 또는 사고를 구현하기 위해 만든 실체가 아니라는 점을 유념하여야 한다. 이러한 상황에서 인공지능을 ‘인간의 능력 구현’이라는 관점에서 정의하면, 막상 법의 적용대상이 없게 되거나 불명확한 범조항을 근거로 국민의 기본권을 제한할 여지가 있게 되는 것이다.

물론 인공지능 연구의 궁극적인 목적은 ‘주어진 과제’란 것이 없이 인간이 할 수 있는 모든 지적인 행동을 할 수 있는 컴퓨터 시스템을 만드는 것일 수도 있다. 그러나 그러한 시도 역시 인간 지능을 구현하는 것을 목적으로 하지는 않을 것이며, 불확실한 상황 아래에서 가장 합리적인 결정을 내릴 수 있는 실체를 개발하기 위해서라면 인간 지능의 메커니즘과 전혀 무관하다고 볼 수 있는 방법도 당연히 사용할 것이다. 성능 좋은 인공 비행체를 만들 때, 새가 날 수 있는 원리를 참고를 하여 그것을 응용할 수는 있어도 새의 비행 구조를 구현하는 것을 목적으로 하지 않는 것과 같은 맥락이라고 본다.

68) Russell·Norvig, 류광 옮김, 인공지능 현대적 접근방식1, 제이펍, 2021, 8쪽.

69) Russell·Norvig, 류광 옮김(주 68), 8쪽.



위와 같은 이유에서 법에서 인공지능을 정의할 때에는 인간의 능력을 구현한 기계에 초점을 맞춰서는 안 되고, 불확실하고 복잡한 상황 아래에서 목적 달성을 위해 필요한 행동을 할 수 있는 인간에 의해 만들어진 기계라는 측면에서 접근해야 한다고 판단된다.

## (2) 인공지능의 정의

따라서, 인공지능은 「복잡한 환경 아래에서 데이터 분석을 통해서 환경을 인식하고, 이러한 데이터로부터 얻어진 정보와 학습된 지식에 기반을 둔 탐색으로 주어진 목적 달성에 가장 적합한 행동을 자율적으로 선택하여 실행하는, 인간에 의해 고안된 소프트웨어 또는 하드웨어 시스템」<sup>70)</sup>이라고 정의하는 것이 옳다고 본다.

이러한 인공지능의 정의에 대해서는 여전히 막연하다는 비판이 있을 수 있으나, 위에서 검토한 바와 같이 인공지능은 계속하여 발달하는 개념으로 명확성의 정도가 완화된 수 있다. 또한 성숙 단계에 이른 기술이 아니라 계속 변화하는 현재진행형 기술인 인공지능의 개념을 현 시점에서 지나치게 협소하게 정의하거나 구체화하는 것 또한 선부른 판단이 될 수 있으며, 향후 등장하는 인공지능을 포섭하지 못하는 소위 ‘규율의 공백’을 야기할 수도 있다.<sup>71)72)</sup>

인간의 능력 구현이라는 점을 인공지능의 필수적 요소로 보지 않더라도 인공지능 규율에 부족함이 없다는 점 역시 인공지능을 정의하는 데 있어서 ‘인간적’인 접근을 할 필요가 없다는 것을 뒷받침한다. 위의 정의에서 ‘인간이 고안한’이라는 문언에 의해서 인간의 능력을 구현한 시스템 역시 규율 대상에 포함시킬 수 있기 때문이다.

## 4. 현재 입법동향에 대한 평가

최근 발의되어 국회 상임위원회에 계류 중인 법안에서의 인공지능 정의는 지나치게 인간의 능력을 구현한 것을 강조한 것이 많다. 예컨대, 2020.10.29. 의안번호 4772호로 발의된 「인공지능 기술 기본법안」은 제2조 정의 조항 제1호에서 「“인공지능”이란 학습, 추론, 판단, 이해, 행동 등 인간의 지적 능력의 일부 또는 전체가 컴퓨터 프로그램 기타 전자적 방법을 통하여 구현된 것을 말한다.»라고 규정하고 있다. 또한 2021.7.19. 의안번호 11573호로 발의된 「인공지능에 관한 법률안」은 제2조 제1호에서 「“인공지능”이란 인간의 지능이 가지는 학습, 추론, 지각, 판단, 자연언어 이해 등의 기능을 전자적 방법으로 구현한 것을 말한다.»로 규정한다.

70) Joint Research Centre(주 49), 9쪽 참조.

71) 이해원(주 30), 215쪽.

72) 김윤명, “인공지능(로봇)의 법적 쟁점에 대한 시론적 고찰”, 정보법학 제20권 제1호(2016), 144~145쪽.

다. 이러한 입법안은 자칫 규율대상이 없게 되는 문제점을 가질 수 있다. 인공지능의 대표적 예로 언급되는 자율주행자동차는 자동차를 현재 장소에서 목적 장소까지 사람의 개입 없이 자율적으로 이동할 수 있도록 설계된 시스템이고, 인간이 가진 운전하는 지능을 구현하기 위해 설계된 시스템은 아니다. 즉, 인간의 운전하는 지능을 구현한 것이 아니라 목적 지점까지 교통규칙을 준수하면서 이동할 수 있도록 고안된 컴퓨터 시스템인 것이다. 자동차를 인간이나 치타의 달리기 능력을 구현시킨 실체라고 평가할 수는 없다. 만약 인공지능을 인간의 능력을 구현한 시스템이라고 하면 자율주행자동차 마저 인공지능의 개념에 포함할 수 없는 결과가 발생한다.

결국 현재 이루어지고 있는 입법동향은 바람직하지 않으며, 향후 공청회 등을 통해 개선해 나가야 할 것이다.

## 5. 소결

인공지능이 무엇인가에 대하여는 다양한 관점에서의 논의가 있다. 이러한 다양한 관점에서의 논의 중 법적 정의로 선택해야 할 것은 현재 실제로 개발, 사용되는 인공지능 개념을 포괄 할 수 있는 것이어야 한다. 그렇지 않으면 법의 규율대상이 없게 되어 인공지능 사용으로부터 국민의 기본권을 보호해야할 의무를 제대로 이행하지 못하고, 인공지능을 개발하려는 자들에게 적절한 지원을 못할 수도 있다. 또한 현실에 맞지 않는 법률조항을 근거로 각종 의무를 부담시키는 것은 그 자체가 위헌적일 수 있다.

현재 인공지능 연구와 개발은 '불확실한 조건 하에서 주어진 목적을 달성하기 위해 가장 효율적인 결정을 하는 프로그램' 구현을 목적으로 한다. 따라서 인간의 능력을 구현을 전자적으로 구현한 것이 인공지능이라는 접근은 국가의 기본권보호의무의 관점에서 타당하지 않다. 최근 심층신경망의 발달이 인공지능의 발달에 기여하였다고 하더라도, 인간 지능의 작동원리로부터 아이디어를 가져왔을 뿐이지 인간의 지능을 구현한 것이라고 볼 수는 없는 것이다. 결국 인공지능은 「복잡한 환경 아래에서 데이터 분석을 통해서 환경을 인식하고, 이러한 데이터로부터 얻어진 정보와 학습된 지식에 기반을 둔 탐색으로 주어진 목적 달성에 가장 적합한 행동을 자율적으로 선택하여 실행하는, 인간에 의해 고안된 소프트웨어 또는 하드웨어 시스템」라고 정의하는 것이 타당하고, 최근의 입법동향은 수정되어야 할 점이 많다.

## IV. 인공지능과 국가의 기본권 보호의무-인공지능 기술 발달에 따른 국가의 헌법적 의무

### 1. 인공지능의 발달에 따른 국가의 기본권보호의무의 특징

#### (1) 국가의 기본권 보호의무의 의의

기본권보호의무란 기본권적 법익에 대한 국가의 보호의무로서 기본권이 보호하는 법익을 기본권주체인 제3자의 위법한 위해로부터 보호하여야 할, 즉 그 위해를 예방하거나 그로 인한 피해발생을 방지할 국가의 의무를 말한다.<sup>73)</sup> 기본권보호의무는 기본권적 3각관계를 전제하는데, 다른 사람의 기본권을 침해하는 기본권주체인 기본권침해자, 자신의 기본권이 제3자의 침해로부터 보호받아야 하는 기본권주체인 기본권보호필요자, 보호의무자인 국가 사이의 3면 관계에서 문제된다.<sup>74)</sup> 국가-국민의 관계로 특징지어지는 방어권과는 달리, 기본권 보호의무의 경우 피해자의 기본권적 법익을 제약하는 것은 그 스스로 역시 기본권 주체이기도 한 다른 사인이며 이 때 국가는 기본권의 보증인적 지위로 자리<sup>75)</sup>하는 것이다. 우리 헌법재판소<sup>76)</sup>도 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원심판결정에서 과잉금지원칙(비례성원칙)과 다른 판단기준을 적용하기 위해 ‘기본권보호의무’를 언급하였고, 기본권보호 의무를 지는 국가는 기본권 침해자가 아닌, 기본권 ‘동반자’로서의 지위에 있다고 보았다.<sup>77)</sup>

인공지능 분야에 있어서는 인공지능을 사용 또는 개발하려는 사업자가 기본권을 침해하는 주체인 기본권침해자가 될 것이며, 인공지능에 의해 기본권을 침해받았다고 주장하는 자가 기본권보호필요자가 될 것이다. 국가는 인공지능에 의해 기본권을 침해 받을 가능성이 있는 기본권주체의 기본권을 보호할 의무를 가지는 동반자로서의 지위를 가진다.

#### (2) 국가의 기본권보호의무의 근거

헌법은 기본권보호의무를 직접 규정하고 있지 않으나, 헌법 제10조 제2문은 국가에 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 부여한다.<sup>78)</sup> 보장은 기본권이 인정목적에

73) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호(2008), 203쪽.

74) 허완중(주 73), 204쪽.

75) 최현선, “입법자의 기본권 보호의무”, 동아법학 제48호(2018), 36쪽.

76) 헌재 1997.1.16. 90헌마110등 결정 : 기본권에 대한 보호의무자로서의 국가는 국민의 기본권에 대한 침해자로서의 지위에 서는 것이 아니라 국민과 동반자로서의 지위에 서는 점에서 서로 다르다.

77) 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 법조 제68권 제2호(통권 734호)(2019), 41쪽.

맞게 실현되도록 하거나 그 내용이 침해되는 것을 막는다는 것을 말하므로, 기본권보장의무는 기본권주체인 제3자가 일으키는 내적 침해나 침해위험으로부터 기본권주체를 보호할 의무도 포함한다<sup>79)</sup>고 보아야 한다. 즉, 인공지능을 사용하는 제3자에 의해 기본권주체의 인격권이 침해 되거나 침해 위험이 있으면 그 기본권주체를 보호할 의무가 헌법 제10조 제2문의 기본권 보장의무로부터 도출될 수 있는 것이다. 한편, 개별 기본권의 객관적 측면<sup>80)</sup> 역시 기본권보호 의무의 근거가 될 수 있다. 자유권을 개인의 주관적 공권으로만 이해하는 경우, 자유권은 국가로부터의 침해만을 금지할 뿐, 사인으로부터의 침해에 대하여 보호를 제공하지 못한다.<sup>81)</sup> 그러나 자유권을 국가권력에 대한 소극적인 방어권일 뿐만 아니라 객관적 가치질서로 파악한다면, 객관적 질서로서의 자유권은 입법·사법·행정의 모든 국가행위의 방향을 제시하는 지침규정으로 작용함으로써, 기본권의 객관적인 내용을 실현해야 할 국가의 과제와 의무를 뜻하는 것으로 볼 수 있다.<sup>82)</sup> 인공지능이라는 기술의 발달에 있어서 국민의 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등이 실현될 수 있도록 할 국가의 의무가 자유권의 객관적 가치질서로부터 도출된다고 볼 수 있는 것이다. 만약 자유권을 개인의 주관적 공권으로만 이해한다면 자유권을 근거로 하여 국가가 인공지능을 사용하여 개인의 기본권을 침해하는 것의 배제를 구할 수는 있을 것이나, 인공지능을 사용하는 개인으로부터 사인을 보호할 국가의 의무를 인정하기는 힘들 수 있다. 또한 기본권보호의무는 국가의 목표와 과제로부터도 이끌어낼 수 있는데, 국가의 가장 핵심적이고도 고전적인 과제에 속하는 것이 바로 국가 내에서의 평화의 보장과 개인의 생명·안전·재산의 보장이기 때문이다.<sup>83)</sup> 인공지능이 상용화 되었을 때의 개인의 자유권과 인격권의 보장정도가 인공지능이 없을 때와 비교하여 볼 때 현저히 낮다고 평가된다면, 인공지능 기술이 상용화 되는 환경에서 국가가 수행해야 할 과제를 충분히 못한 것이라고 평가할 수 있는 것이다.

### (3) 국가의 기본권 보호의무의 이행 판단기준

기본권보호의무는 사인인 제3자의 행위로부터 발생하는 위법한 기본권적 법익에의 위해를 방지하는 국가의 의무로서, 이 의무가 이행되었다고 하려면 그러한 위법한 위해는 효과적으로 방지되어야 하므로, 보호조치를 전혀 하지 아니하거나 효과적이지 못한 보호만을 제공하는

78) 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법논총 제25집(2014), 19쪽.

79) 허완중(주 78), 19쪽.

80) 허완중(주 78), 19쪽.

81) 한수용(주 35), 438쪽.

82) 한수용(주 35), 438쪽.

83) 한수용(주 35), 438쪽.

것은 금지된다.<sup>84)</sup> 보호조치에 의한 보호가 효과적인지는 과소보호금지원칙이 평가하는데, 과소보호금지원칙의 내용은 현재까지 해석학적으로 명확하게 밝혀지지 않고 있지만, 기본권 보호의무의 효과적 이행에 대한 기준으로서 과소보호금지원칙을 받아들이는 것에는 이론이 없다.<sup>85)</sup> 과소보호금지원칙은 국가가 기본권이 보호하는 법익을 보호하여야 할 때 헌법이 요구하는 최소수준 이상의 보호를 제공하여야 한다는 헌법원칙이다.<sup>86)</sup> 헌법재판소는 “국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우”에 과소보호금지원칙에 위반된다고 하여, 심사기준을 제시한 것으로 보인다.<sup>87)88)</sup> 그러나 인공지능에 대하여는, 인공지능 발달에 따른 지능정보 사회의 고도화를 감안할 때, 과소보호금지원칙의 위반 여부 기준이 되는 ‘최소기준’에 대한 판단에 있어서 ‘지능정보기술적 수준’을 고려하고 그 비중도 강화하여야 한다는 견해도 있다.<sup>89)90)</sup>

인공지능 사용에 의한 국가의 기본권 보호의무를 이행함에 있어서 어느 정도의 보호가 ‘헌법이 요구하는 최소수준 이상의 보호’인지, 헌법재판소가 제시하는 “법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우”에 해당하는지 판단하기에는 많은 어려움이 있다. 보호의무는 국가에게 적어도 최소한의 보호를 요청할 뿐, 어떠한 방법으로 보호의무를 이행해야 할 것인지에 관하여 원칙적으로 국가의 자유로운 판단에 맡기고 있으므로, 특정한 방법으로 보호의무를 이행해야 할 구체적 의무를 도출하기도 힘들다.<sup>91)</sup> 다만, 국가의 조치가 보호의무를 이행하였는지를 판단함에 있어서, ‘침해당한 자유권이 개인에게 본질적일수록 자유권의 위협에 대한 국가의 보호는 보다 강화되어야 한다’는 관점이 고려될 수 있다.<sup>92)</sup> 따라서 보호의무의 이행여부를 판단함에 있어서, 한편으로는 침해당한 당해 기본권이 개인에 대하여 가지는 의미와 위협의 정도, 다른 한편으로는 충돌하는 제3자의 기본권

84) 이민열, “기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙”, 헌법재판연구 제7권 제1호(2020), 249쪽.

85) 허완중(주 78), 205쪽.

86) 허완중(주 78), 205쪽.

87) 헌법재판소는 「국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다」라고 하였다(헌재 2008.12.26. 2008헌마419).

88) 이민열(주 84), 252쪽 참조.

89) 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 공법연구 제49집 제2호(2020), 184쪽.

90) 김배원, “지능정보사회와 헌법”, 공법학연구 제21권 제3호(2021), 86쪽.

91) 한수용(주 35), 442쪽.

92) 한수용(주 35), 443쪽.

또는 공익을 함께 고려해야 한다.<sup>93)</sup>

#### (4) 검토폰공지능의 발달에 따른 국가의 기본권보호의무의 특징

기본권보호의무란 기본권적 법익에 대한 국가의 보호의무로서 기본권이 보호하는 법익을 기본권주체인 제3자의 위법한 위해로부터 보호하여야 할, 즉 그 위해를 예방하거나 그로 인한 피해발생을 방지할 국가의 의무를 말한다.<sup>94)</sup> 따라서 기본권적 법익, 기본권 주체인 제3자, 그로부터의 위법한 위해가 국가의 기본권 보호의무의 발생 요건이 된다. 인공지능 기술을 사용하려는 사업자가 가해자로서 기본권 주체인 사인이 될 것이고, 아래에서 언급할 인공지능 기술에 의해 침해 가능한 다른 기본권 주체의 기본권이 기본권적으로 보호받는 법익(보호대상성)이 된다. 한편, 위법성 여부는 법률이 아니라 헌법에 비추어 판단하여야 하므로 위법성은 제약행위가 헌법적으로 허용되지 않는다는 의미이다.<sup>95)</sup> 따라서 인공지능을 사용하는 사업자의 행위가 법률에 위반됨이 없어도 헌법적 관점에서 타인의 기본권을 침해할 여지가 있으면 국가의 기본권보호의무가 발생하고, 법률을 개정하는 등의 내용으로 인공지능에 의해 영향을 받을 수 있는 국민의 기본권을 보호해야 한다.

한편 국가의 기본권 보호의무는 인공지능 기술에 의한 기본권 침해 위험에 있어서만 발생하는 것이 아니며, 후술하는 인공지능 기술에 의해 침해 가능한 기본권들은 다른 원인으로 인한 국가의 기본권 보호의무에 있어서도 일반적으로 논의되는 것이다. 다만, 인공지능에 의해 야기되는 기본권에 대한 위험은 인공지능의 자율성과 투명성의 결여 등에 기인한다는 점에서, 기존에 논의되었던 사인에 의한 기본권 침해와 다른 면이 있다. 여태까지의 국가의 기본권 보호의무는 이론의 여지없이 인간의 행위에 귀속되는 위험에 대한 것이었다. 하지만 인공지능이 가진 자율성과 투명성의 결여라는 특징은 인공지능으로 인한 위험을 인공지능을 사용하는 사업자의 행위에 당연히 귀속시킬 수 없게 만든다. 즉, 인간이 아닌 실체에 의한 개인의 기본권 침해라는 상황이 만들어진 것이고, 인간의 행위와 법적 연관성이 있다고 단정하기 어려운 결과로부터 사인의 기본권을 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무가 발생한 것이다. 인간이 아닌 실체에 의한 기본권 침해는 그 방식이 인간이 전혀 예견할 수 없는 방식일 수도 있다는 점에서 기존의 문제 상황과는 다른 고유한 위험성을 가진다. 인공지능에 대한 국가의 기본권 보호의무는 이러한 고유한 위험성을 제거하기 위해 필요한 내용을 가지고 있어야 한다는 점에서, 다른 위험원에 대한 국가의 기본권 보호의무와 구별되는 규범적 요구

93) 한수용(주 35), 443쪽.

94) 허완중(주 73), 203쪽.

95) 정재황, 헌법학, 박영사, 2021, 758쪽.

를 포함한다. 즉, 인공지능을 사용하는 사업자 등에게 인공지능의 사용 목적, 인공지능이 선택 가능한 행동, 선택 가능한 행동에 대한 법적 평가, 안정성 실험 결과, 인공지능 행동에 대한 설명 등을 제출하게 하고 이를 심의, 평가하는 과정을 요구해야 하는 것이다. 인공지능과 관련된 법률이 그러한 내용을 담고 있지 않다면, 인공지능의 자율성과 투명성의 결여, 예측불가능성 등으로부터 국민의 기본권에 대한 위협을 효과적으로 방지하지 못한 것이 되어 과소보호금지 원칙에 반하게 된다.

## 2. 인공지능 기술에 의해 침해 가능한 기본권

### (1) 일반적 인격권-자율성, 투명성의 결여로 인한 위협

일반적 인격권은 사적 생활형성을 위한 자율적 영역인 사생활영역의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 기본권으로서, 그 헌법적 기초를 인격의 자유로운 발현을 보장하는 ‘행복추구권’과 ‘인간의 존엄과 가치’에 두고 있다.<sup>96)</sup> 일반적 인격권을 행복추구권과 인간존엄성으로부터 도출한 것은 헌법제정자가 인식할 수 없었고 인식하지 못하였던 현상, 즉 ‘인격발현의 기본조건에 대한 새로운 위협’에 대처하기 위한 것으로 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 생존의 가능성이 위협받는 경우 일반적 인격권에 의한 헌법적 보호가 필요하다.<sup>97)</sup> 이러한 의미에서 일반적 인격권이란, 개인의 사생활 영역을 비롯하여 독자적인 생활형성을 위하여 필요한 기본조건을 보장하는 기본권이다.<sup>98)</sup> 따라서 일반적 인격권은 국가에 의한 사생활의 침해나 사인의 명예훼손적인 발언에 대한 헌법적 보호에 그치는 것이 아니라, 사회현상의 발전에 따라 발생하는 새로운 위협에 대하여 대처할 수 있도록 그 보호범위에 있어서 변화하는 개방적 기본권이다.<sup>99)</sup> 각종 영리활동을 추구하는 사업자가 마케팅 등을 위해 인공지능을 사용하는 경우, 이러한 인격권의 침해가 문제될 수 있다. 예컨대 인공지능은 소비자의 소비 패턴 즉, 언제 어느 시간에 어떠한 물건을 샀는지에 관하여 분석을 할 것인데, 인간이 분석할 경우 크게 의미를 두지 않거나 둘 수도 없는 사항까지 데이터를 수집하여 분석할 것이다. 그리고 그것에 기반 해서 소비자의 행위를 예측해서 사업자에게 제공할 수 있는데, 이는 스스로 자신의 삶을 형성해 나가는 자율성에 대한 위협이 될 수 있다. 또한 자신의 소비 패턴이

96) 한수용(주 35), 564쪽.

97) 한수용(주 35), 564쪽.

98) 한수용(주 35), 564쪽.

99) 한수용(주 35), 564쪽.

다른 사람의 소비 분석을 위한 심층 신경망 학습에 사용될 수 있는데 자신의 모든 행위가 정교한 마케팅의 자료로 쓰인다는 사실이 기본권적으로 바람직한 상태는 아닐 것이다.

한편, 인공지능은 그 특성으로 인해 그 자체로 인격권에 대한 위협이 될 수 있다. 자율성과 투명성의 결여라는 특성이 기본권에 위협이 되는 이유는 인간에게 사회생활에 있어서 중요한 의미를 가지는 결정을 사람이 아닌 전자적 실체가 하고, 그 의사결정 과정을 사람이 알 수 없기 때문이다. 예컨대 자율 살상 무기의 윤리적 문제점은 인간의 생사(生死)결정을 기계가 한다는 것인데<sup>100)</sup>, 생사 결정까지는 아니라도 사회생활상 중요한 의미를 가질 수 있는 결정을 기계가 하고 그 과정을 잘 알 수 없다는 것은 그 자체가 인격권 등에 대한 심각한 위협이 된다. 또한, 예측불가능성이라는 특성은 인간이라면 도저히 발생시키지 않았을 사고를 일으킬 수 있는데<sup>101)</sup> 이렇게 인간의 사회생활상 중요한 의미를 가지는 영역에 대하여 인간의 예측이 불가능한 결정을 내리고 그것이 실제로 적용되는 것 역시 인격권 등에 대한 위협이 된다. 인간이 예측 불가능한 결정이라는 것은 곧 인간에 의한 결정이라고 볼 수 없는데, 인간이 아닌 전자적 실체에 의해 개인의 사회생활상 지위가 결정되면 그 자체가 인간의 존엄에 반한다고 평가할 수 있다고 본다.

## (2) 개인정보자기결정권-‘정보처리 대량성’으로 인한 위협

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.<sup>102)</sup> 새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인할 필요성이 대두된 이유는 컴퓨터와 통신기술의 비약적인 발전에 힘입어 종전의 산업사회에서 정보사회로 진입하게 되었고, 이에 따른 정보환경의 급격한 변화로 인하여 개인정보의 수집·처리와 관련한 사생활보호라는 새로운 차원의 헌법문제가 초미의 관심사로 제기되었기 때문이다.<sup>103)</sup>

100) 이와 관련하여, 제네바의 독일 대사는 “삶과 죽음에 관한 결정을 전적으로 자율 시스템에게 맡기는 것은 허용하지 않겠다”고 밝혔고, 일본은 “인간의 승인 없이 살인을 저지를 수 있는 로봇을 개발할 계획은 없다”고 말했다. 당시 미국 합참차장이었던 폴 셀바(Paul Selva)장군은 2017년에 “나는 인명살상 결정을 로봇에게 맡기는 것이 합당하다고 생각하지 않는다”라고 말했다. 마지막으로, 안토니오 구테레스 UN사무총장은 2019년 “인간의 관여 없이 인명을 취할 능력과 결정권을 가진 기계는 정치적으로 받아들일 수 없고 윤리적으로 부당하다. 반드시 국제법으로 금지해야 한다.”고 밝혔다(Russell·Norvig, 류광 옮김, 인공지능 현대적 접근방식2, 제이펍, 2021, 421쪽 참조).

101) 이해원(주 30), 217쪽.

102) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등.

103) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등.



지능정보사회에서 인공지능의 발전에 수반하는 빅데이터의 활용과 개인정보의 보호 문제는 기업 측의 직업의 자유 또는 영업의 자유와 개인의 개인정보자기결정권이 충돌하는 영역<sup>104)</sup>이라고 할 수 있다. 인공지능은 학습된 지식을 바탕으로 하여 불확실한 상황에서 사용자의 목적 달성을 위해 가장 합리적인 결정을 한다. 그런데 최근의 기계학습은 단순한 기계적 학습(rota learning, 암기식 학습)이 아닌 귀납적 학습인바, 귀납적 추론(inductive inference)은 반복적인 관찰이나 경험을 기반으로 해서 논리를 이끌어 내는 추론방법이다.<sup>105)</sup> 따라서 관찰이나 경험의 대상에 따라 인공지능이 어떤 행동을 할 것인지를 판단하는 기준이 되는 가설의 질이 결정되게 되므로, 사용자에게 도움이 되는 인공지능이 되려면 되도록 많은 양의 정보를 수집해야 한다. 즉, 인공지능의 작동원리에서 언급한 바와 같이 정확한 판단을 내릴 수 있는 심층신경망을 생성하려면 심층학습의 대상이 되는 데이터의 양이 많아야 하는데 이는 많은 양의 개인정보처리로 이어질 수밖에 없는 것이다. 인공지능이 고도화되면, 사람이 생각하지 못했던 무수히 많은 정보의 수집과 그러한 정보의 결합·분석이 가능해지고 그러한 개인정보 처리의 결과는 사람의 확인을 거치지 않고 자동적으로 각각의 정보주체에게 그 효과가 미치게 된다.<sup>106)</sup> 또한 비록 개개의 개인정보 처리에 대하여는 정보 주체의 동의가 있어서 적법할지 몰라도 그 처리가 지속적으로 광범위하게 이루어진다면, 또한 그 결과를 사업자가 설명할 수 없어 블랙박스 화 되어 있으면, 정보 주체가 인식하지 못한 결과가 발생할 수 있다. 기존의 개인정보보호법제는 '개인정보자기결정권'을 바탕으로 개인정보의 처리에 대한 결정권을 사람에게 부여하고, 그러한 헌법상 권리로부터 가능하면 모든 개인정보의 처리단계에 대한 사람의 개입을 정도의 차이는 있더라도 허용하자는 것인데<sup>107)</sup>, 최대한 사람의 개입을 줄여서 지능적이고 자동화된 처리를 하자는 인공지능의 측면은 기존의 개인정보보호법제와 충돌될 수밖에 없다.<sup>108)</sup> 이러한 점에서 인공지능은 개인정보자기결정권에 대한 새로운 위협을 가져 오는 것이다.

### (3) 신체를 훼손당하지 않을 권리

신체를 훼손당하지 않을 권리의 보호법익은 신체의 현 상태를 유지하는 것으로서, 이를 신체의 완전성의 유지라고 표현하기도 한다.<sup>109)</sup> 신체를 훼손당하지 아니할 권리란 개인의

104) 김배원(주 90), 86쪽.

105) 이광형·이병래(13), 260쪽.

106) 한국인공지능법학회(주 11), 173쪽.

107) 한국인공지능법학회(주 11), 173쪽.

108) 한국인공지능법학회(주 11), 173쪽.

109) 장영수(주 39), 607쪽.

건강권이라 할 수 있는데, 여기서 ‘건강’이란 ‘질병이 없는 상태’라는 좁은 의미가 아니라 신체적·정신적 건강을 모두 포함하는 포괄적인 개념이기 때문에, 건강을 해치거나 위협하는 행위는 물론이고 신체의 고통을 가하는 조치를 비롯하여 정신적 학대, 생체학적 건강을 해치지 않는 신체에 대한 침해까지도 포함한다.<sup>110)</sup> 신체를 훼손당하지 않을 권리와 관련하여 최근에는 사회적 환경에 의한 침해라는 새로운 문제 상황이 제기<sup>111)</sup>되기도 한다.

인공지능이 발달함에 따라 인공지능은 점차 자율주행 또는 도시에 물을 공급하는 것 등 안전에 치명적인 영향을 줄 수 있는 분야에도 쓰이고 있다.<sup>112)</sup> 이미 치명적인 사고가 여럿 발생했으며, 기계학습 기법을 이용해서 개발한 시스템들의 공식적 검증과 통계적 위험 분석이 대단히 어렵다는 점이 판명되었다.<sup>113)</sup> 즉, 인공지능을 사용한 자율주행자동차에 의한 주행 결과 내지 사고는 왜 그러한 결과가 발생하였는지에 대한 원인 분석이 어려울 수도 있다는 것이다. 이는 기계학습으로 형성한 심층신경망으로 행동의 가치를 판단한 후 그에 따라 행동하는 인공지능의 원리에 비추어 볼 때 당연한 결과라고 할 수 있다. 자율주행자동차의 설계자조차 인공지능의 행위 선택 이유를 명확히 설명할 수 없다면, 예측 불가능한 실체가 국민의 신체의 안전과 관련된 중요한 행위를 하는 것이 된다. 이러한 인공지능이 가지고 있는 국민의 신체를 훼손당하지 않을 권리에 대한 위협성은 기본권 보호의무의 측면에서, 기존의 위험원에 대한 대응과 구별되는 법적 대응을 요구하고 있다.

#### (4) 검토

인공지능의 자율성과 투명성의 결여, 정보처리의 대량성으로 인해 인공지능 사용은 인격권·개인정보자기결정권·신체를 훼손당하지 않을 권리를 침해할 수 있다. 언급한 일반적 인격권, 개인정보자기결정권, 신체를 훼손당하지 않을 권리 외에도 사업자의 인공지능 사용으로부터 침해될 가능성이 있는 기본권은 여러 가지가 있을 수 있고 인공지능의 사용 확대에 따라 더욱 다양해 질 수 있다. 인공지능의 자율성과 예측불가능성은 인공지능의 부작용으로 예상하지 못한 부분에서 사인의 기본권을 침해할 여지가 있고, 정보처리의 대량성은 그 침해를 지속적이고 광범위하게 이루어지게 할 가능성이 존재한다.

110) 한수용(주 35), 628쪽.

111) 장영수(주 39), 608쪽.

112) Russell·Norvig(주 1), 51쪽.

113) Russell·Norvig, 류광 옮김(주 68), 44쪽.

### 3. 인공지능 기술에 대한 국가의 기본권 보호의무의 존부

위에서 언급한 바와 같이 국가는 기본권을 보장할 의무를 지니고 있고, 인격권 등의 기본권은 객관적 가치질서로서의 성격도 가지고 있으므로 국가는 제3자의 위법한 침해로부터 인격권 등을 보호할 헌법적 의무를 부담한다. 기본권보호의무의 발생요건은 보호대상성(보호법익), 위험원의 사인성, 위법성, 위험의 발생 또는 발생우려<sup>114)</sup>이다. 인공지능의 사용<sup>115)</sup>을 사인인 사업자가 한다면 위험원의 사인성의 요건은 충족된 것이다. 물론 인공지능이 가진 자율성 및 투명성의 결여, 예측불가능성이라는 특징 때문에 인공지능에 의한 위험이 기본권 주체인 사업자의 행위에 법적으로 귀속된다고 단정할 수는 없다. 그러나 국가가 인공지능을 사용하는 경우가 아닌 이상, 비록 기본권 주체의 행위와 위험 사이의 법적인 연관성을 단정하기 어렵더라도, 기본권보호의무의 발생요건에 해당하는 위험원의 사인성에는 해당한다고 보아야 한다. 한편 상술한 바와 같이 인공지능을 사용하면, 인격권·개인정보자기결정권·신체를 훼손당하지 않을 권리 등(보호대상성)에 대한 위험의 발생 또는 발생우려가 있다. 그리고 통제 받지 않는 인공지능의 사용은 사업자의 직업의 자유를 위해 사인의 인격권 및 신체를 훼손당하지 않을 권리 등에 대한 위험을 발생 시킬 수 있으므로 비교적 위법성은 명백한 경우라고 할 수 있다.<sup>116)</sup> 따라서 사업자의 인공지능의 사용으로부터 개인의 기본권을 보호해야 할 국가의 기본권 보호의무가 있다고 할 것이다.

### 4. 인공지능을 육성할 국가의 헌법적 의무 존부

헌법은 제127 제1항에서 「국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다」고 규정하고 있다. 또한 현대국가의 특징은 복지·경제발전·사회보장·교육·문화와 학문의 발전·환경보전에 대한 포괄적인 책임을 지고 있다.<sup>117)</sup> 따라서 특정 과학기술을 발전시키고 육성할 의무가 헌법적 의무가 될 가능성이 존재한다. 물론 모든 기술을 도입하고 발전시켜야 할 국가의 헌법적 의무를 인정할 수는 없다. 그러나 어떠한 기술이 국민의 삶과 국가 경제 및 안보에 미치는 영향력이 지대한데 그것을 육성하고 사용하지

114) 정재황(주 95), 757쪽.

115) 여기서의 사용은 '사업자가 인공지능을 사업의 보조수단으로 활용'하는 경우와 '인공지능이 탑재된 제품을 판매'하는 경우를 모두 포함한다.

116) 위법성, 즉 그 허용 여부는 애초에 명백한 경우도 있겠으나 문제되는 사안에서의 심사를 통해서 판명될 경우가 있다. 어떤 제약행위가 헌법적으로 허용되는지가 비례원칙심사를 통해 판단되어야 할 경우가 있는 것이다(정재황(주 95), 759쪽 참조).

117) 한수용(주 35), 5쪽.

않으면 국가의 헌법적 의무를 다하였다고 볼 수 없는 경우가 있을 수 있다. 인공지능 기술이 미국 경제에 미치는 영향력은 10년 이내에 연 1조 달러에 달할 것으로 예측된다.<sup>118)</sup> 인공지능 기술이 활용될 수 있는 영역은 로봇 자동차, 드론, 다족 로봇, 기계 번역, 음성인식, 상품 추천, 자율 계획 및 일정 수립, 게임 플레이, 이미지 이해, 의료, 기후학<sup>119)</sup> 등이 있는데 새로운 경제 질서를 선도할 여지도 있는 것이다. 또한 자율살상무기<sup>120)</sup>와 같이 군사력에도 영향을 미쳐 국가 안전보장과도 연관될 수 있다. 구글 DeepMind 사의 CEO는 “먼저 AI를 개발시키고, AI를 나머지 다른 문제를 해결에 사용하면 된다”고 제안했을 정도이다.<sup>121)</sup> 또한 AI 전문가인 Kai-Fu Lee는 AI의 영향력은 인류 역사의 그 어떤 것보다 영향력이 클 것이라고 예측한 바 있다.<sup>122)</sup>

이러한 상황에서 국가가 인공지능의 발달을 위해 아무런 행위를 하지 않으면 그 헌법적 의무를 다하지 않은 것이라고 본다. 비록 헌법 제127조 제1항과 국가의 포괄적인 책임에서 특정한 작위 의무를 이끌어 내기는 힘들지만, 위와 같은 상황 아래에서는 위 헌법 조항 및 국가의 포괄적인 책임에서 인공지능 발달을 지원할 국가의 헌법적 의무가 인정된다고 보는 것이 타당하다.

## 5. 국가의 기본권 보호의무의 실현방법

### (1) 입법의 중요성

국가의 기본권 보호의무는 국가의 의무이자 동시에 보호과제의 이행을 위하여 기본권의 제한을 정당화하는 헌법적 근거이다.<sup>123)</sup> 즉, 국가의 보호의무는 보호 조치를 취할 수 있는 권한을 국가에게 부여하는 ‘헌법적 수권규범’이다.<sup>124)</sup> 보호의무의 이행이 자유권에 대한 제한을 수반하므로, 자유권의 제한을 의미하는 보호의무의 이행은 ‘형식적 의미의 법률’에 의하여 이루어져야 하고, 일차적으로 입법을 통하여 이행해야 하는 입법자의 의무인 것이다.<sup>125)</sup> 이러한 입법자의 의무는 형법과 행정법의 규정을 통하여 일차적으로 표현되는데, 제3자의 법익을 침해할 수 있는 사적 시설의 허가·관리에 관하여 규율하는 행정법규정은 개인의 생명, 건강,

118) Russell·Norvig(주 1), 1063쪽.

119) Russell·Norvig, 류광 옮김(주 68), 40쪽.

120) 국제연합(UN)은 사람의 개입 없이 스스로 인간 목표물을 찾고, 선택하고 제거하는 무기를 자율 살상 무기(lethal autonomous weapon)로 정의한다(Russell·Norvig, 류광 옮김(주 68), 43쪽).

121) Russell·Norvig(주 1), 49쪽.

122) Russell·Norvig(주 1), 19쪽.

123) 한수용(주 35), 440쪽.

124) 한수용(주 35), 440쪽.

125) 한수용(주 35), 440쪽.

재산 등의 법익에 대한 보호 의무를 이행한다.<sup>126)</sup> 이렇듯, 기본권 보호의무의 범위 등을 결정할 책무는 우선적으로 입법자에게 주어지는데, 입법자는 기본권 보호의무 이행을 위하여 보호필요성을 충족시키는 규범을 제정하고, 항상 최저한도의 수준 이상의 충분한 보호규범을 배려하며, 사정이 변경한 경우에는 기존의 규정을 개선하여 새로운 종류의 위험에 적합하도록 하여야 한다.<sup>127)</sup> 즉, 입법자는 사적 세력이 타인의 기본권적 법익을 침해하는 것에 대응하고 법적용기관의 보호조치를 위한 토대를 형성할 규범을 마련해야 하는 것이다.<sup>128)</sup> 기본권보호 의무를 인정하는 실익이 결국 기본권의 구체화에 있어서 일차적 책임자인 입법자가 올바르게 기본권을 보호·실현시키고 있는지를 평가하는 데 있다.<sup>129)</sup>는 점에서도 기본권보호의무에 있어서 입법이 중요함을 인식할 수 있다. 인공지능기술의 발달에 따른 국가의 기본권보호의무의 이행에 있어서도 입법자가 일차적 역할을 수행해야 함은 물론이다. 국가의 기본권보호의무의 이행은 필연적으로 인공지능을 사용 또는 개발하려는 사업자의 직업의 자유 혹은 재산권을 제한하게 되기 때문이다. 입법자에 의한 법률 제정 없이 인공지능에 의해 침해 가능한 국민의 기본권을 보호하기 위해 공권력을 행사한다면, 법률에 근거 없는 행정작용으로서 법률유보원칙에 위배되는 것이다.

또한 인공지능의 발전을 위한 지원도 법적 근거가 있어야 한다는 점에서도 입법은 중요하다. 개인의 자유행사가 국가로부터의 자유뿐 아니라 국가에 의한 광범위한 급부행위와 적극적인 국가 활동에 의존하는 오늘날의 사회적 법치국가에서, ‘침해’와 ‘급부’의 구분의 의미가 감소하였고, 급부로부터의 배제나 급부의 박탈이 자유에 대한 침해보다도 개인의 기본권행사에 대하여 더욱 중요한 의미를 가질 수 있기<sup>130)</sup> 때문이다. 즉, 사회·경제·문화정책적인 목적에서 제공되는 국가급부의 배분도 법치국가적 관점에서 수혜자와 급부의 범위를 예측할 수 있도록 법률로써 정해야 할 필요가 있는 것이다.<sup>131)</sup>

인공지능에 관한 입법을 할 때에는 그 입법의 헌법적 목적이 인공지능으로 인해 침해될 수 있는 사인의 기본권을 보호할 의무의 실현과 인공지능에 관한 산업의 발전이라는 것을 전제로, 그 내용이 균형을 이루도록 하여야 한다. 국가의 기본권 보호의무의 이행에 치중하여 규제의 관점에서만 입법을 하면 인공지능의 발전을 저해할 우려가 있는데, 국가는 인공지능 발달을 지원할 헌법적 의무가 있다는 점에서 이 역시 국가의 헌법적 의무를 다한 것이 아니다.

126) 한수용(주 35), 440쪽.  
 127) 최현선(주 75), 49쪽.  
 128) 최현선(주 75), 49쪽.  
 129) 장영수(주 39), 502쪽.  
 130) 한수용(주 35), 259쪽.  
 131) 한수용(주 35), 259쪽.

따라서 인공지능을 자신의 사업에 활용하거나 인공지능이 탑재된 제품을 판매하는 사업자로 부터 국민의 기본권을 보호할 입법을 하되 지나친 규제로 인해 인공지능에 관한 산업의 발전을 가로 막아서는 안 된다. 즉, 인공지능과 관련된 사업자의 기본권을 제한하는 법률을 제정할 때에는 '인공지능을 발전'이라는 공익도 염두에 두어야 하는 것이다.

또한 후술하는 바와 같이 입법의 내용은 절차적 통제 장치를 규정하는 것이 주 내용이 될 것이다. 그러나 절차적 규제에 대해서만 정하고 실제적 요건을 정하지 않는다면, 포괄적인 규제가 되어 과잉금지원칙에 위반될 여지가 있다. 따라서 인공지능의 법적 정의를 법적 규제의 필요성 측면에서 정하고, 그것이 가지는 위험성인 자율성·투명성의 결여·정보처리의 대량성이라는 규율 대상의 실제적 요소에 대응하는 적절한 통제 절차를 규정할 필요가 있다.

## (2) 절차적 규제의 필요성

인공지능은 계속하여 발달하고 있는 개념이기 때문에 지나치게 구체적인 내용을 법에서 정한다면, 그 발전을 가로막거나 유효적절한 지원을 할 수 없게 될 수도 있다. 또한 인공지능의 발달이 어떠한 방식으로 어느 정도로 이루어 질 것인지 현재 시점에서 예측하기 곤란하다는 점도 관련 법률에 내용을 상세히 규정할 수 없는 이유가 된다. 이러한 제약 아래에서 국가는 인공지능의 자율성과 투명성의 결여, 예측불가능성, 정보처리의 대량성으로 인한 위험으로부터 국민의 기본권을 보호할 의무를 진다. 기본권 보호의무의 이행 방법은 지능정보기술이 가지는 파급력 때문에, 기본권에 대한 침해가 있는 후 이를 구제하는 사후적 방식보다는 허가 등의 관리체계에 의한 예방적 통제, 즉 사전적 방식<sup>132)</sup>이 주된 것이 되어야 할 것이다.

인공지능의 특성이 가지는 기본권에 대한 위험성을 유효적절하게 통제하는 방법은 사전적으로 절차적 통제를 실행하고, 사업자에게 일정한 경우에 사후적인 통지 및 신고의무를 부과하는 것이라고 본다. 그리고 그 절차적 통제에는 전문가 집단이 인공지능의 자율성과 투명성의 결여를 확실히 인식하고, 그 사용에 동의 내지 승인하는 심의 절차가 포함되어야 한다. 이러한 절차는 '인간이 아닌 실체가 중요한 결정을 하고 그 과정에 대해 설명할 수가 없다는 특징'과 '설계자조차 인공지능의 행동을 예견할 수 없는 특징'이 가져오는 기본권에 대한 위험을 상당부분 제거할 수 있다. 이러한 특성으로 인해 인공지능은 설계자가 의도하지 않은 방법으로 문제를 해결하거나 더 나아가 돌이킬 수 없는 사고를 낼 수도 있는데, 전문성을 가진 위원으로 구성된 위원회에 의한 사전적 심사는 치명적인 사고의 위험성을 가진 인공지능의 사용을 제지할 수 있는 것이다. 또한, 정보처리의 대량성에 따른 위험은 결국 개인정보에

132) 윤수정(주 89), 184쪽.

대한 위협이라고 볼 수 있고 현행 개인정보보호법으로는 대처하기 힘든 부분이 있을 수 있는데, 이러한 부분에 대해 인공지능에 관한 위원회의 통제를 받게 하여 그 위협을 줄일 수 있다고 본다. 즉, 적절한 절차적 통제를 거친 알고리즘의 설계나 사용에 대해서는 정당성을 추정할 수 있을 것이다.<sup>133)</sup> 다만 그 절차는 인공지능에 대하여 전문지식이 없는 사람에 의해 이루어져서는 안 될 것이다. 따라서 인공지능에 관한 법에서 민주주의의 관점에서 중앙행정기관으로서의 지위를 가지는 위원회에 인공지능의 위험성 등을 심의하고 적절한 처분을 내릴 권한을 부여하는 것이 옳다고 본다. 이렇게 과학 기술에 대응하여 부작용을 최소화하기 위해 중앙행정기관을 설치하여 이에 관련된 일을 관장시키는 것은 현행법에도 존재한다. 예컨대 「원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 의해 설치된 원자력안전위원회는 원자력 이용에 따른 안전관리에 필요한 대책 마련과 그 이행을 담당한다.<sup>134)</sup> 그러나 현재 원자력안전위원회는 ‘안전’을 주목적으로 하여 규제를 주 업무로 하고 있다. 인공지능에 관하여 현재 원자력안전위원회와 유사한 방법의 접근을 취한다면, 인공지능의 발전을 가로막아 인공지능의 발달을 지원할 국가의 헌법적 의무를 다하지 못하게 될 것이므로 인공지능의 육성과 진흥도 동일한 비중으로 놓고 접근하는 방식을 취해야 한다. 즉, 인공지능의 개발 및 이용은 국가가 이를 적극적으로 관리하는 형태가 아니라 철저하게 시장에 맡기면서 국가는 이를 통제하는 형태<sup>135)</sup>로 이루어져야 한다. 개인정보보호위원회도 2021.8.5. 중앙행정기관으로 새롭게 출범하였는바, 이 역시 정보통신기술의 발달로 인해 데이터 사용량의 증가가 가지고 온 개인정보자기결정권에 대한 위협에 효과적으로 대응하기 위해 출범한 것이다. 중앙행정기관으로서 인공지능에 관한 위원회를 설립하여 운영하는 것이 현재 시점에서 볼 때 행정부가 비대화되는 등의 이유로 부적절 하다는 의견도 있을 수 있는데, 과학기술부장관 소속 아래에 위원회를 두고 과학기술부장관이 처분 등을 할 때 위원회의 의견에 구속되는 방식을 취할 수도 있다고 본다.

다만, 인공지능 사용을 통제하는 절차를 형성하는 법률에서 실제적 내용에 대해서 전혀 규정함이 없이 인공지능을 사용하려는 사업자 등에게 절차적 의무만 부과한다면, 포괄적인 규제가 될 수도 있다. 구체적인 내용을 법에서 전혀 정하지 않고 절차만 규정한다면, 위원회에

133) 선지원, 인공지능의 사회적 수용을 위한 국가법의 과제, 국가법연구 제16집 제3호(2020), 20쪽.

134) 「원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」

제2조(운영원칙) 원자력안전위원회는 독립성 및 공정성을 유지하며, 원자력의 연구·개발·생산·이용(이하 “원자력이용”이라 한다)에 따른 안전관리(이하 “원자력안전관리”라 한다)에 필요한 대책을 마련하고 이행에 노력하여야 한다.

제3조(위원회의 설치) ① 원자력안전에 관한 업무를 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 원자력안전위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

135) 윤수정(주 89), 184쪽

백지 위임을 하는 문제가 생기는 것이다. 이러한 포괄적 규제, 백지 위임은 인공지능이 가지는 위험성으로부터 국민의 기본권을 보호하고 자 하는 목적을 제대로 수행하지 못하면서 인공지능을 사용하려는 사업자들의 기본권을 침해할 여지가 있다. 결국 절차적 통제를 공허하게 하지 않기 위하여 실체적 요소도 법에 규정 되어야 한다. 관련된 법의 목적은 인공지능이 가지는 위험성으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위함이다. 따라서 인공지능이 가지는 특정한 자율성과 투명성의 결여 등을 해결하기 위한 절차라는 것을 조문에 명시하고 사전적 심의 절차 등을 규정하는 방식을 취하여야 한다. 사전적 심의의 중요 항목으로 인공지능이 선택 가능한 행위가 규범적으로 적절하게 제한되었는지에 관한 ‘자율성에 대한 심사’, 인공지능의 행위 선택 이유에 대해 가능한 설명을 하게 하여 인공지능의 예측 불가능한 행동을 방지하는 ‘투명성 결여에 대한 심사’가 포함되어야 할 것이다. 심사 절차를 정할 때에는 인공지능이 활용되는 분야에 따라 심사기준을 달리하는 방안 등도 가능하다고 본다. 예컨대, 자율주행자동차와 같이 국민의 생명과 신체에 큰 영향을 미칠 수 있는 인공지능 및 개인정보의 대량처리와 관련되는 인공지능 등에 대해서는 인공지능의 행위 선택 이유 등에 대한 설명의 정도를 높은 수준으로 요구할 수 있는 것이다. 그리고 국민의 기본권에 미치는 영향이 작은 경우에는 심사 기준을 완화하거나, 사용 신고로 인공지능의 사용을 적법하게 하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 이러한 심사는 원칙적으로 허가의 성질을 가지게 될 것이다. 허가란 법령에 의한 자연적 자유에 대한 일반적인 상대적 금지(허가조건부 금지)를 일정한 요건을 갖춘 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행정행위를 말한다.<sup>136)</sup> 절차적 통제를 규정할 때에는 그 절차를 강제할 수단도 마련하여야 한다. 다만, 인공지능 발전이라는 공익도 고려해야 하므로 이러한 절차적 규제가 인공지능 발전을 가로막아서는 안 된다는 한계도 존재하며, 이러한 부분이 향후 입법과정에서 활발하게 논의되어야 한다.

### (3) 소결

국가가 인공지능에 의하여 침해 가능한 사인의 기본권을 보호할 의무를 이행할 때에는 입법에 의해 법률적 근거를 마련하여야 한다. 그런데 인공지능은 계속해서 발전하고 있는 분야이기 때문에 법률에 관련 내용을 자세히 규정하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 그 입법의 내용은 인공지능을 통제할 절차적 기구를 마련하고, 일정한 분야에서 인공지능을 사용할 때에 절차적 통제를 받게 하는 내용이어야 할 것이다. 다만, 법이 그 목적에 맞게 기능할 수 있게 절차와 연관되는 최소한의 실체적 내용은 규정해야 한다.

136) 박균성, 행정법강의(제18판), 박영사, 2021, 227쪽.



## V. 결론

본 논문에서는 인공지능이 발달하여 활용되고 있는 상황에서 국가의 기본권보호의무가 존재하는지 여부와 그 이행방법에 대하여 논하였다. 국가의 기본권보호의무의 이행은 일반적으로 다른 기본권 주체의 기본권을 제한하는 결과도 함께 가져온다. 인공지능에 의해 기본권을 침해당할 우려가 있는 사인의 기본권을 보호하기 위해 법규범을 제정하여 시행하면 인공지능을 개발하여 사용하려는 자의 직업의 자유 등이 제한될 수 있다. 즉, 기본권 제한을 수반하는 법률에 해당하게 되는 것이다. 기본권 제한을 수반하는 법률은 명확성의 원칙을 충족시켜야 해서 그 규율대상의 법적 개념이 명확해야 한다. 인공지능에 관한 법률은 인공지능을 사용 또는 개발하려는 자의 기본권을 제한하므로 관련 법률에서는 인공지능의 개념을 명확히 해야 할 것이다. 결국 인공지능에 의해 침해되는 기본권에 대한 국가의 보호의무의 논의는 인공지능의 개념이 무엇인가에 대한 논의에서부터 출발하여야 한다. 인공지능에 대하여 충분히 수긍할 만한 개념이 정해지지 않은 상태에서 관련 법률이 제정되어 시행되면, 국가의 기본권 보호의무를 제대로 이행하지 못하면서 인공지능을 개발해서 사용하려는 사인의 직업수행의 자유 등을 침해할 우려가 있다. 이러한 면에서 인공지능의 법적 개념 정립은 헌법적으로 중요한 의미가 있는 것이다.

인공지능에 대하여 접근하는 방법은 인간을 중심에 두고 그 능력을 전자적으로 구현하는 것을 중점에 두는 방법, 불확실한 상황 하에서 가장 합리적인 결정을 내릴 수 있는 전자적 실체를 만드는 것을 중점에 두는 방법 등이 있을 수 있다. 그러나 현재 인공지능 연구의 대부분은 후자를 중심으로 이루어지고 있고, 현재 사용되고 있는 인공지능의 실체가 인간의 지적 능력을 그대로 구현한 것으로 보기에 어렵다는 점에서 인공지능의 개념 정의를 할 때에는 후자에 중점을 두어야 한다. 그렇다면 인공지능의 법적 개념은 「복잡한 환경 아래에서 데이터 분석을 통해서 환경을 인식하고, 이러한 데이터로부터 얻어진 정보와 지식에 기반을 둔 탐색으로 주어진 목적 달성에 가장 적합한 행동을 자율적으로 선택하여 실행하는, 인간에 의해 고안된 소프트웨어 또는 하드웨어 시스템」이라고 하는 것이 규율의 대상을 놓치지 않아 기본권 보호의무를 충분히 이행하면서도 기본권 제한 규정의 명확성을 추구하는 방법이라고 생각한다. 물론 이러한 정의도 명확하지 않다고 볼 여지도 있으나 인공지능은 계속해서 발전하는 분야이고 그 응용분야도 다양하기 때문에 그 개념을 어느 정도는 개방된 상태로 둘 필요가 있다.

인공지능에 대한 사항을 정하는 법률에서 지나치게 규제의 관점에서만 접근한다면, 인공지

능의 발전을 가로막을 수 있는데 이것은 인공지능이 창출할 수 있는 경제적 가치 등에 비추어 올바른 현상이 아니다. 인공지능으로 침해 가능한 사인의 기본권을 보호하면서도 인공지능의 발전을 저해시키는 일은 없어야 하는데, 현재로서는 법률에 많은 내용을 담기 보다는 민주적이면서도 전문적인 심의를 할 수 있는 기구를 만들어 각종 처분을 할 수 있도록 하는 것이 바람직한 방향이라고 생각한다. 중앙행정기관으로서 설립하기엔 시기상조라고 볼 수도 있는데, 그렇다면 위원회는 과학기술정보통신부 산하에 두고 그 심의에 있어 독립성을 인정한 후, 그 심의에 따라 과학기술정보통신부 장관이 처분을 하게 하는 방안도 생각할 수 있다.

인공지능은 계속적으로 발달하고 있는 분야이고 그 영향력이 어떠한지는 현재 시점에서 명확히 예측하기 어렵다. 다만, 인공지능의 활용에는 막대한 양의 데이터가 필요하고 인공지능은 불확실한 상황에서 의사결정을 하는 전자적 실체이기 때문에 개인의 기본권에 대해 심각한 위협이 될 수 있다. 국가는 이러한 부작용을 최소화 시키면서 인공지능을 발달시켜 경제적 가치를 창출하고 다양한 분야에서 사용할 수 있게 해야 하는 헌법적 의무가 있다.

## | 참고문헌 |

- 김형근·손진곤, 컴퓨터 구조, 한국방송통신대학교출판원, 2021.
- 박균성, 행정법강의(제18판), 박영사, 2021.
- 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021.
- 손진곤, 이산수학, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021.
- 우균·김진욱, 프로그래밍언어론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021.
- 이광형·이병래, 인공지능, 한국방송통신대학교출판문화원, 2020.
- 장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2021.
- 정재황, 헌법학, 박영사, 2021.
- 한국인공지능법학회, 인공지능과 법, 박영사, 2020.
- 한수용, 헌법학(제11판), 법문사, 2021.
- 弥永眞生·山田剛志, AI·DXが変える現代社會と法, 商事法務, 2021.
- 大槻知史, 정인식 옮김, 알파고를 분석하며 배우는 인공지능, 제이펍, 2019.
- Russell·Norvig, Artificial Intelligence A Modern Approach Fourth Edition, Pearson Education, 2022.
- Charu C. Aggarwal, 류광 옮김, 신경망과 심층학습, 제이펍, 2020.
- Russell·Norvig, Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Pearson Education, 2016.
- Russell·Norvig, 류광 옮김, 인공지능 현대적 접근방식1, 제이펍, 2021.
- Russell·Norvig, 류광 옮김, 인공지능 현대적 접근방식2, 제이펍, 2021.
- 권현영·김경열·김나연, “위험사회에서의 빅데이터 활용과 잊힐 권리의 보장에 관한 고찰”, 공법연구 제41집 제4호(2013).
- 김배원, “지능정보사회와 헌법”, 공법학연구 제21권 제3호(2021).
- 선지원, 인공지능의 사회적 수용을 위한 국가법의 과제, 국가법연구 제16집 제3호(2020).
- 심우민, 인공지능의 발전과 알고리즘의 규제적 속성, 법과사회 제53호(2016).
- 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 공법연구 제49집 제2호(2020).

이민열, “기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙”, 헌법재판연구 제7권 제1호 (2020).

이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 법조 제68권 제2호(통권 734호)(2019).

이해원, “인공지능과 법인격”, 법조 제70권 제4호(통권 제748호)연구논문(2021).

최현선, “입법자의 기본권 보호의무”, 동아법학 제48호(2018).

허원중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제 1-2호(2008).

허원중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법논총 제25집 (2014).

Joint Research Centre, AI Watch Defining Artificial Intelligence, European Commission, 2020.

## | Abstract |

Recently, the development of research on deep learning, a type of machine learning, has rapidly developed artificial intelligence. There are many examples of human-made machines exceeding human abilities, but artificial intelligence differs from other machines in that it is an entity with intelligence, which is an essential ability of humans. These differences bring not only expectations but also concerns about artificial intelligence, which provides the need for constitutional discussions on artificial intelligence. The fulfillment of the state's duty to protect fundamental rights generally results in limiting the basic rights of other individuals. Laws to protect individuals who may be infringed on basic rights by the use of artificial intelligence limit the freedom of occupation of those who want to develop and use artificial intelligence. Laws that limit basic rights must meet the principle of clarity, so it is required that the subject of discipline be clearly defined. Therefore, the artificial intelligence law must first clearly define the concept of artificial intelligence. If related laws are enacted without artificial intelligence being properly defined, there is a risk of violating individual freedom of occupation while failing to properly fulfill the obligation to protect basic rights. Methods of approaching artificial intelligence may include focusing on human beings and electronically implementing their abilities, and focusing on creating an electronic entity that can make the most rational decisions under uncertain circumstances. However, since most of the current artificial intelligence research is centered on the latter, and it is difficult to see that the reality of artificial intelligence currently used embodies human intellectual ability, the latter should be focused when defining the concept. It would be reasonable to assume that it is the realm of biology, not the realm of computer science using electronic methods. If so, I think it is correct to call the legal concept of artificial intelligence a "software or hardware system designed by humans, which recognizes

the environment through data analysis under complex environments and selects and executes actions that best suit the achievement of a given goal with information and knowledge.” Of course, this definition may not be clear, but artificial intelligence is a continuously developing field and its application fields vary, so it is necessary to leave the concept open to some extent.

If the Artificial Intelligence Act is approached excessively from the perspective of regulation, it can block the development of artificial intelligence, which is not the right phenomenon in light of the economic value that artificial intelligence can create. For now, I think it is a desirable direction to create an organization that can conduct democratic and professional deliberations rather than to contain a lot of content in the law so that various dispositions can be made. It may be considered premature to establish as a central administrative agency, and if so, I think it is one way to establish a committee in the Ministry of Science and ICT and recognize its binding force on the resolution.

**Keywords:** Artificial intelligence, The principle of clarity, Duty to protect fundamental rights, Procedural regulation, Committee

# EU 인공지능명령안의 주요 내용과 그 시사점

## Wesentliche Inhalte des EU Verordnungsentwurfs zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz

중앙대학교 법학전문대학원 교수 김종권  
Professor, Chung-Ang University, Kim, Jung-Kwon

### ■ 목 차 ■

I. 처음에 .....	67	1. 고리스크 인공지능시스템의 분류 및 정의 .....	79
II. 일련의 선행 작업의 소산으로서의 의의 .....	68	2. 고리스크 인공지능시스템에 대한 요구사항 .....	80
III. 기초적 논의 .....	69	VIII. 일정한 인공지능시스템을 위한 투명성요건 .....	86
1. EU 인공지능명령안의 기본기조와 그 규율대상 .....	69	1. 사람과 기계간의 상호작용 .....	87
2. 인공지능 등의 개념정의 .....	69	2. 감정인식과 생체적 범주화 .....	87
3. 유럽연합의 다른 법적 행위와의 관계 .....	71	3. 딥 페이크 .....	88
IV. 리스크에 기반한 인공지능 규제체제 .....	73	IX. 인공지능시스템의 공급자 등의 의무 .....	88
1. 차별적 접근기조 .....	73	1. 공급자와 제조자의 의무 .....	88
2. 고리스크 인공지능을 위한 규제의 개관 .....	73	2. 수입업자와 판매업자의 의무 .....	92
V. 명령안의 대상자와 적용영역 .....	74	3. 이용자를 위한 의무 .....	92
1. 규제의 상대방(수범자) .....	74	X. 일치성평가 .....	93
2. 국제적 적용영역 .....	75	XI. 규제샌드박스의 창설과 중소기업에 대한 완화 .....	93
3. 적용배제 대상 .....	75	XII. 행동지침 .....	95
VI. 금지된 인공지능 실행-수용불가 리스크 인공지능 .....	76	XIII. 감독과 감시의 구조 .....	95
1. 사람의 행위를 조작하는 인공지능 .....	76	1. EU인공지능위원회의 창설과 감시행정청 .....	95
2. 사회적 점수제 .....	77	2. 기록기로서의 EU데이터베이스 .....	96
3. 실시간 원격 생체식별 시스템 .....	78	XIV. 맺으면서-국제적 행정법에 관한 고양된 인식이 시급하다 .....	96
VII. 특히 고리스크 인공지능 애플리케이션에 관한 규제 .....	79		

## Ⅰ 국문초록

지난 2021.4.21.에 EU집행이사회(Europäische Kommission)는 인공지능을 위한 일치된(조화된) 규율에 대한 명령안(Verordnungsentwurf zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz)을 공포하였다. 공법의 탈영토화(Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts)는 결코 새삼스럽지 않다. EU행정법은 각국의 행정법의 전개에서 전범으로서 일종의 행정법의 글로벌 스탠다드에 해당한다. EU데이터기본명령(DS-GVO)처럼 차후에 확정될 EU인공지능명령 역시 글로벌 스탠다드로 기능할 것이다. EU인공지능명령안은 인공지능에 관한 세계적으로 유일한 법적 구속력을 지닌 규준이 될 것이다. 이를 바탕으로 앞으로 인공지능에 관한 신뢰할 만한 법적 대강질서가 형성될 것으로 기대된다. 명령안은 EU데이터보호기본명령처럼, 2가지의 임무를 수행한다. 즉, 그것은 신중의 테크놀로지에 동반하여 그것을 규율하고, 아울러 그런 테크놀로지의 도입에 따른 부작용을 저지하려 한다. 인공지능시스템을 EU에 유통시키거나 운영하는 모든 자는 비록 역외에 주소나 거소를 둔다 하더라도 명령안의 수범자가 되도록 규정된 제2조 제1항에 의해 EU인공지능명령의 역외적용을 피할 수 없는 이상, EU인공지능명령안을 본보기로 삼아 인공지능에 관해 조속하게 입법하는 것이 바람직하다. 윤리가이드라인의 제정이 입법을 늦추기 위한 구실이 되어선 아니된다. EU인공지능명령안에서 EU차원의 특별고려대상이 아닌 한, 많은 내용이 그대로 수용될 수 있다. 가령 금지된 인공지능 실행과 같은 수용불가한 리스크를 지닌 인공지능의 금지는 그 자체로 정당하고, 고리스크의 인공지능을 위한 규제 역시 큰 어려움 없이 수용할 수 있다. 비록 구체성이 기대에 미치지 못하지만 규제샌드박스에 관한 내용 역시 참고할만하다. EU인공지능명령을 계기로 행정법의 지평을 획기적으로 확대할 수 있는 ‘국제적 행정법’에 관한 인식이 고양되길 기대한다.

**주제어:** 인공지능을 위한 일치된(조화된) 규율에 대한 명령안, 공법의 탈영토화, 인공지능, 인공지능백서, 신뢰할 수 있는 인공지능 윤리 가이드라인, 기술중립성, 고리스크 인공지능시스템, 원격 생체확인시스템, 규제샌드박스

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)



## I. 처음에

지난 2021.4.21.에 EU집행이사회(Europäische Kommission)는 ‘인공지능을 위한 일치된 (조화된) 규율에 대한 명령안’(Verordnungsentwurf zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz; 이하에서는 ‘명령안’으로 표기한다)을<sup>1)</sup> 공포하였다.<sup>2)</sup> 이에 따라 이 명령안은 EU각료이사회(Rat der Europäischen Union: Rat)와<sup>3)</sup> EU의회가 참여한 EU입법절차인 3자(부)절차(Trilogverfahren)가 진행되고 있다. 명령안은 EU데이터보호기본명령(DS-GVO)처럼, 2가지의 임무를 수행한다. 즉, 그것은 신종의 테크놀로지에 동반하여 그것을 규율하고, 아울러 그런 테크놀로지의 도입에 따른 부작용을 저지하려 한다. EU인공지능명령안은 인공지능에 관한 세계적으로 유일한 법적 구속력을 지닌 규약인 셈이다.<sup>4)</sup> 이를 바탕으로 앞으로 인공지능에 관한 신뢰할 만한 법적 대강질서가 형성될 것으로 기대된다.<sup>5)</sup>

인공지능시스템의 도입을 위한 규율지침(regulatorische Leitlinien)의 법제화에 나서는 것은 필연적이다.<sup>6)</sup> 대전환의 시대에 디지털국가 등과 같은 국가역할의 변화에 맞춰 행정법 및 공법 전반의 개혁과 현대화는 시대적 명제이다.<sup>7)</sup> 이하에서는 독일의 문헌을 참고로<sup>8)</sup> 앞으로의 연구와 관련 논의를 위한 기초를 구축하는 차원에서 명령안의 주요 내용을 개관하고, 이를 통해 그것이 우리네에 시사하는 점을 살펴보고자 한다.<sup>9)</sup>

- 1) 영어판으로는 ‘인공지능법’(Artificial Intelligence Act)의 이름을 붙였다.
- 2) EU기관은 제1차법인 여러 EU조약에 의거하여 제2차법에 해당하는 법적 행위를 하는데, 이에 해당하는 법적 행위가 EU운영조약 제288조는 EU명령(Verordnung), EU지침(Richtlinie), EU결정(Beschluss), EU권고(Empfehlungen) 그리고 EU견해표명(Stellungnahmen)이다. 이들을 우리법과 비교하면 EU명령은 형식적 법률, EU지침은 (독일에서의) 대강적 법률, 결정은 행정행위, 권고는 행정지도, 견해표명은 교시와 같은 비공식적 행위에 해당할 수 있다. 많은 문헌들이 EU명령(Verordnung, Regulation)어를 ‘규정’이나 ‘규칙’으로 옮기는데, 그것은 공법학에서의 용례와는 맞지 않는다.
- 3) EU각료이사회는 유럽이사회(Europäischer Rat; European Council)와는 구별된다. 유럽이사회는 ‘EU정상회의’나 ‘유럽수뇌이사회’라고도 하는데, EU의 각 회원국의 정상들의 회의체이다. 입법권을 갖지 않으며, EU의 입법에도 참여하지 않지만, 입법의 방향 등을 제시하거나 각 회원국간의 타협을 발견한다든지 향후 EU의 발전을 위한 계기를 마련한다든지 하는 상위기관으로서의 나름의 역할을 한다.
- 4) Ebert/Spiecker gen. Döhmnn는 세계적 인공지능 규율의 트렌드 설정자(Trendsetter)로 유럽연합을 추켜세운다(ders., Der Kommissionentwurf für eine KI-Verordnung der EU NVwZ 2021, 1188).
- 5) 명령안 제안이유 1.
- 6) 필자는 인공지능의 법제화 문제를 다루었다: 김중권, 인공지능(지능형) 시스템의 도입을 위한 법적 규율의 문제, 공법학연구 제22권 제1호(2021), 263면 이하.
- 7) 상론: 김중권, 대전환의 시대에 국가의 역할과 행정법(공법)의 개혁 및 현대화-대전환의 시대에는 그에 맞는 코페르니쿠스적 전환의 논리를-, 2021 행정법포럼(2021.11.12.), 발표문.
- 8) 특히 Gerald Spindler의 글(Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz(KI-VO-E) CR 2021, 361ff.)과 Ebert/Spiecker gen. Döhmnn의 글(Der Kommissionentwurf für eine KI-Verordnung der EU, NVwZ 2021, 1188ff.)을 주로 바탕으로 하면서 다른 문헌을 보완하여 전개한다.
- 9) 참고문헌: 박해성·김법연·권현영, 인공지능 규제에 대한 연구-유럽연합의 입법안을 중심으로-, 공법연

## II. 일련의 선행 작업의 소산으로서의 의의

사실 금번 명령안이 하루아침에 세상에 등장한 것은 아니고 일련의 선행작업이 있었다. 즉, 2018년 4월에 제출된 EU의 인공지능전략에<sup>10)</sup> 거슬러 가고, 인공지능백서(Weißbuch für künstliche Intelligenz)를<sup>11)</sup> 참고하여 리스크베이스 규율체제를<sup>12)</sup> 마련하였다. 특히 2018년 12월에 EU집행이사회가 임명한 고위전문가그룹(High-Level Expert Group on Artificial Intelligence; AI HLEG)이 ‘신뢰할 수 있는 인공지능 윤리 가이드라인’(The Ethics Guidelines for Trustworthy AI)을 마련하였는데, EU기본권과 일반적인 윤리원칙에 의거하여<sup>13)</sup> 인공지능에 관한 상대적으로 구체적인 다음과 같은 7가지의 중요한 요청을 집약하였다: i) 인간의 주체성과 감독(Human agency and oversight), ii) 기술적 견고함과 안전성(Technical robustness and safety), iii) 프라이버시와 데이터 거버넌스(Privacy and data governance), iv) 투명성(Transparency), v) 다양성, 무차별, 공평(Diversity, non-discrimination and fairness), vi) 사회적, 환경적 웰빙(Societal and environmental wellbeing), vii) 책임성(Accountability).<sup>14)</sup> 디지털 윤리에 관한 논의와 그 성과는 과거 대부분 불분명하여 법적 논의에 그다지 도움이 되지는 않았지만 점차 구체적인 모습을 띄어 나옴 실질적인 영향을 미쳤다. 요컨대 EU인공지능명령안은 이런 인공지능 윤리 가이드라인에서 전개된 논의의 소산이라 할 수 있다.

구 제49집 제3호(2021), 349-374.

10) Künstliche Intelligenz für Europa, COM(2018) 237 final.

11) Weißbuch zur künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65 final.

12) 공법상으로 “리스크”(Risiko)에 관해 말하기 위해선, 우선 용어상으로 정당함의 증명이 필요하다. 리스크를 法問題로 다루는 법학문헌에서 종종 지적되는 점이 바로, 리스크개념은 위험개념과는 구분되게, 전통적인 법개념에 해당하지 않는다는 것이다. 리스크개념을 다름에서 곤란함이 빚어지고, 이에 따라 법조인 역시 리스크개념의 사용에 주저하곤 한다. 그 이유는 리스크의 배후엔 모호한 개념이 숨겨져 있기 때문이다. 법학에선 우선 위험개념과의 구분에서 귀속문제가 주제로 되었다. 위험은 침해자(장애유발자, 경찰책임자, Störer)에게 귀속될 수 있는, 법익침해의 충분한 蓋然性이 있을 것을 요건으로 한다. 리스크의 경우엔 이 모든 징표가 불확실하다. 법익침해가 불확실하다. 그것이 당장 내일 발생할 수도 있지만, 100년이 지나 발생할 수 있을 뿐더러, 필경 그렇지 않을 수도 있다. 또한 어떤 법익이, 그리고 어떤 것의 법익이 위험스러운지 예상할 수 없으며, 어떤 효과상관관계가 인과관계를 조성할지도 예상할 수 없다. 따라서 리스크의 경우엔 개인화가능한 침해자 역시 골장 확인되지 않는다. 한편 우리의 경우 영어상의 risk와 danger에 각각 비견되는 Risiko와 Gefahr를 의미에 맞게 옮기기가 쉽지 않다. 의견이 분분하다. 일부에선 Risiko를 위험가능성, 위험성, 위험도 등으로 부르는데 대해서, 일부에선 정반대로 Gefahr를 위해로 Risiko를 위험으로 부르고 있다. ‘risk’를 위험으로 옮기는 것은 그 본질과 너무 동떨어진다. 우리 말에서 구별이 쉽지 않은 이상, 그것은 그대로 ‘리스크’로 옮길 수밖에 없다.

13) EU기본권으로 인간 존엄성의 존중, 개인의 자유, 민주주의·사법권·법의 지배의 존중, 평등, 차별 없음, 연대, 시민의 권리를 들고, 일반적인 윤리원칙으로 인간 자유의 존중 원칙, 피해방지의 원칙, 공평의 원칙, 설명기능의 원칙을 든다. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), The Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 2018, S.6ff.

14) The Ethics Guidelines for Trustworthy AI, S.13ff.

### III. 기초적 논의

#### 1. EU 인공지능명령안의 기본기조와 그 규율대상

전체적으로 명령안은 기술중립성(Technologieneutralität)을 추구하면서 지속적인 테크놀로지의 개발에 개방적인 다양한 역동적인 요소를 포함한다. 그리하여 그것의 특징은 한마디로 말하면, -그 영향이 아직 파악될 수 없는- 새로운 테크놀로지에 대한 근거 있는 보호요청과 테크놀로지의 혁신을 가능하게 하는 (기본권적으로 필요한) 자유와 개방성 사이에 균형을 지향한다.<sup>15)</sup>

명령안 제1조는 우선 그것을 통해 다음과 같이 확립할 규율대상을 규정한다: i) 유럽연합에서의 인공지능시스템의 유통과 운전(가동)을 위한 일치된(조화된) 규칙(harmonisierte Regeln für Inverkehrbringen und Inbetriebnahme von KI-Systemen in der EU), ii) 인공지능 분야에서의 일정한 실행의 금지, iii) 고리스크 인공지능에 대한 특별한 요구사항 및 그것의 운영자에 대한 의무부과, iv) 일정한 인공지능시스템<sup>16)</sup> 위한 일치된(조화된) 투명성규칙(Transparenzregeln)의 창출, v) 시장감시와 시장관찰을 위한 규정. 이런 규율대상은 실은 명령안의 규율목표이기도 하다.

#### 2. 인공지능 등의 개념정의

명령안 제3조 제1호에서의 인공지능의 정의는 명령안이 지향하는 광범한 적용영역을 보여 준다. 이에 의하면 인공지능시스템은 다음의 두 가지 사항을 갖춘 소프트웨어를 의미한다: i) 명령안 부속서(Anhang) I 에 표시된 하나나 여러 기술이나 구상으로써 개발된 것, ii) 사람이 정한 일련의 목표와 관련해서 내용, 예측, 권고나 결정과 같이 상호작용하는 주위환경에 영향을 미칠 수 있는 것. 여기서 명령안 제3조 제1호에 대한 부속서 I 은 딥러닝을 포함한 기계학습을, 나아가 전문가시스템을 포함한 지식기반의 착안점 및 통계적 착안점, 탐색방법론과 최적화방법론을 나열한다. 그리하여 EU집행이사회는 부속서 I 을 새로운 개발에 순응할 수 있게 하여 새로운 개발에 대해 개방적이도록 그곳에서 최대한 기술중립적이고 미래지향적인 정의를 사용하고자 한다.<sup>17)</sup> 이를 위하여 EU집행이사회가 명령안 제4조, 제73조에 따라

15) Ebert/Spiecker gen. Döhmann, a.a.O., S.1188.

16) 자연인과의 상호작용을 위한 인공지능, 감성인식과 생체인식(Emotionserkennung und biometrischen Identifizierung)을 위한 인공지능시스템, 이미지, 비디오나 음성녹음을 생성하거나 조작하기 위해 사용된 인공지능시스템(소위 딥 페이크)

그 리스트가 시장전개와 기술개발에 순응하도록 부속서 I를 개정(업데이트, 현실화)하기 위한 법적 행위(Rechtsakte)를 발할 수 있다.

인공지능을 위하여 본질적으로 중요한 여러 데이터 개념 역시 마련되었다.<sup>18)</sup> 명령안 제3조 제29호는 트레이닝데이터(Trainingsdaten)의 개념을 인공지능시스템이 신경망(neuronales Netz)내에서의<sup>19)</sup> 중요도판정을 포함하여 학습매개변수(Lernparameter)를 충족시킨 것으로 정의한다. 반면 명령안 제3조 제30호에 따른 검증데이터(Validierungsdaten)는 학습불가매개변수의 조정(Abstimmen, tuning)과 학습과정 그 자체에 이바지할 데이터이어야 한다. 이 경우 이 검증데이터는 트레이닝데이터의 일부도 될 수 있다. 이런 것은 마지막으로 검증된 인공지능시스템이 시장에 출시되거나 가동되기 전에, 훈련된, 검증된 인공지능시스템의 독립적인 평가를 가능하게 할, 명령안 제3조제31호에 따른 테스트데이터(Testdaten)의 정의에 의해 보완된다.

명령안은 제3조 제36호에서 생체인식(식별) 인공지능에 관해 정의를 하는데, 명령안 제3조 제36호는 원격 생체확인시스템(biometrisches Fernidentifizierungssystem)을, 인공지능의 이용자는 관련인이 실재하는지와 식별(인식)가능한지 여부를 처음부터 알지 못하는데, 사람의 생체 데이터 특히 안면인식에 의거한, 데이터베이스와의 비교에 의거한 사람의 확인을 목적으로 하는 일체의 인공지능으로 포착한다. 그러나 그 이전에 명령안은 또 다른 중요한 구분을 한다: 제품에 통합된 인공지능시스템(임베디드 인공지능시스템; embedded AI-systems)과<sup>20)</sup> 독립형 인공지능시스템(stand-alone AI systems).<sup>21)</sup> 임베디드 인공지능시스템에 대해서는 일치성(적격성)평가절차가 해당하고 견지되는 데 비해서, 명령안은 수평적 착안점에서 일체의 소프트웨어(독립형 인공지능시스템)에 대해 마찬가지로 CE-Verfahren를 과하는데,

17) 여기서 주목할 점은 인공지능의 중요한 특징적인 요소에 해당하는 인공지능에 의한 행위의 불가측성(Unvorhersehbarkeit) 및 블랙박스 효과(Black-Box-Effekt)에 대해 아무런 언급이 없다는 것이다. 그리하여 보통의 전문가시스템에서의 결정론적 소프트웨어 역시 인공지능에 의해 포착되고, -인공지능에 대한 EU 고위 전문가 그룹(AI HLEG: High Level Expert Group on AI)의 정의에서 사용된 것보다 본질적으로 더 넓은 영역에서 인공지능의 존재가 인정된다.

18) 데이터(Date)와 정보(Information)의 차이를 살펴볼 필요가 있다. 정보는 의미론적으로 인식된 데이터이고, 데이터는 이런 정보의 운반자(Träger von Informationen)라 할 수 있다. 데이터는 커뮤니케이션에서의 사용을 위한 원료가 된다. W. Hoffmann-Riem, Die digitale Transformation, in: Unger/Unger-Stenberg(Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S.129(136).

19) 신경망이란 외부에서의 입력에 대해 반응하고 각 단위 사이의 정보를 연계하여 처리하는 일종의 머신러닝을 말한다.

20) 임베디드 시스템은 제어를 위한 특정 기능을 수행하는 컴퓨터 시스템으로 장치 내에 존재하는 전자 시스템이다. 임베디드 시스템은 전체 장치의 일부분으로 구성되며 제어가 필요한 시스템을 위한 두뇌 역할을 하는 특정 목적의 컴퓨터 시스템이다. 개인용 컴퓨터와 같이 특정되지 않는 일반적인 목적을 수행하는 컴퓨터 시스템과 대비된다(위키피디아).

21) 이는 통합 없이 마치 홀로 기능하는 가령 대체적으로 소프트웨어로서 또는 클라우드에 기반을 둔 인공지능시스템을 말한다.

하지만 내부적 통제에 기반을 두며, 데이터베이스에 등록할 의무와 결부시킨다.

### 3. 유럽연합의 다른 법적 행위와의 관계

#### (1) EU데이터기본명령(DS-GVO)과의<sup>22)</sup> 관계

EU데이터기본명령(DS-GVO)은 명령안의 규율과 관련해서 무관하거나 보완될 것인데, 특히 트레이닝 데이터의 분야에서 그렇다. 트레이닝 데이터는 기술규제 안에서 핵심적인 문제점의 하나인데, 그것은 많은 인공지능 애플리케이션(KI-Anwendungen)의 토대이다.<sup>23)</sup> 특히 기계학습에서 트레이닝 데이터는 인공지능의 개발에 대해 주도적 영향을 주며, 그리하여 이 데이터와 관련해서 입법적 품질통제가 불가결하다. 그러지 않으면 -차별적 알고리즘의 개발과 같은- 바람직하지 않은 후과(결과)가 생길 수 있다. 현재 트레이닝 데이터의 사용은 -이용된 데이터와 관련해서 확실한 품질보증을 요구하는- 인적 데이터처리를 위한 원칙을 규정한 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제5조 제1항 제d호에<sup>24)</sup> 의해 극히 미진하게 조종될 수 있다. 그렇지만 합성된 혹은 최소한 익명화된 트레이닝 데이터가 이용되기 때문에, 이 데이터는 종종 EU데이터기본명령(DS-GVO)의 적용범위에 들어간다.

특히 -인적 데이터를 기반으로 한 자동화된 결정발견을 위한 기준을 만든- EU데이터기본명령(DS-GVO) 제22조<sup>25)</sup> 역시 명령안과 관련이 있다. 더해서 명령안은 가령 인공지능을 위한 트레이닝 데이터를 위한 목적구속의 원칙(Zweckbindungsgrundsatz)과 관련해서 또는 '규제 샌드박스'(regulatory sandboxes)의 영역에서 후술하듯이, EU데이터기본명령(DS-GVO)의 몇몇 위반이나 완화를 담고 있다. 그리고 명령안 제10조 제5항에<sup>26)</sup> 의하여 고품질의 데이터

22) 문헌상으로 EU 개인정보보호법이라 불리기도 하는데, 데이터와 정보가 다르다는 점에서, 'DSGVO'(Datenschutz-Grundverordnung)이나 'GDPR'(General Data Protection Regulation)을 개인정보보호법으로 옮기는 것은 엄밀성에서 문제가 있다.

23) Hacker, NJW 2020, 2142, 2145; ders., A Legal Framework for AI Training Data, Arbeitspapier, 2020, abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3556598](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556598) (abgerufen am 17.5.2021).

24) 인적 데이터는 객관적으로 타당하고 필요한 경우에는 가장 최신의 상태이어야 한다; 처리의 목적과 관련해서 타당하지 않은 인적 데이터가 지체 없이 삭제되거나 수정되도록 모든 상당한 조치가 발해져야 한다.

25) ① 관련인(데이터주체)은 그에게 법적 영향을 미치거나 유사한 방식으로 그를 현저하게 제한하는, -프로파일링을 포함한- 전적으로 자동화된 처리에 기반한 결정에 대해서는 따르지 않을 권리를 가진다.

26) 고리스크 인공지능시스템과 상관관계가 있는 왜곡을 관찰, 인정 그리고 수정을 위하여 무조건적으로 필요한 경우에는, 그런 시스템의 제공자는 인적 데이터의 특별한 범주를 EU명령(2016/679) 제9조 제1항, EU지침(2016/680) 제10조와 EU명령(2018/1725) 제10조 제1항에 따라 처리할 수 있다. 이 경우 제공자는 자연인의 기본권과 기본자유의 보호를 위한 상당한 예방조치를 취해야 하는데, 추구하는 목적인 익명화(Anonymisierung)에 의해서 제한된다고 할 경우에는 계속사용의 기술적 제한과 -가명화(Pseudonymisierung)와 암호화(Verschlüsselung)와 같은- 가장 최첨단의 보안조치와 데이터보호조치 역시 이런 예방조치에 속한다.

세트(Datensätze)와 이를 기반으로 한 인공지능을 가능하게 하기 위하여, 일정한 공급자를 위하여 EU데이터기본명령(DS-GVO)의 의미의 민감 데이터의 동원과 처리 역시 허용된다. 그래서 EU집행이사회는 명령안 제안이유 45에서 다음과 같이 서술한다-보건영역에서의 인공지능에 의한 트레이닝을 위하여 ‘유럽보건데이터스페이스’(European Health Data Space)를 통해 관련 보건데이터에의 접근이 기관에 의한 감독과 특별한 보안규정(Sicherheitsbestimmungen)의 준수하에 열려 있어야 한다.<sup>27)</sup> 이런 측면에서 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제9조에는 일반적인 처리금지(Verarbeitungsverbot)와 관련하여 또 다른 제한이 있다. EU데이터기본명령(DS-GVO) 제5조 제1항 제b목에<sup>28)</sup> 의하면 엄격한 목적구속의 원칙(Zweckbindungsgrundsatz)이 통용되는데, 그것의 예외를 명령안 제54조 제1항 제a목은<sup>29)</sup> 허용한다. 즉, 이런 인적 데이터의 계속처리와 관련하여 규제샌드박스(regulatory sandbox)에 해당하는 경우에는 즉, 그런 처리가 혁신적인 인공지능시스템의 개발과 테스트에 이바지하는 경우에는 허용된다.

## (2) 다른 제품안전법적 행위, 특히 EU기계명령안(Vorschlag einer Maschinen-VO)과의 관계

명령안은 궁극적으로 제품안전법적(produktsicherheitsrechtlich) 착안점을 따르기에, 부문 특수한 규율과의 관계에 대한 물음은 자명하다. EU집행이사회는 여기서 명령안을 -새로운 입법적 프레임워크(New Legislative Framework: NLF)에 바탕을 둔- 모든 규율의 수평적인 보완으로 보고자 한다. 이 경우 EU집행이사회는 각각의 제품에 인공지능을 특별하게 삽입(장착)하는 것과 관련한 보완적 안전요구사항을 규정할 수 있다. 그에 맞춰 명령안은 -비행기나 자동차의 분야에서 자세한 규준을 담고 있는- 구식 접근에 따른 제품안전법적 규준에 적용되지 않는다. 이에 따라 명령안은 몇몇 EU명령 내지 EU지침에 대해서 극히 제한적으로 적용된다.

27) 그렇지만 추후목적이 현저하게 훼손될 경우에는 처리전에 명백히 데이터현황의 익명화가 실시되어야 한다.

참조: 명령안 제10조 제5항.

28) 인적 데이터는 오로지 확정하고, 분명하며 정당한 목적을 위하여 수집될 수 있으며, 이들 목적과 일치하지 않는 방법으로 추가(계속)처리될 수는 없다. ...

29) ① 다른 목적을 위하여 적법하게 수집된 인적 데이터는 인공지능-규제샌드박스에서 일정한 혁신적인 인공지능 시스템의 개발과 시험(검증)을 위하여 이하의 조건하에 처리될 수 있다: a) 혁신적인 인공지능시스템은 하나 또는 다수의 이하의 영역에서 중대한 공익을 유지하기 위하여 개발된다: b) ...

## IV. 리스크에 기반한 인공지능 규제체제

### 1. 차별적 접근기조

명령안은 인공지능에 관한 규율(규제)체제를 구축하였는데, 여기서 EU집행이사회는 여러 가능한 상황하에 리스크기반의 착안점을 분명하게 반영하였다.<sup>30)</sup> 즉, 명령안은 다음과 같이 여러 상이한 리스크단계를 설정하였다: i) 수용불가 리스크(inakzeptables Risiko), ii) 고리스크(hohes Risiko), iii) 저리스크와 최소리스크(geringes sowie minimales Risiko).<sup>31)</sup> 수용불가 리스크의 인공지능에 대해 명령안은 하나의 예외를 제외하고는 전면 금지하고, 고리스크 시스템에<sup>32)</sup> 대해 높은 요건이 통용된다. 결국 명령안은 오로지 고리스크 인공지능만을 위한 강행규율을 담고 있다. 그럼으로써 인공지능의 사용으로 인해 일정한 법익의 훼손의 고 리스크가 발생할 수 있는 상황에서 합당한 보호조치가 발해졌는지 여부가 예방적으로 심사될 수 있게 되었다. 반면에 저리스크와 최소리스크의 인공지능의 경우에는 명령안의 요구사항을 수용하는 것은 임의적 사항이다. 이런 인공지능은 중간정도의 의무와 행동지침구상(code-of-conduct-Konzept)으로 규율하는데, 다만 이 경우 명령안은 그 적용영역을 EU 이외에 주소지를 갖는 공급자에까지 명시적으로 확대한다.

### 2. 고리스크 인공지능을 위한 규제의 개관

고리스크 인공지능을 위한 규제의 표현된 목표는 관련 이용자의 기본권 특히 표현의 자유에 관한 기본권, 비차별 및 데이터보호법상의 기본권을 보장하는 것이다. 고리스크 인공지능에 대한 요구사항의 감시의 핵심요소는 일치성평가(Konformitätsbewertung)라는 제품안전법적 착안점이다. 일치성평가는 기술표준에 의거하며, 또한 다른 대안도 허용하는 추정효과(Vermutungswirkungen)를 수반한다. 일치성평가의 메커니즘을 통해 EU집행이사회는 한편으로는 꼭 필요한 탄력성을 보장하고, 다른 한편으로 감독청의 과부하를 저지하고자 한다.

고리스크 인공지능에 관한 의무를 관철하기 위하여 EU집행이사회는 소위 독립형

30) 이미 이런 방향의 규제구조를 Martini 교수가 제시하였다. Ders., Blackbox Algorithmus - Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin, Springer 2019, S.226ff.

31) 이 둘을 명령안은 나누어 규율하지 않는다.

32) 여기서 '고리스크'(hohes Risiko; high-risk)에 관한 바른 이해가 필요하다. 이는 발생의 '개연성이 인정되는 상태'(wahrscheinlich, likely, probably)인 위험(danger)의 상황에 가까운 '고도의 가능성'(highly possible)이 있는 상황을 의미한다. 명령안에서 위험(danger)이란 용어를 사용하지 않고 리스크란 용어를 사용한 뜻을 제대로 헤아려야 한다.

(stand-alone) 인공지능을 위한 등록의무와 그리하여 EU차원의 데이터베이스(데이터뱅크, Datenbank)를 창설하고자 한다. 이를 이용하여 감독청이나 기타의 제3자는 의무준수 특히 관련 기본권의 보호와 관련하여 인공지능의 활동을 감시할 수 있다. 동시에 그럼으로써 공법적 사전승인에 대한 요구가 부인된다. 데이터베이스의 구축과 운영을 보완하기 위하여 요구되는 것이, 인공지능의 운영자로 하여금 기본권을 위태롭게 하는 인공지능의 심각한 사고와 오작동을 감시행정청에 통보할 의무를 지우는 것이다; 그러면 감시행정청이 획득한 상응한 정보는 EU집행이사회에 의해 시장분석과 평가를 위하여 활용될 것이다. 마지막으로 고리스크의 인공지능과 관련해서 중소기업에 대한 완화를 도모하기 위하여 명령안은 규제샌드박스의 설정이나 일치성평가에서의 완화를 허용한다.

## V. 명령안의 대상자와 적용영역

### 1. 규제의 상대방(수범자)

명령안 제2조 제1항에 의해 명령의 수범자는 다음과 같다: i) EU에 인공지능시스템을 유통시키거나 가동시키는 공급자(EU나 제3국에 주소지나 거소지를 두는지 여부에 관계없음), ii) EU에 거주하는 인공지능시스템의 이용자, iii) 시스템에 의해 생성된 결론(출력값)이 EU에서 사용되는 경우에는 제3국에 주소지나 거소지를 둔, 그런 시스템의 공급자와 이용자.

여기서 공급자(Anbieter, provider)는 자신의 이름이나 상표만으로 인공지능시스템을 유상이나 무상에 관계없이 유통시키거나 운용(운전)하기 위하여 인공지능시스템을 개발하거나 개발하게 한 자연인, 법인, 행정청, 기관이나 기타 부서를 말한다(명령안 제3조 제2호). 운영자도 포함된다. 여기서 주목할 점은, 명령안의 적용영역을 오픈하기 위하여 데이터의 공개는 EU디지털내용지침(DID-RL)<sup>33)</sup> 제3조 제1항처럼<sup>34)</sup> 결코 필요하지 않다는 것이다. 규제의 상대방에는 인공지능시스템의 민간운영자만이 아니라, 국가의 행정청도 명백히 포함된다, 그리하여 오픈소스 시스템 역시 명령안에서 배제되지 않으며, 명령안의 요구사항이 전적으로 그것에 대해 통용된다. 여기서 ‘운영자’(Betreiber)에는 공급자(Provider)만이 아니라 오픈레

33) Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. Nr. L 136/1 vom 22.5.2019, S. 1-27.

34) 이 지침은 사업주가 소비자에게 디지털 콘텐츠 또는 디지털 서비스를 제공하거나 제공할 것을 약속하고 소비자는 가격을 지불하거나 지불할 것을 약속하는 모든 계약에 적용된다. ...



이터(조직자)(Operator)도 포함된다. 다른 한편 인공지능시스템의 이용자 역시 인공지능을 영업목적으로 사용하는 한 규제대상에 포함되는데(명령안 제3조 제4호), 이용자와 구분되어야 할 것이 인공지능시스템과 관련된 자, -권고나 조치의 형태로 인공지능시스템의 영향을 받는- 인공지능의 영향을 받는 자(AI subjects)이다.

## 2. 국제적 적용영역

명령안 제2조 제1항에 의해 인공지능시스템을 EU에 유통시키거나 운영하는 모든 자는 비록 역외에 주소나 거소를 두더라도 명령안의 수범자가 된다. 일반 제품안전법-지침(allgemeinen Produktsicherheits-RL)<sup>35)</sup> 경우(Art. 2 e) ii)) 제조자가 역외에 주소지를 가지면 제조자가 아닌 수입자가 EU법의 규율을 따르게 하기에, 역외 제조자를 규율대상으로 하는 명령안은 이 점에서 전통적인 제품안전법을 부분적으로 넘어선다. 이에 반해 이용자는 명령안 제2조 제1항에 따라 그가 연합에 거주하는 경우에만 의무를 진다. 그렇지만 인공지능시스템의 결론(결과)이 연합내에서 사용되는 경우에는, 역외 주소를 가진 운영자만이 아니라, 이용자 역시 명령안의 지배를 받는다(명령안 제2조 제1항 제c목).

## 3. 적용배제 대상

먼저 전적으로 군사용으로 개발되거나 사용되는 인공지능시스템에는 명령안이 적용되지 않는다(제2조 제3항). 이들 행정청이나 기구가 형사소추와 EU이나 하나 또는 다수 회원국과의 사법공조의 영역에서 국제적인 협정의 범주에서 인공지능시스템을 사용하는 한, 제3국의 행정청은 물론, 제1항에 따라 동 명령의 적용영역에 들어가는 제3국의 행정청은 물론 국제기구에 대해서는 동 명령안은 적용되지 않는다(제2조 제4항).

35) Richtlinie(EU) 2011/95 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2011 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11/4 vom 15.1.2012, S.4-17.

## VI. 금지된 인공지능 실행-수용불가 리스크 인공지능

명령안 제5조제1항은 남용으로 조작된 사회적 통제를 유발할 수 있는 인공지능의 일정한 실행을 무조건 금지한다. 명백히 명령안은 수용불가 리스크(inakzeptables Risiko) 인공지능의 존재를 공식화하였는데, 이는 신기술의 안전하지 않은 개발을 예방적 조치를 통해 저지시키는 기술법의 전통에 따른 것이다.<sup>36)</sup> 다만 EU데이터기본명령(DS-GVO)과는 달리, 명령안은 인공지능의 구체적인 사용(용도)에서 일부는 예외를 설정한다.

### 1. 사람의 행위를 조작하는 인공지능

사람의 행위를 조작하는 인공지능은 명령안 제5조 제1항 제a호와 제b호에 의해 금지된다. 명령안 제5조 제1항 제a호에 의해, 물리적, 심리적 손해를 덧붙일 수 있는 방법으로 사람의 행위에 본질적으로 영향을 미치기 위하여 사람의 의식을 넘어선 잠재의식의 기술이 사용되는 경우에는 인공지능시스템이 금지된다. 동항 제b호는 나아가 각별히 보호가 필요한 집단에 속하는 사람의 행위에 본질적으로 영향을 미치기 위하여 연령, 신체나 심리적 장애에 의거하여 그 집단을 이용(착취)하는 인공지능시스템을 거부한다. 동 규정은 가령 특정한 행위방식으로 이용자를 움직이게 하기 위하여 심리적 인식을 사용하는 디자인 패턴(예: 특별한 강조 표시 또는 그래픽 디자인을 통해 웹사이트의 쿠키 배너에서 "모두 수락" 클릭)처럼 이른바 다크 패턴(Dark Patterns)에<sup>37)</sup> 연계되는데, 흥미롭게도 모든 금지에서처럼, 개발이 아니라, 사용, 운영(가동)과 유통만이 거부된다.

시민의 자율, 자유상태와 자기결정을 유지한다는 측면과, 조작과 무의식적 영향미침을 저지한다는 측면을 고려할 때 이처럼 광범하게 규정한 것은 원칙적으로 긍정적으로 평가되어야 한다. 보호가 필요한 집단을 각별히 관련시키고 그리하여 디지털 기술에 의한 정보상의 힘의 비대칭(Machtasymmetrien)을 적극적으로 문제 삼는 착안점 역시 주목할만하다.<sup>38)</sup> 그런데 필경 본질적인 행위변경을 초래할 수밖에 없는 요건에 의해 이상의 두 가지 금지는 심각하게

36) EU데이터기본명령(DS-GVO) 역시 그러하다. NK-DatenschutzR/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Aufl. 2019, DS-GVO Einl. Rn.244ff.

37) 이는 상품 구매시 고가의 보험을 구매하거나 반복 청구서에 가입하는 등 사용자를 속이도록 신중하게 제작된 사용자 인터페이스이다. 사용자 경험 디자이너 해리 브리놀리 2010년 7월 28일 "기만적인 사용자 인터페이스의 이름을 짓고 수차례 만들어 만드는 것을 목표로 하는 특정 라이브러리"인 darkpatterns.org의 등록으로 신조어를 만들었다고 한다. [https://en.wikipedia.org/wiki/Dark\\_pattern](https://en.wikipedia.org/wiki/Dark_pattern).

38) 그러나 왜 이런 집단이 선택되었는지의 이유 그리고 힘의 대칭이나 차별취약성에 일반적으로 연계되지 않았는지 이유가 불확실하다는 지적이 있다. Ebert/Spiecker gen. Döhmman, a.a.O., S.1188(1189).

약화된다. 그런 인공지능의 구체적인 해당성과 관련해서 무엇에 의거하여 판단되어야 할지 자세히 규정되어 있지 않기 때문이다. 그런데 중요한 행위변경과 관련해서 소위 너지(Nudging)가<sup>39)</sup> 여기에 부분적으로 포함될 수밖에 없다.<sup>40)</sup> 인공지능시스템이 분명히 이런 목적을 위하여 프로그래밍되어 있어야 한다는 것 역시 제한적으로 영향을 미친다. 그런 인공지능시스템의 공급자와 이용자는 필요시에 본질성과 의도 역시 거부할 수 있을 것이고, 도입의 책임을 상호 이전시킬 수 있을 것이다.

## 2. 사회적 점수제

중국에서 개발되어 문제가 된 사회적 점수제(Social Scoring)에<sup>41)</sup> 대한 반작용으로 명령안 제5조 제1항 제c호는 그런 기능을 하는 인공지능시스템을 명시적으로 금지시킨다. 동 규정에 의하면, 사람의 사회적 행위나 주지되거나 예측된(일정한 시간을 통한) 다른 특성에 의거하여 사람의 신뢰도를 평가하거나 분류하는 것에 이바지하는 인공지능시스템이 그에 해당한다. 존재하는 '사회적 점수제'는 자연인 그룹에 대해 적어도 원래의 데이터수집의 맥락과 아무런 상관이 없는 불이익을 주거나 침익적인 대우를 초래할 수 있다.<sup>42)</sup> 혹은 '사회적 점수'에 기반한 차별적 대우가 사회적 행위나 그것의 중대성에 비해 정당하지 않거나 비례적이지 않을 수밖에 없다. 그런데 명령안은 '사회적 점수제' 금지를 그것이 행정청 및 행정청에 의해 위임된 경우에만 채택하고 민간영역에서는 채택하지 않았다. 가령 계약체결이나 직무접촉과 같은 사적 분야에서 사회적 점수제 시스템이 도입됨에 따라 비롯된 특별한 힘의 지위가 여전히 법적 규율의 대상이 되지 않는다. 이처럼 민간영역을 배제하는 입법상황은 차별금지의 차원에서 비판받을 만하다.<sup>43)</sup> 참고로 EU의회는 이미 행정청을 위한 사회적 점수제의 금지와 사인을 위한 더 강력한 해명의무(Rechenschaftspflichten)를 결의했다.<sup>44)</sup> 명령안은 문제점을 단지 신용평가와 관련해서만 高리스크 인공지능으로 취급하는데, 이는 큰 흠결이 될 수 있다.

39) 미국의 행동경제학자 Richard H. Thaler와 법률가 Cass R. Sunstein이 창안한 너지(Nudge, Nudging)개념은 타인의 선택을 유도하는 부드러운 개입을 의미한다. Vgl. Thaler/Sunstein, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, 2008.

40) 이미 규제나 기업의 비즈니스와 경영관리의 차원에서 너지이론은 알고리즘에 매우 활발히 접목되어 알고리즘 너지가 비알고리즘 너지보다 월등 우세하다고 한다. Vgl. Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner, Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging, 2017.

41) Maamar, CR 2018, 820 (821 f.).

42) 이는 부당결부금지의 원칙에서 접근해야 한다. 2021.3.23.에 제정공포된 「행정기본법」은 동원칙을 명문화하였다(제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다). 이를 기화로 논의의 실질화가 기대된다.

43) Ebert/Spiecker gen. Döhmman, a.a.O., S.1188(1189).

44) Europäisches Parlament, Entschließung v. 20.1.2021 - A9-0001/2021, Nr.72.

### 3. 실시간 원격 생체식별 시스템

소위 실시간 원격 생체식별시스템의 이용 역시 인공지능을 사용한 대표적인 예이다. 명령안 제3조 제35호는 ‘원격 생체식별시스템’(biometrisches Fernidentifizierungssystem)을,<sup>45)</sup> 동조 제36호는 ‘실시간 원격 생체식별시스템’(biometrisches Echtzeit-Fernidentifizierungssystem)을<sup>46)</sup> 규정하고 있다. 실시간 원격 생체인식(식별)시스템은 명령안 제5조 제1항 제d호에<sup>47)</sup> 의해 원칙적으로 금지하나, 일련의 예외가 규정되어 있으며, 동반적인 보호조치의 견지에서 그것의 운전(가동, 운영)이 허용된다. 이 경우 얼굴인식이나 지문만이 아니라, 특별한 보행모습과 같은 동적 징표까지도 해당할 수 있다. 이것은 이미 나름의 근거에 기인하여 강한 비판에 봉착하였는데, 이유는 그런 시스템을 통한 프로파일링과 사후추적가능성이 예고(계고)없이 강력하게 생길 수 있기 때문이다.

이상에서 본 금지대상(사람의 행위를 조작하는 것과 사회적 점수제를 적용하는 것)과 관련한 성립요건과는 대조적으로 여기서의 금지는 그 범위가 좁다. 즉, 이상에서 본 금지대상의 경우 그것의 유통, 운영(가동, 운전) 및 이용이 금지되나, 실시간 원격 생체식별 시스템의 경우에는 금지가 이용에 한정되고, 더해서 이런 시스템의 모든 이용이 금지되는 것은 아니고, 공중이 접근가능한 영역에서 형사소추의 목적으로 이용되는 경우만이 제한된다. 명령안 제5조 제2항과 제3항은 공중이 접근가능한 영역에서 형사소추의 목적으로 실시간 원격 생체식별 시스템을 이용하는 것에 관해 상세히 규율하고 하는데, 여기에 더해 명령안 제5조제4항에서<sup>48)</sup> 가중적 개방조항을 통해 회원국은 그것의 이용에 관한 전면적이거나 부분적인 승인제(허가제)의 가능성을 규정할 수 있다. 즉, 회원국이 국내법상으로 그런 시스템의 이용에 대해

45) 명령안 제3조 제35호에 의하면, ‘원격 생체인식(식별)시스템’은 -인공지능시스템의 이용자는 사전에 사람이 존재하고 확인될 수 있는지 여부를 사전에 알지 못하면서- 자연인을 사람의 생체데이터를 참고데이터베이스에 저장된 생체데이터와 비교함으로써 원격식별하는 목적에 이바지하는 인공지능시스템이다.

46) 명령안 제3조 제36호에 의하면, ‘실시간 원격 생체인식(식별)시스템’은 생체데이터의 포착, 비교와 확인이 현저한 지체 없이 행해지는 원격 생체인식(식별)시스템이다: 규정의 우회를 피하기 위하여 이것은 즉시확인만이 아니라 제한적인 약간의 지체를 지닌 확인도 포함한다.

47) 공중이 접근가능한 공간에서 형사소추목적으로 실시간 원격 생체인식(식별)시스템을 이용하는 것. 다만 이하의 목적과 관련해서 그것이 무조건적으로 필요하면 그러하지 아니한다: i) 범죄행위로 인한 일정한 잠재적 희생자나 실종 어린이에 대한 의도적인 수색의 경우, ii) 자연인의 생명이나 신체적 온전성(Unversehrtheit)에 대한 구체적이고, 중대하며 직접적인 위협이나 테러공격을 사전에 저지하는 경우, iii) Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates(Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten) 제2조 제2항상의 범죄의 -동범에 의하면 관련 회원국에서 적어도 최장 3년의 자유형이나 구금에 처해지는- 행위자나 혐의자를 인식(인지), 추적, 식별이나 소추하는 경우.

48) 회원국은 공중이 접근가능한 영역에서 형사소추의 목적으로 실시간 원격 생체식별 시스템을 이용하는 것에 대한 전면적이거나 부분적인 승인제의 가능성을, 제1항 제d목, 제2항과 제3항에서 언급된 한계안에서, 그리고 그곳에서 언급된 조건하에서 규정할 수 있다. ...

광범한 제한을 하는 것이 허용된다. 물론 회원국이 그것의 이용을 위하여 더 높은 요건을 설정할 수도 있다.

EU집행이사회가 생체식별시스템의 국가적 도입에 대한 의문을 불식시키려 노력한 것은 분명하나, 사실상 아무런 금지가 존재하지 않은 결과를 야기한다. 그리하여 다음과 같이 비판이 가해진다: 명령안에서의 요구사항은 리스크와 관련한 의구심을 완화시키는 데 턱 없이 불충분하다. 특히 그런 시스템의 도입을 허용하는 목적이 너무 불확정적이고, 발해져야 할 보호조치 역시 전혀 구체화되어 있지 않다.<sup>49)</sup>

## VII. 특히 고리스크 인공지능 애플리케이션에 관한 규제

### 1. 고리스크 인공지능시스템의 분류 및 정의

인공지능시스템이 고리스크 인공지능시스템에 해당하는지 여부는 명령안 제6조 제1항,<sup>50)</sup> 제2항에<sup>51)</sup> 따른다. 이는 다음 아닌 고리스크 인공지능시스템(Hochrisiko-KI-System)을 정의한 것이다. 개념상으로 명령안은 다음의 두 가지 측면의 착안점을 사용한다: i) 명령안은 한편으로는 인공지능시스템을 제품안전법, 특히 일치성평가절차에 들어가는 제품의 안전과 관련한 요소로서 사용하는 것을 목표로 삼는다. ii) 다른 한편으로는 독립된(stand-alone) 인공지능 시스템을 위해서는 광범한 부속서 II를 목표로 삼는다. 이상의 두 기준을 위해서는 의도적인 사용에 좌우되고, 인공지능시스템이 사용되는 구체적인 기능에만 좌우되지 않는다.

명령안 제6조 제1항 제b호 부속서 II에 따른 제품안전법적 요청의 첫 번째 그룹은 -새로운 입법적 프레임워크(New Legislative Framework)인 일치성평가절차(Konformitätsbewertungsverfahren)를 토대로 하면서, EU기계명령(Maschinen-VO)을<sup>52)</sup> 시발로, EU엘리베이터지침(Aufzugs-RL)

49) Ebert/Spiecker gen. Döhmann, a.a.O., S.1188(1190).

50) ① 인공지능시스템이 이하 제a호와 제b호에서 언급된 제품과 무관하게 시판되거나 운전(가동)하는지 여부에 관계없이, 이하의 두 가지 요건이 충족될 경우 그 인공지능시스템은 고리스크 인공지능시스템으로 여겨진다: a) 인공지능시스템이 부속서 II에 기술된 EU의 조화(일치화)법규정(Harmonisierungsrechtsvorschriften)에 들어가는 제품의 안전성요소로서 이용될 것이거나 자체가 그런 제품인 경우; b) 인공지능시스템이 안전성요소인 제품이나 인공지능시스템 자체가 이런 제품의 시판이나 운전(가동)과 관련해서 부속서II에 기술된 EU의 조화(일치화)법규정에 따라 제3자에 의해 일치성평가를 받아야 하는 경우.

51) ② 제1항에서 언급된 고리스크 인공지능시스템에 추가하여, 부속서III에서 언급된 인공지능시스템 역시 마찬가지로 고리스크적이다.

52) Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, ABl. Nr. L 157/24 vom 9.6.2006, S. 24-86.

을<sup>53)</sup> 거쳐 일련의 EU의료기기명령(medizinproduktrechtlichen Verordnungen)에<sup>54)</sup> 이르  
기까지의- 광범위한 스펙트럼의 지침과 명령이 그 특징이다. 이밖에 인공지능 애플리케이션은  
명령안 제6조 제1항 제a호부속서 II B절(세션)에 따라 제품안전규정에서 안전성의 요소로서  
파악된다. 이에 속하는 것이 특히 자동차형식승인절차(Kfz-Typengenehmigungsverfahren)  
이다. 두 번째 그룹은 명령안 제6조 제2항 부속서 III에 따라 -대체적으로 (논란이 되는 인프라  
구조에서의 사용처럼) 중요한 안전측면이나 (학생평가를 위하거나 노동자의 선발과 승진을  
위한 인공지능시스템이나, -신용점수시스템을 포함한- 본질적인 사적, 공적 직무 분야에서의  
점수시스템의 도입처럼) 기본권과도 관련될 수 있는- 독립형 인공지능시스템을 포착한다(부  
속서 III 제5호). 명령안 제6조 제2항 부속서 III 제6호에 의해 예측치안(predictive policing)  
이나<sup>55)</sup> 범죄발견을 위한 인공지능시스템의 사용과 같은 시스템은 고리스크 인공지능 시스템  
으로 특히 강조된다. 이주와 난민절차의 분야에서의 인공지능시스템의 사용 역시 마찬가지이  
다(부속서 III 제7호).

명령안 제7조(부속서 III의 변경)에 따라 EU집행이사회는 부속서 III을 명령안 제7조에서  
언급된 요건에서 보완, 수정할 권한을 갖는다. 이 요건에 속하는 것이 인공지능시스템에 의한  
발생한 손해나 기본권의 위태로움(제7조 제2항 제c호)이나 인공지능시스템 이용자에 대한  
경제적, 사회적, 지식적인 힘의 불균형(Machtungleichgewicht)이다(제7조 제2항 제f호).

## 2. 고리스크 인공지능시스템에 대한 요구사항

명령안은 이하에서 보듯이, 고리스크 인공지능시스템에 대한 요구의 차원에서 리스크에  
따라 분류된 리스크관리시스템, 품질관리시스템, 투명성의무와 공표의무를 도입하였다. 이로

53) Richtlinie 2014/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Aufzüge und Sicherheitsbauteile für Aufzüge, ABl. Nr. L 96/251 vom 29.3.2014, S. 251-308.

54) Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl. Nr.117/1 vom 5.5.2017, S.1-175; Verordnung(EU) 2017/746 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2017 über In-vitro-Diagnostika und zur Aufhebung der Richtlinie 98/79/EG und des Beschlusses 2010/227/EU der Kommission, ABl. Nr. L 117/176 vom 5.5.2017, S.176-332.

55) 예측치안(Predictive Policing) 시스템은 주변지역의 사회경제적 상황에 관한 데이터에 맞춰 형사통계적 인식(지식)과 상관관계가 있고, 이로부터 범죄행위의 전개에 대해 사회경제적 상황의 변화가 미치는 영향을 예측하는 것을 가능하게 하는 모델을 개발한다. 이런 예측치안시스템은 안전을 위한, 행정법에 의한 예방에 해당한다. 행정법에 의한 예방에 관해서 vgl. Volkmann, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, 1408ff.

써 명령안은 리스크에 기반한 즉, 제품안전법에 근거를 둔 착안점에서 궁극적으로 거대 온라인-플랫폼에 대한 EU 디지털서비스법안이나 기왕의 EU 금융시장법적 규율과 비슷한 전형을 따른다. 제품안전법적 착안점은 허용(용인) 기술표준의 준수와 상응한 일치성평가절차(Konformitätsbewertungsverfahren)에서의 추정효과(Vermutungswirkungen)에도 반영되어 나타난다. 이를 통해 EU집행이사회는 탄력적인 착안점의 현실화를 기대한다. 사실 이들 요구사항은 인공지능에 관한 EU고위전문가그룹(AI HLEG)의 권고나 그로부터 파생된 신뢰할 수 있는 인공지능(Trustworthy Artificial Intelligence)을 위한 평가리스트를 더 잡아 전개된 것이다.

### (1) 리스크관리시스템

명령안 제9조 제1항은 고리스크 인공지능시스템에 대해서는 리스크관리시스템(Risk management system)이 설치, 적용, 기록 그리고 유지되어야 한다는 것을 천명한다. 이에 따라 모든 고리스크 인공지능시스템은 명령안 제9조 제2항에<sup>56)</sup> 의해 그 상세한 내용이 규정되어 있는 리스크관리시스템에 의해 보완된다. 명령안 제9조 제2항 제2문은 리스크관리시스템의 지속적인 업데이트(Aktualisierung)를 요구한다. 명령안 제9조 제2항 제2문에 따라 가능한 리스크의 확인과 평가 및 조치의 확정과 같은 리스크관리시스템의 주지하는 구성요소가 전형적인 요소에 속한다. 이 경우 리스크관리시스템은 명령안 제61조의 제품관찰로부터 얻어진 데이터처럼 인공지능시스템의 예상가능한 오용도 추가적인 리스크를 통해 포함시켜야 한다.

명령안 제9조 제2항 제2문 제d호에 따른 필요한 조치와 관련하여, 명령안 제9조 제4항 제1문은 100%의 안전성이 요구되지 않는 점과 잔여리스크(Restrisiken)는 허용가능한 것(akzeptabel)으로 볼 수 있다는 점을 분명히 한다. 이것은 명령안 제9조 제4항 제3문 제b호에 의해 -완전히 제거될 수 없는- 리스크를 위한 충분한 통제가능성이 요구되는 경우에 확인되고, 그런 리스크에 관한 상응한 정보제공의무와 이용자를 위한 트레이닝에 의해서 보완된다(제9조 제4항 제3문 제c호).

56) ② 리스크관리시스템이란 인공지능시스템의 전체 라이프 사이클 중에 통상적으로 시스템상의 업데이트를 요구하는 지속적인 반복적 과정으로 이해된다. 이는 다음의 수순을 포함한다: a) 모든 고리스크 인공지능시스템에서 비롯된 알려지고 예상가능한 리스크의 조사와 분석, b) 고리스크 인공지능시스템이 그 용도(Zweckbestimmung)에 맞게 또는 합리적으로 예상가능한 오작동의 범주에서 사용될 경우에 생길 수 있는 리스크의 사정과 평가(Abschätzung und Bewertung der Risiken), c) 명령안 제61조상의 시스템으로부터의 데이터를 시판이후관찰을 위하여 활용한 것을 기초로 혹시나 달리 생기는 리스크의 평가, d) 이하의 항의 규정에 맞춰 적합한 리스크관리조치의 취함.

명령안 제9조 제4항 제4문은 리스크를 제거하거나 축소하기 위하여, 인공지능의 사용여건을 포함하여 이용자의 지식과 트레이닝에서의 경험의 폭을 강조한다. 더해서 명령안 제9조 제7항은 시장출시 이전에 시행되어야 할 인공지능시스템의 테스트를 규정하였다. 다만 명령안 제9조 제6항에 의해 테스트절차는 인공지능시스템의 용도(Zweckbestimmung)를 충족하는 데 적합하면 되고, 그 이상을 넘어설 필요는 없다. 따라서 테스트요구는 인공지능의 의도적인 도입(사용)영역에 국한하고, 오용 등의 경우는 포함시킬 필요가 없다.

## (2) 데이터 특히 트레이닝 데이터를 위한 요건

인공지능시스템은 데이터에 관한 트레이닝을 필요로 한다; 그리하여 명령안 제10조(데이터와 데이터 거버넌스)가 인공지능시스템을 위한 요건으로서 데이터를 명시적으로 다룬 것이 놀랍지 않다.<sup>57)</sup> 데이터 거버넌스의 차원에서 명령안 제10조 제2항은 데이터세트의 선택(Wahl der Datensätze), 관련한 전제(가정), 가능한 사전태도 내지 방향성(편견) 및 가능한 데이터흡결과 결합의 확인을 규율한다. 명령안 제10조 제3항과 제4항은 데이터에 관한 다음과 같은 자명한 요구사항을 수립한다: 데이터의 대표성, 완전성과 타당성, (그 범주에서 인공지능시스템이 사용될) 장소적, 기능적인 상관관계에 관한 고려.

흥미로운 것은 명령안 제10조 제5항이다.<sup>58)</sup> 이에 의하면, 고리스크 인공지능시스템과 연계한 왜곡의 관찰, 식별 그리고 수정을 위하여 무조건적으로 필요한 경우에는 공급자는 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제9조 제1항 등에<sup>59)</sup> 따른 특별한 범주의 인적 데이터를 처리할 수 있다. EU데이터기본명령(DS-GVO) 제9조에 의한 민감 데이터의 엄격한 데이터보호 원칙에 대한 일종의 부분적인 예외를 규정하고 있는 셈이다. 물론 명령안 제10조 제5항은 상응한 보호장치를 규정하고 있다.

## (3) 기술문서와 일치성평가절차

57) ① 모델이 데이터로써 트레이닝을 받는 기술이 사용된 고리스크 인공지능시스템은, 제2항부터 제5항까지 언급된 품질기준에 합치하는 트레이닝데이터, 검증데이터와 테스트데이터로써 개발되어야 한다.

58) 제10조 ⑤ 고리스크 인공지능시스템과 상관관계가 있는 왜곡을 관찰, 인정 그리고 수정을 위하여 무조건적으로 필요한 경우에는, 그런 시스템의 제공자는 인적 데이터의 특별한 범주를 EU명령(2016/679) 제9조 제1항, EU지침(2016/680) 제10조와 EU명령(2018/1725) 제10조 제1항에 따라 처리할 수 있다. 이 경우 제공자는 자연인의 기본권과 기본자유의 보호를 위한 상당한 예방조치를 취해야 하는데, 추구하는 목적인 익명화(Anonymisierung)에 의해서 제한된다고 할 경우에는 계속사용의 기술적 제한과 -가명화(Pseudonymisierung)와 암호화(Verschlüsselung)와 같은- 가장 최첨단의 보안조치와 데이터보호조치 역시 이런 예방조치에 속한다.

59) Artikel 10 der Richtlinie (EU) 2016/680 und Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2018/1725.



명령안 제11조는 기술문서(technische Dokumentation) 전반을 규정하고 있다.<sup>60)</sup> 일치성 평가절차를 위한 요건이 타당한 문서작성이다-명령안 제11조 제2항에 의해 요구되듯이. 그러나 감독청에 의한 감시에만 지배를 받는 그런 시스템 역시 명령안 부속서 IV에 따른 최소내용을 지닌 문서작성을 증명해야 한다. 시장감시행정청에 의한 사후 통제와 마찬가지로, 이런 정보에 의해서만 인증절차가 시행될 수 있다.

일치성평가절차에 관한 EU집행이사회의 전체 구상에서 핵심적 역할을 하는 것이, 일치된(조화된) 기술표준(die harmonisierten technischen Standards)이다. EU집행이사회의 위임을 받아 기술표준을 제시하는데, 여기서 요구사항과의 일치성을 준수하기 위하여 운영자는 새로운 입법 프레임 워크에 맞춰서 동등한 해결책도 EU집행이사회의에 대해 증명할 수 있다. 그리하여 EU집행이사회의는 리스크처리를 위해 필요한 탄력성을 얻고자 한다. 이는 자연스럽게 그런 식의 표준이 개발될 수 있는지 여부와 어떤 조건에서 개발될 수 있는지 여부에 좌우된다.

#### (4) 공감가능성을 위한 도구

인공지능시스템 자체가 불투명체(opaque)이다. 인공지능에 의한 생성결론(결과)의 공감가능성(추체험가능성; Nachvollziehbarkeit)이<sup>61)</sup> 여전히 분명치 않아서 소위 블랙박스(Black-box) 문제가 인공지능시스템의 특징으로 지적된다.<sup>62)</sup> 이런 문제를 고려하여 명령안 제12조(기록보관의무, Aufzeichnungspflichten)제1항은 공감가능성을 위한 기계장치를 즉, 소위 로깅장치(logging devices)를<sup>63)</sup> 사용할 것을 요구한다.<sup>64)</sup> 특히 로깅 장치는 명령안 제65조(국내 차원에서 리스크를 낳는 인공지능시스템을 처리하기 위한 절차)제1항에<sup>65)</sup> 따른 리스크가 비롯될 수 있는 인공지능 활동에 관한 감시를 가능하게 할 것이다. 또한 이런 기계장

60) ① 제1목 고리스크 인공지능시스템이 유통되거나 운전(가동)되기 전에 그것의 기술문서가 작성되고, 항상 최신의 수준을 유지해야 한다. 제2목 기술문서는 고리스크 인공지능시스템이 얼마나 본장(Kapitel)의 요구사항을 충족하는지가 증명되도록, 그리고 관한 국내 행정청과 인증기관이 인공지능시스템이 이들 요구사항을 충족하는지 여부를 판단하기 위하여 필요한 정보를 행사할 수 있도록 다음과 같이 작성된다. 그것은 적어도 부속서IV에 언급된 정보를 담고 있다.

61) 여기서 공감가능한(추체험적) 접근에 관한 이해가 필요한데, 가령 재량에 관한 사법심사의 태도는 그 행정결정에 대해 추체험적으로(nachvollziehbar), 즉 공감가능한지 여부에 초점을 맞추어야 한다. 비록 재량의 사법심사에서 판례가 '추체험적'이란 표현은 하지 않지만, 기속행위와 구별되는 차원에서 접근을 한다(법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다).

62) Dettling/Krüger, Erste Schritte im Recht der Künstlichen Intelligenz, MMR 2019, S.211(212).

63) 실시간 운전상황을 기록하기 위한 전자 장치를 말한다.

64) ① 고리스크 인공지능시스템은 그것의 운영(가동) 중에 과정과 결론을 자동으로 기록하는 것(Protokollierung)을 가능하게 하는 기능적 징표로써 구상되고, 개발된다. 이런 기록하는 인정된 표준(규격)과 공통 사양(gemeinsame Spezifikationen)에 합치해야 한다.

65) ① EU명령 2019/1020 제3조 제19호상의 리스크와 연관이 있는 제품은 건강, 안전이나 사람의 기본권보호가 문제되는 경우에는 리스크를 낳는 인공지능시스템으로 간주된다.

치는 제품관찰의무의 이행을 용이하게 할 것이다. 명령안 제61조(공급자에 의한 시판이후관찰과 고리스크 인공지능시스템을 위한 시판이후관찰계획)와<sup>66)</sup> 결합한 제12조 제3항이<sup>67)</sup> 이를 제도화하였다. 마지막으로 명령안 제12조 제4항에<sup>68)</sup> 의해 생체인식시스템에 대해 특별한 요구사항이 설정된다.

### (5) 사람에 의한 감독

명령안 제14조(사람에 의한 감독; Menschliche Aufsicht)에 의하면, 고리스크 인공지능시스템이 사용중일 때 사람에 의해 충분히 감독될 수 있다는 점이 요구된다.<sup>69)</sup> 이 경우 감독은 건강, 안전이나 기본권을 위한 리스크의 저지와 축소를 목표로 하고, 예상가능한 오용도 포함된다(동조 제2항). 이를 위하여 인공지능시스템은 합당한 조치를 가령 -운영자에 의해 처음부터 설치되어야 하거나 이용자를 위하여 실행을 위하여 사전에 계획되어야 하는- 사람-기계-인터페이스(Mensch-Maschine-Schnittstellen)에 의해 사전에 계획해야 한다. 명령안 제13조 제4항은 요구사항을 다음과 같이 정확하게 표현한다-사람 감독자가 인공지능의 능력과 한계를 이해하고 이를 상당하게(합당하게) 감독할 수 있어야 하고, 특히 오작동에 대해 지체없이 대응할 수 있어야 한다는 것을 요구함으로써. 나아가 사람은 인공지능의 권고를 맹목적으로 수용할 '자동화 편견'(automation bias)의 위험이 존재한다는 것을 알아야 한다. 또한 사람 감독자는 -인공지능의 운영자에게 중단시키는 것((panic button)처럼<sup>70)</sup>- 언제든지 인공지능의 결론(결과)을 상대화할 수 있어야 한다. 명령안 제14조 제5항은 생체정보에 인공지능시스템의 사용(도입)과 관련한 특별한 사전예방조치를 담고 있다. 즉, 적어도 2인이 관련인의 인증을 심사하고 확인하지 않는 한, 이용자가 결정이나 조치를 발하지 않도록 예방조치가 마련되어야 한다.

66) ① 공급자는 인공지능기술의 종류와 고리스크 인공지능시스템의 리스크와 관계가 있는 시판이후관찰시스템을 설치하고 문서화해야 한다.

67) ③ 기록화(Protokollierung)는 특히 인공지능시스템이 제65조 제1항상의 리스크를 낳을 수 있거나 본질적인 변화를 초래할 수 있는 상황의 발생과 관련해서 고리스크 인공지능시스템의 운영을 감시할 수 있게 하고, 또한 제61조에 따른 시판이후관찰을 용이하게 한다.

68) ④ 부속서 III 제1항 제a호에 언급된 고리스크 인공지능시스템의 기록화기능은 적어도 이하의 내용을 포함해야 한다: a) 모든 시스템사용시간의 기록(모든 사용의 시작과 종료의 일자와 시간); b) 시스템이 입력데이터를 비교하는 참조데이터베이스(Referenzdatenbank); c) 호출이 그것과의 일치로 초래하였던 입력데이터; d) 제14조 제5항에 따른 결론(결과)심사에 참여한 자연인의 신원.

69) ① 고리스크 인공지능시스템은 그것의 사용중에 -사람과 기계의 인터페이스(Schnittstelle)의 적합한 도구에 의해서도- 자연인에 의해 유효하게 감독될 수 있도록 구상되고 개발된다.

70) panic button(공황경보)이나 panic alarm은 사람이나 재산에 대한 위협이 존재하는 긴급 상황에서 누군가에게 경고하는 데 도움이 되도록 설계된 전자 장치를 말한다([https://en.wikipedia.org/wiki/Panic\\_button](https://en.wikipedia.org/wiki/Panic_button)).

## (6) 정확성, 견고성 그리고 사이버보안의 요구

명령안 제15조(정확성, 견고성 그리고 사이버보안)는 인공지능시스템의 충분한 안전과 정확성을 요구한다.<sup>71)</sup> 시스템의 견고성과 관련하여 명령안이 자세한 요구사항을 미확정으로 두지만, 이런 요구사항이 백업조치나 ‘fail-safe-plan’과<sup>72)</sup> 같은 기술적 조치에 의해 도달될 수 있다.<sup>73)</sup> 이런 상관관계에서 주목할 점은 명령안 제15조 제3항 제3문이 소위 피드백루트(feedback loops) 역시 포착한다. 따라서 자기학습시스템은 그것의 고유한 결론에 의거하여 실제로 평가의 경로의존성(Pfadabhängigkeit)에 도달하는데, 이것은 적합한 조치에 의해 완화될 것이다. 사이버보안과 관련하여 명령안 제15조 제4항은 인공지능시스템이 승인을 얻지 않은 제3자에 의한 공격에 대해서 안전한 점을 요구한다.<sup>74)</sup> 이 경우 트레이닝 데이터에 의한 조작이나 학습모델의 위조 역시 포함된다; 일치성평가의 범주에서 명령안은 사이버보안법에 따른 인증(Zertifizierungen)을 포함한다. 이 인증에 대해서는 명령안 제42조 제2항에 따라 추정효과가<sup>75)</sup> 발생한다.<sup>76)</sup>

## (7) 투명성의무와 인프라구축의무

명령안 제13조(이용자를 위한 정보의 투명성과 준비)는 일종의 인프라구축의무(Instruktionspflichten)

- 71) ① 고리스크 인공지능시스템은, 그것이 용도와 관련하여 상당한 정도의 정확성, 견고성 사이버보안을 달성하고, 이런 측면에서 그것의 전체 수명주기 동안에 일관되게 기능하도록 구상되고 개발된다.
- 72) 이는 시스템의 일부에 고장이나 오조작(誤操作)이 있어도 안전장치가 반드시 작동하도록 되어 있는 설계방식과 그런 장치를 말한다. 이것과 대비되는 것이 “fail deadly”이다. 고장이나 오작동 시 돌이킬 수 없게끔 더 위험한 상태가 되도록 고안된 시스템이다.
- 73) ③ 제1목 고리스크 인공지능시스템은, 시스템과 시스템운영여건 안에서 특히 자연인이나 다른 시스템과의 상호작용과 함께 생길 수 있는 하자, 장애 또는 불일치에 대해서 저항력(widerstandsfähig) 있어야 한다. 제2목 고리스크 인공지능시스템의 견고성은 기술적 중복(반복)에 의해 달성될 수 있는데, 이는 ‘백업계획’(Sicherungspläne)과 ‘fail-safe-계획’(Störungssicherheitspläne)도 포함할 수 있다. 제3목 시판이나 운영(가동) 이후에 계속적으로 학습하는 고리스크 인공지능시스템은 피드백루트(Rückkopplungsschleifen; feedback loops)에 의한 가능한 왜곡결과에 대해 적합한 리스크축소조치로써 상당하게 대응하도록 개발되어야 한다.
- 74) ④ 제1목 고리스크 인공지능시스템은, 시스템취약점을 악용하여 그것의 사용이나 성능을 변경시키는 무자격자의 시도에 대해서 저항력(widerstandsfähig) 있어야 한다. 제2목 고리스크 인공지능시스템에 의한 사이버보안을 보장하기 위한 기술적 해결책은 그때그때의 상황과 리스크에 합당해야 한다. 제3목 경우에 따라서는 인공지능의 특수한 취약점을 다루기 위한 기술적 해결책은, 모델을 하자있게 유도하는 입력데이터(적대적인 예)나 모델결론으로 트레이닝데이터를 조작하는(Datenvergiftung; data poisoning) 공격에 대한 방어와 통제를 위한 조치를 포함한다.
- 75) 명령 제15조에 확정된 사이버보안요구사항이 사이버보안인증이나 일치성표시나 이들의 일부에 의해 충족되어 있는 한, 고리스크 인공지능시스템이 이 요구사항을 충족하였다는 추정.
- 76) Verordnung (EU) 2019/881 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit), ABl. Nr. L 151/15 vom 7.6.2019, S.15-69.

를 담고 있다. 먼저 제1항에<sup>77)</sup> 의하면, 이용자가 시스템을 바르게 사용하고 결론을 해석할 수 있도록 충분히 투명하게 시스템이 형성되어야 한다. 제2항에<sup>78)</sup> 의하면 고리스크 인공지능 시스템에 대해서는 정보와 관련한 사용지침(매뉴얼)이 제공되어야 한다. 그리고 명령안 제13조 제3항은 사용지침에 담겨야 할 필수적인 정보의 목록을 담고 있다. 그것은 다음과 같다: a) 공급자(및 경우에 따라서는 수입자)의 성명과 접촉세부사항, b) 고리스크 인공지능시스템의 징표, 능력(용량) 그리고 성능한계,<sup>79)</sup> c) 고리스크 인공지능시스템과 그 성능의 변경, d) 제14조에 언급된, 사람에 의한 감독을 보장하기 조치,<sup>80)</sup> e) 고리스크 인공지능시스템의 기대수명, 규정에 맞는 (고리스크 인공지능시스템의) 작동을 보장하기 위한 모든 필요 정비조치와 관리조치(소프트웨어 업데이터와 관련해서도). 마지막으로 명령안 제14조에 따른 사람에 의한 감시를 위한 조치에 관해서도 정보제공이 되어야 한다(명령안 제13조 제3항 제d호).

## VIII. 일정한 인공지능시스템을 위한 투명성요건

명령안은 제52조에서 일정한 인공지능시스템을 위한 정보제공의무(Informationspflicht)와 표시의무를 규정한다. 이 의무는 고리스크 인공지능시스템에 대한 요구에 대해 보충적이거나 별개로 적용될 수 있다.<sup>81)</sup> 그런 시스템의 관련자가 대개 심사능력을 행사할 수 없으며, 효과적인 통제나 효과적인 권리보호의 가능성-증명책임의 전환 등-이 결여되어 있기에 즉, 뜻대로 되지 않기에, 그 규정은 공허하게 되어 버리고, 결코 존재하지 않는 사람의 영향력을 기만한다.

77) ① 고리스크 인공지능시스템은 이용자가 시스템의 결론(결과)을 상당히 해석하고 사용할 수 있게 하기 위하여 그 운영이 충분히 투명하게 구상되고, 개발된다. 이용자와 공급자가 본장의 3절(Kapitel 3 dieses Titels)에서 확정된 해당 의무를 이행할 수 있게 하기 위하여, 투명성은 적합한 종류에서 그리고 상당한 정도로 보장된다.

78) ② 고리스크 인공지능시스템은 적합한 디지털 포맷에서의 사용지침으로써 마련되거나, 다른 말로써는 고리스크 인공지능시스템에 대해 자세하고, 완전하며, 바르며, 분명한 정보를 이용자에 대해 관련이 있고, 장애없이 접근하고 이해할 수 있는 형식으로 포함하는 사용지침이 제공된다.

79) 이에 다음 것도 포함된다: i) 그 용도, ii) 인공지능상으로 테스트해야 할 견고성, 정확성 그리고 안전성의 정도, iii) 고리스크 인공지능시스템의 규정에 맞는 사용이나 합리적인 방법으로 예상가능한 (건강과 안전성이나 기본권에 대한 리스크를 초래할 수 있는) 오작동과 관련하여 알려지거나 예상가능한 상황, iv) 시스템이 규정에 맞게 작동될 사람이나 사람집단과 관련한 그 성능, v) 경우에 따라서는 입력데이터의 사양이나 인공지능시스템의 용도를 고려한 사용된 트레이닝데이터, 검증데이터(Validationsdaten)와 테스트데이터(Testdaten)에 관한 관련 정보.

80) 이에 이용자가 인공지능시스템의 결론(결과)을 해석하는 것을 쉽게 하기 위하여 발해진 기술적 조치를 포함된다.

81) ④ 제1항, 제2항 그리고 제3항은 본 명령의 제3편에 확정된 요구사항과 의무와 무관하다.

## 1. 사람과 기계간의 상호작용

자연인과 상호작용을 하도록 정해진 인공지능시스템은 해당 사람에게 그 자신이 인공지능 시스템과 상호작용한다는 점을 알려야 한다(명령안 제52조 제1항). 그러나 이런 정보제공을 어떻게 행해야 하는지는 확고하지 않다. 진공청소 로봇과 같은 대부분의 경우에는 상호작용의 존재가 명백하여 문제가 되지 않지만, 그것이 분명히 드러나지 않는 챗봇과 같은 경우를 위해서는 그 사실이 명백히 표시되어 있어야 할 것이다. 법률적 근거에 의거하여 형사소추나 범죄예방을 위하여 사용되는 인공지능시스템은 제2문에 따라 정보제공의무를 광범하게 면한다. 일각에서는 이것이 이들 분야에서의 엄청난 위험상황에 비추어 의문스럽다고 한다.<sup>82)</sup>

## 2. 감정인식과 생체적 범주화

감정인식시스템(Emotion serkennungs system)과 생체범주화시스템(Systems zur biometrischen Kategorisierung)의 이용자는 이들 시스템과 관련이 있는 사람에게 이들 시스템의 운전(가동)을 알려야 한다(명령안 제52조 제2항). 흥미롭게도 명령안 제3조 제34호에서의<sup>83)</sup> 개념정의에 의하면 감정인식시스템은 생체데이터에 의거한 의도의 인식도 포함한다. 감정이 여태 명시적 규율을 통해 보호되지 않았다는 점에서, 그것을 포함시킨 표준의 정립은 참신하다. 의도의 개념에는 인공지능시스템에 의한 일반적인 행위예측도 포함할 수 있다. 감정과 의도의 변형이 인적 데이터의 처리에 해당하기 때문에, 명령안 제52조 제2항상의 정보제공의무는 원칙적으로 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제13조(관련인에게서 인적 데이터를 수집할 경우의 정보제공의무)와<sup>84)</sup> 제14조(인적 데이터가 관련인에게서 수집되지 않을 경우의 정보제공의무)로부터의<sup>85)</sup> 정보제공의무에 추가될 것이다.

82) Ebert/Spiecker gen. a.a.O., S.1188(1191).

83) 제34호 감정인식시스템이란 자연인의 감정이나 의도를 생체데이터를 토대로 확인하거나 도출하는 목적에 이바지하는 인공지능시스템이다.

84) ① 관련인에게서 인적 데이터를 수집할 경우, 책임자는 이 데이터의 수집시에 다음의 것을 관련인에게 알린다: a)-f). ② 제1항에 따른 정보에 추가하여, 책임자는 이들 데이터의 수집시에 공평하고 투명한 처리를 보장하기 위하여 필요한 이하의 다른 정보를 관련인에게 제공한다: a)-f). ③, ④.

85) ① 인적 데이터가 관련인에게서 수집되지 않을 경우, 책임자는 다음의 것을 관련인에게 알린다: a)-f). ② 제1항에 따른 정보에 추가하여, 책임자는 이들 데이터의 수집시에 공평하고 투명한 처리를 보장하기 위하여 필요한 이하의 다른 정보를 관련인에게 제공한다: a)-f). ③, ④.

### 3. 딥 페이크

실존인물, 대상, 장소나 이벤트를 인공지능시스템을 이용하여 매우 흡사하게 바뀐 그림, 음성내용 또는 비디오내용을 총괄하는 '딥 페이크'(Deep Fakes)는 조작된 허위의 정보를 확산하거나 민주적 토론의 참여자의 평판을 실추시킨다. 그 자체가 정치에서의 민주주의는 물론, 사회 전체의 건강성을 불가역적으로 훼손한다는 점에서 엄청난 도전이 되고 있다.<sup>86)</sup> '딥 페이크의 이용자는 그것이 인위적으로(기술적으로) 생성되거나 조작된 내용이라는 점을 밝혀야 하는데(명령안 제52조 제3항 제1목), 다만 언론의 자유, 예술의 자유와 연구의 자유를 행사하기 위해서는 예외가 인정된다(명령안 제52조 제3항 제2목). 일각에서는 딥 페이크에 대한 명령안의 규율이 너무나 구체적이지 않다고 한다.<sup>87)</sup> 참고로 캘리포니아는 선거전 60일간 정치인에 관한 딥 페이크의 생성과 확산을 금지시킨다.<sup>88)</sup>

## IX. 인공지능시스템의 공급자 등의 의무

### 1. 공급자와 제조자의 의무

#### (1) 일반적인 의무의 개관

일반적인 의무규정에 해당하는 명령안 제16조에 의하여 고리스크 인공지능시스템의 공급자는<sup>89)</sup> 매우 광범하게 의무를 진다: a) 자신의 고리스크 인공지능시스템이 제3편의 제2장에서 요구사항을 충족하는 것을 확고히 하는 것, b) 제17조에 일치하는 품질관리시스템(Qualitätsmanagementsystem)을 행사하는 것, c) 고리스크 인공지능시스템의 기술문서를 작성하는 것, d) -자신의 통제하에 있을 때는- 고리스크 인공지능시스템에 의해 자동생성된 로그파일(Protokolle)을 보관하는 것, e) 고리스크 인공지능시스템에 대해 관련 일치성평가절차가 통용되는 것을 시판이나 운영 전에 확고히 하는 것, f) 제51조에 언급된 등록(기록)의무를 따를 것, g) 고리스크 인공지능시스템이 본편의 제2장에서 요구사항을 충족하는 경우에

86) Chesney/Citron, California Law Review 107(2019), 1753(1776ff.).

87) Ebert/Spiecker gen. a.a.O., S.1188(1192).

88) Kalbhenn, MMR-Aktuell 2019, 421493.

89) 공급자(Anbieter, provider)는 자신의 이름이나 상표만으로 인공지능시스템을 유상이나 무상에 관계없이 유통시키거나 운용(운전)하기 위하여 인공지능시스템을 개발하거나 개발하게 한 자연인, 법인, 행정청, 기관이나 기타 부서를 말한다(명령안 제3조 제2호). 운영자도 포함된다.

필요한 시정(수정)조치를 취하는 것, h) 시스템이 배치되거나 운영(가동)된 회원국의 관할 국내 행정청과 -경우에 따라선- 공인기관에 대해 비밀치성과 이미 취한 시정조치를 알리는 것, i) 제49조에 따라 본 명령과의 일치성을 알리기 위하여, 고리스크 인공지능시스템에 대해 CE-(일치성)표시(CE-Kennzeichnung)를 부착하는 것. j) 관할 국내 행정청의 요청에 맞춰 고리스크 인공지능시스템이 제3편 제2장의 요구사항을 충족한 것을 증명하는 것.

명령안 제17조에 따른 품질관리시스템은 -제품안전성에서 알려진, 확실한 구성과 개발을 위한 구성요소 및 (명령안 제9조에 따른 리스크관리시스템을 포함하여) 인공지능시스템의 테스트와 검증이외에- 데이터 수집(Datenerhebung)에서부터, 데이터 마이닝(Data Mining)을 거쳐 데이터저장까지의 데이터관리와 관련한 매우 포괄적인 사항을 담고 있다. 다만 품질관리시스템에 담아야 할 그것들은 공급자의 조직규모와 상당한 비례관계에 있어야 한다(명령안 제17조 제2항). 나아가 품질관리시스템은 -명령안 제62조에 따른 중요한 사고의 통지절차처럼- 명령안 제61조에<sup>90)</sup> 따른 제품관찰을 포함한다.

그리고 고리스크 인공지능시스템의 공급자는 제11조에 언급된 기술문서를 부속서Ⅲ에 따라 작성하는데, 금융기관인 공급자는 기술문서를 내부기업경영의 규정, 절차와 메커니즘에 관한 문서의 일부로서 관리한다(명령안 제18조). 일치성평가와 관련해서 그에 따라 고리스크 인공지능시스템이 본편 제2장의 요구사항을 충족한 것이 증명되면, 공급자는 제48조에 따른 EU 일치성선언을 작성하고, 제49조에 따른 CE-일치성표시(CE-표시)를 부착한다(명령안 제19조 제1항).

고리스크 인공지능시스템의 공급자는 고리스크 인공지능시스템에 의해 자동생성된 로그파일(Protokolle)을 -이용자와의 계약에 의한 협정에 의하든 법률적 의무에 의거하든- 그것이 자신의 통제하에 있는 한, 인공지능시스템의 용도와 EU 및 회원국의 규율에 의한 법적 의무에 합당한 로그파일보관기간 중에 보관할 의무를 진다(명령안 제20조 제1항).<sup>91)</sup> 제품관찰의무와 밀접히 연계된 것이 명령안 제21조(시정조치)인데, 이에 의하면, 고리스크 인공지능시스템의 공급자는 인공지능시스템이 더 이상 명령의 요구사항에 일치하지 않는 경우에는 (제품리콜의무(Pflicht zum Produktrückruf)를 포함한) 시정조치를 취할 의무를 진다. 아울러 이런 것을 관련 딜러(판매업자), 수입업자와 수입 대리인이 알게 해야 한다. 그리고 고리스크 인공지능시스템이 리스크를 낳는다는 것을 알게된 고리스크 인공지능시스템의 공급자는 지체없이 시스템이 배치되거나 운영(가동)된 회원국의 관할 국내 행정청과 -경우에 따라선- 공인기관에

90) ① 공급자는 인공지능기술의 종류와 고리스크 인공지능시스템의 리스크에 비례한 시판이후관찰시스템을 설치하고 문서화해야 한다.

91) 흥미롭게도 EU데이터기본명령(DS-GVO)이 고려되지 않는다.

대해 알려야 하고, 더불어 비밀치성과 이미 취한 시정조치에 관한 자세한 정보를 제공한다(명령안 제22조). 부속서II 제A절에 들어가는 제품을 위한 고리스크 인공지능시스템이 동 규정에 의해 제조된 제품과 결합하여 제조자의 이름으로 시판되거나 운영되는 경우에는, 고리스크 인공지능시스템의 제조자는 인공지능시스템의 일치성에 대해 책임을 지고, 그것의 공급자가 지는 의무를 동일하게 진다(명령안 제24조).

한편 다른 제품안전성-규율과 비교하여,<sup>92)</sup> 명령안 제28조에 따라 인공지능시스템을 자신의 이름이나 상호로 출시한 경우나 인공지능시스템의 용도나 그 자체를 현저하게 변경한 경우에 모든 사람들(판매자, 수입업자, 이용자 및 기타의 제3자) 역시 공급자로 취급된다. 다만 여기서 명령안은 공급자의 책임귀속을 인정하기 힘든 인공지능시스템의 용도나 그 자체를 현저하게 변경한 경우에는 원래의 공급자는 면책시킨다(명령안 제28조 제2항).

## (2) 특히 공급자 등의 감시의무와 보고의무

### 1) 감시의무

자기학습 인공지능시스템에서 발생하는 예측불가 리스크와 그 전개(개발)를 감안한 즉, 고리스크 인공지능시스템의 시판 및 운영 이후의 제품관찰(Produktbeobachtung)에 초점이 모아진다. 명령안 제61조 제1항에 의하여 공급자는 인공지능기술의 종류와 고리스크 인공지능시스템에 의한 리스크와 관계가 있는 시판이후관찰시스템을 설치해야 한다. 이를 위하여 공급자는 기술문서작성의 범주에서 제품감시계획과 제품관찰계획을 작성해야 한다. 그리고 그 상사가 EU집행이사회의 시행적 법적 행위(Durchführungsrechtsakt)의<sup>93)</sup> 규준에 일치해야 한다(동조 제3항). 다만 고리스크 인공지능시스템이 다른 일치성평가절차와 그리하여 제품관찰의무에 들어가는 제품의 부분인 경우, 명령안 제61조 제1항, 제2항에 따른 의무는 이것으로 통합되어야 한다(동조 제4항).

### 2) 보고의무

EU데이터기본명령(DS-GVO) 제33조에 따른 의무(데이터위반의 통지: notification of data breach)와 비슷하게, 고리스크 인공지능시스템의 공급자는 기본권보호를 위한 EU법규정에 반하는 중대한 사고나 오작동을 그것이 발생한 회원국의 시장감시행정청에 보고할 의무

92) Art. 2 e) der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11/4 vom 15.1.2002, S.4-17.

93) 이는 EU운영조약 제291조(연합법의 시행) 제2항에 의거하여 EU의 집행이사회나 각료이사회(Rat)가 발하는 것으로 마치 우리의 시행령이나 시행규칙과 같으며, 흡사 EU 제3차법(Tertiärrecht)에 해당한다.



를 진다(명령안 제62조 제1항 제1목). 여기서 주목할 점은, 기본권과 관련한 사고만을 연계시키지 결코 인공지능시스템에 의한 다른 리스크 가령 공공안녕의 리스크는 연계시키지 않는다. 보고는 인공지능시스템과 사고 및 오작동간의 인과관계나 그 인과관계의 분명한 개연성을<sup>94)</sup> 확인한 이후에 바로 하거나, (공급자가) 중대한 사고나 오작동을 알고 나서 15일 이내에 해야 한다(명령안 제62조 제1항 제2목).

### 3) 관철과 감시

EU명령(VO EU/2019/1020)에<sup>95)</sup> 따라 회원국 관할 행정청은 시장감시의 책무를 진다. 이 경우 운영자는 명령안 제16조이하의 모든 의무를 부담해야 한다. 판매자와 이용자 역시 그렇고, 제품으로서 독립형 인공지능시스템 역시 그렇다(명령안 제63조 제1항). 각별한 제품 안전성의 명령과 지침의 일치성평가에 들어가는 제품을 위해서는 그때그때 행정청이 관할하고, 금융기관에 대해서는 상응한 감독이 관할하고, 권리관철이나 이주나 망명영역의 범주에서의 도입된 생체 시스템에 대해서는 국내의 데이터보호감독관이 관할한다(명령안 제63조 제3항부터 제5항까지). EU기관의 분야에서의 시스템에 대해서는 EU데이터보호감독관이 관할한다(명령안 제63조 제6항).

인공지능시스템의 전체 트레이닝세트와 테스트 데이터세트에 대한 -원격감시를 위한 기술적 인터페이스(technische Schnittstellen)에 의해서도 가능한- 완전한 접근이 감시행정청의 권능에 속한다(명령안 제64조 제1항). 다른 한편 감시행정청은 고리스크 인공지능시스템을 위한 규정의 준수를 심사하기 위하여 원천코드에 대한 접근을 요구할 수 있다(명령안 제64조 제2항). 기본권과 관련한 EU법을 관철할 책무를 진 다른 감독행정청 역시 마찬가지로 감시권을 가진다. 그러나 그것은 상응한 문건과 문서의 요구나 (이것이 충분치 않으면) 인공지능시스템의 테스트를 관철하기 위한 시장감시행정청에 대한 상응한 신청의 요구에 국한된다(명령안 제64조 제3항, 제5항).

명령안은 -건강, 안전성이나 기본권을 위한 리스크가 드러나는 한- 의무준수와 관련한 인공지능시스템의<sup>96)</sup> 심사실시절차에 특별한 주목을 한다(명령안 제65조 제1항, 제2항). 명령안에 따른 의무를 준수하지 않는 경우에 시장감시행정청은 운영자에 대해 모든 필요한 조치

94) 이것은 독일어로는 'naheliegende Wahrscheinlichkeit'이고 영어로는 'reasonable likelihood'이다.

95) Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, ABl. Nr. L 169/1 vom 25.6.2019, S. 1-44.

96) 명백히 고리스크 인공지능시스템에 국한하지 않는다.

(인공지능시스템 및 제품의 리콜까지도 포함될 수 있다)를 취할 수 있는데(명령안 제65조 제3항), 운영자가 이 조치를 따르지 않을 경우에는 그 인공지능시스템의 국내시장 제공을 금지나 제한하거나 시장에서 퇴출이나 리콜(회수)하기 위한 모든 적합한 잠정조치를 취할 수 있다(명령안 제65조 제5항). 그러나 심사의 범주에서 시장감시행정청이 명령안의 기준을 준수하였다고 확인하더라도, -인공지능시스템은 항상 사람의 건강과 안전이나 기본권관련성을 지닌 EU법적 의무의 준수와 관련한 리스크 또는 (다른 권능과 구별되게) 다른 공익의 보호도 제시하는 한-, 동 행정청은 여전히 운영자에 대해 리스크에 상당한 기간 내에 제품리콜까지 상응한 조치를 요구할 권능을 가진다(명령안 제67조 제1항). 운영자는 발생한 리스크를 시장감시행정청에 의해 확정된 기간내에 제거하고 축소해야 한다(명령안 제67조 제2항).

## 2. 수입업자와 판매업자의 의무

다른 제품안전성-규율에서와 비슷하게, 수입업자 역시 특별한 의무를 진다. 즉, 고리스크 인공지능시스템을 시판하기 전에, 수입업자는 공급자가 일치성평가절차(Konformitätsbewertungsverfahren)를 실행한 것, 기술문서를 작성한 것과 시스템에 일치성표시(Konformitätske-nnzeichnung)를 한 것을 확고히 한다(명령안 제26조제1항), 수입업자가 고리스크 인공지능시스템이 명령안의 요구사항에 일치하지 않는다고 보거나 그렇게 볼 이유가 있는 경우에는, 그것의 일치성이 만들어진 다음에 비로소 그것을 시판한다. 그리고 리스크를 낳을 경우에는 공급자와 시장감시행정청에 대해 이를 알린다(명령안 제26조 제2항).

명령안 제27조 제1항에 따라 판매업자(딜러)는 고리스크 인공지능시스템을 시장에 유통하기 전에, 고리스크 인공지능시스템에 필요한 일치성표시가 있는지 여부, 필요한 문서와 사용지침이 첨부되어 있는지 여부, 시스템의 공급자(및 경우에 따라선 수입업자)이 본 명령에 확정된 의무를 이행하였는지 여부를 심사한다. 고리스크 인공지능시스템이 명령안의 요구사항에 일치하지 않는다고 보거나 그렇게 볼 이유가 있는 경우에는 수입업자의 의무와 비슷하게, 판매자 역시 명령안 제26조 제2항에 따른 의무를 진다(명령안 제27조 제2항).

## 3. 이용자를 위한 의무

고리스크 인공지능시스템의 (상업적) 이용자는 대략적으로 다음의 세 가지 의무를 진다: i) 고리스크 인공지능시스템을 사용지침에 맞춰 사용할 것(명령안 제29조 제1항), ii) 입력데이터가 고리스크 인공지능시스템의 용도에 맞게끔 할 것(명령안 제29조 제3항), iii) 고리스크

인공지능시스템의 운영(가동)을 사용지침에 의거하여 감시하고, 사용지침에 따른 시용시에 리스크가 발생한 경우나 중대한 사고나 오작동이 확인될 경우에 이를 공급자와 판매업자에게 알리고 사용증지시키는 것(명령안 제29조 제4항). 나아가 이 이용자는 공급자의 경우(명령안 제20조 제1항)처럼 고리스크 인공지능시스템에 의해 자동생성된 로그파일(Protokolle)을 그것이 자신의 통제하에 있는 한, 인공지능시스템의 용도와 EU 및 회원국의 규율에 의한 법적 의무에 합당한 보관기간 동안 보관한다(명령안 제20조 제5항).

## X. 일치성평가

명령안의 중요한 구성요소의 하나가 새로운 입법적 프레임워크의 착안점을 따른, 차별화된 일치성평가절차이다. 뿐만 아니라 소위 독립형 인공지능시스템을 이것에 새롭게 포함시킨다. 명령안 제30조부터 제39조까지 규율된 승인절차와 인증절차(Akkreditierungs- und Notifizierungsverfahren)를 제외하고서, 명령안 제40조는 EU에 의해 수용된 일치된(조화된) 기술표준의 준수에서 비롯된 추정효과(Vermutungswirkung)를 규정한다. 아무런 기술표준이 없거나 모든 리스크를 커버하지 않는 기술표준만이 존재하는 경우에는 EU집행이사회가 시행의 법적 행위에 의해 채택할 수 있는 소위 공통 사양(common specifications)의 경우에도 마찬가지이다(명령안 제41조). 인공지능시스템을 담은 제품을 위하여 명령안은 -부분별 표준(규격)에 따른 일치성평가절차를 보완하는- 추가적인 수평적 규율로서 영향을 미친다.

## XI. 규제샌드박스의 창설과 중소기업에 대한 완화

EU집행이사회는 블록체인과 암호자산(Kryptowerten)과 같은 새로운 기술과 결합된 수단(97) 즉, 소위 규제샌드박스(Regulierungssandkästen; regulatory sandbox)를 인공지능시스템을 위해서도 도입하고자 한다(명령안 제53조).<sup>98)</sup> 그렇지만 이런 규제샌드박스 규정은

97) 금융제도에서의 '규제샌드박스'에 관해서는 Krimphove/Rohwette, Regulatory Sandbox - Sandkastenspiele auch für Deutschland?, BKR 2018, 494ff.; Baker & McKenzie, A Guide to regulatory FinTech sandboxes internationally, 2020([https://www.bakermckenzie.com/en-/media/files/insight/publications/2021/03/baker-mckenzie-a-guide-to-regulatory-fintech-sandboxes-internationally\\_230321.pdf](https://www.bakermckenzie.com/en-/media/files/insight/publications/2021/03/baker-mckenzie-a-guide-to-regulatory-fintech-sandboxes-internationally_230321.pdf)).

98) 최근의 문헌으로 Krönke Sandkastenspiele→Regulatory Sandboxes« aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 2021, 434ff.

가령 혁신적인 인공지능시스템을 위한 -한동안 규제를 받지 않는- 인큐베이터로서 구체적인 모습이 어떤지를 밝히지 않는다. 대신 그것이 감독청과 합의한 테스트계획에 따르면 개발과 인공지능시스템의 테스트를 위한 통제된 테스트여건에 해당하고, 그 여건은 회원국의 관할 행정청이나 EU데이터보호감독관의 직접적인 감독하에 있다고 규정할 뿐이다(명령안 제53조 제1항). 인적 데이터가 포함되는 한, 명령안 제53조 제2항은 추가적으로 명백히 회원국의 데이터보호감독관의 참여를 요구한다. 그렇지만 명령안 제53조 제3항에 의하면, 건강, 안전성이나 기본권을 위한 심각한 리스크의 경우에만 즉시 제거의무와 개발과정과 테스트과정의 중단의무가 주요함으로써, 규제샌드박스의 적용에서 어떤 정도의 여지는 여전히 감독청에 남아 있다.

명령안 제54조는 이런 상관관계에서 규제샌드박스의 데이터보호법적 영향(포함, 연루)에 각별히 주목한다. 이 경우 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제5조 제1항b)에<sup>99)</sup> 따른 엄격한 목적 구속(Zweckbindung)의 원칙은 일정한 조건하에 붕괴된다. 이것은 -형사소추, 범죄대처, 공공안녕의 보장이나 공적 보건제도, 특히 환자대처나 환경보호의 향상에 이바지하는- 보장혁신적인 인공지능시스템을 위해서만 허용된다(명령안 제54조 제1항 제a호 i)-iii)). 나아가 명령안 제54조 제1항b)은 다음을 요구한다-인공지능시스템의 개발과 테스트의 목표는 합성적, 익명의 데이터로써는 달성될 수 없다. 마지막으로 데이터보호를 위한 리스크의 최소화에 가령 샌드박스나 고립되고 보호받는 영역에서의 처리의 종료 이후에는 데이터를 삭제해야 한다는 원칙에 이바지하는 다수의 추가적인 조건을 수립한다(명령안 제54조제1항c)-h)).

규제샌드박스의 모든 참여자는 제3자가 규제샌드박스에서의 실험으로 인해 입은 손해에 대해 EU 및 회원국의 적용가능한 규정에 따른 책임을 진다(명령안 제53조 제4항). 따라서 이것은 규제샌드박스가 인공지능시스템의 운영자를 위한 원칙적인 금지기간(Schonzeit)에 결코 해당하지 않는다는 것을 보여준다. 이 참여에 감독청도 속하기 때문에, 국가배상책임 역시 주요한다. 규제샌드박스의 상세에 관한 대부분의 기준(그 참여자의 권리와 의무에 이르기까지)은 명령안 제74조 제2항과 결합하여 제53조 제6항에 따라 EU집행이사회에 의해 수립된 법적 행위에 맡겨져 있다.

99) 인적 데이터는 확정된, 분명한 그리고 정당한 목적을 위하여 수집되어야 하고, 이 목적과 일치하지 않는 방법으로 또 다르게 처리되어서는 아니된다: ... (목적구속).

## XII. 행정지침

명령안 제69조는 고리스크를 지니지 않은 인공지능시스템의 운영자를 위하여 고리스크 인공지능시스템에 대해서만 통용되는 요구사항을 다른 인공지능시스템에 대해서도 임의적인 행동지침(Codes of Conduct)을 통해서 적용할 가능성을 제시한다. 이런 범주에서 이 행동지침은 특히 지속적인 환경보호나 중장애인을 위한 접근의 영역에서의 인공지능시스템을 위하여 도움이 될 것인데, 이는 개발팀의 다양성에 이르기까지 인공지능시스템의 디자인과 개발에 대한 이해관계자의 참여를 포함한다(명령안 제69조 제2항). 그런 행동지침을 위하여 필수적인 것이, 다른 모든 이해관계자와 같은 이용자나 그 집단이 그것의 개발과 의결에 참여하게 된 사실이다(명령안 제69조 제3항).<sup>100)</sup>

## XIII. 감독과 감시의 구조

### 1. EU인공지능위원회의 창설과 감시행정청

인공지능규제를 위하여 -EU디지털서비스명령(Digital Service Act) 제47조상의 EU디지털 서비스 위원회(EU Digital Services Board)에 비견되게- EU인공지능위원회(European Artificial Intelligence Board)를 둔다(명령안 제56조부터 제58조까지). EU인공지능위원회는 EU집행이사회에 대해 자문하고, 국내 감독청에 의한 집행과 감시의 조정을 위하여 노력할 것이다. 그것은 EU집행이사회를 의장으로 하면서 국내 감독청과 EU데이터보호감독관으로 구성된다(명령안 제57조). -상호 협력해야 하는- 국내 감독청을 지정할 회원국의 보통의 의무 이외에, 명령안 제59조 제1항 제2문에 의하면, 감독청은 공평하고 객관적으로 자신의 활동을 수행할 수 있도록 조직화되어야 한다. 하지만 이것이 감독청이 EU데이터기본명령(DS-GVO)의 경우처럼 완전히 독립적이어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 마지막으로 명령안 제59조 제8항에 의하면, EU데이터보호감독관(Europäischen Datenschutzbeauftragten)은 -인공지능시스템의 도입에서 명령안에 들어갈 수 있는- EU 행정청이나 전문기관(Agenturen der EU)에 관한 감독청이 된다.

100) 한편 Spindler 교수는 EU데이터기본명령(DS-GVO) 제40조와 다르게 명령안은 운영자가 그런 행동지침에 동참(가입(합류)한 경우에 운영자를 위한 완화를 담고 있지 않기에, 그런 행동지침을 개발하거나 그에 동참할 어떤 인센티브가 운영자에게 존재할 것인지가 여전히 의문스럽다고 지적한다(ders., a.a.O., S.361(371).

## 2. 기록기로서의 EU데이터베이스

명령안은 처음으로 제품 밖의 독립형 고리스크 인공지능시스템도 포함시킨다, 이는 효과적인 시장감시와 제품감시를 위하여 매우 중요하다. 비록 권리와 의무를 성립시키기 위한 고전적인 등록에 해당하지 않더라도, 그리고 명령안이 좁은 의미의 승인유보를 규정하고 있지 않더라도, 공급자가 자신의 고리스크 인공지능시스템을 유럽시장에 시판하거나 운영할 수 있게 하기 위해서는 명령안 제60조에 따라 필수적으로 EU데이터베이스에 입력해야 한다. 명령안 부속서 VIII에 따라 운영자의 동일성, 도달가능성과 EU일치성선언(표현)(EU-Konformitätserklärung)을 위한 보통의 정보 이외에, 인공지능의 사용(도입)목적(제5호)이나 그 사용지시(제11호)를 위한 그런 정보 역시 필수적인 정보에 속한다. 단 인공지능이 권리관철이나 이주와 망명의 목적으로 사용되는 경우는 제외한다.

## XIV. 맺으면서-국제적 행정법에 관한 고양된 인식이 시급하다

팬데믹상황에서 국제보건기구(WHO)를 중심으로 세계 각국이 정보를 공유하고 공동으로 대처하는 글로벌 거버넌스가 작동하는 것이 보여주듯이, 공법의 탈영토화(Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts)는 결코 새삼스럽지 않다. EU데이터기본명령(DS-GVO)이 보여주듯이, EU행정법은 각국의 행정법의 전개에서 전범으로서 일종의 행정법의 글로벌 스탠다드에 해당한다. 차후에 확정될 EU인공지능명령 역시 글로벌 스탠다드로 기능할 것이다.

일련의 인공지능 윤리 가이드라인이 활발히 제시되고 있다.<sup>101)102)</sup> 최근에는 금융위원회가 2021년 7월에 인공지능 기반 금융 서비스 개발을 위한 “금융분야 인공지능 가이드라인”을 발표하였다.<sup>103)</sup> 이런 인공지능 윤리 가이드라인이 불완전 법률제정의 단계를 밟는 것은 필연적이다. 인공지능시스템을 EU에 유통시키거나 운영하는 모든 자는 비록 역외에 주소나 거소를 두더라도 명령안의 수범자가 되도록 규정한 EU인공지능명령안 제2조 제1항에 의해 EU인공지능명령의 역외적용을 피할 수 없는 이상, 우리 역시 EU인공지능명령안을 본보기로 삼아

101) 과학기술정보통신부, “인공지능 윤리기준”, 2020.12; 개인정보보호위원회, “인공지능 개인정보보호자율점검표”, 2021.5.; 방송통신위원회, “인공지능 기반미디어(매체) 추천 서비스이용자 보호 기본원칙”, 2021.6.

102) 「Artificial Intelligence Index Report 2021」에 의하면 전 세계적으로 2018년 45개(국가기관은 11개), 2019년 28개(국가기관은 9개), 2020년 23개(국가기관은 4개)의 AI 윤리 기준이 마련되었다고 한다. 「Artificial Intelligence Index Report 2021」, 2021, p.130.

103) 이에 관해서는 이수환·박소영, 금융분야 AI 가이드라인 도입 추진과 시사점, 국회입법조사처 이슈와 논점 제1878호, 2021.10.12.

가칭 '인공지능기본법'을 조속하게 입법하는 것이 바람직하다. 윤리가이드라인의 제정이 입법을 늦추기 위한 구실이 되어선 아니된다. EU차원의 특별한 고려대상이 아닌 한, EU인공지능명령안에서 많은 내용이 그대로 수용될 수 있다. 가령 금지된 인공지능 실행과 같은 수용불가능한 리스크를 지닌 인공지능의 금지는 그 자체로 정당하고, 고리스크의 인공지능을 위한 규제 역시 큰 어려움 없이 수용할 수 있다. 비록 구체성이 기대에 미치지 못하지만 규제샌드박스에 관한 내용 역시 참고할만하다. EU인공지능명령을 계기로 행정법의 지평을 획기적으로 확대할 수 있는 '국제적 행정법'에 관한 인식도 고양되길 기대한다.<sup>104)</sup>

104) 여기서 제기되는 물음이 '국제적 행정법'의 문제이다. 상론: 김중권, 공법의 탈속지주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구, 공법연구 제49집 제1호(2020), 93-115; 행정의 국제화에 따른 범국가적 행정작용, 법조 제722호(2017), 193-224; 이창휘, 국제행정법의 개념 및 기능에 대한 일 고찰, 공법연구 제31집 제2호(2002); 류병운, 세계행정법, 행정법연구 제16호(2006.10); 김대인, 세계행정법과 국제기구, 행정법연구 제45호(2016); 김성원, WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토, 동아법학 제64호(2014.8).

## | 참고문헌 |

### 〈국내문헌〉

- 김대인, 세계행정법과 국제기구, 행정법연구 제45호(2016).
- 김성원, WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토, 동아법학 제64호(2014.8).
- 김중권, 공법의 탈속주주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구, 공법연구 제49집 제1호 (2020).
- 김중권, 대전환의 시대에 국가의 역할과 행정법(공법)의 개혁 및 현대화-대전환의 시대에는 그에 맞는 코페르니쿠스적 전환의 논리를-, 2021 행정법포럼(2021.11.12.), 발표문.
- 김중권, 인공지능(지능형) 시스템의 도입을 위한 법적 규율의 문제, 공법학연구 제22권 제1호 (2021).
- 김중권, 행정의 국제화에 따른 범국가적 행정작용, 법조 제722호(2017).
- 류병운, 세계행정법, 행정법연구 제16호(2006.10).
- 박혜성·김법연·권현영, 인공지능 규제에 대한 연구-유럽연합의 입법안을 중심으로-, 공법연구 제49집 제3호(2021).
- 이수환·박소영, 금융분야 AI 가이드라인 도입 추진과 시사점, 국회입법조사처 이슈와 논점 제 1878호, 2021.10.12.
- 이창휘, 국제행정법의 개념 및 기능에 대한 일 고찰, 공법연구 제31집 제2호(2002).

### 〈외국문헌〉

- Dettling/Krüger, Erste Schritte im Recht der Künstlichen Intelligenz, MMR 2019.
- Ebert/Spiecker gen. Döhmman, Der Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung der EU, NVwZ 2021.
- Gerald Spindler, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz(KI-VO-E) CR 2021.
- Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner, Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging, 2017.
- Krimphove/Rohwette, Regulatory Sandbox - Sandkastenspiele auch für Deutschland?, BKR 2018.



Krönke Sandkastenspiele—«Regulatory Sandboxes» aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 2021.

Mario Martini, Blackbox Algorithmus - Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin, Springer 2019.

Thaler/Sunstein, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, 2008.

Volkman, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021.

W. Hoffmann-Riem, Die digitale Transformation, in: Unger/Unger-Stenberg(Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019.

## | Abstract |

Am 21. April 2021 hat die Europäische Kommission den Verordnungsentwurf zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz(EU KI-VO-E) erlassen. Enterritorialisierung des Öffentlichen Rechts ist nicht neu. Das EU-Verwaltungsrecht ist eine Art globalen Standard des Verwaltungsrechts und fungiert als Vorbild in der Entwicklung des Verwaltungsrechts in jedem Land. Wie das EU DS-GVO, wird auch das später zu bestätigende EU KI-VO-E als globaler Standard fungieren. EU KI-VO-E wird der weltweit einzige rechtsverbindliche Standard für künstliche Intelligenz. Darauf aufbauend ist zu erwarten, dass sich in Zukunft eine verlässliche rechtliche Rahmenordnung zur Künstlichen Intelligenz bildet. EU KI-VO-E dient ebenso wie EU DS-GVO zweier Zwecken. EU KI-VO-E begleitet und reguliert neue Technologien und versucht gleichzeitig, die Nebenwirkungen der Einführung solcher Technologien zu verhindern. Sofern eine Anwendung von EU KI-VO-E außerhalb der EU gemäß Artikel 2 Absatz 1 des EU KI-VO-Es nicht unumgänglich ist, ist es wünschenswert, sich EU KI-VO-E als Vorbild zu nehmen und möglichst bald Gesetze zur künstlichen Intelligenz zu erlassen.

**Keywords:** Verordnungsentwurf zu harmonisierten Regelungen für die künstliche Intelligenz, Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, künstliche Intelligenz, Weißbuch für künstliche Intelligenz, The Ethics

# 인공지능과 헌법적 쟁점

## - 인공지능의 차별에 관한 유럽에서의 논의를 중심으로

### Artificial Intelligence and Constitutional Issues

#### - Focusing on discussions of Algorithmic Discrimination in EU

법학박사, 변호사, 독일 엘랑엔 뉘른베르크 대학교, 이현정  
Friedrich Alexander University, Wiss. Assistentin, Lee, Hyun Jung

■ 목 차 ■

I. 서론 .....	103	IV. 알고리즘의 차별과 관련된 EU에서의 논의 .....	118
II. 인공지능의 차별에 관한 논의 .....	105	1. 알고리즘의 차별에 관한 EU의 법적 제도 ..	118
1. 주요 개념 .....	105	2. 그 밖의 쟁점: 설명력 문제에 관한 EU의 법적 제도 .....	120
2. 발생의 원인 .....	106	V. 결론 .....	121
3. 차별의 정의 및 유형 .....	107		
4. 교차 차별 및 대리 차별의 문제 .....	110		
III. 인공지능의 차별 행위의 법적 주체에 관한 논의 .....	113		
1. 행위의 법적 주체 .....	113		
2. 인공지능의 법인격 부여 여부 .....	114		
3. 법적 인격성의 확장에 관한 논의 .....	117		

## Ⅰ 국문초록

인공지능에 의한 차별적 행위는 기술의 발전이 역설적으로 인간에게 해를 끼치는 결과를 가져온 것이다. 인공지능의 발전은 가속화되지만 이에 대한 법적 통제 장치는 이제 걸음마 단계에 있다고 할 수 있다. 따라서 인공지능의 기반이 되는 알고리즘의 차별적 행위의 원인은 무엇이고 그 양상은 어떠한 형태로 나타나는지 분석할 필요가 있다. 또한 인공지능의 법인격 부여에 대한 논의도 본격화할 필요가 있으며 그런 연후에 차별 행위에 대한 대응 방안을 논의할 수 있다. 인공지능에 의한 차별을 살펴보려면 우선 차별의 형태 즉, 직접차별, 간접차별, 교차차별, 대리차별 등의 개념에 관하여 알아야 할 것이고 이러한 차별의 형태에 따라 이미 발생하고 있는 인공지능의 차별 행위를 구분지어 대처해야 할 것이다. 또한 인공지능 개발자들이 차별의 개념과 양상에 관하여 인식할 수 있도록 인공지능의 법인격 부여와 법적 통제 장치를 만들어 나가야 할 것이다. 차별금지법 제정 논의와 함께 가야 가능하기 때문이다.

**주제어:** 인공지능, 알고리즘, 교차 차별, 대리 차별, 설명력, 법인격

(논문접수일: 2021. 11. 19. 심사개시일: 2021. 11. 19. 게재확정일: 2021. 12. 13.)

## I. 서론

인공지능의 핵심이라고 할 수 있는 알고리즘의 차별 문제가 최근 헌법적 쟁점으로 대두하였다. 물론 인공지능의 법적 주체 인정 여부도 대단히 중요한 주제가 될 수밖에 없다. 왜냐하면 인공지능의 발전이 가속화되면서 인공지능의 행위에 의해 발생한 법적 행위에 관하여 책임성이 대두되는 것은 자명하기 때문이다. 더군다나 알고리즘을 만드는 것은 인간이지만 만약 인공지능이 자율성을 가질 경우 법인격을 인정해야 하는가의 문제가 발생하게 될 것이고 아울러 인간이나 동물 내지는 자연물을 제외하고 새로운 법인격이 탄생할 가능성이 열려진 것이다. 따라서 인공지능이나 또는 그 기반으로서의 알고리즘에 의한 차별적 행위가 알고리즘의 활용 단계에서 드러나는 것은 인공지능의 미래에 대한 논의에서 필수적이다.

최근 유럽에서는 미디어뿐만 아니라 학자들의 논문에도 알고리즘의 헌법적 쟁점으로서의 차별 문제가 중요한 주제로 대두되고 있다.<sup>1)</sup> 애플 카드에 사용된 알고리즘이 여성들이 남성들보다 높은 신용 등급을 가지고 있음에도 불구하고 여성들보다 남성들에게 더 높은 신용한도를 부여 한다는 것이 보도<sup>2)</sup>되면서 알고리즘의 차별이라는 주제가 더욱더 주목 받는 계기가 되었다. 이와 같은 인공지능과 성차별의 문제와 관련하여 유럽에서 가장 먼저 논의되기 시작하였던 분야는 고용 노동 시장이었다. 회사의 인사부에서 수많은 지원 서류들 중에서 다음 단계로 진행할 서류들을 골라내는 과정에서 인공지능을 활용하는 회사들이 많이 있다. 핀란드에서는 인공지능의 알고리즘이 최고의 직원을 뽑는 결정을 하기도 하고 2017년에만 대략 4 만 건의 채용 과정에서 인공지능이 활용되었고 이러한 수치는 점점 더 빠른 속도로 증가할 것이라고 예측 된다<sup>3)</sup>. 이렇듯, 고용 노동 시장에서 인공지능이 많이 활용되고 있으나, 인공지능이 창출해낸 결과물을 보니까 편향되고, 특히 성차별적인 결과를 가져왔던 것이다. 예를 들어, 인공지능의 알고리즘을 활용하여 회원들에게 출입증을 발급해 주는 피트니스 스튜디오의 경우 대학 교수 혹은 법학 박사라는 호칭을 입력하면 인공지능의 알고리즘은 기존의 빅 데이

1) 이 글에서는 다루지 않겠지만, 유럽연합에서 제정된 <일반정보보호규정(General Data protection Regulation : GDPR)>은 데이터 보호 법제를 통해 인공지능을 법적으로 규제하고 있으며 특히 이 규정은 유럽연합 회원국들뿐만 아니라 미국과 캐나다의 프라이버시 법제 개혁을 위한 계기가 되었다. 이에 대해서는 엄주희, 심지원, 김혜경, 데이터 접근성을 통한 보건의료와 인공지능의 융합, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터 인권법평론 제25호, 2020년 8월호를 참고하기 바란다. 아울러 황지은, 인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석, 경제규제와 법, 제13권 제1호(2020)는 인공지능 규제와 관련하여서 GDPR 제22조의 중요성에 대한 비판적 분석도 참고하기 바란다.

2) A. H. Gupta, 'Are Algorithms Sexist?', The New York Times, 2019년 11월 15일 발간, <https://www.nytimes.com/2019/11/15/us/apple-card-goldman-sachs.html> (2021년 11월 9일 방문).

3) J. Gerards and R. Xenidis, 'Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law', European Commission, 2020, 83면 참조.

터(Big Data)를 바탕으로 당연히 그 회원이 남성이라고 인식하여 남성 라커룸의 열쇠를 배부한다거나<sup>4)</sup>, 얼굴 인식 프로그램의 경우 백인에 비하여 흑인이나 유색 인종의 얼굴을 인식하는데 훨씬 더 오류율이 높은 등<sup>5)</sup>, 알고리즘은 생각보다 훨씬 더 우리의 일상생활 속에서 사람들을 그룹별로 나누고 차별하고 있다.

더군다나 현재 우리나라에서도 활발히 논의되고 있듯이 국가의 공공 행정<sup>6)</sup>에서 인공지능이 활용되고 그러한 공공 행정의 의사 결정 과정에서 차별의 문제가 발생한다면 문제는 더 심각해진다.<sup>7)</sup> 헌법을 수호하고 헌법상 평등의 원칙을 관철시켜야 하는 주체인 국가가 오히려 헌법상 원칙을 위반하는 결과를 낼 수 있기 때문이다. 이러한 시점에서, 이러한 알고리즘의 헌법상 쟁점으로서 알고리즘의 차별 문제는 왜 생기는 것이고, 이러한 차별의 문제를 어떻게 극복할 수 있는지 논의 필요성이 크다고 하겠다. 또한, 알고리즘이 우리나라보다 더 다양하게 활용되고 이에 따른 알고리즘과 관련한 헌법상 쟁점에 관한 논의가 먼저 활성화된 유럽에서의 논의를 살펴보는 것은 우리에게 여러 가지 시사점을 제시해 줄 수 있다는 점에서 의미가 있다.

- 4) 비슷한 예로 알고리즘이 의사는 백인 남성으로 간호사는 여성으로, 교사는 여성으로 대학 교수는 남성으로 인식한다. (D. Gershgorn, 'The reason why most of the images that show up when you search for "doctor" are white men', 2017년 4월 14일 발간, <https://qz.com/958666/the-reason-why-most-of-the-images-are-men-when-you-search-for-doctor/>, 2021년 11월 10일 방문).
- 5) C. Orwat (2020), 'Risks of Discrimination through the Use of Algorithms', Federal Anti-Discrimination Agency, 2020, 49면 참조.
- 6) 공행정에서의 인공지능의 활용에 관한 국내 연구에서도 알고리즘의 중립성과 차별성 극복의 문제가 중요하게 언급되고 있다. (최승필, 공행정에서 AI의 활용과 행정법적 쟁점 - 행정작용을 중심으로, 공법연구 제49집 제2호 (2020), 208면 참조).
- 7) 덴마크 코펜하겐 대학교의 공행정에서의 인공지능의 활용에 관한 연구는 법학과와 공과대학 연구진의 공동 연구로 진행되었다. 인공지능의 헌법적 쟁점을 논의하기 위해서는 법 분야뿐만 아니라 데이터에 관한 이해도 필요하기 때문에 이러한 형태의 공동 연구가 꼭 필요할 것으로 생각된다. 이 연구 논문에서 공행정에서 인공지능을 활용하는 것에 관한 장점과 단점을 언급하였는데, 장점으로는 인공지능을 통한 전자동화 행정의 시간적, 비용적 효율성, 질적으로 향상된 공공 행정 서비스의 제공이 가능하다는 점이 제시되었고, 단점으로는 알고리즘의 투명성의 부족, 사람이 할 수 있는 재량 판단의 개입 여지가 없다는 점, 의사 결정의 "시점"의 문제, 즉 "언제" 정확히 의사 결정이 이루어진 것으로 보아야 할 것인가의 문제, 위임의 문제, 즉 사인인 개발자가 공공 행정 결정의 어떤 특정 단체를 위하여 의사 결정 시스템을 디자인 한 경우, 그 결정이 행정 주체로부터 IT 개발자에게 위임된 것으로 보아야 하는지에 관한 논의가 있다. 이 논문에서 주로 다루고자 하는 의사 결정 과정에서의 차별의 문제도 인공지능의 활용에 있어서 중요한 단점의 하나로 지적하고 있다. (H. Olsen, J. Slosser, T. Hildebrandt, C. Wiesener, 'What's in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration', University of Copenhagen, 2019, 4면 참조).

## II. 인공지능의 차별에 관한 논의

이 장에서는 인공지능의 차별 문제를 논의하기 위해 필요한 인공지능 및 알고리즘의 개념, 알고리즘의 형태, 알고리즘의 차별 문제<sup>8)</sup> 발생의 원인에 관하여 간단히 살펴보고자 한다.

### 1. 주요 개념

본 논문에서 주요하게 다루고자 하는 인공지능과 헌법상 쟁점인 차별의 문제를 논의하기 위해서 인공지능 및 알고리즘의 개념을 이해할 필요가 있다<sup>9)</sup>. 알고리즘은 인공지능의 핵심을 구성하는 것으로 특정 문제 해결을 위한 목적으로 데이터를 입력하여 결과 값을 출력하도록 구성하고 사용되는 일련의 컴퓨터 명령이라고 이해할 수 있다<sup>10)</sup>. 이러한 알고리즘의 형태<sup>11)</sup>에는 규칙 기반 알고리즘 (Rule-based Algorithms), 기계 학습 알고리즘 (Machine-learning Algorithms), 딥 러닝 알고리즘 (Deep Learning Algorithms)이 있다.

규칙 기반 알고리즘은 ‘if-then’의 형식을 따른다. 규칙 기반 알고리즘의 간단한 예를 들자면, 만약 특정 도로에서 시속 100km 이상의 속도로 운전하는 것이 금지되고 이 규정을 어길시 150 Euro의 벌금을 내야 한다는 교통 규칙이 존재하는 경우, 만약 (if) 누군가가 시속 100km 이상의 속도로 운전하는 경우, 그러면 (then) 운전자는 150유로의 벌금을 부과 하게 된다는 것이다<sup>12)</sup>. 실제의 상황에서는 물론 이 단순한 예보다는 훨씬 더 의사 결정 과정이 복잡해지겠지만, 이러한 규칙 기반 프로세스와 이에 따른 결정은 비교적 쉽고 간단한 방법으로 컴퓨터 명령어 코드나 알고리즘으로 구성할 수 있다는 장점이 있다<sup>13)</sup>. 기계 학습 알고리즘의 가장 큰 특징은 ‘학습 능력’을 보유하고 있다는 점이다. 이 ‘학습 능력’은 명시적으로 그렇게 하도록 구체적으로 명령하는 프로그램이 없이도 입력 데이터를 기반으로 특정 결과를 최적화하기

8) 유럽에서 이루어진 인공지능의 차별 문제는 알고리즘의 차별(‘Algorithmic discrimination’)이라고 논의되고 있다. 인공지능의 뇌에 해당하는 것이 알고리즘이므로 인공지능의 차별 문제는 알고리즘의 차별이라고 보아도 무방하므로 이 논문에서는 인공지능의 차별 혹은 알고리즘의 차별이라는 용어를 같이 사용하기로 한다.

9) ‘주요 개념’ 부분은 주로 이론적인 내용을 소개하고 있어서 각주로 설명해도 무방하나, 알고리즘에 의한 차별이라는 비교적 새로운 논의를 이해하기 위해서는 그 개념을 충실히 이해하는 것이 중요하기 때문에 별도의 논의로 할애하였음.

10) T. H. Cormen and others, ‘Introduction to Algorithms’, Cambridge, MIT Press, 2009, 5면 참조.

11) J. Gerards and R. Xenidis, ‘Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law’, European Commission, 2020, 32-37면 참조.

12) J. Gerards and R. Xenidis(주 11), 32면 참조.

13) H. Surden, ‘Artificial Intelligence and Law: An Overview’ (June 28, 2019). Georgia State University Law Review, Vol. 35, 2019, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 19-22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3411869> (2021년 11월 11일 방문).

위해서 자율적으로 적응, 발전, 개선하는 능력을 보유하고 있다는 것을 의미한다. 이러한 ‘학습 능력’으로 기계 학습 시스템은 시간이 지날수록 특정 과제를 해결하는 능력을 더 많은 데이터를 분석하고 추가적인 패턴을 찾는 방법으로 개선시킬 수 있다<sup>14)</sup>. 마지막으로 딥 러닝 알고리즘은 기술적인 측면에서 가장 개선된 형태의 알고리즘으로 인간의 뇌가 작동하는 방식과 유사한 방식으로 작동하여 특정 패턴을 인식하는 복잡한 과정을 여러 단계로 나누어서 학습할 수 있는 능력까지 지니고 있다<sup>15)</sup>. 이와 같은 알고리즘에 관한 다소 기술적인 형태 및 특성을 이해하는 것은 나아가 알고리즘의 차별을 극복하는 법적 대안에 관한 논의를 활성화하기 위한 목적으로도 중요하다고 하겠다. 알고리즘의 차별 문제는 항상 과학 기술과 접목되는 부분으로 기술과 법의 협업이 요구되기 때문이다.

## 2. 발생의 원인

이 장에서는 인공지능의 차별이 왜 발생하는지 그 원인을 살펴보고자 한다. 우리나라에도 ‘친구 같은 인공지능’으로 기획되었던 ‘이루다’가 여성, 성소수자, 장애인을 혐오하고 차별한 발언이 논란이 되어 출시 20여일 만에 서비스 중단이라는 결말을 맞게 된 적이 있다<sup>16)</sup>. ‘이루다’는 인공지능이라는 기술 혹은 기계인데, 어떻게 인간이 아닌 알고리즘이 사람을 차별할 수 있을까? 인공지능은 결국 인간의 지능을 닮은 기계를 구현하는 기술이고, 알고리즘은 입력 데이터에 따라 값을 출력하는 문제 해결의 목적으로 사용되는 특정 절차나 방법으로 기계 학습이 스스로 학습하는 능력을 보유하고 있기 때문에 명시적으로 ‘여성을 차별하라’는 구체적 명령이 없더라도 입력된 데이터를 기반으로 자율적으로 적응, 발전, 개선하는 능력을 보유하게 된 것이다. 이렇듯, 알고리즘 조작의 결과에 체계적으로 발생하는 오류인 알고리즘의 편향성(Bias)은 인공지능 알고리즘에 내재되어 의도적 조작과 관계없이 나타날 수 있고 결과적으로 차별을 야기하게 된다<sup>17)</sup>는 점에서 꾸준히 문제점으로 지적되고 있다.

알고리즘에 사용되는 데이터가 어떻게 생성되는지 그 순환 고리를 보면, 알고리즘의 차별

14) ‘What Is Machine Learning? 3 Things You Need to Know’, MATHWORKS: MACHINE LEARNING, <https://www.mathworks.com/discovery/machine-learning.html> [https://perma.cc/F45M-DTMD](2021년 11월 11일 방문).

15) A. Z. Huq, ‘A Right to a Human Decision’(May 3, 2019). Virginia Law Review, Vol. 105, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 713, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3382521> (2021년 11월 11일 방문).

16) 연합뉴스, ‘성희롱 혐오 논란에 3주만에 멈춘 ‘이루다’..AI 윤리 숙제 남기다’ (2021년 1월 11일자 기사), <https://www.yna.co.kr/view/AKR20210111155153017> (2021년 11월 11일 방문).

17) 김배원, 지능정보사회와 헌법 - 인공지능(AI)의 발전과 헌법적 접근-, 공법학연구, 제21권 제3호(2020), 89면 참조.



문제가 왜 발생하는지 알 수 있다. 알고리즘은 기계이지만, 그 알고리즘에 입력되는 데이터는 사회적 산물이기 때문에 사회에 현존하고 있는 계층이나 서열 문제를 반영할 수밖에 없는 것<sup>18)</sup>이고, 이것이 되먹임, 순환 고리의 과정으로 사회에 현존하는 편견, 차별, 불평등의 문제가 데이터로 입력되고 산출되는 것이다. 우리나라에서 문제가 되었던 이루다의 데이터는 연인끼리 주고받은 100억 건의 카카오톡 대화 데이터를 이용하였고<sup>19)</sup>, 그 대화 데이터 속에 혐오, 차별, 편견이 포함되어 있었던 것이다. 결국, 그 데이터로 학습한 인공지능은 똑같이 차별하고, 혐오 발언을 할 수 밖에 없었던 것이다. 말하자면 혐오와 차별적인 내용이 걸러지지 않고 담겨진 데이터를 기반으로 알고리즘이 만들어지면 그 알고리즘이 차별적인 행위를 하는 것은 당연하다. 이를 거를 수 있는 도덕적 판단이 알고리즘에는 존재하지 않기 때문이다. 인공지능이 보편타당한 도덕 감정을 가질 수 있을 것이라는 환상은 빅데이터나 알고리즘이 학습하게 될 인간의 언어와 행위의 보편성에 대한 환상과 같은 것이다. 차별과 혐오의 언어를 기반으로 학습한 빅데이터에게서 다른 결과를 기대하는 것은 무리일 것이기 때문이다.

### 3. 차별의 정의 및 유형

이 장에서는 인공지능의 차별과 관련한 문제점을 살펴보기 위하여 유럽에서 논의되고 있는 유럽인권협약상 차별의 개념 및 차별의 유형을 먼저 검토하고자 한다. 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 '유럽인권협약'이라 한다.) 제 14조는 차별 금지 원칙(the principle of non-discrimination)을 천명하면서 차별 금지 근거로 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분을 들고 있다. 유럽인권협약에서 평등 원칙을 규정하는 두 개의 규범<sup>20)</sup>이 있는데 첫째, 제14조는 종속 규범 (subordinate norm)의 성격을 띠고 있다. 제 14조는 유럽인권협약에서 인정하고 있는 다른 권리에 영향이 있을 때 종속적으로 적용되기 때문에, 항상 다른 권리나 자유를 규정하는 조항과 함께 적용가능하다.

두 번째 규범은 유럽인권협약 제12 추가의정서의 제1조인데, 앞서 언급한 14조와 달리

18) C. D Ignazio and L. F. Klein, 'Data feminism', MIT Press, 2020, 55면 참조.

19) 한겨레, '이루다 개발사, 연인 카톡 대화 수집하고는 돌려보며 웃었다' (2021년 1월 12일자 기사) <https://www.hani.co.kr/arti/economy/it/978383.html> (2021년 11월 12일 방문).

20) 이현정 (Hyun Jung LEE), 'Discrimination based on sexual orientation - the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea', A series of Interdisciplinary Studies in Human Rights, Springer, 2022, forthcoming, 83-88면 참조.

일반 규범으로 다른 권리에 영향을 미치는 것과 상관없이 적용할 수 있는 자율 규범(autonomous norm)이다. 유럽인권협약 제12 추가의정서의 제1조는 일반규범으로 제14조보다 일반적이고 넓은 적용 범위를 가지고 있지만 유럽 연합의 모든 회원국이 비준한 것이 아니기 때문에 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 모든 사건들에 적용될 수는 없다. 지금까지 유럽인권재판소는 관련된 다른 조약의 위반을 찾는 경우에는 제14조의 위반 여부를 검토하지 않기 때문에 명시적으로 해당 판례가 차별 금지 원칙의 위반 사례에 해당하는지 여부가 불분명하였다<sup>21)</sup>. 유럽인권재판소의 이러한 경향은 유럽인권재판소의 역할이 개별적인 구제 외에도 일반적인 협약 해석을 통한 보다 포괄적인 기준들과 척도를 제공하여야 한다<sup>22)</sup>는 점에서, 유럽 내 학계에서도 많은 비판을 받고 있다. 이러한 문제점은 종속 규범인 제14조가 아니라 자율 규정인 유럽인권협약 제12추가의정서의 제1조를 적용하여 명시적으로 차별 금지 원칙의 위반 사례의 판결이 나오는 것으로 해결될 수 있을 것이라 기대된다.

유럽인권협약의 차별금지 조항에서 중요한 것은 해당 조항에서 열거된 차별금지사유들은 예시적(illustrative)으로 해석하여야 하고 해당 조항에 명시적으로 규정되지 않았다고 하여 다른 차별의 사유들을 제외시켜서는 안 된다는 점이다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제14조의 규정에 관하여 해당 규정은 예시적인 규정이고, 완결적(exhaustive)이 아니라고 판례<sup>23)</sup>를 통하여 명확히 밝히고 있다. 즉, 해당 협약에 열거된 차별금지사유에 관한 목록은 넓은 해석을 인정하는 개방형 목록(open-ended list)<sup>24)</sup>이라고 보아야 한다는 것이다. 이러한 특성에 관하여 UN 위원회<sup>25)</sup> 또한 차별 금지 사유는 단지 예시적인 것이기 때문에 해당 차별

21) 해당 사례로서 유럽인권법원의 2015년 7월 15일 판결인 Oliari and others v. Italy (판례번호 18766/11 및 3603011)를 들 수 있다. 해당 판례에서 유럽인권법원은 이탈리아 정부가 동성 커플을 인정하고 보호하는 어떠한 구체적인 법적 제도를 마련하지 않았기 때문에 이것이 유럽인권 협약 제8조 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리 위반이라고 판시하였다. (para. 185-187.) 그럼에도 불구하고, 유럽인권법원은 본 사안이 성적 지향에 근거한 차별에 해당하는지 아닌지에 관하여는 더 이상 심사하지 않았다. 이에 관하여 유럽인권법원은 '이미 유럽인권협약 제8조 위반이라는 결론에 도달하였기 때문에, 본 법원으로서 이 사안에서 제8조와 함께 제14조 위반에 해당하는지를 살펴볼 필요성이 없다고 하였다 (para. 188.). 이러한 법원의 태도는 제14조가 종속적 규범이기 때문에 제14조 위반 여부까지 판단할 필요가 없다고 한 것이고 차별 여부에 관한 추가적인 판단을 피하고자 한 것이다. 그러나 자율적 규범인 보충협약 12의 제1조가 적용되는 경우에는 유럽인권법원도 차별에 해당하는지 여부에 대한 판단을 더 이상 피할 수 없을 것이라고 기대된다.

22) J. Gerards, 'General Principles of the European Convention on Human Rights', Cambridge University Press, 2019, 31면, 36면 참조.

23) 유럽인권재판소, Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, 2000년 3월 21일 판결, 28 문단 참조.

24) 이와 반대되는 개념으로 완결적 목록('exhaustive list')이라는 개념이 있다. 즉, 해당 목록에 명시적으로 규정된 차별 금지 사유만 보호 범위에 해당된다는 것이다. 이러한 완결적 목록에 해당되는 조항으로는 여성차별철폐협약(CEDAW, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979) 제1조에서 해당 협약은 여성에 대한 차별, 성에 근거한 차별을 금지하기 위한 것이라고 명시하고 있다.

25) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 20,

금지 사유에 따른 모든 가능한 차별 대우를 대표(represent)하는 것도 아니고 열거된 차별 금지 사유에 관한 차별 대우만 차별에 해당한다는 단정적인(conclusive) 것도 아니라고 확실히 밝히고 있다.

본 논문에서 논의하는 차별의 개념에는 직접 차별(direct discrimination)뿐만 아니라 간접 차별(indirect discrimination)도 함께 포함된다. 이러한 해석은 차별을 금지하고 평등원칙을 관철시키고자 하는 다른 국제 협약<sup>26)</sup>의 목적과도 합치되는 것이다. 여기서 직접 차별이란 누군가가 비교할 만한 상황에 있는 다른 사람에 비해서 차별 금지 사유에 해당하는 어떤 특징 때문에 직접적으로 불리한 대우를 받는 것을 말한다<sup>27)</sup>. 이러한 직접 차별을 다룬 유럽인권재판소의 판례로는 'Konstantin Markin v. 러시아'<sup>28)</sup>가 있다. 이 사안에서, 청구인은 남성 군인인데, 남성이라는 이유로 비교할 만한 상황에 있는 여성 군인에 비해 불리한 대우, 즉 육아 휴가를 받지 못했던 것이다. 유럽인권재판소는 여성 군인은 육아 휴가를 갈 수 있는 반면, 남성 군인이라는 이유로 육아 휴가의 혜택에서 제외시키는 것은 성별에 따른 차별에 해당한다고 판시하였다. 또 다른 직접 차별의 사례인 'Emil Boyraz v. 터키'<sup>29)</sup>에서 유럽인권재판소는 보안담당관이라는 직이 남성들을 위해 예비된 직종이고 청구인이 여성이라는 이유로 보안담당관에 임명되지 못한 것은 성별에 의한 차별에 해당하고 비교할 만한 상황에 있는 사람들을 객관적이고 합리적인 이유 없이 차별한 것이라고 판시하였다.

이에 반해, 간접 차별은 마치 모든 사람들을 위하여 차별 없는 중립적인 기준이 존재하는 것처럼 보이지만, 결국에는 어떤 특정 그룹에 속하는 사람들을 비교할 만한 상황에 있는 다른 그룹의 사람들에 비하여 특별하게 불리하게 대우하는 결과를 가져오는 것을 말한다<sup>30)</sup>. 유럽인권재판소는 'D.H. and others v. 체코'<sup>31)</sup> 판례를 통하여 간접 차별의 개념을 수용하였

Paragraph 15, 2009년 7월 2일, E/C. 12/GC/20, <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html> (2021년 11월 12일 방문).

26) 경제적, 사회적, 문화적 권리위원회 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 차별을 철폐하기 위한 첫 번째의 그리고 중요한 단계는 '그 차별이 직접적이든 간접적이든' 국가가 자신의 영토에 존재하는 개인들과 지역사회들의 다양한 문화적 정체성이 존재한다는 것을 인지하는 것이라고 하면서, 이 때의 차별의 개념에 직접 차별뿐만 아니라 간접 차별이 개념이 포함되는 것이라고 강조하였다. (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 21, 23문단 참조. <https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html> (2021년 11월 12일 방문).

27) 2000년 11월 27일자 유럽연합지침 Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 제 2조 2(a)항 참조.

28) 유럽인권재판소, Konstantin Markin v. Russia, 2012년 3월 22일 판결 (판례번호 30078/06).

29) 유럽인권재판소, Emel Boyaz v. Turkey, 2014년 12월 2일 판결 (판례번호 61960/08).

30) 2006년 7월 5일자 유럽연합지침 Council Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, 제 2조 1(b)항 참조.

31) 유럽인권재판소, D.H. and others v. the Czech Republic, 2007년 11월 13일 판결 (판례번호 57325/00).

다. 이 판례에서 로마 (Roma) 아이들은 비로마 (non-Roma) 아이들과 함께 ‘중립적’으로 보이는 시험을 보았지만, 결과적으로 로마 아이들만 일반 학교보다 훨씬 수준이 낮은 특수학교로 가게 되었고, 이러한 결과는 일회성이 아니라 역사적으로 수년에 걸쳐서 반복되었다. 이 사안에서 유럽인권재판소는 오스타바 (Ostava) 지역에 사는 로마 아이들이 특수학교로 보내지는 확률이 비로마 아이들에 비하여 무려 27배나 높았다<sup>32)</sup>는 사실에 주목하고 그러한 통계 수치를 증거로 받아 들여서 로마 아이들은 그들의 인종 출신 때문에 열등한 수준의 교육을 받게 되는 사실상(de facto)의 차별을 받았다고 하면서 간접적인 형태의 차별이 존재했다고 판시하였다.

#### 4. 교차 차별 및 대리 차별의 문제

지금까지는 유럽인권협약에서 정의하는 차별의 개념과 유럽인권재판소의 판례에서 인정하는 차별의 유형으로서의 직접 차별과 간접 차별에 관하여 살펴보았다. 이러한 차별의 개념 및 유형을 이해하는 것은 인공지능의 차별 문제를 극복함에 있어서 특히 더 중요한 문제라고 하겠다. 인공지능의 알고리즘은 흔히 ‘Black Box’라고 알려져 있고, 어떠한 과정을 거쳐서 어떠한 유형의 차별이 발생하게 될지 분명하게 인식하는 것이 어렵기 때문이다. 이 장에서는 인공지능의 차별과 관련하여 특히 문제되는 차별의 유형으로서 교차차별(intersectionality) 및 대리 차별(proxy discrimination)에 관해 논의하고자 한다. 이 교차차별 및 대리 차별은 알고리즘의 특성과 관련하여 차별의 양상이 더 강화된다는 점에서 알고리즘의 차별을 논의함에 있어서 중요한 개념이라고 하겠다.

교차차별이란 하나의 차별의 원인이 아니라 여러 가지 차별의 원인으로 차별이 발생하는 것으로 차별의 이유가 불명확하다는 특징을 가진다. 즉, 교차차별은 여러 가지 차별의 사유를 가진 피해자가 차별을 당하는 경우를 의미하는 용어이다. 이러한 교차차별은 크렌쇼(Crenshaw)라고 하는 미국의 학자가 처음 사용하기 시작한 용어인데, 이 Crenshaw 자신이 여성이면서, 흑인이고, 성소수자이다. 벌써 세 개의 차별의 근거, 즉 성적 차별, 인종 차별, 성적 지향에 근거한 차별의 근거를 가지게 된 것이다. 이러한 교차 차별로 인해서 차별을 겪는 피해자는 차별 강도의 ‘시너지’(synergy)가 발생하고 여러 가지 복합된 차별 사유에 기인한 차별 행위로 인해 더 큰 괴로움을 겪게 되기 때문에, 교차 차별의 문제는 한 가지의 차별 근거로 발생하는 차별과 다르게 취급되어야 한다. 이러한 교차 차별이 발생하는 원인에

32) 유럽인권재판소, D.H. and others v. the Czech Republic, 2007년 11월 13일 판결 (판례번호 57325/00), 문단 18 참조.

관하여 Collins는 사회의 권력 관계가 한 차원의 문제가 아니라 사회 집단과 정체성에 따른 특권과 억압의 복잡한 네트워크로 구성이 되어 있기 때문이라고 주장한 바 있다<sup>33)</sup>.

이와 같이, 피해자는 한 가지 사유에 의해 차별받는 다른 피해자에 비하여 여러 가지 차별 사유로 인해 발생하는 교차 차별로 인하여 더 큰 괴로움을 겪게 됨에도 불구하고 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 교차 차별의 개념을 명시적으로 인정하는데 주저하고 있고 이런 점이 문제로 지적되고 있다. 예를 들어, 유럽사법재판소의 2016년도의 Parris<sup>34)</sup> 판례에서 청구인은 아일랜드에서 동성결혼을 인정하고 있지 않았기 때문에 60세 이전에 혼인할 수 없었음에도, 청구인과 청구인의 동성 파트너가 60세 이전에 결혼하지 않았다는 이유로 유족 연금 지급 대상에서 제외되었고, 청구인은 이러한 불이익이 나이와 성적 지향의 교차 차별에 해당한다고 주장하였다. 이 사안에서 유럽사법재판소는 한 가지 이상의 차별 근거의 복합으로 새로운 형태의 차별이 발생했다고 볼 수 없다<sup>35)</sup>고 하면서 교차 차별의 개념을 인정하지 않았고, 많은 헌법학자들은 이에 관해 비판을 하고 있다. 헌법학자들의 주요한 비판은 첫째, 단순히 다른 종류의 차별 근거를 합치는 문제가 아니라 두 가지 이상의 차별 근거로 차별 강도의 '시너지'가 발생했음에도 이를 무시했다는 점<sup>36)</sup>이다. 둘째, 특정 동성 커플이라는 그룹이나, 60세 이상의 그룹이 차별 받은 것이 아니라, 동성 커플이고 60세 이상이어서 연금 혜택에서 제외되었다는 점에서 교차 차별의 문제를 고려했어야 한다<sup>37)</sup>는 것이다. 이러한 비판은 청구인이 그의 '나이'와 '성적 지향'에 근거하여 연금 혜택을 받지 못하는 차별 대우를 받았다는 점에서 타당한 비판이라고 하겠다.

이와 같은 교차 차별은 알고리즘에 의한 차별에서 더욱 더 중요한 문제가 된다. 사람들과 사회가 가진 고정 관념, 과거에 이루어진 차별 행위들, 구조적 불평등이 데이터로 디자인되는 순환고리와 그러한 순환 고리 속에서 중복되거나 불필요한 코드화가 발생하는 알고리즘의 특성이 이러한 교차 차별을 더 강화시키기 때문이다. 예를 들어, 2018년 MIT에서 진행되었던 기계 학습과 관련한 연구<sup>38)</sup>에 따르면, 얼굴을 인식하는 알고리즘의 경우 흑인이고 여자인

33) P.H. Collins, 'Black Feminist Thought: Knowledge Consciousness and the Politics of Empowerment', Routledge, 1990 참조.

34) 유럽사법재판소 (2016), Parris v. Trinity College Dublin and Others (판례번호 C-443/15)

35) 위의 판례, 80 문단 참조.

36) K. Crenshaw (1989) "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8> (2021년 11월 12일 방문). 133-159면 참조.

37) R. Xenidis, 'Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality?' in Uladzislau BELAVUSAU and Kristin HENRARD (eds), EU anti-discrimination law beyond gender (Oxford ; Portland : Hart Publishing), 2018, 41-74면 참조.

38) J. Buolamwini and T. Gebru, 'Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial

사람의 얼굴을 인식하는데 있어서 최대 34.7%까지 오류율이 발생한다고 한다. 이러한 오류율은 남성에 비해 여성의 얼굴을 인식하는데 발생하는 오류율의 구간이 8.1%에서 20.6%이고, 밝은 피부색에 비하여 어두운 피부색을 인식하는데 발생하는 오류율의 발생 구간이 11.8%에서 19.2%인 점을 고려하면, 현저히 높은 수치가 아닐 수 없다.

알고리즘의 차별 문제에서 또 다른 중요한 차별의 개념 중 하나가 proxy 차별이다. 대리 차별 혹은 대용 차별이라고 번역 가능한데, 이 개념은 헌법<sup>39)</sup>이나 평등법<sup>40)</sup>에서 차별 금지 근거로 규정한, 성별, 종교, 사회적 신분 등이 아닌 다른 대용 근거로 인하여 차별이 발생하는 것을 말한다. 이러한 대리 차별은 고의적으로 발생하는 경우와 우연히 즉 고의가 없이 발생하는 경우가 존재한다. 고의적으로 발생하는 경우의 예로는, 건설교통부에서 주택 분양 사업을 하는데, 입주민에서 흑인을 제외하고 싶다고 하는 경우, 흑인을 명시적으로 제외시키는 알고리즘을 개발하는 것은 차별금지법 혹은 평등법에 위반되므로, 흑인을 제외시킬 수 있는 다른 대용의 데이터를 사용하여 고의적으로 흑인을 제외시키는 결과를 갖게 되는 것을 말한다. 여기서 다른 대용의 데이터로는 흑인들이 많이 가입한 페이스북(facebook) 그룹의 가입 여부를 알고리즘 상 데이터로 넣는다던지, 혹은 흑인들이 많이 사는 지역의 우편번호를 데이터로 넣어서 흑인들을 제외시키는<sup>41)</sup> 결과물을 얻게 되는 것이다.

이러한 고의적인 유형 외에도, 알고리즘은 기계 학습(Machine learning) 능력을 통해서 연관되는 데이터들 사이에 실제로는 인과 관계가 없음에도 불구하고 인과 관계가 있는 것으로 판단하여 특정 그룹에 속하는 사람들이 계속적으로 차별 받게 되는 현상이 발생하게 되고 이는 마치 악의 순환 고리(vicious circle)처럼 반복 된다<sup>42)</sup>는 점이다. 예를 들어 빨간색 차를 선호하는 특정 소수 인종이 있다고 했을 때, 알고리즘에서는 우연히 발생한 빨간색 차와 고위험 사이의 관계에 실제로는 인과 관계가 없음에도 인과 관계가 있다고 판단하게 되고, 빨간색 차를 운전하는 것은 위험한 사람의 행위로 인식하고 이것이 보험료를 높게 산정하는 원인으로 작용한다는 것이다. 이 경우, 우연히 결과적으로 빨간색을 선호하는 소수 인종에 속하는 사람은 다른 사람에 비해서 높은 보험료를 납부하는 불이익을 계속하여 겪게 되어 차별 받게 되는 결과가 발생 한다. 이러한 차별 행위는 알고리즘이 우연히 발생하는 관계를

Gender Classification', 2018.

39) 대한민국 헌법 제11조 제1항에서 차별 금지 사유로 성별, 종교 또는 사회적 신분을 규정하고 있다.

40) 유럽 연합 지침 2000/43/EC에서는 차별 금지 사유로 성별, 인종, 종교, 장애, 나이 또는 성적 지향을 들고 있다.

41) A. E. R. Prince & D. Schwarcz, 'Proxy Discrimination', Iowa Law Review, 2020, 1273면 참조.

42) M. Kusner et al.(2017), 'Counterfactual Fairness', Conference: Neural Information Processing Systems 2017Volume: 30, 4면 참조.

원인과 결과라는 인과 관계로 인식하여 발생하게 되는 것이다.

### III. 인공지능의 차별 행위의 법적 주체에 관한 논의

인공지능에 의한 차별 행위가 발생하였을 때, 과연 어느 주체에게 그 책임을 귀속시킬 수 있는지에 관한 논의가 필요하다. 실제로 인공지능에 의한 차별 행위로 인권 침해가 발생하고 피해자가 발생하였을 때 필연적으로 법적 구제에 관한 논의가 필요한데, 구제를 위해서는 행위의 법적 주체를 명확히 하여야 하기 때문이다. 나아가, 인공지능에게 책임을 물을 수 있는지, 그렇다면 인공지능에 법인격을 부여할 수 있는지, 법적 인격성이 확장될 수 있는지가 논의될 필요가 있다.

#### 1. 행위의 법적 주체

인공지능에 의한 차별이 극복하기 어려운 이유는 겉으로 볼 때는, 기계가 했으니까, 뭔가 중립적, 객관적, 합리적으로 판단했을 것으로 느껴지기 때문에 차별에 관한 인지가 어렵다는 점이다<sup>43)</sup>. 또한 인공지능에 의해 발생하는 차별은 법이 금지하고 있는 차별의 근거가 명확하게 드러나지도 않을뿐더러, 사람의 판단과 달리 차별의 의도를 파악할 수도 없고, 직접 차별인지 간접 차별인지와 같은 차별의 유형을 분류하기도 어렵고, 차별의 발생이 알고리즘 상 데이터 간의 상관관계에 의한 것인지 인과 관계에 의한 것인지 파악하기조차 어렵기 때문에 법이 그 모든 가능성을 미리 상정하고 명시적으로 규제하기도 어렵다는 데 있다.

또한, 법 절차상 한계도 분명히 존재한다. 알고리즘이라고 하는 것이 ‘black box’여서 알고리즘의 투명성 부족<sup>44)</sup>으로 인하여 내가 차별받았다고 하더라도, 그 ‘black box’ 속의 어떠한 구체적인 알고리즘에 의하여 차별을 받았는지 증거를 제시하기가 어렵다. 또한, 알고리즘에 의한 국가의 행정 행위로 내가 차별 받았을 때 그 책임을 과연 누구에게 귀속시킬 수 있을지도 불분명하다. 예를 들어, 덴마크에서 있었던 사례<sup>45)</sup>에서 장애가 있는 아이를 양육하고 있어서 정부 보조금을 받으려고 신청한 엄마의 경우, 인공지능의 알고리즘이 어떤 이유에서건 이

43) M. Mann and T. Matzner, ‘Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination’, 6 Big Data & Society, 2019, 2면, 6면 참조.

44) 최승필(주 6), 234-236면 참조.

45) H. Olsen, J. Slosser, T. Hildebrandt, C. Wiesener, ‘What’s in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration’, University of Copenhagen, 2019.

아이의 장애가 별로 심각하지 않다고 결정하는 바람에 신청인인 엄마의 보조금 지급 신청이 반려된 경우, 담당 공무원이 그 결정은 전자동화 인공지능 알고리즘에 의해서 이루어진 것이므로 자기 책임이 아니라고 주장하는 경우, 누구에게 책임을 물을 수 있을지, 어느 주체에게 그 책임을 귀속시킬 수 있을지가 문제가 된다.

## 2. 인공지능의 법인격 부여 여부

기술의 발전에 따라 인공지능이 인간의 생활에 깊이 관여하는 수준을 넘어서서 인간과 동등한 법인격을 가질 수 있는 존재로 발전할 수 있는가의 문제는 그 논의가 비교적 최근에 활발히 이루어지고 있다. 인공지능을 분류하는 기준도 다양하다. 기능적 수준에 따라서는 약인공지능(weak AI), 강인공지능(strong AI), 초인공지능(super AI 또는 Artificial Super Intelligence)으로 나눌 수 있으며<sup>46)</sup> 멀지 않은 미래에 초인공지능의 출현이 예상된다. 이러한 기술의 발전에 비해 법적인 연구와 분석은 아직 시작단계에 불과하다고 할 수 있다. 특히 인공지능을 법적 행위의 주체로 볼 수 있느냐의 문제는 인공지능의 법적 지위에 대한 문제를 규정하지 않으면 해결할 수 없는 문제이다.

또한 법 아래에서 평등을 둘러싼 문제가 하나의 중요한 문제가 될 수 있다. 예를 들면, 영화에나 등장했던 로보캡은 인종차별을 하지 않느냐의 문제를 들 수 있는데, 언뜻 보면 디지털 기술의 발전을 통해 기술적 중립성이 유지됨에 따라 인종차별이 행해질 수 없을 것 같지만 역시 프로그램이 정책적 의도에 따라 작동되거나 피부색에 따라 오작동 되는 문제가 발생해서 차별적 이용이 생길 수 있다.<sup>47)</sup> 경찰관의 안전과 공평한 법 집행을 위해서 로봇을 도입할 필요가 있다는 필요성이 생길 수 있으나 이 경우에도 로봇이나 인공지능에 의해 이루어진 공권력 행사에 의해 개인에게 손해가 발생한 경우 과연 그 책임을 국가에 부과할 수 있는지 여부를 법적으로 규정할 필요성의 문제가 아울러 중요하다.<sup>48)</sup> 인공지능에 의한 행정행위 및 그에 따른 국가의 책임을 법적으로 규정하기 위해서는 우선 이와 같은 인공지능의 법적 지위에 관한 논의가 필요하다. 법적 권리주체로 인공지능을 인정할 경우 자연인과 법인은 다른 이른바 전자인(electronic person)이라는 새로운 법적 권리주체가 대두된다는 주장도 있다.<sup>49)</sup> 그 형식과 명칭이야 어떻든 초인공지능의 출현이 멀지 않았다고 본다면 어떻게

46) 한희원, 인공지능(AI)의 법인격 주체 가능성의 이론적 기틀에 대한 기초 연구, 중앙법학 제20집 제3호(2018), 379-380면 참조.

47) 김종호, 인공지능 로봇의 출현으로 인한 법적 논란에 관한 영역별 쟁점의 고찰, 법이론실무연구 제6권 제2호(2018), 235면 참조.

48) 김종호(주47), 240면 참조.



인공지능의 법적 권리주체에 대한 논의는 더 이상 미룰 수 없는 문제이다.

인공지능의 법인격 인정을 부정하는 견해도 존재 한다. 이 견해에 따르면 책임 귀속에 관한 법적 불명확성의 해소 및 그에 따른 거래비용 절감이라는 법적 편의성을 확보하기 위하여 인공지능의 법인격을 인정하는 것을 부정하는 것이다. 법적 편의성이 법인격 인정의 유일한 근거로 불충분하고 윤리적으로 수용하기 어려우며 인간의 존엄과 가치를 훼손하며 실익도 없다고 주장한다.<sup>50)</sup> 그러나 인공지능의 법인격 부여는 자연인과 동일성을 인정하는 것은 아니다. 아무리 초인공지능이 인간과 유사한 수준의 고통을 느끼고 사고할 수 있는 능력을 가지더라도 자연물의 법인격 인정 이상으로 접근해서는 안 되기 때문이다. 그렇다고 해서 이러한 접근 방식이 곧바로 인공지능의 법인격 인정을 부정하는 것을 정당화하지는 않는다. 법률행위의 주체가 분명히 존재하고 이에 따라 법적 책임의 부과가 발생하려면 그 주체의 법인격이 정의될 수밖에 없기 때문이다. 기술의 발전은 도덕보다 먼저 이루어지고 도덕적 감정이 법에 반영되는 시기는 더디게 이루어지는 경우가 많다. 우리는 인간의 손에 의해 이루어진 기술의 발전이 때로는 도덕적 판단과 무관하게 인간의 이성을 도구로 발전함에 따라 인간 스스로 일군 문명을 파괴한 경험을 가지고 있다. 따라서 인공지능의 발전이 꼭 인간에게 긍정적인 측면만 있을 것이라고 보장할 수는 없지만, 인공지능이 사회 여러 분야에서 활성화 되고 있는 지금 기술의 진보가 인간의 삶을 보편적으로 유익하게 만들어왔는가와 같은 질문을 던져야 할 필요성은 반드시 존재한다고 하겠다. 더군다나 인공지능의 자율성이 고도화되면 인간이 그 행위를 예측, 설명할 수 없게 될 수 있고, 결과적으로 인공지능의 행위를 법적으로 인간의 행위로 귀속시키기 어렵게 되는 문제가 발생할 수 있다.<sup>51)</sup> 자율성을 가지게 된 인공지능을 법적 책임주체로 인정하지 않을 경우, 인간의 통제를 벗어난 행위의 피해자를 구제하고 그 행위의 주체를 처벌하기 어렵게 되는 것은 당연하기 때문이다.

자율성은 주체 스스로의 규범적인 결정을 통해 하나의 규범의 유효성을 만들어낼 수 있는 이른바 '자기 입법'(self-legislation)의 성격으로 규정할 수 있다.<sup>52)</sup> 인공지능이 인간과 동일한 수준의 자율성을 가지려면 적어도 스스로 규범적인 결정을 내리고 이를 따르는 수행을 해낼 수 있어야만 한다. 현재까지 이러한 인공지능이 출현하지는 않았지만 머지않은 미래에 완화된 자율성을 갖춘 인공지능이 출현하지 않으리라고 확신할 수가 없으므로 인공지능의 법적 지위를 어떻게 정의해야 할지가 대단히 중요해질 것이다. 따라서 이에 대한 법적 대비

49) 김건우, 법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점, 성균관법학 제30권 제2호(2018), 228면 참조.

50) 이성진, 인공지능과 법인격 인정, 민사법의 이론과 실무 제23권 제3호(2020), 83면 참조.

51) 김성호, 인공지능에 대한 법인격 부여 필요성, 법학논총 제 37권 제3호(2020), 145면 참조.

52) Jan-R. Sieckmann, 'The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning', Bloombury Publishing, 2012, 1면 참조.

및 논의가 필요하다. 인공지능이 단순한 인간의 도구가 아니고 인간과 공존하는 별도의 주체가 될 지도 모르기 때문이다. 더군다나 국가가 운영하는 인공지능기술이 부패하였다면 국가의 공권력의 행사나 불행사로 인하여 국민들의 기본권이 얼마나 침해받을 것인지에 대해 우려가 되는 것도 사실이다.<sup>53)</sup> 인공지능의 영역은 일반인들이 쉽게 이해하기 어렵고 개발자의 의지가 순전히 인류에게 보편타당하게 유익하고 차별을 두지 않는 것인지도 행위의 결과가 실제로 발생하기 전까지는 알기 어려울 수밖에 없기 때문이다.

그렇기 때문에 사전에 인공지능의 개발단계에서 철저한 개발원칙의 정립이 필수적이다. 이러한 개발원칙의 정립을 위하여, 2020년 7월에 발표된 유럽연합의 '자가 평가를 위한 신뢰할 만한 인공지능을 위한 평가 목록'(Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence(ALTAI) for self-assessment)을 참조할 만하다. 신뢰할 만한 인공지능을 위한 윤리적 가이드라인은 7가지 중요 요건을 다음과 같이 제시하고 있다.

1. 인간에 의한 감시('human agency and oversight')
2. 기술적 견고성과 안전성('technical robustness and safety')
3. 프라이버시와 데이터 거버넌스('privacy and data governance')
4. 투명성('transparency')
5. 다양성, 차별금지, 공정성('diversity, non-discrimination and fairness')
6. 환경적, 사회적 웰빙('environmental and societal well-being')
7. 책임감('accountability')<sup>54)</sup>

인공지능에 관한 이러한 가이드라인은 법적 주체로의 인정 이전에 반드시 고려될 필요가 있다. 차별적 행위의 발생은 사전에 예방하는 것이 아주 중요하기 때문이다. 따라서 일정한 개발 단계까지는 기술의 발전에 윤리적 가이드라인을 제시하고 이를 따르도록 강제하는 것이 바람직하다. 우리는 이제 역사적으로 인간에 의해 이루어졌던 많은 중요한 의사결정들이 컴퓨터에 의해 이루어지고 있는<sup>55)</sup>시대에 살고 있다. 문제는 이러한 의사결정을 하는 주체가 인간에서 컴퓨터나 인공지능으로 옮겨가고 있으나 그 책임성은 인간이 부여하지 않으면 인공

53) 김형섭·황선영, AI기술의 부패방지와 인권 침해의 논의-홍콩 사례(복면금지법)를 중심으로-, 한국부패학회보 제25권 제2호(2020), 17.

54) European Commission, Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment (publication of 17 July 2020), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment> (2021년 11월 16일 방문).

55) Joshua A. Kroll, Joanna Huey, Solon Barocas, Edward W. Felten, Joel R. Reidenberg and David G. Robinson, 'Accountable algorithms', University of Pennsylvania Law Review (Vol. 165, Issue 3), 2017, 1.

지능이 스스로 책임성을 가질 수 있는지 아직은 알 수 없다는 데에 있다. 책임성을 가지지 않는 의사결정은 결국 인간에게 피해가 미칠 수밖에 없고, 일단 피해가 발생하고 난 후에 구제를 하는 과정은 미리 대비하는 것보다 훨씬 복잡하고 어려운 문제가 될 수 있다. 빅데이터(Big Data)와 딥러닝(Deep Learning)이 인류가 쌓아올리려고 노력했던 개인적 이익을 초월하고 극복하는 보편적 가치를 담지해낼 수 있으리라는 희망은 저절로 이루어지지 않으므로 인공지능과 관련한 법적 쟁점을 논의해야만 하는 것이다.

### 3. 법적 인격성의 확장에 관한 논의

인공지능의 법인격부여는 인간중심주의의 권리 개념을 뛰어넘어야 가능할 수 있다. 이에 대한 기존의 인간중심주의의 보편적 인권에 관한 문제제기가 있다. 이에 따르면, 인공지능 로봇에게도 권리주체성을 인정할 수 있는가를 논의하는 목적을 첫째는 인공지능 로봇에게 일정한 의무나 책임을 묻기 위한 것, 둘째는 인공지능 로봇 자체를 윤리나 법으로 보호하기 위한 것이고, 물론 현재로서는 그중에서 전자에 관한 논의가 더 활발하게 이루어진다<sup>56)</sup>고 밝히고 있다. 사실 오랜 시간 기존의 보편적 인권에 대해서조차 여러 가지 형태로 나타나는 도전에 대해 논쟁이 사그라지지 않은 현실을 감안한다면 보편적 인권 개념을 수정하여 핵심적 인권 영역의 보편성<sup>57)</sup>을 먼저 받아들여야 가능해지는 이와 같은 지적은 새로운 논쟁을 불러올 수 있다. 하지만 이왕 인공지능의 법인격 인정문제와 새로운 보편적 인권에 대한 논의가 필요해지는 현실이 닥칠 것을 동의한다면 - 이미 이러한 현실은 우리 곁에 와있는지도 모르지만 - 이와 같은 문제제기는 대단히 의미가 깊다. 즉, 인간 개념이 중심이 되어 이루어져 있었던 법인격 개념을 확장해서 논의해야 인공지능의 법인격에 관해 논의할 수 있게 된다는 것이다. 이 문제는 법철학적으로 보다 심도 깊은 논의가 필요한 문제라 하겠다. 사실 사회과학적으로도 인간중심적 논의가 기후 위기나 경제적 양극화 같은 인류에게 닥친 전 인류적 위기를 대응하기에 충분한지에 관한 논쟁이 있어왔기 때문이다. 2차 대전 이후에 도구적 이성에 대한 비판이 서구지성사회를 중심으로 이루어졌지만 80년대 이후에 불어온 신자유주의 열풍은 기술의 발전과는 역설적이게도 인류의 삶을 더욱 피폐하게 만들고 기후위기에 대한 대처도 미흡한 현실을 목도하고 있다. 이러한 현실이 바로 새로운 확장된 인권개념의 논의가 반드시 필요한 이유이다.

다만 중요한 점은 인공지능에게 법적 인격성을 부여할 수 있다면 인격성 부여의 구체적인

56) 양천수, 근대 인권 구상의 한계와 새로운 인권 구상의 가능성, 공법학연구 제21권 제3호(2020), 142면 참조.

57) 양천수(주 56), 145면 참조.

기준이 무엇인지 규정할 필요가 있고 과연 어떤 이유에서 법적 인격성을 인공지능에게 부여해야 하는지 분명히 해야 한다는 점이다.<sup>58)</sup> 이런 사전 논의가 충분히 이루어진 뒤에 인공지능의 법적 행위 주체능력을 어떻게 볼 것인가와 관련한 법의 제정이 이루어져야 할 것이다. 강한 인공지능의 경우 윤리학이나 형법학에서 말하는 엄격한 의미의 '자유의지'는 아닐지라도 스스로 목적을 설정하고 실행하여 결과를 반성적으로 환류할 수 있는 '자율성'을 지닐<sup>59)</sup> 수 있고, 이에 걸맞은 법인격 부여에 관한 법적, 혹은 법철학적 논의가 필요하다고 하겠다.

#### IV. 알고리즘의 차별과 관련된 EU에서의 논의

이 장에서는 알고리즘의 차별에 관한 EU의 법적 제도, 특히 EU의 성평등 및 차별 금지에 관한 법을 구체적인 예시와 함께 살펴보고, 인공지능과 관련된 그 밖의 쟁점으로 중요하게 지적 되고 있는 설명력 문제에 관한 EU의 법적 제도를 검토해보고자 한다.

##### 1. 알고리즘의 차별에 관한 EU의 법적 제도

최근 들어 유럽의 미디어는 알고리즘과 관련된 성차별 사례가 증가하고 있다고 하면서, 대형 온라인 쇼핑 업체인 아마존(Amazon)이 채택하고 있는 고용 시스템의 알고리즘이 여성을 차별하는 것으로 나타났다고 보도하였다<sup>60)</sup>. 이러한 성차별 외에 다른 차별의 근거 또한 알고리즘의 차별에서 다양하게 나타나고 있는데, 구글의 이메일 포맷팅 지메일(Gmail) 서비스가 특정 사용자를 대상으로 하는 광고나 제안을 하기 위해서 차별 금지 근거인 성적 지향, 종교나 개인의 신념 등을 알고리즘의 데이터로 사용하고 있음이 보고되기도 하였다<sup>61)</sup>. 이러한 다양한 차별 근거에 의한 알고리즘에 의한 차별이 유럽 각국에서 발생하고 있다.

이렇듯, 유럽 각국에서 발생하고 있는 다양한 차별 근거에 의한 알고리즘에 의한 차별에 관한 대표적인 EU의 법적 제도로 EU 차별 금지법(EU Anti-Discrimination Law)<sup>62)</sup>을 들

58) 양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호(2018), 11.

59) 양천수(주 56), 152면 참조.

60) J. Dastin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women' (10 October 2018), available at: [www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G](http://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G) (2021년 11월 18일 방문)

61) M. Lecuyer and others, 'Sunlight: Fine-grained targeting detection at scale with statistical confidence' in the 22nd ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, 2015, 554-566면 참조.

수 있다. EU의 차별 금지와 관련한 법제로 2000 EU 평등 지침 (2000년 11월 27일자 Council Directive 2000/78/EC)을 들 수 있다. 이 지침은 특히 고용과 직업에서의 평등한 대우에 관한 일반적인 법제를 마련하고자 한 것으로 종교나 신념, 장애, 나이 또는 성적 지향에 근거한 차별을 금지하고 있다. 특히, 2000년 평등 지침은 앞서 제정되었던 반인종 차별 금지 지침 (2000년 6월 29일자 Council Directive 2000/43/EC)에 비교하더라도 일반적이고 포괄적인 지침의 성격으로 훨씬 더 넓은 범위를 보호 대상으로 하고 있으며 실제로 EU 회원국들이 포괄적인 차별 금지법을 제정하는 계기가 되었다는 점이 긍정적으로 평가받고 있다.

그럼에도 불구하고, 최근 들어 문제가 되는 알고리즘의 차별 문제에 대응하기 위해서는 이러한 평등 지침이 충분하지 않으며 해당 지침에 관한 몇 가지 단점<sup>63)</sup>들이 지적되고 있다. 첫째, 유럽사법재판소 (Court of Justice of EU, 'CJEU'라고 통상 일컬어짐)의 평등 지침과 관련한 판례들을 보면 차별 금지 사유 별로 상당한 불균형이 존재한다는 점이다. 예를 들어, 2000년부터 2018년까지의 판례들 중, 유럽사법재판소는 차별 금지 사유들 중에서 나이와 장애에 근거한 차별 금지 관련하여 상당한 수의 판결을 내린 반면 성적 지향에 관한 판례는 상당히 적고, 인종과 종교에 관한 판례는 거의 찾아볼 수가 없다는 것이다. 두 번째, 2000년도에 제정된 두 개의 평등 지침의 보호범위가 역설적이게도 평등하지 않다는 점이다. 2000 EU 평등 지침은 고용과 직업에 관한 차별 문제에 그 보호 범위가 한정적이고, 반인종 차별 금지 지침은 사회 보장, 의료, 교육, 주택 문제와 관련된 사회 보장<sup>64)</sup>을 그 보호 범위로 설정하고 있다. 실질적으로 EU의 모든 회원국들이 이 두 지침들을 도입하는 것을 지연하고 있다는 점<sup>65)</sup>도 EU의 법적 제도가 다양한 형태로 다양한 국가에서 발생하고 있는 알고리즘의 차별 문제에 대응하는데 부족하다는 것을 보여준다.

더군다나 알고리즘에 의하여 발생하는 차별은 EU 법제에서 분류하고 있는 차별 금지 근거

62) 차별금지법('Anti-discrimination law')이라는 용어는 미국의 법제에서 유래한 것으로 알려져 있다. EU 차별금지법('EU anti-discrimination law')라는 용어는 EU 평등법 ('EU equality law') 또는 EU 평등 기회법('EU law of equal opportunities') 등과 같은 개념으로 다양한 법학 논문 및 법학 수업에서 사용되고 있다. (U. Belavusau and K. Henrard, 'A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives', Cambridge University Press, 2019, 615면 참조.) 알고리즘의 차별과 관련하여 유럽연합에서 제정된 <일반정보보호규정(General Data protection Regulation : GDPR)>이 있으나, 이 논문에서는 보다 일반적인 차별금지관련규정인 평등지침인 차별금지법에 초점을 맞추었다. 이는 GDPR의 규정들이 알고리즘의 차별을 해결하는 데 충분한 통제력을 가지지 못했다고 평가받고 있기 때문이기도 하지만, 알고리즘의 차별의 다양한 형태와 특징들을 고려할 때 포괄적인 차별금지관련 규정들에 관한 논의가 반드시 필요하다고 생각하기 때문이다.

63) Belavusau and K. Henrard(주 62), 625-635면 참조.

64) 2000년 6월 29일자 Council Directive 2000/43/EC ('Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000') 제3조 참조.

65) U. Belavusau and K. Henrard, 'A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives', Cambridge University Press, 2019, 615면 참조.

와 관련하여 훨씬 더 역동적인 성격을 보여 주고 있다는 점에 주목하여야 한다. 예를 들어, 기계 학습(machine learning)의 경우 알고리즘은 시간이 지날수록 더욱 더 진화하고 학습 능력 또한 변화하게 된다. 그러므로 알고리즘의 결과물과 EU 차별금지법에서 보호하고 있는 차별 금지 근거 사이에는 필연적으로 간극(gap)이 발생할 수밖에 없다. 성 차별만 보더라도, 다른 방식의 알고리즘은 개인의 특성이나 선호 중에서 서로 다른 점에 주목하고 그것을 성에 관한 카테고리로 다르게 인식하기 때문에, 알고리즘에 따라 성을 인식하는 카테고리는 역동적이고 다양해질 수밖에 없다<sup>66)</sup>. 결국, 이 문제는 다시 기존의 법제가 역동적이고 다양하게 변하는 알고리즘의 특성에 따라 새롭게 생겨나는 차별의 근거에 대한 효과적인 보호를 제공할 수 있는지의 문제로 귀결된다. 또한 개인의 권리 구제에 초점을 맞추고 있는 EU의 차별 금지 법제가 알고리즘에 의한 차별에 관한 집단적 권리 구제에는 어떻게 대응할 것인지도 논의가 필요하다.

## 2. 그 밖의 쟁점: 설명력 문제에 관한 EU의 법적 제도

알고리즘의 설명력 문제는 투명성의 부족 문제와 관련하여 인공지능을 활용하는데 있어서의 단점으로 지속적으로 제기 되고 있는 쟁점이다. 앞서 들었던 덴마크의 예에서, 심각한 병을 앓고 있는 아이의 부모에게 보조금을 지급하기로 한 경우, 국가 행정 기관이 전자동화 행정 작용에 의하여 보조금 지급 가능 여부에 관한 의사 결정을 하였는데, 결국 부모 A에게 지급 거절의 의사 결정이 통지된 경우<sup>67)</sup>, 설명의 대상이 무엇이고, 설명의 기준이 무엇인지에 관한 논의이다.

이 경우, 설명의 대상은 위와 같은 의사 결정의 근거가 되는 법의 근거, 사안에 있어서 고려된 부모 A와 그의 자녀에 관한 중요한 사실 관계, 의사 결정 과정에서 중요하게 비중을 두어 해석 및 판단하게 된 여러 가지 요소들 사이의 연결 관계 등이다. 설명의 기준으로는 원칙적으로 인공지능이 아니라 똑같은 의사 결정 과정을 공무원이 처리했을 때 적용되는 설명 의무의 기준과 거의 같은 수준의 설명 의무를 요구해야 한다는 것이다. 예를 들어, 공무원이 해당 의사 결정을 내렸을 때, 공무원이 자라온 환경, 교육 환경, 그러한 결정을 내리는데 작용한 신체적, 심리적 요인을 설명하라고 요구하지 않듯이, 인공지능의 의사 결정에 대하여도 모든 입력 요소, 데이터의 기술적인 작용 및 관련 내용을 다 설명할 것을 요구하는 것은

66) M. Kullmann, 'Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law', 2018.

67) H. Olsen, J. Slosser, T. Hildebrandt, C. Wiesener, 'What's in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration', University of Copenhagen, 2019, 8면 참조.

비효율적이고, 당사자인 부모 A가 원하는 설명의 내용도 아니다. 보조금 지급 거절을 통지받은 부모 A가 알고 싶은 내용은 어떠한 데이터 값이 입력되었고 어떠한 연산 과정을 거쳐서 결정이 이루어졌는지에 관한 설명은 당연히 아닐 것이기 때문이다.

인공 지능과 관련하여 설명 원칙에 관한 EU의 법적 제도를 검토하는 이유<sup>68)</sup>는 이미 존재하는 설명 원칙이나 설명력에 관한 법적 제도를 검토함으로써 인공지능의 활용과 관련하여 추가적인 법적 원칙이나 요구 사항이 있는지 검토하기 위해서이다. 인공지능과 관련한 투명성 확보를 위하여 설명 원칙이나 설명력에 관한 새로운 원칙을 도입하기 보다는 기존의 사람에 의하여 이루어진 의사 결정에 적용되는 수준의 설명 원칙 및 설명력을 요구하는 것이 타당하다고 하겠다. 이러한 설명 원칙(principle of explainability)은 알고리즘의 투명성을 확보하기 위하여 꼭 필요한 법의 원칙이 아닐 수 없다. 설명 원칙에 관한 EU의 법적 제도로는 대표적으로 유럽 연합 개인 정보 보호 규칙(GDPR)을 들 수 있다<sup>69)</sup>. GDPR 제22조 2(b)항은 정보 주체의 권리와 자유 및 정당한 이익을 보호하기 위한 적절한 조치에 설명력에 관한 법적 요구 사항이 포함된 것으로 해석 된다. 이와 같은 설명력에 관한 법적 요구 사항의 내용<sup>70)</sup>으로, 인공지능의 데이터 입력 단계에서의 투명성 확보, 데이터 출력 설명 단계인 의사 결정 자체에 관한 검토에서의 투명성 확보, 출력 단계에서는 데이터 보호 기관(DPA)을 통한 외부 감사의 단계에서의 투명성 확보가 논의 된다.

## V. 결론

EU 차원에서 유럽연합 집행위원회(European Commission)에 의해 최근 진행된 연구<sup>71)</sup>에서 알고리즘에 의한 차별을 극복하는 방안으로 기술 향상을 통해 평등성을 지향하고 차별의 원인을 제거할 수 있는 알고리즘을 개발, 발전시켜서 평등을 회복하고, 통합된 접근 방식으로 'PROTECT approach'가 제안되었다. 이 방식에서 제안하는 기본 아이디어는 법, 지식, 기술의 협력 모델이다. 인공지능에 의한 차별의 문제를 극복하는 것은 법적, 지식 기반, 기술력에 의한 해결책이 함께 이루어져야 한다는 것이다.

68) H. Olsen, J. Slosser(주 67), 14면 참조.

69) 최승필(주 6), 220-221면 참조.

70) A. Roig, 'Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR)', 2017.

71) J. Gerards & R. Xenidis, 'Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU Gender Equality and Non-Discrimination Law', European Commission, 2020, 150-152면 참조.

이러한 통합 모델로서 ‘PROTECT approach’가 제안되었는데, ‘PROTECT’는 영어 단어의 앞글자를 따서 붙인 명칭으로, 각각의 단계를 설명하자면 첫째, ‘P’는 ‘Prevent’의 첫 글자를 딴 것으로 알고리즘의 차별 극복 첫 단계로서 예방을 강조한 것이다. 예방의 방안으로는 다양성을 가지고 잘 교육받은 개발팀을 사전에 구성하고, 알고리즘에 관하여 사전적으로 설계 단계에서 평등 영향 평가를 통하여 차별의 문제가 없는지 법 위반 사항은 없는지 미리 예방하자는 것이다. 두 번째, ‘R’은 ‘Redress’의 첫 글자를 딴 것으로 법적 구제 방안을 마련하자는 것이다. 알고리즘에 의해 차별이 발생하였을 때 피해자가 적절히 구제 받을 수 있도록 차별금지법과 데이터보호법과 같은 법적 제도를 마련하여 법적 책임을 명확하게 귀속할 수 있도록 하고, 피해자가 알고리즘에 의한 차별의 증거를 스스로 제시하기 어렵다는 점에 주목하여 증거 제시에 관한 공정한 규칙을 마련하고, 차별 금지에 관한 개념에 관하여 유연하고 융통성 있는 해석 및 적용을 하자는 것이다. ‘O’는 ‘open’을 의미하는 것으로 인공지능의 활용하는데 있어서 단점으로 제기되는 투명성의 부족<sup>72)</sup>을 데이터의 개방을 통해서 극복하고자 함이다. ‘T’는 ‘train’으로 알고리즘의 차별을 극복하는데 가장 중요한 해결책 중 하나라고 생각된다. 알고리즘의 개발자들에게 헌법상 원칙인 차별 금지 원칙 및 평등의 원칙에 대한 지식을 교육하고, 알고리즘의 차별 문제에 관하여 규제 기관, 회사의 채용 담당자, 공무원, 더 나아가 사회 전반에 걸쳐서 인식을 제고하는 것이 필요하다는 것이다. ‘E’는 ‘explain’으로 위의 그 밖의 쟁점에서도 논의한 바와 같이 인공지능의 투명성의 부족 문제와 함께 꾸준히 중요한 문제로 제기되는 설명력의 문제이다. 알고리즘의 데이터에 관한 정보 요구 사항을 충족시켜, 설명 가능성을 증진시키고자 함이다. ‘C’는 ‘control’이고 알고리즘의 작동 방식에 사람이 적극적으로 개입하고 감독하고 사용자와 협의할 수 있는 메커니즘을 구축하여 알고리즘에서 발생하는 차별 문제를 적극적으로 통제해야 하고, 마지막으로, ‘T’는 ‘test’를 의미하는 것으로 알고리즘 출력 데이터를 지속적으로 모니터링, 감사하고, 오류를 분류하는 것이 필요하다는 것이다.

알고리즘의 차별 문제에 관한 또 다른 해결책으로는 입증 책임의 전환을 들 수 있다. 개인이 인공지능에 의한 국가의 행위에 의해 차별 받았을 때, 개인 스스로가 차별 받았다는 것을 입증하는 것이 어려우므로, 국가에게 차별하지 않았다는 것을 입증하라고 입증 책임을 전환하는 것이다. 인공지능과 관련한 판례는 아니지만 앞서 간접 차별과 관련하여 앞서 언급한 판례인 ‘D. H. and others v. 체코’<sup>73)</sup>에서, 유럽인권재판소는 입증책임의 전환을 시사 하였

72) H. Olsen, J. Slosser, T. Hildebrandt, C. Wiesener, ‘What’s in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration’, University of Copenhagen, 2019, 4면 참조.



다. 해당 사안에서 체코 교육부에서 적성 검사를 해서 학생들을 보통 학교에 갈 건지, 학업 능력이 떨어지는 특수학교로 갈 것인지를 결정하는데, 그 결과를 봤더니 소수 민족에 해당하는 로마('Roma') 아이들이 비로마 아이들에 비해서 특수학교로 가는 비율이 현저히 높은 결과가 나왔다. 해당 적성 검사 시험 자체는 로마 아이들을 차별할 의도 없이 중립적인 것처럼 보였지만, 결과로서 결국 로마 아이들이 차별을 겪은 이 사안에서 유럽인권재판소는 체코 사회에서 사회적으로 약자이고 교육도 제대로 받지 못한 로마 아이들이나 그 부모들이 차별을 받았다는 것을 증명하기 어려우니, 체코 정부에게 로마 아이들을 차별하지 않았다는 것을 입증하라고 하였고, 결론적으로 로마 아이들에 대한 차별이 인정되었던 것이다.

알고리즘에 의한 차별을 극복하기 위해서는 법률 분야와 기술 분야의 협력과 기술 향상을 위한 평등 회복이 중요하다. 특히 국가가 행정 처분에 인공지능을 활용하는 경우에는 헌법상 평등의 원칙, 차별 금지의 원칙, 설명의 원칙을 위반하지 않도록 적법성과 정당성을 확보하는 것이 중요하다. 알고리즘에 의한 차별에 관한 중요한 판례들이 아직 나오지 않은 상황에서 알고리즘에 의하여 차별 받고 인권이 침해된 사례에 관하여 인권 옹호 단체들과 협력하여 전략적 소송을 진행하여 선례가 되는 판결례(leading case)를 확보하는 것이 중요하다<sup>74</sup>). 실제로 유럽사법재판소 및 유럽인권재판소에서 차별과 관련된 중요한 판례들은 차별의 피해자들을 지원하는 인권 단체들의 주도로 전략적 소송을 통해서 이루어진 것들이 많다.

마지막으로 국가와 법원의 적극적 역할을 강조하면서 이 논문을 마무리 하고자 한다. 우리 헌법 제11조에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 차별을 받지 아니한다고 천명하고 있다. 국가는 그 국민이 차별과 같은 인권 침해를 겪지 않도록, 적극적으로 대처할 의무를 띠고 있다. 국제인권법에서 요구하는 국가의 의무가 더 이상 인권침해를 하지 않고 존중하는 소극적 의무(obligations to respect)뿐만 아니라 적극적으로 보호하고(obligations to protect), 나아가서 실현시킬 의무(obligations to fulfill)까지 요구하고 있기 때문이다<sup>75</sup>). 이러한 국가의 실현시킬 의무에는 알고리즘에 의한 차별과 같은 문제를 인식하는 것을 넘어서서 필요한 법제를 마련하고 감시, 통제하는 역할까지 부여됨은 명백하다고 하겠다.

사회가 변하고 발전하면서 과거에는 차별의 원인으로 생각되지 않던 새로운 차별의 형태가 생겨나고 있다. 알고리즘의 차별 또한 그러하다. 특히 입법이 미비 되어 있는 공백에서 차별이

73) 유럽인권재판소, D. H. and others v. the Czech Republic, 2007년 11월 13일 판결 (판례번호 57325/00).

74) 이현정 (Hyun Jung LEE), 'Discrimination based on sexual orientation - the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea', A series of Interdisciplinary Studies in Human Rights, Springer, 2022, forthcoming, 279-282면 참조.

75) F. Megret, 'Nature of Obligations', IN: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds.) International Human Rights Law, Oxford University Press, 2014, 102-104면 참조.

발생하고 있을 때 법원이 인권의 보루로서 적극적인 역할을 수행할 필요가 있다. 월드런(Waldron)<sup>76)</sup>은 선출되지 않은 판사가 아니라 적어도 모든 중요한 결정은 국민이 해야 한다고 주장하면서 법원의 적극적 역할에 대하여 경계하고 입법부의 역할을 강조하였다. 반면에 태거트(Taggart)<sup>77)</sup>는 법원의 특별한 역할은 판결에 대한 적절한 이유를 제시하는 방법으로 모든 공권력에 정당성을 부여하는 가장 최종적인 집행 기관이라고 하였다. 이러한 의미에서 법원의 역할은 국민의 의사 결정자로서의 입법부의 역할을 대체하는 것이 아니라 입법부가 그들에게 주어진 임무를 제대로 수행할 수 있도록 적극적으로 요구하는 데 있다고 볼 수 있다. 입법의 공백이 발생하고 그러한 공백으로 인권이 침해되고 차별받는 사회적 약자가 존재함에도 불구하고 입법부가 그들을 계속 외면하는 경우까지 입법부에게만 의존할 수는 없는 일이다. 그러한 의미에서 사법부의 적극적 역할은 민주주의를 수호하기 위함뿐만 아니라 인권이 침해되고 차별받는 사회적 약자들을 보호하기 위하여 요구되는 것이라고 하겠다.

---

76) J. Waldron, 'Law and Disagreement', Oxford University Press, Oxford, 1999, 251면 참조.

77) M. Taggart, 'The Province of administrative Law', Hart Publishing, Oxford, 1997, 305면 참조.

## | 참고문헌 |

## 〈국내문헌〉

- 김건우, 법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점, 성균관법학 제30권 제2호(2018).
- 김배원, 지능정보사회와 헌법 - 인공지능(AI)의 발전과 헌법적 접근 -, 공법학연구 제21권 제3호 (2020).
- 김성호, 인공지능에 대한 법인격 부여 필요성, 법학논총 제 37권 제3호(2020).
- 김종호, 인공지능 로봇의 출현으로 인한 법적 논란에 관한 영역별 쟁점의 고찰, 법이론실무연구 제6권 제2호(2018).
- 김형섭·황선영, AI기술의 부패방지과 인권 침해의 논의-홍콩 사례(복면금지법)를 중심으로-, 한 국부패학회보 제25권 제2호(2020).
- 양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호(2018).
- 양천수, 근대 인권 구상의 한계와 새로운 인권 구상의 가능성, 공법학연구 제21권 제3호 (2020).
- 연합뉴스, '성희롱 혐오 논란에 3주 만에 멈춘 '이루다'. AI 윤리 숙제 남기다' (2021년 1월 11일자 기사), <https://www.yna.co.kr/view/AKR20210111155153017> (2021년 11월 11일 방문).
- 엄주희·심지원·김혜경, 데이터 접근성을 통한 보건의료와 인공지능의 융합, 전남대학교 법학연 구소 공익인권법센터 인권법평론 제25호(2020.8).
- 이성진, 인공지능과 법인격 인정, 민사법의 이론과 실무 제23권 제3호(2020).
- 이현정(Hyun Jung LEE), Discrimination based on sexual orientation - the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea, A series of Interdisciplinary Studies in Human Rights, Springer, 2022, forthcoming.
- 최승필, 공행정에서 AI의 활용과 행정법적 쟁점 - 행정작용을 중심으로, 공법연구 제49집 제2 호(2020).
- 한겨레, '이루다 개발사, 연인 카톡 대화 수집하고는 돌려보며 웃었다; (2021년 1월 12일자 기사) <https://www.hani.co.kr/arti/economy/it/978383.html> (2021년 11월 12일 방문).
- 한희원, 인공지능(AI)의 법인격 주체 가능성의 이론적 기틀에 대한 기초 연구, 중앙법학 제20집

제3호(2018).

황지은, 인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석, 경제규제와 법, 제13권 제1호(2020).

### 〈외국문헌〉

A. E. R. Prince & D. Schwarcz, 'Proxy Discrimination', Iowa Law Review, 2020.

A. H. Gupta, 'Are Algorithms Sexist?', The New York Times, 2019년 11월 15일  
발간, <https://www.nytimes.com/2019/11/15/us/apple-card-goldman-sachs.html> (2021년 11월 9일 방문).

A. Roig (2017), 'Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR)'.

A. Z. Huq, 'A Right to a Human Decision' (May 3, 2019). Virginia Law Review, Vol. 105, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 713, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3382521> (2021년 11월 11일 방문).

C. Orwat, 'Risks of Discrimination through the Use of Algorithms', Federal Anti-Discrimination Agency, 2020.

C. D'Ignazio and L. F. Klein, 'Data feminism', MIT Press, 2020,  
Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 21.  
<https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html> (2021년 11월 12일 방문).

Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Council Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds.), International Human Rights Law, Oxford University Press, 2014.

D. Gershgorn, 'The reason why most of the images that show up when you search for "doctor" are white men', 2017년 4월 14일 발간, <https://qz.com/958666/the-reason-why-most-of-the-images-are-men-when-you-search-for-doctor/> (2021년 11월 10일 방문).

- European Commission, 'Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment' (publication of 17 July 2020), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment> (2021년 11월 16일 방문).
- H. Olsen, J. Slosser, T. Hildebrandt, C. Wiesener, 'What's in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration', University of Copenhagen, 2019.
- H. Surden, 'Artificial Intelligence and Law: An Overview' (June 28, 2019). Georgia State University Law Review, Vol. 35, 2019, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 19-22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3411869> (2021년 11월 11일 방문).
- J. Buolamwini and T. Gebru, 'Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification', 2018.
- J. Dastin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women' (10 October 2018), available at: [www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G](http://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G) (2021년 11월 18일 방문)
- J. Gerards, 'General Principles of the European Convention on Human Rights', Cambridge University Press, 2019.
- J. Gerards and R. Xenidis, 'Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law', European Commission, 2020.
- J. Sieckmann, 'The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning', Bloombury Publishing, 2012.
- J. A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E. W. Felten, J. R. Reidenberg and D. G. Robinson, 'Accountable algorithms', University of Pennsylvania Law Review (Vol. 165, Issue 3), 2017.
- J. Waldron, 'Law and Disagreement', Oxford University Press, Oxford, 1999.
- M. Kullmann, 'Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law', 2018.

- K. Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics', University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8> (2021년 11월 12일 방문).
- Mathworks, 'What Is Machine Learning? 3 Things You Need to Know', MATHWORKS: MACHINE LEARNING, <https://www.mathworks.com/discovery/machine-learning.html> [<https://perma.cc/F45M-DTMD>] (2021년 11월 11일 방문).
- M. Kusner et al., 'Counterfactual Fairness', Conference: Neural Information Processing Systems 2017 Volume: 30.
- M. Lecuyer and others, 'Sunlight: Fine-grained targeting detection at scale with statistical confidence' in the 22nd ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, 2015.
- M. Mann and T. Matzner, 'Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination', 6 Big Data & Society, 2019.
- M. Taggart, The Province of administrative Law, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- P. H. Collins, 'Black Feminist Thought: Knowledge Consciousness and the Politics of Empowerment', Routledge, 1990.
- R. Xenidis, 'Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law Towards Redressing Complex Inequality?' in Uladzislau BELAVUSAU and Kristin HENRARD (eds), EU anti-discrimination law beyond gender, Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2018.
- T. H. Cormen and others, 'Introduction to Algorithms', Cambridge, MIT Press, 2019.
- U. Belavusau and K. Henrard, 'A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives', Cambridge University Press, 2019.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 20, Paragraph 15, 2009년 7월 2일, E/C. 12/GC/20, <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html> (2021년 11월 12일 방문).

**〈외국 판례〉**

유럽인권재판소, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, 2000년 3월 21일 판결 (판례번호 33290/96).

유럽인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 2007년 11월 13일 판결 (판례번호 57325/00).

유럽인권재판소, *Konstantin Markin v. Russia*, 2012년 3월 22일 판결 (판례번호 30078/06).

유럽인권재판소, *Emel Boyaz v. Turkey*, 2014년 12월 2일 판결 (판례번호 61960/08).

유럽인권재판소, *Oliari and others v. Italy* (2015년 7월 15일 판결, 판례번호 18766/11 및 3603011).

유럽사법재판소, *Parris v. Trinity College Dublin and Others*, 2016년 11월 24일 판결, 판례번호 C-443/15.

## | Abstract |

Discriminatory acts by Artificial Intelligence can be regarded as a technological development which paradoxically harm humans. The development of Artificial Intelligence is accelerating, but the legal measures covering it are still not yet sufficient. Therefore, it is important to analyze the cause of the Algorithmic problem such as Algorithmic discrimination, uncertainty concerning data or the extent to which the applicability of Artificial Intelligence can be fully explained. In addition, it is necessary to fully discuss how legal status is granted to Artificial Intelligence while discussing measures to deal with Algorithmic Discrimination. In order to overcome discrimination, which is one of the most important constitutional issues related to Artificial Intelligence, it is necessary to learn about the forms of discrimination such as direct/indirect discrimination, intersectional discrimination, and proxy discrimination that are regarded as important forms of discrimination in relation to Artificial Intelligence. Moreover, in solving constitutional problem related to Artificial Intelligence both legal scholars and data developers should cooperate in recognizing the scope of constitutional issues derived from Artificial intelligence. Potential solutions which prevent and remedy algorithmic discrimination will be possible with an integrated approach using legal remedies and technology-based solutions.

**Keywords:** Algorithmic discrimination, Artificial Intelligence, Intersectional Discrimination, Proxy Discrimination, Explainability, Legal Personality



## 헌법재판의 과거, 현재, 그리고 미래

- 캐나다 민주주의를 재판하다
  - 리처드 앨버트
  
- 독일 연방헌법재판소의 과거, 현재, 그리고 미래
  - 양겔리카 누스베르거



# 캐나다 민주주의를 재판하다

## Judging Democracy in Canada

텍사스대학교 로스쿨 교수 리처드 앨버트  
University of Texas at Austin, Prof. Richard Albert

■ 목 차 ■

Introduction—A Democratic Constitution Without a Democracy Principle .....	135	IV. What is the Role of Democracy in Secession? .....	145
I. What are the Fundamental Values in our Democracy? .....	136	V. What is the Role of the Court in our Democracy? .....	149
II. Are Rights Infringements Justifiable in our Free Democratic Society? .....	140	Conclusion—The Guardians of Canada’s Constitutional Democracy .....	152
III. Who has the Right to Vote in our Democracy? .....	143		

## Ⅰ 국문초록

캐나다의 입헌민주주의는 비록 완벽과는 거리가 멀지만 1867년 캐나다 연방이 탄생한 이래 많은 발전을 이루었다. 그 동안 연방대법원은 민주주의의 기본을 정의하고 보호함에 있어 가장 핵심적인 헌법기관의 역할을 하였다. 제10회 국제학술심포지엄을 개최하는 한국 헌법재판소 산하 헌법재판연구원의 초청에 응하여 준비한 본고에서는 오늘날 캐나다 민주주의의 근간을 이루는 원칙을 형성함에 있어 연방대법원이 한 역할을 살피고자 한다. 이와 관련하여 민주주의 관련 사건에서 헌법재판을 하면서 연방대법원이 답한 다섯 가지 주요 질문을 살펴볼 것이다. 캐나다 민주주의의 기본가치는 무엇인가? 캐나다는 자유민주주의 사회에서 권리 침해를 정당화할 수 있는가? 민주주의에서 누가 투표권을 갖는가? 연방정부로부터의 분리독립 시 민주주의의 역할은 무엇인가? 마지막으로, 캐나다 민주주의에서 연방대법원의 역할은 무엇인가? 이 다섯 가지 근본적인 질문에 대한 연방대법원의 대답은 캐나다식 입헌민주주의 개념의 핵을 이룬다. 나아가 연방대법원의 대답은 캐나다가 세계적으로 존경받는 입헌민주주의 국가로 발돋움하는 데 기여하였다.

**주제어:** 캐나다 헌법 | 입헌민주주의 | 사법부 독립 | 비례성 | 분리독립 | 캐나다 연방대법원

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## Introduction - A Democratic Constitution Without a Democracy Principle

The *Constitution Act, 1867* created the Confederation of Canada over 150 years ago.<sup>1)</sup> It is one of the oldest constitutional texts in the world still currently in force, surpassed only by founding constitutional texts in Belgium,<sup>2)</sup> the Netherlands,<sup>3)</sup> New Zealand,<sup>4)</sup> Norway,<sup>5)</sup> and the United States.<sup>6)</sup> Each of these constitutions is associated with democratic values of constitutionalism, minority rights protections, and the rule of law. Yet none of these six constitutional texts—Canada’s 1867 text included—ever mentions the word *democracy* even once. This may come as some surprise, given that each of these polities ranks today among the world’s most democratic states.

These countries have forged their own path to democracy, and indeed each still has many miles to go to perfect its democratic commitments. In the case of Canada, democracy has emerged from both above and below: from the careful statecraft of leaders across the land and from the impulses of popular will. It has also come from pressures both external and internal: from the traditions inherited from British imperial powers and from the modern movement for restorative justice in relation to Indigenous Peoples in Canada. At almost every turn, the Supreme Court of Canada has played a central role in developing, deepening, and elaborating the country’s democratic values.

In this Essay prepared at the invitation of the Constitutional Research Institute of the Constitutional Court of Korea on the occasion of its 10th International Symposium, I examine the role of the Supreme Court in fashioning the principles that today define democracy in Canada. I proceed by examining five questions—each a different question answered by the Supreme Court in the course of its constitutional adjudication since the creation of Canada’s modern constitutional text, the *Constitution Act, 1982*, adopted over one hundred years after Confederation in

---

1) *Constitution Act, 1867*, 30–31 Victoria, c. 3 (U.K.).

2) Belgium Const. (1831).

3) Netherlands Const. (1815).

4) *Constitution Act, 1852* (New Zealand).

5) Norway Const. (1814).

6) U.S. Const. (1789).

Canada. The first question concerns Canada's foundational democratic values. The Court confronted a choice between an egalitarian or libertarian conception of constitutional democracy. The second question involves whether rights infringements are justifiable in our free and democratic society. The Court answered this fundamental question with reference to the Limitations Clause in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, passed as part of the *Constitution Act, 1982*.<sup>7)</sup> The Court was also asked to explain who has the right to vote in our democracy, specifically in the context of residency requirements. The fourth question is one of the most consequential for the future of Canada: what is the role of democracy in the secession of a province from the country? The Supreme Court explained in a globally celebrated judgment that democracy must play a central role in any secession process. And the last question focuses on the role of the Supreme Court in Canada's constitutional democracy: what are the constitutional protections for the Court itself?

The Court's answers to these essential questions have had a lasting impact on the country and its standing in the world. In the course of adjudicating these complicated cases, the Court helped to develop the Canadian conception of constitutional democracy. In its judgments, the Court also cemented the country's status as one of the world's most admired constitutional democracies.

## **I . What are the Foundational Values in our Democracy?**

Election rules reveal much about the foundational values of a democracy. How elections are structured, what offices may be contested, who is entitled to vote, and whether each vote counts equally are just a few of the major questions a democratic polity must answer before holding an election. Each choice reflects a different set of values. For instance, if a polity values the *status quo* and wishes to discourage rapid revolutionary constitutional and legislative transformations, it might adopt an inefficient presidential system with staggered bicameral and federal elections. This

---

7) Enacted as Schedule B to the *Canada Act* 1982, 1982, c. 11 (U.K.).

kind of polity would be designed to value republican democracy alongside a conservative evolution of its laws. Alternatively, if a polity wishes to prioritize popular decision-making across all forms of governmental change, it might foster a legal and political culture rooted referendums. This polity would be designed to value direct democracy and the legitimacy of popular will.

The Supreme Court of Canada had to address the matter of constitutional values when it was asked in *Harper v. Canada* whether certain parts of the *Canada Elections Act* are constitutional.<sup>8)</sup> The case was a tug of war between the right of meaningful participation in elections and the right to freedom of expression. Hanging in the balance was the answer to the question whether Canada would adopt a model of libertarian constitutional democracy or egalitarian constitutional democracy. The Court ruled that the Constitution required an egalitarian constitutional democracy.

The dispute involved the constitutionality of laws regulating how much individuals and groups may spend on advertisements during an election campaign. These laws did not apply to candidates or political parties because they are both regulated by their own separate laws for campaign spending. The laws therefore applied only to what were described as “third parties” in an election.<sup>9)</sup>

The laws were quite specific in how much third parties could spend and when, and for what purpose. The laws challenged at the Court prohibited third parties from spending any more than \$3000 in a given electoral district and a total of \$150,000 across the country.<sup>10)</sup> These spending limits did not apply outside of the election period or to any advertising that did not involve a candidate or a political party.<sup>11)</sup> The heart of the matter before the Court was the constitutionality of these third party spending limits, though other associated laws were challenged at the Court, including prohibitions on third parties from using creative workarounds to circumvent these spending limits,<sup>12)</sup> registration and disclosure requirements on third parties engaged in election advertising,<sup>13)</sup> and advertising blackouts on the day of

---

8) *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827.

9) *Ibid.* at para. 57.

10) *Ibid.*

11) *Ibid.*

12) *Ibid.*

the election.<sup>14)</sup>

Whether the Court upheld or invalidated the third party spending limits would tell us something of significance about democracy in Canada: is the electoral regime in Canada anchored in egalitarian or libertarian values? A libertarian electoral regime would insist on as few restrictions as possible on spending during elections. It would permit third parties to spend as much as they wish during an election campaign, exceeding the \$3000 limit on how much can be spent within a given electoral district and the \$150,000 limit on how much can be spent across the entire country. A libertarian electoral regime would as a result elevate individual freedoms—specifically the personal freedoms of expression, thought, and association—over governmental regulation. This libertarian model of campaign finance describes the current American regime. In the United States, the Constitution has been interpreted to prohibit election spending limits on individuals or groups as long as their expenditures are made independently of candidates or political parties.<sup>15)</sup>

The Supreme Court of Canada took a different path. It upheld the spending restrictions and reinforced the country's egalitarian foundations. The Court explained that Canada's model of elections "is premised on the notion that individuals should have an equal opportunity to participate in the electoral process."<sup>16)</sup> The Court continued: "the egalitarian model promotes an electoral process that requires the wealthy to be prevented from controlling the electoral process to the detriment of others with less economic power."<sup>17)</sup> To advance this egalitarian model, the electoral rules "regulate electoral spending through comprehensive election finance provisions. These provisions seek to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse. This, in turn, enables voters to be better informed; no one voice is overwhelmed by another."<sup>18)</sup>

For the Court, the main objective of the third party spending restrictions was not

---

13) *Ibid.*

14) *Ibid.*

15) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

16) *Harper*, supra note 8, at para. 62.

17) *Ibid.*

18) *Ibid.*



to limit individual rights but instead to promote the country's collective interests in a fair electoral regime. As the Court stressed, "the overarching objective of the regime is to promote electoral fairness by creating equality in the political discourse."<sup>19)</sup> The laws challenged at the Court sought to achieve this objective by "promot[ing] the equal dissemination of points of view by limiting the election advertising of third parties who ... are important and influential participants in the electoral process. The advancement of equality and fairness in elections ultimately encourages public confidence in the electoral system."<sup>20)</sup> To allow wealthy individuals and groups to spend as much as they please in an election campaign would have undermined electoral fairness by allowing those with more money to drown out the voices of those with less money, and therefore with fewer opportunities to disseminate their views to other voters. A helpful metaphor to understand the Court's ruling is the power of a megaphone. If a third party is permitted to spend as much money as it pleases during an election campaign, it can effectively broadcast its message with a megaphone, while a third party that has much less money will be resigned to broadcasting its message with its voice alone, unamplified by the power of the megaphone. And when both parties speak during an election campaign, the one speaking through a megaphone will be heard, while the one speaking with its voice alone will be less audible and will risk not being heard at all.

The Supreme Court's ruling privileged the right to meaningful participation in elections over the unfettered right to freedom of expression. The Court was not persuaded by arguments in support of a libertarian model of democratic elections. It adopted an egalitarian model of democratic elections that promotes equality in public discourse, protects the integrity of campaign financing rules, and maintains public confidence in the electoral process and in turn the electoral process. The *Harper* case expresses a cornerstone value in Canada's constitutional democracy.

---

19) *Ibid.* at para. 63.

20) *Ibid.*

## II. Are Rights Infringements Justifiable in our Free and Democratic Society?

Canada's *Constitution Act, 1982* contains the *Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter* consists of various protections one would expect to see in a modern bill of rights, including the freedom of thought,<sup>21)</sup> the right to enter and exit the country,<sup>22)</sup> the right to life, liberty and security of the person,<sup>23)</sup> the right against cruel and unusual punishment,<sup>24)</sup> and the right to equal protection of the law,<sup>25)</sup> among many others. All rights in the *Charter* are subject to the Limitations Clause, found in the first section of the *Charter*. The Clause states that "the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."<sup>26)</sup>

Early in the life of the *Charter* the Court confronted a key question: how should the Court determine whether a given infringement of a right or freedom is "demonstrably justifiable in a free and democratic society," the standard set by the Limitations Clause in the *Charter*? The Court answered this question in a landmark case that is associated with what is known today as the *Oakes* test.<sup>27)</sup> The *Oakes* test is Canada's version of proportionality, which is a now-ubiquitous method of judicial analysis that has been called the ultimate rule of law.<sup>28)</sup>

Here are the facts of the case. A person was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to the *Narcotic Control Act*. The accused opted to be tried by a magistrate without a jury. During the trial, the prosecution sought to prove that the person had in fact been in possession of the narcotic, but the accused did not produce evidence to disprove the prosecution's claim and its adduced evidence. The trial court judge held that the prosecution had

---

21) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at s. 2(b).

22) *Ibid.* at s. 6(1).

23) *Ibid.* at s. 7.

24) *Ibid.* at s. 12.

25) *Ibid.* at s. 15(1).

26) *Ibid.* at s. 1.

27) *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103.

28) See David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

shown beyond a reasonable doubt that the accused had been in possession of the narcotic. The accused challenged the trial court's holding on the ground that the law violated the Charter's presumption of innocence because it placed the burden of proof on the accused.<sup>29)</sup>

The Court began by examining whether the law infringed the *Charter's* guarantee of the presumption of innocence.<sup>30)</sup> The law involved multiple relevant sections,<sup>31)</sup> but in the end the Court concluded that Section 8 of the law violated the *Charter's* presumption of innocence: the law violates the *Charter* by compelling “the accused to prove on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking... . He is thus denied his right to be presumed innocent

29) *Oakes*, *supra* note 27, at paras. 3-4.

30) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at s. 11.

31) The relevant passages follow:

- s. 3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.
- (2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable
  - (a) upon summary conviction for a first offence, to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for six months or to both fine and imprisonment, and for a subsequent offence, to a fine of two thousand dollars or to imprisonment for one year or to both fine and imprisonment; or
  - (b) upon conviction on indictment, to imprisonment for seven years.
- s. 4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by him to be a narcotic.
- (2) No person shall have in his possession a narcotic for the purpose of trafficking.
- (3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.
- s. 8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1.

and subjected to the potential penalty of life imprisonment unless he can rebut the presumption.”<sup>32)</sup> This reversal of the burden of proof from the state to the accused “is radically and fundamentally inconsistent with the social values of human dignity and liberty which we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in [the *Charter*].”

The Court’s finding was not the end of the analysis, however, because the state argued that even if the law violates the *Charter*, the law can nonetheless still be upheld if it satisfies the requirements of the Limitations Clause, which specifies that no right or freedom is absolute, and that restrictions on rights and freedoms are lawful if they “can be demonstrably justified in a free and democratic society.”<sup>33)</sup> The words “free and democratic society” are critical, explained the Court, because they require that any infringement of a right or freedom, in order to be upheld, must respect “the values and principles essential to a free and democratic society,” which include “respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.”<sup>34)</sup> This is what the Court described as “the ultimate standard” against which to measure whether an infringement on a right or freedom can be demonstrably justified under the *Charter*.<sup>35)</sup>

The Court proceeded to enumerate the elements of its justification analysis. The burden to prove that a limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests on the litigant defending the limitation.<sup>36)</sup> The standard of proof is the civil standard in Canada: proof by a preponderance of probability.<sup>37)</sup> In order to prove that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, three criteria must be met. First, the objective of the

---

32) *Oakes*, *supra* note 27, at para. 61.

33) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at s. 1.

34) *Oakes*, *supra* note 27, at para. 64.

35) *Ibid.*

36) *Ibid.* at para. 66.

37) *Ibid.* at para. 67.

limitation must be important enough to warrant overriding a *Charter* right or freedom.”<sup>38)</sup> At a minimum, the objective must “relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.”<sup>39)</sup> Second, the litigant defending the limitation must show that the means chosen to achieve the objective are reasonable and demonstrably justified.<sup>40)</sup> Here the Court will be called to balance the interests of society with those of individuals and groups. To do so, the Court will ask three subsidiary questions: (1) are the measures adopted rationally connected to achieving the stated objective?; (2) are the measures minimally impairing of the right or freedom?; and (3) is the relationship between the effects of the restrictive measures and the important objective proportionate?<sup>41)</sup> The proportionality of the relationship requires, for instance, that “the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.”<sup>42)</sup>

The Court applied this multi-part test and held that *Charter* limitation on the right to the presumption of innocence did not have a rational connection, and therefore failed the Court’s proportionality analysis. The limitation could therefore not be reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society, as required by the Limitations Clause. The answer, then, is that rights infringements may indeed be justified in Canada’s free and democratic society.

### III. Who has the Right to Vote in our Democracy?

We have so far discussed the foundational values of constitutional democracy as well as the modalities for evaluating whether an infringement on rights may be justified in Canada. The third issue concerns the right to vote. According to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, “every citizen of Canada has the right

---

38) *Ibid.* at para. 69.

39) *Ibid.*

40) *Ibid.* at para. 70.

41) *Ibid.*

42) *Ibid.* at s. 71.

to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.”<sup>43)</sup> The Supreme Court has recognized that “voting is a fundamental right” and that “the right to vote is a core tenet of our democracy.”<sup>44)</sup> It took many years to make Canada’s voting democracy more inclusive, and still today much remains to be improved. But, as the Court has noted, “Canada’s history has been one of progressive enfranchisement,” extending with frequency the right to vote to groups of Canadians formerly disenfranchised, including women, racial minorities, felons, and others.<sup>45)</sup>

In *Frank v. Canada*, the Court considered the constitutionality the *Canada Elections Act*’s denial of the right to vote to non-resident Canadians living abroad for more than five years. The case involved two Canadian citizens who had resided outside of the country for over five years. They were denied the right to vote in the 2011 federal election, even though they intended to resume their residence in Canada sometime in the future.<sup>46)</sup>

The dividing line in the case was the duration of non-residency: a Canadian non-resident “who has been absent from Canada for less than five consecutive years and who intends to return to Canada as a resident” was permitted to vote but a Canadian non-resident who has been absent from Canada for longer yet nonetheless intended to return to Canada as a resident was prohibited from voting.<sup>47)</sup> The *Canada Elections Act* established some exceptions to the five-year rule, including for members of the Canadian Forces, employees of the federal or provincial public service posted outside of Canada, employees of an international organization posted outside of Canada, as well as Canadians living with any member of any of these groups of non-resident Canadians.<sup>48)</sup>

The Court ultimately ruled that the prohibition on non-resident voting was unconstitutional. The Court examined both the constitutional text and context to

---

43) *Ibid.* at s. 3.

44) *Frank v. Canada* (Attorney General), [2019] 1 SCR 3, at para. 1.

45) *Ibid.* at para. 2.

46) *Ibid.* at para. 10.

47) *Ibid.* at para. 14.

48) *Ibid.* at para. 16.

arrive at its conclusion. As to the constitutional text, the right to vote, by its express terms, is expressly tied to citizenship but not to residence. The Court found it significant that the authors of the *Charter of Rights and Freedoms* declined associate residency to the right to vote.<sup>49)</sup> As to context, the Court homed in on the exceptions to the five-year rule. For the Court, these exceptions “contradict the view that residence is essential to the right to vote.”<sup>50)</sup>

The right to vote, wrote the Court, “lies at the heart of Canadian democracy.”<sup>51)</sup> The Court added that “democracy demands that each citizen have a genuine opportunity to participate in the governance of the country through the electoral process,”<sup>52)</sup> and “if this right were not protected adequately, ours would not be a true democracy.”<sup>53)</sup> To interpret the right to vote narrowly, cautioned the Court, “would diminish the quality of democracy in our system of government,” which is why the Court preferred a broad interpretation of the right to vote that “enhances the quality of our democracy and strengthens the values on which our free and democratic state is premised.”<sup>54)</sup> For the Court, it followed that the residential restriction on the right to vote did not meet the Court’s proportionality test, and as a result the law was invalidated.<sup>55)</sup> This holding continued Canada’s progressive expansion of the franchise, tearing down another barrier to voting.

#### IV. What is the Role of Democracy in Secession?

The Canadian Supreme Court confronted one of its most complex questions about the nature of Canada’s constitutional democracy in the *Secession Reference*.<sup>56)</sup> The question may be stated simply but the answer was anything but: under what conditions may a province secede from the country? The context for the Court’s

---

49) *Ibid.* at para. 29.

50) *Ibid.* at para. 30.

51) *Ibid.* at para. 25.

52) *Ibid.* at para. 26.

53) *Ibid.*

54) *Ibid.* at para. 27.

55) *Ibid.* at para. 83.

56) Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217. [*Secession Reference*]

judgment was the longstanding objective of some residents of Quebec for independence, a mission that had twice been short-circuited in provincial referendums, the first in 1980 when Quebecers rejected the option of sovereignty-association by an overwhelming margin of 60 percent to 40 percent,<sup>57)</sup> and the second in 1995 when Quebecers again declined to approve the sovereignty referendum, though by less than 1 percent.<sup>58)</sup> After the failure of the second referendum, the Supreme Court was asked to explain how, if at all, a province could lawfully exit the country in order then to try to become an independent state.

The Court's judgment explores many subjects related to secession. But the critical one for our purposes is the Court's treatment of democracy. What makes the Court's discussion of democracy so important is that there is no codified principle of democracy in either the *Constitution Act, 1867* or the *Constitution Act, 1982*, outside of the Charter's Limitations Clause and the right to vote.<sup>59)</sup> And so it is no wonder that—in this case about the nature of democracy in Canada—the Court began its analysis of secession by stressing that although the codified portions of the Constitution of Canada “have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive.”<sup>60)</sup> Where are these uncodified rules located if not in the text of the Constitution? They are unwritten, explained the Court. These unwritten rules “are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution.”<sup>61)</sup> The Court continued: “Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based.”<sup>62)</sup>

The Court identified democracy as one of the unwritten principles of fundamental

57) Élections Québec, Référendums au Québec, Online:  
<https://www.electionsquebec.qc.ca/francais/tableaux/referendums-quebec-8484.php>.

58) *Ibid.*

59) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at ss. 1, 3.

60) *Secession Reference*, *supra* note 56, at para. 32.

61) *Ibid.*

62) *Ibid.* at para. 49.



importance to the organizing logic and structure of the Canadian Constitution.<sup>63)</sup> Democracy, the Court wrote, “is not simply concerned with the process of government” but also with substantive objectives including self-government, the accommodation of difference, popular legitimacy, moral values, and its interconnection with the Constitution’s other unwritten principles of first importance, namely federalism, constitutionalism, the rule of law, and minority rights.<sup>64)</sup> Democracy moreover contemplates a “continuous process of discussion”<sup>65)</sup> that occurs across all levels of government in Confederation. The *Constitution Act, 1982* confers on each partner in Confederation the power to initiate a discussion when something in the country’s constitutional arrangements may require modification. And when one partner in Confederation begins the discussion, the other partners have “a corresponding duty ... to engage in constitutional discussions in order to acknowledge and address democratic expressions of a desire for change in other provinces.”<sup>66)</sup> These are the components of the unwritten principle of democracy, according to the Supreme Court of Canada.

But how to apply this unwritten principle of democracy to the challenge of secession? The Court drew in part from the democracy principle to impose certain requirements before any provincial secession from Canada may be valid under the Constitution. One requirement is a clear expression by the people of a province of their desire to exit Canada.<sup>67)</sup> The democracy principle would require constitutional actors to recognize the validity of a popular choice ascertained by a referendum, provided the referendum question and the voting majority were both clear.<sup>68)</sup> A clear majority of voters approving a clear referendum question leads to the second requirement imposed by the democracy principle in tandem with the federalism principle: an obligation on the part of all partners in Confederation to negotiate with the province expressing its will to secede.<sup>69)</sup> As the Court explained,

---

63) *Ibid*

64) *Ibid.* at paras. 61-67.

65) *Ibid.* at para. 68.

66) *Ibid.* at para. 69.

67) *Ibid.* at para. 87.

68) *Ibid.*

a clear majority approving a clear referendum question “would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations.”<sup>70)</sup> These negotiations would have to respect the fundamental principles of democracy, federalism, constitutionalism, the rule of law, and protection of minority rights.<sup>71)</sup> If the negotiations prove successful, the result must be formalized in a constitutional amendment; this is the third requirement imposed by the democracy principle in conjunction with others.<sup>72)</sup>

As the Court made clear in resolving the secession dispute, unwritten principles may “give rise to substantive legal obligations ... which constitute substantive limitations upon government action.”<sup>73)</sup> These principles, namely the unwritten principle of democracy, are “not merely descriptive” but “also invested with a powerful normative force” that is “binding upon both courts and governments.”<sup>74)</sup> Democracy is so central to the Canadian Constitution that, according to the Court, “it might have appeared redundant, even silly, to the framers”<sup>75)</sup> to expressly protect it in the *Constitution Act, 1867*. While it is true that the word *democracy* is absent from the founding text, the principle of democracy has shaped the Court’s interpretation of the Canadian Constitution.

For the Court, then, a provincial secession must comply with the unwritten principle of democracy. The complication was how to recognize the democratic right of a province to secede while respecting the democratic rights of the rest of the country, in addition to the other principles that form the foundational core of the Constitution of Canada, namely federalism, constitutionalism, the rule of law, and protection of minority rights. On this point, the Court really shone in the legal dexterity and political sensitivity it exhibited in crafting its resolution to what many

---

69) *Ibid.* at para. 88.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.* at para. 90.

72) *Ibid.* at para. 97.

73) *Ibid.* at para. 54.

74) *Ibid.*

75) *Ibid.* at para. 62.

thought was an indissoluble problem for Canadian constitutional actors.

The Court concluded that Canadians may choose democratically to completely rewrite the existing terms of their constitutional democracy, though not without traversing a series of steps that incorporate democratic participation and representation. What is remarkable is that the Court arrived at its judgment in this case without any textual referent in the Constitution of Canada to guide its elaboration of the principle of democracy in the context of secession. The Court's judgment later formed the basis for a parliamentary law governing the rules of secession.<sup>76)</sup>

## V. What is the Role of the Court in our Democracy?

The Supreme Court has also had occasion to consider its own role in Canada's constitutional democracy. Two cases are worth highlighting because they both illustrate what the Court believes are conditions precedent for democracy in Canada in relation to its own role. These two cases each raise distinguishable questions: what does judicial independence require as a condition of our democracy, and what does our democracy demand for the integrity of the structure of the Court?

The first case presented a difficult question for the Court: whether provincial governments and legislatures can reduce provincial court judges' salaries.<sup>77)</sup> The case was prompted by reductions of provincial court judges' salaries in Alberta, Manitoba, and Prince Edward Island. The Court heard these three cases together because they raised similar issues and, for the Court, these cases "demonstrated that the proper constitutional relationship between the executive and the provincial court judges in those provinces has come under serious strain."<sup>78)</sup> The Court saw its responsibility in this case as "removing the strain on this relationship" and explaining "the proper constitutional relationship" between the judicial and the executive in our constitutional democracy.<sup>79)</sup>

---

76) *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference*, S.C. 2000, c. 26.

77) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 SCR 3.

78) *Ibid.* at para. 7.

This case is important for the principles the Court articulates—principles the Court believes underpin a well-functioning judiciary in a constitutional democracy. The overriding principle implicated in this case—and ultimately vindicated by the Court—is judicial independence. The Court stressed that financial security is just one building block for judicial independence, and that judicial independence in turn serves important societal goals, namely preserving public confidence in the impartiality of courts, advancing the rule of law and its underlying commitment to the exercise of public power consistent with legal rules and free from the distortion of corruption.<sup>80)</sup>

The Court in this case drew from the Constitution’s unwritten principles, one of which is judicial independence. The principle appears nowhere in the Constitution as a general assertion, though it does appear in a limited way in the *Charter* in the context of guaranteeing persons charged with a criminal offence the right “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.”<sup>81)</sup> The Court pointed to the preamble of the *Constitution Act, 1867* as incorporating a fulsome principle of judicial independence in its reference to Canada having “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom.”<sup>82)</sup> The Court moreover affirmed that judicial independence rests on the three basic features (security of tenure, financial security, and administrative independence) as well as two dimensions (individual independence of a judge and institutional independence of the court).<sup>83)</sup>

Applying these factors of judicial independence to the question whether provincial judges may have their salaries reduced, the Court concluded that judicial salaries may indeed be reduced in conformity with judicial independence, but that any such policy must respect certain standards. For one, a province must establish an independent body to make decisions concerning the remuneration of provincial judges; and any modifications to judicial remuneration made without prior recourse to that independent body are unconstitutional.<sup>84)</sup> In addition, judicial remuneration

---

79) *Ibid.* at para. 8.

80) *Ibid.* at paras. 9-10.

81) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at s. 11(d).

82) *Constitution Act, 1867*, *supra* note 1, at preamble.

83) *Provincial Judges Reference*, *supra* note 77, at paras. 115, 118.

must be reviewed periodically to ensure the adequacy of judicial salaries in light of several factors, including the cost of living.<sup>85)</sup> Moreover, a province need not take the recommendations of the independent body but if executive or legislative actors reject its recommendations they must explain and justify why.<sup>86)</sup> Among other standards for building a framework of provincial judges' salary review, the Court explained that it is inappropriate for judges to enter into negotiations with executive or legislative actors about their own remuneration.<sup>87)</sup> In this case, the Court exercised its supreme authority under the Constitution of Canada to protect judicial independence.

The second case concerned constitutional amendments to the composition of the Supreme Court.<sup>88)</sup> This is a question of great significance because Canada's Constitution codifies five different procedures of constitutional amendment.<sup>89)</sup> Each of the five procedures is expressly designated for amendments to different parts and principles of the Constitution.<sup>90)</sup> But having five different procedures of amendment presents a problem where there is disagreement about which of the five procedures must be used to make any given amendment to the Constitution.

Which amendment procedure must be used to make changes to the Supreme Court? For amendments to the Court's composition, the Court answered that the text of the Constitution makes clear that the unanimity procedure—requiring approval resolutions from Parliament and each of the provincial assemblies—must be used.<sup>91)</sup> Other amendments that affect the “essential features of the Court” must be made using the general default multilateral procedure, known colloquially as the 7/50 procedure because it requires approval resolutions from Parliament and from seven of Canada's provinces whose aggregate population represents at least 50 percent of the total provincial population.<sup>92)</sup> But the Court left undefined precisely what

---

84) *Ibid.* at para. 287.

85) *Ibid.*

86) *Ibid.*

87) *Ibid.*

88) Reference re *Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, [2014] 1 SCR 433.

89) *Constitution Act, 1982*, *supra* note 7, at Pt. V.

90) *Ibid.*

91) *Ibid.* at s. 41(d).

counts as the Court's "essential features," with the exception of its statement that "these essential features include, at the very least, the Court's jurisdiction as the final general court of appeal for Canada, including in matters of constitutional interpretation, and its independence."<sup>93</sup>) The result of the Court's ruling is to place squarely within the hands of the Court the power to determine in the future whether an amendment to itself qualifies as an amendment to its "essential features," in which case the Court may demand that constitutional actors abide by a higher threshold of amendment than a plain reading of the Constitution might otherwise suggest. Whether or not one believes the Court was correct to interpret the Constitution in this way, the fact is that the Court is now entrenched against amendment using anything but the two most difficult amendment procedures in the Constitution. The Court may well have been justified to interpret the rules and values of Canada's constitutional democracy as requiring these heightened protections for the integrity of the composition, structure, and powers of the Court. The Court is, after all, the most important constitutional actor in Canada.

## Conclusion - The Guardians of Canada's Constitutional Democracy

The Supreme Court's adjudication of democracy controversies has helped make Canada one of the world's most admired constitutional democracies. The Supreme Court has of course made mistakes along the way, and it has sometimes gone too slow when it should have gone much faster. But no constitutional actor has been more important than the Supreme Court to defending democracy in Canada. There remains a long way still to go, and the Court will continue to lead us.

---

92) *Ibid.* at ss. 42(1)(d); 38.

93) *Supreme Court Act Reference*, *supra* note 88, at para. 94.

## | References |

Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

## | Abstract |

Canada's constitutional democracy is far from perfect but the country has made significant progress since Confederation in 1867. In that time, no constitutional actor has been more important than the Supreme Court to defining and protecting the foundations of democracy. In this Essay prepared at the invitation of the Constitutional Research Institute of the Constitutional Court of Korea on the occasion of its 10th International Symposium, I examine the role of the Supreme Court in fashioning the principles that today define democracy in Canada. I examine five major questions answered by the Supreme Court in the course of its constitutional adjudication on democracy-related controversies. What are the foundational values in Canada's democracy? Are rights infringements justifiable in our free and democratic society? Who has the right to vote in our democracy? What is the role of democracy in secession? And what is the role of the court in our democracy? The Court's answers to these five essential questions go to the heart of the Canadian conception of constitutional democracy. The Court's answers have moreover helped to cement the country's status as one of the world's most admired constitutional democracies.

**Keywords:** privacy, data protection, data privacy, quasi-constitutional status, Australian constitutional law



[번역문]

## Judging Democracy in Canada

### 캐나다 민주주의를 재판하다

University of Texas at Austin, Pof. Richard Albert  
텍사스대학교 로스쿨 교수 리처드 앨버트

■ 목 차 ■

서언-민주주의원리가 없는 민주적 헌법 ..... 157	IV. 분리독립 시 민주주의의 역할은 무엇인가? ..... 165
I. 우리 민주주의의 기본가치는 무엇인가? 158	V. 우리의 민주주의에서 연방대법원의 역할은 무엇인가? ..... 168
II. 자유민주주의 사회에서 권리 침해를 정당화 할 수 있는가? ..... 160	결어-캐나다 입헌민주주의의 수호자 ..... 170
III. 민주주의에서 누가 투표권을 갖는가? ... 163	

## Ⅰ 국문초록

캐나다의 입헌민주주의는 비록 완벽과는 거리가 멀지만 1867년 캐나다 연방이 탄생한 이래 많은 발전을 이루었다. 그 동안 연방대법원은 민주주의의 기본을 정의하고 보호함에 있어 가장 핵심적인 헌법기관의 역할을 하였다. 제10회 국제학술심포지엄을 개최하는 한국 헌법재판소 산하 헌법재판연구원의 초청에 응하여 준비한 본고에서는 오늘날 캐나다 민주주의의 근간을 이루는 원칙을 형성함에 있어 연방대법원이 한 역할을 살피고자 한다. 이와 관련하여 민주주의 관련 사건에서 헌법재판을 하면서 연방대법원이 답한 다섯 가지 주요 질문을 살펴볼 것이다. 캐나다 민주주의의 기본가치는 무엇인가? 캐나다는 자유민주주의 사회에서 권리 침해를 정당화할 수 있는가? 민주주의에서 누가 투표권을 갖는가? 연방정부로부터의 분리독립 시 민주주의의 역할은 무엇인가? 마지막으로, 캐나다 민주주의에서 연방대법원의 역할은 무엇인가? 이 다섯 가지 근본적인 질문에 대한 연방대법원의 대답은 캐나다식 입헌민주주의 개념의 핵을 이룬다. 나아가 연방대법원의 대답은 캐나다가 세계적으로 존경받는 입헌민주주의 국가로 발돋움하는 데 기여하였다.

**주제어:** 프라이버시, 데이터보호, 데이터 프라이버시, 준법헌적 지위, 호주헌법

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## 서언 - 민주주의원리가 없는 민주적 헌법

캐나다 연방은 150년도 더 전에 1867년 헌법제정으로 형성되었다.<sup>1)</sup> 세계적으로도 현재까지 유효한 헌법 중 벨기에,<sup>2)</sup> 네덜란드,<sup>3)</sup> 뉴질랜드,<sup>4)</sup> 노르웨이<sup>5)</sup>와 미국<sup>6)</sup>의 건국 헌법 다음으로 역사가 오래된 성문헌법 중의 하나이다. 이들 각 헌법은 입헌주의, 소수자 인권 보호와 법의 지배라는 민주적 가치관에 입각하였다. 그러나 캐나다의 1867년 헌법을 포함하여 이들 6개 성문헌법 중 어느 것도 ‘민주주의’라는 단어를 단 한 번도 언급하지 않는다. 이들 각 정치체제가 오늘날 세계에서 가장 민주적인 국가로 자리매김한 점을 생각하면 다소 놀라울 수 있다.

이들 국가는 각각 자신만의 민주주의를 구축하였으며, 민주주의라는 신념을 완벽하게 구현하기 위하여 가야 할 길이 아직은 모두 멀다. 캐나다의 경우 민주주의는 위아래 양쪽에서 나타났다. 즉 전국의 정치지도자들의 면밀한 국정운영과 일반대중의 의지로부터 민주주의가 출현하였다. 또한 영국 제국주의 통치에서 계승된 전통과 오늘날 캐나다의 여러 토착민과 관련하여 정의 회복을 위한 운동 등 내외의 압력도 민주주의의 동인이 되었다. 각 국면마다 캐나다 연방대법원은 민주주의적 가치를 발전시키고, 심화시키고, 세분화하는 데에 있어서 핵심적인 역할을 하였다.

제10회 국제학술심포지엄을 개최하는 한국 헌법재판소 산하 헌법재판연구원의 초청을 받아 작성한 본고에서는 오늘날 캐나다 민주주의의 근간을 이루는 원칙을 형성함에 있어 연방대법원이 한 역할을 살피고자 한다. 이를 위하여 다섯 가지 질문을 검토하며, 이들 각 질문은 캐나다의 현대 성문헌법, 즉 캐나다 연방 선포로부터 100년 이상 지난 후에 제정된 1982년 헌법 이래 연방대법원이 헌법재판을 통하여 대답을 한 질문이기도 하다. 첫 번째 질문은 캐나다의 민주적 기본가치를 다룬다. 연방대법원은 평등주의적 입헌민주주의 개념과 자유주의적 입헌민주주의 개념 사이에서 선택에 직면하였다. 두 번째 질문은 자유민주주의 사회에서 권리 침해를 정당화할 수 있는가 하는 물음이었다.

연방대법원은 이 근원적인 질문에 1982년 헌법의 일부로 도입된 캐나다 권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)의 제한 규정(Limitations Clause)을 원용하여

1) 1867년 헌법, 30 31 빅토리아, c. 3 (영국).  
 2) 벨기에 헌법 (1831).  
 3) 네덜란드 헌법 (1815).  
 4) 1852년 헌법 (뉴질랜드).  
 5) 노르웨이 헌법 (1814).  
 6) 미국 헌법 (1789).

답하였다.<sup>7)</sup> 연방대법원은 또한 거주 요건이라는 구체적인 맥락에서 캐나다 민주주의에서 누가 투표권을 갖는지에 대해 대답할 것을 요구 받았다. 네 번째 질문은 캐나다의 미래와 관련하여 가장 중요한 질문에 속한다. 주(州)가 국가로부터 분리독립 할 경우 민주주의는 어떤 역할을 하는가? 여기서 연방대법원은 분리독립 과정에서 민주주의는 핵심적인 역할을 한다는 판결을 내려 세계적으로 주목을 받았다. 마지막 질문은 캐나다의 입헌민주주의에서 연방대법원이 하는 역할에 초점을 맞춘다.: 헌법은 연방대법원을 어떻게 보호하는가?

이들 근원적인 질문에 대한 연방대법원의 대답은 캐나다와 캐나다의 세계적 지위에 지속적으로 영향을 미쳤다. 이들 복잡한 사건에 판결을 내림으로써 연방대법원은 캐나다식 입헌민주주의 발전에 이바지하였다. 또한 이러한 일련의 판결들을 통해 연방대법원은 캐나다의 지위를 세계적으로 존경받는 입헌민주주의 국가 중 하나로 확립시켰다.

## 1. 우리 민주주의의 기본가치는 무엇인가?

선거 규정은 민주주의의 기본가치에 시사하는 바가 크다. 민주적 정치체제에서는 선거를 치르기에 앞서 선거의 구조, 선출되는 직위, 투표권자, 투표 가치의 평등 여부 등 여러 가지 주요 사항을 결정해야 한다. 각 선택지는 상이한 가치를 반영한다. 예를 들어 현 상황 유지를 중시하고 급진적이고 혁명적인 헌법적·법적 변화를 억제하려는 정치체제에서는 양원과 연방 선거에 시차를 두고 있는 비효율적인 대통령제를 채택할 수 있을 것이다. 이러한 정치체제는 법의 보수적인 진화와 함께 공화주의적 민주주의에 가치를 두기 위하여 설계될 수 있다. 반면 모든 형태의 정부 변화에 대하여 국민의 의사결정을 우선시하는 정치체제라면 법제정시 국민투표를 거치는 법문화를 조성할 수 있을 것이다. 이러한 정치체제는 직접민주주의와 대중적 의지의 정당성에 가치를 부여하고자 설계된 것으로 볼 수 있다.

캐나다 연방대법원은 캐나다 선거법(Canada Elections Act)의 일부 조항의 합헌성을 묻는 ‘하퍼 대 캐나다(Harper v. Canada)’ 사건에서 민주주의의 가치들과 깊이 연관된 질문들에 대하여 판단을 하였다.<sup>8)</sup> 이 사건의 핵심은 선거에의 유의미한 참여와 표현의 자유 간의 갈등이었다. 캐나다가 자유주의적 입헌민주주의를 채택할지, 아니면 평등주의적 입헌민주주의를 채택할지에 대한 사건이기도 했다. 연방대법원은 헌법상 평등주의적 입헌민주주의가 요청된다고 판단하였다.

이 사건에서는 개인과 단체가 선거운동기간 중 광고에 쓸 수 있는 금액을 제한하는 법의

7) 1982년 캐나다 헌법(Canada Act) Schedule B로 제정, 1982, c. 11(영국).

8) Harper v. Canada (법무장관), [2004] 1 S.C.R. 827.

합헌성 여부가 문제되었다. 후보자와 정당은 별도의 선거운동 비용 관련 법의 규제를 받으므로 문제된 법은 후보자나 정당에게는 적용되지 않는다. 따라서 이들 법은 선거의 소위 ‘제3자’에게만 적용되었다.<sup>9)</sup>

이들 법은 제3자가 언제, 얼마나, 그리고 어떤 목적으로 지출을 할 수 있는지 매우 구체적으로 규정하였다. 연방대법원에서 위헌 여부가 문제된 법은 제3자가 특정 선거구에서 3천 달러, 전국에서 총 15만 달러를 초과하여 지출하는 것을 금지하였다.<sup>10)</sup> 이러한 지출 제한은 선거기간 외에는 적용되지 않았으며, 후보자나 정당과 무관한 광고에도 적용되지 않았다.<sup>11)</sup> 제3자가 이러한 지출 제한을 회피하고자 새로운 우회 수단을 사용하는 것을 금지하는 조항,<sup>12)</sup> 선거 광고를 하는 제3자에 대하여 등록 및 정보공개 요건을 부과하는 조항,<sup>13)</sup> 그리고 선거 당일 광고를 금지하는 조항<sup>14)</sup> 등 관련법조항 역시 연방대법원에서 위헌 주장이 제기되기는 하였지만, 연방대법원에 제기된 문제의 핵심은 이러한 제3자 지출 한도의 합헌 여부였다.

제3자 지출 한도의 합헌성에 대한 연방대법원의 판결은 캐나다 선거제도가 평등주의적 가치를 근간으로 하는지, 아니면 자유주의적 가치를 근간으로 하는지 캐나다의 민주주의를 판단하는 중요한 근거가 된다. 자유주의적 선거제도라면 선거기간 중 지출 제한을 되도록 두지 않고 특정 선거구 내에서 3천 달러, 전국적으로 15만 달러라는 한도를 초과하여 제3자의 지출을 허용할 것이다. 그 결과 자유주의적 선거제도에서는 개인의 자유, 구체적으로는 표현, 사상, 그리고 집회결사의 자유라는 개인의 자유를 정부 규제보다 우선시 할 것이다. 미국의 현 제도는 이러한 자유주의적 선거자금 모델을 취하고 있다. 미국에서는 개인이나 단체의 지출이 후보나 정당과 독립적으로 이루어지는 한 이들의 선거 지출 한도 입법은 헌법상 금지되는 것으로 해석된다.<sup>15)</sup>

캐나다의 경우로 되돌아오자. 하퍼 사건에서 연방대법원은 지출 한도가 합헌이라고 선언하여 캐나다의 평등주의적 근간을 확인하였다. 연방대법원은 캐나다의 선거법 모델이 “선거 과정에 참여할 기회의 균등을 기반으로 한다”고 설명하였다.<sup>16)</sup> 연방대법원은 이어서 다음과 같이 실시하였다. “평등주의적 모델은, 부유층이 상대적 빈곤층을 배제함으로써 선거 과정을 좌지우지하지 못하게 하는 선거제도를 촉진한다.”<sup>17)</sup> 평등주의적 모델을 강화하고자 선거법은

9) 위 각주, 제57문단.

10) 위 각주.

11) 위 각주.

12) 위 각주.

13) 위 각주.

14) 위 각주.

15) Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

16) 하퍼, 위 제8번 각주, 제62문단.

“종합적 선거자금 규정을 두어 선거에서의 지출을 규제한다. 이들 규정은 선거 담론에 참여하고자 하는 주체 간에 평등한 여건을 조성하는 것을 목적으로 하고 있다. 이로써 어느 하나의 목소리가 다른 목소리를 압도할 수 없게 되어 유권자는 더욱 많은 정보를 제공받게 된다.”<sup>18)</sup>

연방대법원이 보기에 제3자 지출 한도의 주요 목적은 개인의 권리를 제한하는 것이 아니라 공정한 선거제도 확립이라는 국가 전체의 이익을 증진하는 것이었다. 연방대법원이 강조하였듯이 “이 제도의 최우선 목적은 평등한 정치적 담론 여건 조성을 통한 선거제도의 공정성 확보이다.”<sup>19)</sup> 연방대법원에 위헌심사가 청구된 법은 이러한 목적 달성을 위하여 “선거 과정에서 중요하고 영향력 있는 참가자인 … 제3자의 정치적 선전을 제한하여 관점의 평등한 전파를 촉진한다. 선거에서의 평등과 공정성 증대는 궁극적으로 선거제도에 대한 공중의 신뢰를 높인다.”<sup>20)</sup> 부유한 개인과 단체가 선거운동 중 원하는 만큼 지출하는 것을 허용할 경우 상대적으로 돈이 많은 주체가 돈이 없는 주체의 목소리를 압도하는 것을 허용하는 것이 되고, 돈이 없는 주체는 다른 유권자에게 자신들의 의견을 퍼뜨릴 수 있는 기회를 상실하게 되며, 그 결과 선거의 공정성은 약화된다. 연방대법원의 판시를 이해하기 좋은 비유를 하자면 확성기를 생각할 수 있다. 제3자가 선거기간 중 원하는 대로 지출을 할 수 있도록 허용하면 해당 제3자는 마치 확성기로 이야기하듯 자신의 뜻을 널리 알리는 반면, 상대적으로 경제력이 적은 제3자는 확성기의 도움 없이 육성만으로 말하게 될 것이다. 그리고 이들 양자가 모두 선거운동 중 발언을 한다면 확성기로 말하는 쪽은 똑똑하게 들리는 한편 육성만으로 말하는 사람의 목소리는 잘 들리지 않을 것이며, 전혀 들리지 않을 수도 있다.

연방대법원의 판시는 무제한적인 표현의 자유보다 유의미한 선거 참여를 중시하고, 민주주의 선거에서 자유주의적 모델을 지지하는 주장을 배척하였다. 그리고 사회적 담론에서의 평등을 촉진하고, 선거운동에서의 재정 관련 규정의 온전성을 보전하며, 선거절차에 대한 국민의 신뢰, 나아가 선거제도 자체를 유지하는 평등주의적 민주선거 모델을 채택하였다. 하퍼 사건은 캐나다 입헌민주주의의 초석이 되는 가치를 표현한다.

## II. 자유민주주의 사회에서 권리 침해를 정당화할 수 있는가?

캐나다의 1982년 헌법은 캐나다 권리자유헌장을 포함한다. 헌장은 사상의 자유,<sup>21)</sup> 입국과

17) 위 각주.

18) 위 각주.

19) 위 각주 제63문단.

20) 위 각주.

21) 1982년 헌법, 위 제7번 각주, 제2조 제b항.

출국의 권리,<sup>22)</sup> 개인의 생명, 자유와 안전에 대한 권리,<sup>23)</sup> 잔인하고 비정상적인 형벌을 받지 않을 권리,<sup>24)</sup> 법의 평등한 보호를 받을 권리<sup>25)</sup> 등 현대적 권리장전에서 예상할 만한 다양한 보호를 규정하고 있다. 헌장의 모든 권리에는 헌장 제1조의 제한조항이 적용된다. 해당 조항은 “캐나다 권리자유헌장에서 보장하는 권리와 자유는 자유민주주의 사회에서 명백히 정당화할 수 있는, 법으로 규정한 합리적인 제한만을 받는다.”고 규정하고 있다.<sup>26)</sup>

헌장 제정 후 초기에 헌법 해석론적인 측면에서 다음과 같은 근원적인 질문이 제기되었다. 자유나 권리 침해가 헌장의 제한조항에서 규정한 기준, 즉 “자유민주주의 사회에서 명백히 정당화할 수 있다”는 요건 충족 여부를 연방대법원은 어떻게 판단할 것인가? 연방대법원은 오늘날 오크스(Oakes) 심사라고 하는 기준을 확립한 역사적 판결을 통해 이 질문에 답하였다.<sup>27)</sup> 오크스 심사는 캐나다식 비례원칙으로서, 오늘날 흔히 볼 수 있는 사법적 분석 기법의 하나이며, ‘궁극적 법의 지배’라고 불리기도 하였다.<sup>28)</sup>

사건의 사실관계는 다음과 같다. 어떤 사람이 마약통제법을 위반하여 판매를 목적으로 한 마약 불법 소지 혐의를 받았다. 피고인은 배심원 없이 치안 판사의 재판을 받고자 하였다.

재판 중 검찰은 피고인이 실제 마약을 소지하였음을 입증하려 하였으나, 피고인은 검찰의 주장과 검찰이 제시한 증거를 반박할 증거를 제시하지 않았다. 1심 판사는 피고인이 마약을 소지하였다는 점에 대하여 검사가 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증을 하였다고 판단하였다. 피고인은, 법이 헌장의 무죄추정의 원칙을 위반하였다는 이유로 1심 판결에 대하여 항소를 제기하였다. 피고인은, 법이 판매를 목적으로 한 마약소지죄 기소를 당한 사람에게 입증책임을 부담시킴으로써 헌장상의 보호를 위반하였다고 주장하였다.<sup>29)</sup>

연방대법원은 우선 해당 법이 헌장이 보장하는 무죄추정의 원칙을 위반하였는지 여부를 살폈다.<sup>30)</sup> 법에는 여러 관련 조항이 있었으나,<sup>31)</sup> 결론적으로 연방대법원은 해당 법 제8조가

22) 위 각주, 제6조 제1항.

23) 위 각주, 제7조.

24) 위 각주, 제12조.

25) 위 각주, 제15조 제1항.

26) 위 각주, 제1조.

27) R v. Oakes, [1986] 1 SCR 103.

28) David M. Beatty, 궁극적 법의 지배(The Ultimate Rule of Law) (Oxford: Oxford University Press, 2004) 참조.

29) Oakes 사건, 위 27번 각주, 3-4문단.

30) 1982년 헌법, 위 7번 각주, 제11조.

31) 관련 조항은 다음과 같다:

제3조 (1) 이 법 또는 시행령에서 승인하는 경우 외에는 마약류 소지를 금한다.(2) 위 제1항을 위반한 자는 형사상 기소를 당할 수 있으며, 다음과 같은 형사상 책임을 진다.(a) 초범 약식 유죄판결을 받은 자는 1천 달러의 벌금, 6개월 징역, 또는 벌금과 징역 모두에 처하며, 재범의 경우 2천 달러 벌금 또는 1년 징역, 또는 벌금과 징역 모두에 처한다.(b) 기소하여 유죄판결을 받은 경우 7년의 징역에 처한다.

현장상 무죄추정의 원칙을 위반하였다고 보았으며, 다음과 같이 판시하였다. “피고인이 판매 목적으로 마약을 소지하지 않았음을 피고인 스스로 입증의 우위(balance of probabilities)에 따라 증명”하도록 요구하는 것은 현장 위반이다.

이로써 피고인은 무죄추정을 받을 권리를 박탈당하였으며, 추정을 번복하지 못할 경우 무기징역에 처해질 수 있다.”<sup>32)</sup> 국가로부터 피고인으로의 이러한 입증책임의 전환은 “우리 사회에서 중시하는 인간존엄과 자유라는 사회적 가치와 근본적으로 합치되지 아니하며, [현장에서] 보장하는 무죄추정의 원칙과 정면으로 배치된다.”

그러나 연방대법원의 위와 같은 판시만으로 위헌 여부에 대한 판단이 끝난 것은 아니었다. 정부에서는 법이 현장에 위반한다고 하여도 제한조항의 요건을 충족한다면 합헌이라고 주장하였기 때문이다. 제한조항은 절대적인 권리나 자유는 없으며, “자유민주주의 사회에서 명백히 정당화할 수 있”는 제한은 합헌이라고 규정하고 있다.<sup>33)</sup> 여기서 “자유민주주의 사회”라는 문구가 중요하다고 연방대법원은 설명하였다. 자유나 권리의 제한이 합헌으로 선언되려면 “자유민주주의 사회에 필수적인 가치와 원칙”을 존중해야 하기 때문이다. 이러한 가치와 원칙은 “인간의 내재적 존엄성에 대한 존중, 사회정의와 평등에 대한 헌신, 폭넓고 다양한 신념의 수용, 문화적·집단적 정체성의 존중, 그리고 개인과 단체의 사회참여를 향상시키는 사회적·정치적 제도에 대한 믿음” 등이다.<sup>34)</sup> 권리나 자유 제한이 현장 하에서 명백히 정당화될 수 있는지 여부를 판단하는, 연방대법원이 말하는 “궁극적 기준”이 바로 이것이다.<sup>35)</sup>

연방대법원은 이어서 정당화 요소를 열거하였다. 제한이 합리적이며 자유민주주의 사회에서 명백히 정당화된다는 입증책임은 제한을 옹호하는 소송당사자가 진다.<sup>36)</sup> 입증의 정도는

---

제4조 (1) 누구든지 마약 또는 판매자가 마약이라고 주장하거나 마약으로써 제공한 성분을 거래해서는 안 된다.(2) 누구든지 판매를 목적으로 한 마약 소지를 금한다.(3) 제1항 또는 제2항을 위반한 자는 형사상 기소를 당할 수 있으며, 무기징역에 처한다.

제8조: 제4조 제2항 위반 기소 시, 피고인이 유죄를 인정하지 않을 경우, 제3조 위반 기소처럼 재판을 진행하며, 검찰측 변론을 완료하고 피고인이 완전한 답변과 변론을 제시할 기회가 주어진 후에 재판부에서는 피고인이 제3조를 위반하여 마약을 소지하였는지 판단한다. 피고인이 제3조를 위반하여 마약을 소지하지 않았다고 재판부가 판단할 경우 피고인은 무죄판결을 받으나, 피고인이 제3조를 위반하여 마약을 소지하였다고 재판부가 판단할 경우 피고인은 판매를 목적으로 마약을 소지하지 않았다는 입증을 할 기회가 주어지며, 이후 검찰측은 피고인이 판매를 목적으로 마약을 소지하였다는 입증을 위하여 증거를 제시할 기회가 주어진다. 피고인이 판매 목적으로 마약을 소지하지 않았다는 입증을 할 경우 기소당한 범죄에 대해서는 무죄 판결을 받지만, 제3조 위반 유죄판결을 받으며 이에 따라 처벌한다. 피고인이 판매 목적으로 마약을 소지하지 않았다는 입증이 실패할 경우 기소당한 범죄 유죄판결을 받아 이에 따라 처벌한다.

마약통제법, R.S.C. 1970, c. N-1.

32) Oakes 사건, 위 제27번 각주, 제61문단.

33) 1982년 헌법, 위 제7번 각주, 제1조.

34) Oakes 사건, 위 제27번 각주, 제64문단.

35) 위 각주.

36) 위 각주, 제66문단.



캐나다의 민사소송법상 기준인 개연성 우위(preponderance of probability)에 따른다.<sup>37)</sup> 제한이 합리적이며 자유민주주의 사회에서 명백히 정당화될 수 있다고 증명하려면 세 가지 요건을 충족해야 한다. 첫째, 제한의 목적이 현장상의 권리나 자유에 우선하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 중요해야 한다.<sup>38)</sup> 최소한 해당 목적이 “충분히 중요하다고 인정할 수 있으려면 자유민주주의 사회에서의 시급하고 상당한 문제와 관련이 있어야 한다.”<sup>39)</sup>

둘째, 제한을 옹호하는 소송당사자는 목적 달성을 위하여 선택한 수단이 합리적이며, 명백히 정당하다고 입증해야 한다.<sup>40)</sup> 이 시점에서 연방대법원은 공익과, 개인이나 단체의 사익을 비교형량해야 한다. 이를 위하여 연방대법원은 세 가지 부수적인 질문을 던진다. (1) 채택한 조치가 천명한 목적 달성과 합리적인 관계가 있는가? (2) 조치가 권리나 자유에 가하는 제약이 최소한에 그치는가? 마지막으로, (3) 제한 조치의 효과와 중요한 목적 간의 관계가 비례적인가?<sup>41)</sup> 관계의 비례성에 따르면, 예를 들어 “해당 조치가 합리적이며 자유민주주의 사회에서 명백히 정당화될 수 있다고 인정하려면, 조치의 해악이 크면 클 수록 목적도 그만큼 중요해야 한다.”<sup>42)</sup>

이 사건에서 연방대법원은 위와 같은 다층적 기준을 적용하여 무죄추정을 받을 권리에 대한 이 사건 제한조항은 합리적인 관련성이 없으므로 연방대법원의 비례성 심사기준을 충족하지 못한다고 판시하였다. 따라서 해당 제한은 현장상의 제한조항이 요구하는 것과 같이, 자유민주주의 사회에서 합리적이고 명백히 정당화될 수 있는 것이 아니었다. 이렇듯 연방대법원은 캐나다라는 자유민주주의 사회에서 권리 제한은 정당화될 수 있다는 답변을 하였다.

### III. 민주주의에서 누가 투표권을 갖는가?

지금까지 입헌민주주의의 기본가치를 비롯하여 캐나다에서 권리 제한을 정당화할 수 있는지 평가하는 방법을 논하였다. 세 번째 항목은 투표권을 다룬다. 캐나다 권리자유헌장에 따르면 “모든 캐나다 시민은 하원의원 및 주 의회 의원을 선출하거나 그 일원이 될 권리가 있다.”<sup>43)</sup> 이에 따라 연방대법원은 “투표할 권리는 기본권”이며 “투표권은 우리 민주주의의 핵심 원칙”이라고 인정한 바 있다.<sup>44)</sup> 캐나다의 투표 민주주의(voting democracy)의 포용성을 넓히는

37) 위 각주, 제67문단.

38) 위 각주, 제69문단.

39) 위 각주.

40) 위 각주, 제70문단.

41) 위 각주.

42) 위 각주, 제71조.

43) 위 각주, 제3조.

데는 많은 세월이 걸렸으며 아직도 개선할 부분이 많다. 그러나 연방대법원이 지적했듯이, 그 동안 여성, 소수인종, 중범죄자 등 기존에 투표권을 박탈당했던 캐나다인에게 투표권을 빈번하게 확장해온 “캐나다의 역사는 투표권의 점진적 확대의 역사였다.”<sup>45)</sup>

‘프랭크 대 캐나다(Frank v. Canada)’ 사건에서 연방대법원은 거주지에 따른 투표권 제한의 합헌성 여부를 판단하였다.

캐나다 선거법상 5년 이상 캐나다에 거주하지 않고 해외에 거주한 캐나다인은 투표를 할 수 없었다. 해당 규정에 따라 해외에 5년 넘게 거주한 두 명의 캐나다 시민은 장래에 캐나다에 다시 거주할 계획이었음에도 불구하고 2011년 연방 선거에 투표를 할 수 없었다.<sup>46)</sup>

이 사건에서 투표권 여부를 가르는 기준은 비거주 기간이었다. 비거주 캐나다인이라도 “연속으로 5년 미만 동안 캐나다를 떠나 있었고 장래에 거주자로서 캐나다에 귀국할 계획인” 사람은 투표를 할 수 있는 반면, 그보다 더 오래 캐나다를 떠나 있었지만 역시 장래에 거주자로서 캐나다에 귀국할 계획인 사람은 투표가 금지되었던 것이다.<sup>47)</sup> 캐나다 선거법은 캐나다 군대에 복무중인 사람, 해외에 파견된 연방이나 주의 공무원, 해외에 파견된 국제기구 직원을 비롯하여 상기 집단에 속하는 비거주 캐나다인과 동거하는 캐나다인에게는 이러한 5년 규정의 예외를 두고 있었다.<sup>48)</sup>

연방대법원은 헌법 문언과 종합적인 사정을 모두 살핀 후 궁극적으로 비거주자 투표 금지는 위헌이라고 판시하였다. 우선 문언상으로 투표권은 명시적으로 거주가 아닌 시민권과 연계되어 있고, 연방대법원은 권리자유헌장 입안자들이 거주지와 투표권 연계를 배척했다는 점에 중점을 두었다.<sup>49)</sup> 종합적인 사정을 고려함에 있어 연방대법원은 5년 규정의 예외에 특히 주목하였다. 연방대법원은 이들 예외 규정이 “투표권에 거주 요건이 필수적이라는 관점과 모순된다”고 판단하였다.<sup>50)</sup>

투표권은 “캐나다 민주주의의 핵심”이라고 연방대법원은 설시하였다.<sup>51)</sup> 나아가 연방대법원은 “모든 시민이 선거 절차를 통하여 국가 통치에 참여할 실질적인 기회를 가져야 한다는 것이 민주주의의 요구”이며,<sup>52)</sup> “해당 권리를 충분히 보호하지 못하면 우리의 민주주의는

44) Frank v. Canada (법무장관), [2019] 1 SCR 3, 제1문단.

45) 위 각주, 제2문단.

46) 위 각주, 제10문단.

47) 위 각주, 제14문단.

48) 위 각주, 제16문단.

49) 위 각주, 제29문단.

50) 위 각주, 제30문단.

51) 위 각주, 제25문단.

52) 위 각주, 제26문단.

진정한 민주주의라고 할 수 없다”고 하였다.<sup>53)</sup> 연방대법원은 투표권을 협소하게 해석할 경우 “우리의 통치구조 안에서 민주주의는 후퇴할 것”이라고 경고하였으며, 이 때문에 연방대법원은 “민주주의의 질을 드높이고 자유민주주의 국가의 근간이 되는 가치를 강화하는 방향으로” 투표권을 폭넓게 해석하고자 한다고 밝혔다.<sup>54)</sup> 그 결과 연방대법원은 투표권에 대한 거주요건의 제약은 연방대법원의 비례성 기준을 충족하지 못한다고 판시하였으며, 해당 법을 무효 선언하였다.<sup>55)</sup> 이 판결은 투표권 행사의 또 다른 장벽을 제거함으로써 캐나다의 점진적인 참정권 확장을 이어갔다.

#### IV. 분리독립 시 민주주의의 역할은 무엇인가?

캐나다 연방대법원은 ‘분리독립 권고의견’ 사건을 심판하면서 캐나다의 입헌민주주의 성격에 관한 질문 중에서 가장 복잡한 축에 드는 질문 중 하나에 직면하였다.<sup>56)</sup> 질문은 단순하게 요약할 수 있지만 답변은 전혀 단순하지 않다. 즉, 캐나다의 주(州)는 어떤 조건 하에 국가로부터 분리독립할 수 있는가? 연방대법원 판결의 맥락은 퀘벡 독립이라는 오랜 숙원과 관련이 있다. 퀘벡 독립은 주민 투표에서 이미 두 번 좌절된 바 있었다. 첫 번째는 주권연합(sovcreignty-association)의 안을 퀘벡 주민이 60대 40 퍼센트라는 큰 차이로 부결시킨 1980년에 있었고,<sup>57)</sup> 두 번째는 이번에는 1% 미만의 근소한 차이였지만, 또 다시 독립에 관한 주민투표를 부결시킨 1995년에 있었다.<sup>58)</sup> 두 번째 주민투표 실패 후에 연방대법원은 캐나다를 구성하는 한 주가 합법적으로 캐나다에서 탈퇴하여 독립국가 형성을 시도할 수 있는지, 할 수 있다면 어떤 과정을 거쳐야 하는지 설명해달라는 요청을 받았다.

연방대법원의 판결은 분리독립과 관련하여 여러 가지 주제를 다루었다. 그러나 본고의 목적상 중요한 것은 민주주의를 보는 연방대법원의 관점이다. 연방대법원의 민주주의에 관한 논의가 특히 중요한 이유는 헌장의 제한조항과 투표권 외에는 1867년이나 1982년 헌법에 민주주의 원칙을 성문화한 바가 없기 때문이다.<sup>59)</sup> 따라서 캐나다 민주주의의 성격을 다룬 이 사건에서 연방대법원이 분리독립에 대한 분석을 시작하면서, 캐나다 헌법에 성문화한

53) 위 각주.

54) 위 각주, 제27문단.

55) 위 각주, 제83문단.

56) Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217. [이하 분리독립 권고의견]

57) Élections Québec, Référendums au Québec,

온라인: <https://www.electionsquebec.qc.ca/francais/tableaux/referendums-quebec-8484.php>.

58) 위 각주.

59) 1982년 헌법, 위 제7번 각주, 제1·3조.

부분이 비록 “헌법원칙을 확정하는 데에 우선적인 지위를 차지하지만, 완전하지는 않다”고 강조한 것은 당연한 일이다.<sup>60)</sup> 헌법 문언이 아니라면 이러한 비성문 원칙은 어디에서 찾을 수 있을까? 이들 원칙은 불문법이라고 연방대법원은 설시하였다. 이러한 불문의 원칙은 “헌법 문언에서 명시적으로 다루지 않은 문제나 상황이 발생할 수 있으므로 헌법의 필수적인 일부분”이라는 것이다.<sup>61)</sup> 연방대법원은 이어서 설시하였다.

“성문 규정의 배후에는 근원적인 헌법원리를 숙고할 수 있도록 돕는, 시대를 거슬러 올라가는 역사적 계보가 있다. 이들 원리는 성문헌법을 형성하고 유지한다. 성문규정의 기반이 되는 필수적인 불문의 전제인 것이다.”<sup>62)</sup>

연방대법원은 캐나다 헌법의 구성원리와 체계에 근본적으로 중요한 불문원칙 중 하나로 민주주의를 들었다.<sup>63)</sup> 연방대법원에 따르면 민주주의는 단지 “통치절차와 관련 있는 것이 아니라” 자치, 다름의 수용, 민주적 정당성, 도덕적 가치 등 실체적 목적과도 관련이 있으며, 또한 헌법에서 최우선적으로 중요한 또 다른 불문의 원리, 즉 연방주의, 입헌주의, 법의 지배와 소수자 권리 등과의 상호연관성에 대한 것이기도 하다.<sup>64)</sup> 뿐만 아니라 민주주의는 연방 내 정부의 모든 층위에 걸쳐 이루어지는 “지속적인 논의 과정”<sup>65)</sup>도 예정한다. 1982년 제정 헌법은 연방에 가입된 모든 주체에게 국가의 헌정제도에 있어서 변경이 요구될 경우 논의를 개시할 수 있는 권한을 부여하였다. 연방의 어느 한 주체가 논의를 시작하면 다른 모든 주체는 “다른 주에서 민주적으로 표현한 변화의 요구를 인정하고 받아들일 수 있도록 이에 대응하는 헌법적 논의에 참여할 ... 상응하는 의무를 진다.”<sup>66)</sup> 이것이 연방대법원이 설시한, 민주주의라는 불문원리의 구성요소이다.

그런데 분리독립이라는 상황에 직면하여 이러한 민주주의의 불문원리를 어떤 방식으로 적용할 것인가? 연방대법원은 민주주의 원리를 일부 원용하여, 캐나다로부터의 주의 분리독립이 헌법상 유효하려면 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다고 판시하였다. 하나의 요건은 캐나다에서 독립하려는 주민의 의지가 명백하게 표명되어야 한다는 것이다.<sup>67)</sup> 민주주의 원리에 따르면 헌법상의 주체는 주민투표로써 확정된 대중의 선택을 인정하여야 한다. 단, 주민투표에서의 질문과 투표의 다수 결과가 모두 확실해야 한다.<sup>68)</sup> 유권자의 명백한 다수가 명확한

60) 분리독립 권고의견, 위 제56번 각주, 제32문단.

61) 위 각주.

62) 위 각주, 제49문단.

63) 위 각주.

64) 위 각주, 제61-67문단.

65) 위 각주, 제68문단.

66) 위 각주, 제69문단.

67) 위 각주, 제87문단.

주민투표 질문을 승인해야 한다는 요건은 민주주의 원리와 연방주의 원리가 함께 요구하는 두 번째 요건으로 이어진다. 그것은 연방의 모든 주체가, 분리독립의 의지를 표명한 주와 협상할 의무가 있다는 것이다.<sup>69)</sup>

연방대법원이 설명하였듯, 유권자의 명백한 다수가 명확한 주민투표 질문을 승인하였을 때 “분리독립 요구에 정당성이 부여되며, 다른 모든 주와 연방정부에게는 협상을 개시함으로써 이러한 민주적 의지의 표현을 인정하고 존중할 의무가 발생한다.”<sup>70)</sup> 이러한 협상에서는 민주주의, 연방주의, 입헌주의, 법의 지배와 소수자 권리 보호라는 기본원리를 존중해야 한다.<sup>71)</sup> 협상이 성공하면, 협상 결과를 헌법 개정으로 정식 반영하여야 한다. 이것이 바로 민주주의 원리를 비롯한 다른 원리들이 요구하는 세 번째 요건이다.<sup>72)</sup>

분리독립 관련 분쟁을 해소하면서 연방대법원이 확인하였듯 불문원리는 “정부 행위에 대한 실제적 제약이 되는 ... 실제적인 법적 의무를 발생시킬 수 있다.”<sup>73)</sup> 이들 원리, 즉 민주주의라는 불문원리는 “서술에 그치지 않고” “강력한 규범적 효력을 발휘하여” “법원과 정부 모두를 기속한다.”<sup>74)</sup> 연방대법원에 따르면 1867년 헌법에 민주주의를 명시적으로 보장하는 것은 “입안자들이 보기에 불필요하거나 심지어 우스꽝스러울”<sup>75)</sup> 수 있을 정도로, 캐나다 헌법에서 민주주의는 핵심적인 위치를 차지한다. 문언상 “민주주의”라는 문구가 나타나지 않는 것은 사실이지만, 연방대법원은 민주주의 원리를 통해 캐나다 헌법에 대한 해석을 형성해왔다.

결국 연방대법원이 보기에 주의 분리독립은 민주주의라는 불문원리에 따라야 한다. 물론 분리독립을 향한 주의 민주적 권리를 인정하면서 동시에 분리독립하는 주가 아닌 나머지 국가요소의 민주적 권리, 나아가 캐나다 헌법의 근원적 핵심을 이루는 기타 원리, 즉 연방주의, 입헌주의, 법의 지배, 소수자 권리 보호를 어떻게 존중할 것인지는 복잡한 문제이다. 이 부분에서 연방대법원은 탁월한 재판역량과 정치적 감수성을 발휘하여 캐나다의 헌법주체들이 해결할 수 없는 문제로 여겨왔던 문제를 해결하였다.

이렇듯 연방대법원은, 캐나다 주민이 입헌민주주의의 기존의 조건들을 완전히 다시 쓰기로 민주적으로 결정할 수 있다는 결론을 내렸다. 다만 그 과정에서 민주적 참여와 대표성을 반영하는 일련의 절차를 밟아야 한다고 판시하였다.

68) 위 각주.

69) 위 각주, 제88문단.

70) 위 각주.

71) 위 각주, 제90문단.

72) 위 각주, 제97문단.

73) 위 각주, 제54문단.

74) 위 각주.

75) 위 각주, 제62문단.

놀랍게도 연방대법원은 이 사건에서 분리독립이라는 맥락에서 민주주의 원리를 해석하는데 참고할 만한 캐나다의 헌법 문언이 전혀 없는데도 판결을 내릴 수 있었다. 연방대법원의 판결은 이후 분리독립을 다루는 의회 입법의 기초가 되었다.<sup>76)</sup>

## V. 우리의 민주주의에서 연방대법원의 역할은 무엇인가?

연방대법원은 또한 캐나다의 입헌민주주의에서 연방대법원 스스로의 역할에 대하여도 심사한 바 있다. 연방대법원의 역할과 관련하여 연방대법원이 캐나다 민주주의의 전제조건이라고 밝힌 두 개의 사건을 특히 주목할 만하다. 이 두 사건은 각각 구별되는 질문을 던지고 있다. 우리 민주주의의 전제조건으로서 사법부의 독립이 요구하는 바는 무엇이며, 우리의 민주주의는 연방대법원 구성의 온전성을 위하여 무엇을 요구하는가?

첫 번째 사건은 연방대법원에게 주 정부와 의회가 주 법원 판사의 보수를 감액할 수 있느냐 하는,<sup>77)</sup> 어려운 질문을 던졌다. 사건의 발단은 알버타(Alberta), 매니토바(Manitoba)와 프린스 에드워드 섬(Prince Edward Island)에서 주 법원 판사의 보수를 감액한 것이었다. 세 사건의 쟁점이 유사하였으므로 세 사건을 병합하여 심리한 연방대법원은, 이들 주의 행정부와 법원 판사 간의 적절한 헌법적 관계가 심각한 긴장관계에 봉착하였음을 보여준다고 하였다.<sup>78)</sup> 연방대법원이 보기에 이 사건에서 연방대법원의 책임은 “관계의 긴장을 제거하고” 우리의 입헌민주주의에서 사법부와 행정부 간의 “적절한 헌법적 관계”를 설명하는 것이었다.<sup>79)</sup>

이 사건에서는 입헌민주주의에서 사법부가 제대로 기능하도록 뒷받침한다고 연방대법원이 천명한 원칙에 중요한 의의가 있다. 본 사건에서 문제가 된 최우선 원칙이자 연방대법원이 궁극적으로 정당화한 원칙은 사법부의 독립이다. 연방대법원은, 재정적 보장은 사법부 독립을 구성하는 요소 중 하나일 뿐이라고 강조하였으며, 사법부 독립은 궁극적으로 법원의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 유지하고, 법의 지배의 발전, 그리고 부패의 왜곡 없이 법에 따라 공권력을 행사한다는 근본적인 책무의 이행 등 중대한 사회적 목표에 기여한다고 하였다.<sup>80)</sup>

76) 캐나다 대법원의 퀘벡 분리독립 권고의견에서 제시한 명확성 요건 이행을 위한 법률(An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference), S.C. 2000, c. 26.

77) 주 법원 판사 보수 관련 권고의견(Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)), [1997] 3 SCR 3.

78) 위 각주, 제7문단.

79) 위 각주, 제8문단.

80) 위 각주, 제9-10문단.

이 사건에서 연방대법원은 사법부 독립을 비롯한 헌법의 불문원리를 원용하였다.

이 원칙은 헌법 어디에도 일반 규정으로 나타나지는 않으나, 형사 기소를 당한 사람이 “독립적이고 편향되지 않은 법원에 의해 공정하고 공개된 심리에서 법에 따라 유죄가 증명되기 전까지 무죄 추정을 받을”<sup>81)</sup> 권리를 보장한 맥락에서 헌장에 제한적인 형태로 나타나기는 한다. 연방대법원은 1867년 헌법 전문에서 캐나다 헌법이 “영국과 유사한 원칙을 가진 헌법”<sup>82)</sup>이라고 표현함으로써 적극적인 사법부 독립의 원칙을 채택하였다고 하였다. 연방대법원은 나아가 사법부 독립은 세 가지 기본 특징(임기 보장, 재정적 보장과 행정적 독립)을 비롯하여 두 층위(법관 개인의 독립과 법원의 제도적 독립)에 기초한다고 확인하였다.<sup>83)</sup>

이들 사법부 독립의 요소를 주 법원 판사의 감봉 허용 여부의 문제에 적용한 연방대법원은 사법부 독립의 원칙에 따르는 한 감봉을 할 수는 있으나, 이러한 정책은 어떤 경우에도 몇 가지 기준을 준수해야 한다고 판시하였다. 우선 주에서는 주 법원 판사의 보수와 관련된 결정을 내리는 독립 기구를 설치하여야 하며, 해당 독립 기구의 사전 심의 없는 보수의 변경은 위헌이다.<sup>84)</sup> 또한 생계비 등 여러 가지 요소를 고려하여 판사 보수의 적절성 여부를 주기적으로 검토해야 한다.<sup>85)</sup> 뿐만 아니라 주가 반드시 독립 기구의 권고를 수용하지는 않아도 되지만, 행정이나 입법기관이 독립 기구의 권고를 따르지 않는 경우 그 이유를 설명하고 정당화해야 한다.<sup>86)</sup> 주 법원 판사의 보수에 대한 심사의 틀을 구성하는 다른 기준을 설명하면서 연방대법원은, 판사들이 행정이나 입법기관과 보수를 두고 협상하는 것은 부적절하다고 밝혔다.<sup>87)</sup> 이 사건에서 연방대법원은 캐나다 헌법상의 최고 권한을 행사하여 사법부 독립을 보호하였다.

두 번째 사건은 연방대법원 구성에 대한 헌법 개정을 다루었다.<sup>88)</sup> 캐나다 헌법은 무려 다섯 가지의 서로 다른 헌법 개정 절차를 규정하고 있으므로 이는 상당한 의미가 있는 질문이다.<sup>89)</sup> 이들 다섯 가지 절차는 각각 헌법의 상이한 부분과 원칙의 개정을 위한 절차이다.<sup>90)</sup>

그러나 특정 개헌에 대하여 다섯 가지의 절차 중 어느 것을 사용할 것인지에 대하여 이견이 생겼을 경우 문제가 된다.

연방대법원에 변경을 가하려면 어느 개헌 절차를 활용해야 할까? 연방대법원은 연방대법원

81) 1982년 헌법, 위 제7번 각주, 제11조 제d항.

82) 1867년 헌법, 위 제1번 각주, 전문.

83) 주 법원 판사 권고의견(Provincial Judges Reference), 위 제77번 각주, 제115·118 문단.

84) 위 각주, 제287문단.

85) 위 각주.

86) 위 각주.

87) 위 각주.

88) 연방대법원법 제5조와 제6조 관련 권고의견(Reference re Supreme Court Act), [2014] 1 SCR 433.

89) 1982년 헌법, 위 제7번 각주, 제V장.

90) 위 각주.

구성에 관한 규정을 개정하려면 연방의회와 각 주의회의 찬성 의결을 요구하는 만장일치 절차(unanimity procedure)를 활용하여야 한다고 판시하였다.<sup>91)</sup> 그 외에 “연방대법원의 필수적인 특성”에 영향을 미치는 개헌은 일반적인 다자 절차(general default multilateral procedure)를 이용해야 한다고 하였다. 이는 연방의회, 그리고 전체 주민의 50% 이상이 찬성한 캐나다 7개 주의 의결을 요구하므로 일반적으로 7/50 절차라고도 한다.<sup>92)</sup> 그러나 연방대법원은 “이들 필수적인 특성은 최소한 연방대법원의 독립성, 그리고 헌법 해석 사안을 포함하여 캐나다의 최종심으로서의 연방대법원의 관할을 포함한다”<sup>93)</sup>는 실시 외에는 연방대법원의 “필수적인 특성”이 무엇인지 구체적으로 밝히지는 않았다. 그 결과 연방대법원의 판시는 장래에 연방대법원 관련 개헌이 문제되었을 때 그 개헌이 “필수적인 특성에 대한” 개헌에 해당하는지 결정할 권한을 연방대법원 자신에게 남겨놓았다. “필수적인 특성에 대한 개헌”에 해당할 경우 연방대법원은 헌법 문언 그대로 해석해서 나오는 결론에 비해 더 높은 개헌 요건을 헌법주체들에게 요구할 수 있다. 연방대법원의 이러한 헌법 해석이 옳은지 그른지를 떠나 연방대법원은 이제 가장 까다로운 두 가지 개헌 절차가 아니면 개정할 수 없는 존재가 되었다. 캐나다의 입헌민주주의적 원리와 가치가 이렇듯 연방대법원의 구성, 구조와 권한의 온전성에 대한 높은 수준의 보호를 요구한다고 한 연방대법원의 해석은 정당할 수도 있다. 연방대법원은 캐나다에서 가장 중요한 헌법기관이기 때문이다.

## 결어 - 캐나다 입헌민주주의의 수호자

민주주의 분쟁에 직면하여 연방대법원이 내린 판시에 힘입어 캐나다는 세계적으로 존경받는 입헌민주주의 국가 중 하나로 발돋움했다. 물론 그 과정에서 연방대법원은 실책도 저질렀고, 때로는 급진성(much faster)이 요구되는 상황에서 지나치게 소극적인 태도(too slow)를 취하기도 하였다. 그러나 연방대법원이야말로 캐나다 민주주의 수호에 있어 가장 큰 역할을 한 헌법기관이다. 아직 갈 길은 멀지만, 연방대법원은 계속해서 우리를 이끌어줄 것이다.

91) 위 각주, 제41조 제4항.

92) 위 각주, 제42조 제1항 제4호와 제38조.

93) 연방대법원법 권고의견, 위 제88번 각주, 제94문단.



## | 참고문헌 |

Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

## | Abstract |

Canada's constitutional democracy is far from perfect but the country has made significant progress since Confederation in 1867. In that time, no constitutional actor has been more important than the Supreme Court to defining and protecting the foundations of democracy. In this Essay prepared at the invitation of the Constitutional Research Institute of the Constitutional Court of Korea on the occasion of its 10th International Symposium, I examine the role of the Supreme Court in fashioning the principles that today define democracy in Canada. I examine five major questions answered by the Supreme Court in the course of its constitutional adjudication on democracy-related controversies. What are the foundational values in Canada's democracy? Are rights infringements justifiable in our free and democratic society? Who has the right to vote in our democracy? What is the role of democracy in secession? And what is the role of the court in our democracy? The Court's answers to these five essential questions go to the heart of the Canadian conception of constitutional democracy. The Court's answers have moreover helped to cement the country's status as one of the world's most admired constitutional democracies.

**Keywords:** privacy, data protection, data privacy, quasi-constitutional status, Australian constitutional law

# 독일 연방헌법재판소의 과거, 현재, 그리고 미래

## The German Federal Constitutional Court – Past, Present and Future

쾰른대학교 법학 교수 앙겔리카 누스베르거  
Cologne University, Prof. Germany Angelika Nußberger

### ■ 목 차 ■

I. The Federal Constitutional Court's good start in difficult times .....	175	III. The Court's relationship to the other European Courts .....	183
II. The Court's jurisprudence during seven decades .....	178	IV. Present Challenges .....	188
		V. Vision for the Future .....	191

## Ⅱ 국문초록

독일 연방헌법재판소는 1950년대 이래 현재까지 독일의 헌법 발전에 이바지하였을 뿐만 아니라 정치 체제에 심대한 영향을 미쳤다. 연방헌법재판소의 권위는 사회적으로 널리 인정받고 있다. 이는 헌법재판소 초기부터 지금까지 유럽 통합과 기후변화 등 주요 의제에 관하여 주도적으로 비전을 제시해 온, 연방헌법재판소의 독보적인 판결들 덕분이다. 그러나 연방헌법재판소의 70년 역사 동안 헌법재판소의 우월적 지배와 사회적으로 양극화된 판결 등과 관련하여 논란도 있었다. 근래에 와서는 연방헌법재판소와 두 개의 유럽 법원, 즉 유럽사법재판소와 유럽인권재판소의 관계도 활발하게 논의되고 있다.

**주제어:** 독일 연방헌법재판소, 헌법재판, 각국 법원과 유럽 법원 간의 관계, 인권, 헌법 이론

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## I. The Federal Constitutional Court's good start in difficult times

### 1. The Court's role as guardian of the new Constitution

When the idea of a Constitutional Court was enshrined in the German Basic Law in 1949 it was a novel approach. The idea was to hold to account the legislative, judicial and the executive branches of power. The new constitutional system was designed in the Basic Law just four years after the complete break-down of a regime built on physical power and arbitrariness (“Gewalt- und Willkürherrschaft”).<sup>1)</sup>

The idea was to learn from the mistakes made in the past and to include safeguards into the constitutional system in order to protect as highest value what had been ignored and neglected during the Nazi period – the human dignity of every man and every woman.<sup>2)</sup>

There had already been a section on human rights in the previous constitution, the so-called Weimar Constitution, which had formally continued to be valid even between 1933 and 1945. But it was understood that the constitutional codification of rights alone would not be enough for securing them; it was also necessary to appoint a guardian effectively supervising their implementation.

Although there was thus common support for instituting a Constitutional Court with a wide range of powers, its role within the constitutional system was not entirely clear. It was the Court itself who had to define its status as that of a “constitutional organ” (Verfassungsorgan), equal to the other constitutional organs, the two chambers of Parliament (Bundestag and Bundesrat), the Federal Government with the chancellor at its top and the President of the Republic.<sup>3)</sup>

But, what was the most important factor for a good start was the adoption of convincing judgments that would help to build up the Court's reputation as a

---

1) The term “Gewalt- und Willkürherrschaft” is the characterization the FCC has given to the Nazi regime between 1933 and 1945; see FCC ruling “Wunsiedel”; BVerfGE 124, 300.

2) See Article 1 of the German Basic Law: “*Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.*”

3) *Bundesverfassungsgericht*, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts v. 27. Juni 1952, JöR (6). 1957, p. 144.

guarantor of the constitutional order in general and of the human rights more specifically.<sup>4)</sup> In this context it is worth mentioning the seminal cases the Court handed down during the first years of its existence, during a period of time when the country was still torn by the consequences of the war, but at the same time started to prosper again.

## 2. The Court's first seminal judgments

The German Federal Constitutional Court (FCC) started its work in 1951. By the end of the first decade of its work it could already be proud of some remarkable achievements. It had not only adopted 302 judgments and decisions, nicely published in nine volumes, but had also elaborated many distinctive features of its human rights doctrine.

Among many important judgments there are three landmark judgments adopted in the early 1950s. They put the system of human rights protection on a track which turned out to be the track to success.

The first decisive case of 16 January 1957<sup>5)</sup> was brought to the FCC by a politician fighting against the official Government policy in matters of reunification and rearmament. He was denied the prolongation of his passport as his trips abroad were seen to endanger the public security of the Federal Republic of Germany. In this famous case called “Elfes” the FCC held that, although the right to travel abroad was not included into the human rights catalogue of the German Basic Law, this right nevertheless formed part of what was called the “general freedom of action” (allgemeine Handlungsfreiheit) as laid down in Article 2 of the Basic Law.<sup>6)</sup> This meant that basically every restriction to an individual's liberty had to be justified on the basis of a law within the constitutional order. Such an approach implemented the

---

4) On the role of the FCC in a system of interference of civil and common law elements: *Russel Miller*, Germany's German Constitution, *Virginia Journal of Law*, Vol. 57 (2017) Nr. 1, 95-128, 116.

5) FCC judgment “Elfes”; BVerfGE 6, 32.

6) Wording of Article 2 of the Basic Law: “*Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.*”

assumption that all what is not forbidden is allowed and led to an all-embracing human rights protection.

The second landmark case of 15 January 1958<sup>7)</sup> became known under the name of the spokesman of the city of Hamburg, Mr. Lüth, who openly called for a boycott of the films of Veit Harlan as he had been the director of an anti-Semitic propaganda film during the war. Two film producing companies brought a successful complaint against Mr. Lüth prohibiting him to further call for a boycott. Although this case concerned a controversy between private individuals and not between an individual and the State the FCC found a violation of freedom of expression. In this context the Court developed the theory of the horizontal effect (*Drittwirkung*) of human rights and argued that the human rights provisions in the Constitution set up an objective “order of values” (*Wertordnung*) which is also relevant in the relations between individuals. Furthermore, the Court explained the functioning of freedom of expression which could theoretically be restricted by a general law; but at the same time this general law had to be interpreted in such a way as to guarantee freedom of expression effectively. On this basis the FCC found a violation of the Basic Law in the judgments of the German courts prohibiting Mr Lüth’s call for a boycott.

The third landmark case of 11 June 1958<sup>8)</sup>, the so-called *Apothekenurteil*, concerned a pharmacist who wanted to open a pharmacy in a little town, but was prohibited to do so based on the argument that there were already enough pharmacies in the town. In this judgment the FCC elaborated the so-called “theory of different steps” (*Stufentheorie*), i.e. the application of the proportionality principle to concrete human rights restrictions. It distinguished between objective and subjective restrictions to the right of access to a profession and requested the existence of especially important public interests in order to justify objective restrictions.

---

7) FCC judgment “Lüth”; BVerfGE 7, 198; Jacco Bomhoff, Lüth’s 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundation of Judicial Balancing, *German Law Journal* Vol. 9 (2008), 121-124.

8) FCC judgment “Apothekenurteil”; BVerfGE 7, 377.

## II. The Court's jurisprudence during seven decades

### 1. Judgments on historical events

When a legal system is constructed in such a way as to allow all important questions ultimately to be brought before a Court, it is unavoidable that the Court will, to a certain degree, become a political actor alongside with the other political actors. That is especially true for the German Constitutional Court. The narrative of rebuilding democracy in Germany cannot be told without reference to its jurisprudence.

Thus, the history of the Cold War and Reunification was mirrored in the Court's case. One important turning point both for Germany and the FCC was the so-called détente (Entspannungspolitik) initiated by the social-democrat chancellor Willy Brandt. It was meant to bring about a relaxation in the hostile relationship between East- and West-Germany and to acknowledge the reality of two States despite the reunification clause figuring prominently in the preamble to the Constitution.<sup>9)</sup> In 1972 the FRG and the GDR were about to conclude a "Treaty concerning the basis of relations between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic" when the ratification proceedings were interrupted by a complaint brought to the FCC by the Government of Bavaria. The FCC accepted the regulations in the Treaty as constitutional, but only if read in a narrow way upholding the aim of reunification and the idea that Germans in East and West had the same nationality.<sup>10)</sup> The recognition of the GDR was considered to be only "factual". The judgment allowed the ratification of the Treaty and paved the way for Germany re-entering

---

9) The wording of the Preamble was the following (until 1993): *„Conscious of its responsibility before God and man, animated by the will to preserve its national and state unity and to serve the peace of the world as an equal member in a united Europe, the German people in the states of Baden, Bavaria, Bremen, Hamburg, Hesse, Lower Saxony, North Rhine-Westphalia, Rhineland-Palatinate, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden and Württemberg-Hohenzollern, to give a new order to the life of the state for a transitional period, has, by virtue of its constitutional authority, adopted this Basic Law of the Federal Republic of Germany. It has also acted on behalf of those Germans who were denied the opportunity to participate. The entire German people is called upon to accomplish, by free self-determination, the unity and freedom of Germany.“*; Bundesgesetzblatt I., 23 May 1949.

10) FCC judgment "Grundlagenvertrag"; BVerfGE 36, 1.



the international arena and becoming a member of the United Nations.

There were also a few important cases linked to the process of reunification in the 1990s.<sup>11)</sup> The most important case concerned criminal responsibility for the shooting at the wall. Those responsible for it as heads of the communist party as well as the soldiers killing fleeing persons were persecuted and convicted of murder. Their complaints to the FCC were mainly based on the principle of *nulla poena sine lege*. In the view of the accused, however, their actions had been justified under the law applicable in the GDR at the material time and should not have made them liable to criminal prosecution. They relied on the justification provided for at the material time in the GDR's provisions on the border-policing regime, as interpreted and applied by the GDR authorities as this allowed killing refugees at the border.

The FCC did not accept their arguments with the reference to a “higher principle of justice”:

“In this wholly exceptional situation, the requirement of objective justice, which also embraces the need to respect the human rights recognised by the international community, makes it impossible for a court to accept such justifications. Absolute protection of the trust placed in the guarantee given by Article 103 § 2 of the Basic Law<sup>12)</sup> must yield precedence, otherwise the administration of criminal justice in the Federal Republic would be at variance with its rule-of-law premisses. A citizen now subject to the criminal jurisdiction of the Federal Republic is barred from relying on such grounds of justification; in all other respects the principle of trust continues to apply, every citizen enjoying the guarantee that if he is convicted it will be on the basis of the law applicable to him at the time when the offence was committed.”<sup>13)</sup>

Thus, the FCC declared their constitutional complaints unfounded, an assessment confirmed by the European Court of Human Rights.<sup>14)</sup>

11) See *Matthias Herdegen*, Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 32 (1994) Nr. 3, 591-606.

12) Article 103 § 2 of the Basic Law provides: “*An act shall not be punishable unless it has been so defined by law before it was committed.*”

13) FCC judgment “Mauerschützen”; BVerfGE, 95, 96.

There were also important cases about property rights as those expropriated in the GDR in the 1940s by the communists, be it by German or Russian communists, were not given back their land and houses. The property was passed on to farmers according to the ideology of the GDR, but not always used for farming purposes. In the last moment before reunification the GDR passed a law to secure the property rights of those allegedly farming the country. This move was later on revoked after reunification. All these transfers of property raised intricate human rights questions. Yet, the FCC did not find a violation in any of those cases.<sup>15)</sup>

## 2. Judgments breaking new grounds

There are hundreds of very important judgments the FCC has handed down in more than 70 years; by now they fill 153 volumes. Many have had an impact not only on Germany, but also on other legal systems where the ideas developed by the FCC were well received. It is worth mentioning some of them.

One of the seminal judgments concerns life-long prison sentences. Here the FCC held in 1977 that “life-long” must not mean “life-long” as it would be inhuman to deprive someone of any hope of regaining freedom. Even if the FCC did not declare the life-long sentence for murder on the basis of the German criminal law unconstitutional, it clarified how the relevant law should be applied:

“One of the prerequisites of a humane execution of a sentence is that the person sentenced to life imprisonment should in principle have a chance of ever regaining his or her freedom. The possibility of a pardon alone is not sufficient; rather, the principle of the rule of law requires that the conditions under which the execution of a life sentence can be suspended and the procedure to be applied in this regard be regulated by law.”<sup>16)</sup>

---

14) ECtHR judgment “Krenz v. Germany”; application no. 44801/98, 8 November 2000.

15) FCC judgment „Baulandumlegung”; BVerfGE 104, 1; ECtHR judgment “Jahn and others v. Germany”; application nos. 46720/99, 722203/01, 72552/01; See *Angelika Nußberger*, „Illegitimes Eigentum? – Kontroverse Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu entschädigungslosen Enteignungen im Prozess der Wiedervereinigung, Die Öffentliche Verwaltung 2006, S. 445-454.

16) FCC judgment “Lebenslange Freiheitsstrafe”; BVerfGE 45, 187.

The FCC's judgment has inspired the European Court of Human Rights which followed the same path as the FCC and held in its famous case *Vinter v. United Kingdom*<sup>17)</sup> that imprisonment for life with release possible only in the event of terminal illness or serious incapacitation is a violation of the European Convention on Human Rights.

Another seminal judgment concerns the right to informational self-determination. This was a new right created by the Court in a case concerning a census in 1983 which emotionally upset the population. The Constitution did not guarantee any right directly applicable to the question in how far the State can collect data about private individuals. It was the FCC that deduced such a right from Article 1 (dignity) and Article 2 (free development of the personality). It considered that the two articles read together guaranteed “general personality rights” including data protection. The right to informational self-determination is formally defined as “the authority of the individual to decide him- or herself, on the basis of the idea of self-determination, when and within what limits information about his or her private life should be communicated to others.”<sup>18)</sup>

### 3. Controversial judgments

At the same time there were very controversial judgments harshly criticized either by the more conservative or by the more progressive part of the population.

Thus, the regulation of abortion is a never-ending story where the solutions found by the legislator were twice challenged successfully before the Constitutional Court.

In its first judgment the FCC starts out from the idea that the child has to be protected by the State even before its birth.<sup>19)</sup> This obligation to protect lasts from the beginning to the end of the pregnancy; the mother's right to self-development cannot be considered as a higher value, not even for a certain period of time. Nevertheless, this does not mean that abortion has to be criminalized; protection

---

17) ECtHR judgment “*Vinter and others v. United Kingdom*”; application no. 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 July 2013.

18) FCC judgment “*Volkszählungsurteil*”; BVerfGE 65, 1.

19) FCC judgment “*Schwangerschaftsabbruch I*”; BVerfGE 39, 1.

is also possible in other ways. On the basis of this jurisprudence the legislator has developed a regulation which allows abortion only after consultation. Yet, after reunification, the topic came once more to the fore as the regulation in the former GDR was much more liberal. The new legislation adopted by the legislator for reunified Germany was once more challenged. In 1993 the FCC declared parts of the law unconstitutional as it held that abortion based on social grounds should be regarded as “against the law” (rechtswidrig), but justified, not per se in accordance with the law.<sup>20)</sup> This was a sophisticated distinction not necessarily understandable to the general public. As a consequence, social insurance could not be paid for abortions, but social aid was applicable. The topic is still being discussed, now with the focus on what is understood to be advertisement for abortion.

While the jurisprudence on abortion upset the more liberally oriented part of the population, the FCC adopted two judgments that attracted harsh criticism from the other side: the judgment on negative freedom of religion in the so-called “crucifix case” and the judgment on freedom of expression in the “soldiers-are-murderers”-case.

In the crucifix case the Court argued that a cross in a public school violated the rights of atheists not to be permanently confronted with a religious symbol.<sup>21)</sup> Schools and education are a matter of the law of the Länder within Germany’s federal system. Thus, the regulation of hanging the cross in class-rooms did not exist in all parts of Germany, but only in Bavaria, a mainly catholic region. The FCC’s judgment was not well received there and, even thirty years later, the practice has not been changed. The crosses are considered not only as religious symbols, but also as part of the culture. Therefore, they are still allowed to hang in public schools. Only in the event of protest by a school child or its parents, a solution to the specific conflict has to be found. It is interesting to note that the European Court of Human Rights has not followed this example. In the famous Lautsi case where Italy was the defendant it came to the opposite conclusion and allowed symbols of Christianity in public schools unless they are meant to be oppressive and there is no

---

20) FCC judgment “Schwangerschaftsabbruch II”; BVerfGE 88, 203.

21) FCC judgment “Kruzifix”; BVerfGE 93, 1.

counterweight by teaching of tolerance.<sup>22)</sup>

In the freedom of expression case about the statement that soldiers are murderers – a citation of the famous German author Kurt Tucholsky – the FCC held that such a statement was covered by freedom of expression.<sup>23)</sup> Here, as well, the Court was fiercely criticized by the more conservative part of the population.

### III. The Court's relationship to the other European Courts

While in 1951 when the FCC was founded it was one of the constitutional pioneers in human rights protection, by the end of the 20th century the situation has completely changed. The European Court of Human Rights, founded in 1959, has developed into an important player in the field of human rights protection; at the same time, on the level of the European Union, a new instrument of human rights protection was elaborated, the Charter of the Rights and Fundamental Freedoms of the EU supervised by the ECJ. Thus, all of a sudden, there were “competitors” in human rights adjudication.

As a consequence, it was no longer clear which court would have the “last word” concerning specific human rights questions.

#### 1. Relationship between the ECtHR and the FCC

The relationship between the ECtHR and the FCC had developed without frictions over many decades. Based on the principle of subsidiarity complainants have to bring their cases first to the FCC and only if they are not successful there they can turn to the ECtHR. In practice, about one third of the cases (roughly 2.000 out of 6.000) are indeed processed up to the European level.

Statistics show, however, that during the first half century of the co-existence of the two courts very few violations of the Convention were found, most of them

---

22) ECtHR judgment “Lautsi and others v. Italy”; application no. 30814/06, 18 March 2011.

23) FCC judgment “Soldaten sind Mörder”; BVerfGE 93, 266.

concerning length of procedure. Between 1959 and 2003, 82 judgments were adopted against Germany; only in a bit more than half of them violations were found. Nevertheless, starting from 2000, the FCC was confronted with the fact that several of its important judgments were reversed by the Strasbourg Court. This concerned above all conflicts between freedom of the press and respect for private life. In the early 2000s there was a whole series of cases concerning celebrities such as the princess Caroline von Monaco who complained about the very permissive jurisprudence of the FCC allowing intrusions into her private life for the sake of telling “stories” to the broader public interested in the life of celebrities. Unlike the FCC the Strasbourg Court did not decide such conflicts in favour of freedom of the press; it held that in such cases the press did not play the role of a “watchdog”, but only acted for satisfying the curiosity of the readers. Therefore, it found that the relevant judgments of the FCC had violated the European Convention on Human Rights.<sup>24)</sup>

The FCC accepted this critique and adapted its jurisprudence to the position held by the Strasbourg Court. At the same time it defined in another judgment, the famous *Görgülü* case, the relationship between the two courts.

The *Görgülü* case concerned a biological father’s right of access and custody rights after the child had been given away for adoption without the father’s knowledge or consent. In its judgment on 26 February 2004<sup>25)</sup> the ECHR found a violation as the German courts dealing with the case as it had not “examined all possible solutions to the problem” and had not sufficiently taken into account the rights of the father and the best interests of the child.<sup>26)</sup> The regional courts, however, refused to implement the Strasbourg Court’s judgment. So the case was brought for a second

24) FCC judgments “Caroline von Monaco I”; BVerfGE 97, 125, “Caroline von Monaco II”; BVerfGE 101, 361; “Caroline von Monaco III”, BVerfGE 120, 180; ECHR judgment “von Hannover v. Germany”; application nos. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012; “von Hannover v. Germany”; application no. 59320/00, 24 June 2006; See *Angelika Nußberger*, Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law, in: Anja Seibert-Fohr, Mark Villiger (Hg.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden 2014, S. 165-186.

25) ECtHR judgment “*Görgülü v. Germany*”; application no. 74969/01, 26 February 2004.

26) ECtHR judgment “*Görgülü v. Germany*”; application no. 74969/01, 26 February 2004, para. 46.

time to the FCC who then took it as a platform for expounding its views on the relationship between the two courts.

The FCC's message was a double one. On the one the FCC raised the position of the Convention in the German legal order declaring the observance of the Convention and the judgments based on it to be a part of the "rule of law principle" which is an "eternal principle" of the German Basic Law which cannot be changed or modified under any conditions:

"The binding effect of a decision of the ECHR extends to all state bodies and in principle imposes on these an obligation, within their jurisdiction and without violating the binding effect of statute and law (Article 20.3 of the Basic Law), to end a continuing violation of the Convention and to create a situation that complies with the Convention."<sup>27)</sup>

At the same time the FCC clearly spelled out where the limits of the implementation of the ECHR's judgments lie.

"The Basic Law aims to integrate Germany into the legal community of peaceful and free states, but does not waive the sovereignty contained in the last instance in the German constitution. There is therefore no contradiction with the aim of commitment to international law if the legislature, exceptionally, does not comply with the law of international agreements, provided this is the only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted."<sup>28)</sup>

This quote became very famous as it served as model for other constitutional courts refuting the authority of the European Court of Human Rights. In the relationship between the FCC and the Strasbourg Court it has, however, not yet played any practical role as the two courts have always found a compromise in controversial cases.

The relationship between the ECtHR and the European Court in Luxembourg is,

---

27) FCC judgment: BVerfGE 111, 307, para. 30.

28) Idem.

at least for the time being, much more difficult.

## 2. Relationship between the ECJ and the FCC

The relationship between the ECJ and the FCC has changed fundamentally in view of the progressive development of EU law. Cooperation within Europe was already taken up in the preamble of the Basic Law at a time when it was nothing but a vision: “Inspired by the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe, the German people, in the exercise of their constituent power, have adopted this Basic Law.” In the 1950s the European project started out with a focus on economic cooperation in different fields. It was acknowledged that European countries had a common cultural and legal heritage, but human rights and constitutional principles did not immediately play an important role. That was changed when the ECJ handed down its famous cases *Gend van Loos*<sup>29)</sup> and *Costa ENEL*<sup>30)</sup> and claimed superiority of European law, not only in relation to member state laws, but also to member state Constitutions. That was the moment when the – sometimes theoretical, sometimes practical – rivalry between the FCC and the ECJ started to exist, although it materialized only much later in concrete conflict situations.

The first concern of the FCC was the adequacy of human rights protection on the European level. In a series of cases the FCC therefore defined in how far it would step in to protect human rights when they would not be sufficiently protected on the basis of European law.<sup>31)</sup> At the time of the first ECJ judgments in the 1970s the European Community did not yet have a human rights codification of its own; rather it based itself on the common constitutional traditions of the member states and the European Convention of Human Rights. This situation changed when the European Community was transformed into the European Union and adopted its

---

29) ECJ judgment “*Van Gend en Loos v. Nederlands Administratie der Belastingen*”; C-26/62, 5 February 1963.

30) ECJ judgment “*Costa v. E.N.E.L.*”; C-6/64, 15 July 1964.

31) FCC judgments “*Solange I*”; BVerfGE 37, 271; “*Solange II*”; BVerfGE 73, 339; “*Maastricht*”; BVerfGE 89, 155.



own human rights instrument, the Charter of the fundamental rights and freedoms of the EU. The non-binding version of 2000 was integrated into EU primary law in 2009 with the Lisbon Treaty.

While the applicability of the Charter was clearly defined and limited to the implementation of EU law<sup>32)</sup>[32] in practice the overlap between national human rights law and EU human rights law remained a point of contention.

In recent years the FCC has adopted two ground-breaking judgments on the interplay between constitutional control and EU law control, one concerning questions of human rights, the other one concerning control of power of EU institutions. The first judgment addressed the “right to be forgotten” in the internet, an area of law where the EU has adopted the relevant legislation leaving only bits and pieces for member States to regulate. As in such a situation, as a rule, the EU Charter would apply, the FCC would not be competent for human rights protection. This creates, however, a lacuna, as there is a possibility of individual complaint to the FCC, but not to the ECJ. Therefore, the FCC judged – for the first time ever – that it would control human rights violations not on the basis of the Basic Law, but on the basis of the Charter.<sup>33)</sup> It would thus replace the yardstick and use the human rights provision in the Charter instead of the human rights provisions in the Basic Law. That was a fundamental change, yet it was rather positively received.

On the contrary, questions of power control with a view to the activities of EU organs such as the European Central Bank are still unresolved. In a spectacular move, the FCC declared a judgment of the ECJ controlling the European Central Bank “arbitrary” and inapplicable and decided on the case as if the ECJ had not been involved at all:

“The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not

---

32) Wording of Article 51 TEU: “*The Protocols and Annexes to the Treaties shall form an integral part thereof.*”

33) FCC order “Recht auf Vergessen II”; BVerfGE 152, 216-274.

comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law.<sup>34)</sup>

The ECJ considers this move contrary to the law. Politicians and diplomats try to solve the conflict, but for the time being it is unclear if in such a situation the Constitution trumps EU law or EU law trumps the Constitution. Thus, the FCC is not only in the center of a political conflict, but can even be regarded as responsible for creating a conflict.

#### IV. Present Challenges

This conflict can be regarded as one of the present challenges the FCC is faced with – it has to find a way out of the fundamental dilemma: On the one hand, EU law cannot work properly if member States rely on “constitutional identity” in order not to follow it, but on the other hand constitutional law cannot give up controlling transfer of power, at least as long as the EU is not considered to be a federal state. And that is on nobody’s political agenda.

There are other important challenges concerning changes in society where the FCC has to give convincing answers. Modern societies are changing at high speed. They require answers linked to ethical questions. In a law-oriented society, sometimes the courts replace the politicians giving the decisive answers.

In Germany, it was the FCC which decided upon a new approach to life and death requesting “a right to a self-determined death” as an expression of personal autonomy. After the atrocious experience with euthanasia during the Nazi regime

---

34) FCC judgment “PSPP”; BVerfGE 154, 17.

it was a generally accepted taboo to allow assisted suicide in whatever form. The German laws were much more prohibitive than the laws of neighboring countries such as Switzerland or Belgium. Not only Germany, but the majority of countries in Europe considered the prohibition of assisted suicide as necessary and justified in order to rescue the lives of those not able to decide for themselves. That was also the position of the ECtHR in the famous case of *Pretty v. United Kingdom*,<sup>35)</sup> although the court accepted the idea of personal autonomy as a value underlying the Convention and also accepted that the ability to conduct a life in a manner of one's own choosing might include the wish to pursue harmful or dangerous activities. Yet, it considered criminal sanctions for assisted suicide justified for the common good. Against this background it came as a big surprise that the FCC in 2020 held that “the freedom to take one's own life also encompasses the freedom to seek and, if offered, make use of assistance provided by third parties for this purpose”.<sup>36)</sup> And it went on to argue that state measures prohibiting assisted suicide had to be measured “against the standard of strict proportionality”. On this basis it accepted that the “high standing the Constitution accords to autonomy and life” could justify effective preventive measures, including by means of criminal law. It required, however, the legislator to ensure that “suicide assistance provided voluntarily can in practice still be accessed in the individual case.”<sup>37)</sup> – This was ground-breaking as it turned around the well-rooted approach based on historical experience and relied on a liberal and abstract conception of self-determination. It was one of the cases where the Court trumped the Parliament which had adopted the relevant law on the basis of personal voting instead of voting along the party

35) ECJ judgment “*Pretty v. the United Kingdom*”, application no. 2346/02, 29 April 2002.

36) FCC judgment, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16, 26 February 2020, NJW 2020, 905: “*As an expression of personal autonomy, the general right of personality encompasses a right to self-determined death. This right entails not only the freedom to take one's own life but also protects the freedom to seek and, if offered, utilise assistance from third parties to this end.*” (Key consideration I.1.).

37) FCC press release No. 12/2020, 26 February 2020: “*It does not follow from this judgement that the legislator is barred under constitutional law from imposing any rules on suicide assistance. However, when enacting legislative provisions, it has to ensure that sufficient space remains for the individual to exercise their right to a self-determined death and to pursue and carry out the decisions to end their life on their own terms.*” (introduction to key considerations).

lines as euthanasia was considered to be more an ethical than a political question. The FCC's judgments therefore raised a lot of anger about the Court stepping beyond its boundaries and interfering with the democratic decision-making process.

In a similar vein, the FCC's judgment on climate change was far-reaching and took the lead in an important political controversy. The FCC decided in 2021 that the Constitution enshrined something like "intergenerational justice". The argumentation in the judgment was based on the one hand on freedom rights, on the other hand on an article on the protection of natural foundations and animals added to the Constitution in 1994: "Mindful also of its responsibility towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order." On this basis the FCC developed its approach taking into account Germany's international obligations:

"The constitutional climate goal arising from Article 20a GG is more closely defined in accordance with the Paris target as being to limit the increase in the global average temperature to well below 2°C and preferably to 1.5°C above pre-industrial levels. For this target to be reached, the reductions still necessary after 2030 will have to be achieved with ever greater speed and urgency. These future obligations to reduce emissions have an impact on practically every type of freedom because virtually all aspects of human life still involve the emission of greenhouse gases and are thus potentially threatened by drastic restrictions after 2030. Therefore, the legislator should have taken precautionary steps to mitigate these major burdens in order to safeguard the freedom guaranteed by fundamental rights. The statutory provisions on adjusting the reduction pathway for greenhouse gas emissions from 2031 onwards are not sufficient to ensure that the necessary transition to climate neutrality is achieved in time. The legislator must enact provisions by 31 December 2022 that specify in greater detail how the reduction targets for greenhouse gas emissions are to be adjusted for periods after 2030."<sup>38)</sup>

The FCC's judgment uses individual human rights in a new manner. Whereas in the past constitutional protection was restricted to those individually affected by

---

38) FCC Press Release No. 31/2021, 29 April 2021.

an interference and thus victims of a specific human rights violation, with the judgment on climate change the Court accepted to adjudicate collective rights. At the same time, the judgment can be seen as a step for globalizing constitutional jurisdiction insofar as those concerned are no longer only those living on German territory, but even those in faraway regions of the world. This might open a new era for decision-making where categories such as territory and State power are no longer essential. At the same time the Constitutional Court has assumed the role of an environmental conscience of mankind.

## V. Vision for the Future

It is not exaggerated to call the last judgments of the FCC visionary. The judges reach out far beyond what was traditionally seen as the Court's task – to solve disputes between different State organs, to control the constitutionality of laws and to protect human rights from interferences by the (German) State. From the moment in 1952 when the Court defined its own status as a constitutional organ until the present time when it assumed the power to decide on the most controversial issues affecting everybody on the globe it had a long path to go. The Court has shaped German history, not only because of its power, but also because of the trust it has gained in the population. Opinion polls show that the FCC scores much better in the public opinion than the Parliament, the Government, or even the churches or trade unions. It has also inspired other courts around the world in a manifold way, with its judgments, but also with the role it has played and plays within the constitutional systems.

Despite the great success of the FCC, it is difficult to foresee what the future will bring. It is true that it is not uncontested that a court can exert such intense influence on State and society. The judges do not have to take personal responsibilities for their judgments. Their mandates are twelve years, long enough to be influential, but not life-long like their colleagues at the Supreme Court in the

United States where judges can dominate the legal system for decades.

For the FCC it will be essential to find a good way out of the “European dilemma” and to come back to good working relations with the ECJ. The fight for the last word between courts operating on different levels – but not in a hierarchical context – will inevitably lead to a dead end. The European integration is built on compromise. Seeking a compromise is different from having the last word.

In general, it can be argued that the Court is well prepared for the challenges of the 21st century – globalization and digitalization. It will have to decide on completely new topics not foreseeable today, but it will also have to decide on the “classical” conflicts between State and society and within society. And it will do so together with many other constitutional courts having the same task – to guarantee peace, stability and justice in a complicated world.

## | References |

- Bomhoff, Jacco, Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundation of Judicial Balancing, *German Law Journal* Vol. 9 (2008).
- Herdegen, Matthias, Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 32 (1994).
- Miller, Russel, Germany's German Constitution, *Virginia Journal of Law*, Vol. 57 (2017).
- Nußberger, Angelika, „Illegitimes Eigentum? – Kontroverse Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu entschädigungslosen Enteignungen im Prozess der Wiedervereinigung, *Die Öffentliche Verwaltung* 2006.
- Nußberger, Angelika, Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law, in: Anja Seibert-Fohr, Mark Villiger (Hg.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden 2014.

## | Abstract |

The German Federal Constitutional Court has shaped not only the constitutional development in Germany from the 1950s until present times, but has also had a major impact on the political system. Society widely accepts the Court's authority. This is due to outstanding judgments both in the early years of the Court and nowadays where the Court promotes a vision about major topics such as European integration and climate change. Nevertheless, during the seven decades of the Court's work there were also controversies about its dominance as well as about judgments where society was polarized. In present times, the interplay between the Federal Constitutional Court and the two European courts, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, is part of a lively debate.

**Keywords:** German Federal Constitutional Court, Constitutional justice, interaction between national and European courts, human rights, constitutional doctrine



[번역문]

# The German Federal Constitutional Court – Past, Present and Future

## 독일 연방헌법재판소의 과거, 현재, 그리고 미래

Cologne University, Prof. Germany Angelika Nußberger  
콜른대학교 법학 교수 앙겔리카 누스베르거

■ 목 차 ■

I. 어려움 속에서도 순조롭게 출항한 연방헌법재판소 .....	197	IV. 현재 직면한 도전 .....	208
II. 지난 70년간 연방헌법재판소의 법리 .....	199	V. 장래 전망 .....	210
III. 독일 연방헌법재판소와 다른 유럽 법원들과의 관계 .....	203		

## Ⅰ 국문초록

독일 연방헌법재판소는 1950년대 이래 현재까지 독일의 헌법 발전에 이바지하였을 뿐만 아니라 정치 체제에 심대한 영향을 미쳤다. 연방헌법재판소의 권위는 사회적으로 널리 인정받고 있다. 이는 헌법재판소 초기부터 지금까지 유럽 통합과 기후변화 등 주요 의제에 관하여 주도적으로 비전을 제시해 온, 연방헌법재판소의 독보적인 판결들 덕분이다. 그러나 연방헌법재판소의 70년 역사 동안 헌법재판소의 우월적 지배와 사회적으로 양극화된 판결 등과 관련하여 논란도 있었다. 근래에 와서는 연방헌법재판소와 두 개의 유럽 법원, 즉 유럽사법재판소와 유럽인권재판소의 관계도 활발하게 논의되고 있다.

**주제어:** 독일 연방헌법재판소, 헌법재판, 각국 법원과 유럽 법원 간의 관계, 인권, 헌법 이론

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## I. 어려움 속에서도 순조롭게 출항한 연방헌법재판소

### 1. 신헌법의 수호자로서 법원의 역할

1949년 독일 기본법(German Basic Law, 이하 ‘기본법’이라 한다)에서 헌법재판소 개념을 규정한 것은 당시로서는 새로운 시도였다. 그 의도는 국가 권력인 입법부, 사법부와 행정부의 책임을 묻는 것이었다. 폭력과 전횡에 기반한 정권(Gewalt- und Willkürherrschaft)<sup>1)</sup>이 철저히 무너진 지 불과 4년 후 기본법은 새로운 헌정체제 설계를 성문화하였다. 그 목적은 과거의 실책으로부터 교훈을 취하고 헌법에 안전장치를 도입하여 나치 정권 동안 무시되었던 모든 인간의 존엄성을 최고의 가치로서 보호하는 것이었다.<sup>2)</sup>

1933년과 1945년 사이의 기간에도 공식적으로는 효력을 유지한, 소위 바이마르 헌법이라고 불리는 기존 헌법에도 인권을 명시한 조항은 있었다. 그러나 헌법에 권리를 성문화하는 것만으로는 이를 보장하는 데에 충분하지 않다는 공감대가 있었다. 규범에 그치지 않고 그 이행을 효과적으로 감독할 수호자가 필요했던 것이다.

이렇듯 광범위한 권한을 행사하는 헌법재판소의 설치는 폭넓은 지지를 받았으나, 헌정질서 내에서 그 역할이 명확하지만은 않았다. 결국 헌법재판소는 다른 헌법기관(Verfassungsorgan), 즉 의회 양원(Bundestag와 Bundesrat)과 수상을 정점으로 한 연방정부, 그리고 연방공화국 대통령과 동등한 헌법기관으로서 자신의 지위를 스스로 규정해야 했다.<sup>3)</sup>

그러나 순조로운 출발에 무엇보다 중요했던 요소는 일반적으로는 헌법 질서를 보장하며 구체적으로는 인권을 보장하는 헌법재판소의 평판을 쌓는, 설득력 있는 판결을 내리는 것이었다.<sup>4)</sup> 이러한 맥락에서 전쟁의 상처로 찢긴 독일이 다시 번영을 누리기 시작한 시기에, 독일 연방헌법재판소가 설립 직후 처음 몇 년 동안 내린 주요 결정을 논하는 것은 의미가 있다.

1) 연방헌법재판소는 1933년에서 1945년 사이 나치 정권의 특징을 강제력과 자의(Gewalt und Willkürherrschaft)로 규정하였다. 연방헌법재판소의 분지텔(Wunsiedel BVerfGE 124, 300) 판시 참조.

2) 독일연방공화국 기본법 제1조 참조: “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

3) *Bundesverfassungsgericht*, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts v. 27. 1952년 6월, JöR (6). 1957, p. 144.

4) 성문법적 요소와 불문법적 요소의 간섭체계 내에서 연방헌법재판소의 역할에 관하여(On the role of the FCC in a system of interference of civil and common law elements): 러셀 밀러(Russel Miller), 독일의 독일적인 헌법(Germany's German Constitution), *Virginia Journal of Law*, Vol. 57 (2017) 제 1호, 95-128, 116.

## 2. 헌법재판소의 분수령이 된 최초 판결들

독일 연방헌법재판소(이하 ‘연방헌법재판소’라 한다)은 1951년 개원하였다. 불과 10년 만에 이미 눈에 띄는 성과를 이루었는데, 9권의 연방헌법재판소 결정례집에 잘 수록되어 있는 302개의 판결과 결정을 내렸을 뿐만 아니라, 연방헌법재판소 특유의 여러 가지 인권 관련 법리도 확립하였다.

다수의 주요 판결 중에서 1950년대 초에 내려진, 특히 분수령이 되는 세 개의 판결은 주목할 만하다. 동 판결들은 인권보호 체계를 성공적인 반열에 올리는 역할을 하였다.

1957년 1월 16일에 있었던 첫 번째 결정적인 사건은<sup>5)</sup> 통일 및 재무장과 관련하여 정부의 공식적인 정책에 반대하는 정치인이 연방헌법재판소에 제기한 것이었다. 그의 해외여행이 독일연방공화국의 국가안보를 해치는 것으로 보인다는 이유로 그는 여권 연장이 거부되었다. “엘페스(Elfes)”라는 이 유명한 사건에서 연방헌법재판소는 비록 해외여행을 할 수 있는 권리가 기본법의 기본권목록에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 기본법 제2조에 규정된 “일반적 행동의 자유”(allgemeine Handlungsfreiheit)의 일부를 이룬다고 판시하였다.<sup>6)</sup> 이는 개인의 자유에 대한 사실상 모든 제한은 헌정질서 내에서 법률을 근거로 정당화되어야 한다는 의미이다. 이러한 접근은 금지되지 않는 것은 모두 허용된다는 추정에 실효성을 부여하였으며, 포괄적인 인권 보호 체제를 탄생시켰다.

두 번째 분수령이 된 1958년 1월 15일 사건은<sup>7)</sup> 전쟁 중 반유대주의적 선전 영화 감독을 맡았다는 이유로 파이트 하틀란(Veit Harlan)의 영화를 공개적으로 보이콧한 함부르크 시대변인 뤼트(Lüth)의 이름을 따서 알려졌다. 영화제작사 두 곳이 뤼트에 대해 소송을 제기하여 승소하였고, 뤼트가 차후 보이콧을 하지 못하도록 금지하였다. 비록 이 사건은 개인 간의 분쟁으로 개인과 국가 간의 분쟁은 아니었지만, 연방헌법재판소는 표현의 자유 침해를 인정하였다. 이 맥락에서 연방헌법재판소는 기본권의 수평효(Drittwirkung, 대사인적 효력) 이론을 개발하여 헌법의 인권 규정은 개인 간의 관계 역시 규율하는 객관적 가치질서(Wertordnung)를 확립한다고 실시하였다. 뿐만 아니라 연방헌법재판소는 표현의 자유의 기능을 설명하면서 이는 일반 법률로 제한할 수 있지만, 동시에 이러한 일반 법률은 표현의 자유를 효과적으로

5) 연방헌법재판소 판결 “Elfes”, BVerfGE 6, 32.

6) 기본법 제2조: “모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.”

7) 독일 연방헌법재판소 판결 “Lüth”; BVerfGE 7, 198; 야코 봄호프(Jacco Bomhoff), 뤼트 사건 50주년을 맞아 독일 내 사법적 형평의 기반에 관한 비교적 고찰(Lüth’s 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundation of Judicial Balancing), German Law Journal Vol. 9 (2008), 121-124.

보호하는 방향으로 해석되어야 한다고 하였다. 위와 같은 근거로 연방헌법재판소는 튀트의 보이콧을 금지한 독일 각 법원의 판결은 기본법에 반한다고 판시하였다.

세 번째 분수령이 된 1958년 6월 11일 사건은<sup>8)</sup> 소위 약국판결(Apothekenurteil)이라고 하는데, 한 약사가 작은 마을에서 약국을 개업하려고 했지만 마을에 약국이 충분하다는 이유로 금지가 된 사건이다. 본 판결에서 연방헌법재판소는 소위 단계이론(Stufentheorie), 즉 구체적인 기본권 제한의 상황에 적용되는 비례성 심사 이론을 확립하였다. 연방헌법재판소는 직업 선택의 자유에 대한 객관적 사유에 의한 제한과 주관적 사유에 의한 제한을 구분하면서, 객관적 사유에 의한 제한을 정당화하려면 특별히 중요한 공익이 존재해야 한다고 하였다.

## II. 지난 70년간 연방헌법재판소의 법리

### 1. 역사적 사건에 관한 판결

모든 중요한 질문을 궁극적으로 특정 법원에 제기할 수 있도록 법체계를 설계할 경우 해당 법원은 불가피하게 어느 정도는 다른 정치 주체(political actor)와 나란히 정치 주체가 될 수밖에 없다. 독일 연방헌법재판소의 경우 특히 그렇다. 독일 민주주의의 재건에 관한 서사에서 연방헌법재판소의 법리에 관한 역사는 빠질 수 없는 내용이다.

따라서 냉전과 통일의 역사는 연방헌법재판소의 판결에도 동일하게 흔적을 남겼다. 독일과 연방헌법재판소 모두에게 중요한 전환점 중 하나로 사회민주당 당수 빌리 브란트가 주도한 소위 데탕트(Entspannungspolitik, 긴장완화정책)를 들 수 있다. 이는 헌법 전문에 통일 조항이 차지하는 중요성에도 불구하고 동독과 서독 간의 적대관계를 완화하고 양국 체제라는 현실을 인정하려는 목적이었다.<sup>9)</sup> 1972년 독일연방공화국(이하 '서독'이라 한다)과 독일민주공화국(이하 '동독'이라 한다)이 “독일연방공화국과 독일민주공화국 간 관계의 기초에 관한 조약”을 체결하려던 국면에 바이에른 정부가 연방헌법재판소에 소송을 제기하여 비준 절차

8) 독일 연방헌법재판소 판결 “Apothekenurteil”; BVerfGE 7, 377.

9) 전문 문언은 다음과 같았다(1993년까지): “독일 국민은 신과 인간에 대한 책임을 의식하고, 민족과 국가의 통일을 보존하려는 의지를 굳건히 하고 통일 유럽에서 동등한 권리를 가진 구성원으로서 세계평화에 이바지할 것을 다짐하며, 바덴, 바이에른, 브레멘, 함부르크, 헤센, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 쉬레스비히-홀슈타인, 튀링겐, 튀링겐-호헨졸레른 주의 독일인은 과도기에 국가의 생활에 새로운 질서를 부여하고자 헌법 제정권력에 의하여 이 독일연방공화국 기본법을 제정하였다. 또한 참여할 기회를 박탈당한 독일인들을 대신하여 행동하였다. 모든 독일 국민은 자유로운 자기결정권을 행사하여 독일의 통일과 자유를 달성할 책무를 진다.”, 연방법률관보 I., 1949년 5월 23일.

가 중단되었다. 연방헌법재판소는 조약 규정을 합헌으로 인정하되, 통일이라는 목적을 지지하고 동독과 서독의 독일인이 같은 국적이라고 전제하는 좁은 의미로 해석할 경우에만 합헌이라고 하였다.<sup>10)</sup> 동독의 국가로의 인정은 단순한 “사실” 인정에 그친다는 의미로 이해하였다. 이 판결은 조약 비준을 가능하게 하였으며, 독일이 다시 국제사회에 진입하여 국제연합의 회원국이 되는 초석을 마련하였다.

1990년대에도 통일 과정과 관련하여 중요한 몇 개의 사건이 있었다.<sup>11)</sup> 이 중 가장 유명한 사건은 장벽에서의 사격에 대한 형사책임을 다루었다. 공산당 지도부로서 이에 책임이 있는 인사를 비롯하여, 도망치는 시민을 사살한 병사도 기소 끝에 살인죄로 유죄 판결을 받았다. 이들은 주로 죄형법정주의(*nulla poena sine lege*)를 근거로 연방헌법재판소에 청구를 제기하였다. 피고인들은 자신들의 행위는 그 당시 동독에서 적용되는 법에 따라 정당한 것이고, 그들에게 형사 기소의 책임을 물을 수는 없다고 주장하였다. 그들은 당시 국경 경비 체제에 관한 동독 규정에 따른 정당성을 근거로 들었다. 당시 동독 당국에서는 위 규정을 국경에서 난민 살해를 허용하는 의미로 해석하고 적용하였다.

연방헌법재판소는 “더 높은 정의의 원칙(*higher principle of justice*)”을 원용하여 이들의 주장을 배척하였다.

“이러한 전적으로 예외적인 상황에서, 국제공동체에서 인정하는 인권 존중의 당위성을 포괄하는 객관적 정의의 요구에 따라 법원은 이러한 정당화를 받아들일 수 없다. 기본법 제103조 제2항<sup>12)</sup>의 보장에 대한 절대적인 신뢰는 그 순위상 뒤로 밀릴 수밖에 없다. 그렇지 않으면 독일연방공화국의 형법을 적용하는 것이 법치주의라는 전제와 모순될 것이다. 이제 독일연방공화국의 형사 관할 하에 놓인 시민은 이러한 정당화에 의존할 수 없다. 다른 모든 면에서는 신뢰 원칙이 적용되어, 모든 시민은 범죄행위 당시 자신에게 적용되는 법을 근거로 해서만 유죄판결을 받는다는 보장을 여전히 받는다.”<sup>13)</sup>

이렇듯 연방헌법재판소는 청구가 이유 없다고 선언하였고, 이러한 판시는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECtHR)에서도 재확인하였다.<sup>14)</sup>

10) 연방헌법재판소 판결 “Grundlagenvertrag”; BVerfGE 36, 1.

11) *마티아스 헤르데겐(Matthias Herdegen)*, 부당한 법, 인권과 독일 헌법: 최근 과거와 직면한 독일(Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past), Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 32 (1994) Nr. 3, 591-606 참조.

12) 기본법 제103조 제2항: “행위가 행하여지기 전에 가벌성이 법률에 정해져 있는 경우에 한하여 처벌될 수 있다.”

13) 연방헌법재판소 판결 “Mauerschützen”; BVerfGE, 95, 96.

14) 유럽인권재판소 판결 “Krenz v. Germany”; 신청 제 44801/98호, 2000년 11월 8일.

또한 1940년대 동독에서 동독의 공산당이든 러시아의 공산당이든 공산당이 수용한 토지와 주택의 반환이 이루어지지 않아 청구가 제기된 주요 재산권 사건도 있었다. 재산은 동독의 이념에 따라 농부들에게 이전되었지만, 모든 경우에 농업용지로 사용된 것은 아니었다. 통일 직전에 동독은 농업에 종사하고 있다고 주장하는 사람들의 재산권을 확보하는 법을 통과시켰다. 이 조치는 통일 후 폐지되었다. 이러한 재산권 이전은 복잡한 인권 문제를 야기하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이들 사건에서 한 번도 헌법 위반을 판시하지 않았다.<sup>15)</sup>

## 2. 새로운 영역을 개척한 판결

70년이 넘는 기간 동안 연방헌법재판소는 수백 건의 중요한 판결을 내렸으며, 현재 153건의 연방헌법재판소 결정례집이 편찬되었다. 이들 판결은 독일뿐만 아니라 연방헌법재판소에서 발전시킨 개념을 수용한 다른 법체제에도 심대한 영향을 미쳤다. 이들 중 일부를 언급하고자 한다.

주요 판결 중 하나는 종신형을 다루었다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 1977년에 자유를 되찾을 모든 희망을 박탈하는 행위는 비인도적이므로 “종신”이란 실제 “종신”으로 해석할 수 없다고 판시하였다. 연방헌법재판소는 비록 살인죄에 대하여 종신형을 규정한 독일 형법조항이 위헌이라고 선언하지는 않았으나, 관련 법을 어떻게 적용해야 하는지에 대하여 명확하게 밝혔다.

“인도적인 형집행의 선제조건 중 하나는 종신형을 선고받은 사람이 원칙적으로는 자유를 회복할 기회가 있어야 한다는 것이다. 이는 사면 가능성만으로는 충족할 수 없으며, 법치주의 원칙의 요구를 충족하려면 종신형 집행을 유예할 수 있는 조건과 이에 적용할 절차를 법률로써 규율해야 한다.”<sup>16)</sup>

연방헌법재판소의 판결은 유럽인권재판소에도 영향을 미쳤다. 유럽인권재판소는 연방헌법재판소와 같은 전철을 밟아, 빈터 대 영국(Vinter v. United Kingdom)<sup>17)</sup> 사건에서 불치병이나

15) 연방헌법재판소 판결 “Baulandumlegung”; BVerfGE 104, 1; 유럽인권재판소 판결 “Jahn and others v. Germany”; 신청 제 46720/99, 722203/01, 72552/01호; 앙겔리카 누스베르거(Angelika Nußberger), “부당한 재산?(Illegitimes Eigentum?)” 참조. – Kontroverse Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu entschädigungslosen Enteignungen im Prozess der Wiedervereinigung, Die Öffentliche Verwaltung 2006, S. 445-454.

16) 연방헌법재판소 판결 “Lebenslange Freiheitsstrafe”; BVerfGE 45, 187.

17) 유럽인권재판소 판결 “Vinter and others v. United Kingdom”; 신청 제 66069/09, 130/10, 3896/10호, 2013년 7월 9일.

심각한 행위능력 상실의 경우에만 석방이 가능한 종신형은 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, ECHR)위반이라고 판시하였다.

또 다른 주요 판결은 개인정보자기결정권을 다룬다. 이는 시민들에게 감정적으로 반발을 불러일으킨 1983년 인구조사 관련 사건에서 법원이 새로 도출한 권리이다. 헌법은, 국가가 개인정보를 어느 범위까지 수집할 수 있는지에 대한 문제에 직접 적용되는 기본권을 규정하고 있지 않다. 연방헌법재판소는 제1조(인간의 존엄성)와 제2조(자유로운 인격 실현)로부터 이러한 권리를 도출하였다. 두 조항을 종합하여 해석하면 정보 보호를 포함한 “일반적 인격권”이 보장된다고 연방헌법재판소는 판시하였다. 개인정보자기결정권은 공식적으로는 “자기결정권을 근거로 개인이 자신의 사생활에 관한 정보를 언제, 어떠한 범위 내에서 타인에게 전달할 것인지를 스스로 결정할 권한”이라고 정의된다.<sup>18)</sup>

### 3. 논란이 된 판결들

보수 또는 진보 성향의 시민들로부터 동시에 혹독한 비판을 받은, 논란이 심했던 판결들도 있다.

예를 들어 낙태에 대한 규제는 의회에서 도출한 해결책을 연방헌법재판소가 두 번이나 위헌판결을 하였고, 여전히 논란 중이다.

첫 번째 낙태 판결에서 연방헌법재판소는 태아는 출산 전에도 국가의 보호를 받는다는 개념에서 출발하였다.<sup>19)</sup> 이러한 국가의 생명보호의무는 임신의 전기간에 걸쳐 계속되며, 모의 자기결정권도 비록 제한된 기간이라도 이보다 더 높은 가치라고 할 수 없다고 하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이는 낙태를 범죄화해야 한다는 의미는 아니라고 하였다. 다른 방식으로 태아의 생명권을 보호할 수 있기 때문이다. 연방헌법재판소의 이러한 법리를 바탕으로 의회에서는 낙태를 상담 후에만 허용하는 것으로 입법을 하였다. 그러나 구 동독의 낙태에 대한 규제는 훨씬 자유로웠으므로 통일 후에 다시 이 문제가 불거졌다. 통일 독일을 위하여 의회가 제정한 새로운 법은 다시 한 번 위헌심사의 대상이 되었다. 1993년 연방헌법재판소는 사회적 이유에 근거한 낙태는 불법으로 간주되고, 따라서 법적으로 허용되지 않으며, 별도의 정당화요소가 정당화되어야 한다면서 관련 법조항(형법 제218a조)이 위헌이라고 결정하였다.<sup>20)</sup> 이러한 미묘한 구별은 일반 대중이 이해하기에는 다소 어려운 면이 있었다. 동

18) 연방헌법재판소 판결 “Volkszählungsurteil”; BVerfGE 65, 1.

19) 연방헌법재판소 판결 “Schwangerschaftsabbruch I”; BVerfGE 39, 1.

20) 연방헌법재판소 판결 “Schwangerschaftsabbruch II”; BVerfGE 88, 203.



판결의 결과 낙태에 대해 사회의료보험의 적용은 불가능했지만, 사회적 부조는 제공될 수 있었다. 현재는 낙태 광고를 어떻게 이해할지에 대한 문제에 중점을 두고 논의가 진행 중이다.

낙태 법리는 진보 성향의 시민들로부터 비판을 받았지만, 연방헌법재판소는 보수층의 비판을 받은 판결도 두 건 선고하였다. 소위 “십자가 사건”이라고 명명된 소극적 종교의 자유에 관한 판결과 소위 “병사는 살인자”라고 명명된 표현의 자유에 관한 판결이다.

십자가 사건에서 연방헌법재판소는 공립학교에 걸린 십자가는 무신론자들이 종교적 상징에 지속적으로 마주하지 않을 권리를 침해한다고 실시하였다.<sup>21)</sup> 독일 연방제에서 학교와 교육은 주(州)법으로 규율한다. 따라서 독일 전역에 걸쳐서 교실에 십자가를 거는 규정은 없고, 가톨릭 신도가 다수를 차지하는 바이에른 주에서만 그런 규정을 볼 수 있었다. 바이에른 주에서 연방헌법재판소의 판결은 저항에 부딪혔으며, 30년이 지난 지금도 해당 관행은 변하지 않았다. 십자가는 종교적 상징일 뿐만 아니라 문화의 일부로 여겨진다. 따라서 공립학교에서 십자가를 거는 것은 여전히 허용된다. 단 학생이나 학부모가 항의하는 경우에는 해당 분쟁에 대한 해결책이 모색되어야 한다. 유럽인권재판소가 이 사건의 예에 따르지 않은 점은 흥미롭다. 이탈리아가 피청구인이었던 유명한 라우치(Lautsi) 사건에서 유럽인권재판소는, 해당 상징물이 억압을 의미하지 않고 관용을 가르치는 균형이 깨지지 않는 한 공립학교 내에 기독교 상징물은 허용된다는 반대의 결론을 내렸다.<sup>22)</sup>

‘병사는 살인자’ -유명한 독일 작가 쿠르트 투콜스키(Kurt Tucholski)를 인용하여- 라는 발언과 관련하여 표현의 자유가 문제된 사건에서 연방헌법재판소는, 이러한 발언은 표현의 자유로서 보호를 받는다고 판시하였다.<sup>23)</sup> 여기서도 법원은 보수층으로부터 혹독한 비판을 받았다.

### Ⅲ. 독일 연방헌법재판소와 다른 유럽 법원들과의 관계

1951년 창설 당시에 연방헌법재판소는 헌법을 통한 인권 보호에 있어 선두주자였지만, 20세기 말 무렵에는 상황이 완전히 달라졌다. 1959년 설립된 유럽인권재판소는 인권보호 분야의 중요한 주체로 발돋움했다. 동시에 유럽연합 차원에서는 유럽사법재판소의 감독 하의 유럽연합 기본권헌장(Charter of the Rights and Fundamental Freedoms of the EU)이라는

21) 연방헌법재판소 판결 “Kruzifix”; BVerfGE 93, 1.

22) 유럽인권재판소 판결 “Lautsi and others v. Italy”; 신청 제 30814/06호, 2011년 3월 18일.

23) 연방헌법재판소 판결 “Soldaten sind Mörder”; BVerfGE 93, 266.

새로운 인권보호 장치가 만들어졌다. 이렇듯 갑자기 인권 재판 분야에서 “경쟁자”가 생긴 것이다.

그 결과 구체적인 인권 사안에서 어느 법원이 “최종결정권(last word)”을 가지는지가 불명확해졌다.

## 1. 유럽인권재판소와 연방헌법재판소의 관계

유럽인권재판소와 연방헌법재판소는 수십 년에 걸쳐 원활한 관계를 이어왔다. 보충성 원칙에 따라 청구인은 먼저 연방헌법재판소에 청구를 제기한 후, 여기서 성공하지 못할 경우에만 유럽인권재판소에 제소할 수 있다. 실제로는 사건 중 약 3분의 1(약 6천 건 중 2천 건)은 유럽인권재판소까지 가서 처리된다.

그러나 통계를 보면 두 법원이 공존한 처음 50년 동안 유럽인권협약 위반 판시는 거의 없었으며, 대부분 절차의 지연에 따른 문제와 관련된 사건이었다. 1959년과 2003년 사이 연방헌법재판소의 결정에 반대하는 유럽인권재판소 판결은 82건이었으며, 그 중 유럽인권협약 위반을 인정한 것은 그 절반이 조금 넘을 뿐이었다. 그러나 2000년부터 연방헌법재판소는 몇몇 주요 판결이 유럽인권재판소에서 파기되는 문제를 겪었다. 이들 사건은 무엇보다 언론의 자유와 사생활 존중 간의 갈등을 다루었다. 2000년대 초에는 모나코의 캐롤라인 공주와 같이 유명인이 관여된 일련의 사건이 있었다. 캐롤라인 공주는, 유명인의 생활에 관심이 큰 대중에게 기사를 전달하기 위하여 사생활 침해를 허용하는 연방헌법재판소의 결정에 대해 청구를 제기하였다. 연방헌법재판소와 달리 유럽인권재판소는 이러한 갈등에서 언론의 자유의 손을 들어주지 않았다. 유럽인권재판소는 이러한 사안에서 언론은 “감시견” 역할을 하지 않으며 단지 독자의 호기심을 충족시키고자 할 뿐이라고 판시하였다. 따라서 연방헌법재판소의 관련 판결들은 유럽인권협약 위반이라고 하였다.<sup>24)</sup>

연방헌법재판소는 이 비판을 받아들여 유럽인권재판소의 입장에 맞추어 결정을 변경하였다. 동시에 유명한 괴르귄트(Görgülü) 사건에서 내린 판결에서 연방헌법재판소는 두 법원

24) 연방헌법재판소 판결 “Caroline von Monaco I”; BVerfGE 97, 125, “Caroline von Monaco II”; BVerfGE 101, 361; “Caroline von Monaco III”, BVerfGE 120, 180; ECHR judgment “von Hannover v. Germany”; 신청 제 40660/08, 60641/08호, 2012년 2월 7일; “von Hannover v. Germany”; 신청 제 59320/00호, 2006년 6월 24일; *앙겔리카 누스베르거(Angelika Nußberger)*, 비례성에 근거한 결정의 규율의 보충성: 유럽인권재판소판결의 독일법 내 이행 근거 분석(Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law), 안야 사이베르트-포르(Anja Seibert-Fohr), 마르크 빌리게르(Mark Villiger) (Hg.), 유럽인권재판소 판결 - 효력과 이행(Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation), Baden-Baden 2014, S. 165-186 중 참조.

간의 관계를 정의하였다.

괴르쿨튀 사건은 생부가 모르는 사이 또는 동의 없이 아이가 입양간 후 생부의 접근권과 양육권을 다루었다. 2004년 2월 26일 내린 판결에서<sup>25)</sup> 유럽인권재판소는 해당 사건을 다룬 각 독일 법원이 “문제 해결을 위한 모든 방안을 심리하지 않았”으며 아버지의 권리와 아동의 최선의 이익을 충분히 고려하지 않았다는 이유로 유럽인권협약 위반을 인정하였다.<sup>26)</sup> 그러나 지방법원에서는 유럽인권재판소 판결의 이행을 거부하였다. 그 결과 사건은 다시 연방헌법재판소에 넘어왔으며, 연방헌법재판소는 이를 기회로 삼아 두 법원 간의 관계에 대한 자신의 견해를 밝혔다.

이때 연방헌법재판소는 두 가지 메시지를 전했다. 한편으로 연방헌법재판소는 독일 법질서에서 유럽인권협약이 차지하는 위치와 관련하여 유럽인권협약과 이에 근거한 판결의 준수는 어떤 경우에도 변경하거나 수정할 수 없는 기본법의 “항구적인 원칙”인 “법치주의원칙”의 일부라고 선언하였다.

“유럽인권재판소 결정의 기속력은 모든 국가기관에 미치며, 이들에게 각 관할의 범위 내에서, 그리고 법률과 법령의 기속력에 반하지 않는 한(기본법 제20.3조) 계속되는 유럽인권협약 위반을 종결하고 유럽인권협약을 준수하는 상황을 창출할 의무를 원칙적으로 지운다.”<sup>27)</sup>

동시에 연방헌법재판소는 유럽인권재판소 판결 이행의 한계 또한 명확히 규정하였다.

“기본법은 독일을 자유롭고 평화로운 국가들로 구성된 법적 공동체에 통합시키는 목적을 띠었으나, 독일 헌법상 최종심에 포함된 주권을 포기하는 의미는 아니다. 따라서 입법부가 예외적으로 국제조약을 준수하지 않기로 한다 하더라도, 이것이 헌법의 근본적 원칙 위반을 방지하는 유일한 방법인 경우라면, 국제법 준수라는 목적과 모순되지 않는다.”<sup>28)</sup>

위 판시내용은 유럽인권재판소의 지휘권을 거부하는 다른 여러 헌법재판소의 귀감이 되어 상당히 유명해졌다. 그러나 연방헌법재판소와 유럽인권재판소는 논란이 된 사건에서 항상 타협해왔으므로 두 법원의 관계에서 현재까지 실질적인 역할을 한 바는 없다.

25) 유럽인권재판소 판결 “Görgülü v. Germany”: 신청 제 74969/01호, 2004년 2월 26일.

26) 유럽인권재판소 판결 “Görgülü v. Germany”: 신청 제 74969/01호, 2004년 2월 26일, 제 46문단.

27) 연방헌법재판소 판결; BVerfGE 111, 307, 제 30문단.

28) 위 언급과 같음.

유럽인권재판소와 유럽사법재판소(European Court of Justice, ECJ)간의 관계는 현재로서는 훨씬 난항 중이다.

## 2. 유럽사법재판소와 독일 연방헌법재판소와의 관계

유럽연합법(EU law)의 점진적인 발전 과정에서 유럽사법재판소와 연방헌법재판소의 관계는 근본적인 변화를 겪었다. 유럽 내 협력이 장래의 계획에 불과하던 당시에도 기본법은 이미 전문에서 이 문제를 다루고 있었다: “통합된 유럽에서 평등한 구성원으로서 세계평화에 이바지하려는 의지로 충만한 가운데, 독일 국민은 자신의 헌법제정권력을 근거로 이 기본법을 제정하였다.” 유럽 통합 과업은 1950년대에 다양한 분야에 걸친 경제적 협력에 중점을 두고 시작하였다. 유럽 각국은 공통된 문화적, 법적 유산을 가지고 있다는 공감대는 있었지만, 인권과 헌법 원칙이 곧바로 부각되지는 않았다. 그러나 유럽사법재판소가 유명한 ‘반 겐드 엔 로스(Van Gend en Loos)’ 사건<sup>29)</sup>과 ‘코스타-에넬(Costa v. ENEL)’ 사건<sup>30)</sup>에서 판결을 내리면서 회원국 법률뿐만 아니라 회원국 헌법에 대한 유럽법의 우위를 선언하자 상황은 변화하였다. 그때부터 연방헌법재판소와 유럽사법재판소 간의 때로는 이론적이고 때로는 현실적인 경쟁 관계가 시작되었다. 다만 구체적인 갈등 상황이 발생한 것은 훨씬 나중의 일이었다.

연방헌법재판소의 일차적인 관심사는 유럽 차원에서 인권이 적절하게 보호되고 있는가였다. 따라서 연방헌법재판소는 일련의 사건에서 유럽법이 충분히 인권을 보호하지 못할 경우 인권보호를 위하여 연방헌법재판소가 얼마나 개입할 수 있는지를 밝혔다.<sup>31)</sup> 1970년대 유럽사법재판소의 초기 판결이 나오던 당시 유럽공동체는 아직 인권보호를 성문화한 문서가 없는 상황이었다. 대신 회원국의 공통된 헌법 전통과 유럽인권협약에 의존하였다. 유럽공동체가 유럽연합이 되고 자체적인 인권 문서, 즉 유럽연합 기본권헌장(Charter of the Fundamental Rights and Freedoms of the EU)을 채택하자 이 상황에도 변화가 생겼다. 2000년 당시에는 구속력이 없던 유럽연합 기본권헌장은 2009년 리스본 조약을 체결하면서 유럽연합의 일차법(primary law)에 편입되었다.

유럽연합 기본권헌장의 적용은 유럽연합법의 시행이라는 범위로 명확하게 규정·한정되었지만,<sup>32)</sup> 실무적으로는 국내 인권법과 유럽연합 인권법이 중복되는 부분으로 인하여 충돌의

29) 유럽사법재판소판결 “Van Gend en Loos v. Nederlands Administratie der Belastingen”; C-26/62, 1963년 2월 5일.

30) 유럽사법재판소판결 “Costa v. E.N.E.L.”; C-6/64, 1964년 7월 15일.

31) 연방헌법재판소 판결 “Solange I”; BVerfGE 37, 271; “Solange II”; BVerfGE 73, 339; “Maastricht”; BVerfGE 89, 155.

여지가 있었다.

최근에 연방헌법재판소는 헌법 규율과 유럽연합법 규율 간의 상호작용과 관련하여 두 가지 획기적인 판결을 내렸다. 하나는 인권과 관련된, 또 다른 하나는 유럽연합 기관의 권한과 관련된 판결이다. 첫 번째 판결은 유럽연합이 관련 법을 채택하고 회원국은 부분적으로만 규제할 부분을 남겨놓은 범영역인, 인터넷상 “잊혀질 권리”를 다루었다. 이러한 상황에서는 원칙적으로 유럽연합 기본권헌장이 적용되므로 연방헌법재판소는 개입할 여지가 별로 없었다. 그러나 연방헌법재판소에는 개인의 청구권이 인정되는 반면 유럽사법재판소에는 개인의 청구권이 인정되지 않으므로 이로 인한 공백이 발생하였다. 따라서 연방헌법재판소는 사상 최초로 기본법뿐만 아니라 유럽연합 기본권헌장을 재판규범으로 하여 기본권 침해여부를 판단할 수 있다고 하였다.<sup>33)</sup> 기본법의 기본권목록 대신 유럽연합 기본권헌장의 인권 조항을 재판규범으로 삼은 것이다. 이는 근원적인 변화였지만, 비교적 긍정적인 호응을 얻었다.

반면 유럽중앙은행 등 유럽연합 기관의 활동과 관련된 권한 조율 문제는 아직 해결을 기다리고 있다. 연방헌법재판소는 유럽중앙은행을 규율하는 유럽사법재판소의 판결이 “자의적”이고 적용할 수 없다고 강하게 선언하고, 마치 유럽사법재판소가 애당초 관여한 적이 없었던 것처럼 판결을 내렸다.

“유럽사법재판소의 유럽연합조약(EU Treaty)에 대한 해석이 이해불가능하고 객관적으로 자의적인 경우에는, 유럽사법재판소는 유럽연합 조약 제19조 제1항 제2문에서 부여한 기능에 따라서 정해진 사법적 수권 범위를 초과한 것이다. 유럽사법재판소가 그 수권범위를 넘어 결정을 내린 경우, 그 결정은 더 이상 유럽연합조약 제19조 제1항 제2문, 그리고 국내 비준법의 적용을 받지 않는다. 최소한 독일에서는 이들 결정은 기본법 제23조 제1항 제2문과 함께 제20조 제1항, 제2항 및 제79조 제3항에서 요구하는 최소한의 민주적 정당성을 결여하였다.”<sup>34)</sup>

유럽사법재판소는 연방헌법재판소의 이러한 결정이 위법이라고 본다. 여러 정치인과 외교관이 이 갈등을 해결하려고 노력 중이지만, 현재로서는 이러한 상황에서 독일 헌법이 유럽연합법보다 우선하는지 아니면 유럽연합법이 독일 헌법보다 우선하는지 불명확하다. 따라서 연방헌법재판소는 정치적 갈등의 중심에 서있을 뿐만 아니라 갈등을 유발하였다고도 볼 수 있다.

32) 유럽연합 조약 제51조: “각 조약의 의정서와 부속서는 그 통합된 일부를 이룬다.”

33) 연방헌법재판소 명령 “Recht auf Vergessen II”; BVerfGE 152, 216-274.

34) 연방헌법재판소 판결 “PSPP”; BVerfGE 154, 17.

#### IV. 현재 직면한 도전

이 갈등은 연방헌법재판소가 직면한 현재의 도전 중 하나라고 볼 수 있다. 연방헌법재판소는 이 근원적인 딜레마에서 탈출해야 한다. 한편으로는 각 회원국이 “헌법적 정체성”을 들어 유럽연합법을 따르지 않을 경우 유럽연합법은 제대로 작용할 수 없다. 반면 유럽연합이 연방 국가가 아닌 한, 각국 헌법은 권력이전에 관한 규율을 포기할 수 없다. 그리고 유럽연합의 연방국가화는 그 누구의 정치적 계획에도 없는 일이다.

또한 사회변화에 따른 중요한 도전에 대하여도 연방헌법재판소는 설득력 있는 답변을 제시해야 할 것이다. 현대사회는 급격히 변하고 있다. 윤리적 질문에 대한 답변을 요구하기도 한다. 법 중심적인 사회에서는 때로 법원이 정치인을 대신해 결정적인 답변을 제시하기도 한다.

독일에서 연방헌법재판소는 “자기결정에 따라 죽을 권리”의 요청을 개인의 자율권의 표현이라면서 삶과 죽음에 대한 새로운 접근을 결정하였다. 나치 정권 중의 극악무도한 안락사를 경험한 후 어떤 형태로든 조력 자살을 허용하는 것은 일반적으로 금기시되었다. 독일의 법은 스위스나 벨기에 등 주변 국가의 법에 비해 훨씬 엄격한 태도를 취하였다. 독일뿐만 아니라 대다수의 유럽 국가는 조력 자살 금지는 스스로 결정할 수 없는 이들의 생명을 구하는 데 필요하고 정당하다고 보았다. 이는 유명한 ‘프리티 대 영국(Pretty v. United Kingdom)’<sup>35)</sup> 사건에서 유럽인권재판소가 취한 입장이기도 하다. 유럽인권재판소는 개인의 자율을 유럽인권협약의 기반을 이루는 원칙으로 수용하였으며, 사람이 스스로 선택한 방식대로 생활을 유지할 수 있다는 것에는 해롭거나 위험한 활동 추구 의사도 포함된다고 인정하기는 하였다. 그러나 조력자살에 대한 형사처벌은 공익을 위하여 필요하다고 보았다. 이러한 배경에서 연방헌법재판소가 2020년 “자살할 자유는, 이를 위하여 제3자의 조력을 구하고, 제3자가 제공한 조력을 이용할 자유도 포괄한다”<sup>36)</sup>고 판결한 것은 큰 파장을 일으켰다. 연방헌법재판소는 이어서 조력자살을 금지하는 국가 조치는 “엄격한 비례성 기준에 비추어” 판단해야 한다고 판시하였다. 이를 근거로 연방헌법재판소는 “자율과 생명에 헌법이 부여하는 높은 가치”를 고려하면 형법을 포함한 효과적인 예방 조치를 정당화할 수 있다고 인정하였다. 그러나 연방헌법재판소는 의회로 하여금 “개별 사건에서 자발적으로 제공된 자살 조력에 실제로 접근할 수 있도록”<sup>37)</sup> 보장해야 한다고 요구하였다. 역사적 경험에 깊이 뿌리내린 접근법을

35) 유럽사법재판소 판결 “Pretty v. the United Kingdom”, 신청 제 2346/02호, 2002년 4월 29일.

36) 연방헌법재판소 판결, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16, 2020년 2월 26일, NJW 2020, 905: “개인 자율권의 행사로서 일반 인격권은 자기결정에 따라 죽을 권리를 포함한다. 이 권리는 자살할 자유뿐만 아니라 이를 위하여 제3자의 조력을 구하고, 제공된 조력을 이용할 자유도 수반한다.” (주요 고려사항 1.1.).

뒤집어 자유주의적이고 추상적인 자기결정권 개념에 의존했다는 점에서 이는 획기적인 판결이었다. 안락사는 정치적인 문제라기보다는 윤리적인 문제로 간주되어 의회에서는 당론에 따른 투표가 아닌 개별 투표를 근거로 관련 법을 제정하여 왔는데, 이를 연방헌법재판소가 위헌으로 선언한 사건이기도 하다. 따라서 연방헌법재판소의 판결은 사법부가 수권범위를 넘어 민주적 의사결정 절차에 개입하였다는 반발을 유발하였다.

비슷한 맥락에서 기후변화에 관한 연방헌법재판소 판결은 그 파급효과가 광범위했으며, 중대한 정치적 분쟁에서 연방헌법재판소가 선도적인 위치를 취한 사건이기도 했다. 연방헌법재판소는 2021년 헌법이 “세대 간 정의(intergenerational justice)”와 유사한 개념을 규정하였다고 판시하였다. 판결의 논증은 한편으로는 자유권에 근거를 두었고, 또 한편으로는 1994년 기본법에 신설된 자연적 생활기반과 동물의 보호에 관한 규정(제20a조)에 근거하였다: “국가는 미래의 세대들에 대한 책임을 인식하고 헌법적 질서의 범위에서 입법을 통해, 그리고 법률과 법령에 정해지 바에 따라 집행 및 사법을 통해 자연적 생활기반과 동물을 보호한다.” 이를 근거로 연방헌법재판소는 독일의 국제적 의무를 고려하여 문제에 접근하였다.

“기본법 제20a조에서 도출되는 헌법적 기후 목표는, 지구의 평균 기온 상승을 섭씨 2도 미만으로, 가능한 한 산업화 이전 수준인 섭씨 1.5도로 제한하도록 하는 파리기후변화협정에 의해 보다 구체화된다. 이 목표를 달성하려면 2030년 이후 온실가스의 감축이 아주 빠르고 긴박하게 이루어져야 한다. 배출을 감축할 장래의 의무는 사실상 모든 자유에 영향을 미친다. 인간 생활의 거의 모든 부분이 온실가스 배출을 수반하므로, 2030년 이후 이에 대한 극단적인 제한이 우려되기 때문이다. 따라서 의회는 기본권으로 보장되는 자유의 보호를 위하여 이러한 과중한 부담을 완화하는 방지책을 마련했어야 했다. 2031년 이후 온실가스 배출량 감축 경로 조정에 관한 법조항은 필수적인 기후 중립성을 적시에 달성하기에 충분하지 않다. 입법부는 2022년 12월 31일까지 2030년 이후의 기간에 온실가스 배출량 감축 목표를 어떻게 달성할지 더 상세하게 구체화한 조항을 제정해야 한다.”<sup>37)</sup>

연방헌법재판소의 판결은 개인의 인권을 새로운 방향으로 활용한다. 과거에 헌법적 보호는 국가의 개입에 따라 개별적으로 영향을 받은 구체적인 인권 침해의 피해자인 사람에게 한정되었다면, 기후변화 판결에서 법원은 집단적 권리침해를 인정하였다. 동시에 이 판결은 더 이상 독일 영토에 거주하는 이들뿐만 아니라 머나먼 세계 다른 지역에 거주하는 이들도 문제된다는

37) 연방헌법재판소 보도자료 제12/2020호, 2020년 2월 26일: “이 판결 때문에 헌법상 입법부의 자살방조 규정 제정이 금지되지는 않는다. 그러나 입법 조항 시행시 개인이 자기결정에 따라 죽을 권리를 행사하고 자신의 의지대로 생명을 종결하는 결정을 추진하고 이행할 여지를 충분히 확보하여야 한다.” (주요 고려사항 서문).

38) 연방헌법재판소 보도자료 제31/2021호, 2021년 4월 29일.

점에서 헌법적 관할의 세계화를 향한 걸음으로도 볼 수 있다. 이는 영토와 국가권력 등의 분류가 더 이상 필수적이지 않은, 새로운 결정의 시대를 열 수도 있다. 동시에 연방헌법재판소는 인류의 환경적 양심이라는 역할을 자처하였다.

## V. 장래 전망

연방헌법재판소의 최근 판결은 선지적이라고 해도 과언이 아니다. 연방헌법재판소 재판관들은 전통적으로 법원의 과업이라고 여겨진 역할, 즉 국가기관 간의 분쟁의 해소, 법의 합헌성 규율, 그리고 국가(독일)의 개입으로부터 인권의 보호를 훨씬 넘어서는 판결을 내렸다. 연방헌법재판소는 헌법기관으로서 자신의 역할을 스스로 정의한 1952년부터, 전세계 모든 사람에게 영향을 미치는, 가장 논란이 심한 문제를 결정할 권한을 맡은 현재까지 참으로 먼 길을 걸어왔다. 연방헌법재판소는 그 권한 때문만이 아니라 대중의 신뢰를 얻었기 때문에 독일의 역사를 형성해올 수 있었다. 여론조사에 따르면 연방헌법재판소는 의회, 정부, 심지어 교회나 노동조합보다도 훨씬 많은 국민의 신뢰를 받고 있다. 또한 판결뿐만 아니라 헌정체제 내에서 수행해 왔으며 지금도 수행하는 역할로써 전세계 법원을 다양한 방식으로 고무시켰다.

연방헌법재판소는 지금까지 큰 성공을 이루었지만, 장래를 내다보기는 쉽지 않다. 국가와 사회에 하나의 법원이 이렇게까지 강력한 영향력을 행사할 수 있는지 의견이 갈리는 것도 사실이다. 연방헌법재판소 재판관들은 판결에 개인적으로 책임지지 않는다. 12년 임기는 영향력을 미칠 만한 기간이지만, 법관이 수십 년 동안 법체계를 형성할 수 있는 미국연방대법관과 같은 종신직은 아니다.

“유럽의 딜레마”에서 탈출하여 유럽사법재판소와의 관계를 회복하는 것도 연방헌법재판소의 필수적인 과제이다. 층위가 다르지만 상하관계는 없는 법원 간에 누가 최종결정권을 가지는지에 대한 싸움은 막다른 길에 다다를 수밖에 없다. 유럽 통합의 기초는 타협이었다. 타협을 구하는 것은 누가 최종결정권을 갖느냐와는 다른 문제이다.

연방헌법재판소는 세계화와 디지털화라는 21세기의 도전에 대체로 대응할 준비가 되었다고 볼 수 있다. 오늘날은 예상할 수 없는 완전히 새로운 사안에 대해서도 결정을 내려야 하겠지만, 국가와 사회 간, 그리고 사회 내에서 발생하는 “고전적”인 분쟁에도 결정을 내려야 할 것이다. 그리고 복잡다단한 세계에서 평화와 안정, 정의를 보장하는, 연방헌법재판소와 같은 과업을 수행하는 다른 여러 헌법재판소와 나란히 이러한 결정을 내릴 것이다.



## | 참고문헌 |

- Bomhoff, Jacco, Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundation of Judicial Balancing, *German Law Journal* Vol. 9 (2008).
- Herdegen, Matthias, Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 32 (1994).
- Miller, Russel, Germany's German Constitution, *Virginia Journal of Law*, Vol. 57 (2017).
- Nußberger, Angelika, „Illegitimes Eigentum? – Kontroverse Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu entschädigungslosen Enteignungen im Prozess der Wiedervereinigung, *Die Öffentliche Verwaltung* 2006.
- Nußberger, Angelika, Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law, in: Anja Seibert-Fohr, Mark Villiger (Hg.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden 2014.

## | Abstract |

The German Federal Constitutional Court has shaped not only the constitutional development in Germany from the 1950s until present times, but has also had a major impact on the political system. Society widely accepts the Court's authority. This is due to outstanding judgments both in the early years of the Court and nowadays where the Court promotes a vision about major topics such as European integration and climate change. Nevertheless, during the seven decades of the Court's work there were also controversies about its dominance as well as about judgments where society was polarized. In present times, the interplay between the Federal Constitutional Court and the two European courts, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, is part of a lively debate.

**Keywords:** German Federal Constitutional Court, Constitutional justice, interaction between national and European courts, human rights, constitutional doctrine

## 평석과 이론

- 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 ‘예술’의 개념
  - 양소연
- 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 적절성에 관한 연구
  - 이공주
- 영국 인권법 하에서의 규범통제의 양상
  - 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 중심으로 -
  - 황지섭
- 캐나다 일자리공유제 판결에 대한 분석
  - 정주백



# 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 ‘예술’의 개념

## Definition of ‘Art’ and the Freedom of Art

헌법재판소 헌법연구관 양소연

Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea, Soyun Yang

### ■ 목 차 ■

I. 들어가며 .....	217	III. 기존의 예술 개념과 그 한계 .....	224
II. 예술의 자유의 사상적 배경으로서		1. 독일의 예술 개념 .....	224
예술의 변천 과정 .....	218	2. 우리나라의 예술 개념 .....	227
1. 선사시대 및 고대의 예술: 기복수단부터		3. 소결 .....	232
공동체의식 고취까지 .....	219	IV. 2단계 심사기준의 제안 .....	233
2. 중세와 근대의 예술: 종교와 귀족을 위한		1. 예술 개념 확정의 어려움과 해결방향 .....	233
노동에서 개인의 감정으로 .....	220	2. 1단계: 형식적 심사 .....	237
3. 20세기와 그 이후의 예술: 정치적 선전		3. 2단계: 개념표지에 따른 심사 .....	239
수단에서 무한한 다양성으로 .....	220	4. 소결 .....	248
4. 소결 .....	223	V. 결론 .....	249

## Ⅰ 국문초록

헌법 제22조 제1항은 예술의 자유를 독립된 기본권으로 명시하여 보장하고 있으나, 실질적으로는 표현의 자유와 구별되는 독자적인 기능을 충분히 발휘하고 있지 않다. 예술의 자유의 보호영역과 관련하여, 보호되는 행위 유형은 규명되어 있지만 예술의 개념은 확립되어 있지 않다. 본고에서는 예술의 자유의 사상적 배경으로서 선사시대부터 최근에 이르기까지 사회에서 예술이 어떠한 기능을 하였는지 개괄적으로 살펴보고, 독일 연방헌법재판소의 예술 개념 및 우리 헌법재판소의 예술의 자유 관련 결정들을 분석해본다. 그리고 예술 본연의 유연한 특성과 법적 안정성의 요청을 조화시키기 위하여 일차적으로 기성 장르 구별에 따라 형식적인 판단을 하되, 추가로 실정법과 미학이론에서 도출한 예술의 개념표지를 갖춘 새로운 양식의 작품도 보호영역에 포함하는 2단계의 심사방법을 제안한다.

**주제어:** 예술의 자유, 예술, 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 보호영역

(논문접수일: 2021. 11. 19. 심사개시일: 2021. 11. 19. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## I. 들어가며

예술의 자유는 근대적 인권선언이 탄생할 당시만 해도 표현의 자유의 일부분으로만 취급되었으며,<sup>1)</sup> 20세기에 들어서야 비로소 일부 국가들의 헌법에 독자적인 기본권으로 명시되었다.<sup>2)</sup> 오늘날에도 예술적 표현을 표현의 자유에 의해 보호되는 여러 표현 중 한 종류로만 보호하는 경우가 있는데, 대표적으로 미국이 그러하다.<sup>3)</sup>

우리 헌법은 1948년 건국헌법에서부터 표현의 자유와 별도로 예술의 자유를 기본권으로 명시하여 보장하고 있다. 그러나 실제 헌법재판소 결정을 보면, 두 기본권을 엄밀히 구별하지 않고 동시에 판단하거나, 예술의 자유가 보다 직접적으로 관련되는 경우에도 표현의 자유 침해 여부 위주로 판단하고 있다. 그 결과 예술의 자유는 다른 기본권에 비해 그 보호영역이 구체화되어 있지 않다.

예술의 자유의 보호영역을 확정하기 위해서는 첫째로 예술의 자유에 의해 보호되는 '예술'이 무엇인지 그 개념을 정의할 수 있어야 하고, 둘째로 예술과 관련한 행위유형 중 어떤 것이 보호되는지 파악해야 한다. 헌법재판소는 보호되는 행위유형에 관해서는 아래와 같이 상세하게 판시한 바 있다.

헌법 제22조는 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 예술의 자유의 내용으로서는 일반적으로 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유 등을 들고 있다.

그 중 예술창작의 자유는 예술창작활동을 할 수 있는 자유로서 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을 포함한 모든 예술창작활동의 자유를 그 내용으로 한다. 따라서 음반 및 비디오물로서 예술창작활동을 하는 자유도 이 예술의 자유에 포함된다.

예술 표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 자유이다. 예술품 보급의 자유와 관련해서 예술품 보급을 목적으로 하는 예술출판자 등도 이러한 의미에서의 예술의 자유의 보호를 받는다고 하겠다.<sup>4)</sup>

1) 장영수, 헌법학, 제12판, 홍문사, 2020, 727면.

2) 이명구, "예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 한계", 헌법학연구 제6권 제2호(2000), 139면 참조.

3) 그리스, 독일, 라트비아, 스위스, 스페인, 슬로베니아, 이탈리아, 터키, 포르투갈, 폴란드, 핀란드, 헝가리 등에서는 헌법에 예술의 자유를 별도로 명시하고 있는 반면, 스웨덴은 표현의 자유에 포함되는 일부로 명시하고 있으며, 미국은 헌법에 예술에 관한 언급이 없다(국회도서관 법률정보실, 세계의 헌법: 40개국 헌법 전문, 제3판, 2018 참조). 예술의 자유를 별도로 명시한 경우에는 대부분 학문 또는 교육의 자유와 함께 규정하고 있다.

4) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 283.

예술의 자유의 보호를 받는 영역을 창작 자체에 대한 영역과 창작된 작품을 발표, 비평 등 외부에 전달하는 영역으로 구별하는 견해는 널리 받아들여지고 있다. 굳이 분류하자면 독일의 연방헌법재판소의 이른바 ‘시대착오적 행진’ 사건<sup>5)</sup>의 분류를 따라 ‘창작영역(또는 작품영역)(Werkbereich)’과 ‘전파영역(또는 영향영역, 작용영역)(Wirkbereich)’ 두 가지로 구별하여 설명하는 견해<sup>6)</sup>와, 헌법재판소에서 실시한 바와 같이 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유로 나누어 설명하는 견해<sup>7)</sup>가 있다. 어느 분류를 따르든 창작 단계와 이를 외부에 전파하고 소통하는 단계를 서로 구별하여 달리 취급하고자 하는 취지는 동일하며, 보호의 정도는 저마다 다를 수 있으나 예술작품을 전파, 유통하는 과정까지 보호영역에 포함된다는 데 대해서는 별다른 이견이 없는 것으로 보인다.

이처럼 예술의 자유에 의하여 보호되는 ‘행위’의 범위는 어느 정도 확정되어 있다. 그러나 창작, 표현, 유통, 전파 등의 행위가 이루어지고 있을 때 정작 그 대상이 되는 ‘예술’이 무엇인지를 파악하기는 매우 어렵다. 헌법재판소나 대법원의 해석이 축적되어 있지 않을 뿐만 아니라, 애초에 예술의 속성상 그 개념을 법적으로 확정하는 데에 근본적인 한계가 있기 때문이기도 하다. 본고에서는 법리적인 검토 외에도 예술사와 미학이론 등을 참고하여 예술의 개념 및 특성에 대한 이해를 도모하고, 구체적인 사안에서 판단대상이 된 행위나 표현물이 예술의 자유의 보호영역에 포함되는 ‘예술’에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준을 제안하고자 한다.

## II. 예술의 자유의 사상적 배경으로서 예술의 변천 과정

예술은 인간의 정신활동에서 비롯되어 그 결과물을 독창적인 매개체를 통해 표현하는 것으로서 그 개념이 모호하고 추상적이라는 특징을 가진다. 따라서 사회에서 예술이 어떠한 지위와 역할을 부여받고, 어떤 방식으로 장려 또는 통제되는지는 시대마다 크게 다르다. 그리고 사회에서 예술을 어떻게 이해하는가에 따라 예술과 관련된 권리에 대한 인식이 달라짐은 물론이다. 이하에서는 예술의 자유에 대한 법적 접근에 앞서 시대별로 예술이 어떻게 인식되고 어떠한 기능을 하였는가에 대해 개략적으로 살펴본다.

5) BVerfGE 67, 213.

6) 예컨대 민경식, “예술의 자유”, 법학논문집 제23권 제1호(1998), 44면; 김주환, “음란소설 창작 및 전파의 자유”, 헌법재판연구 제8권 제1호(2021), 234-235면; 한수웅, 헌법학, 제11판, 법문사, 2021, 854-855면.

7) 예컨대 이명구(주 2), 2000, 147-149면; 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 550-551면; 장영수(주 1), 731-732면.



## 1. 선사시대 및 고대의 예술: 기복수단부터 공동체의식 고취까지

최초의 예술은 생존을 위한 미술적, 종교적 의식에서 비롯되었다.<sup>8)</sup> 구석기인들은 성공적인 사냥을 그림으로 표현하는 것을 그 사건이 실제로 일어나도록 만드는 '미술적'인 행위로 여겼다.<sup>9)</sup> 신석기시대에는 농경을 위해 자연현상에 주목한 결과 초월적인 절대자에 대한 관념이 발생했고, 기존의 미술적 의식이 종교적 의식으로 발전했다. 종교적인 주제를 추상적·기하학적으로 형상화하는 상징적 예술을 통해 창작자는 처음으로 현실의 재현을 넘어서는 상상력을 발휘하게 되었다. 이후, 도시와 상업이 발달하면서는 소수의 부유층 위주로 수공예품에 대한 수요가 발생했고, 전문가 집단이 그 제작을 직업으로 삼았다. 이러한 작업은 창작자가 원하는 것을 스스로 표현하는 예술활동이 아니라 주문에 따른 생산활동으로서, 개인의 창의성 발현은 제한되었다.<sup>10)</sup>

한편, 고대 그리스에서는 회화나 조형물뿐만 아니라 서사예술도 등장했는데, 작가 개인의 특성이 배제된 공동체 지향적인 문학이 대부분이었다. 일시적으로 유행한 영웅시, 서정시 등은 개인주의적 가치관을 반영하거나 심미적인 목적을 추구하기도 하였으나, 그보다 폭넓게 유행한 서사시는 공동체의 연대감을 바탕으로 한 공동창작물에 가까웠고, 작품을 원작자가 소유한다는 개념이 없어 음유시인들에 의해 다양하게 변형되어 상연되었다.<sup>11)</sup> 특히, 기원전 5세기경 활발하게 창작된 그리스 비극은 국가적 차원에서 상연되며 공동체의식 고취 등 정치적 효과를 지니고 있었는데,<sup>12)</sup> 이때 비극 시인들은 개인의 창조성을 자유롭게 발휘하는 예술가가 아니라 국가의 정치적 목적에 기여하는 정치행위자였다.<sup>13)</sup>

8) Walter Benjamin, translated by Edmund Jephcott and Harry Zohn, "The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility: Second Version," in *The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility, and Other Writings on Media*, edited by Michael W. Jennings et al., The Belknap Press of Harvard University Press, 2008 (originally published in 1936), p. 24.

9) Arnold Hauser, 백낙청 옮김, *문학과 예술의 사회사* 1, 개정 2판, 창비, 2016, 24-25면 참조.

10) 이상 신석기시대 예술에 관해서는 Arnold Hauser(주 9), 33-39면, 이집트와 메소포타미아의 수공업에 관해서는 57-69면 참조.

11) 이상 서사시에 관하여 Arnold Hauser(주 9), 111-119, 138면 참조.

12) 아테네 민주정에서 비극이 정치적으로 활용된 배경에 대해서는 이광모, "그리스 비극의 공동체적 의사소통 기능", *헤겔연구* 제22권(2007); 구체적인 비극 작품들의 내용과 함의는 이동수, "고대 그리스 비극에 나타난 민주주의 정신: '아테네'의 메타포를 중심으로", *한국정치연구* 제22집 제2호(2013) 참조.

13) 그리스 비극 시인들을 "단순한 문인이 아니라 아테네에 대한 자긍심을 지닌 중요한 정치행위자"라고 표현한 것은 이동수(주 12), 180면.

## 2. 중세와 근대의 예술: 종교와 귀족을 위한 노동에서 개인의 감정으로

중세시대의 예술은 노동의 일종이었고, 창작의 주체인 예술가 본인의 권리와는 거리가 멀었다. 대부분의 예술적 활동을 교회가 주도하였는데, 교회 중심의 회화에서는 종교적 이념을 시각적으로 재현하는 것만이 중요했고, 화가 개인의 독창성, 기술 등은 핵심적인 가치가 아니었다.<sup>14)</sup>

중세 봉건제도가 붕괴하고, 시민계급이 성장하면서 예술은 점차 종교와 정치로부터 자율성을 확보할 수 있었다.<sup>15)</sup> 중상주의가 자유방임주의로 대체된 18세기 들어서는 궁정예술의 발전은 정체되고 시민계층을 중심으로 한 낭만주의가 득세했다.<sup>16)</sup> 시민사회가 성장한 18세기 중반 이후부터는 예술이 그 자체로서 가치를 인정받게 되었으며, 누군가의 사전 주문에 의해서가 아니라 예술가가 자발적으로 예술품을 제작하는 경우도 생겨났다.<sup>17)</sup>

이 시기 문학에는 개인주의, 주정주의적 경향이 나타났고, 주로 개인의 체험과 감정을 묘사하게 되었다. 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 개인의 절대화와 극단적인 심미주의가 현실을 제대로 인식할 수 없게 한다는 이유로 낭만주의를 비판하면서, 낭만주의에서 낭만성의 본질은 대상이 아니라 주체에게 있는 것, 즉 대상이 그 자체로 낭만적인 것이 아니라 주체에 의해 대상이 낭만화될 뿐이라고 보기도 했다.<sup>18)</sup> 이처럼 이 시기의 예술은 정치나 종교적 목적만을 지닌 것이 아니라 예술가 개인이 부각되면서 인격 발현의 수단이 될 수 있었다.

## 3. 20세기와 그 이후의 예술: 정치적 선전 수단에서 무한한 다양성으로

### (1) 예술의 수단성?

종교나 귀족으로부터 해방된 예술이 20세기에는 다시 정치적 이념의 선전 수단으로 이용되는 경우가 있었다. 대표적인 것이 나치 독일의 예다. 1차 대전 패배 이후 정치적, 경제적 혼란 속에서 나치당이 집권하면서 중산층을 대상으로 하는 선전 정책에 주력하였고, 그 일환으로 예술에도 개입하였다.<sup>19)</sup> 문학 분야에서는 금서를 지정하고 몰수하거나 공개적으로 불태

14) 이상돈, *법의 예술*, 법문사, 2000, 189면.

15) 장영수(주 1), 726면 참조.

16) 장미영, “독일 낭만주의 문학의 ‘예술의 자율성’ 개념의 기원에 관한 소고 - 르네상스와 낭만주의 예술가의 자의식에 관하여”, *외국문학연구* 제37호(2010), 359-360면 참조.

17) Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 105.

18) Carl Schmitt, *Politische Romantik*, Sechste Auflage, 1998, S. 6(이에 관한 번역 및 설명으로는 이병욱, “칼 슈미트의 정치적 낭만주의 비판 - ‘주관화된 기원주의’를 중심으로”, *해겔연구* 제21권(2007), 335-337면; 정원석, “칼 슈미트의 『정치적 낭만주의 Politische Romantik』에 나타난 낭만주의 비판”, *독일언어문학* 제69집(2015), 76-78면 참조).

웠으며,<sup>20)</sup> 미술 분야에서는 '다리파(Die Brücke)' 등의 추상적인 표현주의 작품을 퇴폐적 작품으로 규정하고 여러 도시에서 '공포의 미술', '해로운 미술' 등의 이름을 붙여 불명예 전시회를 열었다.<sup>21)</sup> 이를 통해 정상성과 이상성의 대립 구도를 만들고 아리안 혈통의 우월성 등 나치의 이념적 주장을 자연스럽게 선전하고자 하였다.<sup>22)</sup>

20세기 후반에도 동독에서는 그 붕괴 직전까지 출판 분야에 대한 계획과 검열이 진행되었다. 동독 정부에서는 문화부 하에 출판총국을 두고 문학, 미술, 음악에 관한 출간 제안서를 검토할 검열관을 두었으며, 당 중앙위원회 문화 분과의 승인을 받아야만 정식으로 출판할 수 있었다. 승인을 받은 작품들은 대체로 서구사회에 대한 비판과 동독의 사회주의적 이상을 미화하는 등의 내용을 담고 있었다.<sup>23)</sup>

이와 같이 현대의 예술도, 여전히 예술 외적인 목적을 위한 수단으로 이용되는 경우가 많았고 이에 대한 문제의식이 공유된 바 있다. 아도르노(Adorno)는 경제와 권력을 독점한 계층이 현대적 기술을 활용하여 대중에 의해 소비되는 문화산업의 내용을 의도적으로 계획하고, 이를 수단으로 하여 대중들의 사고를 동일화한다고 지적했다.<sup>24)</sup> 「기술복제시대의 예술작품」으로 유명한 발터 벤야민(Walter Benjamin)은 19세기 초에 사진, 영화와 같은 복제기술이 발달하고 대중이 예술을 향유하게 되면서 파시즘이 예술을 수단으로 사용하는 현상에 대한 경계를 요청한다.<sup>25)</sup> 그러나 문화산업에 대하여 비판적 태도로 일관하는 아도르노와는 달리 벤야민은 영화와 같이 대중이 집단적으로 향유할 수 있는 예술의 발달은 일부 계층뿐만 아니라 개인 누구나 저자의 입장에서 자기 표현이 가능하도록 하고,<sup>26)</sup> 다수가 동시에 향유함으로써 새로운 감상의 표현을 보다 자유롭게 하는 점 등을 고려할 때,<sup>27)</sup> 개인들이 자신의 경험과 관심을 집단적으로 인식하고 공유할 수 있도록 하는 잠재력을 가지고 있다고 그 긍정적 가능성을 인정하기도 했다.<sup>28)</sup>

19) 송혜영, “나치시대의 미술사와 박물관”, 서양미술사학회논문집 제29권(2008), 343-346면 참조.

20) 송혜영, “나치와 현대미술: 뮌헨의 퇴폐미술전(1937)”, 서양미술사학회논문집 제13권(2000), 113면 참조.

21) 김종기, “니체 『비극의 탄생』과 현대 예술 이야기 3 - 나치의 퇴폐미술 박해와 아방가르드”, 오늘의 문예비평 통권 제117호(2020), 256-261면 참조.

22) 신유림, 임석재, “나치 시대 건축에 나타난 예술 정책적 특성에 관한 연구”, 대한건축학회 논문집 제28권 제7호(2012), 165-167면 참조.

23) Robert Darnton, 박영록 옮김, 검열관들 - 국가는 어떻게 출판을 통제해왔는가, 문학과지성사, 2021, 197-209면 참조.

24) Theodor W. Adorno, translated by Anson G. Rabinbach, “Culture Industry Reconsidered,” *New German Critique*, No. 6, 1975 (originally published in *Ohne Leitbild*, 1967), p. 12.

25) Walter Benjamin, op. cit., pp. 41-42.

26) Ibid., pp. 33-34.

27) Ibid., p. 36.

28) 최성만, “모더니티에서 마적인 것 - 발터 벤야민의 몇 가지 모티프를 중심으로”, 카프카연구 제21집(2009), 280면 참조.

## (2) 인격 발현으로서의 예술과 저작인격권

반면, 이후에는 정치적 목적 외에 예술 그 자체를 위한 예술도 발달하였고, 예술작품 자체가 창작자의 인격과 직접 관련된 것으로 받아들여지기 시작했다. 예술의 이와 같은 속성은 법률상의 권리로도 자리 잡아 저작인격권 개념이 등장했다. 저작인격권 개념은 저작물을 단순한 물건이나 상품이 아니라 저작자의 인격이 투영된 대상으로 인식하는 사고에 기초한다.<sup>29)</sup> 독일은 ‘저작권 및 인접보호권에 관한 법률(Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte)’ 제14조에서 저작자의 정당한 정신적 또는 인격적 이익을 위협할 수 있는 저작물의 왜곡 또는 그 밖의 침해 금지할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 미국 연방 법률집(United States Code) 제17편 제106조는 원작자의 명예를 훼손하는 방향으로 저작물을 변형, 왜곡하거나 저작물을 파괴하는 것은 ‘동일성유지권(rights of integrity)’의 침해라고 규정하고 있다.

마찬가지로 우리 저작권법도 저작자가 저작물에 대하여 가지는 “인격적·정신적 권리”<sup>30)</sup>로서 ‘저작인격권’을 인정하고 있다. 저작인격권에는 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리인 공표권(제11조), 저작물의 원본이나 그 복제물 등에 저작자의 실명 또는 이명을 표시할 권리성명표시권(제12조), 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리인 동일성유지권(제13조) 등이 포함된다. 나아가 대법원은 작가가 자신의 저작물에 대해서 가지는 인격적 이익에 대한 권리는 저작권법 규정에 해당하는 경우로만 한정된다고 할 수 없다고 보면서, 저작물을 폐기하는 행위로 인격적 법익 침해가 발생한 경우 저작권법상 동일성유지권 침해의 성립 여부와는 별개로 저작자의 일반적 인격권을 침해하는 행위로서 불법행위책임이 인정될 수 있다고 판시한 바 있다.<sup>31)</sup> 경제적 권리와 구별되는 저작인격권 개념을 인정하는 것은 그 자체로 창작물에 물리적 실체 이상의 의미를 부여하고 창작자의 인격 발현의 산물로 인정하였음을 보여준다.

## (3) 예술의 다원화와 판단 불가능성

예술에 개인의 취향과 세계관이 적극적으로 반영되면서 예술의 형식과 내용은 점차 다양해지고, 기존의 관념에 비추어 예술이라고 식별하기 어려울 정도로 새로운 양식이 출현하기도 했다. 예컨대 표현형식과 대상보다는 아이디어 자체에 예술적 가치가 있다고 보는 개념미술

29) 권태상, “저작인격권의 성질과 내용에 대한 고찰 - 민법상 인격권과의 관계를 중심으로 -”, 민사법학 제87호(2019), 190면.

30) 오승중, 저작권법, 제4판, 박영사, 2016, 417면.

31) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결.

작품들은 기존의 시각으로 볼 때는 의미를 파악하기 어려운 난해하고 추상적인 표현으로만 보인다. 직관적인 예로, 마르셀 뒤샹의 작품은 일상적 사물과 구별하기 어렵다.

형식이 다양화되었을 뿐만 아니라, 예술에 대한 가치판단도 다원성을 존중하는 방향으로 발전했다. 모더니즘은 좋은 예술과 나쁜 예술 간의 구별이 가능하고 예술의 가치도 객관적으로 판단할 수 있다고 전제한 반면,<sup>32)</sup> 포스트모더니즘은 예술의 가치를 일정한 기준에 따라 판단할 수 있는 가능성 자체를 부정한다.<sup>33)</sup> 이러한 시각을 받아들인다면 예술의 가치에 대한 사법적 판단도 어려워진다. 예컨대 '음란' 개념에 대한 판단기준을 제시한 것으로 유명한 1973년 미국 연방대법원의 Miller v. California 판결<sup>34)</sup>에서는 “진지한 예술적 가치(serious artistic value)”가 결여된 것은 음란물이라고 보았는데, 이는 예술에 대한 모더니즘의 관점에 가깝고, 기존 양식예의 저항을 특징으로 하면서 순수예술과 대중예술의 구분을 인정하지 않는 포스트모더니즘 예술에 그대로 적용하기는 어렵다고 지적되고 있다.<sup>35)</sup>

이처럼 기존의 가치평가나 장르 분류에 얽매이지 않는 새로운 예술관이 출현하고, 다양성이 강조됨에 따라 '예술'에 법적 정의를 부여하거나 예술의 자유의 보호영역을 확정하는 일이 매우 난해한 작업이 되었다.

#### 4. 소결

어떠한 사회적 맥락에서 어떤 목적으로 활용되는가에 따라 예술의 형식, 핵심요소, 기법, 사회적 위상 등이 매우 다양하므로, 예술의 속성을 법적으로 평가할 때는 예술의 일반적 특성에 더하여 현재 예술이 어떠한 맥락에서 전개되고 있는지를 함께 고려하여야 한다.

앞서 본 역사적 흐름을 살펴보면, 예술은 오랜 기간 종교적, 정치적 관념을 다수에게 효과적으로 전파하는 수단으로 이용되었다. 예술은 사상이나 관념을 전달하는 표현 형식의 일종이고, 그 중에서도 특히 인간의 감정이나 미적 감각에 호소함으로써 이성적 설득에 비해 광범위하고 강렬하게 의사를 전달할 수 있는 수단이 될 수 있었던 것이다.

반면, 그 이후에는 점차 국가나 종교, 사회지배세력 등이 예술을 독점하는 현상이 해소되고 사회의 모든 분야에서 국가로부터 독립된 개인의 자율성이 보다 강조되면서, 예술 분야에서도 예술가 개인의 창조성 및 인격의 발현으로서 소위 '예술 그 자체를 위한 예술'이 중심을 차지하게

32) Amy Adler, “Why Art Is on Trial,” *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, Vol. 22, No. 4, 1993, p. 326.

33) Ibid., p. 328.

34) 413 U.S. 15 (1973).

35) Amy Adler, op. cit., pp. 326-328.

되었다. 예술의 형식 또한 보다 자유로워졌다. 결국 작품의 외형만으로 예술 여부를 가늠하기 어려워지고, 어떤 것이 가치 있는 예술로 인정되는지 그 기준도 상대화되었으므로, 예술의 자유의 보호영역과 보호의 정도를 판단함에 있어서 정밀한 이론적 기준 확립이 더욱 중요해졌다.

### III. 기존의 예술 개념과 그 한계

법원이나 헌법재판소는 직접 예술의 개념을 정의하거나 적극적으로 예술과 비예술의 경계를 설정하려는 시도를 한 바 없고, 학계에서는 주로 독일의 예술 개념을 바탕으로 논의를 전개하고 있다. 독일에서는 형식적, 실질적, 개방적 예술 개념 등이 제시되었고, 연방헌법재판소는 이 중 어느 하나를 채택하는 것이 아니라 이들 개념이 각각 타당성과 한계가 있음을 인정하고 사안에 따라 적절한 개념을 조합하여 문제된 대상이 '예술에 고유한 구조적 특성'을 갖추었는지 여부를 검토하고 있다.<sup>36)</sup> 미국에서는 예술의 자유를 독립된 기본권으로 보지 않고 표현의 자유의 일부로서 보호하고 있기 때문에, '예술이란 무엇인지' 그 자체를 정의하려고 하기보다는 사안별로 '이런 예술적 표현도 표현의 자유의 보호영역에 포함되는지', 그리고 예술이 아닌 다른 표현과 비교할 때 보호의 정도가 어떠해야 하는지를 판단하는 일에 주력해 왔다. 이하에서는 논의의 전제로 독일의 세 가지 예술 개념을 간략히 살펴본 뒤, 우리 헌법재판소의 판단 경향 및 관련 학설에 대하여 검토한다.

#### 1. 독일의 예술 개념

##### (1) 실질적·내용적 예술 개념

실질적 또는 내용적 예술 개념을 채택하는 경우, 예술의 본질이 무엇에 있는지를 미리 확정해두고, 문제된 창작물의 내용 및 성질이 이에 부합할 때 예술로 인정한다. 이른바 '메피스토(Mephisto) 결정'<sup>37)</sup>에서 연방헌법재판소는, "예술활동의 본질은 예술가의 인상, 경험, 체험 등을 일정한 언어형태를 수단으로 하여 직접적인 표상으로 나타내는 자유로운 창조적 형성이다. 모든 예술적 활동은 합리적으로 풀어낼 수 없는, 의식적·무의식적 과정들의 혼합인 것이다. 예술적 창조에는 직관, 상상 및 예술적 이해가 공동으로 작용한다. 그것은 무엇보다도

36) BVerfGE 83, 130; BVerfGE 75, 369 참조.

37) 나치즘의 선전에 가담하는 연극배우의 일생을 그린 클라우스 만(Klaus Mann)의 소설 '메피스토'가 실제 연극배우를 모델로 함으로써 그의 명예를 훼손하였다는 이유로 작가의 손해배상책임이 인정된 사건.

(단순한) 통지(전달)가 아니라 표현이며, 더욱이 예술가의 개인적 인격의 가장 직접적인 표현인 것이다”라고 판시하였다.<sup>38)</sup> 이 부분 판시는 이후에도 계속해서 인용되었다.<sup>39)</sup>

이와 같은 관점에 따르면, 표현물이 예술의 본질적 특성인 창조적 주관성을 담고 있다면 예술로 인정될 수 있다.<sup>40)</sup> 이는 특정한 속성의 존부를 통해 예술 해당 여부를 가리는 기준일 뿐, 예술의 질이나 수준에 대한 판단과는 구별된다.<sup>41)</sup> 그럼에도 객관적으로 명백한 요건을 심사하는 것이 아니라 예술의 내용을 살펴보고 창조성의 정도 등 다분히 추상적인 사정에 대하여 평가하는 것이므로, 국가가 예술의 질적 내용에 대해서 법적으로 판단하는 것이 적절치 않다는 비판,<sup>42)</sup> 지나치게 이상적인 예술관에 기초한 기준이라는 비판<sup>43)</sup> 등이 제기되었다.

## (2) 형식적 예술 개념

형식적 예술 개념을 채택하는 경우에는, 문제된 창작물의 내용이 아닌 형식을 기준으로 예술 해당 여부를 판단한다. 이 입장에 따르면 회화, 시, 소설, 연극, 무용 등 기존에 예술의 장르라고 인식되는 특정한 작품 유형으로 분류될 수 있다면 예술에 해당하고, 그러한 장르로 포섭할 수 없다면 예술이라고 볼 수 없다.<sup>44)</sup>

형식적 예술 개념이 적용된 대표적인 판결로는 1984년 독일 연방헌법재판소의 이른바 ‘시대착오적 행진 사건’<sup>45)</sup>이 있다. 이 사건에서는 연방 수상 후보자를 비판하기 위한 정치적 목적으로 브레히트(Brecht)의 시를 패러디하여 만든 가두극(街頭劇)이 예술로서 보호된다고 확인했다. 이 사건에서 연방헌법재판소는 예술의 개념을 정의하는 것은 예술이론으로도 헌법이론으로도 불가능하지만 그럼에도 보호영역을 최대한 확정해야 할 헌법상의 의무가 있다고 하면서, 당해 사건에서 문제된 가두극이 예술에 해당하는지 판단하기 위하여 여러 예술 개념을 모두 고려한다.<sup>46)</sup> 그 중에서 형식적 개념이 적용된 부분을 보면, 문제된 작품의 구체적인

38) BVerfGE 30, 173(188f.); 계희열, “메피스토-클라우스만 결정”, 판례연구 제2집(1983), 7면 이하의 번역을 따랐음.

39) 1971년 메피스토 결정이 있는 이후 BVerfGE 67, 213(1984년, 시를 패러디하여 만든 극작품을 예술로 인정); BVerfGE 75, 369(1987년, 정치인에 대한 풍자만화를 예술로 인정); BVerfGE 119, 1(2007년, 실존인물을 모델로 한 소설을 예술로 인정) 등에서 메피스토 결정의 실질적 예술 개념을 인용하였다.

40) 한수웅(주 6), 851면; 이석민, 예술의 자유에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 20면 참조.

41) BVerfGE 75, 369 참조.

42) Wolfgang Knies, Schranken der Kunstfreiheit als Verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 214 (이명구(주 2), 143면에서 재인용)

43) Josef Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte, 1980, S. 27 (이석민(주 40), 20면에서 재인용)

44) 이석민(주 40), 21면 참조.

45) BVerfGE 67, 213.

46) 판단구조를 보면, 먼저 전술한 ‘메피스토 판결’을 인용하여 예술의 본질에 대해 서술한다. 이어서 어느 한

내용이나 풍자를 통해 현실 비판을 하고자 하는 의도 등의 요소보다는 표현의 형식에 주목하여, 원작인 시도 전통적인 예술 형식이고, 시를 패러디한 가두극도 연극으로서 예술 형식에 해당한다고 판시하였다. 이러한 형식적 개념은 새롭게 발생하는 예술 장르를 배제하게 된다는 명백한 한계가 있다.<sup>47)</sup>

### (3) 개방적 예술 개념

개방적 예술 개념에 따르면, 예술의 본질은 전달하고자 하는 내용이 다양한 방식으로 표현되기 때문에 이에 대한 해석 과정에서 무한히 많은 의미를 도출할 수 있다는 점에 있다.<sup>48)</sup> 앞서 본 '시대착오적 행진 사건'<sup>49)</sup>에서 연방헌법재판소가 개방적 예술 개념에 따라 검토한 부분을 보면, '해석하기에 따라 무한하고 다층적인 의미가 도출될 수 있는 다의적 해석 가능성을 예술의 본질적 특성으로 보는 견해'에 따르더라도 당해 사건의 가두극은 예술에 해당한다고 판시했다. 그 이유로는 당해 사건 가두극은 보는 사람이 연극 형식임을 인지하고 보게 되고, 실존인물과 사건을 언급하고 있기는 하지만 직접 제시하는 것이 아니라 다양한 요소를 조합하여 간접적으로 표현하므로 여전히 다의적이라는 점을 들었다. 또 다른 사건<sup>50)</sup>에서는 당해 사건의 소설이 음란물로 볼 수도 있는 내용을 담고 있지만 동시에 풍자적 의도를 읽어낼 수도 있으므로 여러 가지 해석을 허용하는 예술 작품에 해당한다고 판단하였다.

개방적 예술 개념에 따라 예술을 정의하면 기존의 예술 장르에 포섭되지 않거나 실질적 예술 개념에 따라 일응 예술로 볼 수 없는 창작물이라고 하더라도 향후 해석 과정에서 새로운 의미를 도출할 가능성이 있다면 예술의 범위에 포함되게 된다. 따라서 이 개념을 채택하면 예술의 자유의 보호영역을 가장 넓게 설정할 수 있다. 다만, 명확성을 추구하는 법률문언조차 해석의 여지가 있다는 사실에서도 알 수 있듯이 모든 표현은 어느 정도 불명확성과 다의적 해석 가능성을 가지고 있으므로, 다른 속성들과 결합하지 않고 해석 가능성만을 기준으로 예술 개념을 정의하는 것은 예술의 핵심적 특성을 충분히 반영한 것이라고 보기 어렵고, 지나치게 확장적인 개념으로서 기존의 역할을 하지 못하거나 자의적인 기준이 될 위험도 있다.

개념을 취하지 않고 이 사건 가두극은 형식적 예술 개념에 따르더라도 예술에 해당하고, 개방적 예술 개념에 따르더라도 예술에 해당한다고 가정적으로 검토한다.

47) 이석민(주 40), 21-22면.

48) 한수웅(주 6), 852면; 이석민(주 40), 22면 참조.

49) BVerfGE 67, 213.

50) BVerfGE 83, 130 - Josefine Mutzenbacher



## 2. 우리나라의 예술 개념

### (1) 예술의 자유 관련 헌법재판소 결정의 검토

#### 1) 유형의 분류

헌법재판소는 예술의 개념을 적극적으로 정의한 바 없으므로, 예술의 자유 관련 사건 전반에서 예술의 개념에 대한 이해가 반영된 부분이 있는지 살펴본다. 예술의 자유가 제한되는 사안에 관한 헌법재판소 결정은 예술의 자유만 다루어진 경우는 없고 모두 언론·출판의 자유와 관련되어 있으며, 언론·출판의 자유가 핵심적으로 다루어지고 예술의 자유는 부수적으로만 다루어지거나 아예 검토되지 않는다. 유형을 나누어 보자면, ① 예술의 자유와 언론·출판의 자유를 서로 엄밀히 구별하지 않고 병렬적으로 열거하며 하나의 논증으로 양자의 침해 여부를 동시에 검토하는 경우와, ② 예술적 표현도 표현의 일종임을 강조하면서 언론·출판의 자유 침해 여부 위주로 검토하는 경우의 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

#### 2) 1유형: 구별 없이 함께 판단한 경우

첫 번째 유형에 해당하는 결정들은 다시 두 부류로 나뉜다. 먼저, 국가보안법상 찬양·고무죄에 대한 일련의 결정들<sup>51)</sup>이 있다. 이 결정들에서는 각 기본권의 보호영역과 상호관계를 상세히 살피지 않고 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유, 양심의 자유를 동시에 열거하면서 그 침해 여부를 판단한다.

첫 번째 유형에 해당하는 나머지 결정들은 예술의 자유의 보호영역에 관한 설시를 포함하고 있다. 음반제작자에게 일정한 시설을 갖추어 등록하도록 한 '음반에 관한 법률' 조항들에 대한 한정위헌 결정<sup>52)</sup> 및 학교 정화구역 내 극장시설 및 영업을 금지하는 학교보건법 조항들에 관한 결정<sup>53)</sup>이 이에 해당한다. 이 두 결정은 먼저 예술의 자유의 보호영역과 언론·출판의 자유의 보호영역을 차례로 실시하면서 심판대상조항이 두 기본권을 모두 제한함을 확인한다. 그러나 예술의 자유가 보호하는 행위 유형(예술창작, 예술표현, 예술적 집회 및 결사)을 명시<sup>54)</sup>할 뿐 예술의 개념에 대해서는 정의하지 않는다.

나아가 기본권 침해 여부를 검토하는데, 먼저 살펴본 보호영역에 관한 설시는 일반론에

51) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49 및 같은 취지를 유지한 현재 1990. 6. 25. 90헌가11, 판례집 2, 165; 현재 1992. 1. 28. 89헌가8, 판례집 4, 4 등.

52) 현재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275.

53) 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670.

54) 91헌바17 결정은 예술의 자유의 보호영역 전반에 관해 실시하고 있고, 2003헌가1등 결정은 당해 사안에서 문제된 '예술표현의 자유'가 보호영역에 포함된다는 간략한 언급만 하고 있다.

그칠 뿐 심판대상조항의 기본권 침해 여부를 판단함에 있어서는 언론·출판의 자유와 예술의 자유를 서로 구별하지 않고 동시에 열거하며 하나의 논증을 통해 검토하고 있다. 그 중 음반제작자 관련 결정의 경우에는 ‘의사형성적 작용’을 하는지 여부를 기준으로 양자를 구별하려는 듯한 설시를 일부 포함하고 있으나,<sup>55)</sup> 이러한 고려는 위헌 여부를 검토하는 기준이나 논거에는 영향을 미치지 못하고 있다. 재판관 변정수의 반대의견에서는 헌법 제21조 제2항을 당연히 예술의 자유에 대해서도 적용할 수 있다고 하면서, “내면적 세계의 사상과 표현의 자유를 보장하는 전형적인 정신적 기본권”으로서 예술의 자유가 언론·출판의 자유와 본질적으로 다르지 않음을 강조하였다.<sup>56)</sup> 결국 이 두 결정을 통해서는 예술의 ‘창작’뿐만 아니라 ‘전파’도 보호된다는 점을 알 수 있을 뿐 예술의 개념에 대한 단서를 얻을 수 없다.

### 3) 2유형: 예술적 표현을 표현의 일종으로 보는 경우

두 번째 유형에 해당하는 결정들을 통해서는 헌법재판소가 표현의 자유의 보호영역을 매우 넓게 설정하고, 내용과 형식을 불문하고 정신활동의 결과가 외부로 표현된 것이라면 모두 표현의 자유 문제로 접근하고 있음을 알 수 있다. 이 결정들은 예술작품에 해당하는 표현물이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하는 이유로 크게 두 가지를 제시하는데, 하나는 (i) ‘종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유가 곧 언론·출판의 자유’<sup>57)</sup>라는 것이고, 다른 하나는 (ii) ‘의사표현 또는 전파의 매개체는 그 형태에 제한이 없으므로 연극, 영화, 음악, 소설, 도화, 사진, 조각 등도 표현의 자유의 보호영역에 해당하는 의사표현 또는 의사전파의 매개체’<sup>58)59)</sup>라는 것이다.

55) “구 음반법 제3조 제1항이 비디오물을 포함하는 음반제작자에게 통상 수인할 수 있는 정도의 소정의 시설을 갖추어 등록하도록 요구하고 있는 것은 예술의 자유의 제한의 한계를 벗어나지 않았을 뿐 아니라 음반 및 비디오물이 의사형성적 작용을 하는 경우에도 언론·출판의 자유의 한계를 벗어난 것은 아니라고 할 것이다.” (헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 287; 밑줄은 필자가 첨가함)

56) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 291-292.

57) 학문의 자유 침해 여부가 쟁점이 된 교육법 관련 결정에서 “언론·출판의 자유는 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유와 표리관계에 있다고 할 수 있는데 그러한 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유가 언론·출판의 자유(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 758)”라고 실시한 바 있고, 청소년이용음란물 관련 결정에서 이를 참조하여 “언론·출판의 자유 즉 표현의 자유는 … 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265)”라고 판시하였다.

58) 위와 같은 설시는 첫 번째 유형에 해당하는 결정들에서도 언론·출판의 자유의 보호영역을 검토하는 부분에서 동일하게 등장하였던 것이다. 그러나 첫 번째 유형의 결정들이 하나의 논증을 통해 언론·출판의 자유 및 예술의 자유가 각각 침해되지 않는다는 결론에 이른 반면, 두 번째 유형에 해당하는 결정들은 언론·출판의 자유 침해 여부만 검토한다.

59) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222(영화 사전심의제도 위헌 결정); 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 401-402(음반 사전심의제도 중 제작 및 판매행위 부분 위헌 결정); 헌재 1997. 3. 27. 97헌가1, 판례집 9-1, 267(음반 사전심의제도 중 보관행위 부분 위헌 결정); 헌재 1998. 12. 24. 96헌가

두 번째 유형의 사안에서 영화, 음반 등 제한의 대상이 된 표현물은 그 형식 및 내용이 예술적 속성을 가진다는 점에서 예술의 자유의 보호영역에 해당하며, 그 형태가 외부적 의사 표현이라는 점에서 언론·출판의 자유의 보호영역에도 해당한다. 즉, 하나의 사안에서 동일한 기본권 주체가 서로 다른 복수의 기본권을 주장할 수 있는 기본권경합 상황에 해당한다. 그러나 위 결정들은 전형적인 기본권경합 사안으로 파악하기보다는 예술적 표현행위를 다양한 형식으로 이루어지는 외부적 표현행위의 하위분류로 이해하고, 언론·출판의 자유 제한의 측면에만 주목하고 있다.<sup>60)</sup> 이는 근대적 기본권의 발달 과정에서 종교의 자유, 사상의 자유 등이 표현의 자유와 밀접한 관계를 맺어온 역사적 배경<sup>61)</sup>과도 관련된다고 볼 수 있다. 정신적 자유의 실질적 보장을 위해서는 외부적 전파 및 표현의 보장이 필수적이기 때문에 종교의 자유 등에 관한 논의가 표현의 자유 보장의 문제로 귀결되어 왔던 것이다.<sup>62)</sup>

그러나 위와 같이 '모든 외부적 표현행위에 관한 자유가 곧 표현의 자유'라고 정의하게 되면 예술의 자유, 종교의 자유 등 다른 기본권의 보호영역 중에서 외부적인 표현행위를 보장하는 부분은 존재 의의를 찾을 수 없게 된다. 헌법 전체의 통일성을 유지하는 조화로운 해석을 위해서 개별 기본권 규정은 고유한 보호범위와 의미를 가지도록 해석되어야 하므로, 보호영역이 중첩되어 특정 기본권 규정이 실효성을 잃도록 해석하는 것은 타당하지 않다.<sup>63)</sup>

이 주장에 대해서는 헌법재판소가 기본권경합 상황을 간과한 것이 아니라는 입장에서 두 가지 반론이 가능할 것으로 보인다. 첫째는, 헌법재판소 결정들이 개별 사안의 구체적인 내용에 따라 외부적 표현이라는 사실 자체가 중요한 경우에는 표현의 자유로 포섭하고, 예술, 종교, 학문 등과 관련된 특수한 내용이나 표현방식이 더 중요한 문제인 경우에는 각각의 기본권으로 포섭하였다고 해석하는 것이다. 즉, 모든 예술적 표현 제한에 대하여 표현의 자유 침해 여부를만 검토하면 족하다고 단정한 것이 아니라 위 결정들이 다른 구체적인 사안이 표현의 예술성보다는 외부적 표현행위라는 사실 자체가 더 중요한 경우였기 때문에 위와 같이 판시하게 된 것일 뿐이라고 보면 예술의 자유 중 외부적 표현에 관한 부분이 유명무실해지는 결과를 피할 수 있다.

23. 판례집 10-2, 807, 815-816(비디오물 사전심의제도 위헌 결정); 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 147(영화 상영등급분류보류제도 위헌 결정); 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265(청소년이용음란물 정의 및 처벌 조항 합헌 결정)

60) 2006헌바109등 사건에서 “표현의 자유를 주된 기본권으로” 판단한 이상 나머지 주장에 대해 검토할 필요가 없다는 취지로 설시하기는 하나, 청구인이 언급한 모든 기본권을 한꺼번에 열거하였고, 구체적인 기본권 침해 주장이 없다고도 하였으므로, 예술의 자유와 표현의 자유의 관계를 고려하였다기보다는 구체적인 주장이 없어 상세히 검토할 필요성이 없다고 판단한 것에 가깝다.

61) 장영수(주 1), 669면 참조.

62) 장영수(주 1) 참조.

63) 한수용, “기본권의 보호범위”, 헌법학연구 제12권 제5호(2006), 54면.

그러나 실제로 판단이 그와 같은 취지에서 이루어진 것인지는 의문이다. 위 결정들은 행정권이 영화나 음반 등의 내용을 ‘미풍양속’, ‘민족의 문화적 주체성’ 등 상당히 추상적인 기준에 따라 평가하거나 ‘해당 부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정’ 되는지 여부를 평가하는 법률조항에 관한 것으로서, 평가의 대상이 되는 표현이 외부적 표현행위라는 측면뿐만 아니라 사실에 관한 표현에 비해 다양한 해석이 가능하고 일률적으로 평가하기 어려운 예술적 표현이라는 측면도 중요하게 고려될 수 있는 사안이다. 또한 표현의 자유와 기본권경합이 발생하는 사안에 관한 전체 헌법재판소 결정을 놓고 보더라도, 의사표현의 매개체로 편지나 전화를 사용한 경우에는 표현행위라는 사실 자체보다는 매체의 특수성을 고려하여 통신의 비밀과 자유 침해 여부를 판단하고,<sup>64)</sup> 종교적 집회 참석 제한에 관하여 종교의 자유 침해 여부를 판단한 경우도 더러 존재하지만,<sup>65)</sup> 예술적 표현이나 집회 등에 대해서 예술의 자유 중심으로 판단한 경우는 찾아보기 힘들다. 따라서 사안의 특수성 때문이라기보다는 일반적으로 모든 예술적 표현을 그 예술적 속성보다는 외부적 표현행위라는 속성에 주목하여 표현의 자유 문제로 취급하는 경향을 보이고 있다고 이해하는 편이 더 타당해 보인다.

둘째로, 헌법재판소가 표현의 자유 중심으로 판단한 것은 예술의 자유가 제한되고 있지 않다고 본 것이 아니라 기본권경합을 인정하면서 표현의 자유를 그 중에서 가장 강력한 효력을 가지는 기본권으로 본 결과라는 반론이 가능하다. 이와 관련하여 방송광고 사전심의제도에 대한 위헌 결정에서 재판관 조대현의 별개의견은 헌법재판소가 헌법 제21조의 ‘언론·출판’의 개념을 표현수단과 매개체를 불문한 모든 의사표현행위로 이해하는 것은 우리 헌법의 체계에 맞지 않는 지나친 확대해석으로서, 언론·출판에 한정적으로 적용되어야 하는 사전검열금지원칙을 모든 표현에 적용하는 결과를 초래한다고 비판하기도 했다.<sup>66)</sup> 예술의 자유 등 다른 기본권의 보호영역에 속할 수 있는 행위에 대한 제한을 표현의 자유 제한으로 볼 경우 위 별개의견에 나타나는 바와 같이 사전검열금지원칙이 적용되거나, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등 엄격한 심사기준이 적용되어 결과적으로 충분한 보호를 제공하게 된다는 입장이 있을 수 있다. 실제로 두 번째 유형에 속하는 결정들 중 대부분을 차지하는 사전심의제도 관련 결정들은 심판대상조항이 사전검열금지원칙에 위배된다고 본 이상 더 나아가 살펴볼

64) 한수용(주 6), 675면 참조.

65) 헌재 2014. 6. 26. 2012헌마782, 판례집 26-1하, 670(미결수용자 등 종교집회 참석 불허 위헌확인 결정) 등.

66) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 416-417. 그 요지는, 우리 헌법은 통신의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 독립된 기본권으로 보장하고 있고, 헌법 제10조 및 제32조 제1항에 따라 일반적 표현의 자유도 보장되므로 언론·출판 이외의 표현행위를 헌법 제21조의 언론·출판 개념에 포함시켜 해석할 필요가 없다는 것이다. 또한, 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙은 민주사회의 토론 및 의사형성에 기여하는 언론·출판을 강하게 보호하고자 하는 것인데 언론·출판의 범위를 확대하면 이에 해당하지 않는 다른 표현에 대해서도 규제가 어려워져서 부당하다고도 지적한다.

필요 없이 위헌이라는 결론에 이를 수밖에 없었다.

그러나 이는 사전심의제도에 관한 사례에서는 타당한 설명일 수 있으나 모든 예술적 표현에 대하여 일반적으로 적용하기에는 부적절하다. 표현의 자유에 대하여 사전검열금지원칙 등 특수한 보호장치가 마련되어 있다는 이유로 모든 예술적 표현에 대하여 예술의 고유한 속성을 고려하지 않고 일반적인 표현행위로만 취급한다면 구체적인 사안에서 기본권 제한의 핵심적인 측면을 간과하게 될 위험이 있다. 또한 사전심의제도와 같은 특수한 경우를 제외하면 모든 사안에서 표현의 자유로 포섭하는 것이 언제나 더 강력한 보호를 보장한다고 단정할 수도 없다. 오히려 법익형량 과정에서 개별적인 표현의 특수성을 충분히 반영하지 못함으로써 부당한 결론에 이를 가능성도 있다.

예컨대 타인의 명예를 훼손하는 표현을 제한하는 경우를 생각해볼 수 있다. 타인에 대한 비판적 견해를 소설이나 영화 등 예술 형식을 활용하여 허구화된 등장인물을 통해서 우회적으로 표현한다면, 대상을 직접적으로 특정하여 명시적으로 사실을 적시하거나 의견을 표명한 경우에 비해 대상자의 평판에 실제로 미치는 영향력이 상대적으로 미미할 수 있다. 등장인물과 실존인물 사이의 동일성이 명백하지 않을 뿐만 아니라, 독자나 관객들도 예술작품이 실제 사실을 있는 그대로 진술하는 것이 아니라 과장이나 상상력이 가미된 것임을 전제로 내용을 받아들이기 때문이다. 또한, 표현의 자유의 관점에서 본다면 예술작품 속의 허구적인 내용은 진실에 부합하지 않는 표현으로서 보호가치가 떨어진다고 볼 수 있지만, 허위성과 구별되는 예술적 상상력의 발현으로서의 허구성으로 받아들일 때에는 그 보호가치를 달리 평가할 수 있다. 비판의 대상이 된 인물의 인격권과의 기본권충돌을 해결하기 위해 실제적 조화의 원칙에 따른 법익형량을 하는 단계에서 위와 같은 예술의 특성들을 적극적으로 고려한다면 예술의 자유를 배제하고 언론·출판의 자유만을 중심으로 생각했을 때와는 다른 논증이 이루어질 수 있는 것이다.<sup>67)</sup>

따라서 굳이 표현의 자유의 보호영역을 협소하게 설정하지 않고 선례와 같이 모든 매개체를 통한 표현을 포함하는 것으로 보더라도, 예술의 자유는 표현의 자유에 대하여 특별법적 관계에 있는 것으로 보고, 양 기본권이 경합하는 경우에 보다 직접적으로 관련된 예술의 자유로 포섭하는 것이 타당하다. 이를 위해서는 무엇보다 예술의 자유의 보호영역을 보다 구체적으로 확정할 수 있어야 하고, 그 전제로 먼저 예술의 개념을 최대한 규명할 필요가 있다.

67) 제한되는 기본권은 언론·출판의 자유로 설정되 구체적인 표현의 내용을 검토하면서 위와 같은 특성들을 고려할 수도 있겠으나 이는 예술의 자유를 별도의 기본권으로 명시한 우리 헌법의 체계를 고려할 때 최적의 방법이라 할 수 없다.

## (2) 예술의 개념에 관한 견해들

우리 학계에서 예술의 개념에 관한 이론들은 대체로 가치평가적 접근을 배제하고 이른바 작품의 '수준'에 따라 보호의 정도를 달리하여서는 안 된다는 점에 대해서는 견해를 같이 하고 있다. 예컨대, 김주환 교수는 음란의 개념을 정의한 대법원 판결들에서 사용하는 것과 같은 '저속하다' 등의 가치평가적 개념은 주관적이므로 자의적인 법집행으로 귀결될 수 있고, 예술의 본질적 측면인 자율성, 다양성 등에 반하여 예술의 자유의 보호영역을 부당하게 축소하며, 일정한 이념에 반하는 내용의 예술을 탄압하는 수단으로 악용될 수 있다는 이유에서 가치평가적 예술개념을 채택해서는 안 된다고 한다.<sup>68)</sup> 한수웅 교수는 예술작품의 수준, 내용, 목적은 보호영역 설정 단계가 아닌 법익 형량 단계에서 고려하여야 할 문제라고 구별 짓는다.<sup>69)</sup>

예술 해당 여부를 판단하는 기준과 관련하여서도 구체적인 표현은 다르지만 대부분 유사한 견해를 취하고 있는데, 앞서 본 실질적, 형식적, 개방적 개념을 종합적으로 고려하여 포괄적으로 파악해야 한다는 것이다. 폭넓은 이해를 특히 강조하는 경우, 국가의 중립의무와 다원주의를 고려하여 독일의 세 가지 예술 개념 중 어느 하나만 만족되면 예술로 폭넓게 인정하여야 한다고 보거나,<sup>70)</sup> '의심스러울 때에는 예술에게 유리하게'라는 원칙을 제시하기도 한다.<sup>71)</sup>

공통적 견해를 정리해보면, 기본적으로는 기존의 장르 구분에 따라 형식적 판단에서 출발하되, 전위예술 등 새롭게 등장하는 예술 장르를 배제하지 않고, 이에 더하여 창작자가 일정한 관념 등을 외부로 표출하였다는 점, 다양한 해석이 가능하다는 점 등 예술의 특성들을 함께 고려하여야 하며, 이때 창작자 자신의 주장과 다른 비평가, 감상자, 전문가, 대중 등의 견해를 함께 고려하여야 한다.<sup>72)</sup>

## 3. 소결

이상의 논의를 살펴보면, 독일 연방헌법재판소의 경우에는 예술의 개념을 정의하는 것이 사법적으로 뿐만 아니라 예술이론으로도 한계가 있다는 점을 인정하면서도 예술의 형식과 실질에 대해서 최소한의 개념 정의를 하고, 이를 전제로 사안에 따라 여러 개념을 적절히 고려하여 쟁점이 된 대상의 예술 해당 여부를 최대한 논리적으로 규명하고자 시도한다.

68) 김주환(주 6), 232면.

69) 한수웅(주 6), 853면.

70) 한수웅(주 6), 852면.

71) 계획열, 헌법학(중), 신정2판, 박영사, 2013, 382면.

72) 민경식(주 6), 41-43면; 이명구(주 2), 144면; 계획열(주 71), 382면; 정중섭, 헌법학원론, 제12판, 박영사, 2018, 605면; 성낙인, 헌법학, 제20판, 법문사, 2020, 1239면; 장영수(주 1), 730면; 한수웅(주 6), 852면 등.

반면 우리 헌법재판소는 예술의 자유의 보호영역을 예술의 개념보다는 보호되는 행위유형 중심으로 파악하고, 개별 사안을 판단할 때에도 쟁점이 된 표현이 예술성을 띠고 있다는 내용 측면에 주목하기보다는 외부적 표현행위라는 형식 측면에 주목하여 표현의 자유 문제로 환원시키는 경향이 나타난다. 그 결과 예술의 자유를 독자적인 기본권으로 규정한 의의가 퇴색되고, 법익형량 과정에서 표현의 개별적인 특성을 반영하지 못하게 된다. 이는 예술의 개념을 확립함으로써 해결 가능하다.

## IV. 2단계 심사기준의 제안

### 1. 예술 개념 확정의 어려움과 해결방향

#### (1) 예술의 혁신성과 창조성

크게 두 가지 이유로 인하여 '예술'의 개념은 일의적으로 확정하기가 매우 어렵다. 첫째는 예술과 법 분야 상호 간의 관계에 기인하는 통시적인 원인으로서, 예술의 본질적인 속성이 혁신성과 창조성이라는 점 때문이다. 예술은 현실의 객관적 사실상태에 얽매이지 않는 창조성과 혁신성을 가지고 있으므로, 예술의 개념을 획일적으로 파악하거나 국가가 일방적으로 정의하기 곤란한 측면이 있다.<sup>73)</sup> 기존 질서를 초월하는 예술의 혁신성은 기존의 가치와 질서를 유지하고자 하는 법과 충돌하기 쉽다. 법은 도덕을 강조하고, 도덕적 질서를 위태롭게 할 여지가 있는 미학적 쾌락을 억제하는 태도를 취할 수밖에 없는 반면, 예술은 미학적 쾌락의 극대화를 추구하기 때문에 법의 도덕적 정언명령과 예술의 미학적 정언명령 사이에 충돌이 불가피하다.<sup>74)</sup> 그렇다면 법의 한계를 벗어나고자 하면서 끊임없이 변화하는 예술의 속성상 법이 선제적으로 예술의 개념을 의미론적으로 확정하기는 쉽지 않다.

이러한 상황에도 불구하고 최소한의 개념 정의를 가능하게 하기 위해서는 일견 모순적으로 보이는 두 가지 측면을 돌아볼 필요가 있다. 하나는 예술도 결국 사회와의 관련성 속에서 정의된다는 사실이다. 앞서 본 바와 같이 시대에 따라 예술의 기능에는 큰 차이가 있었고, 예술을 보는 시각 및 예술을 통해 달성하고자 하는 목적에 따라 예술의 본질적 속성에 대한 이해도 다르게 나타났다. 그렇다면 당대에 통용되는 예술에 대한 이해를 바탕으로 일응의

73) 이명구(주 2), 141면.

74) 이상돈, 예술형법, 박영사, 2014, 54-55면.

개념 정의를 시도하고, 그것만으로는 간과되는 부분이 있다면 수정·보완해나가는 방식으로 접근이 가능할 것이다.

반면, 사회적 기능이나 평가와 상관없이 꾸준히 유지되는 속성이 있다면 그것이야말로 예술의 본질로 볼 수 있다. 예컨대 중세의 경우와 같이 예술이 종교적 목적 등에 봉사하는 수단으로서 획일화된 주제와 상징을 따르는 경우에는 기존 질서를 탈피하는 예술의 혁신성은 다소 후퇴하지만, 이러한 경우에도 예술이 심미성을 극대화하는 기술을 이용하여 사상이나 감정을 표현하는 행위라는 속성은 변하지 않는다. 따라서 예술의 개념을 정의하기 위해서는 당대의 인식을 고려함과 동시에 다른 시대적, 사회적 맥락에서 예술이 어떻게 인식되었는지도 함께 살펴볼 필요가 있다.

## (2) 장르 개념의 해체

예술 개념 확정이 어려운 두 번째 이유는 포스트모더니즘 이후에 특히 유효한 원인이라 예술 분야의 내재적인 원인으로서, 장르 개념이 해체되었기 때문이다. 과거에 어떠한 표현 등이 예술에 해당하는지 여부를 그 표현이 통상적으로 예술로 분류되는 구체적인 장르에 해당한다고 볼 수 있는지에 따라서 결정하였다면, 앞서 본 바와 같이 새로운 예술 장르가 범람하고 심지어는 장르의 개념 자체가 해체되기에 이르렀다고 할 수 있는 오늘날에는 기존의 장르 분류만을 기준으로 예술의 자유의 보호영역을 확정하는 것은 적절치 않게 되었다.<sup>75)</sup> 예컨대 바흐친(M. M. Bakhtin)은 소설과 비소설의 경계는 고정적인 것이 아니며, 따라서 문학이라는 장르 또한 고정된 경계 속에서 변화, 발전하기만 하는 것이 아니라 경계 자체가 지속적으로 변화한다고 강조한다.<sup>76)</sup>

최근에는 단순히 기존 장르의 해체 문제를 넘어 인공지능을 이용한 창작물이 등장하여 그 가치나 저작권 귀속이 법적 쟁점이 되는 등 기술 발달에 따라 예술의 개념에 포섭될 수 있는 가능성이 있는 범위는 점점 더 확장되고 있다.<sup>77)</sup> 이러한 상황에서는 특정한 표현물이 존재하기에 앞서 미리 어떤 것은 예술에 속하고 어떤 것은 예술에 속하지 않는다고 선제적으로 규정하기 어렵고, 보호영역이 유동적으로 확장될 수 있음을 전제로 새롭게 등장한 표현물에 대해서 사후적으로 그것이 예술에 해당하는지 여부를 결정할 수밖에 없다.<sup>78)</sup>

75) 정종섭(주 72), 604면; 이명구(주 2), 139-140면.

76) M. M. Bakhtin, translated by Caryl Emerson and Michael Holquist, *The Dialogic Imagination: Four Essays*, edited by Michen Holquist, University of Texas Press, 1981, p. 33.

77) 인공지능 창작물의 예술적 의의에 대해서는 김전희·김진엽, “인공지능 시대의 예술 창작 - 들뢰즈의 예술론을 중심으로 -”, *예술과 미디어* 제19권 제2호(2020) 참조; 저작권 관련 쟁점은 계승균, “인공지능 창작물의 저작권 규범체계의 수용 가능성”, *판례연구* 제32집(2021) 참조.



### (3) 개념 정의 주체의 문제

위와 같은 두 가지 측면으로 인해 예술의 개념에 대한 일반적, 객관적인 정의가 어려워지고, 예술의 개념을 정의하는 것은 무엇이 예술에 해당하는 대상으로서 보호받을 수 있을지를 결정하는 권한의 귀속 문제가 다름없게 된다. 예술을 정의하는 한 가지 가능한 방법으로 예술의 창조성과 혁신성을 전면적으로 인정하고 문제의 표현물을 창작한 창작자가 예술로 받아들여지기를 의도한 것은 모두 예술의 자유의 보호영역에 해당한다고 보는 방법이 있다. 그러나 이는 곧 창작자의 주장에 따라 보호영역 해당 여부를 결정하는 것이 되는데, 보호영역이 객관적으로 확정되지 않고 기본권 주체에 의해 매번 다르게 설정된다는 것은 헌법의 객관적 가치질서로서의 성질과 법적 안정성에 반하므로 받아들이기 어렵다.<sup>79)80)</sup> 작품에 대한 저자의 의도를 배제하고 감상자에 따라 다양한 해석 가능성을 인정하는 현대적인 예술관<sup>81)</sup>에도 부합하지 않는다.

반대로 창작자 본인의 의도를 배제하고 전적으로 기본권의 수범자인 국가가 예술의 개념을 정의하는 것도 바람직하지 않다.<sup>82)</sup> 이 경우에는 자유권의 구속을 받는 국가가 스스로 자유권의 보호범위를 정한다는 문제가 발생한다.<sup>83)</sup> 예술의 개념을 정의할 수 있는 권한이 국가에 의해 악용되는 경우에는 나치 독일 등에서 나타났던 이른바 '국가예술주의'로 전락할 위험성도 있다.<sup>84)</sup> 이에 최근 대법원은 아이디어 제공자와 물리적 제작자 중에서 어느 쪽을 저작자라고 볼 것인가에 대해 판단하면서 아래와 같이 예술영역에서 사법적 자제의 필요성을 강조하기도 했다.

미술저작물을 창작하는 여러 단계의 과정에서 작가의 사상이나 감정이 어느 단계에서 어떤 형태와 방법으로 외부에 나타났다고 볼 것인지는 용이한 일이 아니다. 본래 이를 따지는 일은 비평과 담론으로 다루어야 할 미학적 문제이기 때문이다. 그러므로 이에 관한 논란

78) 이와 관련하여 이상돈(주 74), 36-37면에서는, 예술 개념의 '의미론적' 확정은 불가능하고 어떤 작품에 대하여 예술품의 자격을 귀속시키는 과정 속에서 개념을 정립하는 '화용론적' 개념만이 가능하다고 설명한다.

79) 이와 관련하여 한수웅(주 6), 851면에서는, 예술가가 예술의 개념을 정의하는 독점권을 가지고 있다는 견해는 자신의 행위가 기본권의 보호를 받을 수 있는지 여부에 관하여 개인이 최종적으로 결정한다는 것이 되고, 오히려 예술 개념의 해체를 초래할 수 있기 때문에 받아들이기 어렵다고 본다. 다만, 국가가 사법부를 통해 예술 개념을 확정함에 있어서 다원주의적이고 관용적인 접근이 필요하다고 강조한다.

80) 같은 이유에서 대법원은 음란물과 관련하여 "제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도 3558 판결, 대법원 2019. 1. 10. 선고 2016도8783 판결 등)"라고 판시하고 있다.

81) Amy Adler, op. cit., p. 329 참조.

82) 계획열(주 71), 379면.

83) 한수웅(주 6), 851면.

84) 이석민(주 40), 19면.

은 미학적인 평가 또는 작가에 대한 윤리적 평가에 관한 문제로 보아 예술영역에서의 비평과 담론을 통해 자율적으로 해결하는 것이 사회적으로 바람직하고, 이에 대한 사법 판단은 그 논란이 법적 분쟁으로 비화하여 저작권 문제가 정면으로 쟁점이 된 경우로 제한되어야 한다. (...중략...) 그리고 미술작품의 거래에서 기망 여부를 판단할 때에는 그 미술작품에 위작 여부나 저작권에 관한 다툼이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 미술작품의 가치 평가 등은 전문가의 의견을 존중하는 사법자제 원칙을 지켜야 한다. 법률에만 숙련된 사람들이 회화의 가치를 최종적으로 판단하는 것은 위험한 일이 아닐 수 없고,<sup>85)</sup> 미술작품의 가치를 인정하여 구매한 사람에게 법률가가 속았다고 말하는 것은 더욱 그러하기 때문이다. (대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결)

마찬가지로 예술의 자유의 보호영역 설정에 있어서도 국가가 특정 예술관 등을 전제로 보호영역을 협소하게 파악하는 일은 경계하여야 한다. 일반적으로도 제37조 제2항의 법률유보조항이 존재하는 우리 헌법의 체계상 자유권의 보호영역은 폭넓게 설정하고, 실제로 보호받을 만한 행위인가는 법익형량 단계에서 판단하는 것이 타당하다.<sup>86)</sup> 이에 더하여 예술은 그 개념을 객관적으로 정의하기 어렵다는 특성이 있으므로 보호영역은 여러 개념을 아우를 수 있도록 더욱 넓게 설정할 수밖에 없다. 또한, 계속해서 새로운 예술 양식이 등장하므로 기존의 상황에만 비추어 보호영역을 확정하는 것은 '전위예술 등 기존 양식에서 벗어난 작품은 예술의 범위에서 제외된다'는 가치판단을 하는 것이나 다름없게 되는데, 이는 예술 분야의 논의를 고려하여 사법적 판단을 해야 하는 상황에서 주객이 전도되는 것이다. 나아가 앞서 살펴본 바와 같이 국가나 특정 계층이 예술을 수단적으로 이용한 역사적 경험에 비추어 보더라도 가치를 제도적으로 평가하는 데 한계가 있는 분야에 대해서 국가의 적극적인 판단과 개입은 최소화할 필요가 있다.

#### (4) 해결 방향

다만, 현대 예술의 유연성 및 보호영역을 넓게 설정할 필요성을 강조한 나머지 사전에 일관된 기준을 마련해두지 않고 개별 사안에서 문제된 대상이 최대한 보호영역에 해당할 수 있도록 임기응변하는 방식을 택한다면 이 또한 바람직하지 않다. 앞서 언급한 바와 같이

85) 위 표현은 1903년 미연방대법원이 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 사건에서 "It would be dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits(법에 대해서만 전문적 교육을 받은 사람들이 자명한 최소한의 범위를 초과해서 일러스트레이션의 가치에 대해서 최종적인 판단자를 자처하는 것은 위험한 일이다)"라고 판시한 것과 유사하다(188 U.S. 239, 252).

86) 한수용(주 63), 53면.

독일 연방헌법재판소는 여러 예술 개념 간에 일반적인 우열이나 검토 순서를 정해두지 않고 사안에 따라 그 중 하나 이상을 선택하여 적용하고 있다.<sup>87)</sup> 이로써 획일화된 개념에 따라 판단하는 것에 비해 보호영역을 확장할 수 있다. 그러나 이와 같은 방식은 헌법재판소의 판단이 있기 전에는 특정 작품이 예술에 해당하는지 여부는 물론 과연 이 사안에 어떤 기준이 적용될 것인지조차 예측하기 어렵게 한다는 비판을 면하기 어렵다. 구체적 사안 이전에 예술이 무엇인지에 대해서 일의적인 정의를 내리는 것은 불가능하지만, 보호영역 설정이 자의적으로 이루어지지 않도록 하기 위해서는 적어도 헌법이 보호하는 예술을 구성하는 여러 개념요소들을 최대한 객관적이고 구체적인 언어로 상세하게 풀어내고, 가능한 범위 내에서 가급적 정형화된 판단기준을 마련할 필요가 있다.

작품의 형식, 창조성, 해석 가능성 등 예술의 개념을 이루는 여러 요소 중 어느 것이 특히 핵심에 가깝다거나 다른 요소에 비해 더 중요하다고 단정하기는 어렵다. 하지만 심사의 단계를 구분하여 이 중에서 가장 객관적이고 예술의 범위를 가장 좁게 설정하게 되는 요소를 먼저 검토하고, 나머지를 보충적으로 검토한다면 여러 요소들 간에 질적 우열을 전제하지 않으면서도 어느 정도 정형화된 판단기준을 마련하고 심사의 효율성도 제고할 수 있다.

독일의 예술 개념 중에서 예술의 범위를 가장 협소하게 보는 것은 새로운 양식을 포용할 수 없는 형식적 예술 개념이다. 내용적, 개방적 개념에 따를 경우 예술의 본질이 무엇인지, 어떤 작품이 해석 가능성이 있는지 등 필연적으로 주관적 예술관이 개입되는 질문들에 답해야 하기 때문에, 형식적 개념은 국가의 일방적인 평가와 통제를 방지해야 한다는 필요성을 가장 잘 충족하는 것이기도 하다.<sup>88)</sup> 그러나 앞서 본 형식적 개념의 경직성과 탈장르화 경향으로 인하여 이를 유일한 판단기준으로 삼기는 부적절하다. 따라서 일응의 객관성을 확보할 수 있도록 형식을 우선적으로 고려하되, 새로운 형식이라는 이유만으로 부당하게 보호영역에서 제외되지 않도록 보충적 판단기준도 함께 활용하는 2단계의 심사 방법을 생각해볼 수 있다.

## 2. 1단계: 형식적 심사

표현물의 내용에 따라 보호를 달리할 수 없고, 사법심사에서 개별 예술작품의 가치를 구체

87) 이는 헌법해석의 방법 중 관점론적 방법을 취한 것으로 평가된다(이석민, 위의 책, 23면 참조). 관점론은 헌법규범의 의미와 내용을 먼저 확정한 뒤 이를 구체적인 사건에 적용하는 법실증주의적 해석방법과는 달리 구체적인 사안을 출발점으로 삼고 이를 가장 설득력 있게 해결할 수 있는 법원리적 관점(topos)에 따라 해석하는 방법이다(허영, 헌법이론과 헌법, 신8판, 박영사, 2017, 104-105면 참조).

88) 같은 취지로 김주환(주 6), 233면에서는 Müller의 견해를 참조하여, 형식적 개념이 “예술작품의 양식, 수준, 내용, 영향 등에 대한 국가의 평가와 통제로부터 예술을 해방한다는 점에서 예술 여부에 대한 헌법적 판단의 출발점이 될 수 있다”라고 한다.

적으로 평가할 수도 없으므로, 예술에 해당하는지 여부의 판단은 표현의 형식에서 출발할 수밖에 없다. 그런데 앞서 본 예술의 혁신적이고 가변적인 특성 및 탈장르화의 경향에 따라 새로운 예술 형식이 나타나는 일이 더욱 빈번해졌다. 창작자가 예술이라고 주장하는 새로운 형식에 대한 평가는 다양하고 그 중 어떠한 평가가 타당한지 법적으로 확정하기 어렵다. 따라서 형식적 심사 단계에서는 객관성과 법적 안정성을 확보하기 위해서 우선 전통적인 예술 장르의 하나로 인식되는 형식을 취하고 있다면 일응 예술에 해당하는 것으로 분류하고, 새로운 형식에 대한 판단은 다음 단계로 미뤄둔다.

장르의 구별에 대해서도 다양한 기준이 있을 수 있는데, 예술 분야의 전문가가 아닌 일반인의 관점에서 통상적으로 예술이라고 인식되는 장르를 기준으로 하고, 지나치게 세분화하지 않고 가급적 광범위한 분류를 따르는 것이 바람직하다. 전문적인 기준을 고려하고 분류를 세분화하기 시작하면 예술관에 따라 분류 체계도 다르고 특정 작품을 어느 분류에 포섭할 것인가는 같은 분야에서 활동하는 전문가끼리도 입장이 천차만별일 것이며, 그 중 어느 것이 법리적으로 더 타당하다고 평가할 수도 없다.

예컨대, 작품의 예술적 가치를 독창적인 아이디어에서 찾는 개념미술에서는 작품에 반영된 사상 및 관념 그 자체가 예술이고, 그것이 물성을 띤 표현형식 자체는 부수적인 것으로 본다. 따라서 장르를 세분화하게 되면 개념미술에 대해서는 형식적 기준에 따른 판단을 배제하고 다른 기준을 적용해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이렇게 세부적인 장르의 특수성을 고려해서 판단기준의 체계 자체를 그 예술적 특성에 맞게 재편하는 것은 예측가능성의 측면에서 바람직하지 않다. 더욱이, 어떠한 작품이 개념미술 작품에 해당하는지 여부는 사법적 판단을 통해 확정될 수 있는 문제가 아니므로, 사법 판단이 예술비평에 종속되는 결과가 된다. 따라서 형식적 판단 단계에서는 개념미술 작품과 그 외 작품을 나누어 세부적인 장르를 확정할 필요가 없고, 외부로 보이는 표현형식이 포괄적으로 회화 등의 형식에 해당하면 보호영역에 포함된다고 보는 것이 타당하다.

일반인의 관점에서 보편적으로 예술의 한 장르로 여겨지는 것이 구체적으로 무엇인가를 확정함에 있어서는 예술 영역 바깥의 일상생활에서 접할 수 있는 장르 구분을 살펴보는 것이 도움이 된다. 예컨대 정부의 ‘예술인실태조사’에서는 예술활동 분야를 ‘문학, 미술, 공예, 사진, 건축, 음악, 국악, 대중음악, 방송연예, 무용, 연극, 영화, 만화, 기타’로 분류하고 있다.<sup>89)</sup> 도서분류체계인 ‘한국십진분류법(KDC)’에 따라 600번대의 번호를 부여받는 ‘예술’의 하위항

89) 문화체육관광부, 2018 예술인실태조사, 2018, 20면. 예술인실태조사, 한국십진분류법, 저작권법 등을 포함하여 다양한 예술 분류체계들을 소개한 연구는 손정혁 외, 예술지원 사업 개선을 위한 장르 분류체계 재설정 연구, 한국문화예술위원회, 2019, 118-411면 참조.

목으로는 '예술, 건축술, 조각, 공예 및 장식미술, 서예, 회화 및 도화, 사진술, 음악, 연극, 오락 및 운동'이 있다.<sup>90)</sup> 이처럼 예술 외의 분야에서 실용적 목적으로 사용하는 예술에 관한 분류체계는 그 자체가 예술을 정의하는 것이 될 수는 없으나 일반적으로 통용되는 포괄적인 장르 구별을 반영하여 만들어진 것이라는 점에서 형식적 심사 단계에서 참고할 만하다.

법률에서 예술의 여러 장르를 열거하고 있는 경우로는 저작권법 및 문화예술진흥법 등이 있다. 저작권법 제4조에서는 저작물의 예시를 들면서, 어문저작물, 음악저작물, 연극저작물, 미술저작물, 건축저작물, 사진저작물, 영상저작물, 도형저작물, 컴퓨터프로그램저작물 등 그 물리적 형태에 따라 분류하고 있다. 문화예술진흥법에서는 '문화예술'이란 "문학, 미술(응용 미술을 포함한다), 음악, 무용, 연극, 영화, 연예(演藝), 국악, 사진, 건축, 어문(語文), 출판 및 만화"라고 정의한다(제2조 제1항 제1호). 이 조항은 1972년 제정 당시에는 '문학·미술·음악·연예 및 출판'만을 열거하고 있다가, 수차례 개정을 통해 점차 장르를 추가해왔다. 이는 영화, 만화 등이 널리 향유되고 예술성을 인정받는 사회 변화를 반영한 결과로 볼 수 있다.

현행 조항을 기준으로 볼 때, 열거된 장르 중에서 문학, 영화 등은 비교적 그 의미가 명확하고 구체적인 작품을 놓고 그 해당 여부에 대하여 합의에 이르기 쉬운 편이지만, '연예'나 '어문' 같은 경우는 문언만 보아서는 어떤 작품까지 포함하는지 경계가 불분명하고, '건축'은 경우에 따라 실용적 건축물과 예술적 건축물의 구별이 어려울 수 있으며, '음악'과 '국악'을 구별해야 하는지 등의 의문이 생길 수 있다. 이처럼 쉽게 합의에 이르지 못하고 추가적인 전제나 논증이 필요한 경우에는 곧바로 보호영역에 해당하지 않는다고 단정하지 않고, 2단계로 넘어가 개념표지에 따라 판단한다.

### 3. 2단계: 개념표지에 따른 심사

기존의 예술 형식으로 분류하기 어려운 새로운 형식을 취하고 있어서 1단계에서 예술로 분류되지 않았더라도 예술의 자유의 보호영역에 포함될 만한 보호가치 있는 표현물이 있을 수 있고, 단순히 형식적 개념에 따라 판단함으로써 예술 개념을 국가가 일방적으로 협소하게 정하는 결과를 피하기 위하여 추가적인 판단이 필요하다. 그런데 독일의 실질적, 개방적 예술 개념은 그 자체로 모호한 측면이 있고 예술의 속성을 빠짐없이 반영하기에도 부족하다. 따라서 보다 구체적인 기준을 마련하기 위하여 실정법에 이미 반영되어 있거나 예술이론에서 널리 인정되는 기본적인 예술의 개념표지를 도출한 뒤 쟁점이 된 대상에서 이러한 개념표지를

90) 국립중앙도서관 홈페이지, 'KDC 주제별 탐색' 참조(<https://lod.nl.go.kr/home/application/kdcapp.jsp>, 최종접속 2021. 11. 19.)

발견할 수 있는지 여부를 기준으로 판단하는 방법을 생각해볼 수 있다.

**(1) 실정법에서 도출할 수 있는 예술의 개념표지<sup>91)</sup>**

1) 관련 법률 및 조약

기준의 객관성을 확보하기 위하여 실정법 질서 내에서 이미 인정되고 있는 기준을 빌려오는 것이 효과적인데, 저작권법과 저작권 관련 국제조약 등을 참고할 수 있다. 물론 법률이나 조약상의 개념들은 창작자의 예술의 자유뿐만 아니라 창작자 및 창작물 유통자, 플랫폼 제공자 등의 재산권 보호, 국가의 문화산업 발전 등을 주된 목적으로 하여 충분히 구체적으로 확정할 수 있는 법률상의 권리를 부여하기 위한 개념이므로 그 범위는 헌법이 보호하는 예술의 범위보다 협소할 수 있다. 그럼에도 실정법에서 창작성, 독창성 등의 모호한 개념을 어떻게 정의하는지, 무엇을 저작 활동의 본질적인 부분으로 파악하는지, 법률로 보호할 권리를 어떻게 구성하고 있는지 등은 헌법상 보장된 예술의 자유가 현실에서 어떻게 나타나는지를 가장 명확한 언어로 보여주는 것으로서, 예술의 개념표지 설정에 고려할 수 있는 요소 중 하나이다. 즉, 여기서 실정법을 살펴보는 것은 법률의 내용을 통해 헌법조항을 해석하고자 함이 아니라 그 경계가 모호하고 유동적인 예술의 개념을 사회, 그리고 입법자가 어떻게 언어화했는지 살펴봄으로써 규범으로서가 아닌 예술에 대한 경험적 이해라는 측면에서 참고자료로 삼고자 하는 것이다.

김철수 교수는 예술의 자유를 보장하고 제한하는 법률로 문화예술진흥법, 문화산업진흥기본법, 공연법, 음악산업진흥에 관한 법률, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률, 게임산업진흥에 관한 법률, 출판문화산업진흥법, 인쇄문화산업진흥법, 저작권법, 발명진흥법, 소프트웨어산업진흥법, 지식재산기본법 등을 제시한 바 있다.<sup>92)</sup> 여기서 열거된 법률이나 그 외 문화산업 관련 법률 중에서 특정 예술 장르에 관한 몇 가지 정의규정을 찾아보면 아래와 같다.

**〈표 1. 문화산업 진흥 관련 법률의 정의규정들〉**

예술분야	정의	법조문
공연	음악·무용·연극·연예·국악·곡예 등 예술적 관람물을 실연(實演)에 의하여 공중(公衆)에게 관람하도록 하는 행위(다만, 상품 판매나 선전에 부수(附隨)한 공연은 제외)	공연법 제2조 제1호

91) 저작권법, 관세법 등의 규정을 바탕으로 예술의 개념을 검토한 연구는 Leonard D. DuBoff, "What is Art? - Toward a Legal Definition," *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 12, No. 3, 1989; 이상돈(주 14), 4-7면에서 먼저 이루어진 바 있다.

92) 김철수, 헌법학신론, 제21전정신판, 박영사, 2013, 831면.

예술분야	정의	법조문
음악	소리를 소재로 박자·선율·화성·음색 등을 일정한 법칙과 형식으로 종합하여 사상과 감정을 나타낸 것	음악산업진흥에 관한 법률 제2조 제1호
영화	연속적인 영상이 필름 또는 디스크 등의 디지털 매체에 담긴 저작물로서 영화상영관 등의 장소 또는 시설에서 공중(公衆)에게 관람하게 할 목적으로 제작한 것	영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호
공예	문화적 요소가 반영된 기법, 기술, 소재(素材), 문양(文樣) 등을 바탕으로 기능성과 장식성을 추구하여 수작업(부분적으로 기계적 공정이 가미된 것을 포함한다)으로 물품을 만드는 일 또는 그 능력	공예문화산업 진흥법 제2조 제1호
만화	하나 또는 둘 이상의 구획된 공간에 실물 또는 상상의 세계를 가공하여 그림 또는 그림 및 문자를 통하여 표현한 저작물로서 종이 등 유형물에 그려지거나 디스크 등 디지털매체에 담긴 것	만화진흥에 관한 법률 제2조 제1호
문학	사상이나 감정을 언어로 표현한 예술작품으로서 시, 소설, 희곡, 수필, 평론 등	문학진흥법 제2조 제1호

위 법률상의 정의들을 보면, (i) 내용에 주목하여 ‘사상이나 감정’을 표현한 것이라고 설명하는 경우, (ii) 언어, 소리 등 전달 형식을 명시하는 경우, (iii) 필름, 종이 등 물리적 매개체를 명시하는 경우, (iv) 공중이 관람하도록 한다는 전파의 목적을 강조한 경우, (v) 광고 목적으로 제작된 것을 제외하거나 ‘장식성’ 등을 언급하여 심미적 목적을 암시하는 경우, (vi) ‘수작업’, ‘가공’ 등 기술을 갖춘 사람의 창작 작업을 전제하는 경우 등이 있다. 이를 종합하면, 입법자는 ‘사상이나 감정을 표현하기 위하여, 해당 장르가 주로 사용하는 물리적 매개체와 전달 방식에 의해, 기술이나 기법을 사용하여 물리적 실체를 창작 또는 전파하는 것’을 문화예술의 기본적인 속성으로 보고, 각 장르별로 개별적인 특성을 추가로 반영하여 개념 정의를 시도하고 있다. 다만 여기서는 독창성이나 심미성과 같은 가치평가적인 요소들은 상당히 배제되어 있는데, 이를 국가가 일방적으로 판단하기에 적절치 않은 측면이 있을 뿐만 아니라 위 법률들이 기본권으로 보장되는 예술표현활동이 아니라 경제활동과 연결되는 ‘산업으로서의 예술’을 다루고 있기 때문에 명시할 필요성도 적었던 것으로 보인다.

한편, 저작권법은 ‘응용미술저작물’을 저작물의 일종으로 인정하면서 실용적, 기능적이고 복제가 가능한 표현물도 저작물로 인정받을 수 있는 가능성을 열어두는데, 여기서 실용적 사물과 저작물을 구별하는 기준을 보면 위 법률들에는 나타나지 않는 창작성, 독창성에 관한 요소를 도출할 수 있다. 저작권법은 저작물을 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’이라고 정의하면서(제2조 제1호), ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것(디자인 등을 포함)’은 응용미술저작물로서 보호

대상에 포함시키고 있다(제2조 제15호 참조). 즉, 기술을 동원하여 제작된 실제 중에서 고유성(작가에게 특수한 정신의 표현), 예술성(사상이나 양식을 통한 미학적 쾌락), 독자성(물품으로부터 분리가능성)<sup>93)</sup>을 갖춘 것만이 저작권법의 보호대상이 된다. 나아가 법령, 판결, 그리고 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’ 등은 저작권법의 보호 대상에서 제외된다는 점을 보더라도(제7조 참조), 저작물에 해당하기 위해서는 사실을 그대로 전달하거나 기능적 목적을 달성하는 것 외에 정신활동의 결과를 창조적으로 구현하는 측면이 포함되어 있어야 함을 알 수 있다. 저작권법상의 정의들을 종합해보면, 저작권법상 보호되는 저작물은 (i) 사상 또는 감정이 담겨 있어야 하고, (ii) 표현된 실체가 있어야 하며, (iii) 일반적으로 존재하는 실용적 대상이 아니라 개성을 반영한 새로운 것이어야 한다.

한편, 문학·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)에서는 ‘문학·예술적 저작물’이란 ‘그 형태나 방식이 어떠한 간에 서적, 소책자 및 기타 문서, 강의·설교 및 기타 같은 성격의 저작물, 연극 또는 악극 저작물, 무용저작물과 무언극, 가사가 있거나 또는 없는 작곡, 영화와 유사한 과정에 의하여 표현된 저작물을 포함하는 영화저작물, 소묘·회화·건축·조각·판화 및 석판화, 사진과 유사한 과정에 의해 표현된 저작물을 포함하는 사진저작물, 응용미술저작물, 도해·지도·설계도·스케치 및 지리학·지형학·건축학 또는 과학에 관한 3차원저작물과 같은 문학·학술 및 예술의 범위에 속하는 모든 제작물을 포함’한다고 규정함으로써(제2조 제1항), 형식적 기준을 도입되 가능한 한 넓게 열거하고자 하였다. 동조 제2항<sup>94)</sup>에서는 고정된 유형적 형태가 없는 저작물은 체결국의 법률에 따라 보호대상에서 제외할 수 있다고 유보하고 있다.

## 2) 저작물의 속성에 관한 대법원 판결

① 대법원이 저작권법상의 저작물 개념을 전제로 판시한 내용 중 예술의 개념 표지를 도출할 수 있는 판결을 몇 가지 살펴본다. 첫째로, 저작물의 ‘창작성’과 관련하여, 기능적·실용적 의미를 담은 것만으로는 창작성을 인정할 수 없고 창조적 개성이 반영된 ‘사상이나 감정’이 반영되어 있어야 한다.<sup>95)</sup>

93) 위 세 가지 요소를 충족해야 응용미술저작물로 인정된다고 본 것은 이상돈(주 14), 20면.

94) “다만, 저작물 일반이나 특정한 범주의 저작물이 유형적인 상태로 고정되어 있지 않은 한 보호되지 않는다고 규정하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다.”

95) 저작권법상 저작물의 성립요건이 되는 ‘창작성’이란 “그 저작물이 다른 저작물을 베끼지 않았다는 것 또는 저작물의 작성이 개인적인 정신활동의 소산에 해당한다는 것”을 의미한다고 보는 경우도 있으나(정태호, “동물 캐릭터 도안의 사례들을 통한 응용미술저작물과 순수미술저작물의 경계에 대한 고찰 - 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결을 중심으로 -”, 지식재산연구 제10권 제2호(2015), 132면), 본고에서는 실용적, 기능적 사물이 아닌 추상적 정신활동의 산물이어야 한다는 측면만 ‘창작성’으로 보고, 기존의 다른 저작물이나



대법원은 용도나 기능, 편의성 등에 따라 표현이 제한되는 이른바 '기능적 저작물'인 건축물에 대한 창작성 인정 기준을 검토하면서, 건축물이 "일반적인 표현방법 등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐이라면 창작성을 인정하기 어렵지만, 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우라면 창작성을 인정"할 수 있다고 하였다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결). 이에 따르면 예술작품은 그 물리적 실체 이상의 의미를 담고 있어야 하고, 그 의미는 물리적 실체의 기능적 속성과 관련된 가치중립적인 것이어서는 안 되고 창작자마다 다르게 표현할 가능성이 있는 추상적, 관념적인 내용을 담고 있어야 한다.

② 반면, 창조적 아이디어 그 자체보다는 물리적인 형태를 갖추고 **외부로 표현된 실체**라는 요소를 중시하는 듯한 판시도 있다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조). 이 사건에서는 인지도가 높은 예술가가 자신은 추상적인 아이디어만 제공하고 다른 화가로 하여금 그림을 그리도록 하여 이를 고가에 판매한 경우에, 다른 사람이 그림 작업을 한 사실을 매수인에게 알리지 않은 것이 사기죄의 기망행위에 해당하는지 여부가 문제되었다.

대법원은 기망행위 해당 여부를 판단하기 위해서 당해 저작물의 저작자가 누구인가를 판단할 필요가 없다고 하면서 그에 대해서는 직접적인 판단을 하지 않았으나, 아래와 같이 물리적인 표현형식에 기여를 하는 것이 저작활동의 핵심임을 시사하였다.

저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 하므로, 2인 이상이 저작물의 작성에 참여한 경우 그중에서 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니다(대법원 1999. 10. 20. 선고 98도112 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7181 판결 등 참조). 여기에서 사상이나 감정이 '표현'되었다고 하려면 머릿속에서 구상된 것만으로는 부족하고 어떤 형태나 방법으로든 외부에 나타나야 한다. 그 나타나는 방법이나 형태에 대하여는 아무런 제한이 없다. (대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결)

이에 따르면 예술작품은 추상적 의미가 담겨 있다는 속성도 중요하지만, 그것을 외부로 표현하는 것이어야 하므로 물리적 실체 그 자체 또한 경시할 수 없다. 같은 취지로 아래와 같은 판결도 아이디어 자체가 아닌 물리적 실체가 저작권의 보호 대상임을 명시하였다.

사물과의 차별성에 관한 측면은 '독창성'이라고 칭하기로 한다.

저작권의 보호대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호대상이 되지 않는 것(…중략…)이다. (대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다14375 판결)

③ ‘독창성’에 관한 판결을 보면, 자연물의 형태를 본뜬 도안을 상품에 사용한 경우 그것이 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받는지 여부가 쟁점이 된 경우가 있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결). 이 판결에서 대법원은 저작권법에서 말하는 창작성은 “완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분”하다고 판시하였다. 그리고 이 여우 도안이 “자연계에 존재하는 일반적인 여우의 머리와는 구별되는 독특한 여우 머리로 도안화”되었으며, “여기에는 창작자 나름의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 이는 다른 저작자의 기존 작품과 구별될 수 있는 정도”이므로 창작성이 인정된다고 보았다.<sup>96)</sup>

공지의 사실을 기초로 한 서적 등 실용적 저작물의 경우에도 그 내용 자체가 독창적이지 않더라도, “저작자가 이용자들이 쉽게 이해할 수 있도록 해당 분야 학계에서 논의되는 이론, 학설과 그와 관련된 문제들을 잘 정리하여 저작자 나름대로의 표현방법에 따라 (…중략…) 설명하는 방식으로 서적을 저술하였다면, 이는 저작자의 창조적 개성이 발현되어 있는 것”으로서 저작권법에 의해 보호되는 저작물이 된다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다70520,70537 판결).

또한, 저작권법에서는 저작물의 복제권을 저작자에게 귀속시키고 있으므로(제16조 참조), 다른 사람의 저작물을 무단히 복제하면 복제권의 침해에 해당하나, 기존의 저작물을 다소 이용하였더라도 상당한 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가함으로써 기존의 저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 저작물이 된 경우에는 ‘창작’에 해당하고 복제권에 대한 침해가 인정되지 않는다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결 참조).

96) 반면에, 현실에 존재하는 조각상의 외관을 단순히 사실적으로 묘사한 것으로서 일반적이고 통상적인 표현의 범주를 벗어날 정도의 묘사라고 보기 어려운 경우에는 창작성이 부정되었다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다14375 판결).

이상에 비추어 보면, 예술은 이전에 그와 유사한 것이 존재하지 않던 완전히 새로운 것이어야만 하는 것이 아니라, 현실에 이미 존재하는 대상을 활용하여 이를 바탕으로 창작자의 정신활동을 통해 변형, 발전된 형태를 만들어내는 것도 예술에 포함된다. 예술계의 관행을 보더라도, 미술의 경우에는 공산품의 이미지를 실제와 유사하게 재현하는 작품, 문학의 경우에는 실화소설이나 르포소설 등이 독창적인 예술로 인정된다. 따라서 예술로 인정받기 위해 요구되는 독창성은 작품 전체의 모든 요소가 새로울 필요는 없으나 적어도 일부 요소가 새로워서 전체적으로 독창성을 인정할 수 있어야 한다는 제한적 의미에서의 독창성이다.

### 3) 소결

그렇다면 실정법에서 도출할 수 있는 예술의 요소는 (i) 사상이나 감정이 반영되었을 것(창작성), (ii) 물리적인 형태를 갖추고 외부로 표현되었을 것(실체성), (iii) 완전히 새로운 것이거나 혹은 기존의 것과 구별할 수 있는 최소한의 발전이 더해질 것(독창성) 등으로 정리할 수 있다.

## (2) 예술이론에서 도출할 수 있는 예술의 개념표지

앞서 언급한 바와 같이 실정법의 예술 개념은 재산적 가치나 산업 진흥의 필요성 등을 위주로 정의되어 그 범위가 협소하다. 또한 아직 법체계에 수용되지 않은 새로운 예술을 반영하고 있지 않다. 따라서 기본권으로 보호되는 예술의 개념을 파악하기 위해서는 실정법상의 개념에 포함되지 않은 특성도 함께 고려할 필요가 있다. ‘예술이란 무엇인가’라는 물음에 대한 미학 분야의 답은 시대별로 크게 변화해왔는데, 대표적인 입장들은 아래 표와 같이 분류할 수 있다.<sup>97)</sup>

〈표 2. 서양 미학에서 예술의 정의〉

분류	예술의 정의	대표 인물
모방론·재현론	외부적인 대상을 모방하거나 재현하는 활동	플라톤, 아리스토텔레스
표현론	창작자의 감정을 정리하거나 전달하는 활동	톨스토이, 크로체, 콜링우드
형식론	미적 정서를 불러일으키는 형식을 갖춘 것	로저 프라이어, 클라이브 벨
정의 불가론	예술의 특성상 논리적 정의가 불가능	모리스 와이츠

97) 김진엽, “예술이란 무엇인가? - 현대 영미 미학의 답변”, 미학 예술학 연구 제16권(2002), 139-141면; 김진엽, “다원론적 미학을 위하여”, 현대미술학 논문집 제10권(2006), 179-186면 참조.

98) 최근홍, “아서 단토의 예술론과 양식 개념”, 현대미술학 논문집 제24권 제2호(2020), 84-88면 참조.

분류	예술의 정의	대표 인물
다원론	어떤 주제에 관하여 특정한 태도나 관점을 투사한 표현으로서 예술사적 맥락에 따라 해석되고 <sup>98)</sup> 다양한 기준에 따라 평가될 수 있는 것	아서 단토
제도론	예술로 확립된 활동에 관한 이해를 가지고 이에 참여하는 사람들(예술가, 비평가, 관람객 등)에 의해 전시·감상되는 인공물 <sup>99)</sup>	조지 디키

플라톤은 현실의 사물이 이데아를 모방하는 방식으로 존재한다는 주장을 예술에도 적용하여, 예술이란 주변의 대상을 모방하는 것이고, 모방의 결과는 원래의 대상이 갖춘 완전성을 획득하지 못하고 단지 일부 특성을 공유하는 것에 그친다고 보았다.<sup>100)</sup> 아리스토텔레스도 예술의 본질이 모방에 있다고 이해하는데, 모방의 한계를 강조하는 플라톤과는 달리 예술이 보편적인 내용을 다루면서 기술(technē)적으로 대상을 재현하는 행위로서 철학에 가까운 것으로 보고, 대상과의 우열관계를 설정하지 않는다.<sup>101)</sup> 이처럼 예술을 모방 활동으로 보는 시각에서는 구체적인 정도의 차이는 있으나 대체로 예술이 진리 인식의 수단으로는 그다지 기능하지 못한다고 본다. 비슷한 시각은 이후 칸트에게서도 발견된다. 다만, 칸트는 모든 예술은 아름다움을 갖추고 있으며 아름다운 것은 타인의 동의를 얻을 수 있는 보편타당한 것으로서 도덕적 선행의 상징으로 기능한다고 보았다.<sup>102)</sup>

모방론, 표현론, 형식론 등 전통적인 예술론에서는 새로운 유형의 예술이 등장하면 이를 계기로 점차 예술의 개념을 확장하는 식으로 이론이 전개되어 왔다. 외부적인 대상을 그대로 모방·재현하는 것보다 창작자가 자신의 감정을 독창적으로 표현하는 것을 더 중시하는 낭만주의 예술이 등장하면서 기존의 모방론이 표현론으로 대체되었고, 표현론으로는 설명할 수 없는 추상예술의 등장으로 형식론이 대두되었다.<sup>103)</sup> 그러다가 일상적 사물을 예술화하는 다다이즘의 등장으로 형식론의 한계가 드러날 즈음에는 대응 방식을 근본적으로 바꾸어 예술의 개념을 정의하는 것 자체가 불가능하다는 견해가 제시되었다.<sup>104)</sup> 미국의 미학자 모리스

99) 디키의 예술 제도론은 전기와 후기로 나뉘는데 위 표에서는 양자를 통합하여 개략적으로 제시하였다. 전기 예술 제도론에 따른 정의는 ‘예술계를 대표하는 사람들에 의해 감상할 만한 가치가 있는 대상로서의 지위를 인정받은 인공물’에 가까운데, 후기에는 ‘예술계’란 정해진 규정과 절차에 의해 움직이는 가시적인 제도가 아니라는 비판을 받아들여 ‘대표’한다거나 ‘지위를 인정’한다는 등 확립된 절차와 제도를 연상시키는 표현들을 보다 개방적이고 유연한 표현으로 대체하였다(김진엽, 위의 글(주97, 2002), 144-147면 참조).

100) Kai Hammermeister, 신혜경 옮김, 독일미학전통, 이학사, 2013, 52-53면 참조.

101) 이은정, “문학과 정치: 아리스토텔레스 『시학(De Poetica)』의 비판적 재구성”, 세계문화비교연구 제48집(2014), 96-101면 참조.

102) Kai Hammermeister(주 100), 51-84면 참조.

103) 김진엽, 위의 글(주97, 2002), 140-141면.

104) 김진엽, 위의 글(주97, 2002), 141면.

와이즈(Morris Weitz)는 예술은 '열린 개념'이라고 본다. 항상 이전과 다른 사안, 새로운 형식이 등장하고, 그때마다 비평가들은 예술 개념을 새로운 대상에까지 확장해야 하는지 고민하게 된다. 이러한 특성 때문에 예술의 개념에는 필요조건이나 충분조건이 없고, 예술에 대한 정의는 “단지 사실상 어렵기만 한 것이 아니라 애초에 논리적으로 불가능”하다는 것이다.<sup>105)</sup>

비슷한 맥락에서 다윈론은 예술 양식에는 제한이 없고 예술에 대한 평가는 모방론, 표현론, 형식론, 그 밖의 다양한 기준 중 하나를 선택하여 다양한 방향으로 이루어질 수 있다고 본다.<sup>106)</sup> 다윈주의적 입장을 취하는 아서 단토(Arthur Danto)는 앤디 워홀의 작품을 예로 들어, 더 이상 하나의 기준이나 방식으로 예술을 식별할 수 없는 '예술의 종말'이 도래했다고 하면서,<sup>107)</sup> 어떤 주제에 특정한 태도나 관점을 투사하여 표현하되 수사적인 생략을 하여 이 생략된 부분에 대해서 감상자가 배경지식을 동원하여 해석을 할 수 있지만 하다면 그러한 작품은 모두 일상적인 사물이 아닌 예술에 해당한다고 보았다.<sup>108)</sup>

반면, 다윈론과 비슷한 시기에 전개된 제도론은 예술을 정의할 수 없다는 와이즈의 논거들에 대하여 비판적이다. 예술의 정의를 미리 확정해두더라도 기존의 정의와 어느 정도 부합하는 한에서 여전히 새로운 예술이 이루어질 수 있고, 겉으로 드러나는 형식만으로 예술작품들 사이에 공통점을 도출하기 어려운 경우에도 예술활동에 참여하는 사람들 사이에 공유되는 예술사나 예술이론 등의 배경지식을 통해 무엇이 예술에 해당하고 무엇이 해당하지 않는지 식별할 수 있다는 것이다.<sup>109)</sup>

그 외에도 진화심리학 등 다양한 시각으로 예술을 이해하고자 하는 시도들이 있어 왔다. 이러한 견해들은 예술의 본질에 관하여 서로 강조하는 부분이 다르지만, 모방론을 제외하고는 대체로 (i) 예술은 사상이나 감정을 드러내는 등 의미를 담고 있는 표현 방식이라는 점(창작성), (ii) 외부적 대상이나 자신의 감정을 창조적으로 재구성하여 표현하며, 새로운 양식이 나타날 수 있다는 점(독창성), (iii) 해석, 감상, 비평의 여지가 있다는 점(다의성, 해석 가능성), (iv) 아름답거나 철학적인 가치 또는 완성도를 추구한다는 점(심미성), (v) 기존에 예술 향유자 간에 공유되던 이론, 역사 등 맥락 등에 비추어 예술과 예술 아닌 것을 구별할 수 있다는 점(식별 가능성) 등을 인정하고 있다.

위와 같이 개념요소들을 도출하더라도 구체적인 사안에서 각 요소가 충족되었는지를 판단

105) Morris Weitz, "The Role of Theory in Aesthetics," *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 15, 1956, p. 28, 32.

106) 김진엽, 위의 글(주97, 2006), 188-190면 참조.

107) 배니나, "다윈주의 미학의 정당성", 미학 예술학 연구 제51권(2017), 207면 참조.

108) 최근홍(주 98), 84-88면 참조.

109) 김진엽, 위의 글(주97, 2002), 142-144면 참조.

하는 것은 명백하지 않을 수 있다. 사실상의 정의가 어렵더라도 최소한의 법적인 개념을 정립하지 않을 수 없는 이러한 상황에서는 여러 이론 중에서 예술 개념의 정의 불가능성을 극복하고자 한 제도론의 입장에서 해결을 시도해볼 수 있다. 특히, 제도론이 예술활동에 참여하는 주체들 사이에 공유되는 맥락을 통해서 예술의 경계를 알 수 있다고 본 것을 주목할 만하다. 예술활동에 참여하는 주체로는 창작자, 감상자, 비평가 등이 있는데, 기존에 없던 새로운 유형의 작품에 대해 판단해야 하는 경우에도 이들은 모두 기존의 예술에 대한 경험을 공유하고 있다. 나아가 법적인 판단의 경우에는 법원의 해석이 축적되면 이를 통해서 개념의 불명확성이 점차 극복될 것으로 기대할 수 있다.

#### 4. 소결

이상의 방법을 정리하면, 1차적으로는 형식적 예술 개념에 따라 기성 예술 장르 해당 여부를 검토하되 서로 다른 예술이론에 따라 결론이 좌우되지 않도록 장르를 세분화하지 않고 일반인이 구별할 수 있는 정도로 포괄적인 장르 구분에 그치도록 한다. 형식이 기성 예술의 장르에 해당하지 않을 경우에는 2차적으로 실정법 및 예술이론에서 인정하고 있는 예술의 개념에 부합하는지 여부를 개별적으로 검토함으로써 새로운 형식의 예술도 보호영역에 포함시킬 가능성을 열어둔다.

실정법에서 도출할 수 있는 예술의 특성이 창작성, 실체성, 독창성이라면, 이에 더하여 미학이론에서는 다의성, 심미성, 식별 가능성 등의 요소가 추가된다. 보호영역은 폭넓게 설정하고 구체적인 법익형량은 기본권 침해 여부를 판단하는 단계에서 이루어지는 것이 타당하므로, 개념표지에 따른 판단에서는 적어도 실정법과 미학이론에서 공통적으로 인정되는 요소들은 모두 갖추어야 예술에 해당하는 것을 원칙으로 하되, 미학이론에서만 인정되는 요소들을 보충적으로 활용하고, 그 중 어느 한 요소가 강하게 인정된다면 다른 요소가 미미하더라도 예술에 포함하는 방향으로 판단하는 방법을 생각해볼 수 있다. 예컨대 추상예술이라면 구체적인 사상이나 감정 표현을 식별하기 어려울 수 있지만 독창성이 분명하게 인정될 것이고, 기존에 이미 예술로 인정된 작품과 유사하여 독창성이 부족한 경우에는 기존 예술에 비추어 창작성과 식별 가능성 등이 분명하게 인정되므로 모두 예술로 인정할 수 있을 것이다.

## V. 결론

예술은 시대별로 다양한 기능을 하였고 개별 작품이 모두 독창성을 가지고 있으며, 그 경계가 확정되어 있지 않고 끊임없이 확장하고 변화해나간다는 특수성이 있다. 본고에서는 예술의 자유 보호영역 확정에 필요한 예술의 개념을 파악하기 위하여 예술의 자유의 사상적 배경으로서 선사시대부터 최근에 이르기까지 사회에서 예술이 어떠한 기능을 하였는지 개괄적으로 살펴보았다. 예술은 어떤 목적으로 이용하고 누가 정의하느냐에 따라 실용적, 정치적 기능부터 개인의 인격 발현에 이르기까지 다양한 형태로 전개될 수 있다. 이와 같은 예술의 유연성은 국가 내지 사법부에 의한 성급한 개념 정의를 경계하게 한다.

이에 독일 연방헌법재판소는 예술에 대한 다양한 개념을 모두 포용하는 관점론적 접근방법을 택하고, 우리 헌법재판소와 대법원은 예술의 개념 정의를 시도하지 않는다. 그러나 이로써 다양한 형태의 예술을 폭넓게 보호하기보다는 독자적인 기본권으로서 예술의 자유를 실질적으로 무의미하게 만들고 모든 예술적 표현을 표현의 자유 문제로 환원시키는 결과가 나타났다. 이는 헌법의 통일성을 유지하는 체계적인 해석에 반할 뿐만 아니라, 예술적 표현행위에 대해서 충분한 보호를 제공하지 못하게 될 위험도 있다.

개별 기본권이 모두 실질적인 역할을 하기 위해서는 사실상의 개념 정의가 어려운 영역에 대해서도 법적인 개념 정의를 회피하여서는 안 될 것이다. 본고에서는 예술 본연의 유연한 특성과 법적 안정성의 요청을 조화시키기 위하여 일차적으로 기성 장르 구별에 따라 형식적인 판단을 하되, 형식적 개념의 한계를 극복하기 위하여 추가로 실정법과 미학이론에서 도출한 예술의 개념표지를 갖춘 새로운 양식의 작품도 보호영역에 판단하는 2단계의 심사방법을 제안하였다. 나아가 굳이 2단계 심사의 형태를 따르지 않더라도 본고에서 제시한 일상적 영역과 법률, 미학이론에서 나타나는 예술의 개념표지들을 여러 방식으로 조합하여 예술의 자유 보호영역 판단에 활용할 수 있을 것이다.

## | 참고문헌 |

### 〈국내문헌〉

#### 1. 단행본

- 계희열, 헌법학(중), 신정2판, 박영사, 2007.
- 국회도서관 법률정보실, 세계의 헌법: 40개국 헌법 전문, 제3판, 2018.
- 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010.
- 김철수, 헌법학신론, 제21전정신판, 박영사, 2013.
- 성낙인, 헌법학, 제20판, 법문사, 2020.
- 손정혁 외, 예술지원 사업 개선을 위한 장르 분류체계 재설정 연구, 한국문화예술위원회, 2019.
- 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2000.
- \_\_\_\_\_, 예술형법, 박영사, 2014.
- 이석민, 예술의 자유에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018.
- 장영수, 헌법학, 제12판, 홍문사, 2020.
- 정종섭, 헌법학원론, 제12판, 박영사, 2018.
- 한수용, 헌법학, 제11판, 법문사, 2021.
- 허영, 헌법이론과 헌법, 신8판, 박영사, 2017.

#### 2. 논문

- 계승균, “인공지능 창작물의 저작권 규범체계로의 수용 가능성”, 판례연구 제32집, 2021
- 계희열, “메피스토-클라우스만 결정”, 판례연구 제2집(1983).
- 권태상, “저작인격권의 성질과 내용에 대한 고찰 - 민법상 인격권과의 관계를 중심으로 -”, 민사법학 제87호(2019).
- 김전희·김진엽, “인공지능 시대의 예술 창작 - 들뢰즈의 예술론을 중심으로 -”, 예술과 미디어 제19권 제2호(2020).
- 김종기, “니체 『비극의 탄생』과 현대 예술 이야기 3 - 나치의 퇴폐미술 박해와 아방가르드”, 오늘의 문예비평 통권 제117호(2020).
- 김주환, “음란소설 창작 및 전파의 자유”, 헌법재판연구 제8권 제1호(2021).
- 김진엽, “예술이란 무엇인가? - 현대 영미 미학의 답변”, 미학 예술학 연구 제16권(2002).



- \_\_\_\_\_, “다원론적 미학을 위하여”, 현대미술학 논문집 제10권(2006).
- 민경식, “예술의 자유”, 법학논문집 제23권 제1호(1998).
- 송혜영, “나치와 현대미술: 뮌헨의 퇴폐미술전(1937)”, 서양미술사학회논문집 제13권(2000).
- \_\_\_\_\_, “나치시대의 미술사와 박물관”, 서양미술사학회논문집 제29권(2008).
- 신유림, 임석재, “나치 시대 건축에 나타난 예술 정책적 특성에 관한 연구”, 대한건축학회 논문집 제28권 제7호(2012).
- 오승중, 저작권법, 제4판, 박영사, 2016
- 이광모, “그리스 비극의 공동체적 의사소통 기능”, 해질연구 제22권(2007).
- 이동수, “고대 그리스 비극에 나타난 민주주의 정신: ‘아테네’의 메타포를 중심으로”, 한국정치 연구 제22집 제2호(2013).
- 이명구, “예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 한계”, 헌법학연구 제6권 제2호(2000).
- 이병욱, “칼 슈미트의 정치적 낭만주의 비판 - ‘주권화된 기원주의’를 중심으로”, 해질연구 제21권(2007).
- 이은정, “문학과 정치: 아리스토텔레스 『시학(De Poetica)』의 비판적 재구성”, 세계문화비교연구 제48집(2014).
- 장미영, “독일 낭만주의 문학의 ‘예술의 자율성’ 개념의 기원에 관한 소고 - 르네상스와 낭만주의 예술가의 자의식에 관하여”, 외국문학연구 제37호(2010).
- 정원석, “칼 슈미트의 『정치적 낭만주의 Politische Romantik』에 나타난 낭만주의 비판”, 독일언어문학 제69집(2015).
- 정태호, “동물 캐릭터 도안의 사례들을 통한 응용미술저작물과 순수미술저작물의 경계에 대한 고찰 - 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결을 중심으로 -”, 지식재산연구 제10권 제2호(2015).
- 최근홍, “아서 단토의 예술론과 양식 개념”, 현대미술학 논문집 제24권 제2호(2020).
- 최성만, “모더니티에서 마적인 것 - 발터 벤야민의 몇 가지 모티프를 중심으로”, 카프카연구 제 21집(2009).
- 한수웅, “기본권의 보호범위”, 헌법학연구 제12권 제5호(2006).

### 3. 기타

국립중앙도서관 홈페이지, <https://lod.nl.go.kr/home/application/kdcapp.jsp> (최종접속 2021. 11. 19.).

문화체육관광부, 2018 예술인실태조사, 2018.

## 〈외국문헌〉

### 1. 단행본

Bakhtin, M. M., translated by Caryl Emerson and Michael Holquist, *The Dialogic Imagination: Four Essays*, edited by Michen Holquist, University of Texas Press, 1981.

Benjamin, Walter, translated by Edmund Jephcott and Harry Zohn, “The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility: Second Version,” in *The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility, and Other Writings on Media*, edited by Michael W. Jennings et al., The Belknap Press of Harvard University Press, 2008 (originally published in 1936).

Darnton, Robert, 박영록 옮김, *검열관들 - 국가는 어떻게 출판을 통제해왔는가*, 문학과지성사, 2021.

Grimm, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, 1987.

Hammermeister, Kai, 신혜경 옮김, *독일미학전통*, 이학사, 2013.

Hauser, Arnold, 백낙청 옮김, *문학과 예술의 사회사 1*, 개정 2판, 창비, 2016.

Schmitt, Carl, *Politische Romantik*, Sechste Auflage, Duncker & Humblot, 1998.

### 2. 논문

Adler, Amy, “Why Art Is on Trial,” *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, Vol. 22, No. 4, 1993.

Adorno, Theodor W., translated by Anson G. Rabinbach, “Culture Industry Reconsidered,” *New German Critique*, No. 6, 1975 (originally published in *Ohne Leitbild*, 1967).

DuBoff, Leonard D., “What is Art? - Toward a Legal Definition,” *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 12, No. 3, 1989.

Weitz, Morris, “The Role of Theory in Aesthetics,” *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Vol. 15, 1956.

## | Abstract |

'Freedom of Art' is one of the fundamental rights enumerated in the Korean Constitution. While it is clearly distinguished from 'Freedom of Expression' articulated in a separate clause, the Constitutional Court of Korea is yet to clarify the difference between the two. This article aims to provide a guide to an effective legal definition of 'art,' which can be used to identify the coverage of the Freedom of Art. It examines the historical development of the function of art, discusses the limits in the existing constitutional definition of art, then suggests a 2-tiered test to identify whether a specific case is within the coverage of the Freedom of Art.

**Keywords:** Freedom of Art, Art, Freedom of Artistic Expression, First Amendment, Coverage



# 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 적절성에 관한 연구

## A Study on the Appropriateness of Constitutional Appeal Trial Cases In Relation To Prosecution Suspension Dispositions

상지대학교 법률행정학과, 조교수 이공주

Department of Law & Administration at Sangji University, Assistant Professor. Lee, Kong-Joo

■ 목 차 ■

I. 서론 .....	257	IV. 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 부적절성과 그 대안 .....	269
II. 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 현황 .....	258	1. 기소유예 처분은 행정청의 처분 .....	270
1. 헌법소원심판 제도 .....	258	2. 기소유예 처분으로 인한 고소인과 피의자의 불평등 .....	272
2. 헌법소원심판 현황 .....	260	3. 기소유예 처분의 취소결정에 대한 검찰 기속력 .....	274
3. 불기소처분에 대한 헌법소원심판 과다청구의 문제 .....	263	4. 기소유예 처분에 대한 불복방법이 없는 것이 위헌 .....	276
III. 불기소처분에 대한 불복방법과 그 문제	265	V. 결론 .....	278
1. 불기소처분 제도 .....	265		
2. 불기소처분의 불복방법 .....	265		
3. 기소유예 처분에 대한 불복방법의 문제 .....	268		

## Ⅰ 국문초록

헌법재판에 대해서 낯설었던 국민들도 최근 몇 년 간 이루어진 대통령탄핵심판, 정당해산심판 그리고 간통죄, 낙태죄 등의 위헌법률심판을 통해 이젠 헌법재판, 헌법재판소에 대해서 많이 익숙해졌고, 헌법재판소는 헌법적 판단을 기준으로 헌법질서를 수호하는 기관으로 인식하고 있다.

그런데 사소한 범죄에 대한 기소유예 처분에 대하여 헌법재판소가 취소결정을 했다고 나오는 뉴스를 가끔 볼 때, 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라에서 검찰의 기소유예처분에 대한 취소여부를 헌법재판소에서 심판하는 것이 적정인가에 대한 의문을 들게 한다.

검사의 불기소처분에 대하여 불복하는 경우, 고소·고발인은 항고, 재항고, 재정신청, 헌법소원심판 등의 제도를 통하여 권리를 구제받을 수 있지만, 불기소처분 중 특히 피의자에게 불리한 기소유예 처분에 대하여 피의자가 불복하는 방법은 헌법소원심판 청구가 유일한 수단이기 때문이다.

우리나라 헌법재판은 보충성의 원칙이 적용된다. 그런데 기소유예 불복방법에 대하여는 보충성의 원칙이 적용될 수 없다. 현행법상 다른 구제제도가 없기 때문이다. 따라서 헌법재판소가 경미사건의 전담 부서로 변질되지 않도록 법제도 정비도 필요하다. 즉, 피의자의 불복제도 마련은 입법정책의 문제이다. 헌법재판소의 위헌여부 판단에 따라서만 법률이 개정되는 것이 아니라, 헌법재판소에 의지하지 않고 입법부 스스로 법을 개정하면 되는 문제이다.

따라서 검찰청법 제10조에서 항고할 수 있는 자를 ‘고소인, 고발인’으로 한정하지 말고, ‘고소인, 고발인이나 피의자’로 개정하여 피의자도 항고할 수 있도록 하여야 하며, 형사소송법 제260조에서 재정신청권자도 ‘고소권자로서 고소를 한 자’로 한정하지 말고, ‘고소인이나 피의자’로 개정하여 피의자에게도 재정신청권을 보장하여야 한다.

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 이 의미는 국민이 기본권을 침해당했을 때는 법률에 구제절차를 가급적 마련하라는 의미로 해석하여야 하며, 헌법재판소는 최후의 보루라는 의미이다. 국민들이 헌법재판소를 헌법기관으로 규정한 것은 그 만큼의 무게 있는 헌법재판소의 역할이 필요하였기 때문이다. 이제는 관련법을 개정하여 국민들이 바라는 그 기대에 부합하는 헌법재판소가 될 수 있도록 하여야 한다.

**주제어:** 헌법소원심판, 불기소처분, 기소유예, 기소편의주의, 보충성의 원칙

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 14.)

## I. 서론

지난 7월, 헌법재판소는 마트 포장대에 방치된 사과가 들어있는 봉지를 가져왔다는 이유로 내려진 검찰의 절도죄 기소유에 처분에 대해 절도 고의성이 인정되지 않는다면 기소유에 처분을 취소하라는 결정을 내렸다.<sup>1)</sup>

일반 민사·형사재판에는 이미 익숙하였지만, 헌법재판에 대해서는 낯설었던 국민들도 최근 몇 년 간 이루어진 대통령탄핵심판, 정당해산심판 그리고 간통죄, 낙태죄 등의 위헌법률심판을 통하여 이제는 헌법재판소, 헌법재판에 대해서 많이 익숙해졌다.

그런데 헌법재판소는 헌법적 판단을 기준으로 헌법질서를 수호하는 기관으로 인식하고 있는데, 위 예시결정에서처럼 헌법재판소가 개인의 절도죄에 대한 기소유에 처분에 대한 취소결정에 대한 심판까지 한다는 것에는 다소 의아해할 수도 있다. 즉 절도죄에 대한 위헌여부심판이 아니라 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라에서 검찰의 기소유에 처분에 대한 취소여부를 헌법재판소에서 심판하여야만 하는지에 대한 의문이다.

우리나라는 올해 1월 1일부터 검찰·경찰 수사권 조정을 통하여 경찰에서 수사를 마친 후, 검찰청으로 사건을 송치하지 않고, 경찰 자체에서 '불송치'로 수사를 종결할 수 있게 되었다. 시대의 변화에 맞추어 형사사법제도가 변하고 있는 것이다. 이러한 흐름에 맞추어 검찰의 기소유에 처분에 대한 불복방법도 형사사법제도 내에서 찾아 해결하는 방법을 모색하는 것이 바람직하다고 할 것이며, 헌법재판소에 의지하는 것은 지양해야 할 것이며, 헌법재판소는 헌법적 쟁점에만 집중하도록 해주어야 할 것이다.

따라서 본 연구는 우리나라의 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판 현황을 분석해보고, 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판의 과다청구에 대한 문제점, 기소유에 처분에 대한 불복방법의 문제점을 살펴보고, 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 부적절성을 강조하며, 그 대안을 제시하여 보고자 한다.

1) <헌재 '실수로 가져온 남의 사과, 절도 기소유에 취소'> A씨는 2019년 10월 한 마트의 포장대에서 B씨의 사과 1봉지를 훔친 혐의로 경찰 조사를 받았고 검찰에서 기소유에 처분을 받았습니다. 당시 B씨는 자유포장대에서 물건을 포장하다가 사과 1봉지를 두고 집으로 돌아왔는데, 뒤이어 같은 포장대를 이용한 A씨가 자신이 구매한 물건과 함께 B씨의 사과 봉지도 포장했다는 이유로 절도 혐의를 받았습니다. 현재는 "A씨가 B씨의 것과 같은 사과를 샀고 불면증에 시달리던 노령이었던 집 등에 비춰 B씨의 사과를 자신이 산 사과로 착각했을 가능성이 충분하다"고 판단했습니다. 특히 "검찰의 기소유에 처분은 경찰 수사기록을 면밀히 살펴지 않은 탓에 A씨의 의사를 막연히 확장 해석한 결과"라고 강조했습니다. (MBC 뉴스, 2021. 7. 4.)

## II. 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판 현황

### 1. 헌법소원심판 제도

헌법헌법 제6장(제111조 내지 제113조)과 헌법재판소법에 근거하여 조직되고 활동하는 우리나라 헌법재판소는 헌법실현에 필요한 통제적 권한을 행사하기 위해서 설치된 헌법기관이다. 헌법재판소는 정책적 권한을 행사하기 위해서 설치된 대통령, 국회와는 성질을 달리하고, 분쟁조정적 권한을 행사하는 사법부와도 그 성질을 달리한다. 즉, 대통령, 국회는 민주적 정당성에 바탕을 두고 있다면 헌법재판소는 헌법적 정당성에 바탕을 두고 있으며, 사법부가 국민의 일상생활에서 발생하는 민사·형사·행정 등의 생활분쟁을 조정하고 해결하는 권한을 행사하고 있다면 헌법재판소는 정치형성적·정책적·기본적인 분쟁을 통해서 나타나는 권력의 한계 내지는 권력남용 여부를 가려주는 통제적인 권한을 행사한다.<sup>2)</sup>

헌법헌법 제111조 제1항에서 헌법재판소는 '1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 2. 탄핵의 심판, 3. 정당의 해산 심판, 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'을 관장한다고 규정하고 있다.

위 다섯 가지 관장사항에 관하여 헌법재판소법에서 다시 상세하게 규정하고 있는데, '위헌 법률심판'은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우(법 제41조), '탄핵심판'은 대통령, 국무총리 등 그 밖에 법률에서 정한 공무원이 그 직무집행에서 헌법이나 법률을 위반한 경우(법 제48조), '정당해산심판'은 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때(법 제55조), '권한쟁의심판'은 국가기관 상호간 권한에 다툼이 있을 때(법 제61조), 법률이 정한 절차에 의하여 헌법재판이 청구되면 진행된다. 그리고 '헌법소원심판'은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으며(법 제68조 제1항), 법 제41조에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다(법 제68조 제1항).

위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 개인이 청구인이 될 수 없으며 '헌법소원심판'만이 유일하게 국민이 개인자적으로 청구할 수 있다는 것이 헌법소원심판이 헌법재판소의 다른 심판과 구별되는 큰 특징이라고 할 수 있다.

2) 허영, 헌법소송법론(제4판), 박영사, 2009, 97~98쪽.



헌법소원심판은 헌법위반의 법령이나 처분 또는 판결 등 공권력에 의하여, 자신의 헌법상 보장된 기본권이 직접·현실적으로 침해당한 자가, 헌법재판관에 당해 법령·처분·판결의 위헌 심사를 청구하여, 침해된 기본권을 구제받을 수 있는 제도이다.<sup>3)</sup> 이러한 헌법소원심판은 현행헌법(1987. 10. 29. 개정)에서 처음 도입된 제도로, 헌법소원은 본질적으로 개인의 주관적인 기본권보장기능과 위헌적인 공권력행사를 통제하는 객관적 헌법질서보장기능을 가진다. 개인의 주관적인 기본권보장기능과 관련하여 기본권침해의 요건과 권리보호이익이 요구되는 주관적 쟁송의 성격이 드러나고, 심판의 단계에 접어들면 규범통제절차로서의 객관적 쟁송의 양상을 띠게 된다.<sup>4)</sup>

헌법소원심판의 청구는 공권력으로부터 기본권을 침해 받은 자가 청구할 수 있는데, 법원의 재판을 제외하고 있다.<sup>5)</sup> 즉 원칙적으로 법원의 재판에 대해서는 헌법소원을 청구할 수 없는 것이다.<sup>6)</sup> 그렇다면 준사법적 기관인 검찰의 불기소처분에 대하여는 어떠한가를 살펴보면, 우선 불기소처분이 헌법 제107조 제2항에서 명시한 처분에 해당한다면 그 최종적인 심사권한은 대법원에 있기에 불기소처분에 대해서는 재판으로 다루어야 할 문제이기에 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 해석할 수 있다.

그러나 우리 헌법재판소는 검찰의 불기소처분은 공권력의 행사에 포함되고, 검찰의 자의적인 수사 또는 판단에 의하여 불기소처분이 이루어진 경우에는 헌법 제11조(평등권), 제27조 제5항(형사피해자진술권), 제30조(형사피해자구조청구권)에 정한 기본권을 침해하게 되기에 검찰의 불기소처분도 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음을 명백히 밝히고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 헌법재판소의 결정으로 인하여 지금까지 검찰의 불기소처분에 대한 불복방법으로 헌법소원심판이 많이 청구되고 있다.

3) 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2009, 1118쪽.

4) 성낙인, 헌법학(제10판), 법문사, 2010, 1249쪽.

5) <헌법재판소법> 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

6) 그러나 헌법재판소법 제68조 제1항 중 “법원의 재판을 제외하고는” 이라고 한 부분에 대하여 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다”는 한정위헌결정을 선고한 바가 있다. (헌재 1997. 12. 24. 선고 96헌마172등 결정) 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여는 헌법소원심판으로 청구할 수 있다.

7) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정.

## 2. 헌법소원심판<sup>8)</sup> 현황

기소유에 처분에 대한 피의자가 청구한 헌법소원심판 현황을 살펴보기 위하여, 먼저 우리나라 헌법재판소에서 진행된 심판별 누계를 살펴보고, 헌법소원심판 청구사건에서 청구원인별 사건 누계를 살펴본 후, 최근 5년간 기소유에 처분에 대하여 헌법소원심판이 청구된 현황을 순서대로 살펴본다.

〈표 1〉 헌법재판소 심판별 누계 (1988. 9. 1. ~ 2021. 10. 31.)

(단위: 건)

구분	접수	처 리										미제	
		위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하		계
위헌법률 §41	1,035	299	844	18	7		366		75		124	973	62
위헌법률 §68②	8,856	248	106	32	21		2,577		5,244	2	140	8,370	486
탄핵	3					1		1	1			3	
정당해산	2					1			1			2	
권한쟁의	117					19		28	45		19	111	6
헌법소원 §68①	33,912	117	76	20		806	4	8,145	23,083	8	812	33,071	841
합계	43,925	664	266	70	28	827	2,947	8,174	28,449	10	1,095	42,530	1,395

※ ‘§’는 헌법재판소법을 의미하며, 연구의 이해를 돕기 위하여 §68②은 위헌법률로 분류함.

※ 미제사건 등은 접수에는 포함한 통계이며 세부 구분에는 미표시함.

※ 헌법재판소 홈페이지 헌법재판 통계. (2021. 12. 13. 검색)

위 〈표 1〉은 그동안 우리나라 헌법재판소에 접수되어 처리된 심판별 누계를 나타낸 것이다. 1988년 9월 1일 헌법재판소법이 시행된 이후, 2021년 현재까지(2021. 10. 31. 기준) 헌법재판소에 총 43,925건의 심판사건이 접수되었다. 심판의 종류별로 살펴보면, 헌법소원심판 사건이 33,912건으로 전체의 77.20%를 차지하였으며, 다음으로는 위헌법률심판(§68②) 사건이 8,856건으로 20.16%, 위헌법률심판(§41) 사건이 1,035건으로 2.35%를 차지하였다. 그리고 권한쟁의심판 117건, 탄핵심판 3건, 정당해산심판 2건이다.

8) 본 연구에서 헌법소원심판은 헌법재판소법 제68조 제2항을 제외한 제1항에 의한 헌법소원만을 의미한다. 〈헌법재판소법〉 제68조 ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ② 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

각 심판의 처리상황을 살펴보면, 위헌법률심판(§41) 사건에서는 헌법불합치 844건, 합헌 366건, 위헌 299건, 취하 124건, 각하 75건, 한정위헌 18건, 한정합헌 7건의 순으로 나타났으며, 위헌법률심판(§68②) 사건에서는 각하 5,244건, 합헌 2,577건, 위헌 248건, 취하 140건, 헌법불합치 106건, 한정위헌 32건, 한정합헌 21건, 기타 2건으로 나타났다.

탄핵심판 사건에서는 인용 1건, 기각 1건, 각하 1건이었으며,<sup>9)</sup> 정당해산심판 사건에서는 인용 1건, 각하 1건이었다.<sup>10)</sup>

그리고 헌법소원심판 사건은 23,083건이 각하되었으며, 8,145건이 기각, 821건 취하, 806건 인용, 117건 위헌, 76건 헌법불합치, 20건 한정위헌, 8건 기타, 4건 합헌으로 나타났다. 즉, 헌법소원심판은 접수도 가장 많이 되고 있으며, 접수의 69.79%가 각하, 24.62% 기각되고 있다.

〈표 2〉 청구원인별 헌법소원심판 사건 누계 (1988. 9. 1. ~ 2021. 10. 31.)

(단위: 건)

구 분		접 수 (비율)
입법권	법 률	5,595 (16.50%)
	부작위	429 (1.27%)
	결의·절차 등	24 (0.07%)
행정권	행정처분 등	3,682 (10.86%)
	부작위	576 (1.70%)
	불기소처분	15,611 (46.03%)
	행정입법	1,089 (3.21%)
	자치입법	89 (0.26%)
사법권	재 판	3,009 (8.87%)
	부작위	70 (0.20%)
	재판이외처분	188 (0.56%)
	사법입법	50 (0.15%)
기 타		3,500 (10.32%)
합 계		33,912 (100%)

※ 헌법재판소 홈페이지 헌법재판 통계를 재정리함. (2021. 12. 13. 검색)

위 〈표 2〉는 헌법소원심판 청구사건에서 청구원인별 사건 누계를 나타낸 것이다.

9) 헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 결정(박근혜 대통령 탄핵 인용), 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정(노무현 대통령 탄핵 기각), 2021. 10. 28. 선고 2021헌나1 결정(임성근 법관 탄핵 각하).

10) 헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 결정(통합진보당 해산 인용), 2016. 5. 26. 선고 2015헌야20 결정(통합진보당해산(재심) 각하).

헌법재판소에 접수된 헌법소원심판 사건을 청구원인별로 살펴보면, 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원심판 사건이 15,611건(46.03%)으로 가장 높은 비율을 차지하고 있다. 그 다음으로는 법률에 대한 헌법소원심판 사건이 5,595건(16.50%), 행정처분 등에 대한 헌법소원심판 사건이 3,682건(10.86%)으로 나타났다. 그리고 기타(10.32%), 재판(8.87%), 행정입법(3.21%), 행정권의 부작위(1.70%), 입법권의 부작위(1.27%)이며, 1% 미만의 재판이외의처분, 자치입법, 사법권의 부작위, 사법입법, 입법권의 결의·절차 등의 순으로 나타났다.

〈표 3〉 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 사건 현황 (2017. ~ 2021. 6.)

(단위: 건)

구 분	접 수			처 리						미 제
	계	전년 미제	금년 접수	합계	결 정				취하	
					계	취소	기각	각하		
2017년	819 (401)	159 (138)	660 (263)	593 (195)	583 (195)	34 (33)	139 (129)	410 (33)	10 (9)	226 (197)
2018년	864 (451)	226 (197)	638 (254)	633 (250)	624 (242)	48 (44)	156 (145)	420 (53)	9 (8)	231 (201)
2019년	930 (460)	231 (201)	699 (259)	631 (207)	617 (196)	31 (31)	140 (124)	446 (41)	14 (11)	299 (253)
2020년	1,031 (547)	299 (253)	732 (294)	693 (264)	684 (255)	62 (61)	145 (129)	477 (65)	9 (9)	338 (283)
2021년 (6월까지)	719 (450)	338 (283)	381 (167)	366 (147)	363 (144)	29 (29)	73 (63)	261 (52)	3 (3)	353 (303)

※ 피의자가 청구한 기소유예처분취소 사건은 ( )안에 기재하고 본란의 숫자에 합산 표시하였음.

※ 헌법재판소에 정보공개 청구하여 2021. 7. 28. 받은 자료임.

위 〈표 3〉은 최근 5년간 기소유예 처분에 대하여 헌법소원심판이 청구된 현황을 나타낸 것이다.

한해 접수된 사건만 살펴보면, 2017년 660건, 2018년 638건, 2019년 699건, 2020년 732건, 그리고 2021년은 6월말 현재까지 381건이 접수되었다. 이 중 ( )안의 숫자는 피의자가 청구한 헌법소원심판인데, 2017년 263건, 2018년 254건, 2019년 259건, 2020년 294건, 2021년 6월말 현재기준 167건이 접수되었다. 즉, 기소유예 처분에 대하여 헌법소원심판은 매년 조금씩 증가하고 있는 추세이며, 이에 따라 피의자의 청구율도 전체 접수율과 비례하여 상승하고 있는 추세이다.

결정 상황을 살펴보면, 2017년 취소 34건, 기각 139건, 각하 410건, 2018년 취소 48건, 기각 156건, 각하 420건, 2019년 취소 31건, 기각 140건, 각하 446건, 2020년 취소 62건,

기각 145건, 각하 477건, 2021년 6월말 현재기준 취소 29건, 기각 73건, 각하 261건이다. 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판은 많은 경우 각하되고, 기각도 상당히 많은 부분을 차지하고 있다. 반면, 취소는 소수에 불과하다. 가장 최근인 2020년 결과만 살펴보면, 처리합계 684건 중 각하가 477건으로서 거의 70%가 각하되었고, 기각은 145건으로서 21%가 기각되었다. 취소는 62건으로 9%이다. 즉, 헌법소원심판을 청구하여 청구인이 원하는 결과를 얻은 경우는 소수이고 대부분 각하되며, 기각되고 있다.

이 중 피의자가 청구한 사건에 대한 결정 현황만을 살펴보면, 2017년에는 195건 결정 중 취소 33건, 기각 129건, 각하 33건, 2018년 242건 결정 중 취소 44건, 기각 145건, 각하 53건, 2019년 196건 결정 중 취소 31건, 기각 124건, 각하 41건, 2020년 255건 결정 중 취소 61건, 기각 129건, 각하 65건, 2021년 6월말 현재기준 144건 결정 중 취소 29건, 기각 63건, 각하 52건이다. 즉, 기소유예 처분에 대하여 피의자가 청구한 헌법소원심판은 많은 경우 기각됨을 알 수 있다. 가장 최근인 2020년 결과만 살펴보면, 50.58%가 기각되었으며, 25.50%가 각하되었고, 취소율은 23.92%이다.

### 3. 불기소처분에 대한 헌법소원심판 과다청구의 문제

앞서 <표 1>에서 살펴본 바와 같이, 우리나라 헌법재판소의 헌법심판 5가지의 종류 중, 헌법소원심판이 전체의 77.20%를 차지하고 있고, <표 2>에서 살펴본 바와 같이, 헌법소원심판의 청구원인은 불기소처분에 대한 사건이 46.03%로 가장 많이 차지하고 있다. 이처럼 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 많이 제기 됨에 따라 헌법재판소의 업무 부담을 가중시키고 있다.

또한 <표 3>에서 살펴본 바와 같이, 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판 청구는 계속해서 매년 증가하고 있다. 특히 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판은 2020년 기준으로 보면, 732건이 접수되었는데 매일 2건 이상이 청구된다는 것이며, 피의자가 청구한 경우는 294건으로 휴일을 제외한다면 매일 1건 이상이 청구된다는 것이다. 기소유예 처분에 대하여 피의자에게는 다른 불복제도가 없기에 어쩔 수 없이 피의자는 헌법소원심판을 제기함에 따라 이 또한 헌법재판소를 불기소처분의 항고부 역할로 전락하게 만드는데 영향을 주고 있다.

헌법재판소 홈페이지에서 판례검색을 할 때, 상세검색을 체크하여 보면, 제외어로서 불기소처분 제외, 기소유예처분 제외, 국선대리인 제외가 있는데, 불기소처분에 대한 헌법소원심판이 전체 헌법심판 사건 중에서 압도적으로 많기 때문에 이러한 조치가 있다고 보인다.

헌법재판관은 헌법재판소장을 포함한 9명의 재판관으로 구성되어 있다. 물론 헌법재판관

혼자 사건을 심판하는 것은 아니지만, 9명의 인원으로 너무 많은 사건을 담당하고 있다. 헌법재판소 홈페이지에 공개된 통계를 살펴보면, 2020년 한 해 동안 위헌법률(§41) 20건, 위헌법률(§68②) 744건, 헌법소원 2,472건, 권한쟁의 5건으로 총 3,241건이 접수되었다. 즉, 헌법재판관 1인이 연간 평균 360여건을 담당하여야 하며, 그 중 헌법소원 사건이 76%가 넘는다. 앞 <표 2>에서 살펴본 바와 같이, 헌법소원심판 사건 중 불기소처분에 대한 사건이 평균 46.03%로 불기소처분에 대한 헌법소원심판은 전체 헌법심판 사건 중에서도 상당히 높은 비율을 차지하고 있다.

또한 <표 1>에서 살펴본 바와 같이, 헌법소원심판의 69.79%가 각하되었으며, 24.62%가 기각되었다. 즉, 총 94.41%가 기본권을 침해받았다는 것을 인정받지 못하였다. 이것은 헌법소원심판이 실익도 없이 너무 과다 청구된다는 의미이며, 헌법재판이라는 헌법적 판단에 의지한 사건이라기보다는, 다른 방법이 없어서 어쩔 수 없이 선택한 방법이었다는 것을 반증하는 것이다.

기속독점주의, 기소편의주의에 근거하여 검찰의 불기소처분에 대하여 원칙적으로 존중하고 받아들여야 한다. 그러나 검찰도 공권력의 주체로서 검찰의 공권력 행사로 인하여 헌법상 기본권을 침해받은 국민은 이에 대하여 구제방법을 마련하여, 국민에게는 기본권을 보장하고, 검찰 공권력에 대하여 견제기능을 하도록 하는 제도가 필요하기는 하다.<sup>11)</sup> 그것이 헌법소원심판 제도이다.

그럼에도 불구하고, <표 3>에서 살펴본 바와 같이, 피의자가 기소유예 처분에 대한 헌법소원심판에서 기각과 각하의 합계 비율이 2020년 기준 90%가 넘는 상황에서, 다른 구제방법을 모색하지 아니하고 헌법소원심판 제도가 있다는 이유로 방치하고 있는 것은 입법의 부작위 문제이며, 나아가 기소독점주의, 기소편의주의에 근거한 검찰권의 행사를 과연 헌법소원심판으로만 다루어야 하는지에 대한 문제를 제기하지 않을 수 없다.

11) 헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 94헌바2 전원재판부 결정.

### Ⅲ. 불기소처분에 대한 불복방법과 그 문제

#### 1. 불기소처분 제도

우리나라 형사소송법 제246조에서 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”고 규정하여 엄격한 국가소추주의를 채택하고 있으며, 동법 제247조에서는 “검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.”라고 규정하여 공소를 할 것인지의 결정은 오로지 검사에게만 주어지는 기소편의주의를 명시하고 있다.

우리나라가 사인소추주의를 인정하지 않고 국가소추주의만을 채택하는 이유는 국가의 형벌권을 검사라는 국가기관으로부터 객관적이고 공정하게 수행하게 하기 위함이다. 민사소송처럼 형사소송도 피해자의 고소에 의해 이루어진다면 개인의 보복감정에 의하여 형사소송의 남발이 우려되고 그로 인한 국가공권력의 낭비, 국가비용의 낭비 등 막대한 사회적 비용이 들기 때문이다.<sup>12)</sup>

국가소추주의, 기소편의주의에 의하여 검사가 사건의 수사를 종결하는 방법에는 크게 ‘기소’와 ‘불기소’로 구분되어 진다. 물론 우리나라 검찰사건사무규칙 제98조에 의하면, 검사의 수사종결방법은 공소제기와 불기소 그리고 그 밖에 기소중지, 참고인증지, 보완수사요구, 공소보류, 이송, 소년보호사건송치, 가정보호사건송치, 성매매보호사건송치, 아동보호사건송치의 결정을 할 수 있다.

검사가 공소제기 결정을 하게 되면 피의자는 형사재판을 받게 되며, 불기소처분 결정을 하게 되면 피의자는 일단 형사재판을 면하게 된다. 그러나 불기소처분을 받았다고 해도 이것이 완전히 무죄로 인정된다는 것은 아니다. 즉, 검사가 불기소처분을 하였다고 하더라도 공소권이 완전히 사라지는 것이 아니고 새로운 증거가 발견되거나 그 밖의 사정이 변경되는 경우에는 공소시효가 만료되지 않는 사건에 대해서는 언제든지 검사는 수사를 재기하여 기소할 수 있다.<sup>13)</sup>

#### 2. 불기소처분의 불복방법

검사의 불기소처분은 기소유예, 혐의없음(범죄인정안됨, 증거불충분), 죄가안됨, 공소권없음, 각하의 5종류로 규정되어 있는데, 검사가 불기소처분을 하는 경우, 처분한 날로부터 7일

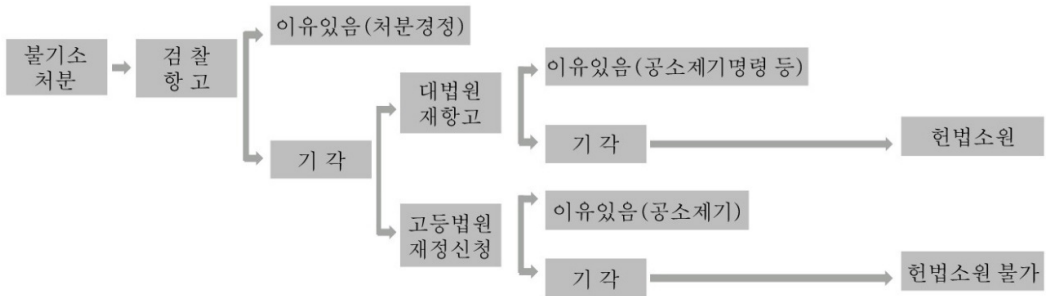
12) 조상재, 불기소처분 및 기소유예제도에 관한 연구, 동아대학교 법학연구소, 동아법학 제44집(2009. 8.), 591쪽.

13) 황치연, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 한국헌법판례연구학회, 헌법재판연구 2(2000. 8.), 418쪽.

이내에 서면으로 고소·고발인에게 그 취지를 통지하여야 하며, 피의자에게도 즉시 그 취지를 통지하여야 한다.<sup>14)</sup> 이 때, 불기소처분 결정통지서를 받은 고소인, 피의자는 불기소처분에 대하여 불복을 할 수 있다.

불기소처분에 대하여 검사는 언제든지 다시 재수사하여 기소할 수 있기에 피의자 입장에서는 차라리 기소하여 빨리 무죄로 확정재판을 받는 것이 유리할 수도 있고, 고소·고발인은 피의자가 기소되어 유죄로 확정재판 받기를 원하기 때문에 검사의 불기소처분에 대한 불복제도는 그 의미가 있다고 할 것이다.

불기소처분에 대한 고소·고발인의 불복절차는 아래 <그림 1>, 피의자의 불복절차는 <그림 2>와 같다.



<그림 1> 고소·고발인의 불기소처분에 대한 불복절차



<그림 2> 피의자의 불기소처분에 대한 불복절차

위 <그림 1>에 보듯이, 불기소처분에 대하여 고소인은 먼저 검찰청법 제10조에 의하여 항고를 할 수 있다. 항고는 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 한다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

그리고 항고가 기각되거나 항고에 대한 어떠한 처분도 하지 않고 3개월이 지났을 때에는 고소인은 다시 그 검사가 속한 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고를 할 수

14) <형사소송법> 제258조(고소인등에의 처분고지) ① 검사는 고소 또는 고발있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분, 공소의 취소 또는 제256조의 송치를 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다. ② 검사는 불기소 또는 제256조의 처분을 한 때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다.



있다.

또한 형사소송법 제260조에서는 고소인에게 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 고소인으로부터 재정신청서를 제출받은 지방검찰청 검사장은 재정신청서를 제출받은 날부터 7일 이내에 재정신청서 등을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다. 그리고 지방검찰청검사장은 신청이 이유 있는 것으로 인정하는 때에는 즉시 공소를 제기하고 그 취지를 관할 고등법원과 재정신청인에게 통지하며, 신청이 이유 없는 것으로 인정하는 때에는 30일 이내에 관할 고등법원에 송부한다. 법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에, 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각하며, 신청이 이유 있는 때에는 사건에 대한 공소제기를 결정한다. 즉, 고소·고발인에게는 불기소처분에 불복하여 상황에 따라서 항고, 재항고, 재정신청, 헌법소원심판을 할 수 있는 권리구제제도가 마련되어 있다.

그리고 재정신청기각결정에 대하여는 재정신청도 법원의 재판이기에 헌법소원심판을 통하여 다투는 것을 허용하고 있지 않으나<sup>15)</sup> 만약에 재정신청기각결정이 위헌결정 된 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 경우에는 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수도 있다.<sup>16)</sup>

이처럼 고소·고발인에게는 헌법소원뿐만 아니라 여러 단계의 권리구제 방법이 규정되어 있는 반면, 피의자에게는 불기소처분에 대한 불복방법이 법률에 특별히 규정되어 있지 않다. 불기소처분에는 앞서 설명하였듯이, 기소유예, 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하의 5종류가 있는데, 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하의 경우에는 피의자에게 불리하지 않은 처분이므로 불복할 이유가 없기에, 피의자가 불기소처분에 대하여 불복하려고 하는 경우는 ‘기소유예’ 처분이다.

즉, 위 <그림 2>에서 보듯이, 기소유예 처분을 받은 피의자는 검찰청법, 형사소송법 등 우리나라 현행법에 불복방법이 규정되어 있지 않기에 피의자의 권리구제방법은 헌법재판소에 헌법소원심판 청구가 유일한 방법이다.

우리나라 헌법재판소에서도 형사피의자로 입건되었던 자는 검찰청에 진정서나 탄원서를 제출하거나 수사제기를 신청함으로써 자신의 억울함을 호소할 수도 있겠으나, 그것은 검사의 직권발동을 촉구하는 하나의 방법일 뿐이므로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차에 해당하는 것이라고 할 수 없으며, 위와 같은 사건은 법률상 구제절차가 없는 경우에

15) 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 93헌마82 결정, 1998. 8. 27. 선고 97헌마79 결정.

16) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173 결정.

해당하므로 헌법재판소에 직접 제소하는 것이 가능하다고 밝히고 있다.<sup>17)</sup>

### 3. 기소유예 처분에 대한 불복방법의 문제

‘기소유예’는 불기소처분의 한 종류로 피의사실은 인정되나 형법 제51조 각 호의 사항을 참작하여 소추할 필요가 없다고 판단되는 경우에 검사가 공소를 제기하지 않는 처분이다.<sup>18)</sup> 검사는 범죄의 혐의가 인정되는 경우라고 하더라도 반드시 기소하여야만 하는 것이 아니라, 기소편의주의에 의하여 검사의 재량으로 기소를 하지 않는 기소유예 처분을 할 수 있다.

그러나 기소유예는 다른 불기소처분의 종류와는 다른 특징이 있다. 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하 처분은 피의자가 무죄이거나 무죄와 비슷한 의미라고 할 수 있지만, 기소유예 처분은 무죄가 아니고 범죄의 혐의가 있다는 것을 인정하는 처분이기 때문이다. 따라서 피의자 입장에서는 기소유예 처분을 받아 형사재판에 회부되지 않는다고 하여 무조건 좋은 것만이 아니다. 자신의 혐의를 완전히 벗어나지 못하였기 때문이다.

물론, 무죄추정의 원칙에 의하여 정식재판에 의하여 판사로부터 유죄를 선고받지 않으면 그 사람을 유죄로 판단하여 불이익한 대우를 할 수는 없지만, 현실적으로 기소유예를 받은 사람에게 불이익이 있기 때문에 기소유예 처분을 받은 피의자는 정식재판을 통해 무죄를 입증하고 싶을 것이다.

기소유예 처분에 대한 불복방법의 문제는 첫째, 현행법에는 기소유예 처분을 받은 피의자에게는 별도의 구제절차가 존재하지 않아 피의자는 자신의 무죄를 입증할 방법이 없고, 오로지 헌법소원심판 청구를 통하여 자신의 권리를 찾을 수밖에 없다는 것이다. 그러나 우리나라 헌법재판은 변호인강제주의를 채택하고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 기소유예 처분을 받은 피의자가 헌법소원심판을 청구하려면 반드시 변호사를 선임하여야 한다.

헌법재판의 변호인강제주의는 법률지식이 불충분한 당사자가 스스로 심판을 청구하여 이를 수행할 경우 헌법재판에 특유한 절차적 요건을 흠결하거나 전문적인 주장과 자료를 제시하지 못하여, 침해된 기본권의 구제에 실패할 위험이 있기 때문에<sup>20)</sup> 법전문가인 변호사를 대리하는 것이 필요하다는 입장에 동의하지만, 청구인 입장에서는 변호사 선임비용에 대한 부담이

17) 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 91헌마 126 결정.

18) 〈형사소송법〉 제247조(기소편의주의) 검사는「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

19) 〈헌법재판소법〉 제25조(대표자·대리인) ③ 각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

20) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌마439 결정.

있을 수 있고, 기소유에 처분을 받을만한 가벼운 사건이라면 스스로 자신의 입장을 충분히 변론할 수 있다고 보여지기에 사건의 경중과 상관없이 모든 헌법재판에 있어서 변호인강제주의를 채택하는 것은 오히려 청구인에게 헌법재판 청구에 다가갈 수 없게 하는 우려도 있다.

둘째, 우리나라는 기소독점주의, 기소편의주의 제도를 채택하고 있는데, 검사가 결정한 처분에 대하여 헌법재판소에서 그 처분에 대하여 임의로 판단할 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다.

헌법소원제도가 비록 헌법상 근거를 둔 제도라고는 하지만, 그 구체적 내용이나 요건 등은 모두 법률인 헌법재판소법에 규정하고 있으므로 법리상 기소독점주의, 기소편의주의 제도를 규정한 형사소송법 조항 자체가 위헌선고되기 전에는 기소독점주의, 기소편의주의의 제도 및 정신은 임의로 무시될 수 없으며, 따라서 검찰처분과 관련한 헌법재판소의 헌법재판소법에 따른 헌법소원심판에 있어서는 기소독점주의, 기소편의주의 제도의 본질을 침해하여서는 아니 되는 한계가 존재한다고 볼 수도 있다.<sup>21)</sup>

따라서 피의자에게 기소유에 처분에 대한 불복절차가 법률에 없는 것 자체에 대한 헌법재판소의 판단이 먼저 이루어져야 할 것이며, 그러하지 않는 한 기소유에 대한 헌법소원심판은 헌법재판소가 오로지 검사처분에 대한 항고기능을 하는 역할에 지나지 않는 것처럼 보인다고 볼 수 있다.

판사가 결정을 하는 즉결심판도 불복해서 정식재판을 갈 수 있는데, 검사가 결정을 하는 기소유에 처분에 대하여 피의자 항고제도도 없고, 정식재판을 청구할 수 있는 제도가 존재하지 않아 피의자의 권리구제 방법이 법률에 없다는 것은 그 자체가 위헌이라고 할 수 있다.

#### IV. 기소유에 처분에 대한 헌법소원심판 대상의 부적절성과 그 대안

앞서 살펴본 바와 같이, 검사의 불기소처분에 대하여 불복하는 경우, 고소·고발인은 상황에 따라 항고, 재항고, 재정신청, 헌법소원심판 등의 제도를 통하여 권리를 구제받을 수 있지만, 불기소처분 중 특히 피의자에게 불리한 기소유에 처분에 대하여 피의자가 불복하는 경우에는 헌법소원심판 청구가 유일한 불복수단이다.

우리나라 헌법소원심판은 보충성의 원칙이 적용된다. 보충성의 원칙이란 헌법소원은 기본권침해를 제거할 수 있는 다른 수단이 없거나 헌법재판소에 제소하지 아니하고서도 동일한

21) 조규정, 검찰의 불기소처분과 헌법소원, 저스티스 제24권 제2호(1991. 12.), 149쪽.

결과를 얻을 수 있는 법적 절차나 방법이 달리 없을 때에 한하여, 예외적으로 인정되는 최후적 기본권보장수단성을 말한다.<sup>22)</sup>

따라서 법률 등에 다른 구제제도가 존재할 경우, 그 모든 법적절차를 거친 후에도 권리구제가 되지 않을 경우 최후의 수단으로 헌법재판을 청구할 수 있는 것이다. 그런데 기소유예에 대하여는 보충성의 원칙이 적용될 수 없다. 현행법상 다른 구제제도가 없기 때문이다. 따라서 과연 검사의 기소유예 처분에 대한 피의자의 불복수단을 법률로써 마련하지 않고 헌법재판소에 의지하는 것이 적절한지에 대하여 비판적으로 살펴보고 그 대안을 제시하여 본다.

## 1. 기소유예 처분은 행정청의 처분

‘불기소’는 형사소송법과 검찰청법에서는 불기소 ‘처분’이라고 하고, 검찰사무규칙에서는 불기소 ‘결정’이라고 명시되고 있기에 ‘불기소’는 처분 또는 결정이며, 분명 사법부의 판결이 아니다. 즉, 사법부의 판결이 아니라면 행정부의 판단이라고 보아야 한다. 또한 우리나라 헌법 제28조에서는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 분명 헌법에서도 불기소를 ‘처분’이라고 명시하고 있다.

그리고 헌법 제107조 제2항에서는 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고, 이어 제3항에서는 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

따라서 검사의 ‘불기소’는 이를 행정청의 처분으로 볼 수 있기에, 불기소처분 중 기소유예에 대한 피의자의 불복방법이 법률에 명시적으로 존재하지 않더라도 피의자는 일반적인 행정소송으로 다툼을 하여 최종적으로는 대법원에서 권리를 구제받을 수 있는 것이다.

기소유예의 불기소처분은 ‘피의사실이 인정되나 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우’에 해당되는 것으로 명시하여 혐의사실이 인정되지 않거나 또는 피의사실이 인정되더라도 형식적 소송조건의 흠결이 있는 다른 불기소처분의 주문형식과 분명히 구별하여 전혀 다른 취급을 하고 있다. 이러한 검찰실무에 의하면, 피의사실이 인정되는 유죄취지의 기소유예는 불기소처분 중 가장 중한 형식의 주문임을 충분히 알 수 있다. 이런 점에서 검사의 기소유예는 형식상으로는 불기소처분으로서 다른 사유의 불기소처

22) 권영성(주 3), 1181쪽.

분과 동일하지만 그 실질내용에는 피의사실이 인정되는 유죄취지의 처분이기에 잠정적 사법 판단으로서의 성격을 지니기도 있다.<sup>23)</sup> 따라서 헌법 제107조 제2항에서 명시하고 있는 처분은 행정청의 처분만을 의미하며, 불기소처분은 행정처분이 아니라 준사법적처분이기에 행정소송의 대상이 되지 않는다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 준사법적처분이라고 한다면 재판과 같은 효력이 있는 것이고, 재판은 헌법소원심판의 대상이 되지 않기에 오히려 기소유예처분은 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 결론이 나온다.

일반법원이 담당하는 행정소송제도는 주관적 권리관계에 관한 다툼을 해결하기 위한 것으로 행정작용의 위헌·위법성을 심사함에 있어 사실관계의 확인과 여기에 적용할 법규범의 해석·적용을 담당하고 있는 반면에, 헌법소원심판제도는 주관적인 기본권을 구제하기 위한 제도인 동시에 상대적으로 객관적 헌법질서의 수호·유지를 목적으로 하고 국가기관의 헌법위반여부를 심사하는 사법작용이라는 점에서, 개별적·처분적 국가작용과 관련하여 분쟁이 발생하였을 때 주관적 권리구제를 주목적으로 하는 법원이 담당하는 행정소송제도 내지 기타 법률이 정하는 권리구제절차를 먼저 이용하는 것이 헌법재판제도의 목적에 부합하다고 할 것이다.<sup>24)</sup>

따라서, 검사의 기소유예 처분 관련제도를 재구축하거나 공소권의 편의적 행사를 견제할 수 있는 방안을 수립하고, 나아가 검사의 기소유예 처분에 관한 헌법소원을 중심으로 헌법재판소가 경미사건의 전담부서로 변질되는 바람직하지 않는 결과를 방지하는 형사사법정책적인 대안의 마련이 필수적이다.<sup>25)</sup>

이론적으로 보더라도 공권력의 행사·불행사로 인한 권리침해에 대한 권리구제제도에는 헌법소원제도와 행정소송제도가 있는데, 양 제도의 목적과 기능을 고려할 때 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 헌법소원제도는 주관적 권리구제를 목적으로 하는 행정소송제도에 대해서 보충적 성격을 가져야 하는 것이 바람직하다.<sup>26)</sup>

우리나라 검찰조직은 분명 행정부에 속해 있다. 준사법적기관이라고 하지만, 검찰은 분명 행정기관이다. 그러하므로, 검사의 기소유예 처분에 대한 피의자의 불복방법을 별도로 마련하지 않고 오로지 헌법소원심판으로만 다루게 할 것이 아니라 기소유예 처분을 준사법적 판단으로 해석하지 말고, 행정처분으로 해석하여 기소유예처분에 대하여 행정심판, 행정소송 등을 통하여 먼저 법원의 구제를 받을 수 있는 제도를 마련한다면 피의자의 권리구제에 더욱 유용

23) 이경렬, 기소유예처분의 헌법소원에 관한 형사사법적인 평가, 원광법학 제34집 제1호(2018. 3.), 94쪽.

24) 박경철, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토, 강원법학 제45집(2015. 6.), 288쪽.

25) 이경렬(주23), 98쪽.

26) 박경철(주24), 289쪽.

할 것이다.

## 2. 기소유에 처분으로 인한 고소인과 피의자의 불평등

현행 형사소송법상의 기소편의주의와 기소유에 처분은 형사사법의 탄력적 운용을 가능하게 하는 수단으로 활용되고 있다. 기소유에 처분을 통하여 경미한 가벌행위로 인한 범죄경력의 방지와 단기자유형의 폐해를 줄일 수 있고 이로써 절차법적인 비범죄화를 달성할 수 있다. 또한 기소유에 처분은 경미범죄에 대한 소추를 면제함으로써 형사사법기관으로 하여금 공판절차에서 중범죄에 집중할 수 있는 여력을 제공해줌으로써 형사사법의 부담을 경감시켜 준다.<sup>27)</sup>

기소유에 처분은 비교적 경미한 사건이나 초범에게 내려지는 불기소처분으로 정식재판으로 가지 않기 때문에 전과기록이 남지는 않는다. 그러나 기소유에 처분은 범죄의 혐의가 인정되는 처분이기 때문에 사회생활, 법적인 다툼에 있어서 여러 가지 불이익이 따른다. 피의자가 잘못을 인정하고 기소유에 처분에 수긍하며 받아들인다면 피의자에게 기소유에 처분은 기소유에 처분의 의의에 맞는 이상적인 결과이지만, 받아들이지 않을 경우에는 판사로부터 재판을 받을 권리를 보장받지 못하는 것이 된다.

기소유에 처분을 받은 피의자는 그 처분으로 인하여 범죄의 혐의가 인정되었기에 고소인 등으로부터 손해배상이 청구되면 불리하게 작용될 수 있고, 특히 공무원의 경우에는 공무원법상 징계를 받게 되기 때문에 기소유에 처분을 취소하여야만 할 필요성이 있다.

앞서 살펴본 바와 같이, 일반적으로 불기소처분에 대하여 고소·고발인은 불복방법으로 항고, 재항고, 재정신청 제도를 이용할 수 있다. 그러나 피의자의 경우에는 불복제도가 없다. 그렇기 때문에 불기소처분을 받은 피의자는 혐의없음의 이유로 불기소처분을 받았든지, 기소유에 처분을 받고 그에 수긍한다고 하더라도 그 사건에서 완전히 끝난 것이 아니다. 고소인 등이 불기소처분에 대하여 계속하여 불복하여 법적절차를 진행하는 경우 피의자는 그 불복절차가 완전히 끝날 때까지 기다려야 하기 때문이다.

불기소처분에 대하여 고소·고발인에게는 불복제도가 있고, 피의자에게 불복제도가 없는 것도 평등하지 않지만, 불기소처분을 받고 사건으로부터 해방되고 싶은 피의자는 본인의 의지와는 상관없이 계속 그 사건에서 벗어나지 못하는 불평등이 존재하는 것이다.

또한 기소유에 처분에 대하여 고소인은 항고를 진행하고, 피의자는 헌법소원을 진행하는

27) 조상제, 불기소처분 및 기소유예제도에 관한 연구, 동아법학 제44호(2009. 8.), 596쪽.

경우, 둘의 결과가 상반되게 나온다면 어떻게 되는지에 대한 문제도 발생한다. 즉, 항고에서는 인용결정이 나오고, 헌법소원에서는 기각결정이 나오면 검사는 기소를 하여야 하는지, 불기소를 하여야 하는지의 문제이다. 이러한 문제는 고소인에게는 불복제도가 존재하고, 피의자에게는 불복제도가 존재하지 않는 불평등에서 비롯된다고 할 것이다. 또한 나아가 기소편의주의 제도를 채택하면서도 불기소처분에 대하여 항고가 가능하도록 하는 제도 그 자체에 내재적 모순이 있는 것이다.

법치주의국가원칙의 구성요소인 평등원칙을 고집하면 가벌성이 인정되는 피의사건에 대해서는 피의자의 지위고하를 막론하고 반드시 법원에 공소를 제기하여 불법을 심판하도록 하는 것이 옳다. 그러나 법현실에서는 모든 사건에 대하여 공소를 제기한다는 것이 현실적으로 불가능할 뿐 아니라 바람직스럽지도 않다.<sup>28)</sup> 그럼에도 불구하고 기소유예 처분을 받은 피의자에게 불복제도가 마련되어 있지 않은 상황에서 피의자는 언제 다시 기소가 될지도 모른다는 불안감으로 지내게 하는 것도 피의자에 대한 기본권 침해라고 볼 수 있다.

따라서 기소유예 처분을 받은 피의자가 정식재판을 요구하는 경우에는 재판을 받을 권리를 보장해 주어야 한다. 범죄의 혐의가 있는 기소유예로 지내는 것보다는 정식재판을 통해 무죄를 선고받는 것이 피의자에게는 좋을 것이고, 무죄가 되지 않는다고 하더라도 선고유예가 선고될 수도 있고, 비록 유죄를 선고받는다 고 하더라도 그것은 피의자가 재판받을 권리를 선택한 것이기에 감수할 것이다.

판사가 하는 즉결심판에도 불복하여 정식재판을 청구할 수 있는데, 검사가 하는 처분에 불복하여 정식재판을 청구할 수 있는 제도가 없다는 것이 오히려 법치주의를 훼손시키는 것이다.

고의적인 범죄를 저지르는 사람들에게는 기소유예 처분이 가벼운 처분이라고 여겨질지 모르나, 대부분의 일반 시민들은 범죄와는 거리가 멀기에, 형사사건으로 수사를 받는다는 자체가 큰 사건이며, 다행히 기소유예 처분을 받았다고 해도 막연한 불안감을 떨칠 수 없다. 그렇다고 헌법소원을 청구한다는 것도 쉽지 않을 것이다. 그렇기 때문에 정식재판을 청구할 수 있도록 제도를 마련하여야 한다.

고소인이 불기소처분에 불복하는 목적은 피의자에 대한 ‘기소’이다. 피의자가 기소유예 처분에 불복하는 목적은 ‘혐의없음’의 불기소처분을 받거나 또는 ‘기소’하여 무죄판결을 받기 위함이다. 그렇다면 검찰은 기소하는 것이 국민인 고소인, 피의자를 위해서도 좋은 것이고, 고소인, 피의자에게 재판받을 수 있는 평등한 기회를 주는 것이다.

28) 조상제(주27), 595쪽.

### 3. 기소유에 처분의 취소결정에 대한 검찰 기속력

검사의 기소유에 처분에 대하여 피의자가 그 기소유에 처분을 취소해 달라는 헌법소원심판에서 헌법재판소가 그 처분을 인용하는 경우 주문은 일반적으로 “피청구인이 청구인에 대하여 한 기소유에 처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였으므로 이를 취소한다.”라고 명시한다. 그리고 결정의 이유는 대부분 “이 사건 기소유에 처분은 중대한 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 그 결정에 영향을 미친 자의적인 검찰권 행사라 할 것이다.”이다.<sup>29)</sup>

헌법소원심판의 효력과 관련하여, 기소유에 처분을 취소하라는 헌법소원의 인용결정에 따라 피청구인인 검사가 청구인에게 반드시 불기소처분을 하여야 하는지 아니면 그 결정이유에서 밝힌 바와 같이 미진한 수사를 재기보완하고, 만일 기소유에 처분이 부당하여 공소를 제기함이 상당한 경우에는 새로이 기소처분을 할 수 있는지가 의문이다. 이는 헌법재판소의 인용결정에 그 주문을 넘어 결정의 이유에도 기속력이 인정되는 것인가와 관련이 있다.<sup>30)</sup>

헌법소원심판에서 인용결정이 난 경우 피청구인인 검찰에게 어떤 의무를 부여하는가에 대해서는 여러 학설이 주장된다. 먼저 ‘재수사명령설’로서 인용결정은 불기소처분을 취소하는데 그치고 그 취지에 따라 새로운 보충수사를 하여 기소 여부를 결정할 수 있다고 보는 견해, ‘기소강제설’로서 불기소처분의 취소결정은 기소를 전제로 한 수사의 보강 내지 재수사 결정이므로 그 취지에 따라 기소를 하여야 한다는 견해, 그리고 ‘개별적판단설’로서 각 사안에 대해, 지나치게 자의적이어서 정의와 형평에 반하거나 중대한 오류가 있는 경우에는 공소제기로 보아야 하나 그 외의 경우에는 보충수사를 명하는 의미에 그친다고 보는 견해이다.<sup>31)</sup>

우리나라 헌법재판소의 입장은 “헌법재판소법 제75조 제1항은, 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있다. 이 규정이 헌법소원의 피청구인에 대하여 가지는 뜻은 헌법소원의 인용결정이 있으면 피청구인은 모름지기 그 인용결정의 취지에 맞도록 공권력을 행사하여야 한다는 데에 있다. 따라서 검사의 불기소처분을 취소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에는 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에서 밝힌 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정을 하여야 한다.”라고 밝힘으로써<sup>32)</sup> 기소강제설의 견해입장으로 기속력을 강조하고 있으면서도 최종

29) (주문) 피청구인이 2019. 11. 5. 서울북부지방검찰청 2019년 형제53289호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유에 처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다. (소결론) 이와 같이 현재까지의 수사 내용만으로는 청구인에 대한 절도의 고의와 불법영득의사를 인정하기 어려우므로, 이 사건 기소유에 처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 있고(생략). (헌법재판소 2021. 6. 24. 선고 2020헌마157 결정)

30) 이경열, 검사의 기소유에 처분에 대한 헌법소원 인용결정의 비판적 검토, *홍익법학* 제14권 제1호(2013.), 141쪽.

31) 정재훈, 불기소처분에 대한 헌법소원, *고시계* 제40집 제1호(1994. 12.), 293쪽.



결정권은 검사에게 맡기고 있는 듯하다.

또한 헌법소원심판이 인용되어 불기소처분이 취소된 사건을 검찰에서 다시 불기소처분 하여 헌법소원심판이 청구된 사안에 관하여 이를 기각함으로써 검찰의 불기소처분에 대한 심판소원의 인용결정이 바로 공소제기명령을 뜻하는 기소강제설이 아니라는 견해도 있다.<sup>33)</sup> 즉, 헌법재판소에서 기소유에 처분에 대한 취소결정이 되더라도 현실에서는 검사가 다시 기소유에 처분을 하는 경우가 종종 발생하고 있으므로 헌법재판소의 취소결정을 재수사명령 설로 평가하는 견해도 적지 않다. 나아가 한 사건으로 세 번의 헌법소원심판이 청구되는 경우도 있다.<sup>34)</sup>

그러나 헌법재판소의 불기소처분 취소결정에 따라 수사를 재기하였다가 다시 불기소처분을 한 사안에 대하여 헌법소원 인용결정의 기속력을 간과하였다 하여 그 불기소처분을 재차 취소한 사례도 발생하고 있다.<sup>35)</sup>

이처럼 헌법소원심판의 인용결정에 따르는 검사의 사후조치에 대해서도 현행의 법제도 및 체계정합성을 감안한다면 헌법재판소의 위상과는 어울리지 않는 결과, 즉 고소인의 불복과 피의자의 불복 사이에서 중형하는 법제도상의 이른바 ‘되돌이표’ 현상이 나타나고 있다.<sup>36)</sup>

국가는 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 할 것이고, 형벌권을 행사하지 아니하는 경우에도 최소한 형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과를 초래할 수 있다고 기대되는 경우에 한정되어야 할 것이다.<sup>37)</sup> 그런데 헌법재판소의 결정이 기속력이 있다고 법에는 규정되어 있지만, 현실에서 잘 적용되지 않아 국가공권력이 ‘되돌이표’로 낭비되고 있는 경우에는 빨리 그 해결방법을 찾아야 한다.

헌법해석의 통일성 유지를 위하여 다른 기관이 이미 헌법해석을 한 경우, 법적안정성의 견지에서 이를 가급적 존중하는 것이 바람직할 것이다.<sup>38)</sup> 기속독점주의, 기소편의주의가 우

32) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 93헌마113 결정.

33) 조규정(주21), 161쪽.

34) 청구인은 1990. 11. 6. 피고소인 김○순, 최○철을 사기혐의로 고소하였으나, 검사는 1991. 2. 27. 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 청구인은 92헌마46 사건으로 헌법소원을 제기하였으며, 헌법재판소가 1992. 6. 26. 헌법소원을 인용하는 결정을 선고하자 검사는 사건을 재기하였다. 그런데 검사가 1992. 11. 30. 다시 혐의없음의 불기소처분을 하자, 청구인도 93헌마113 사건으로 헌법소원을 제기하였으며, 헌법재판소가 1993. 11. 25. 다시 인용결정을 선고하자 검사는 다시 사건을 재기하였다. 피청구인은 보완수사를 한 다음 1994. 3. 31. 피고소인들에 대해 다시 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 청구인은 검찰청법의 규정에 따라 항고, 재항고를 하였으나 모두 기각되자 재항고기각결정을 송달받은 1995. 2. 4.로부터 30일 이내인 1995. 3. 4. 피청구인의 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다. (헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 95헌마75 결정)

35) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 93헌마113 결정, 1997. 7. 16. 선고 97헌마106 결정.

36) 이경렬(주23), 77쪽.

37) 조규정(주21), 150쪽.

38) 이경렬(주23), 98쪽.

리 형사소송법에 규정되어 있고, 그것이 헌법에 위반되지 않는 한 그 법은 준수되어야 한다. 따라서 검사의 기소유예 처분에 대하여 그 잘잘못을 헌법재판소에서 다룰 것이 아니라 입법정책으로서 법의 테두리에서 다루어야 할 것이다. 해결방법으로서 구체적인 입법정책은 다음 단락에서 제시한다.

#### 4. 기소유예 처분에 대한 불복방법이 없는 것이 위헌

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 국회의 입법권도 공권력 중의 하나이므로, 법률 그 자체가 직접적으로 기본권을 침해하고 있는 경우나 국회가 당연히 입법하여야 할 사항을 입법하지 않음으로써 기본권을 침해하고 있는 경우도 헌법소원의 대상이 된다.<sup>39)</sup>

이처럼 헌법재판소는 입법부작위에 대하여도 헌법소원의 대상으로 보고 있는데, 그렇다면 검사의 기소유예 처분에 대한 피의자의 불복방법이 입법되어 있지 않아 피의자는 유죄취지의 기소유예 처분을 받고 억울하여도 무죄로 확정받기 위하여 재판을 받고 싶어도 받을 방법이 없어 재판을 받을 권리를 침해당하고 있기에 기소유예 처분에 대한 불복방법이 없는 것 자체가 위헌의 소지가 있다고 볼 수 있다. 즉, 위헌의 소지가 있는 법률은 검찰청법 제10조 제1항,<sup>40)</sup> 형사소송법 제260조 제1항<sup>41)</sup>인데, 이에 대하여 이미 헌법소원심판이 여러 번 제기된 적이 있다.<sup>42)</sup>

형사소송법에 의한 재정신청을 청구하려면 우선 검찰청법의 항고를 거쳐야 하기에, 근본적인 문제인 검찰청법 제10조 제1항에 대한 위헌확인(2010헌마642) 사건을 살펴보면, 청구인은 “기소유예 처분을 받은 피의자도 유죄의 확정판결 전까지 무죄추정을 받으므로 고소인·고발인과 마찬가지로 검찰청법상 항고권이 인정되어야 하는데, 이를 인정하지 않는 이 사건 법률조항은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 재판을 받을 권리 등을 침해한다.”고

39) 헌법재판소 홈페이지 헌법소원심판 안내글.

40) 검찰청법 제10조(항고 및 재항고) ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

41) 제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. ② 제1항에 따른 재정신청을 하려면 「검찰청법」 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다.

42) 헌법재판소 2020. 8. 13. 선고 2020헌마952 결정, 2020. 3. 31. 선고 2020헌마438 결정, 2013. 9. 26. 선고 2012헌마562, 2012. 7. 26. 선고 2010헌마642 결정, 2001. 12. 26. 선고 2001헌마844 결정, 1997.8.21. 선고 94헌바2 결정 등.

주장하였고, 이에 대하여 헌법재판소는 “검찰청법상 항고제도의 인정 여부는 기본적으로 입법 정책에 속하는 문제로서 그 주체, 대상의 범위 등의 제한도 그것이 현저히 불합리하지 아니한 이상 헌법에 위반되는 것이라 할 수 없고, 고소인·고발인과 피의자는 기본적으로 대립적 이해관계에서 기소유예 처분에 불복할 이익을 지니며, 검찰청법상 항고제도의 성격과 취지 및 한정된 인적·물적 사법자원의 측면, 그리고 이 사건 법률조항이 헌법소원심판청구 등 피의자의 다른 불복수단까지 원천적으로 봉쇄하는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 피의자를 고소인·고발인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없다.”고 하였다.

헌법재판소에서 밝힌 것처럼, 피의자의 항고제도 인정 여부는 입법정책의 문제이다. 헌법재판소에 위헌이든 위헌이 아니든 판단에 따라서만 법률이 개정되는 것이 아니라, 헌법재판소에 의지하지 않고 입법부 스스로 검찰청법을 개정하면 되는 문제이다. 또한 헌법재판소는 항고제도의 취지를 한정된 인적·물적 사법자원의 측면을 고려하고, 피의자의 다른 불복수단으로 헌법소원심판청구가 있기에 피의자를 고소인과 합리적인 이유 없이 차별하는 것이라고 할 수 없다고 하고 있는데, 이러한 이유는 검찰의 한정된 자원 때문에 헌법재판소가 검찰 대신 항고부 역할을 하고 있다고 자인한다는 의미로 해석될 여지가 있다.

다른 사건을 살펴보면, 검사의 기소유예 처분에 대한 피의자의 불복 재판절차를 마련하지 않은 입법부작위에 대하여 헌법상 입법의무가 인정되는지 여부에 대한 사건(2012헌마562)에서 헌법재판소는 “헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법이 명시적인 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없기에 기소유예처분에 관한 법원의 일반적인 재판절차를 마련할 것인지 여부는 입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이다.”라고 하였다.

즉 어떠한 원칙에 따라 공소를 제기하고 그에 대한 통제를 어떻게 할 것인가의 문제는 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄성향, 우리가 채택한 형사사법제도의 기본골격 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 입법형성의 자유에 속하는 영역이라는 것이다.<sup>43)</sup> 그러므로 피의자의 기소유예 처분에 대한 불복방법은 검찰청법과 형사소송법을 입법자가 개정하면 되는 문제이다. 따라서 다음과 같이 검찰청법, 형사소송법 개정안을 제시한다.

43) 헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 94헌바2 결정.

〈표 4〉 검찰청법, 형사소송법 개정(안)

	현 행	개 정(안)
검찰청법 제10조 (항고 및 재항고)	① 검사의 불기소처분에 불복하는 <u>고소인</u> 이나 <u>고발인</u> 은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다.	① 검사의 불기소처분에 불복하는 <u>고소인</u> , <u>고발인</u> 이나 <u>피의자</u> 는 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다.
형사소송법 제260조 (재정신청)	① <u>고소권자</u> 로서 <u>고소</u> 를 한 자는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.	① <u>고소인</u> 이나 <u>피의자</u> 는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

위 〈표 4〉에서 보듯이, 검찰청법 제10조에서 항고할 수 있는 자를 ‘고소인, 고발인’으로 한정하지 말고, ‘고소인, 고발인이나 피의자’로 개정하여 피의자도 항고할 수 있도록 하여야 한다. 또한 형사소송법 제260조에서 재정신청권자도 ‘고소권자로서 고소를 한 자’로 한정하지 말고, ‘고소인이나 피의자’로 개정하여 피의자에게도 재정신청권을 보장하여야 한다.

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 이 의미는 국민이 기본권을 침해당했을 때는 법률에 구제절차를 가급적 마련하라는 의미로 넓게 해석하여야 하며, 헌법재판소는 보충성의 원칙에 의한 최후의 보루라는 의미이다.

따라서 법률에 구제절차가 마련되어 있지 않은 현 상황은 위헌적 상황이며, 단순한 입법의 미비로 인하여 피의자인 국민도 힘들고, 헌법재판소도 과중한 업무를 부담하고 있는 것이다. 항고를 통하여 행정부에서, 재정신청을 통하여 사법부에서 권리를 구제받을 수 있도록 법개정을 하면 되는 것을 그러한 입법의 노력 없이 한 개인의 조그마한 형사사건에 대하여 헌법재판소가 심판으로 해결해야만 하는 것은 헌법수호기관으로서의 궁극적 큰 의미를 퇴색시키고 있는 것이다.

## V. 결 론

우리나라 헌법재판소는 이제 30여년의 역사를 가지게 되었고 국민의 인식 속에 ‘헌법재판’이라는 단어도 더 이상 낯설지 않고 많이 익숙해져 있기에 성공적으로 잘 정착되어 있다고 평가를 할 수 있다. 그만큼 누구나가 공권력으로부터 기본권을 침해당했다고 생각할 때에는

언제든 헌법소원을 할 수 있다는 뜻이고 따라서 헌법재판소에 접수되는 사건은 해마다 증가하고 있는 것이다.

이와는 반대의 효과로 헌법소원심판의 과다청구로 인하여, 특히 검사의 불기소처분 중 기소유예 처분에 대하여 피의자의 불복방법이 법률에 없기에 헌법소원심판을 많이 청구함에 따라 ‘헌법소원심판’이라는 고유한 취지의 헌법의 파수꾼으로서의 역할보다는 검찰의 항고부 역할로 전락하는 모습을 보이기도 한다.

검사의 불기소처분에 대하여는 형사소송의 구조 내에서 그 통제방법을 강구하는 것이 현실적으로나 법리적으로나 입법정책적으로나 타당한 방법이다. 그럼에도 불구하고 거의 대부분의 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원을 헌법재판소가 관장하고 있다. 권력통제를 통한 헌법의 수호와 기본권보호를 헌법적 과제로 하는 헌법재판소의 본래의 기능을 원활하게 수행하는데 있어서, 여타의 권력통제의 기회비용을 따져 볼 때, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 비효율적인 업무로 인하여 헌법재판은 오히려 장애를 받고 있다고 볼 수 있다.<sup>44)</sup>

물론 헌법재판소에서 재판관, 연구관 등 담당 전문 인력을 확충하여 현행처럼 처리하는 것도 대안으로 제시할 수 있겠지만, 본 연구는 불기소처분에 대한 헌법소원심판의 문제는 과다처리에 대한 문제의 해결을 찾기 위한 연구가 아니라 기소유예 처분에 대한 피의자의 불복방법이 오로지 헌법소원심판 밖에 없음에 대하여 비판적으로 평가하고 그에 대한 법정정책 대안을 제시하고자 함에 있다.

어떠한 제도도 완벽할 수는 없다. 입법부는 변화되는 시대에 맞추어 법을 개정하여야 하고, 행정부는 개정된 법을 상황에 맞추어 잘 집행하여야 하며, 사법부는 국가권력이 국민의 기본권을 잘 보호하는지에 대하여 잘 판단하여 기본권수호기능의 역할을 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 국민의 기본권이 보호되지 않았을 때 마지막으로 보충성의 원칙에 의하여 헌법재판소에서 헌법적 가치를 지키며, 헌법적 판단을 하여야 한다.

국민들이 헌법에 헌법재판소를 사법부의 소속기관이 아니라, 별도의 헌법기관으로 규정하는 것은 그 만큼의 무게 있는 헌법재판소의 역할이 필요하였고, 또한 기대하였기 때문이다. 국민이 바라는 헌법재판소의 기능에 걸맞게 운영되도록 그동안 부족했던 법률을 개정하고 필요한 입법을 하여 제도를 재정비하여야 할 것이다.

44) 황치연(주13), 483쪽.

## | 참고문헌 |

- 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2009.
- 김하열, 헌법소원 사건의 효율적 처리에 관한 고찰, 공법연구 제43집 제1호(2014. 10.).
- 박경철, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토, 강원법학 제45집 (2015. 6.).
- 성낙인, 헌법학(제10판), 법문사, 2010.
- 이경열, 검사의 기소유예처분에 대한 헌법소원 인용결정의 비판적 검토, 홍익법학 제14권 제1호 (2013).
- 이경렬, 기소유예처분의 헌법소원에 관한 형사사법적인 평가, 원광법학 제34집 제1호(2018. 3.).
- 정재훈, 불기소처분에 대한 헌법소원, 고시계 제40집 제1호(1994. 12.).
- 조규정, 검찰의 불기소처분과 헌법소원, 저스티스 제24권 제2호(1991. 12.).
- 조상제, 불기소처분 및 기소유예제도에 관한 연구, 동아법학 제44호(2009. 8.).
- 허 영, 헌법소송법론(제4판), 박영사, 2009.
- 황치연, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 헌법판례연구 2(2000. 8.).

## | Abstract |

Many people have now become familiar with constitutional trials and the Constitutional Court through the presidential impeachment trial, the trial of the dissolution of a political party, and the trials of unconstitutional laws such as adultery and abortion in recent years. And, the Constitutional Court has now been recognized as an institution that protects the constitutional order based on constitutional trials.

However, news reports are sometimes announced that the Constitutional Court has made decisions to cancel the prosecution services' non-indictment of minor criminal cases, raising questions as to the appropriateness of such decisions of the Constitutional Court in Korea, which has adopted the convenience of prosecution.

In the case of objecting to the prosecution's disposition of non-prosecution, the complainant may be entitled to remedy through systems such as appeal, re-appeal, application for judgment, and constitutional complaint trial. However, in relation to dispositions of non-prosecution, the only way for a suspect to disobey a non-prosecution disposition, which is particularly unfavorable to the suspect, is to file a constitutional complaint.

The principle of subsidiarity is applied to the Korean Constitutional Court. However, the principle of subsidiarity cannot be applied to the method of disobeying a suspended prosecution. This is because there is no other remedy under the current law. Therefore, it is necessary to reorganize the legal system so that the Constitutional Court does not handle minor cases. In other words, the provision of an appeal system for suspects is a matter of legislative policy. The law can be amended not only according to the Constitutional Court's judgment on whether the law is unconstitutional but also by the legislature.

Therefore, in Article 10 of the Public Prosecutor's Office Act, the person who can appeal should not be limited to 'complainant, informer', but should be amended

to ‘complainant, informer or suspect’ so that the suspect can also file an appeal. In Article 260 of the Criminal Procedure Act, the right to file a request for adjudication should not be limited to ‘a person who has filed a complaint as a person with the right to file a complaint’, but it should be amended to ‘a complainant or a suspect’ to guarantee the right to apply for adjudication to the suspect.

A constitutional complaint may not be filed if there is a remedy procedure provided for in other Acts unless all the procedures have been completed. This points out that when the people’s fundamental rights are violated, the law should provide remedies if possible so that the Constitutional Court should be the last resort. The reason why the people defined the Constitutional Court as a constitutional institution was that the role of the Constitutional Court was crucial. Now, the relevant laws must be amended so that the Constitutional Court can become a Constitutional Court that meets the expectations of the people.

**Keywords:** Constitutional Complaint Trial, Non-indictment Disposition, Suspension of Prosecution, Principle of Opportunity, Principle of Subsidiarity.



# 영국 인권법 하에서의 규범통제의 양상 - 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 중심으로 - Judicial Review under the Human Rights Act 1998 in the United Kingdom - Focusing on the Declaration of Incompatibility -

헌법재판소 헌법연구관 황지섭  
Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea, Hwang, Jee-Sub

## ■ 목 차 ■

I. 서론 .....	285	2. 불합치선언의 주요 사례들 .....	297
II. 인권법의 제정배경, 주요 내용과 특징 · 286		3. 검토 .....	306
1. 인권법의 제정배경 .....	286	IV. 시사점 .....	308
2. 인권법의 의의 .....	288	1. 우리의 규범통제제도와의 비교 .....	308
3. 인권법의 주요 내용 .....	289	2. 영국의 사례를 통한 시사점 .....	310
4. 인권법의 특징 .....	294	V. 결론 .....	312
III. 불합치선언의 실제 양상 .....	296		
1. 개관 .....	296		

\* 본 논문은 서울대학교 법학전문대학원 학문후속세대양성센터의 연구지원을 받아 작성한 것이다.

## Ⅰ 국문초록

전통적으로 영국에서는 의회주권원칙이 확고하게 자리하고 있었다. 그런데 '1998년 인권법'(Human Rights Act 1998)의 제정으로, 의회가 제정한 법률이 유럽인권협약에 규정된 권리와 합치하지 않을 경우 법원이 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 할 수 있게 되었는데, 이로써 의회의 제정법에 대한 법원의 규범통제가 가능해지게 되었다. 이는 영국 헌정사에 있어서 획기적인 변화이다.

본고는 인권법의 제정배경과 그 주요 내용 및 특징을 살펴본 후, 불합치선언이 실제로 이루어진 영국 법원의 주요 판례들을 통하여 규범통제의 실제 양상을 분석하고, 이를 토대로 그 헌법적 함의와 시사점을 고찰한다.

영국은 유럽인권협약을 국내법으로 수용하기 위한 입법적 조치를 오랜 기간 동안 취하지 아니하였다. 그러나 영국이 유럽인권재판소에서 패소하는 경우가 많아지면서 그와 같은 입법적 조치를 요구하는 목소리가 높아졌고, 1997년 5월 노동당이 유럽인권협약의 국내법 편입을 선거공약으로 내세워 압도적인 승리를 거두면서, 1998. 11. 9. 인권법이 제정되었다.

인권법은 1689년 이후 최초의 성문 권리장전(Bill of Rights)으로서, 영국 법체계 전반에 중대한 변화를 가져왔다. 인권법 제3조는 법원에게 '그렇게 하는 것이 가능한 한' 유럽인권협약상 권리와 합치하는 방향으로 모든 법률을 해석하고 집행할 해석의무를 지운다. 만약 그러한 해석이 불가능하다면 인권법 제4조에 따라 법원이 불합치선언을 할 수 있다. 다만 법원의 불합치선언이 있다 하더라도 해당 규정이 무효로 되는 것은 아니며, 그러한 불합치의 상황을 바로잡는 것은 여전히 의회의 재량에 맡겨져 있다. 이는 매우 독특한 형태로서, 위헌 결정이 있는 경우 법률의 효력이 상실되는 일반적인 규범통제제도와는 차이가 있다. 이것은 영국이 규범통제를 받아들이면서도 동시에 전통적인 의회주권원칙과의 조화를 모색한 것으로 볼 수 있다.

인권법 시행 이래 현재까지 주로 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리), 제6조(공정한 재판받을 권리), 제8조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리), 제14조(차별 금지) 등과 관련하여 불합치선언이 많이 이루어졌다. 불합치선언이 실제로 이루어진 사례는 많지 않으나, 불합치선언이 있었던 경우 의회는 그에 대하여 응답할 법적 의무가 없음에도 불구하고 많은 경우에 이를 수용하여 새로운 입법을 하여 왔다.

우리와 같이 사법부가 위헌 법률을 무효화하는 권한을 갖는 제도의 경우, 민주적 정당성이 취약한 사법부에게 공동체의 주요 현안에 대한 의사결정권한을 부여함에 따른 민주주의의 후퇴가 그 문제점으로 지적되고 있다. 영국에서는 법원이 불합치선언을 하더라도 그에 대한 최종결정권을 의회에 부여함으로써, 중요한 사회 문제들을 의회 및 대중의 토론의 영역으로 남겨 두고, 법원과 입법부 상호간의 대화를 통하여 헌법적 분석의 질을 향상시킬 수 있는 장점이 있다. 이처럼 규범통제제도를 도입하면서도 전통적인 의회주권원칙과의 조화를 도모하고 있는 영국의 사례는, 우리의 규범통제제도의 운용 방향에 대하여도 의미 있는 시사점을 제공해 준다.

**주제어:** 영국의 규범통제, 영국 인권법, 불합치선언, 약한 형태의 사법심사, 헌법적 대화, 의회주권원칙, 의회우위의 원칙

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 19. 게재확정일: 2021. 12. 8.)

## I. 서론

전통적으로 영국에서는 의회주권원칙이 확고하게 자리하고 있었다. 위 원칙에 의하면 의회는 어떠한 법이든 제정하거나 폐지할 수 있고, 법원을 포함한 어떠한 기관도 의회의 법률을 무효화하거나 무시할 권한을 갖는다고 인정되지 아니하였다.

그런데 유럽인권협약(the European Convention on Human Rights,<sup>1)</sup> 이하 ‘협약’이라고도 한다)의 국내적 편입을 위한 ‘1998년 인권법’(Human Rights Act 1998, 이하 ‘인권법’이라 한다)의 제정으로, 의회가 제정한 법률이 유럽인권협약에 규정된 권리와 합치하지 않을 경우 법원이 불합치선언(Declaration of Incompatibility)을 할 수 있게 되었는데, 이로써 의회의 제정법에 대한 법원의 규범통제가 가능해지게 되었다. 이는 영국 헌정사에 있어서 획기적인 변화이다.<sup>2)</sup>

다만 법원의 불합치선언이 있다 하더라도 해당 규정이 무효로 되는 것은 아니며, 그러한 불합치의 상황을 바로잡는 것은 여전히 의회의 재량에 맡겨져 있다. 이는 매우 독특한 형태로써, 위험 결정이 있는 경우 법률의 효력이 상실되는 일반적인 규범통제제도와는 차이가 있다. 이것은 영국이 규범통제를 받아들이면서도 동시에 전통적인 의회주권원칙과의 조화를 모색한 것으로 볼 수 있다.

영국 인권법의 내용과 그것이 의회주권원칙에 미친 영향에 대하여는 국내의 선행 연구들이 상당수 존재한다.<sup>3)</sup> 그러나 구체적인 사례를 바탕으로 영국 인권법 제정 이후의 규범통제의 실제 양상을 본격적으로 살펴본 연구는 많지 않다.<sup>4)</sup> 이에 본고는 불합치선언이 실제로 이루어진 영국 법원의 주요 판례들을 통하여 규범통제의 실제 양상을 분석하고, 이를 토대로 그

1) 유럽인권협약의 정식 명칭은 ‘인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약’(the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이다.

2) 인권법은 행정부 및 입법부로부터 사법부의 전례 없는 정치적 권력의 이전, 그리고 영국 ‘정치적 헌법’의 근본적인 재구성을 표상하며, 어쩌면 권리장전이 공포된 1688년 이래 영국에서 있었던 가장 중요한 정치권력의 공식적 재분배라고 하는 설명으로는 K D Ewing, ‘The Human Rights Act and Parliamentary Democracy’ (1999) 62 Mod L Rev 79, 79 참조.

3) 김대순, 영국의 “인권법 1998”과 의회주권원칙의 동요, 국제법학회논총 제47권 제3호(2002. 12.), 1-20면; 임중훈, 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 세계헌법연구 제11권 제2호(2005. 12.), 119-136면; 임중훈, 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제 - 2000년 인권법 시행 이후의 변화도, 세계헌법연구 제16권 제3호(2010. 8.), 833-854면; 김연식, 영국 인권법 도입 이후 사법심사의 현재와 전망, 성신법학 제14호(2014. 12.), 73-92면 등 참조. 한편 인권법이 공권력의 행사를 넘어 사인간의 분쟁에도 확장되는지 여부에 대한 ‘기본권의 수평적 효력’ 논의에 대하여는 이노홍, 영국 기본권의 수평적 효력이론에 관한 고찰, 홍익법학 제15권 제1호(2014), 57-89면 참조. 인권법이 사법관계(私法關係)에 미치는 영향에 대해서는 윤진수, 영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향, 서울대학교 법학 제43권 제1호(2002. 3.), 125-158면 참조.

4) 임중훈(주 3), 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제, 837면 이하에서 일부 판례의 내용이 개략적으로 소개되어 있다.

헌법적 함의와 시사점을 고찰하고자 한다. 이를 위해서는 인권법의 제정배경과 그 주요 내용 및 특징에 대한 이해가 선행되어야 하므로, 해당 내용도 함께 살펴볼 것이다.

본고는 크게 세 부분으로 구성된다. 먼저 인권법의 제정배경과 인권법의 주요 내용 및 특징을 살펴본다. 본고와 관련해서는 입법해석을 규정하고 있는 인권법 제3조와 불합치선언을 규정하고 있는 인권법 제4조가 중요하므로, 해당 조항들을 중심으로 인권법의 주요 내용을 개관한다(II). 그 후 불합치선언이 이루어진 영국 법원의 주요 판례들과 그에 대한 의회의 응답을 중심으로 불합치선언의 실제 양상을 살펴본다(III). 마지막으로, 이러한 검토내용을 토대로 하여 영국의 제도가 우리에게 주는 시사점을 고찰한다(IV).

## II. 인권법의 제정배경, 주요 내용과 특징

### 1. 인권법의 제정배경

#### (1) 인권법 제정 이전의 상황

의회주의의 전통을 가진 영국에서는 종래 의회주권원칙(parliamentary sovereignty) 또는 의회우위의 원칙(parliamentary supremacy)이 확고하게 자리 잡아 왔다.<sup>5)</sup> Dicey에 따르면, 의회는 어떠한 법이든 제정하거나 폐지할 수 있으며, 영국법에 의해 인정되는 어떠한 사람이나 기구도 의회의 법률을 무효화하거나 무시할 권한을 갖는다고 인정되지 아니한다.<sup>6)</sup> 즉, 의회제정법률은 영국의 최고법이고 그 내용은 법적으로 무제한이다.<sup>7)</sup>

한편, 불문헌법 국가인 영국은 인권법 제정 이전에 서구 민주주의 국가 중 거의 유일하게 기본권의 적극적 보장 제도를 가지고 있지 않은 국가였다.<sup>8)</sup> 성문헌법이나 인권 문서에 의한

5) 영국의 의회주권원칙에 대한 개괄적인 설명으로는 임종훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 120-126면 참조.

6) A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn, Macmillan Press 1959), 39-40 참조. 원문은 다음과 같다. "The principle of Parliamentary sovereignty means ... that Parliament ... has ... the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament."

7) Stephen Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism' (2001) 49 Am J Comp L 707, 712 참조. 영국 의회는 헌법적 사항도 일반법의 제정절차에 의하여 제정 혹은 개정할 수 있으며, 그 가장 대표적인 예가 1998년 인권법을 제정하여 유럽인권협약이 의회 제정법보다 우위에 있는 권리장전으로서 역할을 할 수 있게 한 것이라는 설명으로는 임종훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 123면 참조.

8) 그러나 다양한 역사적인 헌법적 텍스트들이 특정한 권리들을 제한적으로 보장하였다. 1215년에 기초된 마그나

기본권의 적극적 보호가 없어, 영국 국민들이 기본권을 침해하는 공공기관의 작위 또는 부작위로부터 권리를 제대로 보호받지 못하는 경우가 발생하였다.<sup>9)</sup>

## (2) 인권법의 제정 경과

유럽평의회(Council of Europe)의 첫 번째 인권규약인 유럽인권협약은 1950. 11. 4. 채택되어 1953. 9. 3. 발효되었다. 협약은 여러 차례 후속 의정서를 통해 보호 권리를 확장해왔다.<sup>10)</sup> 영국은 최초의 조약 가맹국 중 하나로서, 영국 법률가들이 협약 초안의 상당 부분을 책임지기도 하였다.<sup>11)</sup> 영국은 협약을 1951년에 비준하였고 1966년에 청원에 대한 개인적 권리를 인정하였다. 하지만 다른 체약국과 달리 협약을 국내법으로 편입하기 위한 입법적 조치를 오랜 기간 동안 취하지 아니하였는데, 기존의 영국 보통법(common law)이 이미 인권을 충분히 보호하고 있다는 것이 그 이유였다.<sup>12)</sup>

그러나 영국이 유럽인권재판소(the European Court of Human Rights)에서 패소하는 경우가 많아지면서, 위와 같은 입장이 힘을 잃기 시작하였다.<sup>13)</sup> 이는 부분적으로는 사법부가 영국법을 협약과 일치하게 발전시킬 수 없었기 때문이었다. 영국법의 이원론적 원칙 하에서는, 협약과 같이 영국 정부에 의하여 비준된 국제 조약은 의회 입법으로 국내법에 편입되기 전까지는 국내 법원에서 직접적인 효력을 가질 수 없었다.<sup>14)</sup> 이에 따라 협약이 발효된 후 50여 년이 지나는 동안에도 영국 법원은 협약을 직접 적용하여 재판할 수 없었다.<sup>15)</sup> 권리장전

---

카르타는 인신보호영장(habeas corpus)과 배심원에 의한 재판의 개념을 창안하였다. 1689년의 권리장전은 잔인하고 이례적인 형벌의 금지를 포함하는 몇몇 조항들을 포함하고 있었다. 그러나 이는 주로는 군주의 권력을 제한하는 정치적 합의의 일부뿐이었고 시민들의 기본권을 보호한다고 여겨지지는 않았다. John Wadham et al., *Blackstone's Guide to The Human Rights Act 1998* (7th edn, OUP 2015) para 1.06 참조. 같은 취지의 서술로 이노홍(주 3), 60-61면 참조.

9) Wadham et al.(주 8), para 1.03; 이노홍(주 3), 60-62면 참조.

10) 유럽인권협약 및 후속의정서의 내용에 관한 개괄적 설명으로는 김성진, 유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인 권보장체계, 헌법학연구 제21권 제1호(2015. 3.), 12-16면 참조.

11) 협약 초안 작성과정에서 있었던 논의 및 협상에 관하여 상세한 내용은 A. W. Brain Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (OUP 2004), 649-753 참조.

12) 임중훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 127면; 김대순(주 3), 2면; Wadham et al.(주 8), paras 1.04-1.05 참조.

13) 임중훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 127면; 유럽인권재판소가 영국이 협약상 권리를 침해하였다고 판단한 비율에 대하여 영국 정치인들이 당혹스러워 했다는 설명으로 Mark Tushnet, 'The rise of weak-form judicial review', in Tom Ginsburg, Rosalind Dixon(eds) *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing 2011), 329 참조. 영국을 상대로 유럽인권재판소에 제기된 사건들이 꾸준히 점점 더 증가한 것이 다른 어떤 사실들보다도 인권법의 제정을 촉진하였다는 설명으로는 Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (CUP 2009), 3 참조.

14) Wadham et al.(주 8), para 1.12 참조.

15) 김대순(주 3), 2면 참조. 그러나, 인권법이 시행되기 전에도, 영국에 불리한 유럽인권재판소의 결정을 통하여,

의 지지자들은 영국에서 권리에 대한 보통법의 보호조치가 불충분하다고 오랜 기간 주장하였다. 또한, 영국은 서구 민주주의 국가들 중 성문의 권리장전을 갖지 않은 소수의 국가 중 하나로서, 영국 시민들은 협약상 권리를 실행하기 위하여 유럽인권재판소까지 길고 비싼 여정을 어쩔 수 없이 시작한다고 지적하였다.<sup>16)</sup>

1992년 노동당 대표가 된 John Smith는 노동당 강령에 편입할 헌법개혁 패키지를 마련하였고, 그의 후임자인 Tony Blair가 그 개혁 중 많은 부분을 실행하였다. 1996년 12월, Jack Straw 의원과 Paul Boateng 의원은 ‘권리를 국내로 가져오기(Bringing Rights Home)’라는 자문보고서를 통하여, 만약 노동당이 1997년에 예정된 선거에서 승리할 경우 협약을 국내법으로 편입할 것이라는 노동당의 계획을 제시하였다. 1997년 5월, 노동당은 협약의 국내법 편입을 포함한 선거공약으로 압도적인 승리를 거두었다.<sup>17)</sup>

그리하여 1998. 11. 9. 인권법이 협약의 국내적 편입을 위해 제정되었다. 그러나 법관들에게 인권법의 내용을 교육하는 등 인권법 시행을 위한 준비기간이 필요하여,<sup>18)</sup> 위 법률은 2001. 10. 2. 시행되었다.

## 2. 인권법의 의의

인권법은 1689년 이후 최초의 성문 권리장전(Bill of Rights)으로서,<sup>19)</sup> 영국 법체계 전반에 중대한 변화를 가져왔다.<sup>20)</sup> 이에 인권법의 제정은 “영국헌정사의 전환점”<sup>21)</sup>이라고 불리며 매우 중요한 업적으로 인정되고 있다. 이는 유럽인권협약에 의하여 보호되는 대부분의 권리를 법원의 해석 권한 및 그와 결부된 불합치선언 권한을 통하여 국내법으로 집행할 수 있도록 하였고,<sup>22)</sup> 그 시행 이래 인권 문제가 관련된 사건들에서 보통법 및 다른 법률들의 해석과

혹은 협약에 기초한 법적 논쟁을 기초로 보통법을 발전시킴으로써 협약의 원칙이 국내 법원에 직·간접적으로 영향을 미치는 것은 가능하였다고 한다. Wadham et al.(주 8), para 1.13 참조. 협약 편입 이전에 영국의 각급 법원에서 유럽인권협약 등 국제인권법을 언급한 사례들의 목록은 Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* (Hart Publishing 1997), Appendix 1 참조.

16) Wadham et al.(주 8), para 1.18 참조.

17) 이상의 내용은 Wadham et al.(주 8), paras 1.22, 1.24; Tushnet(주 13), 329-330 참조.

18) 임중훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 126면; 김대순(주 3), 3면 참조.

19) 임중훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 126면 참조. 인권법이 처음 시행될 당시 내무장관이던 Jack Straw는 이를 ‘지난 3세기 동안 이 나라가 보게 되는 최초의 권리장전’이라고 묘사하였다. ‘No one can be simultaneously free yet live in fear-Jack Straw’s speech to the Institute of Public Policy Research’ *The Guardian* (13 Jan 2000) <www.theguardian.com/politics/2000/jan/13/labour.labour1997to996> accessed 19 October 2021.

20) 임중훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 126면; Gardbaum(주 7), 709-710 참조.

21) Lord Lester of Herne Hill QC, ‘The Impact of the Human Rights Act on Public Law’, in *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles* (The University of Cambridge Centre for Public Law 1998), 105 참조.

적용을 바꿔놓았다.<sup>23)</sup> 영국 국민들은 예전에는 ‘소극적’ 자유를 가졌지만, 지금은 적극적 자유와 이를 강제할 권한을 누리고 있다.

인권법은 인권을 모든 법률과 공권력의 행사에 적용되는 일반적 규범으로 확립함으로써 기본적 권리와 자유를 보호하기 때문에, 영국 국내법에서 특별한 지위를 갖는다고 여겨진다.<sup>24)</sup> 이에 항소법원 재판관 Laws는 인권법을 1215년의 마그나 카르타, 1689년의 권리장전과 함께 ‘헌법적 법률(Constitutional Statutes)’의 범주에 넣기도 하였다.<sup>25)</sup>

### 3. 인권법의 주요 내용

인권법은 유럽인권협약에 따른 권리와 자유를 더 잘 실현하기 위한 법이다.<sup>26)</sup> 즉, 인권법의 무엇보다 중요한 목적은 유럽인권협약을 기존의 법체계에 편입하여 모든 법원이 협약의 논의를 고려하고, 유럽인권재판소에서 인정받을 수 있었던 권리는 국내 법원에서도 보장될 수 있도록 하는 것이다.<sup>27)</sup>

국내법에서 협약상 권리를 더 잘 실현하기 위하여 인권법은 세 가지의 주요한 수단을 사용하고 있다. 첫 번째는 인권법 제3조, 제4조, 제10조에 따라 법률을 협약상 권리에 합치하게 해석하도록 강제하고, 그러한 해석이 불가능할 경우 법원의 불합치선언을 통하여 개정입법이 이루어지게 하는 것이다. 두 번째는 제6조 내지 제9조에 따라 공권력이 협약상 권리와 불합치하는 방식으로 작용하는 것을 불법으로 만들고 그에 대한 구제수단을 제공하는 것이다. 마지막으로, 제19조에 따라 협약상 권리가 입법절차에 영향을 미칠 수 있게 하는 방안을 제공하는 것이다.<sup>28)</sup> 이 논문의 주제와 관련해서는 첫 번째 내용이 가장 중요하므로, 이하에서는 이를 중심으로 살펴본다.

22) Tushnet(주 13), 329 참조.

23) Wadham et al.(주 8), para 3.02 참조.

24) Tom Hickman, *Public Law after the Human Rights Act* (Hart Publishing 2010), 48 참조.

25) *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151 [62] (Laws LJ) 참조. 그는 의회 제정법은 보통의 법률(ordinary statutes) 법률과 헌법적 법률(constitutional statutes)로 나눌 수 있는데, 후자는 (a) 일반적이고 매우 중요한 방식으로 시민과 국가 사이의 관계에 영향을 미치거나, (b) 근본적인 헌법적 권리의 범위를 확대하거나 축소하는 법률을 말하며, 그것의 예로는 마그나 카르타, 1689년의 권리장전, 연합법(the Act of Union), 인권법 등이 있다고 하였다. 한편, 영국의 ‘헌법적 법률’은 정부의 기본구조, 시민의 자유 및 권리 등에 관한 법률로서, 그 예로는 1215년의 대헌장, 1626년의 권리청원, 1689년의 권리장전, 1832년의 제1차 선거법 개혁, 1911년의 의회법 등이 있다는 설명으로는 차동욱, 유럽통합과 영국에서의 헌법 변화 - 유럽인권협약의 국내적 실효성 확보 노력을 중심으로 -, 영국연구 제24호(2010. 12.), 26면 참조.

26) 인권법 전문 참조.

27) Wadham et al.(주 8), para 3.02 참조.

28) 이상의 설명방식은 Kavanagh(주 13), 9-10을 인용한 것이다.

### (1) 협약상 권리(The Convention Rights): 인권법 제1조

인권법에서 말하는 ‘협약상 권리’는 협약 제16조에서 제18조까지의 규정과<sup>29)</sup> 함께 해석되는, ① 협약 제2조 내지 제12조, 제14조, ② 제1의정서(First Protocol) 제1조 내지 제3조, ③ 제13의정서(Thirteenth Protocol) 제1조에 규정된 자유와 권리를 의미한다(인권법 제1조 제1항).

위 ‘협약상 권리’와 관련된 협약의 조문들은 인권법 별지 1(Schedule 1)에 수록되어 있는데, 그 목록을 열거하면 다음과 같다.<sup>30)</sup>

- 협약 제2조(생명권), 제3조(고문금지), 제4조(노예제와 강제노동 금지), 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리), 제6조(공정한 재판을 받을 권리), 제7조(죄형법정주의), 제8조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리), 제9조(사상, 양심, 종교의 자유), 제10조(표현의 자유), 제11조(집회와 결사의 자유), 제12조(혼인할 권리), 제14조(차별금지)
- 제1의정서 제1조(재산의 보호), 제2조(교육에 관한 권리), 제3조(자유선거에 관한 권리), 제13의정서 제1조(사형의 폐지)

한편, 협약에 따른 자유와 권리 중 인권법의 ‘협약상 권리’에서 제외된 것은 협약 제1조(인권 존중의 의무),<sup>31)</sup> 제13조(실효적 구제를 향유할 권리),<sup>32)</sup> 제15조(비상시의 협약 적용 제외)와 관련된 권리이다.

### (2) 협약상 권리의 해석(Interpretation of Convention rights): 인권법 제2조

협약상 권리와 관련하여 발생하는 문제들을 결정하는 법원이나 재판소는, 그 문제가 생겨난 소송절차와 관련된다고 판단되는 한에서는, 그것이 언제 만들어지거나 부여된 것이건 간에<sup>33)</sup> 유럽인권재판소의 판결, 결정, 선언 또는 권고적 의견 등을<sup>34)</sup> 고려하여야 한다(인권법 제2조).

29) 협약 제16조는 외국인의 정치활동 제한, 제17조는 권리남용의 금지, 제18조는 권리제한의 한계에 관하여 규정하고 있다.

30) 인권법의 목적을 위하여 위 조항들을 적용할 때에는 영국정부가 명시한 적용제외(derogation)나 유보(reservation)에 따른다. 인권법 제1조 제2항 참조.

31) 위 조항은 국가간의 보장(interstate guarantee)이라는 이유로 편입대상에서 제외되었다고 한다. Dominic McGoldrick, ‘The United Kingdom’s Human Rights Act 1998 in Theory and Practice’ (2001) 50 Int’l & Comp LQ 901, 907; 김대순(주 3), 5면 참조.

32) 영국 정부의 입장은, 협약 제13조에 따른 의무는 인권법 자체를 통과시킴으로써, 특히 인권법 제8조의 구제조항에 의하여 충족되었다는 것이었다고 한다. McGoldrick(주 31), 907-908; 김대순(주 3), 5면 참조.

33) 즉, 과거의 것이든 미래의 것이든 불문한다. 김대순(주 3), 5면 참조.

34) 인권법 제2조는 그 밖에 유럽인권위원회(European Commission of Human Rights)의 견해나 결정, 각료위원회(Committee of Ministers)의 결정 등도 열거하고 있으나, 이들 기관은 1998. 11. 1. 제11의정서가 발효함으로써 새로운 유럽인권재판소가 업무를 개시하기 전에 사법적 기능을 담당하던 기구로서, 현재는 해당 기관들에 관한 규정 내용은 큰 의미를 가지지 않는다. 이 부분에 관한 자세한 설명은 김대순(주 3), 6면 참조.



이 조항으로 인해 유럽인권재판소의 사법적 논증 방식이 영국 법실무에 서서히 들어왔다.<sup>35)</sup>

위 의무는 유럽인권재판소의 판례 등을 ‘고려할 의무’이지, 이를 ‘채택 또는 적용할 의무’나 저기에 ‘구속받을’ 의무는 아니다.<sup>36)</sup> 위 조항은 유럽인권재판소 법리가 인권 보호를 위한 최후의 수단임을 의미하는 것으로, 그것이 독립적인 국내법 인권 원칙의 발전을 방해하여서는 아니 된다. 즉, 그것은 인권보호의 최저기준(바닥)으로 취급되어야 하고, 최고기준(천장)으로 취급되어서는 안 된다.<sup>37)</sup> 따라서 영국 법관들이 유럽인권재판소 판례 등의 인권보호수준이 낮다고 생각하여 그 보호수준을 높이는 것은 가능하다.<sup>38)</sup>

### (3) 입법해석(Interpretation of legislation): 인권법 제3조

그렇게 하는 것이 가능한 한, ‘상위규범(primary legislation)’과<sup>39)</sup> ‘하위규범(subordinate legislation)’은<sup>40)</sup> 협약상 권리와 합치하는(compatible) 방향으로 해석되고 실시되어야 한다 (인권법 제3조 제1항). 제3조는 인권법의 핵심조항 중 하나이다.<sup>41)</sup>

상위규범과 하위규범을 ‘그렇게 하는 것이 가능한 한’ 협약상 권리와 합치하도록 해석하고 시행하여야 한다는 것은 ‘그것이 명백히 불가능한 경우가 아닌 한’을 의미하는 것으로 해석되어 왔다.<sup>42)</sup> 이에 위 조항은 ‘선택적인 해석규범’이 아니라<sup>43)</sup> ‘강력한 해석의무’로<sup>44)</sup> 받아들여

35) Wadham et al.(주 8), para 3.56 참조.

36) 김대순(주 3), 6-7면 참조.

37) Wadham et al.(주 8), para 3.57 참조.

38) 김대순(주 3), 6-7면 참조. 한편, 유럽인권협약 체결국의 법원과 유럽인권재판소는 인권 보호와 관련하여 그 역할이 중복되는데, 유럽인권재판소의 위상이 높아지면서 양자 간의 갈등의 가능성이 커지고 있다는 설명으로는 송석윤, 공적 인물의 인격권과 언론의 자유 - 독일 연방헌법재판소와 유럽인권법원의 캐롤라인 결정을 중심으로 -, 공법연구 제39집 제1호(2010. 10.), 235면 참조.

39) “상위규범”에는 영국 의회에서 통과되어 영국 전역(잉글랜드, 웨일스, 스코틀랜드, 북아일랜드)에 적용되는 Public General Act와, 특정 지역, 단체 또는 개인에게만 적용되는 Local and Personal Act, Private Act 등이 포함된다(인권법 제21조 제1항). 위 각 법률에 대한 설명은 법제처 세계법제정보센터, 영국편 (<[https://world.moleg.go.kr/web/wli/nationReadPage.do?ISO\\_NTNL\\_CD=UK](https://world.moleg.go.kr/web/wli/nationReadPage.do?ISO_NTNL_CD=UK)> (최종방문일: 2021. 10. 29.))을 함께 참조하였다.

40) “하위규범”에는 추밀원령(Order in Council), 스코틀랜드, 웨일스, 북아일랜드 의회의 법률, 상위규범이나 위 법률들에 따라 제정된 명령, 규칙, 규정 등이 포함된다(인권법 제21조 제1항).

41) *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [39] (Lord Steyn); *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557 [26] (Lord Nicholls of Birkenhead) 참조.

42) *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [44] (Lord Steyn) 참조. 인권법안의 의결 과정에서 위 ‘그렇게 하는 것이 가능한 한’이라는 문구를 ‘그렇게 하는 것이 합리적인 한’으로 약화시키자는 수정제안이 있었으나, 영국 정부는 이를 거부하였다. 그 이유는 협약과 합치하는 모든 ‘가능한’ 조항해석을 찾을 강력한 의무를 보존하고 싶었기 때문이었다고 한다. Wadham et al.(주 8), para 3.33 참조.

43) *Re S and Re W* [2002] UKHL 10, [2002] 2 AC 291 [37] (Lord Nicholls of Birkenhead) 참조.

44) *R v. DPP Ex P Kebeline* [2000] 2 AC 326 (Lord Steyn); *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [44] (Lord Steyn); *Sheldrake v. DPP* [2004] UKHL 43, [2005] 1 AC 264 [28] (Lord Bingham of Cornhill) 참조.

지고 있다. 상원(House of Lords)은<sup>45)</sup> 통상적인 해석방법에 따를 때 법률의 의미에 불명확성이 없는 경우에도, 인권법 제3조는 해당 법률이 다른 의미를 부여받도록 할 수 있으며,<sup>46)</sup> 법원에게 그 법률을 제정한 의회의 의도를 벗어나라고 요구할 수도 있다고 하였다.<sup>47)</sup>

그러나, 기존의 어떠한 해석원칙보다 강력함에도 불구하고, 제3조는 여전히 해석원칙일 뿐이다. 그것은 법관들이 입법자처럼 행위할 자격을 부여하지 않으며, 위 조항의 '합치성'은 그것이 가능한 경우에만 달성된다.<sup>48)</sup> 만약 합치되게 해석하는 것이 불가능하다면 인권법 제4조가 적용된다.<sup>49)</sup>

위 조항은 상위규범과 하위규범이 언제 제정되었는지에 상관없이<sup>50)</sup> 적용된다. 위 조항은 협약상 권리와 합치하지 않는 상위규범이나 하위규범의 유효성, 계속 중인 시행 또는 집행에 영향을 주지 아니한다(인권법 제3조 제2항).<sup>51)</sup>

#### (4) 불합치선언(Declaration of incompatibility):<sup>52)</sup> 인권법 제4조

상위규범의 경우, '어떠한 조항이 협약상 권리와 합치하지 않는다고 판단하는 경우'(인권법 제4조 제2항), 하위규범의 경우, 어떠한 조항이 협약상 권리와 불합치하고, 상위규범으로

45) 종래 영국에서는 상원(House of Lords)의 상고심위원회(Appellate Committee)가 최고법원의 역할을 수행하였다. 그러나 2005. 3. 24. '2005년 헌법개혁법'(Constitutional Reform Act 2005)의 제정으로 영국에서도 2009년 10월부터 의회에서 완전히 분리·독립한 '대법원'(Supreme Court)이 최고법원의 역할을 수행하고 있다. 이는 최고법원을 의회에서 분리·독립시켜 의회와 사법부 간의 권력분립을 분명히 하기 위한 것이었다. 이 내용에 관하여 자세한 설명은 임종훈, 영국 대법원의 독립과 그 헌법적 함의, 공법연구 제43집 제3호(2015. 2.), 234-235면 참조.

46) *Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC)* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557 [29] (Lord Nicholls of Birkenhead); *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [44] (Lord Steyn) 참조.

47) *Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC)* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557 [30] (Lord Nicholls of Birkenhead) 참조. 이에 따라 때로는 언어학적으로 부자연스러워 보일 수 있는 법률 해석이 필요한 경우도 발생할 수 있다는 설명으로는 *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [44] (Lord Steyn) 참조. 상원은 자신의 해석권한을 사용함에 있어 상당히 공격적이었으며, 법문언의 있는 그대로의 의미보다 우선하기 위하여 인권 문제를 원용하는 것으로 보인다는 설명으로는 Tushnet(주 13), 330 참조.

48) *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [108] (Lord Hope of Craighead) 참조.

49) 김대순(주 3), 12면 참조.

50) 즉, 인권법 제정 이전이든 이후이든 상관없다. Kavanagh(주 13), 10 참조.

51) 따라서 법원이 위 조항에 따른 해석으로 법률을 무효로 만들 수는 없다. Kavanagh(주 13), 10 참조.

52) 'incompatible'은 사전적으로 '양립할 수 없는'이라는 의미를 갖고 있다(옥스퍼드 영한사전 참조). 이에 'Declaration of incompatibility'를 '양립불가 선언'이라고 번역한 문헌도 있다(김대순(주 3), 13면 이하 참조). 위와 같은 번역이 사전적 의미에 충실한 번역일 것이나, 인권법의 제정 배경이나 전체적인 체계를 보았을 때 인권법 제4조가 법원에게 요구하는 것은 의회가 제정한 법률이 협약상 권리와 합치 또는 부합하는지 여부에 대한 판단이라고 볼 수 있으므로, 위 용어를 '불합치선언'으로 번역하는 것이 좀 더 실질에 부합하는 것으로 판단된다. 실제로 국내 문헌에서도 '불합치선언' 또는 '협약불합치선언'이라고 번역하는 경우가 더 많은 것으로 보인다(임종훈(주 3), 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 129면 이하; 이노홍(주 3), 59면 이하; 한성민, 영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구, 법학석사 학위논문, 서울대학교, 2018, 48면 이하; 김연식(주 3), 81면 이하 참조).

인해 불합치가 제거될 수 없다고 판단하는 경우(인권법 제4조 제4항), 법원은 불합치선언을 할 수 있다. 위 조항은 법원이 상위규범 또는 하위규범의 어느 조항이 협약상 권리와 합치하는지 여부를 결정하는 모든 소송절차에서 적용된다. 다만 불합치선언은 대법원, 고등법원, 항소법원 등 인권법 제4조 제5항에서 나열하고 있는 상급법원들만 할 수 있다.<sup>53)</sup>

법률을 협약상 권리와 합치하는 방향으로 해석하고 실시할 '의무'를 규정한 인권법 제3조와 달리,<sup>54)</sup> 인권법 제4조 제2항, 제4항은 “불합치의 선언을 할 수 있다(may)”라고 규정하여, 불합치선언을 할지 여부에 대하여 법원에게 재량을 부여하고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 인권법 제3조와의 관계로 인해, 상위규범과 하위규범에 대하여 협약상 권리와 합치하는 방향의 해석이 명백히 불가능하다고 판단되는 경우에만 비로소 인권법 제4조에 따라 불합치선언을 할 수 있다. 즉, 불합치선언은 최후의 수단으로서,<sup>56)</sup> 법원은 인권법 제3조의 해석의무에 따라 협약과 합치하는 법령조항의 의미를 찾음으로써 불합치선언을 회피하고자 노력한다.<sup>57)</sup>

인권법 제4조에 따른 불합치선언은 그 선언이 내려진 당해 조항의 유효성, 계속 중인 운용 또는 집행에 영향을 미치지 아니하고, 그것이 이루어진 소송절차의 당사자들에게 구속력이 없다(인권법 제4조 제6항). 따라서 불합치선언에도 불구하고, 어떠한 법원도 불합치선언의 대상이 된 법률을 무시하거나 적용하지 않을 수 없으며, 그러한 법률은 계속 완전히 유효하다.<sup>58)</sup> 그 결과 불합치선언이 이루어지더라도 불합치상황을 시정하는 것은 의회의 재량에 맡겨져 있으며,<sup>59)</sup> 의회나 정부가 불합치선언에 대하여 응답할 의무는 없다.<sup>60)</sup> 다만 아래에서 보듯이 이 경우 인권법은 관계 장관에게 인권법 제10조 및 별표 2에 따른 “구제 명령(remedial order)”을 발할 권한을 부여하고 있다.<sup>61)</sup> 위와 같이 법률이 계속 유효하게 존속하

53) 그 법원은 다음과 같다(인권법 제4조 제5항 참조). (a) 대법원(the Supreme Court), (b) 추밀원 법사위원회(Judicial Committee of the Privy Council), (c) 군사항소법원(Court Martial Appeal Court), (d) 스코틀랜드에서, 사실심 법원(trial court)이 아닌 다른 지위로 개정하는 최고법원(the High Court of Justiciary), 또는 최고민사법원(Court of Session), (e) 잉글랜드와 웨일즈 또는 북아일랜드에서, 고등법원(the High Court) 또는 항소법원(the Court of Appeal), (f) 가정법원장, 고등법원장, 고등법원의 배석판사에 의하여 다루어지는 모든 사항에 관하여, 무능력자 보호 법원(the Court of Protection). 이에 따라 법원에 제기되는 사건의 압도적인 부분을 담당하는 치안법원(Magistrate Courts), 형사법원(Crown Courts), 지방법원(County Courts) 등의 법원은 그러한 선언을 할 수 없다는 설명으로는 김대순(주 3), 14면 참조.

54) 인권법 제3조 제1항은 “하여야 한다(must)”라고 규정하고 있다.

55) Kavanagh(주 13), 10; Wadham et al.(주 8), para 4.76 참조.

56) 불합치선언은 최후의 수단으로서, 이를 회피하는 것이 명백하게 불가능하지 않는 한 회피되어야 한다는 설명으로는 *R v. A* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45 [44] (Lord Steyn) 참조.

57) Wadham et al.(주 8), para 4.74 참조. 영국 대법원은 법률이 협약과 합치하는 방법으로 해석되는 것이 가능한 경우에는 불합치선언을 내리는 것을 거부하여 왔다는 설명으로는 *Ibid.*, para 4.75 참조.

58) Gardbaum(주 7), 733 참조.

59) 김대순(주 3), 14면.

60) Gardbaum(주 7), 733 참조.

61) 결국 불합치선언의 유일한 법적 효과는 장관으로 하여금 제10조에 따른 ‘구제명령’을 통하여 문제 제기된

므로, 불합치선언이 있더라도 소송당사자가 구제수단을 제공받지는 못한다.<sup>62)</sup>

#### (5) 구제조치를 취할 권한(Power to take remedial action): 인권법 제10조

불합치선언이 있는 경우, 입법부는 통상적인 방식으로 법률을 개정함으로써 불합치선언 등에 응답할 수 있다.<sup>63)</sup> 그러나 인권법 제10조와 별지 2는, 각부 장관이 구제명령(remedial order)을 발함으로써 불합치선언에 대하여 구제조치를 취할 수 있는 일종의 신속입법절차(fast-track)를 규정하고 있다.<sup>64)</sup>

인권법 제10조는 법률조항이 인권법 제4조에 따라 협약상 권리와 불합치하는 것으로 선언된 후 모든 당사자들이 항소의 권리를 행사 또는 포기하였거나 항소기간이 도과한 경우에 적용된다(인권법 제10조 제1항).<sup>65)</sup> 각부 장관이 본 조에 따라 진행해야 할 필수불가결한 이유(compelling reasons)가 있다고 판단하는 경우, 명령(order)을 통하여 불합치 상황을 제거하기 위하여 필요하다고 생각하는 법률에 대한 개정을 할 수 있다(인권법 제10조 제2항).

위 구제명령은 제정법(statutory instrument)의 형식을 갖추고 있어야 한다(인권법 제20조 제1항). 인권법은 구제명령을 발하는 두 개의 절차를 규정하고 있는데, 별표 2의 제2(a)단락에 따른 통상절차, 제2(b)단락에 따른 긴급절차가 그것이다.<sup>66)</sup>

### 4. 인권법의 특징

일반적으로 인권을 충실히 보호하기 위해서는 성문화된 권리장전을 제정할 필요가 있으나, 그럴 경우 그 권리장전의 실효성을 확보하는 과정에서 영국 전통의 의회주권원칙이 훼손될 수 있다는 점에서 상당한 딜레마가 존재한다. 인권법에서 도입한 방식은 위와 같은 인권 보호와 의회주권원칙 유지 사이의 섬세한 정치적 타협의 산물이라 볼 수 있다.<sup>67)</sup>

앞서 보았듯이 인권법 제3조는 법원에게 ‘그렇게 하는 것이 가능한 한’ 협약상 권리와

법률을 개정하도록 허용하는 것이라는 설명으로는 Wadham et al.(주 8), para 1.28 참조.

62) Kavanagh(주 13), 11 참조. 불합치선언을 하는 것이 권리가 침해당한 소송당사자에게 소송절차가 유리한 방향으로 해결되는 결과를 가져오지는 않는다는 설명으로는 Wadham et al.(주 8), para 4.72 참조. 법원이 불합치선언을 할 때 인권법 제8조에 따라 손해배상을 명할 수도 없다. Hickman(주 24), 29 참조.

63) Kavanagh(주 13), 11 참조.

64) Wadham et al.(주 8), para 4.94 참조.

65) 그 밖에 인권법 제10조의 시행 이후 영국을 상대로 내리진 유럽인권재판소의 결정을 고려할 때 법률조항이 유럽인권협약으로부터 유래되는 영국의 의무와 합치하지 않는다고 장관 등이 판단하는 경우에도 위 조항이 적용된다(인권법 제10조 제1항).

66) 각각의 절차의 세부적인 내용은 매우 복잡한데, 이 논문의 주제와 관련해서는 논의의 실익이 적으므로 여기서 자세히 살펴보지 아니한다.

67) Gardbaum(주 7), 732; Wadham et al.(주 8), para 1.28 참조.

합치하는 방향으로 모든 법률을 해석하고 집행할 해석의무를 지운다. 이는 입법목적보다는 문언의 있는 그대로의 의미를 고려하는 통상적인 법령 해석의 방식과 차이가 있다. 결국 위 조항은 실질적으로 법원에게 협약상 권리의 보호를 위한 광범위한 목적론적 해석을 허용하는 것인데, 이는 전통적인 영국의 권력분립 하에서의 사법적 기능과는 상당한 차이가 있는 것이다.<sup>68)</sup>

불합치선언을 규정하고 있는 인권법 제4조는 인권법에서 세심하게 공들여 만든 핵심 부분으로서, 의회주권원칙과 인권의 사법적 보호 사이의 균형잡기를 가능하게 한다.<sup>69)</sup> 이는 인권법의 가장 새롭고 독특한 조항으로 평가된다.<sup>70)</sup> 앞서 보았듯이, 영국의 전통적인 의회주권원칙에 의하면, 어떠한 사람이나 기구도 의회의 법률을 무효화하거나 무시할 권한을 갖는다고 인정되지 아니한다. 따라서 의회가 제정한 법률을 문제 삼을 수 있는 이 권한은 그 자체로 의회주권원칙과 상당한 긴장관계에 있다고 볼 수 있다. 이것은 사실상 사법심사권한을 ① 협약상 권리와 법령 사이에 충돌이 존재하는지 여부를 판단하는 것과, ② 만약 충돌이 존재한다면 후자를 무효화하는 것으로 분리하고, 첫 번째 권한을 법원에, 두 번째 권한을 의회에 부여하는 것과 다를 바 없다.<sup>71)</sup> 비록 법원이 첫 번째 권한만을 갖게 되기는 하지만, 그것만으로도 영국의 헌법문화에서 근본적인 변화라고 볼 수 있다.<sup>72)</sup> 불합치가 존재하는지 여부를 판단하는 과정에서, 법원은 불가피하게 위 두 권한을 모두 행사하는 다른 나라의 헌법재판소와 마찬가지로 논쟁적인 의사결정에 관여하게 되는데, 이는 영국의 권력분립 하에서는 전통적으로 금지되던 것이다.<sup>73)</sup>

그러나 위와 같은 내용들에도 불구하고, 의회주권원칙은 여전히 보존되고 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 불합치선언 이후에도 해당 법률은 계속 유효하고, 정부나 의회가 불합치선언을 수용하여 그 대상이 된 법률조항을 개정할 의무는 없기 때문이다.

이와 같은 인권법 하에서의 법원의 권한은, 법원에게 법률을 폐지할 수 있는 권한을 주는 대신 입법부가 그 법률이 ‘캐나다 권리와 자유 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)’의 조항에 ‘위반됨에도 불구하고(notwithstanding)’ 제한된 기간(최대 5년, 연장 가능) 동안 작용하도록 할 수 있게 하는 캐나다의 모델만큼<sup>74)75)</sup> 강하지는 않다.<sup>76)</sup> 그러나,

68) 이와 같은 점을 지적하고 있는 문헌으로 Gardbaum(주 7), 738-739 참조.

69) Wadham et al.(주 8), para 4.73 참조.

70) Gardbaum(주 7), 737-738 참조.

71) Gardbaum(주 7), 737-738 참조. 이와 같은 두 기능의 분석적 분리는 Marbury v. Madison 판결에서의 Marshall 대법원장의 의견을 비판하는 맥락에서 때때로 인정된 적이 있다는 설명으로는 *Ibid.*, 738 참조.

72) 헌법의 법적인 측면에서 의회가 아직도 그 주권을 가지고 있으나, 인권법으로 인해 헌법 현실에서는 의회가 법원에게 상당한 권능을 부여한 결과가 되었다는 평가로는 Ewing(주 2), 92 참조.

73) Gardbaum(주 7), 738 참조.

이것은 법원에게 가능하다면 ‘권리장전법(New Zealand Bill of Rights Act 1990)’에 부합하는 법률 해석을 그에 부합하지 않는 법률 해석보다 우선시킬 약한 의무만을 부과하는 뉴질랜드 모델보다는<sup>77)</sup> 훨씬 강하다고 볼 수 있다.<sup>78)</sup>

### III. 불합치선언의 실제 양상

#### 1. 개관

인권법이 시행된 이래 법률에 대해 많은 이의제기가 있어 왔지만, 불합치선언은 상대적으로 소수의 사건에서 이루어졌다.<sup>79)</sup> 2000. 10. 2. 인권법이 시행된 이래 2020. 7.말 현재까지 영국 법원은 총 43회의 불합치선언을 하였는데(그 중 10회는 상급심에서 파기됨),<sup>80)</sup> 주로 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리), 제6조(공정한 재판을 받을 권리), 제8

---

74) 캐나다 권리와 자유 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제33조  
 (1) 의회나 지방의회는 법률에서, 경우에 따라 그 법률이나 그것의 조항이 이 헌장 제2조, 제7조 내지 제15조에 포함된 조항에도 불구하고 작용하도록 명시적으로 선언할 수 있다.  
 (2) 본 조에 따라 이루어진 선언과 관련한 법률이나 법률조항은, 그 선언에 언급된 이 헌장의 조항이 없다면 갖게 될 작용을 실제로 가져야 한다.  
 (3) 제(1)항에 따라 내려진 선언은 그 효력발생일로부터 5년이 지나거나, 해당 선언에 그보다 일찍 도래하는 만료일이 명시되어 있으면 그 날짜에 효력을 상실한다.  
 (4) 의회나 지방의회는 제(1)항에 따라 내려진 선언을 다시 발할 수 있다.  
 (5) 제(4)항에 따른 재발령에는 제(3)항이 적용된다.  
 참고로 위 헌장 제2조는 양심과 종교, 사상, 신념, 의견, 표현의 자유(언론의 자유 포함), 평화적 집회의 자유, 결사의 자유를, 제7조는 생명, 신체의 자유, 안전에 대한 권리를, 제8조는 불합리한 수색이나 압수에 대해 안전할 권리를, 제9조는 자의적으로 구금되지 않을 권리를, 제10조는 체포나 구속에 관한 절차적 권리를, 제11조는 형사피고인의 권리를, 제12조는 잔인하고 이례적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리를, 제13조는 증인의 불처벌에 대한 권리를, 제14조는 소송당사자나 증인의 통역을 지원받을 권리를, 제15조는 평등권을 각각 규정하고 있다.

75) 캐나다 권리와 자유 헌장 제33조의 내용, 도입배경, 운용의 실제, 찬반론, 관련 사례 등에 관하여 자세한 내용은 김선희, 캐나다에서의 헌법적 대화, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 68면 이하 참조. 위 조항은 캐나다의 의회 주권 또는 의회 우위를 확인하는 하나의 방식이라는 설명으로는 *Ibid.*, 71면 참조.

76) 영국 인권법상 불합치선언은 입법부가 단지 법원의 결정을 반복하거나 미리 회피하는 선택지만을 갖는 캐나다 식의 폐지에 비하여는 덜 직접적인데, 왜냐하면 불합치선언에 대한 의회의 응답 없이는 구속력 있는 결정이 존재할 수 없기 때문이라는 설명으로는 Gardbaum(주 7), 739 참조.

77) 뉴질랜드 권리장전법(New Zealand Bill of Rights Act 1990) 제6조(“법률이 권리장전에 포함된 자유와 권리와 합치하는 의미를 가질 수 있는 경우에는, 그 의미는 다른 모든 의미들보다 우선하여야 한다.”) 참조.

78) Wadham et al.(주 8), para 1.29 참조.

79) Wadham et al.(주 8), para 4.80 참조.

80) Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to human rights judgments 2019-2020* (CP 347, 2020), 30 참조.

조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리), 제14조(차별금지) 등과 관련하여 불합치선언이 많이 이루어졌다.

여기서는 불합치선언이 이루어진 영국 법원의 판례들을 통하여 불합치선언의 실제 양상을 구체적으로 살펴보고자 한다. 이를 위하여 불합치선언의 주요 사례들을 ① 신체의 자유, 공정한 재판을 받을 권리(협약 제5조, 제6조) 관련 사례, ② 사생활과 가족생활을 존중받을 권리, 혼인할 권리, 차별금지(협약 제8조, 제12조, 제14조) 관련 사례로 나누어 살펴본다.<sup>81)</sup>

## 2. 불합치선언의 주요 사례들

### (1) 신체의 자유, 공정한 재판을 받을 권리(협약 제5조, 제6조) 관련 사례

1) *R (Anderson) v Secretary of State for the Home Department* (상원 [2002] UKHL 46, [2003] 1 AC 837, 2002. 11. 25. 선고)

‘1997년 범죄(처벌)법’<sup>82)</sup> 제29조에 따르면, 내무장관은 가석방심의위원회의 권고가 있는 경우 수석 대법관 및 예심 판사(trial judge)의 조언을 받아 의무적 종신형(mandatory life sentence) 수형자를 허가증에 의하여 석방할 수 있다(release on license). 이에 따라 내무장관은 허가증에 의한 석방이 고려되기 전에 무기수가 복역해야 하는 최소기간을 결정하는 권한을 갖게 되었다. Anderson은 두 개의 살인에 대한 유죄판결을 받은 후 의무적 종신형을 선고받았다. 수석 대법관 및 예심판사는 Anderson이 최소한 15년을 복역해야 한다고 권고하였으나, 내무장관은 Anderson의 최소복역기간을 그보다 더 긴 20년으로 정하였다.

상원(House of Lords)은 의무적 종신형 수형자에 대한 최소복역기간을 확정하는 것은 적절한 형벌의 수준에 대한 결정으로서 확정적인 법적 효과를 가져오므로, 위 조항은 사실상 행정부의 일원인 내무장관이 사법적 기능을 수행하도록 한 것이라고 하였다.<sup>83)</sup> 이에 위 조항은 협약 제6조에 따른,<sup>84)</sup> 독립적이고 공정한 법원에 의하여 부과된 형벌을 받을 권리와 합치

81) 한편, 판례를 제대로 이해하기 위해서는 법률의 협약 합치 여부를 판단하는 심사기준(비례원칙 등)을 살펴보아야 하나, 이 부분의 논의는 매우 복잡하고 방대하므로, 이는 본 논문에서는 논의하지 않고 추후의 연구과제로 남겨두기로 한다. 이 부분에 관하여 보다 상세한 논의는 Kavanagh(주 13), 233-268; Julian Rivers, ‘Proportionality and Variable Intensity of Review’ (2006) 65 Cambridge LJ 174; Alan D. P. Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press (CUP 2012); Michael Taggart, ‘Proportionality, Deference, Wednesbury’ (2008) 2008 NZ L Rev 423; 임종훈(주 3), 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제, 843면 이하 등 참조.

82) Crime (Sentences) Act 1997.

83) [2002] UKHL 46, [2003] 1 AC 837 [49], [52].

84) 유럽인권협약 제6조 제1항은, 시민적 권리 및 의무 또는 형사적 책임에 대한 결정에 있어서, 모든 사람은

하지 않는다고 결정되었다.

위 조항은 ‘2003년 형사사법법’<sup>85)</sup> 제303조 제(b)호 (i)목, 제332조, 별표 37의 제8장이 2003. 12. 18. 시행됨에 따라 폐지되었고, 새로운 선고조항이 위 법률의 제7장 및 별표 21, 22에 도입되었다. 위 새로운 선고조항에서는 무기수의 최소복역기간의 결정 방식을 법률에서 직접 세부적으로 규율하였는데, 내무장관의 관여에 대해서는 규정하고 있지 않다.<sup>86)</sup>

2) *R (Wright) v Secretary of State for Health* (상원 [2009] UKHL 3, [2009] AC 739, 2009. 1. 21. 선고)

‘2000년 간호표준법’<sup>87)</sup> 제82조 제4항 제(b)호는 간병인과 관련하여 그들이 취약한 성인에게 해를 가한 비행으로 해고되었거나, 그들이 사직하지 않았다면 사용자가 해고를 고려하였을 것으로 보이거나, 비간병직으로 전임되었다는 등의 사정에 대한 정보가 제공되면 그들에게 그 혐의에 대하여 답변할 기회를 부여하지 않은 채 ‘취약한 성인과 근무하는 것이 적합하지 않다’고 여겨지는 사람들의 명부에<sup>88)</sup> 임시적으로 등재할 수 있도록 규정하고 있다. 상고인들은 등록된 간호사들인데, 임시적으로 위 명부에 기재되어 그 등재된 기간 동안 간병 분야에서 취업할 수 없게 되었다.

상원(House of Lords)은 개인이 자신의 고용과 고용 가능성에 회복할 수 없는 손해가 생기기 전에 혐의에 대하여 답변할 기회를 제공받지 못하였으므로 위 조항에 따른 절차는 협약 제6조 제1항에 합치하지 않는다고 하였다.<sup>89)</sup> 나아가 상원은 위 조항에 따른 절차가 협약 제8조를<sup>90)</sup> 위반하였다고 판단하였는데, 왜냐하면 해당 사정에 대한 양 당사자의 진술을 듣지 않은 상태에서는 위 명부에 임시 등재되는 기준이 느슨하다고 볼 수 있는 반면, 이에 등재될 경우 광범위한 영역에서 고용이 금지되고, 어떤 사람에게 그것은 사생활의 존중에 관한 권리를 침해할 정도로 개인적 관계에 영향을 미치는 상당한 낙인효과가 발생하기 때문이라고 하였다.<sup>91)</sup>

상원의 결정이 내려질 무렵, ‘2006년 취약계층보호법’<sup>92)</sup>에 따른 새로운 제도로의 전환이

---

법에 의하여 설립된 독립적이고 공정한 재판소에 의하여 합리적인 기간 내의 공정하고 공개적인 공판에 대한 권리가 있다고 규정하고 있다.

85) Criminal Justice Act 2003.

86) 현재 위 ‘2003년 형사사법법’ 별표 21 및 별표 22의 일부는 ‘2020년 양형법’(Sentencing Act 2020)에 의해 대체되었다.

87) Care Standards Act 2000.

88) 이는 일종의 ‘블랙리스트’라고 할 수 있다.

89) [2009] UKHL 3, [2009] AC 739 [28].

90) 유럽인권협약 제8조는, 모든 사람은 그의 사생활과 가족생활의 존중에 대한 권리를 가진다고 규정하고 있다.

91) [2009] UKHL 3, [2009] AC 739 [331]-[36].



이미 진행되고 있었다. 위 새로운 제도는 이 사건에서 핵심적으로 다투어졌던 임시명부 등재의 특성을 포함하고 있지 않았다.<sup>93)</sup>

3) *A v. Secretary of State for the Home Department* (상원 [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, 2004. 12. 16. 선고)('Belmarsh' 사건)

이 사건은 벨마쉬(Belmarsh) 교도소에서 있었던, 외국인 수용자의 무기한 구금에 관한 것으로, 매우 중요한 결정으로 평가되고 있다.<sup>94)</sup> '2001년 인권법 (지정 적용제외) 명령'<sup>95)</sup>(이하 '2001년 명령'이라 한다)에 규정된 협약 제5조 제1항의<sup>96)</sup> 적용제외(derogation)와<sup>97)</sup> '2001년 반테러, 범죄 및 안전에 관한 법률'<sup>98)</sup>(이하 '2001년 반테러법'이라 한다) 제23조는, 테러리스트 활동이나 조직과 연관되어 있다고 의심되는 외국인들에 대한 국외추방이나 출국이 국제협약 관련 법률이나 사실적 고려에 의하여 이루어질 수 없는 경우, 그들이 국외로 추방되거나 출국할 때까지 영국 정부가 그들을 무기한 구금할 수 있도록 하고 있다.<sup>99)</sup><sup>100)</sup>

영국에 거주하는 9명의 외국인인 상고인들은 테러조직과 연관되어 있어 국가안보에 위협을 가할 증거가 있다는 이유로 국외추방 결정을 받았고, 추방이 있을 때까지 재판 없이 무기한 구금되어 있었다.

상원(House of Lords)은 2001년 명령과 2001년 반테러법 제23조는 (비록 테러조직과 연관되었다고 합리적으로 의심된다 하더라도) 영국에 대하여 아무런 적대적 의도를 품고 있지 않을 수 있는 사람에게 무기한의 구금이라는 가혹한 형벌을 부과하므로 비례원칙에

92) Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006.

93) 그러나 그 후 행정법원은 왕립간호대학 사건(*R(Royal College of Nursing) v Secretary of State for the Home Department and another*, [2010] EWHC 2761(Admin), [2011] UKHRR 309)에서, 특정한 형사 범죄를 범하여 유죄판결을 받았거나 그러한 범죄와 관련하여 주의(caution)를 받은 사람을 아동 또는 취약한 성인과 근무하지 못하도록 하는 금지명단에 포함시키는 절차를 규정한 위 '2006년 취약계층보호법' 별표 3은, 위 금지명단에 등재하기 전에 해당자들에게 진술의 기회를 부여하지 않았다는 점에서 협약 제6조에 위반된다고 판단하였다.

94) 이 사건이 불합치선언의 가장 유명하고 논쟁적인 활용이라는 설명으로는 Tushnet(주 13), 330 참조.

95) Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001.

96) 협약 제5조 제1항 제(f)호는, 국외추방이나 본국송환을 목적으로 취하여진 조치의 대상인 개인에 대한 합법적 체포나 구금을 제외하고는 누구도 그의 자유를 박탈당하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

97) 협약 제15조(비상시의 협약 적용제외)는, 국가의 존립을 위협하는 전쟁 또는 다른 공공 비상상황에는 계약국은 그 상황의 긴급함에 의하여 엄격하게 요구되는 범위에서 협약에 따른 의무의 적용을 제외하는 조치를 취할 수 있다-그러한 조치가 국제법에 따른 다른 의무에 불합치하지 않는다면-고 규정하고 있다.

98) Anti-terrorism, Crime, and Security Act 2001.

99) 이는 2001년 반테러법 제23조 제2항에 따라 적용되는 '1971년 이민법(Immigration Act 1971)' 별표 3 2(2) 단락 및 2(3) 단락에 따른 것이다.

100) 2001년 반테러법의 입법배경 및 내용에 관하여는 강경래, 영국의 반테러법과 인권침해 - 2001년 반테러법상의 무기한의 구금처분을 소재로 -, 국방연구 제58권 제2호(2015), 37-60면 참조.

어긋난다(disproportionate)고 하였다.<sup>101)</sup> 또한, 2001년 명령과 2001년 반테러법 제23조는 유사하게 테러리즘과 연관된 행위로 혐의를 받고 있는 영국 국민과 외국인을 달리 대우하여 국제테러 용의자에 대한 국적 또는 출입국 지위(immigration status)에 근거한 차별적 방식의 구금을 허용하였는데, 이는 정당화될 수 없다고 하였다.<sup>102)</sup> 이에 상원은 2001년 명령에 대하여는 폐기 명령(quashing order)을<sup>103)</sup> 내렸고, 2001년 반테러법 제23조에 대하여는 협약 제5조 제1항 및 제14조에<sup>104)</sup> 불합치한다고 선언하였다.<sup>105)106)</sup>

이에 응하여, 정부는 위 적용제외를 철회하고 재판 없는 구금과 관련된 조항을 폐지하였다. 그 대신 2001년 반테러법의 일부를 ‘2005년 테러행위 방지법’으로<sup>107)</sup> 대체하여 새로운 ‘통제 명령(control orders)’ 체제를 시행하였다. 위 법은 특별이민항소위원회가 테러리즘에 연루되어 있다고 의심되는 사람이면 국적에 상관없이 누구에게나 ‘통제 명령(control orders)’을<sup>108)</sup> 발할 수 있도록 하였다. 위 ‘통제 명령’은 상원에서 심사되었고 그 역시, 특정한 경우에, 협약 제5조의 신체의 자유에 대한 권리를 침해한다고 판단되었다.<sup>109)</sup> 위 법은 다시 ‘2011년 테러리즘 예방 및 조사조치법’에<sup>110)</sup> 따라 폐지되었다.

101) [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68 [43].

102) [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68 [68].

103) 이는 법원이 사법심사의 대상이 되는 하급심 법원이나 공공기관 등의 결정을 폐기하는 명령을 말한다. *Halsbury's Laws* (5th edn, 2018) vol 61A, para 111 참조.

104) 유럽인권협약 제14조는, 유럽인권협약에 규정된 권리와 자유의 향유는 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 국적 또는 사회적 출신, 소수민족, 재산, 출생 기타의 지위 등 어떠한 근거에 의한 차별도 없이 보장되어야 한다고 규정하고 있다.

105) [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68 [73].

106) 한편, 위 상원의 불합치선언에도 불구하고 상고인들은 여전히 구금되어 있었기에, 이들은 위 구금에 대하여 유럽인권재판소에 제소하였다. 유럽인권재판소는 2009. 2. 19. 위 구금이 협약 제5조 제1항, 제4항 등에 위반된다고 판단하면서 보상을 명하였다. *A v. UK* App no 3455/05 (ECHR, 19 February 2009) 참조.

107) Prevention of Terrorism Act 2005.

108) 이는 테러리즘의 위협으로부터 대중을 보호하기 위한 목적으로 개인에게 의무를 부과하는 명령으로, 그 명령에 의하여 부과되는 의무는 개인이 테러리즘 관련 행위에 연루되는 것을 막거나 제한하기 위하여 정부나 법원이 필요하다고 생각하는 모든 의무들이다. 그러한 의무로는 특정한 물품의 소지나 사용 금지, 특정한 서비스나 시설의 이용 금지·제한, 업무에 대한 제한, 특정인과의 회합 또는 통신 금지, 영국 내에서의 이동이나 출입국의 금지 또는 제한, 주거지 등에 대한 수색 및 전자감시의 용인 등이 포함된다. ‘2005년 테러행위 방지법’ 제1조 제1항, 제3항, 제4항 참조.

109) *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2007] UKHL 45, [2008] 1 AC 385 참조.

110) Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011.

## (2) 사생활과 가족생활을 존중받을 권리, 혼인할 권리, 차별금지(협약 제8조, 제12조, 제14조) 관련 사례

1) *In the matter of an application by Siobhan McLaughlin for Judicial Review (Northern Ireland)* (대법원 [2018] UKSC 48, 2018. 8. 30. 선고)

한부모자녀수당(Widowed Parents Allowance)은 그 혜택 당사자도 일정액을 부담하는 사회보장급여로서, 2017년 3월 이전에 배우자와 사별한, 부양자녀가 있는 남성 또는 여성에게 지급될 수 있다. ‘1992년 (북아일랜드) 사회보장 기여금 및 수당에 관한 법률’<sup>111)</sup> 제39A조에 의하면, 사별부모는 그가 사망자와 혼인한 상태이거나 사망자의 시민결합 파트너여야 위 수당을 신청할 수 있다.

여성인 Siobhan McLaughlin의 파트너인 John Adams는 2014년 사망하였다. 그들은 결혼하지 않았지만 23년 동안 동거하였다. Adams의 사망 당시 그들에게는 4명의 자녀(각각 19세, 17세, 13세, 11세)가 있었다. Adams는 만약 McLaughlin이 그와 결혼하였다면 위 수당을 받을 수 있는 충분한 기여금을 납부하였다. McLaughlin의 신청은 북아일랜드 지역사회부에서 거부되었다. 그녀는 위 법률 제39A조가 협약에 불합치한다는 이유로 위 거부결정에 대한 사법심사를 청구하였다.<sup>112)</sup>

대법원은 4대 1의 의견으로,<sup>113)</sup> 위 법률 제39A조가 사망자의 유족으로서 혼인하지 않은 파트너에게 한부모자녀수당의 자격을 배제하는 한, 협약 제8조를 함께 고려할 때 협약 제14조와 합치하지 않는다고 선언하였다. 대법원은 위 수당의 목적은 자녀들을 이롭게 하기 위한 것인데, 이는 커플이 혼인하였는지 여부에 따라 아무런 차이를 발생시키지 않는 반면, 그들에 대한 처우는 매우 다르다고 하였다.<sup>114)</sup>

또한 대법원은, 『혼인하지 않았다는 이유로 McLaughlin과 그 자녀들에게 기여금의 혜택을 거부하는 것은 결혼과 시민결합을 증진시키려는 입법목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이 아니다. 한부모자녀수당은 사망자와 유족의 자녀들에 대한 책임 때문에 존재하는 것이고, 그것의 목적은 부모의 사망으로 인하여 자녀가 있는 가족에게 발생하는 경제적 손실을 경감시키기 위한 것이다.』<sup>115)</sup> 모든 혼인하지 않은 커플에게 위 수당의 지급을 배제하는 것이 언제나

111) Social Security Contributions and Benefits (Northern Ireland) Act 1992.

112) 인권법 제7조 제1항 제(a)호에 따르면 개인은 협약상 권리를 침해한 공권력의 행사에 대하여 독립적인 소송을 제기할 수 있는데, 이 소송을 ‘사법심사청구소송’이라고 한다. 이에 관하여 자세한 내용은 한성민(주 52), 53면 이하 참조.

113) Lord Hodge의 반대의견이 있었다.

114) [2018] UKSC 48 [27].

115) [2018] UKSC 48 [38]-[39].

정당화되지 않은 차별에 이르는 것은 아니지만, 상당한 수의 사건에서 불가피하게 그러할 것이므로, 불합치선언을 하기에는 충분하다.<sup>116)</sup>』라고 하였다.

이에 영국 정부는 2020. 7. 28. 한부모자녀수당에 대한 자격을 자녀가 있는 동거인에게 확대하는 구제명령(Remedial Order)을 추진하겠다는 계획을 발표하였다.<sup>117)</sup>

2) *R (F and Thomson) v Secretary of State for the Home Department* (대법원 [2010] UKSC 17, [2011] 1 AC 331, 2010. 4. 21. 선고)<sup>118)</sup>

‘2003년 성범죄법’<sup>119)</sup> 제82조에 의하면, 성범죄로 30개월 이상의 형을 선고받은 사람은 평생동안 자신이 어디에 살고 있는지에 관하여, 그리고 그의 해외여행에 관하여 경찰에 통지하여야 한다(이하 ‘통지조건’이라 한다). 통지조건의 필요성에 대한 심사를 받을 수 있는 권리는 어느 경우에도 없다.

대법원은 ‘2003년 성범죄법’ 제82조 제1항이 통지조건에 대한 개별적 심사에 관한 규정을 마련하지 않았으므로 협약 제8조와 불합치한다고 하였다. 대법원은, 통지조건의 대상이 되는 누군가가 자신이 더 이상 성범죄를 범할 증대한 위험을 제기하지 않는다는 점을 증명할 수 있다면, 그들이 협약 제8조의 권리를 침해당하도록 하는 것이 아무 의미가 없으며, 그것은 단지 관계 당국에 불필요하고 비생산적인 부담을 지울 뿐이라고 하였다.<sup>120)</sup> 또한, 적어도 재범의 심각한 위험을 일으키지 않는 사람을 확인하는 것이 불가능하다는 어떠한 증거도 없으며,<sup>121)</sup> 개인이 성범죄를 더 범할 위험이 통지조건의 지속을 정당화할 수 없을 정도로 감소될 수 있다고 판단할 만한 상황들이 틀림없이 있을 것이라고 하였다.<sup>122)</sup>

불합치 상황을 개선하기 위해서, 인권법 제10조, 별표 2의 2(a)단락에 따라 ‘2003년 성범죄법 2012년 (개선) 명령 초안’이<sup>123)</sup> 2012. 3. 5. 의회에 제출되었다. 위 개선명령은 그 후에 의회의 승인을 받았고 2012. 7. 30. 시행되었다. 이는 등록된 성범죄자에 대한 무기한 통지조건에 대하여 경찰에서 심사를 하고, 그 결정에 대하여 등록된 성범죄자가 치안법원(Magistrate Courts)에 이의제기를 할 수 있도록 하는 내용으로 2003년 성범죄법을 개정하는

116) [2018] UKSC 48 [43].

117) Ministry of Justice(주 80), 42 참조.

118) 이 사건은 아래 쟁점 외에도 성범죄자의 여행에 관한 통지 요건이 Directive 2004/38/EC 제4조를 위반하였는지 여부도 쟁점이 되었으나, 이는 항소법원이 기각하였고 불합치선언과 무관하므로 여기에서 다루지 않는다.

119) Sexual Offences Act 2003.

120) [2010] UKSC 17, [2011] 1 AC 331 [51].

121) [2010] UKSC 17, [2011] 1 AC 331 [56].

122) [2010] UKSC 17, [2011] 1 AC 331 [57].

123) The draft Sexual Offences Act 2003 (Remedial) Order 2012.

것이다.<sup>124)</sup>

3) *Bellinger v. Bellinger* (상원 [2003] UHKL 21, [2003] 2 AC 467, 2003. 4. 10. 선고) 수술 후 남성에서 여성이 된 트랜스젠더인 상고인은, 자신이 법률상 남성이라는 사실 때문에 그녀의 남편과 유효하게 혼인할 수 없다는 법원의 결정에 대하여 상고하였다.

‘1973년 혼인성립법’<sup>125)</sup> 제11조 제(c)호는 결혼이 남성과 여성 사이에서 이루어지지 아니하면 무효라고 규정하고 있다. 상원(House of Lords)은 위 조항이 성별의 재지정(reassignment)을 승인하기 위한 규정을 마련하지 아니하여, 자신의 결혼을 법적으로 인정받으려는 수술 후 트랜스젠더에게 가족과 사생활을 존중받을 권리를 인정하지 않았다는 이유로, 위 조항은 협약 제8조 및 제12조와<sup>126)</sup> 합치하지 않는다고 선언하였다.<sup>127)</sup>

유럽인권재판소는 2002. 7. *Goodwin v UK* 사건에서<sup>128)</sup> 성별 변경의 법적 승인에 관한 시스템의 부재는 협약 제8조 및 제12조에 위반된다고 판단하였는데, 위 불합치선언은 위 유럽인권재판소 결정을 따라 내려진 것이다. 2005. 4. 4. 시행된 ‘2004년 성별승인법’에서<sup>129)</sup> 성별의 변경 등 성별 승인의 신청 및 인증에 관한 사항들을 규정함으로써 위 불합치 상황이 개선되었다.

4) *Re an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)* (대법원 [2018] UKSC 27, [2018] HRLR 14, 2018. 6. 7. 선고)

‘1861년 개인을 상대로 한 범죄에 관한 법률’<sup>130)</sup>(이하 ‘1861년 법률’이라 한다) 제58조 및 제59조, ‘1945년 형사사범법(북아일랜드)’<sup>131)</sup>(이하 ‘1945년 법률’이라 한다) 제25조 제1항은 북아일랜드에서의 낙태를 범죄화하고 있다. 그러나 모의 생명을 보존하기 위하여 선의로 낙태시술을 받거나 제공하는 경우, 또는 임신의 지속이 여성을 신체적 또는 정신적으로 파멸에 이르게 하는 경우 낙태시술을 받거나 제공하는 것은 범죄가 아니다.<sup>132)</sup>

124) Joint Committee on Human Rights, *Draft Sexual Offences Act 2003(Remedial) Order 2012: second Report* (2012-2013, HL Paper 8, HC 166); Secretary of State for the Home Department, *Proposal for the Sexual Offences Act 2003 (Remedial) Order 2011* (Cm 8293, 2012) 참조.

125) Matrimonial Causes Act 1973.

126) 유럽인권협약 제12조는 혼기에 있는 남성과 여성은 국내법에 따라 결혼하여 가족을 형성할 권리가 있다고 규정하고 있다.

127) [2003] UKHL 21, [2003] 2 AC 467 [53].

128) *Goodwin v UK*, App no 28957/95 (ECHR 11 July 2002).

129) Gender Recognition Act 2004.

130) Offences against the Person Act 1861.

131) Criminal Justice Act(NI) 1945.

북아일랜드 인권위원회(이하 ‘위원회’라 한다)는 위 조항들이 (a) 태아의 심각한(serious) 기형, (b) 강간에 의한 임신, (c) 근친상간에 의한 임신의 경우에 낙태를 금지하는 한 협약 제3조, 제8조, 제14조에 합치하지 않는다며 그에 대한 불합치선언을 구하기 위하여 소송을 제기하였다. 이 소송은 특정한 청구인의 이름이 아니라 위원회의 이름으로 제기되었다.

대법관 다수(Lord Mance, Lord Reed, Lady Black, Lord Lloyd-Jones)는 이 소송이 불법적 행위나 그 잠재적 피해자를 확인하여 제기된 것이 아니므로 위원회가 이 소송을 제기할 원고적격이 없으며, 이에 대법원은 이 사건에서 불합치선언을 명할 관할권이 없다고 하였다.<sup>132)</sup>

그러나 대법관 다수(Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Wilson)는 현재의 북아일랜드법은 (a) 태아의 치명적인(fatal)<sup>134)</sup> 기형, (b) 강간으로 인한 임신, (c) 근친상간에 의한 임신의 경우에 낙태를 금지하는 한 비례원칙에 어긋나고 협약 제8조와 합치하지 않는다고 지적하였다.<sup>135)</sup> 만약 개인적인 피해자가 현재의 법률에 관하여 다시 법원에 소송을 제기한다면, 공식적인 불합치선언이 십중팔구 이루어질 것이라고 하였다. 위 대법관들과 Lady Black은 태아가 치명적 기형을 가지고 있는 경우에 여성에게 출산예정일까지 임신을 유지하도록 강제하는 것은 아무런 공동체의 이익이 없다고 하였다.<sup>136)</sup> 또한 위 대법관들은 강간의 경우에 임신한 여성의 권리가 임신의 유지로 인한 공동체의 이익에 우선하여야 하며, 근친상간의 경우에 낙태를 포괄적으로 금지하는 것은 비례원칙에 어긋난다고 하였다.<sup>137)</sup>

위 판결 이후인 2018년 7월, 영국 하원은 2019. 10. 21.까지 북아일랜드로의 권한이양(devolution)이 복원되지 못할 경우<sup>138)</sup> 영국 내 다른 지역과 마찬가지로 북아일랜드에서

132) 위 예외들은 R v Bourne [1939] 1 KB 687에 따른 것으로, ‘Bourne 예외’라고 불린다. 이 사건 당시를 기준으로, 북아일랜드는 영국 내에서 유일하게 낙태를 매우 엄격하게 금지하는 지역이었다. 당시 영국은 임신의 지속이 낙태보다 여성 또는 자녀의 신체적·정신적 건강에 대하여 더 큰 위험을 초래할 것이라고 의사 두 명이 판단하는 경우 임신 24주 이내의 낙태를 허용하고 있었으며, 24주 이후에도 임신의 지속이 낙태보다 임신한 여성의 생명에 위험을 초래하거나, 태아가 출생 이후 심각한 장애로 고통받을 실질적 위험이 있는 경우에는 낙태를 허용하고 있었다.

133) [2018] UKSC 27, [2018] HRLR 14 [73]. 이와 달리 소수의견(Lady Hale, Lord Kerr, Lord Wilson)은 위원회가 원고적격이 있다고 하였다.

134) 이는 ‘심각한(serious)’과 구별된다.

135) Lady Black은 (a)에만 가담하고 (b)와 (c)에는 가담하지 아니하였다.

136) [2018] UKSC 27, [2018] HRLR 14 [28], [133], [326], [368], [371]. 이와 달리, 대법관 다수는 심각한(serious) 장애가 있을 것이라고 진단받은 태아의 낙태를 금지하는 것은 비례원칙에 어긋나거나 협약 제8조에 어긋난다고 보기 어렵다고 하였다. 장애를 가진 아이도 인간의 관점에서 비장애아동과 동등한 가치를 갖는다고 대우받아야 하기 때문이라는 것이다. *Ibid.*, [31], [133], [331].

137) [2018] UKSC 27, [2018] HRLR 14 [26]-[27], [132], [326].

138) 종래 영국은 중앙정부의 권한이 강력한 국가 중 하나였으나, 1997년 이후 권한이양(devolution)을 통하여 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드, 잉글랜드 등 4개의 권한 이양 정부로 구성되는 국가연합(state of unions) 형태가 되었다. 북아일랜드의 경우 1998년 벨파스트 협정(Good Friday Agreement)을 통해 분권화가 공식화

낙태를 합법화한다는 내용의 법안을 통과시켰고, 위 날까지 권한이양이 복원되지 못함에 따라 2019. 10. 22.부터 북아일랜드에서 낙태가 처벌대상에서 제외되었다.<sup>139)</sup>

5) *R(Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development* (대법원 [2018] UKSC 32, [2020] AC 1, 2018. 6. 27. 선고)<sup>140)</sup>

‘2004년 시민결합법’에<sup>141)</sup> 따르면, 동성인 두 사람만이 시민결합(Civil Partnership)을 맺을 수 있다.<sup>142)</sup> 이는 시민결합 제도가 동성커플에 대하여 혼인이 허용되지 않던 시기에 그들의 관계를 형성할 수 있도록 하기 위하여 도입된 것이기 때문이다. 그 후 ‘2013년 혼인(동성커플)법’은<sup>143)</sup> 동성커플의 혼인을 적법하게 하였다. 그런데 ‘2004년 시민결합법’은 ‘2013년 혼인(동성커플)법’이 제정될 때 폐지되지 아니하였다. 그 결과, 관계를 형성하고자 하는 동성 커플은 시민결합을 맺을지 아니면 결혼을 할지 선택권을 갖는 반면, 이성커플에게는 이와 같은 선택권이 주어지지 않았다.

상고인들은 장기간의 관계에 있는 이성커플로서, 결혼의 가부장적 성질을 이유로 결혼에 대해 이념적으로 반대하고, 대신 시민결합을 맺기를 원한다. 그들은 피상고인들이 ‘2004년 시민결합법’을 이성커플이 시민결합을 맺을 수 있게 허용하도록 변경하지 않는 지속적인 결정에 대하여 사법심사를 구하였다.

의회가 ‘2013년 혼인(동성커플)법’을 제정하였을 때, 의도적으로 동성 시민결합을 폐지하거나 그것을 이성 커플에게 확장하지 않기로 결정하였다. 피상고인들은 시민결합 제도를 보존할

되었고, 이에 분권화된 의회를 수립하여 중앙정부로부터 권한을 일정 부분 이양받아 행정부를 구성하였다. 그러나 2016년의 선거 결과 북아일랜드 행정부를 구성하던 정당들 중 상당수가 행정부를 떠나면서 사실상 행정부가 붕괴되었다. 이후 2020년이 되어서야 행정부가 재구성되었다. 이상의 내용은 장혜영, 영국 지방분권 논의: 권한이양 협정(Devolution Deals)을 중심으로, 유럽연구 제39권 제2호(2021. 5.), 112-113면, 123-124면, 129면 참조.

139) Jayne McCormack, ‘Abortion in NI: Timeline of key events’ *BBC News* (4 Oct 2021); 연합뉴스, 2019. 10. 22.자, “북아일랜드, 22일 0시부터 동성결혼·낙태 허용된다” 참조.

140) 이 판결의 내용에 관하여 언급하고 있는 국내 문헌으로 윤진수, 유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향, 가족법연구 제35권 제2호(2021. 7.), 28-29면 참조.

141) Civil Partnership Act 2004.

142) 시민결합 파트너로 등록된 사람에게는 상속권, 사회보장, 배우자 자녀에 대한 책임 등 결혼에 따르는 법적 효력이 주어지며, 이혼에 해당하는 절차가 있지만 결혼과 달리 간통이나 성관계 부재는 관계 파기 사유가 될 수 없다고 한다. 정희라, 영국 의회와 동성결혼(Same-Sex Marriage) 논쟁 - 2013년 동성결혼법을 중심으로, 통합유럽연구 제7권 2집(2016. 9.), 125면 참조. 시민결합과 결혼은 예식의 진행, 등록절차, 결혼(시민결합)증서, 연금 수급 및 상속 조건 등에 있어 미묘한 차이들이 있는데, 가령 결혼증서에는 각자의 아버지의 이름을 포함하는 반면 시민결합 증서에는 각자의 부모 모두의 이름을 포함하며, 연금 수급 및 연금의 상속에서도 결혼의 경우 남편의 수급조건이나 상속조건이 다소 다르나 시민결합은 남녀 모두 동일하다고 한다. 서영민, 영국 시빌파트너십(합법적 동거) 제도의 도입 및 과제, 국제사회보장리뷰 제14권(2020. 9.), 135-138면 참조.

143) Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013.

필요가 있는지 결정하기 위하여 더 많은 데이터를 수집하는 것이 균형 잡힌 것이라고 결론 내렸다.

대법원은 '2013년 혼인(동성커플)법'이 시행되었을 때 정부는 즉시 처우의 불평등을 제거하여야 하며,<sup>144)</sup> 시민결합 제도를 폐지할 것인지 확대할 것인지 평가하는 시간을 갖는 것은 차별의 정당화와 관련되어 있지 않기 때문에, 차별의 지속에 대한 정당한 목적에 이를 수 없다고 하였다.<sup>145)</sup> 나아가 대법원은, 설령 이 사건에서 상고인들의 권리를 제한하는 것이 정당한 목적으로 간주될 수 있다고 하더라도, 그들의 권리와 공동체의 이익 사이의 균형이 유지되지 않았다고 하였다. 결혼을 원하지 않는 이성 커플에게 시민결합을 거부하는 공동체의 이익은 특정되지 않는 반면, 그러한 커플에 대한 거부의 결과는 중대하다는 것이다.<sup>146)</sup> 이에 대법원은 '2004년 시민결합법' 제1조 및 제3조가 이성 커플이 시민결합을 맺는 것을 금지하는 한, 협약 제8조를 함께 고려할 때 협약 제14조와 합치하지 않는다고 선언하였다.<sup>147)</sup>

위 불합치선언이 있은 후 2018. 10. 2. 당시 영국 총리는 이성 커플에 대하여도 시민결합을 확대하겠다고 발표하였다. '2019년 시민결합, 혼인, 사망(등록 등)에 관한 법률'은<sup>148)</sup> 2019. 3. 26. 국왕의 재가(Royal Assent)를 받았다. 위 법률 제2조는 국무장관으로 하여금 동성이 아닌 사람들도 잉글랜드와 웨일스에서 시민결합을 형성할 자격을 갖도록 '2004년 시민결합법'을 수정하는 규정을 제정할 수 있도록 하였다. 정부는 2019. 7. 10. 발행된 "이성 시민결합 제도의 이행: 다음 단계"라는 문서에서<sup>149)</sup> 잉글랜드와 웨일스에서의 이성 시민결합에 대한 이행안을 제시하였다. 관련된 규정은 2019. 10. 21. 의회에 제출되었다.

### 3. 검토

인권법이 시행된 이래 법관들은 인권법 적용에 대하여 상당히 신중한 태도를 유지하였다. 앞서 보았듯이 인권법이 시행된 이래 법률에 대해 많은 이의제기가 있어 왔지만, 실제 불합치 선언이 이루어진 사건은 소수에 그치고 있다.

144) 대법원은, 이것은 시민결합 제도를 폐지하거나, 아니면 즉각적으로 그것을 이성 커플에게도 확대함으로써 이루어졌을 수 있으며, 만약 정부가 위 선택지 중 하나를 선택하였다면, 그때는 시민결합에 관한 장기적 결정에 영향을 미칠 수 있는 연구를 수행하는 것이 이론적으로 가능하였을 수 있다고 하였다. [2018] UKSC 32, [2020] AC 1 [50].

145) [2018] UKSC 32, [2020] AC 1 [50].

146) [2018] UKSC 32, [2020] AC 1 [52]. 예를 들어 어느 커플은 그들의 관계가 형식을 갖추기 전에 그 중 한 명이 사망할 경우 심각한 재정적 어려움을 겪을 수 있다고 하였다.

147) [2018] UKSC 32, [2020] AC 1 [54]-[62].

148) Civil Partnership, Marriage and Deaths (Registration etc) Act 2019.

149) Government Equalities Office, *Implementing Opposite-Sex Civil Partnership: Next Steps* (2019)



그러나 일단 불합치선언이 내려지면, 그렇게 할 법적 의무가 없음에도 불구하고, 많은 경우에 정부나 의회는 법원이 내린 불합치선언에 대하여 개정, 폐지 또는 새로운 법률의 도입으로 응답하고 있음을 확인할 수 있다(비록 일반적으로 항소와 어느 정도의 지체가 있는 다음이기는 하지만).<sup>150)</sup> 앞서 보았듯이 인권법이 시행된 이래 2020. 7.말 현재까지 영국 법원은 총 43회의 불합치선언을 하였는데, 그 중 상급심에서 파기된 10건을<sup>151)</sup> 제외한 총 33건의 불합치선언 중 5건은 불합치선언 당시 이미 해당 조항이 개정되었고, 8건은 구제명령(Remedial Order)에 의하여, 15건은 상위규범 또는 하위규범(구제명령 제외)에 의하여 조치가 이루어졌으며, 2건은 정부가 구제명령에 의한 조치를 제출하였고, 1건은 다양한 방식으로 조치가 이루어졌으며, 2건은 해결방안을 고려중에 있다.<sup>152)</sup> 이와 같은 영국 정부 및 의회의 비교적 적극적인 태도는, 불합치선언에 응하여 적절한 조치를 취하지 않을 경우 결국 소송 당사자가 유럽인권재판소에 제소할 것이라는 점을 고려한 것으로 보인다.<sup>153)</sup>

다만 영국 정부가 불합치선언에 대하여 신속하고 효과적으로 응답하고 있는지에 대해서는 상당한 비판이 있다.<sup>154)</sup> 가령 스코틀랜드 등록항소법원(Registration Appeal Court)은 2007. 1. 24. *Smith v Scott* 사건에서,<sup>155)</sup> ‘1983년 국민대표법’<sup>156)</sup>이 유죄판결을 받은 재소자에 대하여 스코틀랜드 의회 선거에서의 투표를 전면 금지하였다는 이유로 협약 제1의정서 제3조에<sup>157)</sup> 불합치한다고 선언하였고, 이는 유럽인권재판소가 2005. 10. 6. *Hirst v the UK* 사건에서<sup>158)</sup> 실시한 판단과 실질적으로 유사하였음에도, 영국 정부는 그로부터 10년도 더 지난 2018년이 되어서야 위 불합치 상황을 시정하기 위한 일련의 행정조치를 채택하였다.<sup>159)</sup> ‘2016년 스코틀랜드법’에 따라<sup>160)</sup> 스코틀랜드 의회 선거에 관한 권한이 스코틀랜드

150) Wadham et al.(주 8), 제7판 서문 참조.

151) 이 중 한 건은 상급심(항소법원)에서 파기되었으나 상고심을 앞두고 있다.

152) Ministry of Justice(주 80), 30 참조.

153) 불합치선언에 응하여 적절한 조치를 취하지 않을 경우 소송 당사자가 유럽인권재판소에 제소할 것이고, 유럽인권재판소는 이 경우 영국 법원과 동일하게 판단할 가능성이 높는데, 유럽인권재판소의 결정은 협약 회원국을 구속하므로, 결국 해당 법률을 개정할 수밖에 없다는 설명으로는 임종훈(주 3), 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제, 840면 참조. 영국 정부가 불합치선언을 마지못해 수용하고 있다는 평가로는 Tushnet(주 13), 331 참조.

154) 그와 같은 비판의 자세한 내용은 Wadham et al.(주 8), paras 4.82-4.88 참조.

155) *Smith v. Scott* [2007] CSIH 9, 2007 SCLR 268.

156) Representation of the People Act 1983.

157) 유럽인권협약 제1의정서 제3조는 “체약국은 입법부의 선택에 대한 국민들의 자유로운 의견 표명을 보장하는 상황에서 비밀 투표에 의한 합리적인 간격의 자유선거를 실시하기로 한다.”라고 규정하고 있다.

158) *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)* (Application no. 74205/01).

159) 한편 영국 대법원은 2013. 10. 16. 재소자 투표권의 전면 금지와 관련된 *Chester & McGeoch* 사건 [*Chester*] *v Secretary of State for Justice* [2013] UKSC 63, [2014] 1 AC 271]에서 불합치선언을 내리지 아니하였는데, 재소자 투표권의 전면 금지는 이미 앞서 살펴본 *Smith v Scott* 사건에서 불합치선언의 대상이 되었고, 영국 의회가 이에 대하여 검토하고 있는 중이므로, 더 나아가 불합치선언을 할 이유가 없다는 것이

의회로 이양되었는데, 2020년 4월에야 비로소 12개월 이하의 형을 선고받은 스코틀랜드 거주민인 재소자들에게<sup>161)</sup> 투표권을 부여하는 법안이 국왕의 재가를 받았다.<sup>162)</sup> 정부의 대응이 불합치선언에서 확인된 불합치성을 제대로 제거하는지에 대해서도 의문이 제기된다. 가령 앞서 살펴보았듯이 ‘Belmarsh’ 사건에서<sup>163)</sup> 정부가 불합치선언을 받은 2001년 반테러법의 일부를 ‘2005년 테러행위 방지법’으로 대체하여 새로운 ‘통제 명령(control orders)’ 체제를 시행하였으나, 그 역시 협약 제5조의 자유에 관한 권리를 침해한다고 판단되었다.<sup>164)</sup>

## IV. 시사점

### 1. 우리의 규범통제제도와 비교

우리 헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소가 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판을 관장한다고 규정하고, 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 즉, 우리나라는 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 결정할 권한을 헌법재판소에게 부여하고, 헌법재판소가 해당 법률이 헌법에 위반된다고 판단할 경우 그 법률의 효력을 무효로 하고 있는 것이다.

영국의 불합치선언은 의회제정 법률이 협약상 권리와 불합치하는지 여부를 판단하고 선언할 권한을 법원에게 부여한다는 점에서는 우리 제도와 유사한 면이 있지만, 그러한 선언에 법적 구속력이 없고, 불합치선언이 있더라도 협약상 권리와 충돌하는 법률의 효력이 무효로 되지 않는다는 점에서 우리의 제도와는 차이가 있다.

전 세계적으로 볼 때 우리의 제도는 규범통제의 보편적인 형태로서 그 유사한 사례를 많이 찾아볼 수 있는 반면, 영국의 규범통제, 그 중에서도 불합치선언은 매우 독특한 제도로서 그 유사한 사례를 찾아보기 어렵다.<sup>165)</sup>

그 이유였다.

160) Scotland Act 2016.

161) 만약 수감되지 않았다면 스코틀랜드에 거주하였을 재소자들을 의미한다.

162) Ministry of Justice(주 80), 35-36 참조.

163) *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68.

164) *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2007] UKHL 45, [2008] 1 AC 385.

165) 캐나다와 뉴질랜드 등 영연방 국가들의 규범통제 제도가 영국의 제도와 유사하다고 흔히 함께 논의되지만, 적어도 불합치선언에 국한해서 본다면 캐나다나 뉴질랜드의 제도가 영국의 제도와 유사하다고 말하기는 어렵다. 캐나다의 경우 법률조항이 ‘캐나다 권리와 자유 헌장’(Canadian Charter of Rights and Freedoms)에 따른 권리와 부합하지 않는다고 법원이 결정할 경우 해당 법률은 무효가 된다(물론 앞서 보았듯이 위

우리의 규범통제제도는 미국에서 Marbury v. Madison 판결<sup>166)</sup> 통하여 최초로 시작된 사법심사에 그 뿌리를 두고 있다. 미국에서는 헌법과 부합하지 않는 법률을 발견할 경우 법원이 해당 사건에서 그 법률에 아무런 법적 효과를 부여하지 않고, 선례구속의 원칙에 따라 그 하급심 법원들도 자신들이 담당하는 사건에서 그와 마찬가지로 해당 법률에 아무런 법적 효과를 부여하지 않게 되어,<sup>167)</sup> 그들이 적용을 거부한 법이 사실상 사문화된다.<sup>168)</sup> 여기서 더 나아가, 몇몇 유럽법원들은 법원에게 법률의 일부를 폐지시킬 권한을 부여한다.<sup>169)</sup> 이러한 형태의 사법심사를 통상 ‘강한 형태의 사법심사(strong-form judicial review, strong-form constitutional review)’라고 부른다.<sup>170)</sup>

한편, 우리 헌법재판소는 심판대상인 법률조항이 헌법에 위반된다 할지라도 입법자의 형성권을 존중하여 단순위헌결정 대신 ‘헌법에 합치하지 아니한다’라는 선언을 하는 헌법불합치 결정을 하기도 한다. 헌법불합치결정은 법률의 위헌성은 확인하되 해당 법률을 형식적으로 존속시키면서, 입법자에게 그 위헌성 제거의 의무를 부과하고 개선입법이 있기까지 위헌적 법률의 적용을 중지시켜 개선된 신법을 적용하도록 하는 결정이다.<sup>171)</sup> 다만, 예외적으로 헌법재판소가 위헌결정으로 종전보다 더욱 헌법질서에서 멀어지는 법적 상태가 발생하는 것을 막기 위하여 위헌법률의 잠정적용을 명한 경우에는 위헌인 법률이라도 적용이 허용된다.<sup>172)</sup> 위 잠정적용 헌법불합치의 경우 그 결정이 있더라도 당장 법률조항이 무효로 되지 않고, 그 계속적인 적용이 이루어진다는 점에서 영국 인권법에 따른 불합치선언과 유사한 측면이

헌장 제33조에 따라 의회는 위 결정에도 불구하고 해당 조항이 작용하도록 선언할 수 있다). 이는 명문의 규정은 없으나 캐나다 1982년 헌법(Constitution Act, 1982) 제52조와 위 헌장 제1조, 제24조를 종합하여 그와 같이 해석되고 있다. Gardbaum(주 7), 723 참조. 뉴질랜드의 경우 법원에게 불합치선언을 할 수 있는 권한이 주어지지 않았다.

166) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

167) Tushnet(주 13), 321 참조.

168) Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case against Judicial Review’ (2006) 115 Yale LJ 1346, 1354 참조.

169) Waldron(주 168), 1354-1355 참조. Waldron은 미국 법원은 위와 같은 권한이 없는 것으로 보이지만, 그들의 권한의 현실적 효과는 유럽법원의 그것과 크게 다르지 않다고 한다. *Ibid.* 참조.

170) Tushnet(주 13), 321 참조. Waldron(주 168), 1354는 ‘강한 사법심사(strong judicial review)’라는 표현을 사용하고 있다. Gardbaum은 미국식 모델은 의회우위와 기본권의 효과적인 보호 사이에서 후자를 선택한 것이라고 하면서, 이는 다음과 같은 “헌법화(constitutionalizing)”를 요구한다고 한다. 첫째, 기본권에 대하여 의회 제정법보다 더 높은 법적 지위를 부여한다. 둘째, 통상적인 법률 개정이나 폐지에 대항하여 그것을 (변경이 어렵도록) 경성화(硬性化, entrench)한다. 셋째, 기본권과 충돌하는 법률을 무효화하는 사법적 권한에 의하여 그 법적 지위의 우위를 강제한다. Gardbaum(주 7), 707-708 참조.

171) 한수용, 헌법학(제10판), 법문사, 2020, 1451면 참조. 우리의 헌법불합치 결정은 위헌결정에 헌법재판소법 제47조 제2항의 적용배제가 결합된 결정으로서, 독일의 경우와 달리 단순위헌결정에 비해 확대된 결정이라는 견해로는 전상현, 헌법불합치결정의 의미와 근거 및 주문함의방식에 대한 재검토, 헌법학연구 제20권 제1호 (2014. 3.), 443-448면 참조.

172) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015, 101면 참조.

있다. 그러나 잠정적용 헌법불합치도 입법자에 대한 법적 구속력이 있고, 입법자에게 이를 따를지 여부에 대한 재량이 부여되지 않는다는 점에서 영국의 불합치선언과는 차이가 있다. 특히 우리 헌법재판소는 통상 잠정적용 헌법불합치결정을 하면서 입법시한을 부여하고 있는데, 이 경우 그 시한까지 국회가 아무런 조치를 취하지 않으면 불합치 결정된 법률 또는 법률조항의 효력이 상실된다는 점에서,<sup>173)</sup> 영국의 제도와는 차이가 있다.

## 2. 영국의 사례를 통한 시사점

영국의 제도는 강한 형태의 사법심사 제도를 명확히 의식한 상태에서, 의회주권원칙과의 충돌을 막고자 의도적으로 그와 같은 방식의 접근을 피하여 마련된 것이다.<sup>174)</sup> 즉, 영국의 제도는 우리와 같은 강한 형태의 사법심사 제도에 대한 일종의 대안으로서 마련된 것이므로, 영국의 제도를 살펴보는 것은 우리 제도의 정당성, 특성, 문제점, 운용방향 등에 대한 근본적인 반추의 기회를 제공한다.<sup>175)</sup>

우리와 같이 사법부가 위헌으로 결정된 법률을 무효화하는 권한을 가질 경우, 그 문제점으로 가장 크게 지적되어 온 것은 민주적 정당성이 취약한 사법부에게 공동체의 주요 현안에 대한 의사결정권한을 부여함에 따른 민주주의의 후퇴이다. 그 주장들을 요약하면 다음과 같다.

『입법에 대한 사법적 거부는 정치 공동체 내에서 해결되어야 할 가장 중요하고 논쟁적인 많은 이슈들과 관련하여 국민에 의한 지배를 법관의 지배로 대체한다. 그것은 치열한 논쟁이 있는 근본적인 원칙 문제들에 관한 최종 의사결정권을 민주적 정당성이 부족하고 정치적 책임을 지지 않는 사법부에게 부여한다. 이와 같이 대중적 책임을 사법적 책임으로 대체함으로써, 그것은 대표제도와 정치적 평등 원칙을 무력화하고, 대중들의 토론을 좌절시키며, 국민

173) 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바391등, 판례집 25-2상, 454, 463 참조.

174) 캐나다, 뉴질랜드, 영국과 같은 영연방 국가들이 미국식 모델과 같이 그 나라의 법이 무엇인지에 대한 최종 결정권을 사법부에 부여하는 것을 의도적으로 거부하면서 헌법화된 권리장전과 의회우위 사이의 새로운 제3의 입헌주의 모델을 만들어내었다는 설명으로는 Gardbaum(주 7), 719 참조. 위와 같은 영연방 국가들의 사법심사를, 앞서 살펴본 ‘강한 형태의 사법심사’와 대비하여 ‘약한 형태의 사법심사(weak-form constitutional review)’라고 부르기도 한다. Tushnet(주 13), 322 참조. 캐나다의 모델을 ‘약한 형태의 사법심사’로 보는 것에 대한 비판에 대하여는 김선희(주 75), 45면 참조. ‘약한 형태의 사법심사’를 소개하고 있는 국내 문헌으로는 김선택, 헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할 - 한국 헌법재판, 제3의 길, 가능인가? -, 공법연구 제41집 제4호(2013. 6.), 37-40면; 조동은, 미국 연방대법원의 위헌 판단 회피 원칙 (Constitutional Avoidance)과 그 한국적 시사점 - 법원의 헌법합치적 해석 및 위헌법률심판제청의 기준과 관련하여 -, 서울법학 제26권 제3호(2018. 11.), 77-78면; 이황희, 헌법재판소에 대한 견제 - 감시자를 감시하는 방식에 관한 고찰 -, 법학연구 제22권 제3호(2019. 9.), 445-446면 등 참조.

175) 사법심사와 민주주의 사이의 긴장을 줄이는 약한 형태의 사법심사 모델은 현대 민주주의의 헌법적 디자인의 근본적 특성에 대한 진지한 반추의 근거를 제공한다는 설명으로 Tushnet(주 13), 331 참조.

들의 자기통치 역량을 약화시킨다. 사법의 우위는 손쉽게 사법 독점으로 이어지고,<sup>176)</sup> 헌법적 담론의 과잉 사법화를 야기하여 대중 입헌주의의 파괴로 이어질 수 있다.<sup>177)</sup>』

우리나라의 현실을 보더라도, 중요한 사회적 현안들이 충분한 공론화 과정을 거쳐 입법부에서 심도 있게 논의되지 못하고 헌법재판소에 몰려들고 있어,<sup>178)</sup> 위와 같은 지적들이 단순한 기우에 불과하지 않음을 잘 보여주고 있다.

영국의 제도는 위와 같은 문제점들에 대한 하나의 대안을 제시한다. 영국에서는 법원이 불합치선언을 하더라도 그에 대한 최종결정권을 의회에 부여함으로써, 중요한 사회 문제들을 의회와 대중의 토론의 영역으로 남겨 둔다.<sup>179)</sup> 또한, 영국 제도에서는 기본권의 의미와 범위에 관한 사법적 독점과 독백이 법원과 입법부 상호간의 ‘대화’로 대체됨으로써, 헌법적 분석의 질과 차원이 향상될 수 있다.<sup>180)</sup> 입법자들은 법률 제정 단계에서 해당 법률에 내포된 헌법적 문제들을 간과할 수 있는데, 불합치선언을 통하여 법원은 입법자에게 해당 조항의 기본권 침해적 요소들에 대한 정보를 제공할 수 있다. 반대로 법원은 헌법 및 법률의 문언과 선례, 법리 등에 지나치게 구속되어, 해당 법률의 사회적 복리에 대한 기여를 과소평가하거나 그 법률이 무효로 될 경우의 사회적 파장을 적절하게 고려하지 못할 수 있다. 영국 제도는 입법부로 하여금 법원의 결정에 응답하면서 위와 같은 사항들을 고려하여 최종적인 결정을 할 수 있도록 하는 이점이 있다. 이러한 과정은 법원과 입법부 사이의 ‘대화’로 기술되어 왔다.<sup>181)</sup>

물론 영국의 불합치선언과 같이 규범통제에 법률을 무효화하는 효력이 부여되지 않을 경우 그 제도의 실효성에 의문이 제기될 수 있다. 규범통제 제도는 헌법의 규범력을 강제하고 기본권 구제의 실효성을 확보하기 위한 것인데, 우리의 제도와 같이 위헌 결정이 내려진 법률을 무효로 하는 경우 그러한 목적에 잘 기여할 수 있음이 비교적 명확한 반면, 그러한

176) 헌법재판소가 그 권한을 남용하거나 부당하게 행사할 가능성을 염두에 두면서 헌법재판소에 대한 시민/대표의 견제 및 그와 관련한 헌법적 문제를 논의한 문헌으로 이황희(주 174), 423-460면 참조.

177) 이상의 내용에 관하여는 Gardbaum(주 7), 739-740, 746-747; Waldron(주 168), 1353 참조.

178) 위와 같은 현상을 이른바 ‘정치적 사법화’ 관점에서 비판한 문헌으로 채진원, 현재 판결 이후: 정치의 사법화는 정당의 약화를 부른다, 정치와 평론 제5집(2009. 11.), 217-220면 참조. Gardbaum은, “입법부가 최종적 책임을 지지 않는 곳에서는, 입법부 자신 및 유권자들의 역할 모두와 관련하여, 합헌성과 권리의 문제를 법원에 남겨두는 경향이 있다.”고 적절히 지적하고 있다. Gardbaum(주 7), 745-746 참조. 우리의 헌법재판소와 관련하여 이른바 ‘정치적 사법화’를 학술적으로 분석한 문헌으로는 박종현, 정치의 사법화의 메커니즘 - 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가 -, 법학연구 제27권 제1호(2017. 3.), 101-141면; 윤영미, 정치의 사법화와 헌법재판소의 역할 - 주요 사건에 대한 분석을 중심으로 -, 헌법논총 제29집(2018), 357-398면 참조.

179) 같은 취지로 Gardbaum(주 7), 710 참조.

180) Gardbaum(주 7), 746-747 참조.

181) Tushnet(주 13), 325 참조. 참고로 캐나다 연방대법원과 연방의회 사이의 ‘헌법적 대화’에 대하여는 김선희(주 75), 38면 이하; 김선택(주 174), 39-40면 참조. 다만 김선희(주 75), 68면 이하는 ‘캐나다 권리와 자유 헌장’ 제33조는 실제 운용에서는 법원과 의회의 상호작용을 가로막고 있다고 평가하고 있다.

무효화 효력이 없는 영국의 제도 하에서는, 의회가 법원의 불합치선언을 존중하지 않을 경우 불합치선언은 이른바 권고적 효력만을 갖는, 말 그대로의 '선언'에 그칠 우려가 있다.

그러나 앞서 보았듯이 영국에서는 법원의 불합치선언을 의회가 많은 경우에 수용함으로써, 위와 같은 우려를 딛고 규범통제의 목적을 상당 부분 달성하고 있다. 물론 이러한 결과에 유럽인권재판소의 존재가 상당한 영향을 미쳤음을 부인할 수는 없다.<sup>182)</sup> 그러나 위와 같은 영국의 사례는, 규범통제를 한다고 하여 필연적으로 위헌으로 선언된 법률의 효력을 무효로 하여야 하는 것은 아니며, 이를 무효로 할 것인지 여부 및 향후의 입법절차를 어떻게 할 것인지에 대해서는 각 나라의 권력구조, 정치적 환경, 역사적 전통과 배경, 사법관행 등에 따라 각기 다른 해법이 존재할 수 있음을 시사한다.

필자가 우리의 제도를 영국의 제도와 같이 변경해야 한다고 주장하고자 하는 것은 물론 아니다. 영국의 제도 역시 그 자체로 많은 한계가 있을뿐더러,<sup>183)</sup> 그러한 제도를 우리나라에 도입하였을 때 법적, 제도적 차이와 사회적, 정치적 환경의 차이로 인하여 예상치 못한 문제가 발생할 가능성이 높기 때문이다. 그러나 앞서 말했듯이 영국의 제도의 특징과 그 운용 형태를 살펴봄으로써, 우리 제도의 특성과 문제점들을 보다 분명하게 인식할 수 있고, 이를 통하여 그러한 문제점들의 해결방안을 다른 시각에서 모색해 보는 계기를 마련해 볼 수도 있을 것이다.

## V. 결론

인권법은 1689년 이후 최초의 성문 권리장전(Bill of Rights)으로서, 영국 법체계 전반에 중대한 변화를 가져왔다. 특히 의회의 제정법에 대한 법원의 불합치선언이 가능해지면서, 영국에서도 규범통제가 시행되기에 이르렀다. 우리의 제도와 달리 영국 법원의 불합치선언은 법률을 무효로 하는 효력이 없고, 그러한 불합치의 상황을 바로잡는 것은 여전히 의회의 재량에 맡겨져 있는데, 이는 규범통제제도를 받아들이면서도 동시에 전통적인 의회주권원칙과의 조화를 모색한 것으로 볼 수 있다.

182) 인권법은 불합치선언의 대상이 된 법률이 완전히 유효하다고 규정하고 있으나, 현실적으로는 아마도 그러한 법률이 제대로 작동하지 않게 될 것인데, 왜냐하면 그것이 적용될 때마다 개인들이 즉시 유럽인권재판소에 제소할 것이기 때문이라는 설명으로는 Anthony Bradley, 'The Sovereignty of Parliament - Form or Substance?', in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver(eds), *The Changing Constitution*(sixth edition) (OUP 2007), 55 참조.

183) 영국을 비롯한 이른바 '약한 형태의 사법심사' 제도의 불안정성에 대한 논의로는 Tushnet(주 13), 330-331 참조. 영국 인권법에 대한 대중의 비난과 그로 인한 인권법의 불확실한 미래에 대하여는 Wadham et al.(주 8), paras 1.52-1.64 참조.

인권법 시행 이래 현재까지 주로 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리), 제6조(공정한 재판을 받을 권리), 제8조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리), 제14조(차별 금지) 등과 관련하여 불합치선언이 많이 이루어졌다. 불합치선언이 실제로 이루어진 사례는 많지 않으나, 불합치선언이 있었던 경우 의회는 그에 대하여 응답할 법적 의무가 없음에도 불구하고 많은 경우에 이를 수용하여 새로운 입법을 하여 왔다.

우리와 같이 사법부가 위헌 법률을 무효화하는 권한을 갖는 제도의 경우, 민주적 정당성이 취약한 사법부에게 공동체의 주요 현안에 대한 의사결정권한을 부여함에 따른 민주주의의 후퇴가 그 문제점으로 지적되고 있다. 영국에서는 법원이 불합치선언을 하더라도 그에 대한 최종결정권을 의회에 부여함으로써, 중요한 사회 문제들을 의회 및 대중의 토론의 영역으로 남겨 두고, 법원과 입법부 상호간의 대화를 통하여 헌법적 분석의 질을 향상시킬 수 있는 장점이 있다. 이처럼 규범통제제도를 도입하면서도 전통적인 의회주권원칙과의 조화를 도모하고 있는 영국의 사례는, 우리의 규범통제제도의 운용 방향에 대하여도 의미 있는 시사점을 제공해 준다.

## | 참고문헌 |

### 1. 국내문헌

- 강경래, 영국의 반테러법과 인권침해 - 2001년 반테러법상의 무기한의 구금처분을 소재로 -, 국방연구 제58권 제2호(2015)
- 김대순, 영국의 “인권법 1998”과 의회주권원칙의 동요, 국제법학회논문집 제47권 제3호(2002. 12.)
- 김선택, 헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할 - 한국 헌법재판, 제3의 길, 가능한가? -, 공법연구 제41집 제4호(2013. 6.)
- 김선희, 캐나다에서의 헌법적 대화, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018
- 김성진, 유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계, 헌법학연구 제21권 제1호(2015. 3.)
- 김연식, 영국 인권법 도입 이후 사법심사의 현재와 전망, 성신법학 제14호(2014. 12.)
- 박종현, 정치의 사법화의 메커니즘 - 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가 -, 법학연구 제27권 제1호(2017. 3.)
- 서영민, 영국 시빌파트너십(합법적 동거) 제도의 도입 및 과제, 국제사회보장리뷰 제14권(2020. 9.)
- 송석윤, 공적 인물의 인격권과 언론의 자유 - 독일 연방헌법재판소와 유럽인권법원의 캐틀라인 결정을 중심으로 -, 공법연구 제39집 제1호(2010. 10.)
- 윤영미, 정치의 사법화와 헌법재판소의 역할 - 주요 사건에 대한 분석을 중심으로 -, 헌법논총 제29집(2018)
- 윤진수, 영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향, 서울대학교 법학 제43권 제1호(2002. 3.)
- 윤진수, 유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향, 가족법연구 제35권 제2호(2021. 7.)
- 이노홍, 영국 기본권의 수평적 효력이론에 관한 고찰, 홍익법학 제15권 제1호(2014)
- 이황희, 헌법재판소에 대한 견제 - 감시자를 감시하는 방식에 관한 고찰 -, 법학연구 제22권 제3호(2019. 9.)
- 임종훈, 영국에서의 인권법 시행과 의회주권원칙의 변화, 세계헌법연구 제11권 제2호(2005. 12.)
- 임종훈, 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제 - 2000년 인권법 시행 이후의 변화토, 세계헌법연구 제16권 제3호(2010. 8.)
- 임종훈, 영국 대법원의 독립과 그 헌법적 함의, 공법연구 제43집 제3호(2015. 2.)



- 장혜영, 영국 지방분권 논의: 권한이양 협정(Devolution Deals)을 중심으로, 유럽연구 제39권 제2호(2021. 5.)
- 전상현, 헌법불합치결정의 의미와 근거 및 주문합의방식에 대한 재검토, 헌법학연구 제20권 제1호(2014. 3.)
- 정희라, 영국 의회와 동성결혼(Same-Sex Marriage) 논쟁 - 2013년 동성결혼법을 중심으로, 통합유럽연구 제7권 2집(2016. 9.)
- 조동은, 미국 연방대법원의 위헌 판단 회피 원칙(Constitutional Avoidance)과 그 한국적 시사점 - 법원의 헌법합치적 해석 및 위헌법률심판제청의 기준과 관련하여 -, 서울법학 제26권 제3호(2018. 11.)
- 차동욱, 유럽통합과 영국에서의 헌법 변화 - 유럽인권협약의 국내적 실효성 확보 노력을 중심으로 -, 영국연구 제24호(2010. 12.)
- 채진원, 현재 판결 이후: 정치의 사법화는 정당의 약화를 부른다, 정치와 평론 제5집(2009. 11.)
- 한성민, 영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구, 법학석사 학위논문, 서울대학교, 2018
- 한수웅, 헌법학(제10판), 법문사, 2020
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 2015

## 2. 외국문헌

- Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (CUP 2009)
- Alan D. P. Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press (CUP 2012)
- Anthony Bradley, 'The Sovereignty of Parliament - Form or Substance?', in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver(eds), *The Changing Constitution* (6th edn, OUP 2007)
- A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn, Macmillan Press 1959)
- A. W. Brain Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (OUP 2004)

- Dominic McGoldrick, 'The United Kingdom's Human Rights Act 1998 in Theory and Practice' (2001) 50 Int'l & Comp LQ 901
- Government Equalities Office, *Implementing Opposite-Sex Civil Partnership: Next Steps* (2019)
- Halsbury's Laws* (5th edn, 2018) vol 61A
- Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review' (2006) 115 Yale LJ 1346
- John Wadham et al., *Blackstone's Guide to The Human Rights Act 1998* (7th edn, OUP 2015)
- Joint Committee on Human Rights, *Draft Sexual Offences Act 2003(Remedial) Order 2012: second Report* (2012-2013, HL Paper 8, HC 166)
- Julian Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006) 65 Cambridge LJ 174
- K D Ewing, 'The Human Rights Act and Parliamentary Democracy' (1999) 62 Mod L Rev 79
- Lord Lester of Herne Hill QC, 'The Impact of the Human Rights Act on Public Law', in *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles* (The University of Cambridge Centre for Public Law 1998)
- Mark Tushnet, 'The rise of weak-form judicial review', in Tom Ginsburg, Rosalind Dixon(eds) *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing 2011)
- Michael Taggart, 'Proportionality, Deference, Wednesbury' (2008) 2008 NZ L Rev 423
- Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2019-2020* (CP 347, 2020)
- Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* (Hart Publishing 1997)
- Secretary of State for the Home Department, *Proposal for the Sexual Offences Act 2003 (Remedial) Order 2011* (Cm 8293, 2012)
- Stephen Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism' (2001) 49 Am J Comp L 707

Tom Hickman, *Public Law after the Human Rights Act* (Hart Publishing 2010)

### 3. 기타

법제처 세계법제정보센터, 영국편

〈[https://world.moleg.go.kr/web/wli/nationReadPage.do?ISO\\_NTNL\\_CD=UK](https://world.moleg.go.kr/web/wli/nationReadPage.do?ISO_NTNL_CD=UK)〉 (최종방문일: 2021. 10. 29.)

연합뉴스, 2019. 10. 22.자, “북아일랜드, 22일 0시부터 동성결혼·낙태 허용된다”

Jayne McCormack, ‘Abortion in NI: Timeline of key events’ BBC News (4 Oct 2021)

‘No one can be simultaneously free yet live in fear-Jack Straw’s speech to the Institute of Public Policy Research’ The Guardian (13 Jan 2000)

〈[www.theguardian.com/politics/2000/jan/13/labour.labour1997to996](http://www.theguardian.com/politics/2000/jan/13/labour.labour1997to996)〉  
accessed 19 October 2021

## | Abstract |

Parliamentary sovereignty was regarded as ultimate constitutional principle in the United Kingdom (“UK”). However, with the enactment of the Human Rights Act 1998, courts are able to make a declaration of incompatibility when legislation enacted by the parliament is incompatible with the rights stipulated in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“ECHR”). Consequently, courts are empowered to exercise judicial review over the parliament’s legislation. This is one of the most revolutionary changes in the UK’s constitutional history.

This article can be divided into three parts. First, it examines the background of the Human Rights Act, as well as its main content and defining characteristics. Second, it analyzes the aspects of judicial review through key British court judgments, in which declarations of incompatibility have been made. Third, it explores noteworthy constitutional meanings and implications of the UK’s judicial review system.

The UK had not enacted any legislation incorporating the ECHR into its domestic law for many years. In light of the rising number of cases the UK lost in the European Court of Human Rights, however, the demand for such a legislative measure increased. During the May 1997 election campaign, Labour Party pledged to incorporate the ECHR into British domestic law. They obtained a resounding victory that year, which led to the passing of the Human Rights Act on November 9, 1998.

As the first written Bill of Rights since 1689, the Human Rights Act significantly change the overall legal system in the UK. Under Article 3 thereof, courts are obliged to interpret and implement all legislation in a way that is compatible with the rights stipulated in the ECHR “so far as it is possible to do so.” According to Article 4 thereof, a court may make a declaration of incompatibility if such an interpretation

is impossible. However, even if a court makes a declaration of incompatibility, the legislation in question does not become immediately invalid, and it is still left to the discretion of the parliament to rectify the situation. This is a unique approach, different from that taken by a more widespread model of judicial review in which statutes lose their effect upon being ruled unconstitutional. It can be said that the UK acknowledges judicial review while seeking harmony with the traditional conception of parliamentary sovereignty.

Since the Human Rights Act came into force, most of the declarations of incompatibility have been made in relation to Article 5 (Right to liberty and security), Article 6 (Right to a fair trial), Article 8 (Right to respect for private and family life), and Article 14 (Prohibition of discrimination) of the ECHR. It is rare for a declaration of incompatibility to be made, but when it happens, the parliament in many cases accepts it and enacts new legislation, despite having no legal obligation to respond to it.

Under the Korean system, the retreat of democracy is attributed to the power granted to the judiciary, the unelected branch, to make major decisions on behalf of the community by invalidating unconstitutional laws. In the UK, even if a court declares legislation incompatible, the parliament still has the final say. The UK's judicial review system can leave critical social issues for legislative and public debate and enhance the quality of constitutional analysis through a dialogue between the parliament and courts. The UK's attempt to promote harmony with the traditional conception of parliamentary sovereignty while introducing a judicial review system, also provides meaningful implications for the direction of our constitutional review system.

**Keywords:** Judicial Review in the United Kingdom, Human Rights Act 1998, Declaration of Incompatibility, Weak-form Judicial Review, Constitutional Dialogue, Parliamentary Sovereignty, Parliamentary Supremacy



# 캐나다 일자리공유제 판결에 대한 분석\*

## An Analysis on Fraser Case Made by the Supreme Court of Canada

충남대학교 법학전문대학원 교수 정주백  
Chungnam National University Law School, Prof. Jeong, Joo-Baek

### ■ 목 차 ■

I. 도입 .....	323	1. 열거된 사유의 성격 .....	328
II. 사건 개요와 판결 내용 .....	324	2. 예시적 열거설과 간접차별 .....	331
1. 사건 개요 .....	324	3. 입법 의도와 간접차별 .....	335
2. 캐나다 최고법원의 판결 .....	325	4. 선택과 차별 .....	338
III. 연구 .....	328	5. 정당화 문제 .....	342
		V. 결론 .....	346

\* Fraser v. Canada (Attorney General), 2020 SCC 28(38505, 2020. 10. 16.)

## Ⅰ 국문초록

캐나다 연방최고법원의 결정(‘이 결정’)을 분석해 본다. 이 결정의 핵심적인 이슈는 간접차별을 인정할 수 있는가 하는 것이다. 우리 헌법재판소의 이른바 제대군인가산점 결정과 쟁점을 공유한다.

이 결정에서는 먼저 현장상의 차별금지 사유가 한정적인 것임을 전제로, 일자리공유제를 선택한 사람과 그렇지 않은 사람 사이의 다른 처우가 간접차별에 해당된다고 판시하였다. 여기에 입법자의 의도는 영향을 끼치지 않는다고 보았다. 나아가 원고들이 스스로 판단하여 일자리공유제를 선택하였기 때문에 불이익을 입은 것이라 하더라도 그 불이익을 차별적인 것이라 본다고 판시하였다. 이 결정은 일자리공유제를 선택한 사람에게 연금상의 불이익한 처우를 하는 것이 위헌이라 판단하였다.

간접차별 이론은 차별을 금지하는 사유가 한정적인 것임을 전제로 하여서만 인정될 수 있다. 그래서 간접차별 이론은 ‘법상 금지되지 아니한 차별’이 ‘법상 금지되는 차별’로 전환되는 기제를 제공한다. 그런 점에서 캐나다의 경우는 간접차별을 논의할 토대는 갖추어져 있다. 그런데 우리 통설과 판례는 차별금지 사유를 한정하지 않으면서도 간접차별 이론을 이용하여, ‘A라는 사유로 인한 차별’을 ‘B라는 사유로 인한 차별’로 전환하였다. 차별 아닌 것을 차별로 전환한 것이 아니다.

입법자의 의도는 차별을 인식하는데 고려요소가 아니라는 판단은 이해하기 어렵다. 중립적인 기준으로써 만들어진 법이라 하더라도 각 집단별로 그 효과는 다를 수 있다. 각 집단별로 미치는 효과가 다르다는 이유만으로 그 법이 평등권 침해의 문제를 일으킨다면, 세상의 거의 모든 법은 차별적인 것으로 인식될 수 있다. 우리나라의 제대군인가산점 결정에서도 입법자의 의도는 고려되지 아니하였다.

원고들이 일자리공유제를 선택하지 아니할 수 있었다는 사정이 차별을 인정하는데 영향이 없다는 판단에 동의하기 어렵다. 평등의 이념적 기초는 ‘선택할 수 없는 사유’를 이유로 불이익한 처우를 하면 안 된다는 것이기 때문이다. 대안들은 전부 법적 효과가 다르다. 사람들은 대안들 중에서 자신에게 가장 유리한 것을 선택한다. 당연히 그 선택에 대해서 책임을 진다. 만약 선택한 대안들 사이에 법적 효과가 달라서는 안 된다면, 자유란 무의미하다. 대안은 하나 밖에 남지 않을 것이기 때문이다.

**주제어:** 평등, 차별, 간접차별, 제대군인가산점, 프레이저, 일자리공유제

(논문접수일: 2021. 11. 18. 심사개시일: 2021. 11. 18. 게재확정일: 2021. 12. 8.)



## I. 도입

캐나다 최고법원<sup>1)</sup>에서 일자리공유제를 둘러싼 흥미로운 판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 한다.)이 선고되었다. 캐나다의 결정이지만, 우리의 헌법 문제와도 여러 가지로 연결되는 바가 있어서 다루어 보고자 한다. 이 판결의 핵심적인 이슈는 간접차별의 법리다. 우리 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다.)의 이른바 제대군인가산점 결정<sup>2)</sup>과 쟁점을 공유한다.

이 두 개의 결정은 기본적으로는 판지를 같이한다. 성별을 이유로 한 차별이 아니지만, 이를 성별에 기한 차별로 전환하였다. 거기에 입법자의 입법의도는 고려대상이 아니라는 판지도 같다. 다만, 양자의 상황이 다른 것은, 전자, 즉 이 사건 판결에서는 원고들이 원고들에게 제시된 대안들<sup>3)</sup> 중에서 선택할 수 있었고, 자신들이 선택한 대안의 효과가 선택하지 아니한 대안들의 그것들보다 불리하다는 주장을 하는 것은 부당한 것 아닌가<sup>4)</sup> 하는 쟁점이 판단되었다. 우리 제대군인가산점 결정의 경우 이 쟁점은 다루어지지 아니하였다. 제대군인가산점 결정의 경우 청구인들에게 대안의 선택가능성이 없었기 때문이다.<sup>5)</sup>

간접차별 이론은 평등 조항에 열기된 사유의 성격을 어떻게 보는가 하는 점과 깊은 연관성을 가지고 있다. 간접차별 이론 자체가 헌법상의 차별로 인식될 수 없는 상황을 헌법상의 차별로 인식하는 기제를 제공하는 것이기 때문이다. 그런데, 캐나다 권리장전의 경우 열기된 사유를 예시적인 것으로 보면서도, 이와 유사한 성격을 가진 요소에 한정하여 차별금지 사유로 이해한다. 우리와는 다르다.

우리 통설과 판례는, 헌법 제11조 제1항 후문에 열기된 사유를 ‘例示的’인 것이라 하면서도, ‘열기된 사유와 유사한 성격의 요소’에 한정하여 차별금지 사유로 이해하지 않는다. 이론적으로 본다면, 우리의 통설 판례는 예시적 열거설이라 할 수 없다.

문제는 헌법 제11조 제1항의 열기된 사유를 우리 통설과 판례처럼 이해하면서도 간접차별

1) 공식명칭은 SUPREME COURT OF CANADA이다. 이를 어떻게 번역할 것인가가 문제되는데, 즉자적으로 해석하면 최고법원이라는 표현이 타당하다. 미국도 SUPREME COURT라고 하는데, 우리나라에서는 대법원이라고 번역하는 예가 많다. 기능적으로 보아 그렇게 해석하는 것 같으나, 문의상 적절한 것으로 보이지 않는다. 일본의 경우 最高裁判所라는 말을 쓰는데, 미국의 SUPREME COURT를 번역한 것이다.

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

3) 풀타임 근무, 무급휴직, 일자리공유.

4) 바로 앞의 주에 제기된 대안들 중, 앞의 두 대안에 있어서는 연금법상의 불이익이 없다. 그것들 중에서 선택하지 아니하고 일자리공유제를 선택한 다음, 거기에 연계된 연금법상의 불이익을 다루는 것은 부당하다는 주장이다.

5) 공무원시험에 있어서 제대군인에게 가산점을 주는 것이 문제되었는데, 공무원시험에 응시할 것인가의 선택이 문제된 것이 아니라, 공무원시험을 치른 사람들 중에서 제대군인에게 가산점을 부여하고 그렇지 않은 사람들에게는 가산점을 부여하지 않은 것이 문제되었다. 물론 ‘제대군인가산점이 부여되는 공무원시험’을 선택한 것 아닌가 하는 것이 문제될 수 있는데, 이 경우에도 ‘대안들 간’의 다른 처우 문제가 아니어서, 이 사건 판결의 사안과는 다르다.

이라는 관념이 존재할 수 있는가 하는 것이다. 우리 이론을 캐나다 사안에 대입한다면, 일자리 공유제를 선택한 사람과 무급휴직을 선택한 사람을 달리 처우하는 것 자체가 차별로 인식될 것이어서, 별도로 간접차별이라는 기제의 도움을 받을 필요가 없다.

위에서 본 것처럼 이 사건 판결은 평등의 이론적 문제에 관하여 상당히 흥미로운 쟁점들을 제시하고 있다. 이하에서는 이 사건 판결의 내용을 소개하고, 몇 가지 쟁점에 관하여 살펴보기로 한다. 열거된 차별금지 사유의 성격(III.1.), 그 성격이 간접차별의 인부에 어떻게 영향을 미치는지(III. 2.), 입법자의 의도는 간접차별 인부에 있어서 요건을 구성하는지(III.3.), 대안을 선택할 수 있다는 것이 차별 문제에 어떤 의미가 있는지(III.4.), 간접차별에 있어서 정당화 심사는 전환되기 전의 사유를 이유로 한 다른 처우를 다루어야 하는지 아니면 전환된 이후의 사유를 이유로 한 다른 처우를 다루어야 하는지(III.5.)의 문제를 다룬다.

## II. 사건 개요와 판결 내용<sup>6)</sup>

### 1. 사건 개요<sup>7)</sup>

이 사건 원고 3명은 왕립 캐나다 기마경찰대(Royal Canadian Mounted Police, RCMP, 이하 ‘기마경찰대’라 한다.) 소속의 여성이다. 그녀들은 1990년대 초중반에 육아휴직을 냈고, 그 후 복귀하였지만 풀타임근무와 육아를 병행하는데 어려움을 겪고 있었다. 당시 기마경찰대는 정규직 직원에게 파트타임 업무를 허용하지 않았다.

1997. 12. 기마경찰대는 정규직 일자리 1개를 여러 사람이 나누어 수행하는 ‘일자리공유제’(job-sharing)<sup>8)</sup>를 도입하였다. 원고들은 일자리공유프로그램에 등록하였다. 일자리공유제에 참여한 기마경찰대원들은 대부분 아이가 있는 여성들이었다. ‘왕립 캐나다 기마경찰대 연금에 관한 법률’(Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act) 및 ‘왕립 캐나다 기마경찰대 연금 규칙’(Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations)에 따라, 기마경찰대원들은 풀타임근무 중에 이루어지는 무급휴가의 경우에는 연금크레딧

6) 김선희, 캐나다의 간접차별과 정당한 편의제공의무에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2021, 53 이하는 이 사건 판결을 소개하고 있다.

7) 헌법재판연구원, 세계헌법재판 조사연구 제47호, 2021. 2에 실린 번역을 기초로 하였다. 헌법재판연구원 인터넷 홈페이지의 ‘연구활동’ → ‘최신 세계헌법판례’에 406번으로 실려 있기도 하다. 원문도 제공되고 있다. 아래 각주에서 쪽수만 기재된 것은, 위 번역문의 그것을 가리킨다. 이 사건 판결을 소개하고, 번역하여 준 헌법재판연구원 감사드린다.

8) 번역문에는 ‘직무공유제’라고 번역하였는데, ‘일자리공유제’가 더 적절한 것으로 보여 이렇게 표현하였다.

(pension credits) 전부를 받을 수 있었다. 원고들은 일자리공유제 역시 연금크레딧 전부를 받을 수 있을 것이라고 기대하였다. 하지만 추후 그들은 일자리공유제로 일한 기간에 대해서는 연금크레딧 전부를 받을 수 없다는 통보를 받았다.

## 2. 캐나다 최고법원의 판결

### (1) 원고들<sup>9)</sup>의 주장

원고들은 일자리공유제로 인한 부정적인 효과는 여성들에게 불평등효과(adverse impact)를 주기 때문에 헌장 제15조 제1항에 위배된다고 주장한다. 헌장 제15조 제1항은 “모든 개인은 법 앞에서 평등하고, 특히 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애를 이유로 한 차별을 받지 않고 법률상 동등한 혜택을 누릴 권리가 있다.”<sup>10)</sup>라고 규정하고 있다.

### (2) 심판의 대상

이 사건 판결에서 위헌 심사의 대상이 무엇인가는 분명하지 않다. 원고들은 ‘일자리공유제로 인한 부정적인 연금 결과’라고 표현<sup>11)</sup>하고, ‘일자리공유제 협약에 따라 임시적으로 근무기간을 줄인 경우에는 ‘왕립 캐나다 기마경찰대 연금 규칙’에 의해 파트타임 근무자로 분류되고 풀타임 연금크레딧을 얻을 수 없게 된다(이하 ‘이 사건 연금제도<sup>12)</sup>’라 한다).<sup>13)</sup>고 하여, 일자리공유제를 선택한 사람에게, 연금에 있어서 불이익을 주는 것의 위헌 여부를 쟁점으로 삼고 있는 것으로 보인다.

2명 재판관의 반대의견 중에는 ‘연금제도가 규정하는 고용상태는 풀타임, 파트타임, 그리고 무급휴가 뿐이다. 일자리공유제와 관련된 구체적인 규정은 없지만 관련 정책들은 일자리공유제를 파트타임 근무의 한 형태로 정의하고 있다. 일자리공유를 하는 기간 동안은 파트타임으로 근무하는 것으로 다뤄지고 있다. 판결문에는 그들이 파트타임으로 근무하였기 때문에

9) 상고인들이다.

10) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

11) 1쪽.

12) 원문에는 ‘pension plan’이라고 되어 있다. plan을 ‘계획’으로 번역할까 하였으나, 심사과정에서 ‘제도’로 고치는 것이 어떻겠느냐는 심사위원의 제안을 받았다. 우리말로로는 제도로 하는 것이 이해에 도움을 줄 것 같아서 계획으로 고쳤다. 제안에 감사드린다.

13) 6쪽.

일자리공유를 하는 기간에 대해서는 파트타임 연금수당만 받을 수 있다<sup>14)</sup>고 실시하고 있다. 2명의 재판관은 파트타임 근로자에게 연금크레딧을 전부 인정하지 아니하는 제도 자체는 상수로 두고, 일자리공유제를 선택한 사람을 (풀타임 근로자가 아니라) 파트타임 근로자로 보는 것의 위헌 여부를 쟁점으로 이해하고 있는 것으로 보인다.

그러나, 이 사건 판결의 쟁점으로 다뤄진 것은 (원래 파트타임 근로자가 아니라) 정규직 근로자였던 사람들 중 그대로 풀타임으로 근무하는 사람 또는 무급휴직을 선택한 사람에 대해서는 연금크레딧을 전부 인정하면서, 일자리공유제를 선택한 사람에게는 연금크레딧을 전부 인정을 하지 아니하는 것이 위헌 아닌가 하는 점이다. 즉, 類概念은 정규직 근로자이고, 種差는 일자리 공유제를 선택하였는지 여부이다. 결국 정규직 근로자라면, 풀타임 근무를 하든, 일자리공유제를 선택하든, 무급휴직을 선택하든 연금크레딧을 전부 인정하여야 함에도 불구하고, 일자리공유제를 선택한 사람에게는 연금크레딧을 전부 인정하지 않는 것이 아이를 키우는 여성을 차별하는 것인지 여부가 이 결정의 쟁점이다.<sup>15)</sup>

### (3) 법정의견<sup>16)17)</sup>

법정의견은 하급심 판결을 파기하면서, 이 사건 연금제도가 여성이라는 이유로 일자리공유자들의 평등권을 침해했다고 판시했다. 헌장은 특정 특성을 공유하는 집단을 보호한다. 법은 이러한 ‘보호되는’ 특성을 근거로 사람을 차별하는 것은 허용하지 않는다.

헌장 제15조 제1항에 따라 평등권이 침해되었는지 여부를 결정하기 위해서는 먼저 법원은

14) 8쪽, 2명 재판관의 반대의견 중.

15) 이 판결에서 문제된 상황을 평등의 문제로 다룰 수 있는 구조로 다루기 위해서는 그렇게 이해하여야 하는 것으로 본다. 만약 일자리공유제의 아이를 가진 여성에 대한 연금효과를 차별 문제와 연결시키면 더 이상 논의를 할 수 없다. 차별은 ‘요건’과 관련된 것이지, 효과와 관련된 것이 아니다. 같은 액수의 벌금을 부과하더라도 그 효과는 각 개인의 상황에 따라 다르다. 이것을 굳이 평등의 문제로 연결시키려면, ‘본질적으로 다른 것을 같게’ 처우하는 것의 문제로 다루어야 한다. 더 나아가서 일자리공유제를 선택하였을 때는 연금크레딧이 전부 주어지는 줄 알았더니, 나중에 보니 그렇지 않았다는 원고들의 주장(사건 개요 중 마지막 부분 참고)은 전혀 평등과 무관한 것이다. 만약 이 주장이 의미 있는 것으로 이해되면 이 사건 판결은 전혀 원고들의 주장과 다른 내용의 판단을 한 것이다. 원고들의 위 주장은, (i) 일자리공유제를 선택한 사람들에게도 당연히 연금크레딧이 전부 주어져야 한다 (ii) 그 논거는 무급 휴직한 사람들에게도 연금크레딧이 전부 주어진다로 요약될 수 있다. 이것은 법의 해석 문제이지, 그 법이 특정 집단을 차별하고 있는가를 다루는 문제가 아니다. 이 사건 판결을 평등론의 관점에서 분석하는데 가장 이해하기 어려웠던 점은, 만약 일자리공유제를 선택하는 것이 아이를 가진 여성에게 불리하였다면, 왜 그 여성들은 일자리공유제를 선택하였는가 하는 물음이다. 왜 자신들에게 불리한 대안을 선택하였을까? 만약 선택권의 부여에 있어서 여성에게 차별이 있었다면 그것이 평등 또는 차별의 이슈로 될 수는 있을 것이다. 그러나 이 사건 판결문에는 그러한 사정이 드러나 있지 않고, 상정하기도 어렵다. 이 문제는 뒤에 다시 다루기로 한다.

16) 재판관 Rosalie Silberman Abella가 판결문을 작성하였고, 재판장 Wagner와 재판관 Moldaver, Karakatsanis, Martin, and Kasirer가 동조했다.

17) 최고법원의 보도자료를 번역한 것이다.

보호대상집단이 법에 의해 선별되었는지 여부를 검토한다. 중립적으로 보이는 법이라도 보호집단의 구성원에게 다르게 영향을 준다면 차별로 인식될 수 있다. 집단의 모든 구성원이 같은 방식으로 영향을 받았는지는 중요하지 않다.

다음으로 법원은 법이 특정집단에 대해 불이익을 유지 또는 악화시키는지를 검토한다. 다수의견은 과거의 많은 정책이 여성에게 불리하였다는 점을 지적했다. 많은 것들이 변했지만, 이 사건 연금제도는 과거의 피해를 기반으로 한 것이다.

이 사건 판결의 다수의견은 이 사건 연금제도가 일자리공유제를 선택한 사람들의 평등권을 침해했다고 판시했다. 남성보다 여성에게 불리하기 때문이다. 이 사건 연금제도가 특히 여성을 해치려는 의도를 가진 제도가 아니었다는 것은 중요하지 않다. 중요한 것은 그 효과이다. 일자리공유제를 선택한 사람은 자녀를 돌보아야 했기 때문에 여성들이 대부분이다. 이는 여성이 육아에 대한 책임을 져야 한다는 오랜 기대로 인한 불이익이다. 이 사건 연금제도는 다른 사람들처럼 연금크레딧을 받는 것을 허용하지 않았다. 여성들은 자녀를 돌보기 위해 일자리를 공유해야 했기 때문에 이런 상황에 처해 있다. 다수의견은 일자리공유자들에게도 연금크레딧이 전부 주어져야 한다고 판시했다.

#### (4) 반대의견

이 판결에는 재판관 2명의 반대의견과 다른 재판관 1명의 반대의견이 있다. 먼저 재판관 Russell Brown과 Malcolm Rowe는 일자리공유제가 아이를 돌보면서 계속 일하고 싶은 직원들을 수용하려는 시도였으며, 불이익을 제거하지 않았다고 해서 차별을 의미하지는 않는다고 하면서 상소를 기각하여야 한다는 의견을 냈다.

또, 재판관 Suzanne Côté는 이 사건 연금제도가 일반적으로 여성이 아닌 돌봄상태를 구별하고 있을 뿐이고, 이는 헌장 제15조 제1항의 유사한 보호 근거가 아니다. 따라서 이 사건 연금제도가 헌장이 금지하는 차별이라 할 수 없다는 의견을 냈다.

### III. 연구

#### 1. 열거된 사유의 성격

##### (1) 양국의 규정

헌장 제15조 제1항은 차별금지 사유로 ‘인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애’를 들고 있다. 우리 헌법 제11조 제1항은 ‘성별, 종교, 사회적 신분’을 차별금지 사유로 들고 있다, 다만, 캐나다의 경우 ‘특히(in particular)’란 부사구를 두고 있어서 위에서 열거된 사유 외에도 차별금지 사유가 더 있을 수 있음을 드러내고 있음에 비하여 우리 헌법은 위에서 든 사유 외에 추가적인 차별금지 사유가 있다고 볼 문언적 근거를 두고 있지 않다. 그러나, 우리 헌법을 해석함에 있어서 위에 든 사유만이 차별금지 사유라는 해석은 없는 것으로 보인다. 우리 헌법이 열거하고 있는 세 가지 사유 외에도 열거되지 아니하였으나 헌법이 차별을 금지하는 사유가 더 있을 수 있다는 것이 현재의 통설과 판례다.

##### (2) 캐나다 헌장 제15조의 해석

열거되지 아니하였으나 차별이 금지되는 사유로 추가될 수 있는 것들에 제한이 있는가? 캐나다 판례의 경우, 비교적 분명하게 헌장상 열거된 사유와 유사한 것들이 추가될 수 있다고 본다.

법정의견은 “불평등효과적 차별은 중립적으로 보이는 법률이 열거된 차별의 이유 또는 유사한 이유를 근거로 집단 구성원에게 불균형적인 영향을 주는 경우에 발생한다.”<sup>18)</sup>고 설치하고 있고, 재판관 Suzanne Côté는 이 사건 연금제도는 아이를 돌보는 사람과 그렇지 아니한 사람을 구별하고 있을 뿐이고, 이 구별은 헌장 제15조 제1항에서 금지하는 구별에 해당하지 아니하므로 아예 차별이 존재하지 아니한다고 보았다. 즉 이 사건 연금제도는 헌장에 열거된 사유인 남녀를 구별하여 처우하는 것으로 이해될 수 없고, 헌장에 열거된 사유와 유사한 성격의 사유에 기한 구별로도 인정될 수 없다는 것이다.<sup>19)</sup>

18) 3쪽.

19) 캐나다 평등이론에 관한 상세한 설명은 강일신, 캐나다 연방대법원의 평등심사에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2020 참조.

### (3) 우리 헌법 제11조의 해석

이러한 입장은 우리 헌법의 해석론과 매우 다르다. 우리 헌법 제11조 제1항은 3가지 사유만을 열거하고 있지만, 이를 예시적 열거라고 본 후, 예시되지 아니하였지만 추가될 수 있는 차별금지 사유에 아무런 제한이 없다고 본다. PE관과 PVC관 중 PVC관에 대하여만 안전기준을 적용,<sup>20)</sup> 우체국보험과 인보험 중 우체국보험금 및 환급금 청구채권 전액에 대하여 무조건 압류를 금지,<sup>21)</sup> 오토바이와 자동차 중 오토바이에 대해서는 고속도로 또는 자동차전용도로 운행을 금지<sup>22)</sup>하는 것을 전부 헌법이 금지한 차별로 보았다. 그래서 차별의 사유가 무엇인가에 대한 검토를 하지도 아니한다.<sup>23)</sup>

### (4) 검토

그러면, 어느 쪽이 타당한 것인가? 당연히 캐나다 쪽의 입장이 타당하다. 현재는 예시적 입법에 관해 다음과 같이 실시한다. “규율대상인 대전제를 규정함과 동시에 구성요건의 외연(外延)에 해당되는 개별사례를 예시적으로 규정하는 예시적 입법형식의 경우, 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용 범위를 확장할 가능성이 있다면, 죄형법정주의원칙에 위배될 수 있다. 따라서, 예시적 입법형식이 법률명확성의 원칙에 위배되지 않으려면, 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다.”<sup>24)</sup>

이것은 예시로 열거된 각 요소들이 일반조항 즉 內包(connotation)을 잘 반영하고 있어야 하고, 일반조항은 구체적으로 열거된 요소들을 포괄할 수 있어야 한다는 것이다. 그런데 캐나다의 헌장 제15조 제1항이나 우리 헌법 제11조 제1항은 예시들만을 열거하고 있을 뿐, 내포에 해당하는 일반조항을 규정하고 있지 아니하다. 그렇다고 하여 일반조항이 없어도 좋은 것은 아니다. 단지 표시되지 않았을 뿐이다. 이 경우에는 열거된 사유들로서 내포를 추론해 내어야 하고, 내포를 충족하는 것들만이 외연(extension)에 포섭될 수 있다.

20) 현재 2015. 3. 26. 2014헌마372, 판례집 27-1상, 383.

21) 현재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91.

22) 현재 2011. 11. 24. 2011헌바51, 판례집 23-2하, 430. 같은 취지의 판례로는, 현재 2008. 7. 31. 2007헌바90, 판례집 20-2상, 224; 현재 2007. 1. 17. 2005헌마1111, 판례집 19-1, 110 등.

23) 위 각 판례들 참조. 단지 다른 취급이 있는 것만을 확인할 뿐, 그들을 구별하는 기준이 무엇인지를 검토하지는 않았다는 뜻이다.

24) 현재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 현재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599, 609; 현재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178, 187-188; 현재 2016. 7. 28. 2012헌바258, 판례집 28-2상, 1, 8-9; 현재 2014. 7. 24. 2013헌바169, 판례집 26-2상, 115, 120-121.

우리 헌법 해석론은 헌법 제11조 제1항에 열거된 사유들이 예시적인 것이라 하면서도 그 내포를 확정하기를 포기하였다.<sup>25)</sup> 결국 內包는 零이고, 外延이 無限大로 되었다.<sup>26)</sup>

우리나라의 해석론은 예시적 열거설이라 할 수 없다. 예시된 사유가 내포를 확정하는데 아무런 역할을 하지 아니하고, 나아가 내포가 완벽히 영(零, Zero)이기 때문이다. 학설의 이름이 ‘예시설’이어서, 마치 열거된 사유가 의미가 있고, 이것들이 열거되지 아니하였으나 헌법상 금지되는 차별사유를 추론하는 기준이 되는 것처럼 보일 수 있으나, 현재의 실무는 전혀 그렇지 않다.

우리 현재의 경우 예시된 사유가 차별 여부를 확정하는 기준으로 작동하지 아니함에 그치지 아니하고, 심사 기준을 선택하는 데에도 아무런 역할을 하지 못한다고 본다. ‘성별’<sup>27)</sup>이나, ‘사회적 신분’<sup>28)</sup>에 기한 차별이라 하더라도, 자의금지원칙에 의한 심사로서 족하다고 본다.

25) 즉 열거되지 않았으나 헌법상 차별이 금지되는 사유의 속성이 무엇인가, 나아가 구별하였으나 헌법상 금지되는 차별로 인식될 수 없는 사항은 어떤 것인가에 대한 검토를 포기하였다.

26) 정주백, 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격, 헌법학연구 제19권 제3호(2013), 304 이하 참조.

27) “헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다.”(헌재 2011. 6. 30. 2010헌마460, 판례집 23-1하, 519, 525, 이른바 병역법 사건). 다만, 성별이 기한 차별이라 하더라도, 헌법 제32조 제4항, 제36조 제1항에서 특별한 규율을 하고 있는 경우에는 엄격한 심사를 하여야 한다고 본다. “우리 헌법은 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’ 등 인간의 활동의 주요 부분을 차지하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔으나, 이 사건 법률조항은 그에 해당한다고 보기 어렵다.”(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454) 그런데 흥미롭게도 최근인 2021. 9. 30. 선고된 2019헌가3(공보 제300호, 1171, 1174)는 헌법 제11조 제1항 후문의 ‘성별’에 의한 차별 금지와 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족생활에 있어서 양성 평등을 들어서 엄격한 심사 기준을 선택하고 있다. 물론 헌법 제11조 제1항 후문만을 들어 엄격한 심사기준을 선택한 것은 아니지만, 종전과는 조금 다른 입장이다. 헌법 제11조 제1항 후문이 심사기준 선택에 있어서 의미 있는 것으로 볼 수 있는 여지가 생겼다. 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가 21, 판례집 23-1상, 178, 190도 마치 헌법 제11조 제1항 후문이 헌법이 특별히 평등을 명령하고 있는 경우인 것처럼 실시하고 있다. 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120, 판례집 2, 288, 295은 다른 취지다. 이 부분에 관하여는 이종수, ‘사회적 신분’에 의한 차별금지의 헌법적 의미, 공법연구 제31집 제1호(2002), 355-359; 이상경, 사회적 신분에 의한 차별사유에 관한 소고 : 헌법 제11조 및 국가인권위원회법 제2조의 사회적 신분의 의미를 중심으로, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 172-177; 한수용, 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점, 헌법논총 제26집(2015), 251-253; 정주백, 평등정명론, 충남대학교출판문화원, 2019, 176-205 각 참조.

28) “친일반민족행위자의 후손이라는 점이 헌법 제11조 제1항 후문의 사회적 신분에 해당한다 할지라도 이것만으로는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없다.”(헌재 2011. 3. 31. 2008헌마141, 판례집 23-1상, 276, 311) “헌법재판에 있어서 변호사강제주의가 변호사라는 사회적 신분에 의한 헌법재판권 행사의 차별이라 하더라도 차별에 합리성이 결여된 것이라고는 할 수 없을 것”(헌재 1990. 9. 3. 89헌마120, 판례집 2, 288, 295) ‘전과자’에 관해서는 헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 235-236 참조.



## 2. 예시적 열거설과 간접차별

### (1) 도입

간접차별이라는 관념은 법상 차별이라 볼 수 없는 구별(distinction)을 법상 금지되는 차별(discrimination)로 전환하는 역할을 한다. 이 사건 판결에서 법정의견은 “불평등효과적 차별은 중립적으로 보이는 법률이 열거된 차별의 이유 또는 유사한 이유를 근거로 집단 구성원에게 불균형적인 영향을 주는 경우에 발생한다.”<sup>29)</sup>고 판시한 것은 이 점을 보여준다.

만약 간접차별이라는 매개 이론이 없으면 어떤 문제가 생기는가? 법상 금지되는 차별이 아니라면, 즉 문면상 금지되지 아니한 요소에 의한 구별<sup>30)</sup>이라면 어떠한 경우에도 이를 규율할 수 없다면 규율의 공백이 발생할 수 있다.

물론, 헌법의 경우에는 차별금지 외에도 다른 기본권 조항이 존재하므로 차별금지 외의 기본권 침해를 이유로 인용할 가능성이 없는 것은 아니다. 예를 들어 이 사건 판결의 사안의 경우에도, 우리나라의 헌법이론을 따른다면 인간다운 생활을 할 권리의 침해로 이론 구성하는 것이 불가능한 것은 아니다.<sup>31)</sup> 그러나, 사인에게 적용되는 차별금지법의 영역으로 간다면 상황은 달라질 수 있다. 차별금지법에서 말하는 차별이 아니라면 더 이상 차별금지법은 적용되어질 수 없기 때문이다.

예를 들어, ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’은 ‘성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등’<sup>32)</sup>을 차별금지 사유로 삼고 있다. 이 경우 어떠한 구별이 위에서 열거된 요소<sup>33)</sup>를 근거로 한 구별이 아니라면, 아예 위 법의 규율대상이 아닌 것으로 될 수 있다. 그래서 사립대학에서 교수를 뽑는데, 60kg의 역기를 들 것을 요건으로 하고 있더라도, 이것은 문면상 성별에 기한 구별은 아니다. 그런데, 성별에 의한 구별이라고 인식되어야, 즉 구별의 관점에 전환되어야 위 법률이 적용될 전제가 충족된다. 여기서, 역기를 드는 사람과 들지 못하는 사람의 구별을 남녀의 구별로 전환할 수 있는가 하는 논의가 있을 수 있다. 이때 작동하는 것이 간접차별의 이론이다. 미국에서 문제된 literacy test도 예로 될 수 있다.<sup>34)</sup>

29) 3쪽.

30) 물론, 열거되지 아니하였으나 예시된 것과 그 성질이 같은 사유까지 포함하여.

31) 아래에서 보는 제대군인가산점 사건의 경우에도 간접차별이론을 원용하지 않더라도, 당해 심판대상조항이 청구인들의 공무담임권을 침해한다는 이유로 인용 결정을 할 수도 있었다. 실제로 평등권 침해와 공무담임권 침해가 모두 청구인들의 심판청구를 인용하는 이유로 실시되었다.

32) ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’ 제2조 제1호.

33) 열거되지 아니하였으나 금지된 사유를 포함하여.

34) *Lassiter v. Northampton County Bd. of Elections*, 360 U.S. 45 (1959) 360 U.S. 45.

## (2) 이 사건 판결에서의 전환

이 사건 판결은 일자리공유제를 선택한 사람들에게 연금크레딧을 전부 인정하지 않는 것 자체는 차별(discrimination)이 아니라는 것을 전제로 논의를 시작하고 있다. 중립적인 것이기 때문이다. 즉, 일자리공유제를 선택한 사람과 선택하지 않은 사람들(풀타임근무자 또는 무급휴직자) 사이의 구분은 헌장 제15조가 금지하는 차별이 아니다. 이 말은 헌장 제15조가 명시적으로 금지한 요소에 기한 구별도 아니고, 이와 유사한 요소에 기한 구별도 아니라는 것이다.

이 사건 판결에서는 문면상의 구별, 즉 일자리공유제를 택한 사람과 이를 택하지 않은 사람의 구별이 헌장 제15조 제1항이 금지하지 아니한 구별이지만, 그 효과가 성차별적인 것이어서 헌장 제15조에서 금지된 구별, 즉 성별에 의한 차별로 전환될 수 있음을 논증하고 있다.

## (3) 우리나라 제대군인가산점 사건의 경우

위의 검토는 우리나라의 사례를 이해하는데 무척 중요하다. 우리나라 헌법재판에서 간접차별이 인정된 유일한 사례인 제대군인가산점 사건을 살펴보자.

우리나라의 통설과 판례는 차별금지 사유에 아무런 제한이 없다는 입장이다. 이것이 예시절에 부합하지 아니하는 것임은 위에서 살펴보았다. 그런데, 우리나라와 같이 금지된 차별 사유에 아무런 제한이 없다는 입장에 서면서도 간접차별이라는 관념을 인정할 필요가 있겠는가? 결론적으로는 그럴 필요가 없다고 본다.

제대군인가산점 사건에서 제대군인과 비제대군인 사이의 다른 처우도 차별로 인식될 수 있다.<sup>35)</sup> 그런데도 제대군인가산점 사건은 ‘제대군인과 비제대군인 사이의 차별’을 ‘성별에 기한 차별’로 전환한 것이다. 차별이 아닌 것을 차별로 전환한 것이 아니라, ‘A 요소에 기한 차별’을 ‘B 요소에 기한 차별’로 전환한 것이다. 차별을 보는 관점이 바뀌었을 뿐이다.<sup>36)</sup>

35) 그 구별 표지인 ‘제대군인인지 여부’가 헌법이 명시적으로 금지한 차별금지 사유, 나아가 명시하지는 않았지만 명시된 사유와 유사한 성격을 가진 사유인지 여부에 관계 없이 차별로 인식되기 때문이다. 차별금지 사유의 외연이 무한대라는 말과 관련된다.

36) 직업상담사 자격증 소지자에게 가산점을 부여하는 공무원임용시험령(현재 2018. 8. 30. 2018헌마46, 판례집 30-2, 573)이나 동일 지역 사범대학을 졸업한 교원경력이 없는 자에게 가산점을 부여하는 교육공무원법(현재 2007. 12. 27. 2005헌가11, 판례집 19-2, 691) 사건에서 현재는 직업상담사 자격증을 소지하는지 여부, 교원 경력이 있는지 여부를 헌법이 금지한 차별금지 사유로 보았다. 당연히 간접차별이론은 원용되지 아니하였다. 만약 제대군인가산점 결정의 논리를 관철한다면 위 각 가산점을 받는 사람들과 받지 못하는 사람들이 다른 관점에서 평가될 수 없는가 하는 점이 검토되어야 할 것이다. 성별만이 아니다. 고향이나, 학력, 나이 등 엄청나게 많은 요소들에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다. 통계적으로만 유의미하면 다른 관점으로 전환될 수 있다.

그 결과는 무엇인가? 제대군인가산점제도를 제대군인과 비제대군인의 차별 문제로 분석하였으면 정당화되어질 가능성이 매우 컸음에도 불구하고,<sup>37)</sup> 이를 남녀 차별의 문제로 전환한 후 남성에게는 가산점을 부여하고 여성에게는 가산점을 부여하지 아니하는 것은 정당화될 수 없다고 판시하였다.

#### (4) 검토

캐나다의 경우 예시적 열거를 근거로 하여, 일자리공유제를 택한 사람과 일자리공유제를 택하지 아니한 사람 사이에서의 구별은 헌장 제15조에서 금지하지 아니한 것이라는 점을 확정하고, 간접차별의 이론을 원용하여 헌장 제15조에서 금지하고 있는, '성별에 기한 차별'로 전환하였다. 전환 자체가 타당한 것인가는 별론으로 하고, 예시적 열거설에 따라 금지되지 아니한 요소에 따른 구별을 금지된 요소에 따른 구별로 전환할 필요성이 있고, 그 필요성에 부응하여 이론적 논의를 거쳐 전환한 것이라 평가할 수 있다.

이에 비하여 우리나라의 통설과 판례를 따른다면 간접차별 이론은 무용하다. 어떠한 구별도 모두 차별로 인식될 수 있기 때문이다. 그런데도 우리의 경우 제대군인가산점 결정에서 간접차별을 인정했다. 이 결정은 차별이 아닌 것을 차별로 전환한 것이 아니라, '어떤 차별'을 '다른 차별'로 전환한 것이다.<sup>38)</sup>

다른 한편 위 제대군인가산점 사건에서 간접차별의 법리를 세워두었지만, 그 후 현재는 극구 그 적용을 거부하였다. 몇 가지 사례를 들어본다.

37) 국가를 위하여 공헌한 사람이라는 점에서 비제대군인과는 본질적으로 달라서 다르게 처우하는 것이 바로 평등한 상태라고 하거나, 비록 차별이 있다고 하더라도 위 사유가 정당화 사유로 작동하여 위헌이 아니라는 논증도 가능하다. 그런데, 제대군인과 비제대군인 사이의 다른 처우 문제를 남자와 여자에 대한 다른 처우의 문제로 바꾸고, 오로지 남자라는 이유로 가산점을 주고, 오로지 여자라는 이유로 가산점을 주지 아니한 것처럼 다루었다.

38) 그런데, 그 뒤의 사건들에서는 간접차별의 부정하는 듯한 판시를 계속내었다. “이 사건 법률조항은 정당의 등록요건을 설정해 놓은 것이고 이 규정은 모든 국민이나 정당에게 차별없이 적용되는 것이다. 그러므로 그 요건을 충족하기 어려운 개인이나 정당의 입장에서 이 규정으로 말미암아 정당으로 등록하지 못하거나 또는 정당의 지위를 유지하지 못하게 되는 것은 이 규정이 적용된 결과일 뿐이고, 이로 말미암아 정당설립의 자유가 침해되는가는 별론으로 하고 평등권침해 문제가 따로 제기되는 것은 아니라고 할 것이다.”(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 411) “변호사시험법이나 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’은 법학전문대학원의 등록금과 수업료에 대하여 규정하는 바가 없고 그 금액은 법학전문대학원을 설치한 대학이 개별적으로 정할 뿐이며, 또 교재비·생활비 등의 부대비용과 기회비용은 개인의 선택과 경제적 여건 등에 따라 달라질 수 있는 것이다. 그러므로 경제력의 차이에 따른 사실상의 차별이 존재하는 것은 별론으로 하고, 규범적으로는 법학전문대학원의 석사학위라는 변호사시험 응시자격의 취득에 있어서 경제력의 차이에 따른 차별은 존재하지 아니하므로, 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.”(헌재 2018. 2. 22. 2016헌마713, 공보불게제) 이 결정의 판시는 상당히 흥미롭다. ‘사실상’과 ‘규범적’인 것을 엄격히 구분하였다. 이 판시는 헌재 2012. 3. 29. 2009헌마754, 판례집 24-1상, 564, 577; 헌재 2012. 4. 24. 2009헌마608, 판례집 24-1하, 160, 170의 것을 반복한 것이다.

- ① “병역거부가 양심에 근거한 것이든 아니든, 그 양심이 종교적 양심이든, 비종교적 양심이든 가리지 않고 일률적으로 규제하는 것일 뿐, 종교를 이유로 차별을 가하는 것이 아니다.”<sup>39)</sup>
- ② “기반시설부담금의 부과가 종교시설의 건축행위에 부담을 주었다고 하더라도, 이는 중립적이고 일반적으로 적용되는 법률이 우연히 종교시설에 적용된 것에 불과하다.”<sup>40)</sup>
- ③ “청구인은 심판대상조항이 실질적으로 남성만을 처벌하는 조항으로서 성별에 따른 차별이 존재한다고 주장하나, 심판대상조항은 행위의 주체를 남성만으로 한정하고 있지 않으므로, 심판대상조항을 적용함에 있어 남녀간의 차별이 있다고 볼 수 없다.”<sup>41)</sup>
- ④ “이 사건 법률조항은 정당의 등록요건을 설정해 놓은 것이고 이 규정은 모든 국민이나 정당에게 차별없이 적용되는 것이다. 그러므로 그 요건을 충족하기 어려운 개인이나 정당의 입장에서 이 규정으로 말미암아 정당으로 등록하지 못하거나 또는 정당의 지위를 유지하지 못하게 되는 것은 이 규정이 적용된 결과일 뿐이고, 이로 말미암아 정당설립의 자유가 침해되는가는 별론으로 하고 평등권침해 문제가 따로 제기되는 것은 아니라고 할 것이다.”<sup>42)</sup>
- ⑤ “피청구인이 이 사건 공고를 통하여 이 사건 시험의 일자를 일요일로 정하여 공고한 것은 특정 종교를 믿는 수험생들을 차별대우하려는 것으로는 보이지 아니하고, 일요일로 시험일자가 정해지다보니 그날에 종교행사를 갖는 수험생들의 예배 참석 등에 현실적인 불편이나 불이익이 초래된 점이 있다 하더라도 앞서 본 바와 같이 일요일 시험일자 선정에는 수많은 수험생들의 응시상의 편의와 시험장소의 마련 및 시험관리상의 편의 등의 도모와 같은 합리적인 이유가 있는 것이므로 청구인의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.”<sup>43)</sup>
- ⑥ “변호사시험법이나 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’은 법학전문대학원의 등록금과 수업료에 대하여 규정하는 바가 없고 그 금액은 법학전문대학원을 설치한 대학이 개별적으로 정할 뿐이며, 또 교재비·생활비 등의 부대비용과 기회비용은 개인의 선택과

39) 현재 2011. 8. 30. 2008헌가22, 판례집 23-2상, 174, 196. 양심적병역거부자와 일반 병역기피자들과 같이 취급하여 처벌하는 것이 본질적으로 서로 다른 것을 같게 처우하는 것이어서 차별이라는 청구인의 주장에 대한 응답이다.

40) 현재 2010. 2. 25. 2007헌바131, 판례집 22-1상, 104, 132.

41) 현재 2017. 6. 29. 2015헌바243, 공보 제249호, 633, 638. 구 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되어 2013. 6. 19. 시행되기 전의 것) 제13조 제1항 중 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자’에 관한 부분이 문제되었다. 속칭 몰카촬영.

42) 현재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 411.

43) 현재 2010. 11. 25. 2010헌마199, 공보 제170호, 2144, 2047.

경제적 여건 등에 따라 달라질 수 있는 것이다. 그러므로 경제력의 차이에 따른 사실상의 차별이 존재하는 것은 별론으로 하고, 규범적으로는 법학전문대학원의 석사학위라는 변호사시험 응시자격의 취득에 있어서 경제력의 차이에 따른 차별은 존재하지 아니하므로, 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.”<sup>44)</sup>

- ⑦ “한편, 청구인들은 대형마트 등에 납품하는 중소기업자와 전통시장 등에 납품하는 중소기업자 사이, 대형마트 등에 입점한 상인과 전통시장 등에 입점한 상인 사이, 대형마트 등에 고용된 심야·휴일 근무 근로자와 다른 심야·휴일 근무 근로자 사이에서의 차별 취급으로 인한 평등원칙 위배도 주장한다. 그러나 위와 같은 집단 사이에 차별적 효과가 발생하더라도 이는 심판대상조항이 다른 유통업체와 달리 대형마트 등에 대하여만 영업규제를 함으로써 부수적으로 발생하는 간접적인 결과일 뿐이고 심판대상조항 자체에서 직접적으로 차별취급이 발생하는 것은 아니다. 따라서 위와 같은 사정들은 대형마트 등과 다른 유통업체 사이의 평등원칙 위배 심사에서 함께 고려하고 별도로 판단하지는 않는다.”<sup>45)</sup>

결국 문면상의 차별이 아니라면 간접차별의 법리를 통하여 문제된 사유에 기한 차별을 인정할 수는 없다는 취지이다.<sup>46)</sup>

### 3. 입법 의도와 간접차별

#### (1) 도입

이 사건 판결에서는 간접차별 인정 여부에 관해, 입법자의 의도는 고려될 필요가 없다고 명시적으로 판시하였다. “입법부가 불균형적인 효과를 만들 의도가 있었는지는 상관없다.”<sup>47)</sup> 즉, “분명하고 지속적인 통계상의 격차는 피보호집단 구성원에 대한 불균형적인 효과를 - 비록 그 효과의 정확한 이유는 알 수 없다 하더라도 - 보여줄 수 있다.”<sup>48)</sup>고 한다. 이것은

44) 현재 2018. 2. 22. 2016헌마713, 공보불게재. 위 판시는 ‘사실’과 ‘규범’을 엄격히 구분하였다는 점에서 상당히 흥미롭다.

45) 현재 2018. 6. 28. 2016헌바77, 판례집 30-1하, 496, 508.

46) 다만, 현재 2016. 6. 30. 2013헌바370, 판례집 28-1하, 469, 480은 간접차별이 인정될 수 있음을 전제로 정당화 심사를 한 희소한 사례이다. “심판대상조항은 변호사보수를 소송비용으로 인정하도록 함으로써 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용액을 높게 만들므로, 경제력 차이에 따라 소송제도를 이용하는 기회에 차별이 생길 수 있다. 그러나 소송비용 패소자 부담과 변호사보수의 소송비용 산입은 정당한 권리자의 재판청구권 보장과 합리적이고 적절한 사법제도 운용이라는 중대한 공익을 달성하기 위한 것이라는 점에서 충분히 합리적 근거가 있는 것이므로, 이를 두고 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.”

47) 4쪽.

48) 4쪽.

입법자의 의도를 탐구할 필요는 없고, 그 입법으로 인한 효과만을 탐구하면 족하다는 것이다. 그래서 이 사건 판결에서와 같이 이 사건 연금제도로 인한 효과가 성별에 따라 미치는 효과가 다르다면 성별에 기한 차별로 전환될 수 있다는 설명을 하고 있다.<sup>49)50)</sup>

우리나라의 제대군인가산점 결정의 경우에는 명시적으로 이 점을 언급하지는 않았으나, 불필요하다는 입장에 있다. 헌재가 제대군인과 비제대군인을 남자와 여자로 전환하는데, “우리나라 남자 중의 80% 이상이 제대군인이 될 수 있음”<sup>51)</sup>을 확인하고, 바로 “이와 같이 전체 남자 중의 대부분에 비하여 전체 여성의 거의 대부분을 차별취급하고 있으므로 이러한 법적 상태는 성별에 의한 차별”<sup>52)</sup>이라고 판단하였다. 결론에 이르는데 언급된 다른 자료가 없다. 그런데 이와 같은 입론은 적절한 것인가?

## (2) 검토

사실 우리나라에서 간접차별을 인정한 사례는 위에서 언급한 제대군인가산점 사건이 유일하다. 청구인은 이와 유사한 주장을 하였지만, 헌재는 매번 그 주장을 기각하였다. 그 사정은 이미 위에서 보았다.

다만, 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마815<sup>53)</sup>는 간접차별을 부정하면서도 입법의도를 검토한 희소한 사례다. 다음과 같이 판시하였다. “위 공직선거법 조항이 비정규직 근로자, 자영업자, 중소기업 회사원 등 현실적으로 일과시간 내에 투표가 어려운 선거권자들을 공휴일에 투표하는 공무원 등과 차별한다는 청구인들의 주장에 대하여, “임기만료에 의한 선거일이 관공서의 공휴일인 것은 대통령령인 ‘관공서의 공휴일에 관한 규정’ 제2조 제10의2호에 의한 것이고 심판대상조항에 의한 것이 아니며, 심판대상조항의 문언이나 입법취지, 연혁 등에서 일과시간

49) 그런데, 이와 같은 설명이 논리적으로 적실한 것인가는 의문이 제기될 수 밖에 없다. ‘일자리공유제를 선택한 사람’을 類로 보면, 즉 동등한 처우를 하여야 할 집단으로 보면, 그 안에서의 種差, 즉 성별에 따른 다른 처우는 없다. 정규직에 있는 사람을 類로 보면, 일자리공유제를 선택한 사람과 무급휴직제(또는 풀타임근무제)를 선택한 사람 사이의 다른 처우를 야자와 남자에 대한 다른 처우로 전환할 수 있는가 하는 것이 간접차별의 개념에 부합하는 논점이다. 이렇게 접근하는 경우, 일자리공유제를 선택하면 연금상 불이익을 받고, 무급휴직제(또는 풀타임근무제)를 선택하면 연금상 불이익이 없다. 이러한 법적 효과는 남자와 여자 사이에 다르지 아니하다. 이 결정에서 연방최고법원의 논증이 적확한 것이라 보기는 어렵다.

50) 이에 비하여 재판관 Brown과 Rowe은 반대의견(9쪽)에서 인과관계와 상관관계를 혼동하고 있다고 비판한다. 클래식 음악을 많이 듣는 학생의 학업성취도가 높다고 하여 전자가 후자의 원인이라 생각하면 곤란할 수 있다. 부모의 수입이 원인일 수 있다. 부모의 수입이 높다 → 그 가정의 학생이 클래식 음악을 많이 듣는다 → 학업성적이 높다고 연결되어질 가능성을 검토할 필요가 있다. 만약 클래식 음악을 많이 들을수록 학업성적이 높다고 확정하면, 학생들에게 클래식 음악 시간을 늘림으로써 학업증진을 꾀할 것이다.

51) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 786.

52) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 786.

53) 판례집 25-2상, 324, 336-337.

내에 투표가 어려운 집단을 구분하거나 차별하려는 의도가 발견되는 것도 아니다. 따라서 선거일이 일부 선거권자에 대해서는 휴일이나, 일부 선거권자에 대해서는 휴일이 아니라는 사실은 선거권 침해 여부의 판단에서 고려될 수는 있을지언정, 심판대상조항에 의한 차별취급의 문제는 발생시키지 아니한다.”

미국에서도 이 문제가 논의된 일이 있었는데, 미국의 Supreme Court는 차별적 결과(discriminatory impact)만으로 간접차별을 인정하기 어렵고 차별의 의도(discriminatory intent)까지 인정되어야 한다고 보았다. 그래서 Massachusetts 주법에 따라 퇴역군인가산점을 받는 제대군인의 98% 이상이 남자이고, 여자는 법으로 입대할 기회가 제한되어 있어서 전체 제대군인의 2%에도 미치지 못하지만,<sup>54)</sup> 입법에 있어서 여자를 차별하려는 의도가 인정되지 아니하여, 성별에 기한 차별로 볼 수는 없다고 판시하였다.<sup>55)</sup>

차별금지 사유를 제한적으로 인정하고 있는 법제에서 간접차별 법리의 필요성이 인정된다 고 하더라도, 오로지 차별적 효과만으로 간접차별을 인정해서는 곤란할 것이다. 위 2.라.에서 든 판례 ③의 경우와 같이, 성 중립적 법률이지만, 이를 위반한 사람 대부분이 남자라면 이 법률이 남자를 차별하는 법이라고 할 수 있을까? 이것이 받아들여지면 거의 모든 형벌조항은 남녀차별적인 것으로 인식되어질 가능성이 크다. 도둑질한 자를 처벌하는 법은 성중립적이지만 대부분의 절도범은 남자다. 다른 한편 절도죄는 가난한 자나 부자에게나 똑 같이 적용되지만, 위반하는 자는 대부분 가난한 자다. 이를 논증하기 위하여 통계를 대어야 할까? 아나톨 프랑스<sup>56)</sup>는 ‘법은 그 위대한 공정함때문에 부자들 가난한 자들, 다리 밑에서 자거나 길거리에서 구걸하거나 빵을 훔치는 것을 금지한다’고 탄식하였다고 한다.

Motherless Brooklyn이라는 영화에는 “이것은 슬럼을 제거하는 프로그램이 아니다. 흑인을 제거하는 프로그램이다.”<sup>57)</sup>라는 대사가 나온다. 흑인이 주로 거주하는 지역을 재개발하는 것은 맞다. 재개발로 피해를 보는 사람 대부분이 흑인인 것도 맞다. 그러면, 바로 그 정책은 흑인을 차별하는 정책이 되는 것일까? 나아가 가난한 자를 차별하는 정책이 되는 것일까? 필자는 추가적인 검토 없이 바로 그렇게 이해할 수 없다고 본다.

만약 규범적 평가에서 ‘의도’라는 것이 고려요소로 작동하지 않게 되면, 이른바 ‘반사적 효과’에 관련된 논의들은 전부 새롭게 이루어져야 한다. 물론 캐나다의 경우라면 그 반사적 불이익이 헌장 제15조 제1항에 계기되었거나 그와 유사한 것과 연계되지 아니한다면 차별

54) 우리의 제대군인가산점제가 처했던 상황과 거의 유사하다.

55) Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979). Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p.731.

56) Anatole France, 1884-1924, 1921년 노벨문학상 수상.

57) “This is not a program to slum remove. This is a program to nigro remove.”01:22:09/02:24:21.

문제로 인식되지 아니하겠지만, 차별금지 요소에 대한 제한을 부정하는 우리 헌법 이론에 따른다면 전부 간접차별을 매개로 하여 다른 관점에서의 검토를 실시하여야 할 것이다. 그러나 우리 헌재가 이를 채택하지 않고 있음은 위에서 든 사례들을 통해 알 수 있다.<sup>58)</sup>

## 4. 선택과 차별

### (1) 도입

이 사건 판결의 제1심과 항소심은 모두 원고들의 주장을 받아들이지 않았다. 1심법원과 항소심 법원은 원고들의 청구를 기각하는 근거로 원고들의 일자리공유제에 대한 ‘선택권’을 들었다고 한다.<sup>59)</sup>

이 사건 판결에서 원고들은 일자리공유제를 선택한 후, 일자리공유자에 연계된 제도, 즉 이 사건 연금제도를 다루고 있다. 1심법원과 항소심법원은 ‘너희들이 일자리공유제를 선택한 것 아니냐, 만약 연금크레딧을 전부 인정받고 싶으면 풀타임으로 일하든지, 무급휴직제를 선택하였으면 되었을 터인데, 일자리공유자를 스스로 ‘선택’한 후 그 제도 안에 포섭되는 이 사건 연금제도가 평등권 침해한다고 주장할 수는 없다’는 취지의 판시를 하였다. 이에 대하여 최고법원은 간단히 이 판단을 배척하였다. “연방최고법원은 차등적 대우가 ‘선택’에 의한 것일지라도 차별이 될 수 있다고 지속적으로 판결해왔다.”<sup>60)</sup>는 판시가 그것이다. 이와 같은 입장은 타당한 것일까? 선택할 수 있는 대안들 사이의 구별을 차별이라 할 수 있을까?

### (2) 예시적 열거설과의 관계

캐나다식의 예시적 열거를 전제로 한다면 상당히 어려운 것 아닐까 하는 생각을 한다. 헌장 제15조에 열거되어 있는 사유들, ‘인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애’ 중 ‘종교’나 ‘국적’의 경우를 제외하고는 개인이 선택할 수 있는 속성이 아니다. 나아가 종교나 국적의 경우에도 선택가능성이 전적으로 부인될 수 있는 것은 아니지만, 종교의 인격의 문제로서 어떤 이익이나 불이익에 대한 대처로 선택할 수 있는 요소는 아니다. 국적도 거의 그와 같이 말할 수 있다.<sup>61)</sup> 이러한 요소들이 일부 선택가능성이 있다고

58) 그런데, 문제는 제대군인가산점 사건에서는 의도를 고려하지 않고 차별을 인정하고서 다른 사례들에서는 의도를 고려 요소로 보는 듯한 설시를 하면서 부정하는 것이다. 판례의 일관성이 부족하다는 비판은 불가피하다.

59) 6쪽.

60) 6쪽.

61) 국적을 선택할 수 있는 요소로 만드는 것이 국적이탈의 자유다. 이것은 계약설의 입론을 관철하는 최후적 장치다.



하여 이를 이유로 한 구별을 차별이 아니라고 할 수 없다는 것은 이해할 수 있다.

선택가능성이 일부 인정된다고 하여 그것들이 열거되지 아니라는 사유로써 차별금지 사유의 목록에 기재될 수 없는 것도 아니다. 예를 들면 學歷의 경우를 들 수 있을 것이다. 학력은 선택가능하다. 그렇더라도 학력이 열거되지 아니한 차별금지 사유에 포섭될 수 있다고 한다면 전혀 수용할 수 없는 것은 아니다. 학력이 단기적이고, 일시적인 선택이라 하기는 어렵다. 좀 더 몸에 부착된 속성, 인적 속성이 강한 것이라 볼 수 있다.

그런데 이 사건 판결의 하급심에서 일자리공유제를 채택할 것인가 말 것인가는 당사자 선택의 문제이므로 평등권 침해의 문제로 다룰 수 없다는 논의는 적실한 것이라 보기 어렵다. 일자리공유제를 선택한 사람인지 여부에 따라 다른 처우를 하는 것은 헌장이 금지하는 차별금지에 포섭되지 아니한다고 하였으면 족할 일이다. 캐나다 이론상 차별금지 사유는 예시적인 것이므로 당해 구별이 헌장에서 금지한 사유에 해당되지 않는다고 실시하는 것으로써 족하다. 여기서 더 나아가는 이론이 간접차별이론이다. 헌장이 금지하고 있지 아니한 요소에 기한 차별이지만 헌장이 금지한 차별로 전환할 수 있겠는가 하는 것이 논의되면 족한 것이다.

그런데 캐나다 최고법원이 차등적 대우가 '선택'에 의한 것일지라도 차별이 될 수 있다고 보는 것은 오해의 소지가 있다고 보인다. 이 사건에서 일자리공유제를 선택한 사람과 선택하지 아니한 사람 사이의 차등적 대우가 헌장이 금지하지 아니한 차별이 아님은 분명하다. 최고법원의 위 판시는 마치 일자리공유제를 선택한 사람과 선택하지 아니한 사람 사이의 차등적 대우가 그 자체로 차별로 인식되어질 수 있다는 취지로 읽힌다. 최고법원의 결론은 이러한 것이 아니다.

누구에게나 선택 가능성이 제공된 대안은 人的 屬性을 가지고 있지 않다. 이 사건에서 문제되고 있는 일자리공유제는 제도일 뿐이다. 일자리공유제 외의 풀타임 근무제나 무급휴직제도 제도일 뿐이다. 이것들은 어떤 한 사람이 선택할 수 있는 것들이다. 이 제도를 擬人化하기 위하여 '일자리공유제를 선택한 사람'과 '무급휴직제를 선택한 사람'이라 말하지만, 이것은 사람의 문제가 아니다. 제도의 문제일 뿐이다.

우리의 경우 우체국 예금 사건<sup>62)</sup>을 들어 이 문제를 설명할 수 있다. 우체국예금·보험에 관한 법률 제45조는 '수급권의 보호'라는 표목 아래, '보험금 또는 제38조의 규정에 의한 환급금을 지급받을 권리는 이를 양도하거나 압류할 수 없다.'고 규정하고 있는데, 현재는 이를 의인화하여 '우체국보험 가입자의 채권자'와 '일반 인보험 가입자의 채권자'의 차별 문제로 인식하였다. 김중대 재판관은 이러한 논증방법이 타당하지 아니함을 실시하였다.<sup>63)</sup> 필자

62) 현재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91.

는 김종대 재판관의 지적이 옳다고 본다.

필자는 우리나라의 헌법이론이 예시적 열거설을 채택하였다고 하면서도 外延을 無限大로 보는 듯한 입장을 비판하였지만, 그 중에서도 특히 제도를 평등의 문제로 보는 것은 매우 부적절하다고 본다.

대관령을 넘어가는데 고속도로를 통할 수도 있고, 옛길을 통할 수도 있다. 필자는 대관령 옛길과 고속도로 사이의 다름<sup>64)</sup>은 차별로 인식될 수 없다고 본다. 각자의 취향에 따라 선택하여 가면 될 일이다. 바쁜 사람은 고속도로를 통해 강릉으로 갈 것이고, 시간적으로 여유가 있어서 山川을 유람하고 싶은 사람은 옛길로 가면 된다. 이 양자가 다른 것을 차별이라고 하여 위헌이라고 한다면, 결국은 어느 하나의 길을 폐지할 수 밖에 없다. 고속도로를 폐지하여도, 옛길을 폐지하여도 국민들의 편익(Benefit)은 감소한다. 평등을 주장하여 이러한 결론에 이르고자 하는 것은 아닐 것이다.<sup>65)</sup>

현재는 “우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”<sup>66)</sup>이라 판시한 바가 있다. 자신이 선택한 바에 따른 결과를 받아들이는 것을 성숙한 시민의 자질로 보고 있다.

현재는 과잉금지원칙의 심사에 있어서도 대안의 선택가능성이 심사에 영향을 미친다는 점을 판시한 일이 있다. “회원제 골프장에 대한 재산세 부담이 높다는 것은, 결국 이러한 경제적 부담을 감수하더라도 회원제 골프장을 운영할 것인가 또는 대중 골프장으로 전환할 것인가 하는 기업주체의 자율적인 경제적 선택의 문제를 초래할 뿐 골프장업의 운영을 법률적으로나 사실상으로 금지하는 것이라고 볼 수 없다. (...중략...) 골프장 운영주체로서는 그 경제적 판단에 따라 관련 법령에 규정된 절차를 거쳐 골프장 자본조달의 방법을 변경하여 회원제 골프장업에서 재산세가 중과세되지 않는 대중 골프장업으로 전환하는 것도 얼마든지 가능하다. 결국 심판대상조항은 사치·낭비 풍조를 억제함으로써 바람직한 자원배분을 이루고자 하는 공익을 추구하는 것인데, 앞서 살펴 본 바와 같이 심판대상조항은 유도적·형성적

63) 판례집 20-1하, 91, 110-112.

64) 양자 사이에는 대관령을 넘어가는데 걸리는 시간이 다를 것이고, 운전에 있어서의 불편함도 다를 것이다. 당연히 주변의 풍경도 다를 것이다.

65) 필자는 국가에게 주어진 역무는 국민에게 더 많은 선택 대안을 제공하는 것이라 본다. 삶의 다양성을 확보해 주는 것이다. 그리고 그것들을 선택할 수 있는 자유를 보장하여야 한다. 어떤 하나의 대안이 부당한 것이라 하여도 무가치하다고 할 수 없다. 예를 들어 우리나라에서 합명회사나 합자회사를 선택하는 사람이 거의 없지만, 그러한 회사 제도 자체가 악은 아니다.

66) 현재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555; 현재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 461.

정책조세에 관한 것으로서 그 중과세율이 입법자의 재량의 범위를 벗어나 회원제 골프장의 운영을 사실상 봉쇄하는 등 소유권의 침해를 야기한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 회원제 골프장을 운영하는 자 또는 골프장 운영을 희망하는 자로서도 자신의 선택에 따라 중과세라는 규제로부터 벗어날 수 있는 길이 열려 있다고 할 것이므로, 보호하려는 공익과 제한되는 기본권 사이에 법익의 균형성이 유지된다 할 것이다.”<sup>67)</sup>

### (3) 자유와 선택

자유란 무엇인가? 내가 어떤 대안을 선택하는데 방해가 없는 상태라 할 수 있다. 그 전제는 무엇인가? 결과를 내가 받아들인다는 것이다. 그러므로 자유를 누리면서 그 선택의 결과를 받아들이지 않겠다고 말하는 것은 위에서 현재가 말한 성숙한 시민의 모습은 아니다. 내가 받아들여야 되는 법적 효과는 나의 자유 바깥에 있는 어떤 요소에 의해 결정 되어질 수 없다. 그 결과는 내가 선택한 행동의 결과이어야 되고 내가 선택하지 아니한 요소에 의해서 그 결과가 연결되면 안 된다. 자신이 선택한 것 이외의 요소에 의해서 법적 효과가 결정되어서는 안 된다는 생각이 평등의 토대를 구성한다.

이렇게 보면 결국 자유와 평등은 이념적 토대가 같다. 평등은 개인이 자신의 능력을 발휘할 조건, 즉 자유를 제공한다. “자유주의란 개개인이 자신의 정체성을 찾으면서 스스로 ‘좋하다’고 믿는 삶의 방식을 추구하는 것이 최우선으로 보장되어야 한다는 사고방식”<sup>68)</sup>이고, 누구에게나 이 선택권이 보장되어야 한다는 것이 평등 이념의 기초다. 인간은 자유롭고, 그래서 법이 제공하는 대안들의 선택에 있어서 자유롭다. 그리고 당연히 그 선택의 결과는 수용되어야 한다. 그런데, 이 사건에서 캐나다 Supreme Court는 이 점을 부정하였다.

결국 이 사건 판결은 헌장 제15조가 스스로 선택할 수 없는 요소거나 이와 동등한 요소에 기한 차별을 금지하고 있음에도 불구하고 ‘개인이 자유롭게 선택할 수 있는 속성’이 기한 다른 처우를 헌장이 차별을 금지한 속성으로 전환시켰다는 점에서 평등이 가지고 있는 근본적인 이념적 지향을 훼손하였다고 비판받을 수 있다.

### (4) 본질적 쟁점

선택의 문제와 관련하여 이 사건 판결을 검토하면 이해하기 어려운 점이 있다. 여성들은 왜 일자리공유제를 선택했을까 하는 점이다. 이 사건 판결은 일자리공유제를 선택한 대부분의

67) 현재 2020. 3. 26. 2016헌가17 등, 판례집 32-1상, 128, 145-146.

68) 이샤야 벌린(헨리 하디 엠크·박동천 옮김), 이샤야 벌린의 자유론, 아카넷, 2014, 351-352.

사람이 여성이었다고 한다. 더 나아가 아이를 가진 여성이었다고 한다. 그 여성들은 왜 일자리 공유제를 선택했을까? 이 사건 판결을 ‘육아부담’을 중요하게 다루고 있다. 육아부담때문에 풀타임근무를 하기 어려웠다는 사정은 이해할 수 있다. 그런데 왜 무급휴직이 아니고 일자리 공유제를 선택하였는가를 이해하기는 쉽지 않다. 만약 육아부담 때문에, 육아에 필요한 시간이 필요하였다면 당연히 무급휴직을 선택하였어야 하는 것 않을까? 또 이 사건 판결에서 연금크레딧을 전부 인정받을 수 없다는 것이 문제되고 있는데, 왜 연금크레딧을 전부 인정받을 수 없는 일자리공유제를 선택하였을까?

이 사건 판결의 논리를 관철한다면 여성들은 일자리공유제를 선택하고 싶어도 이 사건 연금제도의 불리한 점 때문에 선택할 수 없었다고 주장하였어야 타당한 것으로 보인다. 그래서 일자리공유제를 선택한 여성이 없었다는 것이 논쟁의 발단으로 되었어야 한다. 그런데 상황은 반대였다는 것이 매우 이채롭다.

왜 이런 일이 있었을까? 필자는 이렇게 짐작을 한다. 이 사건의 원고들은 일자리공유제를 선택할 당시 당연히 일자리공유제를 선택하더라도 연금크레딧을 다 인정받을 줄로 알았다. 무급휴직에 대해서도 연금크레딧이 전부 인정되니까 일자리공유제에 있어서는 당연히 연금크레딧이 전부 인정될 줄 알았을 것이다. 그런데 나중에 일자리공유제를 선택한 사람에게서는 파트타임 근무자로 분류되어 연금크레딧이 전부 인정되지 않는다는 것을 알게 되었고, 이것이 분쟁의 시발점으로 되었다. 이렇게 본다면 대안들의 내용이 알려져 있고, 그 대안들 중의 하나를 선택하였다는, 이 선택과 차별에 관한 논의의 출발점은 잘못된 것인지도 모른다. 원고들은 이 사정을 알고 있었다면 일자리공유제를 선택하지 않았을 것이다.

## 5. 정당화 문제

### (1) 도입

이 사건 판결에서는 먼저 간접차별의 관념을 이용하여 성별에 기한 차별이라 확정한 다음에 다시 돌아가 일자리공유제와 풀타임근무 또는 일자리공유제와 무급휴직제 사이의 정당화 문제를 다루고 있다. “주 법무부장관은 일자리공유제 참여자가 연금크레딧 전부 부여받을 수 없는 이유를 설명해줄 기절하고 상당한 정책상의 우려나 목적이나 원칙을 찾아내지 못하였다.”<sup>69)</sup>는 판시는 전자의 것이고, “일자리공유제는 개인적·가정적 상황으로 인해 무급휴가를 사용할 수 없는 사람들을 위해 무급휴가를 대체할 의도로 만들어졌다. 그러나 연금크레딧과

69) 7쪽.

관련하여 두 가지 형태의 근무시간 단축, 즉 일자리공유제와 무급휴가를 다르게 다룸으로써 어떤 목적을 달성할 수 있는 것인지는 불분명하다. 정부는 이러한 차별대우의 긴절한 목적을 제공한 바가 없다.”<sup>70)</sup>는 판시는 후자에 관한 것이다.

최고법원은 간접차별이라는 논리적 틀을 이용하여 성별에 기한 차별로 전환시키고 나서, 그 정당화는 다시 돌아가 일자리공유제와 다른 제도 간의 차별을 두고 정당화 심사를 하였다. 이러한 입장을 어떻게 이해하여야 하는가?

## (2) 검토

우리나라의 제대군인가산점 사건에서도 이 문제는 있었다. 일단 제대군인과 비제대군인 사이의 구별<sup>71)</sup> 문제를 남성과 여성의 문제로 전환한 후에는, 앞의 제대군인과 비제대군인 사이의 구별 또는 차별 문제는 더 이상 다루지 아니하고 남성과 여성의 차별 문제로 정당화 심사를 다루었다. 그래서 헌법 제32조 제4항이 “특별히 남녀평등을 요구하고 있는 “근로” 내지 “고용”의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도 “이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다”<sup>72)</sup>고 보았다. 이후 헌재는 다시 돌아가 제대군인가산점 제도 자체를 검토하였다. “인생의 황금기에 해당하는 20대 초·중반의 소중한 시간을 사회와 격리된 채 통제된 환경에서 자기개발의 여지없이 군복무 수행에 바침으로써 국가·사회에 기여하였고, 그 결과 공무원채용시험 응시 등 취업준비에 있어 제대군인이 아닌 사람에 비하여 상대적으로 불리한 처지에 놓이게 된 제대군인의 사회복귀를 지원한다는 것은 입법정책적으로 얼마든지 가능하고 또 매우 필요하다고 할 수 있으므로 이 입법목적은 정당하다.”<sup>73)</sup>

살피건대, 위의 캐나다나 우리나라의 경우 모두 적절하지 아니하다고 보인다. 캐나다의 경우 일자리공유제를 채택한 사람과 이를 채택하지 아니한 사람 사이의 다른 처우는 헌장 제15조상의 차별로 인식될 수 없다. 그래서 헌장 제15조의 차별로 인식하기 위하여 간접차별 이론을 원용하였다.

그런데 그 경우의 타당성 여부를 불문하고 일단 헌장 제15조의 차별 문제로 인식되었으면 헌장 제15조의 매카니즘에 따라 심사가 이루어져야 한다. 이 사건이 헌장 제15조의 문제로

70) 7쪽.

71) 또는 차별. 열거된 사유 또는 그와 유사한 사유에 기한 구별만이 차별로 된다는 입장을 따르면서, 양자의 ‘제대군인’과 ‘비제대군인’이 사회적 신분에 해당되지 않는다고 본다면 양자의 구별은 차별로 인식되지 아니할 것이고, ‘제대군인’과 ‘비제대군인’이 사회적 신분에 해당된다고 보거나, 열거된 사유와 유사한 성격을 가지지 아니한 사유에 의한 구별도 차별이라고 보는 입장(우리나라 현재의 입장이고 통설이다.)에 따르면 ‘제대군인’과 ‘비제대군인’ 사이의 구별은 차별에 해당될 것이다.

72) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788.

73) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 788.

되는 것은 이 사건 연금제도가 남녀 차별 문제로 인식되었기 때문이다. 그러면 정당화도 남녀차별의 문제로 정당화 심사가 이루어져야 한다. 왜 이 사건 연금제도는 남성과 여성을 차별하는가? 여기에 어떤 긴철함이 있는가? 그것이 부정된다면 위헌으로 결정되어야 할 것이다.<sup>74)</sup>

우리나라의 경우도 마찬가지다. 제대군인과 비제대군인의 문제를 남성과 여성의 문제로 전환하였으면 왜 남성과 여성을 다르게 처우하는가의 문제로 논의가 이루어져야 한다. 그런데도, 남녀 차별의 문제라 하여 두고두고 막상 심사에 들어가서는 왜 제대군인가산점제도를 두었는가를 심사하였다.

그러면 왜 이런 문제가 생겼는가? 캐나다나 우리 나라의 경우 간접차별을 인정하는데 입법자의 의도가 필요하지 않다고 하였다.<sup>75)</sup> 그러면 입법자는 문제되는 차별을 하겠다는 의도<sup>76)</sup>가 없더라도 차별로 인식될 수 있다는 것을 의미한다. 그런데 입법자에게 어떤 입법목적 가지고 그런 차별을 하였는가 하는 것을 묻는 것 자체가 매우 이상한 물음으로 된다. 만약 묻는다면 입법자로서는 그럴 의도가 없었다고 대답할 수 밖에 없을 것이다.

이러한 문제에 봉착한 최고법원이나 헌법재판소는 원래 입법자가 의도하였던 입법목적을 두고 정당화심사를 할 수 밖에 없을 것이다. 이것은 체계적으로 정당하다고 보기 어렵다. 결국 입법자는 ‘일자리공유제’와 ‘플타임근무 또는 무급휴직제’를 구별하여 규율하였는데, 이를 ‘남자’와 ‘여자’의 구별 문제라 하고는 다시 ‘일자리공유제’와 ‘플타임근무 또는 무급휴직제’의 구별 문제로 심사를 한 것이다.

더 나아가 이런 생각을 해 보자. 위에서 국가가 국민에게 선택지를 늘려주는 것을 옳이라 하였다. 그리고 합리성 없는 대안이라도 옳이 아니라 하였다. 국민들은 그 대안을 선택하지

74) 앞에서 든 예, 교수를 뽑는데 역기를 들도록 요구하는 경우에 관하여 본다면, 역기를 들도록 요구하는 것이 남녀 차별로 인식되었다면, 남녀차별적인 채용절차 자체를 남녀차별의 문제로 인식하여 검토하면 족한 것이지, 다시 돌아가 대학교수를 뽑는데 역기를 들도록 요구하는데 정당성이 있는가 문제를 검토하는 것은 ‘지나온 길’로 다시 돌아가는 것이다.

75) 이 사건 판결 : “분명하고 지속적인 통계상의 격차는 피보호집단 구성원에 대한 불균형적인 효과를 - 비록 그 효과의 정확한 이유는 알 수 없다 하더라도 - 보여줄 수 있다.”(4쪽) “입법부가 불균형적인 효과를 만들 의도가 있었는지는 상관없다.”(4쪽)

제대군인가산점 결정 : “그러므로 먼저 무엇보다도 가산점제도는 실질적으로 남성에 비하여 여성을 차별하는 제도이다. 제대군인 중 위 ③의 유형에는 전체여성 중의 극히 일부분만이 해당될 수 있으므로 실제 거의 모든 여성은 제대군인에 해당하지 아니한다. 그리고 남자의 대부분은 제대군인 중 위 ①과 ②유형에 속함으로써 제대군인에 해당한다. 이 사건 심판기록에 편철된 「병역처분자료 통보」에 의하면 1994년부터 1998년까지 5년간 현역병입영대상자 처분을 받은 비율은 81.6%에서 87%(보충역은 4.6%에서 11.6%, 제2국민역은 6.4%에서 9.8%, 병역면제는 0.4%에서 0.6%)까지 이르고 있음을 알 수 있는데, 이는 우리나라 남자 중의 80%이상 제대군인이 될 수 있음을 나타내는 것이다. 이와 같이 전체 남자 중의 대부분에 비하여 전체 여성의 거의 대부분을 차별취급하고 있으므로 이러한 법적 상태는 성별에 의한 차별이라고 보아야 한다.”헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 785-786.

76) 이 사건 판결이나 제대군인가산점 결정에서라면 남녀를 차별하겠다는 의도.

아니함으로써 그 대안이 주는 법적 효과를 피할 수 있다. 그런데, 어떤 특별한 사람은 그 대안이 더 나은 것이라 선택할 지도 모른다. 모든 사람들의 선호체계는 다르다. 보편적 선호체계 벗어나 있다고 하여 그 선호에 대응하는 국가의 노력을 헛된 것이라 할 수 없다. 앞에서 말한 것처럼 회사를 운영하려는 사람들은 대부분 합명회사나 합자회사를 선택하지 아니하지만 누군가는 선택하고, 그 선호에 대응하여 그 회사제도를 유지하는 것을 두고 악이라 할 수 없다.

또, 캐나다의 최고법원은 “연금크레딧과 관련하여 두 가지 형태의 근무시간 단축, 즉 일자리 공유제와 무급휴가를 다르게 다룸으로써 어떤 목적을 달성할 수 있는 것인지는 불분명하다. 정부는 이러한 차별대우의 긴절한 목적을 제공한 바가 없다.”<sup>77)</sup>는 말은 필자의 입장에서 참으로 이해하기 어렵다.

플타임근무제와 무급휴직제이 선택대안으로 주어져 있었다. 플타임근무를 하면 급여를 전부 받으면서 연금크레딧도 전부 인정받는다. 무급휴직을 하면 연금크레딧은 전부 인정받지 몰라도 급여를 받을 수 없다. 여기에 새로운 대안으로 일자리를 나누어 일한 시간만큼 급여를 받으면서, 연금크레딧을 일부 인정받는 제도를 추가적으로 설정하였다고 하여 이를 악이라 할 수는 없다.

근로자의 입장에서 일자리를 공유하면서 연금크레딧도 전부 인정받는 대안이 설정되면 더욱 좋겠지만, 이 사건 연금제도와 같은 대안을 악이라 할 수는 없다. 악이라 보지 아니하는 근거는 누구라도 이 사건 연금제도를 선택하지 아니할 수 있다는 것이다. 다른 예로, 플타임으로 근무하면서 연금크레딧을 반만 인정받는 대안을 설정하더라도 악은 아니다. 누구도 선택하지 않을 것 같지만, 그 대안 자체가 악은 아니다.

누구나 선택 가능하고 누구나 그 대안을 선택하지 아니할 수 있다면, 그 대안은 정당화될 필요가 없다. 이 사건 판결에서 최고법원은 이 사건 연금제도가 정당화될 수 없으므로 위헌이라 결정했지만, 타당한 입론이라 보기 어렵다.<sup>78)</sup>

77) 7쪽.

78) ‘개똥도 약에 쓰려면 없다’는 말은 이 점을 잘 보여준다. 개똥도 선일 때가 있다.

## V. 결론

우선 캐나다의 이 사건 판결을 평가해 보자. 헌장 제15조 제1항에 제기된 사유를 예시적인 것으로 보면서 외연을 한정된 후, 거기에 포섭되지 않는 사유에 기한 구별을 차별로 보지 아니하겠다는 입장은 매우 타당하다. 그리고, 간접차별이론을 이용하여 헌장 제15조 제1항이 금지하는 차별로 이해하는 것은 타당하다.

다만 어떤 경우에 간접차별로 인식할 것인가에 대해 캐나다 최고법원은 입법자의 의도를 분석할 필요 없이, 나아가 중립적 구별 자체가 정당한 것인가를 분석할 필요도 없이 오로지 효과가 헌장 제15조 제1항이 보호하는 특정한 집단에 불리하게 미치기만 하면 간접차별로 인정할 수 있다는 입장은 타당하지 아니하다.

나아가 간접차별이 인정된 이후에 정당화 심사에 있어서는 간접차별로 인식된 집단간의 차별이 정당화되는가 하는 것을 심사하지 않고, 다시 돌아가 중립적 구별 상태를 전제로 하고 정당화 심사를 하는 것은 논리적으로 타당하지 아니하다.

물론, 입법자의 의도를 묻지 않는다는 것을 전제하였으므로 입법자의 의도가 정당한 것인가를 심사한다는 것이 관념적으로 타당하지 아니한 면은 있다. 그렇다면 입법자가 중립적 기준을 사용하여 법을 만들었지만, 그 입법의도가 금지된 요소에 기하여 특정집단을 처우하려는 것이라고 인정될 때 비로소 간접차별이 인정되어야 할 것이다. 이 경우 입법의도가 정당한 것으로 받아들여지기 어려운 것임을 비교적 분명하다.

더 나아가 적어도 헌법적 차원에서 본다면 입법을 포함한 공권력 행사는 평등권 외에도 다른 기본권 침해 여부에 대한 심사도 받는 것이므로 다른 기본권 침해 여부를 통해 그 정당성이 심사될 수 있다. 그렇다면 굳이 간접차별 이론을 원용할 필요도 적다고 볼 수 있다.

간접차별이론은 사인간의 문제를 다룰 때 어느 정도 유효할 수 있다. 사인은 헌법적 제약을 받지 아니하고, 특별법에서 정하는 차별금지의 규율을 받는 경우는 많다. 노동법의 영역을 예로 들 수 있다. 이 경우에 중립적 성격의 구별이 차별로 인식되어질 수 없다면 개별법상의 제약을 잠탈할 가능성이 있고 이를 방지하기 위하여 간접차별 이론이 원용될 수 있다.

이 사건에서 여성이 더 나아가서 아이를 가진 여성이 일자리공유제를 선택할 것인가가 말 것인가에 있어서 어떠한 규범적 강제는 존재하지 않는다. 물론 관습적으로 여성이 아이를 돌보아 왔고, 현재도 그러하다고 할 수는 있겠으나, 그것을 규범적으로 승인하는 것은 다른 문제다. 이 사건 판결로 말미암아 여성이 아이를 돌보아 왔다는 사실에 크든 작든 규범적 성격이 더해진 것은 분명하다.



그러면 이러한 상태는 적절한 것인가 하는 물음을 던져 볼 수 있다. 만약 여성이 아이를 돌보는 상황을 타개하여야 하고 남녀가 공동으로, 또는 각 가정의 사정에 따라 누가 아이를 돌볼 것인가가 정해져야 한다면 이 사건 판결은 분명 그러한 결정에 장애물로 작동할 것이다.<sup>79)</sup> 우리나라의 제대군인가산점 사건을 평가해 보자. 우리 헌재는 헌법 제11조 제1항에 계기된 사유만을 차별금지 사유로 보지 않는다. 예시적인 것으로 본다. 여기까지는 캐나다의 경우와 같다. 그런데, 우리의 경우 헌법 제11조 제1항 후문에 계기된 사유를 예시적인 것이 보면서도, 그것들과 동등한 것들만을 차별금지 사유로 한정하지 아니한다. 이러한 판례나 학설의 이장은 예시적 열거설의 토대로부터 벗어난 것이다.

나아가 우리 헌재의 판례 입장에 따르면, 비록 그 타당성이 의심스럽지만 이미 제대군인과 비제대군인 사이의 구별이 차별로 인식될 수 있다. 그럼에도 불구하고 이를 간접차별 이론을 원용하여 남녀 간의 차별 문제로 전환한 것은 이론적으로 타당하다고 보기 어렵다. 간접차별 이론이 ‘법이 금지하지 아니한 상태’<sup>80)</sup>를 ‘법이 금지한 상태’로 전환하는 것임에도 불구하고, ‘어떤 관점에서의 차별’<sup>81)</sup>을 ‘다른 관점에서의 차별’<sup>82)</sup>로 전환하는데 이용하였다는 비판을 받을 수밖에 없다.

나아가 제대군인가산점의 정당성은 실체적 기본권 침해 여부의 심사로써 다루어질 수 있었음에도 재차 간접차별이론을 원용하여 평등 문제로 다룰 필요가 있었는지는 의문이다. 실제 결정에서도 공무담임권을 침해한다고 결정하였었다. 결국 제대군인가산점 사건에서는 간접차별이론을 원용하지 않더라도 같은 결론에 이를 것임에도 불구하고 그 이론적 타당성이 의심스러운 간접차별 이론을 원용하였다는 비판을 받을 수 있다.

79) 이 글에서 다루지 아니한 쟁점을 하나 든다면, 스테레오타입의 문제다. 이 사건 판결은 육아는 여성의 몫이다, 라는 전제를 두고 사안을 다루었다. 그래서 육아를 하는 여성에게 이 사건 연금제도는 성차별적인 것으로 이해되었다. 이 사건 결정이 성역할을 고정하는 역할을 하지 않을까 하는 우려가 있다. 이 점은 다루지 못하였다. 다음 기회로 미룬다.

80) 이른바 중립적 규율.

81) 제대군인과 비제대군인 사이의 차별.

82) 남자와 여자 사이의 차별.

## | 참고문헌 |

- 강일신, 캐나다 연방대법원의 평등심사에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2020.
- 김선희, 캐나다의 간접차별과 정당한 편의제공의무에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2021.
- 이사야 별린(헨리 하디 역음·박동천 옮김), 이사야 별린의 자유론, 아카넷, 2014.
- 이상경, 사회적 신분에 의한 차별사유에 관한 소고 : 헌법 제11조 및 국가인권위원회법 제2조의 사회적 신분의 의미를 중심으로, 헌법학연구 제20권 제4호(2014).
- 이종수, '사회적 신분'에 의한 차별금지의 헌법적 의미, 공법연구 제31집 제1호(2002).
- 정주백, 평등정명론, 충남대학교출판문화원, 2019.
- 정주백, 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격, 헌법학연구 제19권 제3호(2013).
- 한수용, 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점, 헌법논총 제26집(2015).
- 헌법재판연구원, 세계헌법재판 조사연구 제47호, 2021. 2.
- Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

## | Abstract |

We analyzed the decision (“This decision”) made by the Supreme Court of Canada (“SCC”). The key issue of this decision is whether to recognize indirect discrimination in the case. It deals with the same issue as in the ruling of the Constitutional Court of Korea regarding the veterans’ additional point system.

In this decision, the SCC ruled that treating a person who chose the job sharing system and a person who did not differently constitutes the indirect discrimination, on the premise that the reasons for the prohibition of discrimination stipulated in the Canadian Charter of Rights and Freedoms are restricted. SCC also viewed that the intention of the lawmakers had no effects in the matters. Furthermore, in its ruling, the SCC decided that the disadvantageous treatment experienced by the complainants was discriminatory even though they voluntarily chose the job sharing system on their own. As such, the SCC ruled that it was unconstitutional to treat people who chose the job sharing system unfavorably on pension system.

The theory of indirect discrimination can only be justified on the condition that the grounds for prohibition of discrimination are limited. Therefore, the indirect discrimination theory provides a mechanism in which the ‘discrimination not prohibited by law’ is converted into the ‘discrimination prohibited by law’. In that sense, Canada seems to have a foundation for discussion about matters regarding indirect discrimination. However, in the case of Korea, common opinions and rulings have converted the issue of the ‘discrimination for the reason of A’ into the ‘discrimination for the reason of B’ on the basis of indirect discrimination theory, without restricting the reasons for the prohibition of discrimination. It is not a conversion of matters not qualifying as discrimination into those qualifying discrimination.

It is hard to accept that the intention of the lawmakers is not a factor to consider

in recognizing discrimination. Even if the law was created based on impartiality, its effect may vary from group to group. If the law violates equal rights simply because the effect of law is different for each group, almost all laws existing across the globe may be perceived as discriminatory. The intention of the lawmakers was not taken into account in the ruling of our Constitutional Court regarding the veterans' additional point system.

It is hard to agree that circumstances in which the complainants had an option not to choose the job sharing system would have no effect in recognizing discrimination because the ideological foundation of equality dictates that we should not put someone at a disadvantage for a reason that such person had no right to choose otherwise. Every choice has its own, different legal effects and people choose the most advantageous one from those choices. And people take responsibility for that choice as well. If the legal effects should not be different between the choices, freedom would be a hollow word, because if that is the case, there will be only one choice left in the end.

**Keywords:** Equality, discrimination, indirect discrimination, Fraser case, veterans' additional point system, job sharing

# 헌법재판연구 발간 내규

소관 부서 : 헌법재판연구원 기획행정과

제정	2014. 5. 28	헌법재판연구원내규 제14호
개정	2014. 11. 25	헌법재판연구원내규 제18호
	2015. 2. 23	헌법재판연구원내규 제19호
	2016. 7. 18	헌법재판연구원내규 제28호
	2019. 4. 24	헌법재판연구원내규 제36호

## 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 내규는 헌법재판연구원이 발간하는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문의 모집·작성 방법·심사 및 편집 등에 관하여 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 한다.

**제2조(발간)** 「헌법재판연구」는 매년 6월 30일과 12월 31일에 2회 발간하는 것을 원칙으로 하고, 발간처는 헌법재판연구원으로 한다. 다만, 편집위원회가 특별히 필요하다고 인정하면 「헌법재판연구」를 추가로 간행할 수 있다. <개정 2015·2·23>

## 제2장 편집위원회

**제3조(편집위원회 구성)** ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 15명 이내의 위원으로 구성한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

② 위원장은 위원 중에서 호선하고, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 헌법재판연구원장이 임명 또는 위촉한다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>

1. 헌법재판소 소속 공무원
2. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
3. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구 및 실무에 종사하는 사람
4. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람

③ 위원의 임기는 3년으로 한다. <개정 2015·2·23>

④ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 헌법재판연구원 책임연구원 1명을 간사로 지명할 수 있다. <개정 2015·2·23>

**제4조(위원장의 직무)** ① 위원장은 편집위원회를 대표하고, 편집위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장 유고 시에는 위원 중에서 호선된 임시위원장이 그 직무를 대행한다. 임시위원장 선출을 위한 편집위원회는 헌법재판연구원장이 소집한다. <개정 2015·2·23>

**제5조(권한)** 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 헌법재판연구원이 발간하는 「헌법재판연구」에 게재할 논문과 평석, 번역문(이하 “논문등”이라 한다)의 모집, 게재 및 편집에 관한 사항
2. 심사위원의 추천에 관한 사항
3. 「헌법재판연구 발간 내규」 및 「헌법재판연구 윤리 내규」 개정에 관한 사항
4. 그 밖에 헌법재판연구 발간에 필요한 사항

**제6조(운영)** ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 인정하거나 위원 3명 이상의 요청이 있는 때에 위원장이 소집한다. 다만, 편집위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

② 편집위원회의 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 간사는 편집위원회 회의 개최 시마다 그 요지를 담은 회의록을 작성하고 위원장과 함께 기명 날인 또는 서명한다.

**제7조 (수당 등 지급)** ① 위원에게는 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위에서 실비를 지급할 수 있다.

### 제3장 논문등 작성 방법

**제8조(논문등의 요건)** 논문등은 헌법 또는 헌법재판과 관련된 주제로서 독창성이 있어야 하고, 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다. <개정 2016·7·18>

**제9조(투고 자격)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 논문등을 투고할 수 있다. <개정 2016·7·18>

1. 대학의 전임강사 이상의 직에 있는 사람
2. 박사학위를 가진 사람
3. 변호사의 자격이 있는 사람

4. 국가기관이나 연구기관에서 법률 관련 연구와 실무에 종사하는 사람
5. 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

**제10조(작성 방법)** ① 논문등은 워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 이상 버전으로 작성하되, 200자 원고지 300매 이하(워드프로세서 프로그램인 한글과 컴퓨터사의 ‘한글 2007’ 문서통계 기준)로 작성함을 원칙으로 한다.

② 논문등 투고는 별지 제1호 서식의 논문투고신청서(연구윤리 확인서 포함)와 원고파일을 온라인 논문투고시스템에 제출하는 방식으로 한다. <개정 2015·2·23, 2019·4·24>

③ 논문투고신청서에는 논문 제목과 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(외국어(로마자)와 한자 표기도 포함), 국문과 외국어(로마자)의 소속과 직위의 인적사항 및 연락처(주소, 전화번호) 그리고 논문연구윤리 확인을 기재한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

④ 원고파일은 논문 제목, 논문 외국어(로마자) 제목, 저자 성명(각주에 소속과 직위), 목차, 본문, 참고문헌, 국문초록, 국문주제어(5개 이상), 외국어초록(필자의 외국어(로마자) 성명과 성명 각주의 외국어(로마자) 소속과 직위 포함), 외국어주제어(5개 이상)의 순서로 작성한다. <개정 2015·2·23, 2016·7·18>

⑤ 공동으로 집필한 논문등은 주 저자(책임연구자)와 공동 저자를 구분하여 주 저자, 공동 저자의 순서로 표시한다. <개정 2015·2·23>

⑥ 원고파일은 한글로 다음 각 호의 규격에 따라 작성한다. <개정 2015·2·23>

1. 용지 여백: 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15
2. 본문: 글꼴 신명조, 글자크기 11, 줄간격 200%, 들여쓰기 10pt
3. 목차: 글꼴 신명조, 글자크기 13, 줄간격 200%, 첫째단위인 “I. ○○○...”, 둘째 단위인 “1.○○○...” 까지 작성
4. 각주: 글꼴 신명조, 글자크기 8, 줄간격 130%, 구분선 길이 5cm

⑦ 각주는 다음과 같이 기재한다. <개정 2015·2·23>

1. 저서는 저자명, 서명(판수), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 번역서는 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 서명은 한글로 표시한다. 편집서는 저자명 대신 편집자명을 쓰고 ‘편’을 추가한다.
2. 정기간행물은 저자명, 논문제목, 잡지명 권호수(출판년도), 쪽수의 순으로 표시한다. 권호수는 해당 간행물의 방식을 따른다. 번역문은 저자명을 원어로 표시하고, 저자명과 서명 사이에 번역자 이름을 쓰고 ‘옮김’을 추가한다. 필요하면 원문을 괄호 안에 넣어 붙일 수 있다.

3. 학위논문은 저자명, 논문제목, 학위종류, 대학교(대학원), 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다. 대학명은 특수대학원인 때에만 쓰고, 일반대학원은 대학교만 쓴다.
4. 기념논문집은 저자명, 논문제목, 기념논문집명(○○○선생 ○○기념 논문집), 출판사, 출판년도, 쪽수의 순으로 표시한다.
5. 인터넷 자료는 저자, 자료제목(방문일자 연월일) 순으로 표시한다.
6. 외국문헌을 인용할 때에는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
7. 본인의 논문이나 저서를 인용할 때에도 ‘줄고’나 ‘줄저’ 대신에 본인 이름을 그대로 표시한다.
8. 재인용할 때에는 저자명(각주번호), 쪽수의 순으로 표시한다. 구별이 필요하면 쪽수 앞에 서명이나 논문명을 넣을 수 있다. 번역서는 저자명에 원저자를 넣고, 편집서는 저자명에 편저자명을 넣는다.
9. 판례인용은 대법원과 헌법재판소가 정한 약식에 따른다. 외국판례는 해당 국가의 통상적인 인용례에 따른다.
10. 3명 공저까지는 저자명을 모두 표기하되 저자 사이는 /로 구분한다. 4명 이상이면 대표 저자 외로 표기한다.
11. 여러 문헌과 판례를 소개할 때에는 세미콜론(;)으로 연결한다.
  - ⑧ 본문 문단번호는 I. 1. (1) 1) ① i) 순으로 한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑨ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고, 강조할 때에는 ‘ ’를 사용한다. <개정 2015·2·23>
  - ⑩ 학술용어, 외국 법률이나 제도 등은 한글 표기를 원칙으로 하고, 번역된 용어의 이해를 돕기 위하여 괄호 안에 영문 등 원어를 기재할 수 있다. 다만, 번역이 곤란한 경우에는 원어를 사용할 수 있다. <개정 2015·2·23>
  - ⑪ 참고문헌 목록은 각주 기재 방식과 마찬가지로 작성한다. 다만, 쪽수는 기재하지 않는다. <개정 2014·11·25, 2015·2·23>
  - ⑫ 국문초록과 외국어초록은 각 200자 원고지 10매 이하로 작성한다. <신설 2016·7·18>

## 제4장 원고의 심사 및 게재

**제11조(원고 심사)** ① 제출된 원고는 편집위원회가 위촉한 3명 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다. 이 경우 저자와 동일 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 위촉될 수 없다. 심사위원이 저자와 동일 기관에 소속된 사람임이 밝혀지면 즉시 다른 사람으로 심사위원을 교체하여야 한다. <개정 2016·7·18>



- ② 원고 심사 시 저자 및 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.
- ③ 헌법재판연구원은 제출된 원고에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 하여야 한다. 표절 여부 판정을 위해서 검사결과는 해당 원고 심사위원과 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·7·18>

**제12조(심사기준)** 심사위원은 다음 각 호의 기준에 따라 논문등을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 논지 전개 of 일관성
4. 참고문헌의 충실도
5. 학문적 기여도
6. 그 밖에 편집위원회가 심사를 위해 필요하다고 인정하는 사항

**제13조(심사결정)** ① 심사위원은 심사결과를 편집위원회에 보고하고, 편집위원회는 다음과 같이 판정한다.

1. 게재
  2. 수정 후 게재
  3. 게재불가
- ② ‘수정 후 게재’로 판정된 원고는 저자가 심사내용을 참고하여 수정한 원고를 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 판정한다. <개정 2015·2·23>

**제14조(심사결과 통지)** 간사는 원고심사 최종 결과를 저자에게 통지한다. <개정 2015·2·23>

**제15조(심사로 지급)** 심사위원에게는 예산의 범위에서 심사료를 지급할 수 있다.

**제16조(원고 게재)** ① 편집위원회에서 게재하기로 결정한 원고는 「헌법재판연구」에 게재한다.

- ② 「헌법재판연구」는 종이책자 외에 전자출판이나 인터넷 홈페이지에 게재하는 등의 방법으로 발행할 수 있다.

**제17조(원고료)** 제출된 논문등에 대하여는 심사결과에 따라 예산 범위에서 원고료를 지급할 수 있고, 원고료는 편집위원회에서 결정한다.

**제18조(저작권 등)** ① 헌법재판연구원은 「헌법재판연구」의 편집저작권을 보유한다. 「헌법재판연구」의 편자는 헌법재판연구원 명의로 한다. <개정 2019·4·24>

- ② 「헌법재판연구」에 수록된 개별 논문등의 저작권 관련 민·형사책임은 그 저자에게 있다. <신설 2019·4·24>
- ③ 저자는 제10조제2항에 따라 논문등을 투고하는 경우 별지 제2호 서식의 저작권양도동의

서를 함께 제출하여야 한다. 이 경우 논문등의 저작권 일체는 「헌법재판연구」에 논문등의 게재가 판정된 때부터 헌법재판연구원에 귀속된다. <신설 2019·4·24>

### **부칙**

이 내규는 2014년 6월 1일부터 시행한다.

### **부칙<2014·11·25>**

이 내규는 2014년 11월 25일부터 시행한다.

### **부칙<2015·2·23>**

이 내규는 2015년 2월 23일부터 시행한다.

### **부칙<2016·7·18>**

이 내규는 2016년 7월 20일부터 시행한다.

### **부칙<2019·4·24>**

이 내규는 2019년 4월 29일부터 시행한다.

[별지 제1호 서식]

## 「헌법재판연구」 제\_\_권 제\_\_호 논문투고신청서

논 문	국문제목	
	영문제목	
성 명	한 글	
	한 자	
	영 문	
소속과 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

성명	한글: 영문: 한자:		
주민등록번호			
주소			
소속 및 직위			
본인명의 계좌	은행명:	계좌번호:	
연락처	휴대폰:	유선전화:	
	이메일:		

### □ 안내사항

수집하는 개인정보 항목	위 기재‘개인 기본사항’
개인정보의 수집 및 이용목적	<p>제공하신 정보는 헌법재판연구원 학술지 「헌법재판연구」의 논문심사 및 발간 등과 관련하여 아래 용도로 사용합니다.</p> <p>① 소득세법에 의한 원천징수 의무 이행 : 성명, 주민등록번호, 주소          ② 의사소통 및 정보 전달 등에 이용 : 핸드폰 번호, 이메일 주소          ③ 원고료 지급 등에 이용 : 계좌정보          ④ 기타 객관적이고 합리적인 이용</p>
개인정보의 보유 및 이용기간	수집된 개인정보의 보유기간은 10년입니다. 또한 보유기간 종료 시 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	한국외국어대학교 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
	임성희	헌법재판연구원
	류지현	헌법재판연구원
	간 사	강서영
김종현		헌법재판연구원

---

### 헌법재판연구

제8권 제2호

2021년 12월 29일 印刷

2021년 12월 31일 發行

發行 헌법재판소  
헌법재판연구원

印刷 경성문화사 02) 786-2999

---

ISSN 2383-8108



헌법재판소  
헌법재판연구원

ISSN 2383-8108