





# 헌법재판소

## 헌법재판연구원·강원대학교 비교법학연구소 공동학술대회

- 일시 : 2014년 11월 27일 (목) 14:00~18:00
- 장소 : 강원대학교 법학도서관 401호
- 주최 : 강원대학교 비교법학연구소·헌법재판소 헌법재판연구원



헌법재판연구원·강원대학교 비교법학연구소



# 공동학술대회



일시 2014.11.27.(목) 14:00~18:00

장소 강원대학교 법학도서관 401호

## PROGRAM

13:40~14:00 등록

전체사회 : 신동룡 부소장 (강원대 비교법학연구소)

14:00~14:05 개회사 최희수 소장 (강원대 비교법학연구소)

14:05~14:10 축사 김문현 원장 (헌법재판소 헌법재판연구원)

14:10~14:15 환영사 박경철 원장 (강원대 법학전문대학원)

### Session 1

좌장 : 최갑선 팀장 (헌법재판연구원 기본권연구팀)

제1주제 국가의 안전보장의무와 개인의 안전보장청구권  
14:15~15:10  
■ 발표 허완중 책임연구원 (헌법재판연구원 제도연구팀)  
■ 토론 문병효 교수 (강원대 법학전문대학원)

제2주제 공동체로서의 국가와 정부  
15:10~16:00  
■ 발표 전종익 교수 (서울대 법학전문대학원)  
■ 토론 공진성 교수 (헌법재판연구원 교육팀)

16:00~16:20 Coffee Break

### Session 2

좌장 : 박경철 교수 (강원대 법학전문대학원)

제3주제 동성애자 권익 및 차별에 관한 미국연방대법원 판례연구  
16:20~17:10  
■ 발표 이지영 책임연구원 (헌법재판연구원 국제조사연구팀)  
■ 토론 홍일선 교수 (한림대학교 법학과)

제4주제 인신보호법에 대한 비판적 고찰 - 특히 보충성 원칙과 관련하여 -  
17:10~18:00  
■ 발표 김학성 교수 (강원대 법학전문대학원)  
■ 토론 이장희 책임연구원 (헌법재판연구원 기본권연구팀)

18:00 폐회사 최희수 소장 (강원대 비교법학연구소)





## 목 차

### ◆ 제1주제 : 국가의 안전보장의무와 개인의 안전보장청구권

【사 회】 최갑선 팀장(헌법재판연구원 기본권연구팀)

【발표자】 허완중 책임연구관(헌법재판연구원 제도연구팀)

【토론자】 문병호 교수(강원대학교 법학전문대학원)

### ◆ 제2주제 : 공동체로서의 국가와 정부

【사 회】 최갑선 팀장(헌법재판연구원 기본권연구팀)

【발표자】 전종익 교수(서울대학교 법학전문대학원)

【토론자】 공진성 교수(헌법재판연구원 교육팀)

### ◆ 제3주제 : 동성애자 권익 및 차별에 관한 미국연방대법원 판례연구

【사 회】 박경철 교수(강원대학교 법학전문대학원)

【발표자】 이지영 책임연구관(헌법재판연구원 국제조사연구팀)

【토론자】 홍일선 교수(한림대학교 법학과)

### ◆ 제4주제 : 인신보호법에 대한 비판적 고찰

— 특히 보충성 원칙과 관련하여 —

【사 회】 박경철 교수(강원대학교 법학전문대학원)

【발표자】 김학성 교수(강원대학교 법학전문대학원)

【토론자】 이장희 책임연구관(헌법재판연구원 기본권연구팀)



제 **1** 주제 발표문

**국가의 안전보장의무와  
개인의 안전보장청구권**



# 국가의 안전보장의무와 개인의 안전보장청구권

허완중 책임연구원\*  
(헌법재판연구원 제도연구팀)

## <목 차>

I. 머리말: 중요성이 더욱 부각되는 안전보장	1
II. 안전의 의의	1
1. 안전의 개념	1
2. 안전 개념의 발전	3
III. 국가의 안전보장의무	4
1. 의의	4
2. 헌법적 근거	5
3. 안전보장의무와 기본권보호의무의 관계	5
4. 내용	6
IV. 개인의 안전보장청구권	8
1. 안전보장청구권의 의의	8
2. 안전보장청구권의 독자성	10
3. 안전보장청구권의 내용	12
V. 맺음말 - 미룰 수 없는 국가과제인 안전보장	13
참고문헌	14

\* 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원, 법학박사.



## I. 머리말: 중요성이 더욱 부각되는 안전보장

대한민국에서 국가는, 특히 군사정권은 ‘안보’라는 이름 아래 위협의 상시화 강조나 지나친 과장이 있었음을 부정하기는 어렵다. ‘안보’의 지나친 강조는 ‘안보’가 ‘안전보장’의 준말이라는 사실마저 잊게 하곤 한다. 즉 ‘안보’라는 말에 ‘안전보장’과는 다른 특별한 의미가 있는 것 같은 착각이 들곤 한다. 계속된 ‘안보’ 강조는 한편으로는 국가행위의 손쉬운 정당화를 이끌어 내고, 다른 한편으로는 국민의 자유와 권리를 어렵지 않게 축소하는 기능을 수행해 왔다. 그러나 그로 말미암아 국민 안전은 얼마나 향상되었는지를 생각하면 의문만 남는다. 특히 세월호 침몰 사건에서 해경과 해양수산부를 비롯한 정부가 초동대처에 완벽하게 실패하여 배 안에 있는 승객은 단 한 명도 구조하지 못하면서 국민 안전은 누가 지켜주는지에 관한 질문이 쏟아진다. 이러한 충격이 가시기도 전에 함몰구멍(땅꺼짐, sink hole)이 도심 곳곳에 계속 나타나면서 국민은 어디에서 안전을 찾아야 하는지 몰라 혼란스럽기만 하다.

인류가 국가의 세운 중요한 이유 중 하나는 인간 스스로 감당할 수 없는 위협에 대비하려는 것이다. 그리고 산업혁명 이후 지속적인 산업화와 과학기술 발전의 반대편에 인류 생존을 위협하는 다양한 위협원이 계속 창출되는 위험사회<sup>1)</sup>가 등장하였다. 더욱이 대한민국은 짧은 시간에 압축성장을 하면서 위협과 안전 문제에 거의 관심을 두지 않은 채, 오로지 외형적 성장에만 몰두하는 ‘폭압적 근대화’의 길로만 달려왔다. 위험사회에서 위협은 근대화를 이룬 서구사회에서 나타난 것이다. 그런데 대한민국의 위협은 서구사회의 위협과 비슷한 것이 있음을 부정할 수는 없지만, ‘파행적 근대화’가 남긴 사회적 합리성 무시나 부족으로 말미암은 것이 더 많다. 이러한 점에서 한국은 이중 위험사회로 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 즉 대한민국에는 산업화나 근대화가 가져온 새로운 위험도 있지만, 전통적인 기존 위험도 여전히 남아 있다. 여기서서 이러한 위협을 헌법이라는 시각에서 살펴보려고 한다. 헌법에서 중요한 것은 국가의 의무와 개인의 권리라는 점에서 안전에 관한 국가의무와 안전과 관련한 개인의 권리를 중심으로 안전을 다루어 보고자 한다.

## II. 안전의 의의

### 1. 안전의 개념

그동안 헌법학에서 안전은 본격적으로 논의되지 않았다. 개별 영역, 특히 기본권제한이나 기본원리와 관련하여 안전은 끊임없이 논의되었지만, 언제나 부수적인 것에 그쳤고 체계성을 갖추지도 못하였다. 이러한 안전이 헌법학의 주제로 떠오른 것은 새로운 위협이 계속 등장하고 위협에 따른 피해가 이전과 달리 상상을 초월할 정도로 커지면서 인간생활을 송두리째 파괴하는 때가 잦아진 현실 때문이다. 즉 안전문제가 현실에서 계속 제기되면서 헌법학

1) 위험사회에 대해서 자세한 것은 울리히 벡, 홍성태 옮김, 『위험사회』, 새물결, 1997 참조.

2) 김대환, 「돌진적 성장이 낳은 이중 위험사회」, 『사상』 1998년 가을호(제38호), 사회과학원, 1998, 28쪽.

이 이를 수용할 수밖에 없게 된 것이다. 특히 대한민국에서는 그동안 안전 자체에 소홀히 하였다는 반성에서 비롯된다.

(내적 안전으로 이해되는) 안전은 현대적 개념이다. 1970년대까지 안전 개념은 거의 오로지 특별한 군사적·기술적·사회적 맥락에서만 사용되었다. 정치학과 사회학은 최근까지 안전 보다는 그 대립어인 위험을 더 많이 다루었다. 안전이라는 용어는 국가 보호과제의 지속성 보다는 그 변화를 가리킨다.<sup>3)</sup> 안전은 먼저 피해나 위험이 없음과 같은 뜻으로 이해될 수 있다. 따라서 안전은 지금 피해가 없고 나타나지 않은 위험에서 벗어난 상태나 위험이 없다고 여기는 상태를 가리킨다. 여기서 위험은 인간 생존에 해가 되는 모든 것을 뜻하는데, 인간과 자연이 일으키는 위험을 모두 아우른다. 전통적 안전은 생명과 신체에 대한 안전에 국한하였으나, 현대적 안전은 고전적 안전은 물론 사회적 안전과 생태적 안전도 포함한다. 위험은 현재의 위험만 뜻하는 것이 아니다. 현재 발생하지 않았지만 앞날에 발생할 가능성도 함께 고려하여야 한다. 따라서 현재 세대의 위험뿐 아니라 미래 세대의 위험도 포함한다. 그리고 위험은 현재 예측할 수 있는 것에 국한하여서는 아니 된다. 현재 명확하게 알 수 없지만, 제거나 통제의 필요성이 제기되는 위험도 고려하여야 하고, 간과하거나 은폐된 위험이 있는지도 살펴보아야 한다. 어느 사회나 시대에도 절대적인 안전은 없다. 따라서 안전은 위험수위가 아주 낮은 단계로 이해된다.<sup>4)</sup> 즉 안전은 상대적 안전으로서 위험을 적절하게 관리하는 상태라고 볼 수 있다. 그래서 안전을 보장하려면 수인할 수 있는 범위의 위험 수준을 확정하는 것이 반드시 필요하다.

안전은 다양한 보호대상에 열려있는 백지위임개념이다. 그러나 헌법국가에서 보호대상은 본질적 측면에서 헌법, 특히 보호이익을 규정짓는 기본권을 통해서 확정될 수밖에 없다.<sup>5)</sup> 기본권에 포섭되는 법익은 헌법적으로 주어진 것으로서 그 핵심은 건들 수 없다. 자유주의적 전통에 따른 보호대상이 여기에 속한다. 생명과 신체적 불훼손, 자유와 재산이 그것이다.<sup>6)</sup> 이러한 점에서 헌법상 안전은 그대로 두면 침해될 일으키는 행위나 상태의 위험으로부터 개인의 생명·신체·건강·자유·재산 등을 보호하는 것이라고 정의할 수 있다.<sup>7)</sup>

안전과 관련하여 누구의 안전인지가 문제 된다. 헌법의 목적이 국민의 기본권을 보호하는 것이라는 점에서 국민의 안전이 헌법에서 문제가 되는 안전임에는 의문이 없다. 이것은 안전의 보호대상이 개인의 기본권이라는 점에서도 분명하게 드러난다. 그러나 기본권은 국가

---

3) *Christoph Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63, Berlin 2004, S. 156 f.

4) 김재윤, 「형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰」, 『비교형사법연구』 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 4쪽.

5) 요셉 이센제, 이승우 옮김, 『국가와 헌법』, 세창출판사, 2001, 63쪽.

6) *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin/New York 1983, S. 22 f.

7) 이부하, 「헌법국가에서 국민의 안전보장」, 『한독사회과학논총』 제21권 제1호, 한독사회과학회, 2011, 175쪽; 같은 사람, 「헌법상 가치로서의 안전과 안전보장」, 『홍익법학』 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 228쪽; 정문식, 「안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위험심사 기준」, 『법과 정책연구』 제7권 제1호, 한국법정책학회, 2007, 220쪽.

를 통해서 보장된다는 점에서 국가의 안전도 헌법에서 문제가 되는 안전에서 빼놓을 수 없다. 결국, 헌법에서 안전은 국민의 안전은 물론 국가의 안전도 포함한다. 다만, 국가는 기본권을 보장하기 위한 수단이라는 점에서 국민의 안전이 우선이고 국가의 안전은 국민의 기본권보장을 위해서 필요한 범위에서 보충적으로 문제가 된다고 보아야 할 것이다. 그러나 실제로는 기본권을 매개로 밀접한 관련이 있는 국민의 안전과 국가의 안전을 구별하기는 쉽지 않다.

## 2. 안전 개념의 발전

근대국가의 목적은 권력독점을 통해서 국민 서로간의 안전을 보장하는 것이었다. 즉 국민 서로간의 폭력행위에 따른 불안, 즉 내란에 대한 불안을 권력독점과 평화적 통일성을 통해서 제거하려고 근대국가가 수립되었다. 이러한 근대국가를 홉스는 안전국가로 체계화하였다.<sup>8)</sup> 근대국가를 통해서 국민 서로간의 침해가 제도적으로 금지되자마자, 불안은 방향을 바꾸어 통제권력이 될 위협이 있는 국가의 보호권력을 향하였다. 여기서 국가권력의 침해로부터 국민의 자유와 권리를 보장하여야 한다는 과제가 나타났다. 이에 응답하여 등장한 것이 기본권을 보장하고 권력을 분립시킨 법치국가였다. 법치국가가 창출한 개인적 그리고 집단적 자유는 공동체적 생존과 관련하여 경제적 위협이라는 불안을 새롭게 만들었다. 국가는 사회적 안전에 대한 책임을 떠맡음으로써 이러한 불안에 대응하였다. 여기서 시민적 법치국가는 사회적 법치국가에 자리를 내주었다.<sup>9)</sup> 사회적 법치국가가 가져다준 사회적 안전은 과학기술의 계속적 발전과 실용화에 이바지하였다. 그러나 이러한 발전과 산업화는 환경 파괴를 낳았다. 이로 말미암아 사회적 법치국가는 생태적 안전이라는 새로운 과제에 직면하였다. 그에 따라 사회적 법치국가는 환경국가로 나아가고 있다. 요컨대 안전은 물리적 안전에서 출발하여 법치국가적 안전과 사회적 안전을 거쳐서 생태적 안전까지 발전해 왔다. 각각의 안전은 서로 다른 내용을 담고 있어서 포함관계에 있지 않다. 그리고 나중에 등장한 안전은 먼저 등장한 안전에 기초한다. 따라서 각각의 안전은 독자적 의미가 있다. 결국, 현재 안전이 확보되었는지는 현재까지 등장한 모든 안전이 보장되었는지를 모두 검토하여야 비로소 확정될 수 있다.

8) 홉스의 사상 중 안전국가를 강조하는 것으로는 **심재우**, 「T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상」, 『법학행정논집』 제15권, 고려대학교 법학연구소, 1979, 119~142쪽 참조. 홉스의 사상에 대해서는 **토마스 홉스**, **진석용** 옮김, 리바이어던 1/2, 나남, 2008.

9) **요셉 이센제**(주 5), 75쪽; *Josef Isensee* (Anm. 6), S. 17.

### Ⅲ. 국가의 안전보장의무

#### 1. 의의

국가는 개인의 생명·신체·건강·자유·재산 등 보호법익에 대한 침해를 발생시키는 행위나 상태의 위험을 방지할 의무가 있다. 이것을 국가의 안전보장의무라고 한다. 구체적으로 국가의 안전보장의무는 국가가 위험을 감지·관찰·평가하여 그것을 예방하거나 축소하거나 회피하거나 감수하고, 위험이 발생하면 그 피해를 최소화하고 복구하며 피해를 보상하거나 배상하는 것을 모두 아우른다. 그리고 국가가 모든 위험을 제거할 수 없어서 일부 위험을 감수할 수밖에 없으므로, 위험을 측정하고 예방하고 제거하는 것뿐 아니라 위험을 어떻게 배분할 것인지도 중요한 문제이다.

국가의 안전보장의무에서 보호대상은 침해나 위험의 대상이 되는, 헌법이 보호하는 보호법익을 모두 아우른다. 침해나 침해위험을 발생시키는 주체는 따지지 않는다. 즉 다른 사람이나 단체, 국가, 국제기구를 비롯하여 자연까지 주체와 상관없이 발생하거나 발생할 수 있는 위험은 모두 국가의 안전보장의무 대상이 된다. 위험은 개인 스스로 예방할 수 없거나 예방하기 곤란한 것에 국한한다. 개인 스스로 예방하는 것이 별 어려움 없이 가능하면 개인의 책임이기 때문이다. 국가의 안전보장의무는 국가의 권력독점에 따른 국민의 평화의무에 대한 보상이다. 국민의 평화의무는 유형적 폭력 사용과 그 위험을 억제하고 오로지 권리 행사와 대화 및 타협을 통해서 갈등을 해소하는 것을 뜻한다. 국민의 평화의무는 국가질서의 다른 의무와 권리보다 우선한다. 그것이 먼저 국가질서를 형성하기 때문이다.<sup>10)</sup>

국가의 안전보장의무와 관련하여 안전확보에 관한 국가 역할에 기대가 올라가면서 나타난 두 가지 변화를 주목하여야 한다. 먼저 현대 위험이 새로운 양상으로 나타나면서 자유주의적 기본권이해에 근거한 기존 제약개념이 충족되기 이전에 국가가 행동할 것을 요구받는다. 즉 고전적 위험방어를 넘어 새로운 위험을 관찰하고 예방하는 것으로 보완할 필요성이 생긴다. 국가는 새로운 위험에 대해서 대응하여 안전을 보장하는 범위에서만 기존과 다른 행위를 할 수 있기 때문이다. 다음 안전보장과 관련하여 사적 주체와 협력할 법적 필요성이 현실적으로 대두한다. 국가 스스로 새로운 위험을 감지하고 살피서 적절하게 대응하는 것이 언제나 가능한 것이 아니고, 때로는 사적 주체가 새로운 위험에 대해서 더 많은 정보를 가지고 적절한 수단을 알거나 보유할 수도 있기 때문이다. 현대 위험사회는 안전보장과 관련하여 국가에 새로운 과제를 부여하는데, 이것은 국가에 새로운 행위양식을 필연적으로 요구한다. 그러나 이것이 사적 주체에 안전보장을 모두 맡길 수도 있다는 것은 아니다. 어디까지나 안전보장의 주된 주체는 국가이고, 사적 주체는 보조적 지위에 있을 뿐이다.

---

10) 요셉 이순제(주 5), 64쪽.

## 2. 헌법적 근거

국가의 안전보장의무는 먼저 헌법 제10조 후문 국가의 기본권보장의무<sup>11)</sup>에서 근거를 찾을 수 있다. 안전과 관련한 헌법적 법익은 모두 기본권적 법익이기 때문이다. 기본권보장의무는 헌법이 인정하는 기본권적 법익을 보호하기 위해서 국가가 지는 의무의 총칭이다. 기본권을 보장하려면 기본권적 법익과 관련한 모든 위협을 제거하거나 그에 대비하여야 한다. 이것은 안전보장의무의 주된 내용에 해당한다.

전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”도 안전보장이 국가목적이라는 명시적으로 밝히므로 국가의 안전보장의무에 관한 포괄적 근거를 제공한다. 그리고 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 근거로서 국가안전보장과 질서유지를 드는데, 이것은 국가가 내·외적 안전을 보장하여야 함을 간접적으로 드러낸다.

또한, 제4조의 ‘대한민국은 … 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.’와 제5조 제1항의 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.” 그리고 제5조 제2항의 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며”는 외적 안전을 보장할 국가의무를 나타내고, 제30조는 범죄피해자구조청구권을 보장함으로써 내적 안전을 보장할 국가의무가 있음을 간접적으로 확인한다.

그밖에 헌법 제34조 제6항은 국가가 재해를 예방하고 그 위협으로부터 국민을 보호하기 위해서 노력하여야 함을 규정하고, 제35조 제1항은 국가는 환경보전을 위해서 노력하여야 함을 규정하며, 제36조 제3항은 모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다고 규정함으로써 개별적인 안전보장의무를 국가에 부여한다.

그러나 이러한 규정만으로 국가의 안전보장의무를 구체화하기는 어렵다. 안전보장의무의 구체적 내용은 보호대상이 확정되어야 비로소 확정될 수 있다. 따라서 제10조 이하에 규정된 개별 기본권의 객관적 측면도 안전보장의무의 중요한 근거 규정이 될 수밖에 없다.

## 3. 안전보장의무와 기본권보호의무의 관계

기본권보호의무<sup>12)</sup>는 기본권적 법익에 대한 국가의 보호의무로서 기본권이 보호하는 법익을 기본권주체인 제3자의 위법한 위해로부터 보호할, 즉 그 위해를 예방하거나 그로 말미암은 피해발생을 방지할 국가의 의무를 말한다. 일반적으로 국가의 안전보장이라는 과제는 기본권보호의무와 관련하여 논의된다. 그러나 기본권보호의무는 기본권3각관계에서 논의되는 것으로 여기서 제3자는 기본권주체인 사인에 국한된다. 이러한 점에서 위협의 발생주체가 기본권주체인 사인에 국한되는 기본권보호의무는 발생주체의 제한이 없는 안전보장의무와 구별된다. 즉 안전보장의무를 기본권보호의무를 포함하는 더 넓은 국가의무를 가리킨다. 물론 기본권보호의무에서 제3자를 기본권주체인 사인에 국한하지 않고 국제법주체와 자연까지 확장하면, 기본권보호의무와 안전보장의무는 거의 차이가 없게 된다. 그러나 이때에도 기존

11) 이에 관한 자세한 것은 **허완중**, 『기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무』, 『저스티스』 제115호, 한국법학원, 2010. 2., 68~105쪽 참조.

12) 이에 관해서는 **허완중**(주 11), 85~90쪽 참조.

기본권보호의무 논의가 그대로 안전보장의무에 전용될 수는 없다. 기존 기본권보호의무 논의는 기본권주체인 사인이 제3자라는 관점에 기초하여 이루어졌다는 점에서 국제법주체와 자연이 제3자인 때의 특수성은 따로 검토되어야 한다.

#### 4. 내용

안전보장과 관련하여 내적 안전에서는 경찰이, 외적 안전에서는 군인이 주된 주체이다. 내적 안전은 국가 내부에서 공공질서를 형성하고 유지하여 내적 평화를 확보하는 것을 말한다. 그리고 외적 안전은 외부의 위협을 제거하여 국가의 존립과 질서를 유지하는 것을 말한다. 하지만 경찰과 군인만이 안전 보장 업무를 담당하는 것이 아니므로, 위협과 관련이 있는 모든 국가기관이 보장주체가 된다. 이때에 위협과 관련성은 위협의 예방과 제거에 직접적이거나 간접적인 책임이 있는 국가기관은 물론 때로는 위협제거 능력이 있는 국가기관도 주체가 될 수 있다. 예를 들어 경찰력만으로 질서유지가 어려우면 군대 투입도 고려할 수 있다. 보장주체인 국가기관은 자기 사무의 일부를 사적 주체에 위탁할 수 있다. 하지만 이러한 때에도 국가기관의 책임은 절대 면책되지 않는다. 즉 사적 주체에 위탁하여도 안전보장의 최종 책임은 국가에 있다. 안전보장은 사적 유용성이 배제되는 국가의 본질적 사무이기 때문이다. 그리고 국가기관은 물론 위탁을 받은 사적 주체는 안전보장 요구에 대해서 거부할 수 없다. 특히 경제적 이유로 안전보장을 거부할 수 없고, 경제적 부담은 안전보장 불이행에 따른 면책사유가 될 수 없다.

안전과 자유의 긴장관계는 국가기관 사이의 역할분담을 초래한다. 입법부와 집행부는 안전 부분을 담당하지만, 사법부는 자유의 파수꾼으로 활동한다. 입법부와 집행부는 안전이라는 관심사를 충분히 인식하므로, 사법부가 입법부와 집행부에 안전의 헌법적 필요성을 요구하고 강조할 이유는 없다. 그럼에도 입법부와 집행부가 안전을 도외시한다면 물론 사법부, 특히 헌법재판소가 나서서 안전을 요구하고 강조할 수밖에 없을 것이다.<sup>13)</sup>

국가가 보호할 대상은 원칙적으로 국민이다. 그러나 국가가 안전을 보장하여야 하는 중요한 근거는 기본권보장이라는 점에서 기본권주체라면 국민이 아니더라도 국가의 안전보장 객체가 될 수 있다. 이러한 점에서 기본권주체가 된다면 법인 그 밖의 단체는 물론 외국인이거나 무국적자도 안전보장의무의 객체가 될 수 있다.

위험을 발생시키는 주체는 국가일 수도 있고, 기본권주체 자신일 수도 있으며, 제3자인 기본권주체, 자연, 국제법주체일 수도 있다. 물론 이들 중 둘 이상이 함께 위험을 발생시킬 수도 있다. 국가가 위험을 발생시킬 때에는 기본권주체의 보호라는 측면이 강조되어 국가행위

---

13) *Vollmar Götz*, Innere Sicherheit, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenhalter/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler, *Leitgedanken des Rechts - Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag: Staat und Verfassung*, Bd. I, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2013, § 41 Rdnr. 8.

를 어떻게 금지할 것인지가 문제 된다. 기본권주체 스스로 위험을 발생시키면 기본권주체 자신의 판단과 행위를 어떠한 범위에서 제한할 수 있는지가 문제의 중심에 놓인다. 제3자인 기본권주체가 위험 발생의 주체이면 기본권주체 사이의 적절한 균형점을 찾는 것이 관건이다. 자연이 발생시키는 위험과 관련하여서는 국가의 조직적·기술적·사실적 힘이 어디까지인지가 검토되어야 한다. 국제법주체가 일으키는 위험에 대해서는 국제법주체가 헌법의 수범자가 아니라는 점과 국제법적 한계를 고려하여 대응하여야 한다.

안전보장에서는 위험이 발생하기 전에 예방하는 것이 중요하다. 따라서 위험이 있는지를 확인하고 확인된 위험 발생을 억제하거나 최소화하거나 회피하는 대책을 마련하는 것이 우선되어야 한다. 그리고 위험이 발생하면 가능한 한 빨리 이를 제거하고 피해를 복구하여야 한다. 따라서 안전보장의무는 단계에 따라 위험을 확인하고 평가하기 위한 적극적이고 효율적인 조사와 연구를 수행하는 것, 확인된 위험에 대한 대책 마련과 실행, 위험 제거를 위한 수단의 마련과 실행, 피해에 대한 실효성 있는 보상과 배상 그리고 원상회복으로 이루어진다.

안전보장과 관련하여서는 수단이 무엇인지보다 목표달성, 즉 결과가 더 중요하다. 그러므로 안전보장에서는 수단의 효율성이 중시될 수밖에 없다. 이때에 효율적인 수단은 보장주체인 국가기관이 찾아서 선택하여야 한다. 안전보장과 관련하여 국가가 적정한 수단을 선택하였는지는 과소보호금지원칙에 따라서 심사된다. 즉 각 위험에 대응하는 최소한의 보호수준을 넘는 보호 효과가 있는 수단을 선택하여야 국가는 안전보장의무를 이행한 것이 된다. 여기서 결국 수인할 수 있는 위험 수준이 최소보호수준이 될 것이다. 최소보호수준은 관련 법익의 규범서열과 종류, 위험 발생에 대한 예측 가능성, 위험 발생 임박성, 예상피해의 크기, 복구 가능성, 자율적 보호 가능성, 보장수단의 명확성 등을 고려하여 확정되어야 한다. 경제적 고려는 최소보호수준을 넘어서는 보장수단을 선택할 때에만 고려될 수 있다. 그리고 위험의 평등성에 비추어 수인하여야 할 위험은 국민 모두에게 평등하게 분배되어야 한다. 이에 대해서는 당연히 평등권의 심사기준인 비례성원칙에 따라서 심사된다. 위험에 대한 평등한 부담은 국가질서의 기초이므로 자의금지원칙이 적용될 여지는 없다. 안전보장의무를 충실히 이행하여도 위험이 발생하여 피해가 발생하면, 국가는 이에 대해서 손실보상을 하고 원상회복도 하여야 한다.

안전보장과 관련한 위험은 ① 이전에 이미 발생한 적이 있고 여전히 반복적으로 발생하는 현존위험(예를 들어 교통사고, 홍수, 태풍), ② 반복적으로 발생하지는 않으나 언제든지 발생할 수 있는 잠재위험(예를 들어 비행기 납치, 함몰구멍), ③ 발생 가능성을 명확하게 부정할 수 없는 불명확한 위험(예를 들어 식품첨가물과 유전자변형식품의 위험성), ④ 거의 발생할 가능성이 없는 희박한 위험[예를 들어 미국인과 영국인을 처형한 이슬람국가(IS)의 테러], ⑤ 일단 발생하면 원상회복이 불가능한 치명적 위험(예를 들어 원자력 이용, 배아 복제) 등으로 나눌 수 있다. 현존위험에 대해서 이미 위험의 구체적 종류와 수준 그리고 대응수단이 알려

졌으므로, 국가는 위험을 정확하게 평가하고 그를 예방할 수단을 충분히 투입하여야 비로소 안전보장의무를 이행할 인정받는다. 예를 들어 태풍이나 홍수는 매년 발생하고 이에 대해서는 다양한 수단이 이미 제시되어 있으므로, 국가는 태풍이나 홍수에 대비하기 위한 수단을 각 상황에 맞게 골라 투입하여야 한다. 잠재위험에 대해서는 위험이 발생할 가능성과 지역, 범위 등에 대한 충분한 조사를 바탕으로 적절한 보장조치를 하여야 한다. 예를 들어 함몰구멍(땅꺼짐, sink hole)이 발생한 주변은 함몰구멍이 나타날 확률이 높다. 따라서 국가기관은 함몰구멍이 발생한 원인을 철저히 조사하고 확인하여 위험 발생 가능성이 있는지를 세밀하게 판단하여야 한다. 희박한 위험에 대해서는 그러한 위험을 확인하는 일반적 감시를 하고, 만일 발생하면 이에 즉각 대처할 준비를 하여야 한다. 예를 들어 산에 불이 날 확률은 높지 않지만, 국가기관은 산불감시를 철저히 하고 산불이 날 때에 이를 끌 소방시설을 충분히 갖추어야 한다. 끝으로 치명적 위험은 그 발생 가능성을 차단할 모든 수단을 투입하여야 한다. 예를 들어 원자력발전소가 폭발하면 그 피해는 상상을 초월하므로 현재 제시된 모든 수단을 투입하여야 비로소 안전보장의무를 이행한 것으로 인정된다.

국가의 안전보장의무가 기본권을 제한할 근거가 될 수는 있다. 그러나 국가는 안전과 자유 사이의 적절한 균형을 이루도록 하여야 한다. 특히 자유 박탈을 대가로 달성할 수 있는 절대적 안전은 없다는 점에서 더욱 그렇다. 나아가 국가는 안전보장의무라는 이름으로 자기 행위에 정당화를 소홀히 할 수 없고, 정당성에 대한 증명책임이 경감되지 않는다. 따라서 국가는 사실상 주어진 상황에서 최대한 안전을 조성하고, 기본권에 대한 부당한 제한을 금지하는 법치국가적 구속 아래에서 안전이라는 목적을 추구하여야 한다.<sup>14)</sup> 다만, 위험이 명확하게 확인될수록, 위험의 관찰, 평가, 예방, 제거에 관한 수단이 명확하게 드러날수록, 위험 발생이 임박할수록 그리고 위험이 발생하면 피해가 치명적일수록 안전보장에 관한 국가의 재량은 좁아지고 기본권제한 가능성은 커진다.

## IV. 개인의 안전보장청구권

### 1. 안전보장청구권의 의의

#### (1) 안전보장청구권의 개념

국가의 안전보장의무에 대응하여 개인이 자기 생명·신체·건강·자유·재산 등 보호법익에 대한 침해를 발생시키는 행위나 상태의 위험을 방지해 달라고 국가에 청구할 수 있는 권리를 안전보장청구권이라고 한다.<sup>15)</sup> 안전보장청구권을 안전권이라고도 하는데, 이것은 자칫 안전

14) BVerfGE 115, 320 (358) 참조.

15) 개인이 국가에 대해서 제3자적 법익침해로부터 지켜 달라고 요구하는 권리가 안전권이라는 견해(홍완식, 「안전권 실현을 위한 입법정책」, 『유럽헌법연구』 제14호, 유럽헌법학회, 2013, 229쪽)도 있다. 그리고 안전권을 '위험으로부터 헌법상 보장된 자신의 법익을 온전히 보존할 권리'라고 이해하면, 안전권은 생명, 신체, 재산, 명예, 자유 등 다양한 법익의 안전을 요구할 권리라고 할 수 있다는 견해도 있다(김대환, 「국가의 국민안전보

과 관련한 모든 권리를 포괄하는 용어로 인식될 수 있어서 권리의 구체적 내용을 제대로 지시한다고 보기 어렵다. 그러므로 여기서는 안전보장청구권이라는 용어를 사용하기로 한다. 국가의 안전보장의무가 인정되어도 그에 관한 개인의 주관적 권리가 인정되지 않으면 개인은 국가의 처분만 기다릴 수밖에 없어서 국가작용의 단순한 대상에 지나지 않게 되고, 자기 이해와 관련되는 국가작용에 대해서 직접 시시비비를 가릴 수 없게 된다.<sup>16)</sup> 따라서 개인의 안전에 관한 이해를 충실하게 반영하고 개인의 주관성을 제대로 보장하기 위해서는 국가의 안전보장의무에 대응하는 개인의 안전보장청구권은 보장되어야 할 것이다. 그러나 국가의 안전보장의무가 인정되는 모든 범위에 상응하여 개인의 안전보장청구권이 인정되는 것은 아니다. 국가가 안전보장의무를 이행할 때에는 수단과 보호수준을 결정할 재량이 있기 때문이다.

## (2) 안전보장청구권의 근거

안전은 위협이 발생하기 전에 예방되고 위협이 발생하면 가능한 한 빨리 제거되어야 비로소 확보된다. 안전 확보는 결국 국가 개입을 통해서 이루어진다. 이러한 점에서 안전보장청구권은 인권이 아니라 기본권이다. 안전보장청구권은 침해 배제를 넘어 안전의 적극적 확보를 내용으로 한다. 그러나 안전이라는 국가목적에서 바로 안전보장청구권이 도출되지는 않는다. 안전보장청구권은 기본권의 객관법적 측면과 결합한 기본권관계에서 비로소 도출될 수 있다.<sup>17)</sup> 따라서 안전보장청구권의 이론적 근거는 방어권이 아니라 국가의 안전보장의무이다.<sup>18)</sup> 헌법재판소는 오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제라면서 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 제37조 제1항에서 평화적 생존권이라는 이를 보호하는 것이 필요하다고 하는데, 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 권리라고 한 적이 있다.<sup>19)</sup> 그러나 헌법재판소는 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다고 하여 견해를 바꾸었다.<sup>20)</sup> 여기서 평화적 생존권은 국가에 외적 안전을 보장해 달라고 요구할 권리로 볼 수 있다. 인간의 존엄과 가치를 보장할 의무를 국가에 지우는 헌법 제10조에서 국가의 객관적 보호과제의 주관화를 통해서 국민의 안전보호에 관한 주관적 권리가 인정될 수 있으나, 헌법 제10조의 해석·적용은 국가공권력이 인간의 존엄을 침해하였을 때에 이에 대하여 인간존

장의무], 국민안전 구축을 위한 공법적 대응방안(한국비교공법학회 제71회 학술대회), 2014. 7. 31., 27쪽].

16) 강태수, 「주관적 공권으로서의 기본권의 발전과 내용」, 『청주법학』 제20집, 청주대학교 법학연구소, 2003, 62쪽 참조.

17) Georg Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48, Berlin/New York 1990, Rdnr. 92.

18) 같은 견해: BVerfGE 39, 1 (42). 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 국가가 보장할 의무를 지는 규정에서 국가의 객관적 보호과제의 주관화를 통해서 국민의 안전보호에 관한 주관적 권리가 인정될 수 있다는 견해도 있다[이부하(주 7, 헌법상 가치로서의 안전과 안전보장), 233쪽]. 그리고 안전에 관한 기본권은 헌법상 제10조 제1문의 인간존엄에 전제가 되므로 당연히 인정되는 기본권이라는 견해도 있다[정문식(주 7), 229~230쪽].

19) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304.

20) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775-776; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마146, 공보 170, 2122, 2128.

업 보호를 요구하는 권리에 관한 것이라고 하면서, 안전에 관한 주관적 권리는 기본권의 객관적 성격에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>21)</sup> 그러나 헌법에 안전에 관한 개별 규정이 있으므로, 개별 기본권의 객관적 성격뿐 아니라 헌법에 산재한 안전보장 관련 규정 모두를 안전보장청구권의 근거 규정으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 점에서 국가의 안전보장의무의 근거 규정이 안전보장청구권의 근거 규정도 된다. 이것은 국가의 안전보장의무와 개인의 안전보장청구권이 동전의 양면이라는 점에서 비롯되는 당연한 결론이다. 안전보장청구권 인정은 일반적 안전보장요구에 내용적 윤곽 부여와 해석학적 구체화의 길을 열어준다.

## 2. 안전보장청구권의 독자성

안전보장청구권을 기본권으로 인정하더라도 이것을 기존 개별 기본권의 확장으로 이해할 것인지 아니면 기존 개별기본권과 구별되는 새로운 독자적 기본권으로 볼 것인지가 문제 된다. 즉 안전보장청구권의 독자성을 인정할 것인지가 다투어진다.

### (1) 학설

각각의 법의 안전은 이미 개별기본권 목록에 포함된 것이므로 안전보장청구권은 먼저 집합적 권리이지만, 안전을 위협받는 냉엄한 현실로 말미암아 안전보장청구권 정립이 이론적 당부를 떠나 헌법적 소명이 되었음을 부인할 수 없어서, 이미 보장되던 권리라도 새로운 이름 아래 재편하여 그 보장에 새로운 각오와 발전 방향을 제시할 수 있다면 집합적 권리라도 안전보장청구권을 인정하지 못할 바가 없다는 견해가 있다.<sup>22)</sup> 이 견해는 나아가 현대적 위협의 통제 곤란성, 치명성, 대규모성, 회복 곤란성 등을 고려하면, 그 예방과 대처 및 복구에서 기본권주체 사이의 대규모적 협력과 공동대처를 요구한다는 점에서 연대권의 성격이 있는 권리로서 안전보장청구권을 인정할 필요성이 있다고 한다.

### (2) 판례

헌법재판소는 평화주의가 헌법적 이념이나 목적이라고 하여 여기서 국민 개인의 평화적 생존권이 바로 도출될 수 있는 것은 아니고, 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서 가지는 실체, 즉 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되면 재판을 통해서 그 실현을 보장받을 구체적 권리로서 가지는 실질에 부합하여야 하는데, 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다고 한다.<sup>23)</sup> 그러나 이에 대해서 인간이 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생

21) 이부하(주 7, 헌법상 가치로서의 안전과 안전보장), 233~234쪽.

22) 김대환(주 15), 27~28쪽.

23) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775-776; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마146, 공보 170, 2122, 2128.

존할 자유와 권리를 평화적 생존권이라고 부를 수 있고, 그것은 인간의 존엄과 가치를 누리면서 행복을 추구하려면 필요하고 불가결한 기본조건이므로, 인간 활동의 자유나 재산권이거나 인간다운 생활을 할 권리와 같은 다른 기본권보다 먼저 보장되어야 한다는 반대의견이 있다.<sup>24)</sup> 이 반대의견은 생명·신체의 안전권이 기본권으로 보장되어도 그와 별도로 평화적으로 생존할 자유와 권리를 기본권으로 인정할 필요가 없는 것은 아니라고 하면서 인간이 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 권리는 인간이 국가와 헌법 이전에 천부적으로 가지는 기본권이라고 보아야 한다고 한다. 이와 관련하여 인간이 존엄과 가치를 인정받으려면 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 수 있어야 하는데, 이러한 평화적 생존권은 인간의 존엄과 가치를 인정받고 누리기 위한 필요불가결한 기본조건이므로, 다른 기본권보다 먼저 보장되어야 한다고 하면서, 헌법에 평화적 생존권을 보장하는 직접적인 명문규정은 없지만, 헌법상 인간의 존엄과 가치를 보장하는 제10조와 열거되지 아니한 기본권도 존중하라는 제37조 제1항에 따라서 보장되는 기본권이라고 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>25)</sup>

### (3) 사건

국가의 안전보장의무가 개별 기본권을 자극하여 그 보호영역을 확대하는 것으로 이해하는 것도 개별 기본권과 별개로 새로운 기본권을 창출하는 것으로 보는 것도 이론상 모두 가능하다. 다만, 개별 기본권 확장을 통해서 국가의 안전보장의무에 대응하는 주관적 권리를 빠짐없이 수용할 수 있다면, 독자적인 개별 기본권으로 인정할 실익을 인정할 수 없을 것이다. 따라서 안전보장청구권이 독자적 기본권으로 인정받으려면 최소한 개별 기본권의 보호영역에 속하지 않는 부분을 보충적으로 보장하는 기능을 수행하거나 개별 기본권보다 더 강한 보장을 담보할 수 있어야 한다. 안전보장청구권은 국가의 안전보장의무 내용 모두 대해서 인정할 수 없다. 안전보장청구권은 구체적 법률이 없다면 과소보호금지원칙을 통하여 국가의 안전보장의무에서 확정되는 최소보호수준에 국한하여 인정될 수 있을 뿐이다. 최소보호수준 이상의 안전보장에 관한 구체적 내용은 국가기관, 1차적으로 입법부의 법률제정을 통해서 확정되는데, 안전보장청구권은 그에 따라서 최소보호수준을 넘어 확장될 수 있다. 그리고 국가의 안전보장의무에 상응하여 개인의 안전보장청구권은 개인의 안전과 관련한 부분에 관해서만 인정될 수밖에 없다. 그 범위에서만 사적 보호성이 인정될 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 안전보장청구권을 완결적으로 구성하기는 어렵다. 게다가 안전보장청구권의 구체적 내용은 개별 기본권과 관련하여서만 확정될 수 있다. 이러한 점에서 안전보장청구권이 개별 기본권에 대한 보충적인 독자적 기본권이 될 수도 없고, 개별 기본권보다 더 강한 보장을 담보할 수도 없을 것이다. 더하여 안전보장에 관한 제고나 방향제시는 국가의 안전보장의무를 강조하는 것으로 충분히 달성할 수 있다. 결국, 안전보장청구권은 개별 기본권에 흩어져 있는 안전보장에 관한 청구권을 모아놓은 집합권으로서 독자적 기본권으로 보기 어

24) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 781-783 재판관 조대현의 별개의견에 대한 보충의견.

25) 이부하(주 7, 헌법상 가치로서의 안전과 안전보장), 236쪽.

렵다. 그러나 안전보장청구권으로서 집합권으로서 개별 기본권에서 그동안 소홀히 다루어져 온 안전보장을 강조하고 이에 관해서 적극적으로 해석할 것을 요구하는 의미가 있다. 이것 만으로도 현재 상황에서는 의미가 작지 않다.

### 3. 안전보장청구권의 내용

안전보장청구권은 국가의 안전보장의무가 충실하게 이행되어 안전보장이 실질적으로 보장 되도록 요구하는 권리이다. 안전보장청구권의 내용은 결국 국가의 의무 이행을 통해서 실현 된다는 점에서 안전보장청구권은 국가의 의무 이행을 감시하고 통제하는 성격이 강하다. 안전보장은 위협 확인과 평가, 위협에 대한 대응책 마련, 위협 제거, 손실보상이나 손해배상청 구로 나누어 고찰할 수 있다.

안전보장청구권은 먼저 위협을 확인하고 적절한 평가를 하도록 청구할 권리를 보장한다. 즉 개인은 특정 위협이 존재하거나 발생할 가능성이 있는지 확인하고 그에 대해서 적절한 방법과 합리적 기준에 따라 평가해 달라고 국가에 요구할 수 있다. 여기서는 국가의 정보공 개가 매우 중요하다. 위협과 관련하여 국가는 보유한 정보를 공개하거나 새롭게 수집하여 제공하여야 한다. 이때에 개인은 단순히 위협 확인과 평가를 청구할 수 있는 것이 아니라 위협과 관련한 구체적 사실이나 증거를 제시하여야 한다. 물론 이미 명확하게 드러난 것에 대해서는 단순한 청구만으로 충분하다.

다음 위협이 확인되면 개인은 국가에 그러한 위협을 예방할 적극적 행위를 할 것을 국가 에 청구할 수 있다. 이에 대해서 국가는 적절한 수단을 마련하여야 한다. 여기서 적절한 수 단이 무엇인지는 국가가 결정한다. 이때에 국가가 안전보장의무를 이행하였는지는 원칙적으 로 과소보호금지원칙을 통해서 심사된다.

현존위험에 대해서는 효과가 확인된 통상적인 대응수단으로, 잠재위험에서는 전문가집단 을 통해서 확인된 기본적인 대응수단으로, 불명확한 위험에서는 위협을 억제할 최소한의 대 응수단으로, 희박한 위험에 대해서는 위협을 관찰하는 정도의 대응수단으로, 치명적인 위험 에 대해서는 지금까지 확인된 모든 대응수단으로 대처하여야 비로소 과소보호금지원칙을 충 족할 것이다. 일단 위협이 발생하면 국가에 위협을 제거하고 원상회복을 청구할 수 있다. 이 때에 특히 구조와 관련하여서는 국가의 모든 수단을 우선하여 투입하여야 한다. 즉 당면한 위협에 대해서는 체계와 절차를 이유로 국가의 소극적 행위를 정당화할 수 없다. 위협에 따 른 긴급성은 위법성을 조각하기 때문이다.

끝으로 위협 실현으로 말미암아 발생한 피해에 대해서 국가행위의 위법성이 인정되면 국 가배상청구가, 인정되지 않으면 손실보상청구권이 안전보장청구권의 내용으로 보장된다.

## V. 맺음말 - 미룰 수 없는 국가과제인 안전보장

다산 정약용은 ‘한사잡’에서 “개미구멍을 막지 않으면 큰 홍수가 넘치게 되리라”라고 읊었다고 한다.<sup>26)</sup> 위험 예방의 중요성을 강조한 말이다. 안전보장이 헌법의 논의주제로 등장한 것은 결국 안전보장에 관한 적극적 행위를 국가에 요구하는 것이다. 특히 한국에서는 그동안 국가가 안전보장에 소홀하였던 것에 대한 반성으로 볼 수 있다. 안전보장에 관한 국가의 적극적 행위는 먼저 위험 예방으로 나타난다. 따라서 위험이 발생하기 전에 국가가 위험을 감지하고 평가하고 관찰하여 대비책을 세우라는 것이 안전보장이라는 헌법적 명령의 주요 내용이 될 수밖에 없을 것이다. 물론 안전보장을 위한 조치를 충분히 취하는 것도 중요하지만, 이를 통해서 안전보장이 확보된다는 것을 국민에게 명확하게 인식시켜서 국민이 불안해하지 않도록 하는 것도 그에 못지않게 중요하다. 즉 안전보장과 관련하여서는 국가에 대한 국민의 신뢰가 중요하다. 이러한 신뢰 확보는 국가의 민주적 정당성 확보로 이어진다. 안전보장에 관한 국민의 신뢰를 얻으려면 안전과 관련한 정보를 국가가 샅샅이 공개하여야 한다. 그리고 이미 발생한 위험에 대해서는 철저한 반성을 하여 다시 반복되지 않도록 하여야 한다. 이와 관련하여 대통령을 포함한 국가기관은 공권력의 주인이 아니라 공적 서비스 제공의 책임자라는 점을 잊어서는 아니 된다. 국가기관은 주인인 국민에게 안전보장이라는 공적 서비스를 제공하여야 하는 책임자이지 안전보장을 빌미로 국민을 강제하거나 국민 위에 군림하는 존재가 아니라는 것이다. 이러한 점에 비추어 현재 한국 실정은 한없이 미흡하기만 하다. 안전보장이라는 국가과제를 미루기에는 위험이 너무나 가깝다는 것을 잊어서는 아니될 것이다.

26) 이덕일, 『이덕일의 고금통의 ①』, 김영사, 2014, 291쪽.

## 참고문헌

- 강태수, 「주관적 공권으로서의 기본권의 발전과 내용」, 『청주법학』 제20집, 청주대학교 법학 연구소, 2003, 61~84쪽.
- 김대환, 「돌진적 성장이 낳은 이중 위험사회」, 『사상』 1998년 가을호(제38호), 사회과학원, 1998, 26~45쪽.
- 김대환, 「국가의 국민안전보장의무」, 국민안전 구축을 위한 공법적 대응방안(한국비교공법학회 제71회 학술대회), 2014. 7. 31., 11~44쪽.
- 김재윤, 「형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰」, 『비교형사법연구』 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 1~24쪽.
- 심재우, 「T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상」, 『법학행정논집』 제15권, 고려대학교 법학연구소, 1979, 119~142쪽.
- 이덕일, 『이덕일의 고금통의 ①/②』, 김영사, 2014.
- 이부하, 「헌법국가에서 국민의 안전보장」, 『한독사회과학논총』 제21권 제1호, 한독사회과학회, 2011, 159~180쪽.
- 이부하, 「헌법상 가치로서의 안전과 안전보장」, 『홍익법학』 제14권 제2호, 홍익대학교 법학 연구소, 2013, 221~245쪽.
- 정문식, 「안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준」, 『법과 정책연구』 제7권 제1호, 한국법정책학회, 2007, 217~239쪽.
- 허완중, 「기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무」, 『저스티스』 제115호, 한국법학원, 2010. 2., 68~105쪽.
- 홍완식, 「안전권 실현을 위한 입법정책」, 『유럽헌법연구』 제14호, 유럽헌법학회, 2013, 225~250쪽.
- 요셉 이순제, 이승우 옮김, 『국가와 헌법』, 세창출판사, 2001.
- 울리히 벡, 홍성태 옮김, 『위험사회』, 새물결, 1997.
- 토마스 홉스, 진석용 옮김, 리바이어던 1/2, 나남, 2008.
- Volkmar Götz*, Innere Sicherheit, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenhalter/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler, Leitgedanken des Rechts - Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag: Staat und Verfassung, Bd. I, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2013, § 41, S. 457-465.
- Christoph Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63, Berlin 2004, S. 101-147.
- Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin/New York 1983.
- Georg Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48, Berlin/New York 1990, S. 56-111.

제 **1** 주제 토론문

**국가의 안전보장의무와  
개인의 안전보장청구권**







## 제 2 주제 발표문

**공동체로서의 국가와 정부**



# 공동체로서의 국가와 정부\*

전종익 교수 \*\*

(서울대학교 법학전문대학원)

## <목 차>

I. 서 .....	23
II. 사회계약론에 나타난 국가와 공동체 .....	25
1. 홉스의 자연상태와 국가수립론 .....	25
2. 로손의 공동체론 .....	27
3. 로크의 정부해체론 .....	30
4. 시에에스의 헌법제정권력론 .....	32
III. 정부의 구성과 공동체로서의 국가 .....	34
1. 인민과 공동체 .....	34
2. 공동체와 정부의 법적 관계 .....	38
IV. 결 .....	45
참고문헌 .....	48

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았음.  
수정되지 않은 초고입니다. 인용 등을 삼가해주시기 바랍니다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수



## I. 서

일반적으로 헌법을 ‘국가의 조직과 구성에 관한 법’<sup>1)</sup> ‘국가와 공동체 및 공동체 구성원들의 생활의 근본과 그 질서를 형성하는 공동체의 근본법’<sup>2)</sup>, ‘국가의 근본법으로서 국가의 통치조직과 통치작용의 원리를 정하고 국민의 기본권을 보장하는 최고법’<sup>3)</sup> 또는 ‘국가적 공동체의 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 법규범적인 논리체계로 정립한 국가의 기본법’<sup>4)</sup>으로 정의한다. 따라서 헌법은 국가와 불가분의 관계에 있으며, 헌법의 이해, 해석과 적용은 국가에 대한 이해를 전제로 한다.

현행 헌법은 제1조에서 ‘대한민국’은 민주공화국이며, ‘대한민국’의 주권은 국민에게 있다고 선언하고 있다. 이하 제2조에서 제5조까지 헌법은 대한민국의 국민이 되는 요건, 대한민국의 영토, 대한민국의 통일지향성 및 대한민국의 국제평화유지노력과 침략적 전쟁 부인을 규정하여 ‘대한민국’을 규정의 대상으로 삼고 있다. 여기서 대한민국은 곧 우리의 ‘국가’를 지칭하는 용어에 해당한다. 한편 헌법은 제10조에서 ‘국가’는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다. 헌법 제10조의 국가와 대한민국이 같은 의미를 가진다면 대한민국을 구성하는 모든 국민들이 기본권을 보호해야할 의무가 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 해석은 국민은 기본권의 주체로서 기본권을 보유하며 행사할 수 있는 지위에 있고 국가는 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 것으로 보는 판례 및 일반적인 해석<sup>5)</sup>과 일치하지 않는다. 또한 헌법은 제9조에서 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 마찬가지로 여기서의 국가가 대한민국과 같은 의미라면 전통문화 계승을 위한 노력의무는 그 구성원인 국민들의 헌법상 의무에 해당하는 것으로 보는 것도 가능하다. 그러나 이러한 이해는 헌법 제9조를 헌법 전문과 함께 헌법상 문화국가원리의 근거규정으로 보고, 문화국가원리를 국가의 정신적 기본권 보장과 이를 위한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는 것으로 이해하는 판례의 입장<sup>6)</sup>과는 조화를 이루기 어렵다.<sup>7)</sup> 이는 헌법에 규정되어 있는 국가와 대한민국은 서로 다른 의미를 가지고 있음을 의미한다.<sup>8)</sup> 그러한 점에서 국가의 개념을 전통적인 국가 3요소설에 따른 영토, 국민, 국가권력의 3요소들이 작용하는 공동체와 이러한 공동체의 존속·유지와 그 구성원의 자유·권리를 실현하는 공적 강제력의 메커니즘으로 파악되는 보다 좁은 의미의 정부(government)로 구분하는 견해<sup>9)</sup>나 광의의 국가를 국가와 사회를 포함하는 국가

1) 성낙인, **헌법학**(법문사, 2012), p.3

2) 정종섭, **헌법학원론**(박영사, 2014), p.19.

3) 김철수, **학설판례 헌법학(상)**(박영사, 2009), p.13

4) 권영성, **헌법학원론**(법문사, 2010), p.3

5) 성낙인, *Ibid.*, pp. 387-388; 정종섭, *Ibid.*, p. 393; **헌법소송법**(박영사, 2014), p. 633. 헌재 1994. 12. 29. 93헌마 120, 판례집 6-2, 477; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌마156, 판례집 12-2, 258 참조.

6) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등, 판례집 16-1, 670

7) 이러한 해석상의 문제는 헌법 제2조 제2항 ‘국가’는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다, 제8조 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 ‘국가’의 보호를 받으며, ‘국가’는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다 등 여러 다른 규정에서도 찾을 수 있다.

8) 헌법규정상 국가개념의 다양한 의미와 구별에 대해서는 김주영, “헌행헌법상의 ‘국가’개념에 관한 고찰”, **승실대학교 법학논총**, 제20집(2008. 8), pp. 117-124.

사회 전체로 보아 국가적으로 기초된 일반성, 국민의 결합체, 공동체로서 이해하고 협의의 국가를 사회의 대립물로서 제도 내지 메커니즘으로서의 통치기관에 주목하여 통치조직 내지 국가권력의 행사자로 구분하는 견해<sup>10)</sup>는 위와 같은 개념상 구분에 대한 설명으로 유용성을 가진다. ‘대한민국’은 전자의 공동체로서의 국가에 해당하며, 헌법 제9조와 제10조의 국가는 후자의 정부<sup>11)</sup>에 해당하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

이와 같은 헌법상의 국가를 개념적으로 구분한다고 하더라도 공동체로서의 국가란 무엇이고 국가의 3요소의 본질과 상호관계 그리고 이를 토대로 한 국가의 성립은 어떻게 이루어지는가, 공권력 주체로서 정부인 국가의 성립은 어떻게 이루어지며 공동체로서의 국가와 정부의 관계는 무엇인가 등의 문제들은 여전히 해결되어야 할 과제로 남는다. 이를 해결하기 위해서는 먼저 국가의 형성단계에 대한 연구가 이루어져야 한다. 이론적으로 보면 이러한 연구는 국가가 형성된 이후의 기본적인 질서를 규정하고 있는 헌법의 해석과 적용 보다 선행되는 단계를 대상으로 한다. 그러나 국가의 창설이 일정한 원리들에 의하여 이루어지는 경우 이들은 국가형성 이후 그 유지와 작용에도 그대로 적용될 수밖에 없고 이는 곧 헌법의 기본원리로 기능하게 되는 점에서, 공동체로서의 국가와 정부에 대한 연구는 우리 헌법의 규정과 기본원리들을 바탕으로 이것들이 전제로 하고 있는 국가의 개념과 법적 관계를 역으로 찾아가는 과정을 통하여 이루어질 수 있다. 예를 들면 우리 헌법은 제1조에서 대한민국이 민주공화국임과 그 주권은 국민에게 있음을 규정하여 국민주권을 헌법의 근본이념으로 선언하고 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치 및 국가의 기본권 보장의무를 규정하여 국민의 기본권 보장을 국가작용의 목적이며 가치판단의 기준으로 선언하고 있다. 이러한 규정들에 의하면 우리 헌법은 각 개인들이 기본권의 보장과 공동체의 유지를 위하여 국가를 형성하고 그것이 개인들의 의사에 따라 운영되는 형태의 국가를 전제로 한다.

따라서 우선 공동체인 국가의 형성을 살펴보기 위해서는 국가의 성립기원에 대한 여러 가지 이론 중 사회계약론을 중심으로 검토한다. 사회계약론은 왕권신수설에 근거한 절대군주의 지배에 대항한 근대시민사회의 형성과 더불어 정립된 것으로 국가를 인민의 동의에 의한 사회계약에 의하여 성립되었다고 보는 입장<sup>12)</sup>으로 개인을 중심으로 국가가 형성된다고 보는 헌법의 국가관을 설명하기에 가장 적합하다. 특히 근대국가의 기본적인 헌정체제가 형성되었던 17세기, 18세기의 영국과 프랑스 등 국가들에서 이루어졌던 논의들을 중심으로 국가이론을 검토하는 것이 필요하다. 근대적 사회계약론의 기본구조를 완성한 것으로 평가되는 홉스의 이론을 시작으로, 청교도혁명 등 17세기 중반 영국의 정치변동에 대응하여 만들어진 조지 로손의 국가이론과 명예혁명을 거쳐 미국의 독립에 큰 영향을 미친 로크의 이론을 살펴보고 나아가 프랑스 혁명기의 이론이었던 시에에스의 헌법이론도 아울러 검토한다. 이들 일련의 국가이론들에 대한 검토를 토대로 인민과 공동체 등 국가수립의 주체를 살펴보고 이

9) 정중섭, *Ibid*(주 2), pp. 11-12.

10) 이승우, **국가론**(도서출판 두남, 2010), pp. 86-87

11) 헌법은 제4장 정부에서 제1절 대통령, 제2절 행정부를 규정하고 있어 헌법상 정부는 집행부를 의미한다. 여기서 정부는 입법부와 사법부, 행정부는 물론 지방자치단체까지를 포함하는 개념으로 포괄적인 공권력주체를 의미한다. 이하의 정부는 모두 이러한 의미로 사용한다.

12) 성낙인, *Ibid*, p. 94.

로써 인민, 국가, 주권, 국민 등 국가성립을 설명하기 위한 기본적인 개념들이 어떻게 구별되어 사용되어야 하는지를 본다. 이를 토대로 인민공동체와 정부의 법적 관계를 설명해본다.

검토대상에서 역사적이고 사실적인 근대국가의 형성과정은 제외한다. 국가와 정부의 형성과 법적 관계에 대한 해명은 현행 헌법규정들이 이론적으로 전제하고 있는 국가의 수립과정을 밝혀내는 작업으로서 이는 실제 국가가 형성되어 가는 역사적 과정과는 일치하지 않기 때문이다.

## Ⅱ. 사회계약론에 나타난 국가와 공동체

### 1. 홉스의 자연상태와 국가수립론

홉스는 중세이래 중심이 되었던 기독교 및 아리스토텔레스의 학문적 전통과 단절하고 기하학을 모델로 하여 새로운 학문체계를 구성하였다. 그는 자유롭고 평등하지만 정념으로 가득한 자연상태의 인간이 합리적이고 이성적인 판단의 결과로서 사회계약을 통하여 국가를 구성하게 된다는 사회계약론의 기본구조를 완성하였다. 그의 사회계약론은 17세기 유럽의 정치사상은 물론 향후 자유주의 정치이론에 지속적으로 영향을 미친 새로운 정치이론의 출발점이라 평가된다.<sup>13)</sup> 그러한 점에서 그의 사회계약에 의한 국가수립이론의 검토는 근대국가의 본질을 살펴보는 시작점으로서 의미가 있다.

홉스는 국가형성이전 인간의 자연상태(the natural condition of mankind)를 공통의 권력이 존재하지 않는 만인에 대한 만인의 전쟁상태로 표현하고, 인간은 평화를 향한 정념과 합의를 위한 이성의 힘으로 이러한 상태로부터 빠져나오게 된다고 보았다.<sup>14)</sup> 그에 의하면 인간들이 외적의 침입과 상호간의 권리침해로부터 자신들을 방어하고 스스로의 노동과 대지의 열매로 쾌적한 생활을 할 수 있도록 공통의 권력(Common Power)을 확립하는 유일한 방법은 그들이 가진 모든 권력과 힘을 한 사람 혹은 하나의 합의체에 부여하여 모든 사람의 의지를 다수결에 의해(by plurality of voices) 하나의 의지로 결집하는 것이다. 이는 형식적으로 보면 단순한 동의나 화합(consent or concord) 이상의 것으로서 모든 사람이 모든 사람과 신의계약(Covenant)을 체결함으로써 하나의 동일한 사람으로 결합하는 것에 해당한다. 이를 위해서 모든 사람은 모든 사람에게, 자신을 스스로 다스리는 권리(my right of governing myself)를 포기하고 이 사람 혹은 이 단체에게 부여(authorize)한다고 선언해야 한다. 이로써 다중(Multitude)이 하나의 사람으로 통합되어 국가(Commonwealth)가 성립된다. 이와 같이 다중이 상호신의계약을 통해 세운 하나의 인격을 국가라고 하며, 그러한 인격을 지니는 자를 주권자(sov​er​eign)라 한다.<sup>15)</sup> 모여든 사람들(the People assembled)<sup>16)</sup>의 동의

13) 김병곤, “토머스홉스-동위에 의한 절대주의”, 강정인 등 엮음, **서양근대정치사상사**(책세상, 2007), pp. 196-197.

14) Hobbes, *Leviathan* reprinted from the edition of 1651 (Clarendon Press, 1965), pp. 96-98. 번역은 토머스 홉스, 진석용 옮김, **리바이어던**(나남, 2008)을 참조하였다.

15) *Ibid.*, pp. 131-132.

16) 이는 앞서 언급한 Multitude를 지칭하는 것으로 보고 이와 같이 번역하였다.

에 의해 주권적 권력을 부여받은 자의 모든 권리와 권능(rights and faculties)들은 이러한 국가의 설립(institution)행위로부터 도출되어 나온다.<sup>17)</sup> 이와 같이 주권자에게 권리와 권능이 부여되는 것은 사람들 중 어느 누구와 주권자의 사이가 아닌 만인 상호간의 신의계약에 의한 것이므로 주권자에 의한 신의계약의 위반은 개념상 존재할 수 없다. 나아가 국가의 설립 행위, 특히 권한부여(authorization)에 의하여 주권자의 모든 행위와 판단은 신민 본인의 행위와 판단으로 귀결되므로 주권자는 부정의와 권리침해(injustice and injury)를 행할 수 없게 된다.<sup>18)</sup> 이에 따라 홉스의 주권자는 절대적 권력을 가진 자로서 그에 대한 저항은 정당화될 수 없다. 심지어 무제한적인 권력에 의한 극심한 불편도 내란에 이어 발생할 재판이나 지배자 없는 자연상태에 비하면 아무것도 아니므로 참을 만한 것으로 평가될 수 있다.<sup>19)</sup>

홉스는 국가가 단계적으로 '개인 → 다중 → 국가'의 과정을 거쳐 이루어지는 것으로 보았다. 이러한 체계에서 국가를 수립하는 주체인 '인민(the people)'은 단순히 집합한(assembled) 다수의 사람에 불과하며 그 자체로 어떠한 의사결정체계나 단체성을 가지고 있지 않다. 홉스의 리바이어던에서 다중으로부터 결합(unity)을 형성하는 과정은 그 자체가 국가를 형성하는 과정이다. 따라서 홉스의 사회계약은 다중을 위한 공통의 대표로서 하나의 인격(one person)을 세우는 1단계와 공통의 대표에게 권한을 부여(authorization)하는 2단계로 구성되는 것으로 평가되며, 다중에 의하여 형성된 국가의 통치권력(constituted power)이 와해되는 경우 다시 자연상태와 같은 무정부상태로 돌아가는 것으로 본다.<sup>20)</sup> 홉스의 체계에 의하면 눈에 보이는 정부, 즉 그들의 의사를 강요할 수 있는 권력을 지닌 자라는 존재를 제거해버리면 국가도 사회도 존재하지 않으며 존재하는 것이라고는 사실상 '머리가 없는' 다중뿐이게 된다.<sup>21)</sup>

이러한 홉스의 국가수립론은 우연히 모인 다중이 국가를 설립하는 신의계약에 이르는 과정에 대한 어떠한 설명도 제시하지 않는다. 홉스는 자연상태의 공포와 인간의 평화를 향한 정념 그리고 이성적 판단에 의하여 필연적으로 국가형성의 합의에 도달한다고 주장하지만,<sup>22)</sup> 그것만으로 우연히 모인 다중이 아무런 중간단계 없이 의사의 합치에 이를 수 있는 구체적인 절차에 대한 설명이 이루어질 수 없다. 무엇보다도 만인의 만인에 대한 투쟁상태의 개인들이 국가라는 정치공동체의 형성이라는 목적을 위해 모인다는 것 자체가 이미 일정한 단체성을 전제로 하지 않으면 설명되지 않는다. 최소한의 의사결정체계와 일정한 수준의 사전적 합의가 전제되어 있지 않으면 만인간의 투쟁 상태인 개인들이 합의에 이르는 것은 불가능하다.

17) *Ibid*, p. 133

18) *Ibid*, p. 136

19) *Ibid*, p. 141

20) M. Forsyth, "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in Preston King(eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993), Vol. III, pp. 580, 585.

21) 조지 세이빈·토머스 솔슨, 성유보·차남희 옮김, **정치사상사** 2(한길사, 2005), p. 711.

22) 이러한 기본적인 입장에 따라 합리적 이기주의자들이 홉스적 신의계약에 도달하는 필연성을 설명하는 논문으로 I. McLean, "The Social Contract in Leviathan and the Prisoner's Dilemma Supergame", in *Thomas Hobbes: Critical Assessments* Vol. III, p. 591. 참조. 이들은 홉스의 신의계약의 도달과정을 게임이론에 따라 설명하고 이를 사회생물학의 연구결과와 비교함으로써 그 필연성을 도출한다.

이러한 문제들은 영국에서 청교도혁명 시기를 거치면서 등장한 새로운 이론들에 의하여 해결책이 제시되었다. 정부가 와해되는 경우 곧바로 자연상태로 돌아가는 것으로 보는 홉스의 입장은 1640년대 영국에서 있었던 의회파와 왕당파 사이의 내전과 국왕의 처형 등 기존 정부가 붕괴되고 새로운 공화국이 성립하는 현상을 설명할 수 없었다. 이와 같은 청교도 혁명과 공화국의 성립 그리고 이어진 왕정복고 등 17세기 중반 영국의 정치적 변화는 새로운 국가이론들이 등장하는 기반이 되었다.

## 2. 로손의 공동체론

16세기부터 17세기까지 영국에 널리 확립되어있던 혼합 또는 제한군주제(mixed or limited monarchy) 헌법이론에 의하면 통치권력은 군주와 상·하원으로 구성된 의회가 분점하고 있었고, 군주에게는 의회와 독립되어 있는 일정한 권한이 보장되어 있었다. 이에 따라 청교도혁명 시기 의회는 국왕에 대항하여 내란을 일으키면서 그 정당성을 주장하기 위해 국민의 대표로서 군사지휘권을 포함한 국왕의 권한을 행사할 수 있다고 하면서도, 국왕퇴위권을 부인하는 입장을 취하였다. 국왕을 퇴위하고 그 권한을 모두 의회가 행사하는 것은 그 자체로 제한군주제에서 보장하는 군주의 독립권한을 침해하는 것이었기 때문이다. 따라서 기존의 제한군주제 헌법이론으로는 청교도 혁명에 이은 국왕의 퇴위와 공화국의 성립의 정당성을 주장하는 것은 한계가 있었다.<sup>23)</sup> 이러한 상황에 대응하여 의회파와 왕당파 헌법이론가들 사이에 많은 논쟁이 있었고, 기존 헌법이론의 문제점을 가장 명쾌하게 해결해낸 것으로 평가되는 것이 바로 1657년 조지 로손(George Lawson)<sup>24)</sup>에 의하여 완성된 '신성국가와 시민국가론(Politica sacra et civilis)'<sup>25)</sup>이다. 로손은 기본적으로 의회의 주장을 받아들여 청교도혁명과 공화정 성립의 정당성을 인정하였고 이후 찰스 2세의 왕정복귀에 대해서 그에 대응하는 새로운 정치체제가 국민들의 동의에 의해 점차적인 현존 정부의 변화로 달성되어야 한다는 입장을 가지고 있었다. 문제는 국왕의 처형에 의한 국왕권의 찬탈을 어떻게 합리화하는가 하는 것이었고,<sup>26)</sup> 그에 따라 공동체의 최고권력이 등장하였다.

로손에 의하면 국가형성 이전 단계에 시민공동체(communitas civilis)가 존재하고 있었다. 다수의 개인들은 우선 가족과 부락(vicinity)을 이루며, 다시 다수의 가족과 부락들은 결합하여 하나의 공동체를 형성한다. 이러한 결합은 이성적이고 정의로운 동의(rational and just consent)에 의하여 이루어지며, 그 배경에는 인간은 사회적 동물이라는 신에 의해 부여된 특성이 존재한다.<sup>27)</sup> 로손은 시민사회의 근원이 신으로부터 유래한다고 본다. 신이 인간에게 이

23) Julian H. Franklin, *John Locke and The Theory of Sovereignty* (Cambridge University Press, 1981), p. 21.

24) 조지 로손은 1598년 또는 1600년 영국 요크셔(Yorkshire) 지방에서 출생하여 캠브리지에서 공부한 후 Shropshire 지방에서 성직생활을 시작한 이래 줄곧 성직자로 근무하다가 1678년 사망하였다. 그의 생애에 대하여는 Conal Condren, *George Lawson's Politica and the English Revolution* (Cambridge University Press, 2002), pp. 9-29. 참조.

25) George Lawson, Conal Condren(eds.), *Politica Sacra et Civilis* (Cambridge University Press, 2006). 1660년 출판된 로손의 이 책은 총 16장으로 되어 있으며 신성국가와 시민국가에 대한 설명이 각 절마다 교대로 서술되어 있다.

26) Julian H. Franklin, *Ibid.*, p. 61.

27) 로손의 이러한 공동체형성론은 아리스토텔레스의 정치학에서 연원을 찾을 수 있다. 아리스토텔레스는 정치학

성뿐 아니라 언어능력을 부여하였고 혼자가 아닌 복수의 사람들이 존재하도록 하고 서로가 서로를 필요로 하여 서로에게 도움이 되도록 하였다. 결국 인간은 생존과 번영을 위해 많은 구성원들로 조직된 단체를 구성하고 단체의 일을 맡아할 여러 관료들을 임명함으로써 공동체를 구성하게 된다. 물론 신에 의한 공동체의 구성은 직접적으로는 구성원들의 자발적 동의에 의해 이루어진다. 로손은 이러한 동의가 자연법에 의해 부여된 서로에 대한 사랑과 호의에 근거한 것으로서, 신에 의해 우연히 지구의 곳곳에 위치하게 된 사람들이 서로에게 익숙해지면서 주고받는 상호 편익과 안전 그리고 혜택들이 이들을 결합하게 만들어 하나의 독립된 단체(one body)를 구성하게 된다고 보았다.<sup>28)</sup> 이러한 공동체는 재산의 소유, 자유 그리고 구성원들간의 평등을 특징으로 한다. 개인이 정당하게 획득한 것은 자연법에 의해 자신의 것으로 인정되며 공동체가 이를 빼앗을 수 없고, 각 개인은 온전한 독립체(sui juris)로서 시민적 권력(civil supreme power)에 구속받을 이유가 없다. 공동체는 정부, 주권자, 그리고 신민이 존재하지 않으므로 모든 구성원들은 동료로서 평등하게 된다.<sup>29)</sup>

그러나 이러한 공동체가 주는 편익과 안전 등 혜택은 안정적으로 계속될 수 없다. 공동체는 사악한 사람들과 악의 존재로 인하여 그 결합이 정의롭지 않을 수 있다. 따라서 공동체 전체의 평화와 행복을 위해서는 권력의 면에서 우월한 부분과 종속된 부분을 구분하는 일정한 질서(order)가 존재해야 한다. 여기서 권력(power)는 단순한 폭력(force)과는 구별된다. 권력은 신으로부터 유래하여 도출되어야 하므로 그 자체로 물리적이 아닌 도덕적인 것이며 정당한 것이다.<sup>30)</sup> 공동체에 그러한 질서를 부여하는 것이 바로 국가이다.

로손은 앞서 살펴본 국왕폐위의 문제를 해결하고 국가의 형성을 설명하기 위해 진정최고권(real majesty)와 개인적 최고권(personal majesty)을 구분한다.<sup>31)</sup> 진정최고권은 정부를 형성, 제거하고 정부형태를 변경할 수 있는 권력이며, 개인적 최고권은 대외적 관계에서 평화, 전쟁 및 조약체결 등 외교관계를 맺을 권한과 종교와 세속법을 집행할 권한으로 구성된다. 진정최고권은 국가를 형성하는 힘이므로 언제나 공동체에 내재하며 결코 분리될 수 없다. 반면 개인적 최고권은 이미 국가가 형성된 후에 존재하는 권력으로 진정최고권에 비하면 작을 수밖에 없다. 왜냐하면 이러한 과정을 통하여 형성된 국가는 공동체에서 이루어진 새로

---

에서 개인들의 결합에서 가정과 마을이 형성되고 여러 부락들이 결합하여 국가가 형성된다고 설명하였다. 아리스토텔레스, 천병희 옮김, **정치학**(도서출판 숲, 2009), pp. 18-20. 로손은 공동체를 설명하면서 Henningus Arnisaeus의 17세기 저작을 인용하고 이것이 아리스토텔레스로부터 나온 주장임을 밝혔으며, '인간은 사회적 동물'이라는 주장과 이로 인한 가족과 부락의 구성을 아리스토텔레스의 정치학에서 직접 인용하였다. Geroge Lawson, *Ibid.*, p. 24.

28) *Ibid.*, p. 27-28.

29) *Ibid.*, p. 29.

30) *Ibid.*, p. 41-43.

31) Julian H. Franklin에 의하면 이 용어는 Christopher Besold의 *De magistrato in Genere* (Strasburg, 1625)에서 사용된 것을 로손이 차용한 것이다. 17세기 이미 국왕의 최고권(majesty)이 헌법제정행위(original act of constitution)에 근거한다고 보고, 절대왕정에서도 진정최고권(real majesty)은 인민에게 있고, 국왕의 권력은 단지 개인적(personal)인 것이라고 보는 견해들이 존재하였다. 그러나 이들은 오직 절대왕정과 같은 단순한 형태의 국가에 대한 설명에서만 이러한 개념들을 사용하였고 혼합정체에 대해서는 사용하지 않았다. 예를 들면 Besold는 혼합정체의 경우 하나의 주권 또는 진정최고권을 국왕과 인민 또는 다른 계급들이 공유하는 것으로 생각하였고, 국왕이 근본법을 위반하고 계급들의 권한을 침해했을 때 최종적인 심판자로서의 인민의 존재는 인정하지 않았다. Julian H. Franklin, *Ibid.*, pp. 66-68.

운 동의에 의하여 형성되는 것이기 때문이다.<sup>32)</sup> 로손은 이와 같이 공동체의 형성과 정부 또는 국가의 구성을 구분하였고, 정부를 구성하기 위해서는 공동체 구성과는 별도의 또 다른 동의가 필요하다고 보았다.

공동체에 하나의 형태의 정부가 구성된 이후 각 개인은 국가의 구성원으로서 그에 종속되는 신민(subjects)의 지위를 가지나, 여전히 공동체의 구성원으로서 시민(civies)의 지위를 유지하며, 이는 정부의 형태가 변경되거나 심지어 정부가 더 이상 존재하지 않는 경우에도 마찬가지이다.<sup>33)</sup> 로손의 이러한 체계에 의하면 정부가 해체되거나 그 승계에 성공하지 못한 경우 최종적이고 최고인 권력은 다시 인민에게 돌아가거나 혹은 그것은 언제나 인민들에게 있었다고 보게 된다. 국가의 구성원인 신민으로서의 지위에서는 복종의 의무로 인하여 국가를 해산할 권한을 가질 수 없다. 그러나 공동체는 아무런 의무에 구속되지 않으며 오직 자연법 또는 신의 법에 의하여만 구속된다. 따라서 진정최고권을 가진 공동체는 필요하고 정당하다고 판단되면 정부의 형태를 변경할 권한을 가진다. 로손은 이와 함께 일반적인 의회(parliament)와 공동체의 직접대표(immediate representative of a community)를 구별하였다. 의회는 사전에 동의되어 구성된 일정한 형태의 정부의 존재를 전제로 한다. 따라서 개인적 최고권을 가질 수는 있다 하더라도 진정최고권을 가질 수 없으므로 정부형태를 변경하거나 새로운 정부를 구성할 수는 없다. 의회가 자신의 존재의 근거인 헌법을 변경하거나 없애는 것은 불가능하며, 오직 이를 집행할 권한만을 가질 뿐이다. 반면 공동체의 직접적인 대표들로 구성된 회의체는 정부를 구성할 수 있다.<sup>34)</sup> 이 경우 공동체는 아무런 제약 없이 진정최고권을 부여받으며 오직 신이 부여한 이러한 권력을 적절히 사용할 것이라는 조건에만 구속 받는다. 반면 공동체는 개인적 최고권에 일정한 조건을 부여할 수 있는데, 로손은 그것이 시민정부의 목적이며 신이 부여한 목적인 '인민의 이익을 위하여 행사할 것'이 될 것이라고 보았다.<sup>35)</sup> 이에 따라 로손은 공동체에 의하여 어떠한 개인 또는 개인들에게 부여된 최고권, 즉 개인적 최고권은 전체 인민의 이익을 위하여 '신탁(trust)'된 것으로 표현하고 그러한 권력의 행사는 그 목적의 추구에 종속된다고 보았다.<sup>36)</sup>

이상에서 살펴본 로손의 국가형성과정은 '개인 → 공동체 → 국가(정부의 구성)'로 이루어지며, 각 단계마다 구성원들의 동의가 있어야 한다.<sup>37)</sup> 그는 국가 즉 정부 형성 이전 상태를 단절된 개인들로 이루어진 자연상태로 보지 않았다. 그는 개인들이 일정한 질서와 의사결정

32) Geroge Lawson, *Ibid.*, p. 47.

33) *Ibid.*, p. 28.

34) *Ibid.*, p. 48.

35) *Ibid.*, p. 72.

36) *Ibid.*, p. 49. 로손은 개인적 최고권이 '개인적(personal)'이라고 불리는 이유가 당해 개인들에게 그 행사가 신탁(trusted)되었으며 일정한 경우 그 권력은 신에게 또는 공동체나 인민들에 의해 박탈당할 수 있기 때문이라고 설명하였다.

37) 국가형성에 단계별 협약이 필요하다는 이와 같은 견해는 푸펜도르프에서 찾을 수 있다. 푸펜도르프는 국가의 성립에 두 개의 신의계약(covenant)과 하나의 결정(decree)이 필요하다고 보았다. 그에 의하면 제1계약으로 자연적 자유를 가진 개인들이 모여 시민사회를 구성하며 여기서 구성원들은 동료로서의 지위를 가진다. 이러한 계약 이후 정부의 형태를 결정하는 결정, 즉 헌법이 제정되며, 어떠한 개인이 정부의 일을 담당할지를 결정하는 제2의 계약이 필요하게 된다. Samuel Pufendorf, Andrew Tooke(trans.), *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature* (Liberty fund, 2003), p. 195; 정일영, 푸펜도르프의 자연법적 국가론 - De Officio를 중심으로, 석사학위논문, 서울대학교 (2013. 2.), p. 71.

체계를 가진 공동체를 조직하고, 단체로서의 공동체에 정부를 구성할 수 있는 권력이 존재하며, 정부는 이로부터 신탁 받은 권력을 가지는 것으로 보았다. 또한 그는 정부가 내전 등을 이유로 제대로 기능하지 못하고 와해되는 경우 다시 자연상태로 돌아가는 것이 아니라 공동체가 여전히 남아있어 새로운 정부를 구성하게 된다고 본다. 이에 따라 로슨은 1642년 청교도혁명시기 내전으로 말미암아 영국정부가 와해되었으나 여전히 영국공동체(community of England)가 존재하여 진정최고권을 가지고 다시 새로운 정부를 구성하였다고 보았다.<sup>38)</sup> 결국 이전의 제한군주제 이론으로는 해결하지 못한 국왕처형과 공화정의 건설, 그리고 다시 왕정복고의 과정을 공동체와 인민의 최고권 이론으로 설명하여 정당성을 부여한 것이다.

### 3. 로크의 정부해체론

로슨의 공동체와 정부의 구별, 국가권력과 국가구성권의 구별, 정부해체와 공동체해산의 구별은 홉스의 이론을 비판하고 로크의 국가이론으로 이어지는 징검다리 역할을 수행한 것으로 평가된다.<sup>39)</sup> 로크의 시민정부론에서 로슨의 영향을 찾는 것은 어렵지 않다.<sup>40)</sup> 로크는 국가가 공동체의 보전을 위해 존재하며, 최고의 국가권력인 입법권 역시 그러한 목적을 위해 존재하는 하나의 신탁권력(a Fiduciary power)에 불과하므로 입법부가 신탁에 반해서 행위하는 경우 이를 제거하거나 변경하는 궁극적인 권력은 인민에게 여전히 남아있다고 보았다. 즉 신탁의 목적이 노골적으로 무시되거나 위반되는 경우, 신탁은 필연적으로 취소되어야 하며 당해 권력은 다시 이를 부여한 자들에게 돌아가고, 다시 이들은 자신들의 안전과 안보를 위해 최선이라 생각하는 곳에 당해 권력을 새롭게 위치시킬 수 있다는 것이다. 따라서 공동체는 신민의 자유와 재산을 침해하는 음모와 시도로부터 자신들을 보호할 최고의 권력(supreme Power)를 영구적으로 보유하고 있게 된다.<sup>41)</sup> 로크는 정부의 해체와 사회의 해산이 서로 구별되어야 한다고 명시적으로 주장하였다. 로크는 모든 사람들이 각각 다른 사람들과 하나의 단체를 결성하여 일체로서 행동하기 위해 맺은 계약(Agreement)에 의해 공동체를 구성한다고 보고 이를 통해 인간은 자연상태로부터 빠져나와 하나의 정치사회(political Society)로 나아간다고 설명하였다.<sup>42)</sup> 외부의 침략에 의해 이러한 결합이 해체되는 경우 모

38) George Lawson, *Ibid.*, p. 237.

39) 로슨은 'Politica sacra et civilis' 이외에 홉스의 국가이론을 비판하는 "Examination of the Political part of Mr. Hobbes, His Leviathan(1657)"을 집필하였다. 또한 로크이론과 로슨이론 간의 유사성과 함께 로크와 로슨의 직접적인 관계가 그동안의 연구를 통해 확인되었다. 예를 들면 로크는 일기에서 1679년 봄 로슨의 'Politica'를 빌렸다고 기록했고, 로크의 문헌목록에 의하면 그는 로슨의 모든 출간된 저작물들을 소유하고 있었다. Conal Condren, *Ibid.*, pp. 21, 181

40) 로크 이론의 로슨과의 유사성 및 영향에 대한 연구로 A.H. Maclean, "George Lawson and John Locke", in Richard Ashcraft(eds.), *John Locke: Critical Assessments* (Routledge, 1991), Vol. I, p 110; Brian Tierney, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge University Press, 1982), p. 97; Julian H. Franklin, *Ibid.* pp. 93-98 참조. 양자 이론들의 유사성과 차이점을 세밀하게 분석한 것으로는 Conal Condren, *Ibid.*, pp. 182-186. 이하 로크 이론의 소개는 Julian H. Franklin의 위 책에 의하였다.

41) John Locke, Peter Laslett(eds.), *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 2002), pp. 366-367.; 번역은 존 로크, 강정인·문지영 옮김, **통치론**(도서출판 까치, 1996), p. 143을 참고하였다.

42) 로크는 "to incorporate and act as one Body"에 이어서 바로 "and so be one distinct Commonwealth"라고 서술하여 여기에서의 공동체 즉 정치사회와 국가를 동일시하고 있다. John Locke, *Ibid.*, p. 406. 그에 앞서 정부와 사회를 구분하여야 한다고 하는 점에 비추어 보면, 로크는 공동체로서의 국가와 정부를 구분하고 있는

든 사람은 이전에 처해있던 상태, 즉 스스로 자신을 돌볼 수 있는 자유, 적합하다고 생각하는 바에 따라 자신의 안전을 도모할 자유를 가진 상태인 자연상태로 되돌아가게 되며, 이와 같이 사회가 와해되면 필연적으로 정부 역시 남아있을 수 없음은 분명하다고 한다. 로크는 이를 정복자의 칼이 정부를 뿌리부터 베어내는 것이라 하고 이 경우 정부가 해체되는 것은 너무나도 명확하다고 보았다.<sup>43)</sup> 반면, 사회가 아닌 정부가 해체되는 경우 인민은 자신들의 안전과 복지를 위해 최선이라고 판단하는 바에 따라 이전과 구성 및 형태가 다른 새로운 입법부를 구성할 자유를 가진다. 사회는 결코 다른 사람의 잘못으로 자기보존을 위해 가지고 있는 자연적이고 본래의 권리를 상실할 수 없다.<sup>44)</sup>

로손과 로크에 의해 발전한 공동체와 국가의 형성이론은 영국 명예혁명기를 거치면서 인민 공동체에 의한 헌법제정이론의 형태로 나타났다. 1688년 제임스 2세가 프랑스로 도주하자, 오렌지공 윌리엄은 국가권력을 장악하고 위기를 해결하기 위해 'Convention'을 소집하였다. 'Parliament'가 아닌 'Convention'이 소집된 것은 의회의 소집은 국왕만이 할 수 있는 것이나 당시 윌리엄은 국왕의 지위에 있지 않았던 점과 당해 회의체가 종래의 헌법에 따라 선출된 자들이 아닌 새로운 헌법질서를 만들기 위한 국민의 대표로 구성되었던 점에서 일반적인 의회와 구별되었기 때문이다. 당시 인민주권을 주장하는 많은 익명의 저자들은 Convention을 모든 인민들의 계약(popular contract)으로 정부이전에 구성된 공동체(community)를 대표하는 것으로 보고, 그러한 대표들을 통해 공동체와 국왕 간에 정부 또는 국가를 구성하는 쌍방계약(rectoral contract)을 체결하여야 한다고 주장하였다. 이들에 의하면 공동체의 권한에 근거하여 체결된 이러한 계약의 명문규정에 따라 새로운 국가의 정부가 작동하게 되므로, 바로 이것이 당해국가의 근본법(fundamental laws)이며 헌법에 해당하게 된다. 의회는 헌법에 의해 권한이 부여되므로 일반적인 입법권은 보유하나 존립근거인 근본법을 제정하지는 못한다. 반면 Convention은 일상적인 의회의 기능을 수행할 수는 없으나, 공동체와 국왕간의 쌍방계약, 즉 헌법이 국왕에 의해 침해 내지 위반되었는지 여부를 결정하는 기능을 수행할 수 있다.<sup>45)</sup>

공동체와 국가의 구별, 그리고 의회와 Convention의 구별은 미국의 독립전쟁과정에서 다시 독립을 옹호하는 논리로 등장하였다. 식민지 시기 영국은 영국의회가 아메리카 식민지를 실질적으로 대표하고 있으므로 영국의회의 동의에 의한 아메리카 식민지에 대한 과세는 정당한 과세라고 주장하고 있었다. 영국과 식민지가 하나로서 전체의 국가(nation)을 이루고 모든 의원들이 이를 대표하는 것으로 본다면 영국의 과세 정당성을 부인할 수는 없었다. 이에 식민지에서는 모든 의원은 자신을 선출한 자들만을 대표할 수 있으므로 런던의 유권자들이 영국의회에게 식민지에 대한 조세징수권한을 부여할 수 없다고 하면서, 영국과 식민지들이 하나의 공동체를 구성하고 있음을 부정하고 양자는 서로 다른 국가공동체(national community)를 구성하고 있다고 주장하였다.<sup>46)</sup> 이와 같이 식민지공동체의 독자성을 주장하

---

것으로 볼 수 있다.

43) *Ibid.*, p. 406-407.

44) *Ibid.*, p. 411. 이러한 사회 또는 공동체의 권리와 국가권력자의 제한된 권한 및 양자의 신탁관계로부터 로크는 인민의 국왕에 대한 저항이 일정한 경우 정당할 수 있음을 도출한다. *Ibid.*, p. 419.

45) Edmund S. Morgan, *Inventing the People* (Norton, 1989), p. 107-110.

고 나면, 식민지 각주에 구성되어 있는 의회와 정부들의 정당성이 문제될 수밖에 없었다. 이들은 종래 영국 국왕의 권한에 의해 만들어진 것이었고, 실제로 상당수의 의원들이 총독이 지명한 자들로 구성되어 있었으므로, 법적으로 그리고 사실상 독립전쟁시 적국의 기관으로 간주되었다. 결국 독립선언으로 말미암아 기존의 각주에 존재하던 정부와 권력의 정당성이 부정되면서 이들이 기능하지 못하는 상황이 도래하였다. 이때 권력공백의 문제를 해결하고 새로운 질서를 만들어낼 정당한 권한을 가지는 것은 식민지 인민들로부터 새로운 정부구성을 목적으로 권한을 위임받은 자들로 구성된 ‘Convention’이라고 인식되었다.<sup>47)</sup> 이러한 인식은 그 이전부터 진행되어 오던 영국식민기관들의 무력화와 식민지 인민들에 의해 조직된 많은 혁명조직들의 성장을 배경으로 하고 있었다. 1760년대 이미 식민지 주정부 외부의 이익단체로서 많은 클럽과 단체들이 조직되어 실질적인 정부의 임무를 수행하고 있었고, 이들은 군중회합에 참여하고 느슨한 대중회의를 조직하는 등의 활동을 하였으며, 이후 각종위원회와 회의들(committees and conventions)에 참여하여 준정부적 정당성(quasi-legitimacy)을 가지고 공적 임무를 수행하고 있었다. 이에 따라 1775년에 이르면 거의 모든 아메리카 식민지 지역에서 각종 위원회와 회의들이 인민들의 생활의 모든 면을 통제하고 규제하고 있다고 평가되기도 하였다.<sup>48)</sup>

#### 4. 시에에스의 헌법제정권력론

로손에서 이어진 로크의 위와 같은 공동체와 정부의 구별, 그리고 공동체가 가지는 최고의 권력과 정부에게 부여된 권력의 구분은 프랑스 시에에스의 헌법이론에서 더욱 체계화된 모습을 찾아볼 수 있다.<sup>49)</sup> 시에에스 역시 국가의 수립을 3단계로 설명한다. 1단계는 결합하고자 하는 고립된 개인들이 존재하는 상태로 그들은 국민(nation)<sup>50)</sup>으로서의 권리를 모두 보유하나 이를 행사하지 못한다. 이 시기에는 개별의지(volontés individuelles)들이 존재하여 그 작용으로 단체(association)가 생성된다. 이러한 개인적 의사들이 모든 권력의 원천이다. 2단계는 공동의지(volonté commune)가 작동하는 시기이다. 단체의 구성원들은 그들의 결합에 계속성을 부여하려고 하며, 공적 수요와 이를 충족시키는 방법에 대해 협의하고 합의에 이른다. 이로써 종래 개별적으로 보면 형해화하던 개별의지는 결합하여 전체로서 작동하게 된다. 공동체(communauté)에는 필연적으로 공통의지가 존재하며, 이러한 의지의 결합을 통

46) *Ibid.*, p. 243

47) Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (The University of North Carolina Press, 1998), pp. 335-337.

48) *Ibid.*, pp. 321-322.

49) 이하 시에에스의 헌법이론은 다음을 정리한 것이다. Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?* (Boucher, 2002), pp. 50-57.; “What is the Third Estate?” in Sonensher(eds.& tans.), *Political Writings* (Hackett, 2003), pp. 133-140. 번역은 E.J. 시에에스, 박인수 옮김, **제3신분이란 무엇인가**(책세상, 2003), pp. 89-101을 참고하였다.

50) 프랑스어의 nation은 17세기 말 ‘같은 국가와 영토의 거주자들로서 같은 법 아래에 살고 같은 언어를 사용하는 자들’의 의미를 가지고 있었다. 이후 점차 집합성(collectivité)과 법인성(personne morale)을 가지며 국왕과 구별되는 권리와 이익을 가진 존재로 인식되었고, 결정적으로 학자들로부터 1791년 헌법에서 주권이 국왕으로부터 nation에게 넘어간 것으로 평가되었다. Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel* (Daloz, 2008), p. 3. 따라서 민족보다는 ‘국민’으로 번역하는 것이 적절하다.

하여 개인들은 전체로서 행위할 수 있게 된다. 3단계는 정부가 구성되는 단계이다. 단체의 구성원들이 다수이며 지역적으로 흩어져 있으면 그들의 공동의지를 쉽게 행사할 수 없다. 그에 따라 전체국민의 의지(volontés nationale)와 권력 중 공적 필요를 살피고 충족시키는데 필요한 부분을 분리하여 그들 중 몇몇 사람들에게 신탁(confient, entrust)하게 되는데, 이로써 위임에 의한 정부(gouvernement exercé par procuration)가 성립되게 된다. 이 경우에도 공동체는 의지를 행사할 권리(droit de vouloir)를 양도하지 않는다. 이것은 양도불가능한 공동체의 재산으로서, 공동체는 단지 그 행사를 다른 사람에게 위탁할 수 있을 뿐이다. 그 행사를 위임받은 자들이라 하더라도 공동체 권력의 전부를 행사할 수는 없고, 공동체는 오직 질서유지를 위해 필요한 범위에서만 신탁할 수 있다. 또한 피위임자들은 위임받은 권력의 제한을 변경할 수 없다. 이러한 제3시기에 작동하는 것은 진정한 공동의지(volonté commune réelle)가 아니며 오직 대표된 공동의지(volonté commune représentative)만인 점에서 2기와 구별된다.

입법권 또는 공동의지의 행사를 신탁받은 대표자들은 국민이 그들에게 부여하고자 했던 존재방식대로만 존재할 수 있다. 그들은 그것을 구성하는 제도적 형식이 없으면 존재할 수 없으며, 오직 이를 통해서만 작용하고 통제하며 명령한다. 이와 같이 정부를 구성하고 작동하게 할 필요성과 함께, 국민에게는 위임된 공권력이 위임한 본인들에게 해가 되지 않도록 할 이익이 존재한다. 이러한 역할을 수행하기 위해 수많은 정치적 견제조항들이 헌법에 규정되게 된다. 여기서 시에에스는 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 그에 의해 조직된 권력(pouvoir constitué)을 구분한다. 국민은 모든 것 이전에 존재하며 모든 것의 기원이다. 국민의 의지는 언제나 정당성의 근원이며 그 자체가 법이 된다. 이와 같이 국민의 의지로부터 생성되는 법의 선두에 있는 것이 헌법이다. 이것은 입법부의 구성과 기능에 대한 부분과 다른 통치기관들의 구성과 기능을 규정하는 부분으로 구성되며, 이는 조직된 권력이 아닌 무엇을 조직하는 권력, 즉 국민의 헌법제정권력에 의해 제정되는 것이다. 어떠한 위임된 권력도 위임의 조건을 변경할 수 없다. 모든 정부의 기관들은 국민에게 종속되고 그 뜻에 응해야 한다. 국민은 오직 자연법에 의해 형성되나 정부는 이와는 달리 실정법에 의해 형성된다. 따라서 국민은 헌법에 종속되지 않으며 종속될 수도 없고, 종속되어서도 안 된다. 국민은 스스로에게 의무를 부과할 수 없으며 자신과의 계약은 언제든지 파기할 수 있다. 국민이 실정법적 제한에 종속되면 되돌릴 수 없는 자유의 상실을 초래할 위험이 있다. 반면 정부는 오직 권력을 합헌적인 범위에서만 행사할 수 있고, 그러한 행위는 부과된 법률에 충실한 한에서만 적법하다. 그렇다면 국민은 헌법제정권력을 어떻게 행사할 수 있는가? 시에에스는 일상적인 업무를 담당하는 일반대표(représentants ordinaires)기관과 직접 국민총회의 뜻을 대신하는 특별대표(représentants extraordinaires)를 구분하여, 후자의 경우 헌법에 규정되어 있는 일상적인 국가기능에는 관여할 수 없으나 기존 헌법규정에 구애받지 않고 국민자체의 지위에서 헌법을 구체화한다고 설명하였다.

이와 같이 ‘개인의 집합 → 공동의지를 가진 공동체 → 국가(정부의 구성)’으로 이루어진 시에에스의 3단계 국가형성과정은 로손의 주장과 유사하며, 헌법제정권력과 그 결과 만들어

진 헌법에 의해 조직된 권력의 구별은 진정최고권(real majesty)와 개인적 최고권(personal majesty)의 구별과, 일반대표와 특별대표의 구별은 일반의회와 공동체 직접대표의 구별에서 발전해 나온 것으로 볼 수 있다.<sup>51)</sup>

### Ⅲ. 정부의 구성과 공동체로서의 국가

#### 1. 인민과 공동체

홉스의 사회계약론에서 인민(the people)은 국가형성의 주체이며 국가권력의 정당성의 원천이기는 하나 일단 국가가 성립된 이후에는 국가권력에 종속된 신민의 지위를 가질 뿐이다. 이러한 홉스의 이론에 대한 비판으로 등장한 로손과 로크의 이론에서 인민은 비상시 최후의 정치권력의 담지자로서 등장하며, 프랑스혁명기 시에예스는 인민을 헌법제정권력의 주체로서 국가성립시 직접적인 행위자로서의 지위를 부여하였다. 이와 같이 인민들에 의한 헌법의 제정과 정부의 설립과정을 통하여 영토와 국민 그리고 정부 또는 국가권력<sup>52)</sup>의 3요소로 이루어진 국가가 형성된다. 따라서 인민은 시간적으로 그리고 논리적으로 국가성립이전 이미 존재하고 있어야 한다.<sup>53)</sup> 이러한 인민은 단순히 개인들이 모인 다중일 수는 없다. 이들은 국가라는 정치공동체를 형성할 목적으로 모여 있는 것이며, 의사결정방법 등에 대한 일정수준 이상의 합의에 도달해있지 않으면 그러한 목적을 달성할 수 없다. 따라서 국가형성이론에서 전제하고 있는 인민은 그 자체로 일정한 수준의 단체를 형성하고 있지 않으면 안 된다.

그런 점에서 ‘개인 → 다중 → 국가’의 과정으로 국가형성을 설명하는 것보다는 ‘개인 → 다중 → 공동체(인민) → 국가(정부의 구성)’의 과정으로 설명하고, 정부해체시 곧 공동체 자체가 해체되고 자연상태로 복귀한다고 보는 것 보다 여전히 일정한 수준의 공동체가 존재하며 이들이 새로운 정치체제를 구성하는 것으로 보는 것이 더욱 설득력을 가진다. 이에 의하면 헌법제정권력자는 주체의 면에서 파악하면 ‘인민(the people)’이 되고, 존재상태로 보면 단순한 개인들의 집합이 아닌 일정한 단체성을 가진 존재, 즉 ‘공동체(community)’라고 할

51) 반면 루소는 자연상태의 개인들이 사회계약을 통하여 곧바로 하나의 집합적인 법인체를 만들고 개인의 신체와 능력을 일반의지(volonté générale)의 감독 하에 두는 것으로 보았다. 또한 입법은 일반의지의 구현이라 하면서 정부는 이렇게 만들어진 법을 집행하는 기관에 해당하는 것으로 보았다. 장 자크 루소, 이환 옮김, **사회계약론**(서울대학교 출판부, 1999), pp. 20-21, 78. 따라서 루소의 사회계약론은 로손, 로크 및 시에예스와는 달리 홉스의 국가형성이론과 유사한 것으로 볼 수 있다.

52) 엘리네크는 국가의 기본적인 구성요소로서 영토, 국민, 국가권력의 3요소를 제시하였고, 국제법적으로는 국민, 영토, 정부를 국가의 3요소로 본다. 게오르크 엘리네크, 김효진 옮김, **일반국가학**(법문사, 2005), pp. 323-354; 정인섭, **신국제법강의**(박영사, 2012), p. 125. 국가의 요소로서 정부가 존재한다는 것이 국내질서를 유지할 수 있는 통치조직을 갖추고 국내법을 자주적으로 제정할 수 있는 능력이 있어야 함, 즉 자국영역에 대한 실효적인 지배권을 행사하는 중앙정부를 가져야 함을 의미한다는 점에서 정부와 국가권력은 같은 의미를 가지는 것으로 볼 수 있다.

53) 그러한 점에서 국가성립 이전의 ‘the people’을 국민이라고 번역하는 것은 적절하지 않다. 국가의 구성원으로서의 국민은 헌법제정으로 인한 국가수립 이후에 존재할 수 있기 때문이다. 예를 들면 미국헌법의 전문에서 미국헌법의 제정 주체로서 등장한 ‘we the people of the United States’는 독립 이후 북아메리카 대륙에 존재하였던 각 주들의 주민들이 모인 집단으로서 새로운 국가인 “United States of America”를 수립하는 주체를 나타내는 것이다. 그러한 점에서 ‘the people’은 국민이 아닌 ‘인민’으로 번역하였다.

수 있다. 개인이 모여 다중을 이루고 이들이 일정한 합의를 거쳐 공동체를 형성한 후 다시 한 번의 합의를 거쳐 정부를 구성하고 국가를 완성한다. 정부구성합의 결과 만들어진 규범이 헌법이며, 헌법은 공동체와 정부의 관계 즉, 정부의 권한과 임무, 그리고 정부구성 후 공동체구성원의 법적 지위 등을 내용으로 한다.

여기서 공동체는 공통된 사회적 관습, 문화적 전통 그리고 공유된 사회적 이해라는 형태로 국가이전 또는 국가와 별도로 존재하는 것으로 보는 공동체주의에서의 공동체<sup>54)</sup>나 국가하부의 각종 지역 또는 혈연적, 문화적 집단(대표적으로 지역사회)들을 나타내는 사회과학에서의 공동체 개념<sup>55)</sup>과는 구별되며, 중세의 유기적 공동체에서 나타나는 공동체적 결합과 이익사회적 결합을 구분한 토니스의 이론과도 별도로 일반적 의미에서 ‘사회적 집단(social Group)’이라는 뜻으로 사용된 베버의 공동체 개념<sup>56)</sup> 또는 상당히 높은 우선적 지위를 부여하는 최종목적을 공유하는 구성원들의 사회를 나타내는 롤즈의 공동체 개념<sup>57)</sup>에 해당하는 것으로 보는 것이 적절하다. 인민의 존재상태로서의 공동체는 구성원들 사이에 공통된 언어나 문화, 혈연, 역사 등이 존재할 필요가 없다. 오직 이러한 공동체의 구성원들이 공유하는 것은 완성된 정치공동체의 건설, 즉 국가의 수립이라는 목적이다.

따라서 국가형성의 주체로서의 인민과 민족(nation)은 구별되어야 한다. 일반적으로 민족은 언어나 종족 같은 단일한 기준 또는 언어, 공통의 역사, 문화적 특성 등 다수 기준들의 조합에 기초를 두고 설명되었고, “언어, 영토, 경제생활 및 문화공동체 내에 구현된 심리구조 등을 지닌 역사적으로 진화한 안정된 공동체”라는 스탈린의 정의가 가장 잘 알려져 있다.<sup>58)</sup> 따라서 민족은 시간적으로 구성된 공동체에 해당한다. 민족은 이미 몇 세대에 걸쳐 지나간 과거의 결과 성립된 공동의 유산을 근거로 하며 대개 과거의 일정한 시점에 기원을 두고 미래에도 계속될 것으로 생각된다. 이에 따라 세대를 이어주는 전설과 상징 등이 필요하게 된다.<sup>59)</sup> 반면 인민은 일정한 장소에 기반을 두고 그곳에 있는 모든 개인들로 구성된 공동체로서 국가성립 전에는 국가권력을 수립하고 정당성을 부여하며, 국가성립 이후에도 존속하다가 국가의 위기 시에 최후의 권력자이자 심판자로서 다시 헌법제정권력을 행사하는 역할을 한다.<sup>60)</sup> 물론 공통된 언어나 종족 등의 특성을 가진 민족으로 이루어진 공동체의 경우

54) Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, (Oxford University Press, 2002), p. 209

55) Nelson W. Polsby, “Community”, *International Encyclopedia of Social Sciences* Vol. 3 (Macmillan and Free Press, 1974), p. 157.

56) 볼프강 뫼젠, “편집자 서론”, 막스베버, 박성환 옮김, **경제와 사회-공동체들** (나남, 2009), p. 98-99, 베버는 위 책에서 정치공동체를 “그 참여자들이 물리적 강제력을 준비해서 어느 영토와 이 영토 위에 지속적 또는 일시적으로도 존재하는 인간들의 행위를 질서 있게 지배하도록 유보하는 방향으로 공동체행위가 진행되는 공동체”라면서 정치적 공동체 행위가 영토와 인간에 대한 강압적 지배 이외에 어떤 종류의 내용을 지향하고 있는지는 관계없다고 설명하여 ‘정치공동체=국가’로 보고 있다. 이러한 개념규정에 의하면 국가성립 이전의 공동체는 정치공동체에 해당하지 않는다.

57) John Rawls, *Justice as Fairness* (Harvard University Press, 2001), pp. 199-200. 롤즈는 공정으로서의 정의가 구현되는 질서정연한 사회(well-ordered society)를 개념규정하면서 합리적 다원주의를 전제로 모든 구성원들이 정치적 정의에 관한 근본적인 문제해결에 동의할 수 있는 공통된 포괄적인 원칙(comprehensive doctrine)은 존재하지 않는다고 보고, 그러한 사회에서는 구성원들이 서로 다른 종교적, 철학적, 도덕적 관점들을 가졌음에도 불구하고 헌법적 핵심문제를 해결할 수 있는 정치적 관념을 공유하고 있다고 보았다. *Ibid*, p. 32.

58) E.J. 홉스봄, **1780년 이후의 민족과 민족주의** (창비, 2005), pp. 20-21.

59) Bernard Yack, “Popular Sovereignty and Nationalism”, *Political Theory*, Vol.29, No.4, (2001), pp. 520-521.

60) *Ibid*, pp. 521-523.

정치공동체 구성에 대한 합의를 이룩하기에 상대적으로 어렵지 않을 수는 있다. 실제로 20 세기에 들어와 정치적 단위와 민족적 단위의 일치를 주장하는 민족주의의 영향으로 민족은 식민지로부터 해방된 국가건설의 주체로 인식되기도 하였다.<sup>61)</sup> 그러나 국가를 구성하는 공동체로서의 인민이 반드시 민족일 필요는 없다. 구성원들이 서로 다른 언어와 종족, 문화 등의 특성을 가지고 이에 따라 종교적, 철학적, 도덕적 관점들이 일치하지 않는다 하더라도 국가구성과 그 형태에 동의할 수 있다면 하나의 '인민'으로서 정치적 공동체를 형성할 수 있기 때문이다.

물론 정부구성의 과정에서 어떠한 형태의 권력구조를 만들고 각 구성원은 어떤 지위를 가지며, 정부의 권한과 임무는 무엇이어야 하는가에 대한 합의에 이르지 못하는 경우 공동체 자체가 와해될 수는 있다. 그러나 그와 같은 합의의 실패가 '목적달성의 불능의 확정'이 아닌 경우, 공동체는 해산하기보다 새로운 합의를 위한 협상을 시작할 수 있다. 기존의 합의로 만들어진 정부가 상황의 변화로 더 이상 임무에 적합하지 않은 것으로 확인되는 경우도 마찬가지이다. 그러한 점에서 인민공동체 구성원들 사이에 최소한 일정한 수준의 의사소통체계의 존재와 의사결정에 이르는 방법에 대한 묵시적 또는 명시적 합의는 존재해야만 한다. 유럽헌법의 제정에 대해 전망하면서 '유럽인민(European people)'이 존재하려면 개별 국가 중심이 아닌 '유럽화된 의사소통체계(Europeanised communications system)'의 존재가 필수적이나 공통된 언어의 부재로 말미암아 그러한 의사소통체계의 확립이 어렵다는 점을 주장하며 공통된 언어의 부재를 인민형성의 가장 큰 걸림돌로 보고 있는 그림의 지적은<sup>62)</sup> 이러한 점을 뒷받침한다.<sup>63)</sup>

개별적으로 고립되어 살아가던 개인들이 모여 고립된 생활의 한계를 극복하고 더욱 행복한 생활을 실현하기 위해 국가수립의 단일한 정치목표를 공유하며 일정한 의사소통체계와 의사결정방법에 대한 합의에 이르면 공동체를 형성하게 된다. 이러한 인민의 공동체는 내부에 어떠한 권력자도 존재하지 않으며 대등한 자들의 결합이므로 구성원들 사이의 평등이 보장되고 서로 상대방의 자유에 간섭할 수 없다. 일단 이와 같은 공동체가 형성되면 인민은 어떠한 형태의 정부를 구성하고, 정부의 권한과 임무는 무엇이며, 구성원들의 권리와 의무는 무엇인지 여부를 결정할 권한, 즉 헌법제정권력을 가지게 된다. 아무런 목적이나 의사소통체계도 없이 단순히 개인들이 모여 있는 공동체 이전의 '다중'에게 이를 인정할 수는 없다. 이들은 이러한 권력을 행사하여 국가를 구성할 의사도 없고 필요성도 느끼지 않고 있으므로

61) 홉스봄은 이에 대해 역사적 민족으로 인정되는 중국, 베트남, 그리고 우리나라 등과 같은 몇몇 경우를 제외하고 민족운동이 독립을 이루려고 애썼던 영토적 단일체들은 압도적으로 제국주의 정부의 실질적 창조물이라고 한다. 많은 경우 영토지향적인 해방운동은 기본적으로 식민권력들이 영토에 부과한 공통요소들을 기초로 하여 이루어졌고, 정복과 식민통치에 의해 부과된 통일성은 장기적으로 스스로 '민족'으로 인식하는 민족집단을 만들어냈다는 것이다. E.J. 홉스봄, *Ibid*, pp. 179-180. 이러한 설명에 의하면 역사적으로 형성된 민족이라는 개념 자체가 이념으로서의 민족주의의 결과물인 것으로 볼 수 있다.

62) Dieter Grimm, "Dose Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, Vol.1, No.3 (1993), pp. 293-295.

63) 한편 하버마스는 그림과는 달리 현대시민국가의 자발적 특성에 주목하면서 민주적 의사형성 과정 그 자체의 작용으로 단체적 정체성이 확립될 수 있으므로 헌법제정에 유럽지도자들의 정치적 의지가 중요한 요소라고 보았다. 그러나 하버마스도 시민적 연대와 정체성이 현대의 새로운 의사소통형식에 의하여 만들어진 것이라는 점을 분명히 하여 그림의 견해를 부정하고 있지는 않다. Jürgen Habermas, "Why Europe Needs A Constitution?", *New Left Review* 11 (2001), pp. 15-16, 24.

이를 인정할 아무런 실익도 없다. 이와 같이 '헌법제정권력자'로서의 인민, 즉 공동체는 시간적으로 국가에 선행하며, 논리적으로 입헌국가의 상위에 위치하게 된다. 인민은 국가를 헌법제정을 통해 창설하거나 폐지하며, 여기에 어떠한 구속도 받지 않는다.<sup>64)</sup>

로마시대 이래 전통적으로 인민은 두 가지의 형태로 인식되었다. 하나는 로마공화정의 전통에서 유래한 현실적으로 활동하며 직접 자신의 의사를 결정하고 표시하는 구체적인 시민들의 총체이며, 다른 하나는 로마제정에 기반을 둔 모든 정당한 국가권력의 원천으로서 전체로서의 정치체(polity as a whole)였다. 전자의 경우 왕정이나 과두정과 구별되는 민주정(popular government)의 주체로 인식되었던 반면 후자의 경우 왕정과 과두정 등 모든 정치체제의 정당성을 보장하면서 위기 시 최후의 권력의 유보자(authority left in reserve)의 역할을 하는 것으로 인식되었다.<sup>65)</sup> 중세를 지나 17세기 영국의 정치변혁을 거치면서 전자의 시민들의 범위는 점차 전체 일반인(common people)로 확대되었고, 미국혁명을 거치면서 두 가지 인민의 개념은 결합하였다. 로마공화정 이래 공화정에서 인민은 직접 정치적 권력을 행사하는 주체였다. 이를 후자의 인민과 결합한 결과 미국은 헌법제정권자면서 주권자로서의 인민을 고안해냈다. 인민은 모든 국가기관을 대리인(agents)으로 삼아 권력을 행사하며, 동시에 정부의 외부 또는 배후에 잠재적 권력의 유보자로 존재한다. 이는 곧 인민이 투표를 통해 정부를 구성하는 민주정을 전제로 하면서 동시에 인민을 정부로부터 거리를 두도록 하는 것이다.<sup>66)</sup> 사실상 인민의 대표자라고는 하지만 실제 권력을 담당하는 자와 그에 복종하는 자의 구별은 생길 수밖에 없고, 이에 따라 주권자로서의 인민의 지위는 소수의 대표자들의 국가권력행사를 정당화하기 위해 고안된 허구(Fiction)라는 평가도 가능하다.<sup>67)</sup> 그럼에도 불구하고 입헌국가에서 최초의 국가수립을 위한 헌법제정과정을 볼 때, 헌법이 인민에 의해 제정되고 그러한 헌법에 의해 구성된 정부의 민주적 정당성이 확보된다는 점은 변함이 없다. 이에 따라 인민은 정당성의 원천이면서 제한적이기는 하지만 실제 행위자로서의 지위를 동시에 가지게 된다.

절대군주의 경우와 같이 주권을 구체적인 통치 내지 입법행위를 통하여 실현되는 것으로 보면 주권과 헌법제정권력은 일치하지 않는다. 헌법제정은 현실적으로 기껏해야 헌법제정에 참여하는 대표선출, 그리고 국민투표에 의한 헌법안의 승인의 두 가지 행위로 구현되기 때문이다. 따라서 입헌국가내에는 주권자란 존재하지 않는다는 주장도 가능하다.<sup>68)</sup> 일반적으로 주권이란 국가의사를 결정하는 최고의 권력으로서 모든 국가권력의 원천이며, 대내적으로 최고의 권력이며, 대외적으로 독립된 권력으로 설명된다.<sup>69)</sup> 헌법적으로 보면 주권은 구체적인 내용을 가지는 실체적 개념이라기보다 공동체의 의사를 스스로 결정하는 최종적인 지위와 권위로서 헌법 및 국가권력의 정당화를 위한 개념으로 기능한다.<sup>70)</sup> 다른 한편 주권개념

64) 물론 공동체의 유지와 발전을 위한 국가건설이라는 목적에 의한 제한은 받을 수밖에 없다.

65) Margaret Canovan, *The People* (Polity Press, 2005), pp. 12-15.

66) *Ibid.*, p. 28-29.

67) Edmund S. Morgan, *Ibid.*, pp. 47-50.

68) 마르틴크릴레, 국순옥 옮김, **헌법학입문** (종로서적, 1983), p. 126-127.

69) 성낙인, *Ibid.*, p. 102

70) 정종섭, *Ibid.*, pp. 124-125.

은 국제관계에서 중요한 역할을 수행한다. 주권은 대외적으로 국가가 대외관계를 독자적으로 처리할 수 있으며, 타국의 의사에 일방적으로 복종하지 않는다는 독립권으로 나타난다. 국가주권의 상호존중은 국제관계의 기본원리면서 국제법이 성립하는 토대이다.<sup>71)</sup> 문제는 대외적으로 국가에게 귀속되는 것으로 보는 주권과 대내적으로 국민에게 부여되어 헌법과 국가권력의 정당화 근거로 작용하는 주권을 조화롭게 설명하는 것이다. 종래 군주제에서 군주의 최고 지배권을 정당화하기 위한 개념으로 사용되었던 용례를 보면 주권의 대외적 측면과 대내적 측면은 일관되게 설명될 수 있다. 군주가 국가 내에서 가지는 최종, 최고의 의사결정권은 내부 뿐 아니라 외부의 어느 누구로부터도 간섭받지 않고 행사될 수 있는 점에서 하나의 권력의 두 가지 측면에 해당하기 때문이다. 같은 설명이 헌법제정 전 인민의 공동체의 법적 지위를 보면 가능하다. 인민의 공동체는 자신들의 정치적 운명을 독자적으로 결정할 수 있다. 어떠한 정치체제를 채택하고, 경제적, 사회적 생활에 대한 기본질서를 어떻게 만들 어갈지는 공동체 전체의 의사에 따라 결정할 수 있다. 이때 외부의 개인이나 다른 국가 또는 공동체는 간섭할 수 없다. 이와 같이 인민의 공동체의 운명을 결정할 수 있는 권력은 대내적 최고성과 대외적 독립성을 가진다. 정부에게 부여된 국가권력은 공동체로부터 헌법에 의해 수권된 것으로서, 이들은 공동체의 존속과 안전과 유지 그리고 구성원의 행복추구 등을 위해 본래는 공동체에 귀속되어 있는 권력을 대신 행사하는 것이다. 그런 의미에서 대외적으로 정부가 국제법상의 국가주권을 주장하는 것 역시 원래 공동체에 귀속되어 있는 최고의 의사결정권을 외부의 간섭을 배제하고 독립적으로 행사하겠다는 주장에 해당한다.<sup>72)</sup>

## 2. 공동체와 정부의 법적 관계

개인들이 모여 인민으로서 공동체를 형성하고 헌법을 제정하면 정부가 구성되면서 국가수립이 완성된다. 이로써 공동체의 개별 구성원들은 국민으로서의 지위를 가지며, 종래 이들이 소유하고 사용하면서 지배권을 행사하던 지역을 중심으로 영토의 경계선이 확정된다. 영토에 대한 국가의 지배권은 기본적으로는 개별 구성원들의 재산권을 기초로 하여 성립하나, 단순한 개별 소유권의 총합은 아니다. 영토권은 전체로서의 인민, 즉 공동체가 당해 영역에 대하여 가지는 집합적 권리(collective rights)의 성질을 가진다. 국가의 영토권은 일단 개별 재산권을 기반으로 하여 집합적 관할권한(collective jurisdiction)으로 성립되며, 개별 권리들

71) 정인섭, *Ibid.*, p. 137.

72) '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제1조 제1항은 '모든 인민들은 자결권을 가진다(All peoples have the right of self-determinaton)'라고 규정하고 있다. 자결권은 대내적으로 외부의 간섭 없이 일정한 영역안의 사람들이 경제적, 사회적, 문화적 발전을 추구할 수 있는 권리를 의미하며 대외적으로 국제사회에서 식민주의나 외부의 지배나 착취 없이 자유롭게 자신들의 정치적 지위와 위치를 선택할 수 있는 권리를 의미하는 것으로 설명된다. Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002), p. 230. 국제법적으로 자결권의 인정에서 논란이 많은 부분은 자결권의 주체인 인민(people)의 개념, 즉 무엇이 인민으로 인정할 수 있는 지표인가에 대한 해답이 불확실하다는 점이라 한다. 정인섭, *Ibid.* p.127. 자결권의 내용과 헌법상 인민에게 부여된 헌법제정권력을 비교해 보면 양자의 유사함을 알 수 있다. 헌법적으로 인민에게 인정되는 헌법제정권력이 국제법적으로 자결권의 형태로 나타나는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면, 자결권의 주체인 인민은 단순한 다중을 넘어 위에서 살펴본 공동체로 인정할 수 있는 정도의 단체를 이루는 경우를 말하는 것으로 보는 것이 가능해진다.

은 그러한 관할권이 형성한 틀 안에서만 존재하며 정당화된다. 따라서 영토권은 구성원 각자가 구분하여 지분만큼 공유하는 것이 아니며, 공동체로서의 국가에 집합적으로 귀속되는 것으로 본다.<sup>73)</sup>

우리 헌법이 전제로 하는 국가권력은 개인들이 모여 공동체를 구성하고 그 유지존속과 구성원의 이익을 위해 수립되는 것이다. 모든 국가권력은 개인들로 구성된 공동체가 가지는 권력으로부터 도출되어 나오는 것으로서 정부는 헌법을 통하여 수권된 범위에서 권한을 행사할 수 있다. 따라서 정부의 구성과 권한부여를 ‘위임(delegation)’으로 표시하기도 하고 단순한 ‘권력 또는 권한의 수여(authorization)’로 표시하기도 한다.<sup>74)</sup> 이러한 공동체와 정부의 관계를 17세기 이후 영미법에서는 민사법에서 발전한 신탁(trust)관계로 설명하기 시작하였다.<sup>75)</sup> 신탁은 영국 형평법에 의하여 인정된 제도로서, 재산법관계에서 수탁자에게는 보통법상의 소유권이, 수익자에게는 형평법상의 소유권이 속하는 이중소유권을 인정하는 것이다. 수탁자는 신탁재산을 자기를 위하여 사용·수익할 수 없고, 신탁재산의 관리·처분에 따르는 모든 의무와 책임은 수탁자의 것이다. 신탁재산으로부터 생기는 이익은 오로지 수익자의 것으로서 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리할 충실의무, 주의 의무 등의 의무를 부담하게 된다.<sup>76)</sup>

14-15세기를 거쳐 형평법 법원에 의하여 발전한 신탁의 법리는 17세기에는 이미 일반화되어 있었으므로 이러한 민사상의 제도를 적용하여 공법상의 권력관계를 설명하는 것은 어려운 것이 아니었다. 1649년에 있었던 찰스 1세에 대한 재판의 공소장에서 “찰스 스튜어트는 법에 의하여 통치할 제한된 권력을 신탁받음으로써 영국의 왕이 된 자”<sup>77)</sup>로 표현하고 있는 것이 대표적인 예이다. 또한 로크는 예를 들면 “정부는 누구의 손에 맡겨지든 간에 사람들이 그들의 재산을 소유하고 보호할 수 있다는 조건으로 그리고 그러한 목적을 위해서 신탁한 것(entrusted)”<sup>78)</sup>이라고 하였고, 특히 공동체의 보존을 위해서 활동하는 국가에는 단일의

73) Tamar Meisels, *Territorial Rights* (Springer, 2005), pp. 20-22. 마이젤은 영토권을 집합적 권리로 설명하면서 라즈의 집합적 권리에 대한 다음의 설명을 인용하였다. Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), pp. 207-208. 라즈에 의하면 집합적 권리는 다음의 세 가지 요건을 충족해야 인정할 수 있다. 첫째, 인간이익의 일정한 측면이 타인에 대한 의무부과를 정당화할 것, 둘째 당해 이익은 공적 재화(public good)에 대하여 집단의 구성원으로서 개인들이 가지는 이익이어야 하며, 당해 권리는 집단의 구성원으로서의 이익에 기여한다는 점에서 공적 재화에 대한 권리어야 할 것, 셋째, 공적 재화에 대한 어떤 한 집단 구성원의 이익도 그 자체로 다른 구성원에 대한 의무부과를 정당화할 수 없어야 할 것. 그는 전형적인 집합적 권리의 예로 자결권(right to self-determination)을 제시하였다. 집합적 권리는 집합적 재화(collective goods)에 대한 권리로서, 자결권의 행사는 전체 공동체 구성원의 수요를 충족시키는 것이라는 점에서 자결은 전형적인 집합적 재화에 해당한다는 것이다.

74) 헌법적으로 국민과 국회의원 및 대통령 등 국민대표와의 관계를 대의 또는 대표(representative)관계로 표현한다. 그러나 대의제 또는 대의국가원리는 일단 국가의 구조원리로서의 민주국가원리를 실현하기 위한 구체적인 국가의사결정의 방식에 해당한다. 정중섭, *Ibid.*, p. 136. 따라서 국가를 수립하는 단계에서의 논의인 공동체와 정부의 관계를 나타내는 분석틀로는 적합하지 않다.

75) 이하 공동체와 정부의 신탁관계에 대한 영국에서의 논의는 J.W. Gough, “Political Trustship”, in *John Locke’s Political Philosophy* (Oxford University Press, 1973), pp. 154-192에 근거한 것이다.

76) 이연갑, *신탁법상 수익자 보호의 법리* (경인문화사, 2014), pp. 7-9, 71.

77) “That the said Charles Stuart, being admitted king of England, and there in trusted with a limited power to govern by and according to the laws of the land” *The Charge against king* (January 20, 1649) in Samuel Rawson Gardiner (eds.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660* (Oxford at the Clarendon Press, 1899), p. 371,

최고의 권력인 입법권이 있으나 그러한 입법권은 “일정한 목적을 위해서만 활동할 수 있는 단지 신탁된 권력(fiduciary power)”이므로 입법부가 “그들에게 과해진 신탁에 반하여 (contrary to the trust reposed in them)” 행동하는 것이 발견될 때 입법부를 폐지하거나 변경할 수 있는 최고의 권력은 인민들에게 있다<sup>79)</sup>고 설명하였다. 공동체와 정부의 관계를 이와 같이 신탁으로 설명하는 예는 이후 18세기와 19세기에도 찾아볼 수 있다.<sup>80)</sup> 블랙스톤은 1765년 출간된 ‘영국법주석’에서 국가는 전체구성원의 하나의 일치된 의지에 의하여 성립되는 것으로서 구성원들이 각자의 개인적인 의지들을 한 사람 또는 여러 사람들의 집단의 단일한 의지에 따르고 “그들에게 최고의 권한을 신탁(to whom the supreme authority is entrusted)할 것”에 동의함으로써 정치적 결합이 이루어진다고 하였다.<sup>81)</sup> 오스틴은 1869년 출간된 ‘법철학강의’에서 주권자는 대표자들을 통하여 주권을 행사한다고 하면서 대표들에게 권력을 부여하는 것은 “하나의 또는 복수의 신탁에 의한다(subject to a trust and trusts)”고 하였고, 특히 평민원의 의원들은 단지 유권자들을 위한 수탁자(merely trustees)에 불과한 것으로 설명하였다.<sup>82)</sup> 이와 같이 민사재산관계의 신탁이론을 적용하여 공동체와 정부의 관계를 설명하는 예는 초기 미국에서도 찾아볼 수 있다. 연방주의자논집(the Federalist Papers)에서 매디슨은 “연방정부 및 주정부들은 서로 다른 권한을 가지도록 구성되며 서로 다른 목적을 위해 설계된 사실상 별도의 인민의 대리인이며 수탁자(agents and trustees of the people)이다”라고 하였고,<sup>83)</sup> 해밀턴은 “정부는 자신에게 부여된 목적의 완전한 성취와 자신이 책임져야 하는 신탁의 실행(execution of the trusts)을 완료하기에 필요한 모든 권력을 보유하여야 한다”고 주장하였다.<sup>84)</sup> 연방헌법제정 당시 공권력주체들을 ‘인민의 종복, 대리, 보호자 또는 수탁자(people’s servants, agents, guardians or trustees)’로 보는 관점에 대하여 연방헌법제정회의의 뿐 아니라 13개의 주헌법회의에서도 이견이 없었다. 특히 연방헌법제정회의에 참석한 각주 대표들의 다수가 법률가들로서 사법상의 信認의무(fiduciary duty)<sup>85)</sup>에 대해 잘 알고 있었고 정부와 그 구성원들에게 그러한 법리를 적용하는 데에 거부감이 없었다.<sup>86)</sup>

위와 같이 공동체와 정부의 법적 관계를 신탁관계로 보면, 정부는 자신의 이익이 아닌 수탁자인 공동체, 즉 인민의 이익을 위하여 성실하게 자신에게 주어진 제한된 권한을 행사할 信認의무를 부담하는 것으로 보게된다. 정부의 구성원들이 전체국민의 이익이 아닌 자신들

78) John Locke, *Ibid.*, p. 361

79) *Ibid.*, p. 367.

80) 다른 한편 의회의 무제한적인 입법권과 의회주권을 주장한 다이스가 의회는 선거인들의 대리인도 선거구민의 수탁자도 아니라고 본 것은 논리적으로 당연한 귀결이다. 알버트 다이스, 안경환·김종철 공역, **헌법학입문** (경세원, 1993), pp.2-9.

81) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (University of Chicago Press, 1979), Vol.1, p. 52.

82) John Austin, *Lectures on Jurisprudence* Vol.1 (John Murry, 1869), pp. 252-253.

83) Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund, 2001), p. 243

84) *Ibid.*, p. 151

85) 영미의 신탁제도에서 연유한 信認의무는 타인의 재산을 맡아 관리하는 사람은 그 타인의 이익을 위해서 재산을 운용해야 하며 자신의 이익을 추구할 수 없다는 것으로서 다시 주의의무와 충실의무로 구분된다. 송옥렬, **상법강의** (홍문사, 2012), p. 992.

86) Robert G. Natelson, “The Constitution and the Public Trust”, *Buffalo Law Review*, Vol. 52 (2004), pp. 1078, 1083-1084, 1124-1125.

의 사적인 이익을 위하여 국가권력을 행사하거나 또는 국민의 권리를 침해하여 손해를 입히는 것은 용납될 수 없고, 그러한 목적을 위하여 부여된 제한의 범위를 넘어 권력을 남용하는 것 역시 허용되지 않는다.<sup>87)</sup> 이에 의하면 헌법은 공동체가 정부에게 권력을 신탁하는 권한부여의 근거이면서 신탁의 각종 조건을 규정한 문서에 해당한다. 이러한 신탁관계에 의한 설명은 군주제의 경우 가장 적확하게 적용될 수 있다. 군주를 수탁자로 하여 모든 권력을 신탁하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 문제는 군주제와는 달리 공화제의 경우 정부구성 이전에는 권한을 부여할 대상 자체가 존재하지 않는 점이다. 공화제의 경우 전체로서의 권력을 신탁받는 수탁자인 정부가 권리의무의 주체가 되어야 하는데 정부가 구성되기 이전에는 이것이 불가능하다. 대통령 또는 의회의 의원을 선출하여 각 개인에게 개별적으로 권한을 부여하고 이를 신탁하는 것으로 생각할 수도 있다. 그러나 이 경우 권한을 부여받은 개인들이 해임하거나 사임, 사망하는 등의 경우 당해 신탁관계는 소멸되며 극단적인 경우에는 정부가 해산되는 것으로 보게 된다. 나아가 이전의 권한수여 자체는 무효화되며, 입법, 행정, 사법 모든 공권력작용의 연속성은 부정될 수밖에 없다. 또한 정부에 귀속되어 있는 재산 등은 무주물의 상태가 된다. 사실 이와 같은 신탁관계에서 연속성의 측면은 군주제에서도 문제가 될 수 있다. 그러나 군주제의 경우 다음 군주가 이전 군주의 상속인이라고 보면 어렵지 않게 해결될 수 있다. 그러나 공화제에서 대통령과 의회가 권력을 상속하는 것으로 보는 것은 적절하지 않다.

이러한 문제를 해결하는 방법이 인민 공동체가 헌법을 통해 국가라는 법인을 설립하고 권력을 부여하는 것으로 보는 것이다.<sup>88)</sup> 헌법은 법인설립의 근거이며 당해 법인의 임무와 목적 그리고 권한의 범위 등을 규정해 놓은 문서에 해당한다. 헌법은 법인인 국가의 업무를 수행하기 위해 구성해 놓은 기관으로서 입법, 사법, 행정 등을 설치하고 공무원들로 하여금 이들 기관에 소속되어 임무를 수행하게 한다. 부분적 혹은 전면적으로 기관을 구성하는 개인들이 부재한다고 해도 국가의 계속성은 유지되므로 대통령이나 수상의 임기가 만료되거나

87) 최근 영미법국가들 중심으로 공권력주체들의 信託의무를 인정하고 이를 통해 권한행사를 제한하려는 연구들이 활발하게 일어나고 있다. 예를 들면 공권력주체들의 기본적인 신탁관계와 책임에 관한 선구적인 연구로서 Paul Finn, "Public Trust and Public Accountability", *Griffin Law Review*, Vol.3, No.2 (1994), 224; 정치적 의사결정과정에서 대한 연구로서 David L. Ponet & Ethan J. Leib, "Fiduciary Law's Lesson for Deliberative Democracy", *Boston University Law Review*, Vol.91 (2011), 1249; 행정부에 대한 연구로서 Evan J. Criddle, "Fiduciary Foundations of Administrative Law", *UCLA Law Review*, Vol.51 (2006), 117; "Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking" *Texas Law Review*, Vol.88, No.3 (2010), 441; 사법부에 대한 연구로서 Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, "A Fiduciary Theory of Judging" *California Law Review*, Vol.101 (2013), 699; 정치인의 경우 信託의무를 인정하여 특히 의회의 선거구 획정에 대한 문제제기를 한 연구로서 D. Theodore Rave, "Politician as Fiduciaries", *Harvard Law Review*, Vol.126, No.3 (2013), p.671; 홉스의 권한부여로부터 信託의무 관계를 도출하여 법의 지배 및 공권력 작용 전반에 대해 적용한 Evan Fox-Decent, *Sovereignty's Promise-The State as Fiduciary* (Oxford University Press, 2011). Rave의 위 연구에 대한 검토로서 사법상의 범리였던 信託의무의 범리를 정치과정 등 공법관계에 전반적으로 적용하는 것에 대한 문제제기로는 Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, "Translating Fiduciary Principles into Public Law", *Harvard Law Forum*, Vol.126 (2013), 91. 이 있다.

88) 종래 공법학에서 논의되었던 국가법인설은 독일 19세기 후기 입헌주의 국가학에서 논의되던 것으로 국가를 사회와 무관하며 사회 이전에 이미 고유한 활동영역을 갖는 존재로 이해하여 국가를 일종의 고유한 주권적 존재로 이해하려는 것이었다. 이계수, "규범과 행위", **공법연구** 제29집 제1호 (2000), p. 32. 영미법계에서 발달한 국가법인설은 공동체의 주권을 인정하는 바탕에서 이루어지는 것인 점에서 독일의 국가법인설과는 다르다.

정권이 교체된다고 해도 국가의 권리의무는 당연히 승계된다. 국가를 법인으로 보고 각 공권력 주체들을 그 기관으로 보면, 국가는 법인설립의 목적에 의하여 권한이 제한되며 기관들이 信認의무를 부담하는 것은 자연스럽게 설명될 수 있다.<sup>89)</sup>

국가를 법인으로 보는 입장은 중세에 뿌리를 두고 있다. 역사적으로 법인(artificial person, body politic, body corporate)이라는 개념은 로마법에서 시작된 것으로<sup>90)</sup> 중세 교회법과 세속법에 받아들여져 사용되었다. 12세기 수도원과 성당참사회, 평신도회, 대학 등 수많은 새로운 단체들이 등장하면서 개인과 구별되는 단체의 관념이 일반화되었고, 교회법 학자들은 전체교회를 교황과는 분리되는 별도의 법인으로 보기도 하였다. 14세기 교황의 아비뇽 유수에 이은 교회의 대분열(Great Schism)로 2명의 교황이 진정한 교황임을 주장하자, 교회법학자들은 신도 및 공의회(council) 중심의 전체교회를 하나의 법인으로 보고 이를 통해 교황이 없거나 복수가 되더라도 교회의 계속성과 정당성은 인정된다고 주장하였다. 나아가 전체 교회공동체를 대표하는 공의회가 교황을 퇴위시키고 새로운 교황을 임명함으로써 대분열을 종식시킬 수 있다고 하여 법인제도와 인민주권의 원칙을 결합하기 시작하였다.<sup>91)</sup> 이러한 교회법의 이론들을 세속법학자들이 받아들임에 따라, 국가를 개인들이 모여 수립한 독립된 단체로서 군주와는 구별되는 법인으로 보는 관점이 형성되었다.<sup>92)</sup> 특히 영국의 경우 17세기까지 국왕의 법인인 왕국의 수장으로서의 권한과 개인적인 능력을 구분하고, 하나의 법인(a single corporation)으로 국왕과 귀족, 평민들이 함께 행동할 때만 이들에게 전체 주권이 귀속된다고 하여 법인이론을 적용한 혼합 또는 제한군주제가 기본적인 정치체제로 인식되었다.<sup>93)</sup>

이러한 전통을 이어받아 독립 후 초기 미국에서 국가를 법인으로, 헌법을 특허장(charter)으로 보는 입장은 널리 받아들여졌다. 상당수의 아메리카 식민주들은 국왕의 특허장을 통해 회사로서 성립되었고, 이들은 영국의회의 식민지 내부분제 간섭에 대한 법적인 반박으로 특허장에 의하여 내정과 관련된 권한이 식민지들에게 부여되어 있음을 주장하였다.<sup>94)</sup> 이와 더불어 식민지와 독립초기 특허장으로 설립된 많은 법인들이 사실상 공적 역할을 수행하고 있었다. 지역의 도시(town)들도 특허장을 받아 법인의 형태로 운영되었고, 민간기관들도 공적 업무의 수행을 위해 특허장을 받기도 하였다. 고아원, 구빈원, 항해회사, 운하회사, 수도회사, 도로회사, 학교 등이 모두 특허장을 통한 법인의 형태로 운영되었다. 따라서 이 시기 공법인과 사법인의 구분은 법적으로 명확하지 않았고, 헌법을 법인특허장과 같이 생각하는 것에 아무런 거부감이 없었다.<sup>95)</sup> 이와 함께 독립선언으로 영국의 식민기관들이 힘을 잃으면서 국

89) 메이틀랜드에 의하면 중세 신탁을 중심으로 발전하던 단체들이 수익자들의 법인설립 형태로 발전하였고, 20세기 초반 미국에서 신탁(trust)이라고 하면 대개는 법인을 지칭하였다. F.W. Maitland, *헌법철·최현태 역, 신탁과 법인의 역사* (세창출판사, 2007), pp. 114-117. 이에 의하면 국가구성의 법적 관계를 신탁과 법인 어느 것으로 설명하여도 실질적인 효과는 같은 것으로 볼 수 있다.

90) 블랙스톤에 의하면 사비니족과 로마인 사이의 반목에 대응하여 누마가 이를 여러 직업단체들로 세분화하면서 고안된 개념이라 한다. William Blackstone, *Ibid.*, p. 456-457.

91) Brian Tierney, *Ibid.*, pp. 58-59.

92) F. W. Maitland, "The Crown as Corporation", *The Law Quarterly Review*, No.74 (1901), 131, 132-133.

93) William Blackstone, *Ibid.*, p. 149.

94) Eric Enlow, "The Corporate Conception of the State and the Origins of Limited Constitutional Government", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol.6 (2001), 1, 15-16.

왕의 권한수여에 의한 법인설립이 아닌 주민들의 상호 계약과 연합에 의한 자발적 법인설립이 가능하다는 입장이 확립되었다.<sup>96)</sup> 마크나 카르타 등을 통하여 영국에서 발전한 통치자와 피통치자간의 계약이라는 관념은 아메리카식민지의 당시 상황에서는 설득력이 없었다. 인민들의 계약의 상대방이 존재하지 않았기 때문이다. 따라서 인민들이 자체적으로 법인을 설립하고 정부를 구성하는 것이 가능하다는 입장이 힘을 얻었고, 미합중국은 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 인공적인 인간, 즉 법인이라는 관념이 받아들여졌다. 미국헌법의 기초자들은 정부법인(corporation of the government)이 인민공동체(corporation of the people)를 포괄하거나 대표한다고 생각하지 않았다. 미합중국 정부 자체가 미국인민들과 일치할 수는 없었다. 미합중국은 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 인공적인 인간, 즉 법인이며, 공동체인 인민과는 별도의 그러나 그로부터 파생되는 존재에 불과한 것이기 때문이다.<sup>97)</sup>

각 주와 연방정부를 법인으로 보는 입장은 초기 연방법원의 판례들에서 확인할 수 있다.<sup>98)</sup> 우선 주정부에 대한 소송이 제기되고 주가 주권면제(state sovereign immunity)를 주장한 Chisholm v. Georgia 사건<sup>99)</sup>에서 이르델(Iredell) 대법관은 주를 종속법인(subordinate corporations)에 해당한다<sup>100)</sup>고 하면서, 영국 보통법상 광의의 ‘법인(corporations)’은 일반적으로 인식하는 것보다 더 폭넓은 의미를 가지고 있고 어떤 정치체(body politic)도 권력이 제한되든 아니든 광의의 법인에 해당한다고 하였다. 따라서 광의로 보면 “각 주 뿐 아니라 심지어 미합중국조차도 아무런 부적절함 없이 ‘법인’으로 지칭할 수 있다(In this extensive sense, not only each State singly, but even the United States may without impropriety be termed ‘corporations.’)”고 판시하였다.<sup>101)</sup> 또한 연방정부발행 채권이 문제되었던 연방순회항소법원의 U.S. v. Maurice 사건<sup>102)</sup>에서 마샬 판사는 “미합중국은 정부로서 결론적으로 정치체이면서 법인(a body politic and corporate)이고, 그것이 만들어진 목적을 달성하기 위해 필요한 수단들을 통해 이를 실현할 능력이 있다”고 하고 “이러한 거대한 법인은 미국 국민들에 의해 정해지고 수립되었으며, 그들에 의해 중요한 목적들을 위해 거대한 권력이 부여되었다(This great corporation was ordained and established by the American people, and endowed by them with great powers for important purposes)”고 판시하였다.<sup>103)</sup> 그리어(Grier) 대법관이 작성한 연방국유림 나무의 벌목이 문제된 Cotton v. U.S.<sup>104)</sup> 사건 판결문에서 연방대법원은 모든 주는 필연적으로 법인으로서 계약을 하거나 재산을 소유할 수 있고, “미합중국 역시 법인 또는 정치체로서 계약을 집행하고 재산권을 보호하기 위해 주법원

95) Geoffrey P. Miller, “The Corporate Law Background of the Necessary and Proper Clause”, *The George Washington Law Review*, Vol.79 (2010), 1, 3-4.

96) New Hampshire 도시들의 그와 같은 법인설립의 예는 Gordon S. Wood, *Ibid.*, pp.288-289 참조.

97) Eric Enlow, *Ibid.*, pp.24-26.

98) 이하 미국판례는 *Ibid.*, pp.12-15에 근거한 것이다.

99) 2.U.S.419 (1793)

100) 이르델 대법관은 이어서 종속법인이란 설립과 권한이 법에 의하여 제한된다는 의미라고 설명하였다.

101) *Ibid.*, 447.

102) 26 F.Cas. 1211. (1823)

103) *Ibid.*, p.1216.

104) 52 U.S. 229 (1850)

또는 같은 법을 다루는 연방법원에 소를 제기할 수 있다(as a corporation or body politic they may bring suits to enforce their contracts and protect their property, in the State courts, or in their own tribunals administering the same laws)”고 판시하였다.<sup>105)</sup> 그밖에 연방대법원은 주발행 채권이 문제된 *Poindexter v. Greenhow* 사건<sup>106)</sup>에서 마찬가지로 “주는 정치적 법인(The state is a political corporate body)”임을 선언하였다.<sup>107)</sup>

국가 자체가 권리·의무의 주체로서 각종 권리를 행사하고 의무를 부담하도록 하는 현행법 체계<sup>108)</sup>는 국가를 법인으로 보는 입장과 일치한다. 다만 여기서 국가는 국민(국가성립이전의 인민)의 공동체 자체가 아닌 이를 바탕으로 공권력 작용을 맡아하도록 별개로 만들어진 법인체를 의미하며, 이는 좁은 의미의 국가, 즉 공권력주체로서의 정부에 해당한다. 예를 들면, 헌법 제10조에 규정된 국가의 기본권보장의무는 개별 국민의 의무가 아니다. 이는 법인인 국가, 즉 정부의 의무이며 법인의 기관인 공권력주체로서의 기관들이 실제 이를 시행해야 한다. 국유재산법상의 국유재산은 법인인 국가에 귀속되는 것이며 이러한 국가의 재산권은 모든 국민이 지분을 가지고 공유하는 것과는 다른 소유형태로 보아야 한다.<sup>109)</sup> 법인의 법리에 의해 보면, 국가는 설립자들인 개인들이 구성원이고 입법, 사법, 행정 등 기관을 갖춘 사단법인과 흡사하다. 그러나 법인인 국가가 설립된다고 하더라도 이는 인민 공동체의 공적인 업무와 관련된 제한적인 측면만을 맡아하도록 설계된 것이다. 인민 공동체는 개별 구성원들이 국가로부터 간섭받지 않고 자유로운 사적인 생활을 전개해 나갈 수 있도록 공적인 분야 외의 가족과 경제, 문화 등의 사적인 분야에서 독자적인 영역을 확보한다. 그런 의미에서 법인인 국가, 즉 정부가 인민과 일치할 수는 없었다. 정부는 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 단체로서 법인격이 부여된 것이며, 인민 공동체와는 별도의 그러나 그로부터 파생되는 존재에 불과하다.

넓은 의미의 국가인 공동체로서의 국가는 영토의 바탕위에 인민 또는 국민의 공동체와 법인인 국가, 즉 정부로 구성된다. 대내적인 관계에서 보면 정부는 국민공동체가 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복추구라는 목표를 달성하기 위해 구성한 것으로, 그러한 임무수행을 위해 필요한 범위에서 독자적인 권리·의무의 주체가 된다. 대내적인 최종적인 의사결정의 주체는 국민공동체이며, 궁극적인 권력의 원천 역시 국민이다. 국가가 대외적으로 권리를 행사하고 의무를 부담하는 경우, 즉 국제법상 주권국가 역시 이러한 틀로 설명할 수 있다. 법인인 국가는 인민공동체 전체를 위하여 대외적인 법률관계를 맺을 권한을 수권 받은 것이며, 이에 따라 대외적 행위의 결과는 국민공동체 전체에 귀속된다. 이렇게 보면 넓은 의미의 국가의 3요소인 영토와 국민 그리고 정부 중 핵심적인 것은 국민과 영토이다. 영토가 확실히 확정되어 있고 이를 터전으로 살고 있는 인민들이 공동체를 이루고 살고 있는 한 이들은

---

105) *Ibid.*, p.231.

106) 114 U.S. 270,

107) *Ibid.*, p.288. 이어서 연방대법원은 그에 대하여 “주는 오직 대리인을 통해 행위할 수 있고 법으로만 명령할 수 있다(The state can act only through agents, and can command only by laws)”고 설명하였다.

108) 권영성, *Ibid.*, p.106.

109) 물론 국가가 해산하는 경우 국유재산은 구성원들에게 지분에 따라 분배되어야 한다. 그러한 점에서 모든 국유재산은 궁극적으로는 공동체 전체의 재산에 해당한다.

자신들의 운명을 독자적으로 결정하고 실현할 수 있어야 한다. 이러한 인민공동체의 지위가 바로 주권자로 표현되며, 주권이 대내적으로 발현된 헌법제정권력에 의하여 법인으로서의 국가, 즉 정부가 구성되는 것이다. 따라서 일시적으로 정부가 해체된다 하여도 인민공동체가 존속하는 한 국가가 소멸한다고 볼 수는 없다. 언제든지 인민공동체는 헌법제정권력을 행사하여 어떤 형태의 정부든 구성할 수 있고, 다시 전체로서의 국가를 완성할 수 있다. 이는 내부적 폭력의 발생으로 국가의 제도·법·질서가 붕괴되고 통상적인 국가로서의 기능이 작동하지 않고 있는 “파탄국가(failed states)”의 경우 19세기 이전이면 인접국가에 병합되었을 것이나 현대사회에서는 국제법상 여전히 국가로서의 승인이 유지되어 법주체성이 인정되는 것과<sup>110)</sup> 일치한다. 또한 1972년 12월 체결된 ‘독일연방공화국과 독일민주공화국간의 기본관계에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 조약’(약칭, 동서독기본조약)의 동의법률에 대한 위헌판결에서, 동서독을 포함한 ‘전체로서의 독일(Deutschland als Ganzes)’이 1945년 패전후에도 계속 존속하고 있으며, 전승점령국에 의한 독일에서의 외국의 권력행사를 통하여도 소멸되지 않았고, 조직의 흠결, 특히 제도화된 기관이 없기 때문에 행위능력이 없을 뿐 과거처럼 현재도 권리능력을 가지고 있다고 한 독일연방헌법재판소의 판시<sup>111)</sup> 역시 국가의 존속이 영토와 인민공동체의 유지에 달려있음을 뒷받침한다.

#### IV. 결

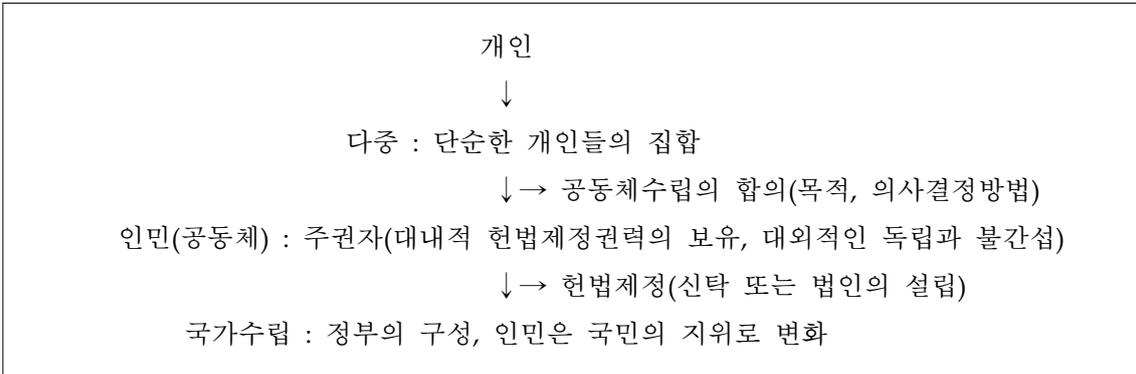
홉스는 사회계약론을 체계화하여 개인으로부터 국가가 형성되는 과정을 제시하였고, 이로써 인민은 국가형성의 주체이며, 국가권력의 정당성의 원천의 위치를 가지게 되었다. 로손과 로크에 이르러 인민은 비상시 최후의 권력자로서 국가권력이 작동하지 않는 상황에서 새로운 권력시스템을 만드는 주체로 다시 자리매김 되었고, 프랑스혁명과 미국의 독립전쟁을 거치면서 인민은 국가성립시 헌법제정권력을 가진 직접적인 행위자로서의 지위를 가지게 되었다. 인민들에 의한 헌법의 제정과 정부의 설립과정을 통하여 영토와 국민 그리고 정부 또는 국가권력의 3요소로 이루어진 국가가 형성된다. 인민은 국가성립이전 이미 존재하고 있어야 하며, 국가라는 정치공동체를 형성할 목적으로 모여 하나의 공동체를 이룬다. 인민 공동체에는 동일한 목적에 대한 합의와 의사소통체계 및 의사결정방법에 대한 일정 수준의 동의가 존재하는 면에서 인민은 단순한 다중과는 구별되며, 국가형성의 목적을 위한 공동체라는 점에서 언어, 종족, 문화적 요소를 개념요소로 하는 민족과는 구별된다. 이러한 공동체가 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복이라는 목표 실현 임무를 수행하기 위해 정부를 구성하고 국가를 수립한다. 공동체와 정부의 관계를 민사에서의 신탁관계를 들어 설명하면 국가기관의 信認의무를 인정할 수 있고, 국가를 법인으로 보고 공무원을 그 기관으로 보면 같은 법적 효과를 얻을 수 있다. 넓은 의미에서 보면 국가는 영토의 바탕위에 인민 또는 국민의 공동체와 법인인 국가, 즉 정부로 구성된다. 대내적인 관계에서 보면 정부는 공동체의 존속과

110) 정인섭, *Ibid.*, pp.136-136.

111) BVerfGE 36, 1.

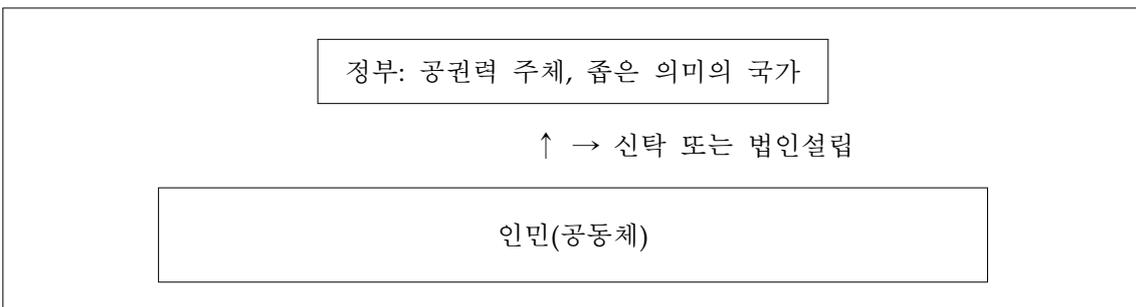
유지, 구성원의 행복을 목표로 하고, 이를 실현하는 것을 임무로 하여 구성된 법인으로서 필요한 범위에서 독자적인 권리·의무의 주체가 된다. 대외적으로도 정부는 인민공동체 전체를 위하여 대외적인 법률관계를 맺을 권한을 수권 받는다. 영토가 확실히 확정되어 있고 이를 터전으로 살고 있는 인민들이 공동체를 이루고 살고 있는 한 이들은 자신들의 운명을 독자적으로 결정하고 실현할 수 있어야 한다. 일시적으로 정부가 해체된다 하여도 인민공동체가 존속하는 한 국가는 소멸하지 않으며 연속성이 유지된다. 언제든지 인민공동체는 헌법제정 권력을 행사하여 어떤 형태의 정부든 구성할 수 있고, 다시 공동체로서의 국가를 완성할 수 있다. 그러한 점에서 공동체로서의 국가의 3요소인 영토와 국민 그리고 정부 중 핵심적인 것은 국민과 영토이다.

공동체로서의 국가와 정부를 구별하고 국가수립의 주체인 인민의 공동체를 인정하며, 공동체와 정부의 법적 관계를 신탁이나 법인관계로 보는 위와 같은 설명은 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 국가의 수립과정은 다음과 같다.



이러한 과정을 거쳐 수립된 공동체로서의 국가는 다음과 같은 그림으로 정리된다.

#### 공동체로서의 국가



국가형성과정에 대한 위의 이론에 따라 현행 헌법규정과 제도들을 여러 가지 측면에서 해석해볼 수 있다. 우선 몇 가지 예를 들어보면, 헌법제정의 한계를 설명할 수 있다. 기본적으로 인민공동체는 헌법제정을 통하여 모든 형태의 정치체제를 채택할 수 있고, 수립된 국가 내에서의 인민의 법적 지위와 관련하여 기본권의 목록을 정할 수 있다. 그러나 인민이 헌법

제정을 통하여 정부를 구성하는 것은 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복추구를 위한 것이므로 그러한 목적의 제약을 피할 수는 없다. 만약 그러한 제한마저 받지 않는다면 극단적으로 공동체가 그 자체의 해체를 위해 헌법을 제정하고 국가를 수립한다는 모순적인 상황도 가능한데 이것은 허용될 수 없다.

같은 맥락에서 인민은 국가의 본체로서 최종적인 의사결정권자이며, 정부는 일정한 목적을 위해 권한이 부여되고 그에 따라 업무를 수행하는 법인이다. 인민의 권력은 총체적이고 완전한 것이라면 정부의 권한은 그로부터 파생되는 제한적인 것이다. 따라서 헌법제정시 인민공동체의 모든 의사결정권을 정부에게 넘겨버리는 것은 허용될 수 없다. 적어도 공동체 전체의 운명에 대한 최종적이고 최후의 의사결정이 필요한 사항을 제한적인 권한을 가진 대표자들이 정할 수는 없다. 예를 들면 헌법개정과 같은 사항에 대하여는 반드시 인민들이 직접 의사결정을 할 수 있도록 정부와 인민공동체간에 권한이 배분되도록 하여야 한다. 그러한 점에서 헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의 조항은 국가의 의사결정에 대한 권한을 배분하고 있는 규정으로 볼 수 있다. 위 조항은 대통령의 재량에 의한 국민투표부의와 함께 해당 사안이 공동체 전체의 운명을 좌우하는 등 국민전체의 의사에 따라 결정해야할 사항으로서 대통령의 재량이 인정되지 않는 경우도 함께 규정하고 있는 것으로 해석하여야 한다.

또한 위의 이론에 의하면 헌법제정 이전의 우리의 상황, 나아가 일제강점기 우리 국가의 존속과 지위에 대한 새로운 설명이 가능해진다. 만약 대한제국기 이후에도 대한인민들 사이에 계속하여 자체적인 국가수립의 목적에 대한 합의가 존재하였고, 식민지정부의 권력기관이 관여된 것 이외에 자생적인 의사소통수단과 의사결정을 위한 자체적인 질서가 형성될 수 있었다면 상층의 정부가 일체에 의하여 운영되었다 하더라도 그것은 일시적인 사고에 불과하고 대한의 국가는 계속하여 존재하고 있었다고 할 수 있다. 이 경우 국가로서의 대한은 권리능력은 인정되나 행위능력이 없었던 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 해방이후 일제가 물러나고 미군이 점령하기 이전의 권력진공기의 상황에 대한 면밀한 분석이 중요하다. 이때의 한반도의 상황에 대한 확인과 분석에 따라 국가의 존속여부가 결정될 수 있기 때문이다.

이러한 국가존속에 대한 관점은 남북분단의 상황에 대한 설명과 헌법 제4조 통일규정에 대한 해석에도 적용될 수 있다. 만약 분단이후 60년이 넘는 시간이 지난 현재의 상태에서 여전히 남북인민들이 하나의 공동체를 형성하고 있다면 통일은 존속하는 국가의 정상화에 해당할 것이나, 만약 남북인민들이 현재로서는 단일한 국가수립의 목표를 공유하는 공동체를 형성하고 있지 않다면 통일은 서로 다른 국가들의 결합에 해당할 것이다. 그러한 점에서 헌법 제4조는 남북인민들이 하나의 공동체를 이루고 있음을 전제로 하고 있는 것이며, 남북한의 관계를 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계(남북기본합의서 전문, 남북관계 발전에 관한 법률 제3조)로 보는 것은 그러한 기본적인 헌법의 전제와 일치하는 것이라 할 수 있다.

## 참고문헌

- 게오르크 엘리네크, 김효전 옮김, **일반국가학** (법문사, 2005).
- 권영성, **헌법학원론**(법문사, 2010).
- 강정인 등 엮음, **서양근대정치사상사**(책세상, 2007).
- 김주영, “현행헌법상의 ‘국가’개념에 관한 고찰”, **승실대학교 법학논총**, 제20집(2008. 8).
- 김철수, **학설판례 헌법학(상)**(박영사, 2009).
- 마르틴크릴레, 국순옥 옮김, **헌법학입문** (종로서적, 1983).
- 볼프강 몸젠, “편집자 서론”, 막스베버, 박성환 옮김, **경제와 사회-공동체들** (나남, 2009).
- 성낙인, **헌법학**(법문사, 2012).
- 송옥렬, **상법강의** (홍문사, 2012).
- 아리스토텔레스, 천병희 옮김, **정치학**(도서출판 숲, 2009).
- 알버트 다이시, 안경환·김종철 공역, **헌법학입문** (경세원, 1993).
- 이계수, “규범과 행위”, **공법연구** 제29집 제1호 (2000).
- 이승우, **국가론**(도서출판 두남, 2010).
- 이연갑, **신탁법상 수익자 보호의 법리** (경인문화사, 2014).
- 장 자크 루소, 이환 옮김, **사회계약론**(서울대학교 출판부, 1999).
- 정인섭, **新국제법강의** (박영사, 2012).
- 정일영, 푸젠도르프의 자연법적 국가론 - De Officio를 중심으로, 석사학위논문, 서울대학교 (2013. 2).
- 정중섭, **헌법학원론**(박영사, 2014).
- 조지 세이빈·토머스 솔슨, 성유보·차남희 옮김, **정치사상사 2**(한길사, 2005).
- 존 로크, 강정인·문지영 옮김, **통치론**(도서출판 까치, 1996).
- 토머스 홉스, 진석용 옮김, **리바이어던**(나남, 2008).
- E.J. 시에에스, 박인수 옮김, **제3신분이란 무엇인가**(책세상, 2003).
- E.J. 홉스봄, **1780년 이후의 민족과 민족주의** (창비, 2005).
- F.W. Maitland, 현병철·최현대 역, **신탁과 법인의 역사** (세창출판사, 2007).
- A.H. Maclean, “Geroge Lawson and John Locke”, in Richard Ashcraft(eds.), *John Locke: Critical Assessments* (Routledge, 1991), Vol. I.
- Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund, 2001).
- Bernard Yack, “Popular Sovereignty and Nationalism”, *Political Theory*, Vol.29, No.4, (2001).
- Brian Tierney, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge University Press, 1982).
- Conal Condren, *George Lawson’s Politica and the English Revolution* (Cambridge University

- Press, 2002).
- David L. Ponet & Ethan J. Leib, "Fiduciary Law's Lesson for Deliberative Democracy", *Boston University Law Review*, Vol.91 (2011).
- Dieter Grimm, "Dose Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, Vol.1, No.3 (1993).
- D. Theodore Rave, "Politician as Fiduciaries", *Harvard Law Review*, Vol.126, No.3 (2013).
- Edmund S. Morgan, *Inventing the People* (Norton, 1989).
- Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?* (Boucher, 2002).
- , "What is the Third Estate?" in Sonensher(eds.& tans.), *Political Writings* (Hackett, 2003).
- Eric Enlow, "The Corporate Conception of the State and the Origins of Limited Constitutional Government", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol.6, (2001).
- Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, "A Fiduciary Theory of Judging" *California Law Review*, Vol.101 (2013).
- , "Translating Fiduciary Principles into Public Law", *Harvard Law Forum*, Vol.126 (2013).
- Evan Fox-Decent, *Sovereignty's Promise-The State as Fiduciary* (Oxford University Press, 2011).
- Evan J. Criddel, "Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking" *Texas Law Review*, Vol.88, No.3 (2010).
- , "Fiduciary Foundations of Administrative Law", *UCLA Law Review* (2006), Vol.51.
- F. W. Maitland, "The Crown as Corporation", *The Law Quarterly Reveiw*, No.74 (1901).
- Geoffrey P. Miller, "The Corporate Law Background of the Necessary and Proper Clause", *The George Washington Law Review*, Vol.79 (2010).
- Geroge Lawson, Conal Condren(eds.), *Politica Sacra et Civilis* (Cambridge University Press, 2006).
- Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (The University of North Carolina Press, 1998).
- Hobbes, *Leviathan* reprinted from the edition of 1651 (Clarendon Press, 1965).
- I. McLean, "The Social Contract in Leviathan and the Prisoner's Dilemma Supergame", in Preston King(eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993) Vol. III.
- John Austin, *Lectures on Jurisprudence* Vol.1 (John Murry, 1869).
- John Locke, Peter Laslett(eds.), *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 2002).

- John Rawls, *Justice as Fairness* (Harvard University Press, 2001).
- Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986).
- Julian H. Franklin, *John Locke and The Theory of Sovereignty* (Cambridge University Press, 1981).
- Jürgen Habermas, "Why Europe Needs A Constitution?", *New Left Review*, Vol. 11 (2001).
- J.W. Gough, "Political Trustship", in *John Locke's Political Philosophy* (Oxford University Press, 1973).
- Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel* (Daloz, 2008).
- Margaret Canovan, *The People* (Polity Press, 2005).
- M. Forsyth, "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in Preston King(eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993), Vol. III.
- Nelson W. Polsby, "Community", *International Encyclopedia of Social Sciences* Vol. 3 (Macmillan and Free Press, 1974).
- Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002).
- Paul Finn, "Public Trust and Public Accountability", *Griffin Law Review*, Vol.3, No.2 (1994).
- Robert G. Natelson, "The Constitution and the Public Trust", *Buffalo Law Review*, Vol. 52 (2004).
- Samuel Pufendorf, Andrew Tooke(trans.), *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature* (Liberty fund, 2003).
- Tamar Meisels, *Territorial Rights* (Springer, 2005).
- The Charge against king (January 20, 1649) in Samuel Rawson Gardiner (eds.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660* (Oxford at the Clarendon Press, 1899).
- William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (University of Chicago Press, 1979), Vol.1.
- Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, (Oxford University Press, 2002).

제 **2** 주제 토론문

**공동체로서의 국가와 정부**



## 공동체로서의 국가와 정부

공진성 교수

(헌법재판연구원 교육팀)

전종익교수님께서 본 논문을 통해 '국가'의 성립과 개념에 관한 이론을 법제사적·헌법이론적·해석학적 차원에서 깊이 있는 연구를 해주셔서 많은 공부가 되었습니다. 본 논문의 논의를 통해서 실제적으로 도움이 되는 내용으로 결론부분에 언급되는 문제들을 중심으로 몇 가지 소견을 밝히는 것으로 지정토론에 갈음하겠습니다.

### 1. 발제문의 핵심 내용

발제자께서는 '공동체로서의 국가개념'을 넓은 의미의 국가개념으로, 공권력 주체로서의 국가개념(공권력주체로서의 '정부' 또는 '법인인 국가'라고도 서술함, 이하 '법인인 국가'로 표기함)을 좁은 의미의 국가개념으로 보고, '공동체로서의 국가'는 영토, 국민, '법인인 국가'(내지 '공권력주체로서 정부')의 3요소로 이루어진다고 한다(21면).

발제자께서 위와 같이 '공동체로서의 국가'개념을 '법인인 국가'개념을 구별한 실익은 첫째 헌법상 '대한민국'의 개념과 '국가'개념의 구별하여 해석할 수 있다는 점. 둘째, 대한제국과 대한민국이라는 국가의 계속성을 설명할 수 있다는 점. 셋째, 남북한인민이 '공동체로서의 국가'로서 하나의 공동체를 형성하고 있는지 여부를 판단하는 기준을 제시함으로써 통일방법에 대해 이론적 토대를 마련할 수 있다는 점을 들고 있는 것으로 이해된다(23-24면).

### 2. '공동체로서의 국가'의 구성요소로서 '법인인 국가'?

먼저, 발제자께서 설명하고 있는 '공동체로서의 국가'개념과 '법인인 국가'개념을 공시적(synchronic) 차원과 통시적(diachronic) 차원으로 나눠서 생각해 볼 수 있지 않을까 한다. 현행 헌법 제1조의 대한민국을 '공동체로서의 국가'로 이해하고 헌법 제10조 제2문의 '국가'를 '법인인 국가'로 나누어 이해하는 것은 현재 이 땅에 존재하는 우리 정치적 공동체와 그 작용양상을 (포괄하는 범주만 다를 뿐) 동시에 설명할 수 있는 유용한 개념이다(양 개념의 공시적 차원에서의 이해).

한편 발제자께서는 ‘공동체로서의 국가’는 파탄국가 등 ‘법인인 국가’의 기능이 작동하지 않게 되는 경우에도 존속할 수 있기 때문에 ‘법인인 국가’의 기능상실 이전의 공동체와 기능상실기간 동안의 공동체와 기능회복이후의 공동체간 계속성을 논할 수 있게 된다. 따라서 일제강점기 이전의 공동체(대한제국), 일제강점기의 공동체, 일제강점기 이후 수립된 공동체(대한민국)간 계속성은 ‘국가로서 대한’이라는 공동체로 이어진다고 한다(23-24면 참조). 그런데 대한‘제’국에서 대한‘민’국으로의 변화는 주권자, 즉 헌법제정권력자의 변화를 의미하므로, 발제자께서 설명하는 ‘공동체로서 국가’는 헌법제정권력자의 변화에도 불구하고 존속하는 한반도/한민족 공동체를 염두에 둔 것이 아닌가 한다. 위와 같은 성격을 가진 공동체는 ‘국가로서 대한’에 까지만 미치는 것이 아니라 그 (대한제국) 전에 한반도와 한민족을 중심으로 한 존속했던 공동체에도 미칠 수 있기 때문이다. 즉 통시적 차원에서 ‘공동체로서 국가’는 헌법제정권력자의 변화와 상관없이, 시대에 따라 새롭게 성립되고 소멸하는 ‘법인으로서의 국가’간 동질적인 헌법적 가치가 있는지 여부와 상관없이 존속할 수 있는 것으로 이해될 수 있지 않은가 한다(양 개념의 통시적 차원에서의 이해).

통시적 차원에서 ‘공동체로서 국가’가 위와 같이 계속성을 갖고 존속하기 위해서 필요한 조건으로 (헌법제정권력자로서 주권자인 국민이 헌법제정권력을 행사한 이후의 개념인) ‘법인인 국가’개념 내지는 ‘공권력의 주체로서의 정부’개념이 강조되기 보다는 ‘법인인 국가’를 창설할 수 있는 힘과 정당성의 원천인 주권개념이 강조되어야 하는 것이 아닌가 생각할 수 있다. 공시적 차원에서는 ‘공동체로서의 국가’의 요소와 ‘법인인 국가’의 요소가 대체로 겹치기 때문에 위와 같은 강조점의 차이가 잘 드러나지 않지만, 통시적 차원에서는 ‘법인인 국가’가 그 기능을 상실한 경우에도 ‘공동체로서의 국가’가 유지될 수 있음을 역사의 단면을 통해 확인할 수 있기 때문에 위와 같은 강조점의 차이가 드러난다. 즉 ‘법인인 국가’는 (주권자가 새롭게 헌법제정권력을 행사해서) 헌법적 동질성이 달라지면 다른 (법인인) 국가가 되지만, 그 전후 공동체는 국민과 영토의 차원에서 변한 것이 없고, 그 공동체에 주권이 귀속된다는 점에서는 마찬가지로이므로 양자는 같은 ‘공동체로서의 국가’로 평가될 수 있다는 것이다.

결국, ‘공동체로서의 국가’의 요소 중 국가권력의 요소에 관하여 ‘법인인 국가’ 내지 ‘공권력의 주체로서 정부’를 강조하기 보다는 국가권력의 주권적 차원을 강조하고, ‘법인인 국가’개념은 항상 그 ‘공동체로서의 국가’의 권력작용을 특징짓는 표현으로 이해해도 발제자께서 언급한 헌법상 ‘대한민국’과 ‘국가’개념을 구별하는데, 그리고 통시적 차원에서 ‘공동체로서 국가’의 계속성을 설명하는데, 무리가 없지 않은가 한다.

### 3. ‘공동체로서 국가’에서 인적 집단의 단일성 판단과 통일의 문제

발제자에게서는 현재 헌법 제4조는 남북한 인적 집단이 하나의 공동체를 이루고 있음을 전제로 한다고 해석하면서도, 오랜 세월이 지난 후에 남북한 인적 집단이 더 이상 하나의 공동체로서 국가의 통일적인 인적 단위로 인정될 수 없을 정도로 분리된다면 그때의 통일은 서로 다른 국가들의 결합이 될 수 있을 것이라는 가능성을 배제하지 않는 것으로 보인다. 이는 ‘공동체로서의 국가’의 한 요소인 인적 집단의 단일성이 세월이 지남에 따라 깨질 수 있음을 염두에 둔 것으로 보인다. ‘공동체로서의 국가’ 차원은 ‘법인인 국가’ 차원의 전제가 되는 것이므로, ‘공동체로서의 국가’의 전제가 깨진다면 ‘법인인 국가’의 규범적 토대가 되는 헌법규범의 해석도 변경될 수 있고, 나아가 ‘중진 공동체로서 국가와의 단절’에 대한 이론적 토대를 제공할 수 있는 입장으로 이해될 수 있다. 또한 위와 같은 논의는 연방국가에서 지방의 탈퇴나 단일 국가에서 이질적인 지역자치공동체의 탈퇴를 정당화하는데 도움이 될 수 있는 논거를 제공할 수 있을 것이다. 이 경우 연방국가에서 지방의 탈퇴한다면 해당 지방이 새롭게 공동체로서 국가이자 법인인 국가를 성립시킬 수 있다고 이해할 수 있을 것이다. 그런데 남북한의 경우 인적 집단의 단일성 판단 문제에서는 공시적 차원에서 남북한 스스로가 남북한의 인적 집단의 단일성이 깨졌다고 판단하면서도, 통시적 차원에서 남북한 각각이 과거에 존재했던 한반도/한민족 공동체로서의 국가의 계속성을 주장하는 모순적으로 보이는 상황도 발생할 수도 있지 않을까 생각된다.

### 4. 헌법제·개정의 한계로서 ‘헌법개정’에 대한 국민투표절차?

발제자에게서는 헌법제·개정시 인민공동체의 의사결정을 모두 대표(‘정부’)에게 맡겨버리는 것은 허용될 수 없다고 하면서 헌법개정시 반드시 인민의 직접 의사결정을 물을 수 있어야 한다고 한다(23면). 이러한 논의를 따라가면 헌법개정에 대한 국민투표를 두는지 여부가 헌법제정의 한계가 될 것이고, 헌법개정에 대한 국민투표를 폐지하는 헌법개정은 (헌법의 핵심적 내용에 반하는) 위헌적 헌법개정으로 이해할 수도 있을 것이다. 위와 같은 논의에 따르면, 예컨대 국민이 직접 헌법개정에 참여하는 절차가 없는 미국과 독일 헌법은 공동체 전체의 운명에 대한 최종적이고 최후의 의사결정을 대표에게 넘긴 헌법제정의 한계를 넘은 것으로 이해될 여지가 없지 않다. 그러나 이와 같은 경우 헌법제정권력자로서 국민이 헌법제정권력을 행사하여 헌법을 통해 그러한 헌법개정절차를 국민대표기관에게 맡기고 이를 제도적·기능적으로 정당화한 것으로 볼 수 있지 않은가 한다(헌법제정권력자의 헌법을 통한 제도적·기능적 정당화).



제 **3** 주제 발표문

**동성애자 권익 및 차별에 관한  
미국연방대법원 판례연구**



**동성애자 권익 및 차별에 관한  
미국연방대법원 판례연구**  
- 그 심사기준\*에 관한 논의를 중심으로 -

이지영 책임연구원  
(헌법재판연구원 국제조사연구팀)

<목 차>

I. 서론 .....	61
II. 관련 연방대법원 판례들과 그 분석 .....	62
1. Bowers v. Hardwick (1986) - 소도미 금지법 .....	62
2. Romer v. Evans (1996) - 동성애자 보호 금지법 .....	66
3. Lawrence v. Texas (2003) - 동성 간 소도미 금지법 .....	73
4. U.S. v. Windsor (2013) - 동성혼 불인정(연방)법 .....	78
5. Hollingsworth v. Perry (2013) - 동성혼 불인정(주)법 .....	87
III. 결론 .....	88

---

\* 일반적으로 심사기준과 심사강도를 구별하는 우리와는 달리, 미국에서는 위헌심사기준을 심사기준(standards of review), 심사강도(levels of scrutiny), 심사단계(tiers of review)등으로 교차적으로 표현한다.



## I. 서론

2013년은 동성애자들에게 의미가 큰 한해였다. 많은 나라들에서 동성혼 허용 문제가 논의되고 허용법안이 상정되거나 관련 사건이 법원에 제기되었으며, 2013년 한해에만 프랑스, 우르과이, 뉴질랜드, 브라질 4개국이 동성혼을 인정하는 등 동성혼의 합법화 추세가 두드러지게 나타났기 때문이다.<sup>1)</sup> 같은 해 미국 역시 연방대법원 판결<sup>2)</sup>을 통해 이러한 추세에 합류할 조짐을 보였다. 2013년 우리나라에서도 김조광수씨가 공개적으로 동성 파트너와 결혼식을 거행하고 혼인신고를 하였으나, 서대문구청이 혼인은 양성의 평등을 기초로 성립된다는 헌법 36조 제1항을 들어 혼인신고를 받아들이지 않자<sup>3)</sup> 올해 혼인신고서 불수리 불복 소송을 제기하였다.<sup>4)</sup> 이를 볼 때, 우리나라에서 동성혼에 관한 헌법소원이 머지않은 미래에 제기될 수도 있는 상황이어서 미국 연방대법원의 2013년 동성혼 관련 판결들과 지금까지의 동성애 관련 판결들의 검토가 우리의 동성혼 관련 헌법적 논의에 도움을 줄 수 있다고 생각된다.

미국연방대법원이 2012년 회기에 두 개의 동성혼 사건에 대한 상고신청을 받아들임에 따라, 엄격심사를 필요로 하는 근본적인 권리(fundamental right)와 관련이 있다고 보거나 동성애자들을 의심스러운 또는 준(準) 의심스러운 분류집단(suspect or quasi-suspect class)<sup>5)</sup>으로 인정하여 중간심사 이상의 강화된 심사를 적용할지에 많은 이목이 집중됐었다. 연방대법원은 1972년 결혼의 정의를 이성간의 결합으로 한정된 주(州)법의 위헌여부가 문제된 Baker v. Nelson<sup>6)</sup>에서 실질적인 연방 문제(substantial federal question)의 부재를 이유로 상고를 기각했다. 그런 연방대법원이 2013년 6월 26일 Windsor<sup>7)</sup>에서 주가 인정한 동성혼을 불인정하는 연방법을 위헌선언하고, Perry<sup>8)</sup>에서는 원고적격의 부재에 따른 기각결정을 함으로써, 동성애자 권리 및 성적 지향에 의거한 차별에 관한 연방대법원의 입장을 정리하고 그 논증과 심사기준을 살펴볼 수 있는 좋은 기회를 제공하였다.

- 1) 안수찬, 벌써 14개국...‘동성결혼 합법화’ 문명사적 흐름 땀나, 한겨레, 2013. 4. 25., [http://www.hani.co.kr/arti/international/international\\_general/584441.html](http://www.hani.co.kr/arti/international/international_general/584441.html)(2014. 11. 19. 최종방문); 허진석, 동성결혼 허용 물결, 뜨거운 지구촌, 동아일보, 2013. 5. 28., <http://news.donga.com/3/all/20130528/55455430/1>(2014. 11.19. 최종방문).
- 2) U.S. v. Windsor, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013) (No. 12-307).
- 3) 이태수, 김조광수 동성커플, 혼인신고 불수리처분 받아, 연합뉴스, 2013. 12. 17., <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=106&oid=001&aid=0006654969>(2014. 11. 19. 최종방문).
- 4) 설승은, 김조광수 동성커플, 혼인신고 불수리처분에 불복 소송, 연합뉴스, 2014. 5. 21., <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006917863>(2014. 11.19. 최종방문); 장서연, [칼럼] 동성혼 소송의 의미와 법적 쟁점, 법률저널, 2014. 6. 27., <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=33483>(2014. 11. 19. 최종방문).
- 5) 인종, 출신국, 외국인신분 등 위헌의 의심이 드는 분류(suspect classification) 또는 성별, 비적출성(非嫡出性) 등 위헌의 의심이 드는 분류기준에 준하는 분류(quasi-suspect classification)에 의해 구분된 집단을 의미한다. 동성애자들은 성적 지향(sexual orientation)에 따라 구분된 집단이다.
- 6) 409 U.S. 810 (1972). 미네소타 주법의 위와 같은 결혼의 정의가 수정헌법 제14조에 위배되지 않아 합헌이라고 선언한 주 대법원의 판결(Baker v. Nelson, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1975))에 대해 상고한 사건이다.
- 7) Windsor, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013).
- 8) Hollingsworth v. Perry, U.S. \_\_\_\_ (2013) (No. 12-144).

이 글은 여전히 모호한 입장을 취하고 있는 미 연방대법원의 동성애(자) 관련 사건의 위헌심사기준에 관한 논의를 정리하고 현 상태를 파악하여 그 미래를 전망해 볼 수 있는 자료를 제공하는 것을 목표로 한다. 미 연방대법원이 동성애(자) 관련 사건들에서 “어떠한 주도적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.”는 수정헌법 제14조와 “누구라도 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다.”는 수정헌법 제5조를 어떻게 해석·적용하여 왔는지 살펴보기 위해, 관련 연방대법원 판례들을 연대기 순으로 그 위헌 또는 합헌 논거와 심사기준을 살펴보고, 그 의의를 분석하며 심사기준 설정과 관련된 실체적 적법절차(substantive due process) 및 평등보호(equal protection) 논의를 다룰 것이다.

## II. 관련 연방대법원 판례들과 그 분석

### 1. Bowers v. Hardwick (1986)<sup>9)</sup> – 소도미 금지법

연방대법원은 1986년 조지아 주 소도미금지법<sup>10)</sup>에 대해 5대4로 동성애 소도미에 적용되는 한 합헌이라고 판단하였다.<sup>11)</sup> 침실에서 다른 남자와 소도미를 했다는 이유로 기소된 남자인 Hardwick은 소도미금지법을 당사자 간 합의한 소도미(consensual sodomy)에 관한 한 위헌이라고 주장하였다<sup>12)</sup>.

#### 가. 판결요지

White 대법관이 집필한 법정의견은 이 사건 쟁점을 “연방헌법이 동성애자들에게 소도미를 할 근본적인 권리를 부여하는지”로 좁게 정의하고, 헌법상 프라이버시권이 인정된 연방대법원의 선례들이 동성애 소도미에까지 미치는 것으로 해석될 수 없다는 입장을 취하며 동성애자가 소도미 행위를 할 권리(right of homosexuals to engage in sodomy)는 근본적인 권리가 아니라고 판시하였다.<sup>13)</sup> 연방대법원의 선례에서 프라이버시권이 인정된 분야는 자녀양육 및 교육<sup>14)</sup>, 가족관계<sup>15)</sup>, 생식<sup>16)</sup>, 결혼<sup>17)</sup>, 피임<sup>18)</sup>, 낙태<sup>19)</sup> 등으로 가족, 결혼, 또는 출산

9) 478 U.S. 186 (1986).

10) 조지아주법(GA. Code Ann. §16-6-2)은 한 사람의 성기와 다른 사람의 입이나 항문이 연관된 성행위를 소도미로 정의하고, 소도미죄를 범한 자를 1년 이상 20년 이하의 징역에 처할 것을 규정했다. Id. at 188.

11) 이 사건의 유일한 쟁점은 합의된 동성애 소도미에 적용되는 경우 당해 조지아 주(州)법의 합헌성이며, 그 외 다른 소도미 행위에 적용되는 경우에 대한 판단은 하지 않는다고 명시하였다. Id. at 188.

12) Id. at 188.

13) Id. at 190-191.

14) Carey v. Population Services Int'l, 431 U.S. 678 (1977); Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

15) Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).

16) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

17) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

18) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

과 관련되는데, 동성애 행위는 이들과 아무런 관련이 없다는 것이다.<sup>20)</sup>

강화된 사법적 보호를 받을 자격이 있는 권리들은 근본적인 자유를 포함하는데, 근본적인 자유로 인정되려면 “질서있는 자유(ordered liberty)라는 개념에 내재되어 있”어 “희생될 경우 자유도 정의도 존재한다고 할 수 없”거나 “이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌리박혀” 있는 자유여야 한다고 실시하였다.<sup>21)</sup> 동성애 소도미가 이 나라에서 오랫동안 금지되어왔고, 판결 당시에도 콜롬비아 특별구와 24개 주에서 여전히 불법이라는 점을 지적하며, 위와 같은 배경에도 불구하고 동성애 소도미를 할 권리를 “이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌리박혀” 있거나 “질서있는 자유라는 개념에 내포되어” 있다고 보는 것은 타당하지 않다고 보았다.<sup>22)</sup>

헌법의 문언이나 설계(design)에서 인지가능한 근원이 없는 법관에 의해 만들어진 헌법을 다룰 때 법원은 가장 취약해지고 정당성을 잃기 쉬우며, 특히 실체적 적법절차의 확장이 “근본적”이라고 간주되는 권리들의 범위를 재정립할 필요가 있는 경우에는 새로운 근본적 권리를 도출해내는 법원의 권한이 광범위하지 않다는 입장을 취하였다.<sup>23)</sup>

법정의견은, 이 사건 관련 행동이 근본적 권리에 해당되지 않는다 하더라도, 이 사건 법을 뒷받침할 합리적인 근거가 있어야 하는데, 동성애 소도미가 비도덕적이라는 다수의 신념은 합리적 근거로 부적절하다는 주장을 배척하면서, 법은 항상 도덕에 근거를 두고 있으며 도덕성에 그 근거가 있다는 이유로 법을 무효화할 수는 없다고 지적하며, 이 사건 법을 합헌으로 판단하였다.<sup>24)</sup>

반면, Blackmun 대법관은 그가 개진한 반대의견에서 이 사건 관련 권리를 “동성애 소도미를 할 근본적인 권리”가 아니라 가장 광범위하고 문명인에게 가장 가치있게 여겨지는 “혼자 있을 권리 또는 그냥 내버려두어질 권리(the right to be let alone)”라고 보았다.<sup>25)</sup> 이 사건은 프라이버시권에 내재된 가치에 비추어 판단되어야 한다고 주장하면서, 프라이버시권은 개인의 삶의 중요하고 중심이 되는 부분과의 연관성 때문에 개인이 결정하도록 내버려두는 것이 옳은 결정들과 관련된 이익을 보호한다고 하였다.<sup>26)</sup> 그는 법정의견이 동성애자들의 소도미를 할 근본적인 권리를 부정한 것이 아니라 “모든 개인의 성적·정서적 내밀한 생활의 성격을 결정(control)할 근본적인 권리를 부정한 것”으로 보았다.<sup>27)</sup>

19) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

20) Bowers, 478 U.S. at 190-191.

21) Id. at 191-192 (Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937); Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494, 503 (1977); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 506 (1965) 인용).

22) Id. at 192-193.

23) Id. at 194-195.

24) Id. at 196. 도덕성을 이 사건 법에 대한 합리적 근거로서 타당한 것으로 보는 합리성 심사를 적용했다고 볼 수 있다.

25) Id. at 199.

26) Id. at 203-205. “... it has recognized a privacy interest with reference to certain decisions that are properly for the individual to make. .... We protect those rights ... but because they form so central a part of an individual’s life. ... sexual intimacy is a ... key relationship of human existence, central to ... the development of human personality.”

27) Id. at 206.

Stevens 대법관 역시 그의 반대의견에서, 이 사건 법은 행위자가 미혼, 기혼 또는 이성애자, 동성애자인지에 상관없이 모든 소도미를 금하고 있는데, 기혼자들이 그들의 신성한 구역인 침실에서 행하는 소도미나 미혼의 이성애자 성인들 간의 소도미는 선례에 비추어 막을 수 없으므로 이 사건 법이 시행될 수 없다고 하며, 그렇다면 주 정부는 선택적으로 동성애자들만을 별개의 집단으로 구별하여(single out) 법을 적용하는 것을 비호감 집단(disfavored group)에 대한 상습적 반감이나 무지 이외의 상당한 정부이익으로 정당화할 책임을 지게 되는데, 조지아 주 정부가 그러한 책임을 충족하지 못했으므로 이 사건 법은 위헌이라고 판단하였다.<sup>28)</sup>

Bowers는 17년 후 Lawrence에 의해 명시적으로 폐기된다.<sup>29)</sup>

#### 나. 실체적 적법절차상 성행위의 권리

미 연방대법원은 수십년간 Skinner(1942년), Griswold(1965년), Eisenstadt(1972년), Roe(1973년) 등을 비롯한 생식, 피임, 낙태 관련 프라이버시 사건들을 심사하면서도 그러한 문제들에 선행한다고 볼 수 있는 성행위(sexual conduct)가 국가의 규제로부터 헌법적 보호를 받는지 여부에 대해서는 심사하지 않다가, 1986년 Bowers v. Hardwick 사건에서 처음으로 소위 성행위의 실체적 적법절차상 프라이버시권(right to privacy)<sup>30)</sup>에 관한 본안 판단을 하였다. 그로부터 17년 뒤인 2003년 동성애 소도미를 형사상 범죄로 처벌하는 주법을 무효화한 Lawrence v. Texas 결정에 의해 개인의 성행위는 가족생활이나 출산 등의 문제와 관련이 없더라도 실체적 적법절차의 보호를 받게 되었다.

#### 다. 실체적 적법절차와 근본적인 권리

수정헌법 제5조와 제14조는 각각 연방정부나 주정부가 적법절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없다고 규정하고 있다. 이같은 적법절차조항은 절차적 적법절차와 실체적 적법절차로 나뉘는데, 절차적 적법절차는 적정한 절차(due process) 없이는 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없다는 것이고, 실체적 적법절차는 정당한 사유(justification)없이 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없다는 것이다.<sup>31)</sup> 예를 들어, 정부를 비난

28) Id. at 214-220. 동성애자들만을 달리 취급한 차별로 보고 평등보호조항에 의거하여 강화된 심사(heightened scrutiny)를 적용하고 있는 것으로 보인다.

29) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 578 (2003).

30) 프라이버시권은 수정헌법 제14조 적법절차조항에 의해 보호되는 자유이다. Roe v. Wade, 40 U.S. 113, 153 (1973) 참조. "This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy."; 실체적 적법절차와 평등보호조항 관련하여 프라이버시권은 매우 개인적인 활동을 할 권리를 의미하게 되었다. 결혼, 성, 생식 등의 문제에 관한 선택 또는 결정의 자유를 의미한다. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 8th ed. 2010, Thomson Reuters, 1008-1009.; 정부에 의해 규제되기에는 너무 사적인(intimate) 개인의 의사결정적 측면과 관계된 권리이다. Kathleen M. Sullivan, Gerald Gunter, Constitutional Law, 17th ed. 2010, Thomson Reuters/foundation Press, 427.

하는 표현 금지법의 경우, 표현의 자유를 보장하는 수정헌법 제1조에서 나온 보호의 "실체(substance)"가 개인의 표현의 자유를 보장하기 위해 적법절차조항으로 편입된다(is incorporated)는 것이다.<sup>32)</sup> 그러나 헌법 문언에 나오지 않는 열거되지 않은 권리들의 경우에는 법관들이 관련 권리나 자유가 보호를 받을 자격이 있는지를 법관들이 판단해야 한다.<sup>33)</sup> 헌법 문언에는 구체적으로 등장하지 않지만 우리 사회에서 개인의 자유에 매우 필수적인 가치를 지니고 있는 것으로 인정되어 “근본적”이라고 간주되는 법관들에 의해 선택된 일군의 개인의 권리들을 “근본적인 권리(fundamental rights)”라고 부른다.<sup>34)35)</sup> 이러한 사법적 가치 선택은 조직화된 사회의 행위에 대항하여 어떤 자연법적 권리를 집행하는 연방대법원의 결정에 근거를 두고 있음에는 의심의 여지가 없다.<sup>36)</sup> 근본적인 권리의 근거로 여러 설이 있으나 자연권을 보호한다는 설이 다수의 지지를 얻어,<sup>37)</sup> 근본적인 자유(fundamental liberties)로 인정받기 위해서는 “질서있는 자유(ordered liberty)<sup>38)</sup>라는 개념에 내재되어 있”어 “희생될 경우 자유도 정의도 존재한다고 할 수 없”거나 “이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌리박혀” 있는 자유여야 한다.<sup>39)</sup> 어떤 권리가 근본적인 것으로 간주되면, 통상 엄격심사를 충족시켜야 하지만, 그렇지 않은 경우 일반적으로 합리성 심사<sup>40)</sup> 기준이 적용된다.<sup>41)</sup>

31) E. Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4th ed., NY: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, 557-558.

32) William J. Rich, *Modern Constitutional Law*, vol. 1, Liberty & Equality, 3rd ed., Thomson Reuters, 2011, 423.

33) William J. Rich(각주 33), 423-424.

34) John E. Nowak(각주 31), 498-500.

35) 연방대법원은 근본적인 권리의 거의 대부분을 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항과 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 의해 보장하여 왔다. 어느 한쪽에 의해서만 보장되어온 권리들도 있지만, 대부분은 양자에 의하여 보장되어 왔다. 어떤 법이 모든 사람에게 대하여 권리를 거부한다면 그때에는 적법절차가 분석을 위한 가장 훌륭한 근거가 될 것이고, 일부의 사람에게만 권리를 거부하고 나머지 사람에게 대하여서는 허용한다면 그 차별은 평등보호를 침해한 것으로 위헌을 주장할 수도 있고 적법절차에 의하여 그 권리의 침해를 다룰 수도 있을 것이다. E. Chemerinsky(각주 32), 812-814.

36) John E. Nowak(각주 31), 500.

37) John E. Nowak(각주 31); William J. Rich(각주 33), 425-426.

38) FindLaw Dictionary는 사회질서상의 필요에 의해 제약되는 자유(freedom limited by the need for order in society)라고 정의하고 있다. <http://dictionary.findlaw.com/definition/ordered-liberty.html>.

39) 2010년 McDonald 결정문에서 5명의 연방대법관이 근본적인 권리 여부를 판단하는 테스트로 인정하였다. McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742, \_\_\_, 130 S.Ct. 3020, 3036, 3058-3059 (2010)(Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 149 (1968), Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 721 인용); Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 191-192 (Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937); Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494, 503 (1977); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 506 (1965) 인용).

40) Rational basis review를 “합리성 심사”라고 번역함이 일반적이거나 이 글에서는 “합리적 근거 심사”라고도 표현할 것이다.

41) 이러한 사법심사의 기본틀은 Carolene Products 사건의 각주 4에서 밝혀진 것으로 “분리되고 고립된 소수집단(discrete and insular minorities)에 대한 차별이나 근본적인 권리의 침해가 있는 경우가 아니면 사법부는 입법부를 존중할 것이라고 하였다. E. Chemerinsky(각주 32), 814-815; Carolene Product 각주 4: “법률이 일견 보아 수정헌법 제1조에서부터 제10조까지의 규정과 같이 연방헌법이 특별히 금지하고 있는 것에 해당한다고 보이는 경우에는, 합헌성의 추정이 작용할 범위는 더욱 좁아질 것이다. ... 분리되고 고립된 소수자들에 대한 부당한 편견이 소수자들의 보호를 위해 통상 의존하게 되는 정치적 과정의 작동을 심각하게 방해할 수 있는 원인이 되고, 그리하여 이에 상응하여 그만큼 더욱 엄격한 법원의 심사를 요하는지 여부를 검토하는 것도 마찬가지로 불필요한 일이다.” U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152-153 n.4 (1938).

## 2. Romer v. Evans (1996)<sup>42)</sup> – 동성애자 보호 금지법

연방대법원은 6대3으로 동성애 및 양성애자들에 대한 보호를 금한 콜로라도 주 헌법 수정 2조(Amendment 2)<sup>43)</sup>를 그 자체로 평등보호 위반이자,<sup>44)</sup> 당해 조항을 정당화할 정당한 주 이익이 없고, 목적과 수단 사이의 합리적인 근거가 없으며 위헌선언하였다.<sup>45)</sup>

### 가. 판결요지

#### (1) 법정의견

Kennedy 대법관은 이 사건 법이 동성애자들에게 특별한 권리(special rights)를 허락하지 않음으로써 동성애자들을 다른 모든 사람들과 같은 위치에 둔 것뿐이라는 주 정부의 주장을 배척하고, 오히려 수정2조가 동성애자들의 법적 지위에 미치는 영향은 전면적이고 광범위한 것으로, 당해 법을 통해 동성애자들을 고립된 집단으로 만들고 그들만을 차별로부터의 법적 보호에서 제외시켜버림으로써 그 집단에만 특별한 무능력(special disability)을 지운 것으로 보았다.<sup>46)</sup> 비동성애자들이 향유하거나 제약없이 구할 수 있는 보호장치가 동성애자들에게는 금지되어 있다는 것이다.<sup>47)</sup>

한편, 수정2조는 아래 두 가지 이유에서 평등보호조항 위반이라고 판시하였다.<sup>48)</sup> 첫째, 이 자체로 평등보호조항 위반에 해당한다는 것이다.<sup>49)</sup> 수정2조는 하나의 특성으로 사람들을 한 집단으로 특정하고 그들에게 법의 보호를 전면적으로 부정함으로써 너무 좁기도 하고 동시에 너무 넓기도 한 전례없는 입법으로, 종래의 평범한 평등보호 심사<sup>50)</sup>가 불가능하다는 것이다.<sup>51)</sup> 이러한 전례없이 “이례적인 성격의 차별(discriminations of unusual character)은 헌법 조항에 불쾌한 것인지(어긋나는 것인지) 판단하는데 있어서 세심한 심사(careful consideration)가 특별히 요청된다.”<sup>52)</sup>고 하였다. 평등보호 보장의 핵심은 “정부와 그 각 조직이 그 도움을 구하는 모두에게 공평한 조건으로 열려있다는 원칙”인데, 이러한 원칙을 어

42) 517 U.S. 620 (1996).

43) 콜로라도 주헌법 수정2조 § 30b는 “남성동성애적, 여성동성애적, 양성애적 성향은 비보호지위. 콜로라도주는 그 부서 또는 행정기관, 정치적 세무지구, 지방자치정부, 또는 학구를 통해, 남성동성애적, 여성동성애적 또는 양성애적 성향, 행동, 행위, 관계가 소수자지위, 할당혜택, 보호지위나 차별이라는 주장을 가지거나 주장할 어떠한 개인이나 집단을 구성하거나, 또는 달리 그러한 (개인이나 집단의) 근거가 되거나 또는 (그러한 개인이나 집단이) 그렇게 할 자격을 부여하는 어떠한 법령, 규정, 조례나 정책을 제정, 채택, 시행할 수 없다.”고 규정하였다. 이는 동성애 및 양성애자들에 대한 차별을 금하는 조례들을 폐기할 뿐만 아니라 해당 집단을 보호하기 위한 어떠한 차원의 정부 행위도 금한 것이다. Id. at 624.

44) Id. at 632-633.

45) Id. at 634-635.

46) Id. at 626-627, 631.

47) Id. at 631.

48) Id. at 632.

49) Id. at 633.

50) 가장 의회 존중적인 기준(the most deferential of standards)이 적용되는 평범한 평등보호 사건에서는 채택된 분류기준과 법 목적 사이에 합리적 관계가 있을 것을 요구함으로써, 법에 의해 부담지워지는 집단에게 불이익을 줄 목적으로 구별한 것이 아님을 확신한다. Id. at 632-633.

51) Id.

52) Id. at 633.

기고 "전반적으로 일군의 시민들이 다른 이들보다 정부에 도움을 요청하기 더 어렵다고 선언하는 법은 그 자체로 가장 문자그대로의 의미에서 법의 평등보호 부인(a law declaring ... is itself a denial of equal protection of the laws in the most literal sense)"이라고 보았다.<sup>53)</sup>

둘째, 합리성 심사를 통과하지 못한다는 것이다.<sup>54)</sup> 수정2조의 광범위성은 콜로라도 주가 내세운 이유<sup>55)</sup>와 너무 동떨어져 있어 "그것이 영향을 주는 집단을 향한 반감(animus)말고는 설명할 수 없을 것으로 보인다."며 "정당한 주 이익과의 합리적인 관계가 없다."고 판시하였다.<sup>56)</sup> "평등보호조항이 무언가를 의미한다면, 최소한 순전히 정치적인 비인기 집단을 해하려는 ... 의도(bare ... desire to harm a politically unpopular group)는 정당한 주 이익에 해당하지 않음을 의미할 것"<sup>57)</sup>이라며, 수정2조는 정당한 주 이익과의 합리적인 관계가 없는 "신분에 기한(status-based)" 입법이자, "구분 그 자체를 위한 구분"으로 평등보호조항이 허용하지 않는 것이라고 하였다.<sup>58)</sup> "수정2조는 정당한 입법목적을 증진하기 위해서가 아니라 동성애자들을 다른 모두에 비해 불평등하게 만들기 위해 동성애자들을 구분"한 것으로 "주 정부는 하나의 인적 집단을 법에 이방인으로 취급할 수 없기" 때문에 평등보호조항 위반이라고 실시하였다.<sup>59)</sup>

## (2) 반대의견

Scalia 대법관은 수정2조를 "전통적 성관습을 바꾸려는 노력에 대항한 정치적 영향력이 있는 소수자들의 법을 통한 전통적 성관습을 지키기 위한 평범한 시도"로서 그 목적과 그를 달성하기 위한 방법은 헌법 법리상 문제없을 뿐 아니라 연방의회와 연방대법원에 의해 승인된 것으로 보았다.<sup>60)</sup> 수정2조는 동성애자들의 보호를 목적으로 하는 차별금지법을 막고자한 것이지 의심스러운 분류집단(suspect class)이 아닌 사람들에게 대한 차별을 금지하는 콜로라도 주 법에 영향을 주고자한 것이 아니기 때문에, 동성애자들은 자의적인 차별을 금하는 일반적인 법과 정책의 보호를 수정2조에 의해 박탈당한 것이 아니라고 주장하였다. 수정2조는 단지 동성애자들에 대한 "우대(preferential treatment)" 또는 "특별대우(special treatment)"를 거부한 것일 뿐이라는 것이다.<sup>61)</sup> 또한, 이 사건과 가장 관련있는 선례인 Bowers에 따라 "국가가 동성애 행위를 범죄로 규정하는 것이 헌법적으로 허용된다면 동성애 행위를 배척하는(disfavoring) 법 제정은 확실히 헌법적으로 허용되는" 것으로<sup>62)</sup>, 수정2조는 과반수의 콜로라

53) Id. at 633-634.

54) Id. at 632, 634-635.

55) 콜로라도 주 정부는 동성애에 대해 개인적으로 또는 종교적으로 반대하는 임대인들과 고용주들의 결사의 자유 보호와 다른 집단에 대한 차별에 대항할 자원의 보전을 주요 이유로 내세웠다. Id. at 635.

56) Id. at 632.

57) Id. at 634-635 (Dept. of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534 (1973) 인용).

58) Id. at 635.

59) Id.

60) Id. at 636

61) Id. at 637-638.

62) Id. at 640-641.

도인이 선호하는 성도덕의 점차적인 타락을 방지하기 위한 목적을 가지고 있으며 그러한 정당한 목적을 이루는데 적절한 방법으로서” 법의 합리성과 연관성이 있다고 보았다.<sup>63)</sup>

## 나. Romer의 의의

이 사건은 연방대법원이 처음으로 성적 지향에 의거한 차별법을 무효화하였다는 점에서 의의가 있다. 그리고 아래서 살펴보는바와 같이 동성애자들을 배척하는 입법에 보통의 합리성 심사보다는 강화된 심사를 한 첫 연방대법원 판례이다. 이는 일반적으로 정치적 비인기 집단을 향한 반감이 동기가 되는 입법의 심사에 공통되는 연방대법원의 입장에서 영향을 받은 것으로 후에 동성혼의 인정을 금지하는 입법의 심사(U.S. v. Windsor)에 일종의 강화된 합리성 심사기준을 적용하도록 영향을 미친 것으로 보인다.

## 다. 평등보호조항하에서 성적지향에 기한 차별

수정헌법 제14조 평등보호조항은 누구에게도 법의 평등한 보호를 부인하지 않는다는 약속으로 본질은 “비슷한 입장에 놓인 사람들은 비슷하게 대우하라(all persons similarly situated should be treated alike)”는 명령이지만,<sup>64)</sup> 대부분의 입법은 어떠한 목적에서건 다양한 집단의 사람들에게 불이익이 될 수밖에 없는 것이 현실이다.<sup>65)</sup> 이러한 원칙과 현실의 괴리를 조화시키기 위해, 일반적으로 법률이 근본적인 권리 행사에 부담을 주지 않거나 의심스러운 분류집단을 겨냥하지 않는 한 법은 합헌 추정되고, 법이 어떠한 정당한 정부목적에 합리적인 연관성을 갖는다면 해당 입법적 분류(legislative classification)를 합헌선언한다.<sup>66)</sup> 그러나, 연방대법원은 성적 지향에 근거한 차별이 (준)의심스러운 분류에 해당하여 중간심사나 엄격심사의 적용을 정당화하는지 여부에 대해서는 가장 최근 판례인 Windsor에서도 언급하지 않음으로써 아직까지는 명시적으로 판시한 바 없다.<sup>67)</sup>

63) Id. at 644, 653.

64) Id. at 631; City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., 473 U.S. 432, 440 (1985).

65) Romer, 517 U.S. at 631; “Where the legislature must necessarily engage in a process of line-drawing. ... the fact [that] the line might have been drawn differently at some points is a matter for legislative, rather than judicial, consideration.” F.C.C. v. Beach Communications, Inc., 508 U.S. 307, 315-316 (1993).

66) Romer, 517 U.S. at 631; Cleburne, 473 U.S. at 440. 연방대법원의 3단계 평등보호심사에 대한 개요는 Id. at 440-442 참조.

67) 그러나 성적 지향에 근거한 차별은 강화된 심사가 적용되는 영역에서 나타난 것과 같은 특징을 가지고 있다. Bowen v. Gilliard 판례에서 도출된 그 특징들은 1) 불가변성(immutability): 인종, 출신민족, 성, 양친의 결혼 상태와 같이 개인이 선택하거나 통제할 수 없는 특성들 2) 정치적 무능력(political powerlessness): 정치과정을 통해 자신을 보호할 능력이 없는 경우 3) 차별의 역사: 이를 통해 차별이 편견(prejudice)을 반영할 개인성이 있는 경우 등이다. E. Chemerinsky(각주 32), 688-689; 성적 지향에 기한 차별에 강화된 심사기준의 적용에 대한 논의는 김지혜, 성적지향에 대한 평등권 심사기준과 배제금지원칙 - 미국 소수자 평등보호 법리의 한국적 함의 -, 헌법학연구 제19권, 2013, 203-209; Jeremy B. Smith, The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation, 73 Fordham L. Rev. 2769, 2774 (2005) (Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587, 602-603 (1987) 인용) 참조; 강화된 심사가 적용되는 필수적인 두 가지 요건은 1) 실제로 사회에 기여할 개인의 능력과 무관한 특징으로 편견과 반감(혐오, 악감정)이 반영될 가능성이 높을 것, 2) 고의적 차별의 역사를 경험한 집단에 대한 차별일 것이다. “특성의 불가변성”과 “정치적 무능력”은 필수적이거나 결정적(dispositive)이지는 않지만 강화된 심사의 적용 필요성을 높인다. Jeremy B. Smith(각주 68), 2775-2776.

## 라. 심사기준: 전통적 합리성 심사 혹은 강화된 합리성 심사<sup>68)</sup>

### (1) 통상적 또는 전통적 합리성 심사(Ordinary or traditional rational basis review)

합리성 심사는 가장 낮은 수준의 심사로 적법절차나 평등보호조항에 근거하여 위헌성이 다투어지는 모든 법률은 최소한 합리성 심사를 충족해야 한다.<sup>69)</sup> 합리성 심사는 정부 행위가 “정당한 정부목적에 합리적으로 연관(rationally related to a legitimate government purpose)”될 것을 요구한다.<sup>70)</sup> 합리성 심사에서는 “정당한 목적”에 대하여 의회의 판단을 매우 존중하여 법률이 합헌으로 추정된다. 정부의 목적은 정부가 실제로 추구한 목적일 필요는 없고, 상정할 수 있는 정당한 목적인 것으로 족하다.” 분류의 합리적인 근거를 제공할 수 있는 합리적으로 상정가능한 어떠한 사실관계라도 있다면(if there is any reasonably conceivable state of facts that could provide a rational basis for the classification)” 그 분류는 합헌이다.<sup>71)</sup> 이는 정부는 입법 기록이나 진정한 정당화 사유를 제시할 책임이 없고<sup>72)</sup>, 사실상 법원이 관련 입법을 정당화할만한 합리적 근거를 생각해내야만 한다는 것을 의미한다. “위헌을 주장하는 자가 모든 상정가능한 정당화 근거를 반증할 책임”을 진다.<sup>73)</sup> 수단과 목적 사이의 “합리적 연관성(rationally related)” 판단에서도 의회의 판단이 매우 존중되어 과소포함성(underinclusiveness) 또는 과다포함성(overinclusiveness),<sup>74)</sup> 목적과 수단 사이의 불완전(충분)한 적합성(imperfect fit)<sup>75)</sup>, 단편적인 접근<sup>76)</sup> 등이 발견되어도 심사를 통과할 수 있다. 따라서 법과 법률적 사이의 관계가 너무 동떨어져서 자의적(arbitrary)이거나 불합리하지만 않다면 합헌이다.<sup>77)</sup>

68) 통상적 합리성 심사와 강화된 합리성 심사 간 차이점에 관해서는 Kenji Yoshino, *Why the court can strike down marriage restrictions under rational basis review*, 37 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 331 (2013) 참고.

69) E. Chemerinsky(각주 32), 552.

70) Id.

71) *Armour v. City of Indianapolis*, 132 S. Ct. 2073, 2076 (2012) (Beach Communications, 508 U.S. at 313 인용).

72) *Susannah W. Pollvogt, Windsor, Animus, and the Future of Equality*, 113 Colum. L. Rev. Sidebar 204 (2013), [http://www.columbialawreview.org/Windsor-Animus\\_Pollvogt](http://www.columbialawreview.org/Windsor-Animus_Pollvogt).

73) *Armour*, 132 S.Ct. at 2076 (*Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993) 인용); *Beach Communications*, 508 U.S. at 315.

74) 법률이 유사한 지위에 있는 자 모두를 규율하지 않을 때 그 법률은 과소포함의 법률이다. 과소포함의 법률은 정부가 정치적으로 무력한 특정집단을 대상으로 하거나 보다 큰 정치적 영향력을 가진 자들을 규제대상에서 제외한 법률을 제정한 것이 아닌가하는 문제를 야기한다. 법률이 유사한 상황에 놓여있지 않은 자들까지 규율할 때, 즉 법률이 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 이상의 사람들을 포괄할 때, 그 법률은 과다포함의 법률이다. 과다포함은 불필요하게 규율대상이 된 자에게는 부당하며 그런 법률은 관련 비용과 혜택에 정상적인 주의를 끌 수 있는 충분한 영향력을 가졌다면 그 대상에서 제외되었을 정치적으로 무력한 집단에게 부담을 지우는 것이다. E. Chemerinsky(각주 32), 702-703; E. Chemerinsky, *미국헌법연구회 역, 헌법: 원칙과 정책, 헌법재판소, 2006, 954-955 참조.*

75) “... courts are compelled under rational-basis review to accept a legislature’s generalizations even when there is an imperfect fit between means and ends.” *Heller*, 509 U.S. at 321.

76) 실질적인 과소포함이 허용되어, 입법적 관점에서 매우 민감해 보이는 문제의 국면에 대처함에 있어서, 정부가 한 번에 한 단계씩 나아가는(proceed one step at a time) 것이 허용된다. E. Chemerinsky(각주 32), 702; E. Chemerinsky, *미국헌법연구회 역(각주 75), 954; Lee Optical*, 348 U.S. at 489.

77) *Armour*, 132 S.Ct. at 2080.

(2) 강화된 합리성 심사(Heightened rational basis review, rational basis with bite/teeth, or rational basis plus)

연방대법원은 합리성 심사를 한다고 실시하고 실상은 이를 한층 더 엄격하게 적용하는<sup>78)</sup> 일련의 판례들을 발전시켰는데 이것이 바로 학자들이 매서운(강도높은) 합리성 심사(rational basis with (a) bite)라고 부르는 것이다.<sup>79)</sup> 연방대법원이 공식적으로 그렇게 부른 적은 없고, 대법관 O'Connor가 “더 철저한 형태의 합리적 근거 심사(a more searching form of rational basis review)”라고 부른 적이 있다.<sup>80)</sup> 그러나 그 역시 연방대법원이 명시적으로 인정한 용어는 아니다.<sup>81)</sup> 히피들에게 식품구입권(food stamp) 발급의 거절을 다룬 1976년 Moreno 판례와 정신지체인들에 대한 용도지역에의 배제를 다룬 1985년 Cleburne 판례, 불법체류자 자녀들의 공교육권을 다룬 Plyler 판례<sup>82)</sup>, 동성애자 차별 관련 판례 등 특정 소수 집단에 대해 불리하게 작용하는 차별에서 주로 나타났다.<sup>83)</sup> 이 강화된 심사는 법목적과 효과에 대한 철저한 조사가 특징으로, 실제 법목적에 대한 조사, 법목적의 정당성에 대한 신중한 평가, 그리고 법과 법목적의 진정한 상관관계의 사실적 증거에 대한 기록의 검토를 수반한다.<sup>84)</sup> 일단 “목적” 심사에서 정부가 제시한 정당화 사유에 회의적으로 접근한다. 그리고, 입법자가 의도“했었을 수 있을법한”(“may have” or “might have”) 사유를 상정해내지 않고, 입법자가 제시한 정당화 사유만 검토한다. 이는 합헌성 추정의 반증책임을 위헌을 주장하는 자에게 두는 통상적 합리성 심사와는 달리 정부에 입증책임을 두는 것과 유사한 효과가 있어 보인다. 한편 “수단” 심사에서는 목적과 수단의 부정교한 적합성(loose fit)은 용납되지 않는다.

#### 마. 반감에서 비롯된 차별과 강화된 합리성 심사

Romer와 아래 살펴볼 Windsor의 법정의견은 Moreno 판례의 “평등보호조항이 무언가를 의미한다면, 최소한 순전히 정치적인 비인기 집단을 해하려는 의회의 의도(bare Congressional desire to harm a politically unpopular group)는 정당한 주 이익에 해당하지 않음을 의미할 것”이라는 법리를 따랐다.<sup>85)</sup> 이 법리는 Cleburne 판례에서도 발견된다. Cleburne은 용도지역 배제가 정신지체인들을 향한 불합리한 편견(irrational prejudice)에 근거를 두고 있다는 결론

78) 대법관 Marshall은 반대의견에서 이 사건 조례가 전통적 합리성 심사였다면 분명 유효(valid)하다고 판단 되었을 것이라며 법정의견이 통상적 합리성 심사보다 “더 엄격한 기준(more exacting standard)”을 적용하지는 않았다는 주장을 받아들일 수 없으며 실상 무효화를 이끌어낸 것은 철저한 심사(searching review)-강화된 심사(the heightened scrutiny)-라고 실시하였다. Cleburne, 473 U.S. at 456.

79) Kenji Yoshino(각주 69), 333.

80) Lawrence, 539 U.S. at 580.

81) Kenji Yoshino(각주 69), 334.

82) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982). 연방대법원은 미국에 합법적으로 입국하지 않은 아이들(주로, 불법이민자의 자녀들)에게 무료 공교육 제공을 거부한 텍사스 법을 위헌이라고 판단하였다.

83) Jeremy B. Smith(각주 68), 2774.

84) Colin P. Pool, Cracking Windsor's Code: The Unusual Judicial Review Standard of United States v. Windsor and Its Potential Impact on Future Plaintiffs, U. Cin. L. Rev. (2014), <http://uclawreview.org/2014/01/02/cracking-windsors-code-the-unusual-judicial-review-standard-of-united-states-v-windsor-and-its-potential-impact-on-future-plaintiffs/>.

85) Windsor, No. 12-307, slip op. at 20 (U.S. Jun. 26, 2013); Romer, 517 U.S. at 632, 635.

을 내리는데 유달리 엄격한 합리성 심사를 하면서, “순전히 정치적 비인기 집단을 해하려는 의도는 정당한 정부 이익이 될 수 없다”고 하여 Moreno의 법리를 의회가 아닌 다른 정부행위 자들에게까지 확장시켰다.<sup>86)</sup> 이를 “추방자 원칙(Pariah Principle)”을 따른 것으로 보기도 하는데, 이 원칙은 정부는 한 사회의 집단을 불가촉천민(untouchable)으로 지정할 수 없으며, 그 집단이 일반적으로 좀 더 특별한 사법적 보호를 받는 집단(예를 들어, 흑인들)인지 아닌지(예를 들어, 왼손잡이들, Romer에서는 동성애자들)는 관련이 없다는 것이다.<sup>87)</sup>

위에 언급된 특정 집단에 대한 “반감”이 감지되면 통상적 합리성 심사가 아닌 강화된 합리성 심사를 적용하는 것으로 보인다.<sup>88)</sup> 연방대법원은 법이 정치적 비인기 집단을 해하려는 의도를 나타내는 경우, 더 철저한 형태의 합리적 근거 심사를 적용하여 그러한 법을 평등보호조항 위반으로 폐기결정해 왔다.<sup>89)</sup>

#### (1) Dept. of Agriculture v. Moreno

Moreno에서 세대원(household member)과 친척관계(related)가 아닌 자가 있는 세대는 식품구입권 프로그램의 참여에서 배제시킨 연방법이 명시한 법 목적은 저소득층 세대의 영양 섭취 수준을 올리고 농업 경제를 강화하기 위해 식품 소비를 늘린다는 것이었다. 목적의 정당성 심사에서 친척관계가 아닌 자의 배제가 그 목적들과 “명백히 관계가 없고,<sup>90)</sup>” 입법기록이 거의 없기는 하지만 “법 목적이 소위 ‘히피’와 ‘히피 공동체’가 식품구입권 프로그램에 참여하지 못하게 하려는 것임을 보여주는 입법기록이 있다.”며 “평등보호조항이 무언가를 의미한다면, 그것은 최소한 순전히 정치적인 비인기 집단을 해하려는 의회의 의도(bare Congressional desire to harm a politically unpopular group)는 정당한 주(州)이익에 해당하지 않음을 의미할 것”이기 때문에, (어떤 독립적인) 공익의 고려없이 히피를 차별하려는 목적만으로는 법을 정당화하지 못한다.”고 하였다.<sup>91)</sup> 의회가 제시한 식품구입권 사기를 최소화하려 했을 수 있다는 이유도 합리적 근거가 되지 않아<sup>92)</sup> 어떠한 합리적 근거도 없다”고 실시하며 법을 위헌선언하였다.<sup>93)</sup>

86) Cleburne, 473 U.S. at 447 (Kenji Yoshino(각주 69) 335 재인용).

87) Farber & Sherry, The Pariah Principle, 13 Const. Comment. 257 (1996) (Kathleen M. Sullivan, Gerald Gunter(각주 31), 637 재인용); 이를 가리켜 국가가 어떤 집단 전체를 열등한 지위로 만들기 위하여 의도적으로 배제할 수 없다는 “배제금지원칙”으로 표현하기도 하였다. 김지혜(각주 68), 211; 추방자 원칙에 대한 전반적인 설명과 그 원칙 하에서의 Romer 판례 분석은 정연철, 미국헌법상 평등보호와 Pariah Principle에 대한 고찰 -Romer case를 중심으로 -, 부산대학교 법학연구 제51권 제1호, 2010 참고.

88) Kenji Yoshino(각주 69), 335. 통상적(전통적)합리성 심사가 아닌 매서운(강화된) 합리성 심사의 차이는 위 II. 2. 라. 참조.

89) Lawrence, 539 U.S. at 580.

90) 이상 Moreno, 413 U.S. at 533-534.

91) Id. at 534-535.

92) Id. at 535-536.

93) Id. at 537.

## (2) *Cleburne v. Cleburne Living Center*

*Cleburne*에서 연방대법원은 정신지체인 그룹홈 운영에 특별한 허가증을 요구한 시의 조례를 심사하면서, 명시적으로 중간심사가 아니라 합리성 심사가 정신지체인에 대한 차별을 심사하는데 적절한 기준이라고 실시하였으나,<sup>94)</sup> 통상적인 합리성 심사와는 다른 점들이 발견된다. 목적 심사에서 시(市)측은 길 건너편에 있는 중학교 학생들이 그룹홈의 정신지체인들을 괴롭힐지도 모른다는 우려를 내세웠는데, 바로 그 학교에 약 30명의 정신지체인들이 이미 다니고 있다며 이를 배척하였다.<sup>95)</sup> 통상적인 합리성 심사였다면 학교가 인근의 정신지체 주민들보다는 그 학교의 정신지체 학생들을 더 잘 보호할 수 있기 때문일 수 있다고 쉽게 결론지었을 것이다.<sup>96)</sup> 그러나, 이 사건에서 연방대법원은 그런 이유는 정신지체인에 대한 편견(bias)에 근거한 것이며 그런 사적 편견에 빠지는 것은 정당한 정부 목적이 될 수 없다고 보았다.<sup>97)</sup> 또한, 시가 제시한 근거만을 검토하고 시가 의도했을 법한 합리적인 근거를 사실상 상정해내지 않았다.<sup>98)</sup> 수단 심사에서는 그룹홈이 상습범람원에 위치하고 있어 안전 문제가 있을 수 있다는 시의 주장에 대해 효율적인 대피 문제를 진정으로 우려했다면 노인, 환자 등을 위한 다른 시설들에도 허가도 거부했어야 한다며 표면상의 이유에 불과할 뿐이라고 배척하였다.<sup>99)</sup> 통상적인 합리성 심사기준을 적용했다면 단계적 접근이 허용되므로 시 정부는 정신지체인에 대한 시설은 규제하면서도 그 기준을 병원이나 요양원에는 적용하지 않을 수 있었을 것이다.<sup>100)</sup>

## (3) *Romer v. Evans*

*Romer* 사건의 경우, 전통적 합리성 심사를 적용하였다면 모든 상정가능한 이유를 생각해내고 그 모두가 제거되어야만 당해 사건의 입법의도가 “순전히” 반감에서 비롯된 것이라고 할 것이다.<sup>101)</sup> 그러나 실제로 *Romer*의 법정의견은 그렇게 하지 않고 콜로라도 주 정부가 내세운 이유만을 검토하였다. 전통적 합리성 심사였다면 수정2조가 동성애에 반대하는 시민들의 결사의 자유 보호와 다른 집단에 대한 차별에 대항할 자원의 보전이라는 상정가능한 목적 달성에 합리적으로 연관되어 있다고 판단했을 것이며 단계적인 접근으로서 쉽게 정당화되었을 것이다.<sup>102)</sup> 그러나 *Romer*는 그렇게 하지 않고, 수정2조의 광범위성을 고려하면 위 정당화 사유들과 너무 동떨어져 있어서, 즉 수단과 목적 사이의 관련성이 현저히 떨어져서 법이 반감에서 비롯되었다는 추정을 피할 수 없다고 보았다.<sup>103)</sup><sup>104)</sup>

94) *Cleburne*, 473 U.S. at 442-447.

95) *Id.* at 449.

96) Kenji Yoshino(각주 69), 334.

97) *Cleburne*, 437 U.S. at 448.

98) Kenji Yoshino(각주 69), 334.

99) *Cleburne*, 437 U.S. at 449.

100) Kenji Yoshino(각주 69), 334; E. Chemerinsky(각주 32), 705.

101) Kenji Yoshino(각주 69), 335.

102) Kenji Yoshino(각주 69), 335.

103) *Romer*, 517 U.S. at 634-635.

104) 이럴 경우 어차피 모든 정당화 사유들이 법과 관련성이 없다면, 그냥 합리성 심사를 통과하지 못하므로 반감은 불필요한 개념이라는 견해가 있다. Susannah W. Pollvogt(각주 73).

위에서 보는 바와 같이, 새로운 단계의 심사기준 설정없이 합리성 심사가 반감에서 비롯된 차별을 무효화하는데 활용된 것을 알 수 있다.

### 3. Lawrence v. Texas (2003) – 동성 간 소도미 금지법

연방대법원은 6대3으로 동성 간의 소도미를 금지하는 텍사스 주법<sup>105)</sup>을 위헌이라고 판시하였는데, 법정의견을 작성한 Kennedy 대법관을 비롯한 5명의 대법관은 실제적 적법절차가 보호하는 프라이버시권 침해를 근거로, O'Connor 대법관은 평등보호조항 위반을 그 근거로 하였다.

#### 가. 판결요지

##### (1) 대법관 Kennedy의 법정의견

법정의견은 국가의 부당한 침해로부터의 자유는 거주지 또는 여타의 사적 공간에서의 공간적 자유뿐 아니라 공간적 영역을 넘어 “사상, 신념, 표현 및 특정한 내밀한 행동의 자유를 포함한 개인의 자치(autonomy)를 상정하는” 좀 더 초월적인 차원에까지 확대됨을 전제로 하였다.<sup>106)</sup>

이 사건은 상고인들이 실제적 적법절차상 자유의 행사에 있어서 해당 사적 행동을 할 자유가 있는지를 판단해야 한다고 하며,<sup>107)</sup> 피임약이나 피임기구의 지원 및 상담을 금지하는 주(州)법을 무효화한 Griswold v. Connecticut는 보호되는 권리를 프라이버시권으로 표현하고 혼인관계와 부부의 침실이라는 보호되는 공간을 강조하였는데, 미혼자들에게 피임약·피임기구 배포를 금지한 법을 무효화한 Eisenstadt v. Baird<sup>108)</sup>, 여성의 낙태권이 완전하지는 않지만 실제적 적법절차상 자유로서 보호를 받는 권리임을 인정한 Roe v. Wade, 16세 이하에게 피임약·피임기구의 판매·배포를 금지한 법을 무효화한 Carey v. Population Services Int'l를 통해 프라이버시권이 기혼자에게만 한정되지 않고, **개인(individual)**에게 속하는 것임을 강조하였다.<sup>109)</sup>

Bowers가 그 사건 관련 권익을 “동성애자가 소도미할 권리”로 정의한 점이 “문제된 권익의 범위를 제대로 인식하지 못하고 있음을 드러내”는 것이라며, Bowers와 이 사건 법은 단지 특정 성행위를 금지했지만 “인간의 가장 사적인 행동인 성적 행동을 건드리는 것으로” 그 영향은 훨씬 광범위하다며, 범죄자로 처벌받지 않고 개인이 선택할 자유에 속하는 사적인 관계를 통제하려는 법이라고 설명하였다.<sup>110)</sup>

105) Lawrence, 539 U.S. at 563(동성의 타인과 일탈적 성교(deviate sexual intercourse)를 하는 것은 범죄이다. Tex. Penal Code. §21.06(a) (2003); “일탈적 성교”란 “(A) 한 사람의 성기 일부가 타인의 입이나 항문과 접촉하는 것 또는 (B) 타인의 성기나 항문에 물건을 삽입하는 것이다. Tex. Penal Code. §21.01(1)).

106) Id. at 562.

107) Id. at 564.

108) 프라이버시권은 아이를 갖거나 낳을지 여부의 결정과 같이 개인에게 근본적인 영향을 미치는 문제들에서 국가의 부당한 침해로부터 자유로울 개인의 권리이다. Id. at 565 (Eisenstadt, 405 U.S. at 453 인용).

109) Id. at 564-566.

110) Id. at 566-567.

Bowers를 폐기할 논거들로, Bowers는 동성애 소도미의 금지가 아주 오래된 뿌리를 가지고 있다고 했는데 개별 사안으로서 동성애 행위를 겨냥한 법은 이 나라에서 오랜 역사를 가지고 있지 않으며, 초기 미국 소도미법들은 동성애자를 겨냥한 것이 아니라 출산으로 이어지지 않을 성행위를 일반적으로 금지하기 위한 것이었다는 점과, 소도미 금지법은 합의된 성인들 간에 사적으로 행해지는 경우에는 집행되지 않았던 것으로 보이며, 동성애자들을 겨냥한 법은 “아주 오랜 뿌리”를 가지고 있기는커녕 1970년대에 와서야 생겼다는 점 등을 제시하였다.<sup>111)</sup>

그리고 “지난 반세기간의 우리 법과 전통이 가장 관련있다”고 할 것인데, Bowers 이후 많은 주가 소도미 금지법을 폐지하였고 그러한 법이 있더라도 합의된 성인들 간에 사적으로 행해지는 경우에는 집행하지 않는 양상을 띠는 점 등이 “자유가 성인에게 성 문제 관련 사생활을 어떻게 영위할 것인가에 대해 상당한 보호를 한다.”는 “인식의 부상(emerging awareness)”을 보여주고 있음을 지적하였다.<sup>112)</sup>

또한, Bowers 이후의 연방대법원 결정인 *Planned Parenthood v. Casey*<sup>113)</sup>와 *Romer*로 인해 Bowers 판결의 근거가 심각한 손상되었음을 지적하였다.<sup>114)</sup> Casey는 미국 법과 전통이 “가장 내밀하고 개인적인 선택으로서 개인의 존엄성과 자치에 중심이 되는 결혼, 출산, 피임, 가족 관계, 자녀 양육·교육과 관계된 개인적인 결정을 헌법적으로 보호함을 재확인했다고 하며, “동성애자들도 이성애자들과 마찬가지로 위와 같은 목적을 위한 자치를 추구할 수 있다”고 선언하였다.<sup>115)</sup> Romer는 동성애자를 겨냥한 집단 기반 입법(class-based legislation)을 평등보호조항 위반으로 폐기 결정하였음을 지적하며, 이 사건 법을 평등보호조항상 무효로 선언할 근거를 제공하였다는 주장이 설득력있다(tenable)고 하였다.<sup>116)</sup> 그러나, 평등보호조항에 근거한 판결은 이 사건 법과 달리 구분 지으면, 즉 동성 뿐 아니라 이성간 행위도 금지하면 그 구분이 유효한지에 대한 의문을 불러일으킬 수 있고, 평등 취급과 자유의 실체적 보장에 의해 보호되는 행동에 대한 존중을 요구하는 적법절차권리는 중요한 면에서 연결되어 있으며, 실체적 적법절차에 근거한 결정이 양 이익 모두를 증진시킨다는 점을 평등보호가 아닌 실체적 적법절차를 판단 근거로 하는 이유로 설명하였다. 주(州) 법이 동성애 행위를 범죄로 선언하면 그 자체로 동성애자에 대한 차별을 초래하는 것임을 지적하며,<sup>117)</sup> Bowers를 폐기함을 명시하였다.<sup>118)</sup>

---

111) Id. at 568-570.

112) Id. at 571-572.

113) 505 U.S. 833 (1992). Roe가 인정한 태아가 생존능력을 갖추기 전 여성의 낙태권을 재확인하였으며, 낙태규제의 위헌심사기준으로 Roe의 3단계 임신기간에 의한 접근법이 아닌 “부당한 부담(undue burden)” 테스트를 채택하였다.

114) *Lawrence*, 539 U.S. at 576.

115) Id. at 573-574.

116) Id. at 574.

117) 이상 Id. at 575.

118) Id. at 578. “Bowers는 결정 당시에도 현재에도 옳지 않다. Bowers는 구속력 있는 선례(binding precedent)로 남아있어서는 안 된다. Bowers는 폐기되어야 하고 이제 폐기된다(is overruled).”

이 사건에서 상고인들은 동성애자들의 생활방식에 공통적인 성행위를 합의하에 한 성인들 이고, 이들은 그들의 사생활을 존중받을 권리가 있으며, 주 정부는 그들의 사적인 성행위를 범죄로 규정함으로써 그들의 존재를 비하하거나 그들의 운명을 좌우할 수 없다고 하며, 적법절차상의 자유권이 동성애자들에게 정부의 개입없이 그들의 행위(즉 소도미)를 할 온전한 권리를 주고, 이 사건 법은 개인적·사적 생활에의 침해를 정당화할만한 어떠한 정당한 주 이익도 증진시키지 않는다고 판시하였다.”<sup>119)</sup> 실제적 적법절차상 동성애자를 포함한 모든 성인은 합의된 성행위를 할 실제적 적법절차상 권리가 있음을 인정한 것이다.

## (2) O'Connor 대법관의 별개의견

Bowers 폐기에는 동의하지 않는다고 하며,<sup>120)</sup> 법정의견과 같이 실제적 적법절차에 의거해서가 아니라 평등보호조항에 의거하여 이 사건 법이 위헌이라고 판단하였다. 법이 정치적 비인기 집단을 해하려는 의도를 나타내는 경우, 더 철저한 형태의 합리적 근거 심사를 적용하여 평등보호조항 위반으로 폐기결정해 왔음을 상기시키며,<sup>121)</sup> 이 사건 법은 이성간 소도미는 제외하고 동성간 소도미만을 범죄로 규정하여 같은 행위를 오로지 행위자에 따라 달리 취급한다는 점을 지적하였다.<sup>122)</sup> 실제적 적법절차가 동성애 소도미를 할 권리를 보호하는지가 쟁점이었던 Bowers에서는 “도덕성 고취”가 충분한 정당화 논거였지만, 평등보호조항상 이성에게는 허용하는 소도미를 동성에게만 금하는 합리적 근거가 될 수는 없다고 하였다. 동성애자들과 같은 집단에 대한 “도덕적 반감”은 그 집단을 “순전히 해할 의도”와 마찬가지로 “평등보호조항하의 합리적 심사를 만족시키기에 불충분한 이익”이라고 설명하였다. 여타의 주(州) 이익의 도모 없이 도덕적 반감만으로는 충분한 근거라고 판시한 적이 없음을 강조하였다.<sup>123)</sup>

텍사스 주는 동성애자들이 아닌 동성애 행위를 차별한다고 주장하였지만, 법이 겨냥한 행위가 “동성애자 됨”과 밀접한 상관관계가 있는 경우 이는 동성애자들을 한 집단으로서 겨냥하는 것이며,<sup>124)</sup> “집단을 정의하는 행위를 범죄로 규정하는 것보다 더한 한 집단에 대한 명백한 차별은 없을 것”이라고 설명하였다.”<sup>125)</sup>

텍사스 주는 도덕적 반감 말고는 다른 어떤 정당한 주 이익(예를 들어, 국가안보나 결혼이라는 전통적 제도의 보존 등)이 있음을 증명하지 못하였고,<sup>126)</sup> 오로지 주 정부의 한 집단과 그 집단과 연계된 행위에 대한 도덕적 반감 때문에 그 집단을 범죄자로 낙인찍는 법은 어떠한 심사기준 하에서도 헌법적 가치들과 평등보호조항에 반하기 때문에, 위헌이라고 실시하였다.<sup>127)</sup>

---

119) Id.

120) Id. at 579.

121) Id. at 580.

122) Id. at 581.

123) 이상 Id at 582.

124) Id. at 583.

125) Id. (Romer, 517 U.S. at 641 인용).

126) Id. at 584-585.

127) Id. at 585.

### (3) Scalia 대법관의 반대의견

법정의견이 동성애 소도미를 할 근본적인 권리는 없다는 Bowers의 결론을 폐기한다고 하면서도, 동성애 소도미를 “자유(liberty)”의 행사로만 표현했을 뿐 정작 동성애 소도미를 할 권리가 실제적 적법절차상 근본적인 권리 또는 자유에 해당한다고 선언하지 않았고, 당해 법이 “정당한” 주 이익을 증진하지 않는다고 판시함으로써 (들어본 적이 없는) 합리적 근거 심사(an unheard-of form of rational basis review)를 적용하여 이 사건 관련 권리가 근본적인 권리라면 적용했었어야 할 적절한 심사기준(즉 엄격심사)을 적용하지도 않았다고 공격하였다.<sup>128)</sup>

수정헌법 제14조는 주 정부가 “**적법절차**”를 제공하는 한, 주 시민의 “자유” 박탈을 **명시적으로 허용**한다고 하며, “실체적 적법절차”로 알려진 이 법리를 적용하여 침해가 강력한 주 이익 달성에 기여하도록 좁게 재단되지 않는 한 주(州)가 **근본적인** 자유 이익을 침해하는 것을 금지한다고 판시해왔으며, **오직** 근본적인 권리들, 즉 이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌려 박혀 있는 권리들**만이** 소위 “강화된 심사”의 보호를 받을 자격이 있다고 반복적으로 판시되어 온 점을 강조하였다.<sup>129)</sup> 동성애 소도미의 권리는 이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌려박혀 있지 않으며,<sup>130)</sup> 법정의견이 위헌 논거로 제시한 “인식의 부상”은 정의상 “근본적인 권리”가 될 요건인 이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌려박혀 있음에 반한다고 반박하였다.<sup>131)</sup>

이 사건 법에 대한 어떠한 합리적 근거도 없다는 법정의견의 결론에 대해, 특정 성행위는 부도덕하여 용납할 수 없다는 지배 다수의 도덕적 신념이 규제의 합리적 근거로 오랫동안 인정되어 왔고, 다수의 성도덕 고취가 정당한 주 이익으로 인정되지 않는다면, 중혼, 동성혼, 근친상간, 매춘, 자위, 간통, 화간, 수간, 음란 금지법 등 도덕적 선택에 근간을 둔 법들에 대한 합리적 근거가 사라지게 되어 모든 도덕입법의 종말을 선언하는 것이라는 점<sup>132)</sup>과, 통상적인 민주적 과정을 통하여 이루어져야 할 사안에 법원이 본분을 떠나 편을 든 격이라며 법정의견의 부적절성을 지적하였다.<sup>133)</sup>

### (4) Thomas 대법관의 반대의견

권리장전과 헌법의 어디에서도 일반적 프라이버시권(general right of privacy)도 “공간적인 그리고 더 초월적인 차원의 개인의 자유”를 찾아낼 수가 없다<sup>134)</sup>는 점을 반대의 이유로 들었다.

---

128) Id. at 586

129) Id. at 592-593.

130) Id. at 596.

131) Id. at 598.

132) Id. at 589-590, 599.

133) Id. at 602-604.

134) Id. at 605-606.

## 나. Lawrence의 의의

Lawrence의 의의는 처음으로 동성애자를 포함한 개인의 성생활, 즉 동성애행위가 실제적 적법절차의 보호를 받는 프라이버시권 내에 있음을 확인했다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 나아가 동성애 행위를 할 실제적 적법절차상 권리를 인정한 Lawrence의 논증이 실제적 적법절차상 동성혼 할 권리의 인정으로 이어질 수 있다는 대법관 Scalia의 우려<sup>135)</sup>대로, Lawrence는 그 같은 주장이 제기되는 도화선이 되었다. Lawrence는 동성애에 대한 도덕적 반감(moral disapproval)이 정당한 정부목적임을 부정했는데, 도덕적 반감 말고는 동성혼 금지를 설득력있게 정당화할만한 정부이익을 확인해내기가 힘들기 때문에, Brown<sup>136)</sup>이 모든 인종차별금지의 계기가 되었던 것처럼, Lawrence가 성적지향차별의 금지를 이끌어낼 것으로 평가되기도 했다.<sup>137)</sup> 실제로 Lawrence 결정이 내려진 후, 이성혼만을 인정하는 주법의 위헌성에 대한 공격이 늘어났고 그를 무효화하는 주(州)법원 판례들이 속속 등장하였으며,<sup>138)</sup> 2013년 Windsor에서 연방대법원은 동성의 결합 또는 동성애가 “헌법에 의해 보호되는 도덕적·성적 결정”이라는 논거로 Lawrence를 원용하며,<sup>139)</sup> 주(州)가 인정한 동성혼을 연방정부가 인정하지 않는 것은 위헌임을 선언한다.

## 다. 실제적 적법절차 사건에서 관련 권익의 정의와 심사기준

실체적 적법절차 사건의 경우, 관련 권리 또는 이익이 근본적인 권리인지 아닌지에 따라 강화된 심사기준이 적용될지 여부가 달라지기 때문에 관련 권익을 어떻게 표현(정의)하는지는 어떤 심사기준이 적용되어야 하는지에 관한 논의가 된다. 추상화의 정도가 일반적인 경우에는 어떠한 자유도 이 나라의 전통과 일치되는 것으로 정당화 될 수 있겠고, 아주 구체적인 경우에는 헌법에 열거되지 않은 권리는 거의 다 정당화되지 못할 것이다.<sup>140)</sup> 같은 권익을 놓고 Bowers는 좁게 구체적으로 정의하여 근본적인 권리가 아니라는 이유로 전통적 합리성 심사를 적용하였고, Lawrence는 일반적인 용어로 정의하고 성행위는 개인성의 근본적인 측면에 해당하여<sup>141)</sup> “프라이버시권”—연방대법원이 판례를 통하여 근본적인 권리로 인정해 온—에 해당한다는 논증을 통하여 강화된 심사를 적용할 기반을 마련하였지만, 관련 권익을 “실체적 적법절차가 보호하는 자유(liberty)”라고만 하고 “근본적인 권리나 자유”라고 명시하지 않았다.<sup>142)</sup> 한편 “이 사건 법을 정당화할 ‘정당한’ 정부이익이 없다.”고만 하였을 뿐 이 사안에 적용할 심사기준을 명시하지 않았는데, “정당한”이라는 표현으로 보아 일

135) Id. at 601-602.

136) Brown v. Bd. of Education, 347 U.S. 483 (1954).

137) Michael J. Klarman, Brown and Lawrence (and Goodridge), 104 Mich. L. Rev. 431 (2005)(Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther(각주 31), 482 재인용).

138) Goodridge v. Dep't. of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); In re Marriage Cases, 183 P.3d 384 (Cal. 2008); Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health, 957 A.2d 407 (Conn. 2008); Varum v. Brien, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009).

139) Windsor, slip op. at 23.

140) E. Chemerinsky(각주 32), 815.

141) E. Chemerinsky(각주 32), 868.

142) Lawrence, 539 U.S. at 578.

견 합리성 심사를 한 것으로 보인다. 그러나 전통적 합리성 심사였다면 법의 유효성을 뒷받침할 개연성이 있는 정당화 사유들을 다루었겠지만 그런 과정 없이, 그리고 반대의견에서 보듯이 (다수의 성도덕 고취와 같은) 그럴만한 사유가 있었음에도 불구하고 “텍사스 주(州) 법은 개인적·사적 생활에의 침해를 정당화할만한 어떠한 정당한 주 이익도 증진시키지 않는다.”고 판시하였다. 따라서 반대의견에서도 지적하였듯이 전통적인 형태의 합리성 심사를 하지 않은 것만은 확실하다.<sup>143)</sup>

한편 Lawrence를 강화된 합리성 심사를 적용한 실체적 적법절차 판례로 보기도 한다.<sup>144)</sup> Lawrence의 법정의견은 암묵적으로 별개의견은 명시적으로, 동성애자 행위를 범죄화하는 것은 사실상 동성애 신분을 범죄화하는 것이라는 점<sup>145)</sup>과 신분에 근거를 둔 한 집단에 대한 순전한 도덕적 반감은 정당한 정부 목적이 아니라는 것<sup>146)</sup>을 인정하고 그 반감을 근거로 법을 무효화한 것으로 보는 것이다.<sup>147)</sup>

#### 4. U.S. v. Windsor (2013) – 동성혼 불인정(연방)법

연방대법원은 2013년 6월 26일 5대4로 결혼과 배우자의 정의를 이성혼에 한정된 결혼방어법(Defense of Marriage Act, DOMA) 제3조를 수정헌법 제5조가 보호하는 자유(와 동 조가 보장하는 평등보호)를 박탈하여 위헌이라고 판결하였다.

##### 가. 판결요지

###### (1) 법정의견

법정의견을 요약하면 다음과 같다:

결혼에 대한 정의와 규제는, 개인의 헌법적 권리를 존중하는 헌법적 보장에 어긋나지 않는 한, 역사와 전통에 의해 주(州)의 독점적 권한과 영역 내에 있는 것으로 간주되어 왔고,<sup>148)</sup> 연방정부는 가족 관계(domestic relations)에 관하여는 주법의 정책 결정에 따라왔는데,<sup>149)</sup> 결혼방어법은 넓은 적용범위와 큰 규모로 인해 결혼에 대한 정의는 주법에 따르는 역사와 전통에서 벗어난 것이다.<sup>150)</sup> 동성애자들에게 결혼할 권리를 주기로 한 주의 결정은 그들에게 존엄과 매우 중요한 지위를 부여한 것인데<sup>151)</sup>, 연방정부는 반대의 목적으로 그 집

143) 한편, 법이 자유에 영향을 주는(implicates) 것만으로도 법에 대한 정당화 입증책임을 정부에게로 돌리는 (shift) 것이므로 Lawrence에서 강화된 심사가 적용되었다고 보는 견해도 있다. Randy E. Barnett, Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas, 2003 Cato Sup. Ct. Rev. 21 (2003).

144) Kenji Yoshino(각주 69), 336; Jeremy B. Smith(각주 68), 2770; Kerry Abrams, UVA Law Professors Analyze Supreme Court's Same-Sex Marriage Rulings (Jun. 26, 2013), [http://www.law.virginia.edu/html/news/2013\\_sum/scotus\\_doma.htm](http://www.law.virginia.edu/html/news/2013_sum/scotus_doma.htm).

145) Lawrence, 539 U.S. at 575, 583.

146) Id. at 582.

147) Susannah W. Pollvogt(각주 73).

148) Windsor, slip op. at 14, 16, 17.

149) Id. at 17.

150) Id. at 19.

단에 제한과 장애를 부과하였다. 그로부터 야기된 피해와 모욕이 수정헌법 제5조가 보호하는 자유의 본질의 박탈인지 여부를 판단할 필요가 있다. 결혼방어법은 뉴욕주가 보호하려는 집단을 해할 목적으로 뉴욕주가 동일하게(alike) 대우하려 한 집단을 다르게(unlike) 취급한다. 동성혼을 인정하기로 한 뉴욕주의 결정은 연방주의 내에서 주의 주권(主權)의 올바른 행사임에 틀림없으며,<sup>152)</sup> 이는 뉴욕주가 주 내에서는 동성혼에 합법적 지위를 부여하고 동성의 결합을 다른 결혼들과 동등하게 취급할 것을 법적으로 인정할 것을 넘어, 뉴욕주 공동체가 숙고한 후 내린 결혼과 평등의 의미를 반영하는 것이다.

결혼방어법은 뉴욕 주가 보호하려는 바로 그 집단을 해하려 함으로써 연방정부에 적용되는 기본적인 적법절차와 평등보호 원칙(basic due process and equal protection principles applicable to the Federal Government)을 위반한다. 헌법상 평등보호는 최소한 순전히 정치적 비인기 집단을 해하려는 의도로는 그 집단에 대한 차별이 정당화 될 수 없음을 의미하고<sup>153)</sup> 부당한 반감(animus)이나 목적이 법의 동기인지 여부를 판단할 때 “이례적인 성격의 차별”은 특별히 세심한 심사를 요한다.<sup>154)</sup> 결혼에 관한 주의 정의와 규제를 존중하는 통상적인(usual) 전통으로부터의 결혼방어법의 이례적인(unusual) 이탈은 연방에서 동성혼을 인정하는 경우 따라오는 혜택과 의무를 동성커플들에게서 박탈하는 결과를 가져온다.<sup>155)</sup> 이는 이 사건 법이 그 집단을 불승인하는 목적과 효과를 가지고 있다는 증거이다.<sup>156)</sup> 결혼방어법의 공언(公言)된 목적과 효과는 주가 합법적으로 인정한 동성혼 커플들에게 불이익과 별개의 지위(separate status)를 줌으로써 낙인(stigma)을 찍는 것이다.<sup>157)</sup> 입법기록에 명시된 결혼방어법의 목적은 “이성혼만을 인정하는 법에 반영되어 있는 전통적인 도덕적 가르침을 보호하는데서 오는 이익”의 증진이다. 법 목적이 동성 간 결합을 연방법 상으로는 반드시 이등결혼(a second-class marriage)으로 취급되도록 하는 것임이 드러났고, 이는 매우 심각한 수정헌법 5조 문제를 야기한다. 결혼방어법은 미연방법 전체에 불평등을 명시함으로써 불평등을 제거하려는 뉴욕주의 목적을 좌절시킨다. 결혼방어법의 주요 효과는 주가 인정한 결혼들 중 특정 부분을 골라내어 불평등하게 만드는 것이며, 주요 목적은 정부의 효율성과 같은 이유가 아닌 불평등을 지우는 것이다. 이는 같은 주 내에서 동일한 결혼이 주법상으로는 인정되지만 연방법상으로는 인정되지 않는 모순된 결혼 체제를 야기하여 주가 인정하고 보호하는 것이 옳다고 판단한 기본적 인간관계의 안정성과 예측가능성을 약화시킨다.<sup>158)</sup> 결혼방어법은 여러 가지 면에서 동성혼 커플과 그 자녀들을 해한다.<sup>159)</sup>

위와 같은 결혼방어법의 목적과 효과 때문에 결혼방어법은 수정헌법 5조가 보호하는 자유를 박탈하여 위헌이며, 동 조가 보호하는 자유는 그 안에 평등보호원칙을 포함한다.<sup>160)</sup> 주가

151) Id. at 18.

152) 이상 Id. at 19.

153) 이상 Id. at 20.

154) Id. at 19, 20.

155) Id. at 20.

156) Id. at 20-21.

157) Id. at 21.

158) 이상 Id. at 22.

159) Id. at 23-24.

결혼법을 통하여 인간성과 존엄성을 보호하려 했던 사람들을 폄하하고 해하려는 목적과 효과는 어떠한 정당한 목적에 의해서도 극복할 수 없으므로 결혼방어법은 위헌이다.<sup>161)</sup>

## (2) 반대의견

Roberts 대법원장은 그의 반대의견에서 통일성과 안정성이라는 이익이 이 사건 법을 정당화할 입법목적으로 인정될 수 있다며,<sup>162)</sup> 결혼방어법이 순전히 해할 의도에 의해 비롯되었다는 결론을 내리기 위해서는 법정의견과 같이 입법기록과 법 명칭에 의거해서만으로는 부족하고, 법이 악의(malice)에서 비롯되었으며 어떠한 정당한 정부목적도 증진시키지 못한다는 보다 설득력 있는 증거가 필요하다고 주장하였다. 또한 법정의견의 논증은 주(州)들이 결혼 관계를 정의할 권한 행사에 있어서 결혼에 대한 전통적인 정의를 계속 활용할 수 있는지에 대해서는 결정하지 않았음을 지적하며 주 동성혼 금지법의 위헌성에 대해서는 결정된 것이 없음을 강조하였다.<sup>163)</sup>

Scalia 대법관은 자신은 이 사건 분류에 대하여 합리성 여부만을 심사했을 것이고,<sup>164)</sup> 전통적 합리성 심사에 따르면, 전통적 성도덕의 강화 뿐 아니라 연방영역에서의 결혼의 정의를 통일함으로써 준거법선택(choice-of-law)의 문제를 피하고, 결혼에 관한 주법의 변화가 연방법의 작동을 자동적으로 변경하지 않도록 하여 연방법의 의도된 효과를 보존함으로써 연방제도 운영의 안전성을 도모할 목적 등이 유효한 정당화 논거로 인정되었을 것이라며,<sup>165)</sup> 법정의견이 결혼방어법의 평등보호조항 위반 여부 심사 시 단순한 합리성 심사 이상의 기준을 적용해야 하는지 여부를 판단하지 않았을 뿐 아니라 언급조차 없었고, 엄격심사를 적용하지는 않았으나 합리성 심사를 하는 듯한 입장을 취하면서도 입법자 판단 존중적인(deferential) 합리성 심사를 한 것은 아니라고 비판하였다.<sup>166)</sup> 또한 법정의견의 판단 근거가 어정쩡한 연방주의(federalism)인지 평등보호조항인지 아니면 실제적 적법절차인지 명확하지 않다는 점 역시 지적하였다. 법정의견의 진정한 논리는 결혼방어법이 순전히 동성혼 커플을 해할 의도에 의해 비롯되었기 때문에 무효라는 것이라며,<sup>167)</sup> 주장된 불의한 입법의도를 이유로(on the basis of an alleged illicit legislative motive) 그 밖의 면에서는 합헌일 수 있는 법을 무효로 하는 것은 헌법 원리에 어긋난다고 하였다.<sup>168)</sup> 한편, 위와 같은 논리는 매우 쉽게 논리필연적으로 동성혼을 금지하는 주법들에 대하여서도 동일한 결론(즉 위헌결정)을 내

---

160) Id. at 25. 연방정부에 적용되는 수정헌법 제5조는 평등보호를 명시하고 있지 않지만, “수정헌법 제5조의 평등보호적 요소(equal protection component of the Due Process Clause of the Fifth Amendment)”가 있다고 본다. Id. at 16. (Scalia, J. dissenting) (Moreno, 413 U.S. at 533 인용).

161) Id. at 25-26.

162) Id. at 1 (Roberts, J. dissenting).

163) Id. at 2 (Roberts, J. dissenting).

164) Id. at 17 (Scalia, J. dissenting).

165) Id. at 18-20 (Scalia, J. dissenting).

166) Id. at 17 (Scalia, J. dissenting).

167) 이상 Id. at 18 (Scalia, J. dissenting).

168) Id. at 19 (Scalia, J. dissenting).

리게 할 것이라고 주장하였다.<sup>169)</sup> 궁극적으로 그는 결혼처럼 근본적인 문제에 대한 의견충돌은 사법적으로 해결할 문제가 아니라 민주적 의사결정과정을 통해 국민들이 결정해야 할 문제로 보았다.<sup>170)</sup>

Alito 대법관은 그의 반대의견에서 동성혼은 중요한 공공 정책 문제이기는 하지만 어려운 헌법 문제는 아니라고 하였다.<sup>171)</sup> 결혼방어법이 수정헌법 제5조가 보호하는 자유를 박탈하여 위헌이라는 법정의견의 판단은 법정의견의 판결이 부분적으로 실제적 적법절차에 근거를 두고 있다고 볼 수 있고, 실제적 적법절차의 보호를 받기 위해서는 이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌리박혀 있거나, 질서있는 자유의 개념에 내포되어 있는 근본적인 권리나 자유이어야 하는데, 동성혼의 권리가 이 나라의 역사와 전통에 깊숙이 뿌리박혀 있지 않다는 점은 논쟁의 여지가 없기 때문에 매우 새로운 권리의 인정 요청인 것이고, 이런 경우 법관들은 신중해야 한다고 하였다.<sup>172)</sup> 한편, 결혼방어법이 평등보호 보장 법리상 합헌인가(즉 성적 지향에 기한 차별취급인 해당 분류가 “강화된” 심사를 촉발시키는지와 동 심사를 통과하는지)를 묻는 것 역시 결혼에 관한 전통적인 이해를 기반으로 하고 있는 결혼방어법의 합헌성을 평가하는데 적절하지 않다고 지적하며<sup>173)</sup> 이는 결국 본질적으로 무엇이 결혼인가에 관한 논쟁<sup>174)</sup>의 해결을 요구하는 것이기 때문이라고 설명하였다.<sup>175)</sup> 이 문제의 해결은 헌법이 동성혼 할 권리를 규정하지 않았기 때문에 헌법의 해석과 적용을 담당하는 사법부의 소관이 아니고, 주권을 가진 국민들에 의해 이루어져야 할 문제로 비선출직단인 판사들이 아니라 선출직단인 입법자를 통해 해결되어야 한다는 것이다.<sup>176)</sup> 어쨌든 결혼방어법은 주들이 동성혼을 인정하거나 동성혼커플에게 어떠한 권리, 특권, 혜택, 의무를 부여하는 것을 막지 않고 다만 연방법이 혜택과 부담을 줄 인적 집단을 정의할 뿐이므로 결혼의 정의를 내릴 주의 주권을 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>177)</sup>

## 나. Windsor의 의의

Windsor는 정치적 비인기집단, 이 사건에서는 동성애자들에 대한 반감에서 그들을 해할 의도로 자의적으로 차별해서는 안 된다는 평등보호 결정으로 볼 수 있다. 이렇게 보면 Windsor가, 대법관 Scalia의 반대의견에서 지적된 바대로, 동성혼을 금지하는 주(州)법들을

---

169) Id. at 22-24 (Scalia, J. dissenting). Windsor는 연방법 관련 사건이지만 그 평등보호 관련 논증은 주(州)의 동성혼 금지법의 위헌 소지를 암시하는 것으로도 해석이 가능하다.

170) Id. at 25-26 (Scalia, J. dissenting).

171) Id. at 6 (Alito, J. dissenting).

172) Id. at 7-8 (Alito, J. dissenting).

173) Id. at 10 (Alito, J. dissenting).

174) Alito 대법관은 결혼의 의미에 대한 경합하는 견해로 출산과 자녀양육을 지원할 구조를 형성할 수 있는 가능성이라는 관점에서의 “전통적 견해(traditional or conjugal view)”와 강한 정서적 애착과 성적 끌림으로 특징지어지는 상호간의 약속의 거행으로서 “동의를 기반을 둔 견해(consent-based view)”를 제시하였다. Id. at 13-14 (Alito, J. dissenting).

175) Id. at 10-11, 13 (Alito, J. dissenting).

176) Id. at 9-10, 14-15 (Alito, J. dissenting).

177) Id. at 16-17 (Alito, J. dissenting).

위헌선언하게 하는 논거를 제공하여, 동성혼을 전면적으로 인정하는 길을 열었다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 여기에 연방법이 결혼의 정의를 규정할 주의 권한을 합리적이거나 정당한 이유없이 침해했기 때문에 위헌이라는 연방주의가 개입되어 있어, 동성혼을 금지하는 주법 역시 동성혼을 인정하는 주법과 마찬가지로의 존중을 받아야 한다고 볼 여지도 있기 때문에, 동성혼의 합법성 여부를 각 주의 주민들에게 맡겼다고 볼 수도 있다. 한편 주정부가 인정한 동성혼을 연방정부가 인정하지 않는 것을 실제적 적법절차가 보호하는 자유를 침해한 것으로도 볼 수 있지만,<sup>178)</sup> 여기서 “실체적 적법절차가 보호하는 자유”가 명확히 동성혼의 권리나 자유를 의미하는지는 확실치 않다. 따라서 Windsor가 동성혼을 전면적으로 합법화한 것으로 보기는 어려울 것이다.

#### 다. 이례적인 성격의 차별과 세심한 심사

Windsor와 Romer는 소수자 또는 정치적 비인기집단을 향한 반감의 법리 외에도 이례적인 성격의 차별은 세심한 심사(careful consideration)를 요한다는 심사기준에 따라 평등보호 위반여부를 판단하였다.<sup>179)</sup>

Romer는 위에서 살펴봤듯이 수정2조가 하나의 특성으로 사람들을 한 집단으로 특정하고 그들에게 법의 보호를 전면적으로 부정함으로써 너무 좁기도 하고 동시에 너무 넓기도 한 전례없는 입법으로, 이러한 전례없이 이례적인 성격의 차별은 위헌여부 판단에 있어서 “세심한 심사”가 특별히 요청된다고 실시하여 판단기준을 제시<sup>180)</sup>한 후, 정부가 내세운 정당화 사유들이 너무 그 목적과 동떨어져 있기 때문에 수정 2조가 영향을 주는 집단을 향한 반감에서 비롯되었다고 밖에는 볼 수 없으므로 정당한 주(州)이익과 합리적인 관계가 없다고 판시하였다.<sup>181)</sup>

한편 Windsor의 법정의견이 결혼방어법의 위헌성을 논증하는 과정은 아래와 같다:

결혼에 관한 정의와 규제는 역사적·전통적으로 주가 관할하는 분야인데,<sup>182)</sup> 연방정부는 결혼방어법을 통하여 이와 같은 주의 가족관계 영역 관할권에 개입함으로써 결혼에 대한 정의는 주법에 의거하는 역사와 전통에서 이례적으로 벗어난 것이다.<sup>183)</sup> 이런 이례적인 일탈은 결혼방어법을 이례적인 성격의 차별로 만들어 위헌성에 대한 “세심한 심사”를 하게 한다.<sup>184)</sup> 결혼방어법의 목적을 결혼방어법의 입법기록이나 법 자체에 공언된 목적, 그 실질적인 운영 및 동성혼 커플들과 그 자녀들에게 미치는 효과 등을 통해 세심하게 검토<sup>185)</sup>한 결

178) “The differentiation demeans the couple, whose moral and sexual choices the Constitution protects, …”.  
Id. at 23; “ … DOMA is unconstitutional as a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution.” Id. at 25.

179) Id. at 19, 20; Romer, 517 U.S. at 633.

180) Romer, 517 U.S. at 633.

181) Romer, 517 U.S. at 632.

182) Windsor, slip op. at 14-18.

183) Id. at 18-19.

184) Id. at 19, 20.

과, 결혼방어법의 목적은 합법적인 동성혼 커플들을 비하하고 해하려는 것임이 드러났고<sup>186)</sup> 이런 목적, 즉 주가 보호하고 인정한 집단을 순전히 해할 의도, 비하·폄하할 의도는 정당한 정부 목적이 될 수 없으므로<sup>187)</sup> 평등보호 원칙을 포함하는 수정헌법 제5조가 보호하는 자유의 박탈로 위헌이다.<sup>188)</sup>

Windsor의 법정의견은 합리성 심사의 공식적인 용어라고 할 수 있는 “어떠한 정당한 목적” 달성에도 기여하지 않는다<sup>189)</sup>는 표현을 썼지만, 전통적인 합리성 심사를 적용하지 않은 것은 분명하다. Windsor 역시 강화된 합리성 심사를 적용한 것이다.<sup>190)</sup> Windsor가 보통의 합리성 심사를 적용했다면 반대의견들에서 언급된 대로 연방제도 운영의 통일성과 안정성 등의 합리적인 정당화 사유들을 상정해냈어야 할 것이다. 그러나 그렇게 하지 않고, 위헌성 판단에 법의 구조, 목적, 효과를 시작으로 검토해야 한다<sup>191)</sup>고 하며, 결혼방어법의 입법 기록이나 그 실질적인 운영 및 동성혼 커플들과 그 자녀들에게 미치는 효과를 상세히 검토<sup>192)</sup>한 후 동성애자들에 대한 반감에서 비롯된 법이라고 결론지었다. 이는 실제 범목적에 대해 조사하고, 법과 범목적의 진정한 상관관계를 보여줄 증거에 대한 검토, 나아가 범효과까지 세심하게 검토한 것으로서, 전통적 합리성 심사와는 달리 사실적 증거와 자료로 입증되지 않은 합리적인 추정에 근거하지 않았음을 보여준다.<sup>193)</sup>

위 “세심한 심사”는 학자들이 “매서운 합리성 심사”라고 불렀던 더 엄격한 형태의 합리성 심사와 매우 유사하다.<sup>194)</sup> 이러한 더 엄격한 기준을 촉발하는 특징의 공통점은 바로 법이 겨냥한 집단에 대한 “반감”이었다. 따라서 “세심한 심사”라는 기준은 Moreno, Cleburne, Romer가 적용한 심사기준인 “강화된 합리성 심사”라고 할 수 있다. 그러나 Windsor와 Romer는 다른 반감 법리 사건들과 달리 반감이 더 철저한 심사를 촉발시키는 것이 아니라 차별의 “이례적인 성격”이 세심한 심사를 촉발시킨다고 하였다.<sup>195)</sup>

185) Id. at 21-24.

186) Id. at 25-26.

187) Id. at 20-21, 25-26.

188) Id. 25.

189) Id.

190) 이러한 해석을 한 판례와 학자들의 견해는 Smithkline Beecham corp. v. Abbott Labs., 740 F.3d 471, 483-484 (9th Cir. 2014); Ruthann Robson, Ninth Circuit Extends Batson’s Equal Protection Doctrine Regarding Juror Exclusion to Sexual Orientation and Applies “Heightened” Scrutiny, Constitutional Law Prof Blog (Jan. 21, 2014), <http://lawprofessors.typepad.com/conlaw/2014/01/ninth-circuit-extends-batson-equal-protection-doctrine-regarding-juror-exclusion-to-sexual-orientat.html>; Colin P. Pool(각주 85); Paul Smith, The Court opts for an incremental approach but a major victory nonetheless, SCOTUSblog (Jun. 26, 2013), <http://www.scotusblog.com/2013/06/the-court-opts-for-an-incremental-approach-but-a-major-victory-nonetheless/> 참고.

191) Windsor slip op. at 14.

192) Id. at 21-23.

193) Colin P. Pool(각주 85).

194) 매서운 합리성 심사에 대해서는 이 글 II. 라. (2)와 II. 마. 참고.

195) Windsor의 결혼방어법은 연방정부의 주 권한에의 전례없는 개입이라는 이례적인 일탈로 인한 이례적인 성격의 차별이고(Windsor, slip op. at 20), Romer의 수정2조는 하나의 집단에 대한 전면적이고 무차별적인 무능력을 부과하는 전례없이 이례적인 성격의 차별(Romer, 517 U.S. at 633)이다.

한편, Windsor와 Romer의 차이점은 Windsor의 법정의견은 일단 법이 반감에서 비롯된 것이 증명되자 “어떠한 정당한 목적도 주가 결혼법을 통하여 인간성과 존엄성을 보호하려 했던 사람들을 폄하하고 해하려는 목적과 효과를 극복할 수 없으므로 결혼방어법은 위헌이다.” 라고 실시하며 결혼방어법에 대한 정당화 논거들을 검토하지도 않고 바로 위헌선언하였으나,<sup>196)</sup> Romer는 최소한 정부가 제시한 정당화 사유들에 대해서 검토는 하고 그 사유들이 제시된 목적과 너무 동떨어져 있어 반감 말고 다른 목적으로는 법이 설명될 수 없다고 판시했다는 점이다. 즉, 정부가 제시한 사유가 법을 정당화할 수 있는지 살펴본 것이다. 이는 반감이 감지되어도 다른 합리적인 정당화 사유가 있다면 법은 합헌일 수도 있다는 입장을 취했다고 볼 수도 있겠다.<sup>197)</sup> 또한, 심사기준 실시를 보면, Romer는 형식적으로나마 합리성 심사를 적용한다고 실시하고 더 엄격한 (형태의 합리성) 심사 방식을 취했지만, Windsor는 차별이 이례적인 성격을 가지고 있기 때문에 세심한 심사를 적용한다고 실시했다는 점이 다르다.

#### 라. 세심한 심사 기준의 역사와 강화된 합리성 심사와의 유사성

“세심한 심사” 기준은 새롭게 등장한 것은 아니고, 오히려 오래 전에 등장한 그래서 조금은 구식으로 보일 수 있는 평등보호조항 법리로서 1890년 Bell’s Gap R. Co. v. Pennsylvania에서 처음 등장하였다. 그 사건에서 연방대법원은 “특정 인적 집단에 대한 확실하고 적대적인 차별, 특히 정부 관행상 전례없이 이례적인 성격의 차별은 헌법적 금지에 불쾌한(어긋나는) 것일 수 있다”고 실시하였다.<sup>198)</sup> 이 법리는 후에 많은 연방대법원 판례에서 인용되다가, 1928년 Louisville Gas & Elec. Co 판례에서 “이례적인 성격의 차별은 헌법 조항에 불쾌한(어긋나는) 것인지 판단하는데 있어서 세심한 심사가 특별히 요청된다”<sup>199)</sup>는 Windsor가 인용한 법리를 처음으로 등장시킨다. 연방대법원은 1937년 Hartford Steam Boiler Inspection에서 다시 한 번 이 법리를 따라 경제규제를 무효화시켰고,<sup>200)</sup> 이 기준은 한 동안 등장하지 않다가 1957년 Morey에서 경제규제를 무효화하는데 다시 한 번 쓰인다.<sup>201)</sup> “세심한 심사” 기준을 따른 대부분의 판례들은 1938년 Carolene Products 각주 4가 등장하기 전으로, 그 후 연방대법원은 세심한 심사 기준을 현재의 3중 심사기준으로 대체했다. 세심한 심사 기준이 3중 기준 등장 전에 이후 “매서운 합리성 심사”로 표현되는 더 철저한 심사의 역할을 했던 점에서 Windsor나 Romer가 더 철저한 심사의 적용을 원했음을 확인할 수 있다. 아마도 연방대법원은 3중 기준 하에서 강화된 심사를 적용하려면 동성애자들이 (준)의심스러운 분류집단에 해당하는지 여부를 판단해야하는데, 그러한 판단은 피하면서 강화된 심사를 적용할 수 있는 대안으로 세심한 심사 기준을 채택한 것으로 보인다.<sup>202)</sup>

196) Windsor slip op. at 25-26.

197) 이런 식의 접근은 Moreno에서도 발견된다. 한편 Cleburne은 반감에서 비롯된 것이 밝혀지자 좀 더 강화된 합리성 심사를 적용하였다. 그 자세한 적용은 위 II. 마. (2) 참조. 이렇듯 반감의 감지가 합리성 심사에 미치는 영향은 판례마다 조금씩 다르다. 그 차이점은 Susannah W. Pollvogt(각주 73) 참고.

198) Bell’s Gap R. Co. v. Com. of Pennsylvania, 134 U.S. 232, 237 (1890).

199) Louisville Gas & Elec. Co. v. Coleman, 277 U.S. 32, 37-38 (1928).

200) Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Harrison, 301 U.S. 459, 461-62.

201) Morey v. Doud, 354 U.S. 457, 464 (1957).

202) 이상 Colin P. Pool(각주 85) 참고.

#### 마. 실제적 적법절차와 평등보호의 교집합이 있는 사건들의 심사기준

어떤 법이 모든 사람에 대하여 권리를 거부한다면 그때에는 적법절차가 분석을 위한 가장 훌륭한 근거가 될 것이고, 일부의 사람에게만 권리를 거부하고 나머지 사람에 대해서는 허용한다면 그 차별은 평등보호를 침해한 것으로 위헌을 주장할 수도 있고 적법절차에 의하여 그 권리의 침해를 다룰 수도 있을 것이다.<sup>203)</sup> 후자의 경우, 실제적 적법절차와 평등보호의 교집합이 있는 이 사건들을 심사하는 올바른 방법론이 있다는 주장을 편 한 논문은 성적 지향 사건들의 심사기준에 대해 통찰력 있는 시사점들을 제공한다.<sup>204)</sup>

근본적인 권리 또는 의심스러운 분류집단이 관련되면 강화된 심사를, 그렇지 않으면 합리적 근거 심사를 하는 것이 확립된 법리인데, 그러한 법리에는 두 가지 예외가 있다는 것이다. 첫째, 합리적 근거 심사조차 통과하지 못하기 때문에 강화된 심사를 적용할 필요가 없는 논리적 예외(logical exception)와 둘째, 유일한 법 목적이 악의이기 때문에 합리적 근거 심사를 통과하지 못하는 악의에 따른 예외(ill motives exception)가 그것이다. 위에서 살펴본 법들 중 편견이나 반감에서 비롯된 경우들이 이 두 번째 예외에 해당한다고 보았다.<sup>205)</sup> 요는 실제적 적법절차와 평등보호의 교집합이 있는 사건들에서 관련 권리를 법이 겨냥한 집단으로 정의함으로써 우를 범하게 된다는 것이다.<sup>206)</sup> 예를 들어, 동성혼의 합헌성 심사 시 평등보호 문제(동성애자들이 의심스러운 분류집단인가)와 적법절차 문제(기저에 놓인 권리가 근본적인 권리인가)를 합쳐버리는데서 문제가 발생한다고 주장한다. 기저에 놓인 권리를 법이 겨냥한 집단으로 정의한 후(즉 동성혼) 심사를 실제적 적법절차에 한정시킴으로써(즉 동성혼을 할 권리가 근본적인 권리인가) 평등보호 침해 문제는 다루지 않게 되어 동성애자들의 권리 보호에 허점이 생기고, 이는 다른 종류의 차별에서와는 다른 접근법으로 동성애자들에게 부당한 불평등이 발생한다는 것이다.

위 주장이 의미하는 바를 보여주는 단적인 예가 바로 Bowers이다. Bowers는 관련 권리를 “동성애자가 소도미를 할 권리”로 명명하여 평등보호 논증을 실제적 적법절차 논증으로 접어넣어 버림으로써 관련 권리는 근본적인 권리가 아니라고 보고 실제적 적법절차 하에서 합리적 근거 심사를 통과하는 지만을 심사하고 평등보호 심사는 하지 않게 되었다는 것이다.<sup>207)</sup> 한편, Lawrence는 Bowers의 관련 권리의 정의가 잘못되었음을 이해하고 관련 권리를 법이 겨냥한 집단을 연관시키지 않고 “자유(liberty)”로 정의하였지만, 합의한 동성애자 성인들이 성관계할 실제적 적법절차상 자유권(right to liberty)이 근본적인 권리인지도, 성적 지향에 기한 분류가 의심스러운 분류에 해당하는지도 명시하지 않고 통상 비근본적인 권리 심사에 적용되는 합리적 근거 심사—비록 강한 형태이기는 하지만—를 함으로써 역시나 성소

203) E. Chemerinsky(각주 32), 814.

204) 이하 Sharon E. Rush, Whither Sexual Orientation Analysis?: The Proper Methodology When Due Process And Equal Protection Intersect, 16 Wm. & Mary Bill Rts J. 685 (2008) 참고.

205) Id. at 707-723.

206) Id. at 689. 이를 (평등보호 논증을 실제적 적법절차 논증으로) "접어넣는 오류(Collapsible Error)"라고 명명하였다.

207) Id. at 731-733 참고.

수자들의 권리보호에 허점을 남겼다는 것이다.<sup>208)</sup> Lawrence는 법이 어떠한 정당한 목적도 달성하지 못하기 때문에(즉 합리적 근거 심사조차 통과하지 못하므로) 위헌이라고 판시함으로써 강화된 심사 적용이 필요없어져 근본적인 권리인지 판단할 필요가 없어진 논리적 예외에 해당한다고 설명한다.<sup>209)</sup> Romer의 법정의견은 Romer가 논리적 예외에 해당하는 것처럼 논증하였으나, 정치과정에 참여할 근본적인 권리 위반이라는 하급법원의 판시가 있었음을 고려할 때 근본적 권리 관련 쟁점을 피하기 위해서였던 것으로 보인다고 논문은 주장하였다.<sup>210)</sup>

## 바. Windsor의 여파

Windsor 이후 연방 및 주 법원 판례들이 나오고 동성혼을 인정하는 주 정부의 정책이 실시되는 등 다양한 국면이 전개되고 있다.<sup>211)</sup> Windsor 판결 후 6개월 반 만에 오하이오, 뉴멕시코, 유타, 오클라호마 주에서 동성혼금지법이나 동성혼 커플의 권리 제한을 무효화했고, 2014년 1월 22일자로 캘리포니아, 오리건, 워싱턴, 몬태나, 아이다호, 네바다, 애리조나, 하와이, 알래스카 주에서는 (강화된 합리성 심사가 적용되어) 주정부가 동성애자 차별에 대한 합리적인 근거가 있다고 믿는다고 하더라도 동성혼의 권리를 비롯하여 동성애자들의 평등권을 제한할 수 없게 되었다.<sup>212)</sup> 2014년 10월 6일 연방대법원은, 동성혼 금지가 위헌이라는 연방 항소법원 판결에 불복해 버지니아, 오클라호마, 위스콘신, 유타, 인디애나 등 5개 주 정부들이 동성혼의 금지를 구하며 제기한 상고신청을 각하하였고, 그 결정은 위 주들이 속한 연방 순회지구에 있는 주들 중 상고하지 않은 콜로라도, 와이오밍, 캔자스, 웨스트버지니아, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나<sup>213)</sup> 등 6개 주에도 적용되어 동성혼이 합법인 주가 2014년 10월 6일자로 30개 주로 늘어나게 되어 동성혼 합법화를 둘러싼 오랜 전투의 승부가 갈린 날로 기록되게 되었다.<sup>214)</sup> 그러나 동성혼 자체의 합헌 여부를 판단한 것은 아니어서 나머지

208) Id. at 743; Brian Chelcun, Perry's Path To Equality: Rejecting "Gay Marriage" And Rethinking The "Right To Marry", 37 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 215, 217 (2013).

209) Sharon E. Rush(각주 205), 703.

210) Id at 718.

211) 동성혼에 관한 획기적인 사건들의 시간표는 뉴욕대 법대 교수 블로그의 2014년 2월 5일자 아래 링크 참고. Arthur S. Leonard, The Struggle for Same-Sex Marriage - A Chronology of Landmark Developments, Professor Arthur Leonard Observations, New York Law School Blog (Feb. 5, 2014), <http://www.artleonardobservations.com/the-struggle-for-same-sex-marriage-a-chronology-of-landmark-developments/>.

212) Alison Frankel, Judges build on Supreme Court's Windsor ruling to extend gay rights, Analysis & Opinion, Reuters (Jan. 22, 2014), <http://blogs.reuters.com/alison-frankel/2014/01/22/judges-build-on-supreme-courts-windsor-ruling-to-extend-gay-rights/>.

213) 사우스캐롤라이나 주는 연방대법원이 동성혼의 권리 문제를 심사하게 되면 연방법원들이 가족관계에 대한 판단을 할 권한이 있는지 여부도 심사해야 한다며 그 주에서의 동성혼 인정에 대한 연기 신청을 한 상태이다.

214) Suzanne Goldberg, Symposium: The Supreme Court's opt out means more marriage equality but continuing harms to gay and lesbian couples, SCOTUSblog (Oct. 6, 2014, 12:48 PM), <http://www.scotusblog.com/2014/10/symposium-the-supreme-courts-opt-out-means-more-marriage-equality-but-continuing-harms-to-gay-and-lesbian-couples/>. 이후 2014년 11월 18일자로 그 숫자는 DC와 33개주로 늘어났다.

주는 여전히 동성혼이 허용되지 않는다.<sup>215)</sup>

동성애(자) 차별 심사기준 관련하여 주목할만한 판결은 2014년 1월 21일자 제9순회 연방 항소법원의 Abbott Laboratories 판결로, 성적지향에 의거한 차별에 합리적 근거 심사가 아닌 강화된 심사(heightened scrutiny)가 적용된다고 판시<sup>216)</sup>하면서, Windsor의 심사강도에 대하여 “Windsor 심사는 전통적인 합리성적 근거 심사 이상의 무언가를 요구하였다. Windsor는 주정부 행위가 성적 지향에 의거하여 차별할 때, 가장 근본적인 제도가 낙인이거나 이등지위의 메시지를 보내거나 강화하지 않도록, 그 실제 목적을 검토하고 그로부터 야기된 불평등을 세심하게 심사할 것을 요구한다. 한마디로, Windsor는 강화된 심사를 요구한다”고 실시하였다.<sup>217)</sup> Windsor의 심사강도는 명확하지는 않지만 여타의 보호받는 소수자들(protected minorities)에게 적용되는 것과 같은 강화된 심사를 적용한 것이고<sup>218)</sup> 이는 강화된 합리성 심사와 유사한 것으로 보인다.<sup>219)</sup>

## 5. Hollingsworth v. Perry (2013) – 동성혼 불인정(주)법

이 사건은 결혼을 남자와 여자의 결합으로만 정의한 캘리포니아 주의 주민발의 8(Proposition 8)이 평등보호 위반과 결혼할 근본적인 권리를 박탈하여 위헌인지가 쟁점인 사건이었다.<sup>220)</sup> 연방대법원은 평등보호나 실체적 적법절차 법리를 통한 논증이 아닌 주민발의 8의 지지자들(원고)이 상소할 원고적격(standing)이 없음을 이유로 하급법원 판결을 파기·환송하였다.<sup>221)</sup> 이는 제9순회 연방항소법원의 판결을 파기함으로써, 주민발의 8이 평등보호 위반과 결혼할 근본적 권리를 침해하여 적법절차 위반으로 주 헌법에 위배된다는 캘리포니아북부지구 연방지방법원의 판결을 회복시킨 것으로 동성혼 커플들은 이를 그들의 승리로 판단하였지만, 이 사건 법정의견은 주의 동성혼 금지가 평등보호 위반인지와 결혼할 헌법적 권리를 침해하는지에 대한 어떠한 견해도 피력하지 않았다.<sup>222)</sup>

---

215) Id.

216) Abbott Labs., 740 F.3d at 483-484. 그러나 Abbott Laboratories의 강화된 심사가 중간심사를 의미한다고 보기는 어렵다. Ruthann Robson, Ninth Circuit Extends Batson’s Equal Protection Doctrine Regarding Juror Exclusion to Sexual Orientation and Applies “Heightened” Scrutiny, Constitutional Law Prof Blog (Jan. 21, 2014), <http://lawprofessors.typepad.com/conlaw/2014/01/ninth-circuit-extends-batsons-equal-protection-doctrine-regarding-juror-exclusion-to-sexual-orientat.html>.

217) Abbott Labs., 740 F.3d at 483-484.

218) Alison Frankel(각주 213).

219) Ruthann Robson(각주 217).

220) Perry, 570 U.S. \_\_\_\_.

221) Id.

222) Douglas Nejaime, Windsor’s Right To Marry, 123 Yale L.J. Online 219, 220 (2013). 따라서 이 판결은 이 글에서 자세히 다루지 않는다.

### Ⅲ. 결론

일련의 동성애(자) 관련 사건들에서 미 연방대법원은 성적 지향이 강화된 심사를 필요로 하는 근본적인 권리가 관련되어 있다고도 동성애자들을 (준)의심스러운 분류집단으로도 인정하지 않았다. 가장 최근 동성애(자) 관련 연방대법원 판례인 Windsor에서도 이전 판례들에서 그랬던 것처럼 심사기준, 심사강도 또는 심사수준과 별 상관없이 대상 법의 위헌성이 명백하다는 식의 결론으로 동성애자들의 손을 들어주었지만 근본적인 권리가 관련되었는지 여부나 의심스러운 (또는 준의심스러운) 분류집단인지 여부를 결정할 필요는 성공적으로 피하였다. 이는 연방대법원이 삼권분립 체제하에서 논란이 많고 의견이 분분한 이슈에 대하여 판단하고 결정하기도 해야 하지만, 동시에 사회 전반적인 분위기가 어느 정도 합의에 이른 것으로 보이기 전에 연방대법원이 그러한 이슈에 대한 사회적 논의를 한 번에 종식시켜버릴 결정을 내리는 것은 올바른 사법부의 역할이 아니라고 믿는데서 비롯된 듯하다. 따라서 위에 언급된 궁극적인 이슈들에 대한 대답을 피하면서 서서히 점진적으로 문제 해결로 나아갈 수 있는 판결을 내리기 위한 법적 논증을 하려고 노력하고 있는 것으로 보인다. 성적 지향 관련 위헌심사기준은 합리성 심사로 시작하여 강화된 합리성 심사에 이르렀다고 볼 수 있고, 연방대법원이 미전역이 어느 정도 해당 이슈에 대해 합의에 이르렀다고 판단할 때 그보다 더 강화된 심사인 중간심사 또는 엄격심사를 적용할 수도 있을 것이다. 동성혼은 2014년 11월 18일자로 DC와 33개 주에서 인정되고 있지만<sup>223)</sup> 앞으로 그 숫자가 늘어날 수 있음에 따라 위에 언급된 궁극적인 법적 이슈들에 대해 연방대법원이 어떤 논증을 통해 어떤 결정을 내릴지 궁금하다.

---

223) National Status Maps, Status of the States, Marriage Equality USA, [http://www.marriageequality.org/national\\_maps](http://www.marriageequality.org/national_maps)(2014. 11. 19. 최종방문); Lyle Denniston, South Carolina seeks delay of same-sex marriages (UPDATED), SCOTUSblog (Nov. 18, 2014, 6:12 PM), <http://www.scotusblog.com/2014/11/south-carolina-to-look-to-delay-same-sex-marriages/>.

제 **3** 주제 토론문

**동성애자 권익 및 차별에 관한  
미국연방대법원 판례연구**



## 동성애자 권익 및 차별에 관한 미국연방대법원 판례연구

홍일선 교수  
(한림대학교 법학과)

동성애자 권익 및 차별에 관한 미국 연방대법원의 판례를 연구한 이지영 연구관님의 발표문을 잘 읽었습니다. 세계적으로 동성혼의 허용 여부에 대한 논의가 활발하게 전개되고 있는 상황에서, 미국 연방대법원의 동성혼 관련 주요 판례들을 소개한 위 논문은 많은 의미가 있다고 생각합니다. 특히 우리나라에서도 동성혼 관련 문제들이 헌법재판을 통해서도 본격적으로 다루어질 가능성이 있다는 점에서, 이러한 학문적 의의는 더욱 더 크다고 판단됩니다.

다만 주제 자체가 비교적 생소한 문제이고, 특히 우리에게 익숙하지 않은 미국 연방대법원의 판례를 다루고 있다는 점에서 이해의 편의를 위해 몇 가지 질문을 드립니다.

첫째, 1986년 *Bowers v. Hardwick* 사건에서 법정의견은 “동성애자가 소도미를 할 권리는 근본적인 권리가 아니다”라고 판시하고, 근본적인 권리가 되기 위한 요건을 설명했습니다. 가령 「질서 있는 자유」나 「역사와 전통에 깊숙이 뿌리 박힌 자유」이어야 근본적인 권리로 간주되어 엄격심사가 적용된다고 합니다. 그러면 수정헌법 제5조와 제14조에 명문으로 규정되지 않았지만, 위와 같은 요건을 충족시킨다는 이유로 인정되는 근본적인 권리에는 어떠한 것들이 있는지 설명해 주십시오!

둘째, 1996년 *Romer v. Evans* 사건을 중심으로 합리성 심사의 기준으로 전통적인 합리성 심사와 강화된 합리성 심사를 설명하고 계십니다. 특히 이 사건에서 법정의견이 제시한 「반감에서 비롯된 차별과 강화된 합리성 심사」의 내용을 히피들에 대한 식품구입권 발급거절 사례를 비롯한 다른 예를 들어 자세하게 설명해 주고 계십니다. 이러한 심사내용은 뒤의 *U. S. v. Windsor* 사건에서 제시된 「이례적인 성격의 차별에 대한 세심한 심사」와 어떻게 다른지 설명을 해 주십시오!

셋째, 2013년 U. S. v. Windsor 사건을 통해 결혼방어법이 위헌으로 판결되고, 이로 인해 미국에서 동성혼이 허용되는 계기가 마련되었다고 설명하고 계십니다. 이 사건에서 심판대상이 된 결혼방어법의 구체적인 내용은 무엇입니까? 결혼방어법의 내용은 연방대법원의 판결에 따라 어떻게 변경 또는 폐지되었나요?

넷째, 마지막 결론 부분에서 연방대법원은 사회적 분위기를 반영하여 판단했다고 설명하셨는데, 동성혼의 허용 여부에 대한 미국 내 사회분위기는 어떻습니까? 특히 이와 관련된 미국 학계의 반응도 알고계시면 듣고 싶습니다.

이지영 연구관님의 발표 다시 한 번 감사드립니다!

## 제 4 주제 발표문

**인신보호법에 대한 비판적 고찰**  
**- 특히 보충성 원칙과 관련하여 -**



# 인신보호법에 대한 비판적 고찰

## - 특히 보충성 원칙과 관련하여 -

김학성 교수\*  
(강원대학교 법학전문대학원)

### <목 차>

I. 서론 .....	97
II. 인신보호법 개관 .....	97
1. 행정권과 사인에 대한 인신보호청구 .....	97
2. 헌법적 근거 .....	98
3. 인신보호청구의 의의와 법적 성격 .....	98
4. 내용 .....	99
5. 절차 .....	101
III. 인신보호법의 문제점 .....	103
1. 국선변호인 .....	103
2. 출입국관리법에 의해 인신구속된 피수용자에 대한 인신구제청구 불허 .....	103
IV. 보충성 .....	105
1. 보충성원칙 .....	105
2. 인신보호법 제3조 단서와 보충성 .....	106
3. 인신보호법 제3조 단서의 해석 .....	109
4. 소결 .....	112
V. 결론 .....	114

---

\* 강원대학교 법학전문대학원 교수



## I. 서론

2007년 12월과 2008년 6월의 인신보호법의 제정 및 시행은 모든 불법 부당한 체포구속으로부터 신체의 자유를 보장하는 인신보장체계의 완성이라고 할 정도로 그 의의가 크다고 하겠다. 우리 헌법은 건국헌법부터 현행헌법에 이르기까지 (유신헌법에서는 폐지된 적도 있었지만) 체포구속된 경우 누구든지 그 적부를 판단 받을 수 있다고 규정했음에도 불구하고, 행정기관이나 사인에 의한 체포구속에 대한 구제를 외면해오다가, 또 감금처벌이나 손해배상과 같은 간접적 구제절차로 만족하다가 이에 대한 직접적 구제수단을 마련한 것은 늦었지만 인권발전의 큰 걸음을 내디뎠다고 할 수 있기 때문이다.

자유와 인권 그리고 헌법재판에 관한 한, 우리보다 앞서간다고 보기 어려운 일본이 1948년부터 인신보호법을 제정하여 시행한 것에 비하면 매우 늦었고 또 부끄럽기도 하지만 다행한 일이 아닐 수 없다. 인신보호법제정은 사회 곳곳의 인권사각지대를 돌아보고 개선책을 마련하라는 책무의 시작으로 이해되어야 된다.<sup>1)</sup> 정신의료기관이나 정신요양시설에 수용된 사람이 불과 5년 사이에 14,000여명이나 증가된 지금의 우리의 상황은 인신보호법의 해석 및 개선방향과 그 속도에 있어 반드시 유념해야할 부분이라고 생각한다. 인신보호법을 해석 적용함에 있어, 모처럼 제정된 인신보호법의 기본정신이 훼손되지 않고 행정기관이나 사인에 의한 위법한 체포구속으로부터 신체의 자유가 제대로 보장될 수 있도록 해야 할 것이다.

그런데 인신보호법을 보면, 몇 가지 비판받기에 충분한 내용이 있으며, 특히 보충성은 인신보호법의 근본정신을 훼손하고 있어 적지 않은 문제점을 보이고 있다. 인신보호법의 문제점을 비판하기에 앞서, 인신보호법의 내용을 개관하고(II). 문제점을 지적하고(III), 보충성원칙을 다루고(IV), 결론(V)을 맺고자 한다.

## II. 인신보호법 개관

### 1. 행정권과 사인에 대한 인신보호청구

신체에 대한 부당한 침해는 가장 인내하기 어려운 고통 중 하나이다. 그렇기에 인권의 보장 역사에서도 가장 먼저 보장받고자 했던 것이 인신보호였음은 주지의 사실이다. 우리 헌법도 인신보호를 위한 각종의 장치를 마련해왔지만, 주로 형사절차에서 수사기관으로부터의 인신보호에 초점을 맞추어 왔다. 우리나라도 인신보호법의 직접적 모태가 될 수 있었던 헌법규정<sup>2)</sup>이 존재했지만 빛을 보지 못했다.

1) 2012년 교정시설의 평균 수감자(수형자, 미결수용자, 노역장유치장 모두 포함)는 45488명이며(법무연수원, 범죄백서 통권 제30호, 2013, 291면), 2012년 정신의료기관(노숙인시설 입소 포함)에 수용된 인원은 80569명인데(2012 중앙정신보건사업단 보고서, 2012, 표19), 이는 2007년 교정시설의 수감자가 45,721명이었고, 정신의료기관이나 정신요양시설에 수용된 자가 66,412명이었던 것과 비교할 때, 수감자는 비슷한 반면 정신의료기관이나 요양시설에 수용된 인원은 엄청나게 증가했음을 알 수 있다.

헌법은 분명 누구든지 체포구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 수 있다고 명시하였지만, 그 간 우리의 현실은 형사절차에서의 체포구속으로 한정하여 이해했고, 이에 입법도 학계도 만족했다. 그러는 사이 행정기관이나 사인에 의한 수많은 불법 인신구속이 자행되었고<sup>3)</sup> 이에 대한 적절한 구제방법이 없어 행정기관이나 사인에 의한 불법 체포구속의 영역은 인신보호의 사각지대였다. 행정권이나 사인에 의한 부당한 체포구속을 더 이상 외면할 수 없어, 이를 시정하기 위한 조치로 2008년 인신보호법이 제정시행되었다.

## 2. 헌법적 근거

헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포구속된 때에는 그 적부의 심사를 법원에 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 위 헌법조항의 취지는 체포구속이 형사사법권에 의하건, 행정권에 의하건 심지어 개인에 의해 이루어진 건 간에, 체포구속이 이루어진 때에는 누구든지 법원에 체포구속의 적법여부를 문의할 수 있다는 것이다. 비록 그간 우리가 형사절차에 국한하여 적부절차를 법률로 구체화하는데 만족했지만, 행정권이나 사인에 의한 체포구속의 경우에도 당연히 법관에게 적부를 문의할 수 있어야 할 것인데, 이를 실현 구체화한 것이 인신보호법이며, 이 인신보호법은 헌법 제12조 제6항에 근거하고 있다. 헌법이 명시적으로 법률로 정하도록 명하고 있지 않지만, 헌법은 적부를 청구할 수 있는 구체적 절차와 방법을 마련할 것을 법률에 위임한 것으로 보아야 한다.<sup>4)</sup> 인신보호법은 행정기관 또는 사인에 의한 위법수용으로 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인에게 구체적 절차를 마련하고 있다. 형사절차에 의한 체포구속의 적부는 형사소송법에 따라, 그리고 행정기관이나 사인에 의한 체포구속의 적부는 인신보호법에 따라 법원에 청구할 수 있다.

## 3. 인신보호청구의 의의와 법적 성격

### 1) 인신보호청구의 의의

인신보호청구(또는 인신보호청구권)는 행정기관이나 사인에 의해 위법하게 인신을 구속당한 경우 법관에게 인신구속의 적법여부를 판단 받을 수 있는 권리를 말한다. 형사절차에 이루어진 체포구속이 아닌, 행정권이나 사인에 의한 체포구속에 대해 그 적부를 판단 받을 수 있는 권리를 말한다. 간접적 인신보호로는 인신보호의 헌법적 요청에 매우 부족하며, 수용을 허용하는 개별 법률에서 위법한 수용을 다룰 수 있고, 행정소송과 같은 구제수단이 존재하

- 
- 2) 1962년 제3공화국 헌법 제10조 제5항은, ‘사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해를 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하였다.
  - 3) 자신의 의사에 반해 정신의료기관이나 장애인복지시설 등에 강제입원입소된 정신병자, 부랑자, 장애인, 앵벌이 등의 사례, 종교단체나 사인이 종교시설이나 집에 불법으로 감금하여 강제노역을 시키거나 돈벌이에 이용하는 사례 등은 신문지상이나 매스컴에 수없이 많이 다루어지고 보도된바 있다.
  - 4) 헌법재판소는 입법자의 형성적 법률이 존재하지 아니하는 경우 현실적으로 법원에서 당사자의 ‘체포·구속적부 심사청구권’에 대하여 심리할 방법이 없기 때문에, 입법자가 법률로써 구체적인 내용을 형성하여야만 권리주체가 실질적으로 이를 행사할 수 있는 경우에 해당하는 것으로서, 이른바 헌법의 개별규정에 의한 헌법위임이 존재한다고 볼 수 있다고 하였다(헌결 2002헌바104).

지만 신속하고 용이한 인신보호와 거리가 멀고, 그 구제의 실효성도 의문시 된다. 인신보호법은 위법한 인신구속에 대하여 신속하고 용이한 권리구제절차를 마련했다는 점에서 그 의미가 크다고 할 것이다.

## 2) 인신보호청구의 법적 성격

인신보호청구는 행정절차, 형사절차, 민사절차와 구별되는 것으로, 헌법의 특수한 인신구제절차의 성격을 지닌다. 구제청구의 대상은 행정처분에 국한되지 않으며, 권력적 사실행위는 물론 개인의 행위도 그 대상이 되므로, 인신보호청구를 행정쟁송의 시각으로 보는 것은 적절치 않다. 그러나 일방 당사자의 우월적 지위에 의해 이루어진 수용을 다투는 것이므로 행정절차에 가장 유사하다고 할 수 있다. 또한 인신보호청구는 수용의 위법여부를 다투는 것으로 수용자, 피수용자, 구제청구자 간의 권리의무를 확인하거나 그 이행을 다투는 민사절차로 보기도 어렵다. 정신보건법 제24의 보호입원의 경우 병원입원이 계약을 통해 이루어졌다 하여도 이는 수용의 적법여부의 참고자료일 뿐 계약이 있었다는 이유로 수용의 적법성이나 필요성이 담보될 수는 없다. 인신보호청구가 지니는 특수한 인신구제절차로서의 특성을 보여준다. 수용의 위법여부는 범죄와 형벌의 문제와 구별되므로, 인신보호청구절차는 형사절차와 거리가 멀다.

## 4. 내용

피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자는 법원에 구제를 청구할 수 있다(인신보호법§3).

### 1) 위법한 수용

위법한 방법으로 피수용자가 수용되어야 한다. 수용이란 의료시설, 복지시설, 보호시설 등에 인신을 감금하여 신체의 자유를 박탈하거나 제한하는 것으로, 형사절차의 체포구속<sup>5)</sup>과 동일한 개념으로 보아야 한다. 위법한 수용이란 수용이 법률상 근거 없이 행하여지거나, 그 절차가 법률에 위반하여 행해진 것을 말한다(요건과 절차의 위법). 권한 없는 자에 의해 수용이 이루어지거나, 권한 있는 자에 의한 수용이라도 정당한 수용절차를 거치지 않고 수용한 경우가 그것이다. 위법한 수용은 행정권에 의한 위법한 수용은 물론 사인에 의한 위법한 수용을 포함한다. 인신보호법은 위법한 수용을 말하고 있으나, 위법한 수용은 부당한 수용을 포함하는 것으로 보아야 한다.<sup>6)</sup> 재량행위의 경우 재량의 내외적 한계를 벗어나는 것은 위법이지만, 재량 범위내의 행위는 당부당의 문제가 되는데, 재량 범위 내의 부당한 수용에 대해서도 보호가 인정되어야 한다. 부당한 수용을 구제대상에서 제외하는 것은 인신보호법의 취

5) 체포란 실력으로써 신체를 속박하여 일정기간 유치하는 것을 말하며, 구속이란 계속 구류하여 장소적 이동을 불가능하게 하는 것으로, 구인과 구금을 포함한다(졸저, 헌법학원론, 피앤시 미디어, 2014, 418면).

6) 정형근, 인신보호법에 관한 연구, 인권과 정의, 2009.2, 88면.

지에 부합되지 않는다. 또한 적법하게 개시된 수용이라 하여도 수용할 사유가 소멸되어 피수용자를 더 이상 계속하여 수용할 필요성이 없어진 때에도 수용은 해제되어야 한다. 따라서 수용의 위법성은 최초 수용만이 아니라 계속수용의 위법성을 포함한다.

## 2) 인신보호청구의 당사자

자유로운 의사에 반해 체포구속된 피수용자는 수용자를 상대방으로 하여 인신보호의 구제를 법원에 청구할 수 있다. 인신보호청구의 당사자는 수용자와 피수용자이다.

### (1) 피수용자

#### 가) 피수용자

자유로운 의사에 반하여 일정한 시설에 수용(보호, 감금)되어 있는 자(피수용자)는 법원에 인신보호를 청구할 수 있다(인신보호법§2). “피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계 혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자”(구제청구자)는 법원에 구제를 청구할 수 있다(인신보호법§3). 인신보호청구는 형사절차에서의 체포구속적부심과 동일한 차원의 구제절차인데, 체포구속적부심의 청구권자와 비교할 때 변호인이 포함되지 않은 것은 형평에 어긋난다. 인신보호법은 구제청구이후 국선변호인을 선임할 수 있는 장치를 두고 있지만(인신보호법§12②), 청구 이전단계부터 국선변호인의 선임을 요청할 수 있어야 하고, 국선변호인으로 하여금 구제청구를 하도록 해야 한다. 피수용자를 수용할 때에는 법원에 구제를 청구할 수 있음이 고지되어야 한다(인신보호법§3의2).<sup>8)</sup>

#### 나) 수용시설

일정시설(수용시설)이란 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설을 말한다. 수용시설은 법적 근거 없이 설치 관리되는 수용시설, 예를 들어 미신고복지시설을 포함한다. 법이 열거한 것은 예시적인 것에 불과하므로 인신의 자유를 공간적으로 제한하는 곳이라면 종교시설은 물론 심지어 (개인의) 집, 선박도 모두 이에 포함된다.

#### 다) 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자, 출입국관리법에 따라 보호된 자

형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 출입국관리법에 따라 보호된 자는 인신보호를 청구할 수 없다(인신보호법§2 단서). 수형자는 법원의 재판결과로 복역 중인 자이므로 인신보호법이 수형자를 인신보호청구에서 배제한 것이나, 형사절차에 따라 체포구속된 자는

7) 2010년 인신보호법 개정으로 수용시설의 종사자가 구제청구권자로 추가되었다. 그러나 수용시설의 종사자는 피수용자의 계속 수용으로 혜택을 볼 수 있는 위치에 있으므로(사립 정신병원의 경우) 이들에게 구제청구를 기대하는 것은 실효성이 의문시된다.  
8) 2010년 고지받을 권리가 신설되었는데, 이는 피수용자에게 구제청구절차가 있음을 알려야 인신보호를 청구할 수 있기 때문이다. “국선”변호인의 선임을 요구할 수 있음도 동시에 고지되어야 한다.

형사절차에서 적부심을 청구할 수 있으므로 이를 배제한 것은 타당하다.9) 그러나 출입국관리법에 의해 인신구속된 피수용자에게 일체의 인신구제청구를 불허한 것은 적절치 않다. 자세한 비판은 후술한다.

## (2) 수용자

수용자란 수용시설의 장 또는 운영자로서(인신보호법§2), 당해시설에 대하여 직접적이며 구체적으로 관리권을 행사하는 자를 말한다. 국가나 자치단체의 소유시설인 경우 국가나 자치단체가 수용자가 되며, 관리를 민간인에게 위탁하였다면 양자 모두 수용자가 된다.10) 민간시설인 경우 당해 시설의 직접적 관리자인 해당시설의 장이 수용자가 된다. 피수용자가 구제절차 청구 후 다른 시설로 옮겨진 경우에는 현재의 수용시설의 수용자로 당사자를 변경할 수 있고, 그로 인해 관할이 없게 되면 인신보호법(§7)에 따라 이송결정을 할 수 있다.

## 5. 절차

### 1) 구제청구

구제청구자는 피수용자 또는 수용시설의 주소, 거소 또는 현재지를 관할하는 지방법원(지원포함)11)에 청구한다(인신보호법§4). 피수용자와 구제청구자가 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우 구제청구자 등의 명시적 의사에 반하지 아니하는 이상 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 다만, 구제청구가 명백하게 이유 없는 때에는 그러하지 아니하다(인신보호법§12②). 구제청구는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 청구가 가능한데, 인신보호법(§3)에 규정된 보충성원칙은 문제점이 너무 심각하고 방대하여 항을 달리하여 다루고자 한다.

### 2) 법원의 심리

#### (1) 심리대상

법원은 구제청구에 대하여 지체 없이 수용의 적법 여부 및 수용을 계속할 필요성 등에 대하여 심리를 개시하여야 한다(인신보호법§8①). 법원은 수용의 위법성 또는 수용사유의 소멸

9) 형사절차에 따라 체포구속된 자, 수형자를 제외시킨 것이 부당하다는 견해로는, 심희기, 전계논문, 15면; 반면 일본은 형사절차에서 체포구속된 자도 인신보호청구를 할 수 있는 자로 하면서 보충성을 적용하여 인신보호청구 대신 형사절차를 강구하도록 하였다.

10) 정형근, 전계논문, 92면; 인천공항 항공사운영협회가 송환대기실을 직접 운영·관리하고 있고, 그 직원을 통하여 청구인에 대하여 직접적으로 신체의 자유에 대한 제한조치를 취하고 있으므로, 인천공항 항공사운영협회는 수용시설인 이 사건 송환대기실의 운영자로 인신보호법상 수용자에 해당한다., 인천공항출입국관리사무소는 인천공항 항공사운영협회의 송환대기실의 관리·운영체계를 공동 결정하고 있고, 송환대기실의 임차료를 부담하고 있어 실질적으로 그 운영에 관여하고 있으므로, 인천공항출입국관리사무소 역시 인천공항 항공사운영협회의와 함께 실질적으로 송환대기실을 운영하고 있는 수용자에 해당한다고 봄이 상당하다(인천지방법원 2014인라4 결정).

11) 인신보호법은 지방법원, 지원에 구제를 청구하도록 하면서, 시군판사를 배제한 것은 인신보호의 용이성측면에서 적절치 않다는 지적은 설득력 있다(심희기, 인신보호법이 나아가야 할 방향, 저스티스 제122호, 2011, 21면).

여부를 판단한다. 수용의 적법성 및 수용을 계속할 필요성은 수용자가 소명<sup>12)</sup>해야 한다(인신보호규칙 12조 2항).

## (2) 심리절차

법원은 청구가 있는 날부터 2주일 내에 심문기일을 지정하고(인신보호규칙§10) 구제청구자와 수용자를 소환하여야 한다(인신보호법§10①).<sup>13)</sup> 수용자는 심문기일 전까지 답변서를 제출하여야 하며, 법원의 소환이 있는 경우 피수용자를 심문기일에 출석하게 하여야 한다. 법원은 전문가에 대한 진단소견 및 수용상태에 대한 의견조회를 할 수 있다(인신보호법§8②). 심리는 공개된 법정에서 행한다(인신보호법§12①). 다만, 피수용자의 보호를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다.

## (3) 심리 중 부수처분(임시해제 및 신병보호)

법원은 수용계속 시 예상되는 신체위해를 방지하기 위해 긴급한 필요가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 구제청구자의 신청에 따라 피수용자의 수용을 임시로 해제할 것을 결정할 수 있다(인신보호법§9①). 또한 법원은 피수용자의 신병을 보호하기 위해 필요한 경우 피수용자를 동종 또는 유사한 다른 수용시설로 이송할 것을 수용자에게 명할 수 있다(인신보호법§11).

## 3) 법원의 결정 및 불복절차

법원은 구제청구사건을 심리한 결과 그 청구가 이유가 있다고 인정되는 때에는 결정으로 피수용자의 수용을 즉시 해제할 것을 명하여야 한다(인신보호법§13①).<sup>14)</sup> 법원은 청구절차 진행 중 수용해제가 이루어졌다 하여도 수용의 위법여부를 판단할 수 있다.<sup>15)</sup> 법원은 구제청구가 이유 없다고 인정하는 때에는 이를 기각하여야 한다. 구제청구자와 수용자는 법원의

---

12) 수용자는 ‘우울증, 당뇨병, 폐기종, 고혈압, 위궤양을 입원사유로 밝혔는데 우울증 외에는 정신병원에서의 입원치료와는 직접적 관련이 없는 질병들이며, 수용자는 보호자가 원하면 언제든지 퇴원이 가능하다는 소견을 밝힌 사실이 있다면, 수용자가 이 사건 수용의 적법성 및 수용을 계속할 필요성에 관하여 소명을 다하였다고 보기 어려움에도 불구하고, 원심은 구제청구인이 위법하게 수용되었다거나 수용사유가 소멸하였다는 주장을 인정할 만한 자료가 없다고 판단하고 말았다면, 구제청구사건의 심리요건 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다(대결 2009인마2).

13) 피수용자 갑의 인신보호법상 구제신청에 대한 제1심법원의 기각결정이 그가 수용되어 있는 병원에서 병원 직원으로 보이는 을에게 송달된 후, 갑이 위 결정에 불복하여 즉시항고를 제기하였으나 위 즉시항고가 항고기간 도과를 이유로 각하되자 재항고를 제기한 사안에서, 대법원은 위 송달은 갑에 대한 송달로서 적법한 것으로 볼 수 없다고 하였다(대결 2011인마1).

14) 인신보호법은 법원이 피수용자를 구제청구권자에게 인도할 수 없고, 단순히 수용자에게 수용해제만을 명할 수 있는데, 구제청구자에게 피수용자를 인도할 수 있는 등 법원의 결정을 다양화 할 수 있도록 하는 것이 요구된다(신권철, 전제논문, 357면).

15) 대법원은 인신보호법에 의한 구제청구절차 진행 중 피수용자에 대한 수용이 해제되었다 하여도 피수용자 등 구제청구자가 법원에 구제를 청구한 사유와 같은 사유로 다른 수용시설에 다시 수용되었거나 향후 같은 사유로 재수용될 가능성을 배제할 수 없는 한, 수용 해제의 사유만으로 그 구제청구의 이익이 없다고 할 수 없으므로, 해제 이전 당초의 수용이 위법하게 개시되었는지 여부 혹은 그 수용을 계속할 필요성이 소멸하였는지 여부 등 수용의 실제적 사유에 관한 판단을 함이 상당하다고 하였다(대결 2011인마2).

결정에 대하여 3일 이내에 즉시항고 할 수 있다(인신보호법§15). 법원은 구제청구사건의 재판에 사용된 비용의 전부 또는 일부를 구제청구자 또는 수용자에게 부담시킬 수 있다(인신보호법§14).<sup>16)</sup>

### Ⅲ. 인신보호법의 문제점

인신보호법은 보완되어야 할 점이 적지 않다. 국선변호인이 선임되었어도 사설 병원에 접근하기 어렵고 진료기록을 열람할 수 있는 권리도 보장되어 있지 않으며, 피수용자는 정신적으로 경제적으로 사회적 약자인 경우가 많은데 수용된 상태에서 구제청구서를 법원에 제출하는 것조차도 어렵다. 이러한 문제점들이 모두 신속하게 시정보완되어야 한다. 본고에서는 이들 외에 몇 가지 문제점만 지적하고자 한다.

#### 1. 국선변호인

인신보호청구는 형사절차에서의 체포구속적부심과 동일한 차원의 구제절차인데, 체포구속적부심의 청구권자와 비교할 때 변호인이 포함되지 않은 것은 형평에 어긋난다고 앞서 지적한바 있다. 인신보호법이 구제청구이후 국선변호인을 선임할 수 있는 장치를 두고 있지만(인신보호법§12②), 시작부터 국선변호인의 선임을 요청할 수 있어야 한다. 정신질환자, 치매노인, 장애인, 아동 등 자신을 표현하는 능력이 부족하고 경제력도 미약한 처지에 있는 자들에게 인신보호를 청구할 수 있다는 것만 고지할 것이 아니라, 국선변호인의 선임을 요청할 수 있음도 아울러 고지되어야 한다.

#### 2. 출입국관리법에 의해 인신구속된 피수용자에 대한 인신구제청구 불허

##### 1) 인신보호법 제2조, 출입국관리법 제51조, 제52조

인신보호법 제2조 제1항 단서는 인신구제를 청구할 수 있는 피수용자의 범위에, 출입국관리법에 따라 보호된 자를 제외하고 있다. 출입국관리법(§51)은 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있고, 출입국관리공무원은 외국인을 긴급히 보호하면 즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 하며, 이 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 보호명령서를 발급받지 못한 경우에는 즉시 보호를 해제하여야 한다고 규정하고 있다.

16) 제1심법원은 전문가 진단 비용으로 400만 원을 예납하도록 한 후 구제청구인이 이를 이행하지 못하자 수용을 계속할 필요성 등에 대해 추가 심리를 하지 않은 채 바로 이 사건 결정을 하고 있는데, 구제청구인의 정신·심리상태에 대한 진단의 필요성과 장기간의 정신병원 입원으로 경제적 능력의 대부분을 상실한 구제청구인의 사정 등을 감안하면, 인신보호규칙 제8조 제4항의 규정에 따라 전문가 진단비용에 대한 소송구조 등을 통해 구제청구인에 대한 정신·심리상태에 대한 추가적인 심리를 하여야 한다(대결 2009인마2).

또 출입국관리법(§52)은 제51조에 따라 보호된 외국인의 강제퇴거 대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 하며, 부득이한 사유가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다고 규정하고 있다.

## 2) 인신보호법은 출입국관리법에 의해 인신구속된 피수용자에게는 인신구제청구를 불허하고 있는데, 이에 대한 많은 비판이 제기되고 있다.<sup>17)</sup>

### (1) 다른 구제수단으로 보완 ?

인신보호청구는 그와 동등한 보호장치가 마련되어 있지 않는 한 다른 수단으로 대체될 수 없다. 불법체류를 방지해야 할 이유가 충분하고, 행정소송과 가처분절차를 통해 보완장치가 마련되어 있으며, 출입국관리법에 의한 수용은 다른 수용과 성격을 다르다고 볼 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 “이들 외국인”<sup>18)</sup>에게 인신보호청구를 일률적으로 배제한 것은 인신의 자유가 ‘인간’의 권리임을 잠시 잊은 것으로, 불법체류의 의문이 있는 경우라도 불법수용 여부를 다룰 수 있는 기회는 당연히 허락되어야 한다. 남용의 우려는 보완이 요구되는 사항이지 일체 금지로 결론지어질 수 없다. 또 본인이 직접 하기도 어렵고, 국내에 연고가 전무하기에 가족 등의 구제청구도 기대하기 어려워 남용의 우려도 없다고 보여지지만 실제로 남용이 나타나면 그 때가서 다시 논의해도 늦지 않다. 남용으로 국가안보를 위협하거나 결제 질서 전체가 흔들리거나 하면 사전에 철저히 예방해야하지만, 그럴 사안도 아닌데 지나친 걱정으로 보인다.

### (2) 심각한 인권침해의 사각지대

외국인 보호소수용은 행정기관에 의한 시설수용 중 인권침해가 가장 심각하게 제기되는 영역이다,<sup>19)</sup> 게다가 강제퇴거사유가 매우 추상적이고 모호한 규정으로 되어 있어 단속 공무원의 자의에 의해 이루어질 가능성이 높고, 법관의 관여 없이 이루어진 것으로, 다른 수용자와 달리 취급할 특별한 차별이유가 존재하지 않기에 이에 대한 시정이 시급히 요청된다. 인신보호를 앞서 실시한 미국이나 일본에서도 법원에 인신보호청구를 허락하고 있다.

### (3) 아직도 자유 ?

우리는 70-80년대 자유를 회구하여 쟁취하였고, 지금은 실질적 평등에 목마른 상황인데, 정신질환자와 외국인 보호소 수용자는 아직도 자유에 목말라 있다. 이들의 신체보호를 외면하여 자유의 사각지대로 방치해서는 안 된다. 목마른 자에게 있는 물마저 빼앗아서는 안 될 것이다. 물론 출입국관리법은 보호명령서, 긴급보호서, 보호기간의 제한 등 인신의 자유를

17) 하명호, 외국인 보호 및 강제퇴거절차의 구제절차에 대한 공법적 고찰, 고려법학 제52호, 2008, 206면; 정형근, 전개논문 93면, 이호중, 전개논문, 310면 ; 심희기, 전개논문, 14면;

18) 외국인이라 하여도 국내에서 위법 수용된 경우에는 이에 대해 인신보호를 청구할 수 있음은 물론이다.

19) 국가인권위원회는 인신보호법안에 대해 외국인보호소에 강제수용된 자를 구제청구대상에서 제외한 것에 대해 비판적 의견을 제시한바 있다(국가인권위원회 의견, 2005. 4, 6면 이하).

침해할 위헌 소지를 대폭 제거하고 있지만, 인신보호법의 입법취지를 살리기 위해서는 이들에게도 인신보호를 청구하는 것이 바람직하다.

#### (4) 국제법존중주의

헌법 제12조 제6항은 절차적 권리로서 ‘누구든지’ ‘적부의 심사를 법원에 청구할 권리’를 행사할 수 있다고 정하고 있는데, 인신보호법상 구제청구권의 주체를 제한할 수는 있어도, 출입국관리법에 의해 보호를 받는 모든 외국인을 일률적으로 배제하는 것은 입법재량의 한도를 넘어 외국인의 신체의 자유에 대한 과잉 침해로 또 외국인의 법적 지위를 국제법에 따라 존중하겠다는 우리 헌법의 국제법존중의 헌법원리에도 역행하는 것으로 보지 않을 수 없다.

### 3) 판례의 입장

헌법재판소는 인신보호법에 따른 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 출입국관리법에 따라 보호된 자를 제외하고 있는 인신보호법(§2①)은 신체의 자유에 대한 침해로 볼 수 없고, 평등권을 침해하는 것도 아니라고 하였다.<sup>20</sup> 헌법재판소의 결정은 이론적으로나 논리적으로 잘못되었다고 보기 어렵지만 감동을 주지는 못한다. “재량영역이고, 그렇기에 현저하게 불합리하지 않다면 위헌으로 볼 수 없다”는 것을, “재량영역이지만 재량의 한계를 벗어난 것으로 보아”, 입법개선촉구 결정을 했으면 자신의 존재의의를 다시 확인할 수 있었을 텐데 하는 아쉬움을 떨치기 어렵다.

## IV. 보충성

### 1. 보충성원칙

인신보호법은 제3조 단서는 인신보호를 청구하기 위해서는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 한다고 규정하고 있다. 이를 보통 보충성이라고 하는 것이 지배적인데, 인신보호법은 제3조 단서를 어떻게 볼 것인가가 문제된다.

20) 심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유에 준부 심사 및 강제퇴거명령의 집행 확보라는 행정목적에 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점 및 앞서 살펴본 바와 같이 출입국관리보호법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 위법하게 수용되어 적절한 구제절차를 갖지 아니한 피수용자의 기본권을 보호하고자 하는 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다고 보인다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.(헌결 2012헌마686).

## 1) 보충성의 의의

보충성원칙은 권리구제의 중복을 피하기 위하여 권리구제 간의 순서, 순위를 정하는 것으로, 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 그 첫 번째는, 중한 구제수단이나 최종적(특별한) 구제수단을 사용하려면 경한 구제이나 일반적 구제수단에 읍소하고 만일 구제가 이루어지지 않은 경우에는 중한 수단이나 최종적(특별한) 구제수단에 호소하라는 것이며, 두 번째는, 권리구제 간에 우열이나 순서를 정하기 어려운 대등한 구제수단들 간에는 한 구제수단을 사용하면 다른 구제수단은 사용할 수 없다는 것을 의미한다. 이와 같이 보충성은 권리구제수단 간의 순서, 순위에 관한 원칙이다.

## 2) 복수의 구제수단 간의 사용 순서

이러한 보충성원칙에 의하면, 중한 수단에 읍소하기 전에는 반드시 경한 수단을 통한 권리구제를 시도해 봐야 할 것이며, 예외적인 경우에 한해, 중한 수단에 읍소가 바로 허용된다. 또한 대등한 구제수단 간에는 하나의 구제수단을 사용한 경우 다른 구제수단은 사용할 수 없다. 여기서 대등한 구제수단이란 구제수단 간에 구제효과가 동등한 경우로서, 어떤 구제수단이 다른 구제수단을 대체할 정도의 동등한 효과를 지닌 수단을 말한다.

만일 경한 구제절차를 경유했는데 권리구제가 이루어지지 않아 중한 구제수단에 읍소하려 하는데 이를 불허한다면 이는 보충성 원칙에 어긋나는 것이다. 재판소원의 경우 (처음부터 안 된다고 해야 하는데) 다른 절차를 다 경유하면 마치 구제를 해줄 것 같이 해놓고 막상 절차를 거치고 오니 (다른 이유를 들어) 구제가 안 된다고 하는 것은, 보충성이 아니라 보충성 원칙에 어긋나는 것으로 보아야 한다.

## 2. 인신보호법 제3조 단서와 보충성

### 1) 외국 인신보호법과 보충성

#### (1) 미국

미국의 인신보호법은 주법원에서 유죄가 확정된 피구금자가 연방법원에 인신보호청구를 하려면 주법상 허용된 구제절차를 경유하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>21)</sup> 미국 인신보호법의 보충성은 연방국가에서 주의 독립성과 절차를 존중하는 의미를 지니지만, 앞서 언급한 보충성 유형에 적용해보면 일반 구제수단과 특별 구제수단 간의 보충성으로 보아도 좋을 듯하다. 여하튼 주법상 허용된 구제절차를 경유하고 그리고 연방법원에 인신보호를 청구하라는 것으로 지극히 정당하다고 할 것이다.

21) 이우영, 미국 인신보호영장제도 분석, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007, 476면.

## (2) 일본

일본의 인신보호규칙 제4조 단서는, 다만 다른 적당한 방법이 있는 경우에는 그 방법에 의하여도 상당한 기간 내에 그 구제목적 달성을 수 없음이 명백하여야 한다고 규정하고 있다. 우리의 인신보호법은 일본의 인신보호규칙을 그대로 옮겨 놓았다고 할 수 있는데, 일본 인신보호법 전체에 대한 이해가 부족한 가운데, 하나의 조문만 옮겨 놓음으로써 많은 문제를 야기하고 있다. 일본은 형사절차에 의한 체포구속에 대해서도 인신구제청구를 허용하고 있는데 인신보호규칙 제4조 단서와 같은 보충성 규정은 형사절차에 의한 체포구속에 대해서만 적용하고 있다고 한다.<sup>22)</sup> 대등한 구제수단 간에 하나의 구제수단을 사용할 수 있다면 다른 구제수단의 사용을 허락할 이유가 없기 때문이다.

## (3) 소결

미국과 일본의 예는 앞서 말한 보충성원칙에 충실함을 보여준다. 권리구제간의 합리적 재분배가 이루어지고 있음을 알 수 있다.

## 2) 인신보호법과 보충성

### (1) 인신보호법 제3조 단서의 의의

인신보호법 제3조 단서(이하, “보호법 단서”)는 “다른 법률에 구제절차가 있더라도 상당한 기간 내에 구제받을 수 없음이 명백하여야” 인신보호를 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 통상 이 규정을 보충성으로 부르고 있다. “보호법 단서”에 따라, 인신보호청구는 상당한 기간 내에 다른 구제절차로 구제받을 수 없음이 명백하여야 가능하며, 만일 상당한 기간 내에 다른 구제절차로 구제받을 수 있음이 명백한 때에는 인신보호를 청구할 수 없게 된다. 이는 다른 절차로 상당한 기간 내에 구제되는 것이 명백하다면 별도의 인신보호청구를 허락할 필요가 없기 때문이다. 그렇다면 이는 앞서 본 보충성 유형 중 두 번째 유형에 해당된다고 할 수 있다. 그런데 두 번째 유형이 성립되기 위해서는 복수의 권리구제수단 간에 대등한 관계가 전제되어야 하며, 그렇지 않은 경우에는 보충성 원칙에 어긋나게 된다.

### (2) “보호법 단서”의 정당성 여부

#### 가) 대등한 구제수단 ?

앞서 살핀바와 같이, 두 번째 유형의 보충성이 정당화되기 위해서는 인신보호청구와 비교할 때 다른 구제수단이 신속성, 이용의 편의성, 효과성 면에서 대등한 권리구제 수단이어야 한다. 개인의 신체수용을 허용하는 개별 법률 중, 구제절차를 둔 것은 정신보건법이 유일한데, “보호법 단서”가 정당하기 위해서는 정신보건법상의 구제가 인신보호법의 구제와 실질적으로 대등한 구제효과를 지녀야 한다.

양자를 비교해 보면, 정신보건법상의 구제는 행정심판의 성격을 지니고 있고, 전문성은 지니

22) 법원행정처 인신보호제도 해설, 13면; 이호중, 전제논문, 312면.

고 있으나 법원에 비해 독립성이 매우 부족하며, 그 기간도 소송 못지않게 긴 시간이 요구되는 반면, 인신보호청구는 법원에 의해 판단되고, 필요한 경우 정신과전문의의 의견을 들어야 하지만 법원이 모든 절차를 주도한다는 것, 국선변호인의 도움을 받을 수 있도록 한 것, 14일 이내에 심문기일을 정해 심문을 하도록 한 것 등을 감안해 볼 때, 그리고 기존의 정신보건법상의 구제가 인신보호에 미흡하고 문제가 많아 인신보호법이 제정된 점을 감안할 때, 정신보건법이 정한 구제는 인신보호청구와 대등한 관계가 아니라, 경한 구제수단과 중한 구제수단의 관계로 보아야 한다. 그렇다면, 양자를 대등한 관계로 보고, (상당한 기간 내에 구제가 명백하다고 보아) 정신보건법의 구제절차를 경유하면 다시 인신보호청구를 할 수 없도록 하는<sup>23)</sup>, “보호법 단서”는 정당하다고 보기 어렵다.

#### 나) 중복소송의 방지?

보충성은 중복소송을 방지하고 그에 따른 결과의 충돌을 방지하기 위함이라고 한다. 수용을 허용하는 개별 법률에서의 구제절차는 일종의 행정심판의 성격을 지닌 것인데 이러한 구제수단절차를 법원이 주관하고 판단하는 인신구제절차와 중복된다고 할 수 없고, 행정소송과의 중복을 피하는 것이라면 지극히 불필요한 걱정에 불과하다. 장구한 기간 법원이 주관하는 소송에서 진이 빠진 사람이 또 다른 법원, 그것도 동급의 법원에게 구제를 청구할지 모른다는 걱정은 쓸데없다. 중복소송 방지 및 충돌방지의 위험이 존재하지 않는다면 이를 병자한 보충성은 더 이상 설 곳이 없다.

#### 다) 다른 절차를 거치고도 청구할 수 있다 ?

다른 절차를 거치고도 인신보호를 청구할 수 있다고 보는 해석이 있는데, 이는 “보호법 단서”에 대한 올바른 독해로 볼 수 없다. 일부 견해<sup>24)</sup>에 따르면, “보충성규정으로 인하여 다른 구제절차를 거치도록 하여, 법원에 직접 수용해제를 구할 권리를 시기적으로나 절차적으로 제약하는 방식으로 이해될 여지도 있다.”, 또는 “행정소송 등은 인신보호법과 동종의 구제절차로 보기 어려워 이를 인신보호법에서 말하는 다른 법률의 구제절차라 하여 그 이후에만 인신보호청구가 가능하다고 볼 수 없다.”고 한다.

생각건대 인신보호법(§6①, 4호)은 다른 절차를 거치고 기각된 후 다시 인신보호를 청구하면 각하할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 다른 절차를 거치면 인신보호를 청구할 수 없다는 것이므로, “보호법 단서”를 다른 절차를 경유하더라도 다시 인신보호를 청구할 수 있다는 것으로 보는 것은. 비록 그것이 ‘임의적 각하’로 규정되어 있다 하더라도, 원칙적으로 타당하지 않다.

23) 인신보호법(§6①, 4호)은 다른 법률에 따른 구제청구가 기각된 후 다시 구제청구를 한 때에는 각하하도록 하여, 정신보호법 구제절차를 경유해도 인신보호를 청구할 수 없도록 하고 있다.

24) 신권철, 전제논문, 370면.

(3) 이상에서 본바와 같이 “보호법 단서”는 형식, 내용, 효과 면에서 모두 정당하지 못하므로, 폐지되어야 한다. 법개정으로 삭제되거나 위헌결정으로 폐지되어야 하지만<sup>25)</sup>, 그 때까지 “보호법 단서”를 어떻게 해석하고 적용해야 할 것인가가 정리되어야 한다.

### 3. 인신보호법 제3조 단서의 해석

#### 1) 다른 법률에서의 구제절차

##### (1) 의의

“보호법 단서”가 말하는 다른 법률에 있는 구제절차가 무엇을 말하는가가 문제되는데, 수용을 허용하는 개별 법률에서 정하는 구제절차로 볼 것인지 아니면 행정소송으로 볼 것인지에 관해, 다투어진다. 여기서 말하는 다른 법률에서의 구제절차란 불법 체포감금 그 자체에 대한 구제절차를 말하므로 형사절차에 의해 체포감금죄로 처벌하는 것이나, 불법체포감금에 대한 민사상 손해배상청구와 같이 불법 체포감금에 대한 간접적 구제수단은 이에 해당되지 않는다.

##### 가) 행정소송으로 보는 입장

다른 법률에 있는 구제절차를 행정소송으로 이해한다.<sup>26)</sup> 그 논거를 보면, 첫째 개별 법률에 행정상 불복수단이 있는 경우에 이를 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에 해당한다고 보면, 그와 같은 불복수단을 모두 경료한 이후에 비로소 인신보호청구가 가능하다는 결론이 되므로 신속한 구제를 제공할 수 없고 그 실효성이 반감될 것이라고 한다. 둘째, 개별 법률에 규정된 행정상의 불복제도는 행정관청 스스로 행정처분의 당부를 판단하는 것이기 때문에 공정한 심사를 기대하기 어렵고, 적법절차의 준수나 비례성 원칙의 준수 등 적법성의 법치주의적 한계에 대한 심사를 소홀히 할 수 있다. 셋째, 인신보호법은 제6조 제1항 제4호에서 다른 법률에 따른 구제청구가 기각된 후 다시 구제청구를 하면 구제청구의 각하사유로 규정하고 있는데, 행정관청에 대한 불복청구가 기각된 경우에는 인신보호법에 의한 구제청구도 할 수 없다는 결론이 되는데 인신보호법 제정취지에 비추어 부당하다고 한다. 이 견해에 의하면 행정소송이 다른 법률에 구제절차가 있는 경우의 전형적 예에 해당한다고 한다.

##### 나) 수용을 허용하는 개별 법률에서의 구제절차로 보는 입장

다른 법률에 있는 구제절차를 피수용자의 수용을 허용하고 있는 당해 법률에서 정하는 구제절차로 이해한다.<sup>27)</sup> 예를 들어 수용된 정신질환자는 정신보건법이 정하는 구제절차가 이

25) ‘상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 한다.’의 ‘상당한 기간’, ‘명백’, ‘구제받을 수 없음이 명백한’과 같이 애매모호한 표현과 함께, 법률전문가의 머리를 쥐어짜도 알기 어렵고 황당하기까지 한 내용을 담고 있는, 그러면서도 권리구제에 전혀 도움이 되지 않는 인신보호법 제3조 단서는 명확성 원칙에 위배되는 것은 물론 인신보호에 역행하는 인신에 대한 중대한 침해로, 또 구속적부심과 비교해 볼 때에도 합리적 이유 없는 매우 불합리한 차별로 위헌으로 보아야 한다.

26) 이호중, 인신보호법의 제정의미와 활용성, 형사정책 제21권 제1호, 2009, 313-314면.

27) 정형근, 인신보호법에 관한 연구, 인권과 정의, 2009.2. 95면; 신권철, 전개논문, 370면.

에 해당된다고 한다. 만일 수용의 근거법률에서 정한 절차로 한정하지 않고 행정쟁송의 제기 등의 절차에 관한 일반적인 구제절차도 포함된다고 보면 모든 사건이 보충성요건에 해당되어 원칙적으로 인신구제청구가 각하될 것이기 때문이라고 한다. 수용을 허용하는 법률에서 구제절차를 허용하고 있지 않으면 이 보충성요건의 적용은 없게 된다고 한다.

#### 다) 소결

인신보호법이 말하는 다른 법률에서의 구제절차는 수용의 법적 근거가 되는 법률에서 정한 불복절차, 즉 '당해 구제절차'로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

(가) 다른 구제절차를 행정소송으로 볼 경우, 행정소송절차가 상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차에 해당된다면, 법원에 인신보호를 청구할 수 없게 될 것이고,<sup>28)</sup> 반대로 행정소송절차를 '상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 절차'로 볼 경우에는, 행정소송을 경유하지 않고 법원에 인신보호를 청구할 수 있다. 반면 다른 구제절차를 수용을 허용하는 개별 법률에서 정하고 있는 불복절차(이하 '당해 구제절차')로 볼 경우, '당해 구제절차'가 상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차에 해당된다면, 법원에 인신보호를 청구할 수 없게 될 것이고, 반대로 '당해 구제절차'를 '상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 절차'로 볼 경우에는, '당해 구제절차'를 경유하지 않고 법원에 인신보호를 청구할 수 있다.<sup>29)</sup>

살펴본바와 같이, 행정소송이나 당해 구제절차를 '상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 절차'로 보건, 반대로 '구제받을 수 있는 명백한 절차'로 보건 간에, 전자라면 인신보호를 바로 청구할 수 있고, 후자라면 인신보호를 청구할 수 없게 되어, 다른 구제절차를 행정소송으로 볼 것인가 아니면 '당해 구제절차'로 볼 것인가의 구별실익이 없게 된다.

(나) 일반적으로는 양자 모두 '상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 절차'로 보아야 한다. 행정소송도 긴 시간이 소요되지만, '당해 구제절차' 역시 적지 않은 시간이 소요되기 때문이다. 그러나 다른 구제절차를 '당해 구제절차'로 보아야 하는 이유는, 행정소송절차에는 상당한 기간 내에 행정소송으로 구제받을 수 있는 것이 명백한 경우를 예상하기 어렵지만, '당해 구제절차' 중에는 상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 경우가 존재할 수 있기 때문이다. 예를 들어, 정신보건법을 보면 6개월마다 정기적으로 계속 수용여부를 심사하게 되는데, 정기심사를 앞둔 정신질환자의 경우 자체 심사에 의해 수용해제가 이루어질 수 있는 경우도 있을 수 있고, 충분히 회

28) 인신보호청구는 '다른 법률에서의 구제가 상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차가 아니어야 가능'하기 때문이다. 이러한 경우에 인신보호를 청구하게 되면, 법원은 다른 법률의 구제절차에 따른 구제를 받을 수 있음이 명백한 때에는 구제청구를 각하할 수 있으므로(인신보호법§6①,3호), 결국 인신보호청구는 불허된다.

29) 만일 이 경우 '당해 구제절차'를 경유하게 되면 다시 인신보호를 청구할 수 없다. '당해 구제절차'에 의한 절차를 경유한 후 인신보호를 청구하는 경우에는 다른 법률에 따른 구제청구가 기각된 후 다시 구제청구를 한 경우에 해당되기 때문이다(인신보호법§6①, 4호).

복된 경우임에도 계속 수용결정이 있을 경우 이에 대한 불복은 ‘당해 구제절차’가 더 신속 용이한 구제절차가 될 수도 있기 때문이다.

인신보호법이 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 경우’와, ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 것이 명백한 경우’로 구별하고 있다면, 양자의 가능성을 모두 충족할 수 있는 해석방법을 선택하는 것이 타당하기에, 다른 법률의 구제절차는 ‘당해 구제절차’로 보아야 한다.

## 2) 상당한 기간

인신보호법은 제3조 단서에서, 다른 법률에 구제절차가 있더라도 “상당한 기간” 내에 구제받을 수 없어야 인신보호를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 상당한 기간이란 매우 애매한 규정이지만, 입법취지는 다른 법률의 구제절차가 인신보호법이 예정하는 신속한 구제기간을 대체할 수 있을 만큼 신속한 절차를 말하며, 만일 이에 미치지 못할 경우에는 다른 법률의 구제절차를 밟을 필요가 없다는 것으로 보아야 한다.

인신보호법은 신속한 구제기간을 정하고 있지 않고 있는데, 동일한 이념을 지닌 형사소송법의 체포구속적부심사청구의 경우 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포구속된 피의자를 심문하고 기각 또는 석방을 명하도록 규정되어 있다(형소법§214의2④). 그렇다면 형사절차건 행정절차건 간에 신체를 구속하여 수감하거나 수용한 경우 이를 차별할 이유가 없고, 신체의 자유에 대한 위협은 신속히 제거되어야 하기에, 상당한 기간은 구속적부심사 청구사건의 심리결정과 같은 정도로 짧은 기간으로 해석되어야 한다.<sup>30)</sup> 상당한 기간은 ‘즉시 구제가 가능한 기간’으로 보아야한다. 상당한 기간을 즉시 구제가 가능한 기간으로 보는 경우, ‘당해 구제절차’인 정신보건법의 정한 불복절차는 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차’로 볼 수 없다.

## 3) 구제받을 수 없음이 명백한 경우

인신보호법은 제3조 단서에서, 다른 법률에 구제절차가 있더라도 상당한 기간 내에 “구제받을 수 없음이 명백하여야” 인신보호를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 앞서의 보충성 요건(상당한 기간 내에도)도 애매하고 복잡한데, 인신보호법은 구제받을 수 없음이 명백하여야 인신보호를 청구할 수 있다고 하여, 요건해석을 매우 어렵게 만들고 있다. 여기에 구제받을 수 없음이 명백한가를 요건단계에서 판단할 수 있겠는가 가미되면 머리를 쥐어짜도 쉽지 않아 보인다.

다른 법률에서의 구제절차를 행정소송으로 이해하건, 당해 구제절차로 보건 간에, 구제받을 수 없음이 명백하다는 것을 어떻게 객관적으로 판단할 수 있는가이다.

일부 견해<sup>31)</sup>는 정신질환자가 완쾌되어 수용사유가 소멸한 경우에는 정신보건법이 정한 구제절차로 구제받을 수 있음이 명백한 경우라고 하는데 이론적으로는 타당하나 동의하기 어

30) 정형근, 전제논문, 95면.

31) 정형근, 전제논문, 96면.

럽다. 정신질환자의 수용사유가 소멸되었음에도 이를 불허할 위험이 존재하고 그래서 법관의 판단을 받을 수 있게 하는 것이 인신보호법의 취지이기에, 정신질환자가 완쾌된 경우에는 당해 구제절차로 구제받을 수 있음이 명백한 경우로 보아 이 경우 인신보호청구를 부적법하다고 하는 것은 제도의 도입취지로 보나 정신질환자의 수용숫자가 크게 증가하고 있는 지금의 상황을 너무 안이하게 본 것은 아닌가 한다.

#### 4. 소결

1) 다른 법률의 구제절차는 ‘당해 구제절차’로 보아야 한다. 그러나 ‘당해 구제절차’는 일반적으로는 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차’로 볼 수 없다.

개인을 의료, 복지, 보호시설에 수용을 허용하는 법률이 다양하게 존재하고 있지만, 당해 구제절차를 규정하고 있는 것은 정신보건법이 유일하다. 나머지 수용근거법률은 복지시설, 전문치료기관이나 요양소에 입원, 입소의 보호조치만 규정하고 있지 위법부당한 입원입소에 대해 이의를 제기하는 불복장치를 두고 있지 않다.<sup>32)</sup>

불복절차를 두고 있는 정신보건법의 경우, 정신보건법이 정한 불복절차가 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차’인가를 판단하기 위해서는 정신보건법상의 불복절차를 정리해 볼 필요가 있다. 정신보건법은 정신의료기관의 입원을 자의(自意)입원,<sup>33)</sup> 보호입원,<sup>34)</sup> 행정입원,<sup>35)</sup> 응급입원<sup>36)</sup>으로 나누고 있고, 각각의 불복절차와 방법을 규율하고 있다.

32) 아동복지법 제15조의 보호조치, 장애인복지법 제34조의 위탁조치, 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률(노숙인복지법) 제17조의 노인복지시설의 입소퇴소조치, 노인복지법 제28조의 입소 및 입소위탁조치, 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률(성매매방지법) 제17조, 제22조의 지원시설의 입소 및 보호조치, 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률(가정폭력방지법) 제7조의 보호조치 및 제18조의 치료조치, 경찰관직무집행법 제4조의 보호조치, ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(감염병예방법) 제42조의 치료 및 입원조치, 마약류관리에 관한 법률 제40조의 치료보호, 후천성면역결핍증예방법(에이즈예방법) 제15조의 치료 및 보호조치 등이 있는데, 하나 같이 불복장치를 두고 있지 않다.

33) 제23조의 자의입원은 본인의 의사에 따라 입퇴원이 결정된다.

34) 제24조의 보호입원은 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과전문의의 동의로 정신질환자를 입원하는 것인데, 입원기간은 6개월 이내로 하고, 정신의료기관등의 장은 6개월이 지난 후에도 계속하여 입원 등의 치료가 필요하다는 정신건강의학과전문의의 진단이 있고 보호의무자가 입원등의 동의서를 제출한 때에는 6개월마다 시장·군수·구청장에게 입원 등의 치료에 대한 심사를 청구하여야 한다(정신보건법§24③). 정신의료기관등의 장은 환자 또는 보호의무자로부터 퇴원 등의 신청이 있는 경우에는 지체 없이 당해 환자를 퇴원 등을 시켜야 한다(정신보건법§24⑥). 다만, 정신건강의학과전문의가 정신질환자의 위험성을 고지한 경우에는 정신의료기관등의 장은 퇴원 등을 거부할 수 있다. 이 경우 환자 또는 보호의무자는 즉시 기초정신보건심의위원회 또는 광역정신보건심의위원회에 이의를 신청할 수 있다(정신보건법§24⑥).

35) 정신보건법 제25조의 행정입원은 시군구의 장에 의한 강제입원인데, 시군구의 장은 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 정신질환자를 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있고(정신보건법§25③), 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다. 퇴원불허결정이나 계속입원결정에 대해 기초정신보건심의위원회에 이의를 신청할 수 있고(정신보건법§28③, 3호), 기초정신보건심사위원회의 결정에 대해서는 광역정신보건심의위원회에 재심사를 청구할 수 있다(정신보건법§28②, 3호). 시군구의 장은 위원회로부터 보고받은 심사결과에 따라 심사결과를 이의를 신청한 자에게 통지해야 하며, 이에 대해 시도지사에게 재심사를 청구할 수 있다(정신보건법§34).

36) 제26조의 응급입원은 위험을 초래할 정신질환자를 발견한 자가 의사와 경찰관의 동의를 얻어 정신의료기관에 72시간 내로 입원시키는 것인데(정신보건법§26③), 퇴원불허결정이나 계속입원결정에 대해서는 기초정신보건심의위원회에 이의를 신청할 수 있고, 광역정신보건심의위원회에 재심사를 청구할 수 있다(정신보건법§28② ③, 3호).

살펴본바와 같이, 정신보건법이 정한 구제절차는 '상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차'로 볼 수 없다. 다만 앞서 본바와 같은 예외적인 경우에 한해 '상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차'에 해당되는 경우가 있을 수 있다. 그렇다면, 정신질환자는 정신보건법이 정한 구제절차를 경유함이 없이 바로 인신보호를 청구할 수 있다고 보아야 한다.

2) 수용을 허용하는 개별 법률에서 불복절차를 규정하고 있지 않은 경우에는, 다른 법률에서 구제절차를 '당해 구제절차'로 보는 경우에는, 당해 구제절차가 존재하지 않는 경우에 해당되므로, 인신보호를 바로 청구할 수 있다.<sup>37)</sup>

3) 정신보건법이 정한 구제절차는, "상당한 기간 내에 구제받을 수 없음이 명백한 절차"이므로 그 절차를 경유할 필요 없이 "보호법 단서"에 의해, 바로 인신보호를 청구할 수 있다. 그러나 앞서 언급하였지만, 정신보건법의 모든 구제절차를 일률적으로 "상당한 기간 내에 구제받을 수 없음이 명백한 절차"로 볼 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 전신보건법의 구제절차를 밟도록 할 것인데, 정신보건법의 절차를 밟지 않고 바로 또는 밟고서 인신보호를 청구할 경우, 인신보호청구를 일률적으로 각하해서는 안 될 것이다. 인신보호법은 "다른 법률의 구제절차에 따른 구제를 받을 수 있음이 명백한 때"를 "각하할 수 있다(임의적 각하)"고 하여, 특별한 예외 상황의 경우, 즉 정신보건법에 의한 구제가 가능한 경우까지 인신보호를 청구한 경우에는 이를 각하할 수 있도록 법원에게 유연한 대처를 가능하게 하고 있다.<sup>38)</sup>

4) 법원통계월보에 의하면, 2009년부터 2014년 10월까지 인신보호청구사건은, 총 접수 1,566건 인용 129건 기각 474건, 취하 606건이다.<sup>39)</sup> 나머지 357건을 각하(미제 포함)로 보면, 인용 8%, 각하 22.7%, 취하 38%, 기각 30%임을 알 수 있다.

위 자료만으로는 어떤 결론을 도출할 수 없지만, 몇 가지 생각해보면, 첫째 4년간 정신의료기관에 입원입소된 수가 약 14,000여명이나 늘어 80,569명이나 수용되어 있는데, 수용의 위법성이나 수용의 필요성을 다룬 건수가 1566건이라면, 해당영역의 인권보호가 신장되었거나, 아니면 절차에 대한 인식부족이나 홍보부족 등으로 인신보호를 청구하지 못하고 있는 것으로 보인다. 둘째, 각하가 22.7%인데 그 사유를 알기 어렵지만, 혹시나 보충성위반문제로 각하된 것이 많다면 조속한 시정이 요구된다고 하겠다. 셋째, 인용은 8%에 그치지만, 취하

37) 만일 행정소송으로 보는 경우에도, 앞서 본바 대로, 행정소송절차를 상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 절차로 본다면 법원에 인신보호를 청구할 수 없으나, '상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 절차'로 볼 경우에는, 행정소송을 경유하지 않고 법원에 인신보호를 청구할 수 있으므로, 다른 구제절차를 어떻게 보건 간에 인신보호를 바로 청구할 수 있다.

38) 임의적 각하사유로만 규정되어 있는 이상 법원은 보충성을 결한 인신보호청구에 대해서도 심리할 수 있으므로 보충성 규정을 들어 심리를 하지 않은 채 피수용자나 구제청구자의 권리구제를 제약하는 것은 가급적 자제해야 할 필요가 있다는 지적(신권철, 전계논문, 371면)은, 실무가들이 경청해야 할 부분이다.

39) 2009년(접수 122건 인용 12건 취하 44건); 2010년(접수 198건 인용 26건 취하 70건); 2011년(접수 246건 인용 20건 취하 102건); 2012년(접수 278건 인용 27건 취하 99건); 2013년(접수 350건 인용 19건 취하 139건); 2014년 10월까지(접수 372건 인용 25건 취하 152건); 합계 접수 1,566건 인용 129건 취하 606건 기각 474건(법원통계월보)

가 38%이어서 그나마 다행이라 생각된다. 인신보호를 청구하면 수용자가 수용해제를 해주고 소 취하를 유도하는 경우를 쉽게 예상할 수 있고 실제로도 많다고 한다.

## V. 결론

인신보호법에 대한 비판적 고찰을 통해 다음과 같은 결론을 얻을 수 있었다.

첫째, 국선번호인의 선임이 가능함이 고지되어야 하며, 그것도 수용 당시에 고지되도록 법 개정이 이루어져야 한다. 동시에 인신보호를 청구하면서 동시에 국선번호인의 선임을 요구할 수 있어야 한다.

둘째, 출입국관리법에 따른 보호대상자에 대해 일률적으로 인신보호를 불허한 것은 재고되어야 한다.

셋째, 인신보호청구는 다른 법률에 구제절차(행정소송이건 당해 구제절차이건 간에)와 임의적 선택 관계에 놓여 지도록 해야 한다. 인신보호는 '돌아와 가건 직접 가건' 법원에 청구할 수 있어야 한다.

인신보호법은 사회적 약자의 인신을 보호하기 위한 것인데, 일본보다 무려 60년이나 늦게 인신보호를 위한 법률을 만들면서, 진일보된 법은 고사하고 기대에도 상식에도 못 미치는 법이 되어 있다. 신체에 대한 불법 체포구속여부를 판단해 달라고 법원에 청구하였다면, 가장 신속하게 적법여부를 판단해 주는 것이 인신보호의 책무를 다하는 것이며, 인신보호는 간편한 절차를 통한 신속한 구제를 그 생명으로 하는데, 인신보호법은 목적에서는 인신보호인데 중간 말미에서는 인신보호외면이거나 인신보호사양이다.

현행 인신보호법의 보충성규정의 본래의 의도는 법원에 의한 인신보호를 제한하기 위한 목적으로 보아야 한다. 그러나 “상당한 기간 내에 구제가 명백하지 않은 경우”에만 인신보호청구를 할 수 있도록 하여 인신보호의 진입을 방해하고 있지만, 역으로 “상당한 기간 내에 구제가 명백하지 않은 경우”라는 애매모호한 규정 덕분에, 도리어 다른 구제절차를 행정소송으로 보건 당해 구제절차로 보건 간에, 바로 인신보호를 청구할 수 있다는 결론을 도출할 수 있게 되었다고 생각한다.

보충성은 3차 진료기관은 동네 1차 진료기관을 경유하고 오라는 것인데, 1차 진료기관에서 치료가 되지 않으면 그만두라는 본래의 의도는 무산되었지만, 보충성조항은 누구를 위한 법인가에 대한 방향각각이 상실된 규정이며, 인권보장의 철학이 실종된 제도설계의 결과일 뿐이다. 아직도 보충성을 달리 해석하면 인신보호를 청구할 수 있는 길이 봉쇄될 수 있는 위험이 존재한다. 인신보호법의 보충성은 인신보호법은 신체를 보호하는 권리장전으로서 기능되어야 한다.

## 제 4 주제 토론문

**인신보호법에 대한 비판적 고찰**  
**- 특히 보충성 원칙과 관련하여 -**



## 인신보호법에 대한 비판적 고찰 - 특히 보충성 원칙과 관련하여 -

이장희 책임연구원

(헌법재판연구원 기본권연구팀)

1. 존경하는 김학성 교수님의 발표에 대해 토론자로 참여할 수 있어 영광으로 생각하며, 이를 통해 「인신보호법」의 문제점에 대한 교수님의 고견을 듣고 우리 사회의 인권보장 현실에 대한 성찰과 배움의 기회를 가질 수 있어서 또한 기쁘게 생각합니다.

저는 한편으로는 2008년 「인신보호법」의 제정을 통하여 우리나라의 인권보장이 더욱 고양될 것이라는 막연한 기대를 하였으나, 이번 토론문을 준비하는 과정에서 「인신보호법」에 문제가 적지 않다는 것을 알게 되었습니다. 세부 지역적인 문제점들을 차치하면, 일단 교수님께서 비판하신 문제점은 대략 두 가지 정도로 모아진다고 보입니다. 하나는 「인신보호법」 제2조 제1항 단서에서 ‘동법의 적용범위’를 한정된 문제이고, 다른 하나는 「인신보호법」 제3조에서 ‘구제청구의 보충성 요건’에 관련한 문제입니다. 저는 이 문제점들을 비판한 교수님의 견해에 전적으로 공감합니다. 다만 토론자로서의 책임을 다하기 위하여 몇 가지 궁금한 점을 제기해 보고, 부족하나마 이에 대한 토론자의 생각을 함께 제시해 보고자 합니다.

2. 먼저, 「인신보호법」의 적용대상의 문제는 결국 구제청구의 보충성 요건 문제로 전환될 것으로 생각합니다. 「인신보호법」 제2조 제1항 단서는 “형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자”를 동법의 적용대상에서 제외하고 있습니다. 특히 「출입국관리법」에 따라 보호된 자”를 적용배제한 것에 대해 여러 비판적 견해가 많지만, 헌법재판소는 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정에서 「출입국관리법」상의 구제절차나 행정소송 절차 등 ‘다른 구제절차’를 사용할 수 있으니까 「인신보호법」의 보호대상으로 할 필요가 없다는 이유에서, 그것이 청구인들의 신체의 자유와 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였습니다.<sup>1)</sup> 만약 동조항을 삭제하여 거꾸로 「출입국관리법」에 따라 보호된 자”에게 「인신보호법

1) “출입국관리법에 따라 보호된 청구인들은 각 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기함으로써 그 원인관계를 다투는 것 이외에, 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있으므로, 헌법 제12조 제6항이 요구하는 체포·구속 자체에 대한 적법여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차가 있다. 또한 출입국관리법은 보호기간의 제한, 보호명령서의 제시, 보호의 일시·장소 및 이유의 서면 통지 등 엄격한 사전적 절차규정을 마련하고 있고, 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을

」을 적용한다고 가정하더라도 거기에는 다시 그 보호조치의 적법성 여부를 판단하기 위한 “다른 법률의 구제절차”(출입국관리법 또는 행정소송법 등)가 있으므로, 그에 대한 「인신보호법」에 따른 구제청구의 가능성은 결국 동법 제3조의 “상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백한지”(보충성) 여부에 따라 달라진다고 생각합니다. 다만 문제는 발제문에서 지적된 것처럼, “상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백”하다는 것의 의미가 무엇인지 불명확하다는 것입니다.

3. 한편, 발제문에 따르면, ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있는 명백한 경우’와 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 없는 명백한 경우’를 구별하면서, 구제의 신속성 요청을 감안하여 다른 법률에서의 구제절차를 행정소송이 아닌 ‘당해 구제절차’로 한정하여 보고 있습니다.

하지만 법문에 따르면 ‘상당한 기간 내에 (다른 법률의 구제절차로) 구제받을 수 없음이 명백’한 경우에만 동법에 따른 구제청구를 할 수 있도록 하고 있으므로, ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 있음이 명백한 경우’, 그리고 ‘상당한 기간 내에 구제받을 수 없음이 명백하지 않은 경우’에는 동법에 따른 구제청구를 못한다는 취지로 볼 수도 있다고 생각합니다. 그렇기 때문에, 이 단서 규정의 문제점은 바로 동법에 따른 구제청구의 가능성을 제한적으로 만들거나 혹은 매우 어렵게 해 놓았다는 점에 있지 않을까 합니다. 왜냐하면 대체적인 경우(설령 당해 법률상의 구제절차가 별도로 없더라도) 결국 행정소송의 대상이 될 수 있기 때문입니다.

4. 또한 발제문에 따르면 ‘상당한 기간’을 ‘신속한 구제 내지 즉시 구제’로 이해하고 있습니다. 하지만 「인신보호법」에 의한 구제가 반드시 더 신속하다고 단정할 수 있는지 의문입니다. 「인신보호법」 제8조 제1항은 “지체없이 심리를 개시”할 것을 규정하고 또 제9조에서 “수용의 임시해제”를 규정하고 있지만, 심리를 언제까지 끝내서 결정해야 하는지를 정하고 있지는 않습니다. 또 상소의 가능성도 있습니다. 그렇다면 인신보호청구의 신속성은 “구제청구자가 인신보호청구를 하면 수용자가 수용해제를 해 주고 소 취하를 유도하는 경우가 많다”는 사실을 기대할 수 있는 경우에만 그러한 것은 아닐지, 만약 그렇다면 행정소송이나 심지어 감금죄 고소·고발이나 민사상 손해배상 등의 간접적 수단 역시 사실상 신속한 해결에 있어서는 마찬가지로 효과가 있는 것은 아닐까 생각합니다.

오히려 ‘상당한 기간’이란 ‘구제 받을 수 없는 가능성이 인정되는 일정 기간’을 뜻한다고

---

할 수 있도록 하여 행정소송절차를 통한 구제가 가지는 한계를 충분히 보완하고 있다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제12조 제6항의 요청을 충족한 것으로 **청구인들의 신체의 자유를 침해하지 아니한다.**” 또한 “심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외된 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유에 준부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적에 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다. 따라서 심판대상조항은 **청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.**” 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686, 공보 제215호, 1, 1409.

보아서, 일정 기간 내에는 사실상 혹은 법률상 구제가능성이 없음이 명백한 경우에 구제청구가 가능하다고 볼 수는 없을까 여쭙습니다.

5. 끝으로 '당해 법률에서의 구제절차'(예컨대 정신보건법상 구제절차)가 있음에도 불구하고 이를 제쳐두고 원칙적으로 곧장 인신보호법상의 구제청구를 할 수 있도록 한다면 그 당해 법률에서의 구제절차가 도리어 유명무실해지는 문제가 있지는 않을까, 동시에 법원의 판단에 일차적 의존성이 너무 커지는 것 아닌지 의문이 제기됩니다. 2005년 당시 인신보호법안의 제안 취지에 따르면, "행정력이나 개인에 의하여 발생한 구금의 경우 구제절차가 흡결된 중대한 인권침해를 해결"한다고 하고, "특히 정신병자나 부랑자·윤락녀로 몰려 보호시설에 수용되는 사안, 지력이 부족하여 무인도의 어부·앵벌이로 끌려간 사안에서 인간으로서의 기본권인 신체의 자유를 보장"하려는데 있다고 합니다. 따라서 발제문에서도 강조되고 있듯이, 2008년 「인신보호법」의 제정과 시행은 신체의 자유를 포함하여 기본권의 보장을 강화하기 위한 입법적 노력의 산물이라고 생각합니다. 그렇다면 인신보호법상의 구제청구는 - 인신보호법상 각하사유(4호)를 보더라도 - '인권침해의 사각지대를 보완'하기 위한 방법이지, 기존의 방법을 앞질러 사실상 우선적으로 사용되는 방법으로 고안된 것은 아니지 않을까 생각해 봅니다.

감사합니다.

