

발간등록번호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

헌법논총

제 35 집



헌법재판소

「헌법논총」은 헌법재판소가 공모하여 선정한 논문 및 내부직원의 연구논문 등을 수록한 논문집으로서, 게재된 논문은 저자 개인의 견해임을 알려드립니다.

목 차

□ 특별기고

- 대법원판결을 취소한 헌법재판소의 결정에 관한 소고
..... 김용준 7
- 사법권 독립의 국제기준 연구 이현환 51

□ 특집주제 : 헌정사

- 한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의 ... 이병규 ... 113

□ 특집주제 : AI와 관련된 헌법적 쟁점

- 인공지능과 법치주의 홍석한 ... 189

□ 일반논문

- 5·18광주항쟁과 저항권에 관하여 박성호 ... 239
- 독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”,
그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로 배상준 ... 315
- 독일 정당법에서의 당내 민주주의 규정에 관한 소고
..... 이문주 ... 359

〈부 록〉

헌법논총 수록 논문색인	409
헌법논총 제35집 논문 공모 개요	430
헌법논총 발간내규	431
헌법논총 윤리내규	439

대법원판결을 취소한
헌법재판소의 결정에 관한 소고*

An exploratory study on the Constitutional Court's decisions
to annul the judgements rendered by the Supreme Court

김 용 준(Kim, Yong-jun)

제2대 헌법재판소장

— 목 차 —

I. 부동산투기억제에관한특별조치세법의 제정·시행	9
II. 부동산투기억제에관한특별조치세법의 폐지와 소득세법의 개정	9
III. 조세법률주의와 조세평등주의	9
IV. 실질과세의 원칙	10
V. 실질과세원칙에 따른 양도소득세	10
VI. 기준가액에 따른 양도소득세로의 전환	11
VII. 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정	13

* 이 논문은 헌법논총 제35집 특별기고 의뢰에 따라 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제35집(2024)

VIII. 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결	21
IX. 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173(병합) 결정	28
X. 나의 간단한 소견	39
* 국문초록 및 주제어	46
* 영문초록 및 주제어	47
* 참고문헌	49

I. 부동산투기억제에관한특별조치세법의 제정·시행

토지의 양도로 인하여 생기는 이른바 ‘토지양도차익’에 대하여 과세함으로써 투기적인 부동산 투자를 억제함을 목적으로 한 부동산투기억제에관한 특별조치세법이 1967년 11월 29일 법률 제1972호로 제정되어 1968년 1월 1일부터 시행됨에 따라, 서울특별시·부산시와 일정한 과세대상지역에 소재하는 토지를 양도한 자와 과세대상지역에 소재하는 공지의 소유자는 부동산투기억제에 관한 특별조치세(‘부동산투기억제세’)를 납부할 의무를 부담하게 되었다.

II. 부동산투기억제에관한특별조치세법의 폐지와 소득세법의 개정

1974년 12월 21일 법률 제2690호로 부동산투기억제에관한특별조치세법을 폐지하는 법률이 제정되어 1975년 1월 1일부터 시행됨과 아울러, 1949년 7월 15일 법률 제33호로 제정·시행되고 있던 소득세법이 1974년 12월 24일 법률 제2705호로 전부개정되어 1975년 1월 1일부터 시행됨에 따라 토지·건물 등 일정한 자산의 양도로 인하여 발생하는 소득인 ‘양도소득’에 대하여 소득세 (이른바 ‘양도소득세’)를 부과하게 되었다.

III. 조세법률주의와 조세평등주의

우리 헌법은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 지는바(제38조), 국민이 납부할 조세의 종목과 세율은 법률로 정하도록(제59조) 규정하여 이른바 조세법률주의를 채택하고 있다. 국민의 대표자로 구성

된 국회가 제정한 법률에 따르지 않으면 국민에게 조세를 부과할 수 없는 것임을 헌법이 선언하고 있는 것이다.

조세법률주의는 ① 과세요건 법정주의, ② 과세요건 명확주의, ③ 조세 평등주의 등을 내용으로 하는바, 조세평등주의는 헌법 제11조가 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’고 선언한 평등의 원칙의 조세법적 표현으로서 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 취급함으로써 조세정의를 실현하려는 조세법의 기본원칙이다.

이 원칙에 따라 조세의 부담이 납세자들 사이에 평등하게 배분되도록 세법이 제정되어야 함은 물론, 세법을 해석·적용함에 있어서도 납세자들이 평등하게 취급되지 않으면 안 된다.

IV. 실질과세의 원칙

국세기본법(1974년 12월 21일 법률 제2679호로 개정되어 1975년 1월 1일 시행된 것) 제14조(실질과세) 제2항은 “과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질 내용에 따라 적용한다”고 규정하여 실질과세의 원칙을 채택하고 있다.

V. 실질과세원칙에 따른 양도소득세

법률 제2705호 소득세법 제23조 제2항에 의하면 양도소득금액은 당해 자산의 양도로 인하여 발생한 총수입금액(양도가액에서 제45조의 규정에 의한 필요경비를 공제한 금액(양도차액)에서 다시 그 취득가액에 대통령령에 정하는 율과 그 취득일로부터 양도일까지의 기간(양도자산 보유기간)을 곱한 금액(양도소득특별공제액)을 공제한 금액으로 하기로 결정되어 있고,

제23조 제5항에 의하면 양도가액은 실지거래가액에 의하되 그 실지거래가액이 불분명한 경우에는 그 자산의 양도 당시의 시가표준액에 의하고, 제45조 제1항 제1호에 의하면 양도가액에서 공제할 취득가액은 당해 자산의 취득에 소요된 실지거래가액(실지거래가액이 불분명한 경우에는 그 자산의 취득 당시의 시가표준액에 의한 금액)으로 하도록 규정되어 있어서, 실질과세의 원칙을 채택하고 있음을 알 수 있다.

양도소득세가 본래 자산의 양도로 인하여 발생하는 소득을 과세대상으로 하는 것인 만큼, 그 세액 산정의 기초가 되는 양도가액과 취득가액은 실지거래가액으로 산정하여 실제로 발생한 양도차익(양도소득)에 대하여만 과세하는 것이 양도소득세의 소득세로서의 본질에 부합될 뿐더러 국세기본법이 채택한 실질과세의 원칙에도 부합되는 것이다.

Ⅵ. 기준가액에 따른 양도소득세로의 전환

양도차액을 산정함에 있어서 실질과세의 원칙에 대한 예외적 기준으로 기준시가에 따르기로 한 제도가 1978년 12월 5일 법률 제3098호로 개정되어 1979년 1월1일부터 시행된 소득세법에 따라 도입되었다(제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호). 종래는 시가표준액¹⁾에 따랐던 것이 기준시가²⁾에 따

-
- 1) 시가표준액 : 1978년 12월 6일 법률 제3154호로 일부개정되어 1979년 1월1일 시행된 지방세법 제111조(과세표준)에 의하면 취득세의 과세표준은 취득 당시의 가액으로 하는바(제1항), 시가표준액은 조례로 정하는 바에 따라 취득자의 신고에 의하되, 다만 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 대통령령이 정하는 바에 의한 과세시가표준액(‘시가표준액’)에 미달할 때에는 시가표준액에 의하도록(제2항) 규정되어 있다.
 - 2) 기준시가 : 1995년 12월 6일 법률 제4995호로 일부개정되어 1996년 1월 1일 시행된 지방세법 제111조 (과세표준)에 의하면, 취득세의 과세표준은 취득 당시의 가액으로 하는바(제1항), 취득 당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의하되(제2항 본문), 다만 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 시가표준액(토지에 대한 시

르기로 개정된 것이다.

부동산 시가의 급격한 상승으로 인하여 실제 시가와 시가표준액과의 차이가 현격하게 커지게 되자, 시가표준액보다 실지거래가액에 더 가까운 기준시가에 따라 양도차익을 산정하여 양도소득세를 부과함으로써 과세의 균등을 기하고 조세정의를 구현하기 위한 것이었다.

그러나 거래계(去來界)의 관행이 원칙대로 실지거래가액에 따라 양도차익을 산정하여 양도소득세를 부과하는 경우는 극히 일부에 지나지 않고, 대부분의 경우는 기준시가에 따라 양도차익을 산정하여 양도소득세를 부과·납부하는 실정이었다. 1982년 12월 21일 법률 제3576호로 개정되어 1983년 1월1일부터 시행된 소득세법이 이와 같은 현실을 감안하여 실질과세의 원칙에서 기준시가과세의 원칙으로 전환하게 되었다.

제23조 제4항은 ‘양도가액은 그 자산의 양도 당시의 기준시가에 의한다. 다만 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실지거래가액에 의한다’고 규정하고, 제45조 제1항 제1호는 ‘거주자의 양도차익의 계산에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비는 다음 각 호에 계기(揭記)하는 것으로 한다. 1. 당해 자산의 취득 당시의 기준가액에 의한 금액. 다만 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 취득에 소요된 실지거래가액’이라고 규정하여 기준시가과세의 원칙을 채택하고 있음을 알 수 있다.

소득세법을 위와 같이 개정된 입법목적은 다음과 같다고 한다. 모든 자산의 거래에 관하여 납세의무자가 실지거래가액을 사실대로 밝혀 과세표준

가표준액)은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 개별공시지가(개별공시지가가 없는 토지의 경우에는 시장·군수가 동법 제10조의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격비준표를 사용하여 산정한 지가를 말한다)에 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체의 장이 결정고시한 과세표준액 적용비율을 곱하여 산정한 가격(제1호), 토지 외의 과세대상에 대한 시가표준액은 대통령령이 정하는 가격(제2호)에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의하도록(제2항 단서) 규정되어 있다. 시가표준액과 기준시가에 관하여는 크게 쟁점이 되지 아니하였으므로, 더 이상 논하지 않기로 한다.

신고를 하리라고 기대할 수 없는데다가, 세무공무원이 일일이 실지거래가액을 조사하여 밝힌다는 것도 조세행정의 현황에 비추어 극히 곤란한 실정임에도 불구하고 실질과세원칙만을 고집한다면, 납세의무자의 조세저항만을 증폭시킬 뿐, 세무공무원의 능력이나 자세에 따라 납세의무자의 조세부담이 달라지게 되어, 실지거래가액을 조작하는 등 불법을 저지른 납세의무자만 이득을 보게 될 여지도 없지 아니하여, 오히려 실질적으로는 조세부담의 균등을 해칠 수도 있다는 점 등을 고려하여, 획일적인 기준시기에 따라서 양도차익을 산정함으로써 조세법의 집행과정에 개재(介在)될 여지가 있는 부정을 배제하고 실질적인 조세부담의 공평과 조세정의를 구현하고자 하는 데 있다고 한다.

위 개정 소득세법은 제25조 제4항 본문과 제45조 제1항 제1호 본문에서 기준시기과세원칙을 채택하면서, 각 항·호 단서에서는 대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 따라서 양도차익을 산정할 수 있도록 규정함으로써, 납세의무자가 기준시기에 따라서 양도차익을 산정함으로써 말미암아 실지거래가액에 따라서 양도차익을 산정하는 경우보다 더 불이익을 받지 않도록 기준시기과세 원칙에 대한 예외를 인정하여 보완하고 있다.

Ⅶ. 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정

구 소득세법(1982. 1. 21. 법률 제3576호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것) 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서에 대한 한정위헌결정.

주 문

1. (생략)

2. 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서(각 1982. 1. 21. 법률 제3576호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것)는 실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상 - 95헌바13사건
(94헌바40 사건에 관한 부분은 불필요하여 생략함)

가. 사건의 개요

(2) 95헌바13 사건

청구인들 4인이 1989.7.10.부터 1990.2.13.까지 사이에 서울 노원구 하계동 310 잡종지 등 10필지 합계 41,112m²를 21,005,360,000원에 양도한 사실에 대하여 강남세무서장과 송파세무서장 등은 위 양도면적이 국세청장이 정한 규모를 초과하고 청구인들이 토지거래계약신고를 하면서 매매예정가격을 실제보다 낮게 신고하여 국토이용관리법을 위반하는 등 투기성이 있다는 이유로 위 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서, 동법시행령 제170조 제1항 단서, 제4항 제2호 가목(1989.8.1. 대통령령 제12767호로 개정된 것) 등을 적용하여 실지거래가액을 기준으로 양도차익을 산정한 후 양도소득세 등 합계 15,616,606,890원을 부과 고지하였다.

이에 청구인들은 서울고등법원에 위 양도소득세 부과처분의 취소를 구하는 행정소송(91구19250)을 제기하였다가 패소하자 이에 불복하여 대법원에 상고하는(94누9993) 한편 위 부과처분의 근거법령인 위 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서가 헌법에 위반된다고 주장하여 위헌제청신청(95부6)을 하였으나, 대법원은 1995.4.7. 청구인들의 상고를 기각함과 동시에 위헌심판제청신청을 기각하였고, 청구인들은 4.19. 그 신청 기각의 결정을 고지받은 다음 4.29.

에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

위 구 소득세법 제23조 제4항 단서와 제45조 제1항 제1호 단서(이 뒤에서는 '이 사건 위임조항'이라고 약칭한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제23조 (양도소득)

④ 양도가액은 그 자산의 양도 당시의 기준시가에 의한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실지거래가액에 의한다.

제45조 (양도소득의 필요경비 계산)

① 거주자의 양도차익의 계산에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비는 다음 각호에 계기하는 것으로 한다.

1. 당해 자산의 취득 당시의 기준시가에 의한 금액. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 자산의 취득에 소요된 실지거래가액.
2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견 - 생략
3. 판단
 - 가. 국세청장의 각하의견에 대한 판단 - 생략
 - 나. 이 사건 산정조항의 위헌 여부 - 생략
 - 다. 이 사건 위임조항의 위헌 여부

(1) 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 핵심적 내용으로 하는 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장하고 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것이다(헌법재판소 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 참조). 그런데 조세법률주의를 철저히 관철하고자 하면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 따른 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우가 생길 수 있으므로, 조세법률주의를 지키면서도 경제현실에 따라 공정한 과세를 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 본질적인 내용에 관한 사항이라 하더라도 그중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 대통령령 등 하위법규에 이를 위임할 필요가 있다.

우리 헌법도 조세행정분야뿐만 아니라 국정 전반에 걸쳐 위와 같은 위임입법의 필요성이 있음을 인정하여 그 제75조에서 “대통령은 법률에서……위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정함으로써 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”으로 한정함으로써 위임입법의 기준과 한계를 명시하고 있는바, 여기서 위임입법에 관한 헌법의 위 규정이 특히 위임입법의 기준과 한계를 명시하고 있는 취지는 단순히 소극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규로서는 법률이 위임하지 아니한 사항을 정할 수 없음을 밝히고 있는 것에 그치는 것이 아니고, 더 나아가 적극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 반드시 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 않는다는 것까지 밝히고 있는 것이다.

따라서, 입법의 위임은 법률로써 구체적인 범위를 정하여 이루어져야 하는 것이지만, 그 위임범위의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 수밖에 없는 것으로서, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건은 완화되는 것이다(헌법재판소 1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정; 1994.7.29. 선고, 92헌바49·52 결정 등 참조).

그러나 위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민민주주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안 된다고 해석되므로, 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에

위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다.

(2) 소득세법은 1982.12.21. 법률 제3576호로 개정된 이래 동법 제23조 제4항 본문 및 제45조 제1항 제1호 본문에서 토지 등의 부동산의 양도에 대한 양도소득세에 있어 과세표준 산정의 기초가 되는 양도가액 내지 취득가액의 산정을 원칙적으로 실지거래가액이 아닌 기준시가에 의하도록 하고 있다(이하, “기준시가과세원칙”이라 한다). 그런데 이 사건 위임조항은 위 기준시가과세원칙에 대한 예외로서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 규정임에도 불구하고 위 조항 자체에는 그 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 아니한 관계로 이 사건 위임조항만으로는 과연 어느 경우에 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 수 있는지가 반드시 명확하다 할 수는 없다.

그러나 이 사건 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없는 것이다.

(3) 그러므로, 이 사건 위임조항의 위임의 범위나 한계를 확정할 수 있는지에 관하여 검토하기로 한다.

(가) 양도소득세는 토지, 건물 등 자산의 양도로 인하여 발생하는 소득을 과세대상으로 하는 것이므로 그 세액산정의 기초가 되는 양도가액 내지 취득가액은 이를 실지거래가액에 의하여 산정하여 실제로 발생한 양도소득에 대하여만 과세가 이루어지도록 하는 것이 양도소득세의 소득세(所得稅)로서의 본질에 한층 부합함에도 불구하고 이 사건 위임조항의 각 본문이 채택한 기준시가과세원칙은 양도소득의 존부와 범위를 실지거래가액이 아닌 법률에 의하여 의제된 가액으로 산정하는 것이어서 위와 같은 양도소득세의 본질에 반하고, 경우에 따라서는 기준시가에 의한 과세표준 산정으로 말미암아 실지양도차익 자체를 초과하는 세액이 부과될 가능성도 있으며, 또 그 정도에까지는 이르지 않더라도 과세표준이 실지양도차익보다 과중하게 산정될 소지를 가지고 있다.

(나) 그럼에도 불구하고 이 사건 위임조항의 각 본문이 기준시가과세원칙을 채

택한 입법목적은 모든 자산의 거래에 관하여 납세의무자가 진실한 실지거래가액을 신고하리라고는 사실상 기대할 수 없는 데다 과세관청이 일일이 실지거래가액을 조사한다는 것도 조세행정상 심히 곤란함에도 실지거래가액에 의한 과세를 원칙으로 고집한다면, 납세의무자의 조세저항만을 증폭시킬 뿐 객관성 있는 조사도 어렵고, 담당공무원의 능력이나 자세에 따라 납세의무자의 세부담이 달라지게 되며, 실지거래가액을 조작한 자만 이득을 보게 될 여지도 있어 오히려 실질적으로는 조세공평주의에 반하는 결과가 초래될 우려가 있다는 점 등을 고려하여 획일적인 기준시기에 의하여 양도차익을 산정함으로써 조세법의 집행과정에 개재될 수 있는 부정을 배제하고, 실질적인 조세부담의 공평과 조세정의를 실현하고자 하는 데 있는 것이어서 토지 등의 부동산의 양도에 대한 양도소득세의 과세표준 산정에 있어서 기준시기과세원칙을 채택하게 된 데에는 그렇게 할 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이나, 한편 모든 경우에 일관하여 기준시기에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할 경우에는 실지양도차익 자체를 초과하는 세액이 부과되거나 그 정도에까지는 이르지 않더라도 과세표준이 실지양도차익보다 과중하게 산정됨으로써 본래의 제도취지와는 달리 오히려 국민이 부당하게 과중한 조세를 부담하고 조세정의에 반하는 결과를 초래하여 기준시기과세원칙이 실질적 조세법률주의나 조세평등주의에 위반될 소지가 있어서 이와 같은 기준시기과세원칙이 안고 있는 문제점을 보완하기 위하여 이 사건 위임조항을 규정하고 있는 것이다.

(다) 그러므로, 이 사건 위임조항이 “대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 의한다”고 규정하여 직접적, 명시적으로는 위임의 범위를 구체적으로 규정하고 있지는 않지만 소득세법의 전 체계, 양도소득세의 본질과 기준시기과세원칙에 내재하는 헌법적 한계 및 이 사건 위임조항의 의미를 합리적으로 해석할 때, 이 사건 위임조항은 납세의무자가 기준시기에 의한 양도차익의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 보완하기 위한 규정으로서 결국 실지거래가액에 의한 세액이 기준시기에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 보아야 하고, 그 한도내에서 이 사건 위임조항은 그 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있는 것이므로, 이를 가리켜 헌법상의 조세법률주의나 포괄위임금지의 원칙에 위반되는 규정이라고 볼 수는 없다.

(4) (가) 그런데 이 사건 토지 등의 부동산 양도당시 시행되던 소득세법시행령 제170조 제4항(1982.12.31. 대통령령 제10977호로 개정된 후 1989.8.1. 대통령령 제12767호에 의한 개정을 거쳐 1990.12.31. 대통령령 제13194호로 개정되기 전의 것)은 이 사건 위임조항의 위임에 근거하여 실지거래가액에 의하여 양도가액 내지 취득가액을 산정하는 경우를 그 각호로서 다음과 같이 규정하고 있다.

1) 1982.12.31. 개정된 소득세법시행령 170조 제4항

제1호: 국가, 지방자치단체 기타 법인과의 거래에 있어서 양도 또는 취득 당시의 실지거래가액이 확인된 경우

제2호: 국세청장이 지역에 따라 정하는 일정 규모 이상의 거래 기타 부동산의 투기의 억제를 위하여 필요하다고 인정되어 국세청장이 지정하는 거래에 있어서 양도 또는 취득 당시의 실지거래가액을 확인할 수 있는 경우

제3호: 양도자가 법 제95조 또는 법 제100조의 규정에 의한 신고시 제출한 증빙 서류에 의하여 취득 및 양도 당시의 실지거래가액을 확인할 수 있는 경우

2) 1989.8.1. 개정된 소득세법시행령 제170조 제4항

제1호: 삭제

제2호: 다음 각목의 1에 해당하는 거래에 있어서 양도 또는 취득당시의 실지거래가액이 확인되는 경우, 다만, 부동산의 취득·양도경위와 이용실태 등에 비추어 투기성이 없는 것으로 인정되는 경우에는 제9항의 규정에 의한 자문을 거쳐 실지거래가액의 적용대상에서 제외할 수 있다.

가목: 제44조 제4항 제2호에 규정된 자산을 양도한 경우

나목: 법 제70조 제7항에 규정된 자산을 양도한 경우

다목: 부동산을 취득한 후 1년 이내에 양도한 경우

라목: 중개업자가 부동산중개업법을 위반하여 직접 부동산을 양도한 경우

마목: 국세청장이 정한 일정 규모 이상의 부동산을 취득 또는 양도함에 있어서 다른 사람 명의의 사용, 허위계약서의 작성, 주민등록의 허위이전 등 부정한 방법에 의하거나 관계법령에 위반한 경우

바목: 기타 부동산의 거래로서 부동산의 보유기간·거래규모 및 거래방법 등에 비추어 부동산의 투기를 목적으로 하는 것이라고 인정하여 재무부령이 정하는 기준에 해당하는 경우

제3호: 양도자가 법 제95조 또는 법 제100조의 규정에 의한 신고시 제출한 증빙 서류에 의하여 취득 및 양도 당시의 실지거래가액을 확인할 수 있는 경우

(나) 이상과 같은 구 소득세법시행령의 규정내용을 살펴보면, 위에서 본 바와 같은 이 사건 위임조항의 위임취지에 합치되는 규정도 있지만 그 위임취지를 잘못 해석하여 이 사건에서 문제되고 있는 1982.12.31. 개정된 동법시행령 제170조 제4항 제1호, 1989.8.1. 개정된 동법시행령 제170조 제4항 제2호와 같이 이 사건 위임조항이 설정한 위임의 한계를 벗어나 기준시기에 의한 것보다 납세의무자에게 불리한 경우에도 실지거래가액에 의하여 산정할 수 있도록 규정함으로써 이 사건 위임조항에 대하여 헌법에 위반되는 해석을 하고 있는 것이다.

만약 그와 같은 해석을 용인하면 이 사건 위임조항은 재산권이나 납세의무와 같은 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항인 양도소득세에 과세표준산정방법을 대통령령에 아무런 범위를 정하지 않고 백지 위임한 것이 되어 헌법상 포괄위임금지원칙에 위반되고 행정부가 그때그때의 필요와 편의에 따라 대통령령의 개정으로 양도소득세 과세표준의 산정방법을 바꾸어 납세의무자의 조세부담을 마음대로 증가시킬 수도 있어 국민 생활의 법적 안정성과 예측가능성을 현저히 저해하게 되므로 조세법률주의에도 위반되는 것이다.

(5) 결론적으로, 이 사건 위임조항은 납세의무자가 기준시기에 의한 양도차익의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 실지거래가액에 의한 세액이 기준시기에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 해석되므로, 위 위임의 범위를 벗어나 실지거래가액에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시기에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석한다면 그 한도 내에서는 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임금지의 원칙에 위반된다.

4. 결론

이상의 이유로 이 사건 산정조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 이 사건 위임조항은 실지거래가액에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시기에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 선언하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우의 주문 제2항에 관한 아래 5.와 같은 반대의견과 재판관 조승형의 주문 제1항의 주문표시에 관한 아래 6.과 같은 별개의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.
(이하 생략)

Ⅷ. 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결

주 문

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

이 유

상고이유(기간경과 이후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 양도소득세 부과처분에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면 원심이 인정한 사실관계의 요지와 부과처분의 경위는 다음과 같다.

원고 1은 1987. 6. 4. 소외 1과 사이에, 당시 공원용지로 지정되어 있던 서울 관악구 (주소 1 생략) 임야 9,917㎡(이하 (주소 1 생략) 임야라 한다)를 각자 금 300,000,000원씩 합계 금 600,000,000원(각자의 매매수수료 30,000,000원씩은 별도)을 투자하여 그 소유자로부터 공동으로 매수하되, 위 원고가 그 책임으로 이를 공원용지에서 해제시키기로 하고 그 대가로 소외 1이 위 원고에게 매매대금과는 별도로 금 200,000,000원을 지급하기로 하는 약정을 체결하였다(다만 위 원고는 약정의 명의를 처인 소외 2로 하였다). 위 약정에 따라 원고 1은 1987. 2. 28. (주소 1 생략) 임야에 대하여, 소유자인 소외 3과 사이에 대금 390,000,000원에 매매계약을 체결하고 위 소외 1로부터 위 약정에 따라 교부받은 금 330,000,000원에 자신의 자금 60,000,000원을 보태어 위 매도인에게 매매대금을 지급한 다음

1987. 8. 5. (주소 1 생략) 임야 중 2분의 1 지분에 관하여 위 소외 2 명의로, 1987. 8. 22. 나머지 2분의 1 지분에 관하여 위 소외 1 명의로 각각 소유권이전등기를 마쳤다.

그런데 위 소외 1은 원고 1이 약속한 공원용지 해제가 어렵다고 판단하고 위 원고에게 자신이 투입한 매수자금 상당액을 반환하여 달라고 요구하자, 위 원고는 소외 4에게 위 소외 1 명의의 2분의 1 지분을 금 650,000,000원에 매도하여 계약금 65,000,000원과 잔금의 일부 금 27,000,000원을 자신이 수령하였다. 그러나 위 소외 4는 (주소 1 생략) 임야가 공원용지에서 해제될 기미를 보이지 않자 위 매매계약을 해제하고 위 소외 1을 상대로 손해배상청구를 하면서 1988. 9. 5. 위 소외 1의 지분을 가압류하였다.

그러자 원고 1은 다른 매수인을 물색한 끝에 1989. 3. 3. 위 소외 1의 지분을 소외 5 등 5인에게 금 500,000,000원에 매도하고 같은 해 4. 20.까지 그 대금을 모두 수령하였으나, 위 소외 1 명의의 지분은 위와 같이 가압류가 되어 있었고 또 소송결과에 따라 자신이 위 소외 4로부터 이미 지급받은 계약금 등에 상응하는 손해배상을 하여 주고 위 가압류를 말소해야 할 형편에 있었기 때문에 1989. 5. 10. 위 소외 1 명의의 지분대신 위 소외 2 명의의 지분을 위 소외 5 등 5인에게 이전등기하여 주었다(제1 양도).

그에 따라 원고 1은 위 소외 1에게 그가 투입한 매수자금보다 많은 금 400,000,000원을 지급하고 1989. 5. 16. 위 소외 1로부터 그의 명의의 지분을 가압류가 되어 있는 상태로 위 소외 2 명의로 이전받아 그 관계를 청산한 다음, 같은 해 6월경 소외 6 등에게 위 지분을 금 1,000,000,000원에 매도하고 같은 해 7. 24. 소유권이전등기를 하여 주었다(제2 양도).

이에 피고는, 원고 1이 그의 자금으로 위 (주소 1 생략) 임야 전부를 2분의 1 지분씩 2회에 걸쳐 취득한 뒤 타인에게 매도하여 양도차익을 취득한 것으로 보고, 제1 양도에 대하여 실지거래가액에 따라 취득가액을 금 60,000,000원(원고 1이 실제 부담한 매수대금)으로, 양도가액을 금 500,000,000원으로 각 인정하고, 제2 양도에 대하여도 실지거래가액에 따라 취득가액을 금 400,000,000원(소외 1에게 지급한 청산금액)으로, 양도가액을 금 1,000,000,000원으로 각 인정하여, 이 사건 양도소득세 및 방위세의 부과처분을 하였다.

나. 원심은 위와 같은 사실관계를 기초로 하여 다음과 같이 판단하였다.
원고 1은 위 소외 1과 공동으로 (주소 1 생략) 임야를 매수함에 있어 자신의 자금 60,000,000원을 투입하여 위 소외 2 명의로 2분의 1 지분을 매수하였다가 위 소외 1의 투자자금 반환요구에 응하기 위하여 이를 대금 500,000,000원에 매도하였고, 위 소외 1 명의의 2분의 1 지분에 대하여는 그에게 금 400,000,000원을 지급하고 위 소외 2 명의로 이를 매수하였다가 다시 이를 대금 1,000,000,000원에 매도한 것으로 볼 것이므로, 원고 1은 (주소 1 생략) 임야를 2분의 1 지분씩 2회에 걸쳐 실질적으로 취득하였다가 2회에 걸쳐 다시 이를 양도한 것으로서 양도소득의 귀속자는 원고 1인바, 위 양도에 있어 위 원고는 모두 타인 명의로 유상취득하였고 특히 제2 양도는 부동산 취득 후 1년 이내의 양도로서 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호 및 재산세세사무처리규정(국세청훈령 제980호) 제72조 제2항 제4, 5호에 따라 실지거래가액에 의한 과세대상이므로 이 사건 처분은 적법하다.

다. 그러므로 이 사건에 관하여 적용될 법령의 효력문제에 관하여 먼저 살펴보기로 한다.

(1) 이 사건은, 양도소득세의 양도가액에 관한 구 소득세법(1982. 12. 21. 법률 제3576호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 법률, 이하 같다) 제23조 제4항 본문 및 취득가액에 관한 같은 법 제45조 제1항 제1호 본문에 각각 규정된 기준시가에 의하지 아니하고 위 각 조항의 단서에 규정된 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정함으로써 이루어진 양도소득세부과처분의 적법여부가 문제되는 사건이다. 그런데 헌법재판소는 1995. 11. 30. 94헌바40, 95헌바13 사건에서, “구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”라는 주문의 결정을 한 바 있다. 그러므로 위 각 조항 단서 및 그 위임에 따라 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하고 있는 구 소득세법시행령(1982. 12. 31. 대통령령 제10977호로 개정된 후 1989. 8. 1. 대통령령 제12767호로 개정되기 전의 시행령, 이하 같다) 제170조 제4항 제2호가 위 헌법재판소 결정의 선고로 인하여 그 효력이 상실되는지 여부 및 이 사건에 관하여 적용될 수 있는지 여부가 먼저 검토되어야 할 것이다.

(2) 헌법 제111조 제1항은 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판 및 법률이 정하는 헌법소원에 대한 심판 등을 헌법재판소의 관장 권한으로 정하고 있는바, 헌법재판소법 제45조 본문은 '헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부를 결정한다'라고 규정하고, 제47조 제2항 본문은 '위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다'라고 규정하며, 같은 조 제1항은 '법률의 위헌 결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다'라고 규정하고 있고, 이들 조항은 같은 법 제75조 제6항에 의하여 일정한 범위 내의 헌법소원을 인용하는 경우에도 준용되고 있다. 이와 같이 특정한 법률 또는 법률조항에 대하여 헌법재판소의 위헌 결정이 있는 경우에, 당해 법률 또는 법률조항은 즉시 그 효력을 상실하게 되고 그 위헌 결정은 법원을 포함한 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 효력을 가지는 것이므로, 헌법재판소의 위헌 결정이 법원을 포함한 모든 국가기관 및 지방자치단체에 의하여 엄정하게 존중되어야 함은 더 말할 나위가 없다. 뿐만 아니라, 법률이 일정한 사항에 관하여 구체적인 내용의 입법을 대통령령 등 하위법규에 위임하고 있는 경우에 그 위임규정인 법률조항에 대하여 헌법재판소의 위헌 결정이 선고되면, 당해 법률조항이 효력을 상실하게 됨은 물론, 그 법률조항의 위임에 의하여 제정된 대통령령 등 하위법규 역시 그 존립의 근거를 상실함에 따라 당연히 그 효력을 상실한다고 하지 않을 수 없을 것이다.

(3) 그러나 이 사건에서 검토대상이 된 위 결정과 같이, 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌 결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는, 이른바 한정위헌 결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌 결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다.

그런데 헌법 제101조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(제1항), 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다(제2항)라고 규정하고 있으며, 여기서의 사법권이란 구체적인 법률적 분쟁이 발생한 경우에 당사자로부터의 소

제기 기타의 신청에 의하여 당해 분쟁사건에 적용될 법의 구체적 내용이 어떠한 것인지를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하는 작용을 가리키는 것인바, 특정 법률 또는 법률조항의 전부나 그 일부가 소멸되지 아니하거나 문언이 변경되지 않은 채 존속하고 있는 이상, 구체적 사건에 있어서 당해 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한 곧 법령의 해석·적용 권한은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이다. 이러한 법리는 우리 헌법에 규정된 국가권력분립구조의 기본원리와 대법원을 최고법원으로 규정한 헌법의 정신으로부터 당연히 도출되는 이치로서, 만일 법원의 이러한 권한이 훼손된다면 이는 위에서 본 헌법 제101조는 물론이요, 어떤 국가기관으로부터도 간섭받지 않고 오직 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하도록 사법권 독립을 보장한 헌법 제103조에도 위반되는 결과를 초래하는 것이다. 그러므로 한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다고 하지 않을 수 없다.

더욱이 법률보다 하위법규인 대통령령의 제정근거가 되는 법률조항(이른바 위임 규정)에 대하여 한정위헌 결정이 있는 경우에 있어서도, 앞에서 본 바와 같이 그 법률조항의 문언이 전혀 변경되지 않은 채 원래의 표현 그대로 존속하고 있는 이상 그 법률조항의 의미·내용과 적용범위는, 역시 법령을 최종적으로 해석·적용할 권한을 가진 최고법원인 대법원에 의하여 최종적으로 정하여질 수밖에 없고, 그 법률조항의 해석은 어디까지나 의연히 존속하고 있는 그 문언을 기준으로 할 수밖에 없다 할 것이므로 그 문언이 표현하고 있는 명백한 위임취지에 따라 제정된 대통령령 조항 역시 의연히 존속한다고 보지 않을 수 없다. 따라서 이와 같이 효력을 상실하지 않고 존속하는 대통령령 조항이 상위법인 법률의 위임내용에 위반되는지 여부 및 나아가 헌법이나 다른 법률에 위반되는지 여부의 심사 권한은 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다는 규정에 따라 당연히 법원에 전속한다고 하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 양도소득세부과처분에 적용된 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호는 그 위임 근거 규정인 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항

제1호 단서의 각 규정이 앞에서 본 헌법재판소의 결정에도 불구하고 그 문언의 표현이 전혀 변경되지 않은 채 존속하고 있는 이상 위 시행령 조항의 헌법위반 여부와 상위법의 위반 여부에 관하여는 대법원이 최종적으로 판단하여 이 사건에 적용할지 여부를 결정하여야 하는 것이다.

(4) 그런데 대법원은 지금까지 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 것을 규정한 위 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호 및 그 위임근거규정인 구 소득세법 제23조 제4항 단서와 제45조 제1항 제1호 단서가 헌법에 위반되지 아니한다는 전제하에 이를 각 사건에 적용하여 왔다(대법원 1995. 6. 13. 선고 95누580 판결 참조). 이러한 해석은, 위 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서에서 그 각 본문에 규정된 기준시가 과세원칙에 대한 예외로서 실지거래가액에 의하여 양도가액 및 취득가액(양도가액에서 공제할 필요경비 중 하나)을 산정할 수 있도록 하면서 그 구체적 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 입법목적 내지 입법이유가, 만약 일률적으로 기준시가 과세원칙을 관철할 경우에는, 사안에 따라 실지거래가액이 객관적으로 쉽게 확인되는데도 이에 의한 양도차익보다 고액의 기준시가에 따라 의제된 양도차익에 의할 수밖에 없게 되어 실질과세의 원칙에 위배될 우려가 있음은 물론, 투기거래나 위법거래로 인하여 시가가 단기에 급등한 지역에 있어서는 오히려 기준시가가 현실의 시가를 제대로 반영하지 못하게 되어 투기거래자나 위법거래자의 막대한 양도차익에 대하여 실질에 부합하는 과세를 할 수 없게 됨에 따라 과세의 형평을 해칠 수 있는 등의 부작용이 있으므로, 이러한 두 가지의 우려와 부작용에 함께 대처하기 위하여, 기준시가 과세원칙에 대한 예외를 마련하고자 한 데 있다는 해석을 근거로 하고 있는 것이다. 이와 같이 해석할 경우에, 비록 위 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서가 대통령령에 위임하는 사항의 범위를 명시적으로 특정하지는 아니하였다 하더라도 위 조항에 있어서의 내재적인 위임의 범위나 한계는 충분히 인정될 수 있다고 할 것이고, 구 소득세법상 종전의 실지거래가액 과세원칙으로부터 기준시가 과세원칙으로 개정된 입법동기와 연혁, 그리고 다시 기준시가 과세원칙에 대한 예외로서 실지거래가액에 따라 과세할 수 있는 경우를 규정하게 된 입법목적을 두루 고려하여 보더라도, 위 각 조항 단서가 기준시가에 의한 과세보다 실지거래가액에 의한 과세가 납세자에게 유리한 경우만을 한정하여 대통령령에 위임한 것이라는 해석에는 도저히 이를 수 없다고 할 것이다. 더욱이 이 사건의 사안을 보면, 실지거래가액에 의하여 과세하는 경우 모두

금 1,000,000,000원을 초과하는 양도차익이 발생한 것이 되어 원고 1이 납부하여야 할 양도소득세액이 금 600,000,000여 원에 이르게 되는 반면, 기준시가에 의하여 과세하는 경우에는 오히려 양도차손이 발생한 것이 되어 양도소득세를 전혀 부과할 수 없게 되는바, 원심이 인정한 사실관계에 나타난 바와 같이 실제로 불과 2년 미만의 기간에 금 400,000,000여 원, 그리고 불과 2월 남짓 되는 기간에 금 600,000,000원의 각 양도차익을 얻은 위 원고가 위 한정위헌 결정과 같은 해석으로 말미암아 양도소득세 부과에서 제외된다는 것은 심히 부당한 결과라고 하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 과세처분에 적용된 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서와 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호가 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하는 유효한 규정이라고 해석하여 온 지금까지의 견해를 변경할 필요가 없다고 본다.

라. 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 증거의 취사선택, 사실의 인정 및 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 법리오해, 법령위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

원심이 인정한 사실관계 하에서는 원고 1이 그 인정과 같은 경위로 위 소외 1에게 금 400,000,000원을 지급하고 그 지분을 이전받은 이상, 위 원고가 위 소외 2 명의의 지분을 타인에게 양도하고 그와 동일한 비율인 위 소외 1 명의의 지분을 이전 받았다고 하더라도 그것이 단순한 지분의 교환에 불과하여 양도차익이 발생하지 아니한 것이라고 볼 수는 없다.

또 위 원고는 피고가 위 각 양도 당시 시행되던 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호가 아니라 그 이후인 1989. 8. 1. 개정된 소득세법시행령의 조항을 적용하여 부과처분을 한 것은 위법하므로 위 처분이 취소되어야 한다고 주장하나, 설사 피고가 그와 같은 잘못을 저질렀다고 하더라도 조세부과처분의 취소를 구하는 소송의 소송물은 정당세액의 존부로서 과세단위와 처분사유의 동일성이 인정되는 한 과세관청의 위와 같은 법령의 적용 착오는 처분을 취소할 사유가 되지 못한다고 할 것이다. 주장하는 바는 모두 이유 없다.

2. 증여세 부과처분에 대하여

원심은, 원고 1의 처이자 원고 2의 모인 소외 2가 그 소유 토지(판시 신림동 토지)

의 매각대금 중 원고들의 예금구좌에 입금하거나 원고들에게 교부한 금액이 위 소외 2의 타인에 대한 채무변제에 사용하라는 취지로 입금 또는 교부된 것이라는 원고들의 주장에 부합하는 증거를 배척하고 오히려 그 거시 증거에 의하여 위 금액이 위 소외 2로부터 원고들에게 증여되었다는 사실을 인정하였는바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 증거의 취사선택 및 사실의 인정은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 법령위배 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 주장은 이유 없다.

3. 결론

원고들의 상고는 이유 없으므로 이를 모두 기각하고 상고비용은 패소자인 원고들의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

IX. 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173(병합) 결정

대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결을 취소한 결정

주 문

1. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 '법원의 재판'에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석되는 한도 내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 헌법에 위반된다.
2. 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.
3. 피청구인 동작세무서장이 1992. 6. 16. 청구인에게 양도소득세 금736,254,590원 및 방위세 금147,250,910원을 부과한 처분은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상 - 96헌마173사건

(96헌마172 사건에 관한 부분은 불필요하여 생략함. 따라서 청구인도 1인으로 표시됨)

가. 사건의 개요 - 생략

나. 심판의 대상 - 생략

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견 - 생략

3. 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌 여부

(1) 헌법 제111조 제1항 제5호의 '법률이 정하는 헌법소원'의 의미

헌법재판소법 제68조 제1항은 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다."고 규정함으로써 명문으로 "법원의 재판"을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다.

헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 판단한다"고 규정하고, 제2항은 "명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다"고 규정하여 구체적 규범통제절차에서의 법률에 대한 위헌심사권과 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 분리하여 각각 헌법재판소와 대법원에 귀속시킴으로써 헌법의 수호 및 기본권의 보호가 오로지 헌법재판소만의 과제가 아니라 헌법재판소와 법원의 공동과제라는 것을 밝히고 있다.

그런데 헌법소원에 관한 헌법의 규정은 헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'이라고 규정하여 그 구체적인 형성을 입법자에게 위임함으로써, 입법자에게 헌법소원제도의 본질적 내용을 구체적인 입법을 통하여 보장할 의무를 부과하고 있다.

헌법소원제도는 일반사법제도와 같이 보편화된 제도가 아니고 헌법소원을 채택하고 있는 나라마다 헌법소원제도를 구체적으로 형성함에 있어서, 특히 헌법소원의 심판범위에 있어서도 그 내용을 서로 달리하는 경우가 많으므로 일반적으로 인정된 보편·타당한 형태가 있는 것이 아니다. 그러나 오늘날 헌법소원제도

를 두고 있는 나라들은 모두 한결같이 헌법소원이 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 이른바 주관적 권리구제절차라는 것을 그 본질적 요소로 하고 있다.

헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'이라고 규정한 뜻은 결국 헌법이 입법자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, 헌법소원은 언제나 '법원의 재판에 대한 소원'을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 단정할 수 없다 할 것이다.

(2) 평등권의 침해 여부

법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외된 것은 사법부에 대한 특권을 인정된 것으로서, 이러한 특권의 인정은 결국 다른 공권력으로 인하여 기본권의 침해를 받은 국민에 비하여 법원의 재판으로 인하여 기본권의 침해를 받은 국민을 합리적인 이유없이 차별대우하는 것이므로 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니냐는 의문이 생길 수 있다.

법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외된 것이 평등권을 침해한 것이라고 하려면, 법원의 재판과 다른 공권력의 작용 사이의 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없을 때에 비로소 그렇다고 말할 수 있다. 그러나 입법작용과 행정작용의 잠재적인 기본권침해자로서의 기능과 사법작용의 기본권의 보호자로서의 기능이 바로 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외된 것을 정당화하는 본질적인 요소이다.

즉, 법원은 기본권을 보호하고 관철하는 일차적인 주체이다. 모든 국가권력이 헌법의 구속을 받듯이 사법부도 헌법의 일부인 기본권의 구속을 받고, 따라서 법원은 그의 재판작용에서 기본권을 존중하고 준수해야 한다. 법원이 기본권의 구속을 받기 때문에 법원이 행정청이나 하급심에 의한 기본권의 침해를 제거해야 하는 것은 당연한 것이다. 기본권의 보호는 제도적으로 독립된 헌법재판소만의 전유물이 아니라 모든 법원의 가장 중요한 과제이기도 하다.

물론, 법원도 재판절차를 통하여 기본권을 침해할 가능성이 없지 아니하나, 기본권침해에 대한 보호의무를 담당하는 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 입법기관인 국회나 집행기관인 행정부에 의한 경우보다 상대적으로 적고, 또한 법원내부에서도 상급심법원은 하급심법원이 한 재판의 기본권침해여부에 관하여 다시 심사할 기회를 가진다는 점에서 다른 기관에 의한 기본권침해의 경우와는 본질적인 차이가 있다.

그럼에도 불구하고 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 존재하기 때문에, 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상이 될 수 있도록 한다면 또 한 번의 기본권 구제 절차를 국민에게 제공하게 되는 것이므로 더욱 이상적일 수 있다. 그러나 입법자가 헌법재판소와 법원의 관계, 기타의 사정 등을 고려하여 행정작용과 재판작용에 대한 기본권의 보호를 법원에 맡겨 헌법재판소에 의한 기본권구제의 기회를 부여하지 아니하였다 하여 위헌이라 할 수는 없는 것이다.

그 결과, 법원의 최고심급에 의한 기본권침해의 경우에는 권리구제의 사각지대가 발생한다. 그러나 법적 분쟁은 재판의 공정성과 신속성에 관한 대립된 법익을 서로 조화롭게 조정하여 어느 선에선가 종결되고 법적 확정력을 부여받아야 하기 때문에, 법치국가에서도 완벽한 권리구제제도란 있을 수 없다. 법적 안정성의 관점에서 최종심급이 존재해야 하고, 최종심급이 있는 한 최종심급에 의한 권리침해의 가능성은 언제나 존재하는 것이기 때문에 이러한 침해가능성에 대한 또 다른 안전장치는 법치국가적으로 불가피한 것이 아닐 뿐만 아니라 궁극적으로 가능한 것도 아니다.

그렇다면, 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 평등의 원칙에 위반된 것이라 할 수 없다.

(3) 재판청구권의 침해 여부

헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하는 것은 법치국가의 원리와 조화되기 어렵고, 헌법 제27조에 보장된 국민의 재판청구권을 침해한다는 주장이 있을 수 있다. 법치국가는 기본권의 보장, 권력분립, 사법에 의한 권리구제절차 등을 통하여 비로소 구체화되고 실현되므로 재판청구권은 법치국가의 실현을 위한 중요한 요소이다. 재판청구권은 국민의 헌법상의 기본권과 법률상의 권리가 법원의 재판절차에서 관철되는 것을 요청하는 것이기

때문에, 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 아니하는 한 하나의 독립된 법원이 법적 분쟁을 사실관계와 법률관계에 관하여 적어도 한번 포괄적으로 심사하고 결정하도록 소송을 제기할 수 있는 권리를 보장하는 기본권이다.

따라서 재판청구권은 사실관계와 법률관계에 관하여 최소한 한 번의 재판을 받을 기회가 제공될 것을 국가에게 요구할 수 있는 절차적 기본권을 뜻하므로 기본권의 침해에 대한 구제절차가 반드시 헌법소원의 형태로 독립된 헌법재판기관에 의하여 이루어질 것만을 요구하지는 않는다. 법원의 재판은 법률상 권리의 구제절차이자 동시에 기본권의 구제절차를 의미하므로, 법원의 재판에 의한 기본권의 보호는 이미 기본권의 영역에서의 재판청구권을 충족시키고 있기 때문이다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 청구인의 재판청구권을 침해하였다거나 되도록이면 흠결없는 효율적인 권리구제절차의 형성을 요청하는 법치국가원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(4) 소결론

법원의 재판도 헌법소원심판의 대상으로 하는 것이 국민의 기본권보호의 실효성 측면에서 바람직한 것은 분명하다. 그러나 현재의 법적 상태가 보다 이상적인 것으로 개선되어야 할 여지가 있다는 것이 곧 위헌을 의미하지는 않는다. 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 견해는 기본권보호의 측면에서는 보다 이상적이지만, 이는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 이루어질 문제라기보다 입법자가 해결해야 할 과제이다.

그렇다면 헌법재판소법 제68조 제1항은 국민의 기본권(평등권 및 재판청구권 등)의 관점에서는 입법형성권의 헌법적 한계를 넘는 위헌적인 법률조항이라고 할 수 없다.

나. 한정위헌결정

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항이 위와 같이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률(이하 단순히 '그 효력을 상실한 법률'이라 한다)을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다고 보지 아니할 수 없다.

모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 헌법에의 기속은 헌법재판을 통하여 사법 절차적으로 관철되므로, 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것일 뿐 아니라, 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 위배된다. 결국, 그러한 판결은 헌법의 최고규범성을 수호하기 위하여 설립된 헌법재판소의 존재의의, 헌법재판제도의 본질과 기능, 헌법의 가치를 구현함을 목적으로 하는 법치주의의 원리와 권력분립의 원칙 등을 송두리째 부인하는 것이라 하지 않을 수 없는 것이다.

한편 헌법이 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여하고 있음에도 법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 아니하는 것은 실질적으로 법원 스스로가 '입법작용에 대한 규범통제권'을 행사하는 것을 의미하므로, 헌법은 어떠한 경우이든 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정에 반하여 국민의 기본권을 침해하는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 다시 최종적으로 심사함으로써 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 관철할 것을 요청하고 있다. 또한, 청구인과 같이 권리의 구제를 구하는 국민의 입장에서 보더라도, 이러한 결과는 국민이 행정처분의 근거가 된 법률의 위헌성을 헌법재판을 통하여 확인받았으나 헌법재판소의 결정에 위배되는 법원의 재판으로 말미암아 권리의 구제를 받을 수 없는, 법치국가적으로 도저히 받아들일 수 없는, 법적 상태가 발생한다.

(2) (가) 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다.

즉, 헌법재판소는 법률의 위헌여부가 심판의 대상이 되었을 경우, 재판의 전제가 된 사건과의 관계에서 법률의 문언, 의미, 목적 등을 살펴 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 종국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치되는가를 가려, 한정축소적 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위내에 있어서는 합헌이라고 결정할 수도 있고, 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적

인 한정축소 해석의 타당영역밖에 있는 경우에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 위헌의 범위를 정하여 한정위헌의 결정을 선고할 수도 있다.

위 두 가지 방법은 서로 표리관계에 있는 것이어서 실제적으로는 차이가 있는 것이 아니다. 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제한 것이고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석 가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐, 본질적으로는 다 같은 부분위헌결정이다(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104 결정).

헌법재판소의 또 다른 변형결정의 하나인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법 시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화없이 계속 존속하나, 헌법재판소에 의한 위헌성 확인의 효력은 그 기속력을 가지는 것이다.

(나) 명령·규칙에 근거한 집행행위가 존재하지 아니한 경우에는 그에 대한 헌법위반여부를 구체적인 재판절차에서 심사할 수 없기 때문에 직접 국민의 기본권을 침해하는 명령·규칙에 대하여는 주관적 권리구제절차로서 헌법소원의 가능성이 열려 있으므로(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178 결정), 헌법재판소에 의하여 명령·규칙이 위헌으로 결정되어 그 효력을 상실한 경우에도 법률의 경우와 그 법리가 다를 바 없다.

(3) 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원이 헌법재판소의 기속력 있는 위헌결정에 반하여 그 효력을 상실한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 예외적으로 그 재판도 위에서 밝힌 이유로 헌법소원심판의 대상이 된다고 해석하여야 한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 '법원의 재판'에 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다고 하겠다.

(4) 헌법소원이 단지 주관적인 권리구제절차일 뿐이 아니라 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여한다는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 본안 판단에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대

상의 위헌성을 심사한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정이므로, 이 사건 헌법소원은 위에서 밝힌 이유에 따라 한정적으로 인용될 수 있는 것이다.

다. 이 사건 대법원판결의 취소 여부

(1) 위에서 판단한 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제1항의 '법원의 재판'에 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판을 포함하는 것은 헌법에 위반되므로, 그러한 재판에 대한 헌법소원심판은 허용되는 것이다. 그러므로 먼저 이 사건 대법원판결이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 바로 그러한 재판에 해당하는지를 본다.

헌법재판소는 1995. 11. 30. 선고, 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정에서 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서(각 1982. 12. 21. 법률 제3576호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것)에 대하여 "실지거래가액에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다"고 선고하여 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 위헌의 범위를 법률이 적용되는 일부영역을 제한하여 이를 제거하는 한정위헌결정을 하였다.

다시 말하면, 헌법재판소의 위 한정위헌의 결정은 위 법률조항의 문언자체는 그대로 둔 채 그 적용범위를 제한하여 실지거래가액에 의하여 산출한 세액이 그 본문의 기준시가에 의하여 산출한 세액을 초과하는 경우에는 이를 적용할 수 없다는 내용의 부분위헌인 것이다. 따라서 헌법재판소의 위 결정의 효력은 헌법에 위반된다는 이유로 그 적용이 배제된 범위내에서 법원을 비롯하여 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하므로 이로써 법원은 헌법재판소의 위 결정내용에 반하는 해석은 할 수 없게 되었다 할 것이다.

(2) 한편, 대법원은 구체적 사건에서의 법령의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이므로 비록 어떤 법률조항에 대한 헌법재판소의 한정위헌의 결정이 있다 하더라도 법률문언의 변화가 없는 한 당해 법률조항에 대한 해석권은 여전히 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속되는 것이라고 주장한다. 물론 구체적 사건에서의 법률의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루

는 것임이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌의 결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라 법률에 대한 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다함은 이미 앞에서 밝힌 바와 같다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형인 것이다.

만일, 대법원의 견해와 같이 한정위헌결정을 법원의 고유권한인 법률해석권에 대한 침해로 파악하여 헌법재판소의 결정유형에서 배제해야 한다면, 헌법재판소는 앞으로 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 모두 무효로 선언해야 하고, 이로써 합헌적 법률해석방법을 통하여 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 된다. 또한, 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화없이 계속 존속된다고 하는 관점은 헌법재판소결정의 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다. 헌법재판소의 변형결정의 일종인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화없이 계속 존속하나, 법률의 위헌성을 확인한 불합치결정은 당연히 기속력을 갖는 것이므로 헌법재판소결정의 효과로서의 법률문언의 변화와 헌법재판소결정의 기속력은 상관관계가 있는 것이 아니다.

(3) 그런데 이 사건 대법원판결은 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 앞서 본 바와 같이 이미 한정위헌결정을 선고하였음에도 단지 법률문언이 그대로 존속한다는 이유를 들어 법 적용영역에서 이미 배제된 부분까지 여전히 유효하다는 전제 아래 이를 적용하여, 이 사건 과세처분이 헌법에 위반된 위 법률조항을 근거로 한 것이기 때문에 위법한 것이라는 청구인의 주장을 배척하고 위 과세처분이 적법한 것이라고 본 원심의 판단을 정당한 것이라고 판단한 끝에 청구인의 상고를 기각하였다.

그렇다면 이 사건 대법원판결은 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 것으로서 위헌결정의 기속력에 반하는 재판임이 분명하므로 앞에서 밝힌 이유대

로 이에 대한 헌법소원은 허용된다할 것이고, 또한 이 사건 대법원판결로 말미암아 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재산권 역시 침해되었다 할 것이다. 따라서 이 사건 대법원판결은 헌법재판소법 제75조 제3항에 따라 취소되어야 마땅하다.

라. 이 사건 과세처분의 취소 여부

(1) 행정처분이 헌법에 위반되는 것이라는 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 법원에 의하여 그 청구가 받아들여지지 아니한 후 다시 원래의 행정처분에 대하여 헌법소원심판을 청구하는 것이 원칙적으로 허용될 수 있는지의 여부에 관계없이, 이 사건의 경우와 같이 행정소송으로 행정처분의 취소를 구한 청구인의 청구를 받아들이지 아니한 법원의 판결에 대한 헌법소원심판의 청구가 예외적으로 허용되어 그 재판이 헌법재판소법 제75조 제3항에 따라 취소되는 경우에는 원래의 행정처분에 대한 헌법소원심판의 청구도 이를 인용하는 것이 상당하다.

원래 공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 원칙적으로 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이므로(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문), 행정처분에 대하여도 헌법소원심판을 청구할 수 있음이 원칙이라고 하겠다. 다만, 행정소송의 대상이 되는 행정처분의 경우에는, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하여 헌법소원심판을 청구하기에 앞서 행정소송절차를 거치도록 되어 있고, 이러한 경우 행정소송절차에서 선고되어 확정된 판결과 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 선고하게 될 인용결정의 기속력과의 관계, 법원의 재판을 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 입법취지 등에 비추어 그에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 문제되었던 것이다. 그러나, 이 사건의 경우와 같이 법원의 판결에 대한 헌법소원이 예외적으로 허용되는 경우에는 달리 그 판결의 대상이 된 행정처분에 대한 헌법소원심판의 청구가 허용되지 아니한다고 볼 여지가 없다고 하겠다. 뿐만 아니라, 법원의 재판과 행정처분이 다 같이 헌법재판소의 위헌결정으로 그 효력을 상실한 법률을 적용함으로써 청구인의 기본권을 침해한 경우에는 그 처분의 위헌성이 명백하므로 원래의 행정처분까지도 취소하여 보다 신속하고 효율적으로 국민의 기본권을 구제하는 한편, 기본권침해의 위헌상태를 일거에 제거함으로써 합헌적 질서를 분명하게 회복하는 것이 법치주의의 요청에 부응하는 길이기도 하다.

(2) 이 사건 심판기록에 의하면, 이 사건 과세처분은 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 이 사건 법률조항을 적용하여 한 처분임이 분명한 뿐만 아니라, 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 한 위 위헌결정이 피청구인이 한 과세처분의 취소를 구하는 이 사건에 대하여도 소급하여 그 효력이 미치는 경우에 해당하고, 이 사건 과세처분에 대한 심판을 위하여 달리 새로운 사실인정이나 법률해석을 할 필요성이 인정되지도 아니한다. 따라서 청구인은 피청구인의 위법한 공권력의 행사인 이 사건 과세처분으로 말미암아 헌법상 보장된 기본권인 재산권을 침해받았다고 할 것이므로, 헌법재판소법 제75조 제3항에 따라 피청구인이 1992. 6. 16. 청구인에게 한 이 사건 과세처분을 취소하기로 한다.

4. 결 론

그러므로 헌법재판소법 제45조에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 원칙적으로 헌법에 위반되는 것이 아니지만, 위 법률조항의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서 헌법에 위반된 것임을 선언하고, 헌법재판소가 위헌으로 결정한 위 각 구 소득세법조항이 헌법에 위반된 것이 아님을 전제로 청구인의 상고를 기각한 이 사건 대법원판결과 위 각 법률조항에 근거한 이 사건 과세처분을 헌법재판소법 제75조 제3항에 따라 모두 취소하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 재판관 이재화, 재판관 고종석, 재판관 한대현의 다음 5.와 같은 반대 의견이 있는 이외에는 나머지 관여재판관의 의견이 일치되었다.

(이하 생략)

X. 나의 간단한 소견

1. 대법원판결을 취소한 헌법재판소 결정의 헌법재판사(史)에서의 위치

헌법재판소가 창설된 이래, 초대 조규광 소장님을 비롯한 재판관 여러분들의 각고의 노력으로 헌법재판소의 기틀이 현재와 같이 바로잡혔다고 확신합니다.

저를 비롯한 2기 재판관들도 미력하나마 초대 재판관님들이 공들여 쌓아놓으신 업적에 흠이 가지 않도록 나름대로 노력하였습니다.

수많은 결정을 선고하고 고지한 가운데 어느 것 하나 중요하지 않은 것이 있을까마는, 저희들 2기 재판부가 한 결정 가운데 헌법재판사(史)에 가장 크고 길고 깊은 영향을 남길 결정을 하나만 꼽아보라면, 외람되지만 감히 제 좁은 소견으로는 대법원판결을 취소한 바로 이 결정이라고 저는 생각합니다.

한정위헌결정의 효력을 둘러싸고 헌법재판소와 대법원 사이에 의견대립이 현재까지도 계속되고 있다니, 이런 현실이 우리들 탓으로 일어난 결과가 아닌가 하는 느낌이 들 때도 없지 않습니다. 사회과학 분야에서 절대로 옳은, 절대로 그른 이론이 어디 있겠습니까? 때가 지남에 따라 또 장소가 다름에 따라 이론도 달라지는 것 아니겠습니까? 그래서 대법원의 판례도, 헌법재판소의 판례도 변경되기도 하는 것 아닙니까? 우리들 2기 재판부에서 이 결정을 선고할 당시에는 이렇게까지 파장이 크고 길 것이라고는 미처 예상하지 못했습니다. 재판을 받는 국민들 편에 서서 해결책을 모색하여야 되겠습니다.

이 결정에 관한 깊은 이론적 연구결과는, 그 동안 많은 학자들과 법조인

들이 논문 등을 통하여 밝혀왔기 때문에, 저는 그동안 이 점에 관하여 나름대로 소박하게 생각하고 있던 상식적인 생각을 간단하게 피력하여 두고자 하는 것입니다. 저의 바람대로 법률전문가가 아닌 일반 국민들이 이해하는데 도움이 된다면 다행이겠습니다.

2. 한정위헌결정도 위헌결정

한정위헌결정이 대법원이 위 판결에서 주장하는 바와 같이 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 다양하게 해석될 수 있는 법률의 문언을 축소 제한하여 위헌으로 판단되는 부분만을 한정하여 위헌으로 선언하는 형식의 위헌결정으로, 헌법에 규정된 헌법재판소의 권한에 속하는 법률에 대한 위헌결정의 한 유형인 것입니다.

한정위헌결정을 위헌결정의 한 유형으로 보아야 한다는 점에 관하여는, 과문(寡聞)의 탓인지는 모르겠으나 대다수 헌법학자들의 견해가 일치되는 것으로 알고 있습니다만, 이 점에 관하여는 김철수 교수의 견해를 아래와 같이 인용하는 외에 더 이상 언급하지 않겠습니다.

“그러나 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형인 것이다. 만일 대법원의 견해와 같이 한정위헌결정을 법원의 고유권한인 법률해석권에 대한 침해로 파악하여 헌법재판소의 결정유형에서 배제해야 한다면, 헌법재판소는 앞으로 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 모두 무효로 선언해야 하고, 이로써 합헌적 법률해석방법을 통하여 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 된다. 또한 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하

고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화 없이 계속 존속된다고 하는 관점은 헌법재판소결정의 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다. 헌법재판소의 변형결정의 일종인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나, 법률의 위헌성을 확인한 불합치결정은 당연히 기속력을 갖는 것이므로 헌법재판소결정의 효과로서의 법률문언의 변화와 헌법재판소 결정의 기속력은 상관관계가 있는 것이 아니다. 이 사건 대법원판결은 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 것으로서 위헌결정의 기속력에 반하는 재판임이 분명하므로 앞에서 밝힌 이유대로 이에 대한 헌법소원은 허용된다할 것이고”(김철수) [헌법학 신론] 2010년 4월 15일 제20전정신판) 발행 박영사 1606-1607면)

3. 다만 몇 가지 평소에 나름대로 소박하게 생각하고 있던 상식적인 생각을 간단하게 말씀드리겠습니다.

가. 한정위헌결정을 위헌결정의 한 유형으로 인정한다고 해서 국민들에게 무엇이 불편하며 무슨 불이익이 생깁니까? 그렇다고 해서 그 결정에 기속되는 법원이나 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체에게는 어떤 권한의 침해나 불편 또는 불이익이 생깁니까?

나. 법률 조항의 일부 또는 법률의 해석에 따라 일부의 해석만이 위헌성이 인정되는 경우에도 법률 조항 전부에 대하여 위헌결정을 하게 되면, 김철수 교수의 견해대로 “헌법재판소는 앞으로 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 모두 무효로 선언해야 하고, 이로써 합헌적 법률해석방법을 통하여 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌

법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 될” 뿐더러, 오히려 그 법률 조항의 위헌성이 제거되는 법률 조항의 제·개정이 뒤따를 때까지 그 법률 조항으로 이익을 받고 있던 국민들까지 이익을 받지 못하게 됩니다. 그 결과가 누구를 위하여 도움이 됩니까?

다. 법원측에서는 법률의 해석은 법원의 독자적인 권한이라고 주장합니다. 헌법재판소가 법률이 위헌인지의 여부를 판단하려면 법률을 해석하여 보아야지, 법률을 해석해보지도 않고 무슨 수로 법률이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단한다는 것입니까?

라. 대법원판결에서는 “그러나 이 사건에서 검토대상이 된 위 결정과 같이, 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌 결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시 하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는, 이른바 한정위헌 결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다”고 주장합니다.

그렇다면 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고하는 경우에는 그 문언이 달라진다는 것인지? 달라진다면 ‘달라진다’는 의미가 무엇인지? 보통 사람들도 알 수 있어야 되지 않겠습니까?

이 점에 관하여도 김철수 교수가 “또한 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화 없이 계속 존속된다고 하는 관점은 헌법재판소 결정의 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다. 헌법

재판소의 변형결정의 일종인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나, 법률의 위헌성을 확인한 불합치결정은 당연히 기속력을 갖는 것이므로 헌법재판소 결정의 효과로서의 법률문언의 변화와 헌법재판소 결정의 기속력은 상관관계가 있는 것이 아니다”라고 한 위에서 보았던 견해가 참고로 될 것 같습니다.

4. 조세평등주의의 원칙과 관련하여

대법원판결에서는 “더욱이 이 사건의 사안을 보면, 실지거래가액에 의하여 과세하는 경우 모두 금 1,000,000,000원을 초과하는 양도차익이 발생한 것이 되어 원고 1이 납부하여야 할 양도소득세액이 금 600,000,000여원에 이르게 되는 반면, 기준시가에 의하여 과세하는 경우에는 오히려 양도차손이 발생한 것이 되어 양도소득세를 전혀 부과할 수 없게 되는데, 실제로 불과 2년 미만의 기간에 금 400,000,000원, 그리고 불과 2월 남짓 되는 기간에 금 600,000,000원의 각 양도차익을 얻은 납세의무자가 한정위헌결정과 같은 해석으로 말미암아 양도소득세부과에서 제외된다는 것은 심히 부당한 결과라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 과세처분에 적용된 구 소득세법 제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서와 구 소득세법 시행령 제170조 제4항 제2호가 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하는 유효한 규정이라고 해석하여 온 지금까지의 견해는 변경할 필요가 없다고 본다”고 판시하고 있습니다.

그러나 개정 소득세법이 제25조 제4항 본문과 제45조 제1항 제1호 본문에서 기준시가과세 원칙을 채택하면서, 각 항·호 단서에서는 대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 따라서 양도차익을 산정할 수 있도록 규정함으로써, 납세의무자가 기준시가에 따라서 양도차익을 산정함으로써 말미암아 실지거래가액에 따라서 양도차익을 산정하는 경우보다 더 불이익을

받지 않도록 기준시가과세 원칙에 대한 예외를 인정하여 보완한 것임은, 위 6번의 다항에서 본 바와 같습니다.

그러나 다른 납세의무자들은 모두 기준시가에 따라 산정한 양도차익(양도소득)에 대하여만 양도소득세를 부과하게 되는데 이 사건 청구인만 다른 납세의무자보다 불리하게 실지거래가액에 따라 산정한 양도차익(양도소득)에 대하여 양도소득세를 부담하게 되는 것은, 조세평등의 원칙에 반한다고 보지 않을 수 없기 때문에, 청구인을 그렇게 불평등하게 취급하자면 그렇게 취급할 만한 법률상의 명백한 근거가 있어야만 되는데, 대법원이 그 근거라고 내세우는 법률 조항은 대법원이 주장하는 대로 해석되는 한 위헌이라고 헌법재판소가 결정한 바 있으므로, 대법원의 위와 같은 주장은 법률의 근거가 없는 사정론에 지나지 않는다고 사료됩니다.

이 사건 법률조항은 납세의무자가 기준시가에 따라서 양도차익을 산정함으로써 말미암아 실지거래가액에 따라서 양도차익을 산정하는 경우보다 더 불이익을 받지 않도록 하기 위하여, 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 해석되므로, 위 위임의 범위를 벗어나 실지거래가액에 의하여 양도소득을 산정할 경우를 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령으로 정하도록 위임한 것으로 해석한다면, 그 한도 내에서는 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다고, 헌법재판소가 위 한정위헌결정(94헌바40, 95헌바13)에서 판단한 바 있습니다. 그렇다면 대법원이 유효한 대통령령이라고 주장하는 소득세법시행령은 조세법률주의와 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는 대통령령으로서 무효라고 보아야 할 것입니다.

이 결정에 관하여, 법조계의 선배이신 박우동 전 대법관께서 그의 저서 [변호사실 안팎 한국사법행정학회 2003]에서 밝히신 아래와 같은 견해를 참고로 인용하여 소개합니다.

[18. 대법원과 헌법재판소의 관계는]

(대법원판결이 취소된 사건)

조규광, 김용준 두 분 헌법재판소장을 거쳐오는 동안 참으로 괄목할 만한 성장을 했다. (403면)

헌법의 개정작업을 하면서 정치권이 사법부를 깔보고 별로 염두에 두지 아니했는지, 아니면 사법부 스스로 헌법재판에 대한 대비를 소홀히 했는지, 그 정황을 알지 못하지만 눈뜨고 있는 대법원을 두고 코 베어 헌법재판소를 만든 것을 보면 후자로 짐작하기 어렵지 않다. (404면)

사법부가 정치적 냄새 짙은 헌법재판의 회오리에 말려들지 않겠다는 자세였다면 그것은 하나만 알고 둘은 모르는 안일하고 어리석은 발상인 것이다. (404면)

헌법재판소가 자기 존재와 위상을 강화하는 목소리를 낼수록 대법원과의 불협화음이 더 해 간다는 인상을 던져주었다. 대법원이 처음부터 헌법재판소의 신설에 동조했다면 헌법재판소의 기능과 역할을 존중하고 그 발전을 위하여 협력을 아끼지 않았어야 한다. 대법원이 조금이라도 헌법재판소의 발목을 잡으려한다는 인상을 주는 일은 삼가야 할 것이다. (405면)

헌법재판소는 1997. 12. 24. 선고 96헌마172·173 결정으로 일을 벌이고 말았고, 아래의 그 주문 몇 줄은 가공할 만한 것이었다.『헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석되는 한도 내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 헌법에 위반된다. 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소한다. 피청구인 동작세무서장이 1992. 6. 16. 청구인에게 양도소득세 금736,254,590원 및 방위세 금147,250,910원을 부과한 처분은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.』(412-413면)

(여벌로 하는 말)

대법원이야 그렇다 치고 헌법재판소도 일천한 역사에 비해서 얼마나 빛나는 업적을 남겼는가. (423면)

[국문초록]

한정위헌결정은 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 다양하게 해석될 수 있는 법률의 문언을 축소 제한하여 위헌으로 판단되는 부분만을 한정하여 위헌으로 선언하는 형식의 위헌결정으로, 헌법에 규정된 헌법재판소의 권한에 속하는 법률에 대한 위헌결정의 한 유형이며, 대다수 헌법학자들의 견해가 일치되는 것으로 알고 있다.

법률 조항의 일부 또는 법률의 해석에 따라 일부의 해석만이 위헌성이 인정되는 경우에도 법률 조항 전부에 대하여 위헌결정을 하게 되면, 김철수 교수의 견해대로 "헌법재판소는 앞으로 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 모두 무효로 선언해야 하고, 이로써 합헌적 법률해석방법을 통하여 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 될" 뿐더러, 오히려 그 법률 조항의 위헌성이 제거되는 법률 조항의 제·개정이 뒤따를 때까지 그 법률 조항으로 이익을 받고 있던 국민들까지 이익을 받지 못하게 된다.

대법원판결(1996. 4. 9. 95누11405)을 취소한 헌법재판소의 결정(1997. 12. 24. 96헌마172등) 이후, 한정위헌결정의 효력을 둘러싸고 헌법재판소와 대법원 사이에 의견대립이 현재까지도 계속되고 있는데, 재판을 받는 국민들 편에 서서 해결책을 모색하여야 한다.

주제어

대법원판결 취소, 한정위헌결정, 법률해석, 기속력

[Abstract]

An exploratory study on the Constitutional Court's decisions to annul the judgements rendered by the Supreme Court

Decisions of limited unconstitutionality represent more than a mere interpretive exercise by the Constitutional Court; they constitute a form of ruling where the language of the law, susceptible to multiple interpretations, is specifically narrowed and constrained, with only those elements deemed unconstitutional being declared as such. This type of decision is a recognized form of unconstitutional ruling within the jurisdiction of the Constitutional Court, as stipulated by the Constitution, and is widely supported by scholars of constitutional law.

Even in cases where only a particular interpretation of a legal provision or a section of a law is found unconstitutional, a decision by the Constitutional Court to declare the entire law unconstitutional would, as noted by Professor Kim Cheol-su, lead to problematic consequences: "The Constitutional Court would be required to annul all laws that could be interpreted in a constitutionally compliant manner, thereby disregarding the legislative authority of lawmakers, who enact laws based on constitutional principles, and abandoning judicial restraint." Moreover, until the legal provision in question is revised or amended in a manner that removes its unconstitutionality, citizens who had been benefiting from the provision would be deprived of those benefits.

헌법논총 제35집(2024)

Since the Constitutional Court's decision of December 24, 1997, (96HunMa172), which annulled the Supreme Court's judgment of April 9, 1996, (95Nu11405), there has been persistent tension between the Constitutional Court and the Supreme Court regarding the effect of limited unconstitutionality decisions. This issue remains a subject of ongoing debate, and it is essential to explore a resolution that best serves the interests of individuals undergoing trial.

key-words

annulment of Supreme Court judgements, decisions of limited unconstitutionality, interpretation of laws, binding force

참고문헌

[국내도서]

김철수, 헌법학신문, 박영사, 2010.

박우동, 변호사실 안팎, 한국사법행정학회, 2003.

[인용 판례]

헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등 결정.

헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등 결정.

대법원 1996. 4. 9. 95누11405 판결.

사법권 독립의 국제기준 연구*

Research on International Standards of Judicial Independence

이 현 환(Lee, Heon-Hwan)

아주대학교 법학전문대학원 교수

— 목 차 —

I. 서론	53
1. 사법권 독립의 역사	53
2. 국내적 규범체계 내에서의 사법권 독립	55
3. 사법권 독립의 국제적 보편화: 국제적 사법기구의 등장	56
II. 사법권 독립의 국제기준에 관한 논의의 연혁과 최근의 상황	59
III. 사법권독립에 관한 Mt. Scopus 국제기준	62
1. 서언	62
2. 전문(Preamble)	63
IV. 맺음말	101

* 이 논문은 헌법논총 제35집 특별기고 의뢰에 따라 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제35집(2024)

* 국문초록 및 주제어	104
* 영문초록 및 주제어	106
* 참고문헌	109

I. 서론

1. 사법권 독립의 역사

일찍이 Aristoteles는 국가권력의 작용에 따른 국가기능을 이론적으로 분류하여, 심의권(Deliberate Assembly, Die beratende Gewalt), 집행권(Executive, Die Verwaltung), 사법권(Courts of Law, Die Rechtspflege)으로 나누고, 각각의 권력이 갖는 국가기능들을 어떠한 기관에, 어떠한 방법으로 그 직을 분배할 것인가에 대하여 상세히 기술하였다.¹⁾ 이미 국가기능과 그 기능을 담당하는 국가기관을 구별하여 인식하고 있었던 것이다.²⁾

하지만, 위의 세 국가기능은 근대 입헌주의가 확립되기 전까지는, 하나의 통합된 권력에 의하여 집권자와 그의 수하들의 자의적 의지(arbitrary will)에 의하여 행사되었고, 특히 사법기능은 확립된 객관적 기준보다는 국가권력의 자의적 판단에 따라 행사되었다.

사법기능의 독립성에 대하여 그 담당자인 재판관의 독립을 제도적으로 확립한 것은, 국왕과 귀족 사이의 격렬한 대립과 그 각각으로부터 사법의 독립에 대한 위협이 있었던 17세기 영국에서였다. 1701년 영국의 왕위계승법(Act of Settlement)은 그 제3조의 말미에서 「... 재판관의 임명은 죄과가 없는 한(during good behavior) 계속하는 것이며, 그들의 봉급은 확정되고 확립된다. 그러나 의회의 양원의 요구가 있는 때, 재판관을 파면하는 것은 합법이다.」고 규정하여, 비로소 재판관의 신분이 국왕과 귀족원으로부터 독립하도록 보장하였다.³⁾ 이 규정은 국왕과 귀족 사이의 권력 균형의 반사적

1) Aristoteles, Politics IV, cap. 4, 1298a.

2) Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II (München : C. H. Beck, 1984), S. 14.

3) 상세한 설명은 이현환, 사법권의 이론과 제도, 유원북스, 2016, 19-22쪽 참조.

효과로서 사법기능의 독립성이 확보된 것이었다.

영국과는 다르게, 개인의 자유의 실현을 위한 헌법적 조건으로서 입법기능과 행정기능 그리고 사법기능을 분리하고 각 기능을 담당하는 기관을 별개의 기관으로 하여, 사회적 제세력들의 균형을 추구한 사상가가 Montesquieu이다.⁴⁾ 그러나 Montesquieu의 권력분립론은 국가권력의 기능적 분화에 기초한 3권분립이 아니라, 사회의 제세력을 대표하는 국가권력의 담당자를 고려하여 권력의 조직화를 추구하는 것으로서, 사법권은 사회세력에 의하여 뒷받침되지 아니하는 이른바 「무(無)」인 권력이었다.

Montesquieu의 권력분립론을 가장 충실하게 반영하여 국가권력을 조직화한 국가가 미국이었다. 그러나 미국헌법 하에서의 사법권의 지위를 현실적으로 구체화한 것은 미국의 최고재판소(연방대법원) 판결을 통하여 행해졌다. 즉, 1787년 미국 독립 후 15년이 갓 지나 아직 국가의 3 기능이 구체화되지 않은 시기에 내려진 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137(1803)을 통해, 비로소 입법·행정 및 사법이라는 국가의 3 기능이 헌법문언 뿐만 아니라 정치적 현실에서도 명확하게 규정되게 되었다. 연방국가인 미국에서 주의 권한에 우월하는 연방의 권한도 최고재판소(연방대법원)의 판결에 의해 확보되었다.⁵⁾ 미국에서 위헌법률심사제를 포함한 헌법재판제도의 확립은 국가기능으로서의 사법기능이 국가권력으로서의 사법권력으로 자리잡게 되고, 그 자체 진정한 의미의 제3의 국가권력보유자이자, 입법권 및 집행권의 대등한 파트너로 되었다고 평가되고 있다.⁶⁾

한편, 근대 입헌주의를 이끈 유럽대륙에서도 19세기 말과 20세기 초에 미국의 헌법재판제도가 도입되면서, 국가의 기본법인 헌법의 해석을 통하

4) 상세한 설명은 이현환, *사법권의 이론과 제도*, 유원북스, 2016, 23-29쪽 참조.

5) 상세한 설명은 이현환, *사법권의 이론과 제도*, 유원북스, 2016, 29-39쪽 참조.

6) Löwenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process* (Chicago : University of Chicago Press, 1957), p. 47.

여 민주주의, 연방주의 및 법치주의와 같은 헌법상 기본원리와 불문의 헌법원칙을 인정함으로써, 인권의 보호, 사회적·경제적 기회의 평등화, 연방제의 중재, 정당민주제의 옹호, 나아가 정부의 정책의 정당화 등 다양한 면에서 광범위하게 법창조·정책형성을 행하였고, 실질적인 국가권력으로 기능해왔다.⁷⁾

사법권의 독립의 역사는 단지 국가의 기능으로만 인식되었던 사법기능을 국가권력의 실질적인 보유자로서 사법권력으로 제자리를 잡게 하는 역사였으며, 입법권과 행정권의 제도구성과 운용원칙이 그러한 것처럼, 그 권력성에 걸맞는 제도기준과 운용원칙이 정립될 것을 요청하고 있다.

2. 국내적 규범체계 내에서의 사법권 독립

인류 역사는 17-8세기 유럽의 혁명기를 넘어, 19세기의 의회중심(정치)의 시대에서 헌법재판제도가 널리 확산된 20세기 사법부중심(법치)의 시대로, 나아가 21세기 헌법중심(헌정주의)의 시대로 변화발전되었다고 할 수 있다. 20세기를 지나 21세기에도 여전히, 국제관계의 다양한 전개는 사실적 힘의 대결의 양상을 보여주기도 하지만, 한편으로 인류의 공동체지배질서원리로서의 법치주의가 그 역할기능을 확대하는 양상을 보여주기도 한다.⁸⁾ 이는 현실의 힘의 대결이라는 현상에 대한 규범적 통제의 필요성에 대한 요구가 그만큼 커지고 있음을 반증하는 것이기도 하다. 아울러 다양한 인류의 공동체의 존재방식을 규정하는 기본구조로서, 현실(reality; Sein)-규범(norm; Sollen)-의지(will; Wille)라는 3원구조의 관점에서 보면,⁹⁾ 국가공동체

7) 상세한 설명은 이현환, 사법권의 이론과 제도, 유원북스, 2016, 55-60쪽 참조.

8) Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law*, Cambridge Univ. Press, 2004, pp. 1-3(이현환 옮김, 법치주의란 무엇인가, 박영사, 2014, 3-5쪽) ; 이현환, 21세기 법치주의의 신경향, 한국공법학회 편, 공법연구 제44집 제1호, 2015.10., 4쪽 이하 참조.

9) 이현환 편저, 대한민국헌법사전, 박영사, 2023, 742쪽 이하 참조.

의 존재방식에서 현실과 의지영역에 대한 규범의 지배력이 강화되고 있음을 의미하는 것이다. 특히 헌법재판을 통한 사법의 법창조 내지 법(정책)형성기능의 확보는 국가권력적 측면에서의 사법기능이 국가 3권 중의 한 축으로서 권력분립원칙을 실질화하는 것이며, 사법의 정치성을 확대하는 것이라 할 수 있다. 또한 국가권력을 담당하는 주권적 주체가 특정 개인 혹은 집단을 넘어 공동체 구성원인 국민 전체라고 하는 국민주권주의를 실현하는 것이며, 법규범이 권력자의 지배수단으로서가 아니라 주권자인 국민의 의지에 따라 정해진다는 것을 보여주는 것이기도 하다. 말하자면 사법권은 국민의 규범적 대표자로서 국민의 규범적 의지를 실천하는 중요 기제인 것이다.

입헌주의 내지 법치주의의 확대강화 현상은 개별 국가들로 하여금 20세기의 강력한 이데올로기 대립의 시대를 넘어 국가형성과 유지·존속의 기본원리들을 인류보편의 입헌주의 내지 법치주의의 기본원리에 따르도록 변화시키고 있다. 바야흐로 입헌주의 내지 법치주의는 국가의 형성과 유지·존속에 관한 기존의 이데올로기를 넘어 전지구적 이념으로서 뚜렷한 지배력을 보여주고 있는 것이다.¹⁰⁾ 이는 곧 법치주의의 한 내포로서의 사법권의 독립이 개별 국가의 차원에서 당연히 확립되어야 함을 의미한다.

3. 사법권 독립의 국제적 보편화: 국제적 사법기구의 등장

한편, 입헌주의 내지 법치주의의 강화는 한 국가의 영역에만 머무르지 않는다. 유럽의 근대사회가 동양으로 물밀 듯이 확장되면서, 식민주의 및 제국주의적 침략이 세계적 조류로 횡행하던 시기인 1899년 6월 29일에, 28

10) 이현환, 21세기 법치주의의 신경향, 한국공법학회 편, 공법연구 제44집 제1호, 2015. 10., 9쪽.

개 국가집단이 「태평양지역 국제분쟁해결을 위한 협약(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)」이 최초로 채택되었고,¹¹⁾ 이 협약에 따라 「상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration:PCA)」가 설립되었다.¹²⁾ 비록 PCA는 상설적이지도 재판소도 아니었지만, 그 창설은 국제분쟁을 심판하도록 책무가 주어진 세계최초의 상설기구 설립을 위한 획기적인 결정이었다. 미숙한 형태이긴 하였지만, 그것은 상설 국제사법재판소(Permanent Court of International Justice) 및 그 후속 기구인 국제사법재판소(International Court of Justice)에 앞선 선두주자였고, 국제적 사법기구에 찬성하는 전환점이 되었다. 19세기와 20세기의 전환기에 인권 관련, 특히 형사재판 관련 일련의 국제적인 재판소(courts), 심판소(tribunals), 기타 재판기구들이 설립되었다.

국제적인 사법재판기구의 발전은 네 단계로 발생하였음이 지적되고 있다.¹³⁾ 첫 번째의 단계는 임시기구(ad hoc bodies)를 통한 재판이었다. 1899년 PCA의 설립에 앞서서, 국제분쟁은, 약간의 예외가 있기는 했지만, 관련국들 사이에만 거의 배타적으로 그리고 특정 분쟁을 다루기 위해 설치된 임시기구에서 심사되었다. 두 번째 단계는 PCA를 설립하기 위한 1899년의 결정이었다. 이 결정은, 상설기구를 설립할 필요성을 인정하여, 국제 재판기구의 전환점을 이루는 것이었다. 세 번째 단계는 1940년대, 1950년대에 ICJ, ECJ 및 유럽인권위원회 및 재판소(European Commission and Court of Human Rights) 등의 설립으로 시작되었다. 이 단계는 1980년대 초기에까지 이어졌으며, 국제투자분쟁해결센터(International Centre for the Settlement of Investment Disputes)를 포함하였다. 네 번째 단계는 국제해양

11) 1907년에 개정되었다. Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18 October 1907.

12) Mackenzie, R./Romano, C.P.R./Shany, Y./Sands, P., Manual on International Courts and Tribunals, Oxford Univ. Press, 2010, ix.

13) Id. at x-xi.

법심판소(International Tribunal for the Law of the Sea)의 창설로 시작되었다. 이 단계는 강제관할과 기속력을 가진 판결 권한으로 특징지워지며, 오늘날 WTO 분쟁해결 협약(WTO's Dispute Settlement Understanding:DSU)에 반영되어 있다.

1980년대 이래 많은 새로운 국제기구들이 국제소송을 위한 새로운 기회를 제공하기 위하여 창설되었다.¹⁴⁾ 새로운 발전은 이전의 조정기구들과 구별되는 다양한 양태를 가지며, 국제적 사법재판이 다섯 단계로 발전되고 있음을 보여준다.¹⁵⁾ 첫 번째는, 해양법이나 국제무역 법규범과 같은 별개의 영역들에 대한 강제적 관할권에 찬성하는 경향을 반영한다. 두 번째는 특수한 조약상의 의무를 더 잘 준수하는 데에 기여하고, 점차적으로 분쟁화하는 것을 예방함에 있어서 새로운 유형의 '비논쟁적인(non-contentious)' 절차의 등장을 지적한다. 세 번째로, 이들은 국가들 혹은 국제적 기구들과 관련된 사건에서 잠재적인 '원고' 혹은 '피고'로서 개인이나 개인의 집단의 역할이 점차 커지고 있음을 반영한다. 네 번째로, 이들은 정부 영역이든 아니든, 사적인 법조인들이 그들의 의뢰인들의 이익을 조정하는 새로운 기회를 부여하며 국제적 실무에 관련되도록 만든다. 이러한 발전은 국내적 및

14) 국제사법기구는 전세계를 관할지역으로 하는 기구와 지역별로 관할을 가지는 기구로 나눌 수 있고, 또 다루는 사안에 따라 특정사안을 위한 기구를 별도로 분류할 수 있다. 2024년 현재, 전세계를 관할지역으로 하는 기구는, 국제사법재판소(International Court of Justice:ICJ), 국제형사재판소(International Criminal Court:ICC), 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration:PCA), 상설국제재판소(Permanent Court of International Justice:PCIJ), WTO 분쟁해결기구(WTO Dispute Settlement Body:WTO DSB), 국제해양법재판소(International Tribunal for the Law of the Sea:ITLOS) 등이 있고, 지역단위의 국제재판소는, 유럽 인권재판소(European Court of Human Rights: ECtHR), 유럽연합 사법재판소(Court of Justice of the European Union:CJEU), 뉘른베르크 국제군사재판소(Nuremberg International Military Tribunal), 아프리카인권재판소(the African Court of Human Rights), 미주인권재판소(the Inter-American Court of Human Rights) 등등 지역에 따라 또 사안에 따라 많은 국제 사법기구가 존재하고 있다.

15) Mackenzie, R./Romano, C.P.R./Shany, Y./Sands, P., id. at xii-xiii.

국제적 규범들을 적용하고 국내적 및 국제적 법제도 사이의 차이를 감소시키는 것을 인지하게 하는 혼합형(mixed 혹은 hybrid(혼성형)) 재판소의 등장에 의해 특히 형사분야에서 더욱 확대된다. 다섯 번째의 또다른 뚜렷한 발전은, 특수한 재판소의 관할을 일반적인 국제법의 영역으로 점차적으로 확대하는 것으로 되어 왔다는 것이다. 이의 사례들은 UN 안전보장이사회의 결의안이나 UN 해양법협약의 효력에 관한 판결에서 그리고 경제적 및 인권의 문제를 하나의 관할 내에 결합시킨 아프리카 사법 및 인권재판소(African Court of Justice and Human Rights)의 창설에서 알 수 있다.

현상적으로 볼 때, 20세기 과학기술의 급속한 발달에 따른 정보통신의 발달은 한 개인과 국가공동체의 공간적 인식범주를 확대하고 나아가 사회·경제적 활동의 범주를 확대하여 상호의존적 공동체로 진화하고 있다. 이는 인간의 행위범주를 하나의 국가에만 한정하지 않고 ‘국가와 국가 사이(international=between nations)’를 넘어 ‘전지구적(global=one world as the whole)’ 범주로 확장하는 것을 의미한다. 인간의 삶이 한 국가의 차원을 넘어 동질화하고 규범적 측면에서도 동질적인 규율을 받게되는 이른바 ‘규범공동체(norm community)’로 진화하고 있는 것이다.

II. 사법권 독립의 국제기준에 관한 논의의 연혁과 최근의 상황

사법권독립에 관한 국제적 관심은 NGO의 하나로 1952년에 제안되어 1953년에 설립된 국제법률가위원회(International Commission of Jurists:ICJ)로부터¹⁶⁾ 시작되었다. 동 위원회는 1978년 재판관 및 변호사의 독립을 위

16) ICJ는 1953년에 독일 법학자들에 의하여 결성되어, 1954년에 공산주의 국가들에서의 재판관의 독립을 강력히 촉구하는 공보 제1호를 발간하면서 본격적인 활동을 시작하였다. For the Rule of Law, Bulletin of the International Commission of Jurists No. 1,

한 센터(the Center for the Independence of Judges and Lawyers: CIJL)를 설립하여 UN의 사법권독립 기본원칙(the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary; 유엔총회결의안 40/32, 40/146, 1985)과¹⁷⁾ UN 법조인역할 기본원칙(the UN Basic Principles on the Role of Lawyers; 유엔총회 결의안 45/166, 1990)의¹⁸⁾ 정립과 채택에 크게 기여하였다. 또한 국제변호사협회(International Bar Association:IBA)도 사법권독립의 기준에 관하여 꾸준히 관심을 가져, 1982년 사법권독립의 최소기준(Minimum Standards of Judicial Independence)을 발표하였고,¹⁹⁾ 법조윤리와 법전문가의 역할에 관하여 지속적으로 연구하고 있다. 공법학자들의 경우, 이스라엘 예루살렘의 헤브루(Hebrew) 대학의 Shimon Shetreet 교수의 주도로 국제 사법권독립 프로젝트(International Project of Judicial Independence)가 수행되었다. 영미의 저명한 학자들이 참여하여 국제 사법권독립과 세계평화협회(the International Association of Judicial Independence and World Peace:JIWP)를 창설하고 1980년 이래 수 차례의 국제회의를 개최하였다. 1982년 사법권독립의 최소기준에 관한 뉴델리 장전(the New Delhi Code of Minimum Standards of Judicial Independence), 1983년 사법제도의 독립에 관한 몬트리올 세계선언(Montreal Universal Declaration on Judicial System), 2008년의 사법권독립에 관한 마운트 스킵투스 기준(Mt. Scopus Standards of Judicial Independence) 등을 채택하였다. 1990년대 이후에는 UN 산하 몇몇 기구들과, ICJ, IBA, IAPL(International Association of Penal

1954(<https://www.icj.org/resource/icj-bulletin-no-1-august-1954/>). ICJ는 최근 홈페이지를 개선하였고, 그간의 활동에 관하여는 홈페이지의 Resource Hub에서 찾을 수 있다.

17) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>

18) <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/12-basic-principles-role-lawyers-1990>

19) <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=bb019013-52b1-427c-ad25-a6409b49fe29>.

Law), Venice Commission, EU, JIWP 등이 국내 및 국제적 사법독립에 관하여 다양하고 협력적으로 기준을 모색하고 정립하려는 노력을 보여주고 있다.²⁰⁾ 또한 개별국가의 법관윤리장전을 통합하여 글로벌 법관윤리장전

20) 사법권 독립에 관한 국제적 관심을 연대기적으로 언급하면, The Syracuse Draft Principles on the Independence of the Judiciary(ICJ, IAPL:1981); Tokyo Principles on the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region(1982.6.); IBA Minimum Standards of Judicial Independence(IBA:1982.10); New Delhi Code of Minimum Standards of Judicial Independence(IBA:1982.10); Montréal Declaration (Universal Declaration on the Independence of Justice(1983); Basic Principles on the Independence of the Judiciary(UN, 1985); Draft Universal Declaration on the Independence of Justice(Singhvi Declaration)(UNESCO, 1988); Basic Principles on the Role of Lawyers(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990); The Madrid Principles on the Relationship between the Media and Judicial Independence(Independence of Judges and Lawyers(CIJL)(1994); Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges(1994.10.); Universal Charter of the Judge (adopted on 17 November 1999 and updated on 14 November 2017); Opinion No. 1(2001) of the Consultative Council of European Judges(CCJE)(2001); The Bangalore Principles of Judicial Conduct(2002); International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors:A Practitioners Guide(ICJ, 2004); Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct(UNODC, Vienna, 2007); European Standards on the Independence of the Judiciary(Venice Commission, 2008); KYIV Recommendation on Judicial Independence(OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010.6.); MAGNA CARTA OF JUDGES(CCJE, 2010.11.); Integrity of the judicial system(UN GA, A/HRC/25/L.5, March 2014); Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers(UN GA, A/HRC/35/31, June 2017); Integrity of the judicial system(UN GA, A/HRC/37/L.11/Rev.1, March 2018); The Bangalore Principles of Judicial Conduct(UN Office on Drugs and Crime, Vienna, 2018); Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors, and the independence of lawyers(UN GA, A/HRC/44/L.7, July 2020); Council of Europe standards on judicial independence(European Parliamentary Research Service(Briefing), May 2021); Mt Scopus International Standards of Judicial Independence(International Association of Judicial Independence and World Peace (JIWP), March 2008, Consolidated 2022); International and Regional Standards on Judicial Independence(Open Society, Justice Initiative, May, 2024) 등 사법권 독립에

(the Global Code of Judicial Ethics)을 2014년 모스크바 컨퍼런스에서 논의하고 2015년 볼로냐·밀라노 컨퍼런스에서 인준하였다.²¹⁾ JIWP는 2007년 이래 2016년까지 거의 매년 국제심포지움을 개최하였고, 2018년과 2020년 및 2022년의 심포지움을 통해, 채택된 국제기준의 개정과 새로운 고려사항들을 논의하여 2022년에 국제기준의 최신종합판을 내놓았다. 이하에서는 JIWP의 2022년의 종합판에 관하여 언급한다.

Ⅲ. 사법권독립에 관한 Mt. Scopus 국제기준²²⁾

1. 서언

사법권 독립에 대한 Mt. Scopus 국제기준(이하 ‘Mt. Scopus 기준’으로 칭함)은 2008년3월 Jerusalem에서 인준되었고, 2011년 Vienna 회의, 2012년 Ghent 회의, 2013년 San Diego 회의, 2014년 Moscow 회의, 2014년 Osnabrueck 회의, 2015년 Bologna 및 Milano 회의, 2016년 Krakow 회의, 2018년 London 회의 등에서 개정이 논의되거나 일부 인준이 되기도 하였으며 2022년에 Jerusalem에서 종합판(consolidated version)으로 개정되었다.

2022년의 종합판은, 전문(preamble), A. 국내법관(National Judges) B. 국제

관한 많은 관심과 규범화에 대한 노력이 증대하고 있다. 사법의 독립을 포함하여 다양한 영역과 주제에 관한 국제기준은 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights(OHCHR)의 웹사이트에서 찾아볼 수 있다 (<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-independence-of-judges-and-lawyers/international-standards>).

21) Bologna Milano Global Code of Judicial Ethics, Approved at the International Conference of Judicial independence held at the University of Bologna and at Bocconi University of Milano June 2015, JIWP.

22) 이하에서의 서술은 JIWP 웹 사이트의 2022년 종합판 Mt. Scopus Standards에 따르되, 2008년 및 2015년 종합판과 비교하여 약간의 수정을 가하여 서술한다.

법관(International Judges)로 크게 나누어 서술하고 있다. 이하에서는 종합 판의 서술 형식에 따라 서술하기로 한다.

2. 전문(Preamble)

Mt. Scopus 기준은, 그 전문(preamble)에서, 국내 사법부에 대해서는, 1982년에 최초로 채택된 IBA Minimum Standards of Judicial Independence 에,²³⁾ 국제 사법기구에 대해서는 The Burgh House Principles On The Independence Of The International Judiciary에²⁴⁾ 근거하여 작성되었음을 밝히고 있다.²⁵⁾ 이 외에 Tokyo LawAsia Principle,²⁶⁾ Montréal Universal Declaration on the Independence of Justice,²⁷⁾ UN Basic Principles on Judicial Undependence,²⁸⁾ ABA Model Code of Judicial Conduct,²⁹⁾ 1998

23) Adopted at the IBA's Nineteenth Biennial Conference Held in New Delhi, October 1982.

24) Adopted by the International Law Association(ILA) Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals, in association with the Project on International Courts and Tribunals, in 2004.

25) Shetreet, S., The Scopus International Standards of Judicial Independence: The Innovative Concepts and the Formulation of Consensus in a Legal Culture of Diversity, in : *The Culture of Judicial Independence - Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Shetreet, S./Forsyth, C. (ed.), Brill, 2012, p. 476.

26) Tokyo Principles on the Independence of the Judiciary in the Lawasia Region(July 1982). Cf. Shetreet, S. (ed.) *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Nijhoff, 1985, p.441f.

27) Unanimously adopted at the final plenary session of the First World Conference on the Independence of Justice held at Montreal (Quebec, Canada) on June 10th, 1983.

28) Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

29) Adopted by the House of Delegates of the American Bar Association on August 7, 1990 and amended on August 6, 1997, August 10, 1999, August 12, 2003, February

년 유럽평의회에서 재판관의 독립성, 효율성 및 역할에 관하여 각료위원회가 회원국에 권고한 사항,³⁰⁾ 2002년 11월 재판관 직무수행에 관한 Bangalore 원칙³¹⁾ 및 재판관에 대한 윤리기준에 대한 미국 변호사협회 개정안³²⁾ 등도 참고하였다고 하고 있다.³³⁾

이 기준은 또한 국내 및 국제적 영역 모두의 도전과 문제를 고려하여 사법부가 직면한 특별한 도전을 염두에 두고 기초되었으며, 현대 사회에서 재판소와 재판관의 지위에 관한 발전과 도전에 적절하게 대응하기 위해서는 사법 독립을 위한 최소 기준에 대한 포괄적인 개정이 필요한 점을 인식하여, 세계화 시대에 사법부가 인권을 적절히 보호하고, 인간의 얼굴을 가진 효율적이고 공정한 시장경제를 운영하는 데 중요한 역할을 할 수 있도록 하는 것이 중요하다고 하고 있다.

이 기준은 특히 각 관할권과 법적 전통이, 반드시 인정되어야 하는 고유한 특성을 가지고 있다는 사실을 적절히 고려하고, 또한 국제적 사법부에서는 각 재판소(court)나 심판소(tribunal)가 고유한 특성과 기능을 갖고 있으며, 어떤 경우에는 재판관이 시간제(part-time) 또는 임시적(ad hoc) 또는 보호자 소송에서의(ad litem) 재판관으로 복무한다는 것도 인정된다고 하고 있다.

12, 2007.

30) Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the independence, efficiency and role of judges by the Council of Europe 1998.

31) The Bangalore Principles of Judicial Conduct November 2002.

32) MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT(adopted by the House of Delegates of the American Bar Association on August 7, 1990 and amended on August 6, 1997, August 10, 1999, August 12, 2003, February 12, 2007, and August 10, 2010).

33) Shetreet, (FN 26), p.476.

A. 국내 재판관(National Judges)³⁴⁾

1. 사법부 독립의 중요성

1.1. 독립적이고 공정한 사법부는 모든 사회에서 가장 높은 가치를 지닌 기관이며³⁵⁾, 자유의 핵심기둥이자³⁶⁾ 법의 지배의 핵심 기둥이다.

1.2. 사법부의 목적과 기능은 다음을 포함한다.

1.2.1.1. 개인 간 및 개인과 공공당국 간의 분쟁을 해결하고 공평하게 법을 집행하는 것;

1.2.1.2. 사법 기능의 적절한 범위 내에서 인권 준수 및 달성을 촉진하는 것; 그리고

1.2.1.3. 모든 사람이 법치주의 하에서 안전하게 생활할 수 있도록 보장하는 것.³⁷⁾

1.3. 초국가적 및 국제적 재판소는 회원국의 법률 시스템의 기본원칙을 존중하고 이를 위해 지역 재판소 및 여타의 지역 재판소 모두의 재판소의 전통의 협력관계(collegiality)를 인정하는 것이 중요하다.³⁸⁾

1.3A. (a) 국제 기준을 만드는 작업에는 사법 독립성뿐만 아니라 사법부의 책임성, 사법절차의 효율성, 재판소에의 접근성 및 재판소에 대한 대중의 신뢰와 같은 사법제도의 기타 기본 가치도 고려해야 한다.

(b) 사법 독립에 대한 국제 기준을 기초하는 것의 핵심 과제는 요구

34) Montréal Declaration에서는 국제재판관(International Judges)을 먼저 서술하였으나, Mt. Scopus 기준에서는 국내재판관(National Judges)을 먼저 서술하고 있다.

35) Tokyo Principles(1982).

36) Montréal Declaration, 전문(Preamble).

37) Montréal Declaration. 전문(Preamble).

38) 이 제1.3조는 2011년 Vienna 회의에서의 개정으로 추가되었다.

되는 보편적인 기준의 가치를 반영할 기준을 공식화하는 것이다. 동시에 기준은 국내 관할권의 특정 상황과 다양한 국가의 다양한 법적 문화 및 전통을 고려해야 한다. 이러한 과제는 신중한 심의를 통해 해결된다.

(c) 사법절차와 사법적 수단의 문제에서 사법독립 준수를 적절히 분석하기 위해서는 보편성 (universality)과 특수성(particularity)이라는 두 가지 주요 접근방식을 고려해야 한다고 결정되었다. 보편적 이론 또는 “보편성”은 독립적인 사법부가 법의 지배에 필수적이며, 모든 법률 시스템의 공유된 가치라고 주장한다. 보편성은 재판관 임명절차와 재판관의 임명방식, 심사, 유지 및 소환에 대한 조건을 포함한 법규정과 기타 공식적인 제도적 조치에 반영된 사법독립의 보편적 모델을 정의할 것을 요구한다.

(d) 보편성 접근법과 함께, 우리는 각 관할권의 상황을 고려해야 하며 일부 국가에서는 보편적 기준에서 특정 실무를 면제하는 것이 정당하다는 것을 인식해야 한다. 이것이 바로 우리가 “특수성(particularity)”의 접근방식이라고 부르는 것이다.

(e) 보편성 및 특수성 원칙은, 주의깊게 검토했을 때, 주로 사법 독립을 방해하려는 부적절한 목적에 의해 동기가 부여된 입법 또는 사법판결을 받아들이지 않도록 제한되어야 한다.

(f) 정부 시스템을 변경한 국가에서³⁹⁾ 정부가 취한 조치는 주로 부적절한 목적을 가진 행위를 방지하기 위해 주로 유효한 목적의 테스트를 충족해야 한다.

(g) 마찬가지로, 오랫동안 확립된 실무의 경우, 오랫동안 확립된 실무를 사용하여 재판관과 사법 독립성을 해치는 현저한 부적절한 목적이 나타날 수 있는 경우, 그러한 수단은 마찬가지로 사법독립을 위반하는 것으로 선언되어야 한다. 오랫동안 확립된 실무라는 것은 사법 독립성을 침해하는 입법

39) 예를 들어, 공산주의 통치에서 민주적 정부 체제로 변화한 유럽의 새로운 민주주의 국가의 입법 및 재판소판결 등이 있다.

부 또는 사법판결의 행위에 대한 불리한 판단으로부터 보호막이 될 수 없다.

사법독립의 형성과 유지⁴⁰⁾

1.4. 모든 사회와 모든 국제기구, 심판소 및 재판소는 국내 정부체제에서 민주주의, 자유, 법치 및 인권에 필수적이며 세계 평화, 질서 있는 세계 무역, 세계화된 시장, 유익한 국제 투자를 위한 필수적 기반인 사법독립의 문화를 구축하고 유지하기 위해 노력해야 한다.

1.4.1. 사법독립의 문화는 제도적 구조의 창설, 헌법적 기반시설 구축, 입법 조항 및 헌법적 보호장치의 도입, 재판제도와 법학의 창설, 및 윤리적 전통과 재판관직무수행 강령의 유지라는 다섯 가지 중요하고 필수적인 측면에서 형성된다.

1.4.2. 제도적 구조는 재판관의 지위와 재판소의 관할권과 관련된 문제를 규율한다.

1.4.3. 헌법적 기반구조는 이 기준에 설명된 사법보호의 주요 조항을 헌법에 구체화한다.

1.4.4. 입법 규정은 사법 독립성과 공정성의 기본적 헌법 원칙에 대한 자세한 규율을 제공한다.

1.4.5. 재판소는 헌법의 기본구조와 입법 조항에 재판관의 직무수행과 재판소의 행위의 다양한 측면에 대한 보완적인 해석과 법이론을 부가한다.

1.4.6. 윤리적 전통과 재판관 직무수행 강령은 재판관의 공식 및 비공식 활동 영역을 포괄하며, 재판관의 중립성에 의문을 제기할 수 있는 의존성, 연관성 및 덜 집중적인 개입으로부터 재판관의 실질적인 독립성을 보호한다.

1.5. 민주주의와 법의 지배의 기초

1.5.1. 사법 독립의 문화가 유지되고 보존되기 위해서는 민주주의와 법치주

40) 이 제1.4조는 2012년 10월 Ghent 회의에서의 개정으로 추가되었다.

의의 중심 기반을 보호하는 것이 필수적이다.⁴¹⁾

1.5.2. 선도적인 국제기구의⁴²⁾ 결의안과 권고에 더하여, 국내 관할권이 민주주의와 법치주의의 특정 기본적 기반을 존중하도록 요구하는 것은 중요하다.

1.5.3. 민주주의와 법치주의의 필수 기반에는 다음과 같은 기반이 포함된다.

(a) 합법성 - 법의 우월성, 법의 준수, 국제법과 국내법의 관계, 행정부의 입법권, 법제정절차, 긴급 상황에서의 예외, 법 집행 의무, 공무담당 사인행위자

(b) 법적 확실성 - 입법의 접근성, 재판소판결의 접근성, 법률의 예측가능성, 법률의 안정성 및 일관성, 정당한 기대, 불소급, 판결에 대한 판단

(c) 권한남용(오용)의 방지

(d) 법앞의 평등과 차별금지 - 법에서의 평등을 포함

(e) 사법제도의 독립성과 공정성 - 독립성과 공정성, 사법부의 독립성, 재판관 개인의 독립성, 사법부의 공정성, 기소직무 : 자율성과 통제, 변호사의 독립성과 공정성

(f) 공정한 재판 - 재판소에 대한 접근, 무죄 추정, 공정한 재판을 받을 권

41) 최근 몇 달, 몇 년 동안 수많은 국가에서 사법 시스템, 사법부의 지위, 법치에 심각한 도전이 대두되었다. 이러한 문제는 세계 각지의 다양한 정부 시스템을 갖춘 국가에서 발생하였다. 우리는 터키(쿠데타 시도 이후), 헝가리(사법부 관련 입법 변경), 폴란드(최상위 헌법재판소 임명 논란으로 인한 위기), 미국(“소위 재판관”이라고 불리는 닐 고서치(Neil Gorsuch) 대법관 인준을 두고 미국 상원에서 있었던 가열된 분열에 관한 트럼프 대통령의 비판 성명), 베네수엘라(야당 활동 제한 시도) 등과 같은 나라들에서 뜨거운 논쟁이 벌어지고 있다. 이 문제와 다른 문제에는 주의 깊은 연구가 필요하다.

42) Venice commission - European commission through law, rule of law checklist, 2016년 3월 11-12일 Venice에서 채택되었고, 2016년 9월 6-7일 각료대표들에 의해 인준되었다. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

리의 측면, 사법 결정의 유효성

- (g) 헌법재판 및 행정재판
- (h) 실질적인 법의 지배와 민주주의 및 민주적 소수집단의 존중
- (i) 의회와 거리에서 효과적인 야당의 유지와 존중
- (j) 언론의 자유와 모든 형태의 전자, 디지털, 소셜 미디어의 보호 및 민간 및 공공 미디어 제도에 대한 정부통제의 제한
- (k) 시민사회단체 및 비정부기구의 활동 보호
- (l) 군사 및 보안당국의 민간우위 원칙 유지
- (m) 권력분립 존중
- (n) 정치적, 시민적 권리, 사회적, 경제적 인권을 포함한 인권 존중.

1.6 사법제도의 기본 가치

1.6.1. 사법독립의 문화는 사법제도가 독립적이고 공정하며 효율적으로 기능을 수행하는 것을 보장하는 법적, 헌법적 환경을 필요로 한다.

1.6.2. 모든 국내 및 국제 관할권은 사법제도가 재판소제도 및 사법행정의 작용을 뒷받침하는 기본가치를 존중하고 이행하도록 보장하여야 한다.

1.6.3. 사법제도의 기본가치는 다음과 같다 : 사법절차의 독립성과 사법부의 독립성과 공정성, 높은 수준의 재판절차, 사법절차와 사법행정의 효율성, 재판소와 사법부의 접근성 그리고 재판소에 대한 대중의 신뢰, 사법부의 책임성, 사법 제도의 투명성 등을 보장하는 것.

1.6.4. 사법절차의 독립성과 사법부의 독립성과 공정성은 사법독립에 관한 Mt Scopus 기준(the Standards of the Mt Scopus of Judicial Independence)에 열거된 기준에 따라 자세히 언급되어야 한다.

1.6.5. 사법절차의 높은 품질에는 높은 사법윤리 및 청렴성을 유지하고 항소권을 보장하며 정의와 공정성을 보장하고 개별 사건의 오류를 수정하며 법률 시스템의 건전한 법 규칙을 개발 및 유지하는 것을 포함한다.

1.6.6. 신중한 감독의 행사, 합리적인 소송 비용 유지, 신속한 재판 보장,

재판소 지연과 적체의 감소, 사건배정의 효율적 관리, 사건부담 관리 등 사법절차 및 사법행정의 효율성.

1.6.7. 사법 시스템 접근성의 가치는 경제적 접근, 지리적 접근, 절차적 접근 및 실질적인 접근 등을 포함하여, 시스템이 재판소에 대한 완전한 접근을 보장할 것을 요구한다.

(a) 경제적 접근이란 궁핍한 사람들에게 법적 지원을 제공하고 서비스 비용과 사법 수수료를 줄이는 것을 의미한다.

(b) 지리적 접근이란 도시 중심부뿐만 아니라 농촌 및 외딴 지역에서도 사법 서비스를 제공하는 것을 의미한다.

(c) 절차적 접근은 절차 규칙이 청문회 및 증거 제시를 위한 완전한 기회를 허용하고 소액 사건을 적절한 비용으로 판결할 수 있는 소액청구 재판소를 제공하고 적절한 관할권에서 집단 소송을 허용한다는 것을 의미한다.

(d) 실질적인 접근이란 법률이 과실과 피해를 구제하기 위한 실질적인 소송 이유를 제공한다는 것을 의미한다.

1.6.8. 재판공개에 대한 보장을 포함하여 재판소에 대한 대중의 신뢰는 손해배상 청구에 대한 재판관의 면책을 신중하게 정의하고 사법판결에 대한 자제와 선량한 비판을 보장하는 것이다.

1.6.9. 재판관의 책임 - 재판관은 재판석에서의 자신의 행동에 대해 책임을 져야 하며 필요할 경우 적절하고 적절한 징계를 받아야 한다.

1.6.10. 투명성 - 재판소와 재판관은 프라이버시를 고려하여 대중, 학계, 법조계에 완전한 투명성을 제공해야 한다.

1.6.11. 사법개혁을 구상할 때 사법제도의 기본가치들 사이의 적절한 균형을 보장하기 위해 세심한 주의를 기울여야 한다. 특히 효율성과 정의의 품질 사이의 적절한 균형을 보장하는 데 특별한 관심을 기울여야 한다.

2. 사법부와⁴³⁾ 행정부

- 2.1. 사법부는 전체적으로 독립되어야 한다.
- 2.2. 각 재판관은 개인적 독립성과 실질적인 독립성을 모두 누려야 한다.⁴⁴⁾
 - 2.2.1. 개인적 독립성은 개별 재판관이 행정적 통제의 대상이 되지 않도록 사법직무의 조건이 법률에 의해⁴⁵⁾ 적절하게 보장된다는 것을 의미한다. 그리고
 - 2.2.2. 실질적인 독립성이란 재판관이 사법기능을 수행할 때 법과 양심의 명령 외에는 다른 어떤 것에도 복종하지 않는다는 것을 의미한다.
- 2.3. 사법부는 전체적으로 행정부에 대하여 집단적 독립성과 자율성을 누린다.

정의와 법치의 측정

- 2.3.1. 사법독립과 법의 지배는 경제성장을 위한 필수 요건이다. 이는 분쟁 발생 시 그들의 주장이 공정하고 공평하며 독립적으로 판결될 것이라는 확실성과 확신을 사업가나 직원에게 보장하기 때문이다.
- 2.3.2. 사법제도의 공정하고 효율적인 운영은 사법제도의 품질, 효율성, 독립성 및 평등성을 판단하기 위한 신뢰할 수 있는 제도들을 만드는 데 도움이 될 수 있는 지표와 데이터를 기반으로 평가되어야 한다.

43) 초점은 실제로 재판관 개인이 아닌 사법부 전체와의 관계에 있다.

44) 실질적인 독립성은 광범위한 보호를 보장하지만 한계가 없는 것은 아니다. 재판관은 정부의 다양한 부서 간 상호존중의 일반적인 한계와 각자의 책임에 대해 승인된 경계선에 따라 권한을 행사해야 한다. 상호존중은 재판소가 정치적 문제와 같이 정당화될 수 없는 문제에 대한 판결에 관여하지 않는다는 규칙을 포함하여 재판관이 만드는 규칙(Judge-made rule)에 표현된다. S. Shetreet, *Judicial Independence :New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in Shetreet, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* at 635.(1985).

45) 이러한 중요한 조건이 법적으로 확립되어야 함을 명확히 한다.

2.3.3. 유럽연합이 발행한 정의에 관한 유럽연합 평가점수와 국제 및 국가 조직의 보고서와 같이 최근 몇 년간 시작된 상대적으로 새롭고 가장 바람직한 데이터 수집 및 발행 패턴을 장려하고 이를 따라야 한다.⁴⁶⁾

2.3.4. 모든 관할권(국내 및 국제)은 재판소, 재판관 및 사법행정에 대한 자세한 관련 데이터 및 분석을 포함하는 공개 정기보고서를 준비하고 작성해야 한다. 사법제도를 측정하는 데 도움이 되는 확립된 지표와 평가점수를 기반으로 한다.

2.3.5. 정기 보고서에는 사법제도의 효율성, 품질 및 독립성에 관한 데이터와 조사 결과가 포함되어야 한다.

2.3.6. 사법제도의 효율성에는 다음이 포함된다: 소송 기간, 처리율, 계류 중인 사건, 특정 영역의 효율성, 재판소의 기술 및 온라인 정보 시스템 도입 등.⁴⁷⁾

2.3.7. 사법제도의 품질에 관한 데이터에는 접근성, 자원, 평가 도구 및 품질 표준에 대한 데이터가 포함된다.

2.3.8 사법부 독립에 관한 데이터에는 인지된 사법독립성, 구조적 독립성, 사법 독립성에 관한 사법 네트워크의 활동이 포함되어야 한다.

2.4. 행정부에 의한 사법적 임명 및 승진은 원칙 4를 준수하는 한 사법독립에 위배되지 않는다.

46) EU Report on: Strengthening Trust, Mobility and Growth within the European Union, 2014., EU Report on: The 2016 EU Justice Scoreboard 2018 EU justice Scoreboard https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu-justice-scoreboard_en ; IMF Report on Italy: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13299.pdf>. S. Shetreet: The Justice System as an Essential Foundation of Economy and Trade, 3 *Journal of International and Comparative Law* 127-140 (2016). European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ),” Report on “European Judicial Systems: Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality Justice”, 2014.

47) <http://network-presidents.eu/sites/default/files/EUJusticeScoreboard2016.pdf>
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2017_en.pdf

- 2.5. 어떠한 행정명령도 특정 재판소판결을 번복하거나 재판소의 판결에 영향을 미치기 위하여 재판소의 구성을 변경할 수 없다.⁴⁸⁾
- 2.6. 행정부는 재판관에 대한 불만 사항을 송부하거나 징계절차를 개시함으로써만 재판관징계에 참여할 수 있으며, 그러한 문제에 대한 심사에는 참여할 수 없다.
- 2.7. 재판관을 징계하거나 파면하는 권한은 행정부로부터 독립된 기관에 부여되어야 한다.
- 2.8. 재판관의 해임권은 사법적 심판기구에 부여되는 것이 바람직하다.
- 2.9. 행정부는 사법기능을 통제해서는 안 된다.
- 2.10. 절차 및 실무 규칙은 의회의 승인을 거쳐 입법부 또는 사법부가 법조계와 협력하여 제정한다.
- 2.11. 국가는 재판소의 판결을 집행할 의무가 있다. 사법부는 집행과정에 대한 감독을 행사한다.
- 2.12. 사법적 문제는 중앙의 사법행정과 개별 재판소 수준의 사법행정 모두에서 전적으로 사법부의 책임 하에 있다.
- 2.13. 사법행정의 중심적 책임은 사법부에 있는 것이 바람직하거나 사법부와 행정부가 공동으로 담당하는 것이 바람직하다.
- 2.14. 민주적 책임성의 원칙은 존중되어야 하며, 따라서 사법독립의 원칙을 적절히 고려한다면, 입법부가 재판관의 임명과 중앙 사법행정에서 역할을 하는 것은 정당하다.
- 2.15. 재판관 선임의 절차 및 기준은 사회의 모든 측면에서 사법부가 공정하게 반영한다는 원칙을 적절히 고려해야 한다.⁴⁹⁾
- 2.15.1. 사법부가 사회의 모든 측면을 공정하게 반영한다는 원칙을 고려하

48) Montréal Declaration 2.08.

49) Montréal Declaration 2.13. 또한 Shetreet, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*(FN 26), at 401를 보라.

여 재판관을 선정할 때, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 국적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 지위에 따른 차별이 없어야 하지만, 시민권 요건을 따라야 한다.⁵⁰⁾

2.16. 재판관직 후보자는 청렴성(integrity)과 능력을 갖추고 법률에 대한 교육을 잘 받은 개인이어야 한다. 그들은 재판관직에 대한 평등한 접근을 가져야 한다.⁵¹⁾

2.17. 적절한 사법행정을 가능하게 하기 위해 적절한 재정적 재원을 제공하는 것은 국가의 의무이다.

2.18. 재판관들 간의 업무분담은 일반적으로 미리 정해진 계획에 따라 이루어져야 하며, 이는 명확히 정의된 특정 상황에서 변경될 수 있다.

2.18.1. 재판관 업무분담 권한이 최고재판소장에게 있는 국가에서는, 최고 재판소장에게 타당한 이유로 미리 정해진 계획을 변경할 권한을 부여하는 것이 사법독립과 모순되지 않는 것으로 간주되지 않으며, 가능한 경우 선임 재판관과 협의하는 것이 좋다.

2.18.2. 2.18.1.에 따라 사건 배정에 대한 전적인 책임은 책임 있는 재판관, 바람직하게는 재판소장에게 부여되어야 한다.

2.19. 재판관을 한 재판소에서 다른 재판소로 전보하는 권한은 법률이 정한 근거에 따라 사법 당국에 부여되며, 바람직하게는 재판관의 동의를 받아야 하며, 이러한 동의는 부당하게 거부되어서는 안 된다.

2.20. 재판관의 급여와 연금은 항상 적절해야 하며, 법률에 따라 정해져야 하고, 행정부의 통제와는 독립적으로 주기적으로 검토되어야 한다.

50) Montréal Declaration : “정치적 의견”은 P.H. Lane, *Fragile Bastion: Constitutional Aspects of Judicial Independence*(사법적 독립은 최소한 5가지 측면으로 구성된다. (1) 재판소에 대한 비정치적 임명; (2) 보장된 임기 및 급여; (3) 재판소 절차 또는 공직자에 대한 행정적 및 입법적 간섭; (4) 예산의 자율성; (5) 행정적 자율성)에서 발췌한 것이다.

51) Montréal Declaration 2.11.

- 2.21. 재판관의 지위, 독립성, 임기 보장 및 적절한 보수는 헌법적으로⁵²⁾ 확립되거나 법률에 의해 보장되어야 한다.
- 2.22. 재판관의 급여, 연금 및 복리후생은 전반적인 공공적 경제조치의 일관된 부분인 경우를 제외하고는, 재판관의 재임 기간 동안 감소될 수 없다.
- 2.23. 정부 각료들은 공개적이든 비공개적이든, 재판관에게 어떠한 형태의 압력도 가해서는 안 되며, 개별 재판관이나 사법부 전체의 독립성에 부정적인 영향을 미치는 진술을 해서는 안 된다.
- 2.24. 사면권은 사법적 판결에 대한 간섭으로 사용되지 않도록 신중하게 행사해야 한다.
- 2.25. 행정부는 분쟁에 대한 사법적 해결을 방해하거나 재판소 판결의 적절한 집행을 방해하는 행위나 부작위를 삼가야 한다.
- 2.26. 행정부는 어떠한 수준에서도 재판소 시스템의 운영을 폐쇄하거나, 중단하거나, 지연시킬 권한이 없다.

3. 사법부와⁵³⁾ 입법부

- 3.1. 의회는 특정 재판소 판결을 뒤집는 법률을 통과시키지 않는다.
- 3.2. 재판관의 직무의 방식과 조건들의 변경을 도입하는 법률은, 해당 법률 통과 당시 재직 중인 재판관에게 적용되지 않는다. 다만 변경 사항이 직무의 임기를 개선하고 일반적으로 적용되는 경우는 예외이다.
- 3.3. 재판소를 재편하거나 폐지하는 법률의 경우, 해당 재판소에서 근무하는 재판관은 동일하거나 실질적으로 비슷한 지위의 다른 재판소로 전근하는 경우를 제외하고는 영향을 받지 않는다.

52) UN Basic Principles : 추가적인 유연성을 제공하고, 이것이 헌법적으로 확립될 만큼 중요한 문제라는 점을 강조하기 위해 제안된 변경 사항.

53) 초점은 실제로 개별 재판관과의 관계보다는 사법부 전체와의 관계에 맞춰져 있다.

3.4. 모든 사람은 법에 따라 설립된 일반 재판소 또는 사법 재판소에서, 재판소의 심사에 따라, 신속하게 재판을 받을 권리가 있다.⁵⁴⁾

3.5. 시간제 재판관은 법률에 의해 보장된 적절한 신분보장을 통해서만 임명되어야 한다.

3.6. 의회는 사법위원회의 권고에 따라 또는 헌법 규정이나 유효하게 제정된 법률에 따라 재판관을 해임할 권한을 부여받을 수 있다.

4. 재판관 임명의 조건 및 성격

4.1. 재판관 선임 방법은 부적절한 동기⁵⁵⁾ 의한 재판관 임명을 방지해야 하며 사법독립을 위협해서는 안 된다.

4.2. a) 민주적 책임의 원칙은 존중되어야 하며 따라서 사법독립 원칙을 적절히 고려한다면, 행정부와 입법부가 재판관 임명에 역할을 하는 것은 정당하다.

b) 입법부, 행정부, 사법부 및 법조계의 구성원 또는 대표가 참여하는 재판관선임회의 또는 위원회를 설립하는 최근의 추세는 각 정부 부서의 이러한 회의 또는 위원회 구성에서 적절한 균형이 유지된다면 호의적으로 볼 수 있다.

4.3. 재판관 임명은 일반적으로 종신직이어야 하며, 사유가 있는 경우 해임될 수 있고, 임명 날짜에 법률에 의해 정해진 연령에 강제 퇴직해야 한다.

4.3.1. 기존 재판관의 퇴직 연령은 단축되지 않는다.⁵⁶⁾

54) 이 문제에 대한 논의를 위하여, Shetreet, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*(FN 26), at 616을 보라.

55) Montréal Declaration 2.14.

56) 방글라데시에서 1977년에 정년을 65세에서 62세로 낮추는 법령이 통과되어 즉시 효력이 발생했다고 보도하였다. 이로 인해 두 명의 지명된 재판관이 은퇴하였다. 이는 이론적으로는 일반 법령이었지만 실제로는 이 두 재판관을 입법적으로 해임한 것이었다.

- 4.4. 재판관의 승진(promotion)은 객관적인 요소, 특히 경력(merit),⁵⁷⁾ 청렴성(integrity) 및 경험(experience)에⁵⁸⁾ 따라야 한다.
- 4.5. 재판관의 임명 및 승진은 절차 및 기준의 투명성에 따라야 하며, 전문적 자격, 청렴성, 능력 및 효율성에 따라야 한다.
- 4.6. 재판관은, 임명의 조건으로 해당 직업에서의 실무 경험이 재판관 임명에 영향을 미치지 않는 법률 시스템에서 제외하고, 경력에 따라 영구적인 임명이 부여된다면, 수습기간 동안 임명되어서는 안 된다.⁵⁹⁾
- 4.7. 오랜 역사적 민주적 전통이 있는 경우를 제외하고는 임시직(temporary) 재판관제도는 가능한 한 피해야 한다.
- 4.8. 시간제(part-time) 재판관은 법률에 의해 보장된 적절한 신분보장을 통해서만 임명되어야 한다.
- 4.9. 최고재판소(the highest court)의 구성원 수는, 파기재판소(the courts of cassation)를 모델로 한 재판소를 제외하고, 확정되어야 하며, 모든 재판소의 경우 부적절한 동기로 변경되어서는 안 된다.
- 4.10. 입법부는 최고재판소장(Chief Justices)과 재판소장(Presidents)을 임명하기 위한 특별 절차를 수립해야 한다.

S. Shetreet, *Judicial Independence :New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in Shetreet, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*(FN 26), at 607(1985)를 보라.

57) ‘경력(merit)’은 ‘능력(ability)’보다 광범위하다.

58) UN Basic Principles : Montréal Declaration 2.17은 ‘재판관의 승진은 후보자의 성실성과 판단의 독립성, 전문적 역량, 경험, 인간성 및 법치주의 지지의 의지에 대한 객관적인 평가를 기반으로 해야 한다.’고 규정하고 있다.

59) Scottish temporary judges cases *Starrs and Chalmers v .D. F. Linlithgow* 2000 S. L. 2 ; *Clancy v. Caird* 2000 Scottish Law Times, *The Bailiff Judicial Appointments (Scotland) Act 2000*.

5. 재판관의 해임과 징계

5.1. 재판관의 징계 및 해임 절차는⁶⁰⁾ 신속하고 공정하게⁶¹⁾ 처리되어야 하며, 적절한 심리 기회를 포함하여 재판관에게 공정성을 보장해야 한다.

5.2. 의회에서의 절차를⁶²⁾ 제외하고 징계절차는 비공개로(in camera) 진행되어야 한다. 그러나 재판관은 심리를 공개적으로 진행하도록 요청할 수 있으며,⁶³⁾ 이러한 요청은 징계심판소(disciplinary tribunal)에서 이 요청에 대한 신속하고 최종적이며 합리적인 처분을 내릴 것을 조건으로 존중되어야 한다. 비공개로 진행되는 공개적으로 진행되는 징계절차의 판결은 공개될 수 있다.⁶⁴⁾

5.3. 재판관의 징계, 정직 및 해임에 대한 모든 근거는 헌법적으로 확립되거나 법률로 정해져야 하며 명확하게 정의되어야 한다.

5.4. 모든 징계, 정직 및 해임 처분(actions)은 확립된 재판관직무수행 기준(standards of judicial conduct)에 따라야 한다.⁶⁵⁾

5.5. 재판관은 범죄 행위 또는 징계규칙의 중대하거나 반복적인 방치 또는 심각한 위반 또는 신체적 또는 정신적 무능력으로 인해 재판관 직책을 맡을 자격이 명백히 없는 경우를 제외하고는, 해임대상이 되지 않는다. 해임 근거는 의학적 무능력 또는 재판관이 직무를 수행할 자격이 없는 행동으로 인한 사유로 제한된다.⁶⁶⁾

60) UN Basic Principles은 “그의 사법 및 직업적 역량에서”를 추가한다. 이 문구는 재판관에 대한 사적 소송이 그들의 독립성을 방해하는 부정적 방법으로 제기되는 것을 방지하기 위해 여기에 추가된 것은 아니다.

61) UN Basic Principles.

62) Montréal Declaration 2.36.

63) Montréal Declaration 2.36.

64) Montréal Declaration 2.36.

65) Montréal Declaration 2.34.

66) UN Basic Principles.

5.6. 재판관을 징계하고 해임할 권한이 입법부가 아닌 다른 기관에 부여된 제도에서 재판관의 징계 및 해임 심판소는 상설적이어야 하며 주로 사법부 구성원으로 구성되어야 한다.

5.7. 재판소의 수장은 행정적 문제에 관해 재판관을 통제할 감독권을 합법적으로 가질 수 있다.

6. 언론과 사법부

6.1. 사법독립이 재판관들을 공적 책임으로부터 자유롭게 만들지 않는다는 점을 인식해야 하지만, 미디어와 다른 기관들은 사법적 독립을 존중하고 사법부 판결에 대한 비판에 있어서 자제력을 발휘해야 한다.⁶⁷⁾

6.2. 모든 시민의 표현의 자유에 대한 일반적인 권리를 인정하면서도, 재판관은 일반 언론과 직접 인터뷰해서는 안 된다. 재판관이 언론 보도나 질의와 관련하여 언론에 응답해야 하는 경우 재판소가 지정한 대변인이나 이 목적을 위해 재판소가 특별히 지정한 재판관을 통해야 한다. 예외적인 상황에서 재판관은 해당 재판관의 직접적 응답으로 돌이킬 수 없는 피해를 막을 수 있는 경우 언론에 직접 응답할 수 있다.

6.3. 언론은 계류 중인 사건에 대한 출판물에서 그러한 출판물이 사건의 결과에 영향을 미칠 수 있는 경우 책임감과 자제력을 보여야 한다.

6.4. 재판관은 소송이 진행 중이거나 재판관에게 제소될 수 있는 동안 그러한 소송의 결과에 영향을 미치거나 절차의 명백한 공정성을 손상시킬 수 있는 의견을 고의로 말해서는 안 된다. 또한 재판관은 어떤 사람이나 문제에

67) Judicial Conference of Australia, Uluru, April 2001: Judicial Independence: A Collection of Material for the Judicial Conference of Australia regarding the consequences of inappropriate public criticism 에서의 Julie Debeljak의 토론을 보라 (이로 인해 재판관들은 침묵을 지켜 사법부에 대한 국민의 신뢰가 떨어질 가능성이 있는지, 아니면 부적절하게 대중의 비난을 받을지 선택해야만 한다).

헌법논총 제35집(2024)

대한 공정한 재판에 영향을 미칠 수 있는 의견을 공개적으로 또는 다른 방식으로 말해서는 안 된다.⁶⁸⁾

7. 직무수행의 기준(Standards of Conduct)⁶⁹⁾

7.1. 재판관은 다음을 포함하여 행정부 또는 입법부 기능을 수행할 수 없다.

7.1.1. 정부 각료; 또는

7.1.2. 의회 또는 지방의회 의원.

7.2. 재판관은 정당에서 직위를 가질 수 없다.

7.3. 임시(temporary) 또는 시간제(part-time) 재판관이 아닌 재판관은 변호사 업무를 수행할 수 없다.

7.4. 재판관은 영리목적의 활동을 삼가야 하며 사법기능의 수행이나 재판관의 이미지에 영향을 미칠 수 있는 기타 수익성 있는 활동에⁷⁰⁾ 참여하는 것을 피해야 한다. 단, 재판관의 개인적 투자, 재산 소유, 가족 구성원의 영리목적 활동이나 재산 소유⁷¹⁾ 또는 대학이나 단과대학에서의 재판관의 교육(teaching)은 예외이다.

7.5. 재판관은 항상 직책의 존엄성과 사법부의 공정성, 성실성 및 독립성을 보존하는 방식으로 행동해야 한다.

7.6. 재판관들은 재판관으로서의 권리와 이익을 증진하기 위해 재판관을 위한 결사를 조직할 수 있다.

68) Bangalore Principles.

69) 베네수엘라의 재판관의 편향성에 대한 일부 주장을 보도한 Human Rights Watch, *Rigging the Rule of Law: Judicial Independence Under Siege in Venezuela*, Volume 16, No. 3(B) (June 2004)를 보라.

70) ABA Model Code of Judicial Conduct (February 2007), Canon 4, Article D(2).

71) ABA Model Code of Judicial Conduct (February 2007), Canon 4, Article D(2).

7.7. 재판관은 사법독립을 방어하기 위해 적절한(appropriate) 행위를 할 수 있다.⁷²⁾

7.8. 재판관은 재판관이 사건을 공정하게 판결할 수 없거나 합리적인 관찰자에게 재판관이 사건을 공정하게 판결할 수 없다고 보일 수 있는 모든 절차에 참여하는 것을 스스로 물러나야 한다.

7.9. 이러한 절차에는 다음이 포함되지만 이에 한정되지 않는다.

- a) 재판관이 당사자에 대하여 사실상의 편견이나 선입견이 있거나 절차와 관련된 계쟁 증거 사실에 대하여 개인적으로 알고 있는 경우;
- b) 재판관이 이전에 변호사로 근무했거나 계쟁 사건에서 중요한 증인이었던 경우; 또는
- c) 재판관 또는 재판관의 가족 구성원이 계쟁 사건의 결과에 경제적 이해관계가 있는 경우:

다만, 사건을 처리할 다른 재판소를 구성할 수 없거나 긴급한 상황으로 인해 조치를 취하지 않으면 심각한 사법적 오류가 발생할 수 있는 경우 재판관의 자격상실이 필요하지 않다.⁷³⁾

7.10. 심각한 질병이나 이해 충돌과 같은 정당한 이유 없이는 특정 재판관으로부터 사건을 철회해서는 안 된다. 그러한 이유와 철회 절차는 법률에 의해 규정되어야 하며 정부나 행정부의 이해관계에 영향을 받아서는 안 된다. 재판관으로부터 사건을 철회하기로 결정하는 것은 재판관과 동일한 사법적 독립성을 누리는 기관에서 내려야 한다.⁷⁴⁾

7.11. 재판관은 당사자의 일방적 의사소통을 억제해야 하며 재판소규칙에 규정된 경우를 제외하고 그러한 의사소통은 재판소와 다른 당사자에게 공개

72) 이는 Montréal Declaration 2.09.에서는 「집단적 행위(collective action)」로 규정되어 있다.

73) Bangalore Principles.

74) Recommendation No.R(94)12 of the committee of Ministers of the Council of Europe to Member States.

되어야 한다.

7.12. 정당한 자문의 경우를 제외하고 재판관은 계류 중인 사건에 대해 동일한 재판부에 함께 있지 않은 다른 재판관에게 접근해서는 안 된다.⁷⁵⁾

8. 공정성과 독립성의 보장⁷⁶⁾

8.1. 재판관⁷⁷⁾ 공식적인 직무를 수행하는 동안 법적 소송으로부터 면책권을 향유한다.⁷⁸⁾

8.2. 재판관은 편견이나 잠재적 편견에 대한 합리적인 의심이 있는 사건에 배석해서는 안 된다.⁷⁹⁾

8.3. 재판관은 편파적인 인상을 줄 수 있는 모든 행동 방식을 피해야 한다.

8.4. 국가는 재판관이 판결결정과정에서 독립적이어야 하며 어떤 방향이나 이유로든 직접적이든 간접적이든 제한, 부적절한 영향, 유도, 압력, 위협⁸⁰⁾ 또는 간섭 없이 행동할 수 있어야 한다. 법은 그러한 방식으로 재판관에게 영향을 미치려는 사람에 대한 제재를 규정해야 한다. 재판관은 양심과 사실

75) 이 조항 제7.12조는 2011년 Vienna에서의 개정으로 추가되었다.

76) Cyrus Das and K. Chandra(ed.) *Judges and Judicial Accountability*, Universal Law Publishing Company Ltd., Delhi를 보라.

77) 이는 국가가 재판관의 중대한 과실에 대해 책임을 져야 할 가능성을 배제하지는 않는다.

78) 일정한 한계 내에서 재판관이 직무수행 시 심각한 과실로 인해 발생한 손해에 대해 책임을 지도록 설계되었던 1988년의 이탈리아 법률을 고려하라. Giovanni E. Longo, “The Human Right to an Independent Judiciary: International Norms and Denied application before a Domestic Jurisdiction,” *St. John’s Law Review* (Winter 1996)를 보라.

79) “사법부가 독립적이고 대중에게 그렇게 인식되는 것이 가장 중요하다. 재판관은 자신의 결정으로 인해 편견을 가질까 두려워하거나 대중이 그럴 것이라고 합리적으로 생각할 이유가 없어야 한다.” Howland, CJ, *R. v. Valente* 2 C.C.C. (3d) 417, at 423 (1983).

80) 상해나 살해에 대한 물리적 위협을 포함한다.

에 대한 해석에 따라, 그리고 현행 법규에 따라 공정하게 사건을 판결할 수 있는 무제한의 자유를 가져야 한다. 재판관은 사법부 외부의 누구에게도 사건의 소송이유(merits)에 대해 보고할 의무가 없다.⁸¹⁾

9. 사법부의 내부적 독립성

9.1. 재판관은 의사결정 과정에서 그의 사법부 동료 및 상관에 대해 독립적이어야 한다.

9.2. 사법부의 어떠한 계층적 조직이나 등급 또는 직급의 차이는 재판관이 자유롭게 판결을 내릴 권리를 어떠한 방식으로든 방해해서는 안 된다.⁸²⁾

9A. 행정심판관(ADMINISTRATIVE ADJUDICATORS)⁸³⁾

행정부심판공직자

9A.1— 정의

이 섹션에서 행정 심판관이란 용어는 다음을 의미한다. 행정기관에서 사법 기능을 수행하지만 정규 재판소 시스템의 일부가 아닌 행정 직원.

9A.2. 아래에 규정된 경우를 제외하고 국내 재판관에게 적용되는 기준은 행정심판관에게 적용된다.

9A.3. 사법기능을 수행하는 행정직원(이하 행정심판관)은 4.4절과 4.5절의 일반 원칙에 따라 경력에 따라 행정부가 임명할 수 있다.

9A.4. 행정심판관은 상설적인 임명 여부가 경력에 따라 결정되는 경우 임시적 기간 동안 임명될 수 있다.

81) Recommendation No.R(94)12 of the committee of Ministers of the Council of Europe to Member States.

82) Montréal Declaration 2.03.

83) 이 제9A조는 2011년 Vienna에서의 개정으로 추가되었다.

9A.5. 행정심판관의 보상은 국가 전체에 적용되는 일반적인 경제적 처분의 일부인 경우를 제외하고는 감소되지 않는다.

9A.6. 행정심판관은 법률에 명시된 정당한 사유가 있는 경우에만 해임될 수 있으며, 공정한 심리를 거친 후에만 가능하다.

9A.7. 행정심판관은 심판기능을 수행하는 동일하거나 관련된 사안에 대해 비심판적 기능을 행사하거나 할당받아서는 안 된다.

9A.8. 사실인정 및 법적 결론을 포함한 행정심판관의 결정은 사건이 발생한 프로그램을 관리하는 기관의 검토를 거쳐야 하며, 법률에 따라 사법적 검토를 받을 수도 있다.

9A.9. 행정부는 행정심판관의 실질적 의사결정에 간섭해서는 안 된다.

9A.10. 행정심판관은 통일적인 결정기준을 조성하는 것과 관련된 객관적 기준에 따라 평가를 받아야 한다.

9B. 재판관에 의한 공적 조사(Public Inquiry by Judges)⁸⁴

9B. 사법부의 재직자가 정부를 대신하여 조사위원으로 임명되는 것을 수락하는 경우, 그는 재판관의 자격으로 수락하는 것이 아니라 공행정의 공무원으로서 수락하는 것이다.

9B.1 재직 중의 재판관이 정부가 명시한 권한 범위에 따라 공적 조사를 수행하는 동안, 그는 공적 조사의 내용에 관심이 있는 당사자로부터 공평하고 독립적으로 행동해야 한다.

9B.2 공적 조사를 주재하는 재직 중인 재판관은 조사의 수행에 있어서 절차의 모든 사항이 자신의 전적인 재량에 달려 있음을 주장할 권리가 있다. 특히 그는 해당 법률이나 기준에 따라 정부에 대한 조사보고서에 나타날 수 있는 모든 불만 사항에 대해 이해 당사자에게 경고서를 발급할 수 있다.

9B.3 이해 당사자가 공적 조사의 그러한 경고서에 응답하는 경우, 재판관은

84) 이 제9B조는 2012년 Ghent에서의 개정으로 추가되었다.

그러한 응답을 고려하고 필요한 경우 정부에 대한 최종 보고서를 준비하는데 고려되었음을 표시한다.

9B.4 조사위원회 의장의 요청을 받으면 재판관은 해당 임명에 동의하기 전에 그러한 임명의 모든 결과를 신중하게 고려하여야 한다.

9B.5 대안적 분쟁 해결(ADR), 중재 또는 조정과 같은 다른 기능을 수행하는 재판관은 해당 절차의 어떠한 당사자와도 공평하고 독립적으로 행동하여야 한다.

9C. 조사위원회 및 기타 준사법기관의 위원장 및 위원의 공정성 보장⁸⁵⁾

9C.1. 사법 및 준사법 기능과 조사 및 감사 기능을 수행하는 모든 공직자는 공정성과 공평성의 의무를 져야 한다. 여기에는 조사위원회, 중재, 조정, 국가 감사 및 내부 감사가 포함된다. 이러한 모든 공직자와 위원회 또는 조사위원회의 위원 또는 위원장은 조사를 수행하고 사실 조사 및 권고를 하는데 있어 공정성을 유지하고 독립성을 보여주어야 한다.

9C.2. 재판관의 자격을 박탈해야 하는 상황의 경우 1-9B절을 포함하여 국가 재판관에게 적용되는 일반 규칙은 9C.1절에 열거된 공직자와 조사위원회 위원 및 준사법 기관에도 적용된다.

9C.3. 재판관의 자격을 박탈해야 하는 상황의 경우 1-9B절을 포함하여 재판관에게 적용되는 일반 규칙은 내부 감사원 및 국가 감사원에도 적용된다.

9D. : 법조인(lawyers)⁸⁶⁾

정의(Definitions)

9D.1. 이 절에서 :

a) “변호사”는 재판소에서 변호하거나 법률문제에 대해 고객에게 조언하고

85) 이 절은 2014년 the Osnabrueck 회의에서 추가되었다.

86) Mt. Scopus Standards의 2015년 종합판은 제9D절에 소비자불만담당공직자(Consumer Complaints Officers)를 규정하였으나, 2022년 종합판에서는 삭제되었다.

대리할 자격과 권한이 있는 사람을 의미한다.

b) “변호사협회”는 주어진 관할권 내의 변호사가 속한 공인된 전문가협회를 의미한다.

일반 원칙

9D.2. 법조직역(legal profession)은 이 절의 1에서 언급된 기관 중 하나이다. 그 독립성은 인권의 증진과 보호를 위한 필수적인 보장을 구성한다.

9D.3. 변호사가 직업적 의무를 수행하는 데 있어 어떠한 제한, 영향, 유도, 압력, 위협 또는 간섭 없이 어떤 방향이나 이유로든 직접적이든 간접적이든 독립성을 보장하는 공정하고 공평한 사법행정 시스템이 있어야 한다.

9D.4. 모든 사람은 경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리를 보호하고 확립하기 위해 독립적인 변호사가 제공하는 법률서비스에 효과적으로 접근할 수 있어야 한다.

법률 교육 및 법조계 가입

9D.5. 법률 교육은 필요한 자격을 갖춘 모든 사람에게 개방되어야 하며, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 국가적 또는 사회적 기원, 재산, 출생 또는 지위로 인해 그러한 기회가 거부되어서는 안 된다.

9D.6. 법률 교육은 기술적 역량 외에도 변호사의 이상과 윤리적 의무, 그리고 국가 및 국제법에 의해 인정된 인권과 기본적 자유에 대한 인식을 공익을 위해 증진하도록 설계되어야 한다.

9D.7. 법률 교육 프로그램은 제한된 수단을 가진 사람들에게 법률 서비스를 제공하고 개발 과정에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 증진하고 방어하는 데 협력하는 것을 포함하여 변호사의 사회적 책임을 고려해야 한다.

9D.8. 필요한 성실성, 품성 및 법률 자격을 갖춘 모든 사람은 변호사가 될 자격이 있으며, 국제적으로 인정된 시민적 또는 정치적 권리를 행사한 혐의

로 유죄 판결을 받았다는 이유로 한 차별이 없이 업무를 계속할 수 있다.

법에 관한 대중교육

9D.9. 변호사는 법치주의 원칙, 사법부와 법조계의 독립의 중요성에 관해 대중을 교육하고, 그들의 권리와 의무, 관련되고 이용 가능한 구제책에 관해 대중에게 알리는 것이 책임이다.

변호사의 권리와 의무

9D.10. 변호사가 의뢰인에 대해 하는 의무에는 다음이 포함된다. a) 의뢰인에게 법적 권리와 의무에 대해 조언하는 것 ; b) 의뢰인과 의뢰인의 이익을 보호하기 위한 법적 소송을 제기하는 것, 그리고 필요한 경우 c) 재판소, 재판소 또는 행정 당국에서 의뢰인을 대리한다.

변호사는 또한 의뢰인이 공개한 내용에 내재되어 있는 미래의 소송에 대해 문제를 제기하면서, 제안된 소송의 법적 및 윤리적 결과에 대해 의뢰인에게 조언하여야 한다.

9D.11. 변호사는 자신의 의무를 수행할 때 항상 고객의 희망에 따라 자유롭게 부지런하며 두려움 없이 행동해야 하며, 당국이나 대중의 어떠한 억제나 압력 없이 자신의 직업의 확립된 규칙, 기준 및 윤리를 따라야 한다.

변호사는 (1) 제안된 소송이 법적 또는 윤리적 기준을 위반할 경우 고객에게 알리고 (2) 제안된 소송에 내재된 의문을 제기해야 한다.

9D.12. 모든 개인 및 개인 집단은 법률에 따라 자신의 이익 또는 소송을 방어하기 위해 변호사의 도움을 요청할 권리가 있으며, 변호사는 최선을 다해 그렇게 할 의무가 있다.

따라서 변호사는 알려지든 혹은 알려지지 않았든, 당국이나 대중에게 의뢰인이나 의뢰인의 소송과 동일시되어서는 안 된다.

9D.13. 변호사는 의뢰인이나 의뢰인의 소송에 대해 조언하거나 대리했다는

이유로 형사, 민사, 행정, 경제 또는 기타 제재를 받거나 위협을 받아서는 안 된다.

9D.14. 재판소나 행정 당국은 변호사가 의뢰인을 대신하여 출두할 권리를 인정하는 것을 거부해서는 안 된다.

9D.15. 변호사는 사법부에 대한 적절한 존중을 보여야 할 의무가 있다. 변호사는 특정 사건에 대한 재판관의 참여 또는 계속 참여 또는 재판이나 심리의 진행에 대해 이의를 제기할 권리가 있다.

9D.16. 변호사가 재판소에 대한 적절한 존중을 보이지 않았다는 이유로 소송이 제기된 경우, 변호사에 대한 기소를 야기한 소송에 참여한 재판관은 변호사에게 제재를 가해서는 안 된다.

9D.17. 이러한 원칙에 규정된 경우를 제외하고 변호사는 서면 또는 구두 변론에서 선의로 한 관련 진술이나 재판소, 재판소 또는 기타 법적 또는 행정기관에서의 직업적 출석에 대해 민사 및 형사 면책권을 향유한다.

9D.18. 변호사는 자유를 박탈당한 사람을 다룰 때 변호사의 독립성을 보장하여 그들이 자유롭고 공정한 법적 지원을 받을 수 있도록 하여야 한다. 변호사를 대신하여 행동하는 변호사와 당국 간의 공모, 합의 또는 의존에 대한 가능성을 피하기 위한 안전장치를 구축하여야 한다.

9D.19. 변호사는 다음을 포함하여 직업적 책임을 효과적으로 이행하는 데 필요한 모든 기타 편의 시설과 특권을 가져야 한다. a) 변호사-고객 관계의 절대적 비밀 유지; b) 자국 내외에서 자유롭게 여행하고 고객과 상담할 권리; c) 직업 규칙에 따라 직업적 업무와 관련된 정보와 아이디어를 자유롭게 찾고, 받고, 전달할 권리; d) 고객이나 서면 진술을 수락하거나 거부할 권리.

9D.20. 변호사는 신앙, 표현, 결사 및 집회의 자유를 향유한다. 특히 다음과 같은 권리를 가져야 한다. a) 법과 사법행정에 관한 문제에 대한 공개 토론에 참여할 권리; b) 지역, 국가 및 국제 기구에 자유롭게 가입할 권리;

c) 공익을 위해 신중하게 고려된 법률 개혁을 제안하고 권고하고 대중에게 이러한 문제에 대해 알릴 권리; d) 자국의 정치, 사회 및 문화 생활에 완전하고 적극적으로 참여할 권리.

9D.21. 변호사의 수수료와 보수를 규정하는 규칙과 규정은 변호사가 공정하고 적절한 소득을 창출하고 대중에게 합리적인 조건으로 법률 서비스를 제공할 수 있도록 설계되어야 한다.

빈곤계층의 사람들을 위한 법률서비스(Legal Services for persons with limited means)

9D.22. 독립적인 변호사협회의 개념에 따른 필연적인 귀결은, 회원들이 사회의 모든 계층에 서비스를 제공하여 아무도 정의를 거부당하지 않도록 해야 하며, 개인과 집단의 경제적, 사회적, 문화적, 시민적, 정치적 인권을 보호함으로써 정의의 대의를 증진해야 한다는 것이다.

9D.23. 정부는 빈곤계층의 사람들을 위한 법률 서비스 프로그램에 충분한 자금을 제공할 책임이 있다.

9D.24. 공적 자금으로 전부 또는 일부 자금을 조달받는 법률 서비스 프로그램 및 조직에 종사하는 변호사는 적절한 보수를 받고 특히 다음을 통해 직업적 독립성을 충분히 보장받아야 한다. - 이러한 프로그램 또는 조직의 지시는 주로 또는 전적으로 해당 직업의 구성원으로 구성된 독립적인 이사회에 위임되며, 해당 이사회는 정책, 예산 및 직원을 완전히 통제한다. - 정의의 대의를 위해 일하는 변호사의 주된 의무는 고객을 향하는 것이라는 인식이다. 그는 직업적 양심과 판단에 따라 고객에게 조언하고 대변하여야 한다.

변호사협회(The Bar Association)

9D.25. 각 관할권에는 법률에서 인정하는 변호사의 독립적이고 자치적인

협회가 하나 이상 설립되어야 하며, 그 협회의 협의회 또는 기타 집행기관은 다른 기관이나 사람의 어떠한 간섭도 없이 모든 회원이 자유롭게 선출하여야 한다. 이는 변호사와 법학자의 다른 전문 협회를 구성하거나 가입할 권리에 영향을 미치지 않는다.

9D.26. 이 절에서:

- (a) 법정에서 방청객의 권리를 누리기 위해 모든 변호사는 적절한 변호사협회의 회원이 되는 것이 좋다.
- (b) 의무적 변호사회원 제도는 높은 전문적 및 윤리적 기준을 보장하고 직업의 독립성을 유지하는 경우 자발적인 제도로 변경될 수 있다.

변호사협회의 기능

9D.27. 변호사협회가 법조계의 독립성을 보장하기 위해 하는 기능은 다음과 같다.

- (a) 두려움이나 정실없이 정의의 대의를 증진하고 옹호한다.
- (b) 변호사협회의 명예, 존엄성, 성실성, 역량, 윤리, 행동 기준 및 규율을 유지한다.
- (c) 사회에서 변호사의 역할을 옹호하고 변호사협회의 독립성을 보존한다.
- (d) 사법부의 존엄성과 독립성을 보호하고 옹호한다.
- (e) 법률지원 및 자문제공을 포함하여 대중이 사법제도에 자유롭게 접근할 수 있도록 촉진한다.
- (f) 모든 사람이 유능하고 독립적이며 공평한 재판소에서 모든 문제에 대해 적절한 절차에 따라 공정하고 공개적인 심리를 받을 권리를 촉진한다.
- (g) 법률 개혁을 촉진하고 지원하고 기존 및 제안된 법률의 본질, 해석 및 적용에 대해 의견을 제시하고 공개 토론을 촉진한다.
- (h) 직업에 입문하기 위한 전제 조건으로서 높은 수준의 법률 교육을 촉진한다.

- (i) 모든 사람이 필요한 전문적 역량과 품성을 갖추고 어떠한 차별 없이 직업에 자유롭게 접근할 수 있도록 보장하고 직업에 새로 입문한 사람에게 도움을 제공한다.
- (j) 직업 구성원의 복지를 촉진하고 사건에 도움을 제공한다. 구성원의 가족에게 적합하다.
- (k) 국제 변호사 기구의 활동에 가입하고 참여한다.

9D.28. 소송에 연루된 사람이 다른 나라의 변호사를 고용하여 현지 변호사와 함께 행동하기를 원하는 경우, 변호사협회는 외국 변호사가 필요한 방청권을 얻도록 지원하는 데 협조하여야 한다.

9D.29. 변호사협회가 변호사의 독립성을 보존하는 기능을 수행할 수 있도록 변호사의 체포 또는 구금 이유와 법적 근거를 즉시 알려야 한다. 그리고 같은 목적을 위해 협회는 다음에 대해 사전 통지를 받아야 한다: i) 그의 인신 또는 재산의 수색, ii) 그의 소유 문서의 압수, iii) 변호사의 성실성을 취하거나 의문을 제기하는 결정. 이러한 경우 변호사협회는 회장 또는 지명자를 대신하여 절차를 따르고, 특히 직업적 비밀이 보호되도록 할 권리가 있다.

징계 절차

9D.30. 변호사협회는 법률에 따라 변호사의 직업적 행동강령을 자유롭게 제정하고 시행하여야 한다.

9D.31. 변호사협회는 변호사의 자발적인 결정이나 소송 당사자의 요청에 따라 변호사에 대한 징계절차를 개시하고 진행할 독점적 권한을 가진다. 어떠한 재판소나 공공기관도 변호사에 대한 징계절차를 스스로 취하지는 않지만, 변호사협회가 징계 절차를 개시하도록 변호사협회에 사건을 보고할 수 있다.

9D.32. 징계절차는 변호사협회가 설립한 징계위원회가 일차적으로 실시하

여야 한다.

9D.33. 징계위원회의 결정에 대한 항소는 적절한 항소기구에 제기할 수 있다.

9D.34. 징계절차는 이 선언에 명시된 원칙에 따라 공정하고 적절한 절차의 요구 사항을 충분히 준수하여 진행하여야 한다.

사법독립의 방어

9D.35. 변호사는 사법부의 독립을 유지할 개인적, 직업적 책임을 갖는다.

9D.36. 변호사의 직업적 결사는 사법부의 독립을 옹호할 의무를 진다.

9E. : 온라인 사법

9E.1. 정부기관 및 기업회사의 불만처리 담당자는 소비자와의 디지털 또는 온라인 분쟁을 처리하는 별도의 불만처리 부서에 임명되어야 하며 회계 및 재무 부서와 같은 일반 회사 부서에서 유사한 기능을 수행해서는 안 된다. 불만처리 부서는 다른 부서와 분리되어야 한다. 이 불만처리 부서는 회사의 회계 및 재무 임원으로부터 독립성을 누리는 사람이 주재해야 한다. 절차는 공정성을 보장해야 한다.

9E.2. 규제 당국이 전자 청문회를 실시하여 규칙을 만들거나 정책을 결정할 때 이해당사자와 시민사회 단체로부터 공개 의견과 의견을 받기 위해 전자적 수단을 사용하는 경우 제출된 의견이 이름을 오용하는 다른 이해관계자가 아닌 해당 이름을 제공하는 사람의 진정한 의견인지 확인하기 위해 엄격한 조치를 취해야 한다.

볼로냐 및 밀라노 세계 사법윤리 강령(Bologna Milano Global Code of Judicial Ethics 2015)에 제8.2.9조를 추가하고 Mt Scopus 기준에 제 9E.3조를 추가한다.

9E.3. 재판소에서 전자소송, 전자변론 및 사건서류 작성의 사용이 확대되고

사건접수, 변론 및 서면에 대한 온라인 접근이 일반적으로 사용됨에 따라 허가된 사람만 접근할 수 있고 대중이 접근할 수 없는 자료 및 정보의 개인 정보보호를 보장하기 위해 극도의 주의와 엄격한 데이터 보호 조치를 취해야 한다.

B. 국제 재판관(international judges)

국제적 사법기관의 독립성의 최소 기준에 대한 다음 텍스트는 국제법협회의 국제 재판소 및 재판소의 실무와 절차에 대한 연구그룹에서 공식화한 국제 사법기관의 독립성에 대한 버그 하우스 원칙(the Burgh House Principles)을 기반으로 하며 약간의 수정을 거쳤다.

10. 독립성

- 10.1. 국제재판소와 재판관은 어떠한 사람이나 단체의 직간접적인 간섭이나 영향 없이 자유롭게 기능을 행사한다.
- 10.2. 재판관과 재판소의 이러한 자유는 특정 재판관에게 사건을 할당하는 것을 포함한 계류 중인 사건의 사법절차와 재판소 및 그 등록부의 운영에 모두 적용된다.
- 10.3. 재판소는 직원채용 정책, 정 시스템 및 예 지출 할당을 포함하여 국제적인 행정의 조건을 결정할 자유가 있다.
- 10.4. 재판소의 심의는 비밀로 유지된다.
- 10.5. 모든 국제재판소 및 재판소의 재판관은 재판소 또는 심판소를 설립한 조직의 회원국 국민인 재판관이 사법적 재량권과 기능을 행사할 때 사건에 대한 공정하고 독립적인 판결에 참여해야 하며 결코 회원국을 대표해서는 안 된다는 원칙을 고수해야 한다.

11. 지명, 선거 및 임명

11.1. 관리 기구에 따라 재판관은 해당 재판소에 필요한 적절한 전문적 자격, 역량 및 경험을 보유한 높은 도덕성, 성실성 및 양심을 가진 사람들 중에서 선출되어야 한다.

11.2. 지명, 선거 및 임명 절차는 적절한 경우 다양한 지리적 지역과 주요 법률 시스템, 여성 및 남성 재판관의 공정한 대표성을 고려해야 하지만, 적절한 개인적 및 전문적 자격은 재판관의 지명, 선거 및 임명에서 가장 중요한 고려 사항이어야 한다.

11.3 재판관의 지명, 선거 및 임명 절차는 투명해야 하며 부적절한 고려 사항으로 인한 지명, 선거 및 임명에 대한 적절한 보호 조치를 제공해야 한다.

11.4 지명, 선거 및 임명 절차와 사법직 후보자에 대한 정보는 지명, 선거 및 임명 절차를 담당하는 국제 기구 또는 기타 기관에서 적절한 시기에 효과적인 방식으로 공개해야 한다.

11.5 재판관의 독립성을 증진하기 위해 국제 재판소 및 재판소에 대한 재판관 임명은 장기 임기로 하고 재선되지 않는 것이 바람직하다.

12. 임기 보장

12.1. 재판관은 임기와 관련하여 임기 보장을 받는다. 재판관은 명시적인 근거와 사전에 명시된 적절한 절차에 따라서만 직위에서 해임될 수 있다.

12.2. 각 재판소의 관리 도구는 재판관이 독립적인 방식으로 사법 기능을 행사할 수 있도록 최소 임기 동안 임명되도록 규정해야 한다.

13. 근무 및 보수

- 13.1. 재판관의 필수 근무조건은 법적 구속력이 있는 규정에 명시되어야 한다.
- 13.2. 임기 동안 재판관의 보수 및 기타 필수 근무조건에 대해 부정적인 변경이 도입되어서는 안 된다.
- 13.3. 재판관은 적절한 보수를 받아야 하며, 이는 재판소 소재지의 생활비 증가에 따라 주기적으로 조정되어야 한다.
- 13.4 근무 조건에는 적절한 연금 조치가 포함되어야 한다.

14. 특권 및 면책

- 14.1. 재판관은 완전한 외교적 면제와 동등한 면책을 향유하며, 특히 사법 기능 수행에서 발생하는 모든 청구에 대한 면제를 향유한다.
- 14.2. 재판소만이 재판관의 면책을 포기할 수 있는 권한이 있다. 재판소는 면책이 사법의 과정을 방해하고 사법기능 수행에 영향을 미치지 않고 면책을 포기할 수 있다고 판단하는 모든 경우에 면책을 포기해야 한다.
- 14.3. 재판소, 재판관 및 서기의 문서 및 서류는 재판소의 업무와 관련된 불가침이다.
- 14.4 국제 재판소가 소재한 국가는 재판관과 그 가족의 안전을 보호하고 사법기능 수행과 관련된 불리한 조치로부터 보호하기 위해 필요한 조치를 취해야 한다.

15. 예산

- 15.1. 국가, 당사자 및 국제 기구는 재판소와 재판관이 효과적으로 기능을

수행할 수 있도록 시설 및 인력 수준을 포함한 적절한 자원을 제공해야 한다.

16. 표현 및 결사의 자유

16.1. 재판관은 표현 및 결사의 자유를 향유한다. 이러한 자유는 사법기능과 양립할 수 있는 방식으로 행사되어야 하며 사법의 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보이지 않아야 한다.

16.2. 재판관은 심의의 기밀을 유지해야 하며 계류 중인 사건에 대해 사법 외적으로 의견을 제시해서는 안 된다.

16.3. 재판관은 자신의 재판소 및 다른 재판소의 판결 및 절차에 대해 사법 외적으로 의견을 제시하는 데 적절한 자제력을 발휘해야 하며, 자신의 재판소에 상정될 가능성이 있는 모든 법률, 초안, 제안 또는 주제에 대해 의견을 제시할 수 있다.

17. 사법 외 활동

17.1. 재판관은 사법 기능이나 구성원인 재판소의 효율적이고 시기적절한 기능과 양립할 수 없는 사법 외 활동이나 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보일 수 있는 사법 외 활동에 관여해서는 안 된다.

17.2. 재판관은 어떠한 정치적 기능도 행사해서는 안 된다.

17.3. 각 재판소는 사법 외 활동과 관련하여 재판관에게 지침을 제공하고 소송 당사자가 우려 사항을 제기할 수 있는 적절한 수단이 있는지 확인하기 위한 적절한 메커니즘을 확립해야 한다.

18. 사건에 대한 과거의 연계

18.1. 재판관은 이전에 당사자 중 한 명을 대신하여 대리인, 변호사, 자문가, 옹호자, 전문가 또는 기타 자격으로 근무했거나, 분쟁 주제를 고려한 국가 또는 국제 재판소 또는 기타 분쟁해결 기관의 구성원으로 근무했거나, 이전에 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미칠 수 있는 방식으로 주제에 대해 논평하거나 의견을 표현한 사건에서 직무를 담당할 수 없다.

18.2. 재판관은 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미칠 수 있는 다른 형태의 연관성이 있는 주제와 관련된 사건에서 직무를 담당할 수 없다.

19. 당사자와의 과거 연계

19.1 재판관은 지난 3년 또는 재판소가 규칙에 따라 정한 다른 기간 내에 대리인, 변호사, 자문가, 옹호자 또는 전문가로 일한 당사자와 관련된 어떠한 사건에도 참여해서는 안 된다. 또는 지난 3년 또는 재판소가 규칙에 따라 정한 다른 기간 내에 다른 중요한 전문적 또는 개인적 연계가 있었던 당사자와 관련된 어떠한 사건에도 참여해서는 안 된다.

20. 사건의 결과에 대한 이해관계

20.1. 재판관은 자신이 중대한 개인적, 전문적 또는 재정적 이해관계를 갖는 어떠한 사건에도 참여해서는 안 된다.

20.2. 재판관은 자신과 밀접한 관계가 있는 다른 사람이나 단체가 중대한 개인적, 전문적 또는 재정적 이해관계를 갖는 어떠한 사건에도 참여해서는

안 된다.

20.3. 재판관은 소송당사자로부터 공개되지 않은 지불을 받거나 소송에 대한 재판관의 참여로 인해 어떠한 지불도 받아서는 안 된다.

21. 당사자와의 접촉

21.1. 재판관은 계류 중인 사건과 관련된 당사자, 대리인, 변호사, 옹호자, 자문자 및 기타 개인 및 단체와의 개인적 접촉에서 적절한 주의를 기울여야 한다. 이러한 접촉은 사법 기능과 양립할 수 있는 방식으로 수행되어야 하며, 재판관의 독립성과 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보이지 않아야 한다.

21.2. 재판관은 당사자의 일방적 의사소통을 억제해야 하며, 재판소 규칙에 규정된 경우를 제외하고 이러한 의사소통은 재판소와 다른 당사자에게 공개되어야 한다.

22. 복무 후 제한

22.1. 재판관은 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보일 수 있는 다른 형태의 연관성이 있는 사건에서 복무해서는 안 된다.

22.2. 재판관은 재직 중에 자신이 담당했던 사건의 당사자 또는 그러한 당사자와 관련된 어떤 단체로부터 독립성이나 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보일 수 있는 장래의 고용, 임명 또는 혜택을 추구하거나 수락해서는 안 된다.

22.3. 전직 재판관은 재판소 규칙에서 허용하는 경우를 제외하고 사법 임기 동안 담당했던 사건과 관련하여 어떠한 자격으로도 행동해서는 안 된다.

22.4. 전직 재판관은 자신이 이전에 근무했던 재판소의 소송에서 퇴임한 후 3년 동안 또는 재판소가 정하고 공표하는 다른 기간 동안 대리인, 변호사, 자문자 또는 옹호자로 행동해서는 안 된다.

22.5. 전직 재판관은 특히 자신이 담당했던 사건의 당사자 또는 그러한 당사자와 관련된 어떤 단체로부터 고용, 임명 또는 혜택을 수락하는 것과 관련하여 적절한 주의를 기울여야 한다.

23. 공개

23.1. 재판관은 언제든지 원칙 16-22가 적용되는 상황을 재판소와 적절한 경우 소송 당사자에게 공개해야 한다.

23.2. 각 재판소는 재판관이 재판소와 적절한 경우 소송 당사자에게 특정 사건과 관련하여 독립성 또는 공정성에 영향을 미치거나 합리적으로 영향을 미치는 것처럼 보일 수 있는 사항을 공개할 수 있도록 적절한 절차를 수립해야 한다.

24. 면제(waiver)

24.1. 원칙 16-22에도 불구하고, 재판관은 해당 원칙을 적용하는 사실을 적절히 공개하고, 재판소가 이의를 제기하지 않으며, 당사자가 재판관의 행동에 대해 명시적이고 정보에 입각한 동의를 한 경우 사건에 참여하는 것을 방해받지 않는다.

24A. 조사위원회 및 기타 준사법기관의 위원장 및 위원의 공정성 보장⁸⁷⁾

24A.1. 사법 및 준사법기능과 조사 및 감사 기능을 수행하는 모든 국제적

87) 2014년 Osnabrueck 회의에서 수정됨.

공직자는 공정성과 공정성의 의무를 져야 한다. 여기에는 국제 조사위원회, 중재, 조정, 감사관 및 국제 기구의 내부 감사관이 포함된다. 해당 공직자 및 국제 조사위원회 또는 위원회의 위원 또는 위원장은 공정성을 유지하고 조사를 수행하고 사실 조사 및 권고를 하는 데 있어 독립성을 입증해야 한다.

24A.2. 재판관의 자격박탈을 필요로 하는 상황의 경우 제10-24조를 포함하여 국제 재판관에게 적용되는 일반 규칙은 해당 공직자 및 조사위원회와 준수법 또는 조사 또는 감사 기관에도 적용된다.

24A.3. 재판관의 자격박탈을 필요로 하는 상황의 경우 제10-24조를 포함하여 국제 재판관에게 적용되는 일반 규칙은 국제기구의 감사관 및 내부 감사관에게도 적용된다.

25. 철회 또는 자격박탈

25.1. 각 재판소는 재판관이 이 원칙의 적용 또는 무능력의 이유로 특정 사건에 참여할 수 없는지 여부를 결정할 수 있도록 절차규칙을 제정해야 한다. 이러한 절차는 재판관, 재판소 또는 소송당사자가 이용할 수 있어야 한다.

26. 비리행위(Misconduct)

26.1. 각 재판소는 독립성이나 공정성에 영향을 미칠 수 있는 재판관의 당사자에 대한 비리행위 또는 의무 위반에 대한 구체적인 불만을 처리하기 위한 절차 규칙을 제정해야 한다.

26.2. 그러한 불만은 명백히 근거가 없는 경우 간이 재판으로 해결할 수 있다. 재판소가 보다 자세한 조사가 필요하다고 판단하는 경우 규칙은 판사의

권리와 이익을 보호하고 절차의 적절한 기밀성을 보장하기 위한 적절한 안전장치를 수립해야 한다.

26.3. 법원의 관리 기관은 판사의 직위 해임을 포함한 적절한 조치를 제공해야 한다.

26.4. 모든 불만의 결과는 불만 제기자에게 전달되어야 한다.

27. 임시 재판관(Ad hoc Judges)

27.1. 국제 재판소 또는 심판소의 임시 재판관은 해당 재판관이 담당하는 사건의 재판에서 양심적이고 독립적으로 행동해야 한다.

27.2. 정규직 국제 재판관에게 적용되는 과거 연루, 사법 외 활동, 복무 후 제한 및 임기 보장과 관련된 제한 및 규정은 임시 재판관에게 적용되지 않는다.

IV. 맺음말

국가기능의 하나인 사법기능이 입법기능 및 행정기능과 분리되어 독자적인 기능으로 인식된 것은 고대 그리스의 Aristoteles로부터이지만, 실질적으로 사법기능이 입법, 행정의 양 기능으로부터 분리된 것은 영국의 1701년의 왕위계승법((Act of Settlement)이 최초였다. 하지만, 영국에서의 사법기능의 분리는 왕과 귀족 사이의 권력의 대립과 균형의 반사적인 효과에 의하여 확립된 것이었고, 진정한 의미의 사법기능의 독립과 분리를 의미하는 것은 아니었다. 개인의 자유를 위하여 권력분립을 주장하였던 Montesquieu의 이론에서도, 사법기능은 현실적인 사회세력 즉, 군주, 귀족, 평민 사이의 균형을 위한 도구적·수단적 의미를 가진 것일 뿐, 실질적인 국가권력의 하나로 인식

되지는 못하였다.

권력분립원리를 핵심내용으로 하는 근대적 민주주의와 입헌주의가 확립된 이후, 19세기 말과 20세기 초에 위헌법률심사제도를 포함한 헌법재판제도가 전세계적으로 전파되기 시작하면서, 비로소 사법기능이 사법권력으로 독자적인 국가권력의 하나이자, 국가권력의 공동보유자(co-holder)로 인식되었다.

아울러 인류 공동체가 점차 ‘국가간(inter-nations)’을 넘어 ‘전지구적(global)’ 공동체로 인식되고, 국민주권주의를 핵심으로 하는 민주주의의 발전에 따라, 한 국가의 권력이 실질적으로 입법권·행정권·사법권으로 분리될 뿐만 아니라, 각 권력을 담당하는 기관의 조직을 위한 기본원리도 각각의 성격적 특성에 따라 다르게 확립될 것을 요청하고 있다. 이는 입헌주의와 법치주의가 인류 공동체의 보편적 지도원리로 확립되고 있음을 보여주는 것이다.

사법권 독립의 기준에 관한 관심은 1950년대 ICJ의 시도를 시초로 하여, UN, IBA, Venice Commission, EU, JIWP 등 광범위한 법조 영역의 주된 관심사로 되고 있고, 특히 2010년대 이후에는 국내 및 국제적 사법독립에 관하여 다양하고 협력적으로 기준을 모색하고 정립하려는 노력을 보여주고 있다.

이러한 현상은 현실-규범-의지라는 3원구조를 갖는 인간공동체의 존재방식에 비추어 보면, 분열적 의지에 따른 현실의 다양한 분쟁들을 독자적이고 객관적인 규범으로 규율하고자 하는 인류 공동의 의지의 표현이라고 할 수 있다. 이는 오늘날의 전지구적 공동체라는 현실적인 현상에 대하여 동일한 ‘규범공동체’를 추구하는 것이라 할 수 있다.

가장 최근인 2022년에 발표된 Mt. Scopus Standards는 그 동안의 다양한 기준정립에 관한 모색들을 망라하여 종합하고 있는 점에서, 개별 국가의 사법권 독립을 위한 제도구성에 대한 객관적 기준으로 평가될 수 있을 뿐만

아니라, 국제적인 사법기구들의 독립을 위한 최소 기준으로 참고할 만하다고 평가된다.

우리나라의 경우에도, 장래에 헌법을 개정하여 사법권 독립을 실질적으로 보장하기 위한 제도구성에 있어서 중요한 참고자료로 활용될 수 있을 것이다.

[국문초록]

국가기능의 하나인 사법기능이 입법기능 및 행정기능과 분리되어 독자적인 기능으로 인식된 것은 고대 그리스의 Aristoteles로부터이지만, 실질적으로 사법기능이 입법, 행정의 양 기능으로부터 분리된 것은 영국의 1701년의 왕위계승법((Act of Settlement)이 최초였다. 하지만, 영국에서의 사법기능의 분리는 왕과 귀족 사이의 권력의 대립과 균형의 반사적인 효과에 의하여 확립된 것이었고, 진정한 의미의 사법기능의 독립과 분리를 의미하는 것은 아니었다. 개인의 자유를 위하여 권력분립을 주장하였던 Montesquieu의 이론에서도, 사법기능은 현실적인 사회세력 즉, 군주, 귀족, 평민 사이의 균형을 위한 도구적·수단적 의미를 가진 것일 뿐, 실질적인 국가권력의 하나로 인식되지는 못하였다.

권력분립원리를 핵심내용으로 하는 근대적 민주주의와 입헌주의가 확립된 이후, 19세기 말과 20세기 초에 위헌법률심사제도를 포함한 헌법재판제도가 전세계적으로 전파되기 시작하면서, 비로소 사법기능이 사법권력으로서 독자적인 국가권력의 하나이자, 국가권력의 공동보유자(co-holder)로 인식되었다.

아울러 인류 공동체가 점차 ‘국가간(inter-nations)’을 넘어 ‘전지구적(global)’ 공동체로 인식되고, 국민주권주의를 핵심으로 하는 민주주의의 발전에 따라, 한 국가의 권력이 실질적으로 입법권·행정권·사법권으로 분리될 뿐만 아니라, 각 권력을 담당하는 기관의 조직을 위한 기본원리도 각각의 성격적 특성에 따라 다르게 확립될 것을 요청하고 있다. 이는 입헌주의와 법치주의가 인류 공동체의 보편적 지도원리로 확립되고 있음을 보여주는 것이다.

사법권 독립의 기준에 관한 관심은 1950년대 ICJ의 시도를 시초로 하여,

UN, IBA, Venice Commission, EU, JIWP 등 광범위한 법조 영역의 주된 관심사로 되고 있고, 특히 2010년대 이후에는 국내 및 국제적 사법독립에 관하여 다양하고 협력적으로 기준을 모색하고 정립하려는 노력을 보여주고 있다.

이러한 현상은 현실-규범-의지라는 3원구조를 갖는 인간공동체의 존재방식에 비추어 보면, 분열적 의지에 따른 현실의 다양한 분쟁들을 독자적이고 객관적인 규범으로 규율하고자 하는 인류 공동의 의지의 표현이라고 할 수 있다. 이는 오늘날의 전지구적 공동체라는 현실적인 현상에 대하여 동일한 ‘규범공동체’를 추구하는 것이라 할 수 있다.

가장 최근인 2022년에 발표된 Mt. Scopus Standards는 그 동안의 다양한 기준정립에 관한 모색들을 망라하여 종합하고 있는 점에서, 개별 국가의 사법권 독립을 위한 제도구성에 대한 객관적 기준으로 평가될 수 있을 뿐만 아니라, 국제적인 사법기구들의 독립을 위한 최소 기준으로 참고할 만하다고 평가된다.

우리나라의 경우에도, 장래에 헌법을 개정하여 사법권 독립을 실질적으로 보장하기 위한 제도구성에 있어서 중요한 참고자료로 활용될 수 있을 것이다.

주제어

사법기능, 사법권력, 사법권의 독립, 사법권 독립의 국제기준, 몬트리올 선언, Mt. Scopus 기준, 3원구조론, 규범공동체

<Abstract>

Research on International Standards of Judicial Independence

The judicial function, one of the functions of the state, was recognized as an independent function, separated from the legislative and administrative functions, starting with Aristotle in ancient Greece. However, the first time that the judicial function was actually separated from the legislative and administrative functions was in England with the Act of Settlement in 1701. However, the separation of the judicial function in England was established by the reflective effect of the confrontation and balance of power between the king and the nobility, and did not mean the independence and separation of the judicial function in the true sense. Even in Montesqueu's theory, which argued for the separation of powers for the sake of individual freedom, the judicial function was not recognized as a real state power, but rather as an instrumental and means-based function for the balance between realistic social forces, that is, the monarch, the nobility, and the common people.

After the establishment of modern democracy and constitutionalism with the principle of separation of powers as its core content, the constitutional adjudication system including the constitutional law review system began to spread worldwide in the late 19th and early 20th centuries, and only then did the judicial function begin to be recognized as an independent state

power as a judicial power and as a co-holder of state power.

In addition, as the human community gradually became recognized as a 'global' community beyond 'inter-nations' and democracy with the principle of popular sovereignty as its core developed, not only was the power of a country practically divided into legislative, executive, and judicial powers, but the basic principles for the organization of the institutions in charge of each power were also requested to be established differently according to their respective characteristics. This shows that constitutionalism and the rule of law are being established as universal guiding principles of the human community.

Interests in the criteria for judicial independence began with the ICJ's attempt in the 1950s, and has become a major concern in a wide range of legal fields, including the UN, IBA, Venice Commission, EU, and JIWP etc. In particular, efforts have been made to seek and establish diverse and cooperative criteria for domestic and international judicial independence since the 2010s.

This phenomenon, when viewed in light of the way of existence of the human community with the tripartite structure of reality-norm-will, can be said to be an expression of the common will of mankind to regulate various conflicts in reality due to divisive will with independent and objective norms. This can be said to be pursuing the same 'norm community' for today's realistic phenomenon of the global community.

The most recent Mt. Scopus Standards, published in 2022, can be evaluated as an objective standard for the institutional composition for the independence of the judiciary of individual countries, as it encompasses and synthesizes various attempts to establish standards so far, and is

헌법논총 제35집(2024)

evaluated as worthy of reference as a minimum standard for the independence of international judicial institutions.

Key-words

judicial function, judicial power, independence of the judiciary, international standards of judicial independence, Montréal Declaration, Mt. Scopus standards, tripartite approach, norm community

참고문헌

[단행본]

이헌환, 사법권의 이론과 제도, 유원북스, 2016,

이헌환 편저, 대한민국헌법사전, 박영사, 2023,

Aristoteles, Politics IV, cap. 4, 1298a.

Das, Cyrus and Chandra, K. (ed.) Judges and Judicial Accountability,
Universal Law Publishing Company Ltd., Delhi, 2005.

Löwenstein, Karl, Political Power and the Governmental Process, Chicago,
Univ. of Chicago Press, 1957.

Mackenzie, R./Romano, C.P.R./Shany, Y./Sands, P., Manual on International
Courts and Tribunals, Oxford Univ. Press, 2010,

Shetreet, Shimon, Judicial Independence: The Contemporary Debate, Nijhoff,
1985.

Shetreet, Shimon(ed.), The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and
World Peace, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

Shetreet, Shimon/Chodosh, Hiram E.(ed.), Judicial Independence: Cornerstone of
Democracy, Brill Nijhoff, 2024.

Shetreet, Shimon/Chodosh, Hiram/Helland, Eric, Challenged Justice: In Pursuit
of Judicial Independence, Brill Nijhoff, 2021

Shetreet, Shimon/Forsyth C.(eds.), The Culture of Judicial Independence:
Conceptual Foundations and Practical Challenges, Martinus Nijhoff
Publishers, 2012.

Shetreet, Shimon/McCormack, Wayne (ed.), The Culture of Judicial
Independence in a Globalised World, Martinus Nijhoff Publishers,
2016.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II

헌법논총 제35집(2024)

(München : C. H. Beck, 1984).

Tamanaha, Brian Z., On the Rule of Law, Cambridge Univ. Press, 2004

(이현환 옮김, 법치주의란 무엇인가, 박영사, 2014).

[논문]

이현환, 21세기 법치주의의 신경향, 한국공법학회 편, 공법연구 제44집 제1호, 2015.10.

Giovanni E. Longo, “The Human Right to an Independent Judiciary: International Norms and Denied application before a Domestic Jurisdiction,” St. John’s Law Review (Winter 1996).

Shetreet, Shimon, Judicial Independence :New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges, in Shetreet and Deschenes : Judicial Independence: The Contemporary Debate, 1985.

Shetreet, Shimon, The Justice System as an Essential Foundation of Economy and Trade, 3 Journal of International and Comparative Law 127-140 (2016).

[선언문·보고서·결의안 기타]

※ 아래의 대부분의 자료는 인터넷 웹사이트에서 구할 수 있음.

ABA Model Code of Judicial Conduct (February 2007).

CCJE(Consultative Council of European Judges), Magna Carta of Judges(Fundamental Principles, 2010.

CCJE, Standards concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges, Opinion No.1(2001).

Center for the Independence of Judge and Lawyer(ICJ), THE MADRID PRINCIPLES on the Relationship between the Media and Judicial

- Independence(1994).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities(CM/Rec(2010)12).
- Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18 October 1907.
- Council of Europe, Recommendation No.R(94)12 of the committee of Ministers of the Council of Europe to Member States(1994).
- EPRS(European Parliamentary Research Service), Council of Europe standards on judicial independence, 2021.
- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ),” Report on “European Judicial Systems: Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality Justice”, 2014.
- EU, EU Report on: Strengthening Trust, Mobility and Growth within the European Union, 2014.
- EU, EU Report on: The 2016 EU Justice Scoreboard 2018 EU justice Scoreboard
- EU, Guide to European Network of Councils for the Judiciary(ENCJ), 2017.
- Human Rights Watch, Rigging the Rule of Law: Judicial Independence Under Siege in Venezuela, Volume 16, No. 3(B) (June 2004).
- IBA, Minimum Standards of Judicial Independence, New-Delhi Standards, New Delhi Code of Minimum Standards of Judicial Independence, 1982.
- ICJ, Bologna Milano Global Code of Judicial Ethics, 2015.
- ICJ, For the Rule of Law, Bulletin of the International Commission of Jurists No. 1, 1954.
- ICJ, International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors, A Practitioner’s Guide(2004).
- ICJ, Minimum Standards of Judicial Independence

- JIWP, Mt. Scopus International Standards of Judicial Independence, Jerusalem, March 19, 2008, Consolidated 2022.
- Montreal Declaration(Universal Declaration on the Independence of Justice), Montreal (Quebec, Canada), 1983.
- Open Society Foundations(G.Soros Founded), International and Regional Standards on Judicial Independence, May 2024.
- OSCE/ODIHR, Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia, Kyiv, 2010.
- UN, The Bangalore Principles of Judicial Conduct, Vienna, 2018.
- UN, The Basic Principles on the Independence of the Judiciary; 유엔총회결의안 40/32, 40/146, 1985.
- UN, The Basic Principles on the Role of Lawyers; 유엔총회 결의안 45/166, 1990
- UN, Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”), UN Economic and Social Council, 1989.
- UN Human Rights Council, Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors, and the independence of lawyers, A/HRC/44/L.7, 2020.
- UN Human Rights Council, Integrity of the judicial system, A/HRC/25/L.5, 2014.
- UN Human Rights Council, Integrity of the judicial system, A/HRC/37/L.11/Rev.1, 2018.
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2007.
- Venice Commission, European commission through law, rule of law checklist, 2016.
- Venice Commission, European Standards on the Independence of the Judiciary, 2008.

한국 헌법학의 초기 형성에 관한
서론적 논의*

- 키요미야 시로(清宮四郎)의 영향을 중심으로 -

Introductory Discussion on the Early Formation of Korean
Constitutional Law

- Focusing on the Influence of Kiyomiya Shiro -

이 병 규(Lee, Byeong Gyu)

동의과학대학교 부교수

- 목 차 -

I. 서론	115
II. 키요미야의 생애와 그의 헌법학 주변	119
1. 학생시대 및 초급 관료시대	119
2. 연구실 시대	124
3. 유학시대	126
4. 경성제대시대	131
5. 헌법문제조사위원회	138
6. 헌법문제연구회	142
7. 일본공법학회	145

* 이 논문은 헌법논총 제35집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

8. 전후 저서와 사망	146
Ⅲ. 키요미야와 그의 헌법학에 관한 기억	148
1. 유진오	148
2. 이항녕	152
3. 박일경	157
4. 한태연	164
5. 문홍주	169
Ⅳ. 결론: 키요미야와 그의 헌법학이 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향 ..	174
* 국문초록 및 주제어	180
* 영문초록 및 주제어	183
* 참고문헌	186

I. 서론

이 글은 일제강점기 경성제국대학(京城帝国大学¹⁾, 이하 ‘경성제대’라함²⁾에서 공법학을 담당한 일본인 교수 키요미야 시로(清宮四郎)를 통해 그가 우리 헌법학의 초기 형성에 어떤 영향을 미쳤는지 알아보는 데 그 목적이 있다. 본고는 우리 헌법학의 초기 모습이 어떻게 형성되었고, 또 그 모습이 형성되는데 어떤 환경적 영향이 있었는지 고찰하는 연구의 片鱗에 불과하지만, 그러한 연구 방향을 지향한다는 점은 분명하다. 한편 우리 헌법학의 초기 모습이나 그 형성을 논의하는 데 있어서 일본인 연구자와 일본 공법학의 관계성은 여전히 연구되고 밝혀야 할 대상이 아닌가 생각한다. 이러한 생각에 기초하여 이 글은 경성제대에서 헌법·행정법을 강의한 키요미야를 매개로 우리 헌법학의 초기 형성에 그가 미친 영향을 우리나라의 초창기 헌법학자를 중심으로 논의하고자 한다.

여기서 말하는 ‘초기’(early)를 언제로 할지, 또 미친 ‘영향’의 대상을 어떤 것으로 볼지에 따라 이 글의 논의 방향이나 내용이 전혀 달라지겠지만, 본고는 시간적·공간적·인적 범위를 경성제대를 중심으로 거기서 공부한 조선인 학생, 그리고 이후 헌법제정 전후 우리 헌법학의 해석·학설을 주

1) 1924년 식민지 조선에 설립된 제국대학으로 제2차 조선교육령에 의거 학교제도 정비의 하나로 1924년 대학 예과, 1926년 법문·의학부가 개설되고, 1941년에 이공학부가 증설되었다. 문부대신의 직무를 조선 총독이 대행하고, 内鮮共學制를 취하면서도 교직원 다수와 학생 과반수를 일본인이 차지하였으며, 조선의 역사·문화·사회 연구와 교육을 특색으로 했으나 그 다수는 조선 민족에 대한 동화와 차별을 원리로 한 것 등 그 창설과 확충은 일제의 식민지 지배·침략정책과 결부되어 있었다. 이에 관하여는 이충우, 경성제국대학, 다락원, 1980; 정준영, 경성제국대학 법문학부와 조선 연구: 지양으로서의 조선, 지향으로서의 동양, 사회평론아카데미, 2022; 酒井哲哉·松田利彦 編, 帝国日本と植民地大学, ゆまに書房, 2014; 松田利彦 編, 植民地帝国日本における知と権力, 思文閣出版, 2019 등 참조.

2) 당시 일본어 약칭은 ‘城大’로 조다이(じょうだい)라고 불렀다.

도한 연구자로 한정한다.³⁾ 앞서 언급한 본고의 목적, 즉 좁게는 경성제대 일본인 공법학 교수가 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향이 없거나 미약할 수도 있고, 아니면 생각 이상으로 상당할지도 모른다.

키요미야 선생을 보냈을 때도 상량한 가을이었다. 경성(京城)의 하늘은 끝내 맑게 개어 쌀쌀함이 느껴졌지만, 햇살 밝은 날이었다. 동숭동 본부 앞에 모인 우리에게 키요미야 선생 부부는 작별 인사 후 손을 흔들면서 떠났다.⁴⁾

이 회상은 키요미야가 14년간 식민지 조선에서의 교수 생활을 마치고 본국 일본으로 돌아가면서 동료들과 작별하는 장면을 떠올린 것이다. 암울한 식민지 현실과 대조적으로 맑게 갠 경성의 가을 하늘 아래, 마치 임무를 마치고 복귀하는 동료를 떠나보내는 듯한 이 감상적 표현은 같은 공간의 두 가지 삶을 표현한 어색한 영화의 한 장면만큼이나 극적이다.

키요미야는 미야자와 토시요시(宮沢俊義)와 함께 1930년대에 당시 일본 헌법 수준을 선두에서 개척하는 일을 담당하고, 전후(戰後)에는 학계를 주도하는 존재가 되었으나⁵⁾, 우리에게는 식민지 조선의 유일한 고등교육기관 경성제대의 공법학 교수였다는 것이 좀 더 익숙하다. 그는 만년에 기회를 때마다 경성제대 시절을 추억할 만큼 그에게 ‘경성’이라는 공간(Raum)은 특별한 기억으로 남은 곳이었다.⁶⁾ 20대 후반의 젊은 나이에 도착한 외

3) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019; 전광석, 한국 헌법의 개척자들, 집현재, 2015; 김효전 편, 한국의 공법학자들: 생애와 사상, 한국공법학회, 2003; 역사와 헌법시리즈, 헌법학연구 제8권 제1호, 한국헌법학회, 2002.4 등에 소개된 공법학자로는 ‘유진오’, ‘한태연’, ‘문홍주’, ‘박일경’, ‘김기범’, ‘윤세창’, ‘김도창’, ‘서원우’, ‘김철수’ 등이 있다.

4) 横越英一, 清宮先生を偲ぶ, 『紺碧』第104號, 1990, 2頁 以下.

5) 樋口陽一, 清宮憲法と宮沢憲法: 日本憲法学における私の二師, 日本學士院紀要 75(2), 日本學士院2021, 103頁.

6) “그 뒤 나도 선생과 같은 시기에 경성에 있었던 것 등을 얘기하면 선생은 ‘저런, 저

지(外地)⁷⁾ 경성은 그에게는 도전과 기회의 땅이었다. 이 시절은 그가 식민지 신생대학에서 피지배국의 조선인 학생들에게 공법학을 가르치는 한편, 자신도 학자로서 성장해야 했던 시기였다. 재외연구원 신분으로 구미로 유학을 떠나고, 또 빈대학의 켈젠에게 사사하면서 그의 연구는 한층 더 활기를 띠었다. 그런 뒤 돌아온 경성제대는 독일 공법학 이론으로 무장한 ‘키요미야 헌법학’의 토대를 쌓은 곳이었다.

한편, 이 시절 경성제대의 조선인 학생은 키요미야에게서 헌법을 배우고, 또 그를 통해 외국 헌법을 접했다. 그리고 해방 후 우리나라에 헌법이 제정되고, 정부가 수립되면서 경성제대 출신 공법학자는 우리나라의 초기 헌법학 형성에 일정한 영향을 미쳤다.⁸⁾ 이에 의할 때 경성제대의 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라 초기 헌법학에 어떤 영향을 미쳤는지 고찰해보는 것은 무의미한 일은 아닐 것이다. 훗날 공법학자가 된 경성제대 출신 중에는 그를 언급조차 하지 않거나 그로부터 학문적 영향을 전혀 받지 않은 것

런’하고 그리운 듯이 경성시대의 얘기를 해주었다. 경성제대 시대에 독일을 중심으로 구미에 2년간 유학, 특히 H. 켈젠에 사사한 것, 귀국 후 오다카 토모(尾高朝雄), 우카이 노부시게(鵜飼信成), 아베 요시시게(安倍能成) 등 文經을 포함하는 新進氣銳의 학자들과 낮부터 밤까지 談論風發, 실로 자주 공부했으며 오늘의 자신은 그 덕분이라고 진지하게 얘기했다”(作間忠雄, 清宮四郎先生を偲ぶ, 會報 第17號, 東北大学法学部同窓會, 1990. 6. 25. 2-3頁).

7) 외지란 한 국가의 영토 중에서 그 국가의 헌법에서 정한 전국적 보통의 통치 방법의 주요한 부분에 대한 어느 정도의 예외적 통치가 행해지는 지역을 말하는 것으로(松岡修太郎, 外地法, 第3卷《新法学全集》, 日本評論社, 1940, 3頁), 통상은 혼슈, 시코쿠, 규슈, 홋카이도 이외의 패전 전 일본이 지배하던 지역으로 조선·대만·만주 등이 이에 해당한다. 이와 반대로 식민지 본국을 ‘内地’라고 한다. 이에 대해 키요미야는 외지라는 용어가 당시 일반적으로 사용되었지만, 그 의미는 명료하지 않다고 하면서, 외지가 실사 특수한 통치가 행해지는 지역이고, 異法領域이지만 결국은 원칙적으로 제국헌법에 연원하는 통치행위가 이루어져야 하는 지역이며, 적어도 그 의미에서는 우리 영토의 일부분으로 내지와 같이 제국의 통일적 영토를 구성할 것을 요한다고 한다(清宮四郎, 外地法序說, 東京: 有斐閣, 1944. 3·6頁).

8) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019, 17-63면; 전광석, 한국헌법의 개척자들, 집현재, 2015; 김효진 편, 한국의 공법학자들: 생애와 사상, 한국공법학회, 2003 등이 이에 관한 본격적인 연구라 할 수 있다.

으로 얘기하기도 하지만, 실제 그랬는지는 알 수 없다.

이런 몇 가지 생각에 기초하여, 이하에서는 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라의 초기 헌법학 형성에 미친 영향이 있는지, 있다면 어떤 부분에 어떻게 미쳤는지 알아보도록 한다. 이를 위해 키요미야의 생애와 함께 그를 기억하는 경성제대 출신자의 몇몇 회고를 들어본다. 또 그가 경성제대 시절 발표한 논문을 통해 그의 헌법 이론의 요체가 무엇이고, 그것이 이후 우리나라 헌법학에 영향을 미쳤는지 알아본다.

헌법을 비롯한 법학 영역에서 마주하는 일제시대와 일본의 영향은 우리의 의지와 관계없이 학습되고 수용된 것이며, 이는 해방 후 초기 헌법학 형성에 영향을 미쳤다고 하지 않을 수 없을 것이다. 그 영향의 실체가 무엇이고, 어떻게 작용했는지 규명하는 것은 언젠가는 완료해야 할 작업 중의 하나이며, 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라 초기 헌법학에 미친 영향을 알아보는 것도 그러한 맥락에서 이해할 필요가 있다. 이 글의 주인공인 키요미야도, 그로부터 헌법학을 배운 조선인 학생도 대부분 고인(故人)이 되어 그 시절의 기억도 희미한 상황에서 왜 그런 철 지난 얘기를 할까 의문을 가질지도 모르지만, 우리 헌법학에서 일제시대는 지나칠 수 없는 시기이고, 또 이 시기의 헌법학이라는 것은 경성제대를 중심으로 한 일본인 교수와 그의 헌법학 연구, 그리고 그들로부터 공부한 조선인 학생에 의한 우리 헌법의 초기 형성으로 이어지는 또 하나의 길을 내었다고 할 수 있다. 이러한 방식의 접근은 일본 측에서도 시도되고 있으며, 일정한 연구 성과로 나타나고 있다.⁹⁾ 본고는 이러한 생각에서 비롯한다.

9) 石川健治, 『コスモス: 京城学派公法学の光芒』, 『帝国』編成の系譜(酒井哲哉責任編集), 岩波書店, 2006, 171-230頁; 石川健治, 『京城』の清宮四郎—『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉, 松田利彦編), ゆまに書房, 2014, 305-404頁; 石川健治, 『統治のヒストリー』, 『危機の憲法学』(奥平康弘・樋口陽一編), 弘文堂, 2013, 15-58頁; 鶴飼信成, 『戦前期における法学者・鶴飼信成の法学研究についての一試論—資本主義発達期の社会をめぐる政治と法の問題を中心に—』, 『植民地帝国日本における知と権力』(松田利彦編), 思文閣出版, 2019, 587-636頁.

II. 키요미야의 생애와 그의 헌법학 주변

앞서 언급한 바와 같이, 본고는 경성제대 법학부에서 헌법과 행정법을 강의한 키요미야 시로라는 한 인물을 통해 우리 헌법학의 초기 형성 과정의 단면을 보는 것이 목적이다. 그런 의미에서 키요미야 헌법학과 그 주변에 대한 이해는 필요한 일이며, 또한 그것은 그의 생애를 조망하는 데서 출발하지 않을 수 없다.

마침 그의 ‘생애와 헌법학’에 관한 비교적 긴 좌담록이 있다. 그가 헌법학에 입문한 지 50년이 되던 해인 1979년에 제자들과 좌담회를 가졌고¹⁰⁾, 나중에 그것을 기록한 좌담록이 다섯 차례에 걸쳐 법학지에 실렸다.¹¹⁾ 이 좌담회에서 그는 도쿄제대 법학부 입학에서부터 연구실 시절, 구미 유학, 경성제대 및 토호쿠대 시절 등 헌법학자로서의 삶 전반에 관한 꽤 자세한 얘기를 들려주었다. 여기서는 이 좌담회에서 나온 내용을 토대로 그의 생애와 헌법학에 얽힌 얘기를 소개한다.

1. 학생시대 및 초급 관료시대

키요미야 시로(清宮四郎, 1898-1989)¹²⁾는 1898년 일본 사이타마현(埼玉

10) 좌담회 참석자는 칸노 키하치로(菅野喜八郎), 히구치 요이치(樋口陽一), 호시노 야스사부로(星野安三郎), 마루야마 켄(丸山健) 네 사람으로, 모두 토호쿠대학(東北大学)에서 헌법을 전공한 키요미야의 제자이다. 좌담회를 시작하면서 마루야마가 키요미야를 소개한 내용을 인용한다. … “말씀드릴 것도 없이 선생은 헌법학의 제1인자이고, 현재 토호쿠대학 명예교수, 일본 학사원회원, 헌정기념관 고문 외 토크대학 교수로 헌법강좌를 담당하고 있습니다. 선생의 저서 중에서 학생 제군에게도 친근한 것은 『憲法1』(法律學全集)일 것입니다…”(清宮四郎, 憲法學周辺50年-1-, 法學七ミナ一(290), 日本評論社, 1979. 5. 52頁.

11) 清宮四郎, 憲法學周辺50年-1~5-, 法學七ミナ一 (290, 292~295), 日本評論社, 1979. 5~9.

12) 사이타마 출신의 헌법학자로, 1923년 도쿄제대 법학부 졸업 후 1925년 구미유학에

縣) 우라와시(浦和市) 출신으로, 1920년 7월 구제 제1고등학교¹³⁾ 1부 丙(獨法)을 졸업했다.¹⁴⁾ 같은 해 도쿄제국대학 법학부에 입학하여 재학 중인 1922년 11월 고등문관시험 행정과에 합격하고 이듬해 졸업했다. 그는 학부 시절 배운 법학 과목을 정리한다는 생각으로 고문시험을 준비했으며, 한편 당시에는 고문시험 ‘사법과’보다 ‘행정과’가 학생들에게 인기가 더 있었다고 한다.¹⁵⁾ 이를 볼 때 그가 관료로 출세를 위해 고문시험을 본 것 같지는

서 돌아와 1927년 경성제대 교수로 부임하여 1941년까지 근무했다. 1941년 일본 토호쿠제대 교수로 부임하여 1962년 정년퇴직하였다. 이후 니혼대학·투스쿄대학 교수 및 일본학사원 회원을 역임했다. 주저로 『外地法序說』, 『權力分立制の研究』, 『憲法要論』, 『憲法1』 등이 있다. 키요미야의 자세한 이력 및 저작 목록은 김효전, 경성제대 공법학자들의 빛과 그림자, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6. 533-541면; 김효전 편역, 清宮四郎의 경성제국대학 시절, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.6. 507-556면 참조.

- 13) 1886년 설립된 구제 고등학교로, 현 도쿄대학 교양학부 및 치바대학 의학부·약학부 전신이다. 구제 고등학교 중 가장 이른 시기에 창설된 넘버스쿨(number school)의 선구이며, 1886년 일본이 근대국가 건설을 위해 필요한 인재 육성을 목적으로 제1고등중학교로 창설되었다. 교명이 제1고등학교로 개칭된 1894년 이래 수학 기간 3년으로 되고, 제국대학 예과로 위치했다. 1부는 법학, 정치학·문학, 2부는 공학·의학·농학·약학, 3부는 의학이었다. 1921년 이래 문과 감류·율류·병류, 이과 감류·율류로 분류되었다.
- 14) “일본 고등학교는 제일 유명한 것이 제일고등학콘데, 일본 출세 코스는 제일고등학교에 들어가서 동경대학 나오는 거예요. 우리나라의 KS마크라고 그러는데, 제일고등학교 들어가서 동경대학 나오면 그건 출세해. 출세해서 그 사람 고등고시 붙어 가지 고서 무슨 관료 국장이나 됐다가, 나중에 입후보해서 대의원 되거든. 그래가지고 국회의원 되고 장관되고, 그 코스거든. 일본 장관이라는게 전부 동대(東大) 출신이거든. … 근데 한국 사람은 동대 다닌 사람은 많지만은 제일고등학교 다닌 사람은 몇 없어요. 아주 없는 건 아닌데, 주요한(朱耀翰) 씨가 그거 다녔다고 그랬지. 주요한 씨가 거기 입학을 했다. 입학을 했는데 다 안 다니고 상해로 왔다고 그러는데 그 뒤에는 한국 사람으로서 제일고등학교 다니던 사람이 별로 없어요. 거긴 일본사람도 들어가 기 어려운 학교니까. 여간해서는 들어가 기 어려운 학교거든. 그 대신 동경대학은 들어가는 사람이 많아요. 시골에 고등학교 많으니까. 고등학교 졸업하고”(한국정신문화연구원 편, 『제3부 이항녕』, 『내가 겪은 민주와 독재』, 선인, 2001, 234면).
- 15) 1894년부터 1948년까지 시행된 고문시험 합격자는 총 10,240명이며, 이 중 행정과 시험 합격자는 9,565명에 달했다(蔡慧玉, 植民地行政と人事政策—比較研究とその試論—台湾における文官試験の統計分析を例として, 日本の朝鮮・台湾支配と植民地

않고, 당시 관료주의 일본 사회에서 명문 도쿄제대 법학부 출신에게 고문 시험은 일종의 통과 의례 같은 것이 아니었나 생각된다.

제1차 세계대전 후 세계적으로 민주주의 시대가 도래하면서 일본의 대 학도 그런 영향에 있었다. 이 시절 그는 ‘다이쇼데모크라시(大正デモクラ シー)’¹⁶⁾를 대표하는 사상가 요시노 사쿠조(吉野作造)를 동경했다. 그가 쓴 『憲政の本義を説いて其有終の美を濟すの途を論ず』¹⁷⁾ 등에서 주장한 ‘민본 주의’를 통해 민주주의의 영향을 상당 부분 받았다. 요시노는 키요미야가 대학에서 개인적으로 접촉한 최초의 교수로, 학부 시절 그의 ‘정치학’과 ‘정치사’ 강의를 들었으며, 졸업 후 유학 시절부터 교수로 재직하는 동안에 도 그와의 만남을 이어갔다.

키요미야의 도쿄제대 시절 법학부에는 미노베 다츠키치(美濃部達吉, 1873-1948)¹⁸⁾와 우에스기 신키치(上杉慎吉)¹⁹⁾가 헌법 교수로 있었다. 동시

官僚, 国際シンポジウム 第30集, 2008.1. 51頁).

16) 메이지 이래로 번벌·관료정치에 대한 민주적 개혁을 요구하면서 주로 대정기에 일어난 사상·운동을 말한다. 이때 호헌운동을 시작으로 보통선거운동, 노동운동 등 사회주의운동이 활발해지고, 문화면에서는 자유주의적 풍조가 확대되었으며, 사상적으로는 요시노 사쿠조의 민본主義에 의해 이론화되었다.

17) 吉野作造, 憲政の本義を説いて其有終の美を濟すの途を論ず, 中央公論 31(1)(326): 新年號, 1916.1. 17-114頁.

18) 엘리네크의 영향과 민주화를 불가피한 역사적 동향으로 이해하는 역사관에 따라 호즈미 야스카(穂積八東)와 대척점에 있는 헌법이론을 수립한다. 그에 의하면 ① 법은 사회심리의 표현으로 사회심리가 변하면 법조문이 변하고 이에 헌법도 변하고(헌법 변천론), ② 국가는 주권을 가진 법인격이고, 군주는 그 최고기관이고(국가법인설, 천황기관설), ③ 천황은 정치에 관여해서는 안 되고, 의회나 내각에 국정을 맡기는 것이 헌법 정신이며(天皇超政論), ④ 천황이 중의원 다수당 당수를 총리대신으로 임명하는 것이 입헌제(영국입헌주의)라는 것이다. 1912년 호즈미의 후계자 우에스기 신키치(上杉慎吉)가 미노베의 주장을 천황은 일본의 주권자가 아니라고 주장하는 국체에 대한 이설이라고 비판하면서 논쟁이 벌어졌으나, 大正 시기에는 미노베 학설이 지배적이었다. 1935년 의회에서 그의 천황기관설이 공격받으면서 불경죄로 고소되고, 저서 일부가 발금 처분을 받았다.

19) 애초 국가법인설 및 천황기관설을 취했으나, 독일 유학 후 전향하여 천황주권설 학파의 대표적 인물이 된다. 그는 국가의 통치권은 무한이고, 국법은 천황을 구속하지

개강한 두 사람의 헌법강의는 헌법 논쟁을 벌일 정도로 학설이 판이했고, 강의 성격도 전혀 달랐다. 미노베는 책 없이 강의하는 스타일로 학생들에게 자신의 강의 내용을 필기하도록 했는데, 그렇게 필기한 것이 노트 세권 분량이었다. 미노베가 그때 수업한 강의 내용이 훗날 출간되는 『헌법찰요(憲法撮要)』²⁰⁾의 토대가 되었을 것이라고 한다.²¹⁾ 키요미야는 우에스기의 헌법 강의는 듣지 못했고 대신 법학부에 개설된 그의 사회학 수업을 들었다. 우에스기는 사회학 전공자가 아니었으나, 매 수업시간 사회학 학설사와 문헌을 풍부히 소개해주었으며, 특히 콩트(Auguste Comte)의 사회학 동기가 ‘경국제민(經國濟民)’에 있다고 강조하였다. 한편 그 시절에는 사회주의 사상이 지식인들 사이에 널리 퍼져 있었으며, 자신도 그런 영향 아래 있었다고 한다. 그래서 카와카미 하지메(河上肇)의 『빈핍물어(貧乏物語)』²²⁾, 『사회문제관견(社會問題管見)』²³⁾ 등을 고교 시절에 이미 접했고, 마르크스 책에도 관심을 가져 독일어판 『자본론』을 구입하기도 했다.

그는 대학을 졸업할 무렵 좀 더 공부해보고 싶다는 생각을 가졌는데, 그것은 대학 시절의 태만을 좀 만회해보자는 생각에서였다. 그래서 그는 졸업을 앞두고 요시노의 조수(助手)²⁴⁾에 지원하고자 사무실에서 절차를 밟던

않으며, 천황의 명령에 신민은 절대 무한으로 복종해야 한다고 하며, 또한 의회도 국가에 있어서 불가결의 기관은 아니라는 사고방식이다.

20) 1923년 간행된 미노베의 저서로 호즈미의 『헌법제요』(憲法提要, 1910), 사사키 소이치(佐々木惣一)의 『일본헌법요론』(日本憲法要論, 1930)과 함께 메이지 헌법 하의 대표적 헌법 교과서로 천황기관설, 헌법의 자유주의적 해석, 목적론적 방법 등을 특색으로 한다. 1935년 제국의회 등에서 천황기관설이 공격받으면서 그해 4월 미노베의 『축조헌법정의』(逐條憲法精義), 『일본헌법의 기본주의』(日本憲法の基本主義)와 함께 발간 처분을 받았다.

21) 키요미야가 재학할 때는 미노베의 『憲法講話』(有斐閣, 1912)가 출간된 상태였다.

22) 河上肇, 貧乏物語, 弘文堂書房, 1917; 전수미 역, 가난 이야기, 지식을 만드는 지식, 2016.

23) 河上肇, 社會問題管見, 弘文堂書房, 1920.

24) 대학에서 교수·준교수(准教授)·조교(助教)의 직무를 돕는 직이나 사람으로, 일본 「학교교육법」에는 “그 소속하는 조직에서 교육·연구의 원활한 실시에 필요한 업무

중 한 선배가 “미노베, 하토야마(鳩山秀夫), 호즈미 야스카(穂積八束)를 능가하는 업적을 낼 수 있겠는가”라는 얘기를 듣고 놀라 서류를 철회하고 내무성에 들어갔다고 한다.

그리고는 내무성 소속 도야마현청(富山県)에 배속되어 1년간 관리 생활을 한다. 거기서 그는 현의 수력전기사업계획서 작성, 중의원의원선거 관계 업무²⁵⁾, 행정소송 지사 대리인 업무를 담당했다. 또 선거철에는 법령 해석이나 관례 및 사례 등을 정리해서 사후 문제에 대비했다. 이 시절에 그는 교토제대 헌법 교수 사사키 소이치(佐佐木惣一)²⁶⁾를 만난다. 현에 방어망 정치어업에 대해 시정촌(市町村)이 과세하는 것에 관한 행정소송이 있었는데, 그 전제로 망이 놓인 지선 해면이 시정촌 영역에 속하는가라는 난제가 있었다. 이 문제로 키요미야는 미노베와 사사키 두 사람에게 자문을 구했다. 미노베는 의률(擬律)이라는 하나의 감정서를 써주었다. 한편 사사키에게는 교토 자택에 가서 직접 의견을 들었는데, 그가 사사키를 만난 것은 이때가 처음이었다.²⁷⁾ 두 사람의 의견은 미노베가 소극설, 사사키가 적극

에 종사한다”고 규정되어 있다.

25) 이때는 일본에서 『중의원의원선거법개정법률』(보통선거법, 1925)이 통과되고 보통선거 시행 직전으로 선거운동 단속이 엄중한 시기였다.

26) 교토제대의 공법학 교수로 지내다가 1933년 다키가와사건(滝川事件)을 계기로 정부에 항의하면서 동료와 함께 사직했다. 제2차 세계대전 후 제국헌법 개정에 참여하는데, 그가 만든 개정 초안, 이른바 ‘사사키 사안’이 유명하다. 그 골자는 국민통합 체제로 천황제 국체의 불변을 전제로 정치를 민주화한다는 것이었다. 일본 공법학계에서는 미노베와 함께 “동쪽의 미노베, 서쪽의 사사키”라고 했을 정도로 오랜 기간 학계의 지도적 위치를 차지했다. 철저한 객관적 논리주의에 기초한 해석론을 전개했으며, 주저로 『立憲非立憲』(1918), 『日本憲法要論』(1930), 『日本國憲法論』(1949) 등이 있다.

27) 이 일을 계기로 키요미야는 경성제대 시절부터 교토를 통할 때는 사사키를 만나 오랜 시간 얘기를 나누었다고 한다. 사사키는 주로 다른 사람의 얘기를 듣는 것을 즐겼는데, 심지어 자신이 알고 있는 것도 묻는 경향이 있었다고 한다. 키요미야는 학생 시절 고문시험 전에 출간된 사사키의 『행정법총론』을 읽고는 철저히 논리에 근거한 서술 방식이라는 느낌을 받았으며, 또한 사건에 관한 판단도 간단히 정리하여 명확한 의견으로 서술되어 있었다.

설로 그는 당시에는 어느 쪽이 옳은지 알 수 없었다. 현청을 그만둔 뒤 판결이 나왔으나, 법원은 이 문제를 본격적으로 다루지 않았다. 그는 이 소송에서 피고로 서면서 행정재판의 실재를 경험할 수 있었으며, 특히 행정소송은 당시 제도상 행정청 측에 유리한 면이 있었다.

2. 연구실 시대

키요미야는 내무성 소속 관료 생활을 그만두고 1924년부터 1925년까지 1년간 도쿄제대 법학부 조수로 연구실 시절을 보낸다. 도야마현 행정관료로 보낸 1년은 “일에서도 인간관계에서도 많은 혜택을 받았지만” 초심을 잃을 수 없었기 때문에 “그만두고 공부하는 편이 낫다”고 생각하고, 이때부터 미노베의 지도를 받았다. 그리고 미노베와 야마다 사부로(山田三良)²⁸⁾와 상담하는 과정에서 경성제대를 추천받았다. 그는 경성제대 촉탁(囑託) 신분으로 도쿄제대 연구실에서 공부한 것이다. 미노베와 사제의 연은 그렇게 시작되었다. 그의 인생과 학문에 결정적 영향을 준 사람이 미노베였기 때문에 관료 생활을 정리하고 학문 세계로 진입한 것에 후회는 없었다.

이 시절 미노베는 제자에게 일일이 지도하지 않고, 자유롭게 연구하고 책을 읽도록 하는 방침이었으며, 훗날 자신도 미노베와 같이 제자가 자유롭게 사고하고 연구하도록 했다. 연구실에 들어갔을 때 미노베는 율리우스 하첵(Julius Hatschek)의 『Deutsches und Preußisches Staatsrecht』와 『Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts』를 읽도록 했는데,²⁹⁾ 마침 구제 고등학교 시절 배운 독일어가 원서를 보는 데 도움이

28) 국제사법학자로 도쿄제대 법과대학 교수, 경성제대 총장, 일본학사원 원장을 역임했다.

29) 한편 우에스기는 랑케(Leopold von Ranke)의 『Weltgeschichte』와 기이르케(Otto Gierke)의 『Deutsches Privatrecht』를 읽도록 했는데, 키요미야는 우에스기다운 발상이며, 헌법 전공자에게 꼭 필요한 책이라고 생각했다.

되었다.³⁰⁾ 노무라 준지(野村淳治)로부터는 국법학 강의를 들었는데, 그는 비교헌법에도 정통했다. 또 카케이 카츠히코(筧克彦)는 공법학 교수였지만 동·서양철학, 불교, 신도 등에도 정통할 정도로 넓은 학문을 추구했으며,³¹⁾ 강의 시간에 괴테의 『파우스트』의 일부를 읽기도 했다. 그는 『法理戲論』(有斐閣書房, 1912)에서 ‘카케이 법리’를 확립한 것으로 평가받는다. 그 외에도 문과 계열의 스즈키 신타로(鈴木信太郎)³²⁾와 토요시마 요시오(豊島與志雄)의 강의를 듣기도 했다.

이 시절 키요미야는 노무라의 조수로 1년 먼저 연구실에 와 있던 ‘종생(終生)의 벗’ 미야자와 토시요시(宮沢俊義, 1899-1976)³³⁾를 만난다.³⁴⁾ 키요

30) 키요미야는 구제 고등학교 시절 제1 외국어로 독일어를 주당 20시간 학습했다. 또한 그때 법학통론을 강의한 호즈미 시게토(穂積重遠)가 슈텐베르그(Theodor Stenberg)의 『Einführung in die Rechtswissenschaft』를 교재로 사용한 것이 독일어 공부에 많은 도움이 되었으며, 내용적으로도 매우 좋은 강의였다고 기억한다.

31) 이와 관련한 카케이의 저서로 『佛敎哲理』(有斐閣, 1911), 『古神道大義: 皇國之根柢 萬邦之精華』(清水書店, 1912), 『西洋哲理』(有斐閣, 1913) 등이 있다. 한편 이항녕은 카케이에 대해 다음과 같이 평가한다. “당시 가케이 가쓰히코라는 헌법학자가 있었다. 그는 전에 도쿄제대의 헌법학 교수였는데 일본의 고유종교인 神道에 심취하여 강의도 신사참배의 의식을 치르고 나서 시작했다고 하며 양복을 잘 입지 않고 일본의 和服을 즐겨 입는 철저한 국수주의자였다. 그의 학설은 미노베 교수의 전성시대에는 별로 들어다보는 사람이 없었는데 국제명칭의 붐을 타서 제법 행세를 하기 시작하였고 또 그가 고등문관 시험의 헌법 시험위원이 되면서 다시 그 존재가 뚜렷해졌다”(이항녕, 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風) - 소고 이항녕 선생 유고집』, 나남, 2012. 57면).

32) 당시 젊은 축에 속했던 스즈키 교수는 다른 학생과 달리 양복을 입고 수업을 듣던 키요미야와 수업이 끝나고 산책을 하며 얘기를 나누었다. 그는 수업 시간에 모파상(Guy de Maupassant)의 『여자의 일생』(Une Vie)과 알퐁스 도테(Alphonse Daudet)의 작품을 교재로 사용했다.

33) 나가노 출신의 헌법학자로 도쿄제대 법학부 졸업 후 1925년 동 대학 조교수, 1930년 프랑스로 유학, 귀국 후 1934년 교수가 되며, 미노베 후임으로 헌법 강좌를 담당했다. 메이지헌법 하에서 비판적 합리주의 입장의 독재제나 파시즘을 비판하는 논문이 많았으나, 제2차 세계대전 후에는 일본국헌법의 해석자이자 옹호자로 활약했다. 특히 포츠담선언 수락은 주권자를 천황에서 국민으로 변경한 법적 혁명이라는 그의 「8월 혁명설」은 이후 격한 논쟁을 불러왔다. 주저로는 『憲法大意』, 『國民主權と天皇制』, 『憲法 II』, 『天皇機關說事件』 등이 있다.

34) 두 사람의 관계를 엿볼 수 있는 다음과 같은 일화가 있다. “미야자와 군에 대해서는

미야는 미야자와로부터 연구실 생활의 도움을 받고 또 함께 공부하면서 절친한 관계가 된다. 그래서 그는 미야자와와 함께 일하고 연구하면서 인간적으로도 학문적으로도 많은 것을 배우는 좋은 벼를 얻었다고 생각했다.³⁵⁾

한편 그는 구미 유학을 떠나기 전에 미노베로부터 뭐라도 써두는 것이 좋다는 얘기를 듣고 급히 논문을 작성하는데, 그것이 바로 「독일행정재판제도발달사(獨逸行政裁判制度發達史)」로 미간행 논문이다. 당시 그는 헌법을 전공하는 이상 독일어, 영어 외에 프랑스어도 해두어야 한다고 생각하고는 도쿄제대 민법 교수 스에히로 이즈타로(末弘巖太郎)가 소규모로 진행한 프랑스어 강의에 참여하기도 했다. 그때 사용한 교재가 가스통 메이(Gaston May)의 『Introduction à la science du droit』였다.

3. 유학시대

키요미야는 1925년부터 1927년까지 2년간 재외연구원 신분으로 독일·

다음과 같은 것이 있습니다. 그 하나는 쇼와51년 9월 15일 아오야마장의소(青山葬儀所)의 장의 때에 友人 대표로 읽은 弔辭(『ジュリスト』第623號 (1976年 10月 15日))입니다. 이 「조사」에 대해서는 다음과 같은 경위가 있었습니다. 스무 몇 년 전의 일이지만, 법철학의 오다카 토모(尾高朝雄) 군과 둘이 미야자와 군의 사택에 초대받아 저녁 식사를 대접받은 일이 있습니다. 그때 얘기가 마침 이 세 사람 중에 누가 나중에 두 사람의 「조사」를 읽게 되겠느냐는 것에 이르러서, 각자 「내가 읽어 주겠다」고 우겼습니다. 미야자와 군은 특별히 이유를 붙여서 「당신들 두 사람은 양생(養生)이 나쁘기 때문이다」라고 했습니다. 그런데 그로부터 얼마 안 되어 가장 괜찮았던 오다카 군이 치아 치료를 위한 페니실린 주사 쇼크로 갑자기 돌아가셨습니다. 그때 나는 토다이병원(東大病院)에서의 해부에 입회하고, 장의 때에 우인 대표로 조사를 읽었습니다. 오다카 군 사망 후에는 나와 미야자와 군의 승부가 되었지만, 미야자와 군이 먼저 사망했기 때문에 내가 결국 「조사」를 읽는 처지가 되었습니다. 뭐라고 말할 수 없는 기분이 들었습니다(清宮四郎, 私の憲法学の二師・一友, 公法研究 第44號 (日本公法学会 編), 1982. 10; 清宮四郎, 憲法と国家の理論, 講談社, 2021, 381-382頁).

35) 그래서 키요미야가 「二師一友」라고 표현하는 「二師」는 미노베와 한스 켈젠이고, 「一友」는 다름 아닌 미야자와였다.

오스트리아·프랑스·영국·미국에 유학했다.³⁶⁾ 그는 1925년 5월 일본 고베를 출발해서 34일간의 항해 끝에 프랑스 마르세유에 도착했다. 그는 곧바로 마르세유를 출발해서 독일 베를린을 거쳐 하이델베르크로 들어갔다. 그가 하이델베르크로 간 것은 거기서 체재한 경험이 있던 스승 미노베의 조언이 있었다. 당시 하이델베르크대 법학부의 공법은 게하르트 안쉬츠(Gerhard Anschütz, 1867-1948)³⁷⁾와 리하르트 토마(Richard Thoma, 1874-1957)가 맡고 있었다. 안쉬츠는 『Lehrbuch des deutschen Staatsrechts』를 저술했으며, 나중에 바이마르 헌법 주석서³⁸⁾를 쓰기도 했다. 또 안쉬츠와 토마는 『Handbuch des Deutschen Staatsrechts』³⁹⁾를 상·하권을 편저하는데, 이 책 저술에는 당대 유명한 공법학자가 총동원되었다. 키요미야는 풍부하고 충실한 내용을 담은 이런 책이 일본에도 필요하다고 생각했다.

키요미야는 거기서 안쉬츠의 ‘행정법연습’과 ‘법제사’ 강의를 들었다. 안쉬츠가 법제사를 강의한다는 것이 의외라고 생각했지만, 이때 그는 독일에서는 좁은 전문 분야에 구애받지 않고 폭넓은 연구와 강의를 한다는 것을 알게 되었으며, 이는 당시 일본의 학문 풍토와 다른 점이라고 생각했다. 안쉬츠는 법제사 강의 때 교재로 사용한 한스 페어(Hans Fehr, 1874-1961)⁴⁰⁾의 『Deutsches Rechtsgesichte』를 수업시간 분량만큼 찢어서 들고 와서는 읽고 설명했으며, 수업 끄트머리에 다음 수업 내용을 약간 들어갔기 때문에 학생들의 주목을 받았다. 귀국해서 그는 안쉬츠 그런 수업 방식을 따랐다고 한다. 안쉬츠의 강의는 독창적이지는 않았지만, 강의 내용이 분명하고

36) 조선총독부관보 제3939호, 1925.10.03. 18-19면.

37) 김효전 편, 독일의 공법학자들(1), 동아법학 제12호, 동아대학교 법학연구소, 1991, 474-475면 참고.

38) Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. Stilke, 14. Auflage, Berlin 1933.

39) Anschütz, Gerhard, Thoma, Richard (Hg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2 Bände, Tübingen 1930/1932.

40) 스위스의 법률사학자, 예나대·할레대·하이델베르크대·베른대 교수 역임.

요강이 훌륭했으며, 그것은 간명한 판서 내용에 잘 나타났다.⁴¹⁾ 한편 토마는 신사다운 풍모로 국법학을 강의했으나, 평범한 강의였다고 한다.

그는 당시 일본에 꽤 알려진 신칸트학과 철학의 한쪽을 맡은 하인리히 리케르트(Heinrich Rickert, 1863-1963)⁴²⁾가 마차를 타고 하이델베르크대에 와서 강의한 것이나, 그때는 막스 베버(Max Weber) 사후였으나 여전히 수업시간에 베버가 언급되었던 것을 기억한다. 안쉬츠와 토마는 하이델베르크대에서 옐리네크(Georg Jellinek)의 뒤를 이었는데, 옐리네크는 당시 일본에도 널리 알려진 공법학자로 미노베도 많은 영향을 받았다.⁴³⁾ 그래서 미노베는 역사가 있고 또 저명한 학자가 많았던 하이델베르크대로 키요미야가 가길 희망한 것이다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

당시는 신칸트학과와 헤겔 철학의 영향이 강할 때였다. 키요미야는 마침 하이델베르크대에 유학 와 있던 토호쿠제대(東北帝国大学) 철학 교수 타카

41) 키요미야는 안쉬츠가 수업시간에 “Originalität ist nicht immer gut”이라고 말한 것을 기억했다. 안쉬츠는 신체는 크지 않았으나 매서운 눈매의 소유자로 도요토미 히데요시(太閤秀吉)를 연상케 했다.

42) 독일 신칸트파 철학자, 프라이부르크대, 하이델베르크대 교수 역임, 그의 문화철학과 가치철학론은 당시 일본 철학계에 깊은 영향을 미쳤다.

43) 미노베는 자신이 헌법학에서 옐리네크의 영향을 매우 강하게 받았지만, 자신이 구미로 유학한 명목이 담당 강좌의 비교법제사 연구였기 때문에 옐리네크의 강의를 들을 수 없었던 것을 후년까지 후회했다(ゲオルグ・イェリネック著・美濃部達吉訳, 人權宣言論他三論, 日本評論社, 1946, はしがき).

44) “옐리네크부터 토마와 안쉬츠라는 하이델베르크 공법학의 전통은 철학에서 신칸트파와 함께 근대 일본의 學知, 특히 입헌주의적 공법학이론의 발전에 다대한 영향을 미쳤다. 사실 미노베 타츠키치, 사사키 소이치도 이곳에서 공부했다. 따라서 본래 근대 일본의 학지 형성에 대한 이 대학의 영향을 생각하는 이상 이러한 공법학을 중심으로 하는 제정기부터 바이마르기에 걸친 법학부의 역할도 무시할 수 없다”(久野讓太郎, ヴァイマル期ハイデルベルク大学への日本からの留学状況とその歴史的背景, Bunron. Zeitschrift für literaturwissenschaftliche Japanforschung Heft 8, 2021, 248頁, 注 83).

45) 바이마르기 하이델베르크대학의 일본인 정규학적등록자 수(1918.11~1933.1)는 총 92명이며, 이중 철학이 55%, 법학이 21%, 관방학이 15%, 정치학·신학·의학이 각각 3%를 차지했다(주 44, 234頁, 247頁).

하시 사토미(高橋里美, 1886-1946)⁴⁶⁾와 헤겔연구 모임을 했으며, 이후 타카 하시가 프라이브루크대로 옮기고 나서는 그의 소개로 에드문트 후설(Edmund Husserl)의 강의를 청강하기도 했다. 이런 학문적 풍토 속에서 키요미야는 한때 공법학을 제쳐두고 독일 철학에 심취했다. 미노베가 훌륭한 학자였으나 철학 분야에는 연구하지 않았기 때문에, 혹시 자신이 미노베를 보충한다면 철학 분야를 깊이 하는 것이라고 생각했으나 뜻대로 되지는 않았다.

키요미야가 하이델베르크에 체재할 때 한스 켈젠(Hans Kelsen, 1881-1973)⁴⁷⁾의 『일반국가학』(Allgemeine Staatslehre)이 출간되었다. 그는 그것을 읽고 매력을 느껴 오스트리아 빈으로 가기로 했다.⁴⁸⁾ 키요미야가 간 여름 학기에는 켈젠의 일반국가학 강의는 없었고, 『현대 정치의 주요 흐름』(Politisch Hauptströmungen der Neuzeit)이라는 강의를 있었다. 이 수업에서 켈젠은 무정부주의·자유주의·보수주의·사회주의로 나누어 매시간 대표적인 학자의 저서를 들고 와서 해설하고는 나중에 자신의 견해를 밝히는

46) 야마카타현 출신의 쇼와기 철학자이다. 1910년 도쿄제대 졸업 후 대학원에 진학하여 니시다 기타로(西田幾多郎)의 『善の研究』를 비판한 처녀 논문 『意識現象の事実とその意味(西田氏著『善の研究』を読む)』을 대학원 재학 중인 1912년에 썼다. 1921년 토호쿠제대 이학부 조교수, 1925년부터 2년간 독일에 유학하여 리케르트, 훗설에게 배웠다. 1928년 토호쿠제대 법문학부 교수, 1948년 토호쿠제대 교수 정년퇴임, 1949년 토호쿠대학 학장, 1950년 일본학사원회원을 역임했다. 주저로는 『フッセルの現象学』(第一書房, 1931), 『全体の立場』(岩波書店, 1932), 『体験と存在』(岩波書店, 1936), 『包弁証法』(理想社, 1942) 등이 있다.

47) 오스트리아의 공법학자로, 하이델베르크대에서 게오르그 옐리네크에 사사했다. 빈대학, 쾰른 각 대학 교수를 역임, 이후 나치스에 박해를 받아 미국으로 망명, 법률학은 당위로서의 법을 연구하는 규범학이라는 순수법학을 주장하고, 한편으로 심리학·사회학적 방법을 법학의 영역에서 배제했다. 후의 관념에 대하여 이데올로기적 비판의 관점에서 분석을 하고, 전통적인 법률학의 이데올로기성을 분명히 한 것에 있다. 주저로는 『일반국가학』 외의 『국가학의 주요 문제』 『순수법학』 등이 있다.

48) 마침 그때 리츠메이칸대학(立命館大学)에서 와 있던 이스자키 타츠고로(磯崎辰五郎)와 동행했다.

형식으로 수업을 진행했는데, 인상 깊은 강의로 기억한다.

키요미야는 켈젠의 세미나에서의 모습을 인상 깊게 기억한다. 그는 학생의 발표를 메모하면서 잘 듣고는 자상하게 질의응답을 이어갔다. 당시 켈젠은 46세의 나이로 학계에서 확고한 위치를 차지하여 다른 학자의 주장에는 가차 없이 비판할 때였지만, 강의실에서만큼은 겸손하고 자상한 모습으로 학생을 대했다.⁴⁹⁾

학기 말 빈을 떠나기 전 키요미야는 켈젠 자택을 방문했다. 켈젠 부부는 키요미야 일행을 환대하였고, 극동에 있는 일본에 관해 관심을 가지고 여러 가지 궁금한 것을 묻고 흥미 깊게 들었다. 그때도 켈젠이 보여준 모습은 예리한 켈젠이 아니라 교실에서 보여준 온화한 켈젠이었다. 켈젠은 헤어질 때 자신의 최근 모습을 담은 사진 한 장과 『일반국가학』을 요약하여 외국어로 출판하기 위한 독일어 저본 『Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates』라는 얇은 책을 키요미야에게 주었다. 귀국 후 이 책은 대학에서 원서강독 교재로 사용한 귀중한 문헌이 되었다. 빈대학에서는 켈젠 외에 아돌프 멘첼(Adolf Menzel), 루돌프 헤르릿(Rudolf Herrmann von Herrritt)의 강의를 약간 들었고, 또한 켈젠의 일파인 아돌프 메르크(Adolf Julius Merkl), 알프레드 페어드로스(Alfred Verdross), 펠릭스 카우프만(Felix Kaufmann), 발터 헨리히(Walter Henrich) 등의 강의도 들었다. 행정법 전공자로 빈학과의 유력한 구성원인 메르크는 켈젠과 키요미야, 오다카 토모(尾高朝雄) 등 이른바 경성학파(京城學派) 핵심 구성원과의 소통 창구가 되었다.⁵⁰⁾

키요미야는 헌법을 전공하기 위해서는 독일계통에만 정통해서는 안 된다

49) 清宮四郎, 「ケルゼン: 鋭利な学説と温和な人柄」, 鶴飼信成・長尾龍一編, 『ハンス・ケルゼン』(東京大学出版会, 1974), 157頁 以下.

50) 키요미야와 함께 경성학파를 형성한 동료 오다카 토모는 키요미야보다 뒤에 빈에 왔지만, 그는 켈젠 가족과 교제할 정도로 매우 가까운 사이가 되어 오랜 기간 켈젠과 깊은 관계를 유지했다.

고 생각하고 프랑스·영국·미국을 차례로 방문했다. 프랑스에는 5개월 정도 체재했는데, 프랑스어를 잘하지 못해서 하숙집에 머물면서 아데마르 에스맹(Adhémar Esmein), 레옹 뒤기(Léon Duguit), 모리스 오류(Maurice Hauriou) 등 당시 많이 읽히던 프랑스 공법학자의 교과서를 읽었다. 영국에서도 5개월 정도 머물렀는데, 특정 대학에 적을 두지 않고 런던정경대, 옥스퍼드대, 케임브리지대 등 영국의 명문대학을 구경하는 정도였다. 런던에서는 당시 켈젠 정도로 유명했던 해롤드 라스키(Harold Joseph Laski)의 강연을 들었고, 옥스퍼드대에서는 허만 파이너(Herman Finer)의 강의를 듣기도 했다. 한편 그가 들른 대영박물관도서관(British Museum Library)⁵¹⁾에는 일반서는 물론이고 전문서가 비치되어 있어서 자유롭게 열람할 수 있었으며, 독일에서 구할 수 없었던 책도 거기서 찾아 읽을 수 있었다. 헤겔 관련서로 아돌프 라손(Adolf Lasson)의 『System der Rechtsphilosophie』를 거기서 복사할 수 있었다.

미국에서는 1개월 정도 머물렀으나, 당시에는 미국 헌법에 큰 관심을 두지 않았다. 그러나 전후 일본에서 신헌법이 제정되고, 미국 로스쿨을 시찰할 기회가 있었으나 미국 헌법을 제대로 공부하지 않았기 때문에 관련 부분에 대해 깊이 있는 얘기를 할 수 없었다.

4. 경성제대시대

키요미야는 구미유학을 끝내고 1927년 귀국해서 경성제대에서 강의하게 된다. 당시 경성제대에는 헌법·행정법에 두 명의 교관이 예정되어 있었는데, 학교 방침은 교관 한 사람이 헌법·행정법을 전담하며, 헌법 전공자가 행정법도 강의한다는 것이다. 키요미야 외의 또 한 명의 헌법 전공자는 마

51) 1973년에 영국국립도서관(British Library)으로 개명되었다.

츠오카 슈타로(松岡修太郎, 1896-1985)⁵²⁾로 키요미야보다 1년 먼저 부임했다. 그러나 헌법과 행정법을 두 사람이 전담하는 방침은 당장에 실행하기 어려웠다. 그래서 얼마간은 마츠오카가 헌법, 키요미야가 행정법을 맡기로 했다. 강의를 처음 시작하는 그로서는 헌법 같은 큰 문제와 씨름하기보다는 비교적 세세한 문제를 다루는 행정법을 맡은 것이 나왔다고 한다. 그러나 나중에는 키요미야가 헌법을 담당하는 일이 많았다. 당시 그는 미노베 교수의 교과서로 강의를 했으나 학생들은 교과서 내용을 장황하게 설명하는 것을 좋아하지 않았고, 오히려 개인적으로 조사한 깊이 있는 내용을 강의하는 것을 더 좋아했다.

키요미야는 경성제대를 매우 좋은 대학으로 기억한다. 학생 수가 적고, 우수한 학생이 많은 호사스러운 대학이었다는 것이다.⁵³⁾ 법문학부 학생이 전체 80명 정도밖에 되지 않아 금세 학생 이름과 얼굴을 기억할 정도였다. 전후 제1회 동창회가 서울에서 열렸을 때 명찰을 단 학생들의 얼굴과 이름이 금방 떠오를 정도였다. 당시 일본인 학생과 조선인 학생은 절반 내지는 조선인 학생이 약간 많은 정도였다.⁵⁴⁾ 조선인 학생은 전국 13도에서 선발

52) 홋카이도 출생의 공법학자, 도쿄제대 졸업, 경성제대, 가나자와대, 홋카이도대 교수를 거쳐 이후 홋카이도가쿠잉대 교수. 마츠오카에 대한 자세한 것은 김효진, 경성제대 공법학자들의 빛과 그림자, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6. 273-275면 참고.

53) 이와 달리 유진오는 “경성제국대학이라는 것은 이름은 컸지만 시설은 형편없었다”고 기억한다(나의 대학 생활 — 일제하 초기 법문학부 시절, 『다시 창랑정에서 — 유진오 수필집』, 창미사, 1985, 83면).

54) 참고로 제1회 경성제대 예과시험합격률은 아래와 같다(朝鮮 제108호, 1924.4. 181頁).

		지원자(A)	수험자(B)	합격자(C)	합격률(C/B)
문 과	내지인	154	128	61	47.7%
	조선인	141	119	29	24.4%
이 과	내지인	263	218	64	29.4%
	조선인	101	91	16	17.6%
합 계		659	556	170	30.6%

되어 왔기 때문에 학생 수준이 높았으며, 일본인 학생이 밀리는 경우가 있었다고 한다.

키요미야는 식민지 상황에도 불구하고 당시 대학 안은 본토보다도 자유로운 느낌이었다고 기억한다. 조선의 대학은 문부성 관할이 아닌 조선총독부 관할로 문부성 대신보다 조선총독이 지위가 높았기 때문에 대학으로서는 이점이 더 많았다.

경성제대 법학과 교수진은 국제법을 담당한 이즈미 아키라(泉哲)를 제외하고는 대부분이 삼사십 대의 젊은 층으로 구성되어 의욕이 왕성했다. 그들은 도쿄제대나 교토제대만을 경쟁상대로 생각하지 않고, 멀리 세계의 대학을 표방하면서 서로를 격려하고 의욕을 북돋아 주었다. 법철학의 오다카 토모(尾高朝雄)⁵⁵⁾, 로마법의 후나다 교지(船田享二), 형법의 후와 타케오(不破武夫), 상법의 니시하라 칸이치(西原寛一)⁵⁶⁾, 행정법의 우카이 노부시게(鵜飼信成)⁵⁷⁾, 경제학의 시카타 히로시(四方 博)·스즈키 타케오(鈴木武雄) 등의 교수는 가족처럼 지내면서 학문 공동체를 이루었다.⁵⁸⁾ 당시 경성제대

55) 김창록, 오다카 토모오(尾高朝雄)의 법사상 : 오다카 토모오와 식민지 조선, 법사학연구 제46호, 민속원, 2012.10. 참조

56) 니시하라에 관해서는 『교수의 일생: 해암 문흥주 박사고회기념문집』, 1987, 11-17면 참조.

57) 류애림, 경성제국대학 시기의 공법학자 우카이 노부시게, 아세아연구 제65권 제1호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2022.3.31.; 長沢一恵, 戦前期における法学者・鵜飼信成の法学研究についての一試論—資本主義発達期の社会をめぐる政治と法の問題を中心に—, 植民地帝国日本における知と権力(松田利彦 編, 思文閣出版, 2019), 587-636頁.

58) 경성제대 시절 키요미야의 한스 켈젠의 『일반국가학』 번역에 대해 도쿄제대 요코타 키사부로(横田喜三郎)는 다음과 같이 평가했다. “경성제대 법문학부 교수들이 번역을 통해 정말 말 그대로 학문적 협력을 보여주었다. 더구나 이러한 학문적 협력을 가능하게 하는 공기가 동 법문학부를 지배하고 있다. 법학 관계의 반 이상의 교수가 많은 시간을 할애하여 심대한 서적 번역에 실질적인 협력을 한다는 것은 실제로 학부 전체의 상호 이해와 일치적 협력의 공기가 있을 때 비로소 가능하다. 그것이 학문 연구를 위해 필요한 것은 말할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 실제로 그러한 예가 별로 많지 않은 것을 생각하면 어쩌면 당파적 싸움마저 교수 간에 행해지는 바

에는 헤겔 저작을 읽고 토론하는 헤겔연구회가 있었으며, 구성원에는 키요미야를 비롯해, 오다카 토모, 아베 요시시게(安倍能成), 타나베 주조(田辺重三), 마쓰자카 사이치(松坂佐一) 등이 있었다. 이들은 오다카 집에 모여 헤겔 『법철학』(Rechtsphilosophie)⁵⁹⁾ 전체와 『대논리학』(Wissenschaft der Logik)⁶⁰⁾ 일부를 읽었는데, 모임은 각자 분담한 부분을 읽고 나중에 문제점을 이야기하는 방식으로 진행되었다. 매회 자정까지 이어진 토론에서 그는 오다카의 실력이 상당했다는 것과 법철학을 전공하는 것은 법학과 철학 양쪽을 모두 접근해야 하는 매우 어려운 일인 것을 알게 되었다.

키요미야에게 이 시절은 켈젠의 『일반국가학』 번역이 나오고, 또한 그의 ‘이론헌법학(理論憲法學)’을 대표하는 몇 개의 큰 논문이 차례대로 나오는 키요미야 자신의 학문 활동에서 매우 생산력이 왕성한 시기였다. 켈젠의 일반국가학 번역은 ‘경성제국대학법학회(京城帝國大學法學會)’에서 논문집과 번역총서를 내는 과정에서 키요미야가 일반국가학 번역을 맡으면서 시작되었다. 난해한 일반국가학 번역은 경성제대 동료 교수의 도움을 받고, 또한 켈젠의 일을 맡아 보던 메탈(Aladar Métal)에게 물어가면서 수정했다.⁶¹⁾ 일반국가학 번역은 강의에 쫓기는 고된 작업의 연속으로 완성하는데 7년이나 걸려 1936년에야 비로소 출간되었다. 일반국가학 번역을 통해 그는 번역이라는 것은 어학 능력 위에서 원저의 내용을 제대로 파악하는

가 있는 것을 생각하면 그러한 공기는 실로 경성제대 법문학부의 행복이기도 하고 명예이기도 하다. 조금 크게 말하면 일본 법학계의 명예이기도 하다. 이 의미에서 우리는 동 학부에 대해 큰 경의를 표해야 한다”(橫田喜三郎, 케르젠著, 一般国家学(清宮四郎訳、昭和十一年), 法学協會雜誌55卷1号, 有斐閣, 1937.1. 146頁).

59) G.W.F. 헤겔 / 임석진 역, 『법철학』, 한길사, 2008.

60) G.W.F. 헤겔 / 임석진 역, 『대논리학 I~III』, 자유아카데미, 2022.

61) “이 번역 출판에 대하여는 京城帝國大學法學會 사업의 하나로, 위 학회 관계 다수의 제 형으로부터 각별한 지도와 원조를 받았다. 특히 오다카 토모 형에게는 번역권 취득부터 출판에 이르는 일체에 걸쳐 오랜 기간 도움을 구하고, 번역 내용에 대하여도 전편을 통하여 다대한 교시를 받았다”(ハンス・ケルゼン 著 / 清宮四郎 譯, 一般国家学, 岩波書店, 1936. vii).

힘이 있어야 하는 매우 힘든 작업이라는 것을 알게 되었다.⁶²⁾

경성제대 시절 키요미야의 학문적 관심은 ‘헌법’과 ‘국가작용’ 이론에 향했으며, 그런 방향은 이후에도 지속되었다. 1931년에 쓴 『법의 정립·적용·집행』⁶³⁾은 빈학파의 법단계설을 고려한 것으로, 법의 정립·적용·집행이라는 것은 모두 법의 실현 과정의 단계이다. 이 세 가지의 구별은 상대적인 것에 불과하고, 입법·사법·행정의 구별은 제도상인 것으로, 모두가 원칙으로서 법의 정립·적용·집행의 면을 보인다는 것을 설명하였다.

1934년에 쓴 『위법(違法)의 후법(後法)』⁶⁴⁾은 당시 중의원의원선거법 별표에서 각 선거구에서 선거하는 의원 수를 정하고 마지막에 “본법은 10년간 이를 개정(更正)하지 않는다”라고 규정하고 있지만, 10년이 안 되어 별표를 개정하였는데, 그 법률의 효력에 대해서 『위법의 후법』이라는 제목으로 검토한 것이다. “10년간 개정하지 않는다”는 규정은 입법 방침을 규정한 것에 불과한 것으로 법적 효력을 가지지 않는다고 보는 것이 미노베와 미야자와 두 사람의 학설이었으나, 키요미야는 이 규정도 위법의 후법으로 보았다. 그리고 내린 결론이 ‘사실의 규범력’을 인정해야 한다는 것이다. 키요미야 자신도 이것은 매우 궁색하고 여러 가지 문제가 있었지만, 일단 그러한 형태로 결론지었다는 것이다.

1938년에는 『헌법개정작용』⁶⁵⁾이라는 논문을 썼다. 이 논문은 헌법개정에

62) 초판은 표현이 어색하다는 비평도 있고 해서 지난해에 개판을 내었습니다. 이때에는 슈미트의 『Verfassungslehre』(헌법이론)를 번역한 지바대학(千葉大学)의 오부키(尾吹善人) 군에게 매우 귀중한 협력을 받았습니다. 케르젠/清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 京城帝國大學法學會翻譯叢書, 岩波書店, 1936; 케르젠/清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 岩波書店, 1971. (改版); 한스 켈젠 지음/민준기 옮김, 『일반국가학』, 민음사, 1990.

63) 清宮四郎, 法の定立、適用、執行, 法政論纂(第1部論集 第4冊), 京城帝國大學法文学會 編, 刀江書院, 1931.

64) 清宮四郎, 違法の後法, 公法学の諸問題: 美濃部教授還曆記念 第二卷(宮沢俊義 編), 有斐閣, 1934.

65) 清宮四郎, 憲法改正作用, 野村教授還曆祝賀公法政治論集(刑部莊 編), 有斐閣, 1938.

관한 규범은 근본규범과 보통의 헌법규범의 중간에 있는 특별한 규범이라는 것과 그 규범에 근거하여 헌법개정작용에는 한계가 있다는 것을 설명한 것이다. 이 논문은 1949년에 쓴 『헌법개정행위의 한계』⁶⁶⁾와도 관련된다.

전전(戰前) 키요미야의 이러한 연구에 대해 탁상공론이라는 비판도 있었으나, 헌법개정과 관련하여 어느 정도 현실성을 띠었다는 점에서 가치를 인정할 수 있으며, 여하튼 이 세 논문은 키요미야 스스로는 켈젠의 순수법학을 뛰어넘겠다는 야심에 찬 논문이었다.

1931년 만주사변이 일어나고 사회가 불황에 빠지면서 학생들 취직이 대단히 어려운 시기가 있었다. 그 무렵인 1935년에 미노베의 ‘천황기관설사건’⁶⁷⁾이 발생했다. 미노베의 제자였던 키요미야는 경성제대에서 발매금지된 미노베의 『헌법촬요(憲法撮要)』를 교재로 사용하고 있었다. 이때 그는 고뇌에 차서 “옥쇄(玉碎)할지 와전(瓦全)에 만족할지”⁶⁸⁾ 고민했다. 그는 도쿄제대 미야자와와 연락하고, 또 오다카를 비롯한 경성제대 동료와 상의한 후 인내하면서 상황을 예의주시하기로 했다. 그는 당시 이런 결정을 두고 만년에까지 무언가 속 시원하지 않은 것이 마음 깊은 곳에 남아 있는 것을 느낀다고 회고한 바 있다. 1936년 봄 미노베를 찾았을 때 미노베는 자신의 파문이 제자에게 영향을 미칠까 봐 노심초사했다고 한다. 당국에서 천황기관설사건을 조사해 봐도 별로 나오는 것은 없었지만 이 사건 이후 강의 환경은 매우 좋지 않았다. 이 사건에 관하여 학생들에게 비밀리에 설명한 한

66) 清宮四郎, 憲法改正行為の限界, 法律タイムズ 3(4), 法律タイムズ社, 1949.

67) 도쿄제대 법학부의 미노베 타츠키치의 헌법 학설인 ‘天皇機関説’에 대해 1935년 2월 18일 귀족원에서 귀족원의원 키쿠치 타케오(菊池武夫)가 “국체에 대한 완만한 謀叛”이라고 비난하고 정부에 단호한 조치를 요구한 것에서 천황기관설사건이 시작된다. 국가주의단체나 재향군인회, 입헌정우회 등이 천황기관설 공격을 전개하는 속에서 정부는 8월과 10월에 성명을 발표하고 천황기관설을 ‘국체에 어긋나는 것’으로 배격하고, 미노베는 귀족원의원을 사직하게 되었다.

68) 石川健治, 統治のヒストリーク, 『危機の憲法学』(奥平康弘・樋口陽一 編), 弘文堂, 2013. 19頁.

적은 있었지만, 공공연히 할 수는 없는 상황이었다. 그는 당시에 비할 때 학문의 자유와 사상의 자유를 헌법에서 보장하고, 또 학문에 대한 억압으로부터 해방되어 격세지감이라고 하면서, 자유의 고마움은 직접 침해당했을 때 비로소 그 고마움을 알게 된다고 회고한다. 그는 천황기관설사건이 있고부터 10여 년간 일본에서 학문의 자유는 거의 없었지만, 공법학자 대부분이 시류에 편승하지 않고 권력의 시녀가 되지 않은 것은 메이지 시대의 자유민권운동과 다이쇼데모크라시 그리고 미노베가 수난 속에서도 절개를 지킨 것이라고 보았다.

그런 상황에서 키요미야가 중심이 되어 독일에서 박해를 받던 켈젠을 경성제대에 초빙하기 위한 움직임이 있었다. 켈젠이 경성제대에 오면 대학은 물론이고 일본 학계를 위해서도 대단히 좋은 일이라고 생각했다. 그러나 일본의 정세가 나빠지면서 실행되지는 못했다. 만약 켈젠이 경성제대에 초빙되었다면 일본의 학문 발전을 위해서 매우 좋았을 것이라고 한다. 켈젠이 1933년 대학에서 파면되었고, 또한 그때 경성제대의 오다카가 켈젠과 매우 가까운 사이였기 때문에 본격적으로 추진했으면 켈젠이 왔을 것으로 생각했다.⁶⁹⁾

키요미야는 1941년 경성제대 시대를 끝내고 일본의 토호쿠제대로 옮기게 된다.⁷⁰⁾ 이 무렵 토호쿠제대의 타카하시 사토미(高橋里美), 키무라 카메지(木村亀二), 그리고 강사로 와있던 미야자와가 사토 우시지로(佐藤丑次

69) 키요미야는 “당시 일본의 정황은 유대계의 민주·자유주의자인 켈젠을 맞이하는 데 적합하지 않은 것으로 되었기 때문에 결국 아무런 진전도 보지 못하고 몇 사람 간의 사전 협의로 끝나버렸습니다”고 회고한 바 있다(清宮四郎, 『私の憲法学の二師・一友』, 『公法研究』 第44號(日本公法学会 編), 1982. 10. 16頁).

70) 1941년 10월 3일자 경성일보에는 키요미야의 동북제대 전임에 대해 다음과 같이 적고 있다. “경성제대 법문학부 키요미야 시로 교수는 금회 토호쿠제대로 전임하게 되어 2일 오후 3시 45분 그때 부임했다. 동 교수는 1927년에 조다이(城大) 부임 이래 14년간 계속해서 「헌법」과 「행정법」 강좌를 담당하여 학생으로부터 그 탁월한 학풍을 추앙받는 석학으로 진출을 애석하게 여긴다”(京城日報, 1941.10.03).

郎)의 후임으로 키요미야를 추천했다. 그는 경성제대에 남고 싶었으나, 새로운 환경에서 공부하고 싶은 마음이 컸기 때문에 연구제일주의⁷¹⁾를 표방하는 도호쿠제대로의 전임을 결정했다.

5. 헌법문제조사위원회

키요미야는 1945년 10월 25일 시데하라(幣原喜重郎) 내각 하에 설치된 헌법문제조사위원회(憲法問題調査委員會)⁷²⁾에 위원으로 들어갔다. 위원장은 국무대신 마츠모토 조지(松本蒸治)였고, 고문에는 미노베, 노무라 준치(野村淳治), 시미즈 토오루(清水澄)였다. 교토대의 사사키 소이치도 예정되어 있었으나 참여하지 않았다. 학자 위원에는 도쿄대 미야자와 토시요시, 큐슈대 카와무라 마타스케(河村又介), 토호쿠대의 키요미야 세 사람이었다. 정부 측 위원으로는 법제국장관 나라하시 와타루(樞橋渡), 법제국 제2부장 사토 타츠오(佐藤達夫), 법제국 제1부장 이리에 토시오(入江俊郎), 귀족원 서기관

71) 참고로 토호쿠대학은 대학 사명으로 ‘연구중심대학’을 표방하고 있다. “토호쿠대학의 전통인 ‘연구제일주의’에 기초하여 진리 탐구 등을 지향하는 기초과학을 추진함과 동시에 연구중심대학으로서 인류와 사회 발전에 공헌하기 위해 연구과와 연구소 등이 일체가 되어, 인간·사회, 자연에 관한 광범위한 분야의 연구를 한다. 그것과 함께 ‘실학존중’ 정신을 살린 새로운 지식·기술·가치 창조에 노력하고 항상 세계 최고 수준의 연구 성과를 창출하여 널리 국내외에 발신한다. 知的 창조·계승 및 보급의 거점으로 인간에 대한 깊은 이해와 사회로의 넓은 시야·윤리관을 가지며 고도의 전문성을 겸비한 행동력 있는 지도적 인재를 양성한다”(使命と基本的な目標, 『東北大学について』, <https://www.tohoku.ac.jp/japanese/profile/>).

72) 시데하라 내각에 설치된 헌법개정 조사연구를 목적으로 한 위원회로 위원장에 마츠모토 조지(松本蒸治)가 취임하고부터 ‘마츠모토위원회’라고 부른다. 1945년 10월 27일부터 1946년 2월 2일 사이에 총회가 7회, 조사회·소위원회가 15회 개최되었다. 당초 학문적 조사·연구를 주안으로 하고 헌법개정을 목적으로 하지 않았지만, 점차 GHQ나 의회·여론에 응하는 형태로 헌법개정안의 책정 방향으로 나가고, 마츠모토 사안인 『헌법개정사안』(憲法改正私案)과 위원회의 두 가지 안 『헌법개정요강』(甲안), 『헌법개정안』(乙안)이 작성되었다. 이 중 甲안이 GHQ에 제출되고 거부된 후에는 토의 중심이 GHQ초안으로 옮겨갔기 때문에 사실상 위원회는 그 임무가 끝이 났다.

장 고바야시 지로(小林次郎), 중의원서기관장 오오이케 마코토(大池眞), 추밀원 서기관장 이시구로 타케시게(石黒武重)였으며, 이후에는 사법성과 대장성(大蔵省) 국장도 참가했다. 그는 위원 전체가 관료나 제국대학 교수로 색채가 뚜렷했으며, 이런 구성으로는 그런 큰일을 할 수 없으리라 생각했다.

1945년 10월부터 1946년 2월 사이에 고문까지 참석하는 총회는 7회 개최되었고, 소위원회는 그때그때 개최되었다. 위원회는 애초에 학문적으로 접근하기로 하고, 세 가지 방침, 즉 “헌법개정이 필요한지”, “필요하다면 어떤 점이 문제인지”, “필요한 점을 어떻게 개정할 것인지”라는 관점에서 논의하기로 했다. 위원회 심의는 메이지 헌법을 제1조부터 축조적으로 심의했으며, 그때 주로 발언한 사람은 마츠모토 위원장과 미노베 고문이었다. 위원회에서 헌법을 개정하자는 강한 의견이 나오지 않았는데, 위원 면면을 보면 충분히 예상할 수 있다. 마츠모토가 위원회에서 4대 원칙, 즉 천황통치권 총람, 의회의결사항 확대, 대권 사항 축소, 국민의 자유와 권리 강화를 얘기했으나, 위원회에서 특별히 심의하지는 않았으며, 포츠담선언도 별도로 검토하지 않았다.⁷³⁾

당시 연구자뿐만 아니라 일본 여론은 포츠담선언 수락이 천황의 통치대권을 부정하는 것이 아니라는 대전제가 있었다. 포츠담선언에 어떤 내용이 쓰여 있어도 일본의 국체(國體)가 바뀌지 않는다는 것은 공통의 대전제로 되어 있었다. 그래서 메이지 헌법을 어느 정도 손보면 살릴 수 있을 것으로 생각했다.

애초 심의는 천천히 진행되었으나 연말이 가까워지면서 국제관계 등 외부 환경으로 인해 급히 안을 만들어야 했기 때문에, 1월 초에 위원장 안을 甲안, 위원이 만든 안을 乙안으로 해서 정부에 제출했다. 甲안을 정부안으

73) 키요미야는 위원회로서는 포츠담선언과의 관계에서 헌법개정 요부를 논의한 것은 아니라고 하였다(清宮四郎, 憲法学周辺50年-5完-, 法学セミナー (295), 日本評論社, 1979. 9. 165頁).

로 했으나, 그것은 연합군최고사령부(GHQ: General Headquarters)의 승인을 얻지 못하고 ‘맥아더 안’으로 변경되었다. 그것이 3월 6일 정부안으로 발표되었는데, 미노베와 키요미야는 이 사실을 신문을 보고 알고는 대단히 분개했다고 한다. 키요미야는 그간에 있었던 사정을 위원장과 법제국 관계자 정도는 알고 있었을 것으로 생각했다.

맥아더 안이 정부 안이 되고 마츠모토 안이 거부된 것은 위원회 구성을 포함한 위원회 자체의 책임도 있었다. 이런 것을 왜 사전에 심의하지 못했는가라고 한다면 키요미야 자신도 그 책임에서 자유로울 수 없다는 것이다. 이와 관련해서 정리하면, 첫째, 마츠모토·미노베 두 사람의 의견이 지배적이었고, 천황 문제 등에 대하여 처음부터 거의 다루지 못했다. 인권 문제에 관해서도 얘기하지 못했고, 사회권 문제도 별로 반영되지 못했다. 또한, 평화 문제도 거의 다루지 못했는데, 이와 관련해서 군사국장이 와서 위원회 위원인 나라하시 와타루 법제국장관과 면담하고는 군사에 관한 것은 일절 안에서 제외하라는 관여가 있었다고 한다.

위원회 안이 메이지헌법과 별로 차이가 없었기 때문에 그렇게 된 것이 아닌가 생각한다. 메이지 헌법에 손을 댔으면 좋지 않았나 생각하지만, 키요미야와 미야자와는 전체 위원회 말석에서 그런 얘기를 할 수 없었다고 한다. 마츠모토 안이 사회권 등 인권 조항에 손을 좀 대었다면 결말이 달라졌을 수도 있었다. 정부안이 나왔을 때 비교헌법적으로 바이마르헌법과 유사하다는 인상을 받았으나, 위원회에서는 이 정도 가까이 하지 못했다는 것을 나중에 깨닫게 되었다.

1946년 11월 3일 신헌법이 공포되고 신헌법 계명보급회 운동이 있었다.⁷⁴⁾ 키요미야는 당시 토호쿠대학에 있었던 관계로 보급회 활동에 참여하

74) 1946년 12월 1일 “신헌법 정신을 보급·철저히 하고, 이를 국민 생활의 실체에 침투하도록 계발운동을 하는 것”을 목적으로 ‘憲法普及會’가 설립되어 헌법 공포 후 1년간 가용한 미디어 전체를 동원한 활동이 전개되었다. 설립 배경에는 일본 정부가 스

는데⁷⁵⁾, 토호쿠지역 여섯 개 현과 시골까지 신헌법을 설명하러 다녔다. 당시 낮에는 오전·오후 강의하고 밤에는 신헌법 질문을 받는 일을 12월 말까지 계속했으나, 메이지 헌법 때보다 신헌법 보급 운동 때가 수월했다고 한다. 그러나 당시 이러한 헌법보급회 활동이 관 주도의 위로부터 추진되었고, 또한 도쿄대계 중심으로 이루어진 한계를 지적하기도 한다.⁷⁶⁾ 신헌법이 국민주권주의를 표방한 헌법이지만 국민투표를 거치지 않았고, 이에

스로 보급 활동을 하는 것이 대외적으로 중요하다고 한 GHQ의 강력한 지도가 있었다는 것이다. 동회 설립 후 곧바로 보급 활동에 착수하여, 우선 활동의 중핵을 담당하는 공무원 양성을 목적으로 이듬해 2월 15일부터 4일간 도쿄대학 야스다강당(安田講堂)에서 특별 강습회를 개최했으며, 그때 강연록이 『新憲法講話』(憲法普及會編纂, 政界通信社, 1947)이다. 『신헌법강화』가 보급 활동 담당자를 양성하는 교과서의 성격이 강했던 것에 대해, 『새로운 헌법 밝은 생활』(新しい憲法明るい生活, 1947)은 직접 국민 보급을 도모하기 위해 간행되어 전국 각 가정에 배포되었다. 『事業概要報告書』(憲法普及會, 1947.12)에 의하면 『신헌법강화』는 5만 부, 『새로운 헌법 밝은 생활』은 2,000만 부 발행되었다.

- 75) 헌법보급회 회장은 아시다 히토시(芦田均) 중의원제국헌법개정안특별위원회 위원장, 부회장은 카나모리 토쿠지로(金森徳次郎) 헌법문제담당국무대신, 이사장은 하야시 조우지(林讓治) 내각서기장관, 이사는 貴衆 양원(신헌법 시행 후는 衆參 양원) 의원 외 요코타 키사부로(横田喜三郎), 가와무라 마타스케(河村又介), 미야자와 토시요시(宮澤俊義), 키요미야 시로(清宮四郎), 타나가 지로(田中二郎) 등 도쿄대계 교수를 주축으로, 교토대 출신으로 리츠메이칸대 총장 스에카와 히로시(末川博), 게이오대 아사이 키요시(浅井清), 재야연구자 스즈키 야스조(浅井清), 법제국장관 이리에 토시오(入江俊郎), 언론인 이와부치 타츠오(岩淵辰雄), 오바마 토시에(小汀利得), 하세베 타다스(長谷部忠), 야마우라 칸이치(山浦 貫一)로 실제 활동은 사무국장 나가이 히로시(永井浩)가 총괄했다(江橋 崇, 『日本国憲法のお誕生 - その受容の社会史』, 有斐閣, 2020. 154-155頁).
- 76) 신헌법은 국민주권 헌법이지만 실제로 일본 국민이 관여하여 만들어 낸 것이 아니라 그 찬성 여부를 묻는 국민투표도 행하지 않았다. 그 대신 정부가 위로부터 국민에게 주권자인 것을 계발한다는 역전된 관계가 생겼다. 또한 사무국장이 전 문부관료이고, 협력한 연구자는 압도적으로 도쿄대계이고, 용지 등도 부자유했던 당시지만 우선적으로 할당을 받아 도쿄대계 교수가 되풀이한 해설서, 계발서를 출판했다. 또한 전국 각지에서 강연회에서도 그 지방의 대학 법학부 교수는 기용되지 않고 도쿄대계 교수가 출장하여 강사로 되었다(江橋 崇, 『日本国憲法のお誕生 - その受容の社会史』, 有斐閣, 2020. 155頁).

국민주권 헌법이라는 점을 관 주도로 계몽하고 또 그것에 도쿄대계 교수나 인사가 협력했다는 지적이다.

6. 헌법문제연구회

정부 주도의 계몽시대가 저물고 다른 의미의 개헌론이 나오면서 1956년 ‘헌법조사회(憲法調査會)’⁷⁷⁾가 만들어졌다. 키요미야는 내각법제국과 위원장 타카야나기 켄조(高柳賢三)의 권유가 있었으나,⁷⁸⁾ 단순한 조사회가 아니라 개헌에 향해있었고⁷⁹⁾, 또한 국회의원이 위원으로 참가하고 있었기 때문에 자신은 참여하기 어렵다고 생각하고 이에 응하지 않았다.⁸⁰⁾

이후 그는 1958년 ‘헌법문제연구회(憲法問題研究会)’⁸¹⁾에 발기인⁸²⁾으로

77) 헌법조사회법(1956년 법률 제140호)에 의해 설치되어, 동법 제2조 규정에 따라 일본 국헌법을 검토하고 관계 문제를 조사·심의하며 그 결과를 내각과 내각을 통해 국회에 보고하는 것을 그 임무로 했다. 조사회는 1957년 8월 제1회 총회를 개최하여 발족한 이래로 약 7년간 조사·심의하고, 1964년 7월에 제131회 총회에서 그 경과와 내용을 정리한 보고서(『憲法調査會報告書』)를 확정하여 이를 내각과 국회에 제출한 후 1965년 법률 제116호에 의해 폐지되었다. 위원은 국회의원 30명, 학식 경험자 20명 총 50명으로 구성되었으며, 전문위원으로 구로다 사토루(黒田覺), 타나카 카즈오(田中和夫), 우에마츠 타다시(植松正), 사토 이사오(佐藤功), 마츠모토 카오루(松本馨)가 헌법조사 및 보고서 집필에 참여했다(憲法調査會, 憲法調査會報告書, 1964.7. 1-6頁 참조).

78) 헌법조사회 참여에 관해 미야자와와 뜻을 같이하지 않고 각자가 자유롭게 판단하여 결정하기로 했으나, 두 사람 모두 조사회에 참여하지 않았다.

79) 헌법조사회 탄생이 당시 東西 양 진영의 대립, 이른바 냉전체제의 국제정치 속에서 일본 내 헌법개정 기운의 고조가 주된 원동력이었다고 본다(古川浩太郎, 憲法調査會關係資料 - 内容と所蔵狀況について -, 参考書誌研究 通号 42, 1992.11. 26頁).

80) 정부에서 미야자와 토시요시, 와가즈마 사카에, 키요미야 시로에게 헌법조사회 참가를 요구했지만, 세 사람 모두 응하지 않았다.

81) 일본의 대표적 학자가 민간 수준에서 자주적으로 조직해서 일본국헌법의 기본원리와 條章의 의미를 연구하여 그 성과를 국민에게 전하는 것을 목적으로 한 단체이다. 헌법개정을 기도한 기시 노부스케(岸信介) 내각은 1957년 내각 직속의 헌법조사회 위원을 결정하고 8월 13일 제1회 총회를 가졌다. 이에 대해 오오우치 효우에(大内兵

참여하게 되는데, 이 연구회만은 계속해서 나가게 된다.⁸³⁾ 도쿄와 교토 두 곳으로 나뉘어 운영된 연구회는 유력한 구성원 오오우치 효우에(大内兵衛, 1888-1980)와 와가즈마 사카에(我妻榮, 1897-1973) 두 사람이 나오지 않으면서 해산했다. 이 연구회에는 다양한 학문 영역의 인사들이 모여 연구회를 조직해서 일본 헌법 문제의 가장 중요한 시기에, 메이지 이래로 일본 지식인 역사 속에서도 역사에 남을 많은 역할을 담당했다.⁸⁴⁾ 이러한 모임

衛), 카야 세이지(茅誠司), 키요미야 시로(清宮四郎), 츠네토 료(恒藤恭), 마야자와 토시요시(宮沢俊義), 야나이 하라타다오(矢内原忠雄), 유카와 히데키(湯川秀樹), 와가즈마 사카에(我妻榮)의 8명은 조사회 구성의 다수가 개헌론자이고 동회가 헌법 문제에 대한 광범위한 민의와 양식을 꼭 대표하는 것은 아니라고 하고, 1958년 46명의 학자·문화인을 초청하여 6월 8일 연구회의 제1회 회합을 개최했다. 「초청장」에 의하면, 발회 동기는 일국의 운명에 강한 영향을 미치는 헌법 문제를 조사회가 특정의 입장에서만 해석·검토하는 것에 위기감이 강했기 때문이다. 동년 6월 22일에는 스에카와 히로시(末川博)를 중심으로 関西支部가 결성되었다. 연구회는 평화와 자유(민주·인권)의 헌법원리가 전후 정치와 국민생활의 원동력이 되어왔다는 입장에서 호헌 세력의 일익을 담당해왔다. 월 1회 연구회를 가지고 매년 5월 3일 헌법기념일에 강연회를 개최하는 외 안보개정 시에는 반대 성명을 내는 등의 일상 활동을 하였으며, 1976년에 해산했다. 본격적인 헌법개정을 위한 전후 첫 공적 조직인 헌법조사회는 1964년 7월에 최종보고서를 제출하지만 헌법문제연구회 등의 호헌론 고조의 영향을 받아 명문 개헌론은 크게 후퇴하고 이후 현행 헌법의 해석·운용에 의한 점진적 개헌을 실현하고자 하는 ‘解稜改憲’ 현상이 나타난다.

- 82) 大内兵衛, 清宮四郎, 宮沢俊義, 湯川秀樹, 茅 誠司, 恒藤恭, 矢内原忠雄, 我妻榮
- 83) ‘全國憲法研究會’ 대표인 이시카와 켄지(石川健治) 도쿄대 교수는 “戰前부터 활약한 미야자와 토시요시·키요미야 시로 등 長老교수는 타 분야의 저명한 지식인들과 함께 ‘憲法問題研究會’를 결성하고 매년 5월 3일에 행해지는 헌법기념강연회나 岩波新書나 잡지 『世界』에서의 집필 활동을 통하여 사회적 발언을 해왔다”고 하면서, 현재의 전국헌법연구회가 헌법문제연구회에서 이어졌음을 밝히고 있다.
- 84) 도쿄 측 회원: 有沢広巳, 家永三郎, 入江啓四郎, 鶴飼信成, 大内兵衛, 大河内一男, 戒能通孝, 菊池勇夫, 城戸又一, 清宮四郎, 久野収, 佐藤功, 高木八尺, 竹内好, 谷川徹三, 辻清明, 都留重人, 中野好夫, 中村哲, 南原繁, 野村平爾, 眞野毅, 丸山眞男, 峯村光郎, 宮沢俊義, 務台理作, 宗像誠也, 我妻榮, 교토 측 회원: 青山秀夫, 浅井清信, 磯村哲, 井上清, 猪木正道, 岡本清一, 大西芳雄, 加藤新平, 貝塚茂樹, 河野健二, 黒田了一, 桑原武夫, 佐伯千仞, 島恭彦, 末川博, 田畑茂二郎, 田畑忍, 俵静夫, 恒藤恭, 名和統一, 前芝確三, 松井清, 松田道雄, 森義宣, 湯川秀樹, 吉村正一郎.

이 20년간 이어졌다는 것은 회원 각각의 전문성이나 사고방식과 입장을 떠난 공통의 사명감이 컸기 때문에 가능했다는 것이다. 이는 다음과 같은 헌법문제연구회 설립 취지에 나타난다.

지금 만약 이 헌법의 제 條章의 해석이 일부의 견해에 의해 왜곡되고, 머지않아 그것이 공정해석으로 여론을 지배하게 되면 일본의 재상에 진력한 국민의 10년간에 이르는 노력은 헛되게 좌절하고, 우리가 희구하는 평화와 자유의 원리는 마침내 발전이 저지되는 데 이를 것입니다. 다수의 국민이 헌법개정 문제의 진도에 깊은 관심을 가지는 것도 이러한 이유에 기초한다고 생각합니다. 우리는 이러한 사태의 초래를 미연에 방지하겠다는 의도로 헌법의 기본원리와 그 조장의 의미를 가능한 한 정확하게 연구하고 이 문제에 관심을 가지는 국민 각층의 참고에 제공하겠다고 생각했습니다. 그 때문에 헌법학 및 그 외의 법학, 정치학 및 인접 과학의 양식 있는 연구자를 모시고 헌법 문제를 제 중의 각도에서 연구하고자 합니다.⁸⁵⁾

헌법이 한 국가의 정치와 국민 생활을 좌우하는 중대한 기반인 것을 생각할 때 헌법 문제를 어떻게 생각할지는 널리 국민 각 층에 공통하는 중대한 과제라고 할 수 있다. 이에 키요미야는 대표성에 문제가 있다고 생각한 ‘헌법조사회’에 참여하지 않고 ‘헌법문제연구회’ 발기인으로 참여한 것이다. 그는 1945년 메이지헌법 개정 문제를 심의하기 위해 참여한 ‘헌법문제조사위원회’가 그 구성과 활동에 있어서 한계가 있었음을 체험하고는 官이 주도하는 헌법 관련 회의에는 삼간 것으로 보인다.

85) 憲法問題研究会設立についての勧誘状, 1958. 5. 28.

7. 일본공법학회

키요미야는 1962년부터 1969년까지 초대 회장 미야자와에 이어 일본공법학회의 두 번째 회장을 역임한다.⁸⁶⁾ 일본 공법학회는 현재 회원 수 1,200명을 넘는 헌법·행정법 등 공법 분야의 일본 최대 규모의 학회 조직이다. 이 학회는 1948년 3월에 창립하였으며, 미야자와·타나카 지로(田中二郎)·키요미야가 설립을 주도했다.

전전 독일국법학자협회(Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)를 보고 일본에도 이런 학회가 있으면 좋겠다고 생각했지만⁸⁷⁾, 당시 학계를 주도하던 미노베와 사사키 등 선배 학자가 어떤 생각을 하는지 알 수 없었기 때문에 구체적 실천은 하지 못했다. 공법학회 창립 후 원로 교수가 만년에까지 나왔던 것을 보면 전전에 설립하고자 했다면 가능했을 것으로 생각한다. 키요미야는 미노베 선생이 학문에 대한 熟意가 있고, 진보적인 사고방식, 거기에 매우 관용적인 성격의 사람이므로 그러한 것을 구체적으로 가져가서 논의했으면 지지하지 않았을까 생각한다.⁸⁸⁾

공법학회 창립 당시 20명 정도가 학회에 나왔지만, 회원 수가 급속히 늘어나 200명이던 것이 1978년 800명을 넘고 현재는 1,200명을 넘는다. 공법학회 창립으로 공법학 연구는 몰라볼 정도로 다채로워지고, 폭넓어졌으며, 심오해졌다. 또한 그간 개인 연구 중심에서 학자 상호 간 협력과 특히 젊

86) 역대회장: 宮沢俊義(1948~1962), 清宮四郎(1962~1969), 鶴飼信成(1969~1973), 田中二郎(1973~1980), 佐藤功(1980~1986), 芦部信喜(1986~1992), 塩野宏(1992~1998), 樋口陽一(1998~2004), 佐藤幸治(2004~2007), 高橋和之(2007~2010), 小早川光郎(2010~2016), 長谷部恭男(2016~現在)

87) 高田 篤, ドイツ国法学者協会と日本公法学会, 文明と哲学: 日独文化研究所年報(11), 日独文化研究所, 2019.

88) 사사키 소이치는 처음부터 학회 창설에 찬성했고, 학회가 교토에서 개최될 때 출석은 물론이고 강연도 맡았다. 또한 카케이 카즈히코도 학회가 도쿄에서 열렸을 때 거의 매번 참석했다는 것이다.

은 유능한 학자와 중진 교수와의 교류가 활성화되어 연구 성과가 본격적으로 나오게 되었다. 키요미야는 경성제대 시절부터 이미 독일국법학자협회와 같은 학회가 필요하다고 생각했으며, 만약 그런 학회가 전전에 창설되었다면 과거 천황기관설사건에서도 학자들이 한목소리를 내어 저항하는 것도 가능했을 것이라고 한다.

8. 전후 저서와 사망

학자 중에는 다작하는 경우와 저서를 거의 내지 않는 경우가 있는데, 전자가 미노베와 미야자와이고 후자가 경성제대에서 철학을 담당한 타나베 주조(田辺重三)와 국제법을 담당한 소가와 타케오(祖川武夫)이다. 키요미야는 그의 명성과 비교하면 저작이 적은 편으로 후자에 속한다고 할 수 있다.

키요미야는 전후 세 권의 대표적인 저서가 있다. 첫 번째가 『권력분립제 연구』⁸⁹⁾이다. 이 책을 쓰게 된 배경은 자신의 헌법학 연구의 일부이고, 또한 당시 외국에는 권력분립제에 관한 책이 많이 나와 있었으나 일본에는 없었기 때문에 집필했다는 것이다. 이 책은 권력분립에 관한 기초적이고 일반적인 내용을 다룬 것으로, 로크와 몽테스키외의 학설과 제도로서 미국과 프랑스의 제도를 소개한 정도이다. 이후 권력분립제의 학설 원칙과 영국의 문제와 같이 애초에 다루지 못한 학설과 이러한 것들이 일본 헌법과 어떤 관계가 있는지 등을 보완하고자 했으나 결국에는 하지 못했다.⁹⁰⁾

두 번째는 교과서 『헌법요론(憲法要論)』⁹¹⁾이다. 키요미야는 교과서를 비

89) 清宮四郎, 權力分立制の研究, 東京: 有斐閣, 1950.

90) “다만 이 책의 요부를 이루는 제2편의 논술이 주로 제정법의 표면에 나타난 것을 해명하는데 국한되며, 그것도 미국헌법 및 프랑스헌법에 대한 소양이 부족한 저자가 단시일 내에 다 썼기 때문에 별로 깊이가 없이 끝내서 죄송하다. 더욱 연구를 거듭해 이어서 간행할 예정인 제2권에서는 가능한 한 위 결점을 보충하고 싶다”(清宮四郎, 權力分立制の研究, 東京: 有斐閣, 1950. 2頁).

교적 늦게 낸 편이다. 그는 교과서를 집필하기 위해서는 헌법학상의 문제를 논문으로 먼저 쓰고 난 뒤에 해야 한다고 생각했으나, 그 작업을 하는데는 너무 많은 시간이 소요되므로 평생동안 할 수 없다고 생각하게 되어 1952년에 『헌법요론』을 내게 되었다. 나중에 다시 고쳐 쓰겠다고 생각했으나, 책은 한번 쓰고 나면 근본부터 다시 고칠 수 없다는 것을 이때 알게 되었다. 다만 이 책은 이후에 나오는 『憲法 I』⁹²⁾을 쓰는 데 도움이 되었다.

『헌법요론』·『헌법 I』과 같은 교과서를 집필할 때는 우선 체계 전체 구성을 궁리하고, 국내외 문헌을 가능한 한 널리 아우른 다음 자기 생각을 정리해야 한다. 이 작업은 실제로는 매우 힘들고 고된 일이다. 『헌법 I』은 출판사 ‘유비각(有斐閣)’의 ‘법률학전집(法律學全集)’에서 헌법을 두 부분으로 나누어 ‘I’은 통치기구, ‘II’는 인권으로 해서 미야자와와 각각 담당하기로 했다. 그런데 당시 미야자와가 병중에 있던 관계로 자신이 『헌법 I』을 먼저 쓰고 미야자와가 나중에 『헌법 II』를 쓰게 되었다. 책 내용의 통일성을 기하기 위해 미야자와와 상의하지 않고 각자 분담한 부분을 독자적으로 집필했는데, 전집으로는 보기 드물게 책이 많이 판매되어 집필자로서 책임감을 느꼈다고 한다.

이후 그는 사법시험위원, 외교관시험위원, 공무원상급직시험위원 등으로 활동했고, 또 일본학술회의회원, 일본학사원회원을 지냈다. 토호쿠대학 정년 후에는 니혼대학(日本大学), 톿쿄대학(獨協大学)에서 헌법 강의와 연습 과목을 담당하기도 했다.

키요미야는 제자들과의 좌담회가 있는 10년 뒤인 1989년 10월 22일 91세를 일기로 생을 마감했다.

91) 清宮四郎, 憲法要論, 東京 : 法文社, 1952.

92) 清宮四郎, 憲法 I, 東京 : 有斐閣, 1957.

Ⅲ. 키요미야와 그의 헌법학에 관한 기억

키요미야는 구미 유학을 마치고 돌아온 1927년부터 1941년까지 경성제대 교수로 근무하는 동안 소장 공법학자로 의욕적인 연구자의 삶을 살았고, 또한 식민지 조선의 유일한 고등교육기관이었던 경성제대 전체상을 목도한 사람이기도 하다. 이에 식민지 조선의 선택받은 엘리트 조선인 학생이 키요미야와 그의 헌법학을 어떻게 기억하는지 알아보는 것은 키요미야와 그의 헌법학을 이해하는 중요한 소재가 될 것으로 생각된다.⁹³⁾

1. 유진오

문학가이면서 사실상 우리 헌법의 기초자라고 할 수 있는 유진오(俞鎭午, 1906-1987)⁹⁴⁾가 키요미야를 어떻게 기억하는지 살펴볼 필요가 있다. 한국 법학에서 ‘최초’라는 타이틀이 붙는 유진오에게 헌법학 영역도 예외일 수 없는 만큼 경성제대 시절 헌법학과 그 주변에 대한 기억은 키요미야 헌법학을 살펴보는 중요한 요소일 것이다.

키요미야가 경성제대에 헌법·행정법 제2강좌 담당 조교수로 부임한 것은 유진오가 2학년 때인 1927년이었다. 그러나 장차 헌법학자가 되는 유진오가 여러 회고에서 키요미야를 언급한 곳은 보이지 않는다. 유진오가 키요미야나 그의 헌법학을 언급하지 않은 것은 그로부터 특별한 인상을 받지

93) 이에 관하여는 김효전, “淸宮四郎의 경성제국대학 시절”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013. 6. 507-556면에 의존하였으며, 필자가 추가로 파악한 내용을 더 하였다.

94) 김효전, 유진오 『헌법해의』(명세당, 1949, 230쪽), <서평 특집: 한국의 법학 명저>, 법학 제48호, 서울대학교 법학연구소, 2007, 197면. 한편 유진오의 연보 및 저작목록은 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 353-386면 상제.

못했는지, 헌법 수업을 직접 듣지 않았는지, 아니면 애써 외면했는지 알 수 없다.⁹⁵⁾ 이와 달리 키요미야는 수십 년 후까지도 유진오를 아주 우수했던 학생으로 기억했으며⁹⁶⁾, 1966년에 경성제대 졸업생과 한국을 방문했을 때 “유진오 씨 등 제자를 만날 것이 기쁘다”⁹⁷⁾고 말했을 정도로 유진오를 또렷이 기억하고 있었다. 또한, 유진오가 2학년 때 수강한 행정법총론과 행정법각론 중에서 적어도 한 과목은 키요미야에게서 들었을 가능성이 많다는 점에서, 그 둘 사이에 학문적 접촉이 전혀 없었던 것은 아닐 것이다. 이와 관련한 그의 회고를 들어보자.

내가 법이론에 진정한 흥미를 느끼기 시작한 것은 역시 2학년때 행정법 강의에서 「켈젠」의 「법적 단계설」을 소개받았을 때였던 것으로 생각된다. 「켈젠」의 이론은 치밀하고 논리적 철학적이어서 구미에 당겼다. 그리고 보면 3학년때 내가 법리학, 법철학 강의에 한층 더 재미를 붙인 것은 당연한 일이었으나 거기에는 교수가 박식한

95) 학창시절 유진오가 헌법에 그다지 흥미를 느끼지 않은 것은 그가 들었던 마츠오카 슈타로의 헌법 강의가 지적 호기심을 불러일으키지 못했던 것이 아니었나 생각된다. 이에 대해 그는 다음과 같이 회고한다. “헌법은 다른 과목과 달라서 정치학이나 국법학과 법학의 중간쯤 되는 성질을 띠고 있어서 나오서는 흥미를 가지고 공부할 수 있는 과목이었는데 담당교수가 헌법시험에는 교과서(「미노베」(美濃部達吉) 「憲法概要」)를 가지고 와도 좋다 해서 공부를 별로 안 하게 된 것이었다(유진오, 박식한 오다가 교수, 片片夜話 24, 동아일보, 1974.3.28).

96) 京城帝國大學創立50周年記念誌編纂委員會, 『紺碧遙かに』, 東京: 京城帝國大學同窓會, 1974. 722頁.

97) “지난 30일 하오 29명의 「경성제대」 일본인 졸업생들이 관광단의 이름으로 내한, 29일에 온 82명의 경성중학 졸업생들과 함께 일본인들로 공항은 붐비고 있다. 「경성제대」 창설 때부터 교편을 잡았었다는 「기요미야·시로」(67)씨를 단장으로 내한한 이들의 대부분은 법문학부 출신들이다. 『유진오씨 등 제자를 만날 것이 기쁘다』는 「기요미야」씨는 일본에서도 손꼽는 헌법학자라고. 재일교포의 법적 지위 향상을 위한 당면과제의 질문을 받고 『관광객이 무슨 논평이 있겠느냐』고 회피, 한국서 12년간 있었다는 이 노 교수는 「경성제대」를 창설하여 1회 학생들과 학교를 키우기 위해 함께 힘썼던 시절이 가장 인상에 남는다고도 했다.” 중앙일보, 1966. 5. 2.

데다가 구변(口辯)까지 좋았던 것이 또한 작용하였다. 동경제대 법학부를 졸업한 후 다시 경도제대로 가서 철학을 전공하였다는 「오다까」(尾高朝雄) 교수는 학생복을 입은 채로 교단에 섰다. 일본의 재벌 시부사와(渋沢栄一)의 외손자라했다. 그에게 걸리면 난해한 「칸트」의 비판철학도 「리케르트」의 가치철학도 「후셀」의 현상학도 세모꼴이나 일차방정식을 보는 것 같이 간단하게 설명되었다.⁹⁸⁾

그가 2학년 때 수강한 행정법 강의를 언급하면서 켈젠의 법단계설에 매료되었다는 회고에 의할 때 그 강의 담당자가 키요미야였을 것으로 생각된다. 특히 담당 교수가 켈젠의 법단계설을 행정법 시간에 설명했다는 것은 헌법 및 행정법 제2강좌 담당 키요미야였을 가능성이 높다.⁹⁹⁾ 이와 함께 그는 경성제대 조선인 학생들이 학문적으로 하나 같이 추앙했던 오다카 교수에 대해서 언급하고 있다. 여기서 알 수 있듯이 유진오는 자신의 지적 호기심을 불러일으키는 학문적으로 뛰어난 교수에게 흥미를 보였던 것 같다. 그도 그럴 것이 관비유학생 출신의 법학자 유치형(俞致衡, 1877-1933)¹⁰⁰⁾을 아버지로 둔 그에게 법학을 보는 눈이 다른 조선인 학생들과 다르지 않았을까 생각된다.¹⁰¹⁾

키요미야가 경성제대로 온 것은 도쿄제대 시절 스승 미노베의 추천에

98) 유진오, 박식한 오다까 교수, 片片夜話 24, 동아일보, 1974.3.28

99) 이는 키요미야의 회고와 일치한다. 키요미야가 구미유학 후 귀국해서 맡은 강의가 헌법이 아닌 행정법이었으므로 유진오는 그의 행정법강의를 수강한 것이다. 그리고 그는 키요미야라고 밝히지는 않았지만 행정법 강의 시간에 소개된 켈젠의 법단계설이 인상 깊었다고 한다. 가정이지만 마츠오카가 아니라 키요미야가 헌법을 강의하고, 또 그 강의를 유진오가 수강했다면 키요미야에 대한 유진오의 영향이나 평가는 사뭇 달랐을 지도 모른다.

100) 이에 관하여는 유치형, 헌법, 아세아문화사, 1981; 國分典子, 俞致衡과 穂積八東: 한일 초기헌법론의 비교, 法史學研究 제23호, 민속원, 2001. 4; 법학연구소 간행부, 유치형 일기, 법학 제56호, 서울대학교 법학연구소, 1983.12 참조.

101) 이에 관하여는 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 27-35면 참조.

의한 것이었다. 또한 키요미야는 구미유학 중 켈젠에게서 직접 사사하여 켈젠의 『일반국가학』을 번역하고, 자신의 헌법학에 켈젠이론을 적용하기도 하는 등 일본 내 대표적인 켈젠주의자 중의 한 사람으로 평가되었다. 키요미야도 자신의 헌법학에서 두 스승으로 켈젠과 함께 미노베를 이야기할 정도로 그 두 사람에 대한 존경과 그들의 키요미야에 대한 영향은 다대했던 것으로 알려진다. 그렇다면 유진오에 대한 미노베나 켈젠의 영향에는 키요미야도 한몫 담당했던 것이 아닌가 생각된다. 물론 헌법개정의 한계라든가 입법의 한계 등을 언급한 부분에서 키요미야의 직접적인 영향도 군데군데 눈에 띈다. 그러나 어디까지나 단편적인 이야기일 뿐이고, 그의 사상의 핵심에 다다를 정도로 심각하게 받아들이고 있는 것은 아니다.¹⁰²⁾

켈젠은 해방 전후를 불문하고 유진오의 저작 중에서 가장 빈번히 인용되고 있는 인물이다. 그가 켈젠에 대하여 그토록 집요하게 관심을 표하게 된 것은 정성제대 조수시절을 전후로 일어난 일본의 켈젠 붐에서 그 원인을 찾을 수 있다. 1920년대 켈젠 저작물의 번역에서 비롯된 일본의 켈젠 수용은 1931년부터 1936년까지 요코다 키사부로(横田喜三郎)를 위시하여, 키요미야, 구로다 사토루(黒田覺), 오다카, 나카노 토미오(中野登美雄), 미야자와 등 쟁쟁한 소장학자들의 켈젠 연구로 이어짐으로써 그 절정에 이르렀다.¹⁰³⁾ 특히 직접적으로는 앞에서 언급했듯이 유진오의 법문학부 시절 교수였던 오다카와 키요미야의 영향이 컸다. 유진오가 오다카와 키요미야의 그러한 입장을 그대로 받아들였던 것은 아니다. 그러나 그들이 유진오가 켈젠을 이해하고 받아들이는 방식에 영향을 미쳤음은 분명하다.¹⁰⁴⁾ 이에 의할 때 유진오는 키요미야와 오다카를 매개로 당시 독일이나 유럽 공법학

102) 이영록, 위의 책, 40-41면.

103) 山下威士, ハンス・ケルゼンと日本の憲法学 (公法学における人と学説), 公法研究 通号44, 日本公法学会, 1982.10. 96-111頁.

104) 이영록, 앞의 책, 96-97면.

이나 법철학 분야의 최신 이론을 접하는 계기를 마련한 것이 아니었을까 생각된다. 그들로부터 법학을 배우고 서구 법학이론을 접하면서 지적 호기심도 가지게 되었고, 고문 합격에 관심이 없었던 그가 장차 자신도 이름난 법학자로 성장하겠다는 포부를 가지는데 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

2. 이항녕

우리나라 법사상사(法思想史)의 큰 산으로 평가받는¹⁰⁵⁾ 소고(小皐) 이항녕(李恒寧, 1915-2008)¹⁰⁶⁾은 키요미야와 그의 헌법학 강의를 늘릴 만치 또렷이 기억한다. 이항녕이 경성제대 예과 문과 을류에 입학한 것이 1934년 이고, 이후 1937년 법문학부 법학과 제1류에 진학하여 1940년 3월 졸업하였으니, 그는 천황기관설사건 이후 잔뜩 움츠린 키요미야의 경성제대 시절 말기를 함께 보낸 것이 된다.

이항녕이 남긴 기록을 정리한 유고집 『작은 언덕 큰 바람(小皐長風)』¹⁰⁷⁾에는 경성제대 시절 법학과 교수진과 수업에 관한 상세한 증언이 나온다.¹⁰⁸⁾ 그 중 ‘조국(肇國)의 정신과 법률’이라는 제목의 글에서 키요미야를

105) 김창록, 『이항녕의 법사상 I: 식민지 조선의 법학도』, 법사학연구 제49호, 민속원, 2014. 4. 150면.

106) 이항녕의 이력과 저작목록은 “소고 이항녕 선생 연보”, 『작은 언덕 큰 바람(小皐長風) - 소고 이항녕 선생 유고집』(나남, 2012. 497-503); 김창록 위의 논문, 195면 참조.

107) 이항녕, 『작은 언덕 큰 바람(小皐長風) - 소고 이항녕 선생 유고집』, 나남, 2012.

108) 이항녕 위의 책, 39-89면. 한편 이항녕의 경성제대 시절 기억을 도쿄대 이시카와 켄지 교수는 다음과 같이 다음과 같이 밝히고 있다. “소고 이항녕은 2008년 93세로 서거했으며, 그 후 서제에서 학생시대의 노트가 대량으로 발견되었다. 청량리 『예과』 강의노트 세트(오다카 토모(尾高朝雄) 『法制』를 포함하는 거의 완전한 라인업)와 동숭동 법문학부에서 받은 강의 중 특히 『오다카 모임(kreis)』이라고 할 수 있는 제 교수의 강의 노트(오다카 『법철학』, 키요미야 『헌법』 후나다(船田享二) 『羅馬法』, 소가와(祖川武夫) 『국제공법』, 후와(不破武夫) 『형법』)로 되어 있다.

언급하고, 또 당시 일본 헌법학계의 사정도 자세히 적고 있다. 글 첫머리에서 그는 당시 경성제대에서 헌법을 담당한 교수가 키요미야였고, 그가 켈젠학과에 속했으며 켈젠의 『일반국가학』을 번역했다고 소개한다. 이항녕이 경성제대에 재학할 때 키요미야는 켈젠에 사사 후 경성제대에 부임하여 스승 미노베의 천황기관설사건으로 고초를 겪는 한편 일반국가학 번역의 막바지 작업을 하고 있었다. 조선총독부 재외연구원으로 구미, 특히 오스트리아 빈대학의 켈젠 문하에서 공법학을 공부하고 돌아와서 연구와 번역에 몰두할 때였기 때문에 수업시간에 켈젠과 그의 헌법학에 관한 얘기를 자주 했을 것으로 생각된다.

그리고 그는 당시 일본 헌법학계 상황을 자세히 알려준다. 도쿄제대의 미노베는 헌법학의 태두(泰斗)이고, 그의 『헌법촬요』는 헌법학 고전에 속한다는 것이다. 철저한 자유주의자인 미노베가 국가법인설을 주장하면서 천황도 국가의 기관에 불과하다고 하여 대학에서 물러나고 그의 『헌법촬요』¹⁰⁹⁾가 발금(發禁)된 이른바 천황기관설사건을 소개한다. 또한 교토제대 형법 교수 다키가와 유키토키(瀧川幸辰)의 필화 사건¹¹⁰⁾을 소개하면서 군국주의가 한

달필인 이항녕으로서는 빠르게 쓴 것으로, 모두 상당히 빠른 말속도의 강의였다고 상상된다. 특히 열심히 청강한 오다카 강의에 대하여는 모두 훌륭한 노트가 남아있으며, 청량리 시대의 『법제』 노트에서는 경탄할 만한 서술의 상밀함과 객관성이 두드러지는데 대하여, 동승동 시대의 『법철학』 노트는 주관적이고 비판적인 내용으로 바뀌었고, 자신의 입장 확립을 이야기하고 있다. 조선전쟁의 동란에서 헤어나서 93세를 넘은 마지막 순간까지 지켜낸 노트군의 보존 상태는 대단히 양호하다. 자녀 이재후(李載厚) 변호사 및 관리를 맡은 최종고(崔鍾庫) 서울대학교 법과대학 명예교수의 호의로 현물을 참조할 수 있었다. 중심으로 감사의 말씀을 드립니다(石川健治, 『京城』의清宮四郎——『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉・松田利彦 編集), ゆまに書房, 2014, 379頁, 注190).

109) 본고 '주 20' 참조.

110) 만주사변 이래 정부의 사상 통제 하에서 '사법관적화사건'을 시작으로 1933년 하토야마 이치로(鳩山一郎) 문부대신이 그 저서가 적화사상이라고 하여 교토제대 법학부 교수 다키가와 유키토키(瀧川幸辰)를 파면한 사건이다. 동 학부 교수 등과 학생은 대학 자치와 연구의 자유를 주장하여 조직적인 반대운동을 전개했지만

창이던 일본에서 학자 탄압이 있었다는 점을 상기한다. 이런 당시 학계 분위기에서 키요미야의 처신을 단적으로 보여주는 이항녕의 다음과 같은 기억이 있다.

키요미야 교수는 미노베 사건에 떨어져 그랬던지 몰라도 개강 시에 40여 권의 참고문헌을 소개하는 가운데도 미노베 교수의 《헌법찰요》는 넣지 않았다. 그 대신 그의 옛날 저서는 소개했다. 그러나 많은 학생들이 헌책방을 뒤져서 《헌법찰요》를 입수하였다.¹¹¹⁾

1935년 천황기관설사건의 여파가 가시지 않은 때 키요미야의 수업을 들었던 이항녕은 개강 시 소개한 40여 권의 참고문헌 속에 미노베의 『헌법찰요』가 빠져 있는 점을 눈여겨보았다. 그래서 그는 “키요미야 교수는 미노베 사건에 떨어져 그랬던지”라고 적고 있다.

천황기관설사건 이래 일본에서는 ‘국체명징운동(國體明徵運動)’¹¹²⁾이 일어나서 법학계뿐만 아니라 교육계 전반에 걸쳐 천황에 대한 충성심을 강화하는 조치가 취해졌는데, 당시 키요미야의 헌법 강의도 이러한 영향에서 벗어나지 못한 것 같다고 다음과 같이 평가절하했다.

그는 헌법의 규정에는 이른바 선언적(宣言的) 규정과 창설적(創設的) 규정의 두 가지가 있다 하고, 통치권이 일본의 천황에게 있다는 헌

문부 당국의 와해 작전으로 교수단은 면관조와 잔류조로 분열하고, 학생운동에도 경찰·대학 당국의 탄압이 가해지면서 운동은 붕괴했다.

111) 이항녕, 앞의 책, 56면.

112) 천황 중심의 국체 관념을 분명히 하기 위해 1935년 헌법학자 미노베가 주창한 천황기관설을 배격한 군부, 재향군인회, 우익단체 등을 중심하는 한 운동이다. 오카다(岡田啓介) 내각 타도를 위해 야당 政友會도 이에 편승했다. 국회는 국체명징 결의안을 가결하고, 정부는 미노베의 『헌법찰요』 등 세 개의 저서를 발간하고, 국체명징성명을 발표했는데, 이를 통해 군부 정치 지배의 전기를 마련했다.

법 제1조의 규정은 기존의 사실을 선명한 것이라고 역설하였다. 이러한 그의 주장은 법은 사실이 아니라 규범이라고 하는 그가 속한 켈젠학파의 주장과는 상반되는 것으로, 말하자면 소신을 버리고 시류에 영합한 것이라고 생각되나, 그래도 그는 학자적 양심을 살리기 위해서 일본국의 주권이 천황에게 있다는 것은 역사적 사실임이 확실하지만 그러나 일본헌법 제1조는 단순히 이러한 역사적 사실만을 기술한 것이 아니라 장래에 대한 규범적 의미도 내포하는 ‘근본규범’이라고 하여 켈젠의 ‘법단계설’을 유지하려고 하였다. 그때 일본헌법(즉, 메이지헌법)의 본문 앞에 ‘고문’(告文)과 ‘칙어’(勅語)와 ‘상유’(上諭)라는 것이 붙어 있었다. ‘고문’이라는 것은 이 헌법을 발표할 때 천황이 황실의 신령에 고하는 제문(祭文)인데, 그때까지는 법학적으로 무의미한 것이라고 하여 묵살되었었다. 그러나 국체명징운동이 일어나면서 이것이 중요시되어 헌법학의 강의대상이 되었다. 기요미야 교수는 이러한 헌법의 전문가들을 해설하기는 했으나 길게 하지는 않았다.¹¹³⁾

이항녕은 키요미야의 메이지헌법 제1조 해석을 두고 켈젠학파와 상반된 주장으로 시류에 영합했지만, 켈젠의 법단계설에 근거한 해석을 시도한 점에서 학자적 양심을 완전히 버린 것은 아니라고 평가한다.¹¹⁴⁾ 이와 관련해서 히구치 요이치(樋口陽一)는 괴기(怪奇)한 근본규범으로 도피하기를 거부

113) 이항녕, 앞의 책, 56-57면.

114) 김효전 교수는 키요미야의 이런 입장을 신랄하게 비판한 바 있다. “더구나 켈젠의 제자를 자처하는 그가 켈젠 법이론의 핵심인 ‘근본규범’(Grundnorm)을 ‘기본적 통치법인 헌법’과 이것에 근거한 ‘통치의 구체적인 일을 정하는 규범’으로 나뉜다고 설명한 것이라든가, 근본규범에는 일본의 신화가 포함된다든가 하여 곡예를 부린 것은 일본인 관료학자의 한계를 보여주는 것이다. 근본규범은 선형적·논리적으로 전제된 하나의 가설이며 내용이 아니라 효력이 나올 뿐이며 그 내용을 문제 삼을 때 근본규범의 이론은 여지없이 깨어지는 것이다”(김효전, 『경성제대 공법학자들의 빛과 그림자』, 『공법연구』 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013. 3. 290면).

하고 빈의 스승의 논리와 이별하여, 같은 근본규범이라는 용어를 사용하면서도 그의 것은 가설로 전제된 것이 아닌 한 ‘국가의 헌법의 일부’, 아니 ‘가장 중요한 부분으로 실재하는 규범’, ‘조정된 실재의 규범’인 것이 강조된다고 한다.¹¹⁵⁾ 한편 천황이나 국체에 관하여 규정한 헌법 전문(前文)을 해설하기는 했으나 “길게 하지 않았다”라는 그의 표현에서 식민지 제국대학 교수와 학자적 양심의 경계 지점에서 고뇌한 흔적을 전혀 찾을 수 없는 바는 아니다.

이항녕의 키요미야에 대한 회고는 그의 두 스승인 미노베와 켈젠과의 관계 속에서 떠올리는 듯하다. 천황기관설사건에 즈음하여 키요미야의 헌법 수업을 들은 이항녕은 과연 그가 미노베의 제자로서 헌법을 어떻게 해석하는지, 켈젠주의자 키요미야가 켈젠의 헌법이론에 부합하는 해석을 하는지 등에 주목한 것 같다. 이항녕의 회고에서 느껴지는 것은 키요미야가 대법한 사람이 아닌 매사에 조심스러운 언행을 하는 것으로 생각되고, 학문적으로 그를 존경하거나 훌륭하게 생각한 것으로는 보이지 않는다. 그것은 이항녕이 헌법학보다는 그가 흠모한 오다가 토모와 법철학에 많은 관심을 가지던 시기였고¹¹⁶⁾, 또 키요미야는 당시 30대 중반의 소장학자였기 때문에 고문을 준비하던 이항녕에게는 그보다는 그의 스승 세대인 도쿄제대의 미노베나 우에스기 신키치, 교토제대의 사사키 쇼이치, 구로다 사토루, 도호쿠제대의 사토 우시지로(佐藤丑次郎) 등의 헌법 이론과 교과서에 관심을 더 가졌던 것으로 보인다.

미노베의 천황기관설사건과 다카가와사건 후 관련 교수가 물러나고 관련 서적이 발금 처분되는 상황에서 미노베의 제자 키요미야에 대한 조희가 있

115) 樋口陽一, 清宮憲法と宮沢憲法-日本憲法学における私の二師-, 日本學士院紀要 75 卷 2号, 日本學士院, 2021. 107頁.

116) 金昌祿, 尾高朝雄と植民地朝鮮, 『帝國と高等教育 : 東アジアの文脈から』(酒井哲哉·松田利彦 編集), 國際日本文化研究センター, 2013. 3. 64頁.

었다. 이에 관한 이시카와 켄지의 논문을 인용한다.

조선반도에 재직하는 헌법학자에 대하여도 탁무성(拓務省) 조선부장을 통하여 1개월 늦게 조회가 있고, 키요미야는 사직을 결의하는데 이르렀다. 그러나 우가키 카즈시게(宇垣一成) 총독의 뜻을 명심한 조선총독부가 신속하게 움직여 난을 피할 수 있게 되었다. 우가키 총독 퇴임까지 1년여 간 제국 전체에서 여기 성대(城大)에만 「학문의 자유」가 존속한 것이다. 불안 중에 키요미야의 학문 활동은 계속 되어, 요코타 키사부로(横田喜三郎)가 찬양(贊仰)한 「경성학과」의 기적이 현출되었다.¹¹⁷⁾

여기서 알 수 있듯이 키요미야는 천황기관설사건 이후 일본 정부의 학문 탄압에서 비켜났다. 이는 경성제대가 본국 일본에서 떨어져 학문의 자유까지는 아니라도 일본 정부의 주목을 덜 받은 것이 이유가 될 수 있다. 이처럼 군국주의가 한창일 때 30대 중반의 소장학자 그것도 천황기관설사건의 주인공인 미노베의 제자가 수업시간에 메이지헌법을 달리 해석한다는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 이항녕의 말대로 시류에 영합한 교수였으나, 한편으로는 식민지 일본인 교수로서 학자적 양심과 제국의 길을 충실히 따른 관료 학자로서 고뇌한 흔적을 전혀 볼 수 없는 바는 아니다.

3. 박일경

키요미야의 헌법 책을 자신의 교과서에 직접 인용한 사람으로는 경성제대 출신의 박일경(朴一慶, 1920-1994) 교수를 들 수 있다.¹¹⁸⁾ 그는 1937년

117) 石川健治, 「京城」の清宮四郎——『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉・松田利彦 編集), ゆまに書房, 2014, 358頁.

118) 박일경이 1959년 출간한 『憲法要論』(進明文化社) 「참고문헌」에 키요미야 시로의

경성제대 예과에 입학하여 3년간 공부한 후 1940년 법문학부 법학과에 진학하여 재학 중인 1942년 고문시험 행정과에 합격한 뒤 동년 9월에 졸업한다. 키요미야가 1941년 9월에 토호쿠제대로 옮기기 때문에 박일경은 키요미야의 경성제대에서의 마지막 강의를 들은 셈이 된다.

박일경은 자신이 법학을 공부하게 된 동기와 경성제대 시절 스승에 대한 추억을 『감벽(紺碧)』지에 다음과 같이 적었다.

나는 소학·중학 시대부터 산술·수학과 역사를 좋아해서 중학 3년이나 4년 때에는 장래 위대한 수학자나 사학자가 되는 것이 꿈이었다. … 법학에 관해서는 예과시대에 오다가 토모오(尾高朝雄) 교수의 명강의에 참으로 감명을 받았는데, 법학이 논리를 존중하는 것이 수학과 유사했기 때문이었는지 법학이 곧 좋아졌다. … 내가 지금까지 밥을 먹고 있는 헌법은 키요미야 시로(清宮四郎) 교수 담당이었다. 선생을 통하여 ‘켈젠’의 순수법학·법단계설 등 지금도 도움이 되는 지식을 얻었지만 제국헌법 당시에는 민주헌법의 진상을 파악할 수는 없었다. 이제 나는 헌법전문공이라는 것이 되었지만 당시 대학교수가 될 전도를 예측하였더라면 더욱 이론적으로 헌법을 공부하고 외국어도 영어·독어 외에 불어도 마스터해 두었더라면 좋았을 것이라고 후회해도 소용이 없다.¹¹⁹⁾

박일경은 키요미야에게서 켈젠의 ‘순수법학’, ‘법단계설’ 등의 헌법이론을 배운 것이 도움이 되었다고 하면서도, 그가 배운 당시 헌법이 메이저헌법이었기 때문에 “민주헌법의 진상을 파악할 수 없었다”고 한다. 이 얘기가 경성제대에서 키요미야의 강의를 들으면서 생각한 것인지, 아니면 경성

『憲法要論』을 기재하고 있는데, 공교롭게도 두 책의 제목이 같다.

119) 朴一慶, 「法學とわたくし- 諸先生方の思い出など」, 京城帝國大學・京城帝國大學豫科同窓會, 『紺碧』第106號, 1990, 2頁.

제대를 졸업하고 한참 뒤 그 시절을 회상하면서 키요미야의 헌법 강의를 재평가하면서 생각한 것인지 알 수 없으나, 여하튼 이 짚막한 얘기 속에서 그 시절 헌법학의 상황과 키요미야 강의의 한계를 엿볼 수 있다.

박일경이 키요미야로부터 헌법학 수업을 들었을 때는 스승 미노베의 천황기관설사건 이후 연구와 강의에 매우 조심스러운 상황이었기 때문에 미노베의 헌법 책이나 그의 헌법이론을 대놓고 강의할 수 없었다. 그래서 메이지헌법을 충실히 강의했을 가능성이 컸다. 또 이때는 키요미야가 재외연구원으로 빈대학에서 켈젠에 사사한 후 그의 일반국가학을 번역하는 등 켈젠의 헌법이론을 집중적으로 공부하던 시절이기도 했다. 당시 미노베 주변에 대한 감시가 심해졌기 때문에 그는 오히려 순수한 헌법이론을 연구하는데 진력했을 가능성이 컸으며, 그래서 그 시절 순수법학이나 법단체설 등 켈젠의 헌법이론에 대한 키요미야의 강의를 도움이 되었다는 박일경의 이 짚막한 회고는 신빙성이 매우 높은 증언이라고 할 수 있다.¹²⁰⁾ 이렇게 볼 때 박일경이 해방 후 일생의 전공으로 헌법학을 택하는 데 있어서 경성제대 시절 키요미야와의 만남은 결코 우연한 일이 아니다.

박일경 교수가 헌법학을 전공하게 된 이유도 평소 헌법에 관한 관심이거나 재능과 같은 것보다는 당시 대학의 사정이나 국내 상황과 관련 있었던 것 같다. 그는 다음과 같이 헌법학 전공 배경을 술회하였다.

사실은 대학 다닐 때에는 민법을 제일 좋아했지요. 그런데 8·15 해방 후 대학교수가 되어서 후진들을 양성해 보겠다는 생각을 하었는데 그때 마침 대구대학이 새로 생겨서 민법을 할려고 하니 아무래도

120) 키요미야 헌법학의 특징으로 헌법정치 현실에 대한 관여보다 순수한 헌법이론에 충실한 점을 들 수 있고, 이에 그가 일본 헌법학의 표준적 학설을 정립한 것으로 평가받는 것은 스승 미노베의 천황기관설 사건과 켈젠의 순수법학의 영향, 그리고 식민지 조선(제국대학)이라는 공간적 상황과 조우하면서 형성된 연구 습관의 결과물이 아닌가 생각된다.

자신이 없었습니다. 그래서 그때까지 우리가 깊이 공부해 보지 못한 헌법을 물론 유진오 박사님은 예외였지만, 그 헌법을 새롭게 해 보겠다. 일정시대에 우리가 배운 소위 황국헌법은 학문적인 것이 아니었기 때문에 신분야를 개척한다. 또 우리가 광복이 되었으니 성문헌법을 가져야 할 것이니까 그에 대한 기초공사의 일부를 담당한다는 등의 마음으로 헌법을 택하였지요.¹²¹⁾

박일경은 일제시대에 배운 헌법이 학문적인 것이 아니었기 때문에 새로운 분야를 개척한다는 것과 해방 후 헌법제정 등 우리나라 헌법의 초기 형성에 기여하겠다는 생각으로 헌법을 택했다고 한다. 경성제대 시절 민주헌법의 진상을 알 수 없었다는 것과 같은 맥락으로 일제시대에 배운 황국헌법(皇國憲法)의 학문적 가치를 인정하지 않았다. 키요미야의 헌법 수업과 박일경이 고문을 준비하면서 공부한 당시 헌법 교과서가 제국헌법을 기초로 한 것이었으므로 그러한 평가가 틀리지는 않는다. 여하튼 경성제대 시절 공부한 헌법학이 긍정적이든 부정적이든 그가 헌법학을 전공하는 동기가 되었을 뿐만 아니라 연구와 강의의 토대가 된 것은 분명하다.

박일경과 키요미야의 관계를 추측해 볼 수 있는 또 하나의 관점은 그가 철저한 법실증주의자였다는 것이다.¹²²⁾ 박일경은 자칭 ‘법실증주의자’라고 할 정도로 시종일관 법실증주의에 기반하여 헌법 이론을 전개하였다. 이에 관한 그의 얘기를 들어보자.

사실 나를 19세기 독일식 개념법학법실증주의자라고 하는 사람도 있습니다. 나는 법학의 연구방법을 소위 법리적인 법학적 연구방법이 주가 되어야 하지 않겠느냐 하는 입장에서의 실증법주의자이지요. 19세기 독일의 Anschütz, Thoma, Jellinek 등이 법실증주의자이지요.

121) 박일경·홍정선, 『헌법, 무엇이 문제인가』, 『고시계』 제323호, 1984. 1. 72면.

122) 이에 관하여는 전광석, 앞의 책, 259-267면 참조.

Weimar 공화국이 무너지고 Nazis 독재 후 독일연방공화국이 서니 소위 신자연법론이 대두하고 국민의 기본권에 있어서는 자연권설이 대두하고, 헌법개정의 한계도 인정하게 되지요. 일본도 그러하고 우리나라도 자연법론이 압도적이고 헌법개정의 한계를 인정하는 것이 다수설이니 나는 말하자면 외로이 법실증주의를 지키는 사람입니다(웃음).

왜냐하면 가령 국민의 기본권을 자연권이라 한다면 전제군주주의국 가나 독재주의국의 국민도 그리고 조선시대의 상인 특히 노비들도 사람들인데 자연권론에 의한 천부인권의 자유권이 있어야 할 것이 아닙니까? 어떤 분은 그것은 권리는 있지만 실제로 행사하지 못한다고 합시다만 법상으로 그러한 사람들에게는 권리가 인정되지 않았으니 기본권이 없었던 것이지요. 국민주권의 개념이 민주정치 이념의 하나라는 것은 인정하지만 나의 생각으로 국민주권이란 말은 전체 국민이 주권의 보유자이다라는 이야기인데 나는 그 국민주권 개념이 과연 엄격한 법적 개념이나 또는 그것이 정치적 이념적 개념이나 할 때 전체국민이 하나의 법인격으로서 구성될 수 없는 이상 엄격한 의미에서 권리의 보유자가 될 수 없으니까 국민주권이라 하는 개념은 정치적 개념 내지 이념적 개념이라고 봅니다. 이런 의미에서 나는 법실증주의자이지요. 그렇다고 해서 헌법을 해석하는데 있어서 민주주의적인 이념을 절대 배격하는 것은 아닙니다(웃음).¹²³⁾

박일경은 법실증주의자임을 자인하면서, 기본권 실효적 측면에서 자연권론을 비판하고, 또한 전체 국민이 하나의 법인격으로 구성될 수 없는 이상 전체 국민이 주권의 보유자라는 주장을 부정한다. 이러한 법실증주의 헌법이론에 대하여 김철수 교수는 “해방 전에 일본의 국수주의적 관학교육을 받은 사람들이 법실증주의적 국가우월적인 세계관을 가지는데 대하여, 해

123) 박일경·홍정선, 위의 글, 74-75면.

방 후 대학졸업생들은 기본권 존중을 기본가치로 인정하고 국가는 국민의 기본권 보장을 위하여서만 존재한다는 자연법론에 입각하고 있는 것 같다”고 평가하고 있다.¹²⁴⁾ 김철수 교수의 평가에 대하여 박일경 교수는 “구세대에 속하는 필자로서는 자괴하여 마지않으면서도 김 교수의 이러한 입론은 소위 구세대에 속하는 몇몇 분에 대하여는 『옥석구분』의 혹평이 아닌가 두려워지기도 한다”는 심정을 표현한 바 있다.¹²⁵⁾

박일경 교수로 대표되는 법실증주의 헌법학에 대한 김철수 교수의 비판은 틀리지 않는다. 그의 표현대로 경성제대 키요미야의 헌법 수업은 국수주의적 관학교육이며, 이는 법실증주의 헌법학의 범위를 벗어나지 않은 것이다. 굳이 따지자면 박일경 교수의 헌법학은 켈젠의 규범주의 헌법학보다는 옐리네크의 신칸트파헌법학에 가깝다고 할 수 있으며, 이는 미노베의 헌법학 범주에 있는 것이다. 즉 옐리네크의 국가양면성설, 학제적 국가학론, 사실의 규범력 등을 수용하여 헌법론을 전개하고 있다. 이와 관련한 한태연 교수의 얘기를 인용한다.

저와 같이 전문위원으로 들어간 박일경 교수는 그 당시 법제처 제1국장이었고, 서울대 문리대에서 강의를 하고 있었어요. 아주 수재이고 우수한 사람이었어요. 그렇지만 그 당시 공무원이다보니 헌법이론에 대한 깊이는 없었어요. 학문적으로는 시종일관 옐리네크 이론이었어요.¹²⁶⁾

이러한 논의에 의할 때 키요미야가 박일경 교수에게 미친 영향은 분명한 것으로 보인다. 그가 직접 밝혔듯이 키요미야가 수업시간에 소개한 켈

124) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019. 41-42면.

125) 대학신문, 서울대학교, 1969년 5월 26일자.

126) 이병규, 제2공화국 헌법의 성립과 좌절, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2003. 144면.

젠의 헌법이론에 도움을 받았고, 또한 키요미야가 가르친 메이지헌법과 헌법해석 그리고 당시 일본학계의 주류였던 미노베의 헌법학과 엘리네크의 헌법학이 박일경 교수에게 영향을 미쳤다. 결국 박일경 교수는 경성제대 시절 키요미야의 헌법 수업을 통해 켈젠, 엘리네크, 미노베 등 당대의 주류 헌법학을 섭렵하고, 그때 형성된 헌법관은 동시대의 다른 헌법학자들과 달리 마지막까지 유지되었다고 할 수 있다. 이와 관련한 문홍주 교수의 이야기와 박일경 교수 사망 소식이 실린 신문기사 일부를 인용한다.

건국 초 우리나라 헌법이 제정되고 난 후 헌법학 교과서를 집필할 때부터 독일의 법실증주의학파의 영향을 많이 받은 분으로서 30여년이 지난 오늘날까지 그분의 헌법학 태도는 변함이 없다. 그리하여 어떤 곳에는 우리나라 헌법학자 중에서도 유일하게 자기 학설을 고집하고 있기도 한다. 절개를 존중하는 학자의 고집이라고도 할까.¹²⁷⁾

6일 별세한 박일경 전 문교부장관은 제헌때부터 6공화국에 이르기까지 헌법 교과서를 매번 거르지 않고 저술한 실증주의 헌법학자였다. 50년대 일본 학계의 영향을 받은 실증주의 헌법학에서 국내 최고의 권위를 인정받아 왔으나 최근에는 자연법론이 우세해지면서 소수 이론가의 위치에 머물렀다.¹²⁸⁾

127) 문홍주, 『頌壽의 詞』, 『울강 박일경 박사 화갑기념 공법논총』, 크리스찬 신문사, 1980.

128) “법체계 확립 힘쓴 헌법학자, 별세한 박일경 전 문교장관”, 동아일보, 1994. 9. 7.

4. 한태연

와세다대 법학과를 졸업한 한태연(韓泰淵, 1916-2010)¹²⁹⁾ 교수가 키요미야의 수업을 들었을 리는 만무하고, 또한 그로부터 직접적인 영향을 받지도 않았을 것이다. 그러나 그는 일제시대 본국 일본에서 대학을 다니면서 일본인 교수의 수업을 듣고, 또 고문시험을 준비하면서 조선에서 경험할 수 없었던 일본 공법학계를 좀 더 자세히 볼 기회가 있었다. 한태연 교수는 2002년 노구를 이끌고 한국헌법학회에 와서는 파란만장했던 자신의 헌법학과 그 주변에 관하여 슬회한 바 있다.¹³⁰⁾ 유학시절 일본 공법학계의 사정에 대한 그의 얘기를 들어보자.

그 당시 우리 학생시대의 일본의 지배적인 이론은 게오르그 엘리네크 이론입니다. 그 당시만 해도 우리 학생 때만 해도 지배적인 이론이었어요. 게오르그 엘리네크 이론에서는 국가라고 하는 것은 주권의 주체고 한 개의 법인체다. 천황이고 뭐고 다 국가의 기관이다. 그게 엘리네크의 유명한 이론입니다. 국가의 기능도 이 문제에서 나옵니다. 우리가 흔히 알기는 국가라고 하는 것은 권력, 인민, 영토의 3요

129) 함경북도 영흥 출생, 도쿄동아상업학교 졸업(1938), 고등문관시험 행정과 합격(1943), 와세다대 졸업(1943), 함경북도 지방과 속(1944), 성균관대 조교수(1947), 서울대 법과대학 조교수(1949), 서울대 법과대학 부교수(1960), 내무부장관 고문(1961), 제6대 국회의원(1963), 한국헌법학회 회장(1969), 제9대·10대 국회의원(통일주체국민회의), 서울신문 주필(1973), 유신국민문고보급회 회장(1974), 동아대 대학원 교수(1981), 주요 저서로 헌법학(양문사, 1955), 헌법(위성문화사, 1958), 의원내각제(법문사, 1959), 신헌법(법문사, 1961), 국가재건비상조치법(법문사, 1961), 헌법학(법문사, 1973), 헌법학-근대헌법의 일반이론(법문사, 1983), 헌법과 정치체제(법문사, 1987), 헌법과 국민(고시연구사, 1995), 루돌프 슈타를러 저, 법과 법학의 본질(조선공업문화사출판부, 1950), 한스 켈젠 저, 민주주의의 본질과 가치(음우사, 1958)

130) 한태연, 『한국헌법과 헌법학의 회고』, 『헌법학연구』 제8권 1호, 2003, 2-52면.

소가 합친 것이 국가다. 소위 이것을 요소설이라고 하는데, 게오르크 옐리네크의 소위 사회학적 국가이론의 핵심입니다. 이 국가이론은 보편적인 이론이 아니고 입헌군주제에서 공화제로 넘어가는 중간 단계의 과도적인 단계의 이론입니다. ... 그 당시의 일본은 미노베 박사의 이론인데 그 이론은 일본서는 제일 진보적인 이론이었습니다. 그러자 군부가 들고 일어났습니다. 이 사람 큰일 났다. 천황이 왜 기관이나. 천황이 주권자가 아니냐 해서 미노베 박사는 쫓겨났어요. 감옥까지 갔습니다.¹³¹⁾ 일본 학계에서는 일본 교과서에서는 천황의 지위에 관한 얘기는 빠져버렸어요. 건드릴 수가 없다. 우리 학생시대 미노베 다음의 교수들이 동경제대의 미야자와(宮沢俊義) 교수, 경도제대의 구로다 사토루(黒田覚) 교수, 경성제대의 키요미야 시로 교수가 헌법 교수로 활동하고 있었는데, 이 사람들 당대에 와서는 독일의 공법이론이 홍수처럼 쏟아질 때입니다. 그 가운데에서도 경도대학의 구로다 교수 교과서에서는 그 당시 독일의 칼 슈미트 이론이라던가 스펜트 이론이라던가 헬러의 이론을 자세하게 소개했어요. 학생시대 때 가장 도움 된 교과서가 바로 그 교과서입니다. 솔직히 말씀드리어서 내가 법대서 강의할 때도 구로다 교수의 교과서를 가장 많이 인용했다고 해도 과언이 아닙니다. 구로다 교수만 교과서를 세 권을 냈지 딴 교수들은 교과서를 내지 못했어요.¹³²⁾ 천황의 지위를 설명해 낼 도리가 없어서 낼 수가 없었어요. 그게 우리 시대의 현실이었습니다. 또 나카무라(中村宗雄) 교수¹³³⁾라고 있었는데 키요미야 시로

131) 사실 미노베는 이른바 천황기관설을 주장하여 不敬罪로 피소되어 기소유예처분을 받았으며, 『헌법철학』 등 그의 저서 일부가 발금 처분되었다.

132) 黒田覚, 日本憲法論(上·中), 東京: 弘文堂書房, 1937; 黒田覚講述, 帝國憲法講義案, 京都: 八坂淺次郎, 1936; 黒田覚, ウィン学派の法律学と其の諸問題, 東京: 大鏡閣, 1927.

133) 나카무라 무네오(中村宗雄, 1894-1975), 1917년 와세다대 졸업, 1918년 변호사 등록, 1919년 빈대학 유학, 1923년 와세다대 교수, 1949년 일본학사원 회원, 주저로 『判例民事訴訟研究 第1巻』, 『訴訟法学の体系と訴訟改革理論』, 『経国法制通論』, 『法学通論』 등이 있다.

와 같이 빈 대학의 켈젠의 제자들이었습니다. 키요미야 시로라던가 나카무라라던가 동경제대의 국제법의 요코타 키사부로(横田喜三郎)¹³⁴⁾라던가 이 사람들이 일본에서 켈젠학파의 교수들이었습니다. 학생시대에 일본에서 헌법에 관심을 가진 이유는 나카무라 교수의 순수법학에서부터 관심을 가졌고, 그 다음에 경도대학¹³⁵⁾의 구로다 교수의 헌법이론 거기에 제가 매력을 느꼈습니다. 학생의 입장이니까 그 정도인데요. 헌법보다는 졸업할 때는 법철학에 관심을 가졌습니다. 법철학 교수 와다 고지로(和田小次郎)¹³⁶⁾라는 분이 있는데 일본의 소장 법철학자로 대표적인 학자였습니다. 이 사람 밑에서 지도를 많이 받았는데 그계 대학에서 강의할 때 큰 도움이 됐어요.

일본 공법학계에 관한 한태연 교수의 회고에는 많은 내용이 축약되어 있다. 그 시절 일본 공법학은 엘리네크의 헌법이론이 지배하고 있었고, 이를 수용한 미노베의 헌법이론이 가장 진보적이었다는 것이다. 그리고 미노베를 잇는 소장 학자로 미야자와 토시요시, 구로다 사토루, 키요미야 시로 등이 있다고 한다. 그리고 이들 대부분은 켈젠에 사사한 켈젠주의자들이었다고 하며, 자신도 와세다대 민사법 교수였던 켈젠주의자 나카무라의 영향을 받았다고 얘기한다. 이어서 그는 “천황의 지위를 설명해 낼 도리가 없었다”는 의미심장한 얘기를 한다. 이런 그의 평가는 당시 제국주의 일본이 가진 근본적 한계가 헌법학 상황에 그대로 투영되어 있다는 것을 적나라하게 보여준다. 특히 이는 법실증주의로 대표되는 학자들의 모순점을 드러내

134) 녹취록은 ‘오쿠다 키세’라고 되어 있으나, 당시 도쿄제국대학 교수진에 의하면 ‘요코타 키사부로’인 것으로 판단된다.

135) 녹취록은 ‘경성대학’으로 되어 있으나, 전후 문맥에 의할 때 경도대학의 구로다 사토루 교수를 지칭하는 것으로 판단된다.

136) 와다 고지로(和田小次郎, 1902-1954), 1927년 와세다대 법학부 졸업, 1937년 와세다대 교수에 취임하여 법리학을 강의했다. 일본학술회의 학문·사상의 자유 위원회 위원, 주저로 『法哲学』, 『法と人間』 등이 있으며, 번역서로 델 베키오(Del Vecchio)의 『法哲学原理』가 있다.

는 것이기도 하다.¹³⁷⁾ 이러한 주장은 경성제대 출신의 헌법 교수에게서는 듣기 어려운 얘기이다. 한태연 교수는 일제시대 도쿄에서 대학생활을 하면서 유럽에서 공부하고 돌아온 일본인 헌법 교수의 헌법이론을 경성제대 학생들보다 더 많이 경험했을 가능성이 컸다. 그가 2002년 90이 넘는 나이에 학회에 나와 그 시절 공부하고 경험한 세세한 기억을 술회한 것은 놀라울 정도였다. 한태연 교수가 해방 후 법실증주의 헌법학을 뒤로하고 자연법론에 입각한 헌법학을 본격적으로 소개한 배경에는 이런 와세다대 시절 일본 공법학계의 사정과 그것이 가진 한계를 몸소 느낀 것이 아닌가 생각되며, 그의 수많은 기억 속에 떠올린 또 한 사람의 이름 ‘키요미야’도 그가 옐리네크나 켈젠의 법실증주의 헌법학의 한계를 극복하고 자연법론으로 가는 이론적 배경이 되지 않았나 생각된다.

한태연 교수가 키요미야 헌법학에 대해 짤막하게 언급한 내용을 몇 개 더 소개한다. 필자가 2002년 한태연 교수를 만났을 때 나눴던 대화 일부이다.¹³⁸⁾

137) 이와 관련한 경성제대 졸업생 부완혁의 에피소드를 소개한다. 부완혁이 키요미야의 헌법시간에 일본헌법의 제정권력이 어디서 나온 것이며 그 헌법이 조선에도 통용되느냐고 질문하자, 키요미야는 질문의 뜻을 미리 알고 皇道 정신은 초헌법적인 규범이며 지역·시간·인적 적용상 조선에도 해당된다고 대답했다. 이에 부완혁이 켈젠의 순수법학이론을 인용해서 조선땅에 권력구조는 통용되고 민권주장은 통용 안 되고 있다고 하자 키요미야는 교실에서는 이런 말 해도 좋지만, 밖에 나가서는 안 된다고 했다(김효전, 淸宮四郎의 경성제국대학 시절, 헌법학연구 제 19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.6. 519면 재인용). 부완혁(夫琯赫, 1919-1984)은 서울 출생으로 1936년 경성제1고보를 졸업하고, 1939년 경성제대 예과를 거쳐, 1941년 경성제대 법문학부 법학과를 졸업했다. 재학 중인 1941년 10월 고등문관 시험 행정과에 합격하고, 1942년 경상북도 내무부 지방과 屬을 시작으로, 1944년 경상북도 선산군수로 임명되어 해방될 때까지 재직했다.

138) 이병규, 앞의 논문, 148-149면.

- (이병규) 문흥주 교수님은 경성제국대학 출신으로 재학 중에 키요미야 시로 교수로부터 헌법을 배웠다고 알고 있습니다. 키요미야 교수는 미야자와 토시요시 교수와 함께 전후(戰後) 일본을 대표하는 헌법학자였지요.
- (한태연) 맞아요. 그 사람 밑에서 공부했지요. 키요미야는 오스트리아 빈대학 (Universität Wien) 대학에서 켈젠 밑에서 공부한 켈젠 제자였어요.
- (이병규) 키요미야 시로 교수가 1950년에 출간한 『권력분립제 연구』(權力分立制の研究)라는 책을 읽은 적이 있습니다. 권력분립제도 전반을 체계적으로 잘 소개하고 있는 것 같습니다. 그리고 키요미야 교수는 도쿄제국대학의 미노베 다츠키치의 제자라고 알고 있습니다.
- (한태연) 키요미야가 쓴 『권력분립제 연구』는 좋은 책이에요. 국내뿐만 아니라 일본에서도 일반적으로 읽히는 권력분립에 관한 대표적인 텍스트라고 할 수 있지요. 그런데 그 책도 독일 원서를 많이 참고한 책이에요. 미노베 교수 얘기가 나왔는데, 그분은 아주 훌륭한 학자였어요. 그 당시 국가법인설을 주장했어요. 말하자면 주권이 국가에 있다는 의미로서, 국가 그 자체가 하나의 법인체라는 것입니다. 천황도 국가 밑에 있는 기관에 불과하다는 얘기가 되는 거지요. 미노베 교수는 그 일 때문에 감옥까지 갔어요.

한태연 교수는 키요미야가 오스트리아 빈대학에서 공부한 켈젠의 제자라고 얘기하고 있다. 또한 그의 저작 『권력분립제 연구』를 긍정적으로 평가하면서도 독일 책을 참고하였다는 점을 밝힌다. 특히 그는 키요미야의 스승인 미노베를 학문적으로 높이 평가하고, 또 그의 국가법인설과 그에 얽힌 천황기관설사건을 언급하고 있다. 필자가 키요미야를 직접 거론하면서 그의 헌법학을 물었지만, 한태연 교수는 켈젠의 제자인 점과 그 범주의 헌법학자라는 정도로 평가하고, 그의 대표적 저작물의 가치에 대해서도 크게

인정하지 않는 듯한 느낌을 받았다.

한태연 교수는 경성제대 출신과 달리 일본에서 미노베의 제자로 갖 유학을 다녀온 소장학자 키요미야의 헌법학은 몰랐거나 알았더라도 매력을 느끼지 못했을 것이다. 이미 그는 당대 일본 공법학을 주도하던 미노베나 사사키 소이치, 나카무라, 구로다 등과 같은 헌법학자의 교과서를 섭렵하고 있었고, 그들로부터 수업을 직접 들었다. 특히 구로다는 초기 켈젠의 헌법론과 이별하고 칼 슈미트(Carl Schmitt) 헌법론을 본격적으로 소개하는데, 한태연 교수는 여기에 매력을 느꼈다. 그러니 당시로서는 키요미야 정도의 학자에게 관심을 가질 수 없었을지도 모른다.

5. 문홍주

우리 헌법학의 초기 형성에 기여하고, 특히 미국헌법 전문가로서 미국헌법 연구 분야를 개척한 문홍주(文鴻柱, 1918-2008) 교수¹³⁹⁾도 그의 회고에서 키요미야와 그의 헌법학에 대해 언급한 부분은 찾을 수 없다. 문홍주 교수는 1934년 경성제일고보를 졸업하고 경성제대 예외 문과 을류에 입학한다. 그리고 1937년 예과를 수료하고 1940년에 법학과에 입학한다. 본과에 입학하면서 법학을 전공한 이유를 그는 다음과 같이 술회하였다.

예과 2년을 마치고 학부로 올라갈 때 문학·철학·경제·법학 중에서 나는 법학을 택했다. 그 이유는 예과 2년에 법학통론 강의가 있었는데 오다카 토모(尾高朝雄) 학부 교수가 강의하였다. 그 강의를 워낙 명강 의였기 때문에 나는 오다카 교수에 매료되어 법학을 택하게 되었다.¹⁴⁰⁾

139) 이병규, 해암 문홍주 교수의 생애와 헌법사상, 동당 성낙인총장 퇴임기념논문집 『국가와 헌법 I 헌법총론/정치제도론』, 법문사, 2018 참조.

140) 해암문홍주박사 고회기념논문집간행위원회 편, 教授의 一生 : 海巖文鴻柱博士 古稀

그는 예과에서 본과 진학 시 법철학 교수였던 오다카 토모의 법학통론에 매료되어 법학을 택했다고 얘기한다. 이 글에서도 여러 번 나오지만, 당시 조선인 학생들의 오다카 강의에 대한 칭송은 대단했다는 것을 알 수 있다. 생각건대, 대학에서 법학과 철학을 전공한 뒤 켈젠에 사사하였고, 또한 뛰어난 말솜씨로 당대 독일 법이론을 명쾌하게 정리하고 소개하였으니 조선인 학생들을 충분히 매료시킬 만했다고 생각한다. 문홍주는 오다카의 영향도 있었지만, 그보다는 상법을 담당했던 니시하라 칸이치(西原寬一)의 영향을 더 많이 받았다. 그는 니시하라의 연구자로서의 자세뿐만 아니라 인간적인 면모까지도 본보기로 삼은 듯하다.

장래에 대학교수가 되겠다고 생각하고 있던 나로서는 니시하라 교수는 나의 우상이었다. 우리가 존경하는 교수가 몇 분 있었는데 거기에는 우리 나름대로의 기준이 있었다. 첫째는 일본인 교수밖에 없었던 당시에 있어서 교수가 절대로 민족 차별을 하지 않아야 했다. 그 다음에 대학교수가 되고 싶어 했던 그 당시이니만큼 교수가 학문에만 전념하는 분이어야 했다. 그런 점에서 니시하라 교수는 내가 존경하는 교수로서 충분한 조건을 갖추고 있었다.

니시하라와의 사제관계는 다른 일화에서도 확인된다. 니시하라는 문홍주가 만주중앙은행에 취직한 것을 뒤늦게 알고는 대노하면서 조수를 시키지 못한 것을 아쉬워했다는 것이다. 한편 그는 경성제대의 공법학을 담당했던 키요미야나 우가이 노부시게의 강의는 들었지만, 그들에 대한 언급은 찾을 수 없다.

해방 후 그가 일생의 전공으로 헌법을 하게 된 것도 흥미롭다. 동아대 교수 내정자들이 모여 담당 과목을 정하는 자리에서 그의 전공이 정해진

記念文集, 서울 : 大韓教科書株式會社, 1987. 5면.

것이다. 당시 교수로 내정된 대부분은 현직 변호사나 판검사였다. 그래서 민법, 형법, 소송법 등을 희망하여 한 명씩 담당 과목이 정해져 갔는데 마지막까지 정해지지 않고 있던 과목이 헌법이어서 어쩔 수 없이 자신이 헌법을 맡게 되었다는 것이다. 또 하나, 당시로서는 헌법 과목을 선택할 수 없는 사정이 있었다는 생각이 든다. 메이지헌법은 일제의 패망과 함께 사라질 운명에 놓였고, 그렇다고 조선은 아직 정부 수립 전으로 헌법이 제정되지 않은 상황에서 헌법을 강의한다는 것 자체가 여의치 않았을 것으로 생각된다. 그가 헌법을 선택하고, 황무지와 다름없는 당시 우리나라에서 미국헌법을 국내에 소개하고 학문적 기초를 놓은 것은 놀라운 일이다.

내 헌법 강의는 우리나라 헌법이 제정되기 이전이므로 강의 내용은 주로 민주헌법의 기초이론을 중심으로 했다. 세계에서 가장 강한 군주주권의 헌법인 일본헌법에 관한 서적은 거의 참고가 되지 않았다. 그리하여 나는 부산 시내의 헌책 서점을 돌아다니면서 미국헌법에 관한 서적을 몇 권 입수했다. 이 책들은 미군이 보다가 내 판 것이었다. 우리나라가 앞으로 새 헌법을 가지려면 미국헌법의 영향이 클 것으로 생각되었으며 미국헌법을 공부해 두는 것이 꼭 필요할 것이라고 믿었다. 또 부산에는 대학이 하나도 없었고, 동아대학도 신설대학이기 때문에 도서관에도 참고문헌이 있을 리 없었다.¹⁴¹⁾

대학에서의 헌법 강의가 자국 헌법이 제정되지 않은 상황에서 민주주의 헌법의 기본적 이론을 중심으로 이루어졌다는 것을 알 수 있다. 또한 당시 부산 중구 보수동을 중심으로 형성된 헌책방에서 미군에서 흘러나온 미국 헌법 관련 책(그가 기억하기로는 「American Government」라는 책)을 접하고는 권력분립, 기본권 등의 헌법 내용이 나오는 것을 보고 천황제 국가에

141) 해암문홍주박사 고회기념문집간행위원회 편, 앞의 책, 38-39면.

서는 상상할 수 없는 미국 헌법의 정신을 보면서 재미를 느끼게 되었다고 한다.¹⁴²⁾ 그의 미국헌법과의 운명적 만남은 여기서 시작된 것이다. 제헌헌법 이래로 현재까지 우리 헌법이 미국의 대통령제를 정부형태로 채택하여 운용하고 있는 점에서 당시로서 미국헌법의 향후 영향에 대한 그의 예측은 주목할 만하다.

이러한 논의에 의할 때 문홍주 교수는 초기 우리나라 헌법학의 자연법론의 확산에 기여하였다고 할 수 있다. 그의 헌법학은 방법론적·법적 기초는 법실증주의에서 출발하지만, 거기에 그치지 않고 자연법론으로 옮겨가 그 확산에 기여하였다. 당시는 독일 공법학의 절대적인 지배하에 있던 일제시대에 교육을 받아 헌법을 기초하고 이를 해석하는 상황이었기 때문에 한국 헌법학의 초기 법실증주의 헌법학은 당연한 현상일지도 모른다. 예컨대 유진오 박사, 박일정 교수에 의해 그러한 이론들이 그대로 이어졌다. 그러나 문홍주 교수는 해방 직후 미국헌법의 권력분립원리, 연방주의, 그리고 기본권 보호 중심의 헌법 체계를 접하면서, 법실증주의 헌법학의 틀을 벗어날 수 있었다. 그러한 의미에서 문홍주 교수는 종래 법실증주의 헌법학에 비판적인 새로운 조류의 영미의 헌법이론을 소개하고, 이와 함께 자연법론적 헌법학을 확산하는데 기여하였다고 할 수 있다.¹⁴³⁾

이와 함께 그는 초기 헌법학 교과서와 논문을 통하여 입헌주의 경험이 일천한 우리나라에서 생소하기 그지없는 제헌헌법의 기본원리와 기본권 그리고 권력구조에 관한 조문 하나하나를 체계적으로 해석함으로써 우리 헌

142) 문홍주, *나와 대한민국 헌법, 역사와 헌법 시리즈 제2차, 헌법학연구 제8권 제1호*, 한국헌법학회, 2002. 4. 57면.

143) 여기에는 당시 한태연 교수, 강병두 교수, 김기범 교수, 한동섭 교수도 해당할 것이다. 문홍주 교수가 영미헌법상의 기본권을 국내에 소개함으로써 자연법론의 확산에 기여한 면은 있으나, 그렇다고 그를 자연법론자로 보기는 어려울 것이다. 그의 헌법학자로서의 삶이나 공적 생애를 통해서 볼 때 오히려 법실증주의자에 가깝지 않나 생각된다.

법학의 초기 형성에 기여하였다. 예컨대 초창기 헌법 문헌에 등장하는 주권, 통치권, 국가권력, 국가의 권리능력, 국권 등의 용어들의 개념이 제대로 정립되어 있지 않아 혼재되어 사용되는 상황에서 이를 정리하고 바로잡았다. 다만 이러한 초기 그의 헌법학 교과서와 논문에 등장하는 헌법 이론과 개념들은 그의 미국헌법의 초기 연구와 별개로 법실증주의적 영향을 크게 벗어나지 않는 점을 부정할 수 없다.

이상의 초기 헌법학자들의 키요미야에 대한 기억과 달리 그의 영향을 적극적으로 인정하는 경우도 있다. 법조 실무가 중에서 키요미야를 기억하는 사람으로는 법무부장관과 대법원장을 지낸 민복기(閔復基, 1913-2007)로서 그는 자신의 법관으로서의 방향을 결정지은 사람으로 다음과 같이 회상한다.

내 생애의 방향을 결정짓는 법관예의 길이 그 윤곽을 뚜렷이 드러내기 시작한 것은 예과 1학년 때였다. 키요미야(清宮)라는 일인 교수의 헌법강의 시간에 사법권의 독립, 즉 법관의 독립성에 관한 말을 듣고 비로소 나의 눈은 트이기 시작했다. 행정부든 사법부든 공무원하면 의례 윗사람의 지시 명령에 따라 시키는 대로만 하는 것이려니 생각했던 나의 상식을 뒤엎고 만 것이다. 법관은 독자적으로 양심에 의해 판단한다는 일찍이 상상조차 할 수 없었던 새로운 분야를 비로소 발견한 나는 커다란 감명과 함께 스스로 택한 길에 뿌듯한 희열을 느끼기까지 했다. 나의 인생에 결정적인 영향을 끼쳤던 키요미야 교수는 해방 후에도 일본 東北大(仙臺)에서 강의를 맡고 있었다.¹⁴⁴⁾

또한 한상범(韓相範, 1936-2017) 교수도 키요미야의 헌법책이나 미노베의 민주헌법해설서를 보고 헌법을 공부한 얘기를 하고 있으나, 해방 후 우

144) 민복기, 「나의 법관시절(2)」, 『법률신문』, 1981. 8. 24.

리나라에서 헌법이 제정되고 새로운 정부 정치 체제에서도 강단에서는 일본 법학의 영향이 여전히 미치고 있었음을 지적하고 있다.

헌법은 경성제대 교수를 한 기요미야(清宮四郎)나 동경대학의 미노베(美濃部達吉)의 민주헌법해설서를 보았다. 민법은 와가즈마 사카에(我妻榮)의 책 재산법의 일부를 보았다. 형법은 동북대 교수인 기무라 카메지(木村龜二)의 민주주의 바람으로 세뇌된 책이 이해하기 쉬워서 우리 법을 이해하는데 도움이 되었다. 1950년대는 일본의 법률이 그대로 시행되고 있기 때문에 헌법을 제외한 6법은 일본 교과서가 그대로 쓰여 졌다. 일본의 육법전서가 그대로 번역 활용되는 형편이었다. 그런데 강의하는 교강사는 패전 이전의 제국주의 시절의 일본 교과서를 가지고 강의하니 답답했다.¹⁴⁵⁾

IV. 결론: 기요미야와 그의 헌법학이 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향

지금까지 경성제대 공법학 교수를 지낸 기요미야 시로라는 한 인물을 통해 그의 헌법학과 그 주변이 우리 헌법학의 초기 형성에 어떤 영향을 미쳤는지를 초기 헌법학 연구자의 한정된 기억에 의존하여 고찰해보았다.

서두에서 밝힌 바와 같이, 이 글의 목적은 식민지 경성제대, 그리고 일본인 교수를 매개로 우리나라의 초기 헌법학 형성에 그러한 식민지 하에서의 공법학 교육의 경험이 어떤 영향을 미쳤는지 고찰하는 것이었다. 이는 일제강점기라는 한정된 시기와 경성 그리고 경성제대라는 공간을 중심으로 그 시절의 일본을 통한 수입 법학이 우리 헌법학에 어떤 영향을 미쳤고,

145) 한상범 교수 문집 간행위원회, 한상범 교수의 소중한 인연, 행복한 동행, 보명 Books, 2013, 117면.

오늘날 그것이 어떻게 극복되고 있는지를 논의하는 과정의 일환이다. 이는 길게는 구한말 근대입헌주의의 맹아(萌芽)와 함께 우리나라에 서구 헌법이론이 도입되고, 3.1운동 후 임시정부에 의한 임시정부 헌법의 제정과 운용 그리고 해방 후 미군정기를 거쳐 헌법이 제정되고 입헌주의가 본격화되는 우리 헌정사를 잇고 매우는 작업이기도 하다. 그러한 작업의 작은 소재로 경성제대의 일본인 교수를 연구 대상으로 삼은 것이다.

이를 위해서는 기본적으로 키요미야 헌법학의 전체상을 밝히고, 또한 초기 우리나라 헌법학 연구의 상황을 자세히 검토해야만 그 영향을 비롯한 관계가 규명될 것이나, 그러한 작업이 제대로 이루어지지 못한 채 초보적 작업 수준으로 그들의 기억(그것도 주관적 관점에서)을 소재로 그 영향을 아주 미약하게 검토하였다. 그 결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 키요미야와 그의 헌법학은 초기 우리나라 헌법학의 방법론적 기초로 법실증주의의 출발에 영향을 미쳤다. 독일 공법학의 절대적 지배 아래 있던 일본 식민지 통치하에서 법학교육을 받은 인사들이 헌법을 기초하고 해설하였기 때문에 초기 우리 헌법학은 법실증주의에서 출발하였다고 할 수 있다. 독일의 경우 법실증주의의 방법론적 방향은 국가이론, 철학, 역사 그리고 사회학에 대한 객관적 고립화와 국법에 대한 형식논리적인 취급을 그 특징으로 한다. 이러한 엘리네크, 켈젠 등의 법실증주의 및 순수법학이론은 미노베, 키요미야 등을 매개로 유진오, 박일경에 의해 우리 헌법에 수용되었다.

둘째, 1926년 경성제국대학 법문학부의 설치에 식민지 조선에서 학문으로서 법학을 교육할 기반을 마련하였다. 그 이전 법관양성소나 보성전문학교, 그리고 경성법학전문학교 등과는 교수진이나 교육과정, 및 연구 성과에 있어서 현격한 차이를 보였다고 할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 키요미야의 회고에서도 나

146) 우리나라의 근대 법학교육에 대해서는 김효진, 법관양성소와 근대 한국, 2014. 17면 이하; 최종고, 한국법학사, 박영사, 1990, 429면 이하 참조.

타나듯이 당시 경성제대 법문학부 교수진¹⁴⁷⁾의 학풍이나 연구 분위기는 상당했으며, 그것은 번역총서나 논문 등으로 나타났다. 키요미야, 오다카 등을 비롯한 도쿄제대 출신의 교수들은 당시 구미유학 경험이 있는 의욕이 왕성한 신진 학자들로 조선인 학생들에게 학문적 자극을 주기에 충분했다. 식민지 조선에서 나서 당시 유일한 고등교육기관인 경성제대에 입학한 조선인 학생에게 일본에서 나고 자라 구미유학을 하고 돌아온 일본인 교수의 수업은 신세계나 다름없었을 것이다. 특히 그들이 설파한 옐리네크나 켈젠의 공법학 이론은 이전에 경험하지 못한 수용해야 할 것들이었다. 초기 헌법학자의 연구 자산이라면 이것이 대부분이 아니었을까 생각된다.

셋째, 키요미야를 비롯한 경성제대 공법학 교수의 한계는 초기 헌법학 연구자의 한계이기도 하다. 근년 키요미야 헌법학을 재조명하면서 경성제대 시절 키요미야가 내놓은 헌법학 연구가 당시 일본과 조선의 관계를 단순한 식민지 지배와 피지배국의 관계가 아닌 다민족 국가를 염두에 둔 ‘이법역결합(異法域結合)’이나 ‘일국이제도(一國二制度)’, ‘헌법 속의 외국’ 등으로 규정짓거나¹⁴⁸⁾, “천황기관설사건 속에서도 경성제대만은 학문의 자유가 유지되었다”는 등의 회고는 수용하기 어려운 주장이다.

키요미야가 경성에서 몽상한 ‘일국이제도(一國二制度)’ ‘일국다제도(一國多制度)’의 헌법이론은 역사적으로 과거에 속하는 것이 아니라 오히려 2010년대 오늘날, 재판과정에 있는 동아시아질서나 국내질서의 해명에 뜻을 둘 때 새삼스럽게 현실에 대한 촉발력이나 규율력을

147) 경성제대 법문학부 교수진과 교육과정에 대해서는 通堂 あゆみ, 京城帝国大学法文学部の再検討: 法科系学科の組織・人事・学生動向を中心に, 史学雑誌 117 (2), 公益財団法人 史学会, 2008, 65-69頁 참조.

148) 石川健治, 憲法のなかの「外国」, 早稲田大学比較法研究所プロジェクト講演会「日本法の中の外国法」での研究報告, 2011. 11. 36-37頁; 山室信一, 国民帝国日本における異法域の統合と格差, 人文學報 101, 京都大學人文科學研究所, 2011, 64頁以下.

회복할지도 모른다. 오늘날도 여전히 국립 서울대학교 중앙도서관 고문헌자료실에는 ‘법의 법’ ‘통치법의 통치법’ ‘헌법의 헌법’을 추구한 키요미야의 격투 흔적이 생생히 남아 있는 문헌군이 잠들어 있다.¹⁴⁹⁾

생각건대, 그 역시도 대동아공영권의 기치아래 제국주의 일본의 식민지 정책을 충실히 이행한 관학 교수였으며, 설사 경성제대의 조선인 학생들에게는 신문물과 같은 외국 헌법이론을 소개하면서 학문의 자유를 논했는지 몰라도 이는 창밖의 냉혹한 식민지 현실을 도외시한 일일지도 모른다. 또 그가 일제 패망 직전 내놓은 연구 보고서 『외지법서설(外地法序說)』¹⁵⁰⁾은 제국주의 일본이 식민지 통치를 위한 법논리, 즉 식민지에도 메이지 헌법이 적용되는지 등을 본격적으로 연구한 식민지학(植民地學) 연구의 일환이었다. 키요미야를 전전 일본 헌법학의 표준적 학설을 정립한 것으로 평가하고 있으나¹⁵¹⁾, 달리 보면 이는 식민지 조선의 헌법정치 상황에 대한 고뇌나 비판적 사고 없이 자신이 배우고 익힌 법실증주의에 따라 메이지 헌법을 있는 그대로 해석하고 적용한 것에 불과한 연구자라고 볼 수도 있을 것이다. 그러한 의미에서 볼 때 (조심스럽지만) 초기 우리 헌법학의 개척자이자 형성자들 역시도 그 범주를 크게 벗어나지 않는 것이 아닌가 생각된다. 그것이 그들의 성과이자 한계일 것이다. 이에 관한 김철수 교수의 다음과 같은 지적이 있다.

사실 저희는 선생님들께 많은 기대를 하지 않았습니다. 서울법대에는 가장 유명한 선생님들이 계셨지만, 그분들은 일제시대 교과서를 번역해서 강의하셨기에 일본어 교과서를 먼저 읽고 간 우리들에게는 별

149) 石川健治, 上掲論文, 37頁.

150) 清宮四郎, 外地法序說, 東京: 有斐閣, 1944.

151) 樋口陽一, 清宮憲法と宮沢憲法-日本憲法学における私の二師-, 日本學士院紀要 75 卷 2号, 日本學士院, 2021, 103-104頁.

다른 감흥을 주지 못했습니다. 유진오, 박일경, 한태연 선생님이 강의를 하셨지요. 당시 서울대학교 문리과 대학에서 박일경 교수님의 강의는 헌법해석학적인 법실증주의의 경향으로 인하여 이해는 쉬웠습니다. 서울법대에서는 한태연 교수님의 강의는 상당히 현학적이고 화려한 미사여구를 쓰셨습니다. 대신에 강의는 불성실하셨습니다. 수업 30분 후에 들어오시고 30분 전에 나가시고, 세 개 학교를 다니시느라 격주로 수업을 하기도 하셨습니다. 한태연 교수님은 늘 「내 강의는 너희가 졸업한 후에나 이해할 것이고 내 강의는 대학원생을 위한 강의」라는 말씀도 하였습니다. 하지만 일본 헌법학자의 헌법학 책에 나온 내용이 한태연 선생님이 말씀하신 것과 비슷했습니다. 한태연 교수님이 1955년에 『헌법학』 교과서를 쓰셨는데 1930년대 독일이론을 총 집대성한 것으로 자랑스러워하셨지요. 그러나 읽기 어려워서 고시 공부하는 학생들이 읽지 않았고, 1960년대 들어와서 쉽게 바뀌었습니다. 저의 대학 스승은 이런 분들이었습니다.¹⁵²⁾

이에 이후 세대의 헌법학자들은 학문적 고도(孤島) 한국을 벗어나 경유지 일본을 통하지 않고 서구 헌법학을 본격적으로 접하고 주체적으로 수용하고자 했다. 특히 권력구조 일변도의 헌법학 풍조 속에서 전후 독일 헌법학의 인간 존엄성을 중심으로 한 자연권 사상의 도입, 기본권 중심의 헌법체제 구축 등은 이러한 초기 헌법학 연구자의 한계를 극복하고자 한 시도일 것이다.¹⁵³⁾

생각건대, 유진오 교수를 비롯한 초기 헌법학자들은 일제에 의한 한반도의 황폐화와 한국전쟁의 폐허 위에서 헌법의 개척자로서 無에서 有를 창조하는 불굴의 투지를 보여주었고, 그들을 통해 한국 헌법학의 토대가 형성

152) 김철수, “한국헌법학의 회고와 과제”, 『헌법학연구』 제9권 제2호, 한국헌법학회, 2003. 8. 13면.

153) 이병규, 내가 보고 들은 「금량 김철수 교수」와 그의 「헌법학」, 『헌법을 말한다-금량 김철수 선생 90세 기념 및 추모논문집』, 산지니, 2023. 118면.

된 것은 부인할 수 없다. 식민지와 해방 그리고 6.25전쟁 등 제대로 된 법학교육 조차 불가능한 시절에 그 정도의 헌법학 연구가 이루어졌다는 것만으로도 기적에 가깝다고 해야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 여전히 초기 한국 헌법학을 회고할 때마다 마주치는 일본인과 일본법학은 우리가 넘어야 할 과제이다. 1세대 헌법학자들의 입에 오르내리는 일본인 법학자들 중에는 그들의 학문적 영향을 떠나서 그들도 식민지 조선인 학생들에게 일본 제국주의의 찬양과 협력을 강요한 제국주의 지식인이 아니었는지 물어야 할 것이다. 대부분의 초기 헌법학자들은 일제시대, 해방공간, 건국 초기, 산업화시대를 거치면서 연구자로서, 교수로서, 행정관료로서 지낸 지식인이었다. 우리는 그들의 그러한 사적·공적 삶 속에서 일제시대 조선인 지식인으로서의 민족적 양심이나 군사정부 시절 권위주의·독재정부에 저항한 양심적 지식인으로서의 모습이 있었는지도 들여다 볼 필요가 있다.

[국문초록]

이 글은 경성제국대학 공법학 교수를 지낸 ‘키요미야 시로’라는 한 인물을 통해 그의 헌법학과 그 주변이 우리 헌법학의 초기 형성에 어떤 영향을 미쳤는지를 초기 헌법학 연구자의 기억에 의존하여 살펴보았다. 이것은 일제강점기라는 한정된 시기와 경성 그리고 경성제대라는 공간을 중심으로 그 시절의 일본을 통한 수입 법학이 우리 헌법학에 어떤 영향을 미쳤고, 오늘날 그것이 어떻게 극복되고 있는지를 논의하는 과정의 일환이다. 이러한 논의 결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 키요미야와 그의 헌법학은 초기 우리나라 헌법학의 방법론적 기초로 법실증주의의 출발에 영향을 미쳤다. 독일 공법학의 절대적 지배 아래 있던 일본 식민지 통치하에서 법학교육을 받은 인사들이 헌법을 기초하고 해설하였기 때문에 초기 우리 헌법학은 법실증주의에서 출발하였다고 할 수 있다. 특히 옐리네크, 켈젠 등의 법실증주의 및 순수법학이론은 미노베, 키요미야 등을 매개로 유진오, 박일경에 의해 우리 헌법에 그대로 수용되었다.

둘째, 1926년 경성제국대학 법문학부의 설치에 식민지 조선에서 학문으로서 법학을 교육할 기반을 마련하였다. 당시 경성제대 법문학부 교수진의 학풍이나 연구 분위기는 상당했으며, 그것은 번역총서나 논문 등으로 나타났다. 키요미야, 오다카 등을 비롯한 도쿄제대 출신의 교수들은 당시 구미 유학 경험이 있는 의욕이 왕성한 신진 학자들로 조선인 학생들에게 학문적 자극을 주기에 충분했다. 특히 그들이 설파한 옐리네크나 켈젠의 공법학 이론은 이전에 경험하지 못한 수용해야 할 것들이었다. 초기 헌법학자의 연구 자산이라면 이것이 대부분이 아니었을까 생각된다.

셋째, 키요미야를 비롯한 경성제대 공법학 교수의 한계는 초기 헌법학

연구자의 한계이기도 하다. 키요미야를 전전 일본 헌법학의 표준적 학설을 정립한 것으로 평가하지만, 달리 보면 이는 식민지 조선의 헌법정치 상황에 대한 고뇌나 비판적 사고 없이 자신이 배우고 익힌 법실증주의에 따라 메이지 헌법을 있는 그대로 해석하고 적용한 것에 불과한 연구자라고 볼 수도 있을 것이다. 그러한 의미에서 볼 때 초기 우리 헌법학의 개척자이자 형성자들 역시도 그 범주를 크게 벗어나지 않는 것이 아닌가 생각된다.

이에 이후 세대의 헌법학자들은 학문적 고도(孤島) 한국을 벗어나 경유지 일본을 통하지 않고 서구 헌법학을 본격적으로 접하고 주체적으로 수용하고자 했다. 특히 권력구조 일변도의 헌법학 풍조 속에서 전후 독일 헌법학의 인간 존엄성을 중심으로 한 자연권 사상의 도입, 기본권 중심의 헌법 체제 구축 등은 이러한 초기 헌법학 연구자의 한계를 극복하고자 한 시도일 것이다.

초기 헌법학자들은 일제에 의한 한반도의 황폐화와 한국전쟁의 폐허 위에서 헌법의 개척자로서 無에서 有를 창조하는 불굴의 투지를 보여주었고, 그들을 통해 한국 헌법학의 토대가 형성된 것은 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 여전히 초기 한국 헌법학을 회고할 때마다 마주치는 일본인과 일본법학은 우리가 넘어야 할 과제이다.

1세대 헌법학자들의 입에 오르내리는 일본인 법학자들 중에는 그들의 학문적 영향을 떠나서 그들도 식민지 조선인 학생들에게 일본제국주의의 찬양과 협력을 강요한 제국주의 지식인이 아니었는지 물어야 할 것이다. 대부분의 초기 헌법학자들은 일제시대, 해방공간, 건국 초기, 산업화시대를 거치면서 연구자로서, 교수로서, 행정관료로서 지낸 지식인이었다. 우리는 그들의 그러한 사적·공적 삶 속에서 일제시대 조선인 지식인으로서의 민족적 양심이나 군사정부 시절 권위주의·독재정부에 저항한 양심적 지식인으로서의 모습이 있었는지도 들여다 볼 필요가 있다.

헌법논총 제35집(2024)

주제어

한국 헌법학, 일제강점기, 경성제국대학, 키요미야 시로, 초기 형성

<Abstract>

Introductory Discussion on the Early Formation of Korean Constitutional Law

- Focusing on the Influence of Kiyomiya Shiro -

This text investigates, through the memory of early constitutional law scholars, how Kiyomiya Shiro, a professor of law at Keijo Imperial University, and his constitutional law influenced the early formation of Korean constitutional law. The research is focused on a limited period during the Japanese occupation and the spatial context of Keijo (Seoul) and Keijo Imperial University, exploring how imported legal doctrines from Japan during that era influenced Korean constitutional law, and how those influences have been overcome today. The following is a summary of the key findings of these discussions.

First, Kiyomiya and his constitutional law influenced the methodological foundation of early Korean constitutional law by introducing legal positivism. As individuals who received legal education under Japan's colonial rule, which was dominated by German legal science, the early Korean constitutional scholars can be said to have started from a legal positivist perspective. In particular, the legal positivism and pure theory of law from scholars like George Jellinek and Hans Kelsen were directly adopted into Korean constitutional law through intermediaries such as Minobe Tatsukichi and Kiyomiya Shiro, and subsequently by Korean

scholars like Yoo Jin-oh and Park Il-kyung.

Second, the establishment of the Faculty of Law and Literature at Keijo Imperial University in 1926 laid the foundation for teaching law as an academic discipline in colonial Korea. The academic atmosphere and research culture of the faculty at that time were considerable, as demonstrated through various translated works and academic papers. Professors such as Kiyomiya and Ootaka Tomoo, who were graduates of Tokyo Imperial University, were rising scholars with experience studying in the West, and they provided sufficient intellectual stimulation to their Korean students. The legal theories of Jellinek and Kelsen, which these professors taught, were unfamiliar to Korean scholars and were accepted as an important academic resource in early constitutional law research.

Third, the limitations of Kiyomiya and the professors of constitutional law at Keijo Imperial University were also the limitations of early Korean constitutional law scholars. While Kiyomiya is evaluated as having established the standard theory of pre-war Japanese constitutional law, from another perspective, he could be seen as a scholar who, without critical thinking or engagement with the constitutional political situation of colonial Korea, applied and interpreted the Meiji Constitution according to the legal positivism he had learned. In this sense, it can be argued that the early pioneers and founders of Korean constitutional law did not significantly deviate from this category.

After this period, later generations of constitutional scholars sought to escape from the academic isolation of Korea, attempting to engage directly with Western constitutional law without passing through Japan. Particularly, in the wave of post-war German constitutional law, which emphasized

human dignity and natural rights theory, and the construction of a constitutional system centered on fundamental rights, there were efforts to overcome the limitations of the early constitutional law scholars.

The early constitutional law scholars displayed indomitable willpower in creating something out of nothing on the ruins of the Korean peninsula's devastation by Japanese imperialism and the Korean War. Through their efforts, the foundation of Korean constitutional law was undeniably established. Nevertheless, every time we revisit early Korean constitutional law, the presence of Japanese scholars and Japanese legal studies remains a challenge we must overcome.

Among the Japanese legal scholars mentioned by the first generation of Korean constitutional scholars, we must question whether they were not also imperialist intellectuals who, beyond their academic influence, forced Korean students under colonial rule to cooperate with and praise Japanese imperialism. Most of the early Korean constitutional scholars lived through the period of Japanese colonial rule, the liberation, the early days of the Republic, and the era of industrialization, serving as researchers, professors, and government officials. It is necessary for us to examine whether, in their private and public lives, they exhibited the national conscience of Korean intellectuals under Japanese rule or whether they acted as conscientious intellectuals resisting the authoritarianism and dictatorship of the military governments.

Key-words

Korean Constitutional Law, Japanese Colonial Period, Keijo Imperial University, Kiyomiya Shiro, Early Formation

참고문헌

- 강성태, “경성제국대학교(1~14)”, 중앙일보, 1971. 5.5~21.
- 김창록, 『식민지조선과 법사상』, 법사학연구총서 08, 서울: 민속원, 2023.
- _____, “일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구 - 『대일본제국헌법』의 제정에서 『일본국헌법』의 ‘출현’까지 -”, 서울대학교 대학원 법학 박사학위논문, 1994.
- _____, “일본제국주의의 헌법사상과 식민지 조선”, 법사학연구 제14호, 뿌리, 1993.12.
- 김철수, 『한국의 헌법학 연구』, 부산: 산지니, 2019.
- _____, 『헌법질서론』, 수학사, 1963.
- 김효전, “淸宮四郎의 경성제국대학 시절”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.6.
- _____, “경성제대 공법학자들의 빛과 그림자”, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6.
- _____, 『법관양성소와 근대한국』, 소명출판, 2014.
- _____, “유진오, 『헌법해의』(명세당, 1949, 230쪽)”, <서평 특집: 한국의 법학 명저>, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 2007.
- 김효전 편, 『헌법을 말한다 : 금량 김철수 선생 90세 기념 및 추모논문집』, 산지니, 2023.
- 해암문홍주박사 고희기념문집간행위원회 편, 『教授의 一生: 海巖文鴻柱博士 古稀記念文集』, 서울 : 大韓教科書株式會社, 1987.
- 류애림, “경성제국대학 시기의 공법학자 우카이 노부시게”, 아세아연구 제65권 제1호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2022.3.31.
- 미하엘 슈톨라이스 지음 / 이종수 옮김, 『독일 공법의 역사』, 푸른역사, 2022.
- 박지향, 『제국주의: 신화와 현실』, 서울대학교출판부, 2000.
- _____, 『일그러진 근대: 100년 전 영국이 평가한 한국과 일본의 근대성』, 서울: 푸른역사, 2003.

- 鈴木敬夫, 『法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究』, 高大民族文化研究所, 1989.
- 윤해동, 『식민국가와 대청국가: 식민지와 한국 근대의 국가』, 소명출판, 2022.
- 야마무로 신이치 지음/정재정 옮김, 『러일전쟁의 세기 - 연쇄시점으로 보는 일본과 세계 -』, 한림대학교 일본학연구소, 도서출판 소화, 2017.
- 이병규, 『제2공화국 헌법의 성립과 좌절』, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2002.
- 이충우·최종고, 『다시 보는 경성제국대학』, 푸른사상, 2013.
- 이항녕, 『법철학개론』, 박영사, 2004. (제3정판)
- _____, 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風): 소고(小阜) 이항녕(李恒寧) 선생 유고집』, 나남, 2011.
- 이항녕 / 최은영 엮음, 『이항녕 수필선집』, 지식을 만드는 지식, 2017.
- 전광석, 『한국헌법학의 개척자들』, 집현재, 2015.
- 한국정신문화연구원 편, 『내가 겪은 민주와 독재』, 선인, 2001.
- 한상범 교수 문집 간행위원회, 『한상범 교수의 소중한 인연』, 행복한 동행, 보명BOOKS, 2013.
- 鵜飼信成, 清宮教授の「憲法」(1957年), 国家学会雑誌 72卷1號, 国家学会, 東京大学大学院法学政治学研究科 編, 国家学会, 1958.4.
- 京城帝国大学創立五十周年記念誌編集委員会編集, 『紺碧遙かに: 京城帝国大学創立五十周年記念誌』, 東京: 京城帝国大学同窓会, 1974.
- 伊藤博文, 『憲法義解』, 岩波書店, 2019.
- 大石 眞, 『日本憲法史』, 講談社, 2020.
- 江橋 崇, 『日本国憲法のお誕生 - その受容の社会史』, 有斐閣, 2020.
- 石川健治, “憲法のなかの「外国」”, 『日本法の中の外国法 - 基本法の比較法的考察 -』(叢書41), 早稲田大学比較法研究所 編, 2014.
- _____, “「京城」の清宮四郎—『外地法序説』への道”, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉・松田利彦【編】), ゆまに書房, 2014.

헌법논총 제35집(2024)

- 清宮四郎, 『外地法序説』, 東京: 有斐閣, 1944.
- _____, 『憲法学周辺50年-1~5-』, 『法学セミナー』 (290, 292~295), 日本評論社, 1979. 5~9.
- _____, 『私の憲法学の二師・一友』, 『公法研究』 第44號(日本公法学会 編), 1982. 10.
- _____, 『權力分立制の研究』, 東京: 有斐閣, 1950.
- _____, 『憲法要論』, 東京: 法文社, 1952.
- _____, 『憲法 I』, 東京: 有斐閣, 1957.
- 坂野潤治, 『明治憲法史』, 東京: 筑摩書房, 2020.
- _____, 『近代日本とアジア: 明治・思想の実像』, 東京: 筑摩書房, 2013.
- _____, 『近代日本の国家構想: 1871-1936』, 東京: 岩波書店, 2009.
- _____, 『日本憲政史』, 東京: 東京大学出版会, 2008.
- _____. 田原総一郎, 『大日本帝国の民主主義』, 東京: 小学館, 2006.
- 浅野豊美, 『帝国日本の植民地法制: 法域統合と帝国秩序』, 名古屋: 名古屋大学出版会, 2008.
- 長谷部恭男, 『法とは何か』, 河出書房新社, 2015. (増補新)
- 樋口陽一, 『時代と学問と人間と—追想のなかの恩師・知友たち』, 青林書院, 2017.
- _____, 『清宮憲法と宮沢憲法-日本憲法学における私の二師-』, 『日本學士院紀要』 75巻 2号, 日本學士院, 2021.
- 奥平康弘・樋口陽一 編集, 『危機の憲法学』, 弘文堂, 2013.
- 中村哲, 『植民地統治法の基本問題』, 東京: 日本評論社, 1943.
- 美濃部達吉, 『憲法講話』, 東京: 岩波書店, 2018.
- 松田利彦 編, 『植民地帝国日本における知と権力』, 思文閣出版, 2019.
- 久野讓太郎, 『ヴァイマル期ハイデルベルク大学への。日本からの留学状況とその歴史的背景』, 『Bunron. Zeitschrift für literaturwissenschaftliche Japanforschung Heft 8』, (2021).
- 横田喜三郎, 『ケルゼン著、一般国家学(清宮四郎訳、昭和十一年)』, 『法学協会雑誌』 55巻1号, 有斐閣, 1937.1.

인공지능과 법치주의*

Artificial Intelligence and Rule of Law

홍 석 한(Hong, Seok-han)

전남대학교 법학전문대학원 교수

- 목 차 -

I. 서론	191
II. 법치주의의 의의와 내용	193
1. 법치주의의 개념과 취지	193
2. 법치주의의 주요 내용	195
III. 인공지능 활용이 법치주의 실현에 미칠 수 있는 위기 요소	200
1. 인공지능의 개념과 특징	200
2. 인간의 존엄성에 기초한 기본권 보장의 위축 가능성	203
3. 법률유보원칙 및 공권력 작용의 합리성 훼손 위험	206
4. 투명하고 공정한 절차 보장의 한계	211
IV. 인공지능 활용에 대응한 법치주의 실현의 규범적 과제	214
1. 인공지능 활용과 법치주의의 조화 필요성 및 방향	214
2. 인공지능 활용을 위한 법적 근거 명시	216

* 이 논문은 헌법논총 제35집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제35집(2024)

3. 공정성 확보를 위한 제도 정비	218
4. 인간의 필수적인 개입 인정	223
V. 결론	225
* 국문초록 및 주제어	229
* 영문초록 및 주제어	231
* 참고문헌	233

I. 서론

인공지능기술의 발전에 따라 사회 각 분야에서 인공지능을 활용한 업무 영역이 급속히 확대되고 있다. 인공지능은 자율성을 갖고 학습하면서 의사 결정에 필요한 논리를 스스로 찾아내며, 업무 처리에 엄청난 속도와 효율성을 보장한다. 이에 공공부문에서도 입법, 행정, 사법을 불문하고 공적 업무를 수행하는 데 인공지능이 차지하는 역할의 범위가 넓어지고, 그 수준도 높아질 것으로 예상된다. 국가는 인공지능을 활용하여 계속해서 늘어나는 복잡한 과제들을 신속하고 효율적으로 해결할 수 있다. 이로써 다양한 경제적 이득을 누리는 것은 물론 국민의 풍요롭고 편리한 삶, 안전하고 효율적인 사회를 앞당길 수 있다.

다만 최근에는 인공지능의 부작용과 잠재적 위험성을 경계하고 윤리적 사용 및 책임을 강조하는 흐름이 강하게 감지된다.¹⁾ 이미 10년 전에 세계적인 석학 스티븐 호킹 박사는 영국 BBC 방송국과의 인터뷰에서 ‘인공지능의 완전한 발전은 인류의 종말을 불러올 수도 있다.’고 경고하였고,²⁾ 2023년 5월 30일에는 수백 명의 인공지능 전문가와 유명 인사들이 짧고도 강한 어조로 인공지능의 위험을 표현한 성명서³⁾에 서명한 바 있다. 2024

* 본 논문은 저자가 2024 한국공법학자대회(“인공지능과 미래사회, 그리고 공법의 대응”)에서 발표한 발표문의 일부를 수정·보완한 것입니다.

- 1) 인공지능에 관한 규제적 접근의 흐름과 그 시사점에 대해서는 박혜성·김법연·권현영, 인공지능 통제를 위한 규제의 동향과 시사점, 정보법학 제25권 제2호, 한국정보법학회, 2021, 1~35면.
- 2) Rory Cellan-Jones, “Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind”, BBC NEWS 2014년 12월 2일자. (<https://www.bbc.com/news/technology-30290540>) (2024. 7. 17. 접근 가능)
- 3) “인공지능으로 인한 멸종 위험을 완화하는 것은 전염병 및 핵전쟁과 같은 다른 사회적 규모의 위험과 함께 전 세계적인 우선순위가 되어야 한다(Mitigating the risk of extinction from AI should be a global priority alongside other societal-scale risks such as pandemics and nuclear war).” 인공지능 안전센터(Center for AI Safety) 홈페이지

년 5월 21일 유럽이사회가 세계 최초의 인공지능 규제법인 ‘유럽연합 인공지능법(EU AI Act)’⁴⁾을 공식 채택한 것도 이러한 위험성 인식의 연장이라고 할 수 있다.

인공지능의 개발 및 활용에 관한 법적인 규율도 ‘인간을 중심에 둔 지속적인 성장’을 핵심 원리로 삼는 가운데 진흥과 규제를 도모해야 한다. 장밋빛 미래에 대한 확신이나 암울한 결말에 대한 두려움은 모두 새로운 도약의 기회를 망가뜨리는 경솔한 자세이다. 국가의 경쟁력 향상을 비롯하여 인공지능이 창출할 수 있는 많은 이점을 기대하면서도 인류가 쌓아 온 헌법적 가치를 벗어나 개발, 활용되도록 용인할 수 없다는 신념을 가지고, 인공지능 자체가 아니라 인공지능의 오남용, 악용을 경계하는 태도가 필요하다.

국가기관의 인공지능 활용을 규율하려는 경우에 이러한 신념과 태도는 자의적인 권력 행사를 통제하기 위해 수 세기 동안 발전시켜 온 법치주의를 관철하려는 노력과 밀접하게 연결된다. 인간을 위한 헌법원리로서 법치주의의 특별한 위상을 새롭게 되새기고 적용하는 것이다. 인간은 규범을 통하여 획기적인 기술과 함께 펼쳐질 미래의 모습을 스스로 그릴 수 있다. 이러한 믿음을 가지고 인공지능 활용이 법치주의에 미치는 영향을 분석하고 위기 요소를 차단하며, 나아가 법치주의를 한 단계 도약시키기 위한 규율을 준비해야 한다.

이러한 관점에서 본 연구는 국가기관이 인공지능을 활용할 때 법치주의를 실현하기 위해 고려해야 할 규범적 과제를 정리하고자 한다. 법치주의는 인간에 의한 지배를 전제로 한 권력 통제 원리이다. 따라서 인공지능이 고도로 발달하여 공적 업무 수행에서 인간이 배제된 완전히 자동화된 의사

이지 참조.(<https://www.safe.ai/work/statement-on-ai-risk>) (2024. 7. 17. 접근 가능)

4) 동법은 총 13개 장(Chapter) 113개 조문(Article), 13개 부속서(Annex), 180개 전문(Recital)으로 구성되며, 유럽연합 관보(Official Journal)에 게재된 후 20일 이후 발효되어 순차적으로 적용될 예정이다. 유럽연합 인공지능법 홈페이지 참조.(<https://artificialintelligenceact.eu/>) (2024. 7. 17. 접근 가능)

결정과 집행이 가능해진다면, 그 경우에도 전통적인 의미의 법치주의를 유효한 원리로 수용할 수 있을지 의문이 들 수 있다. 다만 본 연구는 인간을 대체하는 수준의 자동화를 배제하지 않으면서도 행정영역을 중심으로 국가 기관이 인공지능을 적용한 디지털 의사결정 시스템을 활용하여 공권력 작용을 하는 상황에 초점을 둔다.

아래에서는 먼저 법치주의의 의의와 주요 내용을 살펴본다(II). 주로 헌법재판소 판례를 통해 확인할 수 있는 법치주의의 개념과 취지, 구성요소를 간략히 정리한다. 다음으로, 인공지능의 특징을 배경으로 하여 인공지능 활용이 법치주의 실현에 미칠 수 있는 부정적 영향을 짚어본다(III). 인공지능의 인간 중심적 발전을 기획하려면 인공지능이 법치주의의 구성요소와 관련하여 어떻게 영향을 미치고 있으며 앞으로 미치게 될 것인지에 대해 위기의 관점에서 추려보는 것이 요긴하다. 이후에는 국가기관이 인공지능을 활용할 때 법치주의를 실현하기 위해 고려해야 할 규범적 과제와 대응 방안을 찾아본다(IV). 인공지능 활용이 법치주의가 추구하는 가치를 달성하는 데 긍정적으로 기능할 수 있는 측면도 아울러 생각해 보면서 법치주의 실현을 위한 규범적 대응의 관점과 구체적인 방안을 제시한다. 마지막으로 이상의 논의를 정리하고 앞으로의 과제를 생각하면서 끝맺는다(V).

II. 법치주의의 의의와 내용

1. 법치주의의 개념과 취지

법치주의는 모든 국가작용이 객관적이고 공정한 법에 따라 이루어질 것을 요구하는 헌법원리이다. 그 구체적인 의미는 다양하게 해석될 수 있어 이를 설명하는 스펙트럼은 상당히 넓다. 다만, 자의적인 권력 행사를 방지

하고 권력의 남용을 최소화함으로써 궁극적으로 국민의 자유와 권리를 보호하기 위한 원리라는 점은 공통된다.⁵⁾ 이를 위해 법치주의는 인간의 지식과 경험, 가치관과 의도에 기초한 주관적 요소를 배제하고 객관적인 지배가 이루어지도록 요청한다. 즉 법치주의는 인간에 대한 불신에 근거하여 인간에 의한 지배가 아니라 객관적이고 합리적인 이성으로서의 법에 의한 지배를 추구하며, 기본권 보장을 위해 권력의 남용과 자의적 행사를 방지하려는 원리라고 할 수 있다.⁶⁾

국가권력을 통제하고 권력남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려면 국가의 모든 작용은 ‘헌법’과 국민의 대표로 구성된 의회의 ‘법률’에 근거해야 하며, 사법적 통제의 대상이 되어야 한다.⁷⁾ 근대의 법치주의가 단순히 법에서 주관적이고 인격적인 요소를 배제하고자 하였다면, 현대의 실질적 법치주의는 나아가 인간의 객관적 정신인 이성과 정의에 의한 지배, 인간의 존엄과 가치를 이상으로 하는 법을 추구한다. 이는 국민의 의사로 여겨지는 헌법의 이념과 가치에 충실한 법, 헌법적 정당성을 가진 법에 의한 지배를 의미하며,⁸⁾ 공권력 작용의 형식적 합법성과 내용적 정당성을 아우른다.⁹⁾

-
- 5) 김현철, 법치주의의 이론과 실제: 최근 한국 헌정의 경험을 중심으로, 국가법연구 제 14집 제3호, 한국국가법학회, 2018, 3~4면.
 - 6) Martin Krygier, What's the Point of the Rule of Law?, *Buffalo Law Review* Vol.67 No.3, 2019, p.746; Monika Zalnieriute et al, From Rule of Law to Statute Drafting: Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making, in: Woodrow Barfield (ed), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge University Press, 2019, p.12. (<https://ssrn.com/abstract=3380072>) (2024. 7. 17. 접근 가능)
 - 7) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 646.
 - 8) 류시조, 법치주의의 전개와 현대적 과제 -법치주의에 있어서 법 인격성 문제를 중심으로-, *비교법학* 제11집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2000, 3~10면.
 - 9) “오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 법치주의를 의미하며 ….” 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 524~525.

국가는 기본권 보장을 최고의 가치로 삼는 가운데 수범자가 분명히 이해하고 신뢰할 수 있는 합헌적 법률에 근거하여 권력을 행사하고, 적법절차를 준수하며 공정한 권리구제제도를 마련함으로써 법치주의를 구체적으로 실현해야 한다.

2. 법치주의의 주요 내용

가. 인간의 존엄성에 기초한 기본권 보장

법치주의는 국가권력을 통제하여 국민의 기본권을 보장하려는 원리이다. 모든 국가작용은 인간의 존엄과 가치를 비롯한 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 데서 나오는 한계를 반드시 지켜야 한다.¹⁰⁾ 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 국가에 모든 국민의 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 할 의무를 부과한다. 국가는 인간을 그 자체 궁극적인 목적이자 최고의 가치로 대우해야 하며, 어떤 경우에도 다른 가치나 목적, 법익을 위한 수단으로 취급하지 않아야 한다.¹¹⁾ 각자의 다양한 특성과 경험을 단순화, 일반화하여 판단하지 말아야 하고, 개인에게 영향을 미치는 공권력 작용의 이유와 근거, 내용을 설명해야 하며,¹²⁾ 당사자가 결정에 이의를 제기하는 등 그 결정이 정당성을 확보하는 데 참여할 수 있도록 일련의 절차적 권리를 보장해야 한다.

법치주의에서 국민은 단순히 국가권력에 의한 지배와 규율의 대상이 아니라 독자적인 권리의 주체이다.¹³⁾ 국가와 국민은 치자와 피치자의 일방적

10) 헌재 2022. 1. 27. 2016헌마364, 판례집 34-1, 36, 44.

11) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 416-417.

12) 국가작용은 분명한 공적 이유에 근거를 두어야 하며, 그 이유를 제시해야 당사자에 대한 존중을 표현하고 대화를 시작할 수 있다. Frederick Schauer, Giving Reasons, *Stanford Law Review* Vol.47 No.4, 1995, p.658.

13) 한수용, 헌법학, 법문사, 2021, 238면.

인 권력관계에 놓이지 않는다. 국가가 개인을 특정한 속성을 공유하는 집단의 일원으로만 다루거나 불투명하고 자의적일 수 있는 결정의 힘없는 대상이 될 것을 강요한다면 인간의 존엄을 근본적으로 훼손한다.¹⁴⁾

나. 법률유보원칙, 명확성원칙과 법적 안정성

법치주의의 핵심은 행정작용은 의회가 제정한 형식적 법률에 근거해야 한다는 법률유보원칙이다. 이는 법을 제정하는 자와 법을 집행하는 자를 분리하는 권력분립을 전제로 하며, 모법에 근거가 없거나 그 위임범위를 벗어난 하위법령을 헌법에 위반되는 것으로 선언한다.¹⁵⁾ 나아가 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역은 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대해 결정해야 한다는 의회유보원칙까지 내포한다.¹⁶⁾ 즉, 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항, 본질적인 내용에 대한 정책 형성 기능은 국민이 선출한 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로 수행해야 한다.¹⁷⁾

법률유보원칙이 실질적으로 기능하려면 명확성원칙이 당연히 전제되어야 한다.¹⁸⁾ 법규범의 의미 내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 하므로 법치주의는 명확성원칙을 요구한다.¹⁹⁾ 명확성원칙은 법령을 명확한 용어로

14) Margot E. Kaminski & Jennifer M. Urban, The Right to Contest AI, Columbia Law Review Vol.121, 2021, pp.1993~1994.

15) 헌재 2023. 2. 23. 2021헌마93, 판례집 35-1상, 281, 295~296.

16) 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6, 판례집 27-1하, 176, 182~183.

17) 헌재 2021. 11. 25. 2017헌마1384등, 판례집 33-2, 643, 655.

18) 한수웅, 앞의 책, 268면.

19) 헌재 2021. 10. 28. 2019헌마288, 판례집 33-2, 475, 491.

규정함으로써 수범자가 그 규제의 내용을 미리 알 수 있도록 공정하게 고지하여 장래의 행동지침을 제공하고, 법 집행자에게는 객관적 판단 지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석 및 집행을 방지하기 위한 것으로서 모든 기본권 제한 입법에 적용된다.²⁰⁾ 기본적으로 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 그 의미를 알 수 있도록 규정하였다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없고,²¹⁾ 법관의 보충적인 가치 판단을 통해서 그 의미 내용을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙을 준수한 것으로 본다.²²⁾ 모든 법률은 행정과 사법에 의한 법적용의 기준으로서 명확해야 하지만 명확성의 수준은 모든 법률에 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 차이가 있을 수 있다.²³⁾

법치주의는 법적 안정성과 신뢰보호를 포함하며, 소급입법을 원칙적으로 금지한다.²⁴⁾ 법적 안정성은 객관적으로는 법질서의 신뢰성과 항구성, 법적 투명성과 법적 평화를 의미하고, 주관적으로는 개인의 신뢰보호원칙을 의미한다.²⁵⁾ 신뢰보호원칙은 국민이 법률적 규율이나 제도가 장래에도 지속할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 자신의 법적 지위를 형성해 왔을 때는 국가가 그러한 국민의 신뢰를 되도록 보호할 것을 요구한다.²⁶⁾ 무엇보다 공권력 작용은 사전에 투명하게 공개된 규범에 따라 행사될 때 법적 안정성과 국민의 신뢰를 보호하고 비로소 정당화될 수 있다.

20) 현재 2010. 10. 28. 2008헌마638, 판례집 22-2하, 216, 228.

21) 현재 2021. 12. 23. 2018헌바435등, 판례집 33-2, 727, 737.

22) 현재 2021. 11. 25. 2019헌바450, 판례집 33-2, 611, 617~618.

23) 현재 2024. 4. 25. 2020헌바364, 공보 331, 650, 652.

24) 현재 2021. 1. 28. 2018헌바88, 판례집 33-1, 20, 29.

25) 현재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 84; 현재 2021. 6. 24. 2018헌바457, 판례집 33-1, 678, 687~688.

26) 현재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 109~110.

다. 비례의 원칙과 자기책임의 원리

법치주의는 국가권력 행사의 목적과 수단의 관계에서 그 수단은 목적을 달성하는 데 필요한 정도에 비례해야 한다는 비례의 원칙을 포함한다.²⁷⁾ 비례의 원칙은 법치주의가 법적 안정성과 동시에 지향하는 구체적 정의의 이념²⁸⁾에서 도출되며, 자의적인 권력 행사를 통제하기 위한 실질적 법치주의를 실현하는 데 필수적인 요소이다. 특히, 입법 작용과 관련하여 비례의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 할 때 준수해야 할 기본원칙으로서 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 의미하는 과잉입법금지원칙으로 적용된다.²⁹⁾ 공권력 작용이 비례의 원칙을 준수하려면 공익과 사익의 비교를 포함하는 합리적인 추론을 거쳐 행사되어야 한다. 이러한 추론은 당연히 정확하고 진실한 정보에 기초하고 그 영향을 받는 개인의 사정에 따라 개별적으로 이루어져야만 합리성과 공정성을 인정받을 수 있다.

법치주의는 자기책임의 원리도 당연히 내포한다.³⁰⁾ 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 자기결정권의 한계, 책임부담의 근거가 된다. 이와 동시에 자기가 결정하지 않거나 결정할 수 없는 것에 대해서는 책임을 지지 않고 책임지는 범위도 자신이 스스로 결정한 결과 또는 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다.³¹⁾

27) 헌재 2023. 2. 23. 2020헌바11등, 판례집 35-1상, 141, 149~150.

28) 헌재 2016. 12. 29. 2016헌바43, 판례집 28-2하, 574, 580.

29) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 878~879.

30) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236등, 판례집 28-2상, 128, 171.

31) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 714~715.

라. 적법절차원칙과 실효적인 권리구제제도

적법절차원칙도 법치주의의 구체적 실현원리의 하나이다.³²⁾ 이는 공권력에 의한 기본권 제한은 반드시 합리적이고 정당한 법률에 근거하여 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서 모든 입법 및 행정작용에 광범위하게 적용된다.³³⁾ 적법절차원칙의 핵심은 국가가 국민의 기본권을 제한할 때는 반드시 당사자가 자신의 입장과 의견을 자유로이 개진할 기회를 보장해야 한다는 것이다.³⁴⁾ 국가는 국민에 대한 불이익한 결정에 앞서 그 내용과 이유를 알려야 하고, 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 통해 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다.³⁵⁾ 적법절차의 보호는 오관을 방지하고 사실에 부합하는 객관적이고 정확한 결정을 하는 데 이바지한다는 점에서 기본적인 가치를 지닌다.³⁶⁾ 또한 당사자에게 그 내용과 이유를 알리고, 절차 참여의 기회를 주는 것은 그가 인간으로서의 존중감을 느끼며, 공권력 작용의 공정성을 신뢰하고 수용하도록 하여 사회 전체의 안정에 이바지한다.

법치주의는 공권력 작용과 관련한 분쟁을 효과적으로 해결하고, 공정한 권리구제를 도모할 수 있는 제도를 갖추도록 요구한다. 이에 무엇보다 사법권 독립과 공정한 재판이 강조된다. 당사자는 사안과 관련한 정보를 최대한 자유롭게 수집하고, 재판에 직접 참석하여 법원과 충분히 소통하면서 모든 증거자료에 대한 조사·진술과 공격·방어를 할 수 있어야 한다. 형사절차의 피의자와 피고인도 단순한 객체가 아니라 절차의 주체로서 무기대등의 원칙을 보장받아야 한다. 또한 분쟁을 해결하는 데 적용한 근거와

32) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바105, 판례집 21-1하, 671, 685.

33) 헌재 2018. 4. 26. 2016헌바454, 판례집 30-1상, 596, 606.

34) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 392.

35) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 610.

36) Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, Yale Law Journal Vol.95 No.3, 1986, p.476.

그 결과가 당사자는 물론 일반 국민에게도 투명하게 공개되어야 한다. 이를 통해 사법절차의 공정성을 확보할 수 있고, 그 결과에 대한 이의제기와 비판을 실질적으로 보장할 수 있다.³⁷⁾ 어떠한 결정에 대해 효과적으로 이의를 제기할 수 있도록 하고 그에 수반되는 절차를 공정하게 보호해야만 의사결정 시스템과 그 내용의 정확성, 공정성, 일관성 등을 보장하여 의사결정의 질을 확보할 수 있다.³⁸⁾ 이를 통해 결정을 위한 재량이 남용되는 데 따른 위험을 완화하고, 결정에 대한 국민의 신뢰도와 수용도를 높일 수 있다.

Ⅲ. 인공지능 활용이 법치주의 실현에 미칠 수 있는 위기 요소

1. 인공지능의 개념과 특징

가. 개념

기술의 발전에 따라 인공지능에 대한 정의도 바뀔 수 있다. 다만, 현재 인공지능은 “주어진 상황에서 올바른 결정을 내리기 위해 지능적으로 행동하는 모든 기계”³⁹⁾ 또는 “인간처럼 행동하거나 지능이 필요한 행동을 할 수 있는 기계”⁴⁰⁾와 같이 단순하게 정의하거나, “현실 세계의 복잡성에 대

37) 백수원, 헌법상 투명성 원칙에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 133~134면.

38) Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, Data-driven decision-making and the ‘Rule of Law’, Tilburg Law School Research Paper, 2018, p.29.

39) Paul Burgess, AI and the RULE OF LAW: The Necessary Evolution of a Concept, Hart Publishing, 2024, p.9.

40) Joint Research Centre, AI Watch Defining Artificial Intelligence, European Commission, 2020, p.7.

한 고려를 포함한 환경에 대한 인식을 토대로, 다양한 데이터를 수집 및 해석하는 정보처리를 통하여, 일정 수준의 자율적 능력을 발휘하여 추론, 학습, 지각, 예측, 계획, 적응 등의 작업을 수행함으로써 특정한 목표를 달성할 수 있는 시스템⁴¹⁾과 같이 상세히 정의할 수 있다.

한편, 인공지능 규제와 관련하여 유럽연합은 물론 전 세계적으로 큰 영향을 미칠 것으로 보이는 ‘유럽연합 인공지능법’은 인공지능 시스템(AI system)에 대해 이는 “부속서 I(Annex I)에 나열된 기술과 접근 방식⁴²⁾ 중 하나 이상을 사용하여 개발된 소프트웨어를 의미하며, 인간이 정한 특정 목표들을 위하여 그들이 상호작용하는 환경에 영향을 미치는 콘텐츠, 예측, 권고, 결정과 같은 출력을 생성할 수 있다.”라고 하여(제3조 제1항) 그 개념과 기능을 구분하여 설명하는 방식을 취한다.

나. 특성 및 장단점

가장 널리 활용되는 인공지능의 형태는 기계 학습(machine learning), 즉 인간의 명시적인 프로그래밍이 아니라 수학적 알고리즘을 통해 데이터를 학습하여 새로운 상황에 대한 결론을 도출하는 응용 프로그램이다. 또한 인공지능 시스템은 지식 모델링 및 표지를 사용하고, 데이터를 활용함으로써 그 상관관계를 계산하여 자율성을 갖고 작동하도록 설계된다. 이에 인공지능은 복잡한 환경에서 사용자의 안내 없이 작업을 수행하는 자율성과 경험을 통해 스스로 학습하여 성능을 계속 향상해 가는 적응성을 가지며, 이러한 점에서 이전의 정보통신기술과 대비된다.⁴³⁾

41) Joint Research Centre, 위의 책, p.8.

42) 부속서 I (a) 딥러닝을 포함한 다양한 방법을 사용하는 지도 학습, 비지도 학습, 강화 학습을 포함한 기계 학습 접근 방식 (b) 지식 표현, 귀납적 (논리) 프로그래밍, 지식 기반, 추론 및 연역적 엔진, (상징) 추론 및 전문가 시스템을 포함한 논리 및 지식 기반 접근 방식 (c) 통계적 접근 방식, 베이지안 추정, 검색 및 최적화 방법

43) Stanley Greenstein, Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence(AI),

국가기관이 인공지능 활용을 확대하는 이유는 과제 수행의 효율성과 정확성, 일관성을 높일 수 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 업무 담당자의 부담을 줄이고 의사결정의 속도를 높여 국민에게 신속하고 간소화된 절차를 제공할 수 있는 것이다.⁴⁵⁾ 하지만 그 한계와 위험성도 분명하다. 오류 가능성,⁴⁶⁾ 편향성에 따른 불합리한 차별 가능성을 내포할 뿐 아니라⁴⁷⁾ 같은 조건에서 서로 다른 결론을 도출하여 불확실성과 일관성 부족을 드러낼 수 있다.

무엇보다 블랙박스 내에서 결정이 이루어지므로 불투명성에 따른 문제가 두드러진다. 알고리즘을 생성한 프로그래머도 그 의사결정 프로세스를 완벽하게 이해할 수 없다. 기술적 조치를 통해 블랙박스 특성을 일부 극복하는 것이 가능할 수 있으나 높은 수준의 전문 지식과 복잡한 절차가 필요하고, 인간은 기계와 다르게 추론하므로 항상 데이터와 알고리즘의 상호작용을 해석하여 유용한 정보를 얻을 수는 없다.⁴⁸⁾ 게다가 알고리즘은 영업 비밀이나 국가기밀로 취급될 수 있기 때문에 기술적 측면 외에 투명성에 관한 제도적 장애도 존재한다.⁴⁹⁾ 이러한 인공지능의 불투명성은 이를 활용한

Artificial Intelligence and Law Vol.30 No.3, 2022, p.299.

44) Christine Chambers Goodman, AI, Can You Hear Me? Promoting Procedural Due Process in Government Use of Artificial Intelligence Technologies, *Richmond Journal of Law and Technology* Vol.28, No.4, 2022, p.2.

45) 이러한 장점은 특히 유사한 작업을 반복해야 하는 일상 업무에서 두드러진다. 김중권, 행정에 인공지능시스템 도입의 공법적 문제점, *법조 제69권 제2호*, 법조협회, 2020, 65면.

46) David Lehr & Paul Ohm, Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning, *UC Davis Law Review* Vol.51, 2017, p.710.

47) 홍석한, 인공지능 활용에 따른 차별에 대한 법적 고찰, *인권법평론 제32호*, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2024, 349~354면.

48) Jenna Burrell, How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms, *Big Data & Society* Vol.3 No.1, 2016, p.4.

49) Wolfgang Hoffmann-Riem, Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation, in: Thomas Wischmeyer & Timo Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, 2020, p.17.

공권력 작용의 공정성을 제대로 평가하기 어렵게 만들고, 책임과 관련하여 근본적인 문제를 발생시켜 유효한 감독과 사법적 통제를 방해한다. 기계 학습 시스템이 더 정교하고 복잡해질수록 이러한 인공지능의 한계와 위험성도 점차 확고해지고 그만큼 국가기관의 인공지능 활용이 법치주의를 위협할 여지도 커질 수 있다.

2. 인간의 존엄성에 기초한 기본권 보장의 위축 가능성

가. 국가와 국민 사이의 권력 불균형 및 일률적 규율의 심화

법치주의는 국가가 법에 따라 권력을 행사하고, 그 합리성과 공정성을 담보하기 위한 제도를 갖추도록 하여 국민의 기본권을 보호한다. 이러한 권력 통제는 구체적으로 헌법과 법률이 국민에게 주관적인 권리를 부여하는 형태로 구현되기도 한다. 국민은 법을 준수하고 공권력 작용에 따르면 서도 부당한 권력 행사에 대해서는 민주적 통제를 위한 권리를 적극적으로 행사함으로써 법치주의의 실현에 참여할 수 있다.

이처럼 국가와 국민의 건전한 관계가 유지되려면 양자의 권력관계가 일종의 균형을 이루어야 한다. 하지만 인공지능은 국가가 국민의 행동을 분석하고 예측하여 통제할 수 있는 능력을 증가시키는 반면, 국민이 국가의 공권력 작용에 대해 충분히 이해하고 문제를 제기할 가능성을 감소시킨다. 기계 학습으로 얻은 지식을 통해 점차 강화되는 규칙과 알고리즘의 복잡한 상호작용은 국가의 공적 의사결정 과정을 불투명하게 만든다. 국가는 막대한 데이터와 인공지능 기술을 이용하여 신속하고 효율적으로 개인에게 영향을 미치는 결정을 하고 공권력을 행사할 수 있으나 개인은 권력을 통제하기 위한 기초적인 자원에 접근하기도 어려워진다.

의사결정의 토대가 되는 규칙의 내용, 작성자, 실행 방식 등이 모호해지

고,⁵⁰⁾ 기계 학습으로 무장한 국가와 그 판단의 대상이 되는 개인 사이에 정보 비대칭이 급격해지면 양자 간의 힘의 균형이 깨지고 개인은 무기력감을 경험하기 쉽다. 정보의 비대칭은 권력의 비대칭으로 이어져 국가와 국민의 관계를 전환하므로,⁵¹⁾ 권력 통제를 통한 기본권 보장은 상당한 타격을 입을 수밖에 없다.⁵²⁾

인공지능은 국적, 성별, 나이, 거주지, 직업, 소득 수준 등 일반적으로 사람을 분류하고 이해하는 데 사용되는 대리 범주(proxy categories)를 통해 개인에 관한 결정을 한다. 각 개인이 갖는 다양한 특성과 경험을 단순화, 일반화하여 추론에 반영하므로 때로는 본질적인 차이를 무시한 채 결정을 내리기 쉽다. 통상 계산이 가능하도록 수치화할 수 있는 지표를 적용하므로 현실의 모든 특성을 반영한 훈련과 그에 기초한 정확한 예측이 어려울 수도 있다. 이러한 조건에서는 인공지능의 예측에 근거한 공권력 작용은 개별적이고 구체적인 고려의 여지를 배제한 채 일률적으로 규율하여 개인의 잠재력 개발과 정체성 확립을 방해하고⁵³⁾ 따라서 침해의 최소성, 책임 주위에 반하여 기본권을 침해할 수 있다. 또한 국민을 개별적인 권리와 의무의 주체로 바라보기보다 전체적인 계산과 분석, 평가와 감시의 대상으로 취급하고, 목적이 아닌 대상으로 삼는 경향이 강화되면서 무릇 인간의 존엄성에 불리한 영향을 미친다.⁵⁴⁾

50) Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, 앞의 논문, p.19.

51) Aziz Z. Huq, Constitutional Rights in the Machine-Learning State, Cornell Law Review Vol.105, 2020, pp.1952~1953.

52) 인공지능 기술의 생산자는 민간 행위자라는 점에서 권력의 균형에 관한 복잡성이 증가한다. 국가권력과 국민에 더하여 인공지능 기술의 생산자인 민간기업도 권력의 균형을 위한 고려에 포함되어야 한다. Stanley Greenstein, 앞의 논문, p.313.

53) Stanley Greenstein, 앞의 논문, p.298.

54) Jerry L. Mashaw, Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, Boston University Law Review Vol.61, 1981, p.897, 901.

나. 법치주의의 도덕적 기반 및 인간의 자율성 파괴

국가가 인공지능을 활용함으로써 완벽하게 자동화된 시스템을 구축하여 법을 철저히 집행하고 빈틈없이 준수하도록 하는 체제를 만든다면 법치주의의 도덕적 기반을 붕괴시킬 수 있다.⁵⁵⁾ 인간의 자율성과 존엄성에 관한 고차원적인 관점에서 볼 때 국가가 기술적·물리적 방식을 사용하여 법을 준수하도록 개인의 행동을 직접적, 강제적으로 조정한다면 법의 규범으로서의 성격을 후퇴시키고, 인간의 자율성과 존엄성 그리고 규범이 입각하고 있는 도덕적 기반을 침식하게 된다.⁵⁶⁾

엄격하고 세밀하게 기술을 적용함으로써 법을 위반할 여지나 그 준수 방법에 대한 선택지를 남기지 않는 규제 방식은 규범의 준수에 관한 개인의 의지와 자유를 사실상 박탈한다. 개인이 자신의 의지에 따라 도덕적 방식으로 행동할 기회를 없애 도덕적 공동체가 성숙하는 데 필요한 조건을 무너뜨린다. 국가가 특정한 행동을 사전에 강제하고 개인의 생각과 행동을 한 방향으로 조종하여 바람직한 상태를 자동으로 만들어 낼 뿐이다.⁵⁷⁾ 이는 법을 집행하는 담당자에게도 마찬가지이다. 인공지능을 활용한 자동 결정이 확대되면 엄밀한 법 집행으로 인간의 행동을 철저히 제약할 뿐 아니라 모든 단계의 행정행위에서 재량을 인정하기 어려워진다.⁵⁸⁾ 인간의 존엄

55) Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, 앞의 논문, pp.41~46.

56) 알고리즘에 의해 형성된 규칙의 적용과 행위조종에서는 관련자가 행위를 선택할 가능성이 없고 처음부터 할 수 있는 것과 할 수 없는 것이 정해지며, 이처럼 알고리즘에 기반한 규칙은 법적 규칙과는 달리 자기집행적이기 때문에 사법메커니즘에 의한 관철도 생겨날 수 없다는 설명으로 김중권, 인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고, 공법연구 제48집 제3호, 한국공법학회, 2020, 299면.

57) 인공지능을 활용한 인간에 대한 프로그래밍, 현대적 형태의 후견주의 출현 위험에 대해서는 홍석한, 민주주의에 대한 인공지능의 위험과 규범적 대응 방안, 헌법학연구 제28권 제1호, 한국헌법학회, 2022, 138면.

58) 김재선, 알고리즘 자동행정결정에 대한 행정법적 해석방안에 관한 연구 -미국 행정

성은 개인이 스스로 올바른 행동을 선택할 수 있어야 한다는 것이고, 이는 곧 잘못된 행동을 선택할 수도 있음을 의미한다고 할 때,⁵⁹⁾ 이와 같은 상황은 비판적이다.

앞으로 국가가 인공지능을 활용하는 영역이 확대되고, 그 수준이 높아질수록 법의 언어는 점차 알고리즘으로 대체되고, 국가와 국민 사이의 법 집행 및 권리 행사에 컴퓨터 접속 장치가 중요한 역할을 하게 될 것이다.⁶⁰⁾ 이로써 국가와 국민 사이에 기본권 보장에 관한 선명한 공감대가 어려워지고, 공권력 작용의 공정성을 확보하기 위한 실효적인 소통의 기반이 무너질 수 있다.

3. 법률유보원칙 및 공권력 작용의 합리성 훼손 위험

가. 행정부의 역할 증대와 인공지능을 활용한 행정입법의 문제

인공지능기술이 빠르게 발전하고 새로운 생활양식과 비즈니스 모델이 끊임없이 출현하면서 합리적인 규율이 더 어려워지고 있다. 기술을 이해하고 그에 따라 발생할 수 있는 문제를 예측하여 적시에 대응하기 까다로울 뿐 아니라 다각적인 경쟁 환경에서 혁신을 저해하지 않기 위한 주의도 필요하기 때문이다. 이러한 상황에서는 적합한 규율의 방향과 강도, 내용에 대한 국회 차원의 민첩한 대응과 합의를 기대하기 어렵다.

법상 입법방안 논의를 중심으로-, 법학논총 제45권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2021, 87면.

59) Roger Brownsword, Code, Control, and Choice: why East is East and West is West, Legal Studies Vol.25 No.1, 2005, p.17.

60) Markku Suksi, On the openness of the digital society: from religion via language to algorithm as the basis for the exercise of public powers, in: Anna-Sara Lind, Jane Reichel & Inger Österdahl (eds.), Transparency in the future: Swedish openness 250 years, Ragulka Press, 2017, p.287.

인공지능을 활용한 공권력 작용을 규율하는 문제도 마찬가지이다. 인공지능 관련 사항은 전문적이고 기술적인 것으로서 신속하고 탄력적으로 대응해야 할 필요가 크고 이에 행정부의 역할이 강조될 수밖에 없다.⁶¹⁾ 이는 권력분립과 의회주의를 실질적으로 구현하고 행정권의 자의적 행사, 재량의 지나친 확대를 방지하려는 법률유보원칙, 포괄위임금지원칙의 취지를 구현하는 데 불리한 조건이다.

특히, 입법권을 인간이 아닌 기계가 행사하도록 하는 것은 의회주의의 관점에서 극단적이고 부당한 것으로 보이는 면이 있다.⁶²⁾ 의회유보를 포함하는 법률유보원칙은 의회의 민주적 정당성과 의사 절차의 투명성에 대한 신뢰에 기초한다.⁶³⁾ 반면, 인공지능에 대해서는 의사 공개의 원칙이나 다수결의 원칙과 같은 의회주의의 정당화 요소를 적용하기 어렵다. 이에 대의제 원리에 따라 입법권을 행사하는 국회가 법률을 제정하면서 어느 범위

61) 홍석한, 사회보장 영역에서 인공지능 활용에 대한 헌법적 고찰, 법학논고 제80집, 경북대학교 법학연구원, 2023, 51면.

62) Cary Coglianese & David Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, *Georgetown Law Journal* Vol.105, 2017, p.1180.

63) “의회민주주의 원리는 국가의 정책결정에 참여할 권한을 국민의 대표기관인 의회에 유보하는 것에 그치지 않고, 의사결정과정의 민주적 정당성까지 요구한다. 절차의 민주성과 공개성이 보장되어야만 민주적 정당성도 획득될 수 있다. 의회민주주의국가에서 의사절차는 공개와 이성적 토론의 원리, 합리적 결정, 다원적 개방성, 즉 토론과 다양한 고려를 통하여 의안의 내용이 변경될 가능성, 다수결의 원리에 따른 의결 등 여러 가지 요소에 의하여 이루어져야 한다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌라6등 참조). 의회민주주의의 기본원리의 하나인 다수결의 원리는 의사형성과정에서 소수파에게 토론에 참가하여 다수파의 견해를 비판하고 반대의견을 밝힐 수 있는 기회를 보장하여 다수파와 소수파가 공개적이고 합리적인 토론을 거쳐 다수의 의사로 결정한다는 데 그 정당성의 근거가 있는 것이다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌라6등 참조). … 국회는 입법절차에서 국민의 의견을 충분히 수렴하고, 의원들 간에 자유롭게 의견을 교환하고 발표하며, 토론과 대화를 통하여 타협하고 설득함으로써 국민이 공감할 수 있는 법률을 만들어야 한다.” 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170, 193.

에서 인공지능에 의존할 수 있는지, 입법권 행사의 자동화가 공개된 토론과 타협, 민주적인 숙의를 신뢰하는 의회유보원칙과 양립할 수 있는지, 그 조건은 무엇인지를 결정하는 것은 복잡하고 민감한 문제이다.⁶⁴⁾

행정부가 법률의 위임에 따라 법규명령, 행정규칙을 제정하고, 이를 구체적으로 집행하는 데 인공지능을 활용할 때도 그 활용의 범위, 수준과 관련하여 마찬가지로 문제가 제기된다. 또한 행정부가 행정입법을 제·개정하기 위해 인공지능을 활용할 때⁶⁵⁾ 그 알고리즘이 상위규범이 담고 있는 위임의 취지와 내용을 정확히 반영할 수 있는지도 문제이다. 알고리즘 설계와 인공지능 시스템 구축은 대체로 민간기업에 의존한다는 점에서 문제는 한층 더 복잡해진다. 이러한 조건에서는 법령의 구체화 및 집행을 위한 판단이 그 취지에 대한 진지한 숙고와 반성보다는 법령을 포괄적으로 실행할 수 있는 기법에 주안점을 두기 쉽다. 그럼에도 데이터의 고차원성, 복잡한 코드와 수시로 조정되는 의사결정 논리가 인공지능의 불투명성, 불확실성을 초래하기 때문에 위임의 한계 준수 여부는 출력을 통해 간접적으로 유추할 수 있을 뿐 검증하기도 어렵다.

나. 알고리즘에 의한 규제의 등장 가능성

인터넷 초기에 소스 코드가 실질적인 규제 기능을 담당하는 것으로 여

64) Monika Zalnieriute et al, 앞의 논문, pp.20~21. 이와 관련하여 국회의 입법과정에서 인공지능은 공익의 ‘발견’에 효율적으로 활용될 수 있으나 공익의 ‘결정’과 관련해서는 역할의 확대를 기대하기 어렵다는 견해로 조원용, 대의제 국회 입법과정에서 인공지능(AI)의 역할: 공익의 ‘발견’과 ‘결정’을 중심으로, 가천법학 제11권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2018, 49~80면.

65) 행정입법에 관한 권한을 인공지능에 위임할 수 있는지에 대해 상당한 정책적 재량판단이 불가피한 법 형성 권한을 인공지능에 부여하는 것은 시기상조일 수 있으나 법률이 행정입법을 위한 인공지능 활용을 허용하는 경우 또는 법률에 근거가 없더라도 행정입법을 보조하기 위한 수단으로 인공지능을 활용하는 것은 가능하다는 견해로 조성규, 인공지능에 기반한 자동화된 행정결정의 행정법적 쟁점, 동북아법연구 제16권 제4호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023, 169면.

겨졌던 것처럼 인공지능사회에서는 알고리즘이 법을 대체하게 될 수 있다.⁶⁶⁾ 정보통신기술이 발달하면서 일찍이 법이 아니라 사회적 자원과 장치의 구조나 설정을 변경하여 인간의 행위를 규제하는 방식이 새롭게 주목받았다. 이에 입법자가 아니라 과학적이고 전문적인 지식과 기술을 가진 기술관료 즉, ‘테크노크라트(technocrat)’ 또는 일선의 아키텍처 설계자가 규제의 내용을 실질적으로 결정하게 될 수 있고, 이는 법치주의를 심각하게 위협한다.⁶⁷⁾

앞으로 국가의 인공지능 활용이 확대되어 알고리즘에 의한 규제가 전면에서 등장한다면 기술관료와 알고리즘 설계자를 중심으로 입법자의 의도를 왜곡하거나 위임의 범위를 벗어난 법 집행 문제가 더욱 두드러질 수 있다.⁶⁸⁾ 극단적으로는 국회의 입법권이 최종적으로 민간기업의 컴퓨터 프로그래머에 의해 구체화되는 광경까지 상정할 수 있고,⁶⁹⁾ 알고리즘 설계자가 입법자의 의도를 오해, 왜곡할 가능성이 커지는 것이다.⁷⁰⁾ 게다가 인공지능은 자율적인 학습을 통해 스스로 규칙을 변경하기 때문에 입법자의 의도는 물론 최초 알고리즘 설계자의 의도와도 다른 새로운 규칙을 만들어 낼 가능성도 제외할 수 없다.⁷¹⁾

수법자가 자신에게 적용될 규범의 내용을 사전에 명확하게 알도록 하여 스스로 의사와 행동을 결정할 수 있게 하는 것은 법치주의의 기본이다. 권

66) Sebastian Rosengrün, Why AI is a Threat to the Rule of Law, Digital Society Vol.1 No.10, 2022, p.5.

67) 아키텍처(architecture) 규제의 의미와 문제점에 대해서는 심우민, 정보통신법제의 최근 입법동향, 언론과 법 제13권 제1호, 한국언론법학회, 2014, 88-91면.

68) 알고리즘 규제의 의미와 문제점에 대해서는 심우민, 인공지능의 발전과 알고리즘의 규제적 속성, 법과 사회 제53권, 법과사회이론학회, 2016, 54-58면.

69) Ryan Calo & Danielle K. Citron, The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy, Emory Law Journal Vol.70, 2021, p.816.

70) Paul Burgess, 앞의 책, p.159.

71) 이와 관련하여 적어도 자동행정결정에 대해서는 알고리즘 변경에 관한 위임을 금지하여 실질적인 인간의 지배를 가능하게 해야 한다는 견해로 김재선, 앞의 논문, 100면.

리와 의무의 기본적인 내용이 형식적인 법에 의하여 미리 알려져야만 자의적인 권력 행사를 방지할 수 있으므로 법치주의는 사전에 접근할 수 있고 충분히 이해할 수 있는 규범 체제를 전제로 한다.⁷²⁾ 그러나 명시된 규범과 이를 이식한 코드가 완벽하게 일치한다는 보장이 없는 한 코드화된 규칙만으로는 이 요건을 갖추기 어렵다. 또한 의도에 의해서든 오해나 부주의에 의해서든 규범의 취지 및 내용과 다른 규칙이 코드에 반영될 수 있으며, 그럼에도 불구하고 규범과 코드의 일치 여부를 파악하기는 어렵다.

다. 인공지능 자체의 한계에 따른 공권력 작용의 합리성 흠결

인공지능 자체의 한계는 더 분명하다. 기계 학습은 정량적 방법과 통계적 방식을 사용하여 현실의 데이터를 처리해 변수 사이의 상관관계를 식별한다. 이처럼 수치화할 수 있는 현존 데이터를 활용한 통계에 기초하여 상관관계를 식별함으로써 개인에 관하여 결정하게 되므로 당사자는 그가 속하게 되는 여러 모둠의 특성을 공유하는 일원으로 다루어지기 쉽다. 현실의 편향성을 재생산하고 평등원칙과 책임주의에 부합하지 않는 잘못된 결론이 나올 수 있는 것이다. 또한 모든 사안에서 경험이나 직관을 배제하고 데이터 세트에서 식별된 두 변수 사이의 상관관계를 통해 판단하는 방식은 오히려 진실과 거리가 먼 결론을 도출할 수 있다.⁷³⁾ 대규모 데이터 세트에서 드러나는 상관관계는 특정한 관점에서는 상당한 통찰력을 보여줄 수 있지만, 다른 관점에서는 단순한 우연의 일치일 수 있고 상관관계가 언제나 인과관계를 의미하는 것은 아니기 때문이다.⁷⁴⁾

72) Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, 앞의 논문, p.29.

73) David Bollier, *The Promise and Peril of Big Data*, The Aspen Institute, 2010, pp.16~19; Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, 앞의 논문, pp.35~38.

74) 예를 들어, 운동화와 체중은 인과관계가 없어 보이지만 운동화를 자주 사는 사람은 운동을 많이 하여 체중 조절을 한다는 주장도 가능하다. 또한 특별히 좋아하는 양말의 색깔과 충돌조절장애 가능성, 직장에 자주 지각하는 부모와 아동학대 가능성은

인공지능은 확실하게 정립된 규범을 단순히 재생하는 수준을 넘어선 판단을 할 수 있다. 바로 이러한 측면에 인공지능을 활용하는 의미가 있지만 데이터를 이용해 스스로 학습하면서 계속 진화하므로 같은 조건에서도 다른 결과를 내놓을 수 있고, 오류로 인해 규범의 취지와 다른 결과를 도출할 수도 있다. 이러한 오류는 인공지능 시스템의 기계적인 결함이나 지표 설정의 잘못은 물론 인공지능이 훈련하고 작업을 수행하는 핵심 자료인 데이터가 정확하지 않거나 대표성이 부족한 경우, 편향성과 노이즈 데이터(noisy data)가 포함되는 경우 등 매우 다양한 이유로 발생한다. 오류로 인한 부당한 결과의 도출도 문제지만 인공지능 시스템이 오류를 일으켰는지, 그러한 오류의 원인이 무엇인지, 오류가 개별적인지 아니면 시스템 전체의 문제인지 등을 파악하기조차 곤란하다.

이처럼 인공지능 자체가 내포하고 있는 여러 한계는 그 도출 결과를 반영한 공권력 작용이 근거 법령의 취지와 내용을 준수하고, 진실에 부합하는 정보에 기초하여 합리적인 추론을 거친 산물이라는 믿음을 갖기 어렵게 만든다. 또한 그러한 한계에 대한 인식 및 수정도 쉽지 않기 때문에 법치주의의 실현은 더 난처해 보인다.

4. 투명하고 공정한 절차 보장의 한계

가. 불투명성으로 인한 절차적 권리 실현의 어려움

정확한 정보의 투명한 공개, 당사자의 적극적인 참여 보장, 무기의 대등은 적법절차원칙과 공정한 권리구제 및 분쟁 해결을 실현하기 위한 전제 조건이다. 그러나 이러한 조건을 넉넉히 채우기에는 앞서 살펴본 인공지능

상관관계가 인정될 수 있더라도 이를 인과관계로 간주하여 개인에 대한 결정에 반영하는 것은 합리성을 인정받기 어렵다.

의 불투명성, 국가와 국민 사이의 정보의 비대칭, 인공지능 시스템의 한계와 오류 가능성 등의 문제가 너무 치명적이다. 특히, 인공지능의 불투명성은 기술 자체의 특성이기도 하지만 지식재산권과 영업 비밀의 보호, 국가의 안전보장과 국가기밀의 보호 같은 제도적인 요인에 의해서도 발생한다. 또 알고리즘을 공개하면 그에 따른 결정의 영향을 받는 사람들이 전략적으로 행동하여 규율을 회피할 수 있으므로 인공지능 시스템의 성과를 달성하려면 알고리즘을 비공개해야 한다는 주장도 자주 제기된다.⁷⁵⁾

한편, 법치주의는 일반적으로 이해될 수 있는 자연어에 의존한다. 그러나 법적 절차가 자동화되면서 관련 규범이 점점 더 컴퓨터 코드로 표현되는 비중이 높아진다면 그만큼 규범에 대한 이해도는 낮아질 수밖에 없다.⁷⁶⁾ 건전한 상식과 통상적인 수준의 지식을 가진 사람은 물론,⁷⁷⁾ 정통한 지식을 가진 전문가의 의견이나 조언을 참조하더라도⁷⁸⁾ 결론이 나온 과정

75) 실제로 네덜란드 정부가 사회보장 및 소득기반 제도, 세금 및 사회보장, 노동법 영역에서 발생하는 부정을 방지 및 퇴치하기 위해 사용한 위협표시시스템(SyRI)의 위법성을 다룬 재판에서 네덜란드 정부는 결정의 대상자가 고의로 행동을 조정할 가능성이 우려된다는 이유로 위험 모델과 위험 모델을 구성하는 지표를 법원에 제출하지 않았다. 네덜란드 SyRI 사건의 주요 내용과 평가에 대해서는 홍석한, 지능정보사회에서 사회보장 영역의 정보화와 기본권 보호 -네덜란드 SyRI 판결에 대한 분석과 평가-, 헌법학연구 제29권 제3호, 한국헌법학회, 2023, 125~163면.

76) Stanley Greenstein, 앞의 논문, p.308.

77) “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 어느 법률조항이 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 문언, 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 그 의미를 알 수 있도록 규정하였다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다.” 헌재 2021. 12. 23. 2018헌바435등, 판례집 33-2, 727, 737.

78) “법률 명확성의 원칙은 법치주의와 신뢰보호의 원칙에서 비롯되는 것이며, 불명확한 법률이 무효가 되어야 하는 것은 그것이 수범자에 대하여 ‘공정한 경고’를 흠결하기 때문이다. 여기서의 수범자는 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인을 의미하는데, 준법정신을 가진 평균인은 애매한 법문을 자신이 해석할 수 없을 때 자신만의 판단에 의할 것이 아니라 법률전문가나 당해 법령에 보다 정통한 지식을 가진 사람 등의

과 논리, 이유를 깨닫는데 어려움이 따른다. 이러한 인공지능의 불투명성, 접근 가능성 또는 이해 가능성의 부족으로 인하여 인공지능에 의한 의사결정 자동화는 특히 그 당사자가 절차적 권리를 충분히 행사하는 데 장애를 초래하기 쉽다.⁷⁹⁾

나. 책임분배 및 공정한 분쟁 해결의 어려움

법치주의에서 설명 가능성, 투명성은 곧 책임의 문제이다.⁸⁰⁾ 그러나 일반 시민은 물론 변호사도, 심지어 법관도 인공지능 시스템의 품질을 평가하거나 그 결과의 합리성, 정당성을 판단할 만한 자원이 부족하다. 이러한 여건에서 인공지능을 활용한 공권력 작용의 허용, 알고리즘의 설계, 인공지능 시스템의 구동, 시스템이 도출한 결과의 해석과 집행에 이르는 모든 단계에서 문제의 발생 원인을 찾고 그에 개입한 여러 주체 사이에 입증 부담과 책임을 공정하게 분배하고, 고의나 과실을 인정하여 권리구제를 제대로 실현하기는 매우 어렵다.

이는 청문과 공정한 사법절차의 어려움으로도 이어진다. 인공지능을 활용한 공권력 작용의 상대방은 별도의 규정이나 통지가 없는 한 자신에 관한 결정이 인공지능에 의해 내려졌다는 사실조차 인식하지 못한다. 결정에 문제가 있다는 사실 자체가 드러나기 어려운 것이다. 청문이나 재판을 할 수 있다고 하더라도 당사자는 공정한 절차의 이익을 누리기 쉽지 않다. 정보의 비대칭과 설명 가능성 부족이 무기 대등을 방해한다. 결정이 내려진

의견이나 조언을 직접, 간접적으로 듣거나 참조하여 자신의 행동 여부를 결정하게 된다.” 현재 2005. 3. 31. 2003헌바12, 판례집 17-1, 340, 349.

79) Margot E. Kaminski & Jennifer M. Urban, 앞의 논문, p.1993. 인공지능을 적용한 자동적 처분은 그 기능이나 본질에 비추어 절차적 권리가 충분히 보장되지 않을 수 있다는 지적으로 정남철, 인공지능 시대의 도래와 디지털화에 따른 행정자동결정의 법적 쟁점 -특히 행정기본법상 자동적 처분의 문제점을 중심으로-, 공법연구 제50집 제2호, 한국공법학회, 2021, 241면.

80) Paul Burgess, 앞의 책, p.157, pp.163~164.

배경이나 이유에 접근하거나 이해할 수 없다면 당연히 그 부당함을 주장하는 데 필요한 증거도 제시할 수 없다. 법률전문가인 변호사의 도움을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리를 통해서도 균형을 맞출 수 없다. 심판관이나 법관도 해당 인공지능 시스템에 대한 정보와 전문성이 충분하지 않으며, 대중에 심리를 공개하더라도 공정성 확보 수단으로서 그 기능을 발휘하기 어렵다는 점에서 심각성은 배가된다.⁸¹⁾

IV. 인공지능 활용에 대응한 법치주의 실현의 규범적 과제

1. 인공지능 활용과 법치주의의 조화 필요성 및 방향

법치주의는 인간에 대한 불신에서 비롯한다. 권력을 위임받은 자가 권력을 남용하거나 위임의 취지에 부합하지 않게 사용하여 기본권을 침해할 수 있음을 경계하는 것이다. 이러한 법치주의의 근간에 비추어 본다면 인간의 속성과 능력의 한계로부터 자유로운 인공지능을 활용하여 공권력을 행사할 때도 과연 법치주의가 요구하는 형식과 절차, 기준을 그대로 적용할 수 있을지 다소 망설여진다. 법치주의의 틀을 배제하거나 적어도 그 요구 수준을 낮춰야 한다는 생각도 솔깃하다.

그러나 인공지능에 의한 자동화된 결정도 법치주의가 품고 있는 불신을 완전히 벗겨내야 할 만큼 인간의 의사결정과 동떨어져 보이지 않는다. 오히려 인공지능을 활용하여 권력을 행사하려는 인간에 대한 불신에 해당 알고리즘을 개발하는 인간에 대한 불신, 자율성 및 적응성을 가진 인공지능 시스템 자체에 대한 불신이 덧붙여질 수 있다. 특히 인공지능의 정확성과 객관성에 대한 일반적인 신뢰에 편승하여 권력을 자의적으로 행사하는 데

81) Christine Chambers Goodman, 앞의 논문, pp.724~725.

대한 경계심을 약화하려는 시도까지 의심의 목록에 포함해야 한다. 이러한 관점에서 인공지능사회라고 하여 법치주의를 벗어던지거나 이를 대체하는 새로운 원리를 짜내야 할 필요성과 가능성은 거의 없어 보인다. 합법성, 공정성, 투명성, 예측 가능성, 책임성 등 법치주의의 주요 가치는 인공지능의 맥락에서도 유지되어야 한다.⁸²⁾

한편, 앞서 국가기관이 인공지능을 활용하는 흐름이 확대, 강화됨에 따라 법치주의가 동요할 위험성을 살펴보았으나 제시한 여러 위험 요인은 대체로 인공지능 활용 이전의 체제에서 인간에 의한 공권력 작용에서도 얼마든지 나타날 수 있다. 인간의 의사결정도 불투명하고 부정확할 수 있기는 마찬가지이고,⁸³⁾ 개인의 경험과 이해관계 등에 따라서 편향적으로 판단하기 쉽다. 오히려 인공지능을 활용함으로써 법치주의가 처한 위기를 타개하고 그 실현 수준을 한 단계 끌어올릴 가능성도 기대할 수 있다. 행정국가화 경향과 함께 법이 전문화, 세분화하고, 불확정 개념이 늘어나면서 객관적이고 체계적인 법질서를 정립하는 것이 중요한 과제로 등장하였다.⁸⁴⁾ 이러한 현실에서 탈인격성, 무감수성을 특징으로 하는 인공지능을 활용한다면 입법의 질을 높이고, 법치행정을 강화하는 데 도움을 받을 수 있다. 또한 인간의 실수와 부패를 방지, 감독하는 도구로 인공지능을 활용함으로써 법 집행의 객관성과 투명성을 높이는 방안도 충분히 가능하다.⁸⁵⁾

82) Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, 2020, p.1. (<https://perma.cc/YC8H-QUTX>) (2024. 7. 17. 접근 가능)

83) Anthony J. Casey & Anthony Niblett, A Framework for the New Personalization of Law, *University of Chicago Law Review* Vol.86, 2019. p.356; Cary Coglianese & Alicia Lai, Algorithm vs. Algorithm, *Duke Law Journal* Vol. 72, 2022, pp.1312~1313.

84) 류시조, 앞의 논문, 11면, 13면; 장영수, 헌법 기본질서와 법치주의의 현실, *헌법학연구* 제21권 제2호, 한국헌법학회, 2015, 243면.

85) 부패 방지 도구로서 인공지능의 가능성과 한계에 대해서는 조한상, 인공지능 기반 반부패 도구(AI-ACT)의 헌법원리 적합성에 관한 고찰, *한국부패학회보* 제27권 제1

결국, 인공지능이 법치주의에 미칠 영향에 대해 긍정과 부정 어느 한쪽에 치우쳐 판단할 이유는 없다. 기술은 그 자체로 선악을 내포하지 않는다. 규율의 방향과 방법에 따라 전혀 다른 결과를 가져올 수 있으며, 인공지능도 마찬가지이다. 이에 취해야 할 관점은 인공지능 활용에 따른 법치주의의 위기 가능성을 염두에 두면서도 이를 최소화함과 동시에 혁신을 도모하려는 ‘신중한 낙관주의’이다. 인공지능이 가진 여러 이점을 최대한 끌어내 공권력 행사의 혁신을 추진하되 그로 인해 특별히 위협받을 수 있는 법치주의의 요소를 점검하고 대안을 마련해야 한다.

2. 인공지능 활용을 위한 법적 근거 명시

국가기관의 업무 수행이 인공지능의 판단에 의존하고, 더 나아가 인공지능이 인간을 대체하여 결정을 내리는 상황은 헌법이 예상하지 못한 공권력 작용 방식이라고 할 수 있다. 기존의 모든 규범은 인간에 의한 업무의 수행을 전제로 하여 그러한 공권력 작용을 규율하는 것을 전제로 한다. 그러나 인공지능을 활용한 자동 의사결정은 인간을 닮은 기계가 인간의 지적인 활동과 판단을 대신하도록 하므로 이러한 전제와 부합하지 않는다. 기술이 발달하고 새로운 장치가 만들어지면서 과거에 생각하지 못했던 공권력 작용의 방법이 등장한 것이다. 인공지능이 도출할 결론을 참고할 뿐 결국은 인간이 의사결정을 하는 경우라도 단순히 의사결정에 앞서 계산기나 사진기와 같은 기계를 통해 사실을 확인하는 것과는 본질을 달리한다.

또한 인공지능은 데이터 처리나 그 결과가 미치는 영향력의 규모와 범위 뿐만 아니라 자율성과 적응성, 불투명성의 속성으로 인하여 이전의 정보통신

호, 한국부패학회, 2022, 5~30면. 인공지능 감사시스템을 통한 자동적 감사행위의 가능성과 요건에 대해서는 백국흠·김일환, 지능정보사회에서 AI감사에 관한 법적 쟁점 고찰, 미국헌법연구 제29권 제2호, 미국헌법학회, 2018, 64-66면.

기술과는 결이 다르다.⁸⁶⁾ 이 때문에 인공지능을 활용하는 영역에 따라 인간의 존엄과 가치를 비롯하여 생명권, 평등권, 신체의 자유, 개인정보자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유, 재산권, 사회보장을 받을 권리, 자녀 양육권, 재판청구권 등의 기본권 제한과 관련하여 새로운 차원의 문제가 나타난다.

이처럼 국가기관이 공권력 작용에 인공지능을 활용하는 것은 권력 행사 방식에 대한 중대한 변화이며, 그에 따른 파급력과 위험성도 이전과는 수준을 달리하고 특히 기본권 보장에 대해 이전과는 다른 수준의 파장을 일으킬 것이다. 따라서 국가가 인공지능을 활용하여 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 작용을 할 때는 공권력 작용뿐만 아니라 인공지능 활용의 목적과 범위, 조건 등을 명확하게 제시하는 개별적인 법률에 근거하도록 해야 한다.⁸⁷⁾

그동안 인공지능에 대해서는 기술 발전을 통해 국제적인 경쟁력을 확보하고 혁신의 주도권을 잡아야 한다는 목표를 강조하였고, 선부른 규제 부작용을 경계하는 목소리가 더 크게 작용하였다. 다만, 최근에는 인공지능의 위험성을 경고하면서 단순한 윤리적 지침이나 자율규제를 넘어서는 법적인 규율의 필요성에 힘이 실리고 있다. 세계 최초의 포괄적인 인공지능 규제법인 ‘유럽연합 인공지능법’이 확정된 것이 대표적이다. 우리도 현실적으로 이러한 국제적 경향을 따를 수밖에 없을 뿐 아니라⁸⁸⁾ 신뢰받는 인공

86) 인공지능은 단순한 자동시스템(automated system)으로부터 기계학습을 활용한 자율 시스템(autonomous system)으로의 발전으로 표현할 수 있다. 임성훈, 인공지능 행정이 행정절차·행정소송에 미치는 영향에 대한 시론적 고찰, 행정법연구 제62호, 행정법이론실무학회, 2020, 138면.

87) 행정의 자동화는 그 양태와 방식에서 질적으로 새로운 현상이며, 나아가 인공지능 시스템은 인간의 인식작용을 부분적으로 대체한다는 점에서 기존의 행정 자동화와도 차이가 있으므로 인공지능 시스템에 기반을 둔 독립된 결정은 반드시 법적 근거를 갖추어야 하고, 근거 없이 완전히 자동화된 행정행위를 한다면 법률유보원칙에 위배될 수 있다는 견해로 김종권, 앞의 논문 주45), 70~71면.

88) 글로벌 디지털 경제에서 국내적 규율의 의의와 한계에 대해서는 김태호, 디지털 전환기 국가-시장 관계 변화와 규제법의 과제, 경제규제와 법 제16권 제2호, 서울대학

지능에 기초하여 지속적인 발전과 혁신을 추진하기 위해서도 구체적인 법적 규율을 준비해야 한다.⁸⁹⁾ 이에 인공지능 기본법을 제정하여 종합적이고 체계적으로 규율하는 것과 아울러⁹⁰⁾ 각 영역과 업무에 따라 데이터를 이용한 자동적이고 기계적인 판단의 필요성과 적합성,⁹¹⁾ 위험성을 평가하고 그 활용의 목적과 범위, 위험성 방지 조치 등 필요한 조건 등을 갖추도록 하는 개별적인 법률상 근거를 마련하는 것이 바람직하다.

3. 공정성 확보를 위한 제도 정비

국가기관이 인공지능을 활용하여 공권력 작용의 신속성과 효율성을 강화

-
- 교 법학연구소, 2023, 43면.
- 89) 현재 「지능정보화 기본법」이 공공지능정보화의 추진(제14조), 지역지능정보화의 추진(제15조)을 규정하고, 「전자정부법」도 제18조의2 제1항에서 “행정기관등의 장은 인공지능 등의 기술을 활용하여 전자정부서비스를 제공할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 하지만 인공지능 자체의 한계와 위험성, 인공지능을 활용한 행정작용에 대해 제기되는 법치주의 관점의 문제에 비하여 이들 조항은 지나치게 추상적이고, 일면적이다. 홍석한, 앞의 논문 주63), 53면.
- 90) 2024. 7. 17. 현재 국회에 계류 중인 총 6개의 인공지능 관련 법률안(안철수의원 대표발의, 「인공지능 산업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률안」(의안번호: 2200053), 2024.5.31.; 정점식의원 대표발의, 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 법률안」(의안번호: 2200543), 2024.6.17.; 조인철의원 대표발의, 「인공지능산업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률안」(의안번호: 2200673), 2024.6.19.; 김성원의원 대표발의, 「인공지능산업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률」(의안번호: 2200675), 2024.6.19.; 민형배의원 대표발의, 「인공지능기술 기본법안」(의안번호: 2201158), 2024.6.28.; 권칠승의원 대표발의, 「인공지능 개발 및 이용 등에 관한 법률안」(의안번호: 2201399), 2024.7.4.)들도 대체로 기술 및 산업의 발전과 더불어 지속적인 성장이 가능한 인공지능 사회를 추진하기 위한 규제를 포함하고 있으나 그 내용은 여전히 추상적인 수준에 그치고 있다.
- 91) 평가에 알맞은 매개변수가 없는 경우, 훈련 데이터가 충분하지 않은 경우, 의사결정이 윤리적, 도덕적 판단을 수반하는 경우에는 기계에 의한 평가와 판단이 적합하지 않다는 견해로 Aziz Z. Huq, A Right to a Human Decision, Virginia Law Review Vol.106, p.619, p634, p685.

하는 것과 아울러 공정성과 합리성을 확보할 수 있도록 필요한 제도적 장치를 마련해야 한다.

첫째, 국가기관이 인공지능을 활용할 때도 당사자에 대한 통지와 정보의 공개를 제도화하여 투명성을 높이는 조치가 필요하다. 투명성은 모든 권력이 객관적이고 공정하게 행사되도록 하는 데 결정적인 기능을 한다.⁹²⁾ 앞서 언급한 바와 같이 인공지능의 자율성과 적응성, 기술적 전문성, 지식재산권 보호 필요성 등은 투명성을 관철하는 데 장애가 될 수 있다. 하지만 법치주의는 사전에 규범을 고지하여 수범자가 장래의 행동 지침으로 삼도록 요구한다. 특히, 명확성원칙은 수범자가 규범의 의미 내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 알 수 있도록 하여 법적 안정성과 예측 가능성을 확보하기 위한 것이다.⁹³⁾ 따라서 국가가 인공지능을 활용한 공권력 작용을 통해 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 경우라면 그에 적용된 알고리즘에 비밀의 가치를 인정하는 것은 법치주의와 양립할 수 없다고 해야 한다.⁹⁴⁾ 수범자가 전략적인 회피행위를 할 수 있다는 이유로 인공지능을 이용한 규율의 기준과 방식을 숨기는 것도 마찬가지이다.

이에 적어도 국가기관은 기본적으로 공권력 작용의 상대방에게 그가 인공지능에 의한 분석과 판단의 대상이 되었다는 사실을 통지해야 하고, 기본권에 미치는 위험성에 비례하는 수준으로 정보를 제공하여 자신의 결정을 설명하고 정당화할 수 있어야 하며, 이의제기 절차를 알려주어야

92) 투명성에 대한 법치주의 관점의 분석에 대해서는 백수원, 법치주의의 현대적 변화와 투명성에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제17권 제3호, 한국헌법학회, 2011, 18~27면.

93) 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등, 판례집 33-1, 32, 48.

94) 2020년 2월 네덜란드 헤이그 지방법원은 위험표시시스템(SyRI)의 위법성을 인정하면서 무엇보다 SyRI에서 방대한 데이터가 처리되는 데 비하여, 특정 SyRI 프로젝트에서 사용되는 위험 지표와 모델이 공개되거나 데이터 주체에게 통지되지 않는다는 점, 위험 보고서 제공이 데이터 주체에게 중대한 영향을 미침에도 불구하고 데이터 주체가 위험 보고서의 존재조차 알 수 없다는 점을 지적하였다. 앞의 주75) 참조.

한다.⁹⁵⁾ 기술적으로도 인공지능의 설명 가능성을 높이기 위한 노력을 지속하고, 최대한 당사자에 대한 직접적인 정보공개와 접근 가능성을 보장하고, 이해할 수 있는 형식과 내용의 설명을 제공해야 한다.⁹⁶⁾

둘째, 인공지능의 정확성을 향상함으로써 이를 이용한 공권력 작용의 합리성 및 공정성을 확보해야 한다. 정확성은 모든 의사결정이 정당성을 갖기 위한 당연한 조건이다. 법치주의가 요구하는 객관성은 사실에 부합하는 판단과 그에 기초한 지배를 의미하고, 적법절차원칙이 참여와 공개 등 일정한 형식적인 절차를 거치도록 하는 이유도 가능한 한 최선의 정확성을 추구하려는 것이다. 물론 인공지능에 대해서도 완벽한 정확성을 요구하거나 정확성만을 내세워 무리한 부담을 지우는 것은 적절하지 않다. 신속성

95) 「개인정보 보호법」 제37조의2는 정보주체에게 자동화된 결정에 대한 설명 등을 요구할 권리를 인정하고(제2항), 개인정보처리자에게 자동화된 결정의 기준과 절차, 개인정보가 처리되는 방식 등을 정보주체가 쉽게 확인할 수 있도록 공개할 의무를 부과하고 있으며(제4항), 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」도 제36조의2에서 신용정보주체에게 자동화평가에 대한 설명 요구 등을 할 수 있도록 규정하고 있다. 한편, 유럽연합 개인정보보호법(GDPR)은 제22조에서 정보주체의 자동화된 처리에만 근거한 결정의 대상이 되지 않을 권리(제1항, 제2항), 인간의 개입 획득, 의견 표명, 결정에 대한 이의제기에 관한 권리(제3항)만을 규정하고 있으나 주석(recital) 제71조가 평가 후 도달한 결정에 대한 설명을 얻을 권리를 포함하고 있어 설명요구권이 인정되는지가 문제된다. 설명요구권 인정 여부에 관한 해외의 논의와 우리 헌법상 설명요구권을 인정해야 할 필요성 및 정당성에 대해서는 박상돈, 헌법상 자동의사결정 알고리즘 설명요구권에 관한 개괄적 고찰, 헌법학연구 제23권 제3호, 한국헌법학회, 2017, 194-213면.

96) ‘유럽연합 인공지능법’은 제13조에서 고위험 인공지능 시스템의 투명성을 보장하고, 배포자(deployers)가 접근하여 이해할 수 있는 간결하고, 완전하며, 정확하고 명확한 사용지침을 첨부하도록 명시하고 있다. 또한 독일 슐레스비히홀슈타인(Schleswig-Holstein) 주의 ‘IT이용법(ITEG: IT-Einsatz-Gesetz)’은 주와 지방자치단체의 기관이 원칙적으로 데이터 기반 정보 기술의 알고리즘과 그 기본 데이터베이스를 공개하도록 하면서 알고리즘의 기본적인 작동 방식과 결정 논리가 드러나도록 일반적으로 이해할 수 있는 형식과 언어로 된 설명을 포함하도록 한다(제6조 제1항). 또한 데이터 기반 정보 기술을 의사소통 목적이나 유사한 활동에 사용하는 경우 관련 당사자들에게 사전에 명확하고 이해하기 쉬운 형식으로 사람이 아닌 시스템과 소통하고 있다는 사실을 알리고, 직접 인간과 대면할 수 있는 대체 방식을 갖추도록 한다(제6조 제3항).

과 효율성 등 다른 가치를 위해서 어느 정도의 양보는 부득이하다. 만약 정확성만을 강조한다면 자칫 필요한 최소한의 범위를 넘어 데이터를 수집하고 처리하도록 용인함으로써 오히려 비례원칙에 반하여 개인정보 및 사생활 침해를 유발할 수 있다.⁹⁷⁾ 이에 인공지능 시스템이 활용하는 데이터가 최신성과 정확성, 대표성과 아울러 시스템 활용의 목적과의 관계에서 적절한 연관성을 확보할 수 있도록 제도화하는 한편, 인공지능 시스템의 오류와 편향성을 방지하고 이를 탐지, 수정할 수 있는 기술적 조치를 반영하도록 해야 한다.

셋째, 인공지능 활용의 필요성과 적정성을 평가하고 감독할 수 있는 절차도 필요하다. 인공지능을 활용하기에 앞서 그 활용의 필요성과 이유를 밝히고, 비례의 원칙에 따라 그 이점이 개인에 대한 잠재적 위험보다 크다는 점을 확인해야 한다.⁹⁸⁾ 또한 인공지능 활용에 따른 개인정보와 사생활 침해, 편향성과 오류 가능성 등 여러 위험성을 식별, 평가 및 완화하고, 그에 대한 책임을 명확하게 부과하는 절차를 갖추어야 한다. 인공지능 시스템의 설정, 사용 및 변경 이력, 데이터의 생성과 가공 등 시스템에서 일어난 모든 활동을 기록하는 감사 추적(audit trail)⁹⁹⁾과 알고리즘 영향평가를

97) 인공지능 활용에 따른 개인정보자기결정권 침해 가능성 증가와 법적 대응 방안에 대해서는 이준일, 인공지능과 헌법 -인공지능의 위험에 대한 헌법적 권리 차원의 대응-, 헌법학연구 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022, 355-362면.

98) Lord Evans, *Artificial Intelligence and Public Standards: A Review by the Committee on Standards in Public Life*, The Committee on Standards in Public Life, 2020, pp.57-58.

99) 기술적 적법 절차는 감사 추적을 포함하며, 이는 개인이 자동화된 시스템에 의한 결정의 근거를 통지받을 수 있는 전제가 된다는 점과 이러한 감사 추적은 임의적인 변경이 불가능하도록 만들어져야 한다는 점에 대해서는 Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *Network Accountability for the Domestic Intelligence Apparatus*, *Hastings Law Journal* Vol.62, 2011, p.1472; Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, *Washington Law Review* Vol.89, 2014, p.28.

포함해야 하며, 기관 내부에 전문성을 갖춘 담당자를 두어 자체적으로 이러한 메커니즘 구축을 확인하고 실행하도록 해야 한다. 이밖에 독립성을 갖춘 외부 기관이 인증과 지속적인 감독을 할 수 있어야 한다.¹⁰⁰⁾ 감독기관에 대한 정기적인 보고를 의무화하고, 감독기관이 인공지능 시스템 운용의 적정성을 평가하여 그 결과에 따라 시스템의 수정 또는 운영 중단, 책임자 제재 및 피해자 구제에 관한 요구 등을 할 수 있도록 해야 한다.

넷째, 인공지능을 활용한 공권력 작용의 영향을 받는 사람에게 이의를 제기할 수 있도록 하고,¹⁰¹⁾ 의견 및 자료 제출을 통한 청문 등 절차적 권리의 행사와 사법절차를 통한 분쟁 해결 및 권리구제가 효과적으로 이루어질 수 있도록 해야 한다. 이러한 청문과 사법절차를 보장하려면 앞서 투명성 강화와 관련하여 살펴본 것처럼 사전에 당사자에게 결정의 내용과 그 과정, 이유 등을 통지하는 것이 전제되어야 한다.¹⁰²⁾ 결정의 기초가 되는 데이터, 이유, 의사결정 시스템의 논리를 파악할 수 없다면 청문이나 이의 제기, 분쟁의 공정한 해결이 사실상 불가능하다.¹⁰³⁾ 또한 공권력 작용이 인공지능을 활용하여 도출한 결과에 따른 것이라는 설명만으로 곧 정당하다고 평가되지 않아야 한다. 이로써 공권력 작용의 이유에 대한 설명을 대체하거나 입증책임을 전환하지 않도록 해야 한다. 나아가 가능한 한 인공지능

100) Wolfgang Hoffmann-Riem, 앞의 논문, pp.12~13.

101) 유럽연합 개인정보보호법(GDPR) 제22조 제3항은 예외적으로 정보주체의 자동화된 처리에만 근거한 결정의 대상이 되지 않을 권리가 인정되지 않는 경우라도 ‘정보주체와 컨트롤러 간의 계약을 체결 또는 이행하는 데 필요한 경우’ 및 ‘정보주체의 명백한 동의에 근거하는 경우’에는 컨트롤러는 자동화된 의사결정의 대상이 되는 정보주체의 의견 표명 및 결정에 대한 이의제기권을 보장하기 위한 적절한 조치를 취하도록 규정하고 있다.

102) “절차적으로 보험료 체납을 통지하는 것은 당사자로 하여금 착오를 시정할 수 있도록 하거나 잘못된 보험료 부과 또는 보험급여제한처분에 불복할 기회를 부여하는 것이기 때문에, 이를 통지하지 않는 것은 정당화될 수 없는 차별이다.” 헌재 2023. 9. 26. 2019헌마1165, 판례집 35-2, 326, 327.

103) Margot E. Kaminski & Jennifer M. Urban, 앞의 논문, pp.2035~2036.

능 기술이 국가기관의 결정에 이의를 제기하고 다룰 수 있는 개인의 주관적 권리를 지원하기 위한 수단으로 사용되도록 하는 것도 중요하다.¹⁰⁴⁾ 당사자가 절차적 권리를 편리하게 행사할 수 있도록 기술적으로 뒷받침해야 하고,¹⁰⁵⁾ 평가, 감독기관이 보유한 정보를 당사자가 쉽게 이해할 수 있는 형태로 제공하거나 당사자가 인공지능 전문가의 조력을 받을 수 있도록 해야 한다.¹⁰⁶⁾

4. 인간의 필수적인 개입 인정

인간의 존엄성에 기초한 기본권 보장을 도모하고, 법치주의의 책임성을 실현하기 위해서는 인공지능을 활용한 공권력 작용에 인간이 개입하도록 하는 방안이 주효하다. 청문을 비롯하여 권리의 구제와 분쟁의 해결을 위한 절차적 권리를 당사자가 실질적으로 행사할 수 있도록 하기 위해서도 인간의 개입은 필수적이라고 할 수 있다.

104) Stanley Greenstein, 앞의 논문, p.315.

105) 이와 관련하여, 2013년 미국의 미시간 주가 실업급여 신청 및 관리를 자동화하기 위해 도입한 MiDAS(Michigan's Integrated Data Automated System)에 대해 이는 수많은 신청을 부당신청으로 간주하면서 높은 오탐률을 보였고, 거부결정에 대해 이의제기를 할 수 있는 메커니즘을 제대로 갖추지 않아 알고리즘의 예측이 사실상 구속력을 갖도록 만들었다는 평가로 Aziz Z. Huq, *Artificial Intelligence and the Rule of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No.764, 2021, pp.4-5. MiDAS의 적법절차 위반에 대해서는 Sonia Gipson Rankin, *The MiDAS Touch: Atuahene's "Stategraft" and the Implications of Unregulated Artificial Intelligence*, *New York University Law Review Online* 98, 2023, pp.225~245.

106) 인공지능사회의 전환과 함께 디지털 문해력(digital literacy)과 정보 격차로 인한 불평등 문제는 더욱 심화할 수 있다. 이러한 불평등의 문제점과 개선 필요성에 대해서는 김효연, 빅데이터와 정치(참여)에서의 세대 간 대표의 불균형 -정보 격차와 디지털 리터러시를 중심으로-, 법학논고 제76호, 경북대학교 법학연구원, 2022, 16-22면.

인공지능은 인간의 자율성을 대체하기보다는 인간의 신체적, 정신적 능력을 보완하고 강화하는 수단으로 활용되어야 한다. 이는 인공지능을 활용하는 공권력 작용의 담당자나 그 상대방 모두에게 마찬가지로, 인공지능에 의한 결정의 대상이 되는 사람이 인간의 존엄성과 도덕적 주체성을 훼손당하지 않도록 특별한 주의가 필요하다. 이에 인간이 인공지능 시스템에 의하여 예측, 판단, 조정의 대상으로만 취급되지 않도록 하는 것이 중요하고, 이러한 측면에서 인공지능을 활용한 공권력 작용에 인간이 필수적으로 개입하도록 하는 방안을 마련해야 한다.

인공지능을 활용한 공권력 작용과 관련하여 인간의 개입이 구체적으로 무엇을 의미하며 어느 단계에서 이루어져야 하는지, 이를 어떻게 제도화할 것인지는 사안의 종류와 성질에 따라 달라질 수 있다. 가장 적극적인 의미에서 인간의 개입은 인간 결정권자가 관련 절차 참여자와의 원활한 소통, 사실과 규범에 대한 진지한 고찰과 각성, 사안에 부합하는 결론을 위한 창의적 노력을 주도하며, 외부의 간섭 없이 직접 유효한 결정을 내리고 그에 대해 최종적으로 책임을 지는 것을 의미한다. 또한 당사자에게 인간과 대면하고 인간에 의하여 결정을 받을 권리를 인정할 수도 있고,¹⁰⁷⁾ 인간에 의한 감독과 분쟁 해결 제도를 마련할 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 구체적으로는 해당 공권력 작용이 기본권에 미치는 영향의 유형과 정도, 인공지능 활용의 공정성을 확보하기 위한 다른 제도적, 기술적 장치를 적용할 가능성 및 그 적용 여부에 따라서 인간이 개입하는 방식과 수준을 다르게 요구하는 방안

107) 김희정, 알고리즘 자동의사결정으로부터 개인의 보호 -인간의 개입권을 중심으로-, 헌법학연구 제26권 제1호, 한국헌법학회, 2020, 207~238면; 황지은, 인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석, 경제규제와 법 제13권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 37~58면.

108) ‘유럽연합 인공지능법’은 제14조에서 고위험 인공지능 시스템은 적절한 인간-기계 인터페이스 도구를 포함하여 그 사용 기간 동안 자연인이 효과적으로 감독할 수 있도록 설계, 개발되어야 함을 명시하고 있다.

을 적용해야 할 것이다.¹⁰⁹⁾

인공지능이 도출한 예측과 결론을 참고하되 최종적인 결정은 인간이 하도록 하여 인간의 개입을 필수적으로 요구하더라도 그러한 결정을 실질적으로 인간의 결정으로 보아 그에게 책임을 돌리는 것은 다른 문제일 수 있다. 인공지능은 첨단 과학기술의 산물로서 일반적으로 인간보다 객관성과 정확성을 띠는 결과를 내놓을 것으로 인정되기 때문에¹¹⁰⁾ 인간에 의한 결정을 제도적으로 보장하는 것과 관계없이 담당자가 인공지능이 도출한 결론과 다른 결정을 내리는 것은 현실적으로 어렵다고 해야 한다. 이에 인공지능 활용과 관련하여 법치주의의 주요 요소들이 충분히 적용되도록 하는 가운데 인간의 개입이 실질적으로 이루어지도록 하는 것이 중요하다. 인간이 인공지능의 예측을 참고하여 결정할 수 있도록 하는 경우에 적어도 그러한 예측과 다른 결정을 하였다는 이유로 책임을 추궁하거나 그러한 예측과 동일한 결정을 하였다는 이유로 책임을 면제하지 않도록 해야 한다.

V. 결론

인공지능이 주도하는 근본적이고 획기적인 변화는 인간을 풍요롭고 편리한 삶, 안전하고 효율적인 미래로 이끌 것이다. 이를 위해서는 관련 기술의 개발과 활용이 인간을 중심에 둔 지속적인 발전을 핵심 원리로 삼고 헌법적 가치를 반영하도록 해야 한다. 특히, 국가기관이 공권력 행사에 인공지능을 활용하고자 한다면 그 활용이 법치주의에 미치는 영향을 분석하고,

109) AI HLEG(High-Level Expert Group on Artificial Intelligence), Ethics Guidelines for Trustworthy AI, European Commission, 2019, p.16. (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>) (2024. 7. 17. 접근 가능)

110) 김도승, 인공지능 기반 자동행정과 법치주의, 미국헌법연구 제30권 제1호, 미국헌법학회, 2019, 118면.

법치주의의 이념을 실현하기 위해 바람직한 방안을 고찰하여 관련 규범을 갖추는 것이 중요하다.

국가기관의 인공지능 활용이 고도화하면서 법치주의는 여러 위협에 맞닥뜨릴 수 있다. 국가와 국민 사이에 정보의 비대칭과 권력관계의 불균형이 극대화되고 개인이 계산과 분석, 감시의 대상으로 취급됨으로써 법치주의의 도덕적 기반인 인간의 자율성과 존엄성이 잠식당할 수 있다. 전문적이고 신속한 대응의 필요성이 강조되고 코드가 규범으로 기능하면서 법률유보원칙을 관철하기 어려운 조건에 놓이고, 정량적 방법과 통계적 방식으로 상관관계를 식별하는 인공지능 시스템의 속성 및 편향성, 오류 가능성 등으로 인하여 공권력 작용의 일관성, 합리성, 공정성이 흔들릴 수 있다. 인공지능의 불투명성은 정확한 정보의 투명한 공개에 따른 명확성원칙, 당사자의 적극적인 참여를 포함한 적법절차 준수, 무기의 대등, 책임성 확보를 어렵게 만들고 이는 청문과 공정한 사법절차의 어려움으로도 이어진다.

법치주의는 인간에 대한 불신에서 비롯하며, 인공지능은 인간의 속성과 능력의 한계로부터 자유롭다고 해야 한다. 따라서 근본적으로 인공지능 활용에 법치주의를 적용하는 것이 적절한지 의구심이 들 수 있다. 하지만 인공지능을 활용한 공권력 작용과 관련해서도 자의적인 권력 행사를 방지하여 기본권을 보장해야 할 필요성에는 차이가 없다. 합법성, 공정성, 투명성, 예측 가능성, 책임성 등 법치주의의 주요 가치는 인공지능의 맥락에서도 유지되어야 한다. 중요한 과제는 국가기관의 인공지능 활용이 증가함에 따라 부각할 것으로 예상되는 위협을 염두에 두면서도 인공지능을 가능한 한 법치주의가 한 걸음 더 나아가는 기회로 삼으려는 관점을 유지하고, 이에 따른 규범적 대응을 구체화하는 것이다.

법치주의는 모든 국가기관이 헌법에 합치하는 법률에 근거하여 권력을 행사할 것을 요청하며 의회유보원칙을 포함한다. 인공지능이 가져올 것으로 기대되는 파격적인 변화와 패러다임 전환, 기본권에 미칠 수 있는 영향

력의 규모와 정도를 고려할 때 국가가 인공지능을 활용하여 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 작용을 할 때는 그 목적과 범위, 조건 등을 명확하게 제시하는 법률에 근거하도록 해야 한다. 종합적이고 체계적인 규율을 위한 기본법과 아울러 각 영역과 업무에 따라 개별적인 법률상 근거를 마련해야 한다. 또한 법치주의는 공권력이 공정하고 투명하게 행사되고, 적법절차원칙에 따라 청문과 실효성 있는 권리구제를 보장하도록 요청한다. 이에 국가기관은 당사자에게 인공지능의 활용과 관련한 정보를 이해할 수 있는 형태로 제공해야 한다. 이러한 정보제공은 이의제기와 청문, 공정한 사법절차를 위한 조건이기도 하다. 절차적 권리를 편리하게 행사할 수 있도록 기술적인 뒷받침도 필요하다. 아울러 정확한 정보에 근거한 합리적이고 공정한 결정이 가능하도록 인공지능 시스템의 오류와 편향성을 방지하기 위한 제도와 장치를 마련하고 독립적인 평가와 감독 체제를 확보해야 한다. 인공지능을 활용한 공권력 작용이 인간을 단순히 기계에 의한 예측, 판단, 조정의 대상으로 전락시켜 인간의 존엄성과 도덕적 주체성을 훼손하지 않도록 특별한 주의가 필요하며, 법치주의의 책임성을 실현해야 한다. 이를 위해 의사결정 과정에 인간이 개입할 수 있도록 제도를 설계할 필요가 있다. 이러한 인간의 개입은 인공지능 활용이 당사자의 권리와 의무에 미치는 영향의 유형과 정도, 투명성과 공정성을 보장하기 위한 절차의 유무 등을 종합적으로 살펴 그 도입 방안을 구체화해야 한다.

오늘날 법령의 제·개정 빈도와 복잡성 증가, 전문적이고 신속한 대응의 강조, 정당국가화 및 행정국가화 경향 등으로 법치주의는 일정한 변화를 경험하고 있다. 앞으로도 국가의 과제는 기하급수적으로 증가하고 세분화, 전문화되는 반면 공권력 행사의 객관성, 공정성, 신속성에 대한 국민적 요구는 더욱 거세질 것이다. 인간에 의한 의사결정 및 집행의 한계가 더 분명해지고 다양한 도전을 불러일으키는 상황에서 인공지능은 법치주의 실현을 위한 새로운 기회가 될 수 있다. 앞서 살펴본 규범적 대응 방안을 각

헌법논총 제35집(2024)

영역과 업무의 유형에 따라 구체화하기 위한 법제의 정비와 아울러 행정 이외에 입법과 사법 영역에서 인공지능이 활용될 수 가능성 및 조건에 대해서도 법치주의 관점의 고찰과 대응이 필요하다. 나아가 민간부문의 인공지능 활용과 관련해서도 혁신 및 경제 발전의 목표와 기본권 존중을 비롯하여 객관성, 합리성, 공정성, 투명성, 책임성 등 법치주의적 가치가 함께 어우러질 수 있도록 세밀한 규범적 조정을 해 도모해야 할 것이다.

[국문초록]

국가기관이 인공지능을 활용하여 공권력 작용을 할 때도 인간을 위한 헌법원리로서 법치주의를 준수해야 한다. 이에 본 논문은 국가기관의 인공지능 활용 확대가 법치주의에 미치는 영향을 분석하고, 법치주의를 실현하기 위한 규범적 대응의 관점과 구체적인 방안을 제시한다. 국가기관의 인공지능 활용이 증가함에 따라 부각할 것으로 예상되는 여러 위험을 염두에 두면서도 인공지능을 가능한 한 법치주의가 한 걸음 더 나아가는 기회로 삼으려는 관점을 유지해야 할 필요성과 그에 따른 규범적 대응을 고찰한다.

인공지능을 활용한 공권력 작용이 증대함에 따라 국가와 국민 사이에 정보의 비대칭과 권력관계의 불균형을 심화하고, 인간의 자율성과 존엄성을 잠식할 위험이 있다. 법률유보원칙이나 공권력 작용의 일관성, 합리성, 공정성을 훼손할 수 있으며, 인공지능의 불투명성 때문에 명확성원칙, 적법절차 준수, 책임성 확보가 어려워지고 이는 청문과 공정한 사법절차의 어려움으로 연결된다. 다만, 인공지능이 법치주의에 미칠 영향을 부정적으로만 볼 수는 없다. 인공지능 활용에 따른 법치주의의 위기 가능성을 염두에 두면서도 이러한 위험을 최소화함과 동시에 인공지능이 가진 여러 이점을 최대한 끌어내 공권력 행사의 객관성과 정확성을 높이려는 방안을 마련해야 한다.

인공지능이 가져올 것으로 기대되는 파격적인 변화와 패러다임 전환, 기본권에 미칠 수 있는 영향력의 규모와 정도를 고려할 때 국가가 인공지능을 활용하여 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 작용을 할 때는 그 목적과 범위, 조건 등을 명확하게 제시하는 법률에 근거하도록 해야 한다. 또한 국가기관은 인공지능의 활용과 관련한 정보를 제공하여 이의제기와

청문, 공정한 사법절차를 뒷받침해야 한다. 정확한 정보에 근거한 합리적이고 공정한 결정이 가능하도록 인공지능 시스템의 오류와 편향성을 방지하기 위한 제도와 장치를 마련하고 독립적인 평가와 감독 체제를 확보해야 한다. 나아가 인공지능을 활용한 공권력 작용이 인간을 단순히 기계에 의한 예측, 판단, 조정의 대상으로 전락시켜 인간의 존엄성과 도덕적 주체성을 훼손하지 않도록 특별한 주의가 필요하며, 법치주의의 책임성을 실현해야 한다. 이를 위해 의사결정 과정에 인간이 개입할 수 있도록 제도를 설계할 필요가 있다. 이러한 인간의 개입은 인공지능 활용이 당사자의 권리와 의무에 미치는 영향의 유형과 정도, 투명성과 공정성을 보장하기 위한 절차의 유무 등을 종합적으로 살펴 그 도입 방안을 구체화해야 한다.

주제어

인공지능, 헌법, 법치주의, 법률유보원칙, 적법절차원칙

[Abstract]

Artificial Intelligence and Rule of Law

When government agencies use AI to exercise public power, they must adhere to the rule of law, which is a constitutional principle designed to protect human rights. This paper analyzes how the expanded use of AI by government agencies affects the rule of law and offers normative responses and specific measures to uphold it. While acknowledging the various risks associated with increased AI use, we examine the need to leverage AI as an opportunity to advance the rule of law and propose corresponding normative responses.

The increasing use of AI in the exercise of public power poses risks such as deepening information asymmetry and power imbalances between the state and the public, and potentially undermining human autonomy and dignity. It can compromise the principles of legality, consistency, rationality, and fairness in public power, and the opacity of AI makes it challenging to ensure clarity, due process, and accountability, leading to difficulties in hearings and fair judicial procedures. However, the impact of AI on the rule of law should not be viewed solely in negative terms. While considering the potential crises AI may pose to the rule of law, we must develop measures to mitigate these risks while maximizing AI's benefits to enhance the objectivity and accuracy of public power exercise.

When the state uses AI to directly impact citizens' rights and

obligations, it must be based on laws that clearly define the purpose, scope, and conditions. Additionally, government agencies must provide information about AI use to support objections, hearings, and fair judicial procedures. To enable rational and fair decisions based on accurate information, systems and mechanisms must be established to prevent AI errors and biases, and an independent evaluation and oversight system must be secured. Furthermore, it is essential to design a system that allows human intervention in the decision-making process. This intervention should be detailed by examining the type and extent of AI's impact on rights and obligations, and ensuring the presence of procedures to guarantee transparency and fairness.

Key-words

Artificial Intelligence, Constitutional Law, Rule of Law, Principle of Legal Reservation, Due Process of Law

참고문헌

[국내문헌]

- 강승식, 인공지능 판사, 과연 가능한가?, 헌법학연구 제26권 제3호, 한국헌법학회, 2020.
- 김도승, 인공지능 기반 자동행정과 법치주의, 미국헌법연구 제30권 제1호, 미국헌법학회, 2019.
- 김일우, 재판업무 지원 AI 도입에 관한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제30권 제2호, 한국헌법학회, 2024.
- 김일환, 지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능, 성균관법학 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2020.
- 김재선, 알고리즘 자동행정결정에 대한 행정법적 해석방안에 관한 연구 -미국 행정법상 입법방안 논의를 중심으로-, 법학논총 제45권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2021.
- 김중권, 인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고, 공법연구 제48집 제3호, 한국공법학회, 2020.
- 행정에 인공지능시스템 도입의 공법적 문제점, 법조 제69권 제2호, 법조협회, 2020.
- 김현철, 법치주의의 이론과 실제: 최근 한국 헌정의 경험을 중심으로, 국가법연구 제14집 제3호, 한국국가법학회, 2018.
- 김태호, 디지털 전환기 국가-시장 관계 변화와 규제법의 과제, 경제규제와 법 제16권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2023.
- 김효연, 빅데이터와 정치(참여)에서의 세대 간 대표의 불균형 - 정보격차와 디지털 리터러시를 중심으로 -, 법학논고 제76호, 경북대학교 법학연구원, 2022.
- 김희정, 알고리즘 자동의사결정으로부터 개인의 보호 -인간의 개입권을 중심으로-, 헌법학연구 제26권 제1호, 한국헌법학회, 2020.
- 류시조, 법치주의의 전개와 현대적 과제 -법치주의에 있어서 법 인격성 문제를

- 중심으로-, 비교법학 제11집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2000.
- 박상돈, 헌법상 자동의사결정 알고리즘 설명요구권에 관한 개괄적 고찰, 헌법학연구 제23권 제3호, 한국헌법학회, 2017.
- 박혜성 · 김법연 · 권현영, 인공지능 통제를 위한 규제의 동향과 시사점, 정보법학 제25권 제2호, 한국정보법학회, 2021.
- 백국흠 · 김일환, 지능정보사회에서 AI감사에 관한 법적 쟁점 고찰, 미국헌법연구 제29권 제2호, 미국헌법학회, 2018.
- 백수원, 헌법상 투명성 원칙에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2011.
- 법치주의의 현대적 변화와 투명성에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제17권 제3호, 한국헌법학회, 2011.
- 손영선, 인공지능 법관의 도입 가능성 검토 -법관의 독립과 양심을 중심으로-, 연세법학 제43권, 연세법학회, 2023.
- 심우민, 정보통신법제의 최근 입법동향, 언론과 법 제13권 제1호, 한국언론법학회, 2014.
- 인공지능의 발전과 알고리즘의 규제적 속성, 법과 사회 제53권, 법과 사회이론학회, 2016.
- 이준일, 인공지능과 헌법 -인공지능의 위험에 대한 헌법적 권리 차원의 대응-, 헌법학연구 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022.
- 임성훈, 인공지능 행정이 행정절차 · 행정소송에 미치는 영향에 대한 시론적 고찰, 행정법연구 제62호, 행정법이론실무학회, 2020.
- 장영수, 헌법 기본질서와 법치주의의 현실, 헌법학연구 제21권 제2호, 한국헌법학회, 2015.
- 정남철, 인공지능 시대의 도래와 디지털화에 따른 행정자동결정의 법적 쟁점 -특히 행정기본법상 자동적 처분의 문제점을 중심으로-, 공법연구 제50집 제2호, 한국공법학회, 2021.
- 조성규, 인공지능에 기반한 자동화된 행정결정의 행정법적 쟁점, 동북아법연구 제16권 제4호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023.

- 조소영, 지능정보사회에서의 기본권체계 및 보장내용의 변화 가능성 검토, 동아법학 제94호, 동아대학교 법학연구소, 2022.
- 조원용, 대의제 국회 입법과정에서 인공지능(AI)의 역할: 공익의 ‘발견’과 ‘결정’을 중심으로, 가천법학 제11권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2018.
- 조한상, 인공지능 기반 반부패 도구(AI-ACT)의 헌법원리 적합성에 관한 고찰, 한국부패학회보 제27권 제1호, 한국부패학회, 2022.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2021.
- 홍석한, 민주주의에 대한 인공지능의 위험과 규범적 대응 방안, 헌법학연구 제28권 제1호, 한국헌법학회, 2022.
- 홍석한, 사회보장 영역에서 인공지능 활용에 대한 헌법적 고찰, 법학논고 제80집, 경북대학교 법학연구원, 2023.,
인공지능 활용에 따른 차별에 대한 법적 고찰, 인권법평론 제32호, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2024.,
지능정보사회에서 사회보장 영역의 정보화와 기본권 보호 -네덜란드 SyRI 판결에 대한 분석과 평가 -, 헌법학연구 제29권 제3호, 한국헌법학회, 2023.
- 황지은, 인공지능 관점에서 GDPR 제22조의 인간 개입에 대한 분석, 경제규제와 법 제13권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.

[해외문헌]

- Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence(CAHAI), Feasibility Study, Council of Europe, 2020.
- Anthony J. Casey & Anthony Niblett, A Framework for the New Personalization of Law, University of Chicago Law Review Vol.86, 2019.
- Aziz Z. Huq, A Right to a Human Decision, Virginia Law Review Vol.106, 2020.
- Constitutional Rights in the Machine-Learning State, Cornell Law

헌법논총 제35집(2024)

- Review Vol.105, 2020.
- Artificial Intelligence and the Rule of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No.764, 2021.
- Cary Coglianese & Alicia Lai, Algorithm vs. Algorithm, Duke Law Journal Vol.72, 2022.
- Cary Coglianese & David Lehr, Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era, Georgetown Law Journal Vol.105, 2017.
- Christine Chambers Goodman, AI, Can You Hear Me? Promoting Procedural Due Process in Government Use of Artificial Intelligence Technologies, Richmond Journal of Law and Technology Vol.28, No.4, 2022.
- Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, 2020.
- Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, Network Accountability for the Domestic Intelligence Apparatus, Hastings Law Journal Vol.62, 2011.
- Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, Washington Law Review Vol.89, 2014.
- David Bollier, The Promise and Peril of Big Data, The Aspen Institute, 2010.
- David Lehr & Paul Ohm, Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning, UC Davis Law Review Vol.51, 2017.
- Emre Bayamlioglu & Ronald E. Leenes, Data-driven decision-making and the 'Rule of Law', Tilburg Law School Research Paper, 2018.
- Frederick Schauer, Giving Reasons, Stanford Law Review Vol.47 No.4, 1995.
- Jenna Burrell, How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms, Big Data & Society Vol.3 No.1, 2016.
- Jerry L. Mashaw, Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary

- Theory, Boston University Law Review Vol.61, 1981.
- Joint Research Centre, AI Watch Defining Artificial Intelligence, European Commission, 2020.
- Lord Evans, Artificial Intelligence and Public Standards: A Review by the Committee on Standards in Public Life, The Committee on Standards in Public Life, 2020.
- Margot E. Kaminski & Jennifer M. Urban, The Right to Contest AI, Columbia Law Review Vol.121, 2021.
- Markku Suksi, On the openness of the digital society: from religion via language to algorithm as the basis for the exercise of public powers, in: Anna-Sara Lind, Jane Reichel & Inger Österdahl (eds.), Transparency in the future: Swedish openness 250 years, Ragulka Press, 2017.
- Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process, Yale Law Journal Vol.95 No.3, 1986.
- Martin Krygier, What's the Point of the Rule of Law?, Buffalo Law Review Vol.67 No.3, 2019.
- Monika Zalnieriute et al, From Rule of Law to Statute Drafting: Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making, in: Woodrow Barfield (ed), The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms, Cambridge University Press, 2019.
- Paul Burgess, AI and the RULE OF LAW: The Necessary Evolution of a Concept, Hart Publishing, 2024.
- Roger Brownsword, Code, Control, and Choice: why East is East and West is West, Legal Studies Vol.25 No.1, 2005.
- Ryan Calo & Danielle K. Citron, The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy, Emory Law Journal Vol.70, 2021.

헌법논총 제35집(2024)

Sebastian Rosengrün, Why AI is a Threat to the Rule of Law, Digital Society Vol.1 No.10, 2022.

Sonia Gipson Rankin, The MiDAS Touch: Atuahene's "Stategraft" and the Implications of Unregulated Artificial Intelligence, New York University Law Review Online 98, 2023.

Stanley Greenstein, Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence(AI), Artificial Intelligence and Law Vol.30 No.3, 2022.

Wolfgang Hoffmann-Riem, Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation, in: Thomas Wischmeyer & Timo Rademacher (eds.), Regulating Artificial Intelligence, Springer, 2020.

5·18광주항쟁과 저항권에 관하여*

With regard to 5·18 Gwangju Democratization Movement
and the Right to Resistance

박 성 호(Park, Sung-Ho)

한양대학교 대학원 석·박사통합과정

— 목 차 —

I. 서 론	241
1. 연구의 필요성	241
2. 연구의 전개	245
II. 저항권의 본질	246
1. 저항권에 대한 고찰	246
2. 저항권은 법적인 권리인가?	258
3. 저항권의 목적	263
III. 5·18광주항쟁의 저항권 행사에 대한 정당성	269
1. 국가 공동체 권력의 의무	270
2. 전두환 신군부의 불법	275
3. 저항권 행사의 정당성	291

* 이 논문은 헌법논총 제35집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제35집(2024)

IV. 5·18광주항쟁과 저항권의 행사	295
1. 법치주의 목적과 권력의 불법	295
2. 국가 폭력에 대한 반성적 고려	298
V. 결 론	300
* 국문초록 및 주제어	306
* 영문초록 및 주제어	308
* 참고문헌	310

I. 서론

1. 연구의 목적

대한민국 구성원들은 근대말 1894년 갑오농민 운동을 시발로 하여 일제 강점기 3·1독립만세운동, 1948년 4월 3일 제주에서 전개된 4·3제주항쟁, 이승만의 3·15부정선거에 대한 4·19혁명, 박정희 권력의 유신헌법과 긴급조치에 의한 탄압과 억압에 대한 저항, 1980년 5월 18일 광주시민들에 의해 전개된 5·18광주항쟁¹⁾, 1987년 6·10. 개헌 운동에 이르기까지 권력의 불법에 대하여 저항하였던 것은 역사적 사실이다²⁾. 하지만 대한민국 역사에서 권력의 불법에 대한 민중들의 저항은 1960년 4.19 혁명과 1987년 6·10. 개헌운동만이 성공으로 인정되고 있을 뿐이다. 따라서 대부분의 민중들의 권력의 불법에 대한 저항은 권력에 의해 진압되었다는 불운한 역사를 가지고 있다. 그러나 권력의 불법에 대한 민중의 저항은 그 성공 여부를 떠나 민중들의 주권 혁명으로 인정될 수 있다는 점에서 그 역사적 의의(意義)를 평가할 수 있고, 저항의 정신은 계속되고 있다³⁾. 다시 말해서 권력의 불법에 대한 저항은 저항 당시의 성공여부의 문제라기보다는 저항 이후 저항 정신이 자리 잡고 있는지 여부에 의해 저항권 행사의 성공 여부가 판단되어야 한다.

전두환 신군부에 맞선 5·18광주항쟁이 전두환 신군부에 의해 진압된

-
- 1) 전두환 신군부의 국헌문란, 헌정질서 파괴에 대해 광주시민들의 저항에 대한 진압에 대해서는 ‘5·18광주민주화운동’이 공식적인 명칭으로 사용되는 것으로 보인다. 하지만 많은 연구 논문에서 다양한 명칭이 사용되고 있는바, 이 글에서 5·18광주민주화운동에 대해 5·18광주항쟁으로 명칭하여 논의를 전개함을 밝혀둔다.
 - 2) 박성호, “제주4·3항쟁과 국가 폭력에 관하여”, 고려법학 제111호, 고려대학교 법학연구원, 2023, 12, 1면 - 2면.
 - 3) 민병로, “헌법전문과 5·18정신”, 헌법학연구제14권, 한국헌법학회, 2008, 278면.

이후에도 5·18광주항쟁의 인간의 존엄과 자유민주적 기본질서 회복을 위한 주권혁명의 저항 정신은 계속되었다⁴⁾. 5·18광주항쟁의 정신은 1987년 6·10개헌운동으로 계속되었는바, 6·10개헌운동의 결과 대통령 직선제의 9차 개헌안을 기필코 쟁취할 수 있었다. 따라서 5·18광주항쟁의 저항 정신은 전두환 신군부에 의해 진압되었던 것이 아니라 계속적 국민 저항으로 계승되어 6·10개헌 혁명을 통해 대통령 직선제 개헌안의 쟁취를 이룰 수 있었다.

5·18광주항쟁은 전두환 신군부 세력이 동원한 계엄군이 광주시민들의 저항을 진압하는 과정에서 발행한 사건이다⁵⁾. 5·18광주항쟁 당시 광주시민들은 전두환 신군부에 의해 1980년 5월 18일 00:00를 기해 발령된 불법적 비상계엄의 전국확대 조치에 대한 해제 등을 요구하면서 평화로운 시위를 이어갔다. 하지만 전두환 신군부는 공수부대를 동원하여 무자비하고 잔인한 진압을 하였으며, 광주시민들은 전두환 신군부의 무자비하고 잔인한 진압의 불법행위에 저항을 하였다⁶⁾. 따라서 5·18광주항쟁은 광주시민들이 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 등 불법적 권력 행사에 대해 정당한 저항권을 행사한 것이라는 사실은 분명히 인정된다⁷⁾.

1997년 대법원은 전두환 신군부의 12·12 군사 반란과 5·18광주항쟁에 대한 진압 행위를 헌정질서 파괴 행위로 판단하고 전두환 등에게 내란 목적 반란수괴죄 등을 확정하였다⁸⁾. 따라서 광주시민들이 전두환 신군부의

4) 민병로, 위의 논문, 281면.

5) 동아일보, “광주데모 사태 닷새째”, 1980년 5월 22일 1면(방문: 2024. 4. 16).

6) 동아일보, “광주데모 사태 닷새째”, 1980년 5월 22일 1면(방문: 2024. 4. 16).

7) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

8) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결: 1980. 5. 17. 당시 시행되고 있던 계엄법 등 관계 법령에 의하면, '비상계엄의 전국확대'는 필연적으로 국민의 기본권을 제약하게 되므로, 비상계엄의 전국확대 그 사실 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있고, 민간인인 국방부장관은 지역계엄실시와 관련하여 계엄사령관에 대하여 가지고 있던 지휘감독권을 잃게 되므로, 군부를

진압 행위에 대해 저항한 것은 자유민주주의 질서와 법치주의, 개인의 기본권을 회복하려는 목적에 의한 것이었음은 분명한 사실이다⁹⁾¹⁰⁾. 더욱이 서울고등법원은 5·18광주항쟁 당시 전두환 신군부가 계엄군을 동원하여 광주시민들을 진압한 것은 헌법제정권력이자 헌법기관에 대한 진압에 해당하여 국헌문란 및 헌정질서 파괴에 해당할 뿐이라고 판시를 한 사실에서도, 광주시민들의 저항은 헌법제정권력의 전두환 신군부의 불법행위에 대한 주권자들의 정당한 권력의 행사에 해당하는 것으로 인정된다¹¹⁾¹²⁾.

대표하는 계엄사령관의 권한이 더욱 강화됨은 물론 국방부장관이 계엄업무로부터 배제됨으로 말미암아 계엄업무와 일반국정을 조정 통할하는 국무총리의 권한과 이에 대한 국무회의의 심의권마저도 배제됨으로써, 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받는 강압의 정도가 증대된다고 할 것이며, 따라서 비상계엄의 전국확대조치의 그와 같은 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리 나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다(밑줄은 필자가 전두환 신군부의 국헌 문란 및 헌정 질서 파괴 행위의 강조를 위해 임의로 그은 것임).

- 9) 김철수, 헌법학신문, 박영사, 2013, 96면. 김철수 교수는 5·18 광주민주화특별법의 제정에 의해 5·18. 광주항쟁 당시 광주시민들의 전두환 신군부에 대한 대항 행위는 저항권으로 인정된 것이라고 주장한다. 김철수 교수의 의견에 동의하는바, 5·18.광주민주화항쟁특별법 제정에 의해 당시 광주시민들의 전두환 신군부에 대한 저항권의 행사에 대해 사후에 법률적 인정을 받은 것이라고 필자는 생각하고 있다.
- 10) 서울고등법원(서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결)은 ‘민주주의국가의 국민은 주권자의 입장에 서서 헌법을 제정하고 헌법을 수호하는 가장 중요한 소임을 갖는 것이므로 이러한 국민이 개인으로서의 지위를 넘어 집단이나 집단유사의 결집을 이루어 헌법을 수호하는 역할을 일정한 시점에서 담당할 경우에는 이러한 국민의 결집을 헌법기관에 준하여 보호하여야 할 것이다. 따라서 이러한 국민의 결집을 강압으로 분쇄한다면 그것은 헌법기관을 강압으로 분쇄한 것과 마찬가지로 국헌문란에 해당한다’라고 판시하면서 광주시민들의 전두환 신군부에 대한 저항은 헌법기관의 행위에 해당한다는 사실을 분명히 판사하였다(밑줄은 필자가 강조를 위해서 그은 것임을 밝힌다).
- 11) 김정환, “5·18의 법적 재현에서 나타난 대중봉기와 헌정”, 서강인문논총 제57집

그러나 현재까지도 5·18광주항쟁 당시 1980년 5월 21일 오후 1시경 전라남도 도청에서 발생한 계엄군의 집단 발포 책임자가 누구인지 여부에 대해서 밝혀지지 않은 사실로 남아 있다. 또한 현재까지 밝혀지지 않은 계엄군에 의한 집단 학살, 성폭행 등의 야만적 행위와 피해자의 정확한 수가 밝혀지지 않고 있다. 따라서 5·18광주항쟁과 관련한 역사적 진실의 회복을 위해서도 사실의 확인과 진실에 대한 연구는 오늘날을 살아가는 우리 모두의 과제임은 분명하다.

1980년 5월 18일 5·18광주항쟁 이후 5·18광주항쟁에 대한 문제는 대한민국 현대사의 숙제로 남아 있을 뿐만 아니라 현재까지도 많은 논의가 되고 있는 것이 사실이다. 하지만 그 동안 5·18광주항쟁과 관련한 논의 대부분은 전두환 신군부의 불법행위에 대한 논증 또는 사실관계에 대한 논의에 치중하였던 것으로 보여진다. 그러나 5·18광주항쟁과 관련하여서는 사실관계 및 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 행위에 대한 평가 이전에 광주 시민들의 저항 행위에 대한 정당성 여부의 평가가 무엇보다 중요하다. 게다가 5·18광주항쟁과 관련한 기존의 논의에서는 광주 시민들의 항거 또는 저항의 행위가 당연한 저항권의 행사이었다는 점에 대한 논의는 부족해 보인다는 것이 필자의 생각이다. 5·18광주항쟁의 원인과 계기가 전두환 신군부의 국헌문란, 헌정질서 파괴에 대한 헌정질서 회복과 수호를 위한 것이라고 한다면, 광주 시민들의 전두환 신군부에 대한 저항은 정당한 저항권의 행사로 인정될 수 있다. 이에 본 논문은 5·18광주항쟁은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 행위에 맞서 법치주의 및 헌정질서를 회복하고, 인간의 존엄과 가치를 유지하고자 하였던, 주권자들의 정당한 저항권의 행사에 해당한다는 사실¹³⁾을 논증하려고 한다.

(2020), 서강대학교 인문사회과학연구소, 81면.

12) 서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

13) 김백유, “헌법수호II-非非常的 憲法守護手段으로서의 抵抗權 理論을 中心으로-”, 성균관

2. 연구의 전개

본 논문은 전두환 신군부가 계엄군을 동원하여 5·18광주항쟁 당시 광주시민들을 진압하는 과정에서 발생한 헌법 및 법 규범적 위반의 문제점과 광주시민들의 저항은 헌법제정권력자의 당연한 권력의 행사에 해당한다는 사실 및 정당성에 대한 논증을 목적으로 하고 있다. 필자는 전두환 신군부의 불법성과 광주시민들에 대한 진압의 무자비함과 잔인함의 법적 책임에 대해서는 다른 논문으로 연구하여 발표한 바가 있다. 이에 본 논문은 광주 시민들의 전두환 신군부에 대한 저항권 행사의 정당성에 대한 논증을 연구의 목적으로 하려는 것인바, 전두환 신군부의 불법성과 법적 책임에 대해서는 본 논문에서 다루지 않음을 밝힌다.

위와 같은 점에서, 본 논문은 제2장에서 저항권의 본질에 대해 먼저 논의를 한다. 저항권의 의의와 요건을 살펴보면서 기존 저항권의 요건에 대한 문제점을 비판적으로 검토하고 저항권의 본질을 탐색하고자 한다(II). 제3장은 5·18광주항쟁 진압의 문제점 및 헌법과 법 규범 위반에 대한 규범적 분석을 통하여 계엄군의 광주시민들에 대한 진압의 위헌성과 불법성을 논증한다. 또한 광주시민들의 전두환 신군부에 대한 저항은 당연한 주

법학 제19권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 53면, 61면; 박성호, “토마스 홉스의 국가 철학에서 법의 목적”, 성균관법학 제35권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2023, 12, 545면 - 547면; 오승철, “저항권이론의 재조명”, 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009, 197면; 오현철, “홉스의 저항권”, 시민교육연구 제45권 제2호, 한국사회과학교육학회, 2013, 210면; 오현철 교수는 호습의 저항권과 관련한 논문에서 “주권자(권력자 리바이어던)은 신민들은 저항권을 양도받을 수 없어 신민들은 여전히 저항권을 보유 한다. 따라서 인간이 자신을 처형하는 군주의 처벌권을 인정하는 신의 계약을 맺을 수 있지만, 군주가 자신을 죽이려할 때 저항권을 포기한다는 신의계약을 맺을 수 없다”고 주장한다. 필자는 신민이 계약에 의해 주권자에게 권력을 양도하였다고 하더라도, 주권자에 의한 생명의 위협에 저항할 권리까지 양도하거나 포기할 수 없다는 점에서 오현철 교수의 의견에 적극 동의한다.

권의 행사라는 점과 전두환 신군부에 대한 저항권의 행사는 주권자의 정당한 권력의 행사에 해당하는 사실을 분석하고자 한다(III). 제4장은 전두환 신군부가 실질적 권력 집단의 지위에서 권력찬탈의 목적을 위해 국헌을 문란하고 헌정질서를 파괴한 불법적 권력을 행사한 사실과 광주시민들의 저항은 헌정질서와 인간의 존엄 회복을 위한 자연적 정의에 해당한다는 점을 논의한다. 또한 전두환 신군부의 5·18광주항쟁에 대한 불법적인 진압과 관련하여 국가 권력은 광주시민들에 대해 공식적인 사과 등 반성적 고려가 필요하다는 점을 논의하려고 한다(IV). 제5장 결론 부분에서는 제4장까지 논의를 바탕으로 저항권의 요건에 대한 기존 논의의 문제점을 지적하면서, 광주시민들의 전두환 신군부에 대한 5·18광주항쟁 당시의 저항은 전두환 신군부 권력의 불법에 대해 주권자로서 권력을 행사한 점과 저항의 목적은 헌정질서와 인간의 존엄성 회복에 있다는 점을 끝으로 논의하고자 한다(V).

II. 저항권의 본질

1. 저항권에 대한 고찰

가. 저항권의 의의

저항권은 불법적인 권력 행사에 맞서서 저항할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 즉 저항권은 국가 권력의 기존 헌법질서의 파괴 등 불법적인 권력 행사에 대해 개인들이 주권자의 지위에서 저항을 할 수 있는 권리라고 할 수 있다¹⁴⁾. 중세 권력을 가진 왕들은 신민들의 행복을 위한 존재에 불과하

14) 권형준, “저항권에 관한 고찰”, 법학논총 제9집, 한양대학교 법학연구소, 1992, 141면; 김기범, “저항권”, 공법연구 제2집, 한국공법연구회, 1972, 23면; 김백유, 앞의 논문

였다. 따라서 절대권력을 가진 왕들이 신민들의 행복을 위해 권력을 행사하는 것이 아니라, 자신의 특권을 위하여 권력을 행사하는 경우, 신민들은 권력의 불법에 대해 저항을 할 수 있다는 사상에서 저항권의 기원을 찾을 수 있다.¹⁵⁾

개인들이 통치권을 권력자에게 위임한 것은 권력을 통해 개인들의 자유와 권리를 보장받고 보호받아 인간의 존엄을 유지하고자 하는 목적이다. 또한 개인들이 권력과 권력에 의한 법에 복종하는 것은 자유, 생명, 안전 등을 유지하여 인간의 존엄을 실현하고자 하는 데 목적이 있다. 따라서 권력은 공동체에서 구성원 개인들의 자유와 권리를 보장하며 인간의 존엄을 실현할 수 있도록 법에 근거하여 권력을 행사할 의무가 있는 것이다¹⁶⁾. 게다가 권력의 행사는 법에 근거하여 행사해야 한다는 법치주의의 원칙에 의한 제한을 받는다. 더욱이 현대 법치주의는 권력 행사가 법에 근거해야 한다는 것 뿐만 아니라 법의 내용과 법의 가치에 대한 정당성이 요구되는 실질적 법치주의의 원칙이 인정되고 있다. 이것은 법치주의의 목적이 권력의 행사에 대한 제한과 한계를 의미할 뿐만 아니라, 개인들의 인간의 존엄과 가치를 보장하고 보호하려는 목적을 가지고 있기 때문이다¹⁷⁾.

그런데 권력이 법치주의를 위반하여 권력을 행사거나 권력자의 사적 목적만을 위해 권력을 남용하여 개인들의 자유와 권리를 침해하고 인간의 존

문, 35면 이하; 김철수, “저항권소고”, 서울대학교 법학 제20권 2호, 서울대학교 법학연구소, 1980, 174면; 오승철, 앞의 논문, 175면; 정태호, “5·18광주민주화운동과 저항권”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법연구회, 2000, 220면.

15) Francis Oakley, “On the Road from Constance to 1688: The Political Thought of John Major and George Buchanan”, *The Journal of British Studies*, 1962, pp1 - pp31; Jenny Wormald, “The Mental World of the Jacobean Court”, Cambridge University Press, 1991, pp40-pp42.

16) 권형준, 위의 논문, 141면; 김철수, 위의 논문, 174면; 심재우, “저항권”, 법학논집 제26호, 고려대학교 법학연구소, 1991, 48면.

17) 심재우, 위의 논문, 49면; 심재우, 저항권, 박영사, 2022, 23면.

엄을 훼손한다면, 개인들의 권력에 대한 저항권이 인정될 뿐 복종의무는 인정될 수 없을 것이다¹⁸⁾. 더욱이 법치주의는 권력의 남용을 방지할 목적으로 헌법에 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등을 규정하고 있는바, 국가 구성원들은 헌법 규정을 통해 권력의 남용을 예방할 수 있는 권리를 가지고 있는 것이다¹⁹⁾. 따라서 법치주의는 헌법과 법률에 의해 권력의 남용을 방지할 목적으로 권력의 제한과 한계를 규정하고 있으며, 구성원들은 법 규정에 의해 정치적 자유권 행사를 통하여 권력을 통제할 수 있다. 하지만 권력이 법의 규정을 위반하고 불법적인 권력을 행사하여 인간의 존엄과 가치를 침해 한다면 구성원들은 권력에 복종할 의무가 없을 뿐만 아니라 권력의 불법에 저항할 권리가 인정된다²⁰⁾. 이와 같은 점에서 저항권은 국가 공동체 구성원들이 불법적 권력이나 권력의 불법에 저항하여 인간의 존엄과 가치를 회복하고 실질적 법치주의를 실현하고자 하는 것이다²¹⁾. 즉 저항권은 권력의 불법행위에 의한 기존 헌법질서의 파괴, 구성원 개인의 자유와 권리에 대한 침해 및 인간의 존엄에 대한 훼손에 맞서 자유와 권리를 보장하고 인간의 존엄을 회복하여 실질적 법치주의를 실현하기 위한 권리라고 할 수 있다.

18) 권형준, 위의 논문, 141면; 이보영, “5·18민주화운동 가해자와 피해자에 대한 형사법적 평가”, 법학연구 제27집, 한국법학회, 2007, 283면; Brown, Peter Hume, “George Buchanan: Humanist And Reformer, A Biography”, Kessinger Publishing, 1890, pp288; Buchanan, George, “The Power of the Crown in Scotland”, University of Texas Press, 1949, pp31-pp32; J. Locke, “Two Treatises of Government”, 2 edition by Peter Laslett, 1967, pp430.

19) 김철수, 위의 논문, 174면; 심재우, 위의 논문, 50면.

20) 권형준, 앞의 논문, 141면; 김기범, 앞의 논문, 25면; 김철수, 앞의 논문, 183면; 정태호, 앞의 논문, 220면; Brown, Peter Hume, op, pp288; J. Locke, “Two Treatises of Government”, 2 edition by Peter Laslett, 1967, pp446.

21) 김정훈, 앞의 논문, 3383면, 정태호, 앞의 논문, 221면; 최종구, “헌법보호 수단으로서의 저항권에 관한 연구-그 사상적 고찰을 중심으로 -”, 법학논총 제20집, 건국대학교, 1985, 124면.

나. 저항권의 최후수단성에 대한 비판

일부 견해는 저항권이 권력에 의하여 공동체 구성원들의 기본권 침해와 공동체의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것이어서 다른 합법적인 구제수단으로는 헌법 질서의 회복이 어려운 경우 비폭력적인 방법, 평화적인 방법으로 행사될 수 있다고 한다²²⁾. 하지만 저항권 행사는 권력의 불법에 맞서 최후수단으로서 인정될 수 있다는 점에서 폭력적 방법 등을 포함하여 실력적으로 저항할 수 있는 권리이다²³⁾. 따라서 저항권은 공동체 개인들이 공동체 권력의 헌법 질서 파괴 등 불법행위에 맞서 대항하고 헌법질서를 회복하고자 폭력 등의 방법과 실력적인 방법으로 저항을 할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 일부 의견은 저항권이 최후수단으로 비폭력적이고 평화적으로 행사될 것이 요구된다고 한다. 그러나 불법적 권력 또는 권력의 불법에 의해 인간의 존엄이 훼손되는 상황에서 개인들이 비폭력으로 권력의 불법에 저항한다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다. 즉 헌정질서 파괴 등 권력의 불법에 의해 개인의 생명과 안전이 침해되는 상황에서 비폭력적으로 저항한다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다. 1960년 이승만 권력의 3.15.부정선거에 대한 4.19 혁명 당시 진압 경찰들은 발포를 하였고, 1980년 5월 18일 5·18광주항쟁 당시 계엄군들은 진압과정에서 집단 발포를 하였다. 이와 같은 상황에서 권력의 불법에 비폭력적 저항을 한다는 것은 어려울 것이다. 따라서 저항권은 권력의 불법에 맞서 폭력적인 방법으로 자유, 생명, 안전 등 인간의 존엄을

22) 김정한, 앞의 논문, 89면; 김정훈, 앞의 논문, 3384면; 방승주, 헌법강의I, 박영사, 2021, 437면; 오승철, 앞의 논문, 174면.

23) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994, 97면; 김철수, 앞의 책, 89면; 윤정인·김선택, “마그나 카르타와 저항권” 법학논총 제32집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 27면; 전종익, “헌법의 저항권 논의를 통해 본 부마민주항쟁의 헌정사적 의의”, 법사학연구 제66호, 한국법사학회, 2022, 104면.

회복하고 자연적 정의의 실현을 위한 실력적인 권리라고 하는 것이 옳을 것이다²⁴).

더욱이 저항권이 최후수단으로 인정되어야 한다는 점에 대해서는 의문이다. 즉 저항권이 최후수단으로 행사되어야 한다는 것은 저항권 행사에 대해 보충성 요건이 충족되어야 한다는 것이어서 과연 저항권은 최후수단으로만 인정되어야 하는 것인지에 대해 의문이다²⁵). 게다가 저항권이 최후수단으로 인정되는 경우, 권력의 기존 헌법질서 파괴 등 불법 행위에 대해 구성원 개인들은 어떻게 대처를 해야 하는지에 대한 문제가 제기된다. 최후수단성이 저항권의 요건이라는 견해는 권력의 불법이 목전에 있는 경우에도 다른 법적인 구제 수단을 통하여 권력의 불법을 제거한 후 저항권이 최후수단으로 행사되어야 한다. 그러나 권력의 헌정질서 파괴 등 불법행위가 목전에 있거나 권력의 불법에 의해 헌정질서가 파괴되어 고착화 단계에 이른 경우 법적인 권리 구제 수단을 통해서 권력의 불법을 제거하기는 어렵다는 것은 주지의 사실이다. 또한 권력의 불법에 의해 기존 헌법 질서가 파괴되어 불법적 권력이 안정화되는 경우, 국가 공동체 구성원들은 안정화된 권력의 불법에 맞서 저항을 한다는 것이 요원할 수 있다.

박정희 유신헌법은 유신헌법 제54조에 긴급조치권을 규정하여 유신헌법에 대한 저항 등의 행위에 대해 긴급조치 위반을 원인으로 처벌하였다. 이와 같이 권력의 헌정질서 파괴 등에 의해 고착화되는 경우, 구성원들의 불법권력 제거는 요원할 수밖에 없다. 따라서 저항권은 보충적인 요건을 거친 후에 최후수단으로 행사되어야 한다는 주장은 권력의 불법에 대해 저항할 수 없다는 의견과 같은 것이라고 필자는 생각한다²⁶).

24) 김기범, 앞의 논문, 34면; 김백유, 앞의 논문, 53면, 61면; 박성호, 앞의 논문(각주 13), 545면 - 547면; 오승철, 앞의 논문, 197면; 오현철, 앞의 논문, 210면; 정태호, 앞의 논문, 221면; J. Locke, "Two Treatises of Government", 2 edition by Peter Laslett, 1967, pp399.

25) 김기범, 앞의 논문, 25면; 정태호, 앞의 논문, 226면.

저항권은 권력의 불법에 대해 폭력적인 방법을 동원하여 저항할 수 있다는 점에서 국가 공동체에 혼란을 초래할 수 있는 문제가 있는 것은 분명한 사실이다. 하지만 불법적인 권력 행사에 의해 기존 헌법질서의 파괴가 목전에 있기 때문에, 이를 제거하기 위한 목적으로 저항권이 행사가 된다면, 저항권 행사로 인한 혼란은 감수할 수 있다. 따라서 저항권은 보충성 요건을 충족하고 최후수단으로 행사되어야 한다는 것은 독재체제의 고착화와 같은 불법이 용인될 수 있다는 점에서 문제가 있다²⁷⁾. 따라서 권력의 불법이 명백하고 헌법질서 파괴가 목전에 있거나 헌법질서 파괴가 분명하다면, 국가 공동체 구성원들이 권력의 불법행위를 제거하고 기존 헌법질서의 회복을 위해 저항권을 행사할 수 있다고 할 것이다²⁸⁾. 게다가 권력의 불법이 종료되고 불법에 기반한 새로운 권력이 탄생하는 경우 폭정에 의해 인간의 존엄성 훼손이 계속될 것이라는 점에서 권력의 불법에 대한 저항권의 행사는 인정될 수 있다²⁹⁾. 더욱이 권력에 의해 헌정질서가 파괴되는 등 불법이 진행되는 경우 권력의 불법을 제거하고 헌정질서를 회복하여 권력을 주권자들에게 회복하기 위해 저항권은 가장 유효한 구제수단으로 인정될 수 있다³⁰⁾.

위와 같은 점에서 저항권은 법치주의 원칙 등에 의해 유효한 구제수단을 거친 후 최후수단으로 인정되어야 한다는 의견은 불법적 권력 혹은 권력의 불법이 고착화되는 결과를 가져올 뿐이라는 점에서 부당한 의견이라는 생각이다. 1945년 8월 15일 해방 이후 권위주의적 권력집단들은 권력의 불법이 고착화되고 불법이 고착화된 이후에는 법적인 수단을 동원하여 폭

26) 김기범, 앞의 논문, 37면; 김정훈, 앞의 논문, 3387면; 심재우, 앞의 논문, 54면; 정태호, 앞의 논문, 227면.

27) 김기범, 앞의 논문, 37면; 김정훈, 앞의 논문, 3387면.

28) 김정훈, 앞의 논문, 3387면.

29) 심재우, 앞의 논문, 54면-55면; 정태호, 앞의 논문, 227면.

30) 심재우, 앞의 논문, 54면-55면; 정태호, 앞의 논문, 224면, 227면.

정으로 나갔던 것은 주지의 사실이다. 권력의 불법에 의해 인간의 존엄을 훼손하고 권력의 반대 세력을 탄압하는 상황에서 저항권은 권력의 불법이 고착화되기 이전에 행사될 필요가 있다.

다. 저항권의 보충성에 대한 비판

헌법재판소는 통합진보당에 대한 위헌정당해산심판 사건에서 저항권과 관련하여 “저항권은 공권력의 행사자가 민주적 기본질서를 침해하거나 파괴하려는 경우 이를 회복하기 위하여 국민이 공권력에 대하여 폭력·비폭력, 적극적·소극적으로 저항할 수 있는 국민의 권리이자 헌법수호제도를 의미한다고 보았다. 하지만 저항권은 공권력의 행사에 대한 ‘실력적’ 저항이어서 그 본질상 질서교란의 위험이 수반되므로, 저항권의 행사에는 개별 헌법조항에 대한 단순한 위반이 아닌 민주적 기본질서라는 전체적 질서에 대한 중대한 침해가 있거나 이를 파괴하려는 시도가 있어야 하고, 이미 유효한 구제수단이 남아 있지 않아야 한다는 보충성의 요건이 적용된다”라고 결정하였다³¹⁾. 헌법재판소는 권력에 의한 민주적 기본질서 등 헌정질서 파괴에 대해 저항권 행사가 인정된다고 하면서도, 저항권 행사를 위해서는 유효한 구제수단을 모두 거친 후에 행사되어야 한다는 결정을 하였다. 그러나 저항권 행사에 대해 유효한 구제 수단을 거친 후에 가능하다는 헌법재판소의 결정은 문제가 있다. 헌법재판소가 결정하고 있는 유효한 구제수단이 구체적으로 어떤 것인지 알 수가 없다. 더욱이 헌법재판소의 결정에서 유효한 구제수단이라는 것이 법치주의 원칙에 의한 수단이라고 한다면 이미 불법적 권력 또는 권력의 불법에 의해 유효한 구제수단이 남아 있지 않음이 분명한 상황에서 유효한 구제 수단이 가능한지도 의문이다. 권력의 불법을 제거할 유효한 구제 수단이 남아 있다면 권력에 의한 불법이 존재

31) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1 [인용(해산)].

하기 어렵다는 점에서 헌법재판소의 결정은 동의하기 어렵다. 따라서 저항권 행사를 위해서는 보충성 요건이 요구된다는 헌법재판소의 결정은 불법적 권력행사의 고착화를 감수할 수밖에 없다는 취지로 보여진다.

박정희가 1979년 10월 26일 김재규에 의해 살해된 후 새롭게 부상된 권력이 전두환 신군부이었다는 점에서 박정희 유신 권력의 연장선이었을 뿐이다³²⁾. 전두환 신군부가 1979년 12월 12일 권력의 공백을 틈타고 12·12 군사반란을 일으킬 당시 유신권력 체제에 의한 법치국가의 유린과 독재의 고착화는 주지의 사실이다³³⁾. 박정희 유신권력 당시 대한민국 구성원들은 유신 헌법 제8조 규정에도 불구하고 인간의 존엄이 훼손당하고 자유와 권리가 유신 권력에 의해 침해당하는 경험을 하였다. 더욱이 박정희가 1979년 10월 26일 김재규에 의해 살해된 후 최규하 대통령권한대행에 의해 비상계엄이 포고되었으나, 개인들의 자유와 권리가 회복되기 보다는 유신 권력 시대와 같이 자유와 권리가 권력에 의해 침해되고 인간의 존엄이 훼손되었던 것이다³⁴⁾. 이와 같은 상황에서 전두환 신군부의 12. 12. 군사반란은 박정희 유신 독재 권력 시대로의 회귀를 의미할 뿐이었는데, 전두환 신군부의 12. 12. 군사반란 이후 1980년 5월 17일 비상계엄 전국 확대에 대한 저항은 유신권력 독재체제에 의해 훼손된 자유와 권리를 보장받고 권력의 불법으로부터 인간의 존엄을 회복하고자 하는 당연한 저항이었다.

위와 같은 상황에서 당시 대한민국 구성원들은 법치주의 원칙에 따라 권력의 불법으로부터 구제받을 가능성은 전혀 존재하지 않았다. 게다가 전두환 신군부는 군부의 실질적 권력이었을 뿐만 아니라, 대한민국의 통치권을 실질적으로 장악한 상황에서 헌정질서 파괴의 불법행위는 계속되었다. 또한 전두환 신군부는 김재규 재판 당시 저항권을 소수 의견³⁵⁾으로 인정

32) 정태호, 앞의 논문, 226면.

33) 정태호, 앞의 논문, 226면.

34) 김기범, 앞의 논문, 32면; 정태호, 앞의 논문, 226면; 최종구, 앞의 논문, 124면.

한 양병호 대법관을 위협하고 고문하는 등에 의해 사직하게 하는 등 사법부의 독립을 마음대로 침해하고 있었다. 따라서 전두환 신군부는 12. 12. 군사반란 이후 입법, 사법, 행정의 모든 국가 권력을 실질적으로 장악하고 있던 상황이었다. 이와 같은 상황에서 전두환 신군부의 불법행위에 대해 불법을 제거하기 위한 유효한 구제 수단은 남아 있지 않다는 것은 주지의 사실이다. 더욱이 전두환 신군부가 12. 12 군사반란 이후 국가 권력을 실질적으로 장악한 상황에서 권력 찬탈을 목적으로 5·17비상계엄 전국 확대를 결정하였다. 따라서 전두환 신군부의 5·17비상계엄 전국 확대에 대한 전국적 항의와 저항은 박정희 유신권력의 연장을 위해 새롭게 등장한 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 등의 불법행위에 대한 저항이었다고 할 수 있다.

전두환 신군부의 수장인 전두환은 1980년 9월 1일 제11대 대통령, 1981년 2월 25일 제12대 대통령으로 당선³⁶⁾되어 도합 8년간 독재와 전제정치를 하며 폭정을 이어갔다. 더욱이 전두환이 대통령이었을 당시 전두환은

35) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결: (저항권에 대한 소수의견) 저항권의 존재를 부정할 수 없는 근거로는 4.19 의거의 이념을 계승하여 새로운 민주공화국을 건설한다고 선언하여 4.19 사태가 당시의 실정법에 비추어 보면 완전한 범법행위로 위법행위임에도 불구하고 이를 우리나라의 기본법인 헌법의 전문에서 의거라고 규정짓고 그 의거의 정신을 계승한다고 선언하고 있어 위 헌법 전문을 법률적으로 평가하면 우리나라 헌법은 4.19의 거사를 파괴 되어가는 민주질서를 유지 또는 옹호하려는 국민의 저항권 행사로 보았다고 해석할 수 밖에 없는데 우리나라 헌법이 인정한 것으로 보여지는 저항권을 사법적 판단에서는 이를 부정할 수가 있을는지 의문이고 또 저항권이 인정되는 이상 재판규범으로는 적용될 수 없다고 판단하여 그 실효성을 상실시킬 합리적 이유가 있다고 볼수도 없다. 다수의견은 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 있어서 이를 재판규범으로 적용할 수 없다는 취지로 실시하고 있으나 자연법상의 권리는 일률적으로 재판규범으로 기능될 수 없다는 법리도 있을수 없거니와 위에 적시한 우리나라 헌법의 전문은 저항권의 실정법상의 근거로 볼수도 있다고 할 것이다.

36) 조선일보, “전두환 후보 제12대 대통령 당선”, 1981년 2월 26일 1면 기사(방문: 2024. 6. 7).

입법, 사법, 행정을 실질적으로 통합한 권력의 1인자였다는 점에서 법치주의 원칙에 의한 유효한 구제 수단은 전혀 존재하지 않았던 것이 사실이다. 전두환의 폭정에 대한 유효한 구제 수단이 남아 있지 않던 상황에서 저항만이 가능했다. 이와 같이 권력의 헌정질서 파괴 등 불법이 도래하는 경우 불법적 권력 또는 권력 불법에 대한 유효한 구제 수단은 존재하기 어려운 것이 현실이라고 하겠다. 따라서 권력의 불법에 대한 저항권 행사를 위해 보충성이 요구된다는 일부 견해 및 헌법재판소의 결정은 권력의 불법화에 대한 저항권 행사의 불가능성을 의미한다고 할 수 밖에 없다.

라. 저항권의 성공가능성에 대한 의문

일부 견해는 저항권의 경우 권력의 불법행위에 실력으로 대항하여 기존 헌법 질서를 회복하고 민주적 기본 질서의 회복을 목적으로 하기 때문에 혁명과는 다른 것이라고 한다³⁷⁾. 또한 저항권은 성공 가능성을 전제로 하기 때문에 실패가능성이 존재하는 경우 저항권은 인정될 수 없다고도 한다³⁸⁾. 그러나 저항권 행사의 성공 가능성이 의미하는 것이 헌정질서의 회복이라고 한다면, 저항권 행사와 직결되지 않더라도 헌정질서 회복이 가능하다는 점에서 문제가 있다는 생각이다.

5·18광주항쟁이 전두환 신군부에 의해 진압되었다고 하더라도, 5·18광주항쟁은 실패한 것이 아니었다. 5·18광주항쟁 이후 전두환 집권 기간 동안 계속되었던 주권자로서의 혁명과 1987년 6·10.개헌 운동이 5·18광주항쟁의 연속선상이었다는 점에서 5·18광주항쟁은 전두환 신군부에 의해 진압되어 실패한 저항이었다고 말할 수 없다. 1987년 6·10.개헌 운동 결과 1987년 6월 29일 민정당 노태우의 6.29선언을 이끌어 냈으며, 제9차 개

37) 권영성, 앞의 책, 97면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 69면.

38) 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016, 97면.

헌에서 대통령 직선제를 이루었다는 점에서 5·18광주항쟁은 성공한 저항권으로 평가되기에 충분하다는 점이다³⁹⁾. 더욱이 5·18광주항쟁 이후 끊임 없는 민중의 전두환 신군부에 대한 투쟁은 김영삼 정부의 역사 바로 세우기를 통해 법의 심판을 하였다는 점에서도 성공한 저항권 행사로 인정되기에 충분하다⁴⁰⁾. 따라서 저항권은 권력의 헌법질서 파괴 등 불법행위에 대한 실력적 저항이라는 점에서 성공가능성을 저항권 행사의 요건으로 하는 것은 무리가 있는 것이다⁴¹⁾.

더욱이 저항권 행사의 경우 주권자로부터 위임을 받은 권력 또는 위임을 받지 못한 혁명적 권력의 헌정질서 파괴에 대해 주권자들 스스로 헌정질서 회복을 위한 권리⁴²⁾라는 점에서 성공가능성은 저항권의 행사 요건으로 인정되기에는 무리가 있다고 하겠다. 즉 저항권은 권력의 헌법질서 파괴 등 불법행위에 실력으로 대항할 수 있는 권리라는 점에서 성공가능성이 저항권 행사를 위한 요건으로 인정되어야 한다는 의견은 무리가 있어 보인다⁴³⁾. 또한 저항권은 저항권 행사 당시 성공가능성 여부를 판단하기 어려운 문제가 있다는 점에서 권력의 불법에 대한 저항권의 요건으로 성공가능성이 존재해야 한다는 의견은 문제가 있다.

저항권은 기존 헌법질서의 회복을 위한 것이라는 의견에 대해서도, 권력의 불법행위에 의해 기존 헌법 질서가 훼손되고 파괴된 상황에서 저항권이 기존 헌법 질서를 회복한다는 것의 의미가 무엇인지 의문이다. 더욱이 저항권은 기존 헌법 질서의 회복보다는 새로운 헌법 질서의 수립의 가능성이 존재한다는 점에서 혁명과 저항권은 구별의 실익은 없다고 할 수 있다⁴⁴⁾.

39) 민병로, 앞의 논문, 282면; 정태호, 앞의 논문, 237면 - 238면.

40) 정태호, 앞의 논문, 238면.

41) 방승주, 앞의 책(각주 22), 437면.

42) 오항미, “주권 주체와 주권의 한계: 바이마르 공화국 주권 논쟁의 한 단면”, 법철학연구 제14권(2011), 한국법철학회, 114면.

43) 김철수, 앞의 책, 93면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 437면.

게다가 저항권은 권력의 헌법 질서 파괴에 대하여 국민주권, 법치주의, 기본권을 수호하고 인간의 존엄성을 회복하기 위한 권리라는 점에서 혁명과 구별의 실익은 크다고 할 수 없을 것이다⁴⁵⁾. 1987년 6·10개헌 운동에 의해 유신 헌법 규정에 의한 대통령 선출 간선제는 국민들에 의한 직선제로 변경되었다. 따라서 1987년 6·10개헌 운동은 대한민국 공동체 구성원들의 헌법 개정을 위한 혁명과 저항의 성격을 가지는 것이다⁴⁶⁾.

혁명의 경우 기존 헌법질서를 합법적인 방법이 아닌 비합법적인 방법에 의해 변경을 한다는 점에서 기존 헌법질서 회복을 목적으로 하는 저항권과 다른 것이라고 한다. 그러나 혁명과 저항권은 모두 비합법적인 수단에 의한다는 공통점이 존재한다. 더욱이 저항권의 경우 기존 헌법질서의 회복이 목적이라고 하더라도, 권력의 불법에 의해 성립된 헌법질서와 헌법의 변경을 초래할 수 있다는 점에서 혁명과 저항권은 공통점이 존재한다⁴⁷⁾. 게다가 저항권은 독재체제에 대한 도전이라는 점에서 반혁명적이고 도전적인 권리의 행사로 인정될 수 있는 것이다⁴⁸⁾. 이와 같은 점에서 1987년 6·10개헌 운동은 기존 독재체제의 대통령 간선제 헌법을 국민의 개헌 운동을 통해 직선제로 변경하였다는 점에서 개헌 혁명으로 평가되고 있다. 1789년 프랑스혁명은 전제군주의 독재 권력을 무너뜨리고 새로운 인민의 정부를 탄생시켰다는 점에서 혁명으로 평가받고 있다. 또한 1789년 프랑스혁명의 ‘인간과 시민의 권리 선언’ 제2조는 인민의 저항권에 대해 규정하고 있는 점에서 1789년 프랑스 혁명은 혁명권과 저항권의 행사로 인정될 수 있다⁴⁹⁾. 따라서 혁명은 기존 질서의 비합법적인 변경을 의미하고, 저항권은

44) 전종익, 앞의 논문, 105면.

45) 전종익, 앞의 논문, 105면.

46) 민병로, 앞의 논문, 282면; 정태호, 앞의 논문, 237면 - 238면.

47) 정태호, 앞의 논문, 222면.

48) 정태호, 앞의 논문, 222면.

49) Georg Jellinek, “The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A

기존 질서의 회복을 목적으로 한다고 하더라도 혁명과 저항권의 구별의 실익은 크다고 할 수 없을 것이다⁵⁰⁾.

2. 저항권은 법적인 권리인가?

위와 같은 저항권은 동양의 여성혁명론이나 서양의 폭군방벌론에서 그 근거를 찾을 수 있다⁵¹⁾. 폭력적 권력을 행사하는 권력자에 대해서는 인민들의 저항권 행사와 혁명이 가능하다. 저항권에 대해서는 1215년 영국의 마그나카르타 제61조에서 명문화되었다⁵²⁾. 1215년 영국의 대헌장 마그나카르타(Magna Carta)⁵³⁾는 인류 인권의 역사에 있어서 커다란 변화를 가져온 계기가 된 사건이다⁵⁴⁾. 근대에 들어와서는 1776년 미국의 독립선언문에서 “정부가 인민의 천부적 인권을 해치는 경우 인민은 새로운 정부를 수립할 권리가 있다”라고 밝히고 있으며⁵⁵⁾, 1789년 프랑스의 ‘인간과 시민의

Contribution to Modern Constitutional History [1895]”, Liberty Fund, Inc, 2010, pp.7-pp.8; Lynn Hunt, “The French Revolution and Human Rights A Brief Documentary History”, University of Pennsylvania, BEDFORD BOOKS of ST. MARTIN'S PRESS, 1996, pp.3.

50) 전종익, 앞의 논문, 105면; 정태호, 앞의 논문, 222면.

51) 전종익, 앞의 논문, 103면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 73면.

52) 김철수, 앞의 논문, 177면; 윤정인·김선택, 앞의 논문, 28면 이하; A. E. Dick Howard, Magna Carta Text and Commentary, University of Virginia Press, 1998, pp.20-21.

53) 아이버제니스경(안경환·이동민 옮김), “마그나 카르타와 그 영향”, 저스티스 제27권 제2호, 한국법학원, 1994, 140면-141면.

54) Reid, John Phillip, Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth, Northern Illinois University Press, 2004, pp.12; Susan Wise Bauer, The story of the World(Volume2: The Middle Ages), PEACE HILL PRESS, 2022, pp.178.

55) 나종일 편역, 자유와 평등의 인권선언 문서집, 한울, 2012, 261면; Coleman, “The Constitution and Its Framers”, Chicago, 1910, pp. 410-414; ROY H. AKAGI, Ph.D, THE PENNSYLVANIA CONSTITUTION OF 1838, framed Sept. 28, 1776, pp. 318.

권리선언’ 제2조에서 “압제에 대한 저항권”을 인간의 천부적이고 자연적이며 절대적 권리로 규정하고 있는 점⁵⁶⁾, 1793년 프랑스 혁명 이후 제정된 프랑스 헌법 제35조⁵⁷⁾에서 저항권을 명문으로 규정하는 등에 의해 실정법적인 권리로 명문화가 되었다고 할 수 있다. 또한 독일 기본법 제20조는 제1항과 제3항에서 독일이 민주적, 사회적 연방국가임과 동시에 국민주권의와 법치주의 원칙을 선언하면서, 제20조 제4항에서 “모든 독일인은 이러한 질서를 폐지하려고 기도하는 모든 자에 대하여 다른 구제수단이 불가능할 경우에는 저항할 권리를 가진다”라고 저항권에 대한 명문 규정을 두고 있다.

그러나 우리 헌법은 1987년 제9차 개헌 과정에서 저항권의 명문화를 두고 여야가 협상을 하였으나, 헌법에 저항권이 직접 규정되지 못하였다. 저항권을 헌법에 규정하고자 하는 목적은 헌법에 저항권을 규정하여 구성원들의 법적인 권리로 인정하려는 목적을 가지고 있다. 하지만 우리 헌법은 저항권을 별도로 규정하고 있지 않아 저항권이 헌법상의 권리로 인정되기는 쉽지 않아 보인다.

하지만 1987년 개정된 우리 헌법 전문은 ‘불의에 항거한 4·19민주이념을 계승’이라고 규정한 점에서 헌법 전문의 규정은 저항권을 헌법상 권리로 인정할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이다⁵⁸⁾. 또한 우리 헌법은 전문에서 불법 권력에 항거와 저항을 하였던 역사적 사실에 대해 ‘우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고’라고 규정하고 있는 점에서 저항권이 인정된다고 할

56) 나종일, 위의 책, 279면~280면; 이재승, “법의 시각에서 본 인권의 역사”, 역사비평 제103호, 역사문제연구소, 2013, 47면.

57) 1793년 프랑스 헌법 제35조 : 정부가 인민의 권리들을 침해할 때, 봉기는 인민과 인민의 각 부분에게 가장 신성한 권리이자 가장 불가결한 의무이다.

58) 김철수, 앞의 책, 93면 - 94면; 권영성, 앞의 책, 95면 - 81면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 436면; 전종익, 앞의 논문, 103면; 정종섭, 앞의 책, 73면; 성낙인, 앞의 책, 73면.

수 있다⁵⁹⁾. 즉 1919년 일제의 불법에 저항한 3.1 독립운동과 1960년 이승만 권력의 3·15 부정선거에 항거한 4.19 혁명은 대한민국 공동체의 대표적인 저항권 행사의 표본으로 인정될 수 있다⁶⁰⁾. 더욱이 4.19 혁명은 이승만 정권을 몰락시키고 새로이 윤보선 정부를 탄생시켰으며, 1960년 6월 15일 3차 개헌을 통해 헌법을 개정하였다는 점에서 성공적인 저항권의 행사로 인정될 수 있는 것이다⁶¹⁾. 게다가 1960년 4·19 혁명은 이승만의 정권 연장을 위한 3·15 부정선거에 대한 국민적 저항이었다는 점에서 그 의의는 크다고 할 수 있다. 또한 대통령 직선제 개헌안을 위한 1987년 6. 10 국민개헌 운동은 유신헌법에 의한 대통령 간선제를 국민들에 의한 직선제로 개헌을 하고자 하였던 전 국민적 저항이었다. 즉 대한민국 최고 권력을 국민들에 의해 선출하고자 요구하면서 기존의 최고 권력 선출에 대해 국민적 저항을 하였는바, 1987년 9차 개정 헌법 제67조 규정에 대통령 직선제가 규정되었다는 점에서 성공한 국민적 저항권으로 인정하는 데 손색이 없을 것이다⁶²⁾.

하지만 우리 헌법에 저항권에 대해 직접적인 규정이 없었던 까닭에 저항권을 헌법의 기본적 권리로 인정하는 것에 대해 한계가 있었던 것은 사실이다. 더욱이 권위주의적 권력 집단의 헌정 질서 문란 행위 등의 불법에 대한 저항에 대해 사법부는 저항권을 자연적 권리에 불과할 뿐 법적인 권리로 인정할 수 없다는 것이 권위주의 시대 사법부의 저항권에 대한 태도이었다.

대법원은 1972년 10월 17일 유신 이후 박정희의 유신헌법 제53조에 근

59) 김종철, “헌법전문과 6월항쟁의 헌법적 의미”, 헌법학연구 제24권 제2호, 한국헌법학회, 2018, 229면

60) 김철수, 앞의 책, 93면 - 94면; 권영성, 앞의 책, 95면; 민병로, 앞의 논문, 289면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 436면; 전종익, 앞의 논문, 103면.

61) 박성호, 앞의 논문(각주 2), 2면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 436면.

62) 박성호, 앞의 논문(각주 2), 2면.

거한 긴급조치 위반 사건에서 저항권을 주장한 것에 대해 저항권은 초실정법적 권리로서 헌법상 인정되기 어렵다고 판시한 바 있다⁶³⁾. 대법원은 계엄포고위반과 관련한 사건에서 ‘저항권은 초실정법적인 자연법질서 내의 권리주장으로서 그 개념자체가 막연할 뿐만 아니라 실정법을 근거로 국가사회의 법질서 위반여부를 판단하는 재판권 행사에 있어서는 적용될 수 없다’고 판시하면서 저항권을 정당한 권리로서 인정한 바가 없다⁶⁴⁾. 하지만 이후 대법원은 ‘대통령 긴급조치는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다’라고 판시하면서 기존 대법원 판결을 모두 폐기하였다⁶⁵⁾.

또한 대법원은 저항권 인정 여부에 대해 명시적인 판시를 하지 않았지만, 권력에 의한 헌법 규범의 부정과 헌정질서를 파괴하는 권력행사는 그

63) 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결 [대통령 긴급조치위반·국가보안법위반·내란, 예비, 음모·내란, 선동·반공법위반·뇌물공여] : 「저항권」에 의한 행위이므로 위법성이 조각된다고 하는 주장은 그 「저항권」 자체의 개념이 막연할 뿐 아니라 논지에 있어서도 구체적인 설시가 없어 주장의 진의를 파악하기 어려우나 이 점에 관한 극일부 소수의 이론이 주장하는 개념을 살핀다면 그것은 실존하는 실정법적 질서를 무시한 초실정법적인 자연법질서내에서의 권리주장이며 이러한 전제하에서의 권리로써 실존적 법질서를 무시한 행위를 정당화하려는 것으로 해석되는 바, 실존하는 헌법적 질서를 전제로한 실정법의 범주내에서 국가의 법적 질서의 유지를 그 사명으로 하는 사법기능을 담당하는 재판권행사에 대하여는 실존하는 헌법적 질서를 무시하고 초법규적인 권리개념으로써 현행실정법에 위배된 행위의 정당화를 주장하는 것은 그 자체만으로서도 이를 받아들일 수 없는 것.

64) 대법원 1980. 8. 26. 선고 80도1278 판결 [계엄포고위반·계엄포고위반교사·계엄포고위반방조] : 저항권의 개념 그 자체가 초실정법적 자연법질서내의 권리주장으로서 그 개념자체가 막연할 뿐 아니라 실정법을 근거로 국가사회의 법질서위반여부를 판단하는 재판권 행사에 있어 이를 주장하는 것은 그 이유없다.

65) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.

자체로 위헌적인 권력 행사에 해당할 뿐만 아니라 이에 대해 주권자인 국민은 헌정질서 회복과 수호를 위해 당연히 저항할 권리를 가진다고 판례를 변경하여 저항권을 인정하고 있다. 따라서 저항권은 헌법에 규정되지 않았다는 이유로 부정될 수 없는 권리라고 할 수 있다⁶⁶⁾. 즉 저항권은 권력에 의한 헌정질서 파괴 등 불법행위와 이로 인한 공동체 구성원들의 자유와 권리의 침해 및 인간의 존엄과 가치의 훼손에 대해 국민들이 직접적인 회복을 위해서도 법적인 규정 여부와 행사할 수 있는 당연한 권리인 것이다⁶⁷⁾⁶⁸⁾. 더욱이 개인들이 자유와 권리, 인간의 존엄을 유지하기 위해 권력의 불법에 저항할 권리는 법적인 규정과 관련없이 당연히 인정되어야만 하는 권리인 것이다⁶⁹⁾.

우리 헌법재판소는 저항권에 대하여 ‘국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리’라고 판시하였다⁷⁰⁾. 헌법재판소는 권력에 의해 헌법규정 등 침해로 인해 구성원들의 기본권이 침해되고 헌법질서가 부정되는 등 헌정질서가 파괴되는 경우 저항권 행사가 가능하다. 따라서 저항권은 우리 헌법에 규정되었는지 여부와 관련이 없이 대한민국 공동체 구성원들에게 자연적이고 천부적인 권리로 인정되고 있다고 할 수 있다. 박정희 유신 정부 하 사법부의 판단과 같이 법적인 규정이 없다는 이유만으로 권력의 불법에 저항할 권리가 인정될 수 없다고 한다면⁷¹⁾, 개인들은 언제나 권력의 불법행위를 감수해야

66) 김기범, 앞의 논문, 30면; 김정훈, 앞의 논문, 3384면; 민병로, 앞의 논문, 292면.

67) 김철수, 앞의 논문, 182면; 김철수, 앞의 책, 92면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 438면.

68) 헌법재판소 1997. 9. 25. 97헌가4 결정.

69) 박성호, 앞의 논문(각주 13), 537면.

70) 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4, 판례집 9-2, 332, 338.

71) 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결; 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원

함은 물론 권력에 의한 인간의 존엄과 가치에 대한 훼손에 대해 언제하나 저항할 수 없다는 점에서 부당하다.

지난 2017년 3월 박근혜 정부의 국정 농단에 대해 대한민국 국민들의 촛불 집회와 박근혜 전 대통령에 대한 헌법재판소의 탄핵의 결정은 권력의 헌정질서 파괴에 대한 국민들의 저항권 행사를 잘 보여주고 있다⁷²⁾. 따라서 저항권은 자연적인 권리에 머무르는 것이 아니라 우리 헌법 전문, 헌법 재판소의 결정, 대법원의 판시 사항 등을 통해서도 주권자로서 권력의 헌정질서 파괴 등의 행위에 대해 헌정질서 회복을 위한 권리로 인정되고 있다고 할 수 있다. 게다가 공동체의 권력은 개인들의 주권을 양도받아 공동체의 질서를 유지함은 물론 개인들의 자유와 권리를 보장하고 보호하여 인간의 존엄을 유지할 목적을 가진다는 점⁷³⁾에서 개인들의 자유와 권리에 대한 불법적 권력의 침해에 대해 개인들의 저항은 당연한 권리라고 할 수 있다. 게다가 개인들의 불법적 권력에 대한 저항은 자연적인 권리라는 점에서 주권자인 개인들 스스로 행사할 수 있다고 하겠다.

3. 저항권의 목적

저항권은 권력의 불법에 의한 기존 헌정 질서 파괴 등에 대해 실력으로 맞서 권력의 불법을 제거하고 기존 헌정질서를 회복하고자 하는 권리이다⁷⁴⁾. 따라서 저항권은 새로운 헌정질서의 수립과 변혁을 목적⁷⁵⁾으로 하기

합의체 판결.

72) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1.

73) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.93.

74) 권형준, 앞의 논문, 141면; 김기범, 앞의 논문, 23면; 정태호, 앞의 논문, 220면.

75) 이승만 권력의 3.15 부정선거에 의한 4.19 혁명 이후 3차 개헌, 1980년 5·18광주항쟁 이후 주권세력의 전두환 권력에 대한 저항과 개헌 운동의 결과 1987년 6·10개헌 운동으로 이어진 후 대통령직선제의 9차 개헌이 이루어졌다. 이와 같이 권력의

보다는, 현재 권력의 불법을 제거하여 기존 헌정질서를 회복하기 위해 행사되는 권리라고 할 수 있다. 국가 공동체 구성원들이 권력에 통치권을 위임한 목적은 권력에 의해 개인들의 자유와 권리를 보장받음으로써 자유, 생명, 안전 등 공동체 평화를 유지하여 인간의 존엄성을 유지하기 위한 것이다⁷⁶⁾. 만약 권력이 통치권 위임의 목적을 벗어나 권력을 위한 목적으로 권력을 행사한다면, 주권자인 개인들은 주권의 양도를 철회하고 권력의 불법에 저항할 권리를 가진다고 해야 한다⁷⁷⁾. 따라서 개인들로부터 주권 양도받은 권력이 불법적인 권력을 행사하여 개인들의 인간의 존엄을 훼손하는 경우 개인들은 권력의 불법에 저항함으로써 인간의 존엄을 회복할 권리를 가진다. 결국 권력의 불법에 대한 저항은 기존 헌정질서를 회복하여 개인들의 인간의 존엄 회복에 목적이 있다고 할 수 있다.

가. 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치

우리 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’라고 규정하면서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 있다⁷⁸⁾. 헌법 제10조에서 규정하는 ‘기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무’라고 함은 소

불법에 대한 저항의 결과 개헌이 이루어졌다는 점에서 혁명으로 평가를 할 수 있다. 하지만 3차 개헌과 9차 개헌은 대한민국 공동체 구성원들이 권력으로부터 자유와 권리를 보장받고 보호받기 위한 목적을 가지고 있었다는 점에서 본래 권력 위임의 목적을 위한 회복을 달성한 것으로 평가될 수도 있을 것이다.

76) 권형준, 앞의 논문, 155면; 박성호, 앞의 논문(각주 2), 25면; 박성호, “법의 정당성에 관한 연구”, 중앙법학 제22집 제4호, 중앙대학교 법학연구소, 2020, 12, 203면~204면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 200면; 베르너 마이호퍼(심재우·윤재왕 옮김), 법치국가와 인간의 존엄, 세창출판사, 2019, 81면.

77) 김기범, 앞의 논문, 30면; 박성호, 앞의 논문(각주 2), 16면 - 17면.

78) 김철수, 앞의 책, 241면; 방승주, 헌법강의II, 박영사, 2024, 164면.

극적으로 권력에 의해 개인들의 자유와 권리 등의 기본권을 침해할 수 없다는 것과 적극적으로 개인들의 헌법상 규정된 기본권, 헌법 제37조 제1항 규정에 의해 헌법에 열거되지 않은 기본권을 경시하지 않고 실현할 권력의 의무를 규정한 것⁷⁹⁾이라고 할 수 있다. 권력은 법치주의 원칙에 의해 권력의 행사가 법에 구속되고 법을 근거로 하여 행사되어야 하고, 권력의 남용에 의해 법적인 근거가 없이 개인들의 기본권을 침해할 수 없다. 또한 권력의 행사는 개인들의 기본권이 실현될 수 있도록 법에 근거하여 행사할 헌법상 의무가 존재하는 것이다⁸⁰⁾.

우리 헌법재판소는 헌법 제10조 규정의 인간의 존엄성은 국가에 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 할 의무를 부과하고 있을 뿐만 아니라 어떠한 경우에도 수단으로 취급될 수 없고 훼손될 수 없는 절대적인 기본권이라고 결정하였다⁸¹⁾⁸²⁾. 또한 헌법 제12조 규정의 신체의 자유와 관련하여 “우리 헌법 제12조 제2항 규정의 진술거부권을 국민의 기본적 권리로 보장하는 것은 피고인 또는 피의자의 인권을 실제적 진실발견이나 사회정의의 실현이라는 국가이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하고, 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는 데 있으며⁸³⁾,

79) 김상환, “국가의 기본권 보장 의무와 법원의 역할”, 헌법학연구 제14권 제4호. 한국헌법학회, 2008, 12, 3면; 송기춘, 국가의 기본권보장 의무에 관한 연구”, 박사논문, 서울대학교 대학원, 1999, 2, 33면.

80) 베르너 마이호퍼(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 47면.

81) 방승주, 앞의 책(각주 78), 165면.

82) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404: 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이 조항이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14 참조)..., 종략..., 자기결정권의 근거이자 동시에 목적인 인간의 존엄성은 국가에 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 할 의무를 부과한다. 인간은 그 자체로서 궁극적 목적이자 최고의 가치로서 대우받아야 하며, 어떠한 경우에도 인간이 다른 가치나 목적, 법익을 위한 수단으로 취급되어서는 안 된다.

83) 헌재 1990. 8. 27. 89헌가118 결정.

피고인 또는 피의자와 검사 사이에 무기평등(武器平等)을 도모하여 공정한 재판의 이념을 실현하려는 데 있다.”라고 결정하였다⁸⁴⁾. 헌법재판소는 헌법 제12조 규정의 신체의 자유와 관련한 기본권이 헌법 제10조 규정의 인간의 존엄과 가치를 보장하고 보호하기 위한 기본권으로 인정된다고 결정을 하였다. 따라서 권력이 법에 근거하여 개인들의 신체의 자유를 침해하는 경우에도, 개인들의 본질적인 권리에 대해서 헌법 제37조 제2항 규정에 의해 침해가 인정될 수 없다. 또한 권력에 의해 개인들의 신체의 기본권을 침해하는 경우에도, 국가 이익이나 목적 및 사회적 정의 실현만의 목적이거나 이유를 원인으로 신체의 기본권의 침해가 인정될 수 없다.

토마스 홉스는 개인들이 주권을 절대 권력인 ‘리바이어던’에게 양도했다고 하더라도, 개인들의 죽음, 상해, 투옥으로부터 자신을 보호할 권리를 양도할 수 없다고 함은 물론 ‘나는 당신이 나를 죽이려 할 때 저항하지 않겠다’고 계약을 맺을 수 없다고 하였다⁸⁵⁾. 토마스 홉스는 개인들의 신체에 대한 침해는 개인들의 인간의 존엄과 가치를 유지하기 위한 기초적인 권리의 침해에 해당하기 때문에 권력에 의한 개인들의 신체의 자유에 대한 침해에 대해 개인들은 적극적으로 저항할 수 있다고 한 것이다⁸⁶⁾. 따라서 권력 행사는 권력자 자신을 위한 것이 아니라 개인들의 자유, 생명, 안전을 위한 것이어야 한다. 그럼에도 불구하고 권력자가 권력자 자신을 위한 권력의 행사와 입법권을 행사하여 개인들의 자유, 생명, 안전 등을 위협하고 침해를 한다면 오히려 폭력적 불법행위에 해당하여 개인들은 당연히 저항할 수 있는 것이다⁸⁷⁾. 즉 권력이 개인들의 자유와 권리에 대한 보장 및 보호의 의무, 인간의 존엄 실현에 대한 의무를 위반함은 물론 권력의 목적으

84) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245.

85) 토마스 홉스(김용환 옮김), 법의 기초(자연과 정치), 아카넷, 2023, 7, 326면

86) 박성호, 앞의 논문(각주 13), 537면; Burgess, Glenn, “On Hobbesian Resistance Theory”, *Political Studies*, XLII, 1994, pp.65.

87) 박성호, 앞의 논문(각주 13), 537면.

로 권력을 행사하여 개인들의 자유와 권리, 인간의 존엄을 침해한다면 개인들의 권력에 대한 저항권은 당연히 인정이 된다⁸⁸⁾.

나. 인간의 존엄 회복을 위한 권리

우리 헌법재판소는 헌법 제12조 신체의 자유와 관련한 기본권은 인간의 존엄과 가치를 보장하고 실현하기 위한 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체 거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다고 결정하였다⁸⁹⁾. 또한 헌법재판소는 헌법 제12조 신체의 자유와 관련한 기본권은 인간의 존엄과 유지를 위한 모든 기본권의 전제가 되는 기본권이라는 결정을 한 바⁹⁰⁾, 헌법 제12조 규정의 신체의 자유는 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치를 보장하고 신체의 완전성을 위한 절대적 권리라고 할 수 있을 것이다⁹¹⁾. 신체의 완전성은 인간 자체가 가지는 고유한 가치, 신체적·정신적 정체성과 완전성이라는 핵심적 보호 영역에 해당하기 때문에 그 어떠한 사유로도 침해할 수 없는 절대적 기본권으로 인정되는 것이다⁹²⁾. 따라서 생명권을 포함하여 신체의 완전성

88) 김기범, 앞의 논문, 30면.

89) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562.

90) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562: 헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있다고 규정하고 정신적 자유와 더불어 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 제12조 제1항에서 신체의 자유를 보장하고 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 206 참조). 이와 같은 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다.

91) 김진곤, “신체의 자유에 대한 기본권 체계와 신체를 훼손당하지 않을 권리”, 헌법학연구 제29권 제4호. 한국헌법학회, 2023, 139면; 송기춘, 헌법 제12조, 한국헌법학회(편), 헌법주석I, 박영사, 2013, 448면, 464면.

92) 방승주, 헌법 제10조, 한국헌법학회(편), 헌법주석I, 박영사, 2013, 290면.

이 침해되거나 훼손되는 경우 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치는 보장되기 어려울 것이다⁹³). 즉 헌법 제10조 인간의 존엄은 생명권을 포함하여 신체의 완전성이 절대적 기본권으로 권력으로부터 보장되는 경우에 유지될 수 있는 것이다⁹⁴).

더욱이 권력에 의해 불가피하게 개인들의 기본권을 제한해야만 하는 경우 헌법 제37조 제2항 규정에 의해 법률유보 원칙에 따라 법률에 근거가 존재하는 경우에 한하여 신체의 자유에 대한 제한이 인정될 수 있을 뿐이다. 그 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해될 수는 없다⁹⁵). 우리 헌법 재판소는 헌법 제37조 제2항과 관련하여 권력이 개인들의 자유와 권리 등 기본권 제한을 위해서는 반드시 법률유보의 원칙에 의해야 한다고 판시하였다. 헌법재판소는 기본권 제한은 법률에 규정된 경우에 한하여 가능하다는 것이다⁹⁶). 즉 권력에 의해 불가피하게 개인들의 기본권이 침해되는 경우 권력의 행사는 반드시 법에 근거해서만 행사 할 수 있다. 더욱이 헌법 제37조 제2항 후단은 ‘제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’고 규정하고 있다. 헌법 제37조 제2항 규정에 의해서 어떠한 경우에도 권력에 의해 개인들의 자유와 권리의 본질적인 내용은 절대 침해될 수는 없으며⁹⁷), 법에 의한 권력의 행사의 경우에도 절대적 기본권의 경우에는 보호의무의 이행만이 허용될 뿐이라고 하겠다⁹⁸99). 따라서 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하는 법치주의는 법에 근거하여 권력이

93) 박성호, 앞의 논문(각주 2), 27면.

94) 김진곤, 위의 논문, 139면: 헌법에 생명권에 대한 규정이 없다고 하더라도, 헌법 제37조 제1항 규정에 의해 열거되지 않은 자유와 권리로써 당연히 기본권적 권리로 인정되는 것이고 국가 권력은 이를 보장하고 보호할 의무가 존재하는 것이다.

95) 헌법 제37조 제2항 후단.

96) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2021, 457면.

97) 성낙인, 앞의 책, 1078면; 허영, 위의 책, 444면.

98) 헌재 1997.8.21. 94헌바19.

99) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

행사될 것을 요구하여 권력을 제한하고 구성원들의 기본권을 보장하고 보호하고자 하는 목적을 가지는 것이다¹⁰⁰⁾.

위와 같이 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정은 어떠한 경우에도 침해될 수 없는 헌법상 절대적인 기본권으로 인정되는 것¹⁰¹⁾이어서 권력은 헌법 제10조 규정에 따라 ‘기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무’가 존재한다. 하지만 국가권력의 폭력성은 그것이 비록 형식적 합법성의 외관을 띠고 있다 하더라도 부당한 법집행이나 형벌권의 남용을 통하여 권력의 잔인성을 드러낸 적이 적지 않았음은 주지의 사실이다¹⁰²⁾¹⁰³⁾. 따라서 권력에 의해 인간의 존엄과 가치가 훼손되는 경우 공동체 구성원들은 권력에 의해 훼손된 인간의 존엄과 가치의 회복을 위해 저항할 수 있다고 하겠다. 즉 권력이 국헌을 문란하고 헌정질서를 파괴하여 공동체 구성원들의 인간의 존엄을 훼손한다면, 공동체 구성원들은 인간의 존엄에 대한 회복을 위해 불법적 권력 또는 권력의 불법에 저항할 당연한 권리를 가지는 것이다¹⁰⁴⁾.

Ⅲ. 5·18광주항쟁의 저항권 행사에 대한 정당성

필자는 본 논문에서 저항권은 권력의 불법에 의해 국가 공동체 구성원들의 인간의 존엄에 대한 훼손에 저항하여 인간의 존엄을 회복할 수 있는

100) 방승주, 앞의 책(각주 22), 200면 - 201면; 송기춘, 참여정부에서의 법치주의의 발전:헌법적 평가와 전망, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007, 6, 300면.

101) 방승주, 앞의 책(각주 78), 165면.

102) 박성호, “권력에 의한 국가 폭력에 관하여”, 고려법학 제108호, 고려대학교 법학연구원, 2023, 19면; 방승주, “사후적으로 위헌선언된 긴급조치에 대한 국가배상 책임”, 헌법학연구 제25권 제3호, 한국헌법학회, 2019, 233면 - 234면.

103) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.

104) 김철수, 앞의 책, 93면.

권리라고 논의하고 있다. 따라서 저항권의 행사가 인정되기 위해서는 권력의 불법이 존재하고 권력의 불법에 의해 개인들의 자유와 권리가 침해되는 사실 등이 존재해야만 한다. 5·18광주항쟁 당시 전두환 신군부의 사주를 받은 계엄군의 진압에 대한 광주시민들의 저항권이 인정되기 위해서는 위 요건이 충족되어야 함은 물론이다. 5·18광주항쟁 당시 전두환 신군부의 불법성과 광주시민들에 대한 인간의 존엄성 훼손 등 현재의 불법적인 법의 침해 여부를 살펴본다.

1. 국가 공동체 권력의 의무

1979년 10월 26일 박정희가 김재규에 의해 살해당했을 당시 시행되고 있던 유신헌법 제8조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다.’라고 규정하고 있다. 현행 헌법 제10조는 유신 헌법 제8조 규정과 같이 인간의 존엄 및 권력의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다.¹⁰⁵⁾ 유신헌법 제8조 규정 및 현행 헌법 제10조는 권력의 기본권 실현에 대한 의무를 규정하고 있는바, 권력은 권력의 목적을 위해 권력을 행사할 수 없다¹⁰⁶⁾. 즉 대한민국의 권력은 공동체 구성원 개인들의 기본적 인권을 확인하고 보장하여 개인들이 인간의 존엄을 유

105) 현재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537 [합헌, 각하]: 死刑제도는 生命權의 본질적 내용을 침해하는 生命權의 제한이므로 憲法 제37조 제2항 단서에 위반된다. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 生命權의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 刑罰의 목적은 應報·犯罪의 일반예방·犯罪人의 개선에 있음에도 불구하고 刑罰로서의 死刑은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 生命權을 제한하는 것으로 目的의 正當性, 그 수단으로서의 適正性·피해의 最小性 등 제원칙에 반한다(재판관 조승형 반대이견).

106) 박성호, 앞의 논문(각주 102), 5면.

지할 수 있도록 권력을 행사할 의무만이 존재한다.

국가 공동체의 권력 행사의 목적으로 기본적 인권을 확인하고 보장한다고 함은 권력은 구성원들이 기본권을 행사할 수 있도록 권력 행사를 제한하고 공동체의 법과 질서를 유지하기 위해 행사되어야 한다는 것을 의미하고 있다¹⁰⁷⁾. 또한 권력은 국가 공동체에서 개인들이 권력을 통해 개인들의 자유와 권리를 보장받고 보호받기 위한 목적으로 통치권을 권력에 위임한 것에 따라 권력을 행사할 의무가 있다. 즉 개인들이 통치권을 권력에 위임한 것은 권력에 의해 자유와 권리를 보장받고 보호받고자 하는 목적에 의한 것이다. 따라서 개인들이 권력의 정당한 소유자라는 점, 개인들로부터 통치권을 위임받아 형성된 권력은 개인들의 주권에 의해 정당성이 인정될 뿐이라는 점은 분명해 보인다¹⁰⁸⁾. 이와 같은 점에서 권력의 소유자인 개인들의 주권과 권력 소유자의 지위를 부정하는 권력은 권력의 근본적인 기초를 부정하는 행위에 해당할 뿐이라고 하겠다¹⁰⁹⁾. 고대부터 현대까지 개인들의 절대적 권력과 전제적인 권력에 대한 저항은 주권의 담지자로서 개인들이 군국주의적인 절대권력에 대한 분노에 의한 것이라고 할 수 있다¹¹⁰⁾. 다시 말해서 권력의 담지자를 부정하는 전단적이고 절대적인 권력에 대해 개인들은 권력의 주체로서 그 지위를 찾고자 저항하면서 절대권력을 부정하였다. 따라서 1789년 프랑스 혁명은 수백년 동안 지속되어 오던 전단적이고 절대적인 권력에 대해 인민들 스스로 봉기와 저항을 한 것이었고, 개인들이 주권의 지위를 되찾은 혁명적인 저항으로 인정될 수 있는 것이다¹¹¹⁾.

107) 박성호, “법의 실질적 효력에 대하여”, 원광법학 제39권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2023, 3, 235면.

108) 헤르만헬러(김효전 옮김), “헤겔과 독일에서의 국민적 권력국가사상(1)”, 동아법학 제40호, 동아대학교 법학연구소, 2007, 225면.

109) 헤르만헬러(김효전 옮김), 위의 논문, 226면.

110) 헤르만헬러(김효전 옮김), 위의 논문, 228면.

18세기 독일의 철학자 피히테는 모든 형태의 군주제는 제약이 없는 독재가 되려는 경향이 있다고 하면서, 그 경우 독재자의 위선적 이론에 의해 공동체는 만인의 전쟁 상태가 도래할 것이라고 하였다. 또한 피히테가 ‘모든 정부의 목적은 모든 정부를 쓸모 없이 만드는 것’이라고 독재 권력의 위선에 대해 비판하면서 1789년 프랑스 혁명에 열광을 했던 것은 당연한 것이라고 하겠다¹¹²⁾. 피히테는 권력의 독재는 권력만을 위한 것인바, 주권의 담지자인 개인들에 대한 부정과 이로 인한 전단적인 권력의 행사가 인민들의 봉기와 저항을 위한 혁명의 원인이라고 주장하였다. 더욱이 피히테는 개인들의 양심적인 영역은 개인들이 권력과 계약을 맺은 영역을 포함하는 넓은 영역이어서 권력이라는 정치적 영역은 개인들의 양심적인 영역의 범위에서만 가능하다고 한다¹¹³⁾. 권력은 주권의 담지자인 개인들이 주권자와 권력자의 지위를 인정하는 경우에 한하여 유지될 수 있을 뿐인바, 주권의 담지자인 개인들을 노예나 천민과 같은 지위로 인정하고 부정하는 경우 해당 권력은 스스로 파멸이 될 것이라는 사실은 1789년 프랑스 혁명에서 잘 나타나고 있는 것이다¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾.

더욱이 국가 공동체에서 합법적인 폭력을 독점하는 권력은 독점한 폭력을 권력의 목적을 위해서 행사할 수 없다. 권력이 권력을 위한 목적으로 권력을 행사한다면 그것은 주권을 위임한 개인들과의 위임 계약 위반에 해당하여 권력 행사의 정당성이 인정될 수 없다. 따라서 권력은 국가 공동체

111) 헤르만헬러(김효전 옮김), 위의 논문, 235면.

112) 헤르만헬러(김효전 옮김), 앞의 논문, 234면 - 235면.

113) 헤르만헬러(김효전 옮김), 앞의 논문, 237면.

114) 헤르만헬러(김효전 옮김), 앞의 논문, 245면.

115) 헤르만헬러(김효전 옮김), 앞의 논문, 250면; 이와 같은 점에 대해 헤르만헬러는 “헤겔과 독일에서의 국민적 권력국가사상(1)”에서 헤겔은 ‘국민국가적 이익만이 민족에 대해서 정치적 기준이 되어야 한다’라고 말하고 있다고 한다. 즉 필자는 헤겔이 권력은 국가전체의 이익을 위한 것일 때 정치적인 기준될 수 있다고 판단하고 있는 것으로 생각된다.

구성원 개인들의 인간의 존엄 유지 등과 행복을 위한 목적으로 권력을 행사할 뿐이고, 이와 같은 경우에 한하여 폭력을 독점한 권력의 정당성은 인정될 수 있다고 하겠다¹¹⁶⁾. 이와 같이 권력은 권력 자체에 의해 그 존재의의와 권력 스스로의 정당성이 인정되는 것이 아니라 각 개인들로부터 통치권을 위임 받았다는 사실에 의해 권력의 정당성이 인정될 수 있다¹¹⁷⁾. 또한 권력은 개인들이 통치권을 위임한 범위에서 권력을 행사하는 경우에 한하여 그 정당성을 가질 뿐이다.

권력은 개인들이 통치권을 위임하기 이전에 자연 상태에서 개인들이 스스로의 보장과 보호를 위해 가지고 있었다는 점에서 권력의 주체는 자연상태의 개인들이라고 할 수 있다¹¹⁸⁾. 하지만 자연 상태 개인들은 타인에 의한 생명, 자유, 안전 등 인간의 존엄성에 대하여 위협이 가해 질 수 있는 ‘만인의 만인에 대한 투쟁’ 상황의 위협에 직면해 있었다¹¹⁹⁾. 토마스 홉스는 ‘리바이어던’에서 자연 상태 개인들은 항시적인 생명, 자유, 안전 등에 대한 위협으로부터 벗어나 생명, 자유, 안전 등을 유지하여 인간의 존엄을 유지하고자 권력에게 주권을 양도한 것이라고 한다¹²⁰⁾. 따라서 개인들이 주권을 양도하여 권력을 형성한 목적은 권력을 통해 개인들이 자유와 권리를 보장받고 보호하여 인간의 존엄을 유지하기 위한 것이다. 그렇다면 권력은 개인들의 통치권 위임 목적에서 권력을 행사할 수 있을 뿐 권력의 목적을 위해 권력을 행사할 수는 없는 것이다¹²¹⁾.

그런데 권력이 권력 행사의 의무를 벗어나 권력의 유지와 연장 등 권력

116) 헤르만헬러(김효전옮김), 앞의 논문, 221면.

117) 헤르만헬러(김효전옮김), 앞의 논문, 225면.

118) 헤르만헬러(김효전옮김), 앞의 논문, 225면.

119) 토마스 홉스(진석용 옮김), 리바이어던 1, 나남, 2022, 171면; 소병철, “홉스의 「리바이어던」에 나타난 힘의 문제 -자연적 힘과 정치적 힘의 관계를 중심으로-”, 철학탐구 제26집(2009. 11), 90면, 99면.

120) 박성호, 앞의 논문(각주 107), 243면; 헤르만헬러(김효전옮김), 앞의 논문, 225면.

121) 헤르만헬러(김효전옮김), 앞의 논문, 226면.

의 목적으로 권력을 행사하여 구성원들의 기본권을 침해한다면, 그것은 불법적 권력과 권력의 불법에 해당할 뿐 법에 근거한 권력의 행사라고 하더라도, 권력 행사의 정당성이 인정될 수 없다. 더욱이 권력의 행사가 법적인 근거가 없이 행사된다면, 그것은 법치주의에 위반할 뿐만 아니라 불법에 해당할 뿐이어서 그것을 두고 권력의 실질적 행사라고 할 수 없다. 또한 권력이 권력의 목적을 위해 주권의 담지자인 개인들의 자유, 생명, 신체, 안전 등을 침해한다면 개인들은 권력으로부터 주권을 회복하기 위하여 권력에 저항할 수 있음은 당연한 것이다¹²²⁾. 게다가 개인들은 자기 보존을 위한 목적으로 권력에 통치권을 위임한 점에서 권력에 의한 개인들의 자유, 생명, 안전 등에 대한 침해는 통치권 위임 계약의 위반에 해당하여 개인들의 권력에 대한 저항의 정당성만이 인정된다¹²³⁾.

현행 헌법 제10조는 유신 헌법 제8조 규정과 같이 인간의 존엄 및 권력

122) 김기범, 앞의 논문, 30면; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면

123) 김기범, 앞의 논문, 30면; 김도현, “홉스에서의 형벌권과 저항권”, 법철학연구 제19권 제13호, 한국법철학회, 2016, 135면; 박성호, 앞의 논문(각주 13), 546면 - 547면; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면-181면: 모든 자발적 행위는 ‘자신의 이익’을 목적으로 한다. 그러므로 어떤 서약과 어떤 표시에 의해서도 결코 폐기 혹은 양도된 것으로 볼 수 없는 권리들이 존재한다. 첫째, 폭력적 공격으로부터 생명을 빼앗으려는 자들에 대하여 저항할 권리는 누구라도 포기할 수 없다. 그러한 권리의 포기가 어떤 경우에도 그에게 이익이 된다고 생각할 수 없기 때문이다. 상해, 구금, 투옥의 경우에도 마찬가지이다. 구금이나 투옥의 경우, 그것을 견디냄으로써 생길 수 있는 이익은 아무것도 없다. 상해의 경우에도 폭력적 공격자가 살해할 의무가 있는지 어떤지 알 수 없기 때문에 살해의 초기 단계로 간주할 수 밖에 없다]다. 둘째 모든 인간의 삶의 목적은 자신의 생명을 보존하고, 또한 생명보존의 수단들을 안전하게 확보하여 삶이 고단해지지 않도록 하는 것이기 때문에, 권리를 폐기하거나 양도할 때에도 바로 그러한 동기 목적을 지닌 것으로 보아야 한다. 따라서 말이나 혹은 다른 표시로 그러한 목적에 위배되는 의사표시를 한 경우에는 의사와 표시가 일치하지 않는 의사표시, 혹은 진의가 아닌 의사표시로 보아야 하며, 표의자가 자신의 내심의 이사가 그 표시[행위]를 통하여 추측되는 [효과] 의사가 일치하지 않는다는 것을 모르고 있는 것으로 보아야 한다.

의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다. 따라서 권력은 국가 공동체 구성원들의 인간의 존엄과 기본권을 실현할 목적을 가져야만 그 권력 행사의 정당성이 인정될 수 있다고 하겠다. 또한 권력은 권력의 연장과 유지 등 권력의 목적만을 위해 권력을 행사할 수 없으며, 그것은 권력의 위임을 벗어난 것이어서 불법에 해당할 뿐이다. 더욱이 권력이 권력의 목적을 위해 권력을 행사하는 경우 그것은 권력의 의무를 위반한 불법에 해당한다는 점이다. 그 경우 권력에 주권을 양도한 개인들은 권력의 의무 위반과 불법에 대하여 저항할 권리만을 가진다고 하겠다.

2. 전두환 신군부의 불법

가. 12. 12. 군사반란

박정희가 1979년 10월 26일 김재규에 의해 살해당한 후, 최규하 대통령 권한대행은 1979년 10월 27일 04:00를 기해 제주를 제외한 전 지역에 비상계엄을 선포¹²⁴⁾하고 정승화 육군참모총장을 계엄 사령관으로 임명하였다. 당시 보안사령관 전두환은 박정희 살해 사건에 대한 조사를 위해 합동수사본부장에 임명된다. 그런데 전두환은 보안사령관 및 합동수사본부장의 지위를 이용하여 정치권에 개입하여 정보를 취득하는 등의 월권 행위를 하던 중 정승화와 불화가 발생한다. 이 과정에서 정승화는 전두환을 제거할 의사를 가지자, 전두환을 핵심으로 하는 군내 사조직 하나회는 전두환이 정승화에 의해 제거되는 경우 하나회가 존재의 위기에 놓이게 될 것을 우

124) 1979년 10월 27일 04:00를 기해 제주지역을 제외한 전국에 비상계엄을 선포한 행위의 위법성에 대해서는 [홍관표·김재윤, “5·18민주화운동 관련 국가권력에 의한 반민주적·반인권적 행위 기저 법령 분석”, 5·18민주화운동 진상규명조사위원회 연구용역보고서, 2022, 6면 이하] 참조.

려 했다. 이후 전두환 등 하나회 출신 신군부 세력이 최규하 대통령의 재가를 받지 못한 상황에서 10.26 박정희 시해 사건의 조사를 이유로 정승화 계엄사령관을 강제 연행한 사건이 12. 12. 군사반란이다¹²⁵⁾(126)¹²⁷⁾. 그런데 전두환 신군부의 1979년 12월 12일 정승화 계엄 사령관에 대한 강제 연행은 1979년 12월 6일 대통령으로 선출된 최규하 대통령의 재가나 승인이 없는 상황에서 이루어진 계엄사령관에 대한 강제 연행이었다. 더욱이 전두환 신군부는 1979년 12월 13일 정승화 계엄사령관을 연행한 다음날 전두환 신군부 세력의 이희성 대장을 육군참모총장겸 계엄사령관으로 임명을 한다¹²⁸⁾.

전두환 신군부는 12·12 군사반란 및 5·18광주항쟁과 관련한 헌정질서 파괴에 대한 재판 당시 정승화 계엄사령관의 연행에 대한 필요성과 강제 연행에 대해 사후 재가를 받은 점에서 그 정당성을 주장한다. 하지만 대통령이 정승화 육군참모총장을 해임하고 신임 육군참모총장 겸 계엄사령관을 선임하는 등의 선행조치를 취한 바 없음에도 불구하고, 전두환 신군부 세력이 국가 비상 상황에서 계엄사령관겸 육군참모총장인 정승화를 강제 체포하는 것은 대통령의 군통수권을 침해할 뿐만 아니라 상관인 참모총장의 군에 대한 지휘통수권을 침해하는 것이다¹²⁹⁾. 더욱이 정승화 계엄사령관이 전두환 신군부 세력에 의해 강제 연행된 이후 군수사기관에서 한 자백을 증거로 하여 내란방조의 범죄 사실을 유죄로 인정한 사실이 있다고 하더라

125) 김성천, “헌정질서 파괴범죄의 공소시효”, 중앙법학 제19집 제2호(2019), 9면; 김정환, “광주 학살의 내재성—쿠데타, 베트남전쟁, 내전”, 역사비평 제131호, 역사비평사, 2020, 64면.

126) 경향신문, “정승화 육참총장 연행 조사”, 1979년 12월 13일 1면(방문: 2024. 4. 16).

127) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

128) 경향신문, “정승화 육참총장 연행 조사”, 1979년 12월 13일 1면(방문: 2024. 4. 16).

129) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

도, 법정에서 계엄사령관 정승화가 한 증언에 의하면 이 자백은 장기간의 불법구금과 고문에 견디지 못하고 한 것임이 인정되므로 임의성이 없어 증거능력이 없음이 명백하다¹³⁰⁾. 또한 대통령의 재가는 사전승낙을 의미하므로 비록 피고인 전두환 등이 정승화 총장을 체포하기 전에 최 대통령에게 계획을 모두 보고하였다고 하더라도, ① 최규하 대통령의 사전승낙이 없었던 이상 전두환 신군부 세력이 정승화 계엄사령관을 계엄법을 위반하여 강제 체포한 행위는 군사 반란에 해당할 뿐이라는 점 ② 박정희 시해 사건 수사 결과를 발표할 당시 정승화 계엄사령관에 대하여 범죄 혐의가 없다는 결론이 이미 나 있었고, 이후 새로운 혐의점이 드러난 것이 없었으므로 최규하 대통령에게 재가요청을 할 때 당연히 이를 재가받을 수 있을 것으로 인식하였다고 단정할 수는 없으며, 더욱이 전두환 신군부 세력은 사전에 최규하 대통령의 재가와는 관계없이 예정시각이 되면 별도의 명령 없이 즉각 체포에 착수하기로 한 점 ③ 형벌 법규와 관련한 법익침해행위에 대한 사후승낙은 그 행위자에 대한 비난의 정도를 감소시킬 수는 있어도 행위당시에 소급하여 그 위법성까지를 조각하는 사유가 될 수는 없는 것이므로 사후승낙에 해당하는 최규하 대통령의 사후 재가로 인하여 피고인들의 기왕의 반란행위가 정당화될 수 없다는 점 등에 의하면, 전두환 신군부의 정승화 계엄사령관에 대한 강제 체포 행위는 권력 찬탈을 위한 내란의 불법행위에 해당할 뿐이다¹³¹⁾.

더욱이 계엄법 제6조 제1항은 비상계엄의 경우 계엄사령관은 국군 통수권자이자 최고 권력자인 대통령의 지휘, 감독을 받도록 규정하고 있다. 게다가 1979년 10월 26일 박정희가 김재규에 의해 살해되어 국가가 혼란한 비상 상황을 수습할 목적으로 비상계엄이 선포된 상황에서 계엄사령관을 강제 연행하여 군내 혼란을 가중시켰다는 책임은 분명히 존재한다. 또한

130) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

131) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

전두환 등 신군부의 1979년 12월 12일 정승화 강제 연행을 위한 과정에서 국방부를 경비하던 초병을 살해한 행위는 초병 살해 행위에 해당할 뿐 정당한 행위로 인정될 수 없다¹³²⁾. 이후 전두환 신군부의 수장인 전두환은 1980년 9월 1일 제11대 대통령으로 취임을 한바, 전두환 신군부 세력은 1979년 12월 12일 군사 반란을 성공한 후, 피로 얼룩진 5·18광주항쟁을 무력으로 진압하고 1980년 5월 31일 권력을 통합한 국가보위비상대책위원회를 설치하여 입법, 사법, 행정의 국가 권력을 실질적으로 장악한 후, 1980년 9월 1일 제11대 대통령으로 전두환이 취임한 것이다¹³³⁾.

나. 계엄군 진압의 불법

전두환 신군부는 12·12 군사반란을 통해 정승화 계엄사령관을 강제 연행하고 1979년 12월 13일 이희성 육군대장을 육군참모총장 겸 계엄사령관으로 임명하는 등으로 군의 실질적 권력을 장악한다. 이후 전두환 신군부는 1979년 12월 6일 대통령으로 선출된 최규하 대통령이 국군통수권자이자 최고 권력자의 지휘에 있었음에도 불구하고, 전두환이 수장인 군내 사조직 하나회 출신 군인을 군의 요직에 임명하면서 군의 실질적 권력을 장악한다¹³⁴⁾. 따라서 전두환 신군부는 12. 12. 군사반란을 통하여 권력을 실질적으로 장악한 후, 대한민국 권력을 찬탈의 목적을 가진다.

그런데 1980년대가 되면서 사회는 차츰 안정되어 갔다. 이와 같은 상황에서 국회는 1979년 12월 27일 04:00를 기해 발령된 비상계엄 해제를 논의하기 위한 임시국회를 1980년 5월 20일 소집한다는 사실에 대해 1980년 5월 12일 공고하였다¹³⁵⁾. 또한 김대중, 김영삼 등 야당 정치인들이 비상계

132) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

133) 동아일보, “전두환 제11대 대통령 취임식”, 1980년 9월 1일 1면(방문: 2024. 4. 16).

134) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

업의 해제 등을 요구하는 등¹³⁶⁾ 사회적 안정 기조가 계속되었다. 이와 같이 상황에서 전두환 신군부는 권력 찬탈의 목적이 어려울 수 있다는 위기 의식을 가지게 되었다. 이후 전두환 신군부는 사회가 안정적인 분위기로 흐르고 있던 상황에서 갑자기 간첩 사건을 보도하는 등으로 사회적 위기 상황으로 몰아갔다. 또한 전두환 신군부는 간첩 사건을 보도한 후, 국가 안전의 위기 상황과 대학생들의 데모에 의한 사회 혼란을 수습한다는 목적으로 1980년 5월 17일 전군 회의를 소집하여 비상계엄 전국 확대를 결의한다.

그런데 유신 헌법 제54조 제1항은 ‘대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕 질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.’라고 규정하고 있는 점에서 5·17비상계엄 전국확대는 유신 헌법 제54조 제1항 규정을 위반한 비상계엄의 전국확대에 불과한 것이었다. 즉 1980년 5월 당시 대한민국에 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’가 인정될 수 없었다는 사실에서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕 질서를 유지하기 위한 비상계엄의 필요성은 인정되기 어렵다.

권력 찬탈 목적을 가졌던 전두환 신군부는 간첩 사건 등을 이유로 국가 안보 위기 상황이라고 언론에 보도하는 등으로 사회 불안을 조장하고 5·17비상계엄 전국 확대를 결의하였다. 이후 전두환 신군부는 1980년 5월 17일 24시를 기해 비상계엄 전국 확대를 발표하고 계엄포고령 제10호가 육군참모총장겸 계엄사령관 이희성에 의해 포고되어 대학휴교령·보도검열강화·정치활동금지 등의 조치가 내려졌다¹³⁷⁾. 또한 전두환 신군부는 김대중, 김종필 등 주요 정치인들을 연행하기도 하는 등 오히려 안정되어 가던 상

135) 동아일보, “임시국회 20일 소집”, 1980년 5월 12일 1면(방문:2024. 6. 11).

136) 동아일보, “계엄령 즉각 해제 요구”, 1980년 5월 16일 1면(방문:2024. 6. 11).

137) 동아일보, “정치활동 중지·대학 휴교”, 1980년 5월 19일 1면(방문:2024. 6. 11).

황에서 사회 불안을 조장하였다¹³⁸⁾. 이와 같은 전두환 신군부의 1980년 5월 17일 24시를 기한 비상계엄의 전국 확대에 대해서는 전국적인 항의와 시위가 이어지는 원인이 되었다¹³⁹⁾. 5·17비상계엄 전국 확대 이후 광주에서도 전두환 신군부의 5·17 비상계엄 전국 확대 해제, 김대중의 석방을 요구하는 시위가 계속되었다. 전두환 신군부의 사주를 받은 계엄군들은 1980년 5월 17일 비상계엄 전국확대 이전부터 전국에서 발생하는 시위와 소요를 진압한다는 명목으로 충청훈련을 하면서 전두환 신군부를 반대하는 시위 진압에 투입될 상황이었다¹⁴⁰⁾.

전두환 신군부는 1980년 5월 17일 비상계엄 전국 확대 이전 1980년 5월 15일경 데모 진압 훈련을 하였던 7공수 여단 등 공수부대를 광주에 파견하여 광주시민들의 5·17비상계엄 전국확대와 김대중 석방 등의 시위에 대한 진압을 명령하였다¹⁴¹⁾. 광주에 투입된 공수부대원들은 각기 조를 편성해 광주 시내 각 학교의 입구를 지키고 검속을 강화했다. 광주에 투입된 공수부대원들은 광주에서 발생한 시위를 진압한다는 명목으로 전남대와 조선대에 천막을 설치하고 주동자 체포를 위해 1980년 5월 18일경부터 교내를 수색하면서 학생들에 대한 폭행 등으로 무자비한 체포를 하였다¹⁴²⁾. 따라서 7공수 여단 등 광주에 진주한 계엄군들이 진압과정에서 대학생들을 무자비하게 폭행한 행위 등은 광주시민들의 분노를 사기에 충분했다. 공수부대의 전남대와 조선대 학생들에 대한 잔인하고 무자비한 폭행을 통한 진압¹⁴³⁾에 의해 광주의 시위 양상은 1980년 5월 19일부터 변화를 보이기 시

138) 동아일보, “김종필·김대중씨 등 26명 연행”, 1980년 5월 19일 1면(방문:2024. 6. 11).

139) 황석영·이재의·전영호, 죽음을 넘어 시대의 어둠을 넘어, (주)창비, 2022, 55면

140) 황석영·이재의·전영호, 위의 책, 33면 - 34면.

141) 황석영·이재의·전영호, 위의 책, 56면 - 58면.

142) 황석영·이재의·전영호, 위의 책, 56면 - 57면.

143) 5·18광주민주화운동 당시 계엄군들은 진압을 이유로 곤봉으로 시위 군중을 무차별 폭행하여 사망하였음은 물론, M16 소총에 대검을 착용하고 시위 군중을 공

작한다. 대학생 중심이던 시위에 계엄군의 폭력에 분노한 광주의 일반 시민들과 고등학생들까지 거리로 뛰어나와 대학생들의 민주화 요구 시위에 합류하기 시작했다. 또한 1980년 5월 19일 오후 광주의 시위 양상이 바뀌면서 시위에 참가한 시민은 최소 3천명 이상으로 증가했다¹⁴⁴⁾. 그럴수록 계엄군의 광주시민들에 대한 진압은 가혹하며 더욱 잔인하게 변했다. 계엄군인 공수부대원들은 시민들을 진압봉이나 총의 개머리판으로 무차별 구타하고 대검으로 찌르고 옷을 벗기는 등 과격진압을 자행했다¹⁴⁵⁾. 더욱이 계엄군인 공수부대는 광주 시내 학생, 시민, 남녀노소, 행인을 가리지 않고 폭력을 가했다¹⁴⁶⁾. 이와 같이 계엄군은 광주시민들의 시위를 진압한다는 명목으로 법과 절차를 무시하고 시위 참가 여부와 관련이 없이 광주시민들에 대해 무자비하고 잔인하게 진압을 하였다. 광주시민들은 계엄군들의 인간성을 상실한 진압 행위에 대해 분노하면서 시위와 데모에 스스로 참여하는 원인이 되었다.

1980년 5월 20일 광주 시위대의 규모는 20만명 이상에 이르렀다. 광주 시민들이 대거 시위대에 합류하여 시위 군중이 늘어났다는 점은 계엄군의 광주시민들에 대한 진압이 무자비하였고 잔인한 것에 그 원인이 있다. 이와 같이 전두환 신군부는 1980년 5월 18일 광주민주항쟁 이전부터 광주에 대한 진압을 계획하고 1980년 5월 15일경 계엄군을 광주에 투입했을 뿐만 아니라, 5·18광주항쟁 당시 무자비하고 잔인한 학살, 곤봉과 M16 소총, 대검에 의한 무자비하고 잔인하게 진압을 감행 하였다. 공수부대의 잔인한 진압에 의한 인간성의 말살과 생명, 자유, 안전 등의 침해에 대해 광주시민

격하여 사망에 이르게 하던 사실은 익히 알려진 주지의 사실이다(황석영·이재의·전영호, 위의 책, 119면).

144) 황석영·이재의·전영호, 앞의 책, 87면 이하.

145) 연합뉴스, “5·18 '충정명령'은 무차별진압 작전”, 2007. 7. 24. 보도기사(방문 : 2024. 4. 16).

146) 황석영·이재의·전영호, 앞의 책, 97면 이하.

들은 최후로 저항하는 것 이외에 다른 방법이 없었다. 더욱이 광주시위 진압을 명목으로 신군부 세력에 의해 광주에 급파된 공수부대원들은 법과 절차를 위반¹⁴⁷⁾하고 1980년 5월 18일부터 1980년 5월 27일까지 계속된 진압 과정에서 광주 시민들에 대해 잔인하고 극악한 방법을 동원하였다. 심지어 여성들에 대한 강간 등 성폭행 행위¹⁴⁸⁾의 만행을 진압을 이유로 저질렀던 것이다¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾. 1980년 5월 18일 5·18광주항쟁에 대해 계엄군에 의하여

147) 유신헌법 제10조는 신체의 자유와 영장주의, 제11조 행위시법률주의와 죄형법정주의, 제18조 언론, 출판, 결사의 자유 제24조 재판받을 권리에 대한 기본권 등을 규정하고 있었다. 따라서 전두환 신군부의 선전과 같이 광주시위의 원인이 불순분자의 책동, 공산세력의 선동에 의한 것이라고 한다면 헌법에 정한 절차와 원칙에 의해 처벌받게 하는 것이 적법절차와 법치주의의 원칙이다. 하지만 5·18광주민주화운동 당시 광주시민들은 진압한 계엄군들은 법과 원칙에 따른 절차를 전혀 이행한 사실이 없고, 곤봉과 총, 칼 등을 이용하여 잔인하고 무자비한 진압을 하였다며는 점에서 계엄군의 진압 행위 그 자체가 오히려 불법적인 범죄행위에 해당한다고 하겠다.

148) 천지일보, “5·18 당시 계엄군, 집단 성폭행 사실 등 첫 공식 확인”, 202. 5. 8. 보도(방문: 2024. 4. 18).

149) 144회 국회 5·18광주민주화운동진상조사특별위원회 회의록 7면; 북동 276번지 3층 건물에서 2층에는 동아일보 광주 지사가 있고, 거기에는 정은철 총무와 배달 학생들과 도망 온 시민 3명이 있다. 공수부대원들은 건물 안으로 들어와 도망 온 시민 3명을 짓밟고 개머리판으로 짓이긴 뒤 데리고 갔다. 한참 뒤, 두 군인들은 다시 들어와 정은철 총무 뒷덜미를 낚아챈다. 정은철 총무는 업무를 보던 상태였다. 정 총무는 의자와 함께 넘어졌고 두 군인들은 정 총무를 마구 짓밟고 개머리판으로 내리쳤다. 정 총무는 제대로 움직이지도 못하고 꿈틀거렸고, 두 군인은 정 총무의 두 발을 양쪽에 하나씩 붙잡고 끌고 갔다. 머리는 땅바닥에 끌린 채였다. 그 뒤, 두 군인들은 또 들어와서 담당구역 수금하고 들어왔던 배달 학생 박준하 씨를 진압봉으로 수도 없이 때리고 짓밟은 뒤에 정 총무처럼 끌고 나갔다. 박준하 씨는 계단에서 실신했고, 두 군인은 그대로 팽개쳐두고 내려갔다

150) N뉴스, “[알고 봅시다] 무고한 시민들을 향한 무차별 사살과 고문”, 2007. 7. 26. 보도(방문: 2024. 4. 18); 연행자는 "위키발로 얼굴 문질러버리기", "눈동자를 움직이면 담뱃불로 얼굴이나 눈알을 지지는 '재떨이 만들기'", "발가락을 대검 날로 찍는 '담뱃요리'", "사람이 가득 찬 트럭 속에 최루탄 분말 뿌리기", "두 사람을 마주보게 하고 몽둥이로 가슴 때리게 하기", "머질째 물 한 모금 못 먹어 탈진한 사람에게 자기 오줌 싸서 먹이기", "화장실까지 포복해서 혀끝에 똥 묻혀오게 하기", "송곳으로 맨살 후벼파기", "대검으로 맨살 포 뜨기", "손톱 밑으로 송곳 밀

무자비하게 진압되기 시작된 후, 1980년 5월 20일 저녁 광주역 근처에서 계엄군들에 의한 최초의 발포가 있었다¹⁵¹⁾. 이후, 1980년 5월 21일 부처님 오신날 광주시민들은 도청에 모여서 계엄군이 물러갈 것을 시위하고 있었다. 1980년 5월 21일 새벽부터 광주로 통하는 모든 도로와 길, 통신은 막혀 있는 상황이었다. 1980년 5월 21일 오후 1시 애국가가 울려 퍼짐과 동시에 계엄군의 M16은 광주시민들을 향해 집단 사격을 개시하였다¹⁵²⁾. 따라서 계엄군들은 도청 앞에서 평화롭게 시위하던 남녀노소 군중 특히 그들이 대한민국의 헌법제정권력이고 주권자임에도 불구하고 그들을 향해서 발포를 한 것이다. 계엄군들은 광주시민들의 시위를 진압한다는 이유로 같은 국민을 향해 집단 발포를 하고 사살한 것인바, 계엄군이 광주시민들에 대해 집단 발포를 할 정도로 당시 광주시민들의 시위가 위법하거나 위협적이었다고 할 수 없다¹⁵³⁾. 더욱이 시위 군중을 진압하는 과정에서 발포를 한다는 것은 상관의 지시 명령이 없다면 불가능한 것인바, 계엄군의 발포에 대해 시위 진압을 지휘하고 있던 지휘관 뿐만 아니라 계엄군을 광주에 투입한 전두환 신군부의 책임은 존재한다.

하지만 1988년 청문회 당시 전두환은 1980년 5월 21일 전남도청 앞 집단 발포에 대해 자위권의 행사라는 말을 했다. 1980년 5월 21일 오후 1시 전라남도 도청앞 집단 발포 당시 계엄군이 자위권을 행사할 상황이었는지가 먼저 조사 및 확인되어야 한다. 더욱이 1988년 청문회 당시 전두환의 증언과 같이 계엄군의 광주시민들에 대한 집단 발포가 자위권의 발동이라고 한다면, 저격병에 의한 조준 사격 및 헬기 사격까지 자위권의 일환으로 행사되었다는 말이 되는데 이는 인정되기 어렵다고 하겠다. 게다가 계엄훈

어넣기" 등 차마 입에 올리기도 꺼리는 끔찍한 고문을 받았다

151) 황석영 · 이재의 · 전영호, 앞의 책, 174면 이하.

152) 황석영 · 이재의 · 전영호, 앞의 책, 200면 이하.

153) 한인섭 · 홍진영 · 김대근, "5·18민주화운동관련 재심 판결 등 분석", 5·18민주화운동 진상규명조사위원회, 2022, 17면 - 18면.

령 제11호는 ‘자위권은 국가의 안전과 국민의 생명 및 재산을 보호함에 있어 급박 부당한 위해를 제거하기 위해 부득이 실력을 행사하여 방위하는 권리’라고 규정¹⁵⁴⁾하고 있는바, 시위 군중에 대한 조준 사격이 자위권으로 설명될 수 있는 것인지 의문이다¹⁵⁵⁾. 이후 광주시민들은 계엄군이 집단 발포를 하는 상황에서 더 이상 시위만으로는 저항할 수 없다고 판단하고 무장을 한 후 계엄군에게 대항을 하였다¹⁵⁶⁾. 따라서 광주시민들의 무장을 한 원인은 계엄군으로부터 자신들의 생명, 자유, 안전 등을 지키기 위한 권리 행사였다고 할 수 있다. 광주시민들이 시민군을 조직하고 계엄군에게 저항 하였음에도 불구하고, 1980년 5월 27일 새벽 전남도청이 계엄군에 의해 진압되면서 5·18광주항쟁은 끝이 났다.

위와 같이 전두환 신군부에 의해 광주시위를 진압하기 위해 광주에 투입된 계엄군들은 법과 절차를 무시하고 무자비하고 말로 형언할 수 없는 정도의 잔인한 진압 작전을 수행하였다. 더욱이 계엄군은 광주시민들에 대한 진압과정에서 유신 헌법 규정을 위반하여 곤봉과 M16에 의한 구타 등 폭행, M16에 대검을 착용한 사살 행위, 진압과 전혀 상관이 없음에도 불구하고 여성 등에 대한 집단 강간 등의 성폭행 행위의 만행을 자행하였다¹⁵⁷⁾. 또한 계엄군은 시위와 전혀 상관 없는 임산부에 대해서도 발포하여 살해하고, 남녀노소를 가리지 않고 집단학살을 자행한 것은 분명한 사실이다. 이와 같은 계엄군들의 광주시민들에 대한 집단발포 행위는 과연 당시의 대한민국이 법과 절차가 존재하는 국가인지 의문이 들게 할 정도라고 하겠다. 따라서 5·18광주항쟁은 전두환 신군부와 계엄군들의 헌법과 법률을 위반한 불법행위에 해당할 뿐, 그것을 두고 국가의 질서 유지 및 사회 안녕 질서를 위한 정당한 진압 행위라고 할 수 없다.

154) 한인섭·홍진영·김대근, 위의 보고서, 23면.

155) 황석영·이재의·전영호, 앞의 책, 205면 이하; kbc, “5·18 계엄군 "시민 향해 조준 사격"..조사위 "전두환 소환"”, 2021. 5. 21. 보도(방문:2024. 4. 18).

156) 황석영·이재의·전영호, 앞의 책, 231면 이하.

157) 한인섭·홍진영·김대근, 앞의 보고서, 114면 이하.

다. 저항권 행사의 필요성

유신 헌법 제1조 제1항은 현행 헌법 제1조 제1항과 같이 ‘대한민국은 민주공화국이다.’라고 규정하고 있다. 국민주권주의는 모든 국가권력이 국민의 의사에 기초해야 한다는 의미로 이해할 수 있다¹⁵⁸⁾. 유신 헌법 제1조 제1항의 ‘민주공화국’은 전체정치, 군주국가, 독재정치를 지양하고 국가 권력이 적극적으로 국민들의 자유와 권리의 실현하고 인간으로서의 존엄과 행복 추구권 등 기본권을 실현하는 국가 형태를 의미한다고 할 수 있을 것이다¹⁵⁹⁾. 또한 유신 헌법 제1조 제2항 전단은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고’라고 규정하여 대한민국 국민이 대한민국 권력의 주체라는 점을 분명히 밝히고 있다. 위 헌법 제1조 제2항 규정에 의해 대한민국 공동체 권력은 주권자인 국민에 있는 것인바, 권력을 가진 주권자 국민으로부터 권력을 위임받은 권력집단은 주권자의 위임 범위를 넘어서서 권력을 행사할 수 없음은 물론 권력의 주체인 주권자의 위임이 없이 권력을 가지거나 행사할 수 없다. 또한 권력은 주권자인 국민과 국가 공동체의 유지를 위해 행사하는 경우에만, 권력 행사의 정당성이 인정될 수 있다¹⁶⁰⁾. 이와 같은 점에서 주권자인 국민들은 권력이 위임 범위를 벗어나 위헌적인 권력을 행사하는 경우 위헌적 권력 행사에 맞서 위헌적 권력 행사를 제거하고 헌정 질서의 회복을 위한 권리를 가진다고 할 수 있다¹⁶¹⁾. 또한 국가 권력의 주

158) 헌재 2016.12.29. 2015헌바63.

159) 김종철, “헌법전문과 6월항쟁의 헌법적 의미”, 헌법학연구 제24권 제2호, 한국헌법학회, 2018, 224면 - 225면; 성낙인, 앞의 책, 122면; 이국운, “대한민국 헌법 제1조의 한 해석”, 법과 사회 제45호, 법과 사회 이론 학회2013, 246면; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019, 91면; 정종섭, 앞의 책, 2014, 224면 - 226면; 최경호, “헌법상 공화개념의 현대적 해석에 관한 소고”, 법학논집 제26권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2022, 135면; 한수웅, 헌법학(제8판), 법문사, 2018, 123면.

160) 김종철, 앞의 논문, 222면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 123면 - 124면; 오향미, 앞의 논문1, 114면; 이준일, 앞의 책, 169면; 최경호, 위의 논문, 136면.

161) 오향미, 앞의 논문, 114면.

체인 국민이 주권을 권력에 위임하여 권력을 행사하도록 하는 것은 민주공화국에서 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 등을 권력을 통해 실현 가능하도록 하기 위한 목적을 가진다고 할 수 있다¹⁶²⁾.

우리 헌법재판소는 헌법 제1조 제1항 및 제2항과 관련하여 우리 대한민국은 국민주권주의를 바탕으로 하고 있으므로 모든 국가권력은 주권자인 국민에게 귀속된다고 결정하고 있다¹⁶³⁾. 헌법재판소 결정에 의하면, 국가권력은 주권자인 국민에게 귀속되어야 한다. 다만 국민이 직접 국가권력을 행사하는 것이 불가능하므로 이를 국민이 선출한 국가기관에 위탁하는 것 인바, 위임받은 사실이 없는 세력 또는 집단이 폭력 등 무력에 의하여 국민의 주권을 찬탈하고 입헌제도를 파괴, 교란한다면 국민주권주의를 바탕으로 한 우리나라의 자유민주적 기본질서는 본질적으로 침해될 위험에 처

162) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95, 판례집 15-1, 69: 헌법상 국민의 보호에 대한 대명제로서 우리 헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하고, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다라고 선언하고 있다. 그 밖에도 우리 헌법은 국민의 보호를 위하여 직·간접적으로 국가에게 많은 의무를 구체적으로 설정하고 있다(재판관 권성 반대의견).

163) 헌재 1995. 12. 14. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697: 우리 헌법 제1조는 제1항에서 “대한민국은 민주공화국이다”라고 규정하고, 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있다. 이와 같이 우리 대한민국은 국민주권주의를 바탕으로 하고 있으므로 모든 국가권력은 주권자인 국민에게 귀속되는 것이며, 다만 국민이 직접 국가권력을 행사하는 것이 불가능하므로 이를 국민이 선출한 국가기관에 위탁하는 대의정치제도를 채택하고 있는 것이다. 또한 우리나라는 자율과 조화를 존중하는 민주주의를 바탕으로 하고 있으므로 설사 그 내부에 정치·사회적 모순과 갈등이 존재하는 경우에도 헌법과 법률이 정하는 절차에 따라 평화적으로 해소해 나갈 수 있도록 보장하고 있다. 그런데 어떤 집단이나 세력이 폭력에 의하여 국민의 주권을 찬탈하고 입헌제도를 파괴, 교란한다면 국민주권주의를 바탕으로 한 우리나라의 자유민주적 기본질서는 본질적으로 침해될 위험에 처하게 된다. 따라서 헌법은 국민주권주의와 자유민주적 기본질서를 내용으로 하는 헌법질서에 대한 침해행위로 인하여 대한민국의 존립이 위태롭게 되는 것을 방지하기 위하여 내란행위를 범죄로 규정하여 엄하게 처벌하도록 하고 있다.

하게 되는 것이다¹⁶⁴). 따라서 위임이 없는 권력 행사 또는 위임 범위를 넘어서는 위헌적 권력 행사의 경우 주권자인 국민은 위헌적 권력 행사를 제거하고 헌정질서 회복을 위해 적극적으로 주권을 행사할 수 있는 것이다¹⁶⁵). 유신 헌법 제1조 규정에 따른 권력의 의무와 관련하여 제8조는 인간의 존엄과 가치, 권력의 기본권에 대한 보장의무를 규정하였고, 제9조는 평등의 원칙을 제10조는 신체의 자유와 영장주의를 규정하여 직접적이지 않지만 간접적으로 적법절차 원칙을 규정하였다. 또한 유신 헌법 제11조는 집회, 시위의 원칙을 규정하는 등 권력에 대해 대한민국 공동체 구성원들의 기본권을 실현할 의무와 대한민국 공동체의 유지 의무를 규정하였다. 따라서 유신 헌법 규정에 의해 당시 주권자인 국민으로부터 권력을 위임받은 대한민국 권력은 헌법규정에 따라 대한민국 공동체 구성원들의 인간의 존엄과 가치를 실현할 의무(유신헌법 제8조, 현행헌법 제10조)와 국민의 기본권을 최대한 보장할 의무를 가진다고 할 수 있다.

전두환 신군부가 계엄군을 동원하여 광주시민들을 잔인하고 난폭하게 진압함으로써, 당시 최규하 대통령과 국무위원들에 대하여 보다 강한 위협을 가하여 그들을 외포하게 하였다는 점은 충분히 인정된다고 할 수 있다¹⁶⁶). 따라서 전두환 신군부의 5·18광주항쟁 당시 광주시민들에 대한 시위진압 행위는 전두환 신군부가 헌법기관인 대통령과 국무위원들을 강압하여 그 권능행사를 불가능하게 한 것으로 보아야 하므로 국헌문란의 불법행위에 해당하고 광주시민들의 시위는 국헌과 헌정질서 회복을 위한 정당한 행위로 인정될 수 있는 것이다¹⁶⁷). 더욱이 전두환 신군부가 계엄군을 동원하여 광주시민들에 대한 진압 과정에서 광주시민들의 자유와 권리를 침해하여

164) 헌재 1995. 12. 14. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697.

165) 오향미, 앞의 논문, 114면.

166) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

167) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

인간의 존엄을 훼손한 것은 주지의 사실이다. 따라서 광주시민들은 전두환 신군부가 동원한 계엄군의 인간의 존엄 훼손행위에 맞서 인간의 존엄을 회복하고자 저항할 수밖에 없었다. 또한 계엄군들은 시위 진압과 전혀 상관이 없는 강간 등 성폭행, 유신 헌법 제10조 제2항의 고문 규정을 위반한 끔찍한 고문을 자행하였다. 더욱이 계엄군들은 광주시민들에 대한 시위 진압을 이유로 집단 발포를 하는 등 계엄군의 진압 행위는 유신 헌법과 법률을 위반한 불법에 해당할 뿐만 아니라 진압 과정에서 광주시민들의 인간의 존엄을 훼손한 반인도적 불법행위이자 집단학살이었던 점은 분명한 사실이다.

위와 같은 상황에서 광주시민들은 계엄군의 잔악무도한 행위에 맞서 평화적이고 비폭력적인 저항을 해야 한다는 것은 어려울 것이다. 즉 총과 칼에 의해 자유와 생명이 훼손되고 위협당하는 상황에서 적극적으로 저항하는 것 이외는 다른 방법이 없다. 따라서 광주시민들의 5·18광주항쟁 당시 계엄군에 대한 저항은 계엄군에 의해 발생한 자유와 생명에 대한 침해 및 현재의 위협에 대한 정당한 방어의 의사가 존재할 뿐만 아니라¹⁶⁸⁾ 계엄군의 잔인하고 무자비한 폭력과 학살행위에 맞서 폭력으로 저항하여 인간의 존엄을 회복하고자 하였다고 하는 것이 옳다¹⁶⁹⁾.

더욱이 사법부는 5·18광주민주화운동법 제4조 제1항 규정에 의한 재심 사건에서 광주시민들의 계엄군에 대한 저항은 정당한 행위라고 판시하였다¹⁷⁰⁾. 따라서 5·18광주항쟁 당시 광주시민들의 행위는 전두환 신군부의

168) 한인섭·홍진영·김대근, 앞의 보고서, 84면 이하.

169) 한인섭·홍진영·김대근, 앞의 보고서, 151면.

170) 광주지방법원 1998.5.29. 선고 97재고합16 판결 (피고인: 이재호 등 32인): 피고인들에 대한 이 사건 공소사실의 요지는, 재심대상판결의 범죄사실 중 각 해당란 기재와 같으므로 이를 대로 인용하기로 한다. 이에 대하여 피고인들은 공소사실과 같은 행위를 한 사실은 있으나, 위비상계엄의 선포 등 일련의 행위는 전두환 등이 국가의 헌정질서를 파괴하기 위한 내란행위에 해당하고 피고인들의 행위는 이를 막기 위한 정당행위이므로 위법성이 없다고 변호하고 있다. 그러므로 살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 전두환 등이 1980-5·17. 비상계엄 전국확대를 시작

헌정질서파괴 범죄를 저지하거나 반대함으로써 자유민주적 기본질서를 수호하기 위한 정당한 행위에 해당한다. 게다가 광주시민들은 전두환 신군부가 동원한 계엄군의 진압 과정의 인간의 존엄 훼손에 대해 인간의 존엄의 회복을 위해 폭력적으로 저항한 것이어서 그 정당성 또한 당연히 인정된다.

대법원은 전두환, 노태우 등 하나회 출신 신군부 세력에 대한 [반란수괴 · 반란모의참여 · 반란중요임무종사 · 불법진퇴 · 지휘관계업무소외탈 · 상관살해 · 상관살해미수 · 초병살해 · 내란수괴 · 내란모의참여 · 내란중요임무종사 · 내란목적살인 · 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)] 사건에 대한 1997년 4월 17일 선고에서 국헌문란의 불법행위에 해당한다'라고 판시하였다¹⁷¹⁾. 대법원은 전두환 등 하나회 출신 신군부 세력의 1980년 5월 17일 비상계엄 전국확대, 1980년 5월 18일 발생한 5·18광주민주화운동에서 계엄군에 의한 진압행위는 모두 국헌을 문란하게 한 행위에 해당하고 광주시민들의 항쟁은 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위로 평가를 한다. 대법원의 판시 사항에 의하면 광주시민들이 헌정질서 수호를 위해 계엄군에게 저항한 행위는 정당한 행위에 해당할 뿐만 아니라 저항권의 당연한 행사로 인정될 수 있다고 판시한 것으로 판단될 수 있다.

헌법재판소 역시 전두환 신군부에 대한 불기소처분 취소 사건에서 12·12 사건 자체만 보더라도, 검찰이 인정한 사실에 따르면 당시 신군부측은 사전 모의 아래 계엄사령관을 강제로 연행하였을 뿐만 아니라 그 밖의 주요 군지휘관을 연행하고 주요 군지휘부를 점거하여 그 기능을 마비시키고,

으로 1981.1.24. 비상계엄의 해제에 이르기까지 행한 일련의 행위가 헌정질서파괴범죄(내란죄)에 해당하는 사실을 인정할 수 있고(대법원 1997.4.17. 선고 96도 3376 판결), 피고인들이 한 위 행위는 공소사실 자체에 의하더라도 이러한 헌정질서파괴 범죄를 저지하거나 반대함으로써 자유민주적 기본질서를 수호하기 위한 정당한 행위라 할 것이다...각 무죄를 선고한다; 서울고등법원 2021.10.15. 선고 2021재노19 판결(같은 판결).

171) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

이와 아울러 대규모 병력을 동원하여 중앙청과 총리공관(최규하 대통령 관저) 등 주요시설을 점거하는 한편 계엄사령관 연행에 대한 재가를 얻기 위하여 국방부장관을 연행하고, 최규하 대통령에게 집단으로 (전두환, 유학성, 황영시, 차규현, 백운택, 박희도 등) 몰려가 재가를 요구하는 등으로 군지휘 계통을 마비시키고, 최고헌법기관인 대통령으로 하여금 그 권능행사를 불가능하게 한 사실을 검찰 스스로 인정하는 한 형법상 내란죄의 성립은 부인할 수 없다. 국군통수권을 가진 대통령의 권한행사를 무력화시키지 않은 채 군사권만을 장악한다는 것은 경험칙이나 논리칙에 반할 뿐만 아니라 아울러 대통령과 국무총리 등 헌법기관이 그대로 유지되었다는 검찰의 논거도 당시 대통령이 자유롭게 정상적인 국정수행을 할 수 없었던 상태라는 점을 감안할 때, 바로 그러한 상태를 예상하여 형법 제91조는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 “그 권능행사를 불가능하게 하는” 경우도 “국헌문란”의 태양의 하나로 적시한 점을 간과한 것이라 아니할 수 없다. 그러므로, 결국 피의자 전두환에 대한 피청구인의 이 사건 “혐의없음” 처분은 형법상 내란죄의 범리를 오해한 것으로서 위법함이 명백하고 그로 인하여 헌법상 보장된 청구인들의 기본권(즉 평등권, 재판청구권, 형사피해자의 재판절차진술권 등)이 침해되었으므로 위 처분은 마땅히 취소되어야 한다’라고 결정하면서 전두환 신군부의 헌정질서 파괴, 국헌문란, 내란 등의 범죄 사실을 모두 인정하였다¹⁷²⁾.

전두환 신군부의 광주시민들에 대한 무자비한 진압 행위에 대해 서울고등법원은 ‘민주주의 국가의 국민은 주권자로서 또 헌법제정권력으로서 헌법을 제정하고 헌법을 수호하는 가장 중요한 소임을 갖는 것이므로 이러한 국민이 개인으로서의 지위를 넘어 집단이나 집단유사의 결집을 이루어 한 행위이고 위의 시위상황에 의하면 광주시민들은 위와 같은 피고인들의 국

172) 헌재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15.

헌문란행위를 항의하기 위하여 대규모의 시위에 나온 것이므로 이것은 주권자이며 헌법제정권력인 국민이 헌법수호를 위하여 결집을 이룬 것이라고 할 것'이라고 판시하였다¹⁷³⁾. 서울고등법원 판결에 의하면, 전두환 신군부가 5·18광주항쟁 당시 대한민국 헌법제정권력 일 뿐만 아니라 주권자로서 권력을 가진 광주시민들을 권력 찬탈의 목적으로 무자비하고 잔인하게 진압한 것은 불법에 해당한다고 하겠다.

전두환 신군부의 1979년 12월 12일부터 1980년 5월에 걸친 헌정질서 파괴, 국헌문란, 내란 등의 행위에 대해 대법원은 1997년 4월 17일 판결에서 전두환 등의 상고를 기각하고 전두환 무기, 노태우 17년, 황영시, 허화평, 이학봉 징역 8년, 정호용, 이희성, 주영복, 징역 7년, 허삼수 징역 6년, 최세창 징역 5년, 차규현, 장세동, 신윤희, 박종규 징역 3년 6월의 형을 확정하였다¹⁷⁴⁾. 사법부는 5·18광주항쟁 당시 광주시민들을 헌법제정권력자로 판단하면서 오히려 전두환 신군부의 5·17.비상계엄 전국확대와 이에 따른 시위 진압 행위를 국헌 문란과 헌정질서 파괴의 수호를 위한 정당한 저항에 대한 불법행위로 판단하고 있다. 따라서 전두환 신군부는 주권자인 국민들의 위임이 없이 권력을 찬탈할 목적으로 내란, 내란목적 살인 등의 국헌 문란 및 헌정질서 파괴의 불법행위를 하였다. 그렇다면 5·18광주항쟁 당시 광주시민들의 행위는 주권자이자 헌법제정권력으로서 전두환 신군부의 헌정질서 파괴에 대해 헌정질서 회복을 위한 적극적인 저항으로 그 정당성은 충분히 인정된다고 하겠다.

3. 저항권 행사의 정당성

국회는 1990년 8월 6일 법률 제4266호로 5·18광주항쟁당시 사망하거나

173) 서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

174) 동아일보 1997년 4월 18일자 1면 보도(방문: 2024. 4. 18).

행방불명된 자 또는 상이를 입은 자(이하 “관련자(關聯者)”라 한다)와 그 유족에 대하여 국가가 명예를 회복하고 보상하기 위하여 ‘5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(약칭 5·18보상법)’을 제정하였다. 5·18보상법 제2조 제1호에서 “‘5·18민주화운동’이란 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄에 대하여 시민들이 전개한 민주화운동을 말한다”라고 규정하고, 제2항 제2호에서 5·18광주항쟁 당시 사망하거나 행방불명된 사람, 상이(傷痍)를 입은 사람, 대통령령으로 정하는 질병을 앓거나 그 후유증으로 사망한 것으로 인정되는 사람, 성폭력 피해를 입은 사람, 수배·연행 또는 구금된 사람, 공소기각·유죄판결·면소판결·해직 또는 학사징계를 받은 사람을 5·18광주항쟁 당시 관련자로 규정하고 있다. 약칭 5·18보상법의 제2조 관련자 규정에서 5·18광주항쟁 관련자의 범위를 규정하는바, 이를 통해 5·18광주민주화운동 당시 계엄군의 진압과정에서 만행을 충분히 알 수 있다. 더욱이 5·18보상법 제1조에서 ‘이 법은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효정지등에 관한 사항 등 규정’을 목적으로 하고 있는 점에서 전두환 신군부의 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일 전후의 행위는 대한민국 헌정질서를 파괴하는 범죄 행위라는 점을 분명히 규정하고 있다. 5·18보상법 제1조 규정에서도 5·18광주항쟁 당시 광주시민들의 행위는 전두환 신군부의 헌정질서 파괴에 대해 헌정질서 회복을 위한 당연한 저항권의 행사라는 점이 인정된다¹⁷⁵⁾.

국회는 1995년 12월 21일 법률 제5029호로 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법(약칭 5·18민주화운동법)’을 제정하면서 제1조에서 ‘이 법은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효정지등에 관한 사항 등을 규정함으로써 국가기강을 바

175) 김철수, 앞의 책, 96면; 송경재, “5·18 광주민주화운동의 헌법적 평가와 관련자 예우”, 한국과 국제사회 제7권 제4호, 한국정치사회연구소, 2023, 849면.

로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 한다'라고 규정하였다. 따라서 전두환 신군부의 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴를 범죄행위로 규정하고 있다. 제2조는 위 기간 동안 전두환 신군부의 국헌 문란, 헌정질서 위반 행위에 대한 공소시효 정지 규정을 두면서 전두환 신군부의 헌정질서 파괴의 범죄 행위에 대해 처벌을 하겠다는 의지를 보여주고 있다¹⁷⁶⁾¹⁷⁷⁾.

또한 5·18민주화운동법 제4조 제1항은 '5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 자는 형사소송법 제420조 및 군사법원법 제469조의 규정에 불구하고 재심을 청구할 수 있다'라고 규정하면서 전두환 신군부의 헌정질서 파괴에 대한 저항과 시위 과정에서 처벌받아 확정된 경우 이에 대한 재심을 청구할 수 있도록 규정하였다. 따라서 전두환 신군부의 국헌문란, 헌정질서 파괴에 대한 시위 등은 대한민국 주권자로서 당연한 저항의 권리로 규정을 한 것이다¹⁷⁸⁾.

위와 같이 국회가 1990년 8월 6일 법률 제4266호로 '5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(약칭 5·18보상법)'을 제정하고, 1995년 12월 21일 법률 제5029호로 '5·18민주화운동 등에 관한 특별법(약칭 5·18민주화운동법)'을 제정한 것은 전두환 신군부에 의해 1979년 12월 12일과

176) 5·18민주화운동법 제2조 : 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

177) 현재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51: 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴법과 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

178) 김철수, 앞의 책, 96면.

1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 행위가 헌정질서 파괴 및 국헌문란의 범죄 행위에 해당한다는 반성적 고려와 과거 권력의 체제불법에 따른 청산의 목적이다¹⁷⁹⁾. 또한 과거 권력의 공동체 구성원들에 대한 폭압적 불법행위에 대한 청산은 권력의 불법으로 훼손된 법치국가를 회복하기 위한 노력의 일환인 것이다¹⁸⁰⁾. 따라서 5·18보상법, 5·18민주화운동법 등 특별법의 제정은 전두환 신군부의 헌정질서 문란, 국헌문란 등 불법행위에 대한 과거 불법의 청산적 성격을 가진다¹⁸¹⁾. 과거 권력의 불법에 대한 청산은 법치국가의 미래를 위한 정의의 실현을 위한 문제라고 할 수 있는 것이다¹⁸²⁾. 즉 과거 권력에 의한 불법 행위로 희생을 당하고 피해를 입은 행위자에 대한 신원과 명예의 회복은 현재 권력의 당연한 의무이다.

또한 5·18보상법과 5·18민주화운동법은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 등 불법행위에 대해 단죄하고 청산하여 법치주의를 회복하고자 하는 노력의 일환인 것이다. 전두환 신군부의 헌정질서 파괴에 대한 전국적 저항과 5·18광주항쟁은 1992년 김영삼 문민정부에서 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(약칭 5·18민주화운동법)¹⁸³⁾이 제정되어 정당성을 인정받았다. 게다가 전두환 신군부의 불법이 인정되어 단죄를 하였다는 점에서 5·18 광주항쟁 당시 광주시민들의 계엄군에 대한 저항은 정당한 것이라고 할 수 있다¹⁸³⁾¹⁸⁴⁾. 더욱이 전두환 신군부에 의한 5·17 비상계엄 전국 확대와 계

179) 방승주, “통일과 체제불법 청산”, 통일법연구 제1권, 헌법이론실무학회, 2015, 188면.

180) 방승주, 위의 논문(각주 179), 199면.

181) 김선택, “과거청산과 법치국가”, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구원, 1995, 87면; 방승주, 위의 논문(각주 179), 193면.

182) 방승주, 앞의 논문(각주 102), 218면.

183) 송경재, 앞의 논문, 850면. 송경재는 1987년 헌법 전문에 3.1 운동 정신, 불의에 항거한 4.19민주이념 계승의 규정은 권력의 불법에 대한 국민의 저항정신을 규정한 것이라고 하면서 5·18광주항쟁의 헌법 전문의 규정이 필요하다고 주장한다. 필자는 송경재의 주장에 동의한다.

184) 필자는 1960년 4월 19일 3.15 부정선거에 대한 4.19의거가 기존 권력을 몰락시킨

엄포고령 제10호 규정의 신체의 자유에 대한 침해, 영장주의 예외 규정은 인간의 자유와 권리에 대한 본질적인 권리를 침해하고 있었다. 또한 5·18 광주항쟁 과정의 계엄군의 무자비한 진압과 이로 인한 인간의 존엄과 가치에 대한 훼손은 분명한 사실이다. 따라서 5·18광주항쟁 당시 광주시민들은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴, 국헌 문란에 의한 대한민국 공동체 구성원들의 인간의 존엄과 가치의 훼손에 대해 인간의 존엄과 가치를 회복하고자 저항권을 행사한 것이다¹⁸⁵⁾.

IV. 5·18광주항쟁과 저항권의 행사

1. 법치주의 목적과 권력의 불법

법치주의는 권력의 제한을 위한 원리로 인정되고 있다¹⁸⁶⁾. 법치주의의 목적은 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하여 권력의 전단적이고 자의적인 행사를 제한하여 공동체 구성원들의 자유와 권리를 보장하고 보호하고자 하는 목적을 가지는 것이다¹⁸⁷⁾. 법치주의에 의해 권력으로부터 개인들의 자유와 권리가 보장되고 보호되어야 하는 것은 개인들의 인간의 존엄

점과 5·18광주항쟁의 전두환 신군부의 헌정질서 파괴에 대한 저항으로 김영삼 정부에서 전두환 등 신군부 군사 권력을 단죄한 점은 모두 대한민국 민중들의 혁명적 저항이라고 평가될 수 있다는 생각이다.

185) 김철수, 앞의 책, 93면; 박성호, “입법권의 한계와 정당성에 관하여, 동아법학 제 104호, 동아대학교 법학연구소, 2024, 8, 60면; 송경재, 앞의 논문, 850면; 전종익, 앞의 논문, 105면.

186) Pirie, *The Rule of Laws “A 4000 Years Quest to Order the World”*, Oxford University Press, 2021, pp.168; Martin Krygier, “Magna Carta and the Rule of Law Tradition”, *Magna Carta 800 Symposium*, Parliament House, Canberra, 30 October 2015, pp.1; Susan Wise Bauer, op, pp.179-pp.180.

187) 박성호, 앞의 논문(각주 13), 533면; 박성호, 위의 논문(각주 185), 52면.

과 가치의 실현을 위한 것이다¹⁸⁸⁾. 따라서 권력 목적의 입법을 하거나 권력 목적의 법에 근거하여 권력을 행사하는 것은 권력의 남용에 해당할 뿐만 아니라 개인들의 자유와 권리에 대한 제한을 초래할 것이다. 또한 권력의 전단적이고 자의적인 행사에 의한 불법성은 공동체 개인들의 자유와 권리에 대한 제한이어서 공동체 개인들의 인간의 존엄과 가치에 대한 훼손일 뿐이다¹⁸⁹⁾. 즉 권력의 남용과 전단적인 사용은 개인들의 자유와 권리를 제한하고 인간의 존엄과 가치를 훼손할 것이라는 점이다. 이와 같은 점에서 법치주의의 실질적인 목적은 개인의 자유와 권리를 보장하고 보호하여 권력으로부터 개인들의 인간의 존엄과 가치를 유지하고자 하는 데 있다¹⁹⁰⁾.

개인들이 공동체에서 자유, 권리, 안전과 평화를 위해 주권을 권력에 양도하거나 위임했다고 하더라도 개인들은 모든 주권을 권력에게 양도하거나 위임한 것이 아니다. 게다가 공동체 개인들로부터 주권을 양도받거나 위임 받은 권력은 개인들의 자유, 생명, 재산, 안전 등을 보장하고 무질서로 인한 혼란과 투쟁 상태를 방지하여 개인들이 인간의 존엄과 가치를 유지할 수 있도록 할 의무가 존재한다¹⁹¹⁾. 따라서 개인들이 공동체에서 자유, 생명, 안전을 보호받지 못하고 인간의 존엄과 가치가 유지될 수 없고 훼손된다면 개인들은 통치권을 권력에게 위임할 이유가 전혀 없는 것이다¹⁹²⁾. 개인들은 권력을 포함하여 누구로부터라도 폭력적 공격에 의해서 자유, 권리, 생명을 빼앗으려는 자들에 대하여 저항할 권리를 포기할 수 없고 포기될 수도 없는 것이다¹⁹³⁾. 그것은 공동체 개인들이 자유, 권리, 생명 등에 대한

188) 박성호, 위의 논문(각주 185), 60면; 방승주, 앞의 논문(각주 179), 199면.

189) 박성호, 위의 논문(각주 185), 64면; 전종익, 앞의 논문, 106면.

190) 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 139면.

191) 박성호, 앞의 논문(각주 13), 533면; 방승주, 앞의 논문(각주 179), 199면; 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 139면.

192) 토마스 홉스(Tomas Hobbes)(진석용 역), 앞의 책, 2022, 180면-181면.

193) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

공격에 저항함으로써 인간의 존엄을 유지하기 위한 당연한 권리의 행사이기 때문이다¹⁹⁴). 따라서 주권을 위임받은 권력이 위임자인 개인들의 자유와 권리를 위협하고 인간의 존엄을 훼손하는 경우, 개인들은 인간의 존엄을 유지하기 위하여 권력의 불법적 행위에 당연히 저항할 권리를 가지고 인간의 존엄을 유지할 수 있을 뿐이다¹⁹⁵). 또한 권력은 공동체 개인들로부터 주권의 일부를 양도받거나 위임받은 점에서 개인들의 자유, 생명 안전 등과 인간의 존엄을 유지할 의무와 공동체 평화를 위해 권력을 행사할 의무가 있다. 더욱이 권력에 대한 개인들의 복종의 의무는 개인들이 위임한 권력에 의해 권력이 행사되는 경우에 한정되는 것이고, 개인들이 양도한 권력에 의해 개인들의 생명, 자유 안전 등을 위협하거나 신체에 대한 자유를 침해한다면 개인들에게 저항의 권리가 인정될 뿐이다¹⁹⁶). 공동체의 권력은 개인들의 자유, 생명, 안전 등의 절대적 권리를 제한할 수 없을 뿐만 아니라, 개인들의 자유, 생명, 안전 등을 위한 목적으로 행사되어야 한다는 한계가 분명히 존재한다.

전두환 신군부의 1979년 12월 12일부터 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴, 국헌문란 등 불법행위에 대한 재판에서 서울고등법원은 5·18광주민주화운동 당시 광주시민들의 저항과 관련하여 광주시민들은 헌법제정권력자라는 점을 판시하여 광주시민들이 대한민국 공동체 권력의 주체임을 분명히 하였다¹⁹⁷). 대법원은 전두환 등의 상고를 기각하면서 5·17비상계엄 전국 확대는 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대 조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내

194) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

195) 전종익, 앞의 논문, 105면; 송경재, 앞의 논문, 85면.

196) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

197) 서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

란죄의 폭동에 해당하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정하였다¹⁹⁸⁾.

전두환 신군부의 5·17 비상계엄 전국 확대는 권력을 찬탈하기 위한 국헌문란, 헌정질서 파괴의 불법행위라는 점은 분명한 사실이다. 또한 전두환 신군부는 5·17 비상계엄 전국확대 당시 계엄포고령 제10호를 발령하여 대한민국 공동체 구성원들의 자유와 권리를 억압하고 인간의 존엄과 가치를 훼손한 사실은 분명하다. 5·17 비상계엄 전국확대 이후 전국은 전두환 신군부의 권력의 자의적이고 전단적인 행사와 자유와 권리의 억압에 의한 인간의 존엄성을 부정하는 전두환 신군부에 맞서 시위와 저항을 이어갔다. 이 과정에서 1980년 5월 18일 5·18광주항쟁이 전개되었다는 점에서 5·18광주항쟁은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴와 인간의 존엄성 및 대한민국 공동체 구성원들의 기본적 인권을 부정하는 불법에 맞서 인간의 존엄성을 회복하고자 하는 저항권의 행사이었다. 따라서 광주시민들은 인간의 존엄성 회복을 위해 전두환 신군부의 잔인하고 무자비한 진압 등 불법행위에 대해 저항을 한 것이다¹⁹⁹⁾.

2. 국가 폭력에 대한 반성적 고려

헌법재판소는 전두환 신군부에 대한 5·18광주민주화운동법 제2조 공소시효 정지 규정에 대한 위헌 사건에서 ‘12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴범과 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행 중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있

198) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

199) 전종익, 앞의 논문, 105면.

으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다'라고 결정을 하였다²⁰⁰⁾. 또한 5·18광주항쟁 당시 저항권 행사에 대해 헌법재판소는 '5·18민주화운동등에관한특별법 제4조 제1항 위헌소원' 사건에서 5·18민주화운동 당시 전두환 신군부의 국헌문란 및 헌정질서 파괴 행위에 대한 시위 등은 저항권의 행사로 인정하면서 전두환 신군부의 저항에 대한 처벌에 대해 재심을 청구할 수 있다고 결정을 하였다²⁰¹⁾.

위와 같은 대법원, 헌법재판소의 결정에 의하면 5·18광주항쟁 당시 광주시민들은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴, 국헌문란에 의한 자유, 권리의 억압과 인간 존엄의 훼손에 대해 인간의 존엄성 회복, 국헌질서의 회복을 위해 저항권을 행사한 것으로 저항권 행사의 정당성은 충분히 인정된다고 하겠다. 또한 국회가 '5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(약칭 5·18보상법)'을 제정하고, '5·18민주화운동 등에 관한 특별법(약칭 5·18민주화운동법)'을 제정한 것은 국가 권력에 의한 헌정질서 파괴, 국헌문란과 당시 광주시민들에 대한 살인, 강간, 폭행 등 불법행위에 대한 반성적 고려에 의한 것임은 분명한 사실이다.

1945년 8월 15일 대한민국 해방 이후, 현대사에서 발생한 국가 권력에 의한 헌정질서 파괴 행위 등에 대해 특별법을 제정한 것은 권력의 불법행위에 대한 반성적 고려에 의한 것임은 분명하다²⁰²⁾²⁰³⁾. 지난 2003년 10월

200) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51.

201) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌바76, 판례집 14-2, 461: 국가도 소추권을 행사할 수 없는 지경의 위기를 초래한 헌정질서파괴범죄를 규탄한 민주화운동행위를, 민주화가 완성되었다고 보는 지금에도, 그대로 유죄로 두는 것은 헌법상의 저항권을 부인하는 것이거나 헌법상 민주적 기본질서에 위배된다. 따라서 청구인이 한 민주화운동이 1980. 5. 18.을 전후한 그 당시에 이루어진 것이 아니라는 이유로 이는 5·18민주화운동에 포함되지 않는다고 문제조항이 해석된다면 문제조항은 헌법에 위반된다(밑줄은 강조를 위해 필자가 그은 것임).

202) 박성호, 앞의 논문(각주 2), 3면.

203) 국회는 2000년 1월 12일 '제주4·3사건 진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법(이하에서 "제주4·3 특별법"이라고 칭한다)의 제정하는 등 그 동안 국가 권

31일 고 노무현 대통령은 제주4.3항쟁과 관련하여 “국정을 책임지고 있는 대통령으로서 과거 국가 공권력의 잘못에 대해 유족과 도민들에게 사과를 드립니다”라고 하면서 제주 4·3항쟁 당시의 국가 권력의 학살 등 불법행위에 대해 대한민국 대통령으로서 사과를 하였다²⁰⁴). 따라서 제주4·3항쟁 당시 제주민들의 권력에 대한 저항은 헌정질서 파괴 등의 불법행위에 맞선 당연한 저항권의 행사임은 분명한 사실이다²⁰⁵). 또한 문재인 대통령은 2019년 10월 16일 부마항쟁 40주년 기념식에서 국가 권력의 불법행위를 인정하고 사과를 하였다²⁰⁶). 하지만 1980년 5월18일 전두환 신군부가 계엄군을 동원하여 광주시민들을 잔인하게 진압한 헌정질서 문란 등 불법행위에 대해서는 아직까지 국가 원수에 의한 직접적인 사과는 없었다. 5·18광주항쟁 당시 광주시민들은 대한민국 헌정질서 회복과 자유, 권리 및 인간의 존엄의 회복을 위해 전두환 신군부의 사주를 받은 계엄군의 잔인한 진압에 맞서 저항을 한 것이라는 점에서 국가는 광주시민들에 대해 직접적인 사과를 분명히 해야만 할 것이다.

V. 결론

권력은 개인들이 위임한 범위에서 개인들의 자유와 권리를 보장하고 보

력에 의한 불법행위에 대해 다수의 특별법을 제정한 것은 사실이다. 필자는 대한민국의 권력의 체제 불법에 대한 청산과 관련하여 권력에 의한 불법행위에 대해 연구와 논문을 발표하면서 체제 청산 작업을 계속할 것임을 밝혀둔다.

204) 오마이뉴스, “노무현의 제주4·3 사과 20년을 기념한다”2023년 3월 20일 보도(방문 : 2024. 4. 20).

205) 제주4·3항쟁의 저항권에 대해서는 ‘박성호, “제주 4·3항쟁과 국가 폭력에 대하여”, 고려법학 제113호, 고려대학교, 법학연구소, 2023, 12’ 참조.

206) 동아일보, “文대통령 “모든 권력기관, 국민 위해 존재…유신 피해자에 사과”2019년 10월 19일 보도(방문 : 2024. 4. 20).

호하여 인간의 존엄을 유지할 수 있도록 권력을 행사할 의무가 있다. 하지만 권력이 위임 범위를 넘어서서 권력을 행사하고 개인들의 자유와 권리를 침해하여 인간의 존엄성을 훼손한다면, 그것은 권력의 불법행위에 해당할 뿐이다. 이와 같은 경우 권력의 위임자들은 권력의 불법에 저항할 수 있다²⁰⁷⁾. 따라서 저항권은 권력의 불법적 행사에 저항할 수 있는 권리라는 점에서 헌법에 규정되어 있는지 여부와 관련이 없이 천부적이고 자연적인 권리라고 할 수 있다. 즉 저항권은 국가 공동체 구성원들이 권력의 불법에 저항할 수 있는 권리라는 점에서 헌법 규정 여부는 저항권 행사의 요건이라고 할 수 없다.

우리 헌법재판소는 저항권과 관련하여 ‘합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리’라고 결정하였다²⁰⁸⁾. 우리 헌법재판소 결정에 의하면, 저항권은 우리 헌법에 규정되었는지 여부와 관련이 없이 권력의 불법에 저항할 수 있는 자연적이고 천부적인 권리로 인정된다고 할 수 있다²⁰⁹⁾. 저항권이 헌법에 규정된 경우에 한하여 행사될 수 있다면, 저항권이 헌법에 규정되지 않은 경우 권력의 불법에 저항할 수 없고 침묵해야 한다는 점에서도 저항권은 헌법의 규정 여부와 관련이 없이 인정되는 당연한 권리에 해당한다.

위와 같은 저항권의 목적은 권력에 의한 기존 헌정질서 파괴, 개인들의 자유와 권리에 대한 침해에 의한 인간의 존엄성 훼손을 회복하고자 한다. 국가 공동체 구성원들이 권력에 통치권을 위임한 목적은 권력에 의해 개인들의 자유와 권리를 보장받고 보호받아 인간의 존엄성을 유지하기 위한 것

207) 권형준, 앞의 논문, 141면; 김기범, “저항권”, 공법연구 제2집, 한국공법연구회, 1972, 23면; 김유백, 앞의 논문, 35면 이하; 오승철, 앞의 논문, 175면; 정태호, 앞의 논문, 220면.

208) 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4, 판례집 9-2, 332, 338.

209) 박성호, “전두환 신군부의 불법성과 법적 책임 논증”, 고려법학 제114호, 고려대학교 법학연구원, 2024, 9, 27면; 이재승, 앞의 논문, 47면

이다²¹⁰). 따라서 권력이 권력을 위한 목적으로 권력을 행사한다면, 주권자인 개인들은 주권의 양도를 철회하고 권력의 불법에 저항할 권리를 가진다고 해야 한다²¹¹). 또한 개인들로부터 주권을 양도받은 권력이 권력의 목적에서 벗어나 불법적인 권력을 행사하여 주권양도자인 개인들의 인간의 존엄을 훼손하는 경우 개인들은 권력의 불법에 저항함으로써 인간의 존엄을 회복할 권리를 가진다.

법치주의는 권력의 행사가 법에 근거하여 행사될 것을 요구함으로써 개인들의 자유와 권리를 보장하고 보호하여 인간의 존엄을 유지하기 위한 목적을 가지고 있다²¹²). 따라서 권력은 위임받은 범위에서 법에 근거하여 권력을 행사할 수 있을 뿐이다. 하지만 권력이 위임 범위를 넘어서 권력을 행사하거나, 법에 근거하지 않고 권력을 행사하는 것은 법치주의의 위반이 될 뿐만 아니라 불법적인 권력의 행사에 해당할 뿐이다. 또한 권력이 법치주의를 위반하고 불법적인 권력을 행사하는 경우 개인들의 자유와 권리를 침해하고 인간의 존엄을 훼손하였던 것은 역사적으로 증명되고 있는 사실이다. 공동체 구성원들은 권력의 불법에 저항함으로써 권력의 불법으로부터 자유와 권리를 회복하고 인간의 존엄성을 유지하고자 하였던바, 저항권 행사의 목적은 권력의 불법에 의해 침해되었던 인간의 존엄성 회복에 있다고 할 수 있다.

저항권에 대해 기존의 대부분의 교과서와 우리 헌법재판소²¹³)는 저항권 행사와 관련하여 보충성, 최후수단성 등을 요건으로 제시하거나, 비폭력적

210) 박성호, 앞의 논문(각주 2), 25면; 박성호, 앞의 논문(각주 76), 203면-204면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 200면; 베르너 마이호퍼(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 81면.

211) 김기범, 앞의 논문, 30면; 박성호, 앞의 논문(각주 2), 16면 - 17면.

212) 방승주, 앞의 책(각주 92), 284면; 송기춘, 참여정부에서의 법치주의의 발전: 헌법적 평가와 전망, 공법연구 제35집 제4호, 2007, 6, 300면.

213) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1 [인용(해산)].

인 방법, 평화적인 방법으로 저항권이 행사될 수 있다고 한다²¹⁴). 하지만 불법적 권력 혹은 권력의 불법에 의해 개인들의 자유와 권리가 침해되고 인간의 존엄이 훼손되는 상황에서 최후수단으로 보충성 요건을 갖추어서 저항권이 행사되어야 한다는 주장은 권력의 불법에 침묵해야 한다는 주장에 불과할 뿐이다. 과거 권위주의적 권력들은 입법, 사법, 행정을 실질적으로 통합하여 절대적 권력을 행사하면서 개인들의 자유와 권리를 침해하였다. 이와 같은 상황에서 법치주의 원칙에 의한 유효한 구제 수단은 전혀 존재하지 않았던 것이 사실이다. 오히려 권위주의 권력의 폭정에 대한 유효한 구제 수단이 남아 있지 않던 상황에서 저항만이 가능했다. 이와 같이 권력의 헌정질서 파괴 등 불법이 도래하는 경우 유효한 구제 수단은 존재하기 어려운 것이 현실이라는 점에서 최후수단성 또는 보충성, 성공가능성 등이 저항권의 요건으로 인정되어야 한다는 주장은 무리가 있어 보인다. 오히려 저항권은 권력의 불법에 맞서 인정될 수 있다는 점에서 폭력적 방법 등을 포함하여 실력적으로 불법적 권력과 권력의 불법에 저항할 수 있는 권리인 것이다²¹⁵).

제3장에서 논의한바와 같이, 전두환 신군부는 1979년 12월 12일 권력 찬탈의 목적으로 12. 12. 군사 반란을 통하여 대한민국 권력을 실질적으로 장악하였다. 이후, 전두환 신군부는 1980년 5월 20일 임시 국회에서 1979년 10월 27일 04:00를 기해 발령된 계엄령 해제가 예고된 상황²¹⁶)에서 1980년 5월 17일 전군 지휘관 회의를 개최하고 최규하 대통령의 재가 없이 비상계엄을 전국으로 확대하는 조치를 결정하였다. 또한 일체의 정치 활동을 금지, 옥외 집회를 금지하는 등의 계엄포고 제10호를 포고하였

214) 김정한, 앞의 논문, 89면; 김정훈, 앞의 논문, 3384면; 방승주, 앞의 책(각주 22), 437면; 오승철, 앞의 논문, 174면.

215) 권영성, 앞의 책, 97면; 김철수, 앞의 책, 89면; 윤정인·김선택, 앞의 논문 27면; 전중익, 앞의 논문, 104면.

216) 동아일보 1980년 5월 17일 1면 보도(방문: 2024. 11. 26).

다²¹⁷). 이와 같은 전두환 신군부의 일련의 행위는 실질적 권력을 장악한 권력 집단으로서 법과 원칙을 무시하고 법적인 근거없이 권력을 행사하는 등 법치주의를 위반하여 권력을 행사한 것이어서 그 자체로 불법적 권력 행사에 해당할 뿐이다²¹⁸).

대한민국 공동체 구성원들은 전두환 신군부의 권력 찬탈을 위한 불법행위에 대해 전국적 시위와 항의를 이어갔다. 이와 같은 과정에서 전두환 신군부는 공수부대를 동원하여 광주시민들의 항의와 저항을 진압하였는바, 1980년 5월 18일부터 1980년 5월 27일까지 이어졌던 계엄군의 진압에 대한 광주시민들의 저항이 5·18광주항쟁이다. 5·18광주항쟁 당시 계엄군에 의해 광주시민들이 진압되었다고 하더라도, 계엄군을 사주한 세력이 전두환 신군부라는 점을 고려해 본다면, 광주시민들은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴, 국헌문란 등의 행위에 대해 기존 헌정질서를 회복하고자 저항하였다. 5·18광주항쟁 당시 계엄군인 공수부대원들은 시민들을 진압봉이나 총의 개머리판으로 무차별 구타하고 대검으로 찌르고 옷을 벗기는 등 과격 진압을 자행했다²¹⁹). 더욱이 계엄군인 공수부대는 광주 시내 학생, 시민, 남녀노소, 행인을 가리지 않고서, 잔인하고 무자비한 폭력을 자행한 것은 주지의 사실이다²²⁰). 따라서 전두환 신군부의 사주를 받은 계엄군들의 5·18 광주항쟁 당시 광주시민들에 대한 진압행위는 자유와 권리를 침해하고 인간의 존엄을 훼손하는 불법행위에 해당할 뿐 계엄군들의 진압에 대한 정당성은 인정될 수 없다²²¹).

위와 같이, 5·18광주항쟁은 전두환 신군부의 기존 헌정질서 파괴, 국헌

217) 한인섭, *한국형사법과 법의 지배*, 한울아카데미, 1998, 122면.

218) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

219) 연합뉴스, “5·18 '충정명령'은 무차별진압 작전”, 2007. 7. 24. 보도기사(검색 : 2024. 11. 26).

220) 황석영 이재의 전영호, 앞의 책, 97면 이하.

221) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

문란의 불법행위에 대해 광주시민들이 저항을 한 것이었다. 불법적 권력에 의해 입법, 사법, 행정의 장악된 상황이라고 한다면, 불법적 권력의 불법에 대한 권리 구제 수단을 거친 후에 저항권을 행사할 것을 요구하는 보충성의 요건은 권력의 불법에 침묵을 요구하는 것에 불과할 뿐이다. 또한 개인들로부터 주권을 양도받은 권력이 권력 목적을 위해 개인들의 신체, 자유, 생명을 침해하고 인간의 존엄을 훼손한다면 개인들은 권력에 저항할 당연한 권리를 가지는 것이다²²²). 그것은 권력의 존재 목적을 벗어난 것이라는 점에서 정당한 권력의 행사로 인정될 수도 없다. 5·18광주항쟁 당시 전두환 신군부에 대한 광주시민들의 저항은 전두환 신군부의 헌정질서 파괴 행위에 맞서 자유민주주의 질서, 법치주의 및 헌정질서를 회복하고, 인간의 존엄과 가치를 유지하고자 하였던 자연적 정의의 회복을 위한 것이었다는 점에서 그 정당성만이 인정된다고 하겠다²²³). 오히려 전두환 신군부가 권력을 찬탈하기 위해 기존 헌정질서를 파괴하고 국헌을 문란한 불법행위가 인정된다는 점과 권력의 불법에 정당하게 저항권을 행사한 광주시민들에 대해 계엄군을 동원하여 잔인하게 진압한 불법행위만이 인정될 뿐이다²²⁴).

222) 김도현, “홉스에서의 형벌권과 저항권”, 법철학연구제19권 제3호, 2016, 115면; 박성호, 앞의 논문(각주 13), 546면; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

223) 김백유, 앞의 논문, 53면, 61면; 박성호, 앞의 논문(각주 13), 545면 - 547면; 송경재, 앞의 논문, 850면; 오승철, 앞의 논문, 197면; 오현철, 앞의 논문, 210면.

224) 현재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15

[국문초록]

대한민국 공동체는 모든 전제정치, 독재정치 등을 부인하고 구성원들의 기본권 실현을 목적으로 하는 민주공화국임을 헌법 제1조 제1항은 규정하고 있다. 또한 헌법 제1조 제2항은 ‘모든 권력은 국민으로부터 나온다’라고 규정하여 대한민국 권력의 주체는 국민임을 천명하고 있다. 즉 대한민국 국가 권력의 주체는 바로 국민 개개인임을 우리 헌법은 분명히 규정하고 있다. 더욱이 우리 헌법은 제10조 전단에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고, 후단은 국가 권력은 개인이 가는 불가침의 권리를 확인하고 보장할 의무가 있다고 규정한다. 따라서 대한민국의 권력은 국민 개개인의 인간의 존엄과 가치를 침해할 수 없을 뿐만 아니라 이를 보장하기 위해 권력을 행사할 의무가 존재한다. 하지만 1945년 8월 15일 해방 이후 현대사 대부분의 권위주의적 권력 집단들은 국민 개개인이 헌법제정권력의 주체임에도 불구하고, 권력의 연장과 유지 등 권력 집단의 목적을 위해 권력을 행사하였으며, 대한민국 구성원들의 자유와 권리를 침해하고 인간의 존엄성을 훼손하였다. 그러나 대한민국 공동체 구성원들은 권력의 불법에 맞서 권력의 주체로서 저항하면서 인간의 존엄성 회복을 하고자 하였다. 그것은 권력의 주체로서 정당한 것이었음은 주지의 사실이다. 1980년 5월 18일 발생한 5·18광주항쟁은 광주시민들이 전두환 신군부 세력에 의한 1979년 12월 12일부터 1980년 5월 18일을 전후하여 헌정질서 파괴, 국헌 문란 등의 불법행위에 대해 인간의 존엄성 훼손에 맞선 저항이었다. 또한 광주시민들이 전두환 신군부의 불법행위를 제거하고 자유와 권리 침해에 맞서 헌정질서를 회복하고 인간의 존엄성을 회복하고자 하였던 정당한 저항권의 행사라고 할 수 있다.

5·18광주항쟁과 저항권에 관하여

주제어

5·18광주항쟁, 헌법 제10조, 인간의 존엄, 법치주의, 민주공화국

[Abstract]

With regard to 5·18 Gwangju Democratization Movement and the Right to Resistance

Article 1, Paragraph 1 of the Constitution stipulates that the Korean community is a democratic republic aimed at realizing the basic rights of its members and denies all despotic politics and dictatorship. In addition, Article 1, Paragraph 2 of the Constitution stipulates that 'all power comes from the people', proclaiming that the subject of power in the Republic of Korea is the people. In other words, the Korean Constitution clearly stipulates that the subject of state power in the Republic of Korea is individual citizens. Therefore, it is clear that the subject of power in the Republic of Korea is individual citizens. Moreover, the front part of Article 10 stipulates human dignity, values, and the right to pursue happiness, and the latter part stipulates that state power has an obligation to confirm and guarantee the inviolable right of individuals to go. Therefore, the power of the Republic of Korea cannot infringe on the dignity and values of individual citizens, and also has an obligation to exercise power to guarantee this. However, after liberation on August 15, 1945, most authoritarian power groups in modern history exercised power for the purpose of power groups, such as extending and maintaining power, even though individual citizens were the subject of constitutional power, violating the freedom and rights of members of the Republic of

Korea and damaging human dignity. In response, members of the Korean community tried to restore human dignity while resisting as the subject of power against the illegality of power. It is a well-known fact that it was justified as a subject of power. The 5·18 Gwangju Democratization Uprising, which took place on May 18, 1980, was a resistance by Gwangju citizens against the damage to human dignity caused by illegal activities such as the destruction of constitutional order and the disturbance of national constitution by the new military forces of Chun Doo-hwan from December 12, 1979 to May 18, 1980. In addition, it can be said that it is a legitimate exercise of resistance in that Gwangju citizens tried to eliminate the illegal activities of Chun Doo-hwan, restore the constitutional order against the infringement of freedom and rights, and restore human dignity.

Key-words

5·18 Gwangju Resistance, Article 10 of the Constitution, Human Dignity, Rule of Law, Democratic Republic

참고문헌

[국내문헌]

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994.
- 권형준, “저항권에 관한 고찰”, 법학논총 제9집, 한양대학교 법학연구소, 1992.
- 김기범, “저항권”, 공법연구 제2집, 한국공법학회, 1972.
- 김도현, “흡스에서 형벌권과 저항권”, 법철학연구 제19권 제13호, 한국법철학회, 2016.
- 김상환, “국가의 기본권 보장의무와 법원의 역할”, 헌법학연구 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008.
- 김선택, “위헌적 헌법 개정에 대한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우-”, 공법연구 제12권 제4호, 한국공법학회, 2011., “과거청산과 법치국가”, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구소, 1995.
- 김성천, “헌정질서 파괴범죄의 공소시효”, 중앙법학 제19집 제2호, 중앙법학회, 2019.
- 김백유, “헌법수호II-非常的 憲法守護手段으로서의 抵抗權 理論을 中心으로-”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.
- 김종철, “헌법전문과 6월항쟁의 헌법적 의미”, 헌법학연구 제24권 제2호, 한국헌법학회, 2018.
- 김정환, “5·18의 법적 재현에서 나타난 대중봉기와 헌정”, 서강인문논총 제57집, 서강대학교 인문사회연구소, 2020.
- 김정훈, “현대적 저항권 개념의 일고찰”, 인문사회21 제14권2호, 인문사회21, 2023.
- 김진곤, “신체의 자유에 대한 기본권 체계와 신체를 훼손당하지 않을 권리”, 헌법학연구 제29권 제4호, 한국헌법학회, 2023.
- 김철수, “저항권소고”, 서울대학교 법학 제20권 2호, 서울대학교 법학연구소, 1980.
- 헌법학신론, 박영사, 2013.

- 김한균, “국가범죄의 피해자, 국가 책임의 관점에서 본 세월호 참사의 극복과제”
한국피해자학회학술논문집 제23집 제1호(2015).
- 나종일 편역, 자유와 평등의 인권선언 문서집, 한울, 2012.
- 베르너 마이호(심재우·윤재왕 옮김), 법치국가와 인간의 존엄, 세창출판사,
2019.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023.
- 박성호, “법의 정당성에 관한 연구”, 중앙법학 제24집 제4호, 중앙법학회, 2020.
“입법권의 남용과 제한에 대한 연구”, 중앙법학 제24집 제2호, 중앙법
학회 2022.
“권력에 의한 국가 폭력에 관하여”, 고려법학 제108호, 고려대학교 법
학연구소, 2023, 3.
“법의 실질적 효력에 대하여”, 원광법학 제39권 제1호, 원광대학교 법
학연구소, 2023, 3.
“제주 4·3항쟁과 국가 폭력에 대하여”, 고려법학 제111호, 고려대학
교 법학연구소, 2023, 12.
“토마스 홉스의 국가철학에서 법의 목적”, 성균관법학 제35권 제4호,
성균관대학교 법학연구소, 2023, 12.
“입법권의 한계와 정당성에 관하여”, 동아법학 제104호, 동아대학교
법학연구소, 2024, 8.
“전두환 신군부의 불법성과 법적 책임 논증”, 고려법학 제114호, 고려
대학교 법학연구소, 2024, 9.
- 방승주, 헌법 제10조, 한국헌법학회(편), 헌법주석I, 박영사, 2013.
“통일과 체제불법 청산”, 통일법연구 제1권, 헌법이론실무학회, 2015.
“민주공화국 100년의 과제와 현행헌법”, 헌법학연구 제25권 제2호, 한
국헌법학회, 2019.
“사후적으로 위헌선언된 긴급조치에 대한 국가배상책임”, 헌법학연구
제25권 제3호, 한국헌법학회, 2019.
헌법강의I, 박영사, 2021.

- 헌법강의II, 박영사, 2024.
- 송기춘, 헌법 제12조, 한국헌법학회(편), 헌법주석I, 박영사, 2013.
“국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 박사논문, 서울대학교 대학원, 1999, 2.
“참여정부에서의 법치주의의 발전:헌법적 평가와 전망, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007, 6.
- 심재우, “저항권”, 법학논집 제26호, 고려대학교 법학연구소, 1991.
저항권, 박영사, 2020.
- 소병철, “홉스의 『리바이어던』에 나타난 힘의 문제 - 자연적 힘과 정치적 힘의 관계를 중심으로-”, 철학탐구 제26집, 중앙철학연구소, 2009, 11.
- 송경재, “5·18 광주민주화운동의 헌법적 평가와 관련자 예우”, 한국과 국제사회 제7권 제4호, 한국정치사회연구소, 2023.
- 양정심, “제주 4·3항쟁연구”, 박사논문, 성균관대학교 대학원, 2005, 10.
- 윤정인·김선택, “마그나 카르타와 저항권” 법학논총 제32집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015.
- 오승철, “저항권이론의 재조명”-혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색-, 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009.
- 오향미, “주권 주체와 주권의 한계: 바이마르 공화국 주권 논쟁의 한 단면”, 법철학연구 제14권 제2호, 한국법철학회, 2011.
- 오현철, “홉스의 저항권”, 시민교육연구 제45권 제2호, 한국사회과학교육학회, 2013.
- 이국운, “대한민국 헌법 제1조의 한 해석”, 법과 사회 제45호, 법과사회이론학회, 2013.
- 이재승, “법의 시각에서 본 인권의 역사”, 역사비평 제103호, 역사비평사, 2013.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019.
- 전갑생, “한국전쟁기 간첩 담론 연구”, 역사연구 제22호, 역사학연구소, 2012.
- 전종익, “헌법의 저항권 논의를 통해 본 부마민주항쟁의 헌정사적 의의”, 법사학연구 제66호, 한국법사학회, 2022.

- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2018.
- 최경호, “헌법상 공화개념의 현대적 해석에 관한 소고”, 법학논집 제26권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2022.
- 최중구, “헌법보호 수단으로서의 저항권에 관한 연구-그 사상적 고찰을 중심으로-”, 법학논총 제20집, 건국대학교, 1985.
- 토마스 홉스(Thomas Hobbes)(진석용 역), 리바이어던I, 나남, 2022.
- 한수웅, 헌법학(제8판), 법문사, 2018.
- 한인섭 · 홍진영 · 김대근, “5 · 18민주화운동관련 재심 판결 등 분석”, 5 · 18민주화운동 진상규명조사위원회, 2022.
- 황석영 · 이재의 · 전영호, 죽음을 넘어 시대의 어둠을 넘어, (주)창비, 2022.
- 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2021.
- 헤르만헬러(김효전 옮김), “헤겔과 독일에서의 국민적 권력국가사상(1)”, 동아법학 제40호, 동아대학교 법학연구소, 2007.
- 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.

[해외문헌]

- A. E. Dick Howard, Magna Carta Text and Commentary, University of Virginia Press, 1998.
- Brown, Peter Hume, “George Buchanan: Humanist And Reformer, A Biography”, Kessinger Publishing, 1890.
- Burgess, Glenn, “On Hobbesian Resistance Theory”, Political Studies, XLII, 1994.
- Buchanan, George, “The Power of the Crown in Scotland”, University of Texas Press, 1949.
- Coleman, “The Constitution and Its Framers”, Chicago, 1910.
- Francis Oakley, “On the Road from Constance to 1688: The Political Thought of John Major and George Buchanan”, The Journal of British Studies, 1962.

헌법논총 제35집(2024)

Georg Jellinek, “The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History [1895]”, Liberty Fund, Inc, 2010.

Jenny Wormald, “The Mental World of the Jacobean Court“, Cambridge University Press, 1991.

J. Locke, “Two Treatises of Government”, 2 edition by Peter Laslett, 1967.

Lynn Hunt, “The French Revolution and Human Rights A Brief Documentary History”, University of Pennsylvania, BEDFORD BOOKS of ST. MARTIN'S PRESS, 1996.

Reid, John Phillip, Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth, Northern Illinois University Press, 2004.

ROY H. AKAGI, Ph.D, THE PENNSYLVANIA CONSTITUTION OF 1838, framed Sept. 28, 1776.

Susan Wise Bauer, The story of the World(Volume2: The Middle Ages), PEACE HILL PRESS, 2022.

Thomas Hobbes, Leviathan, Oxford University Press, 2008.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 :
“연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를
중심으로*

Origin of German/French Administrative Law : Focusing on
“Soft-Law” and relationship between Constitution and
Administrative Law

배 상 준(Bae, Sang-Joon)

헌법재판소 헌법연구관, 법학박사

- 목 차 -

I. 들어가며	317
II. 행정환경의 변화와 각 국 공법체계 변화의 출발점	320
1. ‘연성규범’으로 대변되는 행정환경의 변화	320
2. 행정환경의 변화와 프랑스, 독일의 공법학/공법실무	321
III. 프랑스 행정법의 주요 연혁과 특성	323
1. Conseil d'État가 중심이 된 프랑스 행정법	323

* 이 논문은 2022. 7.부터 2023. 7.까지의 국외장기연수 중 작성한 내용을 바탕으로 하
되, 학계의 관련연구 및 저자의 여러 후속연구(참고문헌 및 각주 참조)를 요약, 보완
및 발전시킨 것임

헌법논총 제35집(2024)

2. 프랑스 행정법학의 성립과 발전 연혁 : Conseil d'État 연혁을 중심으로 ...	325
3. Conseil d'État를 중심으로 한 공법연구의 현황	334
IV. 독일 행정법의 주요 연혁과 특성	340
1. 독일 행정법학의 형성	340
2. 독일 행정법학의 주된 흐름에 대한 비판과 신사조행정법학	344
3. 소결	348
V. 결론	349
* 국문초록 및 주제어	350
* 영문초록 및 주제어	352
* 참고문헌	354

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

I. 들어가며

공법(公法)을 대표하는 헌법과 행정법을 각각의 관점에서 서로 비교·고찰하는 것은 공법재판실무와 공법학연구 모두에 적잖은 의의를 갖는다.

그런 비교·고찰을 위한 “선결” 주제의 성격을 갖는 “헌법과 행정법의 관계”에 관해 우리나라 공법학계와 공법실무 모두에서 최근까지 상당한 관심을 계속 보여 왔던 점을 보더라도 그러하다(공동연구 및 상호 비교연구의 필요성 등).¹⁾ 그 논의 내용과 그결론을 살펴보더라도 그런데, 헌법학연구 및 헌법재판실무를 수행하더라도 공법의 또 다른 한 축을 이루는 “행정법”의 체계와 그 연구방법론, 행정재판 실무례 등을 함께 살펴보고 공법을 보다 종합적으로 이해함으로써 헌법에 관한 새로운 통찰을 얻어 갈 필요와 효용이 적잖다는 점을 손쉽게 포착해 볼 수 있다.

그렇다면 헌법학 연구, 헌법재판실무와는 다소 거리가 있어 보이지만, 행정법 이론과 체계를 명료하게 이해하기 위해 그 발전궤적을 살펴보는 것, 그리고 그 과정에서 한걸음 더 나아가서 대륙법 국가인 독일과 프랑스 행정법(학, 실무)의 태동과 그 발전궤적이 어떠했는지 비교하여 살펴보는 것도 큰 틀에서 보면 헌법학연구 및 헌법재판실무를 이뤄가는 데 있어 나름의 의의를 가질 수 있다고 아니할 수 없다.

독일과 프랑스를 살펴보면, 모두 대륙법 국가로 분류되지만 공법의 한

1) 일례로 헌법재판소 헌법논총(2023)은 2023년 특집주제로 “헌법과 행정법과의 관계”를 선정하여 두 편의 특별기고논문을 게재한 바 있다(김성수, “행정법이 묻고 헌법이 답하다”, 김중권, “민주적 헌법국가에서 헌법과 행정법의 교호관계”). 또한 2023. 12. 8. 헌법재판연구원·한국공법학회 공동학술대회도 “헌법과 행정법의 대화”를 주제로 선정하여 관련 세부주제들에 관해 심도 있는 논의내용과 결론을 제시했던 바 있다. 이외에도 한국헌법학회·행정법학회 등 국내 여러 학회들의 최근 학술대회 주제 및 발표내용들, 그리고 헌법재판소/대법원의 최근 여러 실무연구 내용을 살펴보더라도 이러한 관심을 어렵지 않게 확인해 볼 수 있다.

축을 이루는 행정법이 태동하고 발전해왔던 연혁은 사뭇 다르다. ① 먼저 공법학계를 중심으로 조밀한 이론체계를 형성해가는 작업이 선행되어왔던 독일과, ② 학계보다는 최고행정재판기관(Conseil d'État, 국사원으로도 번역되며, 이하에서는 Conseil d'État이라 한다)을 중심으로 보다 현실 적합한 행정재판을 도모해오면서 그 후속작업(판례분석 등) 과정에서 공법이론체계가 뒤이어 형성되어 왔던 프랑스의 궤적은 후술하는 바와 같이 분명한 차이를 보여 왔다. 그런데 이러한 차이는 지난 역사 속 한 장면으로만 머물러 있지 않다.

최근 유럽에서는 행정환경의 급격한 변화에 따라 소위 “연성규범(Soft-Law)” 같은 새로운 정책수단들을 EU와 각 회원국에서 적극 활용하는 양상이 비교적 뚜렷하며,²⁾ 이에 발맞춰 각 국 공법실무/공법연구가 새로운 전환점을 맞이하고 있는데, 그 과정에서 해당 국가 행정법(행정법학, 행정법실무) 발전궤적은 어떠했으며 국가별 고유 특성이 어떠했는지가 다시금 그대로 부각되고 있다.

특히 인공지능·빅데이터 등 첨단기술 관련 (규제/제도화) 분야, 금융·환경·미디어·플랫폼 기업 관련 분야, 그 외에도 이민정책/사화보장정책 등 다양한 개별행정법의 분야마다 새롭게 법실무와 법이론체계를 형성해가는 중에 그러한 특성이 두드러지고 있고, 그것이 행정법(학, 실무)을 넘어 헌법(재판실무, 학)에까지 여파를 미치면서 EU 각 국의 공법(학, 실무) 전반에 걸쳐 상당한 영향을 미치고 있다는 점도 부인할 수 없으며, 그 과정에서 각 국별로 헌법과 행정법 간 관계에 관한 논의들도 다시금 부각되고 있는데, ‘연성규범’을 중심으로 하는 프랑스와 독일의 최근 연구들만 살펴 보더라도 그러하다.

2) 연성규범의 내용과 특성에 관한 상론은 배상준, “연성규범에 관한 공법적 연구 : 신사조행정법학과 연성규범의 관계를 중심으로”, 연세대 일반대학원 법학과 박사학위 청구논문, 2023. 8. 제19-68면 참조.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

그렇다면 유럽과 유사한 행정환경변화를 피해갈 수 없고, 그에 맞는 새로운 공법이론과 공법(재판)실무, 공법체계를 도모해 갈 필요성 또한 상당한 우리나라에서 유럽의 새로운 공법이론들과 공법실무의 내용을 살펴가기 전에, 먼저 그 안에서 다시금 보여지고 있는 각 국가별 행정법발전의 궤적과 특성들을, 대표적 대륙법국가인 독일과 프랑스를 중심으로 한 번쯤 살펴볼 필요도 적잖다.

본 연구는 ‘연성규범’의 빈번한 활용과 같은 최근 행정환경변화에 발맞춰 각 국 공법체계가 재정비되면서 각 국 행정법발전의 궤적이 다시금 주목받는 연유를 유럽을 중심으로 간략하게 살펴본 뒤, 이어 ① (행정)재판이 먼저 선행되고 이를 밑바탕으로 행정법 이론체계가 형성되어 왔던 프랑스의 궤적을 살펴보고, 이와는 달리 ② 공법학계의 연구가 먼저 선행되어 왔고 행정재판실무가 뒤따라 왔던 독일의 궤적을 살펴보면서, 그 연장선에서 프랑스와 독일에서 최근 이루어지고 있는 헌법과 행정법 간 관계에 관한 논의들을 간략하게 살펴본다.

이를 통해 한국에서 헌법재판실무를 수행해가면서 공법 이론들을 그 나름의 방식으로 되새겨가는 헌법재판소와, 헌법재판소의 각 결정 선고 전·후로 여러 연구/이론을 제시해가며 예측가능성·법적안정성을 담보할 “체계”를 제시해가는 공법학계가, 행정환경변화 속에서 헌법과 행정법 간 관계를 어떻게 조망해 갈 것인지, 이를 연구와 실무에 어떻게 반영해 갈 것인지 질문하고 답을 해 가는 데에 하나의 시사점을 제시해보고자 한다.

II. 행정환경의 변화와 각 국 공법체계 변화의 출발점

1. ‘연성규범’으로 대변되는 행정환경의 변화

EU와 그 회원국들이 ① Covid-19 확산에 대응하는 과정에서, 그리고 ② 인공지능 및 빅데이터, 자율주행 등을 위시한 각종 첨단기술에 관한 규제와 제도화를 추진하는 과정에서, “규범(법률 등)”과 유사하게 일반, 추상적, 포괄적 규제 효과를 영위하면서도 법률과는 달리 공식 제, 개정절차를 거칠 필요가 없어 신속성과 유연성을 담보할 수 있는 새로운 정책수단들, 예컨대 “가이드라인”, “권고”, “의견표명” 같은 정책수단들을 새로운 규제수단과 제도화 수단으로 적극 활용하게 되면서(특히 금융, 환경, 미디어, 첨단기술분야 및 플랫폼 기업규제 등 다양한 정책분야를 중심으로, 예컨대 “규제된 자율규제” 등), 그런 정책수단을 통칭하는 개념으로 자리 잡은 이른바 “연성규범(Soft-Law)”은 이제 유럽 각 국의 공법학자들과 공법실무가들에게 친숙한 개념이 되어가고 있다.³⁾

“연성규범”으로 통칭되는 그런 새로운 정책수단들이 빈번하게 활용되면

3) Eberhard Schmidt-Aßmann, 『Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen』, 2013, S. 54-58.. 86-87. Conseil d'État, Etude annuelle 2013 - Le droit souple, 2013, p. 9. 이외에도 Stephen Daly, “The Rule of Soft Law”, King's Law Journal Vol. 32 No.1, King's College London, 2021., pp. 2-3., Mariolina Eliantonio/Oana Ştefan, “The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU”, European Journal of Risk Regulation(Mar 2021), Vol. 12 Issue 1, Matthias Knauff, “Coronavirus and Soft Law in Germany : Business as Usual?”, European Journal of Risk Regulation(Mar 2021), Vol. 12 Issue 1, 2021. 3., Oana Ştefan, “COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate?” A Research Agenda, European Papers(2020. 6.), 그 외에도 연성규범에 관한 비교법적 연구서로서 『EU Soft Law in the Member States- Theoretical Findings and Empirical Evidence』, Hart Publishing(2021)과 같은 연구서들을 살펴보면, 이러한 경향을 손쉽게 확인해 볼 수 있다.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

서 EU와 각 회원국의 행정실무가 바뀌어 감에 따라 각 회원국 공법학과 공법실무, 특히 “행정에 관한 법”을 연구하는 학문인 각 회원국의 행정법학과 행정법실무가 먼저 뚜렷한 변화를 겪고 있고, 그 과정에서 행정법과 잇대어져 있는 각 국의 헌법학과 헌법재판실무도 뚜렷한 변화를 요구받고 있다.

2. 행정환경의 변화와 프랑스, 독일의 공법학/공법실무

그런데 대표적 EU 회원국인 독일과 프랑스에서, 행정환경의 변화를 수용하기 위해 공법학계와 공법(재판)실무가 반응하는(혹은 상호작용하는) 양상을 살펴보면 이런 변화를 수용해가는 방식에 분명한 차이점을 보이고 있다.⁴⁾

프랑스에서는 최고행정재판기관인 Conseil d'État 산하 연구부가 2013년에 연간연구 결과물인 연례보고서 “연성규범(Etude annuelle 2013 - Le droit souple)”을 발간하면서 전통적 경성규범(법률)과 규범 아닌 것 사이에 이제는 “연성규범”으로 분류될 수 있는 상당한 스펙트럼이 존재할 수 있다는 점을 제시하여 일찍부터 공법(재판)실무와 공법연구의 새로운 목차가 열릴 가능성을 피력했던 바 있는데,⁵⁾ 이로부터 3년 뒤에 실제로 Conseil d'État 재판부가 기존 행정소송 대상성 법리를 전면적으로 일신해가며 “연성규범”을 사법심사의 대상으로 전격 인정함으로써 재판기관이 연성규범에 대해 새롭게 사법통제의 귀적을 형성해가는 방식으로 행정환경변화에 대응

4) 이러한 관점은 배상준, 앞의 논문, 제68면 이하에서 먼저 기초적으로 제시된 것으로, 본 연구는 이러한 차이점의 근원을 보다 구체적으로 살펴보기 위해 위 선행연구 일부 내용을 인용하되, 방향을 달리하여 프랑스와 독일 행정법학/실무의 태동과 발전 귀적을 살피는 데에 주안점을 두고 있는 점을 밝혀둡니다.

5) Conseil d'État, Op. cit., pp. 65-71.

해가고 있다.⁶⁾

곧 Conseil d'État라는 공법(행정법)재판기관을 중심으로 행정환경변화를 수용해 갈 수 있는 새로운 행정법연구·이론체계형성을 위한 분명한 모멘텀을 제시해가면서, 더 나아가 행정법실무와 잇대어져 있는 프랑스 헌법위원회 결정들까지 인용·분석 및 연구해가면서, (공법)학계보다는 (행정)재판실무기관이 선두에 서서 프랑스 공법실무, 공법연구의 새로운 방향을 제시하고 있는 것이다.

반면 독일에서는 먼저 공법학계를 중심으로, 상당수 공법학자들이 종래의 행정소송중심 행정법연구사조와 결을 달리하는 이른바 “신사조행정법학”, “신사조행정법 연구”를 새롭게 제시해가며 연성규범에 배태된 사실상의 강제력의 스펙트럼을 더욱 정교하게 분석하고 연구해 가려는 새로운 행정법 연구방법론을 제시해가고 있으며, 연성규범 등을 대상으로 한 단편적 연구를 넘어 입법학, 규제학, 행정조직법학, 행정절차법학 등으로 행정법연구의 대상을 확장해가며 행정환경 변화를 수용하기 위한 행정법연구의 새로운 패러다임을 일구어 가고 있다.⁷⁾

곧 ‘연성규범’이라는 새로운 정책수단이 중심이 된 행정환경변화를 수용

6) 대표적 결정들로 CE 2016. 3. 21, Case NO. 368082., CE 2017. 12. 13, Case NO. 401799., CE 2017. 6. 30. Case NO. 398445., CE 2020. 6. 12. Case NO. 418142., CE 2019. 7. 19. Case NO. 426389., CE 2019. 10. 21. Case NO. 419996., CE 2019. 10. 16. Case NO. 433069., CE 2021. 3. 3. Case, NO. 449759.

7) 이를 대표하는 독일 신사조행정법학계의 연구총서로 “행정법의 기초(Grundlagen des Verwaltungsrechts)”를 들 수 있다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in : Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd I. 2. Aufl., München 2012, S. 687-691., Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen in : Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd II. 2. Aufl., München 2012, S. 980-982., 996-998., Christoph Möllers, Methoden, in : Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd I. 3. Aufl., München 2022, S. 86-87. 이외에도 Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 36-38., 54-57., 78-79.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

해가는 과정에서 프랑스는 행정재판실무기관(Conseil d'État)를 중심으로, 독일은 학계를 중심으로, 새로운 공법 도그마와 연구방법론을 모색해가고 있는 것인데, 그 차이의 근원을 짚어보기 위해서는, 독일과 프랑스에서 행정법(이론, 실무, 체계)이 각각 어떻게 태동하고 발전해 왔는지 살펴볼 수 없다. 연성규범의 활용과 같은 행정환경의 변화를 수용하는 과정에서 각 국에서 보여지는 이러한 차이는 지금까지 각 국에서 행정법이 어떻게 태동하고 발전해 왔는지를 그대로 보여주고 있는 것이기도 한데, 목차를 바꾸어 살펴본다.

Ⅲ. 프랑스 행정법의 주요 연혁과 특성

1. Conseil d'État가 중심이 된 프랑스 행정법

최근 행정환경변화를 잘 반영한 정책수단인 여러 연성규범에 관한 프랑스의 각종 연구들(예컨대 EU 연성규범에 관한, 혹은 프랑스 행정당국이 EU와 연계하여 활용하는 연성규범에 관한, 혹은 프랑스 국내 정책수단으로 프랑스 행정당국이 활용하는 연성규범들에 관한 프랑스 법학계의 최근 연구 문헌들)을 살펴보거나 더 나아가서 프랑스 행정법의 최신 동향을 소개하는 연구 문헌들을 살펴보면 한 가지 분명한 공통점을 확인해 볼 수 있는데, 곧 프랑스 최고행정재판기관인 Conseil d'État의 최신 판결들에 대한 소개나 분석, 혹은 Conseil d'État의 자체적 연구내용들이 먼저 제시되고 있다는 것이다.

이같이 프랑스에서는 행정환경변화에 따른 새로운 정책수단의 성격 등을 살피는 과정에서 행정법학계(및 공법학계)에서 먼저 최고행정재판기관인 Conseil d'État의 판결 변화나 연구내용에 주목하는 기초, 그리고 근본적으

로는 최고행정재판기관인 Conseil d'État가 그 스스로, 선제적이고도 적극적으로 행정환경의 변화상을 연구해 가면서 새로운 행정법이론체계, 새로운 공법연구와 새로운 공법실무의 밑그림들을 제시해가려는 경향이 확연한 것으로 보인다.

그렇다면 EU 회원국으로 대륙법적 전통을 갖는 프랑스에서 행정환경변화에 대응하려는 움직임이 행정법학계보다는 행정재판실무를 중심으로 이루어지는 연유, 특히 최고행정재판기관인 Conseil d'État를 중심으로 이루어지고 있는 연유는 어디에서 기인한 것인가? 법 형성 기능, 법 창조기능까지 수행하며 프랑스 행정법학에 심대한 영향을 끼쳐 왔다고 평가되는⁸⁾⁹⁾¹⁰⁾ 프랑스 최고행정재판기관 Conseil d'État의 태동과 발전은 어떻게 이루어져 왔고, 견주어 프랑스 행정법학의 태동과 발전은 어떻게 이뤄져 왔는가?

-
- 8) John Bell/François Lichère. 『CONTEMPORARY FRENCH ADMINISTRATIVE LAW』, Cambridge University Press, 2022. pp. 55-57.
- 9) 국내 선행연구로는 김동희, “한국과 불란서의 행정상 손해배상제도의 비교고찰”, 서울대학교 법학(제16권 제1호), 서울대학교 법학연구소, 1974. 58면., 김동희, “프랑스 행정법상 행정행위의 관념에 관한 일고”, 서울대학교 법학(제46권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2005. 제265-266면., 장운영, “레옹 뒤기(Léon Duguit)의 공법 이론에 관한 연구 : 객관주의 행정법을 중심으로”, 서울대학교 법학과 박사학위청구논문, 2020. 제145-146면., 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’(l'acte détachable)에 관한 연구 — 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로”, 서울대학교 법학과 박사학위청구논문, 2011. 제166면. 배상준, 앞의 논문, 제137면 등.
- 10) 다만 법 창조적 기능에 관해서는 긍정설/부정설이 계속되어 왔는데 오늘날에는 특히 법의 일반원칙을 중심으로 본다면 Conseil d'État의 법 창조적 측면은 인정하되, 시원적으로 존재하던 법의 존재를 새로이 확인하는 것으로 인식하려는 경향이 더 강한 것으로 보인다. 이에 관하여는 박우경, 『행정재판과 법의 일반원칙-프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-』, 사법정책연구원, 2021. 제35면.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

2. 프랑스 행정법학의 성립과 발전 연혁 : Conseil d'État 연혁을 중심으로

가. Conseil d'État의 성립 배경

프랑스 Constitution of 22 Frimaire An VIII(13 December 1799)에 의해 설립된 Conseil d'État는,¹¹⁾ 1789년 프랑스 혁명 전 구체제 사법재판소였던 빠흘르망에 대한 불신, 즉 전제군주의 사회개혁에 관한 실효적 반대운동을 전개했던 빠흘르망에 대한 개혁 필요성에 따라 프랑스 제헌혁명의회에서 ‘1790년 8월 16-24일 법률’ 및 그에 관한 후속 입법을 통해 행정권한과 사법권한, 행정재판과 일반재판을 분리한 것에서 태동되었다.¹²⁾

Conseil d'État 출범 초기에는 행정부에 소속된 ‘특별재판관’에게 쟁송을 제기할 수 있게끔 운영되었으나(이른바 ‘행정심판형 행정법원’), 1872년 제3공화정부부터는 독립된 특별법원이 주체가 되어 행정재판기능을 수행하는 “사법적” 통제시스템으로 정착되게 되었다.¹³⁾

비록 1789년 프랑스 대혁명으로 국가에 대한 개인의 우위나 자유주의 이념이 프랑스 사회 곳곳에 두텁게 배태되게 되었던 것은 분명하나, 그럼에도 행정권력이 종전 사법권력으로부터 분리된 뒤, 행정권력이 ‘스스로’

11) John Bell/François Lichère. Op. cit., pp. 69-70.

12) P. FANACHI, 『La justice administrative』, PUF, 1995, p. 6., 박우경, 앞의 책, 제18면에서 재인용.

13) 한견우/장 브느와 알베르피니, “프랑스 행정법의 성립·발전과 변혁 그리고 한국 행정법에 끼친 영향과 과제”, 행정법학(제18호), 한국행정법학회, 2020. 3., 제4-5면. 이외에도 박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 서울대학교 법학(제42권 제4호), 2001. 12. 제70-71면., 윤성운, “프랑스 행정법상 ‘행정으로서 행정재판’에 관한 연구-행정의 재판적 통제와 행정임무 이행의 관계를 중심으로-”, 서울대학교 법학과 석사학위청구논문, 2014. 8. 제9-10면. 한편, 이 같은 특별법원으로서의 독립은 1980년 7월 22일 프랑스 헌법위원회의 이를 확인하는 판결로 헌법적 층위에서도 보다 분명하게 보장되었다.

Conseil d'État와 같은 자기 통제 메커니즘을 두었고 그로부터 프랑스 행정법 체계가 태동하게 되었다는 점에 대하여, 프랑스 행정법학자인 Prosper Weil 교수는 그의 저서 행정법(Le droit administratif 1964)에서, Conseil d'État 및 프랑스 행정법의 탄생을 일종의 '기적(un miracle)'과 같은 것으로 평가하고 있다.¹⁴⁾

나. Conseil d'État가 중심이 된 프랑스 행정법의 판례법적 특성 및 프랑스 행정법학의 형성

설립 초기부터 Conseil d'État의 판결례들은 일종의 판례법으로서 사실상 행정규범과 같은 역할을 수행하게 되었는데, 이와 같이 기능하게 된 데에는 당시 행정을 규율하는 성문 행정규범이 제대로 마련되지 않았던 사정이 주된 원인으로 작용하였다.¹⁵⁾

또한 성문 행정규범이 있었다 하더라도 이를 프랑스 대혁명의 기치에 반하는 구체제 유물로 의제하고 Conseil d'État로부터 형성된 판례법을 우선적으로 적용하게끔 하려는 경향이 팽배했던 점도 주요 원인으로 작용하였다.¹⁶⁾

이에 더하여, Conseil d'État는 정치체제 변동 속에서 행정의 안정성과 계속성을 담보하기 위해 공법에서 요구되는 일반원칙의 구체적 내용을 확인(혹은 창설¹⁷⁾)하고 적용해 가기도 하였는데, 그 유래나 목적, 당위성과 필요성 등에 관해서는 후술하는 바와 같이 프랑스 행정법학의 출발점으로 여겨지는 연구물로 Conseil d'État 부원장으로 재직했던 라페리에르

14) 한견우/장 브느와 알베르띠니, 앞의 논문, 제5면.

15) John Bell/François Lichère. Op. cit., pp. 55., 강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 행정법연구(제23호), 행정법이론실무학회, 2009. 4. 제211면.

16) 한견우/장 브느와 알베르띠니, 앞의 논문, 제7면.

17) 각주 5) 및 9) 참조.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

(É. LAFERRIÈRE)가 집필했던 저서인 “Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux”에서 보다 구체적으로 확인해 볼 수 있다.

“국사원은 파기원과는 달리 대체로 판시사항을 정당화하는 모든 법적 추론을 판결서에 제시하지는 않는다. 그러나 그 법적 추론은 엄연히 존재한다. 그 법적 추론은 늘 선례를 크게 존중함으로써 영감을 받은 만큼, 그리고 법규정의 공백이 있는 경우 대개 우리 공법과 행정법에 내재되어 있는 성문 또는 불문의 전통적 원칙들에 기초하는 만큼, 정치체제의 변동 속에서도 변화가 적었다.”¹⁸⁾

1900년대 초반부터 Conseil d'État를 통해 확인되고 제시되어왔던 법의 일반원칙은, 제2차 세계대전 전·후로 프랑스에서 권리와 자유의 행사를 제한하는 조치들이 증가한 시점과 맞물려 해당 조치들의 위법성을 Conseil d'État가 확인한 여러 판결들을 통해 그 존재의의, 혹은 불문규범 및 법원(法源)으로서의 가치가 더 분명해졌다.¹⁹⁾

이같이 실질적으로는 영·미의 판례법에 다를 바 없이 기능해 왔던 Conseil d'État의 판결들은 경우에 따라서는 행정소송의 유형이나 관할을 새롭게 형성해 나가는 데까지 이르기도 했다.

대표적으로 초창기 주관소송 유형들과 점차 결을 달리해나가며 그 독자적 성격을 분명히 한, 소위 ‘객관소송’으로 평가받는 월권소송을 Conseil d'État가 행정소송의 한 유형으로 형성해 나갔던 과정을 예로 들 수 있는데,²⁰⁾ Conseil d'État가 판결을 통해 새로운 행정소송 유형을 창설해가는 경

18) É. LAFERRIÈRE, 『Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 1』, Berger-Levrault, 1896, p. XIII., 박우경, 앞의 책, 제28면에서 재인용.

19) 이에 관한 상론은 박우경, 앞의 책, 제28-34면., 이외에도 강화연, “프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’과 헌법원리와의 관계“, 행정법연구(제46호), 행정법이론실무학회, 2016. 8. 제28-29면.

20) 장윤영, 앞의 논문, 제145-146면.

향은 오늘까지 이어지고 있다.²¹⁾²²⁾

한편, 프랑스의 행정법 실무 태동기부터 두드러졌던 판례법적 특성은 Conseil d'État의 판결들뿐만 아니라 행정사건을 다루는 다른 재판소의 판결례들을 통해서도 확인해 볼 수 있는데, 프랑스에서 국가배상책임의 성격과 관할을 분명히 선언했던 프랑스 관할재판소(Tribunal des conflits)의²³⁾ 소위 '블랑코 판결(1873)' 등에서도 그러한 면모를 뚜렷하게 확인해 볼 수 있다.²⁴⁾²⁵⁾

프랑스 행정법학은 이러한 Conseil d'État 판결들 및 그와 보조를 맞춘 관할재판소 등의 판결례들에 대한 분석으로부터 출발하였는데, 그 구체적 내용은 목차를 바꾸어 아래에서 살펴본다.

-
- 21) 가장 최근 사례로는 2007년 7월 16일 Conseil d'État 판결로 새로이 창설된 소위 “Tropic 소송”이 바로 그것이다. 그에 관하여는 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능 행위’(l'acte détachable)에 관한 연구 — 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로”, 제166면 이하
 - 22) 그 외에도 소위 ‘객관적 완전심판소송’의 경우, 입법으로 허용되는 유형 외에 Conseil d'État의 판례를 통해 허용되는 범주도 확인된다. 이에 관하여는 윤성운, 앞의 논문, 제53-54면.
 - 23) 프랑스에서 관할재판소 혹은 관할법원은 1848년 헌법 제89조에 의해 창설되어, 행정법원과 일반법원 중 어느 쪽의 관할인지를 정해주는 역할을 하며, 일반법원에서 행정사건을 재판하는 것을 방지하여 행정행위를 통제하고 궁극적으로는 행정법 발전에 기여해 왔다. 박우경, 앞의 책, 제17면의 각주 33)
 - 24) 장윤영, 앞의 논문, 제161면., 김동희, “한국과 불란서의 행정상 손해배상제도의 비교 고찰”, 제58면
 - 25) 20세기 후반에 새로이 등장한 행정소송 유형인 소위 ‘객관적 완전심판소송’의 경우에도, 그 기초는 헌법위원회의 행정사건 관할에 관한 결정에서 태동하였다. 강지은, “프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 소고”, 공법학연구(제14권 제1호), 한국비교공법학회, 2013. 5. 제63면.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

다. 프랑스 행정법학의 형성과 발전²⁶⁾

(1) Eduard Laferrière의 연구

프랑스에서 행정법학의 역사는 파리에서 첫 행정법 교수(Gerando)가 임용된 1819년으로 거슬러 올라가나, 그 이후로 고위공무원 교육기관(Ecole des Ponts - et-Chaussées, 1831)을 설립하고 일반 대학에 행정법 과정을 개설하도록 한 법령의 시행(1862)을 거치며 본격적으로 활성화되었다. 다만 그 초창기 연구 내용들을 살펴보면, Conseil d'État의 각종 판결에 관한 ‘사후적 분석’ 정도에 머물러 있다는 점을 손쉽게 확인해 볼 수 있다.

그런 점에서 Conseil d'État의 판결례들에 대한 수동적 연구를 넘어서서 행정법과 사법심사에 관한 훨씬 더 크고 원칙적 체계들을 제시해가며 프랑스에서 정식으로 “행정법학”이 태동되었던 시점을 새겨본다면, Conseil d'État의 부원장이었던 Eduard Laferrière의 기념비적 연구(Laferrière's Traite', 1887)가 출간되었던 시기로 보지 않을 수 없다.²⁷⁾

Laferrière는 Conseil d'État의 판결례 등을 집대성하여 행정소송의 유형을 더욱 체계화한 뒤 이를 총 4유형으로 분류하였는데, ① 취소소송(대표적으로 월권소송), ② 완전심판소송, ③ 해석소송, ④ 처벌소송이 그것이었다.²⁸⁾

연구방법론적 관점에서 본다면, Laferrière가 제시한 프랑스 행정법 체계는, 행정재판기관 Conseil d'État가 중심이 되어 프랑스에서 행정재판이 활

26) 본 목차의 내용(하위 목차 (1), (2) 및 (3))은 저자의 선행연구배상준, “프랑스 국사원 연구부와 연간연구에 관한 소고 - 행정법 연구방법론의 관점에서-”, 법학논집(제28권 제2호), 이화여자대학교 법학연구소, 2023. 12] 제261-265면 중 일부를 수정, 요약 및 보완한 것임을 밝혀드립니다.

27) John Bell/François Lichère. Op. cit., pp. 57-59.

28) Eduard Laferrière, 『Traite de la jurisdiction administrative et des recours contentieux, tome 1』, Berger-Levrault et C, Libraires-Editeurs, Paris, 1887, pp. 15-21 재인용, 장윤영, 앞의 논문, 제138-139면,

성화 된 이후 장기간 축적되어왔던 Conseil d'État 판결들을 집대성하여 큰 틀에서 체계화, 유형화를 시도한 끝에 도출된 결과물이었다.

(2) Leon Duguit의 연구와 이른바 “공역무 학파”

그 이후에도 Conseil d'État의 판결례들을 분석하면서 프랑스 행정법 체계를 연구하고 보완해 나가려는 경향이 프랑스 학계에 이어져 왔다.

먼저 Leon Duguit는 Conseil d'État에 대한 국민의 지지로 인한 월권소송의 접수 건수가 폭증했던 시기의 판결들을 분석하면서 ① 행정재판실무에서 새롭게 보여지는 행정소송의 유형별 성격을 종전 Laferrière의 행정소송 4유형론이 제대로 설명하지 못하고 있다는 점과, ② ‘행정행위 유형론’에서도 Laferrière가 제시해왔던 종전 분류체계에 한계가 있다는 점에 주목하였는데, 그는 1921년 저서 “Les transformations du droit public”을 위시한 다양한 연구물에서 급증한 Conseil d'État 판결들을 연구하면서 행정소송을 근본적으로 ① 개인의 주관적 권리 침해와 구제에 착근된 ‘주관소송’과 ② 행정의 ‘객관적 적법성 통제’를 목적하는 ‘객관소송’(단, 만인소송이 아닌, 적법성 통제 상황과 청구인 간 최소한의 이해관계는 요구됨)으로 분류하는 새로운 행정소송 유형론을 제안하였고, 실무상 월권소송이 객관소송의 전형으로서 새로운 분류체계에 정확히 부합한다는 점과, 급증하는 Conseil d'État 판결례들을 정확하게 체계화하는 데 이러한 분류법이 더 적절하다는 점을 제시하였다.²⁹⁾

이러한 Conseil d'État 판례분석 및 새로운 분류체계를 토대로 그는 개인주의 이론(개인의 자유권 등) 및 국가 주권, 이를 포괄한 ‘주관적 권리론’

29) Leon Duguit, 『Les transformations du droit public』, 2 tirage, Librairie Armand Colin, Paris, 1921, pp. 184-190., Leon Duguit, 『Traite de droit constitutionnel, tome 2, 3^eed』, Ancienne librairie fontemoing et C, Editeurs(E. de Boccard successeur), Paris, 1928, pp. 495, 508, 재인용, 장윤영, 위의 논문, 제138-154면

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

에 근본적으로 의문을 제기하면서,³⁰⁾ 더 나아가 ‘주권개념’의 소멸을 주장함과 동시에 종전의 국가 공권력 혹은 주권개념을 대신하는 국가의 ‘공역무 수행의무’를 제시하였는데, 이는 기존의 법개념,³¹⁾ 행정명령 및 규범통제론,³²⁾ 행정조직법 및 행정행위·행정계약·행정상 사실행위 관념,³³⁾ 행정통제 기제로 행정소송 유형과 국가배상책임의 성격 등 프랑스 행정법과 공법 이론체계 전반에 걸쳐 큰 혁신을 가져왔고, 곧 프랑스 공법학의 한 축을 이루는 이른바 ‘보르도 학파(혹은 공역무학파)’의 형성·발전으로 이어지게 되었다.

다만 Duguit의 이같은 혁신적 공법이론은 앞서 언급한 바와 같이 프랑스의 행정법실무와 동떨어진 것이 아닌, 변화해가는 Conseil d'État 판결들을 철저하게 분석한 데서 출발한 것이었다. 새로운 공법이론체계를 Duguit가 제시하게 된 동력은 프랑스 현실변화를 그대로 반영한 Conseil d'État(및 여타 법원의) 행정사건 판결들에 대한 철저한 분석으로부터 발현된 것이었고, 그 기저에는 판례법적 전통에 힘입어서 변화하는 현실에 발맞춰가기 위해

30) 장운영, 앞의 논문, 제41-59면.

31) Duguit에 따르면 주권개념이 부정되므로 법률은 더 이상 국민주권의 응축물이 아닌, 법률제정업을 담당하는 전문가들이 공역무를 수행하기 위해 사회의 객관법을 발견하는 과정의 소산에 다름 아닌 것이 되고, 공역무 수행에 관한 실용성을 결여한 법률에 대하여는 탄핵(규범통제)이 가능해지며, 월권소송을 통한 행정의 합법성 통제가 더욱 정당화되게 된다. 장운영, 위의 논문, 제91-96면. 이외에도 제101-104면, 152면 및 188면.

32) 공역무를 수행하기 위한 행정명령은 또 하나의 입법으로, 의회 입법과 구별된다거나 의회 입법에 비견하여 열등하다고 볼 수 없고, 행정명령에 월권소송 또는 적법성 통제가 (Duguit 생존 당시) 이미 이루어지고 있었던 만큼 의회 입법(법률)에 대한 규범통제도 가능해져야 한다. 장운영, 위의 논문, 제98-101면.

33) 국가는 우월한 주권의 소지자가 아니므로 행정행위는 주권(국가의사)의 표현이 아닌 공역무 실행을 위한 개별적 행위에 다름 아니며, 주권론에 기반한 Laferrière의 행정행위 유형론은 더 이상 통용될 수 없고, 공역무 수행을 위한 행정계약이 가능해지며, 행정상 사실행위도 공역무를 수행하기 위한 기제라는 점에서 행정행위의 범주에 포함될 여지가 생기게 된다. 장운영, 위의 논문, 제123-134면.

재판과정 중 끊임없는 행정법 도그마, 공법 도그마의 진일보를 도모해 왔던 Conseil d'État의 판결들이 먼저 축적되어 있었다.

이러한 경향은 후술하는 Maurice Hauriou의 연구 및 그로부터 비롯된 이른바 ‘공권력 학파’의 연구기조를 살펴보다도 크게 다르지 않은데, 그런 점에서 프랑스 행정법연구의 궤적을 살펴보면, 행정재판실무기관인 Conseil d'État의 판결을 공법학이 늘 반걸음 뒤쳐져서 따라가고 있다는 비판도 가능할 수 있고, 반면에 Conseil d'État 판결을 통해 조망된 프랑스의 행정현실을 비교적 충실하게 반영한 결과물이라는 긍정적인 평가, 혹은 기타 사회과학분야들과는 분명하게 구별되는, 재판을 염두에 둔 ‘법학’ 연구로서의 특성을 일찍부터 뚜렷하게 형성해 왔다는 평가도 가능하다.

(3) Maurice Hauriou의 연구와 이른바 “공권력 학파”

한편 Conseil d'État의 판결들이 Duguit를 위시한 보르도 학파의 객관주의적 공법이론에 과연 부합되는지에 관하여는 여러 반론도 이어져 왔는데, 1892년부터 총 350권에 이르는 Conseil d'État 판례 평석을 발표하였던 Maurice Hauriou가 그 대표적 학자였다.

그는 ① Duguit 공법이론의 기초가 된 객관주의 사상을 ‘극단적 객관주의’로 비판하면서,³⁴⁾ ② 객관주의 사상을 대표하는 객관적 법(대표적으로 ‘규제’ 등) 또한 본래는 ‘제도’로부터 포태된 것인데 특히 행정제도는 ‘공권력’을 제1의 이념으로 삼는 것으로서 행정에서 공권력의 존재는 결코 부정될 수 없다는 점을 강조한 뒤,³⁵⁾ ③ ‘공역무’ 개념을 인정하면서도 이를

34) 한편, Maurice Hauriou는 독일의 오토마이어 행정법학의 모태가 되었던 게르버, 라반트의 극단적 주관주의적 법체제도 비판한다. Maurice Hauriou, *Op. cit.*, p. 4-5., 재인용, 김충희, “모리스 오류의 제도이론”, 서울대학교 법학과 석사학위 청구논문, 2009, 제24-26면.

35) Maurice Hauriou, 『Précis élémentaire de droit administratif』, 4 (entièrement refondu par André Hauriou) Paris, Sirey, 1938, p. 1, 재인용, Spyridon Flogaitis, “The

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

‘공권력의 자기 제한’이라는 범주에서 제한적으로만 설명해내고자 하였다.³⁶⁾ 그에 따르면 결국 행정법은 부인할 수 없는 ‘공권력에 관한 법’이고, 공권력을 갖는 ‘행정작용’의 존재가 법적으로 정당화되며,³⁷⁾ 현실에서 부정될 수 없는 공권력(및 국가 주권 등) 개념과 프랑스 공법 실무의 여러 국면에서 노정되는 주관주의적 요소들을 부정하는 Duguit의 이론은 현실과 상당한 괴리를 갖는 것이었는데³⁸⁾³⁹⁾ 이와 같이 Hauriou로부터 태동된, 공권력을 중심으로 공법이론을 연구하려는 새로운 연구사조(이른바 ‘툴루즈 학파’ 혹은 ‘공권력 학파’) 또한 프랑스에서 이어지면서 행정법학 및 공법 연구 전반에 걸쳐 보르도 학파와 지속적으로 경쟁하게 되었다.⁴⁰⁾

그런데 두 학파 간에 이어져 왔던 학문적 경쟁의 주요한 동인 중 하나는 결국 Conseil d'État의 최신 판결들을 어느 이론이나 사조가 더 현실적합하게 설명해내고 있는지 여부였다.

foundations of administrative Law — From the French concept of service public to Herrschaft and German administrative law —“, 강원법학(제42권), 강원대학교 법학연구소, 2014. 6. 제12-13면.

36) Maurice Hauriou, 『Precis de droit constitutionnel』(11 ed), p. VII-VIII, 재인용, 김충희, 앞의 논문, 제120-122면.

37) 김충희, 위의 논문, 제112-113면.

38) M. Hauriou, 『Principes de droit public』, Paris, Sirey, 1910, p. 79. 재인용, 김충희, “레옹 뒤기의 생애와 그의 시대”, 헌법학연구(제21권 제2호), 한국헌법학회, 2015. 6. 제272면.

39) Maurice Hauriou는 프랑스 공법실무의 현장에서 확인되는 주관주의적 요소와 객관주의적 요소들을 함께 인정하는 입장을 취하는데, 이를 ‘이원론’이라고 한다. 김충희, “모리스 오류의 제도이론, 제31-34면.

40) 박균성, “프랑스 행정법상 공익개념”, 서울대학교 법학(제47권 제3호), 서울대학교 법학연구소, 2006. 9. 제40면.

3. Conseil d'État를 중심으로 한 공법연구의 현황

가. 개관

이같이 프랑스에서는 최고행정재판기관인 Conseil d'État의 판결들에 배태된 다양한 판례법적 요소들이 행정법의 발전을 이끌어 왔으며, 행정환경의 변화에 대응하기 위한 일종의 법 형성 기능을 Conseil d'État가 여전히 수행해가면서, 오늘날도 공법재판실무와 공법연구의 중심적 역할을 수행하고 있다. 앞서 제시한 것 같이 오늘날 행정환경변화를 잘 대변하는 여러 연성규범들에 관해 Conseil d'État가 먼저 보였던 관심과 자체 연구, 그리고 그에 기반한 Conseil d'État 판결례 변화상(2016~), 나아가 그에 터 잡은 프랑스 공법체계와 공법연구의 변화상을 돌아보더라도 그러하다.

물론 Conseil d'État 판례연구 과정에서 태동되고 발전되어 온 프랑스 두 공법학파가 Conseil d'État 판결들의 변화상과 행정환경변화를 더 정확하게 분석할 수 있도록 폭넓은 이론적 토대를 제시해 가고 있고, 각각의 이론적 토대 위에서 행정판례들의 변화상을 설명해가면서 최근까지 함께 발전해 왔던 점도 부인할 수 없다. 그렇지만 여전히 재판실무기관 Conseil d'État가 중심에 있다는 점을 인정할 수밖에 없는데, 오늘날 최고행정재판기관인 Conseil d'État 산하 공식 기관인 Conseil d'État '연구부(section du rapport et des études)'에서 해마다 수행하고 발간하는 다양한 공법연구물들이 프랑스 공법발전에 기여하는 바를 보더라도 그러하다.

나. 행정환경변화의 수용과 새로운 연구, 이론체계 방향 제시

최근 10년 간 Conseil d'État 연구부에서 수행해 왔던 연구들의 주제와 그 내용을 살펴보면 앞서 제시한 ① “연성규범(2013)” 외에도 ② “디지털 기술과 기본권(2014)”, 그리고 ③ 프랑스가 직면한 입법과잉 문제를 입법

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

학적 관점에서 다룬 연구물들(2016 및 2020), ④ “공권력과 디지털 플랫폼 (2017)” 및 ⑤ “소셜 네트워크(2022)” 등, 행정환경의 변화를 직시하면서 그에 발맞춰 프랑스 공법실무(행정법실무)와 공법연구가 어떤 방향성을 취해야 할 것인지 숙고하고 그 기초를 제시해 가려는 연구물들이 주를 이루고 있다. 특히 각 연구들마다 작게는 10여 가지, 많게는 50여 가지에 걸쳐 프랑스 입법·행정·사법부와 공법학계를 대상으로 구체적 “제언사항”까지 담아내고 있어, 여전히 Conseil d'État를 중심으로 프랑스 공법실무와 공법연구가 이뤄져 가고 있다는 점을 어렵지 않게 살펴볼 수 있다.⁴¹⁾

다. 공법학 전반에 걸친 새로운 연구, 이론체계 방향 제시? 프랑스 헌법위원회의 영향력 확대와 Conseil d'Etat

그렇다면 프랑스 최고행정재판기관 Conseil d'État가 프랑스 공법재판실무와 공법연구의 중심적 역할을 맡아왔던 양상은 앞으로도 계속될 것인가? 이에 관한 최근의 프랑스 논의들을 살펴보면, 프랑스 헌법위원회와 그 주요 결정들의 영향력이 최근 확장되고 있고, Conseil d'État와 헌법위원회의 상호 관계에 관한 관심이 비등해지고 있다는 점을 우리도 주목해 볼 필요가 있다.

프랑스에서는 최근 헌법개정(2008년)으로 우리 헌법재판소가 수행하는 규범통제의 성격과 유사한 사후적·구체적 규범통제권한이 프랑스 헌법위원회에 부여되는 등(2010년 시행, 이른바 QPC⁴²⁾) 공법재판실무에서 제도적으로 헌법위원회의 비중이 증대되어 감에 따라, 구조적 측면에서 헌법위

41) 최근 Conseil d'État 연구부 연구물들에 대한 상론으로는 배상준, “프랑스 국사원 연구부와 연간연구에 관한 소고 - 행정법 연구방법론의 관점에서-”, 법학논집(제28권 제2호), 이화여자대학교 법학연구소, 2023. 12, 제280-298면.

42) 이에 관한 상론은 한동훈, 『프랑스의 사후적 위헌법률심사제도』, 헌법재판연구원, 2022.

원회의 결정과 그로부터 형성되어가는 도그마가 종전 행정법 도그마에 미치는 영향 등 재판실무 과정에서 행정법과 헌법 간 관계에 대한 관심이 새롭게 증대되고 가고 있다.⁴³⁾

이와 발맞추어, 프랑스의 행정법발전, 더 나아가 공법발전을 이끌어 왔던 Conseil d'Etat 산하 연구부의 다양한 연구물들도 이제는 프랑스 헌법위원회와 다양한 결정내용 등을 심도있게 살피며 이러한 관심들을 적극 반영해가고 있다.⁴⁴⁾

이는 최근의 행정환경변화를 수용해가려는 지점에서 더 두드러지는데, 일례로 연성규범을 분석하는데 있어서도 연성규범을 직접 연구대상으로 삼았던 위 Conseil d'Etat 연구부의 연간연구(2013) 내용을 살펴보면, Conseil d'Etat의 종전 판결들뿐만 아니라 프랑스 헌법위원회의 최근 결정들도 적극 제시·인용·분석되고 있으며, 이외에 프랑스 공법학계의 대표적 연성규범 연구서인 “Recherche sur la soft law en droit public français”(Benjamin Lavergne, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012)라든지 대표적인 프랑스의 행정법 교과서인 “CONTEMPORARY FRENCH ADMINISTRATIVE LAW”(Cambridge University Press, 2022) 등 여러 프랑스 행정법 연구서들을 살펴보다도 Conseil d'Etat 최근 결정 중 상당수가 프랑스 헌법위원회의 결정들을 의식한 결과물이라는 분석을 담아내면

43) EU 회원국 프랑스에서, EU의 여러 규범들을 수용해가면서 프랑스 규범들과의 충돌 상황 등에서 Conseil d'Etat와 프랑스 헌법위원회가 각각 어떠한 판단을 해 갈 것인지, 이를 보다 적극적으로 수용하는 재판기관은 어디인지, 두 재판기관 간 판단의 상이한 점을 어떻게 조정해 갈 것인지 등에 관한 쟁점들과도 맞물려 있어, 이러한 관심이 더욱 부각되는 것으로 보인다.

44) 일례로 Conseil d'Etat, ETUDE ANNUELLE 2015-L'ACTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES(2015), pp. 89-100. 그 외에도 Conseil d'Etat, ETUDE ANNUELLE 2020-FAIRE DE L'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES UN VÉRITABLE OUTIL DE DÉBAT DÉMOCRATIQUE ET DE DÉCISION(2020), p.92. 등

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

서, 행정법연구를 해 가는 데 있어 이제는 Conseil d'Etat의 결정들뿐만 아니라 프랑스 헌법위원회의 여러 결정을 함께, 비중있게 살펴보고 있다는 점이 뚜렷하게 보여지고 있다.⁴⁵⁾

그런 점에서 보면, 프랑스에서 공법학/공법실무 전반에 걸쳐 공법재판실무기관이 중심이 되어 새로운 (공법연구와 공법실무의) 방향을 제시해간다는 점에는 달리 변함이 없더라도, 공법(재판)실무 전반에 걸쳐 프랑스에서 헌법위원회의 비중이 보다 확대되어가며 행정재판과 헌법재판 각각에서 형성된 법리들 간의 경계가 모호해짐에 따라, Conseil d'Etat를 중심으로 형성되어 왔던 프랑스 행정법체계(실무, 이론)가 공법체계 전반에 앞으로는 어떠한 영향을 끼치게 될 것인지, 곧 종전의 영향력이 계속 유지될 것인지 아니면 헌법위원회의와의 관계에서 축소될 것인지, 연성규범의 활용과 같은 행정환경변화를 프랑스에서 보다 능동적으로 수용하는 주체는 누가 될 것인지, 새로운 공법실무/이론의 중심은 과연 어디로부터 형성되어 갈 것인지 살펴볼 필요가 적잖다.

후술하는 독일의 경우 제2차 세계대전 종전 이후 공행정에 대한 통제가 연방헌법재판소와 연방행정법원 등을 통해 비교적 조밀하게 이루어져 오면서 연방헌법재판소가 중심이 되어 헌법이 행정법에 대해(재판실무, 이론연구 모두에서) 상당한 영향을 끼쳐왔고 그에 관한 논의도 오랜 역사를 가지고 있으며, 재판소원제도 등을 됴으로써 연방헌법재판소가 확실한 지위를 분명하게 확보하고 있다는 점을 전제로 한 데서 “헌법과 행정법 간 논의”가 주로 이뤄져 왔는데, 그에 비견하면 프랑스의 경우 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의, 헌법위원회와 Conseil d'Etat 간 관계설정 등에 관한 논의들이 비교적 최근에 부각되고 있으며, 새롭게 논의되고 연구되어 갈 지점

45) 일례로 Benjamin Lavergne, “Recherche sur la soft law en droit public français”, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole. 2012, chap. “Titre premier. Délimitation de la soft law”, Rn. 97. 등

들이 적잖아 보인다.

한편으로는 최근 우리나라에서 대법원이 행정사건에서 과거보다 적극적으로 헌법적 판단, 실질적 헌법재판을 적극적으로 개진하면서(특히 “법원이 하는 헌법재판”이라는 사법정책연구원 연구보고서가 출간된 이래(2018), 이런 경향이 최근 더 비등해지고 있다) 헌법을 둘러싸고 헌법재판소와 경쟁하는 듯한 양상을 뚜렷하게 보이고 있다는 데서,⁴⁶⁾ 프랑스의 최근 연구내용들이 우리나라에 제공할 시사점, 특히 헌법재판실무에 제공할 시사점도 상당해 보인다.

라. 유럽의 새로운 공법연구와 Conseil d'Etat

① 연성규범과 같은 행정환경의 변화를 적극적으로 수용하는 과정에서 직면하는 공법적 고민들, 그리고 ② 프랑스 헌법위원회와의 관계에서 직면하는 헌법과 행정법 간 관계에 관한 고민들까지 종합적으로 담아내며 ③ 행정재판실무과정에서, 그리고 자체 연구부를 통한 연구 과정에서 주도적으로 공법실무와 연구를 수행해가고 있는 프랑스 Conseil d'Etat의 행정법 연구와 행정재판실무의 궤적들은, 유사한 행정환경 변화에 직면한 유럽 여러 나라들에 실제로 적잖은 시사점을 제공하고 있기도 하다.

일례로 EU와 유럽 각 국에서 새로운 정책수단으로 각광받고 있는 연성규범에 관해서는 EU 차원에서 공동연구 팀을 구성하여 연구를 수행하고 있고,⁴⁷⁾ 각 국 연성규범 활용 현황을 비교, 고찰한 연구물도 다수 확인되고 있는데, 그런 연구를 수행하는 과정에서 Conseil d'Etat의 선행연구들과

46) 최근 대법원 행정사건 중 대법관들 사이에 의견이 나뉜 주요 전원합의체 판결들을 살펴보면, 반대의견, 별개의견등에서 “본래 헌법재판소가 해야 하는 규범통제의 실질을 가진 것을 대법원이 다소 무리하게 (종전 행정법 도그마에 다소 무리를 가하면서) 하려는 것 아닌가”라는 논지를 적잖게 확인해 볼 수 있다.

47) 대표적으로 SoLaR(European Network on Soft Law Research), Efsolaw(Effects of EU Soft law across the multilevel system)등.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

재판실무의 궤적들이 상당한 기여를 하고 있는 점을 확인해 볼 수 있다. 그 연유를 단편적으로 분석할 수는 없겠으나, 하나의 가능성을 논하자면 프랑스가 EU 선도국가인 점 외에도 Conseil d'Etat를 중심으로 한 공법재판실무와 Conseil d'Etat로부터 비롯된 공법연구의 내용들이 상호 유기적 연관성을 갖고 행정환경 변화에 따른 현실설명력을 비교적 뚜렷하게 확보하고 있는 점, 시의적절하게 연구가 이뤄지고 있는 점, 그리고 다른 나라에서도 공통적으로 조망할 수 있는 보편성을 확보하고 있는 점에 상당부분 기인한 것은 아닌지, 생각해 볼만한 지점들이 적잖다.

마. 소결

이같이 Conseil d'Etat라는 재판실무기관이 중심이 되어왔던 프랑스 행정법의 연원을 간략히 되짚어보면서 최근 프랑스 공법실무와 공법연구의 특성을 이해해보면, 19세기 후반 독일제국의 성립과 함께 각 주(州)마다 고등행정재판소를 설립하였으나 입헌군주제로 인해 실제로는 행정소송이 제2차 세계대전 이후부터 비로소 활성화되었고, 그로 인해 행정법 실무(행정재판 실무)보다는 오히려 행정법학자들(대표적으로, Otto mayer)을 중심으로 행정법체계의 근간을 형성해 왔던, 그리고 그 과정에서 연구의 현실설명력, 기타 사회과학연구들과의 차별성 등에 관해 더 뚜렷하게 고민해 왔던 독일과의 분명한 차이점을 확인해 볼 수 있는데,⁴⁸⁾ 프랑스와는 대조되는 독일 행정법의 태동과 그 특성에 관해서는 아래에서 목차를 바꾸어서 살펴본다.

48) 박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 서울대학교 법학(제42권 제4호), 서울대학교 법학연구소, 2001. 12. 제72-74면, 77-78면.

IV. 독일 행정법의 주요 연혁과 특성

1. 독일 행정법학의 형성⁴⁹⁾

가. Otto Mayer의 행정법연구

앞서 언급한 바와 같이 “연성규범”과 같은 새로운 정책수단들을 마주하며 행정환경변화를 직시하고 있는 독일에서는, 프랑스와 달리 먼저 학계를 중심으로 이러한 변화를 수용해 갈 수 있는 새로운 행정법연구사조(“신사조 행정법”)가 제시되어가고 있는데, 그 새로운 행정법연구의 성격, 적실성, 독일 행정법학의 연원에 비추어 이를 과연 온전히 새로운 연구사조로 볼 수 있겠는지 여부에 대하여는 독일 내부적으로 아직 찬, 반론이 상당하다.⁵⁰⁾

다만 이러한 논의의 궤적을 큰 틀에서 살펴보면, 행정환경의 변화를 수용해 가는 데 있어 재판실무보다는 공법학계에서 보다 선제적인 논의들을 이루어가고 있다는 점은 비교적 분명하다.

앞서 언급한 독일 신사조행정법학 계열에 속한 학자들이, 행정소송에 과학적 접근된 기존 행정법연구사조에 대한 반성적 고려를 담아 입법학과 규제연구, 행정조직법학 및 행정절차법학 등으로 행정법연구의 지평을 넓혀가면서 “학제 간 연구”, “참조영역 연구”와 같은 새로운 공법(행정법) 연구 방법론까지 제시해가고 있다는 점에 관해서는 달리 큰 이견이 없는데, 신사조행정법학자들이 (그 가치를 인정하면서 동시에) 극복해가고자 하는 독일의 소송중심 행정법 연구사조를 간략하게 논해보면, 독일에서 Otto Mayer가 ㉠ von L. Stein의 국가학(혹은 국가학적 행정학)과는 분명하게

49) 본 목차 IV 중 목차 1. (1), (2) 및 2. (1)의 내용은 배상준, 앞의 논문(각주 2), “연성규범에 관한 공법적 연구 : 신사조행정법학과 연성규범의 관계를 중심으로”, 2023. 8월 제74-77면 중 일부를 수정, 요약 및 보완한 것임을 밝혀드립니다.

50) 김성수, “Mayer vs Voßkuhle-행정법학의 통일장 이론은 가능한가”, 『연세법학, 또 다른 백년-진리, 자유의 법학』, 2021. 12. 제439-486면.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

구별되는 ‘법학’으로서 ‘행정법학’ 고유 정체성을 확고히 하기 위해, 그리고 ㉠ 민사법 방법론과 프랑스 행정법이론 일부를 기초삼아 법학의 성격을 분명히 하면서도 그들과 분명한 차별성을 갖는 ‘독일’ ‘행정법’학 고유의 정체성을 확고히 하기 위해, 그의 “독일행정법(Deutsches Verwaltungsrecht)” 제1판(1896) 내지 제3판(1925)에서 행정법 연구방법론으로 제시한 이래 신사조행정법학의 태동 전까지 독일 행정법학계를 지배해 왔던 연구방법론으로,⁵¹⁾ 이를 통해 형성된 행정법체계와 이론들이 제2차 세계대전 종전 후 독일에서 행정재판이 활성화되면서 재판실무에서 수용되게 되었다.

그러한 행정법 연구방법론과 이론체계의 전체적 관점을 큰 틀에서 살펴보면, 행정의 모든 것을 최대한 사법(司法)형식에 맞추려는 것이었으며,⁵²⁾ 법학 고유 방법론을 따르면서도 필요한 경우에는 해석학적 대응을 통해 필요한 ‘사실 영역’을 수용하는 것이었는데, 앞서 제시한 프랑스와 비교해보면, 처음부터 독일은 (공법)학계를 중심으로 행정법체계와 이론연구가 선행되어왔던 특성이 뚜렷하며 그런 연구의 결과물을 제2차 세계대전 이후 독일에서 행정재판이 비로소 활성화되면서 (행정)재판실무가 뒤늦게 수용해왔던 궤적도 뚜렷하다.

Conseil d'État 같은 행정재판기관과 그에 따른 행정재판실무가 1800년대부터 프랑스 사회 내에 뚜렷하고도 분명한 영향력을 끼쳐가며 행정법발전

51) 물론 민사법학에서 확립된 법학적 방법론을 국법학·행정법학에 도입하여 법학으로서의 정체성을 공고히 하려는 시도는 독일에서 일찍이 게르버(1952, 공법론)를 통하여 시도되었던 바 있으며, 라반트는 국법학에서(1876, 독일제국 국법), 그리고 오토 마이어는 행정법학에서 그 흐름을 계승하였던 바 있다.

그 구체적인 흐름에 관하여는, 이진수, “오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구-로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위청구논문, 2018. 제27-38면. 91-97면, 110-119면. 이에 따르면, 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론에 대한 오토 마이어의 비판은 그의 저서 중 주로 독일 행정법 제1판(1896)에서 확인할 수 있다. 그 외에도 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구(제제233-236면.

52) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 11-14.

을 이끌어 왔던 것과 달리 제2차 세계대전 종전 전까지는 행정재판기관과 재판실무가 사실상 큰 의의를 갖지 못해왔던 독일에서는, 학계를 중심으로 먼저 행정법연구가 먼저 이뤄져오면서 사회과학의 여타 학문 안에서 “법학”, 그리고 “공법학”으로서의 정체성을 확보하기 위해 부단한 노력을 해왔던 것이 일종의 “차선택”이었을런지도 모른다.

그러나 그것이 프랑스와 분명하게 구별되는 독일 행정법/공법의 궤적을 만들어 왔고, 오늘날 행정환경의 변화를 수용하는 데까지 그 유산이 이어지고 있다. 그리고 후술하는 바와 같이, 프랑스에 비견하면 독일에서 더 분명하게 보여지는 여러 학문적 고민의 흔적들도 뚜렷하다.

나. von L. Stein의 행정연구와 구별되는 “법학연구”로서의 행정법연구

행정재판실무에 선재하는 독일 행정법학의 태동 궤적을 살펴보면, 행정학 등 여타 사회과학과의 차별성을 어떻게 획책할 것인지에 대한 고민의 흔적이 적잖다.

Otto Mayer의 행정법학 연구방법론은 이전에 독일에서 행정연구의 주를 이뤄왔던 von L. Stein의 소위 “국가학적 방법론”과 행정법학관(行政法學觀), 즉 ① 순수한 법학방법론만으로는 행정을 과학적으로 이해하기가 충분하지 않다는 관점에서 국가작용의 목적적합성과 효과성에 중점을 두고 ② 국가작용을 각각의 내용을 중심으로 분류·분석하면서 ③ 그 과정에서 전통적·종합적 사회과학적 방법론을 취하여 ④ 중국에는 행정법학을 ‘법적으로 인식되는 사실의 학문’인 행정학에 연동된 것으로 인식하는 접근법, 결국 행정학적 분류체계에 따른 각 영역에서 그에 상응하는 법이 생겨난 것이 곧 ‘행정법학’일 따름이라는 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 관점과 분명한 경계선을 두고 있다.⁵³⁾ 행정에 고유한 법체계의 존재를 부인하면서

53) 이진수, 앞의 논문, 제97-109면.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

‘행정학’이 행정법의 지도원리이자 행정법 체계의 본질적이고 필연적 기초라는 사상이 von L. Stein 국가학의 핵심이라면, Otto Mayer의 그것은 법치국가사상을 행정법의 지도원리로 삼고 있다는 점에서도 양자 간 분명한 간극을 확인해 볼 수 있다.⁵⁴⁾

결국 von L. Stein은 “일하는 국가”, “사회생활의 기초를 적극 형성하는 국가”로서 행정을 논하면서 그의 파생물로 행정법학을 논하는데 반해, Otto Mayer는 권력분립과 법치국가적 관점에서 “법질서 아래에서 일하는”, 최대한의 사법(司法) 형식성을 갖춘 행정을 상정하고(그러한 사법형식성의 대표적 응축물로 ‘행정행위’를 상정해 볼 수 있다) 그에 요구되는 법학 고유도그마를 형성하는 것으로 행정법학을 논한다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

결국 각 행정작용(이나 행정입법)의 법적 성격 등을 규명하는데 초석을 놓은 Otto Mayer의 행정법학은, 후대에 이르며 비록 그 신민사상 등에 관하여는 상당한 변혁을 거치게 되었으나⁵⁶⁾ 나치즘의 폐단에 대한 통렬한 반성으로 ① 행정의 통제 필요성과 국가에 대한 개인의 권리보호 필요성이 독일 내적으로 더욱 분명해지고 ② 행정소송제도가 실효성을 갖게 되면서 필연적으로 오늘과 같은 행정소송 중심의 독일 행정법학으로 이어지게 되었다.⁵⁷⁾

54) 이진수, 위의 논문, 제84면 및 100면, 121-131면.

55) 결국 오토마이어의 행정법학의 성격을 축약해보면, 행정부에서 발한 특정 행정작용이나 행정입법의 ‘법적성격’이 무엇인지에 대한 답변체계를 구축하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

56) 즉, 2차 세계대전 종전 후로 현재까지 이어지고 있는 독일 행정법학계와 행정소송의 사조가 반드시 오토마이어의 행정법학의 무비판적인 반영물은 아니다. 종전 후 나치즘에 대한 통렬한 반성으로, 오토마이어의 행정법학의 근저에 있던 소위 신민사상(및 그 대표적 반영물인 특별권력관계)은 종전 이후부터 1970년대에 이르며 대부분 극복되었고, 오늘날의 행정소송중심 행정법학은 행정소송으로 요약되는 공행정의 통제 메커니즘을 통해 개인의 권리를 보장하려는 데 터잡고 있다.

57) 다만, 오토마이어가 구상했던 법치국가의 모습과 행정법체계는 행정이 일정한 범형식에 따라 행정작용을 수행하는 것 그 자체이며, 처음부터 행정에 대한 사법의 통제

2. 독일 행정법학의 주된 흐름에 대한 비판과 신사조행 정법학

가. 행정현실과 일정부분 괴리될 수 있는 가능성에 관하여

Otto Mayer에 의해 확립된 ‘법학(法學)’으로서의 행정법학 방법론과 도그마에 대해서는 행정현실과 일정부분 괴리되는 것을 피할 수 없다는 비판이 일찍부터 있어왔다. 이는 앞서 살펴본 것 같이 재판실무를 통해 행정환경변화를 수용해가면서 행정법 이론체계가 지속적으로 진일보되어가는 양상이 뚜렷했던 프랑스에 비견하면 독일에서 보다 두드러진 비판점이기도 했다.

또 다른 독일 공법학자 E. Forsthoff는 ① Otto Mayer의 행정법연구방법론이 규범이 규율하는 대상인 사실영역을 상대적으로 가볍게 여긴 결과로서 현실과 괴리되는 문제에 직면하고 있다는 점을 지적한 뒤, ② 종전의 국가학적 방법론 중 현실적합성 있는 부분을 선별적으로 취하여 사실영역에 더 가까이 다가가고자 하는 행정법학의 새로운 연구방법론(Institutionelle Methode, 제도적 방법론)을 제시하기도 하였고,⁵⁸⁾ 더 나아가서는 ③ 규율영역의 사실 상태까지 고려한 ‘제도적 방법론에 따른 규범해석론’을 개진하기도 하였다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

가능성 그 자체에만 주안점을 두었던 것은 아니었다. 최계영, “오토 마이어의 행정행위 이론”, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위청구논문, 2004, 20-23면., 문중흠, “독일 행정법에 있어 ‘조종학적 방법론’ 논의에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위청구논문, 2022, 20면.

58) Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7. Aufl., München, 1958, S. 56.

59) 제도적 방법론에서 규범해석론은, 관련 규율영역의 ‘사실상태’를 포함한 전체 제도에서 구체적 법규범의 해석 준거로 지도이념을 고찰하려는 시도라는 점에서 종전의 문리적, 체계적 해석 방법론과 차이점을 갖고, 단순한 법의 합리화만 추구하는 것이 아니라는 점에서 목적론적 해석방법론과도 차이점을 갖는다. Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7. Aufl., München 1958, S. 160.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

이같이 일찍부터 독일의 사회현실과 괴리될 가능성 적잖다는 비판이 없지 않았던 기존 독일 행정법학계의 주류 연구사조, 즉 ‘Otto Mayer’식 행정법학 연구방법론에 관해, ① 입법학, 규제학, 행정조직법학 및 절차법학 등으로 연구대상을 다변화하고 행정법연구의 목적을 “현실 사회문제 해결”에 둬으로써 행정에 대한 사후적, 사법적 통제에 과도하게 착근되어 있던 종전 독일 행정법연구의 현실설명력을 제고하려는, 그리고 ② “학제 간 연구방법론”, “참조영역 연구” 등으로 연구방법론을 다변화함으로써 그러한 문제점들을 보다 근원적으로 해소하며 행정법연구의 일신을 가져올 것을 제시한 독일 신사조행정법학 또한 그러한 비판의 대열에 합류한 것이기도 하다.

물론 ‘신사조행정법학’에 대해서는 종전 von L. Stein의 국가학, 혹은 ‘규범체계’ 그 자체보다는 규범체계가 처한 환경과 맥락에 보다 중점을 두었던 E. Forsthoff의 방법론으로 회귀하려는 것에 다름 아닌 것이라는 또 다른 비판, 그리고 그 연장선상에서 그것이 과연 ‘법학연구’인지 상당한 의문이 든다는 비판도 이미 독일에서 제기되었던 바 있으나,⁶¹⁾ 이러한 논의들이 재판실무과정 및 재판기관보다는 여전히 학계에서 선제적으로 이뤄져 오고 있다는 점에서, 프랑스와는 뚜렷하게 대비되는 독일 행정법의 분명한 특성과 궤적을 다시 한 번 확인해 볼 수 있다.

60) 다만, 포르스트호프의 이 같은 방법론 및 그 연장선상에서 주창된 소위 ‘생존배려개념’은, 결국 규범의 배경현실을 포착하고 규범해석 및 행정법학에 이를 반영하는 과정에서 권력자의 자의가 개입되는 것을 정당화하는 통로로 오용되게 되었고, 나치즘을 정당화하는 도구로 활용되면서 그 학문적인 논의를 더 이상 이어나가지 못하였다.

61) 국가학적 방법의 부활이라는 점에 관하여는 Garditz, Die “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft - Alter Wein in neuen Schlauchen?”, in : Die Verwaltung Beiheft 12, Berlin 2017, S. 111, S. 124-125., 김성수, “Mayer vs Vossskuhle-행정법학의 통일장 이론은 가능한가”, 제458-462면에서 재인용.

나. 프랑스 행정법과의 비교 : 공법재판실무와의 유기적 환류(還流)

프랑스와 달리 행정법(행정재판)실무보다는 행정법학계를 중심으로 행정법발전이 이뤄져 왔던 독일에서, 행정법연구의 현실적합성, 현실설명력에 대한 비판이라든지 여타 사회과학연구(방법론)과의 차별성에 관한 고민은 신사조행정법과 같은 방법론을 취하더라도 늘 뒤따를 수밖에 없는 것이기도 하였다.

그런데 한 가지 주목해 볼만한 지점은, 신사조행정법학을 연구해가면서 이러한 문제점을 극복해가려는 신사조행정법학계의 대표적 학자들이 큰 틀에서 독일 공법재판실무와 결코 무관지 않고, 공법재판실무와 상호 환류를 통해 연구의 현실적합성을 도모하는 데 상당한 방점과 관심을 두고 있다는 것이다.

실제로 신사조행정법학계를 대표하는 학자들(Voßkuhle, Hoffmann-Riem, Eifert, Britz)의 면면을 살펴보면⁶²⁾ 최근까지 연방헌법재판소의 소장을 역임했거나(Voßkuhle), 연방헌법재판소 재판관을 역임했거나(Hoffmann-Riem, Britz), 현재 연방헌법재판소의 재판관으로 재직하는 등(Eifert), 큰 틀에서 대표학자들이 공법(재판)실무와 분명한 연관 고리를 갖고 신사조행정법연구의 깊이를 더해가고 있으며, 무엇보다도 (재판)실무에 반영할 수 있는 지점들을 고민해가며 그 연구내용을 완성해가려는 의지가 상당하다는 점을 생각해 보지 않을 수 없다.

62) 수 십명에 달하는 신사조행정법학자들이 참여한 신사조행정법학계의 연구총서 “행정법의 기초(Grundlagen des Verwaltungsrechts)” 제2판(2. Aufl., München 2012) 및 제3판(3. Aufl., München 2022)을 살펴보면, Voßkuhle는 제2판 및 제3판의 대표저자로, Hoffmann-Riem은 제2판 대표저자로, Eifert는 제3판 대표저자로 이름을 올리고 있다.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

다. 프랑스 행정법과의 다른 비교 : 행정법과 헌법 간 관계에 관하여

한편으로는 신사조행정법학자들이 그 연구 과정에서(보다 정확하게는 그러한 연구를 통해 행정환경 변화를 수용해가는 새로운 공법 연구방법론과 공법이론체계를 고민해 가는 과정에서) 이제는 행정법과 헌법 간 관계를 새롭게 묻고 답을 해가면서, 독일에서 기존부터 계속되어 왔던 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의들을 한 단계 더 진보시켜 가려는 양상도 뚜렷하다.⁶³⁾

앞서 살펴본 바와 같이 이러한 논의들은 프랑스에서도 최근 비등하다. 다만 프랑스에서는 헌법위원회의 비중이 더 확대되어 감에 따라 행정재판 기관 Conseil d'Etat가 주도해 왔던 종전 공법질서에 새로운 파고를 던져가는 과정에서 행정법과 헌법 간 논의들이 이루어져 가고 있다면, 독일에서는 행정법과 행정에 관해 지금까지 분명한 영향력을 행사해 왔던 연방헌법재판소(및 재판소의 각종 결정)의 행정통제가 과도한 것 아닌지, 행정환경 변화에 걸맞는 바람직한 행정실무, 행정법실무, 행정법연구를 이뤄가는 데 있어서 그러한 국면이 과연 바람직한지, 보다 새로운 관계 정립이 필요한 것은 아닌지, 시의성을 상실한 예전의 연방헌법재판소 결정들까지 여전히 “선례”로 남아있게 됨에 따른 “행정 발목잡기”는 없는지에 관한 질문들이 신사조행정법학계에 적잖다.

그런 점에서 종전 독일 행정법학의 연원과 궤적에 비추어 볼 때 ① 그다지 낮설지 않은 모습, 곧 학계가 실무보다 더 먼저 행정환경의 변화를 소화해내기 위한 움직임을 여전히 보이면서도 ② 이제는 종전보다 더 뚜렷

63) 이에 관한 상론은 배상준, “Otto Mayer와 신사조행정법학자들의 대화 - 행정법의 기초 (Grundlagen des Verwaltungsrechts)” 제3판(3. Aufl. 2022)의 논의를 중심으로-“, 저스티스(제199호), 한국법학원, 2023. 12. 제144-145면, 제155-167면.

하게 공법재판실무와 연결고리를 가져가려는 새로운 흐름을 만들어가고 있는 지점들, 그리고 그 과정에서 ③ 행정법과 헌법 간 관계에 관한 새로운 질문들을 던져가고 있는 독일 신사조행정법학계의 연구 성과들이나 연구궤적들을 우리도 주목해 볼 만한 가치가 적잖다고 보인다.

특히 그간 신사조행정법학계가 주창해왔던 새로운 행정법연구의 내용과 방법론들이 독일의 헌법재판 과정에서(연방헌법재판소 결정 등, 신사조행정법학자 출신 재판관들을 통해) 재판실무상 반영되어가는 지점들 및 그 연구내용들이 헌법재판실무와 교집합을 갖고 진화해가는 양상, 그 과정에서 헌법과 행정법의 관계를 새롭게 재론해가는 지점(일례로, 법률유보원칙 등에 관한 새로운 고찰 등)에 우리도 주목해 볼 필요가 적잖다고 보이는데, 이는 한국의 헌법재판에 시사하는 바가 상당할 수 있다.

급격한 행정환경변화에 따른 새로운 행정수단들을 헌법재판실무를 이뤄가는 과정에서 이러한 새로운 정책수단들을 새로운 “심판대상”으로 마주할 가능성이 이제는 상존하고, 관련 이론체계를 연구해 갈 필요성도 상당한 우리나라의 현황을 돌아보면 더욱 그러하다.

3. 소결

행정(재판)실무보다는 학계를 중심으로 먼저 정교한 이론체계를 형성해 오면서 학계라는 검증과정을 먼저 거친, 법적 안정성과 예측가능성이 담보될 수 있는 행정재판 및 행정통제를 추구해왔던 독일 행정법의 태동과 발전궤적을 돌아보면 프랑스와 분명한 구별점을 어렵지 않게 확인해 볼 수 있고, 그에 따른 장점과 단점도 비교적 뚜렷하다는 점을 손쉽게 포착해 볼 수 있다.

행정환경변화를 수용하기 위한 최근의 움직임은 보더라도 그와 같은 독

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

일 고유의 특성이 여실히 드러나는데, 다만 “현실과 괴리될 수 있는 가능성이 상존하는” 종전의 접근법/연구방법론을 극복하기 위한 신사조행정법 학자들의 새로운 행정법 연구내용에 주목해 볼 필요가 적잖다고 보인다. 특히 새로운 행정법연구내용과 헌법재판실무가 교집합을 이뤄가는 지점들을 보면 더욱 그럴 수 있다.

V. 결론

방대한 프랑스 행정법학/실무의 발전궤적, 그리고 독일 행정법학/실무 발전궤적을 짧은 연구를 통해 모두 살펴볼 수는 없겠으나, 그 태동 및 발전 과정에서 보여져왔던 뚜렷한 특성과 차이점들을 가볍게나마 돌아보는 것은 나름의 의의를 가질 수 있다.

최근 더 두드러지는 행정환경변화를 각 국가의 공법실무/공법학계가 수용해가는 양상을 조망하면서 그 차이의 연원을 분석하는 데 이런 연구가 그 나름의 시사점을 제공할 수 있다는 점에서 그러하고, 프랑스·독일만 놓고 보더라도 두 국가 모두 행정법과 헌법 간 관계에 관한 관심이 적잖은 데 그 관계를 연구하는 과정에서 각 국 행정법발전 궤적을 이해하는 것이 하나의 디딤돌이 될 수 있다는 점에서도 그러하며, 이러한 연구의 면면을 살펴보면 우리나라 헌법학 연구/헌법재판실무에 주는 나름의 시사점이 분명하다는 점에서도 그러하다. 우리나라에서 헌법학연구와 헌법재판실무를 이뤄가는 데 있어서도 서두에서 언급했던 것 같이 이제 헌법과 행정법 간 관계를 돌아보지 않을 수 없는데, 본 연구가 미약하게나마 보탬이 될 수 있기를 바랄 따름이다.

[국문초록]

대륙법 국가로 분류되지만 독일과 프랑스에서 공법의 한 축을 이루는 행정법이 태동하고 발전해왔던 연혁은 분명 다르다. ① 공법학계를 중심으로 조밀한 이론체계를 형성해가는 작업이 선행되어왔던 독일과, ② 최고행정재판기관인 Conseil d'État를 중심으로 현실 적합한 행정재판을 도모해오면서 그 후속작업(판례분석 등) 과정에서 공법이론체계가 뒤이어 형성되어왔던 프랑스의 궤적은 분명한 차이를 보여 왔다.

최근 유럽에서는 행정환경의 급격한 변화에 따라 소위 “연성규범(Soft-Law)”과 같은 새로운 정책수단을 EU와 각 회원국에서 적극 활용하는 양상이 비교적 뚜렷하며, 이에 발맞춰 각 국 공법연구/공법실무가 새로운 전환점을 맞이하고 있는데, 그 과정에서 각 국가마다 “행정법과 헌법 간 관계”가 새롭게 부각되고 있다. 그리고 그 관계를 연구해가는 과정 및 그에 터 잡아 새로운 공법체계를 모색해가는 과정에서 해당 국 행정법(학, 실무)의 발전궤적은 어떠했고 국가별 고유 특성이 어떠했는지를 이해하는 것이 분명한 디딤돌을 제공하고 있다.

우리나라에서 헌법학연구와 헌법재판실무를 이뤄가는 데 있어서도 헌법과 행정법의 관계를 돌아보지 않을 수 없고, 공법의 또 다른 한 축을 이루는 “행정법”의 체계와 그 연구방법론, 행정재판 실무례 등을 함께 살펴보고 공법을 더 종합적으로 이해함으로써 헌법학연구와 헌법재판실무를 이뤄가는 데 새로운 통찰을 얻어 갈 필요가 상당한데, 그런 점에서 한 번쯤 프랑스와 독일에서 행정법이 태동하고 발전해 온 궤적과 그 시사점을 되짚어 볼 필요가 있다.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

주제어

최고행정기관, 신사조행정법학, 행정법과 헌법 간 관계, 연성규범

<Abstract>

Origin of German/French Administrative Law : Focusing on “Soft-Law” and relationship between Constitution and Administrative Law

As the administrative environment changes, it is required to (1) adopt/include new policy tools(ex, “Soft-Law”) into public law study/theoretical system and (2) form new public law system : In Germany/France, the relationship between administrative law and the constitution has become a key issue when studying/developing those new public law system.

Examining the origin and development trajectories of administrative law in each country can be a “stepping stone”, understanding the relationship(“between administrative law and the constitution”) and studying new public law theoretical system. In that respect, it is necessary to look back on the origin and development trajectories of German/French administrative law.

The origin and development of administrative law, one axis of public law, is clearly different in Germany and France : ① In Germany, public law scholars had lead the formation of administrative law theoretical system. ② In France, the public law theoretical system was formed in follow-up study of Conseil d'État's decisions(case analysis, etc.). This paper sees those differences are clearly reflected in current public law

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

adjudication and public law study(especially some studies on the relationship between administrative law and the constitution, new public law system) of France and Germany.

In Korea, the relationship between the constitution and administrative law is also important in conducting constitutional law studies and constitutional adjudication : Referencing relevant studies on Germany and France and looking back on the trajectories of the origin and development of administrative law in French and German can be useful.

Key-words

Conseil d'État, New Administrative Law study, Soft-Law

참고문헌

[국내문헌]

- 박우경, 「행정재판과 법의 일반원칙-프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-」, 사법정책연구원, 2021.
- 한동훈, 「프랑스의 사후적 위헌법률심사제도」, 헌법재판연구원, 2022.
- 강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 행정법연구(제23호), 행정법이론실무학회, 2009. 4.
- _____, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’(l’acte détachable)에 관한 연구 — 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로”, 서울대학교 법학과 박사학위 청구논문, 2011.
- _____, “프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 소고”, 공법학연구(제14권 제1호), 한국비교공법학회, 2013. 5.
- 김동희, “한국과 불란서의 행정상 손해배상제도의 비교고찰”, 서울대학교 법학(제16권 제1호), 서울대학교 법학연구소, 1974, 58면.
- _____, “프랑스 행정법상 행정행위의 관념에 관한 일고”, 서울대학교 법학(제46권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2005, 265-266면.
- 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구(제45권 제2호), 한국공법학회, 2016. 12.
- _____, “Mayer vs Voßkuhle-행정법학의 통일장 이론은 가능한가”, 『연세법학, 또 다른 백년-진리, 자유의 법학』, 2021. 12.
- 김충희, “모리스 오류의 제도이론”, 서울대학교 법학과 석사학위 청구논문, 2009.
- _____, “레옹 뒤기의 생애와 그의 시대”, 헌법학연구(제21권 제2호), 한국헌법학회, 2015. 6.
- 박균성, “프랑스 행정법상 공익개념”, 서울대학교 법학(제47권 제3호), 서울대학교 법학연구소, 2006. 9.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 서울대학교 법학(제42권 제4호), 서울대학교 법학연구소, 2001. 12.

배상준, “연성규범에 관한 공법적 연구 : 신사조행정법학과 연성규범의 관계를 중심으로”, 연세대 일반대학원 법학과 박사학위청구논문, 2023. 8.

_____, “프랑스 국사원 연구부와 연간연구에 관한 소고 - 행정법 연구방법론의 관점에서-”, 법학논집(제28권 제2호), 이화여자대학교 법학연구소, 2023. 12.

_____, “Otto Mayer와 신사조행정법학자들의 대화 - 행정법의 기초 (Grundlagen des Verwaltungsrechts)” 제3판(3. Aufl. 2022)의 논의를 중심으로-”, 저스티스(제199호), 한국법학원, 2023. 12.

윤성운, “프랑스 행정법상 ‘행정으로서 행정재판’에 관한 연구-행정의 재판적 통제와 행정임무 이행의 관계를 중심으로-”, 서울대학교 법학과 석사학위청구논문, 2014. 8.

한건우/장 브누와 알베르띠니, “프랑스 행정법의 성립·발전과 변혁 그리고 한국 행정법에 끼친 영향과 과제”, 행정법학(제18호), 한국행정법학회, 2020. 3.

Spyridon Flogaitis, “The foundations of administrative Law — From the French concept of service public to Herrschaft and German administrative law —”, 강원법학(제42권), 강원대학교 법학연구소, 2014.

[외국문헌]

Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 3. Aufl., München 2022.

Conseil d'État, ETUDE ANNUELLE 2013 - Le droit souple (2013).

_____, ETUDE ANNUELLE 2015-L'ACTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES (2015).

_____, ETUDE ANNUELLE 2020-FAIRE DE L'ÉVALUATION

DES POLITIQUES PUBLIQUES UN VÉRITABLE OUTIL DE DÉBAT
DÉMOCRATIQUE ET DE DÉCISION (2020).

Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013.

John Bell/François Lichère. CONTEMPORARY FRENCH ADMINISTRATIVE
LAW, Cambridge University Press, 2022.

Mariolina Eliantonio/Emilia Korkea-aho/Oana Stefan(Eds.), EU Soft Law in the
Member States-Theoretical Findings and Empirical Evidence, Hart
Publishing, 2021.

Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hg.),
Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012.

Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hg.),
Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II, 2. Aufl., München 2012.

Mariolina Eliantonio/Oana Ştefan, “The Elusive Legitimacy of EU Soft Law:
An Analysis of Consultation and Participation in the Process of
Adopting COVID-19 Soft Law in the EU”, European Journal of Risk
Regulation(Mar 2021), Vol. 12 Issue 1.

Matthias Knauff, “Coronavirus and Soft Law in Germany : Business as
Usual?”, European Journal of Risk Regulation(Mar 2021), Vol. 12
Issue 1, 2021. 3.

Oana Stefan, “COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate?” A
Research Agenda, European Papers(2020. 6.).

Stephen Daly, “The Rule of Soft Law”, King’s Law Journal Vol. 32 No.1,
King’s College London, 2021.

[참고자료]

CE 2016. 3. 21, Case NO. 368082.

CE 2017. 12. 13, Case NO. 401799.

독일과 프랑스 행정법의 연원과 특성 : “연성규범”, 그리고 헌법과 행정법 간 관계를 중심으로

CE 2017. 6. 30. Case NO. 398445.

CE 2021. 3. 3. Case NO. 449759.

CE 2020. 6. 12. Case NO. 418142.

CE 2019. 7. 19. Case NO. 426389.

CE 2019. 10. 21. Case NO. 419996

CE 2019. 10. 16. Case NO. 433069.

독일 정당법에서의 당내 민주주의 규정에 관한 소고*

A Study on the Provisions of Intra-Party Democracy in
German Political Party Law

이 문 주(Lee, Moonjoo)

헌법재판소 헌법연구관

- 목 차 -

I. 들어가며	361
II. 독일 정당법의 당내 민주주의에 관한 규정	363
1. 개관	363
2. 독일 정당법 제6조 당헌과 정강	365
3. 독일 정당법 제7조 정당의 구성	366
4. 독일 정당법 제8조 정당의 기관	368
5. 독일 정당법 제9조 당원총회와 대의원회의(전당대회, 총회)	370
6. 독일 정당법 제10조 당원의 권리	372
7. 독일 정당법 제11조 이사회	375
8. 독일 정당법 제12조 일반적인 당위원회	376
9. 독일 정당법 제13조 대의원회의의 구성	377

* 이 논문은 2021. 12.부터 2023. 6.까지의 국외장기연수 중 작성한 내용을 일부 발췌하여 수정한 것임.

헌법논총 제35집(2024)

10. 독일 정당법 제14조 정당중재재판소	378
11. 독일 정당법 제15조 기관의 의사형성	383
12. 독일 정당법 제16조 지구당에 대한 조치	386
III. 독일 법제상 당내 민주주의 규범의 특징과 우리 법제에 대한 함의	388
1. 독일 법제상 당내 민주주의 규범의 특징	388
2. 독일 당내 민주주의 규범의 우리 법제에 대한 함의	394
IV. 마치며	401
* 국문초록 및 주제어	404
* 영문초록 및 주제어	405
* 참고문헌	407

I. 들어가며

근대헌법은 정당의 존재를 상정하지 않아서 이를 헌법으로 규율한다는 사고도 갖지 못했다. 그 결과 현대에 이르러서도 다수의 국가는 헌법에 정당조항을 두지 않고 있다. 정당조항을 두고 있는 현대헌법이 탄생한 것은 현실 속에서 정당이 생성되고 그 역할이 확대되어온 탓이다.¹⁾ 우리나라는 1960년 제2공화국 헌법 제13조에서 정당조항을 처음으로 도입하였고, 1962년 제3공화국 헌법에서 현행 헌법의 정당조항과 거의 같은 내용의 정당조항을 마련한 이후 현행 헌법 제8조에 이르기까지 정당조항을 유지하고 있다. 독일도 1949년 제정된 기본법 제21조에 정당조항을 도입한 이후 현재까지 유지하고 있다. 헌법의 정당조항은 독일 기본법의 정당조항과 내용적으로 유사하다. 이는 우리 헌법이 독일 기본법의 정당조항을 계수한 것이기 때문이다.²⁾

그러나 우리나라의 정당법과 독일의 정당법을 내용적으로 비교하면 큰 차이가 있다. 헌법상 정당조항을 개별 법률에서 구체화할 때 각 나라의 독자적인 정치현실이 반영되므로, 이러한 정치현실의 차이가 정당법 내용에서의 차이에 대한 일차적인 원인이라 할 수 있다. 특기할만한 것은 독일 정당법과 달리 우리나라의 정당법에는 정당의 내부질서에 관한 내용이 거의 구체화되어 있지 않다는 것이다. 정당의 내부질서에 관한 내용은 사회기층에서부터 국가 의사결정에 이르기까지 민주적 정당성이 끊어지지 않도록 보장하는 장치에 해당한다. 우리나라의 정당법이 권위주의 정부 아래에서 정당을 제한하고 통제하는 것을 주목적으로 제정되었다는 점을 감안하면, 위와 같은 정당의 역할이 권위주의 통치에 부정적인 영향을 미칠 수

1) 송석윤, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식 - 비교법사회학적 접근”, 서울대학교 法學 제41권 3호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 115쪽.
2) 이에 관하여 자세한 내용은, 송석윤, 앞의 글 참조.

있기 때문에 정당의 내부질서에 관한 사항을 의도적으로 소홀히 취급했을 것이라고 추론할 수도 있다.³⁾ 그러나 민주화를 이룬 현재까지도 이와 같은 공백상태가 이어지고 있다. 오늘날 당내 민주주의의 요청이 점점 커지고 있는 반면 정당의 내부질서에 대한 법적 규율이 거의 전무하다는 현실은 헌법상 정당조항의 규범적 의미와 효력에 대해서 의문을 품게 한다. 이 글에서는 독일 정당법의 당내 민주주의 규정을 살펴봄으로써 위 문제에 접근하는 길을 찾아보고자 한다.

사회적으로 당내 민주주의에 대한 관심이 높아지고 대중의 정당에 대한 참여가 활발해질수록 정당의 내부문제가 정당 안에서 해결되지 않는 경우가 많아진다. 그 경우 정당의 내부문제가 사법절차에서 다루어질 수 있다. 과거에는 주로 공천이나 당내 경선 등이 문제되었지만, 최근에는 당내 의사결정도 사법적으로 문제된다.

정당의 내부문제가 사법절차에서 다루어질 때 정당법에서의 정당 내부질서에 관한 흠결은 법관의 해석을 통해 보충될 수밖에 없다. 여기에는 기본적으로는 헌법의 정당조항이, 다음으로는 민사법상 단체법의 규율이 참고자료가 될 것이다. 다만 포괄적인 헌법의 규정만으로는 그 흠결을 보충하기에 쉽지 않다. 또한 민사법상 단체법도 문리적으로 그대로 정당에 적용될 수 없다. 왜냐하면 정당과 단체의 헌법상 지위에 차이가 있고, 정당이 헌법이 그리고 있는 민주주의의 일부를 이루고 있으므로 민사법상 단체법도 전체 민주주의 제도와 정합적으로 작동하도록 해석되어야 하기 때문이다.

정당의 내부문제를 다루는 사법절차는 대체로 일반 법원의 몫이다. 정당의 내부문제를 규율하는 정당법 규정이 거의 없기 때문에 이러한 문제가 헌법소송으로 다루어지는 경우는 극히 드물 것이다. 그렇지만 법원이 정당

3) 다만 기존 연구들을 살펴보면, 정당법이 정당의 내부질서에 관해 빈약한 규정만을 두고 있다는 점에 대해 문제의식을 공유하면서도 그 원인에 대해 밝히고 있는 연구는 찾기 어렵다.

내부문제를 사법적으로 판단할 때 헌법해석이 필요할 수밖에 없고, 여기에는 헌법재판소의 정당조항 해석에 의존하지 않을 수 없다. 나아가 이후 법원의 보충적 해석이나 그로 인한 관행 등이 법률적 효력을 덧입어 헌법재판의 대상이 될 여지가 없는 것도 아니다. 또한 정당의 내부질서에 관한 규율은 정당제도를 형성하는 중요한 측면으로서 정당에 관한 다른 사건들의 처리에도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 정당 내부문제가 헌법소송의 대상이 되는 경우가 드물다고 하더라도 정당의 내부질서는 헌법소송실무에서도 중요하게 다루어질 필요가 있다.

아래에서는 독일 정당법이 정당의 내부질서에 대해 규율하는 방식과 의미, 역할 등을 간략히 살펴보고, 헌법의 정당조항과 정당법의 해석 등에 참고할 수 있는 지점들을 찾아보고자 한다.

II. 독일 정당법의 당내 민주주의에 관한 규정

1. 개관

독일 기본법 제21조 제1항은 정당의 헌법적 요소들을 규정하면서, 제3항에서 정당에 관한 자세한 사항을 연방법률로 제정할 수 있도록 위임하고 있다. 이에 따라 독일 정당법(Gesetz über die politischen Parteien)은 정당의 내부질서에 관한 세부규정을 마련하였다. 그러나 독일 정당법은 기본법의 정당조항을 해석하는데 보조적 역할을 수행할 뿐이고, 정당의 본질을 살펴보기 위해서는 기본법으로 돌아갈 수밖에 없다.

독일 정당법 제2장은 정당의 내부질서에 대해 규정함으로써 기본법의 당내 민주주의 규정의 요청을 구체화하고 있다. 이를 통해 정당의 조직과 의사결정에 대한 구속력 있는 요건을 설정한다. 기본법의 당내 민주주의

규정은 한편으로 국가에 대해 정당 내부의 민주주의를 보장할 의무를 부과 하면서, 정당에 대해서는 당내 사무를 자유롭게 처리할 수 있는 자유를 제한한다.⁴⁾

다만 독일 정당법 제2장은 정당의 내부질서에 관한 모든 사안을 완벽히 구체화하고 있지는 않다. 그 이유는 정당이 본질상 사적 결사이므로 그 법적 성격에 따라 민법 등 다른 법률을 통해 그 공백을 보충할 수 있기 때문이다.⁵⁾ 이보다 더 중요한 이유는 민주주의를 어떻게 구현할 것인지에 대해서는 다양한 모델이 있을 수 있기 때문에, 정당이 스스로 이를 형성할 수 있는 여지를 남겨두기 위해서이다. 따라서 정당은 자신이 추구하는 민주적 가치와 모델을 반영하는 경향조직(Tendenzorganisationen)으로 기능할 수 있게 되고, 정당법은 이를 법적으로 뒷받침한다. 독일 정당법 제2장은 정당의 내부질서를 형성하기 위한 최소한의 계획만을 규정하고 있다. 이와 같은 규정의 지도원리는 당연히 독일 기본법 제21조 제1항 제3문이 규정하는 당내 민주주의를 확립하는 것이며, 이를 위해 특히 아래로부터 위로의 정당 의사의 형성과 개인과 하위조직이 정당에 대해 영향을 미칠 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 아래에서 살펴보는 것처럼, 독일 정당법 제7조 제1항 제3문과 제15조 제3항과 같은 조항이 이러한 방향성을 두드러지게 보여준다.⁶⁾

독일 정당법 제2장은 정당에 대해서는 법적 의무를 부과하는 한편, 당원에 대해서는 주관적인 법적 권리를 부여한다. 이에 따라 당원과 시민은 정당조직에 대해 자유로운 민주 정당정치적 활동에 관한 권리를 구체적으로 주장할 수 있게 된다.⁷⁾ 당헌이나 개별 결의가 이러한 정당법상 규정을 위

4) Martin Morlok, Parteiengesetz, 2. Aufl. 2013, ParteiG §6-§16 Vorbemerkung Rn 1.

5) 권영호, “독일정당의 내부질서에 관한 연구”, 토지공법연구 제16권 제1호, 한국토지공법학회, 2002, 112쪽.

6) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §6-§16 Vorbemerkung Rn 2.

7) Deter Grimm, Politische Parteien, in: Ernst Benda u.a.(Hg.), Handbuch des

반할 경우 이는 기본법에서 직접 요청하는 당내 민주주의에 대한 위반으로서 독일 민법 제134조에 따라 효력이 없다.⁸⁾

독일 정당법 중 당원의 입당과 탈당에 관한 내용도 당내 민주주의를 구체화하는 중요한 부분이다. 다만 이 글에서는 이 문제에 대해서는 제외하고 살펴보기로 한다.

2. 독일 정당법 제6조 당헌과 정강

독일 정당법 제6조는 정당의 당헌과 정강을 성문화하고 당헌에 규정해야 할 사항들을 나열하고 있다(제1항, 제2항).⁹⁾ 이는 정당의 조직과 의사결정에 있어서 최소한의 예측가능성을 확보함으로써 당내 민주주의를 확립하기 위한 법치주의적 기반을 제공한다.¹⁰⁾ 정당의 당헌에는 정당법 제6조 제2항이 정하고 있는 사항만을 규정해야 하는 것은 아니므로, 그 외의 사항을 포함시킬지 여부는 정당의 자유 영역에 있다. 다만 당헌에 규정된 경우 직속 상위 지구당의 당헌에 이에 관한 별도의 규정이 없는 한 해당 지구당

Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1994, 617쪽; Dürig/Herzog/Scholz/Klein, Grundgesetz Kommentar, 99. EL September 2022, GG Art. 21 Rn. 355; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §6-§16 Vorbemerkung Rn 3.

8) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 357; Jarass/Pieroth/Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 17. Aufl. 2022, GG Art. 21 Rn. 34; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §6-§16 Vorbemerkung Rn. 4.

9) 여기에 해당하는 사항들은 다음과 같다. 1. 정당의 명칭 등, 소재지와 활동영역, 2. 당원의 가입과 탈퇴, 3. 당원의 권리와 의무, 4. 당원에 대한 규제 및 제명, 5. 지구당에 대한 규제, 6. 정당의 일반적 구성, 7. 이사회 및 기타 기관의 구성과 권한, 8. 당원총회와 대의원회에서만 결정할 수 있는 사항, 9. 당원총회와 대의원회의의 소집 요건·방법·기간 및 회의결과 기록, 10. 연방하원의원선거를 위한 후보자추천권한을 가진 지구당과 정당, 11. 전당대회가 정당 또는 지구당 해산 또는 합당을 의결한 경우 당원들의 투표와 절차, 12. 재정규정의 형식과 내용.

10) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §6 Rn. 1.

은 그 업무를 당헌에 따라 처리해야만 하므로(제6조 제1항 제2문) 그 한도 내에서 정당의 자유를 스스로 제약하게 된다. 또한 당헌에 성문화된다는 것은 사법적 통제의 가능성이 있다는 것을 의미하므로 분쟁의 해결 내지 권리구제절차가 요청된다.

3. 독일 정당법 제7조 정당의 구성

독일 정당법 제7조는 정당의 외부적 조직 구성에 대해 정하고 있다. 이는 개별 당원이 정치적 영향력을 실질적으로 발휘할 수 있게 하고 참여를 보장함으로써 당내 민주주의를 실현하려는 것이다.¹¹⁾

제1문은 정당에 대해 하위조직을 구성할 것을 요청하고 단일조직으로 구성되는 것을 명시적으로 금지한다. 앞에서 살펴본 것처럼 정당의 수평적 구성 또한 당원이 의사결정 과정에 적절하게 참여하여 영향력을 행사할 수 있는 방식으로 구성되어야 한다.¹²⁾ 정당을 단일조직으로 구성할 경우 물리적으로 의사결정 과정에 참여할 수 없게 되거나, 지역 간의 격차나 정당 엘리트와 당원 간의 정치적 영향력의 차이로 인해 사실상 의사결정 과정에 아무런 영향을 미칠 수 없게 된다.¹³⁾ 이는 상향식의 의사결정이 이루어질 수 없다는 것을 뜻하므로 민주적이라고 볼 수 없다.

또한 독일 정당법 제7조는 정당의 하위조직을 지역을 중심으로 구성하도록 함으로써 정당을 전문가집단이나 이익집단과 구별한다.¹⁴⁾ 각 지구당은 자체적인 당헌을 제정할 수 있으므로(독일 정당법 제6조 제1항 제2문), 독립적인 의사결정과 자치 권한을 보유해야 한다. 그러나 정당의 통일성을

11) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 1.

12) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 349.

13) 폰 뮌히/ 쿠니히(홍성방 역), 독일 기본법 주해서 제2·3권(발췌), 헌법재판소, 2007, 39쪽 이하.

14) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 5.

유지하기 위해 당연히 상위조직의 당헌이나 결의 등에 구속될 수 있다(독일 정당법 제6조 제1항 제2문).¹⁵⁾

지구당의 규모와 범위를 어떻게 정할 것인지는 당헌에 정하도록 위임되어 있으므로 정당의 자율에 맡겨져 있다(독일 정당법 제7조 제1항 제2문). 그러나 정당의 지역적 구성은 각 당원이 정당의 의사형성에 참여하는 것이 알맞은 범위까지 확장되어야 한다(독일 정당법 제7조 제1항 제3문). 지구당의 조직은 정당의 일반적 구성에 해당하므로 당헌에 규정되어야 한다(독일 정당법 제6조 제2항 제6호). 따라서 지구당의 규모와 범위를 결정하고 변경하는 것은 당헌 개정 사항이므로 관련 법령의 규제를 받는다(독일 정당법 제9조 제3항 참조). 또한 당헌에 성문화되기 때문에 지구당의 구성이 독일 정당법 제7조 제1항 제3문에 충족되었는지 여부에 대한 사법적 판단이 이루어질 수 있다.¹⁶⁾

독일 정당법 제7조가 정당의 하위조직을 구성하도록 예정하고 있다고 해서 정당을 지구당을 회원으로 하는 지구당의 연합체로 이해할 수는 없다. 이는 독일 정당법 제7조 제1항 제3문의 요청에 어긋나기 때문이다.¹⁷⁾ 당원은 지구당의 회원이면서 동시에 상위조직의 당원이라는 의미에서 계층적이고 다중적 당원권을 지닌다.¹⁸⁾ 법률에서 지구당의 범위를 정하고 있지는 않지만, 대체로 국가의 행정구역에 따라 지구당이 설정되고 있고, 최소한 군(Kreis) 수준까지 세분화되어야 한다고 한다.¹⁹⁾

15) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 4.

16) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 13. 이는 마치 우리나라의 선거구 획정에 대해 투표가치의 평등을 보장하기 위해 사법심사를 하는 사례와 유사하다. 물론 동일한 심사기준과 강도가 적용되는 것은 아니다. 후술하는 중재재판소의 존재를 함께 고려할 때 그 의미가 더 크다고 할 것이다.

17) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 5.

18) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 21.

19) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 15.

4. 독일 정당법 제8조 정당의 기관

독일 정당법 제8조는 정당의 필수적 기관과 선택적 기관을 규정하여 정당의 조직구조를 개관한다. 제8조에서 말하는 정당의 기관은 개별 정당조직의 의사를 형성하는 데 기여하는 지속성 있는 조직적 기구를 의미한다.²⁰⁾ 결국 정당법은 정당의 가장 중요한 기능이 정치적 의사를 형성하는 데 있다는 기본법조향을 다시 상기시킨다.

독일 정당법 제8조 제1항은 당원총회와 이사회를 필수적 기관으로 규정하고 있다. 특히 당원총회는 민주적 의사결정을 위한 핵심 기관이다. 다만 당헌에 당원총회를 대의원회로 대체할 수 있는 예외를 규정하여 직접민주제적 요소를 제한하고 대의제적 요소를 도입할 수 있는 가능성을 부여하고 있다. 그러나 독일 정당법 제8조 제1항 제2문은 최소단위의 지구당에 대해서는 당원총회를 대의원회로 대체할 수 없도록 명시하여 기초단위에서의 당원의 참여권을 보장하고 있다. 또한 대의원의 임기를 최대 2년으로 법정하여 대의원이 당원의 의사를 따르도록 통제하고 있다.²¹⁾

독일 정당법 제8조 제2항은 각급 정당이 조직의 의사형성을 위한 다른 기관을 자유롭게 설립할 수 있도록 조직자율성을 인정하고 있다.²²⁾ 다만 이러한 기관들은 당헌에 명시되어야 한다. 또한 필요적 기관과 같이 대내외적으로 대표할 수 있는 권한을 부여받은 의사결정 기관은 단순한 선정이 아닌 선거법의 일반원칙에 따른 선거로 임명되어야 한다. 정당기관의 임기를 정하여 주기적인 선거가 실시되도록 하는 것은 기관을 민주적으로 구성하는 핵심적 방법이다.²³⁾ 아래에서 살펴보는 것처럼 독일 정당법은 법정된

20) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §7 Rn. 2.

21) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 5.

22) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 7.

23) 폰 뮌히/ 쿠니히(홍성방 역), 앞의 책, 39쪽 이하; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 7.

정당기관에 대해 임기를 정하고 선거로 선출될 것을 요구함으로써 정당기관의 민주적 구성을 보장하고 있다.

집행이사회 등 집행기관을 의사결정기관으로 승인하는 것은 해당 기관이 수행하는 업무와 부여될 권한 등을 고려하여 신중히 결정되어야 한다. 또한 정당 내에 상설 대의기구를 만들어 당원총회나 대의원회를 대체하도록 하는 것 또한 대표자가 상시 참여할 수 있는 것은 아니라는 점에서 바람직하지 않다.²⁴⁾ 독일 연방헌법재판소는 사회주의제국당(Sozialistischen Reichspartei)에 대한 위헌결정에서 정당내부의 결정을 “지도자원칙(Führerprinzip)”에 따르도록 하는 것, 즉 정당 수뇌부가 정당의 모든 주요한 사항을 결정하고 당원은 이에 복종하는 것이 기본법의 당내 민주주의 규정 위반이라고 보았다.²⁵⁾ 정당은 다양한 특별기구를 둘 수 있지만, 이는 기관의 개념을 고려하여 당헌에 명시하는 등 통합적으로 운영되어야 한다. 특별기구가 전체 당원이나 대의원들에 의해 선출되지 않는 이상 특별기구로서의 의사결정을 할 수는 있어도 정당의 의사결정을 대체할 수는 없다.²⁶⁾

독일 정당법이 정당의 기관에 대해 상대적으로 다양한 규정을 두고 있다고 하더라도 정당의 현실과 다른 측면이 많다. 정당법은 이사회 등에 대해 대표 및 통합 기능 외에도 행정적 기능을 부여한다. 그러나 현실에서는 이사회는 주로 정치적 통합을 담당하고, 행정을 수행하기 위한 별도의 행정조직을 두고 있다. 이와 같은 행정조직은 정당 내에서 권력을 발휘한다. 그럼에도 불구하고 정당법은 이와 같은 행정조직에 대해서는 아무런 규율을 하지 않고 있다.²⁷⁾

24) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 9.

25) BVerfGE 2, 1(40f)

26) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 11.

27) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §8 Rn. 12.

5. 독일 정당법 제9조 당원총회와 대의원회의(전당대회, 총회)

독일 정당법 제9조는 정당 내 최고의결기관의 구성 및 작동방식을 규정함으로써 헌법상 민주주의원칙과 당내 민주주의를 구현하려고 한다.²⁸⁾ 동시에 헌법상 민주주의원칙으로부터 정당 내 최고의결기관이 정당화되고 이로부터 다른 정당조직의 활동과 권한이 도출된다는 원리가 요구된다.²⁹⁾

독일 정당법 제9조 제1항은 당원총회와 대의원회의를 각급 당의 최고기관이라는 것을 명시한다. 이를 상급 지구당의 경우 “전당대회”라고 부르고, 최하위 지구당의 경우 “총회”라고 부른다. 전당대회 또는 총회는 모든 당내 의사결정에 대해 최고의 권한을 가지고 있고, 투표나 정당중재재판소의 결정이 예정되어 있지 않은 이상 모든 정당기관과 기구를 감독할 권한이 있다.³⁰⁾ 앞에서 살펴본 바와 같이 대의원의 임기는 최고 2년으로 법정되어 있다(독일 정당법 제8조 제1항). 전당대회도 적어도 2년에 1회는 소집되어야 한다(독일 정당법 제9조 제1항 제4문).

독일 정당법 제9조 제2항은 이사 등 정당 내 엘리트들에 대해 당헌에 따라 선출되지 않고도 대의원 자격을 부여할 수 있도록 정하고 있다. 다만 이들의 표결권은 총 대의원의 20%를 넘을 수 없도록 제한된다. 이에 따라 정당 엘리트들은 전당대회에서 명백히 유리한 지위를 갖는다.³¹⁾

독일 정당법 제9조 제3항은 전당대회 유보 사항에 대해 규정하고 있다. 각급 전당대회는 해당 지구당의 권한 범위 내에서 정당의 정강, 당헌, 기부금 규정, 중재재판소 규정, 해산 및 다른 정당과의 합당에 관한 사항을 의결할 수 있다. 이는 각급 지구당의 가장 본질적이고 중요한 사항이므로 이

28) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 1.

29) 권영호, 앞의 글, 109쪽.

30) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 2.

31) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 3 이하.

에 대한 결정을 각급 지구당의 최고기관에 부여하도록 법정한 것이다.³²⁾

독일 정당법 제9조 제4항은 전당대회에 대해 각급 지구당의 기관구성권을 부여하고 있다. 이에 따라 정당법의 다른 규정이 없는 이상 지구당위원장, 부위원장, 이사회의 구성원, 그 밖의 다른 기관이 있는 경우 그 구성원과 상급 지구당의 기관에서 활동하는 대표를 선출한다. 독일 정당법 제11조 제2항은 제9조 제4항에 대한 예외로서 당헌으로 당연직 이사를 둘 수 있도록 정하고 있다.

독일 정당법 제9조 제3항과 제4항은 집회의 원칙을 규정하고 있다. 이는 기본법상 당내 민주주의의 원칙을 구현하기 위해 집회 없이 의사결정이 이루어지는 경우 발생할 수 있는 당원의 권리 제한 또는 박탈을 방지하려는 것이다.³³⁾ 정당은 정치적 의사를 형성하고 결정하여 궁극적으로 국가의사로 전환될 수 있도록 노력하는 기관으로서 정치적 담론을 활성화하는 역할을 한다. 집회는 당내 정치적 담론을 민주적 방식으로 전개될 수 있도록 봉사한다. 아무리 정보통신 기술이 발달되었다고 하더라도 집회의 방식을 대체할 수 있는 수준의 대안이 발견되었다고 볼 수는 없다. 따라서 당원들이 물리적으로 같은 장소에 모이지 않고 미디어를 통해 의사를 교환하는 순수한 인터넷전당대회는 허용될 수 없다고 한다.³⁴⁾ 또한 독일 정당법 제9조 제3항과 제4항은 해당 사항을 결정하는 방식으로 전당대회에서의 투표를 전제로 한다. 당내 여론조사와 같은 대안적 방식도 충분히 허용될 수 있지만, 그것이 전당대회를 대체하거나 구속할 수는 없다. 전당대회는 정당법상 정당의 최고 의사결정기관이기 때문이고, 이를 우회하여 자의적으로 전당대회를 대체하려는 수단을 허용할 수 없다.³⁵⁾

32) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 348.

33) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 11.

34) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 12.

35) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §9 Rn. 14.

6. 독일 정당법 제10조 당원의 권리

당원은 정당의 가장 기본적인 구성원으로서 당내 민주주의를 확보하기 위해 당원권을 확정하고 제명 등 정당활동으로부터 배제될 수 있는 조치가 부당하게 이루어지지 않도록 보호할 필요가 있다.³⁶⁾ 정당법의 내용은 당헌보다 우선하기 때문에 정당법에 최소한의 당원의 권리를 명시하는 것은 정당의 자유를 제한하는 당내 민주주의의 요소를 보여주는 것이다. 여기에서는 입당과 탈당과 관련된 내용을 제외한 나머지 사항에 대해서만 살펴본다.

독일 정당법 제10조 제2항은 당원의 표결권에 대해 정하고 있다. 제1문은 당원과 정당의 대표자가 모두 동등한 표결권을 가진다고 규정함으로써 당원 표결권의 평등을 명시한다. 이는 독일 기본법 제21조 제1항 제3문의 당내 민주주의 명령의 필요불가결한 부분이다. 이에 따라 특정 당원, 예컨대 창립당원, 명예당원, 특정 당직자 등에게 특별한 표결권을 부여하거나 승인 내지 거부권을 부여하는 것은 금지된다.³⁷⁾ 다만 당원이 모든 사항에 대해 평등한 표결권을 갖는 것은 아니다. 정당 내 특별위원회와 같이 당헌의 규정에 따라 특정 당직자들만이 특정한 사안에 대해 표결로 결정하도록 하는 것은 여기에 해당하지 않는다.³⁸⁾

제2문은 당헌의 세부규정을 두어 당원의 당비납부义务的 이행 여부에 따라 표결권을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이를 당헌에 규정할 때에는 당원이 표결권의 제한의 요건과 효과를 명확히 알 수 있도록 표결권 제한을 위한 연체기간이나 금액, 이에 대한 사전통지절차 등을 명시해야 한다.³⁹⁾

36) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 1.

37) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 8.

38) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 8.

39) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 9.

독일 정당법 제10조 제3항은 당원에 대한 징계조치를 당헌에 명시할 것을 명령한다. 독일 정당법 제6조 제2항 제4호에 징계조치에 대해 당헌에 명시하도록 정하였지만, 여기에서 명시할 내용을 더 구체적으로 나열하고 있다. 이에 따라 징계조치의 종류, 사유, 징계를 명할 수 있는 기관을 명시해야 한다. 징계조치로는 경고, 문책 외에도 당원자격정지나 제명, 해임 등 다양한 조치를 정할 수 있다. 대신 당헌에 명시되지 않은 징계조치는 내려질 수 없다.⁴⁰⁾ 당헌은 당원의 정당에 대한 의무를 정하고 이를 강제하려는 것이므로, 징계조치는 당원의 의무위반이 있는 경우에만 내려질 수 있다. 다만 그와 같은 위반사유를 구체적으로 나열할 필요는 없고 정당의 이익에 반하는 경우와 같이 일반적인 내용도 포함될 수 있다.⁴¹⁾ 독일 정당법 제10조 제3항 제2문은 당직으로부터 해임하거나 재직자격을 박탈하는 것은 결정에 대한 정당한 근거가 있어야 한다고 규정한다. 이는 대상자에게 적절한 권리구제를 받을 수 있는 판단 근거를 명시적으로 제시하기 위한 것이다.⁴²⁾

독일 정당법 제10조 제4항은 당원에 대한 제명조치에 대해 상술하고 있다. 제명조치는 고의로 당헌을 위반하거나 현저하게 정당의 기본원칙 또는 질서를 위반한 경우에만 내려질 수 있다. 이와 같이 정한 것은 당내 민주주의와 정당의 자율성 및 당원의 권리 사이에서 균형을 잡는 것으로서 제명조치가 중대한 사유가 있는 경우에만 정당화될 수 있도록 한다.⁴³⁾ 이로써 당원은 정당 지도부에 대해 강화된 지위를 확보할 수 있다.⁴⁴⁾ 당헌은 명시적 규정으로서 정당 활동을 위한 공통의 형식적 기초이고, 정당의 의사결정 절차를 규정한다. 기본원칙은 정당이 경향조직으로서 발현될 수 있

40) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 11.

41) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 11.

42) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 11.

43) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 12.

44) 권영호, 앞의 글, 112쪽.

도록 정당의 정체성을 결정하고 정치적 의사결정의 내용을 형성하도록 한다. 질서는 정당 내의 정치적 의사결정을 위한 모든 영역과 이를 위한 정당활동을 규율하는 성문 또는 불문의 규칙들을 의미한다.⁴⁵⁾ 당헌, 기본원칙 및 질서에 대한 모든 위반 사항이 제명조치로 이어지는 것은 아니고 정당에 중대한 해를 끼친 경우에만 제명될 수 있다. 따라서 중대한 해가 있는지 여부를 판단할 때에는 정당의 정체성과 다수 당원 및 소수 당원 사이의 이익형량이 이루어져야 하며, 정당 내부에서 다수파와 소수파 사이의 갈등을 처리할 수 있는 여지를 부여한다.⁴⁶⁾ 이는 제명 사유에 있어서도 비례원칙이 준수되어야 한다는 것이다.⁴⁷⁾ 정당 내부적으로는 정당의 자기이해를 해명하고 발전시키기 위한 활동이라면 정당의 원칙과 질서로부터 일부 이탈이 있을 수 있다는 점을 용인해야 한다. 물론 이는 정당이 외부적으로 추구하는 외연이 분명한 사안에 대해서는 적용되지 않을 것이다.⁴⁸⁾

독일 정당법 제10조 제5항은 제명조치가 독일 정당법 제14조에서 규정하고 있는 중재재판소의 결정을 통해서만 내려질 수 있다고 명시하여 독점적인 관할권을 부여한다. 이는 제명절차에 최소한 법치국가적 절차가 준수되어야 한다는 것을 분명히 하고 있다.⁴⁹⁾ 당사자에 대한 이의신청권의 보장과 서면으로 이유를 제시하여야 할 의무를 규정하는 것도 마찬가지이다(독일 정당법 제10조 제5항 제2문, 제3문).⁵⁰⁾

45) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 12.

46) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 12.

47) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 13.

48) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 12.

49) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 15.

50) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §10 Rn. 16.

7. 독일 정당법 제11조 이사회

독일 정당법 제11조는 정당의 간부조직을 규율한다. 이사회는 정당의 필수기관이며 중앙의 간부협의체이다. 따라서 이사회는 정당을 관리하고 정당사무를 집행하는 임무 외에도 정치적으로 정당을 대표하고 통합하는 역할을 수행한다.⁵¹⁾

이사회는 전당대회에서의 비밀투표로 2년마다 선출된다(독일 정당법 제9조 제4항, 제15조 제2항). 이는 정관으로 변경할 수 없다.⁵²⁾ 독일 정당법 제11조 제1항은 최소 이사회의 구성원 수를 3인으로 정하고 있다. 이는 정당의 비민주적 운영을 방지하기 위한 것이다. 정관에서 따로 정하거나 최소 이사 수에 미달한 경우에는 보궐선거를 할 수 있다.⁵³⁾

독일 정당법 제11조 제2항은 당내외의 선거 등에 따라 특별한 직을 맡는 이들에 대해 당헌으로 당연직 이사로 임명될 수 있도록 하여, 이사회 선출을 위한 선거의무에서 배제하고 있다. 이는 이사회 구성에 있어서 민주적 정당성을 제한하는 것이므로 그 수를 이사총수의 5분의 1을 초과할 수 없는 것으로 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 조항이 당내 민주주의에 기여하는지에 대해서는 의문이 제기되지만, 당내에서 정치엘리트들이 위에서 아래로 정치를 홍보하고 설명한다는 역할을 수행한다는 점을 통해 정당화된다.⁵⁵⁾

독일 정당법 제11조 제3항은 이사회의 관리, 집행 기능을 규정한다. 이사회는 법률과 당헌, 상위 지구당의 결정에 구속된다. 이사회의 업무는 당헌에 의해서만 확대될 수 있다.⁵⁶⁾ 이사회는 그 업무범위 내에서 정치적 결

51) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 1.

52) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 2.

53) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 2.

54) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 3.

55) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 3.

56) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 4.

정권과 발언권을 갖는다.⁵⁷⁾ 독일 정당법 제9조 제1항에 따르면 전당대회 또는 총회가 이사회보다 상위기관에 해당한다. 집행부는 총회에 유보되거나 총회가 결정한 의사결정이 아닌 모든 사항에 대해 처리할 수 있다.⁵⁸⁾ 그럼에도 불구하고 이사회의 권한은 각급 지구당의 자율성으로 인해 상위기관으로서의 지도력이 제한된다.⁵⁹⁾ 이사회의 결정은 독일 정당법 제15조 제1항에 따라 법률이나 당헌에 다른 규정이 없는 이상 단순다수결에 따른다.

이사회 내에 별도의 집행이사회를 둘 수 있지만(독일 정당법 제11조 제4항), 여전히 집행이사회는 모든 권한은 이사회 내에 남아있기 때문에 최종 결정 권한은 이사회에 있다.⁶⁰⁾ 앞에서 설명한 바와 같이, 독일 정당법은 정당현실에 비추어 행정조직의 중요성을 간과하고 있다. 이에 따라 사무총장이나 총무와 같은 행정직에 대해서는 의사결정 권한이 없다는 이유로 아무런 규율이 없다. 그러나 정당현실에서는 이러한 직책이야말로 정당 내의 정치적 자리이며 규율의 필요성이 높은 자리이다.⁶¹⁾

8. 독일 정당법 제12조 일반적인 당위원회

독일 정당법 제12조에 규정된 일반적인 당위원회는 정당법에서 자세히 규정하고 있는 유일한 당내 임의적 기관이다.⁶²⁾ 정당의 전문위원회나 실무 위원회가 정당의 자율성 아래 특별한 임무를 위임받아 처리하는 것과 달리, 일반적인 당위원회는 정치적 또는 조직적 문제에 대해 조언과 결정을 하는 포괄적 권한을 갖는 대표기관이다.⁶³⁾ 일반적인 당위원회의 권한은 전

57) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 4.

58) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 4.

59) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 4.

60) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 5.

61) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §11 Rn. 6.

62) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §12 Rn. 1.

당대회나 이사회에 권한을 넘지 않는 한에서 당헌에 명시되어야 한다(독일 정당법 제12조 제1항). 일반적인 당위원회는 소위 ‘작은 전당대회’로서 이사회가 당의 기반으로부터 유리되고 독립적으로 운영되는 것을 막고 보다 수시로 당원의 의사를 전달하여 전당대회 사이를 보완하는 기능을 한다.⁶⁴⁾

일반적인 당위원회의 구성은 당헌으로 정하는데, 독일 정당법 제12조 제2항은 이사회와 마찬가지로 당연직 위원이 임명될 수 있도록 하고, 의결권이 없는 경우에는 최대 구성원 총수의 절반까지 당연직 위원을 충원할 수 있도록 정하고 있다. 그 외의 절반 이상의 위원은 각급 지구당의 전당대회나 총회에서 선거를 통해 선출된다(독일 정당법 제9조 제4항). 다만 이와 같은 당위원회의 구성이 당내 민주주의의 요청에 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁶⁵⁾ 선출된 위원의 임기는 최대 2년이다(독일 정당법 제12조 제3항).

9. 독일 정당법 제13조 대의원회의 구성

독일 정당법 제13조는 대의원회나 그 전체 또는 일부가 지구당의 대의원으로 구성되는 기관의 구성에 관하여 당헌에 미리 정하도록 하고 있다. 이에 따라 각 지구당에 배분될 대의원수가 미리 결정되어 있어야 한다.⁶⁶⁾ 대의원의 수는 1차적으로는 당원의 수에 비례해서 배분하되, 보충적으로 대의원총수의 절반 이하를 최근에 실시된 연방하원의원선거에서 지구당의 지역에서 획득한 득표수의 비율에 따라 배정하는 것을 당헌으로 정할 수 있다. 이는 당원이 적은 정당이 상대적으로 강점이 있는 지역을 배려하기 위한 조항이다.⁶⁷⁾ 다만 이와 같은 보충적 조항이 당원의 당내 의사결정에

63) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §12 Rn. 1.

64) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §12 Rn. 1.

65) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §12 Rn. 2.

66) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §13 Rn. 2.

67) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §13 Rn. 4.

대한 평등한 참여를 가로막고 당원이 적지만 득표율은 높은 일부 지구당을 과잉대표 함으로써 당내 민주주의 원칙을 약화시킨다는 비판이 있다.⁶⁸⁾

10. 독일 정당법 제14조 정당중재재판소

독일 정당법 제14조는 정당 또는 지구당과 당원 간의 분쟁 및 당헌의 해석과 적용에 관한 분쟁을 조정하고 결정하기 위해 정당중재재판소를 설치하도록 의무화하고 있다(제1항).⁶⁹⁾ 정당중재재판소는 당내 민주주의를 보장하고 당원의 권리를 보호하는 역할을 한다.⁷⁰⁾ 정당중재재판소는 독일의 특유한 제도로서 당내 민주주의 원칙을 실현하기 위해서는 당내 분쟁에 대처하기 위해 독립된 사법기구가 필수적이라는 사고가 반영된 것이다.⁷¹⁾ 정당중재재판소는 두 가지 측면에서 기본법상 정당조항의 요청을 반영하고 있다. 한편으로는 당내 민주주의를 보호하는 수단으로서 작동하고, 다른 한편으로는 국가가 당 내부의 충돌에 간섭하는 것이 아니라 정당의 기구를 통해 이를 해결하도록 함으로써 정당의 자유를 보장하는 역할을 한다.⁷²⁾ 독일 정당법은 정당중재재판소에 사법절차의 특징인 재판의 독립성, 적법절차, 청문권 등을 채택하고 있다(제14조 제2항, 제4항).⁷³⁾ 정당중재재판소는 명칭과 달리 독일 민사소송법상 중재법원과는 다른데, 중재는 분쟁물에 대한 당사자의 처분권이 전제되어 있는 반면, 정당중재재판소는 당헌의 해석이나 선거이의와 같이 분쟁 당사자에게 처분권이 없는 사안도 다루고 이

68) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §13 Rn. 4.

69) 이에 따라 독일 정당 중 SPD는 연방중재위원회(Bundesschiedskommission)를, CDU는 연방당재판소(Bundesparteigericht), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN은 연방중재재판소(Bundesschiedsgericht)를 두고 있다.

70) 권영호, 앞의 글, 112쪽; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §13 Rn. 1.

71) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

72) 권영호, 앞의 글, 113쪽; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

73) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

경우에는 중재결정이 불가능하다.⁷⁴⁾ 그럼에도 정당중재재판소는 독일 정당법 제14조 제1항 제1문의 규정에 따라 구속력 있는 결정 외에 중재도 할 수 있다. 독일 기본법은 국가에 대해 국민에 대한 포괄적인 권리보호의 의무를 부과하고 이를 사법체계 내에 통합시키고 있다(독일 기본법 제19조 제4항, 제20조 제2항 참조). 반면 정당은 당헌에 합치하는 활동을 형성해나갈 수 있는 폭넓은 재량을 부여받고 있고, 국가기관이 아니기 때문에 헌법상의 기속에서 보다 자유롭다.⁷⁵⁾ 다만 독일 정당법은 당원에 대한 제명을 중재재판소에서 결정하도록 하고(제10조 제5항), 하위 지구당에 대한 해산 등의 조치에 대해 중재재판소에 제소할 수 있다고 명시하였는데(제16조 제3항), 이와 같은 규정들은 정당의 자유를 제한하는 것이다.⁷⁶⁾

원칙적으로 독일 정당법 제7조 제1항에 따라 구성되는 각급 지구당과 개별 당원은 정당중재재판소의 절차 참여권을 갖는다. 다만 정당중재재판소의 절차 구성도 정당의 조직의 자유 내에 있는 것이기 때문에, 정당은 정당중재재판소에 정당법에서 정하는 사항 외의 임무도 부여할 수 있고, 이에 따라 절차에 참여할 수 있는 권리 범위를 조정할 수도 있다.⁷⁷⁾

정당중재재판소는 최소한 정당 차원과 최상위 지구당 차원의 2심제가 확보되어야 한다(독일 정당법 제14조 제1항). 이는 정당의 하위 단위로 갈수록 당원 수가 작아지므로 정당중재재판소의 중재위원으로 중립적인 인사를 확보하기 어렵기 때문이다.⁷⁸⁾

독일 정당법 제14조 제1항은 정당중재재판소가 정당의 수직적 구조에 따라 설치된다는 전제 아래 군단위(Kreisstufe)의 여러 지구당에 대해 공동중재재판소를 설치할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 정당법과 각 정당의

74) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

75) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

76) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 1.

77) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 2.

78) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 3.

당헌으로 중재위원의 자격을 제한하고 있기 때문에, 이에 적합한 인물을 찾기 위해 필요한 규정이다.⁷⁹⁾ 정당법이 정당중재재판소의 관할에 대해 국가의 지방행정조직을 염두하고 있는 것처럼 보이지만, 정당은 조직의 자유를 가지고 있기 때문에 정당 차원과 최상위 지구당 차원의 중재재판소 외에는 자유롭게 관할을 정할 수 있다.⁸⁰⁾

독일 정당법 제14조 제2항은 정당중재재판소의 중재위원을 선거로 뽑도록 하고 있으므로, 중재위원은 당원의 자격을 갖추는 것으로 한다. 이는 정당의 자기구성의 원칙과 당내 민주주의 원칙의 결과이다.⁸¹⁾ 중재위원의 임기는 최대 4년인데, 이는 법관과는 다르다. 이와 같이 정당법은 정당으로 이전된 법치국가원리와 정치적 투쟁공동체라는 정당의 특성 사이의 긴장관계를 보여준다.⁸²⁾ 정당은 변화하는 정치적 환경 속에서 통합과 적응을 추구하면서 민주적 결합과 상호교환적인 임무수행을 꾀한다.⁸³⁾

독일 정당법 제14조 제2항 제3문은 중재위원의 독립적 지위를 강조함으로써 법치주의의 필수적 요소를 명문화하고 있다.⁸⁴⁾ 중재위원은 그 업무가 사법적 업무인 이상 그 어떤 명령이나 지시로부터 독립적으로 판단할 수 있다. 그렇지만 중재위원은 정당에 대해 보수 등 경제적 지원을 통한 독립성의 보장을 요청할 수는 없는데, 이는 정당의 자유에 대한 심각한 부담이 될 수 있기 때문이다.⁸⁵⁾

중재위원은 정당 또는 지구당 이사회의 이사가 될 수 없고, 정당이나 지구당과 고용관계를 가질 수 없으며, 정당이나 지구당으로부터 정기적인 급

79) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 4.

80) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 4.

81) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 5.

82) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 5.

83) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 5.

84) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 6.

85) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 6.

부를 받을 수 없다(독일 정당법 제14조 제2항 제2문). 이를 통해 중재위원의 독립성이 보장된다. 이와 같은 규정을 둔 이유는 통제기관과 통제 대상 기관 사이에 인적으로 연루될 경우 관련된 중재위원의 편파성을 초래할 수 있기 때문이다.⁸⁶⁾ 이사회와 정당중재재판소의 임무는 부분적으로 반대된다. 이사회는 영구적이고 민주적으로 구성된 당의 기관으로서 다수결에 근거한 정당 의사결정과정에 참여하는 주요한 행위자 중 하나이지만, 정당중재재판소는 소수자와 개인의 권리에 효력을 부여하는 역할을 한다.⁸⁷⁾ 중재위원은 이사회와 달리 그 임무를 수행하는 데 기능적이고 정치적인 고려를 해서는 안 된다.⁸⁸⁾ 또한 중재위원은 정당이나 지구당과 고용관계에 있거나 정기적 급부를 받는 관계에 있어서는 안 된다. 이는 고용관계나 계약관계로부터 발생하는 종속성 내지 경제적 종속성이 중재위원의 독립성에 위해가 되기 때문이다.⁸⁹⁾ 이와 같은 사유는 목적론적으로 축소해석되어야 하고 미미한 수준의 급부를 정기적으로 받는 정도는 여기에 해당되지 않는다고 보아야 한다.⁹⁰⁾ 정기적인 급부의 수령으로 인해 중재위원의 독립성이 문제된다고 볼 수 있으려면 병렬된 요건을 고려하여 이사회 구성원과 유사한 수준으로 정당의 중요한 직책에 있는 관련자와의 이해충돌이 발생할 수 있는 정도에 이르러야 할 것이다.⁹¹⁾

독일 정당법 제14조 제3항은 당헌으로 중재재판소에 일반적으로 또는 개별적으로 분쟁 당사자들에 의해 공동으로 지명된 배석위원(Beisitzer)을 둘 수 있다고 규정하고 있다. 이는 정당중재재판소의 중재기능을 강조하는 조항이다.⁹²⁾ 배석위원은 독일 정당법 제14조 제2항에 따라 선출된 중재위

86) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 7.

87) 권영호, 앞의 글, 113쪽; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 7.

88) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 7.

89) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 8.

90) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 9.

91) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 9.

원을 완전히 대체할 수 없다.⁹³⁾

독일 정당법 제14조 제4항은 정당중재재판소의 절차를 규율하는 중재재판소규정을 두도록 명하고 있다. 기본적으로 당사자들에게 공정한 심리, 정당한 절차, 편파적인 중재위원의 거부 등을 보장하는 내용을 포함하도록 함으로써 공정한 재판의 원리를 반영하고 있다.⁹⁴⁾

정당중재재판소의 결정에 대한 법원의 사법심사가 가능한지 가능하다면 그 심사강도가 어떠한지 문제가 될 수 있다. 중재위원은 당원 중에 선출되기 때문에 그 독립성이 보장된다고 하더라도 정당으로부터의 완전한 독립은 불가능하다.⁹⁵⁾ 따라서 그 빈 공간은 법원의 사법심사를 통해 보충될 수밖에 없다.

정당은 민법상의 결사에 해당하므로 정당 내의 법적 관계는 사법관계에 해당한다.⁹⁶⁾ 기본적으로 법치국가원칙으로부터 도출되는 국가의 기본권 보호의무나 당내 민주주의 보호로 인해 법원에 의한 권리보호가 요청된다.⁹⁷⁾ 다만 정당중재재판소가 민사소송법상 중재법원으로 기능하는 경우에는 예외이다.⁹⁸⁾ 정당의 자유로 인해 일반 법원에 의한 사법심사는 그 절차와 강도를 달리할 필요가 있다.⁹⁹⁾ 우선 일반 법원에 의한 사법심사에 앞서 정당 내부의 권리구제절차를 거치도록 할 수 있다(보충성). 그 후에 일반 법원은 정당의 결정에 대해 사실에 근거한 것인지 절차적 요건을 준수한 것인지 제한 없이 심사할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 정당의 당헌에 대한 해석은 정당의 경향성

92) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 11.

93) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 11.

94) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 12.

95) 권영호, 앞의 글, 113쪽.

96) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 361.

97) 권영호, 앞의 글, 112쪽.

98) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 14.

99) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 361 이하; Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 14.

100) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 14.

과 관련되기 전까지는 일반 법원의 자유로운 통제를 받을 수 있다.¹⁰¹⁾ 다만 판례는 단체자치의 관점에서 정당 내부의 절차에 대해 심사할 때 심사 강도를 낮추고 있다.¹⁰²⁾ 이에 따르면 현저히 정당하지 않거나 자의적인지 여부만을 판단한다.¹⁰³⁾ 이는 정당의 경우 당원 자격의 획득과 유지 여부는 당원 개인의 자발적 의사에 따르도록 하고 있으므로 당원이 정당의 결정에 연대할 것을 합리적으로 기대할 수 있고, 여기에는 분쟁에 대한 구제절차에 있어서도 정당의 절차에 복종하리라는 기대도 포함되어 있기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 또한 앞에서 살펴본 정당중재재판소는 일반 법원의 법적 보호와 완전히 상응할 수는 없다고 하더라도 대체로 신뢰할 수 있는 수준의 법적 보호를 제공하도록 구성되어 있기 때문이다.¹⁰⁵⁾

11. 독일 정당법 제15조 기관의 의사형성

독일 정당법 제15조는 정당 내 기관이 의사형성을 위해 거쳐야 하는 절차를 정하고 있다. 이는 독일 기본법 제21조 제1항 제3문이 요청하는 당내 민주주의의 세부적 모습이다. 여기에 규정된 내용은 일부에 불과하기 때문에 정당의 의사결정과 관련된 민법의 규정들과 당헌 규정들을 종합적으로 살펴야 한다.¹⁰⁶⁾ 정당의 의사결정과 관련된 규정을 해석할 때에는 이와 관련된 헌법상 원칙들을 그대로 반영하여 해석해야 한다고 볼 수는 없지만, 당내 민주주의에 대한 헌법의 요청을 고려할 때 중요한 고려요소가 되어야 한다는 것은 분명하다.¹⁰⁷⁾

101) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §14 Rn. 14.

102) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 361 이하.

103) BGHZ 75, 158 (159); 87, 337 (343 f., 345); BGH NJW 1994, 2610 (2611)

104) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 362.

105) Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 앞의 책, GG Art. 21 Rn. 362.

106) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 1.

독일 정당법 제15조 제1항은 단순다수결의 원칙과 특별다수결의 예외로 구분되어 있다. 이와 같은 규정의 적용을 받는 대상은 정당의 모든 기관이다. 이는 독일 정당법 제8조에 따른 필수기관과 임의기관 모두를 의미한다. 민주적 의사결정 과정을 보장하기 위해 정치적 의사결정이 이루어지는 모든 곳에서 위 규정이 적용되어야 한다.¹⁰⁸⁾ 따라서 정당의 순수한 행정사무와 같이 기술적 업무에 대해서는 위 규정이 적용되지 않는다.¹⁰⁹⁾ 독일 정당법 제15조 제1항에 규정한 “결의”(Beschlüsse)는 선거를 포함한 모든 사안과 인사 문제에 대한 표결을 의미한다.¹¹⁰⁾ 당내 민주주의를 강화해야 한다는 이유로 정당에 대해 절대다수결 제도를 채택하도록 강제하는 것은 기본법의 정당자유 조항에 반하는 것이다.¹¹¹⁾ 따라서 독일 정당법 제15조 제1항도 당헌에 별도의 규정을 둘 수 있다고 기본법에 부합하게 규정되어 있다.

독일 정당법 제15조 제2항은 이사, 대의원회의 및 상위 지구당의 기관에 파견할 사람에 대한 선거를 비밀투표에 의하도록 명시하고 있다. 그 밖의 표결은 이의가 없는 한 공개투표에 의한다. 여기에서 공직선거 후보자 추천을 위한 대의원회의 등의 의결은 위의 그 밖의 사항에 대한 표결에 해당하지 않고 독일 정당법 제17조에서 별도로 규율한다. 헌법상 선거의 원칙들은 정당법에 특별한 규정을 두거나 정당과 국가의 근본적인 차이 때문에 특별한 방식이 요구되지 않는 이상 당내 민주주의에 대해서도 적용된다.¹¹²⁾ 독일 정당법 제10조 제2항 제2문, 제13조 제4문에 당비 납부의무의 이행 여부에 따른 선거권 제한은 보통선거의 원칙에 대한 예외이다.¹¹³⁾ 또한

107) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 1.

108) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 2.

109) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 2.

110) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 2.

111) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 2.

112) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 3.

113) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 3.

정당법상 대의원회에 대한 규정은 직접선거의 원칙에 대한 예외이다.¹¹⁴⁾ 평등선거의 원칙은 독일 정당법 제10조 제2항에 명시되어 있고, 자유선거의 원칙도 제한 없이 적용된다.¹¹⁵⁾

독일 정당법 제15조 제3항은 민주적인 의사형성이 보장되도록 발의권을 형성할 것을 명한다. 여기에는 발의권만 명시되어 있지만, 독일 기본법 제21조 제1항 제3문을 통해 참여권, 질의권, 정보접근권, 표결권 등 당내 의사형성과 관련된 모든 영역에도 적용된다.¹¹⁶⁾ 또한 독일 정당법 제15조 제3항은 소수자에 대한 보호를 규정하고 있는데, 여기에서 소수자는 각급 지구당 단위에서의 소수자를 의미한다.¹¹⁷⁾ 발의권은 소수자들도 충분히 그 의견이 논의될 수 있도록 규정되어야 한다. 여기에서 논의(Erörterung)라는 표현은 서로 다른 입장을 가진 찬반양론이 펼쳐진 이후에야 구속력 있는 의사결정이 이루어질 수 있다는 것을 의미한다.¹¹⁸⁾ 따라서 정치적 의사결정은 총회 방식을 통해 정기적으로 이루어져야 한다.¹¹⁹⁾ 다만 이에 대한 예외를 설정하는 것은 가능하지만, 당내 민주주의의 요청에 부합하기 위해서는 구체적으로 그러한 필요를 정당화할 수 있는 특수한 사정과 특별한 권한을 부여받은 기관이 당헌에 명시되어야 한다.¹²⁰⁾ 독일 정당법 제15조 제3항에서 하위 지구당 대표에게 최소한의 발언권을 보장하도록 규정한 것도 소수자 보호와 함께 당내 다양한 의견이 표현될 수 있도록 보장하기 위해서이다.¹²¹⁾ 또한 독일 정당법 제15조 제3항에서 규정하고 있는 선거와 투표에 있어서 타 기관의 결정에 구속되지 않는다는 것은 그 어떠한 구속

114) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 3.

115) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 3.

116) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 4.

117) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 4.

118) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 4.

119) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 4.

120) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 4.

121) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 5.

으로부터 면제된다는 것을 의미하는 것은 아니다.¹²²⁾ 이는 사전에 좁혀진 의안에 한정되어 토론이 이루어짐으로써 정치적 의사형성이 부실하게 되는 것을 방지하고 자유롭게 의사형성이 이루어지도록 유도하기 위해서이다.¹²³⁾ 따라서 당헌, 강령 또는 상위조직의 조직의 결정에 대한 정치적, 사실적 구속력은 여전히 남아있다.¹²⁴⁾

독일 정당법 제6조 제2항 제9호는 당원총회와 대의원회의의 소집의 요건, 방법, 기간 및 회의결과 기록에 관하여 당헌에 정하도록 명하고 있다. 올바른 회의 소집을 위해서는 해당하는 모든 당원에 대해 장소, 시간, 안건 및 의제 등을 알려야 한다. 회의의 소집과 관련된 규정을 위반하면 그와 같은 위반이 심의와 의결에 영향을 미치지 않았다는 점이 입증되지 않는 이상 일반적으로 해당 결의가 무효로 될 수 있다.¹²⁵⁾ 부재자의 대리투표나 서면투표는 허용되지 않고(독일 민법 제38조 참조), 이는 정관으로 달리 정할 수 없다.¹²⁶⁾ 당헌에 규정이 있다면 정당의 기관을 통한 의사형성 외에도 투표를 통한 의사형성도 충분히 가능하다.¹²⁷⁾

12. 독일 정당법 제16조 지구당에 대한 조치

지구당으로 이루어진 정당의 수직적 분할 구조는 잠재적으로 충돌의 가능성이 있기 때문에 기관 사이의 단계적 권한과 관계를 명시할 필요가 있다. 독일 정당법 제16조는 상위조직의 하위조직에 대한 통제 및 제재 권한을 분명히 하기 위해 해산, 제명 및 기관의 직권박탈 등 가장 심각한 수준

122) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 5.

123) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 5.

124) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 5.

125) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 6.

126) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 7.

127) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §15 Rn. 7.

의 조치를 규정하고 있으며, 그 밖의 조치에 대해서는 정관에서 자율적으로 정할 수 있도록 하고 있다(독일 정당법 제6조 제5호, 제6호).¹²⁸⁾

하위 지구당의 해산은 소속 당원들의 당적에 영향을 미치지 않지만, 제명은 소속 당원들의 당적에도 영향을 미친다.¹²⁹⁾ 지구당 전체 기관들의 직권박탈은 새롭게 선출되기 전까지 임시로 수행자를 임명할 권한을 전제로 한다.¹³⁰⁾ 독일 정당법 제16조 제1항의 요건은 문언 상 다소 차이가 있지만, 제10조 제4항의 당원에 대한 제명조치의 요건과 대체로 유사하고, 각 호에 규정된 당헌에 명시할 사항도 마찬가지로 제10조 제3항의 내용과 같다.¹³¹⁾

독일 정당법 제16조 제2항은 위와 같은 조치에 대한 상위기관의 승인유보를 규정하고 있다. 이는 제1항에서 규정하는 단호한 조치에 대해 광범위한 민주적 기반을 제공하는 역할을 한다.¹³²⁾ 이러한 조치에 대한 최종결정은 상위기관인 전당대회에서만 내릴 수 있다(독일 정당법 제16조 제2항 제2문, 제9조 참조).

독일 정당법 제16조 제3항은 제10조 제5항과 달리 정당중재재판소가 이러한 조치를 명할 수 있는 권한을 독점하도록 정하고 있지는 않지만, 정당에 대해 정당중재재판소를 통한 권리구제절차를 마련할 것을 명하고 있다. 이러한 권리구제절차가 마련되지 않은 상태에서 내려진 조치는 유효성을 상실한다고 볼 수 있다.¹³³⁾

128) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 1.

129) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 2.

130) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 2.

131) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 2 이하.

132) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 4.

133) Martin Morlok, 앞의 책, ParteiG §16 Rn. 4.

Ⅲ. 독일 법제상 당내 민주주의 규범의 특징과 우리 법제에 대한 함의

1. 독일 법제상 당내 민주주의 규범의 특징

가. 규범의 체계화와 그 의미

독일 법제상 당내 민주주의 규범은 기본법으로부터 정당법과 각 정당의 당헌 등으로 이어지는 일원적 체계를 이루고 있다. 이로써 정당제도는 헌법상의 제도로서 체계적으로 완성된다. 이와 같은 정당제도와 당내 민주주의 규범에 관한 체계적 정립은 독일 특유의 정당법제의 특징인데, 서구 국가들 중에서도 유례를 찾아보기 어렵다.

정당의 사적 지위를 강조하는 국가들은 정당의 내부질서에 대한 규율을 당헌이나 당규에 맡겨 정당조직의 자율성을 중시하는 경향이 있는 반면, 정당의 공적 지위를 강조하는 국가들은 전체 민주주의 체계 내에서 정당이 작동할 수 있도록 헌법이나 법률에 의한 형성을 정당화하는 경향이 있다.¹³⁴⁾ 그러나 후자의 국가들도 대부분 독일처럼 정당의 내부질서에 관한 상세한 규정을 두는 것이 아니라 정당의 재량에 유보하고 있다.¹³⁵⁾

이와 같은 독일의 정당법제 나아가 당내 민주주의 규범은 체계적 완결

134) 송석윤, “정당민주주의와 정당법- 정당개혁의 관점에서 -”, 공법연구 제42집 제3호, 한국공법학회, 2014, 22쪽. 여기에서 사적 지위를 강조하는 국가로는 오스트리아, 보스니아-헤르체고비나, 불가리아, 크로아티아, 키프로스, 에스토니아, 그루지야, 아일랜드, 이탈리아, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 마케도니아가, 공적 지위를 강조하는 국가로는 독일, 안도라, 핀란드, 그리스, 폴란드, 스페인, 터키, 프랑스 등이 있다고 한다.

135) 송석윤, 위의 글, 22쪽 이하. 이는 각국의 정당 체제나 정치 현실이 너무나 다르고 다양한 양상으로 진행되기 때문에 공통의 규범을 도출하기 어렵기 때문에 발생하는 현상이라고 한다.

성을 지닌다는 점에서 장점을 지니고 있다. 반면 정치동학의 측면에서는 정당의 자유가 제한되므로 복잡하고 다양한 양상으로 예측불가능하게 변화하는 현실에 유연하게 대응할 수 없다는 한계를 지닌다. 이는 독일 기본법에 정당의 자유를 규정함으로써 정당의 지위를 헌법적으로 격상시킨 결단과도 충돌한다.

오늘날 독일 기본법의 당내 민주주의 규정의 의미가 어떻게 확장되고 있든 간에, 그 태생은 전체주의적 정당을 배격하기 위해 탄생하였다는 사실을 간과해서는 안 된다. 그렇다면 우선 독일 기본법이 전체주의의 과거에 대한 반성적 고려를 그 중요한 이념적 기초로 삼고 있다는 점의 연장선에서 정당제도를 조명해 보아야 한다.

독일 기본법과 정당법은 국가와 사회에 걸쳐있는 이중적 존재인 정당을 헌법제도로 격상함으로써 정당을 보다 국가영역으로 포섭하려고 한다. 국가영역으로 포섭하는 것이 중요한 이유는 사적자치의 원리가 지배하는 사회와 달리 권한의 배분과 통제라는 법치주의의 링 안에 정당을 가둬둘 수 있기 때문이다. 따라서 독일 기본법 제21조의 정당조항은 기본권 유사지위라는 관점에서 고찰하는 것보다 권한의 배분(정당의 자유, 평등)과 통제(공공성, 민주적 내부질서)라는 통치구조의 관점에서 볼 때 그 의미를 더 잘 이해할 수 있다.

결국 독일의 정당법제는 정당이 국가의 통치기구와 중첩되는 실존적 현상이라는 것을 받아들이고 이를 통제하는 것에 주안점이 있다고 할 것이다. 그리고 그 통제의 방식이나 체계도 헌법이 국가에 대해 시도하고 있는 방식의 변형이라고 할 수 있다. 이는 제도사적 측면에서 정당도 국가와 마찬가지로 자유주의적 제도라고 이해하는 것이다. 국가나 정당이나 민주주의 이념으로 작동하는 기구에 대해서는 법치주의의 제약이 부과되어야 하고 이로써 실정법에 대한 요구가 더 커져야 한다는 자유주의의 기획이 그것이다.

따라서 기본법에 당내 민주주의 규정을 둬으로써 현실에서도 정당 내부에 민주적 가치를 확산시킬 것이라는 기대를 제공하지만, 일차적인 기본법의 목표는 실정화-성문화를 통해 정당을 법치주의적으로 통제하는 것이고, 민주주의는 통제의 내용을 정하는 것에 그친다고 할 것이다. 다만 그 내용이 민주주의 가치를 담고 있다는 점이 과소평가되어서는 안 된다.

나. 정당통제의 방향과 그 의미

따라서 독일 기본법의 당내 민주주의 규정의 과제는 민주주의 제도인 정당을 법치주의 안에서 통제하되 그 민주적 역량이 사장되지 않도록 하는 것에 있다. 독일 기본법의 당내 민주주의 규정은 정당통제의 방향을 헌법상 민주적 원칙에 두는 것으로 해결하고자 한다. 민주적 원칙은 정당의 조직, 기관, 당원과 대표, 의사형성 방식을 통해 구현된다.

독일 정당법에서 구현하고자 하는 당내 민주주의는 높은 수준의 것이라고 할 수는 없다. 아래로부터 위로 정치적 의사형성이 이루어질 수 있도록 보장하는 것을 기본으로 한다. 이를 위해 개별 당원이 정당의 의사형성에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 반영되어야 한다(독일 정당법 제7조 제1항 제3문, 제15조 제3항). 특히 가장 최소단위의 지구당에서는 당원의 직접적인 정치적 영향력이 보장되어야 한다(독일 정당법 제8조 제1항 제2문).

그러나 대체로 당원의 정치적 영향력은 대의제도를 통해 간접적으로 행사된다. 정당에 대해 대의제도를 도입하는 것은 필요불가결한 현상이고, 정당 엘리트들의 현실적인 중요성과 역할에 비추어 구조적으로 요청되는 것이기도 하다. 따라서 정당의 기관과 정당 엘리트들로부터 정당 내부의 민주적 원칙들을 보수하기 위해 다시 이들에 대한 명문의 통제가 이루어진다. 정당법은 정당이 대의제도를 도입할 경우 그 임기와 선출방식을 정하여 정당의 대표와 당원 간의 대표-책임 관계가 유지되도록 한다. 또한 정

당법은 특수한 기관으로서 일반적인 당위원회를 통해 상무직인 정당 엘리트들과 유사하게 당원의 의사도 수시로 전달될 수 있는 기관통로를 마련하고 있다. 이를 통해 정당 엘리트가 당원으로부터 독자성을 획득하는 것을 방지하고자 한다. 또한 정당법은 당원총회와 대의원회의가 정당의 최고 의사결정 기구임을 명시하고 그 방식과 절차, 권한을 명시하여 투명성을 확보하고자 했다.

정당법이 당원권의 평등을 규정한 것이나 정당기관의 의사형성 방식을 명시한 것은 최소한의 민주적 제도에 해당한다. 국가 수준에서 민주주의 제도가 선거권이나 국가의사의 형성방식으로 구현되는 것과 같다. 따라서 이 같은 내용이 민주주의에서 특별한 내용이라고 할 수는 없지만, 정당의 정치적 의사형성 방식과 절차를 국가수준과 동일하게 함으로써 정당의 헌법적 지위를 격상시키는 의미도 있다.

이와 같이 정당의 조직, 기관, 당원과 대표, 의사형성 방식 등에서 민주적 원칙이 구현된다. 이러한 규정은 구성적 효력이 있기 때문에 지속가능하고 예측가능하다.¹³⁶⁾ 정당은 정당법의 이와 같은 규정으로 인해 그 틀 안에서만 의미 있게 활동할 수 있다는 점에서 제약된다. 이러한 틀 안에서 당원은 권리와 권한을 획득할 수 있다. 표면적으로 정당의 자유와 당원의 자유는 길항적으로 작용하는 것처럼 보인다.

그러나 당내 민주주의 규범은 전체로서 정당제도를 형성하고 있기 때문에 표면적으로는 정당의 자유를 제한하는 것처럼 보일지라도 그 구성적 효력으로 말미암아 정당은 그러한 구속 안에서만 유의미한 정치적 권력을 획득할 수 있고 외부적 권력도 그로부터 정당성을 갖는다. 따라서 궁극적으

136) 이그나시오 산체스-쿠엔카, “권력, 규칙, 그리고 준법”, 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2010, 150쪽 이하. 법은 규제적 규칙과 구성적 규칙으로 구분되는데, 전자는 규범 존재 이전의 행위를 규제하는 규범이고, 후자는 행위가 해당 규범에 의존하지 않고는 의미를 획득할 수 없는 경우의 규범이다.

로 이와 같은 당내 민주주의 규범은 정당의 자유에 대한 제한으로만 이해될 수 없다.¹³⁷⁾

다수파 당원은 정당의 조직, 기관, 당원과 대표, 의사형성 방식 등에 따른 정당의 운영에 불만이 적거나 점차 무관심해질 수 있다. 다수파 당원은 자신의 의사와 정당의 의사가 일치하는 결론을 확인한다면 정당의 민주적 질서 안에서 활동할 유인이 현저히 적어진다. 반면 소수파 당원은 그렇지 않다. 소수파 당원은 당내 민주주의 규범의 구성적 효력을 심분 활용하기 위해 노력하지 않을 수 없다. 따라서 당내 민주주의 규범의 정당에 대한 정당화 효력은 오히려 소수자 보호라는 당내 다원주의에 의해 압도된다. 이것이 당내 민주주의 규범이 정당에 제약적으로 보이는 근본적 이유이다.

독일 정당법은 소수자의 의견이 당내 의사형성 과정에 반영될 수 있도록 하는 절차를 제도적으로 마련하고 있다(독일 정당법 제7조 제1항 제3문, 제15조 제3항). 이를 통해 정당의 경향조직, 투쟁공동체의 성격 안에 다원주의를 가미하여 당내 투쟁을 공식화한다. 이는 자유주의적 기획의 당연한 귀결이다.

다. 정당 엘리트 내지 다수파의 보호막

독일 정당법은 대의회의 구성(제9조 제2항), 이사회의 구성(제11조 제2항), 일반적인 당위원회의 구성(제12조 제2항)에 있어서 정당 엘리트들의 일정한 수를 보장함으로써 정당 엘리트가 당원들에 비해 조직적 우위에 설 수 있도록 제도화하고 있다. 이는 일견 당내 민주주의 규정의 요청과 불일치하는 것으로 보인다. 특히 오늘날 당내 민주주의 규정이 시민의 정당참여를 독려하는 적극적 역할을 하리라고 기대하는 상황에서는 위와 같은 정당 엘리트에 대한 보호가 반시대적으로 읽히기까지 하다.

137) 폰 뮌히/ 쿠니히(홍성방 역), 앞의 책, 38쪽; Deter Grimm, 앞의 책, 622쪽.

정당 엘리트의 정당 내 권력독점을 통한 과도적 경향은 대의제와 관료제에 대한 근원적 불신을 가져온다.¹³⁸⁾ 독일 정당법은 대의제와 관료제를 모두 수용하고 있다. 이로써 정당 엘리트는 독자성을 획득하고 기층 당원은 수동적 지위로 전락하는 것인가? 정당의 조직원리로서 대의제를 도입하는 것은 당내 민주주의의 요청, 나아가 시민의 정치참여 확대에 반하는 것인가? 대표문제에 있어서 피치자의 수동성은 부분적으로 제도적 생활에 참여할 유의미한 기회가 거의 없다는 이유 때문에 발생하는 것이지 단순히 통치자와 피치자의 격차로부터 발생하는 것만은 아니다.¹³⁹⁾ 당내 다수파는 직접민주제보다 대의제가 다수의 지위를 안정적으로 보존하는 것에 유리하다는 것을 쉽게 깨달을 수 있다.

따라서 정당 엘리트들에게 유리하게 제정된 정당법은 현존하는 다수파에 의한 정당지배를 안정적으로 인정하는 것을 의미한다. 정당의 정체성과 정당의 구체적 내용은 현존하는 다수파에 의한 해석에 의존한다. 이는 정당을 국가보다 훨씬 더 이념적으로 균질한 상태로 장기간 존속할 수 있게 해주는 역할을 한다.

라. 소수자의 권리구제

독일 정당법은 당내 분쟁을 해결하는 자치법적 사법절차로서 정당중재재판소를 설치할 수 있도록 제도를 마련하고 있다. 정당중재재판소의 구성이나 중재위원의 임명방식 등을 법정하여 최대한 독립적이고 중립적으로 작동할 수 있도록 보장한다. 이는 독일 정당법을 다른 법제와 명확히 구별되게 하는 지점이며, 독일 법제가 정당을 국가적 지위로 포섭하려는 의도 아

138) 이에 대해서는, 로베르트 미헬스, 정당사회학, 한길사, 2003 참조.

139) 데이비드 헬드, 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2010, 263쪽 이하. 막스 베버는 현대의 대의제를 ‘국민투표식 리더십 민주주의’라고 불렀는데, 유권자가 민주주의라는 시장 속에서 리더십 있는 대표를 가려내고 무능한 대표를 몰아내는 것으로 이해했기 때문이다.

래 마련되었다는 점을 증명하는 것이다.

정당중재재판소는 당내 분쟁, 당헌의 해석과 적용에 관한 분쟁, 당원의 제명 등 소수자의 권리구제를 주목적으로 한다. 이는 자유주의적 헌법에서의 사법권의 역할과 동일하다. 이를 통해 독일 정당법은 정당을 헌법상 민주주의제도로 격상하면서 동시에 사법적 통제라는 법치주의의 요구를 완결적으로 수행한다.

다만 정당 내부의 조직으로서 정당중재재판소는 국가 내에서의 독립적인 사법제도와는 본질적으로 다르다. 또한 국민의 포괄적인 권리구제를 목표로 하는 사법제도와도 구제의 폭이 다르다. 이는 당내 소수자의 권리구제를 목표로 하지만 궁극적으로는 정당의 자기통제에 가까운 효과를 내기 때문에 행정재판이나 헌법소송과 같은 공법소송과 닮아있다.

독일 판례상 정당중재재판소의 결정에 대해 보충성, 자의성 등을 들어 사법적 개입을 자제하는 것은 이와 같은 정당중재재판소의 자치적 성격 때문이다. 따라서 당내 분쟁에 대한 일반 법원의 심사는 사법(私法)이 적용되는 경우라고 할지라도 본질은 공법(公法)관계를 판단하는 것에 가깝다고 보아야 한다.

2. 독일 당내 민주주의 규범의 우리 법제에 대한 함의

한국 사회의 민주화 이행 이후 당내 민주주의의 실현은 민주주의 심화 단계에서의 중요한 과제이다. 대한민국 헌법 제8조 제2항에서도 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 규정되어 있기 때문에 당내 민주주의에 대한 헌법적 근거도 마련되어 있다. 헌법학에서도 이 조항을 당내 민주주의의 규범적 근거로 삼고 당내 민주주의 실현을 요구하는 목소리가

높다.¹⁴⁰⁾

이 조항의 의미에 대해서는 다음과 같은 다양한 해석이 있다. 정당 내부의 의사형성을 민주주의원칙, 다수결원칙, 평등원칙 등에 합치하게 하고, 정당기관의 구성, 정당의 운영, 정당의 의사결정, 공직선거의 후보자추천 등에 민주주의원칙을 일관되게 적용해야 한다거나¹⁴¹⁾ 정당조직의 공개성, 당원의 법적 지위의 보장, 당내 의사결정의 상향성, 당내 의사결정에 있어서의 다수결원칙과 소수자 보호를 인정하고, 구체적으로 당헌과 강령의 공개, 자유로운 입당과 탈당의 보장, 내부조직의 민주적 운영 등이 정당법에 규정되어야 한다고 한다.¹⁴²⁾ 또는 당내 민주주의가 확립되어 있는지는 정당의 지도부가 당원의 신임에 기초하고 있는지, 당내 경쟁세력 사이의 실질적인 기회균등이 마련되어 있는지, 당원에 의한 통제가 이루어지고 있는지, 자유롭고 공개적인 의사형성이 정당화과정에서만 아니라 각급 정당 기관 내에서 보장되고 있는지를 기준으로 판단해야 한다고 한다.¹⁴³⁾ 그 외

140) 한편, 헌법 제8조 제2항은 정당의 목적·조직·활동이 민주적이어야 한다고 규정하고 있는데, 이는 독일 기본법의 당내 민주주의 규정이 정당의 내부질서라고 규정한 것과는 차이가 있다. 특히 문제되는 것은 헌법 제8조 제4항의 위헌정당해산 제도와의 관련성이고, 활동을 정당의 내부질서의 문제로 볼 수 있는지 여부이다. 이에 대해 대부분의 국내 문헌은 이에 대한 구체적인 의미를 설명하지 않고 제8조 제2항을 정당의 내부질서의 문제로 보고 있다. 이에 대해 헌법 제8조는 당내 민주주의의 요청이라고 보면서도 이를 정당 내부적 문제인 조직구성의 민주화와 외부적 문제인 정당활동의 민주화로 보는 견해도 있다(김소연, “당내민주주의의 헌법적 의의와 실현방안”, 원광법학 제29집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2013, 149쪽 이하). 다만, 여기에서 “활동”의 의미를 외부적 문제로 본다면 이는 당연히 정당의 내부질서의 문제는 아니라는 점에서 위 견해는 문제가 있다고 보인다. 그렇지만 제8조 제2항이 당내 민주주의만을 규정한 것은 아니라고 볼 여지도 있다.

141) 정만희, “정당의 민주적 공천제의 법리”, 공법학연구 제4권 제1호, 2002, 45쪽; 이부하, “정당공천제도와 당내민주주의 - 정당의 국회의원 선거후보자 추천을 중심으로 -”, 세계헌법연구 제18권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2012, 5쪽.

142) 장영수, “정당의 헌법적 기능과 당내민주주의”, 공법연구 제25집 제3호, 한국공법학회, 1997, 66쪽.

143) 장영수, 앞의 글, 71쪽 이하.

에도 당내 민주주의의 개별적 요소가 조직구성의 민주화, 후보자공천의 민주화, 정당재정의 민주화, 의사결정의 민주화(당내 야당의 활성화)라고 보기도 한다.¹⁴⁴⁾

여기에서는 헌법 제8조 제2항의 해석론 중 어느 것이 타당한지에 대해서는 살펴보지 않겠다. 다만 위의 어떤 견해를 따르더라도, 우리나라의 정당법은 이와 같은 헌법상 당내 민주주의 규정을 구체화하고 있지 못하고 있다는 점에서는 견해를 같이할 것이다. 헌법 제8조는 독일 기본법 제21조 제3항과 같이 법률에 당내 민주주의를 구체화하도록 위임하는 규정을 두지 않고 있다. 그러나 그렇다고 해서 헌법상 당내 민주주의 규정을 법률에 구체화할 헌법적 위임이 전혀 없고 정당의 자율에 맡겨져 있는 문제라고 볼 수는 없다.¹⁴⁵⁾ 헌법재판소도 “헌법 제8조 제2항은 헌법 제8조 제1항에 의하여 정당의 자유가 보장됨을 전제로 하여, 그러한 자유를 누리는 정당의 목적·조직·활동이 민주적이어야 한다는 요청, 그리고 그 조직이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직이어야 한다는 요청을 내용으로 하는 것으로서, 정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과하는 것임과 동시에 입법자에 대하여 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 부과하고 있다.”(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618, 626)고 실시하여 헌법 제8조 제2항으로부터 입법의무를 도출하고 있다.

다수의 견해는 헌법상 당내 민주주의의 요청에 대해 정당의 자율에 맡겨놓을 수 없고 헌법 제8조 제2항에 근거하여 어느 정도 구체적인 입법이 필요하다고 한다. 다만 법적 규제에는 한계가 있으므로 정당의 지위와 자율성을 고려하여 절차적 규범 등 최소한을 규정해야 한다고 한다.¹⁴⁶⁾ 이에

144) 방승주, “권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002, 29쪽 이하.

145) 이종수, “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 37쪽 이하.

146) 이종수, 앞의 글, 51쪽; 장영수, 앞의 글, 81쪽 이하; 전광석, “정당의 내부질서와

대해 법적 강제를 통해 당내 민주주의를 실현하려는 것은 극히 제한적으로만 가능하므로 정당의 규범적 지위에 근거해 자율성에 맡기되 정치문화의 변화에 힘쓰는 것이 근본적인 방법이라는 견해도 있다.¹⁴⁷⁾

여기에서는 헌법 제8조 제2항의 규범적 의미가 당내 민주주의의 요청이라는 것을 전제로 이러한 주장들을 살펴본다. 이러한 전제 아래에서는 헌법 제8조 제1항과 제2항이 독일 기본법의 정당조항의 규정과 같은 맥락의 규정이라고 보아야 하므로, 비록 법률에 대한 유보조항이 없다고 하더라도 앞의 헌법재판소 선례와 같이 입법자에게 일정한 입법 의무를 부과하는 조항임을 부인할 수 없다. 다만 이에 근거해 정당법에서 구현해야 하는 내용이 무엇인지 문제된다. 현재 우리 정당법은 정당의 내부질서에 관하여 제28조(강령 등의 공개 및 당헌의 기재사항), 제29조(정당의 기구), 제30조(정당의 유급사무직원수 제한), 제32조(서면결의의 금지), 제33조(정당소속 국회의원의 제명)의 조문 정도만을 두고 있고, 이 중 제30조, 제33조는 당내 민주주의와는 큰 연관성이 없고 조문의 내용도 빈약하다. 그렇다면 독일 정당법의 규정을 참고하여 정당의 조직, 기관, 당원과 대표, 의사형성 방식 등 어떤 내용이 세부적으로 규정될 필요가 있는지 입법적으로 검토될 필요가 있다.

이와 같은 규범의 구체화는 두 가지 측면에서 보다 숙고되어야 한다. 첫 번째는 우리 헌법상 정당의 체계적 지위와 역할, 통제의 필요성에 대한 종합적인 고찰이 이루어진 뒤에야 정당법에서 규제할 구체적 내용을 도출할 수 있다는 것이다. 독일 정당법제는 정당의 이중적 지위를 긍정하면서도 정당의 공적 성격을 강조하여 헌법체계에 편입시킴으로써 정당을 구성된

민주적인 공직선거 입후보자 추천”, 헌법학연구 제6권 제1호, 한국헌법학회, 2000, 138쪽.

147) 유승익, “당내민주주의의 헌법이론 - 근거, 내용, 한계 -, 유럽헌법연구 제20호, 유럽헌법학회, 2016, 203쪽 이하.

제도로 이해하려고 시도한다. 이에 따라 전체 정당제도는 정당의 자유와 당내 민주주의 규정에 의한 통제가 큰 틀을 이루고 있는데,¹⁴⁸⁾ 당내 민주주의 규정의 민주주의라는 가치지향성이 통제의 방향을 소수자의 권리보호로 약화시키고 있는 것이 특징이다. 이는 일견 자유주의헌법이 국가에 독점적 권력을 부여하면서 국민의 기본권을 통해 권력을 제한하는 역할을 하는 것과 유사하다. 반면 전체로서 정당의 경향조직으로서의 본질을 유지하여 정당의 권력적 속성이 약화되지 않도록 보장하고 있다. 이는 정당을 자유주의적 헌법관 안에서 통제하되 민주적 제도로서의 중요성을 고려하여 정당 실질을 강하게 보장함으로써 정당 내적으로는 자유주의를 극복하는 모습으로 나타난다고 할 수 있다.

그러나 우리나라에서 당내 민주주의 규정을 구체화해야 한다는 견해들을 살펴보면, 당내 민주주의에 대한 구체적 내용이 정당의 헌법적 지위와 전체 민주주의체계 안에서 정당이 작동하는 역할과 방식에 대한 공통의 이해에서 도출된 것인지 분명하지 않다. 무엇보다 우리나라에서의 정당현실에 대한 고찰과 반성을 전제로 규범론을 전개하는 것이 아니라, 이념적·학문적 전제로부터 규범론을 전개하고 있다는 인상이 강하다. 우리나라의 정당현실이 정당법의 구체적 내용에 반영되지 않는다면, 헌법의 정당조항이 기형적으로 계수된 것과 마찬가지로의 결과를 가져올 수 있다.

현실에서 정당이 차지하는 위상이 헌법의 정당조항 생성으로 이어졌다는 정당조항의 발전사를 주목해야 한다. 정당에 대한 규범이 훌륭하게 갖추어져 있다고 하더라도 실제 정당이 그와 같은 규범에 걸맞은 위상을 갖추지 못하고 있다면, 정당 규범 체계 안에서 당내 민주주의 규정은 정당에 대해 지나친 통제장치로 작동하거나 반대로 불필요한 장식에 불과할 수 있다. 따라서 당내 민주주의 규정을 구체화하기에 앞서 정당의 권한과 위상이 갖

148) Deter Grimm, 앞의 책, 622쪽.

추어져 있는지, 이로 인해 정당이 민주주의의 구속 아래 놓여야 할 지점이 어디인지를 사회구조적으로 고찰해야 한다. 그러나 당내 민주주의를 규범적으로 보장해야 한다는 견해가 다수임에도 불구하고 정당이 실제적으로 놓인 사회구조에 대한 헌법학적 고찰은 전무하고 이러한 역할을 정치학에 빼앗긴지 오래이다. 이에 따라 헌법학계에서 당내 민주주의에 관해 주장되는 바들은 당내 민주주의를 강화하고 정당 내부에서 다양한 의견이 활발히 개진될 수 있게 하자는 참여론이 대부분이다. 반면 정당의 경향조직으로서의 본질과 투쟁공동체로서 집권을 목적으로 한다는 정당의 목표를 어떻게 구현할 것인지, 이를 위해 당내 민주주의와 어떠한 방식으로 조화를 이룰 것인지에 대해서는 답하지 않고 있다. 단순히 민주주의를 강조하는 것만이 해결책인 것은 아니다. 우리도 한국사회에서 정당이 작동하는 구조를 면밀히 분석하고 그 속에서 정당을 헌법질서에 편입시키는 방법을 고찰해야 한다. 그리고 이를 위해서는 현실 정당에서 활동하며 공통의 분모를 도출할 수 있는 정당인들의 역할이 필수적이다.

두 번째는 현재의 규범 공백이 초래하는 법치주의적 통제의 공백이라는 측면이다. 독일 정당법제는 기본법으로부터 정당법으로 이어지는 완결된 규범체계를 통해 정당을 헌법질서의 일부로 편입시키는 결단을 완성하였다. 이를 통해 필연적으로 당내 민주주의 규범의 위반과 그 효과의 문제가 대두된다. 또한 규범을 근거로 한 사법절차도 노정되어 있다. 따라서 독일 정당법제는 민주주의를 제도화함으로써 발생할 수 있는 법치주의의 굴레를 의식하면서 정당법제를 발전시켰다고 볼 수 있다. 정당법에 구체화된 내용은 통제의 필요성이 인정되는 최소한이고, 사법적 통제는 정당을 질식시키지 않기 위해 다양한 해석론으로 민주주의를 뒷받침하고 있다.

반면 우리나라는 법률차원에서부터 당내 민주주의 규범에 대한 공백이 있다. 정당의 자율을 존중하기 위해 공백을 둔 것이라면 이를 기초로 한 해석론을 전개할 수 있겠지만, 앞에서 살펴본 것처럼 우리나라의 정당법제

가 정당을 통제하기 위해 제정되었다는 법제사적 연구를 고려해본다면 공백 그 자체를 정당에 대한 이념향의 발로라고 정의할 수는 없어 보인다.

그 결과 각 정당은 경쟁의 법칙을 통일시키지 못해서 정당 내부의 다원주의를 통제하지 못하는 함정에 빠지고 있다. 당내 분쟁은 규범적 또는 정치적으로 해소되지 못할 경우 결국 일반 법원의 판단을 거칠 수밖에 없는데, 규범 공백으로 인해 법원의 판단은 최상위 헌법 또는 사법의 일반조항이라는 극단적 법원만을 준거로 이루어질 수밖에 없게 된다. 이로 인해 법원 판결로 분쟁에 대한 답이 내려지더라도 그 법원 판결의 편향성을 의심하게 되거나 법원이 쉽사리 다수파의 손을 들어주는 판단을 하게 되어 사법절차가 무의미한 통제로 전락하게 될 여지가 크다. 나아가 헌법재판소는 헌법조항에 근거하여 정당법의 위헌 여부를 판단할 수 있는 심판대상 조차 손에 쥌 수 없다. 입법부작위 상태의 위헌성을 다룰 수 있을지, 그렇다면 헌법재판소는 입법의무를 어떻게 설정할 수 있을지, 일반조항에 근거한 재판소원으로 귀결될 우려는 없는지 이 모든 게 문제적이다. 따라서 정당에 대한 통제와 그 통제의 적절성 확보를 위해서라도 정당법제의 방향을 고민해봐야 한다.

마지막으로 당내 민주주의를 보장하기 위해 독일 정당법상의 정당중재재판소의 도입이나 일반 법원이나 헌법재판소에 의한 사법적 통제가 강화되어야 할 필요가 있는지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 이에 대해 우리나라에도 정당중재재판소를 도입하거나 중앙선거관리위원회에 이차적인 중재를 담당할 기구를 설치하자는 견해가 있다.¹⁴⁹⁾ 또는 당내 민주주의의 실현방안으로 당내 분쟁에 대한 일반 법원의 심사나, 당내 민주주의를 제한하는 정당법에 대한 헌법소송을 대안으로 제시하기도 한다.¹⁵⁰⁾ 당내 분쟁에 대해서는 당내의 자율적 해결과 사법적 해결이 혼재되어 있는데, 사법적 통

149) 권영호, 앞의 글, 117쪽.

150) 최대권, “헌법과 당내민주주의”, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 19쪽 이하.

제는 정당의 정치적 성격 등을 고려할 때 관련 법률의 개정을 통해 헌법재판소가 이를 담당하도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있다.¹⁵¹⁾ 대체로 당내 민주주의를 확립하기 위해 사법기구가 보다 적극적인 역할을 해야 한다는 취지로 보인다.

그런데 앞에서 설명한 것처럼 독일 정당법상 정당중재재판소는 소수자의 권리보호라는 법치주의원칙에 입각해있지만, 한편으로 정당의 자기통제절차로서 합리성과 경향성을 유지하는 장치로서의 역할도 겸하고 있다. 따라서 이 제도를 단순히 당내 소수자의 보호나 당내 여론의 다양화 등을 위한 민주적 규정만으로 이해할 수는 없다.

또한 정당에 대한 사법적 통제를 강화해야 한다는 주장은 앞에서 설명한 우리나라 정당법의 규범공백 상태를 감안하면 더욱 신중할 필요가 있다. 정당에 대한 체계적 정립을 이루지 못한 상태에서의 사법적 개입은 자칫 사법의 정치화만을 가속화하는 장치로 전락할 수 있다. 이를 위해서는 정당조항의 해석론을 치밀하게 마련한 상황에서 정당법의 공백을 입법 내지 해석으로 뒷받침할 수 있는 규범적 상황이 우선 완비되어야 한다. 헌법재판소로서도 이와 같은 규범공백과 관련된 헌법소송이 제기된다면 관련 해석론을 적극적으로 제기할 필요가 있을 것이다.

IV. 마치며

독일은 기본법상 정당 내부의 민주적 질서에 대한 요청으로부터 시작하여 정당법의 세부적 규정으로 당내 민주주의를 규범화하고 있다. 이와 같은 규범화는 민주주의를 규범적으로 강제한다는 점에서 모순을 가지고 있다. 독일 정당법은 이를 정당 내의 최소한의 법치주의 확립으로 표현하는

151) 권영호, 앞의 글, 119쪽; 이종수, 앞의 글, 51쪽.

듯하다. 정당법상 당내 민주주의를 규정하는 조항들은 강제적 의미를 담고 있기 때문에 이에 위반되는 정당의 조치들은 무효화될 수 있다. 따라서 그 내용은 최소한에 머물고 정당의 현실을 고려한 정당의 자율을 최대한으로 보장하려는 노력이 엿보인다. 정당법에 최소화한 내용은 정당의 조직과 구성의 기본 요소, 당원에 대한 최소한의 민주적 권리 보장, 정당 내 다수파의 안정적 보장, 이에 대한 정당 내 사법적 통제로 설명할 수 있다. 이는 큰 틀에서 헌법이 요청하는 법치주의의 반영이라고 볼 수 있다. 정당을 단순한 사단으로 보는 태도를 넘어 국가시스템이 작동하는 영역으로 간주하는 것이다. 다만 앞에서 말한 것처럼 민주주의를 규범화한다는 것은 그 자체로 모순에 가깝기 때문에 그 내용은 민주주의가 작동할 수 있는 규범적 토대를 갖추는 것, 즉 법치주의의 개입으로 표현하고 있다. 특히 정당 내 중재재판소의 설치의 이와 같은 법치주의의 완결이라고 불만한다. 그렇지만 규범화는 분쟁의 사법화로 귀결될 우려가 있다. 이는 민주주의를 질식시키고 법치주의라는 제도의 틀에 가두는 약점이 있다. 정당법은 당내 민주주의를 위해 법률과 당헌에 명시하고 강행화하여야 할 사항들을 포함함으로써 이와 같은 약점을 노출한다. 그러나 독일 정당법은 이와 같은 당내 민주주의 규정의 실정화가 정당의 본질을 침해하지 않기 위해 노력을 기울이고 있다. 당내 중재재판소의 역할과 사법의 보충성을 통하여 이를 최소화하고 극복하려는 것이 그 단면이다. 이러한 제도가 완벽하지는 않더라도 민주주의와 법치주의의 조화를 꾀하며 단계적으로 이를 극복하려는 과정으로 이해할 수 있다.

이에 비해 우리나라는 헌법상 정당제도와 당내 민주주의를 규범화하고 있음에도 정당법에서는 이러한 요청에 침묵하고 있다. 그 결과가 무엇인지는 현재 자명하다. 이는 오히려 정치의 사법화, 사법의 정치화 현상을 강화한 것이다. 점차 당내 사안에 대해서도 공천 이상의 내용들이 사법화의 길로 나설 가능성이 더 대두되고 있다. 헌법이 당내 민주주의의 규범화를 요청하고 있

음에도 정당법에 흠결이 있는 것은 탈법치주의를 통한 민주주의의 역동성을 확보하지는 이상 아래 이루어진 것이 아니다. 이는 정당에 대한 철학의 부재와 기성 정당의 이기주의가 결합된 결과에 불과하다. 이는 당내 분쟁의 사법화와 결국 힘의 논리에 정당을 복종시키는 당내 비민주주의 정착에 복무할 뿐이다. 이러한 귀결에 사법부가 활용되는 것은 매우 온당치 못하다. 국가기관의 개입이 헌법과 정당법 등 공적 규범에 따른 분쟁을 넘어서는 것이 되어서는 곤란하다. 단순히 정당법에 당내 민주주의와 관련된 규정을 늘리고 이에 대한 사법적 통제를 강화해야 한다는 주장이 갖는 함정이다.

당내 민주주의는 헌법학만의 대상 목표가 아니며, 법적 치료책이 근본이 되는 것은 아니다. 헌법학은 정당이 건강한 민주주의를 이룩할 수 있도록 토대를 제공하는 역할을 해야 하고, 결국 정치과정은 의사소통을 기반으로 하는 정치동학이 중심이 될 수밖에 없다. 따라서 정당에 대한 사법기관의 역할은 무엇이 되었든 이차적인 역할에 그칠 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 앞으로 많은 정당 사건이 사법부에 부담을 줄 것으로 보인다. 이럴 때일수록 더욱 정당법에 대한 헌법적 이해와 철학을 세워나갈 필요가 있다.

[국문초록]

독일 기본법과 정당법은 당내 민주주의를 규범으로 삼고 있다. 독일 정당법은 이를 정당 내의 최소한의 법치주의 확립으로 표현한다. 그 내용은 정당의 조직과 구성의 기본 요소, 당원에 대한 최소한의 민주적 권리 보장, 정당 내 다수파의 안정적 보장, 이에 대한 정당 내 사법적 통제로 이루어져 있다. 독일 정당법은 당내 민주주의 규정이 정당의 본질을 침해하지 않도록 하고 정당의 자율성을 보장하려고 노력하고 있다. 반면, 우리나라는 독일과 같이 헌법에 정당제도와 당내 민주주의를 규범으로 삼고 있음에도 정당법에 구체적 규정을 마련하지 않고 있다. 이는 정당에 대한 헌법적 고찰이 거의 이루어지지 않고 있고, 기성 정당의 이기주의가 결합된 결과이다. 단순히 정당법에 당내 민주주의에 관한 규정을 마련하고 정당에 대한 사법적 통제를 강화하는 것으로 당내 민주주의를 실현할 수 없다. 이와 같은 정당법의 공백이 사법부에 부담이 되지 않도록 정당법에 대한 헌법적 이해와 철학을 세워나갈 필요가 있다.

주제어

정당법, 당내 민주주의, 당내 민주주의의 성문화, 경향조직, 다원주의, 다수파의 보호, 소수자의 권리구제

<Abstract>

A Study on the Provisions of Intra-Party Democracy in German Political Party Law

The German Basic Law and the Political Party Law stipulate intra-party democracy as a norm. The German Political Party Law expresses this as the establishment of a minimum rule of law within parties. This includes the basic elements of the organization and structure of political parties, the guarantee of minimum democratic rights for party members, the stable protection of the majority within the party, and judicial control within the party. The German Political Party Law seeks to ensure that the provisions of intra-party democracy do not infringe on the essence of political parties and works to safeguard party autonomy. In contrast, although Korea also enshrines the party system and intra-party democracy in its Constitution, there are no specific provisions in the Political Party Law. This is the result of a lack of constitutional reflection on political parties combined with the self-interest of established parties. Simply enacting provisions for intra-party democracy in the Political Party Law and strengthening judicial control over parties will not realize intra-party democracy. It is necessary to develop a constitutional understanding and philosophy regarding the Political Party Law to prevent such defects in the law from becoming a burden on the judiciary.

헌법논총 제35집(2024)

Key-words

Political Party Law, Intra-party democracy, Codification of intra-party democracy, Trend organizations, Pluralism, Protection of the majority, Protection of minority rights

참고문헌

[국내문헌]

- 데이비드 헬드, 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2010.
- 아담 쉐보르스키/ 호세 마리아 마라발(편저), 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2010.
- 폰 뮌히/ 쿠니히(홍성방 역), 독일 기본법 주해서 제2·3권(발췌), 헌법재판소, 2007.
- 권영호, “독일정당의 내부질서에 관한 연구”, 토지공법연구 제16권 제1호, 한국토지공법학회, 2002.
- 김소연, “당내민주주의의 헌법적 의의와 실현방안”, 원광법학 제29집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2013.
- 방승주, “권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002.
- 송석윤, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식 - 비교법사회학적 접근-”, 서울대학교 法學 제41권 3호, 서울대학교 법학연구소, 2000., “정당민주주의와 정당법- 정당개혁의 관점에서 -”, 공법연구 제42집 제3호, 한국공법학회, 2014.
- 유승익, “당내민주주의의 헌법이론 - 근거, 내용, 한계 -, 유럽헌법연구 제20호, 유럽헌법학회, 2016.
- 이부하, “정당공천제도와 당내민주주의 - 정당의 국회의원 선거후보자 추천을 중심으로 -, 세계헌법연구 제18권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2012.
- 이종수, “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012.
- 장영수, “정당의 헌법적 기능과 당내민주주의”, 공법연구 제25집 제3호, 한국공법학회, 1997.
- 전광석, “정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천”, 헌법학연구 제

헌법논총 제35집(2024)

6권 제1호, 한국헌법학회, 2000.

정만희, “정당의 민주적 공천제의 법리”, 공법학연구 제4권 제1호, 한국공법학회, 2002.

최대권, “헌법과 당내민주주의”, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001.

[외국문헌]

Benda, Ernst u.a.(Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1994.

Dürig/Herzog/Scholz/Klein, Grundgesetz Kommentar, 99. EL September 2022.

Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 17. Aufl. 2022.

Morlok, Martin, Parteiengesetz, 2. Aufl. 2013.

헌법논총 수록 논문색인

제 1 집(1990년)

논 제	필 자	수록면수
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓炳燾	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李時潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊精一	83
過剩禁止의 原則 - 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁三承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金鍾彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金泳哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫容根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹眞秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭宗燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李石淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李宰鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金顯哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛奉起	483

제 2 집(1991년)

논 제	필 자	수록면수
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓炳燾	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李時潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘秉朔	135

논 제	필 자	수록면수
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

제 3 집(1992년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

논 제	필 자	수록면수
憲法訴訟과 行政訴訟：現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭宗燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金顯哲	379
權力の 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李明雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李郁漢	445

제 4 집(1993년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 請求人	韓炳宗	7
判斷主義의 憲法概念과 그 問題點 小考	桂禧悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭宗燮	149
檢事の 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李石淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃道洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金顯哲	265
法律의 해석·적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李明雄	321
憲法上의 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔在健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金鍾書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅仁均	485

제 5 집(1994년)

논 제	필 자	수록면수
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金容均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐元宇	99

헌법논총 제35집(2024)

논 제	필 자	수록면수
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓相範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭宗燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴洪佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜潤遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛奉起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅仁均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金鍾書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳虎澤	537

제 6 집(1995년)

논 제	필 자	수록면수
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘秉朔	5
環境權考	金哲洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李康燮	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃道洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁泰鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金顯哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛奉起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅仁均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓秀雄	481

제 7 집(1996년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判과 新當事者主義	徐元宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金柱賢	25
行政指導와 憲法訴願	李景民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃道洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜潤遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法의 獨自性	丁泰鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方勝柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛奉起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔甲先	385

제 8 집(1997년)

논 제	필 자	수록면수
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金哲洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權寧星	43
憲法上 宗教의 自由	桂禧悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金善擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金柱賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -	韓秀雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 평결방식을 기초로 -	崔甲先	243

헌법논총 제35집(2024)

논 제	필 자	수록면수
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

제 9 집(1998년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由	方 勝 柱	211
- 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -		
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權	張 哲 朝	431
- 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -		
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

제 10 집(1999년)

논 제	필 자	수록면수
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

논 제	필 자	수록면수
相續制度의 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제10집에 게재 됨.

제 11 집(2000년)

논 제	필 자	수록면수
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性的 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禮悅)	481

제 12 집(2001년)

논 제	필 자	수록면수
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

제 13 집(2002년)

논 제	필 자	수록면수
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權的 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

논 제	필 자	수록면수
憲法上의 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

제 14 집(2003년)

논 제	필 자	수록면수
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

제 15 집(2004년)

논 제	필 자	수록면수
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한 憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

제 16 집(2005년)

논 제	필 자	수록면수
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

제 17 집(2006년)

논 제	필 자	수록면수
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

헌법논총 제35집(2024)

논 제	필 자	수록면수
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

제 18 집(2007년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

제 19 집(2008년)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金 哲 洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所의 改革	鄭 宗 燮	91
憲法裁判과 行政法	洪 準 亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔 大 權	177
헌법재판과 남북한 통일	金 昇 大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金 日 秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓 秀 雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃 道 洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金 河 烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金 善 擇	489
평등권의 보장과 발전	成 基 鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金 文 顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴 容 相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁 泰 鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全 光 錫	741
조세법과 헌법재판	金 性 洙	773
<外國論文> 재판소원의 저주와 축복	Otto Depenheuer	819
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

제 20 집(2009년)

논 제	필 자	수록면수
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴 容 相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金 顯 哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南 福 鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明 載 眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李 垚 根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李 明 雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全 光 錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度의 出現과 制度化	鄭 宗 燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃 致 連	463

제 21 집(2010년)

논 제	필 자	수록면수
민사절차상의 재판을 받을 권리	李 時 潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴 容 相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金 敏 培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳 奇 斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李 明 雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李 鍾 根	445
지역통합과 역대사법기구에 대한 전망	李 鎬 善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹 瑛 植	525

제 22 집(2011년)

논 제	필 자	수록면수
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李 奉 儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李 相 莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李 濬 熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金 敏 培	129
친권포기각서의 위헌성	李 準 一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金 珍 漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李 明 雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金 慧 眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許 完 重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓 秀 雄	447

제 23 집(2012년)

논 제	필 자	수록면수
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李 準 一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李 明 雄	49

헌법논총 제35집(2024)

논 제	필 자	수록면수
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭 柱 白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金 敏 培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李 鍾 根	189
현행 의료법의 문제점	金 慶 濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池 成 洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭 光 賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴 燦 柱	353

제 24 집(2013년)

논 제	필 자	수록면수
국가기능으로서의 '집행개념'에 관한 소고	桂 禧 悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李 煌 熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文 光 三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭 柱 白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李 鍾 根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池 成 洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許 完 重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴 贊 傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金 重 權	393

제 25 집(2014년)

논 제	필 자	수록면수
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許完重	5
방송의 자유의 주체	金顯龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金敏培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중 심으로 -	鄭南哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李鍾根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭沅錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李明雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판 적 고찰	韓秀雄	409

제 26 집(2015년)

논 제	필 자	수록면수
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔恩碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴燦柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 관례에 대 한 헌법적 고찰	李熙勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓秀雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭柱白	299

헌법논총 제35집(2024)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭 鎬 庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴 眞 完	381

제 27 집(2016년)

논 제	필 자	수록면수
미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고	金 文 顯	5
헌법해석과 원의주의의 쟁점	金 敏 培	61
아리스토텔레스 정식 비판	鄭 柱 白	141
알 권리의 법적 성격과 내용	金 培 元	183
정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴 燦 柱	245
브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧 昊 昶	359

제 28 집(2017년)

논 제	필 자	수록면수
법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론	金 鍾 昊	5
기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구	盧 昊 昶	111
독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의	金 重 權	193
문화재보호와 재산권보장에 관한 소고	鄭 南 哲	253
세계헌법 제정에 관한 고찰	趙 柄 倫	301
이탈리아의 헌법과 헌법재판제도	金 東 鏞	379

제 29 집(2018년)

논 제	필 자	수록면수
<특별기고논문> 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)	李 康 國	9

논 제	필 자	수록면수
헌법재판과 헌법실현 -제도와 운영의 성찰-	許 營	39
양성평등에 관한 위헌심사기준	金 文 顯	89
사회적 기본권 이론의 형성과 전개 -인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-	全 光 錫	143
기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)	金 河 烈	217
국회법의 헌법적 지침과 한계	韓 秀 雄	289
정치적 사법화와 헌법재판소의 역할 -주요 사건에 대한 분석을 중심으로-	尹 榮 美	357
<공모논문>		
헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?	金 性 洙	401
민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의민주주의의 관계를 중심으로	李 章 熙	447
자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무	申 弦 錫	493
헌법재판소 결정의 법률요건적 효력	許 完 重	547

제 30 집(2019년)

논 제	필 자	수록면수
기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석	許 完 重	5
입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석 -유신헌법 제53조 제4항의 해석론을 겸하여-	李 煌 熙	61
개인정보자기결정권에 관한 검토	盧 賢 淑	109
혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰 -국제조약상 입법화 의무를 중심으로-	韓 渭 洙	141
다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법 해석의 당위성	朴 燦 柱	201

헌법논총 제35집(2024)

제 31 집(2020년)

논 제	필 자	수록면수
한국정치와 헌법재판	朴 漢 徹	5
국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등 사회보 상법과 헌법재판	全 光 錫	69
중국의 인격권과 개인정보권 검토	申 侑 眞	131
숨겨진 빈곤과 공공부조에서의 보충성원칙	李 恩 宣	175
단순고권작용에 의한 기본권침해와 헌법소원의 위 헌심사기준	鄭 南 哲	219

제 32 집(2021년)

논 제	필 자	수록면수
남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구	權 殷 玟	7
여성의 재생산권에 대한 고찰	申 玉 株	51
혼인과 가족의 의미에 관한 헌법적 연구	許 眞 誠	99
재외국민 보호의무에 관한 비교법적 연구	成 王	149
오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및 오스트리아 근현대사 연구	鄭 致 彦	183

제 33 집(2022년)

논 제	필 자	수록면수
과밀수용 판단의 법적 근거와 기준	李 準 一	7
모욕과 표현의 자유	韓 渭 洙	57
공용수용에 있어 공공필요의 검증과 헌법재판	鄭 基 相	135
프랑스에서 권력분립원칙과 헌법재판	田 鶴 善	193
탄핵심판의 당사자	鄭 柱 白	249
종교예식관련 코로나19 감염증 방역조치에 대한 미연방대법원 재판 동향	張 惠 珍	291
블록체인 기술 및 블록체인 관련 미국의 규제 개관	宋 昌 盛	349

제 34 집(2023년)

논 제	필 자	수록면수
아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민 국 헌법재판소의 역할	이 진 성	7
헌법재판소 판례이론의 회고	박 종 보	35
행정법이 묻고 헌법이 답하다	김 성 수	83
민주적 헌법국가에서 헌법과 행정법의 교호(상호) 작용관계	김 중 권	141
음주운전차량 압수와 몰수의 재산권 침해 여부	조 재 현	201
인도 헌법상 사법심사권의 실제와 분석	여 경 수	261
미국 연방헌법상 기본권의 체계 및 위헌심사기준	이 건 석	291
예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건에 대한 검토	이 재 강	325

(註) 제34집부터 필자명을 한자에서 한글 표기로 변경

헌법논총 논문 공모 개요

헌법재판소는 헌법과 헌법재판에 대한 연구를 활성화하고 헌법재판제도의 발전을 도모하기 위해 1990년에 「헌법논총」을 창간하여 매년 발간하고 있습니다.

헌법논총 제35집은 일반주제(헌법논총이나 타 학술지에 게재되지 아니한 헌법 및 헌법재판 관련 독창적 주제)와 특집주제(①AI와 관련된 헌법적 쟁점, ②헌정사, ③학계에서 바라본 헌법재판소 결정의 동향)를 논제로 하여 2024. 9. 19.까지 논문을 접수하였고, 논문심사 및 편집위원회의 심의를 거쳐 게재논문을 선정하였습니다. 이와 함께 헌법재판소 전직 주요 인사의 특별기고 논문 2편을 수록하였습니다.

헌법논총 발간 내규

소관 부서 : 심판정보국 자료편찬과

제정	2011. 7. 1	내규 제126호
개정	2014. 8. 19	내규 제164호
	2016. 2. 19	내규 제184호
	2016. 11. 1	내규 제192호
	2017. 2. 14	내규 제201호
	2020. 2. 21	내규 제236호
	2023. 2. 9	내규 제268호
	2023. 12. 6	내규 제273호
	2024. 2. 14	내규 제275호

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 내규는 헌법재판소가 발간하는 헌법논총에 게재할 논문의 모집·작성 방법·심사 및 편집 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(발간) 헌법논총은 매년 12월 중에 1회 발간하는 것을 원칙으로 하며, 발간처는 헌법재판소로 한다. 다만, 편집위원회가 특별히 필요하다고 인정하면 헌법논총을 추가로 간행할 수 있다. <개정 2023·2·9>

[전문개정 2014·8·19]

제3조(논문 공모 안내) 매년 3월까지는 헌법논총에 수록할 논문의 공모 안내절차를 시작한다. <개정 2023·2·9, 2023·12·6>

제4조(원고료 및 표창) ① 제출된 논문에 대하여는 논문심사결과에 따라 예산의 범위 안에서 원고료를 지급할 수 있으며, 원고료는 편집위원회에서 결정한다.

② 게재논문 중 우수 논문에 대하여 표창을 수여하고 원고료를 차등 지급할 수 있다. <신설 2016·2·19, 개정 2017·2·14, 2024·2·14>

제5조(전자출판 등) 헌법논총은 종이책자 외에 전자출판이나 인터넷 홈페이지에 게재하는 등(이하 “전자출판 등”이라 한다)의 방법으로 발행할 수 있다.

제6조(저작권 등) ① 헌법논총 게재논문의 전자출판 등과 공익목적의 논문전송 및 사용 동의 등에 관한 사항은 공모 시 공고하는 바에 따른다.

제2장 편집위원회

제7조(편집위원회 구성) ① 편집위원회는 위원장 및 부위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 헌법재판소장이 임명한 재판관으로 하고, 부위원장은 헌법재판소사무차장으로 하며, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 위원장의 추천에 따라 헌법재판소장이 임명 또는 위촉한다.

1. 헌법연구위원, 헌법연구관, 헌법연구관보 또는 헌법연구원
2. 4급 이상의 헌법재판소 공무원
3. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
4. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람

③ 위원의 임기는 2년으로 한다.

④ 위원회의 효율적 운영을 위하여 간사를 두며, 간사는 헌법논총 발간 소관부서의 과장으로 한다.

제8조(위원장의 직무) ① 위원장은 편집위원회를 대표하며, 편집위원회의 업무를 총괄한다.

② 부위원장은 위원장 유고 시 그 직무를 대행한다.

제9조(권한) 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다. <개정 2016·2·19, 2017·2·14>

1. 논문의 모집, 게재, 편집 및 표창에 관한 사항
2. 심사위원의 추천에 관한 사항
3. 헌법논총 발간 내규 및 헌법논총 윤리 내규 개정에 관한 사항
4. 그 밖에 헌법논총 발간에 필요한 사항

제10조(운영) ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 인정하거나, 위원 3인 이상의 요청이 있는 경우에 위원장이 소집한다. 다만, 편집위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

② 편집위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

③ 간사는 편집위원회 회의 개최 시 마다 그 요지를 담은 회의록을 작성하고 위원장과 함께 기명날인 또는 서명한다.

제11조(심사의뢰) 삭제 <2024·2·14>

제12조(수당 등 지급) ① 위원에게는 예산의 범위 안에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위 안에서 실비를 지급할 수 있다.

제3장 논문 작성 방법

제13조(논문의 요건) 논문은 헌법 또는 헌법재판과 관련된 주제로서 독창성을 가져야 하며 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제14조(투고 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 논문을 투고할 수 있다. <개정 2017·2·14, 2020·2·21>

1. 전현직 재판관·사무처장·사무차장
2. 헌법재판소 소속 각 위원회의 위원
3. 헌법재판소 공무원
4. 헌법재판소의 전직 헌법연구원·헌법연구관보·헌법연구원·4급 이상 공무원
5. 박사학위 소지자 또는 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
6. 법학 관련 석사학위 소지자
7. 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
8. 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

제15조(작성 방법) ① 논문은 ‘한글’로 작성하되 200자 원고지 150매 내외 분량(A4용지 30매 내외)으로 작성함을 원칙으로 한다.

② 논문은 표지, 목차, 본문, 논문초록(국문 및 외국어), 주제어(국문 및 외국어, 각 10개 내외) 순으로 작성하되, 논문초록은 국문 및 외국어 각 500자 내외로 작성한다. <개정 2016·11·1>

③ 논문의 표지에는 논문 제목[국문 및 외국어(로마자)], 저자의 성명[한글 및 괄호 안에 외국어(로마자)], 소속 및 직위 등의 인적사항을 기재한다. <개정 2016·11·1, 2023·2·9>

④ 공동으로 집필한 논문은 주 저자(책임연구자)와 공동 저자를 구분하여 주 저자, 공동 저자의 순서로 표시한다.

⑤ 논문은 한글로 다음 각 호의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백: 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15,

꼬리말 15

2. 본문: 글꼴 신명조, 글자크기 11, 줄간격 200%, 들여쓰기 10pt
 3. 목차: 글꼴 신명조, 글자크기 13, 줄간격 200%, 첫째단위인 “I. ○ ○ ○...”, 둘째 단위인 “1. ○ ○ ○...” 까지 작성
 4. 각주: 글꼴 신명조, 글자크기 8, 줄간격 130%, 구분선 길이 5cm
- ⑥ 각주는 다음과 같이 기재한다.
1. 단행본: 저자, 서명, 출판사, 출판연도, 면수
 2. 정기간행물: 저자, “논문제목”, 잡지명, 제○○권 ○○호(출판연도), 면수
 3. 기념논문집: 저자, “논문제목” ○○○○○기념논문(기념논문집명), 면수
 4. 판례: 현재 선고일, 사건번호, 판례집, 시작면수, 인용면수(예: 현재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 136)
 5. 인터넷 자료명: 저자, 자료제목(검색일자 연월일)
 6. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 방식에 따라 표기할 수 있다. 일본국 판례를 인용하는 경우, 선고일이 연호로 되어 있으면 ()안에 서기연도를 기재한다.
- ⑦ 본문 문단번호는 I. 1. 가. (1) (가) 1) 가) ① ㉠ 순으로 하되, 첫째 문단번호(예: I)부터 넷째 문단번호(예: (1))까지는 위아래로 한 줄씩 비우고, 나머지 단위는 위아래를 붙인다.
- ⑧ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고, 강조할 때에는 ‘ ’를 사용한다.
- ⑨ 학술용어, 외국 법률이나 제도 등은 한글 표기를 원칙으로 하며, 번역된 용어의 이해를 돕기 위하여 괄호 안에 영문 등 원어를 기재할 수 있다. 다만, 번역이 곤란한 경우에는 원어를 사용할 수 있다.
- ⑩ 참고문헌 목록은 다음과 같이 기재한다.
1. 단행본의 경우
가. 동양서: 저자, 서명, 출판사 또는 발행처, 출판연도

- 나. 서양서: 저자, 서명(이탤릭체), 출판사 또는 발행처, 출판연도
- 2. 논문의 경우
 - 가. 동양서: 저자, 논문명, 학술지명(제 권 제 호), 출판사 또는 발행처, 발행연월
 - 나. 서양서: 저자, 논문명, 학술지명(이탤릭체), 권수(Vol.), 호수(no.), 출판사 또는 발행처, 발행연월

제4장 논문 등의 심사 및 게재 <신설 2024·2·14>

- 제16조(공모 논문 심사)** ① 접수된 공모 논문은 위원장의 추천에 따라 헌법재판소장이 임명 또는 위촉한 3명 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.
- ② 공모 논문의 심사 시 저자 및 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.
- ③ 헌법재판소는 접수된 공모 논문에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 실시하여야 한다. 표절 여부 판정을 위하여 검사결과는 해당 논문의 심사위원 및 편집위원회에 제공되어야 한다.

제17조(심사기준) 심사위원은 다음 각 호의 기준에 따라 논문을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 논지 전개의 일관성
4. 참고문헌의 충실도
5. 학문적 기여도
6. 그 밖에 편집위원회가 필요하다고 인정하는 사항

제18조(심사결정) ① 심사위원은 심사결과를 편집위원회에 보고하고, 편집위원회는 다음과 같이 결정한다.

1. 게재
2. 수정게재
3. 전면수정 후 재투고

② ‘수정게재’로 결정된 논문은 저자가 심사내용을 참고하여 수정한 논문을 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 판정한다.

제19조(심사결과 통지) 간사는 논문심사 최종 결과를 논문 제출자에게 통지한다.

제20조(심사료 지급) 심사위원에게는 예산의 범위 안에서 심사료 및 수당을 지급할 수 있다.

부칙

이 내규는 2011년 7월 1일부터 시행한다.

부칙<2014·8·19>

이 내규는 2014년 8월 19일부터 시행한다.

부칙<2016·2·19>

이 내규는 2016년 2월 19일부터 시행한다.

부칙<2016·11·1>

이 내규는 2016년 11월 1일부터 시행한다.

부칙<2017·2·14>

이 내규는 2017년 2월 14일부터 시행한다.

헌법논총 제35집(2024)

부칙<2020·2·21>

이 내규는 2020년 2월 21일부터 시행한다.

부칙<2023·2·9>

이 내규는 2023년 2월 9일부터 시행한다.

부칙<2023·12·6>

이 내규는 2023년 12월 6일부터 시행한다.

부칙<2024·2·14>

이 내규는 2024년 2월 14일부터 시행한다.

헌법논총 윤리 내규

소관 부서 : 심판정보국 자료편찬과

제정 2011. 7. 1 내규 제127호

개정 2016. 11. 1 내규 제193호

2024. 2. 14 내규 제276호

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 내규는 헌법논총에 게재할 논문의 저자와 편집위원회 위원 및 논문심사위원이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 규정함으로써 연구윤리를 확립하고 건전한 연구문화의 정착에 기여함을 목적으로 한다.<개정 2024·2·14>

제2조(일반원칙) 논문의 저자, 편집위원, 심사위원은 원고 등을 투고, 편집, 심사함에 있어 학술적 저작물의 연구와 발행에 관한 일반원칙을 준수하여야 한다.

제2장 논문 저자의 윤리

제3조(연구부정행위의 금지) ① 논문의 저자(이하 “저자”라 한다)는 연구과제의 제출, 연구과제의 수행, 연구결과의 보고 및 발표 등에서 연구부정행위를 하여서는 아니 된다.

② 제1항에서 ‘연구부정행위’란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 존재하지 않는 자료 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위

2. 연구자료 또는 연구과정 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형·삭제함으로써 연구내용 또는 연구결과를 왜곡하는 행위
3. 타인의 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 도용하는 행위
4. 연구내용 또는 연구결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않은 사람에게 논문저자 자격을 부여하는 행위
5. 본인 또는 타인의 부정행위 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제4조(중복제출 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 기출판된 자신의 연구결과(출판예정 또는 심사 중인 연구결과를 포함한다)를 새로운 연구결과인 것처럼 제출하여서는 아니 된다.

② 저자는 헌법논총에 제출한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 다른 학술지에 중복해서 제출하여서는 아니 된다.

③ 저자는 기 출판된 연구물(박사학위 논문을 포함한다)의 일부를 사용하여 제출하고자 할 경우에는 기 출판 정보를 편집위원회에 제공하여야 하고, 간사는 중복게재나 이중출판 해당 여부를 확인하여야 한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 편집위원회는 연구결과가 헌법논총에 게재된 이후 다른 기관으로부터 그 연구결과에의 검증을 목적으로 저자가 제출한 연구자료를 요청받는 경우에는 연구 참여자에 대한 비밀이 침해되지 않는 범위 안에서 자료를 제공할 수 있다.

② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 기관은 오로지 해당 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 편집위원장 및 저자의 사전 동의를 받아야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 다른 사람의 연구내용 또는 연구결과 등

을 인용할 경우에는 「헌법논총 발간 내규」 제15조에 따라 정확하게 그 출처를 밝혀야 한다.

② 저자가 개인적으로 얻은 비공개 자료는 이를 제공한 사람의 동의를 받아 인용할 수 있다.

제7조(논문의 수정) 저자는 논문의 편집 및 심사 과정에서 제시된 편집위원과 심사위원의 의견을 가능한 한 수용하여 논문에 반영하되, 그 의견에 동의하지 않을 경우에는 편집위원회에 그 사유와 근거를 밝혀야 한다.

제7조의2(논문연구윤리 준수 확인서의 제출) 저자는 별지 제1호서식의 논문연구윤리 준수 확인서를 제출하여야 한다.

[본조신설 2016·11·1]

제3장 편집위원의 윤리

제8조(편집방법) ① 편집위원은 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하여야 한다.

② 편집위원은 저자의 성별, 연령, 소속 기관, 개인적인 친분 등을 떠나 오로지 논문 심사기준과 학문적 평가에 따라 논문을 공정하게 취급하여야 한다.

제9조(비밀준수) 편집위원은 투고된 논문의 게재 여부가 확정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니 된다.

제4장 논문심사위원의 윤리

제10조(심사방법) ① 논문심사위원(이하 “심사위원”이라 한다)은 저자의 인격과 독립성을 존중하여야 한다.

② 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문이 제3조의 연구부정행위 또는 제4조의 중복제출 등에 해당되는 경우에는 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(공정의무) ① 심사위원은 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 친분관계를 떠나 객관적 기준에 따라 성실하고 공정하게 논문을 심사하여야 한다.

② 심사위원은 자신이 논문의 내용을 평가하기에 책임자가 아니라고 판단될 경우에는 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제12조(비밀준수 등) ① 심사위원은 심사 대상 논문에 대한 비밀을 지켜야 한다.

② 심사위원은 논문의 평가를 위하여 특별히 필요한 경우를 제외하고 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 심사 중인 논문을 다른 사람에게 보여 주는 행위
2. 심사 중인 논문의 내용에 관하여 다른 사람과 논의하는 행위
3. 논문이 게재되기 전에 그 내용을 인용하는 행위

제5장 연구윤리위원회

제13조(연구윤리위원회 구성) ① 편집위원장은 구체적인 제보 등 이 내규 위반을 의심할 상당한 사유가 있는 경우에는 연구윤리위원회를 구성할 수 있다.

- ② 연구윤리위원회는 위원장 1명을 포함하여 6인 이상의 위원으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원회 위원장은 편집위원장으로 하고, 위원은 편집위원장이 임명 또는 위촉한다.
- ④ 편집위원장이 이 내규 위반을 사유로 피조사자가 되는 경우에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

[전부개정 2016·11·1]

제14조(연구윤리위원회 회의) ① 연구윤리위원회 위원장은 회의를 소집하고 그 의장이 된다.

- ② 연구윤리위원회의 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ③ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

[본조신설 2016·11·1]

제15조(위반행위 조사) ① 연구윤리위원회는 이 내규 위반행위의 존재 여부를 조사한다.

- ② 연구윤리위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 한다.
- ③ 연구윤리위원회는 조사과정에서 필요한 경우 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ④ 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 연구윤리위원회 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.

[본조신설 2016·11·1]

제16조(조사내용 및 결과 확정) ① 연구윤리위원회는 제보자와 피조사자의 의견진술, 이의제기 및 반론의 내용 등을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.

② 연구윤리위원회는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 피조사자의 행위가 이 내규를 위반한 행위임을 확인하는 판정을 한다.

[본조신설 2016·11·1]

제17조(조사결과와 통지) 연구윤리위원장은 조사결과에 대한 연구윤리위원회의 결정을 서면으로 작성하여 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 통지한다.

[본조신설 2016·11·1]

제18조(제재조치 건의) 연구윤리위원회는 이 내규 위반행위에 대하여 제19조에 따른 제재조치를 편집위원회에 건의할 수 있다.

[본조신설 2016·11·1]

제19조(제재조치 부과) 편집위원회는 이 내규 위반행위에 대하여 다음 각 호의 제재조치를 부과할 수 있다.

1. 경고
2. 논문 목록 삭제
3. 이미 지급된 원고료의 환수
4. 위반의 정도에 따라 3년 이상 5년 이하의 기간 동안 헌법논총 투고 금지
5. 헌법재판소 홈페이지에 위반사항 공지
6. 한국연구재단 등에 위반사항 통보
7. 기타 윤리 내규의 준수를 위해서 필요한 사항으로서 연구윤리위원회가 정하는 제재조치

[본조신설 2016·11·1]

제20조(제보자와 피조사자의 권리 보호와 비밀 준수) ① 연구윤리위원회 위원 등은 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 노출시켜서는 아니 된다.

② 연구윤리위원회 위원 등은 위반행위 여부에 대한 최종적 조치가 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.

[본조신설 2016·11·1]

제21조(수당 등 지급) 연구윤리위원회 위원에게는 예산의 범위 안에서 수당을 지급할 수 있다.

[본조신설 2016·11·1]

부칙

이 내규는 2011년 7월 1일부터 시행한다.

부칙<2016·11·1>

이 내규는 2016년 11월 1일부터 시행한다.

부칙<2024·2·14>

이 내규는 2024년 2월 14일부터 시행한다.

논문제목:

논문연구윤리 준수 확인서

본인은 헌법논총 윤리 내규를 준수하여 논문을 작성하였으며
특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 제출한 논문은 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해하지 않았음
2. 저자는 제출한 논문의 작성에 실제적이고 지적인 공헌을 하였으며, 제출한 논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 제출한 논문은 타인의 명예 등 권리를 침해하지 않았음
4. 제출한 논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복게재를 위하여 제출하지 않았고, 제출할 계획이 없음

년 월 일

논문 제출자: (인)

헌법재판소 사무처장 귀하

版 權
所 有

헌법논총 (제35집)

2024년 12월 17일 인쇄

2024년 12월 23일 발행

발행처 : 헌법재판소

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (대) 708-3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(비매품)

