

건을 가질 수 있도록 해주어야 하며 이는 독일의 행형법 제3조 '일반인과 유사하게'라는 법문의 내용을 고려해야 할 것이다.

기결수용시의 40~80명이 함께 생활한다는 것(12번) 또한 독거수용원칙에서 위배되는 내용이다. 남성의 경우 4~12명 정도의 혼거수용이 이뤄지는 반면 여성을 수용할 수 있는 기관의 협소와 부족으로 이러한 기결 수용시 수용의 과밀화는 많은 문제를 야기할 수 있다. 여성수용기관의 확대와 전면적 교정시설의 보완이 시급하다.

따라서 생리, 출산, 산후조리, 육아관리에 있어서 좀 더 여성의 인권을 고려한 처우가 제도적으로는 물론 교도소내의 처우에 있어서도 반드시 고려해야 하는 사항이다. 분류처우와 기결수용에 있어서도 남성중심적인 수용행태를 근절하고 동등한 위치에서 특수성이 고려된 처우를 하는 것이 중요하다. 이는 전문적인 교도관 육성과도 관계가 깊다는 것을 앞의 글에서 밝힌 바 있다.

본문에서 누락된 <위생과 보건>에 있어서도 행형법 제29조의 '소내에서 수형자에게 적당한 치료를 하는 것이 불가능하다고 인정되는 때에는 당해 소장은 소외의 다른 병원에 이송할 수 있다.' 고하여 수형자의 건강보호를 교도소장의 자유재량에 맡기고 있다. 이는 맨 처음 글에서도 신창원씨가 병에 대한 고통을 호소했을 때 교도관이 임의로 약을 지어 주는 행위와 다를 바 없다는 것이다. 의료와 수형자의 육체의 건강을 교도소장의 재량에 맡김으로써 결국 몸뚱어리를 가누는 자체도 소장의 도장에 의해 좌지우지된다는 말이다. 결국 아무리 위급한 환자라고 할 지라도 소장이 그것을 어떻게 판단할 수 있는지, 또한 외부병원으로 이송해야 할지를 어떻게 결정하는지 의문이 아닐 수 없다. 이는 헌법상에 규정된 제32조 '모든 국민은 인간다운 생활을 할' 권리를 가지고 있으며 또한 제34조의 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받아야' 한다는 규정을 정면으로 '무시'하고 있는 것이다. 재소의 진료청구권 보장을 통해 소내의 의료시설과 서비스의 강화가 절실히 요청된다.

범죄수사와 인권문제

목 차

- | | |
|--|--|
| <p>1. 범죄수사상 인권문제</p> <p>(1) 형사 절차법상의 문제점</p> <p>1) 절차법의 중요성</p> <p>2) 수사실행상의 인권문제</p> <p>(2) 구속의 남용</p> <p>1) 임의수사와 인권문제</p> <p>2) 강제수사의 인권문제</p> <p>3) 압수·수색과 기본권 보호</p> <p>4) 형사피의자 기본권보장</p> | <p>2. 수사 및 공판절차에서의 권리침해</p> <p>(1) 부당한 구속에 대한 권리구제수단의 불합리성</p> <p>(2) 공판에서의 권리와 문제점</p> <p>3. 소결 - 제도권 내적 권리보장</p> |
|--|--|

I. 범죄수사상 인권문제 - 들어가면서

우리나라는 인간의 존엄성과 그 가치의 불가침성을 헌법상 명문으로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 생활 영역 저반에 침투하는 국가 공권력의 불법적 행위는 여전히 횡행하고 있으며 그러한 문제는 자의적인 법집행 기관과 그러한 행사를 통해 궁극적으로 인권침해를 당하는 피해자(여기서는 피의자·피고인 모두를 포함한다.)의 양상으로 압축할 수 있다. 좀 더 구체적으로 나중에 인용할 설문에서도 알 수 있겠지만 피의자·피고인의 구제수단이 절차적으로 보장되어 있음에도 불구하고 피의자·피고인 스스로가 그러한 구제절차의 실효성에 강한 불신과 의구심을 가지는 것이 대개의 경우이다. 바로 안타까운 것은 무지로 인해 생겨나는 권리침해를 방어해 내지 못하는 현실이 아니라 자신의 권리구제에 대한 '스스로의 포기(self renunciation)'가 더욱 문제가 된다는 것이다. 그러나 그들의 법의식 저반에는 법의 보호영역에서 자신은 제외되어 있다고 하는 사법불신주의적 사고가 이미 자리잡고 뿌리를 내렸다고 할 수 있다. 이것은 궁극적으로 법을 통해 양심에 따라 심판을 해야 하는 법관 및 법집행자의 왜곡되고 객관적이지 못한 일련의 행위에서 출발하며 또한 법적으로 보장된 피해자의 인권보호수단을 법집행자의 편의주의에 의해 좌지우지하는 파행으로 인해 외화(外化)된 행태라고 볼 수 있는 것이다.

따라서 이 글에서는 형사사법의 운영에 관한 논의는 다음과 같이 이루어져야 했다.

첫째, 절차법의 중요성을 단순히 형사정책적인 영역에서만 평가할 것이 아니라 절차법 운용과 처벌의 신중성을 위한 과정으로서 인식되어야 한다는 것이다.

둘째, 절차법의 중요성은 피의자·피고인의 기본적 인권보장을 위한 도구적 절차로서 자리매김해야 한다는 것이다. 그리고 좀더 구체적으로는 현행 형사절차법상 어떠한 문제점이 상존하고 있으며 그를 위한 개선방향을 논의를 초점으로 맞춰 이 글을 서술할 것이다. 몸말 1장 '범죄 수사상 인권문제'는 단순히 범죄 수사과정에서 드러나는 문제를 정태적으로 분석하는 것이 아닌 앞으로 범죄수사를 통해 침해가 예상될 권리를 예측하고 보호하고자 의도를 중심으로 기술한다.

(1) 형사 절차법상의 문제점

1) 절차법의 중요성

실체법의 구체적 적용방법을 정한 절차법(여기서 절차법이란 형사절차의 기본법을 말하며 일반적으로 형사소송법을 이야기한다. 그러나 소년법, 즉결심판법, 군사법원법등 특별한 형사소송절차, 법원 및 수사기관 조직의 단행법들 또한 실질적으로 형사 절차법의 개념에 포함해야 한다고 본다.)의 중요성을 논의하기 이전에 절차법의 기본적 입법 취지가 무엇인지를 명확하고 파악해야 하며, 역사적인 과정속에서 형사절차법이 어떻게 자리매김되었는가와 그것을

통해 형사절차법에 대한 국민들의 의식들이 어떻게 구성되었는지를 알아보아야 할 것이다.

형사소송법은 흔히 공공복리와 사회질서 유지·기본적 인권보장, 실제적 진실의 발견 및 신속한 재판의 실현에 있다고 그 목적이 있다고 볼 수 있다. 그러나 우리나라의 범모형은 거의 일본의 범모형을 그대로 모방한 것이어서 일제시대부터 형성된 절차법의 집행에 대한 의식 자체는 거의가 처벌적인 것으로 인식하고 있는 것이 대부분이다. 일제시대에는 제도적으로 범죄인의 필벌주의(必罰主義)에 근거한 규문주의(糾問主義)적 검찰사법의 성격이 강했으며, 그 이후의 법 적용 또한 이러한 전통(?)을 이어받아 군사독재 아래서 반민주적 성격을 강고히 하였다고 볼 수 있겠다.¹⁾

따라서 이러한 역사적 현실속에서 독재·군사정권의 권력남용과 법집행자들의 관료주의적 경향은 국민들의 의식에 전반적으로 법 적용에 대한 인권 보장·보호적 기능을 망각하게 하는 효과를 가져오게 되었다. 따라서 국가형벌권이 가지는 실질적인 의미는 현실적인 문제점들에 의해 본래의 자리를 되찾지 못하고 전체주의적이면서도 인권탄압적 양상으로 운영되어 왔고 볼 수 있다.

이러한 양상 속에서 점차적인 민주로의 이양이 가속화되자 국민들도 나름대로의 형사절차법에 대한 새로운 시각과 보장받아될 자리를 모색하게 되었다고 볼 수 있다. 그러나 근 50여년간의 지배적인 형사절차의 범모형은 아직까지 많은 국민들의 의식 속에 '처벌'이라는 극단적인 형태를 연상하게 하는 도구로서 자리남아있다. 이러한 까닭은 계속적인 인권탄압적 양상으로 외형적 위하력(威嚇力 intimidation)을 행사하던 70년~80년대를 거쳐 이제는 그 외형적 위하의 양상 자체가 음성화되고 폐쇄적으로 변화한다는 것에 기인한다고 볼 수 있다. 문제는 이러한 국민의식의 전환이 단순히 제도적 변화나 인사(人事)를 통해 가능한 것이 아니라 형사사법의 집행이 민주적이어야 한다는 요청에 대한 응답일 것이다. 이는 구체적 형태로 무죄추정의 원칙에 의한 피의자보호, 불심검문 및 임의동행시 원칙과 규정의 준수 등등 강제적이고 권위적인 법집행자들의 행태부터 불식되어야 가능하게 이루어 질 수 있는 것이다.

따라서 절차법의 중요성은 형사실체법이 구체화되기 위한 과정으로서가 아니라 형사실체법 속에서 이뤄져야 할 기본적 인권이 절차적(!)으로 보장되어야 한다는 점에서 절차법의 중요성은 대두되는 것이다.

2) 수사의 실행상의 인권문제

위에서 보았다시피 형사소송법 내용과 그 적용이 궁극적으로 사법의 민주성을 평가할 수 있는 잣대라고 해도 과언이 아니다. 이러한 사법의 민주성을 가늠할 수 있는 관건은 무엇보다 헌법상에 명문화된 국민의 기본적 자유와 권리의 보장을 어떻게 실현하는가에 있다.

따라서 형사소송법은 이러한 헌법적 요구에 의한 공공복리와 기본적 인권보장, 실제적 진실의 발견, 신속한 재판의 실현 등이 논해질 수 있는 것이다. 바로 이 속에서 수사의 시작에서부터 피의자의 인권과 기본권의 절차적 보장이 어떻게 문제되고 있으며 또한 어떻게 보장되어야 하는가를 고민해야 할 것이다. 다음은 수사의 실행을 통해 나타나는 인권 침해문제를 구속요건의 문제로 환원하여 고찰해 보기로 한다.

① 구속요건과 기본권 보장

모든 사람은 헌법상에 보장된 무죄추정의 원칙에 의해 명백한 범죄자라고 하더라도 유죄판결이 있기 전까지는 무죄로 추정되며 이러한 원칙 속에서 피의자·피고인의 기본권적 지위는 최대한 보장되어야 한다는 것이다. 이를 통해 형사사법이 민주적으로 운영되고 있는지를 가늠할 수 있게되며 좀 더 나아가 이것은 국민들이 법적 테두리를 신뢰할 수 있는 전형적인 토대가 될 수 있는지의 여부를 결정한다고 생각한다. 이러한 문제를 우선 검토하기 위해서는 절차상의 개별적인 문제를 살펴보아야 할 것이다.

먼저 형소법은 아래와 같은 규정을 통해 강제처분²⁾ 제한을 규정하고 있다.

헌 12③, 16	신체의 자유	체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적절한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범일 경우와 장기 3년이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
형 소 70 / 201	구속의 사유	· 피고인을 구속할 수 있는 요건 1) 피고인이 일정한 주거가 없는데, 2) 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는데, 3) 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는데
형 소 85	구속영장 집행의 절차	· 구속영장을 집행할 때는 피고인에게 반드시 이를 제시하여야 하며, 신속히 지정된 법원, 기타 장소에 인치하여야 한다.
형 소 87	구속의 통지	· 피고인을 구속할 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 제 30조2항에 규정한 자 중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시, 장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다.
형 소 202	사법경찰관의 구속기한	· 사법경찰관이 피의자를 구속할 때에는 10일 이내에 피의자를 검찰에게 인치하지 않으면 석방하여야 한다.
형 소 203	검사의 구속기일	· 검사가 피의자를 구속한 때, 또는 사법경찰관으로부터 피의자를 검찰에게 인치하지 않으면 석방하여야 한다.
형 소 205	구속기한의 연장	· 지방법원 판사는 검사의 신청에 의하여 심사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기한의 연장을 일차에 한하여 허가할 수 있다.

형 소 106	압수	· 법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.
형 소 118	영장의 제시	· 압수, 수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.
형 소 121	영장집행과 당사자 참여	· 검사, 피고인 또는 변호인은 압수, 수색영장의 집행에 참여할 수 있다.
형 소 122	영장집행과 참여권자의 통지	· 압수, 수색영장을 집행할 때는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 조항에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시할 때, 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.
형 소 125	야간집행의 제한	· 일출후, 일몰후에는 압수, 수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기제가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차내에 들어가지 못한다.
경찰관 직무집행법3	불심검문	· 불심검문 및 임의동행에 대하여 당사자는 동행요구를 거절할 권리가 있고, 동행후에도 경찰관서를 언제든지 퇴거할 수 있다. 동행을 한 경우 당사자를 6시간을 초과하여 경찰 관서에 머무르게 할 수 없다. · 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며 그의 사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.

위 표에서 본 요건에 따른다면 구속수사는 상당히 까다롭게 되어있다는 것을 알 수 있다. 그러나 사실상 구속수사는 검사의 청구에 의하며 보통 법원은 구속영장을 발부하게 되는데 구속사유 등의 세부적인 사항을 검토해보지 않고 발부한 구속영장을 남발함으로써 위법하거나 부당하게 구속된 경우가 발생하게 된다. 구속사유를 검토함에 있어서 **재범의 위험성과 주거부정**이라는 두 가지 사항에 대해서도 여러 문제가 생길 수 있음에도 불구하고 천편일률적인 편의주의적 사고방식이 낳는 폐해는 너무나 크다. 이는 당사자 뿐만 아니라 그 주변에 있는 가족, 친지, 주변인 모두에게 주는 피해는 전혀 감안하지 않는다는 이야기라고 볼 수 있다.

그러면 구속요건을 먼저 검토할 필요가 있다. 강제처분원칙에 의해 구속의 사유로 첫째로 죄를 범하였다고 하더라도 의심할 상당한 이유가 있고 둘째일정한 주거가 없거나 증거를 인멸하거나 도망할 위험이 있는 경우에는 구속사유로 본다고 한다. 물론 피의자의 구속은 원칙적으로 판사의 발부에 의한 영장에 의해서 하며 예외적으로 현행범체포 및 긴급구속후 48시간 내에 영장을 발부하는 경우가 있다.(형소법 제200의 4조)

구속사유 여러 요건중 문제가 될 수 있는 것이 첫째로 재범의 위험성을 들 수 있다. 도망이나 증거인멸의 이유의 에도 재범의 위험성을 구속사유로 추가해야 할 것가에 대해서도 생각해 볼 필요가 있다. 기능적인 형사사범을 피의자에 의해 침해될 다른 중대한 범죄를 예방하고, 위험으로부터 일반인을 보호하는 하기 위해서 재범의 위험성도 구속사유로 본는 견해가 있다. 재범의 위험성을 구속사유로하는 국가는 독일과 오스트리아가 있고, 특히 프랑스는 중죄에 대해서는 구속사유를 요구하지 않기 때문에 경죄에 대해서만 재범의 구속사유를 인정하고 있다. 그러나 재범의 위험성을 근거로 구속이 원래의 구속의 성질을 부정할 수 없다지만 재범의 위험성이 현저하다고 판단되는 협소한 범위내에서 특히나 현저한 중범죄에 해당하는 것에만 제한적으로 인정 가능하다고 본다.³⁾

둘째로 주거부정을 들 수 있는데 형사소송법상의 구속사유는 '피의자 또는 피고인이 일정한 주거가 없는 때'(형소법 제70조1항)의 구속사유를 들고 있다. 사실상 주거부정은 도망의 염려를 판단하는 하나의 자료에 불과하다고 생각한다. 따라서 도망의 사유와 중복된다고 볼 수 있으며 현실적으로 도망과 주거부정의 경우가 항상 일치하는 공식이 아니라는 점을 들 수 있다.⁴⁾ 도망의 위험이 있어서 주거가 분명하지 않아도 도망의 위험이 없는 경우가 있는가하면, 반대로 주거가 일정한 경우에도 도망의 위험이 있을 수 있으므로 독립된 구속사유로 볼 수 없다. 따라서 구속사유는 최대한 피의자의 기본권을 침해하지 범위내에서 최소한도의 제한을 요구해야 하며 이러한 구속요건 자체가 가지는 기본권 침해는 최대한 억제해야 한다. 그러므로 구속요건은 피의자 기본권의 필요최소한도의 제한과 동시에 그에 대한 방어권이 인정되어야 함은 물론이다.

(2) 구속의 남용

1) 임의수사와 인권문제

임의수사(任意搜查)라 함은 형사소송법에 규정된 강제력을 행사하지 아니하고 당사자의 승낙을 얻어서 행하는 수사방법으로서 형소법 제199조에 법적근거를 두고 있다. 또한 임의수사를 하기위해서 절차법에서 요구하는 원칙과 규정에 의해 합목적적 수사를 행야한다. 형법상에는 고문은 어떠한 경우에도 허용될 수 없으며(헌법 제11조3항,) 피의자에게 진술거부권이 있음을 사전에 고지해야하며(형소법 200조 2항), 임의성없는 증거능력은 배제해야 하고(형소법 제309조), 피의자의 심문조서에 증거능력을 제한하도록(형소법 312조 1,2항)되어있다. 그러나 현행 수사기관의 수사 행태는 과학적 수사는 커녕 수사자체의 성격이 강제수사인지 임의수사인지 여부가 가려지지 않을만큼 수사의 실효성에만 급급한 나머지 절차법상에 보장되어 있는 피의자의 인권보호에는 관심히 상당히 결여되어 있다.

임의수사를 위해서는 그에 적법한 방법과 한계가 있다. 방법상으로 '피의자 또는 참고인의 출석요구, 피의자 심문, 통역, 번역, 공무소 등에 조회, 영장에 의하지 않는 압수등을 직접 규정'하고 있다. 임의수사는 상대방의 동의나 승낙이 전제되어야 하므로 조건에 없으면 아니되고 수사의 필요성을 간과해서는 안되며, 필요성을 달성하기 위해 헌법상 규정된 기본권보호를 실현하는 합리적이고 적절한 방법을 사용해야 한다. 또한 상대방의 동의가 있어도 심리적 자백의 요소가 개입되거나 상대방의 동의를 유도해서는 안된다. 따라서 임의수사는 상대방의 '동의'를 그 전제로 하고 있으나 그것은 어디까지나 수사상의 필요한 부분에 대한 동의이라고 보아야지 수사절차상의 모든 부분에 동의한다고 확대해석할 수 없다. 수사기관이 처분의 필요성이 얼마나 합리적인지를 제기해야 하며, 임의수사의 동의를 통해 피의자에게 주어져야 하는 권리가 동시에 제공되어야 한다.

그러나 임의수사는 그 자체가 비유형적이고 다양한 특징을 가지며 그 합법성의 기준이 애매하다. 따라서 과학수사의 발전에 따른 적법성 여부를 판단해야 함은 두말할 여지가 없는 것이다.⁵⁾ 특히 임의동행(任意同行:수사기관의 범죄용의자나 피의자의 동의를 얻어 수사기관까지 동행하는 것)의 경우, 형사소송법상(119조 1항) 피의자 심문을 위한 보조 수단적 성격을 가지는데 이는 사실상 임의수사의 한 형태이며 불심검문 또한 동일 연장선상에 봐도 별 무리가 없다. 왜냐하면 경찰관 직무집행법 제3조의 경우, 경찰 행정상의 즉시강제처분의 한 수단으로 행해지고 있다는 것이며 이는 경찰관직무집행법 자체가 수사와 불심검문·임의동행을 명확하게 구분하지 않았기 때문이다. 또한 임의동행으로 과정상의 강제력이 동원되었다 하더라도 임의성의 요건은 엄격해야 하고, 6시간이상 경찰관서에 머무르게 할 수 없다는 것을 고지해야 함을 원칙으로 해야한다. 그러나 피의자의 권리를 고지해야할 의무와 임의성을 최

대한 배제해야 함 불구하고 아직도 수사편의주의적인 모습을 아직도 버리지 못하고 있다. 불심검문의 경우도, 경찰관직무집행법에 의해 검문하는 자의 소속, 검문의 목적 등등을 고지해야 할 의무가 있음에도 불구하고 파행적인 검문을 통해 기본적 인권을 침해당하는 것을 사례로서 확인할 수 있다.⁶⁾

2) 강제수사의 인권문제

강제처분의 방법에 의한 수사를 강제수사라고 한다. 우리 헌법은 강제수사에 의한 인권침해를 우려하여 강제수사에 영장주의를 도입하고 있다. (헌법 제12조 제3항, 제16조) 또한 강제수사에 관한 법률의 근거를 형소법으로 단일화하여 법적근거를 명확히 하였다. 그러나 공소의 제기와 수행을 위해서는 범인과 증거의 수집·확보등의 절차를 거쳐야 하므로 부득이 강제력을 사용해야 하는 상황이 있을 수 있으나 상대방의 인권을 침해하기 쉬운 상황에도 쉽게 노출되기 때문에 강제수사는 여러모로 검토될 이유가 있다. 수사에 있어서 임의수사를 기본으로 해야하지만 범죄의 성격이나 특성상 이미 임의수사의 한계를 벗어났다고 한다면 강제수사는 불가피하게 허용해야 하는 경우가 발생하는 것이다. 여기서 먼저 이러한 강제수사에도 먼저 몇 가지 제약이 따른다는 것을 인식해야 할 필요가 있다.

첫째로, 강제수사 범정주의로서 형소법 제198조 제1항 단서에는 '강제처분은 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다.'고 규정하고 있으며 따라서 강제수사 역시 임의수사와 마찬가지로 구체적 실행시기 및 방법은 수사비례의 원칙에 따르지 않으면 안된다. 즉 강제수사는 임의수사로서 그 목적을 달성하지 못할 경우 필요최소한도내에서만 가능한 것이다.

둘째로, 우리나라는 영장주의를 채택하고 있다. 구속기관이 압수·수색·검증 등의 강제처분을 할 때에는 헌법에 규정된 원칙에 따라 법관이 발부한 영장에 의해야 하며, 이러한 영장주의는 기본적으로 개인의 기본권보장 차원에서 강제수사의 사법적 억압을 위해 존재해야만 한다. 영장주의는 형소법 제85조 제1항, 제129조, 제209조, 제218조에서도 규정하여 강제처분에 대한 제한을 가하고 있음을 인식할 때 강제처분의 합리적 명분을 제공해야 할 뿐만 아니라 궁극적으로 강제수사를 통해 예상되는 기본권 침해에 대해서 방어적 기능을 담당해야 한다.

셋째로, 형사절차에 의한 개인의 기본권의 침해는 결국 사건의 과정 및 의미와 그에 예상되는 형벌에 비취볼 때 상당성⁷⁾이 인정되는 때에만 허용되어야 한다. 이를 수사비례성의 원칙이라고 하는데 이 또한 강제처분의 실행과 기간 및 방법을 제한하는 기준이 되며 논거가 되어야 한다. 따라서 이 원칙은 대인적·대물적 강제처분 모두 적용되어야 함은 물론이며 강제수사에 의한 체포나 구속도 상당한 혐의사실이 인정될 때 영장주의에 따라야 한다.

위 요건들 속에서 가장 문제시 될 수 있는 것은 '긴급구속'과 '이중·별건 구속'의 경우이다.⁸⁾ 먼저 긴급구속이라는 것은 피의자가 사형, 무기 또한 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 증거인멸의 염려가 있거나 도망 또는 도망할 염려가 있는 경우로, 긴급을 요하여 판사의 구속영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 때에 행하는 구속을 말한다. (형소법 제206조 제1항) 긴급구속은 현행범인의 체포와 함께 구속에 있어서 영장주의의 예외가 인정되는데 긴급구속을 인정하는 이유는 '영장주의 원칙을 일관함으로써 인한 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하고 사회적 불만을 제거하기 위하여 헌법은 긴급구속에 관하여 사후에 영장을 청구할 수 있다고 규정'하여 긴급구속에 대한 예외근거를 두고 있다. 그러나 검사 또는 사법경찰관이 긴급구속을 한 경우에는 구속을 계속할 필요가 있다고 판단되는 경우에 관할 지방법원 판사가 있는 경우에는 피의자를 포박한 후로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 한다. (형소법 제200의 4조) 그러나 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 경우에는 피의자를 즉시 석방해야 하며 또한 동일범죄사실에 대해서 구속영장이 없으면 다시 구속하지 못한다. 그러나 실상 드러나는 사례를 보면 먼저 48시간이라는 시간 자체가 형사피의자의 기본적 인권을 도외시킬 수 있으며 긴급구속의 남용으로 인해 피해를 입는 경우는 피해 당사자의 정신적·물질적 피해는 물론 주변 가족, 친인척에게도 막대한 영향을 미친다는 것을 상기해야 할 것이다. 따라서 긴급구속은 전제로 달아놓았던 '피의자가 사형, 무기 또한 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'⁹⁾가 있을 때에만 가능한 것이며 이 경우에도 혐의에 불과하지 그 피의자가 형을 선고받은 것이 아니므로 긴급구속의 과정에서도 최대한 무죄추정의 원칙에 의거하여 피의자의 권리는 보장되어야 한다.

두 번째로 문제되는 것이 이중구속의 경우인데 이는 이미 구속영장에 의해 구속되어 있는 피의자·피고인에 대해 다시 다른 죄명으로 구속영장을 집행하는 것을 말한다. 그러나 이중구속의 여러 학설에 의해 그 효력의 인정여부가 나뉘는데, 구속을 단순히 실무입장에서 수사 및 신병확보의 편리성만을 따지다면 결국 이중구속은 인권탄압적 양상을 드러낼 수밖에 없으며 결국 피의자는 방어권 행사에 있어서 뿐만 아니라 구속에 대한 법적 규제를 일탈하여 남용될 소지가 많으므로 구속이 입건의 요건이 아닌 이상 이중구속을 일반적으로 인정할 필요가 없다. 또한 피의자의 구속영장의 집행에 관한 법적 근거(헌법 81조제3항, 형소법209조)에 의하여 구속영장을 집행하면 족하므로 이중구속은 허용되어서는 아니된다.

마지막으로 별건구속의 경우이다. 별건구속이란 수사기관이 본래의 수사를 하고자하는 중대한 범죄(본건, 여죄¹⁰⁾·피의사건이 아직 구속사건이 구비되지 않았기 때문에 본건수사에 이용할 목적으로 우선 구속요건이 구비된 다른 사건(別件)으로 구속하는 것을 말한다. 별건수사는 아직도 검찰 및 수사기관에서 본건의 무혐의로 인해 석방될 피의자를 본건과 상관없이 별건을 통해 다시 구속하거나 석방되지 못하게 하여 본건의 내용을 다시 수사하는 것인데 아무런 법적 근거도 가지고 있지 못하며, 본건구속의 효력이 없는 이상 영장주의 원칙에 반한다. 또한 본건구속의 구속기간의 제한에도 그 범위를 벗어나게 되며, 구속의 사유가 없는 경우에는 자백강요, 수사의 선언(宣言) 등을 위해서 구속을 인정하는 것이므로 기본적인 인권에 및 헌법에 정면으로 위배된다고 할 수 있다. 따라서 별건수사에 관해서는 확실히 위법 및 적법을 판단하기 보다는 별건에 대한 구속의 이유 필요성 유무, 별건과 본건의 죄질을 비교, 본건과 상호관련, 본건에 관한 수사의 상황 및 그 후의 구속의 이유 내지 필요성 등을 감안하여 실질적으로 판단해야 한다¹¹⁾고 하나 별건수사의 주된 목적이 본건에 대한 자백을 얻기위한 것이라면 수사과정상의 피의자측의 변호권과 방어권을 침탈할 위험이 있어 본질적으로 위법하다고 생각한다.

이 때까지의 별건수사는 국가보안법 및 중죄를 혐의가 있는 범인을 구속하기 위한 수단으로 악용된 것이 사실이다. 따라서 별건구속의 관행은 사라져야만 하고 어떠한 구속의 방식도 적법절차에 따라 피의자의 기본권 권리를 최대한 존중하고 그 범위 내에서 제한은 필요최소한도에 그쳐야 한다. 또한 이중·별건 수사에서 얻어진 증거능력은 부인되어야 한다.¹²⁾ 이처럼 구속은 개인의 기본적 권리의 보장 전제하에서 이뤄져야 하며 예상되는 침해에 대해서 방어할 수 있는 방어권을 인정함으로써 피의자 뿐만 아니라 또다른 범죄에 의해 침해받을 수 있는 경우의 수를 억제해야 한다.

3) 압수·수색과 기본권보호

구속의 남용과 관련하여 주로 제기되는 것 중에 하나가 바로 압수·수색의 남발이다. 형소법 215조 제1항은 '검사는 판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색·검증을 할 수 있다.'고 하며 215조 제2항은 '사법경찰관이 검사에게 신청하여 법관의 영장으로 압수·수색·검증을 할 수 있다. 여기까지만 보더라도 압수·수색·검증의 요건은 '범죄수사에 필요한 때'라고 막연히 명문화되어 있어서 실질적으로 상당한 합리성이 결여되어 있다. 이를 통해 소위 표적수사가 가능한 것이며 또한 수사기관이 의도했던 혐의사실에 대해 증거를 찾지 못할 경우 압수·수색에서 나온 반정 부유인물이나 사회과학서적 등을 근거로 국가보안법을 적용하는 등 악용되어 왔다. 또한 형소법 116조는 '타인의 비밀을 보장하여야 하며 처분받은 자의 명예를 침해하지 않아야 한다.'고 하는데 실질적으로 압수·수색은 피의자 뿐 만아니라 가족들의 인권을 무시하고 정신적인 충격까지 줌으로써 명예를 훼손하기도 한다. 그러나 수색영장을 발부받으려면 증거가 발견될 가능성이 있어야 발부가 가능하다고 하는데 이는 수사기관의 주관적 필요성만을 고려할 때 행정평의주의적인 발상에서 비롯되는 것이라고 생각할 수 밖에 없다. 압수·수색은 적어도 피의자 당사자와 그 주변 인물(예를 들면 배우자나 가족)의 환경등을 적절하게 고려해야 하며 또한 필요한 정도·범위내에서만 이루어져야만 하고 압수·수색상에 필요한 물건은 범죄수상에 필요한 것인지의 여부를 정확히 파악해야하며 형소법216조 제1항(수사기관이...근급구속, 현행범을 체포하는 경우.....영장없이 타인의 주거에서 피의자를 발견하기 위하여 수색할 수 있고...체포장소에서 압수·수색·검증을 할 수 있다.)의 경우를 제외한 경우에는 타인의 권리가 침해당하지 않도록 명시적인 규정이 필요하다.

4) 형사피의자의 기본권보장

① 체포제도

구속된 피의자는 제일 먼저 신체의 자유가 제한된다. 인간에게 있어서 구속이라는 자체는 분명 고통임이 분명하다. 또한 구속된 피의자 뿐만아니라 피의자의 가족까지도 정신적 충격과 사회·경제적인 물질적 손해를 입는 것은 너무나 당연하다.¹³⁾ 체포의 경우에 있어서도 가장 큰 문제점은 **구급이전의 피의자의 신체를 보전하기 위한 신병처분으로서 체포 내지 체포영장을 도입할 것인가의 문제**가 있는 것이다. 수사 초기에 피의자를 간편하게 인치할 수 있는 제도로서 체포영장의 필요성을 들고 있는데 현행 구속제도는 구속사유가 엄격하기 때문에 피의자를 조사한 후가 아니면 구속사유에 해당할는가를 판단할 수 없다. 따라서 강제처분의 성격을 떨 수 밖에 없으며 결국 피의자는 '막강한 권력을 가진 권위주의적이며 고압적인 수사기관의 수중에 사로잡힌 힘없는 포로와 같은 존재가 되어 누구의 조력도 받지 못하는 단절된 상태'에 놓이게 된다. 따라서 구속피의자는 자신에게 유리한 증거를 수집하고 방어권을 행사하는데 극심한 곤란과 불편을 느낄 수 밖에 없으며 고립무원의 상태에 놓이게 된다. 조사작성시 변호인의 참여는 법률상 가능하다고 하지만 실제로 조사작성시 변호인의 참여가 이루어지는 경우는 거의없다. 또한 고문이나 기타 강압수사의 공포 역시 완전히 종식되지 못한 이유로 고압적인 수사관의 태도 앞에 자연히 위축될 수밖에 없으며 긴급구속의 경우에는 48시간 동안 영장없이 구급되는데 이는 피의자에게 대단히 불리한 상황을 조장한다. 따라서 이틀밤 정도의 철야조사는 결국 피의자의 기본적 인권을 침해하는 양상을 띠게 된다. 또한 문제는 여기에서 그치지 않고 마스크의 경우에도 철야조사를 통해 사건의 전말 밝혀냈다는 보도와 검찰 또한 이러한 점에서 굉장히 자랑스러워하고 우쭐하는 모습을 보면서 문제의 심각성을 절실히 느끼게 되었다. 이번 아들의 손가락 절단하여 보험금을 노린 사건으로 구속기소된 '아버지'의 경우 또한 연일보도되는 보도내용은 철야조사를 통해 혐의사실을 얻어냈다는 얘기를 공공연하게 아무런 문제의식없이 보도하며 그러한 문제를 여과없이 받아들이는 국민들도 그것이 당연한 사실인양 착각하고 있는 사태까지 조장하고 있는 것이다.

이것은 철야조사의 관행을 금지하는 규정을 명문화해야 하는 필요성이 제기되며 국내적 인권보장의 문제가 여러 인권규정(인권법제정 및 국민인권위원회의 설립)을 제정하려는 의도와 같이 나아가야 한다고 생각한다.¹⁴⁾

체포¹⁵⁾와 구급의 각 단계에서 신체구속의 이유를 다시 심사하여 무용한 구속을 방지하고 구속으로 인하여 피의자에게 미치는 사회적·심리적 피해를 제거하기 위하여 체포제도를 도입·운용해야하며 12조 3항에 의거하여 헌법상에 보장된 기본권을 보장하고 실현하는 수단으로서 이뤄져야 한다. 따라서 체포제도는 단기간의 체포에 의해 구속의 낙인효과가 감소할 수 있고 관계자, 즉 가족이나 피의자의 주변인에게 발생할 수 있는 위험을 최소화하여 정신적 부담에서 벗어나게 해야하며 곳의 이유가 더 이상 존속하지 않을 때는 즉시 석방하게 하여 구속의 신중성의 요구를 충족할 수 있도록 해야한다.

구미 선진국에서는 57년에 제정한 '유엔 피구급자 처우에 관한 최저기준규칙' 및 73년에 제정한 '피구급자 처우에 관한 유럽최저 기준 규칙'을 재소자 처우의 기준으로 적용하고 있으며 또한 영장실질 검사제와 기소전 보석제 등으로 피의자의 구금을 최대한 억제하고 있다. 미국의 경우는 체포된 피의자는 지체없이 부판사에게 인치되어 보석여부가 결정되며, 독일에서도 체포된 피의자는 즉시 판사에게 인치되어 영장발부 여부가 결정된다. 프랑스에서는 소환·구인된 피의자에게 신문후 구속영장을 발부하고, 도주중 영장에 의해서 체포된 경우에도 피의자를 신문, 석방여부를 결정한다. 일본에서는 체포장을 서면으로 심사하되, 72시간내에 기소하거나 피의자를 신문, 석방여부를 결정토록하고 있다.

② 연행과 체포의 구분

참고로 다음에서는 단기연행과 체포를 확연히 구분함으로써 연행의 요건을 엄격하게 해야하며, 불심검문 및 임의동행으로 발생하는 피해와 인권침해의 문제를 최대한 억제해야 할 것이다.

우리나라에서는 연행이라는 말이 적법한 절차인양 오도되어 사용되고 있는 것이 현실이다. 연행이 현행법의 체포

나 긴급구속의 경우에만 해당된다고 기준을 상정한다면 경찰관 직무집행법 제3조는 '경찰관은 수상한 거동 기타 주의의 상정을 합리적으로 판단하여.....의심할 상당할 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 실정을 안다고 인정하는 자를 정지시켜 질문할 수 있고.....경찰관서에 동행을 요구할 수 있고.....홍기의 소지여부를 조사할 수 있다'고 한다. 수사목적연행의 법적근거를 굳이 찾거나 아니면 연행을 합법으로 위장하려할 때 동법의 규정을 원용하는 경향이 있는데 이 규정은 사실상 상대방의 동의가 없으면 일반적으로 무효한 수단에 불과함은 법규정상 명백하다. 일본에서는 우리나라와 같은 수사목적연행은 없으며 실무상 임의동도(任意同道)라는 것이 있다. 그러나 임의동도는 강제성이 없고 피의자가 자진하여 응하는 경우에는 적법한 것으로 볼 수 있다. 미국은 모범체포법(模範逮捕法) 제2조에 의해 detention에 관하여 '사법경찰관은 범행 중이거나 범행을 완료하였거나 또는 범행을 착수하려고 할 합리적인 근거가 있는 자에 대하여 옥외에서 정지시킬 수 있고, 그의 성명, 주소, 직업과 행선지에 대하여 질문할 수 있다'고 규정하며 그러나 '본조의 연행의 기간은 2시간을 초과할 수 없다'고 규정하고 있다. 그러나 미국에서는 피의자의 단순한 혐의만으로 피의자를 체포하기 어렵게 되어있는데 이는 미국의 기본판례인 Tery판결에서 잘 보여진다.

"수사상 질문을 하기 위하여 짧은 기간동안 연행하는 것은 체포가 아니다. 그와 같은 상당한 이유로 적법화 할 필요는 없고 범죄행위가 목전에 있고 연행될 자가 위법한 행위에 다소간 관련되어 있다는 명백한 사실과 상황에 기초한 합리적 의심에 의하여 적법화되어야 한다고" 그 요건을 기술하고 있다. 따라서 미국의 체포와 연행의 차이점을 다음과 같이 명료하게 요약하면

죄를 범하였다고 믿을만한 상당한 이유	죄를 범하였다고 의심할 만한 합리적 이유
혐의자는 검거되어 구속	검문장소 또는 그 인근에 연행
구금하여 형사절차 진행	범죄에 관련된 사실에 대한 심문
기간없음, 법원 또는 경찰에 의해 석방될 때까지	합리적으로 인정되는 짧은 기간

이처럼 연행과 체포의 명료한 차이가 우리나라의 경우에는 불분명하며 국민의 법인식 속에서도 그 두가지는 분리되지는 않는다. 따라서 영장에 의한 체포의 요건은 죄를 범하였다고 의심할 상당한 이유에만 국한되어야 하고 연행은 현행범의 체포나 긴급구속을 위한 절차로 합리적으로 판단되는 한도내에서 인정되어야 할 것이다.

2. 수사 및 공판절차에서의 권리침해

먼저, 수사절차를 통해 피의자가 가지는 권리로서 피의자는 수사기관에 대해 그 진술을 거부할 권리를 가진다(제220조 2항). 또한 누구든지 체포또는 구속을 당한 대에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가지며(헌법제12조4항, 형소법30조1항), 구속된 피고인이 친족, 친지등 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 압수하며 의사의 진료를 받을 수 있는 권리를 가진다. 그러나 비변호인과의 접견교통권과 변호인과의 접견교통권은 구금장소의 안전과 증거인멸방지의 위험을 위하여 제한될 수 있으나 변호인의 접견교통권은 헌법상에 보장된 변호인의 고유한 고유권이다.(112조 4항) 여기에서 제기되는 문제로는 변호사 선임에 관한 문제와 국선변호사 선임에 관한 문제를 다룰 수가 있겠다.

첫째, 미국의 경우에는 변호사없이 재판할 수 없도록 변호사 강제주의를 채택하고 있으나 우리나라는 그러하지 못하다. 변호사가 소송을 대리하게 되면 소송절차에서 나타나는 번잡한 형식을 줄일 수 있으며 실질적인 구두변론이 가능해진다.¹⁶⁾ 그러나 변호사 강제주의가 채택되기 위해서는 먼저 변호사의 수가 우리나라의 경우에는 확충되어야 하며 상대적으로 수입가가 그만큼 저렴하게 되지 않으면 안된다. 따라서 이러한 논의는 결국 사법구조의 실질적인 모색을 통해서만 가능할 수 있으나 구조 및 제도의 공백이나 문제로 보충되지 못하는 문제는 반드시 기본적인권보장을 위한 당위성의 인식을 통해 절대적으로 이뤄져야 하는 과제이다.

둘째, 우리 헌법과 형사소송법은 스스로 변호인을 구할 수 없는 경우에는 형사 피고인에게 국선변호사를 붙여주는에 구속적부심사의 경우 피의자에게도 국선 변호인이 붙는다. 피고인이 경제적 빈곤을 이유로 청구하여 국선변호사

선임되는 경우는 1년에 약 40건정도 불과하며 이는 사실상 사선변호사의 수입료의 액수가 보통 일반 서민에게는 감당하기 어려울 정도로, 국선 변호인을 선정한다고 해도 그 요건이 까다로워 현재의 상황에서 변호사의 도움을 받는다는 것은 어려운 일이 아닐 수 없다. 이러한 통계는 우리나라 1심 형사공판에서 피고인 10명 중 2명이 사선변호인을 선임한다는 것을 보면 쉽게 이해할 수 있을 것이라고 생각한다. 또한 국선변호사는 이처럼 양적으로 부족하며 조력의 내용 또한 형식적이기 때문에 실질적인 피의자 보호수단으로서 큰 실익이 없으며 국선변호사의 독립적이지 못한 변호도 적극적으로 검토되어야 할 것이다. 경찰이나 검찰의 수사단계에서 인권침해의 가능성 충분히 예측될 수 있으며 이에 변호사 강제주의의 점진적 도입과 기소전 국선변호사 제도¹⁷⁾를 적극적으로 도입해야 한다. 이는 대한변호사협회의 당직변호사 제도에 의해서 그 공백이 많이 메워질 수 있었다는 것은 상당히 고무적이다.

다음으로, 수사기관은 범죄수사상의 다음과 같은 의무가 있다. 신문(訊問)시에 정상에 관한 사항과 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 하며(제242조, 경찰관직무규칙 제17조), 피의자의 진술은 조서에 의해서 해야하며 이 조서는 피의자가 열람하거나 읽어주어 개방하도록 해야하며 조서 자체의 오기나 증감·변경을 요구하였을 때는 또한 그 요구에 응해야 한다. 그후에 조서의 오기가 없음이 확인되면 간인(間印)한 후 서명날인하게 한다. 그러나 현실적인 문제를 되짚어 보았을 때는 이러한 규정과 절차는 모두 사문화된 실정이다. 일반적으로 수사기관이 조서를 작성한 다음 피의자에게 서명날인 또는 무인(無印)을 하게되면 대부분의 피의자는 수사기관이 시키는 대로 다를 수밖에 없다. 또한 신문시에 정상에 관한 사항과 유리한 진술을 할 수 있다는 사실을 고지하지 않고 조서 작성시에도 일방적인 작성과 더불어 가인하게 한 것은 명백하게 위법한 수사를 통한 수사기관의 위법행위임으로 결국 피의자의 조서와 진술은 증거능력이 배제되어야 한다. 따라서 수사기관이 제공해야 할 의무를 제대로 수행하지 않는다는 것은 결국 위법행위를 통한 수사가 되는 것이 명백하며 그속에서 얻어진 일련의 자백과 수집된 증거는 적법절차에 의한 것이 아니므로 증거능력이 배제될 수밖에 없다는 결론에 도달하게 된다.

여기에서 우리는 결국 수사절차에서 침해가 예상되는 기본적 인권을 수사기관의 불법과 위법으로부터 방어하기 위해서는 수사절차에서 있어서 수사기관의 의무 이행을 먼저 요구함으로써 실현될 수 있다. 물론 제도적 문제점이 현존하고 있는 상황에서 실효성을 거론한다는 것은 아무 의미가 없는 것이다. 실제적인 권리의 보장을 위해서 무엇보다 절차법상에 보장된 항목화된 권리보다 헌법상에 명시된 개별적인 권리를 통한 권리실현의 과제로서 이해되어야 하고 수사에 있어서도 기관이 집행하는 제도적 도구들의 실질적인 운용을 요구하지 않으면 안된다.

(1) 부당한 구속에 대한 권리구제수단의 불합리성

① 구속적부심사제(拘束適否審査制)

우리나라는 부당한 구속에 대해서 그 피의자 또는 변호인, 그와 일정한 관계있는 사람이 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.(형소법 제 조) 그러나 우리나라는 구속영장율이 높은 것에 비해 구속적부심을 인용하는 비율은 전체의 50%도 채 되지 않는다고 한다. 따라서 영장기각률이 낮은 것은 영장청구가 신중하게 검토되어서 그런 것이 아니라 할 수 있음은 통계로도 잘 설명된다. 법률을 자의적으로 적용하여 구속한 경우, 도주나 증거인멸의 우려가 없는 경우, 노동쟁의기간 중에 구속된 경우, 임의동행형식을 빌린 강제연행 후의 구속과 그 밖의 위법한 형태로 이뤄진 수사를 통해 구속된 경우는 모두 석방의 사유가 되어야 한다. 그러나 이 제도는 실질적으로 위법한 공권력 행사에 대하여 피의자의 석방을 명하는 경우는 드물며 또한 심사청구를 기각하는 결정에 대해서는 항고할 수 없으므로 구체적 보호·구제수단으로서 가치가 없다. 또한 법원이 구속적부심사를 위해 수사관계 서류와 증거물을 접수한 날로부터 결정을 한 날까지는 구속기간에 산입하지 않게 함으로써 부당한 구속에 대한 실질적 구제수단으로서의 의미가 반감되고 있는 것이 사실이다.¹⁸⁾ 결국 구속적부심의 실효성은 현재 판사의 영장심사가 서류상으로 형식적으로 이뤄지고 있는 것을 보완함으로써 가능한 것이라고 하겠다.

② 보석제도(保釋制度)

보석은 보증금의 납부를 조건으로 구속의 집행을 정지함으로써 구속된 피고인을 석방하는 제도이다. 석방을 인정하는 이유는 일정한 보증을 조건으로 피고인을 석방시키면서도 구속한 것과 같은 효과를 거두면서 피고인에게는 방

어권을 보장하고 국가는 미결구금의 유지에 필요한 비용을 절감하고 형사정책상 잠거구금의 폐해를 방지하자는 데 그 목적이 있다.(형소법 제 조) 형소법에는 필요적 보석(권리보석)을 원칙적으로하여 피고인에게 보석권을 보장하고 있으며 필요적 보석의 제외사유로서 '피고인이 죄증을 인멸하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때'라고 지극히 주관적인 요건을 설정하여 판사의 재량을 통한 직권보장(재량보석)에 의하여 이를 보완하고 있도록 규정하고 있다.

우리나라에서의 보석제도는 먼저 판사에 의한 재량보석의 경우, 위와 같이 '피고인이 죄증을 인멸하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때'라고하여 법관개인의 지극히 개인적이고 주관적인 판단에 의해 보석에 법관의 재량이 과도하게 개입된다는 것이다. 이는 결국 보석에 있어서 판사들은 보석을 허가함에 있어 시혜적(施惠的)인 것으로 착가하여 보석을 기피하는 경향에서 잘 보여지며 또한 보석의 혜택을 받을 수 있는 영역이 부당하게 제한되어 실제로 보석의 요건을 갖춘 피고인마저도 보석을 청구할 수 있는 권리를 침해당하는 것이다.¹⁹⁾ 보석을 허가함에 있어서도 검사의 의견을 묻도록 하고, 보석을 허가하는 결정에 대해서는 검사의 즉시항고에 의한 보석의 집행정지를 인정함으로써(형소법 제 조)부당한 구속으로부터 피고인을 보호하기 위한 보석제도 또한 본래의 취지를 상실한 지 오래이다.

따라서 보석의 활용을 위한 가장시급한 방안은 보석을 원칙적인 것이라고 생각하도록 의식을 전환시키는 것이 급선무의 과제이다.²⁰⁾

ㄱ. 보석절차의 문제점²¹⁾

보석허가결정을 함에 있어서 반드시 보증금을 정해야 하는데(형소법 제98조제1항)보증금은 피고인의 출석을 강제할 수 있는 금액이면서도 피고인이 납입할 수 있는 금액이 되어야 함은 물론이다. 그러나 피고인이 납입할 수 있는 금액으로 그 출석을 보증하는 것은 결코 쉬운 일은 아니기 때문에 보증금을 납입할 수 있는 능력이 안되는 자에 대한 보석권 보장에 대한 법적장치가 필요하다. 미국의 경우에는 보석제도의 활용에 중요한 기능을 다하는 직업보증제도(bonds-man)라는 것이 있는데, 보증을 이용하는 경우의 문제는 보증금이 피고인의 출석을 확보하는 기능을 가질 수 없게 된다는 비판을 면할 수 없다. 동일한 맥락에서 우리나라의 경우 보석보증보험증권에 의한 보석이 있으며 이는 미국의 직업보증제도와 유사한 형태를 가진다. 형소법에는 보증금 납부에 있어 법원이 유가증권 또는 피고인 이외의 자가 제출한 보증서에 의하여 보증금에 갈음하는 것을 허가할 수 있게 하고 있다.

문제는 보증금 없는 보석을 인정하여 보석과 보증금의 관계를 단절시킬 필요가 있는가에 있다. 그러나 가진 자들의 특권이라고 인식하는 비난에서 적어도 보석의 공정성과 적용범위의 공평성을 가지기 위해서는 무엇보다 '보증금 없는 보석제도'가 도입될 필요가 있으며 이는 보석제도의 본질적 결함을 충족시며 줄 수 있다고 생각한다.

ㄴ. 피의자에 대한 보석제도

우리나라는 피고인에 대해서만 보석을 인정하고 있으므로 피의자에 대한 보석은 허용되지 아니한다. 피의자에게는 구속기간이 제한되어 있을 뿐만 아니라 구속적부심사가 인정되어 있으므로 별도로 보석을 인정할 필요가 없다는 것을 이유로 한다. 그러나 보석과 구속적부심사가 보석권의 확대라는 관점에서 보면 피고인 뿐만 아니라 피의자에게도 보석을 인정해야 한다고 볼 수 있다. 따라서 구속적부심사는 구속의 불법부당여부를 심사하는 것임에 반하여 보석은 적법한 구속을 전제로 보증금을 담보로 석방하는 제도이므로 양자는 그 성질을 달리한다고 보아야 하며, 피의자에 대해서도 구속의 보충성이 인정하여야 하는 이상 석방하면서도 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 보석을 허가하여야 하고, 대부분의 입법례가 피의자에 대해서도 보석을 인정하고 있다는 점에서 보석의 적용점위를 피의자에게도 확대하는 것이 타당하다고 사료되며 그러한 적용범위의 확대가 피의자의 권리보호에 많은 영향을 줄 것이라고 생각한다.

(2) 공판에서의 권리와 문제점

형소법 제 6장에서는 공판에 필요한 서류와 그 서류를 작성하는 것에 대한 내용을 규정하고 있다. 공소에 관한 서

류는 공판의 개정전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못하며(제47조), 조서 작성후에는 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여(제55조 제1항) 기재내용의 정확여부를 물어야 한다.(제48조 제3항) 진술자가 증감변경을 청구한 때에는 그 진술을 기재해야 하며(제48조 제4항), 심문에 참여한 피고인과 변호인 등은 기재내용의 변경을 청구하고 이의를 진술할 권리가 있다(제48조 제5항). 또한 공판에서의 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류와 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 인정되므로(제318조), 변호인이 없는 때에 피고인의 공판조서 열람또는 낭독청구에 응하지 않은 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다. 그러나 우리나라의 경우 아직까지 '신속한 재판'이라는 이유로 위의 절차가 지켜지는 예는 거의 없고 일방적인 재판이 이뤄지는 예는 허다하다. 또한 이번 동아대학교 간첩단 사건에서도 구속기간을 연장함으로써 공판기일이 늦춰져서 권리주장을 하는 피의자를 보복하는 경우도 발생한다.²²⁾

ㄱ. 공소제기후 공판이 시작되면 피의자에게 일정한 권리를 주장할 수 있다.

먼저 재판의 기일의 고지를 받아야 하고(제42조), 무엇보다 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되고(제275조의2), 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못하며(제276조), 공판정에서는 피고인의 신체를 구속하지 못한다(제280조). 또한 피고인은 공판정에서 재판장의 정면에 앉을 권리가 있고(제275조 제3항), 피고인은 공판사실에 대하여 이익되는 진술만을 할 수 있으며(제86조) 또한 각개의 심문에 대하여 진술을 거부할 권리를 가진다(제289조). 증거조사 결과후의 그에 대한 의견을 진술할 수 있으며(제293조), 증거조사에 대한 이의신청을 할 수 있다(제295조). 마지막으로 피고인과 변호인의 최종의 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(제303조).

이러한 열거된 피고인의 권리는 절차법상 명문화되어 규정되고 있지만 법원의 관행이나 아직도 여전히 법정권위주의에 의한 피해자는 여전히 발생하고 있는 것은 사실이다. 특히나 증거의 채택은 거의가 법원의 전권이라는 이유로 피고인 및 변호인이 채택한 증거는 거의 효력(?)이 없으며, 검사의 증거서류에 대하여 판사는 증거에 대한 의견을 개진하라고 하지만 실제로 그 내용을 알고 있거나 설사 그 증거의 낭독을 통해 증거에 대한 의견을 말한다고 하더라도 제대로 준비되지 않은 상태에서 의견을 개진하기란 어려운 일이 아닐 수 없다.

ㄴ. 공판에서의 권리침해라고 할 수 있는 것은 무엇보다도 두가지로 집약될 수 있다. 첫째로 법원자체가 행사하는 무유형의 공권력이 하나이며, 둘째로 변호사의 횡포에 의한 권리침해로 집약할 수 있다.

먼저 공판에서는 형사소송법에 의해 피고인의 권리를 요약하면 다음과 같다.

헌법상에는 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.(헌법제12조 7조)

현행 형사소송법은 사실의 인정은 증거에 의하도록 하여 증거재판주의를 채택하고(제307조)있는데 만약 피고인의 자백이 유일한 증거일 때는 이를 유죄의 증거로 하지 못하기 때문에 보강증거를 요구하고 있고(제310조), 또한 자백이 고문, 폭행, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 할만한 이유가 있는에는 이를 유죄의 증거로 채택하지 못한다(제39조). 피고인 또는 피고인 아닌자의 진술이 임의로 된 것이 아니면 증거능력은 없으며, 또한 그러한 임의성은 증명되어야 한다(제39조 제2항). 여기까지 증거법칙은 형식적으로나 절차적으로 엄격성이 보장되어야 하고 그렇게 명문화되어 있다. 그러나 자유심증주의에 의해 '증거의 증명력은 법관의 자유판단에 속한다고 규정함으로써 피고인 또는 변호인과 검사의 증거의 증거능력을 평가하는데 있어서 불평등한 요소가 개입될 여지가 많으며 또한 각 증거의 증명력의 정도는 각 법관마다 상이한 기준을 가질 수 밖에 없으므로 증거의 증명력을 인정하기 위해서는 제3의, 객관성이 보장된 장치가 있어야 한다고 생각한다.

그리고 문제가 되는 것은 '자백'의 문제이다. 피고인은 수사단계에서 이미 '진술을 거부할 권리'를 가졌음에도 불구하고 공판정에서 전혀 자신의 의도와 무관한 자백의 증거가 이용되고 있음은 무엇인가. 먼저 '자백'은 구속영장 발부의 결정적인 증거가 되며, 검사의 신문조서 작성의 진실성, 신빙성을 더해주는 결정적인 요소가 된다. 이는 형소법이 검사작성의 피의자 신문조서는 그 '성립의 진정'이 인정되고 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'에

는 공판기일에서의 진술에도 불구하고 그 증거능력을 인정하고 있으며 이는 98년도의 여러 공안사건에서도 확연히 드러나는 바이다. 결국 이는 검사작성의 조서에 부당하게 우월한 지위를 부여하는데서 비롯된다고 볼 수 있다. 따라서 수사단계에서는 악을 쓰고 자백을 받아내기 위해서 철야수사, 고문, 폭행, 기망 등의 방법등이 행하여 질 수밖에 없는 것은 위의 사실을 위해서는 필요불가결한 것이다. 가장 문제가 되는 것은 피고인은 수사단계에서 심리적으로 계속 불리한 상태에 있으므로 방어권 행사가 어려우며 따라서 자신의 의사에 반하는 자백을 했을 시에 피고인인 공판에서 그 사항을 번복·부인하였다고 하더라도 법정에서는 검사의 조서의 증거능력은 여전히 효력이 있다는 것이다.

현행법에는 자백의 증거능력을 제한하여 유죄인정을 위해서는 보강증거를 요구하고 있다. 사실 보강증거는 최대한 피고인의 자백에 불리하지 않도록 자백한 범죄사실에 대한 대등성을 유지해야 한다고 본다. 그러나 보강증거의 범위가 정황증거나 간접증거정도로 인식되고 있으며 또한 피고인이 자백을 하면 그 객관적 사실이 자백의 보강증거로 기능을 하기 때문에 자백의 증거능력을 제한하여 보강증거의 효용이 그 만큼 상실되게 되었다.

신문조서의 증거능력은 형소법 제312조 제1항의 '공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정될 때' 증거로 인정할 수 있으며, 제317조의 '피고인의 또는 피고인 아닌자의 진술이 임의로 된' 것이어야 하고, 이는 '증명될 수 있는 것'이어야 한다. 그러나 문제는 수사기관에서 외부와 격리된 상태에서 조사받은 사실에 대해 임의성이 있는가에 대한 증명은 사실상 어려우며, 또한 판례에서도 임의성 없음을 피고인이 입증하도록 하여 피고인이 이를 입증하지 못하는 한 임의성이 있는 것으로 추정된다. 따라서 결국 검사의 조서는 무조건 증거능력이 인정될 수 밖에 없다는 것이다.

한편 공범인 공동피고인의 자백은 공범의 상호간에 보강증거가 되는 동시에 다른 공동피고인의 범죄를 인정하는 증거가 된다고 하면서, 공범간의 의사연락에 대해서는 아직도 보강증거를 요구하지 않으며 이는 결국 증거력의 법리를 왜곡하는 결과를 양산하여 피의자 보호·무죄추정에 의한 증거법리를 결국 검사의 손아귀에 쥐어주어 궁극적인 유죄선고에 확정적 역할을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

ㄷ. 분리기소 또한 범원의 소송지휘권의 남용이며 이러한 관행은 별도로 공소가 제기된 공소범죄사실에 대하여 병합심리를 하지 않았다 하여 이를 위법이라 할 수 없다는 해석에 따른 것인데 검사의 분리기소는,

- ① 피고인의 심리적 위축을 자극하여 방어권을 봉쇄하며
- ② 전체적으로 하나의 사건을 여러 개로 쪼개어 판단하게 하므로서 사건의 실체를 정확히 판단하기 힘들게 하고
- ③ 법원이 특정피고의 행위만을 심리하고 나머지 전체 행위는 다른 재판부의 공판조서에 의해 심리하게 함으로써 형사 재판에서 구두주의와 직접심리주의를 침해하는 결과를 가져온다.

마지막으로 공판에서 최후의 하의·방어수단으로서 '기피신청'을 들 수 있다.

검사 또는 피고인은 법관이 제소의 원인이 되거나 불공평한 재판을 할 염려가 있을 때 기피신청을 할 수 있다. 이는 국가공권력 행사주체인 법원이 신뢰성을 가지지 못할 때 소송진행을 견제한다는 것에서 큰 의의를 찾을 수 있다. 그러나 일반적으로 이때까지 법원은 기피신청이 재판부에 대한 극도의 불신을 표현한 것으로 인식한다는 것이다. 따라서 기피신청을 하더라도 법원은 '불공평한 재판의 위협'이 있다는 것을 인정하는 것이므로 이를 각하하는 예는 허다했다. 그리고 대법원은 '법관에 대한 기피신청이 소송의 지연만을 목적으로 한 때에는'이라고 기피신청권을 봉쇄하는 법해석을 하였는데 이는 그 요건상 소송의 지연을 목적으로 한다고 해서 기피신청을 각하할 수 있다는 법적 근거가 없고, 또한 피고인이 재판에서 신속한 재판을 받아야 하는 것에 가장 큰 변수를 가짐에도 불구하고 소송절차를 중단시키는 것은 나뉠대로의 재판부에 대한 기대변수가 없다는 것이기 때문이다.

3. 소결-제도권 내적 권리보장

사법의 민주성을 가늠할 수 있는 구체적인 법체계가 바로 형사절차법이라고 판단할 때 의문의 여지가 없음은 두말할 나위가 없다. 또한 그러한 구체적인 법체계를 구성하고 집행하는 기관으로서의 지위를 가진 것이 바로 '법원'이

라고 생각한다면, 결국 모든 수사과정에서부터 공판까지의 절차는 피의자 및 피고인의 지위를 보장하는 '인권보장기관'으로서의 기능을 담보해야 한다. 특히 '법원'의 경우는 더욱더 그렇다. 인류보편사에 입각해 법원이라는 장치의 역사는 왕정(王政)과 그것의 이데올로기를 지탱해주는 악작용을 해왔음 분명하다. 시민혁명의 불길이 서양의 각 나라에 불을 지폈을 때까지 오히려 인권을 보장하는 기관은 법원이 아니라 '의회'라고 인식되었다는 것은 누구나 아는 사실이다. 우리나라의 경우도 법원에 대한 맹목적 권위 의식에 의해 일반 국민의 의식속에는 국민의 편에서 떨어져 있는 기관으로서 자리를 굳혀왔고, 그러한 인식은 일제시대부터 한국전쟁등의 우여곡절을 겪으면서 또한 군사독재로 치환되는 일련의 비민주성에 종속되어 온 귀결이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 현실적 경험과 반성을 통해 법원이 '인권'을 보호하는 기관으로서 자리매김하기 위해서는 '인권 보호기능을 수행해야 하는 법원의 필연적 이유'는 아마도 의회의 기능상실과 함께 권력의 분립의 의한 중립적 위치를 갖춘 제3의 기관이 필요했던 것과 같은 맥락에서 설명될 수 있다.

먼저 의회주의를 본질로 하는 근거를 국민의 의사에서 구하면서 다른 한편으로 그 체제의 정당성의 근거를 국민의 의사에서 구하면서도 다른 한편으로 개개의 구체적 국민(또는 인민)의 정치참여는 배제함으로써 실재하는 국민의 의사와 대표기관의 의사 사이의 괴리를 은폐하면서 시민계급에 의한 지배를 가능하게 했다.²³⁾

이는 2차대전 이후의 양적으로 성장한 노동자 계급이 보통선거권을 바탕으로 시민계급이 장악한 의회에 막강한 압력을 행사했기 때문이며 결국 의회는 모든 계급과 계층을 포괄하여 이해를 조정할 수 없는 수위까지 이르게 되었다. 따라서 의회는 행정권에 대해서 견제할 수 있는 기관으로서의 기능을 수행하지 못했고 이러한 내적 갈등으로 인해 의회 또한 인권을 더 이상 보호해 줄 수 없는 결과를 초래하였다.

바로 이 점에서 의회의 외부에서 중립성과 공정성을 갖춘 기관이 중립적인 원칙과 절차에 의해 행정권으로부터 민중의 기본적인 인권을 보호하고 체제의 정당성을 옹호할 필요성을 법원이라는 기관에 부과하기 시작하였다.주)

따라서 법원은 결국 행정권에 대한 견제수단 및 중립적 작용을 담보해야 하며 그것의 정당한 근거는 바로 민중의 인권을 보호하고 제도권 내적으로 정당성을 확보시킴으로써 비로소 법원의 제자리를 찾는 것이라고 생각한다. 모든 계급과 계층에 대한 균등하고 평등한 적용될 수 있는 민주적 사법을 통해 비민주적 법률관행과 법해석을 근절해야 하는 것은 질서의 근본이 어디에서부터 시작하는가를 통해 먼저 시작되어야 한다. 현재까지의 지배계급의 기득권을 보호하고, 현실사회의 모순과 법적 모순을 은폐하며, 불법적 공권력의 정당화 기능을 수행해온 지배권력의 이데올로기로서 그 성실성을 보여준 법원이 앞으로 보여줄 자세는 다름아닌 '민중의 지팡이'로서 민중의 기득권을 발견해야 하며, '민중의 기본적 권리 확보하는 데에 주력함'으로써 법원 존립의 정당성을 찾을 수 있을 것이다.

□ 각 주

- 1) <법과사회>, 창작과 비평사, 1989. p91~92
- 2) 강제처분은 성격상 대인적 강제처분과 대물적 강제처분으로 나뉘는데 신체의 자유 를 제한하는 것이 대인적 강제처분이고 여기에는 구인(拘引), 미결구금(未決拘禁), 긴급구속(緊急拘束) 등을 예로 들 수 있으며, 대물적 강제처분은 개인의 재산권과 인격권과 같은 기본권을 제한하는 것으로 발부된 영장에 의해 압수, 수색 등을 집행 한다.
- 3) 박명식, <구속제도의 문제점과 개선방향>, 동아대학교 석사논문, 1993. p19~25
또한, 미국에서의 영장발부의 요건은 상당한 이유(probable cause)를 요구하고 있다 는 것이 수정헌법 제4조에 명문화되어 나타난다.
- 4) 이원태, <수사에 있어서 인권보장에 관한 연구>, 대구대학교 석사논문, 1993.p67
- 5) 위의 논문, p21~22
- 6) 인권하루소식, 1998년 3월 28일자 2면, 6월 9일자 1면
[특히, 6월 9일자 1면에는 서울역광장에서 범국민운동본부 주최로 국민대회가 있었 는데 대학생 두사람

이 남대문시장에 옷을 사러갔다가 한 전경이 신분증 제시를 요구했고 그에 응하자 임의동행과 까닭모를 '조사'를 '맨 바닥'에서 받게 되었고 뿐만 아니라 호출기의 비밀번호까지 말하라고 해서 메시지까지 확인하는 등 신체의 자유, 사생활 비밀의 자유 등 기본적 권리마저 유린하는 황당한 사건이었다고 전해진다.]

7) 상당성(相當性)이라는 것은 그 기준자체가 누구의 기준에 의해 상당하다는 것인지를 모호하게 한다. 결국 법관의 상당성 기준에 의존해야 한다는 것이 우리나라 기본입장이라고 할 수 있다. 결과에 대해 상당히 개연적인 것만 인정하겠다는 것은 사실 범죄행위나 피의사실의 객관적이고 과학적인 분석을 근거로 할 수 있어야 그러한 기준의 모호하고 불확정한 기준을 보완할 수 있을 것이다. 참고 배종대, <형법총론>, 1996, p213

8) <법과사회>, 창작과 비평사, 1989, p113의 주21)번.

[교직원 노조 결성과 관련하여 사립학교 교상인 이수호씨에 대해 처벌근거가 없자 기 부금품 모집 금지법을 적용하여 구속영장을 발부한 사례, 후에 이수호씨는 미결수금후

미결수용자 서신검열에 대한 헌법소원청구를 하였다.(1995. 7.21. 92헌마144)]

9) '긴급구속'에 대한 내용은 참여연대의 <국민을 위한 사법개혁> p125~126을 참조

10) 여죄(餘罪)라는 개념은 광의로 동일혐의자 또는 피의자의 범죄 중 정식으로 범죄인 지(본건) 또는 기소된 범죄사실 이외의 모든 사실을 가리키지만, 협의로는 위 범죄 중 일정한 절차에서 정식으로 그 기초가 되는 범죄(본죄)이외의 것으로서 이와 동시에 심판할 가능성이 있는 범죄를 말한다.

11) 박명식, <구속제도의 문제점과 개선방향>, 동아대학교 석사논문, 1993. p45~48

이원태, <수사에 있어서 인권보장에 관한 연구>, 대구대학교 석사논문, 1993.p35

12) 별건 및 이중수사의 증거능력은 학설상 대립에 따라서 어느 학설을 인정하느냐가 증거능력의 인정 및 부정의 근거가 될 것이다.

13) 인권하루소식, 1998년 1월20일자 1면, 합본10호(상반기)p46 '한총련 수배자 주변인도 고통'이라는 헤드라인으로 시작되는 이 기사는 계속적인 전화와 조사를 위한 방문, 특히 집과 직장에까지 경찰의 왕래 때문에 많은 피해를 입고 있다고 주변인들의 하소연을 기술하고 있다.

14) 철야조사에 관해서는 현행형소법에는 관련근거가 없고 또한 이는 피의자의 수면권 및 방어권을 박탈하는 '고문' 및 '고문'에 준하는 행위라면 증거능력은 당연히 부정되어야 하며 또한 이를 금지하는 신실조항이 만들어져야 한다.

15) 미국에서 가장 보편적으로 체포를 정의할 때 '체포는 법적 제한에 의하여 사람의 자유를 박탈하는 것으로서 사람을 검거하여 법적 구금상태에 두는 행위'라고 한다. 16) 특히 민사소송에서는 변호사없이 재판할 수 있도록 변호사 강제주의 채택해야 하며 이는 변호사가 소송을 대리하게 되면 소송절차에서 나타나는 번잡한 형식을 줄일 수 있다고 하며 또한 실질적인 구두변론이 가능해진다. 형사사건의 경우도 국선 변호인의 비율을 높여 민사에 준하는 변호사의 소송대리를 장려하는 정책을 펴한다고 생각하는 데 결국 문제는 변호사의 확충의 문제가 부딪히게 된다.

17) 일본의 국선 변호율은 형사사건의 전체 80%에 육박하고 있다. 손광운 변호사는 일본과 같이 형사사건의 국선변호율을 높이는 것 또한 변호사의 비리나 횡포 그리고 비정상적인 법률서비스 매커니즘을 정비할 수 있다고 한다.

18) <법과사회>, 창작과 비평사, 1989, p98.

19) 같은 글. p98

20) 피의자 또는 피고인을 석방시키는 제도에는 구속적부심사와 보석외에 구속의 취소 집행정지가 있고, 구속기간 경신결정에 대한 항고를 할 수 있는 데, 대법원은 이러한 당사자의 청구를 기각하는 경우 결정문에는 이를 기각하는 이유를 기재할 필요가 없이 단지 '청구의 이유가 없다'고만 하면 되며 구속기간결신결정에는 '구속을 계속할 필요가 없다'고만 하면 된다. 그리고 이러한 태도는 인신구속이 법원의 '재량 범위'에 속한다고 보는데서 비롯되는데 아무튼 당사자는 자신이 왜 석방될 수 없는지를 전혀 알 수 없게 된다.

21) 박명식, <구속제도의 문제점과 개선방향>, 동아대학교 석사논문, 1993. p68~69

22) 자세한 내용은 <애국법학-통권 제5호>, 동아대학교 법과대학 애국법대 편집위원회, p44~48

23) <법과사회>, 창작과 비평사, 1989. p108~109

기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구

이 준 일(고려대학교 법학대학 강사, 법학박사)

1. 시작하는 말

이 논문의 목적은 헌법재판소가 기본권제한에 관한 결정에서 논증의 도구로 사용하고 있는 “비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙”을 분석하는 데 있다. 1988년 헌법재판소가 본격적으로 활동을 시작한 이후 10년 동안¹⁾ 제청된 사건들을 결정하면서 가장 자주 평가기준으로 사용하고 있는 것대는 “평등원칙”과 “비례성원칙”일 것이다. 이런 의미에서 평등원칙이나 비례성원칙을 인용한 헌법재판소의 결정사례를 분석하는 일은 중요한 작업이 된다. 평등원칙 및 그것과 비례성원칙의 관계를 분석하는 것은 또 하나의 작업이 될 것이므로 이것은 다음으로 미루고 이 논문은 오로지 비례성원칙의 분석에만 집중할 것이다. 일단 잠정적인 전제로 평등원칙은 “논증부담의 규칙”으로, 비례성원칙은 “논증내용의 규칙”으로 이해하도록 하자. 즉 평등원칙은 “누가” 논증해야 할 것인지를 결정하는 규칙인 반면에 비례성원칙은 “무엇을” 논증해야 할 것인지를 결정하는 규칙이다.

비례성원칙을 인용한 헌법재판소의 결정사례를 찾아가다 보면 대부분의 사례가 비례성원칙으로 해결되고 있다고 말해도 과언이 아니라는 것을 쉽게 깨닫게 된다. “기본권제한이 있는 곳에 비례성원칙이 있고, 비례성원칙이 있는 곳에 기본권제한이 있다.” 한편 이렇게 중요한 위상에 걸맞지 않게 비례성원칙의 분석적, 구조적 모습이 기대만큼 명확하지 않다는 것을 깨닫는 것도 어렵지 않다. 헌법재판소가 나름대로 비례성원칙에 대한 용어, 부분원칙들, 정의, 헌법적 근거들을 정리해 놓은 상태이기는 하다. 그러나 그것들은 상당히 도식적인 이해에 치우쳐 있고, 따라서 비례성원칙을 판단기준으로 사례를 결정할 때 원칙과 사례를 연결하는 논증의 구조는 성급하게 정해진 결론으로 달려가려는 영성함을 보이곤 한다. 국민의 기본권이 제한되는 중대한 문제임에도 불구하고 논증부담으로부터 성급하게 벗어나려고 하는 것은 헌법재판소에게 맡겨진 헌법적 과제를 포기하는 것과 다름없다.

우선 문제는 때로는 “비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙” (또는 순서를 바꾸어), 때로는 “비례의 원칙”으로만, 때로는 “과잉금지의 원칙”으로만 사용하는 용어선택이다. 그리고 다음으로 헌법적 근거로 제37조 제2항을 들고 있는데 이 조항은 전단과 후단으로 구성되어서 어디서 그 근거를 찾을 것인지 하는 헌법적 근거제시가 문제된다. 여기서 관련되는 문제로는 비례성명령과 본질내용침해금지의 관계를 어떻게 이해할 것인지 하는 물음이다. 마지막으로 비례성명령을 구성하는 부분원칙을 어떻게 이해할 것인지 하는 것도 문제된다. 이 글에서는 이러한 문제들을 차례로 고찰해 나갈 것이다.

2. 정의

(1) 용어

헌법재판소가 사용하고 있는 용어는 다양하다. 예를 들어 “비례의 원칙”²⁾이나 “비례보호의 원칙”³⁾ 또는 “비례성

1 아래에서 인용하는 헌법재판소의 판례집은 제9권 제2집까지로 1997년말까지의 결정으로 제한한다.

2 1989. 3. 17. 88헌마1 - 헌판집 1, 9(10, 21); 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 199(247); 1990. 6. 25. 89헌가 98 내지 101(병합) - 헌판집 2, 132(133, 164); 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(253, 275 아래); 1990. 9. 10. 89헌마82 - 헌판집 2, 306(319); 1990. 10. 8. 89헌마89 - 헌판집 2, 332(348); 1990. 10. 15. 89헌마178 - 헌판집 2, 365(365); 1990. 11. 19. 90헌가48 - 헌판집 2, 393(401 아래); 1991. 3. 11. 91헌마 21 - 헌판집 3, 91(112); 1991. 4. 1. 89헌마160 - 헌판집 3, 149(149, 158); 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(215); 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300(300, 315); 1992. 10. 1. 92헌가6, 7(병합) - 헌판집

의 원칙⁴⁾, “과잉금지(의) 원칙⁵⁾”이나 “과잉입법금지(의) 원칙⁶⁾” 또는 “과잉제한금지원칙⁷⁾”를 들 수 있고, 심지어

4 585(585, 599, 600) ; 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합) - 헌판집 4, 659(677) ; 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853(875, 878 아래, 885) ; 1993. 5. 13. 91헌마190 - 헌판집 5/1, 312(333) ; 1994. 6. 30. 92헌가9 - 헌판집 6/1, 543(544, 553) ; 1995. 2. 23. 92헌바12 - 헌판집 7/1, 152(172) ; 1995. 3. 23. 94헌가4 - 헌판집 7/1, 342(342 아래, 353) ; 1995. 3. 23. 93헌바59 - 헌판집 7/1, 388(388, 394) ; 1995. 3. 23. 94헌마175 - 헌판집 7/1, 438(439, 455) ; 1995. 5. 25. 선고 91 헌가 7 - 헌판집 제7권 1집 598(609)쪽 ; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687(718) ; 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784) ; 1995. 6. 12. 95헌마172 - 헌판집 7/1, 847(852) ; 1995. 11. 30. 94헌가2 - 헌판집 7/2, 538(539, 549) ; 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126(139) ; 1996. 4. 25. 92헌바30 - 헌판집 8/1, 353(353, 365) ; 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389(408, 413) ; 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167(170) ; 1996. 10. 31. 94헌가7 - 헌판집 8/2, 408(417, 418) ; 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537(537, 538, 548, 549) ; 1996. 12. 26. 96헌가18 - 헌판집 8/2, 680(692) ; 1996. 12. 26. 90헌바19 등(병합) - 헌판집 8/2, 725(763, 767) ; 1997. 1. 16. 90헌마110, 136(병합) - 헌판집 9/1, 90(113) ; 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474(481) ; 1997. 8. 21. 93헌바60 - 헌판집 9/2, 200(200, 207, 220) ; 1997. 8. 21. 94헌바19 등(병합) - 헌판집 9/2, 243(258) ; 1997. 9. 25. 96헌가16 - 헌판집 9/2, 312(313, 328) ; 1997. 11. 27. 95헌바38 - 헌판집 9/2, 591(592, 605) ; 1997. 11. 27. 97헌바10 - 헌판집 9/2, 651(658, 665, 667 아래) ; 1997. 12. 24. 97헌마16 - 헌판집 9/2, 881(882, 893).

3 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 199(253).

4 1997. 8. 21. 93헌바60 - 헌판집 9/2, 200(200, 209) ; 단순히 “비례성”이라고 표현하는 경우도 있다. 1997. 8. 21. 96헌바9 - 헌판집 9/2, 272(273, 286) 참조 ; 또한 “비례성 형량”이라 하여 좁은 의미의 비례성을 의미하기도 한다. 1992. 4. 14. 90헌마82 - 헌판집 4, 194(195) 참조.

5 1989. 3. 17. 88헌마1 - 헌판집 1, 9(10, 21) ; 1989. 7. 14. 88헌가5 등(병합) - 헌판집 1, 69(85) ; 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357(357, 374, 378 아래, 388, 393 아래) ; 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(253, 259 아래, 274, 275) ; 1990. 9. 10. 89헌마82 - 헌판집 2, 306(307, 328, 330) ; 1990. 10. 15. 89헌마178 - 헌판집 2, 365(384) ; 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91(112) ; 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(202, 220) ; 1991. 6. 3. 89헌마204 - 헌판집 3, 268(269, 283) ; 1991. 7. 22. 89헌가106 - 헌판집 3, 387(447, 468) ; 1991. 9. 16. 89헌마165 - 헌판집 3, 518(529) ; 1991. 11. 25. 91헌가6 - 헌판집 3, 569(577) ; 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64(90, 94, 97) ; 1992. 4. 14. 90헌마23 - 헌판집 4, 162(176) ; 1992. 4. 14. 90헌바82 - 헌판집 4, 194(195, 210) ; 1992. 6. 26. 90헌바23 - 헌판집 4, 300(300, 315) ; 1992. 6. 26. 90헌바26 - 헌판집 4, 362(362, 373, 375, 376) ; 1992. 10. 1. 92헌가6, 7(병합) - 헌판집 4, 585(585, 599, 600) ; 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합) - 헌판집 4, 659(705) ; 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853(853) ; 1993. 3. 11. 92헌바33 - 헌판집 5/1, 29(53) ; 1993. 5. 13. 91헌바17 - 헌판집 5/1, 275(275, 284, 286) ; 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578(578, 579, 601, 603) ; 1994. 2. 24. 92헌바43 - 헌판집 6/1, 72(72, 75 아래) ; 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130(130, 135, 138) ; 1995. 3. 23. 92헌가14 - 헌판집 7/1, 307(307, 319, 322) ; 1995. 3. 23. 93헌바59 - 헌판집 7/1, 388(394) ; 1995. 3. 23. 95헌마53 - 헌판집 7/1, 463(463, 474) ; 1995. 4. 20. 93헌바20, 66 등(병합) - 헌판집 7/1, 519(519, 537) ; 1995. 4. 20. 92헌마264, 279(병합) - 헌판집 7/1, 564(573 아래) ; 1995. 5. 25. 91헌바20 - 헌판집 7/1, 615(624 아래) ; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687(703, 718) ; 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784) ; 1995. 7. 21. 94헌바18 등(병합) - 헌판집 7/2, 65(65, 74 아래) ; 1995. 7. 21. 94헌바27, 29(병합) - 헌판집 7/2, 82(82, 91) ; 1995. 7. 21. 92헌마177, 199(병합) - 헌판집 7/2, 112(113, 125, 130) ; 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155(155, 162, 164) ; 1995. 9. 28. 94헌바23 - 헌판집 7/2, 319(337) ; 1995. 10. 26. 93헌마246 - 헌판집 7/2, 498(498, 509, 511) ; 1996. 1. 25. 95헌가5 - 헌판집 8/1, 1(1, 2, 19) ; 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126(127, 139, 144) ; 1996. 3. 28. 94헌바42 - 헌판집 8/1, 199(199, 200, 207 아래) ; 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(550, 558) ; 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167(170, 184, 188) ; 1996. 10. 4. 95헌가1, 4(병합) - 헌판집 8/2, 258(258, 269, 269, 270, 274) ; 1996. 10. 31. 94헌가7 - 헌판집 8/2, 408(408, 417) ; 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537(552) ; 1996. 12. 26. 94헌가10 - 헌판집 8/2, 655(656, 672) ; 1996. 12. 26. 90헌바19 등(병합) - 헌판집 8/2, 729(763, 767) ; 1997. 3. 27. 95헌가17 - 헌판집 9/1, 219(220, 234, 237) ; 1997. 3. 27. 95헌가14 등(병합) - 헌판집 9/1, 245(247, 265) ; 1997. 3. 27. 95헌바50 - 헌판집 9/1, 290(291, 300 아래) ; 1997. 4. 24. 93헌마83 - 헌판집 9/1, 459(469) ; 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474(481) ; 1997. 5. 29. 94헌바5 - 헌판집 9/1, 519(519, 526) ; 1997. 6. 26. 92헌바5 - 헌판집 9/1, 595(595, 605) ; 1997. 6. 26. 96헌바94 - 헌판집 9/1, 631(632, 642) ; 1997. 7.

아무런 용어사용 없이 “헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계”⁸⁾라고만 표현한 사례도 있다. 물론 비례의 원칙이라 하면 비교형량(교량)만을 떼어서 “좁은 의미의 비례성(균형성)원칙”을 의미하기도 하고⁹⁾, 적합성과 필요성의 원칙¹⁰⁾을 의미하기도 한다. 그러나 대부분의 경우 “비례의 원칙”과 “과잉(입법 또는 제한)금지의 원칙”을 나란히 사용하여 동일한 뜻이라는 것을 표현한다¹¹⁾. 그밖에 “필요한 최소한도의 (합리적) 제한”¹²⁾이라고 하여 필요성의 원칙만을 의미하는 표현도 사용하고 있다. 어쨌든 헌법재판소는 “과잉금지(의) 원칙”이라는 용어를 가장 선호하는 듯하다.

(2) 비례성원칙 또는 과잉금지원칙?

① 비례성의 “명령” 또는 과잉의 “금지”?

“비례성원칙”은 비례성이라는 “긍정적 규범내용”을 기준으로 제시하고 그것을 적극적으로 “명령”하고 있는 “규범양식”인 반면에, “과잉금지”는 과잉이라는 “부정적 규범내용”을 기준으로 제시하고 그것을 소극적으로 “금지”하고 있는 “규범양식”이다. 우리는 여기서 규범양식과 규범내용을 구분하고 있다. 그렇다면 먼저 규범양식과 규범내용이 무엇을 의미하는지 살펴 보도록 하자.

규범은 일정한 내용을 “명령”(Gebot, obligatory)하거나 “금지”(Verbot, forbidden)하거나 “허용”(Erlaubnis, permitted)하는 “양식”(Modalität)을 사용할 수 있다. 이와 같이 “명령”, “금지”, “허용”을 “규범양식”이라 한다¹³⁾. 그리고 이와 같은 규범양식으로 명령, 금지, 허용하고자 하는 내용(진술)을 “규범내용”(규범적 진술)이라고

16. 95헌가6 등(병합) - 헌판집 9/2, 1(3, 31); 1997. 8. 21. 93헌바51 - 헌판집 9/2, 177(191 아래); 1997. 8. 21. 94헌바19 등(병합) - 헌판집 9/2, 243(243 아래, 258); 1997. 8. 21. 96헌바9 - 헌판집 9/2, 272(272, 279); 1997. 9. 25. 96헌가16 - 헌판집 9/2, 312(313, 328); 1997. 11. 27. 96헌바12 - 헌판집 9/2, 607(608, 626); 1997. 11. 27. 96헌바60 - 헌판집 9/2, 629(629, 645 아래); 1997. 11. 27. 97헌바10 - 헌판집 9/2, 651(658, 665, 667); 1997. 12. 24. 97헌마16 - 헌판집 9/2, 881(882, 893).
- 6 1992. 3. 13. 92헌마37, 39(병합) - 헌판집 4, 137(147); 1992. 4. 28. 90헌바24 - 헌판집 4, 225(225, 232, 237, 241)쪽; 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300(308, 310); 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4 853(854, 872, 875, 877, 878 아래, 885 아래); 1995. 5. 25. 91헌가7 - 헌판집 7/1, 598(598, 609, 612); 1995. 11. 30. 94헌가3 - 헌판집 7/2, 551(551, 557, 560); 1997. 3. 27. 95헌바50 - 헌판집 9/1, 290(300).
- 7 1990. 8. 27. 89헌가118 - 헌판집 2, 222(236, 237); 1990. 9. 10. 89헌마82 - 헌판집 2, 306(319); 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(213, 215); 1995. 11. 30. 91헌바1, 2, 3, 4, 등(병합) - 헌판집 7/2, 562(562, 589); 1997. 6. 26. 96헌바94 - 헌판집 9/1, 631(631); 1997. 12. 24. 97헌마16 - 헌판집 9/2, 881(881, 890).
- 8 1995. 2. 23. 92헌바12 - 헌판집 7/1, 152(152, 163); 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389(389, 400); 1997. 3. 27. 94헌마196, 225 등(병합) - 헌판집 9/1, 375(383).
- 9 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 199(247, 252) 참조.
- 10 1989. 11. 20. 89헌가102 - 헌판집 1, 329(341) 참조.
- 11 1989. 3. 17. 88헌마1 - 헌판집 1, 9(10, 21); 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 - 헌판집 1, 357(380, 388, 393, 394, 396); 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(253, 275); 1990. 9. 10. 89헌마82 - 헌판집 2, 306(319); 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91(112); 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300(300, 315); 1992. 10. 1. 92헌가6, 7(병합) - 헌판집 4, 585(585, 599, 600); 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853(875, 878 아래, 885); 1995. 3. 23. 93헌바59 - 헌판집 7/1, 388(388, 394); 1995. 5. 25. 91헌가7 - 헌판집 7/1, 598(609); 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687(718); 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784); 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126(139); 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167(179); 1996. 10. 31. 선고 94헌가7 - 헌판집 8/2권408(417); 1996. 12. 26. 90헌바19 등(병합) - 헌판집 8/2, 729(763, 767); 1997. 8. 21. 선고 94헌바19 등(병합) - 헌판집 9/2, 243(258); 1997. 8. 21. 94헌바19 등(병합) - 헌판집 9/2, 243(258); 1997. 9. 25. 96헌가16 - 헌판집 9/2, 312(313, 328); 1997. 11. 27. 97헌바10 - 헌판집 9/2, 651(658, 665, 667); 1997. 12. 24. 97헌마16 - 헌판집 9/2, 881(882, 893).
- 12 1995. 11. 30. 94헌가3 - 헌판집 7/2, 550(560); 1996. 1. 25. 95헌가1 - 헌판집 8/1, 1(1 아래); 1997. 11. 27. 선고 96헌바12 - 헌판집 9/2, 607(608).
- 13 규범양식에 관해서는 특히 R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 제2판, Frankfurt/M. 1994, 182쪽 아래; 그

한다. 규범양식을 나타내는 기호로 명령, 금지, 허용은 그것을 뜻하는 영어의 이니셜을 따서 "O", "F", "P"라 하고, 규범내용인 진술(proposition)은 "p"라고 하자. 그리고 부정(Negation)을 나타내는 기호는 "-"을 사용하기로 하자. 그러면 규범양식으로 일정한 규범내용(규범적 진술)을 표현하는 규범문장은 다음의 세 가지 기호로 구분된다 : "Op", "Fp", "Pp".

물론 이것들은 p라고 되어 있기 때문에 "긍정적" 규범내용을 표현한다. 이렇게 긍정적 규범내용을 표현하는 규범양식을 "적극적 명령", "적극적 금지", "적극적 허용"이라 부른다. 한편 만약 "부정적" 규범내용을 표현하게 되면 "O-p", "F-p", "P-p"로 기호화된다. 이렇게 부정적 규범내용을 표현하는 규범양식을 "소극적 명령", "소극적 금지", "소극적 허용"이라고 부른다.

부정은 규범양식에서도 적용할 수 있다. 규범양식에 대한 부정은 다음과 같이 세 가지 기호로 표현할 수 있다 : "-O", "-F", "-P". 그리고 이것을 각각 "명령의 부정", "금지의 부정", "허용의 부정"이라 부르기로 한다. 따라서 이것들을 조합하면 규범에 관한 대화에서 규범양식으로 규범내용(규범적 진술)을 표현하는 규범문장은 다음의 12가지로 구분할 수 있다.

i. 가능한 12가지 규범표현형태(규범양식과 규범내용의 조합) :

"Op", "Fp", "Pp", "O-p", "F-p", "P-p", "-Op", "-Fp", "-Pp", "-O-p", "-F-p", "-P-p".

우리는 여기서 적극적 규범내용을 금지하는 것(Fp)은 소극적 규범내용을 명령하는 것(O-p)과 같다는 점을 발견하게 된다. 예를 들어 "살인하지 마라!"는 규범문장은 적극적 규범내용(살인)을 금지(하지마라)하고 있는데 이 문장은 "살인하지 않도록 해야 한다."는 소극적 규범내용(살인하지 않음)을 명령(해야 한다)하는 문장으로 바꾸어 표현할 수 있다. 같은 맥락에서 소극적 규범내용을 금지하는 것(F-p)은 적극적 규범내용을 명령하는 것(Op)과 같다. 이런 의미에서 명령과 금지는 서로 부정의 규범내용을 표현한다. 그렇다면 "적극적 금지"란 소극적 규범내용을 명령하고 있다는 의미에서 "소극적 명령"이라고 부를 수 있고, "소극적 금지"란 적극적 규범내용을 명령하고 있다는 의미에서 "적극적 명령"이라고 부를 수 있을 것이다. 이렇게 적극적 금지(Fp)와 소극적 명령(O-p) 및 소극적 금지(F-p)와 적극적 명령(Op)이 동일한 의미를 담고 있다면 12가지 규범양식은 10가지로 줄어든다.

ii. 적극적 금지는 소극적 명령이다. = 소극적 금지는 적극적 명령이다. 그러므로 가능한 규범표현 형태의 "의미"는 10가지다. : Op(= F-p), Fp(= O-p), Pp, P-p, -Op, -Fp, -Pp, -O-p, -F-p, -P-p.

우리는 일상 어법에서 무언가가 금지되어 있지 않다(-F)고 하면 허용(P)된 것으로, 거꾸로 허용되지 않은 것(-P)은 금지된 것(F)으로 이해한다. 즉 금지와 허용은 상호 부정의 관계에 놓여 있다고 생각한다. 그러나 이러한 일상적 이해는 규범내용이 적극적 성격의 것일 때, 즉 금지와 허용을 적극적 금지(Fp)와 적극적 허용(Pp)만으로 해석할 때 부분적으로 타당하다. 이렇게 이러한 일상적 이해에 따를 때 규범표현양식의 의미는 다음과 같이 8가지로 줄게 된다.

iii. 금지의 부정은 허용이다. = 허용의 부정은 금지다. 그러므로 가능한 규범표현양식의 의미는 8가지다. : Op(= F-p), Fp(= O-p = -Pp), Pp(= -Fp), P-p, -Op, -O-p, -F-p, -P-p.

우리는 일상적 이해의 전제, 즉 적극적 내용을 담고 있는 금지와 허용만을 전제하는 것이 잘못되었다는 것을 쉽게 발견할 수 있다. 금지와 허용은 적극적 내용뿐만 아니라 소극적 내용을 담을 수 있는 것이다. 따라서 소극적 금

밖에 C./O. Weinberger, Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979 참조.

지(F-p)일 경우에 금지의 부정(-F)은 소극적 허용(P-p)이다. 위에서 말한 것처럼 소극적 금지란 명령(Op)을 의미하므로 소극적 허용은 명령의 부정기도 하다. 그렇다면 허용은 금지의 부정일 뿐만 아니라 명령의 부정이 될 수도 있다. 즉 적극적 허용(Pp)은 적극적 금지의 부정(-Fp), 따라서 소극적 명령의 부정(-Op)이지만, 소극적 허용(P-p)이란 소극적 금지의 부정(-F-p), 즉 적극적 명령의 부정(-Op)이 된다. 또한 거꾸로 허용의 부정은 금지일 뿐만 아니라 명령일 수도 있다. 즉 적극적 허용의 부정(-Pp)은 적극적 금지(Fp), 따라서 소극적 명령(O-p)이지만 소극적 허용의 부정(-P-p)은 소극적 금지(F-p), 따라서 적극적 명령(Op)이 된다. 어쨌든 허용의 부정이 명령 또는 금지라면, 따라서 명령의 부정 또는 금지의 부정이 허용이라면 위에서 열거한 규범표현양식의 의미는 다시 다음과 같이 4가지로 줄게 된다.

iv. 허용은 금지의 부정 또는 명령의 부정이다. = 허용의 부정은 금지 또는 명령이다. : 그러므로 가능한 규범표현양식의 “의미”는 4가지다. : $Op(= F-p = -P-p)$, $Fp(= O-p = -Pp)$, $Pp(= -Fp = -Op)$, $P-p(= -F-p = -Op)$.

규범의 표현양식은 12가지가 가능하였지만 그 “의미”는 결국 4가지로 구분이 가능하다. 규범문장의 의미를 “규범”이라고 할 때 결국 규범의 양식은 4가지라는 뜻이 된다.

위의 분석이 비례성명령과 과잉금지를 구분하는데 많은 시사점을 던져준다. 비례성의 측면에서 볼 때 비례성이라는 울타리 안에 들어오게 되면 그것은 “비례적”이라고 평가를 받는다. 그리고 그 울타리를 벗어날 때는 “과잉”이라는 평가를 받게 된다. 거꾸로 과잉의 측면에서 보면 과잉의 울타리 안에 들어오게 되면 그것은 “과잉”이라는 평가를 받는다. 그리고 그 울타리에 들어오지 않으면 “비례적”이라는 평가를 받게 된다. 중요한 것은 어떤 측면에서 평가하든 “비례성”의 영역과 “과잉”의 영역의 경계를 긋는 울타리를 치는 일이다. 그러기 위해서는 먼저 비례적인 것이 무엇인지, 또는 과잉된 것이 무엇인지를 정의해야만 한다. 우리는 과잉이란 비례성의 울타리를 넘어선 영역이라고 쉽게 답할 수 있다. 그렇다면 거꾸로 비례성의 영역이란 과잉의 영역밖에 존재하는 영역이라고 말할 수 있다. 이것은 동어반복임을 알 수 있다. 이러한 동어반복적 대답에는 비례성의 영역과 과잉의 영역을 나누는 울타리가 명확하게 구분되어 있다는 생각을 전제로 한다. 즉 위의 구분에서처럼 적극적 규범내용(p)와 소극적 규범내용(-p)에 경계를 긋는 울타리가 명확하게 설치될 수 있을 때 명령과 금지는 서로 부정의 규범내용을 담은 규범양식이 된다. 그러나 그러한 울타리(경계선)는 명확하게 설치되어 있지 않다.

우리는 여기서 비례성의 영역과 과잉의 영역의 가운데 위치하는 “중간영역”, 비례성의 영역에 속할 수도 있고 과잉의 영역에도 속할 수 있는 “가능성의 영역”을 발견하게 된다. 이러한 가능성들의 중간영역은 “논증의 영역”이라고도 부를 수 있다. 그 영역에 속하는 사안들이 비례성의 영역에 속할지, 아니면 과잉의 영역에 속할지는 논증의 절차를 거쳐야 하기 때문이다. 이러한 가능한 것들의 중간영역은 “잠정적인” 비례성의 영역인 동시에 “잠정적인” 과잉의 영역이기도 한다. 이러한 잠정적인 영역에 속하는 가능한 것들은 논증의 절차가 끝나면 “확정적인” 비례성의 영역 또는 “확정적인” 과잉의 영역에 속하게 된다. 물론 비례성의 영역 또는 과잉의 영역에 속하는지 여부가 명확하게 확인되는 사안이 있을 수 있다. 그러나 그러한 명확성은 상대적일 뿐이다. 명확하게 보이는 사안도 언제든 지 의심이 제기될 수 있기 때문이다.

결국 중간영역이 존재한다는 것을 전제하지 않는다면 비례성명령과 과잉금지를 구분할 때 비례성명령은 비례성 영역에 명확하게 속하는 사안에 대해서 의미를 가질 수 있고, 과잉금지는 비례성 영역에 명확하게 속하지 않는, 즉 과잉의 영역에 속하는지를 명백하게 확인할 수 있는 사안에서 의미를 갖는다¹⁴⁾. 비례성명령과 과잉금지는 단순한

14 예를 들어 “무면허 의료행위의 금지”를 규정한 의료법 제25조 제1항에 대한 위헌제청사건(1996. 10. 31. 선고 94 헌가 7 결정 : 헌판집 8권 2집 408쪽 아래)에서 헌법재판소는 비례성원칙을 인용하여 판단을 하면서 두 가지 측면, 즉 ① “형식적 측면”, ② “실질적 측면”을 구별하고 비례성의 판단의 단계를 두 단계, 즉 ① “형식적 판단단계”, ② “실질적 판단단계”로 구분한다(417쪽 아래). 헌법재판소가 말하는 “형식적 측면”에서 행하는 비례성 판단, 즉 “형식적 판단단계”에서의 비례성 판단은 평가의 결과가 “명백한” 사안에서의

용어상의 말장난에 그치지 않는다. 즉 부정적 규범내용인 과잉을 소극적으로 금지하는 규범에서 긍정적 규범내용인 비례성을 적극적으로 명령하는 규범에서보다 그 평가가 용이하다는 전제가 부가된다면 과잉금지가 비례성명령보다 부담이 없어 보이게 된다. 헌법재판소의 입장에서 보면 과잉의 여부를 판단하는 것이 비례성의 여부를 판단하는 것보다 쉬울 것이고, 입법부의 입장에서 보면 과잉만 되지 않으면 헌법적인 것으로 인정받을 수 있는 이점이 있다. 그러나 위에서 본 것처럼 비례성에서 뿐만 아니라 과잉에서도 그 확인이 명확한 사안에서만 하나의 규범양식만을 인용하는 것이 의미를 갖는다. 그러나 그것들 사이에 위치하는 중간영역이 존재한다는 것을 전제한다면 어떤 규범양식을 인용해도 차이는 없게 된다. 즉 논증의 결과에 따라 비례성의 영역에도, 과잉의 영역에도 속할 수 있는 가능한 것들의 중간영역이 존재한다는 사실은 비례성명령을 인용하든 과잉금지를 인용하든 조금도 유리하지 않게 한다. 어느 경우든 논증의 부담을 안게 되기 때문이다. 따라서 비례성“명령”과 과잉“금지”의 구분은 중간영역이 존재하는 한 아무런 의미도 주지 못한다.

물론 합리적 논증과 합리적 합의 가능성을 전제하는 우리의 입장에서 “비례성명령”이 더 적합해 보이기도 한다. 왜냐하면 우리는 단순히 과잉된 영역만을 제거하는 데 만족하지 않고, 적극적으로 비례적인 영역을 합의를 통해 도출할 수 있다는 보편주의적 합리성(이성)의 개념을 전제하기 때문이다. 그러나 이것 역시 중간영역을 전제하지 않을 때 가능한 주장이다. 결국 중간영역에서 비례성의 영역을 논증해가는 절차는 과잉의 영역을 논증해가는 과정과 동일하게 진행된다. 실천이성 또는 실천적 합리성이 존재한다고 믿는 우리의 견해¹⁵⁾에서도 비례성명령과 과잉금지의 구분은 아무런 의미를 갖지 못하게 된다.

② “비례성”의 명령 또는 “과잉”의 금지?

비례성을 명령하는 것과 과잉을 금지하는 것 사이에는 또 다른 의미차원이 숨어있다. 헌법재판소의 표현에서도 보이듯이 비례성의 명령을 판단기준으로 할 때는 실현하고자 하는 목적과 피해받는 목적 사이의 균형점을 찾아야 한다는 의미가 강조되지만 과잉의 금지를 판단기준으로 할 때는 피해받는 목적의 관점만이 부각되어 강조된다. 위에서 열거한 “과잉입법금지” 또는 “과잉제한금지”라는 용어가 바로 그것이다. 그러나 수단이 야기하는 피해의 측면에서 과잉인지 여부를 판단하는 내용이 과잉금지원칙의 내용 전부를 이룬다면 비례성원칙이 추구하는 이념의 일부 분만이 고려되는 것이다. 이러한 부분적 고려는 사실상 비례성원칙의 이념을 위반한다는 데 문제점이 내포되어 있다. 비례성원칙의 이념은 달성하고자 목적과 피해받는 목적 사이의 균형점을 찾는 데 있고, 따라서 한쪽의 측면만을 지나치게 부각시키는 것 자체가 “과잉”의 국가행위가 된다는 점을 지적해야 할 것이다. “필요한 최소한도의 입법”이라는 표현에서도 그런 생각의 일면을 볼 수 있다. 과잉금지의 원칙이 이처럼 비례성원칙으로 그 부분원칙이 이루는 모든 측면을 고려하지 않은 채 한 쪽 측면만이 지나치게, 또는 일방적으로 부각된다면 과잉금지원칙은 “필요성원칙” 또는 “피해최소성의 원칙”으로 이해될 수밖에 없다. 이것은 단순히 용어상의 다름이 아니라 과잉금지의 원칙에 대한 용어 자체가 내포하는 자기모순을 드러내고 포기의 당위성을 제공하는 근거가 된다. 아래에서 자세히 논의하겠지만 비례성명령은 관계성의 개념을 전제로 한다. 관계성 없는 일면적 고려는 비례성명령을 포기하는 것과 같다.

(3) 부분원칙들

① 헌법재판소의 구성

판단을 말한다. 그리고 평가의 결과가 명백하지 않은 사안에서는 “실질적 평단단계”에서 비례성의 여부를 판단받게 된다. 바로 이러한 구분에서 헌법재판소도 스스로 비례성 판단이 명백한 사안과 명백하지 않은 사안이 있음을 인정하고 있다.

15 이에 관해서는 R. Alexy, Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, ARSP Beih. 51 (1993), 11쪽 아래 참조.

헌법재판소의 표현에 따르면¹⁶⁾ 과잉금지 원칙은 i) “목적의 정당성” (또는 “목적의 상당성”¹⁷⁾), ii) “방법의 적정성 (또는 적절성 또는 적합성)” (또는 “수단의 적정성”¹⁸⁾, “수단의 상당성”¹⁹⁾, “수단의 적합성”²⁰⁾), iii) “피해 (또는 침해)의 최소화”, iv) “법익 (또는 이익)의 균형성” (또는 “법익의 비례의 원칙”²¹⁾)이라는 4개의 부분원칙으로 구성된 “헌법상의 원칙”이다. 물론 여기서 법익의 균형성 원칙에는 “수인의 기대가능성” 원칙을 포함하기도 한다. 그리고 이러한 부분원칙들을 다음과 같이 정의한다.

“과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다”²²⁾.

비례성원칙의 부분원칙들과 그 정의에 관하여 헌법재판소는 반대의견에서 조금 독특한 견해²³⁾가 눈에 띄기도 하지만 위의 견해를 계속해서 유지하고 있다²⁴⁾.

16 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357(374).

17 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130(135).

18 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389(401).

19 1996. 3. 28. 94헌바42 - 헌판집 8/1, 199(208).

20 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(558 아래).

21 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784).

22 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(260).

23 예를 들어 1996. 11. 28. 선고 95 헌바 1 결정에서 조승형 재판관은 반대의견을 개진하면서 헌법 제37조 제2항에서 기본권을 제한할 때 지켜야 할 “상대적 원칙”과 “절대적 원칙”이 있다고 한다. 상대적 원칙이란 두 가지로, 즉 ① 입법목적의 정당성, ② 입법수단의 필요성이 그것인데 이중 입법수단의 필요성을 수단의 적정성, 피해의 최소화, 법익 균형성으로 구분한다. 그리고 절대적 원칙이란 “본질내용 침해금지의 원칙”을 의미한다고 한다. 물론 용어 구분에서 독특성이 눈에 띄기는 하지만 결국 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙을 네 가지의 부분원칙으로 이해한다는 점에서는 다른 견해와 본질적인 차이는 없다고 할 것이다.

24 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(276); 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(220); 1991. 11. 25. 91헌가6 - 헌판집 3, 569(577); 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64(94); 1992. 6. 26. 90헌바26 - 헌판집 4, 362(373); 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합) - 헌판집 4, 659(705); 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853(878 아래); 1993. 5. 13. 91헌바17 - 헌판집 5/1, 275(284); 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578(579, 601); 1995. 2. 23. 92헌바12 - 헌판집 7/1, 152(152 아래, 163 아래); 1995. 3. 23. 92헌가4 등(병합) - 헌판집 7/1, 289(289 아래, 300 아래); 1995. 3. 23. 92헌가14 - 헌판집 7/1, 307(319); 1995. 3. 23. 94헌마175 - 헌판집 7/1, 438(454 아래); 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784); 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155(162-164); 1995. 10. 26. 93헌가246 - 헌판집 7/2, 498(509); 1996. 2. 29. 94헌바13 - 헌판집 8/1, 126(127, 139 아래); 1996. 3. 28. 94헌바42 - 헌판집 8/1, 199(200, 208 아래); 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(558 아래); 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167(184 아래); 1996. 10. 4. 95헌가1, 4(병합) - 헌판집 8/2, 258(270); 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537(559); 1996. 12. 26. 96헌가18 - 헌판집 8/2, 680(692); 1997. 3. 27. 95헌가17 - 헌판집 9/1, 219(220, 234); 1997. 3. 27. 95헌바50 - 헌판집 9/1, 291(300); 1997. 3. 27. 94헌마126, 225 등(병합) - 헌판집 9/1, 375(383); 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474(481); 1997. 8. 21. 93헌바51 - 헌판집 9/2, 177(191) 1997. 11. 27. 96헌바12 - 헌판집 9/2, 607(624).

② 재구성

비례성원칙의 부분원칙들에 대한 헌법재판소의 이해가 올바른지를 알기 위해서 비례성원칙의 용어가 어떻게 유래했는지 더듬어 보는 것은 의미가 있다. 비례성은 독일어 *Verhältnismäßigkeit*의 번역이다. 이 독일어 이름씨(명사) 낱말은 그림씨(형용사) 낱말 *verhältnismäßig*에서 유래한다. 또 이 낱말은 *Verhältnis*에 *mäßig*가 붙어 만들어진 말인데 *Verhältnis*는 “관계”나 “비율”을 의미하는 말이고, *mäßig*는 “적합한”이나 “맞는”의 뜻을 가진 말이다. 결국 직역하면 “관계적인”(상대적인, 비교적인), “비율에 맞는”의 뜻이 된다. 비례성의 원어는 그것이 “관계” 또는 “관계를 맺고 있는 복수의 대상”을 전제하고 있다는 것을 그 용어의 유래가 보여주고 있는 것이다. 즉 두 개(또는 그 이상)의 대상이 일정한 관계를 가지고 마주치고 있음을 전제로 한다.

물론 비례성원칙이 “관계성”을 전제로 하는 개념이라는 것은 비례성원칙의 용어상의 유래에서만 확인할 수 있는 것은 아니다. 비례성원칙이 적용되는 문제사안의 구조를 살펴보면 왜 비례성원칙이 관계의 개념을 전제로 하는지 쉽게 알 수 있다. 우리는 보통 비례성원칙이 “목적과 수단의 관계”에서 요구되는 원칙이라고 말한다. 비례성원칙은 목적과 수단의 “관계”가 문제되는 사안에서 올바른 관계를 설정하는 도구로 등장한다. 물론 “목적과 수단의 관계”라는 용어가 완벽하게 적절하다고 볼 수는 없지만 비례성의 많은 내용을 설명해 주고 있다는 점은 인정하기로 하고 계속 사용하기로 한다²⁵). 중요한 것은 “목적과 수단의 관계”라는 용어에서 언뜻 보이는 것처럼 비례성이 하나의 목적과 “하나”의 수단을 구성요소로 하는 “하나”의 관계구조로 이루어지지 않았다는 점이다. 비례성이란 “두 개”의 목적과 “한 개”의 수단이 이루는 “세 개”의 관계를 전제로 한다. 여기서 세 개의 관계란 두 개의 목적 중 하나의 목적과 수단의 관계, 다른 하나의 목적과 수단의 관계, 그리고 두 개의 목적 상호간의 관계를 말하며 우리는 이것을 “관계삼각형”(Relation-Triangle)이라 부르기로 한다. 이런 의미에서 관계삼각형에 의해 파악되지 않는, 즉 관계의 개념을 전제로 하지 않는 목적의 정당성의 원칙은 비례성의 원칙의 부분원칙이 될 수 없다.

첫 번째 관계, 즉 하나의 (실현되는) 목적과 수단의 관계에서 특징은 “최대화”를 명령하는 데 있다. 적합성원칙이란 수단은 목적을 달성하는 데 적합해야 한다는 원칙을 말한다. 여기서 목적달성에 적합한 수단이란 목적을 달성(실현)케 하거나 그것을 촉진하는 수단을 의미한다. 적합성원칙의 본질적 규범내용이란 “목적실현의 최대화”에 있는 것이다. 따라서 첫 번째 관계, 즉 실현되는 목적과 수단의 관계에서 요구되는 적합성이란 목적실현의 최대화명령으로 이해할 수 있다.

두 번째 관계, 즉 다른 하나의 (침해받는) 목적과 수단의 관계는 “최소화”를 명령하는 데 그 특징이 있다. 필요성원칙이란 수단은 목적을 달성하는 데 필요한 것이어야 한다는 원칙을 말한다. 여기서 목적달성에 필요한 수단이란 목적을 달성하고자 할 때 동시에 발생하는 다른 목적의 피해를 가능한 완화하는 수단을 의미한다. 필요성원칙의 본질적 규범내용이란 “목적침해의 최소화”에 있는 것이다. 따라서 두 번째 관계, 즉 침해되는 목적과 수단의 관계에서 요구되는 필요성이란 목적침해의 최소화명령으로 이해할 수 있는 것이다.

세 번째 관계, 즉 목적 상호간의 관계는 “최적화”를 명령하는 특징을 갖는다. 좁은 의미의 비례성(적정성, 균형성)원칙이란 수단은 목적과의 관계에서 균형을 이루라는 명령으로 이해된다. 그러나 정확히 고찰하면 그러한 균형은 한 축의 목적-수단 관계와 다른 한 축의 목적-수단 관계에서 요구된다. 물론 한 축, 한 축의 관계를 각각 독립적으로 고찰한 후 단순하게 비교하고 평균을 구하는 의미에서의 균형은 아니다. 이러한 수량화된 균형은 산술적 평균에 불과하다. 이것은 결국 좁은 의미의 비례성이 이미 앞의 두 단계, 즉 적합성과 필요성의 심사단계에서 나온 결과를 단순하게 합산하는 단계로 정의되는 것을 의미한다. 그러나 균형점을 산술적 평균으로 이해하는 것은 평가를 본질로 하는 규범학에서는 불가능하다. 그 이유는 첫째로, 하나의 수단을 연결점으로 만나는 두 개의 목적이 “동시에” 고려되어야 하기 때문이다. 둘째로, 구체적 사안에서 하나의 연결수단을 통해서 만나는 각각의 목적이 동일한 비중을 갖지 않으며 각각의 구체적 비중은 “규범적으로” 이해할 수밖에 없기 때문이다. 각각의 목적이 동시에

25 목적과 수단이 상대적 개념이라는 지적에 대해서는 M. Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit : Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, 17쪽 참조.

고려되어야 하며 그것들이 갖는 구체적 비중은 규범적으로 이해될 수밖에 없기 때문에 비례성원칙은 반드시 넓은 의미의 비례성원칙으로 구성되어야만 한다. 물론 각각의 목적이 갖는 구체적 비중을 확인함과 동시에 각각의 목적-수단관계의 최적점을 찾는 데 좁은 의미의 비례성원칙이 갖는 규범내용이 있다. 이런 의미에서 세 번째 관계, 즉 실현되는 목적과 침해받는 목적의 관계에서 요구되는 균형성이란 목적실현과 목적침해의 최적화명령으로 이해할 수 있는 것이다.

전통적으로 세 개의 부분원칙으로 이해되는 비례성원칙은 이렇게 세 개의 관계를 기본축으로 하고 그 내용에 있어서 각각의 관계에서 "최소화", "최대화", "최적화"를 명령하는 규범내용을 가지고 있다는 점을 헌법재판소가 비례성원칙을 기준 삼아 논증할 때 참고한다면 좀더 설득력있는 논증이 될 듯 싶다.

3. 헌법적 근거

(1) 제37조 제2항

우리 헌법재판소는 "과잉금지의 원칙" 내지 "비례의 원칙"이 헌법 제37조 제2항에서 도출된다는 견해를 일관되게 유지하고 있다²⁶). 문제는 제37조 제2항의 어느 문언에서 도출할 것인지 하는 점이다. 즉 전단의 "필요한 경우에 한하여"라는 문구인지, 아니면 후단의 "본질적 내용은 침해할 수 없다."라는 문구인지 하는 물음이 제기된다. 우선 헌법재판소의 표현만 보면 "본질적 내용을 침해할 수 없다."라고 한 문구에서 도출하는 듯하였다²⁷). 그러나

26 1989. 7. 14. 89헌가5, 8 등(병합) - 헌판집 1, 67(85); 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 199(247); 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357(374); 1989. 8. 27. 89헌가118 - 헌판집 2, 222(236); 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(253, 260); 1990. 9. 10. 89헌마82 - 헌판집 2, 306(319, 328, 330); 1990. 10. 15. 89헌마178 - 헌판집 2, 365(384); 1990. 11. 19. 90헌가48 - 헌판집 2, 393(403); 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91(112); 1991. 4. 1. 89헌마160 - 헌판집 3, 149(149, 158); 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(220); 1991. 7. 22. 89헌가106 - 헌판집3, 387(447); 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64(94); 1992. 4. 14. 90헌마82 - 헌판집 4, 194(210); 1992. 4. 28. 90헌바24 - 헌판집 4, 225(225); 1992. 6. 26. 90헌바26 - 헌판집 4, 362(372); 1992. 10. 1. 92헌가6, 7(병합) - 헌판집 4, 585(585, 600); 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합) - 헌판집 4, 659(705); 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853(872, 875, 878 아래, 884 아래); 1993. 5. 13. 91헌바17 - 헌판집 5/1, 275(275, 284, 286); 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578(601, 603); 1994. 2. 24. 93헌바43 - 헌판집 6/1, 72(72, 76 아래); 1994. 6. 30. 92헌가9 - 헌판집 6/1, 543(544, 553); 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130(138); 1995. 2. 23. 92헌바12 - 헌판집 7/1, 152(152, 163); 1995. 3. 23. 92헌가14 - 헌판집 7/1, 307(319); 1995. 3. 23. 94헌마175 - 헌판집 7/1, 438(454); 1995. 4. 20. 92헌마264, 279(병합) - 헌판집 7/1, 564(573); 1995. 5. 25. 91헌가7 - 헌판집 7/1, 598(598, 609); 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687(703, 718); 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(784); 1995. 7. 21. 94헌바18 등(병합) - 헌판집 7/2, 65(74); 1995. 7. 21. 92헌바177, 199(병합) - 헌판집 7/2, 112(113, 125, 130); 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155(162); 1995. 9. 28. 94헌바23 - 헌판집 7/2, 319(337); 1995. 11. 30. 94헌가2 - 헌판집 7/2, 538(549); 1995. 11. 30. 94헌가3 - 헌판집 7/2, 550(551, 557, 560); 1996. 1. 25. 95헌가5 - 헌판집 8/1, 1(19); 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126(139); 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389(389, 400, 408); 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(552, 558 아래); 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167(188); 1996. 10. 4. 95헌가1, 4(병합) - 헌판집 8/2, 258(270); 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537(552, 558 아래); 1997. 3. 27. 95헌바17 - 헌판집 9/1, 219(220, 234); 1997. 3. 27. 95헌가14 등(병합) - 헌판집 9/1, 245(247, 265); 1997. 3. 27. 95헌바50 - 헌판집 9/1, 290(301); 1997. 3. 27. 94헌마196, 225 등(병합) - 헌판집 9/1, 375(383); 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474(481); 1997. 5. 29. 94헌바5 - 헌판집 9/1, 519(519, 526); 1997. 6. 26. 96헌바94 - 헌판집 9/1, 631(631, 642); 1997. 8. 21. 93헌바51 - 헌판집 9/2, 177(177, 191); 1997. 8. 21. 94헌바19 등(병합) - 헌판집 9/2, 243(243, 258); 1997. 11. 27. 96헌바12 - 헌판집 9/2, 607(624); 1997. 12. 24. 97헌마16 - 헌판집 9/2, 881(892).

27 1989. 9. 8. 선고 88헌가 6 - 헌판집 제1권 199(247)쪽: "국회가 ... 헌법상 보장된 기본권에 대한 법적 제한을 하는 법률을 제정할 시에는 ... 비례의 원칙에 따라 판단해야 할 또 다른 한계를 가지고 있다. 이는 제37조 제2항 후단의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 규정이 이를 말하며"(강조: 필자).

이후의 판결²⁸⁾에서 “필요한 경우에 한하여”라는 문구에서는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙을 도출하고, “본질적 내용을 침해할 수 없다.”라는 문구에서는 본질내용침해금지라는 독자적인 원칙을 도출하면서 이를 유지하고 있는 듯하다.

비례성원칙을 제37조 제2항의 어느 문구에서 도출할 것인지 하는 물음은 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙의 관계를 어떻게 이해할 것인지 하는 물음과 관련되어 있다. 기본권의 본질내용침해금지의 원칙과 비례성의 원칙의 관계는 “본질내용”을 어떻게 이해하느냐에 달려 있다. 본질내용에 관해서는 “절대적” 본질내용과 “상대적” 본질내용으로 구분할 수 있다²⁹⁾. 절대적 본질내용이란 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 이른바 기본권의 “중핵(핵심)”을 말한다. 상대적 본질내용이란 비례성원칙에 따라 제한되고 남은 부분을 말한다. 절대적 본질내용을 주장하는 경우에 본질내용침해금지의 원칙은 비례성의 원칙이 넘을 수 없는 한계를 의미한다. 즉 기본권을 제한하는 경우에 제한하는 규범의 제한으로서 비례성원칙 이외에 또 하나의 제한규범을 의미하게 된다. 그리고 그것은 어떠한 경우에도 넘을 수 없는 절대적 한계(제한의 제한)가 된다³⁰⁾. 이런 의미에서 본질내용침해금지의 원칙은 비례성의 원칙과는 병렬적으로 존재하는 “독립적” 제한규범이 된다. 한편 상대적 본질내용을 주장하는 경우에 본질내용침해금지의 원칙이란 비례성원칙을 한 번 더 확인하는 규범에 불과하게 된다. 본질내용침해금지의 원칙이란 비례성원칙이 넘을 수 없는 한계가 아니라, 비례성원칙과 동일한 내용을 재확인하는 “선언적” 규범에 머무르게 되는 것이다.

헌법재판소가 어떤 견해를 취하고 있는지는 사안에 따라 다르게 나타난다. 어떤 사안에서는 본질내용침해금지의 원칙이 비례성원칙 이외에 기본권의 제한을 제한하는 독립적 규범으로 이해되기도 하고³¹⁾, 다른 사안에서는 본질내용침해금지란 비례성원칙을 재확인한 것에 불과하다는 내용의 표현을 하고 있기도 하다³²⁾. 헌법 제37조 제2항을

위 문장 자체로만 보면 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항 중 그 후단에서 “비례의 원칙”을 도출하고 있다. 같은 표현으로 1991. 7. 22. 89헌가106 - 헌판집 3, 387(447) : “헌법 제37조 제2항 후단의 과잉금지의 원칙의 정신은 존중되어야 할 것이며”(강조 : 필자).

28 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357(388).

29 이러한 구분에 관해서는 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 제2판, Frankfurt/M. 1994, 269쪽 아래 참조.

30 예를 들어 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정(헌판집 8/2, 537 아래)에서 조승형 재판관은 반대의견을 말하면서 헌법 제37조 제2항은 기본권의 제한에서 비례성의 원칙이라는 “상대적 한계”와 본질내용침해금지의 원칙이라는 “절대적 한계”를 구분하고 있다(559쪽).

31 예를 들어 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정에서 (헌판집 제1권 357쪽 아래) “그리고 헌법의 기본정신(헌법 제37조 제2항)에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 실사 없더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못한다고 할 것이다.”(374쪽 : 괄호는 헌법재판소, 밑줄강조는 필자)라고 한 표현 참조. 비슷한 표현을 사용하고 있는 결정으로 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(253, 260, 274) ; 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91(112) ; 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64(94) ; 1992. 6. 26. 90헌바26 - 헌판집 4, 362(373, 375) ; 1993. 5. 13. 91헌바17 - 헌판집 5/1, 275(275, 285 아래) ; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687(718) ; 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155(162) ; 1996. 3. 28. 94헌바42 - 헌판집 8/1, 199(206 아래) ; 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389(408 아래) ; 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(550, 558, 562) ; 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537(552, 559) 참조.

32 예를 들어 1997. 11. 27. 선고 96헌바12 결정(헌판집 9/2, 607 아래)에서 “헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.”(624쪽 : 강조 필자)라고 하고 있다. 여기서 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항의 내용이 비례성원칙을 규정한 것으로 이해할 수 있는 표현을 사용하고 있다. 만약 그렇지 않다면 헌법재판소는 두 번째 문장의 연결어 “따라서” 다음에 “본질내용침해금지의 원칙”도 언급했어야 한다. 더욱이 1995. 2. 23. 선고 93 헌가 1 결정(헌판집 7/1 130 아래)에서는 “... 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위배되어 ... 본질적 내용을 침해하였다...”(138쪽)라고 하여 본질내용이 비례성원칙에 의해 판단된다고 분명하게 표현하고 있다. 비슷한 표현을 쓰고 있는 결정으로 1992. 4. 28. 90헌바24 - 헌판집 4, 225(237) ; 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2,

“기본권제한의 입법적 한계”(또는 기본권제한입법의 한계)로 이해하는 헌법재판소가 그러한 “한계”로서 비례성원칙만을 의미하는지, 아니면 거기다 본질내용침해금지원칙을 병립하는 독립적인 원칙으로 이해하는지 일관되어 있지 않다. 사안에 따라 비례성원칙에 의한 심사만 하는 경우도 하고, 거기다 본질내용의 침해여부도 심사하는 경우도 있으며 두 가지 기준을 다 적용한 경우에도 결국 양자가 같은 의미를 갖는다고 하는 경우도 있기 때문이다. 결국 헌법재판소가 본질내용에 관하여 절대적 이론에서 있는지, 아니면 상대적 이론에서 있는지는 불분명하다. 따라서 본질내용침해금지의 원칙을 비례성의 원칙과는 독립적인 평가기준으로 삼고 있는지, 아니면 단순히 비례성의 원칙을 재확인하는 데 지나지 않는 선언적 규정으로 이해하고 있는지도 불분명하다. 어쨌든 헌법재판소가 헌법 제37조 제2항을 명시적이든, 묵시적이든 비례성의 원칙의 헌법적 근거로 삼고 있음은 의심의 여지가 없다.

(2) 법치국가원리

“법치국가의 원리”³³⁾에서 파생하는 헌법상의 기본원리로 설명하기도 한다. 법치국가의 원리가 문제되는 것은 어떻게 하면 국가권력을 제한해서 국민의 기본권을 보호할 것인지를 논증하려고 할 때다. 보통 국가권력을 제한하는 여러 가지 원칙들이 열거되는 논증방식을 취한다. 이러한 원칙들 가운데 국가권력을 제한하는 내용적인 또는 실질적인 원칙으로서 비례성원칙이 예로 들어진다. 그러나 비례성원칙을 이렇게 논증하고자 하는 방식에 대해서는 법치국가원리로부터 나중에 도출되어야 할 원칙들을 미리 법치국가원리의 부분원칙으로 전제하고 그런 부분원칙들을 도출하는 것은 논증의 결과를 논증의 전제로 삼는 순환의 논리가 은폐되어 있다는 점을 지적한다³⁴⁾.

4. 두 개의 목적항과 한 개의 수단항

헌법재판에서 비례성원칙이 논증의 도구로 등장하는 것은, 기본권의 충돌과 제한이 문제되는 경우다. 비례성원칙은 보통 “목적과 수단의 비례적인 관계”를 형성하라는 원칙으로 이해되어 하나의 목적항과 하나의 수단항으로 구성되는 것처럼 보이지만 이러한 구성은 비례성원칙의 구조를 명확하게 이해하지 못한 데 기인한다는 점은 이미 지적한 바와 같다³⁵⁾. 비례성원칙의 기본적 구조는 두 개의 목적항과 한 개의 수단항으로 구성된다. 보통은 하나의 목적항(Z1)에 기본권이 놓이고, 다른 목적항(Z2)에는 다른 사람의 기본권 또는 헌법상의 가치(공의, 공공의 이익, 전체의 이익)가 위치한다. 그리고 이 두 개의 목적항에 동시에 관련되는 하나의 수단이 수단항(M)에 놓이게 된다. 기본권 제한이란 이러한 구조적 형식으로 구성해 볼 수 있다.

기본권 제한규범은 “헌법직접적인 제한규범”과 “헌법간접적인 제한규범”으로 구분할 수 있다. 헌법직접적 제한규범은 헌법적 수준에서 직접 제한을 규정하는 규범이다. 헌법직접적인 제한규범은 “명시적인 제한규범”과 “묵시적인 제한규범”으로 구분된다. 명시적 제한규범은 헌법의 기본권조항에 직접 명문으로 제한을 내용으로 규정하는 규범형식이다. 묵시적 제한규범은 제한되는 기본권조항에 명문의 제한규범이 규정되어 있지는 않지만 기본권의 본질상 헌법의 다른 규정으로부터 끌어낼 수 있는 규범을 말한다. 헌법간접적 제한규범은 헌법 이하의 수준에서 제한할 수 있는 “권한”(제한규범의 제정권한)을 위임함으로써 헌법은 간접적으로만 규정하는 것이다. 이 경우 헌법 스스로

578(601) ; 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130(130, 138) ; 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550(550, 562) ; 1997. 3. 27. 94헌마196, 225 등(병합) - 헌판집 9/2, 375(383) 참조.

33 이 경우 헌법 제37조 제2항과 함께 헌법적 근거로 삼는다. 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(260) ; 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578(601) 참조 ; 독특한 논증의 예로는 1992. 4. 28. 90헌바24 - 헌판집 4, 225 아래 : 법치국가원리에서 과잉입법금지의 원칙을 제37조 제2항에서는 본질내용침해금지의 원칙을 도출한다(241). 그리고 과잉입법금지는 곧장 본질내용침해금지로 이어진다고 한다(237).

34 같은 생각으로 P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln/Berlin/München/Bonn 1961, 32쪽 아래 ; R. Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München 1989, 114쪽 참조.

35 위 2의 (3) 참조.

그리고 이 두 개의 목적항에 동시에 관련되는 하나의 수단이 수단항(M)에 놓이게 된다. 기본권 제한이란 이러한 구조적 형식으로 구성해 볼 수 있다.

헌법재판에서 “헌법직접적인 제한규범”과 “헌법간접적인 제한규범”으로 구분할 수 있다. 헌법직접적 제한규범은 헌법적 수준에서 직접 제한을 규정하는 규범이다. 헌법직접적인 제한규범은 “명시적인 제한규범”과 “묵시적인 제한규범”으로 구분된다. 명시적 제한규범은 헌법의 기본권조항에 직접 명문으로 제한을 내용으로 규정하는 규범형식이다. 묵시적 제한규범은 제한되는 기본권조항에 명문의 제한규범이 규정되어 있지는 않지만 기본권의 본질상 헌법의 다른 규정으로부터 끌어낼 수 있는 규범을 말한다. 헌법간접적 제한규범은 헌법 이하의 수준에서 제한할 수 있는 “권한”(제한규범의 제정권한)을 위임함으로써 헌법은 간접적으로만 규정하는 것이다. 이 경우 헌법 스스로

는 그러한 수권규범만을(그 “제한가능성”만을) 규정하고, 직접적 제한은 수권을 받은 기관이 제한규범을 제정함으로써 이루어진다. 헌법간접적 제한은 보통 “법률유보”의 형식으로 규정된다. 어쨌든 기본권제한은 두 개의 목적항과 한 개의 수단항으로 구성된 비례성원칙의 구조를 따라 진행된다. 이러한 구조에 따라 헌법재판소의 결정들을 분석해보자.

(1) 두 개의 목적항

우리 헌법재판소는 한 쪽 기본권항(침해받는 기본권항)에 여러 가지 기본권을 올려 놓았다. 예를 들어 행복추구권(일반적 행동의 자유권 : 제10조)³⁶⁾, 평등권(제11조)³⁷⁾, 신체의 자유(제12조 제1항)³⁸⁾, 거주·이전의 자유(제14조)³⁹⁾, 직업의 자유(제15조)⁴⁰⁾, 양심의 자유(제19조)⁴¹⁾, 언론·출판의 자유(제21조)⁴²⁾, 예술의 자유(제22조)⁴³⁾, 참정권(제24조) 및 공무담임권(제25조)⁴⁴⁾, 재산권(제23조 제1항)⁴⁵⁾, 근로3권(제33조 제1항)⁴⁶⁾ 등이 침해받는 목적항에 놓였다. 가장 자주 문제가 되는 기본권은 직업의 자유와 재산권인데 국민의 현실적인 삶과 구체적으로 맞닿아 있기 때문으로 생각된다.

그리고 실현하고자 하는 목적항에는 충돌하는 기본권을 놓기도 하고, 헌법상의 가치(공익, 공공의 이익, 전체의 이익)를 놓기도 하였다. 예를 들어 충돌하는 기본권으로는 인격권 및 사생활의 비밀과 자유(제17조)⁴⁷⁾를 들 수 있

36 1997. 3. 27. 95헌가14 - 헌판집 9/1, 245 아래 참조.

37 1990. 10. 8. 89헌마89, 헌판집 2, 332 아래 참조.

38 1989. 7. 14. 88헌가5, 8, 89 헌가 44(병합) - 헌판집 1, 69 아래; 1991. 4. 1. 89헌마17 등(병합) - 헌판집 3, 124 아래; 1990. 8. 27. 89헌가118 - 헌판집 2, 222 아래 참조.

39 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550 아래 참조.

40 1989. 3. 17. 88헌마1 - 헌판집 1, 9 아래; 1989. 11. 20. 89헌가102, 헌판집 1, 329 아래; 1990. 10. 15. 89헌마178 - 헌판집 2 365(384); 1990. 11. 19. 90헌가48 - 헌판집 2, 393 아래; 1991. 9. 16. 89헌마231 - 헌판집 3, 542 아래; 1993. 5. 13. 92헌마80 - 헌판집 5/1, 365 아래; 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130 아래; 1995. 4. 20. 92헌마264, 279(병합) - 헌판집 7/1, 564 아래; 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155 아래; 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126 아래; 1996. 3. 28. 94헌마42 - 헌판집 8/1, 199 아래; 1996. 4. 25. 94헌마129 등(병합) - 헌판집 8/1, 449 아래; 1996. 10. 31. 94헌가7 - 헌판집 8/2, 408 아래; 1996. 12. 26. 96헌가18 - 헌판집 8/2, 680 아래; 1997. 3. 27. 94헌마196 등(병합) - 헌판집 9/1, 375 아래; 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474 아래; 1997. 11. 27. 96헌마12 - 헌판집 9/2, 607 아래 참조.

41 1991. 4. 1. 89헌마160 - 헌판집 3, 149 아래 참조.

42 1991. 9. 16. 89헌마165 - 헌판집 3, 518 아래; 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64 아래; 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300 아래; 1992. 11. 12. 89헌마88 - 헌판집 4, 739 아래; 1993. 5. 13. 91헌마17 - 헌판집 5/1, 275 아래; 1995. 7. 21. 92헌마177, 199(병합) - 헌판집 7/2, 112 아래; 1996. 10. 4. 93헌가13 등(병합) - 헌판집 8/2, 212 아래; 1996. 10. 31. 94헌가6 - 헌판집 8/2, 395 아래; 1997. 8. 21. 93헌마51 - 헌판집 9/2, 177 아래 참조.

43 1993. 5. 13. 91헌마17 - 헌판집 4, 275 아래 참조.

44 1989. 9. 8. 88헌가 6 - 헌판집 1, 199 아래; 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91 아래; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687 아래; 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768 아래; 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550 아래; 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167 아래 참조.

45 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357 아래; 1990. 6. 25. 89헌가98 등(병합), 헌판집 2, 132 아래; 1990. 9. 3. 89헌가95, 헌판집 2, 245 아래; 1991. 5. 13. 89헌가 97 - 헌판집 3, 202 아래; 1991. 11. 25. 91헌가6 - 헌판집 3, 569 아래; 1992. 10. 1. 92헌마185 - 헌판집 4, 585 아래; 1994. 6. 30. 92헌가 9 - 헌판집 6/1, 543 아래; 1995. 3. 23. 92헌가4 등(병합) - 헌판집 7/1, 289 아래; 1995. 4. 20. 93헌마20 등(병합) - 헌판집 7/1, 519 아래; 1995. 7. 21. 94헌마18 등(병합) - 헌판집 7/2, 65 아래; 1995. 7. 21. 94헌마27, 29(병합) - 헌판집 7/2, 82 아래; 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155 아래; 1995. 10. 26. 93헌마246 - 헌판집 7/2, 498 아래; 1995. 11. 30. 91헌마1 등(병합) - 헌판집 7/2, 562 아래; 1996. 4. 25. 95헌마9 - 헌판집 8/1, 389 아래; 1996. 12. 26. 96헌가21 - 헌판집 8/2, 715 아래 참조.

46 1991. 7. 22. 89헌가106 - 헌판집 3, 387 아래 참조.

47 이 경우 대부분 언론·출판의 자유와 충돌한다.

다. 그리고 헌법상의 가치로는 “사법서사의 자질저하를 막고 대국민 위해를 방지코자하는 공공복리”⁴⁸⁾, “제법의 위험성 방지와 이를 통한 공공의 안전과 이익”⁴⁹⁾, “효과적이고 공정한 선거운영 및 선거의 신뢰성과 정치적 안정성 확보”⁵⁰⁾, “정실개입의 위험 배제 및 공무원 직무의 공정성에 대한 신뢰확보”⁵¹⁾, “투기적 토지거래 및 지가상승 억제”⁵²⁾, “교통사고 피해자의 구호나 교통질서의 회복 및 안전확보”⁵³⁾, “국가의 재정적 기초의 공공화와 국가의 통치적 활동의 원활하고 온전한 수행”⁵⁴⁾, “변호의뢰인의 보호와 사법제도의 원활한 운영”⁵⁵⁾, “후보자난립방지, 후보자의 성실성 담보 등 합리적인 선거사무의 집행”⁵⁶⁾, “국유재산의 잠식 방지 및 국유재산관리의 효율성 도모”⁵⁷⁾, “재해예방 및 재해로 인한 국민의 보호”⁵⁸⁾, “국가의 안전보장”⁵⁹⁾, “언론의 건전한 발전”⁶⁰⁾, “민족예술의 진흥과 국민정서생활의 순화”, “청소년 보호”⁶¹⁾, “보석으로 인한 도망 또는 증거인멸로 발생하는 재판진행과 공정한 재판의 지장예방”⁶²⁾, “부실공사의 예방을 통한 국민의 생명과 재산의 보호”⁶³⁾, “국산영화의 존립과 발전”⁶⁴⁾, “지방자치제도의 정착 및 지방자치행정의 민주성과 능률성”⁶⁵⁾ “영화산업의 육성발전”⁶⁶⁾, “국민의 건강보호”⁶⁷⁾, “중소기업의 보호”⁶⁸⁾ 등이다. 입법자의 형성의 자유를 보장하는 의미에서 침해를 위한 광범한 보호목적들이 반대목적항에 채워지고 있다. 목적항에는 하나의 목적이 놓여지기도 하지만 여러 개의 목적이 한꺼번에 놓이기도 한다⁶⁹⁾. 관계 삼각형에 기초한 목적의 분석은 문제를 분명하게 파악하기 위한 수단이므로 2개 이상의 목적이 놓이는 것을 배제하지 않는다.

목적항에 놓인 목적은 구체화를 필요로 하기도 한다. 예를 들어 1993년 5월 13일 선고된 91헌바17 결정(헌판집 제5권 1집 275쪽 아래)에서 음반제작업자의 등록을 의무로 규정하고 있는 구 음반법의 목적은 “민족예술의 진흥과 국민정서생활의 순화”다. 이런 목적은 “음반의 질적 향상”을 통해서 달성된다. 또한 이 목적은 “시설을 갖추지 못한 음반제작업자의 방지”를 통해서 달성된다. 이처럼 목적 상호간에는 또 다시 목적과 수단의 관계가 있지만 궁극

48 1989. 3. 17. 88헌마1 - 헌판집 1, 9(21) 참조.

49 1989. 7. 14. 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) - 헌판집 1, 69(84) ; 1991. 4. 1. 89헌마17 등(병합) - 헌판집 3, 124 아래 참조.

50 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 197(217) 참조.

51 1989. 11. 20. 89헌가102 - 헌판집 1, 329(337) 참조.

52 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357(379) 참조.

53 1990. 8. 27. 89헌가118 - 헌판집 2, 222(234) 참조.

54 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245(261) 참조.

55 1990. 11. 19. 90헌가48 - 헌판집 2, 393(399) 참조.

56 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91(112) ; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687 아래 ; 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768(778) ; 1996. 8. 29. 헌판집 8/2, 167 아래 참조.

57 1991. 5. 13. 89헌가97 - 헌판집 3, 202(215) 참조.

58 1991. 6. 3. 89헌마204 - 헌판집 3, 268 아래 참조.

59 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64 아래 참조.

60 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300(309) 참조.

61 1993. 5. 13. 92헌마80 - 헌판집 4, 365 아래 ; 1995. 4. 20. 92헌마264, 279(병합) - 헌판집 7/1, 564 아래 ;

1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126(138) ; 1996. 10. 4. 93헌가13 등(병합) - 헌판집 8/2, 212 아래 ;

1997. 3. 27. 94헌마196 등(병합) - 헌판집 9/1, 375 아래 참조.

62 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578 아래 참조.

63 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130(135) 참조.

64 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155 아래 참조.

65 1996. 6. 26. 96헌마200 - 헌판집 8/1, 550 아래 참조.

66 1996. 8. 29. 94헌마15 - 헌판집 8/2, 74 아래 참조.

67 1996. 10. 31. 94헌가7 - 헌판집 8/2, 408 아래 참조.

68 1996. 12. 26. 96헌가18 - 헌판집 8/2, 680 아래 참조.

69 예를 들어 정기간행물의 납본제도에 관한 결정에서 침해되는 기본권으로 “언론·출판의 자유”와 함께 “재산권”도 문제된다. 또한 음반제작자의 등록제도에 관한 결정에서도 침해되는 기본권으로 “언론·출판의 자유”와 함께 “예술의 자유”도 문제된다. 이 사건의 경우 보호되는 공익의 측면에서도 “민족예술의 진흥”과 함께 “청소년보호”도 문제되고 있다.

적인 구체적 수단과의 관계에서는 모두 목적으로 인정된다. 이러한 목적들을 달성하기 위한 수단이 “음반제작업자의 등록의무”다. 기본권을 제한하기 위한 대항목적으로 제시된 목적들은 “전체의 이익”으로 추상화할 수 있지만 각각의 경우 단계적으로 구체화된 목적을 제시함으로써 수단과의 관계에서 갖는 인과적 관계를 증명할 수 있어야만 한다.

(2) 한 개의 수단항

목적을 실현하는 수단도 다양하다. 문제가 된 수단들로는 “보호감호 제도”⁷⁰⁾, “기탁금 제도 및 기탁금의 국고귀속”⁷¹⁾, “변호사개업지 제한”⁷²⁾, “토지거래허가 제도”⁷³⁾, “교통사고의 신고의무”⁷⁴⁾, “조세채권의 우선 제도”⁷⁵⁾, “변호사업무정지명령 제도”⁷⁶⁾, “사죄광고 제도”⁷⁷⁾, “국유잡종재산의 시효취득 제한”⁷⁸⁾, “화재보험의 가입 강제”⁷⁹⁾, “정정보도청구권(반론권) 제도”⁸⁰⁾, “한약업사의 영업지 제한”⁸¹⁾, “지방세 채권의 (소급)우선 제도”⁸²⁾, “군사기밀 제도”⁸³⁾, “정기간행물 발행자의 등록 제도”⁸⁴⁾, “정기간행물의 납본 제도”⁸⁵⁾, “지방자치단체가 소유한 잡종공유재산의 시효취득 제한”⁸⁶⁾, “국정교과서 제도”⁸⁷⁾, “구속영장 효력상실의 예외 제도”⁸⁸⁾, “음반제작자의 등록 제도”⁸⁹⁾, “18세 미만자의 당구장 출입금지”⁹⁰⁾, “보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고”⁹¹⁾, “퇴역연금 정지 제도”⁹²⁾, “건축사무소 등록취소 및 업무정지명령 제도”⁹³⁾, “징발재산의 환대기한 제한”⁹⁴⁾, “실화 피해자의 손해배상청구권 제한”⁹⁵⁾, “공시지가를 기준으로 한 손실보상액의 산정”⁹⁶⁾, “담배자동판매기의 설치 제한”⁹⁷⁾, “공무원 퇴직급여의

- 70 1989. 7. 14. 88헌가5 등(병합) - 헌판집 1, 69 아래 ; 1991. 4. 1. 89헌마17 등(병합) - 헌판집 3, 124 아래 참조.
- 71 1989. 9. 8. 88헌가6 - 헌판집 1, 199 아래(국회의원선거 입후보자의 기탁금 제도) ; 1991. 3. 11. 91헌마21 - 헌판집 3, 91 아래(시·도의회의원선거 입후보자의 기탁금 제도) ; 1995. 5. 25. 91헌마44 - 헌판집 7/1, 687 아래(지방기초의회의원선거 입후보자의 기탁금 제도) ; 1995. 5. 25. 92헌마269, 299, 305(병합) - 헌판집 7/1, 768 아래(대통령선거 입후보자의 기탁금 제도) ; 1996. 8. 29. 95헌마108 - 헌판집 8/2, 167 아래(시·도지사선거 입후보자의 기탁금 제도)참조.
- 72 1989. 11. 20. 89헌가102 - 헌판집 1, 329 아래 참조.
- 73 1989. 12. 22. 88헌가13 - 헌판집 1, 357 아래 ; 1997. 6. 26. 92헌바5 - 헌판집 9/1, 595 아래 참조.
- 74 1990. 8. 27. 89헌가118 - 헌판집 2, 222 아래 참조.
- 75 1990. 9. 3. 89헌가95 - 헌판집 2, 245 아래 참조.
- 76 1990. 11. 19. 90헌가48 - 헌판집 2, 393 아래 참조.
- 77 1991. 4. 1. 89헌마160 - 헌판집 3, 149 아래 참조.
- 78 1991. 5. 13. 89헌가 97 - 헌판집 3, 202 아래 참조.
- 79 1991. 6. 3. 89헌마 204 - 헌판집 3, 268 아래 참조.
- 80 1991. 9. 16. 89헌마165 - 헌판집 3, 518 아래 참조.
- 81 1991. 9. 16. 89헌마231 - 헌판집 3, 542 아래 참조.
- 82 1991. 11. 25. 91헌가6 - 헌판집 3, 569 아래 ; 1995. 7. 21. 94헌바18 등(병합) - 헌판집 7/2, 65 아래 ; 1996. 12. 26. 96헌가21 - 헌판집 8/2, 715 아래 참조.
- 83 1992. 2. 25. 89헌가104 - 헌판집 4, 64 아래 참조.
- 84 1992. 6. 26. 90헌가23 - 헌판집 4, 300 아래 참조.
- 85 1992. 6. 26. 90헌바26 - 헌판집 4, 362 아래 참조.
- 86 1992. 10. 1. 92헌가6, 7(병합) - 헌판집 4, 585 아래 참조.
- 87 1992. 11. 12. 89헌마88 - 헌판집 4, 740 아래 참조.
- 88 1992. 12. 24. 92헌가8 - 헌판집 4, 853 아래 참조.
- 89 1993. 5. 13. 91헌바 17 - 헌판집 5/1, 275 아래 참조.
- 90 1993. 5. 13. 92헌마80 - 헌판집 5/1, 365 아래 참조.
- 91 1993. 12. 23. 93헌가2 - 헌판집 5/2, 578 아래 참조.
- 92 1994. 6. 30. 92헌가9 - 헌판집 6/1, 543 아래 참조.
- 93 1995. 2. 23. 93헌가1 - 헌판집 7/1, 130 아래 참조.
- 94 1995. 2. 23. 92헌바12 - 헌판집 7/1, 152 아래 ; 1996. 4. 25. 95헌바9 - 헌판집 8/1, 389 아래 참조.
- 95 1995. 3. 23. 92헌가4 등(병합) - 헌판집 7/1, 289 아래 참조.
- 96 1995. 4. 20. 93헌바20 등(병합) - 헌판집 7/1, 519 아래 참조.
- 97 1995. 4. 20. 92헌마 264, 279(병합) - 헌판집 7/1, 564 아래 참조.

감액 제도" 98), "여론조사의 결과공표 금지" 99) "국산영화 의무상영 제도" 100), "18세 미만자의 노래연습장 출입금지" 101), "영화제작업자의 등록 제도" 102), "멸실국채에 대한 공시최고절차에 의한 실효채 배제" 103), "기준시가 기준의 소득세 징수" 104), "물리치료사와 임상병리사 업무에 대한 의사의 지도" 105), "영화에 대한 공연윤리위원회의 사전심의 제도" 106), "공연윤리위원회의 심의를 받지 아니한 음반의 판매금지" 107), "무면허 의료행위금지" 108), "사형제도" 109), "자도소주 구입명령 제도" 110), "음주측정 제도" 111), "학교환경위생정화구역내의 당구장시설금지" 112), "행정사의 겸직금지의무" 113), "정기간행물의 등록 제도" 114), "다단계판매행위의 규제" 115) 등을 들 수 있다. 이러한 수단들이 실현하고자 하는 목적에 대해서는 적합한 수단으로, 즉 목적실현을 최대화할 수 있는 수단으로 작용한다. 반대로 침해되는 목적에 대해서는 필요한 수단으로, 즉 목적침해를 최소화할 수 있는 수단으로 작용한다. 결국 마지막으로 헌법재판소가 비례성원칙을 근거로 논증해야 할 과제는 이러한 수단들이 각각의 목적에 대해서 가지는 최대화 작용과 최소화 작용을 비교형량하는 것이다. 이러한 과제는 좁은 의미의 비례성원칙, 즉 최적화명령에 따라 요구된다. 각각의 기본권에서 예상할 수 있는 침해유형들이 입법자의 형성의 자유에 따라 구체화되어 수단으로 채택되고, 이 수단의 비례성에 대하여 단계적이면서 입체적으로 헌법재판소가 심사해야 한다.

5. 관계삼각형 모델

헌법재판소가 비례성원칙을 인용할 때 논증해야 할 것들 밝히기 위해서 여기서 제시하고자 하는 모델은 "관계삼각형 모델"이다. 위에서 언급한 것처럼 비례성원칙은 관계삼각형을 기본구조로 갖는다. 이러한 관계삼각형 안에 세 가지 부분원칙을 이해할 수 있게 하는 단초가 놓여 있다. 여기서 제시하는 모델은 헌법재판소가 앞으로 비례성원칙을 인용하면서 도움이 될 수 있는 논증의 구조를 밝힐 뿐이다. 이러한 구조의 해명이 물론 확정적인 결론을 도출하는 데는 기여하지 못한다. 하지만 헌법재판소가 무엇을 논증해야만 하는지는 분명히 보여줄 것이다.

(1) 최대화명령

관계삼각형의 첫 번째 축은 "실현되는" 목적과 수단과의 관계축이다. 이러한 관계축에서 요구되는 원칙이 적합성원칙이다. 적합성원칙의 규범내용은 최대화명령이다. 가능한 한 목적을 최대로 실현하는 수단을 찾으라는 명령을 적합성원칙은 그 규범내용으로 하고 있는 것이다. 이러한 규범내용은 경험적으로 논증할 수 있다.

- 98 1995. 7. 21. 94헌바27, 29(병합) - 헌판집 7/2, 82 아래 참조.
 99 1995. 7. 21. 92헌바177, 199(병합) - 헌판집 7/2, 112 아래 참조.
 100 1995. 7. 21. 94헌마125 - 헌판집 7/2, 155 아래 참조.
 101 1996. 2. 29. 94헌마13 - 헌판집 8/1, 126 아래 참조.
 102 1996. 8. 29. 94헌바15 - 헌판집 8/2, 74 아래 참조.
 103 1995. 10. 26. 93헌마246 - 헌판집 7/2, 498 아래 참조.
 104 1995. 11. 30. 91헌바1 등(병합) - 헌판집 7/2, 562 아래 참조.
 105 1996. 4. 25. 94헌마129 등(병합) - 헌판집 8/1, 449 아래 참조.
 106 1996. 10. 4. 93헌가13 - 헌판집 8/2, 212 아래 참조.
 107 1996. 10. 31. 94헌가6 - 헌판집 8/2, 395 아래 참조.
 108 1996. 10. 31. 94헌가7 - 헌판집 8/2, 408 아래 참조.
 109 1996. 11. 28. 95헌바1 - 헌판집 8/2, 537 아래 참조.
 110 1996. 12. 26. 96헌가18 - 헌판집 8/2, 680 아래 참조.
 111 1997. 3. 27. 95헌가14 - 헌판집 9/1, 245 아래 참조.
 112 1997. 3. 27. 94헌마196 등(병합) - 헌판집 9/1, 375 아래 참조.
 113 1997. 4. 24. 95헌마90 - 헌판집 9/1, 474 아래 참조.
 114 1997. 8. 21. 93헌바51 - 헌판집 9/2, 177 아래 참조.
 115 1997. 11. 27. 96헌바12 - 헌판집 9/2, 607 아래 참조.

(2) 최소화명령

관계삼각형의 두 번째 축은 “침해받는” 목적과 수단과의 관계축이다. 이러한 관계축에서 요구되는 원칙이 필요성원칙이다. 필요성원칙의 규범내용은 최소화명령이다. 가능한 한 피해를 최소로 발생케하는 수단을 찾으라는 명령을 필요성원칙은 그 규범내용으로 하고 있는 것이다. 이러한 규범내용도 경험적으로 논증할 수 있다.

(3) 최적화명령

관계삼각형의 세 번째 축은 실현되는 목적과 침해받는 목적의 관계축이다. 이러한 관계축에서 요구되는 원칙이 균형성(좁은 의미의 비례성)원칙이다. 균형성원칙의 규범내용은 최적화명령이다. 가능한 한 목적을 최대로 실현하면서 “동시에” 가능한 한 피해를 최소로 발생케하는 수단을 찾아야 한다는 것을 균형성원칙은 그 규범내용으로 하고 있다. 이러한 규범내용은 “1차적으로” 이미 다른 두 개의 부분원칙의 규범내용을 확인하면서 밝혀진 경험적 사실들을 단순히 다시 한 번 경험적으로 비교함으로써 확인될 수 있다. 그러나 사실 이러한 단순 비교는 전혀 의미없는 것이 될 수도 있다. 왜냐하면 이 경우 각각의 목적의 비중은 “추상적으로 동일한” (또는 잠정적으로 동일한) 것으로 전제되어 있지만 구체적인 사안에서는 달라질 수 있기 때문이다. 즉 각각의 목적이 서로 충돌하는 상황이 발생했을 때 목적 상호간의 구체적 비중이 각각의 관계축에서 확인된 경험적 내용들의 비중을 결정하기 때문이다. 물론 목적 상호간의 비중을 결정하는 문제는 경험적으로는 확인될 수 없는 규범적(평가적) 차원의 것이다.

6. 결론을 대신하는 말

헌법적 논증대화는 법적 논증대화다. 법적 논증대화는 경험적 논증대화와 일반적인 실천적 논증대화와 연결될 수밖에 없다. 따라서 법적 논증대화로서 헌법적 논증과정은 경험적 논증과 실천일반적 논증과 결합될 수밖에 없다. 이미 그러한 사실들은 비례성원칙을 인용한 헌법재판소의 판례들에서 분명하게 나타나고 있다. 또한 이것은 위의 관계삼각형 모델을 기초로 한 비례성원칙의 구조적 분석에서 더욱 명확히 드러난다. 최대화명령과 최소화명령의 규범내용을 확인하는 과정에서 차지하는 경험적 논증의 역할, 최적화명령의 규범내용을 확인하는 과정에서 차지하는 일반적인 실천적 논증의 역할이 바로 그것이다. 이러한 사실들을 고려할 때 헌법재판소가 왜 전문가 시민집단에게 대화의 통로를 열어야 하는지는 자명해 보인다.