

# 인권용어해설집

(Encyclopedia of Human Rights Terminology)

연구자 : 강현철(부연구위원)

Kang, Hyun-Cheol

이주일(세명대학교 법학과 겸임교수)

Lee, Ju-Il

2004. 9.

## 국 문 요 약

인권용어해설집은 법학 특히 헌법학 분야와 형사법분야의 인권관련 용어를 법학전문가와 실무가들은 물론 일반인들이 이해할 수 있는 용어해설집으로 준비하게 되었다. 이는 국민의 권리와 자유를 보호하기 위한 인권법제의 보다 정확한 이해와 통일성을 위하여 필요할 것으로 생각되며, 입법과 인권실무에 있어서 활용할 수 있는 자료뿐만 아니라 일반국민이 인권에 대한 이해와 접근을 용이하게 하고자 함을 그 연구목적으로 하고 있다. 이를 위하여 기존의 법학전문해설에 한정하지 않고 헌법재판소와 대법원 판례에서의 구체적 사례와 해설에 보다 많은 관심을 기울이고 있다. 또한 가능한 쉬운 용어와 해설을 통하여 일반국민도 쉽게 이해할 수 있도록 하고자 노력하였다.

본 해설서의 연구범위는 인권용어에 관한 해설에 한정하였다. 그러나 현재 우리나라에 있어서 인권의 개념은 매우 복합적으로 사용되고 있는 것이 사실이다. 일반적으로 인권이라 함은 인간이 인간으로서 당연히 가지는 권리로서 인간의 천부적·생래적 권리를 의미하는 것으로 이해되고 있다. 또한 국가인권위원회법 제2조제1호는 ““인권”이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라고 규정하고 있다. 따라서 인권의 개념은 전통적인 자유권적 기본권은 물론 헌법이 규정하고 있는 정치적·경제적·사회적 기본권 등을 당연히 포함하는 개념으로 이해하여야 하며, 본 해설서의 인권용어의 범위 역시 헌법이 규정하고 있는 모든 국민의 자유와 권리를 포함하여 그 용어에 대하여 해설하였음을 밝힌다.

※ 키워드 : 인권, 인권용어, 기본권, 기본권용어, 법령용어, 형사인권용어

## Abstract

Encyclopedia of Human Rights which contains mainly human rights terminology of constitution law and criminal law is designed for providing full explanation and understanding on them to lawyer, public official and national people. This is necessary for comprehension and unification of human rights terminology for protection of freedoms and rights in national people. And this is also purpose to apply practical affair and lawmaking. For this study, we make a try to explain book of law and case of The Constitutional Court and The Supreme Court. And we have thrown our effort into making national people's understanding of the human rights terminology easier with plain vocabularies and full explanations.

The province of this encyclopedia restricts human rights terminology. In general, human right explain instinctive and native rights, but human rights terminology include liberal right but only political · economy · social rights. Therefore, this encyclopedia explains all freedom and right of people in constitution.

※Keywords : **Human rights, Human rights terminology, Human rights terminology of constitution law, Human rights terminology of and criminal law, Encyclopedia of human rights.**

## 일 러 두 기

1. 본 인권용어해설집은 헌법과 형사법 및 행정법관련 인권용어 400여 개를 해설한 해설서로서 집필자의 개인적인 의견과 국내외 인권법령 용어사전 및 인권관련 전문서적은 물론 국어사전 등을 참조하여 작성하였으며, 용어상의 학설·판례의 대립은 통설이나 다수설의 견해에 의하고 소수설은 필요한 경우에 비교하여 서술하였음을 밝힌다.
2. 본 해설집에 인용된 법령은 2004년 9월 현재 시행되고 있는 법령에 근거한 것이며, 판례를 제외한 용어사전과 문헌의 인용근거는 이를 본문에 삽입하지 않았으며, 법령인용은 가능한한 현재의 법령입안심사 기준의 예에 따라 집필하였다.
3. 본문에 인용된 법령은 법령전체를 명시함을 원칙으로 하며, 중복으로 법령의 동일성을 확인할 수 있는 경우에만 예외적으로 줄여서 표시하거나 동법 등으로 표시하였다. 판례는 원칙적으로 헌법재판소(헌재 0000. 00. 00.[00 헌○ 00])와 대법원판례(0000. 00. 00. 대판 00 ○○ 00)만을 언급하였으며, 필요한 경우에 하급심 판결도 함께 언급하였다.
4. 용어선정과 해설 및 판례의 인용은 집필자들의 개인적인 판단에 의하여 선정하였다.

## 목 차

국문 요약 .....	3
Abstract .....	5
일러두기 .....	7
제 1 장 서 론 .....	29
제 1 절 연구의 목적 .....	29
제 2 절 연구범위와 방법 .....	30
◆ 가석방(假釋放) .....	31
◆ 가정법원(家庭法院) .....	31
◆ 가택구금(家宅拘禁) .....	32
◆ 간이공판절차(簡易公判節次) .....	33
◆ 감사청구권(監查請求權) .....	33
◆ 감정유치(鑑定留置) .....	35
◆ 감청(監聽) .....	35
◆ 감치(監置) .....	36
◆ 감형권(減刑權) .....	37
◆ 강간죄(強姦罪) .....	37
◆ 강학의 자유(講學의 自由) .....	38
◆ 개방교도소(開放矯導所) .....	38
◆ 개별적 법률유보(個別的 法律留保) .....	39
◆ 개별적 헌법유보(個別的 憲法留保) .....	40
◆ 개인적 단결권(個人的 團結權) .....	41

◆ 개인정보자기결정권(個人情報自己決定權) .....	42
◆ 객관적 규범통제(客觀的 規範統制) .....	42
◆ 갱생보호(更生保護) .....	43
◆ 거주·이전의 자유(居住·移轉의 自由) .....	44
◆ 검사동일체원칙(檢事同一體原則) .....	45
◆ 검사에 대한 제척·기피(檢事に 대한 除斥·忌避) .....	46
◆ 검사의 객관의무(檢事の 客觀義務) .....	46
◆ 검열제의 금지(檢閱制의 禁止) .....	47
◆ 검증(檢證) .....	48
◆ 케리맨더링(gerrymandering) .....	48
◆ 결사의 자유(結社의 自由) .....	49
◆ 경범죄처벌법(輕犯罪處罰法) .....	50
◆ 경제적 기본권(經濟的 基本權) .....	50
◆ 경찰수사독립론(警察搜查獨立論) .....	51
◆ 계약의 자유(契約의 自由) .....	52
◆ 계엄선포권(戒嚴宣布權) .....	53
◆ 고문(拷問) .....	54
◆ 고문방지협약(拷問防止協約) .....	55
◆ 고소(告訴) .....	55
◆ 고소불가분의 원칙(告訴不可分の 原則) .....	56
◆ 공갈죄(恐嚇罪) .....	57
◆ 공개선거(公開選舉) .....	58
◆ 공개의 재판(公開의 裁判) .....	58
◆ 공개주의(公開主義) .....	59

◆ 공공복리(公共福利) .....	60
◆ 공공부조청구권(公共扶助請求權) .....	61
◆ 공공필요(公共必要) .....	61
◆ 공무담임권(公務擔任權) .....	62
◆ 공소권남용이론(公訴權濫用理論) .....	62
◆ 공소기각(公訴棄却) .....	64
◆ 공소시효(公訴時效) .....	65
◆ 공소장일본주의(公訴狀一本主義) .....	67
◆ 공연성(公然性) .....	68
◆ 공용부담(公用負擔) .....	68
◆ 공용사용(公用使用) .....	69
◆ 공용수용(公用收用) .....	69
◆ 공용제한(公用制限) .....	70
◆ 공용징수(公用徵收) .....	71
◆ 공익의 이론(公益의 理論) .....	71
◆ 공적 인물의 이론(公的 人物의 理論) .....	71
◆ 공직부패방지제도(公職腐敗防止制度) .....	72
◆ 공청회(公聽會) .....	73
◆ 공평·공정과세의 원칙(公平·公正課稅의 原則) .....	74
◆ 공해배제청구권(公害排除請求權) .....	74
◆ 공해예방청구권(公害豫防請求權) .....	74
◆ 과세요건명확주의(課稅要件明確主義) .....	75
◆ 과세요건법정주의(課稅要件法定主義) .....	75
◆ 과잉금지의 원칙(過剩禁止의 原則) .....	75

◆ 관습형법금지의 원칙(慣習刑法禁止의 原則)	76
◆ 교수의 자유(教授의 自由)	77
◆ 교육을 받게 할 의무(教育을 받게 할 義務)	78
◆ 교육을 받을 권리(教育을 받을 權利)	79
◆ 교육참여청구권(教育參與請求權)	80
◆ 교호적 신문제도(交互的 訊問制度)	80
◆ 구금에 의한 보상(拘禁에 의한 補償)	81
◆ 구두변론주의(口頭辯論主義)	84
◆ 구류(拘留)	84
◆ 구인장(拘引狀)	85
◆ 구체적 권리설(具體的 權利說)	86
◆ 구체적 규범통제(具體的 規範統制)	87
◆ 구치소(拘置所)	88
◆ 국가구조청구권(國家救助請求權)	88
◆ 국가배상청구권(國家賠償請求權)	88
◆ 국가보상청구권(國家補償請求權)	90
◆ 국가소추주의(國家訴追主義)	90
◆ 국가원조이론(國家援助理論)	91
◆ 국가인권위원회(國家人權委員會)	91
◆ 국가재산이론(國家財產理論)	92
◆ 국민발안권(國民發案權)	93
◆ 국민소환권(國民召還權)	93
◆ 국민주권의 원리(國民主權의 原理)	94
◆ 국민파면권(國民罷免權)	94



◆ 국민표결권(國民表決權) .....	95
◆ 국방의 의무(國防의 義務) .....	95
◆ 국선변호인(國選辯護人) .....	96
◆ 국제사법재판소(國際司法裁判所) .....	98
◆ 국제연합인권규약(國際聯合人權規約) .....	99
◆ 군사법원(軍事法院) .....	100
◆ 권력분립의 원리(權力分立의 原理) .....	101
◆ 권리보호의 이익(權利保護의 利益) .....	102
◆ 권리장전(權利章典) .....	103
◆ 권리청원(權利請願) .....	104
◆ 권리포기의 이론(權利拋棄의 理論) .....	105
◆ 권한쟁의심판권(權限爭議審判權) .....	105
◆ 규범영역의 분석이론(規範領域의 分析理論) .....	106
◆ 규범적 법률(規範的 法律) .....	107
◆ 근로삼권(勤勞三權) .....	107
◆ 근로의 권리(勤勞의 權利) .....	109
◆ 기관소송(機關訴訟) .....	110
◆ 기능적 기본권이론(機能的 基本權理論) .....	110
◆ 기본권가치이론(基本權價値理論) .....	111
◆ 기본권등급론(基本權等級論) .....	111
◆ 기본권상실제(基本權喪失制) .....	111
◆ 기본권의 갈등(基本權의 葛藤) .....	112
◆ 기본권의 경합(基本權의 競合) .....	112
◆ 기본권의 서열이론(基本權의 序列理論) .....	113

◆ 기본권의 제3자적 효력(基本權의 第三者的 效力) .....	114
◆ 기본권의 제한(基本權의 制限) .....	115
◆ 기본권의 충돌(基本權의 衝突) .....	116
◆ 기소독점주의(起訴獨占主義) .....	117
◆ 기소법정주의(起訴法定主義) .....	118
◆ 기소유예처분(起訴猶豫處分) .....	119
◆ 기소중지처분(起訴中止處分) .....	120
◆ 기소편의주의(起訴便宜主義) .....	122
◆ 기피(忌避) .....	123
◆ 긴급체포(緊急逮捕) .....	124
◆ 긴급피난(緊急避難) .....	125
◆ 낙인이론(烙印理論) .....	126
◆ 낙태죄(落胎罪) .....	127
◆ 납세의 의무(納稅의 義務) .....	128
◆ 내부적 통제(內部的 統制) .....	130
◆ 노역장유치(勞役場留置) .....	130
◆ 뇌사설(腦死說) .....	131
◆ 누범(累犯) .....	132
◆ 단결권(團結權) .....	133
◆ 단계이론(段階理論) .....	133
◆ 단순위헌결정(單純違憲決定) .....	135
◆ 단순입법부작위(單純立法不作爲) .....	135
◆ 단순합헌결정(單純合憲決定) .....	135
◆ 단체교섭권(團體交涉權) .....	136

◆ 단체행동권(團體行動權) .....	137
◆ 단체협약(團體協約) .....	138
◆ 단축된 결과범(短縮된 結果犯) .....	139
◆ 당사자주의(當事者主義) .....	140
◆ 대용교도소(代用矯導所) .....	141
◆ 대학의 자치(大學의 自治) .....	141
◆ 대한법률구조공단(大韓法律救助公團) .....	143
◆ 도청(盜聽) .....	144
◆ 독수의 과실이론(毒樹의 果實理論) .....	144
◆ 레퍼런덤(Referendum) .....	145
◆ 리우선언(리우宣言) .....	145
◆ 마그나 카르타(Magna Carta) .....	146
◆ 망명권(亡命權) .....	147
◆ 면소판결(免訴判決) .....	148
◆ 명백·현존위험의 원칙(明白·現存危險의 原則) .....	149
◆ 명예훼손죄(名譽毀損罪) .....	151
◆ 명확성의 원칙(明確性の 原則) .....	152
◆ 모욕죄(侮辱罪) .....	152
◆ 목적범(目的犯) .....	153
◆ 목적정당성의 원칙(目的正當性の 原則) .....	154
◆ 몰수(沒收) .....	154
◆ 무기평등의 원칙(武器平等의 原則) .....	155
◆ 무노동·무임금의 원칙(無勞動·無賃金の 原則) .....	155
◆ 무죄추정의 원칙(無罪推定の 原則) .....	156

◆ 묵비권(默秘權) .....	157
◆ 미결수용(未決收容) .....	158
◆ 미란다원칙(Miranda原則) .....	159
◆ 미성년자의제강간·강제추행죄(未成年者擬制強姦·強制醜行罪) ...	160
◆ 미필적 고의(未必的 故意) .....	160
◆ 민중소송(民衆訴訟) .....	161
◆ 반론보도청구권(反論報道請求權) .....	162
◆ 방법적정성의 원칙(方法適正性(手段相當性)의 原則) .....	163
◆ 방송심의위원회(放送審議委員會) .....	163
◆ 방송위원회(放送委員會) .....	164
◆ 배상명령(賠償命令) .....	166
◆ 벌금형(罰金刑) .....	168
◆ 범죄피해자구조법(犯罪被害者救助法) .....	168
◆ 범죄피해자구조청구권(犯罪被害者救助請求權) .....	170
◆ 법관의 독립(法官의 獨立) .....	171
◆ 법률구조제도(法律救助制度) .....	172
◆ 법원의 독립(法院의 獨立) .....	173
◆ 법익균형성의 원칙(法益均衡性(法益比例性)의 原則) .....	174
◆ 법익형량의 원칙(法益衡量的 原則) .....	175
◆ 법정경찰권(法廷警察權) .....	175
◆ 법정질서유지권(法廷秩序維持權) .....	176
◆ 법치국가의 원리(法治國家의 原理) .....	177
◆ 변론주의(辯論主義) .....	178
◆ 변형결정(變形決定) .....	179

◆ 변호인(辯護人) .....	180
◆ 변호인의 조력을 받을 권리(辯護人の 助力을 받을 權利) .....	181
◆ 변호인접견교통권(辯護人接見交通權) .....	182
◆ 별건체포·구속(別件逮捕·拘束) .....	182
◆ 보건권(保健權) .....	183
◆ 보석(保釋) .....	184
◆ 보안처분(保安處分) .....	186
◆ 보증금납입조건피의자석방(保釋金納入條件被疑者釋放) .....	186
◆ 보통선거의 원칙(普通選舉의 原則) .....	187
◆ 보통항고(普通抗告) .....	188
◆ 보호감호(保護監護) .....	188
◆ 복권(復權) .....	189
◆ 본질적 내용침해금지의 원칙(本質的 內容侵害禁止의 原則) .....	190
◆ 부당노동행위(不當勞動行爲) .....	191
◆ 부작위범(不作爲犯) .....	192
◆ 부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟) .....	193
◆ 부전조약(不戰條約) .....	194
◆ 부정기형제도(不定期刑制度) .....	194
◆ 부진정기본권(不眞正基本權) .....	194
◆ 불기소처분(不起訴處分) .....	194
◆ 불법영득의 의사(不法領得의 意思) .....	196
◆ 불이익변경금지의 원칙(不利益變更禁止의 原則) .....	197
◆ 비밀선거의 원칙(秘密選舉의 原則) .....	198
◆ 비밀침해죄(秘密侵害罪) .....	198

◆ 비범죄화(非犯罪化) .....	199
◆ 비상상고(非常上告) .....	200
◆ 비행하위문화론(非行下位文化論) .....	200
◆ 사면(赦免) .....	201
◆ 사면권(赦免權) .....	201
◆ 사문서위조·변조(私文書偽造·變造) .....	203
◆ 사법소극주의(司法消極主義) .....	203
◆ 사법적극주의(司法積極主義) .....	204
◆ 사법집행이론(司法執行理論) .....	205
◆ 사상전향서(思想轉向書) .....	205
◆ 사생활의 비밀과 자유(私生活의 秘密과 自由) .....	206
◆ 사형제도(死刑制度) .....	208
◆ 사형집행연기제도(死刑執行延期制度) .....	209
◆ 사회계약설(社會契約說) .....	209
◆ 사회국가의 원리(社會國家의 原理) .....	211
◆ 사회국가적 기본권이론(社會國家的 基本權理論) .....	213
◆ 사회보상청구권(社會補償請求權) .....	213
◆ 사회보장권(社會保障權) .....	213
◆ 사회보장수급권(社會保障受給權) .....	213
◆ 사회보험수급권(社會保險受給權) .....	214
◆ 사회보호법(社會保護法) .....	215
◆ 사회복지청구권(社會福祉請求權) .....	215
◆ 사회봉사명령(社會奉仕命令) .....	216
◆ 사회유대이론(社會紐帶理論) .....	217

◆ 사회적 기본권(社會的 基本權) .....	217
◆ 사후영장(事後令狀) .....	218
◆ 상소권(上訴權) .....	219
◆ 상습범(常習犯) .....	220
◆ 생명권(生命權) .....	221
◆ 선거권(選舉權) .....	222
◆ 선거소송(選舉訴訟) .....	223
◆ 선거소청(選舉訴請) .....	223
◆ 선도조건부 기소유예처분(善導條件附 起訴猶豫處分) .....	224
◆ 성적 자기결정권(性的 自己決定權) .....	224
◆ 세계인권선언(世界人權宣言) .....	225
◆ 소급과세금지의 원칙(遡及課稅禁止의 原則) .....	225
◆ 소비자기본권(消費者基本權) .....	225
◆ 소송사기(訴訟詐欺) .....	227
◆ 손실보상청구권(損失補償請求權) .....	228
◆ 수용유사침해이론(收用類似侵害理論) .....	229
◆ 수용적 침해이론(收用的 侵害理論) .....	230
◆ 수학권(修學權) .....	230
◆ 신뢰보호의 원칙(信賴保護의 原則) .....	231
◆ 신체를 훼손당하지 아니할 권리(身體를 毀損당하지 아니할 權利) ...	232
◆ 신체의 자유(身體의 自由) .....	232
◆ 실제적 조화의 이론(實際的 調和의 理論) .....	234
◆ 실질과세의 원칙(實質課稅의 原則) .....	234
◆ 아동혹사죄(兒童酷使罪) .....	234

◆ 안락사(安樂死) .....	235
◆ 알 권리(알 權利) .....	236
◆ 압수·수색영장(押收·搜索令狀) .....	237
◆ 액세스권(right of access to mass media) .....	237
◆ 약국판결(藥局判決) .....	237
◆ 약식명령(略式命令) .....	237
◆ 양심의 자유(良心의 自由) .....	238
◆ 양심적 병역거부권(良心的 兵役拒否權) .....	239
◆ 양심추지의 금지(良心推知의 禁止) .....	240
◆ 언론·출판의 자유(言論·出版의 自由) .....	240
◆ 언론기관설립의 자유(言論機關設立의 自由) .....	241
◆ 언론기관의 자유(言論機關의 自由) .....	243
◆ 언론중재위원회(言論仲裁委員會) .....	243
◆ 연구결과발표의 자유(研究結果發表의 自由) .....	245
◆ 연구의 자유(研究의 自由) .....	245
◆ 영상물등급위원회(映像物等級委員會) .....	245
◆ 영장주의(令狀主義) .....	246
◆ 예술의 자유(藝術의 自由) .....	247
◆ 옴부즈만제도(Ombudsman制度) .....	248
◆ 원인에 있어서 자유로운 행위(原因에 있어서 自由로운 行爲) .....	249
◆ 위법수집증거배제법칙(違法收集證據排除法則) .....	250
◆ 위헌법률심사제(違憲法律審査制) .....	251
◆ 위헌불선언결정(違憲不宣言決定) .....	252
◆ 유럽인권재판소(유럽人權裁判所) .....	252



◆ 유럽인권협약(유럽人權協約) .....	253
◆ 유엔헌장(UN憲章) .....	253
◆ 유추해석금지의 원칙(類推解釋禁止의 原則) .....	254
◆ 음행매개죄(淫行媒介罪) .....	255
◆ 이중기준의 원칙(二重基準의 原則) .....	255
◆ 인간과 시민의 권리선언(人間과 市民의 權利宣言) .....	256
◆ 인간다운 생활권(人間다운 生活權) .....	256
◆ 인간으로서의 존엄과 가치(人間으로서의 尊嚴과 價値) .....	258
◆ 인민협정(人民協定) .....	258
◆ 인신보호법(人身保護法) .....	259
◆ 인정신문(認定訊問) .....	259
◆ 일반사면(一般赦免) .....	260
◆ 일반적 법률유보(一般的 法律留保) .....	260
◆ 일반적 헌법유보(一般的 憲法留保) .....	262
◆ 일부위헌결정(一部違憲決定) .....	262
◆ 일사부재리의 원칙(一事不再理의 原則) .....	262
◆ 일조권(日照權) .....	263
◆ 입법방침규정설(立法方針規定說) .....	264
◆ 입법부작위(立法不作爲) .....	264
◆ 입법의 자유영역이론(立法의 自由領域理論) .....	265
◆ 입법자역할론(立法者役割論) .....	266
◆ 입법촉구결정(立法促求決定) .....	266
◆ 자구행위(自救行爲) .....	266
◆ 자기부죄거부의 특권(自己否罪拒否의 特權) .....	267

◆ 자기정보관리통제권(自己情報管理統制權) .....	267
◆ 자기정보사용중지·삭제청구권(自己情報使用中止·削除請求權) ...	269
◆ 자기정보열람청구권(自己情報閱覽請求權) .....	269
◆ 자기정보정정청구권(自己情報訂正請求權) .....	269
◆ 자백배제법칙(自白排除法則) .....	269
◆ 자복(自服) .....	270
◆ 자살관여죄(自殺關與罪) .....	271
◆ 자수(自首) .....	272
◆ 자유권적 기본권(自由權的 基本權) .....	272
◆ 자유박탈적 보안처분(自由剝奪的 保安處分) .....	273
◆ 자유선거의 원칙(自由選舉의 原則) .....	274
◆ 자유심증주의(自由心證主義) .....	274
◆ 자유제한보안처분(自由制限保安處分) .....	274
◆ 자유주의적 기본권이론(自由主義的 基本權理論) .....	275
◆ 자유형(自由刑) .....	275
◆ 재산권(財產權) .....	275
◆ 재산형(財產刑) .....	277
◆ 재심(再審) .....	277
◆ 재정결정(裁定決定) .....	278
◆ 재판의 배심제(裁判의 陪審制) .....	280
◆ 재판적 법률(裁判的 法律) .....	280
◆ 재판청구권(裁判請求權) .....	281
◆ 쟁의행위(爭議行爲) .....	282
◆ 저작권(著作權) .....	283

◆ 저항권(抵抗權) .....	284
◆ 적법절차(適法節次) .....	285
◆ 적법절차의 원칙(適法節次의 原理) .....	285
◆ 전문법칙(傳聞法則) .....	286
◆ 전쟁포기에 관한 조약(戰爭拋棄에 관한 條約) .....	288
◆ 절대적 부정기선고형금지의 원칙(絶對的 不定期宣告刑禁止의 原則) ...	288
◆ 접견교통권(接見交通權) .....	289
◆ 정당방위(正當防衛) .....	290
◆ 정신적 자유권(精神的 自由權) .....	291
◆ 정치적 기본권(政治的 基本權) .....	291
◆ 제도적 기본권이론(制度的 基本權理論) .....	292
◆ 제도적 보장(制度的 保障) .....	293
◆ 제척(除斥) .....	294
◆ 제한불가피성의 원칙(制限不可避性의 原則) .....	295
◆ 제한최소성의 원칙(制限(被害)最小性의 原則) .....	295
◆ 조세(租稅) .....	296
◆ 조세법률주의(租稅法律主義) .....	296
◆ 조세평등주의(租稅平等主義) .....	297
◆ 존속살해죄(尊屬殺害罪) .....	298
◆ 존엄사(尊嚴死) .....	299
◆ 죄형법정주의(罪刑法定主義) .....	300
◆ 종교의 자유(宗教의 自由) .....	301
◆ 주거의 자유(住居의 自由) .....	302
◆ 준강도죄(準強盜罪) .....	303

◆ 준기소절차(準起訴節次) .....	304
◆ 준현행범인(準現行犯人) .....	304
◆ 즉결심판(卽決審判) .....	305
◆ 증언거부권(證言拒否權) .....	305
◆ 지방교육자치제(地方教育自治制) .....	306
◆ 지적 재산권(知的 財産權) .....	307
◆ 직권주의(職權主義) .....	308
◆ 직업선택의 자유(職業選擇의 自由) .....	309
◆ 직장폐쇄(職場閉鎖) .....	310
◆ 직접선거의 원칙(直接選舉의 原則) .....	311
◆ 진술거부권(陳述拒否權) .....	311
◆ 진정한 기본권(眞正한 基本權) .....	311
◆ 질적일부위헌결정(質的一部違憲決定) .....	312
◆ 집단소송제도(集團訴訟制度) .....	312
◆ 집행유예(執刑猶豫) .....	312
◆ 집회의 자유(集會의 自由) .....	313
◆ 참정권(參政權) .....	315
◆ 채증법칙위반(採證法則違反) .....	316
◆ 처분적 법률(處分的 法律) .....	317
◆ 청구권적 기본권(請求權的 基本權) .....	318
◆ 청원권(請願權) .....	318
◆ 체포감금죄(逮捕監禁罪) .....	319
◆ 체포·구속이유등고지제도(逮捕·拘束理由등告知制度) .....	320
◆ 체포·구속적부심사제도(逮捕·拘束適否審査制度) .....	320

◆ 체포영장(逮捕令狀) .....	321
◆ 초상게재권(肖像揭載權) .....	322
◆ 최저임금제(最低賃金制) .....	322
◆ 추상적 권리설(抽象的 權利說) .....	322
◆ 추상적 규범통제(抽象的 規範統制) .....	322
◆ 추후보도청구권(追後報道請求權) .....	323
◆ 충격보호관찰(衝擊保護觀察) .....	323
◆ 충성선서(忠誠宣誓) .....	324
◆ 치료감호(治療監護) .....	324
◆ 친고죄(親告罪) .....	325
◆ 침묵의 자유(沈黙의 自由) .....	326
◆ 쾌적한 주거생활권(快適한 住居生活權) .....	326
◆ 토지재산권(土地財産權) .....	327
◆ 통신의 자유(通信의 自由) .....	328
◆ 통치기능이론(統治機能理論) .....	329
◆ 특별감형(特別減刑) .....	330
◆ 특별사면(特別赦免) .....	330
◆ 특별예방주의(特別豫防主義) .....	330
◆ 틈새지역(틈새地域) .....	331
◆ 퍼블리시티권(right of publicity) .....	331
◆ 평등권(平等權) .....	331
◆ 평등선거의 원칙(平等選舉의 原則) .....	332
◆ 폭행죄(暴行罪) .....	333
◆ 프로그램적 권리설(프로그램的 權利說) .....	334

◆ 플래비지트(Plebizit) .....	334
◆ 피선거권(被選舉權) .....	335
◆ 피의자신문조서(被疑者訊問調書) .....	335
◆ 피해자보호(被害者保護) .....	335
◆ 피해자없는 범죄(被害者없는 犯罪) .....	336
◆ 피해자의 승낙(被害者の 承諾) .....	337
◆ 피해최소성의 원칙(被害最小性の 原則) .....	338
◆ 필요적 공범(必要的 共犯) .....	338
◆ 학문의 자유(學文의 自由) .....	338
◆ 한시법(限時法) .....	339
◆ 한정위헌결정(限定違憲決定) .....	340
◆ 한정합헌결정(限定合憲決定) .....	340
◆ 함정수사(陷穽搜查) .....	341
◆ 합헌적 법률해석(合憲的 法律解釋) .....	341
◆ 항고(抗告) .....	343
◆ 핵심규범영역존중론(核心規範領域尊重論) .....	343
◆ 행복추구권(幸福追求權) .....	343
◆ 헌법불합치결정(憲法不合致決定) .....	344
◆ 헌법소원(憲法訴願) .....	345
◆ 헌정질서파괴범죄(憲政秩序破壞犯罪) .....	346
◆ 현행범(現行犯) .....	347
◆ 형벌법규불소급의 원칙(刑罰法規不遡及의 原則) .....	347
◆ 형사보상청구권(刑事補償請求權) .....	348
◆ 형의 시효(刑의 時效) .....	348

◆ 형의 실효(刑의 失效) .....	349
◆ 형평성중시론(衡平性重視論) .....	350
◆ 환경권(環境權) .....	350
◆ 환경보전청구권(環境保全請求權) .....	351
◆ 환경복구청구권(環境復舊請求權) .....	351
◆ 환경피해분쟁조정제도(環境被害紛爭調整制度) .....	351

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 목적

최근 우리나라의 민주화와 탈권위주의 현상은 인권에 관한 국민적 요구와 관심을 증폭시키고 있다. 특히 헌법학적 관점에 있어서 인권보호의 제도적 장치는 헌법재판제도의 실질화와 국가인권위원회의 활동뿐만 아니라 다양한 국가기관과 개인간의 인권침해에 대한 보호에 사회적 관심이 나타나고 있는 것이 현실이라고 하겠다. 또한 인권에 관한 학문적 연구와 교류 역시 매우 활발하게 이루어지고 있음은 주지의 사실이다. 그러나 인권에 관한 사회적·학문적 관심에 비하여 인권용어에 관한 정확한 해설서는 아직 찾아보기 힘들다고 하겠다. 이는 인권실무나 국민적 필요성에 비하여 학문적 관점에 있어서 용어해설에 관한 연구가 병행되지 못하였음을 의미한다고 하겠다.

이에 본 인권용어해설집은 법학 특히 헌법학분야와 형사법분야 및 행정법분야의 인권관련용어를 법학전문가와 실무가들은 물론 일반인들이 쉽게 이해할 수 있는 용어해설집으로 준비하게 되었다. 이는 국민의 권리와 자유를 보호하기 위한 인권법제의 보다 정확한 이해와 통일성을 위하여 필요할 것으로 생각되며, 입법과 인권실무에 있어서 활용할 수 있는 자료뿐만 아니라 일반국민이 인권에 대한 이해와 접근을 용이하게 하고자 함을 그 연구목적으로 하고 있다. 이를 위하여 기존의 법학전문해설에 한정하지 않고, 헌법재판소와 대법원 판례에서의 구체적 사례와 해설에 보다 많은 관심을 기울였으며, 가능한한 쉬운 용어와 해설을 통하여 일반국민도 쉽게 이해할 수 있도록 하고자 노력하였다.

물론 인권에 관한 모든 용어를 해설서에 그 내용을 담지 못한 아쉬움은 기회가 주어진다면 보다 폭넓은 의견과 연구를 통하여 보완할 필요성을 느끼고 있으나, 기존의 헌법과 형사법 및 행정법관련 인권용어를 실무적 용어는 물론 학문적 용어와 일반인이 이해하기 어려운 용어 등을 법학적 관점에서 매우 폭넓게 해설하고 있다는 점에서 그 의미를 두고자 한다.



## 제 2 절 연구범위와 방법

본 해설서의 연구범위는 인권용어에 관한 해설에 한정하였으며, 약 400여 개의 헌법과 형사법 및 행형법 인권관련용어를 선정하였다. 그러나 현재 우리나라에 있어서 인권의 개념은 매우 복잡적으로 사용되고 있는 것이 사실이다. 일반적으로 인권이라 함은 인간이 인간으로서 당연히 가지는 권리로서 인간의 천부적·생래적 권리를 의미하는 것으로 이해되고 있다. 또한 국가인권위원회법 제2조제1호는 “‘인권’이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라고 규정하고 있다. 따라서 인권의 개념은 전통적인 자유권적 기본권은 물론 헌법이 규정하고 있는 정치적·경제적·사회적 기본권 등을 당연히 포함하는 개념으로 이해하여야 하며, 본 해설서의 인권용어의 범위 역시 헌법이 규정하고 있는 모든 국민의 자유와 권리에 관한 용어와 형사법 및 행형법상의 인권관련용어를 선정하여 해설하였다.

또한 단순히 헌법과 형사법 및 행형법 관련용어의 의미적 해설에 그치지 않고 보다 폭넓은 이해를 위하여 학설과 판례에 의하여 확립된 인권관련용어와 인권보호를 위한 제도적 장치에 관하여서도 함께 해설하고자 한다. 뿐만 아니라 단순한 의미에 대한 사전식 해설에 그치지 아니하고 헌법재판소와 대법원의 판례 및 인권관련사례에 관하여도 함께 살펴봄으로서 용어에 대한 이해를 높이고자 노력하였다. 이를 위하여 국내외 인권용어관련 사전과 해설서는 물론 헌법과 형사법분야의 전문서적과 판례 및 사례를 중심으로 살펴보았음을 밝힌다.

### ◆ 가석방(假釋放)

가석방이란 징역 또는 금고형의 집행중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개선(改悛)의 정이 현저한 때에 무기의 경우에는 10년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1이 경과한 다음에 형기만료전에 조건부로 수형자를 석방하고 일정한 기간이 경과한 때에 형의 집행을 종료케 하는 행정처분을 말한다(형법 제72조). 이러한 가석방은 교도소장이 수형자 가운데 행형성적이 우수하고 재범의 우려가 없다고 인정되는 자를 법무부장관소속 하에 둔 가석방심사위원회에 가석방신청을 하게되면, 가석방심사위원회에서 가석방의 적격성 여부를 심사하여 결정하면 법무부장관의 허가를 얻어 가석방이 이루어진다(행형법 제49조~제52조). 가석방의 기간에 대하여 우리 형법은 무기형의 경우에는 10년으로 하고, 유기형의 경우에는 남은 형기로 하되 그 기간은 10년을 초과할 수 없도록 규정하고 있으며, 가석방된 자는 가석방기간 중 보호관찰을 받는다(형법 제73조의2). 그러나 가석방 중에 행실이 나쁘거나 다시 죄를 저지르면 가석방이 취소 또는 실효되어 남은 형기를 마저 복역하여야 한다. 만약 2개의 형이 선고된 경우에는 2개의 형기를 합산하여 그 3분의 1이 가능하게 된다.

### ◆ 가정법원(家庭法院)

가정법원은 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지 향상하기 위하여 가사에 관한 소송과 비송 및 조정에 대한 절차의 특례에 대하여 심판하는 것을 목적으로 설립된 특수법원으로서 가사소송법 제2조에 의하여 가사소송사건, 가사비송사건 및 다른 법률이나 대법원규칙에서 가정법원의 권한으로 규정한 사항을 심리·재판한다. 이에 따라 현재 가정법원은 가사·소년·호적에 관한 업무를 주로 담당하는 서울가정법원이 있다.

서울가정법원은 소년심판부 5개부와 가사심판부 5개부로 구성되며, 소년심판부는 20세 미만의 소년으로서 범죄소년·우범소년인 자에 대해 보호사건을 관장하며, 그 환경의 조정과 성행(性行)의 교정에 관한 보호처분을 한다. 소년심판부는 조사·심리를 함에 있어 정신과의사·심리학자·

사회사업가·교육가 및 기타 전문가의 진단 및 소년분류심사원(少年分類審査院)의 분류심사결과와 의견을 참작해야 한다. 가사심판부는 가사조정(家事調停)과 가사심판을 한다. 가사조정은 재판절차가 아니라 당사자의 합의에 따라 가정분규를 자주적으로 해결하게 하는 특별절차이다. 가사조정을 위하여 정신과의사·심리학자·사회사업가 및 기타 학식과 덕망이 있는 자 중에서 선임된 조정위원으로 구성된 조정위원회를 둔다. 그러나 심판에서는 조정위원회의 의견을 들어야 하며, 사실의 인정과 법의 해석·적용에는 당사자 쌍방을 위하여 사회정의와 형평의 이념을 고려하여 모든 사정을 참작하여야 한다.

가정법원 및 가정법원지원의 합의부는 다음 사건을 제1심으로 심판한다. ①가사소송법에서 정한 가사소송과 마류(類) 가사비송사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건, ②가정법원 판사에 대한 제척(除斥)·기피사건, ③ 다른 법률에 의하여 가정법원 합의부의 권한에 속하는 사건이 그것이다. 가정법원 합의부(항소부)는 가정법원 단독판사의 판결·심판·결정·명령에 대한 항고사건을 제2심으로 심판한다. 가정법원의 판사는 ①사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자, ②검사 또는 변호사의 자격이 있는 자로써 임명한다. 원장은 10년 이상, 부장은 7년 이상의 법조 경력이 있는 자로써 보한다. 가정법원 및 그 지원이 설치되지 아니한 지역에 있어서의 가정법원의 권한에 속하는 사항은 가정법원 및 그 지원이 설치될 때까지 해당 지방법원 및 그 지원이 이를 관할한다.

#### ◆ 가택구금(家宅拘禁)

2개월 혹은 3개월 이하의 단기자유형의 집행으로 인하여 초래될 수 있는 문제점을 극복하기 위한 방안으로 제시되고 있는 제도이다. 특히 시설내 구금을 통하여 재사회화의 어려움이 나타나고 있다. 예를 들어 단기자유형을 통한 시설내 구금은 직업상실, 가정파탄, 전과자로서의 낙인, 교도소 내에서의 범죄감염 등을 이유로 장점보다는 단점이 더 많은 것으로 나타나고 있다. 이러한 시설내 행형의 문제점을 극복하기 위한 대안의 하나로 범죄자를 교정시설이 아닌 본인의 가택에서 구금시켜 형기를 사는 제도를 말한다. 물론 이 제도는 재사회화에 유리한 대안으로 제시

된 것은 아니지만 우리나라에서 가택구금과 보호관찰을 통하여 단기자유형의 개선방안으로 채택될 수 있는 제도이다. 그러나 전자장치 등을 통한 가택구금은 또 다른 인권침해의 소지를 안고 있다고 할 것이다. 우리나라에서는 1987년 경찰관이 직권을 남용하여 김대중을 가택봉쇄 및 출입통제조치를 한 관할경찰서장의 불법감금죄가 성립한 예가 있다.

◆ 간이공판절차(簡易公判節次)

공판정에서 피고인이 자백한 경우에 법원은 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의해 심판을 결정하는 것을 말한다(형소법 제286조의2). 간이공판절차 제도는 신속한 재판을 통하여 사건을 능률적인 처리를 가능하게 하고 유죄 혹은 무죄의 첨예한 대립이 없는 단순한 사건의 경우 형사사법의 합리적인 시간분배를 통하여 다툼이 많은 사건에 충실하게 심리하기 위한 목적으로 만들어졌다. 재판에 필요한 기록이 재판부에 배부되자마자 제1회 공판기일이 지정되며, 제1회 공판기일은 14일~17일 사이로 정해지고 있는데 간이공판절차에 회부되는 사건의 경우 7일 이내에 판결이 선고됨으로써 구속사건의 경우 2주~3주 사이에 제1회 공판기일이 열리는 반면, 자백하는 사건의 경우 3주~4주만에 1심 재판이 종료하게 되는 특징을 가지고 있다. 이처럼 간이공판절차는 피고인이 자백을 통하여 자신의 형사책임을 인정한 경우 신속한 재판을 통하여 공판기간을 단축해 준다는 장점이 있다. 그러나 이 제도가 모든 범죄에 적용됨으로 인하여 소송경제 이념을 강조한 나머지 공판절차의 형식화를 초래할 가능성이 있고 따라서 경미한 범죄에 국한하는 것이 공판을 통한 피고인의 인권보장에 보다 충실하게 될 것이다.

◆ 감사청구권(監査請求權)

감사청구권은 공공기관의 사무처리에 있어서 법령을 위반하거나, 공익을 현저히 해하는 경우에 일정한 국민의 연서를 통하여 해당감사기관에 감사를 청구하는 권리이다. 현행법령에 있어서 감사청구는 부패방지법상의 감사청구와 지방자치법상의 감사청구가 있다.

부패방지법상의 감사청구권은 20세 이상의 국민은 공공기관의 사무처리가 법령위반 또는 부패행위로 인하여 공익을 현저히 해하는 경우 대통령령이 정하는 일정한 수(300인) 이상의 국민의 연서로 감사원에 감사를 청구할 수 있지만, 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회 또는 감사원의 사무에 대하여는 국회의장·대법원장·헌법재판소장·중앙선거관리위원회 위원장 또는 감사원장에게 감사를 청구하여야 한다. 다만, 다음의 경우에 있어서는 국민의 감사청구권은 인정되지 않는다. 1. 국가의 기밀 및 안전보장에 관한 사항, 2. 수사·재판 및 형집행(보안처분·보안관찰처분·보호처분·보호관찰처분·보호감호처분·치료감호처분·사회봉사명령을 포함한다)에 관한 사항, 3. 사적인 권리관계 또는 개인의 사생활에 관한 사항, 4. 다른 기관에서 감사하였거나 감사중인 사항, 5. 그 밖에 감사를 실시하는 것이 적절하지 아니한 정당한 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 사항 등이다. 이러한 국민감사청구권을 현실화하기 위하여 감사원은 ‘국민감사청구·부패행위신고등처리에관한규칙’을 제정하였으며, 동 규칙은 국민감사청구의 타당성을 검토하기 위하여 7인으로 구성되는 ‘국민감사청구심사위원회’를 두고 있다.

지방자치법상의 감사청구권은 지방자치단체의 20세 이상의 주민은 20세 이상의 주민총수의 50분의 1의 범위안에서 해당 지방자치단체의 조례가 정하는 20세 이상의 주민수 이상의 연서로 시·도에 있어서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에 있어서는 시·도지사에게 해당 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우에 행사할 수 있다. 다만, 다음의 경우에 있어서는 주민의 감사청구권은 인정되지 않는다. 1. 수사 또는 재판에 관여하게 되는 사항, 2. 개인의 사생활을 침해할 우려가 있는 사항, 3. 다른 기관에서 감사하였거나 감사 중인 사항 등이다. 또한 지방자치단체의 20세 이상의 주민의 감사청구에 있어서 유효서명의 확인, 이의신청의 심사·결정 및 청구요건의 심사 등에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 주무부장관 또는 지방자치단체의 장 소속하에 감사청구심의회를 둔다고 규정하고 있다.

#### ◆ 감정유치(鑑定留置)

감정유치란 피고인의 신체나 정신의 감정이 필요한 경우에 법원이 감정유치장을 발부하여 병원 기타 적당한 장소에 피고인을 유치하는 것을 말한다. 감정유치장에는 피고인의 성명, 주민등록번호(주민등록번호를 없거나 알 수 없는 경우에는 생년월일), 직업, 주거, 죄명, 유치할 장소, 유치기간, 감정의 목적 및 유효기간과 그 기간 경과 후에는 집행에 착수하지 못하고 영장을 반환하여야 한다는 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다(형사소송규칙 제85조). 법원은 필요한 때에는 유치기간을 연장하거나 단축할 수 있다. 또한 감정유치를 함에 있어서 필요한 때에는 직권 또는 피고인의 간수를 명할 수 있다(172조 5항). 유치는 미결구금일수의 산입에서는 구속으로 간주하지만 구속중인 피고인에 대하여 감정유치장이 집행되었을 때에는 피고인이 유치되어있는 동안에 구속은 그 집행이 정지된 것으로 간주한다(형소법 제172조의2제1항). 그밖에도 수사상 감정유치가 있는데 이는 피의자에게 인정되는 것으로 피유치자의 자유를 제한하고 피의자에 대하여만 인정된다는 점에서 범죄혐의가 있어야 가능하고 수사기관의 감정유치는 공소제기후 인정할 필요가 없다고 해석해야 할 것이다.

#### ◆ 감청(監聽)

“감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(통신비밀보호법 제2조제7호) 즉 수사기관이 타인의 대화를 몰래 청취하는 것을 말한다. 보통은 전화감청이 행해지지만 전자장비를 이용한 전자감청도 있다. 감청은 강제수사인가 임의수사인가의 다툼이 있지만 비록 물리적 강제는 없다 하여도 사생활의 비밀(헌법 제17조), 통신의 자유(헌법 제18조), 주거의 자유 및 행복추구권과 같은 기본권을 제한한다는 점에서 강제수사라 할 것이다. 그러나 발신추적장치를 이용하여 발신자의 전화번호 및 통화시간만을 기록하여 통화상대방을 추적하는 것은

감청과 구별된다. 발신추적장치는 통화내용을 감청하는 장치기 아니므로 이를 통하여 대화자의 대화에 대한 지배권이 침해되지 않기 때문이다. 통신비밀보호법 제13조도 전화에 의한 폭언, 협박, 희롱으로부터 수신인을 보호하기 위해 수신인의 요구가 있으면 전기통신사업자의 발신자추적 서비스제공을 허용하고 있다.

통신비밀보호법 제5조에서 허용된 감청은 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 범죄실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거수집이 어려운 경우에 이를 허용하고 있다. 통신제한조치는 2월을 초과하지 못하지만 검사는 허가서 발부의 절차에 따라서 2월의 범위안에서 기간의 연장을 청구할 수 있다(통신비밀보호법 제6조7항). 수사기관이 허가서 발급절차를 거칠 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우에 허가 없이 통신제한 조치를 할 수 있지만 36시간 이내에 허가서를 발부 받지 못하면 즉시 통신제한조치를 중지하여야 한다(통신비밀보호법 제8조1항·2항). 또한 법원의 허가를 얻지 않은 불법감청이나 허가서의 내용대로 집행되지 않은 감청의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(동법 제4조).

#### ◆ 감치(監置)

감치란 법원이 직권으로 법정내외에서 법정의 존엄과 질서를 유지하기 위하여 재판장이 법정에 들어오지 못하게 하거나 혹은 퇴정을 명하는 등의 질서유지에 필요한 명령에 위반하거나 또는 법정안에서 재판장의 허가 없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 하거나, 폭언·소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자에 대하여 재판장의 결정으로 20日 이내로 경찰서유치장·교도소 또는 구치소에 유치하는 것을 말한다(법원조직법 제61조). 만약 감치를 받은 자가 다른 사건으로 구속 및 형의 집행을 받아야 한다면 감치가 우선적으로 집행된다. 그밖에도 민사소송에서 재산 명시신청에 대하여 채무자가 정당한 사유 없이 ①명시기일 불출석, ②재산목록 제출 거부, ③선서 거부 가운데 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 법원은 결정으로 20일 이내의 감치(監置)에 처하게 되며, 채무자가 법인 또는 민사소송법

제52조의 사단이나 재단인 때에는 그 대표자 또는 관리인을 감치에 처하게 할 수 있다(민사집행법 제68조제1항·제2항). 민사소송에서 증인으로 소환된 자가 정당한 사유 없이 소환에 응하지 않아 과태료처분을 받은 자가 다시 불출석할 경우 7일 이내의 감치결정을 할 수 있다(민사소송법 제311조).

#### ◆ 감형권(減刑權)

국가원수의 헌법상 보장된 특권에 의하여 형벌권을 소멸시키거나 또는 그 효력을 감경하는 사면의 일종으로서 사면으로 형이 선고된 자에 대하여는 그 형의 집행을 감경하는 것이다. 감형의 종류에는 범죄나 형의 종류를 정하고 이에 해당하는 자에 대하여 일률적으로 행하는 일반사면과 개별적 처분으로써 형이 언도된 특정한 자에게 행하는 특별사면과 감형이 있다(사면법 제3조). 대통령령에 의한 감형은 특별한 규정이 없는 한 형을 변경하고, 특정한 자에 대한 감형은 형을 감경 또는 형의 집행을 감경한다. 선고된 형의 전부를 사면할 것인지 또는 일부만을 사면할 것인지를 결정하는 것은 사면권자의 전권사항에 속하는 것이다. 형법상 형의 감경을 감형이라고 하기도 한다.

#### ◆ 강간죄(強姦罪)

강간죄는 폭행 또는 협박으로 여자를 강간함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 강간죄에서 보호하고자 하는 것은 여성이 스스로 자유로운 상태에서 성행위여부와 성행위의 파트너를 자기가 결정하는 것을 목적으로 한다. 강간죄의 주체는 누구나 될 수 있다. 행위의 객체는 부녀 즉 여자이다. 여기서 문제가 될 수 있는 것이 성전환수술을 받은 여자는 여기에 해당하는가에 대하여 우리 법원은 “형법 제297조는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자’라고 하여 객체를 부녀에 한정하고 있고 위 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이다. 무릇 사람에 있어서 남자, 여자라는 성(性)의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성(정상적인 경우 남성은 xy, 여성은 xx)에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진



행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선(性腺)이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것이다. 그러므로 형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다”고 하면서 부녀가 아니라고 하고 행위객체성이 부정된다. 또 하나의 문제는 행위자의 처가 강간죄의 객체가 될 수 있는가가 문제인데 우리 대법원은 민법상 동거의 무에 성생활을 함께 할 의무가 포함된다고 하면서 객체가 될 수 없다고 하고 있다. 최근 하급심판결에서 행위객체성을 인정한 판결이 있다.

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박이 있어야 하는데 그 정도에 관하여 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 그리고 강간죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄이다.

◆ 강학의 자유(講學의 自由)

→ 교수의 자유

◆ 개방교도소(開放矯導所)

1955년 제네바 제1회 유엔범죄방지 및 범죄자처우에 대한 국제회의에서 개방시설 및 개방처우를 행형의 권고사항으로 채택된 이후 본격적으로 논의된 행형의 사회화 내지 개방화를 위한 방안으로 제시되는 것 중의 하나가 개방교도소제도이다. 개방처우를 위한 개방시설로 개방교도소

는 우리나라에서는 1961년 12월 수원교도소가 개칭하면서 모범수형자를 전국에서 모아 수형자치제도를 도입하고 반개방처우를 실시하여 온 바 있고, 1988년 4월 1일부터는 수원, 순천, 마산교도소에 개방처우대상자를 전국에서 미리 선발하여 완전개방처우의 전단계로 준개방처우를 실시한 바 있다. 그 후 1988년 대통령령으로 천안개방교도소가 신설되어 석방과 동시에 사회생활을 영위할 수 있도록 하는 전문적인 사회적응훈련을 실시하고자 하였으나 지금은 가석방대상자들의 생활지도소로 전환하여 훈련하고 있다. 이를 통하여 가석방 출소자들의 재범률이 다른 전 교정시설에 비하여 아주 낮게 나타났다. 더 나아가 1995년 행형법의 개정을 통하여 제44조 2항에서 “행형성적이 우수하고 사회생활에 적응할 가능성이 높은 수형자에 대하여는 개방시설(도주방지를 위하여 통상적인 수용설비 또는 조치의 일부를 강구하지 아니한 교도소 또는 소년교도소 시설의 전부 또는 일부를 말한다)에 수용하여 사회생활에 필요하다고 인정되는 적합한 처우를 할 수 있다.”고 규정함으로써 개방처우에 대한 근거 규정을 마련하였다.

#### ◆ 개별적 법률유보(個別的 法律留保)

일반적으로 기본권의 효력이나 적용범위를 축소하거나 한정하는 기본권 제한의 방식에는 헌법유보와 법률유보가 있다. 그 중 법률유보는 헌법이 기본권 제한을 직접 규정하지 아니하고 그 제한을 법률에 위임하고 있는 경우로서 기본권전반이 법률에 의하여 제한될 수 있다고 규정하는 일반적 법률유보와 헌법이 특정의 기본권에 한하여 법률로써 제한할 수 있다라고 규정하는 개별적 법률유보가 있다.

개별적 법률유보는 매우 다양한 형태로 헌법상에 나타나는 바, 기본권 조항 중 “자유 또는 권리는 법률에 의하지 아니하고는 제한되지 아니한다”라는 조항은 기본권제한적 법률유보(본래적 형태의 법률유보)로서 기본권에 관한 구체적 입법과 상관없이 직접 실현할 수 있는 직접적 효력을 가진 행복추구권·평등권·자유권적 기본권 등에 나타난다. 또한 “○○권리는 법률이 정하는 바에 의하여”라는 조항은 기본권구체화적 법률유보로서 법률에 의하여 비로소 그 행사절차나 내용이 구체화되는

청구권적 기본권·사회권적 기본권 등에 나타난다. 다만, 사회적 기본권을 법률에 의하여 비로소 그 내용이 구체적으로 형성된다고 보는 추상적 권리설에 의하면 사회적 기본권에 관한 법률유보는 기본권형성적 법률유보에 해당한다고 하겠다. 그러나 사회적 기본권을 구체적 권리로 파악할 경우에는 기본권형성적 법률유보의 개념은 수용될 여지가 없다고 하겠다.

본래적 형태의 법률유보는 ‘입법권으로부터의 기본권 보장’과 더불어 ‘입법권에 의한 기본권 보장’이라는 이중적 의미를 가지는 바, 헌법이 지향하는 기본권불가침성과 기본권존중의 이념에 비추어 기본권의 제한 조항을 의미하는 법률유보도 반드시 헌법이 명시한 목적을 위하여 그리고 헌법이 명시한 방법에 따라 헌법이 명시한 한계내에서만 기본권을 제한할 수 있는 것으로 이해된다. 헌법재판소의 판례에 의하면 “법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다”(헌재 1999. 5. 27.[98 헌마 70])고 판시하고 있다.

#### ◆ 개별적 헌법유보(個別的 憲法留保)

개별적 헌법유보는 기본권에 당연히 내재하는 한계성을 명문화한 것이든 새로운 제한을 창설한 것이든 헌법이 명문의 규정을 가지고 직접 특정의 기본권에 한하여 제한을 가하는 것을 말한다. 현행헌법상의 개별적 헌법유보는 정당의 목적과 활동에 관한 제한을 규정한 제8조제4항(정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는), 언론·출판의 사회적 책임의 강조를 규정한 제21조제4항(언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다), 재산권행사의 제약을 규정한 제23조제2항(재산권의 행사는 공공복리네 적합하도록 하여야 한다) 등이 있다.

헌법재판소는 “알 권리라 할지라도 다른 기본권이나 국가·사회적 법익과 상충 또는 마찰을 일으키는 경우, 즉 타인의 명예나 권리(개인적 법익),

공중도덕이나 사회윤리(사회적 법익), 국가의 안전보장이나 질서유지(국가적 법익)를 침해하는 경우에는 보호될 수 없는 것이며, 이는 헌법의 명문규정(제21조제4항, 제37조제2항)상 의문의 여지가 없는 것이다”(헌재 1992. 2. 25.[89 헌가 104])라고 판시함으로써 개별적 헌법유보는 기본권 제한의 중요한 기준이 됨을 밝히고 있다.

#### ◆ 개인적 단결권(個人的 團結權)

단결권은 근로자들이 근로조건의 유지 또는 개선을 위하여 사용자와 대등한 교섭력을 가질 목적으로 자주적 단체를 결성하고 이에 가입하여 활동할 수 있는 권리로서 단결권의 주체에 따라 개인적 단결권과 집단적 단결권으로 나누어진다. 개인적 단결권은 각 근로자가 노동조합과 같은 단체를 결성하거나 이에 가입함에 있어 국가나 사용자의 부당한 개입 또는 간섭을 받지 아니할 권리로서 단결을 금지하거나 제한하는 입법은 위헌이며, 단체에의 불가입이나 탈퇴를 조건으로 고용하는 황견계약(黃犬契約)의 체결과 단체의 결성이나 가입을 이유로 하는 해고 등은 부당노동행위로서 위헌·위법이 된다.

개인적 단결권의 주체인 근로자는 직업의 종류를 불문하고 자신의 노동력을 제공하고 그 대가인 임금·급료 기타 이에 준하는 수입으로 생활하는 자이며, 육체적 근로자인가 정신적 근로자인가를 묻지 아니한다. 다만 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지며, 비록 경제적으로 약자일지라도 자신의 재산으로써 영업을 영위하는 자영업자나 자유직업종사자는 근로자 중에 포함되지 아니한다.

또한 노동조합및노동관계조정법 제2조제3호라목 단서는 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자로 해석한다고 규정하고 있다. 이에 근거하여 대법원 판례는 “근로자가 회사로부터 해고를 당하였다 하더라도 상당한 기간내에 노동위원회에 부당노동행위구제신청을 하여 그 해고의 효력을 다투고 있었다면, 위 법규정의 취지에 비추어 노동조합원으로서의

지위를 상실하는 것이라고 볼 수 없다”(1992. 3. 31. 대판 91 다 14413)고 판시하고 있다.

개인적 단결권에 대한 침해는 국가에 의한 경우와 사용자에게 의한 경우가 있다. 국가가 단결권을 침해하는 것은 위헌·위법이며, 불법행위를 구성하게 되면 형사책임과 배상책임을 면할 수 없다. 사용자가 단결권을 침해하는 것은 부당노동행위에 해당하는 것으로 이에 대하여는 사용자에게 대한 제재와 단결권의 구제가 인정되고 있다.

◆ 개인정보자기결정권(個人情報自己決定權)

→ 자기정보관리통제권

◆ 객관적 규범통제(客觀的 規範統制)

일반적으로 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소가 국회에서 의결된 법률에 대하여 헌법에 위반되는가의 여부를 심사하고, 그 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정되는 경우에, 해당 법률은 그 효력을 상실하게 된다. 이러한 위헌법률심판제도는 심사작용의 내용을 기준으로 사전예방적 위헌심사제와 사후교정적 위헌심사제가 있으며, 사후교정적 위헌심사제는 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로 유형화할 수 있다.

이 중 구체적 규범통제는 구체적 소송사건을 심리·판단함에 있어 법률의 위헌여부가 문제되는 경우, 선결문제로서 적용법률의 헌법적합성을 심사하고 위헌이라고 판단될 경우 그 법률을 적용하지 아니하는 제도를 말하며, 심판청구의 주체는 해당 법률로 말미암아 자신의 권리를 침해당한 자에 한정하는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 구체적 규범통제에 있어서 해당 법률이 위헌으로 판정된 경우에 일반법원에서는 해당 사건에 적용하지 않는 개별적 효력만을 부정하는 것이며, 법률자체를 폐지하는 일반적 효력은 인정되지 않는다. 이에 반하여 헌법법원형에서는 위헌으로 판정된 법률은 일반적으로 효력을 상실하게 된다.

현행헌법의 위헌법률심사제에 있어서 헌법재판소제를 채택하고 있으며, 구체적 규범통제에 의하고 있으므로 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 효력을 상실한다는 일반적 효력까지 부인하고 있다. 이와

같이 구체적 규범통제이면서 위헌결정이 내려진 법률 또는 법률조항의 효력을 절대적으로 상실시키는 제도를 객관적 규범통제라고 한다.

#### ◆ 갱생보호(更生保護)

갱생보호는 형의 집행유예·선고유예 또는 가석방처분이나 형기의 종료 등으로 출소한 자에 대하여 정신적·물질적 원조를 제공하여 건전한 사회인으로 복귀할 수 있는 기반을 조성하여 범죄자들에게 사회에 정상적으로 적응할 수 있도록 함으로써 재범의 위험으로부터 사회를 보호하고 범죄자가 다시 범죄를 저지르지 않도록 하는 보호하는 것이 목적이다. 다시 말해서 시설내에서 처우를 통하여 정상적 사회복귀를 원조하는 것이다. 이를 석방자 보호라고 하는 것도 이런 이유에서이다. 범죄자들은 출소후에 사회의 온갖 냉대와 편견으로 다시 범죄를 저지르게 되는 경우가 많다. 이를 막기 위하여 갱생보호는 교도소와 사회를 이어주는 다리로서 형사정책적 의미를 가진다 할 것이다. 갱생보호의 종류에는 교정시설에서 석방된 자에 대하여 본인의 신청이나 동의에 의하여 물질적인 원조나 정신적인 지원을 통하여 그의 사회복귀를 도와주는 제도로 가장 전통적이고 고전적인 형태의 보호제도인 사후보호제도와 보호관찰부 가석방 또는 집행유예제도가 있다. 그리고 갱생보호의 국가의 관여정도에 따라서 임의적 갱생보호와 강제적 갱생보호가 있는데 전자는 본인의 동의나 신청이 전제된다. 후자의 경우에는 본인의 의사에 관계없이 국가가 형벌권에 기초하거나 후견자의 입장에서 일정기간 강제적으로 갱생보호를 실시하는 것을 말한다.

우리나라에서 갱생보호제도는 1911년부터 당시 교도소의 직원규약에 의하여 각지방 민간독지가의 협력을 얻어 출옥인보호회, 보호원 등이 발족되어 각 교도소의 장을 대표로 추대하고 회원의 회비와 기부금으로 운영되어왔다. 그 이후 민간차원의 갱생보호가 이루어져 오다가 1961년에 갱생보호법이 제정되면서 갱생보호회가 법무부장관의 지휘·감독하에 놓이게 되었다. 그러나 이후의 갱생보호제도는 임의적 갱생보호와 사후보호를 원칙으로 하였다. 그러다가 1988년 보호관찰법의 제정으로 소년에 대한 강제적 갱생보호제도가 도입되어 시행되었다. 즉 법률을 통하여

보호관찰부 선고유예제도와 집행유예제도가 도입되었고 소년범의 가퇴원 및 가석방에서도 보호관찰을 부과하도록 하였다. 현재는 형사처벌은 받은 누구나 필요성이 인정되면 누구나 갱생보호의 대상이 된다. 그리고 현행 갱생보호제도는 숙식제공, 여비지급, 생업도구·생업조성금품의 지급 또는 대여, 직업훈련 및 취업알선, 갱생보호대상자에 대한 자립지원, 보호에 부수하는 선행지도의 방법에 의한다(보호관찰등에관한법률 제65조).

◆ 거주·이전의 자유(居住·移轉의 自由)

거주·이전의 자유는 국가권력의 간섭을 받지 아니하고 자신이 원하는 곳에 거주 또는 거소를 정하거나, 그 곳으로부터 자유로이 이전하거나 또는 자신의 의사에 반하여 거주지와 체류지를 변경하지 아니할 자유를 말한다. 현행헌법 제14조는 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다”라고 하여 거주·이전의 자유를 자유권적 기본권의 하나로서 인정하고 있다. 따라서 거주·이전의 자유는 대한민국 국적을 가진 모든 자연인과 국내법인이 그 주체가 되며, 외국인도 거주·이전에 대하여 그 허가를 받아야 한다.

거주·이전의 자유는 국내에서의 거주·이전의 자유뿐만 아니라 국외 이주와 해외여행의 자유를 포괄하는 내용을 가진다. 그러나 우리나라에 있어서 거주·이전의 자유는 현실적으로 군사분계선 이남에만 한정된 것으로 이해되고 있으며, 북한지역으로의 거주·이전까지를 그 내용으로 하지는 않으며, 해외에서의 귀국의 자유와 국적이탈의 자유까지도 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 다만 무국적자가 되는 자유에 대하여는 이를 인정하지 아니하는 것으로 해석된다.

거주·이전의 자유는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한될 수 있다. 국가안정보장을 위한 제한으로는 계엄사령관의 특별조치(계엄법 제9조), 해군·공군기지 및 군사시설에의 출입제한·강제퇴거(해군기지법 제7조, 공군기지법 제15조, 군사시설보호법 제5조) 등이 있으며, 질서유지를 위한 제한으로는 형사피고인의 주거제한(형사소송법 제101조제1항), 보호조치 및 보호처분(경찰관직무집행법 제4조, 소년법 제32조, 사회보호법 제3조 이하), 보안관찰처분(보안

관찰법 제4조), 소방상 강제처분(소방법 제55조) 등이 있다. 공공복리를 위한 제한으로는 환자·중독자의 강제수용 및 치료(전염병예방법 제37조, 마약법 제50조), 전염병방지를 위한 조치(검역법 제11조), 결핵환자나 결핵보유자의 입원(결핵법 제25조) 등이 있으며, 이외에 자녀에 대한 부모의 거소지정권(민법 제904조), 부부의 동거의무(민법 제826조제1항) 및 군인·군무원 및 재소자 등의 거주지 제한 등이 있다. 다만 거주·이전의 자유를 제한하는 경우에도 그 자유의 본질적 내용은 침해할 수 없다.

#### ◆ 검사동일체원칙(檢事同一體原則)

검사동일체의 원칙은 모든 검사는 단독제 관청이지만 분리된 것이 아니라 검찰총장을 정점으로 하여 피라미드식 계층조직을 형성하고 일체불가분의 유기적 통일체로서 활동하는 것을 말한다. 검찰청법 제7조제1항에서 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따른다”.고 규정하고 있다. 검사동일체의 원칙은 검찰권을 하나의 유기적인 조직체로 함으로써 검찰권행사의 전국적 균형과 공정성을 도모할 수 있고, 검찰의 주된 업무인 수사는 전국적으로 통일된 수사망이 없으면 수사효과를 거두기 위한 목적을 지닌 제도이다. 그러나 이러한 논거는 시대착오적이란 지적이 있다. 따라서 검사동일체원칙을 삭제하는 대신에 상급자의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성 여부에 대하여 이견이 있는 때에는 이의를 제기할 수 있다(동법 7조2항)는 규정을 두어 지휘감독권에 대한 제한을 명문화하였다. 이 원칙에 따라서 검찰총장, 각급검찰청의 검사장 및 지청장은 소속검사로 하여금 그 권한에 속하는 직무의 일부를 처리하게 할 수 있고(제7조의2제1항), 검찰총장, 각급 검찰청의 검사장 및 지청장은 소속검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 검사로 하여금 처리하게 할 수 있다(제7조의2제2항).고 규정하여 직무승계나 이전의 권한을 인정하고 있다. 이는 결과적으로 검사를 교체하는 효과를 가져온다고 할 것이다. 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다



(제8조)고 규정하여 일반적 지휘감독권과 구체적 지휘감독권을 나누어 줌으로써 정치적 밀월관계를 청산하려는 의지를 표명하고 있기도 하다.

◆ **검사에 대한 제척·기피(檢事에 대한 除斥·忌避)**

검사에게도 공평한 법원을 구성하기 위해 인정되는 제척·기피제도(형사소송법 제17조 이하)를 유추적용 할 수 있을 것인가에 대하여 견해가 대립한다. 검사는 당사자로서의 지위를 가지므로 제척·기피의 대상이 될 수 없고, 검사동일체원칙에 의해 검사의 채임이 언제나 가능하고, 검사가 교체되어도 소송법적 효과가 없으므로 검사에게 제척·기피제도를 적용하여 특정검사에게 직무집행을 배제할 이유가 없다는 논거를 들고있는 부정설과 검사는 당사자로서의 지위를 가지고 있지만 이는 대립당사자가 아닌 공익의 대표자로서 피고인의 정당한 이익도 옹호하면서 법관에 준하는 독립적이고 객관적인 의무를 수행하는 준사법기관으로서 공정하고 신뢰받는 검찰권을 확립하기 위해서는 제척·기피를 허용해야 한다는 견해가 대립하고 있다. 이에 대하여 검사에 대한 제척·기피제도는 법관에 대한 제척·기피제도를 유추적용하여 인정할 필요가 있지만 근본적으로는 입법화의 필요성이 크다고 할 것이다.

◆ **검사의 객관적 의무(檢事の 客觀義務)**

검사는 범죄수사로부터 재판의 집행에 이르기까지 형사절차의 모든 과정에서 형사사법의 정의를 실현하기 위해 행위 하는 능동적이고 적극적인 국가기관이라고 할 수 있다. 검사는 법무부에 소속된 행정부의 공무원이면서 사법권과 밀접한 연관을 가지고 있으므로 준사법기관적 성격이 강하다. 그리고 검찰사무를 단독으로 처리하는 단독제의 관청이기도 하다. 따라서 검사의 소송법상의 지위는 수사를 개시하고 수사를 지휘하며 수사를 종결한 권한을 가지고 있다. 또한 검사는 공소를 제기하고 수행하는 공소권의 주체이기도 하다. 따라서 검사는 피고인과 대립하는 당사자이다. 검사는 범죄사실을 밝혀내고 유죄의 확정을 위해 노력하는 주체인 것이다. 그와 동시에 검사는 단순한 대립 당사자가 아닌 공익의 대표자로서 피고인의 정당한 이익을 옹호할 의무 또한 부담하고 있다. 즉 공익

의 대표자인 검사는 오직 진실을 탐지하는 주체로 피고인의 적이 아닌 피고인에게 이익이 되는 사실도 조사 제출하고 피고인의 이익을 위하여 상소나 비상상고를 해야하는 객관적 관청이다. 이를 검사의 객관의무라고 한다. 이러한 객관의무는 정당방위상황이나 혹은 불가항력적 사유 등의 실체적 진실발견을 위하여 필요한 검사의 의무라 할 것이다.

#### ◆ 검열제의 금지(檢閱制의 禁止)

검열은 사상·의견 등이 발표되기 이전에 국가기관이 내용을 심사·선별하여 일정한 사상이나 의견의 표현을 사전에 억제하는 제도로서 검열의 대상은 출판물·영화·음반·비디오물 등 객체화된 표현물이다. 헌법 제21조제2항은 “언론·출판에 대한…검열…는 인정되지 아니한다”라고 하여 검열에 의한 사전통제의 금지를 규정하고 있다. 존 밀턴(J. S. Milton)은 그의 아레오파지티카(Areopagitica, 1644)에서 내용심사에 의한 출판의 사전검열 또는 허가제가 허용될 수 없는 이유로 ①햇빛을 보기도 전에 출판물이 재판을 받는다는 것, ②무과실의 검열관이 있을 수 없다는 것, ③국민이 알아도 무방한 것과 알아서는 아니될 것을 당국이 선별하는 것은 필자만이 아니라 국민에 대한 모욕이라는 점을 들고 있다.

헌법재판소는 “헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있는데, 여기서의 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 그러므로 언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니한다”(헌재 1988. 12. 24.[96 헌가 23])라고 하거나, “언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 크고 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하는 것이다”라고 하여 언론·출판에 대한 검열제를 절대적으로 부정하고 있다.

◆ 검증(檢證)

검증은 사람, 물건, 장소의 성질, 형상을 신체의 오관으로 인식하는 강제처분을 말한다. 검증에는 수사기관의 검증과 법원의 검증이 있다. 법원의 검증은 증거조사나 증거보전의 방법으로 행해지므로 영장을 필요로 하지 않는다(형소법 139조, 184조). 그러나 수사상 검증은 증거를 수집·보전하기 위한 강제처분이므로 원칙적으로 영장에 의하여야 한다(형소법 제215조). 형사소송법은 압수·수색과 마찬가지로 법원의 검증을 앞에 규정하고 수사상 검증은 법원의 검증에 관한 규정을 준용하고 있다(형소법 제215조). 검증의 목적물은 사람이든 장소이든 상관없고 유체물이든 무체물이든 불문한다. 검사가 검증을 위해서는 원칙적으로 영장이 있어야 한다. 다만 수사상 검증도 압수·수색에서와 같이 사전영장에 의한 검증, 사후영장에 의한 검증, 영장 없이 행할 수 있는 검증이 있다. 검증을 할 때에는 신체검사, 사체해부, 분묘발굴, 물건의 파괴 기타 필요한 처분을 할 수 있다(형소법 제140조, 219조). 검증과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 신체검사의 한계문제이다. 신체검사는 신체자체를 검사대상으로 하므로 신체외부에서 증거물을 찾는 신체수색(형소법 제109조, 209조)과 구별된다. 신체검사 중에서 특히 구강내 혹은 질내, 항문내처럼 자연적으로 관찰할 수 있는 한도를 넘는 경우에는 신체에 대한 수색이면서 동시에 검증의 성격을 가지고 있으므로 검증영장의 발부를 받아야 한다.

◆ 게리맨더링(gerrymandering)

이 용어는 1812년 미국 매사추세츠주 지사였던 엘브리지 게리(Gerry, E.)가 자신이 소속된 정당의 의원에게 유리하도록 선거구를 정하자 그 부자연스런 형태가 그리스의 신화에 나오는 샬러맨더(salamander; 불속에서 산다는 전설의 불도마뱀)와 비슷하다고 본 지역 신문기자에 의해 붙여진 데서 유래한 것으로 특정 정당이나 개인에게 유리하도록 선거구를 상식이나 원칙과 무관하게 멋대로 고치는 행위를 의미한다. 이러한

게리맨더링을 막기 위해 선거구를 법률로 정하도록 규정하고 있는데, 이를 선거구 법정주의라고 한다.

이와 관련하여 헌법재판소는 “선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하다”(헌재 1995. 12. 27.[95 헌마 224])고 판시한 바 있으며, 인접지역이 아닌 지역을 1개의 선거구로 구성하는 경우는 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정으로서 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다(헌재 1998. 11. 26.[96 헌마 54]).

#### ◆ 결사의 자유(結社의 自由)

결사란 다수의 자연인 또는 법인이 그 자유의사에 따라 공동의 목적을 위하여 단체를 결성하는 것으로 ①결합, ②계속성, ③자발성, ④조직적 의사에의 복종, ⑤공동의 목적 등을 그 개념적 요소로 하고 있다. 헌법 제21조의 결사의 자유는 일반결사의 자유를 의미하며, 개인 또는 집단의 자유권적 기본권이면서 정치적 기본권이라고 하는 복합적 성격을 가진다. 따라서 정당, 교단, 학회·예술단체, 노동조합 등은 특수적 결사로서 헌법 제8조, 제20조, 제22조, 제33조의 적용을 받으며, 공법상의 결사 역시 일반적 결사에 포함되지 않는다.

결사의 자유는 ①단체결성의 자유, ②단체존속의 자유, ③단체활동의 자유, ④결사에의 가입·잔류의 자유 등과 같은 적극적 자유와 단체로부터 탈퇴할 자유와 가입하지 아니할 자유 등과 같은 소극적 자유가 포함된다. 그러나 결사의 자유는 국가의 존립을 위태롭게 하거나 헌법적대적이거나 자유민주적 기본질서에 위배하는 것이어서는 아니된다.

뿐만 아니라 결사의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한할 수 있지만, 그 제한에는 세 가지 유형이 있다. 첫째, 단체결성 자체를 전면적으로 금지하는 허가제는 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 어떠한 이유로도 인정되지 아니한다. 단, 등록제나 신고제는 행정상의 편의를 위한 것으로 인정되어 진다. 둘째, 일반적 단체의 결성은 허용하지만 특수한 단체에 대해서만 결성을 금지하는 불법단체의 금지는

헌법적대적 또는 그 밖의 불법적 목적과 성격을 가진 단체의 결성은 원칙적으로 금지하는 것으로 국가보안법 제2조, 형법 제114조에 규정된 결사 등을 금지하는 경우가 이에 해당한다. 셋째, 단체의 결성은 전면적으로 허용하되 일정한 활동만을 제한하는 특정행위의 금지로서 합법적으로 결성된 단체일지라도 법령에 위반되는 활동을 할 경우에는 국가적 감독에 따라야 하며, 감독적 조치는 단체의 해산 또는 그 재산의 압류 등에 의한다.

◆ 경범죄처벌법(輕犯罪處罰法)

경미한 범죄에 대하여 형법상 범죄의 구성요건에 해당하는 경우라 하더라도 그러한 행위로 인한 법익침해의 경미성 또는 사회적 위험의 정도가 약한 범죄에 대하여 특별히 경하게 처벌하고자 하는 의도에서 생성된 입법이다. 우리나라에서 경범죄로 인정되고 있는 것은 경범죄처벌법 제1조에서 54가지로 나열하고 있다. 그런데, 우리나라의 경범죄처벌법은 경미한 범죄행위나 질서위반행위를 대상으로 삼으면서 그에 대한 제재는 구류 또는 과료에 처하도록 하여 형벌의 일종으로 그 제재수단을 삼고 있다는 점이 문제점으로 지적되고 있다. 즉 현행 경범죄처벌법의 형사법적 특성은 애매모호하다. 따라서 질서위반법을 경범죄처벌법의 고유한 규율대상으로 한정하여, 이 법의 성격을 질서위반법의 성격으로 부각시키는 것이 바람직하다고 본다. 일반 형사법적 성격을 띤 규율대상은 형법의 영역에 맡기고, 또한 비사회적 일탈행위이지만 질서위반법의 성격을 갖지 않는 단순한 무례행위는 시민생활의 원칙적인 자유우선을 위해 경범죄처벌법의 규율대상에서 제외하여 시민의 성숙한 생활의식과 도덕률에 일임하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 이렇게 될 때에도 그 제재수단으로는 과태료에 국한하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

◆ 경제적 기본권(經濟的 基本權)

현행헌법의 경제질서는 자유시장경제질서를 기본으로 하되 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 국가적 규제와 조정이 가능한 사회적 시장경제질서 내지 혼합경제질서를 기본으로

하고 있다. 이러한 경제적 기본질서하에서 국민의 경제적 활동과 관련한 기본적 권리를 보장하고 있는 바, 이를 총칭하여 경제적 기본권이라 한다. 현행헌법상의 경제적 기본권은 직업선택의 자유와 재산권만을 규정하고 있지만, 해석상 소비자의 권리도 경제적 기본권의 하나로서 헌법상 보장된다고 하겠다. 즉, 현행헌법상의 경제질서가 사유재산제를 기본으로 한다는 대전제하에서 그 제도적·물적 측면은 제23조의 재산권으로서 보장하고, 그 기능적·인적 측면은 제15조의 직업선택의 자유와 소비자의 권리로서 보장하고 있는 것이다.

근대적 인권선언은 소유권의 불가침·상속권의 보장·계약의 자유 등 자본주의 사회의 토대가 되는 경제적 자유와 권리들을 열거함으로써 경제적 자유방임주의를 표방하였으나, 양차 세계대전 이후 각국 헌법은 모든 국민이 인간다운 생활을 확보할 수 있도록 재산권의 상대화는 물론 다양한 사회적 기본권을 규정하고 있다. 특히, 1960년대 이후 경제적 약자에 대한 국가적 배려를 보다 확대·강화하여 실질적인 노동기본권의 보장·전면적인 사회보장의 추진·소비자 대중의 안전과 권익까지 보호하고 지원하는 단계로 발전하였으며, 최근에는 소비자기본권과 같은 새로운 유형의 경제적 권리까지 강조되고 있다.

#### ◆ 경찰수사독립론(警察搜查獨立論)

현행 소송법상 수사권, 수사지휘권, 수사종결권은 검사의 권한으로 되어 있다(형사소송법 제195조, 196조, 246조). 따라서 수사의 주체는 검사이고 사법경찰관리는 보조기관에 불과하다. 소송법상 검사와 사법경찰관리는 상명하복의 관계라고 할 것이다. 이에 대하여 실제로 대부분의 수사를 행하고 있는 경찰은 신속한 범죄의 수사를 위하여 경찰의 수사범위의 확대가 절실하고, 더욱이 전국적 조직화를 가진 경찰의 독립적인 수사권을 인정함으로써 수사활동의 실효성을 담보할 수 있다고 주장하면서 대두되는 이론이다. 이에 대하여 범죄수사는 복잡·곤란한 사무임에 비추어 검사에게 수사지휘권이 인정되고 있는 것은 검사에게 과중한 책임을 부과함으로써 수사의 실효성을 훼손할 수 있고, 따라서 범죄의 수사는 경찰에게 일임하고 검사는 공소권만을 가지게 하자는 독립공정설과

경찰의 현실을 직시하여 인권보호의 차원에서 경찰의 수사독립은 시기상조라고 하면서 이러한 논의를 위한 전제로 경찰의 지방분권화와 즉결심판 청구권의 폐지 또는 개선을 전제로 논의되어야 한다는 독립시기상조설, 그리고 검사에게 수사지휘권을 부여한 것은 수사과정에서의 인권침해의 소지를 줄이기 위해 법적인 근거를 제공한 것이므로 검사의 수사지휘권과 종결권을 부정하는 것은 검사제도 자체를 무의미하게 한다는 점에 비추어 수사권독립론을 부정하는 독립부정설의 견해가 대립되고 있다.

◆ 계약의 자유(契約의 自由)

일반적으로 계약은 서로 대립하는 2개이상의 의사표시가 합치하는 법률행위로서 채권의 발생을 목적으로 하는 것으로, 당사자가 자유롭게 선택한 상대방과 그 법률관계의 내용을 자유롭게 합의하고 법이 그 합의에 대하여 법적 구속력이 있음을 승인하는 것을 말한다. 계약의 자유는 소유권 절대·과실책임의 원칙과 함께 근대민법의 3대 원칙을 이루고 있는 것이며, 근대헌법상의 재산권의 주요한 내용을 이루는 것으로 판단되었다. 헌법재판소는 “이른바 계약자유 원칙은 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라 원치않으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하며, 이는 헌법상의 행복추구권 속에 포함된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 수 있다”(헌재 1991. 6. 3. [89 헌마 204])라고 판시하였다.

계약자유 내용으로는 계약체결의 자유·상대방선택의 자유·계약내용결정의 자유·계약방식의 자유 등의 4가지가 있으며, 이 원칙은 자본주의의 초기에 특히 강조되었으나 현재에는 계약공정의 원칙에 의하여 많은 제한을 받고 있다. 그 주요 내용을 살펴보면 ①내용결정의 자유에 대해서는 민법이나 근로기준법 등 법률이 정한 조건에 의해서만 계약이 성립하도록 그 내용을 제한하는 규정이 많다. ②현상광고의 청약이나 단체협약 등과 같이 법률상 형식의 자유가 명확히 박탈되는 경우도 있다. ③우편·철도·가스·수도 등과 같은 독점적인 기업이나 의사·조문사

등과 같은 공익적인 직무 및 건물의 매수청구의 행사와 같은 사회정책적인 제도에 의하여 계약체결의 자유가 제한되는 경우도 있다. ④계약의 상대방을 누구로 선택할 것인가에 관한 상대방선택의 자유도 재판이나 노동관계법 등의 법률에 의하여 제한되고 있는 경우가 있다.

#### ◆ 계엄선포권(戒嚴宣布權)

계엄은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 군사상의 필요가 있거나(군사계엄), 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에(행정계엄), 대통령이 전국 또는 일정한 지역을 병력으로써 경비하고 해당지역의 행정사무와 사법사무의 일부 또는 전부를 군의 관할하에 두며, 국민의 기본권을 제한할 수 있는 국가긴급권제도를 말하며, 이러한 계엄을 선포할 권한을 계엄선포권이라 한다. 계엄선포권은 특히 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서의 회복을 목적으로 하고(현상유지적 조치), 병력의 사용을 그 수단으로 한다는 점(비상집행적 조치)에서 고전적 국가긴급권을 대표하는 것이다.

계엄에는 경비계엄과 비상계엄이 있다. 경비계엄은 선포와 동시에 계엄사령관이 계엄지역내의 군사에 관한 행정사무와 사법사무를 관장하며, 해당지역내의 군사에 관한 행정사무와 사법사무를 담당하는 기관은 지체 없이 계엄사령관의 지휘·감독을 받는다. 그러나 경비계엄하에서는 헌법과 법률에 의하지 아니한 특별조치로써 국민의 자유와 권리를 제한할 수 없으며, 공공의 안녕질서를 회복하기 위한 소극적인 치안유지를 목적으로 한다. 이에 비하여 비상계엄은 행정사무와 사법사무에 관한 특별조치와 기본적 인권에 관한 특별조치를 할 수 있다. 이에 따라 ①비상계엄지역안에서 계엄사령관은 군사상 필요한 때에는 체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있고(계엄법 제9조제1항), ②작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소훼(燒燬)할 수 있으며(계엄법 제9조제3항), ③법률이 정하는 바에 의하여 동원 또는 징발을 할 수 있고, 필요한 경우에는 군수에 공할 물품의 조사·등록과 반출금지를 명할 수 있다(계엄



법 제9조제2항). 그러나 경비계엄이나 비상계엄하에서도 계엄선포 중 국회의원은 현행범인 경우를 제외하고는 체포 또는 구금되지 아니한다(계엄법 제13조).

계엄선포에 관하여는 비상사태가 평상사태로 회복되면 대통령은 계엄을 해제하고 이를 공고하여야 하며, 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 국무회의의 심의를 거쳐 계엄을 해제하여야 한다. 계엄이 해제되면 해제된 날로부터 모든 행정사무와 사법사무는 평상상태로 복귀한다.

◆ 고문(拷問)

넓은 의미의 고문은 피의자에게 정신적 고통 또는 육체적 고통을 주어 자백을 얻는 것을 말하며, 좁은 의미에서는 유형력을 행사하여 육체적 고통을 주어서 자백을 얻는 것을 말한다. 이러한 고문은 피의자의 인권침해를 유발하고, 자백의 강요를 통한 부당한 피의자를 발생할 수 있다는 점에서 이를 절대적으로 금지하고 있는 것이 우리 헌법의 정신이라 하겠다. 헌법 제12조제2항은 고문금지를 명문으로 규정하고 있으며, 형법은 고문을 범죄로 규정하여 형벌적 제재를 가하고 있으며(형법 제125조), 형사소송법도 고문에 의한 자백의 증거능력을 절대적으로 부인하고 있다.

고문의 방지를 위해서는 고문금지의 선언만으로는 불충분하며, ‘불법의 과실(果實)도 불법’이라는 독수(毒樹)·독과(毒果)의 원칙에 따라 고문에 의한 자백뿐만 아니라 고문에 의한 자백으로 수집된 증거에 대해서도 증거의 가치를 부정 또는 제한하여야 한다. 이에 우리 헌법은 제12조 제7항에서 임의성없는 자백의 증거능력을 제한하는 규정을 두고 있으며, 형소법은 “피고인이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”라고 규정하여 고문 등에 의한 자백은 진위여하를 불문하고 이를 증거로 채용하는 것을 금지함으로써 증거법상에 있어서도 헌법정신을 보장하고 있다.

#### ◆ 고문방지협약(拷問防止協約)

고문방지협약은 1984년 12월 10일 UN총회가 채택한 고문방지협약은 그 동안 고문관행의 근절을 위해 진행하여 왔던 법전화과정을 마무리하는 것이었다. 이 협약은 1987년 6월 26일 발효하였는데, 1998년 9월 현재 당사국은 106개국이다. UN은 고문방지를 위한 국제적 문서속에 일련의 원칙과 경건한 희망을 담은 실체적 규정을 두었을 뿐 아니라 그 이행과 준수를 확실히 보장하기 위한 절차적 규정을 두고 있다. 또한 이 협약은 감독기구(a monitoring body)를 설치하여 그 기능을 실현하는 절차에 관한 상세한 조항을 가지고 있다. 이 감독기구의 명칭은 고문방지위원회(the Committee against Torture : CAT)이며, 1988년 4월 제네바에서 처음으로 회합을 가진 후 지금까지 활동을 계속하고 있다.

#### ◆ 고소(告訴)

고소란 범죄의 피해자 또는 일정한 관계가 있는 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 따라서 법원에 대하여 범인의 처벌을 구하는 행위는 고소가 아니다. 고소는 처벌을 원하는 의사표시이므로 고소인이 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 원하고 있는 사실을 확정할 수 있을 정도의 특징이 있어야 한다. 고소는 일반범죄의 경우에 수사의 단서에 불과하지만 친고죄의 고소의 경우에는 공소권이 발생하므로 친고죄에서 고소는 특히 중요한 소송조건이 된다. 그리고 단순한 범죄사실을 신고하는데 불과하고 범인에 대한 처벌의사를 표시하지 않는 경우에는 신고라고 하고 고소와 구별된다.

고소권을 가진 자는 범죄로 인하여 피해자이다. 고소권은 원칙적으로 일신전속적 권리에 해당하는 것으로 직접적인 피해자가 고소권자가 되는 것이 원칙이다. 다만 피해자의 법정대리인도 독립하여 고소할 수 있다. 법정대리인의 고소권의 성질에 대하여 피해자 본인의 명시적 묵시적 의사에 반하여도 고소할 수 있다는 고유권설과 본인의 권리가 상실되면 법정대리인의 고소권도 상실된다고 하는 독립대리권설이 대립한다. 친고죄에서 고소할 자가 없는 경우에는 이해관계인이 신청하면 검사가 10일

이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다(형소법 제228조). 고소는 수사기관에 구술 또는 서면으로 하여야 한다. 고소의 대리도 가능하다(형소법 236조). 고소에 조건을 붙일 수 있는가에 대하여 견해가 대립한다. 조건부 고소는 국가형벌권행사가 지나치게 개인의 의사에 좌우될 수 있다는 취지에서 부정하거나, 고소의 의사를 인정하는데 영향이 없는 한 조건도 무방하다고 하는 견해가 지배적이다. 그러나 친고죄의 취지에 비추어 고소에 조건을 붙이는 것은 무방하다고 생각된다. 고소의 기간은 친고죄의 경우에 범인을 알게된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다(형소법 제230조1항). 고소는 범죄사실이 특정되어야 하는데 그 정도에 대하여 우리 법원은 간통죄의 고소와 관련하여서 “간통의 범죄사실이 특정되어야 할 것이지만, 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는지를 확정할 수만 있으면 되는 것이고, 고소인 자신이 직접 범행의 일시, 장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없다.”는 입장이다(1999. 4. 23. 대판 99 도 576).

◆ 고소불가분의 원칙(告訴不可分の 原則)

고소불가분의 원칙이란 친고죄의 경우 하나의 범죄의 일부에 대한 고소 또는 그 취소는 사건전부에 대하여 효력이 발생한다는 객관적 불가분의 원칙과 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에게 미친다는 주관적 불가분의 원칙이 있다. 형사소송법은 고소의 주관적 불가분의 원칙만을 규정하고 있지만 객관적 불가분의 원칙도 이론적으로 인정되고 있다. 고소의 불가분의 원칙은 친고죄에서만 문제된다고 본다. 이는 친고죄의 경우에 고소가 소송조건이므로 고소에 의하여 공소의 제기가 좌우되기 때문이다. 객관적 불가분의 원칙이 적용되는 범위에 대하여 단순일죄는 당연히 적용된다. 과형상의 일죄의 경우에는 문제가 될 수 있는 것은 친고죄와 비친고죄 즉 감금죄와 강간죄의 상상적 경합이 성립하는 경우에 강간죄에 대하여 고소를 취소한 경우에 감금죄에는 효력이 미치지 않는다(1983.4.26. 대판 83 도 323). 친고죄

에 있어서의 고소불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제233조의 규정이 반의사불벌죄에 준용되는지 여부에 대하여 준용되지 않는다고 본다(1994.4.26. 대판 93 도 1689). 수죄의 경우에는 고소의 불가분의 원칙이 적용되지 않는다. 예를 들어 수개의 간통행위 중 일부 간통행위에 대하여만 배우자의 고소가 있고 다른 일부 간통행위에 대하여는 배우자의 고소가 없는 경우에 고소가 없는 간통행위에 대하여까지 고소의 효력이 미칠 수는 없다(1989.9.12. 대판 89 도 54).

고소의 주관적 불가분의 원칙의 적용범위에 관하여 절대적 친고죄의 경우 언제나 적용된다. 상대적 친고죄의 경우 신분자에 대하여는 고소취소의 효력이 미치지만 비신분자에게는 해당되지 않는다. 조세범과 같은 즉시고발사건에는 적용되지 않는다. 다만 고소의 취소는 1심 판결이 선고되기 이전에만 가능하므로 공범자중 1인이 판결이 선고된 이후에는 고소를 취소할 수 없다. 다만 이혼소송의 경우 예외를 인정하고 있다.

#### ◆ 공갈죄(恐喝罪)

사람을 공갈하여 재물을 교부 받거나 재산상의 이익을 취득하는 범죄를 말한다(형법 제350조). 공갈은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하여 상대방으로 하여금 해악에 대한 인식을 하게 하는 것을 말한다. 그 해악은 예를 들어 폭력배와 잘 알고 있다는 지위를 이용하여 불법한 위세를 보임으로써 해악의 고지를 하였다한 경우에도 공갈에 해당하는 협박이 될 수 있다(2003. 5. 13. 대판 2003 도 709). 그러나 지역신문의 발행인이 시정에 관한 비판기사 및 사실을 보도하고 관련 공무원에게 광고의뢰 및 직보배정을 타신문사와 같은 수준으로 높게 해달라고 요청한 사실만으로 공갈죄의 수단으로서 그 상대방을 협박하였다고 볼 수 없다는 판례도 있다(2002. 12. 10. 대판 2001 도 7095). 해약에는 인위적인 것뿐만 아니라 천재지변 또는 신력이나 길흉화복에 관한 것도 포함될 수 있으나, 다만 천재지변 또는 신력이나 길흉화복을 해약으로 고지하는 경우에는 상대방으로 하여금 행위자 자신이 그 천재지변

또는 신력이나 길흉화복을 사실상 지배하거나 그에 영향을 미칠 수 있는 것으로 믿게 하는 명시적 또는 묵시적 행위가 있어야 공갈죄가 성립한다고 하면서 예를 들어 “조상천도제를 지내지 아니하면 좋지 않은 일이 생긴다는 취지의 해약의 고지는 길흉화복이나 천재지변의 예고로서 행위자에 의하여 직접, 간접적으로 좌우될 수 없는 것이고 가해자가 현실적으로 특정되어 있지도 않으며 해약의 발생가능성이 합리적으로 예견될 수 있는 것이 아니므로 협박으로 볼 수 없다고 하고 있다(2002. 2. 8. 대판 2000 도 3245). 그 밖에도 신문의 부실공사 관련 기사에 대한 해당 건설업체의 반박광고가 있었음에도 재차 부실공사 관련 기사가 나가는 등 그 신문사 기자들과 그 건설업체 대표이사의 감정이 악화되어 있는 상태에서, 그 신문사 사주 및 광고국장이 보도자제를 요청하는 그 건설업체 대표이사에게 자사 신문에 사과광고를 신지 않으면 그 건설업체의 신용을 해치는 기사가 계속 게재될 것 같다는 기자들의 분위기를 전달하는 방식으로 사과광고를 게재토록 하면서 과도한 광고료를 받은 행위가 공갈죄가 성립할 수 있다고 본 예도 있다(1997. 2. 14. 대판 96 도 1959).

#### ◆ 공개선거(公開選舉)

공개선거는 선거인의 투표내용을 제3자가 알 수 있는 선거제도로써 비밀선거에 대한 개념이다. 대표적인 예로 구술투표·거수투표·기립투표·기명투표 등이 있다. 일반적으로 선거에 있어서 공개선거는 제3자에 의한 심리적 억압의 영향을 받기 쉬우므로 공정한 표결이 어렵다는 점에서 비밀선거를 원칙으로 하고 있다.

#### ◆ 공개의 재판(公開의 裁判)

공개재판은 재판의 공정성을 확보하기 위하여 재판의 심리와 판결을 이해관계가 없는 제3자도 방청하게 하는 제도로서 형사피고인뿐만 아니라 일반국민의 권리이다. 현행 헌법은 제27조제3항제2문에 지체없이 공개재판을 받을 권리가 있다고 규정하고 있으며, 다만 국가의 안전보장

또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 심리에 한하여 이를 공개하지 않을 수 있다. 그러나 선고(판결)는 반드시 공개하여야 한다.

대법원은 “법원이 법정의 규모·질서의 유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 피고인들의 가족·친지 기타 일반국민에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 방법으로 방청인의 수를 제한하는 조치를 취하는 것이 재판공개주의의 취지에 반하는 것은 아니다”라고 판시하고 있다.

#### ◆ 공개주의(公開主義)

공판의 공개주의란 시민들에게 심리의 방청을 원칙적으로 허용하여야 한다는 주의이다. 즉 공개주의는 누구나 특별한 어려움 없이 공판기일을 알 수 있고, 공판정에 출입할 가능성이 부여된다는 것이다. 이러한 재판의 공개주의는 역사적으로 재판 밀행주의에 대한 투쟁의 산물이다. 우리 헌법은 공개재판을 받을 권리를 국민의 기본적 인권으로 보장하고 있을 뿐만 아니라(헌법 제27조3항) 법원에게 재판을 공개할 것을 선언하고 있다(헌법 제109조). 법원조직법 제57조에서도 재판의 심리와 판결은 공개한다고 규정하여 공개주의를 천명하고 있다. 재판의 공개를 통하여 재판이 시민의 감시하에 놓이게 됨으로써 공정한 재판을 보장하고 이를 통하여 국민의 신뢰를 얻는데 있다. 공개주의는 원칙적으로 모든 재판에서 적용되며 만약 이를 위반한 경우에는 항소이유가 된다(형소법 제361조의5제9호). 그러나 공개주의도 언제나 절대적으로 보장되는 것은 아니다. 헌법 제109조 단서와 법원조직법 제57조제1항 단서에서 “다만, 심리는 국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있을 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다”고 규정하여 재판 중 심리절차에 대하여 공개주의를 제한을 인정한다. 다만 공개주의를 제한하는 결정을 하는 경우에 그 이유를 개시하여 선고하여 하고, 비록 재판장이 공개주의를 제한하는 결정을 하였다고 해도 적당한 자에게 재정을 허가할 수 있다(동조제2항·제3항). 그 이외에도 법정의 크기에 따라서

방청인의 수를 제한하거나 법정질서유지를 위하여 특정인의 출입을 제한할 수도 있다. 다만 공개주의의 제한은 심리에 의하고 판결선고의 비공개는 허용되지 않는다. 특히 소년보호사건의 경우에는 원칙적으로 심리를 공개하지 않는다. 다만, 판사는 적당하다고 인정하는 자에게 재석을 허가할 수 있다(소년법 제24조 2항). 법정에서의 방청·촬영등에관한규칙 제3조에서 “모자, 외투를 착용한 자이거나, 음식 또는 흡연을 하는 자, 단정한 자세로 정숙하지 아니하고 소란을 피우거나 함부로 이석을 하는 자에게 퇴정을 명할 수 있는데 이러한 퇴정명령에 의하여 방청을 허용하지 않는 것은 공개주의에 반하는 것이 아니다.

◆ 공공복리(公共福利)

공공의 행복과 이익이라는 개념의 공공복리는 개개인의 사적 이익에 대한 개념으로서 매우 다의적이고 불확정개념으로 사용되고 있다. ①개인적 이익을 초월하여 국가적 차원에서 결정되는 전체적 이익인 국가절대주의적 공공복리개념, ②개개인의 사적 이익에 우월하면서 개개인에게 공통된 이익을 의미하는 국민공동의 공공복리개념으로서의 사회국가적 공공복리개념 등이 있다. 다만, 국민공동의 공공복리개념은 자유권에 대해서는 제한의 사유가 되지만 사회적 기본권에 대해서는 실천목표가 된다.

현대사회국가에서 기본권제한의 목적이 되는 사회국가적 공공복리의 관념은 국가적 생활이익을 절대시하는 국가절대주의적 복리라던가, 개인적 생활이익을 절대시하는 근대시민국자적 복리와는 명확히 구별되어야 하며, 이는 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익 즉, 국민공동의 이익으로 이해되어야 한다. 이러한 사회국가적 공공복리의 개념은 사회공동생활의 지표인 동시에 국가적 이념이라고 할 수 있다.

이러한 공공복리의 개념은 우리 헌법 제37조2항 전단에서 국민의 기본권제한사유의 하나로서 들고 있는 개념으로서 헌법재판소도 “도로교통법 제50조제2항, 제111조제3호는 교통질서유지 및 사회공동체의 상호이익을 보호하는 공공복리를 위한 필요에서 합리적으로 제정된 것이라 할 것

이다”(헌재 1990. 8. 27.[89 헌가 118])라고 판시함으로써 국민의 기본권제한사유로서의 공공복리의 개념을 원용하고 있다.

◆ 공공부조청구권(公共扶助請求權)

공공부조청구권은 사회적 위험으로 말미암아 요보호상태(要保護狀態)에 있는 개인이 인간의 존엄에 상응한 인간다운 생활을 영위하기 위하여 국가에 대해 일정한 내용의 적극적 급부를 요구할 수 있는 사회보장수급권의 한 유형으로서 인정되는 권리이다. 일반적으로 공공부조는 현실적으로 생활불능상태에 있거나 생계의 유지가 곤란한 사람에게 국가가 최종적인 생활보장수단으로서 각출을 요건으로 하지 아니하고 최저생활에 필요한 급부를 하는 제도이며, 이 제도에 기초하여 공공부조의 대상자가 국가에 적극적으로 그 급부를 청구하는 것을 공공부조청구권이라 한다.

현재 우리나라의 공공부조제도는 보호를 필요로 하는 절대 빈곤층의 기초생활을 국가가 보장하되, 종합적 자립자활서비스 제공으로 생산적 복지 구현할 목적으로 지난 2000년 10월 1일 시행되고 있는 국민기초생활보장법에 의하여 최저생계비 이하의 빈곤층 국민에 대해 생계·교육·의료비용 등을 보장하고 있다. 보건복지부에 의하면 2000년 9월 30일 현재 지원한 대상자는 64만 가구 148만 8764명으로 확정되고 지원할 금액은 4인 가족기준(순재산 3200만원 이하) 월 92만 8000원이라고 한다.

◆ 공공필요(公共必要)

공용수용·공용사용·공용제한 등 적법한 공권력의 행사로 말미암아 재산상 특별한 희생을 당한 자가 공평부담의 견지에서 국가에 대하여 재산적 손실의 전보(轉補)를 청구할 수 있는 청구권적 기본권인 손실보상 청구권의 행사요건에 있어서 현행헌법 제23조는 공공필요를 그 요건으로 하고 있다. 공공필요는 일정한 공익사업을 시행하거나 공공복리를 달성하기 위하여 재산권의 제한이 불가피한 경우로서 공공필요의 유무는 구체적으로 공익과 사익의 비교형량을 통해 결정된다.



◆ 공무담임권(公務擔任權 : 被選舉權)

공무담임이라 함은 입법부·집행부·사법부는 물론 지방자치단체 등 국가·공공단체의 구성원으로 선임되거나 비선거직공직에 취임하여 공무를 담당하는 것을 말한다. 따라서 공무담임권은 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하는 권리이다. 현행헌법 제25조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다’라고 하여 국민에게 공무담임권을 보장하고 있다.

그러나 헌법 제25조가 공무담임권을 보장하고 있다고 해서 모든 국민이 이 규정에 의하여 직접 공무를 담당할 수 있는 것은 아니며, 법률이 정하는 바에 따라 선거에서 당선되거나 임명에 필요한 자격을 구비하거나 선발시험 등에 합격하여야 한다. 공무담임권은 국민의 권리이며, 의무는 아니므로 병역에 복무하는 경우를 제외하고는 공무에 담임할 의무는 없다. 공무담임권도 성별·신앙·사회적 신분·교육·재산·수입 등에 의하여 차별되어서는 아니 되지만, 공부수행능력을 감안하여 선거권보다 그 요건이 엄격하다. 예를 들면, 공무에 담임하기 위하여는 일정한 연령·거주기간 등을 요건으로 하고 있을 뿐만 아니라 여러 가지 결격사유를 규정하고 있다.

헌법재판소는 공무담임권의 내용과 한계에 관하여 “공무담임권도 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있으나 그 경우에도 이를 불평등하게 또는 과도하게 침해하거나 본질적인 내용을 침해하여서는 아니된다...공무원 등의 채용시험에서 세대균인들을 위한 가산점제도는 능력주의와 무관한 불합리한 기준으로 여성과 장애인 등의 공무취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해된다”(헌재 1999. 12. 23.[98 헌마 363])라고 판시하고 있다.

◆ 공소권남용이론(公訴權濫用理論)

공소권남용이란 검사에 의한 공소의 제기가 형식적으로 적법한 것으로 보이지만 실제로는 검사의 공소권의 재량범위를 일탈한 공소권 행사를

말한다. 이 경우 공소권의 남용이 인정된 경우에는 공소기각 판결이나 결정, 관할위반의 판결 그리고 면소판결과 같은 형식재판으로 소송을 종결시켜야 한다는 이론이다. 현행 소송법상으로는 검사의 공소제기가 형식적으로 적법하고 소송조건을 구비하고 있으면 법원은 단지 실체재판을 통하여 유죄 또는 무죄를 판단할 수밖에 없다. 그런데 공소권남용이론은 이러한 현행법 규정을 넘어서서 비록 형식적으로 적법하나 실질적으로 공소권이 인정된 재량권을 벗어난 경우에는 이를 부적절한 공소제기로 보고 형식재판을 통하여 이를 통제하자는 이론이다. 예를 들면 객관적으로 혐의가 없음이 명백함에도 불구하고 검사가 공소를 제기한 경우에 이는 공소권남용에 해당하며 따라서 공소기각 하여야 한다는 것이다. 우리 법원은 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다고 한다(2004. 4. 27. 대판 2004 도 482). 그러나 우리 법원은 공소권남용이론을 긍정하면서도 실제도 광범위한 검사의 공소권행사의 재량권을 인정함으로써 사실상 공소권남용이 된 사례는 거의 없는 실정이다. 공소권남용은 공소권 행사에 관련된 문제이므로 공소권 불행사의 경우에는 공소권 남용이 문제되지 않는다. 공소권남용이론의 유형으로 제시되고 있는 것은 일반적으로 무혐의사건에 대한 기소, 소추재량권을 일탈한 기소, 불평등한 기소 등이 있다. 공소권남용이론은 입법이 필요하며, 이런 입법의 태도에서 공소권남용이론이 보충적인 태도를 견지할 수 있도록 할 필요성이 있다. 우리나라에서 공소권남용을 부정한 사례 중에는 검사가 구속 영장기재의 범죄사실(선행사건)로 피고인을 신문할 당시 피고인이 여죄의 사실(후행사건)도 자백하였으나 경찰에서 후행사건의 수사관계로 선행사건과 분리하여 뒤늦게 따로 송치한 관계로 선행사건의 기소 당시에는 후행사건은 검찰에 송치되기 전이었고 불구속으로 송치된 후행사건에 대하여 검사가 제1회 피의자신문을 할 당시 선행사건의 유죄판결이 의외로 빨리 확정된 경우, 검사의 후행사건에 대한 기소가 공소권 남용에 해당하지 않는다고 한 사례가 있다(1999. 12. 10. 대판 99 도 577).

◆ 공소기각(公訴棄却)

공소기각이란 관할권위반(형소법 제319조)이외 형식적 소송조건이 결여된 경우에 절차상의 하자를 이유로 공소를 부적법하다고 인정하여 사건의 실체심리를 하지 않고 소송을 종결시키는 형식재판을 말한다. 공소기각에는 공소기각 결정(형소법 제328조)과 공소기각 판결(제327조)이 있다. 결정에 의한 공소기각은 판결에 의한 공소기각보다 그 절차상 하자가 더 명백하고 중대한 경우이다. 이는 공소기각 결정의 재판형식이 구두변론을 거치지 않고 할 수 있다는 점에서 그러하다(형소법 제37조제2항). 공소기각판결에 대한 상소는 항고(형소법 제357조)와 상고(형소법 제371조)이지만 공소기각의 결정에 대한 상소는 즉시항고(형소법 제328조제2항)이다. 우리 형사소송법 제328조에 규정하고 있는 공소기각 결정사유로는 1)공소가 취소되었을 때, 2)피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때, 3)제12조 또는 제13조의 규정에 의하여 재판할 수 없는 때, 4)공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니하는 때를 한정적으로 열거하고 있다. 공소기각 결정에 대해서는 즉시항고 할 수 있지만 공소취소에 의하여 공소기각결정이 확정된 때에는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거가 발견되어야 다시 공소를 제기할 수 있다(형소법 제329조). 공소기각판결사유로서는 우리 형사소송법 제327조에서는 1)피고인에 대하여 재판권이 없는 때, 2)공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때, 3)공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때, 4)제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때, 5)고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때, 6)피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 경우에 공소기각판결 사유로 규정하고 있다. 예를 들어 강간죄에 대하여 고소가 없거나 고소가 취소된 경우 또는 강간죄의 고소기간이 경과된 후에 고소가 있는 경우, 그 강간범행의 수단으로 사용된 또는 그에 수반하여 저질러진 폭행·협박의 점을 따로 떼어내어 폭행죄·협박죄

또는 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄로 공소제기한 경우에는 친고죄인 강간죄의 경우, 고소가 없거나 고소가 취소된 경우 또는 강간죄의 고소기간이 경과된 후에 고소가 있는 때에는 강간죄로 공소를 제기할 수 없음은 물론, 나아가 그 강간범행의 수단으로 또는 그에 수반하여 저질러진 폭행·협박의 점 또한 강간죄의 구성요소로서 그에 흡수되는 법조경합의 관계에 있는 만큼 이를 따로 떼어내어 폭행죄·협박죄 또는 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄로 공소제기할 수 없다고 해야 마땅하고, 이는 만일 이러한 공소제기를 허용한다면, 강간죄를 친고죄로 규정한 취지에 반하기 때문이므로 결국 그와 같은 공소는 공소제기의 절차가 법률에 위반되어 무효인 경우로서 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각의 판결을 하여야 한다고 하고 있다(2002. 5. 16. 대판 2002 도 51 전원합의체).

#### ◆ 공소시효(公訴時效)

공소시효는 범죄행위가 종료한 후 검사가 공소제기 없이 일정한 기간이 경과하면 국가의 소추권, 즉 공소권이 소멸하는 제도를 말한다. 공소시효는 형의 시효와 구별되는데 공소시효는 확정판결전 형사소추권의 소멸로 형벌권의 행사가 불가능하게 하는 형사소송법상의 제도(형소법 제249조이하)임에 반하여, 형의 시효는 확정판결 후에 형벌권의 효력을 소멸시키는 형법상의 제도(형법 제77조이하)이다. 따라서 공소시효의 완성은 면소판결사유(형소법 제326조제3호)가 되지만, 형의 시효가 완성되면 형의 집행이 면제된다(형법 제77조). 공소시효제도를 둔 이유는 시간의 경과로 인하여 증거가 멸실되어 진실발견의 어려움이 있고, 범죄행위에 의해 초래된 법질서의 파괴가 오랜 시간의 경과와 함께 상당부분 회복되어 처벌의 필요성이 감소하였기 때문에 오히려 형사절차를 진행시키는 것이 인권침해의 소지가 크다는 것이 이제도가 존재하는 취지이다. 공소시효는 본질을 어떻게 이해할 것인가에 대하여 실체법설, 소송법설, 경합설 등의 견해가 대립한다. 공소시효는 개별구성요건이 규정하고 있는 법정형이 경과하면 완성된다(형소법 제249조제1항). 공소시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다(형소법 제252조제1

항). 공범의 경우에는 공범전체의 행위가 종료한 때로부터 시효가 진행된다(동조제2항). 공소시효는 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다(형소법 제66조제1항단서). 그리고 말일이 공휴일에 해당하여도 그 날은 공소시효에 산입된다(동조제3항단서 참조). 만약에 공소장변경 절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다(2002. 10. 11. 대판 2002 도 2939). 공소시효의 기산점에 관하여 규정한 형사소송법 제252조제1항에 정한 ‘범죄행위’에는 당해 범죄행위의 결과까지도 포함하는 취지로 해석함이 상당하므로, 교량붕괴사고에 있어 업무상과실치사상죄, 업무상과실일반교통방해죄 및 업무상과실자동차추락죄의 공소시효도 교량붕괴사고로 인하여 피해자들이 사상에 이른 결과가 발생함으로써 그 범죄행위가 종료한 때로부터 진행된다고 보아야 한다(1997. 11. 28. 대판 97 도 1740). 그리고 공소시효와 관련된 사례로 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었다라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소한 경우에는 국가기관의 직무를 그르칠 염려가 있으므로 무고죄를 구성한다(1995. 12. 5. 대판 95 도 1908). 공소시효는 일정한 사유가 있으면 그 진행이 정지된다. 현행법상 공소정지사유로 인정되는 것은 공소가 제기된 경우(형소법 제253조제1항), 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외로 도피하는 경우(동조제3항), 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청이 있으면 고등법원의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(형소법 제262조의2). 그러나 검사의 불기소처분에 대한 검찰항고(검찰청법 제10조)난 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는 시효는 정지되지 않는다. 그리고 소년부 판사가 소년보호사건의 심리개시결정을 하면 그 심리개시결정이 있을 때로부터 그 사건에 대한 보호처분의 결정이 확정될 때까지 공소시효진행이 정지된다(소년법 제54조). 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에관한특례법 제2조에서 헌정질서파괴범죄(형법상 내란죄, 외환죄, 균형법상 반란죄, 이적죄)와 집단살해에 해당하는 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제하고 있다(동법 제3조).

### ◆ 공소장일본주의(公訴狀一本主義)

형사소송규칙 118조 2항에서 공소장일본주의란 검사가 공소제기시 관할법원에 공소장 하나만을 제출하여야 한다는 주의이다. 즉 형사소송규칙 제118조에서는 공소장에는 공소제기전에 변호인이 선임되거나 보조인의 신고가 있는 경우, 그 변호인선임서 또는 보조인신고서를, 공소제기전에 특별대리인의 선임이 있는 경우, 그 특별대리인 선임결정등본을, 공소제기당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우, 체포영장·긴급체포서·구속영장 기타 구속에 관한 서류를 각 첨부하여야 한다고 하면서 제2항에서 공소장에는 제1항에 규정한 서류 외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니된다고 규정하여 공소장일본주의원칙을 취하고 있다. 공소장일본주의를 취하는 근거는 사건을 심판할 법관에게 미리 부당한 심증을 형성할 수 있는 유형적 사유를 제거하여 법적으로 공정한 재판을 보장하기 위한 예단배제하고자 하는 것이다.

그런데 수사기록을 증거조사전에 미리 접하게 된다면 심증형성이 미리 되어서 위법증거를 배제하려는 현행법의 많은 규정들이 무의미해질 수 있는 바, 공소장일본주의에서 특히 문제가 되는 것은 공소장에 254조제3항의 기재사항 이외의 사항을 기재하는 것이 공소장일본주의에 반하는가가 문제될 수 있다. 예를 들어 전과가 범죄구성요건에 해당하는 경우나 사실상 범죄사실의 내용을 이루는 경우 이외에는 공소장에 전과를 기재하는 것은 공소장일본주의에 반한다. 전과 이외의 악성격, 악경력, 악소행의 기재하는 것도 그것이 범죄구성요건의 요소가 되는 경우이나 구성요건적 행위와 밀접하거나 불가분의 관계가 있는 경우를 제외하고는 기재를 허용하지 않는다. 범죄의 동기와 원인은 범죄사실이 아니므로 일반적으로 기재가 허용되지 않는다. 다만 살인죄 또는 방화죄와 같은 중대범죄의 경우에는 동기가 공소사실을 명확히 하는데 밀접한 연관이 있는 때에는 이를 기재하는 것은 허용된다. 그러나 직접적인 동기가 아닌 예를 들어 유흥비를 마련하기 위하여 강도를 저지른 것은 기재가 허용되지 않는다. 공소장일본주의에 대한 위반은 공소제기방식의 중대한

위반이므로 공소제기는 무효가 되고, 법원은 공소기각판결을 내려야 한다(형소법 제327조제2호).

◆ 공연성(公然性)

명예훼손죄나 모욕죄가 성립하기 위한 요건으로서 공연성이 필요로 하다. 공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다. 따라서 불특정의 경우에는 수의 다소를 묻지 않고, 다수인인 경우에는 그 다수인이 특정되어 있다고 하더라도 관계없다. 판례는 명예훼손죄의 구성요소인 공연성의 의미를 “명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말하고, 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 적시하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다.”고 하여 공연성의 판단에 전파이론이 주장되고 있다(2004. 4. 9. 대판 2004 도 340). 기자에게 명예훼손에 해당하는 사실을 알려준 경우에 통상 기자가 아닌 보통 사람에게 사실을 적시할 경우에는 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그 때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이지만, 그와는 달리 기사를 통해 사실을 적시하는 경우에는 기사화되어 보도되어야만 적시된 사실이 외부에 공표된다고 보아야 할 것이므로 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 보아야 할 것이라는 판례가 있다(2000. 5. 16. 대판 99 도 5622). 그리고 이혼소송 계속중인 처가 남편의 친구에게 서신을 보내면서 남편의 명예를 훼손하는 문구가 기재된 서신을 동봉한 경우라도 공연성이 결여되었다고 보았다(2000. 2. 11. 대판 99 도 4579).

◆ 공용부담(公用負擔)

공용부담이란 특정 공익사업, 특정 공익목적을 위하여 또는 특정 물건의 효용을 보전하기 위하여 개인에게 강제적으로 부과되는 경제적 부담으로서 공법적인 권력적 작용을 말한다. 공용부담은 개인에 강제적으로 부과되어 그 재산권을 침해하거나 제한하는 것이므로 당연히 법률상의

근거를 요한다. 공용부담은 내용에 따라서 인적 공용부담과 물적 공용부담으로 나눌 수 있으며, 발생원인에 따라서 강제적 공용부담과 임의적 공용부담으로 나눌 수 있다.

인적 공용부담은 특정 공익사업의 수용을 충족시키기 위하여 특정인에게 작위·부작위 또는 급부의무를 과하는 것으로 부담금·부역·현품·노역·물품 등이 있다. 물적 공용부담은 특정 공익사업의 수요를 충족하거나 또는 특정 공익목적에 위하여 국민의 특정 재산권에 부착하여 강제적으로 부과되는 경제적 부담으로서 공용제한·고용수용 및 공용환지 등이 있다.

◆ 공용사용(公用使用)

공용사용은 특정한 공익사업을 위하여 그 사업주체가 타인의 소유인 토지 기타 재산권을 강제적으로 사용하는 것을 말한다. 공용사용할 수 있는 권리를 공용사용권이라 하며, 공용제한의 일종이지만, 공용사용권의 설정이 주된 것이고 재산권의 제한은 그 효과에 불과한 점에서 공용제한과는 다른 특성을 가지고 있다. 공용수용이 재산권 자체를 징수하는데 대하여 공용사용은 그 재산권의 사용권만을 징수하는 점에서 차이가 있다.

공용사용은 법률 또는 법률에 의한 행정행위에 의하여 설정되며, 그 성질은 공법상의 권리이다. 공용사용은 공사·측량 등을 위하여 또는 비상·재해의 경우에 설정되는 일시적 사용(도로법 제49조, 토지수용법 제26조, 광업법 제84조)과 계속적 사용의 두 가지 경우가 있다. 전자는 보통 법률이 정하는 간단한 절차 또는 행정처분에 의하여 설정되는데 대하여 후자는 재산권의 중대한 제한이므로 그 설정은 법률의 근거가 있어야 하며 그 절차도 원칙적으로 토지수용법에 의한 토지수용의 절차에 의한 다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다.

◆ 공용수용(公用收用 : 公用徵收)

공용수용은 특정한 공익사업을 위하여 개인의 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득하는 것으로 수용 또는 공용징수라고도 하며, 물적 공용



부담의 일종이다. 공용수용은 공익사업을 위한 재산권의 징수라는 점에서 재정상의 목적을 위하여 행하는 조세징수, 경찰상의 견지에서 행하는 몰수, 국방상의 목적에서 행하는 징발 등과 구별되며, 재산권의 강제적 취득인 점에서 임의적 취득 및 재산권의 제한인 공용제한과 구별된다.

공용수용은 특정한 공익사업을 위한 것이어야 하며, 그 대상인 물건은 비대체적인 특정한 재산권으로서 토지 기타의 부동산·동산에 관한 소유권, 기타의 권리이지만 경우에 따라서는 무체재산권 또는 광업권·어업권·용수권인 경우도 있지만, 그 중 토지소유권에 관한 것이 가장 보통의 경우이다. 공용수용의 주체는 국가·공공단체 및 그로부터 특허를 받은 사인이며, 사법상의 수단에 의할 수 없을 때에는 권리자의 의사여하에 불구하고 그 권리를 강제적으로 취득하는 것으로 법률의 규정에 의한 물건변동에 해당한다. 따라서 부동산의 경우에는登記없이 효력이 생기며 그 권리취득의 성질은 원시적 취득이다.

공용수용에 관한 일반법으로는 토지수용법이 있으며, 그 이외에도 고용수용에 관한 근거를 규정한 법률로는 도시계획법 제29조·30조, 광업법 제88조·89조, 특허법 제106조, 도로법 제49조의2 등이 있다.

#### ◆ 공용제한(公用制限)

공용제한은 특정한 공익사업을 목적을 위하여 특정한 재산권에 과하여지는 공법상의 제한으로서 물적 공용부담의 일종이다. 공용제한에 있어서 공익목적에 위한 제한은 국토의 합리적 이용(국토이용관리법)이나 도시의 건전한 발전(도시계획법)을 도모하기 위한 지역·지구제 등에 의한 제한을 말하며, 그 대상지역 및 인적 범위의 광범성을 특징으로 한다. 공용제한은 그 제한을 필요로 하는 공익사업의 수요 또는 공익상 필요의 내용에 따라 계획제한·보전제한·사업제한·공물제한 등으로 나눌 수 있다.

계획제한은 국토의 합리적 이용이나 도시의 건전한 발전을 위하여 일정한 행정계획에 의거한 지역·지구 등의 지정에 따른 제한이며, 보전제한은 자연·자원·문화재 등의 보전을 위하여 사권에 가하여지는 제한을 말한다. 사업제한은 공익사업을 원활하고 안전하게 수행하기 위하여

그 사업과 관계가 있는 타인의 재산권에 대하여 가하여지는 제한이며, 공물제한은 사유재산인 특정한 토지·물건이 공공목적에 제공되고 있기 때문에 그 목적에 필요한 한도에서 그 소유권에 가하여지는 제한이다.

공용제한에 의한 재산권의 이용·행사에 대한 제한이 사회생활상 당연히 수인(受忍)하여야 할 한도를 넘어 개인에게 특별한 손실을 과하는 것인 때에는 정당한 보상을 하여야 한다.

◆ 공용징수(公用徵收)

→ 공용수용

◆ 공익의 이론(公益의 理論)

공익의 이론이란 국민의 알 권리의 대상이 되는 사항은 국민에게 알리는 것이 공공의 이익이 된다는 이론으로서 사생활의 비밀·자유와 언론의 자유간의 법익충돌의 조화적 해결이론의 하나로서 주장되는 이론을 말한다. 따라서 보도적 가치·교육적 가치·계몽적 가치가 있는 사실을 국민에게 알리는 것은 개인의 사생활의 비밀과 자유에 우선하는 것으로 그 공개는 침해행위가 될 수 없거나 면책사유가 된다는 이론이다. 공익의 이론에는 공정한 해설, 범죄인의 체포·구금, 공중의 보건과 안전, 사이버종교, 범죄피해자의 공개 등이 포함된다. 그러나 공익의 이론은 형법상의 명예훼손과의 구별을 곤란하게 한다는 이론적 비판이 제기되고 있다.

대법원은 “형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충하는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다”(1993. 6. 22. 대판 92 도 3160)고 판시하고 있다.

◆ 공적 인물의 이론(公的 人物의 理論)

공적 인물의 이론은 사생활의 비밀과 자유가 침해되었다고 주장하는 자의 사회적 지위에 따라 사생활의 비밀과 자유의 한계가 결정되어야 한

다는 사생활의 비밀·자유와 언론의 자유간의 법익충돌의 조화적 해결이론의 하나로서 주장되는 이론을 말한다. 즉, 공적 인물은 그 사생활이 공개되더라도 일반인에 비하여 수인(受忍)해야 할 경우가 많다는 것이다. 공적 인물이란 그 재능·명성·생활양식 때문에 또는 일반인이 그 행위·인격에 관하여 관심을 가지는 직업 때문에 공적인사가 된 자를 말하며, 여기에는 정치인·운동선수·연예인 등과 같이 자의로 유명인이 된 자가 해당되지만, 범인과 그 가족·피의자 등과 같이 타의로 유명인이 된 자도 여기에 포함된다. 그러나 공적 인물의 이론은 유명인도 공적생활 이외에는 사생활의 비밀과 자유를 보장받아야 한다는 점을 간과한 이론이라는 비판이 제기되고 있다.

◆ 공직부패방지제도(公職腐敗防止制度)

공직부패방지제도는 공직자의 부패행위를 방지하고 청렴한 공직풍토를 확립하기 위해서 ①공직자가 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 이익을 도모하는 행위, ②법령을 위반하여 공공기관에 재산상 손해를 끼치는 행위를 규제하기 위한 제도적 장치를 말한다. 현재 우리나라는 2001년 7월 24일 제정된 부패방지법에 따라 부패방지위원회가 직무상 독립성을 가진 대통령 소속하의 합의제 국가기관으로서 부패방지에 필요한 법령, 제도 등의 개선과 정책의 수립·시행 등을 담당하고 있다. 부패방지법은 공직자의 부패사실을 신고한 자에 대해서는 보상금을 지급하고, 그 신변의 안전을 보호하며, 퇴직공직자는 퇴직전 3년간 소속하였던 부서의 업무와 관련이 있는 사기업체 등에 퇴직후 2년간 취업을 할 수 없도록 하고 있다.

부패방지위원회 위원은 9명으로 구성되어 있으며 위원 중 3인(상임위원)은 대통령이 임명하고, 비상임위원 중 3인은 국회, 3인은 대법원장 추천자를 대통령이 임명 또는 위촉하며 임기는 3년이다. 또한 위원회 기능을 보좌하기 위하여 160여명의 직원으로 구성된 사무처를 두고 있으며, 사무처는 부패방지정책 등을 위원회에 상정하고 위원회의 결정에 따라 이를 처리하는 역할을 하고 있다. 부패방지위원회의 출범의의는 국가차원의 종합적 중립적인 부패방지대책 중심기구 역할, 고위공직자를

포함한 권력주변 및 권력기관에 대한 견제와 균형 역할, 그리고 우리역사상 내부고발자 보호 보상제도의 최초 도입시행 등을 들 수 있다. 기존 사정기관이 부패행위에 대한 적발·처벌 등 주로 사후통제 위주의 기능을 수행하고 있는 반면, 부패방지위원회는 적발·처벌 등 사후통제기능과 함께 제도개선, 교육·홍보 등 사전 예방적 기능을 종합적·체계적으로 수행하는 국가차원의 부패방지 종합기구이다.

#### ◆ 공청회(公聽會, public hearing)

공청회는 일반적으로 국가 또는 지방자치단체 등의 기관이 일정한 사항을 결정함에 있어서 공개적으로 의견을 듣는 형식을 말한다. 공청회는 국가나 지방자치단체의 의사결정과정에 국민을 참여시킴으로써 민주주의의 요청에 부응하는 제도이다. 공청회는 청문과 유사하면서도 주로 국민의 여론이나 전문가의 의견을 듣기 위한 제도라는 점에서, 청문이 주로 불이익처분의 상대방의 의견을 듣는 제도인 것과 다르다. 국회의 위원회는 제정법률안 및 전문개정법률안에 대하여는 공청회를 개최하여야 하며(국회법 제58조), 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 공청회를 열 수 있다(국회법 제64조). 그밖에도 국민에게 중대한 영향을 미치는 국가작용의 과정에서 공청회를 거치도록 규정하고 있는 법률이 많다(공적자금관리특별법 제22조, 노사정위원회의설치운영에관한법률 제10조, 도시계획법 제9조, 도시재개발법 제3조, 사회보장기본법 제21조, 원자력법 제8조, 행정규제기본법 제9조, 환경·교통·재해에대한영향평가법 제6조 등 다수).

공청회의 일반적 절차와 방법에 대하여는 행정절차법이 규율하고 있다. 행정청은 공청회를 개최할 때에는 공청회 개최 14일 전까지 제목, 일시 및 장소, 주요내용, 발표자에 관한 사항, 발표신청 방법 및 신청기한 등의 사항을 당사자 등에게 통지하고 관보·공보 또는 일간신문에 공고 등의 방법으로 널리 알려야 하고, 발표자의 선정에 있어 공정성이 확보될 수 있도록 하여야 한다(행정절차법 제38조). 공청회의 주재자는 행정청이 지명 또는 위촉한다. 발표자는 공청회의 내용과 직접 관련된

사항에 한하여 발표하여야 한다. 공청회의 주재자는 공청회를 공정하게 진행하여야 한다. 공청회의 주재자는 발표자의 발표가 끝난 후에는 발표자 상호간에 질의 및 답변을 할 수 있도록 하여야 하며, 방청인에게도 의견을 제시할 기회를 주어야 한다. 행정청은 공청회에서 제시된 사실 및 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다(행정절차법 제39조).

◆ **공평·공정과세의 원칙(公平·公正課稅의 原則)**

→ 조세평등주의

◆ **공해배제청구권(公害排除請求權 : 環境復舊請求權)**

공해배제청구권 또는 환경복구청구권은 국가·공공단체 또는 사인의 행위로 말미암아 환경이 오염되거나 공해가 발생하고 그것이 수인의 한도를 초과하는 경우에, 그 환경오염이나 공해를 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리로서 환경권의 구체적 내용에 속하는 권리를 말한다.

대법원은 “환경권은 명문의 법률규정이나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접방해배제청구권을 인정할 수 없다”(1999. 7. 27. 대판 98 다 47528; 1997. 7. 22. 대판 96 다 56153)고 판사하고 있다.

◆ **공해예방청구권(公害豫防請求權 : 環境保全請求權)**

공해예방청구권 또는 환경보전청구권은 국가·공공단체 또는 사인이 개발·사업·공사 등을 시행함에 있어 자연환경 또는 생활환경을 훼손·파괴함으로써 환경오염이나 공해를 유발하는 결과를 초래하지 아니하도록 환경영향평가·환경훼손행위규제 등과 같은 충분한 예방적 조치를 강구하여 주도록 요구할 수 있는 권리로서 환경권의 구체적 내용에 속하는 권리를 말한다.

◆ 과세요건명확주의(課稅要件明確主義)

과세요건명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 우려가 있으므로 규정내용이 명확하고 일의적(一義的)이어야 한다는 원칙을 말한다.

헌법재판소는 “이 사건에서 과세요건명확주의 문제는, 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률이 적용할 가능성을 부여하는가, 입법기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등의 기준에 따른 종합적인 판단을 요한다”(헌재 2002. 5. 30.[2000 헌바81])라고 판시하였다.

◆ 과세요건법정주의(課稅要件法定主義)

과세요건법정주의는 조세는 국민의 재산권을 침해하는 것이 되기 때문에, 납세의무를 발생하게 하는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모든 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 한다는 원칙을 말한다.

◆ 과잉금지의 원칙(過剩禁止의 原則)

과잉금지의 원칙은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법의 적정성(수단의 적합성)·피해의 최소성·법익의 균형성 등을 의미하며, 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다. 헌법재판소의 확립된 판례에 의하면 기본권제한입법이 우리 헌법 제37조제2항에 근거를 두고 있는 과잉금지의 원칙에 위반하지 않으려면 먼저 정당한 목적을 추구하여야 하고(목적의 정당성), 그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 하고(수단의 적합성), 피해를 최소화하여야 하며(피해의 최소성), 제한되는 기본

권과 실현되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있어야 할 것(법익의 균형성)을 요구하며 만일 기본권을 제한하는 법률이 이 중 어느 한 요건이라도 충족하지 못하면 그 입법은 위헌적인 입법이 된다는 것을 내용으로 하고 있다(헌재 1997. 3. 27.[95 헌가 17]; 1989. 12. 22, 88 헌가 13; 1998. 5. 28.[95 헌바 18]).

◆ 관습형법금지의 원칙(慣習刑法禁止의 原則)

범죄와 형벌은 성문의 법률에 규정되어야 하고 관습법에 의하여 가벌성을 인정하거나 형을 가중하여서는 안된다는 원칙을 말한다. 이는 우리 헌법 제37조제2항에서 국민의 기본권의 제한은 오로지 국민의 대표기관인 의회의 입법에 의해서만 제한이 가능하고, 관습형법은 개개인에게 그 범행에 앞서 충분하고 확실하게 인식할 수 없으므로 형법의 일반예방적 기능을 도모할 수 없을 뿐만 아니라, 법관에게 관습법을 원용한 판결을 내릴 수 있는 가능성을 배제하여 법적 안정성을 보장하자는데 그 취지가 있다.

그러나 법률주의가 지닌 문제는 모든 것을 제한하는 입법을 할 수 없다는 것이다. 이에 따라서 관습법을 통한 새로운 구성요건의 창설이나 형을 가중하는 관습법은 엄격하게 제한되지만, 구성요건을 폐지·축소하거나 형을 감경하는 관습법은 죄형법정주의의 목적상 인정될 수 있다(반대견해 유). 관습법은 간접적으로 형법의 해석에 영향을 미칠 수 있다고 한다. 예를 들어 형법 제184조는 ‘제방을 결궤(決潰, 무너뜨림)하거나 수문을 파괴하거나 기타 방법으로 수리를 방해’하는 것을 구성요건으로 하여 수리방해죄를 규정하고 있는바, 여기서 “수리(水利)라 함은 관개용·목축용·발전이나 수차 등의 동력용·상수도의 원천용 등 널리 물이라는 천연자원을 사람의 생활에 유익하게 사용하는 것을 가리키고(다만, 형법 제185조의 교통방해죄 또는 형법 제195조의 수도불통죄의 경우 등 다른 규정에 의하여 보호되는 형태의 물의 이용은 제외될 것이다), ‘수리를 방해한다’라고 함은 제방을 무너뜨리거나 수문을 파괴하는 등 위 조문에 예시된 것을 포함하여 저수시설, 유수로(流水路)나 송·인수시설 또

는 이들에 부설된 여러 수리용 장치를 손괴·변경하거나 효용을 해침으로써 수리에 지장을 일으키는 행위를 가리키며, 나아가 수리방해죄는 타인의 수리권을 보호법익으로 하므로 수리방해죄가 성립하기 위하여는 법령, 계약 또는 관습 등에 의하여 타인의 권리에 속한다고 인정될 수 있는 물의 이용을 방해하는 것이어야 한다”(2001. 6. 26. 대판 2001도 404)고 판결함으로써 수리권의 범위를 관습법상 해석범위를 확대하고 있다. 그 밖에도 일시오락을 위한 화투놀이, 업무상횡령죄에서의 업무의 근거, 위법성의 내용을 결정하는 사회상규의 범위, 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 원인, 부진정부작위범에서 보증인지위, 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 책임의 근거, 위법성의 판단 정당행위에서 사회상규 등의 해석하는데 관습법은 사용될 수 있다고 한다.

◆ 교수의 자유(教授의 自由 : 講學의 自由, *Lehrfreiheit*)

학문의 자유의 주요내용을 이루는 교수의 자유는 연구의 자유의 연장선상에서 당연히 보장되는 것으로 대학이나 그 밖의 고등교육기관에 종사하는 교육자가 자유로이 교수하거나 강의하는 자유를 말한다. 교수의 자유는 교수의 내용이나 방법 또는 학술적 견해의 표명을 보장하는 것으로 교수는 교수내용이나 방법에 관한 한 누구의 지시나 감독에도 따르지 아니하고 독자적으로 결정하며, 강의실에서는 학문적 견해를 자유로이 표명할 수 있는 학설의 자유까지를 포괄하는 것으로 이해되고 있다.

헌법재판소는 교수의 자유에 대하여 “초·중·고교의 교사는 자신이 연구한 결과에 대하여 스스로 확신을 갖고 있다고 하더라도 그것을 학회에서 보고하거나 학술지에 기고하거나 스스로 저술하여 책자를 발행하는 것은 별론(別論)으로 하고, 수업의 자유를 내세워 함부로 학생들에게 여과없이 전파할 수는 없다고 할 것이다. 나아가 헌법과 법률이 지향하고 있는 자유민주적 기본질서를 침해할 수 없음은 물론 사회상규나 윤리도덕을 일탈할 수 없으며, 가치편향적이거나 반도덕적인 내용의 교육은 할 수 없다”(헌재 1992. 11. 12.[89 헌마 88])고 판시하고 있다.



◆ **교육을 받게 할 의무(教育을 받게 할 義務)**

교육을 받게 할 의무는 친권자 또는 후견인이 그 자녀로 하여금 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받도록 취학시킬 의무를 말한다. 헌법 제 31조제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”라고 하여 교육을 받게 할 의무를 명문으로 규정하고 있다. 교육을 받게 할 의무는 모든 국민으로 하여금 생존에 필요한 최소한의 교양과 능력을 함양하게 하는 인간다운 생활권보장의 성격을 가지는 것이지만, 문화국가의 이념을 실현하기 위한 제 2세 교육이라는 성격도 가지고 있다. 교육을 받게 할 의무는 법적 의무이므로, 초·중등교육법 제48조제1항이 그 이행의 독촉을 받고도 이를 이행하지 아니하는 자에 대하여 100만원 이하의 과태료부과처분을 하도록 규정한 것은 정당하다.

교육을 받게 할 의무의 주체는 우리나라 국민으로서 교육을 받아야 할 취학아동을 가진 친권자 또는 후견인이다. 국가와 지방자치단체는 교육을 받을 권리에 대응하는 의무교육실시의 주체이며, 의무교육이 헌법 제 31조제3항의 규정에 의하여 무상제가 되도록 할 의무교육의 주체라고 하겠다. 따라서 교육을 받게 할 의무는 학령아동을 가진 친권자 또는 후견인이 그 아동을 초등교육과 법률이 정하는 교육과정에 취학시키는 것을 그 내용으로 하며, 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 법적 제재가 가해지지만, 공납금을 납부할 수 없어 제재를 받는 일이 있어서는 아니된다는 것이 헌법상의 취지라고 하겠다.

국가와 지방자치단체는 의무교육을 실시하는 데 필요한 학교를 설치하고 운영하여야 함은 물론 필요한 교제와 경비를 부담하여야 한다. 또한 무상의 범위에 있어서도 수업료만의 면제뿐만 아니라 교과서의 무상배부도 당연히 포함하여야 하며, 국가적 재정이 허용할 경우에는 그 밖의 학용품을 비롯한 급식도 무상으로 제공하여야 할 것이다(就學必需費無償說). 다만 사립학교에 입학한 경우에는 무상의 혜택을 포기한 것이므로 수업료징수는 문제되지 아니한다.

◆ **교육을 받을 권리(教育을 받을 權利)**

넓은 의미의 교육을 받을 권리는 개개인이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있는 수확권뿐만 아니라, 학부모가 그 자녀에게 적절한 교육의 기회를 제공하여 주도록 요구할 수 있는 교육기회제공권까지 포괄하는 개념이지만, 좁은 의미의 교육을 받을 권리는 교육을 받는 것을 국가로부터 방해받지 아니함은 물론 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려해 주도록 요구할 수 있는 권리(修學權)를 말한다. 헌법 제31조는 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 하여 교육을 받을 권리를 규정하고, 제2항 이하에서는 교육을 받을 권리를 실현할 구체적 수단으로서 교육을 받게 할 의무, 무상의 의무교육제, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과 대학의 자율성, 국가의 평생교육진흥의무, 교육제도의 법정주의 등을 규정하고 있다.

헌법이 교육을 받을 권리를 보장하는 이유는 ①민주국가에서 국민의 정치참여는 전국민의 정치적 자각과 식견을 전제로 하며, 그와 같은 자각과 식견을 배양하기 위해서는 공교육에 대한 국가적 배려가 있어야 하며(공민권성보장), ②자본주의경제질서하에서는 개개인이 어느 정도의 교양과 직업적 지식을 구비하는 것이 생존을 위한 필수조건이며(생활권성보장), ③인간의 능력계발은 교육을 통하여 촉진되므로 국가는 개개인이 그 능력을 최대한 계발할 수 있도록 여건을 마련해 주어야 한다(학습권성보장)는 것이다.

헌법재판소는 수업권과 수확권의 관계에 대하여 “학교교육에서 교사의 가르치는 권리를 수업권이라고 한다면 그것은 자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁한 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것이다. 그것은 교사의 지위에서 생기는 학생에 대한 1차적인 교육상의 직무권한(職權)이지만 학생의 수확권의 실현을 위하여 인정되는 것으로서 양자는 상호협력관계에 있다고 하겠으나, 수확권은 헌법상 보장된 기본권의 하나로서 보다 존중되어야 하며, 그것이 왜곡되지 않고 올바르게 행사될 수 있게 하기 위한 범위내에

서는 수업권도 어느 정도의 범위내에서 제약을 받지 않으면 안될 것이다”(헌재 2000. 12. 14.[99 헌마 112 등(병합)])라고 판시하고 있다.

◆ 교육참여청구권(教育參與請求權)

교육참여청구권이라 함은 교육의 기회균등의 원칙 중 모든 교육시설의 이용에 균등하게 참여할 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 교육참여청구권은 독일 연방헌법법원이 인정하고 있는 사회적 참여권(Soziale Teilhaberrechte)의 일부로서 이론적으로 인정되는 권리이다. 일반적으로 교육의 기회균등의 원칙은 자유권적 측면에서는 능력이외의 성별·종교·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별하지 아니하는 것을 의미하고, 사회권적 측면에서는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 수 있도록 교육시설을 설치·운용하고 장학정책을 시행하는 등 교육의 외적 조건의 정비를 요구할 수 있음을 의미한다. 따라서 교육참여청구권은 교육의 기회균등의 사회권적 측면을 보다 폭넓게 인정하는 것으로 파악할 수 있을 것이다.

사회적 참여권은 독일연방헌법법원의 제1차 대학입학정원제한판결(Numerus-Clausus-Entscheidung)에서 처음으로 인정된 이론으로서 기본권은 국가에 대한 방어권이라는 종전의 기본권관을 버리고, 방어권적 성격과 참여권적 성격을 동시에 갖는다는 이원성을 명백히 인정하였다. 이에 따라 연방헌법법원은 대학입학정원의 합헌여부에 관하여 “주관적 입학조건을 충족하는 모든 국민은 그가 선택하는 대학의 학과에서 공부할 권리를 갖는다”고 추론하면서 이 권리가 공권력의 침해에 대한 자유권의 전통적 보호기능과 결합할 수 없으리라는 전제하에 이 권리를 참여권이라고 해석하였다(BverfGE 33, 303[332]).

◆ 교호적 신문제도(交互的 訊問制度)

증인신문에는 인정신문과 사실신문이 있다. 인정신문은 재판장이 행하지만, 사실신문은 증인신문의 경우, 증인을 신청한 검사·변호인 또는 피고인이 먼저 신문한 다음에 다른 당사자가 신문한다. 법원은 당사자의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다(형소법 제161조의2). 이와 같은 증인

신문은 주신문-반대신문-재주신문-재반대신문의 순서로 행하는 제도를 교호적 신문제도 혹은 상호적 신문제도라고 한다. 당사자 쌍방이 서로 자기의 주장의 정당성을 주장하고 상대방이 직접 그 주장의 결함과 맹점을 지적함으로써 실제적 진실발견이라는 형사소송법의 이념을 구현하는 증인신문방식이다. 이러한 의미에서 교호적 신문제도는 증인신문에 관하여 당사자에게 주도적 지위를 인정하는 당사자주의적 증인신문방식이라고 할 수 있다. 우리 형사소송법은 증인신문에 대하여 교호적 신문제도를 원칙으로 하여 법원은 당사자의 신문이 끝난 이후에 보충신문을 하도록 하고 있으나, 너무 당사자에게만 의존할 때에는 당사자끼리 통모거래할 위험이 있고, 당사자의 투쟁에 의하여 진실을 발견하는데 전제가 되는 무기평등의 원칙이 실현되지 아니한 점을 고려하여 직권주의에 의하여 이를 보완하고 있다. 즉 재판장은 필요하다고 인정되면 언제든지 증인을 신문할 수 있고, 신문의 순서를 변경할 수 있다(형소법 161조의2 제3항). 법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다(동조제4항). 따라서 직권에 의하여 증인을 신문할 때에는 당사자의 신문을 반대신문의 예에 의하도록 하고 있다(형사소송규칙 제81조). 재주신문 이후 재반대신문을 할 수 있는데 이 경우 재판장의 허가가 있어야 한다(형사소송규칙 제78조).

#### ◆ 구금에 의한 보상(拘禁에 의한 補償)

국가형사사법의 잘못으로 인하여 범죄자로 누명을 쓰고 구속되었거나 형의 집행을 받은 자에 대하여 국가가 그 손해를 보상하여 주는 제도를 말한다. 헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정하여 형사보상을 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 구금되었던 자에 대한 보장만을 헌법이 보장하고 있지만 이는 해석상 사형이나 재산형의 집행을 받았던 자에게도 당연히 인정되는 것이라 할 것이다. 헌법상 보장된 형사보상청구권을 구체화한 입법이 형사보상법이다. 그리고 이 법은 군

사법원에서 무죄판결을 받은 자에 대하여도 형사보상법이 준용된다(형사보상법 제28조2항). 형사보상의 본질에 대하여 국가의 구속 또는 형집행 처분이 객관적·사후적으로 위법하기 때문에 위법한 처분에 대한 법적인 의무를 부담한다는 법률의무설과 형사보상은 공평의 견지에서 국가가 행하는 조절보상이라고 하는 공평설이 대립하는데 법률의무설로 파악하는 것이 다수설이다. 형사보상은 국가 형사사법의 행사로 인하여 발생한 손실을 보상한다는 점에서 공무원의 고의·과실의 여부는 불문한다. 다만 본법에 의하여 보상을 받은 자라도 손해배상을 청구할 수 있다(동법 제5조제1항). 그러나 다른 법률에 의하여 손해배상을 받은 자가 이 법에 의하여 보상받은 액수와 동일하거나 초과할 때에는 보상하지 않는다(동조제2항·제3항). 형사보상을 청구하기 위해서는 무죄 재판이 확정되거나 혹은 기소유예처분 이외의 불기소처분을 받아야 한다. 보상을 청구하기 위한 요건으로는 1)형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고 절차에서 무죄재판을 받은 자가 미결구금을 당하였을 때(형사보상법 제1조제1항), 2)상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받은 자가 원판결에 의하여 구금 또는 형의 집행을 받았을 때(동조제2항), 3)자유형의 집행정지자에 대한 구치(형소법 제470조제3항)·형집행장에 의한 구속(형소법 제473조~제475조) 및 구금 또한 형의 집행으로 보아 형사보상을 청구할 수 있다(동조제3항).

무죄판결을 받은 경우라도 형사보상청구자가 객관적으로 위법한 행위를 하였거나 유죄판결을 자초한 경우 또는 종국적으로 유죄의 재판을 받을 경우에는 형사보상이 인정되지 않는다. 즉 보상청구권자가 1)책임무능력을 이유로 무죄판결을 받은 경우, 2)본인이 수사 또는 심판에서 허위자백 또는 다른 유죄의 증거를 만들어 구금되어 재판을 받은 경우, 3)1개의 재판에서 일부에 대하여는 무죄 일부에 대하여는 유죄의 재판을 받았을 경우에 법원은 재량에 의하여 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있다(형사보상법 제3조).

피의자 보상의 경우에도 1)본인이 수사 또는 재판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 구금된 것으로 인

정되는 경우, 2)구금기간 중에 다른 사실에 대하여 수사가 행하여지고 그 사실에 관하여 범죄가 성립한 경우, 3)보상을 하는 것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 인정할 특별한 사정이 있는 경우에는 보상의 전부 또는 일부를 하지 않을 수 있다(형사보상법 제26조).

형사보상의 내용은 1)구금에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1일 5천원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의하여 보상금을 지급한다(동법 제4조제1항). 구금은 미결구금을 포함하며 노역장유치의 경우에도 이에 준한다(동조제5항). 법원이 보상금액을 산정할 때에는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰, 검찰, 법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다(동조제2항). 2)사형집행에 대한 보상금은 집행전 구금에 대한 보상금 외에 3천만원이내에서 모든 사정을 고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 액을 가산 보상한다. 이 경우 본인의 사망에 의하여 생긴 재산상의 손실액이 증명된 때에는 그 손실액도 보상한다(동조제3항). 3)벌금 또는 과료의 집행에 대한 보상에 있어서는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 액에 징수일의 익일부터 보상 결정일까지의 일수에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조제4항). 4)몰수와 추징의 집행에 대한 보상은 몰수집행에 대한 보상에 있어서는 그 몰수물을 반환하고 그것이 이미 처분되었을 때에는 보상결정시의 시가를 보상하며, 추징금에 대한 보상에 있어서는 그 액수에 징수한 익일부터 보상 결정일까지의 일수에 따라 연 5푼의 비율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조제6항). 그리고 형사소송법의 규정에 의하여 면소 또는 공소기각의 재판을 받은 자는 면소 또는 공소기각의 재판을 할만한 사유가 없었더라면 무죄의 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 때에는 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다(형사보상법 제25조제1항). 다만 이 경우에는 동조제2항에서 보상에 대하여는 무죄의 재판을 받은 자에 대한 보상에 관한 규정을 준용하기 때문에 몰수 또는 추징에 대한 보상을 청구할 수 없다. 형사보상청구를 각하한 경우, 형사보상법 제19조제2항은 보상의 청구를 기각한 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다고 규정하고 있으므로,

이에 준하여 보상청구를 각하한 결정에 대하여도 즉시항고로 불복할 수 있다(1987.9.2. 서울지법 남부지원 85 코 3 제1형사부결정).

◆ 구두변론주의(口頭辯論主義)

형사소송법 제37조제1항에서 “판결은 법률에 다른 규정이 없으면 구두변론에 의거하여야 한다”고 하여 구두변론주의를 규정하고 있다. 즉 법원의 판결은 원칙적으로 구두변론에 의할 것을 명시하고 있다. 그러나 결정 또는 명령은 구두변론에 의거하지 아니할 수 있다(동조제2항). 구두변론주의는 서면주의에 반대되는 개념이다. 과거 규문주의 시대에는 서면에 의한 재판이 행해졌다. 오늘날 탄핵주의적 소송구조 하에서 구두변론주의는 법원의 공개주의 원칙에 기초한 것이다. 하지만 구두변론주의가 언제나 명확한 것은 아니고 말이라는 것이 오히려 본질을 불분명하게 할 소지가 있기 때문에 공판조서의 작성을 통하여 구두변론의 결함을 보충하고 있다. 구두변론주의의 채택은 당사자의 변론을 통하여 재판하는 것을 말하므로 당사자주의의 중요한 내용이 될 수 있다. 형사소송법은 구두주의를 원칙으로 하면서도 변론주의에 대하여는 직권에 의한 증거조사(형소법 제295조), 법관에 의한 증인신문(동법 제161조의2), 법원의 공소장 변경요구권(동법 제298조제2항) 등을 인정하고 있다는 점에서 철저한 변론주의를 채택하고 있다고 볼 수는 없다. 국선번호인제도와 필요적 변호사건의 확충을 통하여 변론주의의 강화가 필요하다. 구두변론주의에 대한 법원의 태도를 살펴보면 판결은 반드시 구두변론을 거쳐야 하는지 여부에 대하여 “판결은 항소심에서 항소이유가 없음이 명백하여 항소기각의 판결을 하는 때와 상고심의 판결 등 예외적으로 법률에 의하여 서면심리에 의한 판결이 가능하도록 규정되어 있는 경우를 제외하고는 구두변론을 거쳐야 함이 원칙이다.”라고 하여 구두변론주의 원칙을 지지하고 있다.

◆ 구류(拘留)

구류는 1일 이상 30일 미만의 기간 동안에 수형자를 교도소내에 구치하는 단기자유형이다(형법 제46조). 구류형을 집행당하는 수형자는 노역

장에 복무하지 않는 것이 원칙이지만 본인이 신청할 경우 노역장 작업이 가능하다는 점에서 금고와 유사하다(행형법 제38조). 구류는 형벌의 종류에 해당하므로 구인이나 구금, 벌금이나 과료를 납부하지 않을 경우의 환형처분인 노역장유치와는 성격이 다르다. 구류는 구치기간이 지나치게 짧다는 점에서 형벌의 실효성이 부정적이라는 견해가 우수하다. 즉 단기적 형벌을 통하여 징벌적 효과는 거두게 될지 모르지만 교도소내에서 범죄자들과 접촉하게 됨으로써 심리적 좌절감과 범죄문화에 대한 오염 등의 폐해가 더욱 클 수 있다. 그러므로 구류형은 폐지하는 것이 타당하다는 지적이 많으며, 벌금형이나 범칙금, 과태료, 집행유예 또는 선고유예와 같은 대체방법을 찾아야 할 것이다. 그러나 법원은 현재 구류형에 대하여 선고유예를 할 수 있는지에 대하여 “형법 제59조 제1항은 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우 같은 법 제51조의 사항을 참작하여 개선의 정상이 현저한 때에는 선고를 유예할 수 있다고 규정하고 있어 형의 선고를 유예할 수 있는 경우는 선고할 형이 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형인 경우에 한하고 구류형에 대하여는 선고를 유예할 수 없다.”고 하고 있다. 현재 구류형을 규정하고 있는 입법에는 소년법, 수산업법, 운락행위등방지법, 즉결심판에 관한 절차법, 재해구호법, 집회및시위에관한법률, 금융실명거래및비밀보장에관한법률시행령, 도로교통법, 동물보호법 등 많은 법률에서 규정되어 있고, 형법상 공연음란죄, 폭행죄, 과실치사상죄, 협박죄 등에서 규정하고 있다.

#### ◆ 구인장(拘引狀)

구속이란 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 체포에 비하여 장기간 걸쳐 제한하는 강제처분을 말한다. 구속에는 구인과 구금을 포함한다. 피의자 구속이란 수사기관이 판사가 발부한 구속영장에 의하여 피의자를 구인 또는 구금하는 것으로 체포전치주의를 취하고 있지 않기 때문에 반드시 체포된 피의자임을 요하지 않는다(형소법 제201조). 피고인의 구속이란 공소제기된 후에 법원이 구속영장에 의하여 피고인을 구인 또는 구금하는 것을 말한다. 이와 같이 구속은 사전에 발부된 구속영장에 의한



구속만을 인정한다는 점에서 체포영장에 의한 체포뿐만 아니라 영장 없이 체포를 인정하는 현행범체포, 긴급체포와 구별된다. 구속에는 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소 등에 감금하는 강제처분인 구금과 피고인 또는 피의자를 법원 기타 장소에 인치하는 구인이 있다. 구인한 피고인 등을 인치한 경우에 구금할 필요가 없으면 인치한 날로부터 24시간 이내에 석방하여야 한다(형소법 제71조). 피의자에 대한 구인은 체포되지 아니한 피의자의 구속전 피의자 심문을 위한 수단으로 이용될 수 있다. 구인의 경우에도 구속의 일종이므로 구인장은 구속영장의 일종으로 구인을 위하여는 영장의 발부에 의하여야 하므로 구속영장 발부의 요건이 있어야 한다(동법 제73조). 구인장은 또한 법원에서 증인으로 채택된 경우 소환하였으나 정당한 사유 없이 계속 불출석한 경우에 구인영장을 발부할 수 있다(동법 제152조). 법원은 또한 필요하다고 인정되는 때에는 결정으로 지정한 장소에 증인의 동행을 명할 수 있다. 이때도 증인이 정당한 사유 없이 동행을 거부하는 때에는 구인할 수 있다(동법 제166조). 구인을 위한 구속영장의 집행은 받아 인치된 피의자를 법원에 유치한 경우에 법원사무관등은 피의자의 도망을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다(형사소송규칙 제96조의11제1항). 전항의 피의자를 법원 외의 장소에 유치하는 경우에 판사는 구인을 위한 구속영장에 유치할 장소를 기재하고 서명날인하여 이를 교부하여야 한다(동조제2항).

◆ 구체적 권리설(具體的 權利說)

사회적 기본권의 법적 성격에 관한 학설 중의 하나인 구체적 권리설은 사회적 기본권에 관한 헌법규정은 그것을 구체화하는 입법이 존재하지 아니하는 경우에도 직접 효력을 가지는 규정이고, 구체적 권리로서의 사회적 기본권을 보장하는 것이라고 주장한다. 이는 사회적 기본권에 관하여 재판규범으로서의 효력을 가진다는 것을 전제로 하여 어떠한 소송유형에 따라 또는 어느 정도로 재판규범으로서의 효력을 인정할 것인가의 문제로서 제기되고 있다. 즉, 사회적 기본권의 실현에 관한 국가의 부작위는 현실적·구체적 권리의 침해가 되어 사법적 구제의 대상이 되지만

이러한 유형의 권리구제소송이 현실적으로 가능한가에 관하여는 여러 가지 견해가 있다.

제1설은 이러한 종류의 권리구제소송이 현행법상의 소송유형에는 존재하지 않으므로 이를 수용하기 위하여 헌법소송법을 제정할 필요가 있다고 보는 견해이다. 제2설은 국가의 부작위위법확인소송 또는 작위의무화소송(이행소송)을 제기할 수 있다는 견해이다. 제3설은 헌법상 보장되는 권리가 절차법이라는 하위법의 흠결 때문에 보장되지 아니한다는 역논리이며, 기본적 인권의 침해에 대해서는 반드시 법적 구제가 이루어져야 하기 때문에 헌법재판소법 제68조와 제75조 제2항 내지 제4항에 따른 헌법소원으로 사법적 구제를 구할 수 있다고 하는 견해이다.

#### ◆ 구체적 규범통제(具體的 規範統制, konkrete Normenkontrolle)

구체적 규범통제는 위헌법률 및 명령·규칙의 심사에 있어서 심사작용의 내용을 기준으로 분류할 경우에 있어서 사후교정적 위헌심사제 중 하나로서 인정되는 제도적 장치로서 추상적 규범통제와 대별된다. 구체적 규범통제는 구체적 소송사건을 심리·판단함에 있어 법률 및 명령·규칙의 위헌 여부가 문제되는 경우에 선결문제로서 적용법률 및 명령·규칙의 헌법적합성을 심사하고 위헌이라고 판단될 경우 그 법률 및 명령·규칙을 적용하지 아니하는 제도를 말한다. 현행 헌법에 있어서 명령·규칙에 관한 위헌심사는 대법원이, 법률에 관한 위헌심사는 헌법재판소가 그 권한을 행사하도록 규정하고 있다.

구체적 규범통제에 있어서 심판청구의 주체는 해당 법률 및 명령·규칙으로 말미암아 자신의 권리를 침해당한 자에 한정하는 것이 원칙으로 청구인적격은 엄격하게 해석하여 자기관련성, 침해의 현재성, 직접성을 그 요건으로 한다. 위헌심사의 결과 위헌이라고 판정된 법률이나 명령·규칙은 일반법원형에서는 해당 사건에 적용하지 않는 개별적 효력만을 부정하지만 헌법법원형에서는 위헌으로 판정된 법률 및 명령·규칙은 일반적으로 효력을 상실하게 된다. 따라서 명령·규칙의 위헌심사에 있어서 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반된다고 인정하는 경우에 법원

은 그 명령 또는 규칙을 해당 사건에 적용하는 것을 거부할 수 있을 뿐 그 무효를 선언할 수는 없다. 이는 법원의 본래의 임무에 기인한 것으로 법원은 구체적 사건만을 심판하는 것이지 명령·규칙의 효력 그 자체를 심사하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 헌법재판소의 위헌법률심판에 이어서 해당 법률이 위헌으로 판단되는 경우는 해당 법률은 일반적으로 효력을 상실하게 된다.

◆ 구치소(拘置所)

행형법은 징역형, 금고형 및 노역장유치와 구류형을 받은 자, 즉 수형자를 격리수용하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고, 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 함과 동시에 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 자, 즉 미결수용자의 수용에 관한 사항을 정하고 있다. 동법 제2조에서 행형시설에 대한 규정이 있는데 제1항에서 법무부장관소속하에 교도소 및 소년교도소를 두며 교도소에는 필요에 따라 지소를 둘 수 있다고 하면서 1)교도소에는 만20세 이상의 수형자를 수용하고, 2)소년교도소에는 20세미만의 수형자를 수용한다. 그리고 미결수용자를 교도소에 수용하기 위하여 교도소와 소년교도소내에 미결수용실을 두고 있다. 또한 미결수용자의 수용에 관한 사무를 관장하게 하기 위하여 필요한 때에는 법무부장관소속하에 구치소를 둘 수 있다고 규정하고 있다. 구치소는 미결수용자를 수용하는 시설을 말하지만 실제에 있어서는 경찰서 유치장이 미결수용시설에 준하는 것으로 되어 있어 인권침해의 소지가 크다 할 것이다(행형법 제68조).

◆ 국가구조청구권(國家救助請求權)

→ 범죄피해자구조청구권

◆ 국가배상청구권(國家賠償請求權)

국가배상청구권은 공무원의 직무상 불법행위로 말미암아 손해를 입은 국민이 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있는 권리로서

공무원의 국민에 대한 책임을 담보하고 법치국가의 원리를 구현하기 위하여 인정된 청구권적 기본권의 하나이다. 헌법 제29조제1항은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”라고 하여 국가배상청구권을 보장하고 있다. 그러나 제2항은 “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할 수 없다”라고 하여 국가와 공법상 특수한 법률관계를 맺고 있는 자에 대하여는 국가배상청구권을 부인하고 있다.

국가배상책임의 본질은 대위책임설·자기책임설·절충설 등이 있으나 자기책임설이 타당하다고 보는 것이 헌법학계의 다수설이다. 연혁적으로도 국가배상책임은 국가무책임의 원칙에서 국가책임의 원칙으로, 대위책임의 원칙에서 자기책임의 원칙으로 발전하여 왔으며, 국가의 책임은 국가 자신의 위험책임이기 때문에 공무원의 고의·과실에 관계없이 발생하는 것으로 본질적으로는 무과실책임이다. 다만 자기책임설을 취하는 경우에도 입법정책적으로 책임의 범위를 한정할 수 있음은 물론이다. 또한 국가 또는 지방자치단체가 피해자에게 손해를 배상한 경우에 가해공무원에게 고의나 중과실이 있으면 국가가 가해공무원에게 구상권을 행사할 수 있다. 가해공무원에게 경과실이 있는 데 지나지 아니하는 때에는 구상권을 행사할 수 없는 바, 이는 공무원이 직무집행에 있어 소극적이 되거나 사기가 저하될 경우를 우려한 정책적 배려라고 하겠다.

구 국가배상법은 결정전치주의를 채택하고 있었으나, 개정 국가배상법(2000년 12월 29일 개정)은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니고서도 손해배상청구소송을 제기할 수 있게 하였다. 배상의 범위는 원칙적으로 가해행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이지만, 생명·신체에 대한 손해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해에 대해서는 배상기준은 법률이 규정하고 있는 바, 배상심의회도 이 기준에 따라 배상금지급을 심의·결정한다.

◆ 국가보상청구권(國家補償請求權)

국가보상청구권은 적법한 또는 무과실의 공권력발동으로 말미암아 권익을 침해당한 국민이 국가에 대해 보상을 청구할 수 있는 권리로서 그 대표적인 경우가 손실보상청구권과 형사보상청구권이 있다.

현행 헌법은 손실보상과 관련하여 제23조제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 이러한 손실보상청구권은 헌법 제23조제3항을 직접적인 근거규정으로 하지만 공평부담의 원리를 규정한 헌법 제11조, 인간다운 생활권과 사회보장수급권을 규정한 헌법 제34조, 사유재산제와 재산권을 규정한 헌법 제23조제1항, 재산권행사에 대한 사회적 구속성을 규정한 제23조제2항 등도 간접적인 근거규정이 된다고 할 수 있다.

헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하여 형사보상청구권을 규정하고 있으며, 이에 관한 법률로 형사보상법이 있다.

◆ 국가소추주의(國家訴追主義)

국가소추주의란 공소권 행사의 주체가 개인이나 단체가 아닌 국가기관임을 말한다. 형사소송법 제246조에서 공소권행사는 검사에게 있다고 규정함으로써 국가기관인 검사에게 공소권을 행사할 수 있는 권한이 있음을 명시하고 있다. 즉 국가소추주의를 명문화하고 있다. 오늘날 대부분의 국가에서 국가소추주의에 기초한 소추일원주의의 입장을 지지하고 있다. 다만 예외적으로 미국의 경우에는 연방과 대부분의 주에서 검사 이외의 소추기관으로 대배심을 두어 정식재판을 맡게 하는 공중소추주의를 인정하고 있고, 독일의 경우에는 주거침입죄, 비밀침해죄 같은 사생활의 평온과 비밀에 관한 죄 등 특정한 범죄에 대하여 범죄피해자가 직접 공소권 행사를 인정하는 사인소추주의를 인정하기도 한다. 국가소추주의 즉 공소권 행사의 일원주의는 신속하고 정확하면서 공정한 국가형사사법제도

를 구현할 수 있다는 장점은 있지만, 공소권행사가 남용될 경우에 방지책이 미약할 수 있다는 단점이 있다.

◆ 국가원조이론(國家援助理論, state assistance theory)

국가원조이론은 기본권의 제3자적 효력에 관한 미국의 판례이론(Steele v. Louisville and Nashville R. R. Co., 323 U.S. 192(1944))으로서 국가로부터 재정적 원조라든가 토지수용권·조세감면 또는 그 밖의 공적 원조를 받고 있는 사인의 행위를 국가행위와 동일시하여 거기에 헌법규정을 적용하려는 이론이다.

◆ 국가인권위원회(國家人權委員會)

국가인권위원회는 2001년 5월 24일 제정된 국가인권위원회법에 근거하여 2001년 11월 25일에 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 독립적으로 수행하기 위하여 설립된 기본권침해에 대한 구제기관이다. 따라서 국가인권위원회는 공권력에 의하여 자유와 권리가 침해되거나 법인·단체·개인 등 사인에 의하여 평등권이 침해된 경우, 한국민은 물론이고 한국에 체류하는 외국인까지도 침해된 기본권을 구제할 수 있게 되었다. 이에 국가인권위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 인권위원으로 구성되며, 인권위원은 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있고 인권의 보장과 향상을 위한 업무를 공정하고 독립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자 중에서 국회가 선출하는 4인(상임위원 2인 포함), 대통령이 지명하는 4인, 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명한다. 위원장은 위원 중 대통령이 임명하며, 위원장과 상임위원은 정무직 공무원으로서 인권위원 중 4인 이상은 여성으로 임명한다. 인권위원장과 인권위원의 임기는 3년이며, 1차에 한하여 연임할 수 있다.

국가인권위원회는 ①인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고·협의 또는 의견의 표명, ②인권침해행위에 대한 조사와 구제, ③차별행위에 대한 조사와 구제, ④인권사항에 대한 실태조사, ⑤인권에 관한 교육 및 홍보, ⑥인권침해의 유형·

판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고, ⑦국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, ⑧인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, ⑨인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력, ⑩그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항 등의 수행을 기본직무로 한다. 이러한 국가인권위원회의 인권옹호업무의 실효성을 뒷받침하기 위해 인권법은 ①인권위원회의 인권옹호업무를 방해하거나 진정서 작성을 방해하는 자 또는 직무상 지득(知得)한 비밀을 누설한 자 등은 징역형 또는 벌금형에 처하고, ②정당한 이유없이 인권위원회의 방문조사 또는 실지조사를 거부하거나 방해 또는 기피한 자와 정당한 이유없이 인권위원회의 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자 등에 대해서는 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

국가인권위원회는 그 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 관계기관 등의 대표자, 이해관계인 또는 학식과 경험이 있는 자 등에 대하여 출석을 요구하여 사실 또는 의견의 진술을 들을 수 있는 청문회를 개최할 수 있으며, 청문회의 절차와 방법은 위원회규칙에 정하도록 하고 있다. 또한 국가인권위원회는 해마다 전년도에의 활동내용과 인권상황 및 인권개선대책에 관한 보고서를 작성하여 대통령과 국회에 보고해야 하고, 필요하다고 인정하는 경우 대통령과 국회에 특별보고도 할 수 있다.

◆ 국가재산이론(國家財產理論, state property theory)

국가재산이론은 기본권의 제3자적 효력에 관한 미국의 판례이론(Turner v. City of Memphis, Tenn., 369 U.S. 350(1962))으로서 국가의 시설을 임차한 사인이 당해시설을 이용하여 개인의 기본권을 침해한 경우에 그 침해행위를 국가행위와 동일시하여 헌법규정을 적용하려는 이론이다. 그러나 사인의 행위를 국가행위와 동일시하려면 그 시설의 운영에 공공자금이 투입되었거나, 그 시설에 국가의 실질적인 통제가 미치고 있거나, 국가가 간접적으로 위헌적 행위를 하려는 의도를 가지고 시설을

임대한 경우로서 그 시설이 개방되어 공중의 이용을 목적으로 한 것이라야 한다.

◆ 국민발안권(國民發案權, Volksinitiative)

국민발안권은 국민이 국가의 의사형성이나 정책결정에 직접 참여할 수 있는 권리인 직접참정권의 한 형태로서 국민이 헌법개정안이나 법률안을 제안할 수 있는 권리를 말한다. 일반적으로 법안의 발안제이며, 이에 국민이 직접 법안의 조문까지 작성하여 제안하는 경우와 의회에 대하여 일정한 내용의 법안을 작성할 것을 요구하는 경우가 있다. 국민발안은 법안의 제안이 곧 국민투표에 부의되는 직접발안과 의회의 의결 후에 국민투표에 부의되는 간접발안으로 나누어진다. 국민이 법안의 세부적이고 구체적인 내용까지 직접 작성하여 국민투표로 확정하는 것을 국민입법제라고 한다. 국민발안제는 미국의 주헌법·스위스 헌법·독일기본법 등에서 채택하고 있으며, 한국헌정사에 있어서는 1962년 헌법 제119조 제1항에서 “헌법개정의 제안은…국회의원선거권자 50만인 이상의 찬성으로 써 한다”라고 규정하여 헌법개정에 관하여 국민발안제를 인정하였다.

◆ 국민소환권(國民召還權 : 國民罷免權)

국민소환권은 국민이 공직자를 인기만료전에 해직시킬 수 있는 권리로써 일정한 절차에 따라 일정수의 유권자가 소환청구를 하면 직접 파면의 효과가 발생한다. 고대 그리스에서 유래되어, 오늘날에는 미국의 몇 개 주, 스위스의 몇 개 주, 일본의 지방자치단체 등에서 채택하고 있다. 이 제도는 국민이 선임하였기 때문에 해임도 같은 방법으로 하여야 한다는 데 그 이론적 근거를 두고 있으나, 오늘날의 선거인구의 폭발, 정치적 무관심, 행정기능의 확대 등으로 인해서 그 의미를 상실하고 있다. 한국에서는 자유당 말기에 국회의원의 소환문제가 논의된 사례가 있었으나, 제도화되지는 못하였다. 국민소환제가 의원전원에 대한 소환으로 나타날 경우에는 의회해산의 형태가 될 것이고, 대통령제하에서 대통령에 대한 소환으로 나타날 때에는 정부해산의 형태가 될 것이다.



◆ 국민주권의 원리(國民主權의 原理)

국민주권의 원리는 국가적 의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력인 주권을 국민이 보유한다는 것과 모든 국가권력의 정당성의 근거를 국민에게서 찾아야 한다는 것을 내용으로 하는 민주국가적 헌법원리를 말한다. 이러한 국민주권의 원리는 미국의 독립선언과 프랑스 인권선언을 비롯하여 현대민주국가의 헌법들이 예외 없이 선언하고 있다. 국민주권의 원리에 있어서 주권이란 국가의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력 또는 권위로서 대외적 독립성과 대내적 최고성을 본질적 특성으로 하면서, 시원성·항구성·단일불가분성·불가양성·자율성 등과 같은 속성을 가진 권력을 말한다.

현행 헌법은 전문(前文)에서 국민을 헌법제정의 주체라고 규정하면서, 제1조 제2항 전단에서는 “대한민국의 주권은 국민에게 있고”라고 하여 국민주권의 원리를 선언하고 있다. 이를 기초로 구체적인 국민주권의 원리를 구현하기 위하여 국민에 의해 직접·간접으로 선출된 국민의 대표자(국회·대통령·법원·헌법재판소)로 하여금 국민을 대신하여 국가적 의사를 결정하게 하는 간접민주제를 원칙으로 하여, 국민이 국민투표 등의 방식으로 국가의사를 직접 결정하는 직접민주제를 가미하고 있다.

이에 더하여 헌법은 공무원선거권과 공무담임권을 비롯한 언론·출판·집회·결사의 자유라던가 청원권 등 일련의 정치적 기본권을 보장하고, 정당제도를 통하여 항상 입법과 국정수립의 과정에 참여하거나 영향력을 행사할 수 있는 제도적 장치를 두고 있다. 또한 헌법 제7조는 “공무원은 국민 전체의 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”라고 규정하여, 공무원이 주권자인 전체국민을 위해 봉사해야 한다는 민주적인 직업공무원제도를 강조함으로써 국민주권의 원리를 구현하기 위한 장치를 마련하고 있다.

◆ 국민파면권(國民罷免權)

→ 국민소환권

### ◆ 국민표결권(國民表決權)

국민표결권이라 함은 국민이 중요한 법안이나 정책을 국민투표로써 결정하는 권리로서 레퍼런덤(협의의 국민표결)과 플레비지트(국민결정)가 있다.

레퍼런덤(Referendum)은 대체로 헌법상 제도화되어 있는 헌법규범적인 것으로 국민이 일정한 중요사항을 직접 투표로써 최종적으로 확정하는 국민표결제이며, 플레비지트(Plebiscit)는 대체로 헌법상 제도화되어 있지 아니한 헌법현실적인 것으로 통치권자가 특정한 사안에 대하여 국민의 의사를 묻거나 새로운 통치질서의 정당성이나 집권자의 계속 집권여부에 관하여 신임을 묻는 국민표결제이다.

우리나라에서 1969년 10월 17일 및 1975년 2월 12일의 헌법개정안에 대한 국민표결은 의안에 대한 국민투표의 성격과 대통령에 대한 신임투표로서의 성격을 아울러 가진 것이며, 1802년의 Napoléon의 국민투표, 1933년의 Hitler의 국민투표, 1958년 2월에 이집트와 시리아가 연합국가를 형성하여 이집트대통령 Nasser를 아랍연합공화국의 원수로 지명하는 것에 관하여 행하여진 국민투표도 플레비지트의 예에 해당한다.

### ◆ 국방의 의무(國防의 義務)

국방의 의무라 함은 외국의 침략적 행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위하여 부담하는 국가방위의무로서 자의적이고 일방적인 징집으로부터 국민의 신체의 자유를 보장한다는 소극적 성격과 더불어 주권자로서의 국민이 스스로 국가공동체를 외침으로부터 방위한다는 적극적 성격을 가지는 것을 말한다. 헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”라고 하여 국민의 국방의 의무에 관하여 규정하고 있으며, 이에 관한 기본법률이 병역법이다.

국방의무의 주체는 국가구성원인 자국민임을 원칙으로 하지만, 방공의 의무는 외국인도 부담한다. 또한 국방의무의 직접적인 병력형성의무는 병역법에 의한 징집대상자인 대한민국남성만이 부담하지만, 간접적인 병력형성의무는 남녀를 가리지 아니하고 모든 국민이 부담한다. 따라서

국방의 의무는 국방을 위한 직접·간접의 병력형성의무를 그 내용으로 한다. 즉, 국방을 위한 직접적인 병력형성의무는 병역법에 따른 징집에 응할 의무로서 징집연령에 달한 자는 누구나 국민개병의 원칙에 따라 병역을 치러야 하며, 간접적인 병력형성의 의무는 향토예비군설치법에 의한 예비군복무의무, 민방위기본법에 의한 민방위응소의무, 비상대비자원관리법에 의한 훈련에 응할 의무 등을 말한다. 그러므로 헌법 제39조 제1항의 국방의 의무에는 병역법에 의한 복무의무뿐만 아니라 향토예비군설치법에 의한 예비군복무의무, 민방위기본법에 의한 방공·응급적 방재·구조·복구 및 노력지원 등이 포함된다.

국방의 의무는 직접·간접의 병력형성의무를 의미하지만, 이는 외침이 있는 경우 혹은 예상되는 경우의 병력형성을 의미하는 것에 한정되며, 침략전쟁을 위한 병력형성의무는 그 내용에 포함되지 아니한다. 또한 국민에게는 국가에 대한 무한한 충성이 요구되고 헌법에 국방의 의무가 규정되어 있지만, 헌법상 국민에게는 신체의 자유와 활동의 자유가 보장되기 때문에 국토방위라는 명분일지라도 자의적인 징집을 하거나 노력제공을 강요할 수 없으며, 반드시 법률로써 부과하지 않으면 아니된다.

◆ 국선변호인(國選辯護人, *Offizialverteidiger*)

법원에 의하여 선정된 변호인을 국선변호인이라고 한다. 변호인은 당사자주의적 소송구조에서 실체적 진실발견과 공정한 재판의 이념을 실현하기 위하여 불가결한 전제이다. 이러한 변호인 선임권이 보장되어 있다고 하여도 경제적 이유 등으로 인하여 사선변호인을 선임할 능력이 없는 자에게 국가가 변호인선임권을 보장하지 않는다면 피고인은 실질적으로 대등한 당사자로서 소송활동을 보장받을 수 없고, 따라서 평등원칙과 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 것이다. 헌법 제12조제4항에는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”라고 규정하여 국선변호인의 조력을 보장하고 있다. 형사소송법 제283조에서 피고인이 미성년자인 때, 피고인이 70세 이상의 자인 때, 피고인이 농아자인 때, 피고인이 심

신장애의 의심 있는 자인 때, 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없어 변호인의 선임을 청구한 때(형소법 제33조) 그리고 필요적 변호사건, 즉 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에 관하여는 변호인을 선임하지 않거나 출석하지 않은 경우에 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다고 규정하고 있다(형소법 제283조). 다만 필요적 변호사건의 경우에도 판결의 선고만을 할 경우에는 예외로 하고 있다. 국선변호인제도는 피고인에게만 인정되고 피의자에게는 인정되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 체포·구속적부심사를 청구한 피의자가 제33조의 국선변호인 선임사유에 해당하고 변호인이 없는 때에는 국선변호인을 선정하여야 한다(형소법 제214조의2제9항)고 규정하고 있다. 아울러 형사소송규칙 제16조에는 1항에서는 필요적 변호사건(형소법 제282조)에 해당하는 피의자가 체포 또는 구속의 적부심사를 한 때에도 국선변호인을 선정할 수 있다, 다만, 체포 또는 구속의 적부심사청구가 1)청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때, 2)공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때에는 국선변호인의 선정없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다.

그리고 재심개시의 결정이 확정된 사건에 있어서 1)사망자 또는 회복할 수 없는 심신장애자를 위하여 재심의 청구가 있는 때, 2)유죄의 선고를 받은 자가 재심의 판결전에 사망하거나 회복할 수 없는 심신장애자로 된 때에 재심신청자가 변호인을 선임하지 아니한 때에는 국선변호인을 선임하여야 한다(형소법 제438조제4항). 또한 군사법원의 피고인에게 변호인이 없는 때에는 군사법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다(군사법원법 제62조). 국선변호인의 선정은 법원의 직권에 의한 결정으로 한다. 그리고 그 취지를 피의자 또는 변호인에게 고지하여야 한다. 국선변호인은 피고인 또는 피의자에게 사선변호인이 선임된 때, 국선변호인의 자격이 상실된 경우, 법원이 사임을 허가한 경우, 국선변호인의 직무를 성실히 수행하지 않은 경우에는 국선변호인의 선정을 취소할 수 있다(형사소송규칙 제18조). 그리고 국선변호인은 1)질병 또는 장기여행으로 인하여 국선변호인의 직무를 수행하기 곤란할 때, 2)피고인 또는 피

의자로부터 폭행, 협박 또는 모욕을 당하여 신뢰관계를 지속할 수 없을 때, 3)피고인 또는 피의자로부터 부정한 행위를 할 것을 종용받았을 때, 4)기타 국선변호인으로서의 직무를 수행할 수 없다고 인정할 만한 상당한 사유가 있을 때에는 법원의 허가를 얻어 사임할 수 있도록 하고 있다(형사소송규칙 제20조).

국선변호인의 비용에 대하여 형사소송비용등에관한규칙에서 보수 및 일당 등은 매년 예산의 범위안에서 대법관회의에서 정하고 있다. 국선변호인의 수는 피고인 또는 피의자마다 1인을 선정한다. 다만, 사건의 특수성에 비추어 필요하다고 인정할 때에는 1인의 피고인 또는 피의자에게 수인의 국선변호인을 선정할 수 있다(형사소송규칙 제15조). 다만 피고인 또는 피의자 수인간에 이해가 상반되지 아니할 때에는 그 수인의 피고인 또는 피의자를 위하여 동일한 국선변호인을 선정할 수 있다(형사소송규칙 제2항).

◆ 국제사법재판소(國際司法裁判所, International Court of Justice)

국제사법재판소(ICJ)는 국가간의 분쟁을 법적으로 해결하는 국제연합 기관으로서 1946년에 창설되었으며, 국제연합의 가맹국은 물론, 비가맹국도 일정한 조건 아래에서 재판소 규정의 당사국이 될 수 있다. 재판소는 국제연합 총회 및 안전보장이사회에서 선출된 15명의 재판관으로 구성되며, 전원 국적이 달라야 하며, 9년 임기를 마치고 연임할 수 있고 3년마다 5명씩 갱신된다. 원칙으로 국제법을 적용하여 심리하지만 강제적 관할권은 없으며, 일정한 예외를 제외하고는 한쪽 당사자의 청구만으로는 재판의 의무가 생기지 않는다. 그러나, 판결은 구속력을 가지며, 당사국이 이를 이행하지 않을 때에는 안전보장이사회가 적당한 조치를 취하게 된다. 재판 외에 총회·안전보장이사회, 기타 총회에서 승인된 기관에 대하여 권고적 의견을 제공한다. 네덜란드 헤이그에 있다. 우리나라는 1991. 9. 17. 국제연합에 가입함에 따라 국제연합헌장 제93조 1항의 규정에 의해 국제사법재판소 당사국이 되었다.

재판소의 관할권은 당사국이 재판소에 부탁하는 모든 사건 및 국제연합헌장과 기타의 조약에 규정된 모든 사항에 미치며, 재판의 준칙은 조

약·국제관습·법의 일반원칙 및 법규결정의 보조수단으로서의 판결과 학설뿐만 아니라 당사자의 합의가 있는 경우에는 형평과 선을 적용할 수 있다. 판결은 재판관의 다수결에 의하며 당사국을 법적으로 구속하고 상소는 인정되지 않으나 재심제도는 인정되고 있다. 권고적 의견에는 법적 구속력이 없으며, 그 절차는 재판절차가 준용되며, 실제에 있어서 권고적 의견을 존중되고 있다.

◆ 국제연합인권규약(國際聯合人權規約, International Covenant on Human Rights)

국제연합인권규약은 세계인권선언 중에 규정된 기본적 인권들의 실효성을 뒷받침하기 위하여 채택한 국제규약으로서 ‘경제적·사회적·문화적권리에 관한국제규약(A규약)’, ‘시민적·정치적권리에 관한국제규약(B규약)’ 및 ‘시민적·정치적권리에 관한국제규약의선택의정서’의 셋으로 구성되어 있다. 이 규약들은 1966년 12월 16일 제21차 유엔총회에서 채택되어, A규약은 1976년 1월 3일에 발효하고, B규약은 동년 3월 23일에 발효하였다. 세계인권선언이 개인과 국가가 달성해야 할 공통의 기준으로서 채택되어 도의적인 구속력은 지녔으나 법적 구속력이 없었던 것에 반해, 국제인권규약은 조약으로서, 체결국(締約國)을 법적으로 구속하는 것이 특징이다.

이 규약은 UN인권위원회가 원안(原案)을 작성하였으며, UN총회는 A·B 두 규약을 만장일치로, 의정서를 66 대 2와 기권 38로 가결하였다. A·B 두 규약은 모두 제1조에 민족자결권과 자연의 부(富) 및 자원에 대한 영구적 권리에 관해서 규정해 놓고 있는 점이 특징적이다. A규약은 이른바 생존권적 기본권을 대상으로 노동기본권·사회보장권·생활향상·교육권 등을 각 체결국이 그들의 입법조치로써 실현 달성할 것을 내용으로 하며, 이의 실시상황을 UN에 보고할 것을 의무화하였다. B규약은 이른바 자유권적 기본권의 존재를 전제로 하여, 체결국이 이를 존중할 것을 의무화하였으며, 이것의 실시 확보를 위하여 인권심사위원회와 그리고 필요에 따라 특별조정위원회를 설치할 것과, 선택의정서 참가국에 대해서는 개인이 인권심사위원회에 직접 청원(請願)할 수 있는 길을 열어놓았다.

◆ 군사법원(軍事法院)

군사법원은 군사재판을 관할하는 특별법원을 말하며, 그 재판에 관하여 대법원에의 상고를 인정하지만 재판이 법관의 자격이 없는 준장교에 의하여 행하여진다는 점에서 현행 헌법이 인정하는 유일한 예외법원이다. 군사법원의 상고심은 원칙적으로 대법원이므로 군사법원도 대법원의 하급법원이지만 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 사형선고를 제외하고는 단심으로 할 수 있는 예외가 인정된다.

군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격 등에 관한 법률이 군사법원법이다. 동법에 의하면 군사법원은 보통군사법원과 고등군사법원으로 나누어지는 바, 보통군사법원은 국방부·국방부직할통합부대·각군본부·장관급장교가 지휘하는 예하부대 또는 기관에 설치하며, 제1심으로서 군인·군무원·군교도소수감자·군군부대의 간수하에 있는 포로 등이 범한 죄와 군사기밀보호법 제13조의 죄와 그 미수범에 관한 사건을 심판한다. 고등군사법원은 국방부에 설치하며, 보통군사법원의 재판에 대한 항소사건·항고사건 기타 법률에 의하여 고등군사법원의 관할에 속하는 사건을 심판한다.

군사법원은 관할관을 두고 있는 바, 고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 하고, 보통군사법원의 관할관은 그것이 설치되는 부대와 지역의 사령관·장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만 국방부 보통군사법원의 관할관은 국방부장관이 겸임한다. 재판관은 군판사와 심판관으로써 하되 관할관이 지정하고, 재판장은 선임재판관이 된다. 보통군사법원은 재판관 1인 또는 3인으로 구성하고, 고등군사법원은 재판관 3인 또는 5인으로 구성한다. 군판사는 관할관이 군법무관 중에서 임명하고 심판관은 관할관이 법에 관한 소양이 있는 장교 중에서 임명한다.

군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하며, 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만 안녕질서를 해할 염려가

있을 때 또는 군사법원의 결정으로 재판의 심리에 한하여 비공개로 할 수 있으며, 대법원은 군사법원판결의 상고심에 대하여 심판한다.

#### ◆ 권력분립의 원리(權力分立의 原理)

권력분립의 원리는 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 입법권·집행권·사법권으로 분할하고, 이들 권력을 각각 분리·독립된 별개의 국가기관들에 분산시킴으로써, 특정의 개인이나 집단에게 국가권력이 집중되지 아니하도록 함은 물론 권력상호간에 권력적 균형관계가 유지되도록 하는 통치구조의 구성원리를 말한다. 근대입헌주의사상의 산물인 권력분립의 원리는 ①국가작용을 기능적 관점에서 입법·집행·사법작용으로 구분하며, ②이들 작용을 각기 분리·독립된 입법부·집행부·사법부에 귀속시켜 자신에게 귀속된 통치작용만을 행사하고 다른 기관에게 귀속된 통치작용은 행사할 수 없도록 하고, ③국가기관 상호간에 억제와 균형관계가 성립함으로써 어떤 기관도 국가의 모든 통치기구를 지배할 수 없게 하는 것이다.

고전적 권력분립론은 플라톤·아리스토텔레스 등이 그들의 국가철학에서 주장한 국가권력제한론에 기원하지만 근대적 의미의 권력분립론은 로크와 몽테스키외에 의하여 이론적으로 체계화되었다. 권력분립론의 유형으로는 로크의 이권분립론과 몽테스키외의 삼권분립론 외에 집행권을 통치와 행정으로 구분하는 사권분립론이 있는가 하면 타이완헌법에서 볼 수 있는 입법·행정·사법·고시·감찰의 오권분립론도 있다. 이러한 권력분립론은 본질적으로 자유주의적 원리에 기초하고 있으며, 권력의 남용이나 권력의 자의적 행사를 방지하기 위한 소극적 원리와 권력 그 자체를 순화하고 중화시키는 중립적 원리 및 정치집단간의 세력균형을 유지하기 위한 권력균형의 원리를 그 본질적 속성으로 하고 있다.

권력분립의 원리는 19세기 이후 입헌주의와 더불어 서구권 밖의 국가들에게까지 확산되었으며, 권력분립제가 권력의 집중과 권력의 남용을 충분히 억제해 줄 것으로 기대하였다. 그러나 권력분립제에 대한 기대와 낙관은 그 후의 역사적 과정에 있어서 20세기 입헌주의와 의회민주주의



의 위기로 말미암아 권력분립론이 동요하게 되고 고전적 권력분립론은 비판론과 함께 변질되게 되었다.

우리나라의 역대헌법들도 예외 없이 권력분립제를 규정하였으나 그 권력분립의 정도와 내용은 동일하지 아니하였다. 제헌헌법은 비교적 집행부우위의 권력분립제를, 1960년 헌법은 비교적 균형형의 권력분립제를, 1962년 헌법은 다시 집행부우위의 권력분립제를, 1972년 헌법과 1980년 헌법은 집행부의 절대적 우위를 내용으로 하는 권력분립제를 채택하였으며, 현행헌법은 집행부우위의 권력분립제를 유지하고 있다. 그러나 구헌법이 규정하였던 대통령의 비상적 대권을 삭제하고 국회의 권한을 확대·강화하였을 뿐만 아니라 사법부의 독립을 고양함으로써 권력상호간의 견제와 균형이 강조되고 있다.

◆ 권리보호의 이익(權利保護의 利益 : 訴의 利益 · 審判請求의 利益)

일반적으로 권리보호의 이익은 소송에 있어서 원고가 청구에 관하여 판결을 구하는데 필요한 법률상의 이익을 말하지만, 헌법상의 권리보호의 이익은 헌법소원심판청구의 실질적 요건 중의 하나로서 요구되는 권리보호의 필요성을 의미하는 것으로 국민의 침해된 기본권을 구제하는 제도인 헌법소원의 제도적 목적상 당연히 인정되는 적법요건이라고 하겠다. 헌법재판소는 권리보호의 이익과 관련하여 “권리보호의 이익을 지나치게 좁게 인정하면 헌법재판소의 본안판단의 부담을 절감할 수는 있지만 반면에 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈하는 결과에 이르게 될 것 이므로 권리보호이익을 판단함에 있어 다른 분쟁의 해결수단, 행정적 구제·입법적 구제의 유무 등을 기준으로 신중히 판단하여야 할 것인바, 헌법재판소는 비록 권리보호이익이 없을 때에도 반복위험이나 헌법적 해명이 필요한 경우에는 본안판단을 할 수 있는 예외를 인정하고 있다. 따라서 헌법소원심판청구의 적법요건 중의 하나로 권리보호이익을 요구하는 것이 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수는 없다”(헌재 2001. 9. 27.[2001 헌마 152])고 하였다.

따라서 심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도, 심판계속 중에 생긴 사정변경, 즉 사실관계 또는 법령제도의 변동으로 말미암아

권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는, 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 되지만(헌재 2002. 2. 28.[2001 헌마 207]), 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 그러한 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익이 있다고 볼 수 있다(헌재 1988. 8. 27.[96 헌마 398] 외 다수).

또한 “청구인이 비록 이 사건 심판절차 계속 중에 사망하였다고 하더라도 헌법재판소가 이 사건 헌법소원을 인용한다면 그 배우자나 직계친족 등은 확정된 유죄판결에 대하여 위와 같이 재심을 청구할 수 있는 것이므로 권리보호의 이익이 있다고 할 것이어서 심판청구에 대하여 이를 각하하거나 심판종료선언을 할 것이 아니다”라고 판시하고 있다. 다만 검사의 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원에 있어 대상이 되는 범죄에 대한 공소시효가 이미 완성되었다면 그에 대한 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없다고 할 것이다(헌재 1988. 4. 30.[97 헌마 117] 외 다수).

◆ 권리장전(權利章典, Bill of Right)

권리장전은 1689년 12월에 제정된 영국 헌정사상 중요한 의미를 가지는 의회제정법이다. 권리청원이 영국의 청교도혁명과 관련된 인권선언인데 대해서, 권리장전은 명예혁명의 결과 이루어진 인권선언이다. 제임스 2세의 전제정치와 가톨릭 신앙에 반대하여 일어난 명예혁명은 1688년 12월 23일 국왕이 프랑스로 도망하고, 그 이듬해 2월 13일 국민협의회가 윌리엄 3세를 국왕으로 추대함으로써 무혈혁명으로 끝났다. 이때 의회는 새 왕을 추대하면서 왕관과 함께 권리선언을 제출하여 그 승인을 받았고, 이 선언을 토대로 1689년 12월 16일 ‘신민(臣民)의 권리와 자유를 선언하고 왕위계승을 정하는 법률’이라는 이름의 의회제정법이 공포되었는데, 이것이 곧 권리장전이다.

주요내용은 제임스 2세의 불법행위를 12개조로 열거하였고, 의회의 동의없이 왕권에 의하여 이루어진 법률이나 그 집행 및 과세의 위법, 의회의 동의 없이 평화시에 상비군의 징집 및 유지의 금지, 국민의 자유로운

청원권의 보장, 의원선거의 자유 보장, 의회에서의 언론 자유의 보장, 지나친 보석금이나 벌금 및 형벌의 금지 등이었다.

이러한 권리장전은 영국의 의회정치 확립의 기초가 되고, 영국의 절대주의를 종식시켰다는 점에 영국 헌정상 큰 의의가 있다. 또 영국의 권리장전은 영국헌정뿐만 아니라 미국의 독립선언, 버지니아 권리장전, 매사추세츠 권리선언 등에도 영향을 주었고, 이들을 통하여 다시 프랑스 인권선언에도 영향을 끼쳤다. 다만 권리장전들에서 보장되는 자유와 권리는 영국인의 기존의 자유와 권리를 재확인한 것이거나 절차적 보장에 역점을 둔 것일 뿐, 미국이나 프랑스처럼 천부적 인권의 불가침을 선언한 것은 아니었다.

#### ◆ 권리청원(權利請願, Petition of Right)

권리청원은 1628년 영국 하원에서 기초하여 그 해 6월 7일 찰스 1세의 승인을 얻은 국민의 인권에 관한 선언을 말한다. 권리장전이 명예혁명의 결과로 이루어진 인권선언인 데 대해서, 권리청원은 청교도혁명과 관련을 가지는 인권선언이다. 1625년에 즉위한 찰스 1세는 부왕인 제임스 1세의 절대군주제를 답습하여 과중한 과세와 강제공채, 군대의 민가에의 강제숙박, 군법의 일반인에의 적용 등을 통하여 계속적인 전제정치를 행하였다. 1628년 에스파냐 등과의 대외전쟁 비용에 궁색해진 찰스 1세가 의회를 소집하자, 의회는 강제공채와 불법투옥 문제를 둘러싸고 왕과 대립을 하게 되었고, 하원의원이었던 E.코크 등이 중심이 되어 국왕에게 청원이라는 형식으로 권리선언을 한 것이 곧 권리청원이다.

청원이라는 형식을 취한 것은 새로운 입법의 형식으로는 국왕의 동의를 얻을 수 없으리라 판단한 입안자들이 이 문서가 영국인이 과거부터 가지고 있던 권리를 단순히 선언한 것에 불과하고 새로운 권리의 창설이 아니라는 것을 국왕에게 이해시키려고 하였기 때문이었다고 한다. 주요 내용은 의회의 동의없이 어떠한 과세나 공채도 강제되지 않는다는 것, 법에 의하지 않고는 누구도 체포·구금되지 않는다는 것, 육군 및 해군은 인민의 의사에 반하여 민가에 숙박할 수 없다는 것, 민간인의 군법에 의한 재판은 금지한다는 것, 각종의 자유권을 보장한다는 것 등이었다.

이 청원은 많은 선례를 인용하여 영국인 고래의 자유와 권리를 확보하고 당면한 사태를 구제하려는 데서 나온 것이었지만, 역사적으로 보면 주권이 국왕으로부터 의회로 옮겨지는 제1보가 되었고 따라서 영국 헌법상 중대한 의의를 가지는 것이었다.

#### ◆ 권리포기의 이론(權利拋棄의 理論)

권리포기의 이론은 사생활의 비밀과 자유 및 언론의 자유와의 범익충돌의 조화적 해결이론의 하나로서 일정한 사정하에서는 사생활의 비밀과 자유를 포기한다는 이론을 말한다. 따라서 사생활의 비밀과 자유를 포기한 경우에는 그에 관한 권리가 소멸되므로 사생활을 공개하더라도 침해행위가 되지 아니한다는 것으로 예를 들면 자살자의 경우는 자살로써 자신과 친족의 사생활에 관한 비밀유지권을 포기한 것으로 간주하게 된다.

#### ◆ 권한쟁의심판권(權限爭議審判權)

권한쟁의라 함은 국가기관 또는 지방자치단체 등간에 권한의 존부나 범위에 관하여 적극적 또는 소극적 분쟁이 발생한 경우에, 독립적 지위를 가진 제3의 기관이 그 권한의 존부·내용·범위 등을 명백히 함으로써 기관간의 분쟁을 해결하는 제도를 말한다. 이 제도는 국가기관이나 지방자치단체 상호간의 권한의 존부와 범위 등을 명백하게 함으로써, 국가기관이나 지방자치단체의 기증수행을 원활하게 하고, 국가기관이나 지방자치단체 상호간에 억제와 균형의 원리가 실현되게 하려는 데 그 목적이 있다. 현행헌법은 “국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 헌법재판소의 권한으로 하고 있다.

따라서 헌법재판소는 각 기관간에 적극적 또는 소극적 권한쟁의가 발생하고, 쟁의의 당사자 쌍방 또는 어느 일방이 쟁송을 제기한 경우에, 헌법과 법률 등에 따라 정당한 관할권을 판정한다. 권한쟁의에서 당사자가 될 수 있는 기관은 ①입법부·집행부·사법부·중앙선거관리위원회 등

국가기관, ②각급지방자치단체, ③교육위원회 등이며, 사인은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다. 기관간에 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있으면, 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의를 청구할 수 있으며, 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법이나 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 할 수 있다.

권한쟁의심판의 청구서에는 ①청구인과 심판수행자 또는 대리인, ②피청구기관, ③심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위, ④청구의 이유, ⑤기타 필요한 사항 등을 기재하여야 한다. 권한쟁의심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 내에 청구해야 하며, 이 기간은 불변기간이다. 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의하며, 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하지만 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다. 그리고 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 가처분결정을 할 수 있다.

권한쟁의의 결정은 재판관 7인 이상이 참석하고, 참석재판관 중 과반수의 찬성으로써 하며, 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 피청구기관의 처분이나 부작위가 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 무효를 확인할 수 있으며, 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하지만 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 발생한 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

◆ 규범영역의 분석이론(規範領域의 分析理論：核心規範領域尊重論)

규범영역의 분석이론은 기본권이 충돌하는 경우에 그 궁극적인 판단기준을 헌법 자체에서 구할 뿐만 아니라 기본권의 해석을 통하여 기본권의 규범영역을 분석하고 이에 따라 비전형적인 기본권행사방식은 당해 기본권의 내용으로부터 배제해 버림으로써 기본권의 충돌을 해결하려는 이론이다. 예컨대 복잡한 도로에서 그림을 그리는 행위는 예술의 자유의 규범영역에 포함될 수 없는 것이므로 기본권의 충돌이나 경합의 문제가 발

생하지 아니하는 것으로 본다. 그러나 규범영역의 분석이론은 기본권의 충돌문제를 기본권해석의 문제로만 파악함으로써 입법자의 역할을 전적으로 무시하고 있다는 점과 기본권의 역사성에 비추어 볼 때 기본권의 규범영역은 끊임없이 변화하는 것임이 분명함에도 기본권의 규범영역을 과연 해석을 통해 항상 일의적으로 확정할 수 있을 지 의문이라는 점 등에서 비판이 제기될 여지가 있다.

◆ 규범적 법률(規範的 法律 : 一般的 法律)

규범적 법률은 일반적이고 추상적인 내용을 가진 법률로서 집행이나 사법을 매개로 하여 비로소 구체적이고 개별적인 사건에 적용되거나 현실적으로 국민에게 권리 또는 의무를 발생하게 하는 것을 말한다. 여기에서 일반적이라 함은 불특정의 다수인을 대상으로 함을 말하고, 추상적이라 함은 규제사항을 지나치게 구체적으로 규정하지 아니함을 말한다.

근대시민국가에서는 시민의 자유와 권리를 보장하고 권력분립과 법치국가의 원리를 고수하기 위하여 규범적 법률의 제정만이 인정되었다. 이러한 규범적 법률은 ①개인의 자유·평등·안전을 보장하고, ②자본주의 사회에서 경쟁적 계약사회를 가능하게 하였으며, ③인간의 인간에 대한 지배를 법에 의한 지배로 고양하는 기능을 수행하였다. 따라서 법적 안정성의 확보와 법규범 상호간의 조화를 위해서도 특수법률인 처분적 법률이나 재판적 법률의 제정은 바람직한 입법이 아닌 것으로 인식되었다.

◆ 근로삼권(勤勞三權)

근로삼권은 자본주의사회에서 생산수단을 소유하지 못한 경제적 약자인 근로자들이 인간다운 생활을 확보하기 위한 현실적인 방책으로서, 근로조건향상을 위해 자주적 조직체를 결성하고, 그 조직체의 이름으로 교섭을 하며, 그 교섭이 원만하게 이루어지지 아니할 경우에 단체행동을 할 수 있는 권리를 총칭한다. 헌법 제33조제1항은 “근로자는 근로조건향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 하여 근로자의 근로삼권을 보장하고, 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라

고 하여 일정한 범위의 공무원에 한하여 근로삼권을 보장하고 있다. 동조제3항은 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 하여 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하고 있다.

헌법재판소는 “근로삼권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적 목표로 하지만, 근로삼권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자 단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써, 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다. 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로, 이러한 의미에서 근로삼권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권이라고 말할 수 있다”라고 근로삼권의 성격에 대하여 판시하고 있다.

단결권·단체교섭권·단체행동권 등 근로삼권은 밀접한 상호관련을 가지면서 근로자의 생존을 확보하고 그 경제적 지위를 향상시키기 위한 수단으로 간주되고 있다. 이러한 근로삼권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다는 성격을 가지는 것이다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력 균형이 이루어지고 근로자의 근로삼권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.

단결권은 근로자집단이 근로조건과 그들의 경제적 지위를 향상시키기 위한 것으로 근로삼권 중에서도 기본이 되는 것으로 근로자의 단결이 없으면 단체교섭이나 단체행동은 불가능하기 때문이다. 하지만 단결은 그 자체가 목적이 아니라 사용자와의 단체교섭을 유리하게 전개하기 위한

수단으로서 그 의미를 가지는 것이고, 단결체가 단체교섭을 성실히 시도한다고 하여 교섭이 언제나 성공하는 것이 아니므로 단체행동권이 보장되지 아니하면 근로기본권을 문자 그대로 ‘칼날없는 칼’에 불과한 것이 되고 만다. 헌법이 근로삼권을 동일조항에서 일체적 근로기본권으로 보장하고 있는 것도 그 때문이며, 근로삼권을 전체적·통일적인 시각에서 접근해야 하는 이유도 여기에 있다고 하겠다.

#### ◆ 근로의 권리(勤勞의 權利)

근로의 권리는 근로자가 자신의 의사와 능력과 취미에 따라 근로의 종류·내용·장소 등을 선택하여 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하며, 여기에서의 근로는 근로자가 사용자로부터 임금을 받는 대가로 제공하는 육체적·정신적 활동을 말한다. 헌법 제32조는 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다”라고 하여 근로의 권리를 비롯한 근로자의 고용증진·적정임금보장·최저임금제시행 등을 규정하고, 제2항에서는 근로의 의무를, 제3항에서는 근로조건기준의 법정주의를, 제4항에서는 여자의 근로에 대한 특별보호와 근로관계에 있어서 여성의 차별금지를, 제5항에서는 연소근로자의 특별보호를, 그리고 제6항에서는 국가유공자·상이군경·전몰군경유가족 등에 대한 근로기회우선성을 특별히 보장하고 있다.

헌법 제32조의 근로의 권리는 근로기본권의 하나이지만, ①국민으로 하여금 근로를 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족하게 하고, ②근로를 통하여 개성과 자주적 인간성을 제고하고 함양하게 하며, ③근로기회의 제공을 통하여 생활무능력자에 대한 국가적 보호의무를 경감시키고, ④근로의 상품화를 허용함으로써 자본주의경제의 이념적 기초를 제공하는 등의 기능을 수행한다. 따라서 근로의 권리는 자유권적 성격과 사회권적 성격을 아울러 가지는 것으로, 개인이 자유로이 일할 기회를



가지는 것을 국가가 방해 내지 제한하지 못한다는 측면과 국가가 근로의 기회를 제공함으로써 경제적 약자인 근로자에게 인간다운 생활을 보장한다는 측면을 동시에 가지고 있다. 그러나 근로의 권리의 자유권적 성격은 부수적인 것이며, 그 본질은 사회적 기본권성에 있다.

◆ 기관소송(機關訴訟)

기관소송이란 국가나 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 제기하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조제4호). 행정기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 행사에 관한 분쟁은 행정권 내부에 있어서의 권한행사의 통일성 확보에 관한 문제로서 기관상호간의 협의에 의하여 처리하거나 해당기관의 공통의 상급기관이 있을 때에는 그 상급기관의 판단에 의하여 해결하는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 권한쟁의의 적절한 해결기관이 없거나, 공정한 제3의 기관의 판단이 필요한 경우에 법률은 해당 분쟁에 관하여 법원에 제소하는 길을 허용하고 있는 것이다.

이러한 기관소송도 행정기관의 권리보호를 위한 것이 아니라 행정활동의 행정법규에의 적합성을 담보하기 위하여 인정되는 것이므로 객관적 소송에 속한다. 따라서 이 소송은 법률에 명문의 규정이 있는 경우에만 허용되며, 지방자치법 제98조제3항과 제159조제3항에서 지방자치단체의 장이 지방의회의 재의결사항이 법령에 위배되는 것임을 이유로 의회를 피고로 하여 대법원에 제소할 수 있도록 규정하고 있는 것이 그 예이다.

◆ 기능적 기본권이론(機能的 基本權理論, demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie)

기능적 기본권이론은 기본권이 구현하는 민주정치적 기능을 중시하여 기본권을 민주주의와 민주정치의 구현을 위하여 존재하는 것으로 이해하는 독일의 기본권이론이다. 즉, 자유는 그 자체를 위해 보장되는 것이 아니라 민주정치를 구현하기 위해 존재하는 것이며, 자유의 내용은 자유가 봉사하는 민주적인 기능에 의하여 규정되는 것으로 이해한다. 이와 같이

기능적 기본권이론에서는 자유를 기능의 관점에서 평가하기 때문에 자유의 행사는 그 주체의 자의에 맡겨지는 것이 아니라 하나의 책무인 동시에 의무로 이해되고 있다.

◆ 기본권가치이론(基本權價値理論, Werttheorie der Grundrechte)

기본권가치이론은 기본권을 가치공동체로서의 국가를 통합하는 객관적 규범으로 이해하는 독일의 기본권이론이다. 기본권가치이론은 스멘트(R. Smend)의 통합이론에서 출발하고 있는 것이지만, 이 이론에 의하면 국가라는 것은 사회적 사실로서 끊임없이 통합과정으로 나타나고 기본권이 라는 것도 통합과정의 중요한 구성요소로 나타나기 때문에, 기본권은 공동체통합을 위한 기본적 요소인 동시에 그 수단으로 간주되고 있다. 그러므로 기본권가치이론에서는 공동체의 통합에 직접 기여하지 아니하는 기본권들은 이를 상대적으로 경시할 뿐 아니라 기본권들을 그 가치에 따라 서열화하고 있다.

◆ 기본권등급론(基本權等級論)

→ 기본권의 서열이론

◆ 기본권상실제(基本權喪失制)

기본권상실제는 특정인이나 특정조직이 헌법적 질서를 파괴하기 위한 오도된 목적으로 기본권을 악용하는 경우에, 헌법재판에 따라 헌법상 보장된 일정한 기본권을 그들에 한하여 상실시킴으로써 헌법적 질서의 적으로부터 헌법을 수호하려는 제도로서 독일에서 방어적 민주주의 또는 전투적 민주주의의 제도적 장치로 인정되는 것이다.

독일기본법 제18조는 “표현의 자유, 특히 출판의 자유, 교수의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유, 신서·우편·전신·전화의 비밀, 재산권 또는 망명자비호권을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 이러한 기본권을 상실한다. 상실과 그 정도는 연방헌법법원에 의하여 선고된다”라고 기본권상실제에 대하여 규정하고 있다.

◆ 기본권의 갈등(基本權의 葛藤, Grundrechtskonflikt)

헌법의 기본권규정들은 각기 고립하여 존재하는 것이 아니라 어떠한 형태로든 다른 기본권규정들과 관련을 가지고 있으므로, 때로는 기본권 상호간에 마찰과 모순을 드러내는 경우가 있는 바, 이러한 기본권간의 마찰과 모순으로부터 야기되는 제반문제를 기본권의 갈등이라 한다. 기본권의 갈등은 단일의 기본권주체가 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 기본권의 경합과 복수의 기본권주체가 서로 대립되는 상이한 기본권의 적용을 주장하는 기본권의 충돌을 포괄하는 개념이다.

이러한 기본권의 갈등은 기본권규정을 어떻게 해석하느냐에 따라 그것이 과연 기본권의 갈등에 해당하는 경우인지 아닌지 또 그 갈등의 범위가 어느 정도인지 명백히 된다는 점에서 기본적으로는 ‘기본권의 해석’에 관한 문제라고 할 수 있다. 하지만 갈등관계에 있는 기본권들의 효력을 어느 정도로 인정할 것인가를 결정해야 한다는 점에서는 ‘기본권의 효력’에 관한 문제이기도 하고, 이러한 갈등을 해소하기 위해서는 결국 헌법이 예정한 기본권제한의 원칙을 문제해결의 준거로 삼을 수밖에 없다는 점에서 ‘기본권의 제한’에 관한 문제라고 할 수 있다.

◆ 기본권의 경합(基本權의 競合, Grundrechtskonkurrenz)

기본권의 경합은 단일의 기본권주체가 국가에 대하여 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우로서 일반적으로 상이한 제한의 정도를 규정한 법률유보가 부가됨으로써 그 제한의 가능성이 각기 상이한 여러 기본권을 단일의 기본권주체가 동시에 주장하는 경우에 발생한다. 이러한 경우 제한의 가능성이 보다 더 큰 기본권과 제한의 가능성이 보다 더 작은 기본권 중에서 어느 것을 우선적으로 적용할 것인가가 헌법문제로서 제기된다.

진정한 기본권경합의 사례로는 ①집회나 시위에 참여하려는 사람을 체포·구속한 경우 신체의 자유와 집회의 자유를 동시에 주장하거나, ②정치적 단체에 가입하였다는 이유로 교사를 파면한 경우 결사의 자유·직업수행의 자유·수업권 등을 동시에 주장한다거나, ③직업음악가의 연주

회개죄나 성직자의 설교를 제한한 경우 예술의 자유 또는 종교의 자유와 직업수행의 자유를 동시에 주장한다거나, ④벽화 등 재산적 가치가 있는 예술작품을 강제로 철거하는 경우 예술의 자유와 재산권을 동시에 주장한다거나, ⑤신문배달의 자동차를 압수한 경우 언론의 자유와 재산권을 동시에 주장하는 경우 등을 들 수 있다.

기본권이 경합하는 경우에는 여러 기본권 중에서 문제의 사안과 직접적인 관련이 있는 기본권이 우선적으로 적용되고(직접관련기본권적용의 원칙), 사안과의 관련성이 동일한 경우에는 그 효력이 가장 강력한 기본권이 적용되며(최강력기본권적용의 원칙), 문제의 사안과 관련이 있는 모든 기본권의 효력이 동일한 경우에는 관련이 있는 기본권 모두가 적용될 수밖에 없을 것이다(관련기본권전부적용의 원칙). 이러한 해결방법은 합리적이고 적절한 것이면서 기본권의 효력을 가능한 한 강화하는 방안으로서 해결되어야 할 것이다.

◆ 기본권의 서열이론(基本權의 序列理論 : 基本權等級論)

기본권의 서열이론은 기본권간에 서열을 규정한 다음 그 기본권에 의해 보호되는 보호법익을 형량함으로써 보다 우위에 있는 것으로 판단되는 기본권을 우선시키려는 것으로 기본권충돌의 해결을 위한 독일의 이론 중의 하나이다. 이를 위하여 개별적 기본권에 수반된 상이한 법률유보로부터 기본권의 서열을 추론해내려는 시도라든가, 헌법의 근본가치이며, 핵심이라 할 수 있는 인간의 존엄성보장에 대한 각 기본권의 친근정도를 기준으로 하여 그 서열을 결정하려는 시도가 있으며, 이 외에도 인적 가치이나 물적 가치이나, 자유권이나 평등권이나, 공익과 관련된 기본권이나 사익에 관련된 기본권이나에 따라 서열을 결정하려는 견해도 제시되고 있다. 하지만 기본권서열이론도 각 기본권은 그 자체로서 독자적으로 보장되는 것이므로 원칙적으로 동등한 서열을 가지는 것이며, 상이한 법률유보는 사회에 미치는 위험성의 차이에 따라 부가된 것일 뿐 상이한 법률유보가 곧 상이한 가치서열을 의미하는 것은 아니라는 점에서 비판을 받고 있다.

그리하여 기본권 상호간에 어떤 추상적 가치서열을 상정하고 이에 따라 특정의 기본권을 우선시하는 방법(추상적 법익형량)으로 기본권충돌을 해결하려는 시도에 반대하면서, 개별사안의 구체적 상황을 고려한 구체적 법익형량이 이루어져야 한다는 입장도 제시되고 있다. 그러나 이 입장 역시 법익형량을 ‘어떻게’ 할 것이냐에 관해서는 구체적 기준을 제시하고 있지 않다는 점에서 불완전한 것이라 하지 않을 수 없다.

◆ 기본권의 제3자적 효력(基本權의 第三者的 效力)

일반적으로 기본권이 그 의미와 내용대로 실현될 수 있는 힘, 즉 기본권의 구속력을 기본권의 효력이라고 하는 바, 기본권이 사인의 법률 행위나 사인상호간의 법률관계에도 적용되는가의 문제를 다루는 것이 기본권의 제삼자적 효력의 문제이다. 포르투갈헌법 제18조 제1항은 “권리와 자유 및 그 보장에 관한 헌법규정은 공·사조직체에 직접 적용되어 구속력을 가진다”라고 하여 기본권의 제삼자적 효력을 명문화하고 있다. 그러나 이러한 명문의 규정을 두고 있는 경우는 매우 드문 경우이며, 일반적으로는 학설·판례에 의하여 그 범위와 한계가 논의되고 있다.

독일에 있어서 기본권의 제삼자적 효력의 문제는 사인간의 법률관계에는 기본권규정이 적용되지 아니한다는 효력부인설(적용부인설 : 사법관계적용부인설), 모든 기본권규정이 예외 없이 사인간의 법률관계에 직접 적용되어야 한다는 전면적(절대적) 직접효력설, 기본권규정 중 일정한 기본권규정만이 사인간의 법률관계를 직접 규율하는 효력을 가진다는 한정적(상대적) 직접효력설(직접적용설), 기본권규정이 사법질서에 적용되는 것은 직접 적용되는 것이 아니라 사법상의 일반조항인 공서양속조항·신의성실조항 등을 통하여 간접적으로 적용되어야 한다는 간접효력설(간접적용설 : 공서양속설) 등이 주장되고 있다.

미국에서의 기본권의 제삼자적 효력의 문제는 사정부이론(私政府理論)의 관점에서 사인의 특정한 행위를 국가행위로 간주하는 헌법판례이론을 가지고 헌법규정을 사법관계에 직접 적용하는 이론구성을 하고 있는 바,

이를 국가유사론 또는 국가행위의제론이라 한다. 이 이론의 유형은 국가의 시설을 임차한 사인이 해당시설을 이용하여 개인의 기본권을 침해한 경우에 그 침해행위를 국가행위와 동일시하여 헌법규정을 적용하려는 국가재산이론, 국가로부터 재정적 원조라던가 토지수용권·조세감면 또는 그 밖의 공적원조를 받고 있는 사인의 행위를 국가행위와 동일시하여 거기에 헌법규정을 적용하려는 국가원조이론, 정당이나 사립학교 등 실질적으로 통치적 기능이나 행정적 기능을 수행하는 사적 집단에 의한 인권침해행위를 국가적 행위로 간주하여 헌법의 규정에 따르게 하려는 통치기능이론, 사인에 의한 인권침해행위가 쟁송의 대상이 되어 법원이 개입하고 그것이 사법적으로 집행될 경우에 그 집행행위를 위헌인 국가적 행위로 간주하는 사법집행이론 등이 있다.

우리 헌법은 기본권규정을 사인상호간의 법률관계에도 직접 적용한다는 명문규정은 두고 있지 아니하나, 성질상 사인상호간의 법률관계에도 직접 적용될 수 있는 성질의 기본권은 명문규정여부에 관계없이 제삼자적 효력을 가진다. 하지만 명문의 규정이 없거나 직접 적용되지 아니하는 기본권은 간접적용설에 따라 사법상의 법률관계에도 적용되는 것으로 보아야 할 것이다. 헌법재판소는 “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고, 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부여하고 있다”(헌재 1997. 1. 16.[90 헌마 110 등(병합)])라고 하여 사인상호간의 법률관계에 대하여도 기본권의 효력이 미침을 확인하고 이다.

#### ◆ 기본권의 제한(基本權의 制限)

기본권의 제한은 기본권의 효력이나 그 적용범위를 축소하거나 한정하는 것으로 기본권을 제한하는 방식에는 헌법유보에 의한 제한과 법률유보에 의한 제한이 있다. 헌법유보에 의한 기본권제한은 헌법이 명문의 규정을 가지고 직접 기본권의 제한을 규정하는 경우로서 헌법이 직접 기

본권전반에 대하여 제약을 규정하는 일반적 헌법유보와 특정의 기본권에 한하여 제약을 규정하는 개별적 헌법유보가 있다. 법률유보에 의한 기본권의 제한은 헌법이 기본권의 제한을 직접 규정하지 아니하고 그 제한을 법률에 위임하고 있는 경우로서 기본권전반이 법률에 의하여 제한될 수 있다고 규정하는 일반적 법률유보와 특정의 기본권에 한하여 법률로써 제한할 수 있다라고 규정하는 개별적 법률유보가 있다.

◆ 기본권의 충돌(基本權의 衝突, Grundrechtskollision)

기본권의 충돌은 복수의 기본권주체가 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대해 각기 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말한다. 기본권충돌의 문제가 헌법문제로서 제기되기 시작한 것은 독일에서 기본권의 객관적(가치)질서론과 이를 근거로 한 기본권의 제삼자적 효력론이 대두된 것과 그 맥락을 같이한다. 기본권은 본질적으로 대국가적 공권일 뿐이라고 해석하는 전통적인 기본권관을 고수하는 한, 이러한 기본권충돌이라는 현상은 헌법문제가 될 여지가 없다. 그러나 기본권을 주관적 공권이면서 동시에 법질서 전체에 대한 원칙규범으로 이해하게 되면서, 객관적 가치질서로서의 기본권은 사인 상호간의 관계에서도 직접 또는 간접적으로 효력을 가지는 것으로 생각하게 되었고, 이에 따라 사인간에서 대립하는 권익의 실현을 기본권에 근거하여 주장하는 것이 가능하게 되면서 기본권충돌의 문제가 헌법문제로서 부각되게 되었다.

기본권충돌에 관한 사례를 든다는 것은 기본권의 보호범위를 어떻게 규정하느냐에 따라 범위가 달라질 수 있다는 점에서 그 예를 찾기가 쉽지 않다고 하겠다. 학설과 판례에서 일반적으로 지적하는 사례를 예시하면, ①문학작품에서 개인의 사생활에 관한 사항을 구체적으로 언급함으로써 작가의 예술의 자유와 개인의 사생활자유가 충돌하는 경우, ②언론기관이 특정인의 과거의 범죄사건을 보도함으로써 언론기관의 보도의 자유와 범인의 인격권이 충돌하는 경우, ③사원채용에서 합리적인 이유없이 특정인을 자의적으로 배제함으로써 고용자측의 계약의 자유와 피고용자측의 평등권이 충돌하는 경우, ④사용자가 반노조적 의사표현을 함으

로써 사용자의 언론의 자유와 근로자의 단결권이 충돌하는 경우, ⑤기업주가 공해사업을 운영함으로써 기업주의 직업의 자유(또는 재산권)와 인근주민의 건강권(환경권)이 충돌하는 경우, ⑥종교단체가 거리에서 종교적 집회를 함으로써 종교단체의 종교의 자유와 시민의 교통권이 충돌하는 경우 등을 들 수 있다.

기본권충돌이 있는 경우에 이를 해결하고자 하는 이론적 노력은 독일에 있어서 매우 다양한 학설로서 주장되고 있는 바, 입법의 자유영역이론(입법자역할론), 기본권의 서열이론(기본권등급론), 실제적 조화의 이론(형평성중시론), 규범영역의 분석이론(핵심규범영역존중론) 등이 그것이다. 기본권충돌의 문제는 기본적으로 기본권해석의 문제라는 관점에서 제1차적으로 기본권의 규범내용을 해석론을 통하여 확정하는 작업의 차원에서 해결하여야 할 것이다. 제2차적으로 해석론을 통해 해결할 수 없는 기본권충돌의 문제는 법익형량의 원칙, 형평성의 원칙, 공평한 제한의 원칙, 대안발견의 원칙 등과 같은 헌법원칙을 적용하여 문제를 해결하여야 할 것이다. 이상과 같은 해결준거 내지 헌법원칙들으로써도 기본권충돌의 문제가 합리적으로 해결될 수 없는 예외적인 경우에는 최종적으로 입법에 의하여 해결하여야 할 것이다.

#### ◆ 기소독점주의(起訴獨占主義)

공소권행사를 국가에 두는 것이 국가소추주의이다. 이러한 국가소추주의를 전제로 하여 국가기관중에 검사에게만 공소권을 행사할 수 있도록 하는 것이 기소독점주의이다. 형사소송법 제246조에서는 국가소추주의원칙과 기소독점주의원칙을 규정하고 있다. 기소독점주의는 공소권행사를 검사에게 일임함으로써 공익의 대표자인 검사에 의한 신속하고 공정한 공소제기를 할 수 있고, 검사동일체의 원칙과 결합하여 전국적으로 통일적인 공소권 행사의 기준을 보장하여 결과적으로 범죄자의 권익보호를 할 수 있다는 장점이 있지만, 검찰의 정치적 중립성이 문제되는 상황에서는 공소권행사의 자의적인 남용의 우려를 남기기도 한다. 따라서 기소독점주의에 대한 법적 규제의 필요성에 따라 형사소송법은 기소편의주의



를 취하고 있으면서 몇 가지 제한을 두고 있다. 1)공무원의 직권남용죄에 대한 불기소처분이 있는 경우 고소인 또는 고발인은 법원에 재정신청을 할 수 있다(형소법 제260조 이하). 재정신청이 이유가 있는 것으로 받아들여진 경우 검사의 공소제기 없이도 공소제기된 것으로 간주한다. 2)20만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처할 사건의 경우 즉결심판을 청구할 수 있는데 이러한 즉결심판의 경우에는 경찰서장이 청구함으로써 기소독점주의에 대한 예외를 인정하고 있다. 3)법원의 법정경찰권에 의한 감치나 과태료 처분은 검사의 소추가 필요 없이 법원의 결정으로 이루어진다(법원조직법 제61조제1항). 검찰청법상 불기소처분에 대한 항고제도도 이론적으로는 기소독점주의에 대한 시정의 방법이 되고 있다(검찰청법 제10조). 또한 검사는 고소·고발사건에 대한 공소를 제기하지 않을 경우, 그 취지를 고소·고발인에게 통지하여야 한다(형소법 258조제1항). 그리고 고소·고발인의 청구가 있으면 7일 이내에 서면으로 이유를 설명하여야 할 의무도 있다(형소법 제259조). 이렇게 함으로써 검사로 하여금 불공정한 공소제기를 심리적으로 제한하는 기능도 한다.

◆ 기소법정주의(起訴法定主義)

기소편의주의에 반대되는 표현으로써 수사 결과 공소제기에 필요한 요건을 구비하고 충분한 범죄혐의가 인정되는 이상 반드시 공소제기를 하여야 한다는 원칙을 말한다. 형사소송법은 기소편의주의를 채택하고 있다. 기소편의주의에 대한 공소권행사의 자의적인 남용을 막고, 공정한 공권력행사를 통한 일반시민의 신뢰를 회복하기 위하여 독일의 경우처럼 구체적 혐의가 있으면 수사기관은 반드시 수사를 개시할 의무가 있고, 수사로부터 충분한 범죄혐의가 확인되면 반드시 기소해야 할 의무를 부여함으로써 기소독점주의와 기소편의주의의 문제점을 극복하기 위하여 제시되는 이론이다. 기소법정주의가 기소편의주의보다 피고인 또는 피의자에게 반드시 유리하다고 할 수는 없지만, 검사의 공소권행사의 자의성을 막을 수 있고, 이를 통하여 국민들에 공권력행사의 공정성에 대한 신뢰를 회복할 수 있다는 점에서 검토될 만한 이론이라고 생각된다.

#### ◆ 기소유예처분(起訴猶豫處分)

검사가 사건을 수사한 결과 재판에 회부하지 않는 것이 상당하다고 판단하는 경우에는 기소를 하지 않고 사건을 종결하는데, 이를 불기소처분이라고 한다. 기소유예처분은 불기소처분 중의 하나이다. 기소유예처분은 피의사건에 대하여 범죄의 혐의가 인정되고 소송조건은 구비되었지만 피의자의 연령, 성행, 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기나 수단, 범행후의 정황 등을 참작하여 기소를 하여 전과자를 만드는 것보다는 다시 한번 성실한 삶의 기회를 주기 위하여 검사가 기소를 하지 않는 것을 말한다(형소법 제247조제1항). 그런데 기소유예에 대하여 한 가지 유의할 점은 통상적으로 한번 기소유예처분을 한 범죄사실에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 다시 기소를 하지 않는 것이 관례이지만, 만일 기소유예를 받은 후에 잘못을 반성하지 못하고 또다시 범죄를 저지른 경우와 같이 특별한 사정이 있으면 검사는 기소유예처분한 범죄에 대하여 새로 기소를 할 수 있다는 점이다. 즉 검사가 절도죄에 관하여 일단 기소유예의 처분을 한 것을 그 후 다시 재기하여 기소하였다 하여도 기소의 효력에 아무런 영향이 없는 것이고, 법원이 그 기소사실에 대하여 유죄판결을 선고하였다 하여 그것이 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라 할 수 없다는 것이다(1983.12.27. 대판 83 도 2686; 대판 83 감도 456). 국가보안법상 공소보류도 기소유예와 유사한 제도이다. 그러나 비록 기소편의주의하에서 기소유예를 하는 것이 검사의 재량행위에 해당하지만 그 재량에도 스스로 합리적 한계가 있는 것으로서 이 한계를 초월하여 기소를 하여야할 극히 상당한 이유가 있는 사안을 불기소처분한 경우, 이는 기소편의주의의 법리에 어긋나는 부당한 조치라고 하면서 이러한 부당한 처분을 시정하기 위한 방법의 하나로 형사소송법은 재정신청제도를 두고 있다. 법원은 경찰관이 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자에 대하여 폭행 및 가혹행위를 하고 특히 여성으로서의 성적 수치심을 자극하는 방법으로 신체적, 정신적 고통을 가하는 것과 같은 인권침해행위는 용납할 수 없는 범죄행위로서 여러 정상을 참작한다 하더라도 그 기소를

유예할 사안으로는 볼 수 없다고 하여 기소유예의 한계를 인정하고 있다 (1988.1.29. 대판 86 모 58)

기소유예는 검사의 권한이므로 조건을 붙을 수 있는지의 여부에 대하여 견해가 대립하는데, 이와 관련하여 논의되는 것 중에서 소년부사건의 경우 선도조건부 기소유예를 들 수 있다. 선도조건부 기소유예라 함은 범죄를 저지른 소년의 담당검사가 재범가능성이 낮은 18세 미만의 범죄소년에 대하여 죄질·범죄후의 태도·생활환경 등 제반사정을 고려하여 누우치는 마음이 현저하고 또 다시 범죄를 저지를 가능성이 거의 없다고 판단되는 경우에 일정기간동안 소년선도위원의 선도를 조건으로 기소를 유예하고 있다. 선정방법은 주임검사가 당해 소년사건의 비행성 예측자료표와 소년범환경조사서를 필수적으로 참작하고 보호자나 직장상사의 의견, 피해보상여부와 피해자의 감정 등을 참작하여 결정하지만, 원칙적으로 공안사범, 마약사범, 조직·상습폭력범, 치기범, 현저한 파렴치범의 경우에는 제외된다. 선도조건부 기소유예처분을 받은 소년은 소년선도위원을 월 1회 이상 방문하여 선도위원의 지시에 순응하여야 하며, 선도기간 중 주거지를 이동하거나 장기 출타시 소년선도위원에게 신고하여야 하는 등 일정한 사항을 준수하여야 한다.

헌법재판소는 “당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 하고, 피의사실을 인정할 수 있는 증거가 될 수 없다는 사실을 인식하고도 자의적인 증거판단에 의하여 청구인에 대하여 기소유예처분을 한 것은 청구인에게 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 침해한 것이다.”고 하여 검사의 기소유예처분에 대하여 기본권침해를 인정한 사례도 있다(헌재 1993. 3. 11.[92 헌마 191]).

◆ 기소중지처분(起訴中止處分)

불기소처분 중의 하나로 기소중지 처분이 있는데 이는 검사가 피의자의 소재불명 또는 참고인증지결정(검찰사건사무규칙 제74조)사유 이외의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 하는 처분을 말한다(동규칙 제73조). 기소중지결정 또는 참고인증지결정을 할

때 유의할 사항은 1)검사가 기소중지결정 또는 참고인증지결정을 하는 경우에는 불기소·기소중지·참고인증지 사건기록에 공소시효 만료일을 명백히 기재하여야 한다. 다만, 수인의 피의자중 일부에 대하여 공소를 제기하고 일부에 대하여 기소중지 또는 참고인증지결정을 하는 경우에는 공소제기되는 피의자의 기소일자 를 기재하여야 한다. 2)검사는 송치판서의 의견과 달리 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하거나, 검찰에서 직접 수사한 고소·고발 및 인지사건등에 대하여 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하는 경우에는 지명수배요구서를 작성하여 사건사무담당책임자(각급 검찰청·지청의 사건과장 또는 사무과장을 말한다)에게 송부하여야 한다. 3)검사는 기소중지결정사건 및 참고인증지결정사건에 관하여 수시로 그 중지사유의 해소여부를 검토하여 수사를 완결하도록 유의하여야 하고, 지명수배자에 대한 지명수배 해제사유가 발생한 때에는 즉시 지명수배해제요구서를 작성하여 사건사무담당책임자에게 송부하여 지명수배사유가 해소되었음을 알려야 한다. 4)기소중지사건의 소재수사지휘사무담당직원은 기소중지자명부에 의하여 매분기 1회 이상 기소중지자에 대한 소재수사를 행하여야 한다. 다만, 기소중지자가 국외출국상태에 있거나 주민등록이 말소되어 있는 경우(가족의 주민등록이 등재되어 있는 경우를 제외한다)에는 소재수사를 행하지 아니할 수 있다. 5)제4항의 경우 소재수사지휘사무담당직원은 지휘일자와 지휘판서 및 지휘판서로부터의 보고일자와 보고내용을 기소중지자명부에 기재하여야 한다(동규칙 제75조).

예를 들어 부도를 내고 도주한 사람에 대하여 형사고소한 경우에 기소중지가 되면 소재불명등을 이유로 기소중지결정이 내려지면 지명수배가 내려지고 일정한 경우 출국금지 등의 조치가 취해질 수 있으며, 검사는 기소중지결정된 사건에 관하여 수시로 그 중지사유의 해소유무를 검토하게 된다. 따라서 기소중지처분이 있다고 하여 곧바로 수사종결되는 것이 아니며, 소재발견 등으로 기소중지사유가 해소될 경우 수사를 재개하게 되므로 기소중지처분은 수사중지처분의 성격을 갖고 있다고 할 것이다. 다만 피의자의 소재가 불명한 때에도 협의의 불기소처분이나 기소유예처분을 할 수도 있다.

기소중지의 경우 문제가 될 수 있는 것 중에서 기소중지자도 출국할 수 있는지가 문제될 수 있는데 비록 기소중지자라고 하더라도 일정한 경우에 출국금지조치를 취할 수 있으므로 이러한 출국금지조치가 내려지지 않는 한 출국할 수 있고, 출국금지된 경우에도 중지자가 관할 검찰청 또는 지청에 출국가능사실증명원의 발급신청을 하면 기소중지자가 출국하여도 사건처리에 지장이 없다고 판단될 경우에는 기소중지자에 대한 출국가능사실증명원이 발급되므로 그것을 교부받아 출국절차를 밟을 수 있다.

◆ 기소편의주의(起訴便宜主義)

우리 형사소송법 제247조제1항은 검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다고 규정하여 기소편의주의를 채택하고 있다. 다시 말해서 공소제기의 권한은 검사에게 있고, 공소제기여부의 결정은 검사의 재량에 해당한다는 것을 말한다. 이는 비록 형식적으로 소송조건을 구비하고 혐의가 있다고 해도 구체적 정의에 입각하여 불필요한 공소제기를 억제하고 이렇게 하는 것이 소송경제상으로도 도움이 된다는 점을 근거로 하고 있다. 기소편의주의란 기소유예를 인정하는 입법형태를 말한다. 그리고 기소편의주의에 입각하여 공소제기여부를 결정할 때 참작하는 형법 제51조의 사유는 단지 예시적인 것에 불과하고 피의자의 전과 및 전력, 법정형의 경중, 범행이 미치는 사회적 영향, 사회적 정세 및 가벌성에 대한 평가의 변화, 법령의 개폐, 공범의 사면, 범행후 시간의 경과 등과 같이 위 법조에 예시되지 아니한 사항도 참작의 요소가 될 수 있다(헌재 1995. 1. 20.[94헌마246])고 한다. 형사소송법 제246조와 제247조에 의하여 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량권이 부여되어 있으나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있

어야 한다(2001. 9. 7. 대판 2001 도 3026)고 하여 검사의 공소권행사의 재량권을 광범위하게 인정하고 있다.

#### ◆ 기피(忌避)

법관에게 제척사유가 있음에도 불구하고 직무를 행하거나 불공평한 재판을 할 염려가 있는 경우에 검사 또는 피고인은 법관의 기피를 신청할 수 있다(형소법 제18조제1항). 형사소송법 제18조제1항제2호소정의 ‘불공평한 재판을 할 염려가 있는 때’란 무엇인가에 대하여 “당사자가 불공평한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니라, 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계상 불공평한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이다”(1996. 2. 9. 대판 95 모 93). 변호인은 피고인의 명시적인 의사에 반하여 기피신청을 할 수 없다(동조제2항). 따라서 피고인의 기피신청권이 소멸한 경우에 변호인의 기피신청권도 소멸하는 것으로 본다. 기피신청은 구술 또는 서면으로 하되 합의부법원의 법관에 대한 기피는 그 법관이 소속된 법원에 신청하고, 수명법관, 수탁판사 또는 단독판사에 대한 기피는 해당법관에게 신청한다(동법 제19조제1항). 기피사유는 신청한 날로부터 3일 이내에 서면으로 소명하여야 한다(동조제2항). 기피신청에 대한 재판은 기피 당한 법관의 소속법원합의부에서 결정으로 하여야 한다(제21조제1항). 기피 당한 법관은 기피결정에 관여하지 못한다. 그리고 기피 당한 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 때에는 직근상급법원이 결정하여야 한다(제21조제2항·제3항). 기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백하거나 제19조의 규정에 위배된 때에는 신청을 받은 법원 또는 법관은 결정으로 이를 기각하여야 한다(동법 제20조제1항). 이러한 기피신청이 소송지연의 목적으로 함이 명백한지의 여부에 대한 판단은 기피신청자가 제출한 자료만을 근거로 하여 판단할 것이 아니라 당해 사건기록에 나타나 있는 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다(2001. 3. 21. 대판 2001 모 2). 기피신청이 있는 때에는 제20조제1항의 경우를 제외하고는 소송진행을

정지하여야 하지만, 급속을 요하는 경우에는 예외로 한다(동법 제22조)고 규정하고 있다. 기피신청이 기각된 경우에는 즉시항고 할 수 있다(동법 제23조제1항). 그러나 법관에 대한 기피신청이 있는 경우에 소송진행이 정지되지만 판결의 선고는 포함되지 않는다(2002. 11. 13. 대판 2002 도 4893). 이미 종국판결이 선고 경우에 담당재판부에 대한 기피가 가능한 지에 대하여 기피신청의 목적이 소멸되어 재판의 이익이 상실되어 부적법하다는 것이 관례의 태도이다(1995.1.9. 대판 94 모 77).

◆ 긴급체포(緊急逮捕)

수사기관에 의한 체포는 원칙적으로 영장에 의한다. 다만 긴급체포란 중대한 범죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장 발부를 받지 않고 체포하는 것으로 헌법 제12조제3항은 영장에 의한 체포의 예외로서 이를 인정하고 있다. 형소법 제200조의3에서 규정한 긴급체포사유는 1)검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 2)피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때, 구속사유가 존재할 때 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다(형소법 제200조의3). 사법경찰관이 피의자를 체포한 경우에 즉시 검사의 승인을 얻어야하고 긴급체포서를 작성하여야 하며 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 긴급체포사유 등을 기재하여야 한다. 긴급체포된 자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간이내에 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 검사가 구속영장을 청구하거나, 사법경찰관이 구속영장을 신청할 때에는 제200조의3제3항의 규정에 의한 긴급체포서를 첨부하여야 한다. 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 이렇게 석방된 자는 영장

없이 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다(형소법 제200조의4)고 규정하여 재체포의 제한을 두고 있다.

긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이라고 하면서 도로교통법위반 피의사건에서 기소유예 처분을 받은 재항고인이 그 후 혐의 없음을 주장함과 동시에 수사경찰관의 처벌을 요구하는 진정서를 검찰청에 제출함으로써 이루어진 진정사건을 담당한 검사가, 재항고인에 대한 위 피의사건을 제기한 후 담당검사인 자신의 교체를 요구하고자 부장검사 부속실에서 대기하고 있던 재항고인을 위 도로교통법위반죄로 긴급체포하여 감금한 경우, 그 긴급체포는 형사소송법이 규정하는 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 것으로서 당시의 상황과 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 위법한 체포에 해당한다고 보았다(2003. 3. 27. 대판 2002 모 81). 따라서 긴급체포의 경우에는 인권침해의 소지가 크다고 할 것이므로 검찰사건사무규칙 제31조에서도 검사가 형사소송법 제200조의3제1항의 규정에 의한 긴급체포를 할 때에는 피의자의 연령·경력·범죄성향이나 범죄의 경중·태양 기타 여러 사정을 고려하여 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 한다고 규정하여 신중을 기하도록 하고 있다.

◆ 긴급피난(緊急避難)

긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위로 위법성조각사유 중의 하나이다(형법 제22조 제1항). 긴급피난이 성립하기 위해서는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있어야 되는데, 위난의 사유가 무엇인가는 묻지 않고 그것이 사람의 행위이건, 자연현상이건, 동물에 의한 침해이건 불문한다. 둘째 위난을 피하기 위한 행위여야 하는데 이는 현재의 위난을 모면하기 위한 일체의 행위를 말한다. 마지막으로 상당한 이유가 있어야 하는데



상당한 이유란 피난행위가 위난에 빠져 있는 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고 긴급피난에 의하여 보호되는 이익이 침해되는 이익보다 커야 하며 피난행위가 위난을 피하기 위한 적합한 수단이어야 한다는 것을 말한다. 긴급피난에는 특칙이 있는데 위난을 피하지 못할 책임 있는 자에게는 긴급피난이 허용되지 않는다. 즉 군인, 소방관, 경찰관, 의사 등에게는 그 직무를 수행함에 있어 일정한 위난을 감수할 의무를 부과하고 있다(형법 제22조제2항). 다만 소방관이 소방작업 중 질서를 면하기 위하여 타인의 대문을 부수고 피난한 경우와 같이 예외적인 경우에는 긴급피난이 허용된다.

긴급피난을 부정한 예는 1)스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뺏다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 경우에는 법이 허용하는 긴급피난행위라 할 수 없다는 판결이 있다(1995. 1. 12. 대판 94 도 2781). 2)집회장소 사용승낙을 하지 않은 갑대학교측의 집회저지 협조요청에 따라 경찰관들이 갑대학교 출입문에서 신고된 갑대학교에서의 집회에 참가하려는 자의 출입을 저지한 것은 경찰관직무집행법 제6조의 주거침입행위에 대한 사전제지조치로 볼 수 있고, 비록 그 때문에 소정의 신고 없이 을대학교로 장소를 옮겨서 집회를 하였다하여 그 신고없이 한 집회가 긴급피난에 해당한다고도 할 수 없다(1990. 8. 14. 대판 90 도 870)는 판례 등이 있고, 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저도 없지 않다는 판단하에 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다(1976. 7. 13. 대판 75 도 1205)고 판시한 경우도 있다.

◆ 낙인이론(烙印理論)

낙인이론은 행위자의 주관적 사고과정을 중심으로 범죄현상을 설명하려는 이론이다. 즉 스스로 자기를 어떻게 생각하는가에 따라서 자아정체성이 형성되고 이에 따라서 주위사람들 눈에 비친 자신의 평가를 통해서 자아의 정체성이 형성된다는 것이다. 행위자의 해석능력이나 언어나 상

징을 매개로 하는 사회적 상호작용, 자아정체감, 주관적 해석결과에 따른 행위 등을 기본으로 범죄현상을 연구하려는 이론이다. 다시 말해서 사회적 상호작용과정에서 행해지는 주위사람들의 반응이 범죄문제를 더욱 악화시킬 수 있다는 것이다. 범죄자에 대한 사회적 반응은 전과자라는 부정적인 방향으로 나타난다. 이를 통하여 범죄자들은 낙인찍히게 되며, 자아의 정체성 또한 부정적인 방향으로 형성되어 이후 더욱 부정적인 행위자가 된다는 이론이다. 낙인이론에 의하면 범죄자에 대한 부정적인 사회적 반응이 결과적으로 범죄문제를 악화시키는 원인이 된다고 한다. 낙인이론은 “소년범은 우리가 나쁘다고 규정하고, 그를 선하다고 믿지 않기 때문에 오히려 나쁘게 된다. 범죄형성의 과정은 낙인의 과정이다. 우리가 악은 적게 말하면 할수록 선은 많이 말할수록 좋다.”라고 한 탄넨바움에 의하여 처음 주장되었다. 그 후 레머트에 의하여 발전하였는데 그는 사법기관에 의해 사소한 문제를 처벌받음으로써 공식적 처벌에 대한 불공정성을 자각하고, 강제적인 시설 수용을 통하여 일탈된 하위문화를 접하게 되고, 자신의 부정적인 면을 사회의 탓으로 돌림으로써 심각한 문제가 될 수 있다고 지적하고 있다. 낙인이론에 의하면 형사제재를 통하여 범죄자를 개선시키는 긍정적인 면이 있지만, 범죄를 악화시키는 측면도 있다는 것이다. 특히 소년범의 경우에는 오히려 전환처우제도에 의하여 범죄를 줄일 수 있다는 연구결과도 있고 보면 비범죄화 탈시설내 수용이 필요하다. 그러나 이러한 낙인이론에 대해서도 비판이 없는 것은 아니다. 우선 초범이 발생하게 되는 이유를 명쾌하게 설명하지 못한다는 비판과 인간은 스스로 어떠한 영향이 없이도 범죄를 저지를 수 있다는 점, 그리고 형사제재에 대해 너무 비판적이고, 범죄피해자에게 너무 작은 관심을 표명한다는 비난이 있다.

#### ◆ 낙태죄(落胎罪)

낙태죄는 태아를 자연적인 분만기 이전에 인위적으로 모체밖으로 분리·배출하거나 태아를 모체안에서 살해하는 행위를 처벌하는 것을 말한다. 임신중절수술의 경우에는 태아가 모체밖에서 생명을 유지할 수 없을 때 인공적으로 행해진다는 점에서 낙태보다 좁은 의미로 이해된다. 낙태

죄의 보호법익에 관하여 주된 보호법익은 태아의 생명이고, 부차적인 법익은 임부의 생명·신체라고 보는 것이 통설이다. 낙태죄는 일정한 경우 허용되는데 그 방식에 따라서 일정한 기간내에 낙태가 전면적으로 허용되는 기한방식과 낙태를 원칙적으로 처벌하면서, 일정한 적응이 있을 때에는 낙태를 허용하는 방식인 적응방식, 양자를 결합한 결합방식이 있다. 우리나라 모자보건법 제14조에서 임신중절이 허용되는 경우는 본인 또는 배우자가 우생학적 또는 유전학적으로는 정신장애나 신체질환이 있는 경우(우생학적 적응방식), 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우 및 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우(의학적 적응방식), 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우 및 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우(윤리적 적응방식)의 경우에 한하여 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다.)의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있다라고 규정하고 있다. 그리고 동법 제15조에서 14조의 요건이 충족된 경우라도 임신한 날로부터 28주 이내에 있는 자에 한하여 임신중절을 허용하고 있다. 동법은 사회경제적 적응방식에 의한 임신중절은 허용되지 않는다. 낙태죄의 성립여부는 태아의 생명권이나 임부의 자기결정권을 중시할 것인가에 따라서 처벌의 범위나 비범죄화의 범위가 결정될 것이다. 낙태죄의 유형에는 임부가 약물 기타의 방법으로 낙태함으로써 성립하는 자기낙태죄(형법 제269조제1항), 임부의 촉탁이나 승낙에 의해 낙태한 경우에 처벌되는 동의낙태죄(제269조제2항), 의사·한의사·조산사·약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁을 받아 낙태한 경우에 성립하는 업무상 동의낙태죄(제270조제1항), 부동의낙태죄(제270조제2항), 낙태치사상죄(제269조제3항, 제270조제3항)가 있다. 낙태죄의 미수나 혹은 과실낙태는 처벌되지 않는다.

◆ 납세의 의무(納稅의 義務)

납세의 의무는 국방의 의무와 더불어 고전적 의무로서 근대헌법 이래 국민의 이대 의무로 간주되고 있다. 납세라 함은 조세의 납부를 말하며, 조세는 국가재정수입의 주원천으로서 국가 또는 지방자치단체 등 공권력

의 주체가 그 과세권에 의하여 재정조달의 목적으로 반대급부 없이 일반 국민으로부터 강제적으로 부과·징수하는 과징금을 말하다(헌재 1991. 11. 25.[91 헌가 6]). 헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 하여 국민의 납세의 의무를 규정하고 있다.

납세의무의 주체인 납세의무자는 원칙적으로 국민이며, 자연인뿐만 아니라 법인도 포함되며, 외국인도 국내에 재산을 가지고 있거나 과세대상이 되는 행위를 한 때에는 과세대상이 될 수 있다. 다만 외교특권을 누리는 자나 조약에 따라 납세의무가 면제된 자는 그렇지 아니하다. 납세의 의무는 국민이 스스로 국가적 공동체의 재정력을 형성한다는 소극적 성격 이외에 자의적인 과세로부터 재산권을 침해당하지 아니한다는 소극적 성격을 아울러 가지고 있다.

납세의 의무는 조세평등주의와 조세법률주의에 따라 개인의 재력에 상응한 공정하고 평등한 과세라야 하고 법률에 의한 과세를 내용으로 하는 것이라야 한다. 조세평등주의는 헌법 제11조제1항에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지의 원칙의 조세법적 표현으로서 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 것이다. 즉, 조세입법을 함에 있어 조세의 부담이 국민들 사이에 공평하게 배분되도록 법을 제정해야 할 뿐 아니라 조세법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급해야 한다는 원칙이다. 또한 과세는 담세능력(應能負擔)의 원칙에 따라 개인의 담세능력을 고려한 것이어야 하고 동일한 담세능력자에 대해서는 평등한 과세가 이루어져야 한다. 특정인 또는 특정계층에 대하여 정당한 이유 없이 면세·감세 또는 과중과세를 하는 것은 용납되지 아니한다.

헌법 제38조와 제59조의 조세법률주의는 조세징수로부터 국민의 재산권을 보호하고 법적 생활의 안정을 도모하려는 것을 목적으로 하는 것이며, 과세요건법정주의·과세요건명확주의·소급과세금지의 원칙 등을 그 핵심내용으로 한다. 따라서 조세법률주의는 과세요건이 법률로 명확히 규정되어야 한다는 것만을 요구하는 것이 아니고, 조세법의 목적이나 내용이 기본권보장이라는 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 원칙들에 합치할 것을 요구하는 것이다.

◆ 내부적 통제(內部的 統制)

범죄행위의 동기는 인간본성의 일부이고 사람들은 그대로 두면 누구든지 범죄를 저지를 것이라고 가정하면서, 가만히 두면 범죄자가 되는 본성을 지닌 인간들이 왜 합법적으로 행동하는가에 대한 대답으로 개인에게 부여된 억제력 또는 통제력에 주목한다. 따라서 범죄를 저지르는 이유는 다름 아닌 통제력이 약화되었기 때문이라는 것이 통제학파의 주장이다. 라이스는 소년들이 비행을 저지르는 이유를 설명하면서 개인적 통제력의 약화와 사회적 통제력의 약화를 원인으로 지적한다. 이후 나이는 청소년들의 비행을 저지할 수 있는 사회통제방법을 세 가지로 분류하는데 그 중에 잘못된 즉시 부모가 억압적인 수단을 사용하여 처벌함으로써 이후의 비행을 예방한다는 직접통제와 소년들이 자신들의 잘못이 부모나 주위사람들에게 고통과 실망을 줄 것이라는 점을 자각도록 함으로써 비행을 자제하게 하는 간접통제라고 하고, 청소년 스스로가 양심이나 죄의식 때문에 비행에 나아가지 않도록 하는 방법인 내부통제라고 한다.

◆ 노역장유치(勞役場留置)

헌법 제12조제1항에서 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 법률에 의하여 노역장유치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 형법 제70조에서 “벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다”고 하여 벌금이나 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장에 유치할 수 있다고 하고 있다. 벌금은 판결이 확정된 날로부터 30일 이내에 납부하여야 하며, 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간내에서 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다(형법 제69조). 다시 말해서 노역장유치란 벌금을 완납할 때까지 노역장에 유치함으로써 벌금의 납입을 강제하는 처분 또는 벌금을 납입하지 않는 경우에 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 함으로써 벌금의 납입을 대체하는 처분을 말하는데, 현행 형법상 노역장유치란 후자를 말하며

벌금형의 환형처분이라고 한다. 환형유치는 사회봉사명령이나 다른 대체수단을 사용하는 것이 형사정책적으로 타당하다. 소년범의 경우에는 더욱 그러하다는 점에서 소년법상 18세 미만자에 대하여는 환형처분을 할 수 없다고 한다(소년법 제62조). 노역장유치와 관련된 판례에는 만약에 확정된 벌금형을 집행하기 위한 검사의 집행명령에 기하여 집달관이 집행을 개시하였다면 이로써 벌금형에 대한 시효는 중단되는 것인바(형법 제80조), 이 경우 압류물을 환가하여도 집행비용 외에 잉여가 없다는 이유로 집행불능이 되었다고 하더라도 이미 발생한 시효중단의 효력이 소멸하지는 않는다고 할 것이고, 따라서 위 벌금형의 미납자에 대하여는 형사소송법 제492조에 의해 노역장유치의 집행을 할 수 있다(1992. 12. 28. 대판 92 모 39).

#### ◆ 뇌사설(腦死說)

사람의 종기와 관련하여 뇌기능이 다시 살아날 수 없는 상태로 소실된 시점에서 사망한 것으로 보는 학설이 뇌사설이다. 뇌사설은 다시 모든 뇌가 죽은 경우에 사망한 것으로 인정하자는 전뇌사설, 뇌간의 기능이 죽은 상태를 사망한 것으로 인정하자는 간뇌사설(뇌간사설), 대뇌의 기능이 살아날 가능성이 없는 경우에 사망한 것으로 보자는 대뇌사설 등으로 견해가 나누어진다. 뇌사설은 1967년 남아프리카 공화국에서 심장이식 수술이 성공하면서 장기이식에 대한 필요성이 대두되어 사망에 대한 새로운 정의로 등장한 학설이다.

우리나라의 경우에는 “장기등이식에 관한 법률”에서 뇌사자의 장기이식을 법적으로 허용하고 있다. 이에 대하여 우리 형법은 사실상 뇌사설을 사망의 종기로 받아들여야 한다는 견해와 여전히 맥박중지설이 사망의 종기이고 예외적으로 장기이식에 관하여만 뇌사를 인정하려는 제한적 해석을 하려는 견해가 대립한다. 생명을 어떠한 경우에도 가치의 경중을 말할 수 없으므로 뇌사설의 인정은 신중할 필요성이 있다고 할 것이다. 그리고 현행 장기이식에 관한 법률에서의 뇌사자는 사망한 자이면서도 사람이라는 이중의 기준이 적용되고 있다는 문제가 있다.

◆ 누범(累犯)

누범이란 범죄를 누적적으로 범하는 것을 말하는데, 형법상 누범이라고 할 때에는 형법 제35조의 요건이 구비된 경우, 즉 금고이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고이상에 해당하는 죄를 범한 것을 말한다. 누범은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중할 수 있을 뿐만 아니라 보안처분을 선고하는 근거가 될 수도 있다. 누범의 성질에 대하여 양형에 대한 법률상 가중사유인가, 죄수론의 문제인가에 대하여 견해가 대립하는데, 양형의 법률상 가중사유로 보는 것이 타당하다. 판결선고 이후에 누범인 것이 발각된 경우에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수도 있다. 다만 선고한 형의 집행이 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다(형법 제36조). 누범에 해당하는 상습범의 경우에는 필요적 보석사유가 있어도 석방을 허가하지 않을 수 있다(형사소송법 제95조). 누범은 또한 범죄를 누적적으로 범한다는 점에서 상습범과 밀접한 관계를 가지고 있다. 따라서 누범 중에서 특히 사회적 위험성이 큰 것을 상습범이라고 한다. 누범이 일사부재리의 원칙과 평등원칙에 반하여 위헌인가의 논의가 있지만 우리 법원은 위헌이 아니라고 하고 있다(1990. 1. 23. 대판 89 도 2227). 누범과 관련된 판례를 살펴보면 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 죄를 범한 자에 대한 누범가중의 하는 것이 정당한가에 대하여 “형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니므로 실형을 선고받아 복역타가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다”라고 판시하고 있다(1986. 11. 11. 대판 86 도 2004). 또 다른 사례로 금고 이상의 형을 받고 그 형의 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였다 하더라도 이는 누범가중 할 수 있는가에 대하여 누범가중을 할 요건이 충족된 것이 아니라고 한다(1983.8.23. 대판 83 도 1600). 그리고 만약에 상습범 중 일부 범죄가 누범가중 기간내에 이루어진 이상 나머지 행위가 누범기간 경과후에 행

하여 졌더라도 그 행위 전부가 누범관계에 있다고 한다(1982. 5. 25. 대판 82 도 600;대판 82 감도 115). 마찬가지로 상습범중 일부 행위가 사회보호법 공포시행 후에 이루어져 사회보호법의 적용을 받는 이상 나머지 행위가 비록 그 시행전에 행하여졌더라도 위의 행위전부 대하여 사회보호법의 적용을 받는다고 한다.

#### ◆ 단결권(團結權)

단결권은 근로자들이 근로조건을 유지 또는 개선을 위하여 사용자와 대등한 교섭력을 가질 목적으로 자주적 단체를 결성하고 이에 가입하여 활동할 수 있는 권리로서 노동조합뿐만 아니라 일시적 단체인 쟁의단(爭議團)도 그 주체가 될 수 있다. 단결권의 주체는 제2차적으로 근로자 개개인이며, 그들의 집단도 그 주체가 될 수 있지만 반드시 법인격을 구비하여야 하는 것은 아니다. 단결권의 주체인 근로자는 직업의 종류를 불문하고 자신의 노동력을 제공하고 그 대가인 임금·급료 기타 이에 준하는 수입으로 생활하는 자로서 육체적·정신적 근로자의 여부는 묻지 아니한다. 단결권은 그 주체에 따라 개인적 단결권과 집단적 단결권으로 나눌 수 있으며, 그 성격에 따라 소극적 단결권과 적극적 단결권으로 나누어진다.

헌법은 단결권을 단지 자유권으로서만 보장하는데 그치지 아니하고 보다 적극적인 내용을 갖는 것으로 해석하고 있다. 즉, 단지 국가가 근로자의 자유를 부당하게 침해해서는 아니된다는 것만이 아니라, 사용자도 이 단결권을 부당하게 침해해서는 아니된다는 것을 의미한다. 국가가 단결권을 침해하는 것은 위헌·위법이며, 이는 불법행위를 구성하여 형사책임과 배상책임을 지게 된다. 사용자가 단결권을 침해하는 것은 부당노동행위에 해당하는 것으로 이에 대해서는 노동조합및노동관계조정법 제82조부터 제85조에서 사용자에게 대한 제재와 단결권의 구제를 인정하고 있다.

#### ◆ 단계이론(段階理論, Stufentheorie)

단계이론은 직업선택의 자유의 제한이 어느 정도까지 가능한가에 관하여 독일의 학설과 판례를 통해 확립된 이론으로서 직업선택의 자유를 직



업수행의 자유와 직업결정의 자유로 구분하여 제한의 정도와 한계에 차이를 두어야 한다는 이론이다. 이 이론은 1958년 6월 11일의 독일연방헌법법원의 이른바 ‘약국판결’(Apothelnurteil)을 통해 확립된 이론으로서 우리 헌법재판소는 “직업선택의 자유에는 직업결정의 자유·직업종사(직업수행)의 자유·전직의 자유 등이 포함되지만, 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다”(헌재 1993. 5. 13.[93 헌마 80])라고 함으로써 직업의 자유를 제한함에 있어 단계론을 수용하고 있다. 또한 “직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다”(헌재 2002. 12. 18.[2000 헌마 764])라고 판시하고 있다.

직업선택의 자유에 대한 제1단계 제한은 직업결정의 자유보다 그 침해가 경미한 직업수행의 자유를 제한하는 방법으로서, 예를 들면 영업허가 거부 대신에 영업시간의 제한이나 영업방법의 제한이 이에 해당한다. 헌법재판소는 “직업행사의 자유에 대하여는 직업선택의 자유와는 달리 공익 목적을 위하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능한 것이다. 그렇다고 하더라도 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다”(헌재 1997. 3. 27.[94 헌마 196])거나 “주세법 제38조의 7이 규정한 지도소주구입명령제도는 소주판매업자에게 지도소주의 구입의무를 부과함으로써, 어떤 소주제조업자로부터 얼마만큼의 소주를 구입하는가를 결정하는 직업활동의 방법에 관한 자유를 제한하는 것이므로 소주판매업자의 ‘직업행사의 자유’를 제한하는 규정이다”(헌재 1996 12. 26.[96 헌가 18])라고 판시하고 있다.

직업선택의 자유에 대한 제2단계 제한은 교과과정 이수나 시험합격 등과 같은 일정한 주관적 사유를 이유로 직업결정의 자유를 제한하는 방법으로서 직업의 성질상 일정한 기술성·전문성 등이 필요한 경우에 허용되는 제한이다. 예를 들면, 병원 또는 약국을 개설하거나, 변호사·회계

사 업무를 수행하고자 하는 자에게 일정한 자격을 요구하는 것이 이에 해당한다. 끝으로 제3단계 제한은 객관적 사유를 이유로 직업결정의 자유를 제한하는 방법으로서 직업선택의 자유에 대한 결정적인 제한이 되기 때문에 신중을 기하여 공공의 이익에 대한 명백하고 현존하는 위험을 방지하기 위하여 불가피한 경우에만 허용된다. 예를 들면, 화약류의 제조·판매·운송업 등은 공공에 대한 위험방지를 완벽하게 기대할 수 없을 경우에 이를 제한하는 경우 등이 여기에 해당한다.

◆ 단순위헌결정(單純違憲決定 : 本來의 違憲決定)

단순위헌결정은 헌법재판소가 위헌법률심판의 대상이 된 법률에 대하여 위헌성을 확인하게 될 경우에 내리는 원칙적인 결정으로서 9인의 재판관 중 6인 이상의 찬성에 의하며, 위헌결정을 받은 해당 법률은 효력을 상실하게 된다. 단순위헌결정에 대하여 헌법재판소는 “...법률은 헌법에 위반된다”라는 주문형식을 택하고 있으며, 헌법재판소법 제47조제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라고 규정하고 있다.

◆ 단순입법부작위(單純立法不作爲 : 本來의 立法不作爲)

→ 입법부작위

◆ 단순합헌결정(單純合憲決定 : 本來의 合憲決定)

단순합헌결정은 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심리한 결과 5인 이상의 재판관이 합헌이라고 판단하는 경우에 관하여 해당 법률이 헌법에 합치함을 결정하는 것을 말한다. 그러나 헌법재판소법은 단순합헌결정에 관한 판단에 관하여는 독일의 ‘기본법에 합치한다’는 선언이나 오스트리아의 제청신청을 기각하는 선고를 하는 규정과 같은 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 이러한 경우 헌법재판소는 ‘법률은 헌법에 위반되지 아니한다’라는 주문형식을 취하고 있다.

◆ 단체교섭권(團體交涉權)

단체교섭권은 근로자들이 근로조건의 향상을 위하여 단결체의 이름으로 사용자나 사용자단체와 자주적으로 교섭하는 권리를 말한다. 근로자에게 단체교섭권을 인정하는 것은 일반계약으로부터 근로계약의 분리를 의미하는 것이며, 근로자가 단체교섭을 하는 경우에는 민법상의 계약규정이 아니라 근로기준법·노동조합및노동관계조정법·근로자참여및협력증진에관한법률 등과 같은 노동법이 적용된다.

단체교섭권은 근로자를 위한 근로기본권의 하나이지만 근로자가 개별적으로 행사할 수 있는 권리는 아니며, 단체교섭에 있어 근로자측의 주체는 노동조합이고, 사용자측의 당사자는 사용자이다. 따라서 단체교섭을 요구할 수 있는 지위는 노동조합의 자격을 가진 근로자단체이면 차별 없이 부여되기 때문에, 유일단체교섭조항이나 단체협약체결능력제한조항은 위헌이다. 단체교섭은 근로조건의 유지 또는 개선을 목적으로 하는 것이므로, 근로조건과 무관한 사항은 단체교섭의 대상에서 배제되는 바, 사용자가 독점적으로 보유하는 경영권·인사권 및 이윤추구권에 속하는 사항은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다. 하지만 근로자들의 근로조건이나 지위에 직접 관련되거나 그것에 중대한 영향을 미치는 사항은 그 한도내에서 이에 관한 단체교섭이 이루어질 수 있다. 이와 관련하여 중앙노동위원회는 “단체교섭과 쟁의조정 대상은 근로자 전체에 관련된 근로조건 전반에 관한 사항만 임에 비추어 노조간부에 대한 부당해고의 철회를 요구하는 것은 경영권에 관한 사항으로서 집단적 분쟁이 아니므로 노동쟁의로 받아들일 수 없고, 이에 관한 교섭거부도 부당노동행위가 되지 아니한다”(1989. 2. 10. 중노위 88 부노 250)고 판단하고 있다.

헌법상 단체교섭권이 보장되므로 노동조합은 단체교섭을 요구할 수 있는 권리를 가지며, 사용자는 이에 응할 의무가 있다. 그 결과 사용자가 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하면 그것은 부당노동행위가 된다. 단체교섭의 권한이 있는 자는 단순한 사실행위로서의 단체교섭행위 외에 단체교섭의 결과 타결된 내용을 단체협약으로서 체결할 권한도 가진다. 단체교섭의 결과 노사간에 단체협약이 체결되면, 이것은 노사간의 분쟁

을 해결하는 준거로서 자주법으로서의 법원성(法源性)을 획득하게 되고, 국법상의 보호를 받으며, 단체교섭권의 정당한 행사에 대해서는 민사상·형사상책임이 면제된다.

#### ◆ 단체행동권(團體行動權)

단체행동권은 노동쟁의가 발생한 경우에 쟁의행위 등을 할 수 있는 권리로서 근로자와 사용자 쌍방은 사전에 노사협의 등을 통하여 노사분규를 사전에 예방하는데 노력해야 하겠지만, 노동쟁의가 발생하면 근로자는 단체행동권을 행사할 수 있다. 여기에서 노동쟁의라 함은 “노동관계 당사자간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로……발생한 분쟁상태”(노동조합및노동관계조정법 제2조제5호)를 말하고, 쟁의행위라 함은 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”(노동조합및노동관계조정법 제2조제6호)를 말한다.

노동자의 쟁의행위의 유형은 ①다수의 근로자가 근로조건 유지·개선을 위하여 조직적으로 노무제공을 거부하는 파업(Strike), ②근로자들이 단결하여 의식적으로 작업능률을 저하시키는 태업(Sabotage), ③사용자 또는 그와 거래관계에 있는 제3자의 상품구입·시설이용 등을 거절하거나 그들과의 근로계약체결을 거절할 것을 호소하는 보이코트(Boycott), ④근로자들이 단결하여 사용자의 지휘명령은 거부하면서 사업장 또는 공장을 점거하여 조합간부의 지휘하에 노무를 제공하는 생산관리, ⑤파업을 효과적으로 수행하기 위하여 근로희망자들의 사업장 또는 공장출입을 저지하고 파업에 협력할 것을 구하는 피케팅(Picketing) 등을 들 수 있다. 사용자의 쟁의행위는 집단적 분쟁에 있어 사용자가 그 주장을 관철할 목적으로 근로자들이 취업상태에 있지 못하도록 사업장을 봉쇄하는 행위인 직장폐쇄와 임금을 공제하는 행위나 근로자들의 위법한 쟁의행위에 대하여 책임을 추궁하는 행위 등을 들 수 있다.

헌법상 단체행동권의 보장은 ①국가권력에 대한 관계에서 형사상 책임을 추궁당하지 아니하는 것으로 노동조합및노동관계조정법 제4조는 이를

정당행위로서 확인하고 있다. ②사용자에 대한 관계에서 채무불이행 또는 불법행위를 이유로 민사상 책임을 추궁당하지 아니한다. ③또한 정당한 단체행위 등에 참가하였음을 이유로 근로자는 해고나 그 밖의 불이익을 주는 행위를 하지 못한다. 이상과 같은 단체행동의 헌법적 보호는 재산권에 대한 근로3권의 상대적 우월성을 인정한 것이다.

그러나 단체행동은 그것이 정당한 것일 것을 요구하고 있으므로 ①그 주체가 단체교섭의 주체가 될 수 있는 자라야 하고, ②그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는데 있어야 하며, ③사용자가 근로자의 근로조건개선에 관한 단체교섭요구를 거부하였을 때 개시하되 조합원의 찬성결정과 노동쟁의발생신고를 거쳐야 하고, ④그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력행사에 해당되지 않아야 한다.

◆ 단체협약(團體協約, labor collective agreement)

단체협약은 노동조합과 사용자 또는 그 단체 사이의 협정으로 설정되는 자치적 노동법규를 말한다. 종래에는 근로자의 임금 기타 근로조건은 개개의 근로자와 사용자간의 개별적인 계약에 의하여 규율되는 것이 사적자치를 기반으로 하는 계약자유의 원칙에 적합한 것으로 보았다. 그러나 개개의 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 근로계약을 체결한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이라 할 수 있다. 그러므로 근로자들은 노동조합의 단결력을 이용, 사용자와 단체교섭을 행하고 평화적인 교섭에 실패할 때는 쟁의행위를 단행하여 근로조건에 관한 주장을 관철함으로써 실질적인 평등을 도모하게 되었다.

이 단체협약이 자치적 노동법규로서 강제력을 가지는 것은 단체로서의 근로자의 단결을 인정하고 노동조합의 단체교섭행위를 예정하고 있는 이상 사용자와 노동조합의 구성원을 모두 구속하는 것이 당연하기 때문이다. 따라서 단체교섭의 결과로 맺어지는 단체협약은 개개의 근로계약에 대하여 지배력을 가지고 협약에 위반한 근로계약을 무효화하며, 무효부분에 대해서는 협약이 정하는 바에 따르도록 강제한다. 또한 연혁적으로도 노동조합이 그 발달 초기에는 근로조건 개선에 관한 쟁의행위를

중심으로 하는 단체에서 점차 근로조건을 개선하기 위한 노사간의 협정을 체결하는 단체로 발전된 점을 보면, 이 단체협약이 차지하는 비중이 크다는 것을 쉽게 알 수 있다.

단체협약에 대한 입법태도는 국가에 따라 달라서 단순히 신사협정(紳士協定)으로 보고 법원을 구속하지 않는 나라(영국)도 있고, 반면에 단체협약을 법률로 규율하여 법원을 구속하는 나라(유럽 제국·미국)도 있다. 영국의 입장은 자치적 규범의 준수를 노사 대항관계 속에 방임하는 것이고, 유럽제국의 법제도는 자치적 규범을 국가법의 체계 중에 흡수하려는 입장이다.

한국의 노동조합및노동관계조정법은 제3장(단체교섭 및 단체협약 : 제29조~제36조)에서 단체협약의 성립·존속·기간·효력에 관하여 규정하고 단체협약에 일정한 법률상의 효력을 부여하고 있다. 단체협약은 일정기간에 걸쳐서 일정한 근로조건을 규율하려는 것이므로 근로자단체라 하더라도 노동조합이 아닌 일시적 단체(쟁의단)나 협약당사자로서의 적격성(適格性)이 없는 어용조합은 단체협약을 체결할 능력이 없다. 단체협약은 반드시 서면으로 작성, 양 당사자들이 서명날인하고 행정관청에 신고하여야 한다. 노동조합및노동관계조정법은 공익성의 확보를 위하여 행정관청에 대하여 단체협약의 내용 중에 위법한 내용이 있는 경우에 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있도록 하고 있는데, 인사와 경영에 관한 사항이 단체교섭사항 또는 협약이 될 것인가가 주요 쟁점으로 부각되고 있다. 단체협약의 유효기간은 2년을 초과할 수 없다. 단체협약에서 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준(규범적 부분)에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효이며, 그 무효부분은 단체협약에 정한 기준에 의하고 근로계약에 규정되지 아니한 사항의 경우에도 동일하다(규범적 효력). 그 밖에 동법은 단체협약의 효력확장에 관하여 일반적 구속력과 지역적 구속력으로 나누어 규정하고 있다.

#### ◆ 단축된 결과범(短縮된 結果犯)

목적범의 한 유형으로 본래 구성요건결과를 초과하는 목적실현이라는 부가적 결과가 행위자의 구성요건행위 자체에 의해 직접 야기되며, 목적

실현이라는 부가적 결과의 발생을 위해 별개의 다른 행위를 필요로 하지 않는 목적범을 말한다. 예를 들어 내란죄(형법 제87조)에서 ‘국헌문란의 목적’, 출판물에의한명예훼손죄(형법 제309조)에서 ‘사람을 비방할 목적’, 준점유강취죄(제325조 2항)·준강도죄(제335조)에서 ‘재물의 탈환을 향거한 목적’, 각종위조죄(207조 이하)에서 ‘행사할 목적’, 그 이외에 사기, 강도, 공갈죄에서 ‘위법영득의 의사’ 등이 이러한 목적범에 해당한다.

◆ 당사자주의(當事者主義)

형사소송법에서 검사와 피고인의 대등한 지위를 인정하여 소송의 주도적인 역할을 함으로써 당사자 상호간의 공격이나 방어를 중심으로 심리가 진행되고 소송의 지휘자인 법원은 객관적이고 제3자적 입장에서 양당사자의 주장과 증거만을 토대로 재판하라는 소송구조를 말한다. 이점에서 당사자의 주장과 진술에 상관없이 법원의 주도권을 인정하는 직권주의에 상반되는 개념이다. 민사소송의 경우에는 형식적 당사자주의를 채용하고 있지만, 형사소송법은 탄핵주의적 소송구조를 전제로 하여 당사자주의와 직권주의를 결합한 형태의 소송구조를 가지고 있다. 영미법의 영향을 받아 당사자주의적 요소를 증가시키고 있다. 예를 들면 공소장 일본주의를 통하여 법관의 예단을 배제하여 공정한 심판이 되도록 하였고, (형사소송규칙 제118조), 공소장에 기재된 사실만을 심판대상으로 함으로써 심판대상을 명확히 하고(형사소송법 제254조), 심문의 방식에 있어서도 교호적 신문제도를 통하여 당사자에게 주도적인 신문권을 인정하면서 법원은 보충적 신문권을 인정하고 있는 점(형소법 제287조), 법원의 직권에 의한 증거조사에 대하여 참여권이 인정되어지고, 증거신청권을 당사자에게 인정함으로써 당사자주의적인 요소를 강화하고 있다. 헌법재판소는 현행 형사소송법이 당사자주의적 소송구조를 가지고 있다고 한다. 그래서 당사자주의 소송구조하에서는 자기에게 유리한 주장이나 증거는 각자가 자신의 책임하에 변론에 말해야 하는 것이고, 비록 자기가 상대방에게 유리한 증거를 가지고 있다거나 상대방에게 유리한 사실을 알고 있다고 하더라도 상대방을 위하여 이를 말해야 할 의무가 있다고 보기는 어려울 것이므로 상대방에게 유리한 증거를 제출하지 않거나

상대방에게 유리한 사실을 진술하지 않는 행위만으로는 소송사기에 있어 기망이 된다고 할 수 없다(2002. 6. 28. 대판 2001 도 1610).

#### ◆ 대용교도소(代用矯導所)

행형법 제68조에서 경찰서의 유치장은 미결수용시설로 준용한다는 규정이 있다. 이처럼 경찰서의 유치장이 교도소와 구치소의 대용으로 미결수를 수용하는 하나의 시설에 해당하는 바, 이를 대용교도소라고 한다. 이러한 대용교도소는 수사기관의 수사편의를 위해 주로 사용되는 시설이다. 경찰서 유치장은 미결수용실에 준하는 것이어서(행형법 제68조) 그곳에 수용된 피의자에 대하여는 행형법 및 그 시행령이 적용된다. 우리나라의 경우에 대용교도소에 대한 인식이 부족한 현실에서 교정시설의 민영화를 통하여 현행 교정시설을 통한 재사회화에 실패하고 있는 점을 반성하면서 민영화를 통한 교정교육의 실질화를 도모하기 위하여 “민영교도소등의설치·운영에관한법률”이 입법화되었다. 이에 따른 다양한 형태의 대용교도소가 등장할 것으로 기대된다.

수사기관의 유치장에 대하여 항상 인권침해의 소지가 많다는 점이 지적되어 폐지의 목소리가 높다. 헌법재판소는 “유치장 내의 화장실에 대하여 차단시설이 불충분하여 사용과정에서 신체부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 유치실내 화장실을 사용하도록 강제하는 것은 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다”(헌재 2001. 7. 19.[2000헌마 546])”라고 하여 위헌 결정을 하였다.

#### ◆ 대학의 자치(大學의 自治)

대학의 자치라 함은 연구와 교육이라는 대학 본연의 임무를 달성하는데 필요한 사항은 가능한 한 대학의 자율에 맡겨야 한다는 헌법상의 원



칙을 말한다. 학문의 연구는 기본적으로 인간의 지적 창조력의 발휘라고 하는 개인적 행위이지만, 그것을 보다 조직적·체계적으로 수행하며, 연구의 성과를 다음 세대에 교육하고 또 그것을 계승·발전시키기 위해서는 대학이라는 연구자집단과 학생집단의 장이 필요하며, 이를 위하여 대학에서의 인사나 시설·운영 등은 대학이 자주적으로 결정하고 관리하게 하는 대학의 자치가 요청된다. 헌법 제31조제4항은 “...대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 하여 헌법적 차원에서 대학의 자율성과 대학의 자치제를 보장하고 있다. 이는 동 조항에 의하여 비로소 창설된 제도가 아니라 학문의 자유를 보장한 헌법 제22조제1항에 근거하여 대학의 학문활동을 실효적으로 보장하기 위한 수단으로서 당연히 인정되는 것이며, 동 조항은 이를 재확인한 것에 불과한 것이다.

대학의 자치는 다음을 주된 내용으로 한다. 첫째, 대학은 인사에 관한 자주결정권을 가진다. 대학은 교수의 임용과 보직 등을 자주적으로 결정할 수 있어야 한다. 현행 법제하에서는 교육공무원의 임용은 그 자격·재교육성적 기타 능력의 실증에 의하여 행함을 원칙으로 하고 있고, 임용절차는 교육공무원법 제4장이 규정하고 있다. 둘째, 대학의 관리·운영에 관한 자주결정권이다. 여기에는 ①연구와 교육의 내용 및 그 방법과 대상, 교과과정의 편성 등에 관한 자주결정권, ②연구와 교육을 위한 시설의 관리에 관한 자주결정권, ③대학의 재정에 관한 자주결정권(財政高權) 등이 포함된다. 셋째, 대학은 학사에 관한 자주결정권을 가진다. 대학은 학생의 선발, 학생의 진형과 성적평가, 학점의 인정, 학위의 수여, 학생에 대한 포상과 징계 등을 자주적으로 결정할 수 있어야 한다.

그러나 대학도 결코 치외법권을 누리는 영역은 아니기 때문에 대학이 절대적 자율권을 향유한다고 할 수는 없다. 대학의 자치는 헌법에 의하여 제도의 하나로서 보장되는 것이므로 대학의 자치는 입법자가 법률로서 그 내용을 구체적으로 형성할 수 있는 이른바 제도내재적 법률유보에 따라 제한할 수 있는 것이다. 그러나 학문일반의 자유와 마찬가지로 대학의 자치도 그 본질적 내용을 침해하는 제한은 허용되지 아니한다.

◆ 대한법률구조공단(大韓法律救助公團, Korean Legal Aid Corporation)

대한법률구조공단은 법률구조사업을 효율적으로 추진하여 국민의 기본권을 옹호하고 법률복지를 증진하는 것을 목적으로 설립된 비영리 공익법인이다. 1972년 대한법률구조협회로 출발하여 1986년 12월 제정된 법률구조법에 의해 1987년 9월 1일 설립되었다. 주요 업무는 전국민을 대상으로 법적 구조를 받고자 하는 사람을 위해 무료로 법률을 상담해주고, 일정한 대상자들에 대해 화해·조정 및 소송대리, 형사 무료변호 등 국민의 기본권을 옹호하고 법률복지 증진에 힘쓰고 있다. 또한 법률구조 제도에 관한 조사·연구 및 강연회, 출장상담 등을 추진하여 분쟁을 사전에 예방하고 있다.

법률구조대상 사건은 국가를 상대로 하는 사건을 제외한 모든 민사·가사사건, 형사사건, 행정소송 및 헌법소원사건이다. 법률구조의 혜택을 받을 수 있는 대상은 전체 농·어민, 월평균 수입 150만원 이하의 근로자 및 영세상인, 6급 또는 6급 상당 이하의 공무원, 위관급 장교 이하의 군인, 국가보훈대상자, 물품을 사용하거나 용역을 이용하여 피해를 입은 소비자, 기타 생활이 어렵고 법을 몰라 스스로 법적 수단을 강구하지 못하는 국민(생활보장수급자, 소년·소녀 가장, 장애인, 모·부자 가정 등), 월평균 수입 150만 원 이하의 국내 거주 외국인, 민사소송법에 의하여 법원 등으로부터 소송구조결정을 받은 사건의 피구조자, 영세담배소매인(월평균 담배판매액이 150만 원 이하인 담배소매인), 가정폭력·성폭력·성매매로 인한 피해를 입은 여성(단, 국내 거주 외국인 여성 포함) 등이다.

법률구조를 받으려면 법률구조신청서, 주민등록등본, 법률구조대상자임을 증명할 자료, 주장사실을 입증할 자료를 해당지역의 공단사무실에 제출하면 된다. 소송 여부는 심사를 거쳐 결정되며 소송비용은 공단에서 대여해 주고, 판결이 나면 승패에 관계없이 소송비용을 상환하도록 되어 있다. 서울에 본부를 두고 각 지방검찰청에 13개 지부, 각 지청에 42개 출장소를 두었다. 임원으로는 이사장 1명과 13명 이내의 이사 및 감사

1명을 두고 있다. 이사장은 법무부장관이 임명하고 이사 및 감사는 이사장의 제청을 받아 법무부장관이 임명한다. 의결기관으로는 이사회가 있고, 심의기관으로는 중앙법률구조심사위원회가 있다.

◆ 도청(盜聽)

수사기관이 당사자의 동의없이 혹은 영장에 의하지 않고 불법적인 방법으로 타인의 대화내용을 몰래 수집하는 것을 말한다. 도청과 관련하여 비록 일반인의 출입이 허용된 음식점이라 하여도, 기관장들의 조찬모임에서의 대화내용을 도청하기 위한 도청장치를 설치할 목적으로 손님을 가장하여 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립한다는 것이 판례의 입장이다(1997. 3. 28. 대판 95 도 2674). 렉카 회사가 무전기를 이용하여 한국도로공사의 상황실과 순찰차간의 무선전화통화를 청취한 경우, 무전기를 설치함에 있어 한국도로공사의 정당한 계통을 밟은 결재가 있었던 것이 아닌 이상 전기통신의 당사자인 한국도로공사의 동의가 있었다고는 볼 수 없으므로 통신비밀보호법상의 감청에 해당한다고 하였다(2003. 11. 13. 대판 2001 도 6213).

◆ 독수의 과실이론(毒樹의 果實理論)

독수과실이론이란 위법하게 수집된 증거에 의해 발견된 제2차 증거의 증거능력을 배제하는 이론으로서 독나무열매이론 또는 먼거리효과라고도 말한다. 이 이론은 위법한 절차에 의한 증거능력을 배제하여야 한다는 위법수집증거배제법칙을 무의미하게 만들지 않기 위해서는 독수과실이론에 의하여 2차 증거도 증거능력을 배제해야 한다는 것이 다수설이다. 이 이론의 유래는 수사기관의 위법한 수사를 막기 위한 교육의 일환으로 인정된 것이다. 그러나 이러한 독수과실이론은 이를 인정하면서도 형사정책적 역기능을 초래할 수 있다는 비판에 따라서 1)임의성없는 자백에 기하여 수집된 제2차 증거에 대하여만 적용하자는 견해와 2)임의성없는 자백 가운데서도 강제자백으로 수집한 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해로 나누어지고 있다. 형사소송법 제318조제1항에서 검사와 피고인이 증거로 함에 동의한 증거에 대하여 증거능력을 인정하고 있으므로

비록 위법한 절차에 의하여 수집된 증거도 증거능력이 있다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다. 법원은 위법한 절차에 의한 증거능력의 경우 진술증거와 비진술증거로 나누어 비진술증거 즉, 증거물의 경우에는 위법수집증거능력배제법칙을 인정하고 있지 않기 때문에 독수과실이론도 받아들여지지 않고 있다. 독수과실이론은 종래에 독수독과이론이라는 명칭을 사용하여 그 명칭에서 묻어 나오는 의미만 보아도 증거능력을 배제하려는 의도가 강했지만, 형사정책적 역기능을 사유로 이를 제한적으로 해석하려는 시도가 늘고 있다. 예를 들어 비록 살인죄의 피의자를 체포하거나 신문하는 과정에 위법이 있고, 이 위법한 신문을 통하여 시체가 묻혀있는 곳을 알아냈다고 하여도 그 시체에 대한 증거능력을 부정할 수는 없지 않는가 하는 점이다.

#### ◆ 레퍼런덤(Referendum)

레퍼런덤은 대체로 헌법상 제도화되어 있는 헌법규범적인 것으로, 국민이 일정한 중요사항을 직접 투표로써 최종적으로 확정하는 국민표결제이다. 레퍼런덤의 유형은 ①헌법안에 대한 레퍼런덤과 법률안에 대한 레퍼런덤을 들 수 있는 바, 전자는 헌법안을 국민투표에 회부하여 최종적으로 확정하는 것을 말하고, 후자는 법률안에 대하여 국민의 의사를 직접 묻는 것을 말한다. ②또한 반드시 국민투표에 부쳐야 하는 필수적 레퍼런덤과 국민투표에 부치는 것이 강제되지 아니하는 임의적 레퍼런덤이 있다.

현행헌법상 규정하고 있는 헌법개정안에 대한 국민표결권은 헌법안에 대한 레퍼런덤이면서 필수적 레퍼런덤에 해당하며, 국가안위에 대한 중요정책에 대한 국민표결권은 임의적 레퍼런덤에 해당한다.

#### ◆ 리우선언(리우宣言, Rio earth charter)

리우선언은 자연과 인간, 환경보전과 개발의 양립을 목표로 한 리우회의의 기본 원칙을 담은 선언서를 말한다. 1992년 6월 3일부터 14일까지 브라질의 수도 리우데자네이루에서 ‘지구를 건강하게, 미래를 풍요롭게’라는 슬로건 아래 개최된 지구정상회담에서 환경과 개발에 관한 기본

원칙을 담은 선언문이다. 1972년 스웨덴 스톡홀름에서 열렸던 국제연합 인간환경회의의 인간환경선언을 재확인하면서 리우회의 마지막날에 채택되었다. 당초에는 현장에서 발표될 예정이었으나 개발도상국의 반대로 선언으로 조정되었다.

리우선언의 전문은 ‘환경과 개발에 관한 리우선언은 스톡홀름선언을 재확인하고 모든 국가와 사회의 주요분야, 그리고 모든 사람들 사이에 새로운 사회의 주요분야와 새로운 차원의 협력을 창조함으로써 새롭고 공평한 범세계적 동반자 관계를 수립할 목적으로 모두의 이익을 존중하고, 지구의 환경 및 개발체제의 통합성을 보호하기 위한 국제 협정 체결을 위하여 노력하며, 우리들의 고향인 지구의 통합적·상호의존적인 성격을 인식하면서 다음과 같이 선언한다’로 시작하여 총 27개 기본 원칙으로 구성되어 있다.

주요 원칙의 내용은 인간은 지속가능한 개발을 위한 관심의 중심으로 자연과 조화를 이룬 건강하고 생산적인 삶을 향유하여야 하며(원칙1), 환경영향평가 제도가 국가적 제도로 실시되어야 하고(원칙17), 여성은 환경관리 개발에 중요한 역할을 맡으며(원칙20), 국가는 환경분쟁을 국제연합현장에 따라 평화적이고 적절한 방법으로 해결해야 하고(원칙 26), 각 국가와 국민은 이 선언에 표명된 원칙의 실천을 향하여 성실히 또한 동반자의 정신으로 협력해야 한다(원칙27)는 내용을 담고 있다.

◆ 마그나 카르타(Magna Carta, 大憲章)

마그나 카르타는 1215년 영국 존왕이 귀족들의 강압에 따라 승인한 칙허장으로서 ‘대헌장’을 말한다. 존왕의 실정에 견디지 못한 귀족들이 런던 시민의 지지를 얻어 왕과 대결, 템스 강변의 러니미드에서 왕에게 승인하도록 한 귀족조항을 기초로 작성되었다. 원문에는 개조번호(個條番號)가 없으나 18세기이래 63개조로 정리되어 있다. 새로운 요구를 내놓은 것은 없고 구래(舊來)의 관습적인 모든 권리를 확인한 문서로서 교회의 자유, 봉건적 부담의 제한, 재판 및 법률, 도시특권의 확인, 지방관리의 직권남용 방지, 사냥, 당면한 애로사항의 처리 등 여러 규정을 포함하고 있다.

본래는 귀족의 권리를 재확인한 봉건적 문서였으나, 17세기에 이르러 왕권과 의회의 대립에서 왕의 전제에 대항하여 국민의 권리를 옹호하기 위한 최대의 증거로서 이용되었다. 특히 일반 평의회는 승인 없이 군역 대납금(軍役代納金)·공과금을 부과하지 못한다고 정한 제12조는 의회의 승인 없이 과세할 수 없다는 주장의 근거로서, 또 자유인은 같은 신분을 가진 사람에 의한 재판이나 국법에 의하지 않으면 체포·감금할 수 없다고 정한 제39조는 보통법재판소에서의 재판요구의 근거로서 크게 이용되는 금과옥조(金科玉條)가 되었다.

이와 같이 국민의 자유와 권리를 지키는 투쟁의 역사 속에서 항상 생각하게 되고 인용되는 가장 중요하고 기본적인 문서로서 영국의 헌정뿐만 아니라, 국민의 자유를 옹호하는 근대 헌법의 토대가 되었다.

◆ 망명권(亡命權 : 政治的 庇護請求權, Asylrecht)

망명은 혁명 또는 그 밖의 정치적인 이유로 자기 나라에서 박해를 받고 있거나 박해를 받을 위험이 있는 사람이 이를 피하기 위하여 외국으로 몸을 옮기는 것을 말한다. 이러한 망명자의 망명할 권리를 망명권 혹은 정치적 비호청구권이라 한다. 우리 헌법은 외국인의 정치적 망명권을 명문으로 규정하고 있지 않으나, 외국헌법 중에는 망명권 또는 정치적 비호청구권 등을 명문으로 규정하고 있는 경우가 있는 바, 독일기본법 제16조제2항제2문은 “정치적으로 박해를 받는 자는 비호청구권을 누린다”라고 규정하고 있다. 그 밖에 정치범불인도에 관한 국제조약과 국제선언으로는 세계인권선언(1948) 제14조, 망명자(난민)의 지위에 관한 조약(1951), 외교적 비호에 관한 카라카스조약(1954), 난민(망명자)의 대우에 관한 원칙(1966), 영토적 비호에 관한 선언(1967), 난민의 지위에 관한 1967년의 의정서, 비호권에 관한 조약안(1967) 등이 있다.

우리나라는 1992년 12월 3일 ‘난민의지위에관한조약’과 ‘난민의지위에관한의정서’에 동시가입하고, 범죄인인도법 제8조에서 정치적 성격을 가진 범죄 등인 경우에 그 범죄인을 인도하여서는 아니된다고 규정하고 있지만, 판례는 망명권에 관하여 소극적으로 해석하고 있다. 외국인에 대한

망명권의 보장은 인권의 보편성과 인권보장의 국제화 추세에 비추어 긍정적으로 해석해야 할 것이다.

◆ 면소판결(免訴判決)

재판에는 실체재판과 형식재판이 있는데, 실체재판은 일사부재리의 원칙이 인정되지만, 형식재판의 경우에는 이러한 효력이 원칙적으로 인정되지 않는다. 그런데 면소판결의 경우, 형식재판이면서도 일사부재리의 효력이 인정되는 재판이다. 따라서 면소판결의 본질에 관한 많은 논의가 있다. 따라서 실체재판으로 볼 것인가 아니면 형식재판으로 볼 것인가 절충적으로 이해할 것인가에 대하여 견해가 대립한다. 이에 대하여 우리 법원은 면소판결은 실체심리를 하지 않고 형식적으로 소송을 종결시키는 형식재판이라고 해석하고 있다. 면소판결의 사유에 대하여 형사소송법 제326조에서 확정판결이 있는 경우, 사면이 있는 경우 여기서 사면은 일반사면만을 의미한다고 하여야 한다. 공소시효가 완성된 경우 여기서 문제는 공소를 제기할 때에 공소시효가 완성된 경우를 말하는 것이 원칙이지만 공소가 제기된 경우에도 판결의 확정이 없이 15년을 경과하면 공소시효가 완성된 것으로 간주되므로 이 경우에도 면소판결을 해야 할 것이다. 그리고 범죄후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우에 면소판결을 해야 하는데 이 경우에도 추급효를 인정하는 한시법의 경우에는 포함되지 않는다. 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다.

공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 아직 공소시효가 완성되지 않았으나 변경된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우에는 공소시효의 완성을 이유로 면소판결을 선고하여야 한다(2001. 8. 24. 대판 2001도2902). 또한 “자동차관리법시행규칙(2003. 1. 2. 건설교통부령 제346호로 개정되기 전의 것) 제138조제1항제1호가 삭제되면서 제138조제3항과 제4항이 신설되어 폐차과정에서 회수되어 자동차 수리용으로 재사용되는 중고부품은 자동차안전기준 등에 저촉되지 아니하여

야 하고, 폐차업자는 재사용되는 원동기 등 기능성장치 또는 부품에 업체명, 전화번호, 사용된 차종, 그 형식 및 연식, 부품의 명칭, 주행거리 등이 기재된 표지를 부착하도록 하였는데, 그 취지는 자동차 생산기술의 발달로 그 부품의 성능과 품질이 향상됨에 따라 폐차되는 자동차의 원동기를 재사용 할 필요가 있고 이를 일정한 조건 아래에서 허용하더라도 별다른 문제가 발생할 여지가 많지 않음에도 불구하고 폐차시 원동기를 압축·파쇄 또는 절단하도록 한 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아 범령개폐로 인하여 형이 폐지된 사유에 해당하므로 면소판결하여야 한다”(2003. 10. 10. 대판 2003 도 2770)라고 판시하였다.

◆ 명백·현존위험의 원칙(明白·現存危險의 原則, rule of clear and present danger)

명백·현존위험의 원칙은 언론의 자유의 한계를 가름하는 기준으로서 뿐만 아니라 언론규제입법에 대한 합헌성판단기준으로서 미국의 판례를 통해 확립된 이론으로서 언론과 출판이 국가기밀을 누설하거나 타인의 명예 또는 사생활의 비밀을 침해하려고 하는 경우에 법원이나 관계기관이 정지명령 등으로 이를 억제하고자 하는 경우에 그 위험이 명백하고 현존하는 때에 한하여 제한적으로 행할 수 있다는 이론이다.

명백·현존위험의 원칙이 언론규제입법으로 등장한 것은 미연방대법원의 홈즈대법관이 1919년의 Schenck사건에서 이를 주장하면서부터이다. 제1차 대전 중 징병제반대를 주장하는 문서를 반포한 자가 방첩법(防諜法, Espionage Act)위반으로 기소된 사건에서 “본 건 문서 중의 표현은 피고들이 평상시에 한 것이라면 헌법상의 권리로서 보장받을 것이다. 그러나 모든 행위는 어떤 상황에서 행해졌는가에 따라 성격이 규정된다. 언론의 자유가 최대한으로 보장된다고 하여 극장 안에서 거짓으로 ‘불이야’라고 외쳐 혼란을 야기하는 사람까지 보호하지는 않을 것이다. 항상 문제가 되는 것은 어떤 표현이 법률상 금지된 실질적인 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 야기할 상황에서 행하여졌는가 하는 점이다. 그것은 접근성과 정도의 문제라고 할 수 있다. 국가가 전시에 처한 때에



는 평상시 같으면 할 수 있는 표현도 전쟁수행에 방해가 되므로 허용되지 아니하며, 법원도 그것을 헌법상의 권리로서 보호할 수 없다”라는 견해를 피력한 것에서 유래하는 것이다.

명백·현존위험의 원칙은 언론을 규제하기 위해서는 언론이 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 가지고 있음을 입증해야 한다는 이론이지만, 위험발생여부에 대한 사실인정의 기준이 되는 일종의 기술적인 증거법칙의 성격을 가지는 것이기도 하다. 여기서 명백이란 표현과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재함을 말하고, 현존이란 공공의 이익에 대한 해악의 발생개연성을 말한다. 따라서 명백·현존위험의 원칙은 자유로운 언론으로 말미암아 중대한 해악이 발생할 개연성이 있고, 언론과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재하며, 또 해악의 발생이 목전에 절박한 경우에 다른 수단으로는 이를 방지할 수 없으면 언론을 제한하는 것이 정당화된다는 이론이다.

이 원칙은 언론의 자유를 제한하는 이론적 근거로서 언론의 제한을 합리화하는 역할을 함과 동시에 언론의 자유를 최대한으로 보장하는 역할도 한다. 언론에 대한 통제를 언론에 의하여 야기되는 위험이 명백하고 현존하는 경우에 국한시킨다는 것은 그만큼 언론의 자유를 보장하는 것이 되기 때문이다. 그러나 그것은 위험성의 접근성과 정도가 문제되는 주관적 기준이라 할 수 있고, 이 원칙이 사법절차에서 합헌성판단의 기준으로 작용할 경우에는 상충하는 이익들의 형량이 요구되는데, 현실적으로는 오히려 언론을 규제하려는 쪽의 이익만이 강조됨으로써 진정한 의미의 이익형량이 이루어질 수 없게 될 위험도 있다는 비판이 있다.

1940년대의 미국판례에서는 이 원칙이 언론의 자유의 ‘우월론’과 결부되어 지대한 역할을 수행하였는 바, 그 계기가 된 것이 Thornhill사건에 관한 판결(Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88(1940))이었다. 이 판결 이후에는 표현에 의하여 야기되는 해악이 상당히 ‘중대’한 것이 아니면 그 표현을 법률로써 규제할 수 없다는 식으로 이 원칙에 추상적인 이익형량의 요소가 도입되어 법률 자체의 합헌성판단의 기준이 되기도 하였다. 즉, 이 시기의 미연방대법원은 ‘명백하고 현존하는 위험’이라

는 공식을 원용하면서도 실제로는 표현의 자유를 절대시하는 경향을 보여주었지만, 1951년의 Dennis사건에서는 추상적인 이익형량의 저울은 반전하여 ‘명백하고 현존하는 위협’은 정부를 폭력으로 전복하려는 경우처럼 해악이 중대한 것이면, 위험이 절박한 것이 아니더라도 언론을 억제할 수 있다는 방향으로 수정되었다(Dennis v. U.S., 341 U.S. 494(1951)).

#### ◆ 명예훼손죄(名譽毀損罪)

형법 제307조에서 “①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로 성립한다. 명예훼손죄에 있어서의 “공연성”의 의미는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 뜻하는 것이므로 비록 피고인이 세 사람이 있는 자리에서 또는 한 사람에게 전화로 허위사실을 유포하였다고 하더라도 그 사람들에게 의하여 외부에 전파될 가능성이 있는 이상 명예훼손의 공연성이 인정된다고 하여 공연성의 범위를 광범위하게 인정하고 있다(1990. 7. 24. 대판 90 도 1167). 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시는 사람의 사회적 가치 내지 평가를 저하시키는 구체적 사실의 적시를 요하며 단지 모욕적 언사를 사용하는 것은 모욕죄에 해당할 뿐 명예훼손죄에 해당하지는 않는다고 하여 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 구체적 사실의 적시를 요한다고 한다(1989. 3. 14. 대판 88 도 1397). 따라서 피해자에 대하여 “야 이 개 같은 잡년아, 시집을 열두번을 간 년아, 자식도 못 낳는 창녀같은 년”이라고 큰소리 친 경우, 위 발언내용은 그 자체가 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실이라기 보다는 피해자의 도덕성에 관하여 가지고 있는 추상적 판단이나 경멸적인 감정표현을 과장되게 강조한 욕설에 지나지 아니하여 형법 제311조의 모욕에는 해당하지언정, 형법 제307조제1항의 명예훼손에 해당한다고

보기 어렵다(1985. 10. 22. 대판 85 도 1629). 명예훼손죄의 보호법익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예를 말한다.

◆ 명확성의 원칙(明確性의 原則)

형벌권의 행사는 법률에 의해야 한다는 것이 죄형법정주의 원칙이다. 이러한 죄형법정주의 원칙의 내용 중에서 비록 입법부의 형식적인 절차를 통해 만들어진 법률이라도 범죄의 구성요건과 형사제재에 관한 규정이 법관의 자의적인 해석이 허용된다면 차라리 법률이 없는 것보다 못하다는 생각에서 인정된 원칙으로 구성요건과 형사제재가 구체적으로 명확하게 규정되어야 한다는 원칙을 말한다. 즉 범죄구성요건이 일반적으로 무엇을 금지 혹은 명령하는 것인지에 대하여 예측가능해야 하고, 구체적 보호법익이 무엇인가에 대하여 법관의 가치판단에 따라서 해석할 수 있게 위임하는 것은 부정되고, 별다른 어려움 없이 구체화 가능한 법률임에도 이를 하지 않는 것은 명확성의 원칙에 반한다는 것이다. 그리고 형사제재에 있어서도 어떠한 형벌 또는 보안처분을 과할 것인가를 가능하면 명확하게 규정하라는 원칙을 말한다.

◆ 모욕죄(侮辱罪)

형법 제311조는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원이하의 벌금에 처한다”라고 하여 모욕죄를 처벌하고 있다. 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 말한다. 예를 들어 나쁜 놈, 죽일 놈, 망할 년, 빨갱이, 무당 년, 개 같은 잡놈이라고 하는 경우를 말한다.

피고인이 방송국 시사프로그램을 시청한 후 방송국 홈페이지의 시청자 의견란에 작성·게시한 글 중 특히, “그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다”라는 등의 표현은 그 게시글 전체를 두고 보더라도, 그 출연자인 피해자에 대한 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사라고 하면서도 피고인이 방송국 홈페이지의 시청자 의견

란에 작성·게시한 글 중 일부의 표현이 모욕적 언사이기는 하나, 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 하여 모욕죄의 성립이 부정된 사례가 있다(2003. 11. 28. 대판 2003도 3972). 그리고 균형법상 상관면전모욕죄의 성립여부와 관련하여 전화를 통하여 상관을 모욕한 경우, 상관면전모욕죄가 성립하지 않는다고 하였다(2002. 12. 27. 대판 2002도 2539).

그리고 모욕죄는 공연성이 인정되어 하는데, 이는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다. 이에 대하여 동네사람 4명과 구청직원 2명 등이 있는 자리에서 피해자가 듣는 가운데 구청직원에게 피해자를 가리키면서 ‘저 망할 년 저기 오네’라고 피해자를 경멸하는 욕설섞인 표현을 하였다면 모욕죄가 성립한다는 판례가 있다(1990. 9. 25. 대판 90도 873).

#### ◆ 목적범(目的犯)

범죄구성요건에는 행위주체, 객체, 결과발생, 인과관계 등과 같은 객관적인 구성요건요소와 고의와 과실 같은 주관적 구성요건요소가 충족되어야 한다. 그런데 이러한 범죄구성요건에서 주관적 구성요건요소로서의 고의 이외에 일정한 행위의 목적을 필요로 하는 범죄를 목적범이라고 한다. 목적범에서의 목적은 구성요건의 외부적·객관적 사실을 초과하는, 즉 고의를 초과하는 내적 의도를 인식대상으로 한다는 점에서 고의와 구별된다. 또한 목적은 행위와 관련을 가진 유형적 개념으로서 불법판단의 기초가 된다는 점에서 법적으로 의미없는 비유형적 개념이면서 책임평가의 영향을 미치는 것에 불과한 동기와는 구별된다. 목적범의 종류에는 기본구성요건의 실현을 통하여 자동적으로 목적이 달성될 있는, 예를 들어 내란죄 같은 단축된 결과범, 기본구성요건만으로는 행위자의 목적을 달성할 수 없고 별개의 행위를 통해서만 야기될 수 있는 불완전한 행위범, 목적이 반드시 있어야 범죄가 성립하는 진정목적범, 목적이 있는 경우, 형의 가중 또는 감경사유가 되는 부진정목적범 등이 있다.

◆ 목적정당성의 원칙(目的正當性의 原則)

목적의 정당성이라 함은 국민의 기본권을 제한하는 의회의 입법은 그 입법의 목적이 헌법과 법률의 체계 내에서 정당성을 인정받을 수 있어야 한다는 것을 의미하는 것으로 국민의 기본권제한의 방법과 정도에 관한 과잉금지 원칙 중의 하나로서 인정되는 원칙을 말한다.

◆ 몰수(沒收)

범죄의 반복을 막거나 범죄로부터 이득을 얻는 것을 막기 위하여 범죄 행위와 관련된 이득을 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌의 유형이다(형법 제48조제1항). 몰수는 범인으로 하여금 범죄로 인하여 부당한 이득을 취득하지 못하도록 하는 데에 그 취지가 있는 한편, 그 물건으로부터 생겨날 사회적 위험을 방지하는 보완적·예방적 취지도 아울러 가진다. 즉 자유형과 벌금형만으로 달성할 수 없는 형벌의 기능을 보완하는 제도이다. 몰수의 종류에는 필요적 몰수와 임의적 몰수가 있다. 몰수의 대상을 살펴보면 ①범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건, ②범죄행위로 인하여 생겨거나 이로 인하여 취득한 물건, ③위의 ①, ②의 대가로 취득한 물건을 대상으로 하면서 몰수하기 위한 요건으로는 1)범인 이외의 자의 소유에 속하지 않아야 하는데, 여기서 범인이외의 자에는 공범은 포함되지 않고, 공무원범죄에관한몰수특례법은 피고인 이외의 제3자의 재산몰수가 가능하다고 규정하여 예외를 인정하고 있다(동법 제13조이하). 2)범죄 후 범인 이외의 자가 정(情)을 알면서 취득한 물건은 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다(형법 제48조제1항). 몰수는 원칙적으로 다른 형벌에 부가하여 과하는 부가형이지만, 예외적으로 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다(49조).

대통령 선거와 관련하여 정치자금에관한법률을 위반하여 정치자금을 수수하거나, 정치자금의 기부알선을 하는 과정에서 알선자가 정치자금을 받은 경우, 교부받은 금품을 제공한 자의 뜻에 따라 당이나 후보자 본인

에게 전달한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니므로 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수대상의 금액이 된다(2004. 4. 27. 대판 2004 도 482). 관세법위반으로 몰수대상이 된 경우에는 필요적 몰수에 해당하고, 범인이 점유하는 물품에 대하여 그 소유자 또는 소유자의 선의·악의를 불문하고 이를 몰수하여야 한다고 해석한다(2004. 3. 26. 대판 2003 도 8014).

#### ◆ 무기평등의 원칙(武器平等의 原則)

무기평등의 원칙이란 당사자주의적 소송구조하에서 재판의 양당사자인 검사와 피고인의 평등한 법적 지위를 인정하여 실제적 진실발견이라는 형사소송법의 이념을 실현하기 위한 원칙을 말한다. 검사와 피고인은 소송의 양당사자로 법정투쟁을 함에 있어서 공격과 방어의 무기가 평등하여야 한다는 원칙을 의미하므로, 무기평등의 원칙은 당사자 대등주의와 같은 말이다. 현행 소송법하에서 무기평등의 원칙은 검사와 피고인이 공판정에 원칙적으로 출석한 경우에만 소송이 개정된다는 공판정출석권(형소법 제275조제2항, 제276조), 검사가 피고인을 신문할 때에 피고인에게 진술거부권이 인정되는 것, 증거조사에서 신청권, 참여권, 증인신문권, 이의신청권 등의 권리가 당사자에게 인정되고, 최종변론단계에서 검사의 의견진술권과 피고인의 최후진술권의 보장, 상소권 등이 무기평등의 원칙을 구현하고 있는 제도이다. 그 밖에도 공판기일전에 증거조사신청권이나 공판기일전의 증거제출권 등 또한 공판준비절차에서 인정되는 무기평등의 원칙을 위한 제도로 이해된다.

특히 무기평등원칙을 실현하기 위해서는 법률전문가이면서 거대한 조직을 가진 검사와 대등한 지위에 놓이기 위해서는 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리가 철저히 보장될 필요가 있다. 그리고 법원은 국선변호인제도 등을 통하여 후견적 보호가 필요하다.

#### ◆ 무노동·무임금의 원칙(無勞動·無賃金の 原則)

무노동·무임금의 원칙이라 함은 파업기간 또는 근로시간 중의 노조활동이나 노조전임자에 대해서는 임금을 지급하지 않는다는 원칙을 말한다.

이 원칙에 관하여 대법원은 “쟁의행위로 인하여 사용자에게 근로를 제공하지 아니한 근로자는 일반적으로 근로의 대가인 임금을 청구할 수 없다 할 것이지만, 구체적으로 임금청구권을 갖지 못하는 임금의 범위는 임금 중 사실상 근로를 제공한 데 대하여 받는 교환적 부분과 근로자로서의 지위에서 받는 생활보장적 부분 중 전자에만 국한된다”(1992. 3. 27. 대판 91 다 36307)라고 ‘무노동 부분임금’의 원칙을 판시하였다. 그러나 대법원은 1995년 12월 21일 종전의 판례를 변경하여 ‘무노동 완전무임금’설을 택하였다(1995. 12. 21. 대판 94 다 2671).

◆ 무죄추정의 원칙(無罪推定の原則)

헌법 제27조제4항에서 “형사피고인은 유죄의 재판이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하여 무죄추정의 원칙을 명문화하였다. 따라서 형사절차에서 피고인 또는 피의자는 유죄판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다. 프랑스 혁명을 통하여 무죄추정의 원칙은 확립되었다. 무죄추정의 원칙은 인권과 명예를 유린당하기 쉬운 피의자·피고인의 지위를 옹호하고, 형사절차에서 그들의 불이익을 필요최소한에 그치게 하자는 것이며, 그것은 인간의 존엄성존중을 궁극의 목표로 하는 민주헌법의 이념에서 유래한 것이다. 따라서 무죄추정의 원칙은 재판을 담당하는 법관의 기본자세와 판결의 기본방향을 규정하는 원칙일 뿐만 아니라, 수사기관의 자세와 마음가짐에 대한 원칙이기도 하다. 또한 이 원칙은 판결 이전의 절차에서는 물론 판결 자체와 판결형성의 과정에서도 준수되어야 할 원칙이다.

무죄추정의 원칙은 다음을 그 내용으로 한다. ①헌법은 형사피고인에 대해서만 이를 규정하고 있으나 형사피의자에게도 당연히 적용되어야 할 것이다. ②불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 이루어져야 한다. ③범죄사실의 입증책임은 기소자측에 있고 피고인 자신이 무죄임을 적극적으로 증명할 필요가 없다. ④범죄혐의에 관하여 입증이 없으면, ‘의심스러운 때에는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 무죄를 선고하여야 한다. ⑤유죄의 예측 아래 무리한 진실추구

를 하여서는 아니되고 피고인의 인권옹호에 특별히 유의해야 하며, 필요 이상의 강제조치에 대해서는 피고인이 시정을 요구할 수 있다.

현행 형사소송법 제275조의2에서 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하여 명문의 규정은 피고인에게 무죄추정의 원칙이 인정된다고 하고 있지만, 이에는 해석상 당연히 피의자도 포함된다. 유죄판결이 확정된다는 의미는 형의 선고판결에 한하지 않고 형의 면제 또는 선고유예판결을 포함한다(형소법 제321조제1항). 집행유예판결은 형선고의 판결에 해당한다. 면소·공소기각·관할위반 등의 형식재판은 유죄판결이 아니므로 면소 또는 공소기각 등 형식적 판결이 확정된 경우에도 무죄로 추정된다. 유죄판결이 확정되면 무죄의 추정이 깨어지므로 재심청구인은 무죄로 추정되지 아니한다고 해석해야 한다. 무죄추정의 원칙은 형사절차에서 소추권자인 검사가 피고인의 유죄를 증명하지 않는 한 피고인은 무죄로 인정된다. 그리고 무죄인지 유죄인지에 대한 확정이 불분명한 경우에 법원은 무죄로 선고하여야 한다. 그리고 무죄추정의 원칙에 의하여 수사절차에서도 인신구속의 제한을 통하여 이념을 구현하고 있다. 필요적 보석, 체포·구속적부심사제도 또한 무죄추정의 원칙을 구현하는 제도적 장치라고 할 수 있다.

◆ 묵비권(默秘權)

헌법 제12조제2항에서 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하여 진술거부권을 명문화하고 있다. 이에 따라 형사소송법은 피고인과 피의자의 진술거부권을 규정하고 있다(형소법 제200조제2항, 제289조). 따라서 피고인 또는 피의자는 수사절차 또는 공판절차에서 수사기관의 질문에 대하여 진술을 거부할 권리를 가진다. 진술거부권은 위법하고 부당한 강제를 통한 자백을 강요당하지 않을 권리를 보장하는 기능을 한다. 그리고 검사와의 무기평등의 원칙을 도모하고 공정한 재판의 이념을 실현하기 위한 기능도 한다. 진술거부권의 범위에 관하여 피고인 또는 피의자가 거부할 수 있는 것은 진술에 한하므로 지문의 채취, 신체의 측정, 사진촬영, 신체검사 등은 진술거부권행사의 대상이 아니다. 다만 검증이나 감정에서 예를



들어 목소리의 감정의 경우에 문제의 소지가 있지만, 이 경우에도 역시 피의자 또는 피고인의 진술인 이상 구두이든 서면이든 진술거부권의 대상이 된다고 할 것이다. 오늘날 특히 문제가 되는 것은 거짓말 탐지기를 이용한 신체의 생리적 변화를 검증하는 것에 대하여 진술인가 아닌가의 대립이 있지만 넓은 의미에서 진술에 해당한다고 보아야 할 것이다. 진술거부권은 모든 진술에 대하여 거부할 수 있다는 점에서 반드시 자신에게 불리한 진술만을 거부할 필요는 없다고 할 것이다. 여기서 문제는 인정신문에서 진술거부권의 대상이 되는가 하는 것인데 인정신문의 경우, 이미 알려진 사실관계를 확인하는 것에 불과하지만, 이를 통하여 피고인에게 불리한 결과를 야기한다면 진술거부권을 인정되어야 할 것이다. 진술거부권 행사의 실효성을 위하여 형사절차 전반에서 고지제도를 인정하고 있다. 진술거부권은 포기할 수 있는가에 대하여 헌법상 인정된 기본권이므로 진술거부권은 포기의 대상이 아니라고 본다. 따라서 진술거부권을 행사한다고 하여 피고인 또는 피의자에게 불리한 심증형성을 하여서는 안 된다. 그러므로 구속사유의 인정여부를 결정하거나 양형에서의 불이익을 주어서는 안될 것이다.

◆ 미결수용(未決收容)

미결수용이란 형이 확정되지 않은 상태에서 수사기관의 유치장이나 교도소 또는 구치소에 구금되어 있는 것을 말한다. 미결수용의 경우, 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설내의 규율 및 안전유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 아니된다. 또한 미결구금은 수사 및 재판 등의 절차확보를 위해 불가피한 것이기는 하나 실질적으로 형의 집행에 유사한 자유의 제한을 초래하는 폐단이 있다는 것은 널리 인식되어 있는 사실이다. 미결수용자들은 구금으로 인해 긴장, 불안, 초조감을 느끼는 등 심리적으로 불안정한 상태에 빠지고 위축되며, 육체적으로도 건강을 해치기 쉽고, 자칫 열악하고 불리한 환경의 영향으로 형사절차에서 보장되어야 할 적정한 방어권 행사에 제약을 받거나 나아가 기본적 인권이 유린되기 쉽다. 그러므로 구금자체의 폐단을 최소화하고 필요이상으로

자유와 권리가 제한되는 것을 피하기 위해서, 그리고 이들의 형사절차상 방어권의 실질적 보장을 위해서는 규율수단의 선택에 있어 충돌되는 이익들간의 신중한 비교교량을 요하며, 통제의 효율성에만 비중이 두어져서는 아니된다. 위와 같은 점들은 현행범으로 체포되었으나 아직 구속영장이 발부·집행되지 않은, 즉 구속여부에 관한 종국적 판단조차 받지 않은 잠정적 지위에 있는 이 사건 청구인들에게도 당연히 적용되고, 이들에 대한 기본권 제한은 구속영장이 발부·집행된 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것이며, 이들의 권리는 가능한 한 더욱 보호됨이 바람직하다.

#### ◆ 미란다원칙(Miranda原則)

미란다원칙은 검사나 사법경찰관이 범죄피의자를 체포·구속할 때, 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인의 도움을 받을 수 있는 권리, 진술을 거부할 수 있는 권리 등이 있음을 미리 알려 주어야 한다는 원칙을 말한다. 1966년 미국 연방대법원의 판결로 확립된 원칙이다. 1963년 3월 미국 애리조나주 피닉스 시경찰은 당시 21세였던 멕시코계 미국인 어네스토 미란다를 납치·강간 혐의로 체포했다. 경찰서로 연행된 미란다는 피해자에 의해 범인으로 지목되었고, 변호사도 선임하지 않은 상태에서 2명의 경찰관에 의해 조사를 받았다. 미란다는 처음에는 무죄를 주장했으나 약 2시간 가량의 신문과정 후 범행을 인정하는 구두 자백과 범행자백자술서를 제출했다.

그러나 재판이 시작되자 미란다는 자백을 번복하고, 진술서를 증거로 인정하는 것에 이의를 제기했다. 애리조나 주법원은 그의 주장을 받아들이지 않고 최저 20년, 최고 30년의 중형을 선고했다. 미란다는 애리조나 주대법원에 상고했지만 역시 유죄가 인정되었다. 그는 최후수단으로 연방대법원에 상고를 청원했다. 상고청원서에서 미란다는 미국 수정헌법 제5조에 보장된 불리한 증언을 하지 않을 권리와 제6조에 보장된 변호사의 조력을 받을 권리를 침해당했다고 주장했다.

연방대법원은 1966년 5대 4의 표결로 미란다에게 무죄를 선고했다. 이유는 그가 진술거부권, 변호인선임권 등의 권리를 고지(告知)받지 못

했기 때문이라는 것이다. ‘미란다판결’이라고 부르게 된 이 판결은 보수적인 미국인들로부터 1960년대의 다른 인권판결과 마찬가지로, 대법원이 범죄예방이나 범죄피해자의 권리보다는 범죄자의 권리를 더 존중하고 있다는 거센 비난을 받았다. 반발이 있기는 했지만 대부분의 주정부 경찰들은 미란다판결 이후 연방대법원의 판결취지에 따라 미란다 경고문을 만들어, 수사관들이 피의자를 체포하거나 신문할 때는 이 경고문을 미리 읽어 주도록 했다. 미란다판결 이후 미란다경고가 수사에 어떤 영향을 미쳤는지에 관해 많은 조사가 이루어졌는데, 그 결과는 미란다판결로 인해 범죄자들이 무죄 석방되리라는 우려는 기우였다는 것이다.

현행 헌법 제12조와 형사소송법 제2002조의5는 ‘체포 또는 구속의 이유’를 알려 주도록 규정하고 있으며, 대법원도 2000년 7월 4일 미란다원칙을 무시한 체포는 정당한 공무집행이 아니라는 판결을 내렸다.

◆ 미성년자의제강간·강제추행죄(未成年者擬制強姦·強制醜行罪)

형법 제305조에서 13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자를 처벌하고 있다. 즉 13세 미만의 여자를 간음하거나 강제추행함으로써 성립하는 범죄이다. 여기서 보통의 강간이나 강제추행처럼 폭행이나 협박을 요건으로 하지 않는다. 본죄는 친고죄이며 미수범에 대한 처벌규정은 없지만 미수범을 처벌한다는 견해가 통설이다. 그러나 우리나라의 판례에서는 본죄에 대하여 매우 소극적인 입장을 취하고 있다. 예를 들어 대법원은 7세 6개월 남짓 되는 초등학교 2학년 아동 진술의 특성 및 신빙성, 정액반응감정의 신빙성을 인정하는데 매우 소극적으로 일관하면서 미성년자의제강간의 성립을 부정하기도 하였다(2004. 5. 28. 대판 2004 도 1462).

◆ 미필적 고의(未必的 故意)

범죄가 성립하기 위한 요건으로서 구성요건의 충족이 필요한데, 이 구성요건에는 주관적 구성요건요소와 객관적 구성요건의 충족이 필요하다. 특히 주관적 구성요건요소 중에서 고의가 원칙적으로 필요로 한다. 고의란 범죄성립사실에 대한 인식 또는 인용을 말한다. 일반적으로 범죄가

성립하기 위해서는 직접적이고 구체적인 고의가 있을 것을 요구하지만, 경우에 따라서 간접적이고 불확정적이어도 범죄성립의 전체적 상황을 객관적으로 판단하여 고의의 성립을 인정하는 경우가 있는데 이러한 고의를 미필적 고의라고 한다. 예를 들어 의무경찰이 학생들의 가두캠페인 행사관계로 직진하여 오는 택시의 운전자에게 좌회전 지시를 하였음에도 택시의 운전자가 계속 직진하여 와서 택시를 세우고는 항의하므로 그 의무경찰이 택시 약 30cm 전방에 서서 이유를 설명하고 있는데 그 운전자가 신경질적으로 갑자기 좌회전하는 바람에 택시 우측 앞 범퍼부분으로 의무경찰의 무릎을 들이받은 사안에서 그 사건의 경위, 사고 당시의 정황, 운전자의 연령 및 경력 등에 비추어 특별한 사정이 없는 한 택시의 회전반경 등 자동차의 운전에 대하여 충분한 지식과 경험을 가졌다고 볼 수 있는 운전자에게는, 사고 당시 최소한 택시를 일단 후진하였다가 안전하게 진행하거나 의무경찰로 하여금 안전하게 비켜서도록 한 다음 진행하지 아니하고 그대로 좌회전하는 경우 그로부터 불과 30cm 앞에서 서 있던 의무경찰을 충격하리라는 사실을 쉽게 알고도 이러한 결과발생을 용인하는 내심의 의사, 즉 미필적 고의를 인정하고 있다(1995. 1. 24. 대판 94 도 1949). 피고인이 자신의 허리띠를 잡으며 욕설하는 피해자를 과도로 오른손에 들고 찢어서 피해자가 좌흉부에서 심장을 찢은 후 도망친 경우, 상해의 부위·정도로 볼 때 단순히 피해자를 위협하기 위하여 서로 밀고 당기는 과정에서 발생한 것이 아니고 피고인이 과도로 피해자의 왼쪽 가슴을 힘껏 깊숙이 찢은 것으로 보여지고 그 범행이 우발적이라 할지라도 살인의 결과발생을 인식하고 저지른 소행으로서 미필적 고의를 인정하였다(1989. 12. 26. 대판 89 도 2087).

#### ◆ 민중소송(民衆訴訟, Populärklage)

민중소송이란 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위배되는 행위를 한 때에, 사인이 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조제3호). 민중소송은 자기의 구체적 권리·이익의 침해와는 무관하게 다만 행정법규의 적정한 적용을 확보하기 위한 소송이라는 점에서 객관적 소송에 해당한다. 민중

소송은 행정법규의 적절한 적용을 보장하기 위하여 제소자(提訴者)의 권익침해의 요건을 완화하여 널리 일반민중에게 출소권(出訴權)이 인정되지만, 모든 민중에게 제기가 인정되는 것은 아니며 소송의 종류에 따라 제기권자를 제한하고 있다. 따라서 민중소송은 법률적 쟁송에는 해당하지 않으므로, 법률에 명시적 규정이 있는 경우에만 허용된다. 일반선거인이 제기하는 선거소송과 일반투표인이 제기하는 국민투표무효소송이 그 예이다.

◆ 반론보도청구권(反論報道請求權 : 反論權, right of reply)

반론보도청구권은 정기간행물이나 방송 등에서 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 입은 자가 발행인이나 방송사업자에게 서면으로 반론보도문을 게재해 주거나 반론보도를 방송해 줄 것을 청구하는 권리로서 원문보도가 허위일 것을 요하지 아니한다. 반론보도청구권의 헌법상 근거로는 헌법 제21조제4항의 “언론·출판은 타인이 명예나 권리…를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라는 규정을 들 수 있다. 이에 따라 방송법 제91조제1항과 정기간행물의등록등에관한법률 제16조제1항도 반론보도의 방송 또는 반론보도문게재청구권으로서의 반론보도청구권을 규정하고 있다.

이것은 헌법상 보장된 인격권이라든가 사생활의 비밀과 자유 등을 바탕으로 하는 것이며, 피해자에게 반박의 기회를 허용함으로써 언론보도의 공정성과 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수 있다는 뜻도 함께 지닌 것이다. 헌법재판소는 이에 대하여 “반론권으로서의 정정보도청구권이 인정되는 취지로는 다음의 2가지를 들 수 있다. (1)언론기관이 특정인의 일반적 인격권을 침해한 경우, 피해를 받은 개인에게도 신속·적절하고 대등한 방어수단이 주어져야 함이 마땅하며, 특히 공격내용과 동일한 효과를 갖게끔 보도된 매체 자체를 통하여 방어 주장의 기회를 보장하는 반론권제도가 형평의 원칙에도 부합한다. (2)독자로서는 언론기관이 시간적 제약아래 일방적으로 수집 공급하는 정보에

만 의존하기보다는 상대방의 반대주장까지 들어야 비로소 올바른 판단을 내릴 수 있기 때문에, 이 제도는 진실발견과 올바른 여론형성에 중요한 기여를 할 수 있다”(헌재 1991. 9. 16.[89 헌마 165])라고 판시하였다.

반론보도청구권의 행사요건과 절차는 다음과 같다. 정기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장으로 피해를 입은 자는 공표가 있은 후 1월 또는 3월 이내에 서면으로 정기간행물의 발행인·편집인 또는 방송사업자에게 반론보도의 게재 또는 반론방송을 청구할 수 있다. 반론보도청구에 관한 분쟁을 중재하고 정기간행물의 게재내용에 의한 침해사항을 심의하기 위하여 언론중재위원회가 있으며, 법원에 반론보도청구심판을 제기하려면 언론중재위원회의 중재를 거쳐야 한다.

◆ 방법적정성의 원칙(方法適正性(手段相當性)의 原則)

방법적정성의 원칙은 기본권제한의 방법과 그 정도에 관한 원칙인 과잉금지의 4가지 원칙 중의 하나로서 국민의 기본권을 제한하는 입법을 하는 경우에 법률에 규정된 기본권제한의 방법은 입법목적의 달성하기 위한 방법으로서 효과적이고 적절한 것이어야 한다는 것을 말한다.

헌법재판소는 “거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 교육법시행령 제71조 및 제112조의6 등의 규정은…학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 아니한다”(헌재 1995. 2. 23.[91 헌마 204])라고 하여 기본권 제한과 그 정도에 있어서 방법적정성의 원칙을 과잉금지의 원칙의 하나로서 인정하고 있다.

◆ 방송심의위원회(放送審議委員會)

방송심의위원회는 방송법 제34조에 따라 방송의 공정성 및 공공성에 대한 방송위원회의 심의를 효율적으로 수행하기 위해 방송위원회에 두는 기관이다. 심의위원은 방송위원회 위원장이 방송위원회 위원들의 동의를 얻어 위촉하며, 심의위원회의 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 방송위원회 규칙으로 정한다.

1980년까지는 방송심의위원회의 업무를 한국방송윤리위원회가 수행하였다. 방송윤리위원회는 1962년에 임의 단체로 발족해, 1963년 방송법 통과로 법률상의 기관이 되었다. 1964년 언론윤리위원회법이 통과되면서 방송법의 방송윤리위원회 부분이 삭제되어 다시 임의 단체로 활동하다가, 1973년 방송법 개정으로 법률상의 기관으로 활동하였으며, 1981년 초에 시행된 언론기본법에 따라 방송심의위원회로 개편되었다. 따라서 방송윤리위원회가 행한 심의결정사항과 텔레비전 영화검열심의회 업무는 방송심의위원회로 승계되었다. 그러다 1988년 다시 방송위원회로 개편되었고, 2000년 3월 13일 통합방송법이 시행됨에 따라 방송위원회의 소속기관이 되었다.

심의위원회의 주요 임무는 방송의 공정성과 공공성이 제대로 지켜지는지를 심의하는 것으로, 방송위원회 내에는 다음과 같은 심의위원회가 있다. 첫째, 보도교양 제1심의위원회는 지상파 방송의 방송내용 가운데 보도·교양 부문을 위주로 매주 1회 이상 상정된 안건을 심의하고 이 결과를 상임위원회에 건의한다. 둘째, 보도교양 제2심의위원회는 지상파 방송 이외의 방송 내용 가운데 보도·교양 부문을, 셋째, 연예오락 제1심의위원회는 지상파 방송의 내용 가운데 연예·오락 부문을, 넷째, 연예오락 제2심의위원회는 지상파 방송 이외의 방송 내용 가운데 연예·오락 부문을 심의한다. 다섯째, 상품판매방송심의위원회는 방송광고 및 홈쇼핑 채널 사용사업자의 상품판매방송 프로그램을 심의하고, 여섯째, 선거방송심의위원회는 공직선거및선거부정방지법 제8조의2제5항에 규정된 선거방송의 공정성 여부 외에 시정요구사항 및 반론보도청구, 선거방송과 관련한 사항 가운데 방송위원회 위원장이 부의하는 안건 등을 심의한다. 심의결과처리에 관한 사항은 모두 첫째의 경우와 같다.

◆ 방송위원회(放送委員會, Korean Broadcasting Commission)

방송위원회는 방송의 기본계획을 수립하고, 방송의 공적 책임 및 공정성과 공익성을 유지하기 위하여 설치된 합의제 행정기구이다. 1981년 3월 7일 언론기본법 제34조에 의거하여 처음 설립된 후 언론기본법이 폐

지되고, 1987년 11월 28일 개정 방송법이 제정됨에 따라 1988년 8월 3일 방송위원회가 구성되었다. 1991년 12월 31일 종합유선방송법이 제정·공포됨에 따라 1992년 8월 14일 종합유선방송위원회가 구성되었다. 2000년 방송법이 시행됨에 따라 2000년 3월 13일 새롭게 출범하였다. 설립목적은 방송의 공적 책임·공정성·공익성을 실현하고, 방송내용의 질적 향상 및 방송사업에서의 공정한 경쟁을 도모함에 있다.

주요 직무로는 크게 방송의 기본계획 수립, 방송 프로그램 및 방송광고의 운용·편성 등에 대한 방송정책 수립, 방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자·전광판방송사업자의 허가 및 추천에 관한 방송행정업무, 방송 프로그램 내용의 공공성 및 공정성 준수여부를 심의하는 방송심의 업무, 한국방송(KBS)·방송문화진흥회·한국교육방송공사(EBS) 등의 방송사 인사에 대한 사항 등이 있으며, 그밖에도 방송발전기금 조성 및 운용, 시청자의 불만처리, 방송에 관한 조사·연구·홍보 등의 직무를 수행하고 있다.

위원회는 대통령이 임명한 9인의 위원으로 구성하며, 위원 중 3인은 대통령이 선임하고, 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를, 3인은 방송관련 전문성과 시청자 대표성을 고려한 국회 문화관광위원회의 추천의뢰를 받아 국회의장이 추천한 자를 임명한다. 위원의 임기는 각각 3년이며, 1회에 한하여 연임할 수 있다. 위원 9인 중 5인은 상임위원으로 위원장은 정무직 장관급의 지위를 지니고 있으며, 부위원장을 포함한 상임위원 4인은 정무직 차관급의 지위를 지니고 있다.

위원장은 국회에 출석하여 의견을 진술하고 보고할 의무와 국무회의에 출석할 수 있는 권한, 국무총리에게 의안을 제출할 수 있는 권한 및 예산회계법상의 중앙관서의 장으로서의 지위를 갖는다. 방송위원회의 업무를 보조하기 위하여 사무총장 및 사무처를 두는데, 현재는 2실 3국, 2실 16부, 2실 7팀 4지역사무소로 구성되어 있다. 주요 부서로는 비서실·감사실·홍보실·전략개발팀·총무부·기획관리실·방송정책실·매체정책국·방송진흥국·평가심의국·시청자지원실·지역사무소(대전·광주·대구·부산) 등이 있다.



◆ 배상명령(賠償命令)

배상명령이란 형사사건의 피해자가 범인의 형사재판과정에서 간편한 방법으로 민사적인 손해배상명령까지 받아낼 수 있는 제도이다. 절도나 상해를 당한 경우에 그 범인이 절도죄나 상해죄로 형사처벌을 받는다고 하더라도 피해자가 피해보상을 받으려면 따로 민사소송절차를 밟아야 하는 것이 원칙이지만 피해자에게 신속·간편하게 보상을 받도록 해주기 위하여 인정되는 제도이다. 소송촉진등에관한특례법 제25조에서 배상명령제도를 명문화하고 있다. 따라서 유죄판결을 선고할 경우에 법원은 직권 또는 피해자나 그 상속인의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비손해의 배상을 명할 수 있다. 배상명령을 신청할 수 있는 형사사건은 상해, 중상해, 폭행치사상, 과실치사상, 업무상과실치사상, 절도나 강도, 사기나 공갈, 횡령이나 배임의 피해자일 때, 재물을 손괴 당했을 때로 한정되어 있다. 그러나 법원은 피고사건에 있어서 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여도 배상을 명할 수 있다. 다만 피해자의 주소나 성명이 분명하지 아니한 때, 피해금액이 특정되지 아니한 때, 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 때, 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송절차에서 배상명령을 함이 상당하지 아니하다고 인정할 때에는 배상명령이 제한된다. 동법 제26조에서 배상의 신청은 제1항에서 피해자는 제1심 또는 제2심 공판의 변론 종결시까지 사건이 계속된 법원에 제25조의 규정에 의한 피해배상을 신청할 수 있다. 신청서에는 1)피고사건의 번호 또는 사건명 및 사건이 계속된 법원, 2)신청인의 성명과 주소, 3)대리인이 신청할 때에는 그 성명과 주소, 4)상대방 피고인의 성명과 주소, 5)배상의 대상과 그 내용, 6)배상을 청구하는 금액을 기재하고 서명날인하여야 한다. 그러나 피해자가 증인으로 법정에서 출석한 때에는 구술로 배상을 신청할 수 있다. 이 때에는 공판조서에 신청의 취지를 기재하여야 한다(동조제5항). 신청인은 배상명령이 확정되기까지는 언제든지 배상신청을 취할 수 있다(동조제6항). 다만, 피해자는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 다른 절차에

의한 손해배상청구가 법원에 계속중인 때에는 배상신청을 할 수 없다(동조제7항). 피해자는 법원의 허가를 받아 그 배우자·직계혈족·형제자매 또는 호주에게 배상신청에 관하여 소송행위를 대리하게 할 수 있고 피고인의 변호인을 대리인이 될 수 있다(동법 제27조). 배상명령은 유죄판결의 선고와 동시에 하여야 한다. 배상명령은 일정액의 금전지급을 명함으로써 하고 배상의 대상과 금액을 유죄판결의 주문에 표시하여야 한다. 배상명령의 이유는 특히 필요하다고 인정되는 경우가 아니면 이를 기재하지 아니한다. 또한 배상명령은 가집행할 수 있음을 선고할 수 있다(동법 제31조).

배상신청이 부적법한 때 또는 그 신청이 이유 없거나 배상명령을 함이 상당하지 아니하다고 인정될 때에는 결정으로 이를 각하하여야 한다. 유죄판결의 선고와 동시에 제1항의 재판을 할 때에는 이를 유죄판결의 주문에 표시할 수 있다. 신청을 각하하거나 그 일부를 인용한 재판에 대하여 신청인은 불복을 신청하지 못하며, 다시 동일한 배상신청을 할 수 없다(동법 제32조). 그러나 유죄판결에 대한 상소의 제기가 있는 때에는 배상명령은 피고사건과 함께 상소심에 이심된다. 상소심에서 원심의 유죄판결을 파기하고 피고사건에 대하여 무죄·면소 또는 공소기각의 재판을 할 때에는 원심의 배상명령을 취소하여야 한다. 이 경우 상소심에서 원심의 배상명령을 취소하지 아니한 때에는 이를 취소한 것으로 본다(동법 제33조). 그러나 이러한 배상명령은 당사자의 피해합의에 의하여 배상명령을 한 경우에는 적용되지 않는다. 상소심에서 원심판결을 유지하는 경우에도 배상명령에 대하여는 이를 취소 변경할 수 있다. 피고인은 유죄판결에 대하여 상소를 제기함이 없이 배상명령에 대하여만 상소제기 기간내에 형사소송법의 규정에 의한 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 즉시항고 제기후 상소권자의 적법한 상소가 있는 때에는 즉시항고는 취하된 것으로 본다(동법 제33조제5항). 확정된 배상명령 또는 가집행선고있는 배상명령이 기재된 유죄판결서의 정본은 민사집행법에 의한 강제집행에 관하여는 집행력있는 민사판결 정본과 동일한 효력이 있다(동법 제34조). 만약에 다른 소송을 통하여 손해배상을 청구하는 경우에 위에서 인정된 금액을 제외한 나머지만 청구할 수 있다.

◆ 벌금형(罰金刑)

범죄인으로 하여금 일정한 금액을 지불하도록 강제하는 형벌을 말한다. 과료와는 적용대상범죄와 금액의 차이에서 구별된다. 그리고 과태료 혹은 범칙금은 행정벌 또는 질서위반법의 성질을 가지고 있을 뿐 형벌이 아니라는 점에서 구별된다. 몰수는 주형과 부가형이라는 차이가 있다. 벌금은 형벌이므로 제3자에 의한 대납이 허용되지 않고, 국가에 대한 채권과의 상계가 허용되지 않고, 범인 이외의 자의 공동연대책임이 허용되지 않고, 원칙적으로 벌금은 상속되지 않는다. 다만 형사소송법 제478조에서 몰수 또는 조세, 전매 기타 공과에 관한 법령에 의하여 재판한 벌금 또는 추징은 그 재판을 받은 자가 재판확정후 사망한 경우에는 그 상속 재산에 대하여 집행할 수 있고, 제479조에서 범인에 대하여 벌금, 과료, 몰수, 추징, 소송비용 또는 비용배상을 명한 경우에 범인이 그 재판확정 후 합병에 의하여 소멸한 때에는 합병후 존속한 법인 또는 합병에 의하여 설립된 법인에 대하여 집행할 수 있다고 하여 예외를 인정하고 있다. 현재 벌금액은 5만원 이상이고 감경하는 경우에는 5만원 미만으로도 할 수 있다(형법 제45조). 벌금은 형법 제69에서 판결확정일로부터 30일내에 납입하여야 하며 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간동안에 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다(형법 제69조). 벌금의 상한은 제한이 없지만 형법 각칙에서 벌금액의 상한액을 제한하는 총액벌금제도를 취하고 있다.

◆ 범죄피해자구조법(犯罪被害者救助法)

범죄로 인하여 사망하거나 중장해를 입고도 가해자를 알 수 없거나 가해자에게 자력이 없는 관계로 피해의 전부 또는 일부를 보상받지 못하고, 생계유지가 곤란한 사정이 있는 때에는 국가에서 피해자 또는 유족에게 일정한 한도의 구조금을 지급하는 제도를 범죄피해자구조제도라고 하는데, 우리나라는 범죄피해자구조법을 제정하여 이를 실현하고 있다. 또한 수사 또는 형사재판절차에서 고소·고발이나 증언을 하였다는 이유로 보복범죄를 당한 경우에는 구조요건이 일반범죄의 구조요건보다 완화

되어 가해자의 불명 또는 무자력, 피해자의 생계곤란 여부와 관계없이 구조금을 지급받을 수 있다. 구조금의 종류에는 유족구조금과 장해구조금으로 구분하며, 일시금으로 지급한다(범죄피해자구조법 제4조). 구조금을 지급받을 수 있는 사람은, 유족구조의 경우는 살인 등 강력범죄로 인하여 사망한 사람의 유족 중에서 피해자의 사망당시 피해자의 수입에 의하여 생계를 유지하고 있던 배우자, 자, 부모, 손, 조부모, 형제자매이다(동법 제5조제1항). 태아는 유족의 범위를 적용함에 있어서는 이미 출생한 것으로 보고, 유족구조금의 지급을 받을 유족의 순위는 동법 제5조제1항에 열거한 순서로 하고, 부모의 경우에는 양부모를 선순위로 하고 친생부모를 후순위로 한다(동조제3항). 유족이 피해자를 고의로 사망하게 하거나 피해자가 사망하기 전에 그의 사망으로 인하여 유족구조금을 지급받을 수 있는 선순위 또는 동순위의 유족이 될 자를 고의로 사망하게 한 경우는 유족구조금을 지급받을 수 있는 유족으로 보지 아니한다. 피해자가 사망한 후 유족구조금을 지급받을 수 있는 선순위 또는 동순위의 유족을 고의로 사망하게 한 경우도 그러하다(동조제4항). 둘째, 장해구조의 경우는 위와 같은 범죄로 인하여 중대한 신체장해를 당한 사람으로 신체장애등급 기준상 1급 내지 3급의 장해에 해당하여 노동능력을 100% 상실한 사람을 말한다. 다만, 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있는 사유가 있는데, ①피해자와 가해자간에 친족관계(사실혼관계 포함)가 있는 경우, ②피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우, ③기타 사회통념상 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우와 범죄피해를 원인으로 국가배상법 또는 기타 법령에 의한 급여 등을 지급받을 수 있는 경우 및 가해자로부터 손해배상을 받은 때에는 그 금액의 한도내에서 구조금을 지급하지 않는다(동법 제6조이하). 구조금을 지급받고자 하는 사람은 그 주소지 또는 범죄발생지를 관할하는 지방검찰청에 설치된 범죄피해구조심의회에 신청하면 된다. 다만, 범죄로 인한 피해가 발생한 것을 안 날로부터 1년이 경과하였거나, 범죄피해가 발생한 날로부터 5년이 경과한 때에는 신청할 수 없다(동법 제11조·제12조). 구조금의 지급을 받을 권리는 양도 또는 담보로 제공하거나 압류할 수 없다(동법 제18조).

◆ 범죄피해자구조청구권(犯罪被害者救助請求權 : 國家救助請救權)

범죄피해자구조청구권은 본인에게 귀책사유가 없는 타인의 범죄행위로 말미암아 생명을 잃거나 신체상 피해를 입은 국민이나 그 유족이 가해자로부터 충분한 피해배상을 받지 못한 경우에 국가에 대하여 일정한 보상을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”라고 하여 범죄피해자의 국가구조청구권을 규정하고 있다. 범죄피해자에 대한 구조제도는 멕시코(1929년)와 쿠바(1936년)에서 입법화된 이후, 1960년대 이후에는 영국·미국·스위스·스웨덴·독일 등에서 법제화하였으며, 일본은 1080년에 범죄피해자등급부금지급법을 제정·공포한 바 있다. 우리나라는 현행헌법에서 범죄피해자구조제도를 신설하고, 범죄피해자구조법이 제정되어 1988년 7월 1일부터 시행되고 있다.

헌법 제30조의 범죄피해자에 대한 국가구조의 본질은 사회보장으로서의 성격과 국가책임으로서의 성격을 아울러 가지는 복합적 성격의 제도로 이해해야 하며, 직접 효력을 발생하는 구체적이고 현실적인 국가배상적 사회보장청구권을 의미한다. 범죄피해자구조청구권의 내용은 범죄피해자구조금의 청구와 지급으로서 유족구조금과 장해구조금으로 구분된다. 유족구조금은 피해자가 사망한 경우에 유족에게 지급되고, 장해구조금은 피해자에게 지급되며, 범죄피해자는 가해자가 불명하거나 자력이 없기 때문에 피해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하고 그로 인하여 생계유지가 곤란한 경우에 한하여 보충적으로 구조금을 청구할 수 있다. 구조금의 지급방법은 일시불을 원칙으로 한다.

범죄피해자의 구조여부를 결정하기 위하여 범죄피해자구조심의회를 두며, 심의회는 지방검찰청에 설치되고 법무부장관의 지휘·감독을 받는다. 구조금을 지급받고자 하는 자는 해당 범죄피해의 발생을 안 날로부터 1년 이내 또는 해당 범죄피해가 발생한 날로부터 5년 이내에

주소지·거주지 또는 범죄발생지를 관할하는 범죄피해자구조심의회에 신청하여야 한다. 심의회가 피해의 구조를 결정하면 피해자는 구조금을 지급받을 권리를 취득하며, 구조금 수령권은 양도·압류·담보로 제공할 수 없으며 2년간 행사하지 아니하면 소멸한다.

#### ◆ 법관의 독립(法官의 獨立)

법관의 독립은 법관이 재판할 함에 있어 내외의 간섭으로부터 독립한다는 재판상 독립과 이를 위한 법관의 신분상 독립을 의미한다. 법관의 재판상 독립은 헌법과 법률 및 양심에 따른 심판과 내외부작용으로부터 독립한 심판을 그 내용으로 하는 것으로 직무상의 독립을 의미하며, 신분상의 독립은 법관인사의 독립과 법관의 자격과 임기를 법률로 규정함으로써 법관의 신분을 보장하는 인적 독립을 의미한다.

법관의 재판상 독립의 내용을 이루는 헌법과 법률에 의한 심판은 법관이 심판을 함에 있어서 헌법과 법률에 구속된다는 법적 기속(羈束)의 원리에 의한 것으로 법치국가의 원리에 비추어 당연한 것이지만, 실질적으로는 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성을 유지하고 재판의 정당성을 보장하기 위한 것이다. 헌법에는 성문헌법은 물론이고 헌법적 관습까지 포함되지만, 법률의 경우에는 형사재판이나 민사재판이나 또는 행정재판이나에 따라 그 의미가 동일하지 아니하다. 형사재판에서는 죄형법정주의가 지배하므로, 그 실체법은 형식적 의미의 법률이어야 하며, 다만 헌법 제76조의 긴급명령·긴급재정경제명령과 국회의 비준동의를 얻은 조약만이 예외로 인정된다. 그러나 민사재판과 행정재판에서는 실체법은 형식적 의미의 법률에 한정하지 아니하고, 일체의 성문법과 이에 저촉되지 아니하는 관습법 또는 조리와 같은 불문법도 포함된다. 이와는 달리 형사·민사·행정재판을 불문하고 모든 재판은 절차법에 관한 한 형식적 의미의 법률에 따라야 하며, 다만 대통령의 긴급명령과 긴급재정경제명령 및 소송절차에 관한 대법원규칙은 예외가 된다. 법관이 헌법과 법률에 의하여 재판을 하는 경우에 법률에 대해서는 그 존속 또는 폐지여부, 신법 또는 구법여부, 일반법 또는 특별법여부, 위헌여부 등을 심사해야

하고, 법률이외의 법규일 때에는 타법규와의 효력상의 위계여하와 위헌·위법여부를 심사해야 한다.

또한 양심에 따른 심판에 있어서 양심은 법관으로서의 양심을 의미하며, 이는 도덕적·윤리적 양심이 아닌 공정성과 합리성에 바탕한 법해석을 직무로 하는 자의 법조적 양심인 법리적 확신을 말한다. 따라서 인간으로서의 도덕적·윤리적 확신과 법관으로서의 법리적 확신이 일치하지 아니할 경우 법관은 법리적 확신을 우선 시켜야 한다. 심판에 있어서의 독립은 법관이 재판에 있어 헌법과 법률 그리고 자신의 양심 이외에는 어떠한 외부적 간섭이나 영향도 받지 아니하며, 재판결과에 대해서도 형사상·징계상의 책임을 추궁당하지 아니함을 뜻한다. 따라서 타국가기관과 소송당사자 및 외부적·정치적 세력으로부터의 심판의 독립은 물론 사법부내부작용으로부터도 심판의 독립은 이루어져야 함을 의미한다고 하겠다.

#### ◆ 법률구조제도(法律救助制度)

법률구조제도는 법률지식이 부족하거나 경제력의 결핍으로 법의 보호를 충분히 받지 못하는 사람들을 돕기 위한 제도로써 법률상담을 비롯하여 변호사에 의한 소송대리, 기타 법률사무에 관한 각종 지원을 통하여 피해발생을 예방하고 침해당한 권리를 구제함으로써 기본적 인권을 보호하는 사회복지제도이다.

1972년 7월 대한법률구조협회가 설립되어 법률구조사업이 시작되었으나, 이 협회에 의한 법률구조사업이 주로 검찰업무의 부수적인 성격으로 추진되어 자연히 소극적인 범주를 벗어나지 못하였다. 1980년대에 들어와서 국민의 권리의식 향상과 법률구조에 대한 필요성의 증대로 법률구조의 활성화가 논의되어 1986년 12월 23일 법률 제 3862호로 법률구조법이 제정·공포됨으로써 대한법률구조공단(大韓法律救助公團)이 설립되었다.

이 공단 외에도 대한변호사협회 내에 법률구조사업회(法律救助事業會)가 있고 각 지방변호사회에 12개의 지부가 설치되어 있어서 법률구조를 해줌으로써 사회정의 실현에 기여하고 있다.

### ◆ 법원의 독립(法院의 獨立)

법원의 독립은 권력분립의 원리에 따라 공정한 재판을 사명으로 하는 법원이 그 조직·운영 및 기능면에서 입법부와 집행부 등으로부터 독립해야 한다는 것을 의미한다. 헌법 제110조 제1항은 권력분립의 관점에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”라고 규정하고 있는 것은 곧 법원의 조직·운영 및 기능면에서의 독립을 강조한 것이다. 법원의 독립은 입법부와 집행부로부터의 독립과 법원의 자율성을 그 주요내용으로 하고 있다.

법원의 독립은 먼저 입법부로부터의 독립을 의미하는 것으로 의회와 법원은 조직·구성·운영·기능면에서 상호 독립적이어야 한다. 즉, 의원은 법관을 겸직할 수 없고, 의회는 법률에 의해서만 법원을 조직하고 법률에 의해서만 법원의 기능을 규제할 수 있으며, 의회가 법원의 재판과정에 개입하거나 재판의 내용에 간섭하거나 특정인을 처벌하는 내용의 법률인 재판적 법률을 제정할 수 없다는 것을 의미한다. 의회의 법원에 대한 탄핵소추권도 법관이 헌법과 법률을 위배한 사실을 요건으로 하는 것이므로, 의회에 대한 법원의 예속을 의미하는 것은 아니며, 오히려 헌법은 법원이 독자성과 자율성을 유지할 수 있도록 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송절차 등에 관한 규칙제정권을 대법원에 부여함으로써 의회에 대한 법원의 독립성을 보장하고 있다.

또한 법원의 독립은 집행부로부터의 독립을 의미한다. 법원의 독립은 전제군주국가에서의 관방사법(官房司法)에 대한 투쟁과정에서 쟁취한 것이기 때문에 집행부로부터의 법원의 독립이 사법권 독립에 있어 본질적 요소라고 할 수 있다. 따라서 집행부와 법원은 조직·운영·구성 및 기능면에서 상호 독립적이어야 하며, 집행부의 구성원과 법관의 겸직은 금지되며, 법원이 행정처분을 할 수 없는 것과 마찬가지로 집행부도 재판에 간섭하거나 영향력을 행사할 수 없다. 헌법 제102조 제3항이 “대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다”라고 규정하고 있는 것과 제101조 제3항이 “법관의 자격은 법률로 정한다”하고 규정하고 있는 것은 사법부



에 대한 집행부의 간섭을 배제하려는 데에 본래의 목적이 있는 것이라 할 수 있다.

뿐만 아니라 법원의 독립이 유지되려면, 법원의 내부규율과 사무처리가 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 법원이 이를 자율적으로 처리할 수 있는 사법자치제가 확립되어야 한다. 헌법 제108조에서 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”라고 하여, 법원의 자치와 자율성을 보장하기 위하여 대법원에 규칙제정권을 부여하고 있다. 다만 법원의 조직은 의회가 제정한 법률에 의거하고 법관의 재판도 의회가 제정한 법률에 구속되기 때문에, 사법부의 입법부로부터의 독립에는 법치국가적 요청에서 오는 일정한 한계가 있으며, 대법원장과 대법관을 대통령이 임명하도록 하는 것과 법원의 예산안을 정부가 편성하고 국회가 이를 심의·확정하고 있는 것은 법원의 조직상 독립에도 일정한 한계가 있음을 말해주는 것이다.

◆ 법익균형성의 원칙(法益均衡性(法益比例性)의 原則)

법익의 균형성은 기본권의 제한이 목적정당성, 방법적정성, 제한최소성의 원칙들에 적합한 경우에도 기본권의 제한이 의도하는 정치·경제·사회적 유용성과 그 제한에 의하여 야기되는 국민적·사회적 손실을 비교형량하여 양자간에 합리적인 균형관계가 성립해야 함을 의미하는 것으로 기본권제한의 방법과 정도에 관한 과잉금지의 원칙 중의 하나로서 인정되는 원칙이다. 이 원칙은 어떠한 행위를 규제함으로써 초래되는 사적 불이익과 그 행위를 방치함으로써 초래되는 공적 불이익과 비교하여, 규제함으로써 초래되는 공익이 보다 크거나 적어도 양자간에 균형이 유지되어야 한다는 원칙이다. 기본권제한에 있어 법익형량의 이론의 이론은 실질적 공평의 요청에서 유래한 것으로 배분적 정의의 실현이라고도 할 수 있다.

우리 헌법재판소의 판례와 독일 연방헌법법원의 판례도 기본권을 규제함에는 기본적 인권의 존중과 공공복리의 필요를 비교형량하여 양자간에 적정한 균형이 유지되도록 하는 것을 목표로 해야 한다고 판시하였다.

헌법재판소는 “19세 미만의 청소년들에게 술을 팔지 못하게 하는 위 법률조항은 그 합리성이 인정되고, 나아가 식품접객업자인 청구인이 위 법률조항으로 인하여 만19세 미만의 자에게 술을 팔지 못하여 받게 되는 불이익의 정도와 청소년에 대한 술의 판매를 규제하여 청소년이 건전한 인격체로 성장하는 데 기여하게 되는 공익을 비교할 때에 전자의 불이익은 그렇게 크다고 볼 수 없는 반면, 후자의 공익은 매우 크고 중요한 것이라고 인정되어 위 법률조항이 청구인의 직업수행의 자유를 과도하게 제한하여 이를 침해하는 것이라고 할 수 없다”(헌재 2001. 1. 18.[99헌마 555])라고 판시하였다.

#### ◆ 법익형량의 원칙(法益衡量的 原則)

가치교량의 원칙 또는 이익과 반대이익의 사회적 정당한 조정을 말하는 것으로 이익교량의 원칙에 의하여 경미한 이익은 희생하고 우월한 이익은 유지하는 것이 적법하다는 원칙을 말한다. 이는 형법의 기능을 법익을 보호하는데 있다는 사상을 배경으로 하여 우월한 법익을 보호하는 것이 적법하다는 법익형량의 원칙을 말하는 것이다. 오늘날은 이익교량의 원칙이라고 하여 법익형량만을 기준으로 적법성을 판단하는 것은 문제라고 하면서 다의적 이익을 총체적으로 형량하는 것이 타당하다는 의미에서 이익교량의 원칙으로 발전하였다.

#### ◆ 법정경찰권(法廷警察權)

공정한 재판이 진행되기 위해서는 법정의 질서유지가 전제되어야 한다. 법정경찰권이란 법정의 질서를 유지하고 심판을 방해하는 것을 막기 위하여 법원이 행사하는 권력작용을 말한다. 본래 법원의 권한인 법정경찰권은 사실상 소송지휘권과 관계가 크므로 질서유지와 신속성, 기동성을 고려하여 재판장에게 권한을 행사하도록 하고 있다(법원조직법 제58조제1항).

따라서 재판장은 법정의 존엄과 질서를 해할 우려가 있는 자의 입정 금지 또는 퇴정을 명하거나 기타 법정의 질서유지에 필요한 명령을 발할 수 있다(동법 제58조제2항)라고 하여 적절한 예방조치를 취할 수

있고, 누구든지 법정안에서는 재판장의 허가없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 금지하고(제59조), 재판장은 법정에 있어서의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 개정전후를 불문하고 관할경찰서장에게 경찰관의 파견을 요구할 수 있다(제60조제1항). 파견된 경찰관은 법정내외의 질서유지에 관하여 재판장의 지휘를 받는다(동조제2항). 이러한 명령이나 규정에 위반한 경우, 폭언·소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자에 대하여 재판장은 직권으로 결정에 의하여 20일 이내의 감치 또는 100만원이하의 과태료에 처하거나 이를 병과할 수 있다(제61조제1항). 법원은 제1항의 감치를 위하여 법원직원·교도관 또는 경찰관으로 하여금 즉시 행위자를 구속하게 할 수 있으며, 구속한 때로부터 24시간이내에 감치에 처하는 재판을 하여야 하고 이를 하지 아니하면 즉시 석방을 명하여야 한다(동조제2항). 감치는 경찰서유치장·교도소 또는 구치소에 유치함으로써 집행한다. 감치는 피감치인에 대한 다른 사건으로 인한 구속 및 형에 우선하여 집행하며, 감치의 집행중에는 피감치인에 대한 다른 사건으로 인한 구속 및 형의 집행이 정지되고, 피감치인이 당사자로 되어 있는 본래의 심판사건의 소송절차는 정지된다. 다만, 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 소송절차의 속행을 명할 수 있다. 제1항의 재판에 대하여는 항고 또는 특별항고를 할 수 있다(동조제3항·4항·5항). 법정경찰권의 행사는 공개재판주의와 충돌할 소지가 있는데, 이에 대하여 대법원은 “법원이 법정의 규모·질서의 유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 피고인들의 가족·친지 기타 일반 국민에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 등의 방법으로 방청인의 수를 제한하는 조치를 취하는 것이 공개재판주의의 취지에 반하는 것은 아니다”라고 하고 있다(1990.6.8. 대판 90 도 646).

◆ 법정질서유지권(法廷秩序維持權)

공평하고 신속한 재판을 진행하기 위하여 법정의 질서유지는 필수적이다. 따라서 재판장에게 질서유지를 위하여 법정경찰권이 인정되는데 이

는 심리의 전후 혹은 심리중에만 인정되고, 법정내에서만 원칙적으로 인정된다. 그리고 심리에 관계하는 사람, 즉 방청인, 피고인, 검사, 변호인, 법원사무관, 배석판사도 법정경찰권에 복종하여야 한다.

#### ◆ 법치국가의 원리(法治國家의 原理)

법치국가의 원리는 모든 국가적 활동과 국가공동체적 생활은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 근거를 두고 법률에 따라 이루어져야 한다는 헌법원리로서 일반적으로 사람이나 폭력이 지배하는 국가가 아니라 법이 지배하는 국가를 말한다. 법치국가의 원리는 다양한 성격과 내용을 가지는 것이지만 그 이론적 배경은 영국에서의 법의 지배론과 독일에서의 법치국가론에 두고 있다.

영국에서의 법의 지배론은 법의 우위론이라고 하는 바, 지배자의 자의적인 권력행사를 억제할 목적으로 중세이래 영국헌법을 일관하는 법이념이다. 이는 17세기의 군주적 대권의 절대성에 반대하여 보통법의 우위성을 주장한 에드워드 코우크경에 의해 법의 지배론으로 주장되고, 명예혁명에 의하여 법원리로서 확립되었으며, 다이시에 의하여 이론적으로 체계화되었다. 엘버트 다이시는 ‘헌법학서설’에서 영국헌법의 기본원리로서 의회주의·헌법적 관습 그리고 법의 지배를 들고, 이러한 요소들이 영국헌법하에서 개인의 자유와 권리를 보장하는 요소라고 하였다. 영국에서의 법의 지배는 왕권에 대한 법의 우위에서 출발하여 보통법원의 우위로 발전하고 결국 의회주권주의에 도달하였다. 다이시가 영국헌법의 특징이라 주장한 법의 지배는 개인의 자유와 권리를 보다 효율적으로 확보하기 위한 절차법적 측면에 중점을 두는 법원리이며, 미국에서 법원에 의한 위헌법률심사제 내지 사법권의 우위론으로 전개되었다. 독일에서의 법치국가론은 경찰국가나 관료국가에 대립하는 개념으로서 오토 마이어에 의하면 법치국가는 ‘법률우위의 원칙’, 특히 행정의 법률적합성을 기반으로 하는 국가이며, 이러한 견해가 그 후 칼 슈미트에 의해 ‘법치국가는 국가권력의 제한과 통제의 원리로서 시민적 자유의 보장과 국가권력의 상대화체계를 그 구성요소로 한다’라는 이론으로 발전하였다.

법치국가의 목적은 국민의 자유와 권리의 보장이고, 그 제도적 기초는 권력의 분립이며, 그 내용은 법률의 우위·법률에 의한 행정·법률에 의한 재판이다. 즉, 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려 할 때에는 반드시 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률로써 해야하고(의회주의와 법률의 우위), 행정은 법률의 존재를 전제로 그에 의거하여 행해져야 하며(법률에 의한 행정=행정의 합법률성), 사법도 법률의 존재를 전제로 법률에 따라 행해져야 한다(법률에 의한 재판)는 요청이 법치국가의 내용이다. 따라서 법치국가의 원리가 법에 의한 통치의 원리를 의미한다고 할 때, 그 법은 두 가지 기능을 수행한다. 적극적으로 국가권력의 발동의 근거로서의 기능을 수행하고(법의 제1차적 기능), 소극적으로는 국가권력을 제한하고 통제하는 기능을 수행한다(법의 제2차적 기능).

법치국가의 구성요소로는 최소한 성문헌법주의, 기본권과 적법절차의 보장, 사법적 권리구제제도의 완비, 권력의 분립, 위헌법률심사제의 채택, 집행부에 대한 포괄적 위임위법의 금지, 행정의 합법률성과 그에 대한 사법적 통제, 공권력의 행사에 대한 예측가능성과 신뢰보호의 원칙 등을 들 수 있다.

오늘날에는 법치주의가 법률에 의거한 공권력의 행사라는 의미만을 가지는 것이 아니라, 법률의 목적과 내용도 정의에 합치하는 정당한 것이어야 한다는 실질적 법치주의로 발전하고 있다. 실질적 법치국가라 함은 인간의 존엄성존중과 실질적 평등 그리고 법적 안정성의 유지와 같은 정의의 실현을 그 내용으로 하는 법에 의거한 통치원리를 기반으로 하는 국가로서 과거의 형식적 법치국가가 그 통치의 형식적 합법성을 특징으로 하는 국가였다면, 오늘날의 실질적 법치국가는 통치의 정당성을 특징으로 하는 국가라고 할 수 있다.

◆ 변론주의(辯論主義)

당사자에게 소송의 주도적 지위를 인정하는 것, 즉 검사와 피고인이 대등한 지위에서 소송절차를 진행시키는 것을 당사자주의적 소송구조라

고 한다. 당사자주의는 배심주의를 기반으로 하여 발전된 것으로 변론주의라고도 한다. 이러한 변론주의는 실체적 진실발견이라는 형사소송의 이념을 실현하기 위한 것으로서 사실관계에 대하여 가장 많은 증거와 사실을 알고 있는 소송의 양당사자가 자신의 입장에서 검사는 유죄의 인정을 통하여 국가형벌권을 발동시키려 할 것이고, 반대로 피고인은 자신이 무죄임을 적극적으로 주장함으로써 실체적 진실에 쉽게 접근할 수 있고, 이를 통하여 소송법적 이념을 실현할 수 있다는 것이다. 이러한 당사자주의에 의한 실체판단을 위해서는 변호인의 참여가 보장되어 무기평등의 원칙이 지켜져야만 하는 것을 전제한다. 그러나 이러한 당사자주의는 신속한 재판을 침해할 가능성이 있고, 지나친 대립은 소송을 스포츠화할 우려가 있고, 당사자의 처분권이 인정된 경우 국가형벌권이 당사자의 거래나 타협의 대상으로 전락할 위험이 있다는 문제점이 있다.

#### ◆ 변형결정(變形決定)

변형결정이라 함은 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심사함에 있어서 심판대상인 법률의 위헌성이 인정됨에도 불구하고, 헌법합치적 해석의 필요 또는 입법자의 입법형성권에 대한 존중, 법적 공백으로 인한 혼란의 방지 등을 이유로 법률에 대한 단순위헌선언을 피하고 그 한정된 의미영역 또는 적용영역이 위헌임을 선언하거나 법률이 헌법에 합치하지 않음을 선언하는 등 다양한 결정유형을 말한다. 변형결정의 유형에는 헌법불합치결정과 입법촉구결정 그리고 한정합헌결정 및 한정위헌결정 등이 있다.

독일에서는 위헌법률이 소급하여 효력을 상실하게 되므로, 법적 안정성과 입법부의 입법형성의 자유를 존중하기 위하여 그 소급무효를 제한하기 위한 변형결정형식의 판결이 선고되고 있다. 그러나 우리 헌법재판소법은 합헌과 위헌의 두 가지 결정형식만을 예정하고 있을 뿐 아니라, 위헌결정을 하는 경우에도 일반법규는 즉시무효, 형벌법규는 소급무효라는 제도를 규정하고 있으므로 변형결정에 대한 필요성이 상대적으로 제한된다고 해석될 수 있다. 하지만 헌법재판소 판례와 다수설은 규범통제에

서 제기되는 모든 문제를 적절히 해결하기 위해서는 즉시무효와 더불어 변형결정도 불가피한 것으로 보고 있다(헌재 1989. 9. 8.[88 헌가 6]).

◆ 변호인(辯護人)

변호인은 피고인 또는 피의자의 방어권을 보충함으로써 무기평등의 원칙을 보장하고 이를 통하여 당사자의 주도적 소송행위를 보조하고 조력하기 위한 임무를 가진 보조자이다. 변호인은 형식적으로는 소송주체가 아니고, 소송주체인 피고인 또는 피의자의 보조자에 지나지 않는다. 그러나 필요적 변호사건이나 변호인의 참석이 인정된 소송절차에서 사실상 소송주체로서의 기능을 담당하고 있다고 할 것이다. 검사의 공격에 대응하기 위해서는 변호인의 조력은 필수적이라고 할 것이고, 이를 위하여 필요적 변호사건의 확대와 국선변호인의 선임범위를 확대할 필요가 있다. 변호인의 종류에는 사선변호인과 국선변호인, 그리고 변호사자격 있는 변호인과 변호사자격이 없는 변호인이 있다. 변호인의 자격은 변호사중에 선임하는 것이 원칙이다(형사소송법 제31조). 그러나 대법원이 아닌 법원은 특별한 사정이 있으면 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하는 것을 허가할 수 있다고 하여 특별변호인의 선임을 인정하고 있다(동법 제31조단서). 변호인의 수에는 제한이 없으나 신속한 재판을 보장하기 위하여 3인 이내의 대표변호사를 선임할 수 있는 제도를 두고 있다(동법 제32조의3제3항). 한 변호인이 수인의 피고인을 동시에 변호하는 공동변호인제도는 원칙적으로 허용되지 않지만 국선변호인에 관해서는 예외를 인정할 수 있다(형사소송규칙 제15조제2항). 변호인의 선임은 변호인과 선임자가 서명·날인한 변호인선임서를 공소제기전에 사건을 취급하는 검사 또는 사법경찰관에게 제출하고, 공소제기 후에는 법원에 제출함으로써 이루어진다(제32조제1항). 변호인의 선임은 사건단위로 하는 것이므로 그 효력은 공소사실의 동일성이 인정되는 사건, 즉 소송법상 하나의 사건 전부에 미친다. 다만, 구속적부심사청구에만 변호인의 선임을 인정하는 의사표시를 명확히 한 경우에는 사건의 일부에 대한 변호인선임의 효력이 인정된다. 변호인의 선임은 해당 심급에 대해서만 효력을 미친다(동법 제32조).

◆ 변호인의 조력을 받을 권리(辯護人の 助力을 받을 權利 : 辯護人依  
賴權)

변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 발생하는 갖가지 폐해를 제거하고 구속이 악용되지 않도록 하기 위하여 인정된 권리로서 피의자 등의 인신의 자유를 최대한으로 존중하고 그들과 수사기관과의 대등한 지위를 보장하기 위하여 인정되는 것으로 형식적인 의뢰권이 아니라 실질적으로 보장되어야 한다. 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 이를 인정하고 있다. 이러한 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인접견교통권과 국선변호인의 조력의 받을 권리로 헌법상 구체화되어 있다.

변호인접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 장치로서 신체의 구속을 당한 피의자나 피고인의 인권보장과 방어준비를 위하여 필요불가결한 권리로서 수사기관의 처분이나 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다. 또한 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이므로 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없는 성질의 것이다. 만일 수사기관이 구속수사중인 피의자의 변호인접견을 방해하고 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다면, 형법상 직권남용에 의한 타인의 권리행방해죄에 해당한다.

국선변호인의 조력을 받을 권리는 “형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”(헌법 제12조제4항단서)라는 규정에 의하여 인정되는 권리이다. 여기에 있어서 국선변호인은 피고인의 이익을 위하여 법원이 직권으로 선정하는 변호인을 말한다. 형사소송법상 법원이 직권으로 변호인을 선정할 경우는 다음과 같다. 첫째, 구속적부심사에 있어 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때(형사소송법 제214조의2제9항), 둘째, ㉠피고인이 ㉡미성년자인 때, ㉢70세 이상인 자인 때, ㉣농아자인 때, ㉤심신장애의 의심이 있는 자인 때, ㉥빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때(이 경우는



피고인의 청구가 있는 때에 한함)(형사소송법 제33조), ②사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에서 변호인이 없는 때(필요적 변호사건 : 형사소송법 제282조·제283조) 등이다.

◆ 변호인접견교통권(辯護人接見交通權)

형사소송법 제34조에서 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다”라고 규정하여 변호인의 접견교통권을 인정하고 있다. 피고인의 이익을 보호하고 방어권행사를 협의하기 위하여 접견교통권은 필수적 요건이다. 이러한 접견교통권은 피고인·피의자가 변호인의 조력을 받을 권리 중에서 가장 기본적인 권리에 속한다. 변호인의 접견교통권은 자유로운 접견이 허용되고, 비밀이 보장되어야 한다. 따라서 입회나 감시, 수수한 서류나 물건에 대한 압수는 허용되지 않는다. 따라서 이러한 접견교통권을 침해하여 얻은 증거는 증거능력이 부정되고 손해가 있는 경우에 손해배상청구도 가능하다. 접견교통권과 관련하여 “구속영장에는 청구인을 구금할 수 있는 장소로 특정 경찰서 유치장으로 기재되어 있었는데, 청구인에 대하여 위 구속영장에 의하여 1995년 11월 30일 07시 50분경 위 경찰서 유치장에 구속이 집행되었다가 같은 날 08시 00분에 그 신병이 조사차 국가안전기획부 직원에게 인도된 후 위 경찰서 유치장에 인도된 바 없이 계속하여 국가안전기획부 청사에 사실상 구금되어 있었다면 청구인에 대한 이러한 사실상의 구금장소의 임의적 변경은 청구인의 방어권이나 접견교통권의 행사에 중대한 장애를 초래하는 것이므로 위법하다”(1996. 5. 15. 대판 95 모 94)라는 판례가 있다.

◆ 별건체포·구속(別件逮捕·拘束)

수사기관이 본래 의도한 사건의 수사를 위하여 피의자를 체포·구속할 필요가 있음에도 수사상황이 본건에 대한 체포·구속영장을 발부받기 어렵다고 판단하여 영장발부가 가능한 다른 사건으로 영장을 발부받아 본래 의도한 본건을 수사하는 것을 별건체포·구속이라고 한다. 또한 별건체포·구속은 본건에 체포·구속기간에 대한 제한을 편법적으로 우회하

는 방편으로 사용되기도 한다. 따라서 별건체포·구속은 허용되지 않는 것이 타당할 것이다. 이는 영장주의의 본질에 반하는 위법한 수사이기 때문이다. 체포·구속영장의 효력은 체포·구속영장에 기재된 피의사실에 대해서만 미친다는 사건단위설이 다수설이기 때문이다. 그러나 본건에 의한 체포·구속으로 여죄를 수사하는 것은 가능하다고 할 것이다. 예를 들어서 강도사건이 발생하여 용의자로 의심받고 있는 자에게 체포·구속영장을 청구할 수 있는 사유가 불충분함에도 종전의 횡령죄 등의 이유로 체포·구속하여 본건인 강도사건을 수사하는 것은 위법한 수사에 해당하여, 이를 통하여 수집된 증거는 증거능력이 부정되지만, 강도사건으로 체포·구속된 피의자의 수사과정에 있어서의 여죄를 추궁하여 다른 강도죄나 절도죄를 밝히는 것은 가능하다고 하겠다.

#### ◆ 보건권(保健權)

보건권이라 함은 국민이 자신과 가족의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 권리로서 인간다운 생활의 필수적 요소이며, 생명권·행복추구권·인간다운 생활권 등과 이념적 일체를 이루는 상호관련성을 가진다. 헌법 제36조제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하여 국민보건에 관한 국가의 보호를 국민의 권리로서 인정하고 있다.

따라서 보건권은 국가가 공권력의 행사를 통해 개인의 건강을 침해하여서는 아니된다는 소극적 의미뿐만 아니라, 국민보건을 위하여 필요한 정책을 적극적으로 수립하고 추진할 의무를 진다는 의미를 가진다. 또한 국민의 건강이 국가의 공권력행사나 사실행위 등에 의하여 침해된 경우에는 국가가 이에 대하여 손해배상을 해야 한다. 예를 들면, 국립의료원에서의 수혈로 인하여 AIDS감염의 피해를 입었다던가, 관수용의약품(예 방접종백신 등)의 제조·관리과정에 하자가 있어 건강을 해친 경우에는 국가에 대하여 손해배상을 청구할 수 있음을 의미한다.

헌법재판소는 “국가가 의료보장의무를 이행하기 위해서는 국민에게 질병·부상에 대하여 적절한 요양급여를 행해야 하며, 이를 위해서는 요양급여를 제공할 수 있는 적정수의 의료기관과 약국을 확보해야 한다. 이

사건 ‘요양기관 강제지정제’의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다”(헌재 2002. 10. 31.[99 헌바 76 등(병합)]라고 하여 국가의 의료보장의무를 인정하고 있다.

◆ 보석(保釋)

보석이란 일정한 보증금의 납부를 조건으로 하여 구속의 집행을 정지함으로써 구속된 피의자 또는 피고인을 석방하는 제도를 말한다. 보석은 구속의 집행만은 정지하는 제도라는 점에서 넓은 의미의 구속집행정지에 속한다. 보석보증금은 현금으로 납부하지 않고 보석보증보험증권을 첨부한 보증서로써 갈음할 수 있다. 이와 같은 보석은 기소후에 청구하는 점에서 기소전에 청구하는 구속적부심과 다르며, 보증금의 납부를 조건으로 석방하는 점에서 피의자보석제도와 유사하다. 보석의 종류에는 필요적 보석과 임의적 보석, 보증금납입조건부 피의자보석으로 나누어진다. 보석은 청구가 있는 때에는 제외사유가 없는 한 보석을 허가하여야 한다는 필요적 보석주의를 취한다(형소법 제95조). 필요적 보석의 제외사유로는 1)피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때, 2)피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때, 3)피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 4)피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 5)피고인의 주거가 분명하지 아니한 때, 6)피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명 또는 신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 보석을 허용하지 않을 수 있다. 그러나 이에 대하여 3), 4), 5)번째 사유에 대하여 구속사유와 반복되고, 특히 5)번째 사유는 구속사유로서도 적절하지 않기 때문에 보석의 제외사유로 인정하는 것은 부적절하다는 비판이 있다. 그리고 필요적 보석을 판단함에 있어서 여죄는 사건단위설의 입장에서 인정되지 않는 것이 타당하다. 물론 필요적 보석의 제외사유에 해당한다고

하여도 법원은 상당한 이유가 있을 때에는 직권 또는 보석청구권자의 청구에 의하여 결정으로 보석을 허가할 수 있다(형소법 제96조). 보석은 피고인은 물론 변호인과 피고인의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주도 청구할 수 있으며 법원은 보석을 결정함에 있어서 미리 검사의 의견을 물어야 하지만 그 의견에 구애받지 않고 자유로이 결정할 수 있다. 법원은 피고인의 자력정도와 범죄의 성질, 증거 등을 고려하여 상당한 보증금을 납부할 것과 주거를 제한하는 등의 조건을 붙이는 것이 보통이다. 보석과 관련하여 집행유예기간 중에 있는 피고인에 대한 보석을 허용할 수 있는가에 대하여 피고인이 집행유예의 기간 중에 있어 집행유예의 결격자라고 하여 보석을 허가할 수 없는 것은 아니다. 이는 형사소송법 제95조는 제1호~제5호 이외의 경우에는 필요적으로 보석을 허가하여야 한다는 것이지, 여기에 해당하는 경우에는 보석을 허가하지 아니할 것을 규정한 것이 아니므로 집행유예기간 중에 있는 피고인의 보석을 허가한 것이 누범과 상습범에 대하여는 보석을 허가하지 아니할 수 있다는 형사소송법 제95조제2호의 취지에 위배되어 위법이라고 할 수 없다(1990. 4. 18. 대판 90 모 22)라고 하여 보석을 허가하고 있다. 보석 허가결정에 대하여 즉시항고 할 수 없지만, 보통항고는 할 수 있다고 본다. 보석은 취소할 수 있는데 피고인이 도망하거나, 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때, 소환을 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때, 피해자·당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때, 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때(형소법 제102조)에는 법원은 직권이나 검사의 청구에 의하여 보석을 취소할 수 있다. 보석이 취소된 경우 보증금의 일부 또는 전부를 몰수할 수 있는데, 임의적 몰수의 경우 보석취소 결정과 동시에 하여야 하는 것인가에 대하여 견해가 대립된다. 그러나 법원은 동시에 할 필요가 없다고 한다(2002. 5. 17. 대판 2001 모 53). 또한 법원은 체포 또는 구속의 적부심사를 청구한 피의자에 대하여도 직권으로 피의자의 출석을 보증할만한 보증금의 납입을 조건으로 석방을 명할 수 있는데, 이를 피의자보석제도 또는 기소전보석제도라고 한다.

◆ 보안처분(保安處分)

보안처분이란 범죄로부터 사회를 방위하고 범죄자를 재사회화하기 위한 방법으로서, 특정범죄자에 대한 형벌부과만으로는 형사제재의 목적을 달성하기 부적합하거나 미약한 경우에 시행되는 처분을 말한다. 헌법 제 12조제1항에서 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 형벌과 보안처분을 받지 않는다”라고 규정하여 보안처분제도를 명문화하고 있다. 형법에는 선고유예와 가석방시에는 보호관찰, 그리고 집행유예시에는 보호관찰, 사회봉사·수감명령을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 기타 소년법, 보호관찰등에관한법률, 사회보호법, 보안관찰법, 국가보안법, 모자보건법, 마약법, 윤락행위방지법, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에서 성범죄자에 대한 보호관찰, 보호감호처분 등을 인정하고 있다. 보안처분은 법적 성격이 형벌인가 아닌가에 대하여 견해가 대립하고 있지만, 대법원은 “개정형법 제62조의2제1항에 의하면 형집행의 유예를 하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있고, 동조제2항에 의하면 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 하고, 다만 법원은 유예기간의 범위내에서 보호관찰의 기간을 정할 수 있다고 규정되어 있는바, 위 조항에서 말하는 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로, 그에 관하여 반드시 행위 이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며, 재판시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이라고 볼 수 없다”라고 하여 보안처분은 형벌과 다른 제도로 보고 있다(1997. 6. 13. 대판 97 도 703).

◆ 보증금납입조건피의자석방(保釋金納入條件被疑者釋放)

보증금납입을 조건으로 하여 피의자를 석방하는 제도로써 실무상으로는 피의자보석이라고도 한다. 형사소송법 제214조의2제4항에서 체포·

구속적부심사를 청구한 피의자를 보증금납입을 조건으로 하여 석방하는 제도를 말한다. 이 제도는 체포구속적부심사의 청구가 있을 때에만 허용되고, 법원의 직권에 의하여 석방을 명할 수 있으며, 피의자의 보석 청구권은 인정되지 않는 직권보석·재량보석만 허용된다. 다만 1)죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때, 2)피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 보석을 허가하지 않고, 만약에 석방결정을 한 경우에도 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다(형소법 제214조의2).

#### ◆ 보통선거의 원칙(普通選舉의 原則)

보통선거는 제한선거에 대응하는 선거원칙으로서 재력이나 납세액 또는 그 밖의 사회적 신분·인종·신앙·성별·교육 등을 요건으로 하지 아니하고, 원칙적으로 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 선거원칙이다. 하지만 민주정치가 모든 국민의 국정참여를 요청하는 것이라 할지라도, 선거권은 국정에 참여하는 자격을 의미하기 때문에 합리적 이유가 있는 제한이면 허용된다.

헌법재판소는 보통선거의 원칙과 관련하여 선거법상 요구되는 기탁금이 지나치게 고액이면, 이는 실질적으로 선거가 재력을 요건으로 하게 되는 결과를 가져와 선거참여의 기회를 박탈하게 되므로, 헌법상의 보통선거의 원칙에 반하여 위헌이라고 하였다(헌재 1989. 9. 8.[88 헌가 6]). 또한 “선거권자의 국적이나 선거인의 의사능력 등 선거권 및 선거제도의 본질상 요청되는 사유에 의한 내재적 제한을 제외하고 보통선거의 원칙에 위배되는 선거권 제한입법을 하기 위해서는 기본권 제한입법에 관한 헌법 제37조제2항의 규정에 따라야 한다”(헌재 1999. 1. 28. [97 헌마 253 등(병합)]라고 하거나, “보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고

있고, 헌법 제24조에서 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바’에 의하여 선거권을 가진다고 규정함으로써 선거권 연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있으므로, 보통선거에서 선거권 연령을 몇 세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것으로서, 이는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것이다”(헌재 2001. 6. 28[2000 헌마 111])라고 판단하고 있다.

◆ 보통항고(普通抗告)

법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고할 수 있다는 것이 보통항고이다. 그러나 형사소송법상 특별한 규정이 있으면 보통항고가 허용되지 않는다(형소법 제402조). 예를 들어 법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여 특히 즉시항고 할 수 있는 경우 이외에는 항고하지 못한다(동법 제403조1항). 왜냐하면 이러한 결정은 판결을 목표로 하는 절차의 일부이기 때문에 중국재판에 대하여 상소를 허용하면 충분하고 개개의 결정에 대하여 독립한 상소를 인정할 필요가 없기 때문이다. 그러나 구금·보석·압류나 압수물의 환부에 관한 결정 또는 감정하기 위한 피고인의 유치에 관한 결정에 대하여는 보통항고를 할 수 있다(동조제2항). 이러한 강제처분은 인권침해를 구제하는 중국재판에 대한 상소만으로는 실효성을 확보할 수 없기 때문이다. 그리고 대법원의 결정에 대하여는 그 성질상 항고가 허용되지 않는다.

◆ 보호감호(保護監護)

사회보호법상 인정되는 보호감호처분은 동종 또는 유사한 죄로 수개의 형을 받거나 수개의 죄를 범하여 범죄의 상습성이 인정되는 자에게 보호감호소에 격리수용하는 것을 내용으로 하는 보호처분이다. 보호감호처분은 현행 보안처분 가운데 가장 무거운 보호처분에 해당한다. 사회보호법

제5조에서 보호감호처분의 대상자는 1)동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때, 2)별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때, 3) 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때에 인정된다. 보호감소시설의 수용은 7년을 초과할 수 없다. 사회보호위원회는 보호감호 집행개시 후 1년마다 가출소 여부를 심사 결정할 수 있다. 그리고 가출소한 피보호감호자에 대해서는 6개월마다 집행면제의 여부를 심사·결정할 수 있다(동법 제25조제1항). 보호감호를 선고받은 자는 보호감호시설에 수용하여 감호·교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 과할 수 있다. 다만, 근로는 피보호감호자의 동의가 있는 때에 한한다(동법 제7조제1항). 보호감호시설의 장은 직업훈련·근로·치료 기타 감호·교화에 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 기관에 피보호감호자의 감호 등을 위탁할 수 있다. 이 경우 위탁받은 기관은 보호감호시설로 본다. 사회보호법 제5조에서 말하는 재범의 위험성이라 함은 재범할 가능성만으로는 부족하고 피감호청구인이 장래에 다시 죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 상당한 개연성이 있음을 의미한다고 할 것인 바, 그 재범의 위험성 유무는 피감호청구인의 직업과 환경, 당해 범행이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행후의 정황, 개선의 정 등 제반 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 할 것이고, 또 당해 범행이 상습의 습벽에 의한 것이라 하여 재범의 위험성이 반드시 있는 것이라 할 수 없다(2003. 11. 27. 대판 2003 도 5592; 대판 2003 감도 66).

#### ◆ 복권(復權)

대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형·복권을 명할 수 있는데 이에 사면법에 의하여 사면과 복권, 감형에 관하여 규정하고 있다. 복권이란 죄를 범하여 형의 선고를 받은 자가 그 형의 선고의 부수적 효력으로서 다른 법령에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 경우에 그 상실 또는 정지된 자격의 회복을 목적으로 하는 것을 말한다(사면법



제5조제1항제5호). 따라서 복권은 형의 집행을 종료하지 않은 자 또는 집행의 면제를 받지 않은 자에 대하여는 행하여지지 않는다(사면법 제6조).

◆ 본질적 내용침해금지의 원칙(本質的 內容侵害禁止의 原則)

기본권의 본질적 내용이라 함은 해당 기본권의 핵이 되는 실체를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 해당 자유와 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다. 헌법은 기본권을 “제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”(헌법 제37조제2항후단)라고 하고 있다. 어느 정도의 침해가 본질적 내용에 대한 침해인가는 각 기본권의 내용 중에서 그 핵이 되는 실체가 어떤 것인가에 따라 결정될 것이지만, 내심의 작용을 권리의 내용으로 하는 기본권인 경우에는 내심의 작용을 침해하는 것이 본질적인 내용에 대한 침해라고 할 수 있을 것이다. 본질적 내용의 구체적인 의미와 범위는 헌법재판소와 법원이 판례에 의하여 명백하게 규정하는 노력을 기울여야 할 것이지만, 기본권의 본질적 내용침해금지조항이 보호하려는 대상은 개인을 위한 주관적 권리이지만, 기본권의 본질적 내용이 되는 것은 모든 기본권에 공통된 최소한의 어떤 가치에 각 기본권에 특유한 어떤 고유가치를 더한 것으로 보아야 할 것이다.

헌법재판소는 기본권의 본질적 내용침해금지에 대하여 “본질적 내용침해금지의 원칙에서 본질적인 내용은 헌법상의 각 기본권마다 가진 특유의 내용이므로, 근로3권의 본질적인 내용도 근로3권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻한다고 할 것이며, 따라서 근로3권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 인하여 근로3권이 유명무실해지고 근로3권이 형해화되어 헌법이 근로3권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다”(헌재 1990. 9. 3.[89 헌가 95]; 1989. 12. 22.[88 헌가 13])라고 판시하였다.

### ◆ 부당노동행위(不當勞動行爲)

부당노동행위는 노동조합운동에 대한 사용자의 방해행위로서 노동조합이 자주적으로 노동조합운동을 방위할 수 있을 정도로 강력하지 못한 경우에 국가기관이 이를 배제함으로써 건전한 노사관계를 육성하고자 하는 요청에 의하여 노동법상 인정되는 것이다. 1963년 개정 이전의 노동조합법에서는 그 위반에 대한 처벌만을 규정하였으나, 현재의 노동조합및노동관계조정법에서는 처벌주의와 부당노동행위를 배제하는 원상회복주의를 모두 활용하는 병용주의를 채택하고 있다.

부당노동행위로 금지되는 행위는 다음과 같다. 사용자가 ①직접 개개 근로자에 대해서 ㉠근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 한 것 또는 조합을 조직하려고 한 것 혹은 정당한 단체행동에 참가한 것, 기타 노동위원회에 대한 부당노동행위의 신고를 한 것 또는 그에 관한 증거를 제출하고 증언을 한 것 등을 이유로 하여 그 근로자를 해고하거나 불이익 처우를 하는 것, ㉡어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나(황견계약), 또는 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것이다. 사용자가 ②노동조합을 대상으로 하여 ㉢정당한 이유 없이 단체협약체결 기타 단체교섭을 거부하거나 해태하는 것, ㉣조합의 조직·운영에 지배·개입하거나 운영비의 원조를 하는 것 등이다.

이러한 행위가 있었을 경우에는 근로자 또는 노동조합은 관할 노동위원회에 3개월 이내에 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다. 노동위원회가 조사·심문하여 부당노동행위가 성립한다고 인정한 경우에는 복직 기타 원상회복명령, 단체교섭에 응하여야 한다는 명령 또는 운영비원조의 중지명령 등을 내린다. 결정에 불복이 있는 관계당사자는 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있으며, 이에 불복이 있는 관계당사자는 다시 행정소송을 제기할 수 있도록 되어 있다. 구제명령에 위반하거나, 확정된 기각판결 또는 재심판결에 따르지 않는 자는 3년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처한다.

◆ 부작위범(不作爲犯)

형법상 범죄가 되는 행위에는 작위가 부작위가 있다. 부작위범이란 부작위에 의하여 범죄가 성립하는 것을 말하는데, 이에겐 구성요건이 부작위에 의하여만 실현될 수 있는 진정부작위범과 부작위에 의하여 작위범의 구성요건을 실현하는 부진정부작위범을 포괄하는 범죄를 말한다. 부작위란 아무 것도 하지 않는 것이 아니라 해야 할 어떤 것을 하지 않는 것을 말한다. 부작위범이 성립하기 위해서는 진정부작위범의 경우에는 구성요건적 부작위를 실현한 경우에 성립하므로, 부작위범에서 주로 문제가 되는 것은 부진정부작위범이다. 부작위범의 경우에 일반적 행위가능성이 존재하여야 한다. 예를 들어 낙동강에 빠진 아들을 구할 서울에 있는 아버지의 행위가능성은 없다고 할 것이다. 부진정부작위범의 경우에는 보증인적 지위와 보증인의무가 있어야 하고, 작위와의 동가치성이 인정되어야 한다. 다시 말해서 형법상 부작위범이 인정되기 위하여는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다(1997. 3. 14. 대판 96 도 1639). 그러므로 백화점에서 바이어를 보조하여 특정매장에 관한 상품관리 및 고객들의 불만사항 확인 등의 업무를 담당하는 직원은 자신이 관리하는 특정매장의 점포에 가짜 상표가 새겨진 상품이 진열·판매되고 있는 사실을 발견하였다면 고객들이 이를 구매하도록 방치하여서는 아니되고, 점주나 그 종업원에게 즉시 그 시정을 요구하고 바이어 등 상급자에게 보고하여 이를 시정하도록 할 근로계약상·조리상의 의무가 있다고 할 것임에도 불구하고 이러한 사실을 알고서도 점주 등에게 시정조치를 요구하거나 상급자에게 이를 보고하지 아니함으로써 점주로 하여금 가짜 상표가 새겨진 상품들을 고객들에게 계

속 판매하도록 방치한 것은 작위에 의하여 점주의 상표법위반 및 부정경쟁방지법위반행위의 실행을 용이하게 하는 경우와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 백화점 직원인 피고인은 부작위에 의하여 공동피고인인 점주의 상표법위반 및 부정경쟁방지법위반 행위의 방조범으로 처벌된다.

#### ◆ 부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟)

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송으로서 행정청이 상대방의 신청에 대하여 어떠한 처분도 하지 않고 이를 방치하는 경우에 이러한 행정청의 부작위가 위법한 것임을 확인하는 소송이다. 부작위위법확인소송의 심판대상은 부작위의 위법성이며, 부작위란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 부작위위법확인소송은 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있으며, 구체적으로는 이 소송의 원고적격은 당해 행위의 발급 또는 발동을 구할 수 있는 권리가 있는 자에게만 인정되는 것이다.

부작위위법확인소송의 판결에는 기판력과 기속력이 인정된다. 즉, 소극적 효력으로서 반복금지효와 적극적 효력으로서 재처분의무가 인정된다. 따라서 인용판결이 확정되면 행정청은 ‘판결의 취지에 따라’ 상대방의 신청에 대하여 일정한 처분을 하여야 한다. 그러나 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법한 것임을 확인하는 데 그치는 것이므로 행정청은 ‘판결의 취지에 따라 처분을 하기만 하면 되는 것으로 행정청은 신청의 대상이 기속행위인 경우에 거부처분을 하여도 판결의 기속력의 내용인 처분의무를 이행하는 것이 된다. 이러한 거부처분에 대하여는 신청인은 그에 대한 취소소송을 제기하여 궁극적으로는 관계행정청에 의한 당해 처분의 발급의무의 이행을 확보할 수 있을 것이다. 하지만 행정청이 어떠한 처분도 하지 않는 경우, 법원은 간접강제규정에 의거하여 일정한 배상을 명할 수 있다.

◆ 부전조약(不戰條約)

→ 전쟁포기에 관한 조약

◆ 부정기형제도(不定期刑制度)

부정기형이란 형의 선고시 기간을 특정하지 않고 그 기간이 형의 집행 단계에서 결정되는 것을 말한다. 부정기형의 유형에는 형의 장기 또는 단기가 전혀 특정되지 않은 경우인 절대적 부정기형과 형의 장기 또는 단기만 정해져 있는 경우로서 형기를 수형자의 개선의 진도에 따르게 함으로써 교정교육의 효과를 기대할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이러한 부정기형제도는 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반할 소지가 있다는 점에서 그 허용을 신중하게 결정하여야 할 것이다. 부정기형제도는 현행 형법상 허용되지 않지만 소년법에 있어서는 상대적 부정기형을 허용하고 있다. 부정기형에서 문제가 될 수 있는 것은 보안처분에 대한 부정기가 가능한가에 대하여 보안처분의 성질이 장래의 위협에 대한 처분이므로 위협이 계속되는 한 보안처분을 계속할 수 있다고 하여 부정기형이 허용된다는 견해가 있지만, 형사제재와 유사한 성격으로 본다면 비록 위협성이 있다는 점 때문에 절대적 부정기형을 허용한다는 것은 합리적인 해석이라고 볼 수 없다는 것이 다수설이다.

◆ 부진정기본권(不眞正基本權)

부진정기본권이라 함은 헌법이 일정한 문화질서·경제질서·교육제도 등을 규정하고 있는 결과 반사적으로 누리게 되는 권리를 말한다. 문화시설이용권·자유경쟁권·독과점거부권·교육시설이용권 등이 이에 해당한다.

◆ 불기소처분(不起訴處分)

현행법상 수사종결처분권은 검사에게만 인정되고 검사가 피의사건에 대하여 공소를 제기하지 않는 처분을 불기소처분이라고 한다(형사소송법 제247조).

불기소처분에는 ①기소유예, ②혐의 없음, ③죄가 안됨, ④공소권 없음, ⑤기소중지, ⑥공소보류 등이 있으며, 그 중 혐의 없음, 죄가 안됨, 공소권 없음 등이 혐의의 불기소처분에 해당한다. ①기소유예는 피의사실이 인정되나 형법 제51조(범인의 연령, 성행(性行), 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행 후의 정황)의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 않는 것(형사소송법 제247조제1항), ②혐의 없음(무혐의)이란 피의사실이 인정되지 아니하거나 피의사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 경우 또는 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하는 경우에 하는 처분을 말한다. 검사가 혐의 없음 결정시 고소인 또는 고발인의 무고혐의의 유·무에 관하여 판단하여야 한다(검찰사건사무규칙 제70조). ③죄가 안됨(범죄 불성립)이란 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우로 피의자가 형사미성년자나 심신상실자인 경우처럼 책임이 조각되거나, 정당행위·정당방위·긴급피난에 해당되는 경우를 말한다(형법 제20조). ④공소권 없음이란 확정판결이 있는 경우, 통고처분이 이행된 경우, 소년법 또는 가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법에 의한 보호처분이 확정된 경우(보호처분이 취소되어 검찰에 송치된 경우를 제외한다), 사면이 있는 경우, 공소의 시효가 완성된 경우, 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우, 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우, 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우, 동일사건에 관하여 이미 공소가 제기된 경우(공소를 취소한 경우를 포함한다. 다만, 다른 중요한 증거를 발견한 경우에는 그러하지 아니하다), 친고죄 및 공무원의 고발이 있어야 논하는 죄의 경우에 고소 또는 고발이 없거나 그 고소 또는 고발이 무효 또는 취소된 때, 반의사불벌죄의 경우 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우, 피의자가 사망하거나 피의자인 법인이 존속하지 아니하게 된 경우를 말한다. ⑤각하란 고소 또는 고발이 있는 사건에 관하여 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의하여 혐의 없음 또는 공소권 없음이 명백한 경우, 형사소송법상의 고소·고발의 제한이나 고소불가분규정에 위반한 경우, 새로운 증거 없는 불기소처분사건인 경우, 고소권자 아닌 자가 고소

한 경우, 고소·고발 후 고소·고발인이 출석에 불응하거나 소재불명으로 진술청취 불가능한 경우에는 각하할 수 있다(검찰사건사무규칙 제69조제3항제5호). 기소중지란 피의자의 소재불명 또는 검찰사건사무규칙 제74조 참고인증지결정사유외의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 기소중지결정을 할 수 있다(검찰사건사무규칙 제73조). 피의자의 소재불명을 이유로 기소중지하는 경우에는 피의자를 지명수배 하게 된다. 피의자의 소재가 판명되는 등 기소중지사유가 해소되면 다시 수사를 진행하면 된다. 참고인증지란 참고인·고소인·고발인 또는 같은 사건 피의자의 소재불명으로 수사를 종결할 수 없는 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 참고인증지결정을 할 수 있다(동규칙 제74조). 이 경우에는 참고인 등에 대한 소재수사지휘를 하는 경우가 있다(동규칙 제77조). 공소보류란 국가보안법위반 피의자에 대하여 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소제기를 보류하는 것으로 국가보안법 제20조에 규정되어 있는 것이다. 헌법재판소는 “검사가 의료과실사건을 수사함에 있어서는 피해자의 진술을 토대로 하여 여러 가지 방향과 각도에서 의사의 과실유무를 검토해 볼 것이며, 피해자가 사리판단을 그르치거나 착오로 잘못 주장을 하고 있거나 마땅히 주장하고 다투어야 할 부분을 묵과하고 있을 때에도 이에 구애됨이 없이 사건의 진상규명에 최선을 다하여야 하는 것이므로, 수사검사가 이러한 점에 관하여 충분한 수사를 펴보지도 않은 채 미진한 상태에서 막연히 피의자 등에 유리한 ‘혐의 없음’의 결론을 내렸다면 고소인의 평등권을 침해가 될 수 있다”라고 하여 불기소처분을 제한하고 있다(헌재 1990. 11. 19.[89 헌마 116]).

◆ 불법영득의 의사(不法領得의 意思)

절도죄의 주관적 구성요건으로 고의 이외의 불법영득의 의사가 필요한가가 문제된다. 형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하는 것으로 비록 약정에 기한 인도 등의 청구권이 인정된다고 하더라도, 취득 당시에 점유 이전에 관한 점유자의 명시적·묵시적인 동의가 있었던 것으로 인정되지 않는 한, 점유자의 의사

에 반하여 점유를 배제하는 행위를 함으로써 절도죄는 성립하는 것이고, 그러한 경우에 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 인정된다. 그러므로 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용, 처분하려는 의사를 말한다. 다시 말해서 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용·처분할 의사를 말하고, 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사임은 필요치 않으며, 일시사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 이를 반환할 의사없이 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 불법영득의 의사가 있다고 할 것이다. 따라서 소유자의 승낙없이 오토바이를 타고 가서 다른 장소에 버린 경우에는 자동차등불법사용죄가 아닌 절도죄가 성립한다. 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 위탁의 취지에 반하여 권한없이 그 재물을 자기의 소유인 것같이 처분하는 의사를 말하는 것이므로, 비록 그 반환을 거부하였다고 하더라도 그 반환거부에 정당한 사유가 있을 때에는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다는 사례도 있다(2004. 3. 12. 대판 2004도 134).

#### ◆ 불이익변경금지의 원칙(不利益變更禁止의 原則)

형사소송법 제368조에서 “피고인이 항소한 사건과 피고인을 위하여 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다”라고 규정하여 불이익변경금지원칙을 명문화하고 있다. 불이익변경금지의 원칙이란 피고인이 항소나 상고한 사건이나 피고인을 위하여 항소 또는 상고가 제기된 사건에 관하여 상소심에서는 원심판결보다 중한 형을 선고하지 못한다는 원칙을 말한다. 불이익변경금지의 원칙은 항소심 또는 상고심에서 피고사건에 대한 형이 선고되는 경우에 적용된다고 하여 몇 가지 문제점이 발생하게 되었다. 예를 들어 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형소법 제457조의2)라고 하여 불이익변경금지원칙이 적용된다. 그러나 피고인이 정식재판을 청구한 약식명령 사건에 다른



사건이 병합된 경우, 경합범으로 처단하면서 약식명령의 형보다 중한 형을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 당연히 해당하지 않는다(2003. 5. 13. 대판 2001 도 3212). 또 다른 경우로 피고인만의 상고에 의하여 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우, 환송전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다(1992 . 12. 8. 대판 92 도 2020). 따라서 환송후 원심판결이 환송전 원심판결에서 선고하지 아니한 몰수를 새로이 선고하는 것은 불이익변경금지의 원칙에 위배된다. 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 피고인에 대하여 제1심이 인정한 범죄사실의 일부를 무죄로 인정하면서도 제1심과 동일한 형을 선고한 사실만으로 불이익변경금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(2003. 2. 11. 대판 2002 도 5679). 항소심이 제1심에서 별개의 사건으로 따로 두 개의 형을 선고받고 항소한 피고인에 대하여 사건을 병합 심리한 후 경합범으로 처단하면서 제1심의 각 형량보다 중한 형을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 어긋나지 아니한다(2001. 9. 18. 대판 2001 도 3448).

◆ 비밀선거의 원칙(秘密選舉의 原則)

비밀선거(비밀투표)는 공개선거(공개투표)에 대응하는 것으로서 선거인이 누구에게 투표하였는가를 제3자가 알지 못하게 하는 선거제도이다. 비밀선거의 전형은 무기명투표와 투표내용에 관한 진술거부제이다. 이는 공개투표에 의할 때에는 매수·유혹·위협 등으로 자유롭고 공정한 선거의 실시를 기대하기 어려울 수 있기 때문이다.

◆ 비밀침해죄(秘密侵害罪)

비밀침해의 죄란 개인의 사생활에 있어서의 비밀, 즉 사생활의 비밀을 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄를 말한다. 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”라고 규정하고, 제18조는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다”라고 규정하여 사생활의 자유와 통신의 비밀을 보장하고 있다. 형법 각칙상 비밀침해죄는 비밀침

해죄(형법 제316조)와 업무상 비밀누설죄(형법 제317조)로 구성되어 있다. 형법상 비밀침해죄는 봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉하거나 봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 경우에 처벌하는 범죄이다. 편지는 특정인이 특정인에게 의사전달하는 문서를 말하고, 문서는 편지가 아닌 의사표시된 것으로 공문서이든 사문서이든 불문하며 유언서나 원고도 여기에 포함된다. 도화란 사진 또는 도표를 말한다. 전자기록 등 특수매체기록이란 전자적 기록 이외에 전기적 기록이나 광기술을 이용하여 지정되어 있는 직접 지각할 수 없는 기록을 말한다. 편지 등은 봉합 기타 비밀장치를 한 것에 한정된다. 그러므로 무봉합 우편엽서 등은 본죄의 객체가 되지 않는다. 본죄는 추상적 위험범이다. 예를 들어 편지를 절취하여 개봉한 때에는 본죄와 절도죄의 경합범이 된다.

#### ◆ 비범죄화(非犯罪化)

사회적으로 유해한 행위라고 하여도 형벌이외의 규범이나 제재수단으로도 충분히 사회질서의 유지가 가능하다면 형사제재는 철회되어야 하고 하는 것이 형법의 보충성원칙이다. 이는 행위반가치적인 사회윤리적 행위가치보호와의 관계에서 비범죄화의 문제가 논의된다. 다시 말해 형법의 기능은 사회존립에 불가결한 사회적 기능의 보호에 제한해야 한다는 이론으로서 형법의 단편적 속성을 무시하고 다른 규범이 담당해야 할 영역을 침해한 형사법률은 정당하지 못한 입법이므로 비범죄화되어야 한다는 주의를 말한다. 비범죄화의 대상으로 논의되는 것에는 간통죄, 낙태죄, 혼인빙자간음죄, 공연음란죄, 단순도박죄 등이 있다. 장기이식과 관련된 뇌사를 인정하는 장기이식에 관한 법률 또한 장기이식의 적법성을 인정하는 방법으로 비범죄화하고 있다. 이러한 비범죄화의 논의는 또한 청소년범죄와 관련하여 형사제재를 최소화하고 가능하면 비범죄화함으로써 낙인찍히지 않게 함으로써 재범율을 줄일 수 있다는 것에 주목하고 있다. 경범죄처벌법의 경우에도 질서위반법이라고 하여 형벌이 아닌 범칙금이나 과태료 등의 행정벌적 처리를 통하여 경미한 범죄에 대하여 비

범죄화 하여야 한다는 주장도 있다. 예를 들어 간통죄의 경우, 가족이라는 공동체를 지키고, 부부간의 신뢰를 보호하기 위하여 범죄화할 필요성이 있다고 하지만, 우선 필요하면 형법이 투입될 수 있다는 생각은 대단히 형벌권을 비범죄화시킬 가능성이 있고, 또한 간통죄로 고소하기 위해서는 이혼이 전제된다는 점에서 보면 형벌의 목적을 전혀 달성할 수 없다는 점에서 비범죄화 하여야 할 것으로 생각된다.

◆ 비상상고(非常上告)

비상상고란 판결이 확정되어 확정판결이 있는 경우에 그 심판이 중대한 법령의 위반을 이유로 허용되는 비상구제절차이다. 비상상고는 중대한 법령위반을 이유로 하는 비상구제절차라는 점에서 사실인정의 잘못을 이유로 하는 재심과 구별되어진다. 그리고 확정판결에 대한 시정이라는 점에서 미확정된 판결에 대한 상고와는 구별된다. 비상상고는 법령의 적용·해석의 통일을 목적으로 하는 제도이다. 따라서 청구권자는 검찰총장에 국한되고 청구법원은 대법원으로 한다. 비상상고의 대상은 확정판결인 이상 실체재판에 한하지 않고, 공소기각·관할권위반·면소판결 등 형식재판도 포함되고 심급의 여하도 불문한다. 약식명령 또는 즉결심판도 확정되면 비상상고의 대상이 된다(형소법 제457조, 즉결심판청구법 제16조). 당연무효인 확정판결도 확정판결인 이상 그리고 중대한 법령의 위반이 있는 이상 대상이 된다. 만약에 비상상고가 이유가 없다고 인정한 때에는 판결로서 기각하여야 하며(형소법 제445조), 청구능력이 없는 자의 청구에 대하여도 기각하여야 한다. 그러나 이유가 있는 경우에는 원판결 또는 소송절차를 파기하여야 한다.

◆ 비행하위문화론(非行下位文化論)

코헨에 의해 주장된 이론으로 청소년 사이에 반사회적 가치나 태도를 옹호하는 비행문화가 형성되어 있는 것을 비행하위문화라고 한다. 청소년 비행을 저지르는 소년들은 경제적으로 열악한 가정출신이 많은데 이러한 문화적 갈등을 해소하기 위해서 비행하위문화가 형성되어 많은 비

행이 발생한다는 이론이다. 이러한 비행하위문화의 특징은 중산층 문화가 행위규범의 합리성 및 공리성을 강조하는 것에 대하여 비행하위문화는 비합리성을 강조한다는 특징이 있다. 예를 들어 다른 사람의 물건을 훔치는 경우, 그 경제적 효용가치보다는 스타일이나 흥미와 같은 오락적인 것을 주요한 행위목적으로 한다는 것이다. 중산층에서 탈락한 비행소년들은 중산층에 불편을 주고 금기를 파괴함으로써 중산층문화로부터 실추된 지위를 회복하려는 악의성을 가지고 있다. 그리고 부정성을 특징으로 하는데, 이는 소위 기존의 문화를 부정하고 비판하는 것이 타당하다는 가치를 형성하고 있다.

그러나 코헨의 비행하위문화는 경제적으로 열악하여 하위문화에 예속한 자의 범죄를 설명할 수 있지만 도대체 상류층이나 중산층의 청소년이 범죄로 나아가는 이유를 설명하지 못하고, 경제적 열악함이 범죄의 원인이 될 수 없고, 하위계층 출신이 저지르는 비행중 가장 많은 것이 절도인데 이러한 범죄가 비합리성, 악의성, 부정성이 풍부한 비행하위문화라고 보기 어렵다는 비판이 있다.

#### ◆ 사면(赦免)

사면이란 국가원수의 특권에 의하여 형벌권을 소멸시키거나 또는 그 효력을 제한하게 하는 제도를 말한다.

#### ◆ 사면권(赦免權)

사면권의 개념을 협의로 이해하는 때에는 형사소송법이나 그 밖의 형사법규의 절차에 의하지 아니하고 형의 선고의 효과 또는 공소권을 소멸시키거나 형집행을 면제시키는 국가원수의 특권을 말하며, 광의의 사면권은 협의의 사면권은 물론이고 감형과 복권까지 포괄하는 개념을 말한다. 대통령의 사면권은 대통령이 사법권행사에 개입하여 그 효과에 변경을 가할 수 있는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다. 헌법 제79조는 “①대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ②일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③

사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 하여, 대통령의 사면·감형·복권에 관한 권한을 규정하고 있으며, 이에 관한 법률이 사면법이다.

사면에는 일반사면과 특별사면이 있다. 일반사면이라 함은 범죄의 종류를 지정하여, 이에 해당하는 모든 범죄인에 대하여 형의 선고의 효과를 전부 또는 일부 소멸시키거나, 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여 공소권을 소멸시키는 것을 말한다. 이에 대하여 특별사면이라 함은 이미 형의 선고를 받은 특정인에 대하여 형의 집행을 면제하는 것을 말한다. 일반사면은 대통령령으로써 하되 국무회의의 심의를 거치고 국회의 동의를 얻어야 하며, 특별사면은 대통령의 명으로써 한다. 특별한 규정이 없는 한 일반사면으로 형의 선고는 그 효력을 상실하고, 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여는 그에 관한 공소권이 상실되며, 특별사면에 의해서 형의 집행이 면제된다. 그러나 형의 선고에 의한 기성의 효과는 사면으로 변경되지 아니한다.

감형권이라 함은 형의 선고를 받은 자에 대하여 선고받은 형을 경감하거나 형의 집행을 감경시켜 주는 국가원수의 특권을 말한다. 감형에는 죄 또는 형의 종류를 정하여 일반적으로 행하는 일반감형과 특정인에 대한 특별감형의 두 종류가 있다. 일반감형은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로써 하고, 특별감형은 법무부장관의 상신으로 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 명으로써 한다. 어떠한 경우든 형의 선고에 의한 기성의 효과는 감형으로 인하여 변경되지 아니한다. 복권이란 죄를 범하여 형의 선고를 받은 자가 그형의 선고의 부수적 효력으로서 다른 법령에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 경우에 그 상실 또는 정지된 자격을 회복시켜 주는 것을 말한다. 복권은 자격이 상실 또는 정지된 자 중에서 형의 집행이 종료하거나 집행을 면제받은 자에 대해서만 행해진다. 복권에는 죄 또는 형의 종류를 정하여 일반적으로 행하는 일반복권과 특정한 자에 대하여 하는 특별복권이 있다. 일반복권은 대통령령으로써 하고, 특별복권은 법무부장관의 상신에 따라 대통령이 명으로써 한다. 어느 경우든 국무회의의 심의를 거쳐야 하며, 복권의 효과는 장래에 향해서만 발생하고 형의 선고시로 소급하지 아니한다.

◆ 사문서위조·변조(私文書僞造·變造)

형법 제231조에서 “행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 본죄는 행사할 목적으로 권리 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄의 객체는 사문서 중 권리·의무 또는 사실증명에 관한 문서만을 의미한다. 예를 들어 위임장, 매매계약서 또는 임대차계약서, 신탁증서, 예금청구서, 대출금청구서와 차용증서, 영수증 또는 주민등록증발급신청서와 인감증명교부신청서 등이 해당한다. 그러나 사상이나 관념이 표시되지 않고 사물의 동일성을 표시하는데 불과한 명함이나 신표는 본죄의 객체가 되지 않는다. 위조는 작성권이 없는 자가 타인명의를 도용하여 문서를 작성하는 것을 말한다. 복사한 문서를 다시 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위는 문서위조에 해당한다는 것이 대법원의 입장이다(2000. 9. 5. 대판 2000 도 2855). 전자복사기로 복사한 문서의 사본도 문서위조죄 및 동행사죄의 객체인 문서에 해당하고, 위조된 문서원본을 단순히 전자복사기로 복사하여 그 사본을 만드는 행위도 공공의 신용을 해할 우려가 있는 별개의 문서사본을 창출하는 행위로서 문서위조행위에 해당한다(1996. 5. 14. 대판 96 도 785). 변조는 권한없이 이미 진정하게 성립된 타인명의로의 문서내용에 그 동일성을 해하지 않을 정도로 변경을 가하는 것을 말한다. 예를 들어 보관 중인 영수증에 작성명의인의 승낙없이 새로운 증명력을 가져오게 하는 문구를 기재하는 경우에 사문서변조죄가 성립한다(1995.2.24. 대판 94 도 2092). 도화사본이라도 도화변조의 객체가 될 수 있다(1993.7.27. 대판 93 도 1435).

◆ 사법소극주의(司法消極主義 : 司法自制論, judicial passivism)

사법소극주의는 입법부와 행정부의 의사결정은 그것이 국민의 법의식이나 정서에 근본적으로 배치되거나 기존의 판례에 명백하게 위반되는

것이 아니라면, 그것은 최대한 존중되어야 한다는 의미에서 사법부가 그에 관한 가치판단을 자제하는 것이 바람직하다고 인식하는 사법철학 내지 헌법재판적 철학을 말한다.

사법소극주의의 이론적 근거는 다음과 같다. ①국민에 의한 선거를 통하여 구성되는 기관도 아니고 국민에게 직접 정치적 책임을 지는 기관도 아닌 사법부가 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률을 무효로 하는 것은 비민주적이다(사법부 구성의 비민주성). ②정치적·경제적 쟁점이라는 성격을 가지는 헌법문제에 관하여 정치나 경제분야에 그다지 전문적 지식을 소유하지 못한 사법부가 입법이나 행정처분을 심사하고 판단한다는 것은 적절하지 못하다(사법부의 비전문성). ③사법부가 고도의 정치성을 띤 타국가기관의 행위에 개입함으로써 사법부의 정치화를 초래하게 되면 그 독립적 지위를 위협 당할 우려가 있으므로, 사법부는 정치적 사건에 관한 판단을 자제하거나 회피하는 경향으로 나아가야 한다(고전적 권력분립론). ④입법부와 집행부의 행위에 대해서는 합헌성이 추정되어야 하므로 그에 관한 헌법재판은 바람직하지 않다(합헌성추정의 원칙).

사법소극주의는 사법부가 헌법으로부터 부여받은 사법적 심사권을 포기하는 것이 되므로, 그것은 위헌일 뿐만 아니라 이러한 고의의 심사회피 내지 심사거부는 그 자체가 어느 쪽의 정치적 입장을 대변하거나 기정사실화하는 것이 된다는 비판을 받고 있다. 그리고 중립적 권력론 등을 명분으로 하는 사법소극주의에 대하여 정치법학자들은 가치중립적 판결이라는 것은 허구에 불과한 것으로 모든 판결에서 가치판단의 불가피성을 역설한다.

◆ 사법적극주의(司法積極主義, judicial activism)

사법적극주의는 사법부도 역사발전과 진보적인 사회정책형성에 기여해야 하고, 그러기 위해서는 사법적 선례에 지나치게 기속될 것이 아니라 헌법규범을 시대적 변화에 적응할 수 있도록 탄력적으로 해석함으로써 입법부나 집행부의 행위를 적극적으로 판단하는 것이 바람직하다고 인식하는 사법철학 내지 헌법재판적 철학을 말한다.

사법적극주의의 이론적 근거는 다음과 같다. ①사법부의 구성은 비록 비민주적일지라도 사법적 심사는 원내다수파의 횡포를 방지하는 역할을 하므로, 사법부도 민주적 성격을 띠고 있다(사법적 심사의 민주성). ②현대에 와서 입법부와 집행부의 공화 및 집행권력의 강화현상은 그에 대한 견제세력으로서 뿐만 아니라 헌법의 수호자로서 사법부의 기능적 적극성을 요구하고 있다(사법부의 헌법수호자적 기능). ③사법부는 도덕적 원리를 객관적으로 담보하는 기능을 수행할 뿐 아니라 역사적으로도 헌법적 질서를 유지하고 수호하기 위한 양심적 역할을 담당하여 왔으며, 오늘날에도 국민의 의사를 대변하고 있다(양심적 역할과 국민의사의 대변).

사법적극주의에 대하여는 최고법원은 최종적 법정일 뿐 결코 초실정법적 기구가 될 수는 없는 것이라는 점에서 그 한계를 가진다고 하겠다.

◆ 사법집행이론(司法執行理論, judicial enforcement theory)

사법집행이론은 기본권의 제3자적 효력에 관한 미국의 판례이론으로서 사인에 의한 인권침해행위가 쟁송의 대상이 되어 법원이 개입하고 그것이 사법적으로 집행될 경우, 그 집행행위를 위헌인 국가적 행위로 간주하는 이론이다. 이 이론은 인종차별을 내용으로 하는 사계약을 법원이 합법적인 것으로 판결하고 또 그것을 집행하게 되면, 법원이 판결과 집행을 통해 위헌행위를 한 것이 된다고 한 판결(Shelly v. Kraemer, 334 U.S. 1(1948))에서 명백히 된 바 있다.

◆ 사상전향서(思想轉向書)

사회안전법에서 특정범죄를 다시 범할 위험성을 예방하고 사회복귀를 위한 교육개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보안처분을 함으로써 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지함을 목적으로 하여 제정된 것이 사회안전법이다. 이 법에 따라서 보안처분이 결정된 자는 동법 제7조에서 반공정신이 확립되었을 것, 면제결정일전 3년내에 벌금형이상의 선고를 받지 아니하였을 것, 일정한 주거와 생업이 있을 것, 대통령령이 정하는 신원보증에 있을 경우에 법무부 장관은 보안처분의 결정을 면제할 수 있었다. 동법의 사유에서 제1호의 반공정신확립을 확인하고 국가에 충성을



맹세하고, 법령을 준수할 것을 맹세하는 서약서를 받을 수 있었는데(사회안전법시행령 제11조제1항), 이를 사상전향서라고 하였다. 동규정에 대하여 위헌여부가 문제되었는데, 대법원은 “헌법이 보장하는 양심의 자유는 정신적인 자유로서 어떠한 사상·감정을 가지고 있더라도 그것이 내심에 머무르는 한 절대적인 자유이므로 제한할 수 없는 것이나, 그와 같은 내심의 사상을 문제로 삼는 것이 아니라 보안처분 대상자가 지니고 있는 공산주의 사상은 그의 경력·전과내용·출소후의 제반 행상 등에 비추어 그 내심의 영역을 벗어나 현저한 반사회성의 징표를 나타내고 있다고 볼 때, 구 사회안전법(1989. 6. 16. 법률 제4132호에 의해 ‘보안관찰법’이란 명칭으로 전문 개정되기 전의 것) 제7조제1호가 보안처분의 면제요건으로 ‘반공정신이 확립되었을 것’을 규정하고 있다거나 보안처분기간의 갱신 여부를 결정함에 있어 처분 대상자의 신념이나 사상을 신문하고 전향의 의사를 확인하는 것은 그 대상자가 동법 제6조제1항소정의 ‘죄를 다시 범할 현저한 위험성’의 유무를 판단하기 위한 자료를 수집하는 과정에 불과할 뿐 전향의 의사를 강요하는 것이 아니므로 이를 두고 양심의 자유를 보장한 헌법규정에 반한다고 볼 수 없다”(1997. 6. 13. 대판 96 다 56115)라고 판시하였다. 그러나 이러한 사회안전법상 사상전향서는 보안관찰법으로 개정되면서 삭제되었으나, 가석방심사등규칙 제14조에서 국가보안법위반 및 집회및시위에관한법률위반 수형자의 가석방결정시 준법서약서를 제출하도록 하고 있다. 이에 대하여 양심의 자유를 침해하는 것이 아니라는 것이 헌법재판소의 입장이다(헌재 2002. 4. 25.[98 헌마 425; 99헌마170·498(병합)]).

◆ 사생활의 비밀과 자유(私生活의 秘密과 自由)

사생활의 비밀과 자유는 사생활의 내용을 공개 당하지 아니할 권리, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니할 권리 그리고 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 그 내용으로 하는 복합적 성질의 권리이다. 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”라고 하여 사생활의 비밀과 자유의 불가침을 규정하고 있다. 사생활의 비밀과 자유의 불가침은 19세기 말경부터 프라이버시에

관한 권리의 형태로 그 내용이 확충되었다. 초기에는 사인간의 법률관계에서 명예훼손의 법리·재산권침해의 이론 또는 신뢰위반의 이론 등 일련의 불법행위이론에 의하여 보호를 받았으며, 공권력과의 관계에서도 프라이버시에 관한 권리(미국·일본) 또는 일반적 인격권(독일)의 일환으로 학설상 널리 인정되었고, 판례를 통하여 보호를 받아왔다. 최근에 와서는 미국의 Privacy Act(1974)·독일의 Datenschutzgesetz(1979) 등과 같은 개별입법에 의해서도 보호되고 있고, 1976년 3월 23일에 발효한 시민적·정치적권리에관한국제연합인권규약과 스페인헌법·터키헌법·포르투갈헌법 등에서도 이를 보장하고 있다. 우리나라에서는 1994년 1월에 공공기관의개인정보보호에관한법률이 제정되어, 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보가 보호받고 있다.

사생활의 비밀과 자유의 보장은 인격적 존재로서의 인간이 소극적으로는 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 아니하고, 적극적으로는 자신이 원하는 자유로운 사생활과 사적활동을 영위할 수 있도록 하려는 것이다. 따라서 사생활의 비밀과 자유의 불가침은 인간의 존엄성존중의 구체적 내용이 되는 인격의 자유로운 표현과 법적 안정성을 그 보호법익으로 한다. 이러한 법익을 보호하기 위해서는 개인의 자유의지에 대한 간섭을 의미하는 자율의 침해, 개인의 인격에 대한 평가나 신뢰의 훼손, 개인의 가장 심오한 곳에 내재하는 자아의 신성불가침성의 교란행위 등이 배제되어야 한다. 따라서 사생활의 비밀과 자유는 사생활의 비밀의 불가침·사생활의 자유의 불가침 및 개인정보의 관리통제 등을 그 내용하고 있다. 사생활의 비밀의 불가침은 개인에 관한 난처한 사적 사항의 불가침, 명예나 신용의 불가침, 인격적 징표의 불가침을 의미하며, 사생활의 자유의 불가침은 자유로운 사생활의 형성과 유지의 불가침과 사생활평은의 불가침을 그 내용으로 한다. 개인정보의 관리통제는 자신에 관한 정보를 보호받기 위하여 자신에 관한 정보를 자율적으로 결정하고 관리할 수 있는 권리로서 자기정보열람청구권(자기정보접근권)·자기정보정정청구권 및 자기정보사용중지·삭제청구권을 그 내용으로 하고 있다.

사생활의 비밀과 자유도 무제한으로 보장되는 것이 아니라 타인의 권리를 침해하는 것이 아니어야 하고 사회윤리(도덕률)나 헌법질서에 위반되는 것이 아니어야 한다는 한계를 가진다. 특히 사생활의 비밀과 자유는 언론의 자유와 관련하여 양법익충돌의 조화적 해결에 관한 것이 문제되고 있으며, 국정조사·감사권, 행정조사, 수사권, 행정법상 의무위반자의 명단공표 등에 있어서 법익간의 충돌이 문제되고 있다. 또한 개인의 사생활의 비밀과 자유는 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에 한해서는 법률로서 제한될 수 있으며, 대통령의 긴급명령에 의해서도 잠정적으로 그 효력이 정지될 수 있다. 그러나 어떠한 경우에도 사생활의 비밀과 자유의 본질적 내용은 침해할 수 없다.

◆ 사형제도(死刑制度)

사형은 수형자의 생명을 박탈하는 형벌제도로써, 교수형으로 집행하는 것이 보통이지만 균형법은 총살형을 규정하고 있는 생명형이다. 그러나 범죄행위시 18세 미만인 소년에 대한 사형은 인정되지 않고, 사형집행은 판결확정후 6개월까지 연기될 수 있다. 형법상 사형을 선고할 수 있는 범죄는 내란죄, 내란목적살인죄, 외환유치죄, 여적죄, 모병이적죄, 간첩죄 등이다. 그 밖에도 국가보안법, 균형법, 폭력행위등처벌에관한법률, 특정범죄가중처벌법 등에서 사형을 법정형으로 인정하고 있다. 사형제도에 대하여 찬반의 양론이 대립하고 있는데, 찬성론자들은 사형은 흉악한 범죄에 대하여 사실상 위하력을 행사하여 범죄를 억제하는 역할을 하고, 국민의 법감정이 사람을 살해한 자는 생명을 박탈해야 한다는 생각을 하고, 사형은 종신형보다 재정적 부담을 덜어주고 있다는 현실적 고려를 하고 있다고 주장하고 있다. 이에 반해서 사형이 종신형보다 범죄억지력이 높다는 것은 실제로 근거가 없으며, 형벌의 위하력이 있다고도 할 수 없으며, 형벌을 통한 개선이나 교육의 가능성을 원천적으로 차단하고, 피해자에게 손해배상 등의 관점에서 전혀 도움이 되지 않고, 그 방법의 잔혹성, 오판의 경우 회복불가능성, 정치적 탄압의 도구로 악용될 소지가 많

다는 점을 들어 사형제도의 폐지를 주장한다. 그러나 이에 대한 대법원의 입장은 “비록 인도적 또는 종교적 견지에서 존귀한 생명을 빼앗아 가는 사형이 피해야할 것임에는 이론이 있을 수 없을 것이나, 한편으로는 범죄로 인하여 침해되는 또 다른 존귀한 생명을 외면할 수 없고 또 사회공공의 안녕과 질서를 위하여 생명형의 존치를 이해하지 못할 바가 아니며, 이것은 바로 그 나라의 실정법에 나타나는 국민의 법감정이 아직도 사형의 존치를 긍정하고 있다”(1987.9.8. 대판 87 도 1458)라고 하여 사형존치론의 입장에 있다.

#### ◆ 사형집행연기제도(死刑執行延期制度)

사형제도의 폐해를 지적하면서 오관의 가능성, 정치적 탄압의 도구로 사용될 가능성, 형벌의 위하력을 증명할 수 없는 시점에서, 사형제도의 폐지가 주장되고 있지만, 실제로 사형제도가 존치하고 있는 경우에도 중국형법에서 규정하고 있는 것처럼 모든 사형수에게 원칙적으로 일정기간 동안 그 집행을 연기하면서 그 사람의 개선효과를 재평가하여 무기형 등으로 감형할 수 있도록 하는 제도를 사형집행연기제도라 한다. 그 기간은 3년 내지 5년으로 하고 있지만, 이 기간에 대하여는 미리 정할 필요가 있는 것이 아니라 이 제도가 얼마나 실효성을 담보할 수 있는가에 대한 논의과정에서 정해지면 될 것으로 생각된다. 1997년 이후 우리나라에서도 사형집행이 사실상 연기되고 있다는 점에서 본 제도를 사실상 수용하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

#### ◆ 사회계약설(社會契約說)

사회계약설은 전제군주의 자의적 지배에 항거하여 쫓겨난 근대신흥시민계급이 절대왕정의 왕권신수설에 대항하여 자신들의 이론적 무기로서 주장한 국가이론으로서 국가의 기원을 인민의 동의에서 구하면서 국가의 목적을 개인의 자유와 재산의 수호라고 주장하는 이론이다. 대표적인 사회계약론자로는 토마스 홉스, 존 로크, 장 자크 루소 등을 들 수 있다.

홉스의 사회계약설은 성악설적 인간관을 바탕으로 하여 국가성립 이전의 자연상태를 만인에 대한 만인의 투쟁상태로 상정하면서 이러한 자연상태에 있어서의 자연법의 논리는 정의와 부정의의 구별이 존재하지 아니하는 것으로 보고 있다. 홉스에 의하면 자연법에는 3종류가 있으며, 제1자연법은 인간이면 누구나 천부의 권리를 가진다는 것으로 근대정치사상의 근간을 이루고 있다. 제2자연법은 모든 인간은 자발적인 동의(계약)에 의하여 무제한의 자연권을 국가에 기꺼이 양도해야 하는 것으로 사회계약은 개인이 자기보전을 위하여 자연상태에서의 모든 권리를 절대복종을 조건으로 제3자인 국가에 양도하는 복종계약이다. 제3자연법은 계약의 이행을 의미하는 것으로 계약의 이행은 정의이고 그 불이행은 부정의라는 것이다. 그러므로 평화유지와 계약이행에 대한 객관적 보증이 필요하게 되며, 이것이 곧 국가가 보유해야 하는 제3자의 강제력이다. 계약당사자로 하여금 계약을 이행하게 하는 자연법실현의 방법은 모든 권력을 한 인간 또는 집단에게 양도하는 것이고, 이 개인 또는 집단(국가)에게 절대복종하는 것이 모든 인간의 자기이익과 일치하는 것이 되며, 이러한 복종계약은 취소할 수 없는 것이고 국가에 대한 저항도 허용되지 않는다고 한다.

로크의 사회계약설은 성선설적 인간관을 바탕으로 하여 인간이 자연법의 테두리 안에서 스스로 적당하다고 생각하는 바에 따라 자신의 행동을 규율하고, 그 안전과 재산을 처리할 수 있는 상태를 자연상태라고 규정하고, 이러한 자연상태는 무규범적이기는 하지만 전쟁상태가 아닌 질서와 평화의 상태라고 하였다. 로크의 자연상태는 상반된 이해관계와 갈등이 야기될 경우, 이를 공정하게 처리할 심판관이 존재하지 아니하고 타인의 권리를 침해하는 자를 처벌할 강제력이 없다는 데에 그 한계가 있다. 이러한 한계를 극복하기 위한 방안으로 사회계약이 요구되며, 이 계약은 자연상태에서의 권리를 일정한 대표에게 위임하는 위임·신탁계약이므로 취소가 가능하다. 로크는 사회계약의 목적은 개인의 생명·자유 및 재산의 보전에 있다고 보고, 국가가 명령·지배의 권력을 남용하여 인민의 기본적 권리를 침해하게 되면 인민은 이에 대한 복종의무가 없게 될 뿐

만 아니라 저항권을 행사하여 이를 변경할 수도 있다고 한다. 그는 사회계약을 체결함에 있어 신탁의 뜻에 위반되는 국가권력을 배제하거나 변경할 수 있는 최고권력은 신탁자인 국민의 수중에 유보되어 있다고 한다.

루소의 사회계약설에 있어서 자연상태는 인간이 고립하여 생활하는 상태로서 재산도 전쟁도 없는 평화롭고 무조직의 상태이므로 자연상태에서의 인간의 욕망과 자유의 남용을 방지하게 되면 자연의 아름다움도 자유의 고귀함도 파괴되어 질 것이라고 본다. 따라서 이를 보존하기 위하여 전체인민은 합의(자유의사에 의한 계약)에 의하여 국가를 건설하고, 국가를 지도하는 최고불변의 의사인 일반의사에 복종함으로써 질서를 유지하고 그렇게 함으로써 스스로의 자유를 누릴 수 있다고 한다. 이는 곧 국가권력은 인민의 일반의사에 기초한 것이고, 이에 복종하는 것은 타인에 의한 타율적 지배가 아니라 자신에 의한 자기지배라고 한다. 사회계약은 인민과 인민간에 그리고 인민과 통치권자간에 체결된 이중계약이 아니라 인민상호간에 체결된 단일계약이다. 일반의사는 개인의 자기이익만을 추구하는 특수의사와 구별되고, 특수의사의 단순한 합계에 불과한 전체의사와도 구별된다. 일반의사는 공통의 이익만을 추구해야 하는 것으로 오류를 범할 수 없는 것이므로 개개인이 특수집단을 조직하여 스스로의 권리를 위하여 투쟁하는 것은 금지되어야 한다.

#### ◆ 사회국가의 원리(社會國家의 原理)

사회국가라 함은 모든 국민에게 그 생활의 기본적 수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 하는 것이 국가의 책임이면서, 그것에 대한 요구가 국민의 권리로서 인정되어 있는 국가를 말한다. 사회국가의 원리는 사회정의를 구현하기 위하여 법치국가적 방법으로 모든 국민의 복지를 실현하려는 국가적 원리로서 실질적 법치국가를 실천목표로 하고 사회적 시장경제질서에 의하여 뒷받침된다는 점에서 사회적 법치국가의 원리와 표리의 관계에 있다고 하겠다.

사회국가원리의 구체적 규범적 의미내용으로는 다음을 들 수 있다. 첫째, 사회국가의 원리는 산업화사회에서 발생하는 계급적 갈등을 사회개발정책을 통해 해결하려는 국가적 원리를 말한다. 사회개발정책이라

함은 산업사회에서 발생하는 계층간의 대립과 갈등을 극복하기 위하여 사회적 계급이나 집단들을 융합하는 조치를 통해 사회적 통합을 이룩하려는 정책을 말한다. 둘째, 사회국가의 원리는 사회정의의 이념에 입각하여 사회개량을 실현하려는 국가적 원리이다. 사회정의라 함은 사회구성원 전체의 이익이 조정되고 모든 국민의 복지가 균등하게 추구되며, 갖가지 공적 부담이 균등하게 부과되고 개개인에게 적정수준의 경제적·문화적 생활을 보장하는 공평분배의 원리를 말한다. 셋째, 사회국가의 원리는 소극국가 내지 야경국가의 차원에 머무는 것이 아니라, 기존의 경제질서와 법체계의 테두리안에서 새로운 질서를 형성하기 위하여 국가가 적극적으로 정책을 개발하고 개인적 생활영역에 개입하는 국가적 원리인 것이다. 넷째, 사회국가의 원리는 개인적 생활에 대한 국가적 책임은 물론이고 개인의 사회에 대한 책임까지도 강조하는 국가적 원리로서 사회국가에서의 인간상은 사회와 관련성을 가지고 사회적 구속을 받는 사회적 인간이다.

이와 같은 사회국가의 원리를 구현하기 위해서는 ①인간다운 생활권(생존권)을 비롯한 일련의 사회적 기본권이 보장되고, ②재산권의 사회적 기능이 강조되며, ③기회균등의 보장과 소득의 적절한 분배 등 경제민주화가 실현되어야 하고, ④사회보장제·사회복지정책이 추진되어야 하며, ⑤경제질서에 대한 규제와 조정이 이루어져야 한다. 이를 위하여 현행헌법은 전문에서 “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고…안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 하고 있고, 제10조에서는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 또한 제119조제2항에서는 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적절한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”라고 하고 있다. 이러한 조항들은 “국민 모두가 호혜공영(互惠共榮)하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환언하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격을 유지하되 저소득층의 인간다운 생활을 보장하기 위한 소득의 재분배, 투자의 유도조정, 실업자구제 내지

완전고용, 광범위한 사회보장 등을 책임있게 추구하는 국가, 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다”(헌재 1989. 12. 22.[88 헌가 13])라고 헌법재판소는 판단한 바 있다.

◆ 사회국가적 기본권이론(社會國家的 基本權理論, sozialstaatliche Theorie der Grundrechte)

사회국가적 기본권이론은 기본권을 소극적이고 수동적 성격의 것이 아니라 국가에 대한 적극적인 급부청구권으로 이해하는 독일의 기본권이론이다. 오늘날 개인은 자급자족적 존재일 수 없으며, 국가로부터의 급부와 배려에 의존하여 생활하지 않을 수 없기 때문에 이론적 차원에서 뿐만 아니라 실제에 있어서도 국가적 급부에 대한 청구권 등의 보장이 기본권이론에서 주된 관심의 대상이 되어야 한다고 한다.

◆ 사회보상청구권(社會補償請求權)

사회보상이라 함은 국가·민족을 위하여 활동한 국가유공자가 상해 또는 사망하거나 노동능력을 상실함으로써, 본인 또는 유족의 생활이 곤궁하게 된 때에, 본인이나 부양가족 또는 유족의 의료와 생활을 보장하기 위한 제도로써 국가유공자등예우및지원에관한법률이 있다.

◆ 사회보장권(社會保障權)

→ 사회보장수급권

◆ 사회보장수급권(社會保障受給權 : 社會保障權)

사회보장수급권은 사회적 위험으로 말미암아 요보호상태에 있는 개인이 인간의 존엄에 상응한 인간다운 생활을 영위하기 위하여 국가에 대해 일정한 내용의 적극적 급부를 요구할 수 있는 권리로서 사회적 위험·보호를 요하는 상태·인간다운 생활의 보장·국가의 적극적 급부 등을 그 개념적 요소로 하고 있다. 헌법 제34조는 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하기 위하여 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를



진다”(동조제2항), “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다”(동조제3항), “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”(동조제4항), “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”(동조제5항), “국가는 재해를 예방하고 그 위협으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다”(동조제6항)라고 하여 국민에게는 일련의 사회보장수급권을 보장하고 국가에 대해서는 다양한 사회보장증진의무를 부과하고 있다.

사회보장수급권은 개인이 현실적인 사회보장급여를 해당 사회보장법에 따라 청구할 수 있는 실체적이고 구체적인 권리를 의미하며, 현행 사회보장제도의 주요 분야는 소득보장·의료보장·주거보장·교육보장·복지서비스보장 분야 등으로 나눌 수 있으며, 구체적으로는 사회보장법체계와 관련하여 사회보험수급권·공공부조청구권·사회보상청구권·사회복지청구권으로 구성되어 있다. 이러한 실체적 사회보장수급권의 원활한 실현을 위한 절차적 사회보장수급권으로는 ①사회보장청구권이 국가기관의 위법·부당한 조치에 의하여 침해되었을 때에 그 구제를 구할 수 있는 사회보장쟁송권, ②사회보장행정절차에 주민들이 참여할 수 있는 사회보장행정참여권, ③사회보장을 구현할 구체적 입법이 없거나 기존법률의 내용이 불충분할 경우에 새로운 입법 내지 법의 개정을 요구할 수 있는 사회보장입법권 등을 들 수 있다.

◆ 사회보험수급권(社會保險受給權)

사회보험이라 함은 경제적 약자에게 인간다운 생활을 위협받을 정도의 질병·상해·사망 기타 상당한 재산상 부담이 되는 사고가 발생한 경우에, 그 위험부담을 국가적인 보험기술을 통하여 다수인에게 분산시킴으로써, 경제적 약자의 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회보장적 작용으로서 사회보장제도의 중핵을 이루는 것이다. 사회보험수급권은 보험의 대상이 되는 위험의 유형에 따라 의료보험청구권, 연금보험청구권, 재해보상청구권, 실업보험청구권 등으로 나누어진다.

헌법재판소는 의료보험수급권의 성격에 관하여 “의료보험수급권은 의료보험법상 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리이다”(헌재 2000. 6. 29.[99 헌마 289])라고 판시하고 있다.

#### ◆ 사회보호법(社會保護法)

사회보호법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복지를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 하는 법률이다. 사회보호법상 인정되는 보호처분에는 보호감호, 치료감호, 보호관찰의 세 종류가 있다. 보호처분의 대상자, 즉 보호대상자는 1)수개의 형을 받거나 수개의 죄를 범한 자(과실로 인하여 죄를 범한 자는 제외한다), 2)심신장애자 또는 마약류·알코올 기타 약물중독자로서 죄를 범한 자(동법 제2조)를 말한다. 보호감호의 대상자는 1)동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때, 2)별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때, 3) 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때의 요건을 갖춘 경우에 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다(동법 제5조). 치료감호는 심신장애자와 중독자를 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 행하는 보호처분을 말한다(동법 제2조·제9조). 보호관찰은 가출소한 피보호감호자와 치료위탁된 피치료감호자를 감호시설 이외의 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분이다. 보호관찰기간은 3년이다. 다만 치료감호의 경우 보호관찰기간은 1차에 한하여 3년간을 연장할 수 있다. 사회보호법은 이중처벌이라는 비난을 받고 있어 개정내지는 폐지가 논의되고 있다.

#### ◆ 사회복지청구권(社會福祉請求權)

사회복지라 함은 공공부조대상자·아동·신체장애자·노인 기타 요보호자가 자립의 생활능력을 개발하는 데 필요한 수용보호·생활지도·갱

생보도·원호지원 등을 하는 국가적 활동을 말한다. 사회복지청구권에는 사회복지조치청구권과 사회복지시설수혜청구권 등이 있다. 이에 관한 법률로 윤락행위등방지법·아동복지법·노인복지법·사회복지사업법 등이 있다.

◆ 사회봉사명령(社會奉仕命令)

유죄가 인정된 범죄인이나 비행소년을 교도소나 소년원에 구금하는 대신에 정상적인 사회생활을 영위하게 하면서 일정한 기간내에 지정한 시간 동안 무보수로 근로에 종사하도록 명하는 것을 말한다. 예를 들어 환경미화, 복지시설 및 단체봉사, 행정기관지원, 공공시설봉사, 병원지원, 공익사업보조, 농촌봉사, 문화재보호봉사 등이 있다. 단기보호 관찰소년에게 50시간 이내의, 보호관찰소년에게 200시간 이내의(소년법 제23조4항)의 수강명령을 부과한다(보호관찰등에관한법률 제59조 제1항). 사회봉사명령에 관한 지침서에서 보면, 사회봉사명령에 적합한 성인 대상자의 유형은 자신을 비하하거나 목적없이 생활하면서 자신의 능력을 모르고 있는 경우, 사회적으로 고립되어 있거나 단편적 행동양식을 가지고 있는 경우, 근로정신이 희박하고 다른 사람의 재산을 탐내거나 직무와 관련하여 부당한 대가를 받은 경우, 음주운전·무면허운전 등 중대한 교통법규위반죄를 범한 경우 등이 해당하고, 소년 대상자의 경우에는 부모의 과잉보호를 받아 자기중심적이거나, 생활이 궁핍을 경험하지 못한 경우, 과소비에 몰든 경우 등의 특징을 가진 자에게 부과되어진다. 만약에 보호관찰이나 사회봉사 또는 수강을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반한 경우에 그 위반사실이 동시에 범죄행위로 되더라도 그 기소나 재판의 확정여부 등 형사절차와는 별도로 법원이 보호관찰등에관한법률에 의한 검사의 청구에 의하여 형법 제64조제2항에 규정된 집행유예 취소의 요건에 해당하는가를 심리하여 준수사항이나 명령 위반사실이 인정되고 위반의 정도가 무거운 때에는 집행유예를 취소할 수 있다(1999. 3. 10. 대판 99 모 33).

#### ◆ 사회유대이론(社會紐帶理論)

통제이론 중에서 허쉬가 주장한 이론이 사회유대이론이다. 비행이나 범죄가 발생하는 원인에 대하여 자연상태에서 인간은 누구나 범죄를 저지를 수 있다고 하면서 이러한 반사회성은 인간의 본성이라고 보았다. 허쉬는 비행문화를 내면화하였다거나, 불량친구의 영향 때문에 범죄가 발생하는 것이 아니라, 비행소년과 사회와의 유대가 약화되거나 단절된 경우에 소년이 타고난 비행성향이 노출된다는 것으로 이해하였다. 개인이 사회와 유대를 맺는 방법으로는 애정과 정서적인 관심을 통하여 개인이 사회와 맺고 있는 유대를 의미하는 애착, 규범준수에 따른 사회적 보상에 얼마나 관심을 갖는가에 관한 전념, 행위적 측면에서 개인이 사회와 맺고 있는 유대의 형태인 참여, 관습적인 규범의 내면화를 통하여 개인이 사회와 맺고 있는 유대의 형태인 믿음을 통하여 유대를 형성한다는 것이다. 예를 들어서 부모와의 애착이 큰 학생들이 부모를 기쁘게 해주기 위해서 자기의 일인 공부에 전념하고 이를 통하여 학교생활에 적극적으로 참여하게 되며 자신이 이렇게 하는 것이 사회에 대한 신뢰 즉 믿음 보여줌으로써 범죄를 줄일 수 있다는 것이다. 그러나 이러한 범죄원인은 사소한 범죄의 경우에는 설명이 가능하지만, 청소년범죄 중 중대범죄의 경우에도 유효한 설명인지는 분명하지 않다는 비판이 있다.

#### ◆ 사회적 기본권(社會的 基本權, soziale Grundrecht)

사회적 기본권은 단체주의적 사회정의의 실현을 국가목적으로 하는 사회국가(복지국가)에서 인간다운 생활을 확보하기 위하여 일정한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리로서 이념으로서 인간다운 생활의 보장, 내용으로서 국가적 급부와 배려, 실현형태로서 헌법적 보장 등을 그 개념적 징표로 하고 있다. 사회적 기본권이 헌법전에 등장한 것은 제1차 세계대전 이후이며, 이는 자본주의의 발전에 따른 부의 편제, 빈곤의 확대와 실업자의 범람, 그로 인한 노사간의 대립의 격화 등이 심각한 사회문제로서 제기되자, 이를 계기로 모든 사회구성원들의 최저한의 인간다운 생존을 보장하고 나아가 실질적 평등이라는 사회정의를 구현하기 위

한 사회적 기본권사상이 강조됨에 따라 시민적 자유권의 보완 내지 수정으로서 대두되었다.

사회적 기본권의 법적 성격에 관하여는 종래에는 프로그램권리설이 지배적인 견해였으나, 최근에는 법적 권리설이 이를 대신하고 있으며, 법적 권리설은 다시 추상적 권리설과 구체적 권리설로 갈리고 있다. 프로그램 권리설(입법방침규정설)에 의하면, 사회적 기본권은 구체적·현실적 권리가 아니라 국가의 사회정책적 목표 내지 정치적 강령을 선언한 것에 불과한 것이라고 한다. 그러므로 국가가 그 권리실현에 필요한 입법 또는 시설을 하지 아니하는 한 그에 관한 헌법규정만으로는 국가에 대하여 그 의무이행을 재판상 청구할 수 없으며, 그에 관한 입법의 태만을 헌법 위반이라 하여 사법적 구제를 구할 수 없다고 한다. 법적 권리설 중 추상적 권리설은 사회적 기본권이 비록 추상적인 것일지라도 법적 권리며, 또 국가의 의무이행이 사법적 절차에 의하여 강제될 수 없을지라도 사회적 기본권보장을 위한 국가적 의무는 헌법에 의거한 법적 의무라고 한다. 구체적 권리설은 사회적 기본권에 관한 헌법규정은 그것을 구체화하는 입법이 존재하지 아니하는 경우에도 직접 효력을 가지는 규정이고, 구체적 권리로서의 사회적 기본권을 보장하는 것이라고 한다. 우리나라 학설은 추상적 권리설이 다수설이지만 최근 구체적 권리설에 동조하는 의견이 많이 나타나고 있다.

헌행헌법에 있어서 사회적 기본권은 이념적 사회권과 수단적 사회권으로 구성되어 있는 바, 전자는 사회적 기본권의 이념 내지 목적에 해당하는 제34조제1항의 인간다운 생활권(생존권)이고, 후자는 사회보장수급권, 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로3권, 환경권, 보건권 등 사회적 기본권의 이념과 목적을 구체적으로 실현하기 위한 개별적 사회권들이다.

#### ◆ 사후영장(事後令狀)

형소법 제73조는 “피고인을 소환함에는 소환장을, 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다”라고 규정함으로써 영장주의를 채택하고 있다. 즉 임의동행이나 긴급체포, 현행범체포 등의 사유를 제외하고는 반드시 체포·구속영장에 의하여 인신의 자유를 제한할 수 있을 뿐이다.

그러므로 영장주의의 원칙은 사전영장의 의미로 이해되어지며 예외적으로 현행법체포(형소법 제212조), 긴급체포, 임의동행에 의한 인신의 자유를 제한 경우에 지체없이 영장을 발부 받게 하거나 혹은 48시간 이내에 영장을 청구하게 하고 영장을 발부 받지 못한 경우에는 즉시 석방하도록 하고 있다. 즉, 예외적으로 체포 등에 의하여 사전에 영장을 청구할 수 없는 경우에 사후에 청구하는 영장을 말한다.

#### ◆ 상소권(上訴權)

형사재판에 대하여 상소할 수 있는 소송법상 권리를 상소권이라고 한다. 상소권자에게 고유의 상소권자와 그 이외의 상소권자가 있다. 고유의 상소권자는 재판을 받은 자를 말한다. 검사와 피고인은 당사자로 당연히 상소권을 가진다(형소법 제338조제1항). 법원의 재정결정에 의하여 심판을 부여하여진 사건의 공소유지자로 지정된 변호사도 고유의 상소권자이다. 이 경우 부심판사건과 다른 사건이 병합심판되어 1개의 재판이 있는 경우에는 지정변호사와 검사는 그 재판에 대하여 각각 독립하여 상소할 수 있다(형소법 제338조제2항). 검사는 공익의 대표자로서 피고인을 위하여도 상소할 수 있다. 검사 또는 피고인 아닌 자가 결정을 받은 때에는 항고할 수 있다(형소법 제339조). 과태료의 결정을 받은 증인 또는 감정인, 소송비용의 재판을 받은 피고인 이외의 자 또한 항고권자에 해당한다. 피고인의 법정대리인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다(형소법 제340조). 상소권은 재판의 선고 또는 고지에 의하여 발생한다. 그러나 상소가 허용되지 아니하는 재판, 즉 결정은 고지되더라도 상소권이 발생하지 않는다. 상소권은 상소기간의 경과, 상소의 포기 또는 취하에 의하여 소멸한다. 상소기간은 상소의 종류에 따라 다르다. 항소와 상고는 7일(제358조·제374조), 즉시항고는 3일이다(제405조). 보통항고에는 기간의 제한이 없고 항고의 이익이 있는 한 할 수 있다(제404조). 상소기간은 재판이 선고 또는 고지된 날로부터 진행한다(제343조제2항). 상소권은 상소기간 내에 상소권을 포기하거나 일단 제기한 상소를 취하함에 의하여 소멸된다. 즉 상소를 포기·취하한 자는 그 사건에 관하여 다시 상소하지 못한다(제354조).

헌법재판소는 형사피해자를 제외하고 검사 또는 피고인에게만 상소권을 준 형사소송법 제338조제1항이 헌법에 위반되는지 여부에 대하여 “형사재판에서 상소권자의 범위를 규정하는 문제에 대한 해답 또한 헌법에 명문이 없는 한 입법정책에 맡겨져 있는 것이다. 형사피해자에게 따로 상소권을 인정하지 아니한 것은 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적으로 공정하게 판결에 대한 상소 여부를 판단하게 하는 것이 상소제도를 마련한 목적을 달성할 수 있는 정당성·합리성을 갖춘 수단이기 때문이다. 따라서 전문지식이 없고 개인감정에 치우칠 수 있는 형사피해자에게 상소권을 인정하지 아니한 이 법률조항은 입법재량의 한계를 벗어난 것이 아니므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없다”(헌재 1998. 10. 29.[97 헌마 17])라고 판시하였다.

◆ 상습범(常習犯)

상습범이란 “성격상의 소질로 인하여 얻어진 내적 성격의 결과로 반복해서 법을 위반하는 경향이 있는 인격을 가진 자”를 일컫는다. 따라서 상습범죄인이란 행위의 특성이 아니라 행위자의 특성을 중심으로 인정된다. 이러한 측면에서 상습범은 행위반복의 경우에 가중처벌하는 누범자와 구별된다. 상습범에 대한 형법각칙 또는 특별형법이 특정한 상속범에 대한 형벌을 가중하는 것과 사회보호법이 보호감호처분이라는 보안처분을 가하는 이중의 대책이 이루어지고 있다. 그런데 실정법이 규정한 상습범은 새로운 하나의 범행을 실행한 집행전과의 상습범과 여러 동종행위를 실행하여 기소된 범행전과의 상습범으로 나누어진다. 상습사기에 있어서의 상습성이라 함은 반복하여 사기행위를 하는 습벽으로서 이러한 습벽의 유무를 판단함에 있어서는 사기의 전과는 물론 범행의 횟수, 수단과 방법, 동기 등 여러 사정을 참작하여야 한다(2001. 7. 24. 대판 2001 도 2196). 약식명령으로 확정된 바 있는 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 범죄사실이 그 이전에 이루어진 같은 법률위반죄의 범죄사실과 마찬가지로 폭력행위 습벽에서 이루어진 것이라면 이미 확정약식명령을 고지 받은 폭력행위등처벌에관한법률위반죄와 그 이전에 이루어진 같

은 법률위반죄의 공소사실은 실체법상 포괄일죄인 상습범의 관계에 있다 (1993.5.14. 대판 92 도 2585).

#### ◆ 생명권(生命權)

생명이라 함은 비생명적인 것 또는 죽음에 대칭되는 인간의 인격적·육신적 존재형태, 즉 생존상태를 말한다. 근대입헌주의적 헌법은 인간의 생명권을 자명한 것으로 인식한 나머지 생명권을 보장하는 법규정을 별도로 두지 않았으나 제2차대전 기간 중에 전체주의국가에서 자행된 인간 생명유린사태에 대한 역사적 반성은 생명에의 권리를 실정화하기에 이르렀다. 세계인권선언을 비롯한 집단학살방지과처벌에관한협약 및 유럽인권협약과 일본헌법 제13조 및 독일기본법 제2조제1항 등이 그 대표적인 사례이다. 우리 헌법에는 독일기본법이나 일본헌법과 같은 생명권보장에 관한 명문의 규정이 없지만, 통설과 판례는 헌법해석론으로서 생명권을 헌법상의 권리로 인정하고 있다.

헌법재판소는 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다”(헌재 1996. 11. 28.[95 헌바 1])라고 판시하고 있다. 따라서 생명에 관한 권리는 주로 국가에 의한 침해로부터 생명을 방어하려는 대국가적 방어권으로서의 성격과 더불어 생명권을 제3자의 침해로부터 보호하여 줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 보호요청권으로서의 성격을 아울러 가지고 있다. 이러한 점에 있어서 국가에 의한 우생학적 단종기술이나 안락사 등은 물론이고 생명을 위협하는 전염병 또는 위급한 상황에 처한 개인이나 집단을 고의로 방치하는 것은 용납되지 아니하며, 사형제도 역시 다른 생명을 부정하는 불법행위에 대해서만 예외적으로 허용하고, 정치적 이유에 의한 사형제도는 이를 인정하지 아니하는 것이 바람직 할 것이다.



◆ 선거권(選舉權)

선거권이라 함은 추상적으로는 선거시에 투표에 참여할 수 있는 권리를 의미하지만, 구체적으로는 선거인단의 구성원으로서 각급 공무원을 선임할 수 있는 권리를 의미한다. 헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 하여 간접참정권의 하나로서 선거권을 규정하고 있다. 간접민주제에서는 참정권 중에서 기본적인 권리가 공무원선거권이며, 여기에서의 공무원은 가장 넓은 의미의 공무원을 의미하지만 헌법은 대통령선거권, 국회의원선거권, 지방의회의원선거권, 지방자치단체장선거권만을 규정하고 있다.

선거권의 법적 성질에 관해서는 그것을 개인을 위한 주관적 공권으로 보는 개인적 공권설, 국가목적에 위하여 국가가 부과한 공무수행으로 보는 공의무설, 선거인으로서의 권한 또는 자격을 인정받는 것으로 보는 권한·자격설 등이 있다. 선거권은 공무수행인 동시에 정치적 기본권의 행사라는 양면성을 가지는 것이라고 하겠다. 이러한 선거권을 누구에게 어떤 조건하에 부여할 것인가는 의회민주주의의 운영과 관련하여 중요한 의미를 가지는 바, 일반적으로 선거권을 행사할 수 있으려면, 국적·연령·주소에 관하여 일정한 적극적 요건을 충족할 것이 요구되고 있다. 우리나라의 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다)에서는 선거연령을 만20세로 하고 있는데, 이는 투표가 정치적 판단능력을 전제로 하는 것이라면 연령의 제한은 합리적인 것이라 할 수 있다. 그러나 각국에 있어서 선거연령은 인하되는 추세에 있으며, 국민의 정치참여의 폭을 확대함으로써 국민주권을 실질화해야 한다는 관점에서 본다면 선거연령을 18세 정도로 인하하는 것이 바람직하다고 본다.

또한 선거권을 행사하려면 적극적 요건 외에 소극적 요건으로서 일정한 결격사유, 예컨대 금치산자나 수형자 등에 해당되지 않을 것이 필요하다. 다만 주권의 행사와 형사책임의 감수는 차원을 달리하는 것이므로 선거사범의 경우는 별론으로 하고, 수형자나 전과자의 선거권을 제한하는 것은 위헌의 여지가 있다.

헌법재판소는 선거권에 관하여 “오늘날 입헌민주국가에서는 대의제도에 의한 통치가 불가피한 것으로 선거야말로 국민의 의사를 체계적으로 결집하고 수렴하고 구체화하는 방법으로 국민의 정치적 의사를 형성하는 가장 합리적인 절차이며, 따라서 국민의 의사가 얼마나 굴절없이 정당하게 반영되느냐의 여부가 통치권의 정통성과 정당성을 담보하는 핵심이며 생명이다”(헌재 1991. 3. 11.[91 헌마 21])라고 판시하고 있다.

#### ◆ 선거소송(選舉訴訟)

선거소송은 선거인과 후보자 등의 권리보호를 목적으로 하는 것이지만, 선거의 적법·공정한 실시를 목적으로 하는 일종의 민중소송으로서 특수한 헌법소송의 범주에 속한다. 선거소송은 대통령선거와 국회의원선거의 경우, 선거의 전부 또는 일부의 무효를 주장하는 것으로, 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 자(선거인·정당·후보자)는 선거일로부터 30일 이내에 관할선거구 선거관리위원회위원장(대통령선거는 중앙선거관리위원회위원장)을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다(공선법 제222조제1항). 선거에 관한 소청이나 소송은 다른 소송에 우선하여 신속히 결정 또는 재판해야 하며, 소송에 있어서 수소법원(受訴法院)은 소송이 제기된 날로부터 180일 이내에 처리해야 한다. 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우, 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 소청인도 소청에 대한 결정서를 받은 날로부터 10일 이내에, 그 기간내에 결정하지 아니한 때에는 그 기간이 종료된 날로부터 10일 이내에, 시·도지사선거의 경우에는 대법원에 소를 제기할 수 있고, 지방의회의원 및 자치구·시·군의 장 선거의 경우에는 선거구를 관할하는 고등법원에 소를 제기할 수 있다(공선법 제222조제2항).

#### ◆ 선거소청(選舉訴請)

지방자치단체의 의회의원선거 및 자치구·시·군의 장의 선거에 있어서 선거의 효력 또는 당선의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당 또는 후보자는 선거일로부터 14일 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피소청인으로 하여 시·도선거관리위원회에, 그리고 시·도지사

선거에 있어서는 중앙선거관리위원회에 소청을 할 수 있다(공선법 제 219조제1항·제2항). 위의 소청을 접수한 중앙 또는 시·도선거관리위원회는 소청을 접수한 날로부터 60일 이내에 그 소청에 대한 결정을 해야 한다.

◆ 선도조건부 기소유예처분(善導條件附 起訴猶豫處分)

공소권행사는 검사에게 독점되어 있다. 따라서 공소권행사의 여부에 대하여는 검사의 재량이 인정되어지고 이에 의하여 검사의 불기소처분의 종류에 기소유예처분이 있다. 이러한 기소유예처분에 대하여 조건을 붙일 수 있는지가 문제되는데, 기소유예처분은 검사의 권한이므로 기소유예를 하면서 조건을 붙일 수 있다고 보아야 하겠지만, 실정법적 근거가 없다는 점에서 문제되고 있다. 이에 대하여 소년법에 대하여 검찰사무규칙에 근거하여 선도조건부 기소유예제도를 인정하고 있다.

선도조건부 기소유예라 함은 범죄를 저지른 소년의 담당검사가 재범 가능성이 낮은 18세 미만의 범죄소년에 대하여 죄질·범죄후의 태도·생활환경 등 제반사정을 고려하여 뉘우치는 마음이 현저하고 또 다시 범죄를 저지를 가능성이 거의 없다고 판단되는 경우에 일정기간동안 소년선도위원의 선도를 조건으로 기소를 유예하고 있다. 선정방법은 주임 검사가 당해 소년사건의 비행성예측자료표와 소년범환경조사서를 필수적으로 참작하고 보호자나 직장상사의 의견, 피해보상여부와 피해자의 감정 등을 참작하여 결정하지만, 원칙적으로 공안사범, 마약사범, 조직·상습폭력범, 치기범, 현저한 파렴치범의 경우에는 제외된다. 선도조건부 기소유예처분을 받은 소년은 소년선도위원을 월 1회 이상 방문하여 선도위원의 지시에 순응하여야 하며, 선도기간 중 주거지를 이동하거나 장기 출타시 소년선도위원에게 신고하여야 하는 등 일정한 사항을 준수하여야 한다.

◆ 성적 자기결정권(性的 自己決定權)

성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사

생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 말한다(헌재 2002. 10. 31.[99헌바 40 등(병합)]).

◆ 세계인권선언(世界人權宣言, Universal Declaration of Human Rights)

1948년 12월 제3차 국제연합총회에서 채택된 선언으로서 제2차 세계대전 전야의 인권무시, 인권의 존중과 평화 확보 사이의 깊은 관계를 고려하여 기본적 인권존중을 그 중요한 원칙으로 하는 국제연합헌장의 취지에 따라 보호해야 할 인권을 구체적으로 규정할 것을 목적으로 하여 채택되었다. 전문(前文)과 본문 30개조로 되어 있는데, 그 중 제21조까지는 시민적·정치적 성질의 자유, 즉 자유권적 기본권에 관한 규정이다. 그리고 경제적·사회적·문화적 성질의 자유, 즉 생존권적 기본권에 관해서도 상당한 배려가 되어 있으며, 사회보장에 대한 권리(제22조), 노동권과 공정한 보수를 받을 권리 및 노동자의 단결권(제23조) 등에 관해서도 상세한 규정이 마련되어 있다.

◆ 소급과세금지의 원칙(溯及課稅禁止의 原則)

소급과세금지의 원칙은 조세를 납부할 의무가 성립한 소득·수익·재산 또는 거래에 대하여 그 성립 이후의 새로운 세법에 의하여 소급하여 과세하지 않는다는 원칙으로서 조세법률주의의 핵심내용을 이루는 것이다.

◆ 소비자기본권(消費者基本權 : 消費者의 權利)

소비자기본권은 소비자가 인간다운 생활을 영위하기 위하여 공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 구입하거나 사용할 수 있는 권리를 말한다. 헌법 제124조는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다”라고 하여, 소비자권리문제를 단지 소비자보호운동의 차원에서 규정하고 있을 뿐 소비자권리의 보장을 직접적으로 규정하고 있지는 아니하다. 소비자권리를 최초로 선언한 것은

1962년 케네디대통령이 의회에 보낸 ‘소비자의 권리보호에 관한 특별교서’이며, 최근에 와서 인간의 존엄성존중에 대한 인식의 변화와 더불어 경제과정에 있어서 공정한 소득의 재분배와 경제민주화 등 사회정의의 요청이 확산되면서, 소비자의 문제가 소비자보호론의 단계를 넘어 소비자주권론(Consumer’s Sovereignty)의 차원에서 논의되고, 소비자기본권의 독자적 권리성이 실천적·이론적 차원에서 활발히 논의되고 있다.

소비자기본권의 내용은 고정된 것이 아니라 산업사회의 발전에 따라 점차 확대·발전하고 있는 바, 소비자보호법 제3조는 “소비자가 스스로의 안전과 권익을 위하여 향유하는 기본적인 권리”를 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 소비자는 모든 물품과 용역으로 인한 생명·신체 및 재산상의 위해로부터 보호받을 권리를 가진다(안전의 권리). 소비자보호법은 소비자의 보호를 위하여 각종 위해방지를 위한 장치를 마련하도록 규정하고 있고, 전자거래기본법은 전자거래소비자의 피해를 예방하기 위해 소비자에 대한 정보제공과 교육확대 등을 정부의 책무로 규정하고 있다. 둘째, 소비자는 물품과 용역을 선택함에 있어 필요한 지식과 정보를 제공받을 권리를 가진다(알 권리). 소비자는 사기를 당하거나 오도된 정보나 광고에 속지 아니하도록 보호되어야 한다. 소비자보호법은 국가·지방자치단체 그리고 소비자보호원으로 하여금 소비자의 알 권리를 충족시키기 위한 각종 정보를 수집·제공하도록 하고 있고, 전자거래기본법은 전자거래소비자의 피해를 예방하기 위해 소비자에 대한 정보제공과 교육확대 등을 정부의 책무로 하고 있다.

셋째, 소비자는 물품과 용역을 사용 또는 이용함에 있어 거래의 상대방·구입장소·가격·거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다(자유로운 선택권). 소비자의 자유선택권이 실현되기 위해서는 독과점의 금지·공정거래의 보장 및 유통구조의 개선 등이 이루어져야 한다. 넷째, 소비자는 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 의견을 반영할 권리를 가진다(의견반영권). 소비자보호법에 의하면 소비자정책심의위원회를 구성함에 있어 소비자대표를 참가시키도록 하고, 소비자보호원의 소비자분쟁조정위원회에도 소비자단체관계인을 참여시키도록 하고 있다.

다섯째, 소비자는 물품과 용역의 사용 또는 이용으로 인한 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 피해보상을 받을 권리를 가진다(피해보상청구권). 소비자의 불만처리와 피해구제를 담당하고 해결하기 위한 기구로 한국소비자보호원이 있다. 여섯째, 소비자는 합리적인 소비생활을 영위하는데 필요한 교육을 받을 권리를 가진다(교육을 받을 권리). 일곱째, 소비자는 스스로의 권익을 옹호하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 집단적으로 활동할 수 있는 단결과 단체활동의 권리를 가진다(소비자운동권). 소비자보호법은 소비자의 단결권과 단체행동권을 보호하고 소비자단체의 건전한 육성·발전을 위하여 국가가 보조금을 지급할 수 있도록 규정하고 있다.

#### ◆ 소송사기(訴訟詐欺)

소송사기란 법원에 대하여 허위사실을 주장하거나 허위증거를 제출하여 법원을 기망하고 자기에게 유리한 판결을 구하고 이를 통하여 강제집행을 실시하여 타인의 재물을 편취하는 행위를 말한다. 이 때에는 법원이 피기망자이고 피해자는 패소자이다. 소송사기는 피고인이 소송당사자가 아닌 경우에도 사기죄를 구성한다. 소송사기의 기수시기는 확정판결을 받는 순간 또는 채권의 압류로 인하여 전부명령을 받아 채권이 전부되는 때이다. 다만 소송사기는 법원을 속여 자기에게 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 범죄로서 이를 쉽사리 유죄로 인정하게 되면 누구든지 자기에게 유리한 주장을 하고 소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는 민사재판제도의 위축을 가져올 수밖에 없으므로, 피고인이 그 범행을 인정한 경우 외에는 그 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하고 피고인이 그 주장이 명백히 거짓인 것을 인식하였거나 증거를 조작하려고 하였음이 인정되는 때와 같이 범위가 성립되는 것이 명백한 경우가 아니면 이를 유죄로 인정하여서는 아니되고, 단순히 사실을 잘못 인식하였다거나 법률적 평가를 잘못하여 존재하지 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 행위는 사기죄를 구성하지 아니하며, 소송상 주장이 다소 사실과 다르더라도 존재한다고 믿는

권리를 이유있게 하기 위한 과장표현에 지나지 아니하는 경우, 사기의 범의가 있다고 볼 수 없고, 또한, 소송사기에서 말하는 증거의 조작이란 처분문서 등을 거짓으로 만들어내거나 증인의 허위 증언을 유도하는 등으로 객관적·제3자적 증거를 조작하는 행위를 말한다(2004. 6. 25. 대판 2003 도 7124). 피고인이 특정권원에 기하여 민사소송을 진행하던 중 법원에 조작된 증거를 제출하면서 종전에 주장하던 특정권원과 별개의 허위의 권원을 추가로 주장하는 경우에 그 당시로서는 종전의 특정권원의 인정여부가 확정되지 아니하였고, 만약 종전의 특정권원이 배척될 때에는 조작된 증거에 의하여 법원을 기망하여 추가된 허위의 권원을 인정받아 승소판결을 받을 가능성이 있으므로, 비록 나중에 법원이 종전의 특정권원을 인정하여 피고인에게 승소판결을 선고하였다고 하더라도, 피고인의 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 소송사기의 실행의 착수에 해당된다.

◆ 손실보상청구권(損失補償請求權)

손실보상청구권은 공용수용·공용사용·공용제한 등 적법한 공권력의 행사로 말미암아 재산상 특별한 희생을 당한 자가 공평부담의 견지에서 국가에 대하여 재산적 손실의 전보를 청구할 수 있는 청구권적 기본권의 하나이다. 헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 손실보상청구권을 보장하고 있다. 또한 손실보상청구권은 헌법 제23조제3항을 직접적인 근거규정으로 하지만, 공평부담의 원리를 규정한 헌법 제11조, 인간다운 생활권과 사회보장수급권을 규정한 헌법 제34조, 사유재산제와 재산권을 규정한 헌법 제23조제2항, 재산권 행사에 대한 사회적 구속성을 규정한 동조제2항 등도 간접적인 근거규정이 된다.

손실보상청구권의 법적 성격은 ①헌법 제23조제3항은 직접적 효력을 가지는 규정이므로, 법률이 재산권침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정을 하지 아니한다면 그 법률은 위헌무효가 되고, 재산권을 침해당한

자는 헌법 제23조제3항에 의거하여 손실보상을 청구할 수 있다(현실적 권리설). ②손실보상제도는 공권력의 행사를 원인으로 하고 공권력의 행사에 수반되는 효과이기 때문에 공법관계에 관한 제도라는 점에서 손실보상청구권은 공권으로 보아야 한다(공권설). ③손실보상청구권은 재산권확보를 위한 수단적 권리로서 재산권을 규정한 헌법 제23조제1항과 손실보상청구권을 규정한 제23조제3항은 목적과 수단의 관계에 있다.

손실보상은 법정통화에 의한 현금보상을 원칙으로 하나, 법률이 정하는 바에 따라 현물보상과 국채·증권 등에 의한 채권보상과 매수보상이 인정되는 경우도 있다. 손실보상액의 결정방법에 관해서는 통칙적인 규정이 없고 개별법에서 다양한 결정방법을 규정하고 있는 바, 대표적인 경우로서 토지수용법은 당사자간의 협의를 원칙으로 하고, 협의가 성립되지 아니할 경우에는 토지수용위원회와 같은 의결기관의 재결에 의하도록 하고 있다. 손실보상액의 지급방법은 ①지급시기에 따라 선불과 후불로, ②지급회수에 따라 일시불(전액불)과 분할불로, ③지급방식에 따라 개별불과 일괄불로 구분될 수 있으나, 토지수용법은 선불과 일시불 및 개별불을 원칙으로 하고 있다.

손실보상의 금액이나 지급시기 등의 결정에 관하여 이의가 있는 경우에는 행정분쟁조정절차를 거쳐 불복신청을 할 수 있다. 개별법이 손실보상에 관한 행정쟁송절차를 규정하고 있으면 이에 따라야 하지만, 특별한 규정이 없을 때에는 행정소송인 당사자소송으로 이행판결을 구할 수 있으나, 대법원은 민사소송의 방법에 의하고 있다.

#### ◆ 수용유사침해이론(收用類似侵害理論)

수용유사침해이론은 국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하고 그 효과가 실제에 있어서 수용과 다름이 없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 독일의 학설·판례에 의하여 정립된 이론이다. 이는 현행 독일과 우리나라의 국가보상제도에 있어서 손실보상제도는 적법한 침해에 대하여 인정되고, 손해배상제도는 위법·유책의



침해에 대하여 인정되는 바, 위법·무책의 침해에 대한 보상에 관하여 법리적으로 어떻게 해결할 것인가의 문제를 다루고자 하는 것이다.

초기의 수용유사침해이론은 재산권의 위법한 침해행위에 있어 그것이 특별한 희생을 포함하는 수용행위의 모든 요건을 충족하는 경우에만, 그 위법성에도 불구하고 당해 행위는 일종의 수용행위로 보아 그로 인한 손실은 보상되어야 한다는 것을 그 내용으로 하는 것이었다. 그러나 이후 이 법리는 독일판례에 의하여 만일 그것이 합법적으로 행하여졌다면 단순한 사회적 구속일 수도 있는 공익목적에 기한 위법한 재산권의 침해에 대하여 일반적으로 인정되게 되었다.

◆ 수용적 침해이론(收用的 侵害理論)

수용적 침해이론은 독일의 연방사법재판소에 의하여 정립된 것으로서, 적법한 공행정작용의 비전형적이고 비의도적인 부수적 효과로서 발생한 개인의 재산권에 대한 손해를 전보하는 것을 그 내용으로 한다. 이러한 수용적 침해는 주로 사실행위에 기하여 발생하는 것으로 사회기초시설의 설치공사와 관련되는 경우가 많다.

공공공사로 인하여 재산권에 대해 가해지는 일정 한도의 제한은 재산권에 대한 사회적 제약으로서 국민은 원칙적으로 이를 감수하여야 한다. 그러나 예외적으로 그 손해의 내용이나 범위가 매우 심각한 경우에는 타인에게는 부과되지 않은 수인한도를 넘는 특별한 손해로서 보상을 요하는 것으로 인정될 수 있는 것이다. 그런데 공행정작용의 예외적이고 비의도적인 부수적 효과로서 개인의 재산권에 부과되는 특별한 희생은 통상적으로 예측할 수 없는 것이므로 관계법에는 보상규정이 없는 것이 보통이다. 이에 독일연방사법재판소는 이러한 경우의 침해행위를 수용적 침해행위로 정의하고, 법률상 보상규정의 결여에도 불구하고 개인의 재산권에 부과된 특별한 희생은 보상되어야 한다는 법리를 정립한 것이다.

◆ 수학기권(修學權)

→ 교육을 받을 권리

◆ 신뢰보호의 원칙(信賴保護의 原則)

신뢰보호의 원칙이라 함은 국민이 법률적 규율이나 제도 또는 행정기관이 행한 결정의 정당성이나 존속성에 대하여 신뢰를 한 경우, 그 신뢰가 보호받을 가치가 있는 것이면 보호해 주어야 한다는 원칙을 말한다. 이러한 신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가의 원리를 그 이론적 근거로 하는 것으로 입법권·행정권 및 사법권의 행사는 이러한 신뢰보호의 원칙에 위배되어서는 아니된다. 하지만 신뢰보호원칙의 위반여부는 한편으로는 침해받는 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적을 종합적으로 비교형량하여 판단해야 한다.

신뢰보호의 원칙은 오늘날 개인의 법률문제와 전체적 법구성과 관련한 이론으로서 공·사법을 포함한 모든 분야에서 학설·판례를 통하여 정착되고 있으며, 이 원칙은 입법작용, 행정작용 및 사법작용을 포함한 모든 국가작용을 구속하며, 개별법의 구체적인 해석에 있어서도 중요한 기준이 되는 헌법상의 기본원칙으로 발전하였다. 결국 국가의 입장에서 보았을 때 신뢰보호는 그 위법성에 관계없이 지금까지의 국가작용을 그대로 존속시키는 것을 최고목표로 하고 있으며, 경우에 따라 신뢰함으로써 받은 재산상의 불이익에 대해 보상받는 것을 그 부차적 목표로 하고 있다. 이러한 신뢰보호의 원칙은 입법상의 문제와 행정법상의 문제로 대별될 수 있는 바, 각각 그 법적 근거나 효과, 성립요건이 상이하므로 양자를 구분하여 고찰하는 것이 타당할 것이다.

헌법재판소에 따르면 “헌법상의 법치국가원리의 파생원칙인 신뢰보호의 원칙은 국민이 법률적 규율이나 제도가 장래에도 지속할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응하여 개인의 법적 지위를 형성해 왔을 때에는, 국가로 하여금 그와 같은 국민의 신뢰를 되도록 보호할 것을 요구한다”(헌재 1997. 7. 16.[97 헌마 38])고 판시하고 있다. 또한, “법규나 제도의 존속에 대한 개개인의 신뢰가 그 법규나 제도의 개정으로 침해되는 경우에 상실된 신뢰의 근거 및 종류와 신뢰이익의 상실로 인한

손해의 정도 등과 개정규정이 공언하는 공공복리의 중요성을 비교형량하여 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 우선되어야 한다고 인정될 때에는 규범정립자는 지속적 또는 과도적으로 신뢰보호에 필요한 조치를 취하여야 할 의무가 있다”(헌재 1997. 7. 16.[97 헌마 38])라고 판시하고 있다.

◆ 신체를 훼손당하지 아니할 권리(身體를 毀損당하지 아니할 權利)

신체를 훼손당하지 아니할 권리라 함은 신체의 완전성을 훼손당하지 아니할 권리로서 본인의 승낙 없이 강제로 이루어지는 불법적인 시체훼손의 금지를 그 내용으로 하는 것으로 가혹행위와 육체적 학대행위에 대한 일체의 금지를 의미한다. 따라서 형벌로서의 태형(笞刑)·화형(火刑)과 같은 신체형은 물론이고, 거세나 일방적인 불임시술, 수형자에 대한 의학적 실험, 모발의 절단, 본인의 동의를 얻지 아니한 전기쇼크시술 등도 신체를 훼손하는 행위가 된다. 다만 신체를 훼손 당하지 아니할 권리는 정당한 이유가 있는 경우에는 법률로서 제한될 수 있지만, 정당한 제한의 경우에도 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다.

신체를 훼손당하지 아니할 권리는 헌법상 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 인간의 존엄성존중을 규정한 헌법 제10조, 신체의 자유를 규정한 제12조제1항 그리고 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 경시되지 아니한다는 헌법 제37조제1항의 통합적 해석에 의하여 헌법상 보장된다.

◆ 신체의 자유(身體의 自由)

신체의 자유라 함은 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 신체의 안전성과 자율성을 제한 또는 침해당하지 아니하는 자유를 말한다. 신체의 자유는 헌법이 지향하는 궁극적 이념인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 기본적인 자유로서 기본권보장의 핵심이 된다. 헌법 제12조제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”라고 하여 신체의 자유를 보장하고 있다. 또한 국가권력의 남용으로 말미암아 인신의 자유가 침해되지 않도록 하기 위하여 헌법 제12조제1항제2문이하에서 상세한 규정을 두고 있다. 법률에 의한 체포·구속과 죄형법정주의 및 적법절차의 보장, 고문의 금지와 불리한 진술거부권, 영장제도, 변호인의 조력을 받을 권리와 국선변

호인제도, 체포·구속이유등고지제도, 체포·구속적부심사제, 자백의 증거능력제한, 형벌불소급의 원칙과 일사부재리의 원칙, 연좌제의 금지, 신속한 공개재판청구권, 형사피고인을 위한 무죄추정의 원칙, 형사보상청구권 등이 그것이다.

신체의 자유는 인간이 인간으로서 당연히 누리는 천부적·초국가적 자연권이며, 국가적 안전이나 질서유지를 위하여 불가피한 경우에는 최소한의 범위안에서 제한이 가능한 상대적 자연권이다. 또한 신체의 자유는 국가에 대한 개인의 소극적·방어적 권리이며, 인간의 권리이므로 외국인도 그 주체가 될 수 있다. 신체의 자유는 불법한 체포·구속·압수·수색·심문·처벌·보안처분·강제노역으로부터의 자유를 그 주요내용으로 하고 있다. 또한, 신체의 자유를 보장하는 방법으로서 실체적 보장, 절차적 보장, 형사피의자·피고인의 형사절차상의 권리보장 등으로 대별될 수 있다.

실체적 보장은 헌법이 신체의 자유를 보장하기 위하여 일련의 법원칙을 선언하고 법률유보 등을 규정하는 방법으로서 신체의 자유의 제한에 관한 법률주의, 죄형법정주의, 일사부재리의 원칙, 연좌제의 금지 등을 보장하고 있다. 절차적 보장은 신체의 자유를 보장하기 위하여 헌법이 일정한 형사절차나 형사제도를 규정하는 것으로 적법절차의 원칙, 영장주의, 체포·구속적부심사제도, 체포·구속이유등고지제도 등을 보장하고 있다. 형사피의자·피고인의 형사절차상의 권리보장으로는 무죄추정의 원칙, 자백의 증거능력 및 증명력제한의 원칙, 고문을 당하지 아니할 권리, 체포·구속이유 등을 고지받을 권리, 진술거부권(묵비권), 변호인의 조력을 받을 권리(변호인의뢰권), 체포·구속적부심사청구권, 형사기록의 열람·복사요구권, 신속한 공개재판을 받을 권리, 형사보상청구권 등이 있다.

신체의 자유는 모든 자유의 기초가 되는 것이므로 헌법은 일련의 실체법적 규정과 절차법적 규정을 두어 그 보장을 강화하고 있다. 그러나 신체의 자유도 무제한으로 보장되는 것은 아니며, 타인의 권리를 침해하거나 도덕률에 위반하거나 헌법질서에 위배할 수 없다는 불문율적 제약뿐만 아니라 헌법 제37조제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공

공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있다. 다만 그 경우에도 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하여서는 아니될뿐 아니라 과잉금지의 원칙과 비례의 원칙 등이 존중되어야 한다.

◆ 실제적 조화의 이론(實際的 調和의 理論 : 衡平性重視論)

실제적 조화의 이론은 여러 기본권이 충돌하는 경우에 특정의 기본권이 상위서열에 있다는 이유만으로 그 효력을 극대화하고 그 밖의 기본권을 전적으로 배제할 것이 아니라, 충돌하는 기본권 모두의 본질적 내용을 훼손하지 아니하면서 그 효력을 최적정화 할 수 있도록 기본권을 조화시켜야 한다는 이론이다. 실제적 조화를 실현하기 위한 다양한 방안들이 제시되고 있지만, 이러한 방안들의 공통된 기본목표는 구체적 충돌사안에서 형평성이 유지되는 해결방안을 모색하려는 데에 있다.

그 방안들의 내용이 되는 대표적인 원칙들로는 비례적 제한의 원칙, 대안제시의 원칙, 과잉금지의 원칙 등을 들 수 있다. 구체적으로 말하면, ①충돌하는 기본권 상호간에 비례적인 제한을 가함으로써 관련이 있는 기본권 모두의 효력을 양립시키되(비례적 제한의 원칙), ②각 기본권이 서로를 배척하지 아니하고서는 실현될 수 없을 경우에는 대안을 제시하며(대안제시의 원칙), ③대안을 발견할 수 없을 경우에도 후퇴시키는 기본권을 과도하게 제한해서는 아니된다는 내용이다(과잉금지의 원칙).

◆ 실질과세의 원칙(實質課稅의 原則)

조세법에 내재하는 조리인 실질과세의 원칙은 과세를 함에 있어 법적 형식과 경제적 실질이 상이한 때에는 경제적 실질에 따라 과세한다는 원칙이다. 즉, 법적 형식이나 명의·외관 등과 그 진실·실태·경제적 실질 등이 서로 다른 경우에는 후자에 따라 과세한다는 원칙을 말한다.

◆ 아동혹사죄(兒童酷使罪)

자기의 보호 또는 감독을 받는 16세 미만의 자를 그 생명 또는 신체에 위험한 업무에 사용할 영업자 또는 신체에 위험한 업무에 사용할 영업자 또는 종업자에게 인도하거나 그 인도를 받음으로써 성립하는 범죄

(형법 제274조)를 말한다. 아동의 복지권을 보호법익으로 하는 형식범이다. 본죄의 행위는 생명·신체에 관한 위험한 임무에 사용할 영업자 또는 종업자에게 인도하거나 이를 인수하는 것이다. 단순히 인도계약을 체결한 것으로는 족하지 않고 현실적인 인도가 있을 것을 요한다. 그러나 인도·인수된 아동이 위험한 업무에 종사하였느냐는 본죄의 성립에 영향이 없다.

#### ◆ 안락사(安樂死)

넓은 의미의 안락사는 협의의 안락사를 포함하여 도태적 안락사, 존엄사 등으로 구분되며, 협의의 안락사는 회생가능성이 없는 환자의 생명을 의료인이 고통이 없는 방법으로 단절하는 것을 말한다. 도태적 안락사는 사회적으로 생존할 가치가 없다고 인정되는 자에 대한 인위적인 생명단절행위로서 나치정권의 우생학적 단종기술이라든가 유태인·집시 등을 대상으로 자행된 명백한 살인행위 등이 그 예라 할 수 있다. 존엄사는 회생의 가망이 없는 불치의 질병으로 빈사상태에 빠진 환자에 대하여 그 뜻에 따르거나, 의식이 없는 경우에는 보호자의 뜻에 따라 인간다운 죽음을 맞이할 수 있도록 인위적으로 생명을 단축시키는 행위를 말한다.

안락사에 관해서는 생명권의 침해라는 이유로 위헌이라는 견해와 환자를 위한 조치이므로 헌법상 허용된다는 견해가 있으며, 이에 관하여는 특히 존엄사의 문제가 그 중심에 있다. 안락사를 인정하는 견해는 인간은 존엄성을 가지는 존재로써 죽음에 임해서도 존엄성을 유지할 수 있어야 하기 때문에 환자에게 그 생명연장조치를 거부할 권리를 인정해야 한다고 한다. 네덜란드의 하원은 2000년 11월 28일 안락사를 허용하는 법안을 104대 40, 상원은 2001년 4월 10일 46대 28의 압도적인 표차로 통과시킴으로써 안락사를 합법화한 세계 최초의 국가가 되었다. 2001년 4월말부터 시행되고 있는 이 법은 대상자가 불치의 환자여야 하고, 고통이 견딜 수 없을 만큼 심하며, 환자가 이성적인 판단으로 일관되게 요구할 것, 최소한 한 명 이상의 동료의사와 상의를 거칠 것, 의학적

으로 적합한 방식을 택할 것 등의 요건을 충족해야만 안락사를 실행에 옮길 수 있도록 하고 있다.

◆ 알 권리(알 權利, right to know)

알 권리라 함은 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 또 처리할 수 있는 권리로써, ‘일반적’이라 함은 신문·잡지·방송 등 불특정의 다수인에게 개방될 수 있는 것을 말하며, ‘정보’란 양심·사상·의견·지식 등의 형성에 관련이 있는 일체의 자료를 말한다. 알 권리는 개인에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보공개를 요구할 수 있는 권리를 의미하고, 언론기관에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보공개를 청구할 수 있는 권리만이 아니라 그에 관한 취재의 자유를 의미한다. 이러한 알 권리는 언론·출판의 자유에 관한 자유권의 성격과 정보공개청구에 관한 청구권적 성격을 가지는 복합적 성격의 권리이다.

언론·출판의 자유 중 의견 또는 사상의 표현과 그 전달의 자유가 내어 보내는 쪽의 자유를 의미한다면, 알 권리는 받아들이는 쪽의 자유를 의미한다. 알 권리는 타인에게 정보를 제공하는 자유가 아니라 자신이 정보를 수집할 수 있는 권리이다. 정보수집의 수단은 듣고, 보고, 읽는 것은 물론이고 그 밖의 모든 방법을 포함하는 최광의의 수단으로 해석해야 한다. 즉, 알 권리는 들을 권리·읽을 권리·볼 권리 등을 주된 내용으로 하는 것이다.

헌법재판소는 알 권리에 대하여 “정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 알 권리는 헌법 제21조 소정의 표현의 자유와 표현의 관계에 있으며, 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것인 바, 이러한 알 권리의 실현을 위한 법률이 제정되어 있지 않더라도 그 실현이 불가능한 것은 아니며, 이러한 알 권리에 의하여 사건당사자의 형사확정소송기록에 대한 접근의 자유도 보장되는 것이므로…검사가 청구인에게 형사확정소송기록을 열람·복사할 수 있는 권리를 인정한 명문규정이 없다는 것만을 이유로 하여 무조건 청구인의 복사신청을 거부한 것은 청구인의 알 권리를 침해한 것이다”(헌재 1991. 5. 13.[90 헌마 133])라고 판시한 바 있다.

◆ 압수·수색영장(押收·搜索令狀)

압수·수색의 강제처분을 기재한 재판서를 말한다. 수사기관에 대한 허가장인 경우(형소법 제215조)와 집행기관에 대한 명령장인 경우(형소법 제113조·제115조)가 있다. 법원이 행하는 압수·수색이라 할지라도 공판정외에서 압수·수색을 할 때에는 영장을 발부하여야 한다(형소법 제113조). 다만 공판정에서의 압수·수색에는 영장을 요하지 않는다. 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다(형소법 제118조·제219조). 압수와 수색은 실제로 함께 행해지는 것이 통례이고, 실무상으로도 압수·수색영장이라는 단일영장이 발부되고 있다. 압수·수색영장에는 압수물건과 수색할 장소를 명시하여야 하므로(형소법 제114조제1항) 현행법상 일반영장은 금지된다.

◆ 액세스권(right of access to mass media)

액세스권은 일반국민이 자신의 사상이나 의견을 발표하기 위하여 언론매체에 자유로이 접근하여 그것을 이용할 수 있는 권리로서 고전적 의미의 표현의 자유가 국가권력의 부작위를 요구하는 소극적 자유권이라면, 액세스권은 표현의 자유를 실현하기 위하여 국가권력의 발동을 적극적으로 요구하는 청구권적 성격의 권리이다. 액세스권은 헌법 제21조제1항을 비롯하여 제10조, 제34조제1항 등을 근거로 하여 헌법상 보장된다고 본다.

◆ 약국판결(藥局判決, Apothekenurteil)

→ 단계이론

◆ 약식명령(略式命令)

약식절차에 의하여 재산형을 과하는 재판을 말한다. 약식명령의 청구권자는 검사에 한하며(형소법 제449조), 약식명령을 청구할 수 있는 사건은 지방법원 관할에 속하는 사건으로서 벌금·과료 또는 몰수에 처할



수 있는 사건이다(형소법 제448조제1항). 약식명령의 청구는 공소제기와 동시에 서면으로 하여야 하며(형소법 제448조·제449조), 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는데 필요한 증거 서류 및 증거물은 법원에 제출하여야 한다(형사소송규칙 제170조). 따라서 약식명령을 청구하는 경우에는 공소장일본주의의 원칙이 적용되지 않는다. 법원은 심사의 결과 공판절차에 이행할 경우가 아니면 약식명령을 하여야 한다. 약식명령에는 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있음을 명시하여야 한다(형소법 제451조). 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여야 한다(형소법 제452조). 약식명령은 정식재판의 청구기간이 경과하거나 그 취지의 취하 또는 청구기각의 결정이 확정된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있다(형소법 제457조). 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못하도록 하여(형소법 제457조의2) 불이익변경금지의 원칙을 적용하였다. 한편 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 피고인이 공판기간에 2회 불출석한 경우에는 결석재판을 허용한다(형소법 제458조제2항).

◆ 양심의 자유(良心의 自由)

양심의 자유라 함은 인간의 존엄과 가치의 내면적 기초가 되는 각자의 윤리의식과 사상을 자유로이 형성하고 또 그것을 외부에 표명하도록 강제당하지 아니할 자유와 더불어 그 윤리의식이나 사상에 반하는 행위를 강요당하지 아니할 자유를 말한다. 이러한 양심의 자유는 개인에 대해 그 고유한 양심세계를 보장하고, 사물의 옳고 그름에 대한 국가의 독점적 결정권을 배제함으로써 각자의 고유한 개성과 다양한 윤리적 가치관이 존중되도록 하며, 각자의 양심상의 결정을 존중함으로써 구성원의 자유로운 합의에 의하여 창설되고 유지되는 자유민주적 기본질서를 정당화시키며, 의제된 진리를 내세워 참된 진리를 확신하는 사람을 억압하지 못하게 함으로써 합법을 가장한 불법이나 불법적인 통치권력의 출현을 방지하는 기능 등을 수행한다.

헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”라고 하여 일반적인 양심의 자유를 규정하고 있을 뿐만 아니라, 국회의원의 양심에 따른 직무수행(헌법 제46조제2항)과 법관의 양심에 따른 심판(헌법 제103조)을 규정하고 있다. 이는 양심의 자유는 최상급의 기본권이며, 주관적 공권이면서 객관적 가치질서라는 이중적 성격을 가지는 것으로 내심의 작용에 관하여는 절대적 자유권으로서의 성격을 가진다. 이러한 양심의 자유는 양심결정의 자유와 침묵의 자유를 주된 내용으로 하지만, 양심상의 결정을 외부에 표명하거나 그것을 실현할 자유까지도 내포하는가가 헌법상 문제되고 있다. 특히 이와 관련하여서는 양심추지의 금지, 충성선서의 문제, 증언의 거부문제, 취재원묵비권, 사죄광고, 집총거부, 준법서약 등의 문제가 양심의 자유의 한계와 관련하여 논의되고 있다.

헌법재판소는 사죄광고와 관련하여 “민법 제764조에서 말하는 명예회복에 적당한 처분의 하나로서의…사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약이라고 보지 않을 수 없다” (헌재 1991. 4. 1.[89 헌마 160])라고 하여 사죄광고의 강제를 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 포함시키는 것은 위헌이라고 하였다.

#### ◆ 양심적 병역거부권(良心的 兵役拒否權 : 執銃拒否)

양심상의 결정을 이유로 병역, 특히 집총의 거부와 관련하여 미국과 독일 등에서는 집총이나 전투에 종사하는 것을 자신의 양심에 반하는 절대악이라 확신한 나머지 이를 거부할 경우, 양심적 병역거부라 하여 헌법이나 법률로써 병역을 면제하여 주는 제도가 인정되고 있다. 이러한 제도의 근거는 종교적·윤리적 확신에 따라 전쟁에 종사하는 것을 반대하는 자에게 굳이 병역을 강제한다면 종교와 양심의 자유를 침해하는 것이 된다는 데에 있다. 양심적 집총거부에 관하여 우리나라 판례는 “그리스트인의 ‘양심상의 결정’으로 군복무를 거부한 행위는 응당 병역법의 규정에 따른 처벌을 받아야 하며, 소위 ‘양심상의 결정’은 헌법 제19조에서

보장한 양심의 자유에 속하는 것이 아니다”(1955. 12. 21. 대판 65 도 894 외 다수)라고 판시하였다.

◆ 양심추지의 금지(良心推知의 禁止)

양심추지라 함은 물리적 압력을 가하여 내면의 양심을 일정한 행동으로써 간접적으로 표명하도록 강제하고 그 행동을 가지고 내면의 양심을 추정하는 것을 말하는 것으로 제2차 대전 당시 기독교인을 가리기 위해 일제가 강제한 ‘십자가 밟기’ 등이 대표적인 예이다. 양심추지는 넓은 의미에서 양심의 내용을 표명하도록 강제하는 것이므로 당연히 침묵의 자유를 침해하는 것이 된다.

◆ 언론·출판의 자유(言論·出版의 自由)

고전적 의미에서의 언론·출판의 자유라 함은 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정다수인에게 표명하거나 전달하는 자유를 말하였으나, 현대적 의미에서의 언론·출판의 자유는 사상이나 의견을 표명하고 전달하는 자유 외에 알 권리·엑세스권·반론권·언론기관설립의 자유는 물론이고 언론기관의 대내외적 자유까지 포괄하는 의미로 사용되고 있다. 여기에서 언론은 담화·토론·연설·방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 뜻하고, 출판은 문서·도화·사진·조각 등 문자와 형상에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 뜻한다. 언론·출판의 자유는 정신적 자유와 정치적 자유의 중핵으로서 영국에서는 1649년의 인민협약에서 선언되고, 1695년에 검열법의 폐지로 확립되었다. 그 후 1776년의 버지니아권리장전, 1791년의 미연방헌법, 1789년의 프랑스인권선언 등에서 표현의 자유가 규정된 이래 오늘날 각국 헌법이 이를 규정하고 있다.

헌법 제21조는 “①모든 국민은 언론·출판의 자유...를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열...는 인정되지 아니한다. ③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는는

피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라고 하여 언론·출판의 자유를 비롯하여 언론·출판에 대한 허가·검열제의 금지, 통신·방송의 시설기준 등의 법정주의, 언론·출판의 자유의 한계를 규정하고 있다.

고전적 의미에서의 언론·출판의 자유는 불특정다수인을 상대로 자신의 의견이나 사상을 자유로이 표명하거나 전달할 수 있는 자유로 이해되고 있다. 따라서 공권력은 법적으로도 사실상으로도 의사표명 또는 사상전달을 방해하거나 금지할 수 없으며, 의견이나 사상의 발표 또는 전달을 억제하기 위한 인신구속·사전검열·입법조치·도청 등을 할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유의 보호대상이 되는 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화·광고 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다. 현대 국가에의 정보통신구조의 과정은 정보원(情報源)→정보수집→정보처리→정보전달의 과정으로 단계화할 수 있다. 정보원은 정보의 원천으로서 정보자료의 출처를 말하는 것으로 공공기관정보, 사회집단정보, 개인정보 등이 있다. 정보수집은 정보원으로부터 정보를 수집하는 행위로서 언론기관의 취재의 자유와 정보공개청구권이 있으며, 이들 정보수집과정에 대응하는 권리가 바로 알권리 또는 읽을 권리이다. 정보처리는 정보를 선택하고 재구성하는 행위이며, 정보전달은 처리된 정보를 전달하는 행위를 말한다.

언론·출판의 자유는 민주정치를 지탱하는 최후의 보루로서 고도의 공공적 가치를 가지므로 최대한으로 보장되어야 하지만 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있다. 다만 언론·출판의 자유를 제한함에는 그 제한이 사후통제나 사전통제냐에 따라 상이한 기준이 제시되어야 한다.

#### ◆ 언론기관설립의 자유(言論機關設立의 自由)

언론·출판의 자유는 언론기관을 자유로이 설립할 수 있는 언론기관설립의 자유까지도 그 내용으로 한다. 그러므로 헌법이나 법률이 신문·

통신·방송 등의 시설기준을 지나칠 정도로 과중하게 규정할 경우에는 언론·출판의 자유를 부당하게 제한하는 것이 된다. 헌법 제21조제3항은 “통신·방송의 시설기준…은 법률로 정한다”라고 하여 언론기관의 시설기준법정주의를 규정하고 있다. 이 조항은 언론기관의 자유를 제한하는 의미와 언론기관남설의 폐해를 방지하려는 의미를 아울러 가지는 것이다. 정기간행물의등록등에관한법률(이하 “정간법”이라 한다)과 방송법은 법인이 아니면 일간신문이나 일반주간신문 또는 통신을 발행하거나 방송을 행할 수 없다고 규정하고 있으며, 특정인에 대해서는 언론인·발행인·편집인 또는 방송사업자가 될 수 없도록 하는 제한 규정을 두고 있다.

또한 언론기관설립의 자유를 제한하는 것으로 언론기업의 독과점규제 문제가 있는 바, 일반적으로 국가는 일반기업과 마찬가지로 언론기업의 독과점도 규제할 수 있다. 이는 자본주의국가에 있어서 매스미디어의 시설이 재벌기업이나 국가에 의하여 독점되고, 상품화되는 경향이 있기 때문에 국민의 표현의 자유가 새로운 위협을 받게 되고, 국민의 의사가 매스컴운영자들에 의하여 왜곡되거나 정형화될 위험성이 증대되고 있기 때문이다. 정간법과 방송법은 언론기업의 겸업을 금지함으로써 언론기업의 독과점화를 방지하려 하고 있다.

헌법재판소는 정간법 제6조제3항이 규정하고 있는 신문 또는 통신의 발행시설기준에 대하여 “언론·출판기업에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론·출판의 자유의 본질적 내용의 간섭과는 구분되며, 원칙적으로 언론·출판의 자유에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다”(헌재 1996. 8. 29.[94 헌바 15])라고 하였다. 그러나 “정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항 제9호에서의 ‘당해시설’을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 신문발행인의 자유를 제한하는 것으로서 허가제의 수단으로 남용될 우려가 있으므로, 헌법 제12조의 죄형법정주의의 원리에 반하고 헌법상 금지되고 있는 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 반한다”(헌재 1992. 6. 26.[90 헌가 23])라고 하였다.

### ◆ 언론기관의 자유(言論機關의 自由)

헌법 제21조제3항은 “신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있고, 정간법 제6조제2항은 “발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다”라고 규정함으로써 언론기관이 수행하는 여론형성이라는 공공적 기능을 언론기관에 인정하고 있다. 이에 따라 언론·출판의 자유의 내용으로서 언론기관의 자유의 내용이 무엇인가에 대하여 논의되고 있다. 언론기관의 자유는 크게 대외적 자유와 대내적 자유로 나누어 살펴볼 수 있으며, 그 한계로서의 자유의 남용이 문제되고 있다.

언론기관의 대외적 자유는 보도(방송) 및 논평의 자유, 취재의 자유, 보급의 자유, 출간시기의 결정·편집활동 등 보조활동의 자유 등을 들 수 있다. 이러한 언론기관의 자유는 발행인 또는 언론기업의 국가에 대한 고전적 방어권에 관한 것이다. 언론기관의 대내적 자유는 편집·편성의 자유를 그 주된 내용으로 하는 것으로 언론기업 내부에서 사용자와 피용자, 상관과 부하간의 언론의 자유에 관하여는 기본권의 제3자적 효력이론을 적용함으로써 언론기관내부의 자유가 보장된다고 하겠다. 그러나 언론기관의 자유는 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니되고, 취재·보도·논평에 있어서는 공정성과 객관성에 유의해야 한다.

### ◆ 언론중재위원회(言論仲裁委員會, Press Arbitration Commission)

언론중재위원회는 언론매체의 사실적 주장에 의하여 피해를 입은 자들의 반론보도 및 정정보도 청구에 관한 사건을 접수하여 중재하기 위해 설치한 기구이다. 1981년에 언론기본법에 의해 설치되었으며, 1987년 언론기본법이 폐지된 후에는 정기간행물의등록등에관한법률(제17조)과 방송법(제42조에서 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 17~20조의 규정을 준용)에 의해 언론중재제도 및 언론중재위원회는 그대로 존치되고 있다.

언론중재위원회는 임기 3년의 명예직인 40~80명의 위원으로 구성되며, 위원은 문화관광부장관이 위촉한다. 단, 위원의 5분의 2 이상은 법관의 자격이 있는 자, 5분의 1은 언론계 인사 중에서 위촉되며, 정당의 당적을 가진 자와 공무원(법관의 자격을 가진 자 및 교육공무원은 제외)은 위원이 될 수 없다. 현재의 언론중재위원회는 75명으로 구성되는 위원총회 아래 운영위원회와 시정권고위원회가 운영되며, 전국 11개 지역(서울·부산·대구·광주·대전·경기·강원·충북·전북·경남·제주)에 지방중재부가 있다. 또한 행정업무를 담당하는 사무처는 사무총장 아래 기획실·중재심의실·민간언론피해상담센터의 3개 실이 있고, 중재·심의·조사연구·민간언론피해상담 등 전문적인 업무 지원을 위하여 전문위원을 두고 있다. 하부조직으로 7개 팀이 있으며 10개 지방사무소가 있다.

주요기능은 크게 다음의 2가지로 나눌 수 있다. ①정기간행물·방송 등 언론의 사실적 주장에 의해 피해를 입은 개인이나 단체가 해당 언론사를 상대로 제기한 반론보도 및 정정보도 청구사건을 접수하여 중재한다. 언론중재신청은 보도가 있음을 안 날로부터 1개월 이내(다만 보도된 날로부터 6개월 이내)에 가능하며, 접수된 신청사항에 대해 중재부는 양쪽의 진술을 듣고 합의를 적극 중재한다. 합의가 이루어지지 않을 경우 언론중재위원회 직권으로 중재결정을 내릴 수 있으며, 중재에 적합하지 않은 사유가 있는 경우에 중재부는 중재불성립결정을 내릴 수 있다. 중재는 접수일로부터 14일 이내에 완료하며, 단 중재부가 직권으로 중재결정을 내릴 때는 21일 이내에 처리한다. 중재위원회의 중재를 거치지 않고 법원에 정정보도청구심판을 청구할 수는 없으며, 법원에 심판을 청구하는 경우에는 중재가 성립되지 않은 날로부터 14일 이내에 해야 한다. ②매월 국내에서 발간되는 각종 신문·잡지 등 정기간행물의 내용을 심의하여 시정권고한다. 심의는 시정권고위원회가 담당하며, 시정권고는 심의 결과 기사의 내용이 개인이나 단체의 명예를 훼손 또는 사생활을 침해할 여지가 있다고 판단되거나, 사회질서·공중도덕 및 사회윤리를 침해할 우려가 있을 경우에 해당한다.

◆ 연구결과발표의 자유(研究結果發表의 自由)

연구결과발표의 자유라 함은 연구결과를 외부에 공표하는 자유로서 연구결과와 발표는 대학의 강의실 이외의 집회에서 발표하거나 논문 또는 저서로써 발표하는 경우를 의미한다. 그러나 연구결과발표의 자유는 최대한 보장되는 것을 원칙으로 하지만 그 사회적 전과성 때문에 최소한의 범위내에서 국가적 제한이 따른다. 대법원 판례에 의하면 “대학의 실험실에서 진리와 가치를 탐구하기 위하여 실험을 하고 그 결과를 발표하는 것이 학문의 자유에 속한다 할지라도, 그 실험결과가 잘못되었는데도 이를 사회에 알려서 선의의 제3자를 해친다면, 이는 학문의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없다”(1967. 12. 26. 대판 67 다 591)라고 하였다.

◆ 연구의 자유(研究의 自由)

연구라 함은 사색·독서·조사·실험 등에 의하여 진리를 연구하는 행위로써 학문의 자유의 본질적 부분인 동시에 중핵으로서 연구의 자유가 보장된다. 따라서 연구의 자유는 강학(講學)의 자유와 더불어 유보없이 보장되는 자유로서 연구대상의 선택·연구방법·연구내용·연구시기·연구장소 등에 대하여 국가권력이나 그 밖의 사회적 세력이 간섭하거나 방해할 수 없다.

대법원은 “학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창조하려는 노력이므로 연구자료가 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다고 하여도 용인되어야 할 것이다”(1982. 5. 25. 대판 82 도 716)라고 판단하고 있다.

◆ 영상물등급위원회(映像物等級委員會)

영상물등급위원회는 영화·음반·비디오물·게임물 및 공연물과 그 광고·선전물의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 설립된 심의기구이다.



1966년 1월 한국예술문화윤리위원회로 창립하여 1975년 12월 공연법의 개정에 따라서 해체하면서 1976년 5월 한국공연윤리위원회를 설립하였다. 1986년 1월 기관명을 공연윤리위원회로 변경하고, 1999년 6월 공연법 개정에 따라서 설립하였다. 설립목적은 공연의 공공성 및 윤리성의 질서 및 품위 유지, 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 보호, 헌법의 민주적 기본질서 유지와 인권존중 등이다. 설립과 동시에 연극·대본·영화 각본·음반의 가사 및 악보를 심의하였다. 1979년 4월부터는 영화 심의를 추가하였다. 1980년 2월 영화 각본 심의를 폐지하고, 1981년 5월 1일에 비디오물 심의를 추가하였다. 1985년 7월부터 외국 영화 수입 심의 및 예고편·광고영화 심의를, 1988년 12월 자로 연극 등 무대공연물 심의를 폐지하였다. 1989년 1월부터 청소년 관람대상의 무대공연물에 대한 관람여부 자문심의를 한다. 1993년 7월 1일부터 새 영상물(New Media) 심의를 추가하였다. 조직은 위원장 1인과 부위원장 1인, 사무국에 총무부·영화부·비디오부·게임영상부·PC게임미디어부·공연음악부 등이 있다. 또한 영상물등급위원회, 6개 소위원회와 10개 분과가 있고, 15명으로 이루어진 예심위원이 있다. 또한 매달 심의 월보를 발행하고 각계의 의견을 모으기 위한 간담회, 심포지엄, 세미나 등을 개최한다. 재정은 국고보조금과 문예진흥원 지원금, 영화진흥공사 지원금, 심의료 등으로 운영된다.

◆ 영장주의(令狀主義)

강제처분을 함에는 원칙적으로 정당한 이유가 있는 경우에 검사의 신청에 따라 법원 또는 법관의 사전영장을 필요로 한다는 주의를 말한다. 체포·구속·압수 또는 수색에 있어서의 영장주의는 헌법적 요청이다(헌법 제12조제3항). 이는 범죄수사로 인한 부당한 인권침해와 신체의 자유의 침해를 막도록 하는데 그 의의가 있다. 영장에는 처분의 대상·시각 또는 장소가 구체적으로 명시되어야 하고, 이른바 일반영장은 금지된다(형소법 제74조·제75조·제114조). 여기서 정당한 이유란 주거에 대한 압수나 수색이 객관적으로 필요할 것으로 인정될 만한 충분한 사유를 말한다. 다시 말하면 일정한 범죄에 대한 혐의의 존재와 그것을 수사하기

위한 증거물건의 발견이나 보전의 필요성이 인정되는 경우라야 한다. 여기에는 『적법한 절차』가 명기되어 있지 않으나, 신체의 자유에서 이미 본 바와 같이 주거에 대한 압수·수색에도 적법한 절차의 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 그 영장은 『적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장』이어야 한다. 이때의 영장은 법관이 수사기관에 대하여 주거에의 출입과 물건의 압수·수색을 허가하는 뜻을 기재한 서면이다. 여기에도 『압수할 물건·수색할 장소』가 명시되어야 한다(형소법 제114조제1항). 압수·수색영장은 본래 1통으로 묶어 작성되며, 수개의 압수나 수색을 포괄적으로 허가하는 이른바 일반영장은 금지된다. 압수나 수색의 대상은 몸에 지니고 있는 물품, 즉 소지품뿐만 아니라 그 밖에 우편물·서류·회의록·경리장부 등 그 자의 점유에 속하는 물건이다. 영장주의의 예외로는 현행범인의 체포(헌법 제12조제3항단서, 형소법 제212조)·긴급체포(형소법 제200조의3) 및 긴급압수·수색(형소법 제216조~제218조)이 그것이다. 그리고 비상계엄선포지역에서는 영장제도의 시행에 특별한 조치를 할 수 있다(헌법 제77조제3항).

#### ◆ 예술의 자유(藝術의 自由)

헌법상의 예술은 창작자의 개인적 체험이 객관화되어 표현된 것이며, 커뮤니케이션을 통한 외부로의 의미전달을 지향하는 것으로 기술적·형식적 측면에서가 아니라 실질적 측면에서 규정되어야 한다. 예술의 개념에 관하여 독일연방헌법법원의 판례는 ‘메피스토-클라우스만’(Mephisto-Klaus Mann)판결에서 “예술적 활동의 본질은 예술가의 인상·견문·체험 등을 일정한 형태언어를 매개로 하여 직접적인 표상으로 나타내는 자유로운 창조적 형성에 있다. 모든 예술적 활동은 논리적으로는 해명할 수 없는 의식적·무의식적 과정들의 혼합이다”(BverfGE 30, 173[188 f.])라고 하였다. 이러한 예술활동은 인간의 창조적 정신의 표현이며, 자유로운 예술활동의 보장은 헌법의 최고이념인 인간존엄성의 보장을 위해 필수적이라 하겠다.

예술의 자유는 자유로운 인격의 창조적 발현으로서 고도의 주관성을 특징으로 하는 주관적 공권인 동시에 문화국가의 구현을 이념으로 하는

문화헌법의 일부를 이루는 문화적 기본권이면서, 제도로서의 예술을 보장하고 보호해야 하는 객관적 가치질서를 의미한다. 예술의 자유는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회·결사의 자유를 그 내용으로 한다. 예술창작의 자유는 예술의 자유의 핵심내용으로서 예술작품의 창작에 이르는 전과정, 즉 창작을 위한 준비·연습, 소재선택, 작품형태의 선택, 창작진행의 자유 등이 포함된다. 예술표현의 자유는 창작한 예술작품을 외부에 표현하고 전파하는 자유로서 예술작품의 전시·연주·공연 등에 대한 헌법적 보호를 그 내용으로 하고 있다. 예술적 집회·결사의 자유는 예술가들이 공동으로 창작하고 그 결과물을 발표하기 위해 집회를 개최하거나 단체를 결성하는 자유로서 일반적인 집회·결사의 자유에 비하여 보다 고도로 보장된다.

예술의 자유는 다른 기본권에 비하여 특별한 보장을 받지만 무제한적인 것은 아니며, 영화·연극 등에 대해서는 그 대중성·오락성·직접성 때문에 질서유지를 위하여 보다 강력한 규제를 받는다. 예술의 자유의 제한과 관련하여서는 음란성·명예훼손·자유민주적 기본질서와 관련하여 특히 문제되고 있다.

#### ◆ 옴부즈만제도(Ombudsman制度)

옴부즈만제도가 함은 원래 의회에 의하여 임명된 인사인 옴부즈만이 의회의 위임을 받아 집행부의 업무수행과 관련된 비리나 인권침해 또는 민원 등을 독립적으로 조사·보고함으로써 국민의 기본권을 보호하려는 제도로서 스웨덴에서 유래한 것으로 오늘날 세계각국이 널리 채택하고 있는 행정통제제도 중의 하나이다. 옴부즈만제도는 의회가 임명하는 소수의 인사들로 구성된다는 점, 국민과 행정의 매개체로서 활동한다는 점, 집행부의 비리 등을 직접 시정하는 것이 아니라 조사·보고 등을 통하여 시정을 권고한다는 점에 그 제도적 핵심이 있다.

국민과 행정기관의 매개체로서 옴부즈만은 독립적 지위에서 집행부를 통제하고 국민의 고충을 처리하고 권리를 구제하는 기능을 수행한다. 옴부즈만제도는 전통적인 사법적 권리구제제도와 비교해 볼 때, 국민의 접근이 용이하고 시간이나 비용의 면에서 경제적이며 융통성있는 분쟁해결

을 도모할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 ombudsman의 직무는 국회의원이나 법원·검찰 혹은 헌법재판소의 직무와 중복될 우려가 있으며, 집행부의 처분에 대하여 직접적인 시정권을 가지지 못하므로 제도적 실효성에 의문이 제기되기도 한다. 따라서 ombudsman제도의 기능이 제대로 발휘되기 위하여는 ①ombudsman으로 임명되는 인사들이 도덕성과 전문성을 지녀야 하고, 그 활동에 있어 엄격한 독립성을 유지하여야 한다. ②여타 국가기관과의 관계에서 그 직무범위가 적절히 확정되어야 할뿐만 아니라 관련기관과의 협조체제가 정비되어야 한다. ③보고·개선건의·권고 등 다양한 형태의 수단들을 동원하여 융통성있게 문제를 해결할 수 있도록 하는 방안이 강구되어야 한다.

◆ 원인에 있어서 자유로운 행위(原因에 있어서 自由로운 行爲)

행위자가 고의 또는 과실에 의하여 자신을 책임능력 흠결상태에 빠뜨리고 그러한 상태에서 구성요건적 결과를 실현한 경우를 말한다. 예컨대 사람을 상해할 목적으로 음주·대취하여 그 상태에서 타인에게 상해를 가하는 경우(고의) 또는 자동차를 운전해야 한다는 것을 생각하지 않고 고의 또는 과실로 음주하여 대취한 상태에서 운전을 하다가 사고를 낸 경우(과실) 등이 이에 해당한다. 책임능력은 행위시를 기준으로 결정해야 하는 바, 행위자는 행위시에 책임능력이 있어야 한다. 이를 『행위와 책임의 동시존재의 원칙』이라고 하며, 행위와 책임의 동시존재는 책임주의형법의 발전과정에서 확립된 원칙이라고 할 수 있다. 그런데 『원인에 있어서 자유로운 행위』를 원인행위와 실행행위로 분리하여 생각해 볼 때, 책임능력 결함상태에서의 실행행위에는 책임이 없고 원인설정행위만으로는 구성요건적 행위라고 할 수 없기 때문에 이러한 행위를 벌할 수 있는가가 문제가 생긴다. 형법 제10조제3항은 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』고 규정하여 『원인에 있어서 자유로운 행위』의 가별성에 대한 이론상의 근거에 대하여 견해가 일치하고 있는 것은 아니다. 『원인에 있어서 자유로운 행위』의 가별성의 근거를 어디서 찾을 것이냐에 대하여는 그 책임의 근거를 원인설정행위에서 구하는 견해와, 실행행위에서

찾는 견해가 대립되고 있다. 이를 원인설정행위에서 구하는 견해는 다시 원인설정행위 자체를 실행행위로 보고 원인설정행위 자체에서 가별성을 찾는 견해와, 원인설정행위는 실행행위가 될 수 없지만 원인설정행위와 실행행위의 불가분적 관계에서 책임의 근거를 구하는 견해로 나누어진다.

◆ 위법수집증거배제법칙(違法收集證據排除法則)

위법한 절차에 의하여 수집된 증거, 즉 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 법칙을 말한다. 증거수집방법을 이유로 한 증거의 배제는 현대 증거법에 있어서 가장 중요한 발전으로 평가되고 있다. 위법수집증거배제규칙은 미국의 증거법에 있어서 유래한다. 그러나 미국에서도 1886년의 Boyd사건에 이르기까지는 증거취득수단의 위법이 증거의 허용성에 영향을 미치지 않는다는 Common law의 원칙이 지배하고 있었다. 미국에서 이 원칙이 확립된 것은 1914년의 Weeks 판결은 우편을 위급하게 이용한 연방법위반사건에 대하여 위법하게 압수된 물건을 시민인 피고인에게 불이익한 증거로 인정하지 못한다는 뜻을 밝힌 것이었다. 이 원칙은 1946년 연방형사소송법칙 제42조의e에서 명문화되었고, 1961년 Mapp사건을 통하여 미국 증거법상 움직일 수 없는 원칙으로 확립되었다. 독일과 일본도 이 원칙을 준수하고 있다.

우리나라에서는 이 원칙을 준수해야 하는지의 여부를 놓고 판례와 학설이 대립하고 있다. 위법수집증거배제규칙의 이론적 근거는 위법하게 수집된 증거는 적정절차의 보장이라는 관점에서 그 증거능력이 부정되어야 하고, 이에 의하여 사법의 엄격성과 재판의 공정을 유지한다는 점에 있다. 다만 적정절차의 보장과 사법의 엄격성에 관하여는 적정절차가 문제되는 것은 수사기관이지 증거를 배제하여야 하는 법원이 아니며, 위법수집증거를 사용하는 경우에 비하여 명백한 죄인을 증거수집의 기술을 이유로 무죄를 판결하는 것이 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 침해한다는 점을 이유로 위법수집증거배제법칙의 근거는 정책적인 점에 중점을 두어야 한다는 비판도 있다. 위법수정증거배제법칙이라 하여 어떤 절차의 위법이라도 있으면 증거로서 배제된다는 의미는 아니다. 이 배제법칙

이 적용되는 범위는 침해된 이익과 위법의 정도를 고려하여 구체적· 개별적으로 판단하지 않으면 안 된다. 일반적으로 단순한 훈시규정의 위반 만으로는 족하지 않고 본질적 증거절차규정을 위반한 때, 즉 중대한 위법이 있는 때에 한하여 증거능력이 배제된다고 해야 한다. 여기서 중대한 위법이란 『due process』의 기본이념에 반하는 경우, 또는 『정의감에 반하고, 문명사회의 양심에 충격을 주는 것』을 의미한다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 ①영장주의나 적정절차를 규정하고 있는 헌법규정에 위반하는 경우, ②수사기관의 수사활동이 형벌법규에 위배하는 경우, ③형사소송법의 효력법정에 위배하여 압수·수색 등이 무효인 경우에는 중대한 위법에 해당하므로 이에 의해 수집된 증거는 배제된다고 해야 할 것이다.

#### ◆ 위헌법률심사제(違憲法律審査制)

위헌법률심사라 함은 사법기관이 의회가 의결한 법률이 헌법에 위반되는가의 여부를 심사하고, 헌법에 위반되는 것으로 판단하는 경우에, 그 법률의 효력을 상실하게 하거나 그 적용을 거부하는 제도로서 법률의 사법적 심사제 또는 협의의 헌법재판이라고도 한다. 현대민주국가에서 위헌법률심사제가 가지는 기능 내지 제도적 의의는 헌법의 최고법규성과 헌법질서를 수호하고 유지하는 기능, 국민의 자유와 권리를 보장하는 기능, 다수의 횡포를 억제하고 소수를 보호하는 기능, 대립된 정치세력간에 타협을 촉진하는 기능 등이다. 위헌법률심사제는 대체로 중세 자연법사상과 근본법사상을 그 사상적 배경으로 하며, 특히 미국의 경우는 그 법사상에 더하여 미국 특유의 법률문화와 정치사상이 가미되어 발달하였다.

위헌법률심사제는 헌법의 최고법규성의 보장, 의회에 대한 불신, 권력분립의 원리 등을 그 이론적 근거로 하며, 성격에 따라 일반법원형·헌법법원형·특수기관형으로 분류될 수 있으며, 내용에 따라 사전예방적 위헌심사제와 사후교정적 위헌심사제로 분류된다. 사전예방적 위헌심사제는 법률이 일단 시행된 연후에 무효가 선언된다면, 그에 수반되는 사회적 혼란이 적지 않을 것이라는 점에서 법률에 관하여 그것이 공포되기 이전에 합헌성을 심사하고, 위헌으로 판정되면 그 공포와 시행을 유보하는 제도를 말한다. 프랑스 제5공화국헌법의 헌법법원에 의한 법률·조

약·의회의사규칙 등에 대한 사전적 합헌성심사제가 사전예방적 위헌심사제의 대표적 유형이다. 사후교정적 위헌심사제는 법률이 공포·시행된 이후에 해당법률에 대하여 그 위헌성을 심사하는 것으로 구체적 소송사건에 있어서 이를 심사하는 구체적 규범통제와 법률 자체에 대한 위헌여부를 심사하는 추상적 규범통제가 있다.

헌법 제107조제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”라고 하고 있고, 제113조제1항은 “헌법재판소에서 법률의 위헌결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다”라고 하여 위헌법률심사제에 대하여 헌법법원형과 사후교정적 위헌심사제 중 구체적 규범통제를 그 내용으로 하고 있다.

◆ 위헌불선언결정(違憲不宣言決定)

위헌불선언결정은 재판관 5인이 위헌의견을 제시하고 4인이 합헌의견을 제기한 경우에, 위헌의견이 다수임에도 위헌결정정족수인 재판관 6인 이상에 미달함으로써 위헌선언을 할 수 없기 때문에 헌법재판소가 채택한 바 있는 독특한 결정형식이다. 헌법재판소는 위헌결정에 찬성하는 재판관이 과반수이면서도 위헌결정정족수 6인에 미달하기 때문에 위헌결정을 선고할 수 없어 부득이 “...헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”라는 주문을 선고함으로써, 단순합헌결정과 구별되는 결정형식을 취한 바 있다(헌재 1993. 5. 13.[90 헌바 22 등(병합); 1989. 12. 22.[88 헌가 13]). 이러한 형태의 주문은 단순합헌결정의 주문과 실질적인 면에서 차이가 없다는 점에서 위헌불선언결정은 결과적으로 합헌선언의 일종이라 할 수 있다. 따라서 헌법재판소는 1996년 이후에는 위헌불선언결정의 형식을 택하지 아니하고 단순합헌결정의 형식을 택하고 있다.

◆ 유럽인권재판소(유럽人權裁判所, European Court of Human Rights)

유럽인권조약에 따라 설립한 인권에 관한 재판소로서 1950년 11월 4일 로마에서 열린 유럽회의에서 인권 및 기본권의 자유를 보호하기 위한

조약에 서명하고, 1953년 9월부터 발효된 유럽인권협약에 근거하여 설립되었다. 재판소는 41개 동맹국가의 판사들로 구성하며, 판사들은 유럽연합의회에서 6년마다 선출한다. 또 재판소 본회의에서는 회장 1명, 부회장 2명, 각 부문 회장 2명을 선출한다. 또 판사 3명으로 구성된 각 분야의 위원회들은 보통 1년 단위로 유지한다.

유럽인권재판소에서는 인권위원회 및 조약당사국의 제소를 인정한다. 유럽인권재판소는 서유럽 국가들에만 국한되어 있지만 법적 구속력이 있고 제한된 범위에서나마 인권침해를 당한 개인에게 국제적 절차에 의한 제소를 인정하고 있다. 재판 신청 건수가 해마다 늘고 있으며, 공식 사용언어는 영어와 프랑스어이다.

◆ 유럽인권협약(유럽人權協約, European Convention on Human Rights)

1950년 11월 4일 로마에서 유럽심의회 가맹국에 의하여 조인되고, 1953년 9월 3일 발효된 인권조약이다. 이 조약은 세계인권선언 중 몇 가지 권리의 집단적 보장을 확보하기 위한 적절한 최초의 수단을 취하는데 목적이 있으며, 조인 당시에 합의에 이르지 않았거나 후에 합의할 필요가 있는 것에 대해서는 의정서에 의해서 보충하는 형식을 취하고 있다. 현재까지 8개의 의정서가 작성되어 제7·8의정서를 제외하고는 모두 발효되고 있다.

이 조약에는 유럽심의회 가맹국 21개국이 참가하고 있다. 이 조약은 조약체결국의 관할구역 내에 있는 모든 사람에게 조약 및 의정서가 정하는 시민적·정치적 권리, 즉 자유권을 보장하고 있으며, 조약의 이행확보를 위하여 유럽인권위원회·유럽인권재판소를 두고 있다. 또 위원회에는 국가뿐만 아니라 개인도 일정한 조건으로 주장을 내세울 수 있다.

◆ 유엔헌장(UN憲章, Charter of the United Nations)

국제연합의 근본조직과 기본적 활동원칙을 정한 근본법으로서 1944년 8~10월 미국 워싱턴 교외에 있는 덤바턴오크스에서 열린 미국·영국·소련 및 미국·영국·중국이라는 2가지의 3국 회의에서 ‘전반적 국제기



구 설립에 관한 제안'이 작성되어 이것이 국제연합헌장의 원안이 되었다. 그후 1945년 2월의 얄타회담을 거쳐 6월 26일 샌프란시스코에서 50개국이 국제연합헌장에 서명함으로써 10월 24일 발효되었다.

국제연합헌장 제1조는 국제연합의 목적으로서 국제평화 및 안전을 유지할 것, 여러 국가간의 우호관계를 발전시킬 것, 경제적·사회적·문화적·인도적인 문제의 해결을 위하여 국제협력을 달성할 것 등을 들고 있다. 국제연합의 여러 기구 중 특히 중요한 지위를 차지하고 있는 것은 안전보장이사회와 총회이다. 제24조에 의하면 국제간의 평화 및 안전을 유지할 중요한 책임은 안전보장이사회가 지고 있으며, 평화의 파괴에 대한 강제조치를 결정할 수 있는 것도 안전보장이사회이다(제7장). 안전보장이사회의 결의는 5개 상임이사국을 포함한 9개 이사국(1965년까지는 7개 이사국)의 찬성투표로써 성립된다(제27조제3항). 즉 5개 상임이사국은 거부권(拒否權)이 부여되어 있다. 이는 국제연합에 있어서 강대국의 지위 우위를 의미하며, 강대국의 협조를 세계평화유지의 기본적 전제로 하고 있음을 말해 준다. 위와 같은 안전보장이사회의 권능을 제외한다면 총회는 국제연합의 중심적인 기구이다. 총회는 전가입국으로 구성되고(제9조제1항), 헌장의 범위내에 있는 모든 문제, 또는 헌장에 규정된 기구의 권한과 임무에 관한 문제를 토의하여 가입국 또는 안전보장이사회, 또는 그 쌍방에 권고할 수 있다(제10조). 또한 경제사회이사회나 신탁통치이사회는 총회의 권위 아래에서 활동하게 되어 있다. 헌장은 전문(前文)과 본문 111개조(19장)로 이루어지며 위에 든 규정 외에 지역적 결정, 경제사회이사회, 신탁통치이사회, 국제사법재판소, 사무국, 헌장 개정, 그 밖에 많은 규정을 포함하고 있다.

◆ 유추해석금지의 원칙(類推解釋禁止의 原則)

유추해석이라 함은 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률 또는 법률조항을 적용하는 것을 말한다. 따라서 형사법상에 있어서 유추해석이 허용될 경우에는 형벌법규의 명확성이 무의미하게 되고 자의적인 입법을 허용하는 결과가 되므로 이를 금지하는 죄형법정주의의 파생원칙 중의 하나가 유추해석금지의 원칙이다.

#### ◆ 음행매개죄(淫行媒介罪)

음행매개죄는 영리의 목적으로 미성년 또는 음행의 상습 없는 부녀를 매개하여 간음하게 함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 사회의 성도덕 내지 성풍속뿐만 아니라 부차적으로 개인의 정조도 보호하는 침해범이다. 본죄 이외에 18세 미만의 아동에게 음행을 매개시킨 때에는 아동복지법에 해당하며(아동복지법 제18조), 윤락행위를 하게 한 때에는 윤락행위방지법에 의하여 처벌받는다(윤락행위등방지법 제4조). 본죄의 주체에는 제한이 없으므로 부녀의 부모나 감독자 또는 남편도 본죄의 주체가 될 수 있다. 미성년자란 13세 이상 20세 미만의 부녀를 말하는 바, 이는 13세 미만의 부녀에 대하여는 의제강간죄가 성립되기 때문이다. 미성년자가 음행의 상습이 있거나 음행에 자진 동의하였는가는 문제되지 않는다. 음행의 상습이 없는 부녀란 매춘부 기타 불특정한 남자를 상대로 성생활을 하고 있는 부녀 이외의 부녀를 말한다. 따라서 과거에 매춘경험이 있는 자는 물론 특정한 남자와 사통관계에 있는 첩도 여기에 포함된다. 여기의 매개란 부녀를 간음에 이르도록 알선하는 일체의 행위를 말한다. 간음이란 부부사이 이외의 성교를 말하며, 간음케 할 것을 요하므로 단순히 추행케 하는 것으로는 족하지 않다. 여기의 간음은 매개에 의해서 이루어져야 한다. 따라서 간음을 매개하였지만 부녀가 이에 응하지 않거나, 간음을 결의하였으나 실행에 이르지 않은 때에는 본죄는 성립하지 않는다. 본죄가 성립하기 위하여는 객관적 구성요건에 대한 고의가 있어야 하는 이외에 영리의 목적이 필요하다. 영리의 목적이란 재산적 이익을 취득할 목적을 말한다. 일시적·영구적 이익임을 묻지 않으며, 제3자에게 취득하게 할 목적이 있어도 상관없다.

#### ◆ 이중기준의 원칙(二重基準의 原則)

기본권제한의 기준으로서의 이중기준의 원칙은 기본권 중에서 정신적 자유권과 재산적·경제적 기본권을 구분하여, 전자의 가치는 후자의 가치를 우월하는 것이므로 양자에 대한 제한방법 내지 제한기준도 달리해

야 한다는 이론이다. 즉, 정신적 자유권은 원칙적으로 제한되지 아니하며, 예외적으로 제한되는 경우에도 그 제한(규제)입법의 합헌성 여부에 대한 판단은 경제적 기본권에 대한 그것보다 엄격하지 않으면 아니된다는 논리가 이중기준의 원칙이다.

예를 들면, 표현의 자유의 제한에 관해서는 사전억제의 금지, 제한의 사유와 제한의 정도에 관한 명확성, 명백하고 현존하는 위험성, 합리성 등과 같은 엄격한 요건이 충족될 필요가 있지만, 경제적 기본권을 제한하는 경우에는 합리적 사유가 있으면 충분하다는 이론이다.

◆ 인간과 시민의 권리선언(人間과 市民의 權利宣言, Declaration des droits de l'homme et du citoyen)

프랑스혁명 때 국민으로서 누려야 할 권리에 대하여 입법의회가 1789년 8월 26일에 결의·공포한 선언으로서 라파예트 등이 기초하였다. 전문(前文) 및 17개조로 되어 있으며, 제1조에서 “인간은 나면서부터 자유로우며 평등한 권리를 가진다”라고 하여, 인간의 자유와 권리 및 평등을 선언하고 있으며, 그 밖에 압제에 대한 저항권(제2조), 주권재민(제3조), 사상·언론의 자유(제11조), 소유권의 신성불가침(제17조) 등 인간의 기본적 권리와 근대 시민사회의 정치이념을 명확히 표현하고 있다.

이 선언의 근본사상은 근세의 자연법 사상과 계몽사상을 통해 자라난 인간해방의 이념으로서, 인간의 자연적 권리인 자유권·소유권·안전 및 압제에의 저항 등의 존재를 전제로 하고, 이를 보전하기 위하여 정치적 결합으로서의 국가형성을 인정하고, 국가형성의 기본원칙으로서 시민적 제권리인 주권재민·권력분립·법률제정권 등을 보장하는 내용으로 구성되었다.

◆ 인간다운 생활권(人間다운 生活權 : 生存權)

인간다운 생활권이라 함은 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 영위할 권리를 말하며, 일련의 사회적 기본권조항 중에서도 핵심이 되는 조항으로서 사회적 기본권에 관한 이념적·총칙적 규정을 말한

다. 이는 모든 국민으로 하여금 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하게 하는 것이 헌법의 최고이념이기는 하나, 최소한의 인간다운 생활이 보장되지 아니하고는 그 이념이 실현될 수 없다는 의미에서, 인간다운 생활권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치조항을 보완하는 규정이라 할 수 있다. 헌법 제34조제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”라고 하여 인간다운 생활권을 보장하고 있으며, 인간다운 생활을 보장하기 위한 수단적 사회권들을 동조제2항이하~제36조에 걸쳐 규정하고 있다.

인간다운 생활권의 법적 성격에 대하여는 프로그램권리설, 추상적 권리설, 구체적 권리설 등이 주장되고 있다. 헌법재판소는 “헌법 제34조제1항 소정의 인간다운 생활을 할 권리가 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부 이상을 요구할 수 있는 구체적인 권리를 직접 발생케 한다고는 볼 수 없고 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리로서 입법자에게 광범위한 입법재량권이 인정된다”(헌재 1998. 2. 27.[97 헌가 10 등(병합)])라고 하여 인간다운 생활권의 법적 성격을 추상적 권리로 파악하고 있다. 하지만 “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다던가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다”(헌재 1997. 5. 29.[94 헌마 33])라고 판시하고 있다.

헌법은 국민에게 인간다운 생활을 보장하는 방법으로서 제34조제2항 이하에서 일련의 사회적 기본권으로서 사회보장수급권·교육을 받을 권리·근로의 권리·근로3권·환경권·보건권 등을 보장하고, 제119조제2항 등에서 경제에 관한 규제와 조정을 예정하고 있다. 이러한 헌법상의 권리로서의 인간다운 생활권에 대하여 헌법이 보장하는 수준은 생물학적 최저생존수준설·인간적 최저생존수준설·이상적 생존수준설 등의 입장이 있으나, 현실적인 실현가능성의 일정한 한계를 예상할 때 인간적인 최저생존수준에 그 기준을 정하는 것이 필요하다고 하겠다.

◆ 인간으로서의 존엄과 가치(人間으로서의 尊嚴과 價値)

헌법 제10조제1문전단은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 하여 인간이 인간으로서의 존엄과 가치의 소유자임을 확인하고 있으나, 그 규범적 의미와 내용에 관하여는 많은 논란이 제기되고 있다. 일반적으로 인간의 존엄과 가치는 주관적으로는 모든 인간이 소유하는 인간으로서의 존엄과 가치를 소유한다는 것을 의미하며, 객관적으로는 모든 인간이 소유하는 인간으로서의 존엄과 가치를 국가공권력은 물론이고 개인도 존중해야 한다는 것을 확인하고 강조한 것이라 할 수 있다. 인간의 존엄과 가치에 관하여는 제2차 대전이후 인류의 비인간적인 만행에 대한 반성으로서 국제연합헌장을 비롯하여 세계인권선언, 유럽인권협약, 고문방지조약, 집단학살방지및처벌협약 등 여러 국제협정과 헌법들에서 이를 강조하고 있다. 특히 독일기본법 제1조제1항은 “인간의 존엄성은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것이 모든 국가권력의 의무이다”라고 하여 헌법의 차원에서 인간의 존엄성존중과 보호를 실정규범화 하고 있으며, 우리나라도 제5차 개정헌법 이래 인간의 존엄과 가치조항을 헌법에 두고 있다.

인간의 존엄과 가치조항은 객관적 헌법원리성, 국법체계상 최고규범성, 기본권제한의 한계규범성, 초국가적 방어권으로서의 규범적 성격을 가지는 것으로 모든 기본권의 근원 내지 핵으로서의 의미를 가지며, 기본권보호의 목적조항으로서의 성격을 가진다고 하겠다. 따라서 이러한 목적을 달성하는데 필요한 자유와 권리는 그 어느 것이나 보장되며, 목적달성을 방해하는 행위는 금지되고, 그 침해행위는 헌법 제10조제1문전단에 위배되어 불법행위가 된다. 대표적인 것을 예시하면, 학살, 고문, 노예제도, 강제노동, 인간실험, 잔인하고 가혹한 형벌, 혼인의 강제나 제한 등이 있으며, 낙태·안락사도 인간의 존엄과 가치를 훼손하는 것이 될 수 있다.

◆ 인민협정(人民協定, Agreements of the People)

1647년 영국의 청교도혁명 때 평등파(平等派:Levellers)가 기초한 정치개혁안으로서 보통선거권을 포함하는 권리의 평등을 주장하였고, 인

구비례에 의한 선거구의 설치, 의회의 격년선거, 신앙의 자유, 종군강제 거부권(從軍強制拒否權), 법 앞에서의 만인의 평등 등을 선언하였다. 1447년 가을의 군회의(軍會議)에서 검토되었으나 아이아턴 등 독립파에서 강력하게 이를 반대하였다. 1448년 말에서 이듬해 초에 걸쳐 재차 토의, 독립파가 주장하는 선에서 수정한 뒤 의회에 제출되었으나 입법 단계에는 이르지 못하였다.

◆ 인신보호법(人身保護法, Habeas Corpus Act)

1679년 부당한 구금에 따른 인권침해를 방지하기 위해 제정된 영국의 법률로서 일찍이 이유없는 구금이나 장기간의 구류를 막기 위하여 피구금자의 신병을 재판소에 출두시켜 신속하게 재판을 받게 하는 인신보호영장이 있었다. 그런데 17세기에는 국왕의 특권재판소가 이 영장이 미치지 못하는 지역에 구금하는 등 인권을 침해하였으므로, 그와 같은 폐단을 없애기 위하여 제정되었다. 이에 따라 이유를 명시하지 않은 체포는 위법으로 간주하고, 반드시 인신보호영장을 받는 동시에 피구금자는 신속히 재판을 받게 되었으며, 부당한 체포나 구금이 금지되어 인권의 보장에 큰 진전을 보게 되었다.

◆ 인정신문(認定訊問)

형사소송법상 재판장은 피고인의 성명·연령·본적·주소와 직업을 물어서 피고인임에 틀림없음을 확인하여야 하는 바, 이와 같이 공판기일에서 실질적인 심리에 들어가기 전에 피고인으로 출석한 자가 공소장에 기재된 피고인과 동일인가를 확인하는 절차를 말한다. 피고인이 인정신문에 대하여 진술거부권을 행사할 수 있는가에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 그러나 ①피고인이 거부할 수 있는 진술은 이익·불이익을 불문하며, ②진술이 불이익한가를 판단할 기준이 없고, ③인정신문을 위한 진술의 강요를 인정할 때에는 진술거부권을 인정할 취지에 반한다는 점에 비추어 이를 긍정하는 적극설이 타당하다고 해야 한다.

◆ 일반사면(一般赦免)

일반사면은 범죄의 종류를 지정하여 이에 해당하는 모든 범죄인에 대하여 형의 선고의 효과를 전부 또는 일부 소멸시키거나 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여는 공소권을 소멸시키는 것을 말하며, 대사라고도 한다. 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로 죄의 종류를 정하여 행하며(사면법 제8조), 국회의 동의를 얻어야 한다(헌법 제79조). 대통령령에 특별한 규정이 없으면 형의 선고의 효력을 소멸시키며, 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여는 공소권을 소멸시킨다(사면법 제5조제1항제1호). 그러나 형의 선고에 의한 기성의 효과는 변경되지 아니한다(사면법 제5조제2항). 우리나라는 1981. 1. 31. 대통령령 제10194호로 1980. 12. 29. 이전에 징계처분을 받은 전·현직 공무원 및 징계사유에 해당하는 비위를 범한 공무원에 대하여 사면령을 내린 바 있다. 형사소송법 제326조제2호 소정의 면소판결의 사유인 ‘사면이 있을 때’란 일반사면이 있을 때를 말한다.

◆ 일반적 법률유보(一般的 法律留保)

일반적 법률유보는 기본권제한에 관한 내용에 있어서 기본권전반이 법률에 의하여 제한될 수 있다고 규정하는 것으로 헌법 제37조 제2항 전단의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”라고 하는 규정이 그것이다. 이는 법률로써 기본권을 제한하는 경우에 준수되어야 할 일반준칙을 규정한 조항으로서 기본권제한입법에 있어서 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.

일반적 법률유보에 의하여 제한되는 기본권은 국민의 모든 자유와 권리이지만, 그 성질상 제한이 가능한 기본권에 한하여 인정되며, 내심의

작용을 내용으로 하는 절대적 기본권은 제한이 불가능하다. 그리고 기본권을 제한하는 법률은 제한의 대상이 되는 기본권을 구체적으로 적시해야 하며, 모든 기본권을 제한한다는 취지의 법률은 위헌무효이다. 또한 제한하는 경우에 있어서도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리라는 목적을 위하여 필요한 경우에 한하여 가능하며, 제한의 사유가 존재하는 경우에도 제한할 사유보다 기본권존중의 필요성이 보다 더 크다고 판단될 경우에는 기본권제한을 위한 입법을 자제해야 한다(제한불가피성의 원칙). 기본권제한의 목적으로서의 국가안전보장이라 함은 국가의 독립과 영토의 보전, 헌법과 법률의 규범력, 헌법기관의 유지 등 국가적 안전의 확보를 말하며, 질서유지라 함은 자유민주적 기본질서를 포함하는 헌법적 질서는 물론 그 밖의 사회적 안녕질서를 말한다. 공공복리는 공공의 행복과 이익이라는 개념으로 이해되지만 매우 다의적이고 불확정개념이라는 점에서 기본권제한의 사유로 인정하는 것에 비판이 있지만, 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익 즉, 국민공동의 이익으로 이해되어지고 있다.

일반적 법률유보에 의한 기본권제한의 형식은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의하는 것이 원칙이지만, 법률의 위임이 있는 명령 및 긴급명령·긴급재정경제명령 등에 의한 예외가 인정된다. 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법체계상 법률과 동일한 효력을 가지므로, 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 의한 기본권제한은 법률에 의한 기본권제한에 준하여 인정된다. 또한 기본권제한의 요건이 충족된 경우에도 국민의 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법권의 한계를 의미하는 과잉금지의 원칙(목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성)이 존중되어야 하고 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다. 기본권을 제한하는 법률이 기본권제한의 요건을 충족하지 아니한 위헌법률인 때에는 이로 인한 기본권침해에 대하여 구제절차가 강구되어야 하는 바, 헌법은 청원권의 행사(제26조), 위헌법률심판의 청구(제107조제1항), 헌법소원심판의 청구(제111조제1항) 등을 규정하고 있다.



◆ 일반적 헌법유보(一般的 憲法留保)

일반적 헌법유보는 헌법이 직접 기본권 전반에 대하여 제약을 규정하는 것으로 독일기본법 제2조 제1항은 “권리의 행사가 타인의 권리를 침해하는 것이어서는 아니되고, 헌법질서에 위배되는 것이어서는 아니되며, 도덕률에 반하는 것이어서는 아니된다”라고 하여 타인의 권리·도덕률·헌법질서 등을 일반적 헌법유보사항으로 인정하고 있다. 현행 우리나라 헌법은 일반적 헌법유보에 해당하는 규정은 없으나, 국가적 공동생활을 위하여 기본권에 당연히 내재하는 제약사유로서 타인의 권리·도덕률·헌법질서 등은 일반적 헌법유보의 사항으로 인정되고 있다.

◆ 일부위헌결정(一部違憲決定)

일부위헌결정은 위헌결정에 있어서 법률전체에 대한 위헌선언이 아니라 해당 법률 일부 중 독립된 법조문 혹은 특정의 항이나 문장 또는 그 일부분에 대하여 위헌결정을 선언하는 것을 말한다. 일부위헌결정은 ① 국세기본법 제56조제2항에 대한 헌법소원심판사건에서 ‘괄호안의 부분은 위헌이다’라고 판시하는 것과 같이 위헌선언으로써 법조문의 일부분이 삭제되는 효과를 가져오는 경우, ② 민법 제764조에 대한 헌법소원심판사건에서 ‘명예회복에 적당한 처분에 사죄광고를 포함시키는 것은 위헌이다’라고 판시하는 것과 같이 법조문은 그대로 둔 채 그 법조문의 적용례에 대해서만 위헌을 선언하는 경우가 있다. 전자는 조문의 축소변경을 결과한다는 의미에서 양적일부위헌(통상적인 일부위헌결정)이라고 하고, 후자는 조문의 의미만을 축소하는 결과를 가져온다는 의미에서 질적일부위헌(한정위헌결정)이라고도 한다. 어느 경우든 일부위헌결정은 재판관 9인 중 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.

◆ 일사부재리의 원칙(一事不再理의 原則 : 二重處罰禁止의 原則)

일사부재리의 원칙이라 함은 실체판결이 확정되어 판결의 실체적 확정력(기판력)이 발생하면, 그 후 동일사건에 대해서는 거듭 심판하는 것이

허용되지 아니한다는 원칙을 말한다. 헌법 제13조제1항후단은 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”라고 하여 일사부재리의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 무죄판결이 있는 행위와 이미 처벌이 끝난 행위에 대해서는 다시 형사책임을 물을 수 없다. 이때의 처벌이라 함은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권실행으로서의 과벌(課罰)을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 여기에 포함되는 것은 아니다.

판례는 “형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다고 해서 그것이 헌법 제13조 제1항 후단 소정의 거듭처벌금지의 원칙에 위배되지 아니한다”(헌재 1991. 4. 1.[89 헌마 17 등(병합)])라거나 “피고인이 동일한 행위에 관하여 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았다 하더라도 외국판결이 우리나라에서는 기판력이 없으므로, 여기에 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다”(1983. 10. 25. 대판 83 도 2366)라고 판시하고 있다. 또한 과태료, 누범가중, 상습범의 가중처벌은 일사부재리의 원칙이 위배되지 아니한다고 하고 있다.

#### ◆ 일조권(日照權, right of light)

생활을 하는 데에 햇빛을 받아야 하는 것은 인체의 발육을 위해서나 건강관리를 위하여, 또는 정신건강을 위해서도 매우 중요한 일이 아닐 수 없다. 그런데 그다지 높지 않은 건물만을 짓고 사는 사회에서는 햇빛을 차단할 만한 장애물이 별로 많지 않지만, 공업화·산업화에 따른 도시의 급격한 확대와 지가의 앙등으로 인한 건물의 고층화 등은 채광을 둘러싼 심각한 사회문제를 불러일으키는 것이 보통이다. 그러므로 몇몇 선진공업국에서는 이에 관한 법적 조치를 강구한 바 있다.

예컨대, 영국의 채광권법과 일본의 건축기준법 제56조의2 등이 그것이다. 한국에서도 1960년대 후반부터 급속히 추진된 공업화에 맞추어 팽창된 도시의 과밀화와 고층화된 건물 등으로 말미암아 특히 주거지역내에서의 채광문제가 적지 않은 분쟁거리로 되기에 이르렀다. 민법상 건물을 축조하는 경우에는 경계로부터 0.5m 이상의 거리를 두도록 되어 있으나(민법 제242조제1항), 이것만으로 채광이 보호될 수 없음은 물론이다.

그러므로 건축법에서 공동주택과 전용주거지역 및 일반주거지역 안에서 건축하는 건축물의 높이는 일조권의 확보를 위하여 그 건축물로부터 동일대지 안의 다른 건축물까지의 거리와 인접대지경계선까지의 거리에 따라 조례로써 제한하도록 규정하였으며(건축법 제53조), 건축법시행령에서 건축물을 건축하는 경우 각 부분의 높이제한 및 인접경계선으로부터 띄어야 하는 거리제한에 대한 세부규정을 두었다(건축법시행령 제86조). 이렇게 함으로써 상충되는 일조권 확보와 건설 촉진의 양면을 조화시키는 데 기여하게 되었다.

◆ 입법방침규정설(立法方針規定說)

→ 프로그램적 권리설

◆ 입법부작위(立法不作爲)

입법부작위는 입법권의 주체인 의회가 입법을 하지 아니한 관계로 법률이 존재하지 않는 상태를 말하는 바, 헌법상 입법의무를 전제로 하지 아니하는 단순입법부작위의 경우와 헌법이 입법자에게 입법의무를 부과하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 법적 상태를 말하는 위헌적 입법부작위가 있다. 또한 위헌적 입법부작위는 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 ‘입법행위의 흠결이 있는 경우’인 진정입법부작위와 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 해당사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 ‘입법행위에 결함이 있는 경우’인 부진정입법부작위가 있다.

입법부작위의 문제는 이러한 입법의 부작위가 기본권을 침해하는지의 여부와 기본권을 침해한 경우에 있어서 헌법소원이 가능한가의 문제로 헌법상 나타나고 있다. 헌법재판소는 단순입법부작위의 경우에 있어서 법령의 제정을 소구하는 헌법소원은 국회에 대하여 입법을 청구하는 것은 가능하나 적극적으로 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 이를 인정하지 않고 있다(헌재 1992. 12. 24.[90 헌마 174]; 1989. 3. 17.[88 헌마 1]; 1989. 9. 29.[89 헌마 13]). 왜냐 하면, 헌법재판소법 제68

조제2항의 규정에 따른 헌법소원은 법률의 위헌성을 적극적으로 다투는 제도이므로 법률의 부존재 즉, 입법부작위를 다투는 것은 그 자체로 허용되지 아니하기 때문이다(2000. 1. 27.[98 헌바 12]).

진정입법부작위에 대한 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 한정된 범위 안에서 예외적으로만 인정한다는 입장을 취하고 있다. 즉, “입법부작위에 대한 헌법소원은 원칙적으로 인정될 수 없고, 다만 헌법에서 기본권보장을 위해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다”(헌재 1999. 3. 11.[97 헌마 9] 외 다수)고 판시하고 있다.

반면에 부진정입법부작위의 경우에 있어서는 “‘부진정입법부작위’를 대상으로 하여, 즉 입법의 내용·범위·절차 등의 결함을 이유로 헌법소원을 제기하려면, 결함이 있는 당해 입법규정을 내세워 적극적인 헌법소원(위헌확인소원)을 제기해야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정의 제소기간(청구기간)을 준수해야 한다”(헌재 1996. 11. 28.[93 헌마 258] 외 다수)라고 하는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이며, “부진정입법부작위의 경우에는 불완전한 법규 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 이유로 적극적인 헌법소원을 제기하는 것은 별론으로 하고, 그것을 입법부작위로서 헌법소원의 대상으로 삼을 수 없다”(헌재 1999. 1. 28.[97 헌마 9])라고 판시하고 있다.

#### ◆ 입법의 자유영역이론(立法의 自由領域理論 : 立法者役割論)

입법의 자유영역이론은 입법의 기능을 도외시하고 헌법해석론만으로 기본권충돌의 문제를 해결하려는 입장을 비판하면서 기본권충돌의 문제를 해결할 역할은 자유로운 입법형성을 그 과제로 하는 입법자의 임무라고 하는 이론이다. 그러나 이 이론은 기본권충돌의 문제가 1차적으로는 기본권의 내용을 확정하는 헌법해석의 문제라는 점을 간과한 것이고, 입법부의 역할을 지나치게 과대평가한 것이며, 기본권이 충돌하는 상황의 다의성에 비추어 일반적 법률로써 문제를 해결하는 데에

는 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 도외시하고 있다는 점에서 비판받고 있다.

◆ 입법자역할론(立法者役割論)

→ 입법의 자유영역이론

◆ 입법촉구결정(立法促求決定)

입법촉구결정이란 결정당시에는 합헌적 법률이지만 위헌법률이 될 소지가 있다고 인정하여 헌법에 완전히 합치하는 상태를 실현하기 위하여 또는 장차 발생할 위헌의 상태를 방지하기 위하여 입법자에게 당해 법률의 개정 또는 보완 등 입법을 촉구하는 결정형식을 말한다. 그러나 아직까지 우리나라에서는 이러한 의미에서의 입법촉구를 직접 주문에 명시한 결정례는 찾아볼 수 없고 독일의 경우에 그 예가 있을 뿐이다. 다만, 헌법불합치결정에 있어서 헌법에 불합치한 법률의 조속한 개정을 촉구하는 형식의 입법촉구결정만이 있다.

◆ 자구행위(自救行爲)

일정한 권리를 침해당한 자가 이후에 국가권력의 보호를 받는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하게 될 긴급한 사정이 있는 경우, 그 권리를 회복·보존하기 위하여 직접 사력을 행사하는 행위를 말한다. 형법 제23조는 “법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다”라고 규정하여 긴급행위의 하나로서 자구행위를 인정하고 있다. 자구행위를 명문으로 규정하고 있는 우리 형법의 태도와는 달리 독일 형법이나 일본 형법 등 대부분의 입법례는 형법에 자구행위에 대한 규정을 두지 않고 있다. 긴급행위로서의 자구행위는 불법한 침해에 대한 자기보전행위이므로 부정 대 정의 관계이며, 이점에서 자구행위는 정 대 정의 관계인 긴급피난과 구별된다. 또한 정당방위와 긴급피난이 현재의 위난에 대한 사전적 긴급행위임에 대하여, 자구행위는 현

재의 침해를 피하기 위한 행위가 아니라 이미 침해된 청구권을 구조하기 위한 사후적 긴급행위이다. 자구행위가 긴급행위의 하나로서 위법성을 조각하는 근거는 긴급상태에서 사인이 국가권력을 대행한다는 점에서 찾을 수 있다.

#### ◆ 자기부죄거부의 특권(自己否罪拒否의 特權)

형법상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니하는 권리를 말한다. 자기부죄거부의 특권은 17세기말 영국의 사법절차에 기원을 두고, 미국 수정헌법 제5조가 “누구든지 형사사건에 있어서 자기의 증인이 되는 것을 강요받지 아니한다”고 규정한데서 유래하는 것이다. 우리 헌법 제12조제2항도 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적인 권리로 보장하고 있으며, 이에 따라 형사소송법은 피고인·피의자는 이익·불이익을 불문하고 전면적으로 진술을 거부할 수 있게 하였으며(형소법 제200조제2항·제289조), 증인은 자기부죄의 염려가 있는 때에는 거부사유를 소명하고, 증언을 거부할 수 있게 하였다(형소법 제148조, 민소법 제285조). 미국에서는 신체검사 또는 증거물 등의 제출에까지 자기부죄거부의 특권이 미치는가에 관하여 다툼이 있으나, 우리 헌법 및 형사소송법은 명문으로 진술에 한정하고 있다.

#### ◆ 자기정보관리통제권(自己情報管理統制權)

자기정보관리통제권은 자신에 관한 정보를 보호하기 위하여 자신에 관한 정보를 자율적으로 결정하고 관리할 수 있는 권리로서 ①자신에 관한 정보를 함부로 침해당하지 아니하고, ②자신에 관한 정보를 자유로이 열람하며, ③자신에 관한 정보의 정정(訂正)·사용중지·삭제 등을 요구할 수 있고, ④이러한 요구가 수용되지 않을 경우에 불복신청이나 손해배상을 청구할 수 있는 것을 그 내용으로 한다. 자기정보관리통제권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 일환으로서 보장되고, 궁극적으로는 인간의 존엄성존중의 내용이 되는 인격의 자유로운 표현과 법적 안정성을 그 보호법익으로 하는 인격권의 일종이라고 할 수 있다.

자기정보관리통제권은 개인의 정보보호를 위한 것으로 각국은 법률로서 이를 보호하고 있다. 미국은 1974년 ‘프라이버시법’(Privacy Act)을 제정하였으며, 영국은 1984년 약칭 ‘정보보호법’(Data Protection Act)이 제정되었다. 프랑스는 1978년 ‘정보처리·축적·자유에 관한 법률’이 있고, 독일은 1977년 ‘연방정보보호법’이 있으며, 일본은 1988년 ‘행정기관이 보유하는 전자계산기처리와 관련된 개인정보에 관한 법률’(약칭 개인정보보호법)을 제정하였다. 또한 유엔경제개발협력기구(OECD)는 1980년 10월 ‘개인정보의 국제적 유통과 프라이버시보호에 관한 가이드라인’을 작성·공포하였는 바, 이 가이드 라인은 정보의 자유로운 유통을 원칙으로 하면서도 프라이버시보호라는 관점에서 가맹국이 개인정보처리시에 준수하여야 할 ①정보수집제한의 원칙, ②양질정보의 원칙, ③목적특정의 원칙, ④이용제한의 원칙, ⑤안전성확보의 원칙, ⑥공개의 원칙, ⑦정보주체참가의 원칙, ⑧책임의 원칙 등 8개 원칙을 제시하였다.

우리나라에서는 1995년 1월부터 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’이 시행되고 있는 바, 이 법률은 국가주요업무에 관한 전산화의 확대추진과 전국적 행정전산망의 구축 등으로 개인정보의 무단사용 또는 무단유출로 인한 개인의 사생활침해 등 각종 부작용이 우려됨에 따라 ①공공기관이 컴퓨터에 의하여 개인정보를 취급함에 있어 준수할 사항들을 규정하고 있으며, ②공공기관 외의 개인 또는 단체도 컴퓨터를 사용하여 개인정보를 처리함에 있어 공공기관의 예에 준하여 개인정보보호를 위한 조치를 강구하도록 하고 있다. 자기정보관리통제권은 자기정보열람청구권, 자기정보정정청구권, 자기정보사용중지·삭제청구권을 그 내용으로 하는 것이지만 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있으며, 그 제한은 법률에 의하되 그 조건·범위·제한의 내용 등이 명확하고 한정적으로 규정되어야 하고 과잉금지의 원칙이 존중되어야 한다. 일반적으로 자기정보관리통제권의 제한은 구체적으로 열람청구권의 제한이나 사용중지·삭제청구권의 제한 등의 형태로 나타난다.

◆ 자기정보사용중지·삭제청구권(自己情報使用中止·削除請求權)

자기정보사용중지·삭제청구권은 자기정보관리통제권의 내용을 이루는 것으로 정보보유기관이 법에 규정된 의무를 위반하거나 법의 취지에 반하여 개인정보를 부당하게 이용하고 있는 경우에 정보주체가 자기정보의 무단공표·이용의 금지 내지 사용중지 또는 삭제를 요구할 수 있는 권리로서 정보보유기관은 해당 청구에 대하여 타당성 여부를 조사·판단하고, 타당성이 있다고 인정하면 그 정보의 사용중지·삭제 여부의 결과를 통보하여야 한다.

◆ 자기정보열람청구권(自己情報閱覽請求權：自己情報接近權)

자기정보열람청구권은 자기정보관리통제권의 내용을 이루는 것으로 정보주체가 개인정보보유기관에 대하여 자신에 관한 정보의 열람을 청구할 수 있는 권리로서 정보보유기관은 정당한 이유가 없는 한 열람을 허용해야 하는 것으로 알 권리의 일환으로서 정보공개청구권으로 보장되기도 하는 권리이다. 개인정보가 문서 이외의 필름·자기테이프·자기디스크 등에 수록되어 있는 경우에는 정보주체가 이해할 수 있는 형태로 사본을 작성하여 교부하여야 한다.

◆ 자기정보정정청구권(自己情報訂正請求權)

자기정보정정청구권은 자기정보관리통제권의 내용을 이루는 것으로 정보의 주체가 자신의 정보를 열람한 결과 정보내용이 부정확하거나 불완전한 것일 경우 이의 정정을 요구할 수 있는 권리로서 정보보유기관은 그 부분은 정정하여 정보주체에게 그 사실을 통보하여야 한다. 정보주체의 정정요구가 이유없다고 판단되는 경우에는 정보보유기관은 거부이유와 거부처분에 대한 불복신청의 방법 등을 통지하여야 한다.

◆ 자백배제법칙(自白排除法則)

임의성없는 자백의 증거능력을 배제하는 증거법칙을 말한다. 현행법은 헌법과 형사소송법에서 자백의 임의성규칙을 명문으로 규정하고 있다(헌



법 제12조제7항, 형소법 제309조). 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 이론적 근거에 관해서는 학설이 대립되고 있다. 즉 ①허위배제설은 고문 등에 의한 자백은 허위일 위험성이 많으므로 허위배제의 관점에서 증거능력을 부정한다는 학설이다. ②인권옹호설은 자백강요를 위한 고문을 억지 함으로써 피고인·피의자의 인권보장을 도모하기 위해서 고문 등에 의한 자백의 증거능력을 부정한다는 학설이다. ③종합설(절충설)은 임의성이 의심되는 자백(예컨대 고문에 의한 자백)은 허위배제와 인권침해의 방지를 위해서 그 증거능력을 부정한다는 견해로서 우리나라의 통설이다. ④위법배제설은 자백획득의 수단이 위법하기 때문에 자백의 증거능력이 부정된다는 견해이다. 현행법상 임의성없는 자백으로 의제되는 것으로는 ①고문·폭행·강박·신체구속의 부당한 장기화로 인한 자백, ②기망 기타 방법에 의한 자백이다(형소법 제309조). 전자는 강요된 자백의 예시이고, 후자는 유도적 방법에 의한 자백을 말한다. 고문·협박 등과 자백 사이에 인과관계의 존재를 요하는가에 관해서는 적극설과 소극설이 대립되고 있으나, 대법원은 적극설의 태도를 취하고 있다. 임의성의 거증책임은 검사에게 있고, 임의성의 증명은 자유로운 증명으로 족하다는 것이 통설이다. 임의성이 없는 자백에 의하여 공소범죄사실을 유죄로 인정하는 경우에는 증거재판주의의 위반으로서 항소이유 또는 상고이유로 된다. 임의성없는 자백을 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거능력이 인정되지 않으며, 증거의 증명력을 다투기 위한 증거, 즉 탄핵증거로도 허용되지 아니한다(통설). 더 나아가 고문 등에 의한 자백에 기해서 수집된 증거도 그 증거능력이 부정된다.

◆ 자복(自服)

피의자의 의사에 반하여 논할 수 없는 형에 있어서 피해자에게 자기의 범죄사실을 신고하는 것을 말한다. 자복은 성립가능한 범죄의 종류가 제한되고 수사기관이 아닌 피해자에게 신고한다는 점에서 자수와 구분되나 그 본질에 있어서는 동일하다. 자복에 있어서는 피해자에게 범죄사실을 신고하여야 한다. 다만 형법 제52조제2항은 그 대상범죄를 “피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄”라고 규정하는데, 이에는 그 입법취지나

자복의 본질에 비추어 반의사불벌죄뿐만 아니라 친고죄도 포함된다고 보아야 할 것이다. 자복은 형의 임의적 감면사유가 된다(형법 제52조제2항). 자복은 이를 행한 자에게만 효력이 미치며 타공범자에게는 영향이 없다.

#### ◆ 자살관여죄(自殺關與罪)

사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 자살 그 자체가 범죄로 되지 않는다고 해서 타인으로 하여금 자살하도록 교사·방조하여 이에 관여하는 행위까지 불가벌로 되는 것은 아니다. 이러한 행위는 타인의 생명을 부정하는 행위이므로 자살과 그 성질이 다르며 타인의 생명은 본인의 생존의사와 관계없이 보호되어야 하기 때문이다. 형법은 스위스형법 제115조, 오스트리아형법 제78조 및 일본형법 제202조와 같이 자살의 교사·방조를 처벌하면서, 본인의 의사에 의한 생명의 침해라는 공통점을 고려하여 촉탁·승낙에 의한 살인죄와 같은 형으로 별하고 있다. 자살의 교사란 자살의사 없는 자에게 자살을 결의하게 하는 것을 말한다. 교사의 수단이나 방법에는 제한이 없다. 명시적이든 묵시적이든 묻지 않는다. 다만 위계 또는 위력에 의한 경우에는 위계·위력에 의한 살인죄(형법 제253조)가 성립한다. 자살의 방조란 이미 자살을 결의하고 있는 자에게 도움을 주어 자살을 용이하게 하는 것을 말한다. 그 방법은 불문한다. 본죄는 교사 또는 방조에 의하여 피교사·방조자가 자살을 함으로써 기수가 된다. 교사 또는 방조와 자살 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 본죄는 미수범을 처벌한다(형법 제254조). 사람을 교사 또는 방조하여 그가 자살행위까지 하였으나 자살에 실패한 경우나 교사·방조와 자살 사이에 인과관계가 없을 때에는 본죄의 미수에 해당한다는 데 대하여 이론이 없다. 문제는 자살을 교사 또는 방조하였으나 피교사·방조자가 자살행위를 하지 않은 때에도 본죄의 미수가 될 수 있느냐에 있다. 여기의 교사·방조는 총론상의 그것이 아니라 본죄의 실행행위라고 보아야 하며, 본죄에는 총론의 공범규정이 적용되지 아니하므로 이러한 경우에도 본죄의 미수에 해당한다.

◆ 자수(自首)

범인이 스스로 수사기관에 대하여 자기의 범죄사실을 신고하여 그 수사와 소추를 구하는 의사표시를 말한다. 자수는 범인이 자발적으로 신고하는 것이므로, 조사관의 신문에 응하여 자기의 범죄사실을 진술하는 자백과 구별된다. 자수는 성질상 대리인에 의하여 할 수 없다. 그러나 범인이 부상이나 질병으로 인하여 타인에게 부탁하여 신고하는 것은 자수에 해당한다. 자수의 방식과 절차에 관하여는 고소와 고발에 관한 규정이 준용된다(형소법 제240조). 즉, 자수는 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하며, 검사 또는 사법경찰관이 구술에 의한 자수를 받은 때에는 조서를 작성하여야 한다(형소법 제240조·제237조1항·제2항). 사법경찰관이 자수를 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 자수는 절차법상 수사 단계가 되며, 실체법상 형의 임의적 감경사유가 되고, 특히 필요적 감면사유 또는 필요적 면제사유로 되기도 한다.

◆ 자유권적 기본권(自由權的 基本權)

자유권적 기본권은 일반적으로 개인의 자유로운 영역이 국가권력의 간섭이나 침해받지 아니할 소극적·방어적 권리를 의미하지만 역사적 상황에 따라 그 개념규정이 상이하며, 자연법론자이나 법실증주의자이나에 따라 그 성격과 내용을 달리 이해하고 있다. 자유권적 기본권은 근대 시민혁명 이후의 인권선언과 헌법들에 의하여 개인적 자유의 전국가성을 강조함으로써 태어나면서부터 자유롭고 평등한 인간의 생래적 권리들을 규정하고 이러한 권리들이 최대한으로 존중되어야 함을 선언하였으며, 인신의 자유는 물론이고 정신적 자유와 재산권의 불가침 등을 그 주된 내용으로 하였다. 제2차 대전 이후에는 개인주의와 자연권사상이 부활하여 자유권의 자연권성이 다시 강조되었을 뿐만 아니라 사회정의와 실질적 평등의 실현을 위해 자유권에 대한 사회적 제약성마저 강조되고 있는 실정이다.

우리 헌법의 전체계내에서 자유권은 국가로부터의 자유이고, 국가권력에 대한 방어적·소극적 권리이며, 초국가적 인간의 권리를 의미한다. 따라서 헌법에 있어서 자유권에 관한 규정은 자유의 확인을 의미하며, 초헌법적인 것으로 인류보편의 원리이며, 국민의 자연법상의 권리를 재확인한 것이라고 하겠다. 그러나 초국가적 권리라 할지라도 절대적 자연권을 의미하는 것은 아니며, 타인의 자유를 전제로 한다는 자유의 논리적·내재적 한계성을 가지는 상대적 자연권을 의미하는 것이다. 일반적으로 자유권은 일반적·포괄적 자유권과 개별적·구체적 자유권으로 유형화할 수 있는 바, 일반적 행동의 자유권은 전자에 해당하며 헌법에 규정된 개별적 자유권의 총체는 후자에 해당한다. 또한 자유권은 그 성격과 내용을 기준으로 하여 고립된 개인의 자유권과 공동생활을 전제로 한 자유권으로 분류할 수 있다. 전자는 신체의 자유, 신앙과 양심의 자유, 주거와 신서의 불가침, 사생활의 비밀과 자유 등이며, 후자는 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 선교의 자유, 강학의 자유 등이 이에 해당한다.

자유권적 기본권은 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하며, 국가는 이를 보장할 의무를 진다(헌법 제37조제1항, 제10조). 그러나 자유권적 기본권도 순수한 내심의 작용의 자유를 제외하고는 타인의 권리의 불가침, 도덕률의 존중, 헌법질서의 준수라고 하는 불문율적 제약을 받으며, 헌법유보와 법률유보에 의하여 제한되며, 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 그러나 법률에 의하여 자유권을 제한하는 경우에도 국가안전보장·질서유지·공공복리 등을 위하여 불가피한 경우라야 하고, 그러한 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우에도 그 제한은 최소한의 제한이어야 하며, 보호하려는 이익이 제한하려는 이익보다 더 큰 경우라야 한다.

#### ◆ 자유박탈적 보안처분(自由剝奪的 保安處分)

자유박탈적 보안처분이란 일정한 시설에 격리수용함으로써 사실상의 자유형에 해당하는 신체의 자유를 박탈하는 것을 내용으로 하는 보안처

분을 말한다. 이러한 보안처분에는 동종 또는 유사한 죄로 수 개의 형을 받거나 수 개의 죄를 범하여 범죄의 상습성이 인정되는 자에게 일정한 시설에 격리수용하는 것을 내용으로 하는 보호처분인 보호감호와 심신장애자와 중독자를 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 행하는 보호처분인 치료감호가 있다.

◆ 자유선거의 원칙(自由選舉의 原則)

자유선거는 강제선거에 대응하는 것으로 헌법은 이를 직접 규정하고 있지 않지만, 선거권을 법적 공의무로 보지 아니하고, 정당한 이유없이 기권하는 자에 대하여 과태료나 벌과금의 부과 등 일정한 제재를 가하지 아니하는 선거법상의 원칙을 말한다.

◆ 자유심증주의(自由心證主義)

형사소송법 제308조는 “증거의 증명력은 법관의 자유재판에 의한다”고 하여 자유심증주의를 규정하고 있다. 그러나 예외규정도 있다. 즉 1)형사소송법 제301조는 “피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”고 하여 자백의 보강법칙을 규정하고 있다. 자백에 대한 보강증거가 없을 때에는 자백에 의하여 유죄의 심증을 얻은 경우에도 유죄를 선고할 수 없다는 점에서 자백의 증명력제한은 자유심증주의의 예외가 된다고 할 수 있다. 2)형사소송법 제56조는 “공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다”고 규정하고 있다. 즉 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재되지 않은 것에 대하여는 자유심증주의가 적용되지만, 공판조서에 기재된 것은 법관의 심증 여하를 불문하고 그 기재된 대로 인정해야 된다는 점에서 이를 자유심증주의에 대한 예외로 인정하는 것이 통설의 태도이다.

◆ 자유제한보안처분(自由制限保安處分)

자유제한보안처분이란 형법이나 사회보호법상의 보호관찰과 같이 자유를 박탈하는 사실상의 자유형이 아닌 자유를 어느 정도만 제한에 이르게

하는 것을 내용으로 하는 보안처분을 말한다. 예를 들어 가출소한 피보호감호자와 치료 위탁된 피치료감호자를 감호시설 이외에서 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분인 보호관찰이 있다. 그 밖에도 보안관찰법상의 사상범에 대한 보안관찰처분 또한 자유제한보안처분에 해당한다.

◆ 자유주의적 기본권이론(自由主義的 基本權理論, liberale Grundrechtstheorie)

자유주의적 기본권이론은 기본권을 국가에 대한 개인의 주관적 방어권으로 이해하고, 일련의 자유권적 기본권을 국가에 의하여 창설된 권리가 아니라 초국가적 권리로 인식하는 독일의 기본권이론이다. 이 이론은 국가권력에 의한 기본권의 침해와 제한은 한정적인 것이어야 하고 기본권의 행사는 개인의 임의에 맡겨져 있는 것으로 이해한다.

◆ 자유형(自由刑)

수형자의 신체의 자유를 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌을 말한다. 현행 형법은 징역·금고 및 구류라는 3가지 종류의 자유형을 인정하고 있다. 자유형은 범죄의 자유박탈을 통해 이를 개과천선시키려는 교육적 내용이 주된 바탕을 이루고 있다. 물론 이외에도 범죄인의 명예를 떨어뜨리는 작용을 가지고 있을 뿐만 아니라, 범죄인을 사회로부터 격리하여 사회를 방위하는 의미도 가지고 있다. 또한 노역을 시킴으로써 재화를 생산하게 하여 국가재정에 도움을 얻겠다는 부수적인 내용도 포함하고 있다. 그러나 자유형 집행의 주된 목적은 범죄인의 사회복귀에 있다고 보아야 하며, 자유형을 집행할 때 자유박탈 이외의 고통을 제거하고 수형자의 인간다운 생활을 보장해야 할 것이다. 자유형에 관련하여 자유형의 단일화문제, 단기자유형의 폐지문제, 무기형의 위헌성문제 등이 논의되고 있다.

◆ 재산권(財産權)

재산권이라 함은 경제적 가치가 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리로써 그 재산가액의 다과는 묻지 아니한다. 이와 같은 재산권의 보장은 사

유재산의 임의적 처분권과 그 침해에 대한 방어권이라는 주관적 공권과 더불어 객관적 가치질서로서 사유재산제를 제도적으로 보장하는 것이다. 헌법 제23조는 “①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권의 보장에 관하여 규정하고 있다. 이 규정의 근본취지는 사유재산제도의 보장이 라는 기조 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석되고 있다. 또한 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 제13조제2항, 지적재산권을 보장한 제22조제2항, 광업권 등의 특허에 관한 제120조, 국토·자원 등에 대한 제한을 규정한 제126조, 법률에 의한 사영기업의 국·공유화와 그 경영의 통제·관리를 예외적으로 허용하고 있는 제126조 등이 직·간접으로 재산권의 보장과 관련이 있는 조항이다.

근대초기에는 재산권을 전국가적·천부적 인권이라 하여 신성불가침의 권리로 간주함에 따라, 재산권의 절대화와 계약의 자유는 근대시민사회를 지탱하는 법적 지주가 되었을 뿐만 아니라 근대자본주의의 발달을 촉진한 원동력이 되었다. 그러나 20세기 이후 재산권의 절대성과 계약의 자유는 수정이 불가피해 졌으며, 자본주의 사회에서 재산권의 상대화를 최초로 선언한 것이 바이마르헌법이다. 동헌법 제153조는 “①소유권은 헌법에 의하여 보장된다. 소유권의 내용과 한계는 법률로 정한다. ②소유권은 의무를 수반한다. 소유권의 행사는 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다”라고 하여 재산권 내지 소유권이 상대화를 선언하고 있다. 현행 우리나라 헌법도 이와 같은 경향을 수용하여 제23조에서 재산권을 보장하면서도 다른 한편에서는 20세기적 헌법의 경향에 따라 재산권에 대한 사회적 제약성을 규정하고 있는 것이다.

재산권의 범위는 고정된 것이 아니라 가변적인 것으로 오늘날 생활양식과 사회경제적 구조의 급속한 변화·발전과 함께, 사회국가화 경향이

심화되어감에 따라 재산권의 범위도 점차 확대되어 가는 경향이 있다. 헌법 제23조의 재산권이라 함은 ‘사회통념에 의하여 형성된 모든 재산가치적 법익을 말하며, 구체적으로는 일반재산권·지적재산권·토지재산권 등으로 나눌 수 있다. 일반재산권은 모든 종류의 물권과 채권 및 특별법상의 권리가 포함되며, 공무원의 봉급청구권·연금청구권·국가유공자의 생활조정청구권·재산적 가치를 가진 공적 자격 등의 공법상 및 사법상의 권리들도 헌법상 재산권 중에 포함된다. 또한 상속권도 당연히 재산권 중에 포함되지만, 법적 지위나 단순한 경제적 기회·기대되는 이익·반사적 이익 등은 재산권의 범위에 포함되지 아니한다. 지적재산권이라 함은 문학·예술·과학·기술 등 인간의 정신적 창작활동의 결과 얻어지는 무형의 산물에 대한 배타적 권리로서 저작권·산업소유권·제3의 지적재산권(정보화관련 재산권 및 영업비밀 등) 등으로 분류할 수 있다. 토지재산권은 토지의 지표뿐만 아니라 일정한 범위의 지상과 지하에 미치는 재산권으로서 일반의 재산권에 비하여 사회적·공적 구속력을 받게 되는 재산권을 말한다.

#### ◆ 재산형(財産刑)

범죄인에게서 일정한 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌을 말한다. 현행 형법은 재산형으로 벌금·과료 및 징수의 3종을 인정하고 있다. 과료는 벌금과 같이 재산형의 일종으로 범죄인에게 일정한 금액의 지급을 강제적으로 부담 지우는 형벌이다. 그러나 과료는 벌금에 비해 그 금액이 적고 또한 비교적 경미한 범죄의 경우에 부과된다. 징수는 타형에 부가하여 과하는 것을 원칙으로 한다. 이를 몰수의 부가성이라 한다. 다만 예외적으로 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 징수의 요건이 있는 때에는 징수만을 선고할 수 있다.

#### ◆ 재심(再審)

확정판결에 대하여 주로 사실예정의 부당을 시정하기 위하여 인정되는 비상구제절차를 말한다. 재심은 확정판결에 대한 비상구제절차라는 점에서 미확정재판에 대한 불복신청제도인 상소와 구별된다. 재심의 대상은



주로 확정된 유죄판결이나 그뿐 아니라 확정된 항소포기의 재판 또는 상고포기의 판결 또는 상고포기의 판결도 재심의 대상으로 된다. 재심이유는 형사소송법 제420조에 규정되어 있으며, 우리나라는 유죄판결을 받은 자의 이익을 위해서만 재심이 허용된다. 청구권자는 검사, 유죄의 선고를 받은 자 및 그 법정대리인과 유죄의 선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 또는 형제자매이며, 청구의 시기에는 제한이 없다. 재심청구는 형의 집행정지의 효력이 없으나 검사는 재심청구에 대한 재판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있고, 법원이 재심개시결정을 할 때에는 형의 집행을 정지하는 결정을 하여야 한다. 필요한 경우 법원은 사실조사를 할 수 있고, 그 청구가 법률상의 방식에 위반하거나 청구권소멸후인 때 또는 청구의 이유가 없을 때에는 결정으로 포기하고, 그 이유가 있을 때에는 재심개시의 결정을 한다. 이러한 결정에 대하여는 즉시항고가 허용된다. 재심개시의 결정이 확정되면 심급에 따라 다시 심판하며, 재심에서 무죄를 선고한 때에는 무죄판결의 공시를 하며, 또 형사보상의 이유가 된다. 재심판결이 확정된 때에는 원판결은 당연히 그 효력을 잃는다.

#### ◆ 재정결정(裁定決定)

재정결정이란 공무원의 직권남용죄에 대한 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인 또는 고발인의 재정신청에 의하여 법원이 심판에 부하는 결정을 한 때에 공소가 제기된 것으로 간주하는 제도를 말한다. 준기소절차라고도 하는데, 이는 재정신청의 이유를 심사하는 법원의 재판절차로 형사소송과 유사한 절차라고 할 것이다. 재정신청의 대상은 공무원의 직권남용죄에 대한 검사의 불기소처분이다. 그 밖에도 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에관한특별법 제4조, 5·18민주화운동등에관한특별법 제3조 그리고 공직선거및선거부정방지법 제273조에 의한 범죄에도 확대되었다. 재정신청은 기소편의주의를 규제하기 위한 제도라고 할 것이다. 따라서 협의의 불기소뿐만 아니라 기소유예처분에 대하여도 재정신청이 가능하다. 재정신청은 불기소처분을 통지 받은 날로부터 10일 이내에 서면으로 불기소처분을 한 검사가 소속한 지방검찰청 검사장 또는 지청장을 경유

하여 그 검사가 소속한 고등검찰청에 대응하는 고등법원에 신청하여야 한다(형소법 제260조). 재정신청을 접수한 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 그 신청이 이유가 있다고 인정되면 즉시 공소를 제기하고, 그 취지를 관할고등법원과 재정신청권자에게 통지하여야 한다. 신청이 이유가 없는 때에는 그 기록에 의견서를 첨부하여 7일 이내에 소관고등검찰청검사장에게 송치하여야 한다(형소법 제261조제1항). 준기소절차에 대한 재정결정에는 기각결정과 부심판결정의 두 가지로 나누어진다. 재정신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유가 없는 때에는 신청을 기각한다(제262조제1항1호). 법률상 방식에 위반한 때란 신청권자 아닌 제3자에 의한 재정신청, 신청기간이 경과한 후의 재정신청, 재정신청 제기기간이 경과된 후에 재정신청보충서를 제출하면서 원래의 재정신청에 재정신청 대상으로 포함되어 있지 않은 고발사실을 재정신청의 대상으로 추가한 경우 등을 말하고, 신청이 이유가 없는 때란 감사의 불기소처분이 정당한 때를 말한다. 여기에는 협의의 불기소처분이 위법하더라도 기소유예처분을 할 만한 사건인 경우에는 재정신청이 허용되지 않는다. 고등법원의 재정결정에 대하여는 원칙적으로 항고할 수 없다. 그러나 종래에 대법원은 재정신청결정에 대하여 재항고를 허용하였으나 태도를 바꾸어 공직선거및선거부정방지법 제273조제2항에 의하여 동조제1항의 규정에 의한 재정결정에 준용되는 형사소송법 제262조에 의하면 동조제1항의 재정신청 기각결정이나 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 대하여는 동조제2항에 의하여 항고할 수 없도록 되어 있으나, 헌법 제107조제2항과 형사소송법 제415조의 규정의 취지에 비추어 볼 때 재정신청 기각결정에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 대법원의 최종적 심사를 받기 위하여 재항고를 할 수 있다. 그러나 형사소송법 제262조제1항의 재정결정 중 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 잘못이 있는 경우에는 그 결정을 통하여 심판에 회부된 본안사건 자체의 재판을 통하여 대법원의 최종적인 판단을 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 이와 같은 심판회부의 결정에 대한 재항고를 허용하지 않는다고 하여 재판에 대하여 최종적으로 대법원의 심사를 받을 수 있는 권리가 침해되는 것은 아니라고 할 것이므로 같은 법 제262

조제1항의 결정 중 관할지방법원의 심판에 부하는 결정에 대하여는 같은 법 제415조의 재항고는 허용되지 않는다. 다만 기각결정에 대하여는 제 415조에서 규정한 고등법원의 결정으로 볼 수 있고, 따라서 그 기각결정이 헌법이나 법령에 위반한 경우에는 대법원에 즉시항고할 수 있다.

◆ 재판의 배심제(裁判의 陪審制)

배심제라 함은 법률전문가가 아닌 일반국민 중에서 선출된 일정수의 배심원으로 구성되는 배심이 기소하거나 심판하는 제도로서, 기소를 행하는 것을 기소배심 또는 대배심이라 하고, 심판을 행하는 것을 심리배심(공판·심판배심) 또는 소배심이라 한다. 기소배심은 프랑스의 경우 혁명 당시에 채용된 일이 있을 뿐이고, 영국에서도 1933년에 폐지된 제도이다. 미국의 경우는 헌법에서 기소배심제는 물론이고 계쟁가격(係爭價格)이 20불을 초과하는 경우와 중죄에 관하여 심리배심을 규정하고 있다. 독일은 1848년에 심리배심제를 도입한 바 있지만, 현재는 이를 폐지하고 참심제(Schöffengericht)만을 채택하고 있다.

참심제는 선거나 추천에 의하여 국민 중에서 선출된 자, 즉 참심원이 직업적인 법관과 함께 합의체를 구성하여 재판하는 제도로서 독일에서 발달하여 오늘날 독일의 구법원(區法院, Amtsgericht)에서 이를 채택하고 있다. 참심제는 참심원이 법관과 더불어 합의체를 구성하여 재판하는 제도인 데 대하여, 배심제는 배심원이 법관으로부터 독립하여 판정을 내리는 제도라는 점에서 양자는 구별된다.

현행 헌법은 심리배심이나 기소배심의 어느 것도 채용하고 있지 하지만, ①사법과정의 민주성을 보장하고, ②법관의 관료화를 억제할 수 있으며, ③사법절차를 인권보장에 적합한 것이 되게 할 뿐 아니라, ④국민이 재판에 친근해질 수 있도록 하는 데 유익한 제도라는 점에서 그 도입이 검토되고 있다.

◆ 재판적 법률(裁判的 法律 : 司法的 法律)

재판적 법률이라 함은 사법적 재판을 매개로 하지 아니하고 직접 특정인의 구체적 권리를 박탈하는 것을 내용으로 하는 법률이라든가, 특정인

에게 구체적 처벌을 가하는 것을 내용으로 하는 법률을 말한다. 이러한 재판적 법률은 권력분립의 원리에 위배되는 것이기 때문에 입헌민주국가에서는 어떠한 이유로도 허용되지 아니한다.

미국연방재판소는 “법원의 심리에 의하지 아니하고 어느 개인 또는 어느 단체의 구성원으로 용이하게 특정할 수 있는 자에게 형벌을 과하는 입법인 사권박탈법(私權剝奪法, bill of attainder)은 헌법상 금지된다”(United States v. Lovett, 328 U.S. 303[1946])라고 판시하고 있다.

#### ◆ 재판청구권(裁判請求權)

재판청구권은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화를 의미하는 것으로 헌법에 규정된 기본권이 중이 위의 권리가 아니라 그 보장이 실효를 거두기 위한 사후구제 절차 중 사법절차적 보장을 의미하는 것이다. 따라서 “재판청구권은 재판 절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다”(헌재 1998. 12. 24.[94 헌바 46]). 헌법 제27조는 “①모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. ②군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다. ③모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다. ⑤형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”라고 하여 재판청구권을 보장하고 있다.

재판청구권은 재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면과 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판 및 법률에 의하지

아니한 재판을 받지 아니하는 소극적 측면을 아울러 가지고 있으므로 청구권과 자유권의 양면적 성격을 가진 권리이다. 재판청구권의 일반적 요건으로는 재판을 청구할 자격이 있는 자(당사자적격)가 법적 판단을 구하기에 적합한 사건(권리보호사건)에 관하여 소를 제기할 이익(소의 이익)이 있는 경우에 행사할 수 있다. 또한 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리와 법률에 의한 재판을 받을 권리, 신속한 공개재판을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리 등을 그 내용으로 하며, 형사피해자의 재판절차진술권을 포함하고 있다.

재판청구권도 일반적으로 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장 등을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으나, 제한하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하여서는 아니되고, 과잉금지의 원칙과 명확성의 원칙 등에 위반하여서는 아니된다. 재판청구권을 제한하는 법률로는 법원조직법·행정소송법·군사법원법·소액사건심판법·민사소송법 등이 있다. 또한 비상사태에 있어서 대통령이 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 하는 경우, 재판청구권이 결과적으로 제한받을 수 있으며, 특히 비상계엄하에서는 일반국민도 군사법원의 재판을 받아야 하며 상소까지 제한당하는 경우가 있다.

◆ 쟁의행위(爭議行爲)

쟁의행위라 함은 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로 근로자측의 동맹파업·태업·보이콧·생산관리·피케팅 등이 있고 사용자측의 직장폐쇄가 있다. 쟁의행위는 노사간의 분쟁상태를 의미하는 노동쟁의와 근로시간 후의 집회 등 일반적 단체행동과는 구별되는 개념으로서 단체교섭의 결렬결과 노동조합 또는 사용자가 행하는 실력행사이다.

한국의 헌법과 노동관계법은 노사간의 교섭력의 집단적 균형을 이루기 위하여 이를 인정한다. 현행법은 정당한 쟁의행위에 대하여는 민·형사상의 책임을 면제하고, 쟁의기간 중 근로자의 구속을 제한하며, 쟁의행위 참여를 이유로 한 사용자의 불이익취급을 부당노동행위로 규제하여 쟁의

행위권을 보장한다. 쟁의행위는 그것이 정당하게 행해지는 한, 형사상의 구성요건해당성이 조각되고 민사상의 손해배상책임이 면제되므로 그 정당성의 한계는 매우 중요한 문제이다. 현실에 있어서 매우 다양하게 전개되는 쟁의행위의 정당성 여부를 판단하는 데는 헌법상 근로삼권의 보장취지와 쟁의행위가 추구하는 목적·수단 등 제반사정을 종합적으로 고찰하여 구체적으로 판단하여야 한다.

쟁의행위는 노사쌍방의 경제적 손실은 물론 국민경제에도 중대한 영향을 가져올 수 있는 것이기 때문에 그 행사에 있어서는 여러 가지 제약이 따른다. 즉, 노동쟁의조정법은 공무원과 주요 방위산업체 종사근로자에 대하여는 처음부터 이를 인정하지 않으며, 인정하는 경우에 있어서도 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성을 요건으로 한다. 또한 쟁의행위의 전개과정에 있어서는 사업장 밖에서의 쟁의행위, 폭력이나 파괴행위, 냉각기간·중재·긴급조정 중의 쟁의행위 및 안전보호시설의 정상적인 유지운동을 정지·폐지 또는 방해하는 행위 등을 금지한다. 특히 안전보호시설에 대한 저해행위는 쟁의행위 종료시 정상적 근로관계의 재개를 불가능하게 하는 것으로서, 노사간의 기본적 안전배려 의무를 위반하는 행위이므로 행정관청은 중지를 명할 수 있다.

한편 사용자에 대하여는 쟁의기간 중 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없게 하고, 직장폐쇄는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후 관계기관에 신고하여야만 할 수 있게 하여 선제적(先制的) 직장폐쇄를 금지하고 있다.

◆ 저작권(著作權, copyright)

저작권이라 함은 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물인 저작물에 대한 배타적·독점적 권리를 말한다. 이러한 저작물에는 소설·시·논문·강연·연설·각본·음악·연극·무용·회화·서예·도안·조각·공예·건축물·사진·영상·도형·컴퓨터프로그램 등이 있다. 특히 컴퓨터프로그램 저작물에 대하여는 컴퓨터프로그램보호법에서 따로 규정하고 있다. 여기에 더하여 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제

작 등의 방법으로 작성한 창작물(이를 2차적 저작물이라 한다)과 편집물로서 그 소재의 선택 또는 배열이 창작성이 있는 것(이를 편집저작물이라 한다)도 독자적 저작물이다. 그러나 ①법령, ②국가 또는 지방공공단체의 고시·공고·훈령, 그 밖의 이와 유사한 것, ③법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차, 그 밖의 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등, ④국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 위의 ①내지 ③에 해당하는 것의 편집물 또는 번역물, ⑤사실의 전달에 불과한 시사 보도, ⑥공개한 법정·국회 또는 지방의회에서의 연설 등은 저작권의 객체가 아니다.

◆ 저항권(抵抗權, right of resistance)

저항권이라 함은 국민의 기본권을 침해하는 국가권력의 불법적 행사에 대하여 그 복종을 거부하거나 실행행사를 통하여 저항할 수 있는 국민의 권리를 말한다. 저항권의 사상은 중세에도 있었지만 근대적 의미에서의 저항권은 근세 초기의 폭군방벌론(暴君放伐論)을 거쳐 17~18세기에 이르러 대두된 자연법사상과 사회계약설, 특히 J.로크의 사상을 배경으로 하여 성립하였다. 미국의 독립전쟁과 프랑스혁명 등에 큰 영향을 끼쳤던 저항권은 19세기에 이르러 재판제도의 정비와 법실증주의로 인하여 한때 자취를 감추었다. 그러나 20세기 파시즘의 대두와 그에 대항하는 저항운동은 저항권을 다시 전면으로 부각시켰다. 제2차 세계대전후 독일 각주의 헌법, 예컨대 헤센헌법 제114조·서베를린헌법 제23조 등과 1968년 독일연방공화국 기본법 개정에서 규정된 저항권조항이 그 구체적인 표현이다.

저항권의 성질에 관하여는 그것이 엄격한 의미에서의 법적 권리가 아니고 초실정법적·자연법적·도덕적·이념적인 개념에 불과하다는 주장과, 적어도 실정법에 규정된 이상은 법적 권리로 보아야 한다는 입장이 대립하고 있다. 후자의 경우 실정법상의 저항권은 헌법질서를 보장하기 위한 수단임에 반하여, 전자와 같은 자연법상의 저항권은 실정법질서 그 자체를 변혁하는 혁명권까지를 포함할 수 있다.

일반적으로는 저항권과 혁명권을 구별하여 후자의 의미로 사용하고 있다. 따라서 현대국가의 헌법에서 저항권을 명시하고 있지 않는 경우에도 헌법에 내재하고 있는 것으로 간주한다. 우리나라의 경우는 헌법에 저항권의 규정이 없으나 헌법전문에 “불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고”라는 문구를 명시함으로써 저항권의 근거규정으로 삼고 있다.

#### ◆ 적법절차(適法節次)

우리 헌법 제12조제1항에서 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분, 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 하여 적법절차의 원칙을 선언하고 있다. 적법절차의 원칙은 적정절차원칙과 동의어로 이해되고 있다. 적정절차란 헌법정신을 구현한 공정한 법정절차에 의하여 형벌권이 실현되어야 한다는 원칙을 말한다. 적정절차의 내용은 공평한 법원의 구성과 피고인의 방어권보장 및 무기평등의 원칙을 내용으로 하는 공정한 재판의 원칙, 국가형벌권의 실현을 위한 수단으로서의 강제처분은 구체적 사건의 개별적 상황을 고려하여 소송의 목적을 달성하는데 적합하고 다른 수단에 의하여 그 목적 달성이 어려운 경우 당해 목적과 수단이 공익사이에 비례성이 유지되어야 한다는 비례성원칙, 소송절차에서 피고인의 보호원칙 등을 절차로 보장하여야 한다는 원칙을 말한다. 적정절차의 원칙에 반하여 수집된 증거나 형사절차는 위법하다는 것이 위법수집증거배제법칙에 의하여 구체화된다고 할 것이다.

#### ◆ 적법절차의 원칙(適法節次의 原理, due process of law)

적법절차라 함은 입법·행정·사법 등 모든 국가작용은 정당한 법률을 근거로 하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 헌법원리를 말한다. 즉, 모든 공권력의 행사는 절차상의 적법성을 갖추어야 할뿐만 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 법리이다. 헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지…법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 동조 제3항은 “체포·구속·압수 또는



수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 하여 인신의 자유를 위한 적법절차의 원리를 규정하고 있다.

적법절차의 관념은 영국에서의 오랜 사법사를 통하여 확립된 자연적 정의의 법리에서 연원하는 것이지만, 그에 관한 실정법적 규정은 1215년의 마그나 카르타에서 기원하였다. 이것이 1335년의 에드워드3세 치하의 제정법에서는 ‘적정한 법절차에 따라’라는 조항으로 계수되고, 1628년의 권리청원 제4조에서 재확인되었다. 그 후 미국의 연방헌법과 각주헌법에 수용되었으며, 특히 미연방헌법의 적법절차조항은 제2차 대전 이후 각국헌법에 지대한 영향을 미친 바 있다. 적법절차조항의 해석은 미연방대법원의 판례를 통하여 계속 발전하여 왔으며, 그 핵심내용으로는 ①개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국가적 행위에 대하여 관계국가기관이 정당한 권한을 가질 것, ②입법절차는 물론이고 법률의 내용도 구체적이고 명확할 것, ③상대방에게 고지·청문의 기회가 제공될 것, ④변호인의 조력을 받을 권리와 유리한 증인의 강제소환 등이 보장될 것, ⑤판정기관이 공정하게 구성될 것, ⑥권리·의무의 판정은 정의의 원칙과 헌법의 기본이념에 합치하고 자의적인 것이 아닐 것 등을 강조하고 있다. 적법절차의 원칙은 형사절차상의 적정에 관한 문제에서 출발한 것이지만, 그 후 절차일반의 적정문제로 전개되어 국민의 자유와 재산에 관련된 모든 공권력행사의 내용·방식·목적 등의 적정성과 합리성의 원리로 발전하고, 최근에 와서는 공권력행사의 근거가 되는 모든 실체법의 적정문제의 법리로까지 확대되었다. 우리 헌법재판소는 적법절차의 원리에 대하여 “적법절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장하는 것”(헌재 1993. 7. 29.[90 헌바 35])으로 해석하고 있다.

#### ◆ 전문법칙(傳聞法則)

전문법칙이란 전문증거는 증거가 아니며 따라서 증거능력을 인정할 수 없다는 법칙을 말한다. 이 법칙은 영미의 증거법에서 유래한 원칙이다. 전문증거는 그 내용을 신뢰할 수 없고, 반대신문권이 보장되지 않으므로

공판중심주의원칙에도 반하므로 증거로 인정될 수 없다는 것이다. 형사소송법 제310조의2에서 제311조~316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다고 규정하여 전문법칙을 규정하고 있다. 전문법칙을 지나치게 엄격하게 적용함으로써 재판의 지연이 초래되고, 재판의 증거를 잃어버리는 결과를 초래할 가능성이 있기 때문에 예외를 규정하고 있다. 이러한 예외를 인정하는 기준은 신용성의 정황적 보장과 필요성을 요구하고 있다. 현행법상 인정된 예외에는 법원 또는 법관의 면전에서 작성된 조서, 즉 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 또한 증거보전절차 및 증인신문청구에 의하여 작성된 조서도 증거로 할 수 있다. 검사작성의 피의자신문조서는 성립의 진정이 인정되어야 증거로 할 수 있고, 검사 이외의 수사기관이 작성한 조서는 내용의 신빙성이 인정되어야 증거로 할 수 있다. 진술서의 경우 성립의 진정을 전제로 증거능력이 인정되고, 법원의 검증조서는 당연히 증거능력이 인정되고, 수사기관의 검증조서는 312조제1항의 요건에 따라서 증거능력이 인정된다. 감정서는 진술서에 준하여 증거능력이 인정된다. 호적등본이나 상업장부 등은 당연히 증거능력이 인정되는 서류에 해당한다. 판례를 살펴보면 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건이 증거로 사용되는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다 할 것이고, 따라서 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하거나 또는 그 진술을 기재한 문건의 경우 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항 본문에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 이를 증거로 사용할 수 있다. 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든

증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이고, 그 후 원진술자인 종전 증인이 다시 법정에서 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다(2000. 6. 15. 대판 99도 1108 전원합의체).

◆ 전쟁포기에 관한 조약(戰爭拋棄에 관한 條約 : 不戰條約, Treaty for the Renunciation of War)

전쟁포기에 관한 조약은 1928년 8월 27일 프랑스의 파리에서 영국·미국·프랑스 등 15개국에 의하여 체결된 전쟁포기에 관한 조약을 말한다. 이 조약은 파리조약, 또는 체결 당시 프랑스 외무장관 A.브리앙과 미국 국무장관 F.B.켈로그가 주도하였다 하여 ‘켈로그-브리앙조약(Kellogg-Briand Pact)’이라고도 한다. 전문(前文)과 3개조로 구성된 간단한 조약으로서 국가정책의 수단으로서의 전쟁을 포기할 뿐만 아니라, 분쟁해결을 위한 전쟁이 불법임을 선언하고 제1조 체약국간의 일체의 분쟁 및 사태의 해결은 평화적 수단에 의해서만 해결할 것을 규정하고 있다. 그러나 조약의 규정을 위반한 경우, 이에 대한 제재방법을 규정하지 못하고 있는 등 조약으로서 미비한 점이 많으나 전쟁의 불법화를 제재하는 명문화한 조약이라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

◆ 절대적 부정기선고형금지의 원칙(絶對的 不定期宣告刑禁止의 原則)

최형법정주의원칙의 내용 중에 명확성의 원칙이 있는데 이는 형법은 범죄의 구성요건과 형사제재에 관한 규정을 법관의 자의적 해석이 허용되지 않도록 구체적으로 명확하게 규정하여야 한다는 원칙을 말한다. 여기서 형사제재의 명확성의 내용을 이루는 것이 부정기형의 금지원칙인데 이 중 특히 형의 장기 또는 단기가 전혀 특정되어 있지 않는 경우로 법적 안정성을 해하고 인권보장을 위태롭게 할 수 있는 절대적부정기형의

선고는 금지된다. 다만 소년법상 소년범죄의 특징상 상대적 부정기형의 선고는 허용된다. 그러나 만약에 항소심판결 선고당시 성년이 된 경우에는 정기형을 선고하여야 한다. 문제가 되는 것은 보안처분의 경우, 절대적 부정기형의 선고가 가능한가 인데 보안처분의 성격을 무엇으로 볼 것인가에 따라서 견해가 나누어진다. 비록 보안처분이 장래의 위험성에 대한 합목적적 처분이라고 하여도 목적의 적합성 판단에 대한 심사까지 배제하는 것은 아니므로 절대적 부정기형의 보안처분은 허용되지 않는다고 보는 것이 다수설이다. 소년법 제60조제1항에서 소년이 법정형 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 때에 장기와 단기를 정하여 부정기형을 선고하도록 규정한 것이 소년을 성인보다 차별대우하는 평등원칙에 반하는 것이 아닌가에 대하여 “반사회성 있는 소년에 대하여 형사처분에 관한 특별조치를 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기하기 위한 소년법의 입법목적을 달성하기 위한 것으로 보여지고, 소년법 제60조제2항에서 소년의 경우 상당하다고 인정되는 때에는 그 형을 감경할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어 보아 위 규정이 소년을 성인보다 차별대우함으로써 헌법 제11조에서 천명하고 있는 평등의 원칙에 위반되지 아니한다”고 하였다(2002. 2. 8. 대판 2001 도 6515).

#### ◆ 접견교통권(接見交通權)

접견교통권이란 피고인 또는 피의자, 특히 체포 또는 구속된 피의자 또는 피고인이 변호인이나 가족·친지 등의 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있는 권리를 말한다. 헌법은 체포·구속당한 피고인 또는 피의자는 변호인의 조력을 받을 수 있는 기본권을 보장하고 있다. 형사소송법은 체포·구속된 피의자 또는 피고인이 변호인과의 접견교통권을 제한없이 인정하고 있다(형소법 제34조). 비변호인과의 접견교통권은 법률이 정한 범위에서 인정하면서 이에 대한 법적인 제한을 규정하고 있다(형소법 제89조·제91조·제209조). 접견교통권을 인정하는 근거는 기본권을 보장하고, 형사절차에서 피고인 또는 피의자의 방어권을 보장하기 위한 것이다. 접견교통권이 보장되는 이상 접견의 비밀이 보장되어야 한다. 그리고 서류 또는 물건의 수수도 허용

되지만 비변호인의 경우 교도관의 참여가 인정된다. 접견교통권이 침해된 경우에는 항고·준항고를 통하여 변경을 청구할 수 있고, 증거능력을 배제함으로써 접견교통권을 보장하고 있다. 접견교통권과 관련된 판례를 보면 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 인정된다(1996. 6. 3. 대판 96도 18).

◆ 정당방위(正當防衛)

위법성이 조각되는 사유로서 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위를 정당방위라고 한다. 따라서 정당방위가 성립하기 위해서는 현재의 부당한 침해가 있을 것, 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위일 것, 상당한 이유가 있을 것을 요건으로 한다. 즉 어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 아니하고, 방위행위가 사회적으로 상당한 것인지 여부는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다. 정당방위의 사례를 살펴보면 “법정형이 5만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 경미한 범죄의 현행범을 강제로 연행하려고 하는 경찰관의 행위는 적법한 공무 집행이라고 볼 수 없으므로 이를 제지하고자 폭행을 가한 행위는 정당방위가 인정된다”(1992.5.22. 대판 92도 506). 그러나 “이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없다”는 이유로 정당방위나 과잉방위에 해당하지 않는다고 보았다(2001. 5. 15. 대판 2001도 1089). 그리고 싸움의 경우 방위의사가 없다는 이유로 원칙적으로 정당방위를 인정하지 않는다. 즉 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼

저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당한 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다.

◆ 정신적 자유권(精神的 自由權)

정신적 자유권이라 함은 인간의 도덕적·정신적·지적 활동에 관한 기본권을 총칭하는 개념으로서 헌법은 제19조~제22조에 걸쳐 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판과 집회·결사의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등 일련의 정신적 자유권을 규정하고 있다. 정신적 자유권은 근대초에 양심과 사상의 자유를 중심축으로 하는 종교개혁의 형태로 추진되었으며, 이 후 국가는 종교적 가치체계와 정신적 사유영역에 대한 방임으로 나타나게 되었다. 또한 개인적 정신적 자유권이 보장된 이 후 정치적 신조의 자유와 활동의 자유가 보장되기에 이르렀다. 그러나 이러한 국가중립론과 정신적 활동에 대한 자유방임론은 방어적 민주주의원리와 언론의 대기업화와 독과점화 현상 등으로 인하여 수정되게 되었다. 하지만 이러한 수정에도 불구하고 사상·표현의 자유는 인간의 존엄성 존중과 진정한 민주주의의 기능화를 위해 불가결한 전제가 된다는 점에서 내심의 작용의 불가침·알 권리·자유로운 표현과 비판 등은 여전히 최대한 보장되어야 할 기본권으로서 기능하고 있다.

◆ 정치적 기본권(政治的 基本權, politisches Grundrecht)

좁은 의미의 정치적 기본권은 전통적인 의미의 참정권을 말하는 것으로 국민이 국가기관의 구성과 국가의 정치적 의사형성과정에 직접 또는 간접으로 참여할 수 있는 권리를 말하지만, 넓은 의미의 정치적 기본권은 참정권 외에 국민이 정치적 의견을 자유로이 표명하거나 그 밖의 방법으로 국가의 의사형성에 협력하는 일련의 정치적 활동권을 총칭하는 것이다. 국민이 국가형성에 참여하고 국가기관의 구성에 참가하며 정치 과정을 적절히 통제하는 민주정치의 실현을 위한 제도적 장치 중의 하나로서 정치적 기본권을 보장하고 있는 것이다. 국정운영이나 정치과정과 관련하여 자유와 권리가 발전하여 온 과정은 정치적 자유→참정권→정치

적 활동권을 포함한 정치적 기본권으로 그 내용이 확대·발전되어 왔다고 할 수 있다.

정치적 자유라 함은 국민이 정치적 의견을 자유로이 표명하고, 정치적 사상이나 의견을 수록한 도서를 자유로이 출판하며, 정치적 목적을 위한 집회나 시위를 자유로이 개최 또는 진행하고, 정치적 목적을 위한 단체를 자유로이 결성하는 자유를 말한다. 이러한 의미의 정치적 자유는 국가권력에 의한 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유로이 언론·출판·집회·시위·결사를 할 수 있는 대국가적 방어권을 의미하는 것으로 정치적 기본권의 실현을 위한 제1단계로서 정치적 자유의 확보가 중요한 의의를 가지는 것이다. 헌법 제21조제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 하여 넓은 의미에서의 정치적 자유를 보장하고 있다.

참정권은 국가에 대한 국민의 능동적 지위에 대응하는 권리로서 국민이 국정에 참여하거나 국가기관을 구성하는 권리(국민표결권·선거권·피선거권·공직취임권 등)로서 정치적 기본권의 핵심이라 할 수 있다. 정치적 활동권은 고전적 의미의 정치적 언론·출판·집회·결사의 자유와 참정권 이외에 현대적 상황에서 특히 요청되는 보다 적극적이고 포괄적인 정치적 활동 일반에 관한 권리로서 정당을 결성하고 정당에 가입하며 자유로운 당내활동을 할 수 있는 권리, 투표나 선거의 과정에서 투표나 선거에 영향을 미치는 활동을 할 수 있는 권리, 소비자보호·환경보호·공해추방 등을 위한 주민운동권, 헌법에 열거되지 아니한 권리로서의 시민운동권과 저항권 등을 들 수 있다.

◆ 제도적 기본권이론(制度的 基本權理論, institutionelle Grundrechtstheorie)

제도적 기본권이론은 기본권을 국가에 대한 개인의 방어권이 아니라 제도에 의하여 보호되고 제도가 존속하는 한도내에서만 보장받게 되는 객관적 질서원리로 이해하는 독일의 기본권이론이다. 따라서 제도적 기본권이론은 개인의 자유를 전국가적 권리가 아니라 제도에 의하여 그 내용과 범위가 규정되는 것으로 이해한다.

◆ 제도적 보장(制度的 保障, institutionelle Garantien)

제도적 보장이라 함은 정당제도, 선거제도, 공무원제도, 지방자치제, 교육제도·대학자치제, 군사제도, 사유재산제, 가족제도 등 국가존립의 기반이 되는 일정한 제도를 헌법의 수준에서 보장함으로써 당해 제도의 본질을 유지하려는 것을 말한다. 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면, 입법부는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의 의무를 지게 될 뿐만 아니라 그 제도를 법률로써 폐지하거나 그 본질을 훼손할 수 없는 구속을 받게 된다는 점에서 제도의 헌법적 보장이라고도 한다. 제도적 보장은 직접적으로는 바이마르공화국 출범 당시의 사회주의적 질서의 채택과 같은 혁명적 개혁으로부터 전통적인 개인주의적·자유주의적 질서와 제도의 최소한을 수호하려는 것이 본래의 목적이었지만, 간접적으로는 입법부의 일반적·자의적 입법으로 인한 기존제도의 폐지 등 법률만능주의 내지 법실증주의로부터 기본적 인권을 수호하려는 의도였다.

제도적 보장에 있어서 직접적인 대상은 특정의 객관적 제도이며, 집행권과 사법권은 물론 입법권까지도 구속한다는 점에서 직접적 효력을 가지는 재판규범으로서의 성격을 가진다. 또한 제도란 국가공동체내에서 역사적으로 형성되어 온 기존의 전통적 제도이지만, 전국가적인 것은 아니므로 그 구체적인 내용은 법률에 의하여 규율된다. 따라서 제도적 보장에는 최소한보장의 원칙이 적용되어 제도의 본질적인 내용을 훼손하지 아니하는 범위내에서 법률로써 그 제도의 내용을 자유로이 형성할 수 있다. 제도적 보장과 기본권보장의 관계에 있어서는 제도적 보장의 기본권 수반형, 양자의 보장병존형, 기본권의 제도종속형 등이 있지만 본질적으로 제도적 보장은 직·간접적으로 개인의 기본권을 보충하고 강화하는 것이어야지 기본권을 약화 또는 제한하는 것이 되어서는 아니된다(기본권우위론).

현행헌법이 보장하는 기본적 제도는 복수정당제, 민주적 선거제도, 직업공무원제, 지방자치제, 민주적 교육제도와 대학자치제, 민주적 군사제도, 사유재산제, 민주적 혼인제도와 가족제도, 자율적인 언론·출판제도 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 제도적 보장의 본질과 관련하여 “제도적



보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 범형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는데 있다. 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다”(헌재 1997. 4. 24.[95 헌바 48])라고 판시하였다.

◆ 제척(除斥)

공정한 재판을 보장하기 위하여 일정한 경우, 구체적 사건에서 재판관으로서의 자격을 상실한 경우에 제척·기피·회피제도를 통하여 공평한 법원을 구성하여 공정한 재판을 보장하고 있다. 형사소송법 제17조에서 제척사유를 유형적으로 규정하고 있다. 제척사유를 살펴보면, 1)법관이 피해자인 때, 예를 들어 공무집행방해죄에 있어서 폭행·협박을 받은 공무원인 경우가 해당된다. 2)법관이 피고인 또는 피해자의 친족, 호주, 가족 또는 이러한 관계가 있었던 자인 때, 3)법관이 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때, 4)법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때, 5)법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때, 6)법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때, 7)법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때에 제척사유가 있고, 이러한 경우 법률의 규정에 의하여 당연히 효력이 발생한다. 여기서 문제가 되는 것은 7호의 사유인 법관이 전심절차에 관여한 경우란 무엇인가가 문제되는데 전심은 2심에 대하여 1심, 3심에 대하여 1심과 2심이 이에 해당한다. ‘전심에 관여한 때’라 함은 실제형성에 관여한 때를 말하므로 단지 선고에만 관여한 경우에는 해당되지 않는다. 특히 문제가 되는 것은 약식명령 또는 즉결심판청구를 받은 자가 정식재판에 회부된 경우, 약식명령이나 즉결심판이 전심에 해당하는지가 문제될 수 있지만, 동일한 심급에 해당하므로

전심이라고 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 제1심 판결에서 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용된 증거를 조사한 판사는 형사소송법 제17조제 7호 소정의 전심재판의 기초가 되는 조사·심리에 관여하였다할 것이고, 그와 같이 전심재판의 기초가 되는 조사·심리에 관여한 판사는 직무집행에서 제척되어 항소심 재판에 관여할 수 없다는 것이 대법원의 입장이다(1999. 10. 22. 대판 99도 3534). 재심청구사건에 있어서 재심대상인 되는 사건은 이에 해당하지 않으므로 원심 재판장 판사가 재심대상판결의 제1심에 관여했다 하더라도 이 사건 재심청구사건에서 제척사유에 해당하는 전심이 아니라고 한다(1982. 11.15. 대판 82도 11).

◆ 제한불가피성의 원칙(制限不可避性的의 原則)

제한불가피성의 원칙이라 함은 헌법 제37조제2항전단에 규정된 기본권 제한의 일반적 사유인 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리라는 목적을 위하여 필요한 경우라 하더라도 제한할 사유보다 기본권존중의 필요성이 보다 더 크다고 판단될 경우에는 기본권제한을 위한 입법을 자제해야 한다는 원칙을 말한다. 즉, 국가안전보장 등 제한의 사유가 존재하는 경우라고 하여 반드시 제한해야 하는 것은 아니며, 제한의 목적에 비추어 불가피한 경우가 아니면 기본권제한을 자제해야 한다는 것을 의미한다.

◆ 제한최소성의 원칙(制限(被害)最小性的의 原則)

제한 내지 피해의 최소성이라 함은 입법권자가 선택한 기본권의 제한 조치가 입법목적달성을 위해 적절한 것일지라도, 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되게 해야 한다는 것으로 기본권제한의 방법과 정도에 관한 과잉금지의 원칙 중의 하나로서 인정되고 있다.

헌법재판소는 “기본권의 최대보장의 원칙과 최소제한의 원칙은 기본권 보장의 2대 원칙이며, 이 원칙은 헌법이 기본권제한의 방법으로 규정하고 있는 일반적 법률유보에 의한 제한방법(헌법 제37조제2항)이나 헌법의 직접규정에 의한 제한방법의 해석에 있어서도 존중되어야 한다”(헌재 1991. 7. 22.[89 헌가 106])라고 판시하였다.

◆ 조세(租稅)

조세는 국가나 지방자치단체 등 공권력의 주체가 재원조달의 목적으로 그 과세권을 발동하여 반대급부 없이 일반국민으로부터 강제적으로 부과·징수하는 과징금을 말한다(헌재 1991. 11. 25.[91 헌가 6]). 조세는 ①공권력의 주체가 부과·징수한다는 점에서 그 밖의 단체가 부과·징수하는 조합비·회비 등과 구별된다. ②과세단체의 재원확보를 목적으로 한다는 점에서 제재 내지 처벌을 목적으로 하는 벌금·과료·과태료 등의 벌과금과 구별된다. ③반대급부 없이 부과·징수한다는 점에서 반대급부를 전제로 하는 사용료·수수료 등과 구별된다. ④일반국민으로부터 부과·징수한다는 점에서 특정공익사업과 이해관계가 있는 자로부터 부과·징수하는 부담금과 구별된다. ⑤과세권을 발동하여 강제적으로 부과·징수한다는 점에서 그렇지 아니한 사업수입·재산수입 등 사법적 수입과 구별된다.

조세는 국가기능의 원활한 수행을 위하여 재원을 조달한다는 국고적 목적과 시장기능을 보완하고 자원을 효율적으로 배분하며 소득을 재분배하고 완전고용과 물가안정을 조화시킨다는 경제정책적 목적을 가지고 있다. 현행의 조세체계는 크게 국세와 지방세의 체계로 이루어져 있으며, 과세권의 주체에 따라 국세는 국세기본법과 국세징수법, 지방세는 지방세법이 각각 적용되며, 양자의 법체계는 동일하다. 헌법재판소는 국세우선의 원칙을 규정하였던 개정전 국세기본법 제35조제2항과 국세기본법 부칙 제5조에 대하여 위헌결정을 내린 바 있다(헌재 1993. 9. 27.[92 헌가 5]; 1991. 11. 25.[91 헌가 6]).

◆ 조세법률주의(租稅法律主義)

조세법률주의는 조세평등주의와 더불어 조세법제의 기본원칙으로서 법률에 근거가 없으면 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민도 법률에 근거가 없으면 조세납부를 요구받지 아니한다는 원칙을 말한다. 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”라고 하여 조세법률주의를 명문으로 규정하고 있다. 따라서 조세 기타 공과금의 부과·징수는

반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률로서 하여야 한다. 조세법률주의는 과세요건법정주의·과세요건명확주의·소급과세금지의 원칙 등을 핵심내용으로 한다. 따라서 조세의 종류와 조세부과의 근거뿐만 아니라 납세의무자·과세물건·과세절차·세율 등을 국민의 대표로써 구성된 의회가 법률로써 규정함으로써 국민의 재산권을 보장하고 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하려는 데 있다.

그러나 조세법률주의에 대하여는 몇 가지 예외가 인정되고 있는 바, 조례에 의한 지방세의 세목규정(지방세의 특례), 긴급재정경제처분·명령에 의한 조세부과, 조약에 의한 세율규정 등이 그것이다. 조례에 의한 지방세의 세목규정은 법률이 지방세에 관하여 지방자치단체의 과세권의 근거와 지방세의 종류를 직접 규정하면서도, 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체가 조례로써 정하도록 위임하고 있다. 이는 조세법률주의의 예외에 해당하지만 지방자치단체의 관할구역 내에서 지방자치단체가 준법률에 해당하는 조례로써 지방세의 세목만을 규정한다면 헌법위반은 아니라고 하겠다. 조약에 의한 세율규정은 국제조세조정에관한법률에 의하면 “비거주자 또는 외국법인의 국내원천소득의 구분에 있어서는 소득세법 제119조 및 법인세법 제55조제1항의 규정에도 불구하고 조세조약의 규정이 우선하여 적용된다”(법 제28조)라고 규정하고 있다. 그러나 조약은 그 체결에 국회의 동의를 얻을 뿐만 아니라 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약…는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있으므로 헌법상의 원칙에 위배되는 것은 아니다.

◆ 조세평등주의(租稅平等主義 : 公平·公正課稅의 原則)

조세평등주의는 헌법 제11조제1항의 평등의 원칙·차별금지의 원칙의 조세법적 표현으로서 정의의 이념에 따라 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙을 말한다. 따라서 헌법 제38조에 규정된 국민의 납세의 의무는 조세평등주의에 따라 개인의 재력에 상응한 공정하고 평등한 과세를 그 내용으로 하여야 한다. 이는 조세입법에 있어서는 조세부담이 국민들 사이에 공평하게 배분되도록 법을 제정해야 할 뿐 아니라, 조세

법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급해야 한다. 또한 과세는 담세능력존중의 원칙에 따라 개인의 담세능력을 고려한 것이어야 하고 동일한 담세능력자에 대해서는 평등한 과세가 이루어져야 한다. 따라서 특정인 또는 특정계층에 대하여 정당한 이유 없이 면세·감세 또는 이중과세를 하는 것은 용납되지 아니한다.

헌법재판소는 조세평등주의와 관련하여 “헌법 제11조제1항에 규정된 평등의 원칙의 세법영역에서의 구현이라 할 수 있는 조세평등주의는 조세는 부과와 징수를 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 할 것을 요구하며 합리적 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것을 허용하지 아니한다”(헌재 1997. 10. 30.[96 헌바 14])라고 판시하였으며, “조세평등주의는 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하는 것을 금지할 뿐만 아니라 합리적 이유 없이 특별한 이익을 주는 것도 허용하지 아니한다”(헌재 1997. 10. 30.[96 헌바 14])라고 판시하였다. 또한 “입법자가 골프장을 스키장 및 승마장보다 사치성 재산이라고 보아 중과세하고 있는 것은 시설이용의 대중성, 녹지와 환경에 대한 훼손의 정도, 일반국민의 인식 등을 종합하여 볼 때 정책형성권의 한계를 일탈한 자의적인 조치라고 보기는 어려우므로 조세평등주의에 위배되지 아니한다”(헌재 1999. 2. 25.[96 헌바 64])거나, “심판대상규정이 비업무용 토지를 취득하는 법인을 자연인보다 불이익하게 차별금지하는 데에는 합리적인 이유가 있어 조세평등주의에 위반되지 아니한다”(헌재 2000. 2. 24.[98 헌바 94 등(병합)])고 판시하고 있다.

◆ 존속살해죄(尊屬殺害罪)

자기 또는 배우자의 직계존속을 살해함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 때에는 책임이 무겁다는 이유로 형을 가중한 가중적 구성요건이다. 신분관계로 인하여 형이 가중되는 부진정신분범이라고 할 수 있다. 본죄에 관하여는 존속살해죄의 형을 살인죄에 대하여 가중한 것이 직계존속이라는 신분을 이유로 차별대우한 것이기 때문에 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조제1항에 반하는 위헌의 규정이 아닌가라는 문제가 제기되고 있다. 이에 관하여는 본죄가 위

헌이라는 견해와 합헌이라는 견해가 대립되고 있다. 본죄의 객체는 자기 또는 배우자의 직계존속이다. 행위는 이를 살해하는 것이다. 직계존속이란 법률상의 개념이며 사실상의 존속을 의미하는 것은 아니다. 따라서 사실상 부자관계일지라도 법적으로 인지절차를 완료하지 않은 한 직계존속이라 할 수 없고, 타인 사이라도 합법절차에 의하여 입양관계가 성립하면 직계존속이 된다. 그러나 여기서 법률상의 개념이란 민법에 의한 친자관계를 말하며 반드시 호적의 기재가 그 기준이 되는 것은 아니다. 타인의 양자로 입양된 자가 실부모를 살해한 경우에 관하여는 살인죄에 부과한다는 견해와 본죄가 성립한다는 견해가 대립되고 있으나, 이 때에도 본죄가 성립한다고 해석함이 타당하다고 하겠다. 배우자도 법률상의 배우자를 의미하며, 사실혼관계에 있는 자는 포함하지 않는다. 배우자가 사망한 때에는 실질적인 혼인관계는 소멸된다고 볼 수 있고, 본죄는 배우자의 직계존속을 객체로 하여 배우자였던 자의 직계존속을 의미하는 것은 아니므로 여기의 배우자는 살아있는 배우자를 의미한다고 해야 한다. 본죄는 살인죄에 대하여 신분관계로 인하여 형을 가중하는 경우이므로 신분관계 없는 자에 대하여는 형법 제33조단서가 적용된다. 본죄의 미수범(형법 제254조) 및 예비·음모(형법 제255조)를 처벌한다.

#### ◆ 존엄사(尊嚴死)

존엄사란 의식을 회복할 가망이 없는 식물인간에 대하여 그에 부착된 생명유지장치를 제거하여 인간으로서의 존엄을 유지하면서 죽음을 맞게 하는 것을 말한다. 이는 소극적 안락사와 동의어로 이해하는 학자들도 있고, 생리적 고통을 수반하지 않고, 환자 자신의 자기결정권을 행사할 수 없다는 점에서 구별하는 학자도 있다. 존엄사의 경우 식물인간이 전제되는데 식물인간은 뇌사에 이르지 않은 경우에 살인에 해당하고, 뇌사에 이른 경우에는 사회상규에 반하지 않아 위법성이 조각된다는 견해와 환자의 법정대리인 또는 가족의 촉탁이나 승낙이 있고 제반 사정에 비추어 환자의 추정적 승낙을 인정할 수 있고 2인 이상의 의사의 신중한 판단이 있으면 위법성이 조각될 수 있다고 하는 견해가 있다. 그러나 대법원은 이른바 ‘보라매 병원사건’에서 위법성조각사유로 인정하지 않았다.

대법원은 “의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 경우에 있어서는 의료행위의 중지, 즉 퇴원을 요구받은 의사로서는 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할 의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 사이에 충돌이 일어나게 되는 바, 그러한 의무의 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하여 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니한다고 할 것이고, 이는 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 결과를 초래하는 경우 부작용에 의한 살인이라는 결과에 이를 수 있고, 우리 형법이 일반적인 살인행위뿐만 아니라 축락, 승낙에 의한 살인행위와 자살을 방조하는 행위에 대하여도 처벌을 하고 있는 점에 비추어서도 그러한 바, 위와 같은 경우 의사로서는 의료행위를 중지할 시점에 있어 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의료행위의 중지 요구가 있었는지 여부와 환자의 상태, 회복가능성 등에 대하여 진지하게 고려하고, 그것이 법률상 허용되는 것인가 여부에 대한 검토를 하여야 할 것이며, 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지 아니하였음에도 불구하고 회복가능성이 높은 환자에 대하여 환자의 자기결정권만을 존중하여 의료행위를 중지하거나, 의료행위의 중지 요구가 환자의 자기결정권에 기한 진정한 의사표시라고 보기 어려움에도 이를 오인하여 의료행위를 중지하고, 그것이 직접적인 원인이 되어 환자를 사망케 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 행위는 위법하다”고 하여 부작용에 의한 살인을 인정하고, 의사에게는 살인방조죄를 인정하였다(2004. 6. 24. 대판 2002 도 995).

◆ 죄형법정주의(罪刑法定主義)

죄형법정주의란 “법률 없으면 범죄도 없고, 형벌도 없다”는 근대형법의 기본원칙으로서 어떠한 행위가 범죄가 되고 그 범죄에 대하여 어떠한 처분을 할 것인가를 미리 성문의 법률로 규정해 두어야 한다는 원칙을 말한다. 헌법 제12조와 제13조에 근거하고 있다. 그리고 형법 제1조제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시 법률에 의한다”라고 하여, 실정법적 근거를 두고 있다. 죄형법정주의 원칙은 책임주의 원칙과 비례성의 원칙과

함께 시민 상호간에 평화적 공존질서를 유지하려는 법치국가적 제약원리이며 그 실천적 의의로서 보장적 기능과 적극적 일반예방의 의미가 있다. 따라서 죄형법정주의에 반하는 법규는 무효가 될 수 있고, 죄형법정주의에 위반한 판결은 항소 및 상고·비상상고를 할 수 있다. 죄형법정주의의 내용에는 법률주의, 소급효금지의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙, 적정성의 원칙 등을 내용으로 한다.

#### ◆ 종교의 자유(宗教의 自由)

종교의 자유라 함은 자신이 선호하는 종교를 자신이 원하는 방법으로 신봉하는 자유로서 개인의 내심의 작용인 신앙의 자유를 그 핵심으로 하여 종교적 행사, 종교적 집회·결사, 선교활동 등을 자유로이 행할 수 있는 적극적 자유뿐만 아니라 무신앙의 자유와 종교적 행사, 종교적 집회·결사 또는 선교활동 등을 강제받지 아니할 소극적 자유까지 그 내용으로 하는 자유이다. 헌법 제20조제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다”라고 하여 종교의 자유를 보장하고, 제2항은 “국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다”라고 하여 국교부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.

종교의 자유는 신앙의 자유, 종교적 행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유를 그 내용으로 한다. 신앙의 자유는 인간의 내심의 작용으로서 신앙선택·신앙변경·신앙고백·신앙불표현 및 무신앙의 자유까지 포함하는 포괄적 자유를 의미한다. 따라서 공직취임시에 특정의 신앙을 취임조건으로 하거나 종교적 시험을 과할 수 없으며, 국가나 공공단체가 행정상의 필요에서 국민의 종교적 실태를 조사하는 경우에도 이를 강요해서는 아니된다. 이러한 신앙의 자유는 인간의 내심의 작용이므로 어떠한 이유로도 제한될 수 없는 절대적 자유이다. 종교적 행사의 자유는 기도·예배·독경·예불 등 신앙을 외부에 표명하는 모든 의식 또는 축전(祝典) 등의 종교적 행사를 행할 수 있는 자유로서 개인적 또는 집단적으로 행하는 종교적 행사를 방해하거나 금지할 수 없음은 물론이고 종교적 의식이나 집회에의 참가를 강제할 수 없음을 그 내용으로 한다. 종교적 집회·결사의 자유는 종교적인 목적으로 동신자(同信者)가



회합하거나, 결합하여 단체를 조직하는 자유를 말하며, 이는 종교를 위한 집회나 단체형성의 자유는 물론이고 그러한 집회 및 단체에 참가 또는 가입하거나 그로부터 자유로이 이탈할 수 있는 자유를 말한다. 따라서 국가는 종교적 집회나 종교단체의 조직을 금지할 수 없고 그에 관하여 인가제를 규정할 수도 없다. 선교의 자유는 자신이 신봉하는 종교를 선택할 수 있는 자유와 신자를 규합하기 위한 자유로서 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고할 수 있는 자유 및 종교교육을 실시할 수 있는 종교교육의 자유를 포괄하는 자유이다. 국가나 지방자치단체가 국·공립학교에서 특정종교를 위한 종교교육을 실시하는 것은 정교분리의 원칙에 따라 금지되지만, 사립학교에서의 종교교육은 선교활동의 일환으로서 인정된다.

신앙의 자유를 제외한 종교적 행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유 등은 외부에 나타나는 행위이기 때문에 헌법유보나 법률유보에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유권이다. 따라서 사교에 해당하는 것은 물론이고 종교적 단체가 국가의 존립을 위태롭게 하거나 종교적 의식·축전·행사 등이 공서양속 또는 안녕질서를 침해할 경우에는 법률로써 금지 또는 제한할 수 있다. 예를 들면, 질병치료나 재물을 약취하는 사이비종교의 종교적 행위나 종교적 결사는 형사법상 금지되어 있으며, 종교의 자유를 이유로 국민의 병역의무를 회피할 수 없고, 종교적 행위가 도로교통법이나 집회및시위에관한법률에 위배될 경우에는 제한을 받게 된다.

◆ 주거의 자유(住居의 自由)

주거의 자유라 함은 자신의 주거를 공권력이나 제3자로부터 침해당하지 아니할 권리를 말한다. 헌법 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 하여 주거의 자유와 영장주의를 규정하고 있다.

주거는 사람이 거주하는 설비로서 개인이 사생활을 영위하는 장소로서 외부와 구획된 사적인 생활공간으로서 현재의 거주여부는 불문한다. 주

거는 민법상의 주소와는 상이한 개념으로서 부동산인 경우가 대부분이지만 기거용 이동차량 등과 같은 동산인 경우도 있으며, 공공에게 개방되어 있는 장소도 관리자의 명시적인 출입금지의사에 반하여 무리하게 입장하면 주거침입죄를 구성한다. 침해라 함은 거주자의 동의 내지 승낙을 얻지 아니하고 또는 그 의사에 반하여 주거에 들어가는 것으로 명시적인 것은 물론 묵시적인 의사도 포함된다.

주거의 자유는 헌법 제37조제2항에 따라 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한될 수 있다. 예를 들면, 형사소송법상의 대물적 강제처분이나 대인적 강제처분을 위한 경우, 풍수해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우, 전염병예방을 위한 경우, 형사소송법상 현장검증의 경우 등에는 주거의 자유를 제한될 수 있다. 그 밖에도 우편법, 국세징수법, 근로기준법, 경찰관직무집행법, 소방법 등에 의거하여 개인의 주거에 출입하는 것이 허용되는 경우가 있다.

#### ◆ 준강도죄(準強盜罪)

절도범이 재물의 탈환에 항거하거나, 체포를 면탈하거나, 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가함으로써 성립하는 범죄를 말하며, 사후강도죄라고도 한다. 준강도죄에 있어서도 강도죄의 경우와 같이 절도와 폭행·협박이 결합되어 있다. 그러나 강도죄가 재물을 강취하기 위하여 폭행·협박을 하는 경우인 데 대하여, 준강도죄는 재물을 절취하거나 이에 착수한 자가 일정한 목적을 위하여 폭행·협박을 함으로써 성립하는 점에서 그 결합의 형식이 강도죄와 구별된다. 본죄의 주체는 절도범이다. 절도죄는 미수범을 처벌한다. 따라서 여기의 절도에는 절도의 기수뿐만 아니라 미수범도 포함된다. 그러나 절도의 실행에 착수하기 전에 예비단계에서 폭행·협박을 한 때에는 본죄가 성립하지 않는다. 폭행 또는 협박의 정도는 강도죄의 그것과 같다. 따라서 상대방의 반항을 억압할 정도에 이르지 않으면 안 된다. 폭행 또는 협박은 절도의 기회에 행하여져야 한다. 즉 폭행·협박과 절취는 강도죄와 같이 평가될 수 있을 정도로 시간적·장소적 접근성이 인정되어야 한다. 이러한 시간적·장소

적 접근성은 절취의 직후에 그 부근에서 폭행 또는 협박이 행하여진 때에 긍정된다. 본죄의 미수범이 처벌된다는 데는 이론이 없다. 본조가 전 2조(형법 제333조·제334조)의 예에 의한다고 규정하고 있고, 강도죄와 특수강도죄의 미수범은 처벌되기 때문이다. 문제는 본죄의 기수와 미수를 어떤 기준에 의하여 판단할 것인가에 있다. 이에 대하여는 본죄의 기수·미수를 폭행 또는 협박의 기수·미수에 따라 결정해야 한다는 견해와 절도의 기수·미수에 따라 결정해야 한다는 견해(다수설)가 대립되고 있다. 대법원은 전설을 취하고 있다.

◆ 준기소절차(準起訴節次)

검사의 불기소처분에 불복한 고소인 또는 고발인의 재정신청에 의하여 법원이 심판에 부하는 결정을 한 때에 공소제기가 있는 것으로 간주하는 절차를 말한다. 법원의 부심판결결정에 의하여 공소 제기된 것으로 간주된다는 점에서 단지 법원이 검사에게 공소제기를 명령하는 독일의 기소 강제절차와 다르다. 재판상의 준기소절차는 기소독점주의에 대한 예외로서 사법적 심사에 의해서 검사의 부당한 불기소처분을 시정하려는 데 그 목적이 있다. 현행법상 재정신청의 대상은 직권남용죄에 관한 불기소처분에 한한다(형소법 제260조제1항). 고소인 또는 고발인은 검사로부터 공소불제기의 통지를 받은 때에는 10일 내에 그 검사 소속의 고등검찰청에 대응한 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있고, 그 고등법원은 그 신청에 이유 있다고 인정할 때에는 사건을 관할 지방법원의 심판에 부하는 결정을 내린다. 부심판결결정에 대해서는 항고할 수 없다. 사건이 법원의 심판에 부하여진 때에는 법원은 그 사건에 대하여 공소유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하여야 한다. 지정변호사는 종국재판이 확정될 때까지 검사로서의 모든 직권을 행사한다.

◆ 준현행범인(準現行犯人)

현행범인은 아니지만 현행범인으로 간주되는 자를 말한다. 형사소송법은 1)범인으로 호창되어 추적되고 있는 때, 2)장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때, 3)신체 또

는 의복류에 현저한 증거가 있는 때, 4) 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때를 현행범인으로 간주하고 있다(형소법 제211조제2항). 현행범인과 같이 준현행범인도 누구나 영장없이 체포할 수 있다.

#### ◆ 즉결심판(卽決審判)

지방법원순회심판소의 순회판사가 경찰서장의 청구에 의하여 경미한 범죄사건에 관하여 공판절차에 의하지 아니하고 10만원 이하의 벌금·구류·과료에 처하는 간이한 심판절차를 말한다. 즉결심판제도는 죄질이 경미하고 죄증이 명백한 범죄사건을 간단한 절차로 심판함으로써 형사재판의 신속 내지 소송경제와 피고인의 이익보호를 도모하려는 데 그 목적이 있다. 즉결심판절차는 즉결심판에관한절차법에 의한다. 즉결심판의 청구권자는 경찰서장이다. 즉결심판의 청구가 있는 때에는 판사는 즉시 심판을 하여야 한다(즉결심판에관한절차법 제6조). 판사는 필요하다고 인정할 때에는 적당한 방법에 의하여 재정하는 증거에 한하여 조사할 수 있다(동법 제9조제2항). 즉결심판을 받은 피고인은 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다. 정식재판의 청구가 적법한 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 한다. 정식 재판청구에 의한 판결이 있는 때에는 즉결 심판은 그 효력을 잃는다.

#### ◆ 증언거부권(證言拒否權)

증언의무의 존재를 전제로 하여 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 말한다. 증언거부권과 구별된다. 증언거부권이 인정되는 때에는 증인신문 자체를 거부할 수 있으나, 증언거부권에 의하여 증인이 출석을 거부할 수는 없다. 현행법상 증인이 증언을 거부할 수 있는 경우는 다음과 같다. 1)자기 또는 근친자의 형사책임과 증언거부권 : 누구든지 자기나 친족·호주·가주 또는 이러한 관계가 있던 자, 법정대리인·후견감독인의 어느 하나에 해당하는 관계 있는 자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있다. 2)의무상 비밀과 증언거부권 : 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·대서업자·의사·한의사·치과의사·약사·약종상·조산사·

간호사·종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요 있는 때에는 예외로 한다. 일정한 업무에 종사하는 자의 비밀을 보호함에 의하여 업무뿐만 아니라 상대방인 위탁자를 보호하는데 그 취지가 있다. 형사소송법은 증언거부권의 행사를 실효성 있게 하기 위하여, 증인이 증언거부권자에 해당하는 경우에는 재판장은 신문 전에 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다(형소법 제160조). 증언거부권자에게 증언거부권을 고지하지 않고 신문한 경우의 증언의 증거능력에 관하여 대법원은 증언의 효력에는 영향이 없다는 태도를 취하고 있다. 증언을 거부하는 자는 거부사유를 소명하여야 하며, 정당한 이유없이 증언을 거부하면 과태료의 제재를 받는다. 3)국회에서의증언·감정등에관한법률에 의하면, 증인은 형사소송법 제148조 또는 제149조의 규정에 해당하는 경우에 선서·증언을 거부할 수 있으며(동법 제3조), 공무원 또는 공무원이었던 자가 그 공무상 비밀에 대하여는 국가안보에 영향이 있는 국가비밀에 관한 사항에 한하여 증언을 거부할 수 있다(동법 제4조).

◆ 지방교육자치제(地方教育自治制)

지방교육자치제는 지방자치단체가 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 살리기 위해 해당 지역의 교육·과학·기술·체육 기타 학예에 관한 사무를 일반행정조직과 구별되는 별도의 행정기관을 설치·조직하여 운영토록 하는 제도를 말한다. 지방교육자치기구로는 교육·학예에 관한 중요사항을 심의·의결하는 시·도교육위원회와 교육·학예에 관한 사무를 집행하는 시·도교육감이 있다.

교육위원회는 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 유지하기 위하여 지방교육자치에관한법률과 지방자치법 등에 의하여 설치된 지방자치단체의 교육·학예 등에 관한 사무의 특별심의·의결기관이다. 교육위원회는 시·도의회에 제출할 조례안이나 예산안 등에 대한 심의권과 의결권 등을 가지고 있다. 합의제의결기관인 교육위원회는 4년 임기의 일정수의 교육위원으로 구성되며, 그 의장은 교육위원 중 무기명투표로

선출하되 재적위원 과반수의 득표로서 당선되며 그 임기는 2년이다. 교육위원회는 학교운영위원회대표와 시·도교원단체대표로 구성되는 교육위원선거인단에 선출되며, 교육위원의 자격은 시의회의원의 피선거권이 있어야 하고 정당원이 아니어야 한다.

교육감은 특별시·광역시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관이며, 시·군·구에는 교육장을 두어 그에 관한 사무를 부담하게 하고 있다. 교육감도 교육위원과 마찬가지로 학교운영위원회대표와 시·도교원단체대표로 구성되는 교육감선거인단에서 무기명투표로 선출하되, 재적위원 과반수의 찬성을 얻어야 한다. 임기는 4년이며, 1차에 한하여 중임할 수 있고 자격은 교육경력 또는 교육공무원으로서의 교육행정경력이 5년 이상이거나 두 가지 경력을 합하여 5년 이상인 자로서 시의회의원의 피선거권이 있고, 정당원이 아니어야 한다. 교육감은 교육규칙제정권, 소속공무원 지휘·감독권 및 조례안의 작성권과 예산안의 편성권 등을 가진다.

헌법재판소는 “지방교육자치는 민주주의·지방자치·교육자주라고 하는 세 가지 헌법적 가치를 골고루 만족시킬 수 있어야 하므로 지방교육자치기관의 구성에 있어 이 가운데 민주주의의 요구만을 절대시하는 것은 헌법적으로 허용될 수 없다할 것인 바, 이 사건 법률조항의 선거운동제한은 교육위원의 자주성·전문성을 고려하여 그 선출관련비리를 원천 봉쇄함으로써 공정성을 제고하려는 데 목적이 있는 것으로서 이를 위하여 채택된 입법수단이 과잉금지의 원칙을 위배하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항의 선거운동제한이 다른 선거법에 비하여 엄격한 것은 사실이지만 적어도 그러한 제한이 교육위원·교육감선거에 있어 모든 후보자·선거인들에게 동등하게 적용되는 한 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다”(헌재 2000. 3. 30.[99 헌바 113])라고 판시하였다.

◆ 지적 재산권(知的 財産權, Intellectual Property Right)

지적 재산권이라 함은 문학·예술·과학·기술 등 인간의 정신적 창작활동의 결과 생산되는 무형의 산물에 대한 배타적 권리를 말하며, 저작권법·과학기술진흥법·발명보호법·특허법·문화예술진흥법·기능장려법 등에 의하여 보호되고 있다. 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·

과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”라고 하여 지적 재산권의 보호를 규정하고 있다.

지적 재산권의 종류는 다양하지만 저작권과 산업소유권 및 제3의 권리로 대별된다. 저작권은 예술적·인문과학적 창작의 산물인 저작물에 대하여 저작자가 가지는 일신전속적 권리로서, 저작인격권과 저작재산권을 주된 내용으로 한다. 산업소유권은 특허권·실용신안권·의장권·상표권 등 산업적 무체재산권을 총칭하는 개념이다. 제3의 유형의 권리로는 현대정보화사회의 출현에 따라 새로이 생성되는 컴퓨터소프트웨어·반도체칩·데이터베이스·영업비밀 등이 있다.

◆ 직권주의(職權主義)

직권주의는 당사자주의에 상대되는 개념으로서 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하는 소송구조를 말한다. 따라서 직권주의에서는 1) 법원이 실제진실을 발견하기 위하여 검사나 피고인의 주장 또는 청구에 구속받지 않고, 직권으로 증거를 수집·조사해야 하며(직권탐지주의), 2)소송물이 법원의 지배 아래 놓이게 됨에 따라 법원이 직권으로 사건을 심리할 것을 요구한다(직권심리주의). 당사자주의적 소송구조를 원칙으로 하는 현행 형사소송법에서 직권주의는 당사자주의에 대해서 규제적·보충적 기능을 하고 있다. 직권주의의 규제적 기능이라 함은 당사자의 소송활동을 제한·규제하는 작용을 말한다. 예컨대 당사자의 증거신청에 대한 법원의 증거결정(형소법 제295조), 당사자의 변론에 대한 재판장의 제한(형소법 제299조), 검사의 공소장변경에 대한 법원의 허가(형소법 제298조) 등은 규제적 기능에 중점을 둔 직권주의적 소송제도이다. 직권주의의 보충적 기능이란 당사자의 소송활동을 법원이 보충하는 작용을 말한다. 예컨대 직권에 의한 증거조사(형소법 제295조후단), 피고인에 대한 보충신문(형소법 제287조제2항·제3항), 당사자가 신청한 증인에 대한 보충신문(형소법 제161조의2), 검사에 대한 공소장변경요구(형소법 제298조제2항), 직권에 의한 변론재개(형소법 제305조), 항소심에서의 직권심판(형소법 제364조제2항) 등은 보충적 기능을 담당하는 직권주의적 소송제도이다.

◆ 직업선택의 자유(職業選擇의 自由 : 職業의 自由)

직업선택의 자유라 함은 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유로서 직업의 자유를 의미하는 것이며, 직업은 정신적·물질적 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위하여 행하는 계속적인 경제적 소득활동으로서 공공에 유해하지 아니한 것을 말한다. 즉, 직업의 개념적 요소로는 생활을 위한 수단성, 활동의 계속성, 공공에 대한 무해성 등을 들 수 있다. 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 하여 직업선택의 자유를 규정하고 있다.

직업선택의 자유는 직업에 관한 포괄적 권리로서 직업결정의 자유·직업수행의 자유·직업이탈의 자유와 겸직의 자유 그리고 경쟁의 자유등을 그 내용으로 한다. 직업결정의 자유는 직종결정의 자유, 전직의 자유, 직업교육장선택의 자유 등을 말하며, 무직업의 자유도 인정된다. 직업수행의 자유는 선택한 직업을 수행하는 직업종사의 자유로서 자신이 결정한 직업 또는 직종을 자신에게 유리한 방식으로 착수(개업)·계속·종결(폐업)하는 자유를 말하며, 영업의 자유는 직업수행의 자유의 일부로서 인정되어 진다. 직업수행의 자유는 공공질서에 미치는 영향이 적지 아니한 까닭에 헌법 제37조제2항의 법률유보에 의한 제한의 대상이 되며, 그 장소·시기·방법 등에 관하여 상당한 규제를 받게 된다. 직업이탈의 자유는 자신이 수행하고 있거나 종사하고 있는 직업을 언제든지 자유로이 포기하거나 그 직업에서 이탈할 수 있는 자유를 말하며, 누구든지 자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위하고 언제든지 임의로 그것을 바꿀 수 있는 자유와 여러 개의 직업을 선택하여 동시에 함께 행사할 수 있는 자유, 즉 겸직의 자유가 인정된다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는 데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다.

직업선택의 자유의 제한에 있어서도 일반적 기본권제한의 법리가 적용되지만, 제한의 정도에 대하여는 1958년 독일연방헌법법원의 약국판결



에 의하여 확립된 삼단계 제한론에 의하여 직업수행의 자유의 제한→주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한→객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한의 단계에 의하여 제한되고 있다. 우리 헌법재판소는 “직업선택의 자유에는 직업결정의 자유·직업종사(직업수행)의 자유·전직의 자유 등이 포함되지만, 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다”라고 하여 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 단계론을 수용하고 있다. 또한 직업선택의 자유의 한계에 있어서도 일반적 기본권의 한계가 적용되지만, 특히 직업선택의 자유는 자유경쟁의 원칙을 전제로 하는 것으로서 특정인이나 특정기업에 의한 특정의 직업·직종·기업의 독점은 양립할 수 없는 것으로서 독점의 배제 내지 그 제한을 의미하는 것이다. 다만 사회적 시장경제질서하에서 경제정책적 관점에서 자유경쟁이 부분적으로 제한되거나 조정될 수 있다.

◆ 직장폐쇄(職場閉鎖, lockout)

직장폐쇄라 함은 노사쟁의가 일어났을 때 사용자가 자기의 주장을 관철시키기 위하여 공장·작업장을 폐쇄하는 일을 말한다. 직장폐쇄의 효과는 사업장으로부터 근로자들을 축출하고, 업무의 정상적 수행을 방해함으로써 적법하게 임금지급을 면하는 데에 있다. 이는 노사간의 집단적 쟁의상태를 전제로 하지 않는 공장폐쇄나 폐업과는 구별되며, 쟁의행위가 종료되면 정상적으로 근로관계가 회복된다는 점에서 집단적 해고와도 구별된다.

노동조합및노동관계조정법은 사용자측의 쟁의수단으로서 이를 인정하고 있다. 근로자측의 쟁의행위에 대한 노동조합및노동관계조정법상의 보장이 헌법상의 노동3권 보장에 따른 법률적 보장이라 한다면, 직장폐쇄는 노사간 교섭력의 균형유지를 위하여 법률이 보장하는 사용자의 대항수단이다. 따라서 직장폐쇄를 금지하는 단체협약은 위법이며 무효이다. 근로자들이 파업·태업(怠業) 등을 단행하여 직장을 점거한 상태에서, 사용자로 하여금 직장을 폐쇄하는 방어수단을 취할 수 있도록 하는 것은 형평의 원칙상 당연하다. 그러나 직장폐쇄는 임금을 지급하지 않는 것을

전제로 하는 경제적 압력수단이기 때문에 진정한 의미의 노사대등·쟁의대등을 실현하기 위해서는, 그 행사에 대하여 엄격한 제한을 가해야 한다. 그러므로 노동조합및노동관계조정법은 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있도록 제한하고 있다. 직장폐쇄가 정당한 것인 한, 사용자는 업무제재·지체의 책임을 지지 않으므로 임금지급의무가 없으나, 위법의 경우에는 민법상 채권자의 귀책사유로 인한 이행책임을 지므로 임금의 전액을 지급할 의무가 있다.

◆ 직접선거의 원칙(直接選舉의 原則)

직접선거는 간접선거에 대응하는 것으로서 일반선거인이 대표자를 직접 선출하는 선거제도이다. 간접선거에서는 선거인은 중간선거인을 선거하는데 그치고 중간선거인이 대표자를 선출하게 되는데, 이는 중간선거인이 일반선거인의 의사와 합치되는 결과를 가져온다면 무용의 절차가 될 것이고, 반대로 일반선거인의 의사와 상이한 결과를 초래하게 된다면 비민주적인 것이 될 것이다.

◆ 진술거부권(陳述拒否權 : 默秘權)

진술거부권은 소송관계인이 신문 또는 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 말한다. 헌법 제12조제2항은 “모든 국민은…형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적 인권으로 보장하고 있다. 이에 따라 형사소송법은 피고인은 공판정에서의 각개의 신문에 대하여 이익·불이익을 불문하고 진술을 거부할 수 있게 하였고(형소법 제289조), 검사 또는 사법경찰관이 수사상으로 피의자진술을 들을 때에는 미리 그 진술을 거부할 수 있음을 알리도록 하여 피의자의 진술거부권을 보장하고 있다. 증인·감정인은 일정한 경우에 한하여 진술거부권이 인정되는 바, 이를 특히 증언거부권이라고 한다.

◆ 진정한 기본권(眞正한 基本權)

진정한 기본권이라 함은 개인을 위한 현실적·실질적 권리로서 국가의 부작위나 국가적 급부의 청구를 내용으로 하는 주관적 공권을 말한다.

◆ 질적일부위헌결정(質的一部違憲決定)

→ 한정위헌결정

◆ 집단소송제도(集團訴訟制度 : 團體訴訟, Class Action)

집단소송제도가 함은 어떠한 피해가 대량으로 발생한 경우에 그 피해자 집단소속의 1인 혹은 수인이 피해자 전원을 대표하여 그들 전원을 위해 소송을 수행할 수 있는 제도를 말한다. 이러한 집단소송제도는 소송절차가 간소하고, 동일 혹은 유사한 소송의 반복을 방지할 수 있으며, 소송가액이 적고 피해가 부분적인 경우에 사장되기 쉬운 권리를 보호할 수 있다는 장점이 있다. 2001년 7월 현재 영미법 계통을 따르는 국가들이 이 제도를 시행하고 있다. 이는 소비자들의 권익을 보호하고 기업의 투명성과 회계의 신뢰성을 고취시킨다는 장점이 있는 반면, 불필요한 재판이 많아짐에 따라 재판비용의 증가, 재판업무 지연 등이 단점으로 지적된다.

1938년부터 집단소송제를 실시하고 있는 미국에서 제기되었던 고엽제소송, 자궁내피임기구소송, 유방성형소송, 석면소송, 자동차관련 소송, 담배소송, 회계법인 어니스트 앤 영에 대한 분식결산책임소송 등이 집단소송의 형태로 제기된 대표적인 예들이다. 이와 비슷하지만 선정당사자 제도는 소송에서 승소할 경우 재판을 받은 대표들만이 피해에 대해 구제를 받는 것으로, 판결의 직접적인 효력이 이해당사자 전체에 미치지 않는 점이 다르다. 국내의 경우 집단소송제가 도입되어 있지 않았기 때문에 월남전 참전자들의 고엽제 후유증에 대한 재판은 선정당사자 제도로 진행됐다. 우리나라는 2002년 3월부터 증권분야의 집단소송제 도입을 시작으로 단계적으로 확대해 나갈 예정이다.

◆ 집행유예(執刑猶豫)

집행유예는 일단 유죄를 인정하여 형을 선고하되 일정한 요건 아래 일정한 기간 동안 그 형의 집행을 유예하고, 그것이 취소 또는 실효됨이 없이 유예기간을 경과하면 형의 선고의 효력을 상실케 하는 제도를 말한다. 우리나라의 구형법에는 제25조~제27조에 형의 집행유예가 규정되

어 있었고, 현행 형법은 제62조~제65조에 걸쳐 이를 규정하고 있는데, 구형법보다 그 요건을 더 완화시켰다. 즉 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사형을 참작하여 그 정상에 참작할만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간, 형의 집행을 유예할 수 있다. 단 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다(형법 제62조제1항). 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다(형법 제62조제2항). 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나, 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있는데, 보호관찰기관은 집행유예기간범위내에서 그 기간을 정하여 집행한다(형법 제62조의1). 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 결정이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다(형법 제63조). 집행유예의 선고를 받은 후, 제62조단행(但行)의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소하며, 보호관찰이나 사회봉사 또는 수강을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예의 선고를 유예할 수 있다(형법 제64조). 집행유예의 선고를 받은 후, 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다(형법 제65조). 형의 선고가 효력을 잃게 되므로, 형의 집행이 면제될 뿐만 아니라 처음부터 형의 선고가 없었던 상태로 돌아가게 된다. 다만 형의 선고가 효력을 잃는다는 것은 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것을 의미할 뿐이며, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실까지 없어지는 것은 아니다.

#### ◆ 집회의 자유(集會의 自由)

집회의 자유에 있어서 집회라 함은 다수인이 공동의 목적을 가지고 일정한 장소에서 일시적으로 회합하는 행위를 말하며, 시위는 다수인이 공동목적 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서 이동하는 집회를 의미한다. 집회의

자유는 개인의 인격실현과 개성신장을 촉진시키며 의사표현의 실효성을 증대시키고, 대의기능이 약화된 경우에 직접민주주의의 수단이 될 수 있으며, 소수의 의견을 국정에 반영함으로써 소수를 보호하는 기능 등을 수행하는 정치적·민주적 기본권이다. 헌법 제21조제1항은 “모든 국민은…집회·결사의 자유를 가진다”라고 하여 집회의 자유를 보장하고 있으며, 제2항은 “집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”라고 하여 집회의 허가제를 금지하고 있다.

집회의 자유에는 적극적으로 집회를 개최하는 자유, 집회를 사회 또는 진행하는 자유, 집회에 참가하는 자유 등이 포함되며, 소극적으로는 집회를 개최하지 아니할 자유, 집회에 참가하지 아니할 자유가 포함된다. 다만 법률상 집회의무가 있을 경우에는 집회를 개최하거나 집회에 참가하여야 하며, 집회에서 연설이나 토론을 하는 것은 언론의 자유가 아닌 집회의 자유의 일환으로서 보장된다. 또한 집회의 자유는 대국가적 방어권으로서 공권력의 담당자인 모든 국가기관을 구속하며, 사인에 의하여 집회의 자유가 침해되는 때에는 기본권의 제3자적 효력에 관한 간접적용설에 따라 집회의 자유는 보호를 받는다. 집회및시위에관한법률 제3조제1항은 “누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니된다”라고 하여 집회의 자유의 제3자적 효력을 수용하고 있다.

집회의 자유는 표현행위의 자유로서의 성격을 가지는 것이지만, 집회는 집단적 행위이고 공공질서에 미치는 영향이 심대하므로 언론·출판의 자유에 비하여 더 많은 제한을 받는다, 도로·공원 등 공공장소에서 행하는 집회 및 시위는 일반인의 도로·공원이용의 자유와 충돌할 가능성이 있으며, 동일한 장소에서의 여러 집회의 중복으로 인한 혼란이 야기될 가능성도 없지 않다는 점에서 집회 또는 시위의 자유는 공익이나 타인의 기본권과의 조화를 이루어야 한다. 따라서 집회 또는 시위는 평화적·비폭력적·비무장이어야 하며, 헌법질서·타인의 권리·도덕률 등에 위배되지 않아야 한다. 집회및시위에관한법률은 절대로 금지되는 집회 및 시위로서 ①헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위, ②집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로

공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 규정하고 있으며, 화염병투척 등의 폭력시위를 근절하기 위한 특별법으로 화염병사용등의처벌에관한법률이 있다.

집회 또는 시위에 관하여 사전허가를 받게 하는 허가제는 금지되지만, 행정상의 참고를 위한 신고제는 허용된다. 따라서 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 목적, 일시, 장소, 주최자·연락책임자·질서유지인·연사의 주소·성명·직업·연제, 참가예정단체, 참가예정인원과 시위방법을 기재한 신고서를 48시간 전에 관할 경찰서장 등에게 제출하여야 한다. 또한 일출시간전 또는 일몰시간후에는 옥외집회 또는 시위가 제한되지만, 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 허용되며, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회는 이를 금지하거나 제한할 수 없다. 집회의 자유는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 바, 이에 관한 법률이 형법·국가보안법·집회및시위에관한법률 등이 그것이다. 집회의 자유를 제한하는 경우에도 집회의 자유의 본질적 내용은 침해할 수 없으며, 명백·현존하는 위협의 법리, 막연하기 때문에 무효의 이론, 규제입법의 합헌성추정의 배제이론, 과잉금지의 원칙 등이 준수되어야 한다.

#### ◆ 참정권(參政權)

참정권이라 함은 국민이 국가의 의사형성이나 정책결정에 직접 참여하거나 선거인단·투표인단의 일원으로서 선거 또는 투표에 참여하거나, 아니면 자신이 공무원으로 선임될 수 있는 주관적 공권을 말한다. 참정권은 간접민주제에 있어서 국민의 정치참여는 공무원선임(선거권)과 공무원담임을 원칙으로 하고 직접참정은 예외적인 것이 되고 있다. 참정권은 직접참정권으로서 국민발안권·국민표결권·국민소환권(국민해임권) 등이 있으며, 간접참정권으로서 선거권과 공무원담임권(피선거권)이 있다.

현행헌법은 직접참정권으로서는 헌법개정안에 대한 국민표결권과 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민표결권 및 지방자치단체 주민의 주민투표권 등 국민표결권만을 인정하고 있으며, 선거권은 헌법 제24조에

“모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 규정하고 있으며, 공무담임권은 헌법 제25조에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”라고 규정하고 있다.

참정권은 헌법 제37조제2항에 따라 제한될 수 있으나, 선거권과 피선거권은 민주정치에 있어서 주권자인 국민이 국정에 참여하는 필수적인 수단으로서 가장 중요한 기본권에 해당하므로, 그 제한은 불가피한 최소한에 그쳐야 하며, 제한여부나 제한기간 등은 선거범죄의 죄질과 가벌성의 정도에 부합되어야 한다. 또한 헌법 제13조 2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받…지 아니한다”라고 하여 소급입법에 의한 참정권제한을 금지하고 있다. 이는 현대민주국가의 보편적인 원칙이지만, 과거 반민족행위자처벌법·반민주행위자국민권제한법·정치활동정화법·정치풍토쇄신을위한특별조치법 등으로 일부 국민의 참정권이 소급입법에 의하여 제한된 전례로 인하여 헌법상의 근거규정을 둔 것이다. 대통령의 긴급명령으로 참정권 그 자체를 제한할 수는 없으나, 긴급명령에 따라 선거의 실시가 연기될 경우에는 선거권과 피선거권의 행사가 일정기간 지연된다는 의미에서 간접적으로는 참정권의 제한을 받게 된다.

◆ 채증법칙위반(採證法則違反)

채증법칙이란 증거를 채택·결정함에 있어서 법관이 지켜야할 논리적이고 경험칙에 합당하게 사실관계를 확정하는 것을 말한다. 이는 법관에게 부여된 권한인 자유심증주의와 관련이 있다. 즉 자유심증주의에 의하여 법관이 확신에 의한 심증형성은 상소의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 법관의 심증형성이 논리와 경험칙에 반하여 합리성을 잃어버린 경우, 즉 합리적인 증거평가에 의하여 위법한 경우에는 채증법칙에 위반하여 상소의 이유가 될 수 있다. “불이 붙어 있는 성냥개비를 방바닥에 있는 재떨이에 버린 것이 60cm 떨어진 벽쪽에서 발생한 화재의 직접적인 원인이라고 볼 증거가 없다”라고 하는 것에 대하여 채증법칙의 위배에 해당하여 파기하였다(1992. 12. 22. 대판 92 도 2058). “음주측정

에 대하여 호흡측정기에 의한 음주측정치와 혈액검사에 의한 음주측정치가 다른 경우에 어느 음주측정치를 신뢰할 것인지는 법관의 자유심증에 의한 증거취사선택의 문제라고 할 것이나, 호흡측정기에 의한 측정의 경우 그 측정기의 상태, 측정방법, 상대방의 협조정도 등에 의하여 그 측정결과의 정확성과 신뢰성에 문제가 있을 수 있다는 사정을 고려하면, 혈액의 채취 또는 검사과정에서 인위적인 조작이나 관계자의 잘못이 개입되는 등 혈액채취에 의한 검사결과를 믿지 못할 특별한 사정이 없는 한, 혈액검사에 의한 음주측정치가 호흡측정기에 의한 음주측정치보다 측정 당시의 혈중알콜농도에 더 근접한 음주측정치라고 보는 것이 경험칙에 부합한다”(2004. 2. 13. 대판 2003 도 6905)라는 것이 채증법칙에 대한 대법원의 입장이다.

◆ 처분적 법률(處分的 法律, Maßnahmegesetz)

처분적 법률은 행정적 집행을 매개로 하지 아니하고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률, 즉 자동집행력을 가지는 법률을 말한다. 따라서 처분적 법률은 일정한 범위의 국민을 대상으로 하는 어떠한 처분이나 조치 등 구체적이고 개별적인 사항을 그 내용으로 하는 것이다. 이러한 처분적 법률은 현대사회국가에 있어서 일반적 법률만으로는 국민의 생존과 복지를 충분히 보장할 수 없을 뿐 아니라 비상적 위기상황에 적절히 대처하기 위하여 집행을 매개로 하지 아니하고 직접 구체적이고 개별적인 처분을 내용으로 하여 그 필요성이 날로 증대되고 있는 실정이다.

처분적 법률은 일정범위의 국민만을 대상으로 하는 개별인법률(個別人法律), 개별적·구체적인 상황 또는 사건을 대상으로 하는 개별사건법률, 시행기간이 한정된 한시법률 등 세 가지 유형이 있다. 우리나라의 처분적 법률을 예를 들면, 개별인법률로는 부정선거관련자처벌법·정치활동정화법·부정축재처리법·정치풍토쇄신을위한특별조치법 등을, 개별사건법률로는 긴급금융조치법·긴급통화조치법 등을, 한시법률로는 재외국민취적·호적정정및호적정리에관한임시특별법 등을 들 수 있다.



◆ 청구권적 기본권(請求權的 基本權)

청구권적 기본권이라 함은 국민이 국가에 대하여 일정한 행위를 적극적으로 청구할 수 있는 주관적 공권으로서 청구의 대상이 되는 국가적 행위는 입법·행정·사법 등 국가작용일 수도 있고 경제적 급부일 수도 있다. 다른 기본권은 그 자체가 권리의 목적이지만, 청구권적 기본권은 그 밖의 권리나 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있을 때에 이를 확보하기 위한 수단적 권리로서 기본권보장을 위한 기본권으로서의 성질을 가진다. 헌법이 규정하고 있는 청구권적 기본권은 청원권(헌법 제26조)을 비롯하여 재판청구권(헌법 제27조, 제107조제1항, 제111조제1항), 국가배상청구권(헌법 제29조), 국가보상청구권(제23조제3항, 제28조), 범죄피해자구조청구권(제30조) 등을 들 수 있다.

◆ 청원권(請願權, right to petition)

청원권이라 함은 국가기관에 대해 일정한 사항에 관한 의견이나 희망을 진술할 권리를 말하는 것으로 국가기관은 이를 수리하여 성실하게 처리하여야함으로 국가기관에 대해 일정한 행위를 요구할 수 있는 청구권적 기본권의 하나이다. 헌법 제26조는 “①모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. ②국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다”라고 하여 청원권을 보장하고 있으며, 헌법 제 89조제15호는 “정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사”를 국무회의의 심의를 거치도록 하고 있다. 청원에 관한 일반법으로는 청원법이 있고, 특별법으로는 국회법 관련규정(제116조~제119조)과 지방자치법의 관련규정(제65조~제68조) 등이 있다. 청원권은 국가기관으로 하여금 국민의 관심사와 고충을 처리하게 함으로써 국민의 신임을 획득하고 국민과의 유대를 지속하게 하며, 국회로 하여금 청원에서 주장하는 국정의 비리와 부조리를 감사·조사함으로써 대정부통제기능을 적절히 수행하게 되며, 절차와 요건이 까다로운 소송법상의 권리구제수단 대신에 편리한 방법으로 권리구제를 받을 수 있도록 하는 기능 등을 가진다.

청원법 제4조에 규정된 청원사항은 ①피해의 구제, ②공무원의 비위의 시정 또는 공무원에 대한 징계나 처벌의 요구, ③법률·명령·규칙의 제정·개정 또는 폐지, ④공공의 제도 또는 시설의 운영, ⑤기타 공공기관에 속하는 사항 등이지만, 이 규정은 예시적인 것이므로 공공기관의 권한에 속하는 사항이면 그 모두가 청원의 대상이 될 수 있다. 다만 재판에 간섭하는 것이거나, 국가원수를 모독하는 것을 내용으로 하는 청원은 수리하지 아니하며, 타인을 모해할 목적으로 허위사실을 적시한 청원은 할 수 없다. 청원은 반드시 청원인의 성명·직업·주소를 기재하고 서명날인한 문서로써 해야하며, 청원서에는 청원의 이유와 취지를 명시하고, 필요한 경우에는 서류 기타 참고자료를 첨부하여야 한다. 국회나 지방의회에 청원을 하려는 자는 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 하며, 청원서는 청원사항을 주관하는 관서에 제출하고, 어떠한 처분을 요구하거나 처분의 시정을 요구하는 청원서는 처분관서에 제출해야 한다.

헌법 제26조제2항은 수리와 심사의 의무만을 규정하고 있으나, 청원법은 그 결과를 청원인에게 통지할 의무까지 규정하고 있으나 그에 대한 재결이나 결정을 해야 할 의무는 없다. 청원법은 ‘청원을 하였다는 이유로 차별대우를 받거나 불이익을 강요당하지 아니한다’라고 규정하고 있으며, 청원을 하였다는 이유로 공무원이 청원인을 차별대우하거나 불이익을 주는 때에는 처벌을 받도록 규정하고 있다.

#### ◆ 체포감금죄(逮捕監禁罪)

형법 제276조제1항은 “사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 즉 체포감금죄는 불법하게 사람을 체포 또는 감금하여 사람의 신체적 활동의 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다.

감금은 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이러한 장애는 물리적·유형적 장애뿐만 아니라 심리적·무형적 장애에 의해서도 가능하고, 또한 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없고 반드시 전면적인 자유의

박탈일 필요는 없고 특정구역 내에서도 일정한 생활의 자유가 보장되어도 감금죄는 성립한다.

대법원은 “감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고, 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것인바, 설사 피해자가 경찰서 안에서 직장동료인 피의자들과 같이 식사도 하고 사무실 안팎을 내왕하였다 하여도 피해자를 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형, 무형의 억압이 있었다면 이는 감금행위에 해당한다”(1991.12.30. 대판 91 모 5)라고 판시하고 있다.

◆ 체포·구속이유등고지제도(逮捕·拘束理由등告知制度)

수사기관은 인신의 자유를 제한하는 체포 또는 구속을 하는 경우에는 체포·구속사유 등을 고지하여야 한다. 즉 수사기관이 피의자를 체포 또는 구속한 때에는 즉시 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 피의자에게 알려야 한다. 영장에 의한 체포뿐만 아니라 긴급체포, 현행범 체포의 경우에도 이러한 고지를 하여야 한다. 이러한 고지없이 체포구속을 행하는 경우에 위법한 절차에 의한 체포 또는 구속이 되며, 이에 대하여 폭행을 행사하였다고 해도 정당방위가 성립될 수 있다. 그리고 이러한 고지없이 수집된 증거는 증거능력이 배제될 수도 있다.

◆ 체포·구속적부심사제도(逮捕·拘束適否審査制度)

체포·구속심사제도란 수사기관에 의해 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 체포 및 구속의 적법성과 계속의 필요성을 심사하여 체포·구속이 부적법·불필요하다고 인정되는 경우에는 피의자를 석방하는 제도를 말한다. 이는 수사단계에서 체포 또는 구속된 피의자를 석방하기 위한 제도인 점에서 피고인까지를 대상으로 하는 보석제도와 구별되며, 법원이 심사한다는 점에서 검사가 구속된 피의자를 석방하는 구속취소제도와의 구별된다. 현행 형사소송법 제214조의2제1항은 “체포영장 또는

구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다”라고 규정하여 체포·구속적부심사제도를 인정하고 있다. 우리나라의 체포·구속적부심사제도는 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 발부를 요건으로 하고, 피의자의 구속은 법관이 발부한 영장에 의할 뿐만 아니라, 체포 또는 구속의 적부여부 이외에도 구속계속의 필요성까지 심사의 대상으로 한다는 점에서 독일 형사소송법상의 구속심사제도와 유사한 성격을 가지고 있다. 이러한 의미에서 체포·구속적부심사제도는 법관이 발부한 영장에 대한 재심절차 내지 항고적 성격을 가진다고 할 수 있다. 형사소송법에 의할 때, 체포·구속적부심사의 청구권자는 체포영장 또는 구속영장에 의해 체포·구속된 피의자와 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족, 동거인, 고용주이다. 즉, 피의자 및 피의자와 일정관계에 있는 자에게 청구권이 부여되어 있는데, 이중에는 동거인이나 고용주도 포함시켰다는 특색을 지닌다. 청구권자는 피의자에 한하므로 피고인은 체포·구속적부심사를 청구할 수 없다. 영장없이 체포된 피의자에 대하여 긍정설은 헌법적 형사소송주의에 기초하여 헌법 제12조제6항에서 “누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 수 있다”라고 규정하고 있으므로 비록 영장에 의하지 않고 체포된 피의자, 즉 임의동행의 형태로 체포되거나 긴급체포 또는 현행범체포로 인하여 체포되어 아직 구속영장이 발부되지 않은 피의자 등 사실상 수사기관에 의하여 구금상태에 있는 자는 누구나 체포적부심사를 청구할 수 있다고 해석하는 견해로 현재 우리나라의 다수설과 판례의 입장이다.

#### ◆ 체포영장(逮捕令狀)

피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 경우에 체포영장을 발부하여 체포할 수 있다(형소법 제200조의2제1항). 따라서 체포의 요건으로는 범죄혐의의 상당성과 출석요구의 불응 또는 불응의

우려가 필요하다. 체포영장은 검사가 청구하여 지방법원판사가 발부한다. 체포영장의 집행에 있어서 체포영장을 소지하고 이를 제시해야 하는가에 대하여 대인적 강제처분에는 긴급한 사정이 있는 경우에는 사후에 영장을 제시해도 된다. 다만 대물적 강제처분은 긴급강제가 허용되지 않는다.

◆ 초상게재권(肖像揭載權)

→ 퍼블리시티권(right of publicity)

◆ 최저임금제(最低賃金制)

헌법 제32조제1항의 최저임금제라 함은 국가가 법적 강제력을 가지고 임금의 최저한도를 획정하여 그 이하의 수준으로는 사용자가 근로자를 고용하지 못하도록 함으로써 상대적으로 불리한 위치에 있는 근로자를 보호하려는 제도를 말한다. 이는 임금이 산업구조·기업규모·경영방식에 따라서는 생활급에 미달될 가능성이 없지 아니하다는 우려 때문에, 근로자에게 최소한의 생활급을 직접 헌법의 수준에서 보장하려는 것이다. 최저임금법은 최저임금의 결정기준과 관련하여 “최저임금은 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금 및 노동생산성을 고려하여 사업의 종류별로 구분하여 정한다”(최저임금법 제4조제1항)라고 규정하고 있다.

◆ 추상적 권리설(抽象的 權利說)

사회적 기본권의 법적 성격에 관한 학설 중 하나인 추상적 권리설은 프로그램적 규정설에 대한 비판적 입장에서 사회적 기본권은 비록 추상적인 것일지라도 법적 권리이며, 국가의 의무이행이 사법적 절차에 의하여 강제될 수 없을지라도 사회적 기본권보장을 위한 국가적 의무는 헌법에 의거한 법적 의무라고 하는 학설이다.

◆ 추상적 규범통제(抽象的 規範統制, abstrakte Normenkontrolle)

추상적 규범통제는 구체적 소송사건과는 관계없이 법률 그 자체의 위헌여부를 추상적으로 심사하고, 위헌으로 판단되면 법률의 효력을 상실

하게 하는 제도를 말하며, 추상적 위헌심사 또는 추상적 규범심사라고도 한다. 추상적 규범통제는 헌법법원형에서 행해지는 것이 통례이며, 구체적인 소송사건을 매개로 하지 아니하고 일정한 조건을 구비한 제소권자에게 위헌심사청구권을 부여하며, 위헌심사청구의 주체 역시 위헌법률에 의하여 자신의 권리가 침해당한 자에 한정하지 아니하며, 기본권의 침해가 없는 자도 위헌심사의 청구가 가능하다. 그리고 위헌심사청구권자의 범위를 확대하면 할수록 헌법침해를 감시하는 자의 범위가 확대되어 헌법수호가 강화되지만 남소(濫訴)의 폐단이 따르고 헌법법원이 정쟁의 장소가 될 우려가 있다.

독일기본법에 의하면 연방정부 및 주정부와 연방의회의 3분의 1이상의 의원은 연방법이나 주법이 기본법에 적합한가에 관하여 연방헌법법원에 해석을 구할 수 있다(독일기본법 제93조제1항). 1958년의 오스트리아 헌법, 1948년의 이탈리아 헌법에도 이와 유사한 제도가 규정되어 있다. 그리고 의회를 통과하여 공포절차를 마쳤으나 아직 법률로서 효력이 발생하지 아니한 법률에 대해서도 위헌심사를 인정하고 있다(BVerfGE 1, 396).

#### ◆ 추후보도청구권(追後報道請求權 : 釋明權)

추후보도청구권은 언론기관이 개인의 명예나 권리를 침해한 경우, 그 피해에 대한 구제제도로서 정기간행물과 방송에 의하여 범죄혐의가 있거나 형사상의 조치가 있었다고 보도 또는 방송된 자가 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결된 때에는 그 날로부터 1월 이내에 서면으로 발행인·편집인 또는 방송사업자에게 이 사실에 관한 추후보도의 게재나 사후방송을 청구할 수 있는 권리를 말한다(정기간행물의등록등에관한법률 제20조, 방송법 제91조제8항). 그 청구·중재 및 법원의 심판절차에 관해서는 반론보도청구권에 관한 규정이 준용된다.

#### ◆ 충격보호관찰(衝擊保護觀察)

형법 제62조는 “3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 양형사유를 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상

5년 이하의 기간동안 형의 집행유예를 선고할 수 있다”라고 규정하고 있다. 문제는 형의 일부에 대하여 집행유예가 인정되는가에 대한 명확한 입장을 밝히지 않고 있다. 미국이나 영국·프랑스·벨기에·오스트리아 등에서 인정하고 있는 형의 일부에 대한 집행유예제도를 충격적 보호관찰제도라 한다. 이는 미국의 경우 90일에서 120일에 해당하는 단기간의 실행집행 이후에 잔형에 대하여 집행을 유예하는 방법을 말한다. 오스트리아는 자유형뿐만 아니라 벌금형에 대한 일부의 집행유예제도를 인정하고 있다.

◆ 충성선서(忠誠宣誓)

충성선서라 함은 공직자의 재직요건 또는 임용요건으로서 헌법이나 국가에 대한 충성을 선서하게 하거나 그들의 반국가성을 심사하여 공직을 박탈하거나 임용을 거부하는 것을 말한다. 공직자의 헌법에 대한 충성선서와 국가에 대한 충성선서는 공직자가 국민전체의 봉사자라는 점에 비추어 당연한 것이므로 헌법상 문제될 것이 없으나 공직자의 재직요건 또는 임용요건으로서 행정부나 여당의 충성선서를 요구하는 것과 같은 것은 양심의 자유와 공무원의 정치적 중립성을 침해하는 것이 되므로 헌법 위반이 될 것이다.

◆ 치료감호(治療監護)

치료감호는 심신장애와 중독자를 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 행하는 보호처분을 말한다. 심신장애자로서 형법 제10조제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없는 심신상실자나 동조2항의 규정에 의해 형이 감경되는 심신미약자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때에는 치료감호를 선고할 수 있다. 치료감호자의 병명은 주로 정신분열증, 정신지체, 성격장애, 간질 등이 해당한다. 그리고 마약이나 기타 약물에 의하여 중독되거나 습벽이 있는 자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때에는 치료감호를 선고할 수 있다. 치료감호시설에의 수용기간에 제한이 없다는 점이 문제점으로 지적되고 있다. 치료감호는 형보다 먼저 집행된다.

## ◆ 친고죄(親告罪)

친고죄란 고소권자의 고소가 있는 경우에 한하여 공소를 제기할 수 있는 범죄를 말한다. 형법상 친고죄에는 강간죄, 간통죄, 강제추행죄, 혼인빙자간음죄, 모욕죄, 결혼목적약취유인죄 등이 있다. 특히 청소년의성보호에관한법률 제10조의 청소년에 대한 강간 및 강제추행 등의 죄가 친고죄라는 규정이 없음에도 친고죄로 보는 것이 우리 대법원의 태도이다(2001. 6. 15. 대판 2001 도 1017). 친고죄는 고소권자의 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있으므로 고소권자의 고소없이 제기된 공소는 공소기각의 대상이 된다. 즉 고소는 친고죄의 경우에 있어서 소추조건 또는 소송조건으로 된다. 일반적으로 친고죄로 규정된 범규정을 살펴보면, 그 피해가 경미하여 당사자간의 자율에 의하여 상호갈등을 해소할 수 있는 범죄피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 국가형벌권의 발동을 요하지 않는 범죄이거나, 혹은 청소년성보호법 제10조의 규정과 같이 친고죄라는 명문의 규정이 없는 경우에는 비친고죄로 해석하여야 함에도 본법의 입법취지가 청소년을 보호하는데 있고 이를 비친고죄로 해석하여 성폭행을 당한 모든 청소년을 그의 의사에 불구하고 조사를 하게 되면 오히려 청소년의 보호에 역행하게 될 여지도 있다고 하면서 친고죄로 보아야 한다는 법원의 태도에서도 알 수 있는 것처럼 대부분의 범죄가 성에 관련되어 있어 범죄를 기소하여 공개하는 것이 오히려 피해자의 명예를 해할 우려가 있는 경우, 친고죄로 규정하고 되고 있다. 즉 다시 말해서 국가형벌권의 발동은 당사자간의 자율적인 상호갈등이 해결되지 못한 경우에 한해서 국가가 개입하는 국가 형벌권의 보충성을 규정한 것이라 할 수 있다.

친고죄의 종류에는 크게 절대적 친고죄와 상대적 친고죄로 나눌 수 있다. 절대적 친고죄는 범인이 피해자와 어떠한 관계가 있는지의 여부와 관계없이 명문의 규정으로 친고죄로 되는 경우를 절대적 친고죄 혹은 본래의 의미의 친고죄라고 한다. 상대적 친고죄란 피고인이 피해자와 일정한 신분관계가 있을 때에 한하여 친고죄가 되는 경우로 예를 들어 친족간의



절도 또는 친족간의 사기·공갈·횡령·배임·장물죄 등이 그것이다. 그리고 청소년성보호법 제10조처럼 법원의 해석에 의한 친고죄가 있다. 상대적 친고죄에 있어서는 그 고소는 신분관계가 있는 특정인을 범인으로 하는 것으로 고소인이 그 특정인을 지정하지 않는 한 고소의 효력은 없다고 보아야 할 것이다. 그러나 절대적 친고죄의 경우에는 범죄사실을 지정하면 되고 범인을 특정할 필요는 없다.

◆ 침묵의 자유(沈黙의 自由)

침묵의 자유라 함은 인간의 내면세계에서 결정되거나 형성된 양심을 언어 등 외부에 표명하도록 강제받지 아니하는 양심의 자유의 내용을 이루는 것으로 좁은 의미의 묵비(默秘)의 자유이다. 침묵의 자유로부터 양심추지의 금지와 양심에 반하는 행위의 강제금지가 파생된다.

◆ 쾌적한 주거생활권(快適한 住居生活權)

쾌적한 주거생활권은 인간다운 생활에 필수적인 쾌적한 주거생활의 확보를 위하여 국가에 대해 일정한 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리로써 환경권의 구체적 내용을 이루는 권리를 말한다. 헌법 제35조제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”라고 하여 쾌적한 주거생활권을 보장하고 있다.

쾌적한 주거생활권은 인간다운 생활을 확보하기 위한 청구권적 기본권인 동시에 사회적 기본권의 하나이므로, 국민은 국가에 대하여 적극적인 주택정책을 통하여 쾌적한 주거생활을 보장하여 줄 것을 요구할 수 있고, 국가는 이에 대한 의무를 진다. 헌법재판소는 “토지초과이득세법은…헌법이 보장하고 있는 인간다운 생활을 할 권리와 헌법상의 국가의 사회보장·사회복지증진의무 및 국가의 쾌적한 주거생활보장의무에도 배치된다”(헌재 1994. 7. 29.[92 헌마 49 등(병합)])고 판시하고 있다.

쾌적한 주거생활권은 국민이 국가에 대하여 ①쾌적한 주거를 개발하고 공급할 주택정책의 수립을 요구할 수 있고, ②쾌적한 주거생활에 필수적인 환경조성을 요구할 수 있으며, ③양질의 주택에서 건강하고 문화적인

주거생활을 영위할 수 있도록 국가에 대해 요구할 권리 등을 그 내용으로 하고 있다.

#### ◆ 토지재산권(土地財産權)

토지는 가장 중요한 재산권의 객체이며, 토지재산권은 토지의 지표뿐만 아니라 일정한 범위의 지상과 지하에 미친다. 토지재산권은 그 밖의 재산권에 비하여 가중된 사회적·공공적 구속을 받게 된다. 이는 토지는 인간의 생존과 생산을 위한 불가피한 기초로서의 공익성·경제성, 유한성, 공간적 고정성·항구성, 비대체성, 수요의 증대성 등의 특징을 가진다는 점에서 그 이유를 찾을 수 있으며, 헌법적 근거로는 사회국가의 원리, 사회적 시장경제질서, 재산권보장의 상대성 등이라 할 수 있다. 토지재산권에 규제를 가하려면 성숙요건으로서 소수 대지주들에 의한 토지의 독점화 또는 극심한 토지투기 등으로 지가가 급상승하여 규제의 필요성이 절실하고, 절차적 요건으로서 토지재산권에 대한 규제는 입법을 통해서만 가능하고 무상몰수나 전면적 사회화는 허용되지 아니하며, 보상요건으로서 토지재산권에 대한 가중된 규제로 재산권자가 입게되는 손실에 대해서는 보상이 행해져야 한다.

토지재산권에 대한 규제의 유형으로는 토지의 국·공유화, 토지소유의 상한제한, 토지재산권의 권능제한 등이 있으며, 특히 논란의 대상이 된 것은 토지거래허가제와 토지개발제한구역(그린벨트)제도 및 개발부담금제도 등이다. 헌법재판소는 토지거래허가제에 관하여 합헌으로 판정하였으며(헌재 1989. 12. 22.[88 헌가 13]), 그린벨트제도에 관하여는 제도 자체는 합헌이지만 정부가 이에 대하여 보상하지 아니하는 것은 재산권을 지나치게 침해하는 것으로 위헌이라는 헌법불합치판정을 내린 바 있다(헌재 1998. 12. 24.[89 헌마 214 등(병합)]). 개발부담금제도에 관하여는 “사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 인가 등을 받아 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분과 투입된 비용을 초과하여 개발이익이 생긴 경우, 그 일부는 불로소득적인 이익이므로 그 보호가치가 그다지 크지 않은 반면, 토지에

대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진함을 목적으로 하는 개발부담금제도의 공익적 가치는 매우 중요하다”(헌재 2001. 2. 22.[98헌바 19])라고 판시하였다.

토지재산권에 대한 제한은 사회국가·법치국가·민주국가의 원리 등을 유린하지 아니하는 한계내에서 이루어져야 한다. 사회국가적 한계로서 전국의 토지를 일시에 전면적으로 제한하는 규제입법은 허용되지 아니하고, 법치국가적 한계로서 토지재산권의 규제조치는 법률에 의해야 하며, 민주국가적 한계로서 토지재산권에 대한 규제조치는 규제입법과정이나 규제행정과정에서 주민이나 이해관계인의 참여를 보장하는 것이어야 한다. 즉, 토지재산권에 대한 규제입법은 다른 기본권을 제한하는 입법과 같이 과잉금지 원칙을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니된다.

◆ 통신의 자유(通信의 自由 : 通信의 秘密의 不可侵)

통신의 자유라 함은 개인이 그 의사나 정보를 우편물이나 전기통신 등의 수단에 의하여 전달 또는 교환하는 경우에 그 내용 등이 본인의 의사에 반하여 공개되지 아니할 자유를 말한다. 여기에서 우편물은 우편법에 의한 통상우편물과 소포우편물을 말하고, 전기통신은 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다. 헌법 제18조는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다”라고 하여, 통신의 비밀의 불가침을 내용으로 하는 통신의 자유를 보장하고 있다.

통신이라 함은 좁은 의미로는 격지자간의 의사의 전달을 말하고, 넓은 의미로는 신서·전화·전신·텔레кс·팩스·전자우편·인터넷·그 밖의 우편물 등 체신기관과 컴퓨터기기에 의하여 다루어지는 격지자간의 의사의 전달과 물품의 수수를 말한다. 헌법 제18조의 통신의 개념은 넓은 의미로 이해되고 있으므로, 모든 방법에 의한 격지자간의 의사전달과 물품수수의 내용여하·형태여하·당사자여하·조달방법여하 등의 비밀을 의

미한다. 불가침이라 함은 봉한 신서에 관해서는 통신사무에 종사하는 공무원이 그것을 개봉하거나 발·수신자 및 내용을 인지함을 금지한다는 뜻이며, 봉합하지 아니한 통신에 관해서는 그 문면뿐만 아니라 발신인·수신인의 성명·거소·발신회수 등을 직무상 지득한 공무원이 제3자에게 누설하는 것을 금지한다는 의미이다. 사인도 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하거나 녹음하지 못하므로, 통신의 불가침은 열람의 금지·청취와 녹음 등의 금지·누설의 금지·공개의 금지 등을 그 내용으로 한다.

헌법상 보장되는 통신의 자유는 합법적이고 정당한 통신만을 그 대상으로 하며, 헌법질서를 침해하거나 범죄를 모의하거나 타인의 권리행사를 방해하기 위한 행위를 보호하는 것은 아니라는 한계를 가진다. 최근 통신의 자유의 한계와 관련하여서는 전화의 역탐지와 발신자전화번호통보제도 등이 문제되고 있다. 통신의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 바, 이에 관한 대표적인 법률이 통신비밀보호법이며, 기타 국가보안법·형사소송법·행형법·파산법·전과법 등이 있다. 또한 통신의 자유를 정당하게 제한하기 위하여 우편물의 검열·압수 또는 전기통신의 감청에도 영장주의의 적용에 관하여는 명문의 규정이 없으나 형사소추를 위한 통신비밀침해의 경우에는 압수·수색에 관한 영장주의가 적용되어야 한다.

#### ◆ 통치기능이론(統治機能理論, government function theory)

통치기능이론은 기본권의 제3자적 효력에 관한 미국의 판례이론(Smith v. Allwright, 321 U.S. 649(1944); Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501(1946); Terry v. Adams 345 U.S. 461(1953))으로서 정당이나 사립대학 등 실질적으로 통치적 기능이나 행정적 기능을 수행하는 사적 집단에 의한 인권침해행위를 국가적 행위로 간주하여 헌법의 규제에 따르게 하려는 이론이다. 예컨대 정당이 예비선거에서 흑인의 투표를 거부하면 예비선거도 공식선거의 일부이고 주헌법이 인정하고 있는 제도이므로 그 인종차별행위는 위헌적인 국가적 행위가 된다는 이론이다.

◆ 특별감형(特別減刑)

→ 감형참조

◆ 특별사면(特別赦免)

특별사면은 형의 선고를 받은 특정인에 대하여 대통령이 하는 사면을 말한다. 특별사면의 효력은 형의 집행이 면제되지만 특별한 사정이 있는 경우에는 형의 선고의 효력을 상실하게 할 수도 있다.

특별사면과 관련된 사례로는 징역형의 집행유예와 벌금형을 병과받은 자에 대하여 징역형 부분에 대한 특별사면이 있는 경우, 벌금형 부분에도 사면의 효력이 미치는지 여부에 대하여 형법 제41조, 사면법 제5조 제1항제2호, 제7조 등의 규정의 내용 및 취지에 비추어 보면, 여러 개의 형이 병과된 사람에게 대하여 그 병과형 중 일부의 집행을 면제하거나, 그에 대한 형의 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있는 경우, 그 특별사면의 효력이 병과된 나머지형에까지 미치는 것은 아니므로 징역형의 집행유예와 벌금형이 병과된 신청인에 대하여 징역형의 집행유예의 효력을 상실케 하는 내용의 특별사면이 그 벌금형의 선고의 효력까지 상실케 하는 것은 아니다. 형사소송법 제420조는 '유죄의 확정판결'에 대하여 일정한 사유가 있는 경우에 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 특별사면에 의하여 유죄의 판결의 선고가 그 효력을 상실하게 되었다면 이미 재심청구의 대상이 존재하지 아니하여 그러한 판결이 여전히 유효하게 존재함을 전제로 하는 재심청구는 부적법함을 면치 못한다.

◆ 특별예방주의(特別豫防主義)

범죄예방의 대상을 범죄인 자체에 두고, 형벌은 범죄인이 다시 범죄를 범하지 않도록 예방함에 그 목적이 있다는 주의를 말한다. 소극적 특별예방은 범죄자 개인이 장래에 다시 범죄를 저지르지 않도록 하기 위해 형벌을 체험하게 하는 것을 말한다. 이에 반하여 적극적 특별예방주의는

유죄판결선고시 형집행을 통하여 범죄자가 장래에는 정상적인 사회인으로 복귀하여 건전한 생활을 할 수 있도록 범죄자에게 적극적으로 교육이나 교화를 통하여 범죄인에게 영향력을 행사하는 것을 말한다.

◆ 틈새지역(틈새地域)

틈새지역이란 인구이동이 많은 지역에서 흔히 볼 수 있는 것으로 과거의 지배적인 사회관계는 와해되었지만 아직까지 새로운 관계가 형성되어 있지 않은 지역을 말한다. 틈새지역의 특징은 원래 거주하였던 원주민이 전출해 나가고 새로운 주민이 전입하여 옴으로써 주민들간의 이웃관계가 결여되어 있다는 특징이 있다. 이에 따라서 주민들간의 조직은 과도기적인 형태이며 주민들도 지역에 대한 애착이 적어 지역사회의 평판을 외면하고 외관에 전혀 신경 쓰지 않는다. 이웃간의 공동체의식은 당연히 찾아볼 수 없다. 따라서 청소년의 비행에 대한 질책이나 계도할 능력이 낮은 지역을 말한다. 따라서 이러한 지역에서는 청소년 비행으로 갈등에 놓여지고 다른 문화권의 상충된 규범에 의하여 항상 문제점을 야기할 수 있는 지역을 말한다.

◆ 퍼블리시티권(right of publicity : 肖像揭載權)

퍼블리시티권은 사회적으로 저명한 사람이 자신의 이름이나 사진 혹은 모습 등이 상업적으로 부당하게 이용되는 것을 방지하기 위하여 보호되는 유명도에 관한 개인적 권리로서 새로운 지적 재산권의 일종으로서 보호하고자 하는 권리를 말한다.

◆ 평등권(平等權)

평등권이라 함은 국가로부터 부당하게 차별대우를 받지 아니함은 물론 국가에 대하여 평등한 처우를 요구할 수 있는 개인의 주관적 공권을 말한다. 헌법 제11조제1항후단은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하여 근대헌법의 기본원칙인 평등권을 규정하

고 있다. 이러한 평등권의 성격은 전국가적 자연권성, 주관적 공권성, 기능적·수단적 권리성, 차별대우금지와 평등보호의 양면적 권리성, 객관적 법질서성을 가지며, 헌법에 규정된 차별금지사유와 차별금지영역은 예시적인 것에 불과한 것으로 헌법에 규정되지 아니한 사유와 영역에 있어서도 평등권은 보장되어야 한다.

◆ 평등선거의 원칙(平等選舉의 原則)

평등선거는 차등선거 또는 불평등선거에 대응하는 선거원칙으로서 모든 선거인이 1표씩을 가지는 1인1표제와 더불어 모든 선거인의 투표가치를 평등한 것이 되게 하는 1표1가제를 원칙으로 하는 선거제도를 말한다. 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로 첫째, 투표의 수적 평등을 요구하는 것으로 투표의 수적 평등이라 함은 복수투표제를 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표씩을 인정함을 말한다. 둘째, 평등선거의 원칙은 투표의 성과가치의 평등을 요구하는 것으로 투표의 성과사치의 평등이라 함은 1표의 가치가 대표자 선정에 기여한 정도면에서 평등하여야 함을 말한다. 셋째, 평등선거의 원칙은 선거참여자의 평등을 요구하는 것으로 특히, 피선거권의 측면에서 무소속입후보자나 정당이외의 단체를 정당과 차별해서는 아니된다. 그러나 합리적인 이유가 있는 한 제한이 허용되므로, 예를 들면 일정률 이상을 득표한 정당에 대해서만 비례대표제에 의한 의석을 배분하는 봉쇄조항은 합헌이다.

평등선거의 원칙에도 불구하고 선거구획정 여하에 따라서는 평등선거의 원칙이 사실상 왜곡되는 경우가 있는 바, 투표가치가 표면상으로는 평등하지만 실질적으로는 어떤 지역의 표가 다른 지역의 표의 몇 분의 1의 가치밖에 되지 아니하는 경우도 있기 때문이다. 특히 문제가 되는 것은 불합리한 선거구획정 등으로 선거구간에 인구비례라든가 의원정수 배분에 불균형이 초래되는 경우이다. 이와 관련하여 우리 헌법재판소는 1996년 4월 11일에 실시될 예정이던 제15대 국회의원총선거에 앞서 1995년의 ‘공직선거및선거부정방지법[별표1]’의 선거구구역표에 의한 선거구획정으로 인하여 선거구간의 인구편차가 심하여 헌법상 보장된

청구인들(분당구의 유권자들)의 평등권과 선거권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원심판청구사건에서 “모든 선거인이 투표가치에 있어서 평균적인 선거권을 누릴 수 있도록 하는 것이 헌법이 지향하는 이상이며…선거권의 개념에 ‘평균적인 투표가치’가 포함되어 있다”라고 하면서, “공직선거및선거부정방지법 제25조제2항에 의한 동법[별표1] ‘국회의원 지역선거구구역표’는 헌법에 위반된다”고 결정하였다. 이러한 관점에서 헌법재판소는 1995년 12월 27일 국회의원지역선거구간 인구편차가 4:1을 초과할 경우에는 위헌이라 판시한 바 있으며, 2001년 10월 25일의 결정에서는 3:1(평균인구수기준 상하 50%편차)을 초과한 것을 위헌으로 결정하면서, 당시 공직선거법의 선거구역표를 2003년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다는 헌법불합치 결정을 내렸다.

#### ◆ 폭행죄(暴行罪)

폭행죄는 사람의 신체에 대하여 폭행한 자를 처벌하는 범죄를 말한다. 여기서 폭행이란 일반적으로 신체에 대하여 유형력을 행사하는 것을 말한다. 형법상 폭행의 종류에는 대상을 무엇인가를 묻지 않고 모든 유형력의 행사를 포함하는 최광의의 폭행(소요죄, 다중불해산죄), 사람에 대한 직접 또는 간접의 유형력의 행사를 말하는 광의의 폭행(공무집행방해죄, 특수도주죄, 강요죄 등), 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 말하는 협의의 폭행(폭행죄, 특수공무원폭행죄), 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 유형력의 행사를 말하는 최협의의 폭행(강간죄, 강도죄)으로 나누어진다. 본죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사만을 말한다. 폭행죄와 관련된 사례를 살펴보면 “거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 있으면 폭행죄가 성립한다”(2003. 1. 10. 대판 2000 도 5716)라고 하였다.



◆ 프로그램적 권리설(프로그램的 權利說 : 立法方針規定說)

사회적 기본권의 법적 성격에 관하여는 프로그램적 권리설과 법적 권리설이 있으며, 법적 권리설은 다시 추상적 권리설과 구체적 권리설로 나누어지고 있다. 그 중 프로그램적 권리설은 사회적 기본권에 대하여 그 구체적·현실적 권리성을 부인하고 국가의 사회정책적 목표 내지 정치적 강령을 선언한 것에 불과한 것이므로 국가가 그 권리의 실현에 필요한 입법 또는 시설을 하지 아니하는 한 그에 관한 헌법규정만으로는 국가에 대하여 그 의무이행을 재판상 청구할 수 없으며, 그에 관한 입법의 태만을 헌법위반이라 하여 사법적 구제를 구할 수 없다고 주장하는 학설이다. 프로그램권리설의 이론적 근거는 첫째, 사회적 기본권은 국가의 사회적·경제적 역량, 특히 재정적 능력에 크게 의존하는 것이므로, 헌법에서 사회적 기본권을 규정하고 있는 경우에도 현실적으로 국가와 국민전체의 경제력이 이에 미치지 못하면, 그것은 단지 사회정책의 기본방침으로서 장래에 대한 정치적 공약을 선언한 것에 불과하다는 것, 둘째, 사회적 기본권에 관한 헌법규정은 사회적 기본권을 법적 권리가 되게 하는데 필요한 구체적 입법, 즉 누가·어떤 조건하에서·어떤 내용을·어떤 경우에·어떠한 절차와 방법에 따라 요구할 수 있는가 하는 것 등이 명문으로 규정되어 있지 않으므로, 단지 프로그램규정에 지나지 않는 것이라고 한다.

프로그램적 권리설은 종래의 지배적 견해였으나, 최근에는 법적 권리설로 변화하고 있다. 이는 사회적 기본권을 단순한 국가적 목표나 강령으로 파악하는 것은 본질적으로 헌법이 사회적 기본권을 명문의 규정으로서 보호하고자 하는 근본취지에 어긋나는 것이며, 보장방법이 애매하다는 것은 사회적 기본권이 권리로서 불완전하다는 것을 시사하는 것이지만, 사회적 기본권의 권리성을 부인할 근거는 아니라는 비판이 제기되고 있다.

◆ 플레비지트(Plebizit)

플레비지트는 국민표결권을 행사하는 수단 중의 하나로서 대체로 헌법상 제도화되어 있지 아니한 새로운 통치질서의 정당성이나 집권자의 계속집권여부에 관하여 신임을 묻는 국민표결제이다. 플레비지트는 국민투표로써

영토의 귀속이나 집권자에 대한 신임을 확인하는 것으로 국민투표의 형식을 띠면서도 실질적으로는 전체적 지배를 정당화하는 수단으로 악용되는 경우도 있다. 이러한 플레비지트를 이용한 독재를 특히 국민투표제적 독재제(plebiscitary dictatorship)라 한다.

우리나라에서 1969년 10월 17일 및 1975년 2월 12일의 헌법개정안에 대한 국민표결은 의안에 대한 국민투표로서의 성격과 대통령에 대한 신임투표로서의 성격을 아울러 가진 것이었으며, 1802년의 나폴레옹의 국민투표, 1933년의 히틀러의 국민투표, 1958년 2월의 이집트와 시리아가 연합국가를 형성하여 이집트대통령 Nasser를 아랍연합공화국의 원수로 지명하는 것에 관하여 행하여진 국민투표 등이 플레비지트의 예에 해당한다.

◆ 피선거권(被選舉權)

→ 공무담임권

◆ 피의자신문조서(被疑者訊問調書)

피의자신문조서란 수사기관, 즉 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하여 그 진술을 기재한 조서를 말한다. 피의자신문조서에는 변호인의 참여권이 보장되지 않고, 수사기관의 객관의무도 사실상 기대할 수 없기 때문에 그 신용성이 문제된다고 할 것이다. 따라서 피의자신문조서는 일정한 요건아래 증거능력이 인정된다. 다시 말하면 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 원진술자에 의하여 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거능력이 인정되고, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 변호인이나 피고인이 그 내용을 인정하여야 증거로 할 수 있다. 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 전제는 조서에 기재된 진술의 임의성이 인정되어야 한다.

◆ 피해자보호(被害者保護)

형사절차에서 피해자는 고소권자가 되며, 고소는 수사의 단서가 되거나 소송조건이 된다. 따라서 범죄피해자는 자기의 의사에 의하여 국가의

공식적인 수사를 진행시킬 수 있는 지위를 가지게 된다. 따라서 형사피해자보호를 위한 다양한 제도적 장치를 법적으로 마련하고 있다.

검사는 수사종결처분의 내용을 고소권자에게 통지하여야 하고, 검사의 수사종결의 내용이 불기소처분인 경우에는 고소권자의 요구가 있는 때에는 그 이유까지 고지하여야 한다. 그리고 검사가 범죄자를 불기소처분하게 된다면 피해자는 검찰청법상 항고·재항고를 할 수 있고, 일정한 범죄에 한하여 고등법원에 재정신청을 할 수 있으며, 최후의 수단으로 헌법소원도 제기할 수 있다.

그리고 고소·고발한 피해자가 범죄자에게 보복 당하지 않도록 하기 위하여 보호하게 된다. 예를 들어 범죄인이 보복의 우려가 있는 경우에는 보증금납입조건부피의자보석의 예외사유로 규정하여 범죄피해자보호를 도모하고 있다. 그리고 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률은 수사공무원에게 피해자의 사생활보호 및 비밀엄수의 의무를 부과하고, 피해자를 위한 상담과 보호제도를 두어 성폭력피해여성들의 인격에 특별한 보호조치를 강구하고 있다. 가정폭력방지법, 아동복지법, 노인복지법 등에서 아동과 60세 이상의 노인의 보호를 담당하는 자 내지 의료인에 대하여 가정폭력범죄의 신고의무를 부과하고 있고, 직계존속에 대하여도 고소할 수 있게 하고 있다. 공판절차에서 피해자 보호를 위해 범죄피해자의 재판정 진술권을 보장하고 있다.

또한 배상명령제도 등을 통하여 피해자의 보호를 현실적으로 신속하게 이루어지도록 하였고, 범죄피해자구조법을 통하여 사람의 생명 또는 신체를 해하는 범죄행위로 인하여 사망한 자의 유족이나 중장해를 당한 자를 구조함으로써 범죄피해자를 보호하고 있다. 최근의 논의는 아동성폭력이나 성범죄에 관련하여 피해자에게 변호인의 선임을 인정하여 변호인의 조력을 형사절차의 전단계에서 받을 수 있게 하자는 논의도 있다.

◆ 피해자없는 범죄(被害者없는 犯罪)

범죄는 일반적으로 가해자와 피해자가 확연하게 구별된다. 그러나 피해자없는 범죄의 경우에는 그러하지 않다. 예를 들어 마약매매, 매춘행

위, 낙태, 성기노출 등의 음란행위, 포르노 영업 등과 같은 범죄는 실정 법상 범죄로 규정되어 있지만, 이들은 어떠한 재화나 행위를 강하게 원하는 사람들 사이에서 서로 동의하에 행해지는 교환행위이거나 지극히 개인적 범죄피해자가 없는 공공법익에 관한 범죄에 해당한다. 이러한 범죄는 피해자가 특정되기 어렵거나 혹은 없고, 가해자와 피해자의 구분이 모호하다는 문제점이 있다. 특히 이러한 범죄는 피해자가 모호하여 수사 기관에 신고되는 가능성이 작아서 대부분 암수범죄로 남는다는 부작용이 있다. 따라서 이러한 범죄의 경우, 처벌의 타당성과 실효성을 검토하여 비범죄화할 필요성이 제기된다. 그리고 현대사회를 위험사회로 규정하면서 예방형법의 등장과 더불어 추상적 위험범이 확대되고, 형벌이 전치화되는 시점에서 환경범죄나 경제범죄 등의 영역에서 이러한 피해자없는 범죄의 영역이 확대되고 있다.

#### ◆ 피해자의 승낙(被害者の承諾)

피해자가 자기의 법익에 대한 처분을 허락하거나 동의한 경우에는 가해자의 행위는 위법성이 조각되는 것을 말한다. 따라서 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각되기 위해서는 그 법익을 처분할 수 있는 자의 승낙이 있어야 하고, 법률에 특별한 규정이 없어야 하며, 승낙으로 인하여 침해되는 법익이 그 정도나 방법이 사회상규에 위배되지 않아야 하고, 승낙은 행위당시에 있어야 한다. 그러므로 생명은 승낙에 의하여 처분할 수 있는 법익이 아니기 때문에 비록 피해자의 승낙이 있다 하여도 범죄가 성립한다. 예를 들어, 보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 강청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 살인방조죄가 성립한다. 신체의 상해에 대하여 피해자가 승낙하였다고 하여도 수족을 절단하는 것과 같은 것은 원칙으로 허용되지 않는다. 다만 피해자의 승낙은 반드시 명시적일 필요는 없다. 예를 들어, 화재를 진압하기 위하여 타인의 주거에 무단으로 진입한 경우, 부재중의 가족에게 배달된 우편물을 개봉하여 적절한 조치를 취한 것 등은 피해자의 승낙이 있는 것으로 위법성이 조각된다고 할 것이다.

◆ 피해최소성의 원칙(被害最小性の 原則)

→ 제한최소성의 원칙

◆ 필요적 공범(必要的 共犯)

형법은 구성요건에 해당하는 행위를 직접하는 정범과 이에 조력하거나 원조하는 혹은 둘 이상이 협력하여 범죄를 구성하는 공범으로 나누어 구별하고 있다. 그런데 필요적 공범이란 2인 이상이 참가하여 공범의 형태로만 범할 수 있는 범죄를 말한다. 필요적 공범에는 내란죄, 소요죄, 도박죄, 간통죄 등이 있다. 필요적 공범은 다시 구성요건상 수인의 병존이 필요한 집합적·필요적 공범과 상대방과 대립을 필요로 하는 대립적·필요적 공범이 있다. 집합적·필요적 공범에는 소요죄, 내란죄 등이 있고, 대립적·필요적 공범에는 간통죄, 증·수뢰죄가 있다.

◆ 학문의 자유(學文의 自由)

학문의 자유라 함은 학문적 활동에 관하여 공권력의 간섭이나 방해를 받지 아니하는 자유를 말한다. 헌법의 차원에서 학문의 자유가 최초로 보장된 것은 1849년의 프랑크푸르트헌법초안과 1867년의 오스트리아헌법 등이었으며, 제2차 세계대전이후에는 각국이 학문의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있다. 학문의 자유는 주관적으로는 개인의 소극적 방어권을 의미하지만, 객관적으로는 학문활동을 자율적 영역으로서 보호하고 헌법이 지향하는 문화국가로서 학문을 보호하고 장려해야 한다는 제도적 보장을 의미한다. 학문의 자유는 협의로는 연구의 자유와 강학을 의미하지만, 광의의 학문의 자유는 이외에 연구결과발표의 자유, 학문을 공동으로 연구하고 발표하기 위한 집회·결사의 자유 등을 포함하며, 최광의의 학문의 자유에는 대학의 자유(자치)까지 포함하는 바, 헌법 제22조의 학문의 자유는 최광의의 개념으로 이해하는 것이 옳바르다고 하겠다.

학문의 자유에 대하여 법률에 의한 제한의 대상이 되는가에 관해서는 학문의 자유의 구체적·단계적 발현형태에 따라 각기 달리 해석하여야

한다. 학문의 자유 중에서 연구의 자유는 외부와의 연계성이 비교적 희박하다는 점에서 신앙이나 양심의 자유에 준할 정도로 고도의 헌법적 보장을 받지만, 연구결과발표의 자유라든가 강의의 자유 및 학문을 위한 집회·결사의 자유는 그 사회적 전파성으로 인하여 헌법 제37조제2항에 의한 최소한의 제한을 행할 수 있다. 또한 학문의 자유는 다원성·개방성·자율성을 특징으로 하기 때문에 학문적 활동이 헌법적 질서를 부정하는 현실참여일지라도 그것이 이론적 탐구의 단계에 머물러 있는 한 학문의 자유로서 보장되지만 정치적 선동·선전 또는 편협한 이데올로기적 주장은 학문의 자유로서 보장받을 수 없다. 이러한 학문의 자유를 제한하는 경우에도 표현의 자유에 관한 제한원칙으로 확립된 명백·현존위험의 원칙이 존중되어야 할 것이다.

#### ◆ 한시법(限時法)

한시법이란 미리 일정한 유효기간이 명시된 법률이나 형벌법규의 폐지 이전에 유효기간이 정해진 법률을 말하는 협의의 한시법 개념과 협의의 한시법을 포함한 법령의 내용과 목적이 일시적 특수한 사정을 대체하기 위한 것이기 때문에 유효기간이 사실상 제한되지 않을 수 없는 법령, 즉 임시법을 포함한다는 광의의 한시법 개념이 있다. 한시법은 독일의 경우와 달리 형벌법규에 한시법의 추급효를 인정한다는 명문의 규정이 없기 때문에 우리나라의 경우, 한시법 유효기간 중 실행한 범죄에 대하여 그 후 실효한 경우에 추급하여 처벌할 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여 추급효를 인정한다는 명문의 규정이 없는 한 추급효를 인정할 수 없다는 추급효부정설과 한시법은 유효기간이 경과된 이후에도 유효기간 중 행한 범죄에 대하여는 나중에 추급효를 인정할 수 있다고 하는 것이 형의 실효성을 확보하기 위하여 인정된다는 추급효긍정설, 한시법의 실효 내지 폐지된 동기가 입법자의 견해가 변경된 경우에는 추급효를 부정하지만 단순히 사실관계가 변경된 경우에는 추급효를 긍정하는 절충설인 동기설이 대립하고 있다. 다수설은 추급효를 부정하고 있고, 법원은 동기설을 취하고 있다.

◆ 한정위헌결정(限定違憲決定 : 質の一部違憲決定)

한정위헌결정이란 불확정개념이거나 다의적인 해석가능성이 있는 조문에 대하여 헌법과 조화를 이룰 수 없는 확대해석은 헌법에 위반되어 채택할 수 없다는 뜻의 결정을 말한다. 한정위헌결정도 위헌결정의 범주에 드는 것이므로 재판관 6인 이상의 찬성을 요한다. 일부위헌결정은 법조문 중의 일부를 지적하는 방법으로 위헌범위를 특정한 뒤 위헌 선언하는 위헌결정이고, 한정위헌결정은 법조문 중 일부를 지적하는 방법으로는 그 위헌범위를 특정할 수 없기 때문에 일정한 법률관계 내지 사실관계를 적시하는 방법으로 위헌범위를 특정한 뒤 위헌선언하는 위헌결정이다. 통상적인 일부위헌결정이 양적일부위헌결정이라면, 한정위헌결정은 질적 일부위헌결정이다.

◆ 한정합헌결정(限定合憲決定)

한정합헌결정이란 해석여하에 따라서는 위헌이 되는 부분을 포함하고 있는 법령의 의미를, 헌법정신에 합치하도록 한정적으로 축소해석하여 위헌판단을 회피하는 결정형식이다. 예를 들면 “국가보안법 제7조제1항 및제5항은 국가보안법 제6조제2항, 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로, 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다”(헌재 1990. 4. 2.[89 헌가 113]; 1992. 1. 28.[89 헌가 8])는 결정으로서 결정형식은 법률의 합헌성추정의 원칙을 그 근거로 한다.

한정합헌결정은 해당 법률이 다양한 해석가능성을 가지고 있고, 그 중에서 최소한 하나의 해석방법이 헌법에 합치하는 경우에, 법조문의 문언 범위나 입법목적을 벗어나지 아니하는 범위내에서 가능하다. 한정합헌해석을 하는 경우, 해당 법률은 합헌으로 선언되어 법률이나 법조문은 그대로 유지된다.

헌법재판소는 국가기밀보호법 제6조·제7조·제10조, 국가보안법 제7조제1항및제5항, 국가보안법 제6조제2항, 도로교통법 제50조제2항 및 동법 제111조제3호 등에 대하여 한정합헌결정을 한 바 있다. 한정합헌

결정도 위헌결정의 범주에 드는 것이므로 재판관 6인 이상의 찬성을 요한다.

◆ 함정수사(陷穽搜查)

함정수사란 수사기관 또는 그 하수인이 신분을 숨기고 범죄를 교사한 후 그 실행을 기다려 범인을 체포하는 수사방법을 말한다. 다시 말해서 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로(범의유발형 함정수사), 범의를 이미 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사가 아니다. 이러한 함정수사의 위법성이 문제되는데, 수사의 방법은 임의적이고 마약사범, 조직범죄 등과 같은 범죄자의 검거를 위하여 필요하다는 점에서 적법설과 수사의 연결성과 적정절차의 법리에 위배된다는 점을 들어 위법설이 대립하고 있는데, 위법성이 다수설이다. 따라서 이러한 함정수사에 의한 형사절차상의 공소제기가 있는 경우, 무죄판결설, 유죄판결설, 공소기각설, 면소판결설이 대립하고 있지만 공소기각설이 타당하고, 함정수사에 의하여 수집된 증거는 위법한 절차에 의하여 수집된 증거이고 이는 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 증거능력이 부정되어야 할 것이다.

◆ 합헌적 법률해석(合憲的 法律解釋, die verfassungskonforme Auslegung)

합헌적 법률해석이라 함은 일견 위헌인 것처럼 보이는 법률 또는 법률 조항일지라도 헌법의 정신에 합치되도록 해석될 여지가 조금이라도 있으면 이를 위헌으로 판단할 것이 아니라 합헌으로 판단해야 한다는 법률해석기법을 말한다. 합헌적 법률해석은 미연방대법원의 판례를 통해 확립된 원칙으로서 법률의 합헌성추정의 원칙에 따라, 법률이 헌법에 어느 정도 조화되는 것으로 해석되는 이상 거의 언제나 법률을 헌법에 합치하는 것으로 해석해 오고 있다.

미연방대법원은 1827년 Ogden v. Saunder사건에서 “입법부가 의결한 법률은 그 위헌성이 명백한 것으로 판명될 때까지는 일단 그 유효



성을 추정하여야 한다. 그렇게 하는 것이 입법부의 지혜·성실·애국심에 대하여 경의를 표하는 것이 된다”(25 U.S.213(1827))라고 판시하였다. 독일연방헌법법원은 미국에서의 법률의 합헌성추정의 원칙을 수용하여 이를 합헌적 법률해석론으로 발전시켰고, 오늘날에는 이것이 공식화된 일반적 법률해석의 원리로 인식되고 있다. 독일연방헌법법원은 법률이 헌법에 조화되는 것으로 해석될 여지가 있는 한 그 법률을 무효로 선언할 수 없다는 원칙은 이미 일반적 지지를 얻고 있다고 판시한 바 있다. 우리나라의 헌법재판소는 “일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌해석을 하여야 한다”(헌재 1989. 7. 14.[88 헌가 5 등(병합); 1989. 7. 21.[89 헌마 38]; 1990. 4. 2.[89 헌가 113])라고 판시하였으며, 대법원은 “어떤 법률이 한 가지 해석방법에 의하면 헌법에 위배되는 것처럼 보이더라도 다른 해석방법에 의하면 헌법에 합치되는 것으로 볼 수 있을 때에는 헌법에 합치하는 해석방법을 택하여야 할 것이다”(1992. 5. 8. 대법원 제3부 결정 91 부 8.)라고 판시한 바 있다.

합헌적 법률해석의 이론적 근거는 법질서통일성의 유지, 권력분립과 민주적 입법기능의 존중, 법적 안정성의 유지 등이 있는 바, 이에 관하여 헌법재판소는 “헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위해서나 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면폐기하기보다는 그 효력을 되도록 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이 되며, 일부위헌요소 때문에 전면위헌을 선언하는데서 초래될 충격을 방지하고 법적 안정성을 유지하기 위해서도 필요하다”(헌재 1990. 6. 25.[90 헌가 11])라고 판시하였다. 그러나 합헌적 법률해석은 무제한 허용되는 것은 아니며, 해당 법조문의 어의(語義)가 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하도록 하는 범위내에서만 가능하며(어의적 한계), 법률의 목적이나 내용이 본래의 취지보다 다소 제한되거나 보충되는 것은 가능하지만 전혀 새로운 목적이나 내용을 가지게 하는 것이어서도 아니되며(입법목적적 한계), 헌법규범의 내용을 지나치게 확대해석함으로써 헌법규범이 정상적으로 허용 또는 수용할 수 있는 한계를 넘어서는 것이어서는 아니된다(헌법허용적 한계).

## ◆ 항고(抗告)

항고는 하급법원의 결정에 대한 상소로서 일반항고와 특별항고(재항고)가 있고, 일반항고에는 보통항고와 즉시항고가 있다. 보통항고와 즉시항고 사이에는 항고의 대상, 항고기간, 항고의 효력 등에 있어서 차이가 있다. 특별항고와 재항고는 모두 즉시항고이다. 제1심 법원의 결정에 대하여 항고사건은 그 결정이 단독판사에 의한 것인가 아니면 합의부에 의한 것인가에 따라서 지방법원 합의부 또는 고등법원의 관할에 속하며, 특별항고사건 또는 재항고사건은 대법원의 관할에 속한다. 제1심 법원의 결정에 대한 비약적 상고는 허용되지 않는다. 항고·재항고에 대한 사례로는 “형사소송법 제415조에서는 ‘항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다’라고 규정하고 있는 바, 항소법원의 결정에 대하여도 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야만 한다”(2002. 9. 27. 대판 2002 모 6)라고 판시하였다.

## ◆ 핵심규범영역존중론(核心規範領域尊重論)

→ 규범영역의 분석이론

## ◆ 행복추구권(幸福追求權)

행복추구권은 안락하고 풍족한 삶을 추구할 수 있는 권리로서 행복이라는 관념이 다의적이고 행복의 감정은 주관적인 것이므로, 인생관이나 가치관에 따라 상이한 내용으로 이해될 수 있다. 따라서 기본권의 전체 체계내에서의 행복추구권은 물질적 풍요와 정신적 만족의 동시적 충족을 행복으로 이해하고 행복추구권의 성격을 포괄적 기본권이면서 기본권전반에 관한 총칙적 규정을 의미한다고 하겠다. 헌법 제10조제1문후단은 “모든 국민은…행복을 추구할 권리를 가진다”라고 하여 행복추구권을 규정하고 있다. 따라서 행복추구권은 주관적 공권이며, 포괄적 권리성과 자연권성을 가지는 동시에 소극적·방어적 성격의 권리인 동시에 적극적

성질의 권리라는 양면성을 가진다고 하겠다. 행복추구권의 주요내용을 모두 열거하기는 불가능하지만 대체적으로 헌법에 열거된 기본권으로서 행복추구의 수단이 될 수 있는 개별적 기본권 이외에 헌법에 열거되지 아니한 생명권·신체를 훼손당하지 아니할 권리·자유로운 활동과 인격 발현에 관한 권리(인격권)·평화적 생존권·휴식권·수면권·일조권·스포츠권 등을 들 수 있다.

◆ 헌법불합치결정(憲法不合致決定)

헌법불합치결정이라 함은 법률의 실질적 위헌성을 인정하면서도 입법자의 입법형성의 자유를 존중하고 법의 공백과 혼란을 피하기 위하여 일정기간까지는 해당 법률이 잠정적인 계속효(繼續效)를 가진다는 것을 인정하는 결정형식을 말한다. 즉, 일정한 기간을 정하여 그때까지 그 위헌성을 제거하여 줄 것을 요구하는 결정형식으로서 주문이 ‘○○조는 헌법에 합치되지 아니한다. 그러나 ○○조는 ○○까지를 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다’라는 형식을 취하며, 개정입법이 없이 기한이 도래하면 해당 법률 또는 법률조항은 효력이 상실되는 경우를 말한다. 따라서 헌법불합치결정이 있을 경우에 해당 법률은 실질적으로 위헌법률이지만, 당분간 그 법률은 법률로서 효력을 지속한다.

이러한 헌법불합치결정은 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 해당 사건의 법률조항을 법질서에서 제거함으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고, 위헌적 상태의 제거는 궁극적으로 입법자의 입법개선에 달려있기 때문이며, 불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개성의무를 수반하는 것이다(헌재 1998. 12. 24.[89헌마 214]; 2001. 4. 26.[2000헌마 59]).

우리 헌법재판소는 구국회의원선거법 제33조 및 제34조, 공직선거법 [별표 I], 민법 제1026조제2호, 구지방의회의위선거법 제36조제2항, 노동쟁의조정법 제12조제2항, 국적법 제23조제1항제1호, 재외동포의 출입국과 법적지위에관한법률 제2조제3호, 지적법 제28조제2항, 약사법 제16조제1항, 국가정보원직원법 제17조제2항 등 다수의 법률에 대하여 헌법 불합치결정을 한 바 있다.

◆ 헌법소원(憲法訴願, Verfassungsbeschwerde)

헌법소원이라 함은 헌법위반의 법령이나 처분 또는 판결 등 공권력에 의하여 자신의 헌법상 보장된 기본권이 직접·현실적으로 침해당한 자가 헌법재판기관에 당해 법령·처분·판결의 위헌심사를 청구하여 침해된 기본권을 구제받을 수 있는 제도를 말한다. 헌법소원제도는 독일에서 연방헌법법원법에 의하여 먼저 채택하였으나, 독일기본법상에 있어서는 1969년 1월의 개정을 통하여 헌법소원에 관한 규정(제93조제1항제4a호와 제4b호)을 추가함으로써 헌법수준에서 이를 수용하게 되었다. 오스트리아는 1920년의 연방헌법에서 행정관청의 결정이나 처분에 대한 헌법소원을 하였으며, 현재 헌법의 차원에서 헌법소원제도를 채택하고 있는 국가는 독일·오스트리아·스위스·스페인 등이다.

현재 우리나라의 헌법소원제도는 헌법 제111조제1항제5호에서 헌법재판소는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’을 관장하도록 규정하고 있고, 헌법재판소법 제68조~제75에서 이를 규정하고 있다. 이러한 헌법소원제도는 개인의 주관적 기본권을 보장한다는 기본권보장기능과 위헌적인 공권력행사를 통제함으로써 객관적인 헌법질서를 수호한다는 헌법보장기능을 수행하는 이중적 기능을 가진다. 현재 우리나라의 헌법소원은 권리구제형헌법소원과 위헌심사형(규범통제형)헌법소원의 두 가지를 인정하고 있다. 권리구제형헌법소원이라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 청구하는 헌법소원으로서 본래의 헌법소원이 여기에 해당한다. 위헌심사형헌법소원이라 함은 위헌법률심판의 제청이 법원에 의하여 기각된 경우에 제청신청을 한 당사자가 청구하는 헌법소원으로서 위헌제청성헌법소원 또는 규범통제형헌법소원 또는 위헌소원으로서 우리나라의 독특한 헌법소원 제도이다.

헌법재판소법은 헌법소원의 남소(濫訴)로 인한 헌법재판소의 업무량과 다를 조절하기 위한 장치로서 공탁금납부명령제와 지정재판부에 의한 사전심사제를 규정하고 있으며, 지정재판부가 헌법소원을 재판부의 심판에

회부하는 결정을 한 때에는 전원재판부가 이를 심판한다. 헌법재판소장은 헌법소원이 전원재판부의 심판에 회부된 때에는 법무부장관과 청구인이 아닌 당해 사건의 당사자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 그 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 당해 사건의 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다. 헌법소원심판은 서면심리에 의하되, 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다.

헌법소원의 중국결정은 권리구제형헌법소원심판의 경우에는 헌법소원심판청구가 부적법한 경우에 내리는 각하결정, 청구인의 주장을 배척하는 경우에 하계되는 기각결정, 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 인정하는 인용결정의 형식이 있다. 인용결정은 헌법재판소 재판관 6인 이상의 찬성에 의하여 결정되며, 헌법재판소법 제75조에 따라 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다. 위헌심사형헌법소원심판의 중국결정은 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 경우에 내리는 각하결정과 본안심리에 의한 합헌결정·위헌결정·변형결정을 내릴 수 있다. 다만 위헌결정이 있는 경우에 있어서 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자가 재심을 청구할 수 있다.

◆ 헌정질서파괴범죄(憲政秩序破壞犯罪)

헌정질서파괴범죄란 헌법의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 범죄로서 내란의 죄, 외환의 죄와 균형법상 반란의 죄, 이적의 죄 등을 말한다. 이러한 범죄에 대하여는 공소시효를 배제하여 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호하고자 함을 목적으로 한다. 또한 이러한 범죄에 대하여는 고소 또는 고발을 한 자가 검사 또는 검찰관으로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사소속의 고등검찰청이나 그 검찰관소속의 고등검찰부에 대응하는 고등법원 또는 고등군사법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있게 하여 재정신청의 특칙을 인정하고 있다.

#### ◆ 현행범(現行犯)

형사소송법 제211조제1항는 “범죄를 실행중이거나 실행의 즉후인 자를 현행범이라 한다”라고 규정하고 있다. 현행범은 일정한 시간적 단계에 있는 범인을 가리킨다. 여기서 범행의 실행중인자란 범행의 실행행위에 착수하여 아직 종료하지 못한 자를 말하고, 실행즉후의 자란 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것을 말한다. 현행범은 누구나 체포할 수 있으며, 48시간 이내에 구속영장이 청구되면 된다. 다만 현행범으로 체포된 경우라도 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고, 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없다.

#### ◆ 형벌법규불소급의 원칙(刑罰法規不遡及의 原則)

형벌법규불소급의 원칙이란 소급효금지의 원칙을 말한다. 죄형법정주의 원칙의 내용인 소급효금지의 원칙은 행위시 법률이 없으면 처벌할 수 없다는 것을 말한다. 즉 사후입법을 통하여 범죄와 형벌을 행위자에게 불리하게 소급 적용되도록 하는 소급입법은 물론 법관이 법을 적용함에 있어서 법률시행 이전의 행위에 대해서까지 행위자에게 불리하게 소급 적용하는 것을 금지하는 것을 원칙으로 한다(헌법 제13조제1항, 형법 제1조제1항). 이는 국민의 형벌법규에 대한 국민의 신뢰를 보장하여 예측가능성과 법적안정성을 보호하고자 하는 법치국가이념을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 형을 배제하거나 완화하여 행위자에게 유리한 법률의 소급적용은 허용된다(형법 제1조제2항·제3항). 문제는 형벌불소급의 원칙에 보안처분이 대상이 되는가인데, 이는 보안처분을 장래의 위험성을 위한 제재로 이해하는가 아니면 자유제한적 처분이라고 인정하는가에 따라 견해가 대립된다. 우리 법원의 판례 중에는 보호관찰의 경우에는 사회보호법상 보호감호는 사실상의 자유를 제한하는 것으로 소급효금지의 원칙이 적용된다는 사례도 있다. 소송법규정과 형벌불소급의 원칙에 대한 것도 소송법이 절차적 의미로 실질적 의미의 형법이 아니므로 소급효

금지의 원칙에 대상이 되지 않는다는 것이 지배적이지만, 이에 대하여 사실상 실체에 영향을 미칠 수 있는 공소시효기간이 경과한 경우, 혹은 친고죄가 비친고죄로 된 경우, 고소기간의 경과한 경우에 소급효금지원칙의 대상이 된다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

◆ 형사보상청구권(刑事補償請求權)

형사보상청구권은 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 불기소처분을 받거나 확정판결에 의하여 무죄를 선고받은 경우에 물질적·정신적 손실을 보상하여 주도록 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리로서 형사책임을 추궁당할 이유가 없는 자를 국가가 그 형사사법의 과오로 말미암아 범죄혐의자 또는 범죄자로 다룸으로써 손실을 야기한 경우에 손실을 보상하는 제도이다. 헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다”라고 하여 형사보상청구권을 규정하고 있으며, 이에 관한 법률이 형사보상법이다.

형사보상청구권은 국가배상제도와 달리 고의나 과실을 요건으로 하지 않으며, 인신의 구속으로 말미암은 손실의 발생에 대하여 결과책임인 무과실손실보상책임을 인정한 것이다. 따라서 형사보상청구는 ①불기소처분의 고지 또는 통지를 받거나(피의자보상) 무죄판결이 확정된 날로부터(피고인보상) 1년 이내에, ②불기소처분을 한 검사가 소속하는 지방검찰청(지청)의 피의자보상심의회 또는 무죄판결을 법원에 하여야 하며, ③보상청구서에 불기소처분의 사실을 증명하는 서류(형사피의자) 또는 재판서의 등본과 재판확정증명서(형사피고인)를 첨부하여 보상심의회나 법원에 제출하여야 한다.

◆ 형의 시효(刑의 時效)

형의 시효란 형의 선고를 받은 자가 재판이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 않고 일정한 기간이 경과한 경우에 집행이 면제되는 것을 말한다. 형의 시효는 공소시효와 다르다. 양자는 모두 형사시효제도로써 일정한

시간이 경과함으로써 생성된 사실관계를 존중한다는 점에서는 일치한다. 다만 형의 시효는 시간의 경과로 인하여 확정된 형벌의 집행권이 소멸하는 제도임에 반하여, 공소시효는 검사가 형사사건을 일정기간 기소하지 않고 방치한 경우 국가의 형사소추권이 소멸된다는 점에서 차이가 있다. 형의 시효기간은 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 1)사형은 30년, 2)무기의 징역 또는 금고는 20년, 3)10년 이상의 징역 또는 금고는 15년, 4)3년 이상의 징역이나 금고 또는 10년 이상의 자격정지는 10년, 5)3년 미만의 징역이나 금고 또는 5년 이상의 자격정지는 5년, 6)5년 미만의 자격정지, 벌금, 몰수 또는 추징은 3년, 7)구류 또는 과료는 1년이 경과하면 완성된다(형법 제78조). 다만 시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다(형법 제79조). 그리고 시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로써, 벌금, 과료, 몰수와 추징에 있어서는 강제 처분을 개시함으로써 중단된다(형법 제80조). 형의 선고를 받은 자는 형의 시효의 완성으로 인하여 집행이 면제된다(형법 제77조). 그러므로 형의 선고 자체는 유효하다. 시효의 완성으로 집행면제의 효과는 당연히 발생하고 별도의 재판을 필요로 하지 않는다.

#### ◆ 형의 실효(刑의 失效)

형의 실효란 형을 선고한 재판이 실효되는 것을 말한다. 따라서 형의 실효는 형의 집행권 소멸과 구별된다. 예를 들어 형의 집행이 종료한 경우 또는 형의 시효가 완성된 경우는 형의 집행권이 소멸하나 형의 선고는 실효되지 아니한다. 현행법상 형의 실효에는 형의 재판상 실효, 형의 법률상 실효, 형의 사면에 의한 실효가 있다. 형의 재판상 실효란 징역 또는 금고의 형의 집행이 종료하거나, 그 집행이 면제된 후 법원의 재판에 의하여 형선고의 효력을 상실케 하는 것을 말한다. 형의 재판상 실효는 형의 실효를 선고하는 재판에 의하여 형이 실효된다는 점에서 형의 법률상 실효와 사면에 의한 실효와 구별된다. 형의 실효선고에 의하여 형선고의 법적인 효과는 장래를 향하여 소멸한다. 형의 법률상 시효란



형의 선고가 법률상 당연히 실효하는 것을 말한다. 형의 법률상 실효에는 일정한 기간의 경과에 의한 법률상 당연히 형이 실효된다는 점에서 형의 재판상 실효 또는 사면에 의한 형의 실효와 구별된다. 수형인이 자격정지이상의 형을 받음이 없이 형의 집행을 종료하거나, 그 집행이 면제된 날부터 3년을 초과하는 징역·금고는 10년, 3년 이하의 징역·금고는 5년, 벌금은 2년의 기간이 경과한 때에는 그 형은 실효된다. 다만, 구류·과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 그 형이 실효된다(형실효등에관한법률 제7조). 집행유예를 선고받은 후, 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 경과한 때에는 형의 선고의 효력을 잃는다(형법 제65조). 사면에 의한 형의 실효는 일반사면에 의하여 형의 선고는 그 효력을 상실하며, 특별사면에 의해서도 형의 선고의 효력을 상실하게 할 수 있다(사면법 제5조제1항).

◆ 형평성중시론(衡平性重視論)

→ 실제적 조화의 이론

◆ 환경권(環境權)

협회의 환경권이라 함은 오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하거나 훼손당할 위험에 놓인 자가 오염되거나 불결한 환경에 대하여 책임이 있는 공권력이나 제3자에 대하여 그 원인을 예방 또는 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리를 말하며, 광의의 환경권은 협회의 환경권은 물론이고 청정한 환경에서 건강하고 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리까지도 그 내용으로 한다. 광의의 환경권은 비단 오염되거나 불결한 환경의 예방 또는 배제라고 하는 소극적 성격뿐만 아니라, 적극적으로 청정한 환경을 보전하고 조성하여 줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 권리를 의미한다. 헌법 제35조제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하여, 환경권의 보장과 더불어 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 동조제2항은 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법

물로 정한다”라고 하여 환경권에 관한 법률유보를 규정하고, 제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”라고 하여 쾌적한 주거생활권까지 보장하고 있다. 따라서 헌법 제35조의 환경권은 광의의 환경권으로 이해하여야 한다.

우리나라의 환경관련법제는 1963년 공해방지법의 제정, 1977년 환경보전법과 해양오염방지법의 제정 등을 통한 단일법주의를 취하여서나 1990년 환경정책기본법의 제정과 이후의 자연환경보전법, 토양환경보전법, 대기환경보전법, 수질환경보전법, 소음·진동규제법, 유해물질관리법, 환경오염피해분쟁조정법 등의 복수법주의에 입각하여 환경에 관한 기본법제를 정비하였다. 환경권은 건강하고 쾌적한 환경에서의 생활을 보호법익으로 하고 청정한 환경의 보전과 공해의 배제를 그 보장수단으로 한다. 환경권의 대상이 되는 환경은 자연환경과 생활환경 모두를 포함한다.

환경권은 다른 기본권과의 조화 내지 다른 기본권을 전제로 하는 상린관계적 기본권이므로 합리적인 이유가 있고 경미한 침해인 때에는 이를 수인하고 감수해야 한다. 또한 환경권은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한할 수 있으나 어떠한 경우에도 인명이나 신체에 결정적인 위협을 주는 환경권제한은 환경권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 허용되지 아니한다.

◆ 환경보전청구권(環境保全請求權)

→ 공해예방청구권

◆ 환경복구청구권(環境復舊請求權)

→ 공해배제청구권

◆ 환경피해분쟁조정제도(環境被害紛爭調整制度)

사인이나 공권력에 의한 환경피해를 사법기관을 통하여 구제하는 것은 강제적이고 공정하며 피해구제의 최후수단이라는 점에서 그 의의가 크다

고 할 수 있다. 그러나 그러한 구제방법은 원인유형의 다양성, 인과관계 입증의 곤란성, 피해분쟁의 복잡성 등을 특징으로 하는 현대적 환경분쟁을 구제하는 수단으로서는 한계가 있다. 이러한 한계를 극복하고 환경피해에 대한 국민의 권리구제를 보다 효율적인 것이 되게 하기 위하여 마련된 제도가 환경피해분쟁조정제도이다. 1991년부터 시행되고 있는 환경분쟁조정법에 따라 환경피해의 신속·적정한 구제를 위하여 환경부장관소속하에 중앙환경분쟁조정위원회가, 각 시·도지사소속하에 지방환경분쟁조정위원회가 설치되어 있다.