

제목: “법원리로서의 공익” 부분요약 및 인용

저자: 김도균

출처: 서울대학교 법학 제47권 제3호 155-215

요약및인용자: 이한

※ 각 숫자 다음의 내용이 그 숫자의 페이지에 담긴 내용임. “”는 직접 인용내용임. 각 문장이나 문단 요약 말미에 붙은 ()안의 내용은 요약인용자의 논급임. (인용문헌의 경우는 원논문의 것임)

155

I. 법학적 공익관의 필요성과 가능성

1. 공익과 관련된 문제들

“공익 개념은 공허하고, 다종다양한 내용들이 착종되어 있는 개념이므로 무용하다는 비판을 받는다”(G. Schubert, *The Public Interest*, Glencoe, 1960, p.223; F. Sorauf "The Conceptual Muddle", in C. Friedrich (ed), *The Public Interest: NOMO V*, New York, p.186; A. Downs, "The Public Interest: Its Meaning in a Democracy", *Social Research* 29, 1962, p.1) “그러나 공익 개념을 폐기한다고 하더라도 이를 대체할 개념을 고안해 내어 국가작용을 설명하고 정당화하고 비판할 수 밖에 없을 것이라고 주장되기도 한다.”(가령 D. Bell/ I. Kristol, "What is Public Interest?", *The Public Interest* 1, 1965, p.5)

156

“공익 개념과 관련되어 제기되는 질문들은 다음과 같다.”

1공익 존재론의 문제 - 첫째, 공익이란 존재하는가?”

2공익 인식과 판단의 문제 - “둘째, 공익이 존재한다면 우리는 어떻게 알 수 있는가? 무엇을 공익으로 판단할 것인가? 그리고 누가 공익임을 판단하는가?”

3공익 실현과 형량의 문제 - “셋째, 공익의 실현은 어떻게 이루어지는가? 특히 공익과 사익의 대력은 어떻게 해결되어야 하는가?”

“이러한 질문들에 답하면서 공익 개념을 구체화하는 이론을” “공익관”(a conception of public interest)라고 한다.

157

헌법조항의 공익 개념에는 ‘국가안전보장과 질서유지’(23조 2항, 37조 2항), ‘공공의 안녕질서’(76조 1항, 77조 1항), 공공복리(23조2항, 37조2항) 등이 있다. 공공필요(23조3항), 주민의 복리(117조)도 공공복리에 해당하는 것이다. 환경보전(35조), 국토의 효율적이고 균형있는 이용 개발과 보전(122조), 국민경제상 긴절한 필요(126조), 국민경제의 발전(127조), 공중도덕이나 사회윤리(21조4항), 선량한 풍속(109조) 같은 것이 있다.

158

국가의 기능이 크지고 법제화의 정도가 늘어날 수록, 공익은 국가기관의 재량을 정당화하는 역할을 크게 떠안게 되는데, 그래서 공익 개념을 “‘법문제화’하여 정당화가능하고 이해가능한 개념으로 정돈해가는 이론적 작업이 필요하다.”

159

(2) 판례에서의 공익 문제

우리 사법부는 공익 개념을 분석하거나 정당화함이 없이 곧바로 합리성 판단으로 공익 판단을 대체하는 경향이 지배적이다. (최송화, 공익론, 242면) 이러면 공익이 근거희박한 신화가 아닌가라는 회의론을 제기할 만 하다. (F. Sorauf "The Conceptual Muddle", in C. Friedrich (ed), The Public Interest: NOMO V, New York, p.115)

그러나 공익을 법원리(Rechtsprinzip)로 가공해 보려는 노력도 보이는데, “가령 징계권의 행사에 있어 재량권의 한계를 벗어난 위법한 처분인지 여부를 판단하는 기준 중의 하나로서 ‘공익의 원칙’을 원용하는 경우가 그러한 예이다.”(대법원 1992. 6. 26. 선고91누11308 판결)

그러나 “대체로 공익이 무엇인가에 대한 정의를 내리려고 하기보다는 개별적인 사안에서 개인적 권리를 제한하는 근거로서 공익보호나 공익침해정도를 판정하는 데 관심을 기울이는 편이다.”(가령 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501판결 참조)

3. 최송화 교수의 공익론의 성과와 과제: 공익 법학

160

최송화 교수는 “결단론적인 공익 견해”를 비판하며 “객관적 공익의 존재가능성”을 진지하게 탐구한다. “적어도 다수결에 의해 결정되는 공익에 대해서 평가하고, 그러한 공익을 때로는 거부할 수 있게 하는 기능”(부정적 기능, 거부기능)을 하는 객관적인 진정공익이 실제로 엄존한다는 것이다.

남아 있는 과제는 다원주의 사회에서

이 객관적인 공익을 어떻게 합리적으로 인식할 수 있는가 하는 점이다. 또는 객관적 공익은 존재하지 않는다고 논증할 수도 있다.

161

II 이익 개념의 구성요소와 구조

어떤 행위, 조치 또는 정책 X가 임의의 개인 I에게 이익이 된다는 진술에서 이익 개념을 해명하는 것은 사실묘사와 함께 그것을 넘어서는 가치평가를 하는 일이다.

1. 이익 개념의 두 구성 요소

이익 개념은 (i) 누구에게 이익이 되는가 와 (ii) 무엇이 이익이 되는가 [주체와 이익 내용 또는 대상] 두가지 구성요소로 이루어져 있다. (G. Dürig, Die konstanten

Voraussetzungen des Begriffs "Öffentlichen Interesse", München, 1949, SS.11-20. 듀리히에 따르면 이익 개념은 “[이익의] 주체인 인간이 이익의 대상에 대하여 가지는 관계”다.) “즉 이익은 개인이 자신의 이해관계에 영향을 미칠 대상들에 대해서 가지는 주체의 주관적인 욕구(관심사)를 한 요소로 한다는 것이다.”

(여기서 우리가 간취할 부분은, 공익도 이익인 이상, 그 주체를 명시하지 아니하고서는 제대로 해명될 수 없다는 것이다. 통상 공익의 주체는 뭉뚱그려서 사회나 국가 아니면 국민 전체라고 표현하나, 그것으로는 그 주체가 제대로 해명되었다고 할 수 없다. 왜냐하면 사익과 비교형량이 진정으로 가능하기 위해서는, 그것이 다시 하나의 개별인 주체의 관점-예를 들면 질서정연한 사회의 개별 당사자-에서의 이익으로 변환되어야 하기 때문이다. 그렇기 때문에 어떻게 공익을 실제로 향유하게 되면 개별 주체를 파악할 것인가, 즉 그 개별주체를 세우는 공정한 관점이 무엇인가는 지금의 공익 분석에 상당히 빠져 있는 부분이다. 그렇기 때문에 지금의 공익 분석이 순진한 공리주의로 빠져들 위험은 상존한다.)

(1) 이익이 되는 것과 원하는 것 사이의 관계: 진정 이익 vs 실제 이익

163

“가령 어린아이가 불에 손을 집어넣기를 원하지만 그것은 아이에게 이익이 되는가?”

이런 질문은 이익에 대한 주관주의 vs 객관주의 해명의 구분을 불러일으킨다.

“이익주체와 이익 내용 사이의 관계와 관련해서 다음과 같은 세 가지 입장을 논리적으로 상해볼 수 있다.”

① 이익 내용 요소가 이익주체 요소에 따라 결정되며 후자가 전자보다 우위에 선다는 입장: 주관주의

② 이익주체 요소가 이익내용 요소에 따라서 결정되며 후자가 전자보다 우위에 선다는 입장: 객관주의

③ 이익주체 요소와 이익내용 요소는 어느 한편이 다른 한편에 의해 완전히 결정되지도 않으며 일방적으로 종속되지도 않는 관계에 있지만 일정한 관련성을 갖는다는 입장: 약한 객관주의”

164

그런데 두번째 객관주의 입장은 이익 원천을 개인의 선택의 자유 및 자율성과 무관하게 결정한다면 근대 이후의 가치체계와는 양립할 수 없다.

세번째 입장은 두 요소가 상호 어떤 관계에 있는가를 해명해야 하는 과제를 짊어지고 있다.

165

“브라이언 배리(B. Barry)의 정의를 살펴보면 ‘X가 A에게 이익이 된다’는 진술을 파악하는 세 번째 입장을 이해할 수 있을 것이라 생각한다. 배리에 따르면,

X가 실현됨으로써 ① A가 원하는 바들을 ② 성취할 기회들이 증대된다면, X는 A에게 이익

이 된다. (B. Barry, Political Argument, 176 "An action or policy is in a man's interest if it increases his opportunities to get what he wants") 여기서 ①은 주관적 요소를 ②는 객관적 요소를 반영하는 것으로 생각될 수 있으므로 배리의 견해는 이 두 요소를 종합한 것으로 생각될 수 있다.

“부와 권력은 (..) 각 개인들이 어떤 최고의 목적들을 지향하든지 그 목적들을 성취하는 데 필요하게 될 수단(potential means to any ultimate ends)이다. 바로 이러한 일반적인 수단들, 즉 지향하고자 하는 최종목적(그 내용들이 무엇이든)을 성취하는 데 일반적으로 필요한 수단(generalized means to any ultimate ends)을 ‘이익’이라고 할 수 있다.”

(주석33 “이 풀이는 B. Barry, Political Argument, 176면의 정의를 약간 수정한 것이다.”)

166

“이렇게 파악된 이익에는 어떤 것들이 있을까? 개인이 지향하는 보다 상위의 가치들과 목표들을 달성하는 데 필수적인 수단들, 신체의 안녕과 정상적인 기능유지, 심각한 고통과 불구의 위험으로부터의 해방, 정서적 안정 확보, 불안과 공포로부터의 해방, 정상적인 인간관계를 유지할 능력, 최소한의 소득과 재정적 안전, 최소한의 사회적 안전망, 간섭과 강제를 받지 않을 어느 정도의 자유 등이 그러한 이익의 내용을 이룬다. ... 다시 말하면 위와 같은 조건들은 각 개인이 피하는 일련의 단기적인 목표들을 달성하는 데 필요하다고 일반적으로 인정된 수단들이며, 또한 그 조건들의 종합적 실현은 개인이 기획하는 보다 장기적인 목표들의 성취에 필수적인 수단이 되므로 개인이 원하는가와 상관없이 이익이라고 할 수 있다. 이 이익들은 ‘생존과 최소한의 복지’(the basic requisites of a man's well bieng)와 관련된 이익(welfare interest)이라는 표제어로 표현해 볼 수 있을 것이다.(J. Feinberg, Harm to Ohters, p.37)”

“이렇게 파악한다면 우리는 ‘X가 A에게 이익이 된다’는 진술을 A의 소망, 욕구, 선호에 근거하지 않고도 설명할 수 있다. 적어도 ‘생존과 최소한의 복지’와 관련된 이익들은 어떤 개인이 원하는가와 무관하게, 어떤 경우에라도 그 이익 내용의 증진은 그 개인에게 득이 될 것이다. 그리고 최소한의 합리적인 개인이라면 어느 정도까지는 실제로 그러한 이익내용을 원할 것이다. 생존과 최소한의 복지 즉 최소한의 신체적/정신적 건강의 유지, 최소한의 물질적 자원과 경제적 자산의 확보, 사적 자치를 향한 소망/욕구가 각 개인에게 이익이 되는 까닭은 무엇인가? 그것은 그러한 소망/욕구와 그 충족이 각 개인이 가지는 보다 심층적이고 장기적인 목표와 가치들-이것들은 각 개인마다 상이하게 설정할 수 있다-을 실현하고 보다 높은 복지에 도달할 수 있는 가능성을 확보하는 데 반드시 필요한 조건

167

이자 수단들이 되기 때문이다.”(J. Feinberg, Harm to Ohters, p.57 참조)

법원리로서의 공익: 자유공화주의 공익관
이어서

167

“이익의 내용을 이루는 요소와 욕구는 어떤 상호관계를 이루는가?”

관련성을 갖는다는 점은 분명하지만 이익은 “어느 정도 지속되며 항상적인 가치를 가지는 것을 향한 인간의 적극적 관심사를 내용으로 한다는 점, 어느 정도 일상적 욕구들의 저변을 이루며 장기적인 목표를 이루는 속성(ulteriority: 심층성과 장기성)을 보유하고 있다는 점에서 ‘그때그때의 욕구’(passing desires/wants)와는 다르다”(J. Feinberg, Harm to Others, 57) 물로 갈증을 해소할 수 있는데도 아이스크림 먹고 싶어 아이스크림을 그때 잠시 원한다고 해서 그것이 나에게 이익이 된다고 할 수는 없다. 그러나 매일 운동을 하려는 마음이 짐은 그 자체로 이익이 될 수 없는 소망/욕구이지만, 보다 심층적이며 장기적인 가치와 목표들을 실현하는 수단이 되기 때문에 이익으로 분류될 수 있고, 이를 파인버그의 용법을 빌어 ‘수단의 지위를 가지는 소망/욕구’(instrumental wants)라고 할 수 있다. (J. Feinberg, Harm to Others, 55)

수단적 지위 위에는 보다 상위의 가치실현을 내용으로 하거나 심원하고 형이상학적인 내용의 욕구가 있다.

이처럼 다양한 주관적 소망/욕구와 이익들을 파인버그의 이익망(an interest network)으로 도표화하면 다음과 같다.

168

“욕구와 이익의 다양한 층위와 이익망의 구조”(도표는 논문에서 그대로 따온 것임)

I 그때그때의 욕구	II 수단적 욕구들	III 생존과 최소한의 복지이익	IV 심원한 목표들 및 가치들
아이스크림을 먹으려는 욕구 컴퓨터 게임 하는 것 영화를 보러가려는 욕구	맛있는 후식을 포기하는 선택 운동하기로 결정하는 것 열심히 공부하는 것	신체건강 극도의 고통 제거 지적능력 유지 정서적 안정 유지 적절한 사교관계(우정이나 동료관계) 유지 경제적 안정성 적절한 환경 최소한의 자유 향유	아름다운 집을 짓는 것 책을 집필하는 것 명예를 얻는 것 대통령이 되는 것 종교적 깨달음에 도달하는 것 사회정의를 실현하는 것 과학적 난제의 해결

“개인의 소망/욕구, 그리고 그에 바탕을 둔 선택은 세가지 층위의 욕구(㉠ 그때그때의 욕구 및 선택행위 ㉡ 수단적 욕구 및 선택행위 ㉢ 심원한 욕구 및 선택행위)로 구분된다.” 이는 헌법재판소의 용법을 변용하여 ‘일반적 행동 자유를 향한 욕구’라고 명명할 수 있고, 이 욕구를 “내용으로 하는 이익을 ‘자유에 대한 이익’(interest in liberty)라고 할 수 있다.” 그러한 자유에 대한 욕구는 모든 개인에게 공통된 이익으로 보편적 이익이라 할 만하다.“ 그리고 자신이 바라는대로 삶을 영위하고자 하는 이 욕구는 근대 인간관의 핵심이다.

169

이익, 침해, 증진 판단은 이익망의 복합구조 내에서 판단되어야 한다.

(그런데 개인에게 있어 이익 형량 방식이 공익 판단에서도 가능한가? 개인은 가족과의 긴장 관계와 불화를 나중에 회복하리라는 기대를 갖고 어느 정도 그 측면에서 불이익을 감수하고 독일에 공부하러 갈 수도 있다. 그러나 사회에 A, B, C가 있을 때 A, B의 이익은 증진하면서 C의 이익은 훼손하고 나중에 훼손된 C의 이익이 통상적인 수준으로 복구된다고 해도 그러한 형량 방식은 공리주의의 단점을 가진 형량 방식이다. 즉 개인적 통합의 원리를 사회적 통합 원리로 오류를 저지르며 외삽한 것이다)

170

그런데 위 도표에서 제시된 소망/욕구 및 이익들은 수정될 수 있고, 새로운 이익들이 형성될 수 있다는 점이 중요하다. 이 점이 공익과 사익의 관계를 해명할 때 방법론적 의미를 가지게 된다.

(3) 이익판단과정에서 정당화가가능성 요소의 중요성

“X가 임의의 개인 I에게 이익이 된다”는 진술은 ‘X가 자신의 이익이 되므로 실현되어야 한다고 개인 I가 주장할 때 그 주장이 정당화될 수 있는 것으로 인정된다’는 정당화가가능성 진술로 귀착된다.”(V. Held, *The Public Interest and Individual Interest*, 31)

따라서 무엇이 이익인지를 판별하는 작업은 실제로 욕구나 선호의 목록을 열거하는 것만으로는 이루어질 수 없고, 이익 개념의 구성에 “정당화의 기능을 수행하는 가치기준들의 체계가 전제되어야” 한다.

171

2. 이익 판단의 구조

이익 판단은 i) 주체 ii) 행위 iii) 대안이라는 세 가지 변수로 이루어진 판단이다.(B. Barry, *Political Argument*, 192)

이 삼각 관계의 구조는 공익 식별이 어떻게 가능한가라는 질문에 요긴한 역할을 하고, 또 “이익 및 공익 개념이 단순한 주관적 선호의 표현에 지나지 않는다는 견해를 비판할 수 있는 열쇠를 제공한다.”

(이부분은 굉장히 중요하다. i) 왜냐하면 공익의 경우에 주체를 다수로 설정하게 되면 그것은 공익이 아니게 되는 것이고, ii) 정당화기준에 의해 이익으로 포함되지 않을 것을 이익으로 포함하게 되면 근본적 평등을 침해하게 되며-오지랄 선호같은 것- iii) 대안과 비교하지 않고 공익을 고려하게 되면 부당하게 -정부가 주장하는- 공익의 무게가 확장될 위험이 있기 때문이다. 따라서 이 부분 저자가 이익 판단의 구조를 짚 설명하면서 논의의 틀을 구축하는 부분은 후학들을 위하여 매우 중요한 부분이다!!!)

3. 중간 요약

“① 이익은 ‘임의의 개인이 지향하는 최고의 목적들(어떤 내용들을 가지는지)을 성취하는데 일반적으로 필요한 수단이 되는 것들’로서 일정정도의 지속성, 장기성, 심층성을 갖춘 욕구들을 포함한다.

② 임의의 개인에게 무엇이 이익인지를 판별하는 과정은 정당화가능성 평가 과정을 담고 있으며, 이는 정당화평가의 기준들과 원리들을 전제로 한다.

③ 이는 개인의 주관적 선호나 소망으로 환원되지 않는 이익의 요소가 있음을 나타낸다.

④ 이익 판단은 i) 이익 주체 ii) 이익이라고 판단되는 해당 행위나 사태 iii) 이와 비교되는 대안 행위들이나 사태들

⑤ 이익판단의 구조는 이익판단이 단순히 개인의 선호를 표현하는 과정이 아니라 객관적인 비교를 가능하게 할 가능성을 품고 있음을 암시한다.

III. 바람직한 공익 판단 모델의 구성원리들

버지니아 헬드가 분류한 공익관들을 중심으로 하여, 헬드보다 더 상세히 각 모델에 담겨 있는 수용할 만한 핵심사상을 추출하겠다.

1. 다수결 공익관(Preponderance Model) (V. Held, The Public Interest and Individual Interest 참조.)

개인이 욕구하는 바가 그의 이익을 구성하고, 정치적 공동체는 개인들의 집합이고, 따라서 공익은 정치 공동체를 구성하는 개인들 중 다수가 원하는 것들이다. (V. Held, The Public Interest and Individual Interest, 50, 68)

그런데 이것은 다음과 같은 명제들의 관계가 성립한다고 주장한다.

㉠X는 공익에 속한다.

㉡X는 공중을 구성하는 개인들 I1, I2, ...In-1의 이익이 되지 않는다.

㉢X는 나머지 개인 In의 이익이 되지 않는다.

다수결 공익관은 ㉠과 ㉡은 동시에 타당할 수 없지만(모순관계) ㉡과 ㉢, ㉠과㉢은 각각 동시에 타당할 수 있다고 본다. 그래서 공익과 사익의 충돌이 언제나 가능하게 된다.

(그리고 공익이 항상 이기게 된다)

그런데 공익이 규범적 개념임을 염두에 두면 그것이 다수의 이익총합이라는 점이 자연주의 오류를 범하지 않고서는 정당화기능을 자동적으로 수행할 수가 없다.

그러나 “다수결 공익관은 개인의 욕구나 선호를 전면에 내세웠다는 점에서, 공익과 관련된

논의과정에서 개인이 차지하는 중요성을 강조하고 있다는 점에서 그 문제의식은 받아들여야 한다고 생각한다.”(가장 대표적인 입장은 J. Buchanan/G. Tullock, The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor, 1962 참조)

(이부분 역시 대단히 중요한 지적이다. 다수결 공익관이 공리주의의 모든 문제점을 그대로 안고 있기는 하지만, 공익은 여하한 방식으로건 개인의 이익과 연결될 수 밖에 없으며 개인의 이익과 간접적으로조차도 무관하거나 절연되어 있는 공익은 무생물의 이익을 말하는 것이므로 아무런 의미가 없다는 점이다. 그렇다면 결국 공익은 어떤 관점에서의 개인의 이익으로의 변환이 수행될 수가 있으며, 이러한 변환 없이는 공익을 그와 비교형량의 대상인 사익으로 올바르게 비교할 수 없다는 점의 논점까지 연결되는 것이다!!!)

2. 공통이익 모델(The Public Interest as Common Interest-Model)

브라이언 배리(B. Barry)의 공익론을 중심으로 살펴보자.

175

(1) 브라이언 배리의 공통 이익 모델

“배리에 따르면, 개인들 사이에 상당한 정도의 공통이익들이 존재할 수 있는 까닭은 바로 이익판단의 구조 때문이다. 이익 판단주체들은 그저 하나의 정책이 이익이 되는가만 판단하는 것이 아니라 항상 그 정책을 기타 대안정책들과 비교하고 있다는 것이다. 해당 정책이 각자에게 가져다 줄 이익이 어느 정도인가에 대해서는 의견이 다르겠지만, 대안정책들과 비교하였을 때 이익이 되는지 어느 정도 이익이 되는지를 판단하기는 보다 쉬워진다는 것이 배리가 말하고자 하는 바이다.”(B. Barry, Political Argument, 195 이하 참조) ** (이 부분에 대한 논평은 길기 때문에 맨 뒤로 이동시켰음)

배리의 공익 개념:

“공익이란 개인들이 공중의 구성원으로서 공통되게 소유하는 이익들이다.”(B. Barry, Political Argument, 190 - those interest which people have in common qua members of the public”

176

이 이익을 어떻게 결정할 것인가?

“배리는 ㉠어떤 정책 X와 관련하여 한 개인이 특정한 역할을 수행하는 자로서 그 역할에 상응하는 능력을 소유하는 것에 대하여 가지는 이익 ㉡ 그가 수행하는 다양한 역할들(직장인, 부모, 민주시민, 특정 지역주민, 납세자 등)을 종합적으로 고찰하여 그 정책이 그에게 미치는 이득들과 손해들을 형량하여 나오는 순 이익(net interest)를 구분할 것을 제안한다.

”(B. Barry, Political Argument, 196)

177

이 구분은 공통이익 모델이 공익에 접근하는 두 가지 독해 방식을 제공하기 때문에 중요하다.

독해방식 1 - “구성원들 각각이 수행하는 다양한 역할들과 그에 상응하는 능력들 전체를 종합적으로 고려하여 이득과 손해를 형량하여 나온, 구성원들 전체에 공통된 순이익들”

그러나 이 난점은 청정 대기 규제로 인해 이득보다 손해가 많은 일부 사람들이 항상 존재하기 때문에 난점에 빠진다.

독해방식 2 - 공익을 ‘각 개인이 공중의 구성원(시민)으로서의 능력에 대하여 가지는 이익’들로서 불특정 다수의 사람들과 공유하는 이익들’로 파악하는 것.(B. Barry, Political Argument, 223) 청정 대기를 위한 환경규제는 특정 지역 주민으로서는 순이익이 더 클지도 모르지만 정치적 공동체 구성원인 시민의 지위에서는 모두에게 이익이 된다는 점에서 공익이다.

(이것은 일반적 규칙으로서 그러한 필요성을 인정하고 시행하는 절차를 인정할 수 있느냐와 관련된다. 즉, 구성의 오류 문제나 집합행동의 문제가 발생할 때 공공재나 공공재와 관련된 규제들)

178

“이른바 민주적 시민성(democratic citizenship)이라는 가치를 공익 개념의 구성에 끌어들이게 되면 개인의 자주성과 입헌민주주의적 공동체를 구성하는 근본적 가치들을 공익 개념의 요소로 파악할 수 있게 된다. 그렇게 되면 공익 개념은 개인의 권리 못지 않은 내용을 갖추게 될 것이다.(J. Bell, "Public Interest: Policy or Principle?". 30 참조. 이러한 관점에서 공익 개념을 구성해보려는 최근의 시도로는 M. Feintuck, "The Public Interest" in Regulation, 179면 이하 참조) 이러한 점은 독일의 공법학에서 발전되어 온 공익관들에서도 확인되는 바이다.”(독일 공법학에서의 공익논의에 대해서는 R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, Tübingen, 199 참조).

179

시민으로서의 지위의 이득과 특정 개인으로서의 이득이 충돌할 수 있기 때문에 역시 형량의 기준이 필요하다.

여기서 기준으로 공리주의적 계산법을 삼으면, 역시 공리주의 문제와 같은 난점에 빠진다.

그 이외의 전략으로 민주적 시민성의 관점에서 파악하는 것이 있는데, 이것은 ‘민주주의와 민주적 공중’이라는 가치를 더 세밀하게 분석해야 알 수 있다.

(결국 이 민주적 공중이라는 관점은 질서정연한 사회의 시민으로서의 공적 이성을 사용하는 관점인데, 이 관점에 대해서 무지의 베일 뒤에서 합의한다고 논증을 구성할 수 있을 것이다.)

3. 객관적 진정공익으로서의 공익관 (unitary conceptions of public interest): R.

Flathman의 공익론)

헬드에 따르면 “이 공익관은 최고의 도덕적 근본원리 또는 근본가치체계들로부터 공익을 도출하려는 견해들을” 가리키는데, 공익을 “공공정책이나 입법을 지도하고 규제하며 비판하는 기능을 수행하는 규범적(가치평가적) 속성을 가지는 개념으로 파악한다.

‘180

플래스먼의 공익론의 특징은 “상대방과 공중을 향하여 입증하기 위하여 납득할만한 근거를 제시하는 정당화과정 위에 공익관을 구축하려는 시도”다. (R. Flathman, The Public Interest, 43: "In most general and formal terms, a "politics of public interest" requires that political actions rest their assessment of the consequence of proposed policies on reasons.")

(1) 공익과 사익의 관계

“플래스먼은 다수 개인의 이익이라는 사실로부터 규범 개념인 공익은 결코 도출될 수 없으며, 그 이상의 다른 요소가 덧붙여져야만 된다고 비판한다.” 숫자는 올바른의 기준이 아니기 때문이다. 즉, 공익이 일종의 원리에 바탕을 둔 판단이다. 플래스먼이 제시하는 규범적 원리란 무엇인가?

181

내가 X라는 정책을 좋아하기 때문에 X는 정치적 강제력을 통해 행사되어야 한다는 진술은 실천적 논의과정에서 영향력을 행사할 가치가 없다.
(예를 들어 한국에서 메달리스트 군대면제가 공익인가는 다수 국민들이 군대면제를 통해서 메달을 많이 따는 것을 보고 싫어하기 때문에 군대면제는 실시되어야 한다는 진술은 그것만으로는 아무런 가치가 없다.)

합당한 정당화의 최소 요소가 있다. i) 논리적 추론 규칙(rules of inference)와 ii) 사실증거의 존재다. (R. Flathman, The Public Interest, 43)

182

플래스먼의 공익관은 세 층위다.

1층위 - 도덕적 최고원리

2층위-실질적인 정치적 도덕원리

3층위- 상황의 고려, 즉 (법)사회학적 논의

(가) 제1층위 - 실천적 논의의 최고도덕 원리

이 원리들은 부당결과회피 원리(the principle of consequences)-A가 X를 행함으로써 발생할 결과가 부당하다면, 특별한 정당화사유가 없는 한, A는 X를 하여서는 안된다는 금지(부작위)요청과 A가 X를 하지 않음으로써 발생할 결과가 부당하다면, 특별한 정당화사유가 없는 한, A는 X를 하여야 할 의무를 진다는 적극적 작위의무의 요청-와 보편화가능원리(the univesalizabiltiy principle)이다.

184

보편화가능성 원리는, 정책을 보편화가능한 것으로 정당화할 수 없다면 정당성이 약화된다는 원리다. 즉, “자신이 주장하는 이익이 공익으로 전환되려면 보편화가능성 원리의 테스트를 통과하여야 한다는 것이다.”(보편화가능성 원리가 중요한 역할을 하는 것은 인정하면서도 플레스넨은 공익판단을 보편화가능성원리에만 국한시키는 절차주의적 견해에 반대한다.) “문제는 보편화가능성 원리는 논리적 규칙에 지나지 않으므로 내용상의 판단을 할 수 없다는 데 있다”

모든 유대인을 제거해야 한다고 굳게 믿는 광적 나치즘 신봉자가 자신 역시 유대인으로 판명되면 기꺼이 가스실로 갈 용의가 있다고 할 때 형식적 보편화 가능원리는 답이 안된다.

185

그래서 플레스넨은 도덕적으로 부당한 결과를 낳을 수 밖에 없다면 보편화가능 논리규칙의 나머지 절차는 타당하지 않게 되므로, 부당결과 회피원리가 더 상위라고 한다.

(그러나 실제로 칸트의 철학을 재구성한 롤즈가 말한 보편화가능성 원리-예를 들어 공지성, 안정성, 공약의 부담-으로 구성하면 이것은 실질적 보편화가능성 원리로 해결이 된다.)

186

(나) 제2층위: 정치적 공동체의 근본적 가치들

플레스넨은 정치적 공동체 내에서 일반적으로 승인된 가치들(general community values)을 끌어들이는다.

187

그런데 승인 사실보다는 왜 그 가치가 타당한가는 논거, 즉 상위 원리가 더 중요하다. 즉, 공익의 내용에 대한 불일치가 단순히 주관적 선호에 대한 불일치가 아니라 논의가능한 불일치이기 때문에, 앞에서 말한 제1층위의 원리들과 결합하여 논의해 나가면 된다.

또다른 문제는 가치다원주의의 문제인데, 결국 민주적 공동체를 어떻게 해명하느냐에 관해서 난점을 해결해야 한다.

(롤즈가 해결했다고 본다)

188

제3층위: 구체적인 사실관계와 상황의 고려

보편화가능원리와 부당결과회피원리는 구체적 상황과 구체적 결과들에 대해 각각 주의를 기울일 것을 요한다.

IV. 법학적 공익관: 자유공화주의적 공익관

앞의 논의의 중간 결과물

i) 개인의 욕구, 선호, 자유의 역할을 충분히 인정해야 한다. (다수결 모델 교훈)

ii) 사적 자치의 요소 외에도 시민으로서 가지는 공적 자치의 역할도 고려해야 (공통 이익 모델 교훈)

iii) 실천적 정당화의 원리들, 즉 공공적 정당화의 원리들을 충분히 반영해야 한다.

iv) 구체적인 공익관련 문제를 해결하기 위해서는 실질적인 기준이 필요하며, 이를 위해 정치공동체에서 일반적 승인되는 가치를 재구성해야.

189

Q) 이런 요청을 충족하는 공익관은 가능할까?

1. 자유공화주의적 공익관

자유주의+ 공화주의

(1) 비예속 상태로서의 자유관

“타인에 의해서 지배당하지 않는 상태로서의 자유”(freedom as non-domination)을 최고의 이상으로 삼는다. 이는 단순히 간섭받지 않는 상태와는 다르다. 따라서 공화주의 자유관에서는 공익 실현 법을 통해 오히려 자유가 증진된다고 본다. 이른바 집합행동의 문제. 교통 규칙, 항공운행규칙, 환경오염 규제.

191

강제를 통한 법의 자유 촉진기능이라고 한다.

즉, 공익 실현 법은 “개인이 예속상태에 빠지는 것을 방지해주고, 예속상태에 있는 개인들은 구제해준다.” 따라서 “반이등국민화원리(the Anticaste Principle)와 부당한 차별을 금지하는 입법(anti-discrimination legislation)이 매우 중요한 지위를 차지한다.”(C. Sunstein, "Beyond the Republican Revival", 1571)

192

“자유공화주의의 두 번째 특징은 그 심의민주주의(또는 숙의민주주의)관에 있다.” “자유공화주의는 개인의 욕구와 선호가 사회적 선물이라고 본다”. 즉 선호 형성 과정을 성찰할 수 있는 조건이 마련되어야 그 욕구와 선호가 의미를 가진다.

(참으로 당연하고도 중요한 말씀이시다!)

194

자유공화주의의 자주성 이념은 두 차원에서 실현된다.

1차원 - 사적 자치 (자신의 선관 성찰 조건)

2차원 - 공적 자치 (공동 논의 및 숙고의 조건)

(이러한 두 가지 차원은 표현의 자유 논의에서도 중요한 것이다. 보통은 2차원만 이야기하는데 제1차원 역시 중요한 것이다!!)

(3) 민주적 시민들의 공통이익으로서의 공익

195

배리가 제시한 ‘시민으로서 모든 개인들에게 공통적인 이익’이라는 공통의 모델을 전제로 하여, ‘각 개인이 자신의 사익을 자유롭게 추구할 수 있는 조건들의 총체’(the ensembles of conditions of individual goods)를 공익으로 파악한다. (I. Honohan, Civic

Republicanism, 151 이하)

(이 점은 결국 롤즈가 말한 자유롭고 평등한 시민의 두 능력과 상응한다. 첫째 선관을 추구하는 능력, 둘째, 정의감을 갖고 발휘하는 능력. 이 두 능력을 활용하고 발전시킬 수 있는 여건을 마련하는 것이 바로 자유공화주의적 공동선인 것이다. 뭐 특정한 종교 믿고 그러는 것이 아니라!!)

따라서 자유공화주의 공익은 세 유형으로 구성된다.

제1유형(반이등국민화원리) - 사회구성원 각자의 자주성 행사에 가장 필수적인 수단들을 평등하게 보장.

196

제2유형 - “공동체의 존속과 통합에 필수적인 가치들과 수단들, 사회구성원들을 연대하게 하는 가치들을 내용”으로 하는 이익. “국가안전보장, 사회질서, 자연환경, 효율적인 국토개발, 전통문화재, 언어 등이 여기에 해당될 것. (D. Miller, "Justice, democracy and public goods", 137)

제3유형 - “개인들이 자신의 처지와 관련하여 종합적으로 이익형량 한 후에 산출되는 순이익의 공통분모. 즉 구성원들 전체에 공통된 순이익들(common avowable net interest of peoples)이다.” 가령 새만금 간척공사로 얻는 이득 vs 휘귀한 도룡농의 보호. 이 경우 다수결 공익관이 적용되는 경우다!

(이와 같은 유형의 구분은 매우 중요하다. 그리고 우리는 이 유형간의 위계도 볼 수 있다. 제1유형이 최상위에 서고 제2유형이 그 다음, 제3유형은 맨 아래의 자리를 차지하게 된다. 그래서 제3유형은 국민들의 기본권을 훼손하지 않는 측면계약 한도에서 정당하고 심의된 공적 집결 선호를 실시하는 영역에만 제한적으로 적용되는 것이다.)

2. 공익과 자유: 이익형량

(1) 공익, 해약의 원리, 자유

198

법 후견주의, 법도덕주의의 근거들은 공익이라 할 수 있는가?

200

“음란성 기준은 ‘종합적으로 고찰하여 건전한 사회통념에 비추어 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 노골적인 성행위를 묘사하거나 기술함으로써, 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것으로 보아서 전체적으로 보아 예술적 가치가 결여되어 있는지 여부’에 따라 판단되어야 한다는 대법원 2000. 10. 13. 2000도3346의 견해는 법도덕주의 견해다.

“헌법재판소는 ‘음란은 인간의 존엄성을 왜곡하는 해악을 가져오는 적나라한 성표현물이어서 표현의 자유 영역에 포함되지 않는 반면, 저속은 그러한 정도에 이르지 않는 성표현을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있다고 설시한다. 이러한 입장은 대법원의 입장과 비교하면 보다 더 자유주의적인 것으로 평가할 수 있다.’(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

등)

201

이런 것이 표현 자유 제한 근거가 되는 공익일수 있을까? (당연히 안된다! 반이등국민화원리에 반하기 때문이다)

“이러한 질문은 현행 전기통신사업법 제53조에서 단속하는 ‘불온통신’에 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것이 공익침해에 해당되면, 대통령령에서는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용’ 역시 공익을 침해하는 행위에 포함된다는 점에서 현실적인 관련성을 갖는다.

(이러한 선량한 풍속은 꽤 원리offense principle을 표현한 것으로 보아야지, 그냥 감정 상한다고 못하게 하는 법 도덕주의 인정한 것은 아니라고 보아야 한다. 선량한 것이 무엇이나에 대해서 당연히 사람마다 의견이 다른데 다수결 공익관을 택하지 않는 이상 이것을 해결할 수는 없다)

(2) 흡연권 사례

(가) 자유의 위계질서

흡연권이 생명권이라는 상위의 기본가치를 담고 있으므로 흡연권이 표현하는 일반적 행동자유권(사생활의 자유)에 우선된다는 결정을 내렸다. 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 흡연행위를 법률로 제한할 수 있다 한 것이다.

202

이것을 해석하면,

“일반적 행동자유권이라는 개념으로 분류되는 자유들 중에서 어떤 자유들은 상위의 헌법적 가치와 직접적으로 관련성을 가지거나 그 가치를 실현하는 데 필수적인 역할을 한다면 그렇지 않을 자유들보다 더 큰 비중을 갖는다.”

(그러나 이런 추상적인 자유들의 위계를 정하는 것이 실제로 형량에서 많은 도움을 주지는 않지만 기본 토대는 될 수 있을 것이다.)

(나) 자유도 중요도 판정 기준

드워킨의 ‘자신이 원하는 대로 할 수 있는 바로서의 자유’(liberty as license)와 ‘독립성으로서의 자유’(liberty as independence)의 구분법에서 보이는 발상이 중요도를 가리는 데 도움을 준다.

203

전자는 간접으로부터의 자유고, 후자는 정치적 공동체에서 “자율적이고 평등한 성원으로서의 지위를 보장하는 것을 근본목표로 본다.”

인간존엄성, 반이등국민화 원리, 자주성 실현에 얼마나 중요하며 기여하는가로 중요도가 판

정된다고 볼 수 있다. (이러한 중요도 기준은 J. Feinberg, Harm to Others, 208)

그래서 다음 원칙이 나온다.

204

“동등한 인간존엄성이라는 상위가치의 실현에 보다 더 기여하는 행위에 대한 자유권 유형이면 일수록 그 제한사유의 정당성(긴박성) 중요도는 그만큼 커져야 한다. (J. Feinberg, Harm to Others, 208)

(3) 공공적 해악과 자유

(가) 법후견주의적 논증과 공공적 해악 논증

자동차안전띠착용 의무규정사례(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518)을 예로 들어보면, 재판소가 제시한 논증 중 개인이 안전띠 착용시 이익과 미착용시 이익을 계산해서 비교하는 방식은 자유를 고려하지 않고 곧바로 동일테이블에서 결과적 이익만을 비교한 것이므로 이익의 구조를 고려하지 않은 정합성 떨어지는 논증이다.

205

그러나 튕겨나가서 교통 공공에 해악을 미친다는 것은 타당한 논증 방식이다.

(나) 공동체관련적 인간상

혼인빙자간음죄 종전 결정례 형법 340조 위헌성 사건에서 헌재(2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합)) 다수의견은 “혼인의 순결과 미혼 여성의 정절보호라는 법익은 진통적인 윤리가치”라고 보았다. 반면에 주선희 재판관은 반대의견에서 “개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀한 영역에 속하는 부분에 대하여는 국가가 가능하면 간섭과 규제를 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정에 맡겨야 하며”라고 자제이론을 펼친다.

(사실 이 자제이론으로는 논증이 충분치 않다. 최대한 자제가 어느 경계선이냐는 사람마다 느낌이 다르기 때문이다.)

형법 340조가 여성을 유아시한 법후견주의적 발로라고 한다.

(그런데 사실 이 문제는 사적관계에서 섹스했다는 것을 형법이 보호해야 할 법익으로 볼 수 있는가의 문제로 좀 더 세밀하게 해결해야 한다고 본다. 왜냐하면 혼인빙자에는 기망의 요소가 들어가 있기 때문이다. 이것은 어떤 기대가 잘못된 정보로 인해 부패된 자기결정이 되어버렸을 때 그러한 부패를 어느 경우에는 처벌하고 처벌하지 않는지를 결정하는 문제다. 일반적으로 -직업수행이 아닌- 시간이나 감정의 투여는 그러한 법익에 해당하지 않는다. 예를 들어 친구가 약속을 해놓고 의도적으로 바람을 맞힌 경우라든가, 남자가 교수라고 뺑쳐서 좋아했는데 알고 보니 교수가 아니었다던가. 섹스도 마찬가지로 아닐까 한다. 섹스는 돈이 아니며 무엇인가를 잃는 것이 아니라 그냥 활동 그 자체이기 때문이다. 물론 그러한 활동을 상대방이 미혼이라는 정보를 잘못 알고 했다면 매우 실망스러운 일이겠으나 수복불가능한 무언가가 상실된 것이 없다. 어쨌든 헌재의 다수의견의 근거는 매우 안좋다.)

(5) 사익 간의 이익형량시 공익의 역할 : '자유와 민주주의' 다시 성찰하기 - 공화주의적 시각에서 우리 헌법이 표현의 자유를 제한하는 사유로 '공중도덕'이나 '사회윤리'를 침해해서는 안된다고 규정하고 있는 것이 진정 제한 사유가 되는지 논란 여지가 있다.

(그러나 이것은 자구 자체로 봐서는 안되고 시민의 관점에서의 공중도덕과 사회윤리로 봐야 한다)

209

(가) 우리최고재판소들의 입장

대법원 1988. 10. 11. 85다카29를 출발점으로 하여 2002. 1. 22. 200다37524에서 총괄적으로 정리되고 있다.

1 -이익형량 일반 기준 (여러가지 종합해서 형량한다~~)

2 - 이익 형량시 표현 자유가 우위성을 가지게 되는 요건 - 공공의 이해 + 진실

3 - 인격권을 침해하는 표현의 자유 중요성 판정기준 : 사적인물 vs 공적인물

(그러나 이 구분선이 정당화가 없으면 자의성은 그대로 이어지게 된다. 대표성 간편추론법에 의해서 자주 보는 인물은 공적인물, 자주 안보는 인물은 비공적 인물로 혹시 생각하는거 아냐 하는 의문이 든다)

4 인격권을 침해하는 표현의 자유 중요성 정도 판정 기준

공적 존재의 영향력이 클 수록 그의 정치적 이념에 관한 표현의 자유는 인격권에 비해 더 큰 비중을 갖는다.

(영향력의 종류를 구분하지 않았다는 점이 문제)

210

헌법재판소도 종합적으로 형량해야 한다고 하고 있다.

표현의 자유가 민주적 공공성(민주적 의지)의 형성이라는 공익에 더 긴밀하게 관련되어 있어서 그만큼 비중이 커진다고.

(그런데 현재 99. 6. 24. 97헌마265를 보면 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지까지 고려요소로 삼고 있는데 도대체 무슨 소리인지 이해가 안간다.)

V. 맺음말

213

앞으로의 과제 (최송화, 공익론에서 제기한 과제)

- 1) 진정공익의 내용구성
- 2) 다원적 공익의 구조
- 3) 공익판단의 절차법구조화
- 4) 공익개념에 대한 법원의 합리적 해석기준 제공
- 5) 이익형량 기준의 체계화

(이와 같은 과제들은 하나같이 주옥같이 중요한 말씀이고 진짜 과제이나 아직 제대로 해결된 것은 없다. 이 소개된 논문은 그러한 해결을 위한 중요한 토대를 후학들에게 제시하고

있다는 점에서 의미가 있다.)

**논문 175페이지에 대한 논평

(그러니까 이런 것이다. 헌법재판소의 과잉금지원칙 심사에서 국가가 X는 좋은 것이니까 공익이 된다, 이렇게 말하면 헌법재판소가 그래 X 좋은거네, 공익이지 구웃~ 이라고 넘어가 버리면 안된다는 것이다.

특히 헌법소원제기자와 같이 권리주장자가 주장하는 Y로 추구할 수 있는 공익 부분은 제해야 한다.

예를 들어 군인들 사이의 계간을 형사처벌하는 형법조항이 추구하는 공익이 국가안전보장이라고 해보자. 그러면 국가가 계간은 국가안전보장을 위한 군사력 전투력 유지를 위해 필요하다고 주장하면, 그대로 그걸 받아들여서 그것만 보고 넘어가면 안된다.

국가안전보장이라는 사태는 복합사태를 묶은 추상적 개념이지, 단일 사태를 나타내는 것이 아니다. 그래서 형량에 들어가야 할 복합사태 부분을 잘라내는 일이 필요하게 된다. 어떻게 잘라낼 것인가?

다음과 같은 지니의 사례를 살펴보도록 하자.

램프의 요정 지니가 한마리 있다. 램프를 문질렀더니 지니가 튀어나왔다. 당신의 소원 세가지를 들어주도록 하지, 라고 말한다.

그러나 램프를 문지른 사람이 나의 첫번째 소원을 말하겠다고 한다.

“나의 첫번째 소원은 군인들이 민간인들만큼 영양가 높은 식사를 하고, 충분한 휴식을 취하며, 사병들 간의 부당한 위계질서로 인해 긴장이 들지 않으며, 안전 수칙이 제대로 지켜지고, 병무행정비리가 일소되며, 또한 군무행정의 부패가 사라져서 가장 최적의 기술이 최소의 비용으로 조달되며, 국방비가 늘어나며, 또한 장병과 사관들이 업무에 보다 집중하며, 건강한 정신과 육체를 유지하고, 훈련스케줄이 합리화되며, 정신과 치료 인력과 시설도 적극적으로 확충되어 장병의 자살을 미리 예방하는 것이다.”

지니가 외친다.

“하하하, 세가지 소원의 첫번째를 말하라고 했는데 너는 지금 열가지도 넘는 소원을 말했다.”

그러자 램프 문지른 사람이 말한다.

“아니 나는 한가지 소원만을 말했다 뿐이다. 바로 ‘국가안전보장’을 해달라고 한 것이다.”

지니가 “국가안전보장이라는 이름으로 여러가지 소원을 묶은 편법을 쓴 것이잖아. 진짜 한가지 소원만 좋은 말로 할 때 제대로 말해라.”

램프 문지른 사람이 묻는다.

“지니여, 당신이 원하는 것이 하나의 말로 묶일 수 있는 복합사태가 아닌 단일 사태라면, 나는 그런 단일 사태에 대한 소원을 말할 수가 없다. 지니 당신이 그런 단일 사태의 예를 들어보라.”

지니가 말한다. “예를 들어 10억을 달라는 소원은 어떠냐? 이걸 10억이 생긴다는 단일 사태 아니냐?”

문지른 이가 반박한다. “지니여, 그것이 어떻게 단일 사태인가? 10억이 내 소유가 된다는 것은 여러가지 복합사태다. 일단 10억이 현금으로든 예금통장으로든 내 수중에 들

어와 있고, 그 10억을 지니 당신을 포함해서 다른 사람들이 함부로 가져갈 수 없는 상태에 놓이며, 그 돈이 위조지폐가 아니라 진짜 지폐일 것을 요구하며, 그 돈이 미래의 지폐가 아니라 현재의 지폐일 것을 요한다. 이들 요건 중에 하나라도 빠지면 그것은 10억을 준 것이 아니며 따라서 10억을 갖는다는 사태는 복합사태다.”

지니가 말한다. “까다롭게 구는 군. 그럼 장동건과 똑같은 얼굴로 만들어주는 건 어떠냐?”

“장동건과 똑같은 얼굴이 되는 것은 장동건의 눈과 같이 만들어주고, 코도 같이 만들어주고, 입도 같이 만들어주고, 등등 얼굴의 각 부위를 똑같이 만들어달라는 소원의 연접 소원이다. 우리는 어떤 사태든지 그 사태를 좀 더 단순한 요소들로 분해할 수 있으며 그러한 요소들이 갖추어지지 않았을 때에는 충족되지 못하는 사태로 변형시킬 수 있다.”

지니가 말한다. “나는 수천년 동안 세 가지 소원을 말하라고 이야기했었는데 도대체 아무런 철학적 근거가 없었던 말인가?”

문지른 이가 답한다. “그렇다. 당신이 소원이 무제한으로 늘어나는 것을 통제하려고 했다면 그 가짓수를 제한할 것이 아니라 주제, 시간, 장소의 범위를 제한하는 것이 나았을 것이다.”

“정책X가 공익PI를 추구한다”는 말은 따라서 명백한 단일 사태를 목적화하는 문장이 아니다.

PI의 개념 범위에 포섭되는 것 중 일부를 증진시킨다는 말이다.

만일 PI가 PI1, PI2, PI3, PI4, ..., PIn 등의 사태와 연결된 이익을 지칭한다면,

위 문장은 위 PI들을 모두 추구한다는 말이 아니다.

즉, “정책 X는 PI1 증진 \wedge PI2 증진 \wedge PI3 증진 \wedge PI4 증진 ... PIn 증진한다.”는 말과 결코 동치가 아니다.

오히려 “정책 X는 PI1 부터 PI 10을 증진한다.”는 말과 동일할 것이다.

아직까지도 명확하지 않다. 왜냐하면 정책 X는 정책 X' 와 비교해야지만 증진의 범위가 분명히 드러나기 때문이다.

지니의 예를 다시 도입하자면 다음과 같다. 문지른 자가 20대 초반의 청년이라고 하자.

“저의 젊음이 최대한 유지되도록 해주십시오”라는 소원을 빌고 그것을 들어주었다면 그와 같이 빌고 들어주는 행위가 유의미하려면, 그것은 소원을 빌지 않은 사태와 비교해서 젊음이 더 많이 유지되는 부분이 있다는 말이다.

따라서 “지니의 소원 들어주는 행위 X는 문지른자의 20대 젊음을 최대한 유지시켰다”라는 말은 그 자체로는 독립적으로 조사될 수 없고, “지니의 소원을 들어주는 행위 X는 문지른 자의 젊음을, 소원을 들어주지 않았을 때와 비교하여 20대 젊음을 k년만큼 더 연장시켜 유지시켰다.”라는 명제로 변환되었을 때야 의미있게 이해되고 조사될 수 있다.

따라서 정책 X가 만연히 공익이라는 개념 범위에 포섭되는 것 전부 또는 상당부분을 추구한다는 착각을 일으키지 않도록 통제하려면 항상 그것은 정책 X'(국가의 부작위 상황, 또는 대안 정책 상황)와 비교하여 그 공익 범위가 파악되어야 한다.

따라서 목적의 정당성에서 정당성이 심사되는 공익에 관한 명제는

“국가가 정책 X를 통해 추구하려는 목적은 정책 X와 비교하여 PI1, PI2를 C만큼 더 증진하는 것이다.”라고 말하게 된다.

여기서 바로 위의 명제에서 언급되었던 “PI1~PI10” 중에서 PI3이후가 빠진 것은, 정책

X'를 실시하여도 동일하게 추구될 수 있는 공익이기 때문이다.

배리가 이익판단의 구조를 들어, 이익 판단 주체가 이익을 항상 그 대안 정책과 때문이다. 이익 판단주체들은 그저 하나의 정책이 이익이 되는가만 판단하는 것이 아니라 항상 그 정책을 기타 대안정책들과 비교하고 있다는 것이다. 해당 정책이 각자에게 가져다 줄 이익이 어느 정도인가에 대해서는 의견이 다르겠지만, 대안정책들과 비교하였을 때 이익이 되는지 어느 정도 이익이 되는지를 판단하기는 보다 쉬워진다는 것이 배리가 말하고자 하는 바이다.

이것을 배리의 면도날이라고 부를 수 있다. 이 문제를 하나의 예를 통해서 더 분명하게 판단해보자.

예를 들어 근무시간도 길고 대우도 팍팍한 회사A에 다니고 있는 사람이 있다고 해보자. 그런데 웬일로 운수가 좋아졌는지, 최근 일주일 간 2군데의 기업B,C이 이직을 제의를 했다. 근무 조건은 모두 원래 다니던 회사보다는 다 낫다. B 기업을 다니는 것이 그에게 이익이 된다는 판단은, B기업을 다니면 임금을 받고 생계비가 나와서 먹고 살 수 있다는 판단이 아니다. 왜냐하면 A, B, C 어느 것을 택해도 그 부분의 이익은 모두 보장이 되기 때문이다. 즉, 구체적인 맥락에서 B가 이익이 된다는 것은 A와 C보다 B가 더 나은 부분이 있다는 말이다. 만일 이 사람이 자신의 선택을 정당화하려면 그 부분을 특정할 수 있어야 하고, 그 부분을 특정해서 비교해야 한다. 공통된 부분들은 논의에서 빠지는 것이 사고를 정돈케 함은 물론이다.

처음 들었던 균형법상 계간의 문제로 돌아와보자. 계간은 군대의 전투력 유지를 통해서 국가안전보장을 추구하고자 한다. 이 미분화된 공익을 그대로 두고 만일 동성끼리 성행위를 할 자유와 '국가안전보장'이라는 거대한 공익을 비교형량하게 되면 이 거대한 공익의 심리적 무게에 압도되어 당연히 국가안전보장이 중요하다고 생각하게 된다. 더군다나 이것은 이성의 성행위를 규율하는 법제도에 대해서는 고려하지 않도록 유도한다.

그러나 계간 금지가 과연 병무비리를 줄이고, 군무 행정이 효율화되어 최신식 무기를 최소 비용으로 도입하고, 자살을 방지하고 이런 문제와 관련이 있는가? 없다. 없으면 형량되어야 하는 공익에 포함시키지 않아야 하고, 논증에 사용되는 언어도 그러한 것들을 만연히 연상시키거나 지시하거나 언급하는 그러한 개념을 쓰지 않고 잘라서 낸 부분만을 언급하여야 한다.

헌법재판소는 “군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립”을 공익으로 언급하였다. 그런데 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립 역시 국가안전보장과 마찬가지로 복합사태를 총칭하는 개념이다. 그리고 공동사회의 건전한 생활은 ‘건진’이라는 단어 자체가 이미 결론을 내포하는 가치평가적 개념이어서 목적으로 언급하기 적절하지 아니하다. 결국 전투력에 영향을 미치는 군기 확립으로 좁혀서 파악해야 하고, 이 군기 확립 중에서도 다른 정책들이 이미 추구하고 있는 군기 확립 부분까지 만연히 언급해서는 안된다. 또한 군기 확립은 수단적인 이익이고 더 저변의 이익은 전투력의 보존이므로 거기까지 언급을 하여야 한다. 군기 확립을 위하여 군기 확립을 한다는 본질을 정해놓고 그것에서 이탈하면 질서 위반이라는 순환논증이 되어버릴 위험이 있기 때문이다.

즉, 계간 금지가 추구하는 공익이 있다면, 그것은 “동성간의 성행위를 균형법상 금지하지 아니하고, 이성간의 성행위와 마찬가지로 직무시간의 성행위는 직무유기로 규율하며, 직무시간 외의 성행위는 특수관계의 경우에는 군 내부의 징계로 규율하며, 강제력이나 지위에 의한 것은 강제추행이나 위계간음으로 규율하며, 그렇지 아니한 경우에는 허용한다”라는 정

책 X'와 비교하여 추가로 달성하고자 하는 그러한 공익이다. 그 부분을 파악하면, 결국 “영외에서 직무시간 이외에 두 명이 만나 성행위를 하고, 그 두명이 같은 성별의 군인일 때 오직 그 때 그 행위를 처벌함으로써 추가로 달성되는 군기 확립에 의한 전투력의 보존”이 바로 추구하고자 하는 공익임을 알 수 있게 된다.

그러므로 수단의 적합성, 피해의 최소침해성, 그리고 법인 균형성에서 국민의 기본권을 제한하는 근거로 계속하여 대비되는 것도 바로 이 공익이다.

따라서 이 공익이 실제 합당한 공익관에 의해 공익으로 정당하게 파악되는 종류의 것임을 논증해야 하는 논증부담이 보다 선명하고 분명하게 드러나게 된다. 이로써 선명하게 부각되는 과잉금지 심사의 후속 단계에서의 논증 부담의 일부만 살펴보자면 다음과 같다.

① 군기 확립을 위해 직무 이외의 영역에서의 성행위를 하지 못하게 하는 것은 자유와 평등의 헌법적 이념에 위반되지 않는다. (즉, 이것은 피해자가 없는 성인간의 동의에 의한 행위에 국가의 간섭이 허용되는 특별한 종류의 이유에 속하는 것이다. 또한 이성애적 성향을 가진 이의 자기결정권에 비해 동성애적 성향을 가진 이의 자기결정권의 차별취급으로 반이등국민제의 실시가 아니다) - 목적의 정당성 단계에서

② 군인 이성간의 성행위는 군기 확립에 영향을 미치지 아니하고, 또한 동성이라도 군인과 민간인의 성행위는 군기 확립에 영향을 미치지 아니하나, 오로지 동성 군인 사이의 성행위가 군기 확립에 영향을 미친다. (전투력에 차별적으로 영향 미치는 경로 적시의 필요성과 입증 필요성) -수단의 적합성 단계에서

③ 군기 확립에 영향을 미치지 아니하는 동성간의 성행위와 군기 확립에 영향을 미치는 동성간의 성행위를 더 이상 구분할 수 없고, 불가분하게 결합해서 모두 하나로 취급할 수 밖에 없다. -피해의 최소침해성 단계에서

④ “군기 확립을 이 정책이 추가적으로 보강하는 구체적인 정도” vs “원하는 특정 이의 성행위를 전면적으로 하지 못한다”의 형량을 보편적 시민의 공정한 관점에서 판단한다 - 법익의 균형성 단계에서

이것을 다음과 같은 헌법재판소 결정례의 다수의견 및 보충의견과 비교해보라.

군형법 제92조 위헌제청

(2011. 3. 31. 2008헌가21)

【판시사항】

1. “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회

의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다. 그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를

- 178 -

형사처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 또한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

3. 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항의 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치기는 마찬가지인 점, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 균형법이 개정되기 전의 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것이 입법의도에 부합

- 179 -

하는 해석인 점, 상급자가 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 위하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 강

제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다.

또한, 이 사건 법률조항의 “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정된 점, 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 일정 공간을 공동으로 사용해야 하는 군대 내에서는 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되고, 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다

마지막으로, 이 사건 법률조항이 적용됨에 있어 시간적, 장소적 제한이 있는지에 관하여 보건대, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 그 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 범위의 통상적인 법률 해석·적용의 문제라 할 것이며, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는지 하는 것에 관하여 다소 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 형벌규범인 이 사건 법률조항이 불명확하다고 볼 수는 없다.

재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활

- 180 -

과 군기’라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다. 그러나 이러한 해석은 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

다음으로 이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 ‘계간 기타 추행’이라는 추상적이고 모호하며

포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

- 181 -

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있다. 그러나 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상조항인 ‘기타 추행’ 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄 구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다고 할 것이다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

추가적 논평.

만약 자의적인 호오 판단에 단순히 과잉금지 원칙이나 비례 원칙의 외피만을 입힐 경우, 적헌성 판단이 법을 빙자한 자의적인 호오 판단의 폭력 실현에 다름 없는 것이 될 우려가 있다. 그런데 본 논문의 평석대상이 된 헌법재판소의 결정은 전형적으로 그러한 경우를 보여주고 있다.

법적 논증으로서 결함은 두 가지 점에서 드러난다.

① 논증 차원의 혼동

헌법재판소는 주관 차원의 권리인 성적 자기 결정권과 평등권을 객관 차원의 질서인 군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호, 국가안보와 그대로 대비시켰다. 이처럼 주관

과 객관을 동일 논증 차원에서 뒤섞어 형량할 때 주관적인 것에비해서 객관적인 것이 직관적으로 높은 가치를 가지는 것으로 생각되어 보다 상세한 분석을 거치지 않고 주관적인 것이 객관적인 것에 비해 열등하여 제한이 정당화된다는 판단으로 곧바로 달음질치게 된다.

② 기본권 맥락의 탈각. 공익 밀착 재단성의 회피

이것은 특히 보호법익의 추상 수준을 자의적으로 선택하는 형태로 나타난다. 이 사건에서 형량되어야 할 주관적 공권에는 소도미를 할 성적 자기결정권이 자리잡았다. 공권을 이처럼 극도로 좁혀서 구체화함으로써, 이는 자기결정권에 대한 헌법적 보호 필요성의 중차대성을 탈각시키고, 호모포비아의 편견에 판단을 노출시키는 결과를 낳는다. 헌법재판소는 타면 형량되어야 할 객관적 공익으로는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호, 국가안보’를 들었다. 그런데 “건전한 생활”은 군이라는 집단체가 마치 인격체처럼 공동생활을 가진다는 형이상학적 혼돈(삶life을 가질 수 없는 것에 대하여 삶을 산다고 혼돈)을 한 것이며, ‘건전’이라는 판단 자체가 이미 헌법적 보호가치가 없다는 판단을 포함하고 있기 때문에 선결문제요구의 오류(결론으로 나와야 할 것을 전제로 쓰는 오류)를 범하고 있다. 군인 중 일부가 자위행위를 한다고 해서 군대가 자위행위를 하는 것은 아니다. 군인들 중 일부는 A당을, 일부는 B당을 지지한다고 해서 군대가 A&B당을 지지하는 것이 아니다. 이러한 논거는 법적 논증의 자격을 갖추었다고 볼 수 없다. 나머지 공익으로 든 군기의 보호와 국가안보는 지나치게 추상화된 개념이다. 형량되어야 할 공익은 당해 자유를 보호함으로써 직접 결과하는 그러한 효과를 진술해야 한다. 즉, 해당 행위를 자유권이라는 기본권으로 보호함에 따라 부정적인 영향을 받는 부분을 밀착 재단(narrowly tailored)하여 적시해야 한다. 즉, “다른 군인이 사적으로 은밀하게 영외에서 항문성교나 구강성교, 서로의 몸을 만지는 행위를 하였을 때, 그 사실을 전혀 모르는 다른 이들이 군기, 전투력에 받는 영향”, “해당조항에 의해 금지되는 행위를 사적으로 은밀하게 한 해당 동성애자 또는 이성애자 자신들의 군기에 미치는 영향” 마찬가지로, 국가안보라는 개념도 분설되어야 한다. 만약 그것이 군기와 전투력에 미치는 영향 때문이라면 국가안보를 공익 논거는 별도로 들 필요가 없이 사고를 혼란시키는 중복에 불과하다. 그리고 실제로 그러하다. 왜냐하면 구강성교나 항문성교 행위를 하면 군사정보가 누출되는 것도 아닐진대, 그것이 군기의 약화 이외의 다른 경로로 국가안보에 영향을 미친다는 것은 생각하기 어렵기 때문이다. 이처럼 공익을 밀착 재단하였을 때에는 해당 행위를 기본권으로 보호했을 때 공익이 영향받지 않는다는 점이 분명해진다. 예를 들어 이성애자들이 정상체위로 성교하지 않고 구강성교를 했다는 점이 왜 삽입성교에 비해 군 전투력에 부정적인 영향을 가져오는지 경험칙상 전혀 이해하기 어렵다. 이러한 경험칙상 사고실험은 계속해서 이어질 수 있다. 이성애자들이 항문성교를 하는 것이 삽입성교에 비해 부정적인 영향을 가져오는지 이해하기 어렵고, 동성애자들이 구강성교를 하는 것이 이성애자들의 구강성교에 비해 부정적인 영향을 가져오는지 이해하기 어렵다. 이러한 연결고리를 따르다보면, 밀착재단된 “군전투력과 군기에 특별히 영향을 미치는 단계”로 비약하는 지점이 어디인지 전혀 특정할 수 없게 된다. 이것은 다음 문제와 연결된다.

③ 이처럼 자유권을 제한하고자 할 때는, 국가가 그 공익이 다른 허용 행위에 비해 현저하게 축소된다는 점을 객관적인 사실관계(과학적 방법에 의해 밝혀진 인과관계)를 통해 적극적으로 논증해야 한다. 그렇지 아니하면, 밀착 재단하지도 아니한 공익을 명목으로 만연히 자유연상 기법에 가까운 우려 연결로 어떤 자유권이든 형해화할 수 있기 때문이다. 이 점에서 헌법재판소는 비교법적 논거의 중차대성을 오해하고 있다. 비교법적 논거는 단지 다

른 나라들에서는 이러한 행위를 기본권으로 보장하고 있다는 것을 단순히 가리키는 참고자료에 그치는 것이 아니다. 그것은 국가가 직접적으로 입증해야 할 “해당 행위가 밀착 재단된 공익에 실제로 미치는 부정적 영향”을 반증하는-즉, 군 전투력에 허용할 수 없는 부정적 영향을 미친다는 점을 반증하는-의미를 갖는다. 그것은 이와 같은 문제에 있어서 합헌이라는 결론을 내는 법적 논증의 연결고리에서 핵심이 되는 부분이 단절된 것이라 할 수 있다. 그런데 헌법재판소는 통계나 비교법적 논거를 형량 심사에서 별로 중요하게 쓰지 않고 있고, 재판관들이 책상 위에서 자유로운 직관적 연상기법에 의하여 수식한 문구에 의하여 이러한 논증을 끝냈다고 생각하는 경향이 있다. 비단 이 사건에서 뿐만 아니라 다른 사건에서도 그러하다. 이러한 태도는 공적인 정당화 과정으로서 사법 심사의 성격을 비밀스러운 것으로 만드는 것이며, 반박에 노출이 덜 되게 하는 형태로 숨기는 것이다. 헌법재판소가 공익을 밀착 재단하고 바로 그 공익이 침해됨을 논하면서 비교법적 논거와 사회과학 논문을 적시했다면 그 논문의 신빙성에 따라 결론은 비판받을 수 있고 도전받을 수 있다. 헌법재판소가 좁은 의미의 비례원칙에 모든 판단의 부담을 집어 넣거나, 아니면 “완화된 심사”로 자의적으로 이전해서 곧바로 입법자의 의사 존중으로 도약하는 것은 바로 이러한 법적 논증 고리를 결여하면서도 그 점을 쉽게 드러내지 않게 하는 것이다.

법적 논증은 직관적인 판단의 횡포를 최대한 제약하는 것을 목표로 한다. 그러나 헌법재판소는 직관적인 판단의 범위를 최대한 확대하는 방식으로 논증함으로써, 본 논문이 지적하고 있듯이 호모포비아에 사로잡혀 함부로 주관적인 윤리 판단이 헌법적 기본권 제한의 적헌성 여부에 잠입하고 영향을 미치게 하고 말았다.