

# 미결수용자의 종교적 인권 침해에 대한 연구\*

- 현재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정의 평석 -

이 희 훈\*\*

## I. 서론

이○현은 2009년 6월 1일에 사기 등의 혐의로 대구 구치소에 미결수용 되었다가 사기 등의 범죄사실로 2009년 7월 22일에 대구 지방법원에서 징역 2년의 선고를 받고<sup>1)</sup> 항소하였으나, 2009년 10월 1일에 이 항소는 기각되어<sup>2)</sup> 2009년 7월 22일에 이○현에 대해 대구 지방법원이 선고한 징역 2년형의 판결은 2009년 10월 9일에 확정되었다. 이에 이○현은 2009년 11월 30일에 대구 교도소로 이감되었으며, 2011년 5월 25일에 형의 집행이 종료되어 출소하게 되었다.

이후 2009년 9월 14일에 이○현은 대구 구치소장이 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교<sup>3)</sup>의식이나 종교행사에 미결수용자<sup>4)</sup>였던 이○현의 참석을 금지했던 행위에 대해서 이○현과 같은 미결수용자는 헌법상 무죄 추정의 원칙에 따라 기결수보다 폭넓은 기본권을 향유해야 함에도 불구하고 대구 구치소장은 이○현을 비롯한 모든 미결수용자에게 종교행사 등에 참석을 불허하여 헌법상 종교의 자유 등을 박탈한 것으로, 이러한 대구 구치소장의 행위는 헌법 제27조 제4항<sup>5)</sup>

\* 투고일자 : 2012. 6. 4 심사일자 : 2012. 6. 11 게재확정일자 : 2012. 6. 18

\*\* 선문대학교 법학과 교수

1) 대구지방법원 2009.7.22. 선고, 2009고단2077 판결.

2) 대구지방법원 2009.10.1. 선고, 2009노2543 판결.

3) '종교'란 '신이나 절대자를 인정하고 일정한 양식 하에 그 존재를 믿고 숭배하며 받들음으로써 마음의 평안과 행복을 얻고자 하는 정신문화의 한 체계'라고 할 것이다. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2012, 525면. 이밖에 종교의 개념에 대해 자세한 것은 송기춘, 우리 헌법상 종교의 개념 -미국 연방대법원의 관례를 참고하여-, 헌법학연구 제5집 제2호, 1999. 10, 242면 이하.

4) '미결수용자'란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 뜻한다. 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제2호 참조.

의 무죄추정의 원칙<sup>6)</sup>에 반하여 이○현의 헌법상 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 종교의 자유 등이 부당하게 제한 즉, 침해된다는 사유로 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판(이하에서 “권리구제형 헌법소원심판”으로 줄임)<sup>7)</sup>을 청구하였다.

이에 대해 대구 구치소장은 자신에게 이○현이 종교행사에의 참석을 요구한 사실이 없으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판 즉, 권리구제형 헌법소원심판의 요건 중 하나인 ‘자기관련성’이 없고, 자신이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위에 대해 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제116조<sup>8)</sup>인 대구 구치소장의 면담제도나 동법 제117조<sup>9)</sup>인 청원제도 및 행정심판법과 행정소송법 등에 규정된 다양한 구제절차를 거치지 아니하였으므로, 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건 중 ‘보충성의 원칙’에 반하여 부적법하며, 자신은 미결수용자의 사건들 중 서로 관련이 있는 사람들은 분리 수용해야 하고, 서로 간의 접촉을 금지하여 공모를 통한 범죄의 증거인멸

5) 헌법 제27조 제4항에 의하면 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정되어 있다.

6) 무죄추정의 원칙에 대해 자세한 것은 신양균, 미결수용자의 처우에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 48면 이하.

7) ‘권리구제형 헌법소원’이란 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 경우에 기본권을 침해받은 국민이 헌법재판소에 자신의 기본권을 침해하는 국가 공권력작용이 헌법에 위반되는지를 가려내 그 기본권을 침해하는 행위를 취소하거나 위헌임을 확인하여 주도록 요청하는 제도를 뜻한다. 헌법재판소, 알기 쉬운 헌법재판, <<http://www.ccourt.go.kr>>(2012. 05. 30, 방문). 이밖에 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건에 대한 개괄적 고찰은 본 논문의 II-1번 참조.

8) ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제116조에서는 “제1항: 수용자는 그 처우에 관하여 소장에게 면담을 신청할 수 있다. 제2항: 소장은 수용자의 면담신청이 있으면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 면담에 응하여야 한다. 1. 정당한 사유 없이 면담사유를 밝히지 아니하는 때, 2. 면담목적이 법령에 명백히 위배되는 사항을 요구하는 것인 때, 3. 동일한 사유로 면담한 사실이 있음에도 불구하고 정당한 사유 없이 반복하여 면담을 신청하는 때, 4. 교도관의 직무집행을 방해할 목적이라고 인정되는 상당한 이유가 있는 때, 제3항: 소장은 특별한 사정이 있으면 소속 교도관으로 하여금 그 면담을 대리하게 할 수 있다. 이 경우 면담을 대리한 사람은 그 결과를 소장에게 지체 없이 보고하여야 한다. 제4항: 소장은 면담한 결과 처리가 필요한 사항이 있으면 그 처리결과를 수용자에게 통지하여야 한다.”라고 규정되어 있다.

9) ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제117조에서는 “제1항: 수용자는 그 처우에 관하여 불복하는 경우 법무부장관·순회점검공무원 또는 관할 지방교정청장에게 청원할 수 있다. 제2항: 제1항에 따라 청원하려는 수용자는 청원서를 작성하여 봉한 후 소장에게 제출하여야 한다. 다만, 순회점검공무원에 대한 청원은 말로도 할 수 있다. 제3항: 소장은 청원서를 개봉하여서는 아니 되며, 이를 지체 없이 법무부장관·순회점검공무원 또는 관할 지방교정청장에게 보내거나 순회점검공무원에게 전달하여야 한다. 제4항: 제2항 단서에 따라 순회점검공무원이 청원을 청구하는 경우에는 해당 교정시설의 교도관등이 참여하여서는 아니 된다. 제5항: 청원에 관한 결정은 문서로써 하여야 한다. 제6항: 소장은 청원에 관한 결정서를 접수하면 청원인에게 지체 없이 전달하여야 한다.”라고 규정되어 있다.

을 방지할 필요가 있으며, 대구 구치소의 종교행사 장소가 매우 협소하다는 등의 사유로 수형자와 노역장 유치자에 대해서만 종교의식이나 종교행사에 참석하는 것을 허용하고, 미결수용자에 대해서는 일괄적으로 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지하는 것은 현 교정시설의 여건 및 수용관리의 적정성을 기하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 그 목적을 달성하기 위한 적정한 수단이며, 현실적인 여건상 일부 수용자에 대하여만 제한하는 것이므로 최소한의 제한에 해당하여 비례의 원칙에 비추어 볼 때 미결수용자인 이○현의 헌법상 종교의 자유 등을 침해하지 않는다는 의견을 제시했다.

그러나 이에 대해 2011년 12월 29일에 헌법재판소는 대구 구치소장이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위는 '권력적 사실행위'에 해당하여 행정소송의 대상이 되기 어렵고, 설사 이러한 행위가 행정소송의 대상이 된다고 하더라도 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 부정되어 각하될 가능성이 많으므로, 이○현이 사법부에 대한 판결 등을 구하는 다른 권리구제절차를 밟을 것을 기대하기는 어려워 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건 중 '보충성의 원칙'에 대한 예외로서 권리구제형 헌법소원의 제기가 가능하다고 보았다.

그리고 헌법재판소는 대구 구치소장이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위로 인한 기본권 침해는 이○현의 신분이 미결수용자에서 수형자로 변동된 2009년 10월 9일에 이미 소멸하였으므로, 권리구제형 헌법소원을 통해 이○현이 자신의 주관적인 권리보호이익은 없으나, 지금도 대구 구치소장은 과실범을 제외한 대다수의 미결수용자에 대해 종교행사 등에 참석을 금지하고 있어 다른 미결수용자들에 대한 기본권의 침해행위가 상당기간 반복적으로 행하여질 것이 예상되고, 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 적이 없어 그 헌법적 해명이 객관적인 헌법질서의 수호 및 유지를 위해 중대한 의미를 가지므로 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건 중 권리보호이익을 인정하였다.

헌법재판소는 이러한 권리구제형 헌법소원의 청구요건이 갖추어졌다는 전제 하에 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 제45조10)는 종교행사 등에의 참석 대상을 '수

10) '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 제45조에서는 "제1항: 수용자는 교정시설의 안에서 실시하는 종교 의식 또는 행사에 참석할 수 있으며, 개별적인 종교상담을 받을 수 있다. 제2항: 수용자는 자신의 신앙생활에 필요한 서적이거나 물품을 소지할 수 있다. 제3항: 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 제1항 및 제2항에서 규정하고 있는 사항을 제한할 수 있다. 1. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때, 2. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때, 제4항: 종교행사의 종류·참석대상·방법, 종교상담의 대상·방법 및 종교서적·물품

## 32 \_ 인권 이론과 실천 제11호

용자로 규정하고 있어 수형자와 미결수용자를 구분하고 있지도 아니하고, 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들에 대한 기본권 제한은 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우보다는 더 완화되어야 할 것임에도 불구하고 피청구인이 수용자 중 미결수용자에 대하여만 일률적으로 종교행사 등에의 참석을 불허한 것은 미결수용자의 종교의 자유를 나머지 수용자의 종교의 자유보다 더욱 엄격하게 제한한 것이며, 공범 등이 없는 경우 내지 공범 등이 있는 경우라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교행사 등에의 참석을 허용하는 등의 방법으로 미결수용자의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재함에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 아니하여 대구 구치소장이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교 의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위는 비례의 원칙 중 침해의 최소성을 충족하기 어렵고, 이러한 대구 구치소장의 미결수용자인 이○현에 대한 행위에 의해 얻어질 공익의 정도가 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들이 종교행사 등에 참석을 하지 못하게 하여 입게 되는 미결수용자인 이○현의 헌법상 종교의 자유가 제한되는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어렵다는 점에서 비례의 원칙 중 법익의 균형성 또한 충족했다고 볼 수 없다는 사유로 대구 구치소장의 이○현에 대한 종교행사 등에 참석하지 못하게 하는 행위는 비례의 원칙에 위반되어 미결수용자였던 이○현의 헌법상 종교의 자유를 침해했다고 판시하였다.<sup>11)</sup>

이하에서는 2011년 12월 29일에 헌법재판소가 대구 구치소장의 이○현에 대한 종교행사 등에 참석하지 못하게 하는 행위에 대해 위헌 결정을 한 것<sup>12)</sup>에 대한 헌법적 관점에서의 타당성을 검토하기 위해 먼저 권리구제형 헌법소원의 청구요건에 대해 개괄적으로 고찰한 후, 이○현이 2009년 9월 14일에 헌법재판소에 제기한 헌법소원이 이러한 권리구제형 헌법소원의 청구요건을 모두 갖추었는지에 대해 살펴본다(이하 II). 다음으로 기본권의 경합에 비추어 볼 때 대구 구치소장의 이○현에 대한 종교행사 등에 참석하지 못하게 하는 행위에 의해 침해되는 이○현의 기본권의 종류가 종교의 자유 이외에도 헌법상 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 등이 침해되었는지의 여부에 대해 고찰한다(이하 III). 또한 대구 구치소장의 이○현에 대한 종교행사 등에 참석하지 못하게 하는 행위에 의해 이○현의 종교의 자유가 비례의 원칙에 비추어 보았을 때 침해되었는지 여부를 먼저 종교의 자유와 비례의 원칙에 대해 개괄적으로 고찰한 후에 검토한다(이하 IV). 끝으로 결론에서는 이상에서 논의된 것을

의 소지범위 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.”라고 규정되어 있다.

11) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

12) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

요약·정리하여 제시한다(이하 V).

## II. 권리구제형 헌법소원의 청구요건 개관 및 이○현의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구요건을 갖추었는지 여부

### 1. 권리구제형 헌법소원의 청구요건에 대한 개관

헌법재판소는 법원의 재판에 대한 것을 제외하고 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 직접적으로 현재에 침해받은 자가 다른 법률에 의한 구제 절차를 모두 거친 후, 자신의 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법에 위반되는지의 여부에 대해 심판할 수 있는 권리구제형 헌법소원심판권을 가지고 있는 바,<sup>13)</sup> 이러한 권리구제형 헌법소원을 제기하기 위한 청구요건으로는 먼저 ‘공권력의 행사나 불행사’로 인해 권리구제형 헌법소원을 제기하려는 자의 기본권이 침해되어야 한다.<sup>14)</sup>

여기서 ‘공권력의 행사나 불행사’란 국회에서 제정된 법률·조약·법규명령·행정부 내부에서만 효력이 있지 않은 행정규칙·대법원규칙·조례·진정입법부작위와 같은 입법권 및 행정소송의 대상이 되지 아니하는 행정행위·원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 심판대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 때의 원행정처분<sup>15)</sup>·권력적 사실행위<sup>16)</sup>·통치행위<sup>17)</sup>·사법기관의 행정적 행위·행정입법부작위 등과 같은 행정권에 의한 작위와 부작위<sup>18)</sup>를 뜻한다.<sup>19)</sup>

또한 권리구제형 헌법소원을 청구하기 위해서는 원칙적으로 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원의 청구인 자신에 대한 것이어야 한다는 것을 뜻하는 ‘자기관련성’이 있

13) 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제1항 참조.

14) 이회훈, 경찰청장의 서울광장 통제제지행위에 대한 공법적 고찰 - 헌법재판소 2011.06.30. 선고, 2009헌마406 결정에 대한 평석 -, 일감법학 제21호, 2012. 2, 815면.

15) 현재 1997.12.24. 선고, 96헌마172·173(병합) 결정.

16) 현재 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정.

17) 현재 1996.2.29. 선고, 93헌마186 결정.

18) 공권력의 불행사에 의한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 직접 도출되는 작위의무가 규정되어 있어 이에 근거하여 기본권 주체가 해당 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하고 있을 때에 한하여 허용된다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1174면 이하.

19) 이회훈, 앞의 논문, 815면 이하.

어야 하고, 원칙적으로 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원의 청구인 자신이 간접적이거나 반사적 불이익을 받은 것이 아닌 직접적으로 침해받아야 한다는 것을 뜻하는 ‘직접성’을 갖추어야 하며, 원칙적으로 침해된 권리구제형 헌법소원의 청구인의 기본권이 현재 침해되어야 한다는 것을 뜻하는 ‘현재성’과 원칙적으로 기본권에 대한 다른 구제절차가 없을 때에 한하여 권리구제형 헌법소원이 인정된다는 것을 뜻하는 ‘보충성’ 및 원칙적으로 권리구제형 헌법소원의 청구권자에 대한 권리의 보호이익이 필요하다는 것을 뜻하는 ‘권리보호이익’이 각각 있어야 한다.<sup>20)</sup>

## 2. 이○현의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구요건을 갖추었는지 여부에 대한 검토

위에서 살펴본 권리구제형 헌법소원의 청구요건<sup>21)</sup>에 비추어 볼 때 이○현이 2009년 9월 14일에 헌법재판소에 제기한 권리구제형 헌법소원이 이러한 요건을 모두 갖추었는지를 살펴보면 다음과 같은 사유로 이러한 요건을 모두 갖추었다고 보는 것이 타당하다.

첫째, 대구 구치소장은 공무원인 구치소장의 신분이고, 이○현은 미결수용자의 신분인바, 대구 구치소장이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위는 대구 구치소장이 이○현보다 우월적인 지위에서 일방적으로 미결수용자인 이○현에게 종교의식이나 종교행사에 참석하지 못하도록 강제하는 결과를 초래하는 것이어서 이른바 ‘권력적 사실행위’의 범위에 속한다고 할 것이므로,<sup>22)</sup> 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

둘째, 대구 구치소장은 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 당시 미결수용자였던 이○현에게 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지하는 처우를 행하였으므로, 이○현은 대구 구치소장에 의해 자신의 종교의 자유 등이 직접적으로 침해되었다고 할 것이므로, 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘자기관련성’과 ‘직접성’을 갖추었다고 보는 것이 타당하다.

20) 위의 논문, 816면.

21) 본 논문의 II-1번 참조.

22) 이와 유사한 이유로 수용자에 대한 교도소 측의 계구사용행위는 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위해 실시된 것으로써 교도소 측이 그 우월적 지위에서 수용자에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 ‘권력적 사실행위’로서 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 본 헌법재판소의 결정으로는 현재 2003.12.18. 선고, 2001헌마163 결정 참조.

셋째, 이○헌은 대구 구치소장이 자신에게 행한 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 것은 자신의 종교의 자유 등을 침해하는 부당한 공권력을 행사한 것이라는 이유로 원칙적으로 이러한 부당한 공권력의 행사를 취소하는 행정쟁송을 제기해야 할 것이다. 그러나 대구 구치소장이 이○헌에게 행한 대구 구치소 내에서의 종교행사 등 참석불허 처우는 이른바 ‘권력적 사실행위’에 해당하므로 행정소송의 대상이 된다고 보기 어렵다. 한편 설사 행정소송의 대상이 된다고 하더라도 대구 구치소장이 이○헌에게 행한 대구 구치소 내에서의 종교행사 등 참석불허 처우는 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 부정되어 행정쟁송에서 각하될 가능성이 높으므로, 이○헌에게 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의한 권리구제형 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에 그 절차를 모두 거친 후에 권리구제형 헌법소원 심판청구를 해야 한다는 ‘보충성’을 준수해야 한다고 기대하기는 매우 어렵다고 할 것이어서,<sup>23)</sup> 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘보충성’의 예외로서 권리구제형 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

그리고 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제116조의 소장면담이나 동법 제117조의 청원 제도는 처리기관이나 절차 및 효력 면에서 이○헌이 대구 구치소장이 자신에게 행한 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 부당한 처우에 대한 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도라고 할 것이어서, 권리구제형 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기는 힘들다고 할 것이다. 따라서 이○헌으로서는 권리구제형 헌법소원을 청구하는 것 이외에는 달리 효과적인 사전적인 구제절차가 없다고 할 것이므로,<sup>24)</sup> 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘보충성’의 예외로서 권리구제형 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

넷째, 이○헌은 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지는 미결수용자의 신분으로, 2009년 10월 9일부터 2009년 11월 29일까지는 수형자의 신분으로 대구 구치소에 각각 수감되어 있었다가 2009년 11월 30일에 대구 교도소로 이감된 후, 2011년 5월 25일에 형의 집행이 종료되어 대구 교도소에서 출소하였다. 그리고 대구 구치소장은 이○헌이 수형자의 신분이 된 2009년 10월 9일 이후에는 대구 구치소 내에서 실시했던 종교행사 등에 참석하는 것을 허용했으므로, 대구 구치소장의 종교행사 등의 참석불허 처우로 인한 이○헌에 대한 종교의 자유 등의 침해 상황은 이○헌의 신분이 미결수

23) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

24) 헌재 2006.07.27. 선고, 2005헌마277 결정; 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

용자에서 수형자로 변동된 2009년 10월 9일에 이미 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 대구 구치소장이 이○헌에게 행한 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 처우에 대해서는 권리구제형 헌법소원의 심판을 청구할 이○헌의 주관적인 권리보호이익은 더 이상 존재하지 않는다고 할 것이다.<sup>25)</sup>

그러나 권리구제형 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있는바, 비록 권리구제형 헌법소원심판 청구가 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 또는 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 권리구제형 헌법소원심판에 대한 청구의 이익을 인정할 수 있다.<sup>26)</sup>

살피건대, 대구 구치소장이 이○헌에게 행한 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 처우 자체는 이미 종료되었고, 이○헌은 형의 집행을 종료하여 이미 교도소에서 출소했지만, 지금도 계속 대구 구치소장은 과실범을 제외한 대다수의 미결수용자에 대해 대구 구치소 내에서 실시하는 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지하고 있으므로, 이○헌에게 행했던 대구 구치소 내의 종교의식이나 종교행사에의 참석을 불허 처우와 동종 또는 유사한 처우로 인해 미결수용자의 종교의 자유 등에 대한 기본권의 침해 행위가 상당기간 반복적으로 행하여질 것이 예상되고, 이에 대한 헌법적 해명이 전혀 이루어진 적이 없어 그 헌법적 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위해 중대한 의미를 가진다고 할 것이다.<sup>27)</sup> 따라서 대구 구치소장이 이○헌에게 행한 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 처우에 대해서는 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘현재성’과 ‘권리이익보호’를 인정할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마527 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 이○헌이 청구한 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 심판 청구요건을 모두 갖추었다고 보아 본 사건에 대해 각하 결정을 하지 않고 본안 판단을 한 것은 타당한 것으로 이에 찬동한다.

25) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

26) 헌재 1992.01.28. 선고, 91헌마111 결정; 헌재 2008.07.31. 선고, 2004헌마1010 결정.

27) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정.

### Ⅲ. 기본권의 경합에 대한 개관 및 대구 구치소장의 처우에 의해 이○현의 침해되는 기본권의 종류

#### 1. 기본권의 경합에 대한 개관

‘기본권의 경합’이란 단일한(한 사람의) 기본권 주체가 국가에 대하여 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우를 뜻한다.<sup>26)</sup> 이러한 기본권의 경합을 ‘기본권의 경쟁’이라고도 한다.<sup>27)</sup>

이러한 기본권의 경합의 예로는 경찰이 어떤 집회에서 연설하는 자에게 그 집회에서 연설을 하지 못하게 제한하는 경우에 국가에 대하여 이 연설자가 자기의 연설 행위를 하지 못하게 된 것에 의해 자신의 헌법상 언론의 자유와 집회의 자유가 동시에 침해되었다고 주장하는 경우를 들 수 있다.<sup>28)</sup>

기본권이 경합될 때에는 문제되는 여러 기본권들 중에서 문제되는 당해 사안과 직접적인 관련이 있는 기본권을 우선해서 적용하고, 만약 문제되는 당해 사안과 관련성이 같을 때에는 경합하는 여러 기본권들 중 기본권의 효력이 가장 강한 기본권을 우선해서 적용하며, 문제되는 사안과 관련이 있는 모든 기본권의 효력이 같을 때에는 문제되는 당해 사안과 관련이 있는 모든 기본권을 적용해서 해결하는 것이 바람직하다.<sup>29)</sup>

예를 들어, 경찰이 어떤 집회에서 연설하는 자에게 그 집회에서 연설을 하지 못하게 제한하는 경우에 국가에 대하여 이 연설자가 자기의 연설 행위를 하지 못하게 된 것에 의해 자신의 헌법상 언론의 자유와 집회의 자유가 동시에 침해되었다고 주장하여 기본권이 경합이 되었을 때에는 그 해결방안으로 먼저 집회에서 행해진 연설자의 일정한 의사표현 때문에 경찰이 해산명령을 통해 집회를 하지 못하게 제한하였을 경우에는 경합되는 집회의 자유보다는 언론의 자유가 침해되었다고 법원에 우선해서 주장하여 그 판단에 따라 자신의 권리를 보장받으면 될 것이고, 동일 사안에서 경찰이 전염병 예방이나 폭력사태의 방지를 위하여 해산명령을 통해 집회를 하지 못하게 제한하였을 경우에는 경합되는 언론의 자유보다는 집회의 자유가 침해되었다고 법원에 우선해서 주장하여 그 판단에 따라 자신의 권리를 보장받으면 될 것이다.<sup>30)</sup>

26) 권영성, 앞의 책, 333면.

27) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010, 268면.

28) 위의 책, 270면, 각주 1번; 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010, 383면.

29) 권영성, 앞의 책, 335면 이하.

만약 이러한 구분이 가능하지 않다면 문제되는 당해 사안과 관련이 있는 모든 기본권 즉, 언론의 자유와 집회의 자유가 침해되었다고 법원에 주장하여 그 판단에 따라 자신의 권리를 보장받아야 할 것이다.<sup>31)</sup>

이와 관련하여 헌법재판소는 1998년에 “하나의 규제에 의해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권이 경합되는 경우에는 기본권의 침해를 주장하는 제청신청인과 제청법원의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고, 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다.” 라고 판시하였다.<sup>32)</sup>

## 2. 대구 구치소장의 처우에 의해 이○현의 침해되는 기본권에 대한 검토

대구 구치소장이 이○현에게 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위로 인해 침해된 기본권의 종류에 대해서 이○현은 자신의 헌법상 종교의 자유 이외에도 헌법상 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 등이 침해되었다고 이○현이 2009년 9월 14일에 헌법재판소에 제기한 권리구제형 헌법소원에서 주장하였는바, 이러한 이○현의 주장에 의해 헌법상 종교의 자유와 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 등은 서로 간에 기본권의 경합이 이루어지고 있다.

위에서 살펴본 기본권의 경합시 해결이론<sup>33)</sup>에 비추어 살펴볼 때 대구 구치소장이 미결수용자였던 이○현에게 대구 구치소 내에서 종교의식 또는 행사에의 참석을 금지하였던 행위는 이○현의 그 어떤 다른 기본권들보다 헌법상 종교의 자유, 즉 종교적 집회·결사의 자유와 가장 밀접한 관련이 있다고 할 것이다.

따라서 기본권이 경합될 때에는 문제되는 여러 기본권들 중에서 문제되는 당해 사안과 직접적인 관련이 있는 기본권을 우선해서 적용해야 한다는 해결방법에 의해 본 사건에서 이○현의 침해되는 기본권의 종류 중 헌법상 종교의 자유에 대한 침해 여부 이외에 헌법상 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 등에 대한 침해 여부는 별도로 살펴볼 필요가 없다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마527 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 이○

30) 허영, 앞의 책, 270면, 각주 1번.

31) 이회훈, 헌법특강 I, 눈빛한소리, 2010, 51면.

32) 헌재 1998.04.30. 선고, 95헌가16 결정.

33) 본 논문의 III-1번 참조.

헌이 청구한 권리구제형 헌법소원 중 이○헌이 대구 구치소장으로부터 침해된 기본권의 종류를 헌법상 종교의 자유만으로 판단한 것은 타당한 것으로 이에 찬동한다.

#### IV. 종교의 자유와 비례의 원칙에 대한 개관 및 대구 구치소장의 이○헌에 대한 처우가 이○헌의 종교의 자유 침해 여부

##### 1. 종교의 자유에 대한 개관

헌법상 종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유의 3요소로 구성되는데,<sup>34)</sup> 이 중에서 신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신에 대한 자유를 말하는 것으로서 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로써도 이를 침해할 수 없다.<sup>35)</sup>

그리고 종교적 행위의 자유는 종교상의 의식·예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유 그리고 선교의 자유, 종교교육의 자유 등이 포함되는데, 이 중에서 종교적 집회·결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교단체를 결성할 자유로써, 이러한 종교적 행위의 자유와 종교적 집회·결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 내심의 절대적 자유가 아니므로, 헌법 제37조 제2항에 의해 질서유지 또는 공공복리를 위해 관련 법률로써 제한할 수 있고, 이러한 제한은 헌법상 비례의 원칙이나 종교의 자유의 본질적 내용을 침해해서는 안 되는 한계가 있다.<sup>36)</sup>

##### 2. 비례의 원칙에 대한 개관

34) 헌재 2001.09.27. 선고, 2000헌마159 결정.

35) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정. 이밖에 헌법상 종교의 자유의 내용에 대한 것은 권영성, 앞의 책, 486면 이하; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 802면 이하; 성낙인, 앞의 책, 526면; 진광석, 한국헌법론, 집현재, 2011, 299면 이하; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010, 546면 이하; 허영, 앞의 책, 418면 이하; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 152면 이하.

36) 헌재 2001.09.27. 선고, 2000헌마159 결정. 이밖에 헌법상 종교의 자유의 제한과 그 한계에 대한 것은 권영성, 위의 책, 488면 이하; 김철수, 위의 책, 804면 이하; 성낙인, 위의 책, 527면 이하; 정종섭, 위의 책, 558면 이하; 허영, 위의 책, 421면 이하; 홍성방, 위의 책, 154면 이하.

## 40 \_ 인권 이론과 실천 제11호

‘비례의 원칙’은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 입법의 한계 원리로서, 이 원칙은 헌법 제37조 제2항에서 ‘필요한 경우에 한하여’ 라는 기본권을 제한하는 입법목적에 대한 방법의 통제에 그 중점을 두고 있다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소의 견해처럼 비례의 원칙에 목적의 정당성 원칙을 포함시켜<sup>37)</sup> 살펴볼 필요는 없다고 할 것이다.<sup>38)</sup>

즉, 헌법상 비례의 원칙은 다음과 같은 세 가지의 원칙으로 구성된다고 할 것이다. 첫째, 기본권을 제한하는 법률이 비례의 원칙에 비추어 합헌이 되려면 기본권을 제한하는 법률이 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위하여 입법자가 선택한 수단은 그 목적을 실현하는데 적합<sup>39)</sup>해야 한다는 것을 뜻하는 수단의 적합성 원칙이 있다.<sup>40)</sup>

둘째, 입법자가 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위해 적합한 여러 개의 수단이 있을 때 이러한 여러 개의 적합한 수단들 중 개인의 기본권을 가장 적게 제한하면서 그 법률이 달성하려는 목적을 달성할 수 있는 수단을 선택해야 한다는 것을 뜻하는 최소 침해의 원칙이 있다.<sup>41)</sup>

셋째, 기본권을 제한하는 조치에 의해 달성하려는 공익과 침해되는 사익 간에 비교형량을 했을 때 보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 하거나 또는 최소한 균형관계에 있어야 기본권을 제한하는 법률은 합헌이 된다는 것을 뜻하는 법익 균형성의 원칙<sup>42)</sup>이 있다고 할 것이다.<sup>43)</sup>

### 3. 대구 구치소장의 이○헌에 대한 처우가 이○헌의 종교의 자유 침해 여부

대구 구치소장이 이○헌에 대해 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구

37) 헌법재판소는 보통 기본권을 제한하는 법률의 위헌성을 심사할 때 비례의 원칙을 적용하여 수단의 적합성 원칙에 대해 검토하기 전에 문제되는 해당 입법의 목적이 정당한지의 여부를 판단한다. 즉, 기본권 제한 입법에 대한 ‘목적의 정당성 원칙’은 기본권을 제한하는 입법의 목적이 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위한 것이어야 한다는 것을 뜻한다. 헌재 1990.09.03. 선고, 89헌가95 결정.

38) 황치연, 과잉금지원칙의 내용, 공법연구 제24집 제3호, 1996. 9, 282면, 286면.

39) 여기서 ‘적합성’이란 입법자가 법률에서 채택한 기본권 제한의 수단이 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하는데 조급이라도 기여하는가를 뜻한다. 양삼승, 과잉금지의 원칙, 헌법논총 제1집, 1991, 126면 이하.

40) 헌재 1990.09.03. 선고, 89헌가95 결정; BVerfGE 33, 171 (187f).

41) 헌재 2003.08.29. 선고, 2001헌마788·2002헌마173 (병합)결정; BVerfGE 53, 135 (145f).

42) 황치연, 앞의 논문, 295면.

43) 이희훈, 집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구 - 헌재 2010.04.29, 2008헌바118결정에 대한 평석을 곁하여 -, 헌법학연구 제16권 제3호, 2010. 9, 559면 이하.

치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 행위가 헌법상 비례의 원칙에 비추어 볼 때 이○현의 종교의 자유를 침해했는지에 대해 살펴보면 교도소 등의 구금시설은 형벌의 집행을 위하여 또는 피고인 등의 신병확보를 위하여 일정기간 수용자를 강제로 구금하는 시설로서 교도소의 시설과 인력의 안전 및 수용자들의 안전을 위해서는 일상생활에 있어 엄격한 규율과 질서유지가 중요하다고 할 것이므로,<sup>44)</sup> 대구 구치소장이 이○현에게 대구 구치소 내에서 종교의식과 종교행사에 참석하는 것을 불허한 처우는 대구 구치소 내에서 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행함으로써 대구 구치소의 안전과 질서를 유지하기 위한 목적을 달성하기 위해 기여한 수단으로 작용하였으므로, 헌법상 비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에는 부합된다고 할 것이다.<sup>45)</sup>

그러나 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조는 종교의식과 종교행사에의 참석 대상을 ‘수용자’로 규정하고 있어 수형자와 미결수용자를 구별하지 않았고, 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들에 대한 기본권 제한은 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우보다 더 완화시켜야 함에도 불구하고 대구 구치소장은 수용자들 중 미결수용자에 대해서만 일률적으로 종교의식과 종교행사에 참석하는 것을 금지시키는 것은 미결수용자에 대한 헌법상 종교의 자유를 나머지 수용자의 종교의 자유보다 더 엄중한 잣대로 제한했다는 문제를 초래한다. 그리고 대구 구치소장은 공범이나 동일사건 관련자가 있는지의 여부에 대해 각각 미결수용자를 구별하지 않고, 일률적으로 대구 구치소 내의 미결수용자에 대해 종교의식이나 종교행사에 참석하는 것을 금지시켰는 바, 공범 등이 없는 경우 또는 비록 공범 등이 있는 경우라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교의식이나 종교행사에 참석하는 것을 허락하거나 또는 수형자용 종교 집회실을 시간을 달리하여 운영하는 등의 여러 다른 방법을 통해 대구 구치소 내의 미결수용자에 대한 헌법상 종교의 자유를 덜 침해하는 수단들을 전혀 행하지 않았기 때문에 대구 구치소장이 대구 구치소 내에서 미결수용자에 대해 종교의식이나 종교행사에 일률적으로 참석하지 못하게 금지한 것은 헌법상 비례의 원칙 중 침해의 최소성 요건에 반한다고 할 것이다.<sup>46)</sup>

또한 대구 구치소장이 미결수용자에게 종교의식이나 종교행사에의 참석을 금지한 처우로 인해 얻을 수 있는 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행하여 대구 구치소의 안전과 질서를 유지라는 공익의 정도보다는 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 미

44) 헌재 2010.10.28. 선고, 2009헌마438 결정.

45) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정 참조.

46) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정 참조.

## 42 \_ 인권 이론과 실천 제11호

결수용자들의 종교의 자유에 대한 제한은 수형자보다는 좀 더 완화되어야 하고, 갑자기 사회와 격리되어 심리적으로 불안정하고 위축되어 있는 미결수용자에게 종교행사 등의 참석을 보장해 주는 것이 오히려 자살 등과 같은 교정사고를 미연에 방지할 수 있어 교정시설의 안전과 질서유지에 기여할 수 있는 것을 도외시 한 채 미결수용자에게 종교의식이나 종교행사에 일률적으로 참석하지 못하게 해서 이로 인해 침해되는 미결수용자의 헌법상 종교의 자유라는 사익의 정도가 더 크다고 할 것이므로,<sup>47)</sup> 대구 구치소장이 대구 구치소 내에서 미결수용자에 대해 종교의식이나 종교행사에 일률적으로 참석하지 못하게 금지한 것은 헌법상 비례의 원칙 중 법익의 균형성 요건에 위반된다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마527 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 이○헌이 청구한 권리구제형 헌법소원에 대해 이○헌이 대구 구치소장으로부터 헌법상 비례의 원칙에 비추어 볼 때 종교의 자유를 침해받았다고 결정한 것은 타당한 것으로 이에 찬동한다.

## V. 결론

먼저 ‘미결구금’이란 법원의 확정판결 이전에 형사피의자나 형사피고인에 대해 절차 확보나 판결집행의 확보를 위해 신체를 구금하는 것을 뜻하는 것으로, 여기서 ‘구금’이란 널리 신체활동의 자유에 제한을 가하는 자유박탈을 의미한다.<sup>48)</sup>

이러한 미결구금은 원만한 절차진행을 위한 신병확보의 목적 이외에 다른 목적을 추구해서는 안 되며, 특히 사실해명을 가능하게 하거나 자백을 쉽게 받아내기 위해 구금 상태를 이용해서는 안 되는바,<sup>49)</sup> 미결수용자들은 갑자기 사회와 격리되어 심리적으로 불안정하고 위축되어 있는 상태에서 일정한 종교는 이렇듯 미결수용자들에게 심적인 위안과 안정 및 자신과 타인에 대한 증오감을 감소시켜 줄 수 있는 등의 정신건강에 도움을 주는 순기능을 한다.

따라서 미결수용자들에게 구치소 내에서 실시되는 종교의식이나 종교행사에 참석하는 것을 보장해 준다면 미결수용자가 갑작스런 환경 변화 등의 정신적 고통으로 인한 자살 등과 같은 사고를 방지할 수도 있고, 정신적 안정을 통해 기타 교정시설에의 안전

47) 헌재 2011.12.29. 선고, 2009헌마527 결정 참조.

48) 신양균, 앞의 논문, 17면 이하.

49) 위의 논문, 19면.

과 질서유지에 도움을 준다고 할 것이라는 점에서 구치소장은 원칙적으로 미결수용자의 종교적 인권을 보장해 주어야 한다.

그러나 대구 구치소장이 이○헌에 대해 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구 구치소 내에서 실시했던 종교의식이나 종교행사에의 참석을 일률적으로 금지한 행위는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조에 의해 수형자와 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자를 구별하지 않고 미결수용자를 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우보다 종교의 자유의 제한에 있어 그 정도를 좀 더 완화해야 함에도 불구하고 하지 않고 있다는 점 및 대구 구치소장이 공범이나 동일사건 관련자가 있는지의 여부에 대해 각각 미결수용자를 구별하지 않고, 일률적으로 대구 구치소 내의 미결수용자에 대해 종교의식이나 종교행사에 참석하는 것을 금지시킨 것은 공범 등이 없거나 또는 공범 등이 같은 구치소 내에 있더라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교의식이나 종교행사에 참석할 수 있게 하거나 종교 집회실을 시간을 달리하여 운영하는 등의 대구 구치소 내의 미결수용자에 대한 헌법상 종교의 자유를 덜 침해하는 수단들을 전혀 행하지 않았다는 점에서 대구 구치소장이 대구 구치소 내에서 미결수용자에 대해 종교의식이나 종교행사에 일률적으로 참석하지 못하게 금지한 것은 헌법상 비례의 원칙에 반한다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마527 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 이○헌이 청구한 권리구제형 헌법소원에 대해 대구 구치소장이 미결수용자였던 이○헌의 종교의 자유를 침해했다고 결정한 것은 타당한 것으로 이에 찬동하며, 향후에도 미결수용자는 헌법상 무죄추정의 원칙을 적용받는 자들로써, 수형자보다는 폭넓은 종교의 자유와 기타의 기본권을 보장받을 수 있도록 해야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.  
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.  
성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.  
신양균, 미결수용자의 처우에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.  
이희훈, 헌법특강 I, 눈빛한소리, 2010.  
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2011.  
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010.  
허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.  
홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010.  
홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010.

### 2. 논문

- 송기춘, 우리 헌법상 종교의 개념 -미국 연방대법원의 판례를 참고하여-, 헌법학연구 제5집 제2호, 1999. 10.  
양삼승, 과잉금지의 원칙, 헌법논총 제1집, 1991.  
이희훈, 집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구 - 현재 2010. 04. 29, 2008 헌바118 결정에 대한 평석을 겸하여 -, 헌법학연구 제16권 제3호, 2010. 9.  
이희훈, 경찰청장의 서울광장 통행제지행위에 대한 공법적 고찰 - 헌법재판소 2011. 06. 30. 선고, 2009헌마406 결정에 대한 평석 -, 일감법학 제21호, 2012. 2.  
황치연, 과잉금지원칙의 내용, 공법연구 제24집 제3호, 1996. 9.

### 3. 기타 자료

- 헌법재판소, 알기 쉬운 헌법재판, <<http://www.ccourt.go.kr>>(2012. 05. 30, 방문).