

## 국가의 기본권개입의 한계와 정당성 심사\*

### Limits of Intervention in the Basic Right by State and Judicial Review of Legitimacy

표 명 환\*\*  
Pyo, Myoung-Hwan

#### 목 차

- I. 서론
- II. 기본권보장과 국가의 개입유형
- III. 기본권개입의 정당성 심사기준의 적용상 문제
- IV. 결론

#### 국문초록

본고는 기본권보장의 원칙에 근거한 기본권에 대한 국가의 개입의 한계와 그에 대한 심사기준 및 그 적용상의 문제를 중심으로 고찰하고 있다. 국가의 기본권에 대한 개입은 기본권의 성질과 내용에 따라서, 그리고 현행헌법의 기본권규정 형식 및 헌법 제10조 제2문의 국가의 기본권보장의무의 내용에 따라 크게 기본권실현을 목적으로 하는 개입과 공익을 위하여 최소한의 제한을 내용으로 하는 개입으로 대별될 수 있다. 이와 같은 기본권에 대한 국가의 개입 유형화에 따라 그 한계가 각각 다르게 설정되어야 하고 마찬가지로 그에 대한 정당성 심사 또한 각각의 방법과 기준에 다르게 적용되어야 한다.

논문접수일 : 2016. 10. 29.

심사완료일 : 2016. 11. 10.

게재확정일 : 2016. 11. 10.

\* 이 논문은 '2016학년도 제주대학교 교원성과지원사업'에 의하여 연구되었음.

\*\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

기본권에 대한 국가개입의 한계 및 정당성 심사에 있어서 제한을 내용으로 하는 국가의 개입은, 기본권실현을 위한 개입이나 보호를 위한 개입의 경우에 있어서의 국가, 더 구체적으로 말하면 헌법에 따른 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 경우와 달리 입법자의 형성의 자유가 상대적으로 축소됨에 따라 다른 심사구조 및 기준이 적용된다. 즉 국가의 기본권에 대한 제한은 기본권최대보장의 원칙에 입각하여 보장을 원칙으로 하고 제한을 예외적인 것으로 하여, 그 한계에 관하여 헌법 제37조 제2항에서 규정되고 있다. 헌법 제37조 제2항에 따른 국가의 기본권 제한에 대한 정당성 심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 중요하게 취급되고 있다. 그런데, 다른 한편 기본권제한법률에 대한 정당성 심사에서 과잉금지의 원칙과 그 기능과 효과를 같이 하는 심사기준으로서 적법절차의 원리와 신뢰보호의 원칙이 경합하는 경우가 있다. 이러한 경우에 있어서 경합하는 모든 심사기준을 함께 적용하는 것은 비경제적일 뿐만 아니라 상호간의 모순을 가져올 우려도 있다. 따라서 이 경우에 있어서 어떠한 심사기준을 우선적으로 적용할 것인가 하는 적용상의 문제가 야기된다. 본고에서는 적법절차의 원리와 과잉금지 원칙이 경합하는 경우에는 헌법재판소가 순차적으로 적용하여 심사하는 것과 달리 과잉금지의 원칙과 구별되는 적법절차의 원리의 헌법적 지위에 근거하여 적법절차원리만을 적용하여 심사하는 방법이 타당하다고 하였다. 그리고 기본권영역에서 신뢰보호원칙과 과잉금지의 원칙 경합하는 경우에는, 제한법률의 내용에 대하여는 과잉금지의 원칙을, 그리고 과거 사실관계를 포섭한 법률의 정당성에 대하여는 신뢰보호의 원칙이 적용되는 것이 타당하다고 하였다.

주제어 : 기본권, 기본권제한, 기본권실현, 과잉금지의 원칙, 적법절차의 원리, 신뢰보호의 원칙

## 1. 서론

헌법은 제2장에서 국민의 권리를 보장하면서, 다른 한편 그에 대한 국가의

개입가능성을 열어놓고 있다. 기본권에 대한 국가의 개입 가능성은, 한편으로는 헌법적 명령에 의한 기본권 실현을 위한 것이고 다른 한편으로는 국가목적 달성을 위하여 헌법적 근거에 따른 기본권의 제한을 위한 것으로 대별될 수 있다. 이러한 구별은 헌법 제2장의 문의적 표현에서 근거될 수 있다. 즉 헌법은 국가에 대하여 기본권의 보장을 의무지우면서(제10조 제2문), 국가에 의하여 보장되어야 할 기본권으로서 불가침을 원칙으로 하는 기본권에 대하여는 대체로 “모든 국민은 …가진다”고 하거나 또는 “모든 국민은 …침해받지 않는다”고 규정하고 있고, 그와 달리 국가의 적극적 개입을 요구하는 기본권에 대하여는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 …가진다”고 하거나 또는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 …청구할 수 있다” 등으로 규정하고 있는 것에서 국가의 기본권에 대한 개입은 크게 구별될 수 있다.

이와 같은 국가의 기본권에 대한 개입의 구별은 다른 한편 그 개입에 대한 정당성 심사 또한 다른 기준에 의하여 심사되어야 한다는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 다수 학설이나 판례에서는 이러한 구별을 전제하지 않고 대체로 기본권에 대한 국가의 개입을 ‘제한’으로 통칭하여 제한의 정당성 여부를 심사하는 것으로 전개되고 있다.<sup>1)</sup>

이에 본고는 기본권에 대한 국가의 개입을 헌법적 명령의 의미에 따라 유형화하는 것에서 출발하여, 그에 따른 각각의 정당성 심사구조를 검토하고, 이와 관련한 헌법 제37조 제2항의 문제점 및 개선방안을 제시한다.

나아가 본고는, 기본권에 대한 국가의 개입이 제한과 관련되는 경우에 있어서의 정당성 심사구조를 심사밀도(강도)의 문제와 심사척도의 문제로 나누어 검토하고, 심사척도와 관련하여 기본권에 대한 제한의 정당성심사로서 일반적으로 통용하고 있는 과잉금지의 원칙과 그 기능과 효과에서 중복이 될 수 있는 적법절차의 원칙 및 신뢰보호의 원칙 등의 적용에 관한 문제를 고찰하고자 한다.

1) 대표적으로, 김철수, 헌법학개론, 박영사 2005, 343면; 성낙인, 헌법학, 법문사 2012, 372면.

## II. 기본권보장과 국가의 개입유형

### 1. 헌법상 기본권 보장의 원칙

헌법은 헌법에 명시적으로 규정되고 있는 기본권뿐만 아니라 헌법에 명시적으로 열거되고 있지는 않지만 보장되는 헌법상 권리를 보장하고 있다. 즉 헌법은, 헌법 제2장의 ‘국민의 권리와 의무’에서 규정하고 있는 국민의 헌법상 권리와 헌법 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”는 규정으로부터 예정되는 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리를 보장하고 있다.<sup>2)</sup> 헌법이 보장하는 이들 권리들은 그 성격 및 내용 등에 따라 국가에 대한 효력은 다르게 나타난다. 그러나 헌법상 보장된 권리가 19세기 독일의 법실증주의자의 주장처럼 단순히 장식적이거나 또는 프로그램적인 성격을 갖지는 않는다. 즉 헌법상 보장된 기본권은 국가에 대하여 갖는 구속력의 정도에서는 차이가 있을 수 있으나, 그 자체 결코 프로그램적인 것은 아니다.<sup>3)</sup>

이처럼 헌법상 보장된 권리로서 기본권의 효력을 인정하는 한, 기본권의 수범자인 국가는 기본권에 대하여 일정한 의무를 부담한다. 이에 관하여, 헌법은 제10조에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 하여 기본권에 대한 국가의 보장의무를 규정하고 있다. ‘국가의 기본권보장의무’는 국가의 기본권침해금지의무, 실현의무 및 사인의 기본권침해에 대한 보호의무 등을 내용으로 한다. 이와 같은 국가의 기본권에 대한 보장의무의 내용과 관련하여 문제되는 것이 국가의 기본권보장의 지침 내지 보장의 원칙에 관한 정립이다.

2) 헌법에 열거되지 아니한 헌법상 권리의 성립과 그 근거에 관하여 자세한 것은, 표명환, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회 2011.5, 88면 이하 참조.

3) 국가기관의 기본권 기속성에 관하여 자세한 것은, 한수웅, 헌법학, 법문사 2016, 400면 이하 참조.

이에 관하여, 제3공화국헌법은 제8조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한 보장할 의무를 진다.”라고 하여, 국가의 기본권보장의 원칙으로서 ‘최대보장’을 규정하고 있다. 그러나 현행헌법은 이와 같은 규정을 두고 있지 않고 있어, 헌법의 해석을 통하여 국가의 기본권보장의 지침 내지 원칙을 정립하여야 한다. 현행헌법은 제10조에서 국가의 기본권보장의무를 규정하면서, 국가안전보장·질서유지·공공복리 등의 공익을 위하여 기본권을 제한하는 경우에 있어서 “필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 하여(제37조 제2항), 기본권제한의 한계를 규정하고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 기본권제한의 한계규정의 의미에 비추어 볼 때, 현행헌법 또한 국가의 기본권보장의 지침 내지 원칙으로서 ‘최대보장’의 원칙을 정립하고 있다고 볼 수 있다. 이와 관련하여, 헌법재판소도 「기본권의 보장은 헌법이 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”(제10조), “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”(제37조)고 규정하여 ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것...”이라고 판시하고 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 기본권에 대한 국가의 개입 유형과 그 한계

헌법은 기본권의 최대보장을 원칙으로 하면서, 그 보장에 대한 국가의 의무를 규정하고 있다(제10조). 이에 따라 국가는 기본권에 대하여 개입하게 되는데, 그 개입은 한편으로는 침해금지에 따른 부작위를 원칙으로 하고 개입을 예외적인 것으로 하는 경우, 그리고 기본권실현의 헌법적 의무를 이행하기 위

4) 헌법재판소는 “헌법 제37조 제2항이 규정한 기본권 제한입법의 수권규정인 성질과 아울러 기본권 제한입법의 한계규정의 성질을 가지고 있다”고 판시하고 있다(헌재 1989.12.22. 88헌가13).

5) 헌재 1997.4.24. 95헌바48.

하여 개입하는 경우 및 국가 아닌 사인의 기본권침해에 대하여 보호목적으로 개입하는 경우 등으로 유형화될 수 있다.<sup>6)</sup>

기본권에 대한 침해의 금지를 내용으로 하고 다만 예외적으로 국가의 개입이 허용되는 경우는 전통적인 자유권적 기본권에 해당한다. 기본권 중 자유권적 기본권으로 분류되는 기본권은 개인의 인적·정신적·사생활 및 경제적 영역에 대한 국가의 불가침을 내용으로 하는 헌법상 권리로서 그 보호영역은 확정되어 있다. 따라서 국가는 헌법적 명령에 의하여 이에 대하여는 보장을 원칙으로 하고, 헌법규정에 따른 목적, 즉 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서만 제한이라는 형식으로 개입이 가능하다.<sup>7)</sup> 그러나 이 경우에 있어서도 개입의 목적이 비록 정당하더라도 그 방법 및 형식 등에 있어서도 헌법적 정당성이 확보되어야 한다. 즉 형식적 측면에서 '법률'에 의하여, 그리고 방법적 측면에서 '필요한 경우에 한'해서만 그 개입이 정당화된다. 형식적 측면에서의 법률과 관련한 심사기준으로서 의회입법의 원칙에 따른 형식적 의미의 법률과 그 위임의 한계로서 '포괄위임금지의 원칙'이 중요한 의미를 갖는다.<sup>8)</sup> 이에 더하여 특히 중요한 의미를 갖는 것은 개입의 방법에 대한 정당성, 즉 그 개입이 기본권최대보장의 원칙에 입각한 최소한의 개입이었는가 하는 것이다. 최소한의 개입여부와 관련되는 심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 적용되고 있다.<sup>9)</sup>

이와 달리 기본권실현을 위한 헌법적 의무를 이행하기 위한 국가의 개입은

6) 법률유보와 관련하여서, 전자를 기본권제한법률이라고 하고 후자의 기본권실현을 위한 국가 개입을 기본권형성적 법률유보로 구별하기도 한다(허영, 헌법과 헌법이론, 박영사 2015, 480면).

7) 전통적인 관념에서의 제한은 단순한 사실상의 효과가 아니라 법적 효과를 지닌 법률행위로서, 명령적 내용을 가지며, 의도한 결과를 지향하고, 직접적인 결과를 추구하는 국가의 행위를 의미하는 것으로 해석되었으나, 오늘날에는 의도했는지 그렇지 않은지, 명령적 내용인지 아닌지, 그것이 직접적인지 간접적인지, 법적이든 사실적이든지와 관계없이 기본권보호영역 내에서 기본권행사를 전부 또는 부분적으로 불가능하게 하는 국가행위를 '제한'으로 보고 있다(정문석, 독일헌법, 전남대학교출판부, 2009, 116면).

8) 성낙인, 앞의 책, 368면.

9) 이와 같은 의미의 과잉금지의 원칙에 관련하여서는, 황치연, 과잉금지원칙의 내용, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회 1996, 277-314면.; 허완중, 기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회 2008.10., 207면.; Winfried Kluth, Das Übermaßverbot, in: JA 1999, S. 606-613.

친기본권적인 국가의 행위로서 여기서의 입법은 과잉제한여부에 의하여 정당성심사가 이루어지는 것이 아니라 입법자의 입법형성권이 기본권실현을 위하여 제대로 행사되었는가 하는 것이 문제된다. 즉 입법자가 기본권최대보장의 헌법적 정신에 충실하면서 기본권실현을 위하여 필요한 조치를 구체적으로 형성하고 있는가 하는 것이 문제된다.

그리고 국가 아닌 사인에 대한 기본권침해에 대한 국가의 개입은 기본권에 대한 국가의 보증적 지위에서 이루어지는 것으로써, 여기서의 개입은 국가에 의한 기본권의 '보호'를 의미한다. 즉 기본권에 대한 제한이나 형성이 아니라 국가 아닌 제3자의 기본권침해에 대한 '보호조치'가 문제된다. 따라서 여기서의 국가개입의 정당성은 국가에게 주어진 보호목적을 실현하기 위하여 선택된 수단이 적절하였는가의 여부가 중요한 의미를 가진다.

### 3. 기본권에 대한 국가 개입의 정당성 심사구조 및 심사기준

이상의 기본권에 대한 국가의 개입의 유형에 따라 기본권에 대한 국가개입의 정당성 심사는 위에서 본 것처럼 기본권에 대한 국가의 개입유형에 따라 각각 다르게 적용된다. 자유권적 기본권에 대한 국가의 개입은 자유영역에 대한 불가침의 원칙에 따라 개입하지 않는 것이 헌법의 기본권최대보장이념에 부합하는 것이고, 다만 헌법적 요구에 의하여 개입하는 경우에도 최소한의 개입만이 기본권최대보장이념에 의하여 정당화된다. 이에 따라 그 정당성심사구조는 자유권적 기본권의 보호영역과 그에 대한 국가의 개입으로서 제한, 그리고 그 제한의 정당성의 3단계로 심사가 이루어진다. 이와 달리 기본권실현의 의무 이행을 위한 국가의 개입은 그 개입이 기본권최대보장이념에 부합되게 구체적으로 형성하였는지의 '단일단계'로 정당성이 심사된다. 즉 입법자의 기본권에 대한 실현으로서의 형성행위가 헌법상 부여된 형성권의 범위를 일탈하였는지 여부를 심사한다. 이 경우는 입법자의 기본권최대보장의 이념과 이와 상충하는 다른 법익과의 법익형량의 문제로 귀결된다.<sup>10)</sup>

10) 한수웅, 앞의 책, 92면.

한편, 제3자의 위법한 기본권침해에 대한 국가의 보호라는 개입은 보호의무의 요건이 충족한 경우, 이에 대한 국가의 보호조치를 정당성심사의 대상으로 하는 것으로, 보호조치의 선택에 대한 국가의 광범위한 형성의 자유가 주어진다.<sup>11)</sup> 즉 기본권보호에 대한 입법자의 입법은 주어진 보호목적에 위하여 선택한 보호조치가 헌법이 요구하는 최저한의 보호수준을 준수하고 있는가를 정당성 심사의 기준으로 한다.<sup>12)</sup> 따라서 이 경우는, 선택한 보호조치가 과소보호에 해당하는 경우에는 보호의무 위반의 문제로 귀결된다.

#### 4. 소결

이상의 국가개입의 유형 및 그 유형에 따른 정당성 심사구조 및 심사기준의 적용은 현행헌법 제37조 제2항의 규정내용에 비추어 볼 때, 다소간의 문제가 야기된다. 즉 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 해석의 경우, 기본권에 대한 국가의 개입을 유형화한다는 것은 가능하지 않다. 그것은 헌법 제37조 제2항의 규정에 의한 제한되는 기본권의 범위에서 기인한다. 헌법 제37조 제2항은 제한되는 기본권의 범위에 관하여 ‘국민의 모든 자유와 권리’라고 규정하고 있다. 이에 따르면, 헌법의 기본권에 관한 규정형식상의 차이에도 불구하고 모든 기본권에 대하여 제한이 가능하게 됨으로써 기본권에 대한 국가의 개입이 기본권실현을 위한 것인지 아니면 기본권제한에 관한 것인지의 구별이 가능하지 않고, 나아가 기본권에 대한 국가의 모든 개입을 헌법 제37조 제2항에 따라 그 정당성 여부를 판단하는 구조가 된다.

이러한 헌법규정의 구조는 기본권보장의 체계적 구조에 부합하지 않을 뿐 아니라 기본권의 성격 및 내용적 특성 또한 간과하고 있는 것으로 개정에 의한 체계적 수정이 타당하다고 본다. 이에 관한 개정의 경우, 그것은 ‘국민의 자유’라고 하여, ‘모든’과 ‘권리’를 삭제하는 방안이 고려될 수 있을 것이다. 여

11) 허완중, 앞의 논문, 207면.

12) 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회 2005, 212면; 이부하, 헌법영역에서의 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회 2008, 292면.



기서 특히 '권리'를 삭제하는 것은, 일설에서 자유와 권리를 구별하여 자유는 천부적이고 선국가적인 성질의 권리를, 권리는 국가내적인 권리로서 나누어 국가내적인 권리로서 청구권적 기본권, 정치적 기본권, 사회적 기본권 등을 망라하고 있는 것에 비추어, 이러한 논의를 명확하게 하기 위한 것이다.

그리고 또 하나의 방안으로써, '법률에 의하여 제한되는 국민의 자유와 권리'라고 한정하여, 제한대상이 되는 기본권을 특징하는 것이다. 이에 따르면, 법률에 제한되는 기본권과 법률에 의하여 형성되는 기본권으로 대별될 수 있고, 기본권에 대한 헌법규정형식과 조화될 수 있기 때문이다. 나아가 헌법 제 37조 제2항에 따른 일반적 법률유보가 아니라 개별기본권에 대한 법률유보로서 개별적 법률유보형식도 고려해 볼 필요가 있다고 본다.

### Ⅲ. 기본권개입의 정당성 심사기준의 적용상 문제

#### 1. 위헌성 심사기준

##### (1) 의의

국가의 기본권에 대한 개입이 헌법적으로 정당한가 하는 것에 대한 척도는 곧 국가의 기본권에 대한 개입의 헌법적 정당성에 대한 심사를 위한 것으로서 위헌성심사 기준을 의미한다. 위헌성심사기준은 엄격한 심사를 할 것인지 또는 완화된 심사를 할 것인지를 심사밀도(강도)의 의미와 구체적인 경우 어떠한 방법으로 심사를 할 것인지를 심사척도로서의 의미를 내포한다. 전자의 심사밀도는 국가공권력작용의 위헌성, 특히 기본권제한입법의 위헌성을 심사하는 헌법재판소가 어느 정도로 입법자의 형성의 자유를 존중할 것인가 하는 것의 문제와 관련된다. 헌법재판소가 입법에 대한 위헌성 심사에서 엄격한 심사를 행하는 경우, 국회의 입법은 거의 대부분 위헌으로 될 것이며 이러한 결정은 곧 국회의 의사보다는 소수의 헌법재판관에 의한 지배가 될 우려가 있게 된다. 이와 반대로 완화된 합리성 심사를 하는 경우 법률의 위헌성을 다투는 당사자가 입

증책임을 지며 이 경우 사실상 위헌심사가 없는 것과 같아 거의 대부분 합헌적이 것이 된다.<sup>13)</sup> 따라서 헌법재판소가 법률의 위헌성을 심사하는 경우, 어떠한 심사강도를 적용할 것인가 하는 것은 중요한 의미를 갖는다.

이와 달리 후자의 심사척도는 기본권제한법률의 위헌성 심사에 있어서 기본권의 성격, 내용 및 효력 등에 따라 어떠한 심사기준을 적용할 것인가 하는 것으로, 헌법이 직접 규정하고 있는 사전검열금지의 원칙(제21조), 형벌소급금지 및 이중처벌금지의 원칙(제13조 제1항), 소급입법에 의한 참정권 및 재산권박탈 금지(제13조 제2항), 포괄위임입법금지의 원칙(제75조 및 제95조) 등이 있고, 그리고 헌법의 추상적 내용을 구체화한 것으로서 과잉금지의 원칙, 과소보호금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙, 본질적 내용침해 금지, 명확성의 원칙 등이 있다. 이와 같이 기본권제한입법과 관련하여 공통적으로 논의되는 위헌심사기준 외에 기본권은 그 법적 성격, 내용 및 효력 등의 차이가 있음에 따라 개별기본권에 적용되는 위헌심사기준이 있다. 예컨대, 직업의 자유에 대한 심사기준으로서 단계이론에 입각한 과잉금지의 원칙, 언론·출판의 자유에 있어서의 명백·현존하는 위협의 원칙 등과 재산권과 같이 그 보장구조에 따라 적용되는 심사기준 등이 있다.

## (2) 헌법재판소의 심사강도에 따른 심사기준

위헌성심사에서의 심사강도와 관련하여서는 미국연방대법원에 의하여 유지되어 오고 있는 다단계심사와 독일연방헌법재판소의 개인연관성 및 사회연관성이론이 제시되고 있다. 미국연방대법원의 다단계심사는 이중기준에 의한 심사에서 출발한다. 초기 미국연방대법원이 취했던 이중기준이론은 수정헌법 제1조 내지 제10조상의 기본권과 여타 기본권을 구별하여 심사강도 및 기준을 적용하는 것으로 소위 Lochner(Lochner v. New York(1905)) 시대 이후 1930년대에 이르러 뉴딜정책과 관련한 경제입법과 관련한 위헌성 판단에서 등장하였다.<sup>14)</sup> 그러나 이후 이중심사기준의 경직성에 대한 비판에 따라 중간심사

13) 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법논총 제19집, 헌법재판소 2008.12., 3면

단계가 등장하면서 삼중심사기준이 확립되어 미국연방대법원에 의해 유지되어 오고 있다.<sup>15)</sup> 이처럼 미국의 경우는, 위헌성판단에서 하나의 공통된 심사 기준을 적용하는 것이 아니라 심사의 강도를 달리하는 단계별심사를 채택하고 있다.

독일에서의 개인연관성·사회연관성이론은 인간의 존엄과 가치의 논거에 기초한다. 즉 국가공권력에 의하여 제한되는 자유영역이 한편으로는 기본권주체인 개인에 대하여, 다른 한편으로는 사회에 대하여 어떠한 의미를 가지는가에 따라 심사강도를 달리한다.<sup>16)</sup> 이와 같은 심사강도(밀도)와 관련하여, 헌법재판소는 “기본권을 보장하는 목적은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 우리 헌법구조에서 보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역을 나눌 수 있다면, 이를 판단하는 유일한 기준은 “인간의 존엄성”이다. 따라서 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 강하게 보호되어야 하고 이에 대한 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 하는 반면에, 인간의 존엄성의 실현에 있어서 부차적이고 잉여적인 자유는 공익상의 이유로 보다 더 광범위한 제한이 가능하다고 할 것이다.”라고 하여,<sup>17)</sup> 미국연방대법원이 채택하고 있는 다단계심사가 아니라,<sup>18)</sup> 독일연방헌법재판소의 개인연관성·사회연관성을 기준으로 하여, 침해된 법익이 개인연관성을 가질수록 더욱 보호되어야 하며, 사회연관성을 가질수록 입법자에 의하여 광범위한 규율을 받을 수 있다고 판단하고 있다.<sup>19)</sup>

14) 198 U.S. 45(1905).

15) 미국의 다단계 심사에 관하여 자세한 것은, 김문현, 앞의 책, 10면; 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호(2007.6), 277면 이하 참조.

16) 자세한 것은, 한수웅, 앞의 책, 497면 이하 참조.

17) 헌재 1999. 4.29. 94헌바37 등.

18) 헌법재판소가 미국의 다단계심사를 전혀 수용하지 않은 것은 아니다. 예컨대, 헌재 1990.9.3. 89헌가95사건에서 “국회의 입법활동에 있어서 재산권 기타 경제적 활동의 자유규제는 다른 정신적 자유규제의 경우에 비하여 보다 넓은 입법재량권을 갖는다는 것을 인정하지 않는 것은 아니지만, 재산권이라 할지라도 그 본질적인 내용이 침해될 수 없음은 물론 과잉금지 원칙의 적용이 배제되는 것도 아님은 앞에서 살펴본 바이다.”에서 보듯이 이중심사기준을 채택하기도 하였다. 그러나 최근에 이르러 헌법재판소는 대부분 독일의 개인연관성·사회연관성에 기한 심사강도에 의하고 있는 것으로 볼 수 있다.

19) 한수웅, 앞의 책, 499면.; 헌법재판소는 부차적으로 규율대상에 따라 심사밀도를 달리하기도

이와 더불어, 헌법재판소는 과잉금지의 원칙을 적용하는 경우에 있어서 개인연관성의 경우에는 피해의 최소성과 법익의 형량성을 엄격히 심사하는 의미의 엄격한 심사기준으로서 과잉금지의 원칙을 적용하고 그와 달리 사회연관성의 경우에는 완화된 심사기준으로서 과잉금지의 원칙을 적용하고 있다.<sup>20)</sup>

다른 한편, 헌법재판소는 평등권위반의 심사에서는 엄격한 심사기준으로서의 비례원칙과 완화된 심사기준으로서 자의금지의 원칙의 적용으로서 심사강도와 심사척도의 결합된 형태를 적용하고 있다.<sup>21)</sup> 이처럼 헌법재판소는 평등원칙에 대한 위반여부에 대한 심사를 제외하고는 심사강도에 따라 심사척도를 달리하는 위헌성심사기준을 사용하고 있지 않다.<sup>22)</sup>

## 2. 적용상의 문제로서 심사기준의 경합

### (1) 심사기준의 경합

국가의 기본권에 대한 개입은 그 개입의 형태에 따라 다른 기준이 적용된다. 즉 기본권에 대한 국가의 개입이 기본권의 내용형성 및 구체화와 관련되는 경우에는 헌법의 기본권실현에 대한 요구에 의한 것으로 입법자의 형성이 넓게 인정된다.

이와 달리 기본권의 제한에 개입하는 국가의 작용은 헌법이 규정하고 있는 금지원칙에 구속될 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항의 요건 및 헌법규정으로부터 구체화된 심사기준에 구속된다.

기본권제한입법의 위헌성심사에서 판단의 준칙이 되는 이들 심사기준은 상

---

한다. 즉 그 규율대상이 기술적이고 전문적인 영역이거나 규율대상이 매우 복잡하여 객관적으로 조감할 수 없는 경우 등에 대하여는 헌법재판소의 기능적 한계로 인한 입법형성권을 존중하고 있다.

20) 예컨대, 헌재 2005.2.24. 2001헌바71.

21) 자의금지원칙에 의한 심사의 경우로서는 헌재 2002.11.28. 2002헌바45; 2008.12.26. 2007헌마444; 2010.6.24.2008헌바128 등이 있으며, 비례의 원칙에 의한 경우로서는, 2002.8.29.2001헌바82; 2007.12.27.2005헌가11 등이 있다.

22) 이우영, 표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준, 서울대학교 법학 제53권 제2호(2012.6.), 293면.

이한 관점에서 상이한 효과를 나타내지만 심사기준에 따라서는 그 기능과 효과가 중복되는 경우가 있는데, 이 경우를 심사기준의 경합이라고 할 수 있을 것이다.<sup>23)</sup>

이와 같이 심사기준이 경합하는 경우, 적용되는 모든 심사기준을 갖대로 판단하는 것은 비효율적이며 비경제적이다. 즉 하나의 심사기준을 통과하지 못하여 위헌인 경우, 이에 더하여 또 다른 심사기준을 적용하여 판단하는 것은 무의미하기 때문이다. 따라서 위헌성심사에 있어서 기능과 효과가 중복되는 심사기준들의 상호관계를 명확히 하여 심사기준들의 경합을 해소하는 것은 매우 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

위헌심사기준의 경합과 관련하여, 헌법에서 직접 금지하고 있는 금지사유는 기본권제한법률의 정당성 심사이전에 우선적으로 판단되어야 하는 것이므로, 이를 포함하여 경합문제로 다루는 것은 의미가 없다. 즉 일정한 사안에서 기본권제한입법의 정당성 심사가 문제되는 경우, 그것이 헌법에서 직접 금지하고 있는 금지사유와 관련 되는 때에는, 이에 대한 판단 이후에 다음 단계로서 헌법규범으로부터 구체화된 심사기준들을 적용하여 판단하여야 하기 때문이다.

헌법재판소 또한 이러한 적용체계를 취하고 있다. 즉 헌법재판소는, “헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 ‘허가’는 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로, 법률적 제한이 실질적으로 행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것이라면 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당하지만, 그에 이르지 아니하는 한 헌법 제21조 제2항에 반하는 것은 아니다. 이 사건 법률조항의 단서 부분은 본문에 의한 제한을 완화시키려는 것이므로 헌법이 금지하고 있는 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고 볼 수 없다. 한편, 이 사건 법률조항 중 단서 부분은 시위에 대하여 적용되지 않으므로 야간 시위의 금지와 관련하여 헌법상 ‘허가제 금지’ 규정의 위반 여부는 문제되지 아니한다.”라고 하여, 헌법적 금지사유와 관련된 사안의 경우, 우선적으로

23) 기능과 효과가 동일한 심사기준의 동일사안에서의 적용을 헌법재판소의 표현처럼 ‘중복’이라고 표현할 수 있을 것이다. 그러나 중복이라는 표현보다는 ‘경합’이라고 하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면, 중복보다는 ‘경합’의 ‘어’로부터 경쟁하여 우선 선택되는 기준을 적용하는 의미를 도출할 수 있기 때문이다.

그것이 헌법적 금지사유에 위반되는지를 검토하고, 그 다음 단계로 “이 사건 법률조항은 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 그러나 ‘일출시간 전, 일몰시간 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하는 것이어서 최소침해성 및 법익균형성 원칙에 반한다.”라고 하여, 헌법규범으로부터 구체화된 심사기준으로서 과잉금지원칙을 적용하여 판단하고 있다.<sup>24)</sup> 이에 따라 이하에서는 헌법규범으로부터 구체화된 심사기준간의 경합문제를 중심으로 고찰한다.

## (2) 적법절차원리와 과잉금지원칙의 경합과 적용

### 1) 심사기준으로서 과잉금지의 원칙과 적법절차의 원리

#### (가) 과잉금지의 원칙

과잉금지의 원칙은 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 목적 및 형식 등의 요건을 충족하여 기본권을 제한하는 경우에도 그 제한의 정도가 필요한 최소한에 거쳐야 한다는 기본권제한의 한계원칙을 의미한다.<sup>25)</sup> 과잉금지의 원칙에 의한 기본권제한의 비례성심사는 기본권의 제한을 통하여 달성하려는 목적과 이 목적을 달성하기 위하여 공권력이 선택한 수단의 관계를 통제함으로써 기본권제한의 합헌성통제를 구조화·합리화한다. 이와 같은 과잉금지원칙은 헌법상의 법치주의원칙 및 헌법 제37조 제2항에 근거하는 것으로서, 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 경우에 한하여’라는 의미에는 과잉금지원칙의 부분원칙 모두가 포함되어 있다고 볼 수 있다.<sup>26)</sup> 과잉금지의 원칙의 부분원칙에 대하여, 헌법재판소는 “...국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적이 헌법 및 법률의

24) 헌재 2014.4.24. 2011헌가29.

25) 과잉금지의 원칙에 관하여 자세한 것은, 이부하, 앞의 논문; 허완중, 앞의 논문, 201면 이하 참조.

26) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2014, 295면.

체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.”라고 하여, 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형을 들고 있다.<sup>27)</sup>

따라서 과잉금지의 원칙에 의한 정당성 심사는 기본권제한법률의 내용에 대한 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화 그리고 법익의 균형성의 구성요소에 의하여 판단된다.

#### (나) 적법절차의 원리

현행헌법은 미국수정헌법 제5조 및 제14조의 규정하고 있는 적법절차원리를 제12조 제1항 및 제3항에서 수용하고 있다. 즉 헌법은 “누구든지 ...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”(제12조 제1항)고 규정하고 그리고 또한 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”(제12조 제3항)고 규정하고 있다.

헌법상 규정된 적법절차의 원리와 관련하여, 미국연방대법원에 의하여 형성된 적법절차의 원리에 관한 법리는 우리헌법의 적법절차의 해석에 있어서 많은 논의를 가져오고 있다.<sup>28)</sup> 그 논의는 첫째, 헌법상의 문언에도 불구하고, 적법절차의 원리를 절차적 적법뿐만 아니라 실체적 내용의 합리성과 정당성으로 확대할 수 있는가 하는 것이고, 둘째, 그 적용대상을 헌법 제12조에서 명시하고 있는 것에 한정하여, 처벌·보안처분 또는 강제노역과 영장발부 등만을

27) 헌재 1990.9.3. 89헌가95.

28) 미국헌법상의 적법절차의 법리에 관하여는, 석인선, 미국헌법상 기본적 권리론의 전개와 평가, 세계헌법연구 제13권 제1호, 국제헌법학회/한국학회 2007, 281면; 권혜영, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법, 공법연구 제10권 제1호, 한국비교공법학회 2009.2., 5면 이하 참조.

대상으로 할 것인지 아니면 헌법 제12조의 규정을 단순히 예시하고 있는 것으로 볼 것인지에 관한 것이고, 그리고 셋째, 적법절차의 원리를 헌법상의 문언대로 형사절차에 한정할 것인지 아니면 형사절차뿐만 아니라 입법, 행정 등 모든 국가절차에 적용할 것인지에 관한 것이 그것이다. 지배적 다수 학설과 판례는 미연방헌법과 우리헌법의 체계 및 구조가 다름에도 불구하고 미연방 대법원이 확립한 이론을 대체로 수용하고 있다. 이는 다음의 헌법재판소의 판시내용에서 확인할 있다.: “적법절차원리는 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 …헌법의 기본원리”라고 판시하고 있다.<sup>29)</sup> 또한 그 적용대상의 문제도 처벌·보안처분, 강제노역 및 영장발부 뿐만 아니라 그 밖의 신체적, 정신적 또는 재산상의 불이익이 되는 모든 제재에 관해서도 적용되는 것으로 보고 있으며,<sup>30)</sup> 또한 “제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다.”라고 하여, 통설과 같은 입장을 취하고 있다.<sup>31)</sup>

나아가 적법절차원리의 적용범위에 관하여도, 적법절차의 이념이나 원리는 법치주의원리의 내용을 이루고 있는 일반적인 헌법원리에 해당하는 것으로,<sup>32)</sup> 기본권을 제한하는 모든 절차와 입법절차나 행정절차 등 공권력의 행사와 관련된 모든 절차에도 적용된다고 보고 있다.<sup>33)</sup> 헌법재판소도 마찬가지로 “적법절차의 원칙이란, 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기 앞서 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영

29) 헌재 1992.12.24. 92헌가8; 1997.3.27. 96헌가11.

30) 정종섭, 앞의 책, 433면.

31) 헌재 1992.12.24. 92헌가8.

32) 정종섭, 앞의 책, 433면.

33) 헌법재판소는 “법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고 할 수 없다”라고 판시하여, 국회의 입법절차도 적법절차의 원리의 지배를 받는다고 간접적으로 밝히고 있다(헌재 2003.10.30. 2002헌라1).



향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리를 말한다. 국민은 국가공권력의 단순한 대상이 아니라 절차의 주체로서, 자신의 권리와 관계되는 결정에 앞서서 자신의 견해를 진술할 수 있어야만 객관적이고 공정한 절차가 보장될 수 있고 당사자간의 절차적 지위의 대등성이 실현될 수 있다는 것이다.”라고 하여,<sup>34)</sup> 모든 국가공권력 작용에 적용되는 것으로 보고 있다.

(다) 경합관계

헌법이 규정하고 있는 적법절차원리는 그 내용을 어떻게 확정할 것인가, 그리고 그 적용대상을 어떻게 해석할 것인가에 따라 기본권제한입법의 내용적 심사기준인 과잉금지의 원칙과 경합관계가 발생할 수 있다.

적법절차원리의 내용과 관련하여, 미국헌법에서처럼 동일하게 실체적 적법절차의 개념을 포함하고 있는지 견해가 나뉘고 있다. 절차적 적법절차 보장조항만으로 보는 견해는, 우리헌법상의 적법절차조항은 미국연방헌법과 달리 실체적 적법절차개념을 채택하고 있지 않다는 것에 근거하고 있다. 즉 이 견해는, 미국연방헌법은 연방헌법에 열거되지 아니한 기본권을 도출하는 근거 및 기본권제한법률의 실체적 적정성을 판단하기 위한 척도로서 적법절차원리를 실체적 절차의 내용으로 확장하는 이론구성을 하였던 것에 반해, 우리헌법은 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 창설근거로서 제10조 및 제37조 제1항에서 규정하고 있고, 또한 기본권제한법률의 내용의 위헌성 잣대로서 헌법 제37조 제2항이 규정이 있다는 것에 근거하고 있다.<sup>35)</sup>

이와 달리 적법절차조항은 절차적 적정성뿐만 아니라 실체적 적정성 또한 포함하고 있는 것으로 보는 견해가 있다. 이 견해는 우리헌법 제12조 제1항 및 제3항은 영미법상의 적법절차의 원리를 수용한 것이라는 것에 근거하고 있다. 즉 우리헌법이 채택하고 있는 적법절차원리는 그 법률의 내용이 절차와 실체에 있어서 모두 적정할 것을 요구하는 것으로 확장해석하고 있다.<sup>36)</sup> 위에서 언급하였듯이 지배적 다수견해와 판례의 입장에 따라 적법절차원리를 실

34) 헌재 2004.5.14. 2004헌나1.

35) 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어 2015, 457면.

36) 성낙인, 앞의 책, 487면.

체적 적법절차로 확정하여 해석하는 경우, 법률의 내용적 적정성 판단의 척도로서 과잉금지의 원칙과의 경합관계가 발생한다.

(라) 헌법재판소의 적용

헌법재판소는 적법절차를 실제적 적법절차로 확장하여 해석하는 입장을 취하면서도,<sup>37)</sup> 심사기준의 경합을 해소하는 입장에서 심사척도를 제시하고 있지 않다. 즉 헌법재판소는, “현행 헌법상 적법절차의 원칙을 법률이 정한 절차와 그 실제적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나...라고 하여,<sup>38)</sup> 적법절차의 원리와 과잉금지원칙의 중복을 인정하면서, 다른 한편으로는 “현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다...”고 하여,<sup>39)</sup> 양자를 구별하고 있다.

이에 따라서 헌법재판소는 “적법절차의 원칙은 ...형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

그러므로 법 제331조 단서의 규정은 이러한 적법절차의 원칙에 입각한 해석 원리에 따라 그 적정성과 위헌여부를 판단하여야 할 것이고 그 다음에는 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙 내지 과잉입법금지의 원칙이 지켜지고 있는지 여부에 관한 문제로 돌아가 함께 판단하여야 된다고 할 것이다.”

37) 헌재 1992.12.24. 92헌가8.

38) 헌재 1992.12.24. 92헌가8.

39) 헌재 1992.12.24. 92헌가8.

라고 판시하여,<sup>40)</sup> 소송절차법에 따른 신체의 자유의 제한법률과 관련하여, 기능과 효과에서 중복을 인정하면서도 적법절차의 원리와 더불어 과잉금지의 원칙을 기본권제한의 정당성 판단의 기준으로 하고 있다.

(마) 소결

헌법 제12조 제1항 및 제3항에 규정하고 있는 적법절차의 원리는 형사절차 뿐만 아니라 입법 및 행정절차 등 모든 국가작용의 절차에 적용되는 헌법의 기본원리 중의 하나이다. 나아가 적법절차는 절차적 적법절차에서 나아가 실체적 적법절차로 확장하고 있다. 이에 따라 기본권제한법률의 실체적 내용의 헌법적 정당성을 판단하는 척도로서 적법절차의 원리와 과잉금지의 원칙간의 경합관계가 성립한다.

이와 같은 경합에 대하여, 헌법재판소는 적법절차의 원리와 과잉금지의 원칙 및 본질적 내용침해금지 등을 중복하여 그 위헌성심사의 척도로 하고 있다. 이러한 헌법재판소의 입장은 적법절차의 개념적 내용의 확장과 적용대상의 확장을 미국연방헌법에 대한 미국연방대법원의 이론을 수용하여 채택하면서도, 적법절차원리를 척도로 한 위헌심사에서는 다른 입장을 보여 일관성이 결여되어 있음을 볼 수 있다. 즉 기본권제한법률의 정당성심사에서 적법절차원리와 과잉금지의 원리가 경합하는 경우, 적법절차원리와 과잉금지의 원칙이 헌법재판소에 의한 양자의 구별처럼 헌법상의 지위에 따라 동일한 사안에 동시에 적용되는 경우에는 적법절차의 원리만을 적용하는 것이 타당하다고 본다. 그리고 또한 적법절차원리에 입각한 판단에서도 실체적 적법절차를 척도로 하여 그 위헌성을 판단하는 경우에는 결국 미국연방대법원이 심사기준으로 채택하고 있는 다중심사기준, 즉 삼중심사기준을 채택하여 판단하는 것이 논리적이라고 할 수 있다. 여기서의 삼중심사기준이란 완화된 심사기준으로서 합리성심사, 중간심사 그리고 엄격한 심사를 말한다. 합리성 심사는 추구하는 목적이 헌법에서 금지하고 있는 앓는 목적인 경우에 정당하고 그리고 선택한 수단이 이와 같은 목적달성을 위하여 상당한 방법이면 합헌이라고 판단하는

40) 헌재 1992.12.24. 92헌가8.

심사기준이다. 이때의 입증책임은 법률의 위헌성을 주장하는 자가 부담한다. 합리성 심사기준에 의하면, 입증책임자가 법률이 상정할 수 있는 정당한 목적을 가지지 않거나 그 목적을 달성하기 위한 상당한 방법이 아니라는 것을 입증하지 않는 한, 그 법률은 합헌으로 판단하게 된다. 미국연방대법원은 이러한 합리성심사기준을 주로 사회경제와 관련한 기본권제한법률에 적용하고 있다.

중간심사는 법률의 입법목적이 정부가 추구하는 정당한 목적 이상이어야 하고,<sup>41)</sup> 선택된 수단은 그 목적달성을 위하여 합리적인 것 이상의 관련성이 있어야 한다. 즉 목적달성을 위하여 실질적 관련성이 있어야 한다. 이 경우 그 입증책임은 의회나 정부가 부담하는 것이 대부분이다. 중간심사의 경우, 성이나 혼외자를 이유로 한 차별, 밀입국의국민아동에 대한 교육에 관한 차별, 상업적 언론에 대한 규제 등의 입법에 적용하고 있다.

엄격한 심사는 필요불가결한 정부목적 달성을 위하여 불가피한 경우에만 합헌으로 인정된다. 즉 그 목적이 필요불가결한 것이어야 하고 목적달성을 위한 수단이 불가피한 정도로 긴밀한 연관관계가 있어야만이 합헌으로 인정된다. 여기서 필요불가결한 목적이라 함은 헌법적 기본가치의 제한을 정당화할 정도로 중요한 가치를 의미하며, 불가피한 경우는 그 수단이 최소한의 제한 수단이라는 것을 의미한다. 이때의 입증책임은 의회나 정부가 부담한다. 미연방대법원은 인종이나 출신국가와 같은 의심스러운 근거에 의한 차별, 선거권이나 여행의 자유, 프라이버시 등의 기본적 헌법상 권리에 대한 제한입법의 위헌성 판단의 척도로 적용하고 있다.

## 2) 과잉금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙

### (가) 신뢰보호의 원칙

현행헌법은 제13조 제1항에서 형벌불소급의 원칙과 제2항에서 소급입법에 의한 재산권 및 참정권 박탈금지 등을 규정하여 신뢰보호의 사상을 구체적으로 표현하고 있다. 그러나 이와 같은 규율영역에 해당되지 않는 일반적인 원칙으로서 신뢰보호에 관하여는 규정하고 있지 않다. 따라서 일반적 원칙으로

41) 이때의 정당한 목적 이상 인지의 여부는 법원이 그 목적이 중요하다고 인정하는 경우에 충족한다.

서의 신뢰보호 원칙의 헌법적 근거에 대하여 논의되고 있다. 이에 관한 대표적인 견해로서는 법치국가원리의 구성내용인 법적 안정성의 주관적 측면이 신뢰보호라고 하여 법치국가원리에서 그 근거를 찾는 견해가 있는가 하면, 신뢰보호의 주관적 성격에 비추어 국가공권력에 대하여 방어적 기능을 하는 개인의 주관적 공권인 자유권에서 그 근거를 찾아야 한다는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 헌법재판소는 법치국가원리에서 그 근거를 찾고 있다. 즉 헌법재판소는 “법적 안정성은 객관적 요소로서 법질서의 신뢰성·항구성·법적 투명성과 법적 평화를 의미하고, 이와 내적인 상호연관관계에 있는 법적 안정성의 주관적 측면은 한번 제정된 법규범은 원칙적으로 존속력을 갖고 자신의 행위기준으로 작용하리라는 개인의 신뢰보호원칙이다”라고 하고 있다.<sup>43)</sup>

신뢰보호이익은 대개의 경우 기본권의 보호영역에서 발생하지만, 기본권보호영역 밖에서도 신뢰보호이익의 문제가 야기될 수 있음을 배제할 수 없으므로 법치주의원칙에 근거하고 있다고 보는 것이 타당하다.

이처럼 법치국가원리에 근거한 신뢰보호의 원칙은 공권력에 의한 선행조치(법률의 제정 등)에 대하여 신뢰한 자의 이익을 보호하여야 한다는 원칙으로서, 신뢰이익의 침해는 공권력의 선행조치를 신뢰하고 그에 대하여 일정한 조치를 했음에도 공권력이 선행조치에 반하는 처분(법률의 개정 등)을 한 경우에 성립한다.

신뢰보호원칙의 위반여부는 공권력의 선행조치에 반하는 처분을 통하여 달성하고자 하는 공익과 침해되는 신뢰이익(사익)의 비교형량을 통하여 판단한다. 이 경우 사익측면에서는 신뢰이익의 보호가치의 정도와 그 침해의 정도를 고려하고, 공익의 측면에서는 공익의 중요성과 긴급성의 정도를 고려하여 개별적·구체적으로 신뢰보호원칙의 위배여부가 판단된다.

#### (나) 경합과 적용

신뢰보호의 원칙과 과잉금지원칙은 신뢰보호원칙의 위배여부가 기본권보호영역에서 발생하는 경우에 경합한다. 즉 기본권보호영역에서 신뢰보호원칙의

42) 이에 관하여는, 한수웅, 앞의 책, 261면 이하 참조.

43) 헌재 1996.2.16. 96헌가2 등.

위배여부의 문제가 야기되면, 일반적으로 기본권보호영역에 대한 제한의 정당성심사의 척도인 과잉금지의 원칙과 경합하게 된다.

이 경우, 일설은 기본권보호영역에서 신뢰보호의 문제가 야기되는 경우, 과잉금지의 원칙의 위배여부만 판단하면 족하다고 한다. 이 견해는 신뢰보호원칙은 어떠한 기본권도 해당사안과 연관이 없는 경우에 적용되며, 기본권과 연관되는 사안의 경우에는 과잉금지의 원칙을 적용하여야 한다고 한다.<sup>44)</sup>

이와 달리 기본권보호영역에서 발생하는 문제의 경우, 과잉금지의 원칙뿐만 아니라 신뢰보호의 원칙도 적용되어야 한다고 한다. 이 견해는 비록 기본권보호영역에서 발생하는 문제지만, 문제되는 영역이 서로 다르기 때문에 과잉금지의 원칙과 신뢰보호원칙간의 경합문제를 인정하지 않는 입장이기도 하다. 즉 이 견해는 기본권보호영역에 대한 제한의 정당성심사에 있어서 제한법률의 실제적 정당성심사는 과잉금지의 원칙에 의하고, 그 제한법률이 기본권과 관련하여 과거사실관계를 규율하고 있는 경우에는 그 내용에 대한 심사가 아니라 과거사실관계로 확대하는 것이 합헌인지 심사되어야 한다고 한다.<sup>45)</sup> 이에 따르면 기본권제한법률이 과거사실을 규율하고 있는 경우에 있어서, 그 내용적 정당성에 대한 심사는 과잉금지의 원칙으로 그리고 그 법률의 시간적 적용범위에 대한 심사는 신뢰보호원칙에 의하여야 한다고 한다.<sup>46)</sup>

이러한 관점에서 헌법재판소는 “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법률의 합헌적이기 위하여서는 장래에 적용될 법률이 헌법에 합치하여야 할 뿐만 아니라, 또한 과거의 법적 상태에 의하여 부여된 구체적 권리에 대한 침해를 정당화하는 이유가 존재하여야 한다”고 하여,<sup>47)</sup> 재산권영역에서의 법률에 대하여 장래에 있어서 합헌인지 그리고 과거에 대하여도 합헌인지에 대한 심사를 요구하고 있다.

장래의 합헌성 심사에 대하여, 헌법재판소는 “입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서는, 헌법상의

44) 대표적으로 정중섭, 앞의 책, 183면.

45) 대표적으로 한수웅, 앞의 책, 271면.

46) 한수웅, 앞의 책, 271면.

47) 헌재 1999.4.29. 94헌바37.

재산권보장의 원칙과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 제약성을 비교형량하여, 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다. 입법자가 형성의 자유를 넘었는가 하는 것은 비례의 원칙에 의하여 판단하게 된다”고 판시하고 있다.<sup>48)</sup> 그리고 과거에 대하여도 합헌인지 여부에 대하여는, 헌법재판소는, “여기서 발생하는 문제는 소급효의 문제가 아니라 종래의 법적 상태에서 새로운 법적 상태로 이행하는 과정에서 불가피하게 발생하는 법치국가적 문제, 구체적으로 입법자에 대한 신뢰보호의 문제이다. 따라서 기존의 택지소유자에게도 처분 또는 이용·개발의무를 부과하는 법규정들이 헌법적으로 허용되는가 하는 문제는 법치국가적 신뢰보호원칙을 기준으로 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>49)</sup>

#### (다) 소결

신뢰보호이익의 문제가 기본권의 보호영역에서 야기되는 경우, 신뢰이익을 기본권적 이익으로 포섭할 수 있는 이익인지 여부가 신뢰보호원칙과 과잉금지원칙의 경합문제를 해결하기 위한 가장 중요한 문제라고 할 수 있다. 신뢰이익을 기본권이익으로 포섭할 수 있다면, 이는 곧 기본권제한법률의 정당성 심사로서 과잉금지원칙만을 적용하게 되는 것으로 이 경우 신뢰보호원칙은 보충적 지위에 놓이게 된다. 이와 달리 신뢰보호이익을 기본권적 이익으로 포섭할 수 없는 것이라면 기본권 영역에서의 기본권제한 법률을 과잉금지의 원칙 및 신뢰보호원칙의 척도를 동시에 적용하여 판단하여야 한다.

신뢰보호이익은 앞에서 언급하였듯이 공권력의 작용(법률제정 등)에 대한 정당한 신뢰를 보호하는 이익을 개념적 요소로 하는 것으로서, 그 이익의 침해는 신뢰에 대한 공권력의 처분으로 인하여 야기된다. 여기서의 ‘신뢰’는 과거 공권력작용에 관한 것으로서 그에 의하여 보호되는 이익은 관련 기본권제한법률의 내용문제가 아니라 그 법률이 과거 공권력에 의한 사실관계를 포섭하는 것이 정당한 것인지의 문제가 된다. 즉 신뢰보호원칙의 문제는 기본권제한법률의 내용문제가 아니라 시간적 범위에 관한 것에서부터 야기되는 것으로

48) 헌재 1999.4.29. 94헌바37.

49) 헌재 1999.4.29. 94헌바37.

로 그 심사는 우선 그 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 신뢰인지를 검토하고, 그리고 법률이 과거사실관계를 규율하고 있는지, 규율하고 있는 경우에 그 규율이 정당한지를 대상으로 하고, 그 정당성은 신뢰보호이익의 침해(사익)과 그 침해를 통하여 달성하고자 하는 공익간의 비교형량을 통하여 심사되어야 할 것이다.<sup>50)</sup>

#### IV. 결론

국가의 기본권에 대한 개입은 기본권의 성질과 내용에 따라서, 그리고 현행 헌법의 기본권규정 형식 및 헌법 제10조 제2문의 국가의 기본권보장의무의 내용에 따라 크게 기본권실현을 목적으로 하는 개입과 공익을 위하여 최소한의 제한을 내용으로 하는 개입으로 대별될 수 있다. 그러나 현행헌법은 이러한 보장 구조를 완전히 반영하고 있다고 보기에는 많은 무리가 있고, 다수학설과 판례는 헌법 제37조 제2항을 통하여 기본권의 실현을 목적으로 하는 형성을 위한 개입인지, 공익을 위한 제한을 위한 개입인지를 엄격히 구별하지 않고 국가의 기본권 개입에 대한 한계로서의 의미만을 강조하고 있다.

따라서 기본권보장의 체계적 완성을 위해서는 헌법 제37조 제2항에 대한 개정이 필요하다고 본다. 그것은 기본권제한의 범위를 한정하는 방법, 예컨대, '법률에 의하여 제한되는 기본권'에 대한 한계를 규정하는 방식이나 또는 '국민의 모든 자유와 권리'에서 '모든'과 '권리'를 삭제하는 방식을 고려할 필요가 있다. 나아가 기본권제한에 관한 법률유보를 헌법 제37조 제2항에 따른 일반적 법률유보가 아니라 독일식 개별적 법률유보로서 개정하고, 그에 관한 일반적 한계사유에 관한 규정을 두는 방법도 고려할 필요가 있다.

나아가 기본권에 대한 국가의 개입유형화는 그 한계 또한 각각 다르게 정해져야 한다는 것을 의미한다. 즉 국가의 기본권제한에 대한 한계와 기본권실현을 위한 개입의 한계 그리고 기본권보호의무자로서의 개입하는 경우의 한계

50) 같은 견해로서, 한수웅, 앞의 책, 271면.



등이 그것이다. 이러한 한계는 다른 한편 그 개입의 정당성 심사 또한 각각 다른 방법과 기준에 의하여 행해져야 한다는 것을 의미하기도 한다.

기본권에 대한 국가개입의 한계 및 정당성 심사에 있어서 제한을 내용으로 하는 국가의 개입은, 기본권실현을 위한 개입이나 보호를 위한 개입의 경우에 있어서의 국가, 더 구체적으로 말하면 헌법에 따른 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 경우와 달리 입법자의 형성의 자유가 상대적으로 축소됨에 따라 다른 심사구조 및 기준이 적용된다. 즉 국가의 기본권에 대한 제한은 기본권최대보장의 원칙에 입각하여 보장을 원칙으로 하고 제한을 예외적인 것으로 하여, 그 한계에 관하여 헌법 제37조 제2항에서 규정되고 있다. 헌법 제37조 제2항에 따른 국가의 기본권 제한에 대한 정당성 심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 중요하게 취급되고 있다. 그런데, 다른 한편 기본권제한법률에 대한 정당성 심사에서 과잉금지의 원칙과 그 기능과 효과를 같이 하는 심사기준으로서 적법절차의 원리와 신뢰보호의 원칙이 경합하는 경우가 있다. 이러한 경우에 있어서 경합하는 모든 심사기준을 함께 적용하는 것은 비경제적일 뿐만 아니라 상호간의 모순을 가져올 우려도 있다. 따라서 이 경우에 있어서 어떠한 심사기준을 우선적으로 적용할 것인가 하는 적용상의 문제가 야기된다. 본고에서는 적법절차의 원리와 과잉금지 원칙이 경합하는 경우에는 헌법재판소가 순차적으로 적용하여 심사하는 것과 달리 과잉금지의 원칙과 구별되는 적법절차의 원리의 헌법적 지위에 근거하여 적법절차원리만을 적용하여 심사하는 방법이 타당하다고 하였다. 그리고 기본권영역에서 신뢰보호원칙과 과잉금지의 원칙 경합하는 경우에는, 제한법률의 내용에 대하여는 과잉금지의 원칙을, 그리고 과거 사실관계를 포섭한 법률의 정당성에 대하여는 신뢰보호의 원칙이 적용되는 것이 타당하다고 하였다.

## 참고문헌

권혜영, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법, 공법학연구 제10권 제1호, 한국비교공법학회 2009.2.

- 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법논총 제19집, 헌법재판소 2008.12.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사 2005.
- 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어 2015.
- 이부하, 헌법영역에서의 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회 2008.
- \_\_\_\_\_, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호(2007.6), 277면 이하 참조.
- 석인선, 미국헌법상 기본적 권리론의 전개와 평가, 세계헌법연구 제13권 제1호, 국제헌법학회/한국학회 2007.
- 성낙인, 헌법학, 법문사 2012.
- 이우영, 표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준, 서울대학교 법학 제53권 제2호(2012.6.), 293면.
- 정문석, 독일헌법, 전남대학교출판부, 2009.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2014.
- 표명환, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회 2011.5.
- \_\_\_\_\_, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회 2005
- 한수웅, 헌법학, 법문사 2016.
- 허완중, 기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회 2008.10
- 허영, 헌법과 헌법이론, 박영사 2015.
- 황치연, 과잉금지원칙의 내용, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회 1996, 277-314면.

[Abstract]

## Limits of Intervention in the Basic Right by State and Judicial Review of Legitimacy

Pyo, Myoung-Hwan

*Prof. Jeju Law School*

This paper has investigated about the limits of intervention in basic right by the state, the criteria for judging the legitimacy and the problems in the process of applying these criteria.

The Intervention in the basic right by the state can be divided according to the nature and content of basic rights, the type of provisions on basic right in the Constitution and the content which comes from state guarantee obligations for basic rights in Article 10 Section 2. The Limit of the intervention in the basic rights of the state is to be set differently according to the type of intervention and the criteria for judging the legitimacy should also be applied differently.

Principles for ensuring the basic rights by the state is a limitation of fundamental rights as an exception. Accordingly Constitution stipulates in Article 37, paragraph 2, concerning limits on the restriction of basic rights. The principle of excess prohibition restrictions as the criteria for judging the legitimacy about restriction of the basic rights in accordance with the Constitution Article 37, paragraph 2 are being treated seriously. On the other hand, there are the principle of excess prohibition restrictions as well as the principle of due process and principle for the protecting trust profit as criteria for judging the legitimacy about restriction of the basic rights. Thus, competition may occur between these criteria. To applying all competing

criteria at the same time in this case is concerned about get a contradiction with one another and also uneconomical. In this case, the problem on the application that will be preferentially applied to any criteria is caused.

When the principle of due process and the excessive prohibition is competition, the Constitutional Court applied them in order. In contrast, in contrast, in this paper we describe it only makes sense to apply the due process principle. This opinion was based on the constitutional status of due process.

When the principle of the excessive prohibition and principle of the protecting trust profit is competition in area of the basic right, it applies the principle of the excessive prohibition with respect to the contents of the restriction first and principle of the protecting trust profit in connection with the law the facts of the past, which includes the facts of the past.

**Key words** : Basic Right, Restriction of Basic Right, Realization of Basic Right, Principle of Due Process, Principle of the Excessive Prohibition, Principle of Trust Profit Protection