

## 기본권 관련 입법에 대한 입법형성의 한계와 헌법재판

- 헌법재판소 판례에 나타난 정당성 심사기준에 대한  
검토를 중심으로 -

### The limits of legislative formation on basic rights and constitutional trial

- Focused on judicial criteria for judging legitimacy  
of constitutional court -

고 준 예\*  
Koh, Jun-Yae

#### 목 차

- I. 서 론
- II. 기본권 관련 입법의 유형과 입법형성권의 한계
- III. 기본권 관련 입법에 대한 정당성 심사기준의 문제점과  
개선방안
- IV. 결 론

#### 국문초록

본 논문은 기본권 관련 입법에서 나타나는 입법형성권의 한계를 헌법재판소의 정당성 심사기준을 중심으로 고찰하고 있다. 헌법 제40조에 의해 입법자는 원칙적으로 광범위한 입법권을 가진다. 그러나 이러한 입법형성의 자유는 헌법적 한계를 지닌다. 헌법상의 개별적 규정에 위배되어서는 안 되고, 과잉금지 원

논문접수일 : 2019.10.30.

심사완료일 : 2019.11.20.

게재확정일 : 2019.11.20.

\* 제주대학교 일반대학원 법학박사과정

칙 등 헌법원리에도 합치되어야 한다.

기본권 관련 입법에 대한 정당성 심사는 주로 헌법재판소의 위헌법률심판이나 헌법소원심판을 통해 이루어진다. 헌법재판소는 권력분립원칙에 따라 입법부의 입법형성권을 가급적 존중하지만, 정당성 심사기준의 적용을 통해 당해 입법이 헌법에 부합하는지를 심사하여 이에 위반하는 경우 위헌으로 판단한다. 이러한 심사기준은 기본권의 특성에 따라 달라진다.

기본권은 자유권적 기본권, 평등권, 참정권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권 등으로 나눌 수 있다. 자유권적 기본권에 대한 입법은 자유권의 제한으로 나타나는데, 헌법재판소는 이에 대해 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙을 중심으로 심사한다. 기본권을 구체화하는 입법의 경우에는 헌법상의 한계를 일탈했는지를 중심으로 판단하며, 비교적 넓은 입법형성권이 인정된다. 기본권 보호의무의 이행을 위한 입법은 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 심사하는 과소보호금지원칙이 기준이 된다. 또한 사회적 기본권 관련 입법에 대해서는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는지 여부를 의미하는 최소보장의 원칙과 평등원칙을 적용한다.

헌법재판소는 직업의 자유에 관한 결정에서 표면적으로는 독일의 단계이론을 적용하고 있으나, 구체적인 판단에서 그 내용을 포섭하고 있지는 못하다. 직업의 자유에 관해 단계이론을 구체적으로 적용하는 것도 필요해 보인다. 기본권 구체화 입법의 경우 위헌심사는 과잉금지원칙을 중심으로 이루어진다. 그러나 이러한 입법은 자유가 제한되는 측면보다는 헌법이 보장하는 기본제도가 적절하게 형성되었는지와 관련되므로 헌법상의 원칙을 그 우선적인 심사기준으로 삼아야 할 것이다. 기본권보호의무의 이행을 위한 입법은 과소보호금지원칙을 적용한다. 과소보호원칙과 과잉금지의 원칙의 관계에 대한 논의가 있으나, 두 원칙은 독자적 성격을 지니므로 기본권보호의무와 관련하여 과소보호금지원칙을 심사기준으로 삼는 헌법재판소의 태도는 타당하다. 사회적 기본권 관련 입법의 경우 최소한의 수준을 보장했는지가 중점이 된다. 이에 대해서는 독일 연방헌법재판소의 절차통제를 참고하여 최소한의 급부 범위를 산정하는 절차에 대한 통제가 필요하다고 본다.

본 논문은 기본권 관련 입법에 대한 헌법재판소의 심사기준을 분석하고, 이

에 대한 검토를 하였다. 헌법재판소의 결정으로 기본권 관련 입법의 위헌여부가 판단되므로, 심사기준이 적절하지 않은 경우 국민의 기본권이 제대로 보장되기 어렵다. 따라서 기본권의 유형별 분류에 따른 심사기준 적용에서 더 나아가 개별 기본권의 특성에 따른 구체적 심사기준의 개발도 필요하다. 이를 통해 헌법재판의 타당성 확보와 국민의 기본권 보장이 가능해질 것으로 본다.

**주제어** : 입법형성권의 한계, 정당성 심사기준, 과잉금지원칙, 기본권보호의무, 과소보호금지원칙

## 1. 서론

입법자는 기본권의 제한하거나 형성하는 등 기본권의 보장을 위한 입법을 하는 과정에서 입법여부와 시기, 내용을 결정할 수 있는 입법형성의 자유를 갖는다. 그러나 입법형성의 자유는 헌법규정과 헌법원리에 합치되어야 하는 한계가 있다. 헌법재판소는 위헌법률심판과 헌법소원심판을 통해 기본권 관련 입법이 이러한 한계를 준수하여 정당성을 가지는지 심사한다. 이러한 의미에서 헌법재판은 입법형성권을 제한하는 역할을 담당한다고 볼 수 있다.

헌법에 규정되어 있거나 헌법으로부터 도출되는 기본권들을 성격에 따라 자유권적 기본권, 평등권, 사회적 기본권, 참정권, 청구권적 기본권 등으로 나누어 볼 수 있는데,<sup>1)</sup> 기본권 관련 입법에 대한 헌법재판소의 심사기준은 기본권의 성격에 따라 달라진다. 자유권과 관련한 입법의 경우 국가의 기본권에 대한 제한은 기본권최대보장을 원칙으로 하여 예외적인 개입만을 허용하며, 그 한계는 헌법 제37조 제2항에 규정되어 있다. 이에 대한 정당성 심사구조는 자유권적 기본권의 보호영역을 우선적으로 확인한 뒤, 국가의 개입으로서의 제한을 보고 제한의 정당성을 검토하는 3단계로 이루어진다.<sup>2)</sup>

1) 김문현, 「기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법」, 헌법재판소, 2008, 1면.

2) 표명환, “국가의 기본권개입의 한계와 정당성 심사”, 「법과정책」, 제22권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016, 341면.

이에 반해 기본권실현을 위한 개입이나 기본권보호의무의 이행과 관련된 입법의 경우에는 입법자의 형성의 자유가 폭넓게 인정된다.<sup>3)</sup> 기본권 실현입법의 경우 단일단계로 정당성을 심사한다. 입법자가 기본권최대보장이념에 부합되게 구체적으로 입법을 하였는지만을 판단하는 것이다. 기본권 보호의무를 이행하는 입법의 경우 입법자가 선택한 보호조치를 통해 주어진 보호목적에 대한 최저수준의 보호가 가능한지를 판단한다. 보호조치가 과소보호에 해당하는 경우 보호의무 위반에 해당하여 그 정당성이 부인된다.<sup>4)</sup>

본 논문에서는 기본권 관련 입법에 대한 입법형성권의 한계와 헌법재판을 논하기 위하여 기본권과 관련된 입법을 기본권 제한입법, 기본권 구체화 입법, 기본권 보호의무의 이행을 위한 입법, 사회적 기본권 관련 입법으로 나누어 살펴본다. 그리고 헌법재판소의 판례를 중심으로 유형별 위헌성 심사기준을 알아본다. 이후 판례에 나타난 심사기준의 적용에 관한 문제점과 개선방안에 대해 논한다. 기본권 제한 입법과 관련해서는 직업의 자유에 관한 판례와 단계이론을 중심으로, 기본권 구체화 입법에 대해서는 선거권에 관한 판례를 중심으로 검토한다. 기본권보호의무에 관해서는 과소보호금지원칙의 성격을 기술하고, 사회적 기본권에 대하여는 독일 연방헌법재판소의 절차통제의 도입필요성과 평등권심사기준의 적용에 대해 논하고자 한다.

## II. 기본권 관련 입법의 유형과 입법형성권의 한계

### 1. 입법형성권의 자유와 한계

#### 가. 입법형성권의 의의

입법은 국가와 국민 및 국민간의 관계를 규율하는 일반적, 추상적 성문의 법규범을 형성하는 작용이다.<sup>5)</sup> 헌법 제40조는 ‘입법권은 국회에 속한다’고 규정하

3) 표명환, 앞의 논문, 359면.

4) 표명환, 앞의 논문, 341-342면.

고 있는데, 입법권은 법률을 제정, 개정 또는 폐지하는 권한을 말한다. 법률이란 국가의 통치조직이나 작용, 국민의 권리의무에 관한 사항을 국회가 정한 것을 의미한다.<sup>6)</sup> 헌법재판소는 “국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다”<sup>7)</sup>고 판시하였다.

#### 나. 입법형성의 자유

입법권의 본질은 입법자가 법률로 어떤 사항을 규율하고자 할 때 그 방법에 대해 선택할 수 있는 자유, 즉 입법형성의 자유에 있다. 이는 입법의 내용, 제정과 개정 여부 및 시기를 결정할 수 있는 자유를 포함한다. 이러한 형성의 자유를 행사하는 권한이 입법형성권이다. 국회는 권력분립의 원칙과 민주주의의 원리에 따라 광범위한 입법형성의 자유를 가진다. 따라서 명백한 남용이나 자의적인 차별을 초래하지 않는 한 입법형성권은 존중된다.<sup>8)</sup>

#### 다. 입법형성권의 한계

국회의 입법권은 법률을 대상으로 한다. 법률은 헌법의 하위규범이므로 국회의 입법형성의 자유는 광범위하지만, 헌법과 헌법원리 내에서 행사되어야 한다는 한계가 있다. 따라서 헌법의 개별적, 구체적 규범에 위배되어서는 안 되고, 헌법상 적법절차의 원리, 과잉금지원칙 등 헌법원리에도 합치되어야 한다.<sup>9)</sup> 일반적으로 입법형성의 자유에 대한 통제는 헌법재판을 통해 도출된다.<sup>10)</sup> 헌법재판소가 헌법재판소법 제41조의 위헌법률심사, 동법 제68조 1항에 규정된 헌법

5) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2019, 436면.

6) 박성득, “입법권과 헌법재판권의 조화적 관계 정립을 위한 소고”, 「공법학연구」, 제12권 제3호, 한국비교공법학회, 2011, 237-238면.

7) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가1 결정.

8) 이발래, “입법형성권의 본질과 한계”, 「일감법학」, 제5권, 건국대학교 법학연구소, 2000, 242-243면.

9) 성낙인, 앞의 책, 449면.

10) 이발래, 앞의 논문, 242면.

소원심사를 통해 입법의 합헌성을 판단함으로써 입법형성권을 제한할 수 있다. 이러한 위헌성심사는 헌법재판소가 입법형성권을 어느 정도로 존중할 것인가에 대한 문제와 관련된다.<sup>11)</sup>

## 2. 기본권과 관련된 입법의 유형

### 가. 기본권 제한 입법

기본권 제한 입법의 헌법적 근거는 헌법 제37조 제2항에서 찾을 수 있으며, 이 조항은 동시에 기본권 제한의 헌법적 한계를 규정한다.<sup>12)</sup> 헌법재판소는 “헌법 제37조 제2항의 규정은 기본권 제한 입법의 수권규정인 성질과 아울러 기본권 제한 입법의 한계규정의 성질을 갖고 있다”<sup>13)</sup>고 하면서 기본권 제한 입법의 위헌 여부를 판단할 때 과잉금지원칙을 주로 사용한다. 헌법재판소는 “입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)”이라고 판시한다.<sup>14)</sup>

### 나. 기본권 구체화 입법

11) 표명환, 앞의 논문, 343면.

12) 이장희, 「기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 77면.

13) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정.

14) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

기본권 구체화 입법은 기본권의 내용을 실현하는 데 필요한 방법을 정하는 입법을 의미한다. 이러한 방법실현적 법률을 제정하는 입법자는 관련 기본권의 실현을 축소하거나 위태롭게 하지 않는 한, 기본권 실현이라는 목적을 달성하기 위해 비교적 자유롭게 법률을 창설, 변경, 폐지할 수 있다.<sup>15)</sup> 헌법재판소는 “제도보장은 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장’의 원칙이 적용”<sup>16)</sup>된다고 판시하여 기본권을 구체화하는 입법의 경우 상대적으로 넓은 입법형성권을 인정한다.

#### 다. 기본권 보호의무의 이행을 위한 입법

기본권 보호의무는 제3자의 침해로부터 국가가 사인의 기본권을 보호해야 할 의무를 의미한다. 국가의 기본권 보호의무는 사인에 의한 기본권의 침해를 방지할 국가의 의무라는 점에서, 국가와의 관계에서 국가에 의한 개인의 기본권 침해의 방지를 의미하는 자유권적 기본권에 대한 방어권과는 차이가 있다.<sup>17)</sup> 기본권이 가치질서로서의 객관법적인 성격을 갖는다는 점에서 국가가 제3자의 위법한 기본권침해로부터 사인을 보호해야 할 기본권보호의무가 도출된다. 이러한 국가의 의무는 제3자인 사인의 위법한 행위에 의해 기본권 주체의 자유권적 기본권에 근거한 기본권적 법익이 침해될 때 발생한다.<sup>18)</sup>

헌법 제10조 후문은 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’고 하여 국가가 기본권을 보호해야 할 의무가 있음을 나타낸다. 그러나 국가가 기본권을 보호하기 위해 구체적인 조치를 취하려면 입법적 근거가 필요하다.<sup>19)</sup> 개인의 기본권을 보호하기 위한 조치가 타인의

15) 이장희, 앞의 책, 114-115면.

16) 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 95헌바48 결정.

17) 표명환, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 『법학연구』, 제42권 제42호, 한국법학회, 2011, 214면.

18) 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 『헌법학연구』, 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005, 217면.

19) 표명환, 앞의 논문, 212-213면.

기본권을 제한하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 입법자는 기본권으로부터 보호되는 이익을 보호하고 실현하는 국가의 권한행사의 근거가 되는 기본권보호입법을 할 의무가 있다.<sup>20)</sup>

헌법재판소는 “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확보하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가 권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다”<sup>21)</sup>는 판시를 통해 국가의 기본권보호의무를 인정한다. 이로써 사회적 기본권과 같은 헌법상의 명시적인 입법의무를 넘어서 헌법해석을 통해 입법자를 구속하는 헌법적 입법의무를 인정하였다.<sup>22)</sup>

기본권을 보호하기 위한 입법을 함에 있어서 기본권보호를 위한 최소한의 요구는 충족시켜야 하는데,<sup>23)</sup> 이러한 원칙을 과소보호금지원칙이라고 한다. 헌법재판소는 “국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호 조치를 취했는가”<sup>24)</sup>를 기준으로 삼고 있다. 이에 관해 “국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.”<sup>25)</sup>라는 심사기준을 제시하고 있다.

#### 라. 사회적 기본권 관련 입법

사회적 기본권은 헌법 제34조 제1항 “인간다운 생활을 할 권리”를 비롯한 사회권을 포함하는 개념이다.<sup>26)</sup> 사회적 기본권은 입법자에게 입법에 있어 준수해

20) 표명환, 앞의 논문, 65면.

21) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110 등 결정.

22) 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준”, 「헌법논총」, 제8집, 헌법재판소, 1997, 214-215면

23) 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 「헌법학연구」, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009, 505면.

24) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110 등 결정.

25) 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2005헌마764 결정.



야 할 지침으로서의 성격을 가지며, 헌법재판소에 대해서는 입법에 대한 심사기준으로서 통제규범으로 작용한다.<sup>27)</sup> 헌법재판소는 “입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용”<sup>28)</sup>한다고 판시한다.

사회적 기본권의 성질에 관해서는 견해가 대립되고 있으나<sup>29)</sup>, 헌법재판소는 “인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다.”<sup>30)</sup>라고 한다. “결국 최소한의 수준을 넘는 사회복지·사회보장에 따른 급부의 실현은 이에 필요한 사회경제적 여건에 의존하는 것으로서, 국가가 재정능력, 국민 전체의 소득과 생활수준 내지 전체적인 보장수준과 국민감정 등의 사정, 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 합리적으로 고려한 입법을 통하여 해결할 사항이라 할 것인데 ... 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되지 않을 수 없다.”<sup>31)</sup>라고 하여

26) 이장희, 앞의 책, 123면.

27) 표명환, “사회복지국가실현과 헌법-사회국가의 헌법적 의무와 그 실현을 중심으로-”, 「법학연구」, 제50권 제50호, 한국법학회, 2013, 16면.

28) 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2002헌마90 결정.

29) 표명환, 앞의 논문, 8면(사회적 기본권의 성격에 관해서는 이를 객관적 규범으로 보는지, 주관적 권리로 인정하는지에 관한 논의가 있다. 객관적 규범으로 보는 견해는 사회적 기본권을 국가목표조항으로 이해한다. 주관적 권리로 보는 견해는 그 성질이 추상적인지 구체적인지에 대해 견해가 나뉜다. 두 입장은 사회적 기본권이 권리이기는 하나, 개인에게 구체적인 급부 청구권이 주어지지 않는다는 점에서는 동일하다. 그러나 추상적 권리성만을 인정하는 견해와 달리, 구체적 권리성을 인정하는 견해는 사회적 기본권이 재판규범성을 갖는다고 본다. 이 경우 사회적 기본권의 내용을 구체화하는 입법이 부존재하거나 불충분한 경우 헌법소송이 가능하다고 한다.)

30) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정.

최소한의 수준을 넘는 생활을 향유하기 위한 급부청구는 입법자의 입법에 의한 구체화가 필요하다고 본다. 즉 사회적 기본권의 추상적 권리성을 바탕으로 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한의 물질적 생활의 유지에 필요한 급부의 범위 내에서 예외적으로 상황에 따른 구체적 권리성이 도출된다고 하고 있다.<sup>32)</sup>

사회적 기본권에 대한 일차적 실현 임무는 입법자에게 있고, 입법자는 광범위한 형성의 자유를 가진다. 헌법재판소는 이에 대한 심사에서 입법자의 사회적 기본권실현을 위한 입법조치가 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 조치에 해당하는지를 심사기준으로 삼는다.<sup>33)</sup>

헌법재판소는 최저생계비에 관한 헌법소원사건에서 “헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인바 ... 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”<sup>34)</sup>라고 판시하여 최소보장의 원칙을 심사기준으로 삼고 있다.

### III. 기본권 관련 입법에 대한 정당성 심사기준의 문제점과 개선방안

#### 1. 기본권 제한 입법에 대한 심사의 경우-직업의 자유를 중심으로

31) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정.

32) 표명환, 앞의 논문, 10면.

33) 표명환, 앞의 논문, 16-17면.

34) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정.

가. 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌바94 결정

(1) 헌법재판소의 심사기준

직업의 자유는 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 직업 선택의 자유와 이를 자유롭게 영위하는 직업 행사의 자유라고 할 수 있다, 헌법 제15조는 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.’고 규정한다.

헌법재판소는 자격제도에 의한 직업의 자유 제한과 관련하여 직업의 자유라는 기본권의 내용으로서 방어권적 내용에 관한 제한과 절차의 형성을 구분하지 않고 과잉금지원칙에 대한 심사기준만을 적용하여 “과잉금지원칙을 적용함에 있어, 어떠한 직업분야에 관한 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가에 관하여는 국가에게 폭넓은 입법재량권이 부여되어 있으므로, 다른 방법으로 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 비하여 보다 유연하고 탄력적인 심사가 필요하다”<sup>35)</sup>라고 판시하였다.

(2) 개선방안

직업의 자유 제한에 관한 헌법재판소의 심사는 일반적으로 과잉금지원칙에 따라서 이루어진다. 과잉금지원칙은 최대보장을 본질로 하는 자유권 보장의 관점에서 적용되는 심사기준이므로 직업의 자유에 대한 심사에도 적용되는 것이 타당하다. 그러나 자격제도를 구성하는 절차의 법적 형성 부분에 대한 심사기준은 자유권을 충분히 보장하기 위해서 자유권의 내용을 어느 정도로 구체화하는 지에 관한 문제이므로 그 헌법적 한계에 대한 심사는 과소금지원칙으로 되어야 할 것이다.<sup>36)</sup>

기본권의 방어권적 내용은 국가의 소극적 행위와 관련된다. 반면에 절차의 형성은 국가의 적극적 행위와 관련된다. 기본적으로는 자유권적 기본권과 관련된 입법이라고 하더라도, 절차의 형성에 있어서는 과잉금지원칙을 적용하는 것은 적절하지 않다. 순수한 절차의 형성과 관련되는 입법과 같이 국가의 적극적 행위와 관련되는 입법의 경우 과소금지원칙에 따라서 판단하는 것이 타당하

35) 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌바94 결정.

36) 정영훈, 「직업의 자유 침해여부에 대한 심사기준」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014, 76면.

다.<sup>37)</sup> 따라서 자격제도에 의한 직업의 자유 제한입법을 판단할 때, 직업의 자유를 제한하는 부분은 과잉금지원칙을 적용하고, 자격제도를 형성하는 절차에 관한 부분은 과소금지원칙을 적용하는 것이 적합하다.

나. 헌재 2016. 7. 28. 2013헌바389 결정

(1) 헌법재판소의 심사기준

우리 헌법재판소는 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조 제1항 제9호 위헌소원<sup>38)</sup>에 대한 결정에서 직업의 자유에 대한 제한을 직업 수행의 자유와 직업 선택의 자유를 구별하여 독일 연방대법원의 삼단계이론을 적용하고 있다. 그러나 침해의 최소성과 법익의 균형성 심사에서 기본권 제한의 과잉 여부를 판단하는 과정에서는 삼단계이론을 구체적으로 적용하기보다는 일반적인 과잉금지원칙을 사용한 듯하다. 삼단계이론에 따르면, 1단계인 직업 수행의 자유에 대한 제한법률은 공익상의 합리적인 이유가 있으면 합헌이 된다. 2단계인 주관적 사유에 의한 직업 선택의 자유에 대한 제한법률은 중대한 공익을 위한 제한이어야 합헌이 되고, 3단계인 객관적 사유에 의한 직업 선택의 자유의 제한은 월등하게 중대한 법익에 대한 명백하고 현존하는 위협의 방지를 위한 것 이어야 합헌성이 인정된다.<sup>39)</sup>

그러나 헌법재판소는 성인대상 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대해 그 집행이 종료된 때로부터 10년 동안 아동복지시설을 운영하거나 아동복지시설에 취업할 수 없도록 하는 심판대상 조항을 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 판단하면서도, 2단계와 3단계의 제한 중 어디에 해당하는지를 밝히고 있지는 않다.<sup>40)</sup> 이에 따라 중대한 공익사유에 의한 제한이었는지, 월등하게 중대한 법익에 대한 명백하고 현존하는 위협의 방지를 위한 제한이었는지를 논증하지 않고 있다.

37) 정영훈, 앞의 책, 60-61면.

38) 헌재 2016. 7. 28. 선고 2013헌바389 결정.

39) 임지봉, 앞의 논문, 378-379면.

40) 임지봉, 앞의 논문, 382면.

대신에 일반적인 과잉금지원칙을 적용하여, “직업의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 정당하고 중요한 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 제한될 수 있지만...”<sup>41)</sup>이라고 판시하였다. 목적의 정당성과 관련하여 이 사건 법률조항은 아동 청소년을 성범죄로부터 보호하는 동시에, 아동복지시설의 윤리성과 신뢰성을 높여 아동 청소년 및 그 보호자가 이들 기관을 믿고 이용하거나 따를 수 있도록 하려는 입법목적이 정당하다고 판단하고, 성인대상 성범죄자에 대하여 일정기간 아동복지시설에 취업제한을 하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단으로 보았다. 그러나 재범의 위험성이 상이하다는 점을 고려하지 않고 일괄적으로 취업제한을 하는 것은 침해의 최소성에 어긋나며, 아동 청소년을 보호하고자 하는 공익이 중대하지만, 10년이라는 기간 동안 아동복지시설에 대한 취업제한을 하는 것은 성인대상 성범죄 전과자의 기본권을 과도하게 제한하므로 법익의 균형성 원칙에 어긋나므로 직업선택의 자유를 침해한다고 판시했다.

## (2) 개선방안

독일 연방헌법재판소는 직업의 자유 제한에 관한 법률의 합헌성을 심사하는 기준으로 삼단계이론을 제시했다. 삼단계이론은 비교적 기본권에 대한 침해가 경미한 직업수행의 자유에 대한 제한을 제1단계의 제한으로 보았다. 이 경우 법률은 합리적이고 이성적인 공익을 위한 것이기만 하면 합헌적인 것으로 인정된다. 제2단계의 제한은 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한이다. 제3단계의 제한은 기본권 주체의 능력과는 무관한 성별, 인종 등 객관적 사유에 의한 제한으로, 이러한 제한이 합헌이 되기 위해서는 제한 사유가 명백, 현존하는 공공에 대한 위험을 막기 위한 경우여야 한다. 따라서 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유를 제한하는 법률은 위헌이 될 가능성이 크다. 1단계에서 3단계로 갈수록 직업의 자유에 대한 제한이 강해지므로 입법형성의 자유는 축소된다.<sup>42)</sup>

41) 헌재 2016. 7. 28. 선고 2013헌바389 결정.

42) 임지봉, “직업의 자유와 과잉금지의 원칙-헌재 2016. 7. 28. 2013헌바389 결정-”, 『최신판례

위 헌법재판소 결정에서 다루어진 아동복지시설에 대한 취업제한을 하는 법률은 직업선택의 자유를 제한하는 법률이다. 이러한 제한이 단계이론의 2단계인 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당하는지, 아니면 3단계인 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 해당하는지 문제된다. 범죄전력은 하나의 신분으로 볼 수 있고, 장래를 향하여 변경할 수 없는 사실이기 때문에 성별이나 인종에 따른 제한인 객관적 사유에 의한 제한이라고 볼 수도 있다. 그러나 범죄전력은 선천적으로 부여된 것이 아니라 해당 기본권 주체의 행위에 따른 결과이고, 그러한 성향은 능력과 같은 범주에서 판단되는 것이 타당하다. 따라서 범죄전력에 따른 직업선택의 자유에 대한 제한은 2단계인 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유제한에 해당한다. 따라서 이에 대한 법익의 균형성 판단에서 중대한 공익사유에 의한 제한이었는지를 심사하여야 한다. 이러한 관점에서 아동 청소년을 성범죄로부터 보호하는 것은 중대한 공익으로 인정되고, 법익의 균형성을 충족하는 것으로 볼 수 있다.

## 2. 기본권 구체화 입법에 대한 심사의 경우-선거권을 중심으로

### 가. 헌법재판소의 심사기준

헌법 제41조 제1항은 ‘국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다’고 명시하며, 헌법 제67조 제1항은 ‘대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다’라고 규정한다. 이러한 조항들은 헌법 제24조가 보장하는 선거권과 헌법 제25조가 나타내는 공무담임권의 보장에 포함된 피선거권을 구체화하는 입법의 헌법적합성을 판단하는 심사기준이 된다.<sup>43)</sup>

공직선거법 제115조 제2항 본문 중 투표개시시간부분의 위헌여부에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 “이 사건 투표시간조항이 투표개시시간을 일과시간

분석」, 제65권 제9호, 법조협회, 2016, 373-377면.

43) 김해원, “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구”, 「헌법학연구」, 제23권 제2호, 한국헌법학회, 2017, 226면.

이내인 오전 10시부터로 정한 것은 투표시간을 줄인 만큼 투표관리의 효율성을 도모하고 행정부담을 줄이는 데 있고, 그 밖에 부재자투표의 인계·발송절차의 지연위험 등과는 관련이 없다. 이에 반해 일과시간에 학업이나 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자는 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분으로 인하여 일과시간 이전에 투표소에 가서 투표할 수 없게 되어 사실상 선거권을 행사할 수 없게 되는 중대한 제한을 받는다. 따라서 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분은 수단의 적정성, 법익균형성을 갖추지 못하므로 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는 것이다.”<sup>44)</sup>라고 판시하였다.

헌법재판소는 선거권과 관련하여 엄격한 비례의 원칙을 적용하여 판단하기도 했다. “법률유보는 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 제한하기 위한 것이 아니므로, 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀 선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 이 같은 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 하는 것이다”<sup>45)</sup>라고 판시하였다.

#### 나. 개선방안

헌법재판소는 선거권과 관련된 사건에 있어 선거권에 대한 기본권 침해를 다루면서, 선거권의 제한이 과도한지를 중심으로 과잉금지원칙에 의한 판단을 하고 있다. 입법이 과도한 수단으로 선거권을 침해하는지가 쟁점이 되는 것이다. 그러나 헌법상의 선거권 관련 사건에는 헌법상 선거원칙을 위반하는지 여부, 즉 선거권 자체를 행사하지 못하게 되어 보통선거원칙에 위반되는지, 차별적 대우로 인해 평등선거원칙을 위반하는지를 심사하는 것이 더 적절한 심사기준이다.

44) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2010헌마601 결정.

45) 헌법재판소 2007. 6. 28. 선고 2004헌마644 결정.

현재 선거법의 위헌심사는 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙에 따라 이루어진다. 그러나 구체적인 선거권 관련 사건에서 청구인들은 선거의 자유 침해를 주장하기 보다는 보통선거원칙과 평등선거원칙이라는 선거원칙 위반을 청구취지로 주장한다. 위 사건에서도 부재자 투표개시시간이 과도한 제한인지를 판단하기 위해서가 아니라, 개시시간이 오전 10시부터이기 때문에 보통선거원칙이 실현될 수 있는 조건을 형성하고 있지 못하다는 이유로 헌법소원을 청구한 것이다. 또한 과잉금지 원칙에 따른 심사는 침해의 최소성에서 선거권을 덜 제한하는 다른 수단을 찾기가 어렵고, 법익의 균형성에서 선거의 공정성이라는 추상적인 입법목적만으로는 적절한 법익형량을 하기 힘들다.

따라서 선거와 관련된 입법에 관한 헌법재판의 심사기준으로는 선거원칙을 활용하는 것이 바람직하다. 헌법에 규정된 보통선거원칙, 평등선거원칙, 직접선거원칙, 비밀선거원칙과 여기에서 파생되는 자유선거원칙에 대한 위반이 되는지를 판단하는 것이다. 보통선거원칙의 경우 모든 국민에게 선거권과 피선거권이 부여되어야 한다는 내용이므로 입법형성의 자유는 축소되고, 자격을 제한하는 사유가 정당한지에 대해 엄격한 심사를 해야 한다. 평등선거원칙은 평등권 심사 기준 중 엄격한 심사기준을 적용해 위헌여부를 판단하는 것이 타당하다.<sup>46)</sup>

선거권과 같은 기본권 구체화 입법의 경우 기본권 보호영역에 대한 형성이 우선된다. 이에 관해서는 헌법상의 기본원칙을 중심으로 심사하고, 이후 보호범위와 관련된 제한이 과도한지를 과잉금지원칙을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다.

### 3. 기본권 보호의무의 이행을 위한 입법에 대한 심사의 경우

#### 가. 헌법재판소의 심사기준

헌법재판소는 원자력이용시설에 관한 고시의 위헌확인 결정에서 “인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 생명·신체의 안전이 위협받거나 받게 될 우려가 있는

46) 이부하, “선거원칙에 대한 논의와 선거권과 관련한 헌법재판의 심사기준”, 『법학논총』, 제31집, 숭실대학교 법학연구소, 2014, 188-190면.



경우, 국가로서는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위협을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다. ... 국가로서는 이와 관련하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하는 데 필요한 적절하고 효율적인 조치를 취하여 그 침해의 위협을 방지할 헌법상 의무가 있다”<sup>47)</sup>고 판시하여 국가의 기본권보호의무를 실시하고 있다.

또한 미국산 쇠고기 수입위생조건 위헌확인 결정에서는 “헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 ‘과소보호금지원칙’을, 즉 국가가 국민의 기본권 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에만 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다”라고 하여 과소보호금지원칙을 기본권 보호의무의 수행을 위한 입법의 심사기준으로 삼고 있다. 또한 명백성 통제가 그 기준이 됨을 나타내고 있다.<sup>48)</sup> 이는 입법자의 보호의무위반에 대한 헌법적 통제는 입법자가 선택한 수단이 헌법이 요청하는 최저수준에 미달하는지를 심사하는 것이다.<sup>49)</sup>

#### 나. 개선방안

이와 관련하여 과소보호금지원칙이 과잉금지원칙과 어떠한 관계인지에 대한 논의가 있다. 동일설에 따르면 필요성 있는 수단이란 과잉금지원칙에서는 기본권을 되도록 덜 제한하는 수단을 사용하라는 의미이며, 과소보호금지원칙에서는

47) 헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2012헌마121 결정.

48) 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점-독일 헌법이론을 고찰하며-”, 『법조』, 제68권 제2호, 법조협회, 2019, 43면.

49) 표명환, 앞의 논문, 234면.

기본권 보호를 위해 적절하고 효율적인 수단을 사용하라는 의미이다. 즉 과잉금지원칙은 입법형성의 자유의 상한선이 되고, 과소보호금지원칙은 하한선이 된다. 따라서 과잉금지원칙에 합치되게 되면 과소보호금지원칙에도 부합하게 되어 두 원칙은 동일한 내용이라는 주장이다.<sup>50)</sup>

그러나 독자성설에 따르면 과잉금지원칙은 국가의 제한이 필요한 정도였는가에, 과소보호금지원칙은 국가의 보호조치가 적절하고 효율적인가에 대한 심사이다. 따라서 과잉금지원칙은 필요성에, 과소보호금지원칙은 적절성과 효율성에 중점을 둔다<sup>51)</sup>는 점에서 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙은 별개의 의미를 갖는다.

과잉금지원칙에서의 필요성을 충족하는, 가해자에 대하여 최소침해를 가져오는 수단이 과소보호금지원칙의 목표인 피해자의 기본권을 보호하는 충분한 수단이라고 볼 수 없다는 점에서도 두 원칙은 구별되어야 한다.<sup>52)</sup> 그리고 적용범위에 있어서도 과잉금지원칙은 자유권적 기본권에 대한 제한 입법에, 과소보호금지원칙은 국가의 기본권보호의무의 이행을 위한 입법에 적용되어야 하므로, 두 원칙은 독자적 의미를 갖는다. 따라서 국가의 기본권 보호의무 이행을 위한 입법의 경우, 헌법재판소가 과잉금지원칙과는 다른 과소보호금지원칙을 적용하여 심사하는 것은 타당하다.

#### 4. 사회적 기본권 관련 입법에 대한 심사의 경우

##### 가. 최소보장의 원칙

##### (1) 헌법재판소의 심사기준

헌법재판소는 사회적 기본권과 관련된 법률의 위헌심사에서 주로 “헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다”<sup>53)</sup>고 판시한다.

50) 이부하, 앞의 논문, 48면.

51) 이부하, 앞의 논문, 49면.

52) 표명환, 앞의 논문, 235면.

장애인 가구에 대한 최저생계비고시의 위헌심사에서도 “국가가 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에는 보장법에 의한 생계급여 지급을 통한 최저생활보장 외에 다른 법령에 의하여 행하여지는 것도 있으므로, 국가가 행하는 최저생활보장의 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지 여부는 보장법에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 아니 되고, 그 외의 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다”<sup>54)</sup>고 판시하고 있다.

## (2) 개선방안

사회적 기본권을 규정한 헌법 조항만으로는 개별적인 사회적 기본권의 보호를 위한 급부 수준이 어느 정도인지 구체적으로 도출할 수는 없다.<sup>55)</sup> 하지만 사회적 기본권 관련 법률의 위헌여부는 최소한의 수준이 보장되는지에 따라서 결정되므로, 급부의 구체적인 수준에 관한 좀 더 세부적인 심사가 필요하다. 입법부가 입법을 함에 있어서 사회적 기본권의 최소한도를 보장했는지를 기준으로 위헌여부를 판단하는 것은 타당하지만, 최소한도를 결정하는 절차가 타당했는지에 대한 심사가 함께 이루어져야 사회적 기본권의 실효성 있는 보장이 가능할 것으로 본다. 이에 대해서는 독일 연방헌법재판소의 절차통제를 검토할 필요가 있다.

독일 연방헌법재판소는 최저한도의 인간다운 생활을 할 권리를 보호하기 위한 입법에 관한 통제는 절차에 대한 통제로까지 확장된다고 판시한다. 급부산정의 방법과 기초가 기본권의 목적에 합당한지에 관한 심사도 행해져야 한다고 하며, 이러한 절차 통제는 명백성통제를 넘어서는 수준의 것이라고 한다. 절차 통제는 입법자가 인간의 존엄성에 상응하는 생존보장의 목적을 기본법 규정에

53) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정.

54) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정.

55) 정영훈, 「사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 89면.

적합한 방법으로 파악하고 기술하였는지의 여부, 입법형성의 자유의 범위 안에서 생존을 위해 필요한 물질적 조건의 최소치를 추정하기 위해 원칙적으로 유용한 산정방법을 선택했는지의 여부, 이러한 과정에 필요한 사실들을 완전하고 타당하게 조사하였는지의 여부, 선택한 산정방법과 구조원리 속에서 신뢰가능한 범위 내에서 행위를 하였는지 여부를 심사하는 것이다. 이에 따라 입법자는 입법절차에서 최소한의 보호 범위를 산정하는데 사용한 방법과 절차를 밝힐 의무를 진다.<sup>56)</sup> 독일 연방헌법재판소의 견해를 참고하여, 우리 헌법재판소도 사회적 기본권의 침해 여부를 심사할 때 해당 입법의 절차에 관한 통제, 즉 최소한도의 수준을 도출하는 과정이 타당한지까지 판단하는 것이 더 바람직하다.

#### 나. 평등의 원칙

##### (1) 헌법재판소의 심사기준

헌법 제11조 제1항 제1문의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”는 조항에 따라 평등권이 인정되며, 이는 사회적 기본권에 관한 입법의 위헌심사에서 중요한 기준으로 작용한다. 따라서 입법자는 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급해서는 안 된다.<sup>57)</sup> 평등권 심사의 구체적 기준으로는 자의금지원칙과 비례성원칙이 제시된다. 헌법재판소는 “평등 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이지만 그러한 경우가 아니라면 헌법재판소는 자의금지원칙에 따른 심사”<sup>58)</sup>를 한다고 판시한다.

하지만 헌법재판소가 엄격심사의 대상을 판단하는 기준으로 제시한 헌법에서

56) 정영훈, 앞의 책, 63면.

57) 정극원, “헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사기준과 그 적용”, 『세계헌법연구』, 제17권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2011, 166면.

58) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정.

특히 평등을 요구하는 경우라는 사유는 항상 타당하다고 보기는 어렵다. 헌법에서 개별적으로 평등을 규정한 조항으로는 헌법 제31조 제1항의 교육의 기회균등, 제32조 제4항 및 제5항의 여성과 연소자 근로에 대한 특별 보호, 제32조 제6항의 국가유공자에 대한 우선적 근로기회 보장 등을 들 수 있다. 그러나 이밖에 지역, 학력 등 실제로 심각한 차별을 초래하는 사유들이 있음에도 단지 헌법규정에 명시되어 있는 차별사유인지만을 기준으로 심사기준을 달리하는 것은 타당성을 얻기 힘들다.<sup>59)</sup> 또한 중대한 제한을 초래하는 경우라는 기준도 문제점이 있다. 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는지 여부는 심사를 하는 과정에서 판단될 수 있는 것인데, 심사이전에 어떤 심사기준을 적용할 것인지 결정하는 과정에서 중대한 제한을 초래하는지를 기준으로 완화된 심사를 할 것인지 아니면 엄격한 심사를 할 것인지를 정한다는 것은 심사결과를 미리 예측하는 것이라는 비판이 제기될 수 있다.<sup>60)</sup>

## (2) 개선방안

헌법재판소는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도에 의한 평등권 심사를 한다. 그러나 헌법에서 명시적으로 규정한 차별사유 외에도 현실적으로 심각한 차별을 야기하는 사유들이 존재한다. 이에 대해 단지 헌법에 구체적으로 나타나있는지 여부에 따라 심사기준을 달리한다는 것은 타당하지 않다.<sup>61)</sup> 따라서 헌법에서 특별히 평등을 요구하는지가 기준이 되는 것이 아니라, 구체적 사안에서 평등이 특별히 요구되는지를 기준으로 엄격한 심사기준을 적용할 것인지, 완화된 심사기준을 적용할 것인지를 결정하는 것이 합리적이다. 헌법에 나타난 차별금지사유는 헌법제정 또는 개정 당시에 명백히 나타나고 있던 차별사유들로 역사적 경험으로부터 확인된 것들이다. 이를 바탕으로 헌법재판소는 시대의 변화에 발맞춰 현재에 빈번하고 가혹한 차별을 야기하는

59) 한상운·이창훈, “헌법상 평등심사기준에 관한 연구-헌법재판소 판례를 중심으로-”, 『성균관법학』, 제20권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 2008, 80면.

60) 이준일, “헌법재판의 법적 성격-헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로-”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006, 343면.

61) 이에 관해 평등위배여부에 대한 모든 평등심사에 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다는 견해가 있다. 한상운·이창훈, 앞의 논문, 80면.

사유들에 대해서도 엄격한 심사기준을 적용함으로써 실효성 있는 기본권 보장을 도모해야 한다.<sup>62)</sup>

또한 중대한 제한이 되는 경우에만 엄격한 심사기준을 적용한다는 헌법재판소의 입장도 타당하다고 볼 수 없다. 제한이 중대한 것인지 아닌지는 심사를 거친 후에 판단할 수 있는 것이기 때문이다. 이 문제와 관련해서는 독일 연방 헌법재판소의 새로운 공식을 참고할 필요가 있다. 새로운 공식은 차별을 사람관련적 차별과 사물관련적 차별로 구분한다. 사람관련적 차별의 경우 인적 집단 사이의 차별취급에 관해서는 엄격심사를 하고, 사물관련적 차별의 경우에는 완화된 심사를 한다. 다만 사물관련적 차별이 사람관련적 차별을 초래하는 경우에는 엄격심사를 한다.<sup>63)</sup> 중대한 제한이라는 기준보다는 이와 같은 기준에 따르는 것이 심사강도 결정에 있어 보다 객관성을 담보할 수 있다고 본다.

#### IV. 결 론

기본권에 관한 입법형성의 자유는 헌법의 범위 내에서 인정되며, 헌법의 가치에 부합되어야 한다. 즉 입법형성권은 국민의 기본권 보장을 위한 범위 내에서 인정되는 것이다.<sup>64)</sup>

헌법재판소는 자유권적 기본권에 관한 입법에 대해 심사하는 경우 과잉금지 원칙을 적용하여 기본권 제한의 한계를 준수했는지 여부를 심사한다. 자유권적 기본권은 국가의 불개입을 원칙으로 하므로, 국가에 의한 자유권의 제한이 필요 최소한 한도 내인지를 심사하는 것이다. 사회권적 기본권의 경우 과소보호금지 원칙을 적용한다.<sup>65)</sup> 그 입법과정에서 국가의 재정이나 정책의 우선순위 등 사

62) 이준일, 앞의 논문, 342-343면.

63) 이부하, “헌법상 평등원칙에 대한 심사기준”, 「법학연구」, 제19권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2011, 271-272면.

64) 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」, 제13권 제1호, 한국법정책학회, 2013, 109면.

65) 전학선, “헌법재판소 판례에 나타난 사회적 기본권과 비례의 원칙”, 「세계헌법연구」, 제23권 제2호, 국제헌법학회, 2017, 1면.

회 환경을 고려하여 보장 정도를 결정해야 하므로, 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가지게 된다.<sup>66)</sup> 또한 국가의 기본권 보호의무에 관한 입법의 경우에도 헌법재판소는 입법부가 최소한의 조치를 취하였는지를 판단하는 과소보호금지 원칙을 기준으로 심사한다.

헌법재판소는 이러한 심사기준에 비추어 당해 입법이 기본권을 침해하는지 여부를 심사한다. 그러므로 헌법재판의 위헌심사의 기준이 명확하지 않은 경우 헌법재판은 재판관의 자의에 의존하게 되고, 이는 기본권의 침해로 이어질 수 있다. 헌법재판소가 기본권 심사와 관련하여 구체적인 심사기준을 발전시킬 때, 헌법재판의 안정성과 국민의 신뢰를 확보할 수 있을 것이다.<sup>67)</sup>

본 논문에서는 기본권을 성격에 따라 분류하고, 그에 따른 헌법재판소의 심사기준을 제시하였다. 기본권의 유형별 분류에 따른 심사기준 적용에서 더 나아가 개별 기본권이 갖는 특성에 따른 심사기준을 개발하는 것도 필요해 보인다.

## 참고문헌

- 김문현, 「기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법」, 헌법재판소, 2008.
- 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고-과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 「공법학연구」, 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009.
- 김해원, “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구”, 「헌법학연구」, 제23권 제2호, 한국헌법학회, 2017.
- 박성득, “입법권과 헌법재판권의 조화적 관계 정립을 위한 소고”, 「공법학연구」, 제12권 제3호, 한국비교공법학회, 2011.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2019.
- 이발래, “입법형성권의 본질과 한계”, 「일감법학」, 제5권, 건국대학교 법학연구

66) 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고-과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 「공법학연구」, 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009, 196-197면.

67) 김문현, 앞의 책, 456면.

- 소, 2000.
- 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점-독일 헌법이론을 고찰하며-”, 「법조」, 제68권 제2호, 법조협회, 2019.
- \_\_\_\_\_, “선거원칙에 대한 논의와 선거권과 관련한 헌법재판의 심사기준”, 「법학논총」, 제31집, 숭실대학교 법학연구소, 2014.
- \_\_\_\_\_, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」, 제13권 제1호, 한국법정책학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “헌법상 평등원칙에 대한 심시기준”, 「법학연구」, 제19권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2011.
- 이장희, 「기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 이준일, “헌법재판의 법적 성격-헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로-”, 「헌법학연구」, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.
- 임지봉, “직업의 자유와 과잉금지의 원칙-헌재 2016. 7. 28. 2013헌바389 결정-”, 「최신판례분석」, 제65권 제9호, 법조협회, 2016.
- 전학선, “헌법재판소 판례에 나타난 사회적 기본권과 비례의 원칙”, 「세계헌법연구」, 제23권 제2호, 국제헌법학회, 2017.
- 정극원, “헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사기준과 그 적용”, 「세계헌법연구」, 제17권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2011.
- 정영훈, 「사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.
- \_\_\_\_\_, 「직업의 자유 침해여부에 대한 심사기준」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014.
- 표명환, “국가의 기본권개입의 한계와 정당성 심사”, 「법과정책」, 제22권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016.
- \_\_\_\_\_, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 「법학연구」, 제42권 제42호, 한국법학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “사회복지국가실현과 헌법-사회국가의 헌법적 의무와 그 실현을 중심으로-”, 「법학연구」, 제50권 제50호, 한국법학회, 2013.



- \_\_\_\_\_, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 「헌법학연구」, 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005.
- 한상운·이창훈, “현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구-헌법재판소 판례를 중심으로-”, 「성균관법학」, 제20권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 2008.
- 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준”, 「헌법논총」, 제8집, 헌법재판소, 1997.
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.

[Abstract]

The limits of legislative formation on basic rights and  
constitutional trial

- Focused on judicial criteria for judging legitimacy  
of constitutional court -

Koh, Jun-Yae

*Ph.D. Course, Jeju National Univ.*

This article examines the limits of legislative formation in legislation related to basic rights, focusing on the Constitutional Court's criteria for the review of legitimacy. The Constitutional Court respects the legislative formation rights of the legislature as much as possible under the separation of powers principle. But it judges the legislation as unconstitutional when it violates the Constitution through the application of the standards for the examination of its legitimacy. These criteria depend on the nature of the basic rights.

Basic rights can be divided into basic rights of freedom, equal rights, suffrage, basic rights of claim and social basic rights. The legislation of the

basic right to freedom appears to be a restriction of the right to freedom, which the Constitutional Court reviews based on the principle of excessive prohibition stipulated in Article 37 paragraph 2 of the Constitution. In the case of legislation that concretizes the basic rights, the judgment is based on whether the constitutional limit has been deviated or not, and the relatively broad legislative formation rights are recognized.

The legislation for performance of national obligation for protect fundamental rights is assessed by the prohibition of minimum protection principle. In addition, legislation related to social basic rights is judged by whether the state has taken the minimum steps necessary to ensure a humane life or not.

This paper reviewed the judging criteria of the Constitutional Court on legislation related to basic rights. Since the constitutionality of legislation related to basic rights is decided by the Constitutional Court, it is difficult to guarantee basic rights if the screening standards are not appropriate. Therefore, it is necessary to develop specific criteria for assessment based on the characteristics of individual basic rights. By securing the validity of constitutional trial, reliability of the Constitutional Court can be improved and basic rights of the people are guaranteed.

**Key words** : Limitations of legislative formation, Judicial criteria for judging legitimacy, Principle of the excessive prohibition, National obligation for protect fundamental rights, The prohibition of minimum protection