

공직선거법상 선거운동시 확장장치 소음제한기준에 대한 헌법적 평가

- 현재 2008. 7. 31. 2006헌마711 사건을 중심으로 -

이 부 하*

목 차

I. 서 론	3. 4인 재판관의 헌법불합치의견
II. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지	IV. 공직선거법상 확장장치 사용시 소음제한기준에 대한 헌법적 판단
1. 사건의 개요	1. 침해되는 기본권은?
2. 심판의 대상	2. 심사원칙으로서 과잉금지원칙이나 아니면 과소보호금지원칙이나?
3. 청구인의 주장 및 사건의 쟁점	3. 과소보호금지원칙에 의거한 보호수준
4. 결정요지	4. 과소보호금지원칙에 있어서 구체적 심사기준
III. 당해 사건에서 헌법재판관들의 의견	V. 결 론
1. 3인 재판관의 합헌의견	
2. 1인 재판관의 합헌의견에 대한 보충의견	

I. 서 론

우리의 헌법이론은 국가를 중심으로 이론이 구축되어 있다. 그러나 현실에서는 사인에 의해 다른 사인의 기본권이 침해받는 상황이 점점 빈번해지고 있다. 이와 관련하여 우리나라 헌법재판소도 사인의 기본권 침해에 대한 다른 사인의 기본권보호를 국가가 해야 한다는 인식을 가지고 새로운 원칙을 심사기준으로 도입하게 되었다. 우리나라 헌법재판소는 1997년 1월 16일 교통사고처리특례법 제4조 제1항의 헌법소원¹⁾에서

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

1) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고, 90헌마110 결정.

기본권보호의무 위반 여부와 관련하여 과소보호금지원칙을 처음으로 언급하였다. 그 후, 민법 제3조 및 제762조상 태아의 손해배상청구권에 관한 위헌소원²⁾ 공직선거법에서 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준에 대한 헌법소원³⁾ 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 헌법소원⁴⁾ 또한 최근에 교통사고처리특례법 제4조 제1항 헌법소원⁵⁾에서 국가의 기본권보호의무 위반에 있어서 과소보호금지원칙을 언급하였다. 헌법재판소는 국가의 이러한 기본권보호의무를 심사하는 데 있어서 과소보호금지원칙을 사용하고자 하였다. 그러나 아직 우리 헌법재판소는 과소보호금지원칙에 대한 구체적인 논의 및 심사기준들을 발전시키지 못하고 있는 한계가 있다.

기본권보호의무와 관련된 헌법재판소 사건으로서 공직선거법상 선거운동에 있어서 확성장치 등 소음에 대한 허용기준과 관련한 헌법소원 사건의 내용을 살펴보고 이 사건에서 청구인의 어떠한 기본권을 침해하고 있는지 및 심사기준으로서 사용된 과소보호금지원칙을 자세히 다루어 본다. 먼저 현재 2008. 7. 31. 2006헌마711 사건을 중심으로 기본권보호의무에 관한 내용을 다루어 본다.

Ⅱ. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지

1. 사건의 개요

청구인은 2006년 5월 31일 실시된 전국 동시지방선거의 선거운동 과정

2) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2004헌바81 결정.

3) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정.

4) 헌법재판소 2008. 12. 26, 선고, 2008헌마419·423·436 (병합) 결정.

5) 헌법재판소 2009. 2. 26, 선고, 2005헌마764 결정.

에서 후보자들이 확성장치 등을 사용하여 소음을 유발함으로써 정신적 · 육체적 고통을 받았다고 하면서, 현행 공직선거법이 선거운동시 확성장치의 출력 수 등 소음에 대한 허용기준 조항을 두지 아니하는 등 불충분하여 청구인의 행복추구권 및 환경권을 침해한다는 이유로 2006년 6월 20일 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다가, 2008년 4월 11일 이 사건 헌법소원의 심판대상을 공직선거법 제79조 및 제216조라고 해 청구취지를 정정하였다.

2. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 공직선거법 제79조 제3항 및 제216조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다(청구인은 공직선거법 제79조 및 제216조 전부를 심판대상으로 청구하였으나, 공직선거에서 확성장치에 의한 선거운동을 허용함으로써 청구인이 주장하는 기본권 침해를 초래한 조항은 이 사건 법률조항이므로 심판대상을 이에 한정함이 상당하다). 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거법 제79조(공개장소에서의 연설 · 대답) ③ 후보자 등과 사회자는 공개장소에서의 연설 · 대답을 위하여 다음 각호의 구분에 따라 자동차와 이에 부착된 확성장치 및 휴대용 확성장치를 각각 사용할 수 있다.

1. 대통령선거

후보자와 시 · 도 및 구 · 시 · 군 선거연락소마다 각 1대 · 각 1조

2. 시 · 도지사선거

후보자와 구 · 시 · 군 선거연락소마다 각 1대 · 각 1조

3. 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 자치구 · 시 · 군의 장선거 후보자마다 1대 · 1조

제216조(4개 이상 선거의 동시실시에 관한 특례) ① 4개 이상 동시선거에 있어 지역구자치구·시·군의원선거의 후보자는 제79조(공개장소에서 연설·대담)의 연설·대담을 위하여 자동차 1대와 휴대용 확성장치 1조를 사용할 수 있다.

3. 청구인의 주장 및 사건의 쟁점

3.1 청구인의 주장

청구인은 2006년 5월 31일 실시된 전국 동시지방선거를 비롯해 공직선거마다 발생하는 과도한 소음으로 인해 정신적·육체적 피해를 받고 있는바, 이는 이 사건 법률조항에서 선거운동의 일환으로 휴대용 확성장치 및 자동차에 부착된 확성장치를 사용할 수 있도록 허용하면서도 확성장치 사용에 따른 소음 등의 제한기준을 두고 있지 않은 데 원인이 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 확성장치 사용 등에 대한 소음제한기준을 마련하지 않은 입법부작위는 청구인의 헌법상 기본권인 행복추구권, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해한다.

3.2 사건의 쟁점

공직선거 운동시 발생하는 소음과 관련하여 소음·진동규제법이 적용될 수 없음은 해석상 분명하다. 그런데 공직선거법의 경우 제91조 제1항에서 특정한 경우 이외에 선거운동에서 확성장치를 사용하지 못하도록 하고 있고, 제79조 및 제216조에서 확성장치 사용목적, 사용장소, 사용대수 및 사용방법에 대한 규정을 두고 있으며, 제102조에서는 야간 연설시 확성장치 사용에 대한 제한을 두고 있으므로, 공직선거법이 확성장치에 의해 발생하는 선거운동 소음을 규제하는 입법을 전혀 하지 않았

다고 할 수 없고, 다만 소음제한 입법이 확성장치의 출력 수 등 소음 제한에 관한 기준을 설정하지 않는 등 불완전·불충분한 것인지가 문제될 따름이다. 따라서 확성장치에 의해 유발되는 선거운동 소음규제 입법에 관한 이 사건 심판청구는 부진정입법부작위를 다투는 것에 해당한다.

4. 결정요지

공직선거법이 확성장치에 의해 발생하는 선거운동 소음을 규제하는 입법을 전혀 하지 않았다고 할 수 없고, 다만 소음제한 입법이 확성장치의 출력 수 등 소음 제한에 관한 기준을 설정하지 않는 등 불완전·불충분한 것인지가 문제될 따름이다. 따라서 확성장치에 의해 유발되는 선거운동 소음규제 입법에 관한 이 사건 심판청구는 부진정입법부작위를 다투는 것에 해당한다.

일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 지나, 헌법재판소가 이를 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호금지원칙”의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.

이 사건의 경우 청구인의 기본권적 법익이 침해되고 있음이 명백히 드러나지 않고, 공직선거법의 규정을 보더라도 확성장치로 인한 소음을 예방하는 규정이 불충분하다고 단정할 수도 없으며, 기본권보호의무의 인정 여부를 선거운동의 자유와의 비교형량 하에서 판단할 때, 확성장치 소음규제기준을 정하지 않았다는 것만으로 청구인의 정당한 환경에서 생활할 권리를 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다.

Ⅲ. 당해 사건에서 헌법재판관들의 의견

공직선거법상 확장장치 사용 등에 따른 소음제한기준에 관한 사건에서 3인 재판관은 합헌의견을, 1인 재판관은 합헌의견에 대한 보충의견을, 4인 재판관은 헌법불합치의견을 제시하였다.

1. 3인 재판관의 합헌의견

환경권을 법률에 의하여 구체화되는 법률상의 권리로 보며, 국가가 환경권에 관한 입법을 전혀 하지 않거나 현저히 불충분하게 규율하게 되면 그에 대한 권리구제를 구할 수 있다고 한다.⁶⁾ 또한 헌법 제10조로부터 생명·신체에 대한 국가의 기본권보호의무가 도출되며, 환경피해가 생명·신체 등에 대한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 및 헌법 제35조 제1항의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장해야 할 국가의 의무로부터 국가의 기본권보호의무가 있다고 한다.⁷⁾

기본권보호의무의 준수여부를 심사할 때에는 국가가 기본권적 법익

6) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 358: “환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나(헌법 제35조 제2항), 이 헌법조항의 취지는 특별히 명문으로 헌법에서 정한 환경권을 입법자가 그 취지에 부합하도록 법률로써 내용을 구체화하도록 한 것이지 환경권이 완전히 무의미하게 되는데도 그에 대한 입법을 전혀 하지 아니하거나, 어떠한 내용이든 법률로써 정하지만 하면 된다는 것은 아니다. 그러므로 일정한 요건이 충족될 때 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 과도하게 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다고 해야 할 것이다.”

7) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 358: “헌법 제10조의 규정에 의하면, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 적어도 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해에 대해서는 그것이 국가가 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발된 것이라고 하더라도 국가가 적극적인 보호의 의무를 진다.”

보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호금지원칙”의 위반여부를 기준으로 삼아야 한다.⁸⁾ 국가의 기본권보호의무의 실현의 책임은 원칙적으로 권력분립원칙과 민주적 정당성을 부여받고 정치적 책임을 지는 입법자에게 있고, 헌법재판소는 기본권보호의무의 실현에 있어서 입법자가 그 보호조치의 위반이 명백했느냐의 명백성통제에 그쳐야 한다.⁹⁾ 따라서 청구인의 법익침해가 수인불가능 하여야 하고, 생명·신체의 기본권적 법익침해의 가능성이 전제되어야 할 것인데, 이를 명백히 발견하기 어렵다. 또한 입법자는 공직선거법상 확장기사용방법, 기간, 장소, 대수 등에 대한 최소한의 필요한 규정을 두고 있으므로 입법자의 의무를 해태하였다고 보기 어렵다.¹⁰⁾

2. 1인 재판관의 합헌의견에 대한 보충의견

합헌의견과 결론은 같지만 보충의견에서는 이 사건의 심사기준으로 과소보호금지원칙이 아니라 과잉금지원칙을 적용해야 한다고 주장한

8) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 359: “국가가 기본권의 보호의무를 다하지 않았는지를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호 금지원칙”의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.”

9) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 359: “그것이 기본권 보호의무 위반에 해당하여 헌법상 보장된 기본권의 침해로 인정되려면, 입법자가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 살펴서 그 보호조치 위반이 명백하여야 할 것이다.”

10) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 360-361: “공직선거법의 규정을 보더라도 확장장치로 인한 소음을 예방하는 규정이 불충분하다고 단정할 수도 없다. ... 공직선거법에는 선거운동의 기간, 확장장치의 사용장소, 사용대수, 사용방법 등에 대한 규정까지 두고 있는 이상, 확장장치 소음규제기준을 정하지 않았다는 것만으로 청구인의 정당한 환경에서 생활할 권리를 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다.”

다.¹¹⁾ 본 사안에서는 오히려 확장장치의 사용에 따른 소음공해의 무제 한성을 문제 삼은 것으로 볼 수도 있다. 즉, 국가가 소음공해를 초래함으로써 청구인의 환경권(헌법 제35조 제1항)에 대한 과잉제한여부의 정당 성을 판단해야 한다.¹²⁾ 그러므로 과잉금지원칙에 의거해 환경권을 제한 하는지를 심사하면 되지, 과소보호금지원칙에 따른 심사는 불필요하다. 비례의 원칙에 의하여 공직선거의 기능과 목적을 고려하여 확장장치사 용을 허가하는 규정은 공공복리를 위한 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있고, 확장장치사용의 소음한도를 규정하지 않았 다 하더라도 장소, 시간, 용도 등을 제한하고 있으므로 피해의 최소성을 부인하기 어렵다. 공직선거의 공익성을 고려하고 확장장치사용에 대한 공직선거법 관련규정을 살펴볼 때 소음공해의 정도와 환경권침해의 수 인기대가능성을 긍정할 수 있으므로 법익의 균형성도 인정할 수 있다.¹³⁾

3. 4인 재판관의 헌법불합치 의견

이 사건에서는 환경을 보장해야 할 국가의 기본권보호의무위반이 문 제되고 그에 대한 심사기준은 과소보호금지원칙이라 한다.¹⁴⁾ 이는 헌법

11) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 361: “그에 대한 심사기준은 헌법 제37조 제2항을 적용하여야 한다고 생각한다.”

12) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 361-362: 이 사건 법률조항이 확장장치의 사용을 허용하여 소음공해를 초래할 수 있게 한 것이 헌법 제35조 제1항에 의하여 보장되는 환경권을 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 심사함이 마땅하고, 그 중에서 소음 한도를 제한하지 아니한 부분만 떼어내어 헌법 제35조 제2항의 문제로 보고 과소보호금지의 원칙을 적용할 사안이 아니다.

13) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 362-364.

14) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 364: “헌법재판소가 국가의 기본권 보호의무 이행 여부를 심사하여야 할 때에 이를 전면적 으로 심사할 수는 없고, 국가의 기본권 보호 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달하였는지를 판단하는, 이른바 과소보호 금지라는 헌법상 원칙의 준

이 요구하는 최소한의 기본권보호수준에 미달하였는지를 판단하는 것을 내용으로 한다. 그 기본권보호수준이란 일률적으로 결정할 수는 없지만 사안에 따라 법익의 중대성, 헌법질서에서의 위상, 법익침해의 직접성·심각성·불가역성 등을 종합 검토하여 명백성 통제에서 엄밀한 내용통제에 이르는 다양한 심사를 할 수 있다.¹⁵⁾ 이러한 점에서 본 사안에서는 공직선거 때마다 소음발생이 유발되어 기본권침해의 계속 반복의 위험성이 있고, 확성장치를 사용한 선거운동에 대한 부정적 인식의 불식 필요성이 있고, 공직선거운동에서 확성장치의 소음의 출력수를 구체적으로 정함으로써 그 범위 내에서 선거운동의 자유가 보장된다.¹⁶⁾ 결국 이 사건 법률조항은 기본권 보호의무를 이행하는 데 있어서 환경권을 과소하게 보호하고 있다.

Ⅳ. 공직선거법상 확성장치 사용시 소음제한기준에 대한 헌법적 판단

1. 침해되는 기본권은?

이 사건에서 헌법재판소의 다수의견은 청구인의 환경권 침해를 중심

수 여부를 판단의 기준으로 삼게 된다.”

15) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 365: “입법자가 그에 대한 보호의무를 충분하게 이행하고 있는지 여부를 심사할 때에는 국민의 생명·신체의 안전이라는 법익의 중대성과 헌법질서에서의 위상, 법익에 대한 위협의 직접성·심각성·불가역성 등을 종합 검토하여 입법자의 보호의무 위반이 명백한지의 여부에 대한 판단에서 나아가, 입법내용에 대한 보다 엄격한 통제가 가해질 필요가 있다.”

16) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고, 2006헌마711 결정, 판례집 제20권 2집 상 366: “선거소음의 출력 수를 구체적으로 정함으로써 그 범위 내에서 보다 더 자유롭게 선거운동을 벌일 수 있기 때문이다.”

으로 심사하였다. 이러한 공직선거에 있어서 확장장치로 인한 환경피해가 생명·신체 등에 대한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점에 초점을 맞추었다. 또한 헌법 제35조 제1항의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장해야 할 국가의 의무로부터 국가의 기본권보호의무가 있다고 주장한다.

이렇게 해석하게 되면 국가의 입법작용이 불충분하여 국가가 소음공해를 초래함으로써 청구인의 환경권(헌법 제35조 제1항)을 침해한 것이 되므로 이는 과소보호금지원칙에 의한 판단을 해서는 안 된다. 오히려 국가에 의한 사인의 기본권 침해이기 때문에 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙에 의하여 판단해야 한다. 또한 여기서 언급하는 환경권과 관련한 소음한도를 제한하지 아니한 입법자의 환경보호의무위반(헌법 제35조 제2항) 문제는 일반적인 국가의 의무이지 국가의 기본권보호의무가 아니다. 기본권보호의무는 헌법상 보호되는 자유권적 기본권을 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말한다.

이 사건의 경우 선거운동과 관련하여 확장장치를 사용한 소음 유발로 인해 청구인인 다른 사인의 생명이나 신체에 침해를 일으킨 사안이므로 이 사건에서 침해되는 기본권은 생명권 내지 건강권 등의 기본권이라 할 수 있다.

2. 심사원칙으로서 과잉금지원칙이나 아니면 과소보호금지원칙이나?

2.1 과소보호금지원칙이란?

‘기본권보호의무’란 제3자인 사인이 헌법상 보호되는 중요한 기본권에 대한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 국가가 보호해야 하는 의무

를 지칭한다.¹⁷⁾ 통설적 견해에 의하면, 자연재해로부터의 보호 및 외교적 보호는 제외된다.¹⁸⁾ 기본권보호의무와 구별할 개념으로 기본권의 제3자적 효력이 있다. 이에 관하여 ‘기본권의 제3자적 효력’은 국가의 기본권침해가능성을 전제로, 사법질서내로 기본권의 효력을 확장할 수 있느냐의 문제인데 반하여, ‘기본권보호의무’는 기본권보호자로서 국가와 가해자 및 피해자라는 3각 관계를 중심으로 국가가 피해자의 기본권 가해를 보호하는 문제이다. 그러나 사법(私法)관계에서 기본권의 제3자적 효력 문제는 사법(私法)을 해석·적용하는 법원이 기본권보호의무를 준수하는 문제로 나타날 수 있다.

국가가 기본권보호의무를 수행함에 있어서 국민의 기본권을 보호하기 위해 적합하고 효과적이며 수인할 수 있는 조치를 취해야만 한다. 특히 입법자는 보호의무의 이행과 관련하여 헌법이 요구하는 최소한 보장수준의 하한을 준수해야 한다. 이를 ‘과소보호금지’원칙이라 한다.¹⁹⁾ 과소보호금지원칙은 입법자의 보호의무의 기준으로서 중요하게 활용된다. 헌법은 개개의 기본권에 기초한 기본권규범으로 구성되어 있지만, 모든 개별적 상황에서 기본권의 보호수준을 규정하고 있지 않다.

17) J. Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR* V(2000), § 111 Rn. 151.

18) J. Isensee, 위의 논문, § 111 Rn. 79, 89, 120 ff. (가해의 대상(객체)은 자유권적 기본권의 모든 보호법익이다. 예를 들면, 생명, 재산, 개인의 자유 등이다. 또한 천재지변과 기본권주체의 법적 책임영역 밖에 있는 불가피한 사건들은 기본권보호의무와 관계없다); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489, 490; Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 74, 231; Merten, in: GS Burmeister, nach Fn. 15 und 65.

19) ‘과소보호금지’원칙은 과잉금지원칙과 비교되는 원칙으로 카나리스(Canaris) 교수에 의하여 처음으로 주장되었고(C.-W. Canaris, *AcP* 184(1984), 202 ff.), 이순재(J. Isensee, *HdbStR* V(1992), § 111)교수에 의하여 이 원칙이 정립되었다.

2.2 과소보호금지의 독자적 원칙 여부

과소보호금지가 과잉금지원칙과 관련하여 독자적인 원칙으로 인정될 수 있는가에 대하여 동일설과 독자성설로 학설이 대립하고 있다.

2.2.1 동일설

과잉금지와 과소보호금지는 동전의 앞뒷면과 같다는 동일설에서는 과소보호금지와 과잉금지 양자는 비례성원칙의 동일한 결과이고, 양자는 필요성 있는 수단, 즉 법익의 보호를 위해 필요한 수단 그리고 법익침해시 국가의무 불이행의 경우 필요한 수단을 선택하도록 입법자에게 요구하고 있다는 것이다.²⁰⁾ 과소보호금지는 과잉금지원칙으로부터 도출되지 않는 어떠한 추가적 기준을 입법자에게 요구하고 있지 않다²¹⁾고 한다. 즉, 비례성원칙에서 말하는 필요성 있는 수단이란 입법자의 형성의 자유의 상한이든 하한이든 기본권보호의무를 충족시켜준다는 것이다. 즉, 효율적인 보호조치를 취하는지 여부도 결국 협의의 비례성원칙에 포함되고, 이 과정에서 형량의 과정을 거친다는 점에서 과잉금지원칙과 차이가 없는 것이다.²²⁾ 또한 기본권보호의무에서 전제하는 국가-가해자-피해자의 삼각관계에서 입법자가 상충하는 이익을 균형적이고 비례적으로 형량 하는 경우, 과잉금지원칙에 위반되지 않고 추가적으로 과소보호금지원칙의 적용이 필요한 경우는 없다는 것이다.²³⁾ 결국 과잉

20) K.-E. Hain, *DVB*(1993), S. 982 (983); ders., *ZG* 1996, S. 75 (79); K. Hesse, *FS-Mahrenholz*, S. 556 f.

21) K.-E. Hain, 위의 책, S. 982 (983); Chr. Starck, *JZ* 1993, S. 816 (817); Chr. Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*(1994), S. 46 (81 f.); Hans-Uwe Erichsen, *Jura* 1997, S. 85 (88); P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*(Duncker & Humblot, 1996), S. 86 f.

22) Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, Rn. 297a; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. II, Art. 20, Rn. 198.

23) K.-E. Hain, 위의 책, S. 982 (983); P. Unruh, 위의 책, S. 87.

금지원칙에 포함되지 않는 독자적인 원칙으로 과소보호금지원칙을 인정할 수 없다는 것이다.²⁴⁾

2.2.2 독자성설

과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과 다른 기능을 수행하기 때문에, 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙의 외형으로 이해될 수 없다고 한다.²⁵⁾ 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙은 상이한 목적을 겨냥하고 있다는 것이다.²⁶⁾ 과잉금지원칙은 헌법적 및 법률적으로 인정되는 정당한 목적과 그와 관련된 헌법상 허용되는 법률적 수단 간의 관계라는 “필요성” 심사단계에 초점을 둔 원칙이다. 그러나 과소보호금지원칙은 각각의 기본권보호의무에서 정하는 최소한의 보호수준, 즉 “보호의무의 목적”에 초점이 있다. 따라서 법률상 목적과 헌법상 보호의무의 목적은 일치하지 않을 수 있다. 또한 국가에 의한 기본권침해가 발생하지 않고 사인의 기본권 가해의 경우에는 과잉금지원칙이 적용될 수 없고 독자적으로 과소보호금지원칙이 적용될 수 있다.

2.2.3 소결

과잉금지원칙은 국가가 부작위하는 경우 헌법상 심사기준으로서 역할을 제대로 하지 못하게 된다. 그러나 과소보호금지원칙은 이러한 국가의 부작위의 경우에도 심사기준으로서 작용할 수 있다. 또한 과잉금지원칙은 국가가 기본권제한을 유발하는 행위를 하지 말 것을 요구하지만, 과소보호금지원칙은 기본권피해자의 기본권보호를 위해 국가가 일정한 행위를 해 줄 것을 요구한다. 따라서 과잉금지원칙은 제한저지적으로

24) K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 813 f.

25) Vgl. E. Denninger, FS-Mahrenholz, S 561 (566); Merten, Schutzpflichten, S. 27.

26) J. Dietlein, ZG(1995), S. 131 (136 ff.); M. Möstl, DÖV(1998), S. 1029 (1038); E. Denninger, FS-Mahrenholz, S 561 (569).

작용하지만, 과소보호금지원칙은 국가의 기본권 보호조치가 다른 기본권주체의 기본권을 제한하는 결과를 야기할 수 있으므로 제한유발적으로 작용한다.²⁷⁾

과잉금지원칙은 비례성심사에 있어서 필요성에 중점을 둔 것이고, 과소보호금지원칙은 적절성과 효율성에 중점을 둔 원칙이다. 헌법과 법률상 상이한 목적을 달성하기 위해 양 원칙이 서로 딜레마의 상황에 처할 수도 있고, 양 원칙이 하나의 고정된 수단을 사용하지도 않으며, 양 원칙의 심사기준이 일치하지도 않는다. 따라서 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 다른 독자성을 지닌 원칙이다.

위 사건의 경우 선거운동을 함에 있어서 확장장치의 사용으로 인한 소음으로 인해 사인이 청구인인 다른 사인의 생명권이나 건강권 등을 침해하고 있고, 기본권을 침해받는 사인인 청구인은 국가에게 일정한 조치를 통해 기본권보호를 요청하고 있는 것이다. 따라서 독자적인 원칙으로서 과소보호금지원칙을 심사기준으로 사용하면 될 것이다.

3. 과소보호금지원칙에 의거한 보호수준

과소보호금지원칙을 실무상 구체적으로 적용함에 있어서는 어려움이 상당히 존재한다. 그러나 과소보호금지원칙의 초점은 입법자가 기본권보호의무를 얼마나 충실히 수행하였는가를 판단하는 데 있을 뿐만 아니라, 헌법이 입법자에게 기본권보호의무를 부과한다는 점에도 있다. 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 독립된 원칙이며, 그 독립성을

27) Chr. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*(Tübingen, 2001), S. 456; J. Dietlein, ZG 1995, S. 139; D. Merten, "Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot", in: K. Stern/K. Grupp (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für J. Burmeister*(Heidelberg, 2005), S. 239; P. Unruh, 앞의 책, S. 79; 허완중, "기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계", 공법연구 제37집 제 1-2호(한국공법학회, 2008. 10), 213쪽.

위한 구체적 기준을 제공하여야 한다. 따라서 과소보호금지원칙의 상대성이란 기본권보호의무에 의거하여 기본권보호의 최소수준 이상을 실현하기 위해서는 충돌하는 기본권적 법익들을 고려해야 한다. 헌법적 의무에 근거하는 법률상 기본권보호의 최소수준은 불가피하게 상대적이다. 다른 사람의 기본권행사와 관련하여 그 보호수준이 정해지므로, 절대적인 보장은 충족될 수 없다. 즉, 기본권보호의무를 실현해야 되는 입법자는 과소보호금지원칙에 입각하여 충돌하는 다른 기본권에 대한 침해를 통해 기본권피해자의 법익보호를 할 수 있다.²⁸⁾ 다른 말로 표현하면, 다른 사인의 기본권 침해를 통해서 당해 기본권피해자의 기본권보호가 달성될 수 있다는 것이다.²⁹⁾

과소보호금지원칙은 ‘가해자와 피해자’의 기본권보호에 집중하여 사법적 통제기준에만 중점을 두어서는 안 되고, 관련된 기본권의 ‘최소수준 이상’에 중점을 두어야 한다.³⁰⁾ 그러나 기본권보호의 방법은 ‘보호한다는 것’을 전부로 생각하여 환영(幻影)으로 만들어서는 안 된다.³¹⁾ 헌법은 기본권보호의무를 어떻게 수행할지 여부에 대해 입법자에게 형성의 자유를 부여하고 있다. 입법자의 기본권보호조치는 적합하고 효과적이고 충분해야 하지만, 최대한의 보호에 대한 요청을 헌법상 명령하지는 않는다. 왜냐하면 최대한의 보호 요청은 계속적으로 더 많은 기본권보호를 요구하게 되며,³²⁾ 최대한의 보호 요청은 입법자의 행위를 헌법재판소의 견해에 종속시키는 결과를 낳기 때문이다.³³⁾ 기본권보호의무를

28) BVerfGE 88, 203 (254).

29) Vgl. BVerfGE 96, 56 (65).

30) W. Brohm, NJW 2001, S. 1 (9); C.-W. Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnis-mäßigkeit in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161 (163); F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 525.

31) Otto Depenheuer, Der Mieter als Eigentümer?, NJW 1993, S. 2561, 2564.

32) Chr. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 86 ff.

33) Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat* 29, 1990, S. 13, 29.

실행할 때 법률은 행정부에게 구체적인 위험에 대해 조치를 취하도록 할지 여부에 대한 결정재량을 허용할 수 있다. 그러나 법률에서 재량권 행사를 명하고 있으나, 효과적인 보호가 안 될 경우 그 재량의 정당성 여부를 심사하게 한다. 이 경우 ‘과소보호금지’ 원칙이 기본권보호의무와 관련하여 기능하게 된다.³⁴⁾

입법자의 형성의 자유는 무제한적으로 인정되는 것이 아니고, 과잉금지의 원칙에 의해 그 윤곽이 그어진다. 반면, 과소보호금지원칙은 입법자의 형성의 자유에 대한 하한을 설정해 준다.³⁵⁾ 통제규범의 영역에서 과소보호금지원칙을 통해 최적화의 모델이 구축될 수 있다고 판단하여, 입법자는 보호조치를 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙 사이의 양 간격에 아무데서나 결정해서는 안 된다. 여기서 과소보호금지원칙은 입법자의 기본권상충의 해결을 위한 보조수단으로서 의미를 가진다. 즉, 입법자의 상충해결의 한계로서 과잉금지원칙이 인정된다면, 과소보호금지원칙은 기본권보호의무의 발견을 위한 수단으로 인식되어진다.³⁶⁾

기본권의 최소보호의 수준은 일의적으로 확정할 수 없다. 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위험의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다.³⁷⁾ 그러나 일반적으로 국가가 여태까지 전혀 어떠한 조치를 취하지 않거나 유효한 법적 상황에 의거한 어떤 조치를 취하지 않는 경우 및 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우, 또는 유효한 법률에 의거하여 존재하는 보호법익의 장애 또는 위험에 대하여 사익과 공익을 비교형량 할 때 수인할 수 없다면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이다.³⁸⁾

34) J. Isensee, 앞의 논문, § 111 Rn. 90.

35) 이와 관련하여 비례성원칙과 과소보호금지원칙의 차이점은 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호(한국헌법학회, 2007. 6), 289쪽 이하 참조.

36) O. Seewald, VerwArch 88 (1997), S. 199 (205 ff.).

37) C.-W. Canaris, JuS 1989, S. 161 (163).

헌법재판적 통제의 기준으로서 ‘과소보호금지’원칙은 가치평가가 필요한 것이라는 문제가 제기될 수 있다. 상대적 기준으로서 과소보호금지는 상충하는 법익 간의 비교형량의 한계로서 위치하고 있다. 따라서 가치평가가 이루어지지 않고서는 헌법상 기본권보호가 내용적으로 채워질 수 없다.³⁹⁾ 중요한 것은 헌법해석의 기본적 전제조건에 대한 것이 아니라, 최적화라는 목표로부터의 해방이자 과소보호금지를 목표로 해야 한다는 기본적 사고이다.

또한 가해자-국가-피해자라는 삼각관계에서 자연히 잠재적인 가해자의 기본권행사를 보장하기 때문에, 기본권의 수범자(국가)의 역할이 약화된다는 문제가 제기될 수 있다.⁴⁰⁾ 방어권에 비해 기본권보호의 무의 구조적 취약점은 존재한다. 이는 기본권보호의무는 헌법상 그 자체적으로 효력을 발휘하는 것이 아니라, 국가적 행위 특히, 입법행위가 필요하기 때문이다.⁴¹⁾ 따라서 한편으로는 입법자의 형성의 자유가 작용하고,⁴²⁾ 다른 한편으로는 국가적 개입보다 사회적 자기규율이 우선하게 된다.⁴³⁾ 그러나 헌법에 의거하여 정해진 보호를 할 수 있는 다른 방법이 없다면, 입법자는 형법이란 수단을 강구해야 할 의무를 진다.⁴⁴⁾

헌법재판소는 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달

38) Vgl. Brünig, JuS 2000, S. 955 (957); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.).

39) Vgl. E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt 1991, S. 115; H. H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 511 (514 f.).

40) J. Hager, JZ 1994, S. 373 (376, 381); J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, S. 165.

41) C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 43; H. D. Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (384).

42) B. Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), S. 57 (82).

43) C.-W. Canaris, 앞의 책, S. 47.

44) BVerfGE 39, 1 (46 f.).

해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 ‘과소보호금지’라는 헌법상의 원칙을 준수하였는지를 기준으로 심사하게 된다.⁴⁵⁾ 그런데 헌법상 국가의 기본권보호의무로부터 국가가 바로 사인인 가해자의 기본권 가해로부터 피해자인 사인에 대하여 일정한 보호조치를 취할 국가적 권한이나 의무를 부과할 수 있는 것은 아니다.⁴⁶⁾ 다시 말하면, 국가가 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무가 부여되어 있더라도 언제나 헌법상의 의무위반이라고 판단할 수 없다. 국가는 기본권보호의무를 이행하기 위한 보호대책을 강구함에 있어서 원칙적으로 사인에 의한 국민의 생명·신체에 대한 침해위험의 정도나 종류, 심각성, 발생의 빈도, 각종 대책의 효과뿐만 아니라 상충하는 보호법익과의 형량, 문화적·사회적·경제적·재정적 여건 등을 종합적으로 감안할 필요가 있기 때문에 기본권보호의무를 어떤 수단을 통하여 어떻게 이행할 것인가는 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되고, 이 경우 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 부여되어 있다. 즉, 입법자가 국가의 기본권보호의무를 어떻게 어느 정도로 구체화할 것인가는 입법자의 형성여지에 달려 있다.

기본권보호의무에서 요구하는 기본권보호조치는 단순히 최소한의 보호만 취하면 된다는 의미가 아니라, 최소한 과소보호의 기준을 넘는 효율적이고 적절한 조치를 취하라는 의미이다. 이와 관련한 심사에 있어서 헌법재판소는 입법자에게 보호의무 이행을 강제할 수는 없지만 입법 의무가 있음을 확인할 수는 있다.

45) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고, 90헌마110등 결정, 판례집 9-1, 130쪽.

46) J. Isensee, 앞의 논문, § 111 Rn. 151 ff.; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 헌법학연구 제11권 제2호(한국헌법학회, 2005. 6), 212쪽 이하.

4. 과소보호금지원칙에 있어서 구체적 심사기준

4.1 (보호의무) 목적의 정당성

헌법 제37조 제2항은 모든 기본권에 일반적으로 적용될 수 있도록 법률유보를 규정하고 있다. 따라서 이를 기본권제한에 관한 ‘일반적 법률유보’조항이라 한다. 헌법 제37조 제2항은 일반적 법률유보를 위한 목적상 한계로서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 규정하고 있다. 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 3가지 목적은 기본권을 제한하는 목적으로서 목적에 대한 한정적 열거규정이다. 따라서 이러한 목적 이외의 다른 목적으로 기본권을 제한할 수 없다는 것을 천명한 것이다. 일반적으로 비례성 심사 또는 과잉금지원칙심사에 있어서 우리나라 헌법재판소는 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 들고 있다. 비례성 심사에 있어서 그 법률의 목적을 신중하고 엄격하게 다투어 ‘목적의 정당성’을 부정하는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 왜냐하면, 기본권을 제한하는 목적으로 헌법상 국가안전보장, 질서유지, 공공복리만으로 한정하였음에도 헌법재판소가 입법자의 법률의 목적을 의심하여 목적의 정당성을 위헌으로 판단한다면, 이는 헌법상 규정된 3가지 목적 이외에 다른 목적으로 입법한 경우를 심사하려는 것인지 의문을 갖게 한다. 그리고 실제로 다수의 헌법재판소 결정들에서는 입법목적의 정당성을 논할 때, 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 목적에 부합한다는 취지보다는 그 법률 자체의 목적이 정당성을 지니는지 여부에 초점을 두고 있다. 그러나 헌법상 기본권제한을 위한 입법목적의 정당성은 입법목적이 헌법상 목적에 정당한지를 판단한다는 의미이지, 법률 자체의 목적의 정당성을 구체적으로 심사하겠다는 의미는 아니다.⁴⁷⁾ 법률 자체

47) 이기철, “헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?”, 공법연구 제35집 제1호(한국공법학회, 2006), 385쪽.

의 목적의 정당성 판단은 헌법적합적인 입법목적인지를 판단하는 것이 아닌, 법률 자체의 정당성을 추구하는 유권해석이기에 당해 법률의 목적을 설명할 필요성이 적어진다. 당해법률의 목적은 개별 법률의 제1조에 구체적으로 적시되어 있으므로, 만일 헌법재판소가 법률의 목적심사로서 입법목적의 내용적 정당성을 판단하는 것이라면, 이는 헌법재판소 스스로 목적심사에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하는 상황에서 헌법상 요청되는 법률의 합헌성 추정 원칙을 위배하는 것이다. 법률의 목적심사가 가능하려면 법률의 목적이 구체적으로 특정화되어야만 하는데, 실례상 법률의 목적은 대부분 추상적이고 불확정적인 개념들로 규정되어 있기에 목적 심사의 전제조건을 충족하지 못하고 있다.

일반적으로 법률의 합헌성 추정과 합헌적 법률해석의 결과 심사대상인 법률의 목적은 원칙적으로 합헌성이 있다고 보아야 한다. 목적의 정당성 문제에서 헌법상 열거된 목적에 적합하지 여부만을 심사하는 것은 가능하더라도, 그 내용적 심사까지 하는 것은 비례성원칙의 본질을 잘못 이해한 것이다.⁴⁸⁾ 왜냐하면 비례성원칙은 목적을 심사하기 위한 것이 아니라, 목적에 적합한 ‘수단’인지를 심사하기 위한 것이다.⁴⁹⁾ 즉, 목적의 정당성은 목적에 대한 수단이 적합성이 있는지를 심사하는 전제이며, 수단의 통제에 중점이 있다고 보아야지 입법의 목적을 다투기 위한 것이 아니다.⁵⁰⁾ 따라서 우리나라 헌법재판소처럼 비례성 심사를 할 경우 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성으

48) 이와 동일한 견해로는 이준일, 헌법학강의(홍문사, 2005), 350쪽(“관계의 개념을 처음부터 배제하고 있는 목적의 정당성은 비례성원칙의 부분원칙에 포함되지 않는 것으로 보아야 한다. 목적의 설정은 정책수립의 문제로서 입법자의 고유한 권한영역에 속해서 헌법재판소가 통제할 수 없는 영역으로 보아야 하기 때문에 목적의 정당성에 대한 심사는 비례성심사의 대상이 될 수 없다”).

49) 황치연, “우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점”, 고시연구 제24권 제3호(고시연구사, 1997. 3), 180쪽.

50) 이와 다른 견해로는 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 공법학연구 제6권 제3호(한국비교공법학회, 2005. 12), 199-200쪽.

로 판단할 것이 아니라, 원칙적으로 적합성, 필요성, 협의의 비례성(법익의 균형성)으로 3분하여 판단하는 것이 합리적이다.

이에 반해 기본권보호의무에 있어서 국가적 조치의 목적은 이미 헌법상 내재해 있고 헌법상 도출되는 보호목적이기에 스스로 목적의 정당성을 부여받고 있다.⁵¹⁾ 헌법은 기본권보호의무의 목적을 스스로 확정하고 헌법적으로 정당화하기 때문에, 목적의 정당성은 당연히 인정된다. 따라서 과소보호금지원칙에서 목적의 정당성은 심사할 필요가 없다.⁵²⁾

4.2 수단의 적절성

적합성(Geeignetheit) 원칙이란 특정한 입법목적 실현하기 위하여 채택된 수단이 그 목적실현에 적합해야 한다는 원칙이다. 이 경우 적합성의 의미는 목적실현에 투입된 수단이 최소한 결과발생의 개연성이 있거나,⁵³⁾ 그 채택된 수단으로 인해 의욕 하는 결과의 발생을 촉진시켰다거나,⁵⁴⁾ 조금이라도 그 결과발생에 원인을 제공한 것을 말한다. 사용하기로 채택된 수단이 결과발생에 전혀 영향을 주지 않거나 의도한 결과발생을 어렵게 만드는 경우에는 적합성이 존재하지 아니한다고 말할 수 있다.⁵⁵⁾ 한편, 적합성의 정도는 완전히 부적합한 수단이 아닌 한,

51) J. Dietlein, *Das Untermaßverbot*, ZG 10 (1995), 136 f.

52) 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구”, 헌법학연구 제14권 제1호(한국헌법학회, 2008. 3), 120쪽; 허완중, 앞의 논문, 217쪽.

53) Sachs, GGK, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 150.

54) 예를 들면, 적합성 원칙의 관점 하에서, 삼림의 고사현상을 방지 또는 둔화시키기 위한 목적으로 자동차속도제한은 공해물질배출의 감축(기본권제한을 통해 형성된 상태)과 삼림의 구조개선(목적이 실현된 것으로 관찰될 수 있는 상태) 사이에 관련성이 있는 경우에만 비례성이 있다(Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 20. Aufl., 2004, Rn. 284).

55) 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 공법연구 제24집 제3호(한국공법학회, 1996. 7), 280쪽.

부분적인 적합성이 있으면 되지, 완전한 적합성을 요구하지 않는다. 그러나 공권력에게 특정한 목표달성을 의무지우는 일정한 행위위임이 부여되어 있을 때에는 오히려 채택된 수단의 단순한 부분적인 적합성만으로는 그 자체가 적합성 원칙의 위반으로 평가될 수도 있을 것이다.⁵⁶⁾

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 기본권보호의무 이행을 위한 ‘적절성’은 국가의 보호조치가 침해되는 기본권을 보호하는 데 적절한가 여부이다. 적절성 여부는 상충하는 법익을 고려하여 적절하고 효과적인 보호를 달성할 수 있는 규범적 및 사실적으로 충분한 조치가 취해져야 한다. 이러한 보호조치는 사전적 및 사후적 보호조치가 상호 결합된 보호관념이다.⁵⁷⁾ 따라서 과소보호금지원칙에서 요구하는 적절성 심사는 비례성원칙에서 요구하는 적합성 심사보다 높은 수준이 될 수도 있다.⁵⁸⁾

4.3 수단의 효율성

필요성(Erforderlichkeit) 원칙이란 입법목적을 실현하기 위해 필요한 수단이어야지, 필요한 정도를 넘어서 국민의 기본권을 침해하는 정도의 수단은 허용될 수 없다는 원칙이다. 달리 표현하면, 목적을 실현하기 위해 조금이라도 필요한 한도를 넘어서는 수단 또는 목적을 달성하기 위해 다른 수단이 있는 경우는 이 원칙을 위반하는 것이다. 이를 엄격히 해석하면 입법목적을 위한 여러 가지 수단이 존재할 때 그 수단 중에서 가능한 한 ‘기본권 침해가 적은 수단’을 선택하라는 요청이다. 이를 일반적으로 ‘피해의 최소화’이라 부른다.

56) Vgl. M. C. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*(1985), S. 62; 황치연, 앞의 논문, 280쪽 이하.

57) BVerfGE 88, 203 (203 f.).

58) 허완중, 앞의 논문, 220쪽.

‘피해의 최소성’은 기본권의 유형에 따라 기본권 제한에 있어서 입법자의 입법형성의 자유에 차이를 나타낸다. 예를 들면, 정신적 자유권과는 달리, 재산권에 관한 입법의 경우 재산권의 내용과 한계를 형성할 입법자의 입법재량을 헌법이 상대적으로 넓게 허용하기 때문에, 재산권에 관한 입법에 있어서 입법자는 ‘기본권 침해가 가장 적은 수단인 유일한 최소침해의 수단’을 선택하거나, ‘자유와 공익을 위한 최적화적 수단’을 선택한 입법을 할 것을 헌법이 요구하는 것은 아니다. 그런데 어떠한 수단이 기본권 침해가 적은 수단인지는 여러 수단 사이에 비교를 통해 달성되기 때문에, 입법자가 선택하는 법률상 수단이 여러 수단 가운데 반드시 가장 최소침해의 유일한 수단이라는 보장은 없다. 다만 헌법이 입법자에게 요구하는 것은 헌법상 목적을 달성하기 위해 최소침해성을 위한 노력과 의무를 가지고 수단을 선택하라는 것이다. 그러므로 필요성의 원칙은 기본권 침해를 최소화하는 단 하나의 수단만을 선택해야 하는 이상적이나 불가능한 최소침해성 원칙은 아니고,⁵⁹⁾ 목적을 실현하는 여러 수단 가운데 되도록 덜 기본권을 침해하는 수단을 채택하라는 최소침해의 요청인 것이다. 피해의 최소성과 관련하여, 실무에서 사법기관이 어떠한 수단이 기본권 침해가 적은 수단인지는 대안들에 대한 비교기준을 찾기 어렵다는 것은 이해가 된다.⁶⁰⁾ 현재 발생하는 문제를 해결하기 위해 입법수단이 투입된 경우와 그렇지 않은 경우 간의 비교 및 관련성

59) 이러한 의미에서 우리 헌법재판소도 다음과 같은 취지의 결정을 하고 있다(“국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과 하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다: 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정, 판례집1, 378쪽).

60) 이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, 헌법논총 제15집(헌법재판소, 2004. 12), 515쪽.

을 검증하여 침해의 최소성을 판단하는 것은 상당히 난해한 일이다. 따라서 최소침해성이 의심스러울 때에는 입법자에게 이익이 되는 방향으로 인정해 줌으로서 사법부는 입법자의 평가적 우월권 내지 예측여지를 허용해 주어야 한다.⁶¹⁾

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 수단의 효율성은 보호조치가 적절하다면, 제3자의 기본권이나 기타 공익에 큰 부담을 주지 않으면서 더욱 효율적으로 침해되는 기본권을 보호할 수 있는 다른 대안이 있는가를 묻는다. 효율성 있는 수단은 기본권피해자의 보호를 위해 효과적이고 충분한 보호를 제공하여야 한다. 따라서 국가가 선택한 수단이 비례성원칙의 필요성을 충족한다고 하더라도 과소보호금지원칙의 효율성을 충족하는 수단이라고 단언할 수는 없다.⁶²⁾

4.4 협의의 비례성

특정한 입법목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요한 수단이 있다고 하여도 기본권제한입법에 의하여 침해 또는 제한되는 사익과 이를 제한함으로써 보호되는 공익을 비교형량 할 때, 공익이 더 크거나 적어도 양자의 균형이 유지되어야 한다는 것이 이른바 ‘협의의 비례성원칙’이다. 이를 균형성(Proportionalität), 상당성(Angemessenheit) 내지 기대가능성(Zumutbarkeit)이라고도 부른다.

협의의 비례성을 충족하기 위해서는 양자의 이익간 형량(Abwägung)이 필요하다. 형량이란 서로 충돌하는 법익 및 가치간의 중요성 및 비중의 평가작업이다.⁶³⁾ 이러한 평가는 주장되는 논증의 우위에 의해 결정

61) F. Ossenbühl, in: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: BVerfG und GG I, 1976, S. 489 ff.; M. Raabe, Grundrechte und Erkenntnis—Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Baden-Baden, 1998.

62) 허완중, 앞의 논문, 211쪽.

되므로 절대적으로 결정될 수 있는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 상대적인 중요성에 의해 결정된다.⁶⁴⁾

비교형량에 있어서 ‘양 법익의 균형’을 어느 정도로 엄격하게 인정할 것인가 여부에 따라 심사강도는 달라질 수 있지만, 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유를 전제로 하여, 입법자의 법익형량이 자의적이거나 일관성이 결여되거나 균형이 파괴된 것이 명확한 경우로서 기본권주체에게 과도한 부담을 주는 경우에는 비례성을 위반한 것으로 인정할 수 있다.

협익의 비례성원칙을 ‘상당성’원칙 또는 ‘균형성’원칙이라고도 하는데, 개별 사건의 경우에 무엇이 상당한가 또는 균형적인가를 판단해야 한다. 그러나 협익의 비례성 원칙은 형량해야 할 이익간의 문제⁶⁵⁾로 귀결되고 질적으로 다른 이익을 양적으로 비교할 수 있다는 것을 전제로 의제하는 것에 불과하다.⁶⁶⁾ 또한 형량에 사용할 합리적이고 구속력 있는 구체적인 기준이 부재하다는 문제점을 지니고 있다.⁶⁷⁾ 협익의 비례성 원칙은 구체적으로 판단할 때 이렇게 명확한 기준이 결핍되어 있기에

63) H. Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*(Baden-Baden, 1979), S. 178; 황치연, “헌법과 과잉금지”, 헌법학도의 길(한국학술정보, 2005), 119쪽(법익형량이란 상충하는 법익 간의 순위비교 또는 양자의 법익간에 관련되어 문제되는 내용의 우열을 비교하는 작업이다.).

64) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*(Frankfurt/M, 1996), S. 146.

65) 슈테른(Stern) 교수는 법익형량이란 두 개의 상충하는 법익 간의 중요도를 평가하는 것을 목표로 불가피하게 충돌하는 법익의 서열을 비교하는 것이라고 정의한다. 구체적으로 (1) 헌법적 지위를 가지는가 단순한 법률상의 지위를 가지는가, (2) 헌법상 법익간 상위의 가치 확정가능성, (3) 고유한 평가범주의 필요, (4) 기본권 법익의 경합, (5) 특정한 기본권이 다른 기본권을 전제로 하는 것, (6) 주변영역이 침해될 뿐이 기본권, (7) 연방헌법재판소에 의한 추상적·구체적 우월성의 언명, (8) 법익형량과 비례의 원칙 등의 원칙을 제시하고 있다(K. Stern, *Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 84).

66) 이명웅, 앞의 논문, 515쪽.

67) B. Schlink, in: *Festschrift für 50 Jahre BVerfG*, 2001, Bd. II, S. 445, 460 ff.

판단주체인 법원이나 헌법재판소의 주관적인 판단과 선입견이 개입할 가능성이 높다.

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 협의의 비례성은 가해자의 기본권과 피해자의 기본권보호간의 형량을 의미한다. 국가가 피해자에 대한 기본권보호의무를 이행하기 위한 한계로서 가해자의 기본권을 비례성 원칙에 반하도록 침해해서는 안 된다는 한계가 설정된다. 이는 국가가 효율적인 보호조치를 취하지 않으면서 오히려 과도하게 가해자의 기본권을 비례성 원칙에 위배하면서까지 침해해서는 안 되기 때문이다.

V. 결 론

1. 위 사건의 경우 1인 재판관의 보충의견에 의하면, 국가가 소음공해를 초래한 것으로 의제하여 과잉금지원칙을 사용해야 한다고 주장한다. 그러나 이 사건의 경우 과잉금지원칙에서 요구하는 2각 관계가 아닌, 국가-기본권가해자(확성장치 사용자)-기본권피해자(소음 피해자)라는 기본권보호의무에서 상정하는 3각 관계를 전제로 하는 것이기에, 과소보호금지원칙이 적용되어야 할 것이다. 또한 과잉금지의 원칙은 국가가 부작위하는 경우 헌법상 심사기준으로서 역할을 하지 못하나, 과소보호금지원칙은 이러한 국가의 부작위의 경우 심사기준으로서 작용하게 된다. 이 사건의 경우 부진정입법부작위로 봄이 타당하고 과소보호금지원칙이 적용되어야 한다. 또한 과잉금지원칙은 국가가 기본권제한을 유발하는 행위를 하지 말 것을 요구하지만, 과소보호금지원칙은 기본권피해자의 기본권보호를 위해 국가가 일정한 행위를 해 줄 것을 요구한다. 이 사건에서 확성장치 사용을 하지 말 것을 요구하는 것이 아니라, 확성장치의 출력 수 등 소음에 대한 허용기준이 없어 신체에 대한 기본권적 법익 침해가 일어나고 있기 때문에, 기본권적 법익 보호

를 위해 국가가 일정한 입법조치를 해 줄 것을 요구하는 것이다.

2. 과소보호금지의 원칙에 있어서 ‘효율성 있는 수단’이란 기본권피해자의 보호를 위해 효과적이고 충분한 보호를 제공하는 것을 말한다. 따라서 휴대용 확성장치의 사용시간을 오전 6시부터 오후 11시까지로 제한하는 것으로는 일반적인 제한기준이지, 효율성 있는 조치라 하기 어렵다. 선거운동에 있어서 확성장치의 소음에 대한 구체적인 규제기준으로서 시간대별 및 대상지역별로 dB(A) 이하의 규제기준이 입법적으로 마련되어야 효과적인 보호수단을 제공하는 것이라 할 수 있다.⁶⁸⁾

3. 과소보호금지원칙에 있어서 심사밀도와 관련하여 법률에 의해 침해되는 법익이 신체적 법익이라는 점, 선거의 반복으로 인한 법익침해의 반복성, 법익에 대한 위협의 불가역성 등을 고려하여 입법자의 보호의무 이행에 대한 헌법재판소의 심사밀도는 명백성 통제기준은 적절하지 않다.

(투고일 2011년 12월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어: 확성장치의 소음기준, 과소보호금지, 과잉금지, 기본권보호의무, 헌법적 최소한

68) 소음·진동규제법 시행규칙 [별표 8] 과 같이 시간대별, 대상지역별로 dB(A) 이하로 규제하는 기준이 마련되어야 한다.

참고문헌

1. 단행본

- Canaris, Claus-Wilhelm, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeit in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS 1989.
- Hain, Karl-Eberhard, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot*, DVBl. 1993.
- Hermes, Georg, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987.
- Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 25. Aufl., Heidelberg, 2009.
- Unruh, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, 1996.

2. 논문

- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007.
- 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구”, 헌법학연구 제14권 제1호, 한국헌법학회, 2008.
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008.
- Isensee, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000.
- Detlef Merten, “Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot”, in: K. Stern/K. Grupp (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für J. Burmeister*, Heidelberg, 2005.

[Zusammenfassung]

Die verfassungsrechtliche Bewertung der Rechtsprechung des KVerfG im Hinblick auf die Kriterien des Lärms von Lautsprecher

Boo-Ha Lee*

Das koreanische Verfassungsgericht hat in einer langen Reihe von Entscheidungen-insbesondere im Rahmen der Prüfung der grundrechtlichen Schutzpflicht-die verfassungsrechtliche Problematik des Untermaßverbotes erörtert. Das koreanische Verfassungsgericht hat sich für die Kriterien des Lärms von Lautsprecher schlüssig und folgerichtig ausgesprochen: “Maßgebend für die grundrechtliche Schutzpflicht ist, ob der Staat effiziente Maßnahmen einleiten soll.”

Das Untermaßverbot kann nicht ohne einen vorherigen Blick auf den Schutzpflichtaspekt der Grundrechtsvorschriften behandelt werden. Als Mittel, das ausschließlich zur Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten dient, oder zumindest zum Zwecke der näheren Bestimmung von deren Inhalten entwickelt wurde, ist das Untermaßverbot in seinem Bestand und seiner Bedeutung von jenen abhängig. Als grundrechtliche Schutzpflicht bezeichnet man dabei eine neben der primären abwehrrechtlichen Funktion und den vereinzelt ausdrücklich in den Grundrechtsvorschriften verankerten Schutzaufträgen bestehende weitere Funktion der Grundrechte, die in der

* Professor of Law School, Yeungnam University

Verpflichtung des Staates besteht, den einzelnen vor nicht-staatlichen Beeinträchtigungen seiner grundrechtlich geschützten Positionen zu schützen.

Beim Untermaßverbot handelt es sich um einen Bestandteil des gesetzgeberischen Schutzauftrages. Verfassungsrechtlich vorgegeben ist jedoch dreierlei: Erstens das Gebot des Schutzes der Grundrechte vor Beeinträchtigungen durch private Dritte, zweitens das jeweils zu schützende Rechtsgut sowie drittens ein verfassungsrechtliches Mindestmaß des Rechtsgüterschutzes. Dieser dritte Bestandteil grundrechtlicher Schutzpflichten, die gesetzliche Mindestgarantie, ist final zu definieren. Jenseits des Untermaßverbotes ist der Gesetzgeber in der Zuordnung der Rechtssphären der Bürger frei von verfassungsgerichtlicher Kontrolle.

Stichwörter : Kriterien des Lärms von Lautsprecher, Untermaßverbot, Übermaßverbot, grundrechtliche Schutzpflicht, verfassungsrechtliches Mindestmaß