일감법학 | 제54호
2023년 4월 281-332쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.54, Apr., 2023. pp.281-332
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

급부권과 비례원칙*

-'자유의 원칙'에 대한 검증을 겸하여-

The Entitlements and the Principle of Proportionality

-Including Verification of the Principle of Freedom-

정 해 성**
Jung, Haesung

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙
Ⅲ. 피해의 최소성 원칙의 적용가능성 검토
Ⅳ. 법익의 균형성 원칙의 적용가능성 검토
Ⅴ. 맺으며

이 글은 단순하게 말해, '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제될 때도 과잉금지원칙이 적용될 수 있는지, 그 가능성을 확인하는 것을 연구의 과제로 삼고 있다. 이를 위해 과잉금지원칙을 구성하는 부분원칙들을 하나하나 분석하고 또 검토하는데, 여기서 논의의 출발점이 된 것은 '입법목적의 성격'이었다. "목적"이 무엇인지 확인되지 않는다면, '목적의 정당성 원칙'은 물론이거니와 그 외 다른 부분원칙들도 적용될 리 만무하기 때문이다. 이런 점에서 필자는 '목적의 정당성 원칙'에서 말하는 "목적"이 -이후 그 적용이 예정되어있는 '법익의 균형성 원칙'의 규범적 성격이나 체계 내 위상을 감안했을 때- 그 자체 '기본권을 제한하려는 이유'라는 의미에서 '공익'으로 등장하여, 이후 '법익의 균형성 원칙'을 적용하는 과정에서 "기본권에 대한 제한이 정당하다"라는 주장을 뒷받침하는 '근거'로 기능하게 된다는 점을 강조하고, 이에 따라 "목

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.281
투고일: 2023. 3. 31. / 심사완료일: 2023. 4. 19. / 게재확정일: 2023. 4. 23.

* 이 글은 필자의 박사학위논문인 "기본권의 문법과 정당화의 구성" 중 제4장의 제1절 Ⅱ. 2. 및 제2절 Ⅱ. 2.를 수정·보완한 것으로, 해당 부분이 아닌 곳에 적힌 필자의 서술을 인용한 경우에서만은 출처를 별도로 표시하지 않았음을 미리 밝힙니다.

** 고려대학교 법학연구원 연구원, 법학박사(헌법전공)
Researcher, Legal Research Institute of Korea University, Ph.D. in Law.

적”은 그 수단인 법률로부터 추론된 것이면, “입법목적”으로서 부족함이 없다고 지적한다. 나아가 이러한 사실은 또한 우리로 하여금 ‘피해의 최소성 원칙’을 적용하는 과정에서 직면하게 되는 작지 않은 문제점, 즉 “날씨야 네가 아무리 추워 봐라, 내가 옷 사입나 술 사 먹지”와 같은 상황을 헤쳐나갈 수 있게 해주는 것이기도 했다. 왜냐하면 바로 이 사실은 ‘입법목적’이 기본권보장에 대립할 수 있으면 그것으로 충분하고, 그 결과 우리가 ‘표현된’ 목적에 구애받지 않아도 된다는 점을 또한 분명하게 말해주고 있기 때문이다. 마지막으로 ‘법익의 균형성 원칙’에 대해서는 우선 이 원칙이 ‘정당화의 공리’란 점을 강조하면서도, 혹여 급부권이 문제되는 경우에는 방어권이 문제될 때와는 달리, 균형성원칙을 제대로 혹은 엄밀하게 적용하는 것을 어렵게 하는 어떤 법적·사실적 가능성이 있는지를 살펴본다. 그 결과 ‘권력분립의 원리’와는 달리, ‘민주주의’는 그러한 종류의 법적 가능성일 수 없고, 마찬가지로 요구되는 국가의 행위가 작위일 때는 유독 형량의 대상이 복잡해지고 다양해진다는 점 역시 그러한 종류의 사실적 가능성일 수 없다고 하면서, 결국 급부권이 문제될 때도 법익의 균형성 원칙이 별 탈 없이 적용될 수 있다는 결론에 이르게 된다. 특히 후자에 대해서는 다음의 네 가지 논거가 제시되는데, 그 내용은 다음과 같다: 첫째, 원칙(Prinzip) 규범으로서의 자유권은 그 효력이 잠정적인 성격을 지닌다는 점에서 그에 상응하는 국가의 부작위의무 역시 작위의무와 마찬가지로 고정된 형태를 가지는 게 아니다. 둘째, 서로 다른 방향을 향해 나아갈 뿐, 일정한 방향을 지시한다는 점에서 방어권과 급부권 사이에는 아무런 차이가 없고, 이에 따라 요구되는 행위가 부작위인지 작위인지에 따라 형량의 성격이 달라지는 것도 아니다. 셋째, 같은 법률을 문제 삼는 한, 형량의 대상들 사이에는 그 어떠한 차이도 없고, 그 결과 요구되는 국가의 행위가 작위라고 해서 형량의 대상이 유독 복잡해지거나 다양해지는 것도 아니다. 넷째, 여기서도 ‘정당화’(justification)는 문제된 법률과 헌법재판소가 스스로 고안한 특정한 대안을 견주어보는 방식으로 이루어지게 된다는 점에서 급부권이 문제되는 경우라고 해서 고려해야 할 입법대안들이 특별히 많아지는 것도 아니다.

[주제어] 입법목적의 성격, 법률로부터 추론된 목적, 최대한의 보장과 충분한 보장, 법익의 균형성 원칙과 정당화의 공리, 형량의 대상과 그 대상들이 차지하는 구체적인 비중

Ⅰ. 들어가며

필자는 선행연구에서[1] 평등권이 아닌 기본권 모두를 ‘자유권’이라고 규정하면서, 그 이유로는 특히 ‘법률효과의 격차’를 문제 삼는 규범인 ‘평등권’과 달리, 평등권이 아닌 기본권 모두는 ‘법률효과의 강도’를 문제 삼는 규범이라는 점에서 전혀 다르지 않기

1) 정해성, “자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성”, 헌법학연구 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022, 89-137쪽.

때문이라고 했다.[2] 이에 따라 이들 권리, 곧 "자유권"에 대한 제한을 '정당화'(Rechtfertigung)하는 방법도 달라지지 않는데, 해당 연구에서 수행했던 논증을 중요 문장을 나열하는 방식으로 요약하자면, 아래와 같다.

> 형성되는 것은 법률이지, 기본권이 아니다[3] → 모든 법률은 형성적인 성격을 가지기 때문에 반드시 비례적이어야만 한다[4] → 모든 입법행위는 잠정적으로나마 작위로서의 성격과 부작위로서의 성격을 겸유한다[5] → 법률효과가 '이익'을 주는 것을 내용으로 한다면, 이 경우 자유권이 침해되었다고 주장하는 사람(들)은 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권('1을 향하여 나아감')이나 '이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권('0을 향하여 나아감')을 행사할 수 있게 되고, 반대로 법률효과가 '불이익'을 주는 것을 내용으로 한다면, 이 경우 자유권이 침해되었다고 주장하는 사람은 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권('-1을 향하여 나아감')이나 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권('0을 향하여 나아감')을 행사할 수 있게 된다[6] → '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이든 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이든, '1을 향해 나아간다'는 점에서는 차이가 없고, 마찬가지로 '이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이든 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이든 '-1을 향해 나아간다'는 점에서는 차이

---

2) 이러한 차이를 드러내고 있는 판례 문구로는 다음을 들 수 있을 것 같다. "평등권 침해의 특수성은 심판대상 법률조항이 정하는 '법률효과' 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속되어 '다른 집단과 사이에 차별'이 발생한다는 점에 있(다)." 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2019헌마472등 결정.

3) 이와 관련하여 참고할 만한 판례로는 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정. 그 내용은 이렇다. "헌법은 제10조 제2문에서 … 국가의 적극적인 기본권보호의무를 선언하고 있는바, 이러한 … 선언은 … 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 … 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다."

4) 이 문장은 다음의 논증에 따른 것이다. "기본권보장은 헌법의 (유일한) 목적이기에 입법자는 그러한 목적에 걸맞은 수단을 선택해야만 하고, 그런 결과 입법자는 어디까지나 법률을 '설계'하는 것일 뿐, '창조'하는 것이 아닌 게 된다." 특히 문장의 후단은 칸트의 '신에 관한 목적론적 증명 비판'을 염두에 둔 것인데, 그 내용은 다음과 같다. "이 증명은 기껏해야 자기가 가공하는 재료의 적합성에 의해 언제나 많은 제한을 받는 세계건축가를 나타낼 뿐, 그것의 이념에 모든 것이 종속해 있는 세계창조자를 드러내 줄 순 없다." I. Kant, 백종현 옮김, 순수이성비판, 아카넷, 2015, 798쪽.

5) 이 문장은 특히 다음의 두 가지 경험적 사실에 근거하는데, 그것은 먼저 입법행위나 법률이 있다는 사실 그 자체가 작위인 게 아니라는 것이고, 다음으로는 같은 입법행위라도 누군가에게는 부작위의무를 위반한 것("지나치게 많아")일 수도 있고, 다른 누군가에게는 작위의무를 위반한 것("지나치게 적어")일 수도 있다는 것이다.

6) 여기서 "1"과 "-1"은 각각 이익이나 불이익이 완벽하게 주어진 상태, 그런 의미에서 '전부'를 말하고, 반대로 "0"은 이익도 불이익도 전혀 주어지지 않은 상태, 또한 그런 의미에서 '전무'를 말한다. 이와 관련하여 '완벽함'(perfection)이 그 자체 '불가능'을 함축한다는 점에 대해서는 정해성, "자유, 규범의 목적(1): 결정론에 대한 비판과 자유의지의 증명", 법학연구 제29권 제2호, 경상국립대학교 법학연구소, 2021, 219쪽.

가 없다 → ‘안전에 유리하게’가 ‘공익에 유리하게’로 귀결된다면, 과잉금지원칙이 토대로 하는 ‘자유에 유리하게’라는 법언은 이와는 반대로 ‘사익에 유리하게’, 곧 ‘법률효과가 귀속되는 사람(들)에게 유리하게’ 또는 -결국 같은 말이지만- ‘법률이 적용되는 사람에게 유리하게’라는 의미로 이해되어야만 한다 → 결국 ‘자유의 원칙’은 다음과 같이 정식화된다. “자유권이 침해되었다고 주장하는 자가 법률효과가 귀속되는 사람(들)에게 유리하게 법률이 변경되어야 한다고 요구하는 경우에는 넓은 의미의 비례원칙이 적용되고(①), 반대로 법률효과가 귀속되는 사람에게 불리하게 법률이 변경되어야 한다고 요구하는 경우에는 좁은 의미의 비례원칙이 적용된다(②).”[7]

그렇다면 이제는 ‘평등원칙’과 구별되는 이 공식이 진정 자유권을 보편적으로 논증할 수 있는 도구인지를 검증하는 일만이 연구의 과제로 남게 되는 것 같다.[8] 물론 이 작업이 성공적으로 마무리되기 위해서는, 무엇보다도 ‘자유의 원칙’이 ‘이익이 너무 적어, 더 많이’ 형태의 급부권, 단순하게 말해 ‘사실적 급부권’이[9] 문제될 때도 ‘넓은 의미의 비례원칙’, 곧 ‘과잉금지원칙’이 별 탈 없이 적용될 수 있다는 사실이 확인되어야만 하고, 부분적으로는 ‘불이익이 너무 적어, 더 많이’ 형태의 급부권, 마찬가지로 단순하게 말해 ‘보호권’이 문제될 때도 ‘좁은 의미의 비례원칙’, 곧 ‘법익의 균형성 원칙’이 또한 별 탈 없이 적용될 수 있다는 사실이 확인되어야만 할 것이다.

Ⅱ. 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙

이러한 생각을 토대로 지금부터는 과잉금지원칙을 구성하는 부분원칙들을 하나하나 분석하고 또 검토하려고 하는데, 그 출발점이 되는 것은 바로 ‘입법목적의 성격’이다.

---

7) 한편 이 공식을 입법자에게 적용하면, 다음과 같다. “입법자가 법률효과가 귀속되는 사람(들)에게 불리하게 법률을 변경하고자 할 때는 ‘넓은 의미의 비례원칙’이 적용되고(①), 반대로 법률효과가 귀속되는 사람에게 유리하게 법률을 변경하고자 할 때는 ‘좁은 의미의 비례원칙’이 적용된다(②).”

8) 이처럼 “자유의 원칙”은 ‘평등원칙’과 구별되는 ‘절차적 정의’라는 점에서, 칸트가 윤리학을 자연의 법칙을 다루는 물리학과 달리, 자유의 법칙을 다루는 학문이라고 규정했던 것과는 다르다. 칸트의 구분은 I. Kant, 백종현 옮김, 윤리형이상학 정초, 아카넷, 2017, 113쪽 이하.

9) 이와 관련하여 ‘사회권’을 “누구나 법적으로 보장된 자유를 행사할 수 있도록 국가에 대하여 그 사실적 조건을 형성하는 적극적인 행위를 요구할 수 있는 권리”로 정의하는 판례로는 헌법재판소 2017. 12. 28. 선고 2016헌마649 결정. 유사한 입장으로는 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019, 760쪽; 김문현/김주환/임지봉/정태호, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판소, 2008, 94쪽.

1. 논의의 출발점: 입법목적의 성격

여기서 맨 먼저 지적되어야 할 것은 '넓은 의미의 비례원칙', 곧 '과잉금지원칙'에서 '목적'은, 이 원칙의 부분원칙 중 하나인 '법익의 균형성 원칙', 곧 '좁은 의미의 비례원칙'의 규범적 성격이나 체계 내 위상에 비춰볼 때, 반드시 두 개 이상 존재하고, 심지어 이러한 목적들은 법률을 설계하거나 통제하는 과정에서 각각 사익과 공익이라는 이름으로 유형화되어 서로 대립하게 된다는 점이다. 이에 따라 '목적의 정당성 원칙'에서 말하는 '입법목적'은 다음의 두 가지 성격을 가지게 된다. 그것은 먼저 여기서 "목적"은 그 자체 '기본권을 제한하게 된 이유'라는 의미에서 '공익'으로 등장하여,[10] 이후 '법익의 균형성 원칙'을 적용하는 과정에서 "기본권을 침해하는 게 아니다", 혹은 -결국 같은 말이지만- "기본권에 대한 제한이 정당하다"라는 주장을 뒷받침하는 '근거'로 기능하게 된다는 점이고(이 점은 이후 강조될 것이다),[11] 다음으로는 그 결과 "공익"은, "안전에

10) 이러한 사실을 간과하고 있는 경우로는 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020, 251쪽. 문제되는 서술은 다음과 같다. "기본권보호의무 사안에서는 보호권을 제한하는 조치가 있는 것이 아니며, 그러한 제한으로 추구하는 공익도 특정되지 않는다. 이로 인해 추구되는 목적에 적합한 방법인지, 목적을 달성하는 기본권을 덜 제한하는 대안이 있는지, 형량되는 법익들은 어떤 것들인지 심사의 내용 자체가 전부 이해할 수 없는 것이 된다." 이와 관련하여 "선거운동의 자유를 감안하여 선거운동을 위하여 확성장치를 허용하여야 할 공익적 필요성이 인정된다"라는 판례 문구는 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마730 결정. 나아가 인용문은 -또한 "국가가 부작위를 통해 (피고인의 신체의 자유라는) 방어권을 침해하는 사례"라는 표현은 이민열, 같은 논문, 286쪽- 다른 측면에서도 문제가 있는데, 왜냐하면 보호권은 방어권이 그러하듯, 오히려 방어권 등이 근거하는 기본권이 제한되어야 비로소 행사될 수 있는 기본권의 기능에 불과하고, 따라서 보호권은 처음부터 제한될 수 있는 성격의 권리가 아니기 때문이다. 이 점에 대해서는 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 107-108쪽. 이와 관련하여 "환경권을 과소하게 보호하고 있(다)"라는 표현은 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정(재판관 김희옥, 김종대, 민형기, 목영준의 반대의견). 한편 '목적의 정당성 원칙'에서 말하는 "목적"을 "기본권을 제한하려는 입법의 목적"이라고 표현한 판례로는 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정; 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정; 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가8 결정; 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마139 결정 등 다수. 마찬가지로 '법익의 균형성 원칙'에서 사익과 비교되는 '공익'을 "입법에 의하여 보호하려는 공익"이라고 표현한 판례로는 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정; 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정; 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가8 결정; 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정 등 다수. 같은 맥락에서 비례원칙을 구성하는 요소 중 하나인 '목적'을 기본권을 제한하는 목적이라고 서술한 글로는 이준일, "헌법적 원칙으로서 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 접점과 차이", 유럽헌법연구 제39호, 유럽헌법학회, 2022, 293쪽. 유사한 입장은 이민열, 앞의 논문, 251쪽("과잉금지원칙은 기본권 제한 조치를 특정하고, 그 조치가 추구하는 목적인 공익을 식별한(다)").

11) 또한 이 점을 오해한 경우로는 이부하, "국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙", 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 58쪽. 여기서 문제되는 서술은 다음과 같다. "국가의 존립 목적인 국민의 기본권 보호는 헌법 스스로 전제하고 헌법적으로 정당화되기 때문에, 목적의 정당성은 명문으로 규정하거나 심사의

유리하게"(*in dubio pro securitate*)라는 법언을 구성하는 요소인 "안전"과는 전혀 다른 위상을 지니게 된다는 점이다. 즉 여기서 '공익'은 '안전'과 달리, -특히 주 10번에서 인용된 2018헌마730 결정의 "선거운동을 위하여 확성장치를 허용하여야 할 공익"이란 표현에서도 확인할 수 있듯이- 문제된 법률이 적용되는 사람들에게, 그래서 법률효과가 귀속되는 사람들에게 항상 불리하게 작용하게 되는 것은 아니라는 것이다.[12)]

기준으로 삼지 않아도 당연히 인정된다. 따라서 과소보호금지원칙에서 목적의 정당성은 별도로 심사할 필요가 없다." 유사한 오해는 허완중, "기본권3각관계", 헌법재판연구 제3권 제1호, 헌법재판연구원, 2016, 208, 211쪽; 방승주, "박근혜 대통령 탄핵심판에 있어서 생명권보호의무 위반여부", 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017, 65쪽; 강일신, "사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙", 법조 제68권 제5호, 법조협회, 2019, 60쪽. 이 서술이 타당하지 않은 이유는, 다름 아닌 여기서 '보호목적'이 그 방향만을 달리할 뿐, 과잉금지원칙에서 말하는 '입법의 목적'과 같은 성격을 지닌다는 점 때문이다. 즉 "보호목적"은 "(청구인이 아닌) 다른 사람의 기본권을 제한하는 이유"로, 이후 ""(다른 사람의) 기본권을 침해하는 게 아니다"라는 주장을 뒷받침하는 근거"로 기능하게 된다. 이와 유사하게 입법을 통해 보호되는 개인의 기본권이 공익의 지위를 가지게 됨으로써 '기본권충돌'의 문제가 사익과 공익의 충돌, 곧 '기본권에 대한 제한'의 문제로 전환된다고 적절하게 지적하는 글로는 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020, 124-125쪽. 전체 문장은 다음과 같다. "기본권이 서로 충돌하는 상황에서 입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하기로 결정한 경우, 입법에 의해 보호되는 개인의 기본권이 공익으로 전환됨으로써, 기본권과 기본권의 충돌이 공익과 기본권의 충돌로 전환된다." 이런 점에서도 명문으로 규정된 목적 이외의 다른 목적으로는 기본권을 제한할 수 없다면서, 이런 의미에서 헌법 제37조 제2항의 "국가안전보장", "질서유지", "공공복리"가 한정적인 성격을 지닌다고 하는 견해(가령 이부하, "비례성원칙과 과소보호금지원칙", 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 280-281쪽)는 필자가 보기에 그다지 현실적이지도, 그렇다고 해서 -'규제적 이념'(regulative Idee)이라는 의미에서- 이상적이지도 않은 것 같다. 또한 다음의 판례도 참고할 것. "헌법은 단지 국가가 실현하려고 의도하는 전형적인 경제목표를 예시적으로 구체화하고 있을 뿐이므로 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 모든 공익을 아울러 고려하여 법률의 합헌성 여부를 심사하여야 한다." 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정.

12) 이러한 이유에서도 달성되는 공익과 제한되는 사익을 비교하는 식으로 '법익의 균형성 원칙'을 구성하고자 한다면, 필연적으로 공리주의적 정책 판단으로 흐르는 위험을 감수해야만 한다는 것(강일신, "과잉금지원칙의 논증방식: 침해최소성・법익균형성 심사를 중심으로", 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2019, 215-216쪽)도 -헌법 실무에 대한 지적으로는 충분히 가치 있는 것이긴 하지만- 별다른 의미가 있는 게 아니다. 이처럼 법익의 균형성 단계에서 비교되는 것은, 엄밀히 말해 '사익 vs 공익'이 아니라, '기본권보장을 뒷받침하는 규범적 근거(나아가 기본권보장을 지지하는 규범적 논증) vs 기본권제한을 뒷받침하는 규범적 근거(마찬가지로 기본권제한을 지지하는 규범적 논증)'이고, 따라서 이 경우 "비교하다"는 또한 엄밀히 말해 -즉 서로 대립하는 이 두 개의 논증 가운데 어느 논증이 규범적으로 더 우월한지를 밝히는 작업이라는 의미에서- '견주다'를 뜻하는 개념이기 때문이다. 소급효금지원칙에 관한 것이긴 하지만, 이러한 종류의 오류를 범한 경우는 이민열, "의무론과 목적론 그리고 헌법해석", 법철학연구 제24권 제2호, 한국법철학회, 2021, 289쪽. 이와 관련하여 의무론과 목적론의 관계, 그리고 정당화 과정에서 직면할 수 있는 '공약불가능성'이 어떻게 해결되는지 등에 관해서는 정해성, "정의, 법률의 효력근거: 켈젠의 'What is Justice?'와 하버마스의 'Faktizität und Geltung'에 대한 비판을 중심으로", 홍익법학 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 99-103쪽. 한편 '안전에 유리하게'라는 법언이, "자유에 유리하게"(*in dubio pro libertate*)라는 법언과는 달리 '법률효과가 귀속되는 사람(들)에게 불리하게'를 뜻하고, 이에 따라 보호권이 문제될 때는 과잉금지원칙, 곧 넓은 의미의 비례원칙이 적용될 수 없다는 점에 대한 자세한 설명은 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성",

결국 이러한 '입법목적'의 성격은, '목적의 정당성 원칙'으로 하여금 그 말과 달리 목적이 정당하다는 사실을 '확정적으로'(definitiv) 확인하는 -법률을 설계하거나 통제하는 방법이라는 의미에서- 절차적 정의일 수 없게 한다. 즉 목적의 정당성 원칙은 목적이 정당하다는 사실을 단지 '잠정적으로만' 확인하는 것으로 자신의 임무를 다하게 된다는 것이다.[13]

2. 목적의 정당성 원칙?

물론 이러한 성격을 지닌 입법목적도, 그것이 '목적'인 한 얼마든지 이상적일 수 있고, -혹은 원칙(Prinzip) 규범인 한, "기본권에 대한 제한이 정당하다"라는 주장을 뒷받침하는 근거는 과잉된 내용을 포함하기 마련이고- 따라서 그 자체 현실적일 수밖에 없는 수단과의 관계에서 "입법목적"은 감축된 형태로 현실화되곤 한다.[14] 그리고 이러한 사실은 결국 '수단의 적합성 원칙'을 적용하는 과정에서 '명백성통제'로 나타나게 된다(물론 이하에서 보는 것처럼, 수단의 적합성 단계에서 그 심사 강도가 명백성통제로 나타나는 건 순전히 '수단의 현실성'만을 이유로 하진 않는다). 즉 '적합성원칙'은

119-121, 124-124쪽.

13) 물론 이 경우 "잠정적인" 것은 '정당한 목적이다'라는 판단이지, '정당하지 않은 목적이다'라는 판단이 아니다. 그렇지 않다면, '목적의 정당성 원칙'을 충족하지 못한 법률이 '확정적으로' 무효가 될 리도 없을 테니 말이다. 즉 그것은 가정되어있는 게 아니다. 이는 또한 '목적의 정당성 원칙'이 목적이 정당하다는 점을 적극적으로 판단하는 절차라기보다는 단지 소극적으로만, 즉 공제하는 방식으로 판단하는 절차라는 사실을 보여주는 것이기도 하다. 한편 넓은 의미의 비례원칙만이 아니라, 그 부분원칙들 모두가 그 이름과 달리, 규칙(Regel)이라는 점에 대해서는 R. Alexy, 이준일 옮김, 기본권이론, 한길사, 2007, 146-147쪽.

14) 이런 점에서 재산권의 사회화(?)나 사회권과 같은 제헌헌법의 "비현실적인 규정(들)"은, 헌법의 기본이념으로 선언하기에도 부적절하며, 결국 그것은 자유민주주의 헌법 전체의 규범력을 약화시키는 원인이 되었다고 하는 식의 평가(안경환, "헌정 50년과 자유와 평등의 이념", 서울대학교 법학 제39권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 48쪽)는 필자가 보기에 다소 섣부른 측면이 있다. 이와 관련하여 '목적'은 '전제'와 달리 달성될 수도 있고 그렇지 못할 수도 있는, 그런 의미에서 하나의 '가능태'로 존재할 수도 있다고 하면서, 이런 차이가 논증 과정에서 목적으로 하여금 그 자체 현실적일 수밖에 없는 수단과의 관계에서 감축하는 방식으로 수정되어 나아가게 한다고 주장하는 글로는 정해성, "규범 논증과 합의: 하버마스의 '진리이론'에 대한 비판을 매개로 하여", 법학논총 제41권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2021, 43쪽. 마찬가지로 '원칙'이 '이상적인 당위'로서 현실에서 일어날 수 있는 다른 사정이나 가능성을 고려하면 탈락하게 되는 일정한 '과잉된' 내용을 포함하고 있다고 적절하게 지적하는 글로는 이준일, 헌법학강의, 328쪽. 물론 여기서 원칙인 것은 입법 '목적'이지, 그러한 목적에 따라 선택된 법률이 아니다. 어디까지나 법률은 이러한 원칙, 좀 더 정확하게 말하자면, 서로 충돌하는 원칙들이 형량을 통해 규칙(Regel)으로 -올바르게 혹은 올바르지 않게- 전환된 것이기 때문이다. 이 점을 그 자체 공식(Formel)인 '자유의 원칙'을 포함하여 도식화하면, '$r = F(p_1, p_2)$'로 표현할 수 있을 것이다.

그 말과 달리 문제되는 법률이 반드시 목적에 적합해야만 한다는 게 아니라, 단지 기여하기만 하면 된다는 것,[15] 바꿔 말해 해당 법률이 목적으로 여겨지는 어떤 것과의 관계에서 진정 수단인 게 맞는가?" 하는 점을 판단하는 절차적 정의로서의 성격을 갖게 된다는 것이다. 하지만 그렇다고 해서 적합성원칙이 단지 '합목적성'(Zweckrationalität)만을 추구하는 규범이라고 말하는 것은 아니다. 이 경우 수단이 부합해야 하는 목적은, 앞서 언급했던 것처럼 그게 설령 잠정적일지라도, 어디까지나 '정당하다고 평가된 목적'이기 때문이다.[16]

한편 여기서 누군가는, 이처럼 목적의 정당성 원칙을 통해 목적이 정당하다는 사실을 단지 "잠정적으로"만 확인하는 데 그친다면, 설사 이 원칙을 충족하더라도 그것은 별반 중요한 의미를 가질 수 없는 게 아니냐며 의문을 표할 수도 있을 것 같다. 하지만 상황이 그렇지를 않은데, 왜냐하면 이 경우 목적은 앞서 서술한 것처럼, 수단을 정당하게 해주는, 바꿔 말해 기본권에 대한 제한이 정당하다는 주장을 이유 있게 해주는 하나의 근거가 된다는 점만큼은 분명한 사실이기 때문이다. 이에 따라 우리는 첫 번째 문제에 직면하게 된다. 그것은 바로 목적이 정당한지를 '목적의 정당성 원칙'이란 이름으로 별도로 판단해야 하는지, 아니면 별도로 판단할 필요가 없는지, 심지어 목적이 정당한지를 판단해선 안 되는지 하는 것이다.

결론부터 얘기하자면, 별도로 판단해도 되고, 그렇게 하지 않아도 된다는 것인데, 그 이유를 설명하자면 다음과 같다: 규범통제절차, 좀 더 정확하게 말해 '내용적 차원의 정당화'라는 사실을 강조하면, '목적의 정당성'을 별도로 판단하는 게 맞다. 왜냐하면 목적(for p_2)은 수단과의 관계에서 그 어떠한 예외도 남김없이 근거(because of p_2)가 되므로,[17] 목적이 정당한지 하는 것을 심사할 수 없다는 말은 결국 '근거의 정당함'을 검토해선 안 된다는 말과 다르지 않고, 이는 당연하게도 결코 채택될 수 없는 의견이기 때문이

15) 적합성원칙을 입법자가 선택한 수단이 입법목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진할 것을 요청하는 규범이라고 적절히 지적하는 글로는 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 156쪽.

16) 이와 관련하여 사회학자 프리드만(George Friedman 1981)이 '나치의 아우슈비츠 수용소'를 "합리적(rational)이긴 했지만, 이성적(reasonal)인 장소는 아니었다"라고 평가한 데 대해서는 Ritzer/Stepnisky, *Sociological Theory*, Los Angeles: SAGE, 2018, 281쪽.

17) 정해성, "규범 논증과 합의", 42-43쪽. 물론 목적이 수단과의 관계에서 (정당화의) 근거가 된다고 해서 목적만이 수단의 근거가 된다는 것은 아니다. 방금전 확인했듯이, 수단의 적합성 원칙은 결코 합목적성과 동일시될 수 없지만, 그럼에도 불구하고 여전히 그것은 경험적 인식의 영역에 속하기 때문이다. 즉 적합성원칙은, 이를테면 "인권은 그것에 부합하는 방식으로만 실현될 수 있다"거나 -좀 더 강경하게 말하자면- "정당한 이유 있는 전쟁은 있어도, 정당한 전쟁은 없다"와 같은 명제를 포함하진 않는다는 것이다.

다.[18] 하지만 그럼에도 불구하고 이렇게 얘기한 이유는 다음의 두 가지 사실 때문인데, 하나는 목적이란 어디까지나 수단과의 관계에서 비로소 그 진정한 의미가 밝혀질 수 있다는 점에서 '목적이 정당한지'는 그 자체만으로는 정확하게 판단될 수 없기 때문이고,[19] 다른 하나는 목적이 정당한지 하는 것을 별도로 심사하지 않는다고 하더라도, 어차피 '법익의 균형성' 단계에서, 바꿔 말해 '법익의 균형성 원칙'을 적용하는 과정에서 그것은 엄밀하게 판단될 수 있고, 또한 반드시 그렇게 해야만 하기 때문이다.[20] 하지만

18) 이런 점에서 목적의 정당성은 헌법적 수권의 문제이고, 목적과 수단 사이의 상관관계를 심사하는 비례원칙과는 관계가 없으므로 비례원칙의 내용에 포함하는 것은 적절하지 못하다거나(문재완, "비례원칙의 과도한 팽창", 세계헌법연구 제24권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2018, 26쪽), 입법목적의 설정은 법의 문제가 아니라 정책의 문제이기 때문에 원칙적으로 입법자의 자유로운 재량영역에 속한다면서, 이런 이유로 '목적의 정당성'은 본질적으로 비례원칙의 부분원칙이 될 수 없다고 하는 것(이준일, "사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준", 헌법재판연구 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015, 99쪽)과 같은 견해는 받아들여지기 어렵다. 이와 관련하여 어떤 규범체계가 목적이 정당한지를 검토하지 않은 채로 (수단을, 그래서 법률을) 처리하고 있다면, 그것은 '이성의 원칙'이 지켜지지 않고 있는 경우라고 지적하는 에어랑엔 학파의 실천적 협의 이론(Theorie der praktischen Beratung)에 대해서는 R. Alexy, 변종필/최희수/박달현 옮김, 법적 논증 이론, 고려대학교 출판부, 2007, 219쪽.

19) 따라서 이러한 작업이 헌법재판소의 권한을 넘어서기 때문에 그런 것은 아니다. 입법자가 법률의 목적을 설정할 권한을 갖는 건 맞지만, 그렇다고 해서 그렇게 설정된 목적을 심사하지 못하게 할 권한마저도 가지고 있는 것은 아니기 때문이다. 즉 그러한 권한, 그러니까 목적이 정당한지 하는 것을 판단할 권한은 어디까지나 '통제'기관인 헌법재판소에 속한다는 것이다(물론 전속하는 건 아니다). 그 결과 헌법재판소가 이 권한을 행사하지 않는다면, 가령 '평등원칙'을 적용하면서 단지 차별목적을 발견하고 확인하는 데 그친다면, 단순하게 말해 자의금지원칙을 적용한다면(관련 판례로는 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2006헌마626 결정), 그것은 오히려 헌법재판소가 자신의 임무를 다하지 않은 게 된다. 즉 권한을 위헌적으로 행사하는 게 된다. 이와 관련하여 -조금 다른 맥락에서, 즉 형성적 성격의 법률에도 비례원칙이 적용될 수 있는지에 관한 것이긴 하지만- "권한을 정당하게 보유하고 있는가?"와 "(그렇게 보유한) 권한을 정당하게 행사하였는가?"는 질적으로 전혀 다른 성격의 질문이라고 하면서, "민주적 정당성이 도덕적 정당성마저도 담보하는 것은 아니다"라는 명제를 헌법재판제도의 존재근거라고 지적하는 글로는 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 92쪽.

20) 이처럼 '법익의 균형성' 단계에서 입법목적이 정당한지 그렇지 않은지가 엄밀하게 판단될 수 있는 이유는, 이 원칙을 적용하는 과정에서 비로소 "문제된 법률은 기본권을 침해한다"라는 주장을 뒷받침하는 근거들이 그야말로 쏟아져 나오고, 이를 통해 이 두 개의 상반된 목적 기타 근거들이 '비중의 차원'에서 다뤄질 수 있게 되기 때문이다. 이와 관련하여 서로 충돌하는 어떤 가치들이 추상적인 차원에서는 같은 비중을 가질지라도, 개별적인 사안에서는 그 구체적인 비중이 얼마든지 달라질 수 있다는 사실을 정확하게 지적하고 있는 글로는 이준일, 헌법학강의, 56-57쪽. 이런 점에서도 '자의금지원칙'을 체계화한다면서, 그 대안으로 목적의 정당성 판단과 더불어 수단의 적합성 판단을 제안하는 것(손상식, "평등권에 대한 자의성 심사의 개선방안", 세계헌법연구 제26권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2020, 112-118쪽)은 결코 좋은 평가를 받기 어렵다. 이와 관련하여 특히 참고할 만한 문헌으로는 정문식, "평등위반 심사기준으로서 비례원칙", 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 9-10쪽. 한편 이 견해의 문제점은 여기서 그치지 않는데, 무엇보다도 이 견해는 곧바로 논의되는 '상정될 수 있는 목적' 앞에서 한없이 무기력해질 수밖에 없기 때문이다.

여기서 명심해야 할 사실은 목적이 정당한지를 별도로 판단하든, 아니면 법익의 균형성 단계에 가서야 비로소 다른 근거들, 특히 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이나 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권 등에 유리한 근거들과 함께 판단되든, 목적이 정당한지 하는 점은 반드시 판단되어야만 한다는 것이다.[21]

3. 균형성원칙을 제외한 나머지 부분원칙들의 위상

이 시점에서 우리는 "목적은 어디까지나 수단과의 관계에서 비로소 그 진정한 의미가 밝혀질 수 있다"라고 한 문장에 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 이 문장은 우리에게 목적이 정당한지 그렇지 않은지와 무관하게, 수단은 적합할 것이라는 사실을 암시해주고 있기 때문이다. 당연하게도, 이렇게 이해하면 법률의 목적은 그 수단인 법률 바로 그것으로부터 '추론된 것'일 수밖에 없을 테니 말이다.[22] 그렇다면 목적이 법률에 명확하게 규정된 경우는 어떨까? 적어도 이 경우만큼은 수단의 적합성 원칙을 충족하지 못하여 이미 무효이거나 비로소 무효가 되는 법률이 더러 있지는 않을까? 하지만 안타깝게도 그런 일은 일어나기 어렵다. 왜냐하면 "목적은 어디까지나 수단과의 관계에서 비로소 그 진정한 의미가 밝혀진다"라는 이 문장은 목적이 명시되어있는지 그렇지 않은지와 무관하게 항상 참이기 때문이다. 즉 이 명제의 효력은 입법목적이 법률에 명문으로 규정되어있는지 그렇지 않은지 하는 것에 의존하지 않는다.[23] 이렇듯 법률에 명확하게 규정된 목적은

21) 사실 균형성원칙을 제외한 나머지 부분원칙들이 '공제적인 성격'을 가진다면, 좀 더 정확하게 말해 '명백하게' 또는 '대단히' 정당하지 않은 법률(들)을 법익의 균형성 단계 이전에 미리 솎아내고, 그렇게 함으로써 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이나 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사하는 사람에게 유리한 소송구조를 형성・유지하고자 한다면, 또한 부분적으로는 '소송경제', 즉 한정된 사법자원을 효율적으로 배분코자 한다면, '목적의 정당성 원칙'을 비례심사의 첫 번째 단계로 두는 게 맞다(더욱이 '권한'은 곧 '의무'이기에, 목적이 정당한지를 별도로 판단해도 되고 그렇지 않아도 된다는 것은 애초에 말이 되지도 않는다). 하지만 그럼에도 불구하고 목적이 정당한지를 별도로 판단하지 않아도 된다고 한 이유는, 한편으로는 법익의 균형성 원칙이 과잉금지원칙, 곧 넓은 의미의 비례원칙의 핵심이라는 사실을 강조하기 위함이고, 다른 한편으로는 목적이 정당한지 그렇지 않은지는 어차피 법익의 균형성 원칙을 적용하는 과정에서 판단될 수밖에 없다는 사실을 또한 강조하기 위함이다.

22) 이와 유사하게 헌법재판소가 문제된 법률조항을 분석하여 달성할 수 있는 입법목적을 확정한 다음에 그 목적이 정당하다고 판단하고서는, 곧이어 수단의 적합성 단계에서 '이 입법적 수단으로는 위의 목적을 달성할 수 없다'고 판단하는 것은 그 자체가 이미 모순이라고 지적하는 경우는 정주백, "과잉금지원칙에 관한 관견: 헌재의 원칙 운용에 있어서의 논리성・일관성에 관한 문제제기", 헌법재판연구 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015, 259쪽.

23) 쉽게 말해 은폐된 차별사유가 진정한 차별사유이듯이, 목적이 은폐되어있는 한 표현된 목적은 결코 진정한 목적일 수 없다는 것이다. 이런 점에서 법률을 살펴본 후 그 목적이 불분명하다고 판단했을 때만 목적의

단지 '표현된 의도'에 불과하고, 그런 결과 이제 '입법목적'은 -그것이 법률에 명시적으로 규정되어있는지 그렇지 않은지와 무관하게- 그저 "상정될 수 있는"(conceivable) 것이면 충분하게 된다.[24]

이 문장의 의미는 여기서 그치지 않는다. 왜냐하면 "목적은 어디까지나 수단과의 관계에서 비로소 그 진정한 의미가 밝혀질 수 있다", 혹은/그래서 "입법의 목적은 법률로부터 추론된 것이다"라는 말은, 또한 우리에게 '목적의 정당성 원칙'을 충족하지 못하여 법률이 무효가 되는 경우는 좀처럼 찾기 힘들 것이라는 점을 시사하는 것이기도 하기 때문이다. 문명국가의 법률이라면, 정당한 목적 하나쯤은 언제든지 그리고 또한 얼마든지 상정될 수 있을 테니 말이다.[25] 사실 더 중요한 이유는 따로 있다. 그것은 다름 아닌 여기서 '목적'을 "기본권을 제한하려는 목적"으로 파악하는 한, 입법목적이 정당하지 않은 경우란 사실상 존재하기 어렵기 때문인데, 이처럼 입법목적이 기본권을 제한하게 된 이유와 동일시된다면, 입법목적이 정당하지 않다는 것은 처음부터 기본권을 제한할 (정당한) 이유가 전혀 없었다는 것을 뜻하는 게 되기 때문이다.[26]

확정은 헌법재판소의 몫이라고 하는 지적(정주백, 위의 논문, 255쪽)은 최소한 필자에게는 다소 성급한 판단이라고 느껴진다. 이와 더불어 라드브루흐의 "해석자는 창조자보다 법률을 더 잘 이해할 수 있고, 법률은 이를 제정한 자보다 더 현명할 수 있다. 심지어 법률은 그 제정자보다 더 현명해야만 한다"(G. Radbruch, 윤재왕 옮김, 법철학, 박영사, 2021, 187쪽)는 서술도 참고할 것.

24) 물론 여기서 누군가는 입법목적이 법률로부터 추론된 것이라 하더라도, 그러한 목적은 법률에 명시되어있는 입법목적을 단지 '보완'할 뿐, '대신'할 수는 없다고 하면서, 이렇게 이해하면 법률이 적합성원칙을 충족하지 못하여 무효가 될 가능성은 여전히 남아 있게 된다고 반론할지도 모르겠다. 하지만 이런 식의 접근이야말로 우리를 잘못된 길로 향하게 한다. 무엇보다도 이 반론은, 입법목적이 규범을 통제하는 과정에서 기본권을 제한하게 된 이유로 등장한다는 사실을, 그래서 내용적 차원의 정당화인 한, 입법목적은 기본권에 대한 제한이 정당하다는 주장을 뒷받침하는 근거의 지위를 갖게 된다는 사실을 간과하고 있기 때문이다. 하물며 진정한 목적도 아닌, 그런 의미에서 '사이비 목적'에 불과한 입법목적에 적합하지 않다는 이유로 법률을 아무리 무효라고 선언해본들 도대체 무슨 소용이 있겠는가?

25) 평등권에 관한 것이기는 하지만, 입법자가 자신의 행위를 정당화할 수 없을 정도로 명백하게 객관적인 근거가 없는 법률은 거의 존재하지 않는다는 지적으로는 김주환, "입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제", 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000, 452쪽; 손상식, 앞의 논문, 119쪽. 마찬가지로 전혀 다른 맥락에서 얘기하는 것이긴 하지만, 이와 유사한 진단은 김하열, "헌법재판과 증명책임", 헌법재판연구 제8권 제1호, 헌법재판연구원, 2021, 321쪽. 미연방대법원의 '합리성심사'에 관한 것이긴 하지만, 이와 유사한 평가는 E. Chemerinsky, *Constitutional law: principles and policies*, Wolters Kluwer in New york, 2015, 707-708쪽. 또한 마찬가지로 수단의 적합성 및 피해의 최소성 원칙에 관한 것이긴 하지만, 이와 유사한 입장은 이재홍, "과잉금지원칙의 논증구조: 침해의 최소성 원칙을 중심으로", 저스티스 제163호, 한국법학원, 2017, 106-107쪽.

26) 여기서 그 "누군가"는 만일 그렇다면, 즉 '상정될 수 있는 목적'이 법률에 명시되어있는 목적을 대신한다면, 기본권이 침해되었다고 주장하는 사람들은 명문으로 규정된 입법목적이 정당하지 않을지라도 그 목적을 그냥 멍하니 바보처럼 바라만 보고 있어야만 하느냐고 반론할 수도 있을 것 같다. 하지만 이 반론 역시 적절하지 않긴 마찬가지다. 왜냐하면 청구인 등이 문제 삼는 것은 어디까지나 기본권에 대한 제한이 정당하지

물론 “은폐된 차별사유가 진정한 차별사유다”라는 말이 잘 보여주듯이, 법률로부터 추론된 목적 중에도 정당하지 않은 목적이 없지는 않을 테지만, 이마저도 별다른 의미가 있는 것은 아니다. 앞서 강조했던 것처럼, ‘목적의 정당성 원칙’은 목적이 정당하다는 사실을 확정하는 절차가 아니고, 그 결과 이 원칙조차도 충족하지 못하는 목적은 그야말로 ‘대단히’ 정당하지 않은 목적일 수밖에 없기 때문이다.[27] 즉 ‘법익의 균형성’ 단계에 진입하지 않는 한, 그래서 ‘기본권보장’이라는 그와 대립하는 다른 목적과 직접적으로 대면하지 않는 한, ‘법률의 목적’은 웬만해선 정당한 것으로 평가될 수밖에 없다는 것이다.[28]

이처럼 ‘상정될 수 있는’ 목적이면 입법목적으로서 충분하다는 사실은, 우리에게 ‘명백성통제’가 아니더라도 법률이 ‘목적의 정당성 원칙’을 충족하지 못하거나 ‘수단의 적합성 원칙’을 충족하지 못하여 무효라는 결론에 이르게 되는 사례가 좀처럼 나타나지 않을 것이라는 점을 분명하게 말해준다(물론 실제로도 그렇다). 그런데 엉뚱하게도 이것은, ‘이익이 너무 많아, 더 적게’ 형태의 방어권이나 ‘불이익이 너무 적어, 더 많이’ 형태의 급부권이 문제될 때에도 목적의 정당성 원칙이나 수단의 적합성 원칙과 같은 부분원칙들이 적용될 수 있지 않을까 하는 헛된 기대를 품게 해주는 것이기도 하다. 그도 그럴 것이, 이처럼 목적의 정당성 원칙 등을 충족하지 못하여 법률이, 나아가 공권력의 행사나 불행사가 무효가 될 가능성이 크지 않다면, 이런 형태의 권리들이 문제되는 경우에도 과잉금지원칙, 그러니까 ‘넓은 의미의 비례원칙’을 적용해보는 것을 기본권보장을 강화하는 하나의 유력한 방법으로 시도해볼 여지가 생기기 때문이다.[29]

않다는 것이고, 여기서 제한은 당연하게도 법률의 목적이 아니라, 그 수단인 법률 바로 그것을 지칭하는 개념이기 때문이다.

27) 여기서 ‘명백히’라는 수식어 대신에 “대단히”라는 수식어를 사용한 이유는, 명백성과 중대성은 일정한 상관관계만 있을 뿐, 어느 하나가 다른 하나를 대신하거나 어느 하나가 다른 하나로 귀결되는 관계에 있지 않다는 점 때문이다. 이와 유사하게 ‘명백한’ 불법과 ‘극단적인’ 불법 사이에는 단지 원칙적인 관련성만 있을 뿐, 필연적인 연관성이 있는 건 아니라는 알렉시의 지적은 F. Saliger, 윤재왕 옮김, 라드브루흐 공식과 법치국가, 세창출판사, 2011, 59쪽.

28) 이런 점에서 ‘목적의 정당성 원칙’은 그 말처럼 목적이 정당한지 그렇지 않은지를 판단하는 절차라기보다는, 사실상 ‘피해의 최소성 원칙’이나 ‘법익의 균형서 원칙’ 등을 적용하기 위한 사전 정지작업으로서의 의미가 더 크다고 할 수 있다. 거칠게 말하자면, 이 원칙은 목적을 확인/확정하는 일을 주된 임무로 한다는 것인데, 이와 관련하여 우리 헌법 실무에서 목적의 정당성 단계는 공익을 식별하는 기능을 수행할 뿐, 당해 공익의 중요도를 판단하는 과정이 아니라고 지적하는 글로는 강일신, 실제적 조화 원칙에 관한 연구: 기본권충돌 해결을 중심으로, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2019, 74쪽. 독일의 헌법 실무도 이와 다르지 않은데, 이에 대해서는 강일신, 과잉금지원칙에서 법익형량: 헌법이론적・비교헌법적 연구, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2019, 45쪽.

29) 이 기대가 “헛된” 이유는, 다름 아닌 이 경우 법익의 균형성 원칙을 제외한 나머지 부분원칙들이 적용될 수 없는 것은, 앞서 분명하게 밝혔던 것처럼 이 권리들이 ‘자유에 유리하게’라는 법언에 대척점에 서 있다는

그런데 이 말은 좀 이상하다. 무효가 될 가능성이 크지 않기 때문에 기본권보장을 강화하는 방법으로 생각해볼 수 있다니? 오히려 무효가 될 가능성이 커야 청구인 등의 자유권이 보장될 가능성이 그만큼 커지는 것 아닌가? 사실 이 말은 적지 않게 '명백성통제'를 염두에 두고 한 것이다. 왜냐하면 수단의 적합성 단계나 피해의 최소성 단계에서 그 심사의 강도를 "명백한" 근거가 있는지 없는지 하는 것으로 그치는 이유는, 무엇보다도 법익의 균형성 심사가 무력화되는 것을 방지하는 데 그 목적이 있기 때문이다.[30] 이를 곰곰이 생각해보면, 우리는 명백성통제가 수단의 적합성 원칙이나 피해의 최소성 원칙의 입장에서는 하나의 '생존전략'일 수도 있다는 사실을 확인하게 된다. 적합성원칙이나 필요성원칙이 그 자체 좁은 의미의 비례원칙과 동일시되는 법익의 균형성 원칙과[31]

점을 그 근거로 하기 때문이다. 즉 이런 유형의 권리들이 문제되는 경우에 넓은 의미의 비례원칙, 곧 과잉금지원칙을 적용해선 안 되는 이유는, 과잉금지원칙을 적용하는 게 그 자체로 불가능하기 때문이 아니라, 과잉금지원칙이 처음부터 '자유에 유리하게'라는 법언에 맞게 설계된, 좀 더 단호하게 말하자면 과잉금지원칙이 그 자체 '사익에 유리하게', 곧 '법률이 적용되는 사람(들)에게 유리하게', 그래서 '법률효과가 귀속되는 사람에게 유리하게'에 정향된 절차적 정의이기 때문이라는 것이다. 이런 점에서 '보호권'을 "국가가 과소보호금지원칙에 따라 최소한의 보호조치를 요청할 수 있는 권리"라고 규정하면서도, 정작 가해자의 자유권과 피해자의 자유권 가운데 "어느 쪽 자유가 더 우위에 있다고 일반적으로 추정해야 할 아무런 헌법적인 근거도 없다"라고 하는 것은 -일관적이지 못할 뿐 아니라- 적절치 못한 지적이다. 인용문은 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 261-262, 265쪽. 좀 더 구체적으로 설명하자면, "열 명의 범죄자를 놓치더라도 단 한 명의 무고한 사람을 죄인으로 만들어선 안 된다"라는 그 자체 '(규범학적) 자유주의'에 근거하는 이 법언은, 이를테면 다음과 같은 결론으로까지 이어진다는 것이다. "만일 불이익을 주는 경우 과다포함(overinclusion)이 문제된다면, 이때는 과소포함(under-)으로 대처하면 되고, 반대로 이익을 주는 경우 과소포함이 문제된다면, 이때는 과다포함으로 대처하면 된다." 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2021, 79쪽 참고.

30) 이런 점에서 적합성원칙이나 필요성원칙 등을 적용할 때 명백성통제를 하는 것은, 헌법재판소가 평등권을 침해했는지를 판단하면서 자의금지심사를 하거나, 마찬가지로 미연방대법원이 경제에 관한 혹은 경제와 관련된 법률, 가령 사회복지에 관한 입법 등에서 합리성심사를 하는 것과는 전혀 성격을 달리한다. "합리성심사"(rational basis test; mere rationality standard)에 대해서는 E. Chemerinsky, *op.cit.*, 706쪽 이하.

31) 비례원칙이 적합성원칙, 필요성원칙, 좁은 의미의 비례원칙이라는 세 가지 부분원칙으로 구성된다고 하면서도, 여기서 본질적인 요소는 '좁은 의미의 비례원칙'에 따른 심사라고 적절하게 지적하는 문헌으로는 이준일, 헌법학강의, 351쪽. 이와 유사하게 '법익의 균형성'을 "협의의 비례성"과 동일시하면서, 이를 비례심사의 본질이라고 규정한 판례로는 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정. 이런 점에서 '피해의 최소성 단계'를 가리키며, "이러한 쉬운 판단만으로 심판대상조항이 위헌이라는 결론에 이른다면, 굳이 그보다 어려운 법익의 균형성 판단까지 나아갈 필요가 없다"(이재홍, 앞의 논문, 107쪽)라고 하는 건, 그 의도가 어찌됐든 좋은 평가를 받기 어렵다. 피해의 최소성 등을 법익의 균형성보다 앞서 판단하는 것은 결코 "훨씬 간단한 판단만으로 위헌이란 결론이 도출된다면, 굳이 어렵고 복잡한 판단을 할 필요는 없다"(이재홍, 같은 논문, 98쪽)는 점을 이유로 하는 게 아니라, 오히려 피해의 최소성 원칙 등이 법익의 균형성 원칙과의 관계에서 "공제적인 성격"을 지니기 때문에, 그래서 균형성원칙을 정확하게 적용하기 위해, 바꿔 말해 최적화를 훌륭하게 수행하기 위해 최대한 혹은 적절히 쟁점을 추려내거나 단순화하는 방법이라는 점도 그 이유로 하는 것이기 때문이다. 따라서 만일 저자가 필요성원칙을 그 위상에 걸맞게 정식화하려 했다면, 가령 이렇게 말했어야

어깨를 나란히 할 수 있으려면, 바꿔 말해 균형성원칙과 함께 넓은 의미의 비례원칙을 구성하는 (부분)원칙으로 인정받을 수 있으려면, 무엇보다도 자기 주제를, 그러니까 자신이 경험적 인식의 영역에 속한다는 사실을 항상 명심하고 있어야만 한다는 건 지극히 당연한 일이기 때문이다.[32]

Ⅲ. 피해의 최소성 원칙의 적용가능성 검토

하지만 그럼에도 불구하고 이 사실, 즉 기본권보장을 강화하는 방법으로 목적의 정당성 원칙이나 수단의 적합성 원칙 등을 적용하는 것도 한번 생각해볼 여지가 있다는 말은 이 글에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 이것은 곧 '이익이 너무 적어,

---

한다. "침해의 최소성 원칙을 위와 같이 적용하면, 과잉금지원칙 위반 여부의 심사는 당연히 과잉금지원칙의 본질에 맞게 법익의 균형성 원칙 판단에 집중된다." 헌법재판소 2017. 8. 31. 선고 2016헌바447 결정(재판관 이진성의 다수의견에 대한 보충의견). 결국 여기서 말하고자 하는 것은, 어떠한 경우에도 균형성원칙, 곧 좁은 의미의 비례원칙은 반드시 적용되어야만 한다는 것인데, 이유는 간단하다. 저자가 밝히고 있듯이, -물론 정확하진 않지만(이에 대해서는 주 49번을 참고할 것)- 과잉금지원칙이 기본권에 대한 제한이 정당한지 그렇지 않은지를 판단하는 심사기준인 한, 이 원칙에 따른 심사의 본령이자 핵심은 법익의 균형성 단계에 있음이 당연한 이치이기 때문이다(이재홍, 같은 논문, 103-104쪽).

32) 이런 점에서도 일부 학자들이 주장하는 것처럼, 과소금지원칙의 부분원칙으로 '효율성원칙'(Effektivität)을 요구하는 것은 재고되어야 마땅하다. 그 이유는 다름 아닌 '효율성원칙'을 적용하는 순간, 애먼 과잉금지원칙이 무력화되는 참혹한 상황에 내몰리게 되기 때문이다. 구체적으로 말하자면 다음과 같다: 첫째, 효율성원칙이란 그저 수단의 적합성 단계에서 '납득가능성통제' 그 이상을 요구하는 것과 다르지 않다는 점에서 명백성통제만을 수행하는 '적합성원칙'을 공허하게 하고, 둘째, 효율성원칙은 '같은 정도로 혹은 더욱 적합하면서 다른 사람의 기본권을 덜 제한하는 수단'이 아닌, '더욱 적합하면서 다른 사람의 기본권을 같은 정도로 제한하는 수단'이나 -결국 같은 말이라지만- 심지어 '더욱 적합하면서 다른 사람의 기본권을 더 강하게/많이 제한하지 않는 수단'일 것을 요구한다는 점에서 결코 '필요성원칙'과 대등한 위상을 지니지 않으며, 셋째, 종국적으로 이를 통해 '균형성원칙'을 사실상 폐기하는 결과에 이르게 하기 때문이다(그 이유는 특히 주 13번의 마지막 문장과 주 31번을 참고할 것). 필요성원칙에 관한 것이지만, 문제된 법률을 시행하는 경우보다 더 큰 비용이 요구되는 입법대안들을 피해의 최소성 단계에서 함께 논의하면, 정작 법익의 균형성 단계에서는 형량의 요소들이 서로 뒤섞이게 되어 결과적으로 잘못된 판단을 할 가능성을 높인다고 적절하게 지적하는 글로는 이재홍, 앞의 논문, 111쪽. 한편 '효율성원칙'에 대해서는 정영훈, 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2016, 29-30쪽; 이부하, "기본권보호의무의 헌법적 쟁점: 독일 헌법이론을 고찰하며", 법조 제68권 제2호, 법조협회, 2019, 50-51쪽; 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 274-277쪽; 이상만/전정환, "과소보호금지원칙의 통제밀도", 법학논총 제29집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2022, 205-207쪽. 아울러 "과잉금지원칙에 있어서 수단의 적합성 단계에서는 수단이 목적을 달성하는 데 어느 정도 기여를 하면 방법의 적정성이 있다고 판단하게 되나, 과소금지원칙에 있어서 효율성은 더 유효하고도 적절한 수단이 없을 것을 요구한다는 점에서 보다 엄격한 심사기준이 요구된다"라는 서술은 방승주, 앞의 논문, 67쪽.

더 많이' 형태의 급부권이 문제되는 경우에도 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 문제되는 경우와 마찬가지로 과잉금지원칙, 곧 넓은 의미의 비례원칙이 적용되어야만 한다는 점을 단호하게 역설하는 것이기 때문이다.[33]

1. 문제상황

하지만 이 견해는 곧바로 다음과 같은 문제상황에 직면하게 된다. 그 문제란 바로 이 경우 법률은 자유권에 대한 제한이 아닌, 오히려 자유권의 보장을 의도하는 게 대부분이란 것이다.[34] 이에 따라 우리가 여기서 해결해야 할 결정적인 문제는 두 가지, 즉 기본권을 침해당했다고 주장하는 사람(들)이 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사할 때도 입법의 목적이 "공익", 곧 기본권을 제한하는 것이 정당하다는 주장을 뒷받침하는 근거로 작동할 수 있는지와, 그 결과 이 경우 '피해의 최소성 원칙'이, 이를테면 "날씨야 네가 아무리 추워 봐라, 내가 옷 사 입나 술 사 먹지"와[35] 같은 상황을 헤쳐나갈 수 있는지 하는 것으로 귀결된다.

2. 해결의 실마리: '상정될 수 있는' 목적

그런데 조금만 생각해보면, 이 두 개의 질문은 하나의 답변으로 대처할 수 있고, 나아가 한꺼번에 대처하는 게 적절하다는 점에서 그 말과 달리 두 가지 질문이 아니라는 사실이 곧바로 드러난다. 왜냐하면 "그 결과"라는 말이 암시하듯이, 첫 번째 질문에

33) 이와 관련하여 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 문제될 때만 과잉금지원칙을 적용한다면, '자유에 유리하게'라는 법언은 오직 '기득권(자) 보호'라는 의미로 축소되고 만다면서, 그러한 이해는 또한 '약자에 대한 보호'를 그 내용으로 반드시 포함해야만 하는 법치주의(Verfassungsstaat)에 대한 왜곡이기도 하다는 지적은 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 124-125쪽.

34) 가령 사회보장기본법은 제1조에서 이 법률이 "국민의 복지증진에 이바지하는 것"을 목적으로 한다면서, 제2조에서는 '기본이념'으로 "사회보장은 모든 국민이 다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현할 것"을 선언하고 있다. 마찬가지로 국민기초생활보장법 제1조는 "이 법은 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 한다"라고 규정되어있다.

35) 익히 알려진 대로 인용문은 신천희의 시 '술타령'에서 가져온 것이다. 한편 유사한 문제점을 안고 있는 법률조항으로는 민법 제6조(처분을 허락한 재산)가 있는데, 이에 대한 민법학자들의 견해는 신숙희, 편집대표 김용덕, 주석 민법: 민법총칙, 한국사법행정학회, 2019, 300-301쪽.

대처할 수 있는지, 혹은 어떻게 대처하는지에 따라 두 번째 질문에 얼마만큼 잘 대처할 수 있는지 하는 게 판가름 나기 때문이다.

이를 위해서 우리는 앞에서 언급되었던 다음의 표현에 주목해야 하는데, 그것은 바로 "여기서 '목적'이 그 자체 기본권을 제한하게 된 이유, 단순하게 표현하자면 '공익'으로 등장한다"라는 문구다. 이 문구가 중요하게 여겨져야 하는 이유는, 다름 아닌 이 문구가 어떤 법률일지라도 그 법률의 목적은 기본권에 '대립'할 수 있어야 한다는 점을 분명하게 보여주고 있기 때문이다.[36] 이 문구의 중요성은 여기서 그치지 않는다. 왜냐하면 법률의 목적이 기본권에 대립할 수 있어야 한다는 것은, 이 경우 목적이 기본권에 대한 제한이 정당하다는 주장, 쉽게 말해 "과도한 제한이 아니다"라는 주장을 지지하는 근거이기만 하면 -이런 이유에서라도 그 목적은, 설령 잠정적일지라도 정당해야만 한다- 충분하다는 점을 또한 말해주는 것이기도 하기 때문이다. 만일 그렇지 않다면, 즉 명시적으로 규정된 입법목적에 구속되어야만 한다면, 우리는 입법목적이 어떻게 규정되었는지에 따라 과잉금지원칙을 적용할지 말지를 결정해야만 하는 어처구니없는 상황에 내몰리게 된다. 물론 이러한 상황을 수용할 수 있는 사람은 아마도 없을 것이다. 입법목적이 명시적으로 규정되어있는지 그렇지 않은지와 같은 우연한 사정에 따라 과잉금지원칙의 적용 여부가 결정된다고 주장하는 사람을 찾기 어려운 것처럼 말이다.

결국 이러한 사실은 우리가 "표현된 목적"에 구애받지 않아도 된다는 점을 다시 한번 확인시켜 준다. 즉 법률의 목적은 그 수단인 법률에 비춰 '상정될 수 있는 것'이면 충분하고,[37] 이에 따라 그것이 설령 헌법 제34조 제1항 '인간다운 생활을 할 권리'와 같은

---

36) 이와 관련하여 '기본권 형성적 법률유보'에서도 여전히 입법자는 '기본권의 적'으로 등장한다면서, "기본권에 대한 보호의무자로서의 국가는 국민의 기본권에 대한 침해자로서의 지위에 서는 것이 아니라 국민과 동반자로서의 지위에 서는 점에서 서로 다르다"(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정)라는 식으로 주장하는 것은 적절하지 않다고 평가하는 글로는 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 101쪽. 같은 맥락에서 헌법재판소법 제68조 제1항을 근거로 "제한될 수 없다면 처음부터 헌법소원의 대상일 수조차 없다. 즉 그러한 청구는 각하되고 만다"라는 지적은 정해성, 같은 논문, 95-96쪽. 한편 '헌법소원제도'를 "기본권보호의 꽃"이라고 표현한 경우는 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌마284 결정(재판관 한병채, 이시윤, 김양균의 반대의견).

37) 한수웅은 적절하게도 이렇게 말한다. "입법목적을 확인함에 있어서 입법자가 법률을 통해 의도하거나 법률조항에서 명시적으로 언급된 소위 '주관적' 목적만이 아니라, 법률을 통해 그 외의 '객관적' 목적(객관적으로 인식될 수 있는 목적)도 추구되는지를 검토해야 한다. 설사 입법과정에서 특정 목적이나 관점이 인식되지 못하였거나 언급되지 않았다 하더라도, 법률의 위헌여부는 고려되는 모든 관점에서 심사되어야 하기 때문이다. 개별 법률은 일반적으로 그 입법목적을 제1조 등 서두에서 직접 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 위헌심사의 대상이 되는 개별 법률조항의 입법목적은 법률 자체의 목적과 반드시 일치하는 것도 아니고, 법률에 명시적으로 규정되어있지 않은 경우가 대부분이므로, 일반적인 해석원칙에 따른 법률해석을 통해 별도로

사회권을 구체화한 법률일지라도, 그 목적은 법률이 적용되는 자에게 '불리하게' 작용할 수 있기만 하면 된다는 것이다.[38] 그 결과 우리는 사회권을 제한하는 법률의 목적으로 -물론 어디까지나 추상적인 차원에 머물러 있는 것이긴 하지만- 다음과 같은 것들을 상정할 수 있게 된다. "재정의 안정성 확보, 행정비용의 절감, 사회보장의 전체적인 수준, 건전한 소비문화의 촉진, 내수시장의 경쟁력 증진, 지역경제의 활성화 등등."[39]

3. 문제의 해결

이로써 우리는 "날씨야 네가 아무리 추워 봐라, 내가 옷 사 입나 술 사 먹지"와 같은 상황을 헤쳐나갈 수 있게 된다. 이러한 사실은 흔히 사회권을 제한하려는 목적, 단순하게 말해 '공익'으로 제시되는 '재정의 안정성 (확보)'과[40] 비교해보면 분명하게 드러나는데,

---

규명되어야 한다." 한수웅, 헌법학, 법문사, 2020, 491쪽. 헌법재판소도 이와 유사한 입장인데, 가령 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정. 사실 '해석'이라는 점을 강조하면, "주관적 목적"은 그 말과 달리, '법률'의 목적일 수도 없다. 그것은 단지 "객관적 목적"이 무엇인지를 파악하기 위한 하나의 자료에 지나지 않기 때문이다. 더욱이 '주관적 목적'이 "본래의 의도"(이 표현은 이준일, 헌법학강의, 50쪽)인 한, 그러한 의도를 법률에 제대로 투영하지 못한 데 따른 '책임'은 -사회학자들이 즐겨 쓰는 표현으로 대신하자면, "의도하지 않는 결과"(unintended consequences)에 따른 책임은- 그 누구도 아닌 바로 입법자 자신에게 있다는 점에서도 '입법자의 의도'는 '입법목적'과 결코 같은 개념으로 이해될 수 없다(하물며 '규범통제절차'를 통해 제재하고자 하는 것은 문자 그대로 규범, 예컨대 법률이지, 입법자인 것도 아니지 않은가). 이와 관련하여 예술, 특히 문학 작품에 관한 것이기는 하지만, 작품(text) 그 자체가 아닌 저자, 가령 책을 쓸 당시의 저자의 심리상태나 책을 쓰게 된 동기 등에 초점을 맞추는 경향을 부정적으로 평가한 것으로 참고할 만한 문헌은 A. Kenny, *A New History of Western Philosophy: in four parts*, Oxford University Press, 2010, 959-960쪽.

38) 이처럼 "목적은 그 수단과의 관계에서 진정한 의미가 밝혀진다"라는 말은 어디까지나 입법목적이 자유권을 제한하게 된 이유인 한, 그래서 자유권에 대한 제한을 뒷받침하는 근거가 되는 한, "입법목적은 자유권과 대립할 수 있어야 한다"는 것을, 그리고 부분적으로는 "은폐된 목적이 있는 한, 명문으로 규정된 입법목적은 결코 진정한 목적이 아니"라는 것을 의미하는 데 그친다. 그런 점에서 혹여 "목적은 어디까지나 그 수단과의 관계에서 진정한 의미가 밝혀진다"라는 이 말이, '구체적인 상황에서는 수단이 목적을 선택하기도 한다'는 식으로 오해되지는 말아야 한다. '기능적합적 기관구조'라는 개념이 보여주듯이, 이렇든 저렇든 목적과 수단의 관계에서 주도권을 갖는 건 당연하게도 목적일 수밖에 없기 때문이다. 관련된 논의는 정해성, "규범 논증과 합의", 42-43쪽.

39) 이 결론은 당연하게도 -목적은 그 수단과의 관계에서 어떠한 예외도 남김없이 근거가 되므로- "당해 법률조항의 의미와 목적"을 기준으로 비교대상이 본질적으로 같은지 다른지를 판단할 때도 그대로 적용된다. 즉 '당해 법률조항의 의미와 목적'은 단지 평등권이 침해되었다고 주장하는 자가 문제 삼고 있는 법률효과, 곧 특정한 대우행위를 지지하는 근거일 뿐인데, 그 구체적인 의미에 대해서는 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 231쪽(주 192번).

40) 사회복지 혹은 사회보장을 위한 과도한 지출은 국가재정의 불안정을 초래하기 때문에, 사회권을 제한하는 입법의 목적은 재정의 안정성 내지는 건전성이라고 지적하는 경우로는 이준일, "사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준", 99쪽. 이와 유사하게 -하지만 조금은 다르게- 사회권의 경우에는 국가의 재정안정성 및

이를 위해서는 경제적 약자에게 사회서비스가 제공되고 있는 경우를 예로 드는 게 좋을 것 같다.

주지하다시피 '피해의 최소성 원칙'은 입법목적을 같은 정도로 실현하거나 더 많이 실현하면서도 기본권을 덜 제한하는 입법대안이 없어야 한다는 것을 그 내용으로 하므로, 이제 우리는 국가재정을 (전혀) 훼손하지 않으면서도 동시에 사회권을 덜 제한하는 수단이 있는지 하는 것만 확인하면 된다. 다행히도(?) 독자들은 어렵지 않게 이러한 수단(들)을 얼마든지 찾아낼 수 있을 것이다. 사회서비스를 현금이나 교환권(voucher) 또는 현물로 바꾸기만 해도 필요성원칙을 충족하는 데는 아무런 문제가 없기 때문이다. 심지어 같은 교환권이라도 그 사용처를 다양하게 할 수 있고, 또한 같은 현물이라도, 그래서 가령 쌀을 술로 맞바꾼다든지, 마찬가지로 같은 서비스라도, 예컨대 노인 돌봄서비스를 '묻지마 관광' 따위로 대체할 수도 있는데, 이러한 "대체"가 가능한 이유는, 다름 아닌 이 경우 국가의 지출은 조금도 증가하지 않고, 이에 따라 재정의 안정성을 전혀 훼손하지 않는다는 점 때문이다.[41] 하지만 그렇기 때문에, 그러니까 "얼마든지 찾아낼 수 있다"라

재정분배에 관한 입법자의 권한이 국가가 취한 조치의 목적으로 중요한 의미가 있다는 입장으로는 정영훈, 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토, 31쪽. 전혀 다른 맥락에서 얘기하는 것이기는 하지만, 다른 기본권과 구별되는 사회권의 핵심적 특징으로 사회권은 그 실현이 국가의 물질적 능력에 의존한다는 점을 지적하는 경우로는 김하열, "법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사: 참정권과 청구권을 중심으로", 고려법학 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 60쪽. 이와 관련하여 시민적·정치적 권리에 대한 사법심사도 자주 예산에 영향을 끼친다고 하면서 "사회권이 거의 불가피하게 이러한 영향을 가져올 것이라는 사실이 이 권리에 대한 사법심사를 막는 장벽(bar)이 되리라고는 생각하지 않는다"고 한 남아공 헌법재판소의 Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 결정(1996)에 대해서는 정영훈, "남아프리카공화국 헌법상 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 연구", 법과정책연구 제16집 제1호, 한국법정책학회, 2016, 479쪽. 한편 '가능성의 유보'(Vorbehalt des Möglichen)란 개념이 규범학에서 어떤 성격을 갖는지에 대해서는 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 30-31쪽.

41) 이와 관련하여 이재홍은, 피해의 최소성 원칙에서 이루어지는 비교는 입법목적을 달성하는 정도끼리의 비교와 청구인의 기본권제한 정도끼리의 비교라는 점을 근거로, 이러한 "단순 비교"를 통해 문제된 법률이 위헌이라는 결론에 이르려면, 입법대안이 "입법목적"을 달성하기 위해 문제된 법률에 비해 더 많은 비용, 곧 '추가적인 대가'를 치르지 않아야 한다는 것이 전제되어야 한다면서, 이러한 "추가적인 대가"의 전형적인 예로 재정지출의 우선순위를 변경하는 것과 문제된 법률이 제한하지 않은 다른 사람의 기본권에 대한 제한을 들고 있다. 이재홍, 앞의 논문, 84-85쪽. 하지만 이러한 설명은 정확하지 못하다. 재정지출의 우선순위를 변경하더라도 전체 예산이 늘어나지 않는다면, 그래서 국가재정을 전혀 훼손하지 않는다면, 그러한 "변경"은 결코 '추가적인 대가'라고 할 수 없기 때문이다. 하지만 그럼에도 필요성원칙은 재정지출의 우선순위를 변경하는 것을 허락하지 않는데, 그 이유는 -대체 법률안을 마련하는 것이 추가적인 대가가 아닌 것처럼- (위헌결정에 따라) 입법자가 재정지출의 우선순위를 변경하게 되는 것, 바꿔 말해 예산을 재편성하는 것 그 자체가 추가적인 대가이기 때문이어서 그런 게 아니라, -예산편성은 그 자체 분배 비율을 조정하는 문제이기도 하므로- 재정지출의 우선순위를 변경함으로써 다른 사람에게 돌아가야 할 몫이 줄어들게 되고, 이런 점에서 더 이상 "다른 사람의 기본권을 제한하지 않는" 경우가 아니기 때문이다.

는 바로 그 사실 때문에 피해의 최소성 원칙을 적용하는 것은 오히려 무의미해져 버리고 만다. 즉 사회권을 제한하려는 목적으로 '재정의 안정성'만을 고수하게 되면, "날씨야 네가 아무리 추워 봐라, 내가 옷 사 입나 술 사 먹지"와 같은 문제를 결코 해결할 수 없게 된다는 것이다.[42]

여기서 누군가는 이런 식으로 피해의 최소성 원칙을 적용하는 건 잘못된 일이라고 반론할지도 모르겠다. 즉 도덕적으로 허용될 수 없는 수단을 채택하는 건 처음부터 받아들여질 수조차 없다는 것이다. 하지만 이 반론이야말로 적절치 못하다. 필요성원칙 역시 적합성원칙이 그런 것처럼, 경험적 인식의 영역에 속한다는 점에 대해서는 그 어떤 이론(異論)도 있을 수 없기 때문이다.[43] 그렇지 않다면, 정작 필요성원칙은 앞서 언급했던 것처럼 넓은 의미의 비례원칙을 구성하는 부분원칙일 수 없게 될 테니깐 말이다. 그럼 "상정될 수 있는 목적"이라면 어떨까? 최소한 앞에서 제시된 "맞바꿈"에 대처할 수 있다는 점에 대해서는 또한 이론이 없을 것이다. 그 대신 누군가는 이 경우 필요성원칙이 오히려 기본권이 침해되었다고 주장하는 사람들에게 무익한 규범이 되어버리는 건 아닌지 의아해할 수도 있을 것 같다. 개념의 내포가 늘어나면, 그 외연은 줄어들기 마련이라는[44] 점에서, 이제 적합성원칙을 충족하는 어떤 법률도 필요성원칙을 위반하기란 더욱 어려워지게 되었기 때문이다.[45] 하지만 이러한 "의아함"은 비단 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 행사될 때만 문제점으로 지적되는 게 아니다. 주지하다시피 그것은 필요성원칙 그 자체에 제기되는 혐의이기 때문이다.[46] 명심해야 할 것은, 그럼에도

42) 다른 한편 명백성통제를 이유로 본문의 결론이 도출되지 않을 거라며 반론하는 사람도 있을 것 같다. 하지만 그렇게 되면, 이제는 필요성원칙이 무기력해지고 만다. 즉 명백성통제를 통해 이마저도 걸러내지 못한다면, 피해의 최소성 원칙은 그 자체 텅 빈 규범이 되어버린다는 것이다.

43) 이러한 "이론"으로는, 가령 김하열, 헌법강의, 박영사, 2020, 285쪽. 관련된 부분은 다음과 같다. "최소침해성 판단은 각각의 대안들이 갖는 입법목적 달성의 효과, 기본권을 제한하는 정도에 대한 사실적·경험적 판단에 기초한다. 그러나 자연과학적 혹은 수리적 엄밀성을 가지고 이런 판단을 할 수는 없다. 여기서도 판단자의 규범적 평가가 동반되고, 그 진폭은 넓다." 유사한 입장은 강일신, "과잉금지원칙의 논증방식", 207-210쪽. 이에 대해 간략히 비판하자면, '필요성원칙'에서 '제한되는 기본권'은 결코 '목적'의 지위를 누리지 못한다는 것이다. 즉 이 단계에서 "기본권"은 "입법목적"과 '목적 vs 목적'의 관계에 있지 않고, 이에 따라 '입법목적'이 (특히 '기본권'과의 관계에서) 뒤로 물러나는 일도 없게 된다. 관련된 내용은 주 49번을 참고할 것. 한편 '피해의 최소성'에 대한 판단이 경험적인 성격을 가진다는 점에 대해서는 가령 이준일, "헌법적 원칙으로서 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 접점과 차이", 296쪽; 이재홍, 앞의 논문, 91-92쪽.

44) Copi/Cohen/Rodych, *Introduction to logic*, Routledge, 2019, 82-84쪽.

45) 오해해선 안 되는 사실은, 오히려 이 경우 적합성원칙은 충족되기 어려워지는 게 아닌가 하고 의심해서는 안 된다는 것이다. 어차피 여기서 목적은 그 수단인 법률로부터 추론된 것이고, 이런 점에서 필요성원칙을 위반하기가 어려운 것 이상으로, 아니 필요성원칙과 비교한다는 게 무색할 정도로 적합성원칙을 위반하는 경우는 사실상 존재하기 어렵기 때문이다.

불구하고 피해의 최소성 원칙을 적용하는 것이 그것을 적용하지 않는 경우에 비해 분명 기본권이 침해되었다고 주장하는 사람들에게 유리하다는 점이다. 앞서 목적의 정당성 원칙이나 수단의 적합성 원칙이 그랬던 것처럼 말이다.[47]

Ⅳ. 법익의 균형성 원칙의 적용가능성 검토

그렇다면 이제 문제는 기본권이 침해되었다고 주장하는 사람이 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이나 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사하는 경우에도 '법익의 균형성 원칙'이 별 탈 없이 적용될 수 있는지 하는 것만이 남게 된다(물론 '이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권을 행사하는 경우 역시 같은 문제점을 안고 있지만, 이 경우는 문자 그대로 "같은 문제"이므로 이 글에서는 별도로 판단하지 않을 것이다). 하지만 당연하게도 이 질문은 매우 어리석은 것이다. '법익의 균형성 원칙'은 "서로 충돌하는 목적이나 이익을 합리적으로 형량할 것"을 명령하는 규범이라는 점에서, 좀 더 범위를 좁혀 말하자면, 이 원칙은 "기본권을 제한하는 수단은 비례적이어야만 한다"는 것을 내용으로 하는 절차적 정의로, 여기서 '비례적인 수단'이란 "기본권제한의 목적과 제한되는 기본권을 가장 균형 있게 또는 조화롭게 실현하는 수단"을 뜻한다는 점에서[48] '법익의 균형성 원칙'은 그 자체 '정당화(justification)의 공리'에 속하기 때문이다.[49]

---

46) 피해의 최소성 원칙은 이론적으로는 명쾌한 지침을 주지만, 다른 수단도 입법목적을 달성하기에 동등하게 적합한지나 국가가 선택한 수단이 기본권을 최소한으로 제한하는지 등을 판단함에 있어서는 많은 논란의 여지가 있기 때문에 이 원칙을 구체적 사건에 적용하는 데는 많은 어려움을 수반한다고 적절히 지적하는 경우는 한수웅, 헌법학, 496쪽.

47) 결이 조금 다르긴 하지만, "하나의 기본권을 보호하기 위해 … (이 기본권과 충돌하는) 다른 기본권에 부담을 지우는 국가작용의 적합성과 필요성에 대한 판단은 이미 어떤 기본권이 우선되어야 한다는 선판단을 전제로 하고 있다"라고 적절하게 지적하는 글로는 강일신, 실제적 조화 원칙에 관한 연구, 54쪽.

48) 인용문은 이준일, 헌법학강의, 351쪽.

49) 부연하자면, 이러한 사실은 '법익의 균형성 원칙'이 다름 아닌 '최적화를 명령하는 규범'이란 점에서 비롯된다. "법적 가능성과 사실적 가능성의 테두리 안에서 최선의 대안을 선택할 것"(이준일, 법학입문, 박영사, 2004, 137쪽)을 그 내용으로 하는 "최적화"(Optimierung)는, 이전부터 '비례원칙'이라 불리던 보편적인 법원칙이 요청하는 바와 다르지 않기 때문이다. 유사한 입장으로는 이준일, 같은 책, 137쪽; 한수웅, 헌법학, 490쪽. 이와 관련하여 '균형성원칙'을 서로 충돌하는 목적의 실현에 관한 '최적화 명령'으로 부를 수 있다는 견해는 이준일, 헌법학강의, 351쪽. 아울러 '원칙'(Prinzip)이 최적화가 필요한 규범이라는 점에 대해서는 같은 책, 328-329쪽. 따라서 만일 '균형성원칙'을, "목적 상호간의 충돌상황을 전제하여 이들의 조정을 통해 각자 최대

그렇다고 해서 '법익의 균형성 원칙'을 적용할 만큼 그 여건이 충분히 성숙하질 않은 것도 아니다. 이미 여러 번 강조했던 것처럼, (디케의 손에 들린) 저울의 한쪽 접시에는 기본권보장을 뒷받침하는 근거들(사익: p_1)이, 마찬가지로 다른 한쪽 접시에는 기본권제한을 뒷받침하는 근거들(공익: p_2)이 차곡차곡 쌓이게 됨으로써, 기본권보장을 지지하는 규범적 논증과 기본권제한을 지지하는 규범적 논증이 비로소 대등한 자격에서 자웅을 겨룰 수 있게 되는 곳도 다름 아닌 바로 이 법익의 균형성 단계이기 때문이다.[50] 상황이 이렇다면 앞서 제기되었던 질문은, 이를테면 다음과 같이 변형되어야만 한다. "혹시 급부권이 문제될 때는 방어권이 문제될 때와는 달리, 법익의 균형성 원칙이 제대로 혹은 면밀하게 적용될 수 없는 무슨 피치 못할 사정이라도 있는 것일까?"[51]

한 실현될" 것을 요청하는 해석규칙인 '실제적 조화의 원칙'과는 달리, 목적과 이를 달성하기 위한 수단이 균형을 이루고 있는지를 검토하는 해석규칙이라고 하거나(장영수, 헌법학, 홍문사, 2020, 108쪽), 또는 -결국 같은 말이지만- "차별목적의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사"(헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정)하는 척도라고 이해한다면, 그것은 결코 "정당화의 공리"일 수 없게 된다. 당연하게도, 이러한 이해에 따르면 법익의 균형성 원칙은, 그 말과 달리 '목적(p_1) vs 목적(p_2)'의 조화로운 해결이 아니라, '목적(p_2) vs 수단(m)'의 비례적인 해결, 이를테면 "고작 참새를 잡기 위해 대포를 쏠 순 없다"와 같은 한갓 '효율성'을 도모하는 방법론적 요청에 지나지 않게 되기 때문이다. 이와 관련하여 남아공 헌법재판소가, "기본권은 오직 필요한 경우에 한하여 제한될 수 있다"라는 헌법 규정에서 "필요한"이란 용어는 (매우) 다양한 의미로 해석되어왔지만, 그럼에도 불구하고 그러한 해석들은 모두 보장되어야(protected) 할 '권리'와 제한함으로써 달성하려고 하는 '목적의 중요함'의 비례관계에 초점을 맞추고 있다고 한 Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 결정(1996)에 대해서는 정영훈, "남아프리카공화국 헌법상 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 연구", 480-481쪽.

50) 이 점, 즉 '가능한 한, 사안과 관련된 모든 법적·사실적 가능성을 고려할 수 있는' 심사단계는 오직 법익의 균형성 단계밖에 없다는 점에서 '최적화'는 처음부터 '필요성원칙'을 적용하는 과정에서 요청될 수 있는 성격의 규범이 아니다. 이 점을 오해하고 있는 경우는 이부하, "국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙", 284쪽. 이와 관련하여 피해의 최소성 단계에서 기본권에 대한 제한의 강도가 판단된다고 할지라도, 이 단계에서는 대립하는 공익과 기본권이 정면으로 대면하지 않는다고 적절히 지적하는 글로는 강일신, 실제적 조화원칙에 관한 연구, 74쪽. 마찬가지로 과잉금지원칙의 적용단계 중 개별 기본권의 고유하고 특수한 내용이 고려될 수 있는 단계는 법익의 균형성 단계라는 서술은 문재완, 앞의 논문, 28-29쪽.

51) 특이하게도 보호권 혹은 기본권보호의무가 문제될 때는 이 권리가 '가해자-국가-피해자' 사이의 삼각관계를 전제한다는 점에서 '법익의 균형성 원칙'을 적용하는 게 가능하지만, 사회권은 그러한 관계를 전제하지 않으므로 구체적 상황에 따라서는 균형성원칙이 반드시 적용되어야 하는 것은 아니라는 견해(정문식, "과잉금지원칙과 과소금지원칙의 관계: 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법재판소 결정(2005헌마764등)과 관련하여", 법과정책연구 제9집 제1호, 한국법정책학회, 2009, 201쪽)가 있다. 하지만 -균형성원칙이 그 자체 '정당화의 공리'라는 점은 차치하고서라도- '과세'나 '징병'에서 확인할 수 있듯이, 어떤 권리가 삼각관계를 기초로 하는지 그렇지 않은지가 균형성원칙을 적용할 수 있는지 혹은 적용해도 되는지 등을 결정짓는 기준일 수는 없다. 이와 관련하여 칸트의 법 개념을 근거로, 법이 하는 일이라고는 결국 자유의 충돌을 해결하는 것일 수밖에 없다는 지적은 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 125쪽. 한편 자유권과 구별되는 평등권만의 특성 중 하나로 이 권리가 그 자체 '삼각관계'를 전제하고 있다는 점을 드는 경우는 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 47, 55-56, 77쪽.

1. 문제해결의 출발점: 자유권의 보장 수준과 논증 방법의 관계

다만 이 질문에 답하기 전에 필자가 어떤 틀을 가지고 이 질문을 바라보고 있는지를 간략하게나마 소개하는 게 도리일 것 같다. 종래 학설 및 판례와는 다른 견해를 제시하면서도, 이 견해가 어떤 생각을 배경으로 하는지, 그에 대한 별다른 설명 없이 논의를 전개한다면, 이 글을 읽는 사람들에게는 곤욕스러운 일이 될 것이며, 따라서 그것은 그들에 대한 예의가 아닐 것이기 때문이다. 물론 서론 이하 여러 군데에서 그러한 배경을 이러저러한 방식으로 표현하곤 있지만, 그것은 분명 독자에게나 필자에게나 만족스러운 게 못 된다. 따라서 이하에서는 우선 '자유의 원칙'을 통해 도달하고자 하는 규범적 상태, 보다 구체적으로 말하자면 자유권이 보장되어야 하는 수준은 어느 정도이고 또 어떤 모습이며, 또한 그것은 논증의 방법 및 강도와 어떠한 관계에 있는지를 간단하게나마 살펴보려고 한다.

1.1 기본권의 보장 수준: 최대한의 보장 vs 충분한 보장

다른 글에서 필자는 막스 플랑크(Max Planck)의 지동설에 관한 설명을[52] 예로 들며, 우리가 어떤 기준점을 채택하는지에 따라 대상에 대한 우리의 인식이 달라질 수 있다고 하면서, 이러한 사실은 우리로 하여금 '자유권 논증 → 평등권 논증'의 순으로 기본권이 침해되었는지를 판단하도록 이끈다고 했다. 무엇보다도 그 이유는 '자유의 원칙'과 달리, '평등원칙'을 적용하기 위해서는 일정한 기준점이 요구되는데, 정작 이러한 기준점을 훌륭하게 제시할 수 있는 절차적 정의가 바로 '자유의 원칙'이라는 것이었다. 좀 더 구체적으로 설명하자면, 평등원칙을 적용하는 과정에서 기준점이 되는 것은 어찌 됐든 법률일 수밖에 없고,[53] 따라서 어떤 법률이 기준점으로서 제 역할을 다하려면, 쉽게 말해 '불법 앞에 평등'이라는 잘못된 길로 들어서지 않기 위해서는 기준점이 되는 그 법률은 자유권을 침해하지 않는다는 사실이 전제되어야만 한다는 것이다.[54]

---

52) 플랑크의 설명은 H. Kelsen, 변종필/최희수 옮김, 순수법학 제2판, 길안사, 1999, 507-508쪽.

53) 이와 관련하여 평등권을 행사하거나 평등원칙을 적용하는 과정에서 "어떤 종류의 사람들이 비교되어야 하는지를 지시하는 건 다름 아닌 구성요건"이라고 주장하는 견해는 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 73-74쪽 참고. 또한 마찬가지로 어떤 '비교기준'이 선택되는지 못지않게, 어떤 '비교집단'이 선택되는지 하는 것도 비교되는 대상의 같고 다름을 결정한다고 주장하는 문헌은 같은 논문, 65쪽.

54) 곧바로 관련지을 순 없지만, 헌법재판소 역시 이와 유사하게 다음과 같이 말한다. "특정 범죄에 대한 형벌이 그 자체로는 책임과 형벌 간의 비례원칙을 위반하지 않더라도, 죄질과 보호법익이 유사한 범죄에 대한 형벌과

문제는 너무나도 당연해 보이는 이 사실이 헌법재판소에는 타당하지 않다는 것이다. 왜냐하면 자유권 침해 여부를 판단한 뒤 그에 따라 수정된 법률, 예컨대 자유권을 침해하는 법률 A가 아닌, '자유의 원칙'에 따라 수정된 법률 B를 기준점으로 삼아 이와 구별되는 법률 C와의 관계에서 '평등원칙'을 적용할 수 있는 권한은 오직 입법자에게만 속하기 때문이다. 만일 그렇지 않다면, 그래서 가령 헌법재판소가 '자유의 원칙'을 적용하여 수정된 입법대안 B를 기준점으로 삼아 법률 C와의 관계에서 '평등원칙'을 적용하는 식으로 재판을 진행한다면, 헌법재판소는 자신의 권한을 넘어서는 게 된다. 그 이유는 당연하게도, 가공의 법률 B를 기준점으로 삼아 평등원칙을 적용하는 것은 결코 '심사' 내지 '통제'라고 평가될 수 없고, 따라서 그것은 다소 과격하게 말하자면, 헌법재판소가 법률을 대놓고 제정하겠다고 선언하는 것과 다르지 않기 때문이다.[55]

이것은 결국 국회와 헌법재판소에게 '헌법'이 각각 다른 의미를 지닌다는 사실을 말해준다. 그것은 바로 "헌법은 법률로 구체화된다"는 점에서 국회에게 '설계의 기준'이 되는 것도, 마찬가지로 "법률은 헌법에 의해 정당화된다"는 점에서 헌법재판소에게 '통제의 기준'이 되는 것도 '헌법'으로 똑같지만,[56] 정작 "헌법"은 입법기관인 국회에게는 '설계'의 기준이 되는 데 반해, 사법기관인 헌법재판소에게는 '통제'의 기준이 된다는 점에서 그 구속의 방식은 -즉 구속의 '강도'가 아니다- 다르다는 것이다. 물론 이 결론은 "구속의 강도가 아니다"라는 말로 분명하게 표현하고 있듯이, '행위규범・통제규범 이원론'에 근거하는 게 아니다. 즉 그것은 '입법형성의 자유'나[57] '사법 자제'와 같은 관념에 따른

비교할 때 현저히 형벌체계의 균형성을 잃은 것이 명백한 경우에는 … 평등원칙에 반하여 위헌이라 할 수 있다." 헌법재판소 2019. 7. 25. 선고 2018헌가7등 결정.

55) 이와 관련하여 "제품검사는 생산이 아니다"라는 표현은 K. Schlaich, 정태호 옮김, 독일 연방헌법재판소: 지위・재판절차・재판 제4판, 헌법재판소, 1999, 356쪽.

56) 인용문은 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 101쪽.

57) 이와 관련하여 '입법형성의 자유'는 (그 자체) 입법에 대한 헌법재판의 한계를 의미한다는 설명으로는 표명환, "헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계", 법과 정책 제26집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020, 205쪽. 같은 맥락에서 "입법형성의 한계는 헌법재판의 시작을 의미한다"라는 표현은 표명환, "입법통제에 있어서 헌법재판의 기능적 한계", 유럽헌법연구 제32호, 유럽헌법학회, 2020, 317쪽. 이와 달리 "국가권력의 헌법 기속성이 일반적으로 인정되고 있는 현대헌법 체제하에서 입법자의 모든 입법영역은 헌법을 심사규범으로 하는 헌법재판의 심사대상이 되며, (이런 점에서) 헌법재판의 심사로부터 자유로운 입법영역은 존재할 수 없다"라는 표현은 표명환, "입법형성의 자유와 헌법재판의 한계: 독일에서의 논의와 헌법재판소의 판례 분석을 중심으로", 국제법무 제12집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020, 141쪽. 하지만 같은 곳에서 저자는 재차 다음과 같이 쓰고 있다. "입법형성의 한계는 입법자의 형성의 자유가 끝나는 곳에 존재하며, 이는 곧 헌법재판이 시작되는 출발점을 의미한다. 따라서 입법형성의 자유는 헌법재판의 한계를 의미한다." 이에 반해 '입법형성의 자유'는 충분히 규범적으로 정초되어 있는 게 아닐 뿐만 아니라, 심지어 아무런 구조도 가지고 있지 않다면서, 그것은 실제로/결국 헌법재판소가 확정하는 해당 기본권의 효력 범위의 이면에 불과하

것이 아닌데,[58] 왜냐하면 이 "그 구속의 방식은 다르다"라고 하는 결론은 어디까지나 헌법이 국회와 헌법재판소에게 부여한 입법권과 사법권이라는 서로 다른 권한에서 비롯된 '기능법적 한계'(funktionell-rechtliche Schranken)에 따른 것이기 때문이다.[59]

아울러 이러한 "한계"는 곧바로 다음과 같은 문제를 일으킨다. 우리는 흔히 기본권을 최대한으로 보장해야 한다고 말하곤 하는데, 정작 "최대한의 보장"은 방금 확인한 것처럼 오직 입법자만이 성취할 수 있고, 이에 따라 우리는 헌법재판소를 상대로 기본권을 최대한으로 보장하라고 명령할 수 없게 되는 것이다. 이유는 단순하다. 제아무리 헌법재판소라고 하더라도 자신에게 부여되지 않은 권한("'자유의 원칙'을 적용하여 수정된 입법대안 B를 기준점으로 삼아 법률 C와의 관계에서 '평등원칙'을 적용하는 일")을 행사할 순 없기 때문이다. 그 결과 법률을 설계하는 단계에서는 '최대한으로' 보장되어야 했던 기본권이, 법률을 통제하는 단계에 진입하면 '충분하게' 보장되어야 하는 규범으로 그 성격이 바뀌게 된다. 말하자면 그 지위가 격하되고 마는데, 이를 좀 더 구체적으로

다는 지적은 김문현/김주환/임지봉/정태호, 앞의 책, 60쪽.

58) '행위규범 · 통제규범 이원론'에 대해, "그 준수 여부를 통제할 수도 없고, 통제해서도 안 되는 규범적 내용이란 결국 '효력' 없는 규범에 불과하다"라는 비판은 최희수, "헌법재판의 기능적 한계: 독일의 논의를 중심으로", 안암법학 제43호, 안암법학회, 2014, 326쪽. 같은 맥락에서 '사법 자제 이론'을 비판하며, 권한을 자제하는 것은 권한의 존재를 전제하는 것이므로, 부여된 권한을 행사하여야 할 자가 이를 행사하지 않은 것은 곧 권한의 유월이라는 무어스빅(Dietrich Murswiek 1982)의 지적은 표명환, "입법형성의 자유와 헌법재판의 한계", 149쪽. 이와 관련하여 참고할 만한 이론으로는 켈젠의 '종된 규범 · 주된 규범 이분론'이 있을 텐데, 이 이론에 대해서는 최봉철, 현대법철학: 영어권 법철학을 중심으로, 법문사, 2007, 49-50쪽.

59) 따라서 필자의 체계에서 '민주주의'는 '권력분립의 원리'와는 달리, 위헌법률심판과 같은 규범통제제도를 부정해야 한다는 주장을 뒷받침하는 근거(가령 "권위가 법을 만든다")일 뿐, 규범통제제도가 긍정되는 한(가령 "정의가 법을 만든다") 통제의 강도를 결정하는 근거일 순 없다. 그 결과 여기서 민주주의는 '사안의 난이도'와 같은, 이와 더불어 '신속한 재판'이나 '소송경제' 등과 같은, 형량의 강도를 조절하는 무엇이 아니고, 고작 형량 과정에서 비중의 문제로 다뤄지는 무엇에 지나지 않는데, 그 이유는 '헌법불합치 결정'에서 보듯이, 민주주의는 언제든 형량의 대상 중 하나인 '법적 안정성'으로 환원될 수 있기 때문이다. 이와는 달리 보호의무의 주체가 집행부일 때는 입법부일 때보다 더 강화된 통제밀도가 적용되어야 한다는 견해로는 김현철, "기본권보호의무론에 관한 몇 가지 쟁점", 세계헌법연구 제26권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2020, 49쪽; 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2008헌마419등 결정(미국산 소고기 수입위생조건 고시 사건에서 재판관 송두환의 위헌의견). 한편 헌법재판의 한계를 설정하려는 시도인 실체법설과 기능법설, 그리고 그 외 나머지 학설에 대한 소개와 평가는 김문현/김주환/임지봉/정태호, 앞의 책, 25-39쪽; 표명환, "입법형성의 자유와 헌법재판의 한계", 143-150쪽; K. Schlaich, 앞의 책, 349-375쪽. 특히 표명환은 같은 논문에서 실체법설과 기능법설을 각각 헌법규범의 규율밀도에 비중을 두어 헌법재판의 한계를 설정하는 견해와 실체법적 관점보다 헌법의 기능질서에 근거하여 헌법재판의 한계를 구하는 견해라고 하면서(143쪽), 실체법설과 기능법설의 적용에 있어서 가장 근본적인 차이를 입법형성의 한계와 헌법재판의 통제기준이 일치하는지 하는 데 있다고 설명하고 있다(153쪽). 더불어 기능법적 한계론과 '사법 자제 이론'의 차이에 대해서는 최희수, 앞의 논문, 311-312쪽; 표명환, "입법통제에 있어서 헌법재판의 기능적 한계", 319-320쪽.

설명하자면 다음과 같다.

'최대한의 보장'은 문자 그대로 기본권을 최대한(maximum)으로 보장할 것을 요청한다.[60] 따라서 누군가가 어떤 (입법)대안이야말로 기본권을 최대한으로 보장하는 법률이라고 말할 수 있으려면, 그것은 단지 문제된 법률보다 기본권을 더 효과적으로 보장하는 법률이라는 점을 밝히는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 다른 모든 대안적 수단들 가운데서도 기본권을 가장 효과적으로 보장하는 법률이라는 점마저도 반드시 논증해야만 한다. 하지만 이 결론은 오직 입법자에만 타당하다. 법률을 '제정'할 권한이 아닌 (입법자에 의해) 이미 제정된 법률을 '심사'할 권한만을 갖는 헌법재판소는, 처음부터 기본권을 최대한으로 보장할 수 있는 위치에 있지 않기 때문이다.[61] 이에 따라 헌법재판소는 자신에게 부과된 과제의 초점을, "문제된 법률이 진정 기본권을 가장 효과적으로 보장하는 법률인 게 맞는지" 하는 데서 "문제된 법률보다 기본권을 더 효과적으로 보장하는 입법대안이 도대체 있긴 한 것인지"로 옮기게 되고, 또한 이 질문에 답변함으로써 자신이 맡은 바를 다하게 된다.[62]

---

60) 여기서 하나만 지적하자면, 원칙(Prinzip) 규범으로서 기본권 그 자체는 '완벽한(perfect) 보장'을 추구한다는 점이다. 왜냐하면 '원칙'을 -주 14번에서 보듯이- "현실적 가능성의 영역을 고려하지 않은 채 과잉된 어떤 것을 잠정적으로 요구하는"(이준일, 헌법학강의, 775쪽) 규범이라고 이해하는 한, 그래서 이러한 유형의 기본권을 '이상적 당위'(ideales Sollen)로 파악하는 한, "기본권"은 그 자체 "가능한 범위 안에서 최대한으로 (보장되어야 한다)"(헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정)를 그 내용으로 하는 '최대한의 보장'과는 전혀 어울리지 않는 개념이 되기 때문이다. 당연하게도 이 사실은 "그 보호의 정도가 … 이상적인 수준에 미치지 못한다고 하여"(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정) 그것이 곧 "보호조치가 헌법이 명한 최소한의 수준을 넘었는지"를 심사하는 기준인 '과소금지원칙'으로 귀결되는 것(이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 249-250쪽)이 아님을, 바꿔 말해 'If 현실적 당위(reales Sollen), then 최소한의 보장'이란 도식이 성립하게 되지는 않음을 분명하게 보여주는 것이기도 하다.

61) 이런 점, 말하자면 '폐지'(있는 것을 없게 함)와 '보충'(없는 것을 있게 함)은 엄연히 구별되는 행위라는 점에서 다음과 같은 견해, 즉 "법률의 무효선언을 통해 위헌적인 문구를 제거하는 결정과 입법적 공백을 읽어 보충하는 결정은 입법이 재판부의 결정에 의하여 변형된다는 점에서는 실질적으로 같다"라는 식의 주장은 도무지 받아들여질 수가 없다. 인용문과 그 의미에 대해서는 전은주, 남아프리카공화국의 평등심사기준: 차별금지와 적극적 평등실현조치를 중심으로, 비교헌법연구, 헌법재판연구원, 2019, 19-20쪽.

62) 이런 점에서 권력분립의 원리와 민주주의를 근거로 삼아, "만일 헌법재판소에 의한 심사기준을 입법자에 대한 헌법의 요구와 일치시킨다면, 이는 바로 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단에 의해 결정되는 것을 의미하며, 결과적으로 헌법재판소가 입법자를 물리치고 정치적 형성의 최종적 주체가 됨으로써 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서에 반하게 된다"(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110 결정의 4인의 합헌의견)라고 하는 식의 우려는 그저 억지에 불과하다. 본문에서 확인한 것처럼, 애초에 "만일 … 일치시킨다면"이라는 조건이 충족될 수 없기 때문이다. 이와 관련하여 참고할 만한 판례로는 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정(양심적 병역거부 사건); 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정(남성징병제 위헌확인 사건). 더욱이 "일치시킨다" 하더라도 "공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단에 의해 결정되는 것"(①)을 의미하지 않으며, 또한 "결과적으로 헌법재판소가 입법자를 물리치고 정치적 형성의 최종적 주체가 되는

1.2 충분한 보장의 원칙과 심사의 방법 및 강도

그런데 이렇게 얘기하는 데는 조금 다른 이유도 있다. 어쩌면 방금 말한 것("헌법재판소는 처음부터 기본권을 최대한으로 보장할 수 있는 위치에 있지 않다")보다 훨씬 더 중요한 이유일 수도 있는데, 그것은 다름 아닌 만일 자유권에 대한 제한을 정당화하는 과정에서 혹은 정당화함으로써 자유권이 최대한 보장되고 있다고 판단했다면, 정작 평등권이 침해되었는지를 심사할 이유가 아예 없어지는 기묘한 상황에 이르게 된다는 것이다. 이처럼 사안과 관련된 모든(!) 법적 가능성과 사실적 가능성을 이미 다 고려했는데, -심지어 평등권의 대상도 결국 자유(권)일 수밖에 없는데[63]- 단순하게 말해 모든 가용자원을 이미 소진해 버렸는데, 그래서 이제는 그 어떤 대안도 남아 있질 않은데, '평등원칙'을 적용함으로써 기대할 수 있는 게 도대체 뭐가 있겠느냐는 말이다. 상황이 이와 같다면, 평등원칙은 '내용적 차원의 정당화'에서 누렸던 자신만의 독자적인 지위를 상실하게 된다. 왜냐하면 여기서는 평등원칙이 (혹은 그 역할이) 고작/순전히 '법률 앞에 평등'(Gleichheit vor dem Gesetz), 곧 '합법성'(Legalität)과 같은 의미로 이해되고 있기 때문이다.[64)65)]

것"(②)도 아닌데, 어디까지나 헌법재판소는 "(심판대상인) A 법률은 무효다"라고 할 수 있을 뿐, "이제부터는 입법대안인 B가 법이다"라고 선언할 권한이 없을 뿐만 아니라(②), 심지어 이조차도 소가 제기되어야 비로소 행사될 수 있는 수동적인 성격을 가진 권한에 불과하기 때문이다(①).

63) 이러한 사실을 분명하게 드러내고 있는 조항으로는, 가령 헌법 제31조 제1항 "능력에 따라 균등하게 교육받을 권리가 있다". 마찬가지로 유럽인권협약 제14조 '차별금지'는 "어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다"라고 규정하고 있다. 유사한 조항으로는 남아공 헌법 제9조(평등) 제2항 제1문. 같은 맥락에서 평등이란 결국 자유와 권리의 평등을 의미한다는 서술로는 이준일, 차별 없는 세상과 법, 홍문사, 2012, 32쪽. 다만 여기서 오해해선 안 되는 사실을 하나만 지적하자면, 평등권의 '보호영역으로서의 자유'와 평등권의 '대상으로서의 자유'를 혼동해선 안 된다는 점이다. 왜냐하면 전자는 동등하게 대우받거나 차등하게 대우받을 자유 등을 지칭하는 데 반해, 후자는 동등하게 대우받을 권리 등이 대상으로 하는 자유, 이를테면 헌법재판소가 "차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우 … 비례원칙에 의한 심사를 하여야 한다"(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2018헌마46 결정)라고 말할 때, 바로 이 "관련 기본권"을 지칭하는 표현이기 때문이다. 한편 이러한 '관련 기본권'에는 자유권적 기본권만이 아니라 참정권, 절차권, 사회권 등과 같은 권리도 포함된다는 견해로는 김하열, 앞의 책, 346쪽.

64) 가는 길이 전혀 다르긴 하지만, 웨스턴(Peter Westen 1982)은 "같은 건 같게, 다른 건 다르게"라는 아리스토텔레스의 정식이 공허하다고 하면서 그 이유로 평등은 권리의 도움 없이는 아무것도 독자적으로 결정할 수 없고, 또 권리의 내용이 확정되고 나면 평등은 무의미하고 무용하다는 점을 지적한다. 정주백, "아리스토텔레스 정식 비판", 헌법논총 제27집, 헌법재판소, 2016, 145쪽. 또한 그가 평등조항이 가질 수 있는 내용은 평등 이외의 다른 가치 기준, 즉 일반적인 권리의 내용 속에 논리적으로 이미 포함되어있다고 한 데 대해서는 김해원, 기본권심사론, 박영사, 2018, 398쪽.

65) 익히 알려진 대로, 비슷한 문제가 '비례원칙'과 '본질내용 침해금지 원칙' 사이에서도 발생한다. 즉 '최대한의

이러한 생각에 따라 이 글에서 '최적화'는, 그래서 '법익의 균형성 원칙'은 '최대한의 보장'이라는 기본권이 보장되어야 하는 특정한 수준과는 직접적인 관련이 없게 된다. 즉 법익의 균형성 원칙은 '최대한의 보장'과는 오직 간접적으로만 관련을 맺게 되고, 이런 점에서 '최적화'는 이제 법률을 설계하거나 통제하는 방법과 같은 논증의 방법으로만, 바꿔 말하자면, '형량의 대상'과 관련을 맺는 '형량의 방법'으로만 이해된다(물론 이 경우 역시 '법익의 균형성 원칙'에서 핵심이 되는 것은 여전히 '목적 vs 목적'의 조화로운 해결임은 당연하다). 좀 더 범위를 좁혀 말하자면, '통제 방법'으로서 '최적화'는 이제 자유권이 충분히 보장되고 있는지, 또한 마찬가지로 평등권이 충분히 보장되고 있는지 하는 것만을 겨냥하게 된다는 것이다.

나아가 이 결론은 '최적화'가 반드시 '엄밀한 논증'으로 이어지는 것은 아니라는 점을 말해주는 것이기도 하다. 이처럼 최적화가 그 자체 '논증의 방법'으로 이해된다면, '최적화'가 의도하는 바는 어디까지나 '타당한 논증'("제대로")이지, 결코 '엄밀한 논증'("면밀하게")일 수 없기 때문이다.[66] 이에 따라 '최적화'의 의미도 일정 부분 수정된다. 이미

보장'을 추구하든 '충분한 보장'을 추구하든 비례원칙을 적용한 결과는, 본질내용 침해금지 원칙이 요구하는 기본권의 보장 수준을 상회하기 마련이고(이와 관련하여 "그 본질적인 내용은 침해가 없을지라도 … 과잉금지의 원칙에 위반되어서는 안 된(다)"고 한 판례는 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정), 따라서 비례원칙을 먼저 적용하는 한, 그래서 기본권을 침해한다는 결론이 나오든 그렇지 않든, 본질내용 침해금지 원칙을 별도로/순차적으로 적용할 이유가 없다는 것이다. 물론 이 경우 자유권에 대한 제한이 작위의 형태로 이루어지든 부작위의 형태로 이루어지든, 그래서 문제되는 권리가 방어권이든 급부권이든 그 결론이 달라지는 것은 아니다. 즉 이 두 원칙이 '포함관계'에 있다는 사정은 달라지지 않는데, 예컨대 비례원칙을 적용하여 100만 원을 지원하여야 한다는 결론이 도출되었다면, 굳이 본질내용 침해금지 원칙을 적용하여 30만 원을 지원해야 하는지를 알아볼 필요는 없다는 것이다. 이 점을 오해하고 있는 경우로는 김해원, 앞의 책, 535쪽. 한편 '본질내용 침해금지 원칙'과 '과소금지원칙'은 동일시될 수 없다면서, 그 이유로 전자는 후자와 달리 형량을 허락하지 않기 때문이라고 하는 견해(이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 274쪽)는 이와는 조금 다른 측면에서 문제가 있다. 왜냐하면 그게 무엇이든 '(개별 사안에서 확인된) 본질적 내용'은 제한하는 순간 침해가 되어버린다는 점에서 결코 '형량의 대상'일 순 없지만, 정작 형량하지 않고서는 그러한 "본질적 내용"이 무엇인지를 구체적으로 확인하기 어렵다는 점에서(이와 관련하여 "어떤 규범이 형량 없이 적용될 수 있다면, 그 규범은 규칙(Regel)으로 완벽한 것"이라는 문구는 R. Alexy, 기본권이론, 170쪽), 좀 더 단호하게 얘기하자면, 이렇든 저렇든, 그래서 가령 제37조 제2항에 규정된 "본질적인 내용"이 '불확정 법개념'(unbestimmter Rechtsbegriff)으로 이해되든 그렇지 않든, "(개별 사안에서 확인된) 본질적 내용" 그 자체는 어차피 '형량의 결과'일 수밖에 없다는 점에서("'법익의 균형성 원칙'은 그 자체 '정당화의 공리'에 속한다") '본질내용 침해금지 원칙'만이 아니라 "본질적 내용" 그 자체도 결코 형량과 무관한 게 아니기 때문이다. 이와 더불어 "변하는 것은 필수품을 구성하는 구체적인 항목이지, 필수품이란 개념 그 자체는 아니다"라는 서술은 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 158-159쪽. 같은 맥락에서 "변하는 모든 것들은 변하지 않는 무언가를 반드시 전제할 수밖에 없다"라는 지적은 정해성, "정의, 법률의 효력근거", 91쪽.

66) 부연하자면, 매우 키가 큰 사람은 누가 봐도 키가 큰 사람이기도 하듯이, "입법 내용이 현저히 불합리"하면, 좀 더 정확하게 말해 법률의 내용이 매우 불합리하다면, 그것은 곧 "헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를

앞에서 얘기했던 것처럼, 그 수정된 의미란 바로 기본권을 충분하게 보장하는 법률인지가 확인되었다면, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 법률인지 아닌지, 같은 이유로 기본권을 충분하게 보장하는 입법대안에는 도대체 어떤 것들이 있는지, 또 기본권을 최대한으로 보장하는 입법대안은 과연 무엇인지 하는 것들과 무관하게, 그것만으로도 입법행위나 그에 따른 결과인 법률에 대한 통제는 부족함이 없다는 것이다.[67][68] 말하자면 '최적화'는, 그래서 '법익의 균형성 원칙'은 기본권이 충분하게 보장되고 있는지를 밝히

명백히 일탈"한 것이기도 하기 때문이다(인용문은 헌법재판소 2022. 2. 24. 선고 2019헌마883 결정. 표현이 "정확하게 말해" 이하로 바뀐 이유에 대해서는 "현저히 형벌체계의 균형성을 잃은 것이 명백한 경우에는"(헌법재판소 2019. 7. 25. 선고 2018헌가7등 결정)과 같은 판례의 표현을 참고할 것). 물론 이 경우 입법 내용의 "현저히 불합리함"(혹은 국가가 취한 조치가 피해자를 보호하기에 '매우 불충분함')이 아닌 '불합리함'(같은 맥락에서 '불충분함') 그 자체가 위헌판단의 기준이어야 하는 것이지만 말이다. 그런데 이 결론은 역설적으로 기본권을 제한하는 강도와 그러한 제한을 통제하는 강도가 오히려 반비례적인 관계에 있을 수 있음을 시사하는 것이기도 하다. 이 점은 '단계이론'을 통해 쉽게 확인되는데, 왜냐하면 이 이론은 직업의 자유(헌법 제15조)에 대한 '제한의 강도'가 커짐에 따라 제한을 뒷받침하는 '공익의 비중' 역시 그만큼 더 클 것이 요구된다는 사실을 함축하고 있고(이준일, 헌법학강의, 641-642쪽), 이 사실은 곧 기본권에 대한 제한이 중대할수록("매우 키가 큰 사람") 그러한 제한이 정당하지 않은 제한, 곧 '침해'라는 점을 밝혀내기가 그만큼 수월해진다("키가 크다는 점이 명백하다")는 생각을 암묵적으로, 하지만 동시에 선명하게 표현하고 있기 때문이다. 이와 관련하여 "관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우 기본권의 본질적 내용에 가까운 제한을 의미(한다)"라는 서술은 김문현/김주환/임지봉/정태호, 앞의 책, 274쪽. 이와 더불어 "법률이 개인의 핵심적 자유영역 … 을 침해하는 경우 … 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명・입증해야 할 책임을 진다"라고 한 판례(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76등 결정)도 참고할 것.

67) 조금 다른 맥락에서 서술된 것이긴 하지만, 판결문은 학술논문이 아니고, 따라서 내용에 대한 섬세한 정당화를 요구하지 않는다면서, 그런 식의 이론적 정당화는 법원의 과제에 속하지 않으며, 이 점은 설령 법률문제에 관한 종국적 결정을 내리는 상고심인 연방재판소의 경우에도 마찬가지라는 지적은 W. Hassemer, 배종대/윤재왕 옮김, 범죄와 형벌, 나남, 2011, 112쪽. 마찬가지로 다른 맥락에서 얘기하는 것이지만, "모든 것을 정당화할 필요는 없으며, 오직 그 어떤 것에 대한 의문이 근거가 있는 경우에만 그에 대한 정당화가 요구된다"라는 서술은 R. Alexy, 법적 논증 이론, 246쪽. 이와 더불어 관련된 모든 현상을 깨끗하게 설명하는 자폐성을 지닌 법칙에는 도달하기 힘들다면서, 심지어 그러한 의미의 완전성을 추구하는 게 설명의 본성을 옳게 이해하는 것도 아니라는 헴펠(Carl G. Hempel 1970)의 지적(안건훈, 자유의지와 결정론, 집문당, 2006, 227쪽)도 참고할 것.

68) 그 결과 '증명책임'(objektive Beweislast)이 요구되는 경우 역시 기본권을 충분하게 보장하는 법률인지 그렇지 않은 법률인지가 불분명할 때로 한정되게 된다. 이를 다시 '자유권'에 적용하면, 최적화가 종료된 시점에서도 디케의 저울이 어느 한쪽으로 기울어졌는지가 명확하지 않을 때에는 자유권을 충분하게 보장하지 않는 법률이라고, 그래서 자유권을 침해하는 법률로 평가된다는 것이다. 이 점은 행사되는 권리가 '보호권'이더라도 예외가 아닌데, 설사 보호권이 '자유에 유리하게'라는 법언과 친하지는 않을지언정, 국가에 의해 자유권이 제한되고 있다는 사실만큼은, 좀 더 정확하게 말해 기본권과 그에 대한 제한이 '원칙과 예외'의 관계에 있다는 점만큼은 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이나 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제되는 경우와 조금도 다를 바가 없기 때문이다. 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 125-126쪽 참고.

는 것으로써 자신의 소임을 다한다는 것인데, 그 이유는 간단하다. 그것은 바로 "수단을 결정하는 것은 다름 아닌/어디까지나 목적"이기 때문이다.[69]

1.3 자유권의 충분한 보장: '너무 많지도 적지도 않은 (불)이익'

내친김에 '자유의 원칙'이 '평등원칙'과 맺는 관계를 좀 더 들여다보기로 하자. 앞서 말한 것처럼, 우리가 '자유권 논증 → 평등권 논증'의 순서로 기본권을 침해하는 법률인지를 판단하고자 한다면, '자유의 원칙'을 적용한 결과인 자유권이 충분하게 보장된 상태는 그 자체 '평등원칙'을 적용할 수 있는 여지를 제공해야만 하고,[70] 이에 따라 우리는 자유권이 충분하게 보장된 상태가 어찌 됐든 하나의 '점'으로 표시되어서는 안 된다는 결론에 이르게 된다.[71]

이를 위해서는 '자유권을 과도하게 제한하는 것은 아니다'라는 말이 도대체 무엇을 뜻하는지 확인해볼 필요가 있다. 당연하게도 '자유권이 충분하게 보장된 상태'란, 단순하게 말하자면 '그 법률은 자유권을 침해하지 않는다', 곧 '자유권을 과도하게 제한하진 않는다'라는 것을 뜻하기 때문이다. 여기서 마지막 문구인 "자유권을 과도하게 제한하진

---

69) 같은 이유로 '최적화'를 수행하는 주체가 입법자이고, 따라서 최적화가 의도하는 기본권의 보장 수준이 '최대한의 보장'이라면, 본문의 표현은 다음과 같이 바뀌게 된다. "기본권을 최대한으로 보장하는 법률이라는 점이 밝혀졌다면, 그것으로 최적화는 자신의 임무를 마치게 된다."

70) 이와 관련하여 '자유의 원칙'과 '평등원칙'이 '내용적 차원의 정당화'에서 수행하는 역할을 '이중의 잠금장치'라고 묘사한 글로는 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 162-168쪽.

71) 이처럼 자유의 원칙을 적용한 결과가 점으로 표시되어서는 안 되는 이유는, 평등원칙을 적용할 여지를 남겨둬야만 하기 때문이지, '법익의 균형성 원칙'을 통해 관련된 법익이 조화되는 한 점을 찾는다는 의미에서 소위 '일치설'을 일관하면, "입법자는 보호의무 사안에서 법개정을 할 헌법적 권한이 박탈되기 때문"(이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 272쪽)인 것은 아니다. 이 견해는 다른 측면에서도 문제가 있는데, 여기서 최적화(F)는 특정한 사건만을 다룬다는 점에서("사안과 관련된") 최적화에 따른 결과인 r은 그저, 이를테면 베버가 이해하는 '근대 유럽 산업자본주의에서 칼뱅주의가 갖는 위상'과 같은 성격을 지니기 때문이다. 즉 하나의 경향만을 보여줄 뿐, 전혀 확장력이 없다. 좀 더 쉽게 말하자면, 유사한 사건만 있을 뿐 똑같은 사건은 하나도 없고, 이에 따라 관련된 원칙(p)들만이 아니라 그 비중도 달라지므로, 형량을 통해 하나의 조화점에 이르더라도, 법률을 개정할 입법자의 권한을 침해하게 되는 건 아니라는 것이다(더욱이 합헌/기각 결정은 기속력도 없다. 헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제1항 및 제6항). 이와 관련하여 "과소보호금지원칙에서 말하는 보호의무 이행을 위하여 포기할 수 없는 요구수준은 일률적으로 확정할 수 없기 때문에 구체적인 보호법익의 종류, 의미와 비중, 그 법익에 대한 위해의 종류와 정도를 종합적으로 고려해서 구체적으로 확정해야 한다"라는 표현은 이민열, 같은 논문, 273쪽. 유사한 입장은 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마730 결정. 한편 베버의 이해는 M. Weber, 김덕영 옮김, 프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신, 도서출판 길, 2015, 563-564쪽; 정해성, "자유, 규범의 목적(2): 결정론적 세계관과 법률", 법학연구 제65집, 전북대학교 법학연구소, 2021, 44쪽.

않는다"를 자유권의 기능인 '방어권'과 '급부권'에 적용하면, 먼저 전자는 "'이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권을 행사하는 사람의 자유권을 지나치게 많이 제한하는 것은 아니다"와, "'불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권을 행사하는 사람의 자유권을 지나치게 많이 제한하는 것은 아니다"라는 문장으로 각각 표현할 수 있고, 다음으로 후자는 "'이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사하는 사람의 자유권을 지나치게 많이 제한하는 것은 아니다"와, "'불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사하는 사람의 자유권을 지나치게 많이 제한하는 것은 아니다"라는 문장으로 각각 표현할 수 있다. 이 문장들을 다시 법률효과에 규정되어있는 '이익'과 '불이익'을 중심으로 단순화하면, '이익이 너무 많은 것은 아니다'와 '이익이 너무 적은 것은 아니다'로, 마찬가지로 '불이익이 너무 많은 것은 아니다'와 '불이익이 너무 적은 것은 아니다'로 유형화할 수 있고, 이러한 사실은 결과적으로, '자유의 원칙'을 적용함으로써 나타나게 되는 자유권이 충분하게 보장되는 상태가 일정한 '구간'으로 표시될 것이란 점을 분명하게 보여준다. 당연하게도 "(불)이익이 너무 많은 것은 아니다"와 "(불)이익이 너무 적은 것은 아니다"는 단지 양립할 수 있을 뿐, 서로 같은 의미를 갖는 표현은 아니기 때문이다.[72]

이러한 사실은 또한 '자유권이 충분하게 보장된 상태'가 '(불)이익이 너무 많지도 않고, 그렇다고 해서 너무 적지도 않게 주어진 상태'와 동일시될 수 있다는 점을 말해주는 것이기도 하다. 왜냐하면 다름 아닌 바로 이 상태가, 예컨대 '가해자의 자유권'을 지나치게 많이, 즉 '과도하게 제한'하는 것도 아니고, 마찬가지로 '피해자의 자유권'을 지나치게 많이, 즉 '과도하게 제한'하는 것도 아니라는 의미에서 가해자의 자유권과 피해자의 자유권이 모두 충분히 보장되고 있는 상태라고 할 수 있기 때문이다. 그 결과 어떤 법률효과에 규정되어있는 (불)이익이 '너무 많지도, 적지도 않은 (불)이익' 사이 어딘 가에 위치하고 있다면, 우리는 그 어떤 법률을 자유권을 충분히 보장하는 법률이라고 평가할 수 있게 된다.[73]

---

72) 이 점은 "법률효과가 귀속되는 어느 누군가에게 유리한 국가의 행위('1로 나아감')가 곧 그와 다른 누군가에게는 불리한 행위('-1로 나아감')이면서 그 역도 마찬가지인 경우", 이런 의미에서 "이해관계가 대립하는 사람들의 기본권이 동전의 양면을 이루고 있는 경우"(인용문은 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 127-128쪽)에도 그대로 타당하다. 예컨대 '너무 많지도 않고, 그렇다고 해서 너무 적지도 않은 (불)이익'이 '40만 원 ≦ x ≦ 60만 원'이라고 했을 때, 문제된 법률이 45만 원만을 채권(즉 채무)으로 인정하고 있다면, 그 법률은 채권자의 재산권을 침해('너무 적은 이익')한 것도 아니고, 그렇다고 해서 채무자의 재산권을 침해('너무 많은 불이익')한 것도 아니기 때문이다.

73) 만일 이와 달리, '너무 많지도, 적지도 않은 (불)이익이 주어진 상태' 그 자체가 아닌, '너무 많지도, 적지도 않은 (불)이익이 주어진 상태 중 특정한 어떤 상태'를 자유권이 충분하게 보장된 상태라고 한다면, 우리는

혹여 누군가는 여기서 "너무 적어서는 안 된다"라는 표현이, 설령 부분적일지라도 '최소한의 보장'이라는 우울한 이미지를 담고 있고, 이런 점에서 '충분한 보장의 원칙', 예컨대 헌법재판소에게는 "만일 문제된 법률보다 기본권을 더 효과적으로 보장하는 입법대안이 있다면, 그 법률은 기본권을 가장 효과적으로 보장하는 법률일 수 없으므로 무효다"라는 의미를 지니게 되는 이 원칙에는 그다지 적절한 게 아니라며 문제 삼을 수도 있을 것 같다. 하지만 이런 식의 문제 제기는 받아들이기 어렵다. 물론 그것은 단지 이 문구에 대응하는 '너무 많아서는 안 된다'라는 또 다른 표현이 곧바로 '최대한의 보장'으로 귀결되지는 않는다는 점만을 이유로 하지는 않는데,[74] 그보다는 오히려 아리스토텔레스의 '중용이론'에 대한 켈젠의 비판에서 확인할 수 있듯이,[75] "'자유권이 충분하게 보장된 상태'가 '(불)이익이 너무 많지도 적지도 않게 주어진 상태'와 동일시될 수 있다"라는 이 말은, -'자유의 원칙'을 적용한 결과가 일정한 '구간'으로 나타난다는 점 말고도- (불)이익을 너무 많이 주는 법률이든 너무 적게 주는 법률이든, 자유권을 침해하여 무효라는 점에 있어서만은 이 두 개의 서로 다른 법률이 '완전히 똑같은 것'으로 평가된다는 사실을 강조하기 위한 것에 불과하기 때문이다.

이러한 "강조"는 또한 '자유의 원칙'을 적용한 결과가 '구간'으로 나타난다고 해서, 그것이 곧 입법자가 이로써 상당한 선택의 여지를 갖게 되고, 이에 따라 일종의 권리와 같은 것이 입법자에게 부여된다는 식으로 오해해서는 안 된다는 사실을 지적하는 것이기도 하다. '권한'은 곧 '의무'이기에[76] -나아가 '기본권'은 동일한 법체계 내에 있는 모든 법규범, 심지어 법체계 그 자체에 대해서도 효력근거가 되는 규범이고, 따라서 국가의 모든 행위는 (종국적으로) 바로 이 규범, 곧 기본권에 비춰 그 정당성이 평가되어야 하기에[77]- 처음부터 '권리'일 수 없고, 그런 결과 입법자는 그 어떠한 경우에도 자신의

다시금 그러한 상태를 인식하는 방법을 추가로 마련해야만 한다. 물론 이 경우 평등원칙은 논의에서 배제된다. 그것은 '공정한 자유'를 지향한다는 점에서 처음부터 '충분한 자유'를 인식하기 위한 방법이 아니기 때문이다.

74) '과잉금지원칙'을 문자 그대로 이해하면, 자유권은 '최대한의 보장'은커녕 '충분한 보장'도 담보하지 못하게 된다는 점에 대해서는 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 109-111쪽.

75) H. Kelsen, *What is Justice?: justice, law, and politics in the mirror of science*, University of California Press, 1971, 19쪽.

76) 이 말, 곧 "권한은 의무다"라는 표현은, 가령 '저기 있는 사람들 가운데 가장 키가 큰(혹은 가장 유능한) 사람 3명을 데려와라'라고 명령하는 것은 '저기 있는 사람들 가운데 가장 키가 큰 X, Y, Z를 데려와라'라고 명령하는 것과 그 의도하는 바에 있어서만은 같은 의미를 지닌다는 것을 뜻한다. 한편 드워킨이 이해하는 '재량'(discretion)에 대해서는 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Publishing, 2013, 48쪽 이하.

77) 그 결과 "해당 사항영역에 대하여 통제규범으로서의 의미를 지니는 헌법적 규율과 구속이 없는"(K. Schlaich, 앞의 책, 368쪽) 경우란 처음부터 존재하지 않게 되고, 같은 맥락에서 헌법(전)에, 이를테면 "긴급조치는

권한을 자유롭게 행사하는 일이 있어서는 안 되기 때문이다. 말하자면, '3년 이상 10년 이하의 징역에 처한다'라는 법률이 결코 법관에게 '사법형성의 자유'를 부여하지 않는 것처럼, '입법형성의 자유'(Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers)와 같은 관념은 처음부터 규범화될 수 있는 그 무엇이 아니라는 것이다. 특히 이러한 사실은 이후 '평등원칙'이 적용될 때 더욱 분명해진다. 왜냐하면 '자유의 원칙'을 적용하여, 좀 더 범위를 한정하자면, 그 자체 '최적화 명령'을 의미하는 '법익의 균형성 원칙'에 따라 획정된 구간은, 또한 그 자체 '최적화 명령'을 함축하는 '평등원칙'을 적용함으로써 더욱 좁혀지곤 하기 때문이다.[78]

2. 헌법재판소의 논증 방식에 대한 분석과 비판

그렇다면 다시 돌아와, 이제부터는 본격적으로 헌법재판소의 논증 방식을 분석해보기로 하자. 물론 여기서 우리의 관심은, 앞서 제기됐던 질문을 통해 확인할 수 있는 것처럼, 급부권이 문제되는 경우에는 방어권이 문제될 때와는 달리, '법익의 균형성 원칙'을, 그래서 '최적화'를 제대로 혹은 면밀하게 수행하는 것을 허락하지 않는 특별한 이유가 있는지("법적 가능성")와, 만일 그렇지 않다면 최적화를 제대로 혹은 면밀하게 수행하는 것을 어렵게 하는 특별한 이유가 있는지("사실적 가능성") 하는 데에 집중될 것이다.

2.1 헌법재판소의 논증 방식에 대한 분석

국가의 제약행위가 부작위의 형태를 띠는 경우, 헌법재판소는 서로 다른 세 가지 논증 방식을 통해 -하지만 이하에서 보는 것처럼, 이 중 두 가지 방식 사이에는 별다른 차이가 있는 건 아니다- 자유권이 침해되었는지를 판단하는 기준(= 척도)인 '최소한의 보장'과 그러한 침해를 판단하는 강도인 '명백성통제'를 도출하고 있다. 이를 확인하기 위해 먼저 다음의 판례를 간단히 살펴보기로 하자.

사법적 심사의 대상이 되지 않는다"(유신헌법 제53조 제4항)라고 규정되어있다 하더라도, 본문에 서술된 결론이 "이 영역에서는 헌법재판소의 입법통제도 배제된다"라는 식으로 달라지진 않게 된다. 인용문은 헷세의 입장인데, 이에 대해서는 표명환, "헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계", 206-207쪽.

78) 부연하자면, 다음과 같다: 자유권을 논증한 결과는 평등권의 대상, 곧 무엇을 공정하게 대우받아야 하는지를 결정한다. 즉 '자유의 원칙'을 적용한 결과인 일정한 '구간'은 '평등원칙'을 적용하는 과정에서 하나의 '기준점'으로 작동하게 되고, 이에 따라 '평등원칙'을 적용한 결과는 이러한 "일정한 구간" 안에서 이리저리 왔다 갔다 하게 된다.

"국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속한다. 따라서 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다. … 그러므로 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 '과소보호금지원칙'을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 … 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다."[79]

79) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정. 한편 이 결정에서 헌법재판소는 기본권의 소극적 측면과는 달리, 기본권보호의무는 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이므로 -헌법재판소는 이를 "근본적인 차이"라고 규정하면서 이러한 차이가 (결국) 위헌판단기준의 차이로 이어진다고 설명하기도 한다- 국가가 기본권보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 입법재량의 범위에 속한다고도 하고 있다. 큰 틀에서 이러한 헌법재판소의 입장은 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제되었을 때도 유지되는데, 가령 '인간다운 생활을 권리'(헌법 제34조 제1항)를 "법률을 통하여 구체화할 때 비로소 인정되는 법률적 권리"(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정; 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2007헌마734 결정)라고 규정하면서, 이를 이유로 입법자는 "광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다"(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정; 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216 결정)라고 하고 있기 때문이다. 같은 맥락에서 "재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정(된다)"고 한 판례로는 헌법재판소 1998. 9. 30. 선고 97헌바51 결정; 헌법재판소 2005. 5. 25. 선고 2003헌가7 결정. 그런데 헌법재판소의 이러한 태도에 대해서는 이미 서론에서 "형성되는 것은 법률이지, 기본권이 아니다"나 "모든 입법행위는 잠정적으로나마 작위로서의 성격과 부작위로서의 성격을 겸유한다"와 같은 문장을 통해, 마찬가지로 본론에서는 "헌법은 법률로 구체화되고, 법률은 헌법에 의해 정당화된다"나 "'입법형성의 자유'와 같은 관념은 처음부터 규범화될 수 있는 그 무엇이 아니다"와 같은 문장을 통해 반박한 바 있으므로, 이하에서는 특별히 문제 삼지 않을 것이다. 이와 관련하여 "법률을 통하여 구체화할 때 비로소 인정되는 법률적 권리"라는 논리가 자칫 합법률적 헌법해석의 여지마저 허용하게 될 위험이 있다는 지적으로는 홍석한, "사회적 기본권의 법적 성격과 입법재량에 대한 고찰: 미국과의 비교를 겸하여", 미국헌법연구 제28권 제1호, 미국헌법학회, 2017, 285쪽. 전혀 다른 맥락에서 얘기하는 것이긴 하지만, 바이마르 시대에 개인은 국가와 헌법적 관계 속에 있는 게 아니라, 전적으로 법률에 의해 구체화된 법률관계 속에서 존재했다면서, 이러한 상황은 개인의 권리를 적대시하던 나치 시대에도 그대로 이어졌다는 설명은 박진완, "자유권적 기본권의 도그마틱과 기본권 이론에 대한 검토", 저스티스 제170권 제2호, 한국법학원, 2019, 352쪽. 한편 "기본권의 소극적 측면"이 문제될 때도, 좀 더 정확하게 말하자면 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 문제되는 경우에서도 "입법자의 입법행위"가 선행할 것이 요구된다는 식으로 설명하는 판례로는 가령 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2000헌가5등 결정. 그 내용은 다음과 같다. "입법자가 회사법 등과 같이 단체의 설립과 운영을 가능하게 하는 법규정을 마련해야 비로소 개개의 국민이 헌법상 보장된 결사의 자유를 법질서에서 실질적으로 행사할 수 있으므로, 결사의 자유는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다." 이와 관련하여 오늘날 대부분의 전형적인 직업활동은 법률에 의해 규율되고 있다면서, '자격제도'나 '직업허가요건'과 같은 입법자에 의한 직업상의 확정이 '직업선택의 자유'를 '입법자에 의해 형성된 직업을 자유롭게 선택할 자유'라는 의미로 축소하고 있다고 적절하게

이 판례는 헌법재판소가 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제될 때, 그것을 해결해가는 전형적인 방식을 보여주는데,[80] 이를 단순화하면 '자유권에 대한 제한으로서의 국가의 부작위 → 민주주의와 권력분립의 원리 → 입법자에게는 광범위한 입법재량이 부여된다 → 헌법재판소는 최소한의 보장과 명백성통제에 그쳐야 한다'로 정리할 수 있을 것 같다.[81] 이에 따르면 헌법재판소에게 자유권의 보장 수준이 최소한의 보장으로 낮아지고, 그 통제의 강도도 명백성통제로 약해지는 이유는, 결국 '민주주의와 권력분립의 원리'라는 규범 탓인 게 된다.[82] 그리고 이러한 헌법재판소의 논증 방식은

지적하는 문헌으로는 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 376-377쪽. 조금 결이 다르긴 하지만, 기본권 가운데는 법률에 의해 비로소 내용이 형성되거나 그 행사 절차가 구체적으로 확정되는 것들이 대부분이라는 서술은 계희열, 앞의 책, 145-146쪽.

80) 유사한 논증 방식으로는 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정; 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정; 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2008헌마419등 결정; 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2005헌마764 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌마38 결정; 헌법재판소 2020. 3. 26. 선고 2017헌마1281 결정.

81) 한편 헌법재판소는 기본권보호의무가 인정되는 기본권을 생명권이나 건강권 등으로 좁게 이해하려는 경향이 있다. 가령 "환경권에 대하여 국가의 보호의무를 인정한 것은, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려한 것"(헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌마384 결정)이라고 하는 식이다. 그러면서도 정작 생명권이나 건강권 등이 침해되었는지를 판단하지 않곤 하는데, 헌법재판소에 따르면 그 이유는, 생명권이나 건강권이 아닌 다른 권리, 예컨대 환경권이 침해되었는지를 판단하는 과정에서 이들 권리에 대한 침해 여부도 판단되기 때문이라는 것이다. 이러한 판례로는 가령 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마730 결정. 하지만 헌법재판소의 생각과 달리, 기본권보호의무 내지 기본권의 기능으로서 보호권은 사인에 의해 제약되거나 제약될 우려가 있는 기본권이 무엇인지를 묻지 않는다. 여기서 결정적인 점은, 기본권이 사인에 의해 제약되거나 제약될 우려가 있는지 하는 것뿐이기 때문이다. 이와 달리 기본권보호의무의 근거를 헌법에 명시된 규정에서 찾아야 한다면서 그 인정 범위를 좁게 보는 입장으로는 김현철, "국가의 기본권보호의무론의 재정립에 관한 시론", 법학연구 제23집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2020, 83쪽 이하. 이와 관련하여 남아공 헌법재판소의 크리글러(Johan Kriegler) 재판관이 Du Plessis v. De Klerk 결정(1996)에서, 직접적 수평효가 적용되면 막강한 국가가 모든 사적인 관계를 통제하는 오웰적인(Orwellian) 사회가 초래되리라고 생각하는 것은 (분명한) 오해라고 지적한 데 대해서는 윤진수, "보통법 국가에서의 기본권의 수평효", 법학연구 제27권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 199쪽.

82) 반면 '민주주의와 권력분립의 원리'가 기본권의 보장 수준만을 결정할 뿐, 논증의 강도를 결정하는 요소가 아니라는 듯한 인상을 주는 판례로는 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌마384 결정; 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마730 결정. 이 결정들은 중요하게 여겨져야 하는데, 왜냐하면 이 결정들에서 처음으로 헌법재판소가 과소금지원칙을 순전히 -물론 '최소한의 보장'은 여전히 남겨둔 채- 심사의 방법으로만, 그래서 심사의 강도를 배제한 채 이해하고 있는 듯한 뉘앙스를 풍기고 있기 때문이다. 한편 헌법재판소가 말하는 과소금지원칙이 국가가 기본권을 보호하기 위하여 "적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는지"에 그치지 않고, 나아가 "국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지, 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다"도 그 내용으로 포함하는지와 관련하여 참고할 만한 문헌으로는 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 252쪽 이하. 또한 과소금지원칙을 단순히 "국가는 이 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는

'이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제될 때도 반복되는데, 차이가 있다면 그것은 이전에 '민주주의와 권력분립의 원리'가 했던 역할을 여기서는 '행위규범·통제규범 이원론'이 '일정 부분'(!) 대신한다는 점 정도일 것이다. 이러한 사실을 확인하기 위해 이번엔 다음의 판례를 한번 살펴보기로 하자.

> "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만, 그 기속의 의미는 적극적·형성적 활동을 하는 입법부 … 와 헌법재판에 의한 사법적 통제기능을 하는 헌법재판소에 있어서 동일하지 아니하다. 위와 같은 헌법의 규정이, 입법부 … 에 대하여는 … 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 … 입법부 … 가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. … '인간다운 생활'이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것일 뿐만 아니라, 국가가 이를 보장하기 위한 생계보호 수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야 한다. 따라서 생계보호의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 … 의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다."[83]

마찬가지로 이 판례의 논증 방식을 단순화하면, '자유권에 대한 제한으로서의 국가의 부작위 → 행위규범·통제규범 이원론 → 헌법재판소는 국가가 최소한의 조치를 하였는지만을 심사하여야 한다 → 형량의 대상이 복잡하고 다양하다 → 입법자에게는 광범위한 입법재량이 부여된다 → 헌법재판소는 명백성통제에 그쳐야 한다'라는 게 된다.[84] 이렇

안 된다"라는 의미를 갖는 헌법상의 원칙이라고 정의하는 경우로는 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정(재판관 김진우, 이재화, 조승형의 위헌의견).

83) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정.

듯 판례에 따르면, '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제되었을 때와는 달리, '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권이 문제되는 경우 자유권의 보장 수준이 최소한의 보장으로 낮아지고[85] 그 통제의 강도도 명백성통제로 약해지는 이유가, '행위규범・통제규범 이원론'과 '형량의 대상이 복잡하고 다양하다'라는 두 가지 서로 다른 논거로 나뉘게 된다.[86]

하지만 이러한 차이는 최소한 이 글에서는 별다른 문제를 일으키지 않는다. 앞에서 강조했던 것처럼, '민주주의'는 형량의 대상일 순 있어도, 좀 더 정확하게 표현하자면 형량의 대상이라는 지위에 머물 뿐, 이를 넘어 형량의 강도를 결정할 수 있는 그 무엇이 아니었기 때문이다. 즉 기본권이 보장되어야 하는 수준을 결정하지 못할 뿐만 아니라, 그에 관한 통제의 밀도도 결정하지 못한다는 점에서 민주주의는 처음부터 '권력분립의 원리'와 대등한 위상을 지니지 않고, 따라서 그것은 권력분립의 원리와 병렬적으로 열거

84) 유사한 논증 방식으로는 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정; 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌마1092 결정; 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2007헌마734 결정.

85) 한 가지 오해해서는 안 되는 사실을 지적하자면, 여기서 자유권이 보장되어야 하는 수준이 '최소한의 보장'인 이유는, 문제된 법률이 "생계보호에 관한 법률", 즉 "생활 능력이 없는 사람들을 (특별히) 보호"하는 법률이라는 점 때문이 아니라, 국가가 생활 능력이 없는 사람들을 보호하기 위하여 '필요한 조치'를 다하였는지가 아닌 "필요한 최소한의 조치"를 다하였는지를 헌법재판소가 위헌판단의 기준으로 삼고 있다는 점 때문이라는 것이다. 이 생각은 곧이어 소개되는 또 다른 유형의 판례(헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2009헌마338 결정)에 의해서도 지지되는데, 여기서도 자유권의 보장 수준이 '최소한의 보장'이었던 이유는, 마찬가지로 문제된 법률이 "최저생활"을 보장하는 법률이어서가 아니라, -앞서 헌법재판소가 "국가의 보호조치가 전적으로 부적합하거나 매우 불충분할 때" 비로소 피해자의 자유권이 침해되었는 사실을 확인할 수 있다고 했던 것처럼- 헌법재판소가 해당 법률을 무효라고 선언하기 위해서는 그 내용이, 즉 최저생활을 보장하는 법률의 내용이 '(단순히) 불합리'한 것으로는 족하지 않고, 이를 넘어 "현저히 불합리"할 것을 요구하고 있다는 점이 바로 그 이유가 됐기 때문이다.

86) 사실 이 지적은 엄밀히 말해 정확한 게 아니다. '행위규범・통제규범 이원론'이 '최소한의 보장' 외에도 '명백성통제'까지도 그 내용으로 포함하는지에 대해서 헌법재판소는 -주 82번에서 과소금지원칙에 대해 지적되었던 것과 마찬가지로- 일관된 설명을 하지 않고 있기 때문이다. 즉 어떤 판례에서는 '행위규범・통제규범 이원론 → 헌법재판소는 국가가 최소한의 조치를 다하였는지만을 심사하여야 하고, 그마저도 명백성통제에 그쳐야 한다'라고 함으로써, 헌법재판소는 '행위규범・통제규범 이원론'이 기본권의 보장 수준과 그 통제 강도도 당연히 포함하는 이론인 양 설명하기도 한다(가령 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마390 결정; 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌마522등 결정). 이와 관련하여 "최소한의 보장" 그 자체를 "명백성통제"의 의미로 이해하는 듯한 서술은 계희열, "헌법재판과 국가기능: 헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로", 헌법재판의 회고와 전망: 창립 10주년 기념세미나, 헌법재판소, 1998, 226쪽. 그 내용은 다음과 같다. "(94헌마33 결정에서) 헌법재판소가 행위규범과 통제규범을 구분하면서 94년 생계보호기준 자체가 입법형성의 자유의 한계를 명백히 일탈하였는지, 즉 최소한보장의 원칙을 위반했는지의 심사에 머무른 것은 자신의 기능적 한계를 유월하지 않기 위한 노력의 표현이라고 평가할 수 있다." 한편 평등권에 관한 것이지만, '행위규범・통제규범 이원론 → 헌법재판소는 명백성통제에 그쳐야 한다'라는 논증 방식을 취하고 있는 판례로는 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정; 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2004헌마192 결정.

될 수 있는 규범이 아니었다. 심지어 이 사실은 방금전 인용된 판례를 통해서도 확인된다. 즉 이 판례들은 헌법재판소가 (내용적 차원의 정당화를 하는 과정에서) '민주주의'의 역할이 적지 않게 과장되었다는 점을[87] 자인하는 것이기도 한데, 헌법재판소가 만일 자신의 견해를 일관되게 밀어붙이려고 했다면 민주주의는, -마찬가지로 권력분립의 원리는- 그래서 행위규범・통제규범 이원론은 "형량의 대상이 복잡하고 다양하다"라는 사실과 무관하게, 기본권에 대한 제한을 심사하는 강도로 '명백성통제'를 그 내용에 반드시 포함해야만 했기 때문이다.

사실 이보다 더 큰 문제는 다른 데 있다. 심지어 그것은 치명적이기까지 한데, 왜냐하면 헌법재판소는 그 어떠한 경우에도 자신이 명백성통제만을 수행해야 하는 이유로 "국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는" 국가기관이 아니라거나(민주주의 논거), 또는 입법부와 달리 "적극적・형성적인 활동을 하는" 국가기관이 아니라는(행위규범・통제규범 이원론) 점들을 제시하지 말았어야 했기 때문이다. 왜냐하면 헌법재판소가 민주적 정당성이 취약하다거나 그 활동이 소극적・수동적인 성격을 가진다는 사실은, 정작 방어권이 문제되는 경우에도 아무런 차이가 없고, 따라서 요구되는 국가의 행위가 부작위일 때도 그대로 타당한 것들이기 때문이다. 즉 기본권이 침해되었는지를 판단하는 기준이 최소한의 보장으로 낮춰지고, 그것을 판단하는 강도도 명백성통제로 약해지게 한다는 이러한 사정들은, '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 문제되는 경우나 "차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우"[88] 등에도 전혀 달라지는 게 아니라는 것이다.

상황이 이렇다면, 급부권이 문제될 때 헌법재판소가 '법익의 균형성 원칙'을, 그래서 '최적화'를 제대로 혹은 면밀하게 수행하지 말아야 할 특별한 '규범적' 이유는 존재하지 않는다고 하는 게 맞을 것 같다. 좀 더 단정적으로 얘기하자면, 헌법재판소가 최적화를 제대로 혹은

87) 이것이 "과장"인 이유는, 그럼에도 불구하고 '문제되고 있는 그 법률은 권한 있는 자에 의해 제정되었는가?'(형식적 정당화)가 아닌, 그러한 권한, 즉 '법률을 제정할 권한을 정당하게 부여받았는가?'(내용적 정당화)라는 질문에 매우 훌륭한 대답을 제공한다는 점에 있어서만은 민주주의가 분명 중요한 역할을 맡고 있기 때문이다. 이외에도 민주주의가, -본문에서 보듯, 기본권의 보장 수준이나 제한의 통제 강도 그 자체에는 관여하지 못하지만- 위헌/인용 결정의 요건으로 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하거나(헌법 제113조 제1항), 또는 이러한 정족수가 충족되지 않을 때는 청구인에게 가장 유리한 견해에 덜 유리한 견해를 순차적으로 더하여 6인에 이르게 된 견해에 따라 주문이 결정되는 것(헌법재판소법 제40조 제1항, 법원조직법 제66조 제2항)과 같은 식으로 간접적이나마 기본권이 보장되는 수준이나 법률을 통제하는 강도에 영향을 끼치고 있다는 점도 "과장되었다"라는 주장을 뒷받침하는 근거가 된다.

88) 가령 헌법재판소 2022. 8. 31. 선고 2018헌바440 결정.

면밀하게 수행하는 것을 어렵게 하는 특별한 이유란 게 있다면, 그 이유는 급부권이 문제될 때는 방어권이 문제될 때보다 "형량의 대상이 (유독) 복잡하고 다양하므로"와 같은 '사실적인' 성격을 가져야만 한다는 것이다. 이처럼 요구되는 국가의 행위가 부작위일 때는 기본권이 보장되어야 하는 수준이 낮아지거나 기본권을 보장하고 있는지를 판단하는 강도가 약해지지 않는다면, 그러한 차이는 헌법재판소가 민주적 정당성이 취약한지 그렇지 않은지, 마찬가지로 헌법재판소의 활동이 소극적·수동적인 성격을 가지는지 그렇지 않은지와 같은 것들이 아니라, 문제되는 권리가 방어권인지 급부권인지, 뒤집어 말해 요구되는 국가의 행위가 부작위인지 작위인지 하는 차이에서 찾아야만 하기 때문이다.[89]

2.2 형량의 대상과 형량의 성격

이러한 접근, 즉 요구되는 국가의 행위가 작위일 때는 유독 형량의 대상이 복잡하고 다양하므로, 자유권이 침해되었는지를 판단하는 기준이 '최소한의 보장'으로 낮아지고, 그것을 판단하는 강도 역시 '명백성통제'로 약해진다고 하는 것은 헌법재판소의 논증 방식에도 부합한다. 이 사실을 확인하기 위해 마지막 세 번째 유형의 판례를 살펴보자.

> "사회보장에 따른 … 수급권은 국가에게 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하기 때문에, 국가가 국민에게 '인간다운 생활을 할 권리'를 보장하기 위하여 국민들에게 한정된 가용자원을 분배하는 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 하는 것이어서, 이 부분은 입법부 … 의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다. 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."[90]

---

89) 이와 관련하여 옐리네크의 '지위론'(Statuslehre)을 언급하며, 기본권의 분류체계는 입법재량의 크기를 가늠하는 기준을 제시한다면서, 그 예로 사회적 기본권은 자유권적 기본권보다 입법자의 입법재량이 넓게 인정된다고 설명하는 글로는 김진곤, "기본권 심사기준의 이해와 통합: 노동3권의 구조와 위헌심사기준의 체계성", 공법연구 제50집 제3호, 한국공법학회, 2022, 67쪽. 유사한 입장은 홍석한, 앞의 논문, 268-269쪽.

90) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2009헌마338 결정. 유사한 논증 방식으로는 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바47 결정.

마찬가지로 이 판례의 논증 방식을 단순화하면, '자유권에 대한 제한으로서의 국가의 부작위 → 형량의 대상이 복잡하고 다양하다 → 입법자에게는 광범위한 입법재량이 부여된다 → 헌법재판소는 최소한의 보장과 명백성통제에 그쳐야 한다'라는 게 된다.[91] 사실 요구되는 국가의 행위가 작위인 경우에는 부작위일 때와는 달리, 그에 부합하는 수단들이 다수 존재한다는[92] 점에서 국가를 상대로 특정한 행위를 요구하는 것은 받아들여지기 어렵다거나 -더욱 강경하게- 그 자체 받아들여질 수 없다고 하는 것이 학계의 유력한 견해이기도 하다.[93] 그러나 이 견해는 다음과 같은 이유에서 받아들여질 수 없다.

첫째, 이미 여러 번에 걸쳐 지적했던 것처럼, '원칙'(Prinzip) 규범으로서의 자유권은 형량 과정을 통해 제거되어야 할 '과잉된 내용'을 그 보호영역에 포함하므로, 이 규범에 근거하는 방어권 또한 급부권과 마찬가지로 그에 부합하는 국가의 행위가 확정적인

91) 이외에도 '형량의 대상이 복잡하고 다양하다 → 입법자에게는 광범위한 입법재량이 부여된다 → 헌법재판소는 최소한의 보장과 명백성통제에 그쳐야 한다'라는 논증 방식을 취하고 있는 판례로는 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌바1 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌마617등 결정; 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2009헌마588 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌마123 결정; 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2010헌마204등 결정; 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌바192 결정; 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2017헌바244 결정 등 다수. 평등권에 관한 것이기는 하지만, 이와 같은 논증 방식을 취하고 있는 판례로는, 예컨대 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마390 결정.

92) R. Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", *The Theory and Practice of Legislation Vol. 3 Issue 1*, Taylor & Francis, 2009, 5쪽.

93) 가령 J. Hager, 김대경 옮김, "민법상 인격권과 사생활의 헌법적 보호", 경희법학 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 374쪽; 김종보, "기본권침해 심사기준에 대한 소고: 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로", 공법학연구 제10권 제3호, 비교공법학회, 2009, 196-197쪽; 김해원, 앞의 책, 512-513쪽. 같은 맥락에서 작위의무를 발생시키는 위험상황과 의무발생의 기준을 구체적으로 확정할 수 없고, 설령 관련된 법익의 중요성이나 위험의 임박성과 범위 등 일련의 기준을 제시할 수 있다 할지라도 추상성을 벗어날 수 없긴 마찬가지여서, 헌법재판소는 다른 국가기관의 판단 및 형성의 여지를 인정하여 대부분의 경우에 단순한 명백성통제에 그치고, 그 결과 과소금지원칙을 위헌심사의 기준으로 삼게 된다고 하는 견해는 최희수, 앞의 논문, 330-331쪽. 사회권에 한정된 평가이긴 하지만, 전체적으로 보아 이 점을 긍정하는 견해로는 전광석, "최저생활보장과 헌법재판", 헌법학연구 제25권 제1호, 한국헌법학회, 2019, 136-137쪽; 홍석한, 앞의 논문, 268-269쪽. 마찬가지로 '기본권보호의무'에 한정된 평가이긴 하지만, 유사한 입장은 이상만/전정환, 앞의 논문, 198쪽; 김문현/김주환/임지봉/정태호, 앞의 책, 164-165쪽. 이러한 논증 방식은 평등권에서도 나타나는데, 가령 허영은 "평등은 … 상대적 평등을 뜻하기 때문에, '같은 것'과 '같지 않은 것', '같게 취급할 사항'과 '다르게 취급할 사항'을 결정할 수 있는 넓은 형성의 자유가 입법자에게 허용된다"고 하면서, 이 점에 대해서는 이론이 없다고 말한다. 허영, 한국헌법론, 박영사, 2021, 362-363쪽. 다른 한편 그는 평등권의 영역에서 위헌성이 인정되지만, 그 위헌성을 해소하는 방법이 오직 한 가지가 아닌 법률인 경우를 헌법불합치결정이 정당화되는 예로 들고 있기도 한데, 해당 부분은 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2021, 262쪽. 이와 관련하여 헌법재판소가 단순위헌이 아닌 헌법불합치 결정을 통해 입법형성권을 존중할 수 있는 여지가 있는 만큼, 사회권을 위헌심사기준으로(?) 적극적으로 활용한다고 해서 그것이 곧 권력분립의 원리를 위반하여 입법자의 권한을 침해하는 것으로 볼 수 없다는 견해는 홍석한, 같은 논문, 285-286쪽.

(definitiv) 상태로 존재하는 것은 아니기 때문이다. 즉 방어권이든 급부권이든 그에 상응하는 국가의 의무는 잠정적인(*prima facie*) 성격을 지닌다는 점에서 부작위의무 역시 작위의무와 마찬가지로 어느 하나의 고정된 형태를 가지지 않고, 이에 따라 "국가를 상대로 특정한 행위를 요구하는 건 받아들여질 수 없다"라고 하는 것은, 기본권이 침해되었다고 주장하는 사람이 방어권("더 적게")을 행사하는 경우든 급부권("더 많이")을 행사하는 경우든 전혀 차이가 나질 않는다는 것이다.

둘째, 같은 맥락에서 방어권을 행사하는 사람이 '전무(0) 쪽으로 나아갈 것'을 요구하는 것과 마찬가지로, 급부권을 행사하는 사람은 고작 '전부(-1, 1) 쪽으로 나아갈 것'을 요구한다는 점에서 방어권과 급부권 사이에는 또한 아무런 차이가 없기 때문이다. 즉 서로 다른 방향을 향해 나아갈 뿐, 일정한 방향을 지시한다는 점에서는 전혀 차이가 없고, 이에 따라 요구되는 국가의 행위 역시 전부(-1, 1)와 전무(0) 사이에서 왔다 갔다 할 뿐, 요구되는 행위가 부작위인지 작위인지에 따라, 바꿔 말해 자유권에 상응하는 국가의 의무가 부작위의무인지 작위의무인지에 따라 형량의 성격("제대로", "면밀하게")이 달라지는 것은 아니라는 것이다.[94]

94) 이러한 사실은 판례에서도 드러난다. 헌법재판소는 사회권이 침해되었다고 주장하는 사람(들)이 '이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 급부권을 행사하는 경우든 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권을 행사하는 경우든 가리지 않고 죄다 '형량의 대상이 복잡하고 다양하다'라는 점을 근거로 들며, 사회권이 침해되었는지를 판단하는 기준으로 '최소한의 보장'을, 마찬가지로 사회권이 침해되었는지를 판단하는 강도로 '명백성통제'를 적용하고 있기 때문이다. 관련된 판례로는 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌마617등 결정; 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2009헌마588 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌마123 결정; 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2010헌마204등 결정; 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌바192 결정. 평등권에 관한 것이긴 하지만, "국가가 국민에게 혜택을 부여할 때에는 국민의 권리를 제한할 때보다 더 넓은 형성의 자유를 가(진다)"고 한 판례는 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2004헌마192 결정. 이러한 관점, 즉 헌법재판소의 '혜택·부담 도식'을 그저 '기득권(자) 옹호'에 지나지 않는다고 비판하며 "결정적인 것은 법률효과가 귀속되는 자에게 유리하게 법률이 변경되는지, 아니면 불리하게 변경되는지 하는 것이지, 그러한 법률이 이익을 법률효과로 규정하고 있는지, 불이익을 법률효과로 규정하고 있는지 하는 게 아니"라고 하는 견해는 정해성, "자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성", 122-125쪽. 한편 "이러한 사실"이 사회권에 대한 제한을 정당화할 때는 고려해야 할 대상이 '유독 복잡하고 다양하다'는 점을 암시하는 것도 아니다. 헌법재판소가 주장하는 것처럼 "국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 …, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등"이 고려되어야 한다면, 그런 식의 고려는 - "가능한 한 사안과 관련된 모든 법적·사실적 가능성을 고려해야 한다"는 점에서- 다른 자유권의 경우에도 대체로 타당하기 때문이다. 전혀 다른 맥락에서 얘기하는 것이긴 하지만, "국가의 과제는 일차적으로 기본권의 보장이고 이를 위해 과세를 통해 재정을 조성하여 그 보장을 실현하는 일은 국가의 기능 수행에 필연적으로 수반되는 일"이라고 적절하게 지적하는 문헌은 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 266쪽. 마찬가지로 전혀 다른 맥락에서 판시한 것이긴 하지만, "사안에 따라서는 국민의 여론과 정서를 고려할 수는 있으나, 헌법재판소의 위헌심사에 있어서 유일한 기준은 현행 헌법규범이므로, 국민의 여론이나 법감정은 위헌성을 판단하는 결정적인 기준이 될 수는 없다"라고 한 경우는 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40등 결정(형법 제304조 혼인빙자간음죄에 관한

셋째, 심지어 요구되는 국가의 행위가 작위라고 해서 형량의 대상이 유독 복잡해진다거나 다양해지는 것도 아니기 때문인데, 이러한 사실은 특히 같은 법률을 두고 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 보호권이 행사되는 경우가 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 행사되는 경우와 맺는 관계를 보면 분명하게 드러난다. 왜냐하면 이 두 유형의 권리들은 종국적으로 '서로 충돌하는 자유와 자유 사이의 올바른 경계 설정'이라는 규범적 상태를 의도한다는 점에서 보호권이 문제될 때 고려해야 할 형량의 대상들과 방어권이 문제될 때 고려해야 할 형량의 대상들 사이에는 그 어떠한 차이점도 없기 때문이다.[95] 물론 이 경우 "차이가 없는" 것은, 그런 의미에서 완벽하게 일치하는 것은 형량의 대상일 뿐, 그 대상들이 차지하는 구체적인 비중인 것은 아니다. 이미 여러 번에 걸쳐 강조했듯이, 이 경우 방어권과 보호권이 지향하는 규범적 상태는 각각 '불이익이 너무 많이 주어지진 않은 상태'와 '불이익이 너무 적게 주어지진 않은 상태'로, 이 두 유형의 권리들은 처음부터 그 의도하는 바가 서로 전혀 다르기 때문이다.[96]

위헌소원사건에서 재판관 주선회의 반대의견). 또한 아래 주 95번의 헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2018헌바388 결정도 참고할 것.

95) 흥미롭게도 이 점 역시 판례에서 나타난다. 헌법재판소는 사회권의 경우와는 달리, 기본권보호의무가 적용되는 사안에서는, 좀 더 구체적으로 말하자면 '불이익이 너무 적어, 더 많이' 형태의 보호권이 문제된 사안에서는 광범위한 입법재량이 인정되는 이유로 "형량의 대상이 유독 복잡하고 다양하다"는 점을 언급하지 않은 채 -이 점을 의식했든 그렇지 않든- 오직 '민주주의와 권력분립의 원리'만을 되뇌고 있을 뿐이기 때문이다. 오히려 헌법재판소는 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권이 문제될 때 '민주주의와 권력분립의 원리'를 언급하지 않은 채 "광범위한 입법재량"을 운운하기도 했는데, 그 내용은 다음과 같다. "어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제(는) … 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라, 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량(이) … 인정되어야 할 분야이다. 따라서 … 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 된다." 헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2018헌바388 결정.

96) 이런 점에서도 "기본권보호의무는 국가가 가해자의 기본권을 제한하는 법률의 형식을 취하게 되므로 입법자의 형성의 자유를 제약한다는 점에서 민주주의원리와 권력분립원리에 반하는 측면이 있다"(김현철, "국가의 기본권보호의무론의 재정립에 관한 시론", 87쪽)라고 하는 건 받아들여질 수 없다. 이와 관련하여 모든 사법(私法)적 청구권에서는 국가의 기본권존중의무와 기본권보호의무가 충돌하고 있다고 적절히 지적하는 글로는 정태호, "헌법-기본권적 3각관계 그리고 과소(보호)금지원칙의 독자성", 고시연구 제338호, 고시연구사, 2002, 17쪽. 같은 맥락에서 "보호조치가 적합하고 효과적이냐에 대한 판단은 선택된 수단의 보호작용이 미래에 이루어진다는 특성으로 인하여 방어권에 대한 제한의 경우보다도 불확실한 경우가 흔할 것"(정태호, "기본권보호의무", 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회, 1997, 106쪽)과 같은 평가에도 동의하기 어려운데, '보호조치의 효과가 미래에 나타난다'는 것은 '방어권이 제한(?)되는 경우'에도 전혀 다르지 않기 때문이다. 또한 이런 종류의 "불확실성"에 대한 해결책으로는 주 29번의 마지막 문장을 참고할 것. 말이 나온 김에 몇 마디 덧붙이자면, 먼저 선택된 수단이 불확실한 예측에 토대를 두고 있다는 사실은 헌법재판소가 통제의 강도를 낮춰야 할 이유가 되지 못한다는 것이다. 오히려 이 사실은 통제 강도를 높여야 할 이유가 되는데, 왜냐하면

당연하게도 이러한 점, 즉 “요구되는 행위가 작위라고 해서 형량의 대상이 유독 복잡해진다거나 다양해지는 것은 아니다”와 “완벽하게 일치하는 것은 형량의 대상일 뿐, 그 대상들이 차지하는 구체적인 비중은 아니다”라는 점은 문제되는 권리의 유형이 ‘이익이 너무 적어, 더 많이’ 형태의 급부권일 때도 그대로 타당하다. 왜냐하면 이 권리 역시 같은 법률을 문제 삼는 한, 전부(1)를 향해 나아간다는 점에서만 차이가 날 뿐, 형량 과정에서 고려해야 하는 대상에 있어서만은 전무(0)를 향해 나아가는 권리인 ‘이익이 너무 많아, 더 적게’ 형태의 방어권과 아무런 차이도 없기 때문이다. 게다가 “‘인간다운 생활’이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있(다)”거나 “제도의 장기적인 지속을 전제로 하는 데서 오는 제도의 비탄력성”과[97] 같은 것들은, 법률의 구체성이나 명확성을 완화해야 할 이유가 될 뿐, 통제의 정확성이나 강도를 완화해야 할 이유가 되는 것도 아니라는 점에서 더욱 그러하다.[98]

마지막으로 넷째, 같은 이유에서 ‘이익이 너무 적어, 더 많이’ 형태의 급부권이 문제되는 경우라고 해서 고려해야 할 입법대안들이 특별히 많은 것도 아니기 때문이다. 아니, 오히려 고려해야 하는 대안들은 단 하나로 수렴되곤 하는데, 왜냐하면 헌법재판소는

그 수단이 불확실한 예측에도 불구하고 선택되었다는 것은 해결해야 할 문제가 어렵고, 그래서 정확하게 판단하기가 어렵다는 점을 시사하기 때문이다. 이와 관련하여 참고할 만한 견해로는 헌법재판소 2020. 11. 26. 선고 2016헌마275등 결정(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 임시조치의 위헌확인 사건에서 재판관 이석태, 김기영, 문형배의 반대의견). 그 내용은 다음과 같다. “사생활의 비밀과 자유 또는 명예와 같은 인격권 … 과 표현의 자유가 충돌되는 양상은 예측할 수 없을 정도로 다양하고 복잡하므로 어느 권리를 우선적으로 보호할지 미리 정해 두기 곤란하고 개별적 사안마다 구체적이고 세밀한 이익형량이 필연적으로 요구된다.” 다음은 “사후에 얻은 정보나 자료를 기준으로 행정부의 예측판단이 옳았는가를 판단할 게 아니라, 당시 행정부가 접근할 수 있었던 자료에 의한 예측판단이 과연 논리적으로 무리가 없었는지를 기준으로 하여야 할 것이다. 그렇지 않고 헌법재판소의 사후판단으로 행정부의 결정이 올바르지 못했다는 결정을 하는 경우에는 행정부의 결정을 헌법재판소가 대체하는 결과가 … 될 것이다’(계희열, 앞의 글, 246쪽)와 같은 견해에 관한 것인데, 이 경우 “결정”의 효과가 나타나는 시점인 미래는 다름 아닌 헌법재판소가 그 결정을 통제하는 시점인 바로 지금이라는 점에서, 바꿔 말해 법률을 준수해야 하는 사람들이든 그 법률이 보호하는 사람들이든 그들이 살아가는 곳은 다른 어디도 아닌 ‘지금 바로 여기’란 점에서, 보다 근본적으로는 ‘헌법국가’에서 개인(individuals)과 국가는 어디까지나 ‘국가 for 개인’(가령 헌법 제10조 제2문)의 관계를 맺는다는 점에서, 부분적으로는 -주 62번과 더불어- 이미 앞서 짤막하게 언급했듯이, 여기서 통제되는 대상은 입법부나 행정부와 같은 행위자 그 자체가 아닌, 그의 행위나 작품인 입법행위나 법률 바로 그것이고, 이에 따라 전자에서 ‘행위반가치와 결과반가치’라는 개념 쌍이 수행했던 역할을 이제는 ‘형식적 정당화와 내용적 정당화’라는 개념 쌍이 맡게 된다는 점에서 이런 식의 견해도 받아들이기 어렵다는 것이다. 한편 “보다 근본적으로는” 이하의 서술에 대한 추가적인 설명은 정해성, “기본권의 문법과 정당화의 구성”, 81, 128-141쪽.

97) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌마522등 결정.

98) 이에 대해서는 주 65번 말미에서 소개된 문헌도 참고할 것.

단지 "문제된 법률보다 기본권을 더 효과적으로 보장하는 법률이 무엇인지" 하는 것을 논증함으로써 자신의 임무를 다하게 되므로, 이 경우 헌법재판소의 정당화는 대개 "문제된 법률에 비해 자유권이 침해되었다고 주장하는 사람(들)이 제안하는 입법대안이 자유권을 더 효과적으로 보장하는가?", 더욱 단순하게 말하자면, "국가가 자유권이 침해되었다고 주장하는 자가 요구하는 바로 그 행위를 하지 않은 게 자신에게 부과된 작위의무를 위반한 것인가?" 하는 물음에 답변하는 형태를 띠게 되기 마련이기 때문이다.[99]

사실 "고려해야 할 입법대안들이 특별히 많은 경우"는 오히려 자유권이 침해되었다고 주장하는 사람(들)이 '불이익이 너무 많아, 더 적게' 형태의 방어권을 행사하는 경우일 때가 더 많다. 왜냐하면 대체로 이 경우 자유권이 침해되었다고 주장하는 자는 그 어떤 대안도 제시하지 않거나,[100] -그보다 약하게는- 설령 대안을 제시하더라도 그 형식이나 내용이 전혀 구체적이질 못하기 때문이다.[101] 물론 그렇다고 해서 논증 방식이 달라지는 것은 아니다. 왜냐하면 이 경우 역시 헌법재판소의 논증은 "문제된 법률보다 기본권을 더 효과적으로 보장하는 입법대안이 있긴 한 것인지?"라는 물음에 대답하는 형태를 띠게 되고,[102] 이에 따라 법익의 균형성 원칙/최적화/형량은, 결국(!) 입법자가 설계한 법률과 헌법재판소가 스스로 고안한 특정한 대안, 좀 더 구체적으로 말하자면, '이 법률은 자유권을 침해하므로 무효다'라고 위헌/인용 의견을 개진한 재판관이 그 판단의 근거로 제시한 바로 그 대안을 "견주어보는 방식으로" 이뤄질 수밖에 없고, 또한 -공리주의적 문제해결을[103] 피하기 위해서는- 반드시 그래야만 하기 때문이다.[104]

---

99) 결이 조금 다르긴 하지만, 이에 대해 참고할 만한 문헌으로는 이민열, "기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙", 295쪽.

100) 가령 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌가9 결정; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌마315등 결정.

101) 가령 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2001헌마700등 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2010헌바99 결정.

102) 만일 이와 달리 입법대안이 제시되지 않아도 된다면, 이러한 사실은 또한 급부권이 문제되는 경우에도 그대로 타당하다. 이 경우 역시 '형량'은 사익보다 공익이 더 큰지를 판단하는 과정이라는 점에서, 좀 더 정확하게 말해 여기서도 '최적화'는 자유권을 제한해야 한다는 주장을 뒷받침하는 근거들(p_2)이 자유권을 제한하지 말아야 한다는 주장을 뒷받침하는 근거들(p_1)보다 더 큰 비중을 차지하는지를 가늠해보는 절차적 정의(F)라는 점에서 방어권이 문제되는 경우와 비교해 전혀 다를 게 없기 때문이다.

103) 공리주의적 문제해결의 전형적인 예로는 무엇보다도 낙태죄에 관한 헌법불합치 결정(헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정)이 있을 텐데, 이 결정에 대한 필자의 간략한 비판은 정해성, "기본권의 문법과 정당화의 구성", 17-21쪽.

104) 초점이 다르긴 하지만, 직권주의를 이유로 헌법재판소는 청구인의 주장에만 얽매어 판단할 게 아니라, 가능한 한 모든 범위에서 기본권침해 여부를 심사하여야 한다고 한 판례(가령 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정)나, 같은 맥락에서 규범의 위헌여부를 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만이 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사해야 한다고 한 판례(가령

Ⅴ. 맺으며

지금까지 수행한 논증을 그 핵심만을 추려내는 방식으로 요약하자면, 아래와 같이 단락화할 수 있을 것이다.

1. 과잉금지원칙을 구성하는 부분원칙들 중 하나인 '목적의 정당성 원칙'은, 그 자신이 점하는 체계 내 위상을 감안할 때, 다음과 같은 세 가지 중요한 사실을 지시하게 된다: 첫째, 여기서 '입법목적'은 '기본권을 제한하게 된 이유'라는 의미에서 '공익'으로 등장하여(①), 이후 '법익의 균형성 원칙'을 적용하는 과정에서 "기본권에 대한 제한이 정당하다"라는 주장을 뒷받침하는 '근거'로 기능하게 된다(②). 둘째, ①에 따라 "공익"은 문제된 법률이 적용되는 사람들에게 항상 불리하게 작용하지만은 않는다는 의미에서 '안전에 유리하게'라는 법언을 구성하는 요소인 "안전"과는 전혀 다른 성격을 지니게 된다. 셋째, ②의 결과 '목적의 정당성 원칙'은 목적이 정당하다는 사실을 단지 '잠정적으로만' 확인하는 것으로 자신의 임무를 다하게 된다.

2. 나아가 이러한 사실은 또한 '피해의 최소성 원칙'을 적용하는 과정에서 직면하게 되는 작지 않은 문제점, 이를테면 "날씨야 네가 아무리 추워 봐라, 내가 옷 사 입나 술 사 먹지"와 같은 상황을 헤쳐나갈 수 있게 해주는 것이기도 하다. 이처럼 기본권보장에 대립할 수만 있다면 입법목적이 되기에 손색이 없다는 사실은 우리로 하여금 '표현된' 목적에 구애받지 않도록 해주는 것이기도 하기 때문이다.

3. '목적 vs 목적'의 조화로운 해결을 의도한다는 점에서 '법익의 균형성 원칙'은 그 자체 '정당화의 공리'에 속하고, 따라서 이 원칙은 문제되는 자유권의 기능이 방어권인지 급부권인지에 따라 그 적용 여부나 방식 또는 강도 등이 달라질 수 있는 성격의 절차적 정의가 아니다.

4. 더욱이 급부권이 문제될 때도 '민주주의'는 '권력분립의 원리'와는 달리, '법익의 균형성 원칙'을 제대로 혹은 엄밀하게 적용하는 것을 어렵게 하는 법적 가능성일 수 없고, 마찬가지로 요구되는 국가의 행위가 작위라고 해서 유독 형량의 대상이 복잡하고

헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정)도 참고할 것.

다양해진다는 것도 아니라는 점에서 그런 종류의 사실적 가능성일 수조차 없다. 특히 후자, 즉 급부권이 문제될 때는 방어권이 문제될 때와는 달리, 유독 형량의 대상이 복잡하고 다양하여 국가를 상대로 특정한 행위를 요구할 수 없다고 하는 견해에 대해서는 다음의 네 가지 반대 논거가 제시될 수 있다: 첫째, 원칙 규범으로서의 자유권은 그 효력이 잠정적인 성격을 지닌다는 점에서 그에 상응하는 국가의 부작위의무 역시 작위의무와 마찬가지로 고정된 형태를 가지는 게 아니다. 둘째, 서로 다른 방향을 향해 나아갈 뿐, 일정한 방향을 지시한다는 점에서 방어권과 급부권 사이에는 아무런 차이가 없고, 이에 따라 요구되는 행위가 부작위인지 작위인지에 따라 형량의 성격이 달라지는 것도 아니다. 셋째, 같은 법률을 문제 삼는 한, 형량의 대상들 사이에는 그 어떠한 차이도 없고, 그 결과 요구되는 국가의 행위가 작위라고 해서 형량의 대상이 유독 복잡해진다거나 다양해지는 것도 아니다. 넷째, 여기서도 '정당화'는 문제된 법률과 헌법재판소가 스스로 고안한 특정한 대안을 견주어보는 방식으로 이루어지게 된다는 점에서 급부권이 문제되는 경우라고 해서 고려해야 할 입법대안들이 특별히 많아지는 것도 아니다.

참고문헌

1. 단행본

계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.

김문현/김주환/임지봉/정태호, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판소, 2008.

김하열, 헌법강의, 박영사, 2020.

김해원, 기본권심사론, 박영사, 2018.

신숙희, 편집대표 김용덕, 주석 민법: 민법총칙, 한국사법행정학회, 2019.

안건훈, 자유의지와 결정론, 집문당, 2006.

이준일, 법학입문, 박영사, 2004.

_____, 차별 없는 세상과 법, 홍문사, 2012.

_____, 헌법학강의, 홍문사, 2019.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2020.

최봉철, 현대법철학: 영어권 법철학을 중심으로, 법문사, 2007.

한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020.

_____, 헌법학, 법문사, 2020.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2021.

_____, 헌법소송법론, 박영사, 2021.

Alexy, Robert, 변종필/최희수/박달현 옮김, 법적 논증 이론, 고려대학교 출판부, 2007.

_____, 이준일 옮김, 기본권이론, 한길사, 2007.

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, Wolters Kluwer in New york, 2015.

Copi, Irving M./Cohen, Carl/Rodych, Victor, *Introduction to logic*, Routledge, 2019.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Publishing, 2013.

Hassemer, Winfried, 배종대/윤재왕 옮김, 범죄와 형벌, 나남, 2011.

Kant, Immanuel, 백종현 옮김, 순수이성비판, 아카넷, 2015.

_____, 백종현 옮김, 윤리형이상학 정초, 아카넷, 2017.

Kelsen, Hans, *What is Justice?: justice, law, and politics in the mirror of science*, Berkeley: University of California Press, 1971.

_____, 변종필/최희수 옮김, 순수법학 제2판, 길안사, 1999.

Kenny, Anthony, *A New History of Western Philosophy: in four parts*, Oxford University Press, 2010.

Radbruch, Gustav, 윤재왕 옮김, 법철학, 박영사, 2021.

Ritzer, George/Stepnisky, Jeffrey, *Sociological Theory*, Los Angeles: SAGE, 2018.

Saliger, Frank, 윤재왕 옮김, 라드브루흐 공식과 법치국가, 세창출판사, 2011.

Schlaich, Klaus, 정태호 옮김, 독일 연방헌법재판소: 지위・재판절차・재판 제4판, 헌법재판소, 1999.

Weber, Max, 김덕영 옮김, 프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신, 도서출판 길, 2015.

2. 학술지

강일신, "사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙", 법조 제68권 제5호, 법조협회, 2019, 42-68쪽.

_____, "과잉금지원칙의 논증방식: 침해최소성・법익균형성 심사를 중심으로", 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2019, 191-223쪽.

김종보, "기본권침해 심사기준에 대한 소고: 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로", 공법학연구 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009, 173-203쪽.

김주환, "입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제", 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000, 431-480쪽.

김진곤, "기본권 심사기준의 이해와 통합: 노동3권의 구조와 위헌심사기준의 체계성", 공법연구 제50집 제3호, 한국공법학회, 2022, 63-88쪽.

김하열, "법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사: 참정권과 청구권을 중심으로", 고려법학 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 35-74쪽.

_____, "헌법재판과 증명책임", 헌법재판연구 제8권 제1호, 헌법재판연구원, 2021, 291-347쪽.

김현철, "국가의 기본권보호의무론의 재정립에 관한 시론", 법학연구 제23집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2020, 65-105쪽.

_____, "기본권보호의무론에 관한 몇 가지 쟁점", 세계헌법연구 제26권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2020, 31-65쪽.

문재완, “비례원칙의 과도한 팽창”, 세계헌법연구 제24권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2018, 21-47쪽.

박진완, “자유권적 기본권의 도그마틱과 기본권 이론에 대한 검토”, 저스티스 제170권 제2호, 한국법학원, 2019, 335-389쪽.

방승주, “박근혜 대통령 탄핵심판에 있어서 생명권보호의무 위반여부”, 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017, 39-90쪽.

손상식, “평등권에 대한 자의성 심사의 개선방안”, 세계헌법연구 제26권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2020, 93-125쪽.

안경환, “헌정 50년과 자유와 평등의 이념”, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 34-56쪽.

윤진수, “보통법 국가에서의 기본권의 수평효”, 법학연구 제27권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 159-208쪽.

이민열, “기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙”, 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020, 247-304쪽.

_____, “의무론과 목적론 그리고 헌법해석”, 법철학연구 제24권 제2호, 한국법철학회, 2021, 229-296쪽.

이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 273-300쪽.

_____, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 39-64쪽.

_____, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점: 독일 헌법이론을 고찰하며”, 법조 제68권 제2호, 법조협회, 2019, 35-58쪽.

이상만/전정환, “과소보호금지원칙의 통제밀도”, 법학논총 제29집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2022, 191-224쪽.

이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조: 침해의 최소성 원칙을 중심으로”, 저스티스 제163호, 한국법학원, 2017, 75-131쪽.

이준일, “사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015, 85-110쪽.

_____, “헌법적 원칙으로서 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 접점과 차이”, 유럽헌법연구 제39호, 유럽헌법학회, 2022, 283-322쪽.

전광석, “최저생활보장과 헌법재판”, 헌법학연구 제25권 제1호, 한국헌법학회, 2019, 127-159쪽.

정문식, “과잉금지원칙과 과소금지원칙의 관계: 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법재판소 결정(2005헌마764등)과 관련하여”, 법과정책연구 제9집 제1호, 한국법정책학회, 2009, 197-223쪽.

_____, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 5-47쪽.

정영훈, “남아프리카공화국 헌법상 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 연구”, 법과정책연구 제16집 제1호, 한국법정책학회, 2016, 471-504쪽.

정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견: 헌재의 원칙 운용에 있어서의 논리성・일관성에 관한 문제제기”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 2015, 245-277쪽.

_____, “아리스토텔레스 정식 비판”, 헌법논총 제27집, 헌법재판소, 2016, 141-182쪽.

정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회, 1997, 83-108쪽.

_____, “헌법-기본권적 3각관계 그리고 과소(보호)금지원칙의 독자성”, 고시연구 제338호, 고시연구사, 2002, 14-29쪽.

정해성, “자유, 규범의 목적(1): 결정론에 대한 비판과 자유의지의 증명”, 법학연구 제29권 제2호, 경상국립대학교 법학연구소, 2021, 209-261쪽.

_____, “자유, 규범의 목적(2): 결정론적 세계관과 법률”, 법학연구 제65집, 전북대학교 법학연구소, 2021, 35-66쪽.

_____, “정의, 법률의 효력근거: 켈젠의 ‘What is Justice?’와 하버마스의 ‘Faktizität und Geltung’에 대한 비판을 중심으로”, 홍익법학 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 77-107쪽.

_____, “규범 논증과 합의: 하버마스의 ‘진리이론’에 대한 비판을 매개로 하여”, 법학논총 제41권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2021, 41-68쪽.

_____, “자유권에 대한 제한과 정당화 방식의 재구성”, 헌법학연구 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022, 89-137쪽.

최희수, “헌법재판의 기능적 한계: 독일의 논의를 중심으로”, 안암법학 제43호, 안암법학회, 2014, 305-339쪽.

표명환, “헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계”, 법과정책 제26집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020, 203-227쪽.

_____, “입법통제에 있어서 헌법재판의 기능적 한계”, 유럽헌법연구 제32호, 유럽헌법학회, 2020, 311-341쪽.

_____, “입법형성의 자유와 헌법재판의 한계: 독일에서의 논의와 헌법재판소의 판례분석을 중심으로”, 국제법무 제12집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020, 139-167쪽.

허완중, “기본권3각관계”, 헌법재판연구 제3권 제1호, 헌법재판연구원, 2016, 187-220쪽.

홍석한, “사회적 기본권의 법적 성격과 입법재량에 대한 고찰: 미국과의 비교를 겸하여”, 미국헌법연구 제28권 제1호, 미국헌법학회, 2017, 261-295쪽.

Alexy, Robert, “On Constitutional Rights to Protection”, *The Theory and Practice of Legislation Vol. 3 Issue 1*, Taylor & Francis, 2009, pp. 1-17.

Hager, Johannes, 김대경 옮김, “민법상 인격권과 사생활의 헌법적 보호”, 경희법학 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 343-390쪽.

3. 학위논문

정해성, “기본권의 문법과 정당화의 구성”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2021.

4. 자료집

계희열, “헌법재판과 국가기능: 헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로”, 헌법재판의 회고와 전망: 창립 10주년 기념세미나, 헌법재판소, 1998.

5. 기타자료

강일신, 실제적 조화 원칙에 관한 연구: 기본권충돌 해결을 중심으로, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2019.

_____, 과잉금지원칙에서 법익형량: 헌법이론적・비교헌법적 연구, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2019.

전은주, 남아프리카공화국의 평등심사기준: 차별금지와 적극적 평등실현조치를 중심으로, 비교헌법연구, 헌법재판연구원, 2019.

정영훈, 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토, 헌법재판 심사기준, 헌법재판연구원, 2016.

[Abstract]

The Entitlements and the Principle of Proportionality

-Including Verification of the Principle of Freedom-

Jung, Haesung*

Roughly speaking, the research task of this paper is to confirm the possibility that the principle of proportionality in the broad sense can be applied even when the entitlement in the form of "too few benefits, more benefits" is an issue. To this end, the partial principles that constitute the principle of proportionality in the broad sense are analyzed and reviewed one by one, and what was the starting point of the discussion here was the nature of the legislative purpose. This is because if it is not confirmed what the "purpose" is, the principle of the legitimacy of the purpose, but also other partial principles, cannot be applied. In this regard, I emphasize that the "purpose" in itself in the principle of the legitimacy of the purpose appears as a 'public interest' in the sense of the reason to limit fundamental rights and then functions as 'grounds' to support the argument that restrictions on fundamental rights are justified in the process of applying the principle of proportionality in the narrow sense. Accordingly, I point out that if the purpose can be inferred from the law, which is the means, it is sufficient to be a 'legislative purpose'. Furthermore, this fact also allowed us to solve the certain problem that we face in applying the principle of necessity. Because this fact clearly states that as long as the 'legislative purpose' can confront the guarantee of fundamental rights, it is sufficient to be a "legislative purpose" and as a result, we do not have to be bound by the 'expressed' purpose. Finally, as for the principle of proportionality in a narrow sense, I first emphasize that this principle is the axiom of justification but examine whether there is a legal possibility or factual possibility that it is challenging to apply this principle properly or strictly when the entitlement is an issue, unlike when the defensive right is an issue. As a result, I conclude that the principle of proportionality in a narrow sense can be applied without any problem, even when the entitlement is an issue, pointing out that

* Researcher, Legal Research Institute of Korea University, Ph.D. in Law.

democracy unlike the principle of separation of powers cannot be a legal possibility of that kind and similarly it cannot be a factual possibility of that kind that the objects of the balancing are particularly complex and diverse when the entitlement is an issue. In particular, the following four grounds are presented for the latter, and the contents of which are as follows: First, the rights to liberty as a principle-norm are provisional in their legal effects, and therefore, the negative duties of the state corresponding to this rights do not have fixed forms too, like the positive duties. Second, there is only a difference in that the defensive right and the entitlement go in different directions, but there is no difference at all between them in that they direct a certain direction and accordingly, the nature of the balancing does not vary depending on whether the state action required is positive or negative. Third, as long as the same law is an issue, there is no difference between the objects of the balancing and as a result, the objects of the balancing do not become particularly complicated or diversified, even if positive action is required. Fourth, even here, justification is done by comparing the law at issue with the legislative alternative devised, especially by the Constitutional Court itself and in this respect, there are not particularly more legislative alternatives to consider, even if positive action is required.

[Key Words] the nature of the legislative purpose, the purpose inferred from the law, the maximum guarantee and the sufficient guarantee, the principle of proportionality in a narrow sense and the axiom of justification, the objects of the balancing and the concrete weight of the objects