

입법형성의 자유와 헌법재판의 한계*

- 독일에서의 논의와 헌법재판소의 판례 분석을 중심으로 -

Freedom of Legislative Formation and Limitations of the Constitutional Trial

- Focusing on Discussions in Germany and Case Analysis of
the Constitutional Court -

표 명 환**

Pyo, Myoung-Hwan

목 차

- I. 서론
- II. 입법형성과 헌법재판의 한계에 관한 논의
- III. 헌법재판소의 판례 분석
- IV. 결론

국문초록

본고는 입법통제에 있어서 입법형성의 자유와 헌법재판의 한계에 관한 논의와 이에 관한 헌법재판소의 구체적 실현에 관한 분석을 내용으로 하였다. 입법통제에 있어서 가장 중요한 의미를 갖는 것은 입법자의 형성의 크기를 어느 정도로 인정할 것인가 하는 입법자 측면의 자유와 헌법재판소가 어떠한 심사강도와 기준으로서 이를 통제할 것인가 하는 통제밀도의 구체화의 문제이다. 이와

논문접수일 : 2020. 04. 01.

심사완료일 : 2020. 04. 28.

게재확정일 : 2020. 04. 28.

* 이 논문은 2020학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

관련하여 가장 중요한 의미를 가지는 것이 입법통제에 있어서 헌법재판의 한계 설정의 문제이다. 특히 헌법해석에 있어서 최종적인 유권해석기관으로서의 헌법 재판소, 헌법재판소의 결정효력을 교정할 수 있는 국가기관이 존재하지 않은 헌 법체계 그리고 다양하게 전개되고 있는 헌법해석 방법 등을 고려할 때 입법작용 의 헌법적 통제에서 헌법재판의 한계설정은 중요한 의미를 갖는다. 독일에서는 헌법재판의 한계설정을 위한 여러 논의들이 전개되었고, 국가조직체계에서 독일 과 유사한 지위를 점하고 있는 우리헌법재판소를 고려할 때 헌법재판의 한계에 관한 독일에서의 논의는 시사하는 바 크다고 본다. 이에 본고에서는 실체법설과 기능법설을 중심으로 이에 관하여 검토하였다. 헌법재판의 한계와 관련한 헌법 재판소의 그 동안의 판례를 분석한 결과, 헌법재판소는 실체법설을 근간으로 하 면서 기본권과 관련한 입법통제에 있어서 심사기준으로서 과잉금지원칙과 그 적 용에서 차별적 적용은 실체법적 관점에 입각하고 있는 것으로 평가된다. 그와 달리 평등원칙의 심사에서는 기능법적 관점에서 자의금지원칙을 적용하고 있고, 그 심사강도의 조정에서는 실체법적 관점에 의하고 있음을 확인하였다.

다른 한편, 헌법재판소는 ‘심사기준이 문제되는 헌법규범’과 관련한 입법통제 에 있어서는 기능적 관점에서 행위규범과 통제규범의 구별을 전제로 한 심사강 도와 심사기준을 조정하고 있다. 또한 과잉금지원칙의 구체적 적용에서 수단의 적합성 및 최소성 심사에서의 입법자의 예측판단과 관련하여서도 기능법적 고 려에 의한 통제강도를 조정하고 있다. 그러나 사회적 기본권에 대하여 헌법재판 소가 기능법적 관점에서 적용하고 있는 통제기준으로서의 최소한 보장의 원칙 은 입법자의 행위지침을 의미하는 것으로서 통제기준의 의미로서는 논리적이지 않는 것으로 평가하였다. 통제기준으로서의 사회적 기본권은 입법자의 행위지침 으로서 행위규범보다 축소된, 즉 사회적 기본권의 객관적 내용이 요구하는 것 이하의 급부인지, 즉 그 급부가 사회적 기본권의 객관적 내용을 실현하기 위한 것에 미달되지 않았는지를 내용으로 하는 ‘과소급부금지원칙’을 적용하는 것이 타당하다고 하였다.

주제어 : 헌법재판, 입법형성, 실체법설, 기능법설, 입법통제, 심사밀도, 심사기준

1. 서론

입법형성의 자유는 입법에 관하여 입법자에게 부여된 판단의 자유를 의미하며, 입법형성, 입법재량이라고도 한다.¹⁾ 헌법상 인정되는 입법형성의 자유에 대하여, 헌법의 규율밀도에 따라 분류하기도 하고,²⁾ 또는 헌법의 규정방법이나 법률의 성질에 의하여 구분하기도 한다.³⁾ 이와 달리 헌법재판과 관련하여 넓은 입법재량, 좁은 입법재량, 입법재량의 불적용 등으로 나누기도 한다.⁴⁾ 이와 같이 여러 기준에 의하여 유형화되는 입법형성은 헌법재판에 의한 입법통제에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 국가권력의 헌법기속성이 일반적으로 인정되고 있는 현대헌법체제하에서 입법자의 모든 입법영역은 헌법을 심사규범으로 하는 헌법재판의 심사대상이 되며, 헌법재판의 심사로부터 자유로운 입법영역은 존재할 수 없다. 그러나 헌법재판소의 헌법재판권과 마찬가지로 입법자의 입법권도 헌법에 의하여 부여된 권한이라는 관점에서 보면, 입법통제과정에서 존중되어야 할 입법자의 영역은 부인될 수 없다. 여기로부터 입법통제에 있어서 헌법재판의 한계의 문제가 제기되고, 그 논거를 어디에서 구할 것인지 여부가 논의되고 있다. 입법통제에 있어서 입법형성은 입법자의 형성권의 존중을 의미하며, 이로부터 입법자가 헌법에 기속되는 입법형성의 한계가 나타난다. 입법형성의 한계는 입법자의 형성의 자유의 끝나는 곳에 존재하며, 이는 곧 헌법재판이 시작되는 출발점을 의미한다. 따라서 입법형성의 자유는 헌법재판의 한계를 의미한다.⁵⁾

입법통제에 있어서 헌법재판의 한계는, 헌법재판소의 기본권구속을 규정하고

1) 헌재 1995.5.25. 91헌마67사건에서는 “입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로”라고 하고 있고, 헌재2000.6.1. 99헌마553사건에서는 “입법재량권을 남용하였거나 그 한계를 일탈한 경우”라고 하고 있으며, 헌재2003.12.18. 2002헌바49 사건에서는 “입법형성”이라는 용어를 사용하고 있다.

2) K. Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, 1994, S. 541 ff. (553).

3) 권형준, 입법재량에 관한 연구, 헌법학연구 제12권 제3호, 한국헌법학회 2006.9., 498면.

4) 권형준, 위의 논문, 504면

5) 한수용, 헌법재판의 한계 및 심사기준-헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로-, 헌법논총 제8집(1997), 197면.

있는 것에서, 입법자와 헌법재판소의 조직 및 입법기능과 헌법재판기능의 분리로부터, 그리고 헌법과 양립할 수 있는 한 가급적 넓은 형성의 자유를 입법자에게 부여할 것을 요구하는 민주주의 원리 등에서 인식될 수 있다.⁶⁾ 그러나 이러한 헌법규정 그 자체가 입법통제과정에서 헌법재판소의 헌법재판의 한계를 확정적으로 설정하는 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 그것은 헌법재판소의 헌법의 해석을 통하여 구체화된다. 헌법해석에 있어서 헌법재판소는 최종적인 유권해석기관으로서 광범위한 해석의 여지를 갖는다.⁷⁾ 이와 같은 헌법재판소의 헌법해석에 관한 여지는, 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 국가기관의 권력행사에 광범위하게 개입할 수 있는 가능성이 열려 있다는 것을 의미한다. 헌법재판소의 국가권력작용에 대한 전방위의 개입가능성은 궁극적으로 권력분립의 한축인 헌법재판소가 권력분립원칙에 따른 국가권력 상호간의 균형상태를 깨트릴 위험성을 야기한다. 특히 입법통제에 있어서 헌법재판소가 헌법에 대한 최종적인 유권해석기관으로서의 지위에서 입법자의 지위를 자신으로 대체하는 등으로 헌법재판의 한계를 유월할 우려가 있다.⁸⁾ 이와 같은 우려를 방어하기 위한 차원에서 헌법재판에 대한 한계 문제가 중요하게 논의되고 있다.⁹⁾ 헌법재판의 한계에 관한 논의는 독일에서 출발하여 우리헌법학에서도 소개되고 있다.¹⁰⁾ 본고에서는 독일에서 논의되고 있는 헌법재판의 한계에 관하여 검토하고, 이들 논의들이 헌법재판소의 판례에서 어떻게 구현되고 있는지를 분석하고자 한다. 특히 헌법재판소가 기본권과 관련한 입법의 통제에 있어서 어떠한 관점에

6) 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19집, 헌법재판소 2008.12.25면.

7) 최희수, 헌법재판의 기능적 한계- 독일의 논의를 중심으로-, 안암법학 제43권, 안암법학회 2014.1., 307면.

8) 독일에서는 특히 헌법재판소를 통제할 심급이 존재하지 않고, 기본권 효력의 확대 등으로부터 헌법재판소의 관할권이 매우 넓어 자칫 헌법재판소가 헌법재판의 한계를 유월하다는 비판에 직면하면서 헌법재판의 한계의 설정하려는 논의가 행해지기도 하였다(김문현 외, 앞의 책, 26면).

9) 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 도찰-입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-, 공법연구 제30집 제1호(2001), 223면; 최희수, 앞의 논문, 306면.

10) 독일의 논의를 소개하고 있는 대표적인 것으로는, 정태호, 앞의 논문, 223면 이하; 최희수, 앞의 논문, 305면 이하; 이부하, 헌법재판에 있어서 사법적 자제-입법자와 헌법재판소간의 권한획정과 관련하여-, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회 2005.5., 254면이 있고, 일본에서의 논의를 소개하고 있는 것으로는, 권형준, 앞의 논문, 495면 이하가 있다.

입각하여 어떠한 심사기준과 강도를 적용하고 있는지를 분석하고자 한다.

II. 입법형성과 헌법재판의 한계에 관한 논의

1. 논의의 전개

헌법재판의 한계에 관한 논의는, 헌법의 최종적인 유권해석기관인 헌법재판소가 헌법재판의 근거규범인 헌법규범의 해석에 있어서 헌법이 설정한 한계를 벗어나지 못하도록 하는 논리적인 헌법해석방법에 대한 고민으로부터 출발한다. 이에 Böckenförde는 헌법 내지 기본권의 효력범위를 제한하는 헌법이론을 통하여 헌법재판의 한계를 설정하고자 하였다. 즉 그는 형식적 법치국가관 및 기본권의 가치로서의 측면을 부인하는 것에서 근거하여, 헌법규범이나 기본권의 구체화에 대한 과제를 전적으로 입법자에게 의존케 하는 이론적 기초로부터 헌법재판의 한계를 구하고자 하였다.¹¹⁾ 그러나 그의 시도는 그가 이론적 근거로써 주장하고 있는 형식적 법치국가관 및 기본권규범에 대한 근본적인 입장이 학계의 폭넓은 지지를 받지 못함에 따라 큰 호응을 얻지 못했다.

독일연방헌법재판소의 판례에 중요하게 영향을 미친 견해로는 실체법설과 기능법설로 대별된다.¹²⁾ 이들 견해는, 입법통제에 있어서 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 스스로의 한계를 설정함에 있어서 그 논거를 헌법규범의 규율밀도와 헌법의 기능질서 중 어디에 비중을 두느냐에 따라 구분된다. 실체법설은 헌법규범의 규율밀도, 즉 실체법적 관점에 비중을 두어 헌법재판의 한계를 설정하는 견해이며, 기능법설은 실체법적 관점보다 헌법의 기능질서에 근거하여 헌법재판의 한계를 구하는 견해이다.

11) E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29(1990), S. 1 ff.(30 f.).

12) 독일연방헌법재판소는 실체법설을 근간으로 하면서, 입법사실이 확인 및 예측판단과 그 통제 강도의 단계화(BVerfGE 50, 290) 자의금지원칙의 적용(BVerfGE 57, 139(159); 62.1(50) 등)에서는 기능법적 관점을 활용하고 있다.

2. 실체법설

실체법설은 실체법적 관점, 즉 헌법규범의 규율밀도를 근거로 하여 헌법재판의 한계를 설정하고자 하는 견해이다.¹³⁾ 이 견해는 입법통제에 있어서 개별사건과 관련된 헌법규범의 해석을 통하여 헌법재판의 한계를 설정한다. 즉 헌법해석을 통하여 헌법규범들의 의미와 효력의 범위를 규명하면 그로부터 헌법재판의 한계를 도출할 수 있다고 한다. 마찬가지로 입법자에게 부여되는 형성의 자유도 관련 헌법규범 또는 기본권규범의 해석으로부터, 즉 관련헌법규범 내지 기본권규범이 제기하는 요건을 축소함으로써 확정한다.

이 견해에 있어서 헌법재판의 심사기준과 강도는 전적으로 헌법규범 내지 기본권규범의 구속력 또는 요구강도에 따라 결정된다.¹⁴⁾ 따라서 이 견해에 의하면, 헌법규범 내지 기본권규범의 구속력의 강도와 헌법재판의 심사강도가 일치하게 된다.¹⁵⁾ 그리고 이 견해는 헌법재판의 심사강도는 헌법규범의 규율밀도와 기본권제한조치가 관련 개인에 대하여 갖는 의미에 의하여 조정된다고 본다.¹⁶⁾

그러나 이 견해가 헌법재판소의 헌법구속으로부터 헌법해석자로서의 헌법재판소가 스스로 재판의 한계를 어느 정도 명확하게 할 수 있다고 하지만, 헌법을 심판의 근거규범으로 하여 재판하는 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 스스로 재판의 한계를 설정하여 타국가기관의 작용을 존중한다는 것은 어렵다는 비판이 있다.¹⁷⁾ 즉 최고규범으로서 헌법규범의 포괄성, 기본권효력의 확대, 헌법해석방법의 다양성 및 최종적인 유권해석기관으로서의 헌법재판소의 지위 등을 고려할 때 헌법재판소 스스로가 헌법재판의 한계를 설정하는 것은 가능하지도 않으며 그것은 허구에 불과하다고 비판한다.¹⁸⁾ 또한 실체법설은 최종적인 유권해석기관으로서의 헌법재판소가 스스로에게 유리한 헌법해석 방법의 선택

13) M. Brenner, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120(1995), S. 258.

14) K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., München 1997, Rn. 13. 470.

15) 김문현 외, 앞의 책, 29면.

16) H. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: HdBVerfR, 2. Aufl., 1994, § 34, Rn. 57.

17) A. Rinke, AK-GG, 2. Aufl., 1989, Vor Art. 93, Rn. 95.

18) A. Rinke, aaO., Rn. 95.

을 통하여 헌법규범의 구체화의 정도를 마음대로 결정할 우려가 내재되어 있다고 비판하기도 한다.¹⁹⁾

3. 기능법설

기능법설은 실체법설이 갖는 이론적 모순점을 보완하는 차원에서 전개되고 있다. 기능법적 관점에서 실체법설의 이론적 모순점을 보완하기 위한 노력은 두 가지 방향으로 전개된다. 그 하나는 헌법에 의하여 창설된 국가기관의 구조 및 헌법에 의하여 부여된 헌법재판소의 권한을 근거로 헌법재판의 한계를 도출하는 견해이다. 이 견해는, 헌법상의 각 기관은 서로 다른 구조를 갖고 있으며 이에 상응하여 각 기관들은 그 구조에 적합한 기능을 수행하도록 권한을 부여받는다는데서 출발한다.²⁰⁾ 이에 따라서 이 견해는, 헌법재판소는 그 조직과 인적 구성, 기능, 소송절차와 같은 요소들로 구성되어 있으며, 기본법이 예정한 이와 같은 연방헌법재판소의 기관구조는 그에 적합한 권한배분을 위한 전제가 되는 동시에 권한행사의 범위를 한정하기 위한 조건이라는 것에 근거하여 헌법재판의 한계를 설정한다. 이 경우 “일반적으로 의심스러운 경우에는 그 결정과 구조적으로 가장 근접해 있는 기관이 결정을 내릴 수 있는 정당성을 가지고 있다.”라고 한다.²¹⁾

또 다른 하나는 헌법의 구조원리 내지 헌법이 헌법재판소에게 부여한 기능을 근거로 하는 입장이다.²²⁾ 이 견해는 연방헌법재판소의 속성을 규명하여 그로부터 권력분립의 원칙에 따른 연방헌법재판소의 기능의 한계를 확정하는 것에서 헌법재판의 한계를 설정한다. 이 견해를 취하는 Bryde 교수는, 연방헌법재판관의 경우 민주적 정당성이 간접적으로 부여되고 있다는 점, 그 권한행사가 수동

19) J. Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2006, S. 441.

20) W. Heun은 “서로 상이한 구조로 형성된 기관들 각자에 대해 그때 그때 그러한 구조에 적합한 국가적 과제를 귀속시키는 한편, 역으로 기관의 구조도 그가 부여받은 국가적 과제에 맞도록 형성하는 것”이라고 한다(funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, s. 13.).

21) A. Rinke, aaO., Rn. 99.

22) K. Hesse, aaO., S. 553.

적·사안에 국한된 열거적 심판권한을 행사한다는 점, 심판절차가 헌법이나 법률이 정한 사법절차에 의하여 이루어진다는 점, 자신의 결정에 대하여 연방헌법재판소도 구속되고 그 결정에 대한 타국가기관의 교정 가능성이 차단되어 있다는 점 그리고 연방헌법재판소도 통제기준인 헌법규범에 구속된다는 점 등을 근거로 하여,²³⁾ 연방헌법재판소를 사법기관이라고 규명하고, 이에 따라 사법기관인 연방헌법재판소는 권력분립의 원칙에 따라 사법기관으로서의 기능이 부여되고, 개방적이고 추상적인 헌법규범을 해석함에 있어서 타 국가기관의 기능영역을 침해하여서는 아니되는 한계가 설정된다고 한다.

또한 Hesse 교수는, 헌법은 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 입법자에게 헌법실현의 우선적 기능을 부여하고 있고, 입법자는 헌법 내에서 정치적 결정을 통하여 공동체 질서를 적극적으로 형성하는, 더 구체적으로 보면 입법자는 입법 활동을 통하여 헌법을 구체화하고 실현하는 데 있어서 포괄적·주도적·형성적 기능하는데 반해, 헌법재판소는 사법적 성격에 내재된 활동의 한계로 인하여 특정 대상에 대하여 사후적·통제적 기능을 담당한다고 한다.²⁴⁾ 이로써 입법자와 헌법재판소는 입법과 헌법재판이라는 구체화를 통하여 헌법을 실현함에 있어서 서로 경쟁관계에 있게 되는 경우, 입법자는 우선적 형성권을, 그리고 헌법재판소는 사후적 통제로서 최종적 결정권을 갖게 된다고 한다.²⁵⁾ 이에 따라 Hesse 교수는, 행위규범과 통제규범의 구별하여 동일한 헌법규범이 입법자에게는 행위규범으로써, 다른 한편 헌법재판소에게는 통제규범으로서 작용하기 때문에 행위규범에 의거하여 적극적으로 행위하여야 하는 입법자에게는 헌법재판소가 통제할 수 없는 여지가 발생한다고 본다. Hesse 교수는 “행위규범과 통제규범이 관념상 구별되어 전자가 후자보다 규율영역이 더 넓은 불일치현상이 발생할 수 있다.”고 하고,²⁶⁾ 또한 Bryde도, “행위규범과 통제규범의 구별에서 ‘하나의 헌법규범’이 다른 국가기관에 대하여 행위명령으로서 갖는 내용적 요청은 헌법재

23) B.-O. Bryde, Vefassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982. S. 232 f.

24) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 561.

25) K. Hesse, aaO, Rn. 561.

26) K. Hesse, aaO., S. 541.

판소가 통제기준으로써 이 헌법규범을 적용할 때의 내용적 요청보다 포괄적인 것을 의미한다.”고 하여,²⁷⁾ ”헌법재판소가 헌법규범을 심사기준으로 통제권한을 행사하는 경우에 한해 기능적 관점의 고려로 헌법규범의 의미내용이 축소된다는 것에 있다.”고 한다.²⁸⁾ 이에 따라서 이 견해에 의한 헌법재판의 한계는 행위규범과 통제규범의 불일치하는 영역에서 헌법규범의 의미내용이 축소된 영역으로 설정된다. 즉 행위규범에 비해 상대적으로 축소된 규율범위를 의미하는 통제규범으로써 헌법규범의 의미와 내용을 구체화하는 것에서 헌법재판의 한계를 설정한다.

이에 더하여, Alexy 교수는, 민주주의원칙을 토대로 하여 헌법재판소의 심사범위가 아니라 입법자의 권한 및 입법절차에 근거하여 헌법재판의 한계를 설정한다.²⁹⁾ 이 견해에 의하면, 민주주의원칙에 근거한 입법자의 우선적 형성권은 민주주의원칙에 의하여 가능한 한 넓은 형성의 여지가 부여되는 것으로서, 입법자에게 여지를 남겨둠으로써 헌법재판의 한계를 설정한다. 여기서의 입법자의 여지는 민주주의원리와 기본권과의 형량을 거쳐 그 정도가 결정된다고 한다.³⁰⁾ 이에 의하면 민주주의원리에 의하여 기본권의 실체적 효력의 범위가 축소되고 그 결과로서 입법자에게 기능적 여지가 발생하며, 입법통제에 있어서 이러한 입법자의 여지를 남겨둠으로써 헌법재판의 한계가 설정된다고 한다. 이 견해에 의하면, 기본권관련 입법의 통제에 있어서 기본권의 실체적 효력범위와 헌법재판소의 통제범위가 서로 일치하게 된다.

이와 같은 기능법적 관점에 입각한 헌법재판의 한계 설정에 관한 견해에 대하여, 기능법설이 그 전제로 하고 있는 연방헌법재판소도 다른 국가적 기능질서들과 같이 헌법의 기능질서에 편입될 수 있다는 점을 부인하면서 기능법설을 비판하는 경우가 있다. 이 견해는 연방헌법재판소는 독자적인 결정주체이자 분업적으로 조직된 국가권력의 부분으로서 헌법재판을 다른 국가기능과 같은 질서에 편입하는 것을 부정한다.³¹⁾ 또는 기능법설은 새로운 것이 아니라 정밀하

27) B.-O. Bryde, aaO., S. 303.

28) B.-O. Bryde, aaO., S. 303.

29) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 120.

30) R. Alexy, aaO., S. 120.

지는 못하지만 헌법재판의 한계로 사용하여 왔던 미국의 정치문제이론이나 사법자제론 그리고 전래의 권력분립의 원칙 및 민주주의원칙의 논거에 불과하다는 비판이 있다.³²⁾ 뿐만 아니라 민주주의원리를 토대로 하여 헌법재판소의 심사범위가 아니라 입법자의 권한 및 입법절차에 의거하여 헌법재판의 한계를 구하는 Alexy 교수의 견해에 대해서는, 민주주의원리에 의하여 기본권을 제한할 수 없음에도 불구하고 민주주의와 기본권을 대립시켜 형량을 통하여 기본권의 효력범위를 제한하고 있다는 비판이 있다.³³⁾ Hesse 교수의 행위규범과 통제규범의 구별에 근거하여 헌법재판의 한계를 설정하는 견해에 대하여는, 헌법규범을 행위규범과 통제규범으로 구분하면서 야기되는 헌법규범의 간극 및 그 간극을 인정할 수 있는 헌법적 근거가 불확실하다는 비판이 제기되고 있다.³⁴⁾

4. 사법자제이론 및 정치문제이론

전통적인 실체법적 관점에서 헌법재판의 한계를 도출하는 것은 적절하지 않다는 것에서 헌법재판관의 자제를 촉구함으로써 헌법재판의 한계를 구하거나 또는 정치문제(Political-Question)이론을 근거로 헌법재판의 한계를 구하고자 하는 시도가 있다. 독일연방헌법재판소의 일부 결정에서 사법자제이론을 원용한 것으로 평가되는 판례가 있었으나,³⁵⁾ 학계의 견해는 이에 대하여 부정적이다.

사법자제이론에 근거한 연방헌법재판소의 판례는, 헌법재판소가 헌법에 의하여 부여된 자신의 권한을 행사함에 있어서 그 권한을 행사할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있기 때문에, 입법자의 입법을 통제함에 있어서 스스로의 자제를 통하여 헌법재판의 한계가 설정되는 것으로 본다.³⁶⁾ 이에 대하여, 사법자제

31) G. Roellecke, Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge, in: HStR II., 1987, S. 676.

32) K. Schlaich, aaO., Rn. 477/478.

33) J. Riecken, aaO., S. 460 f.

34) M. Rabbe, Grundrechte und Erkenntnis, Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, 1998, S. 153 ff.(160).

35) BVerfGE 36, 1(14); 39, 1(51); 59, 360(377) 등이 그것이다.

36) K. Schlaich, aaO., Rn. 469

이론은 이론상 기능적 관점이 적용되는 경우와는 그 차원을 달리한다고 하면서, 다음과 같은 비판을 제기하고 있다. Murswiek 교수는, 사법자제이론에 입각한 헌법재판의 한계의 설정은 헌법규범에 의하여 확립되는 것이 아니라 헌법재판소의 소속 재판관이 임의로 결정하는 자발적인 요소에 의한 것으로서, 헌법재판의 한계가 헌법재판관 각자의 성향이나 사법적 자제를 실현하려는 의지에 의하여 결정되게 되는 문제가 있다고 지적한다. 즉 그는 통제기준으로서 헌법은 적용자를 구속하며, 적용자는 이를 남용적으로 적용할 수 없음은 물론 그것을 스스로의 자제에 의해 적용하지 않을 권한도 없다고 한다. 권한에 대한 자제는 권한의 존재를 전제하는 것이며 부여된 권한을 행사하여야 할 자가 이를 행사하지 않은 경우 그것은 곧 권한의 유월에 해당한다고 한다.³⁷⁾ 마찬가지로 Schuppert 교수도, 헌법재판소의 자제를 통하여 헌법재판의 한계를 도출하는 것은 헌법재판관 개인의 성향이나 사법적 자제를 실현하려는 의지나 태도에 따라 헌법재판의 한계 여부가 좌우될 수 있다고 지적한다.³⁸⁾

또한 미국연방대법원에서 형성된 ‘정치문제이론’에 입각하여 입법영역에 대한 헌법재판의 한계를 구하는 것에 대하여,³⁹⁾ Heun 교수는 정치와 헌법을 분리시켜 정치문제에 대한 법원심판의 자제를 내용으로 하는 정치문제이론은 미국헌법과 다른 독일기본법의 규정구조에 비추어 독일기본법질서에 적용될 수 없다고 한다.⁴⁰⁾ Schneider 교수도 미국 연방대법원과 달리 기본법상의 헌법재판소에게는 법률에 대한 위헌심사권한이 명시적으로 부여되어 있기 때문에 헌법을 기준으로 하여 사법심사를 할 수 없는 공권력작용은 처음부터 존재할 수 없다고 하여,⁴¹⁾ 정치문제이론의 독일기본법질서에의 적용을 부인하고 있다.

37) D. Murswiek, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, DÖV 1982, S. 529 ff.

38) G. F. Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191.

39) 이는 다수지배에 의한 민주주의원칙이 제대로 기능하지 않는 경우에만 선출되지 아니한 법관이 판단할 수 있다는 이론으로서, 헌법의 개방성, 추상성과 관련한 가치결정은 국민에 의해 선출된 대표에 의하여 이루어져야 하고, 법원은 실체적 가치의 문제가 아니라 참여의 문제에 관심을 두어야 한다고 하여, 사법심사의 한계를 설정한다(김문현 외, 앞의 논문, 18면 이하).

40) W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 12.

41) H. P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2014.

5. 평가

실체법적 관점에 근거한 입법자의 형성의 자유와 헌법재판의 한계획정의 방법은, 특정한 경우 사안과 관련한 헌법규범이 추상적·불완전한 내용일 때, 실체법적 해석만으로는 입법자의 입법형성의 자유를 정밀하게 획정할 수 없고, 헌법해석의 다양한 가능성으로 인해 헌법재판소가 입법자의 영역에 까지 자신의 권력을 확장하는 문제가 야기될 수 있다. 따라서 실체법적 관점을 취하는 경우, 헌법규범의 의미와 내용을 헌법규범의 틀속에서 정당하게 구체화하는 헌법해석 방법이 전제되어야 한다. 헌법해석의 방법을 통하여 헌법재판소의 헌법재판을 헌법규범속으로 구속시킬 수 있는 것이라면 실체법적 관점에 따라 헌법재판의 한계를 마련하는 것은 타당할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 자신에게 유리한 헌법해석의 방법을 채택하여 스스로가 원하는 결과를 얻을 수 있는 우려가 존재하는 경우, 즉 헌법해석을 통하여 헌법규범속으로 헌법재판소를 구속시키는 효과를 마련할 수 없는 경우에는 실체법적 관점의 채택은 적절하지 않다.

이러한 토대로부터 헌법규범의 규율밀도를 통하여 헌법재판소를 헌법에 구속시키는 헌법해석이 가능한 경우에는 실체법적 관점에서 헌법규범을 근거로 그 한계를 구하는 것이 타당하다고 본다. 이와 달리 헌법규범의 개방성 및 추상성으로 인하여 헌법재판소를 헌법에 구속시키는 헌법해석이 불가능하거나 또는 그러한 효과를 가져올 것이라고 신뢰할 수 없는 경우에는 기능법적 관점에 의하여 헌법재판의 한계를 구하는 방법이 타당하다고 본다. 기능법적 관점에 있어서도 행위규범과 통제규범의 구별에 의한 입법형성의 영역과 통제규범을 기준으로 한 헌법재판의 한계에 관한 견해가 더욱 논리적이라고 본다. 즉 입법자와 헌법재판소는 구체적인 사안과 관련한 헌법실현에 있어서 서로 다른 차원에서 각각 헌법에 의하여 부여된 권한을 행사하고, 이에 따라 헌법의 의미도 달리하여 입법자에게는 입법형성을 위한 지침으로서의 행위규범으로써, 그리고 헌법재판소에게는 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 입법자의 형성의 자유를 존중하는 의미에서 행위규범보다 축소된 의미의 통제규범으로부터 헌법재판의 한계를 설정하는 견해가 더욱 타당하다고 본다.

Ⅲ. 헌법재판소의 판례 분석

1. 입법형성권과 헌법재판의 한계설정에 관한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 “이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.”라고 하여,⁴²⁾ 사법자제론에 입각하여 헌법재판의 한계를 구하고 있다.⁴³⁾ 그러나 헌법재판소의 위 판시는 통치행위에 대한 사법심사여부를 이론적으로 구성하고 이로부터 헌법재판의 심사여부를 결정하고 있는 것으로 보아야 함이 타당하다. 즉 위 헌법재판소의 판례는 고도의 정치적 결단에 대한 사법심사여부와 관련된 것으로써, 엄밀한 의미에서 입법영역에서의 입법자와 헌법재판소간의 관계에서 문제되는 헌법재판의 한계에 관한 논의와 구별된다.

입법통제에 있어서 입법자와 헌법재판소 상호간의 관계에서 문제되는 헌법재판의 한계에 관한 논거로써 미연방대법원에 의해 형성된 사법자제이론이나 정치문제이론은 우리헌법의 구조 및 체계상 우리헌법질서에 적용될 수 없다. 미국에서의 사법자제이론이나 정치문제이론은 헌법의 명시적 규정에 의한 것이 아니라 미연방대법원의 판례를 통하여 확립된 입법에 대한 사법적 통제권의 행사여부의 판단기준으로서 의미를 갖는 것인데 반해,⁴⁴⁾ 우리헌법상 입법에 대한

42) 헌재2004. 4. 29. 2003헌마814.

43) 최희수, 앞의 논문, 312면.

44) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137(1803). 이 판결에서 Marschall 대법원장은 “법해석은 사

헌법재판소의 통제권은 헌법에 명시되어 미국에서와 같이 그 통제권행사 여부를 판단해야 하는 문제가 야기될 수 없다는 점을 고려할 때, 사법자제이론이나 정치문제이론을 적용하여 헌법재판의 한계를 구하는 것은 적절하지 않다.⁴⁵⁾ 우리헌법상의 입법영역에 대한 헌법재판의 한계의 설정 문제는 우리헌법체계상 사법자제나 정치문제이론과 같은 헌법규범 외적 요소가 아니라 헌법규범속에서 규범적으로 규명되어야만 한다. 이로부터 헌법규범속에서 헌법재판의 한계를 구하고 있는 실체법적 관점과 기능법적 관점이 중요한 의미를 가진다.

헌법재판소는 입법형성의 자유와 헌법재판의 한계획정과 관련하여, 한편으로는 심판대상의 헌법적 구속의 강도에 따라 다르게 결정하고 있다. 즉 헌법재판소는 심판대상이 기본권의 제한과 관련된 경우, 기본권의 보호영역 및 제한의 강도 그리고 실현하는 헌법적 가치 등을 고려하여 입법자의 입법형성의 자유를 확장, 축소 또는 부인하고 있다.⁴⁶⁾ 이는 헌법재판소가 실체법적 측면에서 입법형성의 자유와 헌법재판소의 한계를 설정하고 있음을 보여주는 것이다. 또한 헌법재판소가 기본권제한과 관련한 심사에 있어서 적용하고 있는 과잉금지의 원칙도 헌법 제37조 제2항에 근거한 실체법적 관점에 입각하고 있다. 그러나 과잉금지원칙의 구체적 적용에 있어서 입법사실확인 및 효과예측에서 인정되는 입법자의 우위 그리고 그에 통제수단의 채택에 있어서는 기능법적 관점을 적용하고 있다.

또한 헌법재판소가 “헌법은 입법, 사법, 행정 등 모든 국가기관이 헌법에 의하여 부여된 고유기능을 행사함으로써 비로소 구체화되고 실현되며, 헌법재판소가 다른 국가기관에 의한 헌법의 구체화를 일정 범위 내에서 존중하여야만 각 기능의 독자성이 유지될 수 있다. … 헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은 입법자와 같이 적극적으로 형성적

법부의 권한이자 의무이므로 특정한 사건에 법을 적용하는 법관들은 반드시 적용되는 법을 해석, 설명해야 한다.”고 하면서, “헌법에 위반되는 법은 무효”라고 하여 연방대법원의 위헌 법률심판권을 인정하였다(미연방대법원의 사법심사권에 관한 논의에 대해서는, 강승식, 미국 헌법학강의, 궁리, 2007, 73면 이하 참조)

45) 미국연방대법원과 달리 헌법재판소는 정치성을 갖는 헌법을 기준으로 하여 심판하는 기관으로서 순수한 사법기능을 담당한다고 볼 수 없다는 것도 그 논거가 될 수 있다(이에 관하여, 한수웅, 앞의 논문, 189면).

46) 헌재 1998.12.24. 89헌마214 등; 2002.12.18. 2000헌마764; 2005.2.24. 2001헌바71 참조.

활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다.”라고 하여,⁴⁷⁾ 행위규범과 통제규범의 구별에 따라 심사강도 및 기준을 조정하고 있는 것에는 기능법적 관점이 적용되고 있음을 확인할 수 있다. 헌법재판소는 특히 ‘심사기준이 문제되는 헌법규범’에 있어서는 기능법적 관점에 입각하여 헌법재판의 심사강도 및 기준을 설정하고 있는데, 평등원칙에서의 자의금지원칙, 기본권보호의무에서의 과소보호금지원칙, 사회적 기본권에서의 최소보장원칙 등이 이에 해당한다.

2. 실체법설과 기능법설의 적용상의 차이

헌법재판소의 입장에 따른 실체법설과 기능법설의 적용에 있어서 가장 근본적인 차이는 입법형성의 한계와 헌법재판의 통제기준의 일치여부에 있다. 실체법설에 따른 헌법재판의 한계는 헌법규범에 근거하여 입법형성의 한계와 헌법재판의 통제기준이 구체화되고 마찬가지로 양자간 일치하는 모습으로 나타난다. 또한 입법자에 대한 기본권 구속력의 강도와 헌법재판소의 통제강도가 일치되는 것으로 나타난다.⁴⁸⁾ 예컨대 기본권제한 입법의 한계로서 헌법 제37조 제2항의 요건은 다른 한편 헌법재판소의 심사요건 및 기준으로서 작용하는 것에서 볼 수 있다. 즉 헌법재판소는 기본권제한입법의 심사에 있어서 입법자가 헌법 제37조 제2항의 한계요건을 충족하고 있는가를 목적적 요소로서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 그리고 방법적 요건으로써 ‘필요한 경우에 한’하였는지 여부 그리고 내용적 요건으로써 ‘본질적 내용침해 금지’를 기준으로 심사하는 것에서 볼 수 있다. 또한 헌법재판소가 기본권형성적 법률에 있어서 대상기본권의 보호내용의 한계를 입법자가 일탈하였는지를 심사기준으로 하고 있는 것에서도 볼 수 있다.

이와 달리 기능법설은 입법형성의 한계와 통제기준의 불일치를 전제로 한다.⁴⁹⁾ 특히 행위규범과 통제규범의 구별에 입각한 기능법적 관점은 이를 더욱

47) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.

48) 김문현 외, 앞의 책, 39면.

뚜렷하게 한다. 즉 입법자의 행위지침으로써 행위규범을 헌법재판소의 통제지침으로서의 통제규범에 비해 그 규율범위를 넓게 하여, 입법형성의 여지 영역을 인정하는가 하면, 축소된 의미의 통제규범을 내용으로 하고 있는 것에서 확인할 수 있다.

이상과 같은 차이점으로부터 실체법적 관점이나 기능법적 관점 중 어떠한 관점에 의하여 헌법재판의 한계를 구하는가에 따라 입법통제에 있어서 헌법재판의 심사강도와 그 기준이 각각 다르게 적용되고 조정되는 결과를 가져온다.⁵⁰⁾

3. 실체법적 관점에서의 심사기준과 강도

(1) 심사기준으로서의 과잉금지의 원칙

기본권제한 입법에 있어서 입법자의 형성의 자유는 헌법 제12조(적법절차의 원칙), 제23조 제3항 (공용제한) 및 헌법 제37조 제2항의 한계요소에 의하여 한계 지워진다. 이에 따라 입법자는 제한하고자 하는 기본권에 대하여 신체의 자유와 관련하여서는 개별적 한계사유로써 적법절차의 원칙, 재산권의 공용제한과 관련한 개별적 한계사유로서 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 요건과 헌법 제37조 제2항의 한계 내에서, 그리고 그 밖의 기본권에 대해서는 헌법 제37조 제2항에서 요구되는 한계 내에서 형성의 자유를 갖는다. 이와 같은 헌법적 한계내에서 인정되는 입법형성의 자유는 헌법적 한계요소에 의해 제한되어 매우 좁게 인정되거나 또는 부인되기도 한다.

기본권제한 입법의 통제에 있어서 헌법재판소는 입법형성의 한계규정으로부터 그 심사기준을 구체화하여 적용한다. 헌법은 기본권의 보호내용 및 제한가능

49) 그러나 기능법설을 취하는 경우에도 그 토대를 민주주의원리에 근거하고 있는 입장에서는 민주주의원리와 기본권의 형량에 의하여 기본권의 효력의 범위가 축소되어 기본권의 실제적 효력범위와 헌법재판의 통제범위가 일치하는 것으로 평가된다(김문현 외, 앞의 책, 37면).

50) 이하의 심사기준과 강도에 관한 것은, 2019.11.27. 헌법재판소 헌법재판연구원·제주대학교 인권센터·제주대학교 법과정책연구원 공동세미나에서 발표된 “입법형성의 자유와 헌법재판의 한계”, 7면 이하 및 “헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계”, 법과정책 제26호 제7호 (2020.3.30.), 207면 이하에서 검토된 판례를 토대로 하여 새롭게 작성된 것임을 밝혀 둔다.

성 그리고 제한의 한계 등을 해석이 필요하지 않을 정도로 확정하고 있지는 않다. 따라서 입법자가 입법형성을 위하여 관련 헌법을 해석하는 것과 같이 헌법재판소도 이에 관한 해석을 통해 관련 법률에 적용되는 심사도구를 개발하여야 한다. 헌법재판소는 실체법적 관점에서 입법형성의 한계를 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항의 “...필요한 경우에 한하여...”에 근거한 심사기준으로서 ‘과잉금지의 원칙’을 구체화하여 적용하고 있다.⁵¹⁾ 즉 헌법재판소가 기본권제한법률에 대한 통제에 있어서 관련기본권의 보호영역을 확정하고 그에 대한 제한 및 그 제한의 정당성을 심사하는 3단 구조를 확정하면서 그 기준으로서 과잉금지의 원칙을 적용하고 있다.

헌법재판소는 “과잉금지원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미”한다고 하고,⁵²⁾ 그 심사에 있어서 “국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할 지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)”는 심사요소들을 적용하고 있다.⁵³⁾

(2) 과잉금지원칙의 적용 강도의 조정

헌법재판소는 과잉금지원칙의 적용에 있어서 실체법적 관점에서 적용강도를 조정하고 있다. 즉 헌법재판소는, 기본권의 보호내용이 ‘개인과의 관련성’ 또는 ‘사회와의 관련성’이 강한지 여부를 기준으로 하여 과잉금지원칙을 엄격하게 적

51) 개별적 한계사유로써 적법절차의 원칙은 신체의 자유의 제한의 정당성심사의 기준이 되며, 공용제한에 있어서는 그 요건을 충족하고 있는지 여부를 심사기준으로 한다.

52) 헌재 1989.3.17. 88헌마1; 1992.12.24. 92헌가8.

53) 헌재 1989.3.17. 88헌마1; 1992.12.24. 92헌가8.

용하거나 또는 완화하여 적용하고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 차별적 적용은 기본권이 개인의 핵심적 자유영역을 보호하는 경우에는 입법자로부터 이에 대한 보호는 더욱 강화되지만, 그와 달리 개인의 활동이 사회적 관련 관계에 위치함으로써 타인의 자유영역과 접촉하고 충돌하는 경우에는 입법자는 개인의 자유를 보다 더 제한할 수 있다는 것에 근거한다. 즉 인간의 자유를 내용으로 하는 기본권이 개인의 핵심적인 자유영역과 관련되어 있는 경우, 입법자는 그 제한 입법의 형성에 있어서 형성의 자유영역이 좁게 인정되는데 반해, 그 영역이 사회와 관련성 있는 경우에 입법자의 형성의 자유는 넓게 인정된다. 이에 따라서 개인의 핵심적인 자유 영역에 대한 입법의 통제에 있어서는 헌법재판의 심사가 엄격하게 적용되는데 반해, 기본권의 보호내용이 사회와 관련성을 가지는 경우에는 상대적으로 완화된 심사가 적용되고 있다.

(3) 수단의 적합성 및 최소성 심사 강도의 조정

헌법재판소는 과잉금지원칙을 적용하여 심사함에 있어서 수단의 적합성 및 최소성 심사에 있어서 심사강도를 조정하고 있다. 즉 헌법재판소는 입법목적 달성을 위한 수단선택에 있어서 입법자의 입법사실의 확인 및 예측판단에 대하여 입법자의 우선적 판단권을 인정하고 그에 대한 심사강도를 조정하고 있다.⁵⁵⁾ 헌법재판소의 입법자의 입법사실의 확인 및 예측판단에 대한 우선적 판단권의 인정은 헌법재판소의 능력이나 조직, 구성 및 업무처리방식에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 입법자보다 미래에 대한 예측을 더 잘 할 수 있는 기관이라고 할 수 없다는 기능법적 관점의 고려에 의한 것이라고 할 수 있다. 그러나 입법자의 예측판단에 대한 우선적 판단을 인정하더라도 이에 대하여 헌법재판소가 그 통제를 포기하는 것은 헌법에 부여된 입법통제권을 포기하는 것으로서 허용되지 않는다. 여기서 입법자의 우선적 판단이 인정되는 예측판단에 대하여

54) 예컨대, 헌재 1998.12.24. 89헌마214 등; 2002.10.31. 99헌바76 등; 2005.2.24. 2001헌바71 등이 있다.

55) 예컨대, 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76; 2000헌마505; 2017.5.25.2016헌마292 등; 2017.8.31. 2015헌가22 등이 있다.

헌법재판소가 어느 정도로 통제할 수 있을 것인가가 문제된다. 이에 관하여 헌법재판소는 “...입법자의 예측판단에는 항상 불확실한 요소가 내재되어 있다. 따라서 헌법재판소의 규범심사과정에서 결정의 전제가 되는 중요한 사실관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과가 예측되기 어렵다면, 이러한 불확실성이 공익실현을 위하여 국민의 기본권을 침해하는 입법자와 기본권을 침해당하는 국민 중에서 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 문제가 제기된다. 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.”고 하여,⁵⁶⁾ ‘규율영역의 특성’에 따라 심사강도를 조정하여 적용하고 있다.

이상과 같이 헌법재판소는 입법자의 예측판단에 대한 우선적 판단권을 인정하고 이에 대한 통제수단의 채택에 있어서는 기능법적 관점을 취하고 있고, 반면에 심사강도의 조정에서는 관련 규율영역의 특성에 근거하여 명백성통제, 납득가능성통제 등의 단계화된 통제방법을 강구하는 등 실체법적 관점을 취하고 있다.

다른 한편, 헌법재판소는 수단의 적합성에 대한 구체적 심사에서, “헌법재판소는 필요한 경우 과거와 현재의 입법사실에 대하여 독자적인 확인은 가능하나, 미래예측의 영역 대해서는 헌법재판소 또한 그 판단의 확실성을 담보할 수 없기 때문에 이 영역에 대하여는 자제할 필요가 있다.”고 하고,⁵⁷⁾ 이에 대한 심사에서 기능법적 관점을 고려하고 있다. 즉 헌법재판소는 기능법적 관점에서 선택

56) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등; 같은 취지로 2000헌마505; 2017.5.25.2016헌마292 등; 2017.8.31. 2015헌가22 등이 있다.

57) 헌재 1996.6.26. 96헌마200.

된 수단이 목적달성을 위하여, ‘전혀 부적합한지’ 또는 ‘근본적으로 부적합한지’, ‘그 수단에 의하여 원하는 결과의 실현을 촉진할 수 있는지’의 여부를 심사하고 있다.⁵⁸⁾ 또한 헌법재판소는 여러 수단 중에서 동일한 입법목적에 달성할 수 있으면서 덜 침해적인 다른 수단이 없었는지 여부를 심사함에 있어서 이에 관한 입법자의 예측을 존중하고, 그 예측이 옳은지 여부가 확실하지 않는 경우에는 헌법재판소 스스로의 판단으로 대체하는 것이 아니라 입법자에 대한 평가의 우선권을 인정하고,⁵⁹⁾ 이에 대한 심사에서 기능적 관점을 고려하여 선택된 수단 외에 기본권을 적게 제한하는 수단이 있다는 것이 ‘명백히’ 확인될 때에만 위헌으로 결정하고 있다.⁶⁰⁾

(4) 기본권형성적 입법의 심사기준과 강도

헌법재판소는 기본권형성적 입법과 관련된 통제에 있어서 실체법적 관점에서 입법자의 형성의 한계와 헌법재판의 심사기준을 구체화하고 있다. 헌법재판소는 재산권보장과 관련한 결정에서, 헌법이 보장하는 재산권의 구체적인 내용은 입법자의 법률에 의하여 형성된다고 하고,⁶¹⁾ 이때의 입법자의 형성에 있어서 사유재산제도나 사유재산을 부인하는 것은 재산권보장규정의 침해를 의미하는 것이기 때문에 형성적 법률유보라고 하는 이유로 정당화될 수 없다고 하여,⁶²⁾ 기본권형성적 법률의 의미와 그에 대한 입법자의 형성의 자유 및 그 한계요소를 실체법적 관점에서 구체화하고 있다. 기본권제한 법률과 구별되는 기본권형성적 법률은 기본권의 실현을 위한 법률을 의미하며, 여기서의 입법자의 형성의 자유

58) 헌재 2017.7.27. 2015헌마1094; 2017.10.26. 2015헌바239; 헌법재판소는 수단의 적합성과 관련하여 “우리헌법재판소가 방법의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니라, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정되는 것이다”라고 하고 있다(헌재 2006.6.29. 2002헌바80 등).

59) 헌재 2002.10.31. 99헌바76.

60) 헌법재판소는 “...‘국가가 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 반하는가’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다...”고 판시하고 있다(헌재 2002.10.31. 99헌바76).

61) 헌재 1993.7.29. 92헌바20.

62) 헌재 2006.2.23. 2003헌마38.

가 광범위하게 인정된다. 헌법 제23조 제1항의 재산권의 내용규정, 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리 등을 포함하는 청구권적 기본권이나 정치적 기본권 등이 이에 해당한다. 즉 이와 같은 기본권은 구체적 내용의 실현을 위하여 입법자의 법률을 요구하고 있는, 기본권형성적 법률을 필요로 하며, 그 기본권의 보호내용은 국가권력을 구속하는 구체적인 효력이 내재되어 있다.⁶³⁾ 여기서 국가권력을 직접 구속하는 기본권의 보호내용은 기본권형성적 입법에서 입법자를 구속하는 한계를 의미하며, 다른 한편 헌법재판의 심사기준으로써 구체화된다.

4. 기능법적 관점에서의 행위규범과 통제규범의 구별에 의한 심사기준과 강도

(1) 행위규범과 통제규범의 구별

행위규범과 통제규범의 구별은 헌법이 입법자와 헌법재판소 중 누구를 수범자로 하는가, 즉 헌법이 누구를 구속하는가를 전제로 한다. 이러한 전제에서 입법자와 헌법재판소의 헌법상의 기능상의 차이로부터 헌법을 행위규범과 통제규범의 의미로 구분한다. 즉 입법자와 헌법재판소는 입법권과 헌법재판권이 부여된 헌법에 의하여 창설된 기관으로서 헌법에 기속되지만, 헌법에서의 기속의 성질은 다르다. 입법자와 같이 적극적인 형성적 작용을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 타 국가작용의 합헌성을 심사하는 헌법재판소에게는 통제규범으로서의 의미를 가진다. 이와 같은 행위규범과 통제규범의 구별은 행위규범이 통제규범보다 그 규율영역이 더 넓은 불일치하는 현상이 발생하고, 그 불일치로부터 입법형성의 자유가 존재하고 헌법재판의 한계가 성립한다. 즉 헌법규범의 의미내용이 헌법재판의 기준, 즉 통제기준으로서 작용하는 경우에 기능적 고려의 결과로 그 의미내용이 축소된다.⁶⁴⁾ 헌법재판소는 '심사기준이 문제되는 헌법규범'과 관련하여서는 기능법적 관점에서 행위규범과 통제규범의 구별을 통하여 심사강도와 기준을 구체화하여 적용하고 있다. 이하에

63) 이러한 점에서 뒤에서 검토하는 사회적 기본권의 구속력과 구별되고, 또한 입법자의 형성의 한계도 다르게 정해진다.

64) B.-O., Bryde, aaO., S. 303.

서 살펴보는 기본권보호의무의 보호법률의 심사기준으로써 적용된 과소보호금지의 원칙, 평등원칙의 심사에서 적용된 자의금지의 원칙, 사회적 기본권의 심사기준으로써 적용된 최소한 보장의 원칙 등이 그것이다.

(2) 과소보호금지원칙

헌법재판소는 기본권보호의무에 대한 입법자의 보호법률을 심사함에 있어서 기능법적 관점을 고려하여 통제기준으로써 과소보호금지원칙을 적용하여 심사하고 있다.⁶⁵⁾ 즉 헌법재판소는 “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.”라고 하여, 기본권보호의무에 대한 입법자의 기능과 헌법재판소의 기능이 서로 다르다는 것을 전제하면서, “입법자는 국가의 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것이 이상적이기는 하나, 그것은 헌법이 입법자에 대하여 하고 있는 요구로서 주기적으로 돌아오는 선거를 통한 국민심판의 대상이 될 문제이지, 헌법재판소에 의한 심사기준을 의미하지는 않는다.”라고 하여,⁶⁶⁾ 기본권보호의무에 대한 입법자의 행위지침으로서의 헌법의 의미를 규명하고 있다. 즉 헌법은 헌법 제10조 제2문에 근거한 헌법상의 기본권보호의무에 대한 입법자의 행위지침으로서 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것을 요구하고 있다. 그리고 헌법재판소의 통제기준에 대하여, “국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반여부를 기준으로 한다”고 하여, 과소보호금지원칙을 적용하고 있다.⁶⁷⁾ 이에 따라서 국가의 기본권보호의무에 따른 보호법률에 대하여, 입법자

65) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등; 2003.1.30. 2002헌마358.

66) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.

67) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.; 2008.12.26. 2008헌마41; 2015.10.21. 2012헌마89 등.

가 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반으로 하고 있다.⁶⁸⁾

(3) 자의금지의 원칙

헌법재판소는 평등원칙에 관한 통제기준으로써 기능법적 관점에서 자의금지 원칙을 적용하여 심사하고 있다. 즉 헌법재판소는, 행위규범으로서 평등원칙은 입법자에게 같은 것을 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고, 통제규범으로서의 평등원칙은 같은 것을 자의적으로 다르게 또는 다른 것을 자의적으로 같게 취급하지 않았는지를 심사하는, 즉 통제기준으로서의 평등원칙을 자의금지로 구체화하고 있다.⁶⁹⁾ 이에 따라 헌법재판소는 입법자의 평등실현에 있어서 입법형성에 의한 차별취급이 어떠한 합리적인 이유를 찾을 수 없는 경우에만 평등원칙 위반을 확인하고 있다.⁷⁰⁾

다른 한편 헌법재판소는 평등원칙에 대한 엄격한 심사의 적용여부와 관련해서는 실체법적 관점에서 심사강도를 조정하고 있다. 헌법재판소는 제대군인가산 점제도에 대한 결정에서,⁷¹⁾ “평등위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. … 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권이 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.” 라고 하여,⁷²⁾ 평등원칙의 심사에 있어서 엄격한 심사기준으로써 비례원칙을 적용하고 있다. 뿐만 아니라 헌법재판소가 미국의 3단계구조에 의한 평등심사의 영향을 받아 완화된 심사기

68) 헌재 2008.12.26. 2008헌마41; 2008.7.31. 2004헌바81.

69) 헌재 2011.6.30. 2008헌마715 등.

70) 헌재 2011.6.30. 2008헌마715.

71) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

72) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

준으로써 비례원칙을 적용하는 경우에도, 그 차별취급이 헌법에 근거하거나 헌법이 요구하는 경우에 근거하는, 즉 실체법적 관점에서 이러한 헌법적 요소가 입법형성의 자유를 제한하는 중간적인 심사단계의 의미로서 완화된 비례원칙을 적용하고 있다.⁷³⁾

(4) 최소한 보장의 원칙

헌법재판소는 사회적 기본권의 형성법률에 대한 심사기준으로서 기능법적 관점에서 최소한 보장의 원칙을 적용하고 있다. 헌법재판소는 사회적 기본권에 대하여, “사회적 기본권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고, 법률에 의한 형성을 필요로 한다.”고 하여,⁷⁴⁾ 사회적 기본권의 내용의 실현에 대하여 입법형성의 자유를 인정하고 있다. 그리고 헌법재판소는 사회적 기본권에 대한 입법형성의 한계와 헌법재판의 심사기준에 대하여, “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용”한다고 하여, 입법자의 행위규범을 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 의미로 구체화하고, 헌법재판소의 통제기준에 대하여는, “헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지 여부의 의미로써 구체하고 있다.⁷⁵⁾ 헌법재판소는 이후 결정에서

73) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25; 이후 헌법재판소는 이를 변경하였다(헌재 2006.2.23. 2004헌마 675·981·1022)

74) 헌재 2003.12.18. 2002헌바1.

“사회적 기본권에 관한 헌법규정은 사회적 기본권의 핵심적인 최소한도의 내용은 헌법적으로 보장되어야 한다는 입법형식의 재량의 한계를 제시하고 있는 것이며 그로부터 ”최소한 보장의 원칙“ 즉 적어도 사회적 기본권의 객관적 내용의 최소한은 실현되어야 한다는 국가의 헌법적 의무가 도출된다.”고 하여,⁷⁶⁾ 입법자의 한계로서 최소한 보장의 원칙을 구체화하면서, 입법자가 “헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 입법자가 관련사항에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 …헌법에 위반된다.”한다고 하여,⁷⁷⁾ 입법자의 한계로서 최소한 보장의 원칙을 일탈하였는지 여부를 심사기준으로 하고 있다.

IV. 결론

입법통제에 있어서 가장 중요한 의미를 갖는 것은 입법자의 형성의 크기를 어느 정도로 인정할 것인가 하는 입법자 측면의 자유와 헌법재판소가 어떠한 심사강도와 기준으로써 이를 통제할 것인가 하는 통제밀도의 구체화이다. 이와 관련하여 중요하게 해결되어야 할 것이 입법통제에 있어서 헌법재판의 한계 설정의 문제이다. 특히 헌법해석에 있어서 최종적인 유권해석기관으로서의 헌법재판소, 헌법재판소의 결정효력을 교정할 수 있는 국가기관이 존재하지 않은 헌법체계 그리고 다양하게 전개되고 있는 헌법해석 방법 등을 고려할 때, 입법작용의 헌법적 통제에서 헌법재판의 한계설정은 중요한 의미를 갖는다. 헌법재판의 한계와 관련하여 독일에서는 실체법과 기능법설로 대별되는 논의가 전개되고 있다. 이상에서 검토한 독일에서의 논의는 국가조직체계에서 독일과 유사한 지위를 점하고 있는 우리헌법재판소를 고려할 때 우리헌법학 연구에도 시사하는 바 크다고 본다.

75) 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마390; 2014.6.26. 2012헌마459.

76) 헌재 2003.5.15. 2002헌마90.

77) 헌재 2014.6.26. 2012헌마459.

헌법재판의 한계와 관련한 헌법재판소의 그 동안의 판례를 분석한 결과, 헌법재판소는 실체법설을 근간으로 하면서 기본권과 관련한 입법통제에 있어서 심사기준으로서 과잉금지원칙과 그 적용에서 차별적 적용은 실체법적 관점에 입각하고 있는 것으로 평가된다. 그와 달리 평등원칙의 심사에서는 기능법적 관점에서 자의금지원칙을 적용하고 있고, 그 심사강도의 조정에서는 실체법적 관점에 의하고 있음을 확인하였다.

다른 한편, 헌법재판소는 ‘심사기준이 문제되는 헌법규범’과 관련한 입법통제에 있어서는 기능적 관점에서 행위규범과 통제규범의 구별을 전제로 하여 심사강도와 심사기준을 조정하고 있다. 또한 과잉금지원칙의 구체적 적용에서 수단의 적합성 및 최소성 심사에서의 입법자의 예측판단과 관련하여서도 기능법적 고려에 의한 통제수단을 채택하고 있다. 그러나 사회적 기본권에 대하여 헌법재판소가 기능법적 관점에서 적용하고 있는 통제기준으로서의 최소한 보장의 원칙은 입법자의 행위지침을 의미하는 것으로서 통제기준의 의미로서는 논리적으로 옳지 않은 것으로 평가된다. 통제기준으로서의 사회적 기본권은 입법자의 행위지침으로서 행위규범보다 축소된, 즉 사회적 기본권의 객관적 내용이 요구하는 것 이하의 급부인지, 다시 말해서 그 급부가 사회적 기본권의 객관적 내용을 실현하기 위한 것에 과소하지(미달되지) 않았는지를 내용으로 하는 ‘과소급부금지원칙’을 적용하는 것이 타당하다고 본다.

참고문헌

강승식, 미국헌법학강의, 공리 2007.

권형준, 입법재량론에 관한 연구, 헌법학연구 제12권 제3호, 한국헌법학회 2006.9.

김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19집, 헌법재판소 2008.12.

방승주, 헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 공법연구 제37집 제2호, 한국공법학회 2008.12.

이부하, 헌법재판에 있어서 사법적 자제-입법자와 헌법재판소간의 권한획정과

- 관련하여-, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회 2005.5.
- 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰, 공법연구 제30집 제1호, 223면-245면.
- 최희수, 헌법재판의 기능적 한계- 독일의 논의를 중심으로-, 안암법학 제43권, 안암법학회 2014.1.
- 표명환, 헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계, 법과정책 제26호 제7호, 제주대학교 법과정책연구원 2020.3.
- 한수웅, 헌법재판의 한계와 심사기준, 헌법논총 제8집, 헌법재판소 1997.
- Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1994.
- Brenner, Michael Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120(1995).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznormen, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29(1990).
- Bryde, Brun-Otto, Vefassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982.
- Hess, Konrad, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, Baden-Baden, 1994.
- Heun, Werner, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden, 1992,
- Murswiek, Dietrich, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, DÖV 1982.
- Riecken, Jürgen, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2006.
- Roellecke, Gerd, Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge, in: HStR II., 1987.
- Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., München 1997.
- Schneider, Hans Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980.

[Abstract]

Freedom of Legislative Formation and Limitations of the Constitutional Trial

- Focusing on Discussions in Germany and Case Analysis of
the Constitutional Court -

Pyo, Myoung-Hwan

Professor, Jeju National University Law School

This paper examines the discussion on the freedom of legislative formation the limitations of the constitutional trial in legislative control and analyzes the case of the constitutional court.

What matters most in legislative control is the question of how much to recognize the size of legislators' formation and the specification of the control density of legislation in the constitutional trial. The status of the Constitutional Court, which exercised control over the constitutional violation of the state's actions in the modern constitution, where the binding of state institutions to the constitution is recognized, has been relatively strengthened.

In particular, in the constitutional interpretation, considering the constitutional court as the final voter's interpretation agency, the constitutional system without a national institution that can correct the decision-making power of the constitutional court, and various constitutional interpretation methods, the setting of constitutional trial limits in the constitutional control of state action is important.

In Germany, several discussions have been undertaken to set limits on the constitutional trial. Considering the constitutional court of Korea, which has a similar status as Germany in the national organizational system, the

discussion in Germany on the limitations of the constitutional trial is suggestive. In this paper, this study focused on the theory of substance and function.

As a result of analyzing the case of the constitutional court, the constitutional court is based on the theory of substantive law and complements the functional law perspective.

In other words, the constitutional court is mainly based on substantive laws in relation to the control of legislation that limits basic rights. In contrast, in the examination of the principle of equality, the principle of self-funding is applied from a functional law perspective.

On the other hand, in the legislative control related to the constitutional norms in which the judging standards matter, the constitutional court adjusts the examination intensity and the examination criteria on the basis of the distinction between the code of conduct and the code of control.

Key words : Constitutional Trial, Legislative Formation, Substantial Legal Opinion, Functional Legal Opinion, Legislative Control, Screening Density, Screening Criteria