

생명·신체의 안전권에 대한 헌법적 고찰

A constitutional Study on the Rights of Safety for life and body

이 부 하*
Lee, Boo-Ha

목 차

- I. 서론
- II. 안전의 개념과 국민 안전의 헌법적 성격
- III. 국민의 안전 보호에 관한 헌법이론
- IV. 결론

국문초록

‘안전’이란 “생명·신체 등 헌법적 법익을 침해하는 위험(Gefahr) 또는 리스크(Risiko)로부터 자유로운 상태”로 정의할 수 있다. ‘안전권’은 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않더라도 불문의 ‘기본권’이라 할 수 있다. 헌법상 명문으로 안전권을 규정하려면, 포괄적인 ‘안전권’을 헌법에 새롭게 규정하기 보다는 ‘생명·신체에 대한 안전권’으로 한정하여 규정하는 것이 적절할 것이다.

국민의 안전 보호는 국민의 기본권을 보호하기 위한 국가의 과제이자 의무이다. 안전에 대한 주관적 보호청구권은 그에 관한 법률이 없을 때 그 가치를 발휘될 수 있다. 기본권으로서 안전권은 헌법상 명문규정이 없더라도, 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 권리이자 다른 기본권의 전제조건

논문접수일 : 2019.06.27.

심사완료일 : 2019.08.09.

게재확정일 : 2019.08.09.

* 법학박사·영남대학교 법학전문대학원 교수

으로서 헌법상 기본권이라 할 수 있다. 사인(私人)인 국민의 기본권이 제3자인 사인에 의해 가해를 받는 경우, 사인의 안전 보호를 위해 국가는 기본권보호의무를 수행해야 한다. 이와 관련하여 국가가 기본권보호의무를 적절하고 효율적으로 수행하였는지 여부는 헌법상 ‘과소보호금지원칙’에 의해 심사하게 된다.

생명·신체의 안전권은 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항에 의해 보장되는 포괄적이고 일반조항적인 성격을 가지는 기본권이라 할 수 있다. 생명·신체의 안전권이 생명권이나 신체의 자유와 구별되는 것은 생명권이나 신체의 자유가 주관적 공권(主觀的 公權)으로서 주로 국가에 의한 생명·신체의 침해에 대해 효력을 지니는 기본권임에 반해, 생명·신체의 안전권은 국가뿐만 아니라, 사인(私人)에 의한 생명·신체에 대한 기본권 가해에 대해서도 효력을 미치는 기본권이라 할 수 있다.

안전권과 관련하여 기본권 이론을 체계화할 필요가 있다. 국가의 개입 보다 사회적 자기규율이 원칙적으로 우선해야 하므로, 제한된 보호법익에 한정하여 안전권을 인정해야 한다. 국가는 안전권이라는 기본권을 보장하기 위해 의무를 지므로, 이를 위한 효율적 국가조치를 취하기 위해서는 안전권의 보호법익을 생명과 신체에 국한할 필요가 있다. 국가에 의한 국민의 생명·신체의 안전권 침해에 대해서는 ‘비례성 원칙’(과잉금지원칙)에 의해 심사하고, 사인에 의한 생명·신체의 안전권 가해의 경우에는 ‘과소보호금지원칙’에 의해 국가의 기본권보호의무 위반 여부를 심사하면 된다. 자연재난이나 사회재난 등의 위협으로부터의 국민의 안전 보호는 헌법 제34조 제6항에 의한 ‘국가의 재해 예방의무’를 통해 보호하는 시스템을 취하고 있다. 우리나라 헌법에서는 국민의 안전과 관련하여 3원적인 이론 체계를 가지고 있다.

주제어 : 안전, 위험, 리스크, 기본권보호의무, 안전권

1. 서론

자연인 갑(甲)이 자신의 ‘안전권’이 침해되었다며 헌법소원심판을 청구하여 권리구제를 받을 수 있을까? 우리나라 헌법재판 실무에 따르면, “권리구제를

받을 수 없다.”가 답이다. 이러한 결론이 도출되는 이유는 우리나라 헌법재판소가 ‘안전권’을 헌법상 보장되는 ‘기본권’으로 인정하지 않고 있기 때문이다.¹⁾ 더 근본적으로 말하면, 우리나라 헌법에는 안전에 관한 기본권을 명문으로 규정하고 있지 않기 때문이다. 우리나라 헌법 제34조 제6항에서는 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 제9차 개정헌법(1987년)에 새롭게 신설된 조항이다. 헌법 제34조 제6항은 국가의 재해 예방 및 재해 방지 노력을 규정하고 있다.²⁾ 따라서 우리나라 현행 헌법에는 ‘안전권’에 관한 명시적인 규정이 존재하지 않는다.

이와 관련하여 헌법에 안전권의 신설이 필요하다는 입장에서는, 안전권은 인간의 존엄과 가치, 생명권 등을 뒷받침하는 핵심적·기초적인 기본권이며, 자연재난과 사회·경제적 위험인 사회재난으로부터 생명, 자유, 재산 등을 보호하기 위한 국가의 역할에 대한 요청이 높아지고 있으므로 안전권을 신설할 필요가 있다고 한다.³⁾ 반면, 안전권의 신설에 유보적인 입장에서는, 안전권을 헌법에 규정할 경우에 국민의 안전 확보·유지·강화를 위하여 국가가 국민의 일상생활에 보다 적극적으로 개입함으로써 국민의 자유권이 침해될 가능성이 높으므로 새롭게 규정함에 있어서 신중해야 한다는 것이다. 이와 관련하여, 2018년 국회 개헌특위 자문위는 “모든 사람은 위험으로부터 안전할 권리를 가진다.”라는 헌법개정안을 제안한 바 있다.

1) 헌법재판소에 의하면, ‘평화적 생존권’은 헌법상 보장되는 기본권으로 인정하지 않고 있다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775-777; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마 146, 공보 제170호, 2122, 2128).

2) 재난안전에 관하여는 이상명, “재난안전관리체계의 개선에 관한 법적 고찰”, 한양법학 제25권 제4호, 2014. 11, 397면 이하.

3) 전광석, “국민의 안전권과 국가의 보호의무”, 법과인권교육연구 제8권 제3호, 2015. 12, 145면; 이한태·전우석, “한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구”, 홍익법학 제16권 제4호, 2015. 12, 136면; 허종렬·엄주희·박진완, “헌법상 기본권 개정안 논의 동향과 성과 검토 - 2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로 -”, 법학논고 제63집, 2018. 10, 118-119면.

II. 안전의 개념과 국민 안전의 헌법적 성격

1. 안전 개념 및 위협과 리스크의 구별

가. 안전의 개념

‘안전’은 헌법적으로 상당히 중요한 법익이지만, 다양한 개념들이 융합되어 있다. ‘안전’은 역사적으로 ‘신체적’ 안전이 우선적으로 논의되었으며, ‘생태적’ 안전과 ‘사회적’ 안전 개념으로 확장되었다.⁴⁾ 안전(security)은 라틴어의 securitas에서 근원하였다.⁵⁾ securitas의 의미는 ‘국내’, ‘근심 없음’, ‘보호’에 국한되었으나, 점점 그 의미가 확대되었다. ‘외부적 위협에 대한 평화’라는 의미를 지니게 되었다.⁶⁾ 이후 ‘확신’(certitudo)이라는 인식론적 요소가 안전 개념에 추가되었다.⁷⁾

안전에 대한 헌법상 개념은 통일되어 있지 않다. 이는 ‘안전’이라는 용어의 불명확성에 기인한 듯하다.⁸⁾ 안터(Anter)는 안전을 “위험, 리스크, 위협, 불안 등으로부터 자유 내지 온전한 법익”이라고 개념 짓고 있다.⁹⁾ ‘안전’의 개념을 파악하려면, 그 반대어를 이해하면 용이해진다. 안전의 반대어는 ‘위험’(Gefahr)이 될 수 있다. 반면, 이와 유사하지만 구별되는 용어인 ‘리스크’(Risiko)가 있다. 사견(私見)으로는 ‘안전’이란 “생명·신체 등 헌법적 법익을 침해하는 위험(Gefahr) 또는 리스크(Risiko)로부터 자유로운 상태”라 정의하고자 한다.

4) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 3 ff. 안전의 개념에 관해 김종세 교수는 “신체의 건강과 생명을 지키며 환경으로부터 건전한 정신과 신체의 상태”라고 정의한다(김종세, “헌법법상 학교안전교육에 대한 문제점과 개선방안”, 한양법학 제26권 제2집, 2015. 5, 123면).

5) J. Grimm/W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 16, Sp. 717.

6) F.-X. Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Weridee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. Aufl., 1973, S. 50 f., 52 ff.

7) 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, 한·독사회과학논총 제21권 제1호, 2011. 3, 165-166면.

8) W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 5 ff.

9) A. Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 15 (16).

나. 위험과 리스크의 구별

‘안전’과 상반되는 개념으로 ‘위험’(Gefahr)과 ‘리스크’(Risiko)가 있다. 3단계 모델에 의하면, ‘위험’이란 “방해받지 않고 사건이 진행시 충분한 개연성을 가진 행위로 각 보호법익에 손해를 입히는 상태”를 의미한다.¹⁰⁾ 그에 반해 ‘리스크’(Risiko)란 경미한 사건의 발생 개연성을 의미한다.¹¹⁾ 사건 발생 개연성이란 장래 일정한 시·공간에서 사건 발생의 통계학적 기대치를 뜻한다.¹²⁾ 국가가 ‘위험’ 방지의무를 지려면, 현재의 위험상황과 장래의 손해발생 간에 인과관계가 있어야 한다.¹³⁾

3단계 모델에 있어서, 위험과 리스크를 구분하는 기준은 사건 발생 개연성(Wahrscheinlichkeit)의 정도이다.¹⁴⁾ 3단계 모델에서는 ‘발생 개연성’의 정도에 따라 위험(danger), 리스크(risk), 잔여리스크(restrisk)로 구분한다.¹⁵⁾ 그러나 이 모델에서는 위험과 리스크 간, 리스크와 잔여리스크 간의 구분이 모호하고 불분명하게 된다. 잔여리스크는 법적으로 의미를 가지지 않는 경미한 리스크이다.¹⁶⁾ 잔여리스크는 개연성이 매우 낮으며 발생 개연성이 거의 없기 때문에 법적으로 의미가 없게 된다.¹⁷⁾

10) BVerwGE 45, 51 (57); BVerwGE 116, 347 Rn. 34 f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 220; Poscher, Gefahrenabwehr, S. 17; Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 67 f.; Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, § 2 Rn. 15.

11) Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 105; BVerwGE 116, 347 Rn. 34 f.

12) 문병효, “독일의 원자력에너지 리스크관리법제”, 행정법연구 제30호, 2011. 8, 3면; 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구 제22권 제1호, 2016. 3, 220면.

13) 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구 제22권 제1호, 2016. 3, 220면.

14) D. Rauschning, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 (192 f.); R. Wolf, Der Stand der Technik, 1986, S. 290 ff.

15) M. Ronellenfitsch, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DVBl. 1989, S. 851 (859); R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 102-104; W. Köck, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, in: E. Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 271 (280 ff.); 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 서울대학교 법학 제56권 제1호, 2015. 3, 142면.

16) Lars Krause, Das Risiko und Restrisiko im Gefahrstoffrecht, NVwZ 2009, S. 497.

반면, 2단계 모델에서는 리스크의 개념 정의를 위해 법익 침해 ‘발생 가능성’이라는 새로운 기준을 도입한다. 2단계 모델에서 ‘위험’(Gefahr)은 발생 ‘개연성’과 관련되는 반면, ‘리스크’(Risiko)는 발생 ‘가능성’(Möglichkeit)과 관련된다.¹⁸⁾ 위험과 리스크는 각자의 영역이 형성되고, 잔여리스크는 리스크에 포함되어 더 이상 역할을 하지 못하게 된다. ‘리스크’는 ‘위험’ 개념으로부터 독립하여, 독자적인 영역을 형성하게 되었다.¹⁹⁾ ‘리스크’는 법익 침해 ‘발생 개연성’이 아닌, 법익 침해 ‘발생 가능성’과 관련된 개념이다.²⁰⁾ 2단계 모델에서는 리스크(risk; Risiko)와 위험(danger; Gefahr)이라는 2종류로 구별한다. 위험(danger)은 발생 개연성의 정도가 높은 것으로서 상황이 방해받지 않고 진행될 경우 손해 발생이 예견될 수 있는 것을 의미한다.²¹⁾ 위험은 손해 발생이 중요한 반면, 리스크는 손해 발생이 중요하지 않게 된다.²²⁾ 리스크(Risk)는 손해에 의존하지 않고, 발생 개연성이 제로가 되거나 현재 과학기술로는 발생 개연성이 없다고 하더라도 ‘발생 가능성’이 있으면 고려하게 된다.²³⁾ 리스크(Risk)는 ‘경험적인 불확실성’을 지니며,²⁴⁾ 발생이 현실화될 가능성은 희박하지만 발생이 현실화될 수 있는 가능성이 있는 경우이다. 리스크 발생 가능성을 해명하기 위해서 ‘예측’이 필요하다. 리스크 관리는 발생 가능성을 제로(O)로 만들 수 없기 때문에 리스크의 허용범위를 결정하는 문제로 귀결된다.²⁵⁾

17) Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 72 Rn. 31, S. 105.

18) M. Kloepfer/E. Rehbinder/E. Schmidt-Abmann/P. Kunig, Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil, 1990, § 2 Abs. 6; D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 85; 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 서울대학교 법학 제56권 제1호, 2015. 3, 143면.

19) O. Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 269 f.

20) K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, S. 72 f., 76 ff.

21) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (82); BVerwGE 45, 51 (57); Volkmar Götz, Allgemeines Polizeirecht, Rn. 140.

22) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (83).

23) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 4 Rn. 6.

24) Arno Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 485 (498); R. Wahl, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 6 GenTG Rn. 15; H.-H. Trute, in: Risikomanagement im öffentlichen Recht, S. 55.

25) 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구 제22권 제1호, 2016.

2. 국민 안전의 헌법적 성격

국민의 안전은 국가가 보호해야 할 중요한 법익이다. 국가의 국민 안전보호는 국가의 권력 독점을 정당화하는 대응물로 이해되었다.²⁶⁾ 즉, 국가의 권력독점의 대가(代價)로 국가에 의해 국민의 안전은 확보될 수 있게 되었다.²⁷⁾

가. 공익설

안전은 중요한 가치이자 ‘공익’의 본질적인 요소이다.²⁸⁾ 안전은 자유와 평등과 마찬가지로 미래를 보장하는 공익적 가치로 여겨진다. 안전은 사람의 생활기반이 악화되는 것을 방지하고 현재의 상태를 유지시켜 준다. 최소한의 안전은 사회적 공동체생활을 영위하기 위해 필수불가결한 전제조건이 된다.²⁹⁾

안전은 개인적 법익보호뿐만 아니라, 공익적 가치를 실현하기도 한다. 여기서 의미하는 공익은 ‘평화’(Frieden)라는 독자적인 공익이다. 공익으로서의 안전은 2가지 측면에서 헌법적 의미를 가진다. 하나는, 다른 공동체와의 관계에서 자신의 공동체 내부에서의 ‘물리적 평화’라는 의미에서 권력의 배제를 의미한다.³⁰⁾ 다른 하나는, 공익으로서 ‘사회적 평화’가 있다. 이는 개인과 다양한 사회집단 간 분쟁과 긴장을 최대한 방지하고 완화함으로써 달성될 수 있다.³¹⁾

나. 국가목표설

국민의 안전에 대한 요청은 헌법상 ‘국가목표’라고 이해한다.³²⁾ 국가목표규정

3, 222-223면.

26) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 23 f.

27) 독일 연방헌법재판소는 “헌법상 평화권, 질서권 및 국민의 안전 보장은 국가권력이 포기해서는 안 되는 헌법적 가치이다. 국가는 국민의 안전을 위해 실제적이고 최종적인 정당성을 부여받고 있다.”(BVerfGE 49, 24 (56 f.)).

28) H. H. von Armin, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 28 f.

29) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (162).

30) H. H. von Armin, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 29 f.

31) H. H. von Armin, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 29.

이란 기본권의 성격을 지니지 않지만, 헌법상 국가기관이 특정한 목표를 수행하도록 지침을 주는 헌법 규범이다.³³⁾ 국가목표규정은 국가기관을 기속하기 때문에 국가기관은 목표 달성을 위해 최대한 노력하여야 한다.³⁴⁾

국가목표규정의 기능은 첫째, 국가기관에게 국가정책의 방향을 제시하고, 국가의 미래에 대한 방향성을 제시해준다. 둘째, 국가기관에 대하여 실질적 과제를 부여한다. 국가목표규정의 제1의 수범자는 입법자이다. 국가목표규정에 의거하여 입법자는 국가목표를 구체화하게 된다. 국가목표규정에 의거하여 입법자가 입법해야 함에도 불구하고 입법부작위 상태의 경우 위헌성이 문제된다.³⁵⁾

다. 국가과제설

국가과제설에는 크게 2가지 견해가 존재한다.³⁶⁾ 하나의 견해는, 현대국가는 민주적이라고 규정하고 있고, 민주적 기초에는 국가와 사회의 구분 및 국가과제의 기본원칙이 문제된다. 국민이 활동하는 사회 영역에서는 국가과제의 사전(事前) 확정은 불가능하다. 따라서 국민과 사회가 국가과제를 확정해야 한다는 견해이다.³⁷⁾ 다른 하나의 견해는, 현대국가는 헌법국가라는 것이다. 현대국가는 국가의 권한과 의무를 헌법에 규정하였으므로, 국가 및 국가행위의 정당성 근거는 더 이상 필요하지 않다는 것이다.³⁸⁾ 헌법은 국가목적을 확인하고 규정하고 있다.³⁹⁾ 헌법상 기본권, 헌법원칙들, 그 밖의 국가과제를 부여하는 권한규범으

32) Martin Kutscha, Innere Sicherheit und Verfassung, F. Roggan/M. Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, S. 24 (32).

33) 정극원, “국가목적규정에 관한 일고찰”, 공법학연구 제4권 제2호, 2003. 4, 220면; 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011. 8, 30면.

34) 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 33면; 명재진, “국가목표조항의 헌법적 지위와 위헌심사척도에 관한 연구”, 법학연구 제25권 제2호, 2014. 9, 19면.

35) 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 유럽헌법연구 제2호, 2007, 178면.

36) E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159 (187).

37) E.-W. Böckenförde, Die Bedeutung der Untersuchung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, Fn. 51.

38) 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 홍익법학 제14권 제2호, 2013. 6, 231면.

39) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P.

로부터 국가목적에 도출할 수 있다는 것이다.⁴⁰⁾ 국가과제로서의 안전보장의 헌법적 근거는 객관법적 법질서인 기본권보호의무에서 찾는다.⁴¹⁾ 국민의 생명 등 기본권에 대한 국가의 보호는 국가의 보호의무이자 국가의 과제이다.⁴²⁾ 국가공동체의 존속을 위해 국민의 안전(安全)을 수호하는데 국가의 과제가 있다.⁴³⁾

라. 기본권설

국민의 안전은 주관적 공권인 ‘기본권으로서의 안전권’⁴⁴⁾으로 이해하는 견해이다. 기본권으로서 안전권을 인정하는 것은 국가·사회 공동체 생활에 있어서 불안전, 개인적·사회적 폭력, 재난 등이 심각하게 발생하는 상황에서 국민에게 절실히 요청되는 일이다. 국민의 안전보호를 위한 국가의 기본권보호의무는 기본권의 주관화로 이어진다.⁴⁵⁾ 객관적인 보호의무의 주관화는 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 이에 대한 국가의 기본권보호의무⁴⁶⁾에 의해 인정된다. 헌법 제10조의 인간의 존엄성 조항은 국가에게 인간의 존엄성 보호라는 주관적 권리를 내포하고 있다.⁴⁷⁾ 기본권으로서의 안전권은 헌법상 객관적 헌법원칙들⁴⁸⁾ 사이에 둘러싸인 다양한 헌법규정을 통해 도출될 수 있다.⁴⁹⁾ 국가는 국민의 ‘안전

Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 25 ff.

40) H. Hoffmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, 1989, S. 15.

41) 이에 대해 자세한 것은 K. Stern, Das Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, § 69, S. 897 ff.

42) M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 28.

43) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 137.

44) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.

45) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (130).

46) 기본권보호의무에 관하여는 표명환, “기본권보호의무의 이론적 기초”, 헌법학연구 제8권 제1호, 2002. 4, 138면 이하; 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004. 3, 277면 이하; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005. 6, 211면 이하; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 동아법학 제62호, 2014. 2, 1면 이하.

47) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 146 und Fn. 70.

48) G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 190 ff.

49) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33 ff.; M. Möstl, Die staatliche Garantie

권'인 기본권을 보장할 의무를 지고 있다.⁵⁰⁾

마. 소결

안전권은 국민의 생명·신체를 안전하게 보존하고 영위할 중요한 기본권이라 할 수 있다. 인간의 존엄과 가치는 생명과 신체의 안전을 위협받으면서 보장받을 수 없다. 안전은 자유를 누리기 위한 전제조건이며, 안전에 대한 위협은 곧 바로 자유에 대한 침해에 해당된다.⁵¹⁾ '안전권'은 생명과 신체의 자유를 향유하기 위해 필수불가결한 전제적 기본권이며, 다른 기본권보다 우선적인 기본권이다. 우리나라 헌법에는 안전권이 명문화되지 않았지만, 안전권은 우리 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항에 의해 보장되는 기본권이라 할 수 있다.⁵²⁾

3. 국민의 안전에 대한 주관적 보호청구권

국민이 국가에 대해 안전권이라는 주관적 보호청구권을 주장할 수 있는지 여부와 국민이 객관적인 보호의무의 대상으로서 안전의 보호객체가 될 수 있는지 여부가 논의된다.⁵³⁾ 안전의 주관화는 3가지 논증의 고리로 연결되어 있다. 첫째, 법치국가원리, 둘째, 기본권보호의무, 셋째, 안전권으로의 주관화이다.⁵⁴⁾ 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정은 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 있다. 이러한 국가의 객관적 보호의무로부터 주관화를 통해 국민의 안전보호에 대한 주관적 권리가 도출될 수 있다. 즉, 헌법 제10조는 국가 공권력이 인간의 존엄을 침해했을 경우, 인간의 존엄 보호를 요구할 수 있는 주관적 권리를 인정하고 있다.⁵⁵⁾

für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 84 ff.

50) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (132).

51) 전광석, "국민의 안전권과 국가의 보호의무", 법과인권교육연구 제8권 제3호, 2015. 12, 145면.

52) 같은 의견: 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 782 (재판관 조대현의 별개의견에 대한 보충의견); 김소연, "기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰", 공법연구 제45집 제3호, 2017. 2, 186면.

53) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 133.

54) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (130).

헌법적으로 국민의 안전과 관련하여, 국가가 자신의 보호의무를 전혀 이행하지 아니하거나 효율적인 보호조치를 이행하지 않는 경우, 위험에 처한 피해자가 주관적 '보호청구권'⁵⁶⁾을 주장할 수 있느냐가 문제된다. 즉, 국가가 국민의 안전에 관한 법률을 제정하지 않고 있는 경우, 헌법상 안전권이라는 기본권을 근거로 직접 국가에게 안전보호조치를 구할 수 있는가 여부이다. 디트라인(Dietlein) 교수는 안전권은 독일 기본법 제1조 제2항의 '인간의 존엄권'에 속하기 때문에 주관적 보호청구권이 인정된다고 한다.⁵⁷⁾ 또한 헤르메스(Hermes) 교수도 헌법상 생명권과 신체불훼손권으로부터 객관적 보호의무뿐만 아니라, 주관적 보호청구권도 도출할 수 있다고 한다.⁵⁸⁾

국민의 안전이 침해 내지 가해 받고 있는 상황에서 관련 법률이 없다고 국가는 국민의 안전에 대한 아무런 보호조치를 취하지 않아도 되는 것은 아니다. 국가는 기본권보호의무를 이행해야 하고, 사인에 의해 다른 사인의 생명 등이 가해를 받고 있을 때 국민의 주관적 보호청구권이 인정된다.⁵⁹⁾ 국가가 기본권 보호의무를 이행하는데 있어서 입법자는 다양한 법적 규율가능성을 가지며, 그 중에서 가장 합목적적이라고 판단되는 입법수단을 선택할 수 있으므로 '입법자의 입법형성권'⁶⁰⁾은 인정된다. 국가가 국민 안전을 달성할 수 있는 수준은 상대적이고,⁶¹⁾ 완전하고 절대적인 안전의 달성은 불가능하다. 안전은 무제한적이어서, 결코 완벽하게 실현될 수 없다.⁶²⁾

생각건대, 헌법상 국가의 기본권보호의무를 요구하는 것은 국가에게 국민의 기본권을 적절하고 효율적으로 보호하라는 헌법적 명령이므로 국민은 주관적

55) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 146.

56) '보호청구권'에 관하여는 표명환, "기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰", 법학연구 제45집, 2012, 23면 이하.

57) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 149 ff.

58) G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 208 ff.

59) 표명환, "기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰", 법학연구 제45집, 2012. 2, 34면.

60) 이에 관하여는 이부하, "입법자의 입법형성권의 내용과 한계", 법과 정책연구 제13집 제1호, 2013. 3, 91면 이하 참조.

61) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (169).

62) E. Denninger, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 85 (92).

보호청구권을 가지고 있다고 봄이 타당하다. 주관적 보호청구권은 헌법상 국가의 기본권보호의무로부터 그 근거를 찾을 수 있다. 기본권보호의무는 ‘법률’에 의해 구체화되지만, 주관적 보호청구권은 ‘헌법’에 의해 직접 인정되는 것이다.⁶³⁾ 국가에게 기본권보호의무가 있다는 것은 그에 상응하는 국민의 주관적 보호청구권⁶⁴⁾이 있다는 것이다.⁶⁵⁾ 기본권보호의무를 지는 국가기관은 그 상황의 판단시 결정재량의 범위와 정도를 넘어서서 피해자의 기본권 가해가 심각하여 수인한도를 넘는 경우, 당해 국민은 ‘안전권’이라는 주관적 보호청구권을 청구할 수 있다.⁶⁶⁾

III. 국민의 안전 보호에 관한 헌법이론

1. ‘안전’ 대(對) ‘자유’의 관계

헌법에서 법치국가원리는 국가공권력 행사의 한계로만 작용하는 것이 아니라, 국가 공권력이 국민의 자유와 권리를 보호하도록 국가공권력의 적극적인 행사라는 이중적 과제를 부여하고 있다.⁶⁷⁾ 법치국가원리는 한편에서는 국가에게 행위 의무로서 법치국가적 ‘보호’를 명령하고, 다른 한편에서는 국가행위의 한계로서 법치국가적 ‘자유’를 명령하는 이중적 지위를 요구한다.⁶⁸⁾ 자유와 안전 간에는 서로 중첩되는 교집합 영역이 존재한다. 반면, 안전에 대한 입법이나 정책은 안전과 자유 간에 갈등을 유발한다.⁶⁹⁾ 안전을 실행하는 국가과제는 법치국가원

63) 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구 제45집, 2012. 2, 35면.

64) 주관적 ‘보호청구권’에 관하여는 김명재, “독일헌법상의 보호청구권”, 법률행정논총 제19집, 1999, 87면 이하.

65) 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 이화여대 법학논집 제8권 제1호, 2004, 24면; 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구 제22권 제1호, 2016. 3, 228면.

66) 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 홍익법학 제14권 제2호, 2013. 6, 234면.

67) Schmidt-ABmann, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR I, § 24 Rn. 31 f.

68) Chr. Calliess, DVBl. 2003, S. 1101.

69) Vgl. Limbach, AnwBl. 2002, S. 454; Hoffmann-Riem, ZRP 2002, S. 497; Schulze-Fielitz,

리와 갈등관계에 있기도 하고, 다른 한편으로는 국민의 안전과 보호라는 측면에서 안전과 법치국가원리는 호응관계에 있기도 하다.⁷⁰⁾

안전이 보장됨 없이 자유를 향유할 수 없고,⁷¹⁾ 법치국가에 있어서 안전 보장은 국가에 ‘대한’ 안전 보장뿐만 아니라, 국가에 ‘의한’ 안전 보장을 포함하게 된다.⁷²⁾ 안전을 위협하는 적(敵)의 공격을 방어한다는 명목 하에 국가가 법제도로 자유 제한적 조치를 취하면, 이는 기본권 침해적 국가행위이고 헌법상 법치국가원리에 반하게 된다. 안전과 자유 간에는 일정한 갈등관계가 존재한다. 그러나 양자 간에 교집합 영역이 존재한다. 양자의 교집합 영역에 있어서 안전 영역에 가까울수록 법치국가적 관점에서 정당성의 요구도 커지게 된다. 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다. “헌법에서 입법자는 자유와 안전 간에 적절한 균형을 달성하라고 명령하고 있다. 헌법은 현실적으로 주어진 상황에서 최대한의 안전을 조성하고, 기본권에 대한 과도한 제한을 금지시키는 법치국가적 기속 하에서 국민의 안전을 추구한다.”⁷³⁾

안전과 자유 간에는 형량이 필요하다.⁷⁴⁾ 구체적인 경우에 국가기관은 어느 정도의 안전 보장이 충분한지 또는 특정한 상황에서 어떠한 방법으로 보호조치를 취해야 하는지에 대해 실질적인 근거를 요구한다. 자유와 안전 간에 상충하는 경우, 형량과정은 상충하는 양자 간에 제한과 보호의 정도를 선택하는 일이다.⁷⁵⁾

국민의 안전보호와 관련하여, 안전과 자유 간의 교집합 영역에서 헌법재판의 판단기준을 마련해야 한다. 첫째, 국가행위가 국민의 신체적 안전과 내용적으로 관련성이 있으면 있을수록 자유 제한에 대한 국가행위의 정당성 요구가 완화된

in: FS für Schmitt Glaeser, S. 407.

70) Bettermann, Der totale Rechtsstaat – Zwei kritische Vorträge, 1986, S. 5 ff.; Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 278 ff.

71) W. von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792), in: A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), Bd. I: Schriften zur Anthropologie und Geschichte, 2. Aufl., 1969, S. 95.

72) Chr. Calliess, DVBl. 2003, S. 1101.

73) BVerfGE 115, 320 (358).

74) Chr. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 566 ff.

75) R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 25.

다. 예를 들어, 선거운동에 있어서 심각한 소음을 유발하여 인근 주민의 신체와 건강에 손상을 주는 경우에 이는 신체적 안전에 상대적으로 밀접하게 관련되어 있기 때문에 그 피해 주민의 안전보호를 위한 국가행위의 정당성 요구가 완화된다.⁷⁶⁾ 반면, 사회적·경제적 안전과 관련된 안전보호를 위한 국가행위에는 정당성 요구가 강화된다.

둘째, 국가행위가 신체적 안전보호에 직접적으로 기여하는지 아니면 단지 간접적으로 기여하는지 여부와 관련하여 심사 정도가 달라진다. 국가행위가 국민의 신체적 안전과 간접적으로 관련이 있으면 있을수록 정당성 요구가 강화되고, 국민의 신체적 안전과 직접적으로 관련이 있으면 있을수록 정당성 요구가 완화된다. 예를 들어, 위험성이 높은 장소에 CCTV를 설치하는 기본권 제한적 국가행위는 신체적 안전 보호에 직접적으로 기여하기 때문에, CCTV를 설치하는 행위는 최소한의 정당성이 요구된다. 반면, 주민등록증 발급에 있어서 지문 정보를 수집·보관하는 것은 개인정보의 수집·보관으로 신체적 안전 보호에 간접적으로 기여하기 때문에, 국가행위의 정당성 요구가 강화된다.⁷⁷⁾

2. 국민의 안전권과 관련된 우리나라 헌법재판소 결정들

우리나라 헌법재판소가 헌법해석에 의해 안전권을 기본권으로 인정한 판례는 없다. 그러나 2가지 갈래로 안전권과 관련하여 판시하고 있는 헌법재판소 결정들이 있다. 하나는, 국민의 생명·신체의 안전에 대한 ‘국가의 기본권보호의무’를 인정하고 있는 헌법재판소 결정들이 있다. 다른 하나는, ‘평화적 생존권’의 기본권성 인정 여부와 관련된 헌법재판소 결정들이다.

먼저, 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 기본권보호의무와 관련하여, 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는지 여부를 과소보호금지원칙으로 심사한다.⁷⁸⁾

76) Chr. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 96 ff.

77) Chr. Calliess, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, ZRP 2002, S. 7.

78) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집

이러한 경우 국가의 기본권보호의무를 수행했는지 여부를 과소보호금지원칙에 의한 심사에 집중하기 때문에, 국민의 안전권으로서 주관적 보호청구권이 인정되는지 여부에 관해서 헌법재판소는 입장을 표명하지 않고 있다.

다음으로, 평화적 생존권의 기본권성 인정 여부이다. 우리나라 헌법재판소는 처음에는 평화적 생존권을 기본권으로 인정하였다.⁷⁹⁾ 그러나 그 후 입장을 변경하여 “평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리 내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다.”고 판시하였다.⁸⁰⁾

3. 안전권과 관련한 기본권 체계

가. 생명·신체의 안전권

안전권을 법률상의 권리로 국한하게 되면, 국민의 안전권 실현을 위해 입법을 할 것인가 아니면 말 것인가 여부는 입법자의 재량에 맡겨지게 되므로, 국가에 대하여 국민의 안전을 요구할 수 있는 적극적·능동적 행사가 불가능해진다.⁸¹⁾ 헌법은 개방적 규범체계로 되어 있고, 미완성된 규범체계이므로 국민의

20-2상, 91; 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등, 판례집 20-2하, 960; 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등, 판례집 14-2, 410, 434; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91; 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345; 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등, 판례집 20-2하, 960; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94, 판례집 23-1상, 143; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1하, 12; 헌재 2016. 10. 27. 2012헌마121, 판례집 28-2상, 654; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바280, 판례집 28-2하, 513.

79) “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하며, 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있다.” (헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298)

80) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775-777; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마146, 공보 제170호, 2122, 2128.

81) 이한태·전우석, “한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구”, 홍익법학 제16권 제4호,

안전이라는 시대적 요구를 수용할 수 있어야 한다.⁸²⁾ 생명·신체의 안전권으로 한정하게 되면 기본권의 구체성과 성숙성이 충족될 수 있으므로, 안전권은 헌법상 기본권으로 인정될 수 있다.

생명·신체의 안전권은 헌법상 명문의 규정은 없으나, ‘포괄적 기본권’⁸³⁾이라 할 수 있다. 즉, 생명·신체의 안전권은 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항에 의해 보장되는 포괄적이고 일반조항적인 성격을 가지는 기본권이라 할 수 있다. 생명·신체의 안전권이 생명권이나 신체의 자유와 구별되는 것은 생명권이나 신체의 자유가 주관적 공권(主觀的 公權)으로서 주로 국가에 의한 생명·신체의 침해에 대해 효력을 지니는 기본권임에 반해, 생명·신체의 안전권은 국가뿐만 아니라, 사인(私人)에 의한 생명·신체의 안전권에 대한 가해의 경우에도 효력을 미친다.

안전권의 보호법익은 ‘생명’과 ‘신체’에 대한 가해에 한정함이 타당해 보인다. 그 근거로는 첫째, 안전권에서 의미하는 기본권 침해 내지 가해는 현재의 가해 내지 급박한 가해 상황이다. 자유권적 기본권 중 대부분은 기존의 권리구제절차를 거쳐서 구제받을 수 있는 경우이므로 굳이 안전권을 원용할 필요가 없지만, 생명·신체의 안전권의 경우에는 현재의 가해 내지 급박한 가해 상황이 발생하므로, 특별히 보호이익이 존재한다. 급박한 위험상황이고 현재의 심각한 가해를 유발하고 있는 생명이나 신체의 안전권으로 한정해야 국가의 효율적인 보호조치가 가능하다. 둘째, 국가의 개입 보다 사회적 자기규율이 원칙적으로 우선되어야 하므로,⁸⁴⁾ 생명이나 신체라는 중요한 자유권적 기본권에 대해서 국가는 안전을 위한 보호조치를 취해야 한다. 국민의 생명이나 신체에 대한 위법한 가해·침해에 대해서 국가는 신속하게 기본권보호의무를 발동할 필요가 있다. 셋째, 국가는 적절하고 효율적인 보호조치를 모든 안전권에 대해 취할 수 없다. 따라서 일반적 안전권의 보장을 헌법에 규정하기 보다는 중요한 법익인 생명 및 신체의 안전권에 국한하여 규정함이 적절해 보인다.⁸⁵⁾

2015. 12, 132-133면.

82) 홍완식, “안전권 실현을 위한 입법정책”, 유럽헌법연구 제14호, 2013, 232면.

83) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 362.

84) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, de Gruyter, Berlin und New York, 1999, S. 47.

85) 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 법조 제68권 제2호, 2019. 4, 46면.

나. 국민의 안전권과 관련된 헌법재판의 체계

국민의 안전권에 대한 위협은 한편으로는 국가 공권력에 의해 국민의 생명·신체의 안전권이 침해되기도 하고, 다른 한편으로는 사인(私人)에 의해 사인의 생명·신체의 안전권이 가해받기도 한다. 그 밖에 자연재난 및 사회재난에 의해 국민의 안전이 위협받는 경우도 있다.

국가 공권력이 국민의 기본권을 침해하는 경우, 국가의 기본권보장의무와 관련되며 이러한 국가 공권력 행위가 과잉금지원칙(Übermaßverbot) 즉, 비례성원칙(Verhältnismäßigkeit)에 위반되는지 여부를 헌법재판소는 심사하게 된다. 반면, 제3자인 사인이 다른 사인의 기본권에 가해를 가하는 경우에는, 국가의 기본권보호의무와 관련되며 사인의 가해 행위에 대하여 국가 공권력의 보호조치가 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)에 위반되는지 여부를 헌법재판소는 심사하게 된다.⁸⁶⁾ 또한 자연재난⁸⁷⁾ 내지 사회재난으로 인한 위협에 대해서는 헌법 제34조 제6항의 국가의 재해 예방의무와 관련되어 있다.⁸⁸⁾



86) 기본권보호의무와 과소보호금지원칙에 관하여는 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007. 6, 275면 이하; 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 인하대 법학연구 제17집 제2호, 2014. 6, 39면 이하.

87) 이에 대해서는 신현석, “자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무”, 헌법논총 제29집, 2018, 493면 이하.

88) 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 서울대학교 법학 제 56권 제1호, 2015. 3, 147면 이하.

IV. 결론

1. 인권(人權)의 대표적인 특성으로서 인권의 '보편성'이 거론된다. 인권의 '보편성'이란 인권은 초국가적, 초인종적, 초시간적으로 동일한 내용을 담고 있다는 의미이다. 인권 중 국가법 질서에 구체적·현실적으로 편입되어 국민의 기본적 권리로 규정된 것을 '기본권'이라 칭한다. 기본권은 인권의 '최소한'이라고 말하기도 한다. 보편성을 갖는 인권은 최대한 보장될 수 없지만, 인권 중 핵심적인 것을 국가가 헌법상 기본권으로 인정하여 최대한 보장한다는 것이다. 일반적으로 인정되는 인권의 범위가 불명확하기 때문에, 일부 인권은 기본권으로 헌법에 규정하여 보장하는 경우도 있다. 반면, 최소한의 인권조차도 실정 헌법에 기본권으로 규정하지 않는 국가도 있다. 인권적 성격을 지니면서 헌법 해석상 불문의 기본권이 있다. 이러한 불문의 기본권 중 대표적인 것이 '안전권'이다. 불문의 기본권인 '안전권'은 헌법에 명문으로 규정하지 않더라도 '기본권'성이 인정된다. 만약 헌법상 명문으로 안전권을 규정하려면, 포괄적인 '안전권'을 헌법에 신설하기 보다는 '생명·신체의 안전권'으로 국한하여 규정하는 것이 적절할 것이다.

2. 국민의 안전보장이 국가존립의 정당화 근거라는 생각 하에서 근대의 저명한 사상가들은 국가이론을 발전시켜왔다. 국민의 안전보장은 국가공권력에게 독점권을 부여하는 중요한 법이론적 근거가 되었다. 국가로부터의 국민의 안전보장뿐만 아니라, 국가에 의한 국민의 안전보호도 추구하라는 것이 헌법의 명령이다. 국민의 안전 보호·보장은 국민의 기본권을 보호하기 위한 국가의 과제이자 의무이다. 안전에 대한 주관적 보호청구권은 법률의 부재시 그 진가가 발휘될 수 있다. 기본권으로서 안전권은 헌법상 명문규정이 없더라도, 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 권리이자 다른 기본권의 전제조건으로서 우리 헌법상 인정된다고 보아야 한다. 사인인 국민의 기본권이 제3자인 사인에 의해 가해받을 경우, 사인의 안전보장을 위해 국가는 기본권보호의무를 수행해야 한다. 이와 관련하여 국가가 기본권보호의무를 적절하고 효율적으로 수

행했는지 여부는 헌법상 ‘과소보호금지원칙’에 의해 심사하게 된다.

3. 급박한 위험상황이고 현재의 심각한 상황에서 생명이나 신체에 대한 침해·가해의 경우 국가는 국민의 안전을 보호해야 할 의무가 있다. 따라서 생명·신체에 국한하여 국민의 안전권을 인정할 필요가 있다. 포괄적인 안전권 인정은 기본권 구제의 실효성을 낮추게 된다. 국민의 안전권 보장·보호를 위해 국가는 적절하고 효율적인 보호조치를 취해야 한다. 국가의 개입 보다 사회적 자기규율이 원칙적으로 우선해야 하므로, 생명과 신체에 한정된 안전권을 헌법에 규정함이 타당해 보인다.

4. 안전권과 관련하여 기본권 이론을 체계화할 필요가 있다. 국가에 의한 국민의 생명·신체의 안전권 침해에 대해서는 ‘비례성 원칙’(과잉금지원칙)에 의한 심사를 하고, 사인(私人)에 의한 사인(私人)의 생명·신체의 안전권 가해의 경우에는 ‘과소보호금지원칙’에 의해 국가의 기본권보호의무 위반 여부를 심사하게 된다. 그리고 자연재난이나 사회재난 등의 위험으로부터의 국민의 안전 보호는 헌법 제34조 제6항에 의한 ‘국가의 재해 예방의무’를 통해 보호하는 시스템을 취하고 있다. 이렇게 우리나라 헌법은 국민의 안전과 관련하여 3원적인 이론 체계를 가지고 있다.

참고문헌

- 김명재, “독일헌법상의 보호청구권”, 「법률행정논총」 제19집, 1999.
- 김소연, “기본권으로서의 안전권 인정에 대한 헌법적 고찰”, 「공법연구」 제45집 제3호, 2017. 2.
- 김종세, “현행법상 학교안전교육에 대한 문제점과 개선방안”, 「한양법학」 제26권 제2집, 2015. 5.
- 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 「세계헌법연구」 제17권 제2호, 2011.

- 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 「유럽헌법연구」 제2호, 2007. 12.
- 문병효, “독일의 원자력에너지 리스크관리법제”, 「행정법연구」 제30호, 2011. 8.
- 송석운, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 「이화여대 법학논집」 제 8권 제1호, 2004.
- 신현석, “자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무”, 「헌법논총」 제29집, 2018.
- 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 「서울대 학교 법학」 제56권 제1호, 2015. 3.
- 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제 22권 제1호, 2016. 3.
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호, 2013. 3.
- 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제 22권 제1호, 2016. 3.
- 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 2013. 6.
- 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 「법조」 제68권 제2호, 2019. 4.
- 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 「동아법학」 제62호, 2014. 2.
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 「헌법학연구」 제13권 제2호, 2007. 6.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 「인하대 법학연구」 제17 집 제2호, 2014. 6.
- 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 「서울대 학교 법학」 제56권 제1호, 2015. 3.
- 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, 「한·독사회과학논총」 제21권 제1호, 2011. 3.
- 이상명, “재난안전관리체계의 개선에 관한 법적 고찰”, 「한양법학」 제25권 제4 호, 2014. 11.
- 이한태·전우석, “한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구”, 「홍익법학」 제16권 제4호, 2015. 12.
- 전광석, “국민의 안전권과 국가의 보호의무”, 「법과인권교육연구」 제8권 제3호,

2015. 12.
- 정극원, “국가목적규정에 관한 일고찰”, 「공법학연구」 제4권 제2호, 2003. 4.
- 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 「법학연구」 제45집, 2012. 2.
- 표명환, “기본권보호의무의 이론적 기초”, 「헌법학연구」 제8권 제1호, 2002. 4.
- 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 「헌법학연구」 제10권 제1호, 2004. 3.
- 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 「헌법학연구」 제11권 제2호, 2005. 6.
- 허종렬·엄주희·박진완, “헌법상 기본권 개정안 논의 동향과 성과 검토 - 2018 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회의 활동을 중심으로 -”, 「법학논고」 제63집, 2018. 10.
- 홍완식, “안전권 실현을 위한 입법정책”, 「유럽헌법연구」 제14호, 2013.
- A. Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 15 ff.
- H. H. von Armin, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977.
- E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159 ff.
- Brüning/Helios, Die verfassungsprozessuale Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten am Beispiel des Internets, Jura 2001, S. 155 ff.
- Chr. Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321 ff.
- Chr. Calliess, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, ZRP 2002, S. 1 ff.
- J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005.
- U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.
- H. Hoffmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, 1989, S. 15 ff.
- J. Ipsen, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen

- durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 177 ff.
- J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111.
- J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 3 ff.
- W. Köck, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, in: E. Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 271 ff.
- L. Krause, Das Risiko und Restrisiko im Gefahrstoffrecht, NVwZ 2009, S. 496 ff.
- M. Kutscha, Innere Sicherheit und Verfassung, F. Roggan/M. Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, S. 24 ff.
- K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995.
- O. Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 269 ff.
- M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002.
- D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985.
- F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S. 161 ff.
- A. Pietrzak, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte, JuS 1994, S. 748 ff.
- D. Rauschning, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 ff.
- M. Ronellenfitsch, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DVBl. 1989, S. 851 ff.
- A. Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 485 ff.
- W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007.
- R. Wahl/I. Appel, Prävention und Vorsorge, in: R. Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 ff.

[Abstract]

A constitutional Study on the Rights of Safety for life and body

Lee, Boo-Ha

Professor, Law School, Yeungnam University

‘Safety’ can be defined as ‘a state free from danger (Gefahr) or risk (Risiko) that infringes on the constitutional legal interests such as life and the body’. ‘Safety rights’ can be called fundamental rights even if they are not prescribed in the Constitution. In order to prescribe safety rights under the constitutional standard, it would be appropriate to limit the comprehensive safety rights to the safety rights for life and the body rather than to newly regulate the constitution.

The protection of the people is the task and duty of the state to protect the fundamental rights. Subjective protection claims for safety rights can be exercised when there is no law on them. As a fundamental right, the right of safety is the right to survive in peace without being threatened by the safety of life and body, even if there are no provisions in the Constitution, and it is a fundamental right of our constitution as a precondition for other fundamental rights. If the fundamental rights of civilians are imposed by a third party, the state must fulfill its obligation to protect fundamental rights in order to ensure the safety of civilians.

It is necessary to systematize fundamental rights theory in relation to safety rights. Since social self-discipline should take precedence over state’s intervention in principle, safety rights should be recognized only in limited protection-interests. In order to take effective state’s measures, the protection-

interests of the safety rights needs to be confined to life and the body. In the case of violation of the safety rights of the people by the state, it is examined by the principle of proportionality. In the case of infringement of life and body by civilians, it is necessary to judge violation of fundamental rights by the principle of prohibition of minimum protection.

Key words : safety, danger, risk, state duty to protect fundamental rights, right of safety