

(사)한국공법학회 · 헌법재판연구원 공동 국제학술대회  
(사)한국공법학회 2022년 정기총회

---

# 민주주의 발전과 공법상 권리의 확대

일시: 2022년 12월 9일 (금) 13:00~18:30

장소: 헌법재판소 대강당

주최: 사단법인 한국공법학회, 헌법재판연구원



사단  
법인 韓國公法學會  
Korean Public Law Association



헌법재판소  
헌법재판연구원



# 프로그램

13:00 등록

13:00~13:20 개회식

- ▶ 개회사: 선정원 회장(한국공법학회)
- ▶ 환영사: 이헌환 원장(헌법재판연구원)

## 제1세션: 민주주의의 발전과 기본권 목록의 확대

- ▶ 사회: 박진완 교수(경북대 법학전문대학원)

13:20~14:10 [제1주제] **The Interrelationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the discourse of fundamental rights of the EU Member States**  
(유럽연합 기본권 헌장과 유럽연합 회원국 기본권 목록 담론의 상호관계)

- ▶ 발표: Martin Nettesheim 교수(튀빙엔 대학교)
- ▶ 토론: 허완중 교수(전남대 법학전문대학원)

14:10~15:00 [제2주제] **한국의 정치적·사회적 발전과 평등권해석론의 과제**  
— 일반적 평등권 심사기준 결정공식의 보완을 중심으로 —

- ▶ 발표: 정태호 교수(경희대 법학전문대학원)
- ▶ 토론: 최규환 연구관(헌법재판연구원)

15:00~15:20 중간 휴식

## 제2세션: 민주주의의 발전과 입법에 따른 권리 확대

- ▶ 사회: 이희정 교수(고려대 법학전문대학원)

15:20~16:10 [제1주제] **La révolution des droits de l'homme en France, ses tournants, son devenir**  
(프랑스의 인권 혁명, 그 전환점들과 미래)

- ▶ 발표: Carlos-Miguel Herrera 교수(CY Cergy Paris Université)
- ▶ 토론: 김혜진 교수(중앙대 법학전문대학원)

16:10~17:00 [제2주제] 민주주의의 발전과 공법상 권리의 확대 경향

▶ 발표: 이해진 교수(안동대 법학과)

▶ 토론: 김태호 연구관(헌법재판연구원)

17:30~19:00 정기총회

19:00 만찬

# 개회사

안녕하십니까? 제41대 한국공법학회 회장 선정원입니다.

존경하는 헌법재판연구원 이헌환 원장님과 한국공법학회 고문님들과 회원여러분, 12월 9일 오늘 헌법재판소 대강당에서 ‘민주주의 발전과 공법상 권리의 확대’라는 주제로 정기학술대회와 정기총회를 개최하게 되었습니다. 오늘 귀한 발걸음을 해주신 것에 깊은 감사말씀을 올립니다.

먼저, 이태원에서 안타깝게 재난을 겪으신 분들에게 깊은 애도를 표합니다. 우리나라 법시스템을 연구하는 한국공법학회도 안전한 국가와 사회의 건설에 필요한 법시스템의 연구를 위해 더욱 노력할 것을 다짐합니다.

한국사회는 격동의 시대를 맞아 폭력, 전쟁과 사회적 혼란을 극복하고 개방사회의 틀내에서 법치주의를 통해 이기주의적 욕망들을 평화롭게 조화시켜야 하는 새로운 도전과제 앞에 놓여 있습니다. 법치주의는 한국사회가 위기와 도전을 극복하고 세계사에서 가치있는 국가로 자리매김하는데 있어 핵심적 역할을 해야 합니다. 그 이외에 다른 방법이 있다고 생각하지 않습니다. 우리 학회는 그 과정에서 중요한 역할을 함으로써 학회도약의 계기로 삼아야 할 것입니다.

민주화 이후의 시대를 살아가야 하는 우리 사회는 해방이후 눈부신 권리혁명의 시기를 보냈지만, 이제 차분하게 한국이 놓여 있는 국제적 위치속에서 권리혁명의 과거와 현재에 대해 살펴보면서 법치주의의 틀안에서 권리혁명 이후의 미래시대를 건설해야 합니다.

돌이켜 보면 일제강점기 국가에 대한 공권이 부정되었던 한반도에서 1951.8.24. 행정소송법이 14개조로 제정되면서 비로소 국가에 대한 공권이 법률에 의해 인정되고 재판에 의해 보호되게 되었습니다. 그 이후 산업화시기를 거치며 수많은 실정법령들이 제정되면서 행정소송에 의해 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니할 공권이 인정되는 등 국민의 공권은 꾸준히 확대되어 왔습니다.

1987년 민주적 시민혁명이후 제정된 1987년 현행 헌법아래 1988.9.1. 헌법재판소

가 창설운영되면서 헌법이 규범력을 갖게 되고 기본권이 재판에 의해 보호되면서 비약적인 기본권신장이 있게 되었습니다. 국민의 민주의식의 신장과 함께 헌법재판소에 의해 주도된 기본권신장에 의해 정치적 자유나 표현의 자유 그리고 신체의 자유 등 과거 행정소송에 의해 적절히 보호되지 못했던 영역들에서 국민의 공권이 크게 신장되었습니다.

2000년대 들어와서는 국민들의 인권의식이 더욱 고양되면서 생활사회의 기본적인 인간관계내에서 일상적으로 벌어지는 권리침해에 대한 구제에 초점을 맞추어 국민들의 사회운동이나 국가인권위원회, 여성가족부와 고용노동부 등의 활동에 의해 여성, 장애인, 외국인이나 성소수자 및 노동자의 인권이 크게 확대되어 왔습니다.

해방이후 현재까지 우리 사회에서 진행된 권리의 신장은 한국사에서 한 번도 본적 없는 혁명적 권리팽창이 단기간에 급격히 나타난 것으로, 미국을 비롯한 서구사회에서 1960년대를 권리혁명의 시대라고 불렀던 시기보다 더 강하고 광범위한 운동이었다고 할 수 있을 것입니다.

이제 우리 사회에서는 권리혁명의 반작용으로 서울 등 대도시에서는 어느 하루 정치적 항의내용을 담은 플래카드가 없는 날이 없고 시위대가 거리를 누비지 않는 날이 없을 정도가 되었습니다. 그 결과 어떤 정권이든지 권리혁명에 대한 심도있는 이해없이 정책을 설계하고 집행하는 것은 단순히 정책집행의 실패만을 가져오는 것이 아니라 심각한 사회적 재앙을 가져오는 경우가 많아지고 있습니다. 과거와 같이 공법학과의 소통없이 정치학, 행정학, 경제학, 교육학, 사회복지학 등에 기반하여 정책을 설계하면서 권리혁명의 물결에 대한 배려를 하지 못했던 국정설계와 집행의 관행은 정치관료계에서는 물론 학계에서도 반드시 극복되어야 할 시대적 문제가 되었다고 할 것입니다.

오늘 정기총회까지 있어 제한된 시간이지만 1부에서 독일의 공법학자인 Martin Nettesheim 교수가 EU에서 인권과 기본권의 관계를 검토하고, 한국의 정태호 교수가 우리 헌법상 기본권목록의 확대를 다룹니다. 2부에서는 프랑스 공법학자인 Carlos-Miguel Herrera 교수가 프랑스에서 ‘권리혁명’의 현상을 분석검토하고, 한국의 이해진 교수가 입법에 의한 공법상 권리의 확대를 다룹니다.

공법상 권리혁명의 과거, 현재와 미래를 조망해보는 소중한 의미를 담고 있는 한국공법학회 정기학술대회를 위해 사회, 발표와 토론을 맡아주시는 분들에게 깊이 감

사를 드립니다. 무엇보다 이 공동학술대회의 개최를 위해 본부장을 맡아주신 이국운 교수님, 김진곤 연구이사님, 윤혜선, 김재선 국제이사님, 간사님들, 그리고 아낌없는 지원과 격려를 해주신 헌법재판소와 헌법재판연구원에게도 깊은 감사를 드립니다.

끝으로 오늘 이 자리에 함께 해주신 모든 회원님들의 건강과 행복을 기원합니다.  
감사합니다.

2022년 12월 9일

제41대 한국공법학회 회장 선정 원





# 환영사

먼저, 오늘 민주주의 발전과 공법상 권리의 확대와 관련된 주제로 학문적 논의의 장을 마련해 주신 한국공법학회 선정원 회장님과 바쁜 일정에도 이 뜻깊은 자리에 함께 해 주신 모든 참석자분들께 감사의 말씀을 드립니다.

또한 “민주주의의 발전과 기본권 목록의 확대”, “민주주의의 발전과 입법에 따른 권리 확대”와 관련해서 발제해 주시는 Martin Nettesheim 교수님, 정태호 교수님, Carlos-Miguel Herrera 교수님, 이해진 교수님, 사회를 진행해 주시는 박진완 교수님, 이희정 교수님, 그리고 토론자 여러분들께 각별한 존경과 감사의 말씀을 전합니다.

귀빈 여러분 !

역사적으로 볼 때, 인권은 개인기반의 인권(individual-based human rights)으로부터 사회(국가) 기반의 인권(society(nation)-based human rights)을 거쳐, 범인류적 기반의 인권(global-based human rights)으로 발전하고 있습니다. 특히, 유럽의 근대사회에서 시작된 권리혁명은 입헌주의의 토대가 되었다는 점에서 큰 의미를 가지고 있습니다. 그러나 유럽의 권리혁명이 근거한 자유주의와 개인주의는 고립되고 배타적인 개념에 머물러서는 안되며, 아시아적 가치, 아프리카적 가치 등 전세계적의 가치를 고려한 조화적인 개념으로 발전되어야 할 것입니다.

이러한 점에서 이번 학술대회 주제로 “민주주의 발전과 공법상 권리의 확대”를 논의하는 것은 매우 유용하고 시기적절하다고 생각합니다. 아무쪼록 오늘 이 학술대회의 주제발표와 토론이 민주주의 발전과 공법상 권리의 확대와 관련된 새로운 관점과 담론의 장이 되기를 기대합니다.

감사합니다.

2022년 12월 9일

헌법재판연구원장 이 현 환



# 목 차

## 제1세션: 민주주의의 발전과 기본권 목록의 확대

### [제1주제]

- ▶ The Interrelationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the discourse of fundamental rights of the EU Member States ..... Martin Nettesheim 1
- ▶ 유럽연합 기본권 헌장과 유럽연합 회원국 기본권 목록 담론의 상호관계 ..... 마틴 네테스하임 13
- 토 론(Discussion) ..... 허완중(Wan-Joong Heo) 25

### [제2주제]

- ▶ 한국의 정치적·사회적 발전과 평등권해석론의 과제  
— 일반적 평등권 심사기준 결정공식의 보완을 중심으로 — ..... 정태호 33
- 토 론 ..... 최규환 79

## 제2세션: 민주주의의 발전과 입법에 따른 권리 확대

### [제1주제]

- ▶ La révolution des droits de l’homme en France, ses tournants, son devenir ..... Carlos-Miguel Herrera 85
- ▶ 프랑스의 인권 혁명, 그 전환점들과 미래 ..... 카를로스 M. 에레라 95
- 토 론(Discussion) ..... 김혜진(Hyejin KIM) 105

### [제2주제]

- ▶ 민주주의의 발전과 공법상 권리의 확대 경향 ..... 이혜진 115
- 토 론 ..... 김태호 143



【1세션 제1주제】

Prof. Dr. Martin Nettesheim

University of Tuebingen Law School

Joint International Academic Conference

Korean Public Law Association & Constitutional Research Institute  
and  
2022 Annual Meeting of KPLA

9 December 2022

**The Interrelationship between the EU Charter of Fundamental Rights and  
the discourse of fundamental rights of the EU Member States**

<b>I. THESIS .....</b>	<b>2</b>
<b>II. THE STRUCTURE AND SCOPE OF THE EU FUNDAMENTAL RIGHTS ORDER .....</b>	<b>3</b>
1. DEVELOPMENT .....	3
2. SCOPE OF APPLICATION.....	4
<i>a) Applicability.....</i>	<i>4</i>
<i>b) EU fundamental rights as entitlement claims/horizontal effect of the Charter of Fundamental Rights .....</i>	<i>6</i>
<i>c) Development of the substantive content.....</i>	<i>7</i>
<i>d) Limited Sensitivity to Member State Perspectives .....</i>	<i>8</i>
<b>III. REACTION OF MEMBER STATE COURTS .....</b>	<b>9</b>
1. FERTILIZATION OF MEMBER STATE LEGAL SPACES.....	9
2. STRUGGLE TO SECURE ONE'S OWN POSITION.....	9
<b>IV. CONCLUSION.....</b>	<b>12</b>

26 November 2022

## **I. Thesis**

In the last decade, the fundamental rights architecture that has emerged in the institutional compound between the European Union and its Member States has undergone fundamental change.<sup>1</sup> A number of factors have contributed to this change. Particularly visible is the fact that with the Treaty of Lisbon, the Charter of Fundamental Rights of the European Union was made binding law. It has thus become an instrument that the Court of Justice of the European Union (CJEU) uses in its daily judicial practice as directly applicable law. It is important to note, however, that the European Court of Justice's basic understanding of the nature of the legal association between the European Union and the Member States has also changed significantly in the last decade. The Court of Justice is in the process of transforming the European Union into a federally organized association in which the European institutions exercise supervision over Member State behavior. The Court of Justice exercises this supervision not only through its case law on Art. 2 TEU, in which it makes obligations of the Member States out of the value statements of this provision and thus establishes constitutional supervision of the exercise of Member State constitutional powers.<sup>2</sup> It has also assumed fundamental supervision over the conduct of the Member States of the European Union in the area of fundamental rights jurisdiction.

As a consequence, the basic relationship between the Court of Justice and the Member State courts has been reversed. Whereas until a few years ago the Court of Justice operated under the control of the Member State courts, namely the German Federal Constitutional Court ("Bundesverfassungsgericht") and was primarily concerned with enforcing fundamental rights standards against the organs, institutions and other bodies of the European Union, today it is the Court of Justice that adjudicates far into the areas of competence of the Member States. The Member State courts, especially the German Federal Constitutional Court, continue to search for their role in this new situation and have taken a defensive position. While decades ago the German Federal Constitutional Court aggressively called for an active role of the Court of Justice in the area of fundamental rights, it has recently submitted to the fundamental rights of the European Union and has thus functionally become subordinate to the Court of Justice in this area. The federalization of the association of the European Union and the Member States is thus now also very impressively evident in the area of fundamental rights.

This thesis will be substantiated in more detail in the following.

---

<sup>1</sup> See, e.g., Thomas Oppermaun/Claus D. Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 9<sup>th</sup> ed. 2021.

<sup>2</sup> See Martin Nettesheim, *Die „Werte der Union“: Legitimationsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung*, in: *Europarecht* 57 (2022), vol. 5, p. 525-545.

## **II. The Structure and Scope of the EU Fundamental Rights Order**

### 1. Development

The development of an independent European fundamental rights order began over 50 years ago. In the late 1960s, the CJEU<sup>3</sup> was confronted with cases in which measures taken by the then European Economic Community (EEC) clearly interfered with the freedoms of businesses and citizens. At a time when an awareness of the constitutional law necessity and of the political value of liberal fundamental rights was spreading in the Member States of the EEC, supported by the growing importance of the European Convention on Human Rights (ECHR), the judges of the Court of Justice could not and would not stand aside. Initially, they judged on the basis of general legal principles of Community law, and also with recourse to the provisions of the ECHR. The level of control applied by the CJEU was low; openly or implicitly, it granted the political institutions of the EEC a wide margin of appreciation. The restrictions resulting from the jurisprudential oversight by the CJEU over for the political organs of the EEC was thus insignificant. However, the development of a system of fundamental rights was of central importance for the political self-image of the EEC and for its standing vis-à-vis the Member States; fundamental rights provided legitimacy.

In December 2000, the Conference of Heads of State and Government of the EU Member States in Nice formally adopted the Charter of Fundamental Rights drafted by a Convention. This political proclamation initially did little to change the fundamental rights architecture in the EU. The CJEU was reluctant to invoke this document. Politically, the document was seen primarily as an instrument of self-binding for the EU; it was also intended to compensate for the fact that the EU was not a member of the ECHR. The legal interpretation of the Charter changed with the entry into force of the Lisbon Treaty, which provided that the Charter would become binding law and have the status of primary law (Article 6 (1) TEU). In the legal practice of the EU institutions and in the case law of the CJEU, this initiated a profound process of change.

The importance of EU fundamental rights in the Brussels political sphere increased sharply: the number of political documents in which the EU institutions referred to fundamental rights rose considerably in the following period. This was not so much a matter of the liberal dimension of fundamental rights, which were already secured in the primary law of the European Union, especially in the fundamental freedoms. The political significance of Charter's now binding fundamental rights lay primarily in the area of equality rights and social entitlement rights. In the jurisprudence of the Court of Justice, too, a strong increase

---

<sup>3</sup> At the time, it was informally called "European Court of Justice" (ECJ). For the sake of clarity, I will use "CJEU" in this paper.

in the importance of fundamental rights could be observed. The Court of Justice still does not see itself as a “fundamental rights court”, as does the European Court of Human Rights or, in some areas, the German Federal Constitutional Court. The members of the European Court of Justice refer to the institution rather as a kind of “Supreme Court of Europe”. However, the Court of Justice has recognized that concern for the maintenance of EU fundamental rights lends legitimacy to the integration process. Moreover, it has discovered the fundamental rights Charter as an instrument with which the development of the political process within the Member States can be steered. Against this background, the fundamental rights of the European Union have become a central pillar of the jurisprudence of the Court of Justice of the EU.

## 2. Scope of Application

This increase in importance is particularly noticeable in the following fields.

### *a) Applicability*

It was always clear and undisputed that the fundamental rights of the European Union should bind the institutions of the European Union. In this respect, the European Charter of Fundamental Rights was first and foremost an instrument of self-limitation for the public powers of the European Union. In the nineteen-eighties, the Court of Justice established that these fundamental rights would also apply if Member State institutions implemented the law of the then European Economic Community. This jurisprudence was immediately obvious because in such a case the member state bodies acted as agents of the EEC (“agency situation”). This jurisprudence was later reflected in Art. 51 (1) of the European Charter of Fundamental Rights Charter by stating that the provisions of the Charter shall apply not only to the institutions, offices and agencies of the Union,<sup>4</sup> but also to the Member States exclusively when they are implementing the law of the European Union. The CJEU's review in this regard extends to both the validity of EU secondary law<sup>5</sup> and the interpretation of secondary law in light of EU fundamental rights.<sup>6</sup> In 2013, however, the European Court of

---

<sup>4</sup> See, e.g., CJEU, 20 September 2016, *Ledra Advertising/KOM and ECB* (C-8/15 P bis C-10/15 P, EU:C:2016:701).

<sup>5</sup> See, e.g., CJEU, 8 April 2014, *Digital Rights Ireland et . al.* (C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 69); CJEU, 15 February 2016, *N.* (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.); CJEU, 21 December 2016, *Associazione Italia Nostra Onlus* (C-444/15, EU:C:2016:978; CJEU, 5 July 2017, *Fries* (C-190/16, EU:C:2017:513); CJEU, 16 July 2020, *Facebook Ireland v. Schrems* (C-311/18, EU:C:2020:559).

<sup>6</sup> See, e.g., CJEU, 20 May 2003, *Osterreichischer Rundfunk et. al.* (C-465/00, C-138/01 and C-139/01, EU:C:2003:294); CJEU, 13 May 2014, *Google Spain*



Justice then ruled that Charter fundamental rights, beyond the wording of this provision, should also apply to Member States wherever they act within the scope of European Union law.<sup>7</sup>

Today, the substantive law of the European Union has developed a breadth that makes it almost impossible, at least in principle, to identify areas in which the Charter of Fundamental Rights of the European Union cannot be applied to member state action. This danger was recognized at an early stage and prompted the Federal Constitutional Court, for example, to make a critical remark. In the almost ten years since the “Åkerberg Fransson” decision, however, the Court of Justice has not made use of the possibility of an excessive extension of the scope of the Charter. For example, it has held that a dispute between employees and their insolvent employer and a Member State concerning the payment of outstanding salaries does not fall within the scope of Union law.<sup>8</sup> The same applies to a case in which there was a dispute about the opening hours of stores.<sup>9</sup> In a 2019 decision, the Court of Justice also classified disputes over the reduction of judges' salaries as cases that cannot be reviewed against the standard of European fundamental rights.<sup>10</sup> The same applies to disputes over the reimbursement of taxes levied on the basis of a state law that was later declared unconstitutional.<sup>11</sup>

Moreover, the Court of Justice has developed three criteria for determining whether a case under Article 51 (1) GRCH is to be measured against the yardstick of EU fundamental rights. The CJEU assumes that the EU Charter of Fundamental Rights always applies if the facts of the case are within the scope of application of a specific provision of Union law or involve a Member State measure that is directly or indirectly covered by an obligation under Union law.<sup>12</sup> The CJEU has also held that EU fundamental rights apply whenever a Member State measure restricts a legal position under EU law or actually makes its

---

and Google (C-131/12, EU:C:2014:317); CJEU, 6 October 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650); CJEU, 21 December 2016, Tele2 Sverige and Watson et. al. (C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970).

<sup>7</sup> CJEU, 26 February 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105).

<sup>8</sup> CJEU, 10 July 2014, Julián Hernández et. al. (C-198/13, EU:C:2014:2055).

<sup>9</sup> CJEU, 8 May 2014, Pelckmans Turnhout (C-483/12, EU:C:2014:304) .

<sup>10</sup> CJEU, 15 Mai 2019, Corte dei Conti et. al. (C-789/18 und C-790/18, EU:C:2019:417) .

<sup>11</sup> CJEU, 30 April 2020, Marvik Pastrogor and Rodes – 08 (C-818/19 and C-878/19, EU:C:2020:314).

<sup>12</sup> CJEU, 6 March 2014, Siragusa (C-206/13, EU:C:2014:126); CJEU, 16 May 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373); CJEU, 13 June 2017, Florescu et. al. (C-258/14, EU:C:2017:448); CJEU, 19 November 2019, A. K. et. al. (C-585/18, C-624/18 and C-625/18, EU:C:2019:982); CJEU, 19. November 2019, TSN and AKT (C-609/17 und C-610/17, EU:C:2019:981).

enjoyment difficult or impossible.<sup>13</sup> EU fundamental rights now also reinforce the rights arising from EU citizenship.<sup>14</sup>

The CJEU claims to apply EU fundamental rights also in areas where EU law gives the MS room for maneuver.<sup>15</sup>

A close look at the cases decided by the CJEU will lead to the conclusion that the decisions on the application or non-application of the EU Charter of Fundamental Rights are less determined by doctrinal rules. More important seems to be the question whether a case has European political significance. Thus, it is not doctrinal stringency that determines the determination of the scope of application of the Charter under Article 51 (1) CFR, but the interest of the CJEU to intervene in a case.

*b) EU fundamental rights as entitlement claims/horizontal effect of the Charter of Fundamental Rights*

The second development of significance is of a substantive nature. The CJEU has held that the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights have the quality of giving rise to performance rights of individuals. The CJEU addressed this issue in cases where an employer had refused to provide a former employee or the heirs of a deceased employee with financial reimbursement for paid annual leave that they had not taken before the end of the employment relationship.<sup>16</sup> In these cases, the CJEU not only held that Article 31(2) of the Charter applied; it also relied on the consideration that a directive of EU law obliged Member States to grant paid annual leave. It also stated that the persons concerned can derive subjective rights from Art. 31(2) of the Charter, with the consequence that the conflicting state law must remain inapplicable.

The CJEU has also moved to give individual provisions of the EU Charter of Fundamental Rights horizontal effect between private parties. Thus, the Charter of Fundamental Rights is developing into an instrument with which statutory legal relations in the market or in private social relations are superimposed and can be corroborated by the CJEU. This development has also been triggered by

---

<sup>13</sup> CJEU, 30 April 2014, Pflieger et. al. (C-390/12, EU:C:2014:281); CJEU, 13 September 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675) and C.S. (C-304/14, EU:C:2016:674); CJEU, 18 June 2020, EU Commission/Hungary (C-78/18, EU:C:2020:476); CJEU, 6 October 2020, EU Commission/Hungary (C-66/18, EU:C:2020:792).

<sup>14</sup> CJEU, 15 July 2012, C.G. (C-709/20).

<sup>15</sup> CJEU, 26 February 2013, Melloni (C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107).

<sup>16</sup> CJEU, 6 November 2018, Bauer and Willmeroth (C-569/16 und C-570/16, EU:C:2018:871); CJEU, 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874).

the decisions of November 6, 2018.<sup>17</sup> So far, it is unclear which other provisions of the EU Charter of Fundamental Rights can have this horizontal effect; however, the door has thus been opened for a corresponding development, especially of the fundamental rights of equal treatment.

*c) Development of the substantive content*

In the years since the entry into force of the Lisbon Treaty, the individual provisions of European fundamental rights have acquired different significance. Particular importance has been given to the provisions of Art. 8 of the Fundamental Rights Charter (right to adequate data protection) and Art. 7 of the Fundamental Rights Charter (protection of privacy<sup>18</sup>). The European Court of Justice has not only derived a right to be forgotten from the provisions of the fundamental rights Charter, but in a longer line of decisions also founded fundamental rights claims against the Member State data retention. In November 2022, the Court held that a provision of EU secondary legislation requiring the disclosure of beneficial owners in EU-registered companies was incompatible with the right to data protection and the right to privacy.<sup>19</sup>

Another important area of development of EU fundamental rights is entrepreneurial freedom. Article 16 protects the right to conduct a business which covers the freedom to exercise an economic or commercial activity including the freedom of contract.<sup>20</sup> The freedom of contract protects, in particular, the freedom to choose with whom to do business and the freedom to determine the price of a service.<sup>21</sup> Similarly, the fundamental freedom of services (like the freedom of establishment) protects the offering of particular services for a particular form of remuneration.<sup>22</sup> The freedom of contract can be exercised by an undertaking also vis-à-vis users without any bargaining power by way of a standard form contract. In that case the freedom of contract of the user consists, essentially, in deciding whether or not to accept the terms of such a contract.<sup>23</sup> A restriction of the right to conduct a business is, inter alia, the obligation to take measures which may represent a significant cost for an economic operator, have a

---

<sup>17</sup> CJEU, 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874).

<sup>18</sup> CJEU, 13 May 2014, Google Spain (C-131/12, EU:C:2014:317), para. 74; CJEU, 24 September 2019, GC/CNIL (C-136/17, EU:C:2019:773), para. 59.

<sup>19</sup> CJEU, 22 November 2022, WM and Sovim SA (C-3720 und C-601/20, EU:C:2022:912).

<sup>20</sup> CJEU, 22 January 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), para. 42.

<sup>21</sup> CJEU, 20 December 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989), para. 50.

<sup>22</sup> CJEU, 5 October 2004, Caixa Bank France (C-442/02, EU:C:2004:586), para. 12 et seq.

<sup>23</sup> CJEU, 15 April 2021, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) and others (C-798/18, EU:C:2021:280), para. 60.

considerable impact on the organization of his or her activities, or require difficult and complex technical solutions.<sup>24</sup> In order to respect Article 16 rights and to bring it into fair balance with other fundamental rights, such as Articles 7 and 8 of the Charter, restrictions imposed on internet service providers, to take measures (i.e. change their offering) to ensure that data protection rights of users are complied with when their services are used, it is necessary to leave those service providers to determine the specific measures to be taken in order to achieve the result sought; accordingly, they can choose to put in place the measures which are best adapted to the resources and abilities available to them and which are compatible with the other obligations and challenges which they will encounter in the exercise of their activity.<sup>25</sup>

#### *d) Limited Sensitivity to Member State Perspectives*

The Court of Justice of the EU does not consider itself bound by Member State precedents and the practice of Member State courts when interpreting and applying the provisions of the European fundamental rights Charter. The provisions of the Charter are much more autonomously interpreted by the European Court of Justice and understood in the light of the specific aims and purposes of European integration. This does not mean, of course, that the Court does not take note of how Member State courts interpret parallel fundamental rights, provisions of national law. For structural reasons alone, however, the European Court of Justice cannot follow the lead of certain Member States. In individual cases, however, the Court has taken specific account of individual Member States. The so-called "Tarico" case has gained particular importance in this respect. This case dealt with the question of whether European law precluded Member State regulations on the statute of limitations for the possibility of prosecuting serious tax fraud. In the original case, the European Court of Justice answered in the affirmative.<sup>26</sup> After the Italian Constitutional Court made it clear that it considered this case law to be a violation of Italian constitutional identity, the European Court of Justice corrected its case law and gave the Italian court leeway to give scope to the state's fundamental rights values.<sup>27</sup>

It is not yet foreseeable to what extent this flexibility of the CJEU will also be shown in other areas. One will have to assume that the CJEU will only retreat where it is confronted with the most serious constitutional concerns of a Member State court, which are based on an insightful understanding of fundamental rights that is capable of consensus throughout Europe.

---

<sup>24</sup> CJEU, 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), para. 50.

<sup>25</sup> CJEU, 26 April 2022, Poland/Parliament and Council (C-401/19, EU:C:2022:297), para. 75.

<sup>26</sup> CJEU, 8 September 2015, Taricco (C-105/14, EU:C:2015:555).

<sup>27</sup> CJEU, 5 December 2017, M.A.S. (C-42/17, EU:C:2017:936).

### **III. Reaction of Member State Courts**

The above description of the development of the case law of the European Court of Justice on fundamental rights illustrates by way of example the importance that fundamental rights have now acquired in the interpretation of European law. How have the state courts reacted to this?

#### **1. Fertilization of member state legal spaces**

In many Member States of the European Union, fundamental rights are applied by the national courts in parallel with the respective substantive law, without a special constitutional jurisdiction reviewing the conformity of the application of the law with fundamental rights separately and specifically at the end. In these cases, fundamental rights regularly do not develop the special legal-political significance they have when a separate and specialized fundamental rights court stands at the top of the hierarchy of jurisdiction. By their very nature, such specialized fundamental rights courts are functionally dependent on attributing particular significance to fundamental rights as their standard of review.

In Member States with a rather less developed tradition of fundamental rights, the development of fundamental rights at the EU level has a stimulating effect: on the one hand, because the substantive EU law applied in these states is understood in terms of fundamental rights; on the other hand, because the awareness of fundamental rights that has grown at the EU level influences policy and law in these states even in areas where the application of EU law is not at issue.

#### **2. Struggle to secure one's own position**

In those Member States that have a special fundamental rights jurisdiction, the development of EU fundamental rights and CJEU jurisprudence affects the position of these jurisdictions. This will be illustrated in the following using the example of the German Federal Constitutional Court.

In principle, the German Federal Constitutional Court welcomes the development of an expanded EU fundamental rights system. The same applies to the CJEU's intention to apply fundamental rights vis-à-vis the EU institutions, bodies and agencies. In the "Solange I" decision (1974), the Federal Constitutional Court urged the development of effective protection of fundamental rights at the

EU level,<sup>28</sup> and in a decision in 1986 it stated that the EEC at that time had reached the required level of development.<sup>29</sup> In this decision, the Federal Constitutional Court stated that sufficiently effective protection of fundamental rights had been achieved at the EEC level and that, therefore, measures taken by the European institutions and German implementing measures would no longer be measured against the yardstick of German fundamental rights. In a 2015 decision, the court made clear that the guarantee of human dignity in Article 1 (1) of the Basic Law (as part of Germany's constitutional identity) could never be called into question by overriding European law.<sup>30</sup> Most recently, the Federal Constitutional Court has again emphasized that it refrains from examining EU law against the yardstick of German fundamental rights only because sufficiently effective protection of fundamental rights is guaranteed at the level of the European Union. In a decision of 27 April 2021, the court states: "In accordance with Article 23 (1) 1 GG, the primacy of application of Union law, which excludes recourse to the fundamental rights of the German Basic Law, presupposes, however, according to the established case law of the Federal Constitutional Court, that a sufficiently effective protection of fundamental rights is guaranteed by the application of the fundamental rights of the European Union. ... . Against this background, the fundamental rights enshrined in the German Basic Law can be overlaid by Union law only to the extent that their promise of protection is preserved in substance."<sup>31</sup> In this context, the court expressly speaks of a reserve function of German fundamental rights (para. 40).

Moreover, the German Federal Constitutional Court has profoundly changed its case law on the relationship between EU fundamental rights and German fundamental rights as well as its case law on its standards of review in 2019. Until then, it had taken the position that EU fundamental rights always apply where German state institutions implement EU law and are fully bound in doing so. In these cases, the Federal Constitutional Court did not consider itself competent to review because its standard of review is only German constitutional law. In cases in which German state institutions had leeway in implementing EU law, on the other hand, the Federal Constitutional Court assumed that German fundamental rights applied when exercising this leeway.<sup>32</sup>

In two decisions of November 6, 2019, the court abandoned this view. In cases where the decision of a German state body is conclusively bound by EU law,

---

<sup>28</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions ("BVerfGE") vol. 37, p. 271. All decisions can be found here: [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>29</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions ("BVerfGE") vol. 73, p. 339.

<sup>30</sup> German Federal Constitutional Court, 15 December 2015, Decisions ("BVerfGE") vol. 140, p. 317.

<sup>31</sup> German Federal Constitutional Court, 17 April 2021, Decisions ("BVerfGE") vol. 158, p. 1 (translation by the author of this paper).

<sup>32</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions ("BVerfGE") vol. 118, p. 79 (p. 95 et. sub.); vol. 121, p. 1 (p. 15).

the court continues to assume that only EU fundamental rights apply. However, it then stated that in the future it would review such acts against the yardstick of European fundamental rights. In this way, the Federal Constitutional Court extended its supervisory jurisdiction beyond the scope of German constitution law and assumed that it would also have the power to enforce European fundamental rights in the future. This has been welcomed in some academic literature. Others saw and still see this as an act of exceeding competence (“ultra-virus”), which is not provided for in the German Basic Law and in the statute on the Federal Constitutional Court (“Bundesverfassungsgerichtsgesetz”).

As a result of the change in jurisdiction, the Federal Constitutional Court will in future also be involved in the concretization and further development of European fundamental rights. Formally, the Federal Constitutional Court states that in case of doubt about the interpretation of European fundamental rights, it will refer the matter to the Court of Justice under Article 267 TFEU. In fact, however, it can already be seen that the Federal Constitutional Court will certainly go its own way and will not always refer all questions to the European Court of Justice. It is therefore clear that institutional tensions will arise between the two courts in the future. Even in the short time that has passed since then, a number of decisions of the Federal Constitutional Court have been handed down that would have given rise to a referral. This applies, for example, to a decision of the Second Senate of 1 December 2020.<sup>33</sup>

In its new role as a court that can also interpret the European fundamental rights charter, the Federal Constitutional Court has also come to emphasize the need to interpret the provisions of the European fundamental rights Charter in the light of the common constitutional traditions of the Member States of the European Union and in the light of the case law of state courts. In a decision of 27 April 2021 it states: "Not only the interpretation of the fundamental rights guaranteed in the Fundamental Law receives directives from the European Convention on Human Rights, the Charter of Fundamental Rights and the common constitutional traditions of the Member States, as well as their concretization by the highest courts. The interpretation of the Charter of Fundamental Rights must also be guided by the European Convention on Human Rights and the common constitutional traditions of the Member States in the form of their concretization by the highest courts."<sup>34</sup> The wording makes it clear that the Federal Constitutional Court will insist in the future that the Court of Justice understands the fundamental rights of the European fundamental rights charter as a joint project, in the development of which not only the European level, but also the courts at the state level cooperate. In its decision of 27 April 2021, the Federal Constitutional Court undertakes a detailed examination of Article 16 CFR. It

---

<sup>33</sup> German Federal Constitutional Court, 1 December 2020, Decisions (“BVerfGE”) vol. 156, p. 182.

<sup>34</sup> German Federal Constitutional Court, 27 April 2021, Decisions (“BVerfGE”) vol. 158, p. 1 (translation by the author of this paper).

seems as if it wants to explain to the CJEU how to properly understand the provision. These efforts can be understood as part of a judicial dialogue between national courts and the CJEU. There is, of course, a latent threat behind this: if the CJEU were to deviate from it in subsequent decisions, the Federal Constitutional Court could find a violation of the minimum standards required by the German constitution.

In the areas in which EU law opens up scope, the German Federal Constitutional Court postulates the applicability of German fundamental rights in the above-mentioned decisions, albeit in close connection with EU fundamental rights. There is thus a conflict here between the CJEU, which assumes that there is competition between EU fundamental rights and state fundamental rights, with EU law taking precedence,<sup>35</sup> and the view of the German Federal Constitutional Court, which assumes that German fundamental rights take precedence.

#### **IV. Conclusion**

The picture drawn above makes clear how offensively and broadly the European Court of Justice has come to grasp its function as a fundamental rights court. The EU fundamental rights, which were initially designed as an instrument for the self-education of the EU institutions, now have an important steering function in the Member States. As a consequence, the member state courts are forced to redefine their own mandate and their own competences. In Member States without specific fundamental rights jurisdiction, this has been relatively easy for the courts. In states with specific basic jurisdiction, however, the bold realization of the European basic legal order has had functional and substantive consequences. The co-member state constitutional courts had to redefine their role. In Germany, it could be observed that the proud and enormously influential Constitutional Court had to subordinate itself functionally to the European Court of Justice, even if it tries to continue to raise a loud, audible and weighty voice in the interpretation of fundamental rights, now precisely those of European law. Ultimately, however, even the Federal Constitutional Court does not question the fact that a process of federalization is taking place in the area of fundamental rights, which has led to a redistribution of legal responsibilities and power-political influence. This process is not yet at an end.

---

<sup>35</sup> CJEU, 26 February 2013, Melloni (C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107).



【1세션 제1주제: 번역】

# 유럽연합 기본권 헌장과 유럽연합 회원국 기본권 목록 담론의 상호관계

마틴 네테스하임\*

- I. 주제
- II. 유럽연합 기본권 질서의 구조와 범위
- III. 회원국 법원의 반응
- IV. 결론

## I. 주제

지난 10년 동안 유럽연합과 그 회원국 사이의 제도적 혼합으로 등장한 기본권 구조는 근본적인 변화를 겪었다.<sup>1)</sup> 여러 요인이 이러한 변화에 이바지하였다. 특히 리스본 조약으로 유럽연합 기본권 헌장이 구속력 있는 법이 되었다는 것이 눈에 띈다. 따라서 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합 사법재판소(CJEU)가 자신의 일상적인 사법재판에서 직접 적용할 수 있는 법이 되었다. 그러나 지난 10년 동안 유럽연합과 회원국 사이 법적 관계의 성격에 관한 유럽연합 사법재판소의 기본적 이해가 크게 바뀌었다는 점을 주목하는 것이 중요하다. 사법재판소는 유럽연합을 유럽기관이 회원국 행위를 통제하는 연합조직기관으로 전환하는 과정에 있다. 사법재판소는 유럽연합조약(TEU) 제2조에 따른 판례를 통해서만 이러한 통제를 하지 않는다. 유럽연합조약 제2조는 그 가치 진술을 넘어 회원국에 의무를 부여하여서 유럽연합이 회원

\* 튜빙엔 대학교 법과대학 교수

1) 예를 들어 Thomas Oppermann/Claus D. Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 9th ed. 2021을 보라.

국의 헌법 권한 행사에 대한 헌법적 통제를 할 수 있게 한다.<sup>2)</sup> 그리고 유럽연합조약 제2조는 기본권 관할권 영역에서 유럽연합 회원국 행위에 대한 기본적인 통제를 가능하게 한다.

결과적으로 사법재판소와 회원국 법원 사이의 기본관계는 역전되었다. 몇 년 전까지만 해도 사법재판소는 독일 연방헌법재판소라는 회원국 법원의 통제 아래 운영되었고, 주로 유럽연합의 기관과 조직 그 밖의 기관에 관한 기본권 기준을 실현하는데 관심이 있었지만, 오늘날에는 회원국 권한 영역까지 광범위하게 결정하는 것이 사법재판소이다. 회원국 법원, 특히 독일 연방헌법재판소는 이러한 새로운 상황에서 자기 역할을 계속 찾았고, 방어적인 입장을 취하였다. 수십 년 전 독일 연방헌법재판소는 기본권 분야에서 사법재판소의 적극적인 역할을 요구하였지만, 최근에는 유럽연합 기본권에 복종하여 기능적으로 사법재판소에 종속되었다. 따라서 유럽연합과 회원국 연합의 연방화는 이제 이제 기본권 분야에서 매우 인상적으로 명확해졌다.

이 발표문은 이를 더 자세히 입증하고자 한다.

## II. 유럽연합 기본권 질서의 구조와 범위

### 1. 발전

독자적인 유럽 기본권 질서 발전은 50여 년 전에 시작되었다. 1960년대 후반 사법재판소<sup>3)</sup>는 당시 유럽경제공동체(EEC) 조치가 기업과 시민의 자유를 명백하게 침해하는 사건에 직면하였다. 유럽인권협약(ECHR)의 중요성이 커짐에 따라 유럽공동체 회원국에서 헌법의 필요성과 자유권적 기본권의 정치적 중요성에 관한 인식이 확산하던 시기에 사법재판소 재판관들은 방관할 수도 없었고 방관하려고 하지도 않았다. 처음에 그들은 공동체법의 일반 법원칙과 유럽인권협약에 근거하여 재판하였다. 사법재판소 통제 수준은 낮았다. 공개적으로든 묵시적으로든 유럽경제공동체 정

<sup>2)</sup> Martin Nettesheim, Die „Werte der Union“: Legitimationsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung, in: *Europarecht* 57 (2022), vol. 5, p. 525-545를 보라.

<sup>3)</sup> 당시에는 비공식적으로 ‘유럽사법재판소(ECJ)’라고 불렀다. 명확성을 위해서 발표문에서는 ‘CJEU’를 사용한다.

치제도에 폭넓은 재량을 부여하였다. 따라서 유럽경제공동체 정치기관에 대한 사법 재판소의 사법적 통제에 따른 제한은 미미하였다. 그러나 기본권 체계 개발은 유럽 경제공동체의 정치적 자아상과 회원국에 대한 입지를 위해서 매우 중요하였다. 기본권은 정당성을 제공한다.

2000년 12월 니스에서 열린 유럽연합 회원국 정부 수반 회의는 협약으로 초안된 기본권 헌장을 공식적으로 채택하였다. 이 정치적 선언은 처음에는 유럽연합의 기본권 구조를 거의 바꾸지 못하였다. 사법재판소는 기본권 헌장 적용을 꺼렸다. 정치적으로 기본권 헌장을 주로 유럽연합의 자기 구속의 도구로 간주하였다. 그리고 이것은 유럽연합은 유럽인권협약의 회원국이 아니라는 사실을 보완하려는 것이었다. 기본권 헌장의 법적 해석은 헌장이 구속력이 있는 법이 되고 기본법의 지위를 갖게 되는 리스본 조약 발효와 함께 바뀌었다(유럽연합조약 제6조 제1항). 유럽연합의 법적 관행과 사법재판소의 판례에서 이것은 결정적으로 바뀌기 시작하였다.

브뤼셀 정치 영역에서 유럽연합 기본권의 중요성이 급격하게 커졌다. 유럽연합 기관에서 기본권을 언급한 정치문서의 수가 다음 기간에 눈에 띄게 늘었다. 이것은 유럽연합의 기본법, 특히 기본적 자유에서 이미 보장된 기본권의 자유적 차원 문제가 아니다. 헌장의 현재 구속력이 있는 기본권의 정치적 중요성은 주로 평등권과 사회권 영역에 있다. 사법재판소 재판에서도 기본권의 중요성이 매우 커지는 것을 볼 수 있다. 사법재판소는 유럽인권재판소나 일부 지역에서 독일 연방헌법재판소처럼 여전히 자신을 ‘기본권 법원’으로 여기지 않는다. 유럽 사법재판소 구성원들은 이 기관을 일종의 ‘유럽최고재판소’라고 부른다. 그러나 사법재판소는 유럽연합 기본권 유지에 관한 우려가 통합 과정에 합법성을 제공한다고 인정하였다. 그리고 회원국 안에서 정치과정 발전을 이끌 수 있는 도구로서 기본권 헌장을 발견하였다. 이러한 배경에서 유럽연합의 기본권은 유럽연합 사법재판소 재판의 중심축이 되었다.

## 2. 적용 범위

이러한 중요성 증가는 특히 다음 분야에서 두드러진다.

### a) 적용 가능성

유럽연합의 기본권이 유럽연합의 기관들을 구속하여야 한다는 것은 언제나 명확하고 논쟁의 여지가 없다. 이러한 점에서 유럽 기본권 헌장은 무엇보다도 유럽연합의 공권력을 위한 자기 제한의 중요한 도구였다. 1980년대에 사법재판소는 회원국 기관이 당시 유럽경제공동체의 법을 시행하는 때에도 이러한 기본 법리가 적용될 거라고 밝혔다. 이러한 때에 회원국 기관이 유럽공동체의 대리인 역할을 하였으므로 이러한 법리는 당장 명백히 드러났다(‘기관 상황’). 이 법리는 나중에 연합의 기관과 사무소, 행정청<sup>4)</sup>뿐 아니라 유럽연합의 법을 시행할 때 회원국에도 적용된다고 규정한 유럽 기본권 헌장 제51조 제1항에 반영되었다. 이와 관련하여 유럽 사법재판소 검토는 유럽연합 기본권에 관한 유럽연합 2차법<sup>5)</sup>의 유용성과 그에 관한 해석으로 확장된다.<sup>6)</sup> 그러나 2013년에 유럽 사법재판소는 기본권 헌장 규정이 유럽헌장의 법 안에서 행동하는 회원국에도 적용되어야 한다고 결정하였다.<sup>7)</sup>

오늘날 유럽연합의 실체법은 최소한 원칙적으로는 유럽연합의 기본권 헌장을 회원국 행위에 적용할 수 없는 영역을 거의 식별할 수 없는 데까지 발전하였다. 이러한 위험은 초기 단계에서 인식되었고 예를 들어 연방헌법재판소가 비판적으로 발언하도록 자극하였다. 그러나 ‘아케르베르그 프란손(Akerberg Fransson)’ 판결 이후 거의 10년 동안 사법재판소는 헌장 범위를 과도하게 확장할 가능성을 활용하지 않았다. 예를 들어 미지급 급여 지급에 관한 직원과 파산고용주 및 회원국 사이의 분쟁은 노동조합법 범위에 속하지 않는다고 판결하였다.<sup>8)</sup> 점포 영업시간에 관한 분쟁

4) 예를 들어 CIEU, 20 September 2016, Ledra Advertising/KOM and ECB (C-8/15 P bis C-10/15 P, EU:C:2016:701)를 보라

5) 예를 들어 CJEU, 8 April 2014, Digital Rights Ireland et . al. (C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 69); CJEU, 15 February 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.); CJEU, 21 December 2016, Associazione Italia Nostra Onlus (C-444/15, EU:C:2016:978; CJEU, 5 July 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513); CJEU, 16 July 2020, Facebook Ireland v. Schrems (C-311/18, EU:C:2020:559)를 보라.

6) 예를 들어 CJEU, 20 May 2003, Osterreichischer Rundfunk et. al. (C-465/00, C-138/01 and C-139/01, EU:C:2003:294); CJEU, 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317); CJEU, 6 October 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650); CJEU, 21 December 2016, Tele2 Sverige and Watson et. al. (C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970)을 보라.

7) CJEU, 26 February 2013, Akerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105).

사건도 마찬가지다.<sup>9)</sup> 2019년 판결에서 사법재판소는 판사 급여 삭감에 관한 분쟁도 유럽 기본권 기준에 어긋나서 검토할 수 없는 사건으로 분류하였다.<sup>10)</sup> 나중에 위헌으로 선언된 국가법에 근거하여 부과된 세금 환급에 관한 분쟁에도 똑같이 적용된다.<sup>11)</sup>

더하여 사법재판소는 유럽연합 기본권 헌장(GRCH) 제51조 제1항에 따른 사건이 유럽연합 기본권 척도에 따라 판단되어야 하는지를 결정하기 위한 세 가지 기준을 개발하였다. 사건의 사실관계가 유럽연합법의 특정 조항 적용 범위 안에 있거나 유럽연합법에 따른 의무 때문에 직·간접적으로 적용되는 회원국 조치를 포함한다면, 유럽연합 사법재판소는 유럽연합 기본권 헌장이 언제나 적용된다고 한다.<sup>12)</sup> 그리고 유럽연합 사법재판소는 회원국 조치가 유럽연합법에 따른 법적 지위를 제한하거나 실질적으로 그 향유를 어렵거나 불가능하게 할 때마다 유럽연합 기본권이 적용된다고 판결하였다.<sup>13)</sup> 유럽연합 기본권은 이제 유럽연합 시민권에서 발생하는 권리도 강화한다.<sup>14)</sup>

유럽연합 사법재판소는 유럽연합법이 군사표준(MS)에 조종의 여지를 주는 영역에서도 유럽연합 기본권을 적용한다고 주장한다.<sup>15)</sup>

유럽연합 사법재판소가 다른 사건을 면밀히 살펴보면, 유럽연합 기본권 헌장 적용 여부에 관한 결정이 원칙에 따라서 덜 결정된다는 결론에 도달할 것이다. 사건이 유

8) CJEU, 10 July 2014, Julián Hernández et. al. (C-198/13, EU:C:2014:2055).

9) CJEU, 8 May 2014, Pelckmans Turnhout (C-483/12, EU:C:2014:304).

10) CJEU, 15 Mai 2019, Corte dei Conti et. al. (C-789/18 und C-790/18, EU:C:2019:417).

11) CJEU, 30 April 2020, Marvik Pastrogor and Rodes – 08 (C-818/19 and C-878/19, EU:C:2020:314).

12) CJEU, 6 March 2014, Siragusa (C-206/13, EU:C:2014:126); CJEU, 16 May 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373); CJEU, 13 June 2017, Florescu et. al. (C-258/14, EU:C:2017:448); CJEU, 19 November 2019, A. K. et. al. (C-585/18, C-624/18 and C-625/18, EU:C:2019:982); CJEU, 19. November 2019, TSN and AKT (C-609/17 und C-610/17, EU:C:2019:981).

13) CJEU, 30 April 2014, Pflieger et. al. (C-390/12, EU:C:2014:281); CJEU, 13 September 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675) and C.S. (C-304/14, EU:C:2016:674); CJEU, 18 June 2020, EU Commission/Hungary (C-78/18, EU:C:2020:476); CJEU, 6 October 2020, EU Commission/Hungary (C-66/18, EU:C:2020:792).

14) CJEU, 15 July 20121, C.G. (C-709/20).

15) CJEU, 26 February 2013, Melloni (C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107).

럽의 정치적 의미가 있는지가 중요한 것으로 보인다. 따라서 기본권 헌장(CFR) 제 51조 제1항에 따라 헌장 적용 범위를 확정하는 것은 법리적 엄격함이 아니라 사건에 개입하는 유럽연합 사법재판소의 이해관계이다.

#### b) 권리 주장으로서 유럽연합 기본권/기본권 헌장의 수평적 효과

의미의 두 번째 발전은 실질적 성격이다. 유럽연합 사법재판소는 유럽연합 기본권 헌장 조항이 개인의 공연권을 도출하는 성격이 있다고 주장하였다. 유럽연합 사법재판소는 고용주가 이전 직원이나 사망한 직원의 상속인에게 고용관계가 종료하기 전에 사용하지 않은 유급 연차에 대한 금전적 상환 제공을 거부할 때 이 문제를 해결하였다.<sup>16)</sup> 이러한 때에 유럽연합 사법재판소는 헌장 제31조 제2항이 적용된다고 판단하였을 뿐 아니라 유럽연합법 지침에 따라 회원국이 유급연차를 주어야 한다는 것을 고려하였다. 그리고 사법재판소는 관계자는 충돌하는 국가법을 적용하지 않아야 한다는 결론과 함께 헌장 제31조 제2항에서 주관적 권리를 도출할 수 있다고 명시하였다.

그리고 유럽연합 사법재판소는 유럽연합 기본권 헌장의 개별 조항에 사적 당사자 사이의 수평적 효력을 부여하려고 움직였다. 따라서 기본권 헌장은 시장이나 사적인 사회적 관계에서 법이 명시한 법적 관계가 중첩되고 유럽연합 사법재판소가 확증할 수 있는 도구로 발전한다. 이러한 발전은 2018년 11월 6일 판결로 촉발되었다.<sup>17)</sup> 지금까지 유럽연합 기본권 헌장의 다른 어떤 조항이 이러한 수평적 효력이 있는지는 명확하지 않다. 그러나 이에 상응하는 발전, 특히 동등한 대우라는 기본권의 문이 열렸다.

#### c) 실질적 내용 발전

리스본 조약이 발효되고 나서 몇 년 동안 유럽 기본권의 개별 조항은 다른 의미

<sup>16)</sup> CJEU, 6 November 2018, Bauer and Willmeroth (C-569/16 und C-570/16, EU:C:2018:871); CJEU, 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874).

<sup>17)</sup> CJEU, 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874).

를 갖게 되었다. 기본권 헌장 제8조(적절한 정보 보호에 관한 권리)와 제7조(사생활 보호<sup>18)</sup>)에 특별한 중요성이 부여되었다. 유럽 사법재판소는 기본권 헌장 조항에서 잇힐 권리를 도출하였을 뿐 아니라 더 긴 판결에서 회원국 정보 보존에 관한 기본권 주장을 근거로 삼았다. 2022년 11월 법원은 유럽연합에 등록된 회사의 실소유자 공개를 요구하는 유럽연합 2차법 조항이 정보 보호 권리 및 사생활 보호 권리와 양립할 수 없다고 판결하였다.<sup>19)</sup>

유럽연합 기본권 발전의 또 다른 중요한 영역은 기업가의 자유이다. 제16조는 계약의 자유를 포함하여 경제적 또는 상업적 활동을 수행할 자유를 포함하는 사업을 수행할 권리를 보호한다.<sup>20)</sup> 계약의 자유는 특히 사업을 할 사람을 선택할 자유와 서비스 가격을 결정할 자유를 보호한다.<sup>21)</sup> 비슷하게 기본적인 서비스의 자유(설립의 자유와 같은)는 특정 형태의 보상을 위해서 특정 서비스를 제공하는 것을 보호한다.<sup>22)</sup> 계약의 자유는 사업자가 표준 형식의 계약을 통해서 교섭력 없이 사용자에게도 행사할 수 있다. 이때 사용자의 계약 자유는 본질적으로 그러한 계약 조건을 수락할 것인지를 결정하는 것으로 구성된다.<sup>23)</sup> 사업을 수행할 권리 제한은 특히 경제 운영자에게 상당한 비용이 들 수 있거나 활동 조직에 상당한 영향을 미치거나 어렵고 복잡한 기술적 해결을 요구하는 조치를 취할 의무이다.<sup>24)</sup> 제16조 권리를 존중하고 헌장 제7조와 제8조와 같은 다른 기본권과 공정한 균형을 이루기 위해서 인터넷 서비스 제공업체에 부과된 제한 사항은 정보 보호를 보장하려는 조치(즉 제안 변경) 서비스를 이용할 때 사용자의 권리가 준수되면, 원하는 결과를 달성하기 위해서 취해야 할 구체적인 조치를 해당 서비스 제공업체에 맡겨야 한다. 따라서 그들은 자신이 사용할 수 있는 자원과 능력에 가장 적합하고 활동을 수행하면서 직면하게 될 다른 의무 및 도전과 양립할 수 있는 조치를 시행하도록 선택할 수 있다.<sup>25)</sup>

18) CJEU, 13 May 2014, Google Spain (C-131/12, EU:C:2014:317), para. 74; CJEU, 24 September 2019, GC/CNIL (C-136/17, EU:C:2019:773), para. 59.

19) CJEU, 22 November 2022, WM and Sovim SA (C-3720 und C-601/20, EU:C:2022:912).

20) CJEU, 22 January 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), para. 42.

21) CJEU, 20 December 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989), para. 50.

22) CJEU, 5 October 2004, Caixa Bank France (C-442/02, EU:C:2004:586), para. 12 et seq.

23) CJEU, 15 April 2021, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) and others (C-798/18, EU:C:2021:280), para. 60.

24) CJEU, 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), para. 50.

#### d) 회원국 관점에 대한 제한된 민감성

유럽연합 사법재판소는 유럽 기본권 헌장 조항을 해석하고 적용할 때 회원국의 판례와 회원국 법원의 실무에 구속되지 않는 것으로 보인다. 헌장 조항은 유럽 사법재판소가 훨씬 더 자율적으로 해석하고 유럽 통합의 특정 목적과 목표에 비추어 이해된다. 물론 이것은 사법재판소가 회원국 법원이 국내법의 유사한 기본권 조항을 어떻게 해석하는지에 유의하지 않는다는 뜻하지 않는다. 그러나 단지 구조적 이유로 유럽 사법재판소는 특정 회원국의 선례를 따를 수 없다. 하지만 개별 사건에서 사법재판소는 개별 회원국을 구체적으로 고려하였다. 이른바 타리코('TaRICO') 사건은 이와 관련하여 특별한 중요성이 있다. 이 사건은 유럽법이 심각한 세금 사기를 기소할 가능성을 제한하는 회원국 규정을 배제하는지에 관한 문제를 다루었다. 원래 사건에서 유럽 사법재판소는 긍정적으로 대답하였다.<sup>26)</sup> 이탈리아 헌법재판소가 이러한 판례가 이탈리아 헌법의 정체성을 침해한다고 분명하게 밝히고 나서 유럽 사법재판소는 자신의 판례를 수정하고 이탈리아 법원에 국가의 기본권적 가치 범위를 확장할 재량을 주었다.<sup>27)</sup>

이러한 유럽연합 사법재판소의 유연성이 다른 영역에서도 어느 정도 나타날지는 아직 예측할 수 없다. 유럽 전역에서 합의할 수 있는 기본권에 관한 통찰력 있는 이해를 기반으로 하는 회원국 법원의 가장 심각한 헌법적 문제에 직면할 때만 유럽연합 사법재판소가 후퇴할 것으로 보인다.

### III. 회원국 법원의 반응

기본권에 관한 유럽 사법재판소의 판례 발전에 관한 위 설명은 유럽법 해석에서 기본권이 현재 얻은 중요성을 예를 들어 설명한다. 국가 법원은 이에 대해서 어떻게 반응하였을까?

<sup>25)</sup> CJEU, 26 April 2022, Poland/Parliament and Council (C-401/19, EU:C:2022:297), para. 75.

<sup>26)</sup> CJEU, 8 September 2015, Taricco (C-105/14, EU:C:2015:555).

<sup>27)</sup> CJEU, 5 December 2017, M.A.S. (C-42/17, EU:C:2017:936).



## 1. 회원국 법적 공간 수정

유럽연합의 많은 회원국에서 기본권에 대한 법적용의 적합성을 마지막에 별도로 그리고 구체적으로 심사하는 특별한 헌법 관할권 없이 개별 실체법과 함께 국가 법원이 기본권을 적용한다. 이때 기본권은 일반적으로 별도의 기본권 전문법원이 심급의 최상위에 있을 때 갖는 법적-정치적 중요성을 발전시키지 않는다. 본질적으로 이러한 기본권 전문법원은 기능적으로 심사 기준으로 기본권에 특별한 중요성을 부여하는 데 의존한다.

기본권 전통이 다소 덜 발달한 회원국에서 유럽연합 수준의 기본권 개발은 고무적인 효과가 있다. 한편으로는 이러한 국가에 적용되는 실질적인 유럽연합법이 기본권 관점에서 이해되기 때문이다. 다른 한편으로는 유럽연합 차원에서 성장한 기본권에 관한 인식은 유럽연합법 적용이 문제 되지 않는 영역에서도 이러한 국가의 정책과 법에 영향을 미치기 때문이다.

## 2. 자기 지위를 확보하기 위한 고군분투

특별한 기본권 관할권이 있는 회원국에서 유럽연합 기본권과 유럽연합 사법재판소 관례 발전은 이러한 관할권 지위에 영향을 미친다. 이는 독일 연방헌법재판소의 예를 사용하여 다음에서 설명하고자 한다.

원칙적으로 독일 연방헌법재판소는 확대된 유럽연합 기본권 체계 발전을 환영한다. 유럽연합 제도와 단체 그리고 기관에 기본권을 적용하려는 유럽연합 사법재판소의 의도에도 똑같이 적용된다. 조랑예(Solange) I 판결(1974)에서 연방헌법재판소는 유럽연합 수준에서 기본권의 효과적인 보호를 개발할 것을 촉구하였고,<sup>28)</sup> 1986년 판결에서는 당시 유럽경제공동체가 필요한 수준에 도달하였다고 밝혔다.<sup>29)</sup> 이 판결에서 연방헌법재판소는 기본권이 충분히 효과적으로 보호되어서 유럽 기관이 취한 조치와 독일의 이행 조치가 더는 독일 기본권의 척도에 어긋나는 것으로 판단되지

<sup>28)</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions (“BVerfGE”) vol. 37, p. 271. 모든 재판은 [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)에서 찾을 수 있다.

<sup>29)</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions (“BVerfGE”) vol. 73, p. 339.

않을 거라고 밝혔다. 2015년 판결에서 연방헌법재판소는 (독일의 헌법적 정체성 일 부인) 기본법 제1조 제1항의 존엄성 보장이 유럽법을 무시함으로써 절대 문제가 될 수 없음을 분명히 밝혔다.<sup>30)</sup> 최근 연방헌법재판소는 유럽연합 차원에서 충분히 실효 성 있는 기본권 보호가 보장되므로 독일 기본권의 잣대로 유럽연합법을 심사하지 않는다는 점을 다시 강조하였다. 2021년 4월 27일 자 판결에서 연방헌법재판소는 “독일 기본법 제23조 제1항에 따라 독일 기본법의 기본권에 대한 의지를 배제하는 유럽연합법의 우선적 적용은 연방헌법재판소의 확립된 관례에 따라 다음을 전제한다. 기본권의 충분히 효과적인 보호는 유럽연합의 기본권을 적용함으로써 보장된다. … 이러한 배경에서 독일 기본법이 명시한 기본권은 보호에 관한 약속이 실질적으로 유지되는 정도까지만 유럽연합법으로 보호될 수 있다.”라고 밝혔다.<sup>31)</sup> 이러한 맥락에서 연방헌법재판소는 독일 기본권의 예비 기능을 명시적으로 언급한다(40 단락).

더욱이 독일 연방헌법재판소는 2019년 유럽연합 기본권과 독일 기본권의 관계에 관한 관례와 심사기준에 관한 관례를 대폭 변경하였다. 그때까지 유럽연합은 독일 국가기관이 유럽연합법을 시행하는 데 언제나 그렇게 하는 데 전적으로 구속된다는 견해를 취하였다. 이 사건에서 연방헌법재판소는 그 심사 기준이 오로지 독일 헌법 이라서 스스로 심사할 권한이 없다고 보았다. 반면에 독일 국가기관이 유럽연합법을 이행할 재량권이 있으면, 연방헌법재판소는 이러한 재량권을 행사할 때 독일 기본권이 적용된다고 보았다.<sup>32)</sup>

2019년 11월 6일의 두 판결에서 연방헌법재판소는 이러한 견해를 포기하였다. 독일 국가기관의 결정이 유럽연합법에 결정적으로 구속되면, 연방헌법재판소는 오로지 유럽연합의 기본권만 적용한다고 본다. 그러나 연방헌법재판소는 향후 유럽 기본권 척도에 어긋나는 행위를 심사하겠다고 밝혔다. 이런 식으로 연방헌법재판소는 독일 헌법 범위를 넘어 재판관할권을 확대하였고, 앞날에 유럽 기본권을 적용할 권한도

<sup>30)</sup> German Federal Constitutional Court, 15 December 2015, Decisions (“BVerfGE”) vol. 140, p. 317

<sup>31)</sup> German Federal Constitutional Court, 17 April 2021, Decisions (“BVerfGE”) vol. 158, p. 1 (발제자가 번역).

<sup>32)</sup> German Federal Constitutional Court, Decisions (“BVerfGE”) vol. 118, p. 79 (p. 95 et. sub.); vol. 121, p. 1 (p. 15).

갖게 될 것이라고 하였다. 이것은 일부 학술문헌에서 환영받았다. 다른 사람들은 이것을 독일 기본법과 연방헌법재판소법에 규정되지 않은, 권한을 넘는 행위(권한 유월)로 보았고 여전히 그렇게 본다.

관할권이 바뀔 때 따라 연방헌법재판소는 향후 유럽 기본권의 구체화와 추가 개발에도 참여할 것이다. 공식적으로 연방헌법재판소는 유럽 기본권 해석에 의문이 있으면 유럽연합기능조약(TFEU) 제267조에 따라 사법재판소에 제소할 것이라고 밝혔다. 그러나 실제로 연방헌법재판소는 확실히 제 갈 길을 갈 것이고 모든 문제를 늘 유럽 사법재판소에 제소하지 않을 거라는 것을 이미 알 수 있다. 따라서 앞으로도 두 법원 사이의 제도적 긴장이 있을 것이 분명하다. 그 이후 짧은 시간 동안에도 여러 연방헌법재판소 판결이 내려지고 제소될 수 있다. 이는 예를 들어 2020년 12월 1일 제2재판부 판결에 적용된다.<sup>33)</sup>

유럽 기본권 헌장을 해석할 수 있는 법원이라는 새로운 역할에서 연방헌법재판소는 “유럽 기본권 헌장 조항을 유럽연합 회원국의 공통적인 헌법 전통과 국가 법원의 관례에 비추어 해석할 필요성을 강조하였다. 2021년 4월 27일 자 판결에서 연방헌법재판소는 “기본법이 보장하는 기본권 해석은 유럽인권협약과 기본권 헌장 그리고 회원국의 공통적인 헌법 전통의 지시를 받고 최고 법원이 구체화한다. 기본권 헌장 해석은 유럽 인권 협약과 최고 법원이 구체화한 회원국의 공통적인 헌법 전통에 따라야 한다.”라고 선언한다.<sup>34)</sup> 이러한 표현은 연방헌법재판소가 앞날에 사법재판소가 유럽 기본권 헌장의 기본권을 유럽 수준뿐 아니라 국가 수준의 법원도 협력하는 개발 속에서 공동 프로젝트로 이해한다고 주장하려 한다는 것을 분명히 밝힌다. 2021년 4월 27일 판결에서 연방헌법재판소는 기본권 헌장 제16조를 자세히 검토한다. 해당 조항을 제대로 이해하는 방법을 유럽연합 사법재판소에 설명하려는 듯하다. 이러한 노력은 국내 법원과 유럽연합 사법재판소 사이의 사법적 대화의 일환으로 이해할 수 있다. 물론 여기에는 잠재적 위험이 있다. 유럽연합 사법재판소가 후속 판결에서 거기서 벗어나면 연방헌법재판소는 독일 헌법이 요구하는 최소 기준을 위반하였다고 판단할 수 있다.

<sup>33)</sup> German Federal Constitutional Court, 1 December 2020, Decisions (“BVerfGE”) vol. 156, p. 182.

<sup>34)</sup> German Federal Constitutional Court, 27 April 2021, Decisions (“BVerfGE”) vol. 158, p. 1 (translation by the author of this paper).

유럽연합법이 범위를 넓히는 영역에서 독일 연방헌법재판소는 비록 유럽연합 기본권과 밀접한 관련이 있는데도 위에서 언급한 판결에서 독일 기본권의 적용 가능성을 전제한다. 따라서 여기에서 유럽연합 기본권과 국가 기본권 사이에 경쟁이 있고 유럽연합법이 우선한다고 보는<sup>35)</sup> 유럽연합 사법재판소와 독일 기본권이 우선한다고 보는 독일 연방헌법재판소의 견해 사이에 갈등이 있다.

#### IV. 결론

위에서 그려진 그림은 유럽 사법재판소가 얼마나 공격적이고 광범위하게 기본권 법원으로서 가지는 기능을 파악하는지를 분명히 보여준다. 처음에 유럽연합 기관의 자기 교육을 위한 수단으로 고안된 유럽연합 기본권은 이제 회원국에서 중요한 조정 기능이 있다. 결과적으로 회원국 법원은 자신의 위임받은 권한과 법적 권한을 재정의하여야 한다. 특정 기본권 관할권이 없는 회원국에서는 법원에서 손쉽게 처리할 수 있었다. 그러나 특정 기본 관할권이 있는 국가에서 유럽 기본법 질서의 대담한 실현은 기능적이고 실질적인 결과를 가져왔다. 공동구성원인 국가 헌법재판소는 그들의 역할을 재정의하여야 하였다. 독일에서는 자랑스럽고 막강한 영향력을 행사하는 헌법재판소가 기본권 해석에서, 지금은 정확하게 유럽법 해석에서 계속해서 크고 들리고 무게 있는 목소리를 높이려고 노력하더라도 기능적으로는 유럽 사법재판소에 종속되어야 한다는 사실을 관찰할 수 있었다. 그러나 궁극적으로 연방헌법재판소 조차도 기본권 분야에서 연방화 과정이 진행되고 있고, 이로 말미암아 법적 책임과 권력적-정치적 영향력이 재분배된다는 사실에 의문을 제기하지 않는다. 이 과정은 아직 끝나지 않았다.

---

<sup>35)</sup> CJEU, 26 February 2013, Melloni (C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107).

【토론】

## “유럽연합 기본권 헌장과 유럽연합 회원국 기본권 목록 담론의 상호관계”에 대한 토론문

허 완 중\*

먼저 한국공법학회와 헌법재판연구원이 공동으로 주최하는 국제학술대회에 토론자로 불러주신 것에 관하여 선정원 한국공법학회 회장님과 이헌환 헌법재판연구원장님을 비롯한 관계자 여러분께 감사하다고 말씀 드리고 싶습니다. 그리고 훌륭한 발표문으로 많은 가르침을 주신 튜빙엔 대학교 마틴 네테스하임 교수님께도 존경의 말씀을 전합니다. 코로나 19가 창궐한 이후 국제학술대회가 거의 열리지 않았는데, 이번 기회로 이러한 자리가 더 많이 마련되길 기원합니다.

유럽연합에 관한 논의가 국내에 없는 것은 아니지만, 국내에서 활발한 논의가 있다고 보기는 어렵습니다. 내용 자체가 생소하기도 하지만 한국에 관련 논의를 적용할 가능성이 그리 크지 않아서 그런 것으로 보입니다. 사실 토론자도 이에 관해서 주의 깊게 살펴본 적은 없습니다. 그런데도 발표문을 읽으면서 이해하는 데 큰 어려움은 없었습니다. 마틴 네테스하임 교수님께서 내용을 쉽게 잘 정리해 주신 덕분으로 보입니다. 발표문은 유럽연합 기본권 헌장이 회원국 기본권에 어떠한 영향을 미치는지를 구체적으로 설명합니다. 이러한 과정에서 유럽연합 사법재판소와 독일 헌법재판소 판례가 적절하게 제시하면서 유럽연합의 기본권과 회원국의 기본권의 질서를 잘 보여줍니다. 중앙집권제로 단단히 묶인 단일국가에서 살아온 대한민국 국민으로서 독일 유학 시절 연방제를 처음 배울 때 이해하기가 어려웠습니다. 당연히 유럽연합도 낯설기 그지 없었습니다. 이러한 상태는 지금도 크게 바뀌지 않았습니다. 이러한 시각에서 발표문을 읽으면서 떠오른 의문을 중심으로 발표자이신 마틴 네테

---

\* 전남대학교 법학전문대학원 교수

스하임 교수님께 몇 가지 질문을 드리고자 합니다.

1. 헌법의 기본적 특성은 최고규범성입니다. 따라서 최고법이 아닌 법규범을 헌법이라고 부르기 어렵습니다. 그런데 발표문에서 설명한 것처럼 유럽연합 기본권 헌장이 회원국에 직접 적용된다면 회원국 헌법은 그동안 누렸던 최고법 지위를 상실하는 것으로 볼 여지도 있습니다. 유럽연합 기본권 헌장이 회원국 헌법보다 우위에 있는 것으로 보이기 때문입니다. 이와 관련하여 유럽연합 기본권 헌장과 회원국 헌법의 관계를 어떻게 보아야 하는지 설명을 부탁드립니다. 한스 켈젠이 말한 법단계설로는 이러한 관계를 설명하기는 어려워보입니다. 특히 유럽연합 기본권 헌장 규정과 회원국 헌법 규정이 충돌할 때 이를 어떻게 해결할 수 있는지 궁금합니다. 적어도 유럽연합 기본권 헌장에 위반된다고 하여 회원국 헌법 규정이 효력을 상실한다고 볼 수 없는 것으로 보이기 때문입니다. 그리고 회원국 국민이 유럽연합 기본권 헌장을 근거로 회원국 헌법이 명시하지 않은 권리를 주장할 수 있습니까? 발표문에서는 유럽연합 사법재판소가 유럽연합 기본권 헌장의 개별 조항에 사적 당사자 사이의 수평적 효력을 부여하려고 한다고 하였는데, 이것이 직접적인 권리 근거로 인정한다는 것인지는 명확하지 않습니다. 더하여 유럽연합 기본권 헌장이 회원국에 직접 적용되는 것은 회원국의 주권을 제한하는 것으로 볼 수 있는데, 이에 관한 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

2. 독일에서 연방헌법재판소는 최고재판소의 지위를 누립니다. 그리고 이를 통해서 사법의 통일성을 확보됩니다. 그런데 유럽연합 사법재판소가 유럽연합 기본권 헌장을 근거로 연방헌법재판소보다 상위에 있는 것으로 보입니다. 즉 유럽연합 사법재판소가 독일 연방헌법재판소 재판을 심사하여 상위심급으로 볼 여지가 있습니다. 이러한 점에서 보면 독일에서 최고재판소라는 연방헌법재판소의 지위는 흔들리는 것으로 보입니다. 기본권과 관련하여서도 독일 연방헌법재판소가 아닌 유럽연합 사법재판소가 최종적인 구제기관으로 자리하는 것으로 볼 수 있습니다. 이와 관련하여 유럽연합 사법재판소와 독일 연방헌법재판소의 관계를 구체적으로 설명해 주시기 바랍니다. 특히 유럽연합 사법재판소재판이 독일 연방헌법재판소에 어떠한 영향을 미치는지를 말씀해 주십시오.

3. 발표문의 주된 논의 대상은 유럽연합 기본권 헌장입니다. 먼저 유럽연합 기본권 헌장의 특징이 무엇인지를 간략하게 설명해 주시기 바랍니다. 그리고 독일 기본법에 따른 기본권 질서가 나름 완비된 것이라고 생각하는데, 그런데도 유럽연합 기본권 헌장이 적용될 여지가 있다는 것은 독일 기본권 질서에 빈틈이 있거나 미흡한 점이 있다는 것으로 이해할 수 있는지 의문입니다. 이와 관련하여 유럽연합 기본권과 독일 기본권 사이에 어떠한 차이점을 있는지 구체적으로 설명해 주십시오. 특히 유럽연합 기본권이 독일에 적용되면서 나타난 독일 기본권 질서의 변화는 어떠한 것이 있습니까?

4. 유럽연합은 국제관계의 새로운 모델을 제시한 것으로 보입니다. 개인적으로는 유럽연합 모델이 남한과 북한이 통일로 가는 과정에서 과도기적 형태로 활용될 수 있다고 봅니다. 발표자께서는 남한과 북한 사이에 유럽연합 기본권 헌장과 같은 법규범을 제정하여 공통의 기본권 질서를 형성하여 북한의 인권 상황을 향상시킬 가능성에 관해서는 어떻게 생각하십니까?

【Discussion】

## Discussion Topic on “Interrelation Between the Charter of Fundamental Rights of the EU And The List of Fundamental Rights of EU Member States”

Wan-Joong Heo\*

First of all, I would like to thank Jung-won Seon, president of the Korean Public Law Association, Heon-Hwan Lee, chairman of the Constitutional Research Institute, and everyone else for inviting me as a panel to this international academic conference co-hosted by the Korean Public Law Association and the Constitutional Research Institute. Also, I would like to express my respect towards Martin Nettesheim, professor at the University of Tübingen, who has enlightened us with knowledge through a great presentation(written statement). Although there has not been many international academic conferences ever since the prevalence of COVID-19, I hope there would be more opportunities like this in the future through this event.

Although there do exist discussions on the topic of the European Union in Korea, it is hard to say that the discussions in Korea are very robust. This could be attributed to not only the unfamiliarity of the topic, but also the limitations in applying the relevant topics to the Korean system. To be honest, I myself had never paid full attention to this topic in the past as well. However, there were no

---

\* Prof. at Chonnam National University Law School



difficulties in understanding the written statement, as professor Martin Nettesheim has arranged the contents of the topic in such a way that could be understood easily. The written statement specifically explains how the Charter of Fundamental Rights of the European Union (“Charter”) affects the fundamental rights of the member states. During the process of explaining, professor Martin Nettesheim shows us the order, or the system between the fundamental rights of the EU and those of the member states, by appropriately presenting the precedent court rulings of the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) and the Federal Constitutional Court of Germany. As a person who has lived as a citizen of the Republic of Korea, a country with a very centralized system, I had a difficult time at first to understand the federal system during my time as a study-abroad student in Germany. The concept of the European Union itself was very unfamiliar as well. As the level of my understanding remains unchanged to this day, I would like to ask professor Martin Nettesheim a few questions in this perspective that came up in my mind while reading the written statement.

1. The fundamental characteristic of the constitutional law is its supremacy. Therefore, we cannot call a law the constitutional law, if it is not supreme above other laws. However, as explained in the written statement, if the Charter can be directly applied to the member states, it is possible for the constitutional laws of the member states to lose their supreme positions in each of its country. This is because the Charter seems to be above the constitutional law of each member state. In regards to this, I ask for an explanation as to how we should interpret the relationship between the Charter and the constitutional law of each of the member state. It seems difficult for the Pure Theory of Law by Hans Kelsen to be utilized to explain the relationship of such. I am especially curious about how it can be resolved when there is a conflict between a provision in the Charter and a provision in the constitutional law of a member state. It would be hard to imagine that the provision in the constitutional law of the member state would

become invalid because it violates the Charter. Also, can a citizen of a member state claim a right based on the Charter, even if the right is not stipulated in the member state's constitutional law? While it is claimed in the written statement that the CJEU endeavors to grant horizontal effect between individual private party in each Article of the Charter, it is not clear whether this is acknowledging the Charter as the direct basis of fundamental rights. In addition, the Charter being directly applicable to the member states could mean limiting the sovereignty of the states. I would like to listen to the opinion of the presenter on this matter.

2. The Federal Constitutional Court of Germany is the most supreme court in Germany. And through this fact, the uniformity of the judicial system is secured. However, it seems that the CJEU is in the upper position of the Federal Constitutional Court, based on the Charter. In other words, it could be seen that the CJEU is the higher court by reviewing the rulings of the Federal Constitutional Court of Germany. In this perspective, it seems that the Federal Constitutional Court of Germany may be losing its position as the most supreme judicial court. Even in regards to the fundamental rights, the CJEU, not the Federal Constitutional Court of Germany, is becoming the final institution for remedies of fundamental rights violations. Please explain the specific relationship between the CJEU and the Federal Constitutional Court of Germany in this regard. Please explain to us what effect the CJEU has on the Federal Constitutional Court of Germany, especially.

3. The main topic of the written statement is the Charter of Fundamental Rights of the European Union. First of all, please briefly summarize what some of the distinct characteristics of the Charter are. Also, while it is my opinion that the fundamental rights system, or order of Germany is well organized according to the fundamental law of Germany, if there is a room for the Charter to be applied in Germany, can it be understood that there is a loophole or a gap in the system of

fundamental rights of Germany? In this regard, please explain to us what differences there are between the fundamental rights of the European Union and those of Germany. What are the changes to the order, or the system of fundamental rights in Germany, as the fundamental rights of the EU are applied to Germany?

4. It seems that the European Union has presented a new model of international relations. I personally think the EU model can be utilized during the transition period of South and North Korea, on their way to unification. What is the presenter's opinion on the possibility of improving the human rights situation in North Korea by forming a common fundamental rights order between South and North Korea by formulating/legislating a rule of law similar to the Charter of Fundamental Rights of the European Union?





Tübingen, Dec. 4th 2022

International academic conference co-hosted by the Korean Public Law Association  
and the Constitutional Research Institute

**Interrelation Between the Charter of Fundamental Rights of the EU And The List of  
Fundamental Rights of EU Member States**

Answers to the Questions posed by Prof. Wan-Joong Heo

I would like to thank Prof. Heo very much for reading my presentation and developing questions. In the following, I may respond to his questions in all due brevity:

1. Professor Heo rightly observes that the primacy of European law leads to the Member States' constitutions being partially overridden by EU law. In the EU, however, this is not constructed as an expression of a hierarchy. EU law thus does not stand above state constitutions in a norm hierarchy. There are only effects of non-application. This non-application also applies to cases in which the provisions of the Charter have a content that conflicts with Member State constitutional law. However, the structures of member state constitutional law make this rather unlikely; collisions between the Charter and provisions of member state constitutional law have not occurred so far. A certain restriction of the sovereign freedom of action of the EU member states can indeed be recognized; this is implicit in the integration process and is politically accepted.
2. The observation is correct that the CJEU displaces the Federal Constitutional Court in the areas where the Charter applies. If the CJEU has ruled in a specific case (on the basis of a referral under Art. 267 TFEU), the German Federal Constitutional Court is bound by it. Moreover, the decisions of the CJEU have precedent effect. If the Federal Constitutional Court wishes to deviate from a decision of the CJEU, it must make a referral under Art. 267 TFEU.
3. The Charter contains more fundamental rights than the German Basic Law, especially in the area of social guarantees, political rights and procedural guarantees. As far as the nature of the rights is concerned, there are considerable similarities between the Charter and the Basic Law: Both first establish liberal liberty rights and equal treatment claims in the sense of liberal constitutional theory; both have also recognized - to a limited extent - benefit claims. The hor-

izontal effect, which the CJEU has now recognized for some of the Charter's provisions but not for all of them, is rather alien to the Basic Law.

4. I must confess that I am unfortunately not sufficiently familiar with the state of current political relations between South Korea and North Korea to give a robust answer here. I always follow the news from South Korea in the newspaper with great interest. However, that does not allow me to say anything meaningful about the issue raised in the question without additional information.

Let me end by expressing again my gratitude to Prof. Heo. Greetings from Germany!

Prof. Dr. Martin Nettesheim

【1세션 제2주제】

## 한국의 정치적·사회적 발전과 평등권해석론의 과제

— 일반적 평등권 심사기준 결정공식의 보완을 중심으로 —

정 태 호\*

- I. 문제의 제기
- II. 평등권의 심사기준에 관한 한국 및 독일의 판례의 현황
- III. 헌법재판소의 평등심사척도의 문제점과 대안
- IV. 단일의 연동적 심사척도에 의한 평등심사의 구조
- V. 평등권을 약화하는 여타 논리
- VI. 결론

### I. 문제의 제기

1987년 6월 민주항쟁 이래의 한국의 민주주의 발전은 국민경제의 꾸준한 성장과 맞물리면서 다소 부침을 겪긴 하였으나 전체적으로 볼 때 법치와 복지의 수준도 끌어올려 왔다. 그에 따라 헌법이 보장하고 있는 각종 기본권의 실효성<sup>1)</sup>도 꾸준히 커지고 있다. 이처럼 실효성이 제고된 기본권이 보장하는 개인의 자유와 평등은 다시 한국의 민주주의와 법치주의의 발전을 자극하고 있다.

한편, 우리 사회에 물질적 풍요를 구가하며 성장한 젊은 세대를 중심으로 물질적

\* 경희대학교 법학전문대학원, 헌법학

1) 기본권이 실효성을 발휘하기 위한 전제로서의 민주주의, 법치주의에 대해서는 J. Isensee, HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Grundrechtsvoraussetzungen und Grundrechtserwartungen, Rn 408 ff. 참조.

가치보다 삶의 질이나 인권, 환경 등의 가치를 중요하게 여기는 탈물질주의 경향<sup>2)</sup>이 점점 짙어지고 있다. 경제와 문화의 국제화로 우리 사회의 문화적·종교적·인종적 다양성도 점차 심화되고 있다. 이와 같은 변화는 자유의 대담한 행사를 통한 개성있는 삶의 영위를 촉진하는 한편, 정치적·사회적·경제적·문화적 질서 등에 숨어 있는 억압과 차별의 요소들을 드러내고 있다.

우리 헌법학계는 ‘기본권의 이중적 기능’, 즉 ‘기본권은 개인의 국가에 대한 공권이자 객관적 가치질서의 요소이기도 하다’는 명제를 통해 우리 사회의 정치적·경제적·사회적·문화적 발전에 따라 개인의 자유와 평등이 직면하는 다양한 문제에 대처할 수 있는 풍부한 내용의 권리담론을 공급해 왔다.<sup>3)</sup> 실무도 객관적 가치로서의 기본권의 기능을 근거로 제3자효,<sup>4)</sup> 국가의 기본권보호의무<sup>5)</sup> 등을 인정해 왔으며, 이는 확립된 판례가 되었다. 기본권의 가치로서의 측면에서 도출할 수 있는 다른 효과들도 우리 사회의 정치적 발전에 따라서는 활성화될 수도 있을 것이다. 기본권해석론이 기본권이론의 성과를 수용하고 이를 실무를 통해 관철함으로써 기본권목록을 실질적으로 확대하고 있는 것이다.

법 앞의 평등, 따라서 기본권을 비롯한 헌법 앞의 평등 보장을 통해 불평등대우를 방어하는 평등권은 자유권을 비롯한 다른 기본권의 모든 권리주체가 평등하게 자신의 권리를 향유할 수 있도록 측면에서 지원한다. 기본권의 가치적 측면에서 발원하는 기능도 평등권의 보호를 받을 수 있음은 물론이다. 평등권의 입법자에 대한 구속력이 강화될수록, 따라서 평등심사기준이 강화될수록 이와 평등권의 다른 기본권 보호작용이 커짐은 물론이다. 평등심사기준에 관한 평등권해석론이 중요한 이유가 여기에 있다.

평등권과 관련한 기본권해석론의 주요 목표 중의 하나는 자의금지공식 일변도의

2) 탈물질주의의 개념과 그와 같은 사회적·정치적 변화에 대해서는 성기중/박형, 탈물질주의 - 진실인가, 허구인가?, 대한정치학회보 7권 2호(1999), 143-173; 한겨레, “삶의 질이 경제적 성취보다 더 중요”...‘탈물질주의’ 경향 뚜렷([https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy\\_general/706656.html](https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/706656.html)[등록:2015-08-30 20:39]).

3) 예를 들면 계획열, 헌법학(중), 2007, 55 이하 및 도처.

4) 가령 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결.

5) 가령 태아의 생명보호의무(헌재 2008.7.31. 2006헌마711); 미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시(헌재 2008.12.26. 2008헌마41); 인간배아보호의무(헌재 2010.5.27., 2005헌마346) 등 참조.



평등심사에서 평등심사기준을 분화함으로써 입법형성권을 존중하면서도 일반적 평등권의 규범력을 강화하는 것이었다.<sup>6)</sup> 이 작업은 평등권의 측면 지원을 받는 자유권을 비롯한 다른 기본권을 강화하는 효과도 수반하는 것이었다. 실무도 평등심사기준을 분화했음은 주지의 사실이다. 그러나 판례 분석의 결과는 심사기준 분화에도 불구하고 기대한 효과는 별로 없다는 것을 보여준다. 판례가 시간이 갈수록 자의통제에 극심하게 경도되고 있을 뿐만 아니라 평등심사를 회피하는 경향까지 보여주고 있기 때문이다. 심각해 보이는 이와 같은 판례의 흐름이 발제문의 주제를 우리 판례의 평등심사기준 결정공식에 대한 대안을 제시하는 한편, 평등권의 규범력을 약화시키는 여타 판례에 대한 검토로 한정할 이유이다.

이하에서는 일반적 평등권의 침해여부를 가리는 심사기준에 관한 헌법재판소 및 독일 연방헌법재판소 판례의 현황을 각각 개관하고(II), 헌법재판소의 평등심사기준 결정공식의 문제점을 진단한 뒤(III), 독일 연방헌법재판소의 평등심사척도를 토대로 그 대안을 제시하고(IV), 평등권을 약화시키는 여타 헌법재판소 판례의 타당성을 검토한 후(V) 간단한 결론을 맺을 것이다(VI).

## II. 평등권의 심사기준에 관한 한국 및 독일의 판례의 현황

### 1. 헌법재판소 판례의 발전

#### 1) 자의금지 단일심사기준

헌법재판소는 개소 이래 대체로<sup>7)</sup> 자의금지라는 단일심사기준에 의한 통일적 심사

6) 정태호, 헌법재판소 평등심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호(2013.9), 1 이하. 그 밖에도 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준 (하), 저스티스 제135호(2013.3), 5 이하; 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 헌법논총 제11집(2000), 431 이하; 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호(2008), 201 이하; 김해원, 일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도, 공법학연구 제14권 제2호(2013. 5), 175 이하; 성기용, 평등권의 보장과 발전, 헌법논총 제19집(2008), 525 이하; 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012), 348 이하; 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 부산대 법학연구 제51권 제1호(2010), 5 이하; 한수용, 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점, 『기본권의 새로운 이해』, 315 이하 등 참조.

체계를 유지해왔다. 자의금지가 적용되면 “본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게” 또는 “본질적으로 다른 것을 자의적으로 다르게” 대우하는 법적 규율만이 평등권을 침해한다는 평가가 내려진다.<sup>8)</sup> 그에 따라 “차별이나 동등대우를 위한 합리적 근거”가 없는 것이 현저한,<sup>9)</sup> “현저히 불합리한”<sup>10)</sup> 또는 “명백히 불합리하다거나 자의적”인<sup>11)</sup> 또는 “공동체의 근간이 되는 일반적 정의관”에 배치되는<sup>12)</sup>, 또는 “객관적으로 인정되는 합리적인 근거를 가지지 못하여 현저히 자의적”인<sup>13)</sup> 법적 규율만이 평등권을 침해하는 것으로 보게 된다.

## 2) 심사기준의 2원화: 헌법재판소의 확립된 판례

헌법재판소는 1993년 12월 23일 제대군인가산점제도 사건을 통해 평등심사기준을 공식적으로 자의통제와 비례성통제로 이원화하게 된다.<sup>14)</sup> 헌법재판소는 다음과 같이 평등심사체계를 정립하였다.

“평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것

7) 헌법재판소의 초기의 소수의 판례(가령 헌재 1992. 6. 26. 91헌가8등, 판례집 4, 323, 342; 헌재 1990. 6. 25. 89헌가98등, 판례집 2, 132, 142 이하. 보통·평등선거원칙과 관련해서 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 81; 그 밖에도 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 249)에서는 과잉금지원칙에 의한 평등심사가 확인되기도 한다. 그러나 헌법재판소가 이와 같은 심사를 할 때 그것이 헌법의 권력분립체계에 대해 갖는 의미를 인식하였는지는 의문이다.

8) 가령 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701.

9) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 22; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 165.

10) 가령 헌재 1995. 7. 21. 94헌마18 등, 판례집 7-2, 65, 78.

11) 헌재 1996. 3. 28. 96헌마18 등, 판례집 8-1, 323, 340.

12) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37 등, 판례집 1, 48, 54; 헌재 1995. 10. 26. 93헌마246, 판례집 7-2, 498, 505-506 등 참조.

13) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28, 판례집 11-2, 272, 280; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마328, 판례집 24-2상, 624, 636 등 참조.

14) 2001년까지의 관련 판례의 분석에 대해서는 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰 - 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로 -, 공법연구 제30집 제1호(2001.12), 232 이하; 2013년 상반기까지의 평등심사기준에 관한 헌법재판소의 판례의 분석에 대해서는 정태호, 헌법재판소 평등심사기준의 재정립 필요성, 1 이하 참조.

이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”<sup>15)</sup> 이때 엄격한 척도에 의한 심사라 함은 “자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다”<sup>16)</sup>거나, “차별의 이유와 차별간의 상관관계에 대해서, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질 및 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사함을 의미한다”<sup>17)</sup>고 정의하기도 하였다.

요컨대, 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 경우와 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우는 비례성심사를, 그밖에는 자의금지에 따른 심사가 이루어져야 한다는 것이다. 위의 평등심사기준 결정공식은 확립된 판례가 되었다.

이 공식을 재해석하려는 시도가 없었던 것은 아니다. 가령 제대군인가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것”이라는 판시는 “차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니”<sup>18)</sup>라고 함으로써 비례

15) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787.

16) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788.

17) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403 - 공공영역 채용시험에서 국가유공자 등에 대한 가산점; 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 - 청소년성매수자에 대한 신상공개(5인의 반대의견); 2005. 2. 24. 2003헌바72, 판례집 17-1, 228, 237 - 장학단체 사용 임대용부동산에 대한 면세 제외; 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12, 19; 최근 판례로는 헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 581 - 자사고를 후기학교로 규정함과 동시에 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교 중복지원 금지.

18) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2상, 501, 510.

성심사공식의 적용범위를 확장하려는 시도가 있었다. 이는 후에 “일반적인 평등원칙 내지 평등권의 침해 여부에 대한 위헌심사기준은 합리적인 근거가 없는 자의적 차별인지 여부이지만, 만일 입법자가 설정한 차별이 기본권의 행사에 있어서의 차별을 가져온다면 그러한 차별은 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지가 심사되어야 하며, 그 경우 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되어 보다 엄격한 심사척도가 적용된다”<sup>19)</sup>고 좀 더 세련되게 표현되었다.

어쨌든 이 재해석에 따르면 비례성심사기준이 적용되는 범위는 법률에 의한 차별로 다른 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하지는 않지만, 그 행사에 불리한 영향을 미치는 경우로까지 확장되게 된다. 그러나 이처럼 수정된 공식이 적용된 판례는 희귀하다. 심사기준 이원화와 구체적 사건에서의 심사기준을 결정하는 두 가지 인자를 특징으로 하는 헌법재판소 판례의 기초는 변함없이 유지되고 있다.

문제는 이 공식이 등장한 지 30년이 되어감에도 실무에서 온전히 적용되지 못하고 있다는 것이다. 후술하는 것처럼 ‘차별로 인해 다른 기본권에 대한 중대한 제한이 가해지는 경우’라는 비례성심사를 뒷받침하는 인자(因子)가 무력화된 것은 별로로 하더라도 특별한 차별금지를 내포하고 있는 특별평등권에서도 자의통제가 행해지는 경우가 많기 때문이다. 가령 헌법은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 수학능력 이외의 차별표지에 의한 차별을 원칙적으로 금하고 있음에도 불구하고 대학의 자율성<sup>20)</sup> 등을 근거로 자의성심사가 원칙적 심사기준으로 적용되고 있다.<sup>21)</sup> 정치영역에서 민주주의원

19) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675 등, 판례집 18-1상, 269, 284.

20) 헌재 2022. 5. 26. 2021헌마527, 공보 308, 766 - 2023학년도 서울대학교 입학전형 시행 계획: “이 사건 계획이 불합리하거나 자의적인 것으로서 특정 수험생들의 서울대학교 입학 기회를 차별하거나 사실상 봉쇄한다고 볼 수 없다.”; 헌재 2022. 9. 29. 2021헌마929, 공보 312, 1243 - 서울대학교 저소득학생 특별전형; 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649, 판례집 29-2하, 537, 544 이하 - 검정고시 출신자를 수시모집의 일반전형에서 일률적으로 제외하는 교육대학 입시요강.

입시와 관련해서 대학의 자율성을 강조하는 것은, 국공립대학은 학생이나 학부모에 대해 공권력을 행사하는 것이며, 따라서 기본권에 구속된다는 점을 간과하고 있는 논증이다.

21) 비례성심사기준이 적용된 판례는 고교입시와 관련해서 형성되었다. 헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 581 - 평준화지역 자사고 지원자에 대한 후기학교 중복지원 금지.

리가 그 이념상 국민을 국적 이외의 표지에 의해 차별하는 것을 원칙적으로 금하고 있고, 따라서 보통·평등선거원칙(헌법 제41조, 제67조)에 대한 예외가 허용되는지에 대해서는 비례적 평등이 아닌 엄격평등, 기계적·산술적·도식적 평등에 의한 심사<sup>22)</sup>가 이뤄져야 한다.<sup>23)</sup> 그러나 선거법,<sup>24)</sup> 정치자금법,<sup>25)</sup> 정당법<sup>26)</sup>에 의한 차별이 문제된 다수의 사건에서 헌법재판소는 입법자에게 폭넓은 입법형성권이 인정되는 영역 내지 규율사항이라는 이유로 명시적으로 또는 묵시적으로 자의금지공식을 계속하여 적용하고 있다. 남성에게만 병역의무를 부과함으로써 헌법 제11조 제1항 제2문을 통해 특별히 금지된 남녀차별을 하고 있는 병역법상의 규정에 대해서도 공식에서 벗어나 복잡한 논증 끝에 자의금지가 적용되기도 하였다.<sup>27)</sup>

법정의견이 비례성심사기준을 적용한 사건은 보통·평등선거권이나 공무담임권 제한 사건,<sup>28)</sup> 공공영역 채용시험에서의 가산점제사건,<sup>29)</sup> 혼인에 대한 차별금지나 혼인

22) 독일에서는 이미 바이마르공화국의 라이히재판소의 판례조차도 선거권의 평등이 가지는 이와 같은 특성을 부각시켰다. 즉 선거권이 민주주의 국가에 대하여 가지는 의의를 근거로 선거권의 평등을 평가에서 벗어난 절대적(산술적) 평등이라고 파악하였다. 이에 대하여는 H.-J. Rinck, *Herkunft und Entfaltung der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl*, FS Zeidler II, 1987, S. 1119 (1122). 연방헌법재판소는 확립된 판례에서 이를 고수하고 있다. 무엇보다도 BVerfGE 6, 84, (91); 11, 266 (272); 95, 408 (417).

23) 이에 대해 상세한 것은 정태호, 선거권 피선거권 제한의 정당성 심사기준에 관한 관견, 헌법실무연구, 제9권(2008), 447 이하 참조.

24) 가령 최근의 판례로는 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623 - 국회의원 피선거권 연령기준 등 참조. 각급선거방송토론위원회가 필수적으로 개최하는 대담·토론회 등의 초청 자격을 제한하고 있는 공직선거법조항이 후보자 소속 정당의 의석, 득표율 등을 고려하도록 하고 있는 것은 후보자를 지지하는 유권자의 관점에서 보면 민주적 평등의 구조를 반영하고 있는 것이다. 그러나 헌재 2019. 9. 26. 2018헌마128은 이러한 측면을 간과한 채 자의금지를 심사기준으로 적용하고 있다.

25) 최근의 판례로는 헌재 2022. 10. 27. 2018헌마972 - 원외당원협의회 위원장의 후원회지정권 배제; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623 - 예비후보자 기탁금.

26) 가령 초중고교원에 대한 정당 가입금지 사건에서 자의통제를 하고 있는 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 438 이하; 이 판례를 유지하고 있는 헌재 2014. 3. 27. 2011헌마42; 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551; 헌재 2022. 10. 27. 2019헌마1271. 병사들의 정당가입을 금지하고 있는 병역법상의 규정에 대해 자의통제를 하고 있는 헌재 2022. 10. 27. 2021헌마203.

27) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454-455; 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마460, 판례집 23-1하, 519, 525.

28) 가령 헌재 2022. 3. 31. 2019헌마986 - 선거범죄로 인한 공무담임권 제한; 헌재 2022. 1. 27. 2020헌마895 - 재외선거인 중 재외투표사무 중지 결정 후 귀국한 자의 선거권 제한;

의 양성평등 관련 사건<sup>30)</sup> 등을 제외하면 소수<sup>31)</sup>에 불과하다.

## 2. 일반적 평등권 심사기준에 대한 독일 판례의 발전

### 1) 자의금지 단일심사체계에서 자의금지와 비례성심사의 양극적 심사체제로

독일 연방헌법재판소의 일반적 평등권 심사에 적용해야 할 심사척도에 관한 판례는 계속해서 진화해 왔다. 자의금지라는 단일 심사기준을 적용하던 실무로 인해 평등권의 규범력이 지나치게 약화되었다는 비판을 극복하기 위해 1980년 이래 인적 차별에 대한 심사에는 비례성심사기준을 적용하고, 사태 내지 행태에 대한 차별에 대한 심사에는 자의금지공식을 적용하는 이른바 ‘새로운 공식(die Neue Formel)’으로 이행하였다. 이에 따르면 평등권은 ‘비교대상이 되는 인적 집단 사이에 차별을 정당화할 수 있을 만한 종류와 비중이 있는 차이가 없음에도 불구하고 그 집단들을 불평등하게 다룰 때’ 침해되었다. 평등권심사는 “명백성의 문제”에서 “헌법재판에

---

헌재 2021. 12. 23. 2019헌마825 - 교육대총장 입후보요건으로서의 기탁금; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623 - 국회의원 입후보요건으로서의 기탁금 및 기탁금 반환요건.

29) 최근 사건으로는 헌재 2020. 6. 25. 2017헌마1178 - 7급 세무직 공무원 공개경쟁채용시험에서 특정 자격증 소지자에게 부여하는 가산점; 헌재 2018. 8. 30. 2018헌마46 - 공무원 채용시험에서 직업상담사자격증 소지자 가산점; 헌재 2014. 4. 24. 2010헌마747 - 동일지역 교대 출신자에 대한 가산점. 차별의 정당성 문제는 공무담임의 기회균등을 보장하는 공무담임권 침해여부 심사와 중복된다는 이유로 후자에 흡수시켜 버렸다. 한편, 헌재 2016. 10. 27. 2014헌마254; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌마541; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마533 등은 일정 공무원채용시험에서 일정 공직을 가산점 적용대상에서 제외하는 규율의 평등권 침해심사에서 자의금지공식을 적용하고 있다.

30) 혼인에서의 양성평등을 이유로 헌재 2021. 9. 30. 2019헌가3, 판례집 33-2, 223 - 혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산; 헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1 - 처 사망시 夫의 유족연금 수급자격 한정. 혼인에 대한 차별을 이유로 헌재 2008.11.13., 2006헌바112 - 세대별 합산방식의 종합부동산세 부과; 헌재 2002.08.29., 2001헌바82 - 부부 자산소득 합산과세.

31) 여타 영역에서는 헌재 2003. 3. 27. 2002헌마573 - 지방교육위원선거에서 교육경력자 할당제; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 - 청소년성매수자에 대한 신상공개(5인의 반대의견); 헌재 2005. 2. 24. 2003헌바72, 판례집 17-1, 228, 237 - 장학단체 사용 임대용부동산에 대한 면세 제외; 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352 - 한국방송광고공사의 방송광고 판매대행 독점; 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12, 19; 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764 등 - 제2차 교통사고처리특례법 결정; 헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 581 - 자사고를 후기학교로 규정함과 동시에 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교 중복지원 금지.

의한 형량의 문제”로 정식화되었다.<sup>32)</sup>

이 공식에서 자의금지와 비례성심사기준은 아무런 연결고리 없이 병존하는 일종의 양극적 심사체계를 구성하고 있었다.<sup>33)</sup> 그러나 법의 규율대상은 궁극적으로 사람이라는 점에 비추어 본다면 인적 차별과 물적 차별이라는 범주로 심사기준을 구분하는 것은 설득력이 없다는 근본적 비판에 직면하였다.

## 2) 새로운 공식에 대한 수정

독일 연방헌법재판소는 1993년 제2차 성전환자결정<sup>34)</sup>을 통해 ‘새로운 공식’을 크게 수정하였다. 먼저 사태의 차별이 ‘간접적으로’ 인적 집단에 대한 차별을 초래하는 경우까지도 비례성심사기준을 적용하도록 하였다.<sup>35)</sup> 그 후 판례는 인적 집단에 대한 ‘간접적’ 차별에 대해서까지 비례성심사기준을 확대 적용하였다. 사태 또는 행태와 관련된 대부분의 차별은 인적 집단에 대한 간접적인 차별을 유발하기 때문에 인적 차별과 여타 차별을 구분하는 기준의 의미는 현저하게 퇴색되었다.

또한 엄격한 심사를 받도록 하는 기준을 ‘차별표지가 기본법 제3조 제3항의 특별 평등권들을 통해 사용이 금지된 차별표지들<sup>36)</sup>에 근접하는 정도’, ‘관련 개인이 차별표지의 실현에 영향을 미칠 수 있는 정도’,<sup>37)</sup> ‘인적 차별이나 사태에 의한 차별이 기본권에 의해 보장되는 자유의 행사에 대해 미치는 부정적 영향의 크기’로 집약하였다.<sup>38)</sup>

새 공식은 이처럼 수정되고 정교화되긴 하였으나 자의금지와 비례성심사를 엄격

32) A. Nußberger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 9. Aufl., 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn 14.

33) M. Sachs, in: Stern, Das Staatsrecht der BRD IV/2, 2011, S. 1437 참조.

34) BVerfGE 88, 87 (96 ff.).

35) BVerfGE 88, 87 (96).

36) “누구든지 그 성별, 혈통, 인종, 언어, 출신지와 문벌, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해를 이유로 불이익을 받거나 우대를 받지 아니한다. 누구든지 그 장애를 이유로 불이익을 받지 아니한다.”

37) 새로운 공식에서는 해당 개인이 자신의 행태를 통해 영향을 미칠 수 있는 정도는 비례의 원칙에 정향된 심사기준을 결정하는 데 적용되는 기준이 아니라 행태 관련 차별은 일반적으로 자의통제의 대상임을 뒷받침하는 근거였을 뿐이었다. 이에 대해서는 BVerfGE 55, 72 (89) 참조.

38) BVerfGE 88, 87 (96).

히 분리 대립시키는 이원적 심사체계는 유지되었다.

### 3) '무단계공식(die Stufenlose Formel)'에 의한 연동적 심사척도로의 이행

연방헌법재판소는 마침내 자의금지와 매우 엄격한 비례성심사가 하나의 연속선 위에 있는 양단의 극점을 형성하고 그 중간에 사건의 유형, 차별의 종류와 정도에 맞추어 그 정당화의 수준을 제시하는 다수의 눈금이 있는 연동적 정당화척도(ein gleitender Rechtfertigungsmaßstab)를 적용하는 심사체계로 이행하였다.<sup>39)</sup> 이와 같은 연동적 심사척도의 구축은 1999년부터 시작해서<sup>40)</sup> 2011년 마침내 이른바 무단계 심사공식의 등장으로 정점에 이르게 된다.<sup>41)</sup>

최근 판례는 차별이 정당화되려면 차별적 규율을 지탱하는 충분히 중요한 사리상의 근거가 있어야 한다는 점, “비례의 원칙에 정향된 무단계(無段階) 단일의 헌법적 심사척도(ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab)가 적용”된다는 점, “이 심사척도의 내용과 한계는 추상적이 아니라 그때그때 관련된 상이한 사항·규율영역에 비추어 확정된다.”<sup>42)</sup>는 점, 평등심사기준 결정에는 세 가지 인자가 영향을 미친다는 점을 다음과 같이 집약해서 판시하고 있다.

<sup>39)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., 2017, Art. 3 Abs. 1 Rn 99; S. Boysen, I. v. Münch/Kunig, GG-Kommenatar, 6. Aufl., 2012, Art. 3 Rn 16, 103; L. Osterloch, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 3 Rn 30은 이러한 경향을 “상이한 강도의 정당화요건들로 형성되는 하나의 연동적 척도로 자의금지와 비례적 평등의 명령을 통합”한 것으로 규정하고 있다.

<sup>40)</sup> BVerfGE 103, 310 (318); 113, 167 (214) 등에서 연동적 심사체계는 다음과 같이 표현되었다. “입법자에게는 규율대상 및 차별기준에 따라 단순한 자의금지에서 시작하여 비례성 요건들에의 엄격한 구속에서 끝나는 상이한 한계가 나온다.” 이 때문에 연동적 심사체계의 이행은 제2차 성전환자결정에서 이미 시작되었다고 보기도 한다. 처음에는 자의금지와 비례성심사기준을 대립시키다가 후에는 이원적 대립체계를 포기하였다는 것이다(G. Britz, Der allgemeine Gleichsatz in der Rechtsprechung des BVerfG: Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, 346, 348).

<sup>41)</sup> BVerfGE 129, 49 (69) - 의대생 학자금 융자사건.

<sup>42)</sup> BVerfGE 129, 49 (69); 130, 131 (142) - 함부르크주 비흡연자 보호법; BVerfGE 138, 136 [180] - 기업상속시 상속세 감면; 148, 147 [183 f.] - 부동산취득세; 152, 274 (311 f.) - 최초직업교육비 공제; 확립된 판례).



“일반적 평등규정에서 규율대상 및 차별의 표지에 따라 자의금지에 국한된 완화된 구속에서 시작하여 엄격한 비례성요건들에 이를 수 있는 입법에 대한 상이한 한계들이 나온다. ... 차별적 규율은 항상 차별의 목표와 차별의 크기에 상응하는 합리적 근거들로 정당화되어야 한다. 기본법 제3조 제1항은 불평등대우가 그 종류에 비추어 볼 때 객관적으로 정당화되는 구분기준에 준거할 것을 요구할 뿐 아니라, 차별의 정도에 대해서도 존재하는 차이와 차별적 규율 사이에 연관이 있고 또 이 연관이 객관적으로 주장할 수 있는 충분한 비중이 있는 구분의 관점일 것을 요구한다 ...

비례의 원칙에 정향된 무단계 단일의 헌법적 심사척도가 타당한데, 이 척도의 내용과 한계는 추상적이 아니라 관련된 상이한 사항·규율영역에 비추어 확정된다 ... 입법자에 대한 엄격한 구속은 특히 차별이 인격적 표지에 준거하고 있는 경우 인정되어야 하는데, 개인들이 그 차별표지를 좌우할 수 있는 가능성이 작을수록 또는 그 차별표지가 기본법 제3조 제3항의 표지에 접근할수록 헌법적 요건은 강화된다 ... 입법자에 대한 엄격한 구속력은 관련 자유권으로부터도 발생할 수 있다 ... 그 밖에도 입법자에 대한 구속의 정도는 무엇보다도 해당 개인들이 그 행태를 통해 차별기준 실현에 영향을 미칠 수 있는 정도에 달려 있다.”<sup>43)</sup>

일부 판례<sup>44)</sup>는 법률에 의해 야기된 차별의 각별한 강도를 평등심사의 강도를 강화하는 인자로 사용하고 있다.

연방헌법재판소의 제2재판부도 시차가 있기는 했으나<sup>45)</sup> 제1재판부의 무단계공식을 수용하였다.<sup>46)</sup> 이로써 연방헌법재판소는 어떤 대우가 자의적인지의 심사에 국한

43) BVerfGE 129, 49 (68 f.). 그 후의 판례에서는 평등심사기준을 강화해야 하는 근거는 다음과 같이 요약되고 있다. 즉 “입법자에 대한 엄격한 구속은 관련 자유권 때문에 발생할 수 있다. 그 밖에도 개인이 법률적 차별이 의거하고 있는 표지들을 좌우할 수 있는 정도가 적을수록, 그리고 기본법 제3조 제3항의 표지들에 근접하는 정도가 클수록 헌법이 요구하는 정당화요건은 강화된다.” (BVerfGE 138, 136 [180 f.]; 139, 1 [13]; 141, 1 [38 f.]; 145, 20 [87]; 148, 147 [184]; 확립된 판례 참조).

44) BVerfGE 138, 136 (182 f.) - 기업상속시 상속세감면; BVerfGE 139, 285 (310) - 부동산 취득세; BVerfGE 148, 217 (243) - 인적 회사 양도소득에 대한 영업소득세 부과.

45) 가령 제2재판부의 2012년 결정인 BVerfGE 131, 239 (255 f.) - 공무원들의 동성혼이나 2013년 결정인 BVerfGE 133, 377 (408) - 부분분할과세는 아직 ‘무단계 공식’이라는 표현을 사용하고 있지 않다. 또한 여전히 인적 집단에 대한 차별과 여타 차별이라는 구분기준을 사용하고 있기도 하다. 그러나 행태 관련 차별에 대해서도 비례의 원칙에 정향하여 심사를 하고 있기 때문에 양 재판부의 차이는 별로 없다고 볼 수 있다.

46) BVerfGE 141, 1 (38 f.); 152, 274 (311 f.).

된 단순한 명백성통제<sup>47)</sup>와 한때 ‘새로운 공식’으로 지칭되면서 특히 인적 차별에 적용되었던 비례성통제<sup>48)</sup>로 범주화하여 구분하던 과거의 판례를 포기하고 비례의 원칙을 중심으로 삼는 통일된 심사척도를 적용하되 그 통제강도를 세분하는 심사방식으로 이행하였다.<sup>49)</sup>

독일 연방헌법재판소의 이와 같은 판례의 발전에 대해서는 무단계공식은 ‘이원적 심사체계와 완전히 결별’로서<sup>50)</sup> 비례의 원칙에 내재하는 합리적 논증 구조를 활용함으로써 평등심사의 예측가능성을 제고하려는 시도라는 호평,<sup>51)</sup> “아마도 새로운 공식의 (지속적) 발전의 - 잠정적 - 종결이기는 하지만 어쨌든 중요한 의미가 있는 중간정거장”<sup>52)</sup>이라는 신중한 평가, 무단계공식이 ‘기존 판례, 특히 새로운 공식이나 최신의 공식과 대립되는 것이 아니’라는 냉정한 평가<sup>53)</sup>가 엇갈리고 있다.

이와 같은 연동적 심사척도 위에 있는 것으로서 독일 연방헌법재판소가 사용한 심사기준으로는 가장 낮은 심사기준인 자의통제, 원칙적으로 관대한 기준에 의한 비례성심사,<sup>54)</sup> 엄격한 비례성심사가 있다.<sup>55)</sup>

### 3. 비례의 원칙에 의한 평등심사의 타당성 및 구조

위에서 살펴본 것처럼 우리 헌법재판소와 독일 연방헌법재판소는 평등심사의 심

47) BVerfGE 17, 122 (130).

48) BVerfGE 55, 72 (88).

49) G. Britz, NJW 2014, 346 (347).

50) 현직 제1재판부 소속 재판관인 G. Britz, NJW 2014, 346 (347).

51) Gabriele Britz, NJW 2014, 346 (352); L. Hummel, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, IStR 2016, 335 (336). 긍정적 부분만이 아니라 부정적 부분도 있다고 보는 S. Huster, in: Simon Kempny/Philipp Reimer, (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute : Beiträge und Ergebnisse des Gleichheitsrechtlichen Arbeitsgesprächs vom 3. bis 5. April 2016, S. 91.

52) 전직 재판관인 L. Osterloch, Der Gleichsatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS Klöpfer, 2013, S. 141.

53) 전직 재판관인 P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 296.

54) 이에 따르면 법률의 차별적 규율이 충분히 합리적인, 즉 그 종류와 비중에 비추어 볼 때 주장가능한 근거들에 입각하고 있으면 충분하다고 한다(BVerfGE 99, 367 [390] - 석탈·철강기업 공동결정권).

55) F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 102.

사기준으로 비례의 원칙이 적용될 수 있다는 확립된 판례를 형성했다. 그러나 학계의 반응은 심하게 엇갈리고 있고, 비례의 원칙에 의한 평등심사의 구조는 아직 확고히 정착되었다고 보기 어렵다.

### 1) 한국 헌법재판소의 판례 현황

우리 헌법재판소가 비례성심사를 한 사건 중 비례의 원칙의 모든 하부요건을 심사한 경우는 특별평등권적 측면이 있는 선거권<sup>56)</sup>이나 공무담임권 관련 사건<sup>57)</sup>을 제외하면 평등권과 자유권이 통합되어 심사된 사건이나<sup>58)</sup> 혼인에 대한 차별이 인정된 사건<sup>59)</sup> 등 일부 사건들에서만 확인된다. 선거권과 공무담임권의 보장내용 중 보통·평등선거의 원칙의 측면 지원을 받는 부분, 즉 선거에의 평등한 참여권으로서의 선거권, 능력이나 실적에 따른 평등한 공직접근권으로서의 공무담임권은 특별평등권임에도 헌법재판소는 이를 마치 자유권으로 보고 자유권처럼 심사하고 있는 것처럼 보인다.<sup>60)</sup> 그러나 선거절차나 국가조직고권의 대상인 공직은 개인의 자유로운 접근의 대상도 자유롭게 그 내용을 자유롭게 형성할 수 있는 것도 아니다. 그렇다면 선거권이나 공무담임권의 그러한 측면을 자유권으로 보고, 과잉금지원칙에 따른 심사를 한 것을 비례성심사를 한 판례로 보기 어려운 측면도 있다.

특히 필요성요건은 아예 심사되지 않았거나<sup>61)</sup> 그 요건에 충실한 심사가 이뤄지지 않는 경향이 있다.<sup>62)</sup> 비례성심사를 해야 한다고 보면서도 차별목적에 헌법적 정당성

56) 최근 판례로는 가령 헌재 2022. 1. 27. 2020헌마895, 판례집 34-1, 105, 113 이하. 다만, 헌법재판소는 선거권을 특별평등권으로 관념하고 있는지는 불확실하다.

57) 최근 사건으로는 헌재 2019. 9. 26. 2018헌마128, 판례집 31-2상, 374, 384 이하 참조,

58) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등, 판례집 20-2상, 1089, 1105.

59) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600 이하; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112 등, 판례집 20-2하, 1, 59 이하; 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222, 234 이하.

60) 동지: 한수웅, 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점, 『기본권의 새로운 이해』, 2020, 315, 330 이하.

61) 리딩케이스인 제대군인가산점제에 대한 판례부터 필요성심사를 하지 않았다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 788 이하. 또한 헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1, 판례집 20-2하, 1, 8-11.

62) 헌재 2007. 12. 27. 2005헌가11, 판례집 19-2, 691, 700 이하 - 지역사범대출신 가산점제. 이 사건에서 이러저러한 대책들을 통해 피해를 ‘최소화’하고 있어 최소침해요건이 충족되었다고 확인하고 있으나 대안부재에 대한 심사는 제대로 이루어지지 않았다.

이 없다는 이유로 평등권침해를 확인하고 다른 요건들에 대한 심사를 진행하지 않은 사건<sup>63)</sup>도 있다.

소수<sup>64)</sup>에 불과하나 비례성심사를 상응심사(Entsprechungsprüfung) 방식<sup>65)</sup>으로 한 판례도 있다. 상응심사는 차별을 정당화하는 이유와 차별 간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상 간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사하는 방식이다. 이러한 심사방식은 오랫동안 실무에서 사라졌다가 최근 자사고를 후기학교로 규정하고 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교 중복지원을 금지한 초·중등교육법 시행령 사건<sup>66)</sup>에서 다시 등장했다. 이 사건에서 헌법재판소는 차별목적의 정당성, 차별표지의 적합성, 혐의의 비례성요건과는 달리 필요성요건은 심사하지 않았다. 헌법재판소가 상응심사를 한 이유가 필요성요건이 평등심사에는 부적합하다고 보았기 때문인지, 위 사건의 특성 때문에 부적합하다고 보았기 때문인지는 알 수 없다. 헌법재판소가 이를 어떤 유형의 사건에서 어떤 빈도로 사용할지 지켜볼 일이다.

## 2) 독일 연방헌법재판소 판례의 현황

독일 연방헌법재판소가 비례의 원칙에 정향하도록 하는 무단계 심사공식을 제시했음에도 불구하고 판례로부터 통일적인 평등심사 구조를 확인할 수 없다고 평가되고 있다. 독일에서도 불평등대우의 정당한 목적, 차별의 적합성, 필요성, 혐의의 비례성으로 구성되는 고전적 비례성 심사구조에 따라 논증이 이뤄진 판례는 많지 않다고 한다.<sup>67)</sup> 혐의의 비례성요건 심사는 행해지지 않는 경우가 많다고 한다. 그 이

63) 현재 2021. 9. 30. 2019헌가3, 판례집 33-2, 223, 229 이하 - 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자에게 호주제에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정 이후 관련 규율이 개정되었음에도 계속하여 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 함으로써 개정전 법에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성등록의무자를 차별하고 있는 공직자윤리법상의 규율의 차별목적 자체가 헌법 제11조 제2항의 남녀차별금지, 제36조 제1항의 혼인관계에서의 양성평등의 평등에 위반된다는 판단하였다.

64) 가령 현재 2001. 2. 22. 2000헌마25; 현재 2011. 2. 24. 2008헌바56; 현재 2019. 4. 11. 2018헌마221.

65) 이 방식은 스위스 연방법원이 최근 사용하고 있다고 한다. 이에 대해서는 F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 118 및 거기서 인용된 문헌 참조.

66) 현재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 581.

67) 이와 같은 분석은 F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 105.

유는 심사기준을 결정할 때 그리고 차별의 이유가 - 심사강도가 높은 만큼 - 충분한 중요성이 있는 목적을 위한 것인지 등과 같은 선행하는 물음에 법익형량의 요소가 이미 내포되어 있기 때문이라고 한다.<sup>68)</sup>

규율의 목적에 비추어 볼 때 비교집단 사이에 충분히 중요한 차이가 존재하는지, 그러한 목적이 그 차별을 정당화하는지의 2단계로 정당성심사를 한 판례도 있다.<sup>69)</sup>

### 3) 비례의 원칙에 의한 평등심사의 타당성

비례성심사기준을 평등심사에 적용하는 것에 대해서는 다양한 비판이 제기되고 있다.<sup>70)</sup> 비판의 논거는 자유권과 평등권의 규범구조적 차이,<sup>71)</sup> 평등권의 문제인 차별과 자유권에 대한 제한의 본질적 차이, 차별은 입법자가 의도하지 않았거나 다른 사태들을 규율하지 않아 발생하는 경우가 많다는 차별 발생의 특수성, 비례의 원칙은 성질상 일반적 평등권의 중요한 적용영역인 급부행정에서의 차별의 심사에 적용하기 어렵다는 점, 개인과 국가의 양자관계에서 발생하는 자유제한의 정당성 문제와 서로 다른 대우를 받는 집단들과 국가라는 삼각관계에서 발생하는 차별의 정당성 문제의 본질적 차이 등이 제시되고 있다.

평등심사에 비례의 원칙을 수정해서 적용할 수도 없다고 하면서 비교집단들 사이에 존재하는 차이의 정도에 부합하는 차별의 존부만을 심사하는 이른바 상응심사(Entsprechungsprüfung)만을 하자는 제안을 하거나,<sup>72)</sup> 내재적 차별목적의 추구와 외

---

그가 들고 있는 판례로는 BVerfGE 113, 167 (231 ff.) - 의료보험조합간의 위험구조조정 (Risikosturkturausgleich); 130, 52 (71 ff.); 138, 136 (186 ff.) - 기업상속에 대한 면세. 그 밖에도 BVerfGE 158, 282 (332 ff.) - 조세청구권 이행 지연에 대한 이자부과 (Vollverzinsung).

<sup>68)</sup> G. Britz, NJW 2014, 346 (351).

<sup>69)</sup> BVerfGE 130, 240 (256 f.) - 바이에른주 양육수당; 133, 59 (89 ff.) - 동성혼관계에 있는 쌍의 승계입양.

<sup>70)</sup> 독일에서 비례의 원칙을 평등심사에 적용하는 것에 대한 비판 및 그 근거에 대한 개관 및 문헌고증은 F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 115, 127 ff. 참조.

<sup>71)</sup> 이에 대해서 상세한 것은 김주환, 평등권의 다차원적 성격, 인권과 정의 제334호(2004.6), 122 이하.

<sup>72)</sup> 가령 Heun, in: Dreier, GG, I, Art. 3 Rn 30; Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3(34. Ed. Aug 2017) Rn 37. 차별기준과 구체적 규율의 맥락과 관련성이 있는 비교집단 간의 차이 내지 차별목적이 상응할 때 정당화될 수 있다고 보되, 강도 높은 심사기준에서는 차별기준

재적 차별목적의 추구를 구분하고 후자에 대해서만 비례성심사공식을 적용할 것을 제안하는 설도 있다.<sup>73)</sup> 그러나 다수의 학자들은 비례의 원칙을 평등심사의 특성에 맞게 수정해서 적용할 수 있다고 본다.<sup>74)</sup>

자유권과 평등권의 밀접한 관계에 비추어 볼 때 비례의 원칙을 평등심사의 구조에 부합하게 수정하여 적용할 수 있다고 보아야 한다.<sup>75)</sup> 가령 경기조절을 위한 국가의 거시경제적 조치는 시장참여자들의 경제적 활동의 자유는 물론 그들 간의 세력관계에도 동시에 영향을 미치는데, 이는 자유권과 평등권 사이에는 밀접한 관계가 있음을 말해 준다. 다만, 그 보호 방향이 다를 뿐이다. 즉 자유권이 다른 시장참여자들과의 관계를 자율적으로 그리고 자신의 이익을 위해 형성하는 시장참여자들의 자유를 과도하게 제한하는 것에 대해 방어한다면, 평등권은 이와 같은 관계 및 세력관계를 내용 면에서 부적절하게 형성하는 국가의 조치에 대해 방어한다.<sup>76)</sup> 자유권과 평등권은 모두 국가의 조치가 추구하는 목적이 정당할 것, 그 조치가 객관적으로 사리에 맞고 그 비용과 효용이 균형을 이루고 있으며 근거 제시를 요구한다는 점에서는 공통된다. 자유권 제한의 정도가 헌법적으로 정당화되는지는 비교대상이 되는 경쟁자들의 세력관계가 그로 인해 변한 정도 및 그 내용에도 달려 있다. 반대로 불리한 경쟁조건의 차별적 부과가 헌법적으로 정당화되려면, 그로 인한 자유 제한의 비

---

이 비교집단 간의 차이 내지 차별목적을 정확히 반영할 것을 요구하는 F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 120 ff.도 유사한 입장이라고 본다.

<sup>73)</sup> S. Huster, Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, S. 164 ff.; ders., Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, JZ 1994, 541 (543 ff.).

<sup>74)</sup> 가령 M. Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, 945 (957); C. Brüning, Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, JZ 2001, 669 (671); Kempney/Reimer, Die Gleichsätze, 2012, S. 145 f. Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichsätze, JuS 2001, 148 (153 f.); A. Nußberger, in: Sachs, Art. 3 Abs. 1 Rn 16 ff.; Philipp Reimer, JZ 2019, S. 620 (622); M. Sachs/Ch. Jasper, Der allgemeine Gleichsatz: Das Eingriffsmodell zu Art. 3 I GG als Abwehrrecht, JuS 2016, 770 (772 f.). 그밖에도 P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 240 ff.도 사실상 수정론을 펼치고 있다. 이 설에 가담하고 있는 국내에서는 정태호, 헌법재판소 평등심사기준의 재정립필요성, 20 이하; 정문식, 평등위반심사기준으로서 비례원칙, 8 이하; 김해원, 일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도, 175 이하 등 참조.

<sup>75)</sup> A. Nußberger, in: Sachs, Art. 3 Abs. 1 Rn 16 ff. 참조.

<sup>76)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 296.

중이 비례성을 띠어야 한다. 실무에서 평등심사를 별도로 하는 대신에 자유권 제한의 헌법적 정당성을 뒷받침하는 근거들을 원용하거나 자유권심사에서 반대로 차별의 헌법적 정당성을 뒷받침하는 근거를 원용할 수 있는 것도 자유와 평등의 밀접한 관계에 기인하는 것이다. 그 밖에도 “입법활동이 원칙적으로 객관성, 사리적합성, 체계충실성(Systemtreue), 일관성을 존중하여야 한다”는 것은 평등권 관련 헌법의 요건만이 아니라 자유권 관련 요건이기도 하며,<sup>77)</sup> 충분한 정도의 합리성 및 균형성은 자유권과 관련해서만이 아니라 평등권과 관련해서도 요구된다.<sup>78)</sup> 비례의 원칙을 평등심사에 적용하는 것은 자유권과 평등권의 이와 같은 밀접한 관계에 부합하는 것이다.

#### 4) 비례성심사의 구조

자유권심사에 적용되는 비례의 원칙은 입법목적과의 관계에서 입법자가 선택한 수단의 적합성, 필요성, 기대가능성에 대한 심사를 요구한다. 이에 비해 평등심사에 적용되는 비례의 원칙은 법률로 조성된 비교집단 간의 차이의 정도의 관점에서 비교집단들에 대한 비교를 요구하는 것이다. 이와 같은 비교는 다음과 같은 구조 속에서 이뤄지되 자유권과 평등권의 상술한 차이를 반영하여야 한다. 즉 차별이 헌법적으로 정당화되려면, 그 차별이 헌법적으로 정당한 목적을 위한 것이고, 이 목적의 실현에 적합하고, 필요하며 상당성이 있어야 한다.

##### (1) 목적의 정당성

여기서 목적<sup>79)</sup>은 법률적 규율의 목적이 아니라, 차별의 목적을 말한다.<sup>80)</sup> 차별은

77) BVerfGE 121, 317 (359 ff. 369 ff.). 직업수행의 자유를 제한하는 공중접객업소에서의 흡연금지와 관련하여 입법자는 자신의 보호구상에 폭넓게 구속된다는 BVerfGE 130, 131 (142 ff.).

78) BVerfGE 115, 97 (113); 123, 111 (123).

79) 우리 판례에서는 입법목적(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787), 차별목적(헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 581) 등의 용어가 사용되고, 독일 판례에서는 규율의 목적(BVerfGE 111, 176 [188]), 차별의 근거(Grund)(BVerfGE 111, 176 [185]), 차별의 목표(Ziel)(BVerfGE 111, 176 [185 f.]) 등의 용어가 사용되고 있다.

80) F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 109; 정문식, 평등위반심사기준으로서 비례원칙, 9; C. Brüning, JZ 2001, S. 670 ff.; 그러나 규율의 목적은 법률로

그 목적은 물론 그 기준 내지 표지도 헌법질서에 배치되지 말아야 한다.<sup>81)</sup> 작위나 부작위로 구성되는 차별의 목적과 이 차별을 구성하는 행위의 목적과 혼동해서는 안 된다.<sup>82)</sup> 가령 설탕이 가미된 음료에 대해서만 과세를 하는 법률에서 입법자의 차별은 설탕가미음료에 대한 과세와 설탕비가미음료에 대한 비과세라는 작위와 부작위로 구성된다. 그 차별목적은 세수확보가 아니라 국민건강보호이며, 그 수단은 차별적 과세로 가격 격차를 조성함으로써 소비자로서 하여금 설탕가미음료의 소비를 억제하는 것이다.<sup>83)</sup>

차별의 목적은, 보통 특정 행태를 유도하기 위하여 그 행태를 차별의 기준으로 삼는 경우나 특정 집단에 나타나는 불이익을 제거하기 위해 차이를 조성하거나 차이를 축소하기 위한 경우는 간단하게 확인할 수 있다. 그러나 차별의 목적은 많은 경우 그 자체 입법자가 의도한 것이 아니었거나 원래 의도한 행위의 부작용이다. 이와 같은 사건에서 차별의 목적은 직관적으로 확인되는 것이 아니라 해석을 통해 구성되게 된다.<sup>84)</sup> 가령 경제적으로 곤란한 대학교 학생에게 학자금을 저리로 융자해 주는 제도의 직관적으로 파악되는 목적은 학업에 대한 경제적 장애의 제거일 것이다. 그러나 경제적으로 곤란한 학생에 대한 저리 학자금융자(작위)와 경제적 어려움이 없는 학생에 대한 저리 학자금융자 제외(부작위)가 학생에 대한 차별행위를 구성한다. 그런데 경제적 곤란이 없는 학생에 대한 학자금융자 제외는 그러한 목적에 기여하지 못하며, 따라서 차별은 그러한 직관적 목적의 달성에 적합하지 않다고 판단할 수밖에 없게 된다. 따라서 차별의 목적은 “국가재정상태를 고려하면서 경제적 사유로 인한 대학생의 학업장애를 제거하는 것”으로 복합적으로 구성해야 한다.

---

규율하려는 것과 이 목적의 실현을 위해 어떤 차별을 해야 하는지를 확정한다는 이유로 규율의 목적이 차별의 헌법적 정당성 심사를 가리는 기준이 될 수 있다고 보는 Ch. Gusy, *Der Gleichheitssatz*, NJW 1988, S. 2505 (2507).

<sup>81)</sup> S. Boysen, in: v. Münch/Kunig, I, Art. 3 Abs. 1 Rn 102. 양자가 겹칠 수도 있다고 보는 Klöpfer, *Gleichheit*, S. 64.

<sup>82)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 244 f., 249; Kempny/Reimer, *JuS* 2020, 216 (218).

<sup>83)</sup> 세수확보를 차별의 목적으로 본다면, 설탕가미음료에 대한 과세는 그 목적에 적합한 수단 이겠지만, 비설탕함유음료에 대한 비과세는 그 목적에 적합하지 않은 수단이다.

<sup>84)</sup> Kempny/Reimer, *JuS* 2020, 216 (218).



## (2) 적합성

차별을 위해 사용되는 수단의 적합성은 그것이 차별목적의 달성을 촉진하거나 용이하게 한다면 적합성이 인정된다. 이 요건이 목적이 실제로 달성되거나 달성될 수 있을 것까지 요구하지는 않는다. 목적 달성의 가능성으로 충분하다.<sup>85)</sup>

## (3) 필요성

입법자가 더 적은 불평등을 초래하면서 추구하는 목적을 같은 정도로 달성할 수 있거나 촉진할 수 있는 다른 온건한 수단이 없는 경우 필요성요건은 충족된다.<sup>86)</sup> 자유권제한의 정당성심사에서와는 달리 수단의 온건성 판단을 판단하는 기준은 법률이 가하는 제한의 정도 및 의미가 아니라 법률의 차별성의 정도이다.<sup>87)</sup> 그러므로 법률의 수혜자 내지 비수혜자에게 적은 타격을 가하면서 차별목적의 같은 정도로 실현하는 다른 차별표지가 존재해서는 안 된다.<sup>88)</sup> 가령 갑에게는 요금 1,000원을, 을에게는 요금 1,001원을 각각 징수하는 차별은 갑에게는 요금 10,000원을, 을에게는 요금 1,000원을 각각 징수하는 차별보다는 온건한 차별이다. 앞에서 예로 든 설당가 미음료에 대한 과세 사건에서 과세를 모든 음료로 확대한다면 차별은 사라지게 될 것이지만, 그렇게 되면 차별목적의 달성을 못하게 될 것이며, 세율을 낮춘다면 차별의 정도는 감소하겠지만 같은 정도로 목적을 달성할 수는 없게 될 것이다.<sup>89)</sup>

평등심사에 필요성요건을 수용하는 것에 대해서는 상술한 것처럼 비판이 많다. 자유권제한에서와 같은 부담의 정도에 대한 비교는 평등권의 규범구조에 비추어 볼 때 평등심사에는 맞지 않으며, 차별성이 적은 규율에 대한 물음이 의미 있게 제기될 수 없다거나(가령 담세능력의 차이를 고려한 근로소득에 대한 누진과세처럼 내재적

85) 현재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 판례집 31-1, 547, 582; BVerfGE 133, 59 (90 f.). P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 258; F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 110. 한편, M. Albers, JuS 2008, S. 947는 의도하지 않은 차별의 경우 적합성 요건을 적용하는 것에 대해 부정적이다.

86) BVerfGE 138, 136 (190). 또한 BVerfGE 113, 167 (252); 130, 131 (145). P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 259 f.

87) Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (219).

88) C. Brüning, JZ 2001, S. 669 (672); P. Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997, S. 269 f. 참조.

89) Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (219) 참조.

차이의 경우는 그러한 물음은 부조리하며, 환경보호를 위해 관련자의 행태를 조절하기 위한 수단으로 부담금을 부과하는 것처럼 외재적 목적을 추구하는 경우 필요성 심사는 입법자에 대한 일반화나 개별화의 위임을 의미하는 평등권에 맞지 않는 획일화를 촉진한다는 것이다), 입법자의 형성의 자유를 침해하게 된다는 것이 그 논거이다.<sup>90)</sup> 그러나 차별이 구체적인 맥락 속에서 행해지고 또 차별로 자유권에 대한 차별적 제한이 가해지기도 한다는 점에 비춰 볼 때 차별의 강도, 따라서 차별로 인한 부담의 비교는 가능하다.<sup>91)</sup> 입법자의 형성의 자유 존중에도 문제가 없다. 입법자에게 평가 및 예측의 여지가 있는 경우 이를 고려하기 때문이다.<sup>92)</sup>

#### (4) 협의의 비례성

차별은, “그로 인한 특혜 내지 불리한 처우가 그 정도나 범위에 비추어 볼 때 차별목적의 의미 및 그 목적 달성의 정도 및 크기와 상당한(angemessen) 관계가 있다면” 헌법적으로 정당화된다.<sup>93)</sup> 차별을 통한 과도한 그리고 수인할 수 없는 부담의 부과는 비례성이 없다.

형량의 요소들로는 개별 사건의 상황에 따라 자유권을 비롯한 다른 기본권 제한의 정도 및 그 의미와 비중, 차별의 경제적·사회적 의미와 지속성, 차별받는 자의 수 등을 고려해야 할 것이다.<sup>94)</sup> 그런데 특히 차별받는 자의 수에 대한 평가는 관점에 따라 완전히 달라질 수 있음에 유의해야 한다. 가령 3%의 국민만이 불이익을 받고 있다면, 비교적 소수만이 차별로 불이익을 받고 있으므로 차별의 정도가 심각하

<sup>90)</sup> Michael, JuS 2001, 148 (154); Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (218); L. Osterloh, in: Sachs, Art. 3 Rn 21. 자유권에 대한 제한을 초래하는 차별의 정당성심사에만 적용하여야 한다고 보는 Albers, JuS 2008, 945 (947).

<sup>91)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 112 f., 125.

<sup>92)</sup> 육성목적의 사회정책적 지원이 경쟁자의 자유를 차별적으로 제한하는 경우 육성수단은 많은 경우가 보통이어서 온건한 대안이 없다는 것을 입증하기 어렵기 때문에 입법자에게 폭넓은 재량권이 인정되어 필요성 요건이 미미한 역할을 수행한다고 보는 Kingrenn/Poscher (정태호 역), 독일기본권론, 2021, 단락 553; 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 475 이하 참조.

<sup>93)</sup> BVerfGE 138, 136 (197). Albers, JuS 2008, 945 (947); Brüning, JZ 2001, 669 (672); P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 261 ff. 그는 “법률의 일반성에서 확인되는 정의”를 그 기준으로 제시한다; Michael, JuS 2001, 148 (154) 등도 참조.

<sup>94)</sup> Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (220).

지 않다고 할 수도 있지만, 그와 같은 소수만이 불이익을 받는다는 사정은 다수와는 달리 정치과정에서 자신들의 이익과 주장을 관철하기 어려운 소수집단이기 때문에 그 차별이 심각하다는 사정을 뒷받침할 수도 있다.<sup>95)</sup> 그렇기 때문에 차별의 심각성을 판단하기 위해서는 차별받는 자의 숫자만이 아니라 차별의 목적, 차별의 기준 등도 함께 고려할 필요가 있다.

### III. 헌법재판소의 평등심사척도의 문제점과 대안

#### 1. 헌법재판소의 평등심사척도 및 관련 실무의 문제점

헌법재판소가 평등심사를 합리화하는 한편, 평등권의 규범력을 강화하기 위해 평등심사기준의 분화한 것은 높이 평가받아야 한다. 그러나 판례가 제시한 공식에는 아쉽게도 적지 아니한 결함이 있었고,<sup>96)</sup> 이 결함은 실무에 의해서 더욱 커졌다. 독일의 관련 공식과 견주어 보면 이 문제점이 잘 드러난다.<sup>97)</sup>

##### 1) 비례성심사기준 적용범위의 과도한 축소

상술한 것처럼 헌법재판의 실제에서 비례성심사기준이 적용된 사건은 소수에 불과하다. 그 소수의 판례조차도 대부분 헌법재판소의 공식이 아니더라도 당연히 엄격한 비례성심사를 해야 했을 특별평등권과 관련하여 형성된 것이다. 심사기준을 강화하는 인자가 빈약한데다 헌법재판소가 이 인자를 근거로 비례성심사기준을 채택하는 것에도 너무 소극적이었다. 결과적으로 평등심사기준 분화의 목적도 달성하지 못했다.

<sup>95)</sup> Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (220) 참조.

<sup>96)</sup> 이에 대해서 상세한 것은 정태호, 헌법재판소 평등심사기준의 재정립필요성, 26 이하 참조.

<sup>97)</sup> 이 때문에 헌법재판소의 평등심사체계의 문제점을 비판하면서 이를 재구성하려는 다양한 시도가 행해졌다. 이에 대해서는 주 6의 문헌 참조.

## (1) 심사기준을 강화할 수 있는 인자의 빈약

헌법재판소의 공식에는 심사강도를 높일 수 있는 인자가 너무 적다. 헌법재판소의 공식은 특별한 차별표지의 사용을 금지하는 특별평등권을 심사기준 강화인자로 제시하고 있지만, 우리 헌법에는 특별한 차별표지의 사용을 명시적으로 금지하는 특별평등권의 수도, 그 특별평등권에 의해 사용이 금지된 차별표지의 수도 얼마 되지 않는다(헌법 제11조 제1항 제2문<sup>98</sup>)의 종교, 성별, 사회적 신분, 헌법 제32조 제4항 후단의 고용 등에서 여성차별금지, 헌법 제36조 제1항 전단의 ‘혼인’과 ‘가족’의 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성의 평등, 헌법 제39조 제2항(병역의 이행으로 인한 불이익 부과금지).

게다가 상술한 것처럼 특별평등규정이나 공무담임권이나 교육을 받을 권리처럼 일부 기본권이 포함하고 있는 특별평등권적 측면도 제대로 활용되지 못하고 있다.

## (2) 평등권 일반에 적용되는 심사기준 결정공식의 한계

헌법재판소는 일반적 평등권은 물론 특별평등권에도 적용되는 포괄적인 심사기준 결정공식을 제시하였다. 그러나 특별한 차별표지의 사용을 금지하는 특별평등권 침해여부에 대해서 엄격한 심사기준이 적용된다는 것은 자명한 것이다. 즉 ‘헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있’음에도 그러한 차별표지를 사용하여 차별을 하거나 차별이 금지된 영역에서 차별을 하고 있다면, 그 법률은 위헌이라는 강력한 추정을 받는다고 보아야 한다. 독일 연방헌법재판소의 평등심사기준 결정공식들도 일반적 평등권에 관한 것이지, 특별평등권을 포함한 모든 평등권의 심사기준 결정공식이 아니다. 미국 연방대법원이 엄격심사기준의 적용요건인 “의심스러운 차별”의 존재도 특별평등권을 별도로 보장하지 않고 있는 미국 헌법에서 일반적 평등권의 심사기준을 강화하는 인자로 제시된 것이다. 그러므로 헌법재판소의 평등심사공식 중 특별평등권과 관련된 부분은 당연한 것을 확인하고 있는 것에 불과한 것이다.

더욱이 헌법재판소의 공식은 특별평등권 자체만을 심사기준 강화인자로 봤지, 심사기준을 강화를 정당화할 수 있는 유사한 인자, 즉 헌법이 특별히 사용을 금지한

<sup>98)</sup> 헌법 제11조 제1항 제2문이 특별 평등규정인지에 대해서는 논란이 있다. 학설의 현황에 대해서는 김진욱, 헌법의 평등의 이념과 심사기준(상), 81.

차별표지와 유사한 차별표지들을 반영하는 데 실패했다. 그 결과 ‘성적 지향’, ‘언어’, ‘고향’, ‘혈통’, ‘가문’, ‘피부색’, ‘인종’, ‘정치적 신조’, ‘성적 지향’ 등과 같이 우리 헌법에서 명시적으로 사용이 금지된 차별표지 못지않게 심각한 소수자 차별을 유발할 수 있는 차별표지들에 의한 차별에 자의통제를 하도록 하는 부작용을 초래했다.

이는 형사소송법상의 규정에 의하여 그 직계존속 및 배우자의 직계존속에 대한 고소권을 박탈당한 ‘비속’을,<sup>99)</sup> 민법부칙규정에 의하여 법정상속권자에서 제외된 ‘계자’를,<sup>100)</sup> 균형법상의 계간죄 사건에서 ‘남성 동성애자’를<sup>101)</sup> 모두 특별히 평등하게 취급하도록 규정한 헌법규정이 없다는 이유로 자의금지공식을 적용하여 해당 법규정의 합헌성을 인증해 주는 결과를 초래하고 말았다. 중혼의 취소청구권자에 직계비속을 배제한 민법규정에 대해서만 위헌성이 확인되었는데, 이 사건에서도 심사기준으로는 자의금지공식이 적용되었다.<sup>102)</sup>

### (3) ‘차별로 인한 다른 기본권에 제한의 중대성’이라는 인자의 무력화

일반적 평등권의 규범력을 강화할 것으로 기대되었던 ‘차별로 인한 다른 기본권 제한의 중대성’이라는 인자는 실무를 통해 사실상 무력화되었다. 이 인자를 다른 기본권에 대한 ‘회복할 수 없거나 극복할 수 없는 제한’이 존재해야 하는 것으로 새기는 판례<sup>103)</sup>까지 등장했다. 차별로 인한 제한이 중대한지를 둘러싸고 재판부 내의 견해가 갈라지는 경우가 드물지 않은데,<sup>104)</sup> 합헌론을 뒷받침하기 위해 제한의 중대성을 애써 부정하는 경향이 확인된다. 이렇다 할 논증도 없이 제한의 중대성을 단정적으로 부정하거나,<sup>105)</sup> 규율대상이 입법자의 광범위한 형성의 자유에 맡겨져 있다는

99) 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12, 18.

100) 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마1424, 판례집 21-2하, 618, 628; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바 89 등, 판례집 23-1상, 108, 120.

101) 헌재 2016. 7. 28. 2012헌바258, 판례집 28-2상, 1, 13; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178, 190.

102) 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 판례집 22-2상, 113, 117.

103) 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451, 판례집 23-1하, 237, 247.

104) 가령 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649, 판례집 29-2하, 537; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌가 42, 판례집 25-2상, 610; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276; 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌바73 등, 판례집 21-1하, 131 참조.

이유로 이 인자가 심사기준 강화를 요구하는지는 살펴보지도 않고 자의통제를 해야 한다고 하는 등<sup>106)</sup> 비례성심사를 피하기 위한 다양한 전략이 구사되고 있다. 결과적으로 시간이 흐를수록 이 인자에 의하여 비례성심사를 판례를 찾기 힘들 정도가 되었다.

#### (4) 자의금지공식의 왜곡 위험성

일반적 평등권의 심사기준이 분화되었음에도 이처럼 ‘차별로 인한 다른 기본권에 제한의 중대성’이라는 인자가 미미한 역할을 함에 따라 평등심사는 사실상 자의금지공식의 독무대가 되고 있다고 해도 과언이 아니다. 그에 따라 자의금지공식에 의해서만 평등심사를 할 때의 부작용을 피하기 어렵게 된다. 즉 사리에 맞는 결론을 도출하기 위하여 자의금지공식을 프로크로테스의 침대처럼 신축성 있는 잣대로 만듦으로써, 다시 말하면 자의성심사의 외피 속에서 ‘은폐된 비례성심사’를 함으로써 자의금지공식의 윤곽을 매우 흐리게 만들 가능성이 크다.

헌법재판소는 실제로 자의금지를 공식 그대로 적용하기보다는 사건유형 및 규율 영역에 따라 그리고 관련 이익들의 비중에 따라 그 크기가 달라지는 입법형성권의 크기에 맞추어 자의공식을 탄력적으로 운영하고 있다.<sup>107)</sup> 헌법재판소가 가령 정치영역에서 자의금지심사를 하면서도 적지 아니한 사건에서 평등권침해를 확인하여 온 것이 그와 같은 자의금지공식의 변용을 보여주는 것이라고 본다. 즉 범공동체 평균인의 상식 내지 법감정에 맞지 않는 결과를 피하려 “정의사상에 정향된 고찰방식”<sup>108)</sup>을 통해 자의금지공식에 탄력성을 부여하고 있는 것이다. 자의금지심사가 이루어졌음에도 위헌 취지의 결정이 내려진 사건들<sup>109)</sup> 중 그 차별을 정당화할 수 있

105) 가령 헌재 2009. 12. 29. 2008헌바139, 판례집 21-2하, 800, 813; 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마1424, 판례집 21-2하, 618, 628.

106) 가령 헌재 2009. 12. 29. 2007헌마1412, 판례집 21-2하, 846, 859-860.

107) 독일판례에 대하여 동일한 취지의 비판을 가하는 K. Hesse(계희열 역), 통일독일헌법원론, 2001, 단락번호 440 및 주 91.

108) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 62-64; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 232 등 참조. 이러한 판례의 이론적 기초는 이미 G. Leibholz, Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 72)가 주장한 명제, ‘자의는 정의의 대립적 상관개념’이라는 명제에 있다고 볼 수 있다.

109) 최근 판례로는 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가14 - 보훈대상자의 부모에 대한 유족보상금 수급권에 대한 연장자 우선의 원칙; 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649 - 검정고시 출신자

는 임의의 합리적 근거가 하나도 없음이 명백한 사건이 몇이나 될 것인지는 의문이 아닐 수 없다.

## 2) 자유권심사척도와 평등심사척도의 이원화의 부작용

차별로 자유권에 제한이 가해지는 경우 자유권심사에는 제한의 정도와 무관하게 과잉금지원칙에 따른 심사를 통해 입법자의 입법형성권 행사에 대한 통제를 가하고 관련 기본권의 종류, 그에 대한 제한의 강도, 규율대상의 특성 등에 비추어 그 통제 의 강도(명백성통제, 상대적 타당성통제, 내용에 대한 치밀한 통제)를 단계화한다.<sup>110)</sup> 그에 따라 자유권심사에서는 사건의 특성과 유형에 따라 통제강도가 달라지는 과잉금지라는 통일적인 연동적 심사척도가 적용된다. 이에 비하여 평등심사에는 엄격한 심사인 비례성심사 아니면 완화된 심사인 자의금지심사라는 양극적 심사척도가 형성되고 있다. 평등심사실무에서 자의금지공식에 극심한 하중이 쏠리는 반면 비례성심사기준은 미미한 역할만 부여받고 있지만 말이다.

우리와는 달리 독일은 상술한 것처럼 평등심사척도도 비례의 원칙에 정향된 연동적 심사척도로 전환함으로써 자유권심사와 평등심사를 모두 연동적 심사척도로 일원화하였다. 미국에서도<sup>111)</sup> 자유권심사와 평등권심사 모두 합리성심사기준, 중간단계의 심사기준, 엄격심사기준으로 구성되는 일원화된 심사체계가 형성되었음은 주지의 사실이다.

이처럼 이원화된 기본권심사척도는 사건의 특성에 맞는 적확하고 효율적 심사를 방해할 수 있다. 특정 집단의 자유에 대해서만 제한이 가해진 사건에서 기본권심사는 평등권을 중심으로 진행하는 것이 사건의 특성에 부합하고 효율적인 경우가 많다. 그러나 현재의 실무처럼 극히 이례적인 경우가 아니면 자의금지공식으로 평등심사를 한다면, 자유권 중심의 심사를 수행하도록 강요받게 된다. 명실상부한 자의통제는 사실상 무통제에 가깝기 때문이다. 실제로 단일의 연동적 심사척도로 전환한

---

수시모집 지원 제한.

110) 이에 대하여 상세한 것은 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰, - 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로 -, 공법연구 제30집 제1호(2001.12), 234 이하 참조.

111) 이에 대해서 상세한 것은 정태호, 미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교, 헌법실무연구 제2권(2001), 463 이하 참조.

독일 연방헌법재판소는 법률에 의한 차별이 자유권의 행사에 불리한 작용을 하는 경우 양자를 결합하여 심사하거나,<sup>112)</sup> 평등권을 중심으로 비례적 심사를 하고 그 위헌성이 확인되면 자유권심사에는 굳이 들어가지 않고 미결로 남겨두거나<sup>113)</sup> 평등심사에서 검토한 것과 마찬가지로 이유로 자유권도 침해되지 않았음을 결정의 이유에서 밝히는<sup>114)</sup> 등의 방식으로 평등권 중심으로 기본권심사를 수행하는 경우가 적지 않다.<sup>115)</sup> 우리 헌법재판소도 비례의 원칙에 의한 평등심사를 한 경우는 평등심사가 기본권심사의 중점을 형성하거나<sup>116)</sup> 평등심사를 우선적으로 진행시킨<sup>117)</sup> 적이 있으나, 자의심사를 하는 경우는 평등권이 심사의 중점을 형성한 사례를 찾기 어렵다.

## 2. 대안으로서의 독일식 단일의 연동적 평등심사척도

이상에서 살펴본 것처럼 자유권심사에서 연동적 심사척도를 고수하는 한, 기본권 심사 전체의 적확성과 효율성을 제고하기 위해서도 평등심사척도를 차별의 종류, 정도 및 의미에 비례하는 정당화근거를 요구하는 단일의 연동적 심사척도로 전환해야 한다고 본다.<sup>118)</sup>

이 전환작업에 가치 있는 모델을 제공할 수 있는 것은 장기간에 걸쳐 이 길을 개척해 온 독일 연방헌법재판소의 평등심사척도라고 본다. 독일의 무단계 공식은 우리 헌법재판소의 현 공식처럼 간결하지는 않지만, 그 실용성이 의문시될 만큼 복잡한 것도 아니다. 또 독일의 공식은 입법자에 대한 평등규정의 구속력을 평가하는 기준

112) 가령 BVerfGE 116, 243, 259 ff. - 제4차 성전환자 결정; BVerfGE 130, 131, 143 ff. - 함부르크 수동적 흡연자 보호법.

113) 가령 BVerfGE 88, 87, 101 - 제2차 성전환자 결정; BVerfGE 126, 268, 284 - 주택 내의 작업실; BVerfGE 126, 400, 431 - 신고한 동성혼에 대한 상속세법 및 증여세법상의 차별.

114) 가령 BVerfGE 85, 238, 247.

115) 이와 같은 판례의 경향을 확인하면서 그에 대하여 비판을 가하고 있는 L. Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichsätze, JuS 2001, S. 152 f.

116) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600.

117) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112 등, 판례집 20-2하, 1, 59-60; 헌재 1999. 12. 23. 98헌마 363, 판례집 11-2, 770 .

118) 출발점은 다르지만 평등심사에서도 연동적 심사체계에 도달하고 있는 김해원, 일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도, 217-218; 다소 모호하긴 하지만 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 32-33 참조.



이 되는 인자들을 세분하고 또 사례군 형성을 통해서 이 인자들을 가동함으로써 예측가능성을 제고하고 있다고 본다. 독일의 무단계 공식은 어떤 규율에 대한 평등심사기준을 각 규율대상의 본질, 성질, 특성만 가지고 결정할 때 발생할 수 있는 비합리성을 줄여줄 수 있다. 그와 같은 막연한 기준이 아니라 일반화가 가능한 보다 구체적인 인자들에 의하여 상대적으로 엄격한 심사를 받게 되는 범영역과 문제군을 식별하고 있기 때문이다.

#### IV. 단일의 연동적 심사척도에 의한 평등심사의 구조

헌법이 특별히 차별을 금지하고 있거나 차별을 금지하는 영역을 명시하고 있는 경우는 당연히 엄격한 심사기준인 비례성심사가 적용된다. 그러므로 특별평등권의 심사기준은 일반적 평등권의 심사기준과 분리하는 것이 합리적이다.

일반적 평등권의 심사기준인 자의금지와 비례성심사는 모두 단일의 연동적 심사척도 위에 있다. 일반적 평등권의 적용영역에서 확인된 차별의 헌법적 정당성을 독일식 무단계 연동식 평등심사척도를 적용하여 심사할 때 제1관문은 구체적인 사건에서 적용될 심사기준을 결정하는 것이다. 연동적 심사척도 위에서 심사기준의 좌표는 추상적·일반적으로 결정되는 것이 아니라 규율대상과 차별표지에 의하여 사건 별로 구체적으로 결정된다.

##### 1. 평등심사기준 결정 인자

독일 판례가 발전시켜 온 사례군에 의하면 다음과 같은 인자가 해당하는 경우에는 차별의 정당화요건이 강화된다. (1) 관련 개인이 법률의 차별적 효과를 좌우할 수 있는 정도, (2) 법률이 사용하고 있는 차별표지가 특별평등권에 의해 금지된 차별표지에 근접하는 정도, (3) 차별로 인한 자유권을 비롯한 다른 기본권을 제약하는 정도, (4) 차별의 강도가 심사기준을 결정하는 인자로 제시되고 있다. 이 네 가지는 각기 독자적으로 평등심사기준을 강화하는 근거가 된다.<sup>119)</sup>

<sup>119)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 268.

이하에서는 4가지 인자에 대해 독일의 판례와 해석론을 참고하여 설명하면서 우리 헌법의 특수성 때문에 수정이 필요한 인자에 대해서는 대안을 제시해 본다.

### 1) 관련 개인이 법률의 차별적 효과를 좌우할 수 있는 정도

심사기준은 개인이 법률의 차별표지의 실현을 좌우할 수 있는 정도, 따라서 그가 주어진 선택의 가능성을 활용하여 차별표지의 실현에 영향을 미칠 수 있는 정도가 작을수록 강화된다. 차별표지의 실현을 좌우할 수 있는 정도는 차별로 혜택을 받는 개인이 아니라 차별로 불이익을 받게 될 개인의 관점에서 판단되어야 한다.<sup>120)</sup> 차별을 피하기 위한 행태의 변경을 관련 개인에게 기대할 수 있는지도 고려되어야 함은 물론이다.<sup>121)</sup>

차별효과의 영향을 받는 개인이 행태를 바꾸어서 법률이 사용하고 있는 차별표지의 실현을 배제하는 등 그 실현에 영향을 미칠 수 있다면, 평등심사에 적용되는 심사적도는 자의금지이며, 따라서 통제강도도 명백성통제로 국한된다.<sup>122)</sup> 그러나 개인이 자신의 행태를 조절하여 차별표지 실현에 영향을 미칠 수 없다면, 엄격한 비례성심사기준을 적용하게 된다.

### 2) 법률이 사용하고 있는 차별표지가 특별평등권에 의해 금지된 차별표지에 근접하는 정도

평등심사기준은 차별이 의거하는 차별표지가 특별평등규정에서 사용이 금지된 차별표지와 유사할수록 강화된다. 특정한 표지를 차별표지로 사용하는 것을 원칙적으로 금지하고 있는 특별평등권의 구속력은 일반적 평등권의 구속력보다 크다. 특별평

<sup>120)</sup> BVerfGE 138, 136 (185).

<sup>121)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 144.

<sup>122)</sup> 가령 BVerfGE 133, 1 - 경쟁제한방지법(GWB) 제81조 제4항 전단에 의해 공정거래위원회가 과태료를 부과한 경우 법인이나 단체에는 과태료 납부 기한 경과 시에 자연이자를 부과하는 반면, 자연인에게는 자연이자를 부과하지 않는 것은, 개인의 소송 수행에 상당한 부담을 안게 되는 데 비해 법인이나 단체는 대리인을 통해 소를 수행하기 때문에 소송 수행에 따른 부담이 크지 않고 또 승소가능성도 없는 소송을 통해 보통 고액의 과태료 납부 시기를 늦추면서 이자 상당 소득을 올리려고 하는 시도를 할 가능성이 높다는 이유로 그와 같은 차별이 자의적이지 않다고 판단하였다.

등규정은 일반적 평등규정의 해석에 파급효를 미친다.<sup>123)</sup> 독일 기본법 제3조 제3항은 개인의 인격적 정체성에 영향을 미치는 다수의 인적 표지들(성별, 혈통, 인종, 언어, 출신지, 문벌, 신앙, 종교적, 정치적 견해, 장애)을 열거하면서 이를 차별의 표지로 사용하는 것을 금지하고 있다. 이와 같은 차별표지에 근접하는 것으로는 피부색, 유전적 특징, 소수민족 출신, 재산, 나이, 성적 지향, 국적 등이 거론되고 있다.<sup>124)</sup> 독일 연방헌법재판소의 판례가 엄격한 심사를 요한다고 본 인적 차별표지로는 연령 기준,<sup>125)</sup> 국적,<sup>126)</sup> 혼인여부,<sup>127)</sup> 성적 지향,<sup>128)</sup> 신고한 인생동반자관계(동성혼)<sup>129)</sup> 등이 있다.

문제는 우리 헌법에는 독일 기본법 제3조 제3항처럼 사용이 원칙적으로 금지된 다수의 차별표지를 열거하는 특별평등규정이 없다는 것이다. 상술한 것처럼 성별, 종교, 사회적 신분과 같은 차별표지에 의한 차별을 금지하고 있는 헌법 제11조 제1항 제2문이 특별평등규정인지에 대해서도 합의가 형성되어 있지 않으며, 판례의 태도 또한 상술한 것처럼 불투명한 실정이다.

어쨌든 기본법 제3조 제3항의 차별표지들 및 그것과 유사한 차별표지들로 거론되는 것은 개인의 인격을 형성하는 요소들과 관련되어 있고, 개인들이 그에 의한 차별을 피하는 것이 불가능하거나 심히 어려우며 또 거의 모두 소수자의 차별을 초래할 위험이 있는 차별표지들이다. 그러므로 헌법에 명시적인 규정의 존부와 무관하게 그러한 차별표지들에 의한 차별의 정당화요건을 강화하는 것은 정당화된다고 본다. 그러므로 이 인자를 ‘법률이 사용된 차별표지가 소수자의 차별을 초래할 위험의 정도’로 대체할 것을 제안한다.

### 3) 차별로 인한 자유권 제약의 정도

평등심사기준은 차별이 기본권에 의해 보호되는 자유의 행사를 제약하는 정도가

123) P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 268 참조.

124) F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 145.

125) BVerfGE 88, 87 (97) - 성전환수술로 개명이 가능한 최저연령. 그 밖에도 NJW 2016, 3774 (3780)(BVerfG, 27.07.2016 - 1 BvR 371/11).

126) BVerfGE 130, 240 (255).

127) BVerfGE 91, 389 (401).

128) BVerfGE 131, 239 (256 f.); 132, 179 (189, 190).

129) 가령 BVerfGE 132, 179 (190).

클수록 강화된다. 이 인자는 자연인만이 아니라 법인의 기본권이 제한될 때<sup>130)</sup> 그리고 방어권만이 아니라 기본권의 객관적 가치로서의 측면에서 나오는 기능<sup>131)</sup>에 대해서도 해당된다.

자유권은 상대적 지위를 보호하는 일반적 평등권과는 달리 보호영역을 가지고 있기 때문에 구체적 내용을 갖고 있다. 자유권은 모든 관련 자유의 행사를 통해 타인과 차별화할 수 있는 권리를 보장하고 있으며 이 자유를 법률로 제한할 때 비례성을 충족하는 일반성을 띠는 척도를 요구한다. 따라서 자유권이 차별적 법률로 제한되는 경우 평등권의 입법에 대한 구속력이 강화한다. 그러므로 자유권을 제한하는 차별적 법률에 대해서는 엄격한 비례성심사기준이 적용되어야 한다.<sup>132)</sup>

그러나 이 인자에 의하여 심사기준을 결정할 때 신중함이 필요하다. 기본권에 의해 보호되는 자유에 영향을 미치지 않는 국가의 조치를 생각하기 어렵기 때문이다. 어떤 조치가 차별로 어떤 자유권에 부정적 영향을 미친다고 해서 반드시 심사기준의 강화를 낳는 것은 아니다.<sup>133)</sup> 특히 차별로 일반적 행동의 자유만 제한되는 경우는 그 포괄적 보호영역에 비추어 볼 때 자유권에 대한 제한이 심각한 것으로 보기 어렵기 때문이다.<sup>134)</sup>

문제는 우리 헌법이 독일 기본법과는 달리 다수의 사회적 기본권이나 청구권적 기본권들도 보장하고 있다는 것이다. 그러므로 이 인자를 우리 헌법에 맞게 ‘차별로 다른 기본권에 대한 제약을 가하는 정도’로 수정할 필요가 있는지를 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 사회적 기본권이나 청구권적 기본권들은 그 자체로서 행사될 수 없고 그 행사를 위해서는 형성입법을 필요로 하기 때문에 관련 차별은 그러한 기본권을 실현하거나 형성하는 법률에 의해 이뤄질 수 있을 뿐이라는 이유로 자유권만이 차별로 제한될 수 있는 기본권이라고 보면,<sup>135)</sup> 이 인자를 수정할 필요가 없게 된다. 그러한 차별적 형성법률에 대한 평등심사기준은 다른 결정인자들에 의해

<sup>130)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 146; BVerfG, DStR 2017, 1094, 1100.

<sup>131)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 147. 기본권보호의무와 관련하여 BVerfGE 112, 74 (87).

<sup>132)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 268.

<sup>133)</sup> G. Britz, NJW 2014, 346 (350).

<sup>134)</sup> Kempny/Reimer, JuS 2020, 216 (217) 참조.

<sup>135)</sup> 한수웅, 앞의 글, 315, 331.

결정되게 된다. 따라서 이와 같은 기본권들의 형성과 관련하여 입법자에게 폭넓은 형성권이 부여된다고 해서 관련 형성법률에 의한 차별에 대해서 항상 자의성심사만 행해져야 하는 것은 아니다.<sup>136)</sup>

#### 4) 차별의 각별한 강도

이 인자는 보통 다른 세 가지 인자가 해당되지 않는 경우 보충적으로 적용된다.<sup>137)</sup> 이 인자는 평등심사의 밀도와 강도를 법률에 의하여 이뤄진 차별 강도, 입법자가 규율대상에서 내린 기본적 결정에서 벗어나는 정도, 비교집단 사이의 차별강도에 결부시키는 것이다.<sup>138)</sup>

## 2. 심사기준의 결정

구체적 사건에서 상술한 4가지 인자가 어떤 의미를 갖는지의 문제를 판단하는 것은 대다수 사건에서 평가를 거쳐 내려질 수밖에 없다. 4가지 인자들이 모두 같은 방향을 가리키지 않는다면, 심사기준은 종합적인 형량을 거쳐서 확정해야 한다.<sup>139)</sup>

유의할 것은 차별의 영역, 즉 침익행정과 급부행정 영역의 구분은 심사기준 확정에 결정적 의미를 갖지 않는다는 점이다. 수혜적 규율에서의 차별이 부담부과적 규율에서의 차별보다 상대적으로 헌법적으로 정당화되기 쉽기는 하겠지만, 급부행정에서의 차별이 일반적으로 심사기준을 낮추는 것은 아니며 위의 인자들의 영향에 따라서는 심사기준의 강화될 수도 있다.<sup>140)</sup>

<sup>136)</sup> 바이에른 양육수당 사건에서 비례성심사를 하고 있는 BVerfGE 130, 240 (254). 이에 대해서는 또한 정태호, 사회보험수급권의 침해여부의 심사기준에 관한 헌법재판소 판례의 평가와 보완, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집 『헌법재판의 새로운 지평』, 2013, 350 이하 참조; 그러나 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 38은 사회적 기본권과 관련된 차별에 대해서는 자의금지공식을 적용하여야 한다고 본다.

<sup>137)</sup> Kempny/Lämmle, JuS 2020, 215 (217) 참조.

<sup>138)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 268.

<sup>139)</sup> Kempny/Lämmle, JuS 2020, 215 (217).

<sup>140)</sup> 양육수당의 지급에서 외국인을 차별하는 바이에른주의 관련 법적 규율이 기본법 제6조에 의해 보장되는 외국인에게도 보장되는 친권에 부정적으로 영향을 미치고, 국적은 기본법 제3조 제3항의 표지들처럼 개인이 좌우할 수 있는 표지가 아니라는 이유로 자의금지를 상회하는 통제를 하는 BVerfGE 130, 240 (254) 참조. F. Wollenschläger, in: Mangoldt/

또한 입법자에게 부여되는 예측·평가의 여지의 크기는 명백성통제에서 내용통제에 이르는 단계화된 통제의 밀도를 규정한다.<sup>141)</sup> 독일 판례에서는 규율대상이 복잡하거나, 기존 규율을 개혁할 때 필요한 경과규율, 입법자가 예측을 요하는 복잡한 결정을 요하는 규율, 노동·경제·사회생활의 변화에 맞게 부단히 개정이 이뤄져야 하는 사회법, 공무원급여법, 국가재정의 건전성 회복을 위한 법률 등에서 입법자에게 폭넓은 형성의 여지가 인정되곤 하였다.<sup>142)</sup>

끝으로 위의 인자 중 어느 하나가 존재한다고 해서 기계적으로 가장 강도 높은 심사기준을 적용해서는 안 된다는 점이다. 심사기준을 결정할 때 관련된 기본권의 종류, 그에 대한 제약의 정도, 입법자에게 주어지는 예측의 여지의 크기 등을 종합적으로 고려해야 한다. 입법형성권을 존중하려면 심사기준을 강화하는 요인들을 소극적으로 해석하여야 하며 자의통제 이상의 강화된 심사기준을 적용하는 경우 그 이유를 논증해야 한다.

### 1) 자의통제

4가지 인자가 구체적 사건에서 갖는 의미를 평가한 결과가 완화된 심사기준인 자의금지를 적용을 요구한다면, 헌법재판소의 평등심사는 법률의 차별적 규율이 “자의적”인 것으로 볼 수 있는지의 판단에 국한되어야 한다. 입법의 ‘자의성’은 법률의 차별적 규율을 뒷받침하는 합리적 근거, 즉 사물의 본성에서 나오는 근거나 그 밖의 합리성을 띠는 근거를 찾을 수 없을 때 인정된다. 그러므로 일반적 평등권의 법적 규율에 대한 기본적인 요구는 규율영역의 특수성을 반영할 것, 현실에 적합할 것,

Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 150도 참조.

<sup>141)</sup> 그에 따르면 자의금지가 적용되는 경우 차별의 비합리성이 명백하다는 것이 확인될 때만 평등권침해가 확인될 수 있지만, 인적 집단에 대한 차별의 경우나 차별이 기본권행사에 대한 부정적 영향을 미치는 경우 그 차별을 뒷받침하는 근거가 불평등한 법적 효과를 정당화시킬 수 있는 종류이며 또 그러한 비중이 있는 것인지를 심사한다고 한다. 이와 같은 통제밀도 단계화의 근거에는 입법자가 입법의 토대가 되는 사실관계(Sachverhalt)나 제정될 법률적 규율이 미치게 될 효과의 판단과 관련하여 어느 정도 범위에서 예측의 우선권을 갖는지의 문제에 대해서도 의미가 있다. 입법자의 그와 같은 예측에 대한 심사에 대해 단순한 명백성통제에서 엄격한 내용적 통제에 이르는 단계화된 통제밀도가 적용된다는 것이다. 이 밀도를 확정할 때 입법사실, 관련된 법익들의 의미, 입법자가 입법 당시에 충분히 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성 등을 고려해야 한다고 한다(BVerfGE 88, 87 [96 f.]).

<sup>142)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 152.

사리에 부합될 것이며, 절대로 자의성을 띠어서는 안 된다는 것이다. 자의금지는 “명백히 일반화될 수 없는 불법을 방어하기 위한 보충적”인 통제기준이다.<sup>143)</sup> 자의 금지는 평등심사의 출발점이기는 하지만 엄격한 통제기준인 비례성심사가 행해져야 하는 사건에서는 후퇴한다.

## 2) 비례성통제

상술한 4가지 인자들을 구체적 사건에 적용해 본 종합적인 결과 엄격한 심사를 해야 한다는 결론에 도달하면 비례성심사는 원칙적으로 상술한 것처럼 4단계로 진행되어야 한다. 차별이 4가지 요건 중 어느 하나라도 충족하지 못하면 그 차별은 헌법적으로 정당화될 수 없으며, 따라서 일반적 평등권은 침해되는 것이다. 물론 이와 같은 심사구조는 아직 자유권심사구조처럼 확고하다고 볼 수는 없다.

## 3. 단일의 연동적 심사척도의 응용

여기서는 헌법재판소가 자의성심사를 통해 합헌성을 확인한 몇 가지 판례를 본고에서 제시하는 단일의 연동적 심사척도를 응용하여 비판적으로 분석해 보기로 한다.

### 1) 독립유공자의 사망 시기에 의한 그 손자녀의 보상금 수급자격 차별(헌재 2002. 1. 27. 2020헌마594)

헌법재판소는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1명은 별다른 제한 없이 보상금을 지급받을 수 있는 반면, 1945년 8월 15일 이후에 사망한 독립유공자의 손자녀는 법정의 특별한 사유에 해당하여야만 보상금을 지급받을 수 있도록 하는 「독립유공자에우에 관한 법률」 제12조 제2항 제2호(이하 ‘심판대상조항’)에 대해 제기된 헌법소원사건에서 ‘1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자는 희생의 정도가 큰 데 반해 독립유공자 본인은 물론 그 자녀들까지 보상금을 지급받지 못한 경우가 많다. 따라서 독립유공자의 사망 시기를 기준으로 손자녀에 대한 보상금의 요건을 달리 정한 것이 불합리한 차별을 야기한다고 보기는 어렵다. 또한 심판

<sup>143)</sup> P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 Rn 267.

대상조항 각목의 취지는 유족 간 형평을 고려하여 예외적으로 손자녀에게 보상금 지급의 기회를 열어주고자 하는 것으로서 합리적 이유가 있다<sup>144)</sup>는 이유로 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 우리 헌법재판소 판례의 심사기준 결정공식에서 심사기준을 강화하는 두 가지 인자 중 어느 것도 해당하지 않고 또 규율대상이 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 영역이라는 이유로 자의성심사를 하였다. 그러나 본고의 심사기준 결정공식에 의하면 비례성심사를 하여야 한다. 차별의 기준인 손자녀의 조부모인 독립유공자의 사망일은 차별을 받는 개인이 좌우할 수 없는 기준이며, 조부모인 독립유공자의 사망일에 따라 그 손자녀의 보상금 수급자격에 차이가 발생하여 차별의 정도도 크기 때문이다.

심판대상조항의 차별목적은 한정된 국가재정을 감안하는 가운데 독립유공자의 손자녀에 대한 합당한 예우를 통해 독립유공자와 그 유족의 생활 안정과 복지 향상을 도모하고 국민의 애국정신을 길러 민족정기를 선양하는 것이다(「독립유공자 등 예우에 관한 법률」 제1조).

차별의 근거는 1945년 8월 15일 이후에 사망한 독립유공자에 비해 희생의 정도가 큰 데 반해 독립유공자 본인은 물론 그 자녀들까지 보상금을 지급받지 못한 경우가 많은 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀에 대해서는 무조건적 보상을 할 필요가 있다는 것이다.

이 사건 차별목적의 헌법적 정당성이나 차별수단의 적합성은 부정할 수는 없을 것이지만, 차별수단은 필요성요건을 충족시키지 못한다고 본다. 독립유공자의 사망시점이 아니라 사망한 독립유공자의 유족이 보상금을 지급받은 적이 있는지를 기준으로 독립유공자 손자녀의 보상금 수급자격을 달리한다면, 차별의 정도는 적으면서도 같은 정도로 차별목적을 달성할 수 있을 것이기 때문이다. 해방 전 사망한 독립유공자와 그 유족은 사망의 원인을 불문하고 희생의 정도가 크다고 보는 것도 비상식적이다. 독립유공자들의 사망원인은 다양하고 그 인생에서 겪는 고난의 정도도 다분히 운명적 요소에 의해 결정되기 때문이다.

입법자가 독립유공자의 사망일을 차별의 기준으로 선택한 것은 법집행의 편의 내지 행정적 편의를 위한 것이라고 볼 수밖에 없다. 이러한 요인들을 입법시 고려할

144) 헌재 2022. 1. 27. 2020헌마594, 공보 304, 300 - 판례요지.



수 있지만, 그 전제는 그렇게 하지 않으면 현저한 행정적 어려움이 발생하고, 관련 개인에게 덜 부담을 주는 다른 대안을 통해서 대체하기 어려워야 한다는 것이다.<sup>145)</sup> 또 기준일을 설정할 수도 있지만, 기준일 설정이 필요하고 또 그 시점의 선택이 규율대상에 비추어 볼 때 적절한 적이어야 한다.<sup>146)</sup> 이 사건에서 해방전 사망한 독립유공자의 유족이 보상금을 수령한 적이 있는지를 조사하는 것은 어려운 일이 아닐 뿐 아니라(해방 후 사망한 독립유공자의 손자녀의 수급자격으로 이를 요구하고 있기도 하다), 그와 같은 방식의 기준일 선정이 필요하지도 규율대상의 특성에 비추어 볼 때 적절하지도 않았다.

협의를 비례성 요건도 충족하지 못한다고 보아야 한다. 이 사건 차별로 달성될 수 있는 차별목적의 정도(다소간의 행정비용 및 예산 절감)에 비하여 그로 인한 피해의 정도와 그 의미(설득력 없는 기준에 의한 독립유공자들의 손자녀들 사이의 심각한 차별)가 더 크다고 보아야 할 것이기 때문이다.

한편, 6·25전쟁에 참전하여 전투 중 전사하거나 부상당한 군경 중 ‘1953년 7월 27일 이전의 전투에서 전사한 군경’의 자녀는 다른 경우에 비하여 희생의 정도 및 사회·경제적인 어려움에 처했을 가능성이 더 크고 추가적인 보상의 필요성도 더 절실하다고 볼 수 있다는 이유로 6·25전몰군경자녀수당의 지급 대상자를 ‘해당 전투 기간 중 전사한 군경’의 자녀로 설정함으로써 ‘해당 전투기간 중 부상 후 사망한 군경’의 자녀를 차별하고 있는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률상의 규정에 대한 헌법소원에서도 헌법재판소는 자의성심사를 통해 문제의 규정이 청구인의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>147)</sup> 그러나 본고의 심사기준 결정공식에 따르면 이 사건도 위에서 검토한 2020헌마594 사건과 같은 이유로 비례성통제를 받아야 했고 그랬다면 심사의 결과도 달라졌을 것이다.

## 2) 독신자는 친양자 입양을 할 수 없도록 한 민법규정에 대한 합헌결정(헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42)

원칙적으로 ‘3년 이상 혼인 중인 부부’(이하 ‘부부’로 약칭)만이 친양자 입양을 할

<sup>145)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 156; BVerfGE 103, 225 (235) 참조.

<sup>146)</sup> F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 212 참조.

<sup>147)</sup> 헌재 2018. 11. 29. 2017헌마252, 판례집 30-2, 602.

수 있도록 규정하여 독신자는 친양자 입양을 할 수 없도록 하여 독신자를 차별하고 있는 민법 제908조의2 제1항 제1호(이하 ‘심판대상조항’으로 약칭)에 대한 위헌제청 사건에서 합헌취지의 법정의견은 자의성심사를 한 반면,<sup>148)</sup> 5인의 반대의견은 평등 심사기준 결정공식을 원용하면서 비례성심사를 하였다.

본고에서 제시된 공식에 따르면 이 사건에서도 비례성심사를 하여야 한다. 그 이유는 첫째, 심판대상조항이 차별로 독신자의 가족을 형성하고 생활할 수 있는 자유(헌법 제36조 제1항)를 제한할 뿐 아니라 그 제한의 정도나 의미가 가볍다고 할 수 없고, 둘째, ‘독신’은 개인의 인격적 삶의 형태를 규정하는 표지로서 소수자에 대한 차별을 초래할 위험이 있는 차별표지이며, 셋째, 설혹 비혼주의자들이 급증하는 사회에서 독신자를 소수자로 규정할 수 없다고 하더라도 독신자는 관련 개인이 심판대상조항에 의한 차별을 피하기 위해 쉽게 벗어날 수 있는 신분상태가 아니기 때문이다.

이 사건에 비례성심사기준이 적용된다면, 위헌취지의 반대의견<sup>149)</sup>이 주장하는 것과 같은 결론에 도달하게 될 것이다. 비례의 원칙의 하부요건을 모두 살피지 않더라도 양자에게 친생자와 같은 양육환경의 조성해 주려는 심판대상조항의 차별목적은 차별의 정도가 적은 절차법적인 대책, 즉 법원이 독신자의 경제적·사회적 능력, 정서적 안정성, 양육경험, 양친의 부재 또는 비상상황 시 양육을 대신할 사람의 존재 여부, 양자에게 맺어 줄 수 있는 친족관계의 범위 등 여러 가지 사정을 고려하여 친양자 입양 허가 여부를 결정하는 방법으로도 같은 정도로 달성할 수 있기 때문이다. 친양자를 입양한 부부도 입양 후 이혼, 사별 등의 이유로 독신자가 될 수도 있다는 점까지 고려하면 독신자의 친양자 입양자격을 획일적으로 배제하여 부부와 독신자를 차별하는 것의 정당성은 입법자의 선택은 설득력이 더욱 없다.

### 3) 소년보호사건에서 제1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 않는 소년법상의 규정(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마768)

소년법 제33조는 판결확정 전 구금일수가 모두 본형에 산입되는 형사사건 피고인과는 달리 소년보호사건에 있어 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에

<sup>148)</sup> 헌재 2018. 11. 29. 2017헌바252, 판례집 30-2, 602, 621.

<sup>149)</sup> 헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42, 판례집 25-2상, 610, 623 이하 참조.

의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니함으로써 평등권 등을 침해한다는 이유로 소년법 제33조에 대해 제기된 헌법소원사건<sup>150</sup>에서 법정의견은 자의성심사 끝에 평등권 침해를 인정하지 않은 반면, 4인의 반대의견은 같은 심사기준을 적용하여 반대의 결론에 도달하였다. 놀랍게도 법정의견은 물론 반대의견까지도 모두 이 사건에서 이 사건 차별로 신체의 자유에 대한 제한이 가해짐에도 불구하고 비례성심사기준의 적용을 외면하고 있다.

본고에서 제시된 심사기준 결정공식에 의하면 소년법 제33조에 의한 차별로 헌법소원청구인은 형사사건의 피고인과는 달리 소년원에 그만큼 더 오랜 기간 수용되어야 하고, 따라서 신체의 자유에 대한 중대한 제한을 받는 것이기 때문에 비례성심사가 적용되어야 했으며, 그랬다면 결론도 달라졌을 것이라 본다.

#### 4) 평가

위에서 검토한 몇 가지 사례는 헌법재판소가 입법자가 규율대상의 특성에 부합하지 않는 구분기준(구성요건)을 설정함으로써 심각한 부정의가 발생하고 있는 경우조차 만연히 입법자의 폭넓은 형성권에 기대 제대로 된 평등심사를 하지 않고 있음을 확인시켜 주고 있다. 그 결과 평등권의 효력은 약화되고, 그만큼 자유의 평등, 헌법 앞의 평등의 실현도 멀어지는 것이다. 이러한 흐름에 전기를 마련할 수 있는 것은 독일식 단일의 연동적 심사척도를 적용하는 것이라고 본다.

### V. 평등권을 약화하는 여타 논리

최근 헌법재판소의 평등권 관련 판례에서 주목해야 할 현상 중의 하나는 헌법재판소가 평등심사의 독자성을 인정하는 범위나 평등권의 타당범위를 축소하고 있다는 것이다.

첫째 방식은 평등권 문제가 자유권침해문제와 중복된다거나 차별로 평등권을 침해받았다는 주장은 결국 차별적 조치로 자유권이 침해되었다는 주장과 같은 것이라

<sup>150</sup> 헌재 2015. 12. 23. 2014헌마768, 판례집 27-2하, 693.

는 등의 논리로 평등심사는 하지 않고 자유권 심사만을 하는 것이다.

둘째 방식은 헌법적으로 정당화될 필요성이 있는 차별, 즉 ‘본질적으로 같다고 볼 수 있는 것에 대한 차별’의 범위를 좁히는 것이다. 이 방식은 명백한 경우에 사용하면 무의미한 평등심사를 피함으로써 기본권심사의 경제성을 높여준다. 그러나 본질적으로 같은 것에 대한 차별인지 여부가 불분명한 경우가 적지 않기 때문에 이 방식의 남용은 직접적으로는 평등권의 효력 범위를 축소하고, 간접적으로는 평등권에 의한 다른 기본권의 보호작용을 축소하게 될 위험이 있다.

이하에서는 두 가지 방식에 의한 평등심사의 배제 논리를 검토하면서 어떤 해석론적 문제점을 안고 있는지를 차례로 살펴본다.

## 1. 자유권침해주장과 평등침해주장의 중복된다는 일부 판례의 문제점

### 1) 판례의 중복논리

법학전문대학원<sup>151)</sup>이나 약학대학 입시<sup>152)</sup>에서의 헌법 제11조 제1항 제2문의 남녀 차별금지 위배여부의 심사가 자유권(직업의 자유)심사와 중복된다면서 사실상 평등 심사를 회피한 것은 문제가 아닐 수 없다. 헌법재판소는 평등심사가 자유권심사와 중복되기 때문에 자유권심사로 족하다는 것을 다음과 같이 논증하고 있다.

“이 사건 조정계획은 남성인 청구인에 대하여 국내 약학대학에 입학 가능한 총정원을 감소시켜 약사국가시험에 응시할 수 있는 자격을 얻기 위한 단계로의 진입을 규제한다(헌재 2013. 5. 30. 2009헌마514 참조). 그 결과 이 사건 조정계획은 청구인이 약학대학에 입학하여 중국적으로 약사국가시험에 응시할 수 있는 기회를 제한하게 되므로, 이 사건 조정계획으로 인하여 약사를 직업으로 선택하고자 하는 청구인의 직업선택의 자유가 침해되었는지 여부가 이 사건의 쟁점이다. 청구인은 평등권 침해도 주장하고 있으나, 이는 이 사건 조정계획으로 인하여 여자대학의 약학대학에 정원이 배정됨으로써 남성이 여성에 비하여 전체 약학대학에 입학할 가능성이 줄고 그만큼 약사가 될 가능성도 낮아진다는 것이어서, 이에 대한 판단은 청구인의 직업선택의 자유가 침해되는지 여부에 대한 판단과 중복된다(헌재

151) 헌재 2013. 5. 30. 2009헌마514, 판례집 25-1, 337.

152) 헌재 2020. 7. 16. 2018헌마566, 판례집 32-2, 57, 60-61.

2013. 5. 30. 2009헌마514 참조). 따라서 이 사건 조정계획이 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해하였는지 여부를 중심으로 판단하기로 한다.”

약사가 되기 위해 약대에 입학하려는 남학생들이 다투는 것은, 여학생만이 지원할 수 있는 약대들에 입학정원을 배정함으로써 자신들의 약학대학 입학 가능성이 줄어들다는 것만이 아니라 남성이라는 이유로 여성에 대하여 정당한 근거 없이 차별받고 있다는 것이다. 헌법재판소는 남학생의 두 가지 주장을 섞어 마치 여대 약대 입학정원의 배정으로 남성의 약대 입학기회의 총량이 줄어 직업선택의 자유가 침해된다는 식의 주장을 하는 것으로 남학생들의 주장을 재구성하여 남성의 약대입학기회 감소가 과도하지 않고, 따라서 그들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다는 판단을 내렸다. 그에 따라 여학생만이 입학이 가능한 여대 약대에 입학정원을 배정하는 방식의 실질적 할당제를 통해 여학생에 비해 동등 이상의 약대수학능력을 가진 남학생을 차별하는 것이 헌법적으로 정당화되는지에 대한 답은 사실상 하지 않았다.<sup>153)</sup> 이와 관련해서는 약대 입학과 관련하여 여학생을 실질적 할당제를 통해 우대하는 것을 뒷받침할 수 있는 특별한 정당화사유가 존재하는지를 판단했어야 했다. 그래야 소수라 할지라도 역차별로 약대 입시에서 탈락하게 되는 남학생들이 감수해야 할 희생의 크기와 의미가 제대로 평가될 수 있기 때문이다. 이 문제에서 남학생 전체가 직면하는 약대 입학기회 총량이 감소하는 양의 다과는 핵심이 아니었다. 직업선택의 자유는 개인의 기본권이 아닌 집단의 기본권이 아니기 때문이다. 여기서 자유권에 흡수되지 않는 평등권의 고유한 자유 보호작용을 확인할 수 있다.

15세 이상 34세 이하인 사람에게 공공기관 취업시 혜택을 줌으로써 수혜대상에서 제외되지 않는 사람들의 직업선택의 자유와 평등권을 제한하는 청년고용할당제사건<sup>154)</sup>에서도 유사한 방식의 논증이 확인된다. 즉 법정의견은 다음과 같은 이유로 독

153) 헌법재판소가 여대 약대 입학정원이 직업선택의 자유를 침해하지 않는 근거로서 제시하고 있는 근거인 여자대학이 아닌 다른 약학대학의 경우에도 재적학생 중 여학생의 비율이 평균적으로 50%에 달한다는 사정이나, 편입학 과정에서 각 약학대학별로 중시되는 선발요소가 다르고 약학대학 편입학은 중복지원이 불가능하여 수도권 출신 남성은 여자대학 약학대학이나 지방인재 특별전형에 지원한 사람과 경쟁하지 않는다는 사정이 남성지원자에 대한 역차별을 정당화할 수 있는 논거인지 의문이 아닐 수 없다.

154) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2상, 429.

립적인 평등심사를 하지 않았다. “이와 같이 입법자가 일정한 집단에게 혜택을 줌으로써 여기에 포함되지 않는 집단이 제한받는 직업선택의 문제와 불평등 처우의 문제는 서로 밀접하게 결합되어 있으므로, 직업선택의 자유에 대한 제한 문제와 차별 취급의 정당성은 함께 심사하는 것이 타당하다.”<sup>155)</sup> 여기서는 평등문제를 배제하는 것이 아니라 자유제한의 정당성문제와 함께 심사한다고 한다. 이 사건에서도 이 정도로 불이익을 받는 35세 이상의 사람이 통계적으로 소수에 불과하고,<sup>156)</sup> 따라서 직업선택의 자유에 대한 제한이 실제로 크지 않다는 점만을 누누이 강조할 뿐이다. 청년할당제로 불이익을 받는 이들이 소수라 할지라도 할당제의 혜택을 받는 청년과 동등 이상의 직업적 능력을 갖추고 또 청년보다 더 절박한 상황에 처해 있을 수도 있는 35세 이상의 사람들 개개인이 받게 될 역차별로 인한 피해의 비중과 의미는 제대로 검토되지도 평가받지도 못하고 있다.

## 2) 평등권에 의한 기본권 보호의 독자성과 그 한계

평등권은 상술한 것처럼 자유권을 비롯한 기본권에 대한 독자적인 보호작용을 한다. 평등심사의 척도가 엄밀할수록 그 보호작용이 커짐은 물론이다. 어떤 법률이 합헌적으로 자유권을 제한하더라도 특정 집단만이 해당 자유권에 의해 보호되는 자유를 제한받고 있다면, 이와 같은 법률적 차별은 별도의 헌법적 정당화요건을 충족하여야 한다. 즉 그 차별의 비중 및 의미에 상당하는 합리적 사유에 의해 정당화될 수 있어야 한다. 그렇지 않으면 그 법률은 해당 집단의 평등권을 침해하는 것이다.<sup>157)</sup> 차별은 자유권만을 따로 떼어놓고 심사할 때는 눈에 잘 띄지 않는 자유에 대한 제한을 드러낼 수 있다. 자유 제한이 소수의 개인만을 차별하는 조치에 기인할 수 있기 때문이다.<sup>158)</sup>

<sup>155)</sup> 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2상, 429, 435.

<sup>156)</sup> 그런 사람이 소수라면 청년할당제의 공익증대효과도 미소하다는 것을 의미한다는 점에서 “청년할당제가 시행됨으로써 청년실업률이 조금이라도 호전된다면 그로 인하여 얻게 되는 사회 안정 등 공익적 효과는 상대적으로 크다”는 법정의견의 평가는 설득력을 잃는 것이다.

<sup>157)</sup> 가령 BVerfGE 130, 240 (254) - 외국인에게는 자녀양육수당을 지급하지 않아 내외국인 모두의 친권을 기본권으로 보장하는 기본법 제6조의 가족생활의 자유를 침해하지는 않지만 친권의 보호 및 장려 기능에 타격을 가하는 바이에른 양육수당법; BVerfG, NJW 2013, 847 Rn 73 - 동성혼관계에 있는 쌍 중 일방에게 승계입양권을 인정하지 않는 법률적 규율.

<sup>158)</sup> G. Britz, NJW 2014, 346 (350). 그녀는 신고를 마친 동성혼관계에 있는 자들에게 승계

물론 평등권에 의한 자유 보호는 자유권에 의한 보호와는 달리 다른 집단과의 비교를 통하여 확인되는 상대적인 법적 지위일 뿐이다. 가령 평등권을 침해하는 혜택의 배제는 차별적으로 부여된 혜택을 모든 사람에게 박탈하면 제거된다. 그러나 자유권에 의해 보호되는 권능을 특정 집단에는 인정하지 않음으로써 해당 집단에 속하는 개인들의 자유권을 직접 침해할 경우는 모든 사람에게 해당 권능을 박탈하는 방식으로 자유권을 회복할 수 없다. 평등권에 의한 자유권 보호는 이처럼 취약하다.<sup>159)</sup> 이것이 자유권심사를 원칙적으로 평등심사보다 먼저 해야 하는 이유이다. 어떤 규율로 자유권이 침해되었음이 확인된다면<sup>160)</sup> 같은 규율이 평등권도 침해하는지의 물음에 대한 답까지 꼭 해야 하는 것은 아니다. 그렇게 한다고 해서 해당 개인의 법적 지위가 강화된다고 할 수 없기 때문이다. 반면에 평등권을 침해하는 규율이 자유권도 직접 침해하는지의 문제를 미결로 남겨서는 안 된다. 평등권을 침해당한 개인들은 자유권에 의해 부여되는 절대적 법적 지위도 박탈당했을 수도 있으며 입법자는 평등권침해를 문제의 혜택을 모두에게 제거함으로써 평등권침해를 제거할 수 있을 것이기 때문이다.<sup>161)</sup>

평등권은 이처럼 자유권을 상대적으로 보호하며, 그러한 범위에서 자유권에 의한 보호에 대하여 보충적이긴 하지만 독자적인 보호 작용을 한다. 이러한 명제는 다른 기본권<sup>162)</sup>에 대해서도 준용될 수 있음은 물론이다.

---

입양을 인정하지 않을 경우, 아동의 인격발현에 본질적 의미가 있는 기본권이 타격을 받는다는 것을 골자로 하는 BVerfG, NJW 2013, 847 Rn 73을 인용하고 있다.

<sup>159)</sup> 유사한 취지로 Kingreen/Poscher(정태호 역), 독일기본권론, 2021, 단락 390-391 참조.

<sup>160)</sup> 가령 헌재 2020. 9. 24. 2016헌마889 - 병역준비역에 편입된 복수국적자 국적이탈의 자유에 대한 제한(헌법불합치); 헌재 2020. 5. 27. 2018헌바264 - 성폭력범죄자에 대한 20년의 택시운전면허 취득 금지기간(위헌). 이 사건에서 평등심사는 없었음; 헌재 2018.8.30.2014헌바180 등 (병합) - 보상금 등의 지급결정에 동의한 때 “민주화운동과 관련하여 입은 피해”에 대해 재판상 화해의 성립을 간주하는 민주화운동 보상 등에 관한 법률상의 규율(헌법불합치); ‘피수용자인 구제청구자’의 즉시항고 제기기간을 ‘3일’로 정한 인신보호법상의 규율(위헌).

<sup>161)</sup> G. Britz, NJW 2014, 346 (350 f.).

<sup>162)</sup> 가령 사회보장과 관련하여 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254; 헌재 2019. 9. 26. 2018헌바218 등 - 출퇴근 재해의 산재보험 보장대상 제외. 그러나 재판청구권, 국가배상청구권 침해에 흡수된다고 본 헌재 2018.8.30.2014헌바180 등 (병합) - 보상금 등의 지급결정에 동의한 때 “민주화운동과 관련하여 입은 피해”에 대해 재판상 화해의 성립을 간주하는 민주화운동 보상 등에 관한 법률상의 규율; 재판청구권에 흡수된다고 본 헌재 2015. 9. 24. 2013헌가21 - 인신보호법상의 ‘피수용자인 구제청구자’의 3일의 즉시항고 제기 기간.

### 3) 특별평등권으로서의 공무담임권의 특수성

헌법재판소는 다수의 공무담임권 관련 사건<sup>163)</sup>에서 “공무담임권의 내용 자체가 일반적으로 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는 것이어서 공무담임권과 평등권 심사는 중첩적으로 이루어지는 면이 있다”는 이유로 평등심사를 공무담임권의 과잉금지심사로 흡수하고 있다.

공무담임권의 보장내용 중 ‘공직에의 평등한 접근권’은 특별평등권에 해당한다. 그러므로 이 영역에서의 평등권침해 주장은 특별평등권으로서의 공무담임권 침해 주장과 중복된다는 것은 타당한 판단이다. 문제는 상술한 것처럼 자유권과 평등권의 규범구조적 차이 때문에 자유권에 대한 과잉금지심사구조와 평등권의 비례성심사구조가 같지 않다면 공무담임권의 특별평등권적 측면에 대한 심사도 평등심사방식으로 해야 한다는 것이다. 그러나 판례는 특별평등권으로서의 공무담임권심사를 자유권심사 방식으로 하고 있다. 그렇게 한 이유는 공무담임권을 자유권으로 보고 있기 때문일 것이다. 그러나 상술한 것처럼 국가의 조직고권의 대상인 공직이 자유로운 접근이나 형성의 대상이 될 수는 없다.

## 2. 본질적으로 같은 비교대상이 아니라는 논리

### 1) 일반적 평등권의 구성요건

일반적 평등권은 국가가 모든 개인을 절대적으로 같게 대우할 것을 보장하는 것이 아니라 본질적으로 같은 것을 다르게, 본질적으로 다른 것을 같게 대우하는 것에 대해 방어할 수 있는 방어권이다. 이와 같은 평등권의 특성 때문에 통설과 판례는 평등권을 다음과 같이 해석해 왔다. 즉 ‘어떤 조치가 본질적으로 같은 것을 차별하는 경우만 평등권의 구성요건이 해당되며, 그 조치는 헌법이 제시하고 있는 정당화요건을 충족하지 못하면 평등권을 침해하게 된다. 역으로 어떤 조치가 본질적으로

<sup>163)</sup> 가령 헌재 2021. 4. 29. 2020헌마999 - 2021년 검사 신규임용 계획 공고; 헌재 2020. 6. 25. 2017헌마1178 - 세무직공무원 채용시 관련 자격증 소지자에 대한 가산점 부여; 헌재 2018. 8. 30. 2018헌마146 - 공무원 채용시 자격증 소지자에 대한 가산점 부여; 헌재 2014. 9. 25. 2011헌마414 - 부서관 임용자격으로서의 연령 상한; 헌재 2014. 4. 24. 2010헌마747 - 초등학교원 임용시험에서 동일 지역 교육대학 출신 응시자에 대한 가산점 부여.



같지 않은 것을 다르게 규율하더라도 평등권의 구성요건은 해당성이 없으며, 따라서 그러한 조치에 의하여 평등권이 침해되었지는 심사할 필요조차도 없다.’

본질적으로 같은 것에 대한 차별인지의 판단은 2단계로 이뤄진다.<sup>164)</sup> 먼저 비교집단들을 남김없이 온전하게 포착하는 공통의 상위개념을 확인하고, 이어 비교집단들을 차별대우하는 기준이 되는 차별표지를 확인해야 한다. 헌법재판소의 판례도 항상 이렇게 작업을 하는 것은 아니지만 대체로 이와 같은 절차를 거치는 것처럼 보인다.<sup>165)</sup>

## 2) 판례의 현황

비교대상이 본질적으로 동일한 것인지를 판단할 때 일반적으로 “당해 법적 규율의 의미와 목적”<sup>166)</sup>을 기준으로 삼고 있다. 이러한 기준에 의하여 헌법재판소는 ‘본질적으로 같은 비교집단 사이의 차별을 주장하는 것이 아니’라거나 ‘비교대상들이 본질적으로 같은 것이 아니’라는 이유로 수많은 평등권침해 주장을 배척하고 있다.

문제는 아래의 판례가 보여주는 것처럼 이 문제에 대한 판례가 통일성도 예측가능성도 현저히 떨어진다는 것이다.

가령 변리사·세무사 등과 같은 전문자격 시험의 경우 합격자 명단을 공고하지 않는데, 변호사 시험 합격자 명단을 공개하도록 하는 변호사법상의 규율은 평등권을 침해한다는 주장에 대해 “변리사·세무사 등 전문자격 시험과 변호사시험은 응시 자격이 다를 뿐 아니라, 시험에 합격하여 수행하는 업무의 성격도 다르다. 따라서 이들은 합리적 차별 여부를 판단할 수 있는 비교집단이 된다고 보기 어렵다거나,<sup>167)</sup>

<sup>164)</sup> 이에 대해서는 Kingreen/Poscher(정태호 역), 독일기본권론, 단락 518 이하 참조.

<sup>165)</sup> 교과서적으로 2단계 작업을 거쳐 차별받는 비교집단이 아님을 확인하고 있는 헌재 2003.12.18., 2002헌마593. 이 사건에서 헌법재판소는 법원에 의하여 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 법원의 구속적부심사절차에서 ‘석방결정’이 있었던 피의자는 비교대상이 될 수 있는 집단이 아니라고 보았다. 그 밖에도 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마811는 의약품 도매상 허가기준과 관련하여 식품, 먹는샘물 등의 먹는물 또는 주류 도매상은 의미 있는 비교집단이 아니라고 판단하였다; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌마510, 판례집 23-2하, 513는 공무원의 장해급여 지급요건과 관련하여 공무원과 일반 근로자는 의미 있는 비교집단이 아니라고 판단하였다.

<sup>166)</sup> 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 20 등.

<sup>167)</sup> 헌재 2020. 3. 26. 2018헌마77, 판례집 32-1상, 268, 273.

개업시에 한번 신고하기만 하면 되는 변호사, 세무사, 변리사 등과는 달리 의료인에게 3년마다 실태와 취업상황 등에 대한 신고의무를 부과하고 있는 의료법상의 규율이 평등권을 침해한다는 주장에 대하여 “국민의 건강을 보호하고 증진시키기 위하여 의료와 보건지도 등의 의료행위를 하는 의료인은, …변호사, … 변리사, … 세무사와 종사하는 업무의 성격과 특성이 전혀 다르므로, 본질적으로 동일한 집단으로 보기 어렵다.”<sup>168)</sup> 심지어 문화재수리업자 중 전문문화재수리업자에게는 종합문화재수리업자와는 달리 하도급을 금지하고 위반시 형벌을 부과하도록 하는 규율이 평등권을 침해한다는 주장도 양 집단이 본질적으로 동일하다고 보기 어렵다는 논리로 평등심사에 들어가지 아니하였다.<sup>169)</sup>

이에 비해 건축사, 감정평가사 등 벌금형 선고를 자격 취소사유로 규정하고 있지 아니한 다른 전문직 관련 법상의 규율과는 달리 공인중개사가 공인중개사법 위반으로 벌금형을 선고받으면, 등록관청으로 하여금 중개사무소 개설등록을 필요적으로 취소하도록 하는 공인중개사법상의 규율이 평등권을 침해한다는 주장 등<sup>170)</sup>에 대하여는 평등심사를 진행하였다.

### 3) ‘본질적으로 같은 것’인지에 대한 관대한 평가가 평등권친화적

이와 같은 판례의 통일성, 예측가능성 부족은 “무엇이 본질적으로 같은 것”인지에 대한 판단이 형식논리적 작업이 아니라 평가를 요하는 일이기에 어느 정도 불가피한 측면이 있다. 이 때문에 본질적으로 같은지의 문제를 법적으로 의미 있는 차별의 존재 확인 단계의 요소가 아니라, 차별의 정당성 심사 단계의 요소로 보아야 한다는 설이 유력하게 주장되는 것이다.<sup>171)</sup>

생각건대, ‘본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게’ 다를 것을 명하는 일반적 평등권은 입법자에 대한 일반화명령이다. 일반적 평등권은 입법자가 각 법규를 통해 행하는 구분, 즉 차별에 대해 합리적 근거를 요구한다. 따라서 모든

<sup>168)</sup> 헌재 2014. 6. 26. 2012헌마660, 판례집 26-1하, 646, 655.

<sup>169)</sup> 헌재 2017. 11. 30. 2015헌바377, 판례집 29-2하, 143, 157.

<sup>170)</sup> 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마131, 판례집 27-1상, 294, 300-301.

<sup>171)</sup> 가령 F. Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn 81 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

법규는 합리성을 통해 정당화되어야 한다. 그렇다면 일반적 평등권의 수범자인 입법자는 법적 규율에서 일관성을 유지해야 하는 것이 원칙이다. 이 일관성은 개별법 안에서만이 아니라 다른 법 영역에서도 유지되어야 한다. 사정이 변하지 않는 한 유사한 문제에 대한 선행입법과 후속 입법은 같아야 하는 것이 원칙이다. 이러한 원칙이 더 좋은 입법의 등장을 막는 것은 아니다. 새로운 법적 규율이 더 좋은 것임을 소명하면 될 뿐이다. 또 규율영역이 달라지면 일견 유사해 보이는 사항이라도 달리 규율하는 것이 사리에 맞을 수 있다. 이는 차별이 헌법적으로 정당한지의 문제이다.

그렇다면 본질적으로 같은 것인지의 평가작업에서 인색하게 굴 일은 아니다. 이 평가작업을 관대하게 하는 것이 정의 실현에도, 평등권 보장에도 유리하다. 본질적으로 같은 것인지를 판단할 때 개별 규율의 목적과 의미에만 매달리다 보면 상이한 영역들에서 발생할 수 있는 입법의 일관성 없는 평가, 특정 집단에 부여되는 특권이나 부당한 차별에 대한 기본권주체의 고발을 간과할 가능성이 크기 때문이다. 관대하게 접근하는 것이 평등권친화적인 것이기도 하다. 기본권주체는 비교를 통해 예민해지는 자신의 정의감각에 의할 때 정의롭지 못하게 느껴지는 차별이 헌법적으로 왜 정당화될 수 있는 차별인지에 대한 설명을 들을 수 있기 때문이다. 또 그렇게 한다고 해서 헌법재판소가 평등심사에 과도한 부담을 지게 되는 것도 아니다. 헌법재판소가 때로 ‘비교대상이 본질적으로 같은 것인지’ 여부를 가리는 데 들이는 노력을 감안하면 ‘본질적으로 같은 것’의 인정범위를 좁히는 태도가 관대한 접근방법에 비해 그다지 생산적이라 볼 수도 없다. 비교의 관점이 이질적 요소들이 많은 비교대상을 포괄할 수 있도록 설정된다면 그만큼 차별이 정당화될 수 있는 근거도 많으며, 따라서 평등권침해 주장이 이유없다는 논증도 쉽기 때문이다.

## VI. 결론

이상의 고찰로부터 일반적 평등권의 규범력을 회복하려면 (1) 심사기준을 결정하는 4가지 인자를 포함하는 독일식 무단계 연동식 심사척도를 채택하여야 하며, (2) 일반적 평등권이 자유권을 비롯한 기본권에 대한 보충적 보호작용을 한다는 점에 유의하여 평등권침해주장이 자유권침해주장과 중복된다는 논리로 평등심사를 배제하

는 데 신중해야 하며, (3) 비교대상이 본질적으로 같은 것인지의 평가작업에 유연하고 관대한 자세를 견지하여 의심스러운 경우에는 평등권의 구성요건이 해당하는 것으로 보고 평등심사에 들어가는 것이 필요하다는 것을 확인할 수 있다고 본다.

【토론】

## “한국의 정치적·사회적 발전과 평등권해석론의 과제”에 대한 토론문

최 규 환\*

### I. 들어가며

오늘 공동학술대회에서 정태호 교수님께서 발제해 주신 내용의 핵심은 평등권 침해 내지 평등원칙 위반의 심사기준을 ‘비례성심사로 정향된 단일의 연동형 심사기준’으로 전환해야 한다는 것입니다. 그리고 ‘비례성심사로 정향된 단일의 연동형 심사기준’의 통제강도는 구체적인 사건에서 문제되고 있는 규율대상과 차별표지에 의해 각각 결정되어야 하는데, ① 관련 개인이 법률의 차별적 효과를 좌우할 수 있는 정도, ② 법률이 사용하고 있는 차별표지가 특별평등권에 의해 금지된 차별표지에 접근하는 정도, ③ 차별로 인해 관련 기본권이 제약되는 정도, ④ 차별의 각별한 강도가 그 결정 인자가 될 수 있음을 상세히 설명해 주셨습니다.

이미 발제문도 정밀하게 분석하고 있는 것처럼, 평등심사에 대해 실무의 고민이 깊었고 그 고민이 결정문 판시로 표출되면서 이에 대해 학계로부터 많은 비판을 받고 있는 상황입니다. 그런데 오늘 정태호 교수님께서 제시해 주신 평등심사기준과 그 통제강도에 대한 정식화는 실무가 어려움을 헤쳐 나갈 수 있게 만드는 커다란 이정표가 될 것이라고 확신합니다. 이 소중한 이정표가 더 큰 쓰임새를 가질 수 있도록 오늘 이 토론을 구실로 삼아 제가 아직 해결하지 못한 궁금증에 대해 배움을 청하고자 합니다.

---

\* 헌법재판연구원 책임연구원

## II. 자의금지-합리성심사와 비례성심사 구별에 대한 의문

정태호 교수님께서 분석해 주신 바와 같이, 헌법재판소의 평등권 심사기준은 아직 이원화의 단계에 머물러 있습니다. 자의금지-합리성심사기준과 비례성-엄격심사기준이 그것입니다. 그런데 저의 의문은 애당초 자의금지-합리성심사기준이라는 것이 비례성심사와 구별될 수 있는 것인지, 그리고 그러한 구별이 과연 사법부가 부담하는 판결의 정당성에 대한 헌법적 석명책임에 비추어 합당한 것인지에 있습니다.

자의금지심사는 마치 비교집단 사이의 구별을 규범적으로 설명할 수 있는 이유가 있는지 없는지에 대한 판단, 즉 구별 이유의 유무 판단에 국한되는 것처럼 설명되고 있고, 이로써 평등심사에 대해 완화된 결론을 선취하는 심사기준인 것처럼 평가받고 있습니다. 그러나 어떠한 구별취급이 ‘자의적’이라고 판단하기 위해서는 그러한 구별취급을 정당화하는 합리적이고 객관적인 이유가 없다는 것이 논증되어야 합니다. 사회구성원 중 일부가 국가의 조치에 대해 불평등한 차별이라고 이의를 제기한다면, 국가로서는 그러한 구별취급에 적합한 합리적이고 객관적인 이유를 들어 헌법적 석명책임을 다 해야 한다는 것이 헌법규범의 당위적 요청인 것입니다.

그런데 구별취급의 경우에도 목적, 수단, 대안 중에서의 선택, 구별취급으로 달성되는 법익과 그로 인해 제한되는 법익 사이의 관계 모두에서 ‘자의성’이 개입될 수 있습니다. 국가가 어떠한 구별취급을 하는 것은 그것을 통해 달성하고자 하는 목적이 있기 때문일 것이고 목적이 있는 이상 그 목적의 정당성은 평가되어야 할 것입니다. 또 구별취급을 위해서는 특정의 차별표지를 설정해야만 하는데, 그러한 차별표지 설정이 구별취급의 목적에 기여할 수 없는 것이라면 자의적인 것으로 평가되어야 합니다. 구별표지에 따른 차별취급의 범위와 정도, 수인가능성 문제에서도 마찬가지로 구별취급의 자의성이 개입될 수 있고 따라서 이에 대해 사법적인 판단을 받아야 합니다. 결국 자의금지심사도 그것이 헌법적으로 요구되는 사법적 정당화논증을 충족시키고자 한다면 비례성심사의 부분원칙 모두를 포함할 수밖에 없는 것이 아닌가 하는 의문이 듭니다. 문제가 제기된 국가의 구별취급에 대해 일응 그 구별에 합리적인 이유가 있다는 설시에 그치는 것은 그저 재판관의 심상을 언어적으로 표출한 것일 뿐 엄밀한 의미에서 사법심사로 보기는 어렵습니다.

### Ⅲ. 여전히 블랙박스에 갇혀 있는 비례성심사의 문제

정태호 교수님께서 평등심사를 약화시키는 헌법재판소 판례 동향의 문제점을 강하게 비판하신 데 대하여 크게 공감하였습니다. 구체적인 사건에서 평등심사는 결국 ‘무엇에 대한 평등’의 문제이고, 그 무엇이 자유권인 경우가 대부분입니다. 이때 헌법재판소는 자유권 제한의 정당성에 대한 심사를 과잉금지원칙을 적용하여 먼저 실시하고 그 이후 평등권 침해 여부에 대해 실시하는데, 많은 경우 자유권에 대한 심사보다 간략하다거나 생략되었다는 비판을 받습니다. 그런데 헌법재판소가 평등심사에 대해 이러한 실시를 하게 되는 근본적인 원인이 무엇인지를 고민해 봐야 하지 않을까 생각합니다.

제 소견으로는, 자유권 제한의 정당성 문제와 평등권 침해 여부의 문제는 분명 심사의 관점이 다름에도 불구하고 실제 비례성원칙을 동원한 심사결과의 ‘설시’에 있어서는 양자가 유의미한 차이를 만들어내지 못하는 데에 그 이유가 있는 것이 아닌가 생각합니다. 특히 자유권의 경우에도 그러하고 평등권의 경우에도 비례성심사의 주된 내용이 해당 사건과 관련된 이익이나 가치의 ‘무게’ 비중을 저울질하여 어떤 가치 혹은 이익을 최대화하거나 그 사이의 균형·조화의 외관을 탐색하는 데 치우쳐 있다는 점은 -적어도 결정문의 설시에 있어서는- 자유권과 평등권 심사 사이에 놓인 규범적 경계를 정확히 인식할 수 없도록 만드는 요인이라고 생각합니다. 더 큰 문제는 이러한 무게 저울질의 과정이 결정문에 논증적으로 표출되지 못하고 관련 이익을 나열한 후 곧장 저울질의 결과로 달려감으로써, 비례성심사를 블랙박스 안에 가두고 재판관들의 형평 관념과 정의에 대한 선이해에 의존하도록 만든다는 것입니다. 이렇게 되면, 헌법재판소의 결정을 헌법의 법리에 따라 분석하고 비판하는 것이 아니라, 각종 ‘감수성’을 재판관들이 보유하고 있는가를 판별하는 사회적 게임의 양상으로 잘못 번져 나가는 빌미가 될 수 있을 뿐만 아니라 일부 차별표지와 관련해서는 ‘정체성 투쟁’으로 오도되는 위험을 낳을 수 있습니다.

헌법이란, 존엄한 주체 사이의 자유롭고 평등한 지위 관계를 훼손하는 국가의 행위는 그것이 목적론적으로 보았을 때 더 나은 이익 상황을 야기하더라도 이를 허용하지 않는 제약규범입니다. 비례성심사도 이러한 의무론적 이해에 정합되도록 구조화 되어야 합니다. 더 나아가 자유권 제한의 정당성에 대한 비례성심사와 평등권 침

해 여부에 대한 비례성심사가 상호 유의미한 차이를 가질 수 있도록 하부심사원칙이 차별적으로 더 구체화되어야 하는데, 이것은 상당 부분 학계가 선도적으로 짚어줘야 할 과제가 아닐까 생각합니다.

#### IV. 심사기준 선택으로 심사결과를 선취하는 문제 및 연동의 대상과 통제 문제

이원적인 평등심사기준은 어느 심사기준을 선택할 것인가가 결국 심사의 결과를 좌우하게 되어 심사기준 선택이 심사결과를 선취한다는 오해를 양산하기도 합니다. 더구나 ‘관련 기본권에 대한 중대한 제약’이 심사기준 선택의 기준점 중 하나로 활용되기 때문에, 이러한 오해가 그저 오해만은 아닐 수도 있게 만듭니다.

평등심사가 논증적으로 되려면 심사기준 선택과 심사기준 적용 모두에서 재판소의 결정이 논증되어야 하는데, 심사의 중복을 피하고자 한다면 심사기준 선택에 대한 논증적 설시는 결과적으로 헌법이 금지하는 차별표지에 해당하는지 여부를 포섭의 방법론을 통해 행하는 수밖에 없습니다. 그러나 정태호 교수님께서도 발제문에 쓰신 것처럼, 차별표지를 확장적으로 해석하지 않는 한 이것 역시 실효적인 방법이라고 보기는 힘듭니다. 바로 그렇기 때문에 ‘비례성심사로 정향된 단일의 연동형 심사기준’을 평등심사기준으로 적용하되 통제강도를 세분화 하는 심사방식이 논증적으로도 더 우수한 방법이 될 수 있다고 생각합니다.

그런데 여전히 의문인 것은 ‘연동형 심사기준’이라고 했을 때, 연동되는 것이 과연 무엇인가입니다. 그리고 그 ‘연동성’으로부터 본질적으로 파생될 수 있는 심사자의 자의를 어떻게 통제할 것인가 하는 점입니다.

우선, 연동의 대상과 관련해서는, 비례성심사의 하부원칙 중 일부를 생략할 수 있도록 하여 통제밀도를 조절하는 것을 말하는 것인지, 비례성심사의 하부원칙 모두를 적용하되 통제강도를 명백성통제/상대적 타당성 통제(주장가능성·납득가능성통제)/내용통제로 단계화하는 것에 그치는 것인지가 다소 분명하지 않아 보입니다. ‘연동성’이 파생시킬 수 있는 부수적 위험과 관련하여 확실한 것은 정태호 교수님께서 제시해 주신 차별의 정당화요건을 강화하는 결정인자 4가지에 대해 헌법재판소가 판단하여 논증적으로 실시해야만 ‘비례성심사로 정향된 단일의 연동형 심사기준’이 사법부의 자의에 무분별하게 맡겨졌다는 우려를 불식시킬 수 있다는 점입니다. 그러나



이러한 차별의 정당화요건을 강화하는 결정인자 4가지는 사실 통제강도의 설정에서 뿐만 아니라 비례성심사의 하부원칙 내용 자체도 되기 때문에 여전히 심사의 중복이라는 문제가 남습니다. 또한 ‘비례성심사로 정향된 단일의 연동형 심사기준’은 평등권을 통제규범으로서는 유효하게 하지만 행위규범으로서는 다소 예측불가의 영역으로 만드는 것이 아닌가 하는 걱정이 듭니다.

## V. 불평등 반대의 실질적·다원적 이유에 대한 탐구의 필요성 및 사회권의 우선성

불평등은 삶의 다양한 국면에서 여러 가지 방식으로 나타날 수 있습니다. 이것을 헌법적으로 이야기하면, 평등은 여러 관련 기본권들의 제한과 맞물려 있다는 식으로 표현할 수 있겠습니다. 이때 평등권, 평등원칙이 독자적인 규범적 지위와 효력을 가지도록 정교하게 체계화되기 위해서는 불평등에 반대하는 실질적인 이유를 메타적 차원에서 탐구할 필요가 있다고 생각합니다. 그리고 그러한 불평등에 반대하는 실질적 이유는 관계적이고 다원적일 수밖에 없다고 생각합니다. 형식적 평등/실질적 평등과 같은 각종 평등 개념의 복잡다기한 나열도 이러한 메타적 차원의 불평등 반대의 이유 속에 융해될 수 있을 것입니다.

불평등은 입헌민주국가에서 존엄한 주체 사이의 동등한 관계를 훼손하여 일부 사람이 다른 사람을 지배하고, 착취하고, 주변화하고, 비하하고, 폭력을 가할 수 있는 불평등한 위계적 형태의 사회적 관계를 만들기 때문에 헌법적으로 배제된다고 보아야 할 것입니다. 불평등에 반대하는 이유는, 불평등이 지위에서 굴욕적인 차이를 만들어 내고, 부유한 이들이 덜 가진 이들에게 입헌사회가 용인할 수 없는 형태의 권력을 주기 때문이며, 경제적 기회의 평등을 훼손하고, 정치 제도의 공정성을 망가뜨리기 때문입니다. 또한 정부가 평등배려 요구를 위반하는 방식으로 어떤 혜택을 제공함으로써 불평등이 발생하기 때문에 반대해야 합니다.

다만, 평등에 대한 사회권의 우선성이 인식되어야 한다는 것이 저의 소견입니다. 헌법이 보장하는 인간 삶의 중심적인 핵심 규준은 사람들이 좋은 삶을 사는가에 있지, 다른 사람의 삶과 비교하여 그 삶이 어떠한가에 있는 것은 아니기 때문입니다. 즉 잘 사는 사람과 못 사는 사람의 차이 그 자체에 초점을 두지 않고, 못 사는 사람

의 상황을 개선시키는 데 우선 초점을 두어야 한다는 것이 헌법의 규범적 명령이 아닐까 생각합니다. 도덕적으로나 헌법적으로 중요한 것은 모든 사람 각자가 같은 것을 갖는 게 아니라 각자가 충분한 것을 갖는가에 있습니다. 사회의 더 약하고 더 가난한 구성원들의 상황을 개선시키는데 초점을 두는 ‘사회권 우선성’은 헌법도덕적으로 더 중요한 가치라고 생각합니다. 이로부터 ‘어떠한 종류의 평등이건 더 나쁜 입지에 있는 사람들 중 어느 누구에게도 이득을 주지 않으면서 일부 사람들이 더 적게 갖도록 만드는 하향평준화’의 결과를 낳는 평등원칙의 적용은 헌법적으로 허용되지 않는다는 평등원칙의 한계도 도출될 수 있겠습니다.

## 【2세션 제1주제】

### La révolution des droits de l'homme en France, ses tournants, son devenir

Carlos M. Herrera<sup>1</sup>

Sans doute, parler de « révolution des droits de l'homme » suppose plusieurs niveaux différents de significations, en commençant par sa phase principale, ouverte en 1789 et qui instaure ce que nous avons appelé ailleurs une grammaire des droits, autrement dit un espace constitué par ce que le philosophe français Étienne Balibar a dénommé l'*égaliberté*, où les revendications (politiques, sociales, économiques, sexuelles, de genre...) prennent la forme de « droits ». Nous y reviendrons avec plus de détails tout à l'heure, mais soulignons dès maintenant les effets performatifs qu'elle entraîne, rendant très difficiles les retours en arrière lorsqu'une revendication a été reconnue en termes de « droits », un phénomène que, par exemple, la vieille aristocratie française aura mis longtemps à comprendre.

On le voit déjà : toutes les dimensions de cette révolution ne sont pas juridiques au sens strict. Mais il y a un fil juridique qui les traverse et que l'on peut reconstruire. Certainement, nous manquons de place ici pour le faire en détail, et nous devons nous contenter de partir de l'un de ses moments clés, celui qui s'ouvre en Europe après la Deuxième guerre mondiale. Cette « révolution dans la révolution », que l'on retrouve également dans le domaine du droit international, est celle des droits fondamentaux, si importante à terme qu'elle modifie le constitutionnalisme, le conduisant vers des formes qu'on appelle aujourd'hui « normative » ou encore « néoconstitutionnalisme ». Schématiquement, en rendant les droits directement justiciables à partir de leur énoncé constitutionnel, la nouvelle modalité déplace la centralité de la séparation des pouvoirs et permet l'émergence d'une nouvelle forme de justice constitutionnelle dans le Vieux continent, dont le trait principal sera la possibilité donnée désormais aux citoyens de déclencher directement le recours devant une cour spécialisée.

La France, premier pays européen à reconstruire son État par une nouvelle constitution, celle de la IV<sup>e</sup> République, ratera pourtant ce tournant de la révolution. En effet, la Constitution de 1946 se contentera d'un mécanisme purement politique, le « Comité constitutionnel » (art. 91 et suivants), plus proche des expériences de l'entre-deux guerres – et encore ... – que des dispositifs émergents de manière contemporaine chez les pays voisins, et qui, faute d'incarner

---

<sup>1</sup> Professeur de droit public à CY Cergy Paris Université. [Carlos.Herrera@cvu.fr](mailto:Carlos.Herrera@cvu.fr).

Texte pour la traduction en coréen, à l'attention des participants du colloque de la *Korean Public Law Association*, Séoul, le 9 décembre 2022. Ne pas reproduire en langue française.

une véritable rupture, périra de sa propre inaction. Cette limitation obéissait, mieux, s'inscrivait dans une double tradition de la culture juridico-politique française. D'une part, celle légicentriste que se déployait avec l'érection de l'État-nation et que la Révolution française avait en quelque sorte renforcé, en la dotant d'une nouvelle légitimation en tant qu'expression de la « volonté générale », qui – loin de Rousseau, en dépit de la formulation – pouvait être à son tour « nationale » ou « populaire ». D'autre part, la protection des « libertés publiques » moins par un juge que par une juridiction *sui generis* comme le Conseil d'État à partir de l'arrêt Blanco du Tribunal des conflits, rendu à l'orée de l'installation de la République, en 1873.

Bien entendu, il serait réducteur de rester à une simple explication nationale, même si dans ces mêmes années des cours constitutionnelles voient leurs jours dans les Constitutions de l'Italie (1947) et de l'Allemagne occidentale (1949). L'institution du contrôle de constitutionnalité des lois par une cour spécialisée incarnait, en ces années de renouveau institutionnel, une double limitation à la démocratie telle qu'elle avait été conçue jusqu'à alors, tant en ce qui touchait à l'organisation des pouvoirs, au détriment du pouvoir législatif (en encadrant les assemblées législatives, un point mis désormais en relation avec la « rationalisation » de leurs procédures) que pour la protection contre-majoritaire des droits des individus (en reconnaissant des droits « fondamentaux », énoncés dans le texte constitutionnel sans l'écran de la loi, et d'application directe par le juge, selon une doctrine devenue majoritaire).

Si, finalement, la Constitution de la V<sup>e</sup> République, finit par imaginer un nouveau mécanisme de contrôle, il était lié au fonctionnement des deux branches du pouvoir politique, et plus particulièrement, aux limitations que l'on établissait désormais à l'action du Législatif dans l'article 34 du texte de 1958. Comme tel, il ne bouleversait pas vraiment le légicentrisme, se contentant plutôt de déplacer le centre de la production de la loi, du Parlement au Gouvernement. Comme il ne renversait pas non plus la méfiance envers les formes judiciaires ou juridictionnelles du contrôle, assurant à ce nouveau Conseil constitutionnel une architecture très peu « juridique », aussi bien en ce qui concerne le déclenchement du contrôle que de la composition de l'instance, très éloignés, l'un et l'autre, des standards des cours constitutionnelles déjà en fonctionnement en Europe occidentale.

Tant et si bien qu'il faudrait encore une nouvelle « révolution », cette fois-ci purement interne, franco-française en somme, pour se rapprocher des canons de plus en plus étendus du contrôle de constitutionnalité. Elle sera très longue, et fait penser davantage à une évolution

qu'à cette « révolution du contentieux » qu'une certaine doctrine se plaisait à célébrer. Ses débuts peuvent être datés de juillet 1971 et les esprits les plus optimistes l'achèveront en 2010, avec la mise en fonctionnement de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), instaurée par la révision constitutionnelle de 2008, et qui se matérialisera deux ans après.

Si la révolution des droits dans la phase ouverte après 1945, et sous laquelle nous vivons toujours, se singularise avant tout par le fait de mettre entre les mains des individus ou des groupes d'individus les instruments constitutionnels pour la garantie de leurs droits, nous pouvons examiner sa portée dans la France actuelle à travers un double prisme, celui qui remonte aux recours offerts aux justiciables par le contrôle constitutionnel, d'abord (I), celui qui se penche sur la revendication directe de ces droits, ensuite (II). Ce qui revient à scinder en deux les significations possibles, et donc l'étendue, de cette révolution.

### **I - La révolution qui ne fut pas ?**

Nous l'avons dit : 1946 peut être lu comme un rendez-vous manqué de cette révolution des droits de l'homme en France, en passe de se transformer en droits fondamentaux. Pourtant, les principaux projets de constitution en débat avant même la Libération coïncidaient sur l'importance d'une nouvelle déclaration des droits, et même de leur justiciabilité devant des tribunaux.

Sur le fond, la Constitution de 1958 n'implique pas une rupture, en dépit du fait qu'une expérience de justice constitutionnelle se déployait déjà devant les yeux du constituant français en Allemagne Fédérale, et en moindre mesure en Italie. Il faudra attendre donc 1971, et la célébrissime décision Liberté d'association pour retrouver une forme de contrôle de constitutionnalité en relation à des droits et libertés. Mais elle restera très compassée, du fait même de la volonté du Conseil constitutionnel, plus exactement de la conception qui s'en faisait leurs membres, qui se recrutent le plus souvent dans la classe politique.

Il faudra la révision constitutionnelle de 1974, élargissant la saisine du Conseil à 60 députés ou 60 sénateurs pour que la fréquence du contrôle se multiplie. En dépit de l'engouement montré de plus en plus par la doctrine juridique nationale, ces modalités resteront toujours *a priori* et en dehors de l'action des citoyens, ce qui rendait le mécanisme français toujours très éloignées des cours constitutionnelles. Certes, des ouvertures vers la transformation du Conseil constitutionnel se faisaient voir, y compris à l'intérieur même de son enceinte du Palais Royal, d'abord par l'intégration dans sa formation de juristes universitaires

prestigieux dans les années 1980, puis avec l'arrivée à la présidence de l'ancien garde de sceaux Robert Badinter, après 1986. Sous son mandat, en particulier, le vocabulaire des droits fondamentaux et de l'État de droit cherchera à s'acclimater dans ses décisions. Tout naturellement, il se fera l'avocat de l'ampliation de son mode de déclenchement, prônant l'adoption d'une exception d'inconstitutionnalité. Plus important encore, le président de la République François Mitterrand avancera l'idée d'une révision de constitutionnalité en ce sens.

Mais elle restera sans suite pour des raisons complexes et pas uniquement juridiques, et les années suivantes, marquées par le scandale qui conduira à la démission du président du Conseil constitutionnel Roland Dumas en 2000, contribueront à l'éloigner du modèle d'une protection des droits fondamentaux par une Cour, en dépit du fait qu'il était de plus en plus promu par la doctrine universitaire. Il faudra attendre presque une décennie pour que le sujet se pose à nouveau dans le projet de révision constitutionnelle adopté en juillet 2008 et qui instaurait un recours dans les mains des justiciables, la Question prioritaire de constitutionnalité. La QPC sera saluée par le président du Conseil constitutionnel de l'époque comme « la principale avancée des droits et libertés dans notre pays depuis l'abolition de la peine de mort », et les professeurs de droit s'empresseront à parler à nouveau de « révolution ».

En tout cas, la QPC donnait une impulsion à un contentieux nouveau, sur les « droits et libertés que la Constitution garantit », selon les termes du nouvel article 61-1, une voie de recours permettant aux individus d'accéder au Conseil constitutionnel. La question peut être soulevée, en effet, par tout justiciable au cours d'un procès, mais elle a besoin de la décision préalable d'un juge pour matérialiser un premier pas, qui exige d'un second filtrage de la juridiction suprême de l'ordre (Cour de Cassation ou Conseil d'État) – décision celle-ci qui ne donne pas lieu à un appel –, avant de se transformer en recours constitutionnel. Autrement dit, il y a un double écran déterminant « le caractère sérieux » de la demande avant que la juridiction constitutionnelle soit saisie.

De manière prévisible, le nombre de recours déposé par cette voie allait se multiplier, devenant l'activité la plus importante du Conseil. D'après les statistiques publiées par le Conseil constitutionnel pour les années 2010-2021, les décisions de conformité dominent le 50% (568) des 1133 solutions concernant les QPC, un peu plus que les décisions de contrôle de constitutionnalité DC, qui atteignent plus de 46%. De manière prévisible, la non-conformité totale est bien plus importante dans la modalité QPC (211) que dans le contrôle des normes d'origine parlementaire (20).

Cependant, sa dimension de révolution en termes de droits de l'homme semble plus limitée. Comme en concluait une spécialiste après avoir étudiée une année entière de fonctionnement de la QPC, « c'est bien plutôt pour faire progresser un agenda fiscal ou de droit des affaires que les requérants utilisent la QPC », y compris pour contester des dispositions contraignantes contenues dans le Code du travail, tandis que « le domaine des libertés *des personnes* (liberté d'expression, protection de la liberté individuelle, articulation liberté / sécurité...) occupe ici la portion congrue »<sup>2</sup>. Les choses ne semblent pas avoir changé depuis ce constat et la QPC reste dominée par la matière fiscale : entre 2010 et 2019, 22% des décisions du Conseil constitutionnel touchait cette branche définie en termes strictes, que si l'on ajoute le 11% en matière des droits des affaires donne déjà un tableau assez prégnant. Non pas que les décisions soient favorables aux (en général, grands) contribuables – un constitutionnaliste prestigieux, G. Carcassonne dénichait même une forme de solidarité du Conseil avec les pouvoirs publics et ses problèmes budgétaires, qui le conduisait à qualifier de « timorée » sa jurisprudence.

Bien que certains membres, anciens ou présents, du Conseil constitutionnel ont soutenu qu'avec la QPC le Conseil constitutionnel acquerrait le statut de juridiction<sup>3</sup>, on peut en douter quelque peu. En tout cas, la thèse semble assez difficile à soutenir par rapports aux critères du constitutionnalisme normatif et sa notion clé d'État de droit. A la vérité, le Conseil n'a toujours pas le statut d'une cour, car non seulement il n'est pas intégré exclusivement par des juristes, mais encore ce sont des anciens hommes (et quelques femmes) politiques que le président et l'intègrent. Sans oublier, parmi d'autres particularités de la procédure, que les décisions sont présentées à l'unanimité, sans possibilité d'exprimer dans une matière si importante, de dissidences. Mais même par rapport à la QPC, les spécialistes les mieux prédisposés convient qu'elle exprimerait moins l'idée d'une exception d'inconstitutionnalité, la dimension que l'associe donc le plus étroitement à la protection des droits fondamentaux, qu'un renvoi préalable de constitutionnalité, afin de préciser le sens d'une disposition constitutionnelle<sup>4</sup>.

Orientation économique de la matière, limitations structurelles persistantes de l'instance, restriction de la procédure, on peut bien en conclure que cette révolution de droits de l'homme n'a pas eu lieu par ce biais...

<sup>2</sup> S. Henneville-Vauchez, « "...les droits et libertés que la constitution garantit" : *quiproquo* sur la QPC ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 10, 2016.

<sup>3</sup> R. Badinter, « Une longue marche du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2009, n° 25. Plus récemment, voir le dossier consacré par l'organe du Conseil, *Titre VII*, hors-série, octobre 2020, pour les 10 ans de la QPC.

<sup>4</sup> Voir J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, 2014, p. 20-24.

## II – Les droits en révolution ?

A vrai dire, les perspectives d'une révolution des droits de l'homme échappent à la question du contentieux constitutionnel, tout en restant un problème constitutionnel. En effet, les réclamations et revendications des individus et des collectifs touchant à leur autonomie prennent la forme, ne serait-ce que langagière, d'un droit à<sup>5</sup>. Comme nous l'avons évoqué en introduction, il est une conséquence de l'émergence d'un espace d'égalité-liberté mis en acte par les révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Cette forme « droits » s'est donc dilatée depuis ses origines, et notamment au contact avec l'idée de démocratie. Par ce biais, ces droits seraient moins des normes dont la légitimité viendrait de son origine (transcendant l'ordre positif) ou de son contenu (libéral ou du moins individuel) que de son adoption par un législateur démocratique, perdant leur auréole idéale qui les donnait le droit naturel. Pour le dire autrement, les droits apparaissent, notamment à partir d'un moment constitutionnel spécifique que l'on peut situer autour des années 1917-1919, comme la forme juridique spécifique d'un ordre créé démocratiquement. D'où la multiplication actuelle de revendications se vidant dans ce moule, parfois très éloignées même du politique tel qu'il se concevait avant 1968, notamment pour toute un ensemble de questions d'identité (sexuels, ethniques, etc.). En tout cas, cette forme juridique ne doit pas être réduite à des droits « subjectifs », comme au XIX<sup>e</sup> siècle, si l'on entend par là une dimension purement négative, limitative, notamment face à l'État. Ils épousent désormais d'autres formes d'action, comme le notait déjà un Georg Jellinek à cette époque<sup>6</sup>.

Cette logique se matérialise comme une grammaire des droits, notion clé pour comprendre notre thèse, et qui va au-delà de la fixation donnée par une certaine littérature, soit en termes de revendication, soit en termes de critique. Nous reviendrons sur ses limites, mais il convient peut-être de dire avant un mot sur sa portée méta-théorique. Comme l'on sait, la notion de « grammaire des droits » a été popularisée dans le monde anglo-saxon par la discussion des travaux de John Finnis, qui défendait dans ses essais des années 1980 une position jusnaturaliste

<sup>5</sup> La précision est importante, car même les revendications liées à un bien-être économique visent à permettre par ce biais égalisateur l'exercice de la liberté. La forme « droits » emporte sa logique, et conditionne même son contenu.

<sup>6</sup> Il s'agit d'une transformation positiviste typique du constitutionnalisme post 1871, que dans d'autres cas, visibles encore dans les débats de la période post 1945, préférerait abandonner directement la notion de « droits » par celle de devoirs sociaux, comme dans l'œuvre de Léon Duguit. D'autres projets marquants de la culture juridique du XX<sup>e</sup> siècle, comme la théorie de Hans Kelsen, s'illustrent par une vision méfiante, donnant lieu à une conception limitative, du concept, que l'auteur associe au droit naturel.



thomiste. Sa vision peut apparaître comme un peu étroite en ce sens qu'elle est réduite à une langue, une manière de parler de ce qui est juste. Nous l'utilisons dans le sens d'une structure grammaticale, typique des revendications des systèmes politiques modernes, qui avait été déjà perçue par un autre auteur britannique, Harold Laski. Au fond, la grammaire des droits est l'expression du langage politique dans les sociétés démocratiques, ce qui entraîne une série de conséquences, aussi bien sur sa banalisation que sur ses effets.

Le fait que les alternatives à la crise démocratique en Europe n'impliquent pas la fin du modèle des droits expliquent aussi pourquoi certains commentateurs ont été tentés de voir dans les révoltes des citoyens de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle le spectre du populisme, en ce que ces mouvements pouvaient avoir d'insurrectionnels, de révolutionnaires dans l'un des sens courants du terme. En France, cela a été le cas lors des mobilisations des Gilets Jaunes, qui ont éclaté de manière spontanée en octobre 2018, mais arrivant plus tardivement que dans d'autres parties de la planète (y compris peut-être la Corée du Sud lors de la « révolution des bougies »). A la vérité, comme nous l'avions écrit ailleurs, cette modalité de révolte semble correspondre plutôt à une configuration différente du populisme dans l'acception anti-institutionnelle (et courante ...) du terme, que nous avons qualifié de contre-pouvoirs sociaux<sup>7</sup>.

Bien entendu, l'appel au peuple était omniprésent dans le mouvement des Gilets Jaunes, par le biais d'abord de la revendication d'un référendum d'initiative citoyenne (opposé explicitement au référendum d'initiative partagée reconnu par la Constitution dans son article 11 après la révision de 2008), mais il pouvait se concilier parfaitement avec l'exigence, également affirmée, de l'abandon de l'élection présidentielle au suffrage universel direct. Le caractère de contre-pouvoirs « populaires locaux » est même explicitement assumé dans la déclaration du mois d'avril 2019 des Gilets Jaunes de Commercy<sup>8</sup>. Parfois ce discours reprend ouvertement le principe d'un pouvoir constituant – « *Nous sommes ici par la volonté du peuple et nous n'en sortirons que par la force des... LBD* » comme ils écrivent avec un ton ironique – dans une démarche qui cherchait explicitement à s'emparer du modèle de la Révolution de 1789, en proposant même que « ces États Généraux » des carrefours « se transforment d'eux-mêmes en Assemblée constituante qui rédigerait une nouvelle Constitution de la République enfin démocratique, sociale et universelle, avec des droits nouveaux : notamment le droit de

---

<sup>7</sup> Carlos M. Herrera, « Entre droit constitutionnel et démocratie : les contre-pouvoirs sociaux » (2012), in A. Viala (dir.), *La démocratie, mais qu'en disent les juristes*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 171-184.

<sup>8</sup> « Nous réclamons toujours les trois mêmes choses : davantage de moyens pour vivre ; davantage de justice et d'égalité ; une vraie démocratie : le pouvoir au peuple, pour le peuple et par le peuple ».

disposer de son corps : donner la vie ou éteindre la lumière, “le droit du producteur” et la “propriété d’usage” ou les droits du vivant ou même les droits de la “Terre mère” »<sup>9</sup>.

Ce qui caractérise ces contre-pouvoirs sociaux, en les reliant en quelque sorte aux anciens, est la traduction de leurs demandes en termes de droits, y compris dans un sens de respect du droit positif. Ainsi, les Gilets Jaunes de Rouen avait pu écrire qu’« il est temps [...] d’en revenir au respect de l’article 2 de notre Constitution selon lequel le principe de la République est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Si la référence juridique peut apparaître encore trop générale, on retrouvait tout de même, parmi les revendications de l’assemblée de Saint Nazaire du mois d’avril 2019, « la défense des libertés publiques et des droits fondamentaux ». Cette grammaire était placée même comme une direction générale du mouvement : « C’est pour tous ces *droits* que nous occupons quotidiennement des ronds-points, que nous organisons des actions, des manifestations et que nous débattons partout » affirmait l’Assemblée des assemblées de Commercy, en janvier 2019.

Cette part du droit était quelque chose d’inimaginable dans les mobilisations des organisations et acteurs révolutionnaires qui ont traversé la planète entière, avec une force particulière à la fin des années 1960, ou même chez des mouvements sociaux postérieurs, nés du reflux des premiers, autour de l’écologie. Il s’affirmera de plus en plus au cours de la décennie 2010, même pour se référer à un changement, qui n’est plus celui des structures mais dans le meilleur des cas celui de la constitution, comme on le verra dans la révolte chilienne d’octobre-novembre 2019, et qui a conduit à un processus constituant en cours<sup>10</sup>.

La constitution évoquera une forme non seulement capable mais encore *porteuse* de transformation, par l’énoncé de nouveaux droits mais aussi par l’émergence de nouvelles actions juridictionnelles, confiées aux citoyens, pour la protection des droits (comme la tutelle en droit constitutionnel colombien). Ainsi un droit, une garantie ne sont pas valides seulement par le fait d’être énoncés dans la constitution ou dans la déclaration de droits, mais encore parce qu’ils donnent un pouvoir aux individus et aux collectifs dans des processus concrets de lutte

---

<sup>9</sup> Assemblée citoyenne du bassin minier de l’Allier, avril 2019.

<sup>10</sup> Voir notre série d’articles : « Chili : la demande d’une nouvelle constitution condense les revendications des protestataires » *Le Monde*, le 8 novembre 2019, « Le Chili : pour une constitution démocratique », *The Conversation*, le 28 novembre 2020, « Il se peut que naisse la première constitution chilienne élaborée par un corps élu », *Le Monde*, daté du 29 mai 2021 et « Chili : quelles que soient ses limites, le projet de Constitution est un véhicule de changement », *Le Monde*, daté du 2 septembre 2022 (ce dernier en collaboration).

pour la dignité. Le concept de constitution reviendra alors à un système de garanties qui consolide et protège les résultats des luttes sociales<sup>11</sup>.

Face à cette montée des droits de l'homme, certains auteurs ont dénoncé une sorte de *droit-de-l'hommisme*<sup>12</sup>, qui occuperait à la fois toute la place du politique et toute la place du droit, entraînant une crise corrélative de la démocratie et de la légalité, au moins depuis la fin des années 1990. Mais si crise il y en a, elle est d'un type nouveau, dans la mesure où elle engage fortement, et d'une manière inédite, l'idée de « droits », et qui s'exprime aussi bien par l'apparition des contre-pouvoirs à l'intérieur des systèmes de démocratie constitutionnelle que dans la recherche des modèles démocratiques alternatifs au dessein post 1945. Ce préfixe « post- » doit être compris au sens propre du terme : pas un modèle autre que le précédent, mais une dislocation, qui conserve certains de ses éléments. Cela explique, par exemple, que l'idée de « délibération », qui sera certainement présente dans les projets de renouveau, se signale toujours accompagnée, tamisée même, par l'idée de « droits » et même de « garanties », engageants parfois des acteurs non démocratiques comme les juges. Ou encore que l'idée de « délégation » accompagne certaines pratiques de l'État démocratique, sans rompre, encore une fois, avec l'idée de droits, mais établissant un rapport divers avec la conflictualité sociale.

C'est peut-être sous cette modalité que l'on retrouve la dimension la plus dynamique de la révolution des droits aujourd'hui, en France et ailleurs. Toutefois, on notera, avec d'autres, une *limitation structurelle*, née du fait que ces demandes sociales, politiques, sexuelles sont exprimées en termes de « droits », ce qui impliquerait de leur donner réponse par un ensemble d'institutions représentatives qui se trouvent elles-mêmes en crise de légitimité (et se révèlent, au fond, incapables de répondre de manière satisfaisante). C'est justement tout *l'enjeu politique du constitutionnalisme de notre temps*.

---

<sup>11</sup> Cf. C. M. Herrera, « Filosofía de los derechos humanos en tiempos de globalización », in O. Correas, C. Proner (dir.), *Teoría crítica dos direitos humanos. In Memoriam Joaquín Herrera Flores*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, pp. 119-129.

<sup>12</sup> Le néologisme a été inventé en France vers la fin des années 1980 pour signaler une dérive du droit international – qui allait s'accroître à la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, à Vienne, en 1993, avec la célèbre adresse du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme comme horizon de la démocratie. On rappelle ainsi souvent la critique de Jacques Ellul à la même époque (« Et que signifie ce mot "droit", car enfin, jusqu'à preuve du contraire, le mot "droit" est un mot juridique. Il a et ne peut avoir qu'un sens juridique. Ce qui implique d'une part qu'il peut être réclaté en justice, et qu'il est également assorti d'une sanction que l'on appliquera à celui qui viole ce droit. Bien plus, le droit a toujours un contenu très précis, c'est tout l'art du juriste que de déterminer avec rigueur le sens, le seul sens possible d'un droit. Or, quand nous confédérons, en vrac, ce que l'on a mis sous cette formule des droits de l'homme, quel est le contenu précis du "droit au bonheur", du "droit à la santé", du "droit à la vie", du "droit à l'information", du "droit au loisir", du "droit à l'instruction" ? Tout cela n'a aucun contenu rigoureux », *Le Bluff technologique*, Paris Payot, 1988).



【2세션 제1주제: 번역】

## 프랑스의 인권 혁명, 그 전환점들과 미래\*

카를로스 M. 에레라\*\*

- I. 도래하지 않은 혁명?
- II. 혁명의 과정에 있는 권리들?

《인권 혁명》을 이야기한다는 것은 확실히 서로 다른 수준의 중요성을 가진 문제를 제기합니다. 1789년에 시작되었고 우리가 권리의 문법으로 명명하여 확립한, 달리 말하자면 각종(정치적, 사회적, 경제적, 성적, 인종적...) 주장들이 《권리》의 형태를 띠기 시작한, 프랑스의 철학자 에티엔느 발리바르가 ‘평등자유’(l'égaliberté)로 명명한 바로 그 영역에서부터 그 주된 국면을 논해보겠습니다. 금방 다시 자세히 보게 될 것이지만 바로 여기서 강조할 것은 이 혁명이 초래한 수행적 효과입니다. 이는 프랑스의 구 귀족정체에서는 이해하기 어려웠을, 어떤 주장이 《권리》의 이름을 획득하게 되는 일종의 현상이라 할 수 있는데, 이로써 다시 혁명 이전의 상태로 되돌아가기는 매우 어려워지게 됩니다.

이미 우리는 이 현상을 목격했습니다. 이 혁명의 모든 차원이 엄밀한 법적 의미를 가지는 것은 아닙니다. 그러나 이를 관통하고 재구성할 수 있는 어떤 법적 흐름이 존재합니다. 물론 여기서 이를 구체적으로 언급하기에는 지면이 부족하기에 제2차 세계대전 이후 유럽에서의 핵심적 순간들을 언급하는 것으로 만족하겠습니다. 이러한 《혁명 속의 혁명》은 국제법 영역에서도 발견되는 것처럼 기본권의 혁명이라고 할 수 있는데, 오늘날 《규범적》 또는 더 나아가 《신입헌주의》라 불리는 형태로 입헌

\* 본고는 2022. 12. 9. 서울에서 개최되는 한국공법학회 학술대회를 위한 번역용 원고로, 프랑스어 버전의 배포를 삼가주십시오.

\*\* CY 세르지 파리 대학 공법학 교수. Carlos.Herrera@cyu.fr

주의의 의미를 수정할 정도로 중요한 의미를 가집니다. 개략적으로 본다면, 헌법적 명명에서 출발하여 시민들에게 직접 권리들을 인정하는 이 새로운 방식은 권력분립의 중심을 재배치하고 구대륙에서 새로운 헌법재판의 형태를 등장하게 하는데, 그 주요한 특징은 이제 시민으로 하여금 특별한 재판기관에 직접 호소할 가능성을 부여하는 것입니다.

프랑스는 제4공화국 헌법이라는 새로운 헌법에 의해 국가를 재구성한 최초의 유럽 국가이지만, 위와 같은 의미의 권리 혁명의 전환은 실패할 운명이었습니다. 사실 1946년 헌법은 《헌법위원회》(제4공화국 헌법 제91조 이하)라는 순수하게 정치적인 메커니즘에 만족했고, 인접국가에서 나타난 것과 같은 동시대적 조항들이라기보다는 양차 세계대전 사이 - 그리고 그 이후까지 - 의 경험들에 가까운 형태의 것이었기 때문에, 진정한 의미의 단절이 아니라, 단지 부작위에 의해 소멸하고 말 것이었습니다. 이러한 한계는 두 가지 프랑스의 법정치적 전통의 흐름에 따르는, 더 정확히 말하자면, 그 전통의 일부를 이루는 것입니다. 위 전통은 한편으로 나찌용-국가의 정립과 더불어 전개되었고 프랑스 혁명이 상당 부분 강화한 법률중심주의인데, 이에 따르면 법률은 《나찌용》 또는 《인민》의 것인, - 사실은 그 연원에도 불구하고 루소가 의도한 바와는 다른 의미로 사용되는 - 《일반 의사》의 표현이라는 새로운 정당성을 부여받습니다. 다른 한편으로는 《공적 자유》의 보호라는 전통을 들 수 있는데, 이는 법관에 의한 것이라기보다는, 공화국의 수립 초기인 1873년 관할분쟁재판소의 불량꼬 판결로부터 출발한, 국사원과 같은 특별한 재판관할에 의하는 것입니다.

물론, 이는 그 당시에 이미 이탈리아(1947년), 서독(1949년)의 헌법이 헌법재판소를 설치하였음에도 불구하고 프랑스의 상황을 단순히 설명하는데 그치는 것일 수 있습니다. 특별한 재판기관에 의한 법률의 합헌성 통제라는 제도는 새로운 제도들이 등장하던 당시의 기준에서 그때까지 받아들여진 의미의 민주주의에 대한 두 가지 제한을 의미했는데, 그것이 입법권을 침해하여 (입법권에 대한 제한, 이제는 입법절차의 《합리화》와 연결되는 지점) 권력 기관의 구조를 건드리는 것이라는 점뿐만 아니라, (법률이라는 매개적 가림막이 없이 헌법의 문언에 명시되고, 현재의 통설에 따르면 법관에 의해 직접 적용되는 《기본》권의 인정을 통해) 개인의 권리를 다수로부터 보호하기 위한 것이라는 점에서 그러합니다.

마지막으로, 제5공화국 헌법이 어떠한 새로운 통제 메커니즘을 고안해 냈다면, 이

는 두 정치적 권력 (입법부와 행정부 - 역자의 설명) 의 기능에 연계된 것이라고 할 수 있고, 더 특징적으로는, 입법권이 그때부터 1958년 헌법 제34조의 범위 내에만 행사되어야 한다는 제한에 연계된 것이라고 할 수 있습니다. 이는 그 자체로 진정한 의미에서 법률중심주의를 전복하는 것은 아닌데, 법률의 생산 주체를 의회에서 행정부로 이전하는 데 만족하는 것이기 때문입니다. 또한 새로운 제도인 헌법재판소를 상당히 덜 《사법적》인 형태로 구성하였다는 점에서, 특히 그 당시 이미 서유럽 각국에서 정립된 헌법재판소에 관한 기준과는 상당히 동떨어진 형태로 규율된 통제의 개시 및 심리의 구조라는 관점에서, 사법권 또는 통제의 사법적 형식에 대한 불신을 버린 것도 아닙니다.

이러한 이유로, 합헌성 통제의 점진적 확장이라는 전범에 가까워지기 위해서는 또 다시 새로운, 이제는 프랑수아르겐의 순수하게 내적인 차원의 《혁명》이 필요하게 됩니다. 이는 매우 긴 시간이 소요된 것이어서, 일부 학설이 주장한 《소송의 혁명》이라고 보다는 일종의 변화라고 할 수 있겠습니다. 그 출발은 1971년 초부터 발견되었고, 그 가장 극대화된 생각이 2010년에 이르러 ‘합헌성의 우선적 문제’(la Question prioritaire de constitutionnalité: 이하 QPC로 약칭)(2008년 헌법 개정으로 도입되었고, 그 2년 후의 구체적인 입법을 통해 시행됨)로 실현되었습니다.

1945년 이후 우리가 살아가고 있는 현재에 이르기까지의 권리 혁명이, 무엇보다 개인 또는 개인의 집단에게 그 권리를 보장할 헌법적 제도를 손에 쥐어준다는 특징을 가지고 있다면, 오늘날 프랑스에서의 권리 혁명의 내용은 다음 두 가지 차원에서 파악할 수 있습니다. 그 첫째는 헌법적 통제를 통해 시민들에게 부여된 수단에 관한 것이고(I), 두 번째는 시민들이 자신의 권리를 직접적으로 주장하는 경향에 관한 것입니다(II). 이는 권리 혁명의 가능한 함의들, 나아가 그 내용을 두 가지로 구분할 수 있게 해줍니다.

## I. 도래하지 않은 혁명?

이미 언급한 대로, 1946년은 기본권으로의 변화라는 관점에서 인권 혁명이 흡결된 채 프랑스에 도래한 약속으로 이해됩니다. 그러나 독일군의 점령으로부터 해방되

기 이전부터 논의되었던 헌법개정안의 주요 내용은 일종의 새로운 권리 선언의 중요성, 더 나아가 법원에서의 권리 주장 가능성을 인정하고 있었습니다.

독일, 그리고 최소한의 정도로 이탈리아에서 이미 헌법재판의 경험이 목격되었지만, 내용적으로 1958년 헌법은 전통과 단절하지 않았습니다. 그 결과 1971년에 이르러 그 유명한 결사의 자유 결정이 있고서야 비로소 권리와 자유에 관한 합헌성 통제의 어떤 형태를 새롭게 발견할 수 있었습니다. 그러나 위 결정은 여전히 매우 어색했는데, 그것은 바로 헌법재판소의 의사, 더 정확히 말하자면 전통적 정치 집단에서 발탁된 그 구성원들이 가지고 있던 관점 때문이었습니다.

1974년 헌법개정을 통해 60인 이상의 하원의원 또는 상원의원에 의한 청구가 가능해짐에 따라, 합헌성 통제가 증가하기 시작했습니다. 학설은 점차 찬성했지만, 여전히 이는 사전적 통제이자, 시민의 청구에 의하지 않는다는 점에서 헌법재판제도와는 거리가 먼 프랑수아즈 메커니즘에 그치는 것이었습니다. 확실히, 헌법재판소의 구성이라는 내적 측면 그 자체를 포함한 헌법재판소의 변혁은 무엇보다도 1980년대 저명한 대학의 법률가들이 그 구성원으로 임명되고, 이후 전(前) 법무부 장관인 로베르 바당테가 1986년부터 헌법재판소장직을 수행함에 따라 서 가능해졌습니다. 로베르 바당테의 임기 중에 특히 기본권, 법치국가라는 용어들이 헌법재판소 결정에서 점차 익숙해지기 시작했습니다. 지극히 자연스럽게, 그는 위헌성의 항변을 도입함으로써 사건의 개시 방식을 확대하는 것을 옹호하는 입장이었습니다. 더 중요한 것은, 프랑수와 미테랑 대통령이 이러한 방향의 헌법 개정 아이디어를 실현하는데 나아갔다는 점입니다.

그러나 이는 법적인 것만은 아닌 복합적인 이유들로 인해 성과를 얻지 못했고, 이후 2000년 톨랑 뒤마 헌법재판소장의 사임으로 이어진 스캔들로 인해, 통설이 점차 광범위한 지지를 보내고 있었음에도 불구하고 재판소에 의한 기본권의 보호라는 모델로부터 멀어지게 되었습니다. 거의 10년이 지나서야 이 주제는 새롭게 2008년 7월의 헌법개정안에 오르게 되었는데, 이로써 QPC라는 청구 수단이 시민들에게 제도적으로 부여되었습니다. 당시 헌법재판소장은 QPC를 《사형제 폐지 이후로 프랑스에서 가장 중요한 권리와 자유의 진전》이라며 환영하였고, 법학교수들 또한 이를 새로운 《혁명》으로 표현할 수밖에 없는 것이었습니다.

아무튼 QPC는 헌법 제61-1조의 문언에 따르면 《헌법이 보장하는 권리와 자유》



에 관한 새로운 소송을 추동하였는데, 이는 개인에게 헌법재판소에 청구를 할 수 있게 하는 방식에 해당합니다. QPC는 실제로 구체적 소송의 계속 중에 당사자인 시민이 제기할 수 있습니다. 그러나 헌법재판소에 사건이 송부되기 이전에, 우선 첫 번째로 당해 사건의 구체적 판단을 담당하는 법관의 결정을, 다음으로 각 최고법원(과기원과 국사원)의 여과 절차 - 이에 관한 결정은 불복의 대상이 되지 않습니다 - 를 통과해야만 합니다. 달리 말하면, 헌법재판소에 청구할만한 청구의 《심각성》을 결정하기 위한 이중의 장막이 있다는 것입니다.

예상한대로, 위 청구의 숫자는 점차 증가하여 헌법재판소의 업무 중 가장 중요한 활동이 되었습니다. 헌법재판소가 공개한 2010년부터 2021년까지의 통계에 의하면, QPC 절차의 결정은 1133건이고 이 중 합헌 결정이 50%(568 건)에 이르는데, QPC 절차에 따른 결정의 숫자는 헌법재판소 전체 결정의 46%에 이르는 DC 절차(예방적 규범통제절차 - 역주)에 따른 결정의 숫자보다 조금 더 많습니다. 또한 예상한대로, 전부 위헌결정이 행해진 사건의 숫자도 QPC의 절차에 의한 것(211건)이 DC 절차에 의한 것(20건)보다 훨씬 더 많습니다.

그럼에도 불구하고, 인권이라는 관점에서 본다면 혁명적 차원은 아직 제한적인 것으로 보입니다. QPC 시행 일 년간의 결정을 분석한 어느 전문가에 따르면, 《개인들의 권리의 영역(표현의 자유, 개인적 자유의 보장, 자유와 안전 사이의 조정...)이 여기에 적합한 부분으로 보이》는 한편, 노동법전에 담긴 제한적인 규정들을 다루는 방법을 포함하여, 《원고들은 주로 조세 사건이나 상사법 영역에서 QPC 절차를 활용하는 경향을 보인다》<sup>1)</sup> 위 분석 이후 사정은 여전히 바뀌지 않았고, QPC는 여전히 조세 사건에 의해 지배되는 경향을 보입니다. 실제 2010년에서 2019년 사이의 헌법재판소 결정의 22%는 엄밀한 의미에서 조세 사건에 해당하고, 이미 의미심장한 통계에 11%에 이르는 상사법 사건이 더해집니다. (일반적으로, 대다수의) 결정이 납세자에게 유리하지 않다는 점에서, 저명한 헌법학자인 G. 까르까손느는 헌법재판소가 공권력과 연대하는 행태를 보이고, 재정 문제에 있어서 《소심》한 태도를 보인다고 평가하기도 합니다.

물론 헌법재판소의 전현직 구성원들은 QPC와 더불어 헌법재판소가 재판소로서의

1) S. Henne-vauchez, « "...les droits et liberté que la constitution « garantit" : *quiproquo* sur la QPC ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 10, 2016.

지위를 획득하였다고 생각하지만,<sup>2)</sup> 여기에는 다소간의 의문이 있습니다. 이 주장은 규범적 입헌주의의 기준들, 그리고 법치국가의 핵심적 개념에 비추어 지지하기 어려운 점이 있습니다. 사실, 헌법재판소는 재판소로서의 지위를 한 번도 부여받은 적이 없는데, 왜냐하면 그것이 전적으로 법률가들로 구성된 것이 아니라는 점 이외에도, 전직 대통령을 포함한 전직 정치인들을 포함하고 있다는 점 때문이기도 합니다. 다른 절차적 특징 중 하나로, 아무리 중요한 사항에 관한 것이라도 반대의견을 표시할 가능성이 없고, 언제나 결정이 전원 일치로 행해진다는 점을 잊지 말아야 합니다. 가장 많이 연구한 전문가들도 QPC 절차에 관하여 기본권의 보호에 가장 밀접하게 연관된 위헌성의 항변이라기보다는, 오히려 헌법조항의 의미를 구체화하기 위한 합헌성의 선결적 회부 절차로 표현하는 경향이 있습니다.<sup>3)</sup>

사안의 경제적 지향, 사건에서 계속되는 구조적 제한들, 절차상의 제약... 우리는 권리 혁명이 이러한 방식으로는 이루어지지 않을 것이라는 결론에 이르게 됩니다.

## II. 혁명의 과정에 있는 권리들?

사실, 권리 혁명의 전망은 헌법소송의 문제를 벗어나는 것으로서 여전히 헌법적인 문제로 남아 있습니다. 결국 개인과 집단의 그 자신의 자주성에 관련된 주장과 호소들은 비록 그것이 언어적 표현에 불과할 지라도 ‘~에 대한 권리’라는 형태를 띠게 됩니다.<sup>4)</sup> 이는 앞서 도입부에서 밝힌 바와 같이, 18세기 말의 혁명에 의해 평등-자유의 영역이 등장한 결과입니다.

이 《권리》라는 형식은 따라서 그 출발 지점에서부터, 특히 민주주의 이념과의 결

<sup>2)</sup> R. Badinter, « Une longue marche du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2009, n° 25. Plus récemment, voir le dossier consacré par l'organe du Conseil, *Titre VII*, hors-série, octobre 2020, pour les 10 ans de la QPC.

<sup>3)</sup> J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, 2014, p. 20-24.

<sup>4)</sup> 이러한 정의는 중요한데, 비록 이러한 주장들이 경제적 풍요에 연결되어 있기는 하지만 자유의 행사를 평등하게 하는 수단으로서 기능할 것을 의도하기 때문입니다. 이러한 《권리》의 형태는 고유한 논리를 포함하고, 더 나아가 고유한 내용을 조건 짓는 기능을 수행합니다.

합을 통해 팽창하기 시작했습니다. 이를 통해, 이 권리들은 그 연원(실정법을 초월하는) 또는 내용(자유 또는 적어도 개인적인 것)에서 그 정당성이 도출되는 규범들 이라기보다는, 민주적 입법자에 의해 채택되는 것이 되는데, 결국 자연법론이 부여한 이상적인 후광을 상실하게 됩니다. 달리 말하자면, 이들 권리는 특히 1917년에서 1919년 사이라는 특정한 헌법적 시점에서 출발한, 민주적으로 형성된 질서라는 특수한 법질서로서 나타납니다. 그로부터 현재의 폭증한 권리 주장은, 1968년에 특히 정체성(성, 민족 등)의 문제 전체에 관하여 나타난 것과 같이, 때로는 정치와도 거리를 두게 될 정도로 공허한 것이 되기도 합니다. 어쨌든 이러한 법적 형태는, 19세기 처럼 특히 국가에 대한 관계에서 순수하게 소극적이고 제한적인 차원을 의미하는, 《주관적》 권리들로 축소되어서는 안됩니다. 이제 이 권리들은 게오르규 엘리네크가 이미 자신의 시대에 지적한 것과 같이, 다른 적극적 형태를 받아들여지게 됩니다.<sup>5)</sup>

이러한 논리는 권리의 문법으로서 구체화되는데, 이는 본고를 이해하기 위한 핵심 개념으로서 그 찬성이나 반대의 차원에서 나타나는 문헌들이 제시한 고정된 의미를 넘어서는 것입니다. 곧 한계에 봉착하겠지만, 그러나 메타 이론의 내용을 가진 어떤 단어를 먼저 살펴보는 것이 좋겠습니다. 주지하다시피, 《권리의 문법》이라는 개념은 앵글로 색슨의 세계에서 존 피니스의 주장에 의해 유명해졌는데, 그는 1980년대 자신의 저작들에서 자연법주의를 주장했습니다. 그의 관점은, 무엇이 정당한가를 말하는 언어, 그리고 방식에 국한된다는 점에서 다소간 좁은 것으로 보이기도 합니다. 우리는 이를 근대 정치 시스템의 전형적 주장들로서, 이미 다른 영국의 학자인 해롤드 라스키에 의해 주장된, 문법적 구조라는 의미로 활용할 수 있습니다. 내용상 권리의 문법은 민주 사회의 정치 언어의 표현으로서, 보편화뿐만 아니라 그 효과에 관한 일련의 결과를 도출해내는 것을 의미합니다.

민주주의의 위기에 대한 유럽의 대안들이 권리 모델의 종말을 의미하는 것이 아니라, 이는 또한 왜 몇몇 학자들이 2020년대의 시민들의 봉기들에서 포퓰리즘의 위협을 발견하려 했는지를 설명하는데, 위 흐름은 폭도들, 가장 보편적인 의미에서

5) 1871년 이후 전형적인 입헌실증주의로의 변화가 시작되는데, 1945년 이후의 논의들에서도 여전히 발견되는 것과 같이, 다른 경우에는 레옹 뒤기의 주장처럼 사회적 의무 개념에 의해 《권리》 개념을 포기하는 편이 선호되기도 합니다. 20세기 법문화의 다른 특징적 여정으로는, 한스 켈젠의 이론과 같이 제한적 개념들을 선호하고 자연법에 결부된 개념들을 불신하는 태도를 들 수 있습니다.

혁명가들을 포함할 수도 있었기 때문입니다. 이는 프랑스에서 2018년 동시다발적으로 발생한 노란 조끼 운동의 사례로, 나중에는 지구 반대편 대한민국에서 《촛불 혁명》의 형태로 나타난 것이기도 합니다. 사실, 이미 밝힌 바와 같이 이러한 혁명의 방식은 사회적 힘의 대립<sup>6)</sup>으로 파악한, 반-제도(또는 반-현상)의 수용이라는 용어에 해당하는 것이고, 포퓰리즘과는 다른 형태로 파악됩니다.

물론, 노란 조끼 운동에서 (2008년 헌법개정 이후 제11조에서 인정된 공동발의에 의한 국민투표에 명시적으로 반대하고) 시민 발의 국민투표에 의한 인민에의 호소라는 전략이 비록 편재하였지만, 이는 보통직선제에 의한 대통령 선거의 포기라는 요구와 완벽히 조화될 수 있고 또한 받아들여질 수도 있었습니다. 이 《지방 인민》이라는 대항 권력의 성격은 더욱이 꼬메르시 지역의 2019년 4월의 노란 조끼 운동 선언에서 명시적으로 드러납니다.<sup>7)</sup> 때로 이 선언들은 개방적으로 헌법제정권력의 원칙들을 따르기도 합니다. 《우리는 지금 여기에 인민의 의사로 존재하고, 방어적 폭력으로만 출발한다》는 아이러니한 논조에 따라 1789년 혁명의 모델을 명시적으로 차용하고자 하는 수순으로, 심지어는 《새로운 권리들과 더불어 스스로 민주적, 사회적, 보편적인 새 헌법을 정립하는 헌법제정의회로 변화하는》 거리의 《삼부회》가 주장되기도 하였는데, 위 새로운 권리들은 《특히 그 몸에 관한 처분권 : ‘생산자의 권리’ 그리고 ‘이용자의 권리’ 또는 살아있는 것들의 권리, 또는 심지어 어머니 대지의 권리들에 생명을 부여하고 빛을 부여하는》 것이었습니다.<sup>8)</sup>

다소간 오래된 형태와 연결되는 사회적 대항 권력의 특징으로, 권리의 용어으로써 자신들의 주장을 번역하는 행태를 들 수 있는데, 여기에는 실정법의 준수라는 방향도 포함됩니다. 실제로 루앙 지역의 노란 조끼는 《헌법 제2조에 명시된 공화국의 원칙으로 되돌아갈 때이다 : 인민의, 인민에 의한, 인민을 위한 정부》라고 쓰고 있었습니다. 법적 근거가 지나치게 일반적이긴 하지만, 마찬가지로 2019년 4월 생 나제르 의회의 주장들 중에서 《공적 자유와 기본권의 수호》가 등장합니다. 이러한 문법은

6) Carlos M. Herrera, « Entre droit constitutionnel et démocratie : les contre-pouvoirs sociaux » (2012), in A. Viala (dir.), *La démocratie, mais qu'en disent les juristes*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 171-184.

7) 《우리는 세 가지 사항을 언제나 요구한다 : 생존을 위한 더 많은 수단, 더 많은 정의와 평등, 진실한 민주주의: 인민의, 인민을 위한, 인민에 의한 권력》

8) 2019년 4월, Allier 광산 분지의 시민 의회.

노란 조끼 운동의 일반적 방향으로 발전하는데, 2019년 1월 꼬메르시 지역의 의회에서 《우리가 매일 로터리를 점거하고 이 운동을 조직하며, 시위를 하고 어디서든 논쟁하는 것은, 바로 이 모든 권리들을 위한 것입니다》라는 언명으로 확인되었습니다.

이러한 권리의 부분은 전세계의 조직적 운동과 혁명가들에게는 상상하기 어려운 것인데, 특히 1960년대 말, 또는 그 이후 생태학을 둘러싼 사회적 운동에서 1960년대 운동의 재현으로 나타난 특별한 힘의 측면에서 그러합니다. 이는 2010년대를 지나 점차 강화되고 심지어 변화를 겪게 되는데, 이제 더 이상 구조적 차원이 아니라 가장 바람직한 경우로서 헌법의 차원에 이르게 됩니다. 현재 헌법 제정 절차로서 진행 중인 2019년 10월-11월 칠레 혁명에서 그 실재를 발견할 수 있습니다.<sup>9)</sup>

헌법은 변화 가능한 형태일 뿐만 아니라, 더 나아가 그 전령의 형태로 나타나기도 하는데, 새로운 권리를 선언하거나 또한 권리를 보호하기 위해 시민에게 부여하는 새로운 사법적 행위형식을 발생시키기 때문입니다(콜롬비아 헌법의 후견제도와 같이). 권리는 헌법이나 권리장전에서 선언된 사실로서만이 아니라, 그것이 개인에게 그리고 집단에게 구체적인 절차에서 존엄을 위한 투쟁을 할 수 있는 권한을 부여하기 때문에 유효한 것입니다. 헌법의 개념은 따라서 사회적 투쟁의 결과를 확립하고 보호하는 일종의 보장 시스템으로 회귀합니다.<sup>10)</sup>

이러한 인권 개념의 확대에 맞서, 몇몇 학자들은 일종의 ‘인권만능주의’<sup>11)</sup>에 반대

9) 《칠레: 저항자들의 주장들이 집약된 새로운 헌법의 요구》, Le Monde, 2019. 11. 8.자 기사; 《칠레: 민주헌법을 위하여》, The Conversation, 2020. 11. 28.자 기사; 《선출된 집단에 의해 최초의 칠레 헌법이 탄생할 것으로 보임》, Le Monde, 2022. 11. 28.자 기사; 《칠레: 그 한계가 무엇이든, 헌법개정안은 변화의 도구가 될 것》, Le Monde, 2022. 9. 2.자 기사 (이는 공동기사임) 등을 참조.

10) C. M. Herrera, « Filosofía de los derechos humanos en tiempos de globalización », in O. Correas, C. Proner (dir.), *Teoría crítica dos direitos humanos. In Memoriam Joaquín Herrera Flores*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, pp. 119-129.

11) 이 신조어는 1980년대 말 프랑스에서 국제법의 변화를 나타내기 위해 등장했습니다. 1993년 비엔나에서 열린 세계 인권 회의에서 민주주의의 지평으로서의 인권이라는 유엔 사무총장의 유명한 연설과 함께 이러한 국제법의 변화가 강조되었습니다. 이에 우리는 종종 당대의 자크 엘룰(Jacques Ellul)의 비판을 동시에 떠올릴 수 있습니다(《그리고 이 ‘권리’라는 단어는 무엇을 의미합니까? 왜냐하면 마지막으로 달리 입증되기 전까지 ‘권리’라는 단어는 법적인 단어입니다. 이는 법적 의미를 가지고, 또한 법적 의미만을 가질 수밖에 없습니다. 그것은 한편으로는 법정에서 주장할 수 있고, 이 권리를 침해하는 모든 사람에게 적용될

하기도 합니다. 인권만능주의는 적어도 1990년대 말부터 모든 정치 영역과 모든 법의 영역을 동시에 차지하면서, 민주주의와 적법성에 연동된 위기를 초래하고 있다는 비판을 받습니다. 그러나 위기가 존재한다면, 그 위기는 전에 없는 새로운 방식으로 《권리》 이념이 강하게 작동함을 의미하는 것이고, 이는 입헌민주주의의 시스템 내부에서 뿐만 아니라 1945년 이후 민주주의 모델의 대안을 모색하는 과정에서 나타난 새로운 대항 권력의 등장을 의미한다고 보아야 할 것입니다. 이 《이후의-》라는 접두어는 그 용어의 고유한 의미에서 이해되어야 합니다. 즉, 예전의 모델과는 다른, 그러나 그 요소들의 일부를 보존한 채로 이루어지는 재배치를 의미합니다. 이는 예를 들어 개혁 프로젝트에 반드시 포함될 《숙의》의 이념이, 왜 언제나 《권리》, 나아가 비민주적인 국가행위자인 법관이 관여하기도 하는 《보장》의 이념을 항상 수반하고 이로써 보장되기까지 하는지를 설명해주는 것입니다. 또한 《위임》이라는 개념은 다시 한번 권리의 개념을 깨뜨리지 않고 사회적 갈등과 다양한 관계를 설정하면서 민주 국가의 일정한 관행을 수반합니다.

오늘날 프랑스와 다른 곳에서 권리 혁명의 가장 역동적인 차원을 발견하는 것은 바로 이러한 방식 아래에서일 것입니다. 그러나 우리는 다른 것들과 함께 이러한 사회적, 정치적, 성적 요구가 《권리》라는 용어로 표현된다는 사실에서 발생하는 구조적 한계에 주목합니다. 이 요구들에 대한 응답은 그 적법성의 위기에 처해있는 대의제 전체에 의해 주어져야 하기 때문입니다. (실제로 이에 만족스럽게 대답할 수 없다는 점이 드러납니다). 이것이 바로 *우리 시대 입헌주의의 정치적 문제*입니다

번역: 김혜진(중앙대학교 법학전문대학원 부교수)

---

제재가 수반된다는 것을 의미합니다. 더구나 권리의 의미는 항상 매우 정확한 내용을 가지고 있기 때문에, 법학자는 권리의 의미, 유일하게 가능한 의미를 엄격하게 결정해야 합니다. 그러나 우리가 집단적으로 연합하면서 이러한 인권의 공식화에 놓은 것들, 즉 “행복에 대한 권리”, “건강에 대한 권리”, “생명에 대한 권리”, “정보에 대한 권리”, “여가에 대한 권리”, “교육에 대한 권리”의 내용은 도대체 무엇인가요? 그 어느 것도 엄격한 내용을 가지고 있지 않습니다.》, *Le Bluff Technologique*, Paris Payot, 1988).

【토론】

## “프랑스의 인권 혁명, 그 전환점들과 미래”에 대한 토론문

김 혜 진\*

프랑스의 인권사를 ‘혁명’이라는 관점에서 압축적으로 소개한 이 글을 통해 인권 혁명의 과거, 현재, 그리고 미래라는 세계사적 단편을 조망할 수 있었습니다. 프랑스는 1789년의 대혁명으로 세계사적, 공법사적 보편성과 특수성을 획득한 국가입니다. 이 글은 바로 이 대혁명 이후의 프랑스 인권의 역사가, 과연 진정한 ‘혁명’을 겪었는지, 오늘날 인권은 어떠한 방식으로 혁명의 과정에 있는지, 그 미래가 봉착한 구조적 한계는 무엇인지를 다소간 비판적인 관점에서 논의하고 있습니다.

널리 알려진 대로, 프랑스에서는 1789년 혁명 이후 민주주의에 근거한 ‘평등자유’(l'égaliberté)의 영역이 인정되었고, 이 영역에서 다양한 정치적, 경제적, 사회적 주장들이 고유한 문법을 통해 ‘~에 대한 권리’(le droit à)의 이름을 갖게 되었습니다. 특히 1789년 ‘인간과 시민의 권리 선언’은 구체적인 권리들을 명시하고 시민들에게 직접 해당 권리를 인정하였는데, 이로써 시민은 각자의 권리를 사법기관을 통해 관철할 수 있을 것으로 기대되었습니다. 그럼에도 불구하고 이 글이 적절히 지적하는 바와 같이, 루소의 사상에서 출발한 법률주권(la souveraineté de la loi)의 이념, 일반적인 법관이 아니라 특별한 사법기관 - 특히, 최고행정법원인 국사원(Conseil d'État) - 에 의해서 권리 보장이 이루어져 온 제도적 전통, 현재까지도 불충분하다고 평가되는 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격이라는 복합적인 이유로, 진정한 의미에서 권리의 ‘혁명’은 아직 도래하지 않았다고 볼 여지가 있습니다.

이 점은 일찍이 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제15조가, “사회는 ‘모든 공직자에게 그 행정에 관한 보고를 요구할 권리’(le droit de demander compte à tout

---

\* 중앙대학교 법학전문대학원 부교수

agent public de son administration)를 갖는다.”라고 선언하였음에도 불구하고, 2020년에 이르러서야 헌법재판소가 ‘공공정보에 대한 접근권’(le droit d'accès aux documents administratifs), 즉 정보공개청구권을 ‘헌법상 권리’로 인정한 사례에서도 확인됩니다. 오히려 국사원은 훨씬 전인 2002년에 정보공개청구권을 공적 자유의 행사를 위해 필수적인 ‘권리’임을 간접적으로 인정하였다는 점에서, 프랑스 헌법재판제도의 한계가 진정한 의미의 권리 혁명을 가로막는 요인이 되고 있다는 발표자의 주장은 분명히 타당한 측면이 있습니다.

그러나 인권 또는 권리 혁명을 성문헌법의 차원의 것으로 국한하는 것이 아니라면, 다시 말해 불문의, 헌법 하위 규범의 차원에서 발생하는 권리 혁명이 가능하다면, 후자의 의미에서 권리 혁명은 프랑스 대혁명 이후, 특히 행정재판제도가 확립된 제3공화국 이후 현재에 이르기까지 지속되고 있다고 볼 수 있습니다. 법률의 헌법 차단 이론(loi d'écran)에도 불구하고, 국사원은 ‘법의 일반원리’(les principes généraux du droit)을 통해 각종의 공법상 권리, 더 나아가 권리에 이르지 않지만 법적으로 정당한 이익들을 적극적으로 ‘발견’해내고 있기 때문입니다. 이러한 경향은 1980년대 이후 법률의 조약합치성 심사(le contrôle de la conventionnalité), 더 나아가 2000년 이후 자유보호가처분(le référé-liberté) 절차에서 행정법원이 보호 대상인 ‘근본적 자유’(les libertés fondamentales)의 내용으로서 유럽인권협약상의 ‘인간의 권리’를 적극적으로 고려하고 있고, 이에 따라 사실상 헌법재판소보다 더 넓은 범위의 ‘권리’를 인정하는 진정한 혁명의 길을 걷고 있다는 점에서도 확인됩니다. 실제로 최근 독일의 연방헌법재판소의 결정과 같이 기후변화에 대응하기 위한 ‘미래세대의 권리’를 인정하는 방법을 따르지 않고서도, 그 이전에 이미 프랑스 행정법원은 옥스팜 등 환경단체의 정당한 이익(l'intérêt à agir)을 인정하여 파리기후협약을 위반한 정부에 대하여 이행명령을 부과하고 - 비록 1유로라는 상징적 금액이지만 - 국가배상책임을 지운 바 있습니다.

요컨대, ‘권리 혁명’이라는 것이 반드시 헌법 차원의 주관적 권리를 사법기관에 의해 인정받는 방식으로만 가능하다고 보지 않는다면, 프랑스는 행정소송의 객관주의를 통해 상당히 광범위한 권리 혁명을 겪어 온 나라로 평가할 수 있다는 것이 토론자의 생각입니다. 헌법소송의 관점에서, 당해사건에서 청구인에 대한 주관적 권리침해를 구제한다는 ‘위헌성의 항변’이라는 측면보다 법률조항이 시민 일반의 공적



자유와 권리를 침해하는지 여부를 판단하는 ‘객관적 규범통제’로서의 성격이 강조되는 QPC 절차의 특징은, 오히려 그 객관성을 매개로 광범위한 권리 혁명을 가능하게 하는 것일 수 있습니다. 이에 관한 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

다음으로, 권리 혁명의 미래에 관한 질문을 드리고자 합니다. 이 문제는 발표문에서 언급된 대로, 사회적 대립 세력들이 ‘권리’라는 고유한 이름을 쟁취해내는 구조, 즉 ‘권리의 문법’에 관한 것입니다. 권리의 문법이 헌법재판절차에만 의존하는 것은 아니고, 사회적 투쟁의 결과를 보존하고 보호하는 시스템으로서 헌법 스스로가 새로운 권리를 인정하거나 헌법이 정한 제도를 통해 간접적으로 새로운 권리를 인정하는 방식이 가능하기 때문에, 권리의 문법은 결국 ‘민주주의의 문법’이라고 할 수 있습니다. 따라서 오늘날 일상화된 대의민주주의의 위기를 극복하지 못한다면, 권리는 진실로 ‘혁명적 방식’, 즉 헌법개정과 같은 수단이 아니고서는 변화하기 어렵다는 구조적 한계에 봉착하게 됩니다.

특히 발표문이 한국의 ‘촛불 혁명’과 등치시킨, 프랑스의 ‘노란 조끼’ 운동의 선언 또는 강령은 1789년 대혁명의 문법을 그대로 따르면서, 지금까지 권리로 명명되지 아니한 각종 주장들 - 대표적으로, 이른바 ‘자연의 권리’ - 을 권리로 새롭게 호명하고 있습니다. 이러한 ‘직접적인’ 권리 혁명은 포퓰리즘과 - 모든 것을 권리로 환원할 수 있다는 의미에서 - 인권 만능주의에 이를 위험이 있지만, 강력한 사회적 압박을 통해 결국 기존의 대의민주주의 시스템 내에서 일부 실현되었다는 점에서, 이미 도래한 권리 혁명의 미래를 보여주는 것이기도 합니다. 즉, 대의제가 실패할수록, 나아가 사법기관에 의한 간접적인 권리 혁명이 지체될수록, 권리 혁명은 더 빈번히 직접적인 형태로 나타날 것입니다. 발표자가 언급한 남미의 사례를 보더라도 이러한 전망은 비단 프랑스에 국한된 것만은 아닌 것으로 보입니다. 그렇다면 이제 우리에게 부여된 공법적 과제는 이러한 직접적 권리 혁명의 일상화가 초래할 문제점을 정확히 파악하고, 그 대응 방안을 모색하는 것이라고 할 수 있을 것입니다. 이에 관한 발표자의 의견을 청하면서, 토론을 마치고자 합니다. 감사합니다.

【Discussion】

## Questions pour le débat

Hyejin KIM\*

Grâce à cet article qui présente de manière concise l'histoire des droits de l'homme en France sous l'angle de la « révolution », j'ai pu jeter un coup d'œil sur les fragments historiques mondiaux du passé, du présent et de l'avenir de la révolution des droits de l'homme.

Voici une question. Par exemple, si la « révolution des droits » n'était pas forcément considérée comme possible uniquement lorsque les droits subjectifs au niveau constitutionnel sont reconnus par les institutions judiciaires, la France pourrait être reconnue comme un pays ayant traversé des « révolutions des droits » sur un champ assez vaste à travers l'objectivisme du contentieux administratif, c'est ce que je pense en tant que discutant.

De même d'un point de vue contentieux constitutionnel : la QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) met l'accent sur le « contrôle objectif de la norme » jugeant l'atteinte éventuelle aux libertés et droits publics des citoyens des dispositions juridiques plutôt que sur ce que l'on appelle « l'exception d'inconstitutionnalité » remédiant à l'atteinte au droit subjectif du demandeur de chaque cas. Or, cette caractéristique de la QPC permettrait une révolution des droits plus large en se basant sur son objectivité. J'aimerais donc écouter votre opinion sur en la matière.

Ensuite, je voudrais poser une autre question sur l'avenir de la révolution des droits. Comme mentionné dans votre intervention, cette question repose sur la

---

\* School of law, Chung-Ang Univ.

structure dans laquelle les forces de confrontation sociale gagnent un vrai nom de « droit », autrement dit la « grammaire des droits ».

Les déclarations ou les opinions des mobilisations de « gilets jaunes » en France, (vous l'avez posé « la révolution des bougies » en Corée comme équivalente) suivent la grammaire de la Révolution de 1789. En même temps, elles baptisent les nouveaux droits qui sont de diverses revendications et qui n'ont pas été qualifiés de droits jusqu'à présent, autrement dit, les soi-disant « droits de la 'Terre mère' », comme un excellent exemple.

Cette révolution « directe » des droits risque de susciter le populisme et l'universalisme des droits de l'homme dans le sens où tout peut être ramené à des droits à tout prix. Toutefois, cela est déjà partiellement concrétisé au sein du système démocratique représentatif existant grâce à une forte pression sociale, ce qui montre l'avenir de la révolution des droits déjà installée.

C'est-à-dire que, plus les systèmes représentatifs démocratiques échouent, et plus la révolution indirecte des droits par les institutions judiciaires est retardée, plus apparaîtra fréquemment une révolution des droits sous la forme « directe ». Si l'on regarde le cas de l'Amérique du Sud que vous avez évoqué, il semble que cette perspective ne se limite pas à la France.

Dans ce contexte, je pense que l'on peut dire que l'enjeu de droit public qui nous a été attribué est d'identifier précisément les problèmes que la mise en quotidien et la généralisation de cette révolution directe des droits entraînera, et de trouver les mesures propres pour y faire face.

Je serais reconnaissante si vous pouvez nous faire part de votre opinion ou perspectives sur ce point. Je vous remercie.

【Discussion】

## Réponse Professeur Carlos M. Herrera

1)

Le texte parle de révolution des droits de l'homme dans un sens spécifique, celles des *droits fondamentaux* après 1945. C'est ici qui se construit la problématique. Mais bien entendu, on peut inscrire le Conseil d'Etat dans cette histoire à partir de l'arrêt Blanco et la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat. Les contrôles exercés par le Conseil d'Etat, de légalité et de conventionnalité, jouent un rôle important dans la protection des droits après 1945, depuis le recours par excès de pouvoir, et surtout le référé libertés, sans oublier en matière des droits sociaux. Mais il ne s'agit pas d'une *révolution* des droits, mais plutôt une évolution de l'Etat, même s'il a eu des effets très importants sur les droits des individus. Certes études récentes l'on montré concernant les décisions de ces dernières années en matière de l'état d'exception ou de terrorisme. Il faut dire que le Conseil d'Etat est une institution particulière, pour partie juridiction et pour partie conseiller du gouvernement (en matière de projets de lois).

2)

Pour la même raison, je ne mettrai pas le contrôle objectif dans le sens d'une révolution, encore moins du moment où il s'inscrit dans cette culture légicentriste que, comme on l'a dit, précède la révolution de 1789

3)

C'est une question très intéressante, car il y a un croisement avec le populisme, du moment où il y a cette crise des institutions, et notamment de la représentation démocratique. Le populisme, si l'on ne lui donne pas un sens péjoratif, comme un qualificatif, apparaît dans ce monde post 1789, déjà traversé par la question de l'égalité et la liberté. Toutefois, les théoriciens du populisme, dans un sens normatif, insistent sur le caractère spécifique du traitement des demandes sociales, sous une forme équivalentielle. Cela ne va pas nécessairement à l'encontre de l'universalité. Mais le type de construction juridique peut être différent que celui des droits, comme j'ai essayé de montrer dans d'autres travaux.

Mais les formes directes ont besoin d'un moment institutionnel. C'est pour cela que ce type de manifestation (les *Indignados*, *Occupy Wall Street*, la révolution des bougies, et dernièrement les Gilets jaunes) opère plutôt comme des contrepouvoirs sociaux, activant des droits déjà existants dans la constitution, mais dont les mécanismes pour les rendre efficaces sont grippés ou échouent.

4)

Cela me conduit à conclure dans votre direction, comme tâche spécifique des juristes. Si les droits, la constitution même, nous échappent de plus en plus en quelque sorte, nous avons un savoir spécifique en matière d'institutions, et surtout, de procédure, que nous pouvons apporter sur la place publique. De sorte qu'on puisse repenser les nouvelles modalités d'efficacité de protection des droits, face aux nouveaux défis.

【토론】

## 토론문에 대한 답변 번역문

1)

발표문은 1945년 이후의 기본권이라는, 특정한 의미에서 인권 혁명에 국한된 주제 의식하에 작성된 것입니다. 하지만 물론, 이러한 역사 속에서 블랑코 판결과 국가배상책임의 인정으로부터 출발한 국사원의 자리를 확인할 수는 있습니다. 실제로 국사원에 의한 적법성 및 조약합치성 심사는 월권소송과 특히 자유보호가처분 절차를 통해 사회권을 제외한 1945년 이후 개인의 권리 보호에 있어 중요한 역할을 해왔습니다. 그러나 개인의 권리에 아무리 중요한 영향을 미쳤더라도, 그것은 권리 혁명이 아니라 국가의 진화에 불과합니다. 예외 또는 테러 상태에 관한 최근 몇 년간의 결정에 관한 최근의 연구가 이를 확실히 보여줍니다. 국사원은 사법부와 정부 자문(법안 심사의 영역) 조직을 이루는 특정한 제도일 뿐이라고 보아야 합니다.

2)

바로 이러한 이유로, 발표문은 혁명이라는 방향에 있어서 객관적 통제를 다루지 않았습니다. 게다가 객관적 통제는 발표문에서 언급한 바와 같이 1789년 이후의 법률중심주의에 근거한 것이기도 합니다.

3)

특히 민주적 대의제라는 제도의 위기 상황에서 포폴리즘과의 교차가 일어나기 때문에, 두 번째 질문은 매우 흥미롭습니다. 1789년 이후의 세계에서 경멸적인 평가를 부여하려는 것이 아니라면, 포폴리즘은 이미 평등과 자유를 통해 서로 교차하고 있습니다. 그러나 포폴리즘 이론가들은 규범적인 의미에서, 동등한 형태의 의, 사회적 요구의 처리방식의 특수성을 강조합니다. 이 방식이 반드시 보편적이지 않다고 할 수

는 없지만, 발표자가 이미 다른 저작을 통해 제시한 것과 같이, 법적 구성의 형태는 권리의 형태와는 다른 것일 수 있습니다.

그러나 직접적 주장들은 제도적 순간을 필요로 합니다. 바로 그러한 이유로, 이미 헌법에 존재하지만 비효율적이고 실패한 메커니즘 때문에 실질화가 필요한 권리들을 위해 이러한 유형(스페인의 ‘분노한 사람들’, 미국의 ‘월 가를 점령하라’, 대한민국의 ‘촛불혁명’, 프랑스의 노란 조끼)의 운동들이 사회적 대항 세력으로서 나타날 수밖에 없었던 것입니다.

#### 4)

결국 법률가들의 특별한 과제에 관한 토론자의 질문에 대하여 발표자로서는 다음과 같이 결론을 내릴 수밖에 없습니다. 권리, 헌법 자체가 우리 법률가들로부터 점점 더 많은 방식으로 벗어나더라도, 우리는 공공의 장에 가져올 수 있는 제도와 무엇보다도 절차에 대한 특별한 지식을 가지고 있습니다. 따라서 이러한 새로운 도전에 직면하여, 우리는 새로운 효율적인 권리 보호 방법을 다시 고안해 낼 수 있을 것입니다.





## 민주주의의 발전과 공법상 권리의 확대 경향

이 혜 진\*

- I. 들어가며
- II. 주관적 공권의 재조명과 확대
- III. 공법상 권리의 발전
- IV. 새로운 보호범익으로서의 ‘평온생활권’
- V. 나오며

### I. 들어가며

민주주의의 발전은 주관적 공권의 확대화에 어떤 영향을 미쳤는가. 주관적 공권이라는 개념은 그 탄생부터 국가의 구속으로부터의 자유가 목적이었다는 점에서 본다면, 주관적 공권은 민주주의와 그 시작을 함께 하였다고 해도 과언이 아닐 것이다. 지배자와 피지배자의 관계가 아니라 대등한 법주체로서 개인이 국가에 권리를 가진다는 공권론은 그 자체가 국가와 개인의 관계에 대한 논의이다. 따라서 민주주의의 법질서 변화에 따른 주관적 공권에 대한 조망은 권리발전의 역사를 살피는 것과 같은 의미를 가진다고 할 수 있다.

그렇다면, 이번 주제는 주관적 공권성립에 있어서 민주주의란 무엇인지, 공법 분야에서 민주주의적 발전을 어떻게 정의할 것인지부터 정립하고, 민주화의 성공사례로 꼽히는 우리나라에서 그동안 주관적 공권의 확대를 위하여 -그 성공여부는 접어두고- 많은 시도가 있었음을 전제로 하여 우리나라에서 일어난 극적인 민주화 모

---

\* 국립안동대학교

멘텀을 보여주고 당시 어떤 주관적 공권의 확대가 일어났는지, 양자는 인과관계에 있는 것인지, 상관관계에 있는 것인지 이에 대한 검토과정이 되어야 할 것이다.

하지만 이러한 검토방식에는 다음과 같은 한계가 존재한다.

첫째, 권리와 법의 진보는 민주주의의 발달에 의해서만 이루어진 것은 아니라는 점이다. 스스로의 힘이 아닌 외부 강제나 역사적 우연에 의해 전개되는 경우도 적지 않다는 점, 그리고 그동안 국가의 경제력 향상과 기술발전 및 사회국가원리에의 충실에 따라 규제행정 뿐아니라 급부행정도 증가하게 되었고, 공과 사의 대립관계가 아니라 협동관계에서 소위 ‘보장행정’을 통해 주관적 공권의 확대로 이어진 경우도 있음을 간과할 수 없다는 점이다.

둘째, 행정법상에서 논해지는 주관적 공권론은 ‘공권이란 무엇인가’라는 실체적인 문제로서의 이론구성이라기보다는 국민의 이익조정 원리를 사법상의 권리구제에 어떻게 반영시킬 것인가에 대한 논의를 중심으로 하고 있다는 점이다. 정치나 행정의 이익조정에 맡겨야 하는 매우 넓고 희석된 이익으로서의 공익과 사법상 권리구제로 다루어져야 하는 개인의 권리·이익을 어떻게 구별할 수 있는가라는 기능적 관점에서 검토되고 있기 때문에 앞서 제시한 방법으로 다루기에는 적절하지 못한 면이 있다.

따라서 이번 주제는 위에서 언급한 것과 같은 사례나열을 통한 통시적인 방법이 아니라, 기존의 주관적 공권의 의의에 대하여 재조명하고 지금까지 시도되거나 논의 되어온 주관적 공권의 확대 방법이나 과정을 검토함으로써 여기에 민주주의는 어떤 역할을 할 수 있는지에 대해서 살펴보는 것으로 연구의 범위를 한정하고자 한다. 아울러 오늘날 새로운 ‘주관적 공권’의 사례로서 20세기에 들어 많은 국가적 재난을 겪은 일본에 있어서 문제해결 과정에서 등장하는 ‘평온생활권’을 소개함으로써 현대형 ‘주관적 공권’은 어떤 것이 되어야 하는가에 대한 시사를 얻고자 한다.

## II. 주관적 공권의 재조명과 확대

### 1. 공법상 주관적 공권의 의의

#### (1) 공권론에서의 민주주의와 자유주의의 양립

위와 같이 연구범위를 사정한다고 할지라도 민주주의의 발전과 관련하여 공권론을 논의하는데 왜 이러한 이론적 어려움을 가지는지에 대하여 설명을 보충할 필요가 있다.

공권론의 이론적 어려움은 순수하게 사적인 이익의 담당자끼리 동등하게 서로 교섭하는 것이 아니라, 민주주의원리 하에서 공익의 담당자로서 시민 자신이 국가의 일원으로서 그 의사결정에 직접 참가함과 동시에, 본인의 공권행사의 상대방으로서(본인이 귀속되어 있는 바로 그) 국가를 상정하여야 한다는 점에 있다.<sup>1)</sup> 즉, 국가와 시민은 협동관계에 있기도 하지만, 각자의 고유의 이익에 있어서는 대항관계에 있기도 하다는 점에서 과연 어느 정도로 사법(私法)상의 권리에 가깝게 공권을 구성할 수 있는가가 문제되는 것이다.<sup>2)</sup> 그리고 이것은 결국 국가가 공익으로서 보호할 수 없는 시민의 이익의 범위는 어떤 것인가라는 시민적 자유와 국가의 공공성의 형량 문제임을 의미한다. 국가의사는 전시민의 참가에 의해 민주적으로 형성·실현되는데, 그 과정에서 개인에게 발생하는 불합리에 대하여 전체의 의사라는 이유로 무시하여서는 안되며, 그러한 시민의 권리는 보호된다고 하는 (다수)민주주의와 자유주의의 연관성상에서 공권론은 이해되어야 하는 것이다. 이것은 국가작용상 입법과 행정을 통한 민주주의의 실현과 사법(司法)의 국가로부터의 개인보호를 통한 민주주의의 실현이 양립하고 있음을 의미한다.

#### (2) 헌법과 행정법에서의 주관적 공권

실정법학에서 공권이란 공법상의 권리를 의미한다. 헌법과 행정법에서 공권에 관한 논의는 양측 모두에서 이루어지고 있지만, 주관적 공권과 관련해서는 행정법에서

1) 名和田是彦, いわゆる公権論の法哲学的考察のための覚書, 法哲学年報 1983卷, 1984, 152頁.

2) 名和田是彦, 주1, 153면.

‘원고적격’이나 ‘법률상 이익’과 관련하여 구체적으로 논의되는 경우가 훨씬 더 많다.<sup>3)</sup>

먼저, 사인의 공권은 사인이 국가조직을 편성하는데 관여하거나 국가기관이 의사를 결정하도록 요구할 수 있는 권리, 예컨대 행정행위를 요구하는 신청권이나 법원에 제소할 수 있는 권리로서 관념된다.<sup>4)</sup> 그리고 국가가 위법한 행위를 하는 것을 방어하기 위한 사인의 권리 즉, 기본권으로서 보장된 자유인 ‘자유권’을 사인의 공권으로 관념하기도 한다. 기본권은 본질적으로 개인의 자유에 대한 불가침성만을 보장하는 것으로 그 나머지는 민주정 원리에 따른 입법을 통하여 그 내용이 형성된다. 헌법은 입법자에게 법률을 제정하여 개인에게 기본권 외의 법적 지위, 공권을 부여하도록 하고 있으며, 공권의 근간이 되는 내용은 기본권에 의해 보장되고 있다.

헌법적 가치들은 객관적 법질서 또는 개인의 권리·이익이라고 주장되는 것으로서 국민의 민주적 선택에 따라 입법이나 행정제도를 통하여 법의 목적이 된다. 법규는 그 내용을 불문하고 국가의 행정활동을 정당화하는 공익을 목적으로 하는 객관법(객관적 권리)으로 관념되는 것이다. 그리고 이러한 법의 목적을 수행하는 과정에서 개인의 권리·이익이 침해되기도 한다. 이때 자기의 침해된 권리·이익을 구제하기 위한 쟁송이 ‘주관소송’이며, 국가 부문 중에서는 민주적 정당성의 정도가 가장 약한 법원의 판결로 헌법상 보장되는 기본권적 가치는 훨씬 다양해지고 풍부해지는 결과를 가져오기도 한다. 이때 개인의 권리와 이익의 구체적인 내용이 정해지고 주관소송의 외연도 확정되는 경우가 많다. 이처럼 주관소송은 결국 권리·이익의 내용이 확정되어야 한다는 것이 그 전제에 있다.

행정법의 영역에서 주관소송을 중심으로 하는 행정소송의 체계가 잡히고, 특히 공권 개념은 원고적격을 인정하는 제도적, 소송기술적 개념으로서 사용되었다.<sup>5)</sup> 실체

3) 대부분의 행정법 교과서에서 ‘주관적 공권’은 행정상의 법률관계와 공권·공의무에서 다루어지고 특히 개인적 공권의 확대화 경향과 관련해서는 제3자효적 행정행위에 있어 제3자의 원고적격의 확대를 언급하는 경우가 많다. 김성수, 일반행정법[행정법이론의 헌법적 원리]【제9판】, 홍문사, 2021, 155면이하; 박근성, 행정법론(상)[제21판], 박영사, 170면 이하; 홍정선, 행정법원론(상)[제30판], 2022, 박영사, 159면 이하 등.

4) 山本隆司, 客觀法と主觀的權利, 岩波講座 現代法の動態 第1卷, 岩波書店, 2014, 28頁. 따라서 공권을 관념하는 경우 의사력 내지 법적 힘의 요소를 중심으로 권리를 정의하게 된다. 같은 곳.

5) 특히 독일 행정법상에서의 주관적 공권에 대한 쟁점과 그 최근의 논의까지 잘 소개하여

법상의 청구권으로서 독립적인 공권을 어떻게 구성할 것인가, 혹은 소송법상의 소권으로서 개인이 소송을 제기할 수 있는 자격요건을 어떻게 구성할 것인가가 주로 논의되어 온 것이다. 그리고 공권력행사의 직접상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 중심으로 공권확대를 논의해 온 우리 행정법학계는, 공익을 실현하는 가운데 침해될 수 있는 사인의 공권보호에 관심을 집중시켜 공권침해시 주장가능한 ‘법률상의 이익’에 대한 해석론으로서 독일의 ‘보호규범설’을 많이 참고해 왔다.<sup>6)</sup>

이렇게 헌법과 행정법에서 주관적 공권에 대한 사정범위에 차이가 발생하게 된 배경에는 헌법상 기본권은 ‘권리’임에는 분명하지만,<sup>7)</sup> 행정법에서 통설로 되어 있는 독일에서 유래한 보호규범설은 ‘법률상 보호된 이익’에 대한 해석론이라는 점에서 우리가 떠올리는 ‘권리’와 일치하는 것은 아니라는 것에서 기인하는 바도 클 것이라 생각된다. 왜 이러한 불일치가 있는가와 관련하여서 가장 큰 이유 중 하나는 ‘권리’와 ‘이익’개념의 개방성에서 찾아야 할 것이다. ‘권리’의 정당화근거가 되는 이익은 권리주체의 이익에 한정되지 않으며, 권리주체에 의한 권리행사를 통하여 국민일반의 이익이 실현되는 것이 기대되는 경우가 있고, 그래서 그러한 권리는 두텁게 보호할 가치가 있다고 여겨지기도 한다.<sup>8)</sup> 이러한 권리라는 개념은 사람들의 규범적 사고를 체계화하고 간이화하는 기능을 수행한다.<sup>9)</sup> ‘이익’개념 역시 이익주체와 대상을 매개하는 관계개념으로서, 그 자체는 고유의 실체를 가지지 않으며 어떤 것과도 결부시킬 수 있다.<sup>10)</sup> 즉, 원고적격의 범위의 기준으로서 이익개념을 사용한다고 하여도 실상은 아무 것도 정하지 않은 것이고, 이익대상이라는 다음 차원으로 연결시키

많은 시사를 주고 있는 논문으로 이상학, 독일법상 주관적 공권과 유럽화로 인한 변화와 도전, 토지공법연구 제67집 2014.11; 동, 행정법상 주관적 공권의 기본문제, 부산대학교 법학연구 제56권 제1호(통권83호), 2015.

6) 김중권, 행정법[제3판] 법문사, 2019, 169-171면; 류지태·박종수, 행정법신론[제16판], 박영사, 2016, 104-105면 등.

7) 여기서의 ‘권리’는 법률상 보호되는 이익의 의미가 포함되지 않은 전통적 의미의 권리, 협의의 권리를 의미한다. 이에 대해서는 홍정선, 행정법원론(상)[제30판], 2022, 박영사, 162-163면 참조.

8) 長谷部恭男, 權利的機能序說, 巖波講座 現代法の動態 第1卷, 5頁, 註3.

9) 예컨대 특정한 유형의 상황을 일괄하여 ‘소유권’이라는 개념을 사용함으로써 그에 대해 일정한 규범적 평가를 가할 수 있는 것이다. 長谷部恭男, 주8, 11면.

10) 西上治, 法律上の利益と公權論 -個人の法的地位の観点-, 民商法雜誌 2019年 154卷 6号, 1170頁.

는 것에 불과한 것이라 할 수 있다. 입법작업을 형량이 끝난 헌법적 가치들을 규범화하는 것이라고 한다면, 일반이익과 개인이익 사이에 절대적 경계선이 확정적으로 존재하는 것도 아니고, 입법자의 재량에 달려 있는 문제라고도 할 수 있다.

이익개념 자체는 공권의 확대를 위한 설득적 통제기능을 할 수 없는, 법학적으로는 내용이 없는 백지개념이라고 할 수도 있으며,<sup>11)</sup> 이익이든 권리가든 그 실체가 없고 그 개념이 기능적으로 사용되어 왔던 것이라면, 권리 내지 이익 개념이 가질 수 있는 규범적 기능에 대해서는 재검토가 필요하다. 그리고 이것은 결국 공익과 사익의 구별에 있어서도 마찬가지로 필요한 작업이라 생각된다. 이에, 행정법상의 ‘주관적 공권’, 특히 관례·학계의 통설적 지위를 차지해온 ‘보호규범설’에 따른 주관적 공권의 성립요건을 재조명해 봄으로써 헌법상의 주관적 공권에 관한 논의에 있어서 어떻게 자리매겨야 할지에 대하여 살펴보고자 한다.

## 2. 법률상의 이익과 공권론

### (1) 법률상의 쟁송과 법률상의 이익

법원은 헌법 제101조의 ‘사법권’의 행사로서, 법원조직법 제2조<sup>12)</sup>의 ‘법률상의 쟁송’을 심판하며, 개인은 헌법 제27조<sup>13)</sup>의 ‘재판받을 권리’의 행사로서 행정소송법 제12조<sup>14)</sup>에 따라 ‘법률상의 이익’이 있는 자가 소송을 제기할 자격을 가지게 된다. 행정소송법 제12조의 해석과 관련하여 대법원 관례와 학계의 다수설이 취하는 ‘법률상 보호이익설’에 의하면 여기서의 ‘법률상의 이익’이란 법에 의하여 보호되는 이익, 즉, 실정법을 근거로 하여 성립하는 공권을 뜻하므로, 비록 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 행

11) 西上治, 주10, 202면.

12) 제2조(법원의 권한) ①법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 법률상의 쟁송(爭訟)을 심판하고, 이 법과 다른 법률에 따라 법원에 속하는 권한을 가진다.

13) 제27조 ①모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판받을 권리를 가진다.

14) 제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소를 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

정소송을 제기할 수 있게 된다.<sup>15)</sup>

## (2) 보호규범설에 있어서의 개별이익과 객관법의 결합

판례와 다수설이 취하고 있는 법률상 보호이익설은 독일의 공권론과 보호규범설의 영향을 받은 것이다. 20세기에 들어 정식화된 ‘보호규범설’은 사인의 실체법상의 공권을 권리요소로 하여 ‘의사력’에서 ‘이익’으로 문제관심을 옮기고, 행정기관에 행위를 의무지우는 법규범이 사인의 개별이익을 보호하고 있는 경우에 사인의 실체법상의 공권은 인정되는 것에서 시작되었다.<sup>16)</sup> 이렇게 보호규범설은 행정기관의 의무를 규정하는 법규범이 그 의무의 이행을 요구하는 사인의 권리를 근거지운다고 설명함으로써 권리와 객관법상의 행정의 의무를 연관시킨다는 특징이 있지만, 행정법규에서 직접적으로 보호되는 사인의 주관적 권리나 개별이익을 찾는 것이 용이한 것은 아니라는 난점이 존재한다.<sup>17)</sup>

이처럼 주관적 공권에 대한 해석으로서의 보호규범설은 전통적인 의미의 ‘권리’에 대한 해석론이 아니라 ‘법률상 보호된 이익’에 대한 해석론이다.<sup>18)</sup> 이러한 해석론이 성립하기 위해서는 몇 가지가 전제되어야 하는데 첫 번째로는 개인의 이익(개별이익)과 공익(일반이익)은 항상 구별가능한 것이어야 한다는 점이다. 두 번째로는 원고적격의 범위를 유연하게 판단하기 위하여 오히려 이익개념의 내실은 명확하지 않아야 한다는 점이다.<sup>19)</sup> 일견 양립이 쉬워 보이지 않아 보이는 이 두 가지를 전제한 보호규범설은 원고적격의 범위의 유연한 판단에 도움이 되었고, 시대의 가치를 반영하기 용이하다는 점에서 그 효용성이 높이 평가되었다. 이런 보호규범설의 유연성과 개방성, 즉 보호규범설에 근거하면 법개정 없이도 문언상으로는 인정하기 곤란했던

15) ‘법률상 이익’을 ‘공권’과 구별개념으로 보아야 한다는 주장도 있으나, 구별을 부정하는 견해가 다수를 이룬다. 김남진·김연태, 행정법 I[제25판], 법문사, 2009, 109면; 김남철, 행정법강론[7th], 박영사, 2021, 91면; 류지태·박중수, 주5, 103면; 박군성, 행정법론(상)[제21판], 박영사, 172면.

16) 山本隆司, 주4, 29면.

17) 독일에서도 공이익구별과 보호의 개별화가 문제되었으며, 인근주민의 원고적격 인정문제 및 단체소송과 기관소송의 허용성 등의 문제로 이어져 다루어지고 있다. 山本隆司, 주 4, 29-30면.

18) 西上治, 주10, 1178면.

19) 西上治, 주10, 1184-1185면.

공권을 인정할 수 있어 완전히 반대의 결론을 내리기도 하며, 원고적격을 합리적 범위로 한정하면서 가치관의 변화에 따라 그때그때 대응할 수 있다는 점에서 여전히 통설의 자리를 차지하고 있다고 할 수 있다.<sup>20)</sup>

하지만, 이러한 독일의 논의는 공권을 개인의 이익을 추구하기 위한 사적인 권리로 축소시키고, 행정소송의 목적을 이러한 공권보호에만 한정하는 것이 되었다. 행정의 법률적합성은 행정재판권 행사에서 제외시켜 국가가 공익을 실현하는 한편 시민이 자유와 재산이라는 사익의 보호를 요구하는 국가행정의 법률적합성을 그 대상으로부터 제외시키는 결과를 낳게 된다.

### Ⅲ. 공법상 권리의 발전

#### 1. 주관적 공권의 확대방법 - 공권성립의 3요소를 중심으로 -

주관적 공권의 확대방법은 실체법적인 면에서는 새로운 기본권을 발견한다거나 기존의 기본권 및 법익들을 분화하여 작용법에 대응으로써 보호규범의 저변을 확대시키는 것이 있을 것이다. 소송법적으로는 원고적격을 확대하는 것이 가장 직접적일 것이나 그 외에도 ‘법률상 쟁송’의 개념을 재구성하거나 예방적 금지소송이나 의무이행소송 등 소송유형을 확대하여 구제방법의 다양화를 도모하는 것도 생각해 볼 수 있다. 절차법적인 면에서는 의사결정에 참가하는 절차를 확대한다거나 그 외 정보공개청구권과 같은 형식적 권리를 입법화하는 방법도 있다.

##### (1) 실체법상의 확대

과거에 학설이 중요하게 여기지 않았던 다양한 이익, 예컨대 환경상의 이익이나 소비자로서의 이익, 학문적·학술적 이익 등과 같은 이익들이 현대형 행정분쟁의 대상이 되고 있다. 결과적으로는 법원에 의한 판단에 맡겨져 온 것이기는 하지만, 개인에게 인정되는 보호법익은 확대·강화되어 왔다. 이러한 보호법익의 확대 계기는

<sup>20)</sup> 西上治, 주10, 1191면



여러 가지가 있을 수 있지만 ① 법률의 제정·개정, 판례의 축적 등에 의한 사회에서의 가치관·사회통념의 변화 ② 판례로 종래의 공익 내지 확산적 권리, 집합적 권리 등으로 보던 것을 개별적 이익으로 인정하는 것과 같은 법원에서의 법기술의 세련화 ③ 법원의 규범적 의사나 정책적 의도 등을 들 수 있을 것이다.<sup>21)</sup> 원고의 권리는 법원의 사후입법으로 보장될 가능성은 있지만, (규제에서 사법상의 권리가 발생하는) 원고가 아닌 시민적 공공성(불특정 다수의 공공적 이익)은 행정법규형식으로 민주적으로 실현시키는 것이 바람직할 것이다. 그렇지 않으면 법치국가적으로 타인의 권리를 제한할 수 있는 정당한 근거는 부족하게 될 것이고, 다양한 이해관계가 대립하는 장에서 민주적 정당성이 약한 법원보다 의회에서 다수결로 결정되는 행정법규로 대응하는 것이 합리적일 것이다.

주관적 공권의 실체적 내용의 확대에 있어서 헌법이 어떤 역할을 해 왔는지, 공익 실현 주체로서의 개인은 어떻게 자리매김되는지도 중요하다. 기본적으로 목적론적 해석 및 기본권 적합적 해석에 있어서 개인의 권리·이익 보호를 위한 공권의 의의는 확실히 존재한다. 입법자가 근거법규에 사익을 보호하고 있지 않아도 헌법상 기본권의 개인의 권리보호 친화적 성격에서 특정 사익보호성을 찾을 수 있다고 하면 공권을 부여하고 있다고 주장할 수 있는 것이다. 이에 따라 다른 기본권분야도 마찬가지로 특히 일반적 인격권·인격적 이익과 관련하여서는 기존에서는 미처 예상하지 못한 다양한 분야에서 광범위한 인격권 침해가 발생하고 있는 현실을 반영하여 헌법재판소의 결정례에서 보는 것처럼 많은 세분화와 구체화가 일어났다.<sup>22)</sup>

하지만 헌법 제10조<sup>23)</sup>와 제35조<sup>24)</sup>에서 ‘양질의 생활환경’을 보장받겠다고 해석해 내는 것은 어렵지 않다고 하더라도, 생명·신체·재산권과 같이 개인에 귀속되는 것이 아닌 양질의 생활환경권은 공적 사회에 귀속하는 공공재라는 점에서 개개인에게 보장할 것인가 아닌가, 어떤 내용의 생활환경을 보장할 것인가는 결국 공적 사회가 민

21) 大塚直, 公害·環境, 医療分野における権利利益侵害要件, NBL(936), 2010.9, 51頁.

22) 대법원 판례(대법원 2020. 3. 26. 2019마6525 결정 등), 헌법재판소 결정(헌재 1999. 6. 24, 97헌마265; 헌재 2013. 10. 24, 2011헌바106 등) 등

23) 대한민국 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

24) 동법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

주적 절차에 입각하여 결정할 사항이게 된다. 또한, 주관적 공권에 있어 비재산권에 대한 침해에 대해서는 그 피해 양상이 개인이 느끼는 불안이나 위협과 같은 ‘주관성’에 기반한다는 것과 피해가 입증되었을 때는 이미 돌이킬 수 없는 상태가 되는 경우가 많다는 특징이 있으며, 그 위법성의 인정이 있다고 하더라도 손해의 입증이 쉽지 않아 그 구제에 한계가 있다. 이에 대해서는 손해배상청구권을 통하여 권리를 구제받는 것은 실효성이 부족하다는 점에서 특히 공법영역에서 인격권 침해배제·예방청구권을 인정하여 침해의 중지를 청구하거나 사전에 침해를 예방할 수 있도록 할 필요가 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 소송법상의 확대

### 1) 원고적격

#### ① 사익보호성의 확대가능성

주관적 공권의 소송법상의 확대를 살펴보기 위하여 ‘원고적격’을 검토하지만, 앞서도 언급한 것처럼 원고적격의 외연도 그 권리와 이익의 내용이 확정되어야 하는 것이라는 점에서 실제적 권리와는 표리의 관계에 있다. 우리 판례는 원고적격의 요건으로서 갖추어져야 하는 ‘법률상 이익’에 대하여 ‘법률상 보호된 이익’이라고 보고 있으며, 가장 관건은 공익과 구별되는 직접적이고 개별적인 보호요건을 요구하고 있는 점이라 할 수 있다.<sup>26)</sup> ‘법률상 보호이익설’은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 판단함에 있어서 주관적 공권의 성립여부를 그 기준으로 삼고 있는데, 여기서 공권이란 행정청의 특정 의무를 규정하는 객관적인 법규범이 존재하고 그 법규범이 공익뿐만 아니라 사익보호도 의도하고 있는 경우에 비로소 인

25) 우리 민법도 현재 상정되어 있는 개정안에서 일반적 인격권 조항(민법 제3조의2 제1항)과 그 인격권침해를 배제하거나 예방할 수 있는 청구권 조항(동법 동조 제2항)의 신설이 검토되고 있다.

법무부 민법개정안(2022년 4월 5일 입법예고) 제3조의2 ①사람의 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 사생활, 성명, 초상, 개인정보, 그밖의 인격적 이익에 대한 근거를 가진다. ②사람은 그 인격권을 침해한 자에 대하여 침해를 배제하고 침해된 이익을 회복하는데 적당한 조치를 할 것을 청구할 수 있고, 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

26) 대법원 1992. 12. 8. 선고, 91누13700 판결; 1993. 7. 27. 93누8139 판결 등; 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고, 97헌마141 전원재판부, 판례집 10-1, 507면.

정되는 것으로 본다. 행정행위의 위법에 의한 ‘권리침해’가 취소소송의 본안판단의 내용이 되고, 이러한 행정소송제도의 확립에 따라 실체법상의 권리를 관념할 것이 요구되게 되었다.<sup>27)</sup> 특정 법규정이 일반공익과 사익을 병존적으로 보호할 수 있는 경우가 있다는 것을 의미하지만, 국회가 법률을 제정하는데 있어서 개별적 이익으로서 보호해야할 이익을 전면적으로 검토하여 규범화하고 있는 것은 꼭 아니다. 또 행정법규 및 그에 근거한 행정행위는 충돌하는 사익들의 조정을 목적으로 하는 것이 다수 존재하고 따라서 해당 각 사익으로부터도 주관적 권리를 기초지을 수 있다는 점, 사익은 그 성질상 공익과 연속성을 가진다는 점에서 항상 양자를 명확하게 구별할 수는 없다는 점, 권리요소로서 개별이익이 중요하지만 참정권도 사인의 권리에 포함된다는 점, ‘환경이익’과 같이 국가가 공익을 실현할 때 충분히 고려되기 어려운 이익도 존재한다는 점 등에서 공권의 성립요건으로서의 근거법의 사익보호성 요구가 갖는 한계는 명확하다.

따라서 사익보호성을 넓게 해석하기 위해서는 개인의 이익을 공익·객관법과 매개시킬 수 있는, 단순히 공익과 사익으로 정리할 수는 없는 다양한 이익을 상정할 필요가 있다. 특정 사익들의 집합은 단체나 법인의 자기이익으로서 개별이익이라 생각할 수 있다고 하더라도, ‘공공의 안전’과 같이 예방적으로 보호하기 위한 불특정 다수자의 가분적 이익, ‘자연보호’와 같이 불특정 다수자의 불가분적 이익으로서 개인의 이익, ‘주민소송’에서 주장되는 이익처럼 행정조직의 재산을 보전할 이익 등을 그 예로 들 수 있다.<sup>28)</sup> 다만 불특정 다수자의 이익을 주장할 수 있는 ‘주관적 권리’는 법적으로 인정되고 있지 않고, 객관법을 실현하는 과정에서 고려할 것이 요청된다 하더라도 오로지 행정주체에 그 고려가 맡겨지고 있으므로, 궁극적으로는 민주적 절차에 따른 규범화로 이어져야 한다.

## ② 사익보호성 인정의 방식 -중간이익론-

이처럼 원고적격은 다양한 이익을 인정함으로써 실제적인 면을 충실히 함으로써 확대될 수도 있지만, 권리와 이익개념의 기능적인 성격을 살려 형식적인 권리·이익을 확인함으로써 확대될 수 있다. 공익과 사익이라는 형식적 이분론을 극복하고 권

27) 山本隆司, 주4, 29면.

28) 山本隆司, 주4, 39-40면.

리와 이익 개념의 실체적 내용의 해석을 풍부하게 재구성하기 위해서는, 권리와 이익의 개념을 실체적인 면을 떠나 오히려 형식적·기능적으로 파악하는 것도 도움이 된다. 또한 보호규범설이 공권 그 자체가 아닌 ‘법률상 보호된 이익’에 대한 해석론이라는 점에서 보면 엄밀히는 ‘법률상 보호된 이익’에 권리, 개별적 이익뿐 아니라 그 외의 이익을 보호하는 경우도 포함된다고 해석할 여지도 부정할 수는 없다.<sup>29)</sup> 이렇게 권리·이익 개념의 기능성에 의존하고자 하는 견해는 공권개념의 성립초기에는 개인적 이익을 필연적 요소로 하지 않았다는 것을 강조하여 원고적격의 범위를 형식적으로 정하고자 하는 것이다.<sup>30)</sup>

보호법익의 다양화를 추구하는 이론 가운데는 일명 ‘중간이익론’이라 불리는 논의가 있다.<sup>31)</sup> ‘법률상 이익’에 공익과 개별이익뿐 아니라 ‘공동이익’이나 ‘응집이익’과 같은 중간단계의 이익을 상정하여 이익개념의 실체적 내용을 풍부히 하고자 하는 것이라 할 수 있다. 예컨대 생명·신체에 직접 미치지 않을 정도의 생활이익이나 위험시설로부터의 안전확보이익, 철도·도로 이용자의 이익, 조망·경관 등의 향수이익 등 지역주민이나 일정 구역 내의 공공서비스를 이용하는 자들의 공통된 이익을 인정함으로써 개별이익과 일반이익 사이에 ‘공동이익’이라는 적극개념을 설정함으로써, 기존에는 일반이익으로 흡수되는 이익으로 인정되던 것들 중 사익으로서의 보호 필요성이 있는 이익들의 보호를 용이하게 하는 것을 목적으로 한다.<sup>32)</sup>

행정법에서 보호되는 이익은 민사소송 시스템에서도 보호되는 인격권침해의 개연성이나 수인한도 넘는 침해로부터의 보호이익과 같은 핵심적인 이익 뿐 아니라 생명·신체에 직접 미치지 않을 정도의 생활이익, 위험시설에 대한 안전성확보이익, 철도·도로이용자의 이익, 주변환경·자연환경이나 조망등과 같은 그 핵심의 주변부에 있는 공동이익까지도 법의 보호망을 적극적으로 미칠 수 있는 점에 행정법규로서의 특징이 있다.<sup>33)</sup> 물론 이 주변부의 이익은 절대적 보호를 받을 수 있는 이익은 아니

29) 山本隆司, 주4, 30면. 그리고 이러한 해석에 기반하면 과감하게 행정소송의 객관소송화까지도 주장할 수 있겠지만, 여기에서는 어디까지나 주관적 공권에 있어서의 사익보호성의 확대라는 범위로 한정하여 논의하고자 한다.

30) 西上治, 주10, 1192면.

31) 니시가미 오사무(西上治)의 독자적인 용어법으로 보인다.

32) 西上治, 주10, 1172면.

33) 亘理格, 行政訴訟と共同利益論 -共同利益論の見地からの広範な考察-基礎理論とその具体的展開, 2022, 信山社, 37頁.

며, 단순히 일반이익에 흡수되지는 않고 다른 공적·사적 제이익과 조정을 거쳐 제한되는 이익에 해당한다. 하지만, 법은 그러한 조정역할을 행정에 부과하고 있는 것이고, 그러한 조정을 거쳐야만 적법하고 타당한 결정이 될 수 있다.<sup>34)</sup>

한편, 일반국민과는 완전히 구별되는 ‘조직법적 존재’로서의 단체로서 개인에게로는 환원되지 않는 소위 ‘응집이익’을 실체법에 규정함으로써 원고적격이 인정되는 중간영역을 객관법으로 기초지우는 방법도 생각할 수 있다.<sup>35)</sup> ‘응집이익’이란 불특정 다수자에 의해 불가분적으로 향수되는 이익으로 객관법에 기반을 두는 것으로 개인의 자율적 의사에 의한 것은 아니다.<sup>36)</sup> 즉, ‘공동이익’에 대해서는 주로 사법구제 과정에서 ‘법률상 이익’으로서 인정받기 위해서 다시 그에 대한 논증이 필요하지만, ‘응집이익’은 입법자들에 의하여 실정법에 규정되어야 인정되는 법익이다.

물론 이 전제로서는 권리구제와 행정적법성 유지라고 하는 주관소송과 객관소송의 차원을 살펴볼 필요가 있다. 국민의 권리·이익의 구제라는 목적달성으로 사실상 적법성확보라는 결과를 도출하기도 하고, 행정의 적법성확보를 위한 심사를 통해 권리·이익의 구제를 도모한다고 하는 수단이 되기도 한다는 점에서 주관소송과 객관소송은 대립하는 성질의 것이 아니다. 기존의 이분법적인 사고로는 수렴할 수 없었던, 개인이 자신의 구체적 이익으로서 향수할 수 있는 공동이익을 가능한 한 주관소송으로 구제할 수 있게 하면서 양자의 중간영역을 단체소송 등 제3의 소송유형의 창설로 이어질 수 있는 제도설계도 주관적 공권을 확대하는 방법 중 하나일 것이다.<sup>37)</sup>

## 2) 소송에 의한 이익관철 의사력

공권의 성립요소 중 세 번째로서 일컬어지는 ‘법의 의사력’은 소구가능성 즉, 권리구제를 받을 수 있는 사법제도가 갖추어져 있는가의 문제로서 오늘날 개괄식의 행정쟁송체계를 갖추고 있는 대부분의 나라에서는 그 의의가 상실되고 있는 것으로 평가되고 있다.<sup>38)</sup> 사법구제 시스템을 갖추고 있는가만을 기준으로 한다면 그렇다고

34) 巨理格, 주33, 38면.

35) 仲野武志, 公權力の行使概念の研究, 有斐閣, 2007, 283면 이하.

36) 本多滝夫, 行政救済法における權利・利益, 行政法の新構想3-行政救済法, 有斐閣, 2008, 225頁.

37) 巨理格, 주33, 43면.

38) 김동희·최계영, 행정법 I [제26판], 박영사, 2021, 94면; 김남진·김연태, 앞의 책, 111면 등.

할 수 있을지 모르지만, 원고들이 처해질 수 있는 다양한 위법상황에서 그에 상응한 재판적 구제를 구할 수 있는 사법체계가 갖추어져 있는가로 질문지가 바뀐다면 긍정적으로 답하기는 어려울 것이다.<sup>39)</sup>

헌법 제27조의 재판받을 권리는 자신의 정당한 권리·이익의 보장을 구하기 위한 권리라는 인권규범성을 띠는 것이며, 그에 대한 불필요한 제한은 경우에 따라 인권에 대한 침해라고 볼 수 있는 것으로, 당연히 헌법상 인정된 주관적 공권이다. 또한 항고소송에서의 ‘재판청구권’은 ‘위법한 공권력행사로 인하여 자신의 정당한 이익을 박탈당하지 않을 권리’라는 포괄적 방어적 권리로 자리매길 수 있는 것으로 재판받을 권리의 핵심을 구성하는 요소라 할 수 있다.<sup>40)</sup>

하지만, 앞서 언급한 인격권 침해의 경우 그것을 차단·배제할 수 있는 수단, 공권력행사의 부작위로 인하여 발생하는 권리·이익의 침해상황을 해결할 수 있는 수단, 공권력행사의 발동을 요구하거나 그 이행을 직접적으로 촉구할 수 있는 수단은 사법제도상 미비상태에 있다. 주관소송과 관련하여서는 이미 행정소송법 개정을 위한 수차의 노력이 있었음에도 불구하고, 여전히 의무이행소송이나 예방적 금지청구소송 등은 제도화에 이르지 못하고 있으며 주관적 공권으로서의 재판받을 권리는 실질적으로 충분히 보장되고 있지 못하다고 할 수 있을 것이다.<sup>41)</sup>

### (3) 절차적·형식적 권리의 확대

입법을 통해서 개별 이익관련성이 결정적인 것은 아닌 개인의 권리가 형성되기도 한다. 민주제원리의 참가적 차원에서 의사결정에의 참여권으로서의 공권을 이해할 수 있다. 민주제원리는 선거권이나 투표권 뿐 아니라 국가적 결정에의 참여권을 개인에게 보장하는 것으로 기능적 공권이라는 측면에서 주장될 수 있는 것이다.<sup>42)</sup> 즉,

또한, 같은 부정설의 입장에서 소송청구권능의 부여를 공권성립의 요소가 아니라, 공권 실현 수단의 문제로 보는 견해로, 김성수, 주3, 149-150면.

39) 독일처럼 다양한 소송유형이 인정되고 있지 않은 우리나라의 행정소송제도에 있어서는 여전히 의미가 있다는 견해로, 박운훈·정형근, 최신행정법강의(상), 2009, 박영사, 132면.

40) 巨理格, 주33, 22면.

41) 제소권에 대하여 위법한 활동에 의해 침해받은 법적 지위로서의 공권과 그 위반에서 생겨난 보호청구권은 법논리적으로 구별되어야 하고, 이러한 소송상의 대응청구권의 성립은 주관적 공권의 요건이 아니라는 견해로, 김중권, 주3, 166면.

42) 西上治, 주10, 223면. 해당 내용과 관련해서는 독일의 크뤼퍼의 이론(2009년 출판된 ‘소송

현대의 기본권보장은 개인의 방어권에 의해 ‘침해국가’의 행동을 사후적으로 재판을 통하여 통제한다고 하는 체제로는 불충분하고, 의사결정 절차에 참여할 수 있어야 비로소 기본권보장은 충분한 것이 된다. 우리나라에도 행정절차법상의 의견제출권, 사전통지받을 권리 등을 비롯하여 개별 행정법에서도 절차를 두고 있으며, 이해관계자들의 사전 참여를 보장하는 행정계획확정절차의 도입도 검토되고 있다.<sup>43)</sup> 한편, 환경영향평가절차나 정보공개청구절차 등과 같은 형식적인 권리의 전제가 되는 제도를 입법적으로 도입함으로써 주관적 공권의 확대가 일어나기도 한다. 특히 정보공개청구권의 경우 민주적 의사형성에 기여하는 것으로 시민의 민주적 참여권을 강화시키는 전제가 됨으로써 국가활동의 통제기능을 하기도 한다. 다만 이러한 절차적·형식적 권리의 확대는 민주적 결정에 따른 입법이 반드시 전제되어야 한다.

## 2. 공법상 권리의 확대 전망

군주제와 민주제의 역학관계에서 전제되고 있던 공익을 위한 개인의 공권은 원리적으로 허용될 수 없다는 역사적·이론적 근거는 이미 상실되었다.<sup>44)</sup> 행정에 대한 시민의 지위에서 볼 때 오늘날의 민주제의 이해와는 어울리지 않는 것이 되어 버렸다.

우리나라의 법체계에서 개별이익이 인정되지 않아도 소권을 인정하는 것 즉 원고적격을 인정한다고 하는 광의의 공권은 어디까지나 예외이다. 하지만 오늘날에는 사익 뿐 아니라 공익관철을 위한 공권부여의 필요성도 부정할 수 없으며 앞에서 본 것처럼 우리의 사법체계에서 법리적으로 불가능한 것도 아니다. 개인과 의회 뿐 아니라 행정과의 관계에서도 민주제는 작동해야 하며 이것은 행정의 의사결정에의 참여자로서의 법적 지위와 행정에 대한 감시자로서의 법적 지위를 설정하고 이것을 고권으로서 성립시키는 것을 생각할 수 있다.<sup>45)</sup> 현행법상 권리부여에 있어서 결정적인 것은 입법자의 결정이고, 법률로 그 이익이 보호되는 자에게 공권을 부여한다고

---

에서의 공공선’이라는 제목으로 학위청구논문)을 소개하고 있음. 해당 이론에서는 그러한 참여권을 가지는 개인의 지위를 ‘절차적 능동적 지위’라 지칭한다.

43) 김중권, 주3, 181면.

44) 西上治, 주10, 218면.

45) 西上治, 주[43-27] 감시자적 지위와 관련해서는 독일의 매징(Johannes Masing)의 이론을 소개하고 있음.

추정하는 전통적인 틀은 여전히 유지되고 있다는 점에서, 의사결정 참여자적 법적 지위를 가지는 것이든 감시자적 법적 지위를 가지는 것이든 그러한 권한은 개인보호를 넘는 주관화가 전제되는 것이므로 입법에 근거를 두지 않으면 인정되기 어렵다. 즉 현대행정법에서는 공익실현주체로서의 개인에게 공권을 부여하는 것이 관건이게 된다.

한편, 현대사회에서 다양한 위험이 발생하고 있다는 점에서 국가가 위험관리책임자로서 일정한 규제권·규제권발동의무가 인정되는 경우가 자주 등장하고 있다. 국가에 공의무가 있다면 상대 국민에게는 공권이 발생하는 것으로 볼 수 있겠지만 그러한 공권을 주장할 수 있는 경우는 한정적이다. ‘행정주체-피규제자-규제수익자’라는 3면관계에서, 피규제자(가해자)는 위험책임을 지고, 규제자(행정주체)는 후견적이고 간접적인 감독책임을 지게 된다는 점에서 피해자가 받는 이익을 규제권한 행사로 인한 반사적 이익으로 이해한다면 규제권한 불행사로 인한 불이익은 구제가 어려워지는 것이다.<sup>46)</sup> 또한 국가의 기본권보호의무에 근거한 경우, 국가는 특정조치를 취해야 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단임에도 그 같은 조치를 취하지 않았을 때에 비로소 보호의무위반이 인정된다.<sup>47)</sup>

하지만, 국민의 생명이나 신체와 같은 이익이 문제가 되는 경우, 법실증주의적 해석방법으로 법률상 이익을 부정하는 것은 법률에 따라 국가의 보호의무를 부정하는 결과를 낳게 된다. 또한 행정청에 규제자의 지위를 부여한 것은 피규제자가 자신의 이익만 추구하여 국민의 안전을 경시할 우려가 있기 때문이며, 작위의무가 있음에도 규제권한의 행사를 해태하여 손해를 발생시킨 경우라면, 당연히 행정주체로서도 위험관리책임을 져야 한다.<sup>48)</sup> 이하에서는 이러한 리스크·위험으로 발생하는 인격권적 손해와 관련하여 일본에서 활발하게 논의되고 있는 ‘평온생활권’을 새로운 보호법익,

46) 실제로 우리나라에서 벌어진 가슴기살균제사건의 경우 국가의 책임은 인정되지 않고 있다. 이에 대한 비판으로 문성제, 가슴기살균제로 인한 피해와 국가의 위험관리책임, 소비자문제연구 제45권 제1호, 2014.4.

47) 헌법재판소 전원재판부 1997. 1. 16. 90헌마110·136(병합)

48) 동경스몬소송(東京スモン訴訟判決 東京地裁 昭和53年8月3日)에서는 국가는 제약회사의 배상액의 1/3의 범위에서 부진정연대책임; 카네미유증 사건(カネミ油症事件 福岡高裁·昭和59年3月16日)에서는 국가는 가해기업의 손해배상액의 3할의 범위에서 부진정연대책임; 미나마타병소송(水俣病訴訟 大阪高裁 平成6(ネ)1950 平成13年4月27日)에서는 국가와 쿠마모토현은 가해기업 책임의 1/4범위에서 부진정연대책임을 인정.



실체적 주관적 공권으로서 소개하고자 한다.

#### IV. 새로운 보호법익으로서의 ‘평온생활권’

##### 1. 평온생활권의 전개와 의의

###### (1) 평온생활권의 전개

1960년대 중후반부터 고도경제성장에 동반된 공해의 심각화가 문제되었고, 이로 인한 신체·생명·건강에 대한 침해가 논의되기 시작하였는데 정신적 손해는 거기에 부수하여 발생하는 것에 그치는 것으로 여겨졌다.<sup>49)</sup> 그러다가 인권의식이 높아지고 사회 가치관의 변화가 일어나는 가운데 특히 불법행위 소송에서 다양한 주관적 이익이 등장하게 되면서, 1980년대 중후반부터는 종래에는 인정되지 않던 법익들을 인정하기 시작하고 이것을 ‘평온생활권’<sup>50)</sup>이 등장하게 된 배경의 하나로 볼 수 있다.<sup>51)</sup> 신체·생명·건강에 대한 침해가 발생하지 않는 경우에는 불가역적거나 심각한 침해가 발생할 것이라는 불안과 공포심 그 자체를 문제로 삼아 ‘평온생활권’이라는 인격권의 한 유형으로 재구성할 필요성이 높아지기에 이른 것이다.

‘평온생활권’은 일본에서 2011년에 일어난 동일본대지진 이후에 주목받아 오고 있지만 그 이전부터도 하급심 판례에서 산발적으로 사용되던 법익이다. 초기의 판례에서 ‘평온생활권’은 생명·건강에 관한 리스크와 그에 동반하는 불안을 기초로 하는 것으로서 정온한 환경 하에서 신앙생활을 할 이익이 주장된 자위대합사소송<sup>52)</sup>, 폭력 단사무소에 의한 주변 주민의 평온한 생활침해가 문제되어 폭력단 사무소의 사용금

49) 須加憲子, 精神的人格權と損害賠償に関する覚書, 専修法学論集117号, 2013, 5頁.

50) ‘평온생활권’에 대해서는 민법연구자에 의하여 연구되어 오기도 하였지만 원자력발전소사고 이후에는 민사법, 행정법 연구자 모두에 의해 논의되고 있다. 특히 환경문제는 민사상의 불법행위로 인한 손해배상 문제로 이어지는 경우가 많기는 하지만, 국민의 민주적 선택에 따라 입법이나 행정제도를 통하여 공법적 규제에 처리되어야 하는 것이 더 적합한 경우가 많아졌다.

51) 大塚直, 平穩生活權と權利法益侵害・損害論: 福島原発事故賠償集團訴訟判決を素材として, 論究ジュリス30号, 2019, 107頁.

52) 昭和63年6月1日 最高裁判所大法廷 昭和57(オ)902 民集第42卷5号277頁.

지 및 손해배상 관련 사안<sup>53)</sup>이나, 생활에 적합한 질과 양의 물을 확보하고 건강손상을 방지하기 위한 폐기물 처분장 설치·조업 금지소송<sup>54)</sup> 바이오해저드 유전자조작실험에 대한 금지·손해배상<sup>55)</sup>에서 그 시작을 볼 수 있다. 이러한 소송의 공통점은 생명·건강에 관한 리스크와 그에 동반하는 불안을 기초로 하고 있다는 점이며 ‘평온생활권’이라는 개념을 사용함으로써 통상의 인격권 침해가 발생하기 전에 위험을 방지할 수 있다는데 의미가 있다.<sup>56)</sup>

이처럼, 통상의 인격권 뿐 아니라 생명·건강침해에 대한 불안·공포감, 프라이버시권, 소음에 의한 침해, 가정생활과 관련된 평온함 등 평온생활권 침해가 다루어지고 있는 판례가 다수 나타나기 시작한 것인데, 그 외에도 미나마타병(水俣病)인정부작위소송<sup>57)</sup>에서의 초조·불안한 기분을 갖지 않을 이익, 장례식장의 경관을 자택에서 보지 않을 이익<sup>58)</sup> 등이 주장된 사례들이 있으며 그리고 최근에는 집단에 대한 헤이트스피치(hate speech)에 있어서 상대개인의 보호법익으로서,<sup>59)</sup> 또는 미군의 기지 인근에 사는 일본주민의 보호법익으로서 평온생활권이 논의되기도 한다.<sup>60)</sup>

## (2) 평온생활권의 내용

종래에는 ‘평온생활권’을 크게 두 가지로 나누어 건강리스크형 평온생활권과 내심형 평온생활권으로 구분하였다.<sup>61)</sup> 건강리스크형 평온생활권의 특징은 생명·신체에 관련한 리스크 및 그에 대한 불안·공포감에 대한 것으로 불확실성을 동반하는 리스

53) 大阪高判 平成5年3月25日判時1469号87頁.

54) 仙台地決 平成4年2月28日判時1429号109頁.

55) 東京高判 平成15年9月29日訟月51卷5号1154頁. 참조, 須加憲子, 高度な危険性を有する(バイオハザード)研究施設による「不安感・恐怖感」と「平穩生活権」について, 早法78卷1号, 2002.

56) 이러한 평가에 대하여, 大塚直, 平穩生活権概念の展開-福島原発事故訴訟諸判決を題材として, 特集 原子力賠償, 気候変動, 景観·里山訴訟, 環境法研究8号, 2018.7, 5頁.

57) 平成16年10月15日 最高二小判 平成13年(オ)1194号 民集第58卷7号1802頁

58) 平成22年6月29日 最高三小判 平成19年(受)1709号 判タ1330号89頁.

59) 이에 대한 검토로서, 若林三奈, 集団に対する差別的言動と不法行為-人間の尊厳と平穩生活権, 法律時報93卷2号, 2021.1, p 98-99, 참조.

60) 이에 대한 검토로서, 春田吉備彦, 米軍の排他的基地管理權と日本人住民への平穩生活権の保障, 沖縄大学経法商学部紀要·第2号, 2021.3 참조.

61) 大塚直, 平穩生活権概念の展開-福島原発事故訴訟諸判決を題材として, 特集 原子力賠償, 気候変動, 景観·里山訴訟, 環境法研究8号, 2018.7, 8頁.

크에 대하여 통상인의 합리적 불안을 기준으로 법에 담고 있으며 주로 예방적 금지 소송이 문제된다.<sup>62)</sup> 반면 내심형 평온생활권은 종래의 정신적 인격권·이익으로서 다루어지는 것과 큰 차이가 없으며 적어도 생명·건강에 관련한 불안은 아니다. 건강리스크형보다 더 강한 주관성을 갖는다는 특징이 있고, 통상인의 합리적인 불안인과 상관없이 손해배상과 금지 모두 문제되는 경우가 많다.<sup>63)</sup> 내심형 평온생활권은 기존의 인격권·이익에 대한 보호로 충분하지만, 건강리스크형 즉 생명·신체에 관한 불안·공포감에 대해서는 그 보호가 용이하게 인정되지는 못했고, 평온생활권 논의는 여기에 의의를 두고 이루어져 왔다.

건강리스크형 평온생활권의 경우 불안에 동반하는 것이므로 그 기준확립이 중요하다며, 이러한 불안은 합리적인 것에 한정된다.<sup>64)</sup> 그 불안과 공포심이 과학적·기술적 불확실성에 대한 것이라면 과학적 합리성이 전제된 사회적 합리성이면 족한 것으로 본다. 즉, 정부가 채택한 견해가 아니고 전문가들간에 견해가 나누어진다면, 소수의 유력한 과학자들의 주장에도 합리성을 인정할 수 있다는 것을 의미한다.<sup>65)</sup> 리스크와 우려, 불안이라고 표현되지만 그 침해는 구체적인 상황(원발사고의 경우 그 오염정도, 피난시기, 체류장소 등)에 따라 객관적으로 평가될 수 있다는 것이 전제된다.

이후 평온생활권에 대한 재판에는 상당한 스펙트럼이 있고 학자들 사이에서도 이 개념의 사용에 변화가 생긴다. 현재도 진행 중인 후쿠시마(福島) 원자력발전사고 손해론과 관련해서는 처음에는 ‘신체권에 직결한 평온생활권’ 침해 케이스로 검토되었지만, 이후 포괄적 생활이익으로서의 평온생활권 침해 케이스로 변화되어 재산침해까지도 포섭시키고 있다.<sup>66)</sup>

### (3) 후쿠시마(福島) 원자력발전사고에서의 평온생활권

#### 1) 포괄적 생활이익으로서의 평온생활권<sup>67)</sup>

62) 大塚直, 주61, 36면.

63) 大塚直, 주61, 38면.

64) 大塚直, 주61, 34면.

65) 大塚直, 주61, 41면.

66) 大塚直, 주61, 2면.

67) 포괄적 생활이익으로서의 평온생활권을 구성한 원발소송으로는, 군마소송, 생업소송, 수도권소송

이처럼 평온생활권은 종래 인격권적 권리로서의 평온한 생활을 할 권리의 침해라는 구성하에서 논의되었다. 하지만 2011년 3월에 발생한 후쿠시마원자력 발전소 사고 이후 원발사고에 의한 피해를 법적으로 파악하기 위한 개념으로서 ‘포괄적 생활이익으로서의 평온생활권’으로 파악하기 시작하고 있다. 즉, 원발사고로 인한 피해를 법적으로 파악하기 위하여 평온한 일상생활을 보낼 수 있는 생활이익 그 자체를 법적으로 보고, 생존권, 신체적·정신적 인격권, 재산권까지도 포섭한 권리로 구성하고 있다.<sup>68)</sup> 기존의 평온생활권에 비해서는 주관적 성격을 가지지 않는 이익침해를 많이 포함한다.<sup>69)</sup>

후쿠시마 원발사고의 피해자들의 가장 기본적인 피침해 권리·법익은 지역에서의 본래의 생활을 그 근본부터 박탈당한 것이며, 가족이산에 의한 가족생활의 파괴, 고향상실이라고 하는 일상생활 그 자체로서 거기에서 다양한 구체적인 권리침해 및 손해가 발생하고 있다. 이들이 보호받아야 할 권리·법익은 자유권·생존권·거주권·인격권·재산권 등의 포괄적 생활이익으로서의 평온생활권이라 평가할 수 있다.<sup>70)</sup>

## 2) 자기결정권으로서의 평온생활권<sup>71)</sup>

한편, 평온생활권은 ‘지역에서 평온한 일상생활을 보낼 수 있는 생활이익 그 자체’이고 그래서 포괄적 생활이익으로서의 평온생활권침해가 문제되는 것이지만, 개인의 자기결정의 집적으로서의 생활기반인 인생과 관련된 것으로서 자아실현을 위한 자기결정권을 그 핵심에 두고 있는 권리가기도 하다.<sup>72)</sup> 원발 사고로 고향을 떠나는 피난자가 입은 피해는 생명·신체에의 방사선리스크(방사선피폭의 공포·불안에 노출되지 않을 이익)와 사회적·경제적 생활기반을 상실한 것(인격발달권, 거주이전의 자유 및 직업의 자유, 내심의 평온을 침해당하지 않을 이익)으로 일단 침해당하면 원래대로의 복원이 어렵다는 점에서 침해의 계속성보다는 침해의 유무가 쟁점이 된

68) 若林三奈, 原發事故訴訟における損害論の課題: 前橋地裁判決の検討から (小特集 福島原發事故賠償訴訟の現段階と課題), 法律時報 89(8), 2017.7, 日本評論社, 67頁.

69) 大塚直, 주61, 44면.

70) 淡路剛久, 福島原發事故賠償の研究(1)「包括的生活利益としての平穩生活權」の侵害と損害: 福島原發事故賠償問題研究会·連載の序論を兼ねて, 法律時報 86(4), 2014.4, 日本評論社, 101頁.

71) 21. 자기결정권(거주이전의 자유)으로 평온생활권을 구성한 원발소송으로는, 군마(群馬), 수도권 판결

72) 若林三奈, 주68, 67면.

다.<sup>73)</sup> 당시 국가의 지시에 의한 피난이었는가, 자주적인 결정에 따른 피난이었는가에 따라서 평온생활권의 내용구성은 달라질 수 있다. 예컨대 자주적 피난이든 정부지시 피난이든 자기결정권의 문제가 존재하지만 자주적 피난의 경우에는 적어도 방사선에 대해서는 자신이 결정했다는 것이 가능하다는 점에서 침해정도는 정부지시 피난의 정도가 더 큰 것으로 평가된다.<sup>74)</sup> 정부지시 피난의 경우 생각할 수 있는 정신적 손해는 평온한 일상생활의 상실, 자택에 돌아갈 수 없는 고통, 피난생활의 불편함, 앞날을 전망할 수 없는 불안 등을 들 수 있다.

## 2. 평온생활권 침해에 대한 구제

### (1) 보호법익으로서의 ‘인격의 주관적 이익성’<sup>75)</sup> 인정

평온생활권은 사회 가치관의 변화에 따라 기존에는 인정되기 어려웠던 경관의 이익, 내심의 이익, 기대이익과 같은 새로운 법익이 불법행위소송에서 주장되기 시작했고, 이에 따라 피침해이익의 주관화 및 공권화가 논의됨에 따라 본격적으로 등장하게 되었다.<sup>76)</sup> 불쾌감, 불안감, 기대 등의 주관적 이익을 인정하게 된다면 개인에 있어서의 활동의 자유를 크게 저해하는 측면도 있다는 점에서 이것을 어떻게 인정할 것인가의 문제도 있다.<sup>77)</sup> 갑작스러운 재난이나 현대의 위험사회에서 침해되는 것과 같은 새로운 ‘주관’적 법익들이 사회에서의 가치관·사회통념의 변화로 인정할 필요가 있다고 할 때, 특히 인격적 이익을 ‘사회에서 보호법익으로 인정하는 가치가 있는 것과 없는 것’으로 나누는 기준은 무엇인지, 침해로서의 인정 필요를 접어두고라도 그 기준산정과 관련하여 이미 객관성확보가능성에 대한 비판은 충분히 예상된다.

현실적으로 개인의 ‘주관’ 즉 감정은 말 그대로 사람마다 다른 것으로 그 피해를

73) 大塚直, 주61, 11면.

74) 大塚直, 주61, 13면. 물론 이러한 자기결정권 침해에 대한 손해의 인정정도는 매우 적을 것이다.

75) 이 항목에서의 주관(主觀)은 ‘주관적 공권’에서의 그것이 아니라 개인의 ‘감정’이나 ‘생각’을 의미한다.

76) 大塚直, 주61, 8면.

77) 大塚直, 주61, 8면.

산정하는 것이 용이하지 않을 뿐 아니라, 왜 ‘약한’ 이익인가에 대한 명확한 근거 없이 애당초 ‘약한’ 이익으로서 생각되고 있다. 그런 전제하에서는 가해의 형태를 고려하여 그 위법성을 판단하게 된다.<sup>78)</sup> 주관적 불쾌감이라도 객관적 요보호성을 판별할 수 있다면 ‘권리침해’요건에 따라 그 구제의 여지는 확대될 수 있겠지만, 가치관의 다양화·세분화가 진행되는 현대사회에서 ‘주관적인 불쾌감’으로 여겨지는 것에 대하여 ‘객관성’이라는 것을 주장할 수 있을 것인가.<sup>79)</sup> 일본의 최고재판소는 일정한 주관성을 포함하는 새로운 인격적 이익침해 사례를 다루고 여기에 평온생활권 침해의 존재를 확인한 것이라 할 수 있다.

## (2) 예방적 금지소송, 행정개입청구권

특히 예방적 금지와 관련해서는 리스크·우려와 같은 불안이라 표현되는 침해상황으로서 그 침해·피해산정이 객관적으로 인정되기 어려운 것으로 여겨져 왔다. 후쿠시마 원전사고로 인하여 이에 대한 일정한 기준이 세워지게 된 것은 평가할만하다. 즉 오염상황이나, 피난시기, 체재장소, 피난기간 등으로 객관적으로 인정될 수 있는 것으로 파악한 것이다.<sup>80)</sup>

인격적 가치가 잘 보장되어 오지 못한 것은 그 피침해이익의 객관적 산정이 까다롭기 때문이지 인격권과 재산권 중 어느 쪽에 더 강한 법적 보호가 부여되어야 하는가라는 문제는 아니라고 생각된다. 인격적 가치에 대한 보호가 문제되는 사안이고 적어도 방해배제청구권, 결과제거청구권, 행정개입청구권, 예방적 금지청구권, 예방적 금지가처분 청구권들이 갖추어져야 할 것이다. 다만 그 요건으로서 가해자에게는 고도의 주의의무가 부과되고 있어야 한다거나, 엄격하고 명백한 과학적 증명까지는 아니라도 과학적으로 부적절하지 않은 사회적 합리성은 있어야 한다는 등의 요구는 생각할 수 있을 것이다.<sup>81)</sup>

78) 木村和成, 個人の「主観」と不法行為法—葬儀場の営業をめぐる最高裁判決を素材として—, 立命館法学 2016年 5・6号(369・370号), 160頁.

79) 木村和成, 주78, 161頁.

80) 若林三奈, 주68, 69頁.

81) 大塚直, 平穩生活權概念の展開-福島原発事故訴訟諸判決を題材として-, 環境法研究8号, 2018.7, 34頁.

### (3) 설명책임·의무

평온생활권과 관련된 최근의 또 다른 사례로서, 산업폐기물 처분장의 건설·조업으로 인하여 우물물, 수돗물 및 하천의 물이 유해물질에 의해 오염되고, 토사재해를 유발할 우려가 있다고 하여 인격권 등(수질오염에 의한 정수항수권, 생명·신체·건강에 대한 침해, 농업자·어업자들의 생활권에 대한 침해, 농업자의 수리권에 대한 침해, 토사재해에 의한 생명·신체·건강에 대한 침해)에 근거하여 해당 처분장의 건설·사용·조업금지를 구하는 가처분명령 신청이 이루어진 것을 들 수 있다. 해당 재판부는 “음용수에 영향을 줄 가능성이 있는 장소에 산업폐기물 최종처분장을 설치하고자 하는 사업자는 그 조업에 의해 주변주민에 사회통념상 합리적인 건강피해에의 불안을 품지 않도록 주변의 환경을 충분히 조사하고, 불안을 느끼는 주민에 대해 충분히 설명을 하고 그 불안을 불식할 것이 요구된다.”고 실시하였다.<sup>82)</sup> 이에 따르면 피고가 합리적인 안전성이 결여된 상황을 발생시키지 않는다는 입증에 성공하지 못하면 원고의 평온생활권은 전혀 보호되지 못하는 것이 된다. 조사결과가 안전하다고 나오기 전까지는 원고의 불안과 위험성이 잠재하는 것이고, 합리적인 안전성이 확인될 때까지, 즉 조사·설명 의무를 이행하기까지는 평온생활권의 침해가 있다고 인정되면, 가해당사자에게는 불안을 불식시키기 위한 조사·설명 의무가 부과되는 것으로 해당 판결문을 이해할 수 있을 것이다.<sup>83)</sup> 이때 원고는 건강피해에 대한 엄밀한 입증까지 필요하지는 않고, 침해가 발생할 수 있다는 고도의 개연성만 입증하면 족하다.

### 3. 보호법익의 주관성과 공공성 - 환경소송에서의 평온생활권, 경관이익과 관련하여 -

우리나라의 경우 일본에서와 같은 평온생활권 혹은 이와 유사한 논의나 연구는 눈에 많이 띄지 않는데, 납골당 설치가 인근 주민들의 평온한 생활권을 침해할 우려가 있다면 해당 신고의 수리는 위법하다는 하급심 판결이 있다.<sup>84)</sup> 해당 판결은 납골

82) 広島地方裁判所令和3年3月25日決定 令和3年3月25日 令和2年(ヨ)第78号 民集第58卷7号1802頁.

83) 越智敏裕, 安定型産業廃棄物最終処分場の建設・操業差止めの仮処分が認められた事例, 新・判例解説Watch 環境法 No.101, 4頁.

당 설치지역이 마을 중심에 위치해 있는데다 진입도로의 폭이 좁아 유골 900구 이상이 안치될 수 있는 납골당이 설치되면 조문차량 등의 통행으로 교통혼잡이 더욱 심화될 것으로 예상된다며 납골당 설치 신고가 장사 등에 관한 법률 소정의 설치요건을 구비했다 하더라도 납골당 설치를 제한함으로써 인근 주민들의 평온한 생활을 보장할 공익상 필요가 크므로 납골당설치신고 수리처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 실시하고 있다.

한편, 일본의 경우 일찍이 1990년대부터 양호한 경관을 향수할 권리로서 ‘경관권’이 재판에서 시민들로부터 주장되어 왔는데 소위 ‘경관소송’이라 불리는 영역이다. 그중에서도 쿠니타치시(国立市)의 고층 맨션의 건설을 놓고 이를 반대하는 주민들이 사업자를 상대로 건물을 철거하도록 민사소송을 제기하는 동시에, 도쿄도(東京都)를 상대로 시정명령을 내리지 않은 것에 대한 위법하고, 철거명령을 발부할 의무가 있음을 확인하는 행정소송을 제기한 일련의 쿠니타치맨션소송<sup>85)</sup>이 ‘경관소송’의 효시로 일컬어지고 있다. 결국 하급심 판결이 뒤집어져 원고가 승소하지는 못했지만 경관이익이 ‘법률상 보호할 가치있는 이익’에 해당한다는 것을 최고재판소 레벨에서 확인하였다는 점에서 평가를 받고 있다.<sup>86)</sup> 객관적 가치가 있는 양호한 경관만이 법적 보호를 받으며, 경관이익은 종래 주관적 이익이었으나 최고재 판결에서 양호한 경관에는 객관적 가치를 인정할 수 있다고 한 것이다.

주관적 공권과 관련해서는 이렇게 납골당사례와 고층맨션 사례에서의 평온생활권이나 경관권을 어떻게 보호할 것인가라는 쟁점이 있다. 공해·생활방해 분야에서의 새로운 보호법익인 평온생활권과 환경분야에서의 새로운 보호법익인 경관이익을 재판상 주장할 수 있기 위해서는 앞에서 살펴 본 것과 같이 보호법익의 주관화와 공공화 과정을 거쳐야 하는 것이다.<sup>87)</sup> 즉, 불쾌감·불안감·기대 등의 주관적 이익을 불

84) 납골당 주민생활권 침해뎀 제한, 충청투데이, 2004년 3월 27일, <https://www.cctoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=63715>

85) 平成18年3月30日 最高裁判所 平成17年(受)第364号, 民集60卷3号948頁.

86) 또한 본 판결은 어떤 행위가 경관이익에 대한 위법한 침해에 해당한다고 하기 위해서는 적어도 그 침해행위가 형벌법규나 행정법규의 규제에 위반하는 것으로서 공서양속위반이나 권리남용에 해당하는 것인 등, 침해행위의 태양이나 정도의 면에서 사회적으로 용인된 행위로서의 상당성을 결여할 것이 요구되지만 본 사건은 그에 해당하지 않는다고 판시하였다.

87) 이것은 일종의 환경이익으로 구성하여 환경소송과 관련된 논의이기도 하지만, 앞에서 든



법행위법에 담는다고 하는 보호법익의 주관화 과정에 대한 이해와, 양호한 경관향수 이익과 같은 공사복합이익은 기본적으로는 권리의 정도에 이르지 않는 이익이라는 점에서 타인의 재산권이나 경제적 이익 등과 형량이 필요하고, 현저한 반사적 불이익에 대해서는 정책적 배려가 필요하다는 점에서 민주적 결정 즉, 공공화 과정에 대한 이해가 요구된다.

경관이익에 대해서도 주관적 이익 그대로 보호되기는 어렵고 그것을 객관적인 것으로 재구성할 것이 요구되며, 평온생활권의 경우에도 주관적 이익을 어떻게 객관화할 것인가라는 것이 문제된다.<sup>88)</sup> 합리적인 안전성의 증명 의무는 평온생활권의 중요한 요소가 될 수 있고, 생명·건강과 같은 중대한 리스크에 대한 ‘합리적 불안’에 대해서는 그것을 객관화한다면, 그 보호법익에 리스크개념을 담을 수 있다는 장점이 있다.

#### 4. 우리나라에의 적용

우리나라는 지금까지는 이런 경관권·이익과 관련하여 본격적으로 다투어진 사례는 눈에 띄지 않고 있으며, 조망권과 경관권의 구별도 제대로 이루어지지 않고 있었다고 해도 사실 과언은 아니다. 다만, 2007년부터 경관법(법률 제15460호)을 제정하여 ‘자연, 인공 요소 및 주민의 생활상(生活相) 등으로 이루어진 일단(一團)의 지역환경적 특징을 나타내는 것’라고 경관을 정의하며(동법 제2조) 계획·관리하고 있는데, 최근 김단신도시 일명 왕릉아파트 사건<sup>89)</sup>이나 제주 오등봉공원 민간특례사업 공익소송<sup>90)</sup>처럼 경관소송이라 불릴 만한 사안들이 등장하고 있어 이에 대한 논의의 필요

---

많은 평온생활권 사례에서 볼 수 있는 것처럼 논의의 범위를 환경이익에 국한하여야 하는 것은 아니다.

88) 大塚直, 環境訴訟における保護法益の主観性と公共性·序説, 法律時報 82(11), 2010.10, 118면. 앞서 든 우리나라의 납골당 하급심 판결도 ‘평온한 생활을 보호할 공익상 필요’라는 표현을 사용한다.

89) 법원 “김단신도시 ‘왕릉 아파트’ 공사중지 명령 부당”, 연합뉴스, 2022.7.8. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220708100300004>); 法, 왕릉부 아파트 행정소송 건설사 또 승소, 중부일보, 2022.8.21. (<http://www.joongboo.com/news/articleView.html?idxno=363554831>) (최종검색: 2022.11.30)

90) 오등봉공원 민간특례사업 공익소송 ‘기각’, KBS news, 2022.11.22. (<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5607169&ref=A>)

성은 점점 더 많아지고 있다고 할 수 있다. 또한 전 대통령의 사저 앞에서 이루어지고 있는 적법한 집회 및 시위의 경우나 출소한 성범죄자의 거주로 인한 주거불안의 경우 지역 주민들의 평온생활권을 주장할 수 있을 가능성이 있으며, 용산 미군기지 토양오염에 대한 우려·불안이 있음에도 정확한 정보공개 및 조사가 없는 상태로 공원이 조성되려는 상황이라면 피침해이익으로서 역시 건강리스크형 평온생활권을 고려해 볼만하다.

물론 기존의 권리·이익으로 확립하고 있던 것을 모두 신개념인 평온생활권으로 설명할 필요는 기본적으로 없을 것이지만, 사회에서 새로운 문제상황이 발생한 경우에는 기존의 개념을 재검토하고, 필요시 평온생활권이라는 개념을 차용할 수 있을 것으로 보인다. 물론 현재 우리나라의 행정소송법상 금지소송이나 의무이행소송과 같은 유형은 아직 도입되고 있지 않다는 점에서 이러한 개념을 차용한다고 하더라도 이러한 유형의 권리·이익의 현실적인 구제에는 한계가 있을 것으로 생각되고 입법적 결정이 절실하다. 다만, 항고소송에서는 원고적격이 부정되어도 국가배상에서는 보호할 가치가 있는 손해로 해석되는 경우도 있을 수 있다는 점에서 그 인정의 실익은 충분하다고 생각된다.

## V. 나오며

주관적 공권은 결국 국가와 개인의 관계에 대한 개념이다. 민주주의의 발전으로 주관적 공권은 확대되어 왔는가라는 질문에 답하였어야 했으나, 현상에 대한 분석에 그치는 논의가 되는 것을 피하고자 헌법과 행정법에서의 주관적 공권 논의를 재조명하여 민주주의적 관점에서 살펴보고자 하였다. 그리고 이러한 작업 자체는 오늘날의 국가와 개인은 어떤 모습이어야 하는지 앞으로는 어떠한 모습이 될 수 있는지에 대한 중요한 단서가 되었다고 생각된다. 이하 본고의 내용을 정리하면 다음과 같다.

먼저, 주관적 공권을 해석함에 있어 권리와 법률상 이익이라는 것은 관계개념으로서 무엇을 담을 것인가 하는 것은 그 시대적 가치의 반영이라는 점이다. 그리고 이것이 여전히 보호규범설이 힘을 가지는 이유일 것으로 생각된다. 기존의 행정법에서는 보호규범설을 참조하여 주관적 공권의 확대에 노력해 왔다. 다만 기본권적합적의

해석, 목적론적 해석 등을 통하여 통상은 주관적 공권이 없는 자에 대해서도 행정법상 보호를 해 주는 것은 예외적인 것이고 그 규범적 효과나 그 효력이 미치는 범위 등은 판례에서는 명확히 되고 있지 않다. 그리고 이러한 해석 중심의 주관적 공권확대는 그 한계가 분명하다.

한편 이러한 한계를 극복하기 위하여 보호규범설을 보완하기 위한 노력 역시 이루어져 왔다. 공사복합이익 등과 같이 개인의 권리로만 파악할 수 없는, 그러나 보호할 필요가 있는 새로운 이익도 다수 존재할 수 있다는 점에서 (타인의 경제적 이익이나 재산권과 형량을 끝낸) 입법상의 인정이 필요하다는 점, 민주제원리는 선거권이나 투표권 뿐 아니라 국가적 결정에 참가권을 개인에게 보장하는 것도 포함하고 있으며, 절차참여권 보장을 통하여 실질적 민주주의를 도모하여야 한다는 것을 인정하는 견해들이다.

과거에는 국가와 사회라는 이분법적 사고에서 공익의 실현주체로서 개인은 상정할 수 없다는 전제에 있었다면 오늘날에는 실체법상의 공권에 개별이익을 벗어나는 내용을 고려할 필요성이 인정된다. 일본의 중간적 이익론은 참고할 만하며, 이것을 객관적 가치를 실현하는 소송으로 할 것인지 중간적 이익을 특별한 개별이익으로서 주관소송으로 할 것인지는 입법의 영역이며 민주적 선택에 맡겨져야 할 것이다.

국가의 규제권의 행사나 기본권보호의무 발동의 경우, 기본권이 보호되는 개인도 있지만 기본권이 제한되는 개인도 동시에 존재한다는 점에서 민주적 방식의 실현(입법)이 바람직하며 이때 의회뿐 아니라 행정과 개인의 관계도 포함한 확장적인 민주제에 대한 이해가 필요하다.

마지막으로 비재산적 가치 특히 인격권·인격적 가치에 대한 보호가 중요하게 되었다는 점이다. 아직 구체적인 신체에의 침해나 재산피해가 발생하지 않은 경우, 사전에 위험발생으로부터 구제를 받을 수 있을 필요가 높아졌고, 리스크관리를 비롯하여 이런 인격적 권리에 대한 침해를 인정해야 할 필요가 있다. 일본의 경우에는 동일본대지진이라는 계기가 있었고, 이와 관련해서 포괄적 인격권으로서 ‘평온생활권’이 인정되기에 이르고 있다. 현재 우리나라에서 일어나고 다양한 문제상황과 관련하여 시사를 얻을 수 있었다고 생각한다.



【토론】

## “민주주의의 발전과 공법상 권리의 확대 경향”에 대한 토론문

김 태 호\*

일본과 우리나라의 비교법적인 검토를 통해 공권(공법상 권리)의 확대 문제에 대해 이론적 검토를 하는 한편, 공법상 권리 확장의 예로서 ‘평온생활권’의 문제를 소개하신 이혜진 교수님의 발표는 공법상 권리의 이론적 문제점들을 다양한 관점에서 생각해 보는 소중한 기회를 제시해 주었다고 생각합니다.

### 1. ‘민주주의의 발전’과 공법상 권리의 상관관계에 대해

제기된 논제에 대한 의견 제시에 앞서 ‘민주주의의 발전’, 나아가 학술대회와 화두인 ‘권리혁명’에 대해 잠깐 생각해 보겠습니다. 본 주제는 민주주의의 발전이 공법상 권리의 확대를 가져 왔다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 생각합니다. 거슬러 올라가면 국민이 국가를 상대로 권리를 갖는다는 구도 자체가 민주주의를 토양으로 성장해 왔다고 할 수 있을 것이고, 서구의 ‘권리혁명’, 우리의 ‘민주화운동’ 이후 인권의 보장목록이 늘어나고 새로운 문제 상황에 부응하는 새로운 권리 인정의 요구가 계속되어 온 현실을 떠올려 보면 민주주의의 압력 증대가 시민적 권리를 확대한다고 일반적으로 이야기할 수 있을 것입니다.

다만 법치주의와 민주주의의 동학에 따라 민주주의 신장을 통한 권리 확대의 요구가 대의민주제를 통한 의회 ‘법률’로써 공법상 권리를 확대하는 구조가 작동하고 있는지 먼저 생각해 보고자 합니다. 가령 이른바 촛불·혁명이라고도 불리우는 참여적 민주주의의 요구는 실제 어떤 제도화된 형태로 시민의 권리를 확대하였는가, 민

---

\* 헌법재판연구원 연구관

주주의 확대는 무엇을 공법상 권리로 할 것인지, 즉 공권의 가부 내지 수준을 ‘민주적으로’ 결정할 제도를 확대하였는가, 또 근본적으로 시민의 권리가 의회를 통한 법률을 통한 형태로만 확정된다고 하는 전제에 균열은 없는가에 대해서 생각해 볼 필요가 있을 것입니다.

요컨대 제정되어 있는 법의 해석과 이를 통한 법원의 공법상 권리 인정 논의 이전에 직접민주주의의 성과를 제도화하고 법률의 질을 높이는, ‘법률을 통한’ 공법상 권리 목록의 확대에 대한 제도화 논의가 민주주의와 공법상 권리의 형성에 대한 공법학의 논의에서 주요하게 다루어져야 한다는 생각입니다. 그리고 이것은 기본권에 의한 공법상 권리의 직접적인 확대 시도, 입법자의 민주적 정당성에 터잡은 독일의 보호규범론의 확대 시도에서 논의의 전제로서 검토해야 할 문제라고도 할 수 있겠습니다.

## 2. 사법심사를 통한 공법상 권리의 확대에 대하여

사법심사를 통한 공법상 권리 목록 확대는 종래 항고소송 ‘소송요건’ 확대의 관심사였다고 할 수 있습니다. 이와 관련하여서는 우리 학설과 판례가 많은 진진을 이루어내었습니다. 물론 여전히 현행법과 다수설·판례에 따를 때 행정작용의 공법상 권리 침해를 다루려면 처분의 근거 법규 및 관련 법규에서 보호하는 이익이 ‘개별적·구체적·직접적인 사적 이익’에 관한 것이어야 합니다. 이 때문에 발제문은 이러한 전제 하에서의 확장 가능성으로서 일본의 ‘중간이익론’, ‘평온생활권’의 논의를 소개하고 계십니다. 평온생활권은 건강·환경상 피해를 ‘주관화’(Subjektivierung)하고자 하는 시도의 일환으로서, ‘중간이익론’은 보호필요성 있는 사익의 영역을 확장하려는 시도로 보입니다.

그러나 분산된 사적이익의 주관적 권리화는 공익소송(민중소송)과의 경계에서 일정한 한계를 가지는 것 또한 사실입니다. ‘분산된 이익’을 모아 ‘공동의 이익’으로 확장하다 보면 이는 사익이면서 동시에 집합적 이익으로서의 공익 주장을 하는 것이 되고, 흐릿해진 공익과 사익의 경계는 ‘사익보호성’의 요건을 무력화한다는 비판이 비판에 노출되게 될 것입니다.

특히 중요한 이익이나 개인에게 전속하기 어려운 이익의 주장의 경우가 그렇습니

다. 케이블카 없는 국립공원의 경관을 보존하고자 하는 기대 주장을 이를 위해 평생을 노력해 온 활동가의 사익으로 구성하는 데에는 어떤 어려움이 있을까요? 이러한 문제는 기후 위기에 대한 대응조치를 다투는 경우에 더 잘 드러납니다. 기후위기 대응을 위해 제정된 탄소중립기본법의 각 조항은 어느 범위에서 개인의 사익을 보호하는 조항으로 해석할 수 있을까요? 만약 기후위기로 인한 잦은 재해로 침수피해를 당해 ‘주거권’을 보장받고 있지 못한 주민이라면 달리 볼 수 있을까요?

공법상 권리의 문제는 권리 침해 주장을 넘어서 사법의 기능에 대한 역할설정의 문제를 담고 있습니다. 특정한 사안에 대한 사법적 판단 장치를 두는 것이 정당화될 수 있다면 기존의 소송체계와 별개로 별도의 소송형태를 인정하는 것도 주저할 일이 아니라고 생각합니다. 가령 환경단체의 원고적격 인정과 같은 객관소송의 도입이 예입니다. 물론 공법상 권리의 확대는 한편으로 정치의 실패를 법원의 장으로 가져와 해결할 수 없는 과제를 해결하도록 요구함으로써 사법역량의 과부하를 초래하고 사법신뢰를 떨어뜨리는 결과를 낳을 수도 있습니다. 이 점에서 헌법재판소와 법원을 통한 권리(기본권) 목록 확대의 정당성에 대해서는 신중한 판단도 필요할 것입니다.

그럼에도 절박한 기후위기 앞에서 기후감축목표를 탄소중립기본법에 명문화하고 이를 준수하지 않는 데 대해 어떠한 범위에서 공법상 권리 주장을 인정할 필요는 없는지 고민할 필요는 분명해 보입니다. 공법상 권리에 관한 오늘의 논의가 던져주는 시사점과 잘 연결되는 이 문제에 대해 발표자의 고견을 청합니다.

나아가 토론자는 발표자가 제기한 절차에 대한 ‘민주적 참여권’을 고도화하여 의사결정 과정에서의 권리를 적극적으로 보장하는 것이 민주주의의 발전을 권리의 형태로 제도화하는 중요한 방식이라고 생각합니다. 이에 대해서도 일본의 사례가 있다면 소개해 주시면 감사하겠습니다.

오늘날 도처에 분출하는 권리 주장과 사회적 갈등, 실력 행사는 법의 실패를 의미하는 것이지만 동시에 정치의 실패를 가리키는 것이기도 합니다. 그런 만큼 사회적 갈등의 해소를 전적으로 사법작용을 통해 도모하고자 하는 것은 과도한 일임이 분명할 것입니다. 이 점에서 공법상 권리의 확대 논의에서도 사법의 기능에 대한 적절한 역할 설정 논의가 수반되어야 하겠습니다. 그리고 이 경우 사법의 본질적 기능으로서 다수의 지배로부터 소외된 소수자의 보호는 민주주의의 발전에 대한 수용과 함께 언급되어야 할 기능일 것입니다. 이와 관련, 소수자 보호에 있어서 여전히 공

법상 권리 확대에 대한 논의가 필요하다는 점에 대해서는 최근 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정 신청을 불허한 사법·행정<sup>1)</sup>에 대해 성별정정 신청권을 인정한 대법원의 전원합의체 결정<sup>1)</sup>과 그 취지를 강조하는 별개의견을 소개함으로써 토론에 갈음하고자 합니다. 활발한 논의가 계속되기를 기대합니다. 감사합니다.

“대법원의 (성전환자에 대한 성별정정의 물꼬를 튼: 토론자) 전원합의체 결정이 선포된 지 16년이 지난 지금에 이르기까지 성전환자의 구체적인 권리 등을 실현하기 위한 법률이 제정된 바 없다. 이러한 상황에서 또다시 입법으로 해결함이 바람직하다는 이유로 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 불허하는 것은 기본권의 수호자로서 우리 사회의 소수자가 처한 차별적 상황을 시정하고 그들의 기본권을 최후의 순간까지 포기하지 않고 책임져야 할 대법원의 자세로는 온당하지 않다. 사법은 다수결의 원칙이 지배하는 입법이나 행정과 달리 다수의 정치적·종교적·사회적 이해관계에서 벗어나 소수자를 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 최후의 보루로서의 역할을 할 때 그 존재 의의가 있다. 법원은 우리 사회 소수자가 갖는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 본질적 내용을 침해할 우려가 있는 사안에서는 더욱 이러한 책무를 소홀히 하여서는 아니 된다.” (대법관 3인의 별개의견)

“이 사회의 동등한 구성원의 대우를 요구하는 그들의 절박한 외침을 더 이상 외면해서는 안 되며, 그들을 호모 사케르(Homo Sacer, 사회에서 뭉툭이 배제된 자를 가리킨다: 토론자) 상태에 방치하여서도 안 된다. 성전환자들이 성정체성에 맞는 삶을 살기 위해서는 성별정정이 필수적임에도, 이를 거부하는 것은 그들의 인간 실존을 부인하고 벼랑 끝으로 내모는 일이며, 나아가 민주주의 사회가 추구하는 자유와 평등, 인간의 존엄성에 대한 존중이라는 가치의 핵심을 훼손하는 일이라는 것을 깊이 자각하여야 한다. 성별정정을 비롯하여 성전환자들이 이 사회 안에서 우리의 평범한 이웃으로 살아갈 수 있는 제도적 토대를 만들어야 하는 이유이다.” (대법관 2인의 별개의견)

1) 대법원 2022. 11. 24.자 2020스616 전원합의체 결정