

# 대마 합법화에 관한 독일의 헌법적 논의

## - 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정다운

### I. 들어가는 말

현재 독일에서는 연방정부가 대마 합법화를 위해 마련한 ‘대마 취급의 관리 및 기타 규정의 개정’에 관한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften, 이하 ‘대마법안’)<sup>1)</sup>을 두고 열띤 논의가 이어지고 있다.

독일에서 대마 합법화에 관한 논의는 2021년 9월 제20대 연방의회 선거에서 사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)이 주요 공약 중 하나로 대마 합법화를 제시하면서 본격적으로 시작됐다.<sup>2)</sup> 이후 집권당으로 선출된 사회민주당이 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen, GRÜNE), 자유민주당(Freie Demokratische Partei, FDP)과 함께 연정협약서를 체결하는 과정에서 대연정은 현행 ‘마약류 거래에 관한 법률(Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, 이하 ‘마약거래법’)<sup>3)</sup>에 따라 금지되어 있는 기호용(Geschmackzweck) 대마의 상점 판매를 허용하는 데에 합의를 이루었다.<sup>3)</sup>

1) Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (Cannabisgesetz - CanG), [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Cannabis/Gesetzesentwurf\\_Cannabis\\_Kabinett.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Cannabis/Gesetzesentwurf_Cannabis_Kabinett.pdf), 최종 검색일: 2023. 8. 16.

2) Spiegel, SPD will kleine Mengen Cannabis legalisieren, 22.03.2021, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/drogenpolitik-spd-verspricht-cannabis-in-kleinen-mengen-zu-legalisieren-a-01176dce-1a24-46a4-b432-73ef46e46638>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

이어 구체적인 법률안의 마련은 연방보건부(Bundesministerium für Gesundheit)의 관할하에 추진되었고, 2023년 8월 16일 연방정부가 연방보건부 제출 법률안에 동의하면서,<sup>4)</sup> 현재 대마법안은 연방의회에서의 심의 등 다음 입법 절차를 앞두고 있다.

대마법안의 주요 내용은, 마약거래법상 형사처벌의 대상인 대마의 무허가 재배 및 소지를 비범죄화(Entkriminalisierung)하기 위해 대마를 마약으로 분류한 마약거래법의 규정을 삭제하고,<sup>5)</sup> 자가 소비(Eigenkonsum) 목적의 대마 재배 및 소지를 허용하는 동시에 이를 엄격히 규율하기 위해 새로운 개별 법률들을 제정하는 것이다.<sup>6)</sup> 다만 대연정의 합의와 달리 우선적으로 부분적 합법화만이 추진되어, 상점에서의 대마 판매를 허용하는 내용의 규정들은 마련되지 않았다.

현재 대마법안은 연방의회 및 연방참사원에서의 심의를 거친 후 연방의회에서의 투표 결과에 따라 빨라야 2023년 말에 시행될 수 있을 것으로 예상되며, 2024년 초 또는 말경에 시행될 것으로 예상하는 견해도 있다.<sup>7)</sup> 대마 합법화가 일찍부터 현 집권당의 선거 공약으로 제시되었고, 이후 대연정의

---

3) SPD, GRÜNE & FDP, Mehr Fortschritt Wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, GRÜNE und FDP, S. 68, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

4) 연방정부는 마약거래법의 형사처벌 조항을 통한 기존의 대마 규제 방식은 오히려 불법 시장의 활성화 및 대마 소비의 증가를 불러와 실패하였고, 이러한 진압적(repressiv) 성격의 마약 정책을 대신할 현실적인 규제 방식이 도입될 필요가 있다고 보았다. 나아가 대마의 재배 및 소지에 대한 새로운 규율 방식을 통해 만 18세 이상 성인에 한해 양질의 대마가 공급될 수 있도록 하되, 재배량, 소지량을 제한하여 국민의 건강 또한 보호해야 한다고 주장하였다(Bundesregierung, 앞의 법률안, S. 1.).

5) 환각 성분인 테트라하이드로칸나비놀(Tetrahydrocannabinol, THC)을 포함한 대마는 현재 마약거래법 부록 1에 따라 마약으로 분류되고 있다. 또한 제29조 이하의 규정들에 따르면 대마를 포함한 마약류의 거래는 '의약품 및 의료기기 연방연구소(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)'의 허가 없이 이루어지는 때에 자유형 또는 벌금형의 대상이 된다.

6) 대마법안 제1조에 의해 새롭게 제정되는 '소비용 대마의 취급에 관한 법률(Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis)'에 따르면 만 18세 이상의 성인은 최대 25그램의 대마를 자가 소비 목적에 한해 소지할 수 있으며(제3조 제1항), 거주지 또는 일상적 체류지에서 최대 3개의 대마 식물을 재배할 수 있다(제3조 제2항). 또한 대마의 공동 재배를 목적으로 최대 500명의 회원을 보유할 수 있는 비영리 단체의 운영이 허용된다(제16조). 이른바 '소셜 클럽(Social Club)'이라고 불리는 이 단체에서 자가 소비 목적에 한해 만 21세 이상의 성인은 하루 최대 25그램, 한 달 최대 50그램의 대마를, 만 18세부터 만 20세까지의 성인은 한 달 최대 30그램의 대마를 얻을 수 있다(제19조 제3항). 단 이러한 연령, 소지량, 재배량을 위반한 경우에는 형사처벌이 이루어진다(제36조).

7) MDR, Cannabis-Legalisierung könnte scheitern, 14.08.2023, <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/lauterbach-cannabis-legalisierung-droht-scheitern-100.html>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

합의 과정 또한 순조로웠다는 점을 고려하면, 입법 과정이 대연정의 당초 계획보다 더디게 진행되고 있다고 볼 수 있다. 한편으로 이와 같은 상황은 사안 자체의 복잡성, 거센 반대 여론,<sup>8)</sup> 유럽연합법 및 국제법 위반 소지에 대한 문제 제기, 관련 정부 부처의 법률안 초안 거부에서 비롯되었다고 평가된다. 다른 한편으로는 이러한 입법 지연에 연방헌법재판소 또한 관련된 것으로 분석된다.<sup>9)</sup> 대마의 무허가 재배 및 소지 등을 형사처벌하는 내용의 마약거래법상 규정들이 위헌인지 여부에 대해 3개 구(區)법원이 위헌법률심판을 제청한 사안과 관련하여 연방보건부가 이에 대한 연방헌법재판소의 결정을 기다리느라 입법 과정이 늦춰졌다는 것이다. 연방보건부는 상기한 마약거래법상의 규정들이 위헌인 것으로 선언될 경우 대마 합법화를 위한 입법 추진에 순풍(Rückenwind)이 불 것으로 기대하였다.<sup>10)</sup> 그러나 연방보건부의 이러한 기대는 2023년 7월 11일 위헌법률심판 제청이 부적법하다고 판단한 연방헌법재판소의 결정<sup>11)</sup>이 발표되면서 좌절되었다. 연방헌법재판소 제2재판부(이하 ‘재판부’)는 구법원들이 위헌법률심판 제청을 위한 충분한 이유를 제시하지 못했다고 보았다. 이미 동일한 헌법적 문제를 다루었던 연방헌법재판소의 1994년 결정<sup>12)</sup>에서 마약거래법상의 대마 관련 형사처벌 조항들이 합헌이라고 선언된 바 있는데, 재판부는 구법원들이 이러한 결정을 재검토해야 할 설득력 있는 이유를 제시하지 못했다고 판단하였다. 결과적으로 재판부는 연방헌법재판소의 1994년 결정을 유지하였고, 이에 따라 현재 연방정부의 대마 합법화 논의는 헌법적 당위보다는 정치적 차원의 논의로서 진행 중이다.

이 글에서는 현재 독일의 대마 합법화와 관련하여 이뤄지고 있는 다양한 법적 논의 중에서 헌법 측면의 논의에 주목하여, 현행 마약거래법상 대마 관

8) 최근 슈피겔지에 따르면, 독일 국민의 40%가 대마 합법화에 찬성하고, 45%가 반대하는 것으로 조사되었다 (Spiegel, Jeder Sechste würde nach der Legalisierung kiffen, 14.08.2023, <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/cannabis-jeder-sechste-wuerde-nach-der-legalisierung-kiffen-spiegel-umfrage-a-38824148-5cc7-4233-bef6-1f7eb5db55cc>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.).

9) MDR, 앞의 기사.

10) LTO, Karlsruhe lässt geltendes Cannabisverbot unbeanstandet, 11.07.2023, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/cannabis-richtervorlagen-ag-bernau-bverfg-btmg-unzulaessig/>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

11) 연방헌법재판소 2023. 6. 14. 결정, 2 BvL 3/20.

12) 연방헌법재판소 1994. 3. 9. 결정, 2 BvL 43/92.

련 형사처벌 규정의 위헌성에 관한 문제를 연방헌법재판소의 결정을 중심으로 다루고자 한다. 이를 위해 연방헌법재판소의 1994년 결정과 2023년 결정의 내용을 차례로 소개한다.

## II. 연방헌법재판소의 1994년 결정(2 BvL 43/92)

### 1. 사실관계

다양한 대마 취급 행위를 형사처벌의 대상으로 규정한 마약거래법상 규정들의 위헌성 여부가 문제되어, 기본법 제100조 제1항<sup>13)</sup>에 따라 6건의 위헌법률심판이 제청되고,<sup>14)</sup> 1건의 헌법소원심판이 청구된 사건이다.

마약거래법 제3조 제1항 제1호에 따르면 “마약류를 재배·제조하거나, 마약으로 상거래를 하거나, 상거래 없이 마약류를 수입·수출·제공·처분하거나 그 외에 유통시키거나, 입수하거나, 그 외의 방식으로 조달하려는 자는 의약품 및 의료기기 연방연구소(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)의 허가를 받아야 한다.” 이때, 이 법 제3조 제2항에 따르면 이 법 부록 1에 규정된 마약은 예외적으로 학문적 목적 또는 그 외의 공익적 목적을 위해서만 그 취급을 허가받을 수 있다. 따라서 부록 1에 규정된 대마와 관련해서는 공익과 학문적 목적으로 위 연방연구소의 예외적 허가를 받은 경우가 아니라면 모든 취급 행위가 금지되며, 이를 위반한 때에는 마약거래법 제29조 이하의 규정에 따라 형사처벌이 이루어진다. 병합 사건에서 주된 심판대상조항은 마약거래법 제29조 제1항 제1문의 규정 중 제1호 및 제3호였다.

13) 기본법 제100조 제1항: “법원은 그 유효성 여부가 재판의 전제가 되는 법률이 위헌인 것으로 판단되는 때에는 그 절차를 중지하고, 주헌법의 침해가 문제인 경우에는 주의 헌법분쟁을 관할하는 주법원에 심판을 제청하여야 하고, 기본법의 침해가 문제인 경우에는 연방헌법재판소에 심판을 제청해야 한다. 이는 주법에 의한 기본법 침해가 문제되거나 주법률의 연방법률과의 불합치 여부가 문제된 경우에도 동일하다.”

14) 뉘벡(Lübeck), 힐데스하임(Hildesheim), 프랑크푸르트 암 마인(Frankfurt am Main), 슈투트가르트(Stuttgart)의 지방법원에서 위헌법률심판을 제청하였다.

## 마약거래법 제29조 [범죄행위]

### 제1항 제1문

다음 각 호에 해당하는 자는 최대 5년 이내의 자유형 또는 벌금형으로 처벌된다.

1. 제3조 제1항 제1호에 따른 허가 없이 마약류를 재배·제조하거나, 마약으로 상거래를 하거나, 상거래 없이 마약류를 수입·수출·제공·처분하거나 그 외에 유통시키거나, 입수하거나, 그 외의 방식으로 조달한 자
3. 제3조 제1항에 따른 허가에 근거해 마약류를 얻지 않고 이를 소지한 자

위헌법률심판을 제청한 지방법원들은 위 규정이 “모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법 질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.”라고 규정한 기본법 제2조 제1항에 위배된다고 주장하였다. 대표적으로 뤼벡 지방법원은 감옥에 구금 중인 남편을 방문하여 대마 1.12그램이 담긴 봉투를 제공한 혐의로 기소된 피고인에게 원심절차에서 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호에 따라 2개월의 자유형이 선고된 사건에 대해 항소심을 진행하던 중, 동 규정이 기본법 제2조 제1항에 위배되어 위헌이라 판단하고, 항소심 절차를 중지하였다.

지방법원들은 우선 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 일반적 행동의 자유(Allgemeine Handlungsfreiheit)가 마약에 ‘취할 권리(Recht auf Rausch)’와 구체적으로는 ‘대마 사용에 대한 권리’를 포함하며, 기본법 제2조 제1항이 규정한 ‘세 가지 한계(Schrankentrias)’ 중 취할 권리 및 대마사용권의 제한을 위해 고려될 수 있는 한계는 헌법 질서가 유일하다고 주장하였다. 그러나 이를 판단하건대 그 권리가 제한될 수 없다고 보았다. 이는 마약거래법상 대마 관련 처벌 조항들이 법치국가원리에 부합하지 않을 뿐 아니라, 무엇보다 비례적이지 않아 권리를 제한할 수 있는 헌법 질서에 해당하지 않기 때문이라고 한다.

한편, 무허가 대마 판매 행위를 한 피고인에게 마약거래법 제29조 제1항

제1문 제1호의 규정에 따라 2년 6개월의 자유형이 확정된 사건과 관련하여 피고인은 무엇보다도 이 규정이 기본법 제2조 제1항에 따라 보장되는 자신의 일반적 행동의 자유를 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 헌법상 취할 권리가 인정되는지는 불확실하지만, 마약거래법상의 대마 취급 금지 정책이 전제하는 금욕주의적 생활 방식이 성인들에게도 보편적으로 적용되어야 한다는 관점은 법치국가에서는 불가능하다고 주장하였다.

## 2. 법정의견의 주요 내용

### (1) 취할 권리와 그 제한 가능성

재판부는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유는 개인의 모든 행위를 보호하며, 이러한 보호에 개인의 행위가 그의 인격발현에 어느 정도로 중요성을 가지는지 여부는 상관이 없다고 판시하였다. 그러나 이 규정에 의해 절대적으로 보호되고 공권력의 영향에서도 완전히 자유로울 수 있는 영역은 '사적 생활방식(Private Lebensgestaltung)의 핵심 영역'뿐이라고 설명하였다. 이러한 측면에서 취할 권리는 그것이 미치는 다양한 사회적 영향 및 상호작용을 고려할 때 사생활의 핵심 영역이라고 할 수 없고, 기본법 제2조 제1항의 절대적 보호영역에도 속하지 않는다고 한다. 또한 기본법 제2조 제1항의 한계인 헌법 질서는 헌법에 형식적, 실질적으로 부합하는 모든 법규범(Rechtsnorm)을 뜻하기 때문에, 헌법에 부합하는 법규정으로 일반적인 행동의 자유를 제한하는 것은 기본법 제2조 제1항에 위배되지 않는다고 판시하였다. 따라서 일반적 행동의 자유가 포함하는 취할 권리 또한 헌법에 부합하는 법규정으로 제한이 가능하다고 보았다.

### (2) 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 위헌성 판단

재판부는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 대마 관련 형사처벌 규정이 기본법 제2조 제1항에 위배되는지를 판단함에 있어 중요하게 적용될 수 있는 헌법적 기준은 비례성의 원칙임을 밝혔다. 이를 위해 먼저 이 처벌 규정의 목적을 밝히고, 3단계 비례성 심사에 따라 이러한 목적을 실현하는 데에 대마 관련 형사처벌이 적합하고, 필요한지 여부와 혐의의 비례성의 원칙에 부합하는지 여부를 차례로 검토하였다.

재판부는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호를 포함한 마약거래법상 대마 관련 형사처벌 규정의 목적은 대마가 개인뿐만 아니라 국민 전체의 건강에 미치는 위험을 방지하고,<sup>15)</sup> 대마에 대한 의존으로부터 국민을, 특히 청소년을 보호하는 데에 있다고 밝혔다. 나아가 마약시장을 통한 범죄 조직의 형성, 청소년의 인격 형성과 발달 저해 등 대마가 사회에 미치는 많은 유해한 영향으로부터 사회적 공동생활(Zusammenleben)을 보호하여, 공동체의 이익(Gemeinschaftsbelange)에 기여하는 것을 목적으로 한다고 하였다.

마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호에 따른 형사처벌이 이러한 목적을 달성하는 데에 적합한 수단인지와 관련해 재판부는 이를 인정하였다. 전체적으로 볼 때 마약거래법은 대마의 거래로 인해 개인 및 국민에게 위험이 발생하지 않도록 대마의 취급을 국가의 광범하고 세세한 통제 아래 두는 방식으로 구성되어 있다. 재판부에 따르면 무허가 대마 취급 행위들에 대해 빈틈없는 처벌이 이루어지도록 규정하여 처벌 위협을 가하는 것은 이러한 광범한 통제를 실현하는 데에 적합한 수단이라고 한다. 이어 이 처벌 규정이 필요한지와 관련해서는 처벌 위협에 상응하는 효과를 가진 것으로 증명된 그 외에 다른 대마 거래 방지 수단이 없기 때문에 이 또한 인정된다고 판단하였다.

---

15) 재판부는 대마가 건강에 미치는 영향이 상당하다고 보았던 입법자의 판단에 대해 의견이 분분한 것이 사실이지만, 관련 문헌의 내용을 상세히 검토한 결과, 건강상 영향이 없다는 주장 또한 근거가 없다고 판단했다. 그러한 문헌에 따르면 대마는 심리적 의존을 유발하고, 운전 능력을 저해하며, 장기 복용시 행동장애, 현실감각 저해, 우울증 등 많은 심리적 문제들을 일으킨다.

마지막으로 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 협의의 비례성의 원칙에 부합하는지 여부와 관련해 우선 재판부는 대마 취급을 광범하게 금지하는 것과, 형사처벌의 위협으로 그러한 금지를 실현하는 것을 구분하여 판단해야 한다고 보았다. 먼저 대마 취급 행위를 광범하게 금지하는 것은 그러한 금지가 목적하는 바와 같이 사회적 공동생활을 보호하는 동시에 사회 공동체의 이익에 기여할 수 있고, 전체적으로 볼 때 이러한 공익은 대마 취급의 허용에 따른 사적 이익들보다 커, 광범한 금지를 구상한 입법자의 계획은 그 자체로 비례적이라고 판단하였다. 나아가 다른 수단이 아닌 형사처벌의 위협으로 그러한 금지를 실현하는 것 또한 비례적이라고 판단하였는데, 이는 대마 취급 금지의 위반이 단순히 행정벌 규정을 어기는 문제가 아니라 공동체의 중대한 이익을 해하는 문제이기 때문이라고 판시하였다. 요컨대 재판부는 사회 공동체의 이익을 위해 형사처벌을 수단으로 대마 취급 행위를 광범하게 규제하는 것에 대해 비례적이라고 평가하였다.

재판부에 따르면 이러한 광범한 금지 계획은 대마 취급으로 인해 발생하는 추상적 위험(Abstrakte Gefahr)에 대한 일반예방적(generalpräventiv) 위험 방지에 속하며, 광범한 금지의 특성상 각 행위마다 발생시키는 위험의 종류와 정도에 상당한 차이가 있음에도, 이에 상관없이 모든 대마 취급 행위를 한꺼번에 금지한다. 그러나 재판부는 약물의 특성 및 효과, 약물의 양, 위반 행위의 종류, 그 외의 상황에 따라 발생하는 위험이 다를 수 있으며, 공동체의 이익에 해를 끼치는 정도가 낮아 처벌이 가지는 일반예방의 의미 또한 사라지는 경우가 있을 수 있다고 보았다. 이에 재판부는 본 병합 사건에서 문제된 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 상거래, 입수, 제공, 소지 등의 행위에 대한 처벌이 비례적인지에 대해 개별적으로 판단하였고, 결과적으로 각 행위에 대한 처벌이 비례적이라고 보았다. 각 경우의 처벌과 관련해, 형사처벌을 통한 기본권 침해의 중대성, 이러한 침해를 정당화하는 근거의 중요성 및 긴급성 등을 종합적으로 평가했을 때, 기본권을 침해받는 자가 부담할 수 있는 한계를 넘어선 처벌이 아니라고 보았기 때문이다.

특히 대마의 입수 및 소지에 대해서는 이러한 행위가 자가 소비를 목적으로 이루어져 타인에게 위협을 가하지 않는다면 법원이 처벌을 면제할 수 있도록 마약거래법 제29조 제5항의 규정이 마련되어 있어, 처벌 규정의 마련 시 범죄의 불법성과 유책성 정도를 이미 충분히 고려한 것으로 판단된다고 판시하였다. 결과적으로 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 규정한 대마의 입수 및 소지에 관한 부분은 제29조 제5항으로 인해 협의의 비례성의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

재판부는 이러한 비례성 심사 결과 3개 법원이 제청한 위헌법률심판의 주된 대상인 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 합헌이라고 선언하였다. 이 규정의 위헌성에 근거해 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유 침해를 주장하며 제기되었던 헌법소원 또한 기각하였다.

### 3. 별개의견 및 반대의견의 주요내용

재판부의 합헌 결정은 재판관 1인의 별개의견 및 1인의 반대의견으로 인해 전원일치하에 이루어지지 못했다.

먼저 재판관 그라스호프(Graßhoff)는 법정의견의 결론에는 동의했지만, 결정 이유와 관련하여 별개의견을 제시했다. 그는 추상적 위협 관련 형사처벌 조항에 대한 비례성 심사에는 다른 헌법적 요건들이 적용되어야 한다고 주장하였다. 먼저 적합성 판단과 관련해서는, 구성요건을 충족하는 개별 행위가 특정 법익을 위태롭게 할 때, 형사처벌이 그러한 법익의 보호를 위해 적합한지 여부를 판단할 수 있는 것이지, 광범한 일반적 금지에 대한 적합성 검토는 필요하지 않다고 보았다. 따라서 법정의견에서처럼 다양한 대마 취급 행위를 광범하게 일반적으로 금지하는 것이 금지의 목적을 달성하기 위해 적합한 수단인지 여부를 검토하는 것은 적절하지 않다고 주장하였다. 다음으로 필요성 판단과 관련해서는, 형사처벌이 인격권과 일반적 행동의 자유를 제한하는 중대한 침해에 해당하므로 매우 중요하고 기본적인 공동체의 법익

을 보호할 목적일 때에만 필요하다는 점, 즉 형사처벌이 ‘최후의 수단(ultima ratio)’임을 충분히 고려해야 하는데, 재판부가 필요성 검토 시 이를 간과했다고 비판하였다.

재판관 쉰머(Sommer)는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 기본법 제2조 제1항에 위배된다고 판단하여 합헌 결정을 내린 법정의견에 반대했다. 이는 혐의의 비례성 심사에서 법정의견과는 다른 판단을 내렸기 때문이다. 그는 자가 소비를 위해 소량의 대마를 취급하는 모든 행위들까지 일괄적으로 형사처벌하는 것은 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유를 과도하게 침해하여 비례적이지 못하다고 보았다. 더욱이 대마의 위험성이 상당하다고 여겨졌던 입법 당시와는 다르게 대마의 위험성에 대해 의견이 분분한 상황이기 때문에, 대마 취급 행위의 종류에 따라 범칙금(Bußgeld)과 같은 질서벌로도 대마 거래를 규제할 수 있다고 하였다.

### III. 연방헌법재판소의 2023년 결정(2 BvL 3/20)

#### 1. 사실관계

베르나우 바이 베를린(Bernau bei Berlin), 뮌스터(Münster), 파제발크(Pasewalk) 구법원은 대마 취급 행위로 인해 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호<sup>16)</sup>의 위반 및 형사처벌이 문제되었던 형사 소송 절차들을 중지하고, 연방헌법재판소에 위 처벌 규정에 대한 위헌법률심판을 제청하였다. 즉, 연방헌법재판소의 1994년 결정에서 다루었던 동일한 헌법적 문제가 다시 한 번 제기되었다. 위헌법률심판 제청의 주된 이유는 형사처벌을 통한 대마 취급 금지가 기본법 제2조 제1항에 의해 보호되는 일반적 행동의 자유, 제1조 제1항<sup>17)</sup>에 연계한 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권 등을 과도하

16) 이 규정은 앞서 설명한 1994년 결정의 심판대상조항과 내용 면에서 동일하다.

17) 기본법 제1조 제1항: “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

게 침해한다는 것이었다.

## 2. 주요 내용

재판부는 위 구법원들의 위헌법률심판 제청이 부적법하다고 판단하여, 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 위헌성을 검토하지 않았다. 이로써 위 규정의 합헌을 선언했던 연방헌법재판소의 1994년 결정의 내용을 유지하였다. 재판부가 제시한 부적법 판단의 이유는 다음과 같다.

첫째, 재판부에 따르면 구법원들은 마약거래법상 대마 취급 관련 처벌 조항들의 재판 전제성(Entscheidungserheblichkeit)에 대하여 제대로 설명하지 않았다. 즉, 대마를 마약으로 분류한 마약거래법 규정에 대해서만 문제를 제기하면서 각 원심절차에서 적용되었어야 할 구체적 처벌 규정들을 제대로 적시하지 않았다. 재판부는 위헌법률심판을 통한 구체적 규범통제는 입법자를 감독하기 위한 일반적 수단이 아니며, 재판에 중대한 의미를 갖는 구체적 규정의 유효성이 문제될 경우, 그 규정만이 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다고 강조하였다.

둘째, 재판부는 구법원들의 위헌법률심판 제청은 연방헌법재판소의 1994년 결정을 재검토해야 하는 이유를 정확하고 충분하게 제시하지 못했다고 판단했다. 동일한 헌법적 문제에 대해 새롭게 위헌법률심판을 제청할 경우, 심판 제청의 이유를 더욱 확실히 제시해야 함에도 이를 간과하였다고 지적하였다. 구법원들의 제청서 내용을 검토했을 때, 연방헌법재판소의 과거 결정을 재검토해야 한다고 설득할 수 있을 만큼 변화된 현실의 상황(Sachlage)과 법적 상황(Rechtslage)이 확인되지 않는다고 보았다. 재판부는 이와 관련하여 구법원들이 제시한 다른 국가들의 대마 합법화 경향과 독일 국내에서 추진되고 있는 새로운 마약 정책은 변화된 상황을 나타낼 만한 충분한 이유가 될 수 없다고 판시하였다. 나아가 위헌법률심판을 제청한 구법원들이 연방헌법재판소의 1994년 결정의 내용을 잘못 파악하고 있는 부분이 많다고

지적하였다. 예를 들어 1994년 결정에서 재판부는 기본법 제2조 제1항의 한계가 적용되지 않는 취할 권리는 없고, 따라서 취할 권리의 제한이 가능하다고 판시하였는데, 구법원들은 재판부가 취할 권리 자체를 불인정했다고 잘못 파악하였다고 하였다. 재판부는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유에 취할 권리가 포함될 수 있으며, 다만 취할 권리는 이 규정의 절대적 보호영역, 즉 절대 제한이 불가능한 영역에 속하지 않을 뿐이라고 설명하였다.

#### IV. 나오는 말

최근 연방헌법재판소의 결정은 앞서 설명한 바와 같이 독일의 대마 합법화 추진에 순풍이 되어주지 못했다. 이에 따라 현재의 대마 합법화 논의는 헌법적 당위보다는 마약 정책 패러다임의 전환으로서 법정정책 차원에서 진행되고 있다. 연방헌법재판소는 대마 취급 관련 형사처벌 규정이 사회 공동생활의 보호 및 공동체의 이익에 기여할 목적을 가지고 있다는 점을 강조하며, 형사처벌이 이러한 목적을 실현하는 데에 적합하고, 필요하며, 비례적이라고 판단하였다. 반면, 대마 합법화를 강력히 지지하는 자들은 사회 공동생활의 보호 및 공동체의 이익보다는 마약에 취할 권리의 보장 및 대마 취급행위의 비범죄화를 주장한다. 이러한 상반된 가치의 대립 속에서 현재 독일 정부는 부분적 합법화를 시작으로 대마 사용의 허용을 추진하고 있다. 앞으로 합법화의 범위를 확장해 나갈 계획에 있지만, 거센 반대 여론, 유럽연합법 및 국제법과의 문제 등으로 인해 대마 합법화가 어떠한 방식으로, 어느 시점에 완전히 실현될지는 여전히 불확실한 부분으로 남아있다. 독일에서 대마 합법화가 실현될 경우, 다른 국가들, 특히 유럽연합 국가들 또한 연쇄적으로 이를 추진할 가능성이 있기 때문에, 대마 합법화에 관한 독일의 논의는 매우 중요하다고 할 수 있다. 앞으로도 독일의 논의에 주목할 필요가 있다.