

## 헌법재판에 있어서 입법형성의 자유와 한계\*, \*\*

### Freedom and Limitation of Legislative Formation in the Constitutional Trial

표명환\*\*\*  
Pyo, Myoung-Hwan

#### 목 차

- I. 서론
- II. 입법형성의 범위와 유형
- III. 입법통제의 심사강도와 기준
- IV. 결론

#### 국문초록

본고는 입법형성의 범위와 유형에 관한 논의를 검토하는 것에서 출발하였다. 그리고 이와 관련하여 헌법재판소의 판례를 분석하고 헌법재판소가 어떠한 입장을 취하고 있는지를 검토하였다. 입법형성의 인정여부 및 그 범위는 헌법재판소의 통제밀도와 심사기준의 구체화에 있어서 중요한 요소로 작용한다. 헌법재판소는 헌법규범의 규율밀도 및 헌법에 의하여 부여된 헌법재판소의 기능을 고려하여 입법통제의 통제밀도와 심사기준을 엄격하게 적용하거나 또는 완화된 형태로 적용하기도 하였다. 그러나 헌법재판소는 심사강도 및 심사기준의 구체

논문접수일 : 2020.02.04.

심사완료일 : 2020.02.21.

게재확정일 : 2020.02.21.

\* 이 논문은 2019학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.

\*\* 이 논문은 2019.11.27. 「헌법재판소 헌법재판연구원·제주대학교 인권센터·제주대학교 법과 정책연구원 공동세미나」에서 발표된 논문을 수정·보완하여 작성된 것임.

\*\*\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

적인 적용에 있어서 다음의 몇 가지 문제를 노출하고 있다.:

(1) 재판청구권과 관련한 입법통제에 있어서, 재판청구권의 ‘형성’에 초점을 두어 입법형성권의 한계일탈 여부를 기준으로 하거나, 합리성 및 자의금지원칙 또는 완화된 의미의 과잉금지원칙 등을 심사기준으로 하는 등 일관성을 결여하고 있다는 점이다. (2) 평등원칙의 실현과 관련하여, 헌법재판소의 심사기준의 단계화가 논리적이지 않다는 점이다. (3) 사회적 기본권과 관련한 입법통제의 기준으로서, 헌법재판소가 사용하고 있는 ‘최소보장 원칙’과 관련한 문제이다.

본고에서는 이와 같은 문제에 대하여 다음과 같은 입장을 제시하였다. 재판청구권의 ‘형성’과 관련한 입법통제에서 심사기준의 일관성 결여의 문제는 비판적 차원에서 제시하였고, 평등원칙과 관련하여서는 심사기준의 단계화를 헌법규범의 명시적 근거를 중심으로 하여 세분화하는 것이 타당하다고 하였다. 즉 헌법에 특별히 차별을 금지하고 있는 경우에 한하여 엄격한 심사기준으로서 비례원칙을 적용하고, 그 차별이 헌법에 근거하고 있는 경우에는 완화된 비례원칙을 적용하며 그 외의 차별에 대하여는 입법자의 형성의 자유를 광범위하게 인정하여 자의금지의 원칙을 적용하는 것이 타당하다고 하였다.

그리고 사회적 기본권과 관련한 입법통제의 기준으로서, 과소급부금지원칙이라는 용어가 적절하다고 하였다. 헌법재판소가 사회적 기본권에 관한 입법통제의 심사기준으로서 사용하고 있는 ‘최소한 보장의 원칙’은 입법자의 형성의 한계를 의미하는 것으로서, 통제기준으로서의 용어는 행위규범과 통제규범의 구별에 근거하여 과소(급부)금지의 원칙이라는 용어가 적절하다고 하였다.

**주제어** : 입법재량, 입법형성, 입법형성의 한계, 헌법재판, 헌법재판의 한계, 헌법재판의 심사기준, 헌법재판의 통제밀도

## 1. 서론

헌법재판은 헌법사건에 대한 재판을 의미하는 것으로서,<sup>1)</sup> 헌법은 그 관할기관으로서 헌법재판소를 조직하고 있다. 헌법재판소의 헌법재판권은, 헌법에 의

하여 창설되고 헌법에 구속되는 국가기관의 작용을 대상으로 하고, 헌법을 심사 기준이자 재판규범으로 한다. 그러나 다른 한편 헌법재판소는 헌법에 의하여 부여된 헌법재판권을 행사함에 있어서 헌법 그 자체로부터 주어지는 한계를 가진다. 이러한 한계는 헌법에 의하여 창설되고 헌법에 의해 주어진 과제를 실현하기 위하여 헌법에 의하여 부여된 권한을 행사하는 다른 국가기관과의 관계에서 나타나기도 한다. 특히 입법통제에 있어서 입법자와 헌법재판소 상호간의 관계에서 이러한 한계는 중요한 의미를 갖는다. 즉 헌법재판소가 입법자와의 관계에서 입법자의 어떠한 공간을 존중하여 헌법재판의 한계를 정할 것인가 하는 것은 입법통제에 있어서 가장 핵심적인 문제라고 할 수 있다. 헌법재판소는 그동안의 결정에서, 입법통제에 있어서 존중되어야 할 입법자의 공간을 입법재량, 입법재량권, 입법형성 또는 입법형성의 자유라고 표현하고,<sup>2)</sup> 이 영역에 대한 헌법재판소의 개입의 한계를 설정하였다. 입법통제에 있어서 입법재량, 입법형성 내지 입법형성의 자유는 입법자측면에서는 입법자의 형성의 자유 영역을 의미하고, 헌법재판소의 측면에서는 개입의 한계를 의미하는, 즉 입법영역에 대한 헌법재판의 한계 영역을 의미한다.

이와 관련하여, 헌법재판의 한계를 의미하는 입법형성의 자유는 무엇을 논거로 하여 성립하고, 어디까지 입법형성의 범위이고 헌법재판소의 개입의 한계는 어디에 있는지, 그리고 헌법재판소는 어떠한 통제밀도 내지 기준으로서 이를 통제하고 있는지 여부가 중요한 의미를 갖는다. 본고는 헌법재판소의 입법통제에 있어서 중요하게 검토되어야 이와 같은 문제를 출발로 하여, 헌법재판소가 그 동안의 판례를 통하여 이를 어떻게 실현하고 있으며, 어떠한 통제밀도 및 기준을 통하여

1) 헌법재판(Verfassungsbarkeit)의 개념에 대하여, 헌법적인 분쟁에 관한 재판(허영, 헌법소송법론, 박영사 2015, 3면), 헌법을 적용함에 있어서 헌법의 내용 또는 헌법문제에 대하여 분쟁이 발생하는 경우에 헌법의 인식 및 실현작용(정종섭, 헌법소송법, 박영사 2014, 3면), 헌법적 분쟁을 해결하기 위한 소송(장영수, 헌법학, 홍문사 2012면, 1053면), 헌법문제를 직접 대상으로 하는 재판(김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 8면) 등으로 설명하고 있다.

2) 입법통제에 있어서 헌법재판의 한계를 의미하는 입법형성의 자유에 관하여 헌법재판소는, 헌재 1995.5.25. 91헌마67사건에서는 “입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로”라고 하여, 입법재량이라는 용어를 사용하였고, 헌재2000.6.1. 99헌마553사건에서는 “입법재량권을 남용하였거나 그 한계를 일탈한 경우”라고 하여, 입법재량권이라는 용어를, 그리고 헌재2003.12.18. 2002헌바49 사건에서는 “입법형성”이라는 용어를 사용하고 있다.

입법을 통제하고 있는지를 고찰한다. 여기서의 ‘고찰’은 판례의 검토를 통한 문제 및 그에 대한 해결방안의 제시가 아니라 판례의 분석에 초점을 둔다.

## II. 입법형성의 범위와 유형

### 1. 입법형성의 유형화 기준

헌법재판소에 의하여 인정되고 있는 입법형성의 자유 영역은 그 범위가 광범위하여 이를 특정한 기준에 따라 체계적으로 분류하는 것에는 어려움이 있다. 그럼에도 불구하고 입법형성이라는 것이 결코 공허한 공식에 불과한 것만이 아닌 입법통제에 있어서 권력분립의 원칙 및 민주주의원칙에 의하여 존중되어야 하는 것으로서 어떠한 범위에서 인정되고 있는지를 규명하는 것은 중요한 의미가 있다.<sup>3)</sup> 이러한 의미에서 입법형성의 유형화를 이론적으로 시도하고 있는 독일의 Hesse 교수의 분류법은, 그 시사하는 바 크다.<sup>4)</sup> Hesse 교수는, 입법형성의 자유를 헌법규범의 규율밀도를 기준으로 하여 다음과 같이 분류하고 있다.<sup>5)</sup> 첫째, 헌법의 우위를 근거로 하여 입법자를 구속하는 헌법규정이 존재하는 않는 경우에는 당연히 입법자의 형성의 자유가 인정되고, 이 영역에 대하여는 헌법재판소의 입법통제도 배제된다고 한다. 둘째, 헌법이 입법자의 과제를 일의적이고 확정적으로 규정하고 있는 경우, 이 경우에는 입법형성의 자유는 존재하지 않으며 이 영역에서는 헌법재판소의 완전한 심사를 받는다고 한다. 셋째, 개방적인

3) 이와 관련하여 독일에서는 입법통제에 있어서 헌법재판의 한계에 관한 실체법적 관점과 기능법적 관점의 논의가 전개되고 있다(이에 관하여, 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰, 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회 2001, 225면; 이부하, 헌법재판에 있어서 사법적 자제, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회 2005.3, 254면 이하).

4) Hesse 교수는 실체법적 관점을 보완하는 차원에서 기능법적 관점에서 입법형성과 헌법재판의 한계의 논거를 구하는 견해 취하고 있다(독일에서의 논의에 대하여, 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19집, 헌법재판소 2008.12. 27면 이하 참조). 이에 따라 그는 행위규범과 통제규범의 구별에 따른 입법자의 행위지침 및 헌법재판의 심사기준을 구체화하고 있다(K. Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, 1994, S. 541 ff.(553).

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

헌법규범으로부터 입법형성의 자유가 인정될 수 있다고 한다. 이 경우, 입법자는 헌법규범의 의미와 목적에 조화되게 입법을 형성하여야 하며, 이러한 한계 내에서 입법자의 형성은 자유롭다고 한다. 그리고 넷째, 입법형성의 자유는 헌법재판소의 통제가 제한되는 결과로서 이해될 수 있다고 한다. Hesse 교수는 위 셋째와 넷째 유형에서 입법자에게 인정되거나 또는 부인되는 형성의 자유를 헌법의 행위규범으로서의 성격에서 구한다. 즉 헌법은 기능적 관점에서 공동체 질서를 적극적으로 형성하는 기능을 담당하는 입법자에게는 행위규범으로서 그리고 소극적 지위에서 국가작용의 통제를 담당하는 헌법재판소에게는 통제규범으로서의 의미를 가진다고 하여, 헌법을 국가기관의 기능에 따라 행위규범과 통제규범의 구별한다. 여기서 행위규범은 통제규범보다 규율영역이 더 넓은 불일치하는 현상이 발생할 수 있고 그 불일치한 곳에 입법자의 형성의 자유가 존재한다고 한다.<sup>6)</sup>

이와 같은 Hesse 교수의 분류를 근간으로 하여, 헌법의 규정 양식에 따라 입법형성의 한계를 명시적으로 규정하고 있는 경우와 입법형성의 한계를 미확정하여 개방하고 있는 경우로 구분하여,<sup>7)</sup> 전자에는 기본권 제한적·형성적 법률유보에 있어서의 입법영역이, 그리고 후자에는 행위규범과 통제규범의 구별에 따른 행위지침 내에서의 입법영역과 입법사실의 확인 및 입법의 미래효과에 대한 예측에서의 입법형성이 해당하는 것으로 유형화한다.

## 2. 유형화

### 가. 기본권제한적 법률유보에서의 입법형성과 한계

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제

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

7) 기본권관련 입법 이외 총강부분이나 제3장 이하 국회, 정부, 법원, 헌법재판소 등의 영역에서도 헌법규정에 의한 법률위임으로 입법형성이 존재한다. 이들 영역에서의 입법형성은 기본권과 직접적인 관련이 없거나 그 관련성이 희박하여 본고에서 다루고자 하는 입법통제 대상과 구별되어 그에 관한 구체적인 검토는 생략한다.

한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다”라고 하여, 기본권의 제한과 그 한계에 관하여 규정하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 기본권과 다른 기본권, 다른 헌법적 가치·이익, 일반 공익과의 조화의 임무를 법률, 즉 입법자의 형성에 맡기면서, 다른 한편 기본권제한 입법의 한계로서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리라는 목적적 한계와 제한 정도에 관한 한계로서 ‘필요한 경우’ 그리고 내용상 한계로서 ‘자유와 권리의 본질적 내용’에 대한 침해 금지를 규정하여, 기본권제한에 대한 입법자의 수권규범으로서 그리고 또 다른 한편 기본권제한에 대한 입법자의 한계규범으로서의 의미를 담고 있다.<sup>8)</sup>

헌법재판소는 형벌에 의한 재산권침해가 문제된 사건에서, “어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지원칙에 반하는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 입법재량권을 남용하였거나 그 한계를 일탈한 것으로서 헌법에 반한다.”라고 하여,<sup>9)</sup> 헌법규정 및 헌법상의 원

8) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 274면.

9) 헌재 1995. 11. 30. 94헌가3; 헌법재판소는 이후 결정에서도 “관세형벌은 그 시대의 국가 경제 정책, 수출입정책, 국민들의 수출입에 관한 질서의식 등을 고려하여 그 시대의 경제적·사회적 상황에 맞추어 국가재정권과 통관질서의 유지를 보호하기 위한 적절한 형벌의 종류와 범위를 정할 수밖에 없는 제재이므로 그 제재의 정도는 기본적으로 입법자의 입법형성의 자유의 범위 내에 속하는 입법정책의 문제이다. 또한 몰수·추징은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 임의적 몰수·추징의 경우도 있으나 요건이 있는 한 반드시 몰수·추징을 선고하여야 하는 필요적 몰수·추징의 경우도 있는바, 몰수·추징을 임의적으로 할지 아니면 필요적으로 할지는 기본적으로는 입법정책에 관한 사항으로 볼 수 있다. 그러나, 이러한 입법형성권은 무제한적인 것이 아니라 어느 범죄에 대한 법정형이 지나치게 가혹하여 헌법상 평등의 원리나 과잉입법금지의 원칙에 반하는 경우 헌법에 반하므로, 형의 일종인 몰수·추징도 지나치게 가혹할 경우 과잉금지 원칙 등에 위반되어 헌법에 위반된다.”라고 하여(헌재2008. 10. 30. 2008헌바11), 이와 같은 입법형성의 자유와 한계 그리고 심사기준을 적용하고 있다. 그리고 또한 헌재 2010. 5. 27. 2009헌가28; 2017. 8. 31. 2015헌가22에서도 이와 같은 내용의 판례를 형성하고 있다.

리에 근거하여 입법자의 형성과 그 한계를 설정하고 있다.

또한 헌법재판소는 과잉금지원칙을 차별적으로 적용하는 하는 기준의 선택에 있어서, “재산권에 대한 제한의 허용 정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회 전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉 재산권행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 다시 말하면, 특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반국민 다수의 일상 생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다.”고 하여,<sup>10)</sup> 기본권 보호이익의 개인관련성 및 사회관련성여부에 근거하여 입법형성의 좁고 넓음을 차별적으로 인정하고 있다.<sup>11)</sup> 헌법재판소는 다른 결정에서도, “이 사건은 …개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로…”라고 하여,<sup>12)</sup> 사회관련성이 있는 기본권에 대한 제한에 있어서 상대적으로 넓은 입법자의 형성의 자유를 인정하고 있다.

#### 나. 기본권형성적 법률유보에서의 입법형성과 한계

헌법 제37조 제2항에 따른 기본권제한적 법률과 구별되는 것으로서 기본권형성적 법률유보가 있다. 기본권형성적 법률유보는 법률에 의하여 구체적인 형성

10) 헌재 1998.12.24. 89헌마214 등; 헌법재판소는 이후에도 “이 사건은…개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다.”라고 하여 이에 입각하고 있다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등).

11) 헌법재판소는 “어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.”고 하여 어떠한 행위의 범죄화, 그리고 법정형의 종류와 범위에 대하여 입법자의 형성의 자유를 인정하고 있다(헌재 1995.4.20. 91헌바11).

12) 헌재 2005. 2. 24. 2001헌바71.

이 필요한 기본권에 있어서 그 형성의 권한을 입법자에게 위임하는 것으로서, 청구권적 기본권, 참정권 등이 이에 해당한다. 기본권형성적 법률유보에 있어서의 입법자의 기본권 ‘형성’은 기본권의 구체화뿐만 아니라 동시에 기본권의 ‘제한’의 내용을 겸유한다. 헌법재판소는 “재판청구권의 형성은 또한 동시에 제한을 의미하기 때문에, 재판청구권을 구체화하는 절차법 또한 그를 제한하는 법률이고…”라고 하여,<sup>13)</sup> 기본권형성적 법률이 기본권의 형성과 제한을 겸유하고 있는 것을 확인하고 있다. 따라서 기본권형성적 법률에서의 입법자는 기본권 ‘형성’측면에서의 한계와 기본권 ‘제한’측면에서의 한계라는 서로 다른 한계에 따라 그 통제기준 및 밀도도 달리 적용된다. 기본권의 형성적 측면에서의 입법자의 형성의 자유는 헌법의 원리 및 원칙 이외에 입법에 의한 구체화의 대상이 되는 기본권규범의 내용이 중요한 한계가 된다. 이와 관련하여, 헌법재판소는 “재판청구권의 실현은 재판권을 행사하는 법원의 조직과 소송절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하다. 그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기지 않는다는 취지이다. 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라, 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성 있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖추어 줄 것을 요청한다. …바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다”고 판시하고 있다.<sup>14)</sup> 이와 같은 헌법재판소의 판시내용은, 기본권형성적 법률유보에서는 입법에 의한 구체화의 대상이 되는 기본권규범이 입법형성의 수권규범이자 수권의 한계규범으로서 입법자의 형성의 방향을 제시할 뿐만 아니라 입법자의 형성의 한계를 구획하고, 입법을 통제, 심사하는 테두리 규범으로써 기능하게 된다는 것을 나타내고 있는 것이다.<sup>15)</sup> 다른 한편, 기본권의 제한적 측면에서 입법자의 입법형성의 한계는 그것이 기본권의 ‘제한’을 내용으로 하고 있으므로, 기본권제한적 법률유보에서의 입법자의 한계에 관한 일반조항인 헌법 제37조 제2항이 적용된다.

13) 헌재 2009.2.26. 2007헌바82.

14) 헌재 2006.2.23. 2005헌가7 등.

15) 김하열, 앞의 책, 70면.



#### 다. 행위규범과 통제규범의 구별에서의 입법형성과 한계

입법자의 형성의 한계를 미확정적으로 개방하고 있는 헌법규범에 있어서 입법형성의 인정여부는, 헌법이 입법자와 헌법재판소 중 누구를 수범자로 하는가에 따른 행위규범과 통제규범의 구분에서 출발한다.<sup>16)</sup> 이러한 관점은 헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 헌법에의 기속의 성질은 서로 다르다는 것에서 헌법을 국가기관의 성질에 따라 행위규범과 통제규범으로 구별한다. 즉 헌법은 적극적인 형성적 활동을 하는 입법자에게는 행위지침이자 한계인 행위규범을 의미하나 소극적인 통제작용을 행하는 헌법재판소에게는 통제규범을 의미한다고 한다.<sup>17)</sup> 이에 의하면, 개방적·추상적인 헌법규범에 대한 입법통제에 있어서 행위규범과 통제규범이 관념상 구별되어 전자가 후자보다 규율영역이 더 넓은, 즉 양자간의 불일치현상이 발생하고, 그 불일치하는 곳에 입법형성의 자유가 존재한다고 한다. 즉 동일한 헌법규범에 근거하여 적극적으로 행위하여야 하는 입법자에게는 헌법재판소가 통제할 수 없는 여지가 발생하는 것이고, 그곳에 입법자의 형성의 자유 공간이 성립한다고 한다.<sup>18)</sup>

헌법재판소는 ‘교통사고처리특례법 제4조에 대한 헌법소원사건’에서,<sup>19)</sup> “헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은 입법자와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다.”라고 하여, 명확하게 행위규범과 통제규범을 구별한 이래, 이후 판례에서도 이에 입각하여 입법형성의 자유와 헌법재판의 한계를 설정하고 있다.<sup>20)</sup>

16) 한수웅, 헌법재판의 한계와 심사기준, 헌법논총 제8집, 헌법재판소 1997, 203면.

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

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

19) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등에서 김문희 재판관 등 3인의 합헌의견

20) 예컨대, 헌재 1997.5.29. 94헌마 33; 2004.9.23. 2004헌마192; 2004.10.28. 2002헌바70 등이 있다.

## 라. 입법자의 사실확인 및 법적 효과의 예측판단

헌법재판소는, “입법의 기초가 되는 사실에 대한 입법자의 평가와 …효과에 대한 입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고도 할 수 없다.”라고 하여,<sup>21)</sup> 입법사실에 대한 확인과 법적 효과에 대한 예측을 심판대상으로 하면서, “입법자의 예측판단이나 평가가 … 공익을 어떠한 방법으로 실현하고자 하는가의 판단은 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다”라고 하여,<sup>22)</sup> 입법자의 예측판단에 대한 입법자의 형성의 자유를 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 이는 독일연방헌법재판소의 1976년의 공동결정판결에서,<sup>24)</sup> 형성된 입법자의 사실확인과 법적 효과에 대한 예측판단에 관한 법리를 우리헌법재판소가 채택하고 있는 것으로 보인다.<sup>25)</sup>

## Ⅲ. 입법통제의 심사강도와 기준

### 1. 기본권형성적 법률의 심사강도와 기준

헌법재판소의 기본권형성적 법률과 관련한 통제는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 기본권의 ‘형성’이라는 측면에서 입법자의 형성의 자유를 광범위

21) 헌재1998.10.29. 97헌마345.

22) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등; 2004.8.26. 2000헌가1.

23) 헌법재판소가 교통사고처리특례법 제4조에 대한 헌법소원사건에서, 입법자의 법률효과에 대한 예측판단에 대한 통제와 관련하여 처음으로 명확하게 하였는데, 이 결정에서 위헌의견을 낸 김진우 외 3인은 “기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호위무 위반이 일견 명백한 지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 국한한 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화할 수 있다.”고 하여 심사밀도의 분화가능성을 언급하였고, 그리고 그에 대한 “통제강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다고 보아야 한다.”고 하였다(헌재 1997. 1.16. 90헌마110 등).

24) BVerfGE 50, 290; 독일 연방헌법재판소의 이 결정에 관하여 자세한 것은 방승주, 독일연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집, 헌법재판소 1996, 307면 이하 참조.

25) 예컨대, 헌재 1998.10.29. 97헌마345; 1999.12.23. 99헌마135; 2001.6.28. 2001헌마132; 2002. 10.31. 99헌바76. 등이 있다.

하게 인정하여, 입법자의 헌법적 한계의 일탈여부만을 심사기준으로 하는 유형이 있다. 헌법재판소는, 재판청구권의 침해여부가 문제된 사건에서, “헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 ……법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 법원이 법률에 기속된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하고, ‘법률에 의한 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리’를 보장하고 있다. 이로써 위 헌법조항은 ‘원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 현행 소송법의 범주 내에서 권리구제절차를 보장한다’는 것을 밝히고 있다. …그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기지 않는다는 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성있는 권리 보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요청한다. 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 법원에 의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다. “라고 하여, 재판청구권의 ‘형성’에 관한 통제기준으로서 입법형성권의 한계일탈 여부, 즉 입법형성권의 한계로서 ‘효율적인 권리보호’를 기준으로 하고 있다.<sup>26)</sup>

이와 달리 헌법재판소는 관련 입법이 기본권의 ‘형성’뿐만 아니라 ‘제한’을 검유하고 있는 경우에 있어서는, ① 입법영역에서 양자를 구별한 뒤 기본권의 ‘형성’ 측면에서 입법자의 형성의 한계일탈 여부를 기준으로 심사하고, 기본권의 ‘제한’에 있어서는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 적용하여 심사하는 유형, ② 기본권의 ‘제한’만을 심사대상으로 하면서 입법자의 형성을 고려하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 ‘완화’하여 적용하는 유형이 있다. 전자의 유형을 채택하고 있는 경우로는, “재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것으로

26) 이후에도 헌법재판소는 이와 같은 구조로 심사하고 있는 경우가 있는데, 대표적인 경우로서는, 헌재2005. 7. 21. 2004헌바57 가 있다.

볼 수 있다. … 소멸시효제도에 의하면 일정한 시효기간이 경과하면 그 권리는 소멸하고 더 이상 행사할 수 없게 된다. 소멸시효제도를 규정하고 있는 이와 같은 법규정들은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 하나인 채권의 구체적인 모습을 형성하는 것이다. 그러나 동시에 그 행사할 수 있는 기간을 제한함으로써 재산권인 채권의 행사 및 존속을 ‘제한’하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 그 위헌성의 심사는 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한 입법의 한계를 지키고 있는 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다. 다만, 앞서 본 바와 같이 시효기간을 정함에 있어 입법자에게는 상당한 범위의 ‘입법재량’이 인정되므로 이 사건 부칙조항의 위헌 판단은 그것이 현저히 자의적이어서 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다.”라는 판례에서 확인할 수 있다.<sup>27)</sup>

그리고 후자의 방법을 채택하고 있는 경우로는 “…이 사건 투표시간조항은 부재자투표절차를 규정함에 있어서 입법자에게 일정한 입법형성의 자유가 인정된다는 것을 감안하더라도, 결과적으로 부재자투표자의 선거권 자체를 제한하는 것이므로, 그 위헌 여부는 비록 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 심사함으로써 결정하여야 할 것이다.”라는 판례에서 확인할 수 있다.<sup>28)</sup>

그러나 헌법재판소는 기본권의 ‘형성’에 대한 입법통제에 있어서, 위와 같은 유형을 벗어난 방법을 취한 경우가 있다. 이러한 경우로는 헌법재판소가 재판청구권의 형성과 관련한 통제에서 볼 수 있는데, 즉 헌법재판소는 위 판시와 같이 입법형성의 한계를 심사기준으로 하는 경우도 있으나,<sup>29)</sup> “재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형

27) 헌재 2009.10.29. 2008헌바45.

28) 헌재 2012.2.23. 2010헌마601; 이 결정 이전에도 헌법재판소는 “헌법 제27조 제1항이 규정하는 “법률에 의한” 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되기는 하나, 그러한 입법을 함에 있어서는 비록 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙은 준수되어야 한다.”고 하여(헌재 2001. 6.28. 2000헌바77), 이와 같은 심사기준을 제시하여 결정한 경우가 있다.

29) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40; 2006.4.27. 2005헌마1119.

성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌심사기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다.”라고 하여, 합리성원칙 내지 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하는 경우가 있다.<sup>30)</sup>

## 2. 기본권제한 법률의 심사강도와 기준

기본권제한 법률의 통제에 있어서 헌법재판소가 어떠한 수단을 동원하여야 심사할 것인지가 문제된다. 헌법은 기본권의 보호내용 및 제한가능성 그리고 제한의 한계 등을 해석이 필요하지 않을 정도로 확정하고 있지는 않다. 따라서 입법자가 입법형성을 위하여 관련 헌법을 해석하는 것과 같이 헌법재판소도 이에 관한 해석을 통해 관련 법률에 적용되는 심사도구를 개발하여야 한다. 헌법재판소는 기본권제한 입법의 통제를 위한 심사기준으로서 헌법 제37조 제2항에 근거한 ‘과잉금지의 원칙’을 구체화하여 적용하고 있다.<sup>31)</sup> 즉 헌법재판소는 기본권제한 입법에 대한 통제에 있어서 관련기본권의 보호영역을 확정하고 그에 대한 제한 및 그 제한의 정당성을 심사하는 3단 구조를 확정하면서,<sup>32)</sup> 그 기준으로서 ‘과잉금지의 원칙’을 적용하고 있다.

과잉금지원칙과 관련하여, 헌법재판소는, “과잉금지원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미”한다고 하고, 입법자의 입법이 헌법적 한계 내에서 정당하기 위해서는 “국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야

30) 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51; 1998. 12. 24. 94헌바46). 이후 ‘형사소송법 제312조 제1항 위헌제청’사건에서도 이러한 기준을 적용한 경우가 있다(헌재2005.5.26. 2003헌가7).

31) 기본권제한적 법률에 대한 심사기준으로서는 적법절차의 원리, 신뢰보호의 원칙, 소급입법금지의 원칙 또는 재산권제한과 관련한 정당한 보상의 원칙 등의 기준이 있다. 여기서는 과잉금지의 원칙을 중심으로 분석한다.

32) 김하열, 앞의 책, 269면.

하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)”라고 하고 있다.<sup>33)</sup>

기본권제한 입법과 관련하여, 헌법직접적인 제한과 결합하는 형태의 기본권제한 입법의 통제밀도가 특별한 의미를 가질 수 있다. 즉 헌법 제33조 제2항에 근거하여, 근로3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 한정하는 법률에 대하여 헌법 제37조 제2항의 적용의 문제가 있다.

이에 관하여 헌법재판소는 “공무원인 근로자 중 법률이 정하는 자 이외의 공무원에게는 그 권리행사의 제한뿐만 아니라 금지까지도 할 수 있는 법률제정의 가능성을 헌법에서 직접 규정하고 있다는 점에서 헌법 제33조 제2항은 특별한 의미가 있다. 따라서 헌법 제33조 제2항이 규정되지 아니하였다면 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 따라 노동3권을 가진다고 할 것이고, 이 경우에 공무원인 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 제한하는 법률에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권제한의 한계를 준수하였는가 하는 점에 대한 심사를 하는 것이 헌법원리로서 상당할 것이나, 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, 노동3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것을 보아야 할 것이다. …그렇다면 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떠한 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대한 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.”라고 판시하고 있다.<sup>34)</sup>

다른 한편, 헌법재판소는 과잉금지의 원칙을 적용하는 경우에 있어서, 기본권이 보호하는 법익의 중요도를 고려하여 그 심사강도를 다르게 하고 있다. 즉 헌법재판소는 “이 사건은 청구인의 영업시설인 전기간선시설의 설치비용을 누구에게, 어느 정도로 부담시킬 것인가의 문제로서 개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서

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

34) 헌재 2007.8.30. 2003헌바51.

도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다.”라고 하여,<sup>35)</sup> 기본권에 의하여 보호되는 내용이 ‘개인과의 관련성’ 또는 ‘사회와의 관련성’이 강한지 여부를 기준으로 과잉금지의 원칙을 차별적으로 적용하고 있다.<sup>36)</sup> 즉 사회관련성이 강한 기본권의 보호이익에 대한 제한의 정당성 여부에 관하여, 헌법재판소는 “이 경우에는 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다.”라고 하여, 완화된 과잉금지의 원칙을 적용하여 심사하고 있다.<sup>37)</sup>

### 3. 행위규범과 통제규범의 구별과 입법통제

#### 가. 기본권보호의무에 근거한 이행입법의 심사강도와 기준

헌법 제10조 후단에 근거하여, 국가에게 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무로서 기본권보호의무를 부과하고 있다.<sup>38)</sup> 기본권보호의무이론은 독일연방헌법재판소에 의해 체계화된 것으로서,<sup>39)</sup> 헌법재판소는 ‘교통사고처리특례법 제4조에 대한 헌법소원심판’ 사건에서 이를 채택한 후,<sup>40)</sup> 이후 여러 사건에서도 이 이론을 적용하여 판단하고 있다.<sup>41)</sup> 기본권보호의무 또는 국가의 기본권보호의무는 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 국가의 의무이며, 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 실현된다.<sup>42)</sup>

35) 헌재 2005.2.24. 2001헌바71; 같은 취지로 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등이 있다.

36) 헌재 2005.2.24. 2001헌바71.

37) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등; 2005. 2. 24. 2001헌바71.

38) 기본권보호의무의 실정법적 근거에 대하여 헌법 제10조 제2문으로부터 찾는 견해 및 헌법 제10조 제2문뿐만 아니라 헌법전문 “우리들과 우리들의 자손의 안전” 그리고 생명·신체에 대한 범죄피해자에 대한 국가의 구조의무를 규정하고 있는 헌법 제30조 등에서 찾는 견해 등이 있다(헌재 1997.1.16. 90헌마110 등; 2003.1.30. 2002헌마358).

39) BVerfGE 39,1.

40) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등

41) 예컨대, 헌재 2008.7.31., 2004헌바81; 2008.12.26. 2008헌마41; 2009.2.26. 2005헌마764 등; 2015.4.30. 2012헌마38; 2011.2.24. 2008헌바40; 2015.4.30. 2012헌마38; 2015.10.21. 2012헌마89 등

42) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등; 2011.2.24. 2008헌바40.

헌법재판소는 기본권보호의무의 이행입법에 대한 입법통제에 있어서 “국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속한다. 따라서 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다.”라고 하여,<sup>43)</sup> 기본권보호의무의 이행에 대한 입법자의 형성의 자유와 그에 대한 헌법재판의 한계를 설정하고 있다. 그리고 또한 헌법재판소는, “... 입법자가 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것이 이상적이기는 하나, 그것은 헌법이 입법자에 대하여 하고 있는 요구로서 주기적으로 돌아오는 선거를 통한 국민심판의 대상이 될 문제이지, 헌법재판소에 의한 심사기준을 의미하지는 않는다. 만일 헌법재판소에 의한 심사기준을 입법자에 대한 헌법의 요구와 일치시킨다면, 이는 바로 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단에 의하여 결정되는 것을 의미하며, 결과적으로 헌법재판소가 입법자를 물리치고 정치적 형성의 최종적 주체가 됨으로써 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서에 반하게 된다. 그러므로 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호 조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다.”라고 하여,<sup>44)</sup> 행위규범과 통제규범의 구별을 전제로 하여 행위규범보다 규율범위를 축소한 의미의 통제규범에 따른 심사기준으로서 과소보호금지의 원칙을 적용하여 심사하고 있다.

#### 나. 평등원칙에 근거한 입법의 심사강도와 기준

헌법재판소는 ‘교통사고처리특별법 제4조에 대한 헌법소원사건’에 대한 결정 이후,<sup>45)</sup> 평등원칙과 관련한 입법통제에 있어서 행위규범과 통제규범의 구별을 통하여 입법형성의 자유와 헌법재판의 심사밀도 및 기준을 제시하고 있다. 즉 헌법재판소는 “평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의

43) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.

44) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.

45) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등.



미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수 밖에 없다.”라고 하여, 행위규범으로서의 평등원칙의 실현에 있어서 입법자의 형성의 자유와 헌법재판소의 통제규범으로써 평등원칙으로부터 자의금지원칙을 심사기준으로 적용하고 있다.

이와 달리 헌법재판소는 제대군인가산점제도에 대한 결정 이후,<sup>46)</sup> “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라 지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. … 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권이 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.” 라고 하여,<sup>47)</sup> 입법형성권에 대한 헌법직접적인 제한 여부에 따라 심사강도를 조절하고 있다.

나아가 헌법재판소는 비례원칙을 통한 심사의 경우에 있어서도, 헌법 스스로가 평등권을 구체화하고 있거나 또는 차별로 인해 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 위와 같이 엄격한 비례의 원칙을 적용하고, 이와 달리 그 차별취급이 헌법에 근거하거나 헌법이 요구하는 경우에는 완화된 비례의 원칙을 적용하고 있다.<sup>48)</sup>

46) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

47) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

## 다. 사회적 기본권의 형성입법의 심사강도와 기준

사회적 기본권에 관한 입법통제에 있어서, 헌법재판소는 “사회적 기본권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고, 법률에 의한 형성을 필요로 한다.”고 하여,<sup>49)</sup> 사회적 기본권의 실현에 있어서 입법형성의 자유를 인정하고 있다.

그리고 헌법재판소는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다”라고 하여,<sup>50)</sup> 사회적 기본권의 실현에 있어서 국가기능의 차이에 따른 헌법규범의 의미를 구별하고 있다.

나아가 헌법재판소는, “사회적 기본권에 관한 헌법규정은 사회적 기본권의 핵심적인 최소한도의 내용은 헌법적으로 보장되어야 한다는 입법형식의 재량의 한계를 제시하고 있는 것이며 그로부터 “최소한 보장의 원칙“ 즉 적어도 사회적 기본권의 객관적 내용의 최소한은 실현되어야 한다는 국가 헌법적 의무가 도출된다.”고 하여,<sup>51)</sup> 사회적 기본권의 내용 형성에 있어서 입법자의 재량의 한계를 제시하고 있다.

그리고 헌법재판소는, “국가가 ... 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적

48) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25; 이후 헌법재판소는 이 선례를 변경하여, 국가유공자 및 그 가족에 대한 가산점 부여에 대하여 헌법적 근거에 의한 차별이 아니라고 하여 엄격한 비례의 원칙을 적용하였다(헌재 2006.2.23. 2004헌마675·981·1022).

49) 헌재 2003.12.18. 2002헌바1.

50) 헌재 2001.4.26. 2000헌마390; 2014.6.26. 2012헌마459.

51) 헌재 1997.5.29. 94헌마33; 2003.5.15. 2002헌마90.

심사의 대상이 된 경우에는, 입법자가 관련사항에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다는가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 …헌법에 위반된다.”고 하여,<sup>52)</sup> 최소보장의 원칙을 기준으로 하여 입법자의 형성의 자유의 한계일탈 여부를 심사하고 있다.

#### 4. 입법사실확인 및 법적 효과의 예측판단에 대한 심사강도와 기준

헌법재판소는, “법률의 위헌 여부에 대한 법적 문제를 판단하기 위하여 입법의 기초가 된 사실관계 즉 입법사실을 확인하여 밝힐 수 있다. 이 사건에는 헌법재판소가 확인하여 밝힐 수 있는 입법사실과 당해 사건이 계속 중인 법원에서 확정하여야 할 사실문제가 중복되어 있고, 이러한 경우 헌법재판소로서는 필요한 범위 내에서만 입법사실을 확인하고 밝히는 것이 바람직하므로 기록상 명확하다고 인정되는 범위 내에서 입법사실에 관계되는 사실을 확인하여 밝히고 이를 전제로 위헌여부심판제청이 된 각 법률조항의 위헌 여부에 대하여 판단을 하기로 한다.”라고 하여,<sup>53)</sup> 입법자의 입법사실의 확인을 심판대상으로 하여 심사할 수 있음을 명확하게 한 이후, 다른 결정에서도 “입법의 기초되는 사실에 대한 입법자의 평가와 사납금제도가 초래하는 여러 가지 부작용들을 개선하기 위하여 선택한 수단이 장차 발휘하게 될 효과에 대한 입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고도 할 수 없다.”라고 하여<sup>54)</sup>, 입법자의 입법사실의 확인 및 입법효과에 대한 예측판단을 심판대상으로 하여 심사하고 있다. 특히 헌법재판소는 입법자의 입법사실확인 및 입법효과의 예측판단의 심사구조와 관련하여, “기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 과연 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는 것일까? 법률이 제정되면 미래에 있어서 작용하고 효과를 발생시키므로, 입법자는 법률의 형태로써 정치적 결정을 내리는 과정에서 법률과 법현실과의 관계에 관

52) 헌재 2014.6.26. 2012헌마459.

53) 헌재 2002.10.31. 99헌바76.

54) 헌재 1998.10.29. 97헌마345.

한 일정한 예측으로부터 출발한다. 그러나 이러한 예측판단에는 항상 불확실한 요소가 내재되어 있다. 따라서 헌법재판소의 규범심사과정에서 결정의 전제가 되는 중요한 사실관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과가 예측되기 어렵다면, 이러한 불확실성이 공익실현을 위하여 국민의 기본권을 침해하는 입법자와 기본권을 침해당하는 국민 중에서 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 문제가 제기된다. 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 한계까지는 입법자가 무엇을 공익으로 보는가, 공익을 어떠한 방법으로 실현하려고 하는가는 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다.”고 하여,<sup>55)</sup> 입법사실 및 예측판단에 대한 입법자의 형성의 자유와 이에 대한 심사기준 및 강도를 제시하고 있다.

그리고 또한 헌법재판소는 기본권과 긴밀한 관계가 있는 관련된 법률의 제정에 있어서는 입법자의 사실확인 및 예측판단에 대한 입법형성의 자유를 매우 좁게 인정하거나 또는 인정하지 않고 있다.<sup>56)</sup> 이 경우, 헌법재판소는 입법자의 조치를 존속하거나 폐지하였을 때 생기는 효과 등에 대하여 독자적으로 심사하는 내용적 통제의 방법을 적용하고 있다.<sup>57)</sup>

55) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등

56) 이에 관하여, 헌재 2003.10.30. 2000헌바67 참조.

57) 예컨대, 헌법재판소가 제대군인가산점제도와 관련하여 가산점제로 인한 차별과 공무담임권의 침해여부에 대한 예측판단을 상세히 심사한 후 위헌결정한 사례(헌재 1999.12.23. 98헌마363)나 집회결사로 인하여 발생할 위험에 대한 예측판단을 상세히 심사한 후 입법자의 금지조치에 예외를 마련하지 아니한 것에 대하여, 이를 잘못된 예측판단이라고 위헌결정 한 사례(헌재 2003. 10.30. 2000헌바67) 등이 있다.

이와 같이 헌법재판소는 입법자의 입법사실의 확인 및 법률효과의 예측에 대한 입법자의 형성을 인정하고, 이에 대한 통제로서 명백성통제(Evidenzkontrolle), 납득가능성통제(Vertretbarkeitskontrolle) 그리고 내용적 통제(intensivierte inhaltliche Kontrolle)의 단계화된 방법을 채택하고 있다.

그리고 헌법재판소는 ‘규율대상(영역)의 특성’을 기준으로 하여,<sup>58)</sup> 그것이 개인의 핵심적 자유영역에 대한 예측판단인지 또는 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 영역에 대한 예측판단인지에 따라 심사강도를 다르게 하고 있다. 즉 전자의 경우에는 납득가능성 통제를 그리고 후자의 경우에는 명백성통제를 적용하고 있다.<sup>59)</sup>

#### IV. 결론

이상에서 입법통제에 있어서 입법형성의 범위와 유형 및 헌법재판소의 판례를 통한 입법형성과 헌법재판의 심사강도 및 기준을 살펴보았다. 입법통제에 있어서 헌법재판에 의한 입법자의 존중은 본고에서 다른 범위 외에 헌법재판소의 결정형식에서도 나타난다. 즉 입법자의 존중의 의미에서 행해지는 한정합헌결정, 한정위헌결정 또는 헌법불합치결정 등이 그것이다. 이에 관해서는 본고가 헌법재판소의 심사강도와 기준을 고찰범위로 하였음에 따라 제외하였다.

헌법재판소의 입법통제에 있어서 입법형성권은 입법자 측면에서는 형성의 자유를, 반면에 헌법재판소 측면에서는 헌법재판의 한계를 의미한다. 입법형성의 범위 및 한계와 관련하여 헌법재판소는 헌법규범의 규율밀도를 근거로 하거나 또는 입법형성의 한계에 관하여 미확정적적으로 개방하고 있는 헌법규범의 경우에는 행위규범과 통제규범의 구별에 근거하기도 하였다. 이러한 관점의 차이는 헌법재판소의 입법통제의 강도와 기준을 조정하는 요인으로 작용한다.

이와 같은 근거에 의하여 구체화된 입법통제의 강도와기준의 적용에 있어서,

58) 독일연방헌법재판소는 ‘문제되고 있는 사실영역의 특성’, ‘충분한 판단을 형성할 수 있는 가능성’ 및 ‘다투어지고 있는 법익의 중요성’을 기준으로 명백성통제, 납득가능성통제, 내용적 통제로 단계화하고 있다(BVerfGE 50, 290(333); 57, 139(159 f); 76, 1(52); 83, 130(141)).

59) 헌재 2002.10.31. 99헌바76 등.

헌법재판소는 다음의 몇 가지 문제를 노출하고 있다. 그 첫째로는, 기본권제한 입법에 대한 통제에 있어서는 헌법규범에 근거하여 통제밀도와 기준을 마련하여 적용하는 일관성을 보이는데 반해, 기본권형성적 법률에 있어서는 다소 일관성이 결여된 모습을 보이고 있다는 점이다. 즉 헌법재판소는 재판청구권과 관련한 입법통제에 있어서 재판청구권의 형성에 초점을 두어 입법형성권의 한계일탈 여부를 기준으로 하거나, 합리성 및 자의금지원칙 또는 완화된 의미의 과잉금지원칙 등을 심사기준으로 하는 등 일관성을 결여하고 있다.

둘째, 평등원칙의 실현과 관련한 입법 통제에 있어서 문제가 지적된다. 평등원칙과 관련된 입법통제에 있어서 헌법재판소는 광범위한 입법형성권을 인정하여 통제기준으로서 자의금지원칙만을 적용하여 심사하는 경우 외에, 헌법직접적인 입법형성권의 제한에 근거하여 엄격한 심사기준으로서 ‘비례의 원칙’을 적용하여 심사하고 있고, 나아가 헌법적 근거에 의한 차별이 있는 경우에는 비례의 원칙을 완화하여 적용하는 등으로 심사구조의 단계화를 시도하고 있다. 헌법재판소의 자의금지원칙, 엄격한 심사기준으로서의 비례원칙, 완화된 심사기준으로서의 비례원칙 등의 세분화는 합리성심사, 중간심사 그리고 엄격한 심사로 심사강도를 구분하고 있는 미국의 3단계구조에 따른 평등심사의 영향을 입은 것으로 보인다.<sup>60)</sup> 그러나 이러한 심사기준의 단계화에 관한 구별기준은 크게 논리적인 것으로 보이지 않는다. 특히 엄격한 비례원칙을 적용하는 경우로서 ‘기본권에 대한 중대한 제한’을 기본권에 대한 ‘중대한 침해’로 해석하는 헌법재판소의 입장을 고려할 때,<sup>61)</sup> 실무에 있어서 기본권침해를 확인하고 다시 평등원칙을 판단할 실익이 있을 것인지가 문제될 수 있다.<sup>62)</sup> 따라서 평등원칙에 대한 심사기준은 헌법규범의 명시적 근거를 중심으로 하여 세분화하는 것이 타당하다고 본다. 즉 헌법에 특별히 차별을 금지하고 있는 경우에 한하여 엄격한 심사기준으로서 비례원칙을 적용하고, 그 차별이 헌법에 근거하고 있는 경우에는

60) 미국의 경우에 관하여 자세한 것은, 박찬권, 헌법재판에서 입법형성의 범위에 관한 고찰, 헌법학연구 제20권, 한국헌법학회 2014.6, 260면 이하 참조.

61) 현재 1999.12.23. 98헌마363.

62) 이러한 논리는 평등원칙의 침해여부에 대한 심사에 있어서, 먼저 관련 기본권침해에 대한 심사가 있는 후 기본권침해가 성립하면, 그 다음으로 평등원칙의 위반여부에 대한 심사에 있어서 엄격한 심사기준으로서 비례원칙을 적용하는 심사단계를 전제한 것이다.

완화된 비례원칙을 적용하며 그 외의 차별에 대하여는 입법자의 형성의 자유를 광범위하게 인정하여 자의금지의 원칙을 적용하는 것이 타당하다고 본다.

셋째, 사회적 기본권과 관련한 입법통제의 기준으로써, 헌법재판소가 사용하고 있는 ‘최소보장 원칙’과 관련한 문제가 지적된다. 헌법재판소가 사회적 기본권에 관한 입법통제의 심사기준으로써 사용하고 있는 ‘최소한 보장의 원칙’은 입법자의 형성의 한계를 의미하는 것으로써 헌법재판소의 심사기준으로서의 용어로는 적절하지 않다. 헌법재판소의 심사기준으로는 과소(급부)금지의 원칙이라는 용어가 적절하다고 본다. 이러한 사용은 헌법재판소가 사회적 기본권과 관련한 입법통제에 있어서 행위규범과 통제규범의 구별에 따라 입법형성 및 그 한계와 통제기준을 도출하고 있다는 것에 근거한다. 행위규범과 통제규범의 구별을 전제로 할 때, 사회적 기본권규범을 행인지침으로 하는 입법자는 사회적 기본권의 객관적 내용을 입법실현의 기초로 하여 그 이상의 급부를 최대한 할 수 있는 방향으로 실현하도록 노력하는데 반해, 입법을 통제하기 위한 헌법재판소의 심사기준은 이 보다 그 규율범위가 좁은, 입법자의 입법실현의 토대가 되는 ‘최소한 보장’의 이하인지 여부를 심사하는 기준을 마련하여야 한다. 이러한 의미에서 그 심사기준은 사회적 기본권규범의 객관적 내용을 실현하기에 너무 적은 급부는 아니었는지 여부를 내용으로 하는, 과소급부금지원칙이라는 용어가 적절하다고 본다.

## 참고문헌

- 김하열, 「헌법강의」, 박영사 2018.  
 \_\_\_\_\_, 「헌법소송법」, 박영사 2018.  
 박찬권, “헌법재판에서 입법형성의 범위에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제20권, 한국헌법학회, 2014.6.  
 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「공법연구」 제37집 제2호, 한국공법학회, 2008.12.  
 \_\_\_\_\_, “독일연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「헌법논총」 제7집, 헌법재판소, 1996.

이부하, “비례성원칙과 과소보호금지의 원칙”, 「헌법학연구」 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007.6.

\_\_\_\_\_, “헌법재판에 있어서 사법적 자제”, 「공법연구」 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005.3.

장영수, 「헌법학」, 홍문사 2012.

정종섭, 「헌법소송법」, 박영사 2014.

정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰”, 「공법연구」 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001.

한수웅, “헌법재판의 한계와 심사기준”, 「헌법논총」 제8집, 헌법재판소, 1997.

허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2015.

\_\_\_\_\_, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2013.

Hess, Konrad, Grundzüge Verfassungsrechts der BRD, München 1995.

\_\_\_\_\_, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, 1994, S. 541 ff.

Schneider, Hans-Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2013 ff.

[Abstract]

## Freedom and Limitation of Legislative Formation in the Constitutional Trial

Pyo, Myoung-Hwan

*Professor, Jeju National University Law School*

This paper starts with a theoretical review of the freedom of legislation and the limitations of the constitutional trial in constitutional review on a



constitutional case. The analysis of the constitutional court's case in this paper is not aimed at identifying problems and suggesting solutions through analysis, but focusing on analyzing the contents of the case.

This paper first examined the theory on the limitations of the constitutional trial on legislation. In this regard, the case of the Constitutional Court was analyzed.

How the Constitutional Court considers the limitations of the constitutional trial, is an important factor in determining the control density and review criteria in legislative control.

The Constitutional Court has either strictly applied or relaxed the control density and review criteria of legislative control, taking into account the density of rules of the constitution and the functions of the constitutional court granted by the Constitution.

The constitutional court's case, however, exposes several issues in the specific application of examination strength and criteria.

First of all, the constitutional court's case lacked consistency in the application of review criteria in the legislative control of legislation relating to the right to a trial. And with regard to the realization of the principle of equality, the constitutional court's stage of review is not logical. It also points out the issues related to the "minimum security principle" used by the Constitutional Court as a criteria for legislative control in relation to social basic right. This paper presents some opinions on these issues.

**Key words** : Legislative-Formative Power, Legislation Formation, Limits of Legislative Formation, Constitutional Trial, Limits of Constitutional Trial, Review Criteria of Constitutional Trial, Control Density of Constitutional Trial