



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

행정법상 비례원칙에 관한 연구
— 헌법상 비례원칙과의 비교를 중심으로 —

2020년 2월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
정은영

행정법상 비례원칙에 관한 연구

— 헌법상 비례원칙과의 비교를 중심으로 —

지도교수 朴正勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2019년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

정은영

정은영의 박사 학위논문을 인준함

2020년 1월

위원장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위원 _____ (인)

위원 _____ (인)

위원 _____ (인)

국문초록

공법상 비례원칙은 통상 목적의 정당성, 수단의 적합성과 필요성, 협의의 비례원칙 내지 이익형량이라는 단계로 구성되는 심사기준 또는 법의 일반원리라고 이해된다. 그런데 우리 행정재판에서 비례원칙을 원용하는 판결문이나 비례원칙을 둘러싼 논의를 보면, 이처럼 단계별로 구성된 비례원칙과 그 중 마지막 심사단계인 이익형량, 이보다 넓고 일반적인 의미의 형량, 비례성의 요청 등이 서로 혼용되는 양상을 발견할 수 있다. 이에 본고에서는 공법상 비례원칙을 논의하기 위한 전제로서, 이들 개념, 즉 비례원칙, 비례성 요청, 형량 내지 이익형량 사이의 관계를 설정하는 것을 출발점으로 삼았다. 형량 내지 이익형량은 보편적인 법방법론으로서, 제반 사정들을 고려하는 의미로서의 형량과 비교대상 사이의 비례관계를 전제로 하는 형량으로 구분된다. 후자는 다시 장래를 향하여 목적과 수단을 비교하는 경우와 목적 개념이 제거된 요소들 사이를 비교하는 경우로 나눌 수 있다. 목적 개념이 제거된 요소들 사이를 비교하는 대표적인 경우가 과거의 위반행위에 대한 제재의 비례관계를 살피는 양형 또는 제재양정이다. 실제로 행정재판에서 비례원칙이 원용되고 있는 많은 부분이 제재작용에 대한 재량권 일탈·남용의 심사이고, 이 때 이러한 범주에 속하는 비례성 요청으로부터 시사점을 얻을 수 있다는 점에서 구분의 실익이 있다. 다음으로 장래를 향하여 달성하고자 하는 공익 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단 사이의 경중을 비교하는 것이 본고에서 다루는 비례원칙의 마지막 심사단계로서의 형량, 즉 공익과 사익 사이의 형량에 해당한다.

이러한 범주의 구분을 전제로 하여 비례원칙의 각 심사단계별로 검토를 진행하였다. 우선 목적의 정당성 단계에서, 입법부나 행정부 등 일차적 판단권자가 설정한 공익 목적이 실제로 정당한지 여부를 사법부가 재차 판단하는 것이 여러 관점에서 한계를 가질 수 있다는 점은 인정한다. 다만, 이 단계의 심사가 의의를 가질 수 있는 것은, 다수의 의사결정에 의하여 정해진 목적이 사실은 공동체가 추구하는 집단적 가치를 관철시키고자 하는 데 그 실질이 있는 것은 아닌지, 정치과정에서 소외된 일정 범위의 수범자들을 배

제하는 동기를 가진 것은 아닌지를 성찰할 수 있는 기회를 제공한다는 점이다. 다른 한편, 목적의 정당성이 문제되지 않는 많은 경우에는, 향후 수단에 대한 심사로 나아가는 출발점 내지 기준점으로 기능하게 되는 목적을 적확하게 설정해야 한다는 요청으로서 의미가 있다.

다음으로, 수단의 적합성과 필요성 단계가 비례원칙 심사의 실질적인 기능적 도구에 해당한다는 점을 논증하고자 하였다. 먼저 수단이 목적 달성을 가능하게 하는지 여부를 검토하는 적합성 심사에서는, 당해 수단을 채택하게 된 근거가 된 경험적 사실 또는 예측적 분석에 관한 자료를 충분히 제출하도록 하여 인과관계를 면밀히 심사할 필요가 있다. 이 때 목적과 수단 사이에 일반적인 인과관계는 인정되나 구체적으로 당해 수범자가 속한 집단의 경우에도 인과관계가 인정되는지, 인과관계를 판단하는 기준시점은 언제로 볼 것인지, 그리고 인과관계 유무가 불분명한 경우 논증책임을 어느 측에 부과할 것인지 등 적합성 심사 관련 논점들에 대하여 논의하였다. 그리고 필요성 심사는 공익 목적에 비추어 당해 수단보다 덜 제한적인 대안이 있는지, 그러한 대안이 목적을 달성하는 정도는 당해 수단이 목적을 달성하는 정도와 비교하여 어떠한지를 심사하는 단계로서, 많은 비판이 제기되는 협의의 비례원칙 내지 이익형량 단계를 보완하는 비례원칙의 본질적인 요소라 할 수 있다. 특히 대안이 자유나 권리를 덜 제한하기는 하나 공익 목적은 당해 수단보다 덜 달성하는 경우, 그러한 목적 달성 정도의 차이를 감수할 것인지에 관한 규범적 판단을 통해, 입법부·행정부 등 일차적 판단권자의 수단 선택의 자유·재량을 보다 합리적이고 객관적으로 통제할 수 있는 단계이기도 하다. 비례원칙이 목적과의 관계에서 덜 제한적인 수단을 선택할 것을 요청하는 필요성 단계에서 출발하여 자유·권리를 제한하는 수단에 대한 통제수단으로 기능하였다는 점을 감안하면, 수단의 적합성 및 필요성 심사에서 제기될 수 있는 절차적·실체적 쟁점들에 관하여 다툼의 여지가 있는 경우에는 수범자의 자유와 권리를 보장하는 방향으로 논증이 이루어질 필요가 있다.

마지막으로 협의의 비례원칙 또는 이익형량 심사는 공익과 사익 사이에 경중을 비교하는 것이 통약불가능성 측면 및 민주적 정당성 관점의 비판에

서 자유롭지 못하다는 한계가 있음을 밝혔다. 통약불가능성 비판을 정면으로 반박하지 못하는 한 공익과 사익 사이의 형량은 과연 합리적 방법론인가 하는 의문을 극복하기 어렵고, 이러한 이익들 사이의 조율은 일차적 판단권자에게 맡겨져 있는 책무로서 그 과정에서 도출된 결과물에 대한 사후적 법적 판단이 또 다른 형량이라는 방법론에 근거하여서는 안 된다는 점을 강조하였다.

이상 비례원칙의 단계별 심사에 관한 논의를 토대로, 행정재판에서 비례원칙의 각 심사가 구현되고 있는 현상을 분석하고, 비례원칙이 적확하게 원용될 수 있는 방향성을 제시하고자 하였다. 비례원칙을 적용하기 위한 전제로서 우선 당해 행정작용의 성격 내지 그 행정작용을 통해 달성하고자 하는 공익 목적부터 적절하게 설정할 필요가 있다. 즉, 그 행정작용이 위반에 대한 제재의 성격을 주로 가지는 경우로서 장래를 향한 목적 개념이 부수적이라면, 단계별로 구분된 공법상 비례원칙이 아니라 위반행위와 제재 사이의 비례관계를 검토하는 비례성 요청에 따라 양정으로 나아가면 된다. 이러한 사안들은 고유한 사법(司法) 작용에 해당하는 것으로서, 공익과 사익 사이의 경중을 직접 비교하는 형량 심사에 관하여 제기되는 통약불가능성이나 정당성의 문제에서 자유롭다. 한편, 당해 행정작용이 추구하는 장래의 목적이 설정된 경우에 비로소 그 목적에 비춘 수단의 적합성과 필요성 및 공익과 사익 사이의 형량 심사가 이루어질 수 있다. 이러한 구조로 구성된 비례원칙 심사가 행정작용에 관하여 적용되는 경우에도, 앞서 검토한 바와 같이 그 본질적인 단계는 당해 작용보다 덜 제한적인 대안이 존재하는지, 그 대안이 목적 달성에 미치는 정도를 어떻게 평가할 것인지 여부인 필요성 심사이다. 형량 심사가 앞서 언급한 한계점과 비판을 극복하기 어려운 이상, 이 부분 심사는 일차적 판단권자의 기존 형량을 그대로 인정하는 경우나 공익과 사익 사이의 불균형이 극도로 심한 것이 명백한 경우 등 예외적으로만 기능하여야 할 것이다. 특히 행정작용의 근거가 되는 대전제의 해석과 그에 따른 포섭과정이 완료된 후에, 형량을 중심으로 하는 비례원칙이 추가적인 법의 일반원리로서 행정작용 통제의 도구로 활용되는 것은 경계할 필요가 있다. 이러한 경우, 법령에 대한 합헌적 해석의 방법으로 포괄되지 아니하는 사안은

위헌법령심사 또는 위헌법률심판제청에 의하여 해결하는 것이 권력의 기능적 분립 및 법률의 우위 측면에서 타당하다. 그리고 현대 행정법에서는 행정작용의 근거가 되는 법령이 정교하게 정비되어 있고, 그 법령의 틀 내에서 이루어진 개별 작용에 대하여 목적에 비추는 수단의 심사가 이루어질 여지는 크지 않다. 법령에서 명하는 범위 내에 한하여 수단 선택의 자유가 주어지기 때문에, 대안에 대한 실질적인 심사가 쉽지 않기 때문이다. 이러한 점에서 행정에 대한 사법심사가 현재의 개별 작용에 대한 통제 중심에서 행정입법을 비롯한 법령의 영역으로 확장될 필요가 있고, 법령에 대한 심사에서 단계별로 구분된 비례원칙은 보다 분명하게 그 기능적 의의를 발휘할 수 있다.

주요어: 비례원칙, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 필요성, 이익형량

학 번: 2002-30524

목 차

국문초록

연구의 목적	1
연구의 범위와 방법	5
제1장 예비적 고찰	7
제1절 비례원칙의 유래와 확장	9
I. 독일 비례원칙의 유래	9
1. 비례원칙의 단초	9
2. 비례원칙 초기의 독일 행정재판소 판결례	10
3. 단계화된 비례원칙의 탄생	11
4. 시사점	12
II. 각국의 적용 양상	13
1. 단계화된 비례원칙의 확장	13
2. 미국	17
III. 영역별 적용 양상	21
1. 영역의 확대	21
2. 우리 헌법재판의 적용 양상	21
제2절 단계화된 비례원칙의 의미	24
I. 형량·협의를 비례원칙·비례성 요청	24
1. 형량의 의미 구분	25
2. 법의 일반원리로서의 형량	27
II. 적용범위의 확장	33
1. 공법상 비례원칙	33

2. 사법상 비례원칙	35
3. 형법상 비례원칙	37
III. 행정재판과 비례원칙	38
1. 문제의 소재	39
2. 개별 행정작용	41
3. 법령 및 법률	49
4. 해석원리로서의 비례원칙	49
5. 소결	51
제3절 다른 공법원리들과의 관계	53
I. 평등원칙	53
II. 신뢰보호원칙	55
III. 수인가능성	56
제2장 목적의 정당성	59
제1절 개설	59
제2절 목적의 정당성과 비례원칙의 관계	61
I. 공법상 비례원칙과 목적의 정당성	62
1. 헌법상 비례원칙	62
2. 행정법상 비례원칙	66
3. 실무례의 차이	66
II. 이론적 논의	68
1. 목적의 정당성을 배제하는 입장	68
2. 목적의 정당성을 포함하는 입장	70
3. 평가	71
III. 각국의 사례	75
1. 독일	75
2. 유럽인권재판소	76

3. 캐나다·이스라엘·남아프리카 공화국	77
4. 미국	79
제3절 심사의 범위와 방법	81
I. 심사의 범위	81
1. 목적의 결정	82
2. 목적의 종류	83
3. 목적의 지위	84
II. 심사의 방법	85
1. 목적 결정의 방법	85
2. 목적의 구체성 정도	87
3. 정당성의 판단	88
III. 각국의 사례	91
1. 독일	91
2. 유럽인권재판소	93
3. 남아프리카 공화국	96
4. 미국	97
5. 소결	98
IV. 시사점	99
제4절 목적의 정당성 심사의 현상과 방향성	103
I. 헌법재판	103
1. 제한의 목적	103
2. 정당성의 판단	106
3. 구체적 사안의 검토	108
II. 행정재판	111
1. 개별 행정작용	111
2. 법령 및 법률	113

제3장 수단의 적합성 및 필요성	115
제1절 개설	115
제2절 수단의 적합성	117
I. 기능적 의의	117
II. 심사의 내용 및 범위	118
1. 목적 달성에의 기여 정도	119
2. 목적의 부분적 달성	120
3. 목적 달성의 일반적 또는 구체적 가능성	121
4. 수단의 정당성 포함 여부	123
5. 소결	124
III. 심사의 방법	125
1. 자료제출책임	125
2. 심사의 기준시점	126
IV. 각국의 사례	128
1. 캐나다	128
2. 유럽인권재판소	129
V. 소결	130
제3절 수단의 필요성	132
I. 개설	132
II. 심사의 내용 및 범위	133
1. 개념적 징표와 성격	133
2. 목적 달성의 효율성	136
3. 개념징표들의 판단 순서	141
4. 제한의 정도	142
5. 목적 달성의 정도	143
III. 심사의 방법	144
1. 실체적 심사의 한계	145

2. 실체적 심사의 보완	146
IV. 비판과 재비판	151
1. 권력분립 측면의 비판	151
2. 가장적 이유제시에 해당한다는 비판	153
V. 각국의 사례	154
1. 독일	155
2. 캐나다	157
3. 남아프리카 공화국	159
4. 미국	159
VI. 시사점	164
1. 유형화 필요성	164
2. 심사기준·강도의 유형화	167
제4절 수단의 적합성·필요성 심사의 현상과 방향성	170
I. 헌법재판	170
1. 수단의 적합성	170
2. 수단의 필요성	175
II. 행정재판	177
1. 개별 행정작용	177
2. 법령 및 법률	183
제4장 협의의 비례원칙: 이익형량	187
제1절 개설	187
제2절 형량에 대한 설명론과 비판론	188
I. 이익형량에 대한 설명론	188
1. 이익형량의 의의	188
2. 알렉시의 원리이론과 형량이론	189
3. 알렉시 이론의 파생이론들	192

II. 이익형량에 대한 비판론	193
1. 통약불가능성 측면	194
2. 제도적 측면	202
III. 시사점	203
1. 수단의 필요성과 이익형량의 관계	204
2. 이익형량이 고유한 의의를 가지는 영역	205
제3절 이익형량의 한계	207
I. 이익형량의 한계점	207
II. 법적용과 사안별 이익형량	209
1. 독일의 기속행위와 형량	209
2. 실제 사안의 검토	210
3. 평가	215
III. 각국의 사례	217
1. 남아프리카 공화국	219
2. 이스라엘	220
3. 캐나다	221
IV. 시사점	222
제4절 이익형량 심사의 현상과 방향성	224
I. 헌법재판	224
1. 이익형량 심사의 변천	224
2. 평가	225
II. 행정재판	225
1. 행정법상 이익형량 심사	225
2. 행정법상 이익형량의 한계	230
제5장 요약 및 결어	240
제1절 요약	240

I. 공법상 비례원칙의 의미 확정	240
II. 목적의 정당성 심사의 의미	241
III. 수단의 적합성 · 필요성과 이익형량 심사의 관계	243
제2절 결어	244
I. 행정법상 비례원칙 원용의 방향성	244
1. 개별 행정작용	244
2. 법령 및 법률	245
II. 제언	246
참고문헌	248
Zusammenfassung	266

연구의 목적

대법원은 비례원칙이 ‘법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본 원리로서, 모든 국가작용에 적용된다.’고 전제하면서, 행정법상 비례원칙이 적용될 때에는, ‘행정목적 달성을 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고, 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입에 따른 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다.’는 심사원리로 작동함을 천명한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결 등). 그런데 비례원칙이 실제 사안에서 원용되는 양상을 보면, 수단이 적합하고 필요하며 그로 인한 침해가 공익의 중요성과 균형을 이루어야 한다는 각 단계별 심사가 늘 이루어지는 것은 아니다. 목적의 정당성을 포함한 비례원칙의 네 단계가 모두 심사되는 것은 통상 법령에 대한 위헌 여부의 판단에 국한된다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결 등). 그렇다고 하여 행정작용의 근거가 되는 법령 자체의 위헌·위법 여부를 비례원칙에 근거하여 판단할 때 항상 단계별로 심사하는 것도 아니다. 예컨대 “비용에 관한 고시가 일률적으로 비용을 정하여 비용부담의 원칙을 중대하게 침해하는 결과를 야기하는 경우 그러한 고시는 비례의 원칙에 반하여 위법하다”(대법원 2019. 6. 13. 선고 2017두33985 판결)고 한 예에서 보듯이, 고시가 정한 급부와 비용 사이에 보다 일반적인 의미의 비례관계가 벗어나는 경우에도 비례원칙에 근거하여 판단하기도 한다.

법령이 아닌 개별작용에 이르러서는 비례원칙의 각 단계별 심사의 경계는 사라진다. 즉 제재적 처분에서는 “의무위반의 내용과 제재처분 사이의 비례관계”(위 2017두38874 판결)가 존재할 것을 요구하는 의미로 비례원칙이 사용되고, 과징금 부과처분 사안에서는 “처분 당시 존재하지 않는 위반행위로 과징금이 가중될 경우”(대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55077 판결)에도 그 처분은 비례원칙에 위반될 여지가 생긴다.

개별행정작용 중에 제재처분이나 과징금부과처분과 같이 위반행위를 전제로 하지 않으면서 의무나 불이익을 가하는 작용으로서, 다면적인 이익이 관련되어 있는 행정계획을 들 수 있는데, 법원이 행정계획 영역에서 비례원칙

을 원용하는 양상은 위의 사안들과 다시 구분된다. 행정계획 사안에서 법원은 “관련된 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호 간 및 사익 상호 간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록” 요구하는 방식으로(대법원 2019. 2. 28. 선고 2017두71031 판결) 비례원칙을 언급한다.

이처럼 현재 실무에서 적용되는 비례원칙은 ‘적합성·필요성·상당성’이라는 단계를 가진 심사원리이기도 하고, 위반행위와 제재 사이, 급부와 비용 사이의 비례관계를 의미하기도 하며, 다양한 이익들을 정당하게 비교·교량하라는 요청이 되기도 한다. 여기에다가 최근에는 “법문의 해석이 비례의 원칙에 부합하여야 한다”(대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결)는 설시까지 더해지면서 비례원칙에 대한 이해는 더 복합적인 양상을 띠게 되었다.

우리 행정재판에서 비례원칙이 원용되는 이와 같은 현황은, 헌법재판소가 기본권 침해로 인한 국가작용의 위헌 여부를 판단하는 데 비례원칙(과잉금지원칙)을 원용하면서, 그 원형적 모습인 목적의 정당성, 수단의 적합성, 필요성(침해의 최소성), 협의의 비례원칙(법익의 균형성)을 모두 실시하는 것과 대조를 이룬다. 우리 뿐 아니라 비교법적으로 보더라도, 독일 행정법에서 시작된 비례원칙이 규범체계상 행정법의 상위에 있는 헌법이 정한 기본권이나 국제조약에 명시된 인권에 대한 제한을 통제하는 데 더 활발히 활용되고 있는 것이 현실이다.

이처럼 비례원칙의 적용분야가 행정법에서 헌법이나 국제조약 차원으로 그 중심이 이동하고, 이러한 실무상 경향에 대응하여 방법론적으로나 이론적으로 비례원칙에 대한 연구 역시 주로 헌법에 기반한 입법의 심사·통제를 전제로 전개되고 있다.¹⁾ 반면 비례원칙이 유래한 영역인 행정작용에 대한

1) 헌법상 비례원칙(과잉금지원칙)을 주된 주제로 한 국내의 대표적인 선행연구로(발행연도 역순), 단행본은 강일신, 과잉금지원칙에서 법익형량 - 헌법이론적·비교헌법적 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018; 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교, 1995, 단행 논문은 강일신, 과잉금지원칙의 논증방식 - 침해최소성, 법익균형성 심사를 중심으로, 법학연구 30(1), 2019, 191-223면; 고시면, 헌법상 ‘비례의 원칙’에 비추어 본 ‘테러방지법’(2016년 제정)의 위헌 여부, 사법행정 58권 3호, 2017,

사법심사에서는 오히려 비례원칙의 각 단계별 심사요소가 그 본래의 의미대로 적용되는 경우가 드물다. 행정법 학문 분야에서도 고유한 비례원칙 심사에 대한 연구가 아직 본격적으로 이루어지지 않았다고 평가할 수 있다.²⁾

2-17면; 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, 저스티스 통권 제163호, 2017, 75-131면; 이민열, 목적의 정당성을 비례원칙에 포함하여야 하는 근거와 그 역할, 법조 715권, 2016, 5-50면; 이정환, 양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부, 중앙법학 제18집 제1호, 2016, 139-171면; 정주백, 과잉금지원칙에 관한 관건: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 245-275면; 이민열, 과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소화’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법, 변호사 제46-1집, 2014, 33-51면; 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013, 5-26면; 전정환, 기본권 제한의 한계로서의 과잉금지원칙: 독일연방헌법재판소 판례를 중심으로, 원광법학 제29권 제2호, 2013, 119-142면; 강승식, 비례의 원칙의 적용방안에 관한 연구, 세계헌법연구 제17권 2호, 2011, 55-83면; 김하열, 자유권 제한입법에 대한 위헌심사: 판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰, 동아법학 56호, 2011, 1-34면; 유남석, 기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙, 헌법판례해설, 2010, 79-86면; 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 25-44면; 진창수, 헌법재판소 판례에 나타난 비례원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 1-24면; 황치연, 과잉금지원칙의 제문제, 헌법논총 20집, 2009, 463-490면; 한수용, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2008, 379-417면; 이기철, 헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?, 공법연구 제35집 제1호, 2006, 377-408면; 이준일, 헌법재판의 법적 성격: 헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로, 헌법학연구 12권 2호, 2006, 313-346면; 한수용, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 5-28면; 김대환, 헌법상 비례성원칙의 운용과 과제, 경성법학 14집 1호, 2005, 1-18면; 김중천, 과잉금지의 원칙에 관한 연구, 법정논총 40권, 2005, 75-96면; 이명웅, 비례의 원칙의 2단계 심사론, 헌법논총 15집, 2004, 509-544면; 김형성, 과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점, 헌법실무연구 3권, 2002, 53-72면; 이명웅, 비례의 원칙과 판례의 논증방법, 헌법논총 9집, 1998, 671-725면; 황치연, 우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점, 고시연구 24권 3호, 1997, 174-184면; 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총 1집, 1990, 111-157면, 판례평석으로는 박경철, 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법재판소 합헌결정[2011헌마659, 683(병합)]에 대한 헌법적 검토 - 과잉금지원칙의 적용과 관련하여, 동아법학 84, 2019, 37-75면; 임지봉, 직업의 자유와 과잉금지의 원칙: 현재 2016. 7. 28. 2013헌바389 결정, 법조 통권 720호, 2016, 367-401면 등을 들 수 있다.

- 2) 행정법상 비례원칙에 관한 국내의 선행연구로(발행연도 역순), 단행 논문은 진창수, 비례원칙의 실무상 적용 및 운용, 대법원 헌법연구회 발제문(미간행), 2014, 1-27면; 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구 37집 4호, 2009, 45-84면; 김태호, 행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제4호, 2009, 89-116면; 안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위 - 행정재량권의 통제원리로서의

이에 본 연구에서는, 행정법 영역에서 다양한 층위에서 복합적으로 원용되고 있는 비례원칙이 앞으로 적확하게 적용될 수 있도록 하는 기초를 마련하고자 한다. 이를 위하여 우선 예비적 고찰을 통해 ‘비례원칙’과 유사한 개념으로 여러 분야에 혼용되는 방법론, 법의 일반원리 또는 심사기준에 관하여 법영역별, 적용영역별 구분을 시도한다. 이러한 고찰을 전제로 하여, 공법영역에서 원용되는 비례원칙의 각 심사단계를 분석하고 파악함으로써, 공권력의 행사를 통해 추구하는 목적과 그 목적을 위하여 채택된 수단 사이의 관계를 심사하는 방법을 정리한다. 이러한 비례원칙의 각 단계별 심사를 정교하게 분석함으로써 비례원칙이 유래하게 된 의의, 즉 공권력으로부터 개인의 자유·권리 보호라는 원래의 기능을 보다 실질적으로 수행할 수 있도록 한. 이와 함께, 많은 논쟁적 선행연구가 진행되어 온 형량 심사가 가지는 한계와 위험성을 고찰하여, 비례원칙의 주된 기능적 의의는 형량 심사에 앞선 목적의 정당성, 수단의 적합성 및 필요성 심사에서 찾기로 한다.

비례원칙을 중심으로, 행정법연구 제34호, 2012, 1-25면; 김형남, 행정법상 비례의 원칙에 대한 검토, 경성법학 10호, 2001, 143-156면; 서정범, 행정법상의 비례의 원칙, 강원법학 제7권, 1995, 173-190면; 임헌소, 행정법상 비례원칙과 법적 통제에 관한 연구, 상·중·하, 사법행정 제36권 제3호·제4호·제5호, 1995, 22-27면·26-31면·5-15면; 김남진, 행정법상의 비례원칙, 월간고시 20권 6호, 1993, 65-79면; 손진상, 행정법상 비례원칙 상·하, 사법행정 제28권 제7호·제10호, 1987, 67-72면·77-82면 등, 판례평석으로는 김세윤, 수익적 행정행위의 철회에 관한 비례원칙의 적용 - 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두 2507 판결, 형사재판의 제문제 제7권, 2014, 1207-1215면; 김태호, 하자 있는 수익적 행정행위의 직권취소 - 복제의약품 허가 및 그 직권취소의 특수성과 관련하여, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두8628 판결, 행정판례연구 15-1집, 2010, 73-108면; 정인구, 과징금 부과처분과 비례의 원칙, 법제 648호, 2011, 116-129면; 정하중, 행정법의 일반원칙으로서 비례의 원칙 - 대법원 1985. 11. 12. 선고 85누303 판결, 행정판례평선, 2011, 32-37면; 양시복, 행정법의 일반원리(비례의 원칙 등)를 위반한 행정행위의 효력, - 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다24646 판결을 중심으로, 법조 57권 8호 2008, 191-226면; 홍준형, 행정계획과 비례의 원칙, 판례행정법, 1999, 149-158면; 김원주, 노래연습장 영업정지처분과 비례원칙, 고시계 제39권 제10호, 1994, 281-288면; 임승균, 자유재량과 비례원칙 - 대법원 1989. 3. 28. 선고 87누436 판결, 대법원판례해설 제11호, 1990, 509-514면; 김동희, 파면처분에 있어서의 비례원칙 - 대법원 1975. 3. 29. 선고 76누173 판결, 판례회고 4호, 1976, 66-68면 등이 있다.

연구의 범위와 방법

행정법에 고유한 심사원리로서의 비례원칙 연구의 출발점으로, 우선 공법 영역에서 작동하는 ‘비례원칙’ 및 ‘형량’의 의미를 확정해 낼 필요가 있다. 비례원칙에 대한 초기의 연구문헌이나 실무례는 물론이고 최근의 논의에 이르기까지, 서로 다른 의미를 가지는 개념들이 비례원칙이나 형량이라는 포제하에 다루어지고 있고, 이로 인하여 논제의 범위나 쟁점이 불명확해지는 문제가 생기기 때문이다. 이에, 우선 예비적 고찰을 통해 각 범영역별로 언급되는 비례원칙과 형량의 의미를 전반적으로 검토한다(제1장). 비례원칙의 유래와 적용의 확대 경향에 대하여는 이러한 개념 구분을 위하여 필요한 한도 내에서 압축적으로 소개하고(제1절), 이를 토대로 비례원칙의 확대에 따라 여러 방면에서 다양하게 전개되어 온 비례원칙과 형량을 둘러싼 논의들을 범주화한다(제2절). 이 과정을 통해, 당해 수단으로써 추구하는 목적이 정당한지 여부와 그 목적 달성을 위해 적합하고 필요한 수단인지 여부를 심사하고, 목적으로써 추구하는 공익과 그로 인하여 제한되는 사익 사이를 형량할 것을 요청하는 네 단계의 심사요소를 포함하는 의미의 ‘공법상 단계화된 비례원칙’이라는 범주를 구분해 낸다. 한편, 이와 같이 구분된 비례원칙이 다른 공법상 일반원리들과 어떻게 비교·대조될 수 있는지 살펴봄으로써(제3절), 그 의미를 명확히 이해하는 뒷받침을 제공한다.

이어 목적-수단 사이의 관계 심사의 전제가 되는 목적의 정당성(제2장)에 대한 고찰에서는, 그 독자적인 의의가 있는지를 중심으로 검토한다. 이를 위해 목적의 정당성이 공법상 비례원칙의 한 요소로 포함되는 것인지 살펴보고(제1절), 나아가 목적의 정당성을 심사하는 방법(제2절)에 관하여 논의한다. 이 부분 심사단계에 대한 이해를 돕는 한도 내에서, 각국의 사법부 및 국제인권재판소에서 공법상 비례원칙을 원용할 때 목적의 정당성 심사가 작동하는 사례를 소개하고(제3절), 앞선 검토들을 우리 행정재판과 헌법재판에서의 목적 심사에서 활용할 방안에 대하여 살핀다(제4절).

다음으로, 제3장에서는 목적에 기여하는 수단의 적합성과 필요성 심사가 갖는 독자적 의의를 밝히기 위하여, 각각 적합성의 심사범위와 방법(제2절

II, III), 필요성의 심사범위와 방법(제3절 II, III)을 고찰하고, 특히 필요성 심사에 대하여는 현재 제기되는 비판론의 소개와 그에 대한 재비판을 시도한다(제3절 IV). 그리고 각국에서 이 부분 심사를 실시한 사례를 고찰한 후(제2절 IV, 제3절 V), 행정재판과 헌법재판에서 수단의 적합성 및 필요성 심사가 가질 수 있는 의미와 방향성을 검토한다(제4절).

마지막으로, 혐의의 비례원칙인 이익형량 심사에 대하여 첨예하게 대립되는 찬성론과 비판론에 대하여 논의하고(제4장 제2절), 이익형량이 갖는 한계점을 명문의 법적용과의 관계에서 찾는다(제3절). 이러한 검토를 토대로 재판에서 형량을 자제적으로 실시하여야 할 한계점을 고찰한 후(제4절), 제5장에서 이상의 논의들을 요약하고 종합적으로 평가한다.

본 연구의 중심은 이론적인 측면에서 선행연구를 토대로, 이를 실무의 관점에서 연결할 수 있는 접합점을 찾는 데 있다. 이러한 점에서, 공법상 비례원칙을 소재로 한 각국의 문헌연구를 주된 방법론으로 삼았다. 공법상 비례원칙의 실제 사례나 이론적 논의들이 헌법 차원을 중심으로 이루어지고 있는바, 헌법 영역에서 전개되고 있는 현황을 분석함으로써 행정법 분야에서 시사점을 얻는 토대로 삼는다. 한편, 문헌연구의 범위는 국내 및 독일과 미국을 중심으로 하되, 독일에서 유래한 공법상 비례원칙을 각 단계별로 구분하여 심사한 풍부한 사례를 얻을 수 있는 캐나다, 남아프리카 공화국, 이스라엘 및 유럽인권재판소의 실무례를 검토의 대상으로 삼았다. 그리고 실제 사안들을 이해하기 위한 한도 내에서 관련 문헌도 연구대상에 포함하였다.

제1장 예비적 고찰

18세기 독일의 경찰법 영역에서 시작되어 1950년 무렵 연방헌법재판소에 의해 헌법 차원의 원리라는 규범적 지위를 부여받은 독일의 비례원칙은 이제 각국의 재판소와 국제재판소에서 심사기준으로 활용되고 있고, 그 적용영역도 지속적으로 확장되어 왔다.

통상적으로 목적의 정당성, 수단의 적합성과 필요성, 혐의의 비례원칙(형량)이라는 단계적 심사를 구성요소로 하는 독일의 ‘4단계의 비례원칙’(Vierstufigkeit des Verhältnismäßigkeitsgebots³⁾)은 1960년대 이후 유럽연합법원, 유럽인권재판소와 같은 국제재판소로, 그리고 1980년대에 캐나다, 1990년대 이후 이스라엘, 남아프리카 공화국, 영국 등의 국가에서 다소의 변형을 거쳐 국가작용에 대한 심사원리로 비약적으로 확대되어 적용되고 있다.⁴⁾ 또한 미국에서도 단계화된 비례원칙은 아니지만 이보다 넓은 비례성·비례관계라는 의미에서의 ‘proportionality’와 일반적인 법방법론으로서의 ‘형량’(balancing)의 개념과 방법론은 오래전부터 원용되어 왔고, 단계화된 비례원칙이 세계적으로 확장됨에 따라 이를 미국에서도 수용할 것인지에 관한 논의도 이루어지고 있다.

다른 한편, 적용영역의 측면에서 초기의 비례원칙은 형법 및 노동법과 같은 맥락에서 검토되기도 하였다.⁵⁾ 뿐만 아니라 사법(私法)에서의 비례원칙에 대한 연구도 최근 활발히 전개되고 있으며,⁶⁾ 투자자-국가간 분쟁(ISD)에서도

3) Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 6. 이하 위와 같이 네 단계의 심사를 구성요소로 하는 비례원칙을 이룰 때 ‘단계화된 비례원칙’이라 한다.

4) Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, Proportionality and Constitutional Culture, 2013, p. 10-14; von Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 1-33, 참조.

5) 1970년대 노동법과 형법 영역에서의 실무례와 논의에 관하여, Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 32-34(노동법), S. 45-50(형법) 참조.

6) 대표적으로, Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004; Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht: Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen

중요한 심사원리로 원용되고 있다.⁷⁾

이처럼 비례원칙이 적용국가의 측면 및 적용영역의 측면에서 비약적으로 확장되는 국면을 맞아, 공법상 비례원칙에 관하여 논의하기 위해서는 우선 그 검토대상인 단계화된 비례원칙의 개념과 범위를 분명하게 확정할 필요가 있다. 나아가 공법영역에서 단계화된 비례원칙을 명확히 구분해 내는 것은, 현재 위 원칙이 주로 원용되는 방어권적·소극적 권리, 자유권이 제한되는 침익적 행정작용 영역을 넘어 사회적·형성적 권리가 관련되는 수익적 행정작용에까지 확대되어 적용될 수 있을 것인지, 적용되는 경우 어떠한 변용이 필요할 것인지에 관하여 앞으로 논의하기 위한 단초가 된다는 점에서도 의의가 있다.⁸⁾

이에 이하에서는 우선 단계화된 비례원칙이 독일에서 유래된 배경을 개관하여, 비례원칙 심사의 본질적인 기능을 고찰해 나가는 출발점으로 삼는다(제1절 I). 이어 위와 같은 유래에서 출발한 비례원칙이 현재 여러 국가의 사법부와 국제재판소로 전파되고(제1절 II), 적용영역 면에서도 확장된 양상(제1절 III)을 살펴봄으로써 비례원칙의 다양한 적용 현황을 확인한다. 이 과정에서 다양한 평면에서 존재되어 사용되고 있는 비례원칙 중 공법상 비례원칙의 연구범위를 특정해 내기 위해, 일반적 법방법론으로서의 형량과 비례원칙의 관계, 형량명령이나 비례성요청 등 비례원칙과 유사한 평면에서 다루어지는 다른 원리 또는 방법론과의 관계에 관하여 고찰한다(제2절 I). 나아가 이러한 검토를 전제로, 현재 행정재판에서 각 행정영역별로 원용되고 있는 비례원칙 및 그 유사 원리들이 위에서 검토한 방법론 또는 범주들 중 어디에 속하는지에 관한 현상을 분석하여, 행정법에서 단계화된 비례원칙의 적용 방향을 설정한다(제2절 II). 이에 더하여 평등원칙, 신뢰보호원칙, 수인가능성의 의미를 간략히 검토하여 단계화된 비례원칙과 비교한다(제3절).

Recht und Pflichten, 2010; Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017 등.

7) 대표적으로, Alec Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier, Law & Ethics of Human Rights 4(1)(2010), p. 48-76.

8) Stephen Gardbaum, Positive and Horizontal Rights, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 247.

제1절 비례원칙의 유래와 확장

I. 독일 비례원칙의 유래

1. 비례원칙의 단초

국가권력이 그 목적에 맞게 제한된 한도 내에서 행사되어야 한다는 비례원칙의 핵심적 요청은, ‘선한 사람은 비례성(Proportion)을 갖추어야 한다’는 아리스토텔레스의 윤리적 측면에서의 요구에서부터 그 근원을 찾을 수 있다.⁹⁾ 이러한 의미의 비례원칙이 근대 법영역에서 국가권력에 대한 제한원리로 나타나기 시작한 것은 잘 알려진 바와 같이 마그나카르타와 그 후의 독일 경찰법에서부터였다.

19세기 독일에서는, 시민혁명에 성공한 프랑스에서와 달리, 군주에 의한 통치체제가 유지되었다. 이러한 체제 하에서 시민들은 군주정을 인정하면서도 과도한 국가권력으로부터 자유와 재산을 보호받기 원하였는데, 이러한 군주의 권한행사와 시민의 뜻을 대변한 의회 사이의 타협의 산물로써 행정법이 탄생하였다.¹⁰⁾ 이 과정에서 국가권력에 대한 제한이라는 시민들의 요청이 반영되어 법률에 최초로 명시된 것이 1794년의 프로이센 일반 란트법이다. 위 법률에서는 경찰권 행사의 한계를 명문화함으로써,¹¹⁾ 당시 행정권의 주요 영역인 경찰권은 당해 작용으로 인하여 달성하려는 목적을 위하여 필요한 범위 내에서만 행사할 수 있다는 필요성원칙이 비례원칙의 첫 단계로서 구체화되었다. 이어 1931년 시행된 프로이센 경찰행정법에서는 필요성원칙을

9) Aristoteles, Politeia 430 d. e. 이에 관하여는 Florian Becker, Verhältnismäßigkeit, in: Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band I, 2013, S. 226 참조.

10) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 29-30면. 한편, 15세기 독일 경찰개념 및 16세기 제국경찰규정의 성립 등 이보다 앞선 연혁에 관하여는 김대환, 독일에서 과잉금지원칙의 성립과정과 내용, 세계헌법연구 11권 2호, 2005, 70면 이하 참조.

11) 제2부 제17장 제10조 공공의 안녕, 안전, 질서를 유지하거나, 공중의 보호를 위해 존재하는 위험을 제거하기 위하여 필요한 한도 내에서 개입하는 것이 경찰의 직무이다.

보다 상세히 규정한 명문의 조항¹²⁾을 두었다.

이후 19세기에 들어서면서 학자들도 경찰권 행사의 한계로서 비례원칙에 관하여 조명하기 시작하였다. 특히 오토 마이어는 ‘비례관계’ 또는 ‘비례성’(Verhältnismäßigkeit)이라는 용어를 탄생시켰다.¹³⁾ 이 무렵의 비례원칙 개념에 관하여, 목시적으로나마 위험방지라는 목적과 그로 인하여 제한되는 개인의 이익 사이의 경중 비교, 즉 협의의 비례원칙 내지 형량이 포함되어 있다고 보는 견해¹⁴⁾도 있다. 그러나 앞서 본 성문법 규정과 바로 아래에서 살펴볼 이 무렵 독일 행정재판소의 실시례에 비추어 보면, 이 시기의 비례원칙은 필요성원칙만을 의미하였던 것으로 보인다.¹⁵⁾ 그리고 이때의 필요성원칙은 지금과 마찬가지로, 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있는 덜 제한적인 수단, 즉 대안이 있으면 필요성원칙을 충족하지 못하는 것으로 이해되었다.

2. 비례원칙 초기의 독일 행정재판소 판결례

비례원칙이 나타나기 시작할 무렵 행정재판소에서 비례원칙에 근거하여 행정작용을 심사한 예들을 보면, 필요성원칙이 갖는 자유 및 권리 수호라는 원형적 기능이 분명히 나타난다.

12) 제41조 제2항 공공의 안전 또는 질서에 대한 장애의 제거를 위하여 또는 경찰상의 위협에 대한 효과적인 방지를 위하여 당면하고 있는 여러 가지 수단이 있는 경우에 경찰기관이 이러한 수단 중의 하나를 선택하기로 결정한다면, 그것은 적합한 것이 된다. 이때에 있어서 가능한 한 당사자와 일반 공공에 가장 적게 침해하는 수단을 선택하여야만 한다. 이 때 당사자가 제시한 다른 수단으로도 마찬가지로 효과적으로 위협을 방지하는 경우에는 그 수단의 적용을 당사자의 신청으로 허용할 수 있다. 그러한 당사자의 신청은 행정소송절차에서 소의 제기기간 만료 전까지만 제기할 수 있다.

13) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, S. 267[자연법적으로, 경찰권의 행사에 의한 위험방지조치는 비례관계(Verhältnismäßigkeit der Abwehr)를 준수할 것이 요구되고, 법이 정한 수권의 범위 내에서라 할지라도, 위험방지를 위하여 이처럼 자연법적으로 요구되는 정도를 넘어서는 경찰권의 행사는 허용되지 아니한다]. 이에 관하여는 Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 4 참조.

14) Lothar Hirschberg, 위의 책, S. 6 이하 참조.

15) Lothar Hirschberg, 위의 책, S. 8, 10 참조.

프로이센 고등행정재판소는 행정의 경찰작용에 있어 광범위하게 인정되어 오던 재량에 대해서도 제한이 필요하다고 전제한 후,¹⁶⁾ 연이은 판결에서 필요성원칙에 근거하여 경찰작용이 위법하다고 판단하였다. 우선, 1886년 땅 소유자가 땅의 경계에 세운 표지판을 제거하라는 경찰의 명령이 문제된 사안에서, 밤에 표지판에 불을 켜도록 하는 덜 제한적인 수단으로도 표지판으로 인한 위협을 제거하는 목적을 달성할 수 있다는 이유로, 위 명령이 비례 원칙에 위반된다고 하였다.¹⁷⁾ 또한 같은 해에 허가 없이 브랜드를 판매한 점주에 대한 영업장폐쇄를 다룬 사건에서, 영업 자체에는 위법이 없고 브랜드 판매에만 위법이 있음에도 불구하고 영업장 폐쇄를 하는 것은, 브랜드 판매 허가제로써 달성하고자 하는 목적에 비하여 과도한 조치에 해당한다는 이유로 비례원칙에 반한다고 판단한 바 있다.¹⁸⁾ 이처럼 초기 비례원칙에 관한 고등행정재판소의 실시례를 보면, 비례원칙이 목적을 달성하기 위한 ‘덜 제한적인 대안의 유무’를 검토하는 필요성원칙을 핵심적인 심사기준으로 하여 출발하였다는 점이 확인된다.

3. 단계화된 비례원칙의 탄생

필요성원칙에서 더 나아가 위협방지 목적과 수단 사이에 비례관계가 있는지 형량하여야 한다는 의미의 협의의 비례원칙이 독자적인 원리로서 전개된 것은 2차 세계대전 이후부터였다. 이 무렵 자연법사상이 확대·강화되고 실질적 법치주의가 강조되었던 경향과 맞물려 협의의 비례원칙이 등장한 것이다.¹⁹⁾ 그리고 채택된 당해 수단이 목적을 달성할 수 있어야 한다는 적합성원칙이 다시 필요성원칙에서 분리된 것은 1950년대 이후에 이르러서이다.²⁰⁾

16) 심미적인 이익(ästhetischer Belang)에 관하여 행정청이 개입하기 위해서는 질서유지를 위한 경찰개입조항만으로는 부족하고, 그 개입권한의 근거가 있어야만 가능하다는 크로이츠베르크 판결[PrOVGE 9, 353(1882. 6. 14.)]이 선도적인 사례이다.

17) PrOVGE, 13, 426, 427. 이 판결에 대하여는 Jud Mathews, Proportionality Review in Administrative Law, Yale Law(2015), p. 7(homepage version) 참조.

18) PrOVGE 13, 424, 425. 이 판결에 대하여는 Jud Mathews, 위의 글, p. 7-8 참조.

19) Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 9, 11.

또한 이 무렵 독일 연방헌법재판소에서 목적의 정당성이 포함된 4단계의 비례원칙이 실시되기 시작하면서, 단계화된 비례원칙이 자리 잡게 되었다.

4. 시사점

이상의 간략한 발생사적 개관을 통해, 독일에서 유래한 비례원칙의 핵심가치는 국가권력으로부터 개인의 자유와 재산을 보호하는 데 있고, 이를 실현하기 위하여 필요성원칙을 본질적인 개념요소로 하여 법원의 행정권에 대한 통제수단으로 출발하였음을 알 수 있다.²¹⁾ 이후 필요성원칙에 협의의 비례원칙이 결합되고, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 추가됨으로써 단계화된 비례원칙이라는 단일한 심사원리로서 자유와 권리의 보호를 강화하는 도구로 전개되었다. 단계화된 비례원칙이 갖는 이와 같은 자유수호적 기능과 더불어, 정당한 목적의 획정을 전제로 그 목적달성을 위해 최소한의 제한을 가져오는 수단인지 여부를 단계별로 심사한다는 논증구조의 특수성으로 인해, 아래에서 보는 바와 같이 비례원칙은 단시간 안에 각국으로, 그리고 여러 법영역으로 확대·적용되기에 이르렀다.

그런데 이 과정에서 비례원칙의 출발점이었던 필요성원칙은 마지막 심사단계인 협의의 비례원칙에 비하여 실무에서나 학계에서나 그 비중이 상대적으로 약화되고 있다. 이에 본고에서는 행정작용에 대한 제한원리로서 행정법영역에서 필요성원칙을 단초로 시작된 단계화된 비례원칙 심사가 그 시작과는 다르게 활용되는 현상을 분석하고, 과연 초기 비례원칙과 같이 필요성을 중심으로 심사하여야 할 것인지 밝힌다. 이를 위해 목적의 정당성 및 수단의 적합성·필요성 심사의 고유한 의의와 기능을 중심으로 검토한다.

²⁰⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 6. 한편 1960년대에 이르기까지 입법작용은 연방헌법재판소의 주된 심사대상으로 부각되지 않았다는 평가로, Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 3.

²¹⁾ Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, JURA(1997), S. 618 참조.

II. 각국의 적용 양상

이하에서는 각국의 사법부 및 국제재판소에서 단계화된 비례원칙을 원용하게 된 배경을 간략히 고찰한다. 이와 함께, 단계화된 비례원칙을 단일한 심사기준으로써 원용하지는 않으나, 개별화된 심사기준들이 단계화된 비례원칙의 각 심사기준들에 대응되는 지점을 공유하고 있다고 보이는 미국의 심사기준을 소개한다. 미국의 개별적 심사기준들과 단계화된 비례원칙의 각 심사기준들 사이의 차이점과 유사점을 검토함으로써, 단계화된 비례원칙의 각 심사기준들이 가지는 의미와 특질을 분명히 할 수 있기 때문이다. 또한 미국에서도 형량이라는 방법론에 관하여 찬반 논쟁이 활발히 이루어져 왔고, 이러한 논의는 현재에도 여전히 유효한 것으로 보인다. 이러한 점에서 미국의 심사기준에 대한 검토를 통해 단계화된 비례원칙의 마지막 단계인 이익형량 심사에 대한 시사점을 찾을 수 있을 것이다.

1. 단계화된 비례원칙의 확장

다음 장 이하에서 살펴 볼 바와 같이, 각국의 사법부나 유럽인권재판소는 단계화된 비례원칙의 각 단계들 중 보다 더 중점을 두는 심사단계들이 서로 다르다. 이러한 심사의 양상에 관하여 나아가 살펴보기 위하여 필요한 한도 내에서, 각국의 단계화된 비례원칙의 헌법·조약상 근거 및 판례들의 기본적인 연혁과 흐름을 개관한다. 고찰의 범위는 우선 보통법 체계이면서도 헌법 차원에서 기본권제한의 유보규정에 비례원칙의 요소를 천명한 캐나다와 이와 마찬가지로 헌법에서 단계화된 비례원칙을 규정하고 있는 이스라엘 및 남아프리카 공화국으로 한정한다.²²⁾ 한편, 국제재판소 중에는 비례원칙에 근

²²⁾ 단계화된 비례원칙의 확장에 기여한 국가 또는 국제재판소로, 독일, 유럽연합법원과 유럽 인권재판소, 캐나다 대법원의 세 곳으로 압축할 수 있다는 Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013, p. 13-14의 평가 참조. 이 밖에 영국, 뉴질랜드, 홍콩 등에서도 단계화된 비례원칙이 도입되고 실무에서 원용되며 학문적 논의도 활발하게 이루어지고 있으나, 향후 연구과제로 남긴다.

거하여 자유·권리에 대한 제한조치의 심사가 활발하게 이루어지는 국제인권재판소에 한하여 살펴본다.²³⁾

1) 캐나다

캐나다는 1982년 성문헌법을 제정하면서 제1장에서 ‘권리와 자유에 관한 헌장’(Canadian Charter of Rights and Freedoms)²⁴⁾이 채택된 이후, 기본권에 관한 판례가 시작되었다. 캐나다 자유헌장 제1조에서 ‘기본권과 자유는 자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있는 법이 정한 합리적인 한계 내에서 제한될 수 있다’고 하는 일반적인 기본권제한의 한계규정을 두고 있다. 이러한 명문의 규정은, 독일에서와 마찬가지로, 당해 수단으로 인하여 제한되는 이익이 일용 자유헌장이 정하는 기본권·자유 보호영역에 해당하는지 여부를 판단한 다음, 그 제한이 정당한지 여부를 심사하는 전형적인 ‘2단계 심사’의 근거가 되고 있다.²⁵⁾ 이후 비례원칙이 적용된 단초로 평가되는 Oakes 판결²⁶⁾에서 대법원이 ‘캐나다 자유헌장 제1조에 의해 비례원칙 심사를 할 것이 요구되고, 비례원칙 심사는 수단의 적합성과 필요성,

23) 유럽연합법원도 단계화된 비례원칙을 주된 심사기준으로 삼고 있기는 하다(이에 관한 선행연구로 우선 김대환, 유럽연합법원 판결에 나타난 비례성원칙의 내용과 심사강도, 세계헌법연구 제17권 제3호, 2011, 1-27면; 장경원, EU 행정법상 비례원칙 - 그 적용과 기능을 중심으로, 행정법연구 제34호, 2012, 27-45면 참조). 그러나 유럽연합법원의 사안을 이해함에 있어서는 각 회원국 사법부와의 관계에서 비롯되는 심사의 범위나 강도의 특수성을 고려하여야 한다는 점, 그리고 경제적 조치에 관한 심사가 상당 부분을 이루고 있다는 점 등에 비추어 본고에서 다루고자 하는 영역과는 다른 측면에서 다양하고 심도 깊은 논의가 필요하다 할 것이므로, 본고에서는 제외한다.

24) 이하 ‘캐나다 자유헌장’이라 한다.

25) Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 247.

26) R. v. Oakes, 1 S.C.R. 103(1986). 대법원은, 마약소지자가 마약을 거래하지 아니하였음을 스스로 입증하여야 한다고 규정한 입증책임 전도에 관한 법률조항이 목적달성과 합리적 관련성이 결여되었다는 이유로 캐나다 자유헌장 제11조가 정하는 무죄추정원칙에 반하여 위헌이라고 선언하였다. 이 판결은 이후 남아프리카공화국, 영국, 아일랜드, 홍콩, 호주, 뉴질랜드 등에서의 비례원칙 심사에 영향을 미쳤다고 평가된다. von Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 16 참조.

협회의 비례원칙의 세 단계로 구성된다'고 실시한 이래,²⁷⁾ 단계화된 비례원칙은 캐나다 대법원의 기본권제한 심사에서 확고하게 자리매김하여 왔다.²⁸⁾

2) 이스라엘

이스라엘에서는 행정법 분야에서부터 비례원칙에 관한 논의와 실시가 시작되었다. 이스라엘 대법원은 행정작용에 관하여 영국의 합리성 심사인 웬스베리(Wednesbury) 기준²⁹⁾이 아니라, 관련 이익들의 형량을 중심으로 하는 심사를 해 왔다고 평가된다.³⁰⁾ 학계에서는 이러한 심사기준을 독일식의 비례원칙으로 명확히 할 필요가 있다는 논의가 있어 왔다. 대법원은 이러한 논의를 반영하여, 1994년 비례원칙은 행정청의 권한 행사를 지도하고 제한하는 원리라고 선언함으로써 행정법 영역에서 비례원칙을 명시적으로 천명하였다.³¹⁾

한편, 이스라엘은 단일한 헌법이 아니라 개별 기본법에서 국가의 구조와 기본권 등 헌법적 사항들을 규율한다. 즉, 인간의 존엄성과 자유에 관한 기본법과 직업의 자유에 관한 기본법에서 세부 기본권들을 명시한다.³²⁾ 그리고 각각 제8조³³⁾ 및 제4조³⁴⁾에서 일반적·개별적 법률유보 조항을 둬으로써,

27) R. v. Oakes, 1 S. C. R.(1986) 139.

28) 캐나다의 헌법체계 및 사법심사에 대한 개괄적인 이해를 위해서는, 김선희, 캐나다에서의 헌법적 대화, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 6-26면 참조.

29) Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation, 1 KB 223(1948).

30) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 208.

31) Aharon Barak, 위의 책, p. 209.

32) 인간의 존엄성과 자유에 관한 기본법(1992년 제정): 생명, 신체, 존엄성(제2조, 제4조), 재산권(제3조), 신체의 자유(제5조), 출입국의 자유(제6조), 사생활에 대한 기본권(제7조), 직업의 자유에 관한 기본법(1994년 제정): 직업의 자유(제3조), www.mfa.gov.il.

33) 제8조(기본권의 제한) 본 기본법이 정한 권리는 정당한 목적을 위하여 필요한 한도 내에서 제정된, 이스라엘의 가치에 적합한 법률에 의해서만 제한될 수 있다(Violation of Rights 8 There shall be no violation of rights under this Basic Law except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required. 직업의 자유에 관한 기본법 제4조에서는 이에 이어 or by regulation enacted by virtue of express authorization in such law가 추가되어 있다).

단계화된 비례원칙 중 목적의 정당성과 수단의 필요성의 근거가 되고 있다. 기본법에 반하는 법률의 효력에 관한 명문의 규정은 없으나, 이스라엘 대법원은 기본법에 반하는 여러 법률들을 무효로 선언한 바 있고, 이 과정에서 비례원칙이 활발히 인용되고 있다.³⁵⁾ 비례원칙은 이스라엘 공법 영역에 관한 담론에 있어 가장 주요한 역할을 담당하게 되었다는 평가를 받는다.³⁶⁾

3) 남아프리카 공화국

남아프리카 공화국에서는 임시헌법에 근거하여 설립된 헌법재판소가 1995년 첫 번째 결정인 사형제 위헌결정에서 헌법상 기본권의 제한은 최종적으로 비례원칙에 근거하여 판단하여야 하고, 이 과정에서 관련된 상이한 이익들의 형량이 요구된다고 실시하였다.³⁷⁾ 즉, 이익형량을 함에 있어서는 기본권의 성격, 제한의 정도, 추구되는 목적의 중요성과 그 목적 달성을 위한 수단의 효과성 등을 고려하여야 함을 천명하였다.

이러한 실시는 이후 1996년 최종적으로 채택된 헌법의 제36조 기본권제한의 정당화규정으로 명문화되기에 이르렀다. 위 사형제 위헌 결정에서 시사한 바에 따라, 남아프리카 공화국 헌법 제36조에서 열거한 각 고려요소들³⁸⁾은

www.mfa.gov.il. 이하 외국 법령의 번역은 법제처의 세계법제정보센터에서 제공되는 번역문을 주로 참고하였다.

34) 제4조(직업의 자유의 제한) 직업의 자유는 정당한 목적을 위하여 필요한 한도 내에서 제정된, 이스라엘의 가치에 적합한 법률 또는 그와 같은 법률의 명시적 위임을 받은 규칙에 의해서만 제한될 수 있다.

35) 비례원칙의 헌법상 위상이 인정된 대표적인 선례로, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93(1995). 이 판결에 대하여는 von Johannes Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51(2012), S. 19 참조.

36) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 210 참조.

37) *S v. Makwanyane and Another*(CCT 3/94)(1995) §104.

38) 제36조 권리장전에 포함된 권리는, 그러한 권리의 제한이 다음을 포함한 모든 관련 요소를 고려할 때 인간의 존엄성, 평등 및 자유에 기초한 열린 민주사회에서 적절하고 정당한 범위에서, 일반적으로 적용되는 법률에 의해서만 제한될 수 있다.

a. 권리의 본질

독일이나 캐나다에서와 같이 단계별로 진행되는 비례원칙 심사의 각 요소가 아니라, 전체적으로 함께 고려되는 형량의 요소로 대등하게 규정되어 있다.³⁹⁾

4) 유럽인권재판소

유럽인권재판소의 재판규범인 유럽인권협약에서는 기본권별로 예컨대 ‘민주사회에 필요한 경우’ 기본권을 제한할 수 있다고 하는 등 개별적인 유보조항을 두고 있다.⁴⁰⁾ 유럽인권재판소는 이러한 유보조항을 매개로, 1960년대부터 국가의 개인에 대한 작용은 그 투입된 수단과 추구하고자 하는 목적 사이의 비례관계가 필요하다고 실시하여 왔다.⁴¹⁾ 유럽인권재판소는 단계화된 비례원칙 중 협의의 비례원칙을 가장 자주 원용하는데, 다만 심사강도는 회원국들 고유의 판단여지를 감안하여 정해진다.⁴²⁾

2. 미국

1) 비례원칙과 형량

-
- b. 제한의 목적의 중요성
 - c. 제한의 본질과 범위
 - d. 제한과 목적의 관련성
 - e. 목적을 달성하기 위한 덜 제한적인 수단

³⁹⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 222-223. 다만, 이러한 명문의 규정이나 일부 결정의 실시례와는 달리 남아프리카 공화국 헌법재판소가 실제로는 형량 심사를 자제하는 경향을 보인다는 점에 관하여는 다음 장 이하의 각국의 사례 참조.

⁴⁰⁾ 개별 조항에 대하여는 다음 제2장 목적의 정당성 중 각국의 사례에서 다시 살핀다.

⁴¹⁾ Urteil. von. 23. 7. 1968, Nr. 1474/62, EGMR-E 1, 31. 이 판결에 대하여는 von Johannes Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51(2012), S. 9 참조.

⁴²⁾ von Johannes Saurer, 위의 글, S. 10-11.

단계화된 비례원칙이 확장되는 세계적인 추세와는 달리 이를 적용하고 있지 않은 미국을 예외적인 국가라고 평가하기도 한다.⁴³⁾ 그러나 미국에서도 체포·압수에 관한 수정헌법 제4조⁴⁴⁾나 과도한 형벌금지에 관한 수정헌법 제8조⁴⁵⁾에 관하여는 단계화된 비례원칙보다 광의의 비례관계 또는 비례성의 요청⁴⁶⁾이 적용되었다. 형사절차에 관한 사안에서 명시적으로 ‘proportionality’라고 실시하는 판례들이 이를 뒷받침한다.⁴⁷⁾ 또한 형사 영역 뿐 아니라 징벌적 배상에 관한 적법절차조항, 수용조항에 관하여도 proportionality가 원용된다.⁴⁸⁾

미국에서는 넓은 의미의 비례관계를 의미하는 proportionality 개념 또는 심사기준보다 일반적인 방법론으로 형량⁴⁹⁾도 함께 사용된다. 이는 관련 이익들 사이의 경중을 비교한다는 의미로서, 사법(私法) 영역에서 제반 사정들을 모두 고려할 때,⁵⁰⁾ 또는 공법 영역에서 수단으로 달성하려는 공익과 그로 인하여 제한되는 사익 사이의 경중을 비교할 때 모두 원용된다.⁵¹⁾ 미국의 balancing을 단계화된 비례원칙을 모두 포괄하는 의미로 볼 수 있다는 입론

43) 대표적으로, Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013, p. 13.

44) 비합리적(unreasonable) 수색·압수를 받지 아니할 권리.

45) 과도한(excessive) 보석보증금, 벌금 및 잔혹하고 특이한(cruel and unusual) 형벌을 부과여서는 아니 된다.

46) 이하 ‘proportionality’라 한다.

47) “justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to offence” *Weems v. United States*, 217, U.S. 349, 367(1910); “The concept of proportionality is central to the Eight Amendment” *Graham v. Florida*, 560, U.S. 48, 59(2010),

48) Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, *Yale Law Journal* 124(2015), p. 3098; 미국의 형사절차와 비례원칙에 관하여 E. Thomas Sullivan / Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Constrolling Excessive Government Actions*, 2009, p. 95-114 및 실체적 처벌에 있어서 비례원칙에 관하여 이 책 p. 129-168 참조.

49) 이하 ‘balancing’이라 한다.

50) Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, 위의 책, p. 33- 37.

51) Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013, p. 37-43. 이 책에 의하면, 공법 영역에서 형량이 문제된 대표적인 두 영역이 경제적 규율에 대한 심사와 표현의 자유의 제한에 대한 심사라고 한다.

도 있으나,⁵²⁾ balancing은 그 의미상 단계화된 비례원칙의 마지막 단계인 협의의 비례원칙 또는 형량 심사에 대응되는 것으로 볼 것이다.

2) 심사기준과 단계화된 비례원칙의 관계

근래 미국 연방대법원은 심사의 기준과 강도에 관하여 ‘단계별 심사방식’(tiered scrutiny)을 사용한다. 즉, 중요하고 급박한 국가의 이익을 위하여 세밀하게 재단된 수단을 사용하였는지를 심사하는 엄격한 심사(strict scrutiny), 중요한 국가이익을 위하여 실질적으로 관련된 수단을 사용하였는지 검토하는 중간강도의 심사(intermediate scrutiny), 정당한 이익을 위하여

⁵²⁾ Moshe Cohen-Eliya / Iddo Porat, 위의 책, p. 18. 이 책에서는 독일의 단계화된 비례원칙과 미국의 형량이 의미상으로 동일하거나 유사하기는 하지만, 그 역사적·문화적·사회정치적 배경에 있어서는 차이가 있다고 하면서, 전자는 정당화의 문화(culture of justification)를 실현시키는 도구인 반면, 후자는 법문의 해석을 통한 권위의 문화(culture of authority)가 주를 이루는 미국에서 전자에 비해서는 비중이 낮다는 취지로 주장한다. 이 책에서 소개하는 독일과 미국의 역사적·문화적·사회정치적 배경 차이를 개관하면 다음과 같다. 우선 독일에서는 전체주의국가와 세계대전을 경험한 후 실질적 법치주의에 근거하여 사법부가 기본권을 보호하여야 할 책무가 강조되었고, 그에 따라 사법부가 형량을 통해 국가 전체적인 선(善)을 달성할 수 있다는 믿음을 바탕으로 비례원칙이 발전할 수 있었다고 평가된다. 반면, 미국은 강력한 민주주의를 배경에 둔 의회가 우위에 있고, 기관 간의 믿음보다는 합리적 견제를 우선하기에 사회전체의 통합을 의미하는 가치의 형량보다는 헌법이 정한 기본권의 영역을 해석을 통해 확정해 낸 후 이를 적용하는 과정에 중심이 있어 왔다고 한다. 또한 독일에서는 성문의 기본법이 제정되기 전 행정법이 먼저 존재하였고, 행정법 사안에서는 국가작용이 제한하는 개인의 권리영역을 해석하여 확정하는 것보다 일응 개인에게 불이익한 국가작용이 과연 정당화될 수 있겠는가의 문제가 주된 쟁점이었던 반면, 미국에서는 다양하고 폭넓은 의견수렴절차를 민주적으로 제정된 헌법이 일찍이 존재해 왔기에 법원으로서의 헌법제정자들의 의사를 해석하여 기본권의 범위를 확정하는 것이 주요 과제가 되었다는 것이다. 이 부분에 관한 이들의 최근 연구로, The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism, in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, 2017, p. 103-129. 한편, 위와 같은 이분법적 분석에 대한 정확한 반론으로, Adam Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, *Israel Review of Legal Studies* 10(2014), p. 137-158 참조. 독일과 미국의 형량을 비교한 국내 선행연구로 이종근, *미연방헌법과 비례의 원칙 - 독일 헌법상의 비례원칙의 도입논의를 중심으로*, *헌법학연구*, 16권 2호, 2010, 485-520면 참조.

합리적으로 연결된 수단을 사용한 것인지를 보는 합리성기준(rationality standard)의 세 가지가 그것이다. 이 중 엄격한 심사기준은 단계화된 비례원칙과 유사하다고 평가된다.⁵³⁾ 그리고 예컨대, 상업적 표현의 자유에 관한 중간강도의 심사에서는 단계화된 비례원칙에서와 같이 목적달성을 위하여 필요한(necessary) 한도 내의 제한인지 여부를 검토한다고 하는 등⁵⁴⁾ 구조상 유사점을 발견할 수 있다.

미국에서도 독일에서 유래한 단계화된 비례원칙이라는 하나의 심사원리로 포섭되지만 않을 뿐, 개별사안별로 목적과 수단 사이의 관계에 주목하여 심사한다는 것은 이러한 방법론이 보편성을 가진다는 점을 보여준다.⁵⁵⁾ 그렇다면 미국에서의 목적-수단 관계에 대한 심사를 개관하여 비교·대조함으로써, 단계화된 비례원칙 중 목적의 정당성, 수단의 적합성과 필요성 심사의 의미를 명확히 하는 소재로 삼을 수 있을 것이다. 물론 미국에서는 시기별로 영역별로 또는 행정작용의 주체별⁵⁶⁾로, 작용에 대한 심사 원리나 방법에 차이를 보인다. 나아가 보다 면밀하게는 이러한 측면들에 따라 심사기준에 대하여도 세분하여 고찰할 필요가 있다. 더욱이 미국의 사법심사 기준에 관하여는 사안별로 일관되게 작동하지는 않는다는 평가도 있다.⁵⁷⁾ 본고에서는 이러한 점을 염두에 두되, 일응 자유·권리를 제한하는 작용에 대한 심사로 제한하여 살펴본다.

⁵³⁾ Richard H. Jr. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, UCLA Law Review 54(2007), p. 1295 참조. 그 밖에 합리성 심사가 단계화된 비례원칙 중 적합성 심사에 대응한다는 평가로, E. Thomas Sullivan / Richard S. Frase, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, 2009, p. 62 참조.

⁵⁴⁾ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968). 이 판결에 대하여는 E. Thomas Sullivan / Richard S. Frase, 위의 책, p. 59 참조.

⁵⁵⁾ David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, 2005, p. 162; E. Thomas Sullivan / Richard S. Frase, 위의 책, p. 57 참조.

⁵⁶⁾ 예컨대, 미국의 독립행정청의 심사에 대하여는 광범위한 자유여지를 부여하여야 할 필요성이 인정된다고 한다. 유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도에 관한 연구, 서울대학교, 2019 참조. 그러나 이러한 행정주체의 작용이라 하더라도 침익적·제재적 작용에 대하여는 강한 심사가 필요하고 요구된다는 점은 공통된다. 이 책 247면 참조.

⁵⁷⁾ Richard H. Jr. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, UCLA Law Review 54(2007), p. 1271.

III. 영역별 적용 양상

1. 영역의 확대

행정법 분야에서 시작된 비례원칙은 이후 형법과 노동법 영역에서도 원용되면서, 초기에는 여러 법영역에서 혼재된 채 논의되었다. 이 때 - 보안처분 등 일부 예를 제외하고는 - ‘목적’ 자체에 대한 정당성은 비중 있게 다루지 않은 채, 장래를 향해 달성하고자 하는 목적은 더 이상 비례원칙의 필수적인 요소가 아니라고 평가되기도 하였다.⁵⁸⁾ 다른 한편, 독일 연방헌법재판소의 결정례에서도, 사인 간의 기본권충돌의 문제를 이익형량으로 해결한 사안이 비례원칙의 대표적인 단초로 평가되기도 한다.⁵⁹⁾ 또한 형법 영역에서 위반의 정도에 비추어 과도한 수사라거나,⁶⁰⁾ 녹음테이프를 증거로 제출하는 것이 범죄의 중대성에 비추어 사생활을 지나치게 침해하는 것이라는 이유로 위헌을 선언한 사안이 형량의 결과라고 하기도 하였다.⁶¹⁾ 이에 더 나아가 사법(私法)에서도 비례원칙의 원용에 관하여 활발히 논의되고 있다. 다음 제 2절에서는 이와 같이 다양한 영역에서 다루어지는 비례원칙이 공법상 비례원칙과 구별되는 부분에 관하여 검토한다.⁶²⁾

2. 우리 헌법재판의 적용 양상

비례원칙은 경찰행정작용으로 인한 과도한 사익의 제한으로부터 개인을

58) Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 50.

59) BVerfGE 7, 198, 215-219: 표현의 자유와 명예 사이의 충돌.

60) BVerfGE 17, 108, 118-120.

61) BVerfGE 34, 238, 251.

62) 이러한 영역에서 실시하는 이익형량은 국가권력기관 상호간 정당성의 문제를 야기하지 않기 때문에, 법원의 지위가 상대적으로 안정되고 강할수록 형량을 더 자주 원용한다고 하는 분석(Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 95)은 유효하지 않다고 생각된다. 이에 관한 상세는 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 부분 참조.

보호하기 위한 도구로 발전하였다. 우리 법원 역시 징계처분과 같은 침익적 처분, 행정계획과 같이 자유나 권리가 제한되는 영역에서부터 비례원칙을 원용하기 시작하였다. 헌법재판소도 자유권적 기본권을 제한하는 수단에 대한 심사원리로서 비례원칙을 주로 원용하고 있으며,⁶³⁾ 이 경우 비례원칙의 각 심사단계별로 구분하여 심사가 이루어지는 것은 잘 알려진 바와 같다.

그런데 헌법재판소는 여기서 더 나아가 자유권적 기본권 외의 영역으로서 법률에 의하여 그 내용이 정하여지는 기본권, 예컨대 참정권, 청구권, 사회적 기본권에도 비례원칙을 적용하는 경우가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 비례원칙은 기본적으로 국가권력에 의하여 자유가 제한되는 경우, 불이익한 처분을 받은 경우에 그러한 수단을 심사하는 원리이자 기준이다. 이러한 점에서 법률에 의하여 비로소 그 내용이 형성되는 영역에까지 단계화된 비례원칙을 그대로 적용하게 되면, 그 본래적 의의대로 기능하지 못하게 될 우려가 있다.⁶⁵⁾ 이러한 우려는 자유권 이외의 영역에서 비례원칙 심사의 변형이라 할 수 있는 이른바 ‘완화된 과잉금지 심사’⁶⁶⁾에서 현실화되기도 하였다.

아직 헌법재판에서 자유권적 기본권이 아닌 영역에 대한 비례원칙의 적용에 관한 논의나 실무례가 정리되지 아니하였다고 평가할 수 있다. 즉, 헌법상 단계화된 비례원칙에 관하여는, 이를 적용할 기본권의 범위, 적용을 하는 경우 단계화된 비례원칙의 각 심사단계 전부 또는 일부를 원용하여 심사할

63) 사법서사법 시행규칙이 직업의 자유를 침해하는지 여부에 관한 헌법재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1 결정.

64) 이러한 영역에서 헌법재판소 판례는 입법형성권을 넓게 인정하면서 그 한계 준수 여부를 심사하는 경우와 비례원칙 준수 여부를 심사하는 경우로 양분되어 있다는 평가로, 김하열, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제 67호, 2012, 36면 참조.

65) 자유권적 기본권과 그 외 형성적 기본권에 비례원칙을 동일하게 적용하는 것에 관한 비판적 입장으로, 김하열, 위의 글, 58-59면; 문재완, 비례원칙의 과도한 팽창, 세계헌법연구 제24권 제3호, 2018, 33-35면(이 글 37-42면에서는 기본권 제한 사안 외에 탄핵이나 정당 해산에까지 비례원칙이 원용되는 현황에 대하여 비판적으로 평가한다); 한수웅, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2008, 386-388면 등 참조.

66) 헌법재판소 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정; 헌법재판소 2010. 10. 28. 2008헌마514 결정 등. 완화된 과잉금지에 관하여는 아래 제3장 제3절 수단의 필요성 부분 참조.

것인지, 그 경우 원래의 의미대로 원용할 것인지 여부 등을 해명할 필요가 있다. 이러한 과제의 해결을 위해서도 우선, 단계화된 비례원칙의 각 심사단계들이 가지는 의미와 범위를 명확히 할 필요가 있다.

제2절 단계화된 비례원칙의 의미

I. 형량·협의를 비례원칙·비례성 요청

단계화된 비례원칙 중 목적 자체 및 목적과 수단 사이의 인과관계나 수단의 목적달성 정도·자유제한의 정도를 심사하는 앞선 세 단계는 그 의미와 유효범위가 명확하다. 반면, 마지막 심사단계인 협의의 비례원칙은 ‘형량’이나 ‘비례성’, ‘비례관계’ 등 다른 용어들과 혼용되는 경우가 있다. 우선 협의의 비례원칙은 일반적으로, 목적이 추구하는 공익과 수단으로 제한되는 사익을 서로 비교 교량하여, 수단으로 인한 불이익이 달성하고자 하는 목적보다 우월한 경우에는 당해 수단을 채택하여서는 안 된다는 형식적 요청이라고 이해된다.⁶⁷⁾ 이러한 의미의 협의의 비례원칙은, 독일 연방헌법재판소에서 실시한 국가작용 전반에 적용되는 지도원리로서의 비례원칙,⁶⁸⁾ 사법(私法)상 이익을 조율하는 경우에 적용되는 형량, 우리 행정판결례에서 원용하는 비례원칙 및 형량명령, 그리고 우리 헌법재판소에서 실시하는 책임과 형벌의 비례성 등과 종종 혼용된다. 이처럼 유사한 평면에서 혼재되어 있는 개념들을 분명히 설명하는 것은 공법상 비례원칙의 연구범위를 확정하는 데 필요한 전제 과제라 할 수 있다.⁶⁹⁾ 본 절에서는 이와 같이 혼재되어 있는 개념들의 유효범위를 명확히 하고자 한다.

우선, 가장 넓은 의미의 일반적 법방법론인 ‘형량’은 세부적으로, 삼단논법

67) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 77. 실체적인 내용에 관하여 직접 요구하는 것이 아니라 비례관계를 지켜야 한다는 판단의 틀만을 제공한다는 의미이다. 이러한 점에서, 수단으로 하여금 ‘목적달성을 가능하게 할 것’, ‘목적달성을 위하여 덜 침해적일 것’을 실체적으로 요청하는 적합성, 필요성 단계와 대조된다.

68) BVerfGE 38, 348, 368.

69) 미국의 사법, 공법, 형법 영역에서 ‘비례원칙’으로 포함시킬 수 있는 심사기준들을 전반적으로 소개한 E. Thomas Sullivan / Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, 2009 및 비례원칙이라는 보편적 성격의 심사기준을 영역별로 명확히 할 필요가 있다는 지적으로, 이 책 p. 171 참조.

의 대전제의 의미를 확정하고 포섭하는 과정에서 이용되는 해석·적용상의
형량과 포섭과정 완료 후 추가적으로 개별 사안에 원용되는 법의 일반원리
로서의 형량으로 준별됨을 설명한다. 이를 전제로 후자, 즉 법의 일반원리
로서의 형량의 경우, 각 법 영역별로, 그리고 분쟁의 대상별로 형량의 고려요
소가 되는 대상이 상이하므로, 이를 다시 세분화하는 과정을 거쳐 공법상 비
례원칙의 영역을 명확히 하고자 한다.

1. 형량의 의미 구분

삼단논법에 따른 포섭을 통해 법적 결론을 도출하는 과정에서 법적 판단
의 대전제가 되는 성문의 법원(法源)은 그 자체로 의미가 일의적인 경우는
예외적이다. 통상적으로는 추상적·개방적으로 규율된 법문의 의미를 명확히
하기 위해 해석의 절차가 요구되는 것이다. 즉, 객관적·주관적 목적론적 해
석을 통해 법문을 해석해 내고 헌법이 정한 기본권의 내용과 보호영역을 해
석할 필요가 있다. 그와 같이 해석을 거친 후 구체적인 사안에 적용하는 삼
단논법에 의한 포섭과정에서 형량이 이용될 수 있다.⁷⁰⁾

이러한 해석·적용과정에서의 형량⁷¹⁾을 통해서는 대전제인 법령의 의미가
일반적·추상적으로 확정되고, 그에 따라 포섭의 과정이 남을 뿐이다. 이러
한 형량의 예로 들 수 있는 것이 조세 미납자에 대한 출국금지처분의 요건
에 관한 사안이다. 출입국관리법령에서는 일정 금액 이상의 조세를 정당한
사유 없이 기한까지 내지 않은 사람에 대하여 기간을 정하여 출국을 금지할

⁷⁰⁾ Ekkehard Hofmann, Abwägung im Recht: Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht, 2007, S. 114.

⁷¹⁾ 이는 해석상의 형량(interpretative·definitional balancing) 또는 범주적 형량(categorical balancing)으로 불리기도 한다. Vicki C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality, Yale Law Journal 124(2015), p. 3167 참조. 이와 관련하여, 해석·적용상의 형량을 통해 자유·권리의 내용을 확정하는 과정을 ‘외재적 모델’(external model), 비례원칙을 원용하여 개별 사안에서 자유·권리에 대한 제한이 위헌인지 여부를 판단하는 모델을 ‘내재적 모델’(internal model)이라는 용어로써 구분하는 입장으로, Aharon Barak, A Research Agenda for the Future, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 324-329 참조.

수 있도록 정하고 있다. 법원은 헌법상 거주·이전의 자유에 비추어 위 조항을 해석하여야 한다고 전제하면서, 재산을 해외로 도피할 우려가 있는지 여부도 출국금지처분의 요건이 되어야 한다는 취지로 판시하였다.⁷²⁾ 즉, 기본권 보장의 측면에서 출국금지처분의 요건을 제한적으로 해석하는 과정에서 형량을 통해 요건을 추가한 것이다. 이렇게 되면, 앞으로 행정청이 이 법령에 근거한 출국금지처분을 함에 있어서는 법문에 명시되지 않는 않으나, 해석상 요구되는 요건인 재산의 해외도피우려 여부를 고려할 것이 요구된다.

다른 한편, 법의 일반원리로서의 형량이란 포섭을 마친 다음 별도의 대전제에 작동하는 것이다. 위의 사안에서 출국금지처분의 요건에 일반적으로 재산의 해외도피우려가 추가되는 것으로 해석하지 아니하고, 수범자가 재산을 해외에 도피할 우려가 있는지 여부를 재량권 일탈·남용 심사의 추가적인 한 요소로 고려하는 경우가 이러한 형량에 해당한다. 즉, 명시적인 법문의 요건만을 충족하면 포섭은 완성되고, 나아가 일반원리로서의 형량이 원용되는 것이다.

해석·적용상의 형량과정에서는 구체적·개별적 사안의 특성, 사안에 고유한 사실관계나 이익상황이 고려되지 않는다. 반면, 법의 일반원리로서 기능하는 개별 사안에서의 형량 역시 위와 같이 확정된 대전제에 영향을 미치는 것은 아니다.⁷³⁾ 두 종류의 형량은 이러한 점에서 본질적인 차이가 있고, 서로 명확히 구분된다.⁷⁴⁾

해석·적용상의 형량을 통해 대전제의 의미를 확정하여 포섭하는 방법, 나아가 포섭에서 사안의 판단을 완결하고 개별 사안에서의 형량을 허용하지 아니하는 방법을 범주적 방법론(categorical approach)이라고 한다. 이러한 방법론에 관하여는, 이를 통해 생성된 대전제 역시 묵시적 형량의 결과일 뿐이라거나,⁷⁵⁾ 개별 사안의 형량을 허용하지 않음으로써 복잡다단한 개별·구체

72) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012두18363 판결.

73) Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 184 참조.

74) Frederick Schauer, Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, Law & Ethics of Human Rights 4(2010), p. 43 참조.

75) Joseph Blocher, Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis,

적 사안들에 유연하게 대처하기 어렵다는 비판이 제기되기도 한다.⁷⁶⁾ 그러나 해석상의 형량과 법의 일반원리로서의 형량은 합리적으로 이유제시가 가능한 결론을 도출해 내기 위해 각 법원들이 역사적·문화적 배경에 따라 선택한 두 종류의 방법론일 뿐, 어느 한쪽이 우월한 방법론이라고 보기는 어렵고, 오히려 상호 보완적으로 함께 작용하는 것도 가능하다.⁷⁷⁾

2. 법의 일반원리로서의 형량

법의 일반원리로서의 형량을 다시 형량의 대상이 되는 각 고려요소들의 성격에 따라 구분하면, 개별 범영역 또는 분쟁의 종류별로 서로 다른 성격의 형량개념이 귀속됨을 알 수 있다.⁷⁸⁾ 즉 사법(私法) 영역에서 통상 이루어지는 형량의 경우 형량의 대상이 되는 이익들이 서로 동등한 위치에서 고려된다.⁷⁹⁾ 이를 일용 제반사정들을 두루 고려하여 이루어지는(all-things-consider-

New York University Law Review 84(2009), p. 431; Matthias Klatt / Moritz Meister, Verhältnismäßigkeit als universelle Verfassungsprinzip, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, S. 88-89. 참조.

76) 범주적으로 심사기준을 고정한 경우에 관한 비판으로, Jud Mathews / Alec Stone Sweet, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, Emory Law Journal 60(2011), p. 846-847 참조.

77) Mark Tushnet, Making Easy Cases Harder, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 321 참조.

78) 이하의 형량에 관한 유형화는, ① 제반사정을 고려하여 개별 사안에 따라 내리는 가치의 경중에 관한 판단(all-things-considered case-specific balancing), ② 범주적 형량(categorical balancing), ③ 협의의 비례원칙(proportionality as such / strictu sensu)으로서의 형량의 세 유형으로 구분한 Mark Tushnet, 위의 글, p. 304에서 일용 도움을 받았다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이, ② 해석상의 형량은 삼단논법에서 일반·추상적인 대전제의 의미를 확정하고 포섭하는 과정에서 이루어지는 것으로서, 이러한 포섭과정을 완료한 후 개별 사안에서 제반 이익들을 구체적으로 고려하는 과정인 ①, ③의 각 형량과는 이질적인 것이라 할 것이다. 이러한 점과 Stephen Gardbaum, Positive and Horizontal Rights, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 227-228에서의 구분을 함께 반영하여 유형화하였다.

79) Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, University of Toronto Law Journal 57(2007), p. 392-393. 이 글에서는 동등한 당사자들 간 이익을 조율한 사법(私法) 규정에 대한 독일 연방헌법재판소의 심사는 수단의 적합

ed) 형량이라고 명명할 수 있다.⁸⁰⁾

이와 구분되는 형량으로서, 고려요소들이 상대적인 비교대상임을 전제로 하는 경우를 들 수 있다.⁸¹⁾ 공법 영역에서 목적과 수단이 비교되고, 형법 영역에서 책임과 형벌이 비교되는 경우는 앞서 본 제반사정들 각각의 중요도를 두루 고려하는 경우와 분명 구분된다. 이처럼 ‘비교개념’이 전제된 형량 중에서, 그 비교개념에 장래를 향하여 달성하고자 하는 ‘목적’이 포함되는 경우는 바로 우리가 고찰하고자 하는 공법상 비례원칙 중 협의의 비례원칙에 해당한다. 당해 작용으로 달성하고자 하는 장래의 목적인 공익의 중요성에 비추어, 당해 작용으로 인하여 개인의 이익이 제한되는 정도가 정당화될 수 있는지를 비교하기 때문이다.

이와 달리 장래를 향하여 달성하고자 하는 목적 개념이 제거된 요소들 사이의 비교도 가능하다. 과거에 이루어진 위반행위나 책임에 상응하여 징계 또는 형벌의 경중을 비교하는 경우가 이에 해당한다. 하나의 작용은 물론 언제나 달성하고자 하는 다수의 목적이 있기는 하다. 다만, 형벌이나 징계에서 양정을 함에 있어서 주된 고려요소는 일반예방·특별예방이라는 장래를 향한 목적보다는 위반행위에 비교한 형벌의 양정이라 할 것이다. 이러한 특징을 점에서 목적 개념을 제거한 비교로서의 형량을 하나의 범주로 구성할 수 있을 것이다. 행정법에서 출발한 비례원칙, 특히 협의의 비례원칙에서 목적·수단 관계를 비교하는 요소가 제거됨으로써 형법을 비롯한 여러 영역으로 확대·적용되기에 이르렀다고 평가되는 점⁸²⁾을 고려하면, 이러한 구분을 통해 혼재되어 있는 형량·협의의 비례원칙을 각 법 영역별로 귀속시키게 된다는 데에서 구분의 실익을 찾을 수 있다. 그렇다면, 이하에서는 ‘장래를 향하여 달성하고자 하는 목적과 수단 사이를 비교하는 형량’이라는 의미로서의

성·필요성 심사가 아닌 마지막 형량에 대한 심사에서 이루어진다고 한다.

⁸⁰⁾ Kai Möller, Proportionality: Challenging the Critics, *The Modern Law Review*(2012), p. 722에 나타난 “balancing all the relevant considerations”도 참조. 이를 ‘형량 제1유형’이라 한다.

⁸¹⁾ Stephen Gardbaum, Positive and Horizontal Rights, in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, 2017, p. 227-228 참조. 이를 ‘형량 제2유형’이라 한다.

⁸²⁾ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 45-50 참조.

협의를 비례원칙과 ‘목적 이외의 요소와 수단 사이를 비교하는 형량’이라는 의미로서의 비례성 요청을 구분하여 검토하기로 한다.

1) 제반사정을 두루 고려하는 형량

앞서 본 바와 같이, 사법(私法) 영역에서는 ‘장래를 향하여 달성하고자 하는 목적’과 ‘목적으로 인하여 제한되는 사익’을 추출한 후 그 경중을 비교한다는 의미로서의 비례원칙 요소가 결여되어 있고, 대립되는 동등한 사익들 사이의 충돌을 해결하는 것이 주된 과제이다. 이 때 원용되는 것은 제반사정을 고려한 가치의 경중 판단으로서의 형량(all-things-considered balancing⁸³⁾)이다. 이 과정에서는 공익-사익, 형벌-책임과 같이 비례성을 유지하여야 할 비교대상이나 비교요소 없이, 동등하게 간주되는 이익들 사이의 경중을 판단한다.⁸⁴⁾

독일에서는 공권인 기본권들 사이의 충돌을 해결하는 심사기준으로도 비례원칙이 원용되는데, 이때의 비례원칙도 이 유형의 형량개념에 속한다고 할 수 있다. 독일 연방헌법재판소가 비례원칙을 원용한 대표적인 사안인 뤼스(Lüth) 결정⁸⁵⁾ 및 레바흐(Lebach) 결정⁸⁶⁾ 모두 표현의 자유와 명예⁸⁷⁾ 사이의 충돌이 문제되었고, 그 해결을 위하여 비례원칙이 원용되었다.⁸⁸⁾ 이 때 제반

⁸³⁾ Mark Tushnet, Making Easy Cases Harder, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 304.

⁸⁴⁾ Stephen Gardbaum, Positive and Horizontal Rights, in Proportionality: New Frontiers, New Challenges, 2017, p. 228 참조.

⁸⁵⁾ BVerfGE 7, 198. 다만, 위 사안은 유대인의 명예를 훼손할 우려가 있다는 이유로 영화의 관람을 거부할 것을 호소하는 것에 대하여 영화사 측에서 민사법원에 중지를 청구하였고, 중지를 인용한 민사판결에 관한 헌법소원 사건으로서, 판결이라는 국가작용이 개입되었다는 점에 차이가 있기는 하다. 그러나 그 취지는 법원으로서도 기본권의 방사적 효력을 고려하여야 한다는 것으로서, 국가에 대한 방어권적 권리로서의 기본권 보호를 요구하는 측면보다는 동등한 개인 사이의 기본권의 충돌 사안으로 볼 수 있다.

⁸⁶⁾ BVerfGE 35, 202.

⁸⁷⁾ 뤼스 결정은 유대인의 명예가, 레바흐 결정은 범죄자의 명예가 문제되었다.

⁸⁸⁾ “법원이 사법(私法)상 규정들이 충돌하는 경우에 판단함에 있어서 비례원칙을 준수하여야 한다.”

사정을 고려한 판단으로서의 형량 제1유형이 작동한 경우라 할 것이다.

이러한 형량 제1유형도 다시, 사법부가 직접 실체적으로 형량을 행하는 경우와 절차적으로 정당한 형량과정을 거쳤는지 여부만을 심사하는 경우를 나눌 수 있다. 사법(私法) 영역은 실체적 형량이 이루어지는 대표적인 경우이다. 반면, 계획행정 등 실체적 부분에 대한 사법부의 판단이 적절하거나 가능하지 않은 고도의 전문화된 영역에서는, 형량 요소를 빠짐없이 고려할 것을 요청하는 의미의 ‘절차적 형량’⁸⁹⁾ 또는 ‘형량명령’이라는 이질적인 원리가 원용된다.

2) 협의의 비례원칙 · 비례성 요청(형량 제2유형)

상호 비교관계를 전제로 하는 형량 제2유형은 다시, 장래를 향하여 달성하고자 하는 목적과 수단 사이의 비례관계를 비교대상으로 하는 경우와, 장래를 향한 목적의 요소가 탈락된 두 요소 사이의 관계를 비교대상으로 하는 경우로 나누어진다. 목적-수단 관계를 전제로 하는 전자의 형량을 본래적 의미의 ‘협의의 비례원칙’이라 하고, 목적-수단 관계가 전제되지 않은 후자의 형량을 ‘비례성 요청’으로 구분할 수 있다. 이는 형벌규정에 관한 위헌성을 심사하는 경우 헌법재판소가 책임과 형벌 사이의 비례성을 유지하는지를 살피는 것⁹⁰⁾에서 차용한 것이다.⁹¹⁾

⁸⁹⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 8; 강현호, 계획적 형성의 자유의 통제 수단으로서의 형량명령, 토지공법연구 66집, 2014, 203-226면, 216면 참조. 이 글에서는 ‘형량명령은 비례의 원칙과는 달리 과정에 대한 고찰을 중요시 여긴다. 형량명령은 이차원적인 비례의 원칙과는 달리 삼차원 내지 다차원적인 측면들을 지니고 있다’고 한다. 다만 위 글에서는 ‘비례의 원칙에서는 주어진 행정결정이 어떤 효과를 가져오는가에 초점이 맞추어져 있다면, 형량명령에서는 필수적으로 계획적 작용으로 표출되지 아니한 대안의 고려가 요청된다’고 하고 있으나, 아래 제3장 중 필요성 심사에서 보듯이 비례원칙에서도 대안에 대한 고려가 필요하다.

⁹⁰⁾ 헌법재판소는 상당기간 ‘비례성’이라는 용어를 기본권제한의 비례원칙과 같거나 유사한 의미로 사용해 온 것[예컨대, “해당 규정으로 인하여 헌법상 보장된 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하는 결과가 되면 그 법률의 제정을 함에 있어서는 그 제정의 필요성이 인정된다고 하더라도 헌법상 보장하고 있는 다른 기본권과 충돌할 때에는 그 제한의 비

한편, 목적개념을 전제로 하는 협의의 비례원칙은 행정법 외에 범죄협의를

례성 위반 내지 등 권익의 본질적 내용을 침해하는 것이 아닌가를 검토하여야 한다.”(헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정 등)과 별개로, 형사 영역에 있어서는 “법정형벌은 행위의 무거움과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 한다.”고 실시함으로써(예컨대, 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정 등), 상대적으로 초기 단계부터 ‘비례성’이라는 용어를 사용하여 실시해 왔다. 이와 관련한 최근의 실시는 주로 다음과 같이 전개된다. “법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만 이러한 입법제량은 무제한한 것이 될 수는 없는데, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.”(헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌가5 결정 등) 다만, 이러한 실시와 다시 비교하여야 할 것으로, 다음 참조. “어느 범죄에 대한 ① ㉠ 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 ㉡ 현저히 형벌 체계상의 균형을 잃고 있다거나, ② 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다.”(헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌바29 결정; 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정 등. 번호는 필자가 부여함. 이하 같음). 위 ①의 ㉠은 수범자의 죄질과 책임을 비교한다는 점에서 비례성의 요청인데, 이를 ①의 ㉡ ‘형벌 체계상의 균형’이라는 일반적 체계정당성의 문제와 결부시키고 있다. 그리고 ② 실시를 통해 형벌이 장래를 향하여 갖는 목적에 비추어 과도한 범위 내인지도 검토한다는 점을 명시한 데 의의가 있다. 다만, 이와 같은 헌법재판소의 비례성 논증에 관하여, 당해 처벌조항이 보호하는 법익을 동일하게 실현할 수 있으면서도 더 완화된 형벌이 있는가 여부인 필요성 심사를 생략한 채 성급히 결론을 내리고, 형량원리 충족 여부에 있어서도 논증이 부족하다는 비판으로, 김재윤, 범죄와 형벌의 비례성에 관한 고찰 - 헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 93헌바60 결정, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007, 392-410면, 406면 이하 참조.

- 91) 형사 실체법 영역 중 수범자가 행한 피난행위나 방어행위 등이 위법성을 조각하는 정당한 것으로 판단할 것인지와 관련하여서는 목적-수단 관계가 전제되므로, 단계화된 비례원칙에 유사한 심사가 이루어지기도 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등. “정당행위라고 하기 위해서는 행위의 동기와 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익의 균형성, 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성을 갖추었는가를 합목적적이고 합리적으로 판단하여 결정해야 한다.”). 또한 형사 절차법 영역 중 예컨대 강제수사 등의 경우 증거나 혐의자 신변의 확보 등 형사절차상 목적을 달성하기 위하여 취해지는 수단이라는 구조로 구성된다. 따라서 이 경우는 달성하고자 하는 목적에다가 범죄 혐의의 중대성 또는 소명의 정도 등 추가적인 요소가 수단과 사이에 비례관계에 있는지 살피는 경우가 있을 것이므로, 본래적 의미의 단계화된 비례원칙이 적용될 여지가 있다. 이에 관하여 이용식, 형법에 있어서의 이익형량, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 2007, 23면 참조.

밝히기 위한 강제수사, 추가적인 범행방지 등을 목적으로 하는 보안처분 등 형사법 영역에서도 주된 심사원리가 될 수는 있다. 그러나 이처럼 수단으로써 달성하려는 목적이 공익적인 경우에만 한정되어 적용되지는 않는다. 예컨대, 단체법적 관계를 규율하는 노동법의 경우, 쟁의행위로서 달성하고자 하는 근로자의 사적 이익으로서의 목적과 그로 인하여 제한되는 사업주의 이익 사이를 비교하는 데에도 이러한 의미에서의 협의의 비례원칙이 원용될 수 있다.⁹²⁾

3) 정리

이상의 구분을 통해 공법상 비례원칙의 개념요소를 분석하고, 그 범위를 확정하였다. 이를 표로 정리해 보면 일응 아래와 같다. 이 중 행정법 영역의 침익적 작용이 본고에서 검토하는 공법상 비례원칙의 주된 적용영역이다. 침익적 작용 중에서도 공익 목적이 주된 전제가 되는지 여부에 따라 단계화된 비례원칙 또는 비례성 요청이 서로 달리 적용된다. 아래 표에 관하여 이하의 해당 부분에서 차례로 설명한다. 이와 같은 정리를 통해 향후 공법상의 비례원칙이 다른 법영역에서 형량이나 비례성 요청의 검토를 통해 사안을 해결하는 데 준용되는 단초가 되기를 기대한다.

⁹²⁾ 아래 Ⅱ. 2. 사법상 비례원칙 참조.

비교요소		법영역									
		공법(행정법·헌법)			형법				민법		노동법
		침익적 작용	기본권 충돌	다면적 이익 충돌	형벌	강제 수사	보안 처분	정당 방위 등	이익 충돌	긴급 피난 등	
목적	공익 사익	○, △ ⁹³⁾	△	○	△	○	○		○	○	○
수단	공권력 (일방적, 수직적)	○	△	○	○	○	○				
	수평적		○					○	○	○	○
용어	단계화된 비례원칙 비례성 요청	형량	형량, 형량 명령	비례성 요청	단계화된 비례 원칙	단계화된 비례 원칙	단계화된 비례 원칙	형량	단계화된 비례 원칙	단계화된 비례 원칙	
형량유형 ⁹⁴⁾		2	1	1	2	2	2	2	1	2	2

II. 적용범위의 확정

이상에서 서로 혼용되고 있는 형량·협의를 비례원칙·비례성요청의 의미와 적용영역을 구분하였다. 이제는 이러한 검토를 바탕으로, 협의의 비례원칙이 포함된 단계화된 비례원칙이 적용되는 법영역별로 정리함으로써, 연구대상인 공법상의 비례원칙의 범위를 최종적으로 명확히 하고자 한다.

1. 공법상 비례원칙

헌법상 기본권이나 조약상 인권을 둘러싼 많은 법적 분쟁들은 성문의 법

93) 공익목적이 전제되지 않거나, 간접적, 부수적으로만 전제된 경우를 의미한다.

94) 형량유형 1은 제반 사정을 고려한 형량, 형량유형 2는 비교개념이 전제된 형량을 의미한다.

원(法源)을 해석하는 것만으로 해결되기 어려운 복잡다단한 양상을 띤다. 또한 행정작용 역시 성문의 법원을 준수한 경우 뿐 아니라 불문의 법원 내지 법의 일반원리가 제시하는 한계 내에 있을 경우에만 적법성이 인정된다.⁹⁵⁾ 이와 같은 경우에 원용되는 것이 법의 일반원리로서의 단계화된 비례원칙이다. 본고에서도 이와 같은 국가작용-수범자라는 구조에서 작동하는 비례원칙에 그 논의를 한정한다. 여기에는 국가가 권력적 고권적 지위에서 작용하는 것이 포함됨은 물론이고, 수범자와 동등한 지위에서 이루어지는 작용에도 경우에 따라서는 적용될 여지가 있다.⁹⁶⁾

다만, 앞서 살핀 바와 같이, 독일의 경우 기본권충돌에도 비례원칙이 원용되고 있고, 이 경우 사법상의 형량이 아닌 단계화된 비례원칙이 적용가능하다는 입론⁹⁷⁾도 제기된다. 독일에서는 권리나 이익의 근거 내지 법적 성격이 기본권으로서 공법적인 것이고, 기본권의 객관적 ‘가치질서’(Wertordnung)로서의 성격, ‘실질적 조화’(praktische Konkordanz)의 원리⁹⁸⁾ 또는 국가(입법부 및 사법부)의 ‘기본권 보호의무’(Grundrechtsschutzpflicht) 등을 매개로 하여 헌법재판소가 개입하면서, 이 경우에 적용되는 비례원칙과 형량과의 관계가 문제된다. 독일에서의 현상에 비추어 보건대, 재판소원이 허용되지는 않지만 일반조항 등을 매개로 기본권의 대사인적 효력이 인정된다고 보는 우리나라에서도 이에 관한 논의가 향후 전개될 필요가 있다.⁹⁹⁾ 이와 함께 민법 등

95) 박정훈, 행정법의 법원, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 136면.

96) 대표적으로 행정계약. 이와 관련하여, 공법적 계약에 해당하는 경우 그 계약관계에 비례원칙 등 공법의 일반원리가 적용되고, 재량통제가 가능하다는 지적으로, 이상덕, 지방계약과 판례법 - 사법상 계약 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으로, 홍익법학 제19권 제4호, 2018, 1-45면, 24면 참조.

97) Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz - stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 159(1999), S. 39 이하. 이에 관하여는 Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 66 참조.

98) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 28, 142. 이에 관하여는 Renata Camilo de Oliveira, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalem Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, 2013, S. 133 참조.

99) 이와 관련한 아래 최근 판례 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결(부당비행정지구

개별 법률 차원의 문제에 헌법 차원의 일반원리가 투입되는 것의 한계에 대하여도 비판적으로 고찰하여야 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 참고로, ‘기본권 충돌사안’은 사법상 이익의 조율에서와 같이 목적-수단 관계를 전제하지 않은 수평적 이익 조율이라는 점에서, 공법상 형량보다는 사법상 형량에 구조적으로 가깝다는 점을 지적한다.

2. 사법상 비례원칙

사법(私法) 영역에서도 형량 제2유형 중 목적-수단 간 비례관계를 요소로 하는 형량이 개입되는 경우가 있다. 민법상 정당방위, 긴급피난(제761조), 노동법상 쟁의행위나 해고의 요건¹⁰¹⁾ 등이 그 예이다. 이러한 법 영역에서, 위

제재심판정취소) 참조.

“헌법상 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인 간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 관련 법규범 또는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.

기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유와 근로자들이 누리는 일반적 행동자유권 등이 ‘근로조건’ 설정을 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 근로조건과 인간의 존엄성 보장 사이의 헌법적 관련성을 염두에 두고 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 기본권들 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 두 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 두 기본권의 침해 여부를 살피면서 근로조건의 최종적인 효력 유무 판단과 관련한 법령 조항을 해석·적용하여야 한다.”

¹⁰⁰⁾ 이에 관한 상세는 아래 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 부분 참조. 한편 사법(私法)영역에서 이에 관한 문제의식을 다룬 선행연구들로는, 방승주, 사법질서에 있어서 기본권의 효력 - 독일의 이론과 판례를 중심으로, 법과 인간의 존엄: 청암 정경식박사 화갑기념논문집, 1997, 266- 289면; 김선택, 사법질서에 있어서 기본권의 효력, 고려법학 제39호, 2002, 153-179면; 박규환, 사법질서와 헌법심사 - 법원재판의 헌법심사에 관한 현실진단과 그 대안 그리고 향후과제들, 공법연구 제38집 제2호, 2009, 321-346면; 은승표, 헌법상 기본권의 방어기능과 사법(민·상법), 토지공법연구 제67집, 2014, 289-313면 등 참조.

¹⁰¹⁾ 이와 관련하여, 근로자의 부당한 해고 등에 관하여는 노동위원회의 구제명령과 재심판정

협이나 손해의 회피라는 목적 또는 노동쟁의·해고로 달성하고자 하는 목적을 위해 필요한 한도 내에서 사용된 수단인가, 수단이 방어하려는 위협 또는 달성하려는 목적과 비례관계에 있는가 – 위협 또는 목적에 비하여 과도하지 않은가 – 를 살핀다는 점에서, 단계화된 비례원칙 중 ‘수단의 필요성’과 ‘협의를 비례원칙’ 단계를 포함하기는 한다.¹⁰²⁾ 이 부분 요건을 충족한 것인지 심사할 때, 아래 필요성 원칙에서 논의하는 바와 같이, 대안과 목적달성 정도를 살피는 방법론을 참조할 여지가 있다.

그러나 사법(私法)관계에서는 본질적으로 국가작용-수법자 간 수직적 관계라는 개념요소가 결여되어 있다. 따라서 다른 국가기관이 국민에 대한 수직적 관계에서 선택한 수단을 법원이 심사하는 데에서 비롯되는 권력분립상의 제반 쟁점들, 예컨대 심사의 가부(可否), 심사의 강도, 사법자제 등의 문제가

을 통해 행정소송으로 다루어지지만, 실체는 근로자와 사용자 사이의 권리분쟁에 대한 결정이라고 전제한 후, 해고 등 불이익처분이 비례의 원칙에 반한다는 판시는 행정법상 일반원리를 사법상 근로관계에 직접 적용하는 것으로서, 이를 구체명령이나 재심판정이 비례원칙에 위배된다는 취지로 선해하더라도 논리적 근거가 없는 문제 있는 판시라는 입장으로, 진창수, 비례원칙의 실무상 적용 및 운용, 대법원 헌법연구회 발제문, 2014, 23-24면(미간행) 참조. 이 글에서는 구체명령의 위법성은 중앙노동위원회가 공익과 사익의 이익형량을 잘못했기 때문에 비롯되는 것이 아니라, 비위행위가 있음에도 없음을 전제로 구체명령을 하거나 비위행위에 대한 징계양정이 적정함에도 과중하다고 잘못 인정했기 때문이므로, 중앙노동위원회의 재량권 일탈·남용에 관하여 비례원칙을 별다른 고민 없이 남용하여서는 안 된다는 취지로 주장한다. 그러나 비례원칙의 광범위한 함의에 비추어 보면, 노동법에서도 해고로써 달성하고자 하는 사측의 목적과 그 목적 달성을 위하여 선택한 해고 등의 불이익처분 사이에 비례관계가 있는지를 심사한다는 의미에서 비례원칙이 원용될 수 있다(Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, 1989, S. 141 참조). 다만, 이 경우에는 공법상 비례원칙에서와 같은 국가권력-개인의 수직적·권력적 관계가 아니라 사인 간 이익의 조율 문제로서, 이를 조정하는 것은 사법부의 고유한 권한이고 권력분립이나 정당성의 문제가 발생할 여지는 없다는 차이만 있을 뿐이다.

102) 노동쟁의에 관하여 비례원칙을 원용한 독일 연방노동법원의 선례로, 1971년 일명 ‘카지 노판결(Spielbank-Beschluss)’ : BAGE 23, 292. 노동쟁의에 따른 조치(파업이나 직장폐쇄)는 비례원칙을 준수하여야 한다. 노동쟁의는 적법한 쟁의의 목적과 그에 따른 평온한 노동관계(Arbeitsfrieden)를 달성하기 위하여 적합하고 실질적으로 필요한 한도 내에서 이루어져야 한다. 이 판결에 대하여는 Alexander Tischbirek, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, 2017, S. 71 참조. 그 밖에 이 책 S. 71이하에서는 단체법으로서의 노동법에, S. 80이하에서는 개별 근로자별 근로관계에 관한 노동법에 비례원칙이 방법론으로서 적용된다고 설명한다.

개입될 여지가 적다.¹⁰³⁾ 또한 공익과 사익 사이의 통약불가능성(incommensurability)¹⁰⁴⁾이 문제되지 아니하고, 본래적 의미의 사법(司法)작용에 귀속되는 전반적인 이익조율로 귀결될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 이러한 점에서, 사법 영역에서는 의견상 단계화된 비례원칙 심사가 이루어진다 하더라도 공법상 비례원칙과 이질적인 평면상에 있다.¹⁰⁶⁾

3. 형법상 비례원칙

다음으로 형법상 비례원칙의 경우 국가작용을 전제로 하고 수직적 관계도 존재하지만, 이미 행해진 행위의 책임과 그에 대하여 과해지는 형벌 사이의 관계를 주로 심사하는 책임과 형벌의 ‘비례성 요청’은 목적과 수단의 관계를 심사하는 것이 아니라는 점은¹⁰⁷⁾ 앞서 본 바와 같다. 그런데 현재 행정재판

¹⁰³⁾ 다만, 명문의 법률이 존재함에도 예외적으로 구체적 타당성을 실현하기 위하여 헌법상 기본권을 원용하고, 비례원칙에 의하여 기본권이 침해되었다고 판단하는 경우(Alexander Tischbirek, Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 198)나 사법(私法) 규정에 관한 합헌적 법률해석의 경우, 입법권과의 관계에서 사법권이 권력분립상 한계를 준수하는지 여부가 문제될 수 있다. 이는 사안의 직접적 당사자인 입법부(위헌법률심사) 또는 행정부(행정재판)의 일차적 판단을 재차 판단하는 사법부가 마주치게 되는 종류의 권력분립상의 문제와는 다른 평면의 것이라 할 것이다. 이 쟁점에 관한 상세는 아래 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 부분 참조.

¹⁰⁴⁾ 이하 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 중 이익형량에 대한 비판론 참조.

¹⁰⁵⁾ Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 111; Alec Stone Sweet / Jud Mathews, Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law 47(2008), p. 90 참조.

¹⁰⁶⁾ 이와 달리 긴급피난의 경우에도 ‘일방적인’ ‘위험’이 존재하고 이를 방어하기 위한 정당한 목적을 위해 사용한 수단의 적합성과 필요성 및 목적에 비추어 상당성을 심사한다는 점에서 경찰법상의 비례원칙과 명백히 유사하며 ‘준-공법적 관계’로 볼 수 있다고 평가하는 Alexander Tischbirek, 위의 책, S. 12-13 참조. 다만, 이러한 평가는 긴급피난이 경찰권의 발동이 어려운 경우 보충적인 국가권력작용에 해당하는 것으로 보는 것으로 한다.

¹⁰⁷⁾ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 45 이하, S. 75 참조. 이와 관련하여, 형벌의 목적이 응보 뿐 아니라 예방, 재사회화, 격리와 같이 여러 개로

실무에서 비례원칙이 원용되는 주된 분야인 징계처분의 경우에는 형사 실체법 영역에서의 판단과 구조가 유사하다. 즉, 징계로 달성하고자 하는 목적과 수단 사이의 비례관계보다는 위반사유의 종류와 정도에 비춘 징계양정 사이의 비례관계를 주로 심사한다는 점에서 그러하다. 이러한 분야에서 비례원칙이라는 표제 하에 원용되는 기준은 ‘비례성 요청’으로 구분할 수 있다.¹⁰⁸⁾

한편, 징계처분보다 넓은 의미에서 행정의 실효성 확보수단으로서의 행정작용에 대하여는 이와 달리 볼 여지가 있다. 이러한 행정작용 중 과거의 위반사항에 대한 제재작용의 경우 형사양정의 판단과정과 유사한 측면이 있기는 하다. 그러나 제재처분에 대한 비례원칙 심사에서, 당해 제재적 행정작용으로써 장래를 향하여 달성하고자 하는 행정목적도 고려할 것인지의 문제가 있다. 장래를 향한 위반행위의 시정을 목적으로 하는 시정명령 등의 처분과는 구별되는 것이다. 이 문제에 관하여 다음 각 장에서 고찰하고, 여기서는 형법상의 비례성 요청이 행정작용의 주된 부분을 차지하는 제재적 작용과 구조적으로 대응되는 측면이 있다는 점을 지적하기로 한다.

III. 행정재판과 비례원칙

행정작용이 비례원칙에 적합하여야 한다는 것은 그 작용 자체 뿐 아니라 근거가 되는 법령도 비례원칙을 준수한 것이어야 할 것을 전제로 한다.¹⁰⁹⁾

인정할 수 있고, 이로 인하여 비례의 원칙에 대한 단순명쾌한 이해가 어렵다는 취지로, 강우예, 비례의 원칙에 대한 비판적 분석: 미국의 논의를 중심으로, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 393-416면, 395-396면 참조. 본고에서는 앞서 소개한 헌법재판소에서의 논증사례에 근거하여, 형벌의 주된 목적이 응보에 있다고 전제하고 그에 따라 형사법상 비례성 요청은 ‘책임과 형벌’ 사이의 비례관계를 요구하는 것으로 한정하여 이해하는 것으로 정리하였다.

108) 이 부분 실제 실시례는 아래 III. 2. 개별 행정작용에서 유형별로 살피고, 행정작용의 ‘목적’이 명확히 드러나지 않은 비례원칙의 원용 및 논증에 대하여는 다음 장 이하의 각 해당부분에서 평가한다.

109) Nikolaus Marsh / Vanessa Tümsmeyer, *The Principle of Proportionality in German Administrative Law*, in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Administrative Law Study*, 2015, p. 17 참조.

이러한 점에서 행정법상 비례원칙 적용범위의 가장 상위범주로 근거법령과 행정작용으로 이분할 수 있다. 이하에서는 앞서 개념구분을 시도한 형량·협 의의 비례원칙·비례성 요청·형량명령이 각 행정작용별로 적용되는 현황을 먼저 개관·분석한다. 이어서 근거법령에 대하여 단계화된 비례원칙이 원용 되는 사안을 차례로 살핀다.

1. 문제의 소재

행정재판에서는 개별 행정작용 중 재량행위에 관한 심사에서 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사를 함에 있어 비례원칙 위반 여부를 판단한다.¹¹⁰⁾ 목적-수단 사이의 관계를 심사한다는 것은 수단을 선택할 자유여지가 부여되어 있다는 것을 전제로 하기 때문이다.¹¹¹⁾ 한편, 행정법 영역에서는 단계화된 비례원칙의 각 단계 중 목적의 정당성을 제외한 적합성, 필요성, 상당성을 심사한다는 것이 판례¹¹²⁾와 학설¹¹³⁾의 입장이다. 그런데 개별 행정작용

110) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등. “행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 범규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 범규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다.” 다만, 기속행위에 대한 심사에서 비례원칙의 원용 가능성에 관하여는 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 중 이익형량의 한계 부분 참조.

111) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 44.

112) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결; 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결 등. “비례의 원칙(과잉금지의 원칙)상 그 행정목적의 달성하기 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다 할 것이다.”

113) 김남진·김연태, *행정법 I*, 2019, 43면; 김동희, *행정법 I*, 59면; 김성수, *일반행정법 - 행정법이론의 헌법적 원리*, 2018, 95면; 김철용, *행정법 I*, 2009, 57면; 박윤훈·정형근, *최신 행정법강의(상)*, 2009, 71면; 박정훈, *행정법의 법원, 행정법의 체계와 방법론*, 2005, 138면; 석중현·송동수, *일반행정법(상)*, 87면 등

에 대하여는 이 단계들 중에서도 비례원칙의 유래가 되었던 심사단계인 필요성은 거의 검토되지 않으며 주로 상당성 요소만을 검토한다.¹¹⁴⁾ 반면, 행정입법에 대한 비례원칙 심사를 할 때에는 목적의 정당성을 포함한 4단계 심사를 하는 차이가 있다.¹¹⁵⁾

이처럼 행정재판에서의 비례원칙 심사가 헌법재판에서의 심사와 그 방식에 차이가 나는 이유는 무엇인가. 이에 관하여, 행정재판에서는 구체적 사실관계에 근거하여 법령을 적용하는 과정에서 공익과 사익을 비교·형량하는 특성상 단계화된 비례원칙이 묵시적으로 적용된다고 보는 설명이 있다.¹¹⁶⁾ 하지만 앞서 본 바와 같이, 포섭과정에서 이루어지는 해석·적용상의 형량은 개별·구체적 사안에서 관련되는 이익들을 형량할 것을 요청하는 법의 일반원리로서의 비례원칙과는 준별된다. 그러므로 이는 법의 일반원리로서의 단계화된 비례원칙이 행정재판에서 덜 활용되는 이유에 대한 설명이라고 보기는 어렵다. 즉, 우리가 의문을 가지는 것은, 해석·적용상의 형량 과정에 비례원칙이 적용되는 양상이 아니라,¹¹⁷⁾ 개별·구체적 사안에서 형량을 요청하는 법의 일반원리로서의 비례원칙이 행정재판에서는 각 심사단계별로 준별하여 심사가 이루어지지 않는 이유인 것이다.

이러한 문제인식에서 출발하여 이하에서는 우선, 행정재판에서 단계화된 비례원칙에 따른 심사가 어떻게 이루어지는지 검토한다. 비례원칙 심사의 영역은 개별행정작용과 법령·법률 및 해석원리로 나누어 고찰한다. 이를 토대로 다음 장 이하에서 각 심사단계별 논의를 거친 후, 앞으로 행정법 영역별

114) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88누3029 판결; 대법원 1990. 5. 11. 선고 90누1069 판결 등. “일반적으로 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다.”; 김태호, 행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제4호, 2009, 109면.

115) 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결; 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결 등.

116) 김태호, 위의 글, 97면.

117) 해석상의 비례원칙이 원용된 최근의 리딩케이스로, 아래 4. 해석원리로서의 비례원칙에서 인용된 2014두12697 전원합의체 판결 참조.

비례원칙을 보다 명료하고 적확하게 원용할 수 있는 방향을 모색한다.

2. 개별 행정작용

1) 개별 행정작용의 구분

비례원칙의 적용 여부 및 범위를 확정하기 위한 전제로서, 개별 행정작용을 우선 그 성격에 따라 침익적 작용과 수익적 작용으로 양분할 수 있다. 이를 비례원칙 심사와의 관계 하에서 다시 세분화하면 다음과 같다.

침익적 작용은 다시 위반행위를 전제로 하지 않은 의무부과 또는 금지처분 등과 위반행위를 전제로 한 작용으로 나누어진다. 개별 행정작용 중 장래를 향한 목적 달성에 비춘 수단의 경중을 비교한다는 비례원칙 원래의 기능은 위반행위를 전제로 하지 않은 행정작용의 경우(대표적으로 행정상 즉시강제¹¹⁸⁾)에 보다 분명하게 작동한다. 위반행위를 전제로 한 경우에는, 행정작용에 과거 위반에 대한 제재적 성격으로 인하여 비례성 요청이 개입될 여지가 있기 때문이다. 한편, 위반행위를 전제로 하는 작용은 다시, 과거의 위반행위에 대한 제재를 중심으로 하는 작용과 위반행위를 장래를 향하여 시정하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 작용으로 구분된다. 전자의 대표적인 사안들이 징계처분, 과징금 등 부과처분 등이 있고, 행정대집행,¹¹⁹⁾ 시정명령,¹²⁰⁾

118) 경찰관 직무집행법 제5조(위험 발생의 방지 등)

① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 모인 사람, 사물(사물)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것
2. 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것

119) 행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수)

법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여

위반사실의 공표¹²¹⁾ 등이 후자에 속한다.

다만, 하나의 작용에는 과거에 대한 제재와 장래를 향한 행정목적이 함께 작동할 수 있다는 의미에서 이러한 구분은 상대적이라 할 수 있다. 그럼에도 이처럼 구분하는 것은, 앞서 본 바와 같이 단계화된 비례원칙 심사에서는 장래를 향하여 달성하고자 하는 목적 개념을 필연적으로 전제하고 있기 때문이다. 아래 실제 설시례에서 보듯이, 위반의 내용에 비추어 제재적 작용이 과도한지를 심사할 것인지 또는 행정작용의 목적을 획정하고 그 목적에 비추어 제재적 작용이 과도한지 여부를 심사하는지는 위 두 가지 요소 - 과거에 대한 제재 또는 장래를 향한 시정 또는 재발방지 - 중 어디에 중심을 둘 것인지에 따라 달라진다.

한편 수익적 작용의 측면에서는, 수익적 행정행위의 발급을 애초에 거부하는 처분과 이미 발급된 수익적 작용의 전부 또는 일부를 과거에 소급하여 취소하거나 장래를 향하여 철회하는 작용으로 나뉜다. 수익적 행정행위는 법규에 의하여 제한된 자연적 자유를 회복하는 의미의 작용(허가·신고수리 등) 또는 일정한 자격을 부여하는 작용(합격·면허·인증)과 이 외에 그 발급을 위하여 재정적 투여가 본질적으로 요구되는 형성적·사회보장적 영역의 작용(급여의 지급)으로 다시 구분된다.

비례원칙은 전자에 속하는 작용을 거부하거나 그 효력을 사후에 상실시키

직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

120) 건축법 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등)

① 허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 "건축주등"이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

121) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제5조(시정조치)

공정거래위원회는 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

는 처분의 경우에 주로 적용된다. 다만, 이미 발급한 수익적 작용을 취소하거나 철회하는 처분은 다시 이분되어, 법률에 근거하여 주로 의무위반에 대한 제재로서 이루어지는 경우에는 비례원칙이, 법률에 근거가 없는 직권취소나 철회의 경우에는 신뢰보호원칙이 각 우선하여 원용된다.

후자에 속하는 작용에서 비례원칙은 급부가 달성하고자 하는 목적에 비례하여야 한다는 의미로 원용된다.¹²²⁾ 이를 보다 구체화하면, 급부를 제공하기 위하여 소요되는 조세의 납부자인 일반 국민의 입장에서 급부로 인한 불이익과 목적 사이의 비례관계가 있어야 한다는 과잉급부금지원칙이라 할 수 있다. 이에 따르면 수단의 적합성은 목적 달성에 적합한 급부를 제공할 것을 요구한다는 점에서 비례원칙과 동일한 의미이나, 필요성은 가능한 급부제공 수단 중에서 조세납부자로서의 일반국민에게 가장 덜 침해적인 급부를 제공하여야 한다는 요청으로, 그리고 이익형량에 있어서도 일반 국민의 불이익을 고려요소로 삼아야 한다는 것으로 비례원칙과 차이가 있다.¹²³⁾

이하에서는 이러한 구분을 전제로 각 행정작용의 영역별로 비례원칙이 원용되는 현상을 살펴보고, 다음 장 이하의 각 단계별 비례원칙 심사에 대한 논의에서 검토할 사항을 정리해 본다.

2) 징계처분

122) 헌법재판소는 이 부분에 관하여 과소금지원칙에 근거하여 판단한다. “국가가 행하는 국민기초생활보장법상의 생활능력 없는 장애인에 대한 최저생활보장을 위한 생계급여 지급이 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하는가의 여부에 달려있다고 할 것인바...”(헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정 등).

123) 김동희, 행정법 II, 2019, 264면; 박군성, 행정법론(하), 2019, 534면. 다만, 실제 사안에서 이러한 심사기준이 원용될 가능성은 적다. 이와 관련하여 헌법재판소 위헌결정의 소급효를 결정함에 있어 과잉급부를 여러 판단요소 중 하나로 고려한 사례로, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008두21577 판결 참조. “위 1차 위헌결정 이후에 법원에 제소된 일반사건에 대하여도 위 1차 위헌결정의 소급효가 인정된다고 볼 경우 헌법재판소가 위와 같이 합헌이라고 판단한 바 있는 퇴역연금 지급정지제도 자체의 적용이 전면적으로 배제되어 결과적인 과잉급부를 방지할 수 없게 되는 점”

징계처분은 비례원칙을 통해 재량권행사를 통제해 온 대표적인 적용분야이다. 공무원에 대한 징계처분취소 사건에서 재량권의 한계에 관한 설시는 다음과 같이 변경되어 왔다. 우선, 징계처분이 징계권의 행사로서 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 그 재량권의 범위를 일탈한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법한 것이라고 하는 일반론 하에, 위반에 이르게 된 경위나 결과 등을 종합적으로 고려한 초기의 판결례들¹²⁴⁾을 찾을 수 있다. 이후 징계처분의 타당성 판단의 요소들을 구체적인 사례에 부딪혀 수행직무의 특성, 징계의 원인된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 가지 요소를 종합하여 판단하여야 할 것¹²⁵⁾이라고 열거하기 시작하였다. 상대적으로 최근의 일부 미간행 판결들에서도 이러한 설시가 있다.¹²⁶⁾ 그런데 징계처분에 관하여 이와 다소 다르게, 재량권의 행사가 징계권을 부여한 목적에 반하거나, 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙을 위반한 경우 그 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 것으로서 위법하다는 설시도 보인다.¹²⁷⁾ 목적위반 여부와 비례성 요청의 의미로서 광의의

124) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83누130 판결(해임처분취소); 대법원 1983. 11. 8. 선고 82누346 판결(파면처분취소); 대법원 1983. 12. 27. 선고 83누564 판결(파면처분취소); 대법원 1985. 10. 8. 선고 84누735 판결(해임처분취소); 대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5627 판결(해임처분취소).

125) 대법원 1991. 7. 23. 선고 90누8954 판결(해임처분취소). 이 판결에서는 징계처분의 타당성 판단에 “공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지 여부는 구체적인 사례에 부딪혀 수행직무의 특성, 징계의 원인된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 가지 요소를 종합하여 판단하여야 할 것이며, 특히 금품수수의 경우는 수수액수, 수수경위, 수수시기, 수수 이후 직무에 영향을 미쳤는지 여부 등”을 고려하여야 한다고 설시하였다. 이러한 설시는 이후 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두6620 판결 등에서 이어지고 있다.

126) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015두47256 판결(해임처분취소); 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014두43684 판결(직권면직처분취소청구); 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015두53015 판결(강등처분취소청구) 등.

127) “징계사유에 해당하는 행위가 있더라도, 징계권자가 그에 대하여 징계처분을 할 것인지, 징계처분을 하면 어떠한 종류의 징계를 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 재량권의 행사가 징계권을 부여한 목적에 반하거나, 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙을 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과

비례원칙을 사용하는 것이다.

이러한 공무원관계에서의 징계처분과 구별할 것으로, 근로관계에서 이루어진 징계를 행정재판에서 다투는 경우이다. 이러한 사안에서 법원은 제반 사정을 고려하여 징계가 과다한지를 판단하도록 명한다.¹²⁸⁾ 이와 같은 실시에서 공무원에 대한 징계처분의 경우와 서로 혼용되고 있는 양상을 보인다.

생각건대, 근로관계에서 사용자에 의하여 행해진 징계를 행정절차에서 심리하는 것은 근본적으로는 사익과 사익 사이의 조정에 관한 것으로서, 공무원에 대한 징계처분을 다투는 것과는 구분할 필요가 있다. 근로관계에서의 징계처분도 물론 그로써 추구하는 사용자측의 목적이 있을 것이고, 이론상으로는 그러한 목적달성을 위해 필요한 최소한도 내에서의 징계인지 여부를 판단하는 의미의 사법(私法)상 비례원칙이 원용될 여지가 있기는 하다. 그러나 근로관계에서의 징계로써 달성하려는 목적은 사용자측이 추구하는 사익이라는 점에서, 징계의 타당성을 판단할 때 그러한 징계의 목적을 다른 요소들과 함께 종합적으로 형량하는 것으로 족하다고 보인다. 반면, 공무원에 대한 징계처분에서는 근로관계에서의 제반사정을 고려한 형량과 구분하여, 징계권을 부여한 목적에 반하는지 여부와 위반행위에 비례한 징계처분인지를 검토하는 실시례가 타당하다고 생각한다.

어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙을 위반한 경우에는, 그 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 것으로서 위법하다. 징계처분에서 재량권의 행사가 비례의 원칙을 위반하였는지는 징계사유로 인정된 비행의 내용과 정도, 경위 내지 동기, 비행이 당해 행정조직 및 국민에게 끼치는 영향의 정도, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다.”(대법원 2017. 10. 31. 선고 2014두45734 판결. 징계처분취소)

128) “피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨져 있다. 다만 징계권자의 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정되는 경우에 한하여 그 처분이 위법하다고 할 수 있다. 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인인 비위사실의 내용과 성질, 징계로 달성하려는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되어야 한다.”(대법원 2017. 3. 15. 선고 2013두26750 판결. 부당해고구제제심판정취소)

3) 제재적 작용

법원은 영업정지처분, 과징금부과처분 등 징계처분 외의 제재적 작용의 경우에 아래와 같이 협의의 비례원칙에 해당하는 이익형량에 근거하여 재량권 행사에 대하여 심사한다. 즉, 일반론의 실시로서, 공익 침해의 정도와 개인의 불이익 정도를 비교·교량할 것을 명한 후, 구체적인 사안별로 제재적 작용의 목적과 취지에 비추어 제한되는 사익 관련 제반 사정들을 고려하여 어느 쪽이 더 중한지를 판단하는 구조를 취한다.¹²⁹⁾ 이처럼 공익 목적과 그 목적을 추구하기 위하여 선택된 제재작용으로 인하여 제한되는 사익 사이의 중요도가 과연 비교 가능한 것인지, 제재적 작용에서 재량권 일탈·남용에 관한 비례원칙 심사는 어떠한 구조로 이루어져야 할 것인지 다음 장 이하의 해당 부분에서 차례로 검토한다.

제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지

129) 예컨대, 구 여객자동차운수사업법상 명의이용금지에 위반한 경우에 가해지는 면허취소 등의 제재처분에 관하여, “면허취소 등의 제재를 가하도록 하는 규정을 둔 취지는, 지입제 경영관행을 근절함으로써 운송사업에 관한 질서를 확립하고, 여객의 원활한 운송과 운송서비스의 개선을 위한 것이라고 할 것인바, 명의이용금지 위반을 이유로 한 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 위와 같은 입법 취지를 토대로 해당 사업체의 규모, 지입차량의 비율, 지입의 경위 등과 당해 행정처분으로 인하여 초래되는 사익 침해의 중대성 등 구체적·개별적 사정을 모두 고려하여 판단하여야 할 것이다. (중략) 그 밖에 이 사건 위반행위의 동기·방법·기간 등의 사정과 지입제금지의 공익목적에 참작하면, 이 사건 처분으로 인하여 원고가 입게 되는 그 판시와 같은 불이익보다 법질서 유지와 공익목적의 실현이라는 공익상의 필요가 훨씬 크다고 할 것이어서 이익교량의 원칙상 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 볼 수는 없다.”(대법원 2005. 3. 10. 선고 2002두9285 판결)

그리고 무면허의료행위 금지위반으로 인한 의사면허자격정지처분에 관하여, “국민의 건강을 보호증진함을 목적으로 하는 의료법 및 의료기사등에관한법률의 제정 취지와 의료인이나 의료기사인 방사선사의 업무가 일반국민의 생명·건강에 직접적으로 영향을 미치는 점 등을 고려하면 이 법의 규정을 엄격히 지켜 국민건강을 위해하는 요인을 사전에 제거할 필요성이 크다 할 것이고, (중략) 그 위반행위의 내용 및 결과가 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 고려하면 원심이 내세우는 제반 사정을 감안한다고 하더라도 피고가 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익목적이 원고들이 이로 인하여 입게 될 불이익보다 결코 가볍다 할 수는 없다.”(대법원 2000. 4. 7. 선고 98두11779 판결)

여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다(대법원 1985. 11. 12. 선고 85누303 판결; 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3854 판결 등).

4) 부관

법원은 재량행위에 부가되는 부관에 대하여는 비례원칙에 적합하여야 한다는 한계가 있다고 전제한다.¹³⁰⁾ 부관은 행정청이 본 행정작용에 대하여 장래를 향하여 달성하고자 하는 목적을 위하여 부관 부가라는 수단을 선택하는 것으로서, 단계화된 비례원칙을 단계별로 적용할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 부관에 대한 재량통제를 함에 있어서 목적-수단과의 관계를 검토하지 않고, 그 결과 비례원칙의 단계별 구조에 따른 심사가 이루어지지 아니한다. 개별 사안에 있어서는 관련 법령 및 부관을 부가하게 된 경위를 전반적으로 감안할 때 부관의 부가가 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부만을 판단한다.¹³¹⁾

130) “부관부 행정처분에 있어서 그 부관의 내용은 적법하여야 하고 이행 가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 한다.”(대법원 1992. 4. 28. 선고 91누4300 판결, 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결 등)

131) 예컨대, 행정청이 주택건설사업계획승인 시 도로개설의무를 부관으로 부가한 후, 개설되는 도로의 일부를 변경하여 사업계획변경을 승인한 사안에서, 다음과 같이 제반 사정을 고려한 비례원칙 심사를 하였다. “이 사건 도로 개설의무는 이 사건 최초승인 시에 이미 부과되었다는 전제하에, 이 사건 도로가 연결되지 않은 상태로 이 사건 최초승인이 행해진 것은 원고가 이 사건 1, 2, 3단지 아파트에 대하여 별개로 사업승인을 받은 데서 연유한 것이고, 원고가 당초부터 이 사건 1, 2, 3단지 아파트 전체에 대하여 주택건설사업승인계획을 승인받으려 하였다면 이 사건 도로가 연결된 상태의 도시계획도로 개설의 무가 부관으로 부가되었을 가능성이 큰 점, 피고가 연결을 요구한 도로 면적이 이 사건 도로 면적에 비하여 근소함에 반해, 이 사건 도로가 연결됨으로 인해 아파트 입주민들이 교통편의성이 높아지는 점 등 판시사정을 종합하여 보면, 이 사건 변경승인조건이 재량권을 일탈하여 위법하거나 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.”(대법원 2009. 10. 29. 선고 2008두9829 판결)

5) 행정계획

법원은 행정계획 사안에서 형량명령에 따른 판단 중 오형량을 ‘비례의 원칙’이라고 명명하여 왔다.¹³²⁾ 그런데 이는 마치 계획행정에서 법원이 행정청에게 계획재량을 인정하지 아니하고, 그 밖의 일반적인 개별 행정작용에서와 같은 직접적인 이익형량 판단으로까지 나아간다는 의미로 오해될 수 있다. 대법원은 이후 오형량에 관하여 비례원칙을 ‘형량의 정당성·객관성’으로 대체하여,¹³³⁾ 행정청이 실시한 이익형량에 대한 심사강도가 비례원칙 심사의 강도보다 완화된 별개의 것임을 분명히 하고 있다. 다만, 오형량에 관하여 비례원칙을 원용하는 사례가 아직 있는데,¹³⁴⁾ 그 적용영역이 형량명령을 원용하는 계획작용의 경우에는 ‘정당하고 객관적인 형량 여부’와 같은 완화된 심사를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

132) “행정계획을 입안·결정하는 데에는 비록 광범위한 계획재량을 갖고 있지만 행정계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우에는 그 행정계획은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라 할 것이다. 또 여기서 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)이란 어떤 행정목적 달성을 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다는 헌법상의 원칙을 말하는 것이다.”(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등)

133) “행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하게 된다.”(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003두11056 판결; 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두50382 판결 등)

134) 예컨대, 행정주체가 사업인정처분(대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체 결정) 또는 실시계획인가처분(대법원 2018. 7. 24. 선고 2016두48416 판결)을 하려고 할 때에도 “당해 처분에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간 및 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하며, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다.”

3. 법령 및 법률

법령에 관한 위헌심사에서 법원은 이른바 먹는 샘물 고시에 관하여 목적의 정당성을 포함한 단계화된 비례원칙의 각 단계별 심사요소 전부를 원래의 의미대로 활용하여 위헌 여부의 판단을 한 이래, 최근까지도 법규에 대한 위헌 여부에 문제되는 경우 이와 같은 심사구조를 대체로 유지하고 있다.¹³⁵⁾ 즉, 법률 및 법령에 대한 위헌 판단 시에는 단계화된 비례원칙이 위헌성 심사의 주된 기준이 되고 있다.

4. 해석원리로서의 비례원칙

최근 대법원에서는 수익적 행정행위의 수범자가 그 수익을 부정한 방법으로 받은 것으로 판명되는 경우 이미 지급된 금액을 반환하고, 이에 더하여 지급한 금액의 2배를 추가로 징수하여야 한다고 정한 법률규정의 해석에 비례원칙을 원용하는 취지로 판시한 바 있다.¹³⁶⁾ 위 사건에서 원고는 「쌀소득 등의 보전에 관한 법률」에 따라 쌀소득 등 보전 직접직불금을 지급받아 오던 중, 직불금을 지급받은 농지 중 일부 농지의 형상을 유지하지 못하고 농사를 실제로 짓지 아니하였음에도 거짓·부정한 방법으로 직불금 지급대상 농지로 등록하고 직불금을 수령하였다는 이유로 피고로부터 직불금 전액과 추가징수금의 부과처분을 받아, 그 처분의 취소를 구하였다. 대법원은, 등록된 농지 중 일부 농지에 관하여 거짓·부정이 있는 경우에도 등록된 모든 농지에 관한 직불금 전액의 2배를 추가징수하여야 한다고 해석하게 되면, 그 자체로 지나치게 가혹할 뿐 아니라 제재를 함에 있어 위반행위의 경중이 전혀 고려되지 않게 되므로, ‘비례의 원칙’이나 책임의 원칙에 부합하지 않게 된다는 이유로, 추가징수할 금액은 지급한 직불금 전액의 2배가 아니라 부정수령한 직불금의 2배로 해석하여야 한다고 판시하였다.

¹³⁵⁾ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결.

¹³⁶⁾ 대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결.

위 사건에서 해석상 비례원칙 원용을 위하여 인용된 두 선례들이 모두 개별 사안에서 법의 일반원리로서 비례원칙이 적용되었던 사안인 점에 비추어 볼 때,¹³⁷⁾ 위 판결은 해석에서 비례원칙을 원용한 첫 사안인 것으로 보인다.¹³⁸⁾ 포섭과정의 대전제가 되는 성문의 범명제를 해석·적용하는 데 비례원칙이든 이익형량이든 원용될 수는 있다. 그러나 이는 개별 사안에서 삼단 논법에 따른 포섭과정·법적용을 완료한 후 나아가 법의 일반원리로서 비례원칙이나 이익형량을 추가적으로 원용하는 경우와는 준별된다.¹³⁹⁾ 그렇다면 이제까지 개별 사안에 대한 법의 일반원리로서 원용되던 비례원칙이 해석과정에 그대로 원용된다는 점을 분명히 하는 논증이 필요하다 할 것이다.

137) 두 판결은 택지개발예정지구지정처분취소(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결) 및 주택건설사업계획사전결정불허가처분취소(대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결) 사건으로서, 모두 ‘행정계획’이 계쟁 행정작용이었고, 앞서 본 바와 같이 행정계획에서는 현재 통상적으로 비례원칙과 구분되는 기준이 원용되고 있다.

138) 다만, 법문의 해석에 헌법상 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 따른 한계가 있다고 지적한 대법원 1999. 12. 16. 선고 98두18619 전원합의체 판결 반대의견(“다수의견을 관철하게 되면 법 제5조 제1항 제10호를 적용한 개발부담금의 부과는 극히 우연한 사정에 의하여 좌우되게 되어 헌법상 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 반하는 위헌성을 내포하게 될 것이다.”) 및 출국금지 요건에 관하여 ‘헌법상 기본권 보장 원리 및 과잉금지 원칙’에 비추어 제한적으로 해석하도록 한 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012두18363 판결(“국민의 출국의 자유는 헌법이 기본권으로 보장한 거주·이전의 자유의 한 내용을 이루는 것이므로 그에 대한 제한은 필요 최소한에 그쳐야 하고 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고, 출입국관리법 등 출국금지에 관한 법률 규정의 해석과 운용도 같은 원칙에 기초하여야 한다. 구 출입국관리법 제4조 제1항, 구 출입국관리법 시행령 제1조의3 제2항은, 5천만 원 이상의 ‘국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유 없이 그 납부기한까지 내지 아니한 사람’에 대하여는 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 위와 같은 조세 미납을 이유로 한 출국금지는 그 미납자가 출국을 이용하여 재산을 해외에 도피시키는 등으로 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지함에 주된 목적이 있는 것이지 조세 미납자의 신병을 확보하거나 출국의 자유를 제한하여 심리적 압박을 가함으로써 미납 세금을 자진납부하도록 하기 위한 것이 아니다. 따라서 재산을 해외로 도피할 우려가 있는지 여부 등을 확인하지 않은 채 단순히 일정 금액 이상의 조세를 미납하였고 그 미납에 정당한 사유가 없다는 사유만으로 바로 출국금지 처분을 하는 것은 헌법상의 기본권 보장 원리 및 과잉금지의 원칙에 비추어 허용되지 않는다.”) 참조.

139) Frederic Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, *Law & Ethics of Human Rights* 4(2010), p. 43; 송시강, 행정재량과 법원리, 행정법연구 제48호, 2017, 144면(“법원리의 기능으로 인하여 법적용에 영향을 미치는 것은 없다.”) 참조.

특히 위 사안에서 수익자에게 가혹한 결과가 되는 것을 방지하기 위하여 수익금 추가징수의 범위를 좁게 해석함으로써 명문의 규정에 반할 우려가 있는 해석으로까지 나아가게 된 만큼,¹⁴⁰⁾ 해석원리로서 비례원칙 원용의 필요성, 가능성 뿐 아니라 그 원용의 구체적인 방법과 한계에 관하여 추가적인 이유제시가 있었어야 할 것으로 보인다. 또한 위 사건에서 원용하였다는 비례원칙은 단계화된 비례원칙이 아니라 위반행위의 경중과 제재 사이의 비례관계를 요청하는 의미의 광의의 비례성 요청인바, 향후 적용의 태양과 범위에 관한 일반적인 기준도 정착되기를 기대한다.

5. 소결

이상의 현상분석을 통해, 개별 행정작용에 있어서는 협의의 비례원칙 내지 이익형량은 별론으로, 단계화된 비례원칙 중 앞 단계에 속하는 심사는 별다른 기능을 하지 못함을 알 수 있다. 그 이유는, 개별 행정작용이 법률과 하위법령들에 근거하여서만 발해지는 것으로서, 특히 작용의 근거로 재량준칙까지를 포함하면 실제 행정청이 재량, 특히 수단선택의 재량을 발휘할 여지는 적기 때문이라 할 수 있다.¹⁴¹⁾ 이는 입법부가 가지는 형성의 자유가 행정부의 재량의 여지에 비하여 광범위하고 추상적으로 열려 있기 때문에, 입법에 대한 헌법재판에서 수단에 대한 심사원리인 비례원칙이 각 단계별로 구분되어 적용되는 것과는 대조적이다.

이러한 점을 유념하면서, 단계화된 비례원칙이 행정법상 규범통제 수단 및 그 밖에 일부 개별행정작용에 대한 심사수단으로 적절하게 작동하게 하는 단초를 발견하기 위하여, 단계화된 비례원칙을 각 심사단계별로 검토한다. 다만, 그 이전에 비례원칙과 종종 함께 원용되는 다른 법의 일반원리들이 비

140) 이와 관련하여, “이 사건 조항의 문언이나 입법 취지에 비추어 이 사건 조항에 따른 2배의 추가징수 기준인 ‘지급한 금액’은 등록된 모든 농지에 관하여 지급한 직불금 전액으로 해석하여야 하고, 이와 같이 새기더라도 비례원칙 등에 반한다고 볼 수도 없다.”고 한 반대의견 참조.

141) Jud Mathews, Proportionality Review in Administrative Law, Yale Law(2015), p. 9 (homepage version) 참조.

레원칙과의 관계에서 어떠한 의미를 가지는지 간략히 살펴봄으로써, 논의의 대상을 보다 명확히 구분해 내기로 한다.

제3절 다른 공법원리들과의 관계

I. 평등원칙

비례원칙은 국가로부터 자유·권리를 제한받는 개인의 보호 여부를 판단하는 데 개입된다는 점에서 원칙적으로 ‘수직적 관계’를 전제로 하고, 평등원칙은 서로 다른 취급을 받는 개인들 사이의 관계에 대한 판단기준으로서 ‘수평적 관계’를 전제로 한다는 점에서, 두 원칙은 일견 구조적 측면에서 차이가 있는 것으로 보인다.¹⁴²⁾ 그러나 실제 사안에 있어서는 자유·권리의 제한이 다른 수범자의 상황과 비교할 때 지나치다고 하는 비교관념이 개입됨으로써, 비례원칙이 평등원칙과 혼합되는 경우가 적지 않다. 이에 더하여 평등원칙이 합리적 이유가 있는 경우에 차별적 취급을 정당화해 온 결과, 심사의 강도가 약하여 차별대우를 제거하기 위한 실효성 있는 판단기준으로 작동하지 못한 점이 있다. 이러한 점들을 감안하면, 평등원칙은 비례원칙과 본질적으로 다른 판단의 기준이라기보다는 자유와 평등을 수호해 내는 보완적 기능을 하는 수행하는 심사기준이라고 보는 것이 타당하다.

각국의 사례를 간략히 살펴봐도 이러한 관점을 읽어낼 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 기본권 제한 사안에서 평등원칙을 원용하기도 하는바, 합리적 이유 없는 차별조치는 비례성을 잃은 것으로 실시하는 경우도 있다.¹⁴³⁾ 특히 이른바 ‘새로운 공식’(neue Form)에 따라, 일정 영역의 중요 기본권이 다른 사람과의 관계와 비교할 때 비례원칙에 반하는 정도로 침해된 경우 평등원칙에 위반된다고 판단하기도 한다. 한편, 미국에서도 평등심사 영역에서 엄격한 심사·중간심사·합리성 심사라는 심사기준의 구별이 전개되어 왔고, 그간 합리성심사만을 원용함으로써 충분히 보호되지 못한 차별영역에 대해 비례원칙에 의한 심사를 도입하여야 한다는 주장¹⁴⁴⁾도 제기되고 있다. 우리

142) 황치연, 과잉금지원칙의 제문제, 헌법논총 20집, 2009, 475면 참조.

143) Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 77.

144) Vicki C. Jackson, Proportionality and Equality, in Proportionality: New Frontiers, New

헌법재판소도 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 및 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 입장을 견지하고 있다.¹⁴⁵⁾

이처럼 비례원칙은 보다 강한 정도로 평등한 상태를 요구하도록 하는 보완적 심사기준으로서의 기능적 의의가 있다. 이러한 점에서, 우리 행정재판에서 결구(結句)로 흔히 사용되는 ‘제반 사정들을 감안할 때 계쟁 조치는 비례·평등원칙에 반하지 아니한다’는 취지의 설시는 개선될 필요가 있다.¹⁴⁶⁾ 즉, 어떠한 점에서 차별적 취급이 있었고, 어떠한 이유로 비례원칙에 의한 강한 정도의 개입이 있어야 하는지에 관한 전제적 설시가 필요하다고 생각된다. 특히 당해 수단이 일정한 수범자 집단의 자유·권리를 과도하게 제한하는 경우, 그 수단이 추구하는 진정한 의도 자체가 의심되는 단초가 될 수 있다고 보는 미국의 엄격심사에 대응하여,¹⁴⁷⁾ 평등원칙과 목적의 정당성 심사가 연결될 가능성도 있다. 이러한 점을 비롯하여 두 원칙이 작동하여야 할 바람직한 체계적 구성에 관한 연구는 장래의 과제로 설정한다.

Challenges, 2017, p. 174-184 참조.

145) 대표적으로, 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정(제대군인지원에관한법률제8조제1항등위헌확인). 위 결정에서 헌법재판소는, “가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다. 엄격한 심사를 한다는 것은 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.”고 전제하면서, 평등권 부분에서는 “가산점제도는 여성과 장애인에 대한 차별금지와 보호에 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이고, 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 차별취급의 비례성을 상실하고 있다.”고 함으로써 단계화된 비례원칙에 상응하는 논증을 하였다.

146) 예컨대, “구 수산자원관리법 제23조 제2항이 대통령령에 위임한 사항에 ‘어구의 사용방법’이 포함되는 이상, 상고이유 주장과 같이 이 사건 시행령 조항이 모법의 위임범위를 일탈하거나 비례의 원칙 또는 평등의 원칙을 위반하여 무효라고 할 수 없다.”(대법원 2016. 11. 25. 선고 2015두37921 판결) 같은 지적으로, 진창수, 비례원칙의 실무상 적용 및 운용, 대법원 헌법연구회 발제문, 2014, 7면(미간행) 참조.

147) Niels Petersen, Legislative Inconsistency and the ‘Smoking Out’ of Illicit Motives, American Journal of Comparative Law 64(2016), p. 213-214 참조.

II. 신뢰보호원칙

신뢰보호원칙은 단계화된 비례원칙과 유사하게 다음과 같은 일련의 판단 요소들로 구성되어 있다. 즉, 행정청의 적법한 선행작용, 그에 대한 정당한 신뢰, 정당한 신뢰에 반하는 후행작용, 후행작용을 통해 달성하려는 공익 목적과 사인의 정당한 신뢰 사이의 형량이 그것이다. 신뢰보호원칙의 마지막 단계로서의 형량에 대해서는, 일차적 정책결정에 대하여 사후에 비판적으로 심사하는 것이 아니고, 단지 제한된 기한 내에, 제한된 범위의 수범자에 대하여만, 그리고 일차적 결정의 한 부분만을 무효화한다는 점에서 비례원칙에서 제기되는 것과 같은 논증의 정당성 문제가 없다는 견해도 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 신뢰보호원칙 중 마지막 단계의 심사에서도 공법상 협의의 비례원칙으로서 공익과 사익 사이의 형량이 필요하다는 점에서는 본질적으로 동일하다. 결국 신뢰보호원칙의 형량은 비례원칙상의 형량과 시간적으로나 수범자의 범위 면에서 양적인 차이가 있을 뿐, 신뢰보호원칙에서도 이익형량에 관한 합리성·정당성의 문제가 제기되는 것은 마찬가지이다.

이처럼 신뢰보호원칙과 비례원칙이 이익형량이라는 단계를 공유하기는 하지만, 신뢰보호원칙은 기존에 부여된 지위의 변경으로부터 수범자를 보호하는 것을 주된 과제로 한다는 점에서, 그러한 시간적 개념을 전제로 하지 않는 비례원칙과는 구분된다.¹⁴⁹⁾ 그리고 그 결과 수익적 작용의 철회 및 취소에 대하여는 비례원칙에 앞서 신뢰보호원칙이 우선 원용된다고 할 것이다.

¹⁴⁸⁾ 입법에 대한 신뢰보호원칙상 형량에 관하여, Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, 2017, p. 77.

¹⁴⁹⁾ 그밖에 두 원칙의 근거 및 적용범위의 측면 등에서 차이가 난다고 하는 논증으로, 한수웅, *기본권과 신뢰보호원칙의 관계 - 과잉금지원칙을 적용하여 신뢰보호원칙의 위반여부를 판단하는 헌법재판소결정에 대한 판례평석*을 겸하여, *인권과 정의* 419호, 2011, 36-39면 및 *신뢰보호원칙에 의한 심사를 우선한 후에는 비례원칙에 의한 심사로 나아가갈 필요가 없고, 상호 독자적인 원리라는 견해로, 이부하, 헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰 - 신뢰보호원칙의 성립요건과 다른 원칙과의 관계를 중심으로*, *한양법학* 제32집, 2010, 162-163면 참조.

III. 수인가능성

독일 연방통상재판소나 연방헌법재판소는 비례원칙과 수인가능성(Zumutbarkeit)을 혼용하거나, 수인가능성을 비례원칙의 판단요소의 하나로 실시하여 왔다.¹⁵⁰⁾ 이로 인하여 수인가능성 내지 수인한도가 협의의 비례원칙에서 고려되는 요소 내지 기준으로 이해되기도 하였다.¹⁵¹⁾ 우리 헌법재판소는 재산권에 대한 제한에 관하여, “과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것”이라고 실시한 이래,¹⁵²⁾ 최근 까지 주로 재산권 제한조항에 대한 협의의 비례원칙 심사에서 ‘수인한도’를 원용하여 판단하고 있다.¹⁵³⁾ 또한 공익 침해와 권리 제한 각각의 수인가능성을 비교하여 판단하면 형량과정이 합리화될 수 있다는 견해¹⁵⁴⁾도 있다. 반면, 수인가능성은 개별 사안에서 공익 목적의 중요도와는 무관하게 객관적으로 지켜져야 할 개인의 절대적·최소한도의 보호영역이라는 주장¹⁵⁵⁾도 유력

150) BGHZ, JZ, 1974, 291; BVerwGE 33, 240, 244; BVerfGE 30, 292, 316 등. 이 판결 및 결정에 관하여는 Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985, S. 87 참조.

151) 대표적으로, Hans-Uwe Erichsen, *Baudispens und Übermaßverbot*, DVBl.(1967), S. 269, S. 270; Erberhard Grabitz, *Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*, DVBl.(1973), S. 675, S. 683. 이에 관하여는 Michael Jakobs, 위의 책, 1985, S. 87 참조.

152) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정.

153) 예컨대, “심판대상조항으로 인한 재산권 제한은 토지소유자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 판단된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 재산권을 침해하지 아니한다.”(헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌마18 결정)

154) 이재홍, *과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로*, 저스티스 통권 제 163호, 2017, 120-121면.

155) Uwe Langheinken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG*, 1972, S. 16(Michael Jakobs, 위의 책, S. 94에서 재인용); Lutz Gusseck, *Die Zumutbarkeit: eine Beurteilungsmaßstab? Die Stellung der Zumutbarkeit in gütlichen, schlichtenden und gerichtlichen Verfahren*, 1972, S. 5(Michael Jakobs, 위의 책, S. 90에

하게 제기되어 왔다.

엄밀히 말하면, 이러한 견해대립은 수인가능성이라는 용어가 서로 다른 두 가지 의미에서 사용되는 데에서 비롯된 것으로 보인다. 우선, 비례원칙과 병용되는 수인가능성이나 비례원칙의 판단요소 중 하나로서의 수인가능성은, 공익 목적과의 관계에서 상대적으로 비교되는 ‘개인의 보호 영역’이라는 의미에서 이용된 것이다. 이러한 상대적 의미의 수인가능성·수인한도¹⁵⁶⁾는 공익 목적을 위한 이익의 제한을 개인이 감내할 수 있는가 또는 어디까지 감내하여야 하는가의 문제를 의미한다. 그렇다면 이러한 상대적 의미의 수인가능성이라는 또 다른 추상적 판단요소 내지 판단기준을 도입한다고 하여 형량과정이 합리적인 것이 되는 것은 아니다.¹⁵⁷⁾ 또한 이익형량을 비롯한 단계화된 비례원칙의 논증은 개인이 공익목적을 위한 제한을 수인할 수 있거나 수인하여야 하는 정당화 근거를 제시하는 데 기여하여야 한다. 이러한 점에서 상대적 의미의 수인가능성은 비례원칙의 판단요소라기보다는 ‘논증의 목표’라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

다음으로, 공익 목적의 종류나 중요도, 또는 타인의 이익 등 외부적 요소

서 재인용); Ulrich Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 II(1978), S. 16; Jörg Lücke, Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit, DÖV(1974), S. 769-771(Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 9; Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 99에서 재인용).

156) 헌법재판소는 상대적 의미의 수인가능성·수인한도에 고유한 의미를 부여하고 있지는 않은 것으로 보인다. 앞서 본 재산권에 대한 제약 판단을 비롯하여 다수의 결정에서 ‘공익의 중요도에 비추어 사익의 제한은 수인하여야 할 범위 내이다’는 결구 정도로 사용하고 있는 것으로 파악된다. 예컨대 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌바77, 78, 79(병합) 결정에서는 ‘침해의 최소성’ 단계에서 다음과 같이 실시한다. “심판대상조항이 전통시장이나 중소유통업자들이 자생적 경쟁력을 갖출 때까지 필요한 범위 내에서 대형 마트 등의 영업을 직접적으로 규제함으로써 건전한 유통질서의 확립과 유통시장의 경제 주체들의 상생발전이라는 우리 헌법상 경제질서에 부합하는 공익을 달성하기 위한 것인 이상 그로 인하여 발생하는 위와 같은 부수적 불이익도 수인하여야 할 것이고, 해당 이해관계인들의 이익이 과도하게 제한되는 것도 아니다.”

157) 이에 관하여는 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 중 이익형량에 대한 비판론과 재비판 부분 참조.

들과는 절연된 채, 그 자체로 보호되어야 할 최소한의 영역(Mindestposition)을 의미하는 수인가능성은 ‘절대적 의미의 수인가능성·수인한도’라고 할 수 있다. 절대적 의미의 수인가능성·수인한도가 존재한다는 주장¹⁵⁸⁾에 관하여는, 기본권이 알렉시(R. Alexy)의 구분에 따른 원리(Prinzip)적 성격을 가지는 규정이고 형량이 불가피하다는 이유로 비판이 제기되기도 하였다.¹⁵⁹⁾

공법상 수인가능성·수인한도에 관한 논의를 보다 정치하게 전개하는 것은 차후 과제로 남기기로 한다.¹⁶⁰⁾ 다만, 본고에서는 절대적 의미의 수인가능성의 존재 여부에 관한 고민이 형량 내지 비례원칙과 절연되어 고수하여야 할 기본권의 본질적 영역 또는 명시적 법문이 내포하는 핵심적 가치의 결정과 연결되어 있다는 점을 지적하는 데 그치기로 한다.

¹⁵⁸⁾ 대표적으로 Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 83-94(재산권 수용으로 인한 보상에서 공익과 형량으로 나아가기 전단계로서 지지되어야 할 최소한의 보상, 즉 보상의 최저한도가 존재한다는 견해]. 한편, 수인가능성이 그 자체로써 보호되어야 할 최저한의 지위라는 개념이라는 점에서 필요성원칙과 실제적 측면에서 구분된다고 보는 Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985, S. 93 참조.

¹⁵⁹⁾ Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, 1989, S. 15-17 참조.

¹⁶⁰⁾ 현재 수인한도는 주로 환경법 영역에서 개인이 감내하여야 할 환경적 방해상태의 최저기준이라는 의미로 사용되고, 이를 초과하는 경우에 이익형량에 의해 분쟁을 해결하는 것으로 원용된다. 대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결 등; 조홍식, *판례환경법*, 2012; 조재현, *도로소음으로 인한 생활방해의 방지청구: 수인한도와 이익형량을 중심으로*, *민사판례연구* 39권, 2017, 277-349, 303면 등. 보호되어야 할 개인의 최소한의 지위·영역이라는 의미의 수인가능성·수인한도 고려는 일반·추상적 규율을 정립하는 입법작용보다는 구체적 법집행·적용 작용에 관한 판단에서 더 중요하게 기능할 수 있다 할 것인바(Michael Jakobs, 위의 책, S. 94), 향후 행정작용에 대한 심사원리로서 발전시켜 나갈 여지와 필요성이 있다고 생각된다.

제2장 목적의 정당성

제1절 개설

단계화된 비례원칙의 첫 심사는 목적의 정당성에서 출발한다. 우리 헌법재판소의 위헌 심사와 법원의 위헌법령·법률 심사를 비롯하여, 각국의 실무례나 학계의 논의에서도 통상적으로 목적의 정당성을 포함하여 단계화된 비례원칙을 구성한다.¹⁶¹⁾ 그런데 비례원칙이 광범위하게 전파되고 구현되는 상황에 비해 목적의 정당성 심사는 논의가 가장 덜 된 단계라 할 수 있다.¹⁶²⁾

이처럼 목적의 정당성 심사가 상대적으로 주목받지 못한 이유는 몇 가지로 나눌 수 있다. 우선은 기능적·권력분립적 측면의 이유이다. 즉 입법목적이라는 것이 필연적으로 정치적 의사형성 과정을 통해 결정되어야 한다는 속성이 있고, 사법부는 의회에 비견할 만한 민주적 정당성을 갖추지 못하였으므로, 사법부에 의한 목적의 정당성 심사에 소극적 의미만을 부여해 왔다는 분석이 가능하다. 다음으로, 과연 목적의 정당성 심사가 실제적 측면에서 기능할 여지가 있는지의 문제가 있다. 물론 목적의 정당성 심사 단계에서 차별 조치를 규정한 입법의 목적이 명백히 정의에 반한다는 이유로 위헌이 선언된 예를 남아프리카 공화국 헌법재판소의 결정들에서 찾을 수 있기는 하다. 그런데 현 상황에서는 남아프리카 공화국 헌법재판소가 위헌을 선언했던 것과 같은 명백한 목적의 부정의가 의견상으로는 제거된 것으로 보이기 때문

¹⁶¹⁾ 예컨대 BVerfGE 125, 260 등 독일 연방헌법재판소 결정의 대부분과 독일 학계의 논의로는 Friedhelm Hufen, *Staatrecht II*, 2009, §9 Rn. 15; Bodo Pieroth / Bernard Schlink, *Grundrechte*, 2011, Rn. 289[이 책에서는 목적의 정당성(Zwecklegitimität)을 구성요소로 보되, 협의의 비례원칙·형량을 제외하고 대신 수단의 정당성(Mittellegitimität)을 구성요소로 본다]. 이에 관하여는 Philipp Reimer, *Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 63 참조.

¹⁶²⁾ Christoph Engel, *Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 98 참조.

에, 과연 목적의 정당성 심사가 독자적 의의를 가지는가, 정당성은 어떤 방식으로 심사할 수 있겠는가 하는 의문이 제기된다.¹⁶³⁾

이에 이 장에서는 먼저 단계화된 비례원칙의 첫 단계인 목적의 정당성의 성격과 지위를 명확히 규명하는 것에서 출발한다. 우선 제2절에서 단계화된 비례원칙에 목적의 정당성 심사가 포함되는지, 비례원칙에서 목적의 정당성의 체계적 지위는 어떠한 것인지를 검토한다. 이와 연결하여, 행정재판에서의 비례원칙 심사에서 목적의 정당성을 판단요소로 포함하지 않는 이유도 고찰한다. 이어서 목적의 정당성 심사가 단계화된 비례원칙의 구성요소인지 여부와는 별개로, 그 자체로서 의의를 갖는지에 관하여 살핀다(제2절). 이를 전제로 하여 목적의 정당성이 가지는 실체적 의의를 재판에서 실현할 수 있는 방안은 무엇인지 고찰한 후(제3절), 이를 바탕으로 우리 행정재판과 헌법재판에서 목적의 정당성이 기능하는 현상을 분석하고 이를 비판적으로 검토한다(제4절).

¹⁶³⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 126- 127 참조.

제2절 목적의 정당성과 비례원칙의 관계

단계화된 비례원칙은 목적에 비하여 수단이 과도하지 않은지를 검토하는 필요성 심사에서 시작되었음을 도입부에서 이미 보았고, 비례원칙 심사는 이처럼 ‘수단’을 목적과의 비교 하에 통제하는 심사도구라는 데 그 핵심이 있다. 그런데 단계화된 비례원칙 중 목적의 정당성 심사는 ‘목적’을 심사한다는 점에서 수단을 심사하는 나머지 심사단계와 이질적이다. 또한 그 심사대상인 목적에 대해 어떠한 ‘비례관계’를 심사하는 것이 아니라는 점에서도 다른 심사단계와 다르다. 그렇다면 과연 목적의 정당성이 단계화된 비례원칙의 한 요소인지 하는 의문에 이르게 된다. 이러한 의문은 특히 다음과 같은 두 가지 측면에서 더욱 강화된다.

하나는 우리 헌법이 제37조 제2항에서 비례원칙을 명문화하고 있다고 평가된다는 점에서 출발한다. 위 조항이 비례원칙에 대한 명문의 규정이라면, 헌법상 일반원리로서의 비례원칙과는 어떤 관계가 있는가. 즉 비례원칙에 근거하여 기본권제한 수단의 위헌 여부를 판단하는 것은 헌법 제37조 제2항 위반 여부에 대한 포섭의 문제인가, 아니면 포섭이 완료된 후 헌법상 일반원리를 추가적으로 원용하는 과정인가. 또한 위 조항에서는 기본권제한의 목적을 이미 명문으로 열거하고 있는데, 이러한 목적규정과 비례원칙에서 정당성 심사를 요청하는 목적과는 어떤 관계가 있는가. 목적의 정당성 심사가 위 조항이 정한 목적에 포섭되는지를 판단하는 것인가, 아니면 그것과는 별도의 심사인가.

다른 하나는 우리 대법원이 행정법상 개별 작용에 대하여 비례원칙을 원용할 때 목적의 정당성을 제외한다는 점에서 출발한다. 즉, 대법원은 행정법 영역의 비례원칙 심사에서 적합성·필요성과 상당성만을 심사하는데, 그렇다면 이 경우 목적의 정당성과 비례원칙의 관계가 어떻게 정립되어야 할 것인지 의문이 생긴다. 이에 이 절에서는 목적의 정당성 심사와 비례원칙 사이의 관계에 관한 이와 같은 의문을 차례로 풀어감으로써, 공법상 비례원칙의 특질을 보다 분명히 밝힌다.

I. 공법상 비례원칙과 목적의 정당성

1. 헌법상 비례원칙

1) 비례원칙과 헌법 제37조 제2항

앞서 연혁에서 개관하였듯이, 독일에서는 비례원칙이 프로이센 경찰행정법에서 명문화되어 있었다. 이후 연방헌법재판소의 판례에 의하여 헌법상 일반원리로 그 체계적 지위가 이동하였으나, 기본법에는 명문의 규정을 두지 않았다. 이로 인하여 비례원칙의 기본법상 근거에 관하여 여러 논쟁이 있었고, 주로 법치주의원리나 기본권의 내재적 효력에서 그 근거를 찾는 것으로 정리되었다. 우리 행정법에도 비례원칙에 관한 총칙적인 일반규정이 없는 만큼,¹⁶⁴⁾ 행정법상 비례원칙 역시 그 근거와 법적 성격을 해명할 필요가 있다. 행정법상 비례원칙에 대해서는 이를 헌법상 일반원리라고 하는 것이 일반적이므로, 행정법상 비례원칙을 규명하기 위해서는 우선 헌법상 비례원칙부터 검토하여야 한다.

독일과 달리 우리는 헌법 제37조 제2항 전단에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 비례원칙에 관한 명문규정을 두고 있다고 평가된다. 이처럼 비례원칙이 명문화되어 있는 우리 법체계에서 기본권이 목적에 비하여 과도하게 제한되어 위헌이라는 논증은 헌법 제37조 제2항 위반

¹⁶⁴⁾ 개별 법률에서 비례원칙을 명문화하고 있는 예로는, 행정규제기본법 제5조(규제의 원칙) 제3항(규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.) 및 행정조사기본법 제4조(행정조사의 기본원칙) 제1항(행정조사는 조사목적에 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며...)을 들 수 있다. 한편 법제정을 위한 사전 연구작업이 진행된 바 있는 가칭 ‘행정기본법’에 ‘행정청은 직무를 수행함에 있어서 비례의 원칙을 준수하여야 한다.’는 일반원칙조항을 두는 것이 제안되기도 하였다(김중권 등, 21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 위한 연구, 한국공법학회, 2016, 25면).

에 해당하는가 또는 일반원리로서의 비례원칙에 위반되었기 때문인가. 우리 헌법상 비례원칙은 ‘필요한 경우에 한하여’ 자유와 권리를 제한하도록 하는 헌법 제37조 제2항 전단이라는 대전제를 해석하는 원리로서 작용하는 것인가. 특히 위 조항에서 기본권 제한의 목적을 명문화하고 있는데, 그렇다면 제한의 목적을 확정하고 그 정당성에 대하여 심사하는 과정이 위 조항에 의한 것인가, 아니면 비례원칙 심사 중 한 단계에 해당하는 것인가 그 관계에 관하여 의문이 생긴다.

2) 헌법재판소의 실시

헌법재판소는 초기 결정에서 “변호사법 제10조 제2항이 변호사의 개업지를 일정한 경우 제한함으로써 직업선택의 자유를 제한한 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라, 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이고, (중략) 그러므로 변호사법 제10조 제2항은 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항에 각 위반된다.”고 실시함으로써¹⁶⁵⁾ 비례원칙에서 벗어난 경우 헌법 제37조 제2항 위반된다고 명시한 바 있다. 이러한 실시는 당해 수단이 헌법 제37조 제2항이 정한 비례원칙에 반하여 과도하게 직업선택의 자유를 제한함으로써 헌법 제15조를 위반한 것으로 해석할 수 있다.

그리고 “헌법 제37조 제2항이 특히 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다.”고 판시함으로써¹⁶⁶⁾ 위 조항을 입법작용에 대한 비례원칙의 근거라고 한 바 있다. 그러나 근래 헌법재판소는 이처럼 비례원칙 심사를 헌법 제37조 제2항 위반여부로 보기보다는, 비례원칙을 헌법 제37조 제2항을 언급하지 아니하고 일반원리의 지위에서 그 위반 여부를 판단하거나,¹⁶⁷⁾ 또는 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 일반원리의 지위에 있는

¹⁶⁵⁾ 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102 결정.

¹⁶⁶⁾ 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

¹⁶⁷⁾ 예컨대, “이 사건의 쟁점은 이 사건 조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 표현의 자유를 침해하는지 여부이다.”(헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2016헌마90 결정)

것으로 보고 그 위반 여부를 판단한다.¹⁶⁸⁾

3) 학계의 논의

헌법상 비례원칙의 근거에 관하여는, 이를 헌법 제37조 제2항과 법치국가 원리에 근거한다는 입장¹⁶⁹⁾과 헌법조항, 법치주의 및 자유권의 본질 모두에서 도출되는 원리로 보는 견해¹⁷⁰⁾로 나누어진다. 한편 비례원칙과 헌법 제37조 제2항의 관계에 대하여 이와 다소 다른 관점에서, 비례원칙은 자유권적 기본권을 제한하는 입법에만 적용되고, 헌법 제37조 제2항은 이러한 비례원칙보다 넓어 자유권 외의 다른 기본권 제한입법에도 적용되는 다른 심사기준도 포함한다고 보는 입장도 있다.¹⁷¹⁾ 비례원칙의 근거에 관한 이러한 주장들을 살펴보아도 비례원칙이 헌법 제37조 제2항의 적용인 것인지, 헌법의 일반원리로서 작동하는 것인지, 애초에 둘을 구분할 필요가 있는 것인지에 관한 논의는 찾기 어렵다.¹⁷²⁾

4) 평가

이상에서 본 헌법재판소의 실무례나 헌법학계의 논의로부터는, 비례원칙과 헌법 제37조 제2항의 관계가 명확히 드러나지 않는다. 이로 인하여 아래 목

168) 예컨대, “헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 범정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.”(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 결정)

169) 성낙인, 헌법학, 2019, 962면; 정중섭, 헌법학원론, 2018, 382면.

170) 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 9-11면.

171) 김하열, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제67호, 2012, 49면.

172) 한편, 비례원칙의 근거를 헌법 제37조 제2항 등에서 찾는 것이 아니라, 기본권 제한의 한계 여부를 위 헌법 조항의 해석 및 적용의 문제로 보는 견해로는, 김철수, 헌법학신론, 2010, 356면 이하 참조.

적의 정당성과 비례원칙의 관계에 관한 이론적 논의에서도, 목적의 정당성 심사의 의미 및 이 부분 심사를 비례원칙의 요소로 포함시킬 것인지의 논거 제시에 혼선이 보인다. 즉, 목적의 정당성이 헌법 제37조 제2항에 규정된 제한의 목적인 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’에 포섭되는지 여부를 판단하는 것인지, 또는 위에서 열거하지 아니한 다른 정당성의 기준, 즉 헌법의 명문규정이나 헌법의 기본원리들에 반하는지 여부를 판단하는 것인지가 분명하지 않다.

생각건대, 앞선 예비적 고찰에서 전제하였듯이, 명문 규정의 해석 및 포섭 과정 및 그 법 적용 과정이 완료된 후 일반원리의 원용과정은 준별될 필요가 있다. 이러한 구분에 따르면, ‘입법에 의한’ 기본권의 제한이 과도하여 위헌이라고 판단하는 것은 비례원칙이 명문화되어 있는 헌법 제37조 제2항에 정한 ‘필요한 경우에 한하여’ 제한하라는 요청에 위반된 것인지 여부를 판단하는 것이다.¹⁷³⁾ 그리고 ‘필요한 경우에 한하여’라는 명문규정을 구체적으로 해석하는 데 있어, 그 제한 수단이 목적에 적합하고 덜 제한적인 대안이 없는지 여부인 적합성과 필요성 심사가 개입된다. 또한 다음 장에서 보듯이, 이처럼 수단의 적합성과 필요성은 위 조항을 구체화한 일종의 대전제로서 기능하는 것이다. 한편 헌법 제37조 제2항에 해당하지 않는 입법부 외의 다른 권력기관에 의한 기본권의 제한, 그리고 제한의 목적이 위 조항이 명시하지 아니한 다른 명문의 헌법규정 - 예컨대 경제의 규제와 조정의 목적에 관한 헌법 제119조 제2항, 국토에 관한 제한과 의무를 과하는 목적을 정한 제122조 등 - 이나 헌법원리 - 국민주권주의, 자유민주적 기본질서,¹⁷⁴⁾ 인간의 존엄 등¹⁷⁵⁾ - 에 속하는 경우에는 헌법의 일반원리로서 비례원칙이

173) 한수웅, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소 결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2008, 389면 참조.

174) “긴급조치 제1호, 제2호는 헌법개정을 주장하는 등의 일체의 행위를, 유신헌법에 반대하고 그 전복을 기도하며 사회질서의 혼란을 조장함으로써 국가의 안전보장을 위태롭게 하는 범죄행위로 판단하여 제정된 것이므로, 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 비추어 볼 때 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다.”(헌법재판소 2013. 3. 21. 선고 2010헌바132등 결정)

175) “동성동본금혼을 규정한 민법 제809조는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규

작동한다.

2. 행정법상 비례원칙

행정법상 비례원칙의 근거에 관하여는, 헌법 제37조 제2항으로 보는 견해,¹⁷⁶⁾ 헌법 제37조 제2항에 더하여 헌법의 기본규범이나 이념,¹⁷⁷⁾ 법치국가 원리,¹⁷⁸⁾ 기본권 보장규정¹⁷⁹⁾ 등에서 도출되는 원리로 보는 입장이 있다. 그리고 그 법체계상 지위에 관하여는 이를 헌법적 효력을 가진 법의 일반원리라고 한다.¹⁸⁰⁾ 또한 그 내용에 있어서는 판례의 실시와 같이 목적의 정당성을 제외하고, 적합성, 필요성의 원칙(최소침해의 원칙), 협의의 비례원칙(상당성)만이 비례원칙을 구성한다고 보는 것이 통상적이다.¹⁸¹⁾

3. 실무례의 차이

대법원과 헌법재판소가 단계화된 비례원칙 중 목적의 정당성 심사를 포함하는지에 관하여 상반된 입장을 보이고 있음은 잘 알려진 바와 같다. 우선 대법원은 행정재판에서 개별 작용의 심사를 위하여 원용되는 비례원칙에서 목적의 정당성을 제외하고 수단의 적합성, 필요성, 상당성만을 심사한다.¹⁸²⁾

정한 헌법이념(중략)에 정면으로 배치된다.”(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 등 결정)

176) 김남진·김연태, 행정법 I, 2019, 42면; 김성수, 일반행정법 - 행정법이론의 헌법적 원리, 2018, 95면; 류지태·박종수, 행정법신론, 2019, 164면.

177) 김동희, 행정법 I, 2019, 59면

178) 김철용, 행정법 I, 2009, 56면; 박군성, 행정법론(상), 2019, 54면; 박윤훈·정형근, 최신 행정법강의(상), 2009, 71면.

179) 박군성, 위의 책, 54면; 석종현·송동수, 일반행정법(상), 2015, 86면.

180) 김동희, 위의 책, 59면; 박군성, 위의 책, 54면.

181) 김남진·김연태, 위의 책, 42면; 김성수, 위의 책, 95면; 김철용, 위의 책, 57면; 류지태·박종수, 위의 책, 43면; 김동희, 위의 책, 59면; 박윤훈·정형근, 위의 책, 71면; 박정훈, 행정법의 법원, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 138면; 석종현·송동수, 위의 책, 87면 등.

이러한 입장은 비례원칙을 실시한 초기부터 최근¹⁸³⁾까지 이어지고 있다. 다만, 행정입법에 대하여 위헌심사를 할 때에는 목적의 정당성까지를 포함하는 비례원칙을 원용한다.¹⁸⁴⁾

한편, 헌법재판소는 초기에는 목적의 정당성을 비례원칙과 별개의 범주로 다루었던 경향을 보인다. “헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째, 그 수단·방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라 그 정도 또한 적정한 것이어야 한다고 하겠다”는 설시례가 대표적이다.¹⁸⁵⁾ 그렇기는 하지만 목적의 정당성을 포함하는 현재의 비례원칙 심사도 그와 비슷한 시기부터 명시적으로 실시되어,¹⁸⁶⁾ 두 가지 경향이 일정 기간 병존하였던 것으로 보인다.

182) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등.

183) “비례의 원칙(과잉금지의 원칙)이란 어떤 행정목적 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다는 헌법상의 원칙을 말하는 것이다.”(대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결)

184) “위 고시가 원고들의 영업의 자유를 제한하는 목적이 정당한 것인지에 대하여 살펴보기로 한다.”(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결); “구 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문은 (중략) 일본제국주위에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고”(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결)

185) 헌법재판소 1989. 5. 24. 선고 89헌가37, 96 결정.

186) “과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.”(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정) 한편, 이 결정에 대한 재판관 이시윤의 보충의견 및 반대의견에서는 “헌법이 제시하는 일반 기본권제한의 원리는 법률로써 하되 첫째로 공공복리에의 해당성이 있어야 하고, 둘째로 필요한 경우에 최소한도에 그쳐야 하는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙이 지켜져야 하고, 셋째로 본질적인 내용의 침해가 되어서는 안 되는 침해금지의 원칙이 존중되어야 한다는 것으로 풀이된다.”고 함으로써 목적의 정당성을 비례원칙과 분리하는 의견을 낸 바 있다. 위 결정을 비롯하여 헌법재판소가 목적의 정당성을 실시한 결정례에 전반적인 흐름에 관하여는 이기철, 헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?, 공법연구 제35집 제1호, 2006, 381-384면 참조.

그렇다면 이제부터는 헌법 제37조 제2항과 비례원칙의 관계 및 대법원과 헌법재판소가 목적의 정당성에 관한 설사에서 이와 같은 차이가 나는 이유를 알아보기 위하여, 우선 목적의 정당성과 비례원칙의 관계에 관한 논의를 검토한다.

II. 이론적 논의

비례원칙에서부터 목적의 정당성을 절연시키는 입장은 크게 개념적·이론적 차원과 제도적 차원에서 근거를 들어 왔는바, 아래에서 이러한 논의들을 차례로 살핀다.

1. 목적의 정당성을 배제하는 입장

1) 이론적 차원

이론적 차원에서 비례원칙과 목적의 정당성 관계를 설명하는 입장은, 목적-수단 사이의 관계를 심사함에 있어 목적의 정당성 여부 자체를 살필 필요가 없다는 견해와, 목적의 정당성도 심사는 하되 비례원칙이라는 개념 아래 포함시킬 수 없고 별도의 전제단계에서 다루어야 한다는 주장으로 나누어진다. 전자의 견해를 뒷받침하는 논거를 살펴보면, 우선 비례원칙이 목적과 수단 사이의 비례관계를 심사할 것을 명할 뿐 목적 자체에 대하여는 가치판단할 것을 명하지 않기 때문에, 비례원칙 심사에서 목적의 정당성 자체를 문제삼을 필요가 없다고 한다.¹⁸⁷⁾ 이러한 입장은, 비례원칙이 목적과 수단 사이에 적절한 관계가 있는지를 살피고 이익들 사이를 비교·교량하여야 한다는 요청만을 내용으로 할 뿐, 비교·교량할 수단과 목적이 추구하는 이익에 실

¹⁸⁷⁾ 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 13권 2호, 2007, 282면; 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 27면; 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 9면.

체적으로 무엇이 산입되어야 하는지에 관하여 말해주는 바가 없다고 하는 비례원칙의 ‘형식적’ 측면¹⁸⁸⁾에 주목한다.

반면, 목적의 정당성을 심사하기는 하지만, 이를 비례원칙 판단 차원이 아니라 별개로 나누어 판단하여야 한다는 주장도 있다. 우선, 어떤 법적 판단 요소가 정당해야 한다는 것은 법질서에 내재된 당연한 요청이라는 것을 전제로 하여, 목적의 정당성을 따로 비례원칙의 구성요소로 볼 필요가 없다는 입장이 있다. 이에 따르면, 비례원칙이 ‘수단’의 정당성 여부를 따로 묻지 않는다는 것 역시 정당성요청이 법적 판단요소에 내재되어 있다는 것을 의미한다. 따라서 ‘목적’의 정당성도 비례원칙 판단 차원에 포함될 것이 아니라 별개로 취급하여 판단하여야 한다는 것이다.¹⁸⁹⁾ 한편, 우리 헌법 조항의 문언과 연계하여, 비례원칙은 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 경우에 한하여’ 부분에만 관련된 개념이고, ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여’ 부분이 목적의 정당성 심사를 의미하므로 둘을 분리하여야 한다는 입장¹⁹⁰⁾ 및 비례원칙은 기본권 제한적 법률의 방법적 한계를 심사하는 기준이고, 기본권 제한의 목적은 헌법이 명시하고 있는 목적이 존재할 것을 요구하는 것이라는 이유로, 기본권 제한적 법률의 목적의 정당성 심사를 비례원칙에 포함시켜서는 안 된다는 논증¹⁹¹⁾도 있다.

188) 김형성, 과잉금지 원칙과 적용상의 문제점, 헌법실무연구 3권, 2002, 65면.

189) 김형성, 위의 글, 65-66면; 박근성, 행정법론(상), 2019, 53면.

190) 이기철, 헌법재판소는 비례 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?, 공법연구 제 35집 제1호, 2006, 395, 400-401면; 한편, 황치연, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2009, 468면에서도 “헌법 제37조 제2항에서 설정하고 있는 기본권 제한의 목적상 한계에 따라 목적의 정당성 심사를 하는 것은 과잉금지원칙 심사와는 별개의 문제로서, 입법목적의 발견과 목적의 정당성 심사는 과잉금지원칙과 동일한 심사구조 안에 있는 것이 아니다”라고 함으로써, 단계화된 비례원칙의 심사요소 중 목적의 정당성 심사가 포함되지 않는다는 기존 입장(우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점, 고시연구 24권 3호, 1997, 179면)은 유지하면서, 비례원칙 심사와 별개로 목적에 대한 심사는 이루어져야 한다고 입장이 정리된 것으로 보인다.

191) 정종섭, 헌법학원론, 2018, 383면.

2) 제도적 차원의 배제 논거

이 부분 주장은, 권력분립의 측면에서 입법목적을 정할 권한은 민주적 정당성을 지닌 정책의 대표로서의 입법자에게 모두 고유하게 위임되어 있다는 것을 전제로 한다. 즉, 이와 같은 위임을 받은 입법자가 정한 목적에 대하여는 사법부가 그 정당성 여부를 판단할 수 없고, 판단하여서도 안 된다는 것이다.¹⁹²⁾ 결국 목적의 정당성 부분은 비례원칙의 심사요소가 아니고, 나아가 비례원칙의 구성요소 외에서도 심사대상이 아니라고 한다.

2. 목적의 정당성을 포함하는 입장

이와 달리 목적의 정당성 심사가 단계화된 비례원칙의 향후 심사단계로 진행하는 전제로서 필수적인 심사단계라고 보는 입장도 있다. 비례원칙 심사에서 판단의 요소들에 대해서는 모두 규범적인 가치판단이 필요하고, 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 공익 개념에 당해 수단이 추구하는 목적이 포섭되는지의 심사를 요구하고 있기 때문이라는 것을 근거로 한다.¹⁹³⁾ 또한 실천적 측면에서, 목적의 정당성 심사 자체는 필요하고, 그렇다면 이를 비례원칙이라는 하나의 심사기준으로 결박하는 것이 심사를 누락하지 않고 실시하게 한다는 이유로, 이를 비례원칙의 한 요소로 포함하여야 한다고 한다.¹⁹⁴⁾ 즉, 비례원칙 심사에서 ‘공익 목적’에 대비되는 의미의 ‘사익’은 비례원칙 심사로 나아가기 전단계인 기본권·자유 보호범위 획정을 통해 가치 없는 사익으로서 사전에 배제되므로, 공익 목적에 대하여도 이에 대응되는 단계가 필요하다는 것이다. 결국 사익의 형량대상인 공익 목적에 대하여는 목적의

192) 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 26-27면.

193) 이민열, 목적의 정당성을 비례원칙에 포함하여야 하는 근거와 그 역할, 법조 715권, 2016, 10-11면.

194) 이민열, 위의 글, 11-13면. 이 글 13면에서는, 목적의 정당성에 관한 심사를 하는 이상 헌법재판소의 일관된 판례를 변경하면서까지 이 부분 심사를 비례원칙 심사에서 분리하는 것은 이론적 실익이 없고, 심사누락으로 인하여 기본권보장에 불필요한 누락을 가져올 위험이 있다고 한다.

정당성 판단을 통해 형량의 대상이 될 수 없는 것들을 걸러내는 역할을 한다는 것이다.¹⁹⁵⁾

3. 평가

1) ‘목적’에 대한 심사와 비례원칙의 관계

앞서 본 논의들을 검토하기 위한 전제로, 우선 헌법 제37조 제2항과 비례원칙의 관계를 다시 정리하면 다음과 같다. 헌법 제37조 제2항에 내재된 비례원칙은 특히 자유와 권리를 ‘법률’로써 제한하는 경우에 적용하도록 헌법이 명하고 있고, 이 때 당해 법률이 추구하는 목적에 비추어 자유·권리가 과도하게 제한되었는지 여부는 헌법 제37조 제2항에 위반되는지 여부를 판단하는 것이다.¹⁹⁶⁾ 그렇다면 여기서 과도한 제한 여부의 전제조건이 되는 목적을 우선 정하여야 할 것인데, 이와 같이 정해진 목적이 위 조항에 정한

195) 이민열, 목적의 정당성을 비례원칙에 포함하여야 하는 근거와 그 역할, 법조 715권, 2016, 9, 18, 28면.

196) 이와 관련하여 앞서 소개한 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102 결정 참조. 위 결정에서는 “변호사법 제10조 제2항이 변호사의 개업지를 일정한 경우 제한함으로써 직업선택의 자유를 제한한 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라, 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이고”, “그러므로 변호사법 제10조 제2항은 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항에 각 위반된다.”고 함으로써 비례원칙 위반이 곧 명문의 헌법규정 위반이라고 명시하였다. 다만, 그 논증과정에서 ‘입법의 목적’이라는 표제 하에 위 법률조항의 입법목적은 “판사나 검사 등으로 근무하던 공무원이 그 근무지에서 변호사로 개업함으로써 생길 수 있는 정실개입의 위험을 배제하고, 공무원 직무의 공정성에 대한 신뢰확보에 있음이 분명하다. (중략) 또한 중견판사 및 검사를 확보하기 위함도 위 법률조항의 입법취지의 하나로 인정된다.”고 함으로써 목적을 설정하는 데 그치고, 그 목적이 헌법 제37조 제2항이 정한 목적 하에 포섭되는지 및 정당한 목적인지의 논증은 없다. 위 결정을 따른 최근의 결정에서는 “직업선택의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙에 따라, 반드시 법률로써 하여야 할 뿐 아니라 국가안전보장·질서유지·공공복리라는 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적정한 수단·방법에 의해서만 가능하다.”고 함으로써(헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2015헌바65 결정 등), 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙 위반 여부의 판단으로 논증을 전개한다.

‘국가안전보장·사회질서·공공복리’에 포섭되는지를 판단하는 과정이 필요하다. 이를 목적의 정당성 심사라고 부를 수 있고, 이러한 심사단계가 일단 판단의 전제로서 필요하다는 점은 분명하다. 그리고 헌법 제37조 제2항에 명문화된 비례원칙 심사 외에 헌법의 일반원리로서의 비례원칙은, 법률 외의 수단으로 자유와 권리가 제한된 경우, 그리고 그 수단으로써 추구하는 목적이 ‘국가안전보장·사회질서·공공복리’ 외에 헌법의 규정이나 헌법원리에 속하는 경우에 원용된다고 할 것이다.¹⁹⁷⁾ 어느 경우든 수단이 추구하는 목적을 확정하고, 그 목적이 헌법의 명문의 규정이나 헌법원리에 반하는 것은 아닌지 여부에 대한 판단은 필요하다.

그러나 이러한 심사를 비례원칙의 일부로 볼 것인지 아닌지는 별개의 문제이다. 즉, 수단에 대한 심사를 하기 위한 전제로서 목적을 정할 필요가 있다는 점과 정해진 목적이 정당한지 여부를 비례원칙이라는 하나의 심사기준 하에 판단하여야 한다는 점은 서로 구분되는 문제이다. 다시 말해, 목적이 고정되어야 수단과의 비교 관계 심사가 가능하다는 점에서, 목적을 결정하는 것은 비례원칙의 필수적인 전제요소이다. 그러나 비례원칙은 그 목적에 비추어 수단이 과도한 것인지를 심사하는 도구로서, 그 자체로써는 목적이 정당할 것을 요청하는 것까지 포함하지는 않는다. 한 요소가 다른 요소의 전제가 된다고 하여 그 요소의 정당성 판단 역시 하나의 범주 안에 포함될 필연성은 없는 것이다.¹⁹⁸⁾ 이는 비례원칙에서 수단이 그 자체로 정당할 것을 별도로 요청하지는 않고,¹⁹⁹⁾ 다만 목적과의 비례관계 하에서 적합·필요하고 상

197) 이와 같이 법률과 법률 외의 수단을 구분하여 비례원칙을 이해하는 견해로, 한수용, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 10-11면 참조. 이 글에서는, 후자의 경우에 원용되는 비례원칙은 헌법 제37조 제2항이 아닌 법치주의원리나 기본권의 내재적 효력 등 헌법의 기본원리로부터 도출되는 것으로 본다.

198) Dietmar von der Pfordten, Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 270 참조.

199) Philipp Reimer, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 66 및 다음 제3장 제2절 수단의 적합성 부분에 관한 논의 참조. 다만, 비례원칙에 수단의 정당성(Mittellegitimität)도 포함하는 견해로 Bodo Pieroth / Bernard Schlink, Grundrechte, 2011, Rn. 289. 이에 관하여는 Philipp Reimer, 위의 글, S. 63 각주 18 참조.

당한 범위 내일 것만을 요구한다는 점과도 일관된 해석이다.

요컨대, 헌법차원에서 기본권을 제한하는 ‘법률’에 대한 ‘목적의 정당성’ 심사는 원칙적으로 비례원칙으로 나아가기 위하여 결정된 목적이 헌법 제37조 제2항에 정한 기본권제한의 목적에 해당하는지를 판단하는 포섭과정에 해당한다.²⁰⁰⁾ 그리고 위 조항이 명시하지 아니한 목적을 추구하는 것으로 결정되는 경우에도, 비례원칙이라는 헌법상 일반원리의 원용 이전에 명문의 헌법규정이나 헌법원리에 비추어 그 목적이 정당한 것인지를 심사하는 것이지, 이를 비례원칙의 한 요소로서 심사하는 것은 아니다. 법률 아닌 다른 국가작용에 의한 자유·권리의 제한에 대해서 헌법 제37조 제2항이 아닌 헌법상 일반원리로서의 비례원칙이 원용되는 경우, 그 목적의 정당성 역시 헌법 제37조 제2항이 정한 목적을 준용하거나, 헌법규정 또는 헌법원리에 따라 판단되어야 한다.

목적의 정당성 심사가 비례원칙에 포함되지는 않지만, 앞서 본 바와 같이 목적을 헌법 제37조 제2항과 그 밖의 헌법규정 및 헌법원리 등으로 구분하여 헌법적 정당성 심사를 함으로써 자유·권리를 제한하는 법률과 그 밖의 국가작용이 추구하는 목적이 과연 헌법이 인정한 목적의 범주에 포함되는지, 즉 헌법적 위상과 가치를 가지는 것인지를 검토하게 된다는 기능적 의의가 있다. 이처럼 목적에 대한 심사를 통해 자유·권리를 강하게 보장하는 임무는, 헌법에 명문화된 비례원칙 또는 헌법상 일반원리인 비례원칙의 정확한 해석과 적용을 통해 달성될 수 있는 것이지, 단계화된 비례원칙에 다른 심사단계와는 이질적인 목적의 정당성 심사를 포함시킴으로써 달성되는 것²⁰¹⁾은 아니다.

헌법재판소의 일부 판시에서도 이와 같이 정해진 입법목적의 정당성은 헌

200) 정주백, 과잉금지원칙에 관한 관견: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 252면. “헌법상 문언을 전제로 하였을 때, 헌재로서는 당연히 위의 세 가지 목적의 성격을 분석하였어야 한다.”; 반면, 헌법 제37조 제2항이 규정한 각 목적 범주의 의미를 확정하거나 목적이 각 범주 중 어디에 해당하는지를 정하여야 한다는 것은 아니라는 견해로, 한수웅, 헌법학, 2019, 482면 참조.

201) 이민열, 목적의 정당성을 비례원칙에 포함하여야 하는 근거와 그 역할, 법조, 715권, 2016, 13면.

법 제37조 제2항이 정한 목적에 포섭되는지 여부를 심사한다는 취지가 나타나기는 한다.²⁰²⁾ 그러나 헌법재판소의 대부분 결정에서 목적의 정당성 심사를 비례원칙의 구성단계로 포함시켜 이 단계부터 출발하고 있음은 잘 알려진 바와 같다. 앞서 검토한 바와 같이, 목적의 정당성 심사는 비례원칙의 필수적인 구성부분은 아니므로, 이러한 설시례에 대해서는 비판적 관점에서 재검토가 필요하다.

2) 목적 결정 단계로서의 의미

목적의 정당성 심사가 단계화된 비례원칙 심사의 구성요소는 아니라 하더라도, 수단에 대한 적합성 및 필요성의 각 단계별 심사로 나아가기 위해서는 그 비교대상이 되는 목적이 결정되어야 한다. 단계화된 비례원칙 첫 단계는 이러한 ‘목적 결정’의 단계로서 의미가 있다.²⁰³⁾ 목적의 결정에 있어 사법부는 상정 가능한 입법목적이나 행정목적 중 규범해석을 통해 당해 사안에서 관련되는 목적을 결정할 재량을 보유하고는, ‘정당성’ 심사뿐만 아니라 그 전제인 ‘목적의 결정’에서부터 이후 비례원칙 심사단계에 실제적으로 영향을 미친다.²⁰⁴⁾ 즉, 자유·권리를 제한하는 당해 수단으로써 추구하고자 하는 진정한 목적이 과연 무엇인지를 정확하게 고정해 놓아야만, 수단을 통제하고자 하는 다음단계의 심사가 올바른 기능을 할 수 있게 된다.²⁰⁵⁾ 목적 결정의 구

202) “이 사건 법률조항은 헌법 제10조 제1항, 제11조 제1항, 제36조 제1항에 위반될 뿐만 아니라 그 입법목적이 이제는 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 ‘사회질서’나 ‘공공복리’에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다.”(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 등 결정)

203) Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 28-29; 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 7면 참조.

204) Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 38; 한수웅, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2008, 381면 참조.

205) Christoph Engel, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011, in: Verhältnismäßigkeit: Zur

체적인 방법에 대하여는 절을 바꾸어 다시 살핀다.

3) 목적의 ‘정당성’ 심사의 가치

남아프리카 공화국 등의 예에서와 같이 명백한 차별적 대우를 목적으로 하는 입법이나 행정작용은 이제 거의 찾아보기 어렵다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 앞으로는 표면적으로는 공익 목적을 내세우나, 실제로는 차별적 대우나 반대로 특정 집단을 우대하기 위한 의도 또는 당해 국가에 내재되어 있는 윤리적·도덕적·문화적 질서를 관철시키기 위한 의도인지 의심이 드는 경우에 목적의 정당성 심사가 의의를 가질 수 있을 것이라고 생각된다. 이에 관하여는 아래 각국의 사례 고찰을 통해 구체적으로 살펴본다.

III. 각국의 사례

본 항에서는 독일, 유럽인권재판소 및 캐나다·이스라엘·남아프리카 공화국의 기본권제한 목적조항을 개관하여, 목적의 정당성 심사가 단계화된 비례 원칙 내에서 고유한 의의를 가진다는 점을 확인하기로 한다. 이와 비교할 대상으로, 미국에서 목적에 연계하여 수단을 심사하는 기준들의 체계도 함께 개관한다. 이로써 수단이 추구하는 목적의 확정이나 목적의 정당성·중요성이 수단에 미치는 영향을 검토하는 토대로 삼기로 한다. 실제 각국 법원 및 국제재판소에서 목적의 정당성이 문제된 사례들은 다음 제3절에서 검토한다.

1. 독일

독일 기본법은 포괄적 기본권에 해당하는 일반적 행동의 자유에 관하여는 제2조 제1항에서 제한의 유보만을 명시하고,²⁰⁶⁾ 제한의 목적에 대하여는 규

Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 99 참조.

206) 모든 사람은 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법에 적합한 질서 또는 도덕률에 반하지

정하지 아니한다. 개별기본권 중에서는 이전의 자유에 관한 제11조 제2항,²⁰⁷⁾ 거주에 관한 제13조 제7조²⁰⁸⁾ 등에서 제한의 목적을 명시하고 있다. 목적의 정당성과 관련하여 연방헌법재판소는 목적이 ‘공익이라는 합리적인 이유’(vernünftige Gründe des Gemeinwohls)에 의해 정당화될 수 있는지를 심사한다는 입장이다.²⁰⁹⁾

2. 유럽인권재판소

유럽인권협약에는 포괄적 기본권(Auffangsrecht) 규정은 없고, 개별 기본권 별로 제한의 목적을 명시하고 있는데, 그 중에 대표적인 조항을 살펴보면 다음과 같다.²¹⁰⁾ 이 조항들에서는 제한의 목적을 상대적으로 구체적으로 열거하고 있다는 점, ‘다른 사람의 권리 및 자유의 보호’를 명시하고 있다는 점, ‘보건, 도덕’이라는 목적 조항이 명시되어 있다는 점에서 우리 헌법 조항과 비교된다.²¹¹⁾

제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가

아니하는 한 인격의 자유로운 발현권을 가진다.

207) 이전의 자유는 (중략) 연방·주의 존립이나 자유민주주의적 기본질서에 급박한 위협의 방지, 전염병, 자연재해 또는 기타 중대한 재난의 대처, 청소년이 방치되거나 범죄를 저지를 우려로부터 청소년의 보호를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률이나 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다.

208) 거주에 자유에 대하여는 공공의 위험 또는 개인의 생명의 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한하여, 그리고 법률에 근거하여 공공의 안녕과 질서에 대한 급박한 위협의 예방, 특히 주거 공간 부족의 해소, 방역 또는 위험에 처한 청소년의 보호를 위한 경우에 침해와 제한이 가능하다.

209) BVerfGE 53, 135; BVerfGE 46, 120. 이 결정들에 대하여는 Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 72 참조.

210) 번역은 정인섭 편역, 국제인권조약집, 유네스코 한국위원회, 2000을 참조하였다.

211) 이 중에 타인의 권리를 기본권 제한의 목적으로 보는 부분에 관하여는 본 장 제3절 심사의 범위와 방법 I. 심사의 범위 2. 목적의 종류 부분에서 살피고, 본 장 제4절에서 우리 헌법상 ‘공공복리’에 대응될 수 있는 사안례를 검토하여 목적의 정당성 심사에서의 의의를 검토한다.

진다.

2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서 유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

제9조(사상·양심·종교의 자유)

1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. (이하 생략)

2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

제10조(표현의 자유)

1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. (이하 생략)

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

제11조(집회 및 결사의 자유)

1. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여져서는 아니 된다. (이하 생략)

3. 캐나다 · 이스라엘 · 남아프리카 공화국

캐나다 권리장전 제1조에서 기본권과 자유에 대한 제한의 목적으로서 ‘자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있는 법이 정한 합리적인 한계’를 명시하고 있음은 앞선 장에서 본 바와 같다. 한편 캐나다 대법원은 대표적인 Oakes 판결에서 기본권을 제한하는 목적이 갖추어야 할 요건에 관하여, ‘헌법이 보장하는 자유권의 제한을 정당화할 정도로 충분히 중요한 목

적’ 또는 ‘급박하고 상당히 중요한 목적’이어야 한다고 판시하였다.²¹²⁾

또한 이스라엘은 각 기본권별로 기본법을 개별적으로 두고 있고, 그와 같이 인정된 기본권은 정당한 목적을 위하여 필요한 한도 내에서 제정된 법률 등에 의하여 제한될 수 있다는 점은 앞에서 보았다. 이스라엘 대법원은 목적의 정당성이 문제된 사안²¹³⁾에서 정당한 목적이란 공동체 생활의 기초가 되는 것 또는 국가와 사회의 존속에 필수적인 이익이라고 판시한 바 있다.

한편, 남아프리카 공화국 헌법 제36조에서는 (b)호에서 목적의 중요성이라는 개방적 개념으로써 기본적 인권 제한을 정당화하는 요소로 명문화하고 있다. 한편 법률유보에 관하여 인간의 존엄, 평등, 자유에 기반을 둔 개방적인 민주사회에서 합리적이고 정당화 가능한 법률이라고 명시함으로써 자유·권리를 제한하는 수단이 지향하여야 할 목적이 가져야 할 가치를 규정하고 있다.²¹⁴⁾ 남아프리카 공화국 헌법재판소는 위 조항에 근거하여 목적의 정당성이 결여되었다는 이유로 적지 않은 사안들에서 위헌선언을 한바 있다.²¹⁵⁾ 남아프리카 공화국은 그 역사적 특수성으로 인하여, 아파르트헤이트 시대의 차별에 기한 법률 등 조치들을 심사한 사안들이 있었다. 뿐만 아니라, 인종 외 다른 영역의 소수자들이 관련된 사안에서도 전향적인 태도로 목적 자체의 정당성을 부인함으로써 헌법정신을 구현한 것으로 평가되기도 한다. 구체적인 판단례는 다음 제3절에서 살핀다.

²¹²⁾ R. v. Big M Drug Mart Ltd., 1 S.C.R. 295, 352(1985).

²¹³⁾ United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village, CA 6821/93(1995). 이 판결에 대하여는 Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 259 참조.

²¹⁴⁾ 이에 관하여, 남아프리카 공화국에서 오래 지속된 아파르트하이트 체제에서 반대의견을 억압하는 데 이용되었다는 반성적 고려를 거쳐 헌법에서 예컨대 ‘국가 안보, 공익, 공공 질서’와 같은 명시적인 목적을 두지 않고 개방적인 조항만을 두었다는 분석으로, Aharon Barak, 위의 책, p. 257에 인용된 Stu Woolman / Henk Botha, Limitations, in Stu Woolman(ed.), Constitutional Law of South Africa, 2002, p. 113 참조.

²¹⁵⁾ Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 232 참조.

4. 미국

1) 심사기준과 ‘목적’의 관계 개관

미국에서는 앞서 소개한 바와 같이 기본권을 제한하는 수단에 대한 심사가 목적의 성격 및 목적과의 연관 정도에 따라 기준과 강도의 층위를 나누어 진행된다고 평가된다. 즉 연방대법원은 다음과 같은 단계화된 범주, ① 엄격한 심사기준, ② 중간적 심사기준, ③ 완화된 또는 합리성 심사기준으로 나누어 심사기준을 범주적으로 구분하여 심사한다는 것이 일반적인 견해이다.²¹⁶⁾ 잘 알려진 바와 같이 엄격한 심사기준은 급박한 국가의 이익을 달성하기 위하여 필요한 한도로 재단된 수단을 사용할 것을 요구한다. 여기에는 수정헌법 제1조에 정한 표현의 자유 대부분의 경우 - 정치적 표현, 언론의 자유, 평화로운 집회의 권리 -, 종교의 자유, 미국 내 이전의 자유, 투표의 자유, 인종이나 국적에 따른 차별로부터 평등한 대우를 받을 권리²¹⁷⁾ 및 헌법이 명시하지 않은 권리 중 일정한 근본적 권리로 인정되는 것, 예컨대 여행할 권리, 결혼할 권리, 부모의 양육권, 신체의 완전성에 대한 권리 등이 속한다.²¹⁸⁾ 중간적 심사기준은 중요한 국가이익과 실질적으로 연관되어 있을 것을 요구한다. 이러한 목적의 범주 내에서 심사되는 자유·권리 영역은, 상업적 표현의 자유, 공개된 장소에서 표현할 자유, 젠더나 나이에 따른 차별로부터 평등하게 대우받을 권리 등이다.²¹⁹⁾ 마지막으로 완화된(최소한의, 합리적) 심사기준에서는 정당한 국가의 목적과 수단이 합리적으로 연관되어야 한다고 보고, 여기에는 앞서 열거되지 아니한 사유로 인한 차별대우로부터 보호받을 권리, 국외로 이동할 권리 등에 속한다.²²⁰⁾

²¹⁶⁾ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2011, p. 687-695. 이에 관하여는 Paul Yowell, *Proportionality in US Constitutional Law*, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 95 참조.

²¹⁷⁾ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 284.

²¹⁸⁾ Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, *Vanderbilt Law Review* 59(2006), p. 797.

²¹⁹⁾ Aharon Barak, 위의 책, p. 511.

²²⁰⁾ Aharon Barak, 위의 책, p. 511-512.

2) 단계화된 비례원칙과의 비교

미국의 목적-수단 사이의 심사를 단계화된 비례원칙과 비교할 때 다음과 같은 구별점을 찾을 수 있다. 하나는 일정한 자유·권리의 영역별로 정해진 제한의 목적을 사전에 확정함으로써 그 자체로 보호의 정도, 즉 심사의 강도를 범주적으로 정해놓는다는 것이다. 다른 하나는 수단에 대한 심사는 목적달성을 위해 보다 좁은 범위로 재단된 수단을 요구하는 데 그치고, 보통 대안 및 목적달성 정도에 대해서까지 나아가 심사하지는 않는다. 이 경우는 필요성원칙보다 요건이 완화된 심사라고 할 수 있다.²²¹⁾ 마지막으로, 수단이 필요한 한도 내로 재단되지 않은 경우 목적 자체가 부당하다고 추론하는 경우가 있는데, 이는 목적이 정당한지를 첫 단계에서 전제문제로 심사하는 비례원칙과 대응된다고 할 것이다.²²²⁾

²²¹⁾ Mattias Kumm, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-based Proportionality Review, *Law & Ethics of Human Rights* 4(2010), p. 149 참조. 다만, 엄격심사기준 중 덜 제한적인 대안 기준은 대안이 덜 제한적이면서 동시에 목적을 동일한 정도로 달성할 것까지 요구한다는 점에서 필요성 심사와 구조가 유사하다.

²²²⁾ Niels Petersen, Legislative Inconsistency and the ‘Smoking Out’ of Illicit Motives, *American Journal of Comparative Law* 64(2016), p. 213-214 참조.

제3절 심사의 범위와 방법

목적의 정당성 심사는 크게, ① 헌법이 천명하는 근본가치에 정면으로, 직접적으로 반하는 경우인지 여부를 심사하는 경우와, ② 입법자에게 정당한 목적에 관하여 주장·논증할 책임을 부여하여 만일 입법자가 그 책임을 다하지 못하는 경우, 정당한 공익목적이 아닌 특정 이익집단의 보호 또는 특정 윤리·도덕적 가치의 수호 등 정당화될 수 없는 목적을 추구하는 것이라고 추론하는 경우로 나눌 수 있다.²²³⁾ 특히 미국에서 특정 영역에서 채택되는 수단에 대하여 목적 달성을 위해 세밀하게 재단될 것을 요구하는 엄격심사를 하면서, 그 요구를 충족하지 못한 경우 그 목적이 실제 추구하는 의도는 정당하지 않은 것이라고 추론하는 방식이 후자에 속한다. 이하에서는 이러한 목적의 정당성 심사 방식 구분을 전제로 하여, 목적을 결정하고 그 정당성을 심사하는 방식에 관하여 쟁점별로 검토한다.

I. 심사의 범위

앞서 전제한 바와 같이, 목적의 결정은 비례원칙 심사의 출발점으로서 필수적인 단계이나, 그 정당성의 심사는 비례원칙과는 구분되는 별도의 단계이다. 이와 같이 준별한다면, 그 논리적 선후관계는 ① 목적의 확정, ② 목적의 정당성 여부 심사, ③ 비례원칙 심사가 된다. 설정된 목적이 규범적으로 정당화될 수 없다면, 그 목적 달성을 위해 채택된 수단이 목적에 비추어 비례관계에 있는지의 심사로 나아갈 여지나 필요가 없기 때문이다. 이처럼 세 단계가 차례로 선결문제의 관계에 있다는 점에서, 앞의 두 단계, 즉 목적을 결정하고 그 정당성을 심사하는 단계를 합하여 목적의 정당성 심사라는 범주에 포함시켜 검토하기로 한다.

223) Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, 2017, p. 117.

1. 목적의 결정

목적은 수단으로써 달성하고자 하는 상태,²²⁴⁾ 보다 규범적으로는 판단자가 가치 있다고 여기는 의도된 효과²²⁵⁾로 정의할 수 있다. 목적은 가장 추상적인 상위개념으로서 확정할 수도 있고, 그 추상적인 목적을 보다 구체화하면 하위목적은 상위의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이해될 수도 있다.²²⁶⁾ 예컨대 헌법 제37조 제1항이 정한 ‘공공복리’가 가장 최상위의 추상적인 목적이라면, 이보다 구체화한 목적으로 상정할 수 있는, 예컨대 ‘국민의 건강’은 공공복리를 달성하기 위한 하위의 수단이라 할 수 있다. 또한 국민의 건강에 위해가 될 수 있는 ‘영업의 관리·감독’이라는 더 구체적인 목적은 동시에 바로 상위의 국민의 건강에 기여하는 수단이다. 단계화된 비례원칙 심사를 위해서는 이처럼 단계적 구조를 이루는 목적개념 중에서 당해 수단 – 예컨대 국민건강에 위해가 될 수 있는 영업허가에 대한 조건의 부가 – 을 심사하기 위한 기준으로서 유효하게 작동할 수 있는 목적을 추출해 내는 것이 필요하다.²²⁷⁾

다른 한편, 목적의 구체화의 정도 내지 목적이 아우르는 범위에 따라서 다음 장에서 보는 수단의 심사에 미치는 영향이 달라진다. 즉, 목적이 추상적이고 넓은 의미로 설정될수록, 목적달성 가능성·인과관계, 즉 수단의 적합성은 보다 쉽게 인정될 수 있고, 필요성 심사에서 상정될 대안의 폭이 넓어진다.²²⁸⁾ 목적개념은 앞서 본 바와 같이 단계화된 비례원칙 마지막 단계의

224) Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 30.

225) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 44.

226) Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 203; Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, *University of Toronto Law Journal* 57(2007), p. 389.

227) Bernhard Schlink, 위의 책, S. 204; Janneke Gerards, *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 480 참조.

228) Laura Clérico, 위의 책, S. 31 참조. 이와 관련하여, 목적이 추상적일수록 적합성은 쉽게 인정되나, 필요성은 인정되기 어려워진다는 지적으로, Bernhard Schlink, 위의 책, S. 205 참조.

이익형량 심사에서 당해 수단과의 중요도를 비교·교량할 때 중요한 비교대상이 되지만, 이처럼 수단의 적합성과 필요성 심사에서도 기준점이 된다. 따라서 하위의 구체적 목적을 최종적으로 확정함에 있어서는 당해 수단이 직접적으로 추구하는 공익방향에 맞추어 정확하게 설정할 필요가 있다.²²⁹⁾

2. 목적의 종류

비례원칙의 근거인 헌법 제37조 제2항에서 정한 국가안전보장, 질서유지, 공공복리나 그 밖에 명문의 헌법규정 또는 헌법의 일반원리들은 그 자체로 가장 추상적 형태의 공익 목적이고, 이를 보다 구체화하는 과정에서 하위단계의 목적들이 확정된다. 목적의 종류와 관련하여 비례원칙 심사에서 유념할 것으로는 다음 두 가지 점을 들 수 있다.

하나는, 다양한 하위의 목적들로 구체화될 수 있는 가능성을 내포한 추상적이고 불확정적인 ‘공공복리’라는 목적을 어느 범위까지 허용할 수 있느냐이다. 이는 근본적으로는 ‘공익’이라는 개념의 본질에 대한 고찰이 필요한 문제라고 할 것인데, 이를 둘러싼 광범위한 논의는 본고의 연구범위를 넘어서는 것이다.²³⁰⁾ 여기서는 다만, 공공복리라는 개념을 매개로 하여 다수의 의지나 선호 및 가치관이 표상된 것은 아닌지, 그로 인하여 다수에 속하지 않는 개인의 자유영역에 대한 제한의 정당화근거가 될 우려가 없는지를 세밀하게 검토하여야 한다는 점을 지적하는 것에서 그치기로 한다.²³¹⁾

다른 하나는, ‘타인의 자유·권리’도 수범자의 자유·권리를 제한하기 위한 목적으로 확정할 수 있느냐이다.²³²⁾ 제1장 예비적 고찰에서, 타인의 자

229) 다만, 설정 가능한 다수의 목적들 중에 어느 하나만을 고정하여 이를 전제로 수단의 적합성과 필요성을 심사할 때에는, 그와 같은 목적으로 고정하게 된 점에 관한 이유제시가 필요하다는 Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 32-34 참조.

230) 공익 개념에 관하여는 우선, 최송화, *공익론*, 2002; 박근성, 행정판례를 통해 본 공익의 행정법적 함의와 기능, *행정판례연구* X-2-제1권, 2017 등 참조.

231) 이 부분 문제 상황을 드러내는 실제 사안은 아래 III. 각국의 사례 중 유럽인권재판소 부분에서 다시 살핀다.

232) 이와 관련하여, 개인의 자유·권리를 제한하기 위한 근거 중 ‘타인의 자유·권리’를 제

유·권리와 수범자의 그것이 충돌하는 경우 여기에는 국가·국민이라는 권력적 관계가 개입되지 않거나, 개입되더라도 간접적이라는 점에서 동등한 이익들 간 조정의 문제라는 점에서 공법상 형량과는 다르다고 구분한 바 있다. 그런데 타인의 자유·권리의 보호를 목적으로 설정하고, 수범자의 자유·권리를 제한하는 당해 수단이 타인의 보호라는 목적을 달성하기 위한 적합하고 필요한 수단인지를 판단하는 구조로 구성할 수는 없는 것인가. 이는 특히 사인들 간의 이익조정을 목적으로 하는 사법(私法) 규정의 위헌 여부를 판단할 때 원용될 여지가 있는 구조이다. 그런데 본고에서는 개별 행정작용과 그 근거가 되는 법령을 심사하는 기준으로서의 비례원칙을 연구의 대상으로 삼고 있으므로, 순수한 타인의 자유·권리의 보호만을 목적으로 설정하여야 할 경우는 없다고 보아도 무방하다고 생각된다.²³³⁾

3. 목적의 지위

당해 작용이 추구하는 목적을 확정한다는 것은 비례원칙 심사의 마지막 단계인 협의의 비례원칙 심사에서 사익과 대응하여 형량되는 공익을 결정짓는 의미도 함께 지닌다. 그런데 협의의 비례원칙, 즉 이익형량 심사는 공익과의 형량을 통해 제한을 정당화하는 논증구조를 제공함으로써, 개인의 자유·권리의 고유한 의미와 효력을 약화시킨다는 비판을 받고 있는 실정이다.²³⁴⁾ 이러한 이익형량이라는 방법론에 대한 비판에 대응하려면, 목적을 정

외한 나머지를 ‘공익’이라고 구분할 수 있다고 하는 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 265 참조. 한편 타인의 기본권을 기본권제한의 목적 중 공공복리에 해당한다고 보는 입장으로, 한수웅, *헌법학*, 2019, 474면 참조.

233) 박근성, 행정관례를 통해 본 공익의 행정법적 함의와 기능, *행정관례연구 X-2-제1권*, 2017, 19-20면 참조. 이 글에서는, 행정권 행사는 공익 목적을 위해 행사되어야 하고, 부수적으로 사익을 고려하는 것이 가능하다는 것을 ‘공익목적의 원칙’이라고 소개한다.

234) 이익형량으로 인해 권리에 관한 윤리적 측면에서의 설명(moral argument)이 부재하고, 그로 인하여 권리가 가지는 규범적 효력이 약화된다고 한다. 대표적으로 Stavros, Tsakyrakis, *An Assault on Human Rights?*, *International Journal of Constitutional Law* 73 (2008), p. 470-471 참조.

함에 있어 자유·권리의 제한을 정당화할 만한 정도의 위상을 가지는 이익에 한정하여 정하여야 한다.²³⁵⁾

이러한 점에서 당해 작용의 목적을 정함에 있어서는, 그 목적이 우리 헌법 제37조 제2항에서 명문으로 규정하는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 포섭될 수 있는 것인지를 우선 검토하여야 한다. 즉, 일차적 판단권자가 추구하고자 하는 다종다양한 공익들 중에 위 세 범주의 가치 내로 포섭될 수 있는, 헌법적 지위를 가지는 것만이 입법목적으로 설정될 수 있는 것이다. 그리고 나아가 비례원칙은 자유권에 내재하는 제한원리이기 때문에, 위와 같은 명문의 목적에 포섭되지 않는다 하더라도 그 밖의 헌법규정 및 불문의 헌법원리도 목적이 될 수 있다는 점은 앞서 본 바와 같다. 중요한 것은 그 목적의 위상이 ‘헌법’ 차원의 것이어야 한다는 점이다.²³⁶⁾

II. 심사의 방법

1. 목적 결정의 방법

입법 및 행정 목적을 결정할 때 목적은 외부에서부터 주어지는 것인가, 법원이 스스로 발견·확정하는 것인가.²³⁷⁾ 이와 관련하여 단계화된 비례원칙 심사의 첫 단계로서 목적을 확정하는 것은 입법부나 행정부가 언명하는 바에 맡겨져 있다고 보기도 한다.²³⁸⁾ 반면, 목적의 확정은 규범해석의 문제로

²³⁵⁾ Matthias Klatt / Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, p. 25.

²³⁶⁾ 이와 유사한 맥락에서, 헌법재판에서 당해 법률의 비례원칙위반 여부를 심사할 때, 그 목적이 헌법 제37조 제2항에 명시된 것과 동등한 가치를 가지는 것이어야 한다는 지적으로, 한수웅, *헌법학*, 2019, 482면 참조.

²³⁷⁾ 정주백, 과잉금지원칙에 관한 관견: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기, *헌법재판연구* 제2권 제2호, 2015, 253면; Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 333 참조.

²³⁸⁾ Uwe Lanheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, S. 105; Görg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, 1983,

서 사법부의 임무라고 보는 견해²³⁹⁾도 있다.²⁴⁰⁾ 한편, 최근 독일 연방헌법재판소의 결정들 중에서는 연방헌법재판소가 스스로 목적을 설정한 예가 법률에서부터 도출한 경우 등 그 외의 경우에 비해서 많다고 분석되기도 하였다.²⁴¹⁾

살피건대, 입법과 행정이 당해 작용을 통해 추구하고자 하는 목적이나 의도가 단일한 경우는 드물고, 오히려 다수의 동등한 목적이나 부수적인 목적을 상정할 수 있다. 그리고 때로는 외부로 표출된 목적과는 다른 의도를 실현하기 위하여 수단을 채택할 수도 있다.²⁴²⁾ 이러한 사정들을 감안하면, 단계화된 비례원칙 심사에 있어서는 입법부나 행정부가 주장하는 당해 작용의 목적을 그 근거규정인 헌법과 법률에 비추어 법원이 적확하게 해석하여 목적을 정할 필요가 있다.²⁴³⁾ 이 과정에서는 우선적으로 근거규정의 해석에서

-
- S. 30-35, S. 290-292(이에 관하여는 Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, 1989, S. 77 참조); Eberhard Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 98(1973), S. 603-605.
- 239) Oliver Lepsius, *Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 38; Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, 2017, p. 117('courts' second guess of legislative policy goals') 참조.
- 240) 미국에서도 정당한 목적이 입법자가 제시한 목적으로 제한되는지 아니면 법률에 명시된 목적인지 또는 상정 가능한 목적까지 포함하는지 여부에 대하여 논쟁이 있다고 한다. Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 945, p. 951(Paul Yowell, *Proportionality in US Constitutional Law*, in 'Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement', 2014, p. 97에서 재인용).
- 241) Christoph Engel, *Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 128.
- 242) Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, 1989, S. 142.
- 243) 이와 관련하여 정당성의 판단주체인 사법부가 직접 판단대상인 목적을 내세울 수는 없고, 입법자가 입법목적을 스스로 주장할 것을 전제로 정당성을 판단하여야 한다는 지적으로, 정주백, *과잉금지원칙에 관한 관견: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기*, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 254면 참조.

출발하여야 한다.²⁴⁴⁾ 이와 더불어 적합성 심사를 통해 당해 작용에서 추구하는 진정한 목적이 아닌 것을 걸러 내거나,²⁴⁵⁾ 필요성 심사에서 검토할 바와 같이 수범자에 대한 제한이 지나치거나 일관되지 않는 경우, 당해 작용이 표면적으로 내세우는 것과 다른 부당한 의도를 추구하기 위한 것이라는 단초를 제공한다는 논증방식을 통해서도 목적에 대한 판단이 가능하다.

당해 작용으로써 추구하는 진정한 목적의 확정과 관련한 예로서, 먹는 샘물의 국내 판매를 금지하는 고시에 관한 대법원 판결을 들 수 있다. 위 사건에서 행정부는 먹는 샘물의 국내 판매 금지 조치로써 추구하는 목적을 수돗물에 대한 국민의 불안감 해소라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은, 먹는 샘물을 국내에서 판매하지 못하도록 하는 수단으로써는 수돗물에 대한 국민의 불안감을 해소할 수 없다는 수단의 적합성 내지 인과관계 심사를 통해, 행정부가 주장한 목적이 정당한 목적이라고 볼 수 없다고 판시하였다.²⁴⁶⁾ 그런데 이는 보다 정확히 하자면, 국민의 불안감 해소가 그 자체로 정당하지 못한 목적이라는 의미가 아니라, 당해 작용, 즉 고시로써 추구하는 목적이라고 볼 수 없다는 의미이다. 이는 ‘목적 결정’ 단계에서 행정청이 주장한 목적이 걸러지는 전형적인 모습을 보여준다고 할 수 있다.

2. 목적의 구체성 정도

목적이 헌법적 위상을 가지는 것이어야 한다는 것은, 설정된 목적이 헌법이 명시한 목적 또는 헌법상 일반원리에 귀결·포섭될 수 있어야 함을 의미

²⁴⁴⁾ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 31. 이 책에서는 근거규정, 법률안, 문맥의 해석을 통해 목적이 확정될 수 있다고 한다.

²⁴⁵⁾ 독일에서도 적합성 심사가 당해 목적이 추구하는 진정한 목적이 아닌 것을 걸러내는 기능을 한다고 보는 단초를 발견할 수 있다. 예컨대, Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 77에서는 경찰행정법에서 적합성 심사를 통해 위험방지라는 목적만을 추구하도록 담보된다고 하면서, 경찰행정법에서의 이러한 목적과 수단 사이의 연관성은 비례원칙이 헌법과 행정법 전반으로 확장되면서 다소 후퇴하였다고 지적한다.

²⁴⁶⁾ 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결.

한다. 그러한 목적은 그 자체로 헌법이 인정한 정당한 것이기 때문이다. 그런데 헌법이 인정하는 추상적 가치 그 자체를 곧바로 목적으로 설정하게 되면, 이러한 목적을 그 다음 단계인 수단에 관한 판단의 전제로 삼기에 지나치게 불명확하다. 무엇보다 현실적으로 입법목적은 단일한 것이라기보다는 여러 차원의 것, 즉 보다 추상적인 상위 목적과 보다 구체적이고 세부적인 하위 목적이 결합되어 있는 경우가 대부분이다.²⁴⁷⁾ 헌법재판소도 예컨대 지방자치단체선거에서 후보자에게 당의 추천을 받지 못하게 한 입법의 목적에 관하여 상위의 목적과 하위의 목적을 구분하여 판단하였다. ‘추상적 목적’은 지방분권 및 지방의 자율성 보장을 위한 것이라고 정하였고, ‘구체적 입법의도’는 정당에 영향을 배제하고 인물 본위의 투표가 이루어지도록 하겠다는 것으로 본 다음, 구체적 입법의도가 민주주의 이념에 비추어 정당하지 않다고 논증하였다.²⁴⁸⁾

이처럼 목적을 당해 수단이 추구하는 좁은 범위의 목적으로 구체화할수록 상위의 헌법이념이나 원리 등에 반하게 될 여지는 커질 수 있다. 한편, 확정된 목적의 추상성·구체성의 정도는 목적의 정당성 판단에 뒤이은 수단에 대한 심사에도 영향을 미칠 수 있다는 점은 앞서 목적의 지위에서 본 바와 같다. 따라서 수단을 통제하기 위한 고정점으로서의 목적을 적절하게 구체적으로 결정해 내는 것이 목적 설정 단계의 가장 본질적인 과제라 할 것이다.

3. 정당성의 판단

자유·권리를 제한하는 목적이 정당한가의 판단이 어려운 데에는 여러 가지 이유가 있다. 우선 ‘공익’의 철학적, 규범적 의미를 도출하는 것 자체가 쉽지 않은 논제이다. 뿐만 아니라, 공익은 절대적으로 고정된 것이 아니라 시대나 사회에 따라 상대적으로 정해지는 관념이기도 하다.²⁴⁹⁾

²⁴⁷⁾ Christoph Engel, Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie, 2002, S. 8 참조.

²⁴⁸⁾ 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌가4 결정.

또한 공익을 실현하는 국가라는 공동체에 관한 가치관에 따라 정당성 판단의 결과가 달라지기 때문이기도 하다. 즉, 계약이론에 근거한 자유주의적 입장에서부터 전체주의에 가까운 공동체주의, 그 중간의 공화주의적 공동체주의 등 여러 스펙트럼이 존재하는 국가관 중 어느 입장에 서서 판단하는지에 따라 기본권 제한조치가 가지는 목적이 정당한지 여부는 달라질 수 있다.²⁵⁰⁾ 결국 일차적 판단권자가 설정한 목적의 정당성을 정면에서 부정하는 것이 어려운 것은, 사법부에 비하여 우월한 민주적 정당성을 갖는 주체가 추구하는 의도를 존중해야 한다는 제도적 측면에서의 요청 때문이기도 하지만, 목적의 정당성 판단의 전제가 되는 국가라는 공동체에 대한 가치관에 있어 판단자들이 합의에 이르기 어렵다는 내적인 특성 때문이기도 하다.

이렇듯 실제적 측면에서 본격적으로, 정면으로 목적의 정당성을 판단하는 것은 쉽지 않다. 남아프리카 공화국 등에서 볼 수 있었던 명백한 부정의와 불평등의 단계를 일응 지난 지금은, 목적의 정당성을 명시적으로 판단할 필요 자체가 있는지에 관한 의문이 제기되기도 한다.²⁵¹⁾ 그러나 현대사회에서 통상적인 정의관념에 명백히 정면으로 반한다고 널리 동의되기 전의 것들 중에도 그 목적이 정당한지 면밀하고 세심하게 살필 필요가 있는 영역은 여전히 남아 있다. 인종 간 혼인을 처벌하는 조치를 위헌으로 판단한 미국의 *Loving v. Virginia* 사건²⁵²⁾이 그리 먼 옛날의 일이 아니라는 점을 기억할

249) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 267; 박균성, 행정판례를 통해 본 공익의 행정법적 함의와 기능, 행정판례연구 X-2-제1권, 2017, 4면 참조.

250) Christoph Engel, *Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 124. 다만, 이 글에서 Engel은 2011년 연방헌법재판소의 결정들에서 언급한 목적들과 그 정당성 판단을 실증적으로 고찰한 결과, 재판관들의 정치적 성향의 차이는 목적의 정당성 여부를 가르는 의미 있는 차이가 없다고 평가하였다.

251) 이와 관련하여, 목적의 정당성 심사를 하지 않는 것은 비례원칙을 공허하게 만든다는 전제하에, 다만 그 심사의 실제에 있어 매우 신중하고 자체적으로, 즉 입법부·행정부에 목적을 적절하게 설정할 권한과 여지가 부여되어 있다고 보는 방법으로 접근하여야 한다는 점을 지적한 Christoph Engel, 위의 글, S. 99 참조.

252) 388 U.S. 1(1967). 이 판결은 2015년 동성혼을 합법화한 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 에서 인용되기도 하였다.

필요가 있다. 목적의 정당성 단계에서 현재 이와 유사한 문제가 제기될 수 있는 대표적인 영역으로 동성 간의 가족공동체 형성이나 민족 간 종교적 차이로 인한 차별조치 등을 들 수 있다.

이와 관련하여 본질적으로 유념하여야 할 점은, 당해 수단이 추구하는 목적을 확정함에 있어서 각각의 개인이 그 자체로서 수단이 아닌 목적으로서만 존재하는 주체라는 원칙이다.²⁵³⁾ 그리하여 다수의 지지를 받는다는 명목으로, 그리고 공동체의 전통적인 가치·관습이나 선호 또는 신념에 따라야 한다는 전제 하에 정해진 목적으로 인하여, 인간으로서 가지는 고유의 가치가 형해화되지 않도록 하는 판단이 필요하다.²⁵⁴⁾ 목적의 정당성 심사는 이처럼 집단적으로 옳은 것으로 이해되고 용인되는 가치들 사이에서 개인의 존엄이 옳듯이 보호될 수 있도록, 그 자유·권리의 제한을 정당화할 수 있는 목적만을 걸러내는 역할을 하는 것이다.²⁵⁵⁾

이 부분의 가치판단이 이익형량 단계에서 이루어져야 한다는 입장도 있다.²⁵⁶⁾ 그러나 수단에 대한 심사로 나아가기 위한 기준점으로서의 목적 그 자체가 정당한지 여부는 그 목적이 수단을 정당화하는지 여부와는 준별될 필요가 있다.²⁵⁷⁾ 또한 이익형량 심사에 대한 치열한 비판이 지속되는 현재로서는, 입법 및 행정의 결정과정에서 소외된 계층에 대한 보호를 통하여 그 과정을 보완하고 교정하는 기능²⁵⁸⁾이 목적 심사 단계에서도 이루어질 수 있

²⁵³⁾ von Jakob Honerlein, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen, Der Staat 56(2017), S. 254 참조.

²⁵⁴⁾ Mattias Kumm, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-based Proportionality Review, Law & Ethics of Human Rights 4(2010), p. 158-159 참조.

²⁵⁵⁾ Mattias Kumm, 위의 글, p. 160 참조.

²⁵⁶⁾ Peter Wardell Hogg, Constitutional Law of Canada, 2007, p. 153. 이에 관하여는 Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 247 참조. 한편, Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 64, 73에서는 원칙적으로는 정당하지 않은 목적은 형량단계에서 걸러지고, 다만 정당하지 않음이 분명한 예외적인 경우에만 형량과는 별개의 정당성 심사가 작동한다고 한다.

²⁵⁷⁾ Aharon Barak, 위의 책, p. 247- 249.

²⁵⁸⁾ Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 34-40(이 책

고, 이루어질 필요도 있다고 생각한다. 즉, 사법부가 심사기준을 정립하고 심사강도를 책정하여 심리함에 있어 잊지 말아야 할 것이 바로 정치과정의 교정을 위해 정치와 결별하고 격리되어 이성과 논리와 합리에 기대야 한다는 책무라 할 것이다. 목적의 정당성 단계에서도 이러한 책무에 부합하기 위한 심사를 통해, 단계화된 비례원칙 중 전가의 보도로 이용되는 이익형량 과정에서 우려되는 사법부의 정치화를 견제하는 첫 단계로서 기능하도록 해야 한다.

III. 각국의 사례

이상의 이론적 검토와 목적의 정당성 심사의 기본적인 틀에 대한 개관을 바탕으로, 아래에서는 목적의 정당성 심사에 관한 각국의 실제 사례를 통해 목적의 정당성 심사가 갖는 고유의 의의에 관한 시사점을 찾는다.

1. 독일

독일 연방헌법재판소의 1960년대 사안들에서, 공익과의 관련성은 없이 특정한 이익만을 위한 수단에 해당하는 경우 목적의 정당성이 인정되지 않는다고 판단한 예들을 발견할 수 있다.²⁵⁹⁾ 여기에 해당하는 예로는, 교회세금에 관한 법률의 적용영역 내에 재산을 소유한 법인 또는 교회 구성원의 배우자가 교회의 구성원이 아닌 경우에도 이들에 대해서까지 교회세를 징수하는 조항이 추구하는 목적이 정당하지 않다고 판시한 사안들²⁶⁰⁾을 들 수 있다. 이에다가 화물운송 수단을 제한하는 법률이 그 자체로는 연방철도산업

에 따르면, 입법과정의 교정이란 이익집단에 의하여 이익이 과도하게 반영되는 것을 방지하는 것과 이익집단에 속하지 못하여 이익이 반영되지 못하는 것을 방지한다는 두 가지 측면을 모두 가진다.); Mattias Kumm, 위의 글, p. 162 참조.

²⁵⁹⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 136.

²⁶⁰⁾ BVerfGE 19, 206; BVerfGE 19, 226; BVerfGE 19, 242. 이 결정들에 대하여는 Niels Petersen, 위의 책, S. 136 참조.

보호라는 정당한 목적을 추구하는 것으로 인정되지만, 그 법률 중에서 특정한 운송수단에 대하여 면세하는 조항은 추구하는 목적을 뒷받침할 근거가 없다고 판단한 사안²⁶¹⁾까지 더하여 보면, 목적의 정당성은 결국 당해 수단이 과도한 제한 또는 차별적 제한을 가하는 수단임이 인정된 경우, 그러한 수단이 추구하는 목적이나 동기는 공익을 위한 것이라고 보기 어렵다는 ‘역순의 추론’으로서 의미를 가지는 것이라고 생각된다. 한편, 이러한 역순의 추론에 해당하는 사례 외에, 단지 종교적 도덕관념에만 근거한 목적은 혼인의 자유를 제한할 만한 정당한 목적이라고는 할 수 없다는 판시도 있었다.²⁶²⁾

그러나 독일 연방헌법재판소의 공간된 위헌결정들을 전수조사한 최근의 실증적 연구에 따르면, 목적의 정당성을 위헌결정의 논증으로 거시한 결정에는 1960년대 10%대였다가 1970년대부터 1990년대까지 4 내지 5% 정도로 불과하고, 2000년, 2010년대 이후에는 전무하다.²⁶³⁾ 다만, 유럽 국가들에서 난민과 이슬람교를 둘러싼 인종적, 종교적 쟁점들이 지속적으로 문제되고 있

261) BVerfGE 38, 61(1974). 이 결정에 대하여는 Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 136 참조.

262) BVerfGE 36, 146(1973). 청구인의 어머니와 성관계를 가진 바 있는 남성과의 결혼을 금지하는 조항은 합리적인 이유가 없다는 이유로 위헌이 선언되었다. 이 결정에 대하여는 Niels Petersen, 위의 책, S. 136-137 참조.

263) Niels Petersen, 위의 책, S. 136. 이에 더하여, Dietmar von der Pfordten, *Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 269에서는 연방헌법재판소가 2008년 이후 더 이상 목적의 정당성 심사를 하지 않는다고 평가하기도 한다. 다만, 이에 관하여 Petersen은, 독일 연방헌법재판소가 4단계 구조의 비례원칙을 포기한 것은 아니나, 모든 단계를 항상 다 실시하지는 않는다고 한다. 그리고 같은 맥락에서, 목적의 정당성 심사가 통상 통과하기 쉬운 요건으로서 별달리 문제가 되는 경우가 없기 때문에 그 심사를 생략하는 것으로서, 재판소가 목적의 정당성 심사를 언급하지 않는 진정한 동기에 대해서는 연구하기 전이라고 한다. 필자의 문의에 대한 2018. 4. 10.자 이메일 답변: “My interpretation is that it does not want to change the stages of the proportionality test. In its judgements, the German FCC does not always mention all steps of the proportionality test and it does not always clarify which step of the test it is addressing. The legitimate purpose review has always been a requirement which was easy to fulfill. I would therefore assume that the Court just did not mention it because there was no serious problem in the cases at hand, ... I do not have first-hand knowledge what the real motivation behind this development was (if there was any).”

는 만큼, 아래 유럽인권재판소 결정과 같이 소수집단의 보호를 위하여 목적의 정당성 심사 논점이 다시 부각될 가능성은 있다고 생각된다.

2. 유럽인권재판소

1) 기본적인 심사의 틀

유럽인권재판소가 목적의 정당성 단계에서 기본권의 제한이 부당하다고 판단한 예가 많지는 않다.²⁶⁴⁾ 목적의 정당성이 부인된 대표적인 사안으로는, 여호와의 증인이라는 이유로 국가안보라는 목적을 위해 러시아에서 추방된 청구인이 유럽인권협약 제9조에 정한 종교의 자유를 침해당하였는지가 문제된 사건²⁶⁵⁾을 들 수 있다. 위 사건에서 유럽인권재판소는, 국가안보는 제9조 제2항에서 정한 정당한 목적이라고 할 수 없다고 판시하였다.²⁶⁶⁾

이 외에 목적의 정당성이 문제된 사안들에서 유럽인권재판소는, 추구되는 목적을 주장할 책임과 그 목적이 유럽인권협약에서 정하는 정당한 목적 내에 포섭된다는 점을 주장·설득할 책임이 정부 측에 있다고 본다.²⁶⁷⁾ 목적의 정당성을 비롯한 비례원칙의 각 심사단계에서 논증책임을 이와 같이 구성함으로써 수범자의 인권을 보다 두텁게 보장할 수 있다 할 것이다.²⁶⁸⁾

²⁶⁴⁾ EMRK / GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn(Hg.), 2013, Rn 39. 이에 대하여는 von Jakob Hohnerlein, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen, Der Staat 51(2017), S. 227 참조.

²⁶⁵⁾ Nolan v. Russia, 53, EHHR. 29(2001). 이 판결에 대하여는 Julian Rivers, The Presumption of Proportionality, The Modern Law Review 77(2014), p. 421 참조.

²⁶⁶⁾ Nolan v. Russia, 53, EHRR 29, 72-73(2001).

²⁶⁷⁾ Julian Rivers, 위의 글, p. 422.

²⁶⁸⁾ 논증책임에 대하여는, 제3장 수단의 적합성 및 필요성 제3절 필요성 심사 III. 심사의 방법 중 2. 실체적 심사의 보완 부분 참조.

2) 구체적 사안의 검토

한편, 유럽의 전통적인 문화와 관습이 이슬람 교인들의 종교의 자유와 침해하게 대립되고, 그에 따라 유럽 각국에서 입법된 조치들이 유럽인권재판소에서 다루어지고 있다. 예컨대, 스위스에서는 헌법에서 명문으로 이슬람식 침탑을 금지하고,²⁶⁹⁾ 프랑스, 벨기에에서는 2010년경부터 히잡 등²⁷⁰⁾을 금지하는 법률이 통과되었다. 이처럼 종교와 문화 간 차이에서 비롯되는 갈등상황에서 기본권제한의 정당한 목적에 관한 논증이 가져올 수 있는 시사점을 엿볼 수 있는 일명 ‘부르카금지 판결’²⁷¹⁾에 대해 아래에서 살펴본다.

(1) 사안의 경과와 당사자의 주장

프랑스 의회는 공공장소에서 얼굴을 가리는 의복을 입은 경우 150유로 이하의 벌금에 처할 수 있게 하는 법률을 통과시켜 위 법이 2011. 4. 11.부터 발효되었다. 프랑스에서 출생하여 자란 1990년생 여성이 위 법이 사생활의 자유(제8조), 종교의 자유(제9조), 표현의 자유(제10조)를 위반한다고 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였다. 반면, 프랑스 정부는 공공의 안전과 열린 민주주의 사회에서 지켜야 할 최소한의 가치체계에 대한 존중이 당해 입법의 목적에 해당한다고 주장하였다. 또한 후자의 ‘가치’는 다시 세 가지로 세분화하여 ① 남녀 간 평등, ② 인간의 존엄성, ③ 공동체생활에 있어 최소한의 요구사항이라고 하면서, 이들 목적이 유럽인권협약 제8조, 제9조 제2문에 정한 ‘다른 사람의 권리 및 자유의 보호’에 포섭된다는 입장이었다.

269) 제72조(교회와 국가) ③ 이슬람 침탑 건설은 금지된다.

270) 히잡: 머리와 목을 가리는 스카프, 부르카: 머리부터 발목까지 신체 거의 모든 부위를 가리고 눈 주위도 망사로 씌운 것, 니캅: 눈을 제외하고 얼굴 전체를 가리는 스카프.

271) S.A.S. v. France 43835/11. 이 판결에 대하여는 강재원, 공공장소에서 얼굴을 가리는 것을 금지한 법률과 국가의 종교적 중립성, 국제인권법실무연구 II - 유럽인권재판소 판례평석, 재판자료 제139집, 2019, 177-192면도 참조.

(2) 다수의견

다수의견은, ① 남녀 간 평등이라는 가치는 해당 입법의 수범자인 여성이 자의로 부르카를 두르고자 하는 경우에까지 관철시킬 수는 없는 가치라고 하였고, ② 인간의 존엄성과 관련해서는, 청구인은 부르카를 통해 문화적 정체성을 유지하고자 하는 것이고 이는 민주주의에 내재해 있는 다원주의에 기여하므로 역시 정당화될 수 없다고 하였다. 그러나 마지막 ③ 공동체생활이 요구하는 최소한의 기준으로서의 가치를 존중하는 것은 정당한 목적이라고 보았다. 즉, 공공장소에서 사람 간 관계를 형성해 나가는 데 있어 서로 얼굴을 보이는 것은 기본적으로 공유되는 가치이고, 이를 위하여 얼굴을 가리는 의복을 금지하는 것이 정당화된다고 하였다.

(3) 반대의견

이에 관하여는 두 재판관의 반대의견을 주목할 필요가 있다. 반대의견에서는, 다수의견이 정당한 목적이라고 본 공동체생활이 요구하는 최소한의 기준이라는 가치가 유럽인권협약에서 입법목적으로 정한 다른 사람의 권리 및 자유에 포섭되지 않는다고 보았다. 즉, 유럽인권재판소의 선례에서 대부분 다른 사람의 권리 및 자유를 유럽인권협약이 명시하고 있는 인권에 한정하여 왔다고 전제하면서, 의사소통이나 사회 통합에 저해가 되려는 의도 없이 공공장소에서 신체를 가리는 의복을 선택한 사람으로 인해 충격이나 도발이 야기될 수 있다 하더라도, 이로부터 보호받을 권리는 인권협약이 정한 타인의 자유나 권리에 해당하지 않는다고 하였다.

또한, 남을 화나게 하거나 놀라게 하거나 불안하게 하는 표현 역시 다원주의, 관용, 관대함을 불가결한 요소로 하는 민주주의 사회에서 보호되는 표현에 속한다는 재판소의 선례를 원용하면서, 이러한 선례는 의복을 통해 종교적 의견을 표현하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하였다. 그리고 사생활을 보호받을 권리에겐 공공장소에서 타인과 소통하지 않고 ‘외부인’(outsider)으로 남아 있기를 선택할 자유도 포함한다고 하였다. 한편, 오토바이를 탈

때 얼굴을 가리는 헬멧을 쓰거나, 카니발과 같은 축제 때 가면을 쓰는 것에서 볼 수 있듯이, 사람들이 서로 얼굴을 모두 내놓아야 한다거나 상대와 눈을 맞추어야 한다는 것이 공동체생활에 필수불가결한 것이라고도 볼 수 없다고 하였다.

이러한 반대의견의 설시로부터, 공동체가 추구하는 다수의 가치가 그에서 배제된 집단의 가치와 충돌하는 경우, 다수의 가치를 관철하고자 채택된 수단이 추구하는 목적에 관하여 최대한 세밀하게 검토할 필요가 있다는 시사점을 도출할 수 있다.

3. 남아프리카 공화국

앞서 언급하였듯이, 남아프리카 공화국 헌법재판소는 여러 결정들에서 차별적 조치가 추구하는 목적의 정당성을 부인한 바 있다. 이들 결정례들이 제공하는 논증은, 앞으로 우리 사회에서 제기될 다종다양한 가치의 갈등 문제를 조율하는 데 참고할 소중한 근거가 될 수 있다.

우선 *Bhe and Others v. Khayelitscha Magistrate and Others* 결정²⁷²⁾에서는 아파르트헤이트 시대에 제정된 상속법이 문제되었다. 이 상속법에서는 흑인들의 상속에 관하여 백인들의 상속과는 별개의 법률로써 규율하면서, 관습법에 따라 남자 후손만이 상속인이 될 수 있도록 하였다. 이에 관하여 헌법재판소는 이 규정이 인종주의적 이념에 근거를 둔 것으로서 남아프리카 공화국 신헌법질서에 정면으로 반한다고 판시하였다.²⁷³⁾

한편 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* 결정²⁷⁴⁾에서는 자의에 의한 동성 간의 성관계를 처벌하는 법률조항이 문제되었다. 위 사안에서 헌법재판소는, 정부가 위 법률이 달성하고자 하는 목적을 제시하지 못하였다고 하면서, 이로써 위 법률이 편견에 근거한 특정 윤리관념을 강요하는 것을

272) *Bhe and Others v. Khayelitscha Magistrate and Others*(CCT 49/03)(2004).

273) *Bhe and Others v. Khayelitscha Magistrate and Others*(CCT 49/03)(2004), §72-73.

274) *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*(CCT 11/98)(1998).

목적으로 할 뿐임이 명백하다고 하였다. 결국 위 법률조항은 인격권을 침해하여 위헌이라고 판단되었다.²⁷⁵⁾ 그러면서 비례원칙 심사에서 더 나아가 위 법률이 자유·권리를 제한하는 정도나 수범자에게 미치는 영향과의 이익형량 심사로 나아가갈 필요 없이 위헌이라고 선언하였다.

4. 미국

미국에서 자유·권리의 영역별로 추구하는 목적과 수단이 그 목적을 위해 재단된 정도, 연관된 정도에 따라 범주적으로 구분하여 심사한다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그런데 미국 연방대법원은 엄격심사기준에서 급박한 국가의 이익이 어떤 이익을 의미하는지, 또한 그와 같은 국가의 이익 내지 목적은 어느 정도로 구체화되고 범위가 제한되어야 하는지 등 그 기준에 관한 실체적 내용을 제시한 바 없다고 평가된다.²⁷⁶⁾

한편, 미국에서 목적의 정당성 심사와 관련하여 비례원칙 심사와 구분되는 것은, 수단이 목적과 연관된 정도를 심사함으로써 당해 수단이 표면적으로 내세운 목적이 실질적으로 추구하고자 하는 목적이 아님을 추단해 내는 방법을 사용한다는 점이다. 즉, 당해 수단이 목적을 위해서 충분히 재단되지 아니하였다고 판단되면, 입법자의 의도 내지 목적이 정당하지 아니하다는 것이 추단된다는 것이다.

특히 평등한 대우를 받을 권리와 관련하여, 목적에 맞게 엄격하게 재단된 수단이 아닌 경우 실질적으로는 그 입법 등 조치가 차별적 목적을 추구하는 것이라는 이유로 위헌으로 선언하여 왔다.²⁷⁷⁾ 입법자가 어느 집단을 차별하고자 의도하였으면서 이를 명시적으로 드러내지 않고 다른 명목상의 목적을 내세운 것이라고 보는 것이다. 그리하여 차별적 조치의 의심이 드는 수단의

²⁷⁵⁾ National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others, CCT 11/98(1998), §32, 37.

²⁷⁶⁾ Richard H. Jr. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 54 UCLA Law Review(2007), p. 1271 참조.

²⁷⁷⁾ Harper v. Virginia State Board of Election, 383 U.S. 663(1966) 등.

경우에는, 그와 같이 내세운 목적에 맞추어 수단이 엄격하게 재단된 경우에만 평등원칙에 반하지 않는다고 함으로써, 실질적으로 부당한 목적을 걸러내는 역할을 해 왔다.

5. 소결

공동체생활에서 필요한 최소한의 기준을 존중하기 위함이라는 목적이 사생활·종교의 자유·표현의 자유를 보호받고자 하는 개인의 이익을 제한하는 정당한 목적이 될 수 있는지²⁷⁸⁾에 관한 유럽인권재판소의 논증을 보면서, 다음 몇 가지 논의의 단초를 발견할 수 있다.

1) 목적의 정당성과 이익형량 심사의 관계

목적의 정당성 심사에서는, 공동체생활에 필요한 최소한의 가치체계를 존중하여야 한다는 공익이 유럽인권협약에서 정한 인권제한의 목적으로 명시된 범주에 포함되는 것으로 볼 것인지 해석을 통해 포섭과정을 우선 거친다. 그리고 이러한 포섭과정을 통해 공익이 정당한 것인지 가치판단이 이루어진다. 나아가 정당하다고 인정된 공익 목적은 그 다음 단계에서 수단을 심사하는 일반적인 기준이 됨과 동시에 사익과 형량되는 비교대상이 된다.

목적의 정당성 심사에서는 공동체생활에 필요한 최소한의 가치체계를 존중하기 위함이라는 공익 목적이 일반적으로 정당한 것으로 전제되는 반면, 이익형량 심사에서는 구체적인 사안에서 공익과 사익 중에 더 중한 가치를

278) 그 밖에 공익목적으로 ‘민주사회에서 필요한 최소한의 기준’을 드는 경우(예컨대, Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 251)도 마찬가지로 문제가 대두될 수 있다. 민주주의가 보다 복합적으로 권력분립, 법치주의, 사법부의 독립, 인권과 같이 다양한 주체들이 공생하기 위하여 필요한 여러 기본원리들을 내포하고 있다고 전제한다 하더라도(Aharon Barak, 위의 책, p. 252), 근본적으로는 국민주권과 다수결의 원리를 개념적 본질로 하는 만큼, 소수에 속하는 수범자의 자유와 권리가 민주사회에서 필요한 최소한의 기준이라는 이름으로 제한될 위험은 여전히 경계해야 할 것이다.

지니는 것이 무엇인지 개별적으로 경중을 판단한다는 것이다. 따라서 이익형량을 거침으로써 각각의 사안에 따라 공익과 사익의 우열관계가 달라진다고 설명된다.

그런데 아래 제4장에서 살필 바와 같이, 이익형량 심사에 대하여는 객관성이 부족하고 자의적으로 흐를 위험이 있으며, 공익과 사익 사이의 통약불가능성이라는 한계를 가진 논증방법이라는 등 다양하고 심도 깊은 비판이 이어지고 있다. 그리고 이를 유효하게 극복하는 이론은 찾지 못한 것으로 보인다. 이러한 점에서 목적의 정당성 심사 단계에서 공익 목적을 명확히 설정하여 그 일반적 정당성을 심도 있게 논증하는 것은, 개별·구체적 사안에서의 이익형량 심사의 한계와 부족함을 보완하기 위한 첫 단초라는 의의를 가진다.

2) 자유권리의 제한원리로서의 ‘공공복리’

다음으로, 유럽인권재판소가 실시한 공동체생활에서 요구되는 최소한의 가치체계, 공동체에의 통합이라는 공익은 우리 헌법 제37조 제2항에서 정하는 공공복리의 범주에 속하는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 앞서 본 사안에서의 논증은 자유·권리를 제한하는 목적으로서의 공공복리에 관하여 고민함에 있어 단초를 제공할 수 있다고 생각된다. 즉, 일응 공공복리로 포섭될 여지가 있는 목적이 정당한지를 판단함에 있어서는, 그 자체로 존엄한 가치를 존중받아야 할 개인에 대하여 공공복리가 자유·권리를 제한하는 목적으로서 정당성을 가지는 한계점이 어디인지, 그리고 표면적으로는 공동체를 위한 공익 목적이라고 열거되지만 실상은 다수가 선호하여 선택한 정책방향을 강화하기 위한 가장적 이유제시는 아닌지에 관하여 유념하여야 할 필요가 있다.

IV. 시사점

수단이 목적에 비추어 과도한지 여부를 심사하는 비례원칙에서 수단을 적확하게 심사해 내기 위해서는, 그 수단이 달성하고자 하는 목적을 정밀하게

구성해 내는 것이 필수적인 전제이다. 우선, 만일 당해 수단이 달성하고자 하는 수단이 다양한 방향의 가치를 지향하고 다면적인 이익을 내포하고 있는 경우라면, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단의 심사를 위해 비례원칙을 원용하는 것 자체가 적절하지 않다.²⁷⁹⁾ 주로 다면적인 환경적 이익이 관련된 경우나, 사회·경제 분야의 복합적 이익을 고려한 정책을 심사할 때를 예로 들 수 있다. 이러한 영역에서 사법부가 수단을 심사함에 있어서는, 절차적인 적법성을 준수하고 관련된 이익을 최대한 탐지하여 그 경중에 대한 정당한 평가에 근거하여 수단을 정하도록 요청하는 형량명령이 원용된다. 즉, 이러한 사안에서는 고정 가능한 주된 공익 목적과 이를 달성하기 위하여 수범자의 이익을 제한하는 수단이라는 이원적 구조를 전제로 당해 수단을 통제하는 심사기준인 비례원칙이 활용되기는 어렵다.

다른 한편, 당해 수단이 추구하는 다수의 목적들이 있는 경우에는, 수단에 대한 실질적 통제를 위해 수단과 가장 밀접하게 연관된 목적을 결정하는 것이 중요하다. 예컨대, 본 장 제4절에서 볼 대형마트 영업제한 사건에서처럼, 근로자의 건강권 보호라는 목적은 유통산업발전법이 정한 목적에도 포함되지 않을 뿐 아니라, 당해 수단으로 인해 달성할 수 있는 부수적 효과이다. 당해 수단으로 인해 영업의 자유를 제한받는 수범자가 직접 유효하게 다투고자 하는 공익목적과는 거리가 있는 것이다. 이처럼 수단이 가져오는 당사자에 대한 사익제한의 효과를 적절히 통제하기 위하여, 목적의 정당성 단계에서 목적을 분명하게 고정할 것을 요청한다는 점에 이 부분 심사의 기능적 의의가 있다. 특히, 개별 행정작용에 대한 비례원칙 심사에서는 목적의 정당성은 심사하지 않는다는 것이 실무 및 학설의 입장인데, 그렇다고 하더라도 이어지는 수단에 대한 심사의 고정점으로서 목적을 정하는 단계는 필요하다.

한편, 비례원칙 심사 중 목적의 정당성 심사가 불필요하다거나, 가사 심사를 하더라도 명목상의 것, 소극적 심사에 불과하다고 보는 입장도 있다. 물론, 목적이 정당한지를 심사하는 기준이 되는 대전제는 비례원칙 외부에 위

²⁷⁹⁾ Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 35 참조.

치한 법문이나 원리라는 점에서, 이 부분 심사는 단계화된 비례원칙 중 한 단계에 속하는 것은 아니다. 그렇기는 하나, 재판을 통해 입법·행정을 통제하는 기능을 진정으로 다하기 위해서는, 일차적 판단권자가 설정한 우선순위, 즉 당해 수단으로써 추구하는 목적에 대한 평가가 선행되어야 한다.²⁸⁰⁾ 즉, 일차적 판단권자는 일반적 법률유보와 헌법상의 테두리 내에서 다양한 이익들의 우선순위를 결정하고 입법 및 행정의 목적을 설정할 권한이 있지만, 이러한 권한에 관하여는 자유·권리의 수호를 위하여 사후에 심사할 책무가 사법부에 귀속된다고 볼 것이다.

물론, 목적 설정에 관하여 가지는 입법부·행정부의 광범위한 재량의 여지를 감안한다면, 이 부분 심사는 많은 경우 실제로는 그 재량권 내의 목적 설정임을 확인하는 것으로 귀결될 것이다. 그러나 그와 같이 광범위한 재량권을 갖는다고 하여 목적의 정당성 심사가 언제나 합리성이나 자의금지 심사에 한정된다고는 볼 수 없고,²⁸¹⁾ 실제적으로나 절차적으로 심사를 유보할 필요가 있다. 특히 실제적 심사로서, 이익들의 우선순위를 결정하는 과정에서 소외된 소수의 개인들이 보유하는 자유·권리에 비추어 그 목적을 정당하다고 볼 수 있을지에 대한 이유제시가 필요하다.²⁸²⁾ 이러한 점은 유럽인권재판소의 부르카금지 판결에서 살펴볼 수 있었다. 그리고 공익목적과 개인의 자유 사이의 우월관계를 목적의 정당성 심사 단계에서 천명하는 것은 일종의 일반적 대전제로서 기능한다. 이로써, 개별 사안에 관한 평가에 그치는 이익형량 심사에 비해 목적의 정당성 판단을 통해 법적 안정성을 확보할 수 있다.

뿐만 아니라, 목적의 ‘정당성’ 심사는 비례원칙이 가지는 자유보장의 측면에서 여전히 면밀한 검토를 필요로 하는 심사의 중요한 출발점이라는 의의

280) Christoph Engel, Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie, 2002, S. 46 참조.

281) Christoph Engel, 위의 글, S. 48 참조.

282) Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 34; Christoph Engel, 위의 글, S. 52 참조.

도 갖는다. 최근까지 명백히 헌법정신에 반하는 사안들을 위헌으로 선언한 남아프리카 공화국에서와 같이, 현재 기준으로 통용되는 보편적인 정의관념에 반하는 조치는 사라지거나 완화되는 추세이기는 하다. 그러나 현대 사회에서도 여전히 보호되지 못하는 소수집단은 존재하고,²⁸³⁾ 오히려 그 갈등상황은 더 예리할 수 있다. 그렇기 때문에, 그 소수집단에 관한 규율을 심사함에 있어서는 그 추구하는 진정한 목적부터 규명하고 세밀하게 검토할 필요가 있다.

구체적인 심사방법에 있어서, 어느 법률이든 개별작용이든 일견 공익을 추구하는 외관을 가지므로, 일차적 판단권자는 수단을 채택하는 과정에서 고려된 추상적·구체적 목적을 적극적으로 드러내어 논증하여야 한다. 그리고 일응의 목적으로 주장된 것에 비하여 수단이 지나치게 광범위하거나 과도한 개입으로 밝혀진 경우에는, 그 수단이 추구하고자 하는 의도가 주장된 목적과 다른 단순한 자유제한 또는 차별취급에 있는 것에 불과하다는 역순의 논증도 가능하다.

283) 전형적인 소수자 집단으로 형사절차의 수범자들을 들 수 있다. 이러한 맥락에서 수행자들에 대한 선거권을 제한하는 법률의 목적이 정당하지 않다는 견해로, Richard A. Edwards, *Judicial Deference under the Human Rights Act*, 2002, 65 M.L.R. p. 859, p. 862. 이에 대하여는 Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, *Cambridge Law Journal* 65(2006), p. 196 참조.

제4절 목적의 정당성 심사의 현상과 방향성

I. 헌법재판

1. 제한의 목적

1) 목적 조항의 개관

우리 헌법은 개별 기본권 조항 중 형사절차에서의 기본권 보호에 관한 제12조 제1항²⁸⁴⁾ 등에서 기본권 제한의 근거를 법률에 한정한다는 규정만 두고 있고, 나머지 기본권 조항에서도 제한의 목적은 명시하지 않는다.²⁸⁵⁾ 일반적 법률유보 조항인 제37조 제2항에서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 기본권제한의 목적으로 천명하고 있다.

또한, 기본권이 규정된 제2장외에 기본권제한의 목적조항으로 볼 수 있는 것으로 제9장 경제에 관한 조항들이 있다. 우선, 제119조 제2항에서 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 함으로써, 재산권, 기업경영의 자유와 같은 기본권 제한의 목적을 명시적으로 정하고 있다. 또한 제122조에서 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다고 하여, 토지에 관한 재산권 또는 거주이전의 자유 등을 제한할 때 원용될 수 있는 목적을 정하고 있

284) 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

285) 다만, 제21조 제4항에서 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있어, 언론·출판의 자유를 제한하는 목적으로 타인의 명예나 권리, 공중도덕, 사회윤리를 들 여지도 있다.

다. 그리고 실제 헌법재판소에서 토지에 관한 규제들이 문제된 사안에서 주로 위 조항에서 정한 목적들과의 관계에서 제한의 합헌성을 심사한다.²⁸⁶⁾ 마지막으로 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다고 한 제126조에서도 기업경영의 자유에 관한 제한의 목적을 들고 있다.

경제에 관한 조항들에서 들고 있는 입법목적에 의해 주로 제한되는 기본권은 제23조에서 정한 재산권이다. 그런데 재산권의 경우 법률이 기본권을 형성하는 요소와 제한하는 요소를 함께 지니고 있고, 이에 따라 관련 법률에 관한 위헌심사구조가 달라진다. 이에 이하에서는 제37조 제2항 일반적 법률유보조항과 경제 관련 조항에 의하여 제한되는 자유권적 기본권 - 영업의 자유 등 - 과의 관계에 한하여 주로 살핀다.

2) 일반적 법률유보조항이 정한 입법 목적

헌법 제37조 제2항에서 규정하는 입법목적 중에서 국가안전보장은 외부로부터 국가의 존립과 안전을 수호하고, 질서유지는 내부의 질서 수호를 통해 안전을 수호한다는 의미²⁸⁷⁾로 비교적 분명한 해석이 가능하다. 반면, 공공복리의 개념은 상대적으로 불명확한데, 이에 관하여는 국가안전보장과 질서유지가 자유주의적 근대국가의 과제를 천명한 것이라면, 공공복리가 사회국가 원리를 표현하는 것이라고 해석되기도 한다.²⁸⁸⁾ 공공복리는 일용 국민의 행복과 복리, 정의의 구현이라고 설명된다. 아래에서는 공공복리로 포섭될 수 있는 입법목적의 정당성 판단이 가지는 의의와 일반적 법률유보조항에서 명시하고 있지는 않으나, 실무에서 기본권 제한의 목적으로 거론되고 각국의 헌법이나 유럽인권조약에도 명시되어 있는 타인의 기본권·자유에 관하여

286) 예컨대, 토지거래허가구역 내에서 허가받은 목적대로 토지를 이용하지 아니하는 경우 이행강제금을 부과하는 조항에 관한 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2012헌바94 결정 등.

287) 한수웅, 헌법학, 2019, 474면.

288) 한수웅, 위의 책, 474면.

본다.

3) 입법목적으로서의 공공복리

헌법재판의 가장 근원적인 의의·기능 중 하나이자 정당성의 근거는 다수결에 의하여 작동되는 현대 민주주의사회의 정치과정에서 소외된 개인의 보호에 있다.²⁸⁹⁾ 목적의 정당성 심사는 공공복리로 주장되는 제한의 목적이 헌법재판이 갖는 이러한 근원적 기능에 비추어 받아들여질 수 있는지를 숙고하게 하는 관문에 해당한다. 물론, 목적의 정당성 심사에서 탐지된 공익이 제한되는 기본권이 추구하는 사익과의 관계에서 어느 정도로 중요한가의 구체적인 심사는 비례원칙 심사의 마지막 단계인 형량에서 이루어진다고 한다. 그러나 기본권을 제한하는 입법의 목적을 공공복리와 같이 헌법이 명시한 가장 최상위의 추상적인 것에서 한 단계 내려온 구체적인 사안별 목적으로 구체적으로 드러내고, 그러한 목적이 개인의 존엄에 비추어 정당한지 적극적인 논증을 할 필요가 있다.

다만, 구체적 사안에서 입법목적이 공공복리에 해당한다는 이유로 정당하다고 할 수 있는 것인지를 판단할 때에는 세심한 주의가 필요하다. 공공복리라는 이름으로 사회의 다수가 따르는 가치가 입법의 목적으로 정당화되고, 그 결과 그에 반하는 소수는 그 목적을 준수하도록 강요될 수 있기 때문이다. 물론 위헌법률심사의 많은 사안들의 경우 입법목적은 결정하고 판단함에 있어 큰 어려움이 없기는 하다. 하지만 국가와 사회에서 보호되어야 할 가치들이 갈수록 다양해지고, 그에 대한 인식도 높아지고 있는 현대사회에서, 입법 목적을 설정하여 정당성을 판단할 때에는 가치의 정립과정에 편입되지 못한 수범자가 받는 영향에 대하여 유념할 필요가 있다.

이러한 측면에서, 현대국가의 작용은 일의적으로 정당성을 속단하기는 어렵기 때문에, 실체적인 정당성 판단보다는 가능한 한 다양한 의견들이 드러

²⁸⁹⁾ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, p. 23-28. 이에 관하여는 Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law Journal* 96(1987), p. 985 참조.

나고 숙의되는 절차적 정당성, 참여기회의 보장 등이 우선되는 것으로 여겨 지기도 한다. 그러나 앞서 살핀 바와 같이 본질적으로 지켜야 할 정당한 영역은 분명 존재하고, 그 영역의 종류의 범위에 대해서 지속적인 논증과 토론을 통해 형성해 나갈 필요가 있다. 이 과정에서 염두에 두어야 할 것 사안들로, 성적 지향에 대한 제한이나 차별, 종교적 신념과 그 표현, 타인에게 해를 끼치지 않으면서 단순히 다수의 의사에 거슬리는 것으로 보이는 행동 또는 비도덕적 행동의 금지²⁹⁰⁾ 등을 들 수 있다. 여기서는 이와 관련한 선례를 소개하는 것으로 마무리 짓기로 한다.

이 사건 법률조항(군형법상 추행, 강제추행)은 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 하는바, 그러한 입법목적은 정당하며, 동성 군인 사이의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로 인정된다.²⁹¹⁾

2. 정당성의 판단

여기서는 목적의 정당성 판단에서 공익 목적이 가져야 할 체계적 지위에 상응하여 심사된 것인지 의문이 드는 결정례를 몇 가지 들어 본다.

[1] 심판대상조항은 교원의 근로조건 향상을 위하여 정부 등을 상대로 단체교섭권 등을 행사하는 교원노조를 설립하거나 그 활동의 주된 주체를 원칙적으로 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정함으로써, 대내외적으로 교원노조의 자주성과 주체성을 확보하여 교원의 실질적 근로조건 향상에 기여한다는 데 그 입법 목적이 있다. 이러한 입법목적은 재직 중인 초·중등교원에 대하여 교원노조를 인정해 줌으로써 이들의 교원노조의 자주성과 주체성을 확보하는 데 기여할 수 있다는 측면에서는 그 정당성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 심판대상조항이

²⁹⁰⁾ von Jakob Hohnerlein, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen, Der Staat 56(2017), S. 239, 243 참조.

²⁹¹⁾ 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가 21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

교원노조를 설립하거나 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등교원으로 한정함으로써 결과적으로 교육공무원 아닌 대학 교원에 대해서 근로기본권의 핵심인 단결권조차 전면적으로 부정할 측면에 대해서는 입법목적의 정당성을 인정할 수 없고, 수단의 적합성도 인정할 수 없다.²⁹²⁾

[2] 이 사건 법률조항은 국가 및 공공의 안전, 국민의 재산이나 생명·신체의 안전을 위협하는 범행의 저지나 이미 저질러진 범죄수사에 필요한 경우 인터넷 회선을 통하여 송·수신되는 전기통신도 수사기관이 법원의 허가를 얻어 감청할 수 있도록 규정하고 있는바, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.²⁹³⁾

위 결정례 [1]에서는 대학교원에 대하여 근로기본권, 단결권을 제한하는 입법목적으로 규명된 공익목적이 일반적 법률유보 조항이 정한 제한의 목적이나 기타 명문의 헌법규정 또는 헌법원리 중 어느 범주에 해당하는지를 밝히는 과정이 생략되었다. 이로 인해 근로기본권을 제한하는 공익 목적이 과연 기본권에 대응하는 헌법상 지위를 가지는 것인지가 불분명하다. 반면, 결정례 [2]에서는 하위의 목적들이 결국 국가의 안전이라고 하는 헌법이 규정한 명문의 목적을 구체화한 것이라는 점이 드러난다. 결정례 [1]과 같이 헌법 차원의 목적이 규명된 것인지 의문이 드는 예는 아래 결정례 [3]에서도 볼 수 있다. 즉, 결정례 [3]에서는 심판대상조항으로 인하여 제한되는 기본권을 개인정보자기결정권으로 보면서, 그 제한의 목적으로서 타인의 편익증진만을 실시하고 있다. 그런데 이는 일반적 법률유보 조항이 제한의 목적으로 들고 있는 것 중 어느 범주에도 해당한다고 보기 어렵고, 형제자매의 행정적 편의가 헌법적으로 수호하여야 할 공익의 지위를 갖는다고도 보기 어렵다. 목적을 이와 같이 설정하면, 과연 헌법이 보장하는 기본권 제한 수단의 기준으로서 정당한 지위를 갖는지 의문이 생길 수밖에 없다.

[3] 이 사건 법률조항은 본인이 스스로 가족관계등록법상 각종 증명서를 발급받기 어려운 경우 형제자매를 통해 증명서를 간편하게 발급받게 하고, 형제자매가 자신의 친족·상속 등과 관련된 권리의무관계를 증명하기 위한 기초자료로서

292) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2015헌가38 결정.

293) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정.

본인의 신분정보가 기재되어 있는 각종 증명서를 쉽고 편리하게 발급받을 수 있도록 하기 위한 것이다. 이처럼 본인과 형제자매의 편익 증진을 위해 형제자매에게 각종 증명서 교부청구권을 부여하고 있는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다.²⁹⁴⁾

3. 구체적 사안의 검토

이하에서는 당해 수단이 추구하는 목적의 여러 층위를 발견할 수 있는 사안인 대형마트 등의 영업일 등 규제에 관한 유통산업발전법 사건²⁹⁵⁾을 검토함으로써, 앞서 검토한 목적의 정당성 심사에 관한 논의들을 접목시켜 본다.

1) 목적의 결정

우선 다수의견은 영업일 등 제한 규정의 목적을 다음과 같이 정하고, 그 목적이 정당하다고 판단하였다.

영업규제조항은 “건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전을 위하여” 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정할 수 있다고 규정하고 있다. 심판대상조항은 그 입법배경에서 알 수 있듯이, 강한 자본력과 시장지배력을 가진 소수 대형유통업체 등의 독과점에 의한 유통시장 거래질서의 왜곡을 방지하고 대형마트 등이 지역상권을 장악함으로써 현저히 위축되거나 사라질 위기에 처한 전통시장과 중소기업자들을 보호함으로써 건전한 유통질서를 확립하고, 대형마트 등과 중소기업의 상생발전을 도모하며, 대형마트 등에 근무하는 근로자의 건강권을 보호하는 것을 입법목적으로 하고 있다.

(중략)

따라서 심판대상조항의 입법목적은 헌법에 규정된 경제영역에서의 국가목표 등을 구체화한 공익으로서 그 정당성이 인정된다.

²⁹⁴⁾ 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정.

²⁹⁵⁾ 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌마77등 결정.

수단에 대한 심사의 전제가 되는 목적을 설정하고 판단함에 있어서는 당해 수단이 추구하고자 하는 목적들을 누락하여서도 안 되겠지만,²⁹⁶⁾ 추구하고자 않는 목적까지 상정한 후 다음 단계로 나아가는 오류 또한 유의하여야 한다. 유통산업발전법 제1조에서는 ‘유통산업의 효율적인 진흥과 균형 있는 발전을 꾀하고, 건전한 상거래질서를 세움으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다’고 정하고 있다. 그렇다면 다수의견이 실시한 ‘독과점에 의한 유통시장 거래질서의 왜곡을 방지’한다는 독점규제법적 목적이 위 법에서 추구하는 목적으로 포섭될 수 있는 것인지,²⁹⁷⁾ 그리고 정당한 등록절차 등을 통해 영업을 하는 것 자체를 ‘유통시장 거래질서 왜곡’으로 보아 이를 규제하는 것을 목적으로 삼을 수 있는지 의문이다. 독과점을 방지한다는 목적을 이 사건 조치의 입법목적으로 고정하게 되면, 영업일 등 제한 조치가 다른 목적들의 달성에 적합한 수단인지 여부를 판단할 때에 비하여, 입법자의 판단의 여지가 넓어지는 효과가 생기고, 심사강도가 약화된다. 이러한 점을 고려할 때 법률에서 명시한 목적과는 이질적인 목적을 원용함에 있어서는 신중하여야 한다.

그리고 대형마트 등에 근무하는 근로자의 건강권을 보호하는 것 역시 위에서 열거한 유통산업의 효율적인 진흥과 균형 있는 발전, 건전한 상거래질서 확립, 소비자 보호, 국민경제의 발전에 이바지한다는 목적 중 어디에도 포섭되지 않는다. 따라서 건강권보장이 헌법상 요구되는 가치인지 여부와는 별론으로, 이 사건 규정의 목적으로 설정하는 것은 적절하지 않다.²⁹⁸⁾ 결국,

²⁹⁶⁾ Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1469 참조.

²⁹⁷⁾ 반대의견에서 수단의 적합성 항목 아래 지적한 바와 같이, 대규모유통업에서의 특정한 불공정거래행위 유형을 규제하기 위하여 별도의 법률인 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률이 제정, 시행되고 있다. 다만, 유통산업법 제3조(유통산업시책의 기본방향)에서는 ‘정부는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 시책을 마련하여야 한다.’고 하면서, 제7호에서 ‘유통산업에서의 공정한 경쟁여건의 조성’을 명시하고 있을 뿐이다.

²⁹⁸⁾ 반대의견에서는 다음과 같이 ‘대형마트 직원의 건강권’ 부분에 관하여 일방의 이익만을 입법목적으로 삼았다는 점에서 비판적으로 보고 있는데, 이는 형량판단 단계에서 다루어져야 할 논증이 아닌가 생각된다.

“‘근로자의 건강권’은 대형마트 등에 국한된 문제가 아니라 수많은 유통 업종과 업체에

이 사건 규정의 목적으로 설정할만한 것은 전통시장과 중소기업자들을 보호함으로써 건전한 유통질서를 확립하고, 대형마트 등과 중소기업의 상생 발전을 도모한다는 두 가지로 정리된다.²⁹⁹⁾

2) 단계적 목표와 수단 간 관계

다음으로, 목표의 단계적 체계와 수단 심사의 관계와 관련하여, 우선 수단의 적합성 부분에 관한 다수의견을 살펴보면 다음과 같다.

심판대상조항은 대형마트 등의 영업일과 영업시간을 일부 제한함으로써 경쟁 관계에 있는 전통시장과 중소기업자들의 매출증대를 유도하는 방법을 통하여, 대형마트 등의 시장지배력 확대에 인하여 쇠퇴하여 가는 중소기업자들에게 최소한의 매출을 유지하면서 자생적 경쟁력을 강화할 수 있는 기회를 제공하여 중소기업자들이 유통시장에서 대형마트 등과 함께 경제주체의 한 축으로 공존하면서 공정하게 경쟁할 수 있는 토대를 마련하고, 이를 통해 소수 대형유통업

보편적으로 적용되어야 할 문제이고, 특히 전통시장 등의 근로환경이 더 열악하다는 점에서 대형마트 등의 근로자만을 고려한 영업시간 제한 및 의무휴업일 규제는 그 설득력이 떨어지고 비교형량도 잘못되었다.”

299) 한편, 이 부분 두 가지가 이 사건 조치의 입법목적이 될 수 없다는 다음 반대의견 참조. “‘건전한 유통질서’가 무엇을 의미하는지 불분명하여 이것만으로 대형마트 등의 영업시간 제한과 의무휴업이라는 심판대상조항의 직접 목적으로 삼기에는 부족하다. 다수의견은 내심 전통시장의 가치에 착안하여 심판대상조항의 입법목적의 정당성을 부여하고 있는 것으로 보인다. 전통시장 등이 우리의 삶과 역사가 함축되고, 서민들의 애환과 희망이 어우러지는 곳이며, 우리 사회의 고용 안전망 역할을 함은 물론 지역경제의 활성화에도 기여하고 있으므로, 우리가 지키고 보존해야 할 소중한 가치가 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 전통시장 등의 그러한 가치에 대하여는 이미 ‘전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법’을 통하여 보존·실현하고 있고, 이것이 심판대상조항의 입법목적이 될 수는 없다.

대형마트 등과 전통시장 등의 ‘상생발전’을 도모함에 있어서도 유통산업발전법 및 그 시행령 어디에도 상생(相生)의 구체적인 의미·내용이 규정되어 있지 않고, 설령 ‘대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률’ 제2조 제3호에 규정된 ‘상생협력’이라는 정의에서 그 의미를 유추하거나 ‘둘 이상이 서로 복돋우며 다 같이 잘 살아감’이라는 상생의 사전적 의미에 비추어볼 때, 대형마트 등과 전통시장 등 사이에 서로의 이익을 증진하여 상생하여야 하는 것임에도 어느 일방, 즉 대형마트 등의 희생만을 강제하는 심판대상조항의 입법목적에 상생발전이 포함될 수 있는 것인지 의문이다.”

체 등의 시장 지배와 경제력 남용을 방지하여 건전한 유통시장질서를 도모하며, 대형마트 등에 근무하는 근로자들이 다른 근로관계법령이나 근로계약에서 정한 내용에 관계없이 최소한의 일정한 휴식을 가질 수 있도록 한다. 따라서 심판대상 조항은 앞서 본 입법목적을 달성하는 수단으로 유효한 것이므로, 수단의 적합성도 인정된다.

위 사건에서는 전통시장 등의 매출증대를 수단의 하나로 파악하고, 영업일 등 제한조치와 매출증대가 동일한 수단의 지위에 있는 것이라는 전제 하에, 그러한 수단들이 헌법에서 정한 목적달성에 유효한 수단이라는 논리를 전개하고 있다. 그러나 목적의 정당성 심사단계에서 헌법적 지위를 가지는 것으로 확정된 추상적 공익을 구체화한 것에 해당하는 전통시장 등의 매출증대는 그 자체가 수단이면서 동시에 영업일 등 제한이라는 수단을 통해 달성하고자 하는 중간적·구체적인 세부목표라고 보는 것이 후속되는 수단의 심사를 위하여 보다 유효한 목표설정에 해당한다.

II. 행정재판

1. 개별 행정작용

행정작용에 대한 심사에서 원용되는 비례원칙의 구성요소에 목적의 정당성을 포함하는 견해를 찾을 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 그리고 이와 같이 목적의 정당성이 포함되지 않는 근거에 대하여는, 헌법에서의 논의와 같이 목적의 정당성은 목적과 수단 사이의 이익형량의 문제가 아니어서 비례원칙의 한 내용이 아니라는 설명³⁰⁰⁾과 행정작용의 근거법령 자체에서 정당한 목적을 추구한다는 점이 전제되어 있다는 것에 근거한 입장³⁰¹⁾이 있다.

300) 박근성, 행정법론(상), 2019, 53면. “목적의 정당성의 원칙은 일반 법원칙상 당연히 인정되는 독자적 법원칙이라고 보는 것이 타당하다.”

301) 류지태·박종수, 행정법신론, 2019, 164면. “행정작용의 경우 법률에 의하여 추구되는 목적이 아닌 다른 목적을 추구하는 경우에는 위법적인 행위로 된다. 그러나 이 심사기준에 위반되는 경우는 실무상 거의 발견되지 않는다.”

행정작용에 대한 비례원칙 역시 그 자체로 목적의 정당성 심사를 전제하지는 않고, 이 부분 심사가 비례원칙의 구성요소라고 볼 수는 없다. 그러나 법령에 대한 위헌심사에서는 비례원칙 내에 포함하여 논증되는 목적의 정당성 심사가 개별 작용에 대한 심사에서는 생략되는 이유는 무엇인가. 생각건대, 개별 행정작용의 경우 그 달성하고자 하는 목적이 입법과 하위법령들에 명시적으로 표현되거나 묵시적으로 내재해 있고,³⁰²⁾ 이는 법치국가의 전제이자 실현결과라고 할 수 있다.³⁰³⁾ 따라서 개별 행정작용에 관하여 목적의 정당성에 의문이 있는 경우에는 전제가 되는 근거법령의 위헌성을 나아가 심사할 것이지, 개별 행정작용의 위법성 판단 단계에서 그 작용이 추구하는 목적의 정당성을 판단할 일은 드물다. 결국, 개별 행정작용에 대한 비례원칙 심사의 외형적인 구조만으로는 목적의 정당성 심사가 생략되지만, 이는 개별 행정작용이 추구하는 목적에 대한 정당성 평가는 그 근거법령이 추구하는 목적이 정당한가에 대한 평가에 이미 선취되어 있어 있기 때문이지,³⁰⁴⁾ 그 판단이 불필요하기 때문은 아니다. 우리 행정재판 실무례와 학설에서 행정입법에서와 달리 개별 행정작용에 대하여 비례원칙 심사의 구성단계를 적합성-필요성-상당성의 삼단계로 구성하는 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

다만, 목적과 관련하여 법원은 개별 행정작용의 목적 위반이나 동기의 부정 유무를 재량권의 일탈·남용 여부를 판단하는 별개의 기준으로 본다.³⁰⁵⁾

³⁰²⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 79; Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, JURA(1997), S. 617 참조.

³⁰³⁾ Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaates, 1983, S. 133. 이에 대하여는 Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 79 참조. Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS(2001), S. 151도 참조.

³⁰⁴⁾ Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, 2001, S. 461; Christian Hillgruber, Grundrechtsschranken, in: Handbuch des Staatsrechts IX, 2011, §201 Rn. 54. 이에 대하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 154 참조.

³⁰⁵⁾ “재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행

그런데 어느 행정작용이 목적에 위반되거나 그 동기의 부정이 있다고 인정되는 경우가 있겠는가. 개발제한구역 내에서 건축물 용도변경에 대한 허가를 예로 들어 본다. 구 도시계획법령의 규정에 따를 때, 개발제한구역 내에서 용도변경을 제한하는 목적은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위한 것이고, 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 용도변경 등을 할 수 있게 된다.³⁰⁶⁾ 여기서 용도변경 허가를 거부한 행정작용이 개발제한구역 내의 행위제한이 추구하는 목적이 아닌 다른 목적 또는 부정적인 동기에 기한 것인지 여부와 같은 주관적인 사정을 밝혀내기란 어렵고, 실제 그러한 이유로 재량권의 일탈·남용이 인정된 사례는 찾을 수 없다. 이처럼 개별 행정작용에서 행정의 목적은 비례원칙과 별개인 일용의 심사기준으로서 실시되기는 하지만, 실제 결과에 있어서 차이를 가져오지는 않고, 아래에서 살필 바와 같이 행정작용의 근거법령이 추구하는 일반적이고 객관적인 목적의 정당성 유무만이 문제된다고 할 것이다.

2. 법령 및 법률

행정재판에서 법령이 심사대상이 되거나 쟁점이 되는 경우는 세 가지로 구분할 수 있다. 처분적 법령, 처분의 근거가 되는 명령·규칙, 처분의 근거가 되는 법률이 그것이다. 우선 처분적 법령에 대하여는 일정한 요건을 갖춘 경우 항고소송의 대상이 되는 처분과 동일한 방법으로 심사되므로,³⁰⁷⁾ 개별

위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.”(대법원 2001. 2. 9. 선고, 98두17593 판결)

³⁰⁶⁾ 대법원 2001. 2. 9. 선고, 98두17593 판결.

³⁰⁷⁾ 대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정(향정신병치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시); 2006. 12. 21. 선고, 2005두16161 판결(보험약가를 인하한 보건복지부 고시); 대법원 2014. 10. 27. 선고 2012두7745 판결(요양급여의 상대가치점수를 인하한 보건복지부 고시) 등. “어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.” 이와 관련하여 대법원이 실시한 위와 같은 요건을 일용 충족하는 것으로 보임에도 헌법재

행정작용에 준하여 비례원칙을 원용할 수 있다. 다음으로 헌법 제107조 제2항에 의하여 처분의 근거가 되는 명령·규칙의 위헌심사권을 부여받은 법원으로서, 법령의 위헌성 심사에서 사안에 따라 단계화된 비례원칙을 원용하게 된다. 이 경우 목적의 정당성은 법령의 제정을 위임한 모법이 정한 목적에 따라 판단하는 경우가 통상적일 것이다. 그러나 하위법령이 추구하는 보다 구체적인 목적을 설정하고 그 정당성 여부의 심사로 나아갈 가능성도 있다. 마지막으로, 처분의 근거가 되는 법률 자체에 대한 위헌 쟁점이 제기된 경우, 그 법률이 합헌임을 확인할 때 또는 위헌의 의심이 있어 헌법 제107조 제2항에 따라 위헌법률심판제청을 함에 있어 심판제청 이유를 구성할 때, 당해 법률이 추구하는 것으로 정해진 목적에 대하여 앞서 검토한 바에 따라 그 정당성을 심사할 필요가 있다.

판소는 국민건강보험 관련 보건복지부 고시 외에 처분적 법령에 대한 처분성을 인정한 선례가 없음을 이유로 보충성요건을 갖춘 것으로 보아 본안판단으로 나아가는 예가 있는바[예컨대, 장애인활동지원 급여비용 등에 관한 고시(2016. 12. 28. 보건복지부고시 제 2016-279호)가 합헌이라고 판단한 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌마322 결정], 앞으로 이 부분 심사대상에 관한 정리가 필요할 것으로 보인다(최계영, 국민건강보험의 행정법적 쟁점, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 2014, 43-72면, 66-67면 참조).

제3장 수단의 적합성 및 필요성

제1절 개설

단계화된 비례원칙의 각 심사단계 중 목적과 수단의 관계를 심사하는 적합성과 필요성 심사에 대한 논의는 마지막 단계인 이익형량 단계에 비하여 그 비중이 현저히 낮다.³⁰⁸⁾ 비례원칙 초기의 논의에서는 수단의 적합성과 필요성 심사의 관계나 각 단계별 심사의 고유한 의미에 관한 분석이 이루어졌지만,³⁰⁹⁾ 최근에는 단계화된 비례원칙 중 형량 단계의 심사에 관하여 가장 논쟁이 활발하다. 그러나 다음 제4장에서 볼 바와 같이, 사법기관이 공법 영역에서 형량이라는 방법론을 통해 심사한다는 것은 이론상 또는 기관 간 권력분립 차원에서의 비판에서 완전히 자유롭지 못하다. 즉, 입법부나 행정부의 일차적 판단에 대한 사법심사에서 형량이 과연 합리적인 판단이유를 제시할 수 있는 논증의 도구인지에 관하여 강한 의문이 해소되지 않고 있는 상황이다.

이러한 시점에서 이 장에서는 단계화된 비례원칙 중 형량에 앞선 수단의 적합성과 필요성 심사단계가 갖는 기능적 의의를 밝힌다. 이를 위해 우선, 단순히 목적 달성을 가능하게 하는 수단에 해당하는지를 인과관계 측면에서 소극적으로 심사하는 것으로 이해되어 온, 수단의 적합성 심사의 의의를 재

³⁰⁸⁾ 단계화된 비례원칙 중 수단의 적합성·필요성 심사 자체 또는 필요성 심사와 형량과의 관계에 한정된 논의로는, Guy Davidov, Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. V. Sharpe(B.C.C.A.), *Review of Constitutional Studies* 5(2000), p. 1-18(RSSN); Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 466-490; David Bilchitz, Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 41-62 등이 있다.

³⁰⁹⁾ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985; Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, 1989; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001 등.

검토한다(제2절). 이 과정에서 적합성 심사에 포함되어야 할 심사의 내용을 확정하고(제2절 II), 심사의 구체적 방법에 관한 실제적인 문제들을 분석한다(제2절 III). 이어 각국에서 적합성 심사에서 실질적인 논증이 이루어진 예를 살펴봄으로써(제2절 IV), 앞서 적합성 심사의 범위와 방법에서 논의한 내용을 향후 실제 사안에서 발전시켜 나갈 연결점을 모색한다.

다음으로 필요성 심사에 관하여는 그 심사가 본질적으로는 경험적 측면에 대한 것이지만, 실제 위 심사가 작동할 때에는 특히 목적 달성의 정도를 판단함에 있어 가치판단이 필연적으로 개입된다는 점을 확인한다. 그리고 필요성 심사에서 이루어지는 가치판단은 형량에서의 그것과 본질적인 차이가 있고, 상대적으로 합리적 이유제시를 도모하기 용이하다는 점을 논증한다. 이를 위해 우선 목적달성의 정도와 제한의 정도라는 필요성 심사의 개념적 징표에 관하여 각각 검토하고(제3절 II), 그 개념적 징표들을 심사하는 방법에 관한 논의를 정리한다(제3절 III). 한편, 실제로 필요성 심사 단계에서 적극적인 심사가 이루어진 사안들에 대한 각국의 사례들을 통해(제3절 IV), 필요성 심사가 가지는 기능적 의의를 형량과의 관계에서 조명한다. 이어 제4절에서는 이상의 논의를 바탕으로, 우리 행정재판과 헌법재판에서 수단의 적합성·필요성 심사가 이루어지는 현상을 정리하고, 실무례가 나아갈 방향성을 제언한다.

제2절 수단의 적합성

I. 기능적 의의

수단의 적합성은 당해 수단이 목적달성을 가능하게 하느냐, 인과관계(Kausalverlauf, causal relations)가 있느냐, 촉진하느냐 여부를 심사하는 단계이다. 독일 연방헌법재판소의 수단의 적합성 관련 실제 실시에서는, 수단이 목적달성에 “객관적으로·원칙적으로 부적절한지 여부”라는 소극적인 표현과³¹⁰⁾ “수단으로써 의도된 결과가 촉진되는지 여부”라는 적극적인 표현이 혼용된다.³¹¹⁾ 즉, 선택된 수단이 목적달성에 기여할 수 있는지에 관한 입법자의 예측적 판단이 정당한지를 판단하는 것이다.³¹²⁾ 이 심사단계는 가치판단적 측면보다는 경험적 사실관계에 대한 판단의 측면이 더 강하다.³¹³⁾

이러한 의미의 수단의 적합성 여부를 예측적으로 판단할 때, 입법부와 행정부는 그 판단에 필요한 전문적이고 특수한 정보에 접근하고 이를 수집하는 데 사법부보다 우월한 지위에 있다. 반면, 사법부로서는 위와 같은 정보에 기초한 예측적 판단의 당부를 판단하는 것이 어렵기 때문에, 수단 선택 권한을 부여받은 입법부와 행정부의 판단은 존중되는 경우가 많다. 이로 인하여 수단의 적합성 심사는 심히 부당한 사안만을 걸러내는 소극적인 역할을 한다고 평가된다. 이러한 점을 강조하여, 필요성 심사가 개념적으로 목적달성에 적합한 수단을 전제로 하므로, 적합성 심사는 광의의 필요성 심사에 포함된다는 입장도 있다.³¹⁴⁾ 또는 적합성 심사를 필요성 심사와 구별하면서

³¹⁰⁾ BVerfGE 16, 147(181); BVerfGE 17, 306(317); BVerfGE 19, 119(127); BVerfGE 70, 1(26) 등. 이 결정들에 대하여는 Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 38 참조.

³¹¹⁾ BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 40, 196, 222; BVerfGE 63, 88, 115; BVerfGE 81, 156, 192 등. 이 결정들에 대하여는 Laura Clérico, 위의 책, S. 38-39 참조.

³¹²⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 75.

³¹³⁾ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 148.

³¹⁴⁾ Lothar Hirschberg, 위의 책, S. 55, 56; Philipp Reimer, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungs-

도, 당해 수단이 목적 달성과 합리적 인과관계가 없는 경우에는 그 목적이 당해 수단으로써 추구하려는 진정한 목적이라고 볼 수 없다는 의의만이 있을 뿐, 수단의 적합성이 그 자체로서 독자적인 심사기준의 의의를 갖는 것은 아니라고 보기도 한다.³¹⁵⁾

물론, 일차적 판단권자에게 부여된 수단 선택에 관한 판단의 여지를 원칙적으로 존중하여야 하고, 예측적 판단에 대한 심사가 갖는 난점과 한계가 있기는 하다. 그러나 이에 관한 사법부의 심사와 통제는 분명 필요한 절차이다. 또한 적합성 심사에 비하여 일차적 판단권에 관한 더 세분화되고 강한 심사로 작동할 수 있는 필요성 심사와 이익의 경중에 대한 판단이 개입되는 형량 심사가 유지되는 이상, 그에 앞선 적합성 심사에서만 유독 일차적 판단을 존중하여 소극적인 약한 심사만을 일관할 이유는 없다. 이러한 전제에서 이 절에서는 적합성 심사가 기존의 평가와 달리 독자적인 기능적 의의를 가질 수 있음을 논증하고자 한다.

II. 심사의 내용 및 범위

적합성 심사에 관한 선행 연구들에서는, 적합한 수단이란 목적을 달성할 수 있는 인과관계 있는 수단을 의미하고, 이 경우 목적 달성을 촉진하거나 개선시키는 것으로 충분하다는 정도의 정리만 있어 온 상태이다.³¹⁶⁾ 이하에서는 수단의 적합성 심사에 단순한 목적 달성의 가능성 외에 추가적인 개념

rechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 66, 74-75 참조.

315) Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 79.

316) 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총 1집, 1990, 126면; 김남진, 행정법상의 비례원칙, 월간고시, 20권 6호, 1993, 74-75면; 김형남, 행정법상 비례의 원칙에 대한 검토, 경성법학 제10호, 2001, 147-148면; 김태호, 행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제4호, 2009, 94면; 정하중, 행정법의 일반원칙으로서 비례의 원칙 - 대법원 1985. 11. 12. 선고 85누303 판결, 행정판례평선, 2011, 36면 등. 다만, 독일에서의 논의 및 사례를 바탕으로 ‘사실적 혹은 법적으로 불가능한 조치’가 적합성 단계에서 심사된다고 지적한 서정범, 행정법상의 비례의 원칙, 강원법학 제7권, 1995, 181면 이하 참조.

적 요소를 심사의 범위에 포함시킬 것인지 여부를 검토한다.

1. 목적 달성에의 기여 정도

우선 수단의 적합성 심사에 수단의 ‘효과성’(Effektivität, effectiveness), 즉 목적 달성에 기여하는 ‘정도’에 관한 심사를 포함할 것인가. 만일 효과성이라는 개념을 가장 강하고 엄격하게 해석하는 경우, 채택된 수단이 목적을 완전히 달성하는 것이어야 한다.³¹⁷⁾ 반면, 이를 가장 완화하여 해석하면, 목적 달성에 전혀 관련이 없거나, 목적 달성과는 반대의 효과를 내는 경우 효과성이 부정된다는 소극적인 기준이 된다.³¹⁸⁾ 이와 관련하여 알렉시(R. Alexy)의 원리이론에 근거하여, 적합성 심사를 일정한 목적을 가능한 한 최대한 실현하도록 요구한다는 ‘최대화명령’(Maximierungsgebot)으로 파악하기도 한다. 이 견해에서는, 수단의 적합성이 단순히 효과적인 수단만을 요구하는 것이 아니라 다양한 효과적 수단들 가운데 가장 효과적인 수단을 선택하도록 요구한다고 주장한다.³¹⁹⁾ 한편 우리 헌법재판소도 적합성 단계에서 당해 수단이 목적 달성에 효과적으로 기여하는지 여부를 심사한다는 취지로 판시한 사안이 있다.³²⁰⁾

³¹⁷⁾ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 37-38; Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, International Journal of Constitutional Law 11(2013), p. 474 참조.

³¹⁸⁾ Janneke Gerards, 위의 글, p. 475 참조.

³¹⁹⁾ 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 30-31면.

³²⁰⁾ 헌법재판소 1999. 12. 23. 99헌마135 결정. 이 결정에서 “... 등에 비추어 볼 때, 경찰청장이 퇴임 후 공직선거에 입후보하는 경우 당적취득금지의 형태로써 정당의 추천을 배제하고자 하는 이 사건 법률조항이 어느 정도로 입법목적인 ‘경찰청장 직무의 정치적 중립성’을 확보할 수 있을지 그 실효성이 의문시된다. 따라서 이 사건 법률조항은 정당의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것으로 판단되므로 이 사건 법률조항은 정당성립 및 가입의 자유를 침해하는 조항이다.”라고 판시함으로써 직접적으로 효과성을 적합성단계에서 심사한 것처럼 보이나, 그 실질적인 내용에 있어서는 ‘입법목적과 입법수단 간의 인과관계가 막연하고, 입법목적을 달성할 수 있는가 하는 법률의 효과 또한 불확실’하다는 인과관계의 문제로 판단한 것으로 평가할 수 있다; 헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76 등 결정; 헌법재판소 2004. 8.

생각건대, 우선 목적 달성의 정도까지 수단의 적합성 심사에서 판단하면, 사법부에서 입법부나 행정부의 수단선택의 자유에 과도하게 개입하는 것이 된다. 따라서 적합성 단계에서는 목적 달성이 가능한가 하는 인과관계의 의미에 한정하여 심사하는 것이 타당하다. 또한 다음 제3절 수단의 필요성에서 보는 바와 같이, 당해 수단과 그 외의 대안 사이에 ‘목적 달성 정도의 차이’를 비교하는 것은 필요성 심사의 핵심적인 부분이다. 따라서 ‘목적 달성의 정도’는 적합성이 아닌 필요성 심사에서 검토해야 하고, 수단의 적합성 심사의 판단범위에서는 제외하는 것이 타당하다고 생각된다.³²¹⁾

2. 목적의 부분적 달성

목적 중 일부만을 부분적으로 달성하는 수단을 적합하다고 평가할 수 있는가? 여러 목적 중 일부만을 달성할 수 있는 경우가 아니라, 하나의 목적을 질적으로 일부만 달성 가능한 경우는 앞서 본 목적달성의 기여 정도라는 ‘효과성’의 문제가 된다. 효과성은 적합성 단계가 아닌 필요성 단계에서 고려할 요소이므로, 결국 단일한 목적의 질적 일부만 달성하는 수단도 적합한 수단이라고 평가할 수 있다.³²²⁾

그렇다면, 목적의 정당성 심사 단계에서 대등한 수 개의 목적들이 정당한 것으로 인정된 경우에 그 일부만을 달성하는 수단의 적합성은 어떻게 평가할 것인가. 특히 입법이나 행정작용의 목적은 통상 상위의 추상적·일차적 목적과 이를 구체화한 하위의 세부목적들로 이루어지는 것이 통상적이다. 이와 같이 성격을 달리하는 다수의 세부목적들이 인정되는 경우, 그 중 일부만을 ‘양적으로’ 달성할 수 있는 수단은 적합한가.

26. 2003헌바81 등 결정.

321) 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 1995, 71면 참조.

322) 이와 관련하여, 목적을 완전하게 달성할 것을 요구하면 목적을 애초부터 낮게 설정한 경우에만 그 목적을 위한 수단이 적합한 것이 될 수 있다는 이유로, 목적을 일부만 달성하는 수단도 적합하다고 하는 Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 51 참조.

대형마트 등의 영업일 등 규제에 관한 유통산업발전법 조항을 다룬 헌법재판소 결정을 예로 들어 본다. 위 결정에서 인정된 입법목적은, ① 독과점에 의한 유통시장 거래질서의 왜곡 방지, ② 전통시장과 중소기업자들을 보호함으로써 건전한 유통질서 확립 및 유통업의 상생발전 도모, ③ 대형마트 등에 근무하는 근로자의 건강권을 보호하는 것이었다.³²³⁾ 이러한 서로 병렬적인 세부목적 중 의무휴무일 지정으로 인하여 근로자의 휴식이 의무적으로 보장되므로, 목적 ③은 일응 달성 가능할 것이다. 그런데 당해 수단으로써 달성하고자 하는 보다 근본적인 목적은 ①, ②라 할 수 있다. 그렇다면 의무휴무일이 지정되는 대형마트를 이용하는 소비자가 휴무일에 대형마트 대신 이용 가능한 전통시장이 주거지로부터 합리적인 거리 내에 없는 경우 등³²⁴⁾에는 그 대형마트에 관하여는 의무휴무일을 지정하더라도 위 목적 ①, ②를 달성할 수 있다고 보기 어렵다. 이처럼 보다 간접적인 목적 ③과 보다 직접적인 목적 ①, ②의 달성 가능성 여부가 서로 달라 복수의 목적들 중 일부만 달성 가능한 경우에는, 당해 수단이 원래 본질적으로 추구하고자 하는 목적이 무엇이었는지에 따라 적합성 여부가 판단되어야 할 것이다.³²⁵⁾

3. 목적 달성의 일반적 또는 구체적 가능성

수단이 적합하려면 목적을 일반적 관점에서 추상적으로 달성 가능한 것으로 족한가, 아니면 특정 사안에서 구체적으로도 목적 달성이 가능하여야 하는가? 이에 관하여 독일 연방헌법재판소는 수단이 ‘일반적으로’(generell) 목적을 달성 할 수 있는 경우 적합성 요건이 충족된다고 본다.³²⁶⁾ 그리고 일부 유형의 사안에 있어서는 당해 수단이 목적을 달성하지 못하더라도 그 수단

323) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌바77 등 결정.

324) 이처럼 수범자의 일부를 구분하는 것에 관하여는 아래 3. 목적의 일반적 또는 구체적 달성 가능성 부분 참조.

325) 필요성 심사에 있어 같은 취지로, Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 333 참조.

326) BVerfGE 30, 250, 264; BVerfGE 71, 206, 217. 이 결정들에 대하여는 Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 45 참조.

이 부적합하다고 할 수 없다고 판시한다.³²⁷⁾ 일응 목적 달성의 추상적 가능성만을 요구하는 것으로 보인다.

그런데 다른 한편, 목적 달성의 구체적 가능성을 함께 심사한 것으로 보이는 판시도 있다. 예컨대, 자가용의 경우에 비용을 받는 동승 중 ‘공개적으로 증개된 동승’(öffentlich vermittelte Mitnahmefahrt)에만 한정하여 허가를 받도록 의무를 부과하는 법률조항이 문제된 사안이 그것이다. 위 사안에서는 위 법률조항이 도로교통의 안전과 동승자의 보호라는 목적을 달성하는 데 적합한 수단인지가 문제되었다. 독일 연방헌법재판소는 우선 위 제한 자체가 목적을 달성할 수 있는 수단이 아니라고 하였다. 이어 이러한 논증에서 더 나아가 ‘공개적으로 증개된 동승에만 한정하여 허가를 받도록 의무를 부과하는 것에 충분한 근거가 없다’는 이유를 부가하여, 당해 수단이 “목적달성에 객관적으로 적합하지 않다”고 실시하였다.³²⁸⁾ 위 사안에서는 일차적으로 수단이 객관적으로 목적 달성에 기여하지 않는다고 판단하고 나서, 이차적으로 일정한 범위의 수범자들의 자유·권리만을 제한하는 합리적 이유가 제시되지 않았다는 평등원칙을 원용함으로써, 전체적으로 당해 수단이 목적 달성에 적합하지 않다고 하였다.

이상과 같은 관점에서, 위 결정의 판시내용으로부터 적합성 심사에 구체적 목적달성 가능성이 포함된다는 점을 추론할 수 있다.³²⁹⁾ 즉, 당해 수단이 일반적으로 규율하는 대상인 수범자들(주관적 측면)이나 사안들(객관적 측면)을 구체적으로 A, B, C로 구분하고, 그 중 청구인이 속하는 특정한 범위 B에 대하여는 당해 수단이 목적을 달성할 수 없다면, 이 경우 당해 수단을 적합성 심사 단계에서 걸러낼 수 있다. 이에 관하여는 적합성 심사에 규범적 판단을 부가함으로써 형량 심사를 가장하는 것이라는 비판도 있다.³³⁰⁾ 그러나

327) BVerfGE 71, 206, 215. 이 결정에 대하여는 Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 45 참조.

328) BVerfGE 17, 306, 316. 이 결정에 대하여는 Laura Clérico, 위의 책, S. 59 참조.

329) 필요성 심사에 관하여 같은 논증으로, Laura Clérico, 위의 책, S. 104-105 참조.

330) Laura Clérico, 위의 책, S. 60에서는 이러한 판시가 적합성 심사를 규범적 요소에 대한 심사까지로 확대한 것은 아니지만, 적합성 심사와 평등원칙은 분리하는 것이 논리구조상 명확하다고 한다.

이는 당해 수단이 객관적으로 목적을 달성할 수 없는 규율 범위를 보다 세밀하게 구분해 내는 것이다.³³¹⁾ 따라서 이처럼 구분된 규율범위에 따라 목적 달성 가능성을 구체적으로 심사함으로써, 적합성 심사가 여전히 경험적·사실적 판단이라는 본질을 유지하면서도 독자적인 심사도구로서 실질적으로 기능할 수 있다고 하겠다.

4. 수단의 정당성 포함 여부

수단의 적합성 심사는 본질적으로 목적달성 가능성을 검토하는 경험적·사실적 판단이라는 점은 앞서 보았다.³³²⁾ 그런데 적합성 심사 단계에서 당해 수단이 헌법이나 법원리에 비추어 허용되는 정당한 수단인지 여부도 심사하여야 할 것인가. 이에 관하여, 적합한 수단은 법적으로 허용되는 수단임을 전제로 하지만, 비례원칙 중 적합성 심사 단계에서 수단의 정당성도 심사한다는 취지인지 불명확하다고 하는 입장이 있고,³³³⁾ 적극적으로 수단의 적합성 심사가 정당성 심사를 포함한 규범적 판단이라고 하는 주장도 있다.³³⁴⁾ 후자의 견해에서는 다음과 같은 예들을 든다. 우선 하나는 범죄행위를 막기 위하여 행위자 외에 그 부모까지 처벌하도록 하는 수단은 우리 헌법 제13조에서 금지하는 연좌제에 해당하므로 그 자체로 적합하지 않다는 것이다.³³⁵⁾

³³¹⁾ Veith Mehde, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidung, DÖV (2014), S. 542 참조.

³³²⁾ 이러한 점에서, 수단이 가져올 부정적 효과, 부작용 유무와 그 영향은 적합성 심사 단계가 아닌 필요성 심사 이후 단계에서 판단된다고 할 것이다. Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 52-53 및 수단으로써 의도하지 않았던 부작용이 발생한다고 하여 그 수단의 적합성이 문제되지 않는다고 실시한 BVerfGE 78, 77, 86 참조.

³³³⁾ 황치연, 우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점, 고시연구 24권 3호, 1997, 179면; 김문현 등, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 19권, 2008, 82면; 유남석, 기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙, 헌법판례해설, 2010, 81면.

³³⁴⁾ 이민열, 과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소화’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법, 변호사 제46-1집, 2014, 35면.

³³⁵⁾ 이민열, 위의 글, 36면.

또한 표현의 자유 및 언론의 자유에 관한 독일 기본법 제5조 제2항에서 청소년의 보호를 위하여 동 자유를 제한할 수 있다고 유보하고 있는데, 청소년 보호라는 목적을 위해 선택할 수 있는 수단 중 같은 조항 제1항 제3문에서 명시적으로 금지하고 있는 검열은 그 자체로 정당하지 않다고 설정하기도 한다.³³⁶⁾

입법부나 행정부가 채택한 수단이 헌법이나 법에 정면으로 반하는 경우는 드물 것이다. 그러나 예외적인 경우에 수단의 정당성을 판단하게 되더라도, 이러한 판단은 단계화된 비례원칙 중 적합성 심사 단계에서 이루어질 것은 아니다. 비례원칙이란 헌법과 법이라는 성문의 대전제에 의하여 인정된 범위 내의 수단에 관하여 추가적으로 원용되는 헌법원리·법원리이기 때문이다. 즉, 수단의 정당성은 비례원칙 적용으로 나아가기 전 단계에서 이미 헌법과 법에 비추어 판단되어야 할 요소라 할 것이다.

5. 소결

이제까지 수단의 적합성 단계에서 심사할 요소에 관하여 살펴보았다. 우선 적합성 심사는 목적과의 관계에서 당해 수단이 일정한 목적을 달성할 수 있는지 여부를 검토하는 것이다. 이러한 점에서, 적합성 심사는 수단과 대안을 목적의 달성 정도와 수범자의 이익의 제한 정도의 양방향에서 비교하는 필요성 심사와 개념적으로 명확히 구분된다. 따라서 적합성 심사에 목적 달성 정도를 의미하는 효과성 판단이 혼재될 것은 아니다.

또한 다수의 목적들 중 일부만 달성 가능한 경우는 당해 수단이 추구하고자 하는 본질적이고 중요한 목적을 기준으로 적합성 여부를 판단하여야 한다. 이러한 과정에서 이후 필요성 심사에서 비교하여야 할 목적달성 ‘정도’의 기준이 되는 목적이 명확히 구분된다. 한편, 적합성 심사에 목적달성의 구체적 가능성 심사를 포함시킴으로써, 당해 수단이 목적을 달성할 수 있는

³³⁶⁾ Philipp Reimer, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 65.

수범자나 사안의 범위를 세분화하는 기능을 수행할 수 있다.

Ⅲ. 심사의 방법

수단의 적합성 심사 범위에 관한 앞선 논의를 전제로 하여, 아래에서는 실제 적합성 심사가 유효하게 작동하기 위하여 고려할 방법론적 측면들에 관하여 고찰한다.

1. 자료제출책임

목적에 수단이 객관적으로 기여할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 그 수단을 도입하기로 하는 결정 단계에서 어떠한 경험적·사실적 자료와 정보, 통계 등에 입각하였는지가 심사 단계에서 현출될 필요가 있다.³³⁷⁾ 그리고 이러한 자료들을 제출할 책임도 정책결정자인 입법부·행정부 측에 있다고 보는 것이 타당하다. 그리하여 수단이 목적에 기여하는지 여부가 불명한 경우에는 제출책임에 따라 적합성 요건을 충족하지 못하였다고 보아야 할 것이다.

이에 관하여, 문제가 된 자유·권리의 종류와 보호정도에 따라 심사강도를 분화하고, 강한 정도의 심사가 필요한 경우에만 자료제출책임을 일차적 판단권자 측에 부여하여야 한다고 한정할 여지도 있다. 예컨대, 경제규율이 관련된 경우에는 수범자가 적합성이 없는 수단임을, 보다 근본적인 자유·권리가 제한된 경우에는 입법·행정부 측이 적합성이 인정되는 수단임을 설득해야 한다는 것이다.³³⁸⁾ 그러나 목적 달성의 가능성 내지 인과관계는 규범적 판단의 성격을 일부 내포하고 있다고 하더라도, 그 판단은 객관적 자료에 근거하

³³⁷⁾ Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 473.

³³⁸⁾ 필요성 심사 단계에서 논증책임에 관한 논의(본 장 제3절 수단의 필요성 Ⅲ. 심사의 방법 중 2. 실체적 심사의 보완 부분 참조)를 유추하여 가정한 논의이다.

여 이루어진다. 따라서 그 제출의 책임은 심사 강도와 분리하여 보아야 할 것이다. 결국 심사강도의 강약과 무관하게 적합성 심사를 실질화하기 위해서, 정책결정의 바탕이 된 자료들이 최대한 제출될 수 있도록 그 제출책임은 언제나 자료를 수집·관리하는 측에 있다고 보아야 한다. 이처럼 자료제출책임을 입법·행정부 측에 부과함으로써, 일차적 판단권자로 하여금 자유를 제한하는 수단을 선택함에 있어 신중하고 포괄적으로 자료를 수집하게 하는 한편, 심사과정에서 정책결정에 관한 정보가 공개적으로 논의되는 기회가 마련될 수 있다.

2. 심사의 기준시점

위에서 본 바와 같이 제출된 자료들을 바탕으로 수단이 목적 달성을 위해 적합한지 여부를 심사할 때, 그 기준시를 입법 시(ex tunc)로 볼 것인가, 아니면 수단에 대한 심사 시(ex nunc)로 볼 것인가. 우선 입법 시, 수단 채택시를 기준으로 적합성 여부를 심사해야 한다는 입장에서는, 적합한 수단 선택에 관한 예측판단(Prognose)의 어려움을 고려할 때, 수단이 채택된 후 적용 시나 판단 시에 이르러 사정이 변경되어 인과관계가 소멸되었다는 사정으로는 적합성을 충족하지 못한다고 단정할 수 없다고 한다.³³⁹⁾ 이는 독일 연방헌법재판소의 원칙적인 입장이기도 하다.³⁴⁰⁾ 이러한 전제에서 독일 연방헌법재판소는 입법 당시 이용 가능했던 정보에 기초한 입법자의 예측적 판단이 사후적인 사정의 변경으로 인하여 오류라거나 자의로 판단할 수 없다는 취지로 다수 설시하고 있다.³⁴¹⁾

반면, 판단이 더 용이하고 자유·권리를 더 보호할 수 있다는 이유로 실제 적용 시 내지 판단 시를 기준으로 삼아야 한다는 견해도 있다.³⁴²⁾ 이와 비교

³³⁹⁾ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 53; 김형남, 행정법상 비례의 원칙에 대한 검토, *경성법학* 제10호, 2001, 148면; 김형성, 과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점, *헌법실무연구* 3권, 2002, 62-63면; 한수용, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, *저스티스* 95호, 2006, 13면.

³⁴⁰⁾ BVerfGE 30, 250; BVerfGE 39, 210, 230; BVerfGE 77, 84, 109.

³⁴¹⁾ BVerfGE 18, 315, 332; BVerfGE 39, 210, 226 등.

할 만한 독일 연방헌법재판소의 설시례 중에 법 시행 후 5년이 경과된 시점에서 입법자가 의도한 목적이 실현되지 않았다고 확정하기는 이르다고 한 사안이 있다.³⁴³⁾ 이러한 판시는 충분한 기간이 경과한 후 시점을 기준으로 수단이 목적을 실현할 수 있는지 여부를 심사할 수 있다고 해석될 여지가 있다. 한편 관련되는 기본권의 중요성에 따라 심사강도에 차이를 두어 근본적·중대한 기본권 침해의 경우에는 적용 시로 보고, 판단여지를 많이 인정하여야 할 사안의 경우에는 입법 시로 보아 심사기준 시점을 이원적으로 판단해야 한다는 주장도 있다.³⁴⁴⁾

자유와 권리 중에도 양심의 자유와 같이 국가 대 개인의 일원적인 관계에서 방어권적 측면을 강하게 갖는 종류가 있고, 이 경우에는 심사강도를 강하게 할 수 있다. 반면, 영업의 자유와 같이 다종다양한 이익들이 함께 맞물려 있어 일원적인 방어권적 관계를 넘어서 여러 방면에서 형량이 필요한 종류도 있으며, 이 경우 심사강도를 정함에 있어서는 입법부·행정부가 가지는 형성의 자유를 어느 정도 인정해야 할 경우도 있다.³⁴⁵⁾ 그러나 일차적 판단권자가 다양한 이익을 고려하여 정책을 형성할 자유가 있는 영역이라 하더라도, 그로 인하여 자유와 권리가 제한되는 경우, 당해 수단이 판단시점에서 더 이상 목적에 기여하지 않음에도 조치 시에는 적합성이 인정되었다는 이유만으로 그러한 자유제한적 조치를 유지하는 것은 타당하지 아니하다. 지속적인 행정작용의 경우 위법판단 기준시에 관한 논의에 비추어 보더라도,³⁴⁶⁾ 지속적인 규범이나 행정작용으로 인하여 자유·권리가 제한되는 상태가 계속되는 한 판단 시를 기준으로 수단과 목적 사이의 인과관계를 판단하여야 한다고 생각된다.

³⁴²⁾ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 312; Janneke Gerards, *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 476.

³⁴³⁾ BVerfGE 16, 147, 183.

³⁴⁴⁾ Janneke Gerards, 위의 글, p. 477-478.

³⁴⁵⁾ Janneke Gerards, 위의 글, p. 477-478 참조.

³⁴⁶⁾ 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로, 행정법연구 제11호, 2004, 137면; 정하중, 취소소송에 있어서 처분의 위법판단 기준시, 행정판례평신, 2011, 878-893면, 892면.

IV. 각국의 사례

이하에서는 적합성 단계에서 수단의 목적달성 가능성을 실질적으로 심사한 각국의 사례를 통해 앞서 검토한 논의들과의 연결점을 찾는다. 독일 연방 헌법재판소의 경우 관련 결정을 적합성 심사의 쟁점별로 연결하여 소개한 것³⁴⁷⁾으로 대신하고, 여기서는 캐나다와 유럽인권재판소에 한하여 살핀다.

1. 캐나다

캐나다 대법원은 단계화된 비례원칙 중 마지막 형량 심사 전인 수단의 적합성과 필요성 단계에 중점을 두어 심사한다고 평가된다. 우선 비례원칙의 시초라고 하는 Oakes 판결에서는 마약소지자로 하여금 마약을 거래하지 않았다는 점을 입증하도록 입증책임을 전도하는 것은 목적달성을 위하여 합리적 연관성 있는 수단이 아니라는 이유로 위헌을 선언하였다. 이 밖에도 경찰로 하여금 사인간의 통신을 감청할 수 있도록 수권한 법률이 목적과 합리적으로 연결된 수단이라고 볼 수 없다고 하여 적합성을 부정한 사안도 있다.³⁴⁸⁾ 또한 경찰이 노동조합을 결성하고 단체협약에 나아가는 것을 금지하는 법률이 결사의 자유를 침해하여 위헌이라고 선언하면서 적합성에 관하여 자료제출책임을 근거로 판단을 하기도 하였다. 이 사안에서 대법원은, 경찰의 노동조합 결성 및 활동이 경찰에 대한 공공의 신뢰를 해할 것이라는 점에 관하여 정부가 충분한 자료를 제출하지 못하였기 때문에 수단이 목적달성과 합리적 연관성이 없다고 하였다.³⁴⁹⁾

이처럼 캐나다 대법원에서 목적달성을 위해 합리적으로 선택된 수단인지 여부를 검토한 예들을 살펴보면, 수단의 적합성에 기반한 심사가 실질적인 기능을 할 여지가 있음을 알 수 있다.

³⁴⁷⁾ 본 절 II. 심사의 내용 및 범위 중 적합성의 의미 부분, II.의 3. 목적 달성의 일반적 또는 구체적 가능성의 해당 부분, III.의 2. 심사의 기준시점 중 해당 부분.

³⁴⁸⁾ R. v. Tse 1 S.C.R. 531(2012).

³⁴⁹⁾ Canada(Attorney General) v. Whaling 1 S.C.R. 467(2014).

2. 유럽인권재판소

유럽인권재판소는 비례원칙 심사를 함에 있어 심사단계별로 명확히 구분하여 진행하기 보다는 마지막 단계인 형량을 중심으로 심사한다고 평가되기는 한다.³⁵⁰⁾ 그러나 목적과 수단 사이의 인과관계, 합리적 연관관계라는 의미에서의 적합성 심사로 분류할 수 있는 예들을 찾을 수 있다.

우선, 적합한 수단으로 인정된 경우로는, 승객들의 안전을 보호하고 테러를 방지하고자 하는 목적을 위하여 공항 검색대에서 헬멧(headgear)을 벗도록 하는 조치,³⁵¹⁾ 사회질서 유지를 위하여 폭력을 조장하는 출판물을 압수하는 조치³⁵²⁾ 등이 있다. 이처럼 적합성이 인정된 수단의 경우 인과관계가 일응 분명하다는 특징이 있다.

반면, 적합성을 부인하는 경우에는 보다 규범적인 가치판단이 개입되는 양상이 나타난다. 이에 대한 예로서 우선, 러시아 스파이로 활동하던 사람이 취급하던 정보의 누설을 막고 국가의 안보를 지킨다는 목적을 위하여, 국외 여행에 필요한 여권 등 관련 서류를 박탈한 조치의 적합성이 문제된 사안을 살펴보면 다음과 같다.³⁵³⁾ 유럽인권재판소는 위 사건에서, 다양한 정보통신 수단을 이용할 수 있는 오늘날, 정보의 유출은 반드시 사람이 실제 이동하여야만 가능한 것이 아니라고 판단하였다. 그 결과 전직 스파이에 대한 여행금지조치가 정보유출을 막고 안보를 수호하고자 하는 목적을 달성하는 데 실패한 부적합한 수단이라고 평가하였다. 또한 전 대통령의 의학적 비밀에 관한 책의 출판을 금지하는 조치에 관하여, 이미 그러한 정보가 인터넷상으로도 알려졌다는 이유로, 비밀유지라는 목적과 합리적 연관성을 인정할 수 없는 수단이라고 판단하기도 하였다.³⁵⁴⁾ 이러한 사안을 통해서, 적합성 심사에도 사실상의 정보를 바탕으로 하되 일정 범위 내의 가치판단이 개입됨으로

350) Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 467 참조.

351) *Phull v. France*, 2005- I, Eur.Ct.H.R.

352) *Sürek v. Turkey*, 1999-IV, Eur.Ct.H.R.

353) *Soltzyak v. Russia*, appl. no. 466/05(2011).

354) *Plon v. France*, 2004-IV, Eur.Ct.H.R.

써, 수단의 목적달성 가능성을 실효성 있게 통제할 수 있음을 알 수 있다.

V. 소결

행정작용에서 수단의 적합성은 목적의 정당성에서와 마찬가지로 그 작용의 근거가 된 법령에 이미 내재되어 있다. 만일 목적을 달성하는 데 인과관계가 인정되지 않는 수단을 법에서 명하고 있다면, 이는 당해 작용에 대한 심사를 넘어 위헌법률심사의 평면으로 문제의 국면이 바뀌게 된다.³⁵⁵⁾ 따라서 본 절의 문제의식들은 법률이나 법령에 대하여 비례원칙에 근거한 심사를 할 때 주된 의의를 갖는다.

다만, 법이 정한 범위 내의 수단이라 하더라도, 그 구체적인 내용을 형성함에 있어 행정청에게 재량의 여지가 있는 경우, 그 구체화된 수단으로는 목적을 달성하기 어려운 경우도 생길 수 있다. 예컨대, 건축법 제79조가 정하고 있는 시정명령들은³⁵⁶⁾ 그 자체로써는 목적을 달성할 수 있는 수단이다. 여기서 나아가 구체적으로 결정된 시정명령의 내용 및 범위가 건축법에 따른 명령이나 처분에 위반된 사항을 시정하는 것과 사실상의 연관성이 인정될 때에만 그 구체적인 수단의 적합성이 충족될 것이다. 이처럼 장래를 향하여 위반상태의 회복을 목적으로 하는 조치들의 경우에는 당해 수단이 그러한 목적을 사실상 달성할 수 있는지 그 관련성을 면밀히 검토할 필요가 있다.³⁵⁷⁾

³⁵⁵⁾ Veith Mehde, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidung, DÖV (2014), S. 542 참조.

³⁵⁶⁾ 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등)

① 허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 “건축주 등”이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

³⁵⁷⁾ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 위반행위에 관한 시정조치에 대하여, 위반행위와 실질적 관련성이 인정되지 않는 조치는 허용되지 않는다고 설시한 대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결 참조.

한편, 적합성 심사를 방법론적 측면에서나 수범자의 범위 측면에서 보다 정치하게 시행한다면, 이 심사단계에서부터 걸러낼 수 있는 작용들이 분명 있다. 또한 심사의 성격면에서도, 논쟁의 여지가 많고 이해관계가 첨예하게 대립할 가능성이 높은 규범적 가치판단 단계인 형량 단계와 달리, 사실적·경험적 정보에 대한 판단 단계라는 점에서 객관성과 합리성을 담보하기 용이하다.³⁵⁸⁾ 그럼에도 불구하고, 수단의 적합성 심사는 이제까지 단순히 목적달성을 가능하게 하는 인과관계의 존부 내지 합리적 수단인지 여부 등 소극적인 심사로 파악되어 왔다. 그러나 비례원칙이 갖는 자유 및 권리 수호적인 성격과 기능을 감안하면, 수단의 적합성 심사에 목적달성의 구체적성 가능성을 포함시키고 심사강도를 실질적으로 설정할 필요가 있다. 즉, 목적의 적합성에 대한 심사의 범위와 방법을 결정하는 것도 역시 자유·권리를 제한하는 수단에 관한 최종적 판단권을 어느 주체에게 귀속시키느냐의 문제로 귀결된다는 점에서,³⁵⁹⁾ 이 부분 심사에 관하여 적극적인 이론구성을 시도한다면 사법부가 자유 및 권리를 보호하는 기관으로서 기능하도록 뒷받침할 수 있을 것이다.

이를 위해 본 절에서는 수단이 목적에 기여하는지 여부에 관한 실증적이고 경험적인 자료의 제출책임이 일차적 판단권자 측에 있다고 보았다. 또한 적합성 여부를 심사하는 기준시도 수단을 결정한 시점이 아닌 심사 시를 원칙으로 하고, 적합성을 인정할 수범자의 범위를 세분화할 필요가 있다고 강조하였다. 이 외에도 앞으로 적합성 심사의 범위와 방법에 관하여 자유보장의 관점에서 보다 세밀화된 논의가 필요하다.

³⁵⁸⁾ Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 472; Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 20 참조.

³⁵⁹⁾ Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 47 참조.

제3절 수단의 필요성

I. 개설

비례원칙이 유래한 경찰법상 필요성 심사의 개념적 징표는 목적달성을 위해 동일한 정도의 효과가 있고,³⁶⁰⁾ 덜 침해적인³⁶¹⁾ 대안이 없는 경우, 당해 수단이 필요한 수단이라는 것이다. 이러한 개념징표를 가지는 필요성 심사는 원칙적으로 경험적 사실에 관한 판단이라는 점에서 적합성 심사와 같은 성격의 심사이고, 가치에 관한 판단인 형량과 준별된다고 한다.³⁶²⁾ 한편, 필요성 심사를 다른 이익 상태를 저하시키지 않고서는 당해 이익을 향상시킬 수 없는, 즉 추가적인 희생 없이는 추가적인 효용이 없는 ‘파레토 최적상태’(Pareto-Optimal)의 요청이라고 설명하기도 한다.³⁶³⁾

그러나 필요성 심사에 관한 이러한 설명을 유지하게 되면, 필요성 심사의 의의는 대폭 축소될 수밖에 없다. 즉, 수단이 자유·권리를 제한하는 정도나 목적을 달성하는 정도를 사실적·경험적 측면에서만 판단이 가능하다고 하면, 수범자의 자유·권리를 덜 제한하지만 그에 비해 목적은 동일하게 달성하기 어려운 대안은 모두 배척되고, 당해 수단만이 필요한 수단으로 인정된다. 또한 수범자의 자유·권리를 덜 제한하기는 하나 목적을 동일한 정도로 달성하기 위하여 추가적인 재정적 부담이 필요한 경우에도, 항상 대안은 배척되고 당해 수단만이 필요성 심사를 통과하게 된다. 이와 같이 목적 달성의 정도나 추가적 부담에 대하여 평가하는 규범적 가치판단이 완전히 차단된다

³⁶⁰⁾ BVerfGE 19, 330, 337; BVerfGE 63, 88, 115; Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 55-56; Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 323 등.

³⁶¹⁾ BVerfGE 87, 363, 386.

³⁶²⁾ Rainer Dechsling, 위의 책, 1989, S. 64-65; Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 74-75.

³⁶³⁾ Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 168-190.

면, 필요성 심사는 별다른 기능을 할 것이 없다. 결국 단계화된 비례원칙의 주된 판단은 언제나 형량 단계에서만 이루어지게 될 것이다. 또한 대안이 당해 수범자에게는 덜 제한적이나, 관련된 다른 이해관계인에게는 더 제한적인 경우, 즉 다원적(多元的) 구조에서도 가치판단이 개입되지 않고서는 필요성 심사가 작동할 수 없다.³⁶⁴⁾

이 절에서는 필요성 심사에 대한 이와 같은 기존의 평가에 관하여 형량과의 관계를 중심으로 비판적으로 검토한다. 이로써 형량과 구별되는 고유한 심사기준으로서 필요성 심사의 의미를 도출하고자 한다. 이를 위하여 우선 필요성 심사의 각 개념징표가 갖는 의의(Ⅱ)와 심사방법(Ⅲ)에 대한 검토를 통해, 필요성 심사에 경험적 사실에 대한 판단과 가치판단적 성격이 혼재되어 있음을 확인한다. 이를 전제로 형량과의 관계에서 필요성 심사가 갖는 독자적인 의의를 탐구한다(Ⅳ).

Ⅱ. 심사의 내용 및 범위

1. 개념적 징표와 성격

1) 필요성 심사의 개념요소들

일반적인 언어사용례에 따를 때 ‘목적달성을 위해 필요한’ 수단은 목적을 달성하기 위해 요구되는 수단을 의미하고, 그 수단이 없으면 목적을 달성할 수 없다는 것을 내포한다. 그러나 단계화된 비례원칙 중 필요성 심사에서는 목적을 동일하게 달성할 수 있는, 덜 제한적인 다른 대안이 없다면 당해 수단은 ‘필요한’ 것으로 평가된다. 이와 같은 필요성 심사에 포함된 개념요소들을 나누어 보면 아래와 같다.

³⁶⁴⁾ Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 190-191 참조.

- ① 적합성 심사를 통과한, 즉 목적 달성을 가능하게 하는 다른 대안들이 존재할 것
- ② 채택된 당해 수단이 대안에 비해서 기본권을 덜 제한할 것
- ③ 당해 수단과 대안이 목적을 달성하는 정도가 동일할 것

즉, 필요성 심사는 입법목적 달성을 위하여 이용 가능한 복수의 수단, 다시 말해, ‘대안’이 존재할 것을 논리적 전제로 하여, 그 수단들 사이의 관계를 비교하는 것을 본질적 요소로 한다.³⁶⁵⁾ 만일 당해 수단만이 입법목적 달성을 수 있는 유일무이한 수단인 경우에는 대안 심사를 본질적 요소로 하는 필요성 심사로 나아갈 여지가 없다.

위에서 본 요소들 외에 필요성 심사에 수단 자체의 실현가능성을 개념요소로 추가하자는 견해도 있다.³⁶⁶⁾ 그러나 실현이 불가능한 수단은 목적달성에 부적합하므로, 이는 적합성 심사 단계에서 검토할 요소라 할 것이다. 한편 위 개념요소 중 ② ‘덜 제한적인지’ 여부를 판단함에 있어 수범자의 자유·권리만을 기준으로 할 것인지 또는 공공의 이익이나 타인의 자유·권리, 재정적 지출 등 다른 ‘목적’이나 ‘원리’도 포함할 것인지에 관하여 논의가 있는데, 이에 관하여는 아래 효율성 부분에서 살펴본다.

2) 필요성 심사의 성격

필요성 심사는 대안이 존재한다는 것을 전제로 당해 수단과 대안 사이에 목적달성 정도와 제한의 정도를 비교·평가한다는 점에서, 당해 수단이 추구하는 목적 그 자체의 비중과 당해 수단으로써 제한되는 사익의 비중을 상호평가할 것을 요청하는 형량과 근본적인 차이가 있다.³⁶⁷⁾ 즉, 필요성 심사는 권리를 덜 제한하고 목적을 동일한 정도로 달성 가능한 대안의 존재 여부를

³⁶⁵⁾ “Mittel-Mittel Relation”. Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 74.

³⁶⁶⁾ David Bilchitz, Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?, in Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement, 2014, p. 51.

³⁶⁷⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 61 참조.

심사할 것을 요청하는 판단기준(Entscheidungsregel)³⁶⁸⁾을 제공함으로써 그 판단기준에의 포섭을 통한 통제를 가능하게 한다.³⁶⁹⁾ 따라서 필요성 심사 과정에서 가치판단이 이루어진다면, 이는 제1장 예비적 고찰에서 구분한 형량의 범주 중 해석상의 형량의 일종에 해당하고, 단계화된 비례원칙의 마지막 단계인 구체적 사안별 형량 심사와는 준별되는 것이다.

이처럼 포섭과정에서 판단기준이 되는 대전제를 제공하는 필요성 심사에서는 당해 수단과 대안을 비교할 때 개입될 수 있는 다른 요소들, 예컨대 추가적인 재정부담이나 다른 이해관계인들의 이익 등을 최대한 일반화하여 검토할 것이 요구된다. 이 과정에서는 일응 추가적인 판단을 요구하는 것으로 보이는 이익요소들이 과연 당해 수단이 추구하는 목적과 당해 수단으로써 제한되는 사익에 비추어 진정하게 고려하여야 할 요소인지를 파악하는 과정이 우선되어야 한다. 이러한 과정을 통해, 부수적이거나 지엽적인 고려요소는 필요성 심사에서 배제할 수 있다.

이에 관하여 아래 각국의 사례³⁷⁰⁾에서 볼 독일 연방헌법재판소의 일명 ‘초콜렛 결정’을 예로 들어 본다. 동 결정에서는 초콜렛으로 혼동할 수 있는 제품의 판매를 전면 금지하는 조치의 위헌성이 문제되었다. 연방헌법재판소는 제품의 판매금지라는 당해 수단에 비하여 덜 제한적인 대안, 즉 제품의 성분표를 부착하는 것을 조건으로 판매를 허용하는 대안을 채택하는 경우 성분표를 보지 않는 소비자는 보호되지 않는 점은 인정하였다. 그러면서도 당해 수단과 대안이 추구하는 목적에 이러한 범위의 소비자까지 보호하는 것은 포함되지 않는다고 보아 당해 수단을 위헌으로 선언하였다. 이처럼 대안의 평가에 있어 진정하게 고려되어야 할 요소의 확정이라는 논증을 전제로 하여 필요성 심사를 진행하는 것이다.

또한 당해 사안에서 직접 고려하여야 할 이익 상태나 가치가 결정된 다음

368) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 163-172.

369) 이와 관련하여, 법관이 정립하는 법률만을 법적 삼단논법에서의 대명제로 파악하여야 하고, 이를 뒷받침하는 헌법규정, 헌법원리, 일반적 법원리는 ‘초(超)대명제’라고 명명하는 박정훈, 행정법에 있어서 판례의 의의와 기능, 법학과 법실무의 연결고리로서의 판례 - 재량행위에 관한 대법원판례를 예시로 하여, 행정법학 제1호, 2011, 12면 참조.

370) 본 절 V. 각국의 사례 중 1. 독일 부분 (2) 참조.

에는, 대안의 자유제한 정도와 목적달성 정도를 판단함에 있어 그러한 각 이익과 가치별로 어느 측면을 어느 정도로 고려할 것인지를 검토하게 된다. 필요성 심사의 포섭과정에서 이루어지는 이러한 해석상 형량을 통해 수단과 대안의 비교에 필요한 요소들의 일반화 및 유형화가 가능하고, 이로써 수단 심사에 관한 예측가능성과 안정성이 담보될 수 있다.³⁷¹⁾ 이와 달리, 위와 같은 판단요소들이 개입되는 경우에는 언제나 필요성 심사가 작동할 수 없고 바로 형량 심사로 나아가야 한다는 주장도 있는데, 이에 관하여는 항을 바꾸어 검토한다.

2. 목적 달성의 효율성

필요성 심사에서 대안을 당해 수단과 비교할 때, 대안이 덜 제한적이기는 하지만 이를 실현하기 위해서 당해 수단에 비하여 추가적인 대가가 필요한 경우를 어떻게 평가할 것인가. 이는 필요성 심사에 목적 달성의 ‘효율성’ 요건을 포함시킬 것인지의 문제이다. 이제까지는 대안을 실현할 때 요구되는 추가적인 요소들, 특히 재정적 부담 등이 대안 심사과정에서 공론화되지 않은 채 묵시적으로 고려된 경우가 많았다.³⁷²⁾ 그러나 이러한 요소들을 명시적으로 판단요소로 삼을 것인지, 만약 판단요소로 포함시킨다면 그 체계적 지위는 어떻게 되는지에 따라 필요성 심사의 범위가 결정되고 형량과의 관계도 결정될 수 있다. 이하에서는 이러한 문제의식을 가지고 목적 달성에 있어 ‘효율성’의 문제를 논의한다.

1) 효율성의 개념과 지위

국가작용의 효율성은 일정한 결과를 최소한의 수단으로써 달성한다는 의미와 정해진 수단으로써 최대한의 결과를 달성한다는 두 가지 의미로 사용

³⁷¹⁾ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 92, 99 참조.

³⁷²⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 64-65.

된다.³⁷³⁾ 그리고 단계화된 비례원칙 중 수단 필요성 심사에서 효율성이 개입될 수 있는 경우는 다음 두 가지로 크게 구분할 수 있다. 우선 당해 사안에서 추구하는 목적 자체에서 ‘효율성’이 명시되는 경우이다.³⁷⁴⁾ 이에 관하여로서, 병역의 종류를 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역의 다섯 가지로 한정적으로 열거한 병역법 조항이 추구하는 목적에 관한 헌법재판소 선례³⁷⁵⁾를 들어 본다. 이 선례에서 헌법재판소는 위 조항의 목적으로 병역부담의 형평을 기하고, 병역의무자의 신체적 특성과 개인적 상황, 병력수급 사정 등을 고려하여 병역자원을 효율적으로 배분할 수 있도록 함과 동시에, 병역의 종류를 한정적으로 열거하고 그에 대한 예외를 인정하지 않음으로써 병역자원을 효과적으로 확보하는 것이라고 실시하였다.³⁷⁶⁾ 다음으로, 효율성이 목적 자체로 명시되지 않는 경우나 공익목적, 사익으로서의 자유나 권리와 같은 지위의 ‘법원리’로서 고려되어야 하는 경우를 들 수 있다.³⁷⁷⁾ 이하에서는 이러한 효율성 개념의 구분을 전제로, 필요성 심사에서 효율성을 어떻게 평가할 것인지에 관하여 검토한다.

373) Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 122. 참고로, 효율성의 의미에 관하여, ① 목표달성의 효율성(Zielerreichungseffizienz: 목표를 상수로 두고, 정해진 목표를 최대한 달성한다는 의미), ② 목표-수단의 효율성(Zweck-Mittel-Effizienz: 목표달성과 수단사용이 최적의 관계에 있는 경우, 즉 목표가 상수인 경우에는 최소한의 수단으로 목표를 달성하고, 수단이 상수인 경우에는 목표를 최대한 달성한다는 의미), ③ 기관효율성(Organisationseffizienz: 국가기관만을 상수로 두고 그 활동효과를 최대화하는 것을 의미)의 세 가지로 구분하여 소개한 박정훈, 행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로, 한국공법이론의 새로운 전개, 2005, 219-220면 참조. 일반적으로 효율성은 ② ‘목표-수단의 효율성’을 의미한다.

374) 박정훈, 위의 글, 227-228면에서는 헌법 제66조 제4항의 ‘행정권’ 개념에 ‘효율성’ 개념이 내포되어 있고, 행정의 효율성은 불문의 헌법원리라고 평가한다.

375) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379등 결정.

376) 한편 국가작용의 효율성 그 자체만으로 자유·권리를 제한하는 목적이 될 수 있는지에 관하여 실제 논쟁이 이루어진 각국의 사례들에 관하여는, Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 270 이하 참조.

377) 박정훈, 위의 글, 227면.

2) 효율성에 관한 입장의 대립

필요성 심사에서 대안을 검토함에 있어, 그 대안을 선택하는 경우 추가적으로 희생되는 대가 없이 목적 달성에 동일하게 ‘효율적’인지 여부까지 심사하여야 한다는 주장이 있다.³⁷⁸⁾ 필요성 심사에서는 목적 달성의 정도 사이, 그리고 제한의 정도 사이에 관하여 단순비교만이 이루어진다는 것을 전제로,³⁷⁹⁾ 위 두 요소를 제외한 나머지 요소들은 동일한 것으로 전제되어야만 필요성 심사가 가능하다는 것을 그 이유로 한다.³⁸⁰⁾ 이는 필요성 심사에 대한 파레토 최적상태 요청을 엄격히 견지하는 입장이다. 즉, 대안이 목적을 달성함에 있어 추가적인 타인의 이익 제한이나 재정적 지출이 없어야 한다는 상태까지 요구함으로써, 목적 달성에 부가되는 추가적인 희생이 없어야만 대안이 당해 수단과 같은 정도로 목적을 달성할 수 있다고 인정하는 것이다.

한편 이러한 이론적 측면 외에 기능적 측면에서, 사법부가 추가적인 재정 지출이 요구되는 대안이 있다는 이유로 당해 수단이 과도한 수단이라고 판단한다면 재정지출의 우선순위를 정하는 일차적 판단권자의 권한을 침해하게 된다는 이유를 들기도 한다.³⁸¹⁾ 이와 유사한 맥락에서, 입법부나 행정부는 적절한 재정적 부담 하에서의 공익목적 추구 그 자체를 부수적 목적으로 설정할 수 있다는 이유로, 효율성은 필요성 심사에서 함께 다루어져야 한다는 입장도 있다.³⁸²⁾

³⁷⁸⁾ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 353; 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, *저스티스 통권 제 163호*, 2017, 83면 이하.

³⁷⁹⁾ Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, *The Modern Law Review*(2012), p. 715 참조.

³⁸⁰⁾ Aharon Barak, 위의 책, p. 324-325; 이재홍, 위의 글, 98면(다만, 이 글 84-85면에서는, ‘효율성’에 ‘추가적인 재정지출이 없을 것’과 ‘타인의 기본권을 추가적으로 제한하지 않을 것’이 포함된다고 한다).

³⁸¹⁾ 이재홍, 위의 글, 84-85면.

³⁸²⁾ Werner Friedrich Hotz, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen: Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbebefreiheit*, S. 15. 이에 관하여는 Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*,

반면, 필요성 심사에서 이러한 의미의 효율성을 고려하는 것에 반대하는 입장에서는 다음과 같은 근거들을 제시한다. 우선, 필요성 심사에서 효율성을 고려하는 것은 목시적·가장적 형량에 해당한다는 이유로, 이러한 요소는 단계화된 비례원칙 외의 다른 심사기준, 특히 평등원칙에서 평가하여야 한다는 것이 그 중 하나이다.³⁸³⁾ 또한 자유를 최대한 보장하기 위해서는 수단의 실행에 소요되는 국가의 재정적 측면을 고려하여서는 안 된다는 이유를 들기도 한다.³⁸⁴⁾

3) 평가

우선, 효율성의 체계적 지위 부분에서 지적한 것처럼, 목적 자체에 효율성이 명시되어 있는 경우에는 대안의 목적달성 동일성 여부 판단의 기회에 효율성을 심사할 수 있음은 분명하다. 앞서 본 병역법 사건의 예에서, 병역의무의 종류를 한정하여 규율한 당해 수단으로써 달성하고자 하는 목적은 ‘효율적인 병역자원의 확보 및 배분’이다. 그런데 대체복무라는 병역의무 종류를 추가하는, 덜 제한적인 대안으로써 병역자원의 확보·배분에 추가적인 부담이 발생하는지 여부를 목적달성의 동일성 심사에 포함하여 심사할 수 있다고 할 것이다.

다음으로, 효율성이 목적으로 명시되지는 않지만, 당해 수단에 의하여 제한되는 자유나 권리와 동등한 ‘법원리’로서의 지위를 가지는 경우, 단계화된 비례원칙 심사에서 효율성이 어떤 의미를 가지는지는 분명하지 않다. 먼저, 대안이 언제나 추가적인 희생을 요구함이 없이 똑같이 효율적이어야만 다음 단계인 목적 달성의 동일성이나 제한의 정도에 대한 판단으로 나아갈 수 있다고 하면,³⁸⁵⁾ 당해 수단보다 덜 제한적인 대안이 있는지에 대한 비교·검

1989, S. 67 참조.

³⁸³⁾ Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 210-213.

³⁸⁴⁾ Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 60.

³⁸⁵⁾ 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, 저스티스 통권 제 163호, 2017, 102면.

토·평가를 통해 자유를 최대한 보장하고자 하는 필요성 심사의 본래적 기능을 전혀 달성할 수 없다. 이러한 입장에서는, 그 실현을 위해 재정적 부담이 조금이라도 더해지면 덜 제한적인 대안이라 하더라도 고려대상에서 제외되고, 따라서 곧바로 당해 수단이 필요성 심사를 통과한다고 한다. 나아가, 대안이 야기하는 추가적인 부담 등이 있는 경우 이를 형량 단계에서 당해 수단과 목적이 갖는 사회적 중요성의 비교³⁸⁶⁾ 또는 수인가능성 한도의 비교³⁸⁷⁾ 과정에서 고려하여야 한다고 한다.

그러나 당해 수단과 대안의 비교가 이루어지는 단계는 필요성 심사이고, 대안이 필요성 심사의 각 개념요소에 해당하는지를 판단하는 과정은 대전제에의 포섭과정이라는 점에서 사안별 구체적 요소들을 비교·교량하는 형량과 법적 성격이 구별되어야 한다는 것은 앞서 본 바와 같다. 이러한 포섭과정이 사안별 형량에 비하여 법적 안정성과 예측가능성 제고에 용이하다는 점도 이미 강조한 바와 같다.³⁸⁸⁾

필요성 심사는 형량 단계와 이처럼 의미상으로만 차이가 나는 것이 아니다. 대안이 가져오는 효과를 어떻게 평가하느냐에 따라 실제 심사결과에 있어서도 차이가 날 수 있다. 즉, 덜 제한적인 대안이 가져오는 추가적 부담, 특히 재정적 부담이 가지는 의의를 최소한으로 고려함으로써 필요성 심사가 갖는 자유보장적 기능을 최대화할 수 있다.

예컨대, 사형제도가 추구하는 목적을 ‘범죄자의 사회로부터의 격리’로 상정해 보자. 이 경우 사형제도보다 분명히 덜 제한적인 대안으로 무기징역형이 있으나, 무기징역형의 집행을 위해서는 사형의 집행에 비하여 더 많은 지속적인 지출이 요구되는 것도 명백하다. 무기징역형도 가석방을 허용하는 경우 덜 제한적이지만, 그 심사와 등급분류 등에 추가적인 비용지출이 필요하다. 이처럼 순차로 덜 제한적인 대안들이 있음에도 그 실현에 추가적인 부담이 있다는 이유만으로 사형이 필요한 수단이라고 단정할 수 없음은 명백하다.

386) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 353.

387) 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, *저스티스 통권 제 163호*, 2017, 86면.

388) 반면, 형량 심사가 자의적이고 예측불가능한 판결을 방지한다는 반대의견으로, 이재홍, 위의 글, 2017, 104면.

결국 필요성 심사는 덜 제한적인 대안들이 증대시키는 자유의 의미와 자유보호의 정도를 숙고할 것을 요청한다는 데에 본질이 있다. 그리고 이 과정에서 추가적으로 필요한 지출을 감수할 것인지는 그에 수반되는 부수적인 고려요소라고 보아야 한다. 다시 말해, 사법부가 당해 수단이 필요성 요건을 갖추지 못하였다고 판단하면, 그 판단에 기속되는 입법부나 행정부로서는 사법부가 공익목적보다 중요하다고 가치를 부여한 자유·권리를 증대시키는 대안을 구체화·실현하기 위하여 필요한 한도 내에서는 재정적 지출을 감수하여야 할 의무가 있는 것이다.³⁸⁹⁾ 이를 두고 사법부가 국가의 정책목표나 재정지출방향에 과도하게 개입하는 것이라고만 비판³⁹⁰⁾할 것이 아니라, 이러한 과정을 통해 국가기관들이 자유·권리를 보장하는 기능을 적합하게 분담하는 것으로 보아야 한다.

3. 개념징표들의 판단 순서

복수의 대안들을 평가할 때, 기본권을 덜 제한하는 대안이 있는지를 먼저 볼 것인지, 목적을 동일한 정도로 달성하는 대안들이 있는지를 먼저 볼 것인가에 따라 필요성 심사가 갖는 의의에 대한 평가가 달라질 수 있다. 목적 달성의 동일성 여부를 우선 심사하면,³⁹¹⁾ 목적을 동일한 정도로 달성하는 대안이 없는 경우, 당해 수단은 대안과의 기본권 제한 정도에 대한 비교로 나아가 갈 필요 없이 곧바로 필요성 심사를 통과하게 된다.³⁹²⁾ 목적 달성의 동일성

³⁸⁹⁾ Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 131.

³⁹⁰⁾ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 408. 그 외 비판적 견해에 관하여는, Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria*, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 1022 참조.

³⁹¹⁾ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 64; Laura Clérico, 위의 책, 2001, S. 76 참조.

³⁹²⁾ Nicolas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, 1996, p. 29; 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교, 1995, 74면; 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, *저스티스 통권* 제163호, 2017, 90면.

여부를 기본권제한의 정도에 선행하여 판단한다는 취지로 실시한 헌법재판소 결정례³⁹³⁾가 있기도 하다.

그러나 필요성 심사의 개념요소들을 판단함에 있어서는 덜 제한적인 대안이 있는지를 먼저 결정한 후, 그 대안이 당해 수단과 동일한 정도로 목적을 달성할 수 있다고 볼 것인지의 평가로 나아가야 한다고 생각한다. 우선, ‘제한의 정도’는 ‘목적달성의 정도’에 비하여 객관적인 판단으로서, 비교적 용이하게 합의에 도달할 수 있기 때문이다.³⁹⁴⁾ 포괄적 금지와 제한적 허용, 일부 금지의 정도와 방법, 사전적 금지와 사후적 제재 등 제한의 정도에 관한 문제는 많은 경우 명백하게 구분 가능하다. 만일 당해 수단보다 자유와 권리를 덜 제한하는 대안을 상정할 수 없다면, 보다 복합적인 평가를 요하는 목적달성 정도에 관한 판단까지 나아가갈 필요가 없는 것이다.

또한 당해 수단과 대안이 각각 자유·권리를 제한하는 정도를 먼저 심사한 후에 목적달성의 동일성을 나아가 판단하면, 그 사안에서 제한되는 자유·권리의 가치 및 제한의 정도에 비추어 목적달성의 차이를 감수할 것인지의 가치판단이 가능해진다. 앞서 든 사형제도에 대한 필요성 심사의 예로 돌아가 보면, 당해 수단으로 제한 내지 박탈되는 것이 생명권이고, 대안인 유기징역형으로 제한되는 것이 신체의 자유이다. 그런데 무기징역형이 범죄자의 사회로부터의 격리나 일반예방 등의 목적을 사형에 비해 덜 달성하더라도, 생명권과 신체의 자유가 가지는 가치의 차이에 비추어 보면, 그 정도의 목적달성의 차이는 사회적으로 용인해야 한다는 합의에 도달할 수 있을 것이다. 이러한 목적달성의 정도에 관하여는 항을 바꾸어 다시 보기로 한다.

4. 제한의 정도

자유·권리 제한의 정도와 관련하여, 당해 수단은 ‘가장 덜 제한적인’ 수

393) “입법목적 달성을 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용하여야 한다.”(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76등 결정)

394) Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 485 참조.

단이어야 하는가, 대안보다 ‘덜 제한적인’ 수단이면 족한가. 현실적으로 모든 대안들을 찾아내어 심사할 수는 없으므로, 당해 수단은 가장 덜 제한적인 수단이 아닌 덜 제한적인 수단일 것을 요구한다고 보아야 한다는 입장도 있다.³⁹⁵⁾ 그러나 당해 수단의 제한의 정도를 객관적으로 존재할 수 있는 모든 수단들과 비교하는 것이 아니라, 당해 사안에서 ‘상정가능한’ 대안들과 비교하는 것이다. 이러한 의미에서 당해 수단이 비교대상 중에 가장 덜 제한적인 수단일 때 필요성 심사를 통과한다고 할 것이다.

다음으로, 필요성 심사가 가장 덜 제한적인 수단 뿐 아니라 ‘자유와 권리를 가장 보호하는’ 수단까지 포함한다는 전제로, 비례원칙은 침해적 작용 뿐 아니라 급부작용에도 적용된다는 견해가 있다.³⁹⁶⁾ 그러나 필요성 심사를 위와 같이 자유·권리의 최대한 보장을 달성하는 수단까지로 확대하게 되면, 사법심사의 강도를 과도하게 높일 위험이 있다. 물론 급부행정에서 개인의 이익이 최대로 보장되는 것은 급부행정이 추구하는 목적을 위해 바람직한 이상적 상태이기는 하다. 그러나 급부 내지 사회보장적 영역에서는 그 작용의 전제가 되는 여러 고려들이 필요하고, 특히 수단 실현을 위한 재정적 고려가 필수적이다. 따라서 침해작용의 경우보다 더 큰 수단선택의 자유가 주어져야 한다. 결국 급부영역에서는 관련되는 모든 이익상황들을 정당하게 형량하여 결정하였는지를 심사하게 된다.³⁹⁷⁾ 단계화된 비례원칙 중에서는 필요성 심사가 적절하지 않고, 마지막 단계인 사안별 형량 또는 절차적 의미의 형량이 이루어져야 한다.

5. 목적 달성의 정도

덜 제한적이면서도 당해 수단과 완전히, 수치적으로 동일한 정도로 목적을

³⁹⁵⁾ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 139.

³⁹⁶⁾ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 73; Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 433.

³⁹⁷⁾ 정관영, 공법소송에서 공공부조수급권의 보장: 비례의 원칙을 중심으로, 법조, 696권, 2014, 180면.

달성할 수 있는 대안이 존재하기란 거의 불가능하다. 목적 달성의 정도를 이와 같이 이해하면 필요성 심사는 무의미한 심사단계가 될 것이다.³⁹⁸⁾ 그러나 제한된 자유와 권리가 갖는 가치와 제한의 정도에 따라서는 대안의 목적 달성 정도가 당해 수단에 비하여 미치지 못하더라도 그러한 목적 달성 정도의 차이는 감수하고 용인할 필요가 있는 경우가 있다.³⁹⁹⁾ 필요성 심사가 작동하는 주된 부분은 바로 이러한 목적 달성 정도에 대한 가치판단 부분이다.⁴⁰⁰⁾

III. 심사의 방법

입법목적 달성을 위한 수단들을 찾아내고 이를 평가하여 일정한 수단을 결정하는 과정에서 실증적 자료들로 뒷받침하는 것은 결정과정과 결과의 합리성을 담보하기 위하여 필수적인 단계이다. 그러나 그런 과정을 거쳐 결정된 수단보다 더 완화된 대안이 있는지를 규범적으로 판단할 때에도 수단 결정 과정에서 요구되는 것과 같은 수준의 경험적 자료에 의하여야 한다고 할 수 없다. 일차적 결정권자인 입법부·행정부와 달리, 사법부는 독자적으로 수단을 선택하는 기관이 아니라 이미 선택된 수단을 사후적으로 평가하

³⁹⁸⁾ David Bilchitz, *Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?*, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 58; 이민열, 과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소화’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법, 변호사 제46-I집, 2014, 39면 참조. 이와 관련하여, 명문의 법규에 대한 포섭과정에 가치판단이 필연적이라는 다음 견해 참조. “판결은 오로지 논리적 포섭에 의해서만 이루어진다는 이념은 하나의 환상에 불과하다. 모든 법획득에 있어서 인식적 요소뿐만 아니라 평가적 그리고 의지적 요소들도 함께 작용하기 때문이다. 다만 사안에 따라 이러한 요소들의 비중이 달라질 뿐 평가적 의지적 요소들이 완전히 배제되는 경우는 없다고 할 것이다.”(박정훈, 판례의 법원성, 법실천의 제문제: 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 1996, 19면). 즉 필요성 심사가 덜 제한적이면서 ‘목적’을 동일한 정도로 달성가능한 대안의 존재’를 대전제로서 제공하고, 대안이 위 대전제에 해당하는지를 판단하는 과정에서도 수치적인 완전한 동일성이 아닌 가치판단이 개입된 동일성 판단이 이루어지는 것이다.

³⁹⁹⁾ 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교, 1995, 74면 참조.

⁴⁰⁰⁾ David Bilchitz, 위의 글, p. 60 참조.

는 기관으로서, 사법부에게도 같은 척도가 적용되는 것은 아니다. 이하에서는 이러한 점을 유념하면서 필요성 심사의 방법에 대하여 논의한다.

1. 실제적 심사의 한계

필요성 심사에서 수단과 대안이 가져오는 자유·권리 제한의 정도와 목적 달성의 정도를 판단하는 것은 장래를 향한 예측적 판단이라는 점에 근본적인 어려움이 있다.⁴⁰¹⁾ 뿐만 아니라 현대사회의 경제영역 규제 조치 등 많은 경우, 그 효과와 영향을 판단하기 위해서는 기술적 전문성이 요구되기도 한다. 이러한 점에다가, 이차적·사후적 판단기관인 사법부로서는 상정 가능한 대안들을 일차적 결정기관이 하는 것과 같은 정도의 범위와 깊이로 검토할 수 없다는 한계도 고려하여야 한다.⁴⁰²⁾ 그렇다면 사법부는 일정 사안에서는 일차적 판단기관들이 당해 수단을 채택하게 된 절차적인 측면을 심사하는 것으로 족하다고 할 수도 있다. 즉, 입법부와 행정부가 자유·권리의 제한 정도와 목적 달성에 미치는 영향 등을 고려하여 여러 대안들을 상정하고, 그들 중 합리적인 과정을 거쳐 바로 그 수단을 채택하게 된 것인지를 심사할 뿐, 그러한 절차에 따른 결과의 실제적인 측면에 대한 심사까지는 나아가지 아니하는 것이다.⁴⁰³⁾

한편, 사안의 종류에 따라서는 이미 실시된 수단에 관한 연구결과 등의 자료를 적극 제출하도록 요구하거나, 심리과정에서 새로이 주장된 대안의 경우 적합한 전문가증인 등의 도움을 받는 등⁴⁰⁴⁾ 심리절차적 측면의 뒷받침도 필요할 것이다. 이러한 과정을 통해서 대안을 발견하는 데 기관간은 물론 학제

401) Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1471 참조.

402) Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, *Yale Law Journal* 78(1969), p. 468, 472 참조.

403) Guy Miller Struve, 위의 글, p. 1470; David Dyzenhaus, *Proportionality and Deference in a Culture of Justification*, in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, 2014, p. 248 참조.

404) Guy Miller Struve, 위의 글, p. 1475 참조.

적 협력을 기대할 수도 있다.⁴⁰⁵⁾ 실제로 캐나다 대법원은 아래 각국의 사례⁴⁰⁶⁾에서 보듯이, 상정 가능한 대안이 해당 수단과 같은 정도로 목적을 달성할 수 없다는 점에 대한 입법부의 자료제출이 부족하다는 이유로 당해 수단이 필요성 요건을 갖추지 못하였다고 판시하기도 하였다.

이하에서는 이처럼 절차적 측면에서 접근하는 방법 외에 법원이 실제적 심사에까지 나아가야 하는 사안에서, 자유·권리의 제한 정도와 목적 달성의 정도에 관한 예측적 판단을 전제로 하는 필요성 심사를 보완하는 방안을 살펴본다.

2. 실제적 심사의 보완

1) 논증책임의 분배

필요성 심사의 개념적 요소 두 가지, 즉 덜 제한적인 대안의 존재 및 그 대안이 당해 수단만큼 동일한 정도로 목적을 달성한다는 점에 관하여 주장·입증해야 하는 책임을 수범자와 입법부·행정부 어느 쪽에 부여할 것인가. 이 부분 책임의 분배를 정하게 되면, 필요성 심사가 내포하고 있는 실제적 심사의 한계를 보완할 수 있다.⁴⁰⁷⁾ 즉, 대안이 자유·권리를 제한하는 정도나 목적을 달성하는 정도가 불분명한 경우, 이에 관하여 사법부를 설득할 책임이 부여된 측의 주장을 배척하는 방법을 통해 결론에 이르게 되는 것이다.

이와 관련하여 이전 논의에서는, 공익과 사익의 비례관계에 관한 논증책임의 측면에서 사안별로 유형화하여 고찰한 경향을 볼 수 있다. 그러나 우선

405) Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 20, 40 참조.

406) 본 절 V. 각국의 사례 중 2. 캐나다 (2) 참조.

407) Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 135 참조.

공익과 사익의 비례관계에 관한 합리적 논증이 가능한 것인지에 관하여 다음 제4장에서 보는 바와 같이 근본적인 의문이 있다. 뿐만 아니라, 이러한 논증을 보다 객관적이고 구체적으로 이루어 낼 수 있는 단계는 수단과 대안을 비교하여 판단하는 단계인 필요성 심사라 할 것이다. 이에 따라 최근에 이르러서는 필요성 심사의 개념요소별 논증책임 측면에서 이를 다루는 것으로 보인다. 이하에서는 이러한 논의들을 차례로 살핀 후 평가한다.

(1) 논증책임 분배에 관한 논의

우선, 입법자의 형성권한을 네 가지로 유형화한 다음, 그에 따른 논증책임 구분을 시도한 논의부터 본다. 그라비츠는 입법자의 형성권한을 ① 기본법 제2조 제2항 제2문에 정한 불가침의 자유권에 관한 영역,⁴⁰⁸⁾ ② 기본법 제2조 제1항 인격의 자유로운 발현권,⁴⁰⁹⁾ 객관적 사유로 인한 직업선택의 자유 및 이에 준하는 직업의 자유에 관한 영역, ③ 주관적 사유로 인한 직업선택의 자유 및 재산권 영역, ④ 경제적 자유 및 직업수행의 자유 영역으로 구분하여, 각 영역별 형성의 여지를 달리 보았다. 나아가 이를 전제로 ①, ② 영역에서는 당해 수단으로써 추구하는 공익이 기본권이 보호하려는 사익에 비하여 중하다는 점에 관한 논증책임을 입법자가 부담하는 반면, ③, ④ 영역에서는 논증책임이 전도된다고 분석하였다.⁴¹⁰⁾ 이러한 논의를 현재 필요성 심사에 대입해 본다면, 전자의 두 영역에서는 덜 제한적인 대안이 해당 수단에 비하여 목적을 같은 정도로 달성할 수 없다는 점에 관하여 입법부·행정부에 논증하여야 하고, 후자의 두 영역에서는 반대로 덜 제한적인 대안이 해당 수단과 마찬가지로 목적을 달성할 수 있다는 점에 관하여 수범자가 논증하여야 한다고 나누어 볼 수 있다.

408) “개인의 자유는 불가침이다.” 이러한 영역은 입법자가 헌법이 정한 이익상황들을 구체화하는 권한(Konkretisierungskompetenz)만을 가지는 영역이라 평가한다.

409) “모든 사람은 다른 사람의 권리를 침해하거나 합헌적 질서 또는 윤리(Sittengesetz)에 반하지 아니하는 한, 자유로운 인격을 발현할 권리를 가진다.”

410) Eberhard Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98(1973), S. 616.

한편, 당해 수단에 대하여 사법부가 완전한 심사권한을 가지고 있는 경우와 다소간 심사를 자제하여야 하는 영역으로 나누는 입장도 있었다. 전자의 경우 공익목적과 사익 사이에 적절한 비례관계에 있다는 점에 관하여 입법부가 이를 실제적으로 논증하여야 하는 반면, 후자의 경우는 비례원칙 위반 여부가 불분명한 경우 명백히 비례원칙에 반한다고 할 수 없다고 추정할 수 있고, 이때에는 수범자 측에서 비례원칙에 반한다는 점을 논증하여야 한다는 것이다.⁴¹¹⁾ 이에 따르면 사법부의 심사권한이 완전한 경우와 자제적인 경우를 나누는 선결문제가 해결되어야 한다. 생각건대, 최소한 개인의 신체적·정신적 자유 부분에 관하여는 사법부가 완전한 심사권한을 가진다고 할 수 있고, 이러한 영역에서는 언제나 입법부·행정부 측에서 논증책임을 부담한다고 할 것이다.

(2) 논증책임에 관한 최근의 논의

적합성 심사에서 본 바와 같이, 필요성 심사에 있어서도 덜 침해적이면서 입법목적에 동일한 정도로 달성할 수 있는 대안이 존재한다는 점에 관하여 수범자 측에 주장과 논증의 책임이 있다고 보는 입장이 있다.⁴¹²⁾ 이와 관련하여, 입법부나 행정부에게 논증책임을 부여하는 것에 회의적인 주장도 있다. 이러한 주장은, 덜 제한적인 수단의 부존재라는 소극적 사실을 입증하는 것이 더 제한적인 수단의 존재라는 적극적 사실의 논증보다 어렵고, 정부가 덜 제한적인 대안이 존재하지 않는다는 사실을 논증하려면 모든 가능한 덜

⁴¹¹⁾ Manfred Gents, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW(1968), S, 1606. 이에 관하여는 Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 96 참조.

⁴¹²⁾ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 442 이하 참조; United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village, PD 49(4) 221, 421 (1994) “법률을 방어하는(defense. ‘그 합헌성을 주장하는’으로 해석된다) 당사자로서는 다른 대안들이 더 기본권을 침해하고, 덜 침해적인 수단을 선택했다는 점을 입증할(show) 필요가 없다. 오히려 법률의 효력을 다투는 당사자가 목적을 달성할 수 있는 구체적이고 명확한 대안이 존재하고, 그 대안이 채택된 수단에 비해 상당한 정도로 기본권을 덜 침해한다는 점을 입증하여야 한다.”

제한적인 대안들을 살펴보아야 한다는 결론에 이른다는 것을 이유로 든다.⁴¹³⁾ 한편, 수범자 측에서 덜 제한적인 대안이 일용 존재한다는 점을 밝히면 그 대안이 기본권을 제한하는 정도나 목적을 달성하는 정도에 관한 논증 책임은 정부 측에 있다고 구분하기도 한다.⁴¹⁴⁾

그러나 비례원칙이 갖는 자유·권리 보호 기능에 비추어 볼 때, 대안들을 충분히 심의하였다는 점, 그럼에도 대안들이 자유를 덜 제한한다고 단정하기 어렵거나, 자유를 덜 제한하더라도 추구하는 입법목적은 동일한 정도로 달성하기 어렵다는 점에 관하여 원칙적으로는 입법부·행정부가 이를 논증하여야 한다고 보아야 한다.⁴¹⁵⁾ 논증책임 내지 증명책임을 이와 같이 분배하는 것은, 개인의 자유에 일용의 우월적 지위를 부여한다는 원칙과 가치의 결단을 분명히 드러낸다는 의의를 가진다.⁴¹⁶⁾

물론 사안의 특징에 따라서 이러한 원칙을 일률적으로 관철하기 어렵고,⁴¹⁷⁾ 그 주장·논증·설득의 책임이 어느 정도 완화되어야 하는 경우는 있을 것이다. 결국 이 부분 쟁점을 사안들 전반을 아우르면서 적절히 해결하기 위해서는, 대안의 종류 및 대안이 목적 달성과 자유·권리의 제한 정도에 관

413) Julian Rivers, The Presumption of Proportionality, *The Modern Law Review* 77(2014), p. 425.

414) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 449.

415) Guy Miller Struve, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1473; Steve Greer, Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 23, (2003), p. 405-433, p. 428. 한편, Cora Chan, Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review, *Legal Studies* 33(1)(2013)에서는 이러한 입증책임의 부과를 전제로 한 엄격한 심사원칙이 영국에서 유럽인권협약의 정신을 계승하기 위하여 인권법(Human Rights Act)을 제정한 취지에 부합하는 해석이라고 하면서, 비례원칙의 심사강도를 사안별·구체적으로 정하기 이전에 넘어야 할 최소한의 문턱(threshold)이라 한다.

416) Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 27; Frederick Schauer, Proportionality and the Question of Weight, in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, 2014, p. 180; Andreas von Arnould, Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 281-282 참조.

417) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 97 참조.

하여 법원이 합리적인 결론에 도달할 수 있도록 입법·행정부 및 개인이 함께 조력하여야 한다는 일반론을 전제로 하되,⁴¹⁸⁾ 각 권리 제한의 영역과 양태, 정도 등에 따라 유형화를 해 나가야 할 것이다.

2) 일관성 심사

‘일관성’(Folgerichtigkeit, coherence, consistency) 심사에는 ① 목적과 수단 사이의 일관성, 즉 수단들이 목적달성에 일관되게 기여하는지를 보는 내재적 일관성, ② 유사한 비교사안들에서 수단들이 일관되게 채택되었는지를 검토하는 외재적 일관성, ③ 과거 유사사안과 현재 사안 사이에 일관된 수단이 채택되었는지 심사하는 역사적 일관성의 세 종류가 있다.⁴¹⁹⁾ 이 중에 ①의 일관성은 수단이 목적 달성에 적합한 것인지, 인과관계를 인정할 수 있는지 여부를 심사하는 적합성 심사와 같은 것으로 볼 수 있다. 또한 ②, ③ 유형의 일관성은 비교가 가능한 유사사안들이 충분히 존재하는 경우에 활용될 수 있는 심사기준이다.⁴²⁰⁾ 다시 말해, 유사한 사안이나 예전 사안에서 이미 채택된 바 있는 수단보다 당해 사안에서 더 강한 정도로 사익을 제한하는 수단이 채택되었다면, 목적달성을 위한 최소한의 침해를 야기하는 정도를 넘어선 수단이라는 일종의 단초가 될 수 있다.⁴²¹⁾ 그리고 이를 정당화하기 위해서는 입법부·행정부가 기존 사안과의 차별성, 예전 사안에 비해 발생한 사정변경에 대하여 근거를 제시하여야 한다.⁴²²⁾

418) Julian Rivers, The Presumption of Proportionality, *The Modern Law Review* 77(2014), p. 421, 432 참조.

419) Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 77.

420) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 110-111.

421) Niels Petersen, The German Constitutional Court and Legislative Capture, *International Journal of Constitutional Law* 12(2014), p. 668-669 참조.

422) Lothar Hirschberg, 위의 책, S. 111 참조.

3) 적용범위의 과도화 기준

‘적용범위의 과도화’(overbreadth, overinclusiveness) 기준이란 다른 수범자들이나 다른 사안들과 자신이 동일한 제한을 받고 있으나, 자신에 대하여 제한을 하지 않거나 덜 제한적인 대안을 채택하더라도 목적을 동일하게 달성할 수 있다고 주장하는 경우에 원용되는 기준이다.⁴²³⁾ 이 기준은, 다른 수범자들이나 다른 유사사안에 비하여 자신의 권리가 더 제한받는 것에 대한 합리적 이유가 없다는 평등원칙 주장과 평면을 같이 한다. 이러한 기준은 덜 제한적인 대안을 논증함에 있어 다른 집단이나 사안과의 비교에 중점을 둔다는 점에서 필요성 심사를 보완하는 기능을 한다.

IV. 비판과 재비판

1. 권력분립 측면의 비판

필요성 심사에 관하여는 우선, 사법부가 수단 또는 대안이 가져오는 효과의 판단에 개입하는 것이 권력분립 측면에서 적절하지 아니하고, 입법부에 대한 과도한 간섭이 될 우려가 있다는 비판이 있다.⁴²⁴⁾ 그러나 사법부가 유지해야 할 입법부에 대한 존중 및 자제는 입법부의 역할을 대신하는 것을 다른 한계로 하는 한편, 개인의 자유와 권리의 수호를 반대편의 한계로 한

⁴²³⁾ Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria*, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 985; Luara Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 102 참조; 한편, 국가작용의 위헌성을 주장하는 자신이 ① 국가가 달성하려는 정당한 공익에 대하여 책임 있는 자가 아님에도 불구하고, ② 입법자의 범주 설정에 의해 책임 있는 자와 함께 분류되었으며, ③ 그 분류보다 더 세밀한 기준에 의하여 책임 있는 자를 가려내는 일이 실행 가능함을 보임으로써, 어떤 조치가 합헌성이 없음을 밝힐 수 있다고 보아야 할 것이라고 하여 수범자 범주설정 의 문제로 접근한 이민열, *과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소성’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법*, 변호사 제46-1집, 2014, 38면도 이 기준에 관한 논의라고 할 것이다.

⁴²⁴⁾ Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1017- 1018 참조.

다.⁴²⁵⁾ 필요성 심사에서는 목적 달성 정도를 판단할 때 여러 요소들을 다면적으로 검토함으로써, 공익 달성에 가장 적절하면서도 자유·권리를 적게 제한하는 수단에 관하여 입법부와 사법부가 상호 숙고하는 기회를 제공하는 데 고유한 의의가 있다.⁴²⁶⁾ 그리고 이는 사법부가 갖는 위 양쪽의 한계 내에서 작동하도록 하는 장치로써 기능한다.⁴²⁷⁾

다른 한편, 정치적 결정과정에서 고려되지 못한 소수의 이익을 살피는 것이 사법부가 가지는 정당성의 기초인바, 수단의 심사를 통해 이들 정치과정에서 소외된 이들의 자유를 보호하는 것은 사법부의 필수적인 임무이다.⁴²⁸⁾ 또한 사법부는 일반적·추상적으로 정립된 법률이 실제 구체적 사안에서 작동할 때 자유·권리에 미치는 영향을 심사함으로써 기능적으로 분립된 사법권을 수행하는 것이므로, 이 과정에서 수단을 심사하는 것은 사법부의 고유의 역할에 속한다.⁴²⁹⁾

이에 관하여, 덜 제한적인 대안의 유무에 대해서만 판단함으로써 권리를 제한하여 달성하고자 하는 공익이 갖는 가치에 대하여는 고려할 여지가 없게 된다는 비판도 있다.⁴³⁰⁾ 그러나 필요성 심사에서는 제한의 정도 뿐 아니라 대안이 목적을 달성하는 정도에 관하여도 살펴야 하고, 이 과정에서 추구하고자 하는 공익 목적의 중요성에 관한 가치판단도 함께 이루어지는 것이

425) Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal, 65(1)(2006), p. 182 참조.

426) Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 23 참조. 다만, 필요성 심사 뿐 아니라 단계화된 비례원칙 전체에 대하여 입법부와 사법부 간 대화기능을 통한 기본권 보호 제고 효과를 인정하는 Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 465-467 참조.

427) Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 1018 참조.

428) Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 32 이하 참조.

429) Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1024 참조.

430) Note, Less Drastic Means and the First Amendment, Yale Law Journal 78(1969), p. 473-474.

므로, 이는 타당하지 않은 주장이라 할 것이다.

2. 가장적 이유제시에 해당한다는 비판

필요성 심사에서 목적달성이나 자유제한의 정도에 대한 가치판단, 이른바 ‘묵시적 형량’(implizite Abwägung)을 허용할 것인지에 관하는 찬반의견이 대립된다. 이러한 형량을 찬성하는 입장에서는, 수단이 자유·권리를 제한하는 정도와 목적을 달성하는 정도를 심사하는 것이 보다 객관적이고 합리성과 예측가능성을 담보할 수 있고, 직접적인 형량에 개입하지 않음으로써 권력분립과 정당성의 쟁점에서부터 보다 자유로울 수 있다고 한다.⁴³¹⁾ 반면 묵시적 형량은 비례원칙의 마지막 단계인 형량을 잠탈하는 것일 뿐이고,⁴³²⁾ 문제된 이익들을 공개적으로 드러내는 형량 심사⁴³³⁾가 필요성 심사보다 더 우월한 심사방법이라는 반대의견도 유력하다.⁴³⁴⁾

그러나 필요성 심사에서 수단과 대안들이 공익과 사익에 미치는 영향에 관련된 실증적 자료와 논증을 바탕으로 이루어지는 가치판단이 마지막 형량 심사를 잠탈하는 가장적 이유제시라고 볼 수는 없다. 그 과정에서 이루어지는 가치판단 역시 공개적인 이유제시를 통해서만 정당화될 수 있다는 점은 형량 심사와 다를 바 없다. 또한 필요성 심사는 ‘대안들 사이의 비교’라는 명확한 판단기준을 제공한다. 그리고 구체적 사안별 이익의 경중을 논증하는 것보다 그 결과에 대한 예측가능성을 담보하기 쉽다.⁴³⁵⁾ 형량 심사와 준별되

431) David Bilchitz, Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?, in Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement, 2014, p. 58.

432) 이민열, 과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소화’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법, 변호사 제46-1집, 2014, 39면.

433) Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal, 65(1)(2006), p. 190.

434) Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 University of Toronto Law Journal 57(2007), p. 395; Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 324-326.

435) Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 1019;

는 필요성 심사의 기능적 의의가 여기에 있다고 할 것이다.

V. 각국의 사례

필요성 심사에 관한 각국의 사례는 우선 독일에서 필요성 심사가 시작된 배경을 개관하고, 현재에 이르기까지 필요성 심사가 어떠한 기능을 해 오고 있는지 연방헌법재판소의 주요 결정들을 중심으로 살핀다. 다음으로, 필요성 심사 단계에서 많은 사안들에 관하여 위헌을 선언한 바 있는 캐나다 대법원의 판결례들을 통해, 덜 제한적인 대안과 채택된 수단 사이에 목적달성에 기여하는 정도를 비교하는 양상을 분석한다. 이스라엘의 경우, 필요성 요건을 갖추지 아니한 수단이 위헌이라고 선언한 초기의 일부 사례를 찾아볼 수 있으나,⁴³⁶⁾ 필요성 심사보다 형량 심사에 중점을 두고 판단이 이루어진다.⁴³⁷⁾ 한편 유럽인권재판소의 경우, 필요성 심사를 ‘긴급한 사회적 필요’,⁴³⁸⁾ 또는 ‘중요성’⁴³⁹⁾ 등 보다 일반적·추상적이고 규범적 성격을 겸유하는 의미로 사용하고, 덜 제한적인 대안 심사로 실시하는 예는 드물다.⁴⁴⁰⁾ 이러한 점을 감안하여 본 절에서 각국의 사례는 독일과 캐나다 및 남아프리카 공화국으로 제한한다.

Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 472 참조.

436) *Miller v. Minister of Defence*, HCJ 4541/94(1995). 군대 내에서 여성에 대하여 일부 교육기회를 배제한 조치가 문제된 사안. 이 판결에 대하여는 von Johannes Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51(2012), S. 20 참조.

437) 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 제3절 이익형량의 한계 IV. 각국의 사례 중 2. 이스라엘 부분 참조.

438) “pressing social need”. *Handyside v. UK*, 24 Eur.Ct.H.R. §48(1976).

439) “relevancy”. *Daróczy v. Hungary*, appl. no. 44378/05(2008).

440) 다만, 특정 신문의 발행 자체를 완전히 금지한 조치가 문제된 *Ürper and OPthers v. Turkey*, appl. no. 14526/07 (2009) 사건에서, 금지하고자 하는 특정 기사만을 제한하거나 그러한 기사가 실린 발행 호수만을 압수하는 등의 덜 제한적인 대안이 가능하다는 설시를 한 바 있다. 위 유럽인권재판소의 판결들에 대하여는 Janneke Gerards, *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 481-483 참조.

한편, 미국에서 오랜 역사를 통해 다양한 영역에서 발전되어 왔음에도 우리에게서 상대적으로 낮은 ‘덜 제한적인 대안 기준’을 검토한다. 미국에서 전개된 덜 제한적 대안 기준의 적용영역과 실제 심사에 있어 작용방식을 살펴봄으로써, 목적에 비추어 제한의 정도와 목적달성 정도에 따른 대안들을 검토하는 것이 공권력의 통제를 위해 보편적인 방법론이라는 점을 논증한다. 그리고 이를 토대로 수단의 필요성 심사기준을 각 영역별로 범주화·세분화한다.

1. 독일

필요성 심사가 독일 행정법 영역에서 경찰권 행사의 근거와 한계로서 시작되었다는 점은 앞서 본 바와 같다. 한편, 헌법 차원에서 단계화된 비례원칙을 전개시킨 연방헌법재판소는 필요성 심사에 관하여, 입법자가 기본권을 제한하지 않거나 덜 제한하는, 동일한 효과를 가진 다른 수단을 선택할 수 없었을 경우,⁴⁴¹⁾ 또는 수범자의 기본권을 덜 제한하는 다른 대안으로는 목적을 동일하게 달성할 수 없는 경우⁴⁴²⁾ 당해 수단은 필요한 수단에 해당한다고 판시한다. 필요성 심사에서 당해 수단이 목적달성의 정도와 기본권제한의 정도 양면에 미치는 영향을 비교하는 것이다.⁴⁴³⁾

(1) 수단과 대안의 비교가 이루어진 구체적 사안으로, 1965년의 ‘석유비축 의무 결정’⁴⁴⁴⁾을 들 수 있다. 위 사건에서는 석유생산물(Erdölerzeugnis)을 수입 또는 생산하는 기업에 대하여 최소한의 석유를 비축할 의무를 부과하는 조치의 위헌성이 문제되었는데, 대안들을 검토하기에 앞서 위 조치가 추구하고자 하는 목적의 결정이 선행되었다. 즉, 위 조치가 추구하는 주된 목적은 석유 및 석유생산물의 비축을 통해 에너지를 안정적으로 공급하는 것이고,

441) BVerfGE 19, 330, 337 등.

442) BVerfGE 38, 281, 302 등.

443) Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 75 참조.

444) BVerfGE 30, 290.

부수적 목적은 석탄산업을 석유산업과의 경쟁으로부터 보호한다는 것이라고 인정되었다.⁴⁴⁵⁾ 그리고 그에 이어 상정가능한 대안들이 당해 수단과 비교하여 주된 목적 및 부수적 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있는지에 대한 논증이 있었다. 이 과정에서 예컨대, 국가가 모든 에너지원을 직접 사전에 비축하는 것, 에너지의 수요가 가장 높은 시기에 한정하여서만 비축의무를 부과하는 것, 수입업자 대신 다른 기업들에게 의무를 부과하는 것, 석유생산물 이 아닌 원유 수입업자에게 비축의무를 부과하는 것 등 다양한 대안들이 검토되었다.

연방헌법재판소는 이 대안들 모두 당해 수단에 비하여 주된 목적 및 부수적 목적을 동일한 정도로 달성하지 못한다고 평가하여, 당해 수단이 필요성 심사의 요소를 충족한다고 판단하였다.⁴⁴⁶⁾ 위 결정은 결정된 목적들을 전제로 하여, 의무부과자의 변경, 의무 자체의 경감 등 여러 측면에서 상정될 수 있는 대안들이 목적달성에 기여하는 정도를 차례로 검토하였다는 데 의의가 있다.

(2) 다른 한편 대안이 당해 수단에 비하여 목적달성에 기여하는 정도는 객관적으로 덜 하지만, 이를 동일한 것으로 간주함으로써 당해 수단이 필요성 원칙을 충족하지 못하였다고 판단한 사안을 주목할 필요가 있다. 수범자의 자유·권리를 덜 제한하는 대안의 경우, 엄밀히 평가하면 당해 수단에 비하여 목적달성 정도는 미치지 못하는 경우가 대부분일 것이다. 그런데 대안이 당해 수단에 비하여 현저히 경미한 정도로 목적을 달성하지 못하는 경우에도 모두 당해 수단이 필요한 수단이라고 판단하면, 필요성 심사는 지나치게 엄격한 기준을 요구함으로써 실질적 의의를 상실하게 된다. 이러한 관점에서, 당해 수단과 대안 사이에 목적 달성의 정도를 비교할 때 가치판단을 개입시킨 대표적인 사안이 일명 ‘초콜렛 결정’(Schokolade-Entscheidung)⁴⁴⁷⁾이

445) BVerfGE 30, 296, 320.

446) BVerfGE 30, 290, 320. 이 결정에서는, 이처럼 경제적 활동의 자유를 제한하는 조치의 경우 수단선택의 여지가 존재한다는 점도 명시하였다. 이 결정 319.

447) BVerfGE 53, 135.

다.

위 결정에서는 순수한 초콜렛과 혼동될 수 있는 과자류의 판매를 금지하는 행정규칙이 과자 판매자의 직업수행의 자유를 침해하는지가 문제되었다. 연방헌법재판소는 완전한 판매금지보다 성분표를 부착하도록 하는 대안이 덜 제한적이며, 이러한 대안으로 소비자의 혼동을 방지하고자 하는 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있다고 평가함으로써 당해 수단이 필요성원칙을 충족하지 못하여 위헌이라고 선언하였다.⁴⁴⁸⁾ 그 논증과정에서, 덜 제한적인 대안으로 인해 성분표를 살피지 않는 소비자는 보호되지 않으나, 이러한 소비자들까지 보호하는 것은 당해 행정규칙이 추구하는 목적의 범위 내에 포섭되지 않는다는 이유로 위와 같은 결론에 이르렀다.⁴⁴⁹⁾ 독일에서는 목적의 달성 정도와 기본권의 제한 정도의 비교과정을 통해 이루어지는 이러한 이익의 조정이 주로 형량 심사에서 이루어져 왔다고 평가되지만,⁴⁵⁰⁾ 이처럼 필요성 심사에서도 가치판단이 개입되는 경우가 발견된다.

2. 캐나다

캐나다 대법원은 수단의 적합성(합리성)과 필요성 심사를 통해 대다수 법률의 위헌 여부를 판단해 왔다.⁴⁵¹⁾ 이후 다음 제4장에서 보는 바와 같이 2009년 Hutterian Brethren 판결 이후 형량 심사를 통해 논증하는 경향이 있기는 하나, 그 이후에도 여전히 수단의 필요성 여부는 중요한 논증도구로 활용되고 있다. 특히 필요성 심사가 적용된 예들은 주로 직업선택 또는 영업의

⁴⁴⁸⁾ BVerfGE 53, 135, 146.

⁴⁴⁹⁾ BVerfGE 53, 135, 146.

⁴⁵⁰⁾ von Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 16.

⁴⁵¹⁾ Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 85의 캐나다 대법원이 실시한 논증을 분류한 표(표 4.2)에 따르면, 1980년부터 2010년까지 평균 62.7%가 수단의 적합성(합리성) 또는 필요성 단계의 논증이었다. 이는 법률에 관하여 위헌 선언할 때 뿐 아니라, 합헌 선언을 할 때에도 이 단계의 논증을 사용한 결과이다. 이 책 p. 102 참조.

자유 등 경제영역에 관한 것이었는데, 이에 관한 주요 판결례들을 살펴보면 다음과 같다. 캐나다의 실제 사례들은 필요성 심사에서 대안의 여부, 대안의 목적 달성 정도의 평가, 목적 달성 정도에 대한 논증책임 및 절차적 측면에서의 고려 등에 관한 심도 깊은 논의가 이루어지는 단면을 보여 준다.

(1) 우선 캐나다 시민에게만 브리티쉬 컬럼비아 주의 변호사가 될 수 있도록 제한한 법률에 관한 심사⁴⁵²⁾에서, 주정부는 위 법률이 추구하는 목적으로서, 변호사 자격을 취득할 수 있는 사람을 ① 캐나다에 고유한 법률문제를 잘 아는 자, 그리고 ② 시민권을 보유함으로써 캐나다 사회에 대한 책임을 다하는 자로 제한하기 위한 것이라고 주장하였다. 대법원은 ①의 목적을 달성하기 위해서는 자격시험을 거치도록 하는 것이 덜 제한적인 대안으로 인정되고, ②의 목적은 캐나다에 대한 충성서약을 요구하는 덜 제한적인 수단으로도 달성할 수 있다는 이유로, 위 법률이 위헌이라고 선언하였다.

(2) 다음으로, 담배광고금지 사건⁴⁵³⁾에서는, 담배광고를 부분적으로만 금지하는 대안의 평가에 관하여 다수의견(5)과 반대의견(4)이 나뉘었다. 다수의견은 덜 제한적인 대안인 부분적 광고금지가 목적을 동일한 정도로 달성하지 못한다는 데 대한 논증책임이 입법자에게 있다고 전제하면서,⁴⁵⁴⁾ 입법자의 입증부족을 이유로 위헌을 선언하였다. 반면 반대의견은, 이 사안이 입법자에게 다수의견이 실시한 바와 같은 논증책임을 부여할 수 없고 그 판단의 여지(margin of appreciation)를 존중해야 하는 사안에 해당할 뿐 아니라,⁴⁵⁵⁾ 해당 담배광고금지 조치에 이르기까지 20여 년에 걸친 논의가 있어 왔다는 절차적 측면의 이유까지 더하여⁴⁵⁶⁾ 당해 수단을 합헌으로 판단하였다.

452) *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1 S.C.R.(1989), 143.

453) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)*, 3 S.C.R. (1995), 342-349.

454) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)*, 3 S.C.R. (1995), 345.

455) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)*, 3 S.C.R. (1995), 307-307, 314-315.

456) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)*, 3 S.C.R. (1995), 306-307.

(3) 한편, 공공의료보험만을 허용하는 퀘벡주의 법률이 문제된 사안⁴⁵⁷⁾에서, 다수의견(6)에서는 사보험을 병행하는 경우 공공보험의 효율성에 해가 된다는 점에 관한 정부 측의 논증이 부족하다는 이유로 위헌이라고 보았다.⁴⁵⁸⁾ 반면, 반대의견(3)에서는 이 영역은 입법자에게 판단의 여지가 주어져야 하는 분야일 뿐 아니라, 전문가증인(expert witness)들이 모두 공공보험이 의료보험을 독점하는 체계가 비용 면에서 가장 효율적이라는 의견을 냈다는 이유로 합헌의견을 냈다.⁴⁵⁹⁾

3. 남아프리카 공화국

남아프리카 공화국 헌법재판소는 Makwanyane 결정⁴⁶⁰⁾에서 비례원칙을 헌법상 기본권제한의 근거조항에 내재한 것으로 구성하였다. 위 결정에서 사형제도가 추구하는 위하적 효력을 달성하기 위한 수단으로서 자유형이 덜 제한적인 수단임은 분명하다고 선언하였다.⁴⁶¹⁾ 이어 자유형으로써 사형과 동일한 정도로 위하의 목적을 달성할 수 없다는 점에 관한 실증적 자료를 제출하고 논증할 책임은 국가에게 있다고 실시함으로써 위헌이라는 결론에 도달하였다.⁴⁶²⁾ 필요성 심사의 각 개념적 징표를 명백히 구분하고, 특히 동일한 정도의 목적달성 여부에 관한 자료제출 책임을 국가에게 부여하였다는 의의를 찾을 수 있는 결정이다.

4. 미국

미국의 ‘덜 제한적인 대안 기준’(less restrictive alternative)⁴⁶³⁾은 목적을 동

457) Chaoulli v. Quebec(Attorney General), 1 S.C.R. 791, 2005.

458) Chaoulli v. Quebec(Attorney General), 1 S.C.R. 791, 2005, 828-832.

459) Chaoulli v. Quebec(Attorney General), 1 S.C.R. 791, 2005, 903.

460) S v. Makwanyane and Another, CCT 3/94(1995).

461) S v. Makwanyane and Another, CCT 3/94(1995), §104-127

462) S v. Makwanyane and Another, CCT 3/94 (1995), §127

일하게 달성할 수 있는 덜 제한적인 대안이 있는 경우 당해 수단은 위법하다는 것으로,⁴⁶⁴⁾ 비례원칙 중 필요성 심사의 판단요소와 유사하다.⁴⁶⁵⁾ 덜 제한적인 대안 기준에 관련된 미국 판례법에 대하여 그 흐름과 경향을 시기적으로나 대법원 구성별 등으로 의미 있는 구분을 통해 통일적으로 파악하는 것은 본고의 범위를 넘는 것이라 할 것이다.⁴⁶⁶⁾ 이에 아래에서는 덜 제한적인 대안 심사가 유래하였던 경제규제 영역에서의 심사례와 이후 엄격심사에 대응된다고 할 수 있는 근본적 권리 관련 사안들을 검토하는 것으로 고찰의 범위를 한정한다.⁴⁶⁷⁾

463) less drastic means, reasonable alternative standard라고도 표현된다.

464) Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1463.

465) ‘덜 제한적인 대안’ 심사는 경쟁법 영역에서 유래하였다. ‘덜 제한적인 대안’ 기준의 유래 및 연혁과 판례의 흐름에 대한 자세한 소개로는, Gabriel A. Feldman, *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*, *American University Law Review* 58(2009), p. 564-586 참조. 경쟁법 영역에서는 특히 ‘덜 제한적인 대안’ 심사와 형량 심사가 서로 심사기준의 우열을 달리 해 온 연혁이 명확히 드러난다. 경쟁제한적 행위를 금지하는 국가의 조치에 대하여 덜 제한적인 대안이 있는지에 따라 판단한 대표적인 연방대법원의 1898년 *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States* 판결[175 U.S. 211(1898)]에서, ‘경쟁자들 사이의 합의가 추구하는 (정당한) 목적을 달성하는 데 세밀하게 재단된, 또는 더 제한적인 조치가 없는 경우’ 채택된 조치는 적법하다고 하였다. 이후 셔먼법(Sherman Act)이 통과되고 1918년 *Board of Trade of Chicago v. United States* 판결[U.S. 231, 238(1918)] 이후 경쟁당사자들 사이의 합의 및 채택된 조치가 가져오는 경쟁촉진적 효과와 경쟁제한적 효과 사이를 형량하여야 한다는 Brandeis 대법관의 의견이 주된 흐름을 이루게 되었다. 형량에 대한 대표적인 비판으로 인용되는 Scalia 대법관의 ‘선의 길이와 바위의 무게를 형량할 수 없다’고 하는 의견[Bendix Autolite Corp. *Midesco Enters., Inc.*, 486 U.S. 888, 897(1988)]도 *Chicago Board of Trade* 판결 이후 경쟁법 영역에서 주된 심사기준이 된 ‘경쟁에 미치는 효과 사이의 형량’이라는 방법론에 관한 것이었다.

466) 미국 내에서도 연방대법원의 심사기준별로 일관된 경향이나 이론이 정립된 것은 아니라는 평가로, Richard H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, *UCLA Law Review* 54(2007) 참조. 한편 이 부분을 다룬 국내문헌으로 이영우, *LRA기준론 - 미연방대법원의 판례를 중심으로*, *토지공법연구* 제80집, 2017; 양건, *법률의 위헌심사의 기준 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로*, *헌법재판연구* 1권, 1990, 99-102면 참조.

467) 현대적 의미의 엄격한 심사기준(modern strict scrutiny test)이 등장한 것은 1960년대부터 이고(Richard H. Jr. Fallon, 위의 글, p. 1270 참조), 위 기준에 의하여 급박한 국가의 이익을 달성하기 위하여 필요한 한도 내로 재단된 수단인지 여부를 판단함에 있어서 덜 제한적인 대안 유무를 심사하는 것이 하나의 방법론에 속한다고 평가된다(Paul Yowell,

1) 경제규제 영역에서의 대안 심사 연혁⁴⁶⁸⁾

미국 수정헌법 제14조⁴⁶⁹⁾에서 정한 적법절차의 원리에 의하여 절차적 보장과 함께 실체적 권리도 보장된다. 위 조항에서 보호하는 실체적 권리 중 경제규제가 연결되어 있는 권리, 즉 재산권이나 영업상 자유 등이 제한된 사안에서, 당해 제한조치가 ‘실체적 적법절차’(substantive due process)에 위반되는지 여부를 판단함에 있어 입법부가 채택한 수단에 대한 심사가 가능한지, 가능한 경우 어떠한 방식으로 행해지는지 연방대법원의 입장이 달라져 왔다.

미국 연방대법원은 1800년대 후반에는 주로 입법부의 수단선택을 존중하여야 한다거나,⁴⁷⁰⁾ 입법자의 수단선택이 최종적인 것⁴⁷¹⁾이라고 하면서 경제적 규율수단에 관한 사법심사를 자제해 왔다. 다만 위와 같은 사안들에서도, 완화된 수단 또는 완전한 금지가 아닌 제한적인 규율만으로도 당해 입법이 추구하는 목적을 달성할 수 있다고 판단한 반대의견⁴⁷²⁾을 통해 덜 제한적인 대안에 대한 심사의 가능성이 언급되었다. 이후 수단은 목적 달성을 위해 합

Proportionality in US Constitutional Law, in Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement, 2014, p. 97 참조).

468) 이하는 Guy Miller Struve, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, Harvard Law Review 80(1967), p. 1464 및 Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 974-979를 참조하여 정리한 것이다.

469) 어떠한 주도 미합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다(No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws).

470) Slaughter-House Cases 83 U.S.(16 Wall.)36, 87(1873): 정육점의 독점을 허용하는 입법(합헌).

471) Powell v. Pennsylvania, 127 U.S. 678(1888): 올레오마가린의 생산 및 유통을 금지하는 입법(합헌).

472) Field 대법관

리적으로 필요하면서 개인에 대한 부당한 제한이 되지 않아야 한다는 기준을 도입함으로써, 입법부가 선택한 수단에 대하여 개입할 여지가 생겼다.⁴⁷³⁾ 나아가 사설고용업체를 금지하는 법률은 금지조치가 아닌 다른 규제조치를 행하거나, 국가가 직접 고용업체를 운영하는 방식으로 목적을 달성할 수 있다는 등 구체적인 대안에 대한 검토가 이루어지기도 하였고,⁴⁷⁴⁾ 대안심사는 입법목적 달성을 위해서 당해 수단이 필요하다는 점에 관하여 정부 측이 논증하여야 한다고 하는 등⁴⁷⁵⁾ 보다 적극적인 방향으로 전개되기도 하였다. 그러나 다수의견이 덜 제한적인 대안이 존재한다는 이유로 위헌으로 판단한 사안들에서도, 여전히 입법부의 수단선택이 존중되어야 한다거나, 다수의견에서 검토한 대안들이 목적을 동일한 정도로 달성하기 어렵다는 이유의 반대의견⁴⁷⁶⁾도 일관되게 존재했다.

그러나 경제규율 영역에서 덜 제한적인 수단 심사가 적용되었던 경향은 1930년대 이후 약화되면서, 수단 선택에 관한 입법부의 결단을 존중하는 수단의 합리성 심사로 대체되었다.⁴⁷⁷⁾ 이후 위 심사기준이 연방대법원의 경제영역에 대한 심사에서는 폐기되고, 자유권적 기본권에서만 유효하다고 평가된다.⁴⁷⁸⁾ 이는 경제규율을 통해 달성하고자 하는 다면적인 이익의 조정은 입

473) *Lawton v. Steele*, 152 U.S. 133, 137-138(1894): 그물낚시를 금지하는 입법(합헌); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 56(1905): 근로시간 상한을 둔 입법(위헌).

474) *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590(1917). 다만 이처럼 금지조치에 대한 대안의 존재를 인정한 선례들은 1963년에 이르러 영업·상업 영역에 관하여 입법자가 완전한 권한을 갖고 있다는 이유로 금지 그 자체로 위헌요소가 없는 한 덜 제한적인 규율이 존재한다는 이유만으로 금지조치를 위헌이라 할 수 없다는 판결[*Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726(1963)]에 의하여 파기되었다고 평가된다. Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1464 참조.

475) *Liggett Co. v. Baldridge*, 278 U.S. 105(1928).

476) Brandeis, Holms 대법관.

477) 대표적으로 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152(1938). 이 판결에서는 경제적 영역에서는 합리성심사에 의하여야 하지만, 특정 기본권에 대한 제한, 정치 과정에 대한 제한, 자의적이고 배타적인 소수자 차별에 관하여는 다른 심사기준이 적용될 수 있다고 시사하였다.

478) Guy Miller Struve, 위의 글, p. 1464. 다만, 이 글 및 Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and*

법부의 임무로 보는 것이 더 적합하다는 판단 때문일 것이다.⁴⁷⁹⁾ 다만, 미국 연방대법원의 경제규율 사안에서 대안 심사의 가능 여부 및 심사의 범위와 방법에 관하여 논의된 양상은 이후 아래에서 개관할 근본적 권리에 대한 제한심사에서 유지되었다는 점에서, 그 연혁을 개관한 의의를 찾을 수 있다.

2) 근본적 권리와 덜 제한적인 대안 심사

1960년경 무렵부터 연방대법원은 근본적 권리(fundamental right), 인권(civil right) 관련 사안들에서 덜 제한적인 대안 유무를 심사하기 시작하였다. 사생활의 자유,⁴⁸⁰⁾ 표현의 자유,⁴⁸¹⁾ 종교의 자유,⁴⁸²⁾ 결사의 자유⁴⁸³⁾ 등이 제한된 사안에서, 연방대법원은 덜 제한적인 대안이 존재함을 이유로, 그리고

Some Criteria, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 980에서는 주법원 단위에서는 경제 영역에서도 위 기준에 따라 판단하는 예가 있다고 소개한다. 이와 관련하여, 주택 및 도시개발부(HUD)가 ‘가용자원의 대체사용에 관한 의견대립이 해결되지 않은 채 어떤 계획을 입안할 때에는 언제나 채택하려는 행위를 대체하기에 적절한 대안을 연구·개발하고 설명해야 할 의무가 있다’고 한 항소법원 판결로 *Stryker's Bay Neighborhood Council Inc. v. Karlen*, 100 S.Ct. 497(1980). 이 판결에 대하여는 백윤기, 미국 행정소송상의 엄격심사원리에 관한 연구 - 한국판례와의 비교분석을 중심으로, 서울대학교, 1995, 45면 참조.

479) Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1476; Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria*, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 979 참조.

480) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479(1965); *Cleveland Board of Education v. La Fleur*, 414 U.S. 632(1974). 이 판결들에 대하여는 Robert M. Bastress, 위의 글, p. 980 및 p. 987 참조.

481) *Broaderick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601(1972). 이 판결에 대하여는 Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1012 참조. 다만, 표현의 자유 사안에서 덜 제한적인 대안 기준을 사용하되 없다고 평가하는 Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, *Yale Law Journal* 78(1969), p. 468-469 참조.

482) *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 210(1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599(1961). 이 판결들에 대하여는 Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1015 참조.

483) *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479(1960). 이 판결에 대하여는 Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1011 참조.

당해 수범자에 대한 제한이 과도하다는(overinclusive) 이유로 당해 수단이 필요한 수단이라고 볼 수 없다는 논증을 보여 왔다.

3) 평가

미국에서의 덜 제한적인 대안 심사는 단계화된 비례원칙의 필요성 심사에 거의 유사하게 대응되면서도 이에 관한 소개나 논의는 상대적으로 적었다. 그러나 목적에 비추어 과도한 제한을 가하는 수단을 통제하고 심사하는 원리로서 보편적인 기준으로 작동해 왔고, 특히 심사강도가 높은 자유의 영역에서는 여전히 엄격심사의 일종으로 유지되고 있다. 이러한 점에서 실제 사안에서 대안들이 어떻게 제시되고 평가되었는지를 검토해 보는 것은 필요성 심사를 정치하게 전개해 나가는 데 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각한다. 나아가 엄격심사, 덜 제한적인 대안 심사, 과도한 제한기준은 특히 평등이 문제된 사안에서 서로 유사한 평면에서 활발히 논의되는 것으로 보인다. 앞으로 이 부분과 연결하여 자유와 권리를 실질적으로 보호하는 심사기준으로 발전될 수 있도록 체계적인 연구가 필요하다고 할 것이다.

VI. 시사점

1. 유형화 필요성

필요성 심사는 ‘상정가능한 대안’이 목적달성과 자유·권리의 제한 양방향으로 미치는 효과에 대하여 비교·대조하는 논증방식이라는 점에서, 이와 같이 비교·대조할 기준을 제공하지 아니한 채 당해 수단이 공익과 사익에 미치는 영향의 경중을 살필 것을 명하는 형량 심사에 비해 객관성과 합리성을 담보하기가 용이하다.⁴⁸⁴⁾ 권력분립적 측면에서 보더라도, 입법부·행정부

⁴⁸⁴⁾ von Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 2; Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European

채택할 수 있는 여러 선택지들 가운데 목적달성을 위해 가장 적절한 수단이 무엇인지에 관하여 사법부와 입법부·행정부가 함께 숙고하도록 한다는 데 그 독자적인 의의가 있다.⁴⁸⁵⁾ 즉, 필요성 심사를 통해 당해 수단이 비합리적 이거나 과도한 선택이었다는 일차적 판단권자에 대한 비판이 아닌,⁴⁸⁶⁾ 공동체의 목적을 달성하기에 적절한 수단에 관한 공론의 기회를 가질 수 있게 되는 것이다. 이와 관련하여, 사법부 역시 정치과정에 동참하여야 할 임무가 있으므로 사법부의 정치화를 우려하여 형량에 반대할 것은 아니라는 주장⁴⁸⁷⁾ 역시 필요성 심사의 이와 같은 기능을 인정하고 발전시켜 나가는 이상, 그 타당성을 상당 부분 잃게 된다. 위와 같은 대안을 심사하고 숙고한다는 것은 법적인 관점에서 사후적으로 수단을 통제하는 과정이라 할 것이고,

Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 472 참조. 한편, 필요성 심사보다 형량 심사에 중점을 두면서도 전자가 후자에 비해 비교대상이 명백하다는 이유로 용이한 심사단계라는 점은 인정하는 견해로, Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, *Cambridge Law Journal* 65(1)(2006), p. 190 참조.

485) Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1467, 1483; Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria*, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 1018; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 148; Janneke Gerards, *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 488; David Bilchitz, *Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?*, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 57, 60 참조. 한편, ‘대체수단에 대한 성실한 고려는 당사자들로 하여금 공정한 해결책에 이르도록 하는 유력한 효과를 갖는다’고 판시한 *Stryker's Bay Neighborhood Council Inc. v. Karlen*[100 S.Ct. 497(1980)]. 이 판결에 대하여는 백윤기, *미국 행정소송상의 엄격심사원리에 관한 연구 - 한국판례와의 비교분석을 중심으로*, 서울대학교, 1995, 45면 참조] 참조.

486) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press(1962), p. 188. 이에 관하여는 Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1018 참조. 필요성 심사에서 가치판단(법익형량)을 하게 되면 ‘최상의 법률을 제정할 의무를 위반하였으므로 위헌’이라는 논증으로 흐르게 할 위험이 있다는 지적으로, 이재홍, *과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로*, *저스티스 통권* 제 163호, 2017, 114면 참조.

487) Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, 2017, p. 54

이를 통해 사법부가 정치과정에 동참하게 되는 것이라고는 할 수 없기 때문이다.

한편, 필요성 심사에 관하여 입법자가 이미 선택한 수단에 관하여 사법부가 재차 다른 수단들과 비교하는 방법으로 다시 심사하게 함으로써, 입법에 대한 과도한 개입이 될 수 있다는 비판도 있다. 그러나 이러한 문제는 심사 영역별로 심사의 준칙을 최대한 세분화하여 심사강도를 조절함으로써 극복 가능할 것이다. 각 영역별 추구하고자 하는 공익과 그로 인하여 제한되는 자유·권리의 범주 및 성격 등에 따라 입법부·행정부의 수단에 관한 결단에 어느 정도로 관여할 수 있는지에 관한 사법부의 지속적인 고민을 통해 유형화를 시도할 필요가 있다.⁴⁸⁸⁾ 심사영역별로 심사의 준칙의 세분화하기 위한 전제로서, 수단-대안 간 관계를 심사함에 있어 고려하여야 할 요소들을 다시 정리하면 다음과 같다.

① 제한된 자유·권리의 종류와 그 중요성⁴⁸⁹⁾: 이 부분은 자유·권리별로 내포하고 있는 윤리적 의미, 본질적 영역, 자유·권리들 간 중요도의 상대적 차이(hierarchy)⁴⁹⁰⁾ 등이 선결적으로 확정되어 있을 때 의미를 가질 수 있다. 자유·권리가 가지는 윤리적 의미 등에 관하여는 다음 장에서 다시 살펴본다.

② 달성하고자 하는 공익목적의 종류와 그 중요성⁴⁹¹⁾: 예컨대 자유·권리의 제한이 국가안보를 목적으로 하는 경우와 공중의 보건을 목적으로 하는 경우에 대하여는 그 중요도의 판단이 달라질 수 있다.

⁴⁸⁸⁾ Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 1017 참조.

⁴⁸⁹⁾ Guy Miller Struve, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1476; Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1022, 1029 참조.

⁴⁹⁰⁾ Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, *Cambridge Law Journal* 65(1)(2006), p. 195에서는 ① 생명권, 고문 받지 않을 권리, ② 종교, 표현, 집회, 결사, 사생활의 자유, ③ 재산권 등으로 일응 상대적 순서를 부여할 수 있다고 한다.

⁴⁹¹⁾ Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1026 참조.

③ 당해 수단이 자유·권리를 제한하는 정도와 대안이 자유·권리를 제한하는 정도.⁴⁹²⁾ 여기에는 당해 수단의 직접 수범자 뿐 아니라 이해관계인들의 자유·권리도 포함될 수 있다. 다만, 서로 양립하기 어려운 여러 방향의 이익들이 연관되는 경우에는 본래적 의미의 필요성 심사가 아닌 형량명령에 따른 심사가 개입될 것이다.

④ 당해 수단이 목적을 달성하는 정도와 제안된 대안이 목적을 달성하는 정도. 여기에는 대안으로 인하여 추가적으로 부가될 수 있는 재정적 측면 등의 부담의 정도가 고려요소가 될 수 있다.⁴⁹³⁾

2. 심사기준·강도의 유형화

이에 따라 필요성 심사의 세부적인 심사기준과 그에 따른 심사강도를 범주화하면, 일응 심사강도가 강한 순으로 다음과 같이 정리할 수 있다.

1) 범주적 접근이 가능한 영역

우선 덜 제한적인 대안이 있으면 목적달성의 정도는 살피지 아니한 채 채택된 수단을 위헌이라고 보는 경우이다. 예컨대, 표현의 자유와 같이 민주주의 사회를 구성하고 개인의 존엄을 보장하는 데 있어 근본적으로 필요한 권리의 경우에는, 달성하고자 하는 공익보다 이미 그 자체로 중요하므로, 덜 침해적인 대안의 존재만으로 곧바로 당해 수단의 필요성을 부정할 수 있을 것이다. 이 경우 필요성 심사에서 이미 달성하고자 하는 공익과 제한된 자유·권리 사이의 경중이 범주적으로 선결되어 있고, 다음 단계인 형량 심사까지 나아가지 아니하고 이미 이 단계에서 심사가 완결된다.

이와 같이 인간이 천부적으로 부여받은 근본적인 자유·권리 - 신체의 자

⁴⁹²⁾ Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 1030 참조.

⁴⁹³⁾ Robert M. Bastress, 위의 글, p. 1029- 1030 참조.

유, 양심의 자유, 표현의 자유 등 - 에 대한 제한은 그 자연적 자유의 제한 상태를 제거 또는 축소하는 것만으로도 그 조치에 대한 다툼의 목적이 달성된다.⁴⁹⁴⁾ 따라서 재정투입 등 추가적인 부담이 문제될 여지도 적고, 국가-개인 간 단선적인 관계인 경우가 대부분이다. 그렇기 때문에 수범자의 자유의 확대에 인하여 영향 받는 다른 이해관계인이 상정될 여지도 적다. 결국 이러한 경우는 범주적 접근방법론이 개입될 여지가 큰 영역이라 할 것이다.

2) 대안에 대한 실체적·내용적 심사가 가능한 유형

다음으로는, 덜 제한적인 대안이 당해 수단과 비교하여 목적을 동일한 정도로 달성가능한지 여부, 즉 필요성 심사가 가진 원래의 의미의 개념징표들을 실체적으로 심사하는 유형을 들 수 있다. 덜 제한적인 대안이 당해 수단과 동일한 정도로 목적을 달성할 수 있는지에 관하여는 언제나 규범적 가치 판단이 개입된다. 즉, 당해 수단과 덜 제한적인 대안이 각각 제한하는 자유·권리의 종류 및 제한의 정도를 고려할 때, 양자 사이에 목적달성의 정도에 차이가 있더라도 그 정도의 차이는 감수하여 동일한 것으로 평가할 수 있다는 규범적 판단이 추가되는 것이다. 독일 연방헌법재판소의 초콜릿 결정에서 보듯이, 경제적 자유, 직업수행의 자유와 같은 영역에서 활용 가능한 기준이라고 할 수 있다. 다만, 경제적 규제가 보다 복잡적이고 전문적인 평가에 근거하여 이루어진 경우라면, 미국에서 덜 제한적인 대안 기준이 더 이상 적용되지 않았던 경향에서 보듯이, 대안에 대하여 직접적인 실체적·규범적 평가가 어려울 수도 있다. 이러한 점을 고려할 때 영업의 자유를 제한하는 사유와 공익의 경중에 따라 심사의 강도가 다시 세분화될 필요가 있다.⁴⁹⁵⁾

⁴⁹⁴⁾ Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, *Vanderbilt Law Review* 27(1974), p. 1014 참조.

⁴⁹⁵⁾ Guy Miller Struve, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1475 참조.

3) 목적달성 정도에 대한 완화된 심사가 필요한 유형

앞선 실체적 심사에 비하여 약한 강도의 심사로서, 덜 제한적인 대안이 있기는 하지만 당해 수단과 비교한 목적달성의 정도에 관한 입법부·행정부의 주장과 논증이 명백히 불합리한 경우에만 당해 수단이 필요성 심사를 통과하지 못하는 것으로 판단하는 유형을 구분해 낼 수 있다. 즉 당해 수단을 채택한 이유에 관한 일차적 판단권자의 논증이 명백히 부당하지 않은 경우, 또는 합리적인 이유가 제시된 경우에는 당해 수단의 필요성을 인정하는 것이다. 독일의 명백성 심사(Evidenzkontrolle) 또는 합리성 심사(Vertretbarkeitskontrolle)가 이에 대응한다.⁴⁹⁶⁾

4) 절차적 심사

기술적으로 전문화된 영역, 고도의 정책적 영역 - 예컨대, 원자력발전에 관한 정책결정 등 - 이나 다면적 이익이 함께 문제되는 경우에는, 덜 제한적인 대안을 검토하거나 다면적인 이익 상황들을 실제로 검토하는 것이 사법심사의 본질과 한계에 비추어 쉽지 않다. 따라서 이러한 경우에는 결정의 과정이 합리적이었는지 절차적 측면에서의 심사에 그치게 될 것이다. 즉 당해 수단을 결정하는 과정에서 어떠한 대안들을 어느 정도까지 심도 있게 검토하였는가, 그 과정에서 이해관계인들의 참여는 적법하게, 최대한 보장되었는가의 측면에서 대안심사가 가능할 것이다.⁴⁹⁷⁾

496) 이와 관련하여, 경제규제입무를 달성하기 위한 법률과 정책결정에 대하여는, 그 위헌심사에서 헌법규범에 명백하게 반하는 행위를 금하기 위한 것이지, 더욱 타당한 정책을 채택하기 위한 것이 아니라는 이유로, 덜 제한적인 대안으로써 당해 입법목적을 달성할 수 있다는 것이 일견 명백한 경우에 한하여 필요성 심사를 통해 위헌이라고 판단하여야 한다는 이원우, 헌법상 경제질서와 경제규제의 근거와 한계, 국가와 헌법, 헌법총론, 정치제도론, 2018, 510면 참조.

497) Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 487 참조.

제4절 수단의 적합성 · 필요성 심사의 현상과 방향성

I. 헌법재판

1. 수단의 적합성

1) 심사의 개관

헌법재판소는 수단의 적합성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다고 하여,⁴⁹⁸⁾ 적합성 심사에서 수단이 목적달성에 기여하는 정도가 아닌 인과관계의 측면에서 접근한다. 또한, 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단할 경우도 있을 수 있으므로 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없다고 함으로써,⁴⁹⁹⁾ 목적달성을 가능하게 하는 다수의 수단 중 일차적 판단권자의 선택의 여지도 넓게 인정하고 있다.

그런데 다른 한편, 방법의 적절성 또는 방법의 적합성의 표제 아래 “기본권을 제한하는 방법은 최소한 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여야 한다”고 하여 목적달성의 효과성 개념을 함께 실시하면서,⁵⁰⁰⁾ 일응의 연관관계가 인정된다고 하면서도 수단의 적합성을 부인한 예가 있다.⁵⁰¹⁾ 그

498) 헌법재판소 2007. 1. 17. 선고 2006헌바3 결정; 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2005헌바33 결정(“공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적 달성에 적합한 수단이라고 볼 수 없다.”) 등.

499) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌마614 결정.

500) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정 등.

501) “(나) 방법의 적절성

(중략) 경비업체로 하여금 다른 영업 예컨대 제조업이나 인력파견업을 하지 못하도록 함으로써 이러한 사태의 발생을 막고자 하는 것은 어느 정도 연관관계를 인정할 수 있

리고 이러한 실시례는 최근까지도 발견된다.⁵⁰²⁾ 그러나 앞서 살핀 바와 같이, 적합성은 목적 달성에 대한 인과관계가 인정될 때 통과하는 심사단계이고, 적합성 심사에서 효과성 개념을 포함할 것은 아니다. 이하에서는 목적달성의 인과관계 부분 심사에 관하여, 목적의 정당성 부분에서 검토한 대형마트 등의 영업일 및 영업시간 제한 사건을 분석한다.

2) 실제 사안의 검토

(1) 목적과 수단의 위계관계 정리

대형마트 영업일 등 제한조치에서 목적과 수단의 인과관계 판단을 위하여 당해 수단이 추구하는 목적을 다시 인용하면 다음과 같다.

심판대상조항은 대형마트 등의 영업일과 영업시간을 일부 제한(당해 수단)함으로써 경쟁관계에 있는 전통시장과 중소기업자들의 매출증대를 유도(당해 수단이 추구하는 최근접목적이자 후행하는 상위목적을 위한 수단)하는 방법을 통하여, 대형마트 등의 시장지배력 확대로 인하여 쇠퇴하여 가는 중소기업 등

다. 그러나 이러한 ‘구사대’로서의 근로자 단체행동 진압행위는 그 자체가 불법행위로 금지되고 있으므로 별도로 이 사건 법률조항과 같이 경비업체의 제조업 등 경영을 일체 금지할 필요는 없다. 따라서 제조업이나 인력파견업을 경영하는 경비업체에서 이러한 불법적인 노사분규 개입이 있었다 하여 경비관련 업종은 물론 그 밖의 모든 업종의 경영을 일체 금지하는 것은 그 수단으로서는 심히 적절하지 않다고 할 것이다.”(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌마614 결정). 위 결정의 후단 부분은 필요성 심사에서 검토할 요소들을 포함하고 있다.

⁵⁰²⁾ 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2017헌마452 결정.

“(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 신용협동조합법 중 선거운동이 기간 및 방법에 관한 규정 등 선거와 관련된 조항을 위반한 자를 임원직에서 즉시 면직시킴으로써 신용협동조합 임원이 사회적 책임 및 임원에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 임원 선거의 공정성을 담보하기 위하여 규정된 것이므로 입법목적의 정당성이 인정되고, 이를 위하여 선거와 관련된 법 위반행위로 벌금형을 선고받은 자를 임원직에서 배제하도록 하는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단이다.” 다만 위 2001헌마614 결정에서와 같이 인과관계 측면을 넘어서서 실제로 효과성에 대한 판단으로까지 나아가지는 않는 것으로 보인다.

에게 최소한의 매출을 유지하면서 자생적 경쟁력을 강화할 수 있는 기회를 제공(매출증대 유도의 목적이자 후행하는 상위목적을 위한 수단)하여 중소기업자들이 유통시장에서 대형마트 등과 함께 경제주체의 한 축으로 공존하면서 공정하게 경쟁할 수 있는 토대를 마련(경쟁력강화의 목적이자 후행하는 상위목적을 위한 수단)하고, 이를 통해 소수 대형유통업체 등의 시장 지배와 경제력 남용을 방지하여 건전한 유통시장질서를 도모(최상위목적)하며, 대형마트 등에 근무하는 근로자들이 다른 근로관계법령이나 근로계약에서 정한 내용에 관계없이 최소한의 일정한 휴식을 가질 수 있도록(당해 수단이 추구하는 최근접 목적) 한다.

(2) 수단의 적합성과 필요성 심사의 혼재

위에서 본 바와 같이 목적과 수단이 단계별로 다층적인 위계를 이루고 있는바, 적합성 심사에서는 영업일 등 제한조치라는 당해 수단이 우선 최근접 목적인 전통시장과 중소기업자들의 매출증대를 달성시킬 수 있는지를 검토하여야 한다. 이를 위해서는 대형마트의 영업제한과 전통시장 등의 매출증대 사이의 인과관계 유무에 관하여 수집 가능한 제반 사실들, 통계, 경험적 정보들에 기반하여 판단하여야 한다. 그런데 이 사건에서는 이 부분에 관하여 아래와 같이 필요성 심사에서 판단하고 있다.

청구인들은 대형마트 등에 대한 영업제한 조치가 전통시장이나 중소기업자들의 매출에 별다른 영향을 미치지 않으므로 불합리한 조치라고 주장한다. 그러나 대형마트 등의 영업일이나 시간을 제한하면 인근지역에서 경쟁관계에 있는 전통시장이나 중소기업자들의 매출이 상대적으로 늘어날 것으로 충분히 예상할 수 있고, 전통시장 등에 실제로 매출증대의 효과가 얼마나 있는지에 관하여는 현재까지도 조사방법, 조사에 사용된 통계자료, 지역사정 등에 따라 서로 상반된 조사결과가 나오고 있는바, 심판대상조항으로 인하여 전통시장 등의 매출증대의 실제 효과가 거의 없거나 미미하다고 단정할 만한 자료는 없다. 또한 시장의 지배와 경제력 남용의 방지 등을 위한 경제규제 영역에서는, 규제대상인 유통시장이 갖는 복잡다양성과 유동성으로 인해 사전에 경제분석 등을 거쳤더라도 장래의 규제효과가 확실히 담보되기는 어려우며, 만약 규제의 시기가 늦어져 시장구조가 일단 왜곡되면 그 원상회복이 어려울 뿐만 아니라 그 과정에서 전통시장이나 중소기업자들이 중대한 피해를 받을 우려가 있으므로 장래의 불확실한 규제효과에 대한 예측판단을 기초로 규제입법이 이루어질 수밖에 없다. 이러한

사정을 고려하면, 심판대상조항에 의해 채택된 영업규제 방법이 그 입법목적
달성하는 데 필요한 범위를 벗어나거나 불합리한 조치라고 볼 수 없다.

그러나 위 설사에서 입법 목적을 달성하는 데 필요하거나 합리적인 조치의
의미는 당해 수단이 수범자에게 미치는 침해의 정도에 대한 판단이 아니라
입법 목적을 달성 가능한지 여부에 대한 판단으로서, 수단의 필요성이 아닌 적
합성의 범주라고 할 것이다. 필요성 심사와 구분되는 적합성 심사의 징표는
수단이 목적과의 관계에서 인과관계가 있고 목적을 촉진시킬 수 있는지의
여부이다. 따라서 이 부분 심사는 수단의 적합성 부분에서 이루어지는 것이
단계화된 비례원칙의 구조상 타당하다.

(3) 실증적 논증의 필요성

다음으로, 영업일 등 제한조치가 인근 전통시장 등의 매출증대로 이어질
것이라는 것이 합리적인 예측이라고 보는 이유가 결여되어 있다. 매출증대효
과에 대한 실제 자료가 지역마다 다르게 나오고 있다는 설시를 보더라도, 이
러한 예측이 합리적인 것이라고 단정하기 어렵다는 점을 보여준다. 수단이
과연 목적달성에 적합한지 여부를 선명하게 밝히기 위해서는, 이 부분에 관
하여 제출된 실증적인 자료와 통계 및 정보를 제시한 후 어떠한 판단과정을
통해 적합성을 인정한 판단에 이르게 되었는지를 논증할 필요가 있다. 즉,
이 사건에서 정책결정의 근거가 된 양측의 실증적 연구자료 및 분석정보 등
을 토대로 그 지역마다의 차이가 어떤 배경에서 발생한 것이며, 차이가 어느
정도인지, 과연 그러한 차이가 유의미하다고 볼 것인지를 공개하여 논증함으
로써 목적달성에 기여하는 수단에 해당한다는 판단에 대한 설득력을 높일
수 있다.

(4) 자료제출 책임의 분배

또한 전통시장 등의 매출증대의 실제 효과가 거의 없거나 미미하다고 단

정할 만한 자료는 없다는 부분 관련, 자료제출 및 논증의 책임을 수범자와 입법부·행정부 중 어느 측에 부여할 것인가가 문제된다. 앞서 살핀 바와 같이, 자유·권리를 제한하는 조치를 선택한 일차적 판단권자 측에서 당해 조치로 인하여 전통시장 등의 매출증대라는 목적이 달성될 수 있다는 자료를 제출하여 설득할 책임이 있다고 보는 것이 비례원칙 심사의 자유보호 기능에 부합한다. 이 사안은 복합적인 이해관계나 경제적 효과에 대한 다면적인 분석이 필요하다기 보다는, 대형마트 운영자의 영업의 자유와 전통시장 등에 대한 보호라는 공익이 이원적으로 대립하는 전형적인 사안에 가깝다. 이러한 점에서, 논증과 자료제출의 책임을 부과하고 실제적 측면에서 심사하는 것이 가능하고 요구되는 영역에 해당한다고 할 것이다.

(5) 여론: 경제규제 수단의 경우

이상에서는 수단의 적합성 심사 방법론에 관한 쟁점들을 살펴보았다. 그런데 이 사건 반대의견에서는, 자유시장경제를 근간으로 하는 우리 경제체제에서 경제규제조치들이 가져야 할 방향성을 강조하면서 경쟁자를 규제하는 이 사건 조치가 적합한 수단이 아니라고 판단하였다.⁵⁰³⁾ 자유경쟁을 제한하는

⁵⁰³⁾ “(전략) 그러나 ‘국가의 규제는 좋은 의도로 하지만 그 결과는 항상 나쁘다.’는 경제학계의 경구에서 보듯이, 경제문제는 기본적으로 시장기능을 통하여 해결하도록 하고 국가의 개입은 예외적·보충적으로 이루어져야 한다는 점에 비추어 보면 그 수단의 적합성에 의문이 있다.

자유시장경제에 있어서 국가의 개입은 경쟁을 아예 배제하는 규제가 아니라 경쟁을 활성화하기 위하여 각 주체들의 경쟁력을 강화시키는 역할로 바뀌어야 한다. 그러나 심판대상조항은 ‘경쟁’의 촉진이 아닌 ‘경쟁자’를 보호하기 위한 경제적 규제로서, 경쟁을 촉진하여 소비자후생을 증대하는 것을 목적으로 하는 경쟁법의 기본원리에도 맞지 않는 수단이다. 따라서 불공정거래행위 등 실정법 위반행위가 있기도 전에 대형마트 등의 영업시간을 제한하고 의무휴업을 강제하는 심판대상조항은 그 자체로서 자유롭고 공정한 경쟁을 불가능하게 하고, 이는 자유시장 경제질서의 근간을 흔드는 것이어서 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 국가의 개입은 공정거래가 이루어지도록 조정하는 정도에 그쳐야 한다. (하략)”

이와 관련하여, 우리 헌법 제119조 제1항(개인과 기업의 자유와 창의를 존중)과 제2항(국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력의 남용방지, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 규제와 조정을 할

조치의 경우 경쟁법을 통해서도 달성될 수 있기 때문에, 적합성 심사단계 뿐 아니라 이 사안에서와 같이 직업수행의 자유를 제한할 필요성이 있는지 여부에 대한 판단에서 덜 제한적인 대안이 인정될 가능성도 높다.⁵⁰⁴⁾ 이와 같은 국가의 기본구조와 체제, 정책방향의 큰 흐름에 대한 가치판단을 토대로, 위에서 본 이론적·방법론적 분석을 더하여 수단의 적합성 심사가 발전적으로 전개되기를 기대한다.

2. 수단의 필요성

1) 심사의 개관

필요성 심사에서는 입법목적을 달성할 수 있는 유효한 수단 중에서 당해 수단이 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단인지를 검토하는 것이 헌법재판소의 원칙적인 설시례이다.⁵⁰⁵⁾ 그리고 이에 따라 대안에 관한 심사가 이루어진 사안들을 찾을 수 있다.⁵⁰⁶⁾ 그러나 대안에 대한 검토 없이 일반적

수 있다)은 서로의 가치를 실현하기 위한 상호보완적 관계에 있을 뿐 어느 쪽이든 원칙-예외의 관계에 있는 것이 아니며, 헌법상 경제질서규정은 중립적이고 개방적으로 파악해야 한다는 견해로, 이원우, 헌법상 경제질서와 경제규제의 근거와 한계, 국가와 헌법, 헌법총론, 정치제도론, 2018, 507면 이하 참조. 이 글에서는 이러한 전제를 바탕으로, 특정 경제규제정책을 옹호하거나 반대하기 위하여 경제관련 헌법규정을 좁게 해석하려는 ‘헌법의 정치화’ 현상을 극복하고, ‘정치의 헌법화’를 통해 헌법규범에 내재하고 있는 다양성과 합리성을 사회발전의 재료로 제공하려는 노력이 필요하다고 강조한다.

⁵⁰⁴⁾ Walton H. Hamilton, *Affectation with Public Interest*, *Yale Law Journal* 39, 1930, p. 1107. 이에 관하여는 Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, *Harvard Law Review* 80, 1967, p. 1480 참조.

⁵⁰⁵⁾ 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 등 결정 등.

⁵⁰⁶⁾ 예컨대, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령을 심사한 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마289 결정. “집필행위를 제한하고자 하는 경우에도 집필행위 자체는 허용하면서 집필시간을 축소하거나 집필의 횟수를 줄이는 방법 또는 집견이나 서신수발과 같이 예외적으로 집필을 허용할 수 있는 사유를 구체적으로 한정하여 집필을 제한하는 방법 등을 통해서도 규율준수를 피하고자 하는 목적은 충분히 달성될 수 있을 것으로 보인다.” 그 외 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 등 결정(요양기관 강제지정제); 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 등 결정(외교기관 인근에서의 집회금지).

인 행량의 요소들에 관한 판단으로써 필요성 심사를 대체하는 경우도 있다.⁵⁰⁷⁾

2) 완화된 과잉금지

헌법재판소는 필요성 심사를 목적달성을 위해 필요한 범위 내의 제한을 가하는 수단이라는 의미로 사용하기도 한다.⁵⁰⁸⁾ 상업광고에 관하여 “사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 비례의 원칙 심사에 있어서 피해의 최소성 원칙은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화하는 것이 상당하다”고 한 설시⁵⁰⁹⁾로 대표되는 이와 같은 심사기준을 소위 ‘완화된 과잉금지심사’라고도 한다. 그러나 완화된 과잉금지심사는 대안에 대한 검토가 없다는 점에서 필요성 심사가 가지는 원래 의미에서 완전히 벗어난 것이고, ‘필요한 정도’의 의미도 불명확하다. 뿐만 아니라, 실질적으로는 합리성 심사에 준하는 완화된 심사기준에 해당함에도 불구하고 비례원칙 심사의 4단계의 표제만을 차용한 것에 불과하다.⁵¹⁰⁾ 따라서 완화된 과잉금지 심사는 적용영역 및 그에 따른 심사강도의 차이에

⁵⁰⁷⁾ 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, 저스티스 통권 제 163호, 2017, 113면 참조. 이 글에서는 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌가9 결정(파산절차에서 과징금 및 가산금 채권을 다른 파산채권보다 먼저 변제받게 하는 조항의 위헌 여부) 등에서 헌법재판소가 필요성 심사에서 대안에 대해서는 침묵함으로써 논리적 타당성이 취약한 논증구조가 된다고 지적한다.

⁵⁰⁸⁾ 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정(상업광고); 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정(건강기능식품); 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2009헌마608등 결정(변호사시험법).

⁵⁰⁹⁾ 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정.

⁵¹⁰⁾ 김하열, 자유권 제한입법에 대한 위헌심사: 판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰, 동아법학 56호, 2011, 25면 이하(이 글 26면에서는 완화된 과잉금지 심사는 필요성 심사를 ‘포기’하게 될 가능성이 높다고 한다); 정주백, 과잉금지원칙에 관한 관건: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 262면 이하(이 글 263면에서는 완화된 과잉금지 심사로 인해 필요성 심사기준이 적합성 심사와 동일한 것으로 만든다고 평가한다) 참조.

따라 원래의 의미대로의 필요성 심사를 포함하는 단계화된 비례원칙 심사로 회귀하거나, 합리성 심사를 심사기준으로 내세워야 한다고 생각한다.

II. 행정재판

1. 개별 행정작용

1) 수단의 적합성 · 필요성 심사가 원용되는 영역

앞서 예비적 고찰 중 제2절에서 비례원칙이 원용될 수 있는 행정작용 영역을 구분한 바에 따르면, 우선 개별 행정작용 중 행정계획은 다면적 이익이 연관되어 있다는 점에서 수단의 적합성 · 필요성 심사가 이루어지기 어렵고, 형량명령에 따른 절차적 심사가 주를 이룬다. 행정계획 영역을 제외하면, 비례원칙이 본격적으로 원용되는 개별 행정작용은 국가작용-수법자의 단선적 구조를 중심으로 한 침익적 작용이다. 침익적 행정작용 중에서 장래를 향한 행정목적의 달성을 주된 징표로 하는 작용, 즉 시정명령이나 행정상 즉시강제 등의 경우에는 구체적 사안별로 과연 당해 작용으로써 행정 목적을 달성할 수 있는지, 그 목적달성을 위해 제한의 정도가 적은 수단인지를 면밀하게 살펴야 할 것이다.⁵¹¹⁾

또한 침익적 작용 중, 과거의 의무위반에 대한 제재를 본질로 하는 제재적

⁵¹¹⁾ 이와 관련하여 공정거래법상 공개명령에 관하여 수단의 적합성이 인정되지 아니하여 비례원칙에 반한다고 판단한 다음의 실시 참조. “이 사건 공개명령에 따라 공개되는 정보는 출고가와 공급가의 차액이다. 따라서 설령 원고가 향후 제조사와의 협의를 통하여 공급가를 부풀린다고 하더라도 이 사건 공개명령만으로는 이를 도저히 알 수 없으므로, 공개명령의 목적인 소비자의 오인 제거 역시 전혀 달성되지 않는다. 오히려 원고로서는 이 사건 위반행위와 아무런 관련이 없는 정당한 물류비용, 단말기 유통 이윤 등에 대한 공개의무를 부담하게 될 뿐이므로(중략), 이를 두고 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치에 해당한다고 볼 수 없다. 결국 비계약모델에 대한 공개명령은 수단의 적합성이 인정되지 않는다.”(서울고등법원 2014. 10. 29. 선고 2012누22999 판결. 대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결로 상고 기각)

행정작용에서는 장래를 향하여 추구하는 목적 개념은 부수적인 것으로서, 위반행위와 제재 사이의 비례성을 검토할 것을 요청하는 광의의 비례원칙이 적용된다.⁵¹²⁾ 즉, 양정자료들을 종합적으로 고려할 때 위반행위에 비추어 당해 제재적 처분이 과도한 범위를 넘는지를 심사할 뿐,⁵¹³⁾ 목적-수단 관계는 부수적인 것으로서 고려되지 않는다. 그렇다면 목적에 따른 수단의 비례관계를 검토하는 공법상 단계화된 비례원칙, 특히 수단의 적합성·필요성은 침익적 작용 중 장래를 향한 목적 달성을 주된 징표로 하는 작용과 수익적 작용의 발급거부의 경우에 원용된다.

2) 침익적 작용의 성격

그런데 어느 침익적인 행정작용이 ‘과거에 대한 제재’인지 ‘장래를 향한 목적’이 주된 징표인 작용’인지의 구분이 늘 분명한 것은 아니다.⁵¹⁴⁾ 과거에 대한 제재작용 역시 그 작용으로 인하여 추구하려는 목적은 부수적으로나마 작동하고, 그 작동의 정도에 차이가 있을 뿐이다. 예컨대, 식품위생법 시행규칙 제89조에 따른 별표 23에서는 위반행위에 대한 제재적 작용 내지 실효성 확보수단으로서 시정명령, 시설개수명령, 영업정지, 해당 제품의 폐기, 품목(류) 제조정지,⁵¹⁵⁾ 영업허가·등록의 취소, 영업장 폐쇄 등을 열거하고 있다. 이 중에 영업정지의 경우는 재발방지 등 장래를 향한 행정목적의 추구보다

512) 유사한 취지로, 형사법 영역에서 목적-수단 관계가 탈락하고 협의의 비례원칙에 의한 심사만 남는다는 Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 45 이하 참조. 이 책 S. 47에서는 수단의 적합성·필요성 심사는 항상 협의의 비례원칙을 수반하지만, 협의의 비례원칙은 목적-수단 심사로부터 분리되어 독립적으로 존재한다고 평가한다.

513) 허가취소·정지가 의무위반행위와의 관계에서 비례원칙에 적합하여야 한다는 점은 형법 제51조 소정의 양형조건과 궤를 같이 한다고 지적하는 박정훈, 협의의 행정벌과 광의의 행정벌, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 362면 참조.

514) 이현수, 프랑스의 행정제재법리와 그 시사점, 세계헌법연구 제25권 1호, 2019, 79면 참조.

515) 영업정지 및 제조정지 기간은 위반행위의 태양 및 횡수에 따라 5일, 7일, 15일, 20일, 1개월, 2개월, 3개월로 정해져 있다.

는 과거에 대한 제재에 본질이 있다고 보이고,⁵¹⁶⁾ 그 외의 수단들은 법령이 정한 행정목적에 위하여 장래를 향하여 행하는 처분이라고 할 수 있다. 한편, 위반행위에 대한 실효성 확보수단이면서 장래를 향한 행정목적의 실현이 주된 요소인 작용의 예로서 건축법 제79조 제1항이 정한 여러 종류의 시정 명령⁵¹⁷⁾을 들 수 있다. 또한 허가권자는 같은 조항에 의하여 시정명령 외에 허가·승인의 취소권을 보유하고, 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 다음 각 호의 이행강제금을 부과한다(제80조 제1항). 위 조치들 중 기발급한 허가 등의 취소나 이행강제금 부과처분은 재발방지과 장래를 향한 위반행위의 시정이 주된 목적이라고 평가할 수 있다.

또한 같은 금전부과처분이라 하더라도 이행강제금은 장래를 향하여 이행을 강제하는 것을 주된 목적으로 하고, 과징금은 위반행위에 대한 제재의 성질을 가지는 것으로 구분된다.⁵¹⁸⁾ 또한 판례는 과징금 부과처분의 경우, 제재적 성격 뿐 아니라 불법적인 이익을 박탈한다는 목적도 함께 갖는 것으로 보면서, 과징금의 액수를 정할 때 이득액의 규모와도 균형을 이루어야 한다고 판시한다.⁵¹⁹⁾ 과징금 부과처분과 같이 제재적 성격 외에 여러 성격을 겸

516) 박정훈, 협의의 행정벌과 광의의 행정벌, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 361면 참조. 이 글에서는 영업정지·허가정지는 행정작용으로서의 성격은 희박하고 실제로 ‘의무위반에 대한 제재’로서 ‘처벌’의 기능만을 수행하고 있다고 한다.

517) 허가권자는 건축물의 건축주 등에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

518) 대법원 2018. 1. 25. 선고 2015두35116 판결, 서울고등법원 2009. 6. 11. 선고 2008누18030 판결 참조. 이 판결들에 대하여는 이현수, 프랑스의 행정제재법리와 그 시사점, 세계헌법연구 제25권 1호, 2019, 79-80면 참조.

519) 과징금부과가 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이어서 부과되는 과징금의 액수는 당해 위반행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 위법성의 정도 뿐 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구된다고 하는 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결(독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 과징금); 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결(하도급거래 공정화에 관한 법률상 과징금). 이현수, 위의 글 80면에서는 과징금부과처분이 부당이득환수라는 민사적 성질을 겸유한다고 지적한다.

유하는 작용으로, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등이 정하는 부정당업자 제재처분을 들 수 있다. 이러한 처분은 과거의 계약상 위반에 대한 제재이면서, 입찰업자의 영업을 장래를 향하여 제한하는 행정상의 목적과 효과 및 사법(私法)상 장래의 계약체결 거부의 목적과 효과를 모두 갖는다.⁵²⁰⁾ 이와 같이 복합적 성격을 겸비하고 있는 작용에 대하여 양 방향에서 통제하고자 하는 경우에는, 공익 목적의 실현을 위한 수단의 적합성과 필요성 단계 및 위반행위와 제재 사이의 비례성 요청을 의미하는 이익형량 단계를 함께 검토하는 것도 가능하다 할 것이다.⁵²¹⁾

3) 침익적 작용에 대한 수단의 적합성 · 필요성 심사

이처럼 하나의 침익적 행정작용이 장래를 향한 공익 목적과 과거 위반행위에 대한 제재적 성격, 때로는 사법상 이득환수의 성격 등을 함께 가진다는 점은, 단계화된 비례원칙의 적용양상을 결정짓는 중요 징표라 할 수 있다. 앞서 강조한 바와 같이 수단의 적합성은 목적달성의 가능성 · 인과관계의 평가이고, 필요성은 제한의 정도와 목적달성 정도 사이의 평가이기 때문에, 목적 개념을 필수적인 전제조건으로 한다. 반면, 과거의 위반행위와 제재를 비

520) 박정훈, 부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제, 국방조달계약 연구논집, 2005, 192면.

521) 이러한 취지의 설시로 다음 판결례 참조. “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것) 제24조는 ‘공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.’라고 규정하고 있다. 이러한 규정의 문언, 시정명령 제도의 취지와 실효성 확보 필요 등에 비추어 보면, 위 조항에 정한 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’에는 위반행위의 중지뿐만 아니라 그 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치가 포함된다. 따라서 공정거래위원회는 개별 구체적인 위반행위의 형태나 관련시장의 구조 및 특성 등을 고려하여 위반행위의 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 할 수 있다. 다만 이러한 조치는 위반행위를 시정하기 위해 필요한 경우에 한하여 명할 수 있는 것이므로, 그 내용은 위반행위에 의하여 저해된 공정한 경쟁질서를 회복하거나 유지하기 위해서 필요한 범위로 한정되고, 위반행위와 실질적 관련성이 인정되지 않는 조치는 허용되지 않으며, 나아가 해당 위반행위의 내용과 정도에 비례하여야 한다.”(대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결)

교하도록 요청하는 비례성의 경우 목적 개념이 본질적으로 작동하지는 않는다.

실제 침익적 작용에 대한 행정재판에서 목적 개념을 전제로 한 단계화된 비례원칙을 원용할 것인지 또는 비례성 요청에 따라 심사할 것인지는 어떻게 구별할 것인가. 현재 실무례에서는 이러한 경우 주로 제재적 성격에 초점을 맞추어 비례성 요청에 의한 심사를 하는 것으로 보인다. 예컨대 부정당업자 입찰참가자격 제한의 경우 재발방지라는 목적 측면에서 심사한 예는 이례적이고, 대부분의 경우 부정당행위의 경위, 동기, 경중 등을 주요 고려요소로 삼음으로써, 자격제한 처분의 본질을 예방이라기보다는 제재로 보는 것으로 평가된다.⁵²²⁾

그렇다면 현재 실무례와 달리 단계화된 비례원칙을 원용하기 위해 제재적 처분으로 달성하고자 하는 공익 목적 개념을 도출·결정하고, 그에 따라 수단의 적합성·필요성 심사를 적극적으로 활용하여야 할 것인가. 이 부분과 관련하여 문제되는 것은, 제재적 처분에 대하여 대부분 하위법령에서 처분의 기준을 정하고 있다는 점이다. 이러한 기준에 기하여 제재처분이 이루어진 경우, 그 처분의 적합성·필요성은 재량준칙에 정한 제재수단이 ‘일반적으로’ 적합하고 필요한 것인지를 심사하는 것인지, 또는 당해 사건의 수범자에 대하여 ‘구체적으로’ 적합하고 필요한지를 심사하는 것인지가 문제된다. 예컨대, 식품위생법상 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 경우, 별표 23의 II. 개별 기준 중 1. 식품제조·가공업 등에 관한 표 중 10. 다.항에 따라 1회 위반 시 시정명령, 2회 위반 시 영업정지 7일, 3회 위반 시 영업정지 15일로 정하고 있는데, 이러한 처분으로써 달성하고자 하는 장래 목적을 ‘재발방지’라고 상정해 본다. 이 경우 2회 위반으로 인하여 선택된 7일의 영업정지처분이 재발방지를 위하여 필요한 수단인지를 논증하는 것은, 위 제재처분의 기준(2회 위반 시 영업정지 7일)이 목적달성을 위한 최저한의 한도를 넘었다는 의미인지, 아니면 개별 사안의 수범자의 구체적 사정에 비추어 그보다 짧은 영업정지기간을 통해서도⁵²³⁾ 재발방지가 가능하다는 논증

⁵²²⁾ 남하균, 공기업·준정부기관의 부정당업자 입찰배제에서 몇 가지 법적 문제, 법과 기업 연구 제8권 제3호, 2018, 197-227면, 214면 참조.

인 것인지 불분명하다는 것이다.

생각건대, 제재적 작용의 처분기준을 명시한 하위법령 자체에 대한 심사와 그에 기한 개별 행정작용에 대한 심사는 구별되어야 한다.⁵²⁴⁾ 즉, 당해 처분으로써 목적을 ‘일반적으로 달성할 수 있는지’ 여부인 수단의 적합성과 덜 제한적인 제재로써 당해 처분이 달성하고자 하는 목적을 ‘일반적으로 동일하게’ 달성할 수 있는지 여부인 수단의 필요성은, 근거법령에 대한 심사 시에 원용된다. 다른 한편, 개별 행정작용으로서의 제재가 과도한 것인지는 결국 구체적 사안에서 위반행위에 비추어 수범자에 대한 제재가 비례성을 갖추었는지 여부에 따라 판단된다고 할 것이다. 여기에서 고려될 구체적 고려요소들은 당해 위반행위에 이르게 된 경위, 위반행위의 정도와 지속된 기간, 당해 제재처분으로 인하여 수범자가 입게 되는 불이익 등을 들 수 있다.⁵²⁵⁾ 결론적으로, 위반행위와 제재 사이의 비례성 요청에 따라 제반 제재양정 요소들을 고려하는 논증방식이 제재적 성격을 갖는 개별 행정작용에 대한 비례

523) 같은 별표 23의 ‘I. 일반기준’ 제10항에서는 ‘다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정처분의 기준이, 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위에서, 영업허가 취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3개월 이상의 범위에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.’고 하면서, 다음 각 호의 경우 경감의 여지를 두고 있다.

마. 위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우

바. 해당 위반사항에 관하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우로서 그 위반사항이 고의성이 없거나 국민보건상 인체의 건강을 해할 우려가 없다고 인정되는 경우

카. 그 밖에 식품 등의 수급정책상 필요하다고 인정되는 경우

524) 대법원 역시 재량준칙에 기한 제재처분의 심사에 관하여, ‘① 처분기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 않거나, ② 그 기준을 적용한 결과가 처분사유인 위반행위의 내용 및 관계 법령의 규정과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있는 경우’ 재량권행사의 일탈·남용이 있다고 함으로써(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결; 대법원 2019. 9. 26. 선고 2017두48406 판결 등), 두 경우를 구별하고 있다.

525) 당해 수범자의 구체적인 위반행위 반복의 위험성 역시 이 단계의 고려요소에 포함된다 고 볼 것이다. 다른 한편, 이 부분 심사를 장래를 향하여 달성하려는 공익 목적과 그로 인하여 제한되는 사익 사이의 비례원칙이라는 구조로 구성하면, 형량 단계에서 공익과 사익 사이의 형량이 통약불가능하다는 비판에서 자유로울 수 없다. 이에 관하여는 다음 제4장 협의의 비례원칙: 이익형량 중 형량에 대한 비판론 부분 참조.

원칙 심사에서는 타당하다 할 것이다.⁵²⁶⁾

4) 수익적 작용의 거부

수익적 작용의 발급 거부의 경우는 위험의 방지, 질서 유지 등 장래를 향하여 달성하려는 공익 목적을 분명하게 설정할 수 있다. 이 경우에는 개별 행정작용 발급거부처분의 비례원칙 심사에서 덜 제한적인 대안의 존부를 심사하는 필요성 단계가 작동할 여지가 크다. 예컨대, 수익적 작용 발급을 전부 거부하는 당해 수단에 비하여 조건부·부관부로 그 작용을 발급하는 경우 분명 덜 제한적인 대안에 해당한다. 그리고 그러한 대안이 가져오는 목적 달성에의 효과, 즉 전면적인 발급 거부로 인하여 달성 가능한 목적에 비하여 대안은 어느 정도로 목적 달성 정도가 떨어지는지, 그러한 목적 달성 정도의 차이를 감수할 여지가 있는지 등을 심사하게 되는 것이다.

2. 법령 및 법률

행정재판에서 당해 작용의 근거가 된 법령에 대한 위헌 심사에서는 단계화된 비례원칙 중 수단의 적합성·필요성 심사가 분명하게 활용될 수 있다. 근거법령은 우선 상위법의 위임범위를 벗어난 경우 또는 그 문언의 의미와 내용이 불명확한 경우 위법 또는 위헌이라고 판단된다. 이러한 요건을 갖춘 법령이라 하더라도, 당해 수단이 상위 법령이 정한 목적을 달성할 수 없거나, 당해 수단과 마찬가지로 목적을 동일하게 달성할 수 있는 덜 제한적인 대안이 존재할 가능성이 있는 경우 위헌의 소지가 있다. 예를 들어, 면허취

⁵²⁶⁾ 대외적 효력이 없는 처분기준에 근거한 제재처분의 발령과 심사의 관계에 관하여, ‘행정이 법의 형식적 평등을 지향하면서 특정 요건사실만을 확인하여 대량으로 처분을 한 후에 그러한 과정에서 발생할 수밖에 없는 오류에 대해 규범적 구속력을 인정하지 못하는 자가 불복한 경우에만 사법부가 시간과 노력을 집중투자하여 더 면밀히 검토하여 이를 교정한다고 볼 수도 있다’고 지적하는 이희정, 행정입법 효력의 재구성 - 시론, 행정법연구 제25호, 2009, 131면 참조.

소와 같은 제재처분을 함에 있어 재량의 여지를 부여하지 않고 기속행위로만 규정하는 경우, 행정청이 개별 사안에 따라서 취소여부를 결정할 재량을 부여하는 덜 제한적인 대안을 상정할 수 있다.⁵²⁷⁾

다음 제4장 이익형량의 한계에서 보듯이, 처분의 근거법령 자체가 비례원칙에 위반되어 위헌의 소지가 있고, 근거법령의 합헌적 해석이 가능한 범위를 넘는다면, 행정재판 과정에서 근거법령에 대한 구체적 규범통제로서의 위헌 심사나 위헌법률심판제청을 적극 활용할 필요가 있다. 그리고 이 과정에서 구체적인 사정을 고려할 것을 요청하는 이익형량 심사보다는, 일반적인 수단의 목적 달성 가능성 및 덜 제한적인 대안의 존재 가능성을 검토하는 적합성·필요성 심사의 논증이 주된 역할을 하게 될 것이다. 수단의 적합성·필요성 심사에 관하여 심도 있게 분석하여야 할 연결점이 바로 여기에 있다. 이 부분 심사단계에 관한 정확한 정리와 이해가 바탕이 될 때, 수익적 작용의 근거가 되는 사회보장 영역의 법령에 대하여 비례원칙이 작동하는 양상에 관한 논의도 전개될 수 있을 것으로 기대한다.⁵²⁸⁾

527) 다만, 이러한 사안에서 많은 경우 직업수행의 자격을 결정하는 데 입법자의 재량이 넓게 인정되기는 한다. 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌바94 결정; 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2016헌바14등 결정 등.

528) 산업재해보상보험법 시행령에 대하여 ‘목적의 정당성·방법의 적절성’으로 축소된 단계의 비례원칙 심사를 하는 실시례 참조. “산업재해보상보험법 시행령 제53조 제4항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)은 업무상 재해인지를 불문하고 이미 장애가 있는 부위에 업무상 재해로 정도가 더 심해진 경우 그 부분에 한하여 장애보상을 한다는 데 취지가 있는 점, 기존 장애와 업무상 재해로 인한 신규 장애의 정도 차이를 기준으로 한다는 점에서 기존 장애가 없는 사람과 기존 장애가 있는 사람은 장애 유무에서 본질적으로 다르나 업무상 재해로 기존 장애가 있는 사람과 업무상 재해와 무관하게 기존 장애가 있는 사람 사이에는 본질적 차이가 있다고 할 수 없는 점, 사회보장급여의 하나인 산업재해보험급여 기준이나 내용 등을 구체적으로 확정하는 문제는 산업재해보험기금 상황, 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 측면 및 보험기술적 측면과 같은 제도 자체의 특성 등 여러 가지 요소를 고려할 필요에서 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 주어진 영역인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규정은 목적이 합리적이고 정당하며 방법도 적절하다. 따라서 이 사건 규정은 평등의 원칙이나 과잉금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011두15640 판결). 이 판결에서 ‘목적이 합리적’이라고 실시하였으나, 그 실질은, 업무상 장애로 인한 기존 장애가 있는 사람과 업무상 장애와 무관한 기존 장애가 있는 사람을 같게 취급하는 것에 합리적인 이유가 있다고 하는 평등원칙에 따른 논증이라 할 것이다.

수단의 필요성 심사가 적확하게 이루어져야 한다는 점에 관련된 한 가지 예로서, 유해물질 배출시설 설치에 관하여 허가를 받도록 한 근거규정에 대한 위헌심사 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 법원은, 위 시설의 설치를 전면적으로 금지한 것이 아니라 사전허가를 받도록 하는 것이 그 이익 침해의 정도가 크지 않아 피해의 최소성을 충족하였고 실시하였다.⁵²⁹⁾ 그런데 필요성 심사는 단순히 전면금지보다 덜 제한적인 허가제를 채택하였다고 하여 충족되는 것이 아니다. 이러한 논리에 따르면 더 제한적인 수단인 전면금지에 비하여 허가제는 언제나 필요한 수단이 된다. 그러나 필요성 심사는 허가제에 비하여 덜 제한적인 대안이 없는지를 검토하도록 명하는 단계이므로, 이 부분에 대한 정확한 인식과 적용이 필요하다고 할 것이다.

이와 상반되는 하급심 사례로, 폐기물관리법령상 폐기물 처리업자가 준수하여야 할 사항 중 임시보관장소를 예외적으로만 사용할 수 있도록 한 조항에 대한 심사 사건을 들 수 있다.⁵³⁰⁾ 위 사건에서 제1심 법원은 당해 법령의 목적을 임시보관장소의 남용을 방지하고자 하는 것으로 인정한 후, 이러한 목적은 반출물량을 제한하는 것으로도 충분히 달성이 가능하고, 오히려

529) “특정대기유해물질 배출시설 설치에 행정청의 허가를 받도록 한 것은 대기오염으로 인한 국민건강이나 환경에 관한 위해를 예방하고 대기환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 하기 위한 구 대기환경보전법의 입법 목적(제1조)에 부합하므로 그 목적의 정당성이 인정되고, 배출시설 설치 허가제는 위 목적을 달성하는 데 적합한 수단이다.

또한 특정대기유해물질은 ‘장기적인 섭취나 노출에 의하여 사람의 건강이나 동식물의 생육에 직접 또는 간접으로 위해를 끼칠 수 있어 대기 배출에 대한 관리가 필요하다고 인정된 물질’인데(구 대기환경보전법 제2조 제9호), 이 사건 대기환경보전법 시행령 조항은 특정대기유해물질 배출시설의 설치를 절대적으로 금지하는 것이 아니라 사전에 허가를 받아야 함을 규정한 것일 뿐이므로, 그 이익 침해의 정도가 크지 않아 피해의 최소성을 충족하였고, 허가제로 인한 제한이 위와 같은 공익보다 크다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성도 충족하였다.”(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018두34497 판결)

530) 서울행정법원 2017. 2. 16. 선고 2016구합60270 판결. “폐기물관리법 제13조 제1항 본문은 폐기물 처리업자가 준수하여야 할 폐기물 처리 기준 및 방법을 시행령에 위임하고 있고, 그 위임에 따라 시행령 제7조 제1항 제3호 본문은 해당 폐기물을 적정하게 처분, 재활용 또는 보관할 수 있는 장소 외의 장소로 운반하는 것을 원칙적으로 금지하는 한편 같은 호 단서에서 폐기물 수집·운반업자가 적재능력이 작은 차량으로 폐기물을 수집하여 적재능력이 큰 차량으로 옮겨 실기 위하여 임시보관장소로 운반하는 경우에만 예외적으로 허용하고 있고, 이 사건 시행규칙 조항도 동일한 취지로 규정하고 있다.”

이러한 방법이 위 취지를 달성하는데 더 효과적일 수 있는 점, 설령 반출물량을 기준으로 임시보관장소의 이용을 제한하는 것만으로는 폐기물을 신속하고 안전하게 처리하기 위한 필요충분한 안전장치가 될 수 없다 하더라도 임시보관장소의 예외적인 허용을 전제로 하는 이상 이러한 미비점은 보관기간, 보관량, 보관시설 등 임시보관장소가 갖추어야 할 요건을 강화하는 방법으로 보완할 수 있는 점 등의 사정에 비추어, 당해 근거법령이 침해최소성을 충족하지 못하였다고 판시하였다. 위 제1심 사건의 항소심에서는 제1심 법원이 든 이러한 대안들로는 공익 목적을 충분히 달성하기 어렵다는 이유로 당해 근거법령이 필요성요건을 갖추었다고 판단하여 위 판결을 파기하였고, 위 항소심 판결이 그대로 확정되기는 하였다.⁵³¹⁾ 그러나 제1심 판결이 제시한 이유로 인하여 당해 근거법령에 비하여 덜 제한적인 대안이 있는지, 그 종류와 범위, 내용 등에 관한 논증이 양쪽 측면에서 이루어졌다는 점에서 의의가 있다고 할 것이다.

⁵³¹⁾ 서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누40725 판결 및 대법원 2018. 1. 11. 선고 2017두64002 판결.

제4장 협의의 비례원칙: 이익형량

제1절 개설

이익의 형량이란 일반적인 법방법론으로서, 특히 동등한 위상을 가진 이익들 사이의 형량은 사법(私法) 영역에서는 별다른 비판 없이 받아들여진다. 다른 한편, 국가권력의 작동을 통해 달성하고자 하는 공익과 그로 인하여 제한받는 수범자의 자유·권리 사이의 충돌이 발생하는 경우에도 형량이 기본적인 심사기준이 된 것이 현실이다.⁵³²⁾ 그러나 공익과 사익 사이의 관계 정립을 대상으로 하는 공법상의 이익형량에 대하여는 찬성론과 반대론이 첨예하게 대립하고 있다. 따라서 이 부분 형량을 두고 전개되는 다양한 설명과 이에 대한 비판을 정리하는 것은 공법상 비례원칙을 이해하는 데 필수적인 조건이라 하겠다.

이에 본 장에서는 우선 이익형량에 관한 논의들을 비판적 관점에서 정리하고, 이를 바탕으로 형량이 갖는 한계와 위험성을 고찰한다. 이어 각국의 사례를 통해 수단의 필요성과 이익형량 심사가 기능적으로 어떠한 관계 하에서 역할을 수행하고 있는지 살펴보고, 우리 행정재판에서 이익형량 심사가 갖는 기능적 의의와 한계를 헌법재판에서의 이익형량과 대비하여 검토한다.

⁵³²⁾ Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, p. 1.

제2절 형량에 대한 설명론과 비판론

I. 이익형량에 대한 설명론

1. 이익형량의 의의

가장 넓은 의미의 형량은 둘 이상의 ‘비교요소·가치·이익’이 문제된 경우에 어느 하나의 요소가 다른 요소들을 제치고 선택되어야 하는 정당화 근거를 제시하는 과정이라고 할 수 있다. 그런데 이는 결과에 이르게 되는 판단에 대한 ‘합리적인 이유제시’를 지향하는 모든 법학 방법론에 관한 일반적인 설명일 뿐이다. 형량은 다만 충돌하는 ‘비교대상’이 존재하고,⁵³³⁾ 그 비교대상들의 경중을 비교함으로써 하나의 대상을 선택하는 과정에서의 합리적 이유제시라는 점에서만 다른 것이다.⁵³⁴⁾ 공익과 사익이 충돌하는 공법적 분쟁사안에서 이러한 광의의 형량은, 달성하고자 하는 공익 목적의 중요성이 당해 수단으로 인한 사익의 제한을 정당화하는지 여부를 심사하는 과정이다.⁵³⁵⁾ 이러한 의미의 이익형량은 비판의 여지가 없는 보편적 방법론에 해당한다. 그리고 단계화된 비례원칙 중 수단의 적합성 및 필요성 심사 역시 당해 수단으로 인한 사익의 제한이 공익 목적 실현을 위하여 정당화되는지에 관한 근거를 제공한다는 점에서는 광의의 형량에 속한다고 할 수 있다.

그러나 단계화된 비례원칙의 마지막 심사단계인 이익형량에서는, 비교대상인 공익과 사익을 저울에 올려 두고 그 비중을 상호 ‘비교’한다는 의미로 형량(Abwägung)이 사용되는 데에서 논쟁의 여지가 발생한다. 이를 보다 풀어서 설명하면 다음과 같다. 둘 이상의 이익을 형량하는 것은 그 이익의 발견, 비중의 평가 및 비교를 차례로 시행하는 것이다.⁵³⁶⁾ 그리고 단계화된 비례원

⁵³³⁾ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 45.

⁵³⁴⁾ Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, *The Modern Law Review*(2012), p. 715 참조.

⁵³⁵⁾ Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 140 참조.

⁵³⁶⁾ Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law*

칙 중 하나의 심사요소로 형량 심사를 도입한 독일 연방헌법재판소는 협의의 비례원칙 심사에서 공익 목적과 제한되는 사익 사이에 합리적인(vernünftig)⁵³⁷⁾ 또는 적절한(angemessen)⁵³⁸⁾ 비례관계(Verhältnis)가 있을 것을 요구한다. 이러한 설명과 설시례를 종합해 보면, 목적과 수단 사이에 합리적이고 적절한 비례관계가 있다는 것은, 당해 수단으로 달성하고자 하는 공익의 중요성이 그 수단으로 인한 사익의 제한 정도보다 우월한 경우⁵³⁹⁾를 의미한다. 이러한 의미의 이익형량에서는, 공·사익 상호간에 비중의 비교가 과연 가능한지, 가능하다면 그 방법은 어떠한지가 문제되는 것이다.⁵⁴⁰⁾ 이하에서는 이러한 전제에서 출발하여, 이익형량을 설명하는 이론을 알렉시의 법원리 이론을 중심으로 정리한다.

2. 알렉시의 원리이론과 형량이론

1) 기본권론으로서의 원리이론

알렉시(R. Alexy)는 원리이론(Prinzipientheorie)⁵⁴¹⁾⁵⁴²⁾을 통해 형량을 ‘최대

Journal 96(1987), p. 945.

⁵³⁷⁾ BVerfGE, 10, 89, 108; BVerfGE 55, 185, 196 등.

⁵³⁸⁾ BVerfGE 71, 162, 181; BVerfGE 84, 133, 153 등.

⁵³⁹⁾ BVerfGE 90, 145, 185; BVerfGE 78, 77, 86 등.

⁵⁴⁰⁾ 이러한 점에서, 공익과 사익 사이의 형량에 난점이 있다고 인정하면서도, 형량이 최소한 개별 사안에서의 제한이 법적으로 정당화될 수 있는지를 심사하는 기능은 한다는 논증(Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 142-143)은 형량의 의미를 혼용한 데서 비롯된 것이라 할 것이다.

⁵⁴¹⁾ 알렉시의 법원리이론에 관하여 헌법과 기본권이론을 중심으로 진행된 선행연구로는, 박진완, 규칙과 원리로서의 기본권, 공법연구 제34집 제1호, 한국공법학회, 2005, 273면; 유승익, 형량이론과 기본권논증: 원칙이론의 형량개념에 대한 비판, 고려대학교, 2011; 유승익, 원칙이론의 기본권이해와 헌법국가, 고려법학 제70호, 2013, 494면; 이부하, 원칙이론에 의한 헌법재판적 형량: 알렉시(Alexy) 교수의 원칙이론에 대한 비판을 겸하여, 법학논고 제46집, 2014, 37-58면 등 참조.

⁵⁴²⁾ ‘Prinzipientheorie’를 ‘원칙이론’으로 번역하기도 하고, 실제 비례원칙이나 과잉금지원칙, 평등원칙 등에서 ‘원칙’이라는 용어가 사용되고 있기는 하다. 그러나 ‘원칙’은 ‘예외’에

실현 요청'(Optimierungsgebot)으로서 설명한다. 알렉시가 설명한 형량을 이해하기 위해서는, 기본권을 설명하는 데 도입한 법원리이론부터 출발해야 한다. 알렉시의 법원리이론에 따르면, 규범은 '원리적 법규범'(Prinzip)⁵⁴³과 '확정적 법규범'(Regel)⁵⁴⁴으로 구분된다. 전자는 그 효과를 최대한 실현할 수 있어야 한다는 '최대실현 요청'(Optimierungsgebot)⁵⁴⁵을 내용으로 하는 반면, 후자는 서로 상충되는 규범들끼리 대립하였을 때 어느 한 쪽만이 완전히 적용되고 그 다른 한 쪽은 전혀 적용되지 않는 것을 특징으로 한다고 설명한다. 그리고 헌법상 기본권은 가장 중요한 원리적 법규범 중 하나에 해당한다.⁵⁴⁶

2) 원리와 비례원칙 · 이익형량 사이의 관계

알렉시는 나아가, 각 원리들의 효과를 최대한 발현할 수 있도록 하면서 이들 간 충돌을 해결하기 위해서는 원리들 간 형량 내지 비례원칙이 필요하다고 한다. 이익형량 내지 비례원칙은 원리에 논리적으로 내재되어 있는 것이라고 평가하는 것이다.⁵⁴⁷ 알렉시에 의하면, 적합성과 필요성 단계는 각 원

대비되는 단어로서의 의미도 겸하기에 이론의 핵심적인 내용을 전달하는 데 부족함이 있어 보이므로, '원리'이론으로 번역한다(박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 42면 이하 참조). 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 서울대학교 법학 제48권 제2호(통권 제143호), 2007, 38면은 '법원리주의'로 번역하기도 한다.

543) 이하 알렉시의 이론을 설명하는 한도 내에서는 '원리'라 한다.

544) 김도균, 위의 글, 33면에서 사용하는 '확정적 법규범'과 '법원리규범' 용어를 약간 변용하였다. 이하 알렉시의 이론을 설명하는 한도 내에서는 '원칙'이라 한다.

545) 최대화는 원리들 간의 충돌을 표현하지 못한다는 점에서 이를 '최적화명령'이라고 하기도 한다(이준일, 법학에서의 최적화, 법철학연구 제3권 제1호, 2000, 101면; 유승익, 형량 이론과 기본권논증, 2011, 57면). 그러나 각 개별 원리의 관점에서는 해당 원리가 최대한 실현되는 것이 바로 '최선'(optimal)이기 때문에, 이론의 개요를 보다 명확하게 설명시킬 수 있다는 점에서 Optimierungsgebot을 '최대실현 요청'으로 번역하였다.

546) 이러한 기본권이론은, 권리의 실제적인 내용 자체를 규명하는 것은 아니고, 권리의 한계를 정하는 방식을 설명함으로써 모든 권리에 일반적으로 적용될 수 있는 구조 내지 틀을 제공하는 것을 주요한 특징으로 한다.

547) Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 100.

리들이 ‘사실적’ 가능성 하에서 가능한 한 최대한도로 실현하도록 하는 요구이고, 이익형량 단계는 ‘법적’ 가능성 하에서 가능한 한 최대한도로 실현하도록 하는 요구라고 한다.⁵⁴⁸⁾

3) 형량의 객관화 시도: 중요도공식 및 형량의 제1, 2법칙

알렉시의 원리이론에 근거한 최대실현요청으로서의 형량 이론에 관하여는 최대실현의 의미가 모호하다는 지적이 있다.⁵⁴⁹⁾ 최대실현이라는 것이 경제학적 또는 공리주의·결과주의적 최대실현, 즉 최소한의 투입으로 최대한의 결과를 얻는다는 것인지, 아니면 법적 논증에 특유한 최대실현 개념을 수립할 수 있는지가 불분명한 것이다. 이와 같은 비판을 방어하기 위해 알렉시는 형량과정의 합리화·객관화를 시도한다. 즉, 원리 내지 기본권들의 중요도를 ‘중요’, ‘중간’, ‘경미’의 세 단계로 나누어 충돌하는 원리들 사이의 교량을 실시하는데, 이를 ‘중요도공식’(Gewichtsformel)이라 한다.⁵⁵⁰⁾

알렉시는 초기에 어느 원리에 대한 제약 정도가 클수록 다른 원리를 실현하여야 할 중요성이 그에 비례하여 커야 한다고 하는 형량의 제1법칙을 정립하였다.⁵⁵¹⁾ 이어 그러한 원리의 제약이 사실상 발생할 가능성이라는 요소

548) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 101. 한편, 적합성이나 필요성원칙이 ‘사실적 가능성’만을 전제하는 것인지에 관한 비판적 검토로는, 앞 제3장에서의 논의 및 평가 참조.

549) Kai Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 5(2007), p. 461. 이 글 p. 459에서는, 원리와 형량 내지 비례원칙 사이에 과연 알렉시의 주장과 같은 논리적 연결성이 존재하는가 하는 점도 의문이라고 한다.

550) 중요도공식의 중요, 중간, 경미에 대응하는 수(2의 0제곱, 2의 1제곱, 2의 2제곱)를 대입하고 그 결과 나온 값들을 나눗셈으로 비교하는 방식으로, 1이 넘으면 분모에 위치한 원리가, 1이 넘지 않으면 분자에 위치한 원리가 각각 더 중요하고, 1이면 양 원리들이 중립상태(Patt)를 이룬다고 본다. 이러한 수치와 공식을 제시하는 것은 ‘중요, 중간, 경미’라는 삼분법을 보다 구체화하려는 시도이기 하나, 어차피 그 수치들 역시 비유적인 것에 불과하여 위 삼분법을 말로써 설명하는 것과 다를 바 없다는 점에서, 이러한 시도가 본질적으로 필요한 것인지 의문이다.

551) Robert Alexy, 위의 책, S. 146.

를 고려한 형량의 제2법칙을 추가하였다. 이는 원리에 대한 제약이 클수록, 그러한 제한의 근거가 되는 전제사실의 확실성 내지 발생가능성은 그에 비례하여 높아야 한다는 공식이다.⁵⁵²⁾ 형량의 제2법칙에서 발생가능성 역시 중요도공식에서와 같이 ‘확실’(reliable)’, ‘중간’(plausible), ‘불확실’(not evidently false)로 삼분한다.

3. 알렉시 이론의 파생이론들

알렉시의 최대실현 요청으로서의 형량이론에 대하여는 최대한으로 실현하여야 할 기준을 보다 구체화하는 측면에서 파생된 후속이론들이 전개되었다. 아래에서는 알렉시의 형량이론과 이에 대한 비판을 이해하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 이론들을 개관한다.

1) 사회적 중요성의 최대실현으로서의 형량

공익과 사익의 형량 기준으로서, ‘사회적 중요성의 차이’(marginal social importance)⁵⁵³⁾를 드는 견해가 있다. 위 견해에서는 우선 어떠한 법률·정책·수단이 채택됨으로 인하여 그 채택 이전과 채택 이후의 사회적 중요성의 차이가 생긴다고 전제한다. 그리고 채택된 당해 수단으로 달성하고자 하는 공익이 가지는 사회적 중요성과 그 수단으로 인하여 제한되는 사익이 가지는 사회적 중요성이 각각 최대화되는 방식으로 형량이 이루어져야 한다는 것이다.⁵⁵⁴⁾ 그리고 이때의 사회적 중요성은, 서로 다른 정치·경제적 사상,

552) 사실상 발생할 가능성을 ‘구체적 중요성’이라고도 하며, 형량의 제2법칙을 ‘형량에 관한 경험적 법칙’(epistemic Law)이라고도 한다.

553) “marginal social importance”의 원래 의미는, ‘수단이 투입됨으로 인하여 증가되는 만큼의 사회적 중요성’으로서 한계효용(marginal utility)에서와 같은 의미로 이해된다.

554) 다만, 버락은 비례원칙이 그 내용을 채워나가야 할 법적 논증의 틀(legal framework)이라고 하기도 하고(Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 489), 도킨(R. Dworkin)과 마찬가지로 권리가 다른 원리를 능가하는 것(trump) 등으로 설명하기도 하는 등(위의 책, p. 490) 비례원칙·형량에 대한 설명에 있어 일관되지 않

각국에 특유한 역사, 정치구조 및 상이한 사회적 가치⁵⁵⁵)에서부터 도출된다고 설명한다. 이 견해는 최대실현 기준을 사회적 중요성으로 구체화하고, 알렉시의 형량 제2법칙에서와 같이 형량을 할 때 사회적 중요성의 실현가능성도 고려 대상에 포함시킨다는 점에서,⁵⁵⁶ 알렉시 원리이론의 후속이론이라고 할 수 있다.

2) 만족도의 최대실현으로서의 형량

이밖에, ‘만족도’(degree of satisfaction)의 최대 실현을 형량으로 구성하는 입장도 있다. 위 견해는 공익이나 사익의 실현으로 인한 만족도와 각 그 제한으로 인한 불만족의 정도를 구체적인 사안에서 도출해 낼 수 있다는 것을 전제로 한다. 그리고 이와 같은 만족도와 불만족도 사이의 ‘기회비용’(trade-off)을 비교하는 것이 형량이라고 설명한다.⁵⁵⁷ 또한 이익이나 선호의 만족도를 최대화하는 것을 형량이라고 하는 입론⁵⁵⁸ 역시 알렉시의 원리이론을 구체화한 것으로 평가할 수 있다.

II. 이익형량에 대한 비판론

형량에 대하여는 개별·구체적 사안에서 이익과 가치들을 고려하고 평가함으로써 인하여 법적 안정성과 예측가능성이 약화된다는 일반적인 비판이 가능하다.⁵⁵⁹ 이하에서는 보다 구체적으로 공법상 이익형량의 관점에서 제기될

는다고 평가된다. 이러한 평가에 대하여는 Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, p. 33-34 참조.

555) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 349.

556) Aharon Barak, 위의 책, p. 358, 362. 버락이 주창한 형량이론 및 기본권이론, 헌법논증의 방법은 이스라엘 법원은 물론 이후 캐나다 대법원의 최근 판결경향에도 영향을 미쳤다고 평가된다.

557) Alfonso da Silva, Virgilio, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, *Oxford Journal of Legal Studies* 31(2011), p. 286.

558) David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2005, p. 58-59.

수 있는 비판론들을 검토하고자 한다. 공법상 이익형량에 관한 비판론은, 공익과 사익 사이의 형량이 ‘통약불가능한’(incommensurable) 가치들을 비교하려는 시도라는 이론적 측면의 비판과 일차적 판단권자에 이어 재차 형량을 행하는 것이 본래의 사법부의 기능을 벗어난 것이고 사법부로 하여금 무제한적 논증의 도구를 제공한다는 권력분립의 관점, 다시 말해 제도적 차원에서 비판으로 나눌 수 있다.⁵⁶⁰⁾ 이에 대하여 아래에서 차례대로 검토한다. 다만, 단계화된 비례원칙 중 이익형량 심사를 최소화하고, 앞선 단계인 수단의 적합성·필요성 심사를 정교화할 필요가 있다는 것이 본 연구의 취지인 만큼, 위와 같은 비판론에 대응하여 이익형량을 대체할 방법론의 본격적인 검토는 추후 연구대상으로 남기기로 한다.

1. 통약불가능성 측면

공법상 이익형량의 본질은 추구하는 공익과 제한되는 사익, 각 측면의 가치 경중을 비교·교량하는 데 있다. 이익형량을 찬성하는 입장에서는 공익과 사익도 공리주의적 입장에서 효용을 최대화한다는 하나의 요소로 환원될 수 있고, 따라서 비용편익분석 등을 통해 형량이 가능하다고 주장한다.⁵⁶¹⁾ 이와 달리 공익과 사익은 가치의 경중을 비교할 공통된 척도가 없기 때문에 그

⁵⁵⁹⁾ 예컨대, Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, 2017, p. 54 이하; 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총 1집, 1990, 153면 등. 그 밖에 최대실현 원리로서의 형량에 대하여, 사법부로 하여금 사익과 공익을 포괄하는 사회 전체의 통합적 선(good)을 이뤄내기 위하여 다른 국가기관들과 마찬가지로 협력하는 기관으로서의 기능을 하게 함으로써, 사법부의 개인의 권익보호자로서의 역할이 퇴색될 우려가 있다는 비판으로, Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, *Cambridge Law Journal* 65(1)(2006), p. 181 참조.

⁵⁶⁰⁾ 이밖에 이념적 차원에서, 이익형량이 권리의 고유한 내용에 대한 숙고를 간과하였다고 하는 권리이론(rights theory) 측면의 비판도 상당 부분 의의를 가지기는 한다. 그러나 이는 형량 방법론 자체에 대한 비판이라기 보다는 ‘원리이론’에 근거한 형량의 설명에 대한 비판에 해당한다 할 것이므로, 본고의 고찰범위에서는 제외한다.

⁵⁶¹⁾ Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, *Cardozo Law Review* 27(2006), p. 1401.

자체로 비교할 수 없다는 것이 통약불가능성 비판이다. 이하에서는 통약불가능성 비판의 정확한 의미와 그에 대한 재비판을 검토함으로써, 과연 공법상 이익형량이 이러한 종류의 비판에 취약할 수밖에 없는 것인지 고찰한다.

1) 통약불가능성의 개념

우선 통약불가능성보다 익숙한 개념이라 할 수 있는 ‘비교불가능성’(incomparability)의 정의부터 보면, 이는 두 대상이 공통된 속성에 근거하여 비교할 수 없을 때를 일컫는다. 미국 연방대법원에서 이익형량을 반대하는 취지로, ‘이익형량을 하는 것은 어느 선이 더 긴가와 어느 바위가 더 무거운가를 서로 비교하는 것과 같다’고 한 유명한 설시⁵⁶²⁾를 예로 들어 본다. 여기서 바위와 선은 비교할 수 있는 길이나 무게라는 속성을 공유하지 아니하므로, 이 두 대상은 비교불가능하다고 평가된다.

이에 더 나아가 비교의 기준이 되는 속성을 측정할 수 있는, 즉 하나로 ‘환원될 수 있는’(reducible) 측정단위가 없는 경우를 통약불가능한 상태라고 설명한다.⁵⁶³⁾ 사법(私法) 영역에서 형량이 일반적인 법방법론으로 인정될 수 있는 것은, 문제되는 이익들이 대부분의 경우 돈이라는 공통된 속성에 근거하여, 돈의 단위라는 환원될 수 있는 측정단위에 의하여 비교될 수 있기 때문이다.⁵⁶⁴⁾

2) 구체적인 논증

이와 같은 비교불가능성 내지 통약불가능성의 개념을 공법상 이익형량에

⁵⁶²⁾ Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Entertainment, Inc., 486 U.S. (1988) 888, 897(Scalia 대법관).

⁵⁶³⁾ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 79. 이 책에서는 ‘공통의 비교기준’(gemeinsamer Vergleichsmaßstab)의 부재라고 표현한다. 한편, 통약불가능성에 관한 국내의 선행연구로 조홍식, 법에서의 가치와 가치판단: 원고적격의 규범학 I, 법학 48권 1호, 2007, 160-203면 참조.

⁵⁶⁴⁾ Walter Leisner, Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997, S. 72-73 참조.

서 비교·교량하고자 하는 이익들 내지 원리들 사이의 비교에 대입하여 비판하는 것이 통약불가능성 비판이다. 이에 따르면, 통약불가능한 이익·가치·원리 각각의 속성을 크고 작음, 많고 적음 또는 무거움과 가벼움 등으로 비교하여 그러한 비교의 결과만을 판단의 논거로 삼는 경우, 형량은 합리적 근거를 상실한 부당한 과정이 된다고 한다. 예컨대, 우리나라에서 행정계획 과정의 이익형량을 합리화하기 위하여 형량의 대상이 되는 공익과 사익을 최대한 탐지한 후 이를 수치화하여 경중을 분석하여야 한다는 주장⁵⁶⁵⁾도 그와 같이 공익과 사익을 수치화하기 위한 전제인 공통된 비교단위가 존재하지 않는다는 비판에서 자유로울 수 없는 것이다. 뿐만 아니라, 알렉시가 주장하는 중요도공식에서 고려되는 요소인 원리들의 추상적 중요성, 공익의 중요성의 정도, 사익침해의 정도, 공익실현 또는 사익침해의 사실상의 발생가능성의 비교는 대표적으로 서로 환원될 수 없는 속성에 근거한 통약불가능한 것들이다.⁵⁶⁶⁾ 그럼에도 불구하고, 알렉시는 이들의 경중을 종합적으로 아울러 원리의 충돌을 해결할 수 있다고 주장하는 데 그 논리의 맹점이 있다는 것이다.

다만, 통약불가능한 대상 사이의 비교라고 하더라도 그 비교의 결과 도출되는 결론이 언제나 비합리적인 것은 아니다. 즉, 통약가능한 다른 요소에 근거하여 비교를 실시한다든지, 비교되는 요소들 각각이 가지는 고유의 중요도를 논증할 수 있다면 합리적인 판단과 선택이 가능해질 수도 있다. 그러나 알렉시가 중요도공식에서 추상적 중요성, 공익과 사익의 실현 또는 침해 정도, 실현가능성 등 요소들의 경중을 1, 2, 4와 같이 수치화함에 있어, 각 요소들에 위 수치를 부여할 때 과연 어떠한 점들을 고려하여야 할 것인지에 대한 설명이 없다.⁵⁶⁷⁾ 이러한 점에서 논증과정이 비합리적이고 주관적이라는

565) 예컨대, 성소미, 현행 토지공법에 있어서 공익과 사익의 조정에 관한 법실증적 연구, 단국대학교, 2000, 289면 참조.

566) Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, 2009, 제3장. 이에 관하여는 Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, *The Modern Law Review*(2012), p. 723 참조.

567) 비례원칙은 윤리적으로 옳은 것과는 무관하게 비용과 효용의 기술적 경중(technical weight)만을 문제 삼는다고 하는 Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, 2009, p. 90. 참조.

비판이 제기되는 것이다.⁵⁶⁸⁾

이에 대하여, 형량이 비합리적이란 포섭에 의한 연역작용 역시 비합리적이라는 비판에서 자유로울 수 없다는 주장이 있다.⁵⁶⁹⁾ 그러나 이는 포섭과 사안별 형량, 특히 공법상 이익형량을 엄밀히 구분하지 않은 데에서 비롯된 비판이라고 할 것이다. 즉, 공법상 이익형량의 비합리성은, 통약불가능성 비판이 명확히 보여주듯이, 하나의 수단이 가져오는 공익의 증대 정도와 사익의 제한 정도를 상호 비교할 하나의 공통된 기준이 없음에도 이를 행하라는 요청이기 때문에 제기되는 반론인 것이다. 반면, 삼단논법에 따른 포섭은 법을 선언하고 그에 따라 선언된 법에 구체적인 사안이 해당되는 것인지를 판단하는 것으로서, 이 과정에서 형량이 이루어진다면 이는 사법(司法)의 고유한 작용의 범위 내에 속하는 것이다.⁵⁷⁰⁾ 즉, 해석 및 포섭과정상 형량에서는 언제나 법문이 출발점이자 한계를 이룬다는 점에서 사안별 이익형량과는 근본적인 차이가 있다.⁵⁷¹⁾

본고에서 이익형량에 앞선 심사단계인 수단·목적 관계 심사가 비례원칙의 핵심적인 부분이라고 하는 이유도, 수단의 적합성과 필요성 심사기준은 그 기준의 해석·적용 과정에서 위와 같은 사법 고유의 작용을 가능하게 하는 대전제 - 목적 달성을 가능하게 하는 수단일 것, 덜 제한적이면서 목적을 동일하게 달성 가능한 대안이 존재하지 않을 것 - 로서 기능하기 때문이다. 그리고 수단의 목적 달성에 대한 인과관계, 당해 수단과 대안이 자유를 제한하는 정도 및 목적을 달성하는 정도의 비교라는 대전제의 해석과 그

⁵⁶⁸⁾ Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, JURA(1997), S. 610. 반면 비례원칙이 중립적인 심사도구로서 주관성과 불확실성을 피할 수 있다는 평가로, David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, 2005, p. 171 참조.

⁵⁶⁹⁾ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 204.

⁵⁷⁰⁾ Frederic Schauer, Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, Law & Ethics of Human Rights 4(2010), p. 45 참조.

⁵⁷¹⁾ Frederick Schauer, 위의 글, p. 43; Niels Petersen, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law, German Law Journal 14(2013), p. 1402; Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 184-185 참조.

에 대한 포섭과정에서는, (공법상) 이익형량에서와는 달리 공통된 비교기준이 없는 것들 사이의 직접적인 비교를 명하지 않는다는 점에 본질적인 차이가 있다.

또한 하나의 판단요소로 환원될 수 있는 공통된 기준을 공유하지 않는 대상들 사이의 비교를 실행하였다 하더라도, 그 비교의 결과가 합리적인지 비합리적인지의 판단 내지 비판이 불가능하다. 예컨대, 비둘기에게 먹이 주는 것을 금지하는 조치가 위헌인지 여부가 문제되는 경우,⁵⁷²⁾ 먹이를 주는 일반적 행동의 자유와 환경미화적 측면 등의 공익 사이의 경중 비교를 가능하게 하는 환원요소 또는 기준이 없고, 따라서 어느 쪽이 다른 쪽을 위하여 희생되어야 하는 이익인지에 대하여는 가치관에 따라 다른 판단이 가능하다.

3) 재비판

(1) 통약가능한 요소의 제안

이러한 통약불가능성 비판에 관하여, 공통으로 추출될 수 있는 요소를 찾아내는 것이 가능하다는 전제 하에, 그 공통의 요소로서, 헌법적 중요성,⁵⁷³⁾ 사회적 중요성,⁵⁷⁴⁾ 기회비용(trade-off)⁵⁷⁵⁾ 또는 수인가능성⁵⁷⁶⁾ 등을 내세움으로써 재반박하고자 하는 주장들이 있다. 그러나 이러한 요소들은 그 자체로 극도로 추상적인 개념으로서, 의미가 불명확함은 물론, 실제 사안에서 과연 공익과 사익이 위와 같은 요소로 환원될 수 있을지 의문이다. 또한 위와 같은 공통의 요소라는 것도 그 자체로 통약 가능한 기준이라고 볼 수도 없

572) BVerfGE 54, 143.

573) Robert Alexy, On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison, Ratio Juris 16(3), (2003), p. 442

574) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, p. 484.

575) Virgílio Afonso Da Silva, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, Oxford Journal of Legal Studies 31(2011), p. 285- 286.

576) Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, University of Toronto Law Journal 57(2007), p. 393. 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, 저스티스 통권 제163호, 2017, 119면.

다.⁵⁷⁷⁾ 결국 이들이 제안하는 요소들로도 통약불가능성의 한계를 극복하기는 어렵다고 할 것이다.⁵⁷⁸⁾

(2) 강한 통약불가능성과 약한 통약불가능성의 대비

한편, 통약불가능성을 강한 것과 약한 것으로 양분하여 이를 서로 달리 보아야 한다는 견해도 있다. 이에 따르면, 강한 통약불가능성이란 비교대상들 사이에 그 경중을 가릴 수 없는 경우이고, 약한 통약불가능성이란 비교대상들 사이에 가치의 양적 경중을 측정할 수는 없지만 그 우선순위를 매길 수는 있는 경우를 의미한다.⁵⁷⁹⁾ 강한 통약불가능성을 고수하게 되면, 특정 결정이나 판단에 관한 합리적인 이유를 부여할 수 없고, 그 자체로 민주주의 원리에 의하여 선출된 입법자의 정당한 결단만이 존재하는 것이 되어, 입법자의 결단에 대하여 사법심사가 불가능하다고 한다. 반면, 후자는 비교대상 사이의 상대적인 관계 설정이 가능하다는 것을 전제로, 입법자의 결정에 대하여 사법심사를 하는 근거가 마련된다는 것이다.⁵⁸⁰⁾ 이에 관하여는, 입법자의 결정에 대한 사법심사가 공익과 사익 사이의 상대적인 관계에 대한 논증이라는 약한 통약불가능성의 개념을 인정하면서, 그와 같은 상대적 관계의 논증은 단순한 비용-효용분석이 아닌, 윤리적 가치판단을 포함한 실천적 이유제시에 의하여 이루어지는 것이고, 이 과정이 바로 이익형량이라는 주장도 있다.⁵⁸¹⁾

그러나 약한 통약불가능성 역시 통약불가능성 자체를 전제로 하기 때문에

⁵⁷⁷⁾ Timothy Endicott, Proportionality and Incommensurability, in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, 2014, p. 318 참조.

⁵⁷⁸⁾ Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, p. 60 참조.

⁵⁷⁹⁾ Jeremy Waldron, Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer, *Hastings Law Journal* 45(1993), p. 813-824, p. 815. 이에 관하여는 Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, p. 58-59 참조.

⁵⁸⁰⁾ Jeremy Waldron, 위의 글, p. 813-824, p. 815. 이에 관하여는 Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, *The Modern Law Review*(2012), p. 720 참조.

⁵⁸¹⁾ Kai Möller, 위의 글, p. 722.

이 부분에 관한 비판을 극복할 수 있는 개념구분은 아니다.⁵⁸²⁾ 또한 공통된 환원요소를 공유하지 않는 이익들 사이에 우선순위를 서수적으로 정하는 것 역시 그 우선순위의 차이가 현저한 예외적인 경우에만 기능할 수 있다는 점에서,⁵⁸³⁾ 이익형량의 한계를 보완하는 이론구성이라고 보기 어렵다.

4) 평가

(1) 통약불가능성과 합리적 결정 사이의 관계

이상에서 본 바에 의하면, 통약불가능성 비판이 공법상 이익형량에 대하여는 극복하기 어려운 것으로 여겨질 수 있다. 물론 통약불가능하다고 하더라도 곧바로, 통약불가능한 대상들 사이의 선택이 언제나 ‘비합리적’인 것은 아니다.⁵⁸⁴⁾ 우선 통약불가능한 상태를 야기하지 않는 속성을 찾을 수 있는 경우에는 합리적 결정이 가능하다. 앞서 든 미국 연방대법원 설시 중 바위와 선의 예에서, 무게나 길이로는 비교나 통약이 불가능하지만, 예를 들어 색으로는 비교가 가능하고, 색의 속성 중 명도 또는 채도를 나타내는 수치로는 통약이 가능하기 때문이다. 즉, 이 경우 명도가 높은 것을 선택해야 한다면 ‘선의 명도는 바위의 명도보다 X값만큼 높다.’는 비교를 통해 합리적인 선택이 가능해진다. 그러나 공익과 사익 사이에서 이러한 요소를 찾기란 어려우므로,⁵⁸⁵⁾ 이러한 사유로 합리적인 결정이 될 가능성은 적다.⁵⁸⁶⁾

⁵⁸²⁾ Francisco J. Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, 2017, p. 60-61.

⁵⁸³⁾ 통약불가능성은 인정하면서도 형량은 불가피하고, 형량 심사의 방법은 현저한 불균형 유무를 심사하는 것이어야 한다는 견해로, Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal 65(1)(2006), p. 201면 이하 참조.

⁵⁸⁴⁾ Francisco J. Urbina, 위의 책, p. 44 참조. 이 책에 의하면, 통약가능성 여부와 합리적 선택가능성 여부 사이에는 네 가지 경우의 수가 가능하다. 즉 ① 통약불가능하면서 비합리적인 선택, ② 통약불가능하면서 합리적인 선택, ③ 통약가능하면서 비합리적인 선택, ④ 통약가능하면서 합리적인 선택.

⁵⁸⁵⁾ Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 59 참조.

⁵⁸⁶⁾ 이와 관련하여, 공익과 사익의 충돌 영역에서도 비용-편익 분석을 통해 통약가능한 단위

다음으로 환원가능한 공통된 속성이 없더라도, 한쪽의 가치상황이 절대적으로 보호하여야 할 것인 경우에는 그쪽을 선택하는 것이 합리적인 결정이 된다.⁵⁸⁷⁾ 다만, 이 경우에는 그 한쪽의 가치상황을 절대적으로 보호하여야 한다는 당위성에 대한 두터운 논증이 필요할 것이다. 결국, 법적 가치판단에 있어 합리적 결정인지 여부는, 통약가능성 내지 비교가능성 여부가 아니라 각 가치의 고유한 영역을 규정짓고, 그 가치의 의미와 중요성을 어느 정도로 설득력 있게 근거지을 수 있느냐에 달려 있다.⁵⁸⁸⁾

(2) 공법상 이익형량과 합리적 결정 가능성

이상의 내용을 공법상 이익형량에 대한 통약불가능성 비판의 관점에서 살펴본다. 우선 한쪽의 이익이 절대적인 가치우위에 있다고 전제하여 그 한쪽을 선택하는 것이 합리적인 것이라고 하게 되면, 결국 이익형량이라는 방법론을 포기하고 이익의 실체적 내용 및 그 경중을 미리 일반적으로 확정하여 판단할 것을 요청하는 범주적 접근방법론만이 합리적이라는 결론에 이르게 된다.

그러나 범주적 접근방법론과 이익형량 방법론 중 어느 하나에만 의존해서는 가치의 충돌상황을 해결할 수 없다. 이익형량에 대한 통약불가능성 비판 논쟁을 통해 얻을 수 있는 시사점은, 공익과 사익 사이를 형량하는 과정에서 공통된 속성이나 환원요소에 근거하여 판단을 합리화하기 어렵다는 사정을 인정할 필요가 있다는 점이다.⁵⁸⁹⁾ 공익과 사익 사이의 형량이 가지는 이러한

를 찾을 수 있다고 보기도 한다. Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale Law Journal 96(1987), p. 976 참조.

587) Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, p. 43.

588) 이와 관련하여, 실질적인 ‘가치원리’(Wertungsprinzip)에 의하여 보완되어야만 형량이 가능하다는 Oliver Lepsius, *Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in: *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 9; 형량에 관한 공식에서 열어놓았던 원리의 실체적 내용, 윤리적 이념적 내용을 채워 넣어야 한다는 취지의 Alison Young, *Proportionality is Dead: Long Live Proportionality!*, in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, 2014, p. 50, 58 참조.

근본적인 한계를 겹쳐서 인정할 때, 형량과정은 보다 신중하고 세심한 것이 될 수 있다.⁵⁹⁰⁾

이러한 통약불가능성이라는 기본적 약점 내지 난점에도 불구하고, 자유·권리의 제한상황 내지 공법상의 분쟁상황을 해결함에 있어 공익과 사익 중 어느 것을 우선시하여야 할 것인가의 결단 과정에서 이익형량 심사가 불가피한 경우가 있다. 이러한 예외적인 경우에 이익형량 심사를 보충적으로 원용하되, 통약불가능한 이익 사이의 형량을 보완할 대안적 해결을 모색하는 노력이 부단히 이루어져야 한다. 본고에서 수단의 적합성과 필요성 심사의 고유한 의미를 고찰한 이유도 바로 이익형량 심사에 앞서 보다 객관적이고 합리적 판단이 가능한 심사단계를 활용하자는 취지에서이다.

2. 제도적 측면

권력분립 측면에서는, 이익형량이 정치적 결단과정에서 원용되는 것을 넘어서서 법적 논증의 도구로서도 유효한 것인가의 문제가 제기된다. 상호 통약불가능한 가치인 공익과 사익이 충돌하는 경우, 정치 영역에서 다수결에 의한 의사의 결단을 통해서, 또는 행정적 판단과정에서 이루어지는 제반 사정의 고려를 통해서만 그 경중을 결정할 수 있을 뿐이다. 따라서 그러한 정치 내지 행정적 판단과정을 통해 산출된 결과물인 입법이나 행정작용이 과도하게 사익을 제한하는지 여부에 관하여 법적 판단을 함에 있어서는, 또다시 공익과 사익의 경중 판단을 되풀이하는 방법에 의해서는 안 된다. 이 부분에 대한 법적 판단은 정치적·행정적 과정에서 이루어진 가치판단이 합리적인가를 심사하기 위한 최대한 객관화된 기준을 원용함으로써만 가능한 것이다.

589) Francisco J. Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, 2017, p. 57 참조.

590) 실무의 관점에서 법학의 연구결과를 이해하고 존중함으로써 판례가 법의 역사와 이념, 세계 속에서 갖는 의미와 문제점들을 자각하고, 실무가의 최대의 덕목인 ‘겸허함’을 갖추게 된다고 강조한 박정훈, 행정법에 있어서 판례의 의의와 기능, 법학과 법실무의 연결고리로서의 판례 - 재량행위에 관한 대법원판례를 예시로 하여, 행정법학 제1호, 2011, 23면 참조.

이러한 점에서, 사법부의 국가권력으로서의 지위·위상이 견고하여 정당성의 관점에서 안정적일수록, 정치영역으로부터 강한 지지를 받을수록 이익형량을 적극적으로 원용하고, 그렇지 않은 경우는 이익형량을 자제한다는 분석 내지 평가⁵⁹¹⁾에는 동의하기 어렵다. 이는 사법부에서 원용하는 이익형량도 결국 정치유사한 과정임을 전제로 하는 것으로 보인다. 그러나 사법부는 입법부·행정부와 비교하여 갖는 상대적 지위·위상과 무관하게, 입법부와 행정부가 행한 결정을 합리적으로 판단할 고유의 권한을 부여 받은 권력이다. 그리고 이 임무를 수행함에 있어, 일차적 판단기관이 수권 받은 의사결정의 본질을 이루는 공익과 사익의 형량을 합리적으로 평가하는 방식이 사법부에 의한 제2차의 형량일 수는 없다.

결국 공익이 갖는 중요성과 사익이 제한되는 정도에 관한 입법부·행정부의 기존 결단에 대하여 사법부가 적극적으로 그 공익과 사익의 중요도를 다시 부여하는 것은 지양되어야 한다. 그리고 사법부의 합리적 판단의 임무는, 위 수단의 필요성 심사 부분에서 본 바와 같이, 수단과 대안들이 공익과 사익에 미치는 영향을 입법부·행정부와 함께 숙고하는 심사방식을 정치하게 발전시키는 방식으로 수행해 나가야 할 것이다.

III. 시사점

이상의 검토를 종합해 보면, 이익형량 심사에 대한 비판론을 정면으로 재반박할 수 있는 이론적 측면의 접근은 어렵다고 보인다. 다만, 사법심사의 기능적 측면에서 이익형량이 요구되는 경우가 있는바, 공익과 사익 사이의 불균형이 명백한 경우, 또는 입법부·행정부의 일차적 이익형량에 따른 결정이 타당하다고 확인할 때에는 이익형량에 근거한 판단이 가능하다. 그리고 그 결정과정에서 이익이 반영되지 못한 집단 또는 개인의 기본권 보호가 쟁점일 때에는 형량이 기능할 여지가 있다. 즉, 일차적 의사결정과정에서 배제

⁵⁹¹⁾ Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 67 이하.

됨으로 말미암아 고려되지 못하거나 잘못 평가된 이익상황을 바로잡음으로써, 이익형량이 개인의 자유·권리를 보장하는 도구로 기능할 수 있다는 점⁵⁹²⁾을 새길 필요는 있다. 이하에서는 이러한 이익형량의 기능과 한계에 대한 인식을 토대로, 단계화된 비례원칙 심사 중 이익형량이 필요성 심사와 어떠한 관계가 있는지 및 이익형량 심사가 고유한 의의를 가지는 영역에 관하여 검토한다.

1. 수단의 필요성과 이익형량의 관계

수단이 필요성 심사는 통과하지만, 이익형량 심사를 통과하지 못하는 경우를 상정할 수 있겠는가. 그리고 과연 그와 같은 논증을 통해 채택된 수단을 배척하는 것이 어떤 의의를 가질 수 있겠는가. 이는 수단의 필요성과 이익형량 사이의 관계를 보다 분명히 부각하기 위해 상정해 볼 수 있는 질문들에 해당한다.

필요성 심사에서도 사실적 정보와 자료들에 입각해서 수단과 대안들이 가져오는 효과를 살피되, 최종적으로는 가치판단이 개입될 필요가 있다.⁵⁹³⁾ 이러한 필요성 심사는, 당해 수단과 제안된 대안들이 목적의 달성 정도와 수범자들에게 각각 미치는 영향들에 관하여 심사할 것을 요청하는 단계로서, 이익형량의 과정과 방법을 보다 객관적으로 구체화한 심사단계라 할 것이다.⁵⁹⁴⁾ 필요성 심사는 일부 견해의 주장처럼 목적 달성 정도에 관한 기계적인 동일성을 요구함으로써 무의미한 것으로 취급되거나 이익형량과 동일시될 수 없는⁵⁹⁵⁾ 고유한 방법론인 것이다.

⁵⁹²⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 32 참조.

⁵⁹³⁾ Paul Yowell, *Proportionality in US Constitutional Law*, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 100.

⁵⁹⁴⁾ Paul Yowell, 위의 글, p. 113 참조.

⁵⁹⁵⁾ Jörgen Pöße, *Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers als Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrollbeschränkung*, in: Martin Nolte(Hg.), *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat*, 2002, S. 33-46, S. 44. 이에 대하여는 Niels Petersen, *Proportionality and Judicial*

필요성 심사의 의의와 가치를 이와 같이 이해하고, 이익형량이 가지는 한계를 인정한다면, 결국 공법 영역에서 자유·권리 제한의 사안은 객관적인 논증가능성이 보다 높은 필요성 심사에 비중을 두어야 할 것이다.⁵⁹⁶⁾ 이러한 점에서, 덜 제한적이면서 목적을 동일하게 달성할 수 있는 대안이 없다는 이유로 필요성 요건이 충족된 당해 수단에 대하여, 이익형량 심사 단계에서 당해 수단으로 인해 침해되는 사익이 공익보다 중요하다는 논증을 통해 배척하는 것은 지양되어야 할 것으로 생각한다. 이에 관하여 아래 각국의 사례를 통해 보다 구체적으로 살피기로 한다.

2. 이익형량이 고유한 의의를 가지는 영역

형사법 영역에서 사법심사를 함에 있어서는 특별한 경우가 아닌 한, 필요성 심사보다는 이익형량 심사가 가능하고 유용하다. 이는 우선 위 규범들의 수범자인 피의자 또는 피고인들은 입법절차에서 자신의 이익이 반영될 기회가 없다는 정치과정상의 측면에서 그러하다.⁵⁹⁷⁾ 또한 필요성 심사의 개념요소 중 덜 제한적인 수단인 더 가벼운 처벌수단이나 절차는 상정하기 쉬우나, 그 수단이 가져올 형사정책적 효과 등 장래를 향한 목적보다는 과거 행위에 대한 제재의 비례성이 주된 판단요소이기 때문이기도 하다. 이러한 점은 우리 헌법재판소가 형사법 규정을 심사할 때 책임과 형벌의 비례성이라는 표현으로 실시하는 심사에도 나타나고, 제재처분에 관한 행정재판에서도 이러

Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 51 참조.

⁵⁹⁶⁾ Guy Miller Struve, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, Harvard Law Review 80(1967), p. 1438; Robert M. Bastress, The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 1039-1940; Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 194; Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 45, 148 참조.

⁵⁹⁷⁾ Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 32 이하 참조.

한 측면을 엿볼 수 있다. 다른 한편, 위반의 정도에 비춘 제재의 경중을 검토하는 의미에서의 비례원칙, 즉 비례성 요청에 따라 제반 요소들을 고려하여 판단하는 경우에는 공법상 협의의 비례원칙에서 비롯되는 공익과 사익 사이의 통약불가능성 문제나 권력분립상 정당성의 문제가 발생하지 않는다.

제3절 이익형량의 한계

I. 이익형량의 한계점

사법부가 행하는 이익형량 심사의 한계점은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 국민의 뜻이 표출된 헌법과 국민의 대표자의 뜻이 반영된 법률의 문언이 그 하나이고, 명문의 법은 아니지만 속성상 절대적인 영역이 인정되는 자유·권리가 다른 하나이다.

이 중에 후자는 다시, 생명권이나 인간의 존엄 등 그 자체로서 이익형량이 허용되지 않는 절대적 권리를 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우와 일반적으로 제한 및 형량이 가능한 자유·권리이지만 제한으로써 침범할 수 없는 본질적 영역을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우로 나눌 수 있다. 이와 관련하여, 단계화된 비례원칙 중 이익형량 심사에서 풍부한 논증과 사례를 발전시킨 것으로 알려진 독일 연방헌법재판소에서 근래 들어 범주적으로 접근하는 경향을 보인다는 평가도 있다.⁵⁹⁸⁾ 즉, 연방헌법재판소가 인간의 존엄성 또는 기본법 제19조 제2항에 정한 기본권의 본질적 영역을 논거로 하여 범주적 접근을 시도한다는 것이다.⁵⁹⁹⁾ 이와 달리, 최근 인간의 존엄도 비례원칙 심사 대상으로 상대화한 사회보장 영역에서의 결정이 있기도 하였

⁵⁹⁸⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 185.

⁵⁹⁹⁾ Niels Petersen, 위의 책, S. 185. 독일 기본법의 관련 규정은 다음과 같다.

제1조 (1) 인간의 존엄성은 불가침이다. 인간의 존엄성을 존중하고 수호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

제2조 (1) 모든 사람은 생명권과 신체를 침해당하지 아니할 권리를 가진다. 개인의 자유는 불가침의 것이다. 이 권리들에 대한 제한은 법률에 의하여만 가능하다.

이와 관련하여, 미국의 9·11 테러 이후 납치되어 테러에 악용될 것으로 예상되는 비행기를 쏘아 추락시킬 수 있다는 규정을 둔 항공안전법(Luftsicherheitsgesetz)에 대하여 헌법상 생명권을 침해하여 위헌이라고 선언한 BVerfGE, 115, 118 참조. 이에 대한 비판적 분석으로는, Raymond Youngs, *Raymond Youngs, Germany: Shooting down aircraft and analyzing computer data*, *International Journal of Constitutional Law*(2006), p. 457-514 참조.

다.600)

이러한 절대적 자유·권리 및 그 본질적 영역에 관한 논쟁은, 형량의 한계를 살피는 데 유용한 소재이기는 하다. 그러나 행정법상 단계화된 비례원칙을 연구대상으로 하는 본고에서, 헌법적·인권법적 차원에서 주로 문제되는 이 부분 논쟁을 모두 다루기는 어렵다. 뿐만 아니라, 법률 차원의 사안별 이익형량은 결국 명문의 법문해석과 충돌되는 경우에 문제된다고 할 것이다. 이 문제에 관하여 아래 II.항에서 검토한다.

이와 관련하여, 미국에서는 유보의 가능성 없이 규정되어 있는 수정헌법 제1조 표현의 자유와⁶⁰¹⁾ 수정헌법 제2조 총기소지의 자유⁶⁰²⁾에 대하여 해석상 형량을 통해 범주적으로 자유의 의미를 확정할 것인지, 구체적 사안별 이익형량에 의하여 판단할 것인지의 방법론을 둘러싼 논쟁도 있었다.⁶⁰³⁾ 이 부분도 이익형량의 본질과 방법론 및 한계에 관한 통찰을 제공하기는 하지만, 역시 헌법적 쟁점을 중심으로 한 논쟁이라는 점에서 추후 연구과제로 남기기로 한다. 아래에서는 행정법 차원에서 ‘법문’에 의한 이익형량의 한계에 한정하여 검토한다.

600) BVerfG, Urteil vom 5. November, 2019.

601) 수정헌법 제1조 의회는 종교를 설립하거나 자유로운 종교활동을 하는 것, 언론이나 출판, 평화로운 집회를 할 권리, 정부에 청원할 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다. 표현의 자유에 관한 대표적인 사안으로, 유인물을 배포하는 방법으로 표현할 자유와 거리의 청결이라는 공익 사이를 형량하였다고 평가되는 *Schneider v. State*, 308, U.S. 147 (1939) 및 해석상 형량을 통해 아동포르노가 표현의 자유에 속하지 않는다고 선언한 *New York v. Ferber*, 458, U.S. 747(1982).

602) 수정헌법 제2조 잘 규율된 민병대(well regulated militia)는 자유로운 주의 안보에 필요하므로, 무기를 보유하고 소지하는 권리는 침해되어서는 안 된다. 한편, 위 조항이 정한 무기 보유 및 소지의 자유의 의미를 확정하는 방법으로 총기 소지에 조건과 제한(사용하지 않는 권총 등에 대하여는 장전하지 않을 것 등)을 가한 법규가 위헌이라고 선언한 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570(2008).

603) 미국에서 범주적 접근방법론에서 형량 방법론으로 이전해 간 연혁의 소개로, Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 948-963 참조.

II. 법적용과 사안별 이익형량

예비적 고찰에서 전제된 바와 같이, 비례원칙은 대전제의 해석과 사실의 확정 및 포섭이라는 법적용 과정이 완결된 후, 부가적으로 원용되는 불문의 대명제 내지는 법의 일반원리이다. 그렇다면, 명문의 대전제에서 문언상 명백하게 명하는 바에 따라 법적용을 마치면, 여기에 더하여 비례원칙 내지 이익형량을 다시 원용할 여지는 없는 것인가.

이와 관련하여, 독일에서는 행정작용의 근거가 되는 법률이 기속적인 문언으로 규정되어 있고 그에 따라 이루어진 행정작용에 대하여, 다시 비례원칙을 원용하여 취소할 수 있는지의 문제가 2007년경 외국인의 해외 추방 사안을 시작으로 본격 대두되었다. 이러한 사안들에서는 명시적인 법문의 해석 및 포섭에 따른 법적용과 ‘비례원칙’과의 관계가 문제되기는 하였다. 그러나 그 주된 논증은 단계화된 비례원칙 중 ‘이익형량’에서 이루어졌다는 점에서, 이 부분 쟁점을 검토함으로써 이익형량의 한계점을 찾을 수 있을 것으로 기대한다.

1. 독일의 기속행위와 형량

독일에서는 외국인의 추방에 관하여 2007년 연방헌법재판소의 리딩케이스⁶⁰⁴⁾를 기점으로, 기속적 규정에 근거한 행정작용에 대하여 비례원칙 내지 이익형량을 부가적으로 원용함으로써 구체적 타당성을 기하는 방향의 행정재판소 판결들이 다양하게 있어 왔다. 위 연방헌법재판소 결정이 있었던 2007년 이전에도 영업에 관한 법률 등 일부 영역에서 산발적으로 그리고 신중하게, 기속적 규정에도 불구하고 예외적으로 처분을 취소함으로써 구체적 타당성을 기한 예가 있었다.⁶⁰⁵⁾ 그러나 이는 일정한 경향을 이루기보다는 극

⁶⁰⁴⁾ BVerfGK 12, 37, 41.

⁶⁰⁵⁾ 예컨대, 영업에 관한 법률 제35조 제1항에서는 “영업인 본인 또는 그 수탁자가 신뢰할 수 없는 사정(Unzuverlässigkeit)이 있다고 인정되는 경우에는, 공공의 보호 또는 그 영업종사자들의 보호를 위하여 필요한 경우에 한하여, 관할 행정청은 그 영업의 전부 또는

히 예외적인 사안에서 드물게만 발견되었을 뿐이었다.⁶⁰⁶⁾ 그러던 중 2007년 이후에는 외국인의 체류에 관한 법률조항에 근거한 추방처분에 대하여 비례 원칙을 원용한 결과 추방처분을 취소한 판시가 이어지면서 최근에는 법률 자체가 개정되기에 이르렀다. 그리고 이에 이어 외국인 추방 뿐 아니라 다른 영역에서도 유사한 문제가 제기되었다.

아래에서는 기속행위와 비례원칙의 원용에 관한 여러 영역의 실제 독일 사안들을 검토하기로 한다. 이로써, 일반 추상적인 입법자의 결단을 통해 추구하고자 하는 평등한 규범적용 및 법적 안정성·예견가능성이라는 가치와 개별 사안에서 구체적 타당성을 실현하고자 하는 사법부의 가치가 충돌하는 문제를 어떻게 풀 것인지, 그리고 이 경우 비례원칙 또는 이익형량은 어떠한 기능을 하여야 할 것인지를 고찰한다.

2. 실제 사안의 검토

1) 외국인의 추방

구 「외국인에 관한 법률(Ausländergesetz)」 제47조 제1항 제2호에 따르

일부의 수행을 금지한다.”(Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn ...)고 정하고 있는데, 1982년 연방행정법원은 “신뢰할 수 없는 사정이 인정되고, 공익상의 필요도 인정되는 경우라 하더라도, 극히 예외적인 경우에는 과잉금지위반이 인정될 수 있다.”고 판시함으로써(Urteil vom 16. März 1982, Az. 1C 124/80), 불확정개념이 포함된 요건이 모두 충족된 경우에도 예외적으로 비례원칙의 적용가능성을 인정하였다. 한편 주차금지를 위반한 차량에 대한 견인 및 보관비용의 청구 사안에서, 연방행정법원은 비용이 부과되는 기간을 일정기간 유예하는 것이 비례원칙에 부합한다는 취지의 판시를 하기도 하였다[BVerwGE 102, 316, 320(Urteil vom 11. Dezember 1996)]. 위 각 판결에 대하여는 Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019, S. 49 참조.

⁶⁰⁶⁾ 다만, 영업법 제35조에 따른 필요적 허가거부가 문제된 최근 사안에 비례원칙 심사를 부가적으로 원용하는 것을 긍정한 예로, VGH München, Beschluss vom 24. Oktober. 2012. Az. 22 ZB 12.853; VGH München, Beschluss vom 30. April. 2013. Az. 22 B 13.448. 이 판결들에 대하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 159 참조.

면, ‘외국인은 고의로 마약에 관한 법률 위반으로 (중략) 자유형의 판결을 선고받아 확정되고 그 집행이 유예된 경우가 아니면 추방된다.’⁶⁰⁷⁾고 정하고 있었다. 2007년 연방헌법재판소는 마약 소지 및 거래로 2년 7개월의 형을 선고받아 확정된 이란 국적 외국인의 추방처분의 취소를 구하는 사건의 판결에 대한 헌법소원 사안에서, 추방처분에 대하여 비례원칙에 의한 심사를 하여야 하고, 할 수 있다고 전제하였다.⁶⁰⁸⁾ 나아가 청구인이 독일에 머문 기간이 25년에 이르고 그로 인하여 독일 사회에 통합된 정도, 그에 비해 모국인 이란과의 유대는 결여된 낮은 점 등을 중하게 고려하지 않아 대상판결에 비례원칙의 적용에 잘못이 있다는 취지로 판시하였다.⁶⁰⁹⁾

한편, 위 외국인에 관한 법률 조항에 상응하는 개정 전 「외국인의 체류 등에 관한 법률」⁶¹⁰⁾ 제53조 제2호⁶¹¹⁾에서는 일정한 형량 이상의 형벌을 선고받은 외국인은 추방된다고 규정하였다. 위 조항에 따른 추방처분에 관하여 2009년 3월 함부르크 고등행정재판소는 2007년 연방헌법재판소 결정을 인용하고, 유럽인권협약을 고려하여 비례원칙의 적용을 긍정하였다.⁶¹²⁾ 이어 같은 해 5월에는 뮌스터 고등행정재판소에서 추방처분에 대한 심사에서 비례원칙에 따른 개별·구체적 사정을 심사하는 것이 원칙적인 것이라고 선언하

⁶⁰⁷⁾ “Ein Ausländer (...) ist ausgewiesen, wenn (...)”

⁶⁰⁸⁾ 하급심인 레겐스부르크 행정법원(Entscheidung vom 28. Oktober 2005, Az. RN 9 K 04. 2490)과 뮌헨 고등행정법원(Beschluss vom 3. Februar 2006, Az. 24 ZB 05.3202)에서 비례원칙 심사는 가능하다고 전제하면서도 추방처분은 적법하다고 보았다. 이 판결들에 대하여는 Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019, S. 51-52 참조.

⁶⁰⁹⁾ BVerfGK 12, 37, 41. 결국 청구인은 기본법 제2조 제1항이 정한 일반적 행동의 자유가 침해되었다고 판단하였다. 이 결정에 대하여는 Benedikt Vogt, 위의 책, S. 51-52 참조.

⁶¹⁰⁾ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet.

⁶¹¹⁾ “마약에 관한 법률을 위반한 고의의 범죄로 (중략) 2년 이상의 자유형을 선고받아 확정되고, 그 집행이 유예되지 아니한 외국인은 추방된다.”(Ein Ausländer wird ausgewiesen, wenn...) 「외국인에 관한 법률」이 「외국인의 체류 등에 관한 법률」로 개정되어 2007. 1. 1.부터 시행되었다.

⁶¹²⁾ Urteil vom 24. März 2009, Az. Bf. 166/04. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 165-166; Benedikt Vogt, 위의 책, S. 54-55 참조.

였다.⁶¹³⁾ 이로써 법률에 따라 그 요건을 갖추어 이루어진 처분이라 하더라도, 추가적으로 그 처분이 비례원칙에 부합한다는 점에 관한 논증책임이 정부 측에 부과되기에 이른다.⁶¹⁴⁾

이러한 판결이 이어진 결과, 「외국인의 체류 등에 관한 법률」 중 추방조항이 개정되어 2016. 1. 1.부터 시행되었다. 개정된 조항에서는, 일정한 기준 이상의 형벌을 선고받은 외국인이라 하더라도 일률적으로 추방처분을 하는 것이 아니라, 추방을 하여야 할 공익과 당사자의 이익을 형량하여 추방처분을 하도록 하는 형량규정⁶¹⁵⁾을 명문화하였다.

2) 공적 작용에 대한 비용 청구

연방헌법재판소의 선도적 결정이 있었던 2007년 이전에도, 행정청이 차량의 견인 및 보관비용을 부과한 사안에서 종종 비례원칙의 원용을 통해 구체적 사정을 고려하였던 경향이 있어 왔다. 그러던 것이 위 시점 이후에는 비

⁶¹³⁾ Beschluss vom 26. Mai 2009, Az. 18E 1230/08. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, 위의 글, S. 165-166; Benedikt Vogt, 위의 책, S. 55 참조. 한편 2012년에는 ‘외국인의 체류 등에 관한 법률 제53조가 정한 법률효과를 목적론적으로 제한하여야 할 사정이 인정되는 개별적인 사안에서만 유럽인권협약 제8조 제1항의 원용을 통해 지속적 추방을 구제하는 것이 방법론상 타당하다.’는 취지를 명시하기도 하였다. OVG Lünenberg, Beschluss vom 3. Juli 2012, 11 LA 150/12. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 166 참조.

⁶¹⁴⁾ Tristan Barczak, 위의 글, S. 166; Benedikt Vogt, 위의 책, S. 55 참조.

⁶¹⁵⁾ 외국인의 체류, 영업 및 통합에 관한 법률[외국인의 체류 등에 관한 법률(Aufenthalts-gesetz)] 제53조(추방)

- (1) 외국인은 국내에 체류하는 것이 공공의 안녕과 질서, 자유민주주의적 기본질서 또는 그 밖에 독일연방공화국의 이익을 해하는 경우, 추방으로 인한 이익과 국내체류로 인한 이익을 개별적으로 형량하여 추방으로 인한 공익이 우월한 경우에 추방된다.

한편, 제2항에서는 형량에 있어 고려하여야 할 사항들을 명시적으로 열거하고 있다.

- (2) 제1항에 의하여 형량을 함에 있어서는, 체류기간, 독일과 모국 또는 그 밖에 수용가능성 있는 국가와의 인적·경제적 기타 유대관계, 추방이 가족과 동반자에 미치는 영향 및 법에 충실하게 생활해 왔는지 여부 등을 고려한다.

례원칙이 보다 일반적으로 원용되기 시작하였다. 우선 연방행정재판소는 여행 중 납치된 독일국적인 여행객을 납치범의 요구에 따라 헬리콥터로 귀환 시킨 다음, 비용의 부담을 의무적으로 규정하고 있는 관련 조항에 의하여 여행객에게 비용을 부과한 사안에서, 예외적인 경우에는 비례원칙에 의하여 비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다고 설시하였다.⁶¹⁶⁾ 즉, 개인의 비용납부능력, 여행의 동기와 납치 경위, 여행금지구역인지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 것이다.⁶¹⁷⁾

또한 행정청이 사망자를 매장한 후 그 비용을 부과하도록 한 조항이 관련된 사안에서, 구체적 사안의 타당성의 측면에서 비용을 부과하는 것이 수인한도를 넘는다고 판단되면 이를 부과하지 않을 수 있다고 판시하기도 하였다. 위 사안에서는 친부가 친모를 살해한 후 20여 년간 친부를 만나지 않으며 지낸 자녀에 대하여, 행정청이 사망한 친부의 시신을 매장한 비용을 부과하였다. 위 비용부과처분에 대하여 법원은, 이러한 부담적 행정작용은 헌법상 비례원칙을 준수하여야 하고, 전체적인 이익형량을 통해 수인가능성을 넘지 않아야 한다고 판단하였다.⁶¹⁸⁾

3) 시험법

마지막으로, 시험과정에서 일정한 요건이 충족된 경우 불합격으로 판정하도록 하는 조항에도 불구하고 개별 사안에서 비례원칙의 원용을 통해 불합격 판정을 취소한 사안들도 있다. 대학입학시험(아비투어) 중 구술시험에 결

⁶¹⁶⁾ VerwG, Urteil vom 28. Mai, 2009, Az. 7C 13.08. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 163; Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019, S. 56-57 참조. 비용청구의 근거가 된 관련 조항에서는 당사자의 비용 보상을 ‘의무’(verpflichtet ist)로 규정하고 있다.

⁶¹⁷⁾ 다만, 이 판결에서는 비용부과처분에 대하여 일반적으로 비례원칙심사를 하여야 한다는 점은 명시하였으나, 결과적으로 이 사안에서는 비례원칙에 반하지 않는 처분으로 보았다.

⁶¹⁸⁾ VGH Urteil vom 26. Oktober, 2011, Az. 5A 1245-11. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, 위의 글, S. 164; Benedikt Vogt, 위의 책, S. 58-59 참조.

시한 학생에 대한 6등급(ungenügend) 평가,⁶¹⁹⁾ 직업학교의 졸업시험 중 구술 시험에 규정에 위반하여 휴대용 전화기를 소지한 응시자에 대한 6등급 평가,⁶²⁰⁾ 주(州)의 사법시험 응시자가 출제자에게 전화로 평가의 근거를 문의하였다는 이유로 한 0점 처리⁶²¹⁾ 등 사안에서 각 법원은 비례원칙에 근거하여 응시자들의 구제 필요성을 인정하고, 원래의 평가를 취소하였다.

619) OVG NRW, Beschluss vom 18. Juni 2008, Az. 19B 870/08. ‘기속적 행정행위의 경우에도, 규정된 법률효과가 개별 사안의 구체적 사안에 비추어 정당한지 여부를 심사할 수 있다. 이 경우 과잉금지원칙은 특히 일률적으로 유형화된 규정으로 인하여 개별 사안에서 현저히 중요한 사정을 고려할 수 없을 때 적용된다.’고 전제하고, ① 응시자가 시험시간을 잘못 인지한 것이 중대한 잘못이 아니고, ② 고의 아닌 과실에 의한 결시이며, ③ 즉시 시험에 응시하도록 조치할 수 있었던 사정이 인정된다는 이유로 구술시험에 응시하도록 하는 가처분(einstweilige Anordnung)을 인용하였다. 이 판결에 대하여는 Kolja Naumann, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatische Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, DÖV(2011), S. 97; Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 167; Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019, S. 59 참조. 근거법률에서는 “응시자가 그의 책임 있는 사유로 시험 중 일부에 참석하지 아니한 경우, 그 시험 부분에 대하여는 불합격으로 평가한다.”(Versäumt ein Prüfling Teile der Prüfung aus einem von ihm zu vertretenden Grund, so wird dieser Prüfungsteil wie eine ungenügende Leistung bewertet)고 정하고 있고, 당해 사안에서 응시자는 시험시간을 착오하였다. 반면, “중요한 이유 없이 (ohne wichtigen Grund) 신고의무를 이행하지 아니한 경우(Meldeversäumnis)에 감점한다는 규정에 따른 처분에 대하여는 법률에 정한 바 없는 비례원칙이 적용될 수 없다.”고 한 반대 취지의 LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 18. Dezember, 2013. 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, 위의 글, S. 167 참조.

620) VG Karlsruhe, Urteil vom 29. Juni, 2011, Az. 7K 3433/10. 이 판결에 대하여는 Benedikt Vogt, 위의 책, S. 61 참조. 근거법률에서는 “부정행위(Täuschungshandlung)가 있는 경우 시험에 참석할 수 없다. 이 경우 졸업시험에 불합격(Nichtbestehen)한 것으로 간주된다. 그 정도가 경한 경우에는 불합격 대신 ‘낙제’로 평가된다(mit der Note ‘ungenügend’ bewertet werden).”고 규정하고 있다.

621) BVerwG, Urteil vom 21. März 2012, Az. 6C 19.11. “개별 구체적 사정을 고려하면, 당해 처분이 기본법 제12조에 정한 직업선택의 자유를 침해한다.” 이 판결에 대하여는 Tristan Barczak, 위의 글, S. 167-168; Benedikt Vogt, 위의 책, S. 62-63 참조.

3. 평가

위 세 영역에서는 기속적인 근거규정에 따라 이루어진 행정작용에 대해서도 개별 구체적 타당성을 도모하기 위하여 비례원칙을 원용할 수 있다고 보았다. 이 사안들은 법률이 명시한 요건에 해당되는 수범자들을 동등하게 취급하고자 하는 입법자의 결단이 비례원칙에 의해 무력화된다는 점에서는 같지만, 그 성격에 있어서 이질적인 면도 있다. 우선, 외국인의 추방 사안에서는 유럽인권협약 제8조가 정한 거주이전의 자유와 조화롭게 해석·적용하여야 한다는 요청을 고려할 필요가 있다. 한편, 비용부과 사안에서는 비용의 감면으로 인하여 재정적인 측면에서 초래되는 부담이라는 공적인 이익이 고려될 여지가 있다. 반면, 시험법 사안은 이러한 상위규범이나 공적 이익 측면과는 거리가 있는 가장 개인적인 영역의 문제라고 할 수 있다. 앞으로 우리 행정관례를 분석함에 있어서도 우선적으로는 이러한 성격상의 차이를 염두에 두고 접근하는 것이 의미가 있을 것이다.

다음은 보다 일반적으로, 기속적 법률에 근거한 행정작용에 대하여, 그 근거법률 자체는 위헌이 아님에도 비례원칙 내지 형량을 원용하는 것의 문제점을 논의한다. 독일에서 개정된 「외국인의 체류 등에 관한 법률」의 추방에 관한 범조항은 일응 행정청의 처분 단계나 이를 다루는 법원의 재판 단계에서 당사자의 개별·구체적 이익을 최대한 감안할 수 있는 여지를 열어둠으로써 추방 위기에 있는 외국인을 보호하는 방향으로 적용될 것으로 보인다. 그러나 2016년 시행된 개정 법률조항은, 외국인 난민의 유입으로 인한 국내문제가 첨예하게 대두되는 상황에서 오히려 추방을 용이하게 하기 위한 방향으로 이용될 여지도 높다. 이처럼 구체적 사안에서의 이익형량은 수범자를 보호할 수도 있고, 보호에서 제외할 수도 있게 운용될 위험이 상존하는 방법론이다. 입법부로서는 최소한의 기준을 두어 그 기준을 넘는 위법행위를 행한 자에게 일률적으로 체류자격을 박탈함으로써 자국민을 보호하고, 추방에 대한 명시적인 기준을 제시한다는 결단을 내린 것이라 할 것이다.⁶²²⁾ 그

622) 기속적 행위에 비례원칙을 원용하여 법문에 반하면서 구체적 타당성을 도모하는 판결례가 갖는 주된 문제점으로, 이러한 해결책이 입법부의 명시적인 결단에 반한다는 것을

런데 비례원칙을 원용하여 구체적 타당성을 기해 온 판례의 경향을 반영한 이익형량 조항을 둠으로써, 이러한 최소기준마저 행정청과 법원에 위임하여 그러한 보호의 결단 자체를 변경한 것이라고 할 수 있다.⁶²³⁾

우리 법률에서도 예컨대, 일정한 범죄로 형을 선고받은 사람에 대하여 운전면허나 직업상 자격 등을 일률적으로 박탈하도록 함으로써, 그 직업과 관련될 수 있는 상대방을 보호하고자 하는 기속행위 조항을 두고 있다. 독일에서의 사례는, 이러한 기속행위 조항을 개별형량에 따라 결정할 수 있도록 허용하거나 명문으로 재량의 여지를 두는 규정으로 개정하는 것보다도 비교해 볼 수 있다.⁶²⁴⁾ 우리 헌법재판소 선례에서 보듯이, 이러한 영역의 입법에 대

지적인 Kolja Naumann, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatische Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, DÖV(2011), S. 100; Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019, S. 55 참조.

623) 일반적으로, Fritz Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 157 참조; 한편, 시험법 영역에서의 비례원칙 원용에 비판적인 입장으로, Kolja Naumann, 위의 글, S. 103 참조.

624) 예컨대 ① 택시운전자격을 취득한 사람이 강제추행 등 성범죄를 범하여 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 경우 그 자격을 취소하도록 규정한 여객자동차 운수사업법 조항[헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2016헌바14, 2017헌가24, 2017헌바376(병합) 결정. 합헌]; ② 사람을 사상한 후 필요한 조치 및 신고를 하지 아니하여 벌금 이상의 형을 선고 받고 운전면허가 취소된 사람은 운전면허가 취소된 날부터 4년간 운전면허를 받을 수 없도록 하는 도로교통법 조항[헌법재판소 2017. 12. 28. 선고 2016헌바254 결정. 합헌(심판대상조항은 운전면허의 결격사유로서 자격제도의 일부를 형성하고 있는데, 일정한 기준에 따른 동일한 조건에 놓인 사람들을 동일하게 취급하는 자격제도의 특성상 운전면허를 취득하고자 하는 사람들의 개별성과 특수성을 일일이 고려하는 것은 현실적으로 쉽지 아니하므로, 어느 정도 일률적인 규율은 불가피하다). 다만, 재판관 2인의 반대 의견이 있다(교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 구호조치 및 신고를 하지 아니한 경우라고 하더라도 개별사안에 따라 그 행위태양이 매우 다양하고 법익 침해의 정도도 광범위하다. 그러나 심판대상조항은 그 요건에 해당하기만 하면 반드시 4년간 운전면허를 취득할 수 없도록 규정하여, 구체적 사안에서 행해진 불법성과 초래된 교통안전에 대한 위험의 정도를 고려할 수 있는 여지를 현저히 축소하고 있다. 이는 구체적 위반행위의 책임 정도에 상응한 제재가 되기 어려워 의무위반행위와 그에 대한 제재가 현저하게 균형을 잃게 되는 경우가 생기고, 위반행위자 간에도 현저히 형평에 어긋나는 결과를 초래하게 된다)]; ③ 운전면허를 받은 사람이 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우에는 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 도로교통법 조항[헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016

하여 일률적이고 재량의 여지 없는 규율의 필요성과 개별 구체적 타당성의 실현 가능성을 열어둘 필요성 사이에 실질적인 논증이 이루어지고 있는 것이다. 따라서 근거법률이 기속적으로 규율된 경우 합헌적 해석방법론의 범위 내에서 명문의 규정에 충실함으로써 입법부의 결단을 존중하되,⁶²⁵⁾ 예외적으로 구제가 필요한 경우에는 원칙적으로 규범통제절차를 통해 입법부의 형량 결과에 대한 토론절차가 필요하다고 할 것이다.⁶²⁶⁾

III. 각국의 사례

본 절에서는 비례원칙의 단계적 심사 중 필요성 심사와 대조점을 이루는 의미에서의 이익형량 심사에 중점을 두는 각국의 사안들을 중심으로 검토한다. 이익형량 심사의 유래라 할 수 있는 독일 연방헌법재판소의 경우 1970

헌가6 결정. 위헌(“자동차 등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하더라도 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 심판대상조항은 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 배제하고 있다. 자동차 절취행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 전혀 두지 아니한 채 다른 사람의 자동차 등을 훔친 모든 경우에 필요적으로 운전면허를 취소하는 것은, 그것이 달성하려는 공익의 비중에도 불구하고 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하는 것이다.”). 다만, 재판관 1인의 반대 의견이 있다(“다른 사람의 자동차 등을 훔친 운전면허 소지자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 자동차 등을 운행할 기본적인 자격을 갖추지 못하였다고 볼 수 있으므로, 자동차 등의 절도 범죄를 저지른 경우에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 하여 교통의 안전과 원활을 확보할 필요성이 있다.”)].

625) 이와 관련하여, 민주적 정당성이 부여된 입법부에 의한 명문의 법문을 해석으로 은폐하여서는 안 된다는(überspielen) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 339. 이에 관하여는 Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 105(2014), S. 175 참조. 법률의 우위는 법률을 준수할 것 뿐 아니라 법률에 반영된 입법자의 의지에 반하여서는 안 된다는 요청도 포함한다는 Tristan Barczak, 위의 글, S. 174-175 참조.

626) Kolja Naumann, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatische Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, DÖV(2011), S. 99; Tristan Barczak, 위의 글, S. 157 참조.

년대까지는 이익형량을 제외한 목적의 정당성, 수단의 적합성과 필요성 심사
에서 대부분의 판단이 이루어졌다.⁶²⁷⁾ 그러던 것이 1970년대 이후에는 사회
당·자민당 연합정부의 개혁법률(sozial-liberales Reformgesetz)에 대한 규범
통제를 하기 시작하면서,⁶²⁸⁾ 그리고 형량을 찬성하는 학계의 뒷받침을 받
아,⁶²⁹⁾ 형량 심사가 증가하기 시작하였다. 이와 동시에 적합성과 필요성 심
사의 원용빈도는 줄어들게 되었다.⁶³⁰⁾ 그리고 유럽인권재판소는 유럽인권협
약에 내재되어 있는 비례원칙에 의하여, 협약이 정한 인권과 그에 대한 제한
으로써 추구하는 목적 사이에 비례적 관계가 요구된다고 함으로써 단계화된
비례원칙 중 형량 심사에 중심을 둔다고 평가된다.⁶³¹⁾

그러나 본고의 중점은 이익형량의 한계를 인식하고 이를 보완할 심사단계
로서 특히 수단의 필요성이 갖는 의의를 모색하는 데 있으므로, 독일과 유럽
인권재판소의 이익형량 사례를 검토·분석하는 것은 차후 과제로 남긴다. 특
히 독일 연방헌법재판소가 ‘이익형량’이라는 표제 하에 전개하는 논증이 실
질에 있어서는 공익과 사익의 중요도와 침해의 정도를 정면에서 비교·교량
하는 의미의 형량이 아니라는 분석⁶³²⁾도 주목할 만하다. 즉, 예비적 고찰에
서 구별하였듯이, 형량방법론의 시초라 할 수 있는 뤼스(Lüth) 판결⁶³³⁾은 법

627) Bernard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 207-214; Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 136, 141.

628) Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 16.

629) Niels Petersen, 위의 책, S. 147.

630) Oliver Lepsius, 위의 글, S. 17.

631) Sporrang and Lönnroth v. Sweden, 52 § 69(1982), Soering v. UK, 161, §89(1989). 이 결정들에 대하여는 Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, 11 International Journal of Constitutional Law(2013), p. 467 참조.

632) Niels Petersen, 위의 책, S. 147-165. 이 책에서는 ‘형량’에 근거한 논증 사안이 실제로는 ① 비용부담의 귀속, ② 목적과 수단 사이의 적절성(Passgenauigkeit), ③ 일관성 논증, ④ 불합리한 예외적 사안(Härtefall)의 교정 등으로 유형화할 수 있고, 이 경우 통약불가능한 가치들 사이의 비교가 이루어지는 것이 아니라, 입법과정의 합리성을 통제하는 도구로 사용된다고 평가한다.

원의 판결에 대한 헌법소원으로서 기본권의 충돌이 문제된 사안이다. 따라서 판단의 대상이 된 사안의 성격(기본권 충돌)이나 대상(법원의 판결) 면에서 연방헌법재판소가 형량에 따라 판단하더라도 사법부의 정당성 문제가 발생하지 않는다.⁶³⁴⁾ 또한 독일 연방헌법재판소가 이익형량에 기대어 결론내리는 많은 사안들이 결론에 있어 대상 법률 등을 ‘합헌’으로 선언할 때, 즉 일차적 판단권자가 내린 형량결정을 뒷받침할 때로서,⁶³⁵⁾ 이 때 역시 사법부의 정치적 결정에 따른 비판이 개입될 여지가 없다.

이러한 점에서 이하에서는 각국의 사례를 남아프리카 공화국, 이스라엘, 캐나다로 한정하여 검토한다. 남아프리카 공화국은 이익형량 심사가 제한적으로 이루어진다고 평가된다는 점에서 그 논증방식을 개관한다. 그리고 필요성 심사의 의의를 최소화하고 이익형량 단계에서 주된 심사를 행하는 이스라엘 및 그 영향을 받아 최근 심사의 주요 논증이 필요성 심사에서 이익형량 심사로 이동한 바 있는 캐나다의 사안을 비판적으로 고찰한다.

1. 남아프리카 공화국

남아프리카 공화국 헌법재판소는 몇몇 결정에서 예컨대, 법원은 제한의 목적, 효과, 중요성을 한쪽에, 제한의 성격과 효과를 다른 한쪽에 두고 형량하여야 한다고 하고, 근본적 권리에 대하여 더 실제적인 제한이 가해지는 경우 그 정당화의 근거는 더 강해야 한다고 설시하는 양상을 보이기는 하였다. 그러나 전반적으로는 이익형량 심사를 자제하는 것으로 평가된다.⁶³⁶⁾ 또한 이익형량 심사를 주로 법률이 합헌이라고 선언하는 논증을 할 때 사용한다고 평가되나,⁶³⁷⁾ 위헌판단을 함에 있어 이익형량 심사에 근거한 경우도 없지는

⁶³³⁾ BVerfGE 7, 198.

⁶³⁴⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 142 참조.

⁶³⁵⁾ Niels Petersen, 위의 책, S. 142 참조. 이 책에 의하면, 독일 연방헌법재판소가 본격적으로 이익형량에 기한 위헌선언을 하기 시작한 1970년대 이전에도, 합헌선언에서는 이익형량 논증을 활용하였다고 한다.

⁶³⁶⁾ Niels Petersen, 위의 책, S. 223.

않다. 대표적인 예로, 도주하는 피의자를 체포할 수 없거나 다른 방법으로는 도주를 막을 수 없는 경우에 피의자를 사살하는 것을 허용하는 형사소송법 규정이 문제된 결정⁶³⁸⁾을 들 수 있다. 위 사건에서 헌법재판소는, 경범죄 피의자인 경우에도 위 조항에 근거하여 사살할 수 있다고 하는 것은 추구하는 공익과 침해되는 생명권 사이에 명백한 불균형이 존재하는 때에 해당한다는 이유로 위헌을 선언하였다.⁶³⁹⁾ 남아프리카 공화국 헌법재판에서는 이처럼 ‘명백성 기준’에 따른 이익형량 심사를 통해 입법자의 형량판단을 최대한 존중하는 양상으로 나타난다.

2. 이스라엘

이스라엘 대법원의 필요성 심사와 이익형량 심사 사이의 관계를 분명히 볼 수 있는 것이 Beit Sourik Village Council v. Israel 사건이다. 위 사안에서 이스라엘 국방부는 2003년 테러 위협에 대응하기 위한 국가보안의 목적을 달성하고자, 서쪽(West Bank)의 Judea와 Samaria를 잇는 40km 길이의 담장을 세우는 조치를 마련하였다. 이러한 조치로 인해 땅을 수용 당하게 된 청구인들이 땅을 덜 수용하는 대안이 될 다른 루트를 제안하면서 위 조치에 관하여 다툰 것이다.⁶⁴⁰⁾ 위 사건에서 대법원은, 청구인들이 제안한 대안인 루트로는 국방·안보상의 목적을 동일한 정도로 달성할 수 없다고 하여 필

⁶³⁷⁾ Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, 2015, S. 242. 이 책 S. 243에 의하면, 그 밖에, 입법에 대한 사법심사의 정당성 문제가 제기되지 아니하는 영역, 즉 사인 간의 이익형량이 문제되는 경우와 관습법상 규율에 대한 심사에는 이익형량 심사가 적극 활용된다.

⁶³⁸⁾ Ex parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v. Walters and Another (CCT 28/01)(2002).

⁶³⁹⁾ Ex parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v. Walters and Another (CCT 28/01)(2002) §46.

⁶⁴⁰⁾ HCJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. Israel(2005), Isr.S.C. 58(5) 807. 이 판결에 관하여는 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, p. 341-342 참조.

요성 요건은 충족되었다고 판단하였다. 그러나 나아가 이익형량 심사 단계에서는, 당해 수단인 원래의 루트가 사익을 침해하는 정도가 현저한 반면, 그로 인하여 달성되는 국방상의 이익은 적다고 보아 법익 간의 균형이 인정되지 않는다고 판단하였다.

Beit Sourik 사건에서와 같이 대안이 목적을 달성하는 정도에 관하여 정확히 수치적으로 ‘동일한 경우’에만 필요성 요건을 갖추지 못한 것이라고 하면, 앞선 장에서 살핀 바와 같이 필요성 심사 단계에서 탈락되는 당해 수단은 거의 상정할 수 없게 되어, 이 부분은 무의미한 심사단계가 된다. 또한 이 경우 당해 수단이 필요성 심사를 통과하였다는 것은, 덜 제한적이면서 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있는 대안이 없다고 선언한 것이다. 그런데 필요성 심사를 통과한 당해 수단이 이익형량 심사를 통과하지 못하면, 그러한 위헌 판단 후에 입법부·행정부가 내려야 할 후속 결정은 바로 당해 수단을 대체할 ‘대안’을 고안해 내는 것이다. 그렇다면 필요성 단계에서 당해 수단에 대한 심사에서 대안을 충분히 숙고하지 아니하였음이 드러나게 된다. 결국 공법상 비례원칙 심사에서 핵심적인 단계란 당해 수단과 비교할 대안을 최대한 드러내어 상호 간 제한의 정도와 의미, 목적 달성의 정도를 판단하는 필요성 단계라 할 것이다.⁶⁴¹⁾

3. 캐나다

캐나다에서는 제3장에서 본 바와 같이, 결론이 합헌이거나 위헌이거나 불문하고 수단의 적합성(합리성) 내지 필요성 단계의 논증이 대부분을 차지하고, 이익형량에 근거하여 법률을 위헌으로 선언한 예⁶⁴²⁾는 예외적인 것으로

641) 이 사건에서 필요성요건 불충족으로 위헌선언을 했어야 한다고 평가하는 David Bilchitz, *Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?*, in *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, 2014, p. 57, 60 참조.

642) R. v. Logan, 2 S.C.R. 731(1990)(공모한 범위를 넘어선 공범의 행위에까지 공범과 같이 고의에 의한 행위의 책임을 묻는 것은 과도하여 위헌이라고 선언); R. v. Sharpe, 1. S.C.R. 45(2001)(아동 포르노그래피라 하더라도 순전히 피고인 개인의 소지 및 사용을 위한 경우까지 처벌하는 것은 과도하여 위헌이라고 선언).

분류되어 왔다. 그런데 2009년 Hutterian Brethren 사건⁶⁴³⁾에서 수단 심사가 아닌 이익형량 심사에서의 논증을 통해 해당 법률을 합헌으로 판단하기에 이르렀다. 위 사안에서 원주민들은, 운전면허증에 사진을 부착하도록 하는 법률이 사진촬영을 금지하는 자신들의 종교 교리에 반하므로 종교의 자유를 침해한다고 주장하였다. 대법원은, 위 법률에 의한 종교의 자유 제한보다 운전면허증에 사진을 부착함으로써 신분증 도용을 방지하고자 하는 목적이 더 중요하다는 이유로 제한이 정당하다고 설시하였다.

위 사안에서 청구인인 Hutterian Brethren 측에서는 사진촬영을 대신하는 지문채취를 대안으로 주장하기도 하였는데, 이 대안에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않았다는 비판도 있다.⁶⁴⁴⁾ 생각건대, 지문채취 대안을 검토하는 단계에서 대안이 덜 제한적이기는 하지만 신분증 도용방지라는 목적을 달성하는 정도가 사진부착보다 덜하다는 이유로 필요성 심사에서 합헌으로 판단하는 논증도 가능하다. 한편, 이 사건 이후에도 몇몇 사안에서 이어진 이러한 이익형량 중심의 논증은 이익형량 심사에 주된 비중을 두는 이스라엘 대법원의 영향이라고 평가된다.⁶⁴⁵⁾

IV. 시사점

이상에서 살핀 이익형량의 이론적·제도적 한계에 비추어 볼 때, 이익형량 심사는 현재 우리 헌법재판소가 하는 바와 같이⁶⁴⁶⁾ 입법부나 행정부의 형량 결과를 뒷받침하는 경우를 위주로, 소극적·자제적인 심사에 그치는 것이 타당하다고 생각한다.⁶⁴⁷⁾ 오히려 이익형량 심사에 이르기 전 비례원칙의 각 단

⁶⁴³⁾ Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2 S.C.R. 567(2009).

⁶⁴⁴⁾ Sara Weinrib, An exemption for sincere believers: The Challenge of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, McGill Law Journal(2011), p. 719-750, p. 749.

⁶⁴⁵⁾ Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, 2017, p. 103.

⁶⁴⁶⁾ 본 장 제4절 이익형량 심사의 현상과 방향성 I. 헌법재판 부분 참조.

⁶⁴⁷⁾ Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015에서도 연방헌법

계별 심사에 따른 속고를 거침으로써,⁶⁴⁸⁾ 이익형량에 대한 비판을 보완할 수 있다고 할 것이다.

기속행위로 명문화하고 있는 법령에 따라 행해진 처분에 대하여 비례원칙 내지 이익형량을 원용하는 것 역시 신중할 필요가 있다. 기속행위로 규정된 법문을 적용하여 이루어진 처분의 효력을 비례원칙이나 이익형량을 통해 부정하는 것은 입법자의 명시적 의사에 반하는 법의 운용이라고 비판받을 여지가 크다.⁶⁴⁹⁾ 삼단논법에 따라 법령에의 포섭이 완료된 후에 부가적으로 원용하는 일반원리로서의 비례원칙은 개별·구체적인 사안에서 예외적으로 특별히 보호해야 할 개인의 자유·권리를 수호하는 논증도구가 될 수 있다는 점에서는 분명 순기능이 있다. 그러나 비례원칙·이익형량을 보완적으로 원용할 수 있고 원용하여야 할 범위 및 한계에 관한 면밀한 검토가 선행될 필요가 있다. 이와 관련된 문제에 대하여는 다음 절 II. 행정재판 부분에서 검토한다.

재판소의 논증도구들을 여러 세부기준들로 해체하여 실증적으로 분석한 후, 비례원칙 특히 형량에 의한 심사라는 것도 결국 의회결정의 합리성을 담보하기 위한 논증도구 중 하나일 뿐이고, 형량 심사로 보이는 것은 하나의 신화에 불과한 것으로 평가한다.

⁶⁴⁸⁾ Kai Möller, Proportionality: Challenging the Critics, *The Modern Law Review*(2012), p. 727; 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 2007, 111면 참조.

⁶⁴⁹⁾ Ekkehard Hofmann, *Abwägung im Recht: Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht*, 2007, S. 113 참조.

제4절 이익형량 심사의 현상과 방향성

I. 헌법재판

1. 이익형량 심사의 변천

헌법재판소는 단계화된 비례원칙 중 마지막 이익형량 심사에 관하여, 국민의 기본권을 제한하려는 입법에 의하여 보호하려는 공익과 제한되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 의미로 새긴다.⁶⁵⁰⁾ 그리고 이러한 의미의 법익 균형을 평가함에 있어서는, 당해 수단으로써 달성하고자 하는 공익 목적을 강조하고, 그러한 공익과 사익이 제한되는 정도 사이의 관계를 간략히 실시하는 것이 보통이다.⁶⁵¹⁾ 즉, 헌법재판소의 단계화된 비례원칙 운용에 있어 실제 위헌 여부가 결정되는 주된 논증이 이루어지는 것은 통상 이익형량 심사 전단계에서이다.⁶⁵²⁾ 이익형량 심사는 전단계에서 실질적으로 이루어진 심사결과를 보완적으로 강화하는 역할만을 해 오고 있는 것이다.

이익형량 심사에 대한 헌법재판소의 이러한 실시례에 대하여, 최근 이익형량 심사에서 실질적인 판단이 이루어져야 한다는 취지의 의견이 있었다.⁶⁵³⁾ 필요성 심사와 이익형량 심사를 엄밀히 구분하여 실시함으로써 단계화된 비

650) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정.

651) 예컨대, “충당금의 적립을 통하여 주요시설의 적기교체 및 보수를 가능하게 함으로써, 주택의 수명 단축으로 인한 주택소유자의 손실을 방지하고, 입주자의 주거안정을 도모하며, 실질적 임대주택의 재고량 감소나 노후주택의 급증 등 사회문제의 확산을 방지하기 위한 것인바, 이러한 공익적 효과는 청구인이 제한받는 사익에 비하여 결코 적다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성도 인정된다.”(헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2005헌바81 결정)

652) 현재까지 헌법재판소의 위헌결정 중에서 필요성 심사 이전까지 통과한 후 형량 심사에서 위헌으로 판단된 사례는 없다.

653) 헌법재판소 2017. 8. 31. 선고 2016헌바447 결정의 다수의견에 대한 보충의견. 다만, 이 보충의견에서, 대안에 대한 검토가 이루어지지 않는 필요성 심사의 개선이 필요하다는 지적은 앞으로 필요성 심사를 행함에 있어 유념하여야 할 부분이라 할 것이다.

례원칙의 판단요소를 누락하지 않고, 판단에 혼란을 초래하지 않을 수 있다는 이유에서이다. 위 의견에서는 이러한 구분을 전제로, 덜 제한적인 대안을 실현하려면 추가적인 재정 지출이 필요하기 때문에 목적을 동일하게 달성할 수 있는 대안이라고 평가할 수 없고, 따라서 당해 수단이 필요성 요건을 충족한다고 판단하였다. 그리고 나아가 이익형량 단계에서 실제 공익과 사익 사이의 경중을 비교하는 논증을 하였다.

2. 평가

생각건대, 사법부가 이익형량 심사를 적극적으로 행하게 되면, 입법부나 행정부와 구분된 ‘별개의 이익교량’(‘re-balancing’⁶⁵⁴)을 통해 또 다른 하나의 정치적·정책적 판단으로 호를 위협이 있다. 따라서 이익형량 심사는 일차적 판단권자의 형량과정이 적절하였는지를 자제적 관점에서 사후에 돌이켜 살피는 소극적인 의미만 갖는 것으로 보아야 한다. 이러한 관점에서, 헌법재판소가 실시해 온 통상의 이익형량 심사가 타당하며, 그에 앞서 필요성 심사 단계에서 구체적이고 주된 논증을 하는 현재의 방식이 유지되는 것이 바람직하다고 할 것이다.

II. 행정재판

1. 행정법상 이익형량 심사

1) 개별 행정작용

개별 행정작용 중 비례원칙이 원용되는 주된 영역은 침익적 행정작용과 수익적 행정작용의 발급거부 또는 이미 발급한 수익적 행정작용의 철회·취

⁶⁵⁴) Janneke Gerards, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 472.

소의 경우이다. 앞서 제3장 제4절 II.에서 구분한 바와 같이, 수익적 행정작용에 대해서는 그 발급을 거부한 처분 또는 이에 준하는 처분(예컨대 불합격 처분) 등 애초에 그 이익을 받지 못한 것에 관하여 다투는 경우, 그와 같은 거부처분을 통해 행정의 달성하고자 하는 공익 목적이 주된 개념징표로 작동한다. 따라서 마지막 이익형량에 앞선 수단의 적합성 내지 필요성 심사를 주로 원용할 것이다. 다른 한편, 일단 발령된 수익적 행정작용의 효력을 그 전부 또는 일부에 대하여, 소급적으로 또는 장래를 향하여 상실시키는 작용⁶⁵⁵⁾에 대하여는 원칙적으로 신뢰보호원칙이 적용되는데, 이 경우 마지막에 이익형량 심사가 포함된다는 점은 예비적 고찰에서 본 바와 같다. 신뢰보호원칙의 심사단계로서의 이익형량은, 당해 수익적 작용의 철회 내지 취소로 인하여 달성하고자 하는 공익 목적과 그로 인하여 제한되는 수범자의 신뢰 및 법적 안정성 측면에서의 사익이라는 통약불가능한 이익 사이의 교량이 문제되는 영역이다.⁶⁵⁶⁾

다음으로, 비례원칙 적용과 관련하여 침익적 행정작용의 종류는, 장래를 향한 목적 달성을 주된 요소로 하는 작용과 과거의 위반에 대한 제재를 주요 징표로 하는 작용으로 나눌 필요가 있음은 앞선 장에서 보았다. 전자에 대해서는 공익 목적 달성을 위한 수단의 적합성·필요성 심사에 중심을 둘 것이고, 공익과 당해 수단으로써 제한되는 사익 사이의 형량은 보완적으로만 작동하여야 할 것이다. 반면, 행정재판의 상당 부분을 차지하는 후자의 경우, 즉 제재적 행정작용에서는 공익 목적 개념은 부수적이고, 위반행위에 비례한 제재작용의 경중에 초점이 맞추어져 있다. 이는 형법상 책임과 형벌 사이의 비례성을 요청하는 것과 유사한 구조라는 것도 앞서 본 바와 같다. 즉, 법원 으로서는 공익 목적과 사익 사이의 경중을 비교하는 것이 아니고, 수범자가 법령을 위반한 태양과 정도에 비례한 제재처분이 이루어졌는지를 비교하는 것이다. 이러한 점에서 공익 목적과 그로 인하여 제한되는 사익 사이의 형량

655) 면허·허가·평가인증의 취소, 지급한 급여의 환수 또는 지급정지 등.

656) 이러한 점에서 신뢰보호원칙을 적용함에 있어서도, 본고의 앞장에서 살핀 심사단계에 대한 고찰에서와 같이, 형량 심사에 앞서는 요건들에 대한 검토를 면밀히 진행하는 것이 우선되어야 하고, 사안의 해결이 일반적으로 형량 심사로 귀결되는 것은 자제할 필요가 있다.

에서 비롯되는 통약불가능성과 권력분립적 정당성 등이 문제되지 않는다.

그리고 이러한 사안에서는 특히 제재처분이나 징계처분에 관하여 사전에 정해진 기준, 즉 재량준칙이 존재한다. 그 준칙이 정한 범위 내에서 이루어진 작용은 일응 당해 제재나 징계로써 달성하고자 하는 목적에 필요한 것으로 추정되기 때문에, 판단의 중심은 개별적 사안을 고려하는 이익형량 단계에 있다. 즉, 재량준칙을 대상으로 하여 그 준칙이 정한 제재처분의 범위 자체가 일반적으로 목적 달성에 필요한 범위를 넘는다는 판단을 하는 것이 아닌 이상, 그와 같은 준칙에 기한 개별처분에 대해서는 수단의 필요성 심사가 의미를 갖기 어렵다. 결국, 마지막 이익형량 단계에서 그와 같은 개별처분이 당해 수범자에게 구체적으로 미치는 영향 내지 불이익이 위반정도에 비추어 과도한 것인지만을 살피게 되는 것이다.

2) 법령과 법률

위헌법령 심사에서 위헌임을 논증하거나 근거법률에 대하여 위헌심판을 제청할 때, 이익형량 단계에서 사익이 우월하기 때문이라는 근거를 드는 것은 지양되어야 한다. 앞서 본 공익과 사익 사이의 형량이 갖는 근본적인 한계와 형량의 일차적 판단은 정치적·행정적 주체가 담당하여야 할 것이라는 점에서 적절하지 않기 때문이다. 결국 앞서 제2장 및 제3장에서 탐구하였던 각 심사단계의 의의와 기능에 주목하여 위헌 논증을 구성하는 것이 타당하다. 다만, 합헌 논증을 할 때에는 일차적 판단권자가 내린 이익의 경중에 대한 결단이 정당하다는 확인을 하는 것으로서, 앞서 본 통약불가능성이나 권력분립상의 문제가 제기될 여지가 없으므로, 이 경우에는 이익형량 단계가 의의를 가질 수 있다.

3) 구체적 사안

개별 행정작용에 대한 이익형량 양상은 특히 제재적 작용 사안에서 분명

하게 드러난다. 구체적 사안으로, 성수대교 시공자인 동아건설산업 주식회사에 대하여 건설교통부장관이 성수대교 붕괴에 대한 시공상 책임 등을 이유로 한 건설업 면허 취소처분이 문제된 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 원심은, 성수대교 붕괴에 이르게 된 경위 및 위 회사가 처한 제반사정들⁶⁵⁷⁾을 종합적으로 고려할 때, 면허 취소처분으로 인하여 위 회사에게는 엄청난 손해를 야기할 것이 명백함에 비하여 이를 정당화하는 데에 충분할 정도의 보다 강한 공익이나 제3자의 이익은 찾아보기 어렵다는 이유로, 면허 취소처분이 비례의 원칙이나 평등의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈 또는 남용한 것으로서 위법하다고 판단하였다. 원심에서 표면적으로는 사익의 침해 정도를 정당화할 정도의 공익이 없다는 이익형량 측면의 이유를 들고 있으나, 논증의 본질은 면허취소 처분이라는 제재적 작용이 수범자의 위반사유에 비하여 과도하다는 비례성 요청에 따른 형량에 해당한다. 원심에서는 사익의 제한을 정당화하기 위한 전제로서 공익 목적을 설정한 바도 없다. 면허취소 처분으로써 달성하고자 하는 목적은 대법원에 이르러 언급되기는 하나,⁶⁵⁸⁾ 대법원

657) “성수대교는 단지 동아건설의 시공상의 잘못만으로 붕괴된 것이 아니고 설계·감리상의 하자 및 서울특별시의 유지관리 소홀 및 구조를 무시한 보수작업 등이 중첩되어 붕괴된 것이므로 그 붕괴의 책임을 동아건설에게만 물을 수는 없는 점, 이 사건 처분이 확정될 경우 동아건설은 파산을 면할 수 없어 수 천 명에 이르는 종업원들이 실직을 하게 되고 동아건설이 시공 중인 국내외 건설공사의 진행에도 막대한 지장을 주게 되며 국가경제 전체에 부정적인 영향을 미칠 우려가 있는 점, 동아건설이 성수대교를 완공한 것은 19년 전으로 성수대교 건설에 책임 있는 당시의 대표이사 등은 이미 물러났고 현재는 경영진이 전문경영인으로 교체된 점, 동아건설은 부도의 위기를 넘기고 채권은행단의 금융지원 아래 전문경영진과 노동조합이 단결하여 재기를 위해 노력하고 있는데, 리비아 대수로 공사의 성공적인 완공으로 이미 세계적인 건설 기업으로서의 발판을 구축하였을 뿐만 아니라, 일본으로부터 철골제작공장 인정 에이(A) 등급을 취득하고 일본 건설시장에 진출하는 등 현재의 기술수준은 국내외적으로 인정되고 있어 재기 가능성을 충분히 인정할 수 있는 점, 동아건설은 성수대교 붕괴사고가 일어난 후 서울특별시에 교량신축대금에 상당하는 450억 원을 기증하기로 약속하고 그 중 약 390억 원을 이미 지급하였는데, 이 사건 처분이 확정되어 동아건설이 파산에 이를 경우 나머지 금액의 지급은 도저히 기대할 수 없는 점, 동아건설에 대한 이 사건 처분을 제외하고는 구법 제38조 제1항 제7호의 규정에 의하여 건설업면허가 취소된 사례가 없는 점 등”(서울고등법원 1998. 12. 29. 선고 97구25820 판결)

658) “건설업의 면허를 취소할 수 있도록 규정한 것은, 건설업을 영위하는 자에 대한 면허 등의 규제를 통하여 건설공사의 적정한 시공을 기하고 건설업의 건전한 발전을 도모하기 위한 구법의 입법 목적을 실현하기 위한 것”

역시 논증의 구조는 원심과 다르지 않고, 다만 제재양정 과정에서 고려한 관점과 그에 대한 비중의 평가를 달리 함으로써 면허취소 처분이 재량권의 범위 내에 있다는 취지로 원심 판결을 파기하였다.⁶⁵⁹⁾ 제재적 처분에 관한 비례원칙 원용은 이 사안에서와 같은 설시가 최근까지 유지되고 있으나,⁶⁶⁰⁾ 이러한 일반론이 실제 사안에서 구체화됨에 있어서는 공익 목적이 실시되더라도 부수적인 기능만을 하고, 그 본질은 제재양정에서의 형량에 해당한다. 이 부분에 관하여 보다 분명한 구분을 전제로 한 비례원칙 적용이 필요하다고 할 것이다.

659) “이 사건에서 동아건설이 한 조잡시공에는 원심이 적시한 용접불량 이외에도 핀 플레이트(pin plate) 강판의 절삭강도 불량, 부재 볼트구멍의 오차 등의 많은 잘못이 있었고, 용접불량 잘못도 용접공들에 대한 철저한 기술지도, 숙련공 배치 및 사후 점검 등을 제대로 하지 아니하는 등 동아건설이 저지른 과실의 정도가 결코 적다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 위와 같은 시공상의 잘못은 성수대교의 구조적 특성상 핵심적 부분에 관한 것으로서 그 당시 우리나라의 전반적인 기술수준으로도 충분히 막을 수 있는 것이었던 점, 성수대교가 붕괴된 데에는 설계·감리상의 하자과 서울특별시의 유지관리 소홀 및 구조를 무시한 보수작업 등의 원인이 있었던 것은 사실이지만 그 결정적인 원인은 어디까지나 동아건설의 위와 같은 조잡시공이었을 뿐만 아니라, 성수대교의 붕괴로 32명이 사망하고 17명이 부상하는 등 그 인명 피해가 매우 크고, 붕괴된 성수대교를 철거하여 새로운 교량을 신축하기까지 그 자체에 들어간 비용은 물론 이로 인하여 국민들이 겪게 된 불편과 무형적 손실이 적지 아니하며, 국제적으로도 우리나라의 교량건축 및 관리능력이 크게 의심을 받게 됨에 따라 국가의 신인도가 현저히 떨어지는 결과를 야기한 점, 성수대교와 같은 대규모의 교량을 시공함에 있어서 그 구조상 핵심적인 부분에 관하여 조잡시공이 이루어지는 경우 먼 장래에라도 이 사건과 같은 대형참사가 발생하리라는 사정은 능히 예측할 수 있는 것인 점, 이 사건 처분은 동아건설이 보유하고 있는 각종의 건설업 면허 중에서 이 사건에 직접 관계된 철강재설치공사업 면허만을 취소하는 것에 한정되어 있는 점 등을 알 수 있고, 사정이 이러하다면, 원심이 내세우는 일부 사정에다가 비례의 원칙이나 평등의 원칙을 감안하더라도 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익 목적은 동아건설이 이로 인하여 입게 될 불이익보다 결코 가볍다고 할 수 없을 것이다.”(대법원 2002. 9. 24. 선고 99두1519 판결)

660) “제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지는, 처분사유인 위반행위의 내용과 위반의 정도, 처분에 의하여 달성하려는 공익상의 필요와 개인이 입게 될 불이익 및 이에 따르는 여러 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다.”(대법원 2019. 9. 26. 선고 2017두48406 판결 등)

2. 행정법상 이익형량의 한계

비례원칙이 행정작용에 대한 심사수단에서 유래하여 헌법차원의 원리로 ‘법체계상의 지위’(Normhierarchie)가 이동⁶⁶¹⁾한 경과는 앞서 본 바와 같고, 헌법의 - 모든 권력기관에 대한 - 직접적 효력 내지 ‘방사효’(Ausstrahlungseffekt), 모든 권력기관에 대한 직접적 효력, 기본권의 직접적·간접적 대사인적 효력으로 인하여 비례원칙도 헌법분쟁 뿐 아니라 사법(私法)을 포함한 개별 법률사안에까지 헌법원리로서 침투하기에 이르렀다. 이러한 현상으로 인한 위험성에 관하여는 이전부터 성문규범이 상대화된거나, 법적 안정성이 훼손된다는 등의 우려가 제기되어 왔다. 헌법 차원의 비례원칙의 원용에 대한 이러한 우려는 최근, 기속행위로 명문화되어 있는 근거법률에 대하여 비례원칙 내지 이익형량을 원용하여 재량행사의 여지가 있는 것으로 판단하는 예를 통해 현실화되고 있다. 이하에서는 법률로써 확정되어 있는 국민 다수의 의사와 헌법상 기본권의 보호 사이의 갈등 상황⁶⁶²⁾에 헌법화된 비례원칙, 특히 이익형량이 미치는 영향을 비판적 관점에서 검토한다.

앞서 독일에서 기속행위로 규정된 법률에 근거한 처분이라 하더라도 헌법상 비례원칙을 준수하였는지를 심사하여야 한다는 헌법재판 및 행정재판에서의 판례를 이미 살펴보았다. 독일에서는 국외추방(출국), 비용부과, 시험법상 평가 등 직접적인 침익적 행정작용이 주로 문제되었다. 우리나라에서는 수익적 행정작용의 취소 또는 철회의 영역에서 이와 유사한 사안을 발견할 수 있다. 즉, 법률에서 보상금이나 보험급여를 지급한 후 잘못 지급된 것이 인정되면 지급처분을 취소하고 급여를 환수하도록 기속적으로 규정하고 있는 경우, 그러한 규정에 근거하여 이루어진 환수처분에 대하여도 추가적으로 공익과 사익을 형량하여 판단하여야 한다는 것이다. 수익적 작용의 철회·취소 사안에서 대해서는 기존의 선행된 수익적 작용이 후행하는 추가적인 작

⁶⁶¹⁾ Michael Kloepfer, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 329, 330. 이에 관하여는 von Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 6 참조.

⁶⁶²⁾ von Johannes Saurer, 위의 글, S. 5-6 참조.

용에 의하여 효력을 상실하는 경우로서, 비례원칙보다는 신뢰보호원칙이 우선하여 적용된다. 다만, 본고에서 검토하고자 하는 것은, 비례원칙과 신뢰보호원칙이 공유하는 심사단계인 ‘이익형량’ 심사가 기속적으로 규정된 법률에 기한 행정작용에도 부가적으로 원용될 수 있는지의 문제이다. 이와 관련된 구체적인 사안을 개관한 후 이를 비판적으로 평가한다.

1) 구체적 사안

(1) 산업재해보상보험법상 보험급여

구 「산업재해보상보험법」 제84조 제1항에서는 ‘공단은 보험급여를 받은 자가 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 경우, 2. 수급권자 또는 수급권이 있었던 자가 제114조 제2항부터 제4항까지의 규정에 따른 신고의무를 이행하지 아니하여 부당하게 보험급여를 지급받은 경우, 3. 그 밖에 잘못 지급된 보험급여가 있는 경우 중 어느 하나에 해당하면 그 급여액에 해당하는 금액(제1호의 경우에는 그 급여액의 2배에 해당하는 금액)을 징수하여야 한다.’고 규정하고 있다. 그리고 근로복지공단이 위 조항 제3호에 근거하여 착오로 피해근로자의 장해등급을 잘못 결정하여 이미 지급한 급여 중 장해등급 변경에 따른 차액을 징수하거나,⁶⁶³⁾ 지급사유에 일부 착오가 있어 지급결정을 취소하고 이미 지급한 급여를 징수한 처분⁶⁶⁴⁾에 대하여, 법원은 수범자에 대한 급여가 ‘잘못 지급한 경우’라는 요건에 해당되더라도 공익과 사익의 형량을 거쳐 사익이 우월하다면 징수처분을 취소하여야 한다고 판시하였다.⁶⁶⁵⁾

663) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두31697 판결(보험급여 지급 1년 7개월 후 장해등급 정정에 따른 차액 743만 원을 징수한 처분에 대한 사건).

664) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두27159 판결(출장 중 교통사고로 사망한 근로자의 유족에게 유족급여를 지급한 다음 음주운전 사고였다는 사실을 추후 확인하여 유족급여 지급결정을 취소하고 지급한 금액에 대하여 징수처분한 사건).

665) “구 산업재해보상보험법(2010. 5. 20. 법률 제10305호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 산업재해보상보험법’이라 한다) 제84조 제1항의 내용과 취지, 사회보장 행정영역에서의 수

(2) 특수임무수행자 보상에 관한 법률상 보상금

이와 유사한 사안으로서, 「특수임무수행자 보상에 관한 법률」(이하 ‘보상법’) 제18조 제1항에서는 ‘국가는 이 법에 의한 보상금 등을 지급받은 자가 1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 보상금 등의 지급을 받은 경우, 2. 잘못 지급된 경우에 해당하는 경우에는 그 보상금 등의 전부 또는 일부를 환수하여야 한다.’고 규정하고 있다. 특수임무수행자보상심의위원회는 보상법에 의하여 보상금을 지급한 후 위 조항 제2호에 근거하여 대상자의 임무가 특수임무에 해당하지 않는다는 이유로⁶⁶⁶⁾ 또는 대상자가 외국군 소속이었음을 이유로⁶⁶⁷⁾ 전액을 환수하는 처분을 하였는데, 법원은 환수처분으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 사익이 우월한 경우에 해당하므로 환수처분을 취소한다고 판시하였다.⁶⁶⁸⁾

익적 행정처분 취소의 특수성 등을 종합하여 보면, 구 산업재해보상보험법 제84조 제1항 제3호에 따라 보험급여를 받은 당사자로부터 잘못 지급된 보험급여액에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 할 때에는 보험급여의 수급에 관하여 당사자에게 고의 또는 중과실의 귀책사유가 있는지, 잘못 지급된 보험급여액을 쉽게 원상회복할 수 있는지, 잘못 지급된 보험급여액에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 통하여 달성하고자 하는 공익상 필요의 구체적 내용과 처분으로 말미암아 당사자가 입게 될 불이익의 내용 및 정도와 같은 여러 사정을 두루 살펴, 잘못 지급된 보험급여액에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 해야 할 공익상 필요와 그로 말미암아 당사자가 입게 될 기대권과 신뢰의 보호 및 법률생활 안정의 침해 등의 불이익을 비교·교량한 후, 공익상 필요가 당사자가 입게 될 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 보험급여를 받은 당사자로부터 잘못 지급된 보험급여액에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 해야 한다.”(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두31697 판결)

666) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2012두17186 판결.

667) 대법원 2014. 10. 30. 선고 2012두17223 판결.

668) “보상법 제18조 제1항 제2호의 내용과 취지, 사회보장 행정영역에서의 수익적 행정처분 취소의 특수성 등을 종합해 보면, 보상법 제18조 제1항 제2호에 따라 보상금 등을 받은 당사자로부터 잘못 지급된 부분을 환수하는 처분을 함에 있어서는 그 보상금 등의 수급에 관하여 당사자에게 고의 또는 중과실의 귀책사유가 있는지 여부, 보상금의 액수·보상금 지급일과 환수처분일 사이의 시간적 간격·수급자의 보상금 소비 여부 등에 비추어 이를 다시 원상회복하는 것이 수급자에게 가혹한지 여부, 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 통하여 달성하고자 하는 공익상 필요의 구체적 내용과 처분으로 말미암아 당사자가 입게 될 불이익의 내용 및 정도와 같은 여러 사정을 두루 살펴, 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 해야 할 공익상

2) 평가

행정법에서 시작된 비례원칙의 근거는 헌법 제37조 제2항 등이고, 이러한 점에서 헌법상 비례원칙과 행정법상 비례원칙은 서로 같은 평면의 것이라고 평가하는 입장도 있다.⁶⁶⁹⁾ 그러나 행정법상 비례원칙은 법률 차원에서 사법부에 맡겨진 재량권 심사의 보충적 심사원리인 반면, 헌법상 비례원칙이 개입한다는 것은 이미 법령의 포섭과 법률 차원의 비례원칙 원용이 마쳐진 후에 추가로 기본권의 침해 여부를 비례원칙에 근거하여 재차 검토한다는 것을 의미한다. 따라서 두 차원의 비례원칙은 준별되어야 한다.

물론 헌법상 비례원칙은 효력상 최상위의 지위를 갖는다. 그러나 앞서 본 사안들에서는, ‘효력’의 문제 이전 단계인 ‘적용’의 최상위에 관한 분명한 근거를 제시하지 않은 채, 효력의 최우위만을 이유로 개별 행정작용에 대해서 헌법상 비례원칙을 그대로 원용한 것이다. 이러한 경우, 민주주의 원리를 매개로 다수의 의사로 확정된 형량의 결과물인 법률이 무력화된다.⁶⁷⁰⁾ 그 결과 예측가능성과 법적 안정성을 본질로 하는 법치주의의 근간이 흔들릴 수 있다.⁶⁷¹⁾

위 사안들에서 법원은, 잘못 지급된 보험급여나 보상금 등을 징수 또는 환수하는 처분이 수범자의 입장에서 예외적으로 가혹하다는 이유로 구체적 타당성의 측면에서 이익형량을 원용하여 처분을 취소하였다. 일반적으로 수익적 행정행위의 직권취소를 제한하는 데 신뢰보호원칙이 작동하는 것은, 법률의 근거가 없는 경우에 행정이 하자 있는 행정작용을 바로잡아 법률에 적합

필요와 그로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰의 보호 및 법률생활 안정의 침해 등의 불이익을 비교·교량한 후, 공익상 필요가 당사자가 입게 될 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 보상금 등을 받은 당사자로부터 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 환수하는 처분을 하여야 한다고 봄이 타당하다.”

669) 김형남, 행정법상 비례의 원칙에 대한 검토, 경성법학 제10호, 2001, 146면.

670) 박정훈, 행정법의 일반원칙과 헌법원리 - 법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선, 한국공법학회·대법원헌법연구회, 2014, 13면(미공간) 참조.

671) Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, JURA(1997), S. 618-619; 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구 37집 4호, 2009, 49, 83면 참조.

한 상태로 회복하여야 할 필요성과 수범자의 신뢰 및 법적 안정성을 조화시켜야 한다는 요청 때문이다.⁶⁷²⁾ 그러나 앞서 독일에서 침익적 작용이 기속행위로 규정된 경우에도 비례원칙 심사를 원용하도록 판시한 사안들에서 본바와 같이, 위 징수 또는 환수처분 사건들은 입법부가 명문의 법률로써 하자 있는 행정작용을 취소하여 법률적합성을 준수하도록 명하는 근거규정을 두고 있다.⁶⁷³⁾ 이러한 점에서 일반적인 수익적 행정행위의 직권취소 제한과는 다른 사안인 것이다.⁶⁷⁴⁾ 즉, 근거법률에서는 ‘잘못 지급한 경우’라는 요건이 충족되면 필요적으로 징수 또는 환수 처분을 하도록 규정하고 있음이 문언상 명백하다. 그럼에도 불구하고, 법원은 삼단논법에 의한 법적용이 완결된 후에 추가적인 이익형량을 통해 구체적 사안의 결론을 내는 구조를 취하고 있는 것이다.

672) 김동희, 행정법 I, 2019, 366면; 박균성, 행정법론(상), 2019, 462-464면; 이현수, 행정행위의 직권취소: 취소사유로서의 위법성판단과 취소기간, 법학연구 제16권 제1호, 2005, 211면 참조.

673) 참고로 독일의 경우, 사회법전 제10편 제45조에서 사회보장행정 영역의 수익적 행정행위에 대한 직권취소에 관하여 일반적인 제한규율을 두고 있어, 우리와는 달리 수익적 행정행위 영역에서는 직권취소와 신뢰보호 사이의 충돌문제가 입법으로 해결되어 있다고 본다(이상덕, 산재보험 영역에서 과오급 보험급여 환수의 법적 문제: 수익적 행정행위 직권취소 제한의 법리와 관련하여, 사법논집 제57집, 2013, 136-137면 참조).

674) 명문의 규정이 없는 경우에 하자 있는 행정행위의 직권취소가 추구하는 가치는 ‘원래의 수익적 행정행위가 근거법률에 적합해야 한다는 의미’로서의 ‘법률적합성’이라면, 수익적 행정행위가 하자 있는 경우 발급된 수익 - 지급된 보험급여나 보상금 등 - 을 필요적으로 환수하도록 하는 규정이 있는 경우에 추구하는 가치는 ‘수익적 행정행위를 취소하고 환수해야 한다는 근거법률에 적합해야 한다는 의미’의 ‘법률적합성’으로서, 서로 의미하는 평면이 다르다. 즉, 전자는 「① 법률에 근거한 수익적 행정행위 - ② 수익적 행정행위의 하자 발견 - ③ 법률에 근거가 없는 직권취소」의 단계에서 ①의 법률적합성과 ③에 대한 제한원리로서의 신뢰보호가 충돌한다. 반면, 후자는 「① 법률에 근거한 수익적 행정행위 - ② 수익적 행정행위의 하자 발견 - ③ 법률에 근거가 있는 필요적·기속적 취소 및 환수」의 단계에서 ③에 근거하여 취소 및 환수가 이루어진 것이어서, 여기에 부가적으로 신뢰보호원칙이 원용되려면 그 법체계적 지위상으로는 헌법상 원리로서 원용되어야 하는 것이 원칙이다. 헌법상 원리로서 원용한다면, ① 필요적·기속적 취소 및 환수를 명한 근거법률 자체가 기본권을 과도하게 침해하여 위헌이거나, ② 당해 법률 자체는 합헌이더라도 그 법률에 근거한 취소 및 환수가 신뢰보호에 반하여 기본권을 과도하게 침해하여 위헌 또는 위법하다는 논증이 되어야 하는 것이다. 위 사안들의 실시에서 명시적으로 드러나지는 않으나, 일용 ②와 같은 구조에서 헌법상 신뢰보호원칙을 원용한 것으로 보인다.

이처럼 근거법률에서 하자 있는 행정행위를 기속적으로 취소하도록 규정되어 있음이 명백한 경우에까지 재량행위를 통제하는 심사기준 또는 심사원리로 원용되는 이익형량, 특히 여기서는 신뢰보호원칙이 요구하는 의미에서의 이익형량이 부가될 수 있는 근거는 판결이유에서나 관련 문헌상으로는 찾을 수 없다.⁶⁷⁵⁾ 이 경우는 법의 근거가 없이 행정의 직권으로 수익적 행정행위를 취소함에 있어, 예컨대 사업주가 납부하는 보험료나 국가의 재정적인 측면 등 수범자의 사익에 대비되는 공익적 요소의 형량이 개입되는 사안⁶⁷⁶⁾과는 다르게, 법률의 규정이 명백히 존재하는 경우이다. 이러한 명문의 규정에도 불구하고 구체적 타당성을 추구하여야 할 요청으로 인하여 사법부가 추가적인 이익형량으로 나아갈 수 있는지부터 문제되는 것이다. 그 문제점을 보다 자세히 살펴보면 다음과 같다.

우선, 입법부는 일반적이고 추상적인 규율로써 유사한 사안에서 수범자들에게 대하여 동등하게 법을 적용하고 집행할 것을 예정하였다. 그럼에도 사법부가 구체적인 타당성에 기대어 그 수범자들 중 일부에 대하여만 법에 근거한 작용을 비례원칙 위반으로 취소한다면, 이러한 평등한 취급이라는 대원칙에 정면으로 반하는 것이 된다. 물론, 법률이 명하는 평등한 법적용과 그로

675) 김길량, 사회보장행정 영역에서의 수익적 행정행위 취소 제한에 관한 이익형량의 모습 - 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두39012 판결, 대법원판례해설 제111호, 2017, 325-341면. 위 글 339면에서는 “공익과 사익의 이익형량을 함에 있어서 공익적 요소로서 이 사건 처분에 법률적 근거가 있고, 특히 피고로서는 법률에 따라 해당 급여를 징수하여야 할 의무가 있다는 점과 같은 행정의 법률적합성을 고려할 수는 없다. 왜냐하면 수익적 행정행위의 직권취소 제한 법리는 행정의 법률적합성 원칙과 법적 안정성이 훼손되지 않아야 한다는 법치국가적 요청의 형량에 따라 예외적으로 법률 적합성 원칙이 한 발 뒤로 물러나는 것을 용인하는 법원리이기 때문이다. 행정의 법률적합성은 직권취소 제한법리(신뢰보호원칙)가 적용됨에 따라 양보되어야 하는 원칙인 것이지, 직권취소 제한 법리 적용 여부를 판단하기 위하여 형량되어야 할 공익은 아니다.”라고 하고 있다. 그러나 위와 같은 논리는 법률에 근거가 없이 하자를 바로잡기 위하여 하는 직권취소 또는 하자가 있는 경우 당해 처분의 취소를 재량행위로 규정한 경우에 타당한 것이나, 이 사건과 같이 기속행위의 경우에는 형량 자체가 가능한 사안인지부터 문제된다. 즉, 이러한 경우의 법률적합성이란 행정이 법률에 나타난 입법자의 결단에 기속되어야 한다는 우선적인 원칙인 것이지, 신뢰보호원칙의 적용에 따라 당연히 양보되어야 하는 원칙이라고 볼 수는 없다.

676) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두31697 판결, 김길량, 위의 글, 339면.

인한 예측가능성의 제공이 구체적 타당성의 요청에 항상 우선하는 가치는 아니다.⁶⁷⁷⁾ 그러나 명문의 규정이 그 자체로 명확한 경우에까지 사법부에게 구체적 타당성을 고려할 여지가 부여되어 있다고 볼 수는 없다. 만일 예외적으로 가혹한 경우에 구제할 수 있는 여지를 두지 않은 것에 대하여 재고할 필요가 있다면, 원칙적으로 근거법률이 재량의 여지를 부여하지 않아 비례원칙에 반하여 위헌이라는 취지의 심판을 제정하는 방식을 취해야 한다고 생각한다.⁶⁷⁸⁾

다음으로, 비례원칙으로 대표되는 법의 일반원리는 반대로 입법이 보호하고자 결단한 수범자에 대한 보호를 거절하는 방향으로도 이용될 수 있다는 점을 유념할 필요가 있다. 물론, 단계화된 비례원칙에는 ‘수범자에 대한 덜 제한적인 수단을 채택하였는지를 심사’하도록 요청하는 단계가 포함되어 있기 때문에, 이를 역으로 원용하여 공익에 덜 제한이 가는 대안의 심사로 이어지지 않을 가능성이 크다. 그러나 공익과 사익을 형량하라는 요청만을 두고 본다면, 수범자에게 불이익한 결과를 도출하는 데 원용될 여지도 있다. 근거법령에서 허가과 같은 수익적 작용을 기속적으로 발급하도록 명시하고 있음에도 행정청이 이를 거부하여 그 취소를 구하는 사안을 예로 들어보자. 이 경우 법 적용 단계에서는 법이 정한 요건을 모두 갖추었음에도 불구하고, 허가를 거부할 공익이 허가를 발급할 사익을 능가한다는 이유로 추가적으로 이익형량을 원용하여 거부처분을 인용할 여지도 배제할 수 없는 것이다.⁶⁷⁹⁾

677) 박정훈, 법체계와 실천이성, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 499면 참조.

678) Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, Verw-Arch 105(2014), S. 179 참조.

679) 재량행위적 성격이 포함되어 있는 경우에 관한 것이기는 하나, 건축허가에 관한 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결. 이에 관하여는 “하나의 행위에 수많은 행위들이 통합되어 있는 경우”에 해당하므로 일률적으로 기속행위라고 판단할 수는 없다고 평가된다(김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무연구회, 1998, 169-170면 참조). 다만, 이처럼 복합적 성격을 가지지 않은 단순한 질서유지적 행정작용에 관하여도 이익형량이 수익적 작용을 거부하는 것을 정당화하는 논거로 이용될 여지가 있다는 것이다. 한편 노동법 영역에서 최근, 노동자를 위한 강행규정에도 예외적으로 신의칙을 적용이 배제되는 것이 아니라고 함으로써 강행규정의 효력을 무력화한 사안이 문제된 바 있음은 잘 알려져 있다. “단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는

뿐만 아니라, 수익적 행정행위를 취소하고 지급된 급여를 환수하는 처분을 취소하는 경우에는 재정적 측면에서의 고려도 필요하다. 이러한 점에서도 사법부가 비례원칙 내지 이익형량을 매개로 개입하는 것이 과연 바람직한 것인가에 대한 의문이 생긴다.

이러한 문제점을 명확히 인식한다면, 우선적으로 징수 또는 환수처분의 근거가 된 조항의 합헌적 해석을 시도하였어야 한다.⁶⁸⁰⁾ 즉, 징수 또는 환수처분의 다른 사유들인 수범자의 귀책사유 등이 있는 경우에 준하여 이러한 경우에만 ‘잘못 지급한 경우’로 한정적으로 해석하는 방안을 일차적으로 고려할 필요가 있다.⁶⁸¹⁾ 이처럼 합헌적 해석을 통하여 논증하는 경우와 위 사안

권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 다수의견).”

680) Kolja Naumann, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatische Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, DÖV(2011), S. 98 참조. 이 글 S. 99에서는 수범자에게 유리한 법률의 유추적용은 금지되지 않는다는 점을 확인한다.

681) 이와 관련하여, 이상덕, 산재보험 영역에서 과오급 보험급여 환수의 법적 문제 - 수익적 행정행위 직권취소 제한의 법리와 관련하여, 사법논집 제57집, 2013, 161-162면 참조. 이 글에서는 “급부결정에 관하여 행정상대방의 귀책사유가 없는 경우에는 전면적으로 신뢰 보호를 적용하는 것이 바람직하다는 점에서, 필자는 제3호에 관한 대법원의 해석은 제한적으로 받아들여야 한다고 본다. 즉, ‘기타 과오급된 보험급여가 있는 경우’는 보험수급자의 부정행위가 개입되지 아니한 채로 보험급여 과오급이 발생한 경우를 전부 포괄하는 것이 아니라, 제1호, 제2호 외에 보험수급자의 고의 또는 중과실이 없이 보험급여 과오급이 발생한 경우, 다시 말해 제1호, 제2호에 포섭되지 않는 민사소송법상 재심사유에 준하는 사유가 있는 경우를 의미하는 것으로 제한적으로 해석되어야 한다.”고 하면서, “여기에 해당하는 것으로는 당초 처분이 보험수급자의 중과실로 중요사항에 관하여 사실에 부합하지 않거나 불안전하게 한 진술에 근거하여 발급된 때(독일 사회법전 제10편 제45조 제2항 제2호 관련), 보험수급자가 당초 처분이 위법함을 알았거나 중과실로 알지 못한 때(동항 제3호 관련), 행정내부적 업무분장상 결정·처리권한이 없는 자가 당초 처분의 실무담당자로서 관여한 때(민사소송법 제451조 제1항 제1호 관련), 실무담당자가 행정절차법 제29조 제1항 제1호 내지 제3호의 제척사유가 있음에도 당초 처분에

들에서 법원이 전개한 개별 사안별 이익형량에 따른 논증 사이에, 결론에 있어서는 다를 바가 없다. 그러나 합헌적 해석이 전제하고 있는 해석 및 포섭과정상 형량에서는 그러한 해석의 한계로 기능하는 법문을 단초로 삼는다는 점에서, 이러한 한계가 작동하지 아니하는 사안별 이익형량과 방법론적으로 본질적인 차이가 있다는 점은 앞서 지적한 바와 같다.⁶⁸²⁾

한편, 보상법 사안의 경우는 ‘전부 또는 일부’를 환수하도록 규정하고 있어, 효과 부분에서 일부 환수를 통해 구체적 타당성을 고려할 여지가 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 판례는 제재적 처분으로서 기지급한 급여 등의 환수처분을 심리함에 있어, 재량권의 일탈·남용 여부만을 판단할 수 있을 뿐이므로 환수처분 전체를 취소할 수밖에 없다는 입장이다.⁶⁸³⁾

관여한 때(민사소송법 제451조 제1항 제2호 관련), 당초 처분에 관여한 실무담당자 및 그 감독자가 그 처분에 관하여 직무에 관한 범죄를 범한 때, 특히 그 감독자가 수급자에게 유리한 결정을 하도록 실무담당자에게 부당한 압력을 행사하여 형법 제123조의 직권남용죄가 성립하는 때(동항 제4호 관련), 당초 처분의 증거가 된 문서나 물건이 행정 상대방의 교사·방조 없이 제3자에 의해서 위·변조된 것인 때(동항 제6호 관련), 감정인(자문의사)의 거짓 진술이 당초 처분의 증거가 된 때(동항 제7호 관련), 당초 처분의 기초가 된 법원의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때(동항 제8호 관련), 당초 처분이 그 이전에 선고된 확정판결에 어긋나는 때(동항 제10호 관련)를 들 수 있다.”고 하여 위 조항에 의한 징수사유를 제한적으로 해석할 것을 제안하고 있다.

682) 본 장 제2절 II. 이익형량에 대한 비판론 중 1. 통약불가능성 부분에서 인용한 Frederick Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, *Law & Ethics of Human Rights* 4(2010), p. 43; Niels Petersen, *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, *German Law Journal* 14(2013), p. 1402; Alexander Tischbirek, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, 2017, S. 184-185 참조.

683) “이 사건 조항에 따른 출연금 환수사유가 있는 경우 출연금 환수 여부 및 환수금액을 얼마로 정할 것인지는 관할 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 관할 행정청이 이를 판단함에 있어서 재량권을 일탈·남용하여 출연금 환수처분이 위법하다고 인정될 경우, 법원으로서의 재량권의 일탈·남용 여부만 판단할 수 있을 뿐 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 출연금 환수처분 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다고 할 것이다.”(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두18062 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031 판결 등). 결국 위 조항에 의해서 법원은 ‘일부 환수’라는 덜 제한적인 수단으로도 목적을 달성할 수 있는지를 심사한다는 의미가 있겠다.

만일 이상의 해결방안이 법률에 대한 합헌적 해석의 한계를 넘는다면, 법원으로서 수범자에게 귀책사유가 없는 경우 등 구체적 사안에 따라 징수 또는 환수 여부를 결정하도록 하는 재량행위로 규정하더라도 입법목적 달성을 위한 필요성 심사 논증을 중심으로, 비례원칙 위반을 이유로 근거 법률에 대한 위헌심판제청을 하는 방안을 검토하여야 한다.⁶⁸⁴⁾ 위헌심사 과정에서 과연 행정청에 재량을 부여하여 예외적으로 수범자를 구제할 수 있는 재량을 부여하더라도 당해 수단이 추구하는 부정수급 방지 및 예방 등의 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있을 것인지, 재량규정으로 인하여 수범자를 구제하는 경우 예외적으로 추가적인 재정 등이 필요하다면 구체적 타당성을 추구하기 위하여 그러한 재정부담을 감수할 만한 사회적 합의와 정책적 여력이 성숙한 것인지에 관한 열린 논의가 가능해질 것이다.

⁶⁸⁴⁾ Tristan Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, *Verw-Arch* 105(2014), S. 175; 박군성, 행정법론(상), 2019, 55면 참조. 이 글에서는, “비례의 원칙은 주로 재량행위의 통제법리이며 기속행위의 경우에는 기속행위의 근거가 된 법령에 대한 비례성 통제를 통하여 간접적으로 행해진다.”고 지적한다.

제5장 요약 및 결어

제1절 요약

I. 공법상 비례원칙의 의미 확정

어떠한 둘 이상의 대상 중 하나를 선택할 때 ‘비례관계’를 살피는 것, 그리고 수단을 선택할 때 달성하고자 하는 목적에 비추어 결정한다는 것은 대저 모든 판단의 기본적인 기준이 된다.⁶⁸⁵⁾ 이와 같이 목적과 수단 사이의 비례관계를 검토한다는, 우리에게 익숙하고 범위가 넓은, 다른 한편 비례관계를 정의의 관념이라고 주장한 아리스토텔레스부터 출발하여, 철학과 같은 추상적 사고체계에서도 사용되는 일반적인 판단의 기준이자 도구이기도 하다.⁶⁸⁶⁾ 법 분야의 심사기준인 비례원칙의 의미나 내용, 범위가 여러 층위에서 얽혀 있는 것도 비례관계가 가지는 이 같은 일반적이고 포괄적인 함의 때문일 것이다. 이러한 점에서 공법상 비례원칙 연구를 위한 첫 단계로서, 여러 법 분야에서 다양한 함의를 가진 심사기준으로 작동해 온 비례관계라는 개념으로부터 ‘공법상 비례원칙’을 확정해 낼 필요가 있었고, 그 과정에서 몇 가지 본질적인 개념요소를 확인할 수 있었다.

우선 공법상 비례원칙은 국가권력이 사인의 자유·권리를 제한하기 위하여 채택한 ‘수단’을 통제하기 위한 심사기준이다. 여기에서 한쪽에는 국가가 추구하는 공익 목적을, 그리고 다른 한쪽에는 그 목적달성을 위해 채택된 수단 및 그 수단으로 인해 제한되는 사익이라는 요소를 두고, 그 사이의 비례관계를 심사하는 것이다. 이러한 점에서 공법상 비례원칙은 사익과 사익 사이의 비례관계를 심사하는 사법(私法)상의 비례원칙, 과거의 책임과 형벌 사이의 비례성을 요청하는 형법상의 비례원칙 등 ‘넓은 의미의 비례원칙’과 구

⁶⁸⁵⁾ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 43.

⁶⁸⁶⁾ Dietmar von der Pfordten, Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 264 참조.

분된다.

이러한 개념요소를 본질로 하는 공법상 비례원칙의 출발은, 그 수단이 목적에 비해서 과도한 것인지, 즉 그 목적달성을 위해서 덜 제한적인 대안이 있는 것인지 여부를 살피는 필요성 심사였다. 사법(私法)이나 형법에서의 비례관계 심사는 일응 장래를 향한 목적을 전제로 하지 않거나, 그 목적은 심사에서 부수적인 것에 그치기 때문에, 적합성 심사 또는 필요성 심사가 개입될 여지는 적다. 다만, 형법상 정당방위, 노동법상 쟁의행위나 해고의 요건과 같이 사인의 행위를 그 목적에 비추어 판단하는 구조를 상정할 수 있는 경우에는 적합성과 필요성 심사가 작동할 여지가 있다. 단계화된 비례원칙이 적용되느냐는 이처럼 당해 수단으로 달성하고자 하는 ‘목적’ 개념이 주되게 작동하느냐 여부에 의해 결정된다.

II. 목적의 정당성 심사의 의의

이 지점에서 단계화된 비례원칙 중 첫 단계인 목적의 정당성 개념이 갖는 기능적 의의가 있다. 즉, 이 단계에서는 수단의 비례관계를 심사하기 위해 필요한 고정된 상수인 목적을 결정하게 된다. 장래를 향하여 달성하고자 하는 목적 개념이 결여된 행위 내지 수단이라는 것은 상정하기 어렵겠지만, 단계화된 비례원칙 적용의 전제조건으로서의 목적 개념은 당해 수단과 비교할 요소로서 기능하는, 비례원칙의 본질적인 징표이다. 따라서 목적이 부수적으로만 작동하는 경우에는 제반사정을 고려한 형량이나 비례성 심사가 원용될 것이다. 결국 단계화된 비례원칙을 적용하려면 수단에 대응하는 가장 직접적이고 긴밀하게 연결된 목적을 설정해 내는 것이 필요하고도 중요한 것이다. 만일 서로 상반되는 목적들이 동시에 작동하는 경우라면, 단계화된 비례원칙이 아닌 형량명령과 같은 다른 심사기준이 필요해진다.

목적의 정당성 단계가 목적 설정의 측면에서 단계화된 비례원칙 심사의 첫 단초로서 기능하기는 하나, 그와 같이 설정된 목적이 정당한지 여부를 판단하는 것은 비례원칙의 본질적인 요소는 아니다. 목적의 정당성 여부는 수

단의 정당성과 함께 비례원칙 외부에 존재하는 별도의 판단기준 - 예컨대, 법의 명문규정이나 법에서 도출되는 이념, 헌법이나 법의 일반원리 등 - 에 의거하여 판단되는 것이기 때문이다. 이처럼 목적이 정당한지의 판단이 비례원칙 내에 필연적으로 위치하는 것은 아니나, 실무상으로도 이론상으로 비례원칙의 한 부분으로 다루어지고 있고, 비례원칙 심사로 나아가기 위하여 목적을 설정한 이상 그 목적이 정당한지 자체에 대한 판단은 필요하므로, 본고에서 ‘목적의 정당성’ 단계에서 함께 고찰하였다.

당해 수단이 추구하는 목적이 정당한지 여부 또는 당해 수단이 추구한다고 내세운 목적이 과연 진정한 의도인지 여부를 심사하는 가치적 측면은, 어느 때보다 다양한 가치가 혼재하고 그에 대한 수용문제가 대두되는 현 상황에서 여전히 중요성을 가진다고 할 것이다. 그러나 목적이 그 자체로 정당하지 않다고 걸러낼 수 있는 경우는 드물 것이다. 이러한 점에서, 목적의 정당성이라는 표제 하에서는 수단과 긴밀하게 연결된 목적을 결정해 내는 것을 주된 과제로 하여야 할 것이다. 나아가 그에 이은 수단에 대한 적합성 및 필요성 심사에서 당해 수단이 과도한 것으로 판명되면, 당해 수단이 앞에서 정한 목적이 아닌 다른 의도를 추구하기 위하여 채택된 것이라고 보아 부당한 의도를 걸러내는 기능을 하는 심사단계로 구성해 나가는 방안을 검토하는 것도 의의가 있다고 생각된다.

목적의 정당성과 관련하여 한 가지 덧붙일 것은, 당해 목적이 추구하는 ‘공익’ 개념에 관하여 여러 측면에서 다양하고 깊은 논의가 향후 이루어져야 할 것이라는 점이다. 공익 개념에 대하여는 그것이 공동체로서 추구하는 이익을 의미하는 것인지, 사익의 총합인 것인지, 타인의 기본권을 공익 개념에 포함시킬 수 있을 것인지 등 여러 가지 주제에 관한 논의가 필요할 것이다. 이러한 공익에 대한 고민 과정에서, 헌법이 천명하고 보장하는 국가의 가치 질서 내에 포섭될 수 있는 공익의 진정한 의미와 범위에 관한 사회적 합의도 점진적으로 이루어질 수 있기를 기대한다.

Ⅲ. 수단의 적합성·필요성과 이익형량 심사의 관계

다음으로, 목적의 결정에 이은 수단에 대한 적합성과 필요성 심사가 가지는 독자적인 의의를 부각하고자 하였다. 우선 목적달성에 기여할 수 있는지에 관한 사실적·경험적 인과관계 판단인 적합성 심사에서 보다 객관적이고 합리적인 수단의 심사가 이루어질 수 있다고 강조하였다. 이를 바탕으로, 심사절차상으로는나 실제적 측면에서 이를 실현할 방안이 무엇일지 기존의 연구 성과를 정리하고 평가해 보았다.

원칙적으로는 수단선택에 대하여 일차적 판단권자가 갖는 선택과 판단의 여지를 존중해야 할 것이다. 그러나 당해 수단으로 인하여 제한되는 자유·권리의 종류와 성격에 따라서는, 과연 당해 수단이 목적달성에 기여할 수 있는 확실한 인과관계가 있는지, 적어도 당해 수범자에 대하여는 당해 수단이 목적달성에 기여하지 못하는 것은 아닌지 등에 관하여 일차적 판단권자에게 분명한 이유와 근거제시를 요구할 필요가 있을 것이다.

또한 덜 제한적인 대안의 유무를 판단하는 필요성 심사에서 단계화된 비례원칙이 가장 중요한 기능적 역할을 수행할 수 있다고 논증하였다. 현재 많은 논쟁이 이루어지는 이익형량 심사의 경우, 공익과 사익 사이의 경중을 비교하라는 요청이 통약불가능성 비판으로부터 자유롭지 않고, 이를 정면에서 유효하게 반박한 이론은 찾지 못하였다. 이러한 점에서 대안들 사이를 비교하는 필요성 단계가 원칙적으로 정치적·정책적 결단에 해당하는 형량을 재차 시행하는 것 또는 통약불가능한 가치의 비교를 요구하는 공법상 이익형량의 한계를 보완하는, 보다 객관화된 심사기준에 해당한다고 보았다. 이와 같은 이론적 측면 외에도, 필요성 심사를 보다 정치하고 세밀하게 발전·전개시킴으로써 국가기능의 적정한 배분을 기대할 수 있다고 생각된다. 즉, 대안에 대한 실질적인 심사가 이루어진다면, 수단들을 마련하고 검토하여 채택하는 과정에서 일차적 판단권자로 하여금 더욱 더 다방면에서 자료를 수집하고 다양한 이해관계인들을 참여시키도록 하며, 이러한 과정을 필요성 심사 단계에서 현출하여 수단들을 상호 비교·대조하도록 할 수 있다. 이는 공익과 사익이라는 가치에 관한 경중 판단을 요청하는 이익형량 심사에서는 기

대하기 어려운 기능이라 할 것이다.

제2절 결어

I. 행정법상 비례원칙 원용의 방향성

1. 개별 행정작용

현재 실무상 비례원칙에 의한 재량행위의 심사 및 통제는 주로 마지막 단계인 이익형량에서 이루어진다. 앞서 검토한 논의에 비추어 보면, 재량행위에 대한 이익형량 심사는 이론적으로는 두 가지로 구분할 수 있다. 하나는 ‘공익 목적’에 비추어 수단이 초래하는 ‘사익 제한’ 사이에 비례관계가 적정한지 여부이고, 다른 하나는 ‘위반 행위’에 비추어 수단이 가져오는 ‘사익 제한’ 사이의 균형이 이루어졌는지 여부이다.

그런데 현재 비례원칙이 원용되는 경우 이러한 구분이 명확하지 않은 경향이 있다. 이로 인해 전자에 속하는 비례원칙 심사에서도 당해 수단으로써 달성하고자 하는 공익 목적을 정하는 단계와 목적에 비추어 수단의 적합성이나 필요성 심사 단계는 생략된 채 곧바로 마지막 단계인 이익형량 심사로 나아가는 양상을 볼 수 있다. 그 결과 마지막 이익형량 단계에서 비례관계를 이루는지 여부를 판단하는 요소들도 공익 목적에 비준 사익의 제한인지, 위반행위에 따른 사익의 제한의 비례관계인지 불분명하다. 후자에 해당하는 비례관계는, 앞서 시도한 구분에 따르면 목적 개념이 배제된 요소들 사이의 비례관계를 검토한다는 의미의 ‘비례성 요청’에 해당한다. 이러한 비교에서 시도되는 이익형량은 공익과 사익 사이의 형량이 아니라 점에서 사법(司法) 고유의 작용에 해당한다. 즉, 이익형량에 대한 공익과 사익의 통약불가능성 등과 같은 이론적 한계 또는 권력분립과 사법부의 정당성 등과 같은 제도적 한계에 따른 비판이 개입할 여지가 없다는 점에서 전자의 경우와는 본질적인 차이가 있다.

이러한 논의를 바탕으로 할 때, 재량행위에 대한 비례원칙 심사의 구조를 다음과 같이 준별하여 실시할 필요가 있다. 우선 당해 수단으로써 달성하고자 하는 목적에 비추어 수단의 비례관계를 심사할 것인지, 또는 위반행위에 대한 제재의 경중을 판단할 것인지를 정하여야 한다. 물론 목적이라는 요소가 없는 행정작용은 상정할 수 없지만, 비례원칙 심사를 위한 측면에서는 수단 통제의 중점을 목적과의 비례관계에 둘 것인지 또는 과거 행위와의 비례성에 둘 것인지에 따라 중점을 두어 판단하는 심사단계가 달라지기 때문이다. 즉, 전자의 경우는 수단이 목적 달성에 기여할 수 있는지와 목적을 달성할 수 있는 다른 덜 제한적인 대안이 있는지, 특히 덜 제한적인 대안을 채택함으로써 예상되는 공익실현의 감소분을 용인할 것인지를 평가하게 된다. 이를 통해 공익과 사익의 경중 비교라는 이익형량의 난점과 한계를 보완하면서 실질적인 수단통제를 할 수 있다. 한편 후자의 경우에는 위반에 비하여 제재가 과중한지 여부를 판단하는 것으로 족하다. 다른 한편, 이러한 구분에 주목하여, 전자인 행정목적에 비춘 수단의 통제로서 적합성과 필요성 단계를, 후자인 위반행위에 비춘 제재양정의 통제로서 비례성 요청 의미의 형량 단계를 복합적으로 활용하는 방안도 가능할 것이다.

이와 같이 심사의 방향이 정해지면, 공익 목적에 비춘 수단의 비례관계를 검토하는 전자의 경우, 우선 수단을 심사하는 기준점으로서 목적을 정하여야 한다. 개별 행정작용에 있어서는, 이 단계에서 정해진 목적의 정당성 여부는 근거가 된 법령의 정당성 여부에 따라 결정되는 것이므로, 비례원칙 심사에서 정당성 자체를 판단할 여지는 적다. 그러나 비례원칙 심사의 출발점으로서, 수단을 심사하는 기준이 되는 목적을 정하는 단계는 필요하다. 다음으로, 그와 같이 정해진 공익 목적을 당해 수단이 달성할 수 있는지의 적합성 심사와 덜 제한적인 대안이 없는지의 필요성 심사가 실질적으로 이루어져야 한다는 점은 앞서 논증한 바와 같다.

2. 법령 및 법률

단계화된 비례원칙은 행정작용의 근거가 되는 법령의 위헌·위법 여부의

판단에 있어 유용하게 기능할 수 있다. 근거법령에 관하여는 개별 행정작용
에서와 달리 비례원칙의 구분된 각 단계별로 심사가 이루어지는 경향을 보
이고 있고, 앞으로도 단계별 심사가 적확하게 이루어지도록 발전시켜 나갈
필요가 있다. 특히 현대의 행정법에서는 위반행위를 전제로 하지 아니한 침
익적 작용, 즉 수범자의 자유·권리를 제한하거나 의무를 부과하는 작용은
행정청의 개별작용보다는 입법과 그 위임을 받은 법령에 의하여 주로 이루
어진다는 점에서,⁶⁸⁷⁾ 이 부분에 대한 심사는 행정재량 통제의 중요한 단초가
될 수 있다.

또한 비례원칙의 의미를 명확히 규명함으로써, 침익적 작용을 중심으로 적
용되어 온 비례원칙이 수익적 작용의 근거법령에 대하여도 원용되는 뒷받침
이 될 수 있다는 점도 유념할 필요가 있다. 수익적 작용 영역에서는 그 작용
을 발급하기 위하여 예산의 뒷받침이 필수적이고, 이러한 재정적 측면 등을
고려하여 형성의 여지가 넓게 인정된다. 그렇다면 이제까지 논의된 단계화된
비례원칙을 이러한 영역의 특징에 맞추어 적절히 변용함으로써, 급부행정의
목적과 그에 따른 급부 사이의 비례관계를 심사하는 기준으로 정착시켜야
할 것이다.

II. 제언

이제 이상의 ‘공법상 단계화된 비례원칙’에 대한 논의를 행정법 차원으로
끌어들일 차례이다. 우선 행정재판에서 행정작용의 근거가 되는 법령에 대한
부수적 심사를 적극적으로 확대해 나가는 것을 강구할 필요가 있다. 현재 행
정재판에서 이루어지고 있는 개별적 행정작용 중심의 사고를 넘어 그 근거
가 되는 법령에 대한 세밀한 심사가 보편화될 때, 행정과정에 대하여 진정하
게 통제와 심사가 이루어진다고 할 수 있기 때문이다.⁶⁸⁸⁾ 본고에서는 단계화
된 비례원칙이 적용될 여지가 큰 법령에 대한 심사에서 활용되기를 기대하

687) 박정훈, 광의의 행정벌과 협의의 행정벌, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 378면 참조.

688) 백윤기, 행정소송의 한계, 사법논집 제67집, 1995, 364면.

면서, 각 심사단계별 고유한 의미를 밝히는 데 중점을 두었다.

다음으로 개별 행정작용에 있어서는, 비례원칙의 단계별 심사가 구분되어 이루어지지 않고 포괄적으로 다른 원리들과 함께 원용되는 현황을 개선할 필요가 있다. 우선 그 작용으로써 추구하는 목적을 정확하게 발견·결정함으로써 수단 심사의 올바른 기준점으로 기능하도록 하여야 한다. 나아가 이를 전제로 하여 수단이 그 목적 달성에 기여할 수 있는 사실적 가능성인 적합성, 다른 대안의 존재·의의·효과에 대한 심사인 필요성에 대하여 실질적인 검토가 이루어져야 할 것이다. 그리고 목적에 비추는 수단의 비례관계가 아닌, 위반행위와 제재의 비례성을 심사하여야 할 많은 사안의 경우, 이러한 침익적 작용에 관하여 법원이 행하는 형량은 제재양정에 필요한 과정으로서, 공통된 비교의 기준이 없는 공익과 사익 사이의 경중을 정면으로 비교하는 것이 아닌 고유한 사법(司法)작용에 해당하는 것이다. 법원은 이 과정에서 행정의 재량권 행사를 적극적으로 심사할 수 있게 된다.

본고에서는 이처럼 단계화된 비례원칙 전반에 걸친 이론적 논의를 중심으로, 비례원칙의 각 심사단계가 행정법상 영역별로 명확히 구분되어 원용되기 위한 토대를 마련하고자 하였다. 본고에서의 논의가 앞으로 실제 판례에서 비례원칙 적용에 관한 정확한 논증을 제공하는 데 도움이 되고, 학문적으로도 발전적 토론이 전개되기를 기대한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김남진·김연태, 행정법 I, 제23판, 법문사, 2019.
- 김동희, 행정법 I, 제25판, 박영사, 2019.
- 김문헌 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 19권, 헌법재판소, 2008.
- 김성수, 일반행정법 - 행정법이론의 헌법적 원리, 제8판, 홍문사, 2018.
- 김철용, 행정법 I, 제12판, 박영사, 2009.
- 류지태·박종수, 행정법신론, 제17판, 박영사, 2019.
- 박균성, 행정법론(상), 제18판, 박영사, 2019.
- 박윤훈·정형근, 최신 행정법강의(상), 개정30판, 박영사, 2009.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 백윤기, 미국 행정소송상의 엄격심사원리에 관한 연구 - 한국판례와의 비교 분석을 중심으로, 서울대학교, 1995.
- 성낙인, 헌법학, 제19판, 법문사, 2019.
- 석종현·송동수, 일반행정법(상), 제15판, 삼영사, 2015.
- 우성기, 공법상의 비례원칙: 프랑스공법을 중심으로, 서울대학교, 1994.
- 이민열, 기본권 제한 심사의 법익 형량, 2016.
- 정종섭, 헌법학원론, 제12판, 박영사, 2018.
- 최규환, 인간존엄의 형량가능성, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017.
- 한수웅, 헌법학, 제9판, 법문사, 2019.

허영, 헌법이론과 헌법, 신8판, 박영사, 2017.

황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교, 1995.

2. 단행논문

강일신, 과잉금지원칙의 논증방식 - 침해최소성, 법익균형성 심사를 중심으로, 법학연구 30(1), 충남대학교 법학연구소, 2019, 191-223면.

강승식, 비례의 원칙의 적용방안에 관한 연구, 세계헌법연구 제17권 2호, 2011, 55-83면.

고봉진, 헌법재판에서 가치판단과 비례성심사, 법철학연구 18권 3호, 2016, 73- 96면.

김남진, 행정법상의 비례원칙, 월간고시, 20권 6호, 1993, 65-79면.

김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 서울대학교 법학 제48권 제2호 (통권 제143호), 2007, 31-115면.

김대환, 헌법상 비례성원칙의 운용과 과제, 경성법학 14집 1호, 2005, 1-18면.

_____, 독일에서 과잉금지원칙의 성립과정과 내용, 세계헌법연구 11권 2호, 2005, 69-86면.

_____, 헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거, 세계헌법연구 12권 2호, 2006, 25-46면.

_____, 비례성원칙의 심사강도 - 비교법적 검토를 포함하여, 헌법학연구 제 18권 제2호, 2012, 301-344면.

김세윤, 수익적 행정행위의 철회에 관한 비례원칙의 적용, 형사재판의 제문제 제7권, 2014, 1207-1215면.

김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무연구회, 1998, 158-171면.

- _____, 행정법학의 개념과 그 외연: 제도중심의 공법학 방법론을 위한 시론, 행정법연구 제21호, 행정법이론실무학회, 2008, 1-22면.
- 김종보, 기본권침해 심사기준에 관한 소고 - 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로, 공법학연구 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009, 173-203면.
- 김태수, 표현의 자유와 법익형량: 인격권침해적 표현을 중심으로, 공법연구 35집 4호, 2007, 407-432면.
- 김태호, 행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제4호, 2009, 89-116면.
- 김하열, 자유권 제한입법에 대한 위헌심사: 판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰, 동아법학 56호, 2011, 1-34면.
- _____, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제67호, 2012, 35-74면.
- 김해룡, 법치국가의 원리로서의 형량명령, 외법논집 34권 제1호, 2010, 219-234면.
- 김형남, 행정법상 비례의 원칙에 대한 검토, 경성법학 제10호, 2001, 143-156
- 김형성, 과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점, 헌법실무연구 3권, 2002, 53-72면.
- 문재완, 비례원칙의 과도한 팽창, 세계헌법연구 제24권 제3호, 2018, 21-47면.
- 박경신, 이익형량에 대한 환원주의적인 접근의 사례: 미국의 단계심사와 한국의 과잉금지원칙, 법철학연구 11권1호, 2008, 165-196면.
- 박근성, 행정상 즉시강제의 통제 - 비례원칙, 영장주의, 적법절차의 원칙과 관련하여, 행정판례연구 11집, 2006, 217-242면.
- _____, 행정판례를 통해 본 공익의 행정법적 함의와 기능, 행정판례연구 X XII-2-제1권, 2017, 1-40면.
- 박정훈, 헌법과 행정법: 행정소송과 헌법소송과의 관계, 법학 39권 4호, 서울

- 대학교, 1999, 81-105면.
- _____, 행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로, 행정법연구 제11호, 행정법이론실무학회, 2004, 125-174면.
- _____, 행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로, 한국공법이론의 새로운 전개, 삼지원, 2005, 217-236면.
- _____, 행정법에 있어서 판례의 의의와 기능, 법학과 법실무의 연결고리로서의 판례 - 재량행위에 관한 대법원판례를 예시로 하여, 행정법학 제1호, 사단법인 한국행정법학회, 2011, 1-35면.
- _____, 행정법의 일반원칙과 헌법원리 - 법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선, 한국공법학회·대법원헌법연구회, 2014, 1-13면(미공간).
- _____, 행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계, 행정법연구 제43호, 2015,
- 백옥선, 대형마트 및 기업형 슈퍼마켓 영업일시 규제에 관한 법적 고찰, 행정법연구 제36호, 행정법이론실무학회, 2013, 319-350면.
- 백윤기, 행정소송의 한계, 사법논집 제67집, 법원도서관, 1995, 7-39면.
- _____, 행정소송에 있어 건축주와 인근주민의 이익의 충돌과 그 조화 - 서울행정법원 2001. 8. 30. 선고 2001구18236 판결, 행정판례연구 7권, 한국행정판례연구회, 2002, 165-195면.
- 서정범, 행정법상의 비례의 원칙, 강원법학 제7권, 강원대학교 비교법학연구소, 1995, 173-190면.
- 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013, 5-26면.
- 송시강, 행정재량과 법원리, 행정법연구 제48호, 행정법이론실무학회, 2017, 113-151면.
- 신봉기, 한국 행정판례에 있어서 형량하자론의 도입과 평가, 행정판례연구 13집, 2016, 107-151.
- 안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위 - 행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로, 행정법연구 제34호, 2012, 1-25면.

- 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총 1집, 1990, 111-157면.
- 양시복, 행정법의 일반원리(비례의 원칙 등)를 위반한 행정행위의 효력 - 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다24646 판결을 중심으로, 법조 57권 8호, 2008, 191-226면.
- 양충모, 조세입법에 대한 사법심사원리로서 비례원칙의 한계, 공법연구 38집 4호, 2010, 183-202면.
- 유남석, 기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙, 헌법판례해설, 사법발전재단, 2010, 76-86면.
- 이기철, 헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?, 공법연구 제35집 제1호, 2006, 377-408면.
- 이명웅, 비례의 원칙과 판례의 논증방법, 헌법논총 9집, 1998, 671-725면.
- _____, 비례의 원칙의 2단계 심사론, 헌법논총 15집, 2004, 509-544면.
- 이민열, 공익의 체계적 분석을 통한 ‘목적의 정당성’ 심사 정교화, 변호사 제 44집, 2013, 277-295면
- _____, 과잉금지원칙의 ‘수단의 적합성’ 및 ‘피해의 최소성’ 심사의 정교한 이해와 그에 따른 논변 구성법, 변호사 제46-I집, 2014, 33-51면.
- _____, 목적의 정당성을 비례원칙에 포함하여야 하는 근거와 그 역할, 법조, 715권, 2016, 5-50면.
- 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 13권 2호, 2007, 275-302면.
- _____, 집회의 자유에 대한 헌법적 해석 및 관련 법률의 비례성심사, 한양법학 34집, 2011, 287-308면.
- _____, 원칙이론에 의한 헌법재판적 형량 - 알렉시(Alexy) 교수의 원칙이론에 대한 비판을 겸하여, 법학논고 제46집, 2014, 37-58면.
- 이승엽, 절대적 기본권의 형량에 관한 고찰: 수학적 방법론을 적용하여, 법학논총 제23집 제2호, 2016, 181-224면.

- 이영우, 헌법재판에 있어서 이익형량론, 토지공법연구 18집, 2003, 113-130면.
- 이용식, 형법에 대한 헌법적 통제: 비례성 원칙을 중심으로, 헌법질서와 형법의 방향, 한국형사법학회, 2006, 1-22면.
- _____, 형법에 있어서의 이익형량, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 2007, 1-30면.
- 이원우, 혁신과 규제: 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단, 경제규제와 법, 제9권 제2호, 2016, 7-29면.
- _____, 헌법상 경제질서와 경제규제의 근거와 한계, 국가와 헌법, 헌법총론, 정치제도론, 법문사, 2018, 495-522면.
- 이정환, 양심의 자유의 과잉금지원칙, 중앙법학 18집 1호, 2015, 139-171면.
- 이재홍, 과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로, 저스티스 통권 제163호, 2017, 75-131면.
- 이종근, 미연방헌법과 비례의 원칙 - 독일 헌법상의 비례원칙의 도입논의를 중심으로, 헌법학연구 16권 2호, 2010, 485-520면.
- 이준일, 헌법재판의 법적 성격: 헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로, 헌법학연구 12권 2호, 2006, 313-346면.
- _____, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 25-44면.
- 이현수, 프랑스의 행정제재법리와 그 시사점, 세계헌법연구 제25권 1호, 세계헌법학회, 2019, 77-108면.
- 이희정, 행정입법 효력의 재구성: 시론, 행정법연구 25호, 행정법이론실무학회, 2009, 109-138면.
- 임지봉, 직업의 자유와 과잉금지의 원칙: 헌재 2016. 7. 28. 2013헌바389 결정, 법조 통권 720호, 2016, 367-401면.
- 전정환, 미국연방대법원의 엄격심사기준의 기능과 이익형량에 관한 연구, 원광법학 제34권 제4호, 2018, 45-73면.
- 전학선, 헌법재판소 판례에 나타난 사회적 기본권과 비례의 원칙, 세계헌법연구 제23권 제2호, 2017, 1-38면.

- 정관영, 공법소송에서 공공부조수급권의 보장: 비례의 원칙을 중심으로, 법조, 696권, 2014, 157-200면.
- 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 법학연구, 51권 1호, 2010, 5-45면.
- _____, 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 관계, 법과 정책연구 제9집 제1호, 2009, 197-224면.
- 정인구, 과징금 부과처분과 비례의 원칙, 법제 648호, 2011, 116-129면.
- 정주백, 과잉금지원칙에 관한 관건: 현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 245-27면.
- 정하중, 행정법의 일반원칙으로서 비례의 원칙 - 대법원 1985. 11. 12. 선고 85누303 판결, 행정판례평선, 2011, 32-37면.
- 진창수, 헌법재판소 판례에 나타난 비례원칙, 공법연구 37집 4호, 2009, 1-24면.
- _____, 비례원칙의 실무상 적용 및 운용, 대법원 헌법연구회 발제문(미공간), 2014, 1-27면.
- 채형복, 유럽공동체법의 일반원칙으로서 비례원칙과 공동체의 권한 행사의 한계, 국제법학회논총 51권 2호, 2006, 63-82면.
- 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위, 특별법연구, 13권, 사법발전재단, 2016, 3-32면.
- 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구 37집 4호, 2009, 45-84면.
- 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 95호, 2006, 5-28면.
- _____, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부 - 헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙 적용의 문제점을 중심으로, 헌법실무연구 9권, 2008, 379-417면.

- _____, 기본권과 신뢰보호원칙의 관계 - 과잉금지원칙을 적용하여 신뢰보호 원칙의 위반여부를 판단하는 헌법재판소결정에 대한 판례평석을 겸하여, 인권과 정의 419호, 2011, 27-49면.
- 허완중, 기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 37집 1-2호, 2008, 201-228.
- 홍준형, 행정계획과 비례의 원칙, 판례행정법, 1999, 149-158면.
- 황치연, 우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점, 고시연구 24권 3호, 1997, 174-184면.
- _____, 과잉금지원칙의 제문제, 헌법논총 20집, 2009, 463-490면.

II. 독일문헌

1. 단행본

- Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1994.
- Clérico, Laura, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- Dechsling, Rainer, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, Verlag Vahlen, 1989.
- Hanau, Hans, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, Mohr Siebeck, 2004.
- Hirschberg, Lothar, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verlag Otto Schwartz & Co., 1981.
- Hofmann, Ekkehard, Abwägung im Recht, - Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht, Mohr Siebeck, 2007.
- Jakobs, Michael, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Verlag Hey-

mann, 1985.

Leisner, Walter, Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?,
Dunkler & Humblot, 1997.

de Oliveira, Renata Camilo, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechts-
dogmatik - Beitrag zu einem liberalem Grundrechtsverständnis im
demokratischen Rechtsstaat, Duncker & Humblot, 2013.

Petersen, Niels, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsem-
pirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Frei-
heitsgrundrechten, Mohr Siebeck, 2015.

Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot,
1976.

Stürner, Michael, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertrags-
recht: Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von
vertraglichen Recht und Pflichten, Mohr Siebeck, 2010.

Tischbirek, Alexander, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration
zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Mohr Siebeck, 2017.

Vogt, Benedikt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen,
Duncker & Humblot, 2019.

2. 논문

Alexy, Hans, Subsumtion oder Abwägung: Was gilt im Ausweisungsrecht?
DVBl.(2011), S. 1185-1252.

von Arnald, Andreas, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismä-
ßigkeitgrundsatzes, JZ(2000), S. 276-280.

_____, Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt / Oliver
Lepsius(Hg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfas-
sungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Mohr Siebeck, 2015, S. 276-

- Barczak, Tristan, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, *VerwArch* 105(2014), S. 142-181.
- Becker, Florian, Verhältnismäßigkeit, in: *Leitgedanken des Rechts*, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band I: Staat und Verfassung, 2013, S. 225-236.
- Bleckmann, Albert, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, *JuS*(1994), S. 177-183.
- Engel, Christoph, Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, 2002, S. 1-62.
- _____, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011, in: *Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius*(Hg.), *Verhältnismäßigkeit - Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, 2015, S. 97-128.
- Grabitz, Eberhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR*(1973), S. 568.
- Groß, Thomas, Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle des Gesetzgebers: Transformationen rechtstaatlicher Kontrollinstrumente, *DÖV* (2006), S. 856-861.
- Hohnerlein, von Jakob, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen, *Der Staat* 56(2017), S. 227-254.
- Huber, Hans, Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht, *ZSR* 96(1977), S. 1-29.
- Klatt, Matthias / Meister, Moritz, Verhältnismäßigkeit als universelle Verfassungsprinzip, in: *Matthias Klatt*(Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, 2013, S. 62-104.
- _____, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *JuS*(2014), S. 193-199.

- Lepsius, Oliver, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius(Hg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Mohr Siebeck, 2015, S. 1-41.
- Mehde, Veith, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidung, DÖV(2014), S. 541-548.
- Michael, Lothar, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS(2001), S. 148-155.
- Naumann, Kolja, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatische Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, DÖV(2011), S. 96.
- Ossenbühl, Fritz, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck, 1993, S. 151-164.
- _____, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, JURA(1997), S. 617-621.
- von der Pfordten, Dieter, Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius(Hg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Mohr Siebeck, 2015, S. 261-275.
- Reimer, Philipp, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius(Hg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Mohr Siebeck, 2015, S. 60-76.
- Saurer, von Johannes, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51(2012), S. 1-33.
- Schlink, Bernhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Mohr Siebeck, 2001, S. 445-465.

III. 영미문헌

1. 단행본

Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005.

Bomhoff, Jacco, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013.

Cohen-Eliya, Moshe / Porat, Iddo, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013.

Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

Klatt, Matthias / Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press, 2017.

Sullivan, E. Thomas · Frase, Richard S., *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, 2009.

Susnjar, Davor, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Sweet, Alec Stone / Mathews, Jud, *Proportionality Balancing & Constitutional Governance: A Comparative & Global Approach*, Oxford University Press, 2019.

Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, 2017.

2. 논문

- Aleinikoff, Thomas Alexander, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale Law Journal 96(1987), p. 943-1005.
- Alexy, Robert, On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison, Ratio Juris 16(3)(2003), p. 433-449.
- Barak, Aharon, Proportionality and Principled Balancing, Law & Ethics Human Rights 4(2010), p. 1-18.
- _____, A Research Agenda for the Future, in Vicki C. Jackson / Mark Tushnet(ed.), Proportionality: New Frontiers, New Challenges, Cambridge University Press, 2017, p. 322-335.
- Bastress, Robert M., The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification and Some Criteria, Vanderbilt Law Review 27(1974), p. 971-1042.
- Bilchitz, David, Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?, in Liora Lazarus / Christopher McCrudden / Nigel Bowles(ed.), Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement, Hart Publishing, 2016, p. 41-62.
- Blocher, Joseph, Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis, New York University Law Review 84(2009), p. 375-439.
- Chan, Cora, Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review, Legal Studies, 33(1)(2013), p. 1-26(PDF).
- Choudhry, Sujit, So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1, Supreme Court Law Review 34(2006), p. 501-535.
- Clérico, Laura, Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable, in David Duarte / Jorge Silva Sampaio(ed.), 'Proportionality in Law: An Analytical Perspective', Springer International

- Publishing AG, 2018, p. 25-48.
- Cohen-Eliya, Mosche / Porat, Iddo, The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, *San Diego Law Review* 46(2009), p. 367-413.
- _____, The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism, in Vicki C. Jackson / Mark Tushnet(ed.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 103-129.
- Da Silva, Virgilio Alfonso, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, *Oxford Journal of Legal Studies* 31(2011), p. 273-301.
- Davidov, Guy, Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. V. Sharpe(B. C. C. A.), *Review of Constitutional Studies* 5(2000), p. 1-18(RSSN).
- Dyzenhaus, David, Proportionality and Deference in a Culture of Justification, in Grant Huscroft / Bradley W. Miller / Grégoire Webber (ed.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 234-258.
- Endicott, Timothy, Proportionality and Incommensurability, in Grant Huscroft / Bradley W. Miller / Grégoire Webber (ed.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 311
- Fallon, Richard H. Jr., Strict Judicial Scrutiny, *UCLA Law Review* 54 (2007), p. 1267-1337.
- Feldman, Gabriel A., The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis, *American University Law Review* 58(2009), p. 561-586.
- Gardbaum, Stephen, Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?, in Vicki C. Jackson / Mark

- Tushnet(ed.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 221-247.
- Gerards, Janneke, How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 11(2013), p. 466-490.
- Greer, Steven, “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, *Cambridge Law Journal* 63(2)(2004), p. 412-434.
- Grimm, Dieter, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, *University of Toronto Law Journal* 57(2007), p. 383-397.
- Jackson, Vicki C., Ambivalent Resistance And Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on “Proportionality”, *Rights and Federalism*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1(1999), p. 583-639.
- _____, Constitutional Law in an Age of Proportionality, *Yale Law Journal*, 124(2015), p. 3094-3196.
- _____, Proportionality and Equality, in Vicki C. Jackson / Mark Tushnet(ed.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 171-196.
- Kumm, Matthias, Democracy is not enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 118(2009), p. 1-38.
- _____, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-based Proportionality Review, *Law & Ethics of Human Rights* 4(2010), p. 140-173.
- Marsh, Nikolaus / Tünsmeier, Vanessa, The Principle of Proportionality in German Administrative Law, in Sofia Ranchordás / Boudewijn de Waard(ed.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A*

- Comparative Administrative Law Study, Routledge, 2015, p. 13-42.
- Mathews, Jud, Proportionality Review in Administrative Law, Yale Law (2015), p. 1-25(homepage).
- Möller, Kai, On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court, Public Law 51(2006), p. 457-514.
- _____, Balancing and the Structure of Constitutional Rights, International Journal of Constitutional Law 5(2007), p. 453.
- _____, Proportionality: Challenging the Critics, The Modern Law Review(2012), p. 709-731.
- Note, Less Drastic Means and the First Amendment, Yale Law Journal 78 (1969), p. 464-474.
- Petersen, Niels, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law, German Law Journal, 14(2013), p. 1387-1418.
- _____, The German Constitutional Court and Legislative Capture, International Journal of Constitutional Law 12(2014), p. 650-669.
- _____, Legislative Inconsistency and the ‘Smoking Out’ of Illicit Motives, American Journal of Comparative Law 64(2016), p. 121-145.
- Porat, Iddo, The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law, Cardozo Law Review 27(2006), p. 1393-1448.
- Rivers, Julian, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal 65(1)(2006), p. 174-207.
- _____, The Presumption of Proportionality, The Modern Law Review 77 (2014), p. 403-433.
- Schauer, Frederick, Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, Law & Ethics of Human Rights 4(2010), p. 34-45.

- _____, Proportionality and the Question of Weight, in Grant Huscroft / Bradley W. Miller / Grégoire Webber (ed.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 173-185.
- Shinar, Adam, Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture, *Israel Review of Legal Studies* 10(2014), p. 137-158.
- Sieckmann, Jan, Proportionality as a Universal Human Rights Principle, in David Duarte / Jorge Silva Sampaio(ed.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Springer, 2018, p. 3-24.
- Struve, Guy Miller, The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, *Harvard Law Review* 80(1967), p. 1463-1488.
- Sullivan, Kathleen M., Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, *University of Colorado Law Review* 63(1992), p. 293-317.
- Sweet, Alec Stone / Mathews, Jud, Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), p. 68-149.
- _____, All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing, *Emory Law Journal* 60(2011), p. 799-875.
- Tsakirakys, Stavros, An Assault on Human Rights?, *International Journal of Constitutional Law* 7(2008), p. 468-493.
- Tushnet, Mark, Making Easy Cases Harder, in Vicki C. Jackson / Mark Tushnet(ed.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 303-321.
- Winkler, Adam, Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, *Vanderbilt Law Review* 59(2006), p. 793-873.
- Young, Alison L., Proportionality is Dead: Long Live Proportionality!, in

Grant Huscroft / Bradley W. Miller / Grégoire Webber(ed.),
Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification,
Reasoning, Cambridge University Press, 2014, p. 43-66.

Yowell, Paul, Proportionality in US Constitutional Law, in Loira Lazarus /
Christopher McCrudden / Nigel Bowels(ed.), Reasoning Rights:
Comparative Judicial Engagement, Hart Publishing, 2014, p.
87-114.

<Zusammenfassung>

Eine Studie über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht

JEONG, Eunyoung

Seoul Nationale Universität

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts, nach dem die Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Maßnahme stufenweise nach seinen Zwecklegitimität, Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mittels und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) bzw. Interessenabwägung geprüft wird. Im Betracht der aktuellen Anwendungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird erkannt, dass die stufenweise bestehende Verhältnismäßigkeitsprüfung insbesondere die Stufe der Interessenabwägung mit der generellen Methodik der Abwägung sowie mit dem Gebot des proportionalen Verhältnisses verwechselt wird. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich somit zunächst mit den Begriffen wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Gebot des proportionalen Verhältnisses, die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) bzw. Interessenabwägung, und die generelle Methodik der Abwägung sowie mit dem Verhältnis dieser Begriffe zueinander.

Hinsichtlich der Abwägung wird zwischen der Abwägung im Sinne der generellen Methodik, in der die verschiedene Umstände berücksichtigt werden, und der Interessenabwägung, welche die Verhältnismäßigkeit zwischen den betreffenden Rechtsgütern voraussetzt, unterschieden. Die letztgenannte Interessenabwägung lässt sich wiederum in einem Vergleich zwischen dem vorgesetzten Zweck und Mittel und einem Vergleich zwischen den Um-

ständen, die irrelevant vom vorgesetzten Zweck sind, aufteilen. Ein repräsentativer Fall des Vergleichs von Umständen, zwischen denen der vorgesetzte Zweck gestrichen wird, ist die Verurteilung bzw. Strafbemessung, bei der die Verhältnismäßigkeit der Strafmaßnahme gegen die in der Vergangenheit begangene Straftaten oder Verstöße geprüft wird. Diese Aufteilung ist insofern relevant, als ein Großteil der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Überprüfung der Überschreitung oder des Missbrauchs des Verwaltungsermessens stattfindet, was eigentlich zum Gebot des proportionalen Verhältnisses gehört. Weiters wird die Gewichtung im Vergleich zwischen dem öffentlichen Interesse verfolgten Zweck und dem Mittel, den angestrebten Zweck zu erreichen, herausgearbeitet. Hier erfolgt die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und dem privaten Interesse, welche der letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung gehört. Unter dieser Kategorisierung wird jede Stufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genau überprüft.

Die Legitimität des Zwecks ist nicht notwendigerweise als Unterprinzip des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beurteilen. Ein Zweck muss als Bezugspunkt für die Prüfung des Mittels festgelegt werden, und die Zwecklegitimität selbst soll anhand anderer Kriterien geprüft werden. Bei der Frage, ob der öffentliche Zweck, der von der Legislative oder Exekutive bereits festgelegt wurde, gerecht ist, hat die Judikative die Einschränkungen in der Beurteilung. Dieser Prüfungspunkt gibt uns jedoch die Möglichkeit Gedanken darüber zu machen, ob nicht ein von der Mehrheit festgelegter Zweck das Interesse von einer Gesellschaft verfolgten Werte beabsichtigt ist, oder bestimmte Betroffene ausschließt, die am politischen Prozess nicht beteiligt haben. In den Fällen, wo der Zwecklegitimität problemlos zu bejahen ist, hat die Feststellung des Zwecks dennoch als Bezugspunkt Bedeutung, um die weitere Prüfung über das Mittel durchzuführen.

Als nächstes ist zu argumentieren, dass die Geeignetheit und Erforder-

lichkeit des Mittels in der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine wesentliche Rolle spielen. Bei der Prüfung der Geeignetheit, ob das Mittel geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen, scheint es erforderlich, die Unterlagen auf Basis der empirischen Fakten oder der Prognoseentscheidungen abzugeben, welche ausreichend Gründe für die Auswahl des Mittels aufweisen. Vorausgesetzt, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Zweck und dem Mittel besteht, sind weiters zu fragen, ob dieser Kausalzusammenhang im Fall betroffener Gemeinschaft auch besteht, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des Kausalzusammenhangs entscheidend ist, oder wer die Argumentationslast trägt, wenn der Kausalzusammenhang unklar ist.

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit wird beurteilt, ob es im Hinblick auf den öffentlichen Interesse angestrebten Zweck ein milderer Mittel gibt, und einen Versuch der Geeignetheit des alternativen Mittels mit dem tatsächlich eingesetzten Mittel unterzogen. Somit ist diese Prüfung ein wesentlicher Punkt im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und unterstützt die Prüfung der Angemessenheit, welche öfters kritisiert wird. Wenn das alternative Mittel das Recht auf Freiheit oder andere Rechte weniger einschränkt, gleichzeitig aber weniger geeignet ist den vorgesetzten Zweck zu erreichen, kann die Judikative beurteilen, ob dieser Differenz des Grades von Zweckerreichung dennoch angenommen werden soll. Somit spielt die Erforderlichkeitsprüfung eine Rolle als eine rationale und objektive Kontrolle gegen das Ermessen der Primärentscheidungssträger wie des Gesetzgebers und der Exekutive. Die Erforderlichkeitsprüfung verlangt das Auswählen eines Mittels, welches weniger die Rechte eingeschränkt, und hat gleichzeitig die Kontrollfunktion über das Mittel, welches das Recht auf Freiheit oder andere Rechte einschränkt. Wenn es bei der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mittels die Streitigkeiten über die verfahrenstechnische oder materielle Fragen entstehen, müssen solche Argumente unterstützt werden, durch welche das Recht auf Freiheit bzw. andere Rechte gewährleistet werden.

Weiters wird untersucht, dass die Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) bzw. Interessenabwägung besonders im Hinblick auf Inkommensurabilität und demokratische Legitimität hart kritisiert wird. Die Frage ist schwer zu beantworten, ob die Methode der Abwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse überhaupt vernünftig ist. Prinzipiell liegt die Bestimmung dieser Interessen in der Verantwortung des Primärentscheidungssträgers. In dieser Sicht wird in der vorgelegten Arbeit betont, dass die nachträgliche rechtliche Beurteilung zu diesen bereits von den Primärentscheidungssträgern bestimmten Interessen nicht als eine weitere Interessenabwägung durch die Justiz angesehen werden darf.

Auf der Grundlage der Diskussion über die schrittweise Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird die Prüfungspraxis des Verwaltungsgerichtes und teilweise des Verfassungsgerichtes analysiert und die Richtung vorzuschlagen, wie der Grundsatz angewendet werden soll.

Als Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes ist es vor allem notwendig, die Art der Verwaltungsmaßnahme und der vom Staat verfolgte Zweck genau abzugrenzen. Bei der Maßnahme, in der es sich hauptsächlich um Sanktionen für Verstöße handelt, und dessen vorgesezten Zweck nur eine nebensächliche Rolle spielt, kommt nicht die vierstufige Verhältnismäßigkeitsprüfung des Verwaltungsrechts, sondern das Gebot des proportionalen Verhältnisses in Betracht. Diese Fälle entsprechen der eigentlichen Funktion der Judikative und sind von der Frage der Inkommensurabilität oder der demokratischen Legitimität befreit, welche in der Abwägung zwischen dem öffentlichen und privaten Interesse öfters problematisiert werden.

Die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mittels sowie die Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen und privaten Interesse erfolgen erst dann, wenn der von der Maßnahme verfolgte Zweck festgelegt ist. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung wird auf eine Verwaltungsmaßnahme

genauso angewendet. Der Schwerpunkt liegt hier in der Prüfung, ob es ein milderes Mittel gibt, welches das betroffene Grundrecht weniger belastet und wie der Grad der Zweckerreichung dieses Alternativmittels zu beurteilen ist. Aufgrund der bereits erwähnten Beschränkungen und Kritikpunkte wird die Stufe der Interessenabwägung nur unter der Annahme der von den Primärentscheidungssträgern bestimmten Interessen oder wenn das Ungleichgewicht der Interessen äußerst gravierend ist, als Ausnahmefälle funktionieren.

Es ist zu vermeiden, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgrund seiner Interessenabwägung im Nachhinein eine Kontrollfunktion von Verwaltungsmaßnahmen ausübt, obwohl die erforderliche Interpretationen und Prozesse, auf die die betroffene Verwaltungsmaßnahme basiert, bereits ausreichend erfolgt hat. Die Angelegenheiten, welche nicht von der verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes zu erfassen sind, sollten durch die gerichtliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen bzw. den Antrag auf die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen behandelt werden. Im modernen Verwaltungsrecht werden die Gesetze und Verordnungen, auf welche die Verwaltungsmaßnahmen beruhen, im Detail ausgearbeitet und somit entsteht wenig Raum für eine gerichtliche Prüfung der Mittel-Zweck-Relation hinsichtlich einzelner Verwaltungsmaßnahmen. Aus der Tatsache, dass das Mittel im Rahmen eines Gesetzes bzw. einer Verordnung ausgewählt wird, kommt es in der Praxis überhaupt selten zu einer tatsächlichen Prüfung des alternativen Mittels. In diesem Zusammenhang scheint es erforderlich, die gerichtliche Prüfung in der aktuellen Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Kontrolle einzelner Maßnahmen hinaus auf den Einfluss auf die Verwaltungsverordnungen bzw. Verwaltungserlasse zu erweitern, sodass anschließend der stufenweise zu prüfende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine deutliche Bedeutung einnimmt.

Schlüsselwort: Verhältnismäßigkeit, Zwecklegitimität, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Interessenabwägung

Student Nummer: 2002-30524