

## 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준

정 문 식\*

◀ 目 次 ▶	
I. 머리말	V. 안전에 관한 기본권의 침해의 위헌심사 기준
II. 안전의 개념	
III. 안전에 관한 기본권의 역사	VI. 결론: 안전에 관한 기본권의 역할
IV. 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 성격	

### I. 머리말

#### 1. 배경

뉴욕의 9.11 테러 이후 각국에서 발생하고 있는 일련의 대규모 테러들은 인류가 그 탄생부터 본성의 저변에 가지고 있던 생명의 위협에 대한 공포심, 삶의 안전에 대한 인식을 다시 일깨우고 있다. 최근 미국에서의 관타나모 기지 내 수용자들에 대한 인권유린의 문제는 국가안전에 관한 기본권 침해의 한계 설정에 대한 이론과 실제의 괴리를 보여준다.

1998년 복제 양 돌리의 출현과 지난 몇 년간 한국과 세계 각국에서 벌어진 배아줄기세포 연구에 대한 논란은, 그 동안 성역이자 인간의 능력으로는 불가능한 것으로 인정되었던 생명의 창조와 생명의 본질에 대한 시각을 다시 정립하도록 강요한다. 희망과 막연한 불안감으로 시작되었던 21세기의 출발은 인간의 생명과 안전에 대한 여러 가지 도전들로 점철되고 있다. 물론 이러한 인간의 안전과 생명에 대한 도전들은 최근의 문제만은 아니다. 인류의 역사가 자신의 안전과 생명의 불멸을 추구하고 이룩한 기록들의 연속이기 때문이다.

법적으로 생명과 안전에 대한 논란은 유전공학의 발전과 원자력의 평화적 이용문제로 인해 1970년대 후반부터 중요한 헌법적·행정법적 테마가 되었다. 다만 완성된 법적 이론의

\* 전남대학교 법과대학 전임강사, 법학박사

확립여부는 불분명하고, 많은 의문들을 품은 채 여전히 진행중인 상태다. 1980년대 유전공학의 위험과 기회에 대한 법적 논란은 2000년대 유전자 변이 식품의 안전성에 대한 문제에서도 여전히 논란을 일으키고 있는 것을 보면, 인간은 지구에 태어나면서 죽을 때까지, 인류의 조상으로부터 현재 우주시대를 바라보는 인간들, 아프리카의 기근에 시달리는 사람들이나 전후 이라크에서 고난 받는 사람들로부터 미국이나 유럽의 선진국에 있는 사람들이나 또 여기 우리들에 이르기까지, 누구나 무수한 위험으로부터 자신의 안전을 지켜내고 생명을 보호하기 위해 노력하며 살아야 하는 운명을 갖고 있다.

## 2. 문제의 제기

본고는 그러한 인간의 생명과 안전에 대한 기본문제를 헌법적으로 이해하는 것을 시도하는 데서 출발한다. “근대국가의 성립과 함께 발달해 온 법치국가 체제 내에서 안전에 대한 문제를 법적으로는 어떻게 바라볼 것인가?” 아마 이 질문에 대한 대답과 방향제시의 책임은 필자 개인보다 한양대 안전법센터가 더 크게 부여받은 사명일 것이다. 본고는 그러한 책임의 대부분은 모교의 자랑스런 연구소가 해결해 줄 것을 믿고, 주전공 영역인 헌법에서 논의하는 것으로 제한한다. 그렇다면 질문은 이렇게 바뀌게 될 것이다. “안전에 대한 헌법적 내용을 어떻게 이해 할 것인가?” 좀 더 구체적으로 묻는다면, “안전에 대한 권리를 헌법적인 기본권으로 인정할 수 있을 것인가?”

## 3. 논의 순서와 방법

가장 먼저 제기되는 질문은 안전에 대한 개념을 어떻게 규명할 것인가 하는 것이다(II). 일반적인 의미 외에 (헌)법적으로 의미있는 개념을 그려보는 것은 논의의 한계를 정하는 역할을 할 뿐만 아니라, 논의의 범위를 축소함으로써 논의의 집중력을 높일 수 있기 때문이다. 둘째는 안전 개념에 대한 역사적 발전과정은 어떤 것인가 하는 것이다(III). 역사를 더듬어 보는 것은, 단순히 과거를 돌아보는 고찰일 뿐만 아니라 현재 서 있는 장소의 이해를 좀 더 명확하게 하는 비교방법이기 때문이다. 셋째는 안전에 관한 구체적인 헌법적 내용은 무엇인가 하는 것이다(IV). 우리 헌법상 안전에 관한 기본권을 인정할 수 있는 근거와 그 논의 구조, 그리고 기본권의 성격에 관한 것들이 규명될 필요가 있다. 넷째는 안전에 관한 기본권의 위반여부를 어떻게 판단할 것인가 하는 것이다(V). 일반적으로 안전에 관한 기본권의 위헌 심사 기준이라고 할 수 있다. 마지막으로 이러한 논의를 통해 안전에 관한 기본권이 가지는 영향력(?)의 범위가 어떠한가를 전망해 본다(VI).

## II. 安全의 개념

### 1. 사전적 의미

안전의 사전적 의미를 찾아보면, ‘아무런 탈이 없고 위험이 없는 것’ 또는 ‘침략에 대비하여 지키는 것’(연세 한국어 전자사전), ‘위험이나 고장이 날 염려가 없음’(금성 뉴에이스 국어사전), ‘위험이 생기거나 사고가 날 염려가 없음’(네이버 국어사전), ‘사람이나 사물에게 위험이 없는 상태’(Langenscheidt 독일어 사전), ‘수인할 수 있는 침해의 위협으로부터 자유롭거나 위험이 없다고 볼 수 있는 상태’(Wikipedia) 등으로 묘사되어 있다. 영어에서 안전은 Safety의 경우 ‘물리적·사회적·정신적·재정적·정치적·감정적·직업적·심리적·교육적 등 모든 형태의 실패·상처·실수·사고·손해 그 밖에 바람직하지 않은 모든 유형과 그 결과로부터 보호되는 상태’를, Security의 경우에는 ‘위험이나 공격으로부터 보호되는 상태’(Blacks Lawdictionary) 혹은 ‘위험이나 상실로부터 보호되는 상태’로서(Wikipedia) Safety와 유사하면서도, 차이는 외부로부터 야기된 위협으로부터 보호되는 것에 초점을 두는 것에 있다(Wikipedia). 한양대 안전법센터(Center for Law and Safety)는 Safety를 선택함으로써 좀 더 넓은 책임을 부담하고 있는 것으로 보여진다.

이러한 사전적 의미에서 도출해 내고자 하는 것은, ‘안전’은 위험이라는 상대개념을 함께 이해할 때 좀 더 명확한 개념에 이를 수 있다는 것이다. 따라서 ‘무엇으로부터(혹은 누구로부터)’ 안전인가와 ‘누구의’ 안전인가를 규명해야 한다.

### 2. 안전의 객체: 위협으로부터 생명과 신체의 보호

#### 가. 행정법(경찰법)상 위협으로부터 공공의 안전과 질서의 보호

전통적인 경찰의 임무는 주로 위협의 사전적 예방이었기 때문에, 위험개념은 독일 경찰법에서 ‘공공의 안전과 질서(öffentliche Sicherheit und Ordnung)’라는 보호객체와 함께 발전되었다.<sup>2)</sup> 독일 경찰법상 인정되고 있는 위협(Gefahr)의 개념을 개략적으로 “방치할 경우 어떤 상황이나 행동이 일정한 시간이 지나면 해당 보호법익에 확실하게 손해를 일으킬 것으로 예상되는 상태(eine Sachlage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden hinsichtlich der einschlägigen Schutzgüter führte)”라고 정의할 수 있다.<sup>3)</sup> 우리 행정법학계에서는 위협(Gefahr)에 대한 개념에

2) 이에 대한 자세한 내용은 Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht/1, 6.Aufl., Rn.290ff. 참조. 우리나라 행정법 학계에서는 Sicherheit를 공공의 안전과 관련해서는 ‘공공의 안녕’으로 표시하는 것이 일반적인 것으로 보인다. 대표적으로 김성수, 개별행정법, 2004, 461면 이하 참조.

3) Tettinger, 앞의 책, Rn.312 참조. 그 밖에 독일학자의 글을 한글로 번역한 것으로 손재영 역, Schenke, 공공의 안녕에 관한 법(경찰법)에서 외관상 위협과 위험협의, 토지공법 제32집 2006, 23

대해 약간의 논란이 있으나,<sup>4)</sup> 일반적으로 공공의 안전은 객관적인 법질서(objektive Rechtsordnung)의 보호를 의미하는 상당히 광범한 개념으로서, 법질서 자체의 보호, 국가와 국가기관의 보호, 개인의 생명, 건강, 자유, 명예, 재산 등의 권리와 법익보호까지 포함하는 것이다.<sup>5)</sup> 다만 이 때 보호되는 법익에는 생활상의 단순한 불편함이나 개인적인 불쾌감 등은 포함되지 않는다. 물론 단순한 불편함이나 개인적인 불쾌감과 경찰법상 보호되는 공공의 안전의 명확한 구별은 항상 용이한 것은 아니며, 구체적인 시간과 장소에 따른 상황을 종합적으로 판단함으로 명확하게 할 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

경찰법상 공공의 안전 개념은 상당히 광범하지만, 기본권에서 문제가 될 수 있는 개인과의 직접적 관련성을 기준으로 구체적인 법익으로 보호대상을 축소한다면 경찰법상 안전의 개념으로부터 다음과 같이 헌법상 안전의 개념을 도출해 낼 수 있을 것이다: 개인의 기본권과 관련된 안전이란, 방지하면 손해를 발생시킬 수 있는 행위나 상태의 위험으로부터 개인의 생명·건강·자유·명예·재산 등을 보호하는 것이다.

## 나. 헌법상 독자적인 안전에 관한 개념의 확정

### (1) 위험발생의 방향

개인의 생명·건강 등 보호법익에 대해 손해를 발생시키는 행위나 상태의 위험은 세 가지 방향에서 야기될 수 있다.

첫째, 私人이 개인의 법익을 침해하는 위험이다. 이는 사인이 개별적으로 (예컨대 폭력행위 등을 통해) 혹은 국가의 간접적인 지원 가운데(예컨대 태아의 낙태를 국가가 법률로 보호하거나, 재정적으로 지원할 때) 개인의 법익을 침해하는 위험으로부터의 보호가 안전의 문제다. 둘째, 국가가 개인의 법익을 침해하는 위험이다. 이에 대해서는 헌법상 전통적으로 신체의 자유 문제에서 다루어져 왔으며, 기본권 발달의 중심이기도 하다. 셋째는 사회적 위험이(예컨대 질병·사고·재해·노령·실업 등의 위험으로부터) 개인의 법익을 침해하는 경우다. 이는 사회적 안전 혹은 사회보장의 문제라고 할 수 있다.

---

면 이하 참조.

4) 예를 들면 김남진/김연태, 행정법II, 2006, 270면에서는 위해(Risiko)에 위험(Gefahr)과 장애(Störung)가 포함되는 것으로 보는 반면, 김성수, 앞의 책, 469면에서는 위해(Gefahr)가 현실화 된 것을 장애(Störung)로 파악함으로써 양자는 위험(Risiko)에 포함되는 듯한 인상을 준다. 독일어로는 차이가 없지만, 우리말 용어사용은 일치하지 않는다. 본고에서는 양자의 구별에 특별한 의미를 두지 않고 일반적으로 위험이라고 사용하며, 양자의 구별이 의미가 있을 때에는 이를 밝히도록 한다.

5) Tettinger, 앞의 책, Rn.299ff. 참조.

6) 김성수, 앞의 책, 465면 이하 참조.

**(2) 기존의 헌법적 보호방법: 기본권을 통한 안전보장**

앞에서 언급했듯이 국가가 개인의 자유와 재산에 대한 법익을 침해하는 경우에는 신체의 자유를 비롯한 기본권을 통해 보호해 왔다. 즉 개인의 자유와 재산에 대한 국가의 위협으로부터 안전은 일반적인 기본권을 통해서(예컨대 신체의 자유에 대해서는 헌법 제12조부터 제14조, 제16조 등을 통해서, 정신적 법익에 대해서는 헌법 제19조부터 제22조를 통해서, 경제적 재산의 보호는 헌법 제15조와 제23조를 통해서) 보장되어 온 것이다. 사회적 위협으로부터 개인의 법익을 보호하는 것은 소위 사회적 기본권을 통해서 (우리 헌법상 제31조부터 제36조를 통해서) 개인의 안전을 보장해 왔다. 私法上 사적자치를 인정하지만, 사인의 침해에 대해서는 자력구제를 금지하고 대신 국가의 재판을 통해 해결하도록, 헌법상으로는 재판청구권의 보장을 통해 개인의 안전을 보호하고 있다. 특히 2차 대전 이후에는 소위 기본권의 제3자적 효과(Drittwirkung) 혹은 대사인적 효력을 통해 개인에 의한 기본권의 침해위험으로부터 개인의 안전을 보장하는 이론적 근거를 제시하고 있다. 이렇게 본다면 사인이나 국가 혹은 사회적 위협으로부터 개인의 안전을 보장하는 문제는 실제로 기본권 조항들을 통해 웬만큼 해결되고 있는 것이다.

**(3) 기존의 기본권으로부터 독자적으로 논할 수 있는 안전권?**

**(가) 생명권? 신체의 자유?**

우리 헌법이 다른 국가의 헌법들과 달리 상대적으로 보다 자세하게 규정된 기본권목록 때문에 많은 헌법상 보호법익들을 명시적으로 보장하고 있음에도 불구하고, 생명과 신체에 대한 침해에 대해서만큼은 불명확하고, 학설의 논란이 발생하고 있다. 따라서 헌법상 안전에 관한 기본권을 다른 기본권들로부터 분리시켜 독자적으로 논의할 수 있는 영역은, 개인의 생명과 신체에 대한 권리<sup>7)</sup> 정도로 좁힐 수 있다.<sup>8)</sup> 신체에 대한 권리의 범위를 어떻게 규정할 것인가와 관련되어서는 건강권과 보건권을 살펴 볼 수 있다.

**(나) 보건권?**

7) 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유에 관한 의미를 헌법재판소(헌재1992.12.24. 92헌가8, 헌4, 853(874))와 다수견해(예컨대 양건, 헌법강의I, 2007, 326면)처럼 신체를 훼손당하지 않을 권리와 신체활동의 자유를 모두 포함하는 개념으로 본다면, 신체에 대한 권리를 달리 논할 실익이 없다. 그러나 기본적으로 헌법 제12조의 신체의 자유는 형사피의자 또는 형사피고인의 권리를 중심으로 한 신체의 개념으로 좁게 보면, 신체의 자유를 논할 실익이 있다.

8) 하지만 이에 대한 근본적인 의문은, 헌법상 그 동안 개별적으로 논의되었던 생명권과 신체의 불가침을 ‘안전에 관한 기본권’으로 포괄하여 논의할 실익이 무엇인가 하는 점과, 생명권이나 신체의 불가침과도 구별되는, 그 밖에 안전에 관한 기본권의 내용을 도출해 낼 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해서는 뒤에(IV, 1, 다) 논의 참조.

먼저 보건에 관한 권리는 우리 헌법상 제36조 제3항에서 국민의 보건을 보호할 국가의 보호의무를 규정하고 있다. 이를 개인의 주관적 권리로 인정하는 견해도 있으나,<sup>9)</sup> 명시적으로 국가의 보호의무로 규정한 조항을 곧바로 개인의 주관적 권리로 인정하는 것은 문제다. 헌법재판소도<sup>10)</sup> 이에 대해 이를 국가의 보호의무로 이해하고 있다. 국가의 보호의무를 통해 국가에 대한 주관적 청구권을 도출해 낼 수 있을지는 구별된 문제로 파악해야 한다. 따라서 보건에 대한 위협에 대해서 우리 헌법상 주관적 기본권이 인정된다고 보기는 어렵고, 다만 국가의 보호의무로서 보호된다고 말할 수 있다.

#### (다) 건강권?

건강권은 인정될 수 있는가? 건강의 개념을 어떻게 확정하느냐에 따라 달리 논해질 수 있다. 건강에 관한 개념을 세계보건기구(WTO)헌장처럼 ‘질병에 걸리지 않거나 허약하지 않은 상태뿐만 아니라 육체적·정신적·사회적으로 온전히 행복한 상태’로 넓게 규정한다면, 기본권에 개인적인 감정의 문제가 포함되게 되고, 이를 보호하기 위한 국가의 개입이 너무 광범하게 되는 문제가 있다.<sup>11)</sup> 사회적 행복감과 질병으로부터의 자유까지 포함하는 건강의 경우에는 신체의 자유와 관련하여 건강권을 헌법적으로 인정하기 어렵고, “경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(소위 A규약)” 제12조처럼<sup>12)</sup> 신체적·정신적 건강이라는 좁은 의미라면 안전에 대한 기본권으로서 건강권은 인정될 수 있을 것이다. 다만 이렇게 되는 경우 건강권은 신체 불가침(körperliche Unversehrtheit)과의 구별의미가 약하게 되므로, 독자적인 기본권으로서의 의미는 사라진다.<sup>13)</sup>

#### 다. 중간점검과 의문

지금까지의 논의를 요약하면 다음과 같다. 헌법상 안전이란 손해를 발생시킬 수 있는 행위나 상태의 위험으로부터 개인의 생명, 자유, 재산 등 법익을 보호하는 것이다. 넓은 의미의 안전에 관한 권리는 기존의 헌법상 기본권을 통해 보호되고 있다. 우리 헌법상 명시적인 근거가 없어 이들과 구별되어 논의할 만한 가치가 있는 좁은 의미의 안전에 관한 기본권은 생명권과 신체 불가침 정도라고 할 수 있다. 하지만 문제는 그 동안 생명권과 신체 불가침

9) 예컨대 정종섭, 헌법학원론, 2006, 620면.

10) “우리 헌법 제36조 제3항은 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.고 규정하여 국가의 국민보건에 관한 보호 의무를 명시하고 있으므로 국가는 국민건강 및 보건의 양적, 질적 향상을 위한 의료 정책을 적극적으로 수립·시행하여야 한다.” 헌재 2004.1.29. 2001헌바30, 헌16-1, 69(81)

11) Di Fabio, in: Dürig/Maunz, GG, 2004, Art.2II, Rn.57 참조.

12) 제12조 제1항: “이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다”

13) Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd.I, 2004, Art.2II, Rn.34ff. 참조.

마저도 개별적으로는 논의되어 왔는데, 이를 다시 안전에 관한 기본권으로 통합하여 혹은 그와 독립된 소위 ‘안전에 관한 기본권’을 인정할 실익은 무엇인가 하는 점이다. 일단은 부정적으로 보인다.

### 3. 안전의 주체

안전에 대한 기본권을 주장할 수 있는 주체는 모든 살아있는 자연인이다. 문체는 인간의 출생이나 사망과 관련하여 언제부터 언제까지 생명이나 신체의 불가침을 주장할 수 있는가 하는 것이다. 이미 여러 학자들에 의해 다른 곳에서 논의된 것을 정리하면,<sup>14)</sup> 생명권 중기의 시점에 대해서는 회복할 수 없는 뇌의 전체기능의 중단으로 말미암아 감각과 사고, 결정 능력 등을 완전히 상실한 때로부터 보는 것이 거의 합의된 입장이다.<sup>15)</sup> 신체 불가침의 경우에는 死體의 경우에도 어느 정도 인정된다고 할 수 있다.

기본권 주체로서 인정 시점에 있어서는, 정자와 난자의 수정부터 인정하는 주장과 자궁에 착상한 시점부터 인정하는 입장, 그리고 출생후부터 인정하는 입장으로 나뉜다. 정자와 난자의 수정으로부터 모든 유전적 개별성이 결정되며, 그 후의 과정에 대해서는 단계를 구별할 실익이 별로 크지 않기 때문에 수정시부터 생명권을 인정하는 것이 타당하다.<sup>16)</sup>

다만 신체 불가침의 경우 태어나 특히 시험관 수정란까지 인정할 것인가가 문제가 된다. 자궁에 착상한 태아의 경우에는 인정할 수 있어도, 시험관의 수정란의 경우에는 일반적인 용어의 활용의미 측면에서 신체의 불가침을 인정하기가 어려울 것이다.<sup>17)</sup>

## III. 안전에 관한 기본권의 역사

### 1. 국가의 성립을 정당화하는 근거로서 안전의 보장

#### 가. 홉스

개인의 안전에 대한 개념이 국가와 관련되어 발전하기 시작한 것은 이론적으로 홉스로부터 출발한다고 볼 수 있다. 이는 당시 시대적 배경에 따른 것이다. 16, 17세기 유럽은 중세

14) 대표적으로 인간의 생명의 시기와 중기에 따른 기본권 주체성의 인정시점, 이에 대한 입장들에 대한 논란과 정리는 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 280-284면 참조.

15) Di Fabio, in: Dürig/Maunz, GG, Art.2II, Rn.21; Murswiek, in: Sachs, GG, 2003, Art.2, Rn.142; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art.2II, Rn.34ff. 등 참조.

16) 정문식, 앞의 논문, 281면 참조. 이에 대한 다른 견해는 Di Fabio, in: Dürig/Maunz, GG, Art.2II, Rn.57; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art.2II, Rn.40.

17) Di Fabio, in: Dürig/Maunz, GG, Art.2II, Rn.57.

사회가 해체되고, 종교의 자유가 확장되면서 수 많은 전쟁에 휩싸이게 된다. 이 때 홉스가 보았던 자연상태에서 인간은, 모든 사람들이 자신의 권리를 모든 사람에 대해 주장하기(소위 만인에 대한 만인의 투쟁) 때문에, 어느 누구의 권리도 보호되지 않는, 무정부와 무질서 상태에 있었던 것이다. 이러한 죽음과 무질서에 대한 공포를 해결하는 것이 다른 모든 권력위에 뛰어난 레비아탄 국가의 창설이다. 국가는 사인간 자행되는 권력의 행사를(예컨대 작게는 개인의 자력구제이지만 크게는 집단이나 국가간 전쟁을) 통제하고, 개인이 죽음과 무질서의 공포로부터 벗어날 수 있도록 안전을 보장하는 제도인 것이다. 홉스에게 있어서 안전은, 무정부와 무질서 속에서 위협받고 있는 개인의 안전을 지키기 위해서 근대국가의 성립을 정당화하는 중요한 국가권력의 근거였다.

이 때 안전은 개인의 생명과 신체불가침을 위해 필요한 중요하고도 근본적인 요소였다. 종교적이거나 추상적인 이념을 추구하기보다, 신체적인 개인의 존재가 정치적 가치질서의 최고점을 차지하고 국가성립의 바탕이 된 것은 당시 실제 상황을 배경으로 한 당연한 결과였다. 이 때문에 홉스에게는 종교도 국가의 평화보장을 위해선 복종해야 했다. 홉스가 개인의 생명과 신체를 안전의 대상으로 중요시 여겼던 것에 더해, 후에 로크는 개인의 재산을 특히 보호할만한 가치가 있는 이익으로, 칸트는 개인의 자율성에 근거한 자유를 안전의 대상에 포함시켰다.

#### 나. 로크

홉스보다 한 세대 늦은 로크의 경우에는 상황이 약간 달랐다. 개인의 신체와 생명의 안전을 위해 성립이 정당화 되었던 평화의 수호자 레비아탄 국가는, 다른 권력의 통제를 받지 않게 되자 이제는 평화의 위협이 되었다. 로크에게 안전은 홉스처럼 ‘국가를 통한 안전’이 아니라, ‘국가로부터의 안전’이었다. 이 때문에 국가의 권력을 나누고(권력분립), 국민의 대표로 국가를 구성하며(대의제), 독재자에 대해선 자연권으로서 저항권이 인정되고, 생명과 신체의 유지를 위해 자유와 재산이 안전하게 보호될 것이 필요했다.

다만 오해하지 말아야 할 것은, 로크의 안전에 대한 인식이 홉스의 인식을 대체하는 것이 아니라, 발전시켰다는 점이다. 로크는 홉스의 이론에 반대되는 안전의 대상을 찾은 것이 아니다. 개인의 신체와 생명의 안전을 보호하는 국가에 대한 홉스의 이론에 근거하면서, 그 국가는 법에 구속되고 권력이 제한되는 국가로서 평화를 보장할 때 개인의 신체와 생명의 안전이 보장되는 것으로 파악했다. 곧 국가가 개인의 자유를 보장할 때 개인의 안전이 보장되는 것으로, 이 때 자유와 안전은 모순되는 것이 아니라 동전의 양면과 같이 함께 보장되는 것이다.<sup>18)</sup> 이는 앞에서<sup>19)</sup> 넓은 의미의 안전을 보호하는 것이 기본권(자유)을 보호하는 것을

18) Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.5ff.



통해 이루어진다는 점에서도 이미 확인되었다.

이러한 사상은 후에 계몽전제주의 국가였던 프로이센의 통치에서 잘 반영되었다. 당시 국가 최고의 주권자의 의무는 자신이 법을 준수하는 것이며, 주권자는 그 법이 잘 준수되고 있는지 감시하며 국가의 평화를 유지하는 봉사자인 것이다. 국가의 목적도 개인의 자연적 자유를 보장하고, 자유의 충돌을 조정하는 규칙(법률)을 제정하는 것이며, 이러한 국가의 안전을 보장하기 위해 행정기관도 필요한 한도 내에서 권한을 행사하는 것이다. 이로부터 소위 경찰법상 과잉금지원칙이 발달하기 시작했다. 다만 안전이 국가의 주요 목적으로 발전함에 따라 복지에 대한 국가의 책임은 점차 희미해졌다.<sup>20)</sup>

#### 다. 자유주의 국가사상에서의 안전과 이에 대한 비판

홉볼트는 국가목적으로서 안전을 국내 경찰상 치안안전과 외국으로부터의 군사상 국가안전으로 제한했다. 이 때 안전은 시민 자신에 대해, 외국의 적에 대해 필요한 정도의 안전이었고, 오늘날 복지국가적인 사회적 안전은 배제되었다. 칸트에게 있어서도 국가의 임무는 자유에 관한 일반 법률에 따라 시민간 중재자로서, 자유의 한계를 감시하고, 자유의 보증인이 되는 것이었다. 칸트와 홉볼트에게 자유는 자연적으로 주어진 것이었다. 자유는 국가가 따로 노력해서 생산할 필요가 없고 단지 방임하면 그만이었다. 다만 개인의 인격과 교육, 문화 등의 발전은 평화로운 상태에서만 가능했으므로, 국가는 바로 그러한 평화상태를 생산해내기 위한 제도였다. 아담 스미스에게 국가의 의무는 외국의 침략과 폭력으로부터 국가 자체의 안전을 보호하고, 동료시민의 위법한 침해로부터 시민 개인의 안전을 보호하기 위해 신뢰할 만한 법제도를 만드는 것이며, 그 밖에 개인이 할 수 없는 사무를 해결하기 위해 국가기관을 설립, 유지하는 것이었다. 자유주의 국가에서는 안전 그 자체가 국가의 목적이었던 것이다.

이러한 자유주의 사상은 19세기 헤겔을 통한 비판에 부딪힌다. 헤겔은 안전이 국가의 목적임을 부인하진 않지만, 자유주의적 시각의 안전만이 국가의 유일한 정당성 목적인가에는 강한 의문을 제기했다. 헤겔은 사회주의 사상에 기초해서 사회문제에 관한 국가의 평등적 대우를 반대했다. 국가가 치안만 책임지고 사회적 안전(복지)에 무책임한 것은 국가의 완전한 정당성을 입증하지 못하는 것이기 때문이다.

## 2. 헌법상 고전적인 인권으로서 안전에 관한 권리

### 가. 미국헌법

19) I, 2, 나, (2) 참조.

20) Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.7ff.

안전에 관한 국가사상은 18세기 후반 미국의 여러 헌법문서에도 영향을 끼치게 되었다. 1776년 버지니아 권리장전에서는 정부의 목적이 국민과 국가의 복지, 보호 그리고 안전을 위한 것이며, 행복과 안전의 최고조를 이루는 정부가 최고의 정부임을 규정했다. 1776년 독립선언서에서도 정부의 목적은 생명, 자유, 행복추구, 재산과 명예 등 양도할 수 없는 자연권을 보호하는 것이었다. 심지어 시민은 자신들의 미래 안전을 위해 타락한 정부를 교체할 수 있는 저항권도 인정되었다. 그 밖에 미국의 여러 주 헌법들은 생명, 자유, 재산에 대한 국가의 보호를 받을 기본권을 인정하고, 그러한 기본권 보장을 위한 국가의 보호비용은 개인이 (세금을 통해서든 복무를 통해서든) 부담해야 할 의무와 연결되었다. 개인은 공동체의 안전을 통한 자신의 안전을 위해 어느 정도 자유의 희생과 양도를 감수하지만, 그러한 댓가가 주어지지 않을 때는 그러한 양도와 희생의 의무에서 벗어나는 것이다. 이러한 미국 헌법의 기본적인 사상은 시민과 국가권력은 상호 급부를 교환하고 상호보증의 형태로서 안전의 보장을 추구한다는 것이다.<sup>21)</sup>

미국헌법 前文에서는 미국 시민들과 후손의 자유의 축복을 보장(secure)하는 것을 헌법의 제정목적 중의 하나임을 밝히고 있으며, 수정조항 제4조에서 “부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 통신”을 안전하게 보장받을 권리를 인정하고 있고, ‘마법의 상자’로 유명한 수정조항 제14조에서는 적법절차를 통해 개인의 생명, 자유, 재산의 안전을 보장하고 있다. 미국 항소법원의 판례들도<sup>22)</sup> 특히 신체에 대한 안전을 보장하는 기본권은 개인 생활의 가장 근본적인 측면이며 실제적 적법절차가 보장하는 핵심적인 헌법적 내용으로 확립되어 있음을 인정했다.

## 나. 프랑스헌법

미국헌법에 나타난 안전에 대한 기본 생각은, 신대륙에서 국가를 성립시키려는 당시 역사적 현실과 함께 발전했다. 그러나 프랑스에서의 안전에 대한 생각은 약간 다르다. 미국에서 안전은 국가를 설립하기 위한 것이었지만, 프랑스에서 안전은 이미 주어진, 기존의 절대적인 국가를 자유롭고 민주적으로 변형함으로써 얻어지는 것이었다. (생명과 신체에 관한) 안전에 관한 권리는 시에스가 제출한 1789년 인간과 시민의 권리선언의 초안에 흡스식의 의미로 삽입되었다가<sup>23)</sup> 결국 제2조에서 양도할 수 없는 천부인권 즉 “자유권, 재산권, 안전권 및 저

21) Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.12ff.

22) 예컨대 Hall v. Tawney, 621 F.2d 607, 613 (4th Cir. 1980); Garcia v. Miera, 817 F.2d 650, 653 (10th Cir. 1987); Metzger v. Osbeck, 841 F.2d 518, 520 (3rd Cir. 1988); Webb v. McCullough, 828 F.2d 1151, 1159 (6th Cir. 1987); Wise v. Pea Ridge School District, 855 F.2d 560, 565 (8th Cir. 1988); Allen v. Sakai, 48 F.3d 1082, 1089 (9th Cir. 1994) 등 참조.

23) 제9조: “시민의 자유, 재산, 안전은 모든 침해를 극복하는 사회적 보호를 받아야 한다(Die Freiheit,

항권” 중 하나로 채택되었다.

### 3. 자유국가의 당연한 전제로서 안전?

19세기에 들어 안전은 다른 측면에서 헌법에 규정되게 되었다. 1848년 프랑스 헌법에서 안전은 기본권으로 적극적으로 규정되지 않고, 국가의 의무가 시민의 인신·자유·종교·소유·직업을 보호하는 것이라고 규정함으로써 소극적으로 인정되었다. 1874년의 스위스 헌법의 경우에도 국가의 목적으로서 국내의 법과 질서의 관리가 국가목적으로 규정되었다.

그러나 이렇게 안전이 명시적인 기본권으로 규정되지 않은 것은 안전에 대한 개념이 약화된 것이 아니라, 점차 안전은 국가의 사무로 당연시 된 것임을 나타내는 것이다. 특히 경찰과 사법제도, 국가의 권력독점 등과 더불어 안전보장은 이제 당연한 국가의 전제가 된 것이다.

#### 가. 독일헌법

독일헌법에는 명시적인 안전에 관한 기본권 조항은 없다. 다만 독일 학계에서는 주로 기본권의 보호의무 혹은 국가에 대한 보호청구권의 근거로서 안전에 관한 권리가 제시되고 있다.<sup>24)</sup> 즉 독립된 개별적인 기본권이 아니라, 기본권 보호의무의 전체를 의미하는 것으로, 개별 기본권을 보장하는 보호기능을 하는 것으로 이해된다.<sup>25)</sup>

#### 나. 유럽법

현대에 들어와서 안전에 대한 기본권은 유럽인권협약 제5조 제1항과<sup>26)</sup> 이를 모범으로 삼은 유럽헌법 제II-66조에서<sup>27)</sup> 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 유럽인권협약상 안전에 관한 권리는 첫째, 불어의 자유(liberté)와 안전(sûreté)은 어원적으로 그 의미가 유사하며, 둘째 그 제정배경 등을 근거로 하면 독자적인 의미를 갖지 못하고, 단지 국가의 자의적인 체포·구속 등으로부터의 보호에 해당하는 신체의 자유와 관련해서만 이해될 수 있다.<sup>28)</sup> 유럽헌법

das Eigentum und die Sicherheit der Bürger müssen unter einem gesellschaftlichen Schutz stehen, der allen Angriffen überlegen ist.)”

24) Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.33ff.; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 121; Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 84ff.

25) Dörr, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap.13, Rn.34.

26) “(1) 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 갖는다. 어느 누구도 다음의 경우에 있어서 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 않는다. ...”

27) “모든 인간은 자유와 안전에 대한 권리를 갖는다(Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit: Everyone has the right to liberty and security of person”

28) Meyer-Lsdewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl., 2006, Art.5, Rn.1; Dörr, in:

상 안전에 관한 기본권도 같은 해석을 따르고 있다.<sup>29)</sup>

#### 4. 소결

안전에 관한 기본권이 ‘기본권으로서의 의미’는 국가의 역할과 사무 등 변화에 따라 약화되기는 하였지만, 국가의 전제된 임무로서는 변함이 없다. 안전은 오늘날에도 변함없이 국가의 주요하고도 당연한 목적의 하나로 인정되고 있음이 이를 잘 나타낸다.<sup>30)</sup> 우리나라의 경우 헌법재판소의 판례에서도 이러한 안전에 대한 국가의 사무를 인정하고 있는 것으로 보여진다.<sup>31)</sup>

### IV. 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 성격

#### 1. 헌법상 근거

##### 가. 학설의 논란

우리 헌법상 생명이나 신체에 대한 침해로부터 안전한 보호를 인정한 명시적인 근거가 없기 때문에 어떤 조항을 근거로 해서 개인의 생명과 신체의 안전을 주장할 것인가 문제된다. 학설은 생명과 신체에 대한 안전의 보장을 대체로 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항 등에서 찾고 있다.<sup>32)</sup>

##### 나. 판례의 입장

헌법재판소는 생명권에 대해서 제10조의 인간의 존엄에 바탕을 둔 기본권의 전제로서 인정하고,<sup>33)</sup> 신체의 불가침에 대해서는 제12조 제1항을 근거로 인정하고 있는 듯하다.<sup>34)</sup>

---

Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap.13, Rn.32ff.; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl., 2005, §21 Rn.2 등 참조.

29) Baldus, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, §14, Rn.7ff.; Bernsdorff, in: Meyer(Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2.Aufl., 2006, Art.6, Rn.12; Tettinger, in: ders./Stern, GRCh, Art.6 Rn.21ff.; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S.449f.

30) Isensee, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.IV, 3.Aufl., 2006, §73, Rn.25f. 참조.

31) “이 사건 심판대상조항들이 좌석안전띠를 맬 의무를 부담시키는 것은 교통사고로부터 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험과 장애를 방지·제거하고 사회적 부담을 줄여 교통질서를 유지하고 사회공동체의 상호이익을 보호하는 공공복리를 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다.” 헌재 2003.10.30. 2002헌마518, 헌15-2하, 185(200). 이 판례에서는 명시적으로 안전이라고 하지는 않았지만 국가의 입법목적의 정당성을 인정하는 것을 볼 때, 국가의 사무로서 개인과 공동체의 안전보장을 인정한다고 볼 수 있다.

32) 이에 대해서는 이준일, 헌법학강의, 2007, 483면, 497면 등 참조.

#### 다. 사건

첫째 헌법 제37조 제1항에서 기본권의 근거를 찾는 것은 지양되어야 한다. 헌법 조문의 체계상 제37조는 기본권 제한과 관련되어, “헌법에 열거되지 아니한 이유로” 기본권을 제한하는 국가공권력의 행사에 있어서 정당성이 필요없을 정도로 “경시되지 않는다”는데 중점이 있다. 기본권은 ‘열거되지 않았다고 해서 함부로 제한할 수 있는 것이 아니다’는 기본권 제한의 대전제를 선언하고 있는 것이다. 이렇게 볼 때 제37조는 기본권 제한에 관한 일관되고 체계적인 조항, 즉 제1항에서는 기본권 제한의 일반적인 대전제를, 제2항에서는 구체적인 기본권 제한의 방식을 규정하는 것으로 이해할 수 있다. 이는 비슷한 미국헌법 수정조항 제9조가 열거되지 않은 기본권을 적극적으로 인정하는데 쓰이지 않는다는 현실과도 비교된다.<sup>35)</sup> 미국의 경우 헌법상 열거되지 않은 기본권은 실제로 수정조항 제14조의 적법절차에서 더 잘 발견된다. 우리 헌법에서는 제10조를 통해 적극적 기본권은 행복추구권이, 소극적 기본권은 인간존엄이 그런 역할을 할 수 있다. 제37조 제1항은 열거되지 않은 기본권을 끄집어내는 마술상자가 아니라, 기본권 제한의 전제를 선언한 것이다.

둘째 제12조 제1항에서 찾는 것은 “신체의 자유”라는 용어의 유사성 면에서는 인정될 수 있는 측면이 있지만, 실제 제12조 전체가 갖는 신체, 특히 형사절차에 있어서 신체에 대한 적법절차를 통한 보호라는 의미와 맞지 않는다. 독일 헌법 제2조 제2항 제1문 후단부의 신체불가침(körperliche Unversehrtheit)은 전단부의 생명(Leben)과 관련되어 하나의 기본권으로 인정되고 있다. 우리 헌법 제12조 제1항 제1문의 신체의 자유는 독일 헌법 제2조 제2항 제2문의 신체의 자유(Freiheit der Person)과 오히려 유사하다. 신체불가침을 제12조 제1항에서 찾는다면 생명권도 제12조 제1항에서 찾는 것이 논리적으로는 타당하다. 신체불가침과 생명은 정도의 문제로 생각할 수 있으므로 헌법상 근거를 달리 보는 것은 (예컨대 헌법재판소의 입장) 명시적인 규정이 있지 않는 한 인정되기 어렵다. 이 점은 독일 헌법 제2조 제2항 제1문이 생명권과 신체불가침을 함께(Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) 규정하고 있는 점에서 잘 나타난다.

셋째, 제10조 제1문의 인간존엄에서 찾는 것이 합리적으로 보인다. 앞의 안전의 개념에서

33) “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.” 헌재1996.11.28. 95헌바1, 헌8-2, 537(545).

34) “헌법 제12조 제1항 전문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있는 것은, 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것이며 이를 보장하기 위하여 구체적으로 여러 가지 헌법규정들을 두고 있는데...” 헌재1992.12.24. 92헌가8, 헌4, 853(874).

35) 강승식, “헌법에 열거되지 아니한 권리”, 미국헌법연구 제15권 1호, 2004, 247면 이하 참조.

나 안전에 대한 기본권의 발달과정에서 나타났듯이, 생명과 신체 불가침에 대한 안전권은 국가와 헌법이 지향하고 있는 기본적인 방향의 하나다. 따라서 비록 명시적으로 헌법에 언급되지는 않았지만, 인간존엄을 인정하고 이를 보장하는 국가의 과제 측면에서 본다면 당연히 인정되는 기본권이라 할 수 있다.<sup>36)</sup>

따라서 안전에 관한 기본권은 우리 헌법상 제10조 제1문의 인간존엄에 전제가 되고 있는 것으로 당연히 인정되는 기본권에 근거한다고 볼 수 있다.

## 2. 기본권의 성격

### 가. 방어권으로서 주관적 공권

안전에 관한 기본권의 성격은 어떻게 볼 것인가? 앞에서 살펴본 생명과 신체를 위협으로부터 보호하는 것은 특히 자유주의 국가에서는 국가에 대한 방어권 성격이 강했다. 권력을 독점하고 있는 국가에 의한 생명, 신체 등에 대한 안전의 위협은 방어권이자 주관적 공권으로서 안전권이 보호기능을 한다.

### 나. 국가의 보호의무, 그러나 주관적 권리?

그러나 앞에서 이미 언급한 것처럼 안전권의 성격은 점차 기본권에서 국가의 목적이자 사무로 변화되고 있다. 이는 단지 역사 전개과정에서 나타날 뿐만 아니라, 생명·신체에 대한 위협이 국가의 위법한 공권력 행사보다는 사인의 행위를 통해 (예컨대 위험한 연구 혹은 낙태나 테러 등) 더욱 확대되면서, 사인의 침해에 대해서는 주관적 공권으로 해결하기 어렵다는 점에서도 더욱 그렇다. 우리 헌법 제10조 제2문은 국가에게 개인이 가지는 불가침의 인권을 보호할 의무를 지우고 있는데, 생명과 신체에 대한 기본권이 여기에 해당한다고 할 수 있다. 이로써 특히 사인에 의한 개인의 생명과 신체불가침에 대한 안전은 국가의 보호의무로 인정된다.

국가의 보호의무는 일반적으로 기본권의 객관적 측면(objektiv-rechtliche Dimensionen)인 것으로 이해된다.<sup>37)</sup> 다만 슈테른(K.Stern) 같은 경우에는 국가의 기본권보호의무 같은 객관적 기본권 내용을 주관적 권리로 이해하는데 아무런 의심이 없다고 단언하고 있다.<sup>38)</sup> 독일 연방 헌법재판소는 몇몇 사건에서는 보호의무를 주관적 권리구제 절차인 헌법소원으로 실현할 수 있음을 인정한 적이 있지만,<sup>39)</sup> 그 후에 국가의 보호의무를 방어권으로서 인정할 수 있었던

36) 생명권에 대해서는 최근의 견해 예컨대 양건, 앞의 책, 2007, 279면 이하; 정문식, "배아줄기세포연구 시 배아의 생명권과 인간존엄", 한양법학 제18집, 2005, 100면 이하 참조.

37) 예컨대 Dreier, in: ders., GG, Bd.1, 2.Aufl., 2004, Vorb., Rn.101ff. 참조.

38) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/2, 1994, §96 II 5 c) 참조. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.149ff.에서는 안전에 관한 기본권을 인권으로 이해하여 주관적 권리로 인정한다.

사건에서는 (예컨대 낙태판결)<sup>40)</sup> 국가의 보호의무만을 언급한 채 주관적 권리 측면은 명시적으로 인정하지 않았다.<sup>41)</sup> 최근 독일의 판결에서도<sup>42)</sup> 국가의 생명권 보호의무 근거를 개별적인 제2조 제2항 제1문에서 도출하지 않고, 일반적인 인간존엄관련 조항인 제1조 제1항 제2문 (이를 존중하고 보호하는 것이 모든 국가권력의 의무다)에서 찾는 것도 좋은 시사가 된다.

### 3. 안전에 관한 기본권의 한계?

한 가지 짚고 넘어가야 할 것은, 안전에 관한 기본권의 효력 범위이다. 헌법과 국가가 위협으로부터 개인의 생명과 신체를 안전하게 보호하지만, 정도에 관계없는 ‘모든’ 위협으로부터 ‘완전한’ 보호는 불가능한 것이다. 이는 경찰법상 과잉금지원칙, 보충성의 원칙, 특히 소위 편의주의원칙(Opportunitätsprinzip)과 관련해서 생각할 때 당연한 것이다. (국가의 공권력인) 경찰권의 발동은 모든 위협에 대해 가해지는 것이 아니라, 개입이 필요한 위험상황에 대해서 결정재량과 선택재량을 가지고 개입되기 때문이다. 안전권이 모든 위협으로부터 완전한 보호를 추구한다면, 경찰법상 그러한 원칙들은 인정되기 어려울 것이다.

## V. 안전에 관한 기본권의 침해에 관한 위헌심사 기준

### 1. 안전에 관한 기본권의 침해 상황

#### 가. 국가의 작위에 의한 직접적 기본권 침해

개인의 안전에 직접 위협을 야기하는 국가작용은 기존의 방어권으로서 안전권으로 해결할 수 있고, 이는 기존의 생명권과 신체불가침에서 논의되었던 사항을 통해서 충족될 수 있다. 즉, 국가작용이 개인에 대한 안전에 위협을 야기하고, 이것이 위헌적인 기본권 침해인지 판단하는 것은, 국가작용에 대한 과잉금지여부를 판단함으로써 해결한다.

#### 나. 사인의 행위로 인한 기본권 침해

##### (1) 개인의 기본권 보호를 위한 국가의 작위

사인의 가해행위로 말미암아 개인의 안전에 위협이 발생하는 것에 대하여는 국가작용을

39) 예컨대 BVerfGE 53, 30(48); 77, 170(215) 등 참조.

40) BVerfGE 88, 203ff. 참조.

41) Dietlein, 앞의 책, S.IIIff. 참조. 슈테른의 최근 저서에서도 기존의 주관적 권리성에 대한 언급은 명확히 나타나지 않는다. 예컨대 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.IV/1, 2006, §98 II 6 참조.

42) BVerfG, NJW 2006, S.751(757), Rn.120 참조

두 가지 측면에서 나누어 볼 수 있다. 먼저 국가가 개인의 안전보호를 위해 적극적인 국가작용을 행한 경우다. 이로 말미암아 피해자인 개인은 안전이 보장되었는데, 이것이 기본권 가해자에게는 기본권의 제한을 가져온 경우, 국가의 작위는 기존의 기본권 심사를 토대로 소위 과잉금지원칙(혹은 비례원칙)에 의해 위헌성을 심사할 수 있다.

그러나 적극적인 국가작용이 가해자에게는 기본권의 침해로 야기하지 않았지만, 피해자인 개인의 안전을 효과적으로 보호해주지 못했다면 문제가 된다. 이런 효과적이지 못한 국가작용의 위헌성을 어떻게 심사할 것인가?

## (2) 개인의 기본권 보호에 대한 국가의 부작위

사인에 의한 행위로 말미암아 개인에게 위험이 발생함에도 국가가 개인의 안전보장을 위해 아무런 조치를 취하지 않은 경우, 즉 국가의 부작위 경우에도 문제가 된다. 개인에 대한 위험발생에 국가의 부작위 자체를 바로 위헌으로 평가할 것인가? 자유주의적 국가사상에서 보면 국가의 부작위 자체가 자유에 대한 침해를 가져오는 것은 아니다. 또한 앞에서 언급했듯이 모든 위험에 대해 국가가 완벽하게 보호할 수 있는 것도 아니다. 그렇다면 다시 일정한 심사를 거쳐 국가의 부작위에 대한 위헌여부를 판단해야 할 것인가?

## 2. 안전에 관한 기본권 실현을 위한 국가의 보호의무

먼저 어떤 위험에 대해 국가의 보호의무가 발생하는지 규명되어야 한다.<sup>43)</sup> 경찰법상 발동요건과도 비교될 수 있을 것이다.

### 가. 구성요건

#### (1) 사인에 의한 위험야기

사인에 의한 위험야기는 다음과 같은 문제가 있다. 반드시 기본권의 가해자와 피해자가 다른 3각관계, 소위 Staat-Störer-Opfer 관계이어야 하는가,<sup>44)</sup> 아니면, 자신에 의한 위험상황 야기도 인정될 수 있는 것인가? 기본적으로 타인의 위험야기는 인정되는데, 자기가 위험을 야기한 경우, 예컨대 자살이나 혹은 K1이나 절벽타기 등 위험한 스포츠를 즐기는 경우에는 논란이 있다. 자신에 의한 위험은 기본권 보호의무에서 배제하는 견해가 있으나<sup>45)</sup> 개인

43) 이에 대해서는 Dietlein, 앞의 책, S.70ff.; 정태호, 기본권보호의무, 인권과정의 97/8, 83면 이하 참조. Dietlein은 이를 보호의무를 작동시키는 위험수준(schutzpflichtenaktivierende Gefahrenniveau)이라고 표현하고 있다. Dietlein, 앞의 책, S.105ff. 참조.

44) 이를 칼리스(Calliess)는 다극적 헌법관계(mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis)라고 일컫는다. Calliess, Schutzpflichten, in: Merten/Papier(Hrsg.), HGR II, §44, Rn.18.



이 자신의 상태를 결정할 수 없을 때, 예컨대 주변의 분위기에 따라 자살하려는 상황 등에서 국가의 보호의무를 인정할 수 있을 것이므로, 자기가 야기한 위험에 대해서는 구별해서 인정해야 할 것이다.<sup>46)</sup>

## (2) 위법성

위법성의 판단을 법률로 할 것인가 헌법에 근거할 것인가도 문제다. 법률에 근거한다면 실제 위험을 야기하는데도 적법성 때문에 구성요건을 만족하지 못해서 결과적으로 기본권 보호를 하지 못할 수 있다. 헌법의 기준에 따라 판단할 것이다. 문제는 이 때 헌법이 제공하는 기준이 어떤 것인지, 그렇게 되면 이는 구성요건의 문제가 아니라 이미 위헌판단의 문제가 아닌가 하는 또 다른 의문에 부딪힌다.

## (3) 위험의 정도

앞에서 언급했던 것처럼 모든 위험을 완벽하게 보장할 수 없기 때문에 일정한 위험 정도만을 인정하는 것이 타당하다. 물론 그렇게 되면 국가의 보호의무 적용범위를 축소시킬 뿐만 아니라 법적효과와의 문제를 혼동하게 된다.<sup>47)</sup> 하지만 그러한 비판은 나머지 요건들에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 어떤 것이 국가의 보호의무를 작동시키는 위험인가 일반적으로 언급한다면, 급박하거나 회복할 수 없는 위험의 경우라고 할 수 있으며, 재산에 대한 손해보다 인명에 대한 손해가 더 큰 위험이라고 볼 수 있고, 회복할 수 없더라도 배상을 통해 수인이 가능하면 약한 위험이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>48)</sup>

## (4) 기본권 보장을 위한 구성요건의 완화?

결국 세 가지 구성요건상 문제에서 보는 것처럼, 이를 엄격히 해석하게 되면 결과적으로 기본권 보호가 어렵게 되기 때문에 이를 완화해서 해석하는 것이 국가의 기본권 보호의무를 다룰 수 있는 기회를 확장하고, 결과적으로 기본권 보장을 확장하는데 도움이 될 수 있을 것이다.<sup>49)</sup> 다만 그럴 경우 기본권의 남용이나 인플레이션 현상을 어떻게 방지할 것인가 문제다.

### 나. 법적효과

45) 정태호, 앞의 논문, 85면.

46) Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art.2II, Rn.48 참조.

47) 정태호, 앞의 논문, 86면.

48) Isensee, 앞의 글, S.37f. 참조.

49) Isensee, 앞의 글, S.51f. 참조.

사인에 의한 기본권의 위법한 제약이 발생하면 국가는 적극적으로 생명과 신체의 안전을 보호할 의무를 부담하게 된다.

### 3. 과소(보호)금지원칙

국가가 기본권 보호의무를 이행하였는가 판단하는 심사도구로서, 독일 학계에서 논의되었던 것을<sup>50)</sup> 독일 연방헌법재판소가 판례를<sup>51)</sup> 통해 받아들인 것이 소위 과소(보호)금지(Untermaßverbot)원칙이다. 우리 헌법재판소도 이를 명시적으로 인정하고 있다.<sup>52)</sup> 다만 우리나라에서는 국가의 기본권 보호의무의 위헌심사기준으로서 과소보호금지원칙을 인정하지만, 그 문제점에 대해선 구체적으로 언급하지 않으므로서 결과적으로 국가의 기본권 보호의무에 대해 상당히 긍정적인 평가를 하는 경우도 있다.<sup>53)</sup>

#### 가. 내용과 근본적인 문제점

우리 헌법재판소가 명시적으로 밝히고 있는 과소보호금지원칙은 “국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로” 이에 미달하는 과소보호를 해서는 안된다는 것이다.<sup>54)</sup>

하지만 근본적으로 과소보호금지원칙은 기본권 보호를 위해 최소한의 보호조치를 취하라는 명령만 있을 뿐, 어떤 것들이 최소한의 보호조치를 취한 것인지 여부를 판단하는 구체적인 기준인지 제시되지 않아, 근본적인 문제점을 안고 있다.<sup>55)</sup> 독일의 경우에도 제2차 낙태 판결을 통해 과소금지원칙에 대해 상당히 상세하게 규율되었으나, 구체적인 기준들을 제시하지는 못하였다.

#### 나. 과소보호금지원칙을 위반한 경우

50) 독일 연방헌법재판소가 판례에서 직접 언급한 것은 Isensee, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.V, 1992, §111, Rn.165f.였지만, 실제로는 이미 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S.201(228); Götz, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht, Bd.III, 1988, §79 Rn.30 등이 있었음.

51) BVerfGE 88, 203(254)

52) “헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 "과소보호금지원칙"을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다.” 헌재 1997.01.16. 90헌마110, 헌9-1, 90(121).

53) 예컨대 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005,

54) 양건, 앞의 책, 244면 이하 참조.

55) 예컨대 Kloepfer, Leben und Würde des Menschen, FS 50Jahre BVerfG, Bd.II, 2001, S.78 (89f.); K.-E. Hain, DBVl. 1993, S.982ff. 등 참조.

다만 지금까지 독일 연방헌법재판소를 통해 과소보호금지원칙에 관해서 확인 될 수 있는 것은 두 가지이다. 첫째 국가의 보호의무가 인정됨에도 불구하고 국가가 아무런 조치를 취하지 않거나 취했다더라도 명백하게 충분하지 않은 경우에는 기본권 보호의무의 위반이 된다.<sup>56)</sup> 둘째 국가가 아무런 조치를 취한 것도 아니고, 취한 조치가 명백하게 충분치 않다고 해서 반드시 국가가 자신의 기본권 보호의무를 이행했다는 의미도 아니라는 것이다.<sup>57)</sup>

이는 제2차 낙태판결에서 주장된 것인데, 그렇다면 어느 정도 국가가 보호의무를 이행해야 하는지에 대해선 적극적으로 평가기준을 제시하지는 않았다. 다만 적절한 보호조치 (angemessener Schutz)를 취해서 그 자체로서 효과적인 보호를 이루어야 한다고만 밝혔다.<sup>58)</sup>

#### 4. 국가의 보호의무를 통한 효과적인 기본권 보호의 수단과 문제점

##### 가. 헌법대신 구체적인 법률, 행정, 사법?

위의 논의 내용들을 통해 볼 때 국가의 보호의무를 인정하는 것도 쉬운 것은 아니지만, 국가의 보호의무를 인정하더라도 보호의무 이행에 따른 국가의 적극적 조치의 위헌성을 심사하는 것도 문제가 있다. 실제 생명권 보호의무를 인정해도 국가는 충돌하는 사익도 (예컨대 산모와 태아) 모두 고려해야 하고, 공익까지 고려하게 되면 실제 입법재량은 예상보다 크지 않다.<sup>59)</sup> 이 때문에 국가의 보호의무는 원칙적 성격을 갖고 있어서 내용이 불명확하며, 구체적인 국가의 특정조치를 강제하기에는 어렵다는 시각이 지배적이다.<sup>60)</sup> 다만 국가의 보호의무 자체에 대한 개념을 무의미하게 보기는 어렵다. 왜냐하면 국가의 기본권 보호의무는 국가의 개입을 정당화 하는 모든 객관적 기본권 내용의 핵심적 지위를 차지하고 있기 때문이다.<sup>61)</sup>

따라서 안전에 대한 기본권을 실제로 보호하는 것은 헌법적 차원보다 구체적인 입법, 행정, 사법을 통한 보호가 더욱 효율적인 것으로 보인다. 이는 마치 경찰법상 일반조항이 경찰권 발동 권한을 부여하지만, 실제 위협방지는 구체적인 경찰권 발동을 통해 이루어지는 것과 같은 것으로 볼 수 있다. 다만 추상적인 위협으로부터 개인의 생명과 신체불가침을 보호하기 위한 입법은 폭넓은 재량을 갖는다. 이는 추상적인 위협이 구체적인 위협으로 개별화 될 때 행정(경찰)권이 갖는 편의주의에 비견할 수 있을 것이다. 생명과 신체에 대한 침해가 아닌 재산이나 자유에 대한 침해에 있어서는 법의 해석에 헌법의 안전보장 사상을 반영

56) BVerfGE 79, 174(201f.). 이를 명백성통제(Evidenzkontrolle)로 구분하기도 한다. 예컨대 Calliess, Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: FS für Christian Starck, 2007, S.201(205f.)

57) BVerfGE 88, 203(253f.).

58) BVerfGE 22, 203(254f.)

59) Kleopfer, 앞의 글, S.90.

60) 최근예 특히 Stern, 앞의 책, §98 II 6 a) S.163ff. 참조.

61) Dreier, 앞의 주석, Rn.102.

할 수 있는 司法을 (소위 기본권의 간접적인 제3자적 효력을) 통한 보호도 의미가 있을 것이다.

#### 나. 문제점

입법, 행정, 사법을 통한 개인의 생명, 신체불가침에 대한 보호도 몇 가지 문제는 인식하고 있어야 한다. 첫째 司法을 통한 기본권 보호는 일반적으로 私法上 대원칙인 사적자치(Privatautonomie)와 충돌문제를 불러일으킬 수 있다. 따라서 판사는 기본권 보호정신을 법률의 해석에 반영한다 하더라도 법률의 규정으로부터 벗어날 수 없는 한계를 인식해야 한다.

둘째, 행정은 법률유보라는 행정법의 대원칙을 벗어나서는 안 된다. 실제 기본권 보호의무의 가장 큰 역할은 행정권에 달려 있을 것이다. 그러나 안전에 관한 역사에서 볼 수 있듯이 안전보장의 첨병인 행정권의 확장은 자칫 기본권의 침해자로 변질할 수 있는 위험이 있기 때문에 항상 그 권한발동의 근거를 법률에 맞을 내리고 있어야 한다. 개인의 생명과 신체의 안전보호라는 헌법상 정당성(Legitimität)이 적법성(Legalität)을 대체할 수 없는 것이다.<sup>62)</sup>

#### 다. 위험원인자가 아닌 개인의 기본권 침해를 통한 안전보장의 한계?

마지막으로 언급할 수 있는 것이 개인의 기본권 위협에 원인을 일으키지 않은 개인의 기본권 제한을 통한 국가의 보호의무의 한계문제도 인식을 해야 한다. 예컨대 화재발생의 경우 인명구조를 위해 소방수들은 어느 정도까지 희생을 감수해야 하는지, 외국의 침입 혹은 국내 테러발생 등을 해결하기 위한 군인은 어느 정도까지 자신의 생명이나 신체불가침을 희생해야 하는지, 비행기 납치시 무고한 승객은 어느 정도까지 희생을 감수해야 하는지 등이 문제가 된다.

특히 최근 독일 연방헌법재판소는<sup>63)</sup> 테러범에 의해 민간항공기 납치가 발생하고, 도심 주요 민간지역으로 진입하는 비행기에 대해 요격권한을 연방내무부 장관에게 부여한 소위 항공안전법(Luftverkehrsicherungsgesetz) 제13조 등에 대해 위협야기에 관여하지 않은 희생자들의 인간 존엄과 생명권에 대한 침해를 이유로 위헌결정을 내렸다.<sup>64)</sup> 군인, 경찰관, 소방관 등의 직무에 있어서는 기본권의 예외적 제한에 관한 원칙에 따라 해결할 수도 있겠지만,<sup>65)</sup> 그 밖에 생명의 희생이 예견되는 경우에는 어느 정도 기본권의 침해를 수인해야 하는지 (헌법상 희생의 의무? 혹은 연대희생의무?) 문제다.

62) Isensee, 앞의 글, S.43f.

63) BVerfG, NJW 2006, S.751ff. 참조.

64) 본 판결에 대한 평석은 정문식, 독일항공안전법 제14조 제3항에 관한 독일연방헌법재판소 판결(BVerfG, 1BvR357/05)에 대한 분석과 평가, 법학논총 제26집, 전남대학교, 2006, 71면 이하 참조.

65) 양건, 앞의 책, 289면.

## VI. 결론: 안전에 관한 기본권의 역할

### 1. 소극적인 기본권 보장

헌법적으로 논의할 수 있는 안전이란 외적인 위협으로부터 개인의 생명과 자유, 재산 등을 보호하는 것이다. 넓은 의미의 안전은 기존의 기본권들을 통해 보호되고 있으며, 우리 헌법상 명시적인 규정이 없으므로 인정될 수 있는 안전에 관한 기본권은 생명과 신체불가침에 관한 기본권이다.

외적인 위협으로부터 개인의 안전은 처음에 원초적인 문제로서 국가성립의 정당성 근거로서 발전되었다가, 국가가 점차 안정기에 접어들자 국가로부터 안전으로 변화를 겪었다. 안전은 자연권으로서 주장되고 인정되어 국가로부터 자유가 곧 안전이 되었다. 자유와 안전은 전혀 양립할 수 없는 모순이 아니라, 상호 보완적인 것이다. 법치자유국가의 형태가 더욱 안정되자 안전은 기본권이기보다는 국가의 사무 중 하나로 점차 당연한 전제가 되었다. 이 때문에 적극적으로 안전에 관한 기본권을 생명권이나 신체불가침과 구분시킬만한 독자적인 기본권으로 인정하기는 어렵게 되었다. 그러나 국가에 대해서는 여전히 생명과 신체불가침의 일정한 작위의무를 끌어올리는 헌법의 해저에 내려져 있는 기본권 보호의무의 헌법상 닦으로서 소극적 역할을 묵묵히 해내고 있다. 이 점에서 안전에 관한 기본권을 전혀 무의미한 것으로 치부하는 극단은 불완전하게나마 피할 수 있다.

### 2. 법정정책 측면에서 적극적인 기본권 실현

다만 안전에 관한 기본권이 끌어낸 국가의 보호의무를 구체적으로 실현하고 평가할 도구는 아직 충분치 않다. 따라서 안전에 관한 기본권은 국가라는 배를 자유민주적 법치국가의 항구를 벗어나지 못하도록 묶어두는 역할을 하고, 배가 항구에서 맞이하게 될 구체적인 기본권상 악천후는 여전히 船體의 입법과 행정, 사법 이라는 도구들을 통해 해결해야 함을 알 수 있다. 그 중에서 입법과 행정의 역할이 더욱 중요하게 보여지는데, 안전에 관한 기본권의 실현 여부는 거기에 더 큰 과제로 남겨진 것이다.

적극적으로 안전에 관한 기본권의 의미는 각 분야에서 국민의 생명과 신체를 보호하는 안전에 관한 법률을 제정하거나 입법정책을 수립할 때 비로소 적극적으로 실현될 수 있는 것이다. 입법자는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한입법의 목적인 “국가안전, 질서유지”를 단순히 기본권 제한의 입장에서 뿐만 아니라 적극적인 기본권 실현의 의미에서 그 당위성을 주장할 수 있다. 구체적인 예로는, 유전자공학이나 생명관련 기술, 원자력사용 등 법이 적극적으로 대처하지 어려운 위험상황을 미리 사전에 예방하는데, 근본적으로 개인의 (생명과 신체의) 안전에 관한 기본권 실현이라는 측면에서 입법자의 조치를 더욱 정당화시킬 수 있을

것이다. 물론 그로 인한 다른 기본권과의 충돌 내지 조화는 피할 수 없는 문제다.

《주제어: 안전보장, 안전에 관한 기본권, 국가의 보호의무, 과소보호금지원칙》

**[참고문헌]**

- 강승식, 헌법에 열거되지 아니한 권리, 미국헌법연구 제15권 1호, 2004, 247면 이하
- 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 265면 이하
- 정문식, 독일항공안전법 제14조 제3항에 관한 독일연방헌법재판소 판결(BVerfG, 1BvR357/05)에 대한 분석과 평가, 법학논총 제26집, 전남대학교, 2006, 71면 이하
- 정태호, 기본권보호의무, 인권과정의 97/8, 83면 이하
- 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005,
- Christian Calliess, Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: FS für Christian Starck, 2007, S.201ff.
- Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005
- Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983
- Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002
- Gerhard Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987

[ZUSAMMENFASSUNG]

## Recht auf Sicherheit : Grundlage und Masstab

Mun-Sik, JEONG

Die Sicherheit hat sich zuerst im 17. Jahrhundert als der wichtigste Garant und Legitimationsgrund für den modernen Staat gegen alle private und auswärtige Gewalt und Gefahren entwickelt. Aber später hat sich der Sinn der Sicherheit in die Freiheit gewandelt, weil der Staats-Leviathan selbst zum die Furcht der Bürger geworden ist. Damit hat die Wirksamkeit des Staates im liberalen Staat auf den Sicherheitszweck reduziert.

Im 18. Jahrhundert fließt die Sicherheitsphilosophie in die amerikanische Verfassung, um Staatlichkeit von Grund aufzubauen, aber in die Verfassungen der französischen Revolution, um die Nation und die Menschheit über die Sicherheit zu belehren. Damit wird die Sicherheit die Selbstverständlichkeit und Voraussetzung des freiheitlichen Staates. Soweit hängen Sicherheit und Freiheit untrennbar zusammen. Sie sind verschiedene staatsrechtliche Aspekte derselben Sache. Das Recht auf Sicherheit deckt sich daher mit der Freiheit der Person.

In heutigem freiheitlichem Rechts- und Verfassungsstaat ist ein Grundrecht auf Sicherheit nicht wirklich ein sachlich eigenständiges Grundrecht, funktioniert es sondern die Ableitung von Schutzansprüchen des einzelnen gegen den Staat. Daher bezeichnet das Grundrecht auf Sicherheit die Gesamtheit der grundrechtlichen Schutzpflichten. Die grundrechtlichen Schutzpflichten kann zwar verfassungsrechtlich durch das sog. Unvermaßverot kontrolliert werden, jedoch ist die Leistungsfähigkeit des verfassungsrechtlichen Maßstabs fraglich. Trotz alldem bleibt heute die Sicherheit noch als Substrat der Grundrechte.

«*Stichwörter*: Sicherheitsgewährleistung, Grundrecht auf Sicherheit,  
staatliche Schutzpflichten, Untermaßverbot»