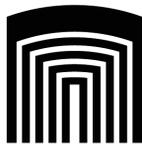


발 간 등 록 번 호
33-9750000-000099-01

헌법재판연구 제26권

국민의 생명·신체보호에 관한 헌법상 쟁점에 대한 연구



헌법재판소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 2015년도 연구 계획에 의하여 (사)한국공법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판 제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

이 연구는 한국공법학회가 2015년도 헌법재판소 정책개발연구용역과제로 수행한 것이다. 지난 성수대교붕괴사고와 삼풍백화점붕괴사고 그리고 최근의 세월호사고에 이르기까지 우리사회에서 여러 대형 재난이 끊이지 않는 가운데 안전불감증의 사회분위기와 재난 예방 및 관리의 과업을 지닌 국가의 책무소홀이 강하게 질타되고 있다. 이러한 가운데 국민의 신체·생명의 보호 그리고 안전의 확보가 큰 사회적 관심사가 되었다. 이와 관련해서는 법학도 예외가 아니다.

구체적인 헌법조항을 거론하지 않고도 정치공동체의 구성원인 시민들의 신체·생명과 안전을 담보하는 것은 민주국가에 주어진 당연한 과업이자 책무이다. 대형인재사고가 빚어질 때마다 재난의 예방 및 관리 시스템의 적실성 문제가 늘 다시금 도마에 올랐다. 금번 세월호사고와 관련해서도 예외가 아니다. 이어서 최근에 여러 부처에 분산된 재난관리기구들을 통합해서 국민안전처가 국무총리 산하에 신설되었다. 재난을 관리하는 해당 기구 편제의 적실성은 한편 정책적 논의의 대상이기도 하지만, 다른 한편 권한과 법적 책임이라는 측면에서 볼 때에 또한 규범적 접근의 대상이기도 하다.

그리고 시민의 안전이 화두로 불거진 상황에서 국회의장 직속으로 설치된 헌법개정자문위원회는 2014년 5월에 기본권으로서 ‘안전권’을 신설하는 내용이 포함된 헌법개정 최종보고서를 제출하였다. 즉 동 보고서에서 ‘안전권’과 관련해서 “모든 인간은 위험으로부터 안전할 권리를 갖는다.” “모든 사람은 자신의 신체와 정신적 온전성을 보호받는다.”는 내용이 그러하다. 시민 개개인의 신체와 생명이라는 전통적인 보호법익과 관련해서는 이미 신체의 자유, 생명권이 독자적인 기본권으로서 승인되어 있으며 그리고 공무원의 직무상 불법행위에 기한 국가배상청구권과 영조물하자책임의 법리가 형성되어왔다.

오늘날의 현대사회가 울리히 벡(Ulrich Beck)의 표현대로 이미 ‘위험사회’에 진입해 있으며 그리고 국가에게 모든 위험을 사전에 예방 내지 제거하기를 기대하기는 사실상 불가능하다. 사회적 재난의 경우에는 국가의 노력으로 위험가능성이 상당히 축소될 수 있을지 몰라도, 자연재해 그 자체는 인간의 의지와 노력으로는 막을 수가 없다. 기껏해야 과학기술의 발달에 힘입어서 마련된 사전의 예보시스템을 통해서 그 피해를 최소화하기를 기대할 따름이다. 그렇기 때문에 논의되는 ‘안전권’을 기존의 자유권목록에 그대로 편입해서 성격지우기는 어렵다고 본다. 그러나 안전권과 관련해서 국가의 기본권보호의무를 새로이 형성하거나, 기존의 ‘기본권보호의무론’에 대한 재구성의 논의가 촉발될 수는 있을 것이다. 기본권보호의무의 심사기준으로 헌법재판소는 그간 독일헌법학계에서 발전시켜온 이른바 ‘과소보호금지원칙’을 채택하여 헌법실무에 적용해오고 있다. 이 심사기준으로서의 ‘과소보호금지원칙’이 과연 적절한 것인지의 여부를 다시 재조명할 필요성이 제기된다.

위에서 언급한 여러 법적 쟁점들이 주요 국가들에서 어떻게 논의되고 있는지를 검토하는 비교법적인 작업은 우리의 논의를 더욱 풍부하게 하고, 당면한 문제의 해결에 큰 시사점을 던져준다. 그러한 까닭에 본 연구 작업을 시작하면서 학계에서 주요 국가별로 정통한 해당 연구자들을 공동연구원으로 어렵게 모셨다. 짧은 연구기간이 주어진 만큼 애당초 기대한 만큼의 완결성이 확보되지 못한 점이 다소 아쉽기는 하지만, 본 보고서를 바탕으로 앞으로 보다 심도 깊은 후속의 연구 작업이 이루어지기를 기대하는 것으로 나름의 위안을 삼고자 한다. 바쁜 일정에도 불구하고 부족한 시간을 쪼개어서 본 연구 작업에 매진한 여러 공동연구원들께 감사드린다.

2015년 10월 30일

연구책임자 이종수

목 차

제1장 연구의 목적과 범위 1

제1절 연구의 목적 1

제2절 연구의 범위 3

제2장 국가에 의한 국민의 안전보장 이론 검토 및 헌법적 쟁점들 7

제1절 ‘국가에 의한 국민안전보장 이론’ 및 그 제도적 상황 7

I. 국가에 의한 국민의 안전보장 이론에 관한 연혁적 분석 7

1. 안전보장이론 7

가. 보댕(Jean Bodin)의 이론 7

나. 홉스의 안전에 대한 사상 9

다. 로크의 안전에 대한 사상 11

라. 홉스와 로크의 안전 개념의 차이 12

마. 루소의 안전에 대한 사상 12

바. 칸트의 안전에 대한 사상 13

2. 소결 13

3. 헌법적 대응 16

4. 국제법적 대응 17

가. 국제법적 대응 17

나. ILC의 “재해시 인간 보호”에 관한 법제화 작업 19

5. 현대적인 위해들 20

II. 국민안전보장에 관한 외국의 제도	24
1. 일본의 안전 제도	24
가. 노동안전	24
나. 교통안전	25
다. 소비자안전	28
라. 원자력안전	29
1) 원자력 안전 대책	29
2) 대책의 특수성	31
3) 원자력기본법	32
4) 원자력재해대책특별조치법	34
2. 프랑스의 안전 제도	46
가. 재난 안전	47
1) 재난관련 법률	47
2) 재난안전 구조 조직	47
3) 오르섹 계획(Plan d'Orsec)	48
4) 재난방지 사이트	49
나. 원자력 안전	50
1) 원자력안전법제	50
2) 원자력 안전 원칙	52
3) 원자력 사고 등급	55
다. 계엄 등을 통한 국민안전	57
1) 계엄(État de siège)	57
2) 비상조치(Pouvoir exceptionnel, Pouvoir de crise)	59
3) 긴급조치(État d'urgence)	59
3. 미국의 안전 제도	60
가. 개관	60

나. 재난 개념의 정의	72
다. 테러에 대한 국가의 방지의무 - 미국 애국법 (USA PATRIOT ACT) 체계	73
1) 연혁	73
2) 애국법 제정과정	76
3) 애국법 주요 내용	78
라. 재난에 대한 국가의 보호의무 - 미국의 재난대응체계 (재난현장지휘체계)	81
1) 서언	81
2) 연방정부와 지방정부의 유기적·조직적 협력관계	86
마. 재난대응법제	98
4. 독일의 안전 제도	101
제2절 국민의 안전보장에 관한 헌법적 쟁점들	104
I. 헌법상 의무 여부	104
1. 국가의 기본권보호의무	104
가. 기본권보호의무 개관	104
나. 기본권보호의무의 구성요건	104
1) 헌법상 기본권적 법익	105
2) 사인인 제3자의 가해	106
3) 위법한 가해나 가해의 위협	107
2. 국가목적이론	110
가. 일본의 논의	110
나. 국가목적으로서의 안전	110
다. 국가목적론의 효용	111
라. 국가의 책임	113

II. 국민의 안전을 위한 대응	114
1. 위험에 대한 법적 대응	114
2. 일본의 안전관리 체계	117
가. 정부의 대응	117
나. 1947년 재해구조법	119
다. 고용계약·임금	120
라. 재해 원호	121
마. 「피난 행동지원자의 피난 행동 지원에 관한 대응 지침」	123
바. 지방의 실제 활동	123
사. 후쿠시마 제1원자력 발전소 사고 후	124
3. 일본의 정부조직의 대응	125
가. 복구·부흥관계조직	125
나. 東日本大震災復興基本法	126
4. 국민의 안전보장의 법리	128
가. 새로운 법리들	128
나. 사전배려원칙	129
다. 가이드라인을 통한 대응	131
1) 법이론의 방향	131
2) 리스크 가이드라인을 통한 대응	132
3) 리스크 가이드라인의 효용성	134
라. 안전기준	135
III. 안전보장과 다른 헌법적 가치의 충돌문제	136
1. 기본권의 조정	136
2. 일본의 긴급권 조항 논의	137
3. 지진 등 재난 후의 선거	138

IV. 인간안보와 국민의 안전보장	138
1. 인간안보의 개념과 성격	138
2. 인권과 인간안보와의 관계	140
3. 국가의 국민안전보장의무	142
4. 국민안전보장을 위한 기본권 제한	144
가. 국민안전보장과 행정조사	144
1) 행정조사의 개념	145
2) 적용범위	146
3) 행정조사의 방법	147
4) 행정조사절차	149
5) 행정조사와 영장주의	154
6) 처벌	158
나. 계엄을 통한 국민안전보장	159
1) 계엄의 개념	159
2) 계엄법상의 기본권 제한	160
제3절 국민의 안전보장에 관한 국가 의무의 한계	163
I. 기본권보호의무의 헌법적 근거	163
1. 주관적 공권으로서의 방어권설	163
2. 객관법적 내용설	164
3. 국가목표조향설	165
4. 국가과제로서의 안전설	167
5. 인간의 존엄에 대한 존중과 보호설	168
6. 평가	168
II. 기본권보호의무의 헌법적 근거에 관한 우리나라 학설	170
1. 객관적 가치질서설	170
2. 입헌주의헌법과 민주공화국의 선언규정설	170

3. 헌법 제10조 제2문 규정설	170
4. 종합적 근거설	170
5. 평가	171
III. 국민의 안전보장청구권의 기본권성 여부	171
1. 기본권 보호의무론과 보장국가	171
2. 기본권보호의무로부터 기본권보호청구권 도출 여부	175
가. 객관법적 내용설	175
나. 주관적 권리설	176
다. 소결	176
IV. 평가	177
1. 자유와 안전의 관계	178
2. 위험과 안전	181
가. 위험 및 리스크의 개념과 유형	181
1) 위험의 개념과 종류	181
2) 법학에서 위험과 리스크 구별 논의	182
나. 안전의 개념과 장래의 안전	185
다. 안전과 관련한 헌법이론적 문제	186
라. 심사기준으로서의 과소보호금지원칙	188
1) 서	188
2) 독자적인 원칙으로서 과소보호금지	190
3) 상대적 기준으로서 과소보호금지	191
4) 기본권의 최소보호원칙으로서 과소보호금지	192
5) 입법자의 행위에 대한 사법적(司法的) 통제기준 으로서 과소보호금지	195
6) 과소보호금지원칙의 내용과 보호수준	198
7) 과소보호금지원칙의 구체적 심사기준과 적용	201
8) 과소보호금지원칙에 있어서 심사밀도	204

제3장 헌법상 국가의 국가안전보장과 관련한

실무적 쟁점들 207

제1절 관련 쟁점에 관한 종래의 결정례와 외국의 사례 검토 207

I. 국민안전보장 문제에서 입법자의 입법형성권 문제 및

위헌심사의 기준 207

1. 구체적 위험과 위헌성 207

2. 생존권과 헌법판단 208

가. 생존권의 법적성격 208

나. 생존권과 입법재량 211

3. 안전과 이익형량 212

4. 국가배상법 소송 213

5. 원자력 안전소송과 구체적 위험 214

가. 사건의 개요 215

나. 재판소의 판단 220

다. 평가 221

II. 안전보장 문제와 관련한 헌법재판소의 역할 222

1. 국민안전보장과 위헌심사기준 222

가. 심사기준 223

1) 비례의 원칙 223

2) 자의금지원칙 225

3) 과소보호금지원칙 227

4) 기타 : 입법형성권 228

2. 국민안전보장에 관한 위헌심사 230

가. 환경권 231

나. 보건권	231
다. 생명·신체의 안전에 관한 기본권	232
III. 외국 관련 판례 연구	234
1. 미국의 관련 판례	234
가. McWaters v. FEMA 사건 I	234
나. McWaters v. FEMA 사건 II	236
다. Ridgely v. Federal Emergency Management Agency	238
2. 독일의 관련 판례	239
가. 제1차 낙태판결	239
나. 슈라이어(Schleyer) 납치 판결	240
다. 원자력발전소 판결	241
라. 항공기소음 판결	242
마. 대리상 판결(Handelsvertreter)	242
바. 소결	243
3. 일본의 관련 판례	244
가. 안전배려 의무	244
1) 안전배려 의무의 인정	244
2) 노동안전위생법	245
3) 안전배려의무의 분산	246
나. 평화적 생존권	247
1) 평화국가	247
2) 평화적 생존권	249
다. 동일본 대재해 이후 일본	254
1) 원자력 발전과 새로운 생존권 논의	254
2) 원자력 발전에 대항하는 새로운 생존권	255

제2절 안전보장을 위해 제정된 현행 법제도의 분석과 평가	256
I. 현행 법제의 문제점과 개선 지점들	256
1. 「재난 및 안전관리 기본법」의 성격으로 인한 문제	256
2. 모든 재난을 한 기관에서 총괄하고 책임질 수 있는가?	257
3. 민관 협력 체제로의 변화	258
II. 국민안전보장 문제에 있어서 입법자의 입법형성권 문제	259
1. 가난으로부터의 국민안전보장	259
2. 질병으로부터의 안전보장	261
3. 환경·재난으로부터의 안전보장	261
가. 환경안전보장	261
나. 재난안전보장	264

제4장 결론 270

< 표목차 >

[표 1] 프랑스 원자력 사고	56
[표 2] 연방재난관리청 10개 지부 소재지 및 주소	86
[표 3] 안전보호와 관련된 헌법이론	187
[표 4] 환경부소관 주요법률	263
[표 5] 재난 및 안전관리 기본법	265

< 그림목차 >

[그림 1] 시민안전·위기관리총국의 조직도	48
[그림 2] 국토안보부의 조직구성도	76

[그림 3] 국토안보부와 연방재난관리청 조직도 85

[그림 4] 연방재난관리청 10개 지부의 권역과 지부 소재지 85

참고문헌 276

研究者 略歷 291

제1장 연구의 목적과 범위

제1절 연구의 목적

본 연구는 신체·안전과 관련한 국민의 자유와 관련하여 그것의 기본권적인 가능성을 적극 모색함과 아울러 국민의 신체·안전 보장과 관련하여 국가의 기본권보호의무의 가능성 및 그 한계를 규명함으로써 인간의 존재기반으로서 안전에 대한 법적 규범화 증진에 도움을 주고자 함에 궁극적인 연구 목적이 있다. 안전에 대한 국민의 요구는 인간 생존의 전제조건이자 기본적인 자연적 권리이다. 따라서 안전에 대비되는 위험을 어떻게 파악할 것인가 그리고 국가는 국민에게 어떠한 근거에서 그리고 어떠한 조건하에서 국민의 생명이나 신체를 보호해야 하는가 및 안전과 관련하여 헌법이론을 체계적으로 정리하는 것이 연구의 주요한 대상이다. 주지하듯이 원시시대로부터 인간 및 인간들이 모여 사는 사회는 천재지변과 전쟁 등 무수한 위험에 직면해왔고, 이러한 가운데 문화 내지 문명을 발전시켜왔다. 이러한 가운데 인간에게 주어진 가장 원초적인 자유로는 ‘공포로부터의 자유’로 일컬어진다. 이러한 공포로부터 벗어나기 위해 인류는 무리를 지어서 나름의 공동체를 형성해왔고, 맹수들에 대항하는 무기 등 각종의 이기들을 발명해왔다. 그러나 그 과정에서 문명이 야기하는 위험 또한 적지 않았다. 최근에 적극 논의되는 원자력안전, 항공안전, 환경보호 등이 그러하다. 이러한 가운데 현대사회를 ‘위험사회’로 특징짓기도 한다. 세월호 사건을 포함하여 각종 대형사고가 빈발하여 안전에 대한 국민적 관심이 증대되고 있는 상황에서, 국민의 안전보장에 관한 국가의 의무 혹은 책무를 헌법적 관점에서 접근하여 이론화할 필요성이 부각되었다. 이러한 관점에서 본 연구는 국가는 왜 국민의 안전을 보장해야 하는 의무를 지는가에 대한 이론적 근거를 제공한 고전적 이론가들의 사상을 살펴본다. 이어서 국민의 안전을 보호해야 하는 국가의 기본권보호의무에 대한 이해를 중점적으로 연구하고자 한다. 위험사회에서 국가의 중요한 업무이자 국가목표가 되고 있는 국민의 안전보장에 대한 헌법이론적 연구를 목표로 삼는다. 단기적으로는 국민의 안전보장을 위한

헌법이론적 체계를 연구하고, 장기적으로는 국민의 안전보장을 위한 안전법제에 대한 개선방안을 종합적으로 검토함에 연구목표가 있다. 국가안전권을 확보하기 위한 헌법적 대응으로서는 우선은 개인의 인권으로서 안전권의 가능성과 그 한계를 모색하는 일이다. 그러나 개인적 권리로서 안전권을 확보한다고 하더라도 권리는 행사할 때 비로소 가능한 것이고, 안전권을 전통적인 자유권의 하나로서 방어권으로 이해하는 경우에는 위협으로부터의 예방이 중요한 안전권의 효력 내지 기능으로는 충분하지 않게 되는 등의 문제가 있을 수 있다. 현대사회의 위협의 특징은 개인의 능력으로는 인식할 수 없는 경우가 많고, 또 그 통제도 개인의 능력을 벗어난 경우가 많아서 개인의 주관적인 대응으로는 이에 효과적으로 대처할 수 없는 문제점이 있기 때문에, 단순한 개인의 기본권을 보장하거나 도출하는 것으로는 부족하고 이에 대해 적절히 대처할 능력을 가진 국가나 지방자치단체에 체계적이고도 총체적인 대응을 할 의무를 부과할 필요성이 있다. 이러한 의무는 기존의 주관적인 권리에 따르는 의무에 그치는 것이 아니라, 객관적 위협 그 자체의 예방을 위한 국가의 의무이행을 요청하는 것이며, 위협이 발생한 경우에는 피해를 최소화하고 효과적으로 이를 복구할 것을 국가에 명령하는 것으로서의 의무이다. 말하자면 위협의 제거에 대한 국가의 객관적 의무이다. 따라서 본 연구는 대형재난 상황에서 국가의 역할에 대한 국민의 요구와 기대를 어떻게 규범적으로 수용해야 하는가 하는 점에 초점을 맞추어 연구를 수행한다. 대한민국 헌법은 제34조 제6항에서 “국가는 재해를 예방하고 그 위협으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고, 제37조 제2항에서도 국가안전보장을 규정하고 있으며 ‘재난 및 안전관리기본법’ 제4조 제1항에서는 국가 및 지방자치단체는 재난으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무 등을 통하여 정부의 안전을 위한 책무를 명확히 규정하고 있기 때문에,¹⁾ 국가의 책무를 헌법적으로 규명하여 구체화함으

1) 재난안전기본법은 제1조 입법목적에서 “이 법은 각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전문화 활동, 그 밖에 재난 및 안전관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”고 규정하여 ‘국토보존’이라는 전통적 안보목적과 ‘국민의 생명·신체 및 재산보호’라는 포괄적 안보를 지향하고 있다.

로써 향후 국민의 생명·신체 보호에 대한 헌법규범적 근거를 제공하는 데에 본 연구의 주된 목적이 있다.

제2절 연구의 범위

헌법상의 권리는 ‘국가로부터의 자유’ 즉, 대국가 방어권으로 파악하는 것이 통상적이다. 표현의 자유나 종교의 자유는 그것이 국가권력으로부터 침해되지 않도록 헌법으로 보장된다. 그런데 ‘국가로부터의 자유’가 위헌심사제도에 의하여 보호받는 국가에서는 이러한 ‘국가로부터의 자유’에도 극히 사소한(trivial) 의미에서 ‘국가에 의한 자유’로서의 측면이 부수한다.²⁾ 즉, ‘국가로부터의 자유’는 국가에 의한 침해행위의 합헌성을 다투고 구제를 요구하는 지위가 ‘국가에 의하여’ 보장되어야 되는 것을 의미한다.³⁾ 홈즈(Holmes)와 선스타인(Sunstein)이 지적하듯이 정부에 ‘대한’ 보장은 정부에 ‘의한’ 보장이 없이는 상정하기 어렵다.⁴⁾ 안전에 대한 국민의 요구도 헌법을 통하여 실현될 수 있는 것이다. 위험으로부터 시민을 보호하기 위한 정부의 책임성은 각종 사고 시에도 항상 논의되어 왔다. 공공 안전은 위협, 위기 그리고 재난을 다루기 위한 행정 체계를 구성하는 정부 기능과 기관 책임의 관점에서 정의되었다.⁵⁾ 정치 체계는 인적, 물질, 재정적 자원을 효율적으로 동원할 수 있기 때문에 생활 안전을 확보하는데 결정적인 기능을 수행하게 된다. 입법부는 생활 안전을 확보하기 위한 각종 법률의 제정을 통해 위험요인이 발생하는 것을 사전에 예방하거나 완화하는 것이 가능하다. 국가 차원에서는 행정부와 국회를 중심으로 생활 안전 확보를 위한 법령의 제정에 노력하는 한편, 지방 차원에서는 지방자치단체와 지방의회를 중심으로 조례 제정 그리고 민간 NGO와의 연계를 통해 국민의 생활 안전 확보 노력이 이루어지게 된다.⁶⁾ 이를 위한 각국의 안전을 위한 법제도의 연구

2) 長谷部恭男, 『憲法の理性』, 東京大學出版, 2006, 129면.

3) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002, p. 149.

4) Stephen Holmes & Cass Sunstein, The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Tax, Norton, 1999, p.55.

5) 유현정 외 3인, 『위험사회를 사는 소비자 생활안전』, 대영문화사, 2011, 45면.

6) 유현정 외 3인, 위의 책, 15면.

를 진행한다.

세계 각국에서 국민의 안전보장을 위해 실시중인 제도들을 비교·분석하고, 각 제도의 장단점을 파악하여 우리 사회의 새로운 법제화에 도움이 될 수 있는 제도의 도입 및 운영 가능성을 모색하는 것 또한 본 연구의 중요한 범위에 속한다.

프랑스 헌법 제2조에서 양도할 수 없는 천부인권 즉 “자유권, 재산권, 안전권 및 저항권”으로 안전에 대한 기본권이 채택되었다. 이에 따라 프랑스에서 재난안전에 관한 법제는 국내안전법전(Code de la sécurité intérieure)에서 규정하고 있다. 국가안전보장에 관해서는 헌법과 국방법전(Code de la défense) 그리고 군사법원법전(Code de justice militaire)에서 규정하고 있는데,⁷⁾ 치안과 재난안전에 관해서는 국내안전법전에서 함께 규정하고 있다. 재난안전과 관련해서는 지방자치법전(Code général des collectivités territoriales) 입법편에서도 소방과 구조에 관하여 별도의 규정을 두고 있다. 프랑스에서 재난안전 구조 조직은 크게 두 단계로 구성되어 있는데, 중앙 차원의 재난구조조직과 지역단위의 재난구조조직이다. 중앙차원의 재난구조기관은 시민안전총국(la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises)이다. 시민안전총국은 내무부(Le ministère de l'Intérieur)의 조직으로 재난에 있어서 국민의 안전을 책임지는 조직이라 할 수 있다.

미국에서는 버지니아주 권리장전이나 독립선언, 그 밖에 여러 주의 헌법에서 생명, 자유, 재산에 대한 국가 보호를 받을 기본권을 인정하였다. 특히 미국에서는 2002년부터 2012년까지 108건 이상의 재난이 매년 발생하였다. 미국연방재난관리청(FEMA)의 자료에 따르면, 2013년 전반기에 이미 42건의 재난이 발생하였고, 이 중 32건의 재난은 특별재난이었으며, 4건의 비상사태 선언이 있었고, 6회의 화재관리지원 선언이 이루어졌다. 다양한 국가재난이 발생하는 미국의 경우 이미 오래전부터 안전보장입법체계를 정비하거나 필요한 경우 사태에 즉응하여 국민안전보장입법을 마련하여 향후 발생할 수 있는 국가재난사태를 대비하고 있다. 예컨대, 미국 연방의회는 1803년 처음 연방차원의 재난지원법을

7) 이에 관해서는 전학선, 프랑스의 계엄제도, 외법논집 제38권 제2호, 2014. 5, 3면 이하 참조.

제정한 이후에 1947년까지의 기간 동안 개별적 재난에 대한 지원을 위해 128건의 법률을 제정하였고, 1950년 재난구호법(Disaster Relief Act)의 입법을 시작으로, 1960년대와 1970년대에 걸쳐 연방정부는 지방정부를 지원할 법적 근거 마련을 위해 지속적으로 관련 법령을 정비했다. 특히, 1974년에는 재난구호법의 개정을 통해 대통령이 재난을 선포하기 위한 절차를 마련하였다. 또한 재난관리 대응 조직의 일원화를 위해 1979년 카터 대통령은 재난관리조직과 부서를 연방재난관리청(Federal Emergency Management Agency: FEMA)으로 통합하여 재난관리 상설기구를 설립했다. 현재 미국의 재난 대응체계에서 중심축이 되는 연방 법률은 1988년 상원의원인 로버트 스탠포드가 주도하여 자연재해 위험의 감소를 목적으로 제정한 스탠포드 재난구호 및 응급지원법(Disaster Relief and Emergency Assistance Act: Stafford Act)이다.

독일 헌법에는 명시적인 안전에 관한 기본권 조항은 없으나 기본권 보호의무를 통하여 이를 보호한다.⁸⁾ 독일의 경우에도 과거 체르노빌원전사고가 발생하고서 원자력안전을 담보하기 위해 많은 노력을 기울여 왔고, 특히 9.11 테러가 있는 후에 독일 연방정부는 피랍된 여객기가 테러수단으로 이용되면서 다수 시민들의 생명을 위협하는 경우에 일정한 절차를 거쳐 격추될 수 있도록 항공안전법을 개정하였고, 이에 대한 헌법소원심판에서 지난 2006년에 독일연방헌법재판소는 인용결정을 내렸다.⁹⁾

일본의 경우에도 지진 등 천재지변이 잦은 대표적인 국가로서 그간 자연재해에 대응하는 선진적인 법제와 안전시스템을 선도적으로 발전시켜왔고, 최근에 쓰나미와 이에 따른 후쿠시마원전사고의 수습과정에서 형성된 새로운 법제화의 가능성 등에 특히 주목할 필요가 있다. 즉, 2011년 3월 11일 이후 일본정부는 ‘동일본대재난 부흥기본법’의 제정, 부흥청 설치, ‘부흥기본방침’의 수립, 대지진과 쓰나미로 인한 피해의 복구·부흥을 시작하였고, ‘원자력손해배상법’, ‘원자력손해배상지원기구법안’ 등에 의한 복구와 부흥을 추진하고 있다. 또한, 재판소의 판결에서 안전배려의무를 국가와 사업자에게 각 영역마다 분산하여 부담시키고 있고, 원자력제도 및 국가제도에 대하여 구체적 위험성의 인정 여

8) 유현정 외 3인, 앞의 책, 38면.

9) BVerfG, 1BvR357/05.

부에 따라 법과 그 집행을 정지, 무효시키는 판결은 우리에게도 시사하는 바가 크다.

이와 같이 안전에 관한 기본권은 국가의 전제된 임무이며, 안전은 오늘날에도 변함없이 국가의 중요하고도 당연한 목적으로 인정되고 있다. 비교법적인 연구를 통하여 각국에 있어 개별적이고도 구체적인 재난사태에 즉응하는 관련 법률들을 살펴보고, 각국의 최고법원에서 판단한 국가안전 보호 의무에 대한 판시 내용을 면밀히 검토하는 것은 향후 우리나라의 국가안전 입법체계의 정비와 헌법재판소의 결정에 헌법 규범적 근거를 제시하는 중요한 연구 자료가 될 것이다. 이와 더불어 세월호 이후 계속 발생되고 있는 국민 안전에 관한 다양한 소송에서 고려되어야 할 구체적인 법리와 이에 적용되는 각국의 사례를 검토하여 연구결과로서 제시할 필요가 절실하다. 이를 위하여 미국, 독일, 일본, 프랑스 등 주요 외국의 선례와 판례를 연구하여 구체적인 시사점을 구할 것이다.

더불어 국가의 안전의무 또는 책무로 말미암아 국가공권력의 행사의 범위가 넓어지거나 강화될 경우에 법치국가원리와의 관계에서 발생할 수 있는 긴장 내지는 갈등에 대한 고찰도 함께 진행한다. 즉, 법치국가원리는 국가공권력의 한계를 설정하는 데 기준을 제공하는 원리일 뿐만 아니라 국민의 자유와 권리를 보호해야 한다는 측면도 함께 지니고 있다. 이러한 법치국가적 원리에 따르면 국가에게 행위의무에 의한 법치국가적 보호를 요구하는 한편, 국가행위의 한계로서 법치국가적 자유를 요구하게 되는 갈등 관계가 야기될 수 있다. 안전에 대한 국가정책은 안전과 기본권적 자유와의 갈등관계를 유발시키므로, 결국 안전과 자유 간에는 형량이 이루어져야 하는데 구체적인 사건에서 어느 정도의 국가기관에 의한 보호가 필요한지 혹은 특정한 상황에서 어떻게 보호 의무를 수행해야 하는지를 형량할 경우에 필요한 실질적인 근거를 마련하기 위한 연구를 수행한다.

제2장 국가에 의한 국민의 안전보장 이론 검토 및 헌법적 쟁점들

제1절 ‘국가에 의한 국민안전보장 이론’ 및 그 제도적 상황

1. 국가에 의한 국민의 안전보장 이론에 관한 연혁적 분석

1. 안전보장이론

정치질서가 정신적·종교적 형성체로부터 분리되는 과정과 정치적 목표설정과 정당성을 구축한 질서로 발전하는 과정에서, 근대 국가는 자신의 구성원인 국민의 안전을 보장해야 하는 과제를 부여받았다.¹⁰⁾ 헌정사적 배경을 살펴보면, 프랑스와 영국간의 전쟁에서 이러한 국민의 안전보장 관념이 생성되었다. 그 당시 왕은 모든 전쟁에서 승리함으로써 평화를 획득할 수 있어야 했기 때문에, 더욱 국민의 안전에 대한 의식이 강하게 지배하였다.¹¹⁾ 이하에서는 보댕(Jean Bodin), 홉스(Thomas Hobbes), 로크(John Locke), 루소(J.-J. Rousseaus), 칸트(Immanuel Kant) 등 국가에 의한 안전을 사상적으로 뒷받침한 이론가들의 주장을 살펴보기로 한다.

가. 보댕(Jean Bodin)의 이론

주권이라는 개념에서 안전의 이론적 사상을 주장한 대표적인 사람은 보댕(Jean Bodin; 1530-1596)이다. 보댕(Jean Bodin)은 자신의 저서 『국가론』(De la Republique; 1577)에서 안전과 질서를 보장하기 위하여 “국가의 절대적 또는

10) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt 1991, S. 93.

11) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt 1991, S. 100 ff.

영구적 권력'인 주권을 원용하였다.¹²⁾ 보댕(Jean Bodin)의 견해에 의하면, 주권은 국가의 필수적인 요소이고, 주권 없이 국가는 존재할 수 없다고 주장하였다. 국가는 주권에 의하여 비로소 존재하게 되었다. 국가의 필수적인 구성요소인 주권의 진정한 표식으로서 첫째, 입법권 둘째, 선전포고권 또는 강화체결권, 셋째, 관리임명권, 넷째, 최종심 재판권, 다섯째, 사면권, 여섯째, 조폐권·과세권 등 모든 권한들이다. 그러나 보댕(Jean Bodin)은 이러한 권한들 중에서도 가장 절대적인 권력의 행사주체로서 '입법권'(legibus absolutus)을 상정하였다.¹³⁾ 보댕이 생각하는 입법권은 어떠한 자의 동의도 필요하지 않고, 일반적 또는 개별적 법률을 제정하는 권력이고, 이는 이미 성립된 관습법에 의해서도 제한받지 않았다. 즉, "법률은 관습을 파기할 수 있고, 관습은 법률에 위배될 수 없다."는 것이다. '법률'이라는 것은 중세의 그것과 같이 관습법을 발견·확인하는 것이 아니라, 주권자의 결단적인 의사·명령으로서 표현된 것이다. 이러한 법률제정권은 보댕(Bodin)에게 있어서 주권의 핵심으로 여겨지게 되었다. 보댕(Bodin)에 의해 주권은 실제로 법보다 상위에 위치하여 실정법 질서의 원천으로서의 지위를 부여받았다.¹⁴⁾

보댕(Bodin)은 주권을 절대적이고 영구적인 것이며, 불가분적인 것이라고 상정하였다. 주권이 이러한 성격을 띠는 이론적 근거는 다음에서 찾을 수 있다. 첫 번째 근거는 주권을 소극적(negative)인 측면에서 보면, 그 무엇에도 지배당하지 않고 최고(最高)이며 독립적(獨立的)이라는 관념은 분할이라는 관념과 결코 공존할 수 없다는 것이다. 두 번째 근거는 주권의 적극적(positive)인 측면에서 보면, 주권은 모든 권한들의 총합(總合)으로 이루어져 있기 때문에 그러한 각각의 권한들의 총합인 주권은 권한의 분할이라는 사고와 호응될 수도 있었다. 그럼에도 불구하고 보댕(Bodin)이 '불가분론'을 주장했던 이유는 주권의 중핵을 '입법권'으로 보았기 때문이다. 법률이 주권자의 의사·명령이라고 생각하면, 주권자의 의사인 법률 즉, 주권의 분할은 불가능하게 된다. 보댕(Bodin)은 그 밖의 모든 권력도 주권의 구성요소로서 포함시키고 있다. 그러나 입법권

12) Quaritsch, 1970, S. 243 ff.

13) Schulze, 1994, S. 66 ff.

14) 김강운, "주권개념에 관한 소고", 『헌법학연구』 제2집, 한국헌법학회, 1996, 142면.

을 그 중핵으로 하고 있기 때문에 보댕(Bodin)은 주권의 불가분성·통일성을 유지하는 이론구성을 하였다.¹⁵⁾ 보댕은 이러한 주권의 주체를 누구에게서 구하겠는가 하는 문제에 관하여 그 주체의 상위를 기준으로 군주정·귀족정·민주정이라는 3개의 국가형태로 구별하고 있다. 그러나 어느 국가형태에서든 주권의 주체로서 ‘구체적’인 인간 ‘집단’을 상정하였지, 구체적인 개인을 초월한 추상적인 국가를 상정하지 않았다. 결국, 보댕(Bodin)은 국가의 안전과 질서를 보장하기 위해 주권이라는 개념을 도입하게 되었다.

나. 홉스의 안전에 대한 사상

개인의 안전 문제를 국가와 관련시켜 이론적으로 발전시킨 최초의 학자는 토마스 홉스(Thomas Hobbes)라 할 수 있다. 16, 17세기 유럽에서는 중세 봉건 사회가 해체되고, 종교의 자유가 확장되면서 수많은 전쟁에 휩싸이게 되었다. 이 때 홉스(Hobbes)의 주장은 인간은 태어나면서부터 평등하지만, 권력과 부에 대한 끈임없는 추구로 인해 인간 사이에 이른바 ‘만인에 대한 만인의 투쟁’ 상태인 ‘자연상태’(Naturzustand)에 있게 된다고 한다.¹⁶⁾ 자연상태는 어느 누구의 권리도 보호되지 않는 무정부와 무질서의 상태인 것이다. 홉스(Hobbes)는 이러한 무질서의 자연상태에 대한 공포를 해결하는 주체로서 초(超)권력체인 리바이어던(Liathan)인 국가이다. 홉스(Hobbes)는 투쟁적이고 폭력적인 자연상태의 재검토를 통해 국가의 근본적인 존재근거로서 안전이라는 정치적 사상에 기초하여 국가의 임무를 평화유지로 격상시켰다.¹⁷⁾ 국가는 집단이나 국가간 전쟁을 통제하고, 개인이 죽음과 무질서의 공포로부터 벗어날 수 있도록 안전을 보장하는 실체가 된다는 것이다. 홉스(Hobbes)에게 있어서 안전은 무정부와 무질서 속에서 위협받고 있는 개인의 안전을 지키기 위해 근대국가의 성립을 정당화시켜 주는 중요한 국가권력의 행사근거였다.

홉스(Hobbes)는 무질서의 자연상태에 대항하여 ‘사회적인 자연법’으로서 ‘이성의 법칙’을 창안해 냈다. 이는 초법적인 권력에 의해 그 준수가 관철되어지

15) 김강운, “주권개념에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제2집, 한국헌법학회, 1996, 143면.

16) T. Hobbes, Leviathan, S. 98 f.

17) U. Di Fabio, Jura 1996, S. 566 (567).

는 ‘사회계약을 필요로 했다. 홉스(Hobbes)는 사회계약의 이행 역할을 ‘국가’에게 부여하였다. “국가가 존재하지 않는 곳에 불법도 존재하지 않는다. 정의는 효과적인 계약의 기초 하에서 존재한다. 그리고 계약은 그 계약의 준수를 사람들에게 강제할 수 있는 힘이 충분히 발휘되는 공권력이 존재할 때에만 그 효력을 발휘할 수 있다.”¹⁸⁾ 국가가 시민에 대한 자신의 강제력을 악용한다면, 계약에 기초한 실현은 불가능한 것이 된다. 주권의 모든 행위와 명령이 각각 개인의 것으로 간주되며 개개인에게 기속될 때, 국가의 목적이 달성될 수 있다. 통치자가 평화를 보장하고 자신의 피치자의 생명을 보호하지 못한다면, 피치자의 복종의무는 면제된다.¹⁹⁾

홉스(Hobbes)의 견해에 의하면, 개인들은 자연적 무정부 상태에서부터의 해방과 그 자연권의 안전한 보장을 위해 계약을 체결하여 통치단체를 조직하게 된다는 것이다. 이러한 계약을 통해 자신의 안전을 보장받기 위한 개인 이상의 권력, 즉 ‘국가’가 존재하게 된다. 통치단체인 국가의 공권력에 의해 비로소 단체구성원인 개인의 생명·자유·재산권 등 자연권이 보장된다. 그러나 통치단체(국가) 그 자체는 추상적인 것이므로, 주권의 현실적인 행사는 구체적인 특정 자연인이 행사할 수밖에 없게 된다. 이 경우 ‘군주’가 주권을 현실에서 행사하는 것이 가장 자연적이며 윤리적이라고 하였다. 홉스(Hobbes)는 인간의 안전에 대한 갈망은 안전이 인간의 생존과 밀접한 관련이 있기 때문이고, 인간이 국가에 복종하는 유일한 근거가 된다는 것이다.²⁰⁾ 홉스(Hobbes)의 주장에 의하면, 인간 생존의 보호는 기본적인 생활상 법익 침해에 대한 단순한 보장이 아니라, 자신의 근면을 통해 땅의 과실을 먹고 만족하게 살 수 있도록 안전한 상태의 ‘좋은 삶’의 보장을 의미한다.²¹⁾

18) T. Hobbes, Leviathan, S. 114.

19) T. Hobbes, Leviathan, S. 141.

20) T. Hobbes, Vom Bürger (1658), in: ders., Vom Menschen/Vom Bürger, 1959, S. 125 (133).

21) T. Hobbes, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, 1651, Kap. 17, 134.

다. 로크의 안전에 대한 사상

로크(John Locke)는 자유롭고 평등한 자연상태에서 인간의 생명, 자유, 재산은 위태롭게 된다고 주장했다. 평화롭게 자유를 신장할 수 있기 위해서 신법과 자연법에 의해 형성된 자연상태에서 재산이 개입됨으로써 그 보장이 실질화된다. 예측가능한 경제적 자급자족의 충족은 화폐경제하에서 증가하는 물욕과 범죄적인 과소유의 경향을 완화시키게 된다.²²⁾ 로크(Locke)에 의하면, 국가는 개인의 법익보호에 대한 전(前)법적 책임 내지 초(超)법적 책임을 지는 것이 아니라, 법익보호에 대한 법적인 책임을 지는 것이다.²³⁾ 국가권력의 독점 가능성에 대하여, 로크(Locke)는 ‘국가권력의 한계 명제’를 제시한다.²⁴⁾ 인간은 자유, 생명, 신체적 완전성 및 재산 등 자신의 법익보호라는 목적을 위해 공권력(국가)에 복종하고 자신의 안전 보장을 위해 국가의 강제적 집행에 순응하게 된다. 시민의 측면에서 개인의 법익에 대한 국가의 침해에 대한 폭력적인 저항권 행사의 책무는 이러한 국가권력의 독점과 호응되게 된다. 로크(Locke)는 시민의 안전과 시민의 재산을 보호하기 위한 과제를 국가에게 부과하였다. 그러면서도 언제나 권력을 장악하려는 인간 본성의 문제를 경고하고 있다. 이러한 권력독점의 문제를 방지하기 위해 로크(Locke)는 ‘권력분립’을 주장하였다. “입법에 책임이 있는 자는 동시에 그 법률의 집행권을 지녀서는 안 된다.”²⁵⁾

로크(Locke)는 ‘안전’이라는 국가과제의 양면성을 명확히 부각시켰다. 국가공권력은 다른 위협으로부터 시민의 안전을 보호하는 책무를 지니, 국가공권력 스스로가 안전을 위해 시민에 대한 위협의 대상이 될 수 있다. 안전은 국가에 의해 달성될 수 있으나, 안전은 국가에 대한 보호로도 존재한다.²⁶⁾ 이러한 의미에서 프랑스 혁명에서의 ‘안전’ 개념은 국가에 대한 보호로 이해되고 있다.²⁷⁾

22) J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1690, 2. Abhandlung, §§ 37, 111.

23) J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1690, 2. Abhandlung, § 131.

24) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 22 f.

25) J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1690, 2. Abhandlung, S. 267, 291.

26) Horn, in: FS für Schmitt Glaeser, S. 438.

27) Vgl. Denninger, KritV 2003, S. 317.

라. 홉스와 로크의 안전 개념의 차이

홉스(Hobbes)와는 달리, 로크(John Locke)(1632-1704)는 국가공권력의 악용 가능성을 명확히 인식했다. 로크(Locke)는 시민의 안전과 시민의 재산을 보호하기 위한 과제를 국가에게 부여하였다. 항상 권력을 장악하려는 인간 본성의 야욕을 경고하였다. 이를 방지하기 위해 로크는 ‘권력분립’을 주장하였다. 즉, “입법에 책임이 있는 자는 동시에 그 법률의 집행권을 지녀서는 안 된다.”고 주장하였다.²⁸⁾

로크(Locke)에게 있어서 안전은 홉스가 주장하는 ‘국가에 의한 안전’이 아니라, ‘국가로부터의 안전’이었다. 국가의 공권력에 의한 침해를 예정한 로크(Locke)는 이를 방지하기 위해 국가권력을 나누고(권력분립), 국민의 대표를 선출하여 국가기관을 구성하였다(대의제). 또한 독재자에 대해서는 자연권으로서 저항권을 국민에게 인정하였고, 생명과 신체의 보호를 위해 자유와 재산이 안전하게 보호되는 것이 중요하다고 생각했다. 로크(Locke)는 홉스(Hobbes)처럼 개인의 신체와 생명의 안전을 보호하는 주체는 국가라는 것에 동의하지만, 국가는 법에 구속되고 권력이 제한되는 국가로서 평화를 보장할 때에만 개인의 신체와 생명의 안전이 보장되는 것으로 이해했다. 즉, 국가가 개인의 자유를 보장할 때 개인의 안전이 보장되는 것이며, 이 경우 자유와 안전은 모순 관계에 있는 것이 아니라 상호 의존적인 관계로서 함께 보장되는 것으로 보았다.²⁹⁾

홉스(Hobbes)가 개인의 생명과 신체를 안전의 대상으로 중요시 여겼던 것에 비하여, 로크(Locke)는 개인의 재산을 특히 보호할만한 가치가 있는 이익으로, 칸트(Kant)는 개인의 자율성에 근거한 자유를 안전의 대상에 포함시켰다.

마. 루소의 안전에 대한 사상

문명 충돌은 루소(J.-J. Rousseaus)의 사회계약론의 출발점이 된다. 루소(Rousseau)에 있어서 국가는 ‘사회계약’에 기초를 두고 있다. 이에 의해 국가권력은 인민의 ‘일반의사’(general will)에 따라 행사되고 개인은 이러한 일반의사

28) J. Locke, S. 267, 291.

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

에 복종하여야 한다. 그런데 루소(Rousseaus)의 사회계약은 구체적인 통치권자의 지배아래 복종하는 것이 아니라, 자유와 안전의 보장을 위해, 신체나 재산 등 법익의 보호를 위해, 그리고 복지의 증대를 위해 국가의 개입을 의무지우는 주권이라는 의미에서 인민의 모든 자연적 권리를 ‘공동의사’에 위탁하는 것이다.³⁰⁾ 그런데 루소(Rousseau)에 있어서 개인의 권리는 모두 사회에 양도했기 때문에 자유란 ‘국가에의 참여에 의한 자유’ 즉, 국가에 있어서의 자유(freedom in state)를 의미한다.

바. 칸트의 안전에 대한 사상

칸트(Immanuel Kant)는 실재하는 정치적 질서를 정당화하려고 시도했다. 칸트에 의해 구상된 가정적인 자연상태에서도 ‘법적인 자신과 타인의 법적인 명확성과 관철성’과 관련하여, 불안(위험)은 존재한다.³¹⁾ 이는 분쟁의 위협, 폭력 그리고 무질서를 내포하고 있다.³²⁾ 이성적 이유에서 공법에 의한 생명, 자유, 재산의 보장과 더불어 시민의 법적 상태로의 이행은 발생한다. 만일의 경우 권력독점의 의미에서 국가는 강제수단을 사용하고 시민은 폭력불행사 및 평화의무를 준수한다는 의미에서 일치한다.³³⁾ 칸트(Kant)에게 있어서 국가는 인간성에 의하여 각각의 인간에게 현존하는 자유를 부여할 의무가 있다.³⁴⁾

2. 소결

홉스(Thomas Hobbes)에게 안전은 무정부와 무질서 속에서 위협받고 있는 개인을 지키기 위해 근대국가 성립을 정당화하는 중요한 국가 권력의 근거였다. 이렇게 생긴 국가의 명령, 즉 주권자의 판단에 사람들이 복종하는 것도 그

30) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (118).

31) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (118).

32) I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, Akademieausgabe Bd. VI, 1968, S. 273 ff.

33) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (119).

34) I. Kant, Metaphysik der Sitten, 1797, Akademieausgabe Bd. VI, 1968, S. 237.

것이 도덕적 기준에 비추어 보아 옳기 때문이 아니다. 사람들이 주권자의 판단이 올바르다고 생각한 때에만 주권자에 복종한다고 하면, 언제까지나 ‘만인에 대한 만인의 투쟁’은 종결하지 않는다. 모든 가치판단이 그렇듯이 주권자의 판단도 하나의 주관적 판단에 불과하다. 그럼에도 불구하고 그의 판단을 사회의 공통 판단으로 모든 사람들이 수용할 때 처음으로 공통의 법이 생기고 사회생활의 틀을 확정하여 각자에게 보장되는 재산이 무엇인지 정해진다. 이리하여 주권자의 권위 아래에서 국내의 평화가 실현되고 사람들에게 안전하고 문명적인 삶이 보장된다.

반면, 루소는 “국가란 그냥 법인(personne morale)이고 이성의 산물(être de raison)에 불과하다. 사회계약이라는 공적인 약속을 제거하면 국가는 그것을 구성하는 물리적·생물학적 요소에 근거가 없이 사라지는 것이다. 그런데 전쟁이란 주권에 대한 공격이고, 사회계약에 대한 공격이기 때문에 사회계약만 소멸하면 한 명의 인간도 죽지 않고 전쟁이 종결한다.”고 하여, 사회계약을 통한 국가 질서가 국제질서를 전제로 하였을 때, 문제가 있음을 제시하였다. 루소는 그 유고(遺稿) 『전쟁과 평화』³⁵⁾에서 홉스가 그린 국가설립에 의한 평화의 실현이라는 논의를 비판하였다.³⁶⁾ 루소도 마찬가지로 자연 상태에서는 사람들은 흩어져 살고 서로 관계를 가지지 않으므로 자기보존을 위하여 공격할 필요도 없다고 주장한다. “자연 상태란 자기보존을 위한 배려가 남의 보존에도 가장 손해가 적은 상태이므로 이 상태는 가장 평화에 적절하고 인류에 가장 어울리는 것이었다.” 그리고 “자연 상태에서는 각자가 자족하여 편안하게 건강하고 자유롭게 살고 그러한 자연의 생활은 ‘비참(misérable)’함과는 멀다. 게다가 인간에게 생래적으로 갖추어진 같은 인간을 동정하는 감정 역시 노골적인 자기보존욕과 상호의 공격욕을 억제할 것”이라고 하였다.

그러나 루소도 사람들이 교류하여 토지의 경작이 시작되고 거기서 사유재산 제도가 생기자, 인간 본래의 필요와는 무관계한 사욕·질투심·경쟁과 대항의식이 생기고 거기서 끝이 없는 분쟁과 무서운 무질서가 도래하였다고 인정한다. 그리고 이 비참한 상태를 끝내기 위하여, 특히 재산의 위협을 겁낸 부자층의

35) J.J 루소(김용구 옮김), 『전쟁과 평화』, 을유문고, 1972.

36) 長谷部崇男, 『國內の平和』-ホッブスを讀むルソ-, 『法學教室』, 244号, 2011年1月, 68면 以下.

주도로, 그러나 모든 사람의 안전을 보장하는 것을 명목으로 하면서 국가가 설립된다. 루소는 자연 상태의 곤란을 해결하기 위하여 폴란드에 상비군을 폐지하고 잘 훈련 받은 민병으로 대체해야한다고 제안하였고, 이것은 칸트의 『영구평화론』에 계승된다. 나아가 루소는 국가동맹을 통해 평화를 달성하려고 하였다. 실제로 루소와 같은 시대에 살던 아베 드 생피에르(l'abbé de Saint-Pierre)는 기독교 국가 총체에 의하여 결성되는 유럽 전체의 공화국을 구상하였다.³⁷⁾

로크(John Locke)에게서 안전은 홉스처럼 ‘국가를 통한 안전’이 아니라, ‘국가로부터의 안전’으로 안전에 대한 인식을 발전시켰다. 그는 “사람들은 자연 상태에서 자기 이익에 따른 판단과 집행을 하게 되며, 공평하고 올바른 재판도 실효하지 않다. 따라서 사람들은 각자 소유(property)에 대한 보다 확실한 보장을 위하여 정치사회를 구성하여 그것을 정치권력에 맡기고 공통적인 입법자와 법관을 가지려고 한다.³⁸⁾ 결집한 사람들의 정치권력은 정치사회 다수파의 결정으로 정부에 신탁(trust)된다. 정부는 자연법을 더욱더 정밀하게 성문화하고 공지의 형벌로 그 준수를 강제한다. 이리하여 성립된 정부의 권력은 당연하지만, 사람들의 동의에 의거한 신탁된 권력 범위에 한정된다.³⁹⁾ 이 범위를 넘어서 정부가 사람들의 재산을 침해하여 생명이나 자유의 유지에 위험을 줄 경우, 정부에 대한 권력의 신탁은 해소되며 원래 보유자인 각 개인으로 복귀한다.”⁴⁰⁾고 하였다.

고전적인 유럽의 국가는 영역내의 평화를 확립하고 법 개념으로서의 적대행위(Feindschaft)를 금지했다. 그것은 중세의 법제도였던 사투(私鬪, Fehde)⁴¹⁾를 폐지하고, 당사자들이 서로 정전(正戰)이라며 대립했던 16, 17세기의 종교전쟁

37) 長谷部恭男, 前掲書, 29면.

38) John Locke, the Second Treatise of Government, in two Treatises of Government, Pter Laslett ed., Cambridge University Press, 1998, p171.

39) Ibid., p. 135.

40) Ibid., p. 222; 長谷部恭男, 前掲書, 35면.

41) 사투(私鬪, Fehde)는 중세 유럽에서 자유인 사이에, 특히 봉건귀족이나 도시와 도시 간에 벌였던 합법적인 사전(私戰). 당시 모든 자유인에게는 자신이 침해 받은 권리를 실력으로써 회복할 권리가 인정되고 있었는데, 그 결과로 나타난 실력행사가 ‘페테’이다. 칼 슈미트(김효전·정태호 옮김), 『정치적인 것의 개념』, 살림, 2012, 252면.

을 종결시켜, 영역 내에 평화와 안전, 그리고 질서를 회복하는 데 성공하였다. ‘평화, 안전, 그리고 질서’라는 정식(定式)은 경찰작용(Polizei)의 정의로 사용되었다.⁴²⁾ 로크, 루소, 칸트 등 홉스 이후의 사회계약론자도 자연 상태에서의 곤란을 해결하기 위하여 인위적으로 구성된 권위로서 국가의 존재를 정당화한다는 논의의 구조는 바뀌지 않는다.⁴³⁾ 유럽에 등장한 시대적 위기와 공포를 국가에 대한 사회계약으로 해결하여 전쟁과 같은 위험을 극복하려고 했던 것이다.

3. 헌법적 대응

그 후, 미국에서는 버지니아주 권리장전이나 독립선언, 그 밖에 여러 주의 헌법에서 생명, 자유, 재산에 대한 국가 보호를 받을 기본권을 인정하였고, 프랑스 헌법 제2조에서 양도할 수 없는 천부인권 즉 “자유권, 재산권, 안전권 및 저항권”으로 안전에 대한 기본권이 채택되었다. 또한, 독일 헌법에는 명시적인 안전에 관한 기본권 조항은 없으나 기본권 보호 의무를 통하여 이를 보호한다.⁴⁴⁾ 이와 같이 안전에 관한 기본권은 국가의 전제된 임무이며, 안전은 오늘날에도 변함없이 국가의 중요하고도 당연한 목적으로 인정되고 있다.

헌법상의 권리는 ‘국가로부터의 자유’ 즉, 대국가 방어권으로 파악하는 것이 통상적이다. 표현의 자유나 종교의 자유는 그것이 국가권력으로부터 침해되지 않도록 헌법으로 보장된다. 그런데 ‘국가로부터의 자유’가 위헌심사제도에 의하여 보호받는 국가에서는 이러한 ‘국가로부터의 자유’에도 극히 사소한(trivial) 의미에서 ‘국가에 의한 자유’로서의 측면이 부수한다.⁴⁵⁾ 즉, ‘국가로부터의 자유’는 국가에 의한 침해행위의 합헌성을 다투고 구제를 요구하는 지위가 ‘국가에 의하여’ 보장되어야 되는 것을 함의한다.⁴⁶⁾ 홈즈(Holmes)와 선스틴(Sunstein)이

42) Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, Duncker & Humblot, 1963, pp. 10. 長谷部恭男, 前掲書, 50면. 칼 슈미트(김효진·정태호 옮김), 앞의 책, 17면.

43) 로크의 경우, 홉스와 달리 가치판단의 여부는 원래 객관적으로 머무르고 있으며 그것이 그의 저항권으로서의 전제가 된다. 이 점에 대해서는 長谷部恭男, 「國家の暴力, 抵抗の暴力—ジョン・ロックの場合」, 法社會學 54号, 2001; 長谷部恭男, 前掲書, 25면.

44) 유현정 외 3인, 앞의 책, 38면.

45) 長谷部恭男, 前掲書, 129면.

지적하듯이 정부에 ‘대한’ 보장은 정부에 ‘의한’ 보장 없이 상정하기 어렵다.⁴⁷⁾ 안전에 대한 국민의 요구도 헌법을 통하여 실현될 수 있는 것이다.

위험으로부터 시민을 보호하기 위한 정부의 책임성은 각종 사고 시에도 항상 논의되어 왔다. 공공 안전은 위협, 위기 그리고 재난을 다루기 위한 행정 체계를 구성하는 정부 기능과 기관 책임의 관점에서 정의되었다.⁴⁸⁾ 정치 체계 인적, 물적, 재정적 자원을 효율적으로 동원할 수 있기 때문에 생활 안전을 확보하는 데 결정적인 기능을 수행하게 된다. 입법부는 생활 안전을 확보하기 위한 각종 법률의 제정을 통해 위협요인이 발생하는 것을 사전에 예방하거나 완화하는 것이 가능하다. 국가 차원에서는 행정부와 국회를 중심으로 생활 안전 확보를 위한 법령의 제정에 노력하는 한편, 지방 차원에서는 지방자치단체와 지방의회를 중심으로 조례 제정 그리고 민간 NGO와의 연계를 통해 국민의 생활 안전 확보 노력이 이루어지게 된다.⁴⁹⁾

4. 국제법적 대응

가. 국제법적 대응

국제정치는 어떠한 국가형태가 국민 전체의 안전과 복지 그리고 문화적 일체감의 확보라고 하는 국민국가의 목표를 더욱 잘 달성할 수 있는가를 둘러싸고 여러 나라가 서로 싸우는 투쟁 상태, 즉 국가권력의 정통성에 관한 싸움으로 이해되기도 한다. 세계 1차 대전을 통하여 정비된 헌법질서는 크게 자유주의 의회제 민주주의, 파시즘, 그리고 공산주의의 3자였다.⁵⁰⁾ 이 삼자가 제1차

46) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 149.

47) Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Tax*, Norton, 1999, p. 55.

48) 유현정 외 3인, 앞의 책, 45면.

49) 유현정 외 3인, 위의 책, 15면.

50) Bobbitt은 제1차 세계대전 후반부터 특히 러시아와 독일에 있어서, 이 삼자가 격하게 각축을 전개한 것을 지적한다. 독일에서 파시즘이, 러시아에서 공산주의가 승리하면 각각은 자기 체제를 전 세계에 보급하기 위하여 대규모 전쟁을 시작하였다. 長谷部恭男, 前掲書, 49면.

세계대전 후의 각국의 정치의 기본적인 뼈대, 즉 헌법을 결정하는 모델이 된 것은, 칼 슈미트의 『현대의회주의의 정신사적 지위』⁵¹⁾에서 명확히 서술하고 있다.

의회제 민주주의의 측에서 보면 파시즘과 공산주의의 균질성 경향은 다음과 같이 설명된다. 국민전체의 복지를 격차 없이 향상시킨다고 하는 국민국가의 목표는 실현관한다. 국가의 정책은 통상적으로 승자와 패자를 낳는다.⁵²⁾ 의회제 민주주의에서는 이런 승패가 있는 한계점을 넘어서면, 다수파의 교체가 발생하여, 승자와 패자가 교체된다. 한편, 이러한 의회선거를 통한 교체를 부정하는 파시즘과 공산주의 하에서는, 일등 국민인 인사이더와 희생양인 이등 국민의 대립, 지배계급과 피지배계급 사이의 격렬한 투쟁, 혹은 그것들을 반영하는 국가 간의 대립이 국가 정책에 의해서 필연적으로 발생하는 모순·대립을 설명하여 해결하는 도구가 된다. 이러한 이데올로기가 국내의 균질성을 표방하는 것은 당연하다.⁵³⁾ 결국, 제2차 세계대전에서 여러 자유민주주의 의회제 국가와 공산주의 국가의 연합군에 의하여 파시즘이 분쇄된다. Bobbitt 교수의 시점에서 보면, 전쟁의 원인이 양국의 헌법의 상이(相異), 국가의 정통성 원리의 대립이었다.⁵⁴⁾ 이미 위협에 대한 국내 헌법차원의 보장이 아니라, 세계 국가 간의 헌법과 국가전통의 재정립이 필요하였고, 이것은 두 번의 세계대전을 통하여 크게 몇 개의 그룹으로 정비된 것이다. 그것이 냉전 체제이고 이후 국제사회는 미국을 중심으로 한, 그리고 UN을 중심으로 한 국제질서를 형성해왔다. 바로 국제적인 전쟁, 경제, 기근, 테러 등의 위기로부터 대응하기 위해서 말이다.

1980년대 이후 국제사회는 과학적으로 불확실한 환경리스크 문제가 인식되

51) Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliches Lage des heutigen Parlamentarismus, 2nd ed. Duncker & Humblot, 1926.

52) 다국 공존형 데모크라시(consociational democracy)는 패자를 살려내는 일 없이 전체의 복지를 향상시키려고 하는 의회제 민주주의의 시도이다.

53) 長谷部恭男, 前掲書, 52면.

54) 미국으로서는 자국의 헌법을 유지해 나가면서, 국제평화를 실현하기 위해서는 대립하는 헌법 원리를 가지는 여러 나라에 침공하여 점령하더라도, 상대의 헌법을 고쳐 쓰게 할 필요가 있게 된다. Philip Bobbitt, The Shield of Achilles: War, Peace, and The Course of History, Anchor Books, 2003, p 677-678.

어 그 대응을 논의하게 되었다. 오존층 파괴, 지구 온난화, 심각한 해양오염, 생물 다양성의 감소라는 지구규모의 환경문제에 대한 염려가 높아졌다. 현대 국제사회에서 2004년 공포된 UN 보고서(A More Secure World: Our Shared Responsibility A/59/565⁵⁵⁾)에서 국제사회가 직면한 위협으로, ① 빈곤, 감염증, 환경파괴를 포함한 경제적 사회적 위협, ② 국가 간 분쟁, ③ 내전을 포함한 국내 분쟁, 테러사이드 및 대규모 잔혹행위, ④ 핵, 방사능, 화학, 생물병기, ⑤ 테러리즘, ⑥ 국경을 초월한 조직범죄의 여섯 가지를 들었다.⁵⁶⁾ 이러한 현대 국제사회가 직면하는 안전보장을 위한 위협에의 예방적 대응 방법으로는 1) 미사일 발사에의 예방적 대응, 2) 테러리즘에의 예방적 대응, 3) 대량파괴병기 등의 확산방지를 위한 안전보장무역관리체계⁵⁷⁾, 4) 내전방지를 위한 PKO의 예방전개, 5) 에너지 위기방지를 위한 긴급 시 대응 등을 들 수 있다. 위협으로부터 안전을 확보하기 위하여 국제질서의 형성, 국제법적 대응이 진행되고 있다.⁵⁸⁾

나. ILC의 “재해 시 인간 보호” 에 관한 법제화 작업

UN 헌장 13조1항(a)이 규정한 “국제법의 점진적 발달과 법제화”라는 국제연합 총회의 목적을 달성하기 위하여 그 보조기관으로서 설치된 1949년 4월에 실제 활동을 개시한 UN 국제법위원회(ILC)는 현재 다수의 일반 조약의 기초 작업을 하고 있다. ILC는 2007년 제59회기에서 “재해 시 인간 보호”(Protection of Persons in the event of Disasters)를 ILC의 작성계획에 더하여 초안 작업을 개시하였다. 2008년 제60회기로부터 2010년 제62회기까지, 특별보고자에 의해 세 개의 보고서가 제출되어, 2010년 제62회기까지 사이에 1조부터 5조까지

55) <http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>

56) 長谷部恭男 責任編集, 『リスク學入門3』, 岩波書店, 2007, 144면.

57) 대량파괴병기 등의 확산방지를 위한 안전보장무역관리체제가 정비되어 있다. ①원자력공급국 그룹(NSG)에 의한 런던 가이드라인 파트1에 다른 원자력 전용품, 기술의 수출규제(1977년~), ②오스트리아 그룹(AG)에 의한 생물, 화학 병기관련범용품, 기술의 수출규제(1985년~), ③미사일기술관리체제(MTCR), ④WA(Wassenaar Arrangement)에 의한 통상 병기 및 관련 범용품, 기술의 수출규제(1996년~)가 있다. 長谷部恭男 責任編集, 前掲書, 153면.

58) 이상은 손형섭, “위험사회에서의 헌법이론”, 한국법학회 법학연구 제51집, 2013. 9, 12-14면.

초안이 채택되었고, 6조부터 9조까지 조문안이 기초위원회에서 잠정적으로 채택되었다.

본조 초안 5조는 재해 시 피해국을 포함한 국가가 부담해야 하는 “협력의무”를 기초적 이론으로, “보호할 책임”(Responsibility to Protect)으로서 개념을 사용하는 것에 대하여 ILC 내부에서도 격한 논의 대립이 있었고, 오히려 부정적인 견해가 유력하다고 생각되었다.

특별보고자인 Valencia Ospina는 2009년 ILC 제61회기에 제출한 제2보고서 중에 조문 초안의 국가의 “협력의무”를 기초로 하는 법적 원칙으로 “보호할 책임”보다 오히려 “연대와 협력”(solidarity and cooperation)이라는 개념을 주장하였다. 또 본안 초안에서는 조문의 적용대상이 되는 “재해”(disaster)에 관하여 3조에서 “광범위한 인명의 손실, 심대한 인적 피해 혹은 통렬 또는 대규모의 물질적 혹은 환경적 피해로, 사회 기능의 심각한 손해를 초래하거나 고통스런 사건 또는 이러한 일련의 사건”으로 정의하고, 동일본 대지해가 본 조문 초안의 적용대상이 되는 “재해”에 해당하는 것이라는 데 이견이 없다.⁵⁹⁾

5. 현대적인 위해들

국가는 시민을 ‘위험으로부터 보호할 의무’가 있다.⁶⁰⁾ 이런 각 국가의 노력으로 세계는 1950년대에 46.5세였던 평균수명을 2008년에는 66.1세로 끌어올렸다. 이렇게 호전된 보건 상황이 질병의 소멸 덕분에 계속 이어질 것이라고 믿었다. 그러나 지난 20년 동안의 경험으로 이러한 환상이 깨졌다. 풍요로운 사회에서 새로운 전염성 질병이 나타났다.⁶¹⁾ 세계보건기구(WHO)에 따르면 1983년 에이즈(AIDS)부터 2003년 사스(SARS)까지 지난 20년 동안 매년 평균 하나의 신종 질병이 등장했다. 이렇게 새롭게 발견된 질병들이 수백만 명의 생명을 위협한다.⁶²⁾

59) 植木俊哉, 「東日本大震災と福島原発事故をめぐる国際法上の問題点」, *ジュリスト*, No. 1427, 2011. 8, 112면.

60) 橋木俊昭외3人 責任編集, 『リスク學入門1』, 岩波書店, 2007, 5면.

61) Anne Debroise, *LES MALADIES EMERGENTES*, Larouse, 2009, 심영섭(옮김), 『신종 질병의 세계』, 현실문화, 2012, 10면.

사고, 산업재해, 교통사고에 따른 외상성 상해가 전 세계적으로 발생하고 있고, 질병도 국가적 관리가 요구되는 것이 현실이다. 질병의 원인은 인구의 증가, 동물에서 유래하는 위험한 성행위, 비만 및 흡연 등의 생활양식, 바이러스나 박테리아 유출⁶³⁾이 있다. 대처 방법으로는 질병에 맞서는 방법인데 자연방어, 병원균의 탐색, 백신과 항생제 등의 발견을 통하여 질병을 줄일 수 있다. 그러나 빈곤, 전쟁, 제약 기업의 무관심, 비리, 의사 부족은 환자들이 치료를 받지 못하게 만든다.⁶⁴⁾ 우리나라는 현재 의약품의 생산, 공급 중단을 공식적으로 보고하는 체계가 없고 문제 상황이 발생했을 때 제약회사가 자율적으로 의료기관에 통보하고 있다. 따라서 시장에서 의약품 공급 중단은 드물지 않게 발생하고 있으며, 진료에 꼭 필요한 의약품 공급이 불가피하게 장기간 동안 부족한 경우도 있다.⁶⁵⁾

교통사고에 대해서도 안전관리가 요구된다. 교통사고의 경우 매년 120만 명이 죽고, 5,000만 명이 다친다. 자동차가 많은 부유한 국가보다 가난하거나 중간 수준의 국가가 교통사고로 더 큰 손해를 본다. 덜 안전한 도로와 자동차, 응급 의료 체계의 부재, 안전 교육의 결여 등이 이유라고 한다.⁶⁶⁾ 유해물질에 대한 특별 관리도 요구된다. 현행 ‘유해화학물질 관리법’에서는 화학물질의 유해성과 위해성에 근거하여 화학물질의 제조, 수입, 유통, 사용을 제한하고 있다. ‘유해화학물질 관리법’상 취급 제한, 금지 물질로 지정된 화학물질은 2009년 12월 현재 취급 제한물질 12종, 취급 금지물질 60종이 지정되어 있다.⁶⁷⁾ 이에 대한 합리적 법률 검토와 대응이 필요하다.

위험 시설물에 대한 안전관리도 필요하다. 시설물 안전관리 대상은 교량, 댐, 수리, 시설, 항만시설, 공공청사, 아파트, 대형 판매시설, 호텔, 극장, 유원지 및 체육시설 등 다양하다. 교량의 경우 도로법, 철도법, 도시철도법 등의 근거 법

62) Anne Debroise, 앞의 책, 11면.

63) 기술과 관련 있는 신종 질병에는 온수 파이프나 에어컨을 통해서 퍼지는 레지오넬라병도 있다. Anne Debroise, 앞의 책, 19면.

64) Anne Debroise, 위의 책, 131~135면.

65) 유현정 외 3인, 앞의 책, 139면.

66) Anne Debroise, 위의 책, 111~112면.

67) 유현정 외 3인, 위의 책, 232면.

제로 댐의 경우 ‘댐 건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률’과 하천법을 근거 법제로 하여 국토교통부가 관장한다. 항만시설은 항만법을 근거로 해양수산부가 관장한다. 공공청사는 건축법, 학교시설사업촉진법, 국유재산관리법, 지방재정법 등을 근거로 국토교통부, 교육부, 행정자치부, 기획재정부 등이 각각 소관 사항을 중심으로 관리한다.⁶⁸⁾ 수해 등 재난발생 시에는 군부대에서도 피해복구, 대민지원을 하기도 한다.⁶⁹⁾

헌법상 취약계층 안전관리도 요구된다. 취약계층이란 아동, 노인, 장애인과 같이 취약성을 지닌 집단이라 정의할 수 있는데, 여기서 취약성이란 신체적, 정신적, 사회적 혹은 발달 단계에서 장기간 혹은 일시적으로 부정적 영향을 미치는 위험 요인이 역동적으로 상호작용하여 개인이나 가족, 사회에서 나타나는 부정적 특성을 의미한다.⁷⁰⁾

현대를 사이버위험사회(Cyber Risk Society)라고 한다. 컴퓨터나 네트워크와 같은 정보기술의 발전에 따라 대중들이 많은 혜택을 누리면서도 정보기술에 의해 등장한 역기능들과 같은 새로운 위험들에 노출되어 있다. 국가는 정보보호의무도 있다. 정보보호란 일반적으로 정보주체가 의도치 않은 정보의 누출, 변경, 파괴를 방지하는 것을 말한다. 즉 우리가 PC에 저장해 놓은 문서, 이메일, 사진, 부가가치가 높은 저작물 등 정보데이터를 이용자인 정보주체자 의사와 무관하게 정보를 빼내 가거나 사용하지 못하게 하거나 정보를 삭제해 버리는 행위를 기술적이고 관리적 측면에서 방지하는 일련의 행동을 의미한다.⁷¹⁾⁷²⁾

2009년 발생한 ‘7.7 디도스 대란’ 이후 디도스 공격에 대한 관심과 주의가 과

68) 유현정 외 3인, 앞의 책, 210면.

69) 중앙일보, 2013. 7. 25. “육군 20사단 장병 수해복구에 ‘구슬땀’”

70) 이상 손형섭, “위험사회에서의 헌법이론”, 한국법학회 법학연구 제51집, 2013. 9, 17면.

71) 민경식, 『스마트 위험사회가 온다』, 살림, 2012, 6면.

72) 2007년 e-stonia라고 불리기까지 했던 인터넷 강국 에스토니아에서 2007년 5월 3주간 사이버테러가 발생했다, 이 때문에 주요 전자정부 사이트와 은행을 포함하여 대부분의 사회시스템이 심각하게 마비됐고, 이 사건은 전 세계적으로 사이버테러의 경각심을 높이는 계기가 되었다. 이후 디도스(DDos) 공격이라고 불리는 분산서비스거부(Distribute Denial of Service)에 의해 수십 대에서 많게는 수백만 대의 PC를 원격 조종해 특정 웹사이트에 동시에 접속시킴으로써 단시간 내에 과부하를 일으키는 행위가 발생하였다.

거보다 높아졌지만 2010년도에도 디도스 공격은 끊이지 않고 계속됐다. 2010년 7월 '7.7 디도스 대란' 1주년을 맞아 전년도와 동일한 시간에 디도스 공격이 탐지됐다. 2010년 국내에서도 트레드다이얼(TredDial)이라는 스마트폰 악성코드가 처음 발견된 이래로 그 변종을 비롯한 여러 가지 악성코드가 발견되었다.⁷³⁾ 2010년에도 여전히 삼일절과 광복절을 전후로 한 한·일 네티즌 상호간에 국내 ISP망 또는 ISP 가입자를 대상으로 한 디도스 공격도 발생하였다.⁷⁴⁾ 가정에서 신용카드 보안사고가 온·오프라인을 막론하고 여러 형태로 발생하였다. 온라인에서는 안심클릭을 이용한 부정결제가 적발됐고 오프라인에서는 신용카드 정보유출 등의 사고가 크게 늘어났다. 한편, 카드결제 시 활용되는 POS(판매시점 관리시스템) 단말기가 해킹당해 신용카드 정보가 유출되는 사례도 잇따라 발생했다. 또한 개인정보의 대량 유출사건도 계속 발생하고 있다. 보이스 피싱(voice phishing)으로 송금 및 특정 개인정보를 수집하는 사례가 지속적으로 발생하고 있다.⁷⁵⁾

식품안전을 위하여 식품 생산 농가 및 식품 제조 회사, 정부의 식품 수출입 계획과 상호작용하면서 쇠고기 이력 추적제, HACCP 인증제도, GMO표시 제도와 같은 식품 안전 확보를 위한 시스템을 구축하는 계기를 마련했다. 식품안전에 관한 정부부서도 1996년 보건복지부 소속기관이었던 '식품의약품안전본부'가 발족되어, 1998년 식품의약품안전청으로 승격되었고 2013년에는 식품의약품안전처가 되었다.⁷⁶⁾ 광우병, 환경 호르몬으로 인한 식품 오염 등 식품문제와 유전자 변형 식품과 같이 새롭게 등장한 기술에 대한 불안감은 전 세계적으로 소비자들의 식품 안전에 대한 요구를 강화시켰다.⁷⁷⁾ 이러한 추세에 따라 생활안전의 국제적인 방향은 일상생활의 안전을 위협하는 취약점을 분석하고 문제점을 개선하여 생명과 건강에 대한 위협을 사전에 예방하는 생활 안전정책에 중점을 두게 되었다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

73) 민경식, 앞의 책, 71면.

74) 민경식, 위의 책, 17면.

75) 민경식, 위의 책, 23면.

76) 식품의약품안전처 홈페이지 참조. <http://www.mfds.go.kr/index.do?mid=219>

77) 유현정 외 3인, 앞의 책, 14면.

78) 유현정 외 3인, 위의 책, 14면.

II. 국민안전보장에 관한 외국의 제도

1. 일본의 안전 제도

일본에서 안전은 교통안전 및 안전운전, 노동안전 및 노동재해는 안전위생문제로, 식품안전, 기타 환경안전, 국가의 안전(안전보장) 등의 분야에서 각각의 의미로 사용되고 있다. 식품안전은 식품 안전성 또는 식사 문화와 음식을 먹는 방법을 포함한 안전성의 의미로 사용되는 단어이다. 식품의 안전성, 식품안전문제, 식품안전 확보와 같은 표현이나 식품 안전과 안심, 식품안전·안심이라는 표현도 사용된다.

가. 노동안전

노동안전위생은 취업 환경의 안전·보건·필요로움을 지키는 것을 목적으로 한다. 산업안전보건 프로그램의 목적 중 하나는 안전성을 개선하고 취업 환경을 건강하게 하는 것이다. 노동안전위생은 윤리적, 법적, 경영적으로도 중요하다. 모든 조직은 직원 및 관계자에 대한 상시 안전을 보장할 의무가 있다. 노동재해, 줄여서 산재는 근로자가 업무 중 부상, 질병, 장애, 사망하는 재해를 말한다.

업무 재해의 방지조치로는 노동안전위생법, 진폐법(じん肺法), 작업환경측정법 외에도 일부 유해업무의 취업금지 및 근무시간 제한은 노동기준법에 따른 연소자 노동기준 규칙과 여성 노동기준 규칙에 규정되어있다. 또한, 과로사와 관련하여 노동안전위생법에서는 직접적인 노동 시간 규제가 아니라 노동기준법의 일반적인 노동 시간 규제가 과로사 방지 법제로서의 역할을 하고 있다. 이 법령에 위반된 경우, 업무 재해 발생의 유무에 관계없이 노동기준감독서(勞働基準監督署) 등으로부터 지도를 받는 것은 물론, 때로는 입건되어 형사책임을 진다.

업무재해가 발생하면 해당 사업주는 근로자에게 요양비용이나 휴업 중의 임금 등에 관한 보상 책임을 지게 된다(일본 노동기준법 제75조~80조). 그러나 산업재해보상보험(산재보험)의 적용 사업은 산재보험에 의한 급부가 되어 사업

79) 이상은 손형섭, 앞의 논문, 16-18면.

주는 노동기준법상의 보상책임을 면한다(노동기준법 제84조). 또한 노동기준법에서 의무적 보상 중 휴업 1~3일의 휴업 보상은 산재 보험에서 지급되지 않기 때문에(노동자재해보상보험법 제14조), 사업주는 근로 기준법에서 정하는 휴업 보상(평균 임금의 60% 이상)의 3일분을 근로자에게 직접 지불할 필요가 있다.

또한 노동기준법상의 보상 책임과는 별도로, 업무재해에 대한 불법행위, 채무불이행(안전배려 의무위반) 등을 이유로 피해 노동자와 유족으로부터 사업주에게 민법상의 손해배상 청구가 이루어질 수 있다. 사업주의 안전배려의무는 종전 민법의 규정을 근거로 판례로 확립되어 있었는데, 2008년 시행된 일본 노동계약법에 명문화되었다. 그리고 사업주뿐만 아니라 산업 재해를 발생시킨 것으로 간주되는 사람은 경찰의 수사를 거쳐 입건되어 형법상 업무상 과실치사상죄 등에 추궁당할 수 있다.

노동재해보상에 관해서는 노동자재해보상보험법에 따라 의무적인 산재보험 제도를 정부가 관장하고 근로자의 자격 여부에 관계없이 모든 근로자(아르바이트, 파트 포함)에 대해 노동기준법에서 사업주 책임과 업무 재해뿐만 아니라 통근 재해에 대해서도 보상이 지급된다. 그러나 업무 재해로 인한 휴업 1~3일의 휴업 보상은 제외이다. 또한 보험급여에 관한 결정에 불복이 있는 자는 소정의 절차에 의한 불복 신청이 가능하다.

특히, 예외적으로 공무원의 노동재해에 대해서 국가공무원은 국가공무원재해보상법에 의해, 지방공무원은 지방공무원재해보상법 제3조의 규정에 의하여 설치된 각 도도부현의 지방공무원재해보상기금에 의해 각종 혜택이 열린다. 선원의 노동재해에 대해서는 한때 선원 보험에서 처리하고 있었지만, 2010년에 선원보험에서 분리된 노동재해보험법이 적용된다.

나. 교통안전

교통안전(交通安全)은 차량 등과 사람이 사고를 내지 않고 안심하고 왕래하는 것을 가리키는 말로 교통사고 방지를 의미하며, 자동차나 자전거 등 육상교통 외에 항공 및 해상 교통도 이에 해당한다.

일본에서 운수안전, 소비자안전에 대해서는 큰 조직개혁이 있었다. 운수안전에 대해서는 2008년 국토교통성설치법 등의 일부개정 법률이 성립, 항공사고, 철도사고, 선박사고의 원인규명 기능과 재발방지 기능을 맡은 국토교통성의 외국으로서 운수안전위원회(運輸安全委員會)가 설립되었다. 소비자안전에 관하여는 2009년에 소비자청 및 소비자위원회설치법, 소비자청 및 소비자위원회 설치법의 시행에 따른 관련 법률의 정비에 관한 법률, 소비자안전법의 3법이 성립되고, 내각부에 외국으로서 소비자청, 내각부의 심의회로서 소비자위원회가 설립되었다. 기타 원자력안전에 관하여는 1999년 JCO임계(臨界)사고와 중앙성청 재판을 통해 원자력안전위원회의 역할 강화와 경제산업자원에너지청의 특별기관으로서의 원자력 안전·보안원의 설치가 결정된 이후, 많은 조직개혁이 있었지만, 여러 사고, 트러블에 대응하여 원자력안전위원회가 규제행정청의 후속 규제의 실시 상황을 체크하는 규제조사의 강화와 지방자치단체와 사업자 간에 원자력안전협정의 운용개선이 도모되었다.⁸⁰⁾

이러한 안보확보 조직의 특징은 첫째, 독립성을 갖는 행정기관이 활용되었다는 것이다. 운수안전에 대하여 종래의 항공·철도사고조사위원회가 국가행정조직법 제8조에 근거한 국토교통성의 심의회였던 것에 대하여, 새롭게 설립된 운수안전위원회는 국가행정조직법 제3조 제2항에 근거하여 국토교통성의 외국인 위원회가 되었다.

소비자안전에 대하여는 내각부외국인 소비자청, 내각부심의회인 소비자위원회가 설치되었다. 원자력안전에 관하여는 원자력안전위원회는 당초, 국가행정조직법 제8조에 근거한 총리부의 심의회로서 설치되어, 중앙성청 재판에 따라 내각부심의회가 되었다.

둘째로, 일정한 독립성을 갖는 행정기관의 능력 확보의 문제가 있다. 제도적 독립성이 확보되어도 인적 능력이 부응하지 못하는 한 실질적 독립성으로 연결되지 않는다. 운수안전위원회와 소비자청에 있어서는 사고, 사건(incident)정보 등 분석능력이 불가결하고, 원자력안전위원회에서는 사업허가, 설치허가를 중복 체크할 능력과 현장의 실태를 근거로 후속 규제의 실시상황을 평가하는

80) 城山英明, 「特集・安全確保のための取組—事故・インシデント等への対応を中心に」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15, 8면.

능력이 불가결하다.

셋째로, 안전 확보의 모든 활동 중에, 정보의 수집·분석·전달이라는 커뮤니케이션 활동의 중요성이 높아지게 된다. 사고, 사건정보의 일원적인 수집, 분석과 일정 기준에 근거한 공포를 주요한 업무로 하는 소비자청은 그 전형이다. 운수안전위원회에서도 특히 피해자에의 적시 정보제공 등이 과제로 되고 있다.

넷째로, 커뮤니케이션 활동의 중요성의 증대와도 관련하여, 지방자치체의 역할이 중요하게 되어가고 있다. 원자력안전에서는 공식적 역할로 규정되지 않았지만, 지방자치단체가 커뮤니케이션의 허브로서 중요한 역할을 담당하고 있다. 방사능에 관한 지방자치단체에 의한 환경감시도 사업자에 의한 정보제공의 내용을 스스로 체크하는 것으로 커뮤니케이션의 적절성을 확보하는 활동이다.⁸¹⁾

2006년 3월 운수안전일괄법안(운수 안전성의 향상을 위한 철도사업법 등의 일부를 개정하는 법률)에 관한 중참양원 위원회 부대결의에서 항공사고, 철도 사고에 대하여도 재발방지를 위하여 원인규명 기능을 일층 고도화하는 것, 사고조사를 보다 원활하고 정확하게 진행하기 위한 사고조사체제를 일층 정비하는 것이 요청되었다. 나아가 2008년 5월에 국제해사기구(IMO)에서, 종전 해난 심판에 있어서는 책임추급이 전제되고 있기 때문에, 동종의 사고 재발방지를 위한 원인규명 기능이 불충분하다는 인식하에, 선박사고에 관한 원인규명 기능과 징계 기능을 분리하는 것을 내용으로 한 “해상사고 및 해상사건의 안전조사를 위한 국제기준과 권고방식의 코드”를, SOLAS조약에 담는 결의가 채택되어, 2010년 1월에 발효되었다.⁸²⁾

이러한 배경 하에, 항공·철도사고조사위원회를 확충 개조하여, 국토교통성의 외국으로 하고, 운수안전위원회를 설립하고, 종전의 해난심판청(국토교통성의 외국)의 원인규명 기능을 운수안전위원회가 담당하는 것으로 하고, 해난심판청이 담당한 징계기능에 대하여는, 국토교통성의 특별 기관으로서 설립한 해난심판소(국토교통성설치법 4조 118호·29조의2)에 맡기는 국토교통성 설치 등의 일부를 개정하는 법률안이 2008년 통상국회에 제출되어, 가결·성립하여, 동년 10

81) 城山英明, 前掲論文, 9면.

82) 宇賀克也, 「運輸安全委員會の現状と課題」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15, 10면.

월 1일부터 시행되었다. 이렇게 항공사고, 철도사고, 선박사고의 사고원인규명 기능과 재발방지 기능을 맡은 기관으로서 국토교통성에 운수안전위원회가 탄생하게 되었다(국토교통성설치법 4조 75호 등, 운수안전위원회설치법 3조·4조).⁸³⁾

다. 소비자안전

2009년 소비자청 및 소비자위원회설치법, 소비자청 및 소비자위원회설치법의 이행에 따른 관련 법률의 정비에 관한 법률, 소비자안전법의 3법이 제정되어 소비자청, 소비자위원회가 설치되었다.⁸⁴⁾

소비자청·소비자위원회의 조직에 관한 법제도를 간단히 보면, 소비자청 및 소비자위원회는 각각 내각부에 설치된 외국 및 심의회이고, 내각총리대신을 주임 대신으로 한 분담관리 사무를 담당한다. 내각총리대신이 소비자위원회의 위원을 임명할 때에 국회 양원의 동의는 필요하지 않다. 소비자위원회에는 고유 사무국이 설치되어 있다(동법 제13조). 소비자청과 소비자위원회의 소관 사무는 연속되며 전자의 소관 사무는 후자의 소관 사무인 “중요사항”을 제외한 소극적인 정의로, 양자의 소관 사무는 분리되어 있다(동법 제4조). 소비자청·소비자위원회도 관계 행정기관의 장에게 자료제공 등의 협력을 구할 수가 있고, 소비자위원회는 내각총리대신, 각계 각 대신 및 장관에게 건의, 소비자안전법 20조에 의한 소비자 피해의 발생 및 확대의 방지에 관한 내각총리대신에게 권고를 할 수 있다(소비자청법 제5조, 제6조 제2항, 제8조).⁸⁵⁾

이 조직을 통하여 독립성을 확보하고 투명성을 높여야 하는 것이다. 또한 소비자청·소비자위원회설치는 행정개혁회의 최종보고가 내각관방을 돕는 “지혜의 장”으로서 내각부 전체를 상상한 것이라는, 이른바 열린 “정보의 장”이 되어야 하는 행정기관이 설치된 것이다.

즉, 행정기관의 장·도도부현지사·시정촌장·국민생활센터의 장은 내각총리대신에 대하여, “중대사고 등”의 정보를 얻은 경우는 “즉시” 통지하지 않으면 안

83) 宇賀克也, 前掲論文「運輸安全委員會の現状と課題」, 10면.

84) 山本隆司, 「消費者廳・消費者委員會—消費者安全—消費者情報」, *ジュリスト*, No. 1399, 2010. 4. 15, 21면.

85) 山本隆司, 前掲論文, 22면.

되고, 또 “소비자사고 등”의 정보를 얻은 경우는 “당해 소비자 사고 등의 태양, 당해소비자 사고 등에 관한 상품 등 또는 역무의 특성 기타 당해 소비자 사고 등에 관한 상황에 비추어, 당해 소비자 사고 등에 의한 피해가 확대되거나 당해 소비자 사고 등과 동종 혹은 유사의 소비자 사고 등이 발생할 우려가 있다고 인정할 때” 통지하게 된다(소비자안전법 제12조 제1항, 제2항).⁸⁶⁾

더욱이 소관이 소비자청으로 이전된 소비생활용 제품안전법에 의한 사고 정보의 수집·공표제도의 운용이 시사(示唆)점을 제공한다. 제도의 개요는 소비생활용 제품(동법 제2조 1항)의 제조 및 수입 사업자는 “중대 제품 사고”(동법 제2조 제5항, 제6항, 동시행령 제5조, 소비생활용제품안전법 규정에 근거한 중대사고보고 등에 관한 내각부령 제2조)의 발생을 알릴 때에는 내각총리대신에게 보고해야 한다(동법 제35조)⁸⁷⁾는 것이다.

라. 원자력안전

1) 원자력 안전 대책

2007년 7월 17일 니이가타현의 지진이 동경전력 원자력 발전소를 직격하여, 7개의 원자로가 모두 긴급 정지하였다. 본래 원자력시설의 안전에 관한 규제권한은 국가가 일원적으로 갖고, 원자력 방재 관계를 제외하고, 자치단체에는 법적 권한이 없다. 그러나 현실에서 사업자는 관계 자치단체에 대하여 트러블 등의 연락을 하고, 또 트러블 등에 의해 계획 외로 정지한 원자력 시설의 운전재개를 할 때에, 관계 자치단체에게 알리는 것이 실질적으로 필요한 사례가 많이 보인다. 이 배경에는 관계 자치단체가 사업자와의 사이에서 체결하고 있는 “원자력안전협정”이 있다.⁸⁸⁾

안전협정에는, 사업자가 행해야만 할 사항과 자치단체의 관여에 관한 여러 가지 규정이 정해지고, 규제권한을 갖지 않은 관계 자치단체가 실질적으로 관

86) 山本隆司, 前掲論文, 24면.

87) 山本隆司, 前掲論文, 26면.

88) 菅原慎悦, 「原子力安全行政の現状と課題—自治体の役割を中心に」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15, 35면.

여를 하는 데 중요한 근거가 된다.⁸⁹⁾ 안전협정의 법적성질은 신사협정설, 사법상 계약설, 공법상 계약설, 행정지도설 등이 있고 공법상 계약으로 보는 것이 타당하다고 한다.⁹⁰⁾ 일반적으로 현대 원자력안전규제는 IAEA 안전기준에서 추진으로부터 규제의 실질적 독립이 추구하고 있다.⁹¹⁾

일본에서는 제2기에 성청마다 규제와 추진의 일체화를 시도하고, 또한 안전 규제에 관하여 원자력안전위원회가 더블 체크와 후속 규제의 감사형 체크를 담당하는 형태가 채택되었다. 그 후 제3기에는 경제산업성 내에서, 원자력안전·보안원이 자원에너지청의 특별한 기관으로서 위치를 정립하여, 일정 독립성을 확보하는 형태가 채택되었다. 그 결과, 개발추진을 담당하는 성청 내에서 원자력안전·보안원이 일정 독립성을 보유하면서, 나아가 원자력안전위원회가 독립성을 확보하는 독특한 형태를 채택하게 되었다.⁹²⁾

원자력 이용은 “안전의 확보를 취지”로(일본 원자력기본법 제2조), 원자로 등에 의한 “피해방지”를 위한(원자로등규제법 제1조), “원자로시설의 위치, 구조 및 설비가 재해의 방지에 장애가 없다”는 것이 허가 기준의 하나이다(동법 제24조 제1항 제4호). 이카타 발전소 소송의 최고재판소 판결에 의하면 이 허가기준은 “다방면에 걸치는 매우 고도한 최신의 과학적, 전문기술적 식견에 근거할 필요가 있는 이상, 과학기술은 부단히 진보, 발전”하고 있어, “최신 과학기술의 수준에의 적응성”을 요구하고 있다. 또 이 발전소의 소송 쟁점의 하나가 되는 것은 원자로시설의 안전 확보를 위한 기술상 기본적 생각인 “다중방호”이다. 이것은 원자로시설에서 ① 이상발생의 방지, ② 발생한 경우는 이상의 확대 방지, ③ 만일 확대한 경우는 그 영향완화와 환경에의 방사성 물질의 방출 억제라는 다단계의 안전방호를 다층적으로 채택하고 있다. 이와 같이 원자력발전은 사회에 차단하는 리스크 관리시스템을 갖고 있다. 여기에 국제원자력 기구(IAEA)는 ④ 가혹 사고 매니지먼트와 ⑤ 방재대책을 들고 있다.

89) 菅原愼悅, 前掲論文, 35면.

90) 菅原愼悅, 前掲論文, 36면.

91) IAEA, *IAEA Safety Standards Series: Legal and Governmental Infrastructure for nuclear, Radiation, Radioactive Waste and Transport Policy No. GS-R-1*, 2000, at 3.

92) 城山英明, 前掲論文, 49면.

2) 대책의 특수성

동일본 사고에서는 지진, 쓰나미라는 외적 사상(事象)을 유인(誘因)으로 하여, 통상시에는 감춰진 “다중방호”의 현실적 약점이 “실증”되었다. 원자력시설의 내진성에 대하여, 원자로등규제법 제24조 제1항 제4호의 심사기준인 “원자용경수로형원자로시설에 관한 안전설계 심사지침”에서는 “적절하다고 생각되는 설계용 지진력에 충분히 버틸 수 있도록 설계할 것”으로 하였다.⁹³⁾

또, 안전설계심사지침에서는 쓰나미 등에 의해 “원자로시설의 안전성이 훼손되지 않도록”하는 기준에, 중요도가 높은 것에는 “예상되는 자연현상 중 더욱 가혹하다고 생각되는 조건, 또는 자연력에 사고 하중을 적절하게 선택하도록 고려한 설계”가 요구된다.

내진설계심사지침에서는 “지진수반 사상(事象)”으로서 “시설의 공용(供用)기간 중에 매우 드물기는 하지만 발생할 가능성이 있다고 상정하는 것이 적절한 쓰나미에 의해서도 시설의 안전기능이 중대한 영향을 받을 우려가 없을 것”으로 한다. 기타 내진설계심사지침 개정의 심의 시에는 단일 사상으로서는 대책이 취해져도, 필요에 따라 동시 다발의 가능성도 인식하여 생각하도록 하는 등의 의견도 제기되었다. 그러나 원자로시설의 ‘기본설계 및 기본적 설계 방침’의 타당성에 관한 ‘안전심사’는, 시설허가신청 대상이 되는 고유의 원자로시설의 내진설계에 대하여 타당성을 심사해야 하는 사항으로서 적절하고 불가결한가 여부의 시점”부터로 하였다. 어느 단계에서 대응하는가에 관한 원자력 발전소 소송에서 보여 질수 있는 논점이다.⁹⁴⁾

안전 목표 등이 명확하지 않은 채, 종래 어떻게 체계적·정합적인 지침류 책정과 안전심사를 한 것인지 등 의문이 없다고 할 수 없다. 다만, 잔여 리스크 또는 안전 목표는 정량화하려해도 불확실한 장래 예측을 표하는 것이고, 사후에 문제되었을 때는 이를 보정할 필요가 있다. 원자력재해는 방사선 및 방사성 물질 방출의 오감으로 감지할 수 없고, 피해도 일정 기간 경과한 후에 느끼게

93) 下山憲政, 「原子力事故とリスク・危機管理」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8, 102면.

94) 下山憲政, 前掲論文, 103면.

된다는 확률적 영향이 발생하는 점과 적절한 대응에는 전문적 식견과 특별한 장비가 요구된다는 “특수성”이 있다. 넓은 의미에서 다중 방호로 보면, 원자력 시설의 안전성에는 응급 대책의 준비, 발재 직전의 회피, 경감, 발재 후의 확대 방지라는 가혹 사고 매니지먼트와 방재 대책이 포함된다. 또 가혹사고 매니지먼트는 사고의 확대 방지 또는 영향 완화가 목적이기 때문에, 원자로등규제법의 “운전안전” 조치로 “공학적으로 가능성은 충분히 적기” 때문에 규제가 아니라 원자로설치자의 자주적 고려의 대상이 된다.⁹⁵⁾

3) 원자력기본법

일본 원자력기본법⁹⁶⁾이 2014년에 최종 개정되었다. 이하에서 원자력기본법의 주요 내용을 살펴보기로 한다.

① 이 법의 목적은 원자력의 연구, 개발 및 이용(이하 「원자력 이용」 이라고 한다.)을 추진, 장래에 있어서의 에너지 자원을 확보, 학술의 진보와 산업의 진흥을 도모하여 인류 사회의 복지와 국민 생활의 수준 향상에 기여하는 것을 목적으로 한다(제1조). 그리고 기본방침으로는 원자력 이용은 평화의 목적으로 한정하고, 안전의 확보를 취지로 민주적인 운영 아래 자주적으로 실시하여 그 성과를 공개, 진행하여 국제 협력에 이바지하는 것으로 한다. 전항의 안전의 확보는 확립된 국제적인 기준을 근거로 하여 국민의 생명, 건강 및 재산의 보호, 환경의 보전 및 일본의 안전 보장에 이바지하는 것을 목적으로 하여 실시한다(제2조). 또한, 이 법률에 대한 용어의 정의는 ㉠ 「원자력」 이란 원자핵 변환의 과정에 대해 원자핵으로부터 방출되는 모든 종류의 에너지를 말한다. ㉡ 「핵연료 물질」 이란 우라늄, 도륨 등 원자핵 분열의 과정에서 에너지를 방출하는 물질로서 정령으로 정하는 것을 말한다. ㉢ 「핵연료 물질」 이란 우라늄광, 도륨광 그 외 핵연료 물질의 원료가 되는 물질로서 정령으로 정하는 것을 말한다. ㉣ 「원자로」 란 핵연료 물질을 연료로서 사용하는 장치를 말한다. 다만, 정령으로 정하는 것은 제외한다. ㉤ 「방사선」 이란 전자파 또는 입자선 가운데,

95) 下山憲政, 前掲論文, 104면.

96) 원자력기본법(1955년 12월 19일 법률 제186호), 최종 개정: 2014년 6월 13일 법률 제67호.

직접 또는 간접으로 공기를 진리하는 능력을 가지는 것으로, 정령으로 정하는 것을 말한다(제3조).

② 원자력규제위원회는 원자력 이용에 있어서의 안전의 확보를 도모하기 위해, 별도의 법률로 정하여 환경성의 외국(外局)으로서 원자력규제위원회를 둔다. 그리고 원자력방재회의의 설치는 제3조의3에서 내각에 원자력방재회의(이하 「회의」라고 한다.)를 둔다(제3조의2).

③ 원자력방재회의의 소관 사무에 관하여 회의는 다음의 사무를 주관한다.
㉔ 원자력재해대책지침⁹⁷⁾에 근거하는 시책의 추진 그 외의 원자력사고⁹⁸⁾에 기인하는 사고가 발생한 경우 이에 대비한 정부의 종합적인 대응을 확보하기 위한 시책의 실시 추진 ㉕ 원자력 사고가 발생했을 경우에 다수의 관계자에 의하며 장기에 걸치는 종합적인 대응이 필요한 시책의 실시 추진(제3조의4)

④ 원자력위원회는 원자력 이용에 관한 국가의 시책을 계획적으로 수행하고, 원자력 행정의 민주적인 운영을 도모하기 위하여 내각부에 원자력위원회를 두며, 그 임무에 관하여 제5조에서 원자력위원회는 원자력 이용에 관한 사항(안전 확보 중 그 실시에 관한 것은 제외한다.)에 대하여 기획, 심의, 결정한다. 그리고 조직, 운영 및 권한에 관하여는 제6조에서 원자력위원회의 조직, 운영 및 권한에 대해서는 별도의 법률로 정한다(제4조).

⑤ 독립 행정법인인 일본원자력 연구 개발기구는 원자력에 관한 기초적 연구, 응용의 연구, 핵연료 사이클을 확립하기 위한 고속 증식로, 이것에 필요한 핵연료 물질의 개발, 핵연료 물질의 재처리 등에 관한 기술의 개발 및 이러한 성과의 보급 등은 제2조에서 규정하는 기본방침에 근거하여 독립 행정법인인 일본원자력 연구 개발기구에서 실시한다(제7조). 그리고 매입명령 및 양도명령에 관하여 정부는 별도의 법률에 의하여 그 지정하는 사람에 대해 핵연료 물질을 매입할 것을 명하거나, 핵연료 물질의 생산자나 소유자 혹은 관리자에 대해, 정부가 지정하는 사람에게 핵연료 물질을 양도할 것을 명할 수 있다(제9조).

⑥ 핵연료 물질의 관리에 관하여 핵연료 물질의 수입, 수출, 양도, 양수 및

97) 원자력재해대책특별조치법 1999년 법률 제156호 제6조의2 제1항에 규정하는 원자력재해대책지침을 말한다.

98) 원자로의 운전 등 원자력 손해의 배상에 관한 법률, 1961년 법률 제147호 제2조 제1항에 규정하는 원자로의 운전 등을 말한다.

정련(精鍊)은 따로 법률로 정하여 정부가 지정하는 사람에 한하여 이것을 하게 한다(제10조). 그리고 장려금 등에 관하여 정부는 핵연료 물질의 개발에 기여하는 사람에 대해, 예산의 범위 내에서 장려금 또는 상금을 교부할 수 있다(제11조) 또한, 핵연료 물질에 관한 규제에 관하여 핵연료 물질을 생산, 수입, 수출, 소유, 소지, 양도, 양수, 사용, 수송하려고 하는 사람은 별도의 법률에 의하여 정부가 실시하는 규제에 따라야 한다(제12조).

⑦ 핵연료 물질의 양도명령에 관하여 정부는 전조에 규정하는 규제를 실시하는 경우, 별도의 법률에 의하여 핵연료 물질을 소유하거나 소지하는 사람에 대하여 양도처 및 가격을 지시하여 양도할 것을 명할 수 있다(제13조). 그리고 원자로의 건설 등의 규제에 관하여 원자로를 건설하려고 하는 사람은 별도의 법률에 의하여 정부가 실시하는 규제에 따라야 한다. 이것을 개조하거나 이동하려고 하는 사람도 같다(제14조). 또한, 원자로를 양도하거나 양도하려고 하는 사람은 별도의 법률에 의하여 정부가 실시하는 규제에 따라야 한다(제15조).

⑧ 원자로를 건설, 개조, 이동, 양도한 사람은 별도의 법률에 의하여 조작 개시 전에 운전 계획을 정하고, 정부의 인가를 받아야 한다(제16조). 그리고 방사선에 의한 장애의 방지 조치에 관하여, 방사선에 의한 장애를 방지하고 공공의 안전을 확보하기 위해, 방사성 물질 및 방사선 발생 장치와 관련되는 제조, 판매, 사용, 측정 등에 대한 규제 그 외 보안 및 보건상의 조치에 관해서는 별도의 법률로 정한다(제20조). 또한, 보상에 관하여 정부 또는 정부가 지정하는 사람은 이 법률 및 이 법률을 시행하는 법률에 따라, 핵연료 물질의 개발을 위해 그 권한을 행사하는 경우와 토지에 관한 권리, 광업권 또는 조광권 그 외의 권리에 관하여 권리자 및 관계인에게 손실을 주었을 경우에는 각각 법률에 의하여 정당한 보상을 실시하여야 한다(제21조).

4) 원자력재해대책특별조치법

일본에서는 작년에 원자력재해의 예방에 관한 원자력사업자의 의무 등, 긴급 사태 응급대책의 실시 그 외 원자력 재해에 관한 사항에 대해 특별한 조치를 정하는 원자력재해대책특별조치법⁹⁹⁾을 개정하였다. 이하에서 첫째, 원자력재해

의 예방에 관한 원자력사업자의 의무 등을 살펴보고 둘째, 원자력 긴급사태 선언 및 원자력재해대책본부의 설치 등 그리고 셋째, 긴급사태 응급대책의 실시 등 마지막으로, 원자력재해 사후대책을 살펴보기로 한다.

첫째, 원자력재해의 예방에 관한 원자력사업자의 의무에 관하여, 일본은 ① 원자력재해의 특수성을 감안하여 원자력재해의 예방에 관한 원자력사업자의 의무 등, 원자력 긴급사태 선언 및 원자력재해대책본부의 설치 및 긴급사태 응급대책의 실시 그 외 원자력 재해에 관한 사항에 대해 특별한 조치를 정하는 것으로 핵연료 물질, 핵연료 물질 및 원자로의 규제에 관한 법률¹⁰⁰⁾, 재해대책 기본법¹⁰¹⁾ 기타 원자력 재해의 방지에 관한 법률과 함께, 원자력 재해에 대한 대책의 강화를 도모하여 원자력재해로부터 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하는 것을 목적으로 한다(제1조). 그리고 원자력사업자는 이 법률 또는 관계 법률의 규정에 근거해, 원자력재해 발생의 방지에 관계되는 만전의 조치를 강구하고, 원자력재해(원자력재해가 발생하는 개연성을 포함한다.)의 확대방지 및 원자력재해의 복구에 관하여 성의를 가지고 필요한 조치를 강구하는 책무를 가진다(제3조). 그리고 국가는 이 법률 또는 관계 법률의 규정에 근거해, 원자력재해대책본부의 설치, 지방공공단체에의 필요한 지시 그 외 긴급사태 응급대책의 실시를 위해서 필요한 조치 및 원자력재해 예방대책 및 원자력 재해 사후대책의 실시를 위해서 필요한 조치를 강구하는 것 등에 의해, 원자력재해에 대한 재해대책기본법 제3조 제1항의 책무를 수행해야 한다(제4조). 또한, 국가는 대규모 자연재해 및 테러리즘 그 외의 범죄행위에 의한 원자력재해의 발생도 상정하여 이것에 수반한 피해의 최소화를 도모하는 관점에서 경비체제의 강화, 원자력사업소에 있어서의 심층 방호의 철저, 피해의 상황에 따른 대응책의 정비 그 외 원자력재해의 방지에 관계되는 만전의 조치를 강구하는 책무를 진다(제4조의2).

② 지방공공단체는 이 법률 또는 관계 법률의 규정에 근거해, 원자력재해 예방대책, 긴급사태 응급대책 및 원자력재해 사후대책의 실시를 위해서 필요한

99) 원자력재해대책특별조치법(1999년 12월 17일 법률 제156호), 최종 개정: 2014년 11월21일 법률 제114호.

100) 1956년 법률 제166호.

101) 1960년 법률 제223호.

조치를 강구하여, 원자력재해에 대한 재해대책기본법 제4조 제1항 및 제5조 제1항의 책무를 수행해야 한다(제5조). 그리고 국가, 지방공공단체, 원자력사업자 및 지정공공기관 및 지정지방공공기관은 원자력재해 예방대책, 긴급사태 응급대책 및 원자력재해 사후대책이 원활히 실시되도록 서로 제휴를 도모하면서 협력해야 한다(제6조). 또한, 원자력규제위원회는 재해대책기본법 제2조 제8호에 규정하는 방재기본계획에 적합해야하고 원자력사업자, 지정행정기관의 장 및 지정지방행정기관의 장, 지방공공단체, 지정공공기관 및 지정지방공공기관 그 외의 사람에 의한 원자력재해 예방대책, 긴급사태 응급대책 및 원자력재해 사후대책(이하 「원자력재해대책」 이라고 한다.)의 원활한 실시를 확보하기 위한 지침(이하 「원자력재해대책지침」 이라고 한다.)을 정해야 한다(제6조의2). 특히, 원자력재해대책지침에 대해서는 다음 사항으로 정한다. ㉠ 원자력재해대책으로서 실시해야 할 조치에 관한 기본적인 사항 ㉡ 원자력재해대책의 실시체제에 관한 사항 ㉢ 원자력재해대책을 중점적으로 실시해야 할 구역의 설정에 관한 사항 ㉣ 전 3호에 규정한 것 외, 원자력재해대책의 원활한 실시의 확보에 관한 중요 사항.

③ 원자력사업자는 그 원자력사업마다 내각부령·원자력규제위원회규칙으로 정하여진 해당 원자력사업소의 원자력재해 예방대책, 긴급사태 응급대책 및 원자력재해 사후대책 그 외의 원자력재해의 발생 및 확대를 방지하고, 원자력재해의 복구를 도모하기 위해서 필요한 업무에 관해, 원자력사업자 방재업무계획을 작성하여 매년 원자력사업자 방재업무계획을 검토하고, 필요가 있다고 인정할 때는 이것을 수정해야 한다. 이 경우 해당 원자력사업자 방재업무계획은 재해대책기본법 제2조 제10호에서 규정하는 지역방재계획 및 석유 콤비나트 등 재해방지법 제31조 제1항에서 규정하는 석유 콤비나트 등 방재계획(이하 「지역방재계획 등」 이라고 한다.)에 저촉되어서는 안 된다. 그리고 원자력사업자는 전항의 규정에 의해 원자력사업자 방재업무계획을 작성하거나 수정하려고 할 때는 정령규정대로 미리 해당 원자력사업소의 구역을 관할하는 도도부현 지사(이하 「소재 도도부현지사」 라고 한다.), 해당 원자력사업소의 구역을 관할하는 시정촌장(이하 「소재 시정촌장」 이라고 한다.) 및 해당 원자력사업소의 구역을 그 구역에 포함한 시정촌에 인접하는 시정촌을 포괄하는 도도부현 및 이것에

준하는 것으로서 정령으로 정하는 요건에 해당하는 도도부현의 도도부현지사(소재 도도부현지사를 제외, 이하 「관계 주변 도도부현지사」라고 한다.)와 협의해야 한다. 이 경우 소재 도도부현지사 및 관계 주변 도도부현 지사는 관계 주변 시정촌장¹⁰²⁾이 작성하고 있는 것 외의 정령으로 정하는 요건에 해당하는 시정촌의 시정촌장(소재 시정촌장을 제외한다. 이하 같다.)의 의견을 듣는다. 또한, 원자력사업자는 제1항의 규정에 의해 원자력사업자 방재업무계획을 작성하거나 수정했을 때는 신속하게 이것을 내각총리대신 및 원자력 규제위원회에 신고하고, 그 요지를 공표해야 한다. 특히 내각총리대신 및 원자력규제위원회는 원자력사업자가 제1항의 규정에 위반하고 있다고 인정할 때, 또는 원자력사업자 방재업무계획이 해당 원자력사업소와 관련되는 원자력재해의 발생 혹은 확대를 방지하기 위해서 충분하지 않다고 인정할 때는 원자력사업자에 대해, 원자력사업자 방재업무계획의 작성 또는 수정을 명할 수 있다(제7조).

④ 원자력사업자는 그 원자력사업소마다 원자력 방재조직을 설치하여야 하며, 원자력 방재조직은 전조 제1항의 원자력사업자 방재업무계획에 따라, 동항에 규정하는 원자력재해의 발생 또는 확대를 방지하기 위해서 필요한 업무를 실시한다. 그리고 원자력사업자는 그 원자력 방재조직에 원자력규제위원회규칙에 의하여, 전항에 규정하는 업무에 종사하는 원자력 방재요원을 두어야 한다. 또한, 원자력사업자는 그 원자력 방재조직에 원자력 방재요원을 두었을 때는 원자력규제위원회규칙에 의하여, 그 현황에 대해서 원자력규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 관계 주변 도도부현지사에게 신고하여야 한다. 이 경우 원자력규제위원회는 내각총리대신에게, 소재 도도부현 지사 및 관계 주변 도도부현지사는 관계 주변 시정촌장에게, 해당 신고와 관련되는 서류의 사본을 송부하여야 한다. 특히, 원자력규제위원회는 원자력사업자가 제1항 또는 제3항의 규정에 위반하고 있다고 인정할 때는 해당 원자력사업자에 대해 원자력 방재 조직의 설치 또는 원자력 방재요원의 배치를 명할 수 있다(제8조).

⑤ 원자력사업자는 그 원자력사업소마다 원자력방재관리자를 선임해 원자력 방재조직을 통괄시켜야 하며, 원자력방재관리자는 해당 원자력사업소에 대해

102) 그 구역에 대해 해당 원자력사업소와 관련되는 원자력재해에 관한 지역방재 계획 등 재해대책기본법 제2조 제10호 ㄱ 또는 ㄴ에 제시하는 것을 제외한다.

그 사업의 실시를 통괄 관리하는 사람으로 총당하여야 한다. 그리고 원자력사업자는 해당 원자력사업소에 있어서의 원자력재해의 발생 또는 확대의 방지에 관한 업무를 적절히 수행할 수 있는 관리적 또는 감독적 지위에 있는 사람 중에서, 부(副)원자력방재관리자를 선임하여 원자력 방재조직의 총괄에 대해서, 원자력방재관리자를 보좌시켜야 하며, 원자력사업자는 원자력방재관리자가 해당 원자력사업소 내에 없을 때는 부(副)원자력방재관리자에게 원자력 방재조직을 총괄시켜야 한다. 또한, 원자력사업자는 제1항 또는 제3항의 규정에 의해 원자력방재관리자 또는 부(副)원자력방재관리자를 선임했을 때는 원자력규제위원회규칙에 의하여 지체 없이 그 취지를 원자력규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 관계 주변 도도부현지사에게 신고하여야 한다. 이것은 해임했을 때도 같다. 이 경우 원자력규제위원회는 내각총리대신에게 해당 신고와 관련되는 서류의 사본을 송부하여야 한다. 특히, 전조 제4항 후단의 규정은 전항의 신고에 대해 준용하며, 원자력규제위원회는 원자력사업자가 제1항 혹은 제3항의 규정에 위반하고 있다고 인정할 때, 또는 원자력방재관리자 혹은 부(副)원자력방재관리자가 이 법률이나 이 법률에 근거하는 명령의 규정에 위반했을 때는 원자력사업자에 대하여 원자력방재관리자 또는 부(副)원자력방재관리자의 선임 또는 해임을 명할 수 있다(제9조).

⑥ 원자력방재관리자는 원자력사업소 구역의 경계 부근에 대하여 정령에 의한 기준 이상의 방사선량이 정령에 의하여 검출된 것, 그 외의 정령에 의한 현상의 발생에 대해서 통보를 받거나 스스로 발견했을 때는 즉시 내각부령·원자력규제위원회규칙¹⁰³⁾ 및 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 그 취지를 내각총리대신 및 원자력규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 관계 주변 도도부현지사¹⁰⁴⁾에게 통보해야 한다. 이 경우 소재 도도부현지사 및 관계 주변 도도부현지사는 관계 주변 시정촌장에게 그 취지를 통보하여야 한다. 그리고 전항 전단의 규정에 의해 통보를 받은 도도부현지사 또는 시정촌장은 정

103) 사업소의 운반과 관련되는 현상의 발생의 경우에는 내각부령·원자력규제위원회규칙·국토교통성령.

104) 사업소의 운반과 관련되는 현상의 발생의 경우에는 내각총리대신, 원자력규제위원회 및 국토교통대신 및 해당 현상이 발생한 장소를 관할하는 도도부현지사 및 시정촌장.

령에 의하여 내각총리대신 및 원자력규제위원회¹⁰⁵⁾(이하 이 항 및 제15조 제1항제1호에 대해서도 같다.)에 대해, 그 사태의 파악을 위해 전문적 지식을 가지는 직원의 파견을 요청할 수 있다. 이 경우 내각총리대신 및 원자력규제위원회는 책임으로 인정하는 직원을 파견해야 한다(제10조). 또한, 원자력사업자는 원자력규제위원회규칙으로 정하는 기준에 따라서, 그 원자력사업소 내에 전조 제1항 전단의 규정에 의한 통보를 실시하기 위해서 필요한 방사선 측정설비를 설치하고 유지해야 하며, 원자력사업자는 그 원자력 방재조직에 해당 원자력 방재조직이 그 업무를 실시하기 위해서 필요한 방사선장해 방호용기도구, 비상용 통신기기 그 외의 자재 또는 기재로 내각부령·원자력규제위원회규칙으로 정하는 것(이하 「원자력 방재자기재」라고 한다.)을 비치하여 수시로 이것을 보수 점검해야 한다. 특히 원자력사업자는 제1항의 규정에 의해 방사선 측정설비를 설치하거나 전항의 규정에 의해 원자력 방재자기재를 비치했을 때는 내각부령·원자력규제위원회규칙에 의하여 이러한 현황에 대해서, 내각총리대신 및 원자력규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 관계 주변 도도부현지사에게 신고하여야 하며, 제8조 제4항 후단의 규정은 전항의 신고에 대해 준용한다. 무엇보다도 원자력사업자는 제1항의 규정에 의해 방사선 측정설비를 설치했을 때는 원자력규제위원회규칙에 의하여 그 성능에 대해 원자력규제위원회가 실시하는 검사를 받아야 하며, 내각총리대신 및 원자력규제위원회는 원자력사업자가 제1항 또는 제2항의 규정에 위반하고 있다고 인정할 때는 해당 원자력사업자에 대해 방사선 측정설비의 설치, 유지나 개선 또는 원자력 방재자기재의 비치나 보수점검을 위해서 필요한 조치를 명할 수 있다. 마지막으로, 원자력사업자는 원자력규제위원회규칙으로 정해진 제1항의 방사선 측정설비에 의해 검출된 방사선량의 수치를 기록하고 공표해야 한다(제11조).

⑦ 내각총리대신은 원자력사업소마다 제26조 제2항에 규정하는 사람에 의한 긴급사태 응급대책의 거점 및 제27조 제2항에 규정하는 사람에 의한 원자력재해 사후대책의 거점이 되는 시설로 해당 원자력사업소의 구역을 그 구역에 포함할 도도부현의 구역 내에 있는 것 이외 내각부령으로 정하는 요건에 해당하

105) 사업소의 운반과 관련되는 현상의 발생의 경우에는 내각총리대신, 원자력규제위원회 및 국토교통대신.

는 것(이하 「긴급사태 응급대책 등 거점시설」이라고 한다.)을 지정하여야 하며, 내각총리대신은 긴급사태 응급대책 등 거점시설을 지정하거나 이것을 변경하려고 할 때는 미리 원자력규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 해당 긴급사태 응급대책 등 거점시설의 소재지를 관할하는 시정촌장(소재 시정촌장을 제외한다.) 및 해당 긴급사태 응급대책 등 거점시설과 관련되는 원자력사업자의 의견을 들어야 한다. 그리고 제1항의 지정 또는 지정의 변경은 관보에 고시해야 하며, 원자력사업자는 제1항의 지정이 있었을 경우에는 해당 긴급사태 응급대책 등 거점시설에 대해 제26조 제2항에 규정하는 사람이 해당 원자력사업소와 관련되는 긴급사태 응급대책을 강구하는 데 필요한 자료로서 내각부령으로 정하는 것 및 제27조 제2항에 규정하는 사람이 해당 원자력사업소와 관련되는 원자력재해 사후대책을 강구하는데 필요한 자료로서 내각부령으로 정하는 것을 내각총리대신에게 제출해야 한다. 제출한 자료의 내용에 변경이 있을 때도 같다. 또한, 내각총리대신은 전항의 규정에 의해 제출된 자료를 해당 긴급사태 응급대책 등 거점시설에 비치하여야 한다. 특히, 내각총리대신은 제1항 및 제4항의 내각부령의 제정 또는 개폐를 하려고 할 때는 미리 원자력규제위원회의 의견을 들어야 한다(제12조).

둘째, 원자력 긴급사태 선언 및 원자력재해대책본부의 설치 등에 대하여, ① 원자력규제위원회는 다음 어느 하나에 해당하는 경우, 원자력 긴급사태가 발생했다고 인정할 때는 즉시 내각총리대신에게 그 상황에 관한 필요한 정보보고를 하고, 다음 항의 규정에 의한 공시 및 제3항의 규정에 의한 지시의 안을 제출해야 한다. ㉠ 제10조 제1항 전단의 규정에 의해 내각총리대신 및 원자력규제위원회가 받은 통보와 관련되는 검출된 방사선량 또는 정령으로 정하는 방사선 측정설비 및 측정방법에 의해 검출된 방사선량이 비정상인 수준의 방사선량의 기준으로서 정령으로 정하는 것 이상인 경우 ㉡ 전호 이외, 원자력 긴급사태의 발생을 나타내는 현상으로서 정령으로 정하는 것이 생겼을 경우, 그리고 내각총리대신은 전항의 규정에 의한 보고 및 제출이 있을 때는 즉시 원자력 긴급사태가 발생한 취지 및 다음 사항의 공시(이하 「원자력 긴급사태선언」이라고 한다.)를 한다. ㉢ 긴급사태 응급대책을 실시해야 할 구역 ㉣ 원자력 긴급사태의 개요 ㉤ 전2호 이외, ㉥호의 구역 내의 거주자, 체재자 그 외의

사람 및 공사의 단체(이하 「거주자 등」이라고 한다.)에 대해 주지시켜야 할 사항, 또한 내각총리대신은 제1항의 규정에 의한 보고 및 제출이 있을 때는 즉시 전항 ㉔호의 구역을 관할하는 시정촌장 및 도도부현지사에 대하여 제28조 제2항의 규정에 의해 적용되는 재해대책기본법 제60조 제1항 및 제6항의 규정에 의한 피난을 위해 물러나거나 옥내에의 퇴피(退避)의 권고나 지시를 하는 것 외의 긴급사태 응급대책에 관한 사항을 지시한다. 특히, 내각총리대신은 원자력 긴급사태 선언을 한 후, 원자력재해의 확대의 방지를 도모하기 위한 응급대책을 실시할 필요가 없어졌다고 인정할 때는 신속하게 원자력 긴급사태의 해제를 실시하는 취지 및 다음 사항의 공시(이하 「원자력 긴급사태 해제선언」이라고 한다.)를 한다. ㉕ 원자력재해 사후대책을 실시해야 할 구역 ㉖ 전호 이외, 동호의 구역 내의 거주자 등에 대해 주지시켜야 할 사항(제15조).

② 내각총리대신은 원자력 긴급사태 선언을 했을 때는 해당 원자력 긴급사태와 관련되는 긴급사태 응급대책 및 원자력재해 사후대책(이하 「긴급사태 응급대책 등」이라고 한다.)을 추진하기 위해, 내각부설치법¹⁰⁶⁾ 제40조 제2항의 규정에 관계없이 내각회의에서 임시로 내각부에 원자력재해대책본부를 설치하여야 한다. 그리고 내각총리대신은 원자력재해대책본부를 두었을 때는 해당 원자력 재해대책본부의 명칭 및 설치장소 및 기간을, 해당 원자력재해대책본부가 폐지되었을 때는 그 취지를 즉시 고시해야 한다(제16조).

③ 원자력 긴급사태 선언이 있을 때는 원자력재해 현지대책본부 및 해당 원자력 긴급사태 선언과 관련되는 긴급사태 응급대책 실시구역을 관할하는 도도부현 및 시정촌의 도도부현 재해대책본부 및 시정촌 재해대책본부는 해당 원자력 긴급사태에 관한 정보를 교환하여 각각 실시하는 긴급사태 응급대책에 대해 서로 협력하기 위하여 원자력재해 합동대책협의회를 조직한다. 그리고 해당 원자력 긴급사태에 관하여 원자력 긴급사태 해제선언이 있었을 때 이후, 전항의 규정에 의해 조직된 원자력재해 합동대책협의회는 원자력재해 현지대책본부 및 전조 제2항의 규정에 의해 존속하는 도도부현 재해대책본부 및 시정촌 재해대책본부가 각각 실시하는 원자력 재해 사후대책에 대해 서로 협력하기 위한 조직으로서 존속한다. 특히, 원자력재해 합동대책협의회는 다음의 사

106) 内閣府設置法, 1999년 법률 제89호.

람으로 구성한다. ㉔ 원자력재해 현지대책본부장 및 원자력재해 현지대책본부원 그 외의 직원 ㉕ 도도부현 재해대책본부장 또는 해당 도도부현 재해대책본부의 도도부현 재해대책본부장, 도도부현 재해대책본부원 그 외의 직원으로 해당 도도부현 재해대책본부장으로부터 위임을 받은 사람 ㉖ 시정촌 재해대책본부장 또는 해당 시정촌 재해대책본부의 시정촌 재해대책본부장, 시정촌 재해대책본부원 그 외의 직원으로 해당 시정촌 재해대책본부장으로부터 위임을 받은 사람, 또한 원자력재해 합동대책협의회는 필요로 인정할 때는 협의하고, 전항 이외 지정 공공기관, 원자력사업자 그 외의 원자력 긴급사태 응급대책 또는 원자력재해 사후대책의 실시에 책임을 가지는 사람을 지원할 수 있으며, 원자력재해 합동대책협의회 설치장소는 긴급사태 응급대책 등 거점시설로 한다(제23조).

셋째, 긴급사태 응급대책의 실시에 관하여 ① 원자력 방재관리자는 그 원자력 사업소에 대해 제10조 제1항의 정령으로 정하는 현상이 발생했을 때는 즉시 원자력사업자 방재업무 계획에 의하여 해당 원자력사업소의 원자력 방재조직에 원자력재해의 발생 또는 확대의 방지를 위해서 필요한 응급조치를 해야 한다. 그리고 전항의 경우 원자력사업자는 동항의 규정에 의한 조치의 개요에 대해서, 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 내각총리대신 및 원자력 규제위원회, 소재 도도부현지사, 소재 시정촌장 및 관계 주변 도도부현 지사(107)에게 보고해야 한다. 이 경우 소재 도도부현지사 및 관계 주변 도도부현지사는 관계 주변 시정촌장에게 해당 보고의 내용을 통지한다(제25조).

② 긴급사태 응급대책은 다음 사항에 대해 실시한다. ㉗ 원자력 긴급사태선언 그 외 원자력재해에 관한 정보의 전달 및 피난의 권고나 지시에 관한 사항 ㉘ 방사선량의 측정 그 외 원자력재해에 관한 정보수집에 관한 사항 ㉙ 이재민의 구난, 구조 그 외 보호에 관한 사항 ㉚ 시설, 설비의 정비, 점검, 응급의 복구에 관한 사항 ㉛ 범죄의 예방, 교통의 규제 그 외 해당 원자력재해를 받은 지역에 있어서의 사회질서의 유지에 관한 사항 ㉜ 긴급 수송의 확보에 관한

107) 사업소의 운반과 관련되는 현상의 발생의 경우에 있어서는 내각총리대신, 원자력규제위원회, 국토교통대신, 해당 현상이 발생한 장소를 관할하는 도도부현지사 및 시정촌장.

사항 ㉔ 식량, 의약품 그 외의 물자의 확보, 거주자 등의 피폭 방사선량의 측정, 방사성 물질에 의한 오염의 제거 그 외의 응급조치에 관한 사항 ㉕ 전 각 호 이외, 원자력재해(원자력재해가 발생하는 개연성을 포함한다.)의 확대의 방지를 도모하기 위한 조치에 관한 사항, 그리고 원자력 긴급사태 선언이 있었을 때부터 원자력 긴급사태 해제선언이 있을 때까지, 지정행정기관의 장 및 지정지방행정기관의 장, 지방공공단체의 장 그 외의 집행기관, 지정공공기관 및 지정지방공공기관, 원자력사업자 그 외 법령의 규정에 의해 긴급사태 응급대책의 실시의 책임을 가지는 사람은 법령, 방재계획, 원자력재해대책지침 또는 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 긴급사태 응급대책을 실시해야 한다. 또한, 원자력사업자는 법령, 방재계획, 원자력재해대책지침 또는 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 지정행정기관의 장, 지정지방행정기관의 장, 지방공공단체의 장 그 외의 집행기관이 실시하는 긴급사태 응급대책이 정확하고 원활히 행해지도록 원자력 방재요원의 파견, 원자력 방재자기재의 대여 그 외 필요한 조치를 강구하여야 한다(제26조).

마지막으로, 원자력재해 사후대책에 관하여 ① 원자력재해 사후대책은 다음 사항에 대해 실시한다. ㉖ 원자력재해 사후대책 실시구역에 있어서의 방사성 물질의 농도나 밀도 또는 방사선량에 관한 조사 ㉗ 거주자 등에 대한 건강진단 및 심신의 건강에 관한 상담의 실시 그 외 의료에 관한 조치 ㉘ 방사성 물질에 의한 오염의 유무 또는 그 상황이 밝혀지지 않은 것에 기인하는 상품의 판매 등의 부진을 방지하기 위한, 원자력 재해 사후대책 실시구역에 있어서의 방사성 물질의 발산의 상황에 관한 홍보 ㉙ 전 3호 이외, 원자력재해(원자력재해가 발생하는 개연성을 포함한다.)의 확대방지 또는 원자력재해의 복구를 도모하기 위한 조치에 관한 사항, 그리고 지정행정기관의 장 및 지정지방행정기관의 장, 지방공공단체의 장 그 외의 집행기관, 지정공공기관 및 지정지방공공기관, 원자력사업자 그 외 법령의 규정에 의해 원자력재해 사후대책에 책임을 가지는 사람은 법령, 방재계획, 원자력재해대책지침 또는 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 원자력재해 사후대책을 실시해야 한다. 또한, 원자력사업자는 법령, 방재계획, 원자력재해대책지침 또는 원자력사업자 방재업무계획에 의하여 지정행정기관의 장, 지정지방행정 기관의 장, 지방공공단체의 장 그 외의 집

행기관이 실시하는 원자력 재해 사후대책이 정확하고 원활히 행해지도록 원자력 방재요원의 파견, 원자력 방재자기재의 대여 그 외 필요한 조치를 강구해야 한다(제27조).

② 전조 제1항 제1호에 의해 해당 조사를 실시한 원자력재해 사후대책 실시구역에서 방사성 물질에 의한 환경의 오염이 현저하다고 인정되었을 경우, 해당 오염에 의한 원자력재해가 발생하거나 발생할 우려가 있어서 사람의 생명 또는 신체를 해당 원자력재해로부터 보호하고, 그 외 해당 원자력재해(원자력 재해가 발생하는 개연성을 포함한다.)의 확대를 방지하기 위해 특히 필요하다고 인정할 때는 시정촌장은 해당 원자력재해 사후대책 실시구역 내의 필요로 인정하는 지역의 거주자, 체재자 그 외의 사람에 대해, 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피를 권고하고, 위급하다고 인정할 때는 이러한 사람에 대해 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피를 지시할 수 있다. 그리고 전항의 규정에 의해 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피를 권고, 지시하는 경우 필요가 있다고 인정할 때, 시정촌장은 그 퇴거처 또는 퇴피처로서 제28조 제1항의 규정에 의해 적용되는 재해대책기본법 제49조의4 제1항의 지정 긴급피난장소 그 외의 피난장소를 지시할 수 있다. 또한, 전조 제1항 제1호의 조사에 의해, 해당 조사를 실시한 원자력재해 사후대책 실시구역에서 방사성 물질에 의한 환경오염이 현저하다고 인정되었을 경우, 해당 오염에 의한 원자력재해가 발생하거나 발생할 우려가 있어서 피난을 위한 퇴거를 하는 것이 오히려 사람의 생명 또는 신체에 위협이 미칠 우려가 있다고 인정할 때는 시정촌장은 해당 원자력재해 사후대책 실시구역 내의 필요로 인정하는 지역의 거주자, 체재자 그 외의 사람에 대해, 옥내에서의 대피 그 외의 옥내에 있어서의 피난을 위한 안전 확보에 관한 조치(이하 「옥내에서의 대피 등의 안전 확보조치」라고 한다.)를 지시할 수 있다. 특히, 시정촌장은 제1항의 규정에 의해 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피를 권고 및 지시, 물러나거나 퇴피처를 지시, 전항의 규정에 의해 옥내에서의 대피 등의 안전 확보조치를 지시했을 때는 신속하게 그 취지를 원자력재해대책본부장 및 도도부현지사에게 보고해야 하며, 시정촌장은 피난의 필요가 없을 때는 즉시 그 취지를 공시해야 한다. 전항의 규정은 이 경우에 대해 준용한다(제27조의2).

③ 전조 제1항 또는 제3항의 경우 시정촌장에 의한 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피 혹은 옥내에서의 대피 등의 안전 확보 조치의 지시를 기다릴 시간이 없다고 인정할 때, 또는 시정촌장으로부터 요구가 있을 때는 경찰관 또는 해상 보안관은 해당 원자력재해 사후대책 실시구역 내의 필요로 인정하는 지역의 거주자, 체재자 그 외의 사람에 대해, 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피 또는 옥내에서의 대피 등의 안전 확보조치를 지시할 수 있다. 그리고 전조 제2항의 규정은 경찰관 또는 해상 보안관이 전항의 규정에 의해 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피를 지시하는 경우에 대해 준용한다. 또한, 경찰관 또는 해상 보안관은 제1항의 규정에 의해 피난을 위하여 물러나거나 옥내에의 퇴피 또는 옥내에서의 대피 등의 안전 확보조치를 지시했을 때는 즉시 그 취지를 시정촌장에게 통지해야 하며, 전조 제4항 및 제5항의 규정은 전항의 통지를 받은 시정촌장에 대해 준용한다(제27조의3).

④ 제27조 제1항 제1호의 조사에 의해, 해당 조사를 실시한 원자력재해 사후대책 실시구역에서 방사성 물질에 의한 환경의 오염이 현저하다고 인정되었을 경우, 해당 오염에 의한 원자력재해가 발생하거나 발생할 우려가 있어서 사람의 생명 또는 신체에 대한 위험을 방지하기 위해 특히 필요가 있다고 인정할 때 시정촌장은 해당 원자력 재해 사후대책 실시구역 내에 경계구역을 설정하고, 원자력재해 사후 대책에 종사하는 사람 이외의 사람에 대해서 해당 경계구역에의 출입을 제한, 금지 또는 해당 경계구역으로부터의 퇴거를 명할 수 있다. 그리고 전항의 경우 시정촌장 혹은 그 위임을 받아 동항에서 규정하는 시정촌장의 직권을 실시하는 시정촌의 직원에 의한 조치를 기다릴 시간이 없다고 인정할 때, 또는 이러한 사람으로부터 요구가 있을 때, 경찰관 또는 해상 보안관은 동항에서 규정하는 시정촌장의 직권을 실시할 수 있다. 이 경우 동항에서 규정하는 시정촌장의 직권을 실시했을 때, 경찰관 또는 해상 보안관은 즉시 그 취지를 시정촌장에게 통지해야 한다(제27조의6).

⑤ 내각부에 원자력 방재전문관을 둔다. 그리고 원자력 방재전문관은 그 담당해야 할 원자력사업소로서 내각총리대신이 지정한 원자력사업소에 대해서, 제7조 제1항에 규정하는 원자력 사업자 방재업무계획의 작성 그 외 원자력사업자가 실시하는 원자력 재해예방대책에 관한 지도 및 조언을 실시하는 것 외

에 제10조 제1항 전단의 규정에 의한 통보가 있었을 경우에는 그 상황의 파악을 위해 필요한 정보의 수집, 지방공공단체가 실시하는 정보의 수집 및 응급조치에 관한 조인 그 외 원자력 재해의 발생 또는 확대방지의 원활한 실시에 필요한 업무를 실시한다(제30조).

2. 프랑스의 안전 제도

프랑스에서는 사회 위험에 대한 법제를 크게 세 가지로 구분할 수 있다. 첫째는 국가안전(*sécurité nationale*)으로 이는 국가의 존립이 위태로운 전쟁이라든가 반란 등에 대하여 국가를 수호하기 위한 것이라 할 수 있다. 둘째는 공공안전(*sécurité publique*)에 해당하는 것으로 치안유지라 할 수 있다. 이는 주로 경찰병력으로 치안을 유지하는 것을 말한다. 셋째는 시민안전(*sécurité civile*)이라 할 수 있는 것으로 이는 재난안전에 대한 것이라 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

국민안전에 관한 것은 국가안전과 공공안전 및 시민안전이 모두 해당될 수 있다. 전쟁이나 반란 등으로 인한 비상사태에서도 국민의 안전을 지켜야 하며, 범죄로부터도 국민의 안전을 보호하여야 하며, 재난 등으로 인한 위험으로부터도 국민을 보호하여야 한다.

108) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호, 2014. 11, 80면.

가. 재난 안전

1) 재난관련 법률

프랑스에서 재난안전에 관한 법제는 국내안전법전(Code de la sécurité intérieure)에서 규정하고 있다. 국가안전보장에 관해서는 헌법과 국방법전(Code de la défense) 그리고 군사법원법전(Code de justice militaire)에서 규정하고 있는데,¹⁰⁹⁾ 치안과 재난안전에 관해서는 국내안전법전에서 함께 규정하고 있다. 재난안전과 관련해서는 지방자치법전(Code général des collectivités territoriales) 입법편에서도 소방과 구조에 관하여 별도의 규정을 두고 있다.

2) 재난안전 구조 조직

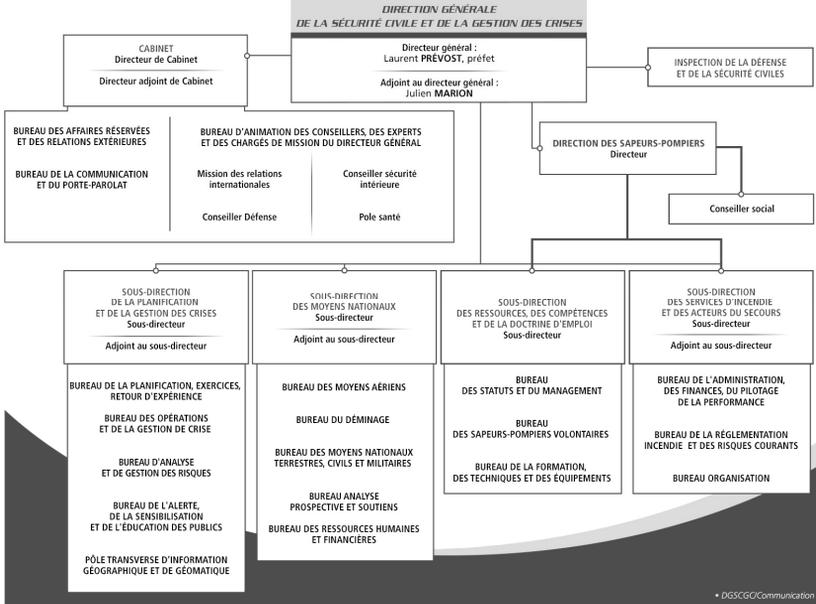
프랑스에서 재난안전 구조 조직은 크게 두 단계로 구성되어 있는데, 중앙 차원의 재난구조조직과 지역단위의 재난구조조직이다.

중앙 차원의 재난구조기관은 시민안전·재난관리총국(la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises, DGSCGC)이다.¹¹⁰⁾ 시민안전·재난관리총국은 내무부(Le ministère de l'Intérieur)의 조직으로 재난에 있어서 국민의 안전을 책임지는 조직이라 할 수 있다. 시민안전총국의 임무는 대국민 경보와 정보 제공, 인명과 재산 및 환경 보호, 외국에서의 프랑스 국민보호 등이다. 시민안전총국은 정부의 내무부 내부의 조직으로 프랑스의 일상 생활에서 발생하는 사고나 재난, 자연재해 등으로 인한 위험을 관리하는 기구이다. 시민안전총국은 인명에 대한 구조뿐만이 아니라 재산이나 환경 등에 대한 위기도 관리하고 있다. 또한 프랑스 국내뿐만이 아니라 외국에서의 프랑스 국민의 재난에 대해서도 관리를 하는 임무를 맡고 있다.

109) 이에 관해서는 전학선, 프랑스의 계엄제도, 외법논집 제38권 제2호, 2014. 5. 3면 이하 참조.

110) 2011년 8월 23일 테크레(Décret n°2011-988 du 23 août 2011 modifiant le décret n°85-1057 du 2 octobre 1985 modifié relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et de la décentralisation)에 의하여 시민안전총국이 시민안전·위기관리총국으로 명칭이 변경되었다.

[그림 1] 시민안전-위기관리총국의 조직도



출처 : <http://www.interieur.gouv.fr/Le-ministere/Securite-civile> (2015년 10월 21일 검색)

3) 오르섹 계획(Plan d'Orsec)

오르섹 계획은 국가방위 및 시민안전의 대책수립 중 일반계획이자 집행계획으로서 국민에 대한 전반적인 보호에 협력하는 모든 공인과 개인의 구조활동 현대화, 실행과 협력 조직화를 목적으로 한다. 이 계획은 1952년 ‘상당 규모의 재난에 대한 테빠르트망의 구조조직’에 관하여 11개 부처 장관이 서명함으로써 성립된 것이며, 국가 또는 국제적 차원의 사고 및 재난을 관리하는 재난관리계획의 구조상 최고의 위치에 있었다. 그 후 2004년 시민안전현대화법(Loi n°2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile)이 제정되면서 기존의 재난 및 안전관리 관련 정책 및 기구를 전반적으로 통합하여 새로운 재난 및 안전관리기구로 시민안전대응조직인 오르섹(ORSEC, Organisation de la réponse de sécurité civile)¹¹¹⁾으로 개편하여, 더 이상 특수한 재난에 대한 구조계획이

아닌 ‘일반계획’으로 하였고, 그에 따라 재난구조 및 관리작업의 모든 명칭도 오르섹으로 통합되었다.¹¹²⁾

국내안전법전에 규정되어 있는 오르섹 계획은 세 가지로 구분되는데, 데빠르트망 오르섹 계획(Le plan Orsec départemental)과 지역 오르섹 계획(Le plan Orsec de zone) 그리고 해양 오르섹 계획(Le plan Orsec maritime)이다. 데빠르트망 오르섹 계획은 데빠르트망 지역 안에 현존하는 위험을 고려하여 구조조직을 결정하고 공사의 모든 조치들을 조사한다. 지역 오르섹 계획은 둘 이상의 데빠르트망에 관련되는 경우이고 해양 오르섹 계획은 해양 재난과 관련되는 것이다.¹¹³⁾

4) 재난방지 사이트

프랑스 정부는 재난에 대비하여 각 부처 간 공동대응을 위한 사이트를 운영하고 있다(<http://www.risques.gouv.fr/>).

동 사이트는 위험을 자연재난, 위생재난, 기술재난 그리고 테러위험으로 구분하고 있다. 자연재난(Risques naturels)은 11가지로 구분하여 눈사태(Avalanche), 더위(Canicule), 사이클론(Cyclone), 화산분화(Éruption volcanique), 산불(Feux de forêts), 혹한(Grand froid), 홍수(Inondation), 산사태(Mouvement de terrain), 지진(Séisme), 폭풍(Tempête), 쓰나미(Tsunami)로 구분하고 있고, 위생재난(Risques sanitaires)을 에볼라(Ebola), 수역(Epizootie), 전염병(Pandémie grippale) 등 세 가지로 구분하고 있으며, 기술재난(Risques technologique)을 산업사고(Accident

111) 이러한 일반적 계획의 성격은 ORSEC이라는 명칭의 변경으로부터 알 수 있다. 즉, 기존의 오르섹 계획은 협의의 구조조직(ORGANISATION des SECOURS)에 기원을 둔 것이었지만, 지금은 그 의미를 넓혀 시민안전대응조직(Organisation de la Réponse de Sécurité Civile)으로 사용되고 있는 것이다. Préfecture des Landes Cabinet du Préfet, Dispositif Orsec - Tome 1 : Dispositions Générales, Décembre 2011, p. 8.

112) 김현희, 프랑스 시민안전법제에 있어서의 재난관리체계에 관한 고찰, 『국민안전 구축을 위한 공법적 대응방안』, 한국비교공법학회 제71회 학술대회, 2014. 7. 126-127면.

113) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호, 2014. 11, 80면.

industriel), 원자력 사고(Accident nucléaire), 광산위험(Risque minier), 댐(댐) 붕괴(Rupture de barrage), 위험물질의 수송(Transport de matières dangereuses)으로 구분하고 있다.

재난 방지 정부부처 간 홈페이지는 재난 및 재해에 관해 국민들에게 가장 효율적인 방법으로 정보를 전달해 주고, 국가가 수립한 계획 및 조치방안을 알기 쉽게 설명하여 프랑스 국민 안전을 위한 가장 기본적이면서 중요한 역할을 하고 있다. 각각의 상황에서 스스로를 보호하기 위한 대처 방법을 ‘사전-발생시-사후’로 나누어 안내하고 있으며, 각 현상을 정의하고 과학적인 원리를 알기 쉽게 풀어 설명하며, 역사상의 각종 사례를 들어 국민들이 이해하기 쉽도록 하였다. 예방방법은 동영상상 통해 제시해준다. 국토 공간 내 재해 잠재지역을 지도에 표시하여, 지도에서 이용자의 거주 지역을 클릭하면 해당 지역에 발생 가능한 재난 정보를 알 수 있다¹¹⁴⁾

나. 원자력 안전

프랑스는 전력생산의 약 80% 정도를 원자력에 의존할 정도로 원자력발전시설을 많이 보유하고 있다. 따라서 원자력안전에 관하여 다른 어떤 나라들보다도 더 법제화가 잘 되어 있다. 원자력 사고는 국민들의 안전에 치명적인 영향을 미치고 환경에도 커다란 피해를 주게 된다. 따라서 원자력 안전도 국민의 안전에 중요한 부분이라 할 수 있다.

1) 원자력안전법제

프랑스의 원자력안전과 관련하여 헌법에 직접적인 규정은 없다. 그러나 2005년 헌법개정으로 헌법 전문(前文)에 언급된 2004년 환경헌장이 그 근거가 될 수 있다. 환경헌장은 모두 10조로 구성되어 있는데, 그 내용을 보면 다음과 같다.

제1조 개개인은 생태적으로 조화롭고 건강에 적합한 환경에서 살아나갈 권

114) 이수진, 프랑스 - 재난피해 방지를 위한 정부부처 간 공동사이트 운영, 국토, 2014. 7, 118면.

리가 있다.

제2조 모든 인간은 환경을 보전하고 개선하는 데 협력해야 할 의무가 있다.

제3조 모든 인간은 환경의 지속을 위해 법이 정하는 범위 내에서 오염을 사전에 예방해야 하며, 그렇지 못할 경우에도 그 훼손을 최소화하여야 한다.

제4조 모든 사람은 법률에 의해 정해진 조건에 따라 야기할 손해를 회복하는데 기여해야 한다.

제5조 비록 과학적 규명이 불확실하더라도 중대하고 회복할 수 없는 환경 훼손이 발생할 수 있는 경우에는, 당국은 사전배려원칙을 적용하여 권한의 범위 안에서 환경 훼손을 방지하기 위하여 평가절차의 실시와 잠정적이고 비례적인 조치를 취하여야 한다.

제6조 정부정책은 지속가능한 개발을 촉진하여야 하며, 이를 위해 환경에 가치를 부여하고 보존을 고려하여야 한다. 또한 경제·사회발전과 조화를 이루도록 한다.

제7조 모든 인간은 법이 정하는 범위와 조건 내에서 정부가 보유하고 있는 환경관련 정보에 접근할 권리를 가진다. 또한 환경에 영향을 미치는 정부의 정책결정에 참여할 권리를 가진다.

제8조 환경교육은 현장에서 제시한 권리와 의무를 실천할 수 있도록 하는데 기여하여야 한다.

제9조 연구개발과 기술혁신을 통해 환경을 보전하고 가치를 부여하도록 한다.

제10조 프랑스의 환경헌장은 유럽과 국제사회가 환경과 지속가능한 개발을 실천하도록 하는 데 동기를 부여한다.

이 환경헌장을 통하여 원자력 안전의 헌법적 근거를 찾을 수 있고, 법률에서는 환경법전(Code de l'environnement)이 기본적인 법률이라 할 수 있다. 환경법전에서는 원자력 시설과 관리 등에 관하여 규정하고 있다. 이 외에도 공중보건법전(Code de la santé publique)이 전리방사선으로부터의 보호와 의료종사자 보호에 관한 규정을 두고 있으며 수송법전(Code des transports)이 원자력에 관하여 규정하고 있다. 이 외에도 다양한 법률을 통하여 원자력 안전에 관하여 규정을 두고 있다.

2) 원자력 안전 원칙

프랑스 법에서는 원자력 안전과 관련하여 몇 가지 원칙을 찾아볼 수 있다. 원자력안전과 관련한 원칙을 찾을 수 있는 근거는 국내법적 차원과 국제적 차원으로 구분할 수 있다.

국내법 수준에서는 헌법적 가치를 인정받은 환경헌장과 환경법전(code de l'environnement),¹¹⁵⁾ 공중보건법전(code de la santé publique) 등에서 원칙을 찾을 수 있다. 유럽 차원에서는 원자력시설의 안전과 폐기연료와 방사성폐기물의 안전과 책임영역을 위한 각종 지침(directives)에서 원칙을 찾을 수 있고, 세계적인 수준에서는 국제원자력기구(Agence internationale de l'énergie atomique, AIEA)에서 말하고 있는 각종 원칙들에서 그 근거를 찾을 수 있다.

가) 시설운영자 책임의 원칙(Le Principe de responsabilité de l'exploitant)

시설운영자 책임의 원칙은 원자력 안전에 관한 협약(Convention sur la sûreté nucléaire) 제9조 근거한 것이라 할 수 있다. 원자력 안전에 관한 협약 제9조는 허가소지자의 책임에 관한 조항으로 “각 계약당사자는 원자력 시설의 안전에 대한 궁극적인 책임은 해당 허가소지자에게 있음을 보장하며, 이러한 각 허가소지자가 그 책임을 이행하도록 보장하기 위하여 적절한 조치를 취한다.”라고 규정하고 있다. 시설운영자 책임의 원칙은 국제원자력기구의 원칙이라 할 수 있는데, 원자력과 관련하여 원자력운영에 있어서 안전 책임은 원자력 시설을 운영하고 이를 행사하는 자에게 있다는 것이다. 시설운영자 책임의 원칙은 원자력 운영 전반에 걸쳐 직접적으로 적용되는 것이다.

나) 오염자 부담의 원칙(Le Principe du pollueur-payeur)

오염자 부담의 원칙은 프랑스 2004년 환경헌장(Charte de l'environnement) 제4조에서 그 근거를 찾을 수 있는데, 환경헌장 제4조는 “모든 사람은 법률에

115) 프랑스 환경법전 제L110-1조는 일반적인 환경보호와 관련하여 다섯 가지 원칙을 규정하고 있다. 사전배려의 원칙(le principe de précaution), 사전예방의 원칙(Le principe de prévention), 오염자부담의 원칙(Le principe pollueur-payeur), 정보의 원칙(Le principe d'informations), 참여의 원칙(Le principe de participation).

의해 정해진 조건에 따라 야기한 손해를 회복하는 데 기여해야 한다.”라고 규정하고 있다.

오염자 부담의 원칙은 오염을 유발한 원인이자 환경오염을 예방하고 오염된 환경을 복구하는 데 필요한 비용을 부담하여야 한다는 것이다. 이에 따라 원자력기본시설이나 방사선편폐기물 생산자나 저장소에 세금을 부과한다든가 하는 방식으로 오염자에게 환경 개선에 대한 부담을 지우고 있다.

다) 사전배려의 원칙(Le Principe de précaution)

사전배려의 원칙은 환경현장 제5조에 근거한다고 할 수 있다. 환경현장 제5조는 “비록 과학적 규명이 불확실하더라도 중대하고 회복할 수 없는 환경 훼손이 발생할 수 있는 경우에는, 당국은 사전배려원칙을 적용하여 권한의 범위 안에서 환경 훼손을 방지하기 위하여 평가절차의 실시와 잠정적이고 비례적인 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

사전배려의 원칙은 확인되지 않은 위험에 대해서도 대응을 한다는 점에서 사전예방의 원칙(Le Principe de prévention)과 구별된다고 할 수 있는데, 위험이 확인되어 이를 방지하는 경우 이에 대한 피해가 클 수 있으므로 잠재적인 위험의 경우에도 대응하는 것이다.¹¹⁶⁾

사전배려의 원칙은 적은 양의 전리방사선의 생화학적 영향과 관련하여 분량과 영향 사이에 1차적 관계가 성립된다고 보는 방식으로 적용되고 있다. 원자력 물질이나 전리방사선의 위험에 대하여 사전에 위험을 제거하기 위한 여러 조치들을 하고 있다.

라) 참여의 원칙(Le Principe de participation)

참여의 원칙은 공공정책에 대하여 일반 국민이 정책결정에 참여하는 것을 말한다. 환경현장 제7조는 “모든 인간은 법이 정하는 범위와 조건 내에서 정부가 보유하고 있는 환경관련 정보에 접근할 권리를 가진다. 또한 환경에 영향을 미치는 정부의 정책결정에 참여할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

116) 박균성, 과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구, 행정법연구 제21호, 2008, 147면.

원자력 분야에서 참여의 원칙은 원자력 시설과 관련하여 일반 토론회를 개최하도록 한다든가 또는 여론 조사를 하여야 하도록 하고, 원자력 관련 문서에 접근 등을 반드시 거치도록 하는 등 일반 국민이 원자력과 관련하여 정부와 함께 공동으로 정책결정에 참여하는 것을 보장하는 것으로 구체화하고 있다.

마) 정당성의 원칙(Le Principe de justification)

정당성 원칙은 공중보건법전 제L1333-1조에 근거를 두고 있다. 공중보건법전 제L1333-1조는 원자력의 활용이 보건·사회·경제·과학적으로 사람에게 나타나는 피해보다는 이득이 큰 경우에 행하여질 수 있다고 하고 있다. 정당성의 원칙은 원자력이 필요한 경우가 많지만 원자력의 이용으로 인하여 피해가 더 크다면 이는 허용될 수 없다는 것이다.

그러나 정당성의 원칙은 여러 정책결정을 하는 주체에 적용된다. 예를 들어 원자력의 일반적 효력에 관해서는 의회가 결정을 한다. 원자력기본시설의 설치와 해체에 대한 결정은 정부가 한다. 또한 방사선 물질의 이동 등은 원자력 안전청(ASN)이 담당한다.

정당성의 원칙에 의하여 원자력의 활용으로 인한 위험이 원자력 활용으로 인한 이득보다 더 크다면 원자력 활용은 허용될 수 없는데, 이미 원자력을 활용하고 있는 경우에도 기술발전 등으로 인하여 재평가가 필요하다면 재평가를 할 수 있다.

바) 최적화의 원칙(Le Principe d'optimisation)

최적화의 원칙은 전리방사선으로 인한 위험은 최소화 하여야 하고 가능한 한 피해가 적은 방식을 채택하여야 한다는 것이다. 최적화의 원칙은 공중보건법전 제L1333-1조에서 규정하고 있는데, 전리방사선에의 노출은 가능한 한 최소한으로 하여야 하는데, 이 경우에 기술적인 요소는 물론이고 경제적·사회적 요소를 고려하고 필요에 따라서는 의학적인 요소도 고려하여야 한다는 것이다.

최적화의 원칙은 ALARA(As Low As Reasonably Achievable)에서 근거한다고 볼 수 있는데, 사회적·경제적 요소를 고려하여 방사선 피폭의 수준을 합리적으로 가능한 최소한으로 하여야 한다는 것이다.

사) 제한의 원칙(Le Principe de limitation)

제한의 원칙은 의료와 생명과학의 연구 대상으로 인한 경우를 제외하고는 원자력 활용으로 인한 방사선 노출은 법령에 따라 정해진 한도를 넘을 수 없다는 것이다. 제한의 원칙은 공중보건법전 제L1333-1조에서 규정하고 있다.

원자력 활용으로 인한 방사선 노출은 일반 국민이나 근로자에게 엄격하게 제한되어 있다. 그러나 의료 환자의 경우에는 본인이 자발적으로 방사선에 노출된 것이므로 제한을 하지 않는다. 방사선에의 노출 한도를 넘는 상황은 비정상적인 상황으로 이러한 사고를 유발한 사람은 행정적 제재 또는 형사처벌을 받게 된다.

아) 사전예방의 원칙(Le Principe de prévention)

모든 환경 피해를 방지하기 위하여 사전예방이 중요하다. 환경피해는 대규모로 발생하게 되고 침해 초기에는 그 피해를 직접적으로 느낄 수 없는 경우가 많으므로 환경피해는 예방이 중요한 것이다. 사전예방의 원칙은 환경헌장 제3조에 근거한다고 할 수 있는데, 환경헌장 제3조는 “모든 인간은 환경의 지속을 위해 법이 정하는 범위 내에서 오염을 사전에 예방해야 하며, 그렇지 못할 경우에도 그 훼손을 최소화하여야 한다.”고 규정하고 있다.

원자력 분야에서 사전예방의 원칙은 원자력으로 인한 피해는 회복이 어렵고 크므로 사회적·경제적·기술적으로 가능한 모든 요소를 고려하여 안전하게 하여야 한다는 것이다.

3) 원자력 사고 등급

프랑스에서 원자력 사고가 발생하면 원자력 안전청(Autorité de sûreté nucléaire, ASN)이 사고 정도를 선언하는데, 프랑스에서는 사고의 경중에 따라 8단계로 구분하여 사고를 발표한다. 국제 원자력사고등급(International nuclear event scale, INES)과 마찬가지로 이 등급은 0부터 7단계까지로 구분하는데, 0단계는 안전에 중요하지 않은 단계(Ecart)이고, 1단계는 비정상적인 단계(Anomale), 2단계는 사건(Incident), 3단계는 심각한 사건(Incident grave), 4단계는 지역적 사고

(Accident ayant des conséquence locales), 5단계는 지역이 확대되는 사고 (Accident ayant des conséquences étendues), 6단계는 심각한 사고(Accident grave), 7단계는 중대한 사고(Accident majeur)이다.

[표 1] 프랑스 원자력 사고¹¹⁷⁾

등급	프랑스의 사고	외국의 사고
0단계	.	.
1단계	매년	.
2단계	2012, 2011, 2010, 2009, 2008, 2007.....	다수
3단계	Areva(2008) Autorité compétente suédoise(2002) La Hague(1981)	다수
4단계	Saint-Laurent-des-Eaux (1980)	일본 투카이촌(1999)
5단계	없음	미국 스리마일섬 발전소 (1979)
6단계	없음	구소련 키시탐(1957)
7단계	없음	일본 후쿠시마(2011) 우크라이나 체르노빌(1986)

프랑스는 원자력 관련 정보를 원활하게 국민들에게 잘 전달한다고 볼 수 있는데, 관련 기관 상호간에 정보전달이 효율적으로 이루어지고 있고, 정보를 공유하며, 상호 의견소통을 통하여 문제를 해결하기 위한 법제가 잘 정비되어 있다는 점에서 ‘리스크 커뮤니케이션(Risk Communication)’이 제도화 되어 있다고 할 수 있다.¹¹⁸⁾

117) ASN, LES ÉCHELLES DE CLASSEMENT.

118) 이상윤, 주요외국의 원자력 관련 법령체계, 한국법제연구원, 2011, 282면.

다. 계엄 등을 통한 국민안전

국민안전을 위협하는 것 가운데 가장 큰 것은 국가적 비상사태일 것이다. 전쟁이라든가 테러 등으로 인한 국가적 비상사태가 발생하였을 때 국민의 안전을 지키는 것이 중요한데, 이를 위한 것으로 계엄 등과 같은 비상사태의 선포일 것이다. 비상사태를 선포하는 것은 국가를 수호하기 위한 것이 첫 번째 목적일 수 있으나, 국가를 수호함과 동시에 국민의 안전을 수호하는 것도 공동의 목적일 수 있다. 프랑스에서 국가적 비상사태를 선포하는 경우는 세 가지가 있는데, 계엄과 비상조치 및 긴급조치가 그것이다.

1) 계엄(État de siège)¹¹⁹⁾

프랑스는 헌법에서 계엄에 관하여 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 ‘계엄령은 국무회의에서 발한다.’라고 규정하고 있고, 제2항에서 ‘계엄기간이 12일을 초과하는 경우 의회에서만 그 연장을 승인할 수 있다.’라고 규정하고 있다. 다른 국가들과 마찬가지로 계엄을 헌법에서 규정하고 있는 것이다.

그 외에 법률에서 계엄에 관하여 규정하고 있는데, 국방법전(Code de la défense) 법률편 제L2121-1조부터 제L2121-8조까지에서 계엄에 관하여 규정하고 있다. 그 외에도 군사법원법전(Code de justice militaire)에서 계엄 상황에서의 군사재판에 관하여 규정하고 있다.

계엄은 외국과의 교전이나 무장세력에 의한 혼란이 발생하였을 때에 국무회의 심의를 거친 데크레로 선포하도록 되어 있고, 이 데크레에는 계엄 지역과 계엄 기간을 규정하도록 되어 있다(국방법전 제L2121-1조).

계엄이 선포되면 즉시 질서유지를 위한 일반행정권력과 경찰권은 군으로 이양된다. 그러나 그 이외의 일반권력은 그대로 유지된다(국방법전 제L2121-2조).

계엄이 선포되면, 군은 주야의 가택 수사를 할 수 있고, 범죄행위를 행한 모든 사람과 계엄이 선포된 지역에서 주소지를 가지지 않는 개인을 격리할 수 있으며, 무기와 군수품의 이양을 명할 수 있고, 이에 대한 수색과 압수를 할

119) 전학선, 프랑스의 계엄제도, 외법논집 제38권 제2호, 2014. 5, 15-16면.

수 있으며, 공공질서에 위협이 되는 출판과 집회를 금지할 수 있다(국방법전 제L2121-7조). 이에 따라 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유, 재산권, 언론·출판·집회의 자유가 제한될 수 있다. 계엄의 선포에도 불구하고, 헌법에 의하여 보장된 모든 권리는 위 조항에 의하여 금지되지 않는 한 계속 향유한다(국방법전 제L2121-8조). 이러한 기본권 제한 형식은 1849년 8월 9일 계엄법(La loi du 9 août 1849 sur l'état de siège) 제11조를 그대로 규정한 것으로, 군이 국민들의 기본권을 제한하는 데 있어 보호를 하지 못하고 있다고 평가받기도 한다.¹²⁰⁾

1915년 8월 6일 Delmotte 사건에서 행정최고재판소는 군이 음료수 판매를 금지하는 것을 허용하였는데, 계엄법은 폭 넓게 해석되어야 한다고 하면서 음료수 판매점은 집회의 장소로 고려될 수 있다고 하였다.¹²¹⁾ 이러한 것에 근거하여 경찰권을 대신하는 군이 개인의 자유와 상공업의 자유를 침해할 수 있었다. 평상시에는 불법적인 조치에 해당하는 것임에도 불구하고 계엄이라는 이유로 정당화되는 것이다. 예를 들어 1919년 Dames Dol et Laurent 사건에서도 행정최고재판소는 카페에서 매춘부에게 마실 것을 제공하는 것을 금지하는 것을 취소하라는 월권소송(recours pour excès de pouvoir)에서 기각 판결을 하였다.¹²²⁾ 이 판결에서 행정최고재판소는 공공질서 유지를 위한 경찰권의 한계가 평시와 전시가 동일할 수는 없다고 하면서 국방의 이익이 공공안전을 위하여 더 넓은 재량을 부여한다고 하였다.

그 당시에는 예외적인 법률을 통하여 정부에게 적절한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여한 것이라는 평가가 있었다.¹²³⁾

헌법재판소는 1985년 1월 25일 Nouvelle-Calédonie 사건에서 헌법 제34조가 기본권 행사와 관련되는 것은 법률로 규정하도록 되어 있다는 것은 자유가 보장되지 않고 입법자가 개인의 자유와 공공질서 수호 사이에 필요한 조정을 할

120) Arlette Heymann-Doat et Gwénaële Calvès, Libertés publiques et droits de l'homme, 9e éd., LGDJ, 2008, p.150.

121) CE, 9 août 1915, Delmotte.

122) CE, 28 févr. 1919, Dames Dol et Laurent.

123) Joseph Barthélemy, Le droit public en temps de guerre, RDP, 1915-1916, p.156.

수 있다고 하였다. 이러한 결정은 공공질서 유지를 위하여 개인의 자유가 과도하게 제한되는 위험으로 나타날 수 있다고 경계하기도 한다.¹²⁴⁾

1789년 근대 국가 이후 많은 입법을 통하여 국민들의 권리를 보장하여 왔지만 비쉬(Vichy)정부 하에서의 권위적인 법률이라든가 혹은 제3공화국의 법률과 데크레 등이 아직도 국민들의 기본권 보장 측면에서는 정비되어 있지 않다고 본다.¹²⁵⁾

2) 비상조치(Pouvoir exceptionnel, Pouvoir de crise)

프랑스 헌법 제16조는 공화국의 제도, 국가의 독립, 영토의 보전 또는 국제조약의 집행이 중대하고 직접적으로 위협을 받으며, 헌법상 공권력의 정상적인 기능이 중단되는 경우에 대통령은 수상, 양원의장 및 헌법재판소의 공식적인 자문을 거친 후 당면상황에 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 긴급조치권은 1961년 알제리사태 때 발동된 적이 있다.

3) 긴급조치(État d'urgence)

긴급조치는 1955년 4월 3일 긴급사태에 관한 법률(La loi n°55-385 du 3 avril 1955 relatif à l'état d'urgence)에 근거하는 것으로 헌법에 명문의 규정은 없지만 국가적 비상사태를 해결하기 위한 조치로 인정되고 있다. 헌법적 근거가 없는 1955년 4월 3일 법률에 대하여 행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 긴급사태 선포행위가 통치행위에 해당하는지 여부에 대하여 언급을 하지 않고 긴급사태를 선포한 데크레는 법률에 근거한 것으로 법률의 합헌성 판단은 행정법원의 권한에 속하지 않는다고 하였다.¹²⁶⁾ 또한 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 1985년 1월 25일 결정에서 1958년 헌법이 1955년 4월 3일 법률을 폐지하는 것은 아니라고 한바 있다.¹²⁷⁾ 이 결정에서 헌법재판소는 긴급조치가 계엄과는 달

124) Patrick Wachsmann, Libertés publiques, 6e éd., Dalloz, 2009, p.113.

125) Patrick Wachsmann, Libertés publiques, 6e éd., Dalloz, 2009, p.68.

126) CE. 24 mars 2006, n°286834.

127) CC. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

리 헌법에 명문 규정은 없지만 헌법 제36조가 계엄을 규정하고 있다면 이는 자유와 공공질서 유지와의 조정을 위하여 입법자가 긴급조치권을 규정할 것을 배제할 수는 없다고 하여 긴급조치가 헌법에 위반되는 것은 아니라고 하였다.¹²⁸⁾

긴급조치권은 2005년 11월 파리 등 수도권에서 연쇄적인 차량방화사건이 일어났고 이민 청소년들과 경찰 사이에 충돌이 발생하여 사회적 혼란이 발생하였을 때 발동되었고,¹²⁹⁾ 2015년 11월 파리 테러가 발생하자 올랑드 대통령은 곧바로 긴급조치권을 발동하였다.

3. 미국의 안전 제도

가. 개관

초창기 연방 헌법적 문서인 연합규약(Articles of Confederation, 1777)에는 영국의 지배로부터 독립한 식민 각 주(州)가 서로의 독자적 성격을 유지하고 각 주(州)의 이익을 보호하고자 연방정부의 권한을 가능한 한 축소시키려고 노력한 탓에 연방정부의 권한은 미미하게 규정되어 있을 뿐이었다. 즉, 1776년 7월 4일 영국으로부터의 독립한 미국은 이후 1777년 11월에 열린 대륙회의(Continental Congress)에서 최초의 헌법인 ‘연합규약(Articles of Confederation)’을 채택하였으며, 이는 1781년 3월 13개 주에서 승인을 얻어 발효되었다. 연합규약은 독립전쟁 시기에 미국 13개 주(州)가 제정한 최초의 성문헌법이었지만, 각주가 자유, 독립, 주권을 유지하고, 사법제도가 결여되었으며, 시행 방법이 비능률적이었다. 따라서 강력한 중앙정부의 필요성을 주장하는 사람들에 의해 개정안이 나왔으며, 나중에는 미국 헌법으로 대체되었다. 연합규약은 처음에 서부 영토 귀속 문제 등 큰 주와 작은 주 사이의 이해관계 대립으로 비준에만 4년이 소요되었다. 그리고 징세권, 통상통제권, 상비군 보유 등 주요 기능을 주(州)정부가 여전히 보유하였다. 연맹회의에서의 투표권은 각 주마다 한 표로 하고

128) 2008년 헌법개정당시 긴급조치(l'état d'urgence)를 헌법에 규정하려고 하였으나 긴급조치의 근거가 되는 1955년 법률이 쟁점화되는 것을 피하기 위하여 채택되지 않았다. Simon-Louis Formery, *La Constitution commentée*, 14e éd., Hachette, 2011, p.79.

129) 전학선, 프랑스의 계엄제도, *외법논집* 제38권 제2호, 2014. 5, 7-8면.

규약의 개정은 만장일치로 하며, 분담금은 백인 인구를 기준으로 각 주에 할당하는 등 비현실적인 규정을 보유하고 있었다. 초기 연합규약 하에서는 중앙정부는 그 기능이 국방, 외교, 화폐주조 등으로 제한되어 취약하였으며, 통상규제권, 사법권 등 실질적인 기능이 없어서 농민 반란 등 사회 불안을 야기하였다. 이와 같이 느슨하게 결합되어 있던 각 주(州)는 자기 주(州) 이익을 위하여 타 주(州)를 희생시키는 이기적이고도 배타적인 행위를 증대시키게 되었고 이에 연방정부의 권한을 강화하여 연방 각 주(州)의 권한을 약화시키고 강력한 연방정부를 수립하여 결속을 강화시켜야 할 필요성이 제기되었다. 이러한 연유로 새로운 헌법회의(Constitutional Convention)가 소집되어 강력한 연방정부를 구성하는 새로운 헌법을 구상하게 되었고, 그 결과 탄생한 것이 1787년 연방헌법인 것이다. 취약한 연합규약을 개정하고 보강하기 위해 ‘미국 건국의 아버지(Founding Fathers)’라고 불리는 55명이 1787년 5월 필라델피아(Philadelphia)에서 제헌회의를 개최하였다. 이 회의에서 뉴욕(New York) 대표로 참가한 알렉산더 해밀턴(Alexander Hamilton)은 강력한 중앙 정부가 필요하다고 역설하였으며, 권리장전(Bill of Rights)을 집필한 조지 메이슨(George Mason)은 큰 주(州)의 이익을 대변하였다. 그리고 중도파인 제임스 매디슨(James Madison)도 이 회의에서 큰 역할을 담당하였다. 116일 동안 계속된 격론 끝에 참석자들은 주(州)의 이익을 대변하는 상원과 인구비례를 대표하는 하원인 양원제를 두는데 합의하는 ‘대타협(Great Compromise)’에 성공하였다. 벤저민 프랭클린(Benjamin Franklin)은 “이보다 더 나은 것은 기대하지도 않을 뿐만 아니라 이것이 최선이 아니라고 확신할 수가 없어서 나는 이 헌법을 찬성합니다.”라는 말로 당시의 분위기를 표현하였다. 특히, 새로운 헌법은 자기 주(州)의 이익중심의 경제적 분과주의를 없애고 국가를 하나의 경제단위로 통할 수 있는 권한을 연방정부에 부여하였고, 이어 수정헌법으로 연방제가 확고하게 확립되었다.¹³⁰⁾ 헌법이 제정된 이후 13개 주에서 비준하는 과정에서 국론이 분열되기도

130) 미국의 연방제도는 기본권 보장 조항을 추가하기 위해 채택된 수정헌법 10개조가 1791년에 확정되면서 확고하게 확립되었다. 수정헌법 제10조는 중앙정부에 대한 국민과 주의 위상을 다시 강조함으로써 연방제도를 재확인하였다. 그 내용은 다음과 같다: “본 헌법에 의하여 합중국에 위임되지 아니하였거나, 각 주에서 금지되지 아니한 권한들은 각 주나 시민이 보유한다(The

하였지만 매디슨, 해밀턴, 존 제이(John Jay) 등의 논객들이 다양한 계기를 통해 헌법 창시자들의 제헌 의도를 널리 알리는 데 노력하였다. 이들 3인의 85개 논설은 ‘연방주의자 평론(Federalist Papers)’이라고 불리며 지금도 헌법학자나 대법원 판결에 중요한 참고 자료로 활용되고 있다. 당시 헌법 창시자들은 ‘연합규약’의 실패를 되풀이하지 않기 위해 하나의 국가로 존속하기 위한 강력한 중앙정부의 필요성에는 공감하면서도 동시에 영국과 같은 강력한 중앙정부에는 반대하였다. 그리하여 정부의 권력을 중앙정부와 주정부가 나누어 가지면서 상호 견제를 통해 국민을 정부 독재로부터 이중으로 보호할 수 있게 하였다. 이러한 연방제 원칙은 미합중국 헌법 제1조 제8절 연방의회에 부여된 권한, 연방의회에 금지된 권한(제9절), 주에 금지된 권한(제10절) 등을 통해 시현되고 있다. 미국 연방대법원은 연방의회의 권한 범위를 해석함에 있어 많은 변천을 거듭하였다. 200년 간 연방헌법은 동일하게 규정되어 있었으나 이에 대한 해석이 달라질 수밖에 없었던 것은 미국의 연방주의 자체가 갖는 복잡한 성격을 갖고 있다는 것에 기인한 것이다. 산업의 발달, 교역량의 증대 등 변화에 따라 연방의회가 주(州)의 권한, 소위 경찰권(police power)에 대한 규제를 확장해온 것이 사실이나, 한편으로는 연방정부와 주(州)정부 간의 긴밀한 유대와 협력 및 공조의 관계도 유지하려고 노력하였다. 특히 다양한 자연 재해와 인위적 재난 사태에 대응하여 연방정부는 주정부와 지방정부에게만 모든 위기대응과 관리의 부담을 떠넘기지 않고 공조 및 협력체계를 구축하여 효율적이고도 신속하게 위기관리를 하고 대응하려고 노력해 왔다. 국가재난 혹은 재해발생시 이에 대처하는 연방과 주 및 지방정부의 역할과 기능에 대해 다음 장에서 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

미국이 영국의 식민지로 있었던 시절에 카운티 정부는 영국왕에 대하여 지역을 대표하기 위한 목적으로 창설되었는데, 카운티의 지방관은 세금을 징수하고 분쟁을 해결하고 법을 강제하는 역할을 담당하였다. 이 역할은 1634년 영국 식민주였던 버지니아 주에 카운티 정부가 처음 창설된 이후 독립직후에 이르

powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.).”

기까지 미국 지방정부(County)에 대하여 기대되었던 것이라고 할 것이나, 주정부와 카운티 정부 간의 다양한 관계로 말미암아 카운티 정부의 역할을 일반화하는 것에는 많은 어려움이 있다. 그렇지만 카운티 정부가 주정부의 대리인으로서 수립되었고, 그 전통적 기능수행으로서 대부분의 카운티에서 재산세 산정과 징수, 재산권의 이전등기, 선거관리, 재판관련 업무, 법규의 강제, 도로와 교량의 유지, 빈민구호 서비스, 공공 보건서비스와 병원, 공공교육체계, 농업기술 진흥에 관련된 사무 등을 취급해온 것으로 알려져 있다. 오늘날에는 카운티 정부의 활동영역은 전통적 기능수행을 초월하여 대기오염규제, 공공주택, 수자원 공급과 하수처리, 대중교통, 공항설비와 같은 서비스부분까지 확대되기에 이르렀고 특히 재난관리 분야에서의 역할도 증대되었다. 재난이 발생된 지역을 관할하는 지방정부는 전형적으로 재난에 대한 제1차적 우선 대응자의 역할을 담당한다. 실제적으로 카운티 정부들은 공공 안전관리기관이 소재하고 있지 않은 규모 지역 공동체 및 카운티 내 여타 지방정부들과 병합되지 않은 지역에서 재난관리에 제1차적 책임을 진다. 상위정부로서 주정부는 일반적으로 발생하는 재난의 정도가 발생지 지방정부의 대응자원 혹은 지방정부의 대응능력을 초과하는 것으로 판단될 때에 지방정부에 대하여 기술적·재정적 지원을 제공할 책임을 가지고 있다. 즉, 연방정부 수준에서의 국가 재난관리체계는 주정부와 지방정부의 재난대응 자원 및 능력이 고갈되고 부족할 때 연방정부 차원의 대응·지원이 이루어진다. 카운티 정부는 주정부와 지역 간의 기능수행을 조정해주는 하나의 매개체로서의 역할을 담당한다. 여기서 카운티 정부는 지역재난관리의 일차적 책임과 주정부 재난관리체계의 핵심매개체의 기능, 그리고 연방정부가 제공하는 지역재난대응방안의 실제 담당주체 역할까지 담당하고 있다. 위기대응자들은 각 지역마다의 대응능력의 균질성을 확보하고, 재난대응 업무수행과 관련하여 공통된 절차와 기준을 수립하여 주 정부의 기술적·재정적 지원을 효율적으로 재난지역에 공급하기 위하여 “작전지역(operational area)”라는 개념을 개발하게 되었다. 미국에서 테러, 사건, 사고를 비롯한 인위적 재난이나 허리케인, 지진, 토네이도 등 자연재해를 포함한 모든 유형의 재난에 대한 일차적 대응주체는 그러한 재난·재해가 발생한 지역의 지방정부인 카운티, 타운, 빌리지 등이다. 이들은 재난·재해가 발생하면 주민에게 대피명령을 내릴

수 있고 재해정보와 통신을 담당한다. 사건현장의 효율적 지휘를 위하여 경찰국, 소방서 등 유관기관과 유기적 협조체제를 유지하고 각종 재난 유형에 따른 현장지휘체계를 갖추도록 하고 있다. 지방정부가 스스로의 능력으로는 대응할 수 없는 재해·재난이 발생한 경우에는 주정부에 도움을 요청할 수 있다. 주정부는 가용한 모든 역량을 발휘하기 위해 관계기관이 협력을 도모하도록 다른 주정부와 기관들과 상호원조협약 등을 체결할 수 있다. 주정부 산하의 방위군 등의 총사령관으로서 주지사는 재난관리와 관련한 명령 권한을 가지고 주정부의 역량을 초과하는 재난상황이 발생할 때에 연방정부에 지원을 요청할 수 있다. 대통령이 심각한 자연재해나 대형사고·테러 등이 발생한 경우에는 주지사의 요청이나 스스로의 판단에 의해서 주요재난선언을 할 수 있는데 이러한 절차는 1974년 재해구호법(Disaster Relief Act)에 규정되었다. 연방위기관리청(FEMA)는 기존의 연방보험청(Federal Insurance Administration), 연방소방청(National Fire Prevention and Control Agency), 연방준비청(Federal Preparedness Agency), 연방재난지원청(Federal Disaster Assistance Administration) 등 많은 연방정부기관들의 기능을 흡수하여 출범하였으며 미국 국방부에서 담당하고 있던 민방위업무도 흡수하게 되었다. 1979년 카터 대통령은 집행명령 제12148호를 발표하여 연방위기관리청(FEMA)을 설치하였고, 빌 클린턴 대통령은 연방위기관리청(FEMA)을 각료회의 부서로 승격시켰다. 이후 연방위기관리청(FEMA)은 국토안보법(Homeland Security Act)의 발효로 국토안보부(DHS)에 흡수되었다. 연방위기관리청(FEMA)는 재난유형에 무관하게 모든 위험상황(all hazard approach)에 접근하는 방식을 채택하여 재난관리의 전체 과정인 예방단계, 준비단계, 대응단계, 복구단계의 활동을 종합 관리하는 통합적 재난관리를 모색하고 있다고 할 것이다. 위기관리의 4단계는 재난의 발생을 예방(prevention)하고, 위기상황발생에 대한 평상시 대비(preparation)체계를 구축하여, 재난 발생 시 대비하고 있는 시나리오에 맞추어 적절하게 긴급한 대응(response)을 통하여 재난이 초래한 피해를 최소화하고, 상황 종료 후에는 피해를 복구하는 모든 과정을 포함한다. 이것을 통합적 재난관리 접근법이라고 한다. 이것은 연방위기관리청(FEMA)의 창설의 이론적 근거가 되었고 미국 전역에 통일적으로 적용되는 국가표준대응체계를 통한 국가위기관리체계(National Incidence Management System)를 수립

하는 이론적 근거가 되었다. 국가재난대응체계(National Response Framework)는 다수 기관이 효율적이고 효과적으로 협업할 수 있는 합동 재난대응체계를 구축하고, 재난사태 수습을 위한 역량과 지원을 단일화된 국가체제로 통합하기 위한 기준과 절차를 제공하고 있다. 이러한 절차 속에서 어떤 위기상황이 발생하면 그 사태에 가장 중요한 관할권을 가진 기관이 사고현장에서 지휘책임을 갖는 개인을 지휘관으로 지명하고 이렇게 지명된 지휘관은 지휘직무에 필요한 지휘 및 일반 참모를 배정받아 사고지휘소(Incidence Command Post)에 배치되어 위기사태에 대한 전반적 관리를 책임지게 된다. 사고지휘소는 사태발생 지점 또는 해당지점과 인접한 장소에 설치되며, 여기에서 사고지휘부는 위기관리작전을 지시한다. 긴급대응인력이 이곳에 파견되면, 사고지휘부가 확립한 명령과 절차에 따라 임무를 수행한다.

미국방재당국은 재난의 발생과 진행에 따라 예방단계, 준비단계, 대응단계, 복구단계의 모든 활동을 종합관리하고 재난의 유형에 관계없이 모든 위험상황(all hazard approach)에 대해 적응가능한 통합적 재난관리를 모색하여왔고, 이러한 결과로 만들어진 것이 사고지휘체계(ICS)이다. 사고지휘체계는 어떠한 상황이나 조직에서든 시설, 인력, 장비, 절차 등을 통합하여 가장 효과적이고 효율적으로 사고를 관리할 수 있도록 주요 기능을 대응, 기획, 보급, 행정으로 분리하고, 핵심기능인 대응을 제외한 나머지 부과적인 기능조직에 대해서는 재난의 특성 및 상황에 따라 변형시킴으로써 조직의 구조를 유연한 형태로 편제하는 모듈형을 채택하고 있다. 사고지휘체계(ICS)는 전통적인 국내지휘구조를 모델로 설계된 것으로 미국에서는 1970년 가을 캘리포니아 주에서 발생한 대형산불에 효과적으로 대응하기 위한 개발되기 시작하였다. 이 대형산불은 13일 만에 진화되었지만 16명의 인명피해가 발생하고, 700동의 건물이 피해를 입었고 농지는 50만 에이크 이상이 손실을 입었다. 다양한 산불 진화단체들이 각자 최선을 다하여 산불진화에 노력하였지만 진화요원들 사이의 차이, 장비의 차이, 사용한 용어의 차이, 조직구조의 차이 등은 효과적 산불진화작업을 어렵게 했던 것으로 파악되었다. 1972년 미국 연방의회는 미국 연방 산림청(the U.S. Forest Service)에 자금을 지원하여 지방 소방당국과 함께 효과적인 산불진화를 위한 지휘체계의 구축을 위한 연구를 하도록 입법하였고, 이러한 연구를 통

해 효과적인 위기대응을 위한 체계로 사고지휘체계(ICS)가 개발되었다. 1970년 대 중반 이후부터 사고지휘체계(ICS)는 산불진화작업 이외의 다른 재난이나 재해에도 적용되어서 그 적용범위가 점점 확대되어갔다. 사고지휘체계는 안전관리관(safety officer), 연락관(liason officer), 공보관(public information officer) 등은 사고지휘관(the incident commander)에게 직접 보고하고 명령을 받는 체계를 이루고 있다. 때로는 이들 개별 사고처리에 따라 이들을 제외한 다른 요원들이 배치되기도 한다. 안전관리관(safety officer)은 사고지휘체계의 전반적 운영에 대해 사고지휘관(the incident commander)에게 보고하고 요원들의 건강과 안전에 책임을 진다. 안전관리관은 사고 진압작업 중 위험한 작업을 중지하거나 예방할 수 있는 권한을 가진다. 연락관(liason officer)의 업무는 모든 관련행정기관들, 비정부조직, 민간단체 사이에서 협업(coordination)을 이끌어내는 것이다. 효율적인 협업을 이끌어내기 위해서 지원조직들에서는 대표를 연락관(liason officer)에게 지정할 수 있다. 공보관(public information officer)은 일반 국민, 뉴스매체, 다른 기관들에게 사고에 관한 정확한 정보를 적시에 전달하는 기능을 담당한다. 대형사고가 발행하는 경우에는 공보관(public information officer)은 정보 전달을 용이하게 하기 위하여 합동정보센터(joint information center)를 설치할 수 있다. 사고지휘관의 참모조직으로는 운영참모(operation chief), 계획참모(planning chief), 물류지원참모(logistics chief), 재정/행정참모(finance/administration chief) 등이 있다. 운영참모(operation chief)는 사고수습을 위한 작전을 수립하고 실행하는 역할을 담당한다. 계획참모(planning chief)는 사고수습 관련 정보를 수집하고 평가하고 확산하는 역할을 담당한다. 계획참모(planning chief)는 사고가 계속되는 동안 정보를 계속 수집하여 대응작업을 지도할 수 있는 대응활동계획을 세우는 업무를 수행한다. 물류지원참모(logistics chief)는 사고수습활동에 관련한 모든 자원의 지원활동을 담당한다. 이것에는 필요한 인력과 장비를 파악하고 주문하는 작업에서부터 수습요원들에게 필요한 식량, 연료, 의료서비스, 장비 등을 지원하는 업무까지 다양한 업무를 담당하게 된다. 사고지휘관(the incident commander)을 위한 사고수습지휘소의 설치 업무와 현장수습요원들을 위한 숙소의 설치 업무도 물류지원참모(logistics chief)가 담당한다. 재정/행정참모(finance/administration chief)는 재정, 비용 모니터, 보상, 사고수습할

동과 관련된 분쟁의 처리 등의 업무를 담당한다. 미국에서는 이러한 사고지휘 체계를 계속하여 발전시켜 왔다. 미국에서 지난 30년간 사고지휘체계는 산불이나 대형화재에 대응하기 위해서 널리 채택되고 발전해왔지만, 오클라호마시의 머라연방건물(Murrah federal building) 폭파사건, 2001년 세계무역센터와 펜타곤 테러 공격에 대한 대응활동 등 대형 사고에도 사고지휘체계가 적용되었다. 미국에서는 사고지휘체계를 활용할 수 없다면, 위기에 대응할 수 없다고 할 정도로 사고지휘체계는 위기대응의 기본으로 인식되고 있다.¹³¹⁾

미국 연방정부의 국민의 생명과 신체 및 안전에 대한 보호의무는 크게 두 가지 관점에서 접근해서 파악되어야 한다.

그 첫째는 국가는 테러방지를 통해 국민의 생명, 신체의 안전을 보장할 의무를 지며 이를 위해 적절한 조치를 취할 권한을 가진다. 다만 국가 안보를 이유로 국가기관의 무분별한 권한행사가 허용되어서는 안 될 것이며, 개인의 자유와 권리에 대한 광범위한 침해는 정당화할 수 없다. 테러 등 국가 안보 위협상황에 적절히 대응하는 것과 헌법상 보장된 국민의 권리 보장 간의 조화로운 균형이 이루어져야 한다. 9.11 테러 사태 직후 제정된 미국 애국법(USA PATRIOT ACT, 이하 애국법)¹³²⁾에 관하여 행정부에 강력한 테러감시 수단을 제공함으로써 제정 당시 국가안보상 긴박한 필요로 말미암아 정당화할 수 있다는 견해와 헌법적 권리의 과도한 침해를 야기한다는 견해가 첨예하게 대립하였다. 논란의 중심이 된 조항을 일몰조항으로 두는 조건으로 법이 통과되었지만 여러 번에 걸친 개정과정에서 해당 조항의 일몰기한 연장 또는 개정 문제를 두고 많은 논란과 비판이 제기되었다. 그럼에도 불구하고 애국법 상당수 조항이 영구화되거나 일몰기한이 연장되는 등 주요 대테러법제 중 하나로 존속해왔다. 그러나 얼마 전 있었던 미국 정부의 개인정보 수집 파문은 애국법의 위헌성 문제가

131) 정하명, 미국에서 국토안보부의 출범과 위기대응법제의 변화, 공법학연구 제 16권 제1호(2014년), 29-34면 참조.

132) 이 법의 정식명칭은 “테러리즘의 차단과 방지에 요구되는 적절한 수단의 제공을 통한 미국의 통합 및 강화법(“Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”)이며, 각 단어의 앞 알파벳을 따서 USA PATRIOT ACT 또는 PATRIOT ACT로 명명된다. Pub. L No. 107-56, 115 Stat. 272, 2001.10.26 제정.

또 다시 대두되는 계기를 제공하였고, 이에 따라 해당 조항의 개정과 관련 법제의 재정비 논의가 잇따를 전망이다. 미국의 대표적 테러리법인 애국법의 제·개정 과정에서 나타난 헌법적 쟁점들을 검토하는 것은 통합적인 테러리법제의 도입 여부와 관계없이 의미가 있다고 할 것이며, 향후 헌법상 보장되는 개인의 권리에 대한 침해를 최소화하면서 국가안보를 확보할 방안을 모색하는데 일정한 기준과 한계를 제시할 수 있을 것이다. 나아가 국가 위기상황이 헌법상 보장되는 개인의 자유의 개념과 국가안보와 관련한 행정부의 권한행사 등에 어떠한 변화를 가져왔으며, 위헌판단에 있어서 사법기관의 역할은 적절하였는지를 검토하는 계기를 제공할 것이다.

둘째는, 미국에서는 2002년부터 2012년까지 108건 이상의 재난이 매년 발생하였기 때문에 재난으로 말미암은 국민의 생명, 신체 및 안전에 대한 침해의 방지 혹은 보호의무가 강조된다. 미국연방재난관리청(FEMA)의 자료에 따르면 2013년 전반기에 이미 42건의 재난이 발생하였고 이 중 32건의 재난은 특별재난이었으며, 4건의 비상사태 선언이 있었고, 6회의 화재관리지원 선언이 이루어졌다. 다양한 국가재난이 발생하는 미국의 경우 이미 오래전부터 안전보장입법체계를 정비하거나 필요한 경우 사태에 즉응하여 국민안전보장입법을 마련하여 향후 발생할 수 있는 국가재난사태를 대비하고 있다. 예컨대, 미국 연방의회는 1803년 처음 연방차원의 재난지원법을 제정한 이후에 1947년까지의 기간 동안 개별적 재난에 대한 지원을 위해 128건의 법률을 제정하였고 1950년 재난구호법(Disaster Relief Act)의 입법을 시작으로, 1960년대와 1970년대에 걸쳐 연방정부는 지방정부를 지원할 법적 근거 마련을 위해 지속적으로 관련 법령을 정비했다. 특히 1974년에는 재난구호법의 개정을 통해 대통령이 재난을 선포하기 위한 절차를 마련하였다. 또한 재난관리 대응 조직의 일원화를 위해 1979년 카터 대통령은 재난관리조직과 부서를 연방재난관리청(Federal Emergency Management Agency: FEMA)으로 통합하여 재난관리 상설기구를 설립했다. 현재 미국의 재난 대응체계에서 중심축이 되는 연방 법률은 1988년 상원의원인 로버트 스탠포드가 주도하여 자연재해 위협의 감소를 목적으로 제정한 스탠포드 재난구호 및 응급지원법(Disaster Relief and Emergency Assistance Act: Stafford Act)이다.¹³³⁾ 구체적으로 동법은 첫째, 현행의 재난구조프로그램의 범위

를 확대개선하고, 둘째, 종합적인 재난대비 및 지원을 위한 계획, 프로그램, 역량 그리고 조직을 개발하도록 장려하며, 셋째, 재난대비 및 구조프로그램의 확대된 조정과 대응을 달성하고자 한다. 또한 넷째, 정부의 지원을 대체할 수 있는 보험에 가입하도록 장려하며, 다섯째, 재난으로 인한 손실을 줄이기 위해 토지이용 및 건축규제를 포함하는 위험완화조치를 하도록 권장하고, 여섯째, 재난으로 인한 공공 및 민간의 손실에 대하여 연방지원프로그램을 제공하는 내용을 포함하고 있다. 스테포드법에 따르면 대통령은 주요재난 또는 비상사태 선언을 하고 난 직후 재난지역에서 업무를 처리하는 연방조정관(Federal Coordinating Officer)을 지정하여야 한다. 연방조정관은 가장 긴급하게 필요한 구조의 유형을 1차적으로 평가하고 필요한 경우 현장사무실을 설치하며, 구호기관들의 활동을 조정하고 기타 필요한 조치를 취하여야 한다. 대통령은 또한 비상지원 및 대응팀(Emergency Support and Response Teams)을 구성하여야 한다. 비상지원 및 대응팀은 최소한 3개 이상의 국가대응팀과 충분한 지역대응팀으로 구성되며 연방정부의 필요에 따라 별도의 대응팀을 설치할 수 있다. 연방재난관리청장은 국가 비상지원 및 대응팀에 대하여 관련법이 제시하고 있는 일정한 목표역량수준을 설정하여야 한다. 동법은 대통령에게 연방비상대응팀이 설정된 목표역량을 달성할 수 있도록 적절하게 계획되고 조직화되며, 필요한 장비를 갖추고 훈련되어 있는 인력으로 구성될 수 있도록 사명을 부여하고 있다. 스테포드법은 또한 연방정부가 연방정부차원의 원활한 지원을 위한 연방대응계획(Federal Response Plan: FRP)을 수립하고 연방자원을 효율적으로 제공하기 위해 기능별 책임기관과 지원기관을 지정하도록 규정하였다. MOOTW 등 군의 엄격한 내부규정에 기초하여 이루어지고 있다. 미국의 재난관련 입법례와 실제 운영사례의 분석을 통해서 얻을 수 있는 우리 법제개선을 위한 시사점은 다음과 같다. 첫째, 미국은 「루이지애나 비상지원 및 재난법」을 통해 허가받은 민간경비회사 직원의 비상시 동원협력의무를 민간경비회사에 부과하여 허가받은 민간경비회사는 직원의 명단과 당해 지역에서 직원의 임무를 정부기관에 제출하도록 하고 급박한 생명위협이 재난상황에서는 정부가 이들을 동원할 수 있도록 하고 있다.

133) Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, Public Law 93-288, 42 U.S.C. § 5121 (amended in April, 2013).

또한 미국 재난대응체계의 법적 중심축이라고 할 수 있는 스탠포드법은 응급 상황시 구호활동과정에서 장애인에 대한 비차별을 명시하고 있음도 유념할 필요가 있다. 둘째, 미국에서 재난관리를 위한 군의 개입은 매우 신중하게 결정되지만 적극적으로 이루어지고 있다. 군이 정부의 법집행에 개입하는 경우 여러 법률에 그 근거를 별도로 규정하여 개입의 근거와 한계를 분명히 하고 있다. 군은 광범위한 비상상태와 재난 상황에 대처하는 데 있어 민간당국을 지원할 수 있는 방대한 역량을 보유하고 있지만 재난관리에 있어서 군은 다른 연방기관을 ‘지원’하는 역할을 하며, MACA가 작동하는 어떠한 형태의 재난과 응급상황에 대한 대응에 있어서도 절대적으로 필요한 경우가 아닌 한 군은 주무기관이 아닌 지원기관으로서의 역할을 수행하는 것이 원칙이다. 셋째, 연방정부의 특별재난선포 전이라도 심각한 재난상황이 지방정부의 대응역량을 초과하는 경우에는 연방정부의 공식적인 대응결정이 이루어지기 전에 지역 군 지휘관의 판단으로 72시간을 초과하지 않는 시간 동안 엄격한 기준 하에 즉각적인 재난대응이 가능하다. 또한 인명과 재산피해를 최소화하기 위해 일선 지휘관은 재난지원요청에 대해 군 지휘체통의 최종판단 이전에 즉각 대응할 수 있다. 즉각 대응한 후에는 신속히 명령체통을 통하여 국방부에 보고하여야 한다. 즉각 대응 요청에 따른 지원을 하기 위해 기준을 설정하여 평가하고 있다. 미국에서 군은 지역정부가 재난상황에 압도되어 더 이상 기초적 생필품과 보호를 제공할 수 없을 때 인도지원과 재난구호를 위한 작전을 수행함으로써 인간안보의 확보와 군에 대한 신뢰제고라는 긍정적 효과를 얻고 있다. 우리나라에서도 국가적인 비극이며 대참사인 세월호 침몰사건을 겪으면서 재난 시 군의 역할에 대한 국민적 기대가 커지고 있다. 대형 인적 재난이나 풍수해 등의 자연재해로 인한 응급상황에서 정부부처나 광역 및 기초자치단체장이 군에 대한 지원 요청을 적시에 하지 않아 재해의 규모가 확대되고 피해의 범위가 확산되는 것을 막기 위한 방안으로 군의 자동개입 방안에 대한 검토가 필요하다. 하지만 군의 자동개입은 미국의 군의 민간지원에 관한 법제가 규정하고 있는 바와 같이 군의 신속하고 사전적인 대량지원의 장점이 유지될 수 있는 시간적 범주와 조건을 명확히 하지 않는다면 헌법상 군의 정치적 중립의무와 관련하여 불필요한 오해가 발생할 수 있다. 이를 회피하기 위해서는 군이 자동 개입

할 수 있는 비상재난상황을 미리 상정하여 법령으로 명시하고 엄격하게 제한된 시간 동안 군이 자동 개입하여 재난지원을 수행하도록 하되 재난에 대한 1차적 책임을 부담하는 광역 및 기초자치단체장의 군의 개입에 대한 결정에 따르도록 하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 이 경우 육군이 아닌 해군과 공군의 경우 그 지원역량의 기술적 특수성과 전문성을 고려하여 좀 더 유연하게 재난에 대응할 수 있도록 별도의 법제를 통하여 개입요건을 정하는 방안도 가능할 것이다. 또한 인적 재난으로서 사회적 재난에 의한 소요사태 등에 대응하기 위해 군의 개입 이전 또는 군의 개입 시에 민간과의 직접적인 접촉면에 있어서는 지역 내 허가받은 민간경비업체의 요원들을 활용할 수 있는 방안과 재난구호상황에서 비장애인에 대한 비차별을 명시하는 법제의 모색도 필요하다. 재난발생시 군부대의 지원기준 정립도 필요하다. 자연재난의 경우 국고의 부담 및 지원기준이 설정되어 있어 일정규모 이상의 피해액이 발생해야 지원대상이 된다. 국고지원 대상금액 이하의 피해가 발생하면 해당 지방자치단체의 자체예산으로 피해를 복구하거나 피해 당사자의 부담으로 복구해야 한다. 따라서 지방자치단체의 재정자립도, 피해금액, 복구에 소요되는 시간, 주민의 위험정도, 재난상황을 종합적으로 고려하되 군의 지원에 의한 재원소요에 대하여는 재난의 규모에 관계없이 국가에서 보전해주는 등 합리적이고 객관적인 군의 재난 개입 지원기준이 마련되어야 한다. 재난에 대한 일차적 책임이 있는 지방자치단체와 재난대응 지원을 위한 고도의 역량과 자원을 보유하고 있는 군은 상호 동의한 명확한 기준을 가지고 재난업무 수행에 협력함으로써 불필요한 오해와 마찰을 줄이고 예측가능성에 기초한 신속하고 효율적인 재난대응과 복구를 수행할 수 있어야 할 것이다.

나. 재난 개념의 정의

미국 연방재난관리청이 정의한 재난의 개념은 다음과 같다.

- 1) 먼저 위험 또는 위난 (hazard)은 위험영역에 다다른 상황이나 현상, 또는 사고로서 곧바로 재난이나 재해로 발전할 잠재가능성이 무척 높은 상황을 지칭한다. 재해가 결과라면 위험이나 위난은 그 원인이 되므로 양자 간에는 인과관계가 성립하게 된다. 이러한 점에서 위난이 없으면 재난이나 재해가 생길 수 없는 것이다.
- 2) 사고(incident)란 사람 혹은 자연에 일어나는 사건의 발생을 의미한다. 자연적 사고 또는 인위적 사고로 인하여 생명, 신체 및 재산의 손해가 발생할 수 있고 다른 환경적 요인에 대한 피해가 발생하게 될 수 있다. 자연적인 국가적 중요 사고(incident of national significance)가 발생하게 되면 연방대통령은 주요 자연재해를 선포할 수 있게 된다. 테러, 데모, 위험 물질사고, 특별안전사고 등은 인위적인 사고의 범위에 포함된다.
- 3) 재난(emergency)은 위험사고의 하나로, 재난이 발생하면 심한 경우에는 많은 인명이 희생되거나 재산상의 막대한 피해가 발생하게 된다. 통상 재난의 결과는 지방정부에 의하여 관리되며, 후술할 스테포드법에 따르면 '재난'의 발생은 연방대통령이 특정한 지역을 연방재난지역으로 선포할 수 있는 전제조건 혹은 선결조건이 된다.
- 4) 재해(disaster)도 위험사고의 일종으로 재해의 범주에 들어가는 위험사고는 주정부나 지방정부의 재난관리 혹은 위기대응수준을 넘는 사고를 일컫는다. 따라서 스테포드법에 의하면 주요 재해에는 자연적 재앙과 대형 화재나 폭발로 인한 대재앙도 포함된다. 재해의 피해나 고통을 감경하기 위하여 연방대통령은 연방의 지원과 구호를 선포하게 되는바 이러한 연방차원에서의 위기관리와 재난대응에 따른 지원과 구호조치는 주정부와 지방정부의 자원을 가일층 보충하게 된다. 재난과 재해 모두 위험한 사고의 발생을 일컫고 연방대통령에 의해 연방지원을 선포하게 되는 전제조건 혹은 선결조건이지만, 재해가 재난보다 대응범위가 훨씬 크기 때문에

지방정부차원의 대응이 요구되는 재난과는 달리 재해의 경우 연방정부적 차원에서의 대응이 요청된다는 점에 차이가 있다.¹³⁴⁾

- 5) 위기(crisis)는 테러리즘이나 인위적 사고의 위협으로부터 부수적으로 발생하는 일종의 위험한 사고를 의미하는바, 위기와 관련된 사고를 관리하는 기관은 원칙적으로 연방수사국이 된다. 위기는 1995년 미국 연방대통령령 39호에 명확하게 정의된 개념이다. 위기관리를 위하여 FBI의 직접 지시에 따라서 지방, 주(州)경찰은 범죄를 조사하고 범죄인을 체포하며, 예방경찰의 역할까지 수행하게 된다.
- 6) 위험(risk)은 “자연재해, 인위재난, 기타 치명적인 사고의 발생에서 기대되는 손실 혹은 추정되는 충격”을 의미한다. 위험의 범주에는 생명, 신체의 손상, 재산피해, 공공신뢰의 손상, 정부업무수행능력의 손실 등이 포함되며, 만일 특정한 지역에 지진이 발생했다고 가정하며, 지진 그 자체는 자연재해로 분류되지만, 그 재해지역의 고속도로를 운행하던 운전자의 사망, 신체손상과 고속도로 자체의 파괴, 손실 및 교량의 붕괴 등은 ‘위험’으로 분류된다. 여기서 재해와 재난은 원인이고 위험은 결과로서 발생하는 충격을 의미하게 된다.¹³⁵⁾

다. 테러에 대한 국가의 방지의무

- 미국 애국법 (USA PATRIOT ACT) 체계

1) 연혁

테러리즘이 향상화하고 대형화하고 있기 때문에 미국에서는 특히 재난에 대한 대비체계와 병행하여 대테러리즘 대응체계가 존재하고 있다. 9.11 테러 직후인 2001년 10월 8일 부시 행정부는 집행명령 제13228호에 의거하여 백악관 내에 국토안보와 테러리즘 업무를 총괄하는 국토안보실(Office of Homeland Security)을 창설하였다. 국토안보부(Department of Homeland Security)는

134) 하규만, 안지영, 미국의 국가 재난관리 체제가 한국에 주는 함의, 정부학연구 제14권 제1호 (2008년), 42면 참조.

135) 하규만, 안지영, 위의 논문, 43면 참조.

2003년 3월에 정식 출범한 부처로, 테러방지관련 부서와 인력을 총집결시킨 것이었다. 기존의 대통령 자문기관이었던 국토안보실(Office of Homeland Security)을 격상시켜서 국토안보부로 승격시켰다. 여기에 편입된 연방정부 기관들에는 세관과 이민국, 해양수비대, 교통보안국, 연방위기관리청(FEMA) 등 22개 연방기관이 포함되어있다. 그러나 연방수사국(FBI)과 중앙정보국(CIA)은 독립적인 정보기관으로 남게 되었다.¹³⁶⁾ 종래에 미국 법무부소속이었던 이민국(Immigration and Naturalization Services)의 역할이 새롭게 만들어진 국토안보부로 이관되었고 이민·세관집행청(Immigration and Customs Enforcement)에 흡수되었다. 이민·세관집행청에서는 미국에 거주하는 불법 외국인을 색출하여 추방하는 업무를 수행하고 있다. 미국 국토안보부의 5대 임무는 테러리즘 예방 및 안전보장 증진, 국정안전과 관리, 이민법의 집행과 관리, 사이버공간의 보호와 안전, 재난의 대비·복구이다. 이러한 업무를 수행하기 위하여 미국 국토안보부는 장관과 부장관 아래 18개 참모부서와 7개 소속기관 등 24만 여명이 근무하며, 2012년 570억 달러에 달하는 방대한 예산과 복잡한 조직 운영체계를 가지고 있는데 이것은 미국 연방부처 중에서 인원수로는 국방부, 보건부 다음으로 세 번째로 거대한 조직이라고 할 수 있다. 이로써 미국은 통합적 위기관리체계를 구축하였다고 볼 수 있다. 위기관리법제의 통합은 사이버공간까지 포함하여 그 적용의 범위가 물리적 공간에 한정되는 것은 아니라고 할 수 있다. 미국 국토안보부의 제1차적 임무는 테러리스트 공격예방이다. 이를 달성하기 위해 테러리스트와 악의적 행위자들에 의한 테러행위를 억제, 탐지, 감시 및 분쇄한다. 이를 위해 테러리스트 활동에 대한 보호능력을 향상시키기 위해 잠재적 목표물을 보호하고 대응계획과 작전을 지원한다. 그리고 폭력적 극단주의의 확산을 저지하기 위해 극단주의와 과격주의 활동을 예방하고 억제한다. 또한 테러리스트의 활동을 억제하기 위한 국토안보 공동체의 참여를 증진시키고 과격주의를 완화시키기 위해 노력한다. 미국은 60년대 후반부터 점점 증가하는 테러위협에 대처할 필요성을 인식하게 되었고, 국제적인 차원에서의 협력과 대응에 있어서도 주요한 역할을 하였다.¹³⁷⁾ 국외정보감시법(Foreign Intelligence

136) 헌법재판연구원, 대테러 입법의 헌법적 문제 - 미국 애국법(Patriot Act)을 중심으로, 4면 이하 참조.

Surveillance Act of 1978)은 냉전시대 미국의 국외기밀정보 수집능력을 증진시키고 미국 내 정보수집활동을 제한하고자 1978년에 제정된 법으로, 이는 국외기밀정보 수집에 있어서 전자감시 활용에 대한 입법적 틀을 마련한 것인바 동법에 근거하여 국외기밀정보를 수집하고자 하는 수사기관은 일부 예외적인 경우를 제외하고 특별법원인 국외정보감시법원(Foreign Intelligence Surveillance Court, FISC)의 승인을 받아야 한다.¹³⁸⁾ 이후 1994년 개정 시에는 국외정보감시를 목적으로 하는 수색에 대한 내용이 포함되었으며, 4년 뒤에는 통신패턴을 추적하는 감시수단의 사용과 종전의 국가안보 제출서(national security letter)¹³⁹⁾권한으로는 수집할 수 없었던 영업기록(business records)의 제출명령을 국외정보감시법원이 내릴 수 있도록 법이 개정되었다.¹⁴⁰⁾ 그 후 1993년 세계무역센터, 1995년 오콜라호마 연방청사에서 발생한 폭탄테러로 말미암아 연방의회는 1996년에 2개의 주요 대테러법안을 통과시켰다. ‘반테러리즘 및 효과적 사형 법률’(The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996)은 테러범죄를 정의하고 이에 대한 처벌 수위를 강화한 것이다. 또한 ‘대량살상무기방어법’(The Defense Against Weapons of Mass Destruction Act of 1996)은 생화학무기 및 핵무기에 의해 발생할 수 있는 테러위험과 사고에 대처하고자 제정되었다.¹⁴¹⁾

137) Daniel E. Lungren, A Congressional Perspective on the Patriot Act Extenders, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, Vol 26, Issue 2, 427면 이하 참조.

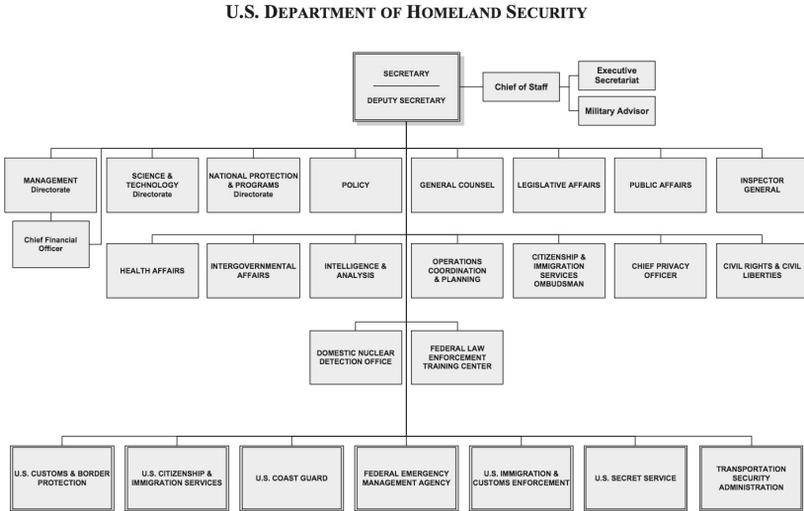
138) Edward C. Liu & Charles Doyle, Government Collection of Private Information: Background and Issues Related to the USA PATRIOT Act Reauthorization, Congressional Research Service Report (2011), 4면 이하 참조.

139) 법원 영장 없이 특정인을 대상으로 하여 정보를 취득할 수 있도록 하는 행정상 제출명령서를 의미한다.

140) 헌법재판연구원, 앞의 보고서, 5면 이하 참조.

141) Michael T McCarthy, Recent Developments: USA Patriot Act, 39 Harvard Journal on Legislation 435 (2002), 436면 참조.

[그림 2] 국토안보부의 조직구성도



2) 애국법 제정과정

2001년 9.11 사태 직후인 2001년 10월 중순경 연방 상·하원은 각각의 대테러법안을 통과시켰고, 10월 23일 공화당 하원의원(Jim Sensenbrenner)이 위 법안의 내용을 결합한 법안을 발의하였는바, 동 법안은 24일 하원을 통과하였고 다음날인 25일에 상원을 통과하여 10월 26일에 애국법이 제정되었다.¹⁴²⁾ 동법 시행에 따른 과급효과를 예측하기 어려워 동법 중 16개 조항에 대해서는 법이 통과된 후로부터 약 4년 뒤인 2005년 12월 31일에 효력을 잃는 것을 조건으로 한 한시법의 형태로 법이 제정되었다.¹⁴³⁾ 애국법 제정에 따라 종래의 정보기관

142) 헌법재판연구원, 앞의 보고서, 5면 이하 참조.

143) Susan N. Herman, The USA PATRIOT Act and the Submajoritarian Fourth Amendment, 41 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 67, 67 (2006); 이하의 제정과정은 헌법재판연구원의 앞의 보고서 6면과 7면의 내용을 인용한 것이다; “애국법은 제정 이후 몇 번에 걸쳐 재승인되고 개정되었다. 먼저 2005년 12월 31일인 일몰기한이 다가오자, 애국법 지지자들은 해당 조항을 영구화해야 한다고 주장하였고, 반대 측에서는 개인의 자

과 법집행기관 간 경계가 완화된 점을 주목해야 한다. 국외정보감시법 하의 수사는 국외기밀정보수집이 해당 수사의 최우선적(primary) 목적에 해당해야 했으나, 애국법은 이를 유의미한(significant) 목적이면 충족되는 것으로 변경하여 형사수사와 국외기밀정보수집이 중복될 시 수사진행에 어려움을 겪는 문제를 해소하고자 하였다. 이로써 중요한 국외정보수집 목적을 갖는 특정 수사가 부수적으로 형사사건의 수사목적에 갖더라도 국외정보감시법 하의 권한행사가 가능해졌다.¹⁴⁴⁾ 일반적인 형사수사에 비해 CIA와 같은 정보기관의 수사는 덜 엄격한 절차와 요건이 적용되는 점을 형사수사에서 활용하고, 이와 동시에 정보기관은 법집행기관이 갖는 광범한 권한행사를 할 수 있도록 하여 테러리즘

유 보호 및 증진을 위해 해당 조항을 폐지·개정해야 한다고 주장하였다. 2005년 7월, 상원과 하원은 일몰기한을 둔 16개 조항 가운데 14개 조항을 영구화하고, 나머지 2개의 조항에 대해서는 일몰시한을 연장하는 법안을 각각 발의하였다. 같은 해 12월에 이 2개의 법안을 절충하는 양원협의회(confERENCE COMMITTEE, 상·하원을 각각 통과한 법안이 서로 상이할 때에 이를 조정하기 위해 한시적으로 구성하는 임시위원회)보고서가 제출되었으며, 하원은 이에 동의하였다. 그러나 몇몇 상원의원들은 해당 보고서가 인권 및 자유침해에 대한 보호장치를 충분히 제공하지 않고 있다고 반대하였고, 상원은 결국 해당 조항의 일몰기한까지 합의에 이르지 못하였다. 상원은 양원협의회 보고서를 좀 더 검토하고자 하였고, 이에 따라 두 번의 입법으로 해당 조항의 일몰기한을 2006년 2월 그리고 3월로 한시적으로 연장하였다. 2006년 3월 1일, 상원은 개인의 자유를 좀 더 보호하고 애국법의 개정내용을 명확히 하고자 한 별도의 법안(the USA PATRIOT Act Additional Reauthorization Amendments Act of 2006)을 통과시켰으며, 동 법안은 잇따라 하원을 통과하였다. 이후 상원이 양원협의회 보고서 내용에 동의하면서, 보고서 내용을 반영한 기존의 하원 법안(the USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005)이 의회를 통과하였으며, 3월 9일 부시 대통령이 이 두 법안에 모두 서명하였다. 이로써 해당 조항의 일몰시한은 2009년 12월 31일로 연장되었다. 일몰시한이 다시 도래하였을 때, 의회는 또 다시 기한 내에 입법처리를 하지 못하였고, 시한을 한시적으로만 연장하여 2010년 2월 28일로 연장하였다가, 이후 1년을 재연장하여 해당 조항의 일몰시한 연장 여부에 대한 판단을 차기 의회로 미루었다. 차기 의회는 일몰시한인 2011년 2월 28일이 도래하자, 우선 시한을 2011년 5월 27일로 3개월간만 연장하였다. 이후 상·하원은 일몰시한을 재연장하는 애국법 일몰기한 연장법(the PATRIOT Sunsets Extension Act of 2011)을 통과시켰고, 2011년 5월 26일 오바마 대통령이 이에 서명하면서 애국법상 2개 조항의 일몰기한이 4년간 재연장되었다.”

144) 헌법재판연구원, 앞의 보고서 8면 참조.

에 대한 수사를 용이하게 하려는 목적이다.¹⁴⁵⁾ 또한 정보기관과 형사수사기관 간의 업무협력과 의사소통을 원활하게 하기 위해 정보공유를 허용하는 여러 규정을 두었음에 유의해야 한다. 애국법의 또 다른 큰 변화는 국가기관, 정보기관 등의 정보수집 권한을 확대하여 방대한 개인정보를 취득할 수 있도록 하였다는 점이다. 종전에 정보수집대상을 외국정보요원으로 한정했던 것을 국가안보나 국외정보수사와 ‘연관성이 있는’ 경우에는 필요한 정보의 수집을 허용하는 것으로 개정하여 정보수집의 대상이 되는 범위와 객체를 확대하였다. 더불어 테러 관련 범죄를 감청영장 발부대상 범죄에 포함시키고 전자통신의 도청금지에 대한 예외규정을 신설하였을 뿐만 아니라, 전자통신프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act of 1986)과 국외정보감시법 하의 전자감시권한을 확대하여 이동성 감청의 허용과 감청기간 및 최대 허용기간을 연장하였다. 더불어 국외정보감시법 하의 수색기간 일부 연장, 종래의 전화사용 기록등록장치(pen register) 및 발신자 추적장치의 사용을 우선 전화기록뿐 아니라 전자통신 정보에도 확장 적용하여 정보기관의 대테러리즘 활동을 강화하였다.¹⁴⁶⁾

3) 애국법 주요 내용

애국법은 국내외 테러행위의 저지, 이에 대한 처벌 그리고 법집행기관의 수사역량 강화 등을 목적으로 한다.¹⁴⁷⁾ 총 10개의 장(Title), 156개 조문으로 이루어졌으며, 기존 연방법률을 수정하거나 증보하는 조항이 대다수를 구성한다. 특히 대테러 수사와 관련하여 좀 더 용이하고 포괄적인 정보수집이 가능하게 한 국외정보감시법 하의 제출명령에 관한 조항(제215조)과 국가안보 제출서에 관한 조항(제505조) 그리고 수색영장집행에 대한 사후통지를 명시적으로 허용한 규정(제213조)은 위헌 시비가 가장 강력하게 제기되었던 규정으로 뽑힌다.

우선, 미국 재무부 내에 대테러활동을 위한 기금을 신설하고, 연방수사국

145) David Cole, James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties In The Name Of National Security* (New Press, 2006), 14면 참조.

146) 헌법재판연구원, 앞의 보고서, 9면 참조.

147) 이하의 본문 내용은 헌법재판연구원의 앞의 보고서 9-15면의 내용을 요약 정리한 것이다.

(Federal Bureau of Investigation, 이하 FBI)의 기술지원센터 운영을 위한 자금 지원을 증액하였다. 또한, 대량살상무기로 인해 발생한 긴급 상황에서 법무장관이 국방부 장관에게 병력지원 등 협조를 요청할 권한을 부여하였다. 즉 FBI의 감시·감청 권한행사의 범위를 확대하고 유용성을 높이는 것을 주요 내용으로 한다. 그 중 하나에 해당하는 제206조는 국외정보수사상의 이동성 감청(roving wiretap)을 허용하는 규정이다. 이동성 감청이란 수사대상자가 감청을 피하기 위해 통신수단을 변경하는 경우 통신회사나 감청의 대상을 한정하지 않고 말 그대로 감청대상을 이동하여 수사대상자를 상대로 모든 통신수단에 대해 감청하는 것을 말한다. 이동성 감청명령은 수사대상자가 사용하는 특정 전화나 특정 컴퓨터가 아닌 수사대상자를 상대로 하여, 하나의 감청명령으로 수사대상자가 사용하거나 사용가능성이 있는 모든 통신수단을 상대로 감청하는 것이 가능하다.¹⁴⁸⁾ 또한, 제207조는 국외정보감시법 하의 외국정보요원에 대한 감청기간 및 최대 허용 기간을 연장하였다. 제213조는 수색영장 집행 시 사후적으로 이를 통지하는 것을 허용하였고, 제215조는 국제테러나 비밀첩보활동에 대한 수사목적으로 FBI가 모든 형태의 유형물에 대해 법원에 체출명령을 신청할 수 있게 하였으며, 이 조문들에 대한 내용은 아래에서 좀 더 구체적으로 다루고자 한다. 또한, 형사수사와 국외기밀정보수집 간의 경계를 완화하여 더욱 효과적인 대응체계를 구축하고 정보 공유 등 기관 간 의사소통을 원활하게 하기 위한 규정도 포함되어있다. 제218조는 앞서 살펴보았듯이 국외정보감시법 하의 감시 및 수색의 ‘유일(sole)’하거나 ‘주된(primary)’ 목적이 국외정보수집이었어야 했던 것을 ‘중요한(significant)’ 목적으로 변경한 조항이며, 이는 형사수사와 국외기밀정보수집 간의 경계를 완화하고자 하는 취지에서 비롯되었다. 제203조는 형사수사정보의 공유 권한에 관한 규정으로, 형사피의자의 기소 여부를 판단하는 대배심에서 획득한 정보에 대해 비공개가 원칙이더라도 일정한 경우에는 공개할 수 있도록 허가하였다. 또한 수사관, 법집행관(law enforcement officer) 또는 검사가 전자통신, 유선, 구두대화에 대한 감청으로

148) U.S. Library of Congress, Congressional Research Service, USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005: A Legal Analysis, by Brian T. Yeh and Charles Doyle, CRS Report RL33332, 17 (Washington, DC: Office of Congressional Information and Publishing, December 21, 2006).

취득한 정보나 이로 인해 취득한 증거에 국외기밀, 방첩정보 등의 내용이 포함 되면 연방수사관 등의 업무수행에 필요한 범위 내에서 해당 내용의 공유를 허용하였다.

기존의 자금세탁방지법(Money Laundering Control Act of 1986)과 은행비밀 보호법(Bank Secrecy Act of 1970)을 개정하였고, 이는 국제자금세탁과 테러단체의 자금조달을 사전방지하고 이를 추적하며 이에 대한 처벌을 보다 용이하게 하는 것을 목적으로 한다. 자금세탁 방지와 관련된 각종 금융기관의 보고 및 기록의무 요건을 강화하는 등 재무성의 권한을 확대하였으며, 미국 내 모든 금융기관을 대상으로 외국인의 개인계좌나 외국금융기관의 대리계좌를 통해 발생할 수 있는 자금세탁을 파악하고 보고하는 기업실사 및 관련 절차수립을 의무화하는 것을 비롯하여 자금세탁과 관련된 금융규제를 전반적으로 강화하였다. 기존의 이민법(Immigration and Nationality Act of 1952)을 개정하였고, 이는 법무부와 이민국의 법집행 및 조사 권한을 강화하는 것을 골자로 한다. 국경관리 인력 증대 및 국경 경비 설비 개선을 위한 자금집행을 승인하는 등 국경 안보를 강화하여 외국 테러범들의 입국을 방지하고자 하였다. 또한 종전에 외국인의 미국 입국을 거부할 수 있는 사유 중 테러와 관련된 것은 총 5가지가 있었는데, 애국법 제411조는 기존 사유의 내용을 일부 다시 정의하고 3가지 사유를 추가하여 외국 테러범 및 지원을 제공하는 자들의 구금 및 추방을 더 용이하게 하였다. 한편 9.11 테러로부터 피해를 입은 외국인에게는 일련의 이민법상 구제조치를 제공하였다. 테러 발생 시 이에 대한 대응과 테러 예방에 공헌을 한 사람에 대해 법무장관과 국무장관이 지급할 수 있는 보상금에 관한 지급기준 및 절차 관련 규정을 포함하고 있다. 테러수사의 장애요소로 지적된 것 중 하나는 정보기관과 법집행기관 간의 소통 및 정보공유가 원활하지 않다는 점이었으며, 제504조는 이에 대한 개선책의 일환으로 국외정보수집 목적으로 실시한 전자감시 및 수색을 통해 취득한 정보와 관련하여 국제테러 등 일련의 국가안보 위협상황으로부터의 보호와 관련 수사를 위해 법집행기관과 협의할 수 있다고 규정하고 있다. 제5장에는 쟁점조항 가운데 하나인 국가안보 제출서에 관한 조항(제505조)을 두고 있다. 9.11 테러 이전에도 범죄피해자 보상 및 지원 프로그램이 연방차원에서 운영 중에 있었으며, 9.11 테러 이후 애

국법 제정 이전에 연방의회는 9.11 테러 피해자 및 유족의 피해보상과 관련하여 별도의 법률을 통과시켰다. 애국법 제6장은 기존 범죄피해자 보상·지원 프로그램 및 공무 중 부상 또는 사망한 공공안전 공무원과 유가족에 대한 보상·지원 제도와 관련하여 기금 운영 및 지원방침 등에 관한 사항을 변경하는 내용을 담고 있다.¹⁴⁹⁾

라. 재난에 대한 국가의 보호의무 - 미국의 재난대응체계 (재난현장지휘체계)

1) 서언

주지하다시피 미국은 해마다 수많은 토네이도, 태풍, 해일, 홍수, 화산폭발 등 자연재해를 비롯하여 대형규모의 산불 등 인적 재난까지 함께 끊임없이 발생하고 있는 나라다. 1803년 뉴햄프셔의 산불에 대한 재난대비 관련 법·제도가 기원하며, 특히 인적 재난이 증가함으로써 재난의 예방정책과 통합 재난 접근 시스템을 제도화하는 노력이 이루어졌고, 이에 따라 스탠포드법의 제정으로 정착이 되었음은 이미 살펴본 바와 같다. 1988년 스탠포드법은 주(州)정부는 주(州)법으로, 지방정부는 조례(ordinance)로 재난관련 사항을 규정하도록 정하고, 이를 통해 주정부와 지방정부가 효과적이며 협력적으로 재난대비 역할분담과 지원체계 및 업무수행의 기반을 마련하게 되었다. 미국의 자연 재해와 인적 재난을 총괄하는 부처(FEMA)를 대통령 직속 하에 두고 이를 통하여 각 부처별로 분산되어 있는 기능과 권한을 통합하여 조정할 수 있도록 하였다. 재난관리 대응 조직의 일원화를 위해 1979년 카터 대통령은 재난관리조직과 부서를 연방재난관리청으로 통합하여 재난관리 상설기구를 설립했다. 현재 미국의 재난 대응체계에서 중심축이 되는 연방 법률은 1988년 상원의원인 로버트 스탠포드가 주도하여 자연재해 위협의 감소를 목적으로 제정한 스탠포드 재난구호 및

149) U.S. Library of Congress, Congressional Research Service, The USA PATRIOT Act: A Legal Analysis, by Charles Doyle, CRS Report RL31377 (Washington, DC: Office of Congressional Information and Publishing, April 15, 2002), 24-31면 참조.

응급지원법(Disaster Relief and Emergency Assistance Act: Stafford Act)이다. 구체적으로 동법은 ① 현행의 재난구조프로그램의 범위를 확대개선하고, ② 종합적인 재난대비 및 지원을 위한 계획, 프로그램, 역량 그리고 조직을 개발하도록 장려하며, ③ 재난대비 및 구조프로그램의 확대된 조정과 대응을 달성하고자 한다. 또한 ④ 정부의 지원을 대체할 수 있는 보험에 가입하도록 장려하며, ⑤ 재난으로 인한 손실을 줄이기 위해 토지이용 및 건축규제를 포함하는 위험완화조치를 하도록 권장하고, ⑥ 재난으로 인한 공공 및 민간의 손실에 대하여 연방지원프로그램을 제공하는 내용을 포함하고 있다. 스태포드법에 따르면 대통령은 주요재난 또는 비상사태 선언을 하고 난 직후 재난지역에서 업무를 처리하는 연방조정관(Federal Coordinating Officer)을 지정하여야 한다. 연방조정관은 가장 긴급하게 필요한 구조의 유형을 1차적으로 평가하고 필요한 경우 현장사무실을 설치하며, 구호기관들의 활동을 조정하고 기타 필요한 조치를 취하여야 한다. 대통령은 또한 비상지원 및 대응팀(Emergency Support and Response Teams)을 구성하여야 한다. 비상지원 및 대응팀은 최소한 3개 이상의 국가대응팀과 충분한 지역대응팀으로 구성되며 연방정부의 필요에 따라 별도의 대응팀을 설치할 수 있다. 연방재난관리청은 국가 비상지원 및 대응팀에 대하여 관련법이 제시하고 있는 일정한 목표역량수준을 설정하여야 한다. 동법은 대통령에게 연방비상대응팀이 설정된 목표역량을 달성할 수 있도록 적절하게 계획되고 조직화되며, 필요한 장비를 갖추고 훈련되어 있는 인력으로 구성될 수 있도록 사명을 부여하고 있다. 연방재난관리청은 다음의 두 시기로 크게 나누어 볼 수 있다. 먼저 독립행정청으로서의 연방재난관리청 시기(1979 - 2003)이다: 이 시기에 FEMA가 대처했던 재난사태 중의 하나는 1970년대 말 유해물질을 나이가카라 폭포의 러브해협(Love Canal)에 투기한 사건이다. 또한 원자력 발전기의 핵심기기가 부분적으로 용해되었던 사고가 발생한 Three Mile Island의 원자력 사고이다. 이러한 재난을 통해 위원회가 적절이 잘 운용되고 있다는 점뿐만 아니라 드러나지 않는 비효율적인 부분도 노정되었다. 1993년에 빌 클린턴 대통령은 James Lee Witt를 FEMA의 위원장(director)으로 임명하였으며, 1996년 FEMA는 각료회의와 같은 서열까지 승격되었다. 그러나 FEMA의 이러한 지위는 George W. Bush 대통령에 이르기까지 유지되지는 않

았다. Witt는 재난복구와 감경 절차를 원활하게 만드는 개혁을 시작하였다. 또한 냉전시대의 종막으로 말미암아 FEMA의 자원들은 국방영역에서 자연 재난 대비에 활용되었다. 재난관리 체계의 재조직과 대통령령에 의해 FEMA가 창설된 후에, 연방의회는 여러 책무들을 FEMA에게 부여함으로써 FEMA의 권한을 확대시켰다. 거기에는 연방댐안전프로그램법(the National Dam Safety Program Act)하에 댐의 안전에 관한 권한이 포함되며, 스태포드 재난구조 및 지원에 관한 법(the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act)을 통한 재난지원, 1977년 지진위험감축법(the Earthquake Hazards Reduction Act of 1977)에 따른 지진위험감축 및 행정명령(the Executive Order) 12941에 의한 연방빌딩의 안전요건, 1987년 홈리스지원에 관한 법(the Stewart B. McKinney Homeless Assistance Act of 1987)에 의한 비상음식 및 피난처, 비상계획 및 지역사회의 알권리에 관한 법(the Emergency Planning and Community Right-to-know of 1987)에 의한 위험물질 등의 관리 등에 관한 권한도 FEMA에 부여하였다.¹⁵⁰⁾

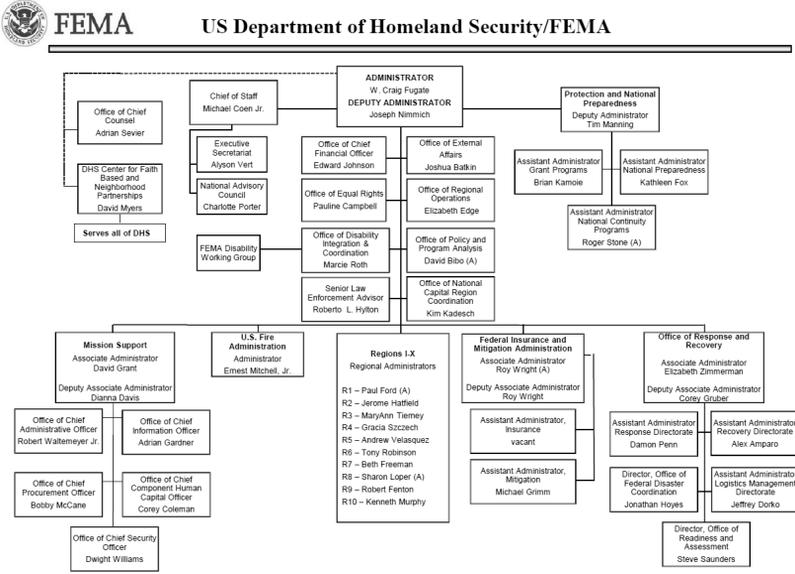
이에 더하여, 1996년 대량파괴무기에 관한 법(the Weapons of Mass Destruction Act of 1996) 및 Nunn-Lugar-Domenici 증보규정 하에 테러리즘 방지에 관한 권한도 FEMA에 부여되었으며, 이는 1995년 동경지하철에서 사린 가스(sarin gas)에 의한 공격 이후에 미국도 위협에 노출될 수 있다는 인식에 대응하여 부여된 것이다. 미국 연방의회는 정규적인 세출예산(regular appropriations)과 위와 같은 사건에 즉응하여 조성되는 긴급 자금의 혼용을 통하여 FEMA에 재정적인 지원을 하였다. 둘째, 연방재난관리청이 국토안전부 산하에 편성되는 시기(2003-현재)이다: 부시 대통령은 2004년 국토안전세출예산법을 승인한다. 2001년 9월 11일 알카에다의 공격 이후 미국 연방의회는 2002년 국토안전법(the Homeland Security Act of 2002)을 통과시켜 법집행, 재난대비 및 회복, 국경수비 및 국방의 임무를 다루는 서로 다른 연방위원회를 더 잘 조율하기 위하여 국토안전부(the Department of Homeland Security: DHS)를 창설하였다. FEMA는 2003년 3월 1일자로 국토안전부에 흡수되었다. 그 결과 2,600명의 이상의 정규근

150) 카터의 1979년 집행명령은 종래 분리되어있던 재난 관련 책임들을 통합하여 FEMA에 그 관리 권한을 부여하였다.

로자를 고용한 국토안전부의 재난대비 및 대응 부서의 한 부분이 되었다(FEMA became part of the Emergency Preparedness and Response Directorate of Department of Homeland Security, employing more than 2,600 full-time employees). 2007년 3월 31일에 국토안전부의 재난대비 및 대응 부서는 다시 FEMA가 되었으나 여전히 국토안전부 산하에 남았다. 다만, 2005년도에 발생한 허리케인 카트리나(Katrina)사건에서 알 수 있듯이 기능의 통일과 또 다른 재조정이 FEMA가 이전에 직면했었던 문제들을 해결하지는 못했다. 2006년 2월 15일에 공표된 허리케인 카트리나에 대한 대응과 준비체계에 대한 조사위원회의 최종보고서에 따르면 지방위원회가 재정지원의 목적을 ‘단지 테러리즘(just terrorism)’기능을 위한 것으로 요청하지 않는 한 각 주(州)에 대해 모든 위험한 재해의 준비를 위한 연방지원금이 부여되지 않았다는 것이 밝혀졌다. 위기관리전문가들에 의해 테러리즘방지구단의 대비를 위한 것보다 자연 재해의 대비를 위한 재정지원금에 대한 우선순위가 낮게 책정되었다는 것이 증명되었다. 전문가 증언은 또한 자연 재해가 발생하기 전에 이에 대한 대비와 노출의 위험성 정도를 경감시키려는 임무가 재난준비기능과 유리되었었다는 것을 보여주었다. 이 때문에 허리케인처럼 이미 알려진 위해에 대한 노출의 위험성이 더욱 증대되었다는 문제들이 FEMA가 국토안전부 산하에 위치하게 되는 경우 발생하는 어려움들을 노정하게 되었다.¹⁵¹⁾ 미국의 재난관리는 FEMA에 의한 통합적 관리 방식과 원활한 조정과 협조체계가 갖추어진 통합적인 조직과 국가비상관리정보시스템(NEMIS)에 의한 체계적이고 일관성 있는 재해대비 및 구호 체계를 완비하고 있다는 데 그 특징이 있다. 재난·재해에 대한 유형별 방재관리체계를 구축하여 피해를 최소화하도록 노력하며, 재난 발생시 민·관·군의 협력 체계 및 신속한 정보통신망을 구축하는 등 매우 효과적인 재난대응이 가능하다는 점에 주목해야 한다. 기본적으로 재난에 대한 일차적인 책임은 지방정부가 지지만 대규모 재난에 대해 연방정부와 지방정부가 인력, 예산 등 물질·인적 자원의 배분과 지원관계를 명확히 하고 있어 연방과 지방정부간의 역할분담과 권한배분이 명확하고 효율적으로 이루어지고 있다.

151) <http://www.fema.gov/about-agency> 등 참조 (2015. 10. 16. 최종방문).

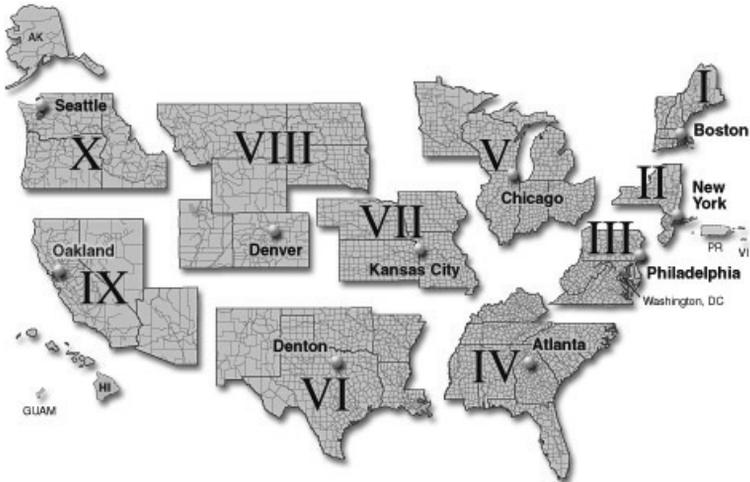
[그림 3] 국토안보부와 연방재난관리청 조직도



September 1, 2015

(A) Denotes acting incumbent

[그림 4] 연방재난관리청 10개 지부의 권역과 지부 소재지



[표 2] 연방재난관리청 10개 지부 소재지 및 주소

<p>FEMA Headquarters 500 C St., SW Washington DC 20472</p> <p>FEMA Region I 99 High St., 6th Floor Boston, MA 02110</p> <p>FEMA Region II 26 Federal Plaza, Suite 1337 New York, NY 10278-0002</p> <p>FEMA Region III 615 Chestnut St. One Independence Mall, 6th Floor Philadelphia, PA 19106-4404</p> <p>FEMA Region IV 3003 Charublee-Tucker Rd. Atlanta, GA 30341</p> <p>FEMA Region V 536 South Clark St., 6th Floor Chicago, IL 60605</p>	<p>FEMA Region VI Federal Regional Center 800 North Loop 288 Denton, TX 76209</p> <p>FEMA Region VII 9221 Ward Parkway Suite 300 Kansas City, MO 64114-3372</p> <p>FEMA Region VIII Federal Center Bldg. 710 P.O. Box 25267 Denver, CO 80225</p> <p>FEMA Region IX 1111 Broadway Suite 1200 Oakland, CA 94607-4052</p> <p>FEMA Region X 130 228th St., SW Bothell, WA 98021-8627</p>
---	---

2) 연방정부와 지방정부의 유기적 · 조직적 협력관계

국가는 재난관리를 통하여 재난으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하는 기능을 수행한다. 국가의 물질적, 관리적 차원의 한계로 말미암아 국가는 단독으로 재난관리를 효율적으로 수행하기 어려운 것이 현실이다. 그러한 연유로 공공기관과 민가기관간의 유기적인 연계가 매우 중요하다.¹⁵²⁾ 이러한 관점에서 미국의 재난관리시스템은 공공과 민간으로 구분되어지며, 특히 재해구호시스템은 공공의 영역에서는 연방정부-주정부-지방정부로 이어지는 유기적인 시스템으로 구축되었다. 여기에 민간구호시스템은 미국적십자사, 구세군, 메노나이트 재해서비스 등으로 구성된다고 볼 수 있다. 미국 연방정부가 다양한 형태의 재난사태에 직접 관여하기 시작한 것은 19세기 대형화재에 대한 지원시스템을 정립한 이후부터이다. 예컨대, 1803년 뉴햄프셔 타운의 대형화재가 발생하였을 때, 연방의회법을 통하여 재정적인 지원을 뉴햄프셔 타운에 제공할 수 있도록

152) 박동균, 미국의 재해구호 활동과 시스템: 특징 및 함의, 국가위기관리학회보 제3권 제1호 (2011년), 23면 참조.

하였다. 바로 이 사건이 연방정부가 지방의 재해에 관여하기 시작한 첫 예인 것이다. 그 후 루즈벨트 정부에 이르러서야 연방정부에 의해 비상사태관리기능에 대한 중요한 투자가 이루어지기 시작했다.¹⁵³⁾ 1930년대에는 재건재정공사(Reconstruction Finance Corporation)과 공공도로국(Bureau of Public Roads)에 재난사태 후 공공시설에 대한 부흥과 복구에 사용되는 재난재정융자(disaster loans)의 권한이 주어졌다. 테네시계곡발전국은 이때 창설되어 수력발전을 통한 전기를 생산하였을 뿐만 아니라 그 지역의 홍수를 줄이려고 하였다. 이 시기에 상당히 많은 비상관리법들이 통과되었는데, 대표적으로 1934년의 홍수통제법(The Flood Control Act)가 제정되어, 미 육군소속 기술자들에게 홍수통제프로젝트를 제안하고 건설하도록 강화된 권한을 부여하였다. 미국에서 홍수통제법은 오랫동안 영향을 미쳐온 중요한 입법이며 실질적으로도 홍수위험을 제거하는데 효율적으로 작동하였다.¹⁵⁴⁾ 1950년대에는 재난구호법(The disaster Relief Act)이 제정되어 본격적인 재난관리에 대한 임무를 연방정부가 수행하게 되었다.

지방정부의 재난관리시스템은 3단계로 구분되어 운영되고 있는바, 긴급위기가 발생한 경우 총괄비상상황실(Emergency Operation Center: EOC)과 각 부처의 비상운영센터(Department Operation Center: DOC)가 설치된다. 총괄비상상황실(EOC)의 경우 우리의 재난안전대책본부와 같은 조직으로 상설기구이며, 평시에는 재난 혹은 재해 예방관리자를 담당자로 하여 실무진 3-4명으로 운영되지만 비상시에는 재난 혹은 재해 발생지역의 자치단체장을 본부장으로 하여 재난지역전체를 대상으로 현장지휘소를 통제·조정하며 재해지원업무를 담당한다. 각 부처의 비상운영센터(DOC)의 경우 다양한 통신망을 통해 시(市)정부 차원의 위기운영센터와 연계되어 협업적으로 각 부처별 보유 인적·물적자원을 현장에서 동원하고 관리한다.¹⁵⁵⁾ EOC와 DOC는 매우 유기적인 협력관계를 통해 위난에 대처하는데 예컨대, DOC는 현장에서 피해의 정도나 위난 관련 제반정보를 EOC에 제공하면 EOC는 각 부처 또는 각 기관 간 인적·물적 자원의 요청을 조정한다. 조정절차는 구체적으로 시(市)정부가 DOC를 통해 요청된 자원

153) George D. Haddow and Jane A. Bullock, Introduction to Emergency Management, 2nd ed., (Elsevier Inc., 2006), 2면 참조.

154) George D. Haddow and Jane A. Bullock, ibid.

155) 박동균, 앞의 논문, 25면 참조.

을 제공하기 곤란한 상황에서 EOC가 인접한 지방정부의 지원을 요구하기 위해 카운티의 EOC와 긴밀하게 협조하여 지원을 도모하고, 나아가 더 필요한 경우 연방재난관리청을 통해 주(州)정부 EOC에 지원협조를 요청할 수 있다.¹⁵⁶⁾ 재난대응에 있어서 1차적인 책임은 지방정부가 지고, 대규모 재난의 경우 연방정부가 함께 대응하는 체제가 원론적인 형태다. 연방재난관리청을 중심으로 통합적인 네트워크를 형성하고 확립하고 있는 덕분에 미국의 재난관리는 다양한 기관과 단체에 의해 광범위하게 이루어지고 있으며, 비정부기관들 또한 재난구호와 지원에 참여할 수 있도록 다양한 연계시스템이 갖춰져 있다는 것이 특징이다.

또한 지방정부는 재난 발생 시 현장지휘체계(ICS)가 설치되어 최일선에서 구조·구난활동을 수행하며, 경찰국, 소방국 등 관계기관과 협력체계를 구축하고 있다. 미국의 ICS와 EOC는 우리나라의 긴급구조통제단 및 재난안전대책본부와 유사하다. 그러나 EOC와 ICS가 일원화된 지휘체계 아래에서 재난현장에 체계적으로 대처하는 반면, 긴급구조통제단과 재난안전대책본부는 현장지휘체계에 있어 많은 문제점이 있는 것으로 분석되고 있다. 미국의 ICS와 EOC와의 명확한 관계 설정과는 달리, 우리의 경우는 대응단계에서 재난안전대책본부와 긴급구조통제단 간의 임무경계가 명확하지 못하고, 각각 별개의 상위 지휘조직을 가지고 있으며, 두 조직을 이루고 있는 기본조직(각 부와 반)의 구조 또한 상이하여 현장지휘체계에 있어 많은 문제점을 야기하고 있다. 또한 미국에는 미국 적십자사, 구세군, 예수재림교 봉사단(Adventist Community Services), 미국 아마추어 무선연맹(American Radio Relay League), ‘지복의 길’ 구호단(Ananda Marga Universal Relief Team), 미국 카톨릭자선회(Catholic Charities USA) 등의 많은 자발적인 자원봉사단체들이 있지만, 이들 단체들은 각자 고유의 목적을 가지고 자연발생적으로 창설된 것들이어서 자원봉사에 있어서 단체의 기능이 중복되거나 상호간의 의견교류도 원활하지 못하다는 문제점이 있다. 이에 따라 미국 연방정부는 국가가 지원하는 지역사회 재난대응반(Community Emergency Response Team) 사업을 추진하여 유기적인 전국적 자원봉사조직을 창설하였으며, 나아가 재난대비자원봉사기구협의회(Voluntary Organizations

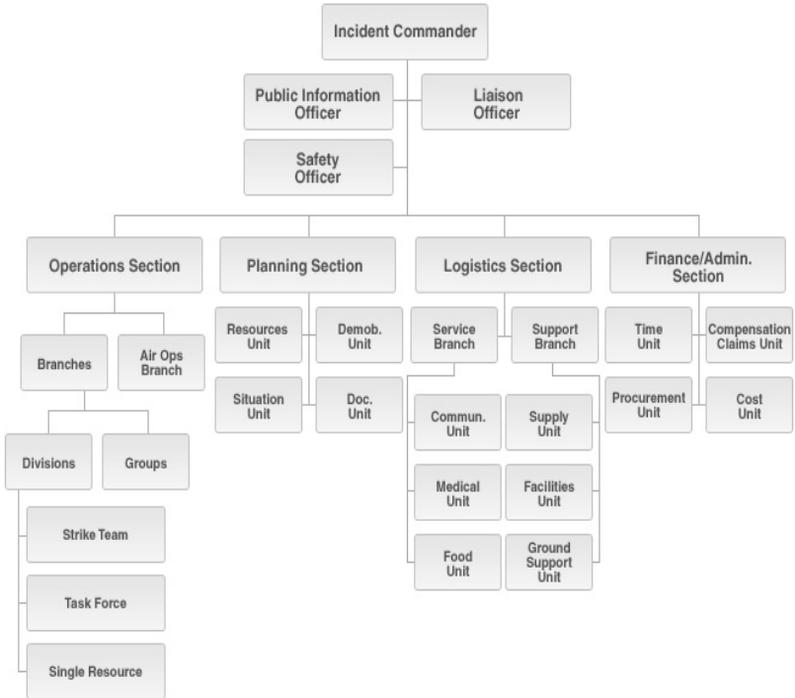
156) 박동균, 앞의 논문, 26면 참조.

Active in Disaster)를 설립하였다. 재난대비자원봉사기구협의회는 예방, 대응, 회복이라는 재난에 대응하는 순환체계에 맞추어 재난의 생존자와 그들의 공동체를 지원하기 위해 민간단체들이 지식과 자원을 공유하기 위해 조직한 협의체로서 이는 약 50개의 국가적 조직과 55개의 주 및 지역 조직으로 구성되어 있다.¹⁵⁷⁾ 즉 미국 전역에 산재하고 있는 다양한 자원봉사단체들을 대상으로 의사소통 및 통합의 역할을 하고 있는 것으로서, 연방, 주(state), 지역사회 혹은 지방정부등의 단계에 따라 각 협의회를 두고 연방재난관리청과 협력하여 각 자원봉사단체들을 대상으로 한 재난관리에 관한 각종 교육 및 훈련 등을 실시하고 있다. 자원봉사단체는 다른 사람들과는 구분되는 특징과 조직구조를 갖추고 집단으로서 지원하려는 사람들로 구성되어 있다. 이러한 단체는 연방정부, 자치정부, 주정부, 지역정부 차원의 재난관리기관들에 소속되어 있지 않다. 그들은 피해를 입은 관할지역의 공인된 조정 체계 외부에서 독립적으로 활동하지만 어느 정도의 단체성을 유지하고 있기 때문에 ‘집합적’이라고 분류된다.¹⁵⁸⁾ 이 중 단체에 소속되어 있는 소속 자원봉사자는 평상시에는 그 소속 단체에서 교육 및 훈련을 받고 재난이 발생하는 경우에는 현장에서의 요청에 따라 필요 인원을 파견하는 식으로 관리가 이루어지지만 특정 단체에 소속되어 있지 않는 무소속 자원봉사자들은 그러한 관리가 이루어지지 않고 있다. 이에 미국에서는 재난의 단계에 따라 무소속 자원봉사자들을 관리하는 지침을 제정하여 두고 있으며, 이 지침에 따른 이행책임은 원칙적으로 각 지역(시, 군 등)의 책임자 즉 시장 등에게 있다.

157) Department of Homeland Security, National Response Framework, Second Edition, 2013. 5, p. 9.

158) NVOAD, Managing Spontaneous Volunteers in Time of Disaster : The Synergy of Structure and Good Intentions, 2005, P. 5.

가) 재난현장지휘체계(ICS)



(1) ICS의 개요

미국은 1970년대 서부지방에 빈발한 대형산불에 대응하기 위하여 재난현장 지휘체계(ICS: Incident Command System) 모델을 개발하였다.¹⁵⁹⁾ 이 모델은 초기에는 소방관서가 대형화재를 진압하는 데 있어서 드러났던 각 기관 내 또는 기관끼리의 제반 문제점을 해결하는 방안으로 사용하였으나, 점차 그 장점

159) 서부지역의 7개 소방기관이 모여서 대형 산불 대응 시에 드러난 문제점을 검토하고 논의한 결과 FIREScope(Firefighting Resources of Southern California for Potential Emergencies)란 기관을 만들었는데, 이 기관에서 개발한 어떠한 화재 진압에도 적용할 수 있는 아주 치밀하고 복잡한 모델이 ICS이다.

을 받아들여 이제는 소방관서뿐만 아니라 경찰 및 재난관리에 관련되는 많은 기관들이 이 모델의 전체 또는 부분을 각 기관의 운영모델로 이용하고 있다¹⁶⁰⁾

재난현장지휘체계(ICS)는 생명과 자산, 환경을 보호하는 등 재난을 안정화하려는 공통 목적으로 함께 작업하는 기관들의 노력을 지휘·통제·조정하는 시스템이다. ICS는 개념적이고 운용적인 시스템으로서 화재 혹은 재난과 관련하여 2곳 이상의 기관이 개입될 때 자원 및 활동을 효율적으로 기획하고 조정하기 위해서 인사 구성에 필요한 공통적인 조직의 절차 및 용어에 대한 합의사항을 나타낸다. ICS 개발의 가장 중요한 목적은 참가하는 단체 간의 통합지휘체계였다. 즉, 통합지휘체계를 세워서 각 기관 간에 긴밀한 관례를 마련하고 동시에 주도권쟁탈(power play)이나 월권행위(take over)를 방지하고자 하였다(FEMA, 1987). 2004년 3월 1일 국토안보부(DHS: Department of Homeland Security)는 국가사고관리시스템(NIMS: National Incident Management System)을 공포하였다.¹⁶¹⁾ 이 NIMS는 생명과 재산의 손실 및 환경에의 해악을 줄이기 위하여 사고(incidents)에 대비, 예방, 대응, 복구하기 위하여 함께 일하는 연방, 주, 부족(tribal), 그리고 지방정부와 민간부분, 비정부조직이 원인(cause), 크기, 지역 혹은 복잡성에 관계없이 활동할 수 있도록 하기 위한 일관성 있는 국가적 템플릿을 제공한다.¹⁶²⁾

ICS의 개념은 화재로 인한 비상 재난뿐만 아니라 홍수, 태풍, 허리케인, 지진, 폭동 및 기타 자연재해 혹은 인적재난을 포함한다. ICS가 적용되는 예로는 위험물질 사고, 행사(Planned events), 자연재해 대응, 범정부 사고, 광범위한

160) 이 모델의 원래의 목적은 넓은 지역의 여러 개의 행정구역에 걸친 대형 산불에 대비한 소방대책이었으나, 오늘날 경찰, 소방, 구급기관 등 많은 기관이 이 제도를 도입하고 있다.

161) 국토안보부 대통령령 5호에서는 모든 연방정부와 기관들이 NIMS를 채택할 것을 요구하고 있으며, 연방 준비 원조를 위한 조건으로 주와 지역에 NIMS를 준용할 것을 요구하고 있다. NIMS의 핵심 철학은 상호운용과 호환을 위한 틀, 유연성, 표준화, NIMS 통합센터를 통한 지속적인 지원 등이며, 핵심 구성요소는 지휘와 관리¹⁾, 대비, 자원관리, 통신과 정보관리, 기술지원 및 지속적인 관리와 유지보수 등이다

162) National Incident Management System (NIMS) : Five-Year NIMS Training Plan(2008: iii). See http://www.fema.gov/pdf/nims/5year_nims_training_08.pdf (검색일, 2015. 10. 16).

자원관리전략이 부족한 때, 화재, 지진 등 대형사상자 발생 재난, 항공·철도·수상·육지 교통사고, 광범위한 지역에서 탐색 및 구조임무 수행, 해충(Pest) 근절 프로그램, 민간분야의 위기관리 프로그램 등을 들 수 있다.

(2) ICS의 조직 및 특징

ICS의 조직은 정보, 안전, 연락 담당의 참모조직과 운영부, 계획부, 지원부(Logistics Section), 그리고 재정/행정부로 되어 있다. 재난상황과 여건에 따라 각 직책 즉, 현장지휘관(Incident Commander), 국장(Branch Director), 과장(Division Director), 소대장(Task Force Leader), 팀장(Team Leader) 등은 탄력적으로 확장 및 축소할 수 있다. 가장 기본적이면서도 ICS의 근본이 되는 원칙은 각 직책의 최고책임자의 부재 시에는 차선임자가 자동적으로 책임자가 되는 것이다.¹⁶³⁾ 재난이 발생하면 현장에 출동한 인원 중 최상급자가 현장지휘관을 맡는다. 현장지휘관은 더 높은 직급의 상관이면 자연적으로 현장지휘관을 인계하도록 규정되어 있고, 상급자가 유고시에는 하급자가 맡도록 규정되어 있다.¹⁶⁴⁾

자주 있는 일은 아니지만 단일 자치단체의 능력으로 수습이 어려운 대형재난의 경우에는 많은 기관이 관련되기 때문에 통합지휘체계가 필요하다.¹⁶⁵⁾ 아래 그림에서 보듯이 관할을 달리하는 여러 기관이 통일된 재난대응을 위해 통합지휘체계를 구성하고 그 아래에 위에서 설명한 재난현장지휘체계(ICS)를 가지게 된다. 통합지휘체계(Unified Command)란 다양한 배경을 가진 많은 기관을 생소한 재난대응체계에 흡수하는 방안이며, 관련 모든 기관이 임무를 가장

163) 예를 들어 만약 지휘본부에서 재정/행정부나 자원지원부를 둘 필요가 없다고 결정하면, 지휘부에서 그 역할을 대신해야 한다. 또한, 자원지원부장이 크게 맡을 일이 없다고 판단하여 서비스지원반(Service Branch)과 자원지원반(Support Branch)을 만들지 않을 수도 있는데, 이 경우에도 마찬가지로 자원지원부장이 그 역할을 책임져야 한다. 이러한 위임제도는 책임소재를 분명히 하는 장점이 있다.

164) 미국은 주로 소방본부장이 현장지휘관이 되는 것이 일반적이다.

165) 미국에서 발생하는 사고의 90% 이상이 해당지역의 관련기관이 자체인력으로 수습할 수 있고, 약 5% 정도의 사고 시에만 자체수습 능력을 초과하여 많은 기관이 서로 협정을 체결하여 지원하게 됨으로 통합지휘체계가 필요하다고 한다.

효율적으로 수행할 수 있게 하는 총체적인 시스템이다. 그리고 이러한 통합지휘체계의 기본정신과 특징은 ICS에 근간을 둔다. 즉, ICS와 마찬가지로 통합지휘체계도 각 기관의 기능이 명확하게 구분되며 동시에 서로 공통적인 관리체계를 갖는다. 따라서 통합지휘체계에 의해 일관된 체계 없이 많은 기관이 함께 작업해야 하는 경우 발생하는 여러 가지 문제점이 해결될 수 있다.

ICS는 상호작용하는 공통용어, 모듈화 된 조직, 통합된 통신, 통일된 지휘조직, 통합된 행동계획, 관리 가능한 통제범위, 지정된 재난처리시설, 포괄적인 자원관리의 8가지 요소로 구성되어 개념적인 기반을 구현하기 위한 토대를 제공(위급속 외, 2007: 76-80)함으로써 효율적인 지휘체계가 가능하다는 데에 그 특징이 있다.

나) 재난대책본부(EOC)

(1) EOC의 개요

EOC(Emergency Operation Center)는 우리나라의 재난안전대책본부와 유사한 조직으로 상설조직이며, 평상시에는 예방관리자(Preparedness Manager)를 담당자로 하여 실무인력 3-4명으로 운영되고, 비상시에는 발생지역 자치단체장을 본부장으로 편성되어 지역전체를 대상으로 재난지역 내의 현장지휘소(ICS Post)들을 통제·조정하고, 자원지원 업무를 수행한다.

(2) EOC의 조직 및 특징

EOC란 대응과 복구를 관리하기 위하여 기관 간 조정과 의사결정을 내릴 수 있는 중심 장소를 말한다. EOC에서도 ICS와 마찬가지로 총괄관리, 운용, 계획, 물류, 재정/행정 등 5가지 재난관리기능을 수행한다. EOC의 책임은 방향제시와 통제, 상황평가, 조정, 우선순위 결정, 자원관리 등이다.

ICS가 현장에서의 대응전략 및 전술을 결정하고 수행하는 반면, EOC는 자치단체 전체의 전략을 결정하고 자원의 우선순위를 고려 동원된 자원을 분산·배치하는 임무를 수행한다. 즉, EOC는 현장을 직접통제하지 않는다. ICS는 주로 화재진압, 인명구조, 응급의료 및 현장통제 등을 수행하는 반면, EOC

는 구호, 식량의 확보·분배, 에너지공급, 상호응원협정, 지원기관에 대한 연락 업무 등을 수행한다. ICS와 EOC는 하나의 지휘선 상에 위치하므로 지휘권의 이양이 불필요하며, 자치단체 전반에 걸친 책임인지, 당해 재난현장에 국한된 책임인지에 따라 그 경계가 명확하다.

EOC조직의 크기는 재난상황에 따라 결정된다. 필요하지 않는 부서는 조직을 단순화시키고 인적자원 요구를 줄이기 위해 비활성화 시킨다(권건주, 2009: 41). EOC조직은 시(City), 카운티(County), 그리고 주(State) 등에 조직되어 있다.

다) ICS와 EOC 비교

우리의 긴급구조통제단과 유사한 ICS와 재난안전대책본부와 유사한 EOC는 일원화된 지휘체계 아래서 체계적으로 재난에 대처한다. 동일한 조직구성 원리에 따라 조직된 ICS와 EOC는 같은 대응목표를 가지고 운영되지만, 다른 수준의 책임을 가진다. 즉, ICS는 재난현장에서의 대응활동에 대한 책임을 지고, EOC는 자치단체 지역 전반에 걸친 자원관리에 대한 책임을 진다. ICS와 EOC는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 첫째, ICS가 현장에서의 대응전략 및 전술을 결정하고 수행하는 반면, EOC는 자치단체 전체의 전략을 결정하고 자원의 우선순위를 고려하여 동원된 자원을 분산·배치하는 임무를 수행한다. 즉, EOC는 현장을 직접통제하지 않는다. 둘째, ICS는 주로 화재진압, 인명구조, 응급의료 및 현장통제 등을 수행하는 반면, EOC는 구호, 식량의 확보·분배, 에너지공급, 상호응원협정, 지원기관에 대한 연락업무 등을 수행한다. 셋째, ICS와 EOC는 하나의 지휘선상에 위치하므로 지휘권의 이양이 불필요하며, 자치단체 전반에 걸친 책임인지, 당해 재난현장에 국한된 책임인지에 따라 그 경계가 명확하다.

라) 비상운영계획(EOP)

미국의 카운티에서는 예기치 못한 대규모의 사건에 대하여 지휘명령 및 협조 역량을 발휘해야 하는 책임을 보유한 부서나 관련기관을 지정하기 위해 비상운영계획(EOP)을 수립하고 있다. EOP에는 지휘명령과 대응활동을 구성하고 관리하는 방법을 기술하고 있으며, 재난·재해에 대한 경감, 대비, 대응, 복구

활동을 위한 기본 틀을 제공하고 있다. 일상적인 대응 시스템을 뛰어넘는 규모와 복잡한 긴급 상황에 대처하기 위해서, 카운티의 모든 공공 부서, 조직, 위원회, 비정부 단체들은 각자의 역할과 의무를 이해하는 것이 아주 중요하다. 이러한 비일상적인 업무들은 우발적 사건이 인지되거나 또는 대응에 이어 시작되며, 최초 대응책임자들의 초기 대응 단계를 뛰어넘을 때 특히 중요하게 된다. 비상운영계획(EOP)은 비정상적인 대규모의 사태에 대한 책임 있는 부서와 조직을 각각 명시하고, 다양한 지휘와 대응 조직들이 어떻게 구성되어지고 관리되어야 하는지를 기술하고 있다. 이것은 어떠한 긴급 상황이나 재난으로부터 어떻게 조치하고 준비하고 대응하며 극복할 수 있는지에 대한 기본적인 틀을 제공한다.

EOP는 다양한 조직이 참여하며, 다양한 조직을 구성·운영하며, 사건발생지역에 자원을 할당하기 위해 ICS(Incident Command System)/NIMS(National Incident Management System) 원칙에 근간을 둔 구조 하에 운영된다. ICS는 설비, 장비, 인적 자원, 업무 그리고 통상적인 조직 구조에서 이루어지는 체계이다. 이 시스템은 일반적으로 연방, 주 그리고 카운티 등 지역에서 인지하고 있는 체계이다.

마) 미국 재난현장대응체계의 시사점

미국의 EOC와 ICS가 일원화된 지휘체계 아래에서 재난현장에 체계적으로 대처하는 반면, 우리나라의 긴급구조통제단과 재난안전대책본부는 현장지휘체계에 있어 많은 문제점이 있는 것으로 분석되고 있다. 미국의 ICS와 EOC와의 명확한 관계 설정과는 달리, 우리의 경우는 대응단계에서 재난안전대책본부와 긴급구조통제단 간의 임무경계가 명확하지 못하고, 각각 별개의 상위 지휘조직을 가지고 있으며, 두 조직을 이루고 있는 기본조직(각 부와 반)의 구조 또한 상이하야 현장지휘체계에 있어 많은 문제점을 야기하고 있다.

바) 미국의 민간자원 활용제도

미국에는 미국 적십자사(the American Red Cross), 구세군(the Salvation Army), 예수재림교 봉사단(Adventist Community Services), 미국 아마추어 무

선연맹(American Radio Relay League), ‘지복의 길’ 구호단(Ananda Marga Universal Relief Team), 미국 카톨릭자선회(Catholic Charities USA) 등의 많은 자발적인 자원봉사단체들이 있다. 그러나 이들 단체들은 자연발생적으로 각자 고유의 목적을 가지고 창설된 것들이어서 자원봉사에 있어서 단체의 기능이 중복되거나 상호간의 의견교류도 원활하지 못하다는 문제점이 지적되었다. 이에 따라 미국 정부는 국가가 지원하는 지역사회 재난대응반(Community Emergency Response Team) 사업을 추진하여 유기적인 전국적 자원봉사조직을 창설하였으며, 나아가 재난대비자원봉사기구협의회(Voluntary Organizations Active in Disaster)를 설립하였다. 재난대비자원봉사기구협의회는 예방, 대응, 회복이라는 재난에 대응하는 순환체계에 맞추어 재난의 생존자와 그들의 공동체를 지원하기 위해 민간단체들이 지식과 자원을 공유하기 위해 조직한 협의체로서 이는 약 50개의 국가적 조직과 55개의 주 및 지역 조직으로 구성되어 있다.¹⁶⁶⁾ 즉 미국 전역에 산재하고 있는 다양한 자원봉사단체들을 대상으로 의사소통 및 통합의 역할을 하고 있는 것으로서, 지역사회(community), 지역(local), 주(state), 광역(region) 및 국가(nation) 등의 단계에 따라 각 협의회를 두고 연방재난관리청과 협력하여 각 자원봉사단체들을 대상으로 한 재난관리에 관한 각종 교육 및 훈련 등을 실시하고 있다.

미국은 자원봉사자를 소속 자원봉사자(Affiliated Volunteers), 무소속 자원봉사자(Unaffiliated Volunteers), 집합적 단체(Convergent Group)로 구분하고 있다. 소속 자원봉사자는 공인된 자원봉사 또는 비영리조직에 소속되어 특정한 재난대응 목적에 맞게 훈련이 되어 있는 사람들이다. 그들의 조직과의 관계는 당해 재난이 발생하기 전부터 형성되어 있으며, 재난관리에 있어서 특정한 임무를 수행하기 위해 소속 조직에 의하여 소집된다. 무소속 자원봉사자는 자발적(spontaneous) 자원봉사자, 긴급(emergent) 자원봉사자 그리고/또는 집합적(convergent) 자원봉사자라고 불리기도 하며, 재난상황에서 연방정부, 자치정부, 주정부, 지역정부 등과 자신들의 활동을 전혀 조율함이 없이 지원을 제공하거나 스스로 참여하는 개인들을 의미한다. 그들은 피해를 입은 관할지역의 공인

166) Department of Homeland Security, National Response Framework, Second Edition, 2013. 5, p. 9.

된 조정 체계 외부에서 개인적 또는 집단적으로 독립적으로 활동하기 때문에 ‘무소속’이라고 분류된다. 집합적 단체는 다른 사람들과는 구분되는 특징과 조직구조를 갖추고 집단으로서 지원하려는 사람들로 구성되어 있다. 이러한 단체는 연방정부, 자치정부, 주정부, 지역정부 차원의 재난관리기관들에 소속되어 있지 않다. 그들은 피해를 입은 관할지역의 공인된 조정 체계 외부에서 독립적으로 활동하지만 어느 정도의 단체성을 유지하고 있기 때문에 ‘집합적’이라고 분류된다.¹⁶⁷⁾ 이 중 단체에 소속되어 있는 소속 자원봉사자는 평상시에는 그 소속 단체에서 교육 및 훈련을 받고 재난이 발생하는 경우에는 현장에서의 요청에 따라 필요 인원을 파견하는 식으로 관리가 이루어지지만 특정 단체에 소속되어 있지 않는 무소속 자원봉사자들은 그러한 관리가 이루어지지 않고 있다. 이에 미국에서는 재난의 단계에 따라 무소속 자원봉사자들을 관리하는 지침을 제정하여 두고 있으며, 이 지침에 따른 이행책임은 원칙적으로 각 지역(시, 군 등)의 책임자 즉 시장 등에게 있다.

재난의 단계에 따른 무소속 자원봉사자에 대한 관리의 주요 내용은 다음과 같다.

① 예방·대비 : 잠정적인 자원봉사자의 숫자 및 예상되는 재난에 대한 자원봉사자의 수요 등을 파악하고, 해당 지역의 자원봉사단체들과 긴밀한 연락체계를 갖추는 것이 주요한 업무가 된다.

② 대응 : 소속 자원봉사자들의 경우에는 연락체계에 따라 필요한 자원의 요청이나 배치가 이루어지게 되며, 무소속 자원봉사자들에 대해서는 이들을 관리하기 위한 자원봉사자 접수처(Volunteer Reception Center :VRC)를 설치하고 이를 통하여 무소속 자원봉사자들에 대한 전반적인 관리를 실시한다.

③ 복구 : 복구단계에서도 계속 자원봉사자 접수처 등을 통하여 자원봉사자에 대한 관리를 행하며, 단계가 이전되더라도 기존의 작업과의 연속성을 유지하게 하는 것이 가장 중요한 업무의 하나가 된다.

167) NVOAD, Managing Spontaneous Volunteers in Time of Disaster : The Synergy of Structure and Good Intentions, 2005, P. 5.

마. 재난대응법제

인위적인 재난으로서의 테러리즘에 대응하기 위한 법제로서 미국 연방 애국법은 이미 검토한 바와 같이 연방정부에 다양한 역할과 권한을 부여하고 있다. 이에 더하여 1988년 스탠포드 재난구호 및 긴급지원법(Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act)은 주로 자연재해의 구제와 관련한 내용으로 구성되어 있다. 이 법에 근거하여 대통령은 주지사의 요청이나 스스로의 판단에 의해서 주요재해지역을 선포할 수 있고 주요재해지역의 희생자들에게 연방 재정 및 자원의 지원이 이루어진다. 또한, 이 법률에 근거하여 대통령은 연방지원의 집행과 관련한 규정을 제정할 수 있는 권한이 부여되어 있고 연방행정기관들과 연방지원을 받게 되는 주(州)정부기관들은 모두 대통령이 제정한 위기관리관련 규정들을 준수할 것이 요구된다. 따라서 동법에서 재난관련 용어의 정의에서부터 중앙 및 지방정부의 재난준비 지원, 주요 재난에 대한 지원 및 관리, 재난 예방프로그램 등 연방정부와 주정부 및 지방정부의 활동의 기본 방향과 절차들이 규정되어 있다. 스탠포드 재난구호 및 긴급지원법에서 나타나 있는 주요 입법원칙들에는 연방정부지원의 보충성의 원칙, 연방지원활동의 종합화·통합화의 원칙, 연방정부지원의 차별금지 원칙 등이 있다. 연방정부지원의 보충성의 원칙이란 제1차적 우선 대응기관인 지방자치정부 혹은 주정부의 대응으로 감당할 수 없는 대응재해에 대해서 보충적으로 지원되는 것이 원칙이라는 것이다. 연방지원활동의 종합화·통합화의 원칙이란 연방정부의 지원활동은 개별적으로 이루어질 것이 아니라 종합적 통합적으로 이루어져야한다는 것이다. 연방정부지원의 차별금지 원칙이란 연방정부의 지원은 인종, 종교, 언어 등에 의한 차별이 엄격하게 금지되어 있다는 것이다. 이렇게 연방 법률에서 직접적으로 위기대응 관련 내용을 규정하고 있지 않지만 연방지원을 받는 조건으로 연방정부가 정한 국가위기관리체제(NIMS)와 국가재난대응체계(NRF)를 받아들일 것을 제시할 수 있고 많은 주정부에서는 이를 받아들이고 있는 것도 사실이다. 국토안전보장대통령명령 제5호에 근거하여 2007년 8월에 국토안보부에서 개발한 것이 국가위기관리체제와 국가재난대응체계이다. 국가위기관리체제에서는 유연성의 원칙(Flexibility)과 표준화의 원칙(Standardization)

을 규정하고 있다. 이러한 원칙들은 상반되는 가치를 추구하는 것 같지만 유연성의 원칙은 모든 종류의 위기에 국가위기관리체제가 적용될 수 있다는 것을 의미하고, 표준화의 원칙은 국가위기관리체제는 위기대응과 복구 등의 단계에서 표준적 기준을 제공한다는 것을 의미한다. 국가위기관리체계에서 제시하고 있는 기본원칙인 유연성의 원칙은 미국 내 여러 행정기관들 사이의 협력은 물론 민간단체, 혹은 외국과 협력이 요구되는 위기상황에 적용하기 위해 특별한 의미를 지닌 원칙이다. 이것은 특정지역에서 발생한 위기상황에 대한 확장성(scalability)과 대응활동을 촉진시키기 위한 중요한 원리다. 이러한 모든 종류의 위기관리에 대한 유연성은 위기관리·대응요원과 관계기관들 사이에 조정과 표준화가 반드시 전제가 되어야 할 것이다. 관련 행정기관들은 물론 민간협력단체와 통합적 대응과 결합을 증진시키기 위해서는 표준화된 운영체계가 반드시 필요하다. 표준화된 운영체제는 재난의 예방·대비·대응·복구 등 전체 상황에 참여하는 다양한 조직들 사이에 통일성(cohesion)을 증진시킬 수 있다. 미국 국가위기관리체계의 표준화의 입법원칙은 각종지원프로그램은 물론 관련 행정기관들의 통합과 협력을 증진하기 위한 운영체계의 표준화, 관련행정기관들과 민간단체들 사이의 효율적 의사소통을 증진하기 위한 용어의 표준화를 통한 공통된 용어의 개발 등 적극적인 표준화의 적용으로 재난대처에 능률적이고 효율적인 대처를 위한 기반을 구축하는 것에 적극적으로 활용하고 있다. 연방정부는 표준화의 원칙에 따라 위기상황에 대처하는 여러 단체들 상호간의 용어의 통일 등을 기하여 훈련을 함으로써 위기상황에 대한 대응력을 높일 수 있을 것이다. 또한 국가재난대응체계에서 제시하고 있는 원칙들은 적극적 협력체계의 원칙, 위기와 재난의 대응에 있어서 층위가 다른 대응의 원칙(tiered response), 통일된 명령체계에 의한 행동일원화의 원칙 및 동시실행성의 원칙 등이라고 할 것이다. 이들에서 나타나고 있는 원칙들은 많은 경우 앞서 본 바와 같이 미국의 주정부나 지방정부의 위기대응법제에서 받아들여져서 주정부나 지방정부의 위기대응법제의 발전에 많은 영향을 미치고 있다.

나아가 주정부차원의 위기관리법의 입법원칙으로는 통합적 접근의 원칙, 통합 및 복수관할체계의 원칙, 모든 주(州)의 기관적용의 원칙 등이 강조되고 있다. 위기관리자들은 통합적 접근의 원칙 중에서 모든 위협에 접근을 특히 중요

시 하고 있다. 건물에 갇힌 원인이 테러리스트에 의한 폭탄의 폭발에 의한 것과 같은 인위적 재난에 의한 것이든, 혹은 토네이도나 지진 혹은 허리케인 등과 같은 자연재해에 의하여 발생한 것이든 관계없이 매몰자가 있다면 신속하게 구조할 수 있는 법체계를 만들어 국민의 생명과 신체의 안전을 확보하는 것이 가장 우선이 되어야 할 것이다. 요약컨대 미국에서는 위기관리부분은 연방위기관리청(FEMA)과 국토안보부를 중심으로 통합적으로 이루어지고 있다는 점에 주목해야 한다. “안전관리부분은 연방환경청(EPA), 연방항공청(FAA), 연방교통안전청(TSA), 연방직업안전청(OSHA) 등 다양한 연방기관들에서 시행하고 있으며 그 법도 또한 다양하다. 통합환경대응·보상·책임에 관한 법(the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act), 연방수질보호에 관한 법률(Water Pollution and Control Research and Related Program), 연방대기환경보전에 관한 법률(the Clean Air Act), 연방폐기물관리법(the Toxic Substance Control Act), 사업장안전과 보건에 관한 법(the Occupational Safety and Health Act), 위기관리계획 및 공동체 알권리에 관한 법(the Emergency Planning and Community Right-to-Know Act of 1986), 연방농약에 관한 법(the Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act) 등 많은 연방법들이 있다.”¹⁶⁸⁾

미국 연방정부와 주(州)정부 및 지방정부의 재난대응체계와 법제에 대해 검토를 하였다. 크게 테러리즘과 자연적 재난의 대응이라는 관점에서 접근하였다. FEMA의 역할과 ICS의 체제는 우리에게 시사하는 바가 크다. 이미 언급한 바와 같이 비록 ICS와 EOC는 우리나라의 긴급구조통제단 및 재난안전대책본부와 유사하지만 EOC와 ICS가 일원화된 지휘체계 아래에서 재난현장에 체계적으로 대처하는 반면, 긴급구조통제단과 재난안전대책본부는 현장지휘체계에 있어 많은 문제점이 있는 것으로 분석되고 있다. 즉 미국의 ICS와 EOC와의 명확한 관계 설정과는 달리, 우리의 경우는 대응단계에서 재난안전대책본부와 긴급구조통제단 간의 임무경계가 명확하지 못하고, 각각 별개의 상위 지휘조직을 가지고 있으며, 두 조직을 이루고 있는 기본조직(각 부와 반)의 구조 또한 상이하여 현장지휘체계에 있어 많은 문제점을 야기하고 있다. 차체에 이러한 문

168) 정하명, 앞의 논문, 36-40면 참조.

제점들이 앞서 소개된 미국의 재난대응체계와 법제를 통해 개선될 수 있으면 한다.¹⁶⁹⁾ 또한 미국 전역에 산재하고 있는 다양한 자원봉사단체들이 연방, 주(state), 광역자치(region) 지역사회 혹은 지방정부 등의 단계에 따라 각 협의회를 두고 연방재난관리청과 협력하여 재난구조와 지원에 참여하고 있다는 특징이 주목된다. 각 자원봉사단체들을 대상으로 한 재난관리에 관한 각종 교육 및 훈련 등을 실시하고 있다. 자원봉사단체는 다른 사람들과는 구분되는 특징과 조직 구조를 갖추고 집단으로서 지원하려는 사람들로 구성되어 있다. 이러한 단체는 연방정부, 자치정부, 주정부, 지역정부 차원의 재난관리 기관들에 소속되어 있지 않다. 그들은 피해를 입은 관할지역의 공인된 조정 체계 외부에서 독립적으로 활동하지만 어느 정도의 단체성을 유지하고 있기 때문에 ‘집합적’이라고 분류된다.¹⁷⁰⁾ 이 중 단체에 소속되어 있는 소속 자원봉사자는 평상시에는 그 소속 단체에서 교육 및 훈련을 받고 재난이 발생하는 경우에는 현장에서의 요청에 따라 필요 인원을 파견하는 식으로 관리가 이루어진다. 우리나라의 재난관리체계에 있어서도 먼저 체계적인 통합관리체계를 수립하여 국가재난사태에 효율적이고도 적극적으로 대응할 수 있도록 해야 하며, 이를 통하여 국가와 지방자치단체 간의 책무, 즉 공공영역에서의 재난관리 체계의 조직적·유기적 구성을 도모하는 것 외에도 민간영역에서의 자원을 활용할 수 있도록 재난 관련 법제를 정비하는 것이 시급하다. 특히 미국 연방정부와 주(州)정부 및 지방정부 간의 유기적인 협력체계와 조정기능 등의 구체적인 내용들에 주목하여 앞으로 우리의 재난과 위기관리의 법제의 개선에 참조할 필요가 있다.

4. 독일의 안전 제도

2004년 4월 27일 제정된 재난구호와 민간보호에 관한 법률¹⁷¹⁾

169) Department of Homeland Security, National Response Framework, Second Edition, 2013. 5, p. 9.

170) NVOAD, Managing Spontaneous Volunteers in Time of Disaster : The Synergy of Structure and Good Intentions, 2005, P. 5.

171) 정식 명칭은 “Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe”

제1조 재난구호와 민간보호를 위한 연방행정청의 설치에 관한 법률

제1항 (연방행정청의 설치)

연방 정부는 연방 상위기관으로서 시민보호 및 재난구호를 위한 연방행정청을 설립한다. 연방정부는 내부에 연방행정청을 둔다.

제2항 (연방행정청의 업무)

- (1) 연방행정청은 시민보호와 재난구호의 영역에서 시민보호에 관한 법률 또는 기타 연방 법률에 의해 위임받거나 법률을 통해 또는 법률에 근거하여 다른 권한에 속하지 않는 한 내부의 연방장관에 의해 수행된 또는 해당 상위 연방기관의 동의를 받고 위임받은 연방의 업무를 수행한다.
- (2) 연방행정청은 전 1항에 규정된 지역에서 해당 상위 연방기관의 동의를 받고 연방 내무부장관을 지원한다.
- (3) 연방행정청이 연방 내무부장관의 업무로서 다른 업무영역의 업무를 인지하게 되는 한, 해당 상위 연방기관의 감독을 받는다.

제2조 시민보호법률의 개정

1997년 3월 25일(연방법률 공보 I, p. 726)의 시민보호법률 제4조 제1항과 제2항은 개정되었다(최근 2003년 12월 23일의 법률 제22조(연방법률 공보 I, p. 2848)로 개정되었다).

“연방행정청”은 “민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청”으로 대체되었다.

제3조 연방공무원보수법률의 개정

2002년 8월 6일(연방법률 공보 I, p. 3020)에 공포된 연방공무원보수법률의 부록 I (연방급여규정 A와 B) (최근 2003년 12월 23일 (연방법률 공보 I, p. 2848)에 개정되었다)는 다음과 같이 개정되었다.

1. 급여그룹 B 4는

- a) “연방형벌청의 상임이사”와 “주요부서의 장”이라는 공식 명칭은 삭제하고,
- b) “연방형벌청의 상임이사”라는 명칭은 “주 보험기금의 상임이사”라는 명칭으로 변경하고,
- c) “민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청의 부청장”과 각주 6)의 명칭은 “부청장”이라는 명칭으로 변경하며,
- d) 각주 6) 이하와 같다.

“6) 이 명칭은 최초의 기관장만 사용할 수 있다.”

2. 급여그룹 B 6는

- a) “민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청의 청장”은 “건축과 공간질서를 위한 연방행정청의 장”으로 삽입하고,
- b) “연방형벌청의 부청장”은 주요 부서의 장으로서 베를린에 있는 상위 주 행정기관인 “상원 의장과 기능 부의장”으로 삽입하고,
- c) “연방형벌청의 부청장”의 공식 명칭을 삭제한다.

제4조 무력 분쟁시 문화재 보호를 위한 1954년 5월 14일 협약을 위한 법률 개정

1967년 4월 11일 (BGBl. 1967 II p. 1233, 2471) 제정된 무력 분쟁시 문화재 보호를 위한 1954년 5월 14일 협약을 위한 법률 제2조 제1항과 제5항 (1971년 8월 10일 (BGBl.의 법 1. 1971 II p. 1025) 동법 제1조에 의해 개정되었음)에서 “시민보호를 위한 연방행정청”은 “민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청”으로 대체되었다.

제5조 효력발생

이 법은 유효력으로 다음달 1일부터 효력을 발생한다.

제2절 국민의 안전보장에 관한 헌법적 쟁점들

1. 헌법상 의무 여부

1. 국가의 기본권보호의무

국민의 안전을 보호할 국가의 기본권보호의무론은 독일 연방헌법재판소 판례에 의해 처음 이론적으로 구성되었다.

가. 기본권보호의무 개관

기본권보호의무론은 기본권 영역 전반에 중요한 지위를 차지하고 있다.¹⁷²⁾ 기본권보호의무란 헌법상 보호되는 기본권적 법익을 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말한다.¹⁷³⁾ 기본권보호의무는 국가와 가해자 및 피해자라는 3각 관계를 중심으로 논의되는 특성을 지니고 있다. 독일 연방헌법재판소 판례에 의하면, 기본권보호의무는 단순히 국가의 지침이나 원칙이 아니라, 국가의 의무라고 한다.¹⁷⁴⁾

나. 기본권보호의무의 구성요건

‘기본권보호의무’란 헌법에 의하여 보호되는 기본권적 법익에 대해 사인인 제3자에 의한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 보호해야 하는 국가의 의무를 말한다. 따라서 기본권보호의무가 발생하기 위해서는 ① 헌법에 의해 보호

172) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 77 ff.; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 350; Pieroth/Schlnik, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rn. 94 ff.

173) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 151.

174) BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 89 (140 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 88, 203 (251).

되는 기본권적 법익에 대해 ② 사인인 제3자가 ③ 위법한 가해나 가해의 위험¹⁷⁵⁾을 주는 경우여야 한다.

1) 헌법상 기본권적 법익

독일 연방헌법재판소 판례에 의하면, 가해의 대상은 자유권적 보호법익에 국한된다.¹⁷⁶⁾ 예를 들면, 생명,¹⁷⁷⁾ 건강,¹⁷⁸⁾ 재산권,¹⁷⁹⁾ 인간의 존엄,¹⁸⁰⁾ 신체의 자유,¹⁸¹⁾ 직업의 자유,¹⁸²⁾ 단체행동권¹⁸³⁾ 등이다. 기본권보호의무는 특히 인간의 존엄과 가치, 생명 및 신체의 완전성에 국한하여 논의되어야 할 실익이 있다. 기본권보호의무는 사인의 가해 또는 가해의 위험으로부터 기존의 법익을 보호하려는 것이기에 사회적 기본권의 법익은 그 대상에서 제외된다. 사회적 기본권은 생존에 필요한 재화의 정의로운 분배를 통한 자유의 보장을 목표로 하기 때문이다.¹⁸⁴⁾ 또한 사회적 기본권의 구조와 목적을 고려할 때, 사회적 기본권에는 기본권보호의무가 발생하기에 부적합하다. 기본권보호의무는 가해자(사인)-국가-피해자(사인)이라는 3각 관계를 전제로 함에 반하여, 사회적 기본권은 사인과 국가라는 양면관계의 구조를 지니고 있다.¹⁸⁵⁾

175) 위험(Gefahr)은 사태의 진행을 저지하지 아니하면 법익에 대한 손상이 발생할 충분한 개연성이 있는, 법적으로 허용되지 않는 상태를 말하고, 위험(Risiko)은 개연성의 고저나 불법성을 막론하고 법익손상에 대한 모든 가능성을 뜻한다.

176) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 93; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 186 ff.; Groß, JZ 1999, S. 326 (330); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 75.

177) BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 88, 203 ff.

178) BVerfGE 56, 54 (73); 79, 174 (201 f.); 85, 191 (212).

179) BVerfGE 49, 89 (143); BVerfG, 1 BvR 80/95 vom 26. 7. 2005.

180) BVerfGE 64, 261 (275).

181) BVerfGE 49, 304 (319 f.).

182) BVerfGE 81, 242 (243).

183) BVerfGE 84, 212 (226 f.).

184) 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 『저스티스』 통권 제 115호, 한국법학원 2010. 2, 88면.

185) 정태호, “기본권보호의무”, 『인권과 정의』 제252호, 대한변호사협회, 1997. 8, 87면; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 4면.

2) 사인인 제3자의 가해

가해자(사인인 제3자)가 피해자인 다른 사인의 기본권적 법익에 가해를 주거나 가해할 위험이 있는 경우 국가의 기본권보호의무가 발동하게 된다.¹⁸⁶⁾ 사인인 가해자, 사인인 피해자 및 기본권보호의무를 부담하는 국가라는 기본권보호의무의 3각 관계가 형성된다.¹⁸⁷⁾ 이 상황에서 국가는 한편으로는 가해자의 가해로부터 피해자의 자유 영역을 보호해 주어야 하고, 다른 한편으로는 국가의 보호행위로 인해 가해자의 자유 영역을 과도하지 않게 제한해야 한다.¹⁸⁸⁾

사인에 의한 가해가 아닌 자연재해, 외교적 보호, 국가나 외국의 공권력에 의한 침해 등은 기본권보호의무에서 말하는 가해자의 가해가 될 수 없다.¹⁸⁹⁾ 이는 기본권 주체인 사인의 법적 책임과는 상관없는 피해가 발생했기 때문이다. 또한 국가가 자연재해에 대하여 방재책을 마련하여야 하는 의무는 우리 헌법 제34조 제6항의 재해예방의무에 해당하지, 기본권보호의무는 아니기 때문이다. 외국의 공권력의 의한 침해는 기본권보호의무와 관련 없으며 우리 헌법이 보장하는 영역에 해당할 수 없다. 논의의 대상으로는, 자살이나 고도의 위험이 내재된 스포츠로 인한 위험 등 사인 스스로 자초한 가해는 국가-행위자라는 2각 관계를 구성하기에 기본권보호의무의 구성요건에서 제외된다는 견해가 있다.¹⁹⁰⁾ 그러나 개인이 자기 스스로 독자적인 결정을 할 수 없는 상황에서 불가피하게 자살을 택한 경우, 이러한 기본권보호 밖에 처한 국민의 기본권을 보호하지 않는 국가는 보호의무 위반을 하게 되는 것이다. 따라서 이러한 경우에도 기본권

186) P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996, S. 25 f.; J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 62.

187) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 112.

188) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제 62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 4면.

189) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 79, 89, 120 ff. (가해의 대상(객체)은 자유권적 기본권의 모든 보호법익이다. 예를 들면, 생명, 재산, 개인의 자유 등이다. 또한 천재지변과 기본권주체의 법적 책임영역 밖에 있는 불가피한 사건들은 기본권보호의무와 관계없다); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489, 490; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 74, 231; Merten, in: GS Burmeister, nach Fn. 15 und 65.

190) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 89.

보호의무가 발동되어야 한다.¹⁹¹⁾ 경우에 따라서는 자기 스스로 유발한 가해에 대해서도 기본권보호의무가 발동되어야 할 것이다.¹⁹²⁾

3) 위법한 가해나 가해의 위험

기본권보호의무가 발생하려면 기본권적 법익이 위법한 ‘가해’¹⁹³⁾를 받았거나 가해될 위험이 존재해야 한다.

가) 위법한 가해

기본권보호의무에서 ‘가해’는 기본권적 법익에 대한 위법적 제약을 말하고, 이 경우 ‘제약’은 기본권적 보호법익에 대한 불리한 작용을 의미한다.¹⁹⁴⁾ 사인이 다른 사인에 대해 위법한 가해를 가한 경우 국가는 기본권보호의무를 부담한다.¹⁹⁵⁾ 이 경우의 가해는 현재의 가해 또는 급박한 가해를 말한다. 기본권적 법익에 대한 가해가 있다고 하여 바로 기본권보호의무가 발생하는 것은 아니고 이러한 가해가 위법한 경우여야 한다. 가해행위의 위법성에 대한 판단기준은 법률이 아니라, ‘헌법의 우위’에 따라 ‘헌법’을 기준으로 하여야 한다.¹⁹⁶⁾ 기본권보호의무가 발생하려면 사인에 의한 타인의 기본권적 법익에 대한 위법한 가해가 있어야 한다. 따라서 정당행위인 경우에는 기본권보호의무가 문제되지 않는다.

191) 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 『헌법학연구』 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 408면.

192) Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 II, Rn. 48; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 220 ff.; 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007. 8, 133면; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 5면.

193) 기본권의 ‘침해’(Eingriff)는 국가가 국민의 기본권을 정당하지 아니한 제약을 가하는 것으로 사용된다. 기본권보호의무에서 논의하는 사인이 타인의 기본권을 위법하게 가해하는 것이므로, 기본권의 ‘침해’ 개념과 구별하여 ‘가해’(Beeinträchtigung)로 사용하기로 한다.

194) 정태호, “기본권보호의무”, 『인권과 정의』 제252호, 대한변호사협회, 1997. 8, 85면.

195) BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

196) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 99 ff.

또한 원인제공자만이 가해의 직접적인 당사자가 되지 않는 경우도 있다. 예를 들면 복수의 원인제공자의 공동행위로 인하여 시간적, 공간적으로 거리가 있는 가해의 경우에도 국가에게는 기본권보호의무가 있는 것이다.

여기서 말하는 가해는 기본권 주체(피해자)의 의사에 반하여 기본권 보호법에 대한 상당한 가해이다. 가해자의 책임과 그 밖의 주관적인 요소는 불문한다. 그러나 단순히 경미한 가해는 이에 포함되지 않는다.¹⁹⁷⁾

기본권보호의무의 발동은 가해자 행위의 목적성에 의존하지 않는다. 목적을 가진 가해뿐만 아니라, 비고의적이거나 가해자에 의해 예견되지 않은(잠재적인) 피해에 대해서도 기본권보호의무는 발동된다.¹⁹⁸⁾ 왜냐하면, 기본권보호의무는 국가에 의한 가해자의 처벌에 중점이 있는 것이 아니라, 피해자의 자유 영역을 보호하는 데 중점이 있기 때문이다. 사인의 고의나 과실이 없는 경우에도 사인의 피해가 존재하거나 피해의 위험이 있다면 기본권보호의무는 발동되어야 한다. 즉, 가해자인 사인이 목적하지 않는 가해가 발생한 경우에도 그 가해로 인해 피해자의 피해가 존재한다면 국가의 기본권보호의무는 발생한다.¹⁹⁹⁾

나) 가해의 위험

국가의 기본권보호의무는 현재의 가해만이 아니라, 장래의 가해위험에 대한 방지도 지향하고 있다. 보호의무의 수범자(국가)와 원인제공자(제3자)가 동일하지 않기에 효과적인 보호를 위해서는 사전적 조치가 필요하다. 따라서 국가의 기본권보호의무를 발생시키는 가해는 현재의 가해뿐만 아니라 가해의 위험을 포함하는 예방적 개념이다.²⁰⁰⁾ 기본권보호의무는 가해가 실제로 발생하는 경우뿐만 아니라 가해가 합리적으로 예상될 경우(즉, 가해의 객관적 위험이 존재할 경우)에도 발생할 수 있다. 따라서 국가는 기본권을 효과적으로 보호하기 위하

197) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 89.

198) D. Murswiek, Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw 1986, S. 179 (186).

199) 허완중, 앞의 논문, 88면; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호 금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 6면.

200) G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 226 f.; 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007. 8, 134면.

여 위협에 대한 예방적 조치를 취할 필요가 있다.

가해나 가해의 위협이 존재하는 경우에, 위협원인 사인이 가해를 의도하였는지 또는 주관적으로 인식하였는지는 중요하지 않다. 그러나 기본권적 법익에 대한 가해나 가해의 위협이 위협원인 사인에게 귀속될 수 있어야 한다.²⁰¹⁾ 즉, 위협의 원인이 사인의 행위에 기인한 것이어야 한다. 위협의 정도 문제를 구성요건의 단계에서 검토한다면, 구성요건 단계에서 충돌하는 법익들 상호간 이익형량의 과정을 거치게 된다. 이는 기본권보호의무의 범위와 한계에 관한 문제를 구성요건의 단계에서 판단함으로써 기본권보호의무의 적용범위를 축소시킬 가능성이 있다.²⁰²⁾

안전을 보장하기 위한 국가의 역할은 확대되었다. 우리 헌법 제5조는 “① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.”고 규정하고 있다. 특히, 헌법 제37조는 “② 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 규정하고 있다. 이 조항은 국가의 헌법에 의한 안전보장의 정신을 규정하고 있다. 기타 헌법 규정에서 국가안전 등을 이유로 특별한 헌법규정을 제50조, 제60조, 제91조, 제91조, 제109조에 두고 있다. 다만 현행헌법은 안전에 관하여 국가안전보장을 중심으로 규정하고 있어 국가의 안위 보장에 한정되어 보장하는 듯한 인상을 주어 문제가 있으며, 개헌시에 이 점을 개정해야 한다.

201) 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 『저스티스』 통권 제115호, 한국법학원 2010. 2, 88면.

202) 정태호, “기본권보호의무”, 『인권과 정의』 제252호, 대한변호사협회, 1997. 8, 86면; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 7면.

2. 국가목적이론

가. 일본의 논의

일본은 독일의 국가목적론에 대하여도 주로 19세기 논의로부터 20세기 논의까지 소개하고 있다. 국가가 형성된 후의, 국가의 동태적인 기능을 논의하는 것으로 오늘날 국가의 목표 및 국가과제가 논의의 테마가 된다.²⁰³⁾

국가목적 개념은 역사적으로 헌법과 국가가 의식된 헌법학이, 국법적 법실증주의에 의식적으로 대항하는 과정으로 탄생하여 그 완성은 바이마르 시기 칼 슈미트의 업적에 이른다. 그는 고전적인 테마인 국가목적의 탐구를 바이마르 헌법 하에서 하여, 그 결과로 헌법규범과 국법학의 결합에 관한 방법은 달리고 있지만 일원적 동태적으로 결합시키고, 그 후 독일 국법방법론에 결정적인 영향을 주게 된다.

본 기본법에서는 모두 헌법국가는 사회적 법치국가 원리가 시민적인 법치국가로 변하여, 헌법은 그 안에 있고 새로운 과제를 갖게 된다. 헤벨레가 정리한 헌법국가를 그 대표적인 논의로서 소개하면 다음과 같다. 헌법국가 “그것은 공권력이 법에 의해 구성되고, 실질적이고 형식적 헌법원리(기본권, 사회적 법치국가, 권력분립, 재판 독립)에 의해 제한된다.” 그리고 그 국가에서는 공권력은 민주적으로 정당화되고, 다원적으로 컨트롤된다. 나아가 그 국가에서는 사회의 권력도 “기본권으로부터 정책” 및 사회(예를 들어 저널리즘)의 권력분화에 의해 제한된다. 헌법국가는 이상형으로 “개방된 사회”로 이루어진 국가이다.²⁰⁴⁾

나. 국가목적으로서의 안전

“국가목적으로서의 안전”이라고 하면 “국가목표규정 Staatszielbestimmung”을 연상한다.²⁰⁵⁾ 독일기본법에서 1994년 신설되어 2002년에 개정된 20a조가 대표적이다. “국가는 장래세대에의 책임에 있어서도, 자연적 생명기초 및 동물을,

203) 石村 修, 『憲法國家の實現—保障·安全·共生』, 尙學社, 2006, 64면.

204) P. Häberle, Die Kooperative Verfassungsstaat, in : Die Verfassung des Pluralismus, Königstein 1980, S. 289.

205) 三宅雄彦, 「國家目的として安全」, 法學教室, No. 329, 2008, 14면.

입법에서는 헌법적합적 질서의 구조 내에서, 집행적 권력 및 사업에서는 물 및 법의 척도로서 보호한다”, 즉 환경보호와 동물보호가 목표가 되었다.

여기서 국가목표규정은 어떠한 역할을 하는가. 그것은 국가를 객관법에서 구속할 의무를 부여한다. 즉, 입법과 행정과 사법, 연방과 주에 상관없이, 모든 국가권력을 이 헌법조항은 구속하는 것이다.²⁰⁶⁾

그런데 환경이외에도 국가목표규정의 후보는 존재하고, 이것으로 주목되는 것이 “안전” 개념이다. 여기에는 첫째로, 외국군대로부터의 안전보장이다(외적 안전). 무력공격으로부터 국민의 생명, 신체, 재산을 보호해야하고, 국가책무 및 국민협력 등을 정하는 국민보호법이 그 예이다. 국내의 범죄로부터 보안도 최근 중요 관심이다.²⁰⁷⁾

방법에 적합한 환경정비를 위한 생활안전조례, 테러를 미연에 방지하기 위한 공모죄도 이것에 해당한다(내적안전). 이 연장선상에 있는 것이 자연재해로부터의 안전이다. 이것에 대해, 국토와 국민을 자연재해로부터 보호하기 위한 방재체제와 계획을 설정하는 것으로, 재해대책기본법이 존재한다. 원자력과 생명과학 등 신기술의 발전으로부터 발생하는 문제도, 현재의 중대한 관심사이고, 여기서도 안전이 언급된다. 광우병(BSE)문제 등, 식생활에의 위협과 리스크에 대처하는 식품안전기본법제가 있다(기술적 안전).

사회적 안전으로 불리는 사회보장의 제문제도 포함하면, “안전” 개념의 사정이 미치는 것은 넓은 범위가 된다고 할 수 있다. 목표의 폭발이 국가의 과중부담을 이끌게 되는 문제도 있지만, 여하튼 새로운 국가목표 “안전”이 논의될 때, 그 중심은 내적안전과 기술적 안전에 해당한다고 해도 좋다.²⁰⁸⁾

다. 국가목적론의 효용

국가목적의 주요한 작용은 국가에 의한 동일화, 정당화, 컨트롤에 있다. 동일화에 대해서는 독일 전후(戰後)는 심볼을 잃은 상태이고 감히 국가를 중심으로한 애국주의를 언급하는 것을 금지(조국의 상실), 독일기본법에 의한 동일화 가

206) 三宅雄彦, 前掲論文, 14면.

207) 三宅雄彦, 前掲論文, 14면.

208) 三宅雄彦, 前掲論文, 14면.

능성을 모색하게 되었다. 이 헌법 피터널리즘(paternalism: 후견주의)은 이러한 기본법 중에 독일이 잃은 것의 회복과 새로운 독일 자신을 창조한다는 이중성격을 포함하는 것이기에 헌법에서는 과대한 부담을 부과한 측면이 없지 않다.²⁰⁹⁾

독일은 기본권보호의무론에 의해 객관적 헌법규범의 논증이 가능하다. 근대 헌법의 인권규정은 국가에 의한 인권침해를 금지하고, 시민에 의한 각 시민의 인권침해를 방지하고 있지만, 보호의무론은 이 도식을 유지하면서 인권구제를 시도한다. 즉, 인권이 보호하는 법익을 시민이 침해한 경우에, 국가에는 이 법익을 보호하는 의무(Schutzpflicht)가 있다는 것이다.

원자력이용에 의한 위험, 공항 등의 소음문제, 화학병기 배치의 위험 등으로부터 시민을 보호하지 않으면 안 된다. 인권의 대상이 국가에 한정되는 전제는 붕괴되고, 그것에서 말한 인권법익이라는 실질이 확보될 수 있는 것이다. 보호시책을 구하는 권리, 청구권도 동시에 인정될 수 있다는 점에서, 역시 선 국가 목표규정과 성질이 다른 것이지만, 인권법익을 최대한 실현하는 것을 국가에 의무부여 하는 점, 그 현실화에 대폭적인 입법재량이 인정되는 점도 포함하여, 이 보호의무론은 국가 목표규정과 공동한다고 볼 수 있다. 이런 의미에서, 기본권은 보호 의무를 통한 국가목표가 된다. 안전이라는 목표도 결국, 명문규정이 없어도 기본권으로부터 보호의무의 조작을 매개로 실정법으로서 출현한다고 해석한다.²¹⁰⁾ 즉, 일본에서는 헌법 개정 없이도 국가목표를 언급할 수 있는 것이다.

그러면 “국가목표로서 안전”을 어떻게 논해야 하는가? 잠정적으로 말하면, 현재는 기술혁신에 팽대한 국가예산이 불가결하여, 이 때문에 국가는 기술과 일체화하고 있지만, 동시에 그 국가가 기술적 안전을 설명하고, 기술을 저지하려고 한다. 그 패러독스는 감히 불문으로 하는 것이다. 그러나 범죄예방과 테러에 대한 대책은 그것과 다르다. 그 실현에는 모든 인간의 자발적 협력이 필요하지만, 그 협력에 의문이 있는 자에 대한 수인의무로서 나타난다. 이것으로 논리적인 방향설정은 반드시 실패한다. 치안 지향에 대한 작금의 판례는 서민

209) 石村 修, 前掲書, 83면.

210) 三宅雄彦, 前掲論文, 14면.

의 소박한 희망을 무시하고 있지만, 국가론의 수준에서는 타당성을 갖는다. 무엇보다 내적안전이 실패한다고 해도, 목표로서는 관료기구의 확대와 헌법적 구속의 위태화로 끝나지만, 그것이 목적이라면 국가는 필요 없게 되어버린다. 목표가 틀리면 “국가목적으로 안전”은 완성되지 않는다. 그렇지만, 이러한 상황을 보기 어려운 것은 법학적 교의학(敎義學)의 쇠퇴에 더하여 논리적 감수성의 연마까지 초래한다. 기술사회와 목적수단의 사고 때문이다. 논리적 차원이 상실되면 국가 목적론이 소멸된다. 하지만 이 의문을 결한 헌법학은 안전할 것인가?²¹¹⁾

라. 국가의 책임

헌법국가에서는 국가 단독 이성이 있는 것이 아니라 헌법에 구속된 이성이 있을 뿐이다. 나아가 국제법에서의 규범적 구속력이 강화되고, 특히 EU내에서는 재판적인 보장이 충분히 확보되는 것에 의해, 그 규범력을 높인다. 따라서 국가로서의 책임은 정치, 경제, 문화의 각 분야에 모두 미치고 있다. 국가목적과의 관계에서 의연히 주권국가가 전제되고 있는 국제사회에서 자국의 국익 추구는 국제사회에서 해야 할 책임의 문제로 고려되어야 한다.

여기서 자국의 독립을 확보하기 위하여, 타국과의 소극적인 최저한 국가로서의 책임을 부과하는 것으로부터 논의된다. 즉, 자국의 안전과 평화가 동시에 국제사회의 안전과 평화에 결부되도록 우선 고려하게 된다. 여기서 국가목적과 국제목적이 그것을 구체적으로 행사하는 책임과 완전히 결합되게 된다. 단, 어디까지나 타국의 독립과의 관계를 일의적으로 고려하고 있기 때문에, 적극적으로 국제사회에서의 협력, 의무, 다시 말해 군사적인 제재에의 책무까지 고려하고 있는 것은 아니다.

국가목적은 국가의 동일화와 정당화이며, 여기서 국가형성과 그것의 유지에 해당하지만 모두 확인해 온 것 같이 헌법국가에서는 그것이 절차적으로 민주적으로 형성된 것, 국가-헌법의 수범자의 권리, 자유, 평등을 충분히 보장하는 것으로 구체화되고 있다. 특히, 세계관적 중립성과 개방적인 민주적 절차를 중시하고 있는 것으로 보아, 인간의 존엄을 핵심으로 한 기본권 보장이 국가목적

211) 三宅雄彦, 前掲論文, 21면.

의 제1의 것이 되고, 그것을 보장하는 국가의 책임도 존재하고 있다고 하는 결론에 이르는 것은 명료하다. 그러나 애초 국가목적은 아무리 헌법 내에서 규범적으로 구속(拘束)되어져 있어도 그 추상성의 이유로, 위반 책임을 법적으로 추구하는 것은 곤란하다. 예를 들어 국가로부터의 저항권 행사는 이러한 사항의 전형적인 모습으로 나타난다.

이에 비하여 국가 목표 및 과제는 국가의 법적인 책임과 보다 관계된다. 이것들과 책임의 체계적 이해는 국가의 정당성의 완전한 현실문제에의 보다 중요한 입구가 되기 때문이다. 오늘 국가이해를 해석하는 주요한 열쇠로서 “책임”은 법적으로 구체수단이 되고, 반법(半法)적으로는 대표민주주의의 공개된 절차 중에도 추구될 수 있다. 구체적인 국가에 의한 기본권 침해는 필요하다면 국가배상 및 보상에 의해 구제가능하다. 문제는 침해된 개인의 이익을 법적인 권리로서 실증할 수 있는가에 관한 것이지만, 국가의 과제에 관한 개인의 권리의 구체성도 의연히 추상적인 것은 부정할 수 없다. 국가목적은 어디까지나 법적으로 추구하는 방도는 국가 행위의 개인 권리와와의 관계를 추급하는 것에 있지만, 그것은 그 인과관계를 추급하는 한, 보다 어려운 것이다.²¹²⁾

실제로 국가목적은 국제법에서도 국내법에서도 제1로 정치적으로 책임 추급될 수 있는 것이고, 법적책임의 추급은 2차적이다. 즉, 국제법, 헌법 규범적 구속을 받고 있는 경우, 국가목적 그것을 다투는 방도는 오늘날에 가능하지만, 그 국면은 한정적이다. 구체적으로는 공공목적과 기본권 침해라는 국면에 한정된다.²¹³⁾

II. 국민의 안전을 위한 대응

1. 위험에 대한 법적 대응

일본의 경우에도 지진 등 천재지변이 잦은 대표적인 국가로서 그간 자연재해에 대응하는 선진적인 법제와 안전시스템을 선도적으로 발전시켜왔고, 최근에 쓰나미와 이에 따른 후쿠시마원전사고의 수습과정에서 형성된 새로운 다양한 법제와 사건들에 주목할 필요가 있다.

212) 石村 修, 前掲書, 86면.

213) 石村 修, 前掲書, 87면.

본래 일본의 재해대책기본법은 1958년 태풍에 의해 5,098명의 사망자(행방불명포함)가 발생하고 7,000억 엔을 넘는 물적 손해가 발생하여 이를 계기로 제정되었다. 국민의 생명, 신체 및 재산을 재해로부터 보호하고, 사회 질서를 유지하고 공공복지의 확보에 이바지하기 위한 목적으로, 방재에 관한 책무의 명확화, 방재에 관한 조직, 방재계획, 재해대책의 추진, 재정금융조치, 재해긴급사태에 대하여 정하였다. 그리고 1994년 한신대지진으로 6,437명의 사망자(행방불명포함) 발생으로 재해대책기본법은 대폭 개정되어, 심한 재해에 대하여 긴급재해대책본부를 설치하고, 긴급재해본부장(내각총리대신)이 지정 행정기관의장 등에 지시할 수 있고, 비상재해대책본부 및 긴급재해대책본부에 현지 대책본부를 둘 수 있도록 하고, 국가 및 지자체는 자주 재해조직을 육성, 봉사 인력에 의한 방재 활동의 환경 정비, 고령자 장애자 등에 의한 특별 고려, 지방공공단체의 상호원조에 관한 협정 체결의 노력, 시정촌장이 도도부현지사에게 피난을 요청할 수 있도록 하였다.

2011년 동일본 피해로 18,537명이 사망(행방불명)을 하는 미증유의 재해를 입어, 일본 정부는 동일본 대재해에 있어서 대응을 검토하고, 재해로부터 교훈을 모아, 수도직하지진 및 남해 거대지진, 화산분화 등 대규모재해와 빈번한 호우재해를 대비하여, 방재대책의 충실, 강화를 도모하기 위하여 2011년 중앙재해회의에 재해대책추진검토회의를 설치했다. 현재 일본에서는 기본적으로 재해대책기본법²¹⁴⁾에 더하여 ‘대규모재해로부터 부흥에 관한 법률’²¹⁵⁾을 제정하여 시행하고 있다.

재해대책기본법은 “국토 및 국민의 생명, 신체 및 재산을 재해로부터 보호하기 위해 방재 관련 기본 이념을 정하고, 국가, 지방 자치 단체 및 기타 공공기관을 통해 필요한 체제를 확립하고 책임의 소재를 명확히 하는 것과 동시에, 방재 계획의 작성, 재해 예방, 재해 응급 대책, 재해 복구 및 방재에 관한 재정 금융 조치 기타 필요한 재해 대책의 기본을 정함으로써 종합적이고 계획적인 방재 행정의 정비 및 추진을 도모하고, 나아가 사회의 질서 유지와 공공복지의 확보에 이바지하는 것을 목적으로 하였다(동법 제1조). 이 법의 기념이념은 ①

214) 災害對策基本法 (昭和三十六年十一月十五日法律第二百二十三号).

215) 大規模災害からの復興に關する法律 (平成二十五年六月二十一日法律第五十五号).

일본의 자연적인 특성을 감안하여, 인구, 산업 기타 사회 경제 정세의 변화를 감안하여 재해의 발생을 항상 상정하고, 재해가 발생했을 경우에 있어서 피해의 최소화 및 그 빠른 회복을 도모하는 것, ② 지방자치 단체 및 기타 공공 기관의 적절한 역할 분담과 상호 연계 협력을 확보함과 동시에 이와 함께 주민 한 사람 한 사람이 스스로 할 방재 활동 및 자주방재조직 기타 지역에서의 다양한 주체가 자발적으로 실시하는 방재 활동을 촉진한다. ③ 재해에 대비하기 위한 조치를 적절히 조합하여 일체적으로 강구하고 과학적 지식과 과거의 재해에서 얻은 교훈을 바탕으로 끊임없이 개선을 도모하는 것, ④ 재해 발생 직후 기타 필요한 정보를 수집하는 것이 곤란한 경우라도 가능한 한 정확하게 재해 상황을 파악하고 이에 따라 인제, 물자, 기타 필요한 자원을 적절히 배분하여 사람의 생명과 신체를 가장 우선적으로 보호한다. ⑤ 이재민에 의한 주체적인 활동을 저해하는 일이 없도록 배려하면서 피해자의 연령, 성별, 장애의 유무 기타 피해자의 사정을 감안하여 그 시기에 따라 적절하게 피해자를 원호할 것, ⑥ 재해가 발생했을 때는 신속하게 시설의 복구 및 이재민의 지원을 도모하고, 재해로부터의 부흥을 꾀한다는 것이다.

이 법에서는 특히 국가 등 각 주체의 책무를 정하고 있는데 제3조 제1항에서 국가는 기본이념에 따라 국토 및 국민의 생명, 신체 및 재산을 재해로부터 보호하는 임무가 있음을 감안하여 조직 및 기능의 전부를 사용하여 방재에 관해 만전의 조치를 강구하는 책무를 가진다고 규정한다. 국가는 전항의 의무를 수행하기 위하여 재해 예방, 재해 응급 대책 및 재해 복구의 기본이 된다. 계획을 작성하고 법령에 근거해 이것을 실시하는 것과 동시에, 지방자치단체, 지정공공기관, 지정지방공공기관 등이 처리하는 방재에 관한 사무 또는 업무의 실시의 추진과 종합 조정을 실시, 재해에 따른 경비 부담의 적정화를 도모해야 한다.

지정행정기관 및 지정지방행정기관은 그 소관 사무를 수행하는 데 있어 위 국가의 책무가 충분히 실현되도록 서로 협력해야한다(동법 제3조 제3항). 지정행정기관의 장 및 지정지방행정기관의 장은 이 법의 규정에 의한 도도부현 및 시정촌의 지역 방재 계획의 작성 및 실시가 원활하게 이루어질 수 있도록 그 소관 사무에 대하여 해당 도도부현 또는 시정촌에 권고, 지도, 조언 및 기타

적절한 조치를 취하여야한다(동법 제3조 제4항). 이법을 통하여 일본은 각 기관에 책무를 적당히 부여하여 상호 협력하도록 정하고 있다. 재해대책기본법(이하 災對法)은 부흥관계조직에 대하여 규정하고 있지 않다. 따라서 대규모재해가 발생한 경우, 복구의 경우와 유사하게 기존조직으로 대응할 것인가, 각각 특별 조직을 설립할 것인가가 문제 되었다. 원자력재난으로부터 1개월 후인 2011년 4월 11일 각의결정으로 “동일본대재해부흥구상회의”가 개최되었다.

2. 일본의 안전관리 체계

가. 정부의 대응

일본의 경우, 국가의 위기에 대응을 하는 것은 기본적으로는 정부를 중심으로 한 조직이지만, 지방자치단체도 중요한 역할을 담당하고 있다. 정부와 지방자치단체에 각각 어떠한 역할이 요구되는가에 대하여는 긴급사태의 성격, 종류, 헌법 및 법률에 근거하여 국가와 지방자치단체의 역할분담 및 위기 발생 시 위기관리를 담당하는 정책담당자의 판단에 의해 달라진다. 위기의 성격에 따라서 국가가 대응하여야 하는 문제와 국가와 지방자치단체가 분담하여야 하는 것으로 나누어 볼 수 있다.

국가가 대응하여야만 하는 것으로는 국가의 권익에 관한 위기 또는 위기발생 시에 오로지 정부의 선택수단만이 기능하는 것 등이 있다. 물론 이러한 경우에 있어서도 지방자치단체가 하여야 하는 역할이 없는 것은 아니지만, 이 경우에도 지방자치단체의 역할은 어디까지나 보조적 혹은 국가의 판단에 근거한 정책의 시행 및 피해의 경감을 위한 활동으로서의 역할이며, 지방자치단체가 주체적으로 판단하여 대응을 하는 성격은 아니다. 또한, 자연재해나 대규모 사고, 테러 등 지역 주민에게 피해가 발생된 것으로 보이는 긴급사태에 있어서는 국가와 지방자치단체는 상호 협력하면서 각각의 상황에서 각각 주체적으로 판단하고 사태에 대응하게 된다.

일본의 경우에도 지진 등 천재지변이 잦은 대표적인 국가로서 그간 자연재해에 대응하는 선진적인 법제와 안전시스템을 선도적으로 발전시켜왔고, 최근에 쓰나미와 이에 따른 후쿠시마원전사고의 수습과정에서 형성된 새로운 다양

한 법제와 사건들에 주목할 필요가 있다. 본래 일본의 재해대책기본법은 1958년 태풍에 의해 5,098명의 사망자(행방불명포함)가 발생하고 7,000억 엔을 넘는 물적 손해가 발생하여 이를 계기로 제정되었다. 국민의 생명, 신체 및 재산을 재해로부터 보호하고, 사회 질서를 유지하고 공공복지의 확보에 이바지하기 위한 목적으로, 방재에 관한 책무의 명확화, 방재에 관한 조직, 방재계획, 재해대책의 추진, 재정금융조치, 재해긴급사태에 대하여 정하였다.

1994년 한신대지진으로 6,437명의 사망자(행방불명포함) 발생으로 재해대책기본법은 대폭 개정되어, 심한 재해에 대하여 긴급재해대책본부를 설치하고, 긴급재해본부장(내각총리대신)이 지정 행정기관의장 등에 지시할 수 있고, 비상재해대책본부 및 긴급재해대책본부에 현지 대책본부를 둘 수 있도록 하고, 국가 및 지자체는 자주 재해조직을 육성, 봉사 인력에 의한 방재 활동의 환경 정비, 고령자 장애자 등에 의한 특별 고려, 지방공공단체의 상호원조에 관한 협정 체결의 노력, 시정촌장이 도도부현지사에게 피난을 요청할 수 있도록 하였다. 2011년 동일본 피해로 18,537명이 사망(행방불명)을 하는 미증유의 재해를 받아, 일본 정부는 동일본 대재해에 있어서 대응을 검토하고, 재해로부터 교훈을 모아, 수도직하지진 및 남해 거대지진, 화산분화 등 대규모재해와 빈번한 호우 재해를 대비하여, 방재대책의 충실, 강화를 도모하기 위하여 2011년 중앙재해회의에 재해대책추진검토회의를 설치했다. 현재 일본에서는 기본적으로 재해대책기본법을 대규모재해부흥법으로의 변모를 검토하였다.

일본의 경우 지진이나 쓰나미 외에도 태풍과 게릴라성 호우, 토사유출 등 다양한 재해가 존재한다. 매년 각 지역에서 이러한 자연재해로 인한 피해가 발생해 많은 인명과 재산피해가 있었다. 이러한 자연재해에 대한 대책으로 지역주민의 안전에 관한 방재정보를 신속하게 전달·공유하는 것에 대한 중요성은 동일본 대지진의 경험을 통해 강하게 재인식 되었다. 이에 일본정부는 방재정보의 신속한 전달 및 공유를 위하여 ICT시스템활용을 통한 효율적이고 신속한 정보전달 공유체제의 구축에 많은 노력을 하고 있으며, 이는 각 기관의 협력 속에 현재에도 진행 중이다. 일본정부는 방위성(자위대), 해상보안청·소방청(긴급소방원조대창설 후 처음 출동지시), 경찰청(도도부현 경찰로부터 광역긴급원조대·기동대 등의 파견)에 의한 구출·구조 활동을 시작으로 다종다양한 활용을

하고 있다.²¹⁶⁾

나. 1947년 재해구조법

가설주택은 일본 건축기준법의 근거로 “긴급가설건축물”의 하나이다. 동법 85조 1항은 “비상재해가 있는 경우에, 그 발생한 구역 또는 이것에 이웃하는 구역에서 특정 행정청이 지정하는 것에 있어서, 재해에 의한 파손된 건축물의 응급 수선 또는 응급 가설 건축물의 건축은 그 재해가 발생한 날로부터 1개월 이내에 그 공사에 착수하는 것에 대하여 건축기준법령의 규정은 적용되지 않는다”는 규정이다. 지진으로부터의 부흥은 많은 사권의 제한을 수반하지 않을 수 없다. 한신대지진 직후에, 1995년 피해시가지부흥특별조치법이 제정되었고, 건축행위 등에 대한 제제가 부여되었지만, 같은 당소에서 생활재건을 기본으로 하면 좋다는 16년 전과 달리, 고지대 이전이 검토되고 있는 동일본 연안부에는 건축행위에 대한 규제도 보다 강하게 되지 않을 수 없었다. 사권(私權)의 제한은 응급·복구·부흥의 각 단계에 따라 각각의 형태로 나타나고 각각 고유의 문제가 있다.²¹⁷⁾

한신지진 후에 제정된 피해시가지부흥특별조치법은 재해발생 일부터 최장 2년 이내의 기간 동안, 피해발생 일로부터 최장 2년 이내의 기간으로, 피해시가지부흥추진지역의 건축행위 등의 제한을 인정한다. 단 동법은 통상의 관리행위 등의 간이한 행위에 대하여는 규제대상으로 제외하는 외, 자기 주거용에 제공하는 주택 및 자기 업무용에 제공하는 건축물의 신축, 증개축의 신청에 대하여 계수(階數)·구조 등의 요건을 만족시키는 한, “도도부현지사는 그 허가를 하지 않을 수 있다”고 규정한다(7조 2항).²¹⁸⁾

일본 헌법 제29조 1항은 “개인의 현재 가진 구체적인 재산상의 권리”와 “개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도, 즉 사유재산제”의 보장이라는 두 측면을 갖는다고 해석된다. 우선 건축제한은 개인의 구체적 재산권에 대한 제약의 한계로서 헌법문제가 되며, 특히 장기간에 걸친 보상 없는 건축금지 위헌의

216) 稻葉馨, 「東日本大震災と政府対応」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8. 26면.

217) 小山剛, 「震災と財産権」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8. 65면.

218) 小山剛, 前掲論文, 67면.

의심을 발생시킨다. 또 주택 등에 대한 공적 지원의 여부, 나아가 재해피해자 집단이전사업에 있어서의 적정한 거래가격의 문제는 일의적으로 사유재산제와 그 관계에서 헌법문제가 발생하게 된다.²¹⁹⁾ 일본헌법 29조 2항에서 공공복지에 근거한 재산권 제한을 인정하고 있다. 일본 최고재판소는 재산권에 대한 구체적 규제의 합헌성을 “규제 목적, 필요성, 내용, 그 규제에 의해 제한되는 재산권의 종류, 성질 및 제한의 정도 등을 비교 고려”하여 판단하고 있다.²²⁰⁾

피해시가지부흥특별조치법은 최장 2년이라는 비교적 장기의 규제를 인정하고 있지만, 지역 지정의 요건을 통하여 전면금지가 아니라, 자기 주거·업무용에 제공한 소규모의 건축물에 대한 신축도 인정될 수 있는 등, 규제강도가 상대적으로 약하다.²²¹⁾ 그리고 토지소유권은 재산권의 중심적 권리인 한편, 사회적 구속성도 강한 권리이고, 그 토지 상황에 따라 문자 그대로 내재적 제약을 받는다. 특별법은 일반법이었던 위헌의 의심이 강하지만 “동일본대재해에 의한 심대한 피해를 받은 시가지에 있어서의 건축제한 특례”로서는 합리성, 필요성이 없다고 할 수 없고, 동법에 근거한 구체적 규제에 대하여 제한의 필요성으로부터 합헌성이 판단될 수 있을 것이다.²²²⁾ 또한, 사유재산에 대한 공금지출 금지는 원칙으로 인정될 수 있다. 이 원칙을 우회하는 방법에, 보상이 아닌 일정의 위로금(見舞金)으로서 지급하는 방법이 있다. 2007년 개정된 일본 피해자 생활재건지원법은 주택 본체에 지원을 가능하게 하고, 수입(收入)요건을 철폐하였다. 이것은 단지 부분개정이 아니라 지원금 및 지원법의 성격자체의 변용을 한 것이고 근본적인 개정이다.²²³⁾

다. 고용계약 · 임금

재해 시 부상 등이 업무상의 것으로 인정되는 경우, 그것에 근거한 휴업기간 및 그 후 30일간의 해고는 금지된다(일본 노동기본법 제19조). 단 ① 천재지변

219) 小山剛, 前掲論文, 67면.

220) 小山剛, 前掲論文, 67면.

221) 小山剛, 前掲論文, 68면.

222) 小山剛, 前掲論文, 68면.

223) 小山剛, 前掲論文, 71면.

기타 어쩔 수 없는 사유 때문에 ② 사업의 계속이 불가능하게 된 경우, 노동기준감독서장의 인정(제외인정)을 받으면 규제의 적용이 제외되기 때문에, 지진 재해가 이것에 해당하는지가 문제된다. 행정해석에서는 ①의 예시로서 지진 재해에 따른 공장 등의 도파가 예가 되지만, ②는 사업의 전부 또는 대부분의 계속이 불가능 하게 되는 경우를 가리키고, 당해 사업장의 중심이 되는 건물과 설비 등이 남고, 다소 노동자를 해고하게 되면 조업계속이 가능한 경우와 일시적인 조업중지는 어쩔 수 없어도, 가까운 재개복구의 전망이 있는 경우는 포함되지 않는다.²²⁴⁾

재해의 영향으로 사업이 휴지·폐지되고 노동자가 취로(就勞)를 할 수 없게 된 경우, 소득을 보장하고 노동자의 생활을 유지하기 위하여 고용보험의 기본수당에 대하여 특례 조치가 있다. ① 사업소의 휴지·폐지에 의해 휴직을 하게 된 경우 사업주가 “휴직증명서”를 제출하면, 실제 이직하지 않고도 실업 급여를 받을 수 있다. ② 재해구조법의 지정지역에서의 사업소의 휴지·폐지로 이직한 경우, 사업주가 “이직증명서”를 제출하면 사업재개 후에 재고용이 예정되고 있는 경우에도 실업급여를 수급할 수 있다. 어느 것도 노동자가 고용보험의 피보험자 자격을 갖는 것을 전제로, 특별조치의 요건을 만족할 필요가 있고, 반드시 노동자 모두가 대상이 되지는 않지만, 재난시의 소득보장으로 중요한 시책이라 할 수 있다. 이외에도 피해자의 고용대책으로서 재해의 영향으로 이직한 노동자 등을 채용한 경우에 소정의 요건을 만족시키면 사업주에 조성금(助成金)이 지급되는 피해자고용개발조성금제도 등 각종 특별조치와 제도의 확충이 행해지고 있다.²²⁵⁾

라. 재해 원호

2006년에 내각부가 공표한 「재해 시 요원호자의 피난지원 가이드라인(災害時要援護者の避難支援ガイドライン)」²²⁶⁾²²⁷⁾에서 요원호자에 대하여 다음과

224) 皆川宏之·原昌登, 「雇用契約と大規模災害」, JURIST, No. 1427, 2011. 8. 83면.

225) 皆川宏之·原昌登, 前掲論文, 86면.

226) 일본 내각부는 2006년에 「災害時要援護者の避難支援ガイドライン」을 공표하여 요원호자에 대한 규정 및 지원 대책을 정하고 있었으나, 2011년의 동 일본대지진 당시 요원호자의 피해가 더 심했던 점을 고려하여 2013년 재해

같은 설명을 하고 있다. ‘재해시 요원호자’란 필요한 정보를 신속하고 정확하게 파악하고 재해로부터 스스로를 지키기 위해 안전한 장소에 피난하는 등 재해 시 일련의 행동을 하기 위해 지원을 필요로 하는 사람을 말한다. 일반적으로 고령자, 장애인, 외국인, 영유아, 임산부 등이 해당된다.²²⁸⁾ 2013년에 내각부의 ‘재해 시 요원호자의 피난지원에 관한 검토회’에서 재해 시 요원호자 용어법을 재검토하여 「피난 행동 요지원자」는 ‘발생 전부터 요개호 상태나 장애 등의 이유로 인해 재난 발생 시의 피난행동의 지원이 필요한 자’라고 정의하고 있다. 또한, ‘피난 도중에 장애 등을 입고 피난지원이 필요하게 된 자’와 ‘피난후의 피난소 등에서 생활 지원이 필요한 자’까지 그 범주에 포함시키고 있다.²²⁹⁾

동일본 대지진의 교훈을 바탕으로 이루어진 2013년 재해대책기본법 개정 시에 피난행동지원자 명단을 활용한 실효성 있는 피난지원이 이루어지도록 ① 피난 행동지원자 명부 작성을 시정촌에 의무화하고 그 작성에 있어서 필요한 개인정보를 이용할 수 있고, ② 피난행동지원자 본인의 동의를 얻고, 평상시부터 소방기관이나 민생위원 등의 피난 지원 등 관계자에게 정보를 제공하는 것, ③ 실제 재해가 발생 또는 발생 우려가 생겼을 경우에는 본인의 동의 유무에 관계없이 명단정보를 피난지원 등 관계자 및 그 외의 자에 제공할 수 있고, ④ 명단정보의 제공을 받은 자에게 비밀 준수 의무의 부과와 함께 시정촌에서는 명부정보의 누설방지를 위해 필요한 조치를 강구하는 것 등이 정해졌다.²³⁰⁾

대책기본법의 개정을 계기로 재정비되었다.

227) 2011년 동일본 대지진 당시 재해지 전체 사망자 가운데 65세 이상의 고령자의 사망률은 약60%이며, 장애인의 사망률은 재해 주민 전체의 사망률의 약 2배에 달했다. 한편, 소방직원과 소방단원의 사망 실종자는 281명, 민생위원의 사망 실종자는 56명에 이르는 등 다수의 지원자도 희생되었다.

228) 岡本正・山崎榮一・板倉陽一郎, 『自治体の個人情報と共有の實務』, きょうせい, 2013.10, 18면.

229) 한편, 재해 시 요원호자와 유사한 용어로 ‘요배려자’도 거론되는데, 개정된 재해대책기본법(8조 2항 15호)에서 고령자, 장애인, 영유아, 그 외에 특별한 배려를 요하는 자를 ‘요배려자’라고 정의하고 있다.

230) 内閣府, 「避難行動要支援者の避難行動支援に關する取組指針」, 2013.

마. 「피난 행동지원자의 피난 행동 지원에 관한 대응 지침」

「피난 행동지원자의 피난 행동 지원에 관한 대응 지침」은 재해대책기본법 개정에 따라 2006년의 가이드라인을 전면 개정한 것이다. 재해 시에 요원호자들을 국가 및 자치단체 차원에서 지원하여야 함은 기본원칙이라고 할 수 있을 것이나, 재해 시 요원호자들은 지역 차원에서 지원을 하여야 함은 주지의 사실이다. 특히, 대재해의 상황에서는 경찰 및 소방 등의 구조조직이 적극적으로 구조 활동에 임하여도 동시다발적으로 피해가 발생되므로 평상시의 대응능력으로는 대처하기 어려운 것이 현실이다.²³¹⁾ 대재해시에 구조인력이 반드시 요원호자에게 와준다는 보장이 없다는 전제하에 이에 대한 대책을 세울 필요성이 강조된다.

바. 지방의 실제 활동

이와테현은 보건복지부가 보유하고 있는 신체장애인 대장정보 중에서 시각장애인의 개인정보를 시각장애인지원단체인 「동일본 대지진 시각장애인 지원대책본부」에 제공하였다. 구체적으로는 시각장애인인면서 피난소 생활을 하고 있을 가능성이 높은 자를 대상으로 시각장애인수첩을 소지하고 있는 시각장애인 명부와 2011년 3월 30일 시점에 피난소 생활자의 명부를 대조하여 이름이 일치하는 자의 목록을 제공하였다. 시각장애인의 경우는 재해의 현황을 파악하는 것이 곤란할 뿐만 아니라, 피난 및 피난후의 생활에 있어서도 다른 사람의 지원이 불가결하다. 이러한 시각장애인에 대한 지원을 행정기관만으로 시행하는 것은 불가능한 것임이 명백하므로, 지원 단체에 정보를 제공하여 협력하는 것이 필수불가결하다고 판단하였다.

이와테현 개인정보보호조례 제5조 제1항 제4호는 「개인의 생명, 신체 또는 재산을 보호하기 위해 긴급하고 어쩔 수 없다고 인정되는 때」라고 규정되어 있었다. 이 경우에도 정보가 제공된 단체는 「사회복지법인 일본맹인복지위원회」가 주체로 조직한 「동일본 대지진 시각장애인 지원대책본부」였다. 이 단

231) 실제로 한신아와지 대지진 당시 경찰 및 소방에 의해 구조비율은 요구조사 중 1.7%에 불과하였다.

체는 세계맹인연합의 일본 대표로서 맹인단체간의 국제교류에 있어 일본의 대표 창구의 역할을 담당하고 있는 등으로 신뢰성이 있다고 판단하여 이와테현이 정보제공의 신속한 판단을 하는 기준으로 작용하였다.²³²⁾

사. 후쿠시마 제1원자력 발전소 사고 후

일본 후쿠시마 제1원자력 발전소 사고의 방사선 오염에 관한 식품안전 확보는 체르노빌과 벨라루시의 선례·경험이 있기 때문에 체르노빌과 벨라루시의 경험에 의하면 벨라루시는 경제적으로는 일본보다 훨씬 약자이지만, 그런 나라에서조차 튼튼히 안전보장 체제를 실현할 수 있었던 것이기 때문에 일본에서도 그들의 경험을 받아들이고 일본의 기술을 조합하여, 일본 방사능 대책도 찾으려고 한다. 또한, 벨라루시는 지산지소(地產地消: 현지 음식을 그 땅에서 먹는 것)의 비율이 많고, 국민이 자신의 별장에서 스스로 식량을 재배하고 있는 반면, 일본의 경우는 가공 식품의 유통 비율이 많기 때문에 어디서 확인하는지, 어디를 억제하면 좋을까라는 점에서 다른 시스템이 필요하다고 지적되었다. 후쿠시마 제1원자력 발전소 사고 이후 2012년 3월말까지 잠정 규제치 통지에 따라 식품위생법의 규제 대상으로 준용하여 왔지만, 식품위생법의 하위 법령에 해당하는 유유 및 유제품의 성분 규격 등등에 관한 성령(省令) 및 식품 첨가물 등의 규격 기준이 개정되어 세슘 134와 세슘 137을 규제 대상으로 하는 성령이 새롭게 정비 되어 2012년 4월 1일부터 식품 중 방사성 물질에 대한 규제가 법적으로 식품위생법에 따라 행해지게 되었다.

국가의 안전기준은 안전을 담보하는 것은 아니다. "국가의 안전기준은 최소한의 규제 기준이며, 사업자는 이를 만족하도록 해야 한다. 사업자는 위험원을 망라하고 어떻게 안전 수준을 제고할 것인지가 사명이다. 안전 확보의 일차적 책임은 사업자에게 있다. 기술 기준의 모습은 'State of the Arts (최신 지식에 근거해 개선하고 높은 곳을 목표로)'이다.

232) 岡本正・山崎榮一・板倉陽一郎, 前掲書 10면.

3. 일본 정부조직의 대응

일본 정부는 2011년 3월 11일 동북 지진발생 직후 내각위기관리감을 장으로 하는 “관저대책실”을 설치하고, 내각관방·내각부·관계 각 성청의 간부 직원으로 구성된 “긴급참집(參集) 팀”을 소집하여 초동 대처를 위하여 정보 집약 등을 행하고, 동일 오후 3시 14분, 재해대책법 제28조의2 제1항에 근거하는(내각총리 대신을 본부장으로 전 각료 등을 본부원으로 한다) 긴급재해대책본부의 내각부에 설치, 및 동법 제28조의3 제8항에 근거한 긴급재해현지대책본부의 설치를 결정하고²³³⁾, 발전소 재난으로부터 1시간 이내에 제1회 긴급재해대책본부회의를 열어 “재해대응대책에 관한 기본방침”을 정하였다.²³⁴⁾ 5월 6일, 내각관방장관은 “동일본대재해관계 정부조직”에 대하여 발표하였다. 여기에는 본 건 재해에 대응하기 위하여 설립된 “실시조직”에 대한 조직이 복잡하고 지휘명령계통이 적절하게 기능하지 않는다는 우려를 불식시키기 위하여, “원자력재해대책본부”를 필두로 원자력사고대응조직 편성이 동시에 병행적으로 진행되었고, “본부”라는 명칭의 타인지, 많은 재해대응급대책조직에 대한 정리에 의한 감소가 필요하게 되었다.

가. 복구·부흥관계조직

일본은 동일본 재해 이전에는 재해대책기본법을 중심으로 한 재해대책에서, 동일본 지진피해 후에는 “2011년 동북지방대지진에 따른 지방공공단체 의회의 의원 및 장의 선거기일 등 임시특례에 관한 법률”, ‘동일본대재해의 피해자 등에 관한 국세 관계 법률의 임시특례에 관한 법률’, ‘지방세법의 일부를 개정하는 법률’, ‘동일본대지진에 의한 피해를 받은 공공토목시설의 재해복구사업 등에 관한 공사의 국가 등에 의한 대행에 관한 법률’, ‘동일본 대재해에 의한 심각한 피해를 받은 시가지에 있어서의 건축제한 특례에 관한 법률’, ‘동일본 대재해에 대응하기 위한 특례의 재정원조 및 조성에 관한 법률’, ‘2011년분 지방

233) 단, 실제 내각부 부대신을 본부장으로 하는 현지조직이 宮城縣에 다음날 설치되었다

234) 稻葉馨, 「東日本大震災と政府対応」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8. 23면.

교부세의 총액 특례 등에 관한 법률', '동일본대재해에 대처하기 위한 도시개발법 특례에 관한 법률'이 제정되었다. 그리고 기타 동일본대재해부흥의 기본방침 및 조직에 관한 법제 방안 등이 검토되었다.

나아가 재해 관련 주택, 노무 관련 사건과 관련 대책, 가이드라인, 피해자 구제 방안, 학교의 역할, 헌법적 쟁점, 재건 과제, 공사(公私)협조, 피해지역 커뮤니티 재건, 법률가의 역할, 장애인 지원 등이 광범위하게 연구되고 있다.

나. 東日本大震災復興基本法

2011년 5월 13일 내각으로부터 중의원에 제출된 법안이 철회되고 6월 20일에 “동일본대재해부흥기본법안”이 정리되어 가결되었다. 동일본대재해부흥기본법은 2011년 3월 11일에 발생한 동북 지방 태평양 바다 지진(동일본 대지진)에서의 부흥에 관한 기본 이념 등을 정하는 법이다. ‘대규모재해로부터 부흥에 관한 법률’은 제1조에 따라 대규모 재해지역의 원만한 부흥을 도모하기 위하여, 정부에 의한 부흥대책본부 설치 및 부흥기본방침의 책정 및 부흥을 위한 특정 조치에 대하여 정하고, 대규모 재해로부터 부흥을 위한 조직 추진을 도모하고 주민이 안심하고 생활할 수 있는 지역사회의 실현에 기여하도록 하고 있다(동법 제1조).

이 법은 재해대책기본법과 도시계획법, 공공토목시설재해복구사업비국고부담법(公共土木施設災害復旧事業費國庫負担法) 등이 공조하고 있다. 그리고 부흥대책본부를 내각총리대신이 설치하도록 하였다. 내각총리대신을 본부장으로, 내각관방장관·“동일본대재해부흥대책담당대신”을 부분부장으로, 그 이외 모든 각료 등을 본부원으로 하여, 내각에 설치하게 되었다. 또 종전에 명기되지 않았던 부흥구상회의의 조직상의 위치가 이 본부에 두는 것으로 명시되었다.²³⁵⁾ 이때 성립된 “동일본대재해부흥기본법(이하 부흥기본법)”²³⁶⁾에 의해 설치된 “동일본대재해부흥대책본부(이하 부흥대책본부)”에 맡기게 되고, 동법에서 비교적 상세한 부흥의 기본이념을 규정하고(제2조), 또 “特區”제도 활용에 대해서도 명

235) 稻葉馨, 前掲論文, 25면.

236) 東日本大震災復興基本法 (平成二十三年六月二十四日法律第七十六号) .

기되었다(10조). 이후 부흥대책본부를 대신할 “부흥청”을 내각에 설치하고, 이 부흥청이 “부흥에 관한 시책”의 기획·입안·종합조정뿐만 아니라 “실시에 관한 사무”를 담당하는 것으로 하였다(제24조).

이 부흥청에 대해서는 ① 시책의 실시에 의한 중요사항(정책)의 기획·입안과 행정각부의 종합조정을 취지로 내각에 설치되는 조직인가, ② 행정각부에 속하면서 내각의 보조기관이라는 양면성을 가진 내각부에 준하는 조직을 구상한 것인가, ③ 종래 “부흥대책본부(실시기관으로서의) 각 부서”의 체제에서 시작하여 중도에 부흥청으로 일원화를 도모한 것이 기능적으로 합리적인가 라는 의문이 남는다.²³⁷⁾ 이 법은 동일본 대지진이 그 피해가 심대하며, 또한 그 피해 지역이 광범위하고 초대형적이며 지진 및 해일과 이와 관련된 원자력 시설의 사고로 인한 복합적인 것이라는 점에서, 일본으로서 미증유의 국난인 점을 감안하여 동일본 대지진으로부터의 부흥에 대한 기본이념을 정하고, 그리고 현재와 미래의 국민이 안심하고 풍요로운 생활을 영위할 수 있는 경제 사회 실현을 위해 동일본대지진으로부터의 부흥을 위한 자금 확보, 부흥특구 제도의 정비 기타 기본이 되는 사항을 정하고, 동일본대지진부흥대책본부의 설치 및 재건기구의 설치에 관한 기본 방침을 정하는 등에 의해 동일본 대지진으로부터의 부흥의 원활하고 신속한 추진과 활력 있는 일본의 재생을 도모하는 것을 목적으로 제정되었다(동법 제1조).

동일본 대지진 발생 후 칸나오토 내각은 부흥기본방침에 관한 법률안으로 ‘동일본대지진부흥기본방침 및 조직에 관한 법률안’을 제출하여 성립을 도모했다. 그러나 양원 다수를 확보하고 있지 못한 여당은 이를 국회에서 신속하게 성립을 기하기 위해 자민당과 공명당이 주장하는 수정안을 받아들여 이 법안을 철회한 후, 다시 중의원 동일본 대지진 부흥 특별위원장으로부터 ‘동일본 대지진부흥기본법’이 제출되었다. 내각 제출 법안의 주요 수정사항은 국가·지방공공단체의 책무와 국민의 노력에 관한 규정과 부흥채권 등 부흥자금의 확보를 위한 조치에 관한 규정을 두었으며, 부흥청 설치에 관한 기본방침을 정하였다.

237) 稻葉馨, 前掲論文, 25면.

4. 국민의 안전보장의 법리

가. 새로운 법리들

위험 문제에 대하여 법학에서는 “입증의 어려움”, “위법, 책임성 구성의 어려움”, “피해의 광역성”, “배상능력의 한계”, “법원의 기술적 한계” 등이 거론되고 있다.²³⁸⁾ 또한 법학에서 종래 귀납법추리적 인식에 터 잡은 과실개념과 위험개념은 기계론적 인과관계를 전제로 한 책임체계와 경찰행정법의 기초가 되나, 위험에 관해서는 개별적·사후적 책임귀속이 어려워졌다고 한다. 따라서 그 대응책으로 집단적·규제적 요소의 도입이 시도되게 된다. “개연성론”, “수인한도론”, “시장점유율이론”이 법원 해석에 도입되고 있다. 이것은 엄격책임과 제조물책임 등의 도입 등으로 위험과 손해에 대하여 개별적 책임을 귀속시키는 법규를 입법적으로 유연화한 것이라고 할 수 있다.²³⁹⁾ 제조물책임 등 현대 법학에서의 자기책임 원칙에 따르는 자율적인 개인상은 점점 희박해지고 있다. 공동체 중에 파문혀 집단과 단체 그리고 국내외의 연대를 통하여 위험을 수용하거나 회피하려고 하고 있다. 정부는 안전관리계획 수립을 통해 제품 안전관리에 관한 종합계획, 안전조사 기능을 수행하기도 한다.

위험을 개인 책임으로 전가시키는 행위도 늘어나고 있다. 1990년 이후 신자유주의의 바람으로 위험책임을 개인에게 전가하는 것이 눈에 띄게 진행되었다. 예를 들어 고용의 유동화와 취업행태의 다양화에 따라 위험을 분산시키는 시도가 있었고, 최근 정규직이 아닌 계약사원, 파견노동, 전업 아르바이트 등으로 종래의 고용행태가 변화되게 되었다.

소비자기본법 제52조 및 동법 시행령 제39조에서는 위해정보 수집 제도를 두기도 한다. 리콜제도나 사후적 구제제도로 소비자분쟁조정위원회 소액사건 심판 등 소송을 통한 권리구제 방법, 소비자 집단소송제도를 두기도 한다. 식품 안전관리를 위하여 생산이력 검색 시스템 - 긴급경보 시스템 - 식품인증제도를 두고 있다. 공정거래위원회와 소비자정책위원회를 통하여 안전 취약계층의

238) 조홍식, “리스크 法-리스크관리체계로서의 환경법-”, 법학 제43권 제4호, 서울대학교, 2002, 44면.

239) 조홍식, 위의 논문, 47면.

보호, 결합정보의 보고, 위해 물품 등의 자진 수거, 수거 및 파기 권고 기능, 수거 파기 등에 대한 명령 기능, 위해정보의 수집 및 처리 기능을 한다.

선스틴(Sunstein)은 리스크도 불확실성과는 달리 어느 정도 확률을 객관적으로 가지고 있는 것을 나타낸다고 한다. 리스크에 대해서 예방과 금지 그리고 관리 등을 주장했다. 미셸 푸코 이래 자발적인 감시사회(surveillance society)에 관한 관심이 제기되기도 했다. 그러나 강도 높은 파놉티콘(panopticon) 사회는 또 다른 사회적 문제를 발생시킬 수 있다.²⁴⁰⁾

나. 사전배려원칙

법학에서 위험 문제는 예견 가능성과 관련이 있다. 위험사회에서 법은 최근 새로운 변화를 일으키기 시작했다. 이 변화에는 ‘예방=사전배려원칙(precautionary principle)’이라는 새로운 법원리가 있다.²⁴¹⁾ 사전배려원칙은 규제를 하지 않으면 회복할 수 없는 심각한 환경과피의 결과를 가져올 가능성이 있는 경우에, 그 결과의 발생에 대한 과학적 입증이 존재하지 않는 경우에도 사전배려의 차원에서 조치가 취해지거나 금지가 내려져야 한다는 원칙이다.²⁴²⁾ 이 사전배려원칙은 효율성에 중점을 둔 것이 아니기 때문에 비용편익분석(cost-benefit analysis)에 의한 예방조치 주장과는 충돌한다.

‘예방=사전배려(precaution)’라는 발상은 환경과 건강의 보호에서 시작하여 다양한 법 영역으로 확대하고, 장래의 ‘미연방지(prevention)’형 접근과 과실책임과 무과실책임의 원칙을 중심으로 한 종래의 법적책임의 전체에 근본적인 재개편을 요구하고 있다.²⁴³⁾

“예방=사전배려원칙” 내지 “예방=사전배려적 어프로치”에서는 만일 원인과

240) 橋木俊昭 外 3人 責任編集, 前掲書, 39면.

241) 中山龍一는 사전배려원칙이란 표현은 통상 예방원칙이라는 말로 인과관계의 해명을 전제로 하는 “미연방지 prevention”과 차이를 명확히 하기 위하여 오히려 예방=사전배려원칙이라는 표현을 사용한 것이라고 한다. 橋木俊昭外 3人 責任編集, 前掲書, 105면.

242) 정관선, “사전배려원칙에 관한 공법적 고찰-LMO시스크 관리를 중심으로-”, 경희법학 제42권 제3호, 2007, 292면.

243) 橋木俊昭 外 3人 責任編集, 前掲書, 105면.

피해 간의 과학적 증명이 명확한 형태로 존재하지 않아도 심각하거나 불가역적인 위험이 있는 경우에는 사전에 ‘예방=사전배려적 조치’를 하지 않으면 안 된다.²⁴⁴⁾ 이것은 국가를 중심으로 해야 할 과제이다. 최근 행정법 법규를 중심으로 사전배려원칙이 반영되고 있다.²⁴⁵⁾ 사전배려원칙은 국제법 분야에서 더욱 두각을 내고 있다. 리오선언과 같은 연성법적 선언(soft law declaration)과 1992년 기후변화협약을 포함하여 최소 12개 이상의 다자간 국제조약(hard Multilateral agreement)에서 사용되고 있다.²⁴⁶⁾

이 사전배려원칙의 한계는 위험에 대하여 “얼마나 안전해야 하는가(How safe is safe)?”의 기준을 정하는 문제이다.²⁴⁷⁾ 또한, 사전배려원칙은 행정부에 폭넓은 재량권이 인정되지만 새로운 규제 영역을 확대하여 법치주의에 반할 우려가 있다.²⁴⁸⁾ 결국, 법치주의에 따라 비례원칙으로 규제 상대방의 침해되는 이익과 위험관리의 공익을 형량하여야 할 것이다.²⁴⁹⁾ 즉 사전배려원칙도 종래 헌법이론에 따라 비례원칙으로 한계를 설정할 수 있다. 결국 각 분야에 적합한 행정법적 대응방법이 필요하다.

244) 橋木俊昭 外 3人 責任編集, 前掲書, 106면.

245) ‘유전자변형생물체의 국가 간 이동 등에 관한 법률’ 제5조에서는 “국가와 지방자치단체는 국민의 건강과 생물다양성의 보전 및 지속적인 이용에 대하여 유전자변형생물체가 끼칠 위해를 방지하기 위하여 필요한 시책을 마련하여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 그리고 제27조(위해 방지를 위한 비상조치)에서는 “①국가책임기관의 장은 유전자변형생물체로 인하여 국민의 건강과 생물다양성의 보전 및 지속적인 이용에 중대한 부정적인 영향이 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 필요한 조치를 하여야 한다. ②유전자변형생물체의 수출입 등을 하는 자가 유전자변형생물체의 부정적인 영향을 알게 되었을 때에는 관계중앙행정기관의 장 또는 국가책임기관의 장에게 지체 없이 그 내용을 통보하여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 또한, ‘개인정보 보호법’ 제5조 (국가 등의 책무)에서는 “①국가와 지방자치단체는 개인정보의 목적 외 수집, 오용·남용 및 무분별한 감시·추적 등에 따른 피해를 방지하여 인간의 존엄과 개인의 사생활 보호를 도모하기 위한 시책을 강구하여야 한다. ②국가와 지방자치단체는 제4조에 따른 정보주체의 권리를 보호하기 위하여 법령의 개선 등 필요한 시책을 마련하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

246) 조홍식, 앞의 논문, 74면.

247) 조홍식, 위의 논문, 83면.

248) 전관선, 앞의 논문, 309면.

249) 전관선, 위의 논문, 311면-312면.

다. 가이드라인을 통한 대응

1) 법이론의 방향

위험사회에 대한 각종 규제입법에 의한 기본권 제한 및 침해 문제를 어떻게 조화롭게 풀어나갈 것인가가 법적 과제이다. 정부는 위험을 억제할 목적에 적합하고 필요 최소한의 수단 등, 제약에 의한 비용과 위험억제라는 편익의 균형을 고려한 규제가 필요하다. 필요 이상의 규제 및 비용과 편익을 고려하지 않은 제약은 인간의 자유를 위법하게 제한하는 것으로 금지된다.²⁵⁰⁾ Epstein은 비용을 수반하는 정부의 규제는 그것이 선(善)으로 증명될 때 까지는 악(惡)이라고 하였다.²⁵¹⁾ 위험에도 권리논법에 기한 논의 봉쇄는 불가능하고, 위험책임으로 보는 것도 개별 영역의 타당성에 한정될 뿐이다.²⁵²⁾ 위험에 대한 “대중의 반응→의회→규제과정”의 악순환을 형성해서는 안 된다.

리스크 매니지먼트, 즉 위험관리는 과학적 평가만으로 결정되는 것이 아니라 대책 중 어느 것을 실시하는가, 효과와 비용을 겸한 사회적 판단이 필요하다. 어느 정도의 위험을 허용할 것인가는 시대에 따라, 국가에 따라 다르기 때문이다. 과학적, 객관적 정보와 사회적 논의가 합쳐져 위험관리가 점진적으로 추진되는 시스템을 만들어야 한다. 또 과학적 평가라고 하여도 새로운 정보가 더해져 기술이 진보되거나 항상 변화하기 때문에 리스크 매니지먼트는 항상 수정 가능하여야 한다.²⁵³⁾

안전 기준은 헌법에 반해서는 안 되며, 안전을 목적으로 행정을 실현하는 기준이 되어야 한다. 법률상 허용 기준치를 해당 관련 법률의 목적에 일치하게 그리고 헌법이 요구하는 국민의 생명, 신체에 대한 보호 요청에 합치하도록 정하여야 한다.²⁵⁴⁾

그런데 안전 기준이 지나치게 엄격한 경우에는 생산되는 제품이 안전 기준을 충족할 정도의 기술력을 지니지 못한 경우나, 기술력이 있어도 제품의 가격

250) 長谷部恭男 責任編集, 『リスク學入門3』, 岩波書店(2007), 3면.

251) Richard A. Epstein, Too Pragmatic By Half, 109 Yale L.J. 1639, 2000.

252) 조홍식, 앞의 논문, 59면.

253) 橋木俊昭 外 3人 責任編集, 前掲書, 50면.

254) 유현정 외 3인, 앞의 책, 72면.

이 현저하게 높아질 가능성이 있어 시장에서 경쟁력을 상실할 수 있다. 위협에 관하여 경직된 법규정을 제정, 문자 그대로 시행하게 되면 더 큰 불합리가 발생하게 될 수 있다.²⁵⁵⁾ 이에 반해, 안전 기준을 지나치게 낮게 정하면 개발도상국의 저렴한 식품이 국내 시장으로 유입되어 국내 사업자가 시장경쟁력을 상실하게 되고 소비자의 안전 또한 위협받게 된다. 따라서 제품의 안전 기준을 정할 때에는 국내의 기술력이나 시장에 관한 지속적인 파악과 현황을 고려하여 산업정책과 경제정책을 고려하여 정하는 것이 필요하다고 한다.²⁵⁶⁾

또한, 위협에 대한 대응도 결국 기존의 법체계에 의해 수행되어야 한다. 다만 공법의 유연화(flexibilization)가 주장되기도 한다.²⁵⁷⁾ 이와 같은 취지에서 규제입법으로 인한 기본권 침해 문제, 시장의 영향력을 조화롭게 풀기 위한 대안으로 다음과 같이 리스크 가이드라인을 통한 대응을 제시한다.

2) 리스크 가이드라인을 통한 대응

리스크에 대응하기 위해 헌법·행정법은 물론 조례에 의한 독자적·지역적 위협 대응이 필요하다. 자치규범과 법규보다 하위의 자율준칙을 통하여 안전에 대한 예방적 기능을 다 하는 것이, 규제입법으로 인한 기본권 침해 문제를 방지하고 안전을 확보하는 대안이라고 생각한다. 이런 자치규범과 법규범보다 하위의 직접적으로 제재를 가하지 않는 준칙을 포괄하여 가이드라인(guideline)이라고 한다. 따라서 리스크 매니지먼트에서는 법에 의한 엄격한 기준이 아니라 전문가 집단, 관련 집단의 자율적인 규범인 리스크 가이드라인을 통한 안전 기준, 안전 관리 원칙이 실효적이라 하겠다.²⁵⁸⁾ 당해 주체가 임의로 공적 이익의 실현에 적합한 행위를 하도록 자주규제를 할 수 있다.²⁵⁹⁾ 이 중에서 연구자, 기술자에 대한 자치적인 윤리 강령 등도 안전 확보에 효율적일 수 있다. 특정집단에서의 위기에 대처하기 위한 가이드라인을 우리는 흔히 매뉴얼이라고도 한다.

255) 조홍식, 앞의 논문, 122면.

256) 유현정 외 3인, 앞의 책, 72면.

257) 조홍식, 위의 논문, 122면.

258) 가이드라인은 정부나 관련 업계에서 당해 분야에 대한 정책 등을 구체화하여 설정한 규제, 지침, 혹은 설명이라고 할 수 있다.

259) 原田大樹, 『自主規制の公法學的研究』, 有斐閣, 2007, 19면.

위험에 관하여서는 과학적 지식과 법적 지식의 교차가 필요한 곳으로 위험 취급자가 어떠한 기준으로 행위를 해야 좋을지 무지한 경우도 많다. 따라서 자율적인 가이드라인은 위험관여자에게 세부 행위규범을 제공하면서 과도한 규제와 제재를 수반하지 않는 장점이 있다. 리스크 가이드라인을 통해 일정 행위를 유도할 수 있고, 감사 등 인증제도의 실시 모델, 단체 자율 모델과 단체 간의 자율 규제를 통하여 위험의 예방에 기여할 수 있다. 이것은 오히려 백이 위험에 관해 분과내부의 모임과 분과간의 부분적 공공영역에서도 미리 토론하고 대안을 찾아야 한다는 것과 상통한다.²⁶⁰⁾ 강제성, 즉 법규적 성격이 약한 가이드라인에 의한 위험관리는 헌법상 기본권 주체에게 최소의 피해만 인정하자는 ‘피해최소성’ 또는 ‘최소침해성’의 실현이기도 하다.²⁶¹⁾

국제법상 엄격한 의미의 법이라 할 수는 없으나, 정치적 표현만은 아니며, 법과 정치 사이의 중간지대의 성격을 지닌 일종의 국제적 행동원칙인 Soft Law도 넓은 의미의 가이드라인으로서 위험관리 역할을 할 수 있다. 법적 구속력이 없는 행동원칙이지만 그 안에 미래에 달성할 목적을 담고 있다.²⁶²⁾ 법적 구속력이 없는 1972년 스톡홀름 선언이나 1992년 리우 선언의 내용을 많은 국가가 자발적으로 국내법화하여 이행²⁶³⁾하고 있는 것은 좋은 예이다.

또한, 2011년 소위 3.11. 일본 동북부지역 지진 발생시 인근 이시노마키(石巻)적십자병원에서는 사고대책 매뉴얼에 따라 4분 만에 진료업무를 사고대책 업무로 전환하여 위기상황에 신속히 대처하였고 관련 초동조치를 모두 기록하였다.²⁶⁴⁾ 최근 샌프란시스코 공항 아시아나 여객기 착륙 사고에서, 아시아나 항공사는 1993년 목포공항 추락사고 이후 마련한 “위기 대응 매뉴얼”이 있어 이에 따라 승무원들이 효율적으로 사고에 대처하여 더 많은 인명피해를 막았

260) Ulrich Beck, Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am. Main, 1986, 홍성태 옮김, 『위험사회-새로운 근대(성)를 향하여』, 새물결, 1997, 358면.

261) 정중섭, 『헌법학원론』, 2013, 380면.

262) 정인섭, 『신국제법강의』, 박영사, 2013, 70면.

263) 정인섭, 위의 책, 639면.

264) 다만 종래 매뉴얼은 고베지진에서와 같이 건물 붕괴로 인한 피해 구조가 중심이었다면, 이 사건에서는 쓰나미에 의한 저체온증 환자에 대한 구조가 중심이어서 차이가 있었다는 것이다.

다고 한다.²⁶⁵⁾ 여기에서 위기 대응 매뉴얼이 바로 전문분야의 자율적인 위기관리 가이드라인이라고 할 수 있다.

이와 같이 “공동체”의 안전을 위한 정신, 규범 등이 각 직역, 지역, 분야별로 섬세하게 리스크 가이드라인을 구체화하여 안전보장에 기여하여야 한다. 필자는 이른바 안전관리를 위하여 “법의 시대로부터 자율적인 가이드라인 시대로”의 진보를 주장한다. 이러한 가이드라인을 통한 안전 관리는 헌법체제하에서 기본권 침해 우려를 최소화하면서도 효과적일 수 있다. 앞으로 도래하는 다양한 위험에 대하여 법 이전의 자발적, 비자발적 가이드라인을 통한 예방이 안전 확보에 기여할 것이다. 과학의 발전에 따른 위험대처에 대한 무지를 막고 윤리와 무관한 과학적 위기 대응 원칙을 가이드라인으로 구체화하여야 한다.

3) 리스크 가이드라인의 효용성

이러한 가이드라인을 통한 안전대비에 비해 위험 대비를 위한 법의 규제와 단속이 부당한 예도 다수 상정할 수 있다. 최근 국토교통부는 자동차 교통사고 사망자수를 낮추기 위하여 모든 도로 전 좌석 안전띠 착용을 의무화한다고 하였다.²⁶⁶⁾ 사람 우선의 교통안전문화 정착, 교통안전정책 추진체계 개선 등은 타당하다고 생각되나 고속도로도 아닌 도심지의 상습 정차지역의 주행시에도 전 좌석 안전띠 착용을 의무화하는 것은 법의 기능과 규범력을 떨어뜨릴 우려가 있다. 오히려 백도 이러한 국가개입주의가 과도한 관료주의 때문에 위태로워질 수 있다고 있다.²⁶⁷⁾

오히려 고속도로 이외의 도로에서 일정 속도 이상 운행시 뒷좌석에서도 안전띠를 착용하는 것이 더욱 안전하다는 것을 과학적 근거로 구체적인 기준으로 제시하여, 일정 속도 이상에 대해서는 운전자 스스로 안전띠를 착용하도록 리스크 가이드라인을 제공하는 것이 합리적이라고 생각한다. 시내 상습정차지역에서 시속 10km 이하의 속도로 주행하는 택시안의 뒷자리에서 안전띠를 매지 않았다고 단속·제재를 하게 된다면 이러한 법적 의무는 시민들에게 동의 받

265) 동아일보, 2013. 7. 9. 등

266) 경향일보, 2013. 7. 19. 전 좌석 안전띠 착용 의무화

267) Ulrich Beck, 앞의 책, 353면.

지 못하고, 단속에 대한 저항감만 높일 수 있다.

리스크 가이드라인의 또 다른 효용성의 예로, 위험 방지를 위해 제정법보다 신속하고 효율적인 대처 가능성을 들 수 있다. 여러 나라에서 총기사고를 예방하기 위하여 총기사용을 규제하려는 노력이 있으나 미국에서는 그러한 입법활동이 잘 성사되고 있지 않다. 이러한 경우 (연방)법보다는 주법(국가에 따라서는 조례)에 의한 총기사용에 대한 제한 규정을 두는 것과 더 낮은 단계로 총기의 보관 장소, 총알의 관리규정 등을 정비하여 준수케 하는 방법이 더욱 효율적이고 신속한 규범적 해결방법일 수 있다. 이러한 규정을 리스크 가이드라인의 형태로 정비하여 총기의 소지·보관·사용을 통제함으로써 총기사고를 예방하는 방법도 가능하다.

물론 가이드라인을 통한 자율규제도 국가와 법을 전제하고 리스크 가이드라인을 넘어 관련 법규의 강한 통제가 필요한 상황에는 법에 의한 규제와 제재가 필요하게 된다. 그리고 국제법과 국제질서를 통한 안전관리도 계속 확보되어야 할 것이다.²⁶⁸⁾

라. 안전기준

안전기준은 “허용가능 한 수준까지 위험을 줄이기 위한 규제 기준”이다. 이 “허용 가능한 위험”이 일부 전문가만이 공유할 수 있는 수준인지, 널리 국가 국민으로 공유할 수 있는 수준인가의 기준은 다르다.

글로벌 스탠다드에 따르면 “위험을 제로로 하는 ‘절대 안전 등’은 존재할 수 없다”는 것은 전제되어 있고, 안전기준도 그 생각이 대전제이다. 안전 기준은 ISO/IEC 등의 국제규격, EN (유럽 통일 규격) 등의 지역 규격, JIS(일본 공업 규격) 등의 국가 표준에 따른 “안전 규격”, 기업이나 사업자의 “규칙”에 근거한 것이다. 제품 안전을 위한 기준과 근로자의 안전 보건을 위한 노동기준 등이 있다.

안심과 안전은 다른 개념이다. 안전하다고 해서 안심인 것은 아니다. 안심은 마음과 신뢰 관계에 의한 것이며, 안전은 과학기술을 기반으로 확률과 통계학

268) 이상은 손형섭, 앞의 논문, 21-24면.

적으로 산출된 것이다. 과학 기술자는 높은 윤리관을 가지고 안전의 확률과 통계를 산출하는 것이 필요하게 된다. 즉, 안전을 담보하기 위해서는 안전의 이념을 공유하기 위한 안전 문화 조성이 중요하다.

국가의 안전기준은 안전표준(Safety standards)과 혼동 사용하고 있는 경우가 많다. “국가의 안전기준” 즉 “안전표준규격(Safety standards)”을 준수하고 있다고 해서 안전을 담보하고 있는지 여부는 별개이다.

“국가의 안전기준은 최소한의 규제 기준이며, 사업자가 이를 준수하는 것은 당연하다. 사업자는 위험원을 망라하고 어떻게 안전 수준을 제고할 것인지가 사명이다. 안전 확보의 일차적 책임은 사업자에게 있다. 기술 기준의 모습은 State of the Arts (최신 지식에 근거해 개선하고 높은 곳을 목표로 한다)”이다.

III. 안전보장과 다른 헌법적 가치의 충돌문제

1. 기본권의 조정

국가와 사회의 분리를 전제로 한 헌법이론은, 시민사회 내의 자유권을 중심으로 한 기본권 보장의 확보를, 국가목적의 이름 아래 행하게 하는 것을 의도해 왔다. 그러나 국가의 역할은 단지 그 기본권의 보호자로부터, 공공성 유지의 관점에서, 적극적인 조정자와 변모를 추구하고 있다. 20세기 후반의 헌법상황은 헌법의 규범력을 높이기 위한 노력이 진행되어, 헌법예외의 신뢰확보가 달성되는 것에 의해 공공성에의 국민 측으로부터의 요구도 받아들여지게 된다. 이러한 관계는 다음의 어떠한 것에 기인하여 발생한다. 사회로부터 발생하여 국가를 구속하는가, 역으로 국가로부터 발생하여 사회를 구속하는가의 어떠한 것이다. 전자가 먼저 나타나는 것은, 이제까지의 헌법사로 보아 분명하다. 우리가 국가와 사회의 분리를 유연히 사고할 수 있는 것은, 기본권을 보장하는 의미이고, 반드시 국가가 장해되고 있다는 의미는 아니다.

고전적인 의미에서 자유권은 “방해배제권”으로서 독일에서는 인정되고, 국가는 분쟁의 사후적 해결수단으로서 2차적으로 등장하는 것에 지나지 않는다. 오늘날에도 자유권이 기본권의 중핵에 위치하는 것은 동일하고, 국가 목적은 그 안전과 평화의 확보를 제1로 하고, 소극적인 경찰작용과 비례원칙의 단순한 적

용으로, 국가의 존재가치는 충분하였다. 이러한 이해 위에, “보호의무론”도 정리되어야 하고, 국가의 기본권 실현과의 관계에서 어떠한 기본권이 어떠한 침해가 있었던 때에 보호할 가치가 있는가가 신중히 배려되어야 하는 것이 된다.

국가목적론은 기본권 보호 의무에의 유력한 근거가 되지만, 보호의무론은 국가목적으로만 도출되는 것은 아니라고 생각된다. 국가목적은 전면에 내세우고, 기본권을 언급하는 것은 위험하다고 생각되기 때문이다. 이점에서 국가목표가 되는 기본권 실현과, 국가목적과 관계되는 인권론은 구별하여 생각해야 한다. 여기서 예를 들어 국가목적과 밀접한 관계가 있는 “안전”을 가지고 기본권 조화를 전체적으로 해결하는 것은 매우 어렵다.²⁶⁹⁾

오늘날 국가목적으로서 안전과 평화의 확보가 선행하고 있는 것은 부정할 수 없는 것이지만, 이것에 공공목적을 가산하고 국가목적에도 “정의”의 성격을 갖는 조정역(役)을 기대하는 경향이 있다. 이것에서는 국민이 국가에의 참획이라는 동위적 지위를 요구하고, 한편으로 그 지위 때문에 문제의 적극적인 조정을 국가에 맡기게 된다. 이 정의는 국가목적 중에, 약자를 구제한다는 철학을 반영하고, 비례원칙을 인정하게 한다. 그 결과, 그 상황은 국가와 사회의 분리를 상대화하고, 그 결과, 국가목적, 목표, 과제의 관계는 보다 밀접한 것이 되어 버린다. 그러나 이러한 국가론이 빠지는 위험성이 있고, 일본은 국가목적론이 갖는 마술에 빠져서는 안 된다고 하는 것으로 일의적 결론을 내린다.²⁷⁰⁾

2. 일본의 긴급권 조항 논의

3.11을 계기로 긴급권조항을 도입하기 위한 헌법 개정이 필요하다는 주장도 제기되었다.

자민당이 2012년 4월 공포한 “일본국헌법개정초안”은 긴급사태의 독립된 장을 신설하고 “국가에 대하여 외부로부터의 무력공격, 내란 등에 의한 사회질서의 혼란, 지진 등에 의한 대규모의 자연재해 기타 법률이 정하는 긴급사태”에서, 내각총리대신은 “긴급사태 선언”을 발동할 수 있다는 취지를 정하였다(제98

269) 石村 修, 前掲書, 88면.

270) 石村 修, 前掲書, 88면.

조 1항).

그러나 히구치요이치(樋口陽一)는 일본정부가 3.11에 신속, 정확하게 대응할 수 없었던 것은 헌법에 긴급권 조항이 없었기 때문이 아니라고 비판하였다.²⁷¹⁾ 9.11 이후 미국헌법에서 국가긴급권의 원용에 의해 정보 수집을 위한 고문 사용이 논의되기도 했다.²⁷²⁾

3. 지진 등 재난 후의 선거

지진피해가 있는 현의 선거를 둘러싸고 선거의 기반인 선거인을 어떻게 확정해야 하는가가 중요한 문제가 되었다. 인구의 다수가 실종되거나 다른 생활 지역으로 이주한 사람들이 있기 때문이다.

선거는 어느 지역에 주소를 가진 개인이 공동 의사의 형성에 참여하는 행위라 할 수 있다. 전 국민을 대표하는 의원(일본헌법 제43조)을 선거하는 국정선거라면 어느 지역에서 투표를 하는지 문제는 되지 않는다. 특히 현행 참의원 비례대표 선거와 같이 전 선거인을 1개 단위로서 선거가 행해지는 경우에는 사람과 지역 간 연결이 의미를 잃는다. 그러나 국정선거에 있어서도 선거구를 구별하는 경우, 그 획정을 둘러싼 여러 지역적 문제가 전제된다. 지방선거의 경우, 선거를 행하는 지리적 단위가 자치의 단위(지방공동단체) 그 자체와 중첩될 수 있다.²⁷³⁾

IV. 인간안보와 국민의 안전보장

1. 인간안보의 개념과 성격

인간안보(Sécurité humaine, Human security)는 1994년 국제연합개발계획(Programme des Nations Unies pour le développement, PNUD)이 새로운 안보개념을 제시한 것으로, 국제연합개발계획의 ‘1994년 인간개발에 관한 세계보

271) 樋口陽一外, 『危機の憲法學』, 弘門堂, 2013, 177면.

272) 樋口陽一外, 前掲書, 187면.

273) 中里見 博, 前掲論文, 232면.

고서(Rapport mondial sur le développement humain 1994)’에서 나타난 것이다.

냉전시대에 안보는 국가나 국제사회 등을 외부 세력으로부터 보호하기 위한 개념으로 군사적 침입에 대응하기 위한 것이었으나, 탈냉전시대에 사회·경제적 문제가 전쟁의 원인으로 대두되면서 인간안보가 나타난 것이다. 전통적인 군사감축 또는 군비감축뿐만이 아니라 인권, 환경보호, 사회안정, 민주주의 등이 보장되어야만 진정한 인권보장이 이루어지고 진정한 세계평화가 달성될 수 있다는 생각에서 출발한 것이라 할 수 있다.

‘1994년 인간개발에 관한 세계보고서’에 따르면 인간안보는 첫째, 인간 개개인이 기아·질병·억압과 같은 고질적 위협으로부터 안전을 확보하고, 둘째, 가정·직장·사회에서의 일상생활에서 갑작스럽게 겪게 되는 고통들로부터 보호를 받는 것으로 정의되어져 있다. 또한 이 보고서는 다음과 같은 7가지의 인간안보의 범주를 제시하고 있는데, 이들은 ① 가난으로부터의 자유를 의미하는 경제안보(sécurité économique), ② 기아로부터의 자유를 의미하는 식량안보(sécurité alimentaire), ③ 질병으로부터의 자유를 의미하는 건강안보(sécurité sanitaire), ④ 환경오염 및 자원고갈로부터의 자유를 의미하는 환경안보(sécurité de l’environnement), ⑤ 폭력·범죄·마약의 공포로부터의 자유를 의미하는 개인안보(sécurité personnel), ⑥ 자신이 속한 가정·인종·조직 등에 참여할 수 있는 자유를 의미하는 공동체안보(sécurité de la communauté), ⑦ 인간의 기본권을 행사할 수 있는 자유를 의미하는 정치안보(sécurité politique) 등이다. 이러한 인간안보 개념은 개인의 소극적인 자유뿐만 아니라 ‘적극적인 자유’를 포함하고 있는 매우 포괄적인 것이다. 하지만, 이 보고서는 인간안보의 개념을 매우 폭넓게 정의하고 있기 때문에 학자들 사이에 인간안보 개념에 대한 논쟁의 근원이 되고 있기도 하다.²⁷⁴⁾

즉 인간안보는 전쟁, 박해, 질병, 기아, 빈곤 등으로부터 인간 개개인을 보호한다는 소극적 의미를 넘어 이러한 인간에 대한 제반 위협요인을 제거함으로써 인간 개개인의 삶의 질을 향상시킨다는 적극적인 의미를 가진다. 따라서 인간안보는 결핍으로부터의 자유, 최소한 인간의 기본적 필요(basic needs), 인권에 대

274) 박한규, 지구화 시대에 있어서 안보 개념의 다차원적 분석 : 인간안보를 중심으로, 국제지역연구 제11권 제3호, 2007. 12, 993면.

한 근본적 보장을 요구하며, 동시에 견고한 평화와 안정을 성취하기 위해서는 지속가능한 발전(sustainable development), 인권, 자유, 법의 지배가 이루어져야 한다. 인간안보를 뒷받침하는 요소로 인권(human rights), 자유(freedom), 개발(development), 안전(safety)을 요구하는 것도 이러한 맥락이다.²⁷⁵⁾

국가 중심적 안보개념을 기반으로 하는 현실주의 안보개념 및 공동안보개념에서 기근·빈곤·환경과괴·저개발 및 자연적 재해 등은 안보쟁점의 범위에서 제외되는 경향이 있었으나 개개인의 일상 생활의 보호를 최우선적 가치로 하는 인간안보 개념에서는 중요한 쟁점으로 부각된다. 또한 이러한 안보의 위해 요소들은 인간안보의 개념에서는 통합하여 접근됨으로써 안보개념의 다양성을 추구하게 되며 무엇보다도 인권의 입장에서 안보 개념을 재정립한다는 차원에서 인간안보는 많은 장점을 가지고 있다. 인간안보는 세계화 시대에 있어서 개개인의 안보확보에 있어서 유연한 자세를 취하고 있다. 즉 세계화의 조류에서 발생하는 다양한 안보문제들은 개별 국가의 차원 또는 경직된 국제기구의 차원에서는 해결하기 어려운 양상을 보여 준다. 이러한 상황에서 개개인의 안보확보는 국제관계에 존재하는 모든 행위자의 총력적인 협력체제를 전제로 하는 바, 세계화가 유발하는 안보문제에 대하여 통합적인 접근방법을 취할 수 있다는 장점이 있다.²⁷⁶⁾

2. 인권과 인간안보와의 관계

인간안보의 개념이 최근에 사용되어지기 시작하였고, 그 용어의 개념도 다양하게 정의되고 있어 다른 용어와 비교하기는 용이하지 않지만 인권과의 비교는 필요하다. 인권과 인간안보와의 관계에 관해서는 몇 가지 견해로 구분할 수 있다.

첫째, 인권의 일부로서 인간안보를 파악하는 견해이다. 인간안보는 근본적인 안보부채로부터의 자유를 보장하는 인권의 일부에 불과하다는 견해이다. 이러

275) 황해륙, 인간안보의 국제법적 실현에 관한 연구, 경북대학교 박사학위논문, 2011. 6, 97면.

276) 김성원, 국제법상 인간안보개념의 전개에 관한 일고찰, 법학논총 제24권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 101면.

한 입장은 국제연합개발계획이 인간안보의 대상으로 제시하는 7가지의 안전보장이 모두 인권보장의 문제에 지나지 않는 것으로 본다. 즉 인간안보가 주장하는 내용은 모두 인권보장의 문제이며, 인간안보가 제시하는 인간에 대한 모든 위협은 인권보장의 촉진을 통하여 해결가능하며, 인간안보는 인권을 다르게 표현한 것에 지나지 않는다는 것이다.

둘째, 인간안보의 일부로서 인권을 파악하는 견해이다. 이 견해는 인간안보를 인권의 상위 개념으로 이해하면서, 인권을 인간안보의 핵심적인 요소로 이해한다. 인권을 인간안보의 핵심요소로 이해하는 경우 규범적 기초가 미약한 인간안보 개념에 대하여 인권개념이 규범적 기초를 제공할 수 있다고 하면서, 국제연합개발계획이 제시하는 7가지의 안보에 대한 위협요소 가운데 정치안보에 인권이 포함된다고 한다. 이는 인권에 대하여 인간안보의 대상의 한 항목으로서의 지위를 부여하는 것이다. 인간개발과 인권을 인간안보의 중요한 구성요소로 바라보는 시각 역시 이 견해와 맥락을 같이 한다.

셋째, 인간안보와 인권을 완전히 별개의 것으로 보는 견해이다. 이는 인간안보와 인권을 전혀 다른 독립적 개념으로 파악한다. 인간안보를 단일한 기준에 의해 정의할 수 있는 인권과 같은 보편적인 가치개념으로서가 아니라, 인간의 안전에 대한 다양한 인식이 존재하고 있는 상황에서 인간안보를 다원적으로 규정하는 것이 바람직하다는 견해이다.

넷째, 인간안보와 인권을 별개의 개념으로 파악하면서도 양자는 상호보완성을 가지는 관계라고 보는 견해이다. 2003년의 CHS의 보고서는 “인간안보는 특정의 위험상황에서 인권을 확인하는 데 도움을 주며, 인권은 어떻게 인간안보가 증진되어야 하는가에 대한 답변을 제공한다”고 하여 인권과 인간안보를 상호보완적인 개념으로 이해하고 있다. 또한 CHS의 공동의장인 아마르티아 센(Amartya Sen) 역시 동 보고서에서, 인권과 인간안보는 상반하는 개념이 아니라 상호보완적인 개념이라고 하고 있다. 이러한 견해는 인권분야, 인간안보분야가 각각 독립적으로 존재하면서, 상호보완과 조화를 통하여 서로를 강화할 수 있다고 보는 입장이다.²⁷⁷⁾

277) 황해륙, 인간안보의 국제법적 실현에 관한 연구, 경북대학교 박사학위논문, 2011. 6, 90-91면.

결국 인간안보는 인간 중심의 사고에서 시작하여 인간의 안전을 위한 총체적인 보호라는 측면에서는 인권과 상호 보완적인 관계에 있다고도 볼 수 있다. 또한 인간안보의 개념은 인간안보가 단지 국가 내의 문제가 아니라 국제적인 문제로 인식하여 국제적인 차원에서 이를 추구한다는 측면에서는 최근의 인권 보장의 측면과 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다.

3. 국가의 국민안전보장의무²⁷⁸⁾

국가는 국민의 안전을 보장할 의무를 진다고 볼 수 있는가 하는 문제를 고려해 볼 필요가 있다. 국가가 국민의 신체나 재산의 안전을 보장할 의무를 진다고 한다면 그 근거는 무엇인가를 살펴보아야 하는 것이다.

안전권은 여러 자연적 및 사회적 위험으로부터 안전할 권리이고, 국가는 이러한 여러 위험으로부터 개인의 안전을 보장할 의무를 진다. 안전이 넓은 개념인 것처럼 위험도 역시 넓은 개념이다. 위험이란 인간의 생존에 위해가 되는 모든 것을 의미하는데, 이러한 위험에는 타인으로부터의 위험은 물론이고, 자연 재해 및 사회적 위험도 포함된다.²⁷⁹⁾

국민의 안전을 헌법적으로 보장하는 방법으로서 안전권을 도출하거나 안전보장의무를 도출하는 방법이 있을 수 있다. 헌법상으로 개인이 가지는 기본권으로서 안전권을 명문으로 규정하고 있지는 않기 때문에, 안전권을 도출하고 이에 헌법적 효력을 부여하는 작업은 오늘날과 같은 위험사회에서 국민이 처한 불안정한 상황을 고려할 때 매우 필요하고도 타당한 작업으로 보인다. 일반적으로 개인이 일정한 헌법상 권리를 가지게 되면 국가는 그에 상응한 헌법상의 의무를 부담하게 된다. 예를 들면 자유권의 경우에는 국가는 이를 침해하지 않을 의무가 발생한다. 국가가 자유권을 침해하면 이는 동시에 의무위반으로 된다. 따라서 기본권으로서 안전권의 설정은 헌법적 법익을 보호하는 효과적인 헌법적 수단이 될 수 있다. 그러나 기본권으로서 안전권을 설정함으로써 족한 것으로는 보기 어렵다. 무엇보다도 위험의 특징이 그러하다. 위험으로 인하여

278) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호, 2014. 11, 83-84면.

279) 홍완식, 안전권 실현을 위한 입법정책, 유럽헌법연구 제14호, 2013. 12, 229면.

그 안전이 위협받는 법익은 무엇보다도 생명과 신체를 들 수 있다. 생명과 신체에 대한 침해는 한번 침해되면 많은 경우에 회복이 사실상 불가능하다. 그런 점에서 생명과 신체에 대한 침해로부터의 안전의 핵심은 구제보다는 오히려 ‘예방’에 있다고 해야 할 것이다.²⁸⁰⁾

그러나 국가의 국민에 대한 안전을 보호할 의무가 헌법상 도출될 수 있는가 하는 점은 불명확하다할 수 있고, 현행 헌법상 이에 대한 근거가 명확하게 도출된다고 단언할 수는 없다. 현행 헌법상 국가의 국민안전보장 의무를 간접적으로나마 도출할 수 있다면 헌법 前文의 “... 대한국민은 ... 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...”라고 규정하고 있는 것과 헌법 제10조 제2문 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라는 조항이다. 이와 더불어 헌법 제23조의 재산권 규정과 제34조 제6항의 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”는 조항 및 제35조 제1항 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”는 환경권 조항, 제36조 제3항 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”는 보건권 조항 및 헌법 제4조와 제5조의 평화국가조항 및 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권 조항 등일 것이다.

이에 대하여 안전권을 헌법 제10조 기본권보장의무나 제34조 제6항의 국가의 재해예방의무 또는 제36조 제3항 국민보건보호의무에서 도출하는 견해가 있고,²⁸¹⁾ 안전권을 헌법 제37조 제1항이나 제12조 제1항에서 근거를 찾는 것은 타당하지 않으며 제10조 제1문 인간의 존엄에서 찾아야 한다는 견해가 있다.²⁸²⁾

결국 헌법에서 안전권에 관한 명시적 규정이 없기 때문에 안전권 도출을 위한 다양한 견해가 가능한데, 이에 대한 해결로써 헌법에서 국민의 안전에 관한 조항을 둘 필요가 있다. 2014년 2월부터 5월까지 활동한 국회의원 직속 헌법개정자문위원회에서 헌법개정안 초안을 작성하였는데, 이에 따르면 제14조에서

280) 김대환, 국가의 국민안전보장 의무, 공법학연구 제15권 제3호, 2014. 8. 4면.

281) 송석운, 기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구, 법학논집 제9권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004, 29-30면.

282) 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준, 법과정책연구 제7집 제1호, 2007. 6, 229면.

“① 모든 사람은 위협으로부터 안전할 권리를 가진다. ② 국가는 재해를 예방하고 그 위협으로부터 사람을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하였다. 헌법에서 국민안전을 위한 독립된 조항을 두고 있다는 점에서 큰 의미가 있다고 할 수 있다.

4. 국민안전보장을 위한 기본권 제한

가. 국민안전보장과 행정조사

국민의 환경, 위생 등을 보호하기 위하여 정부는 행정조사를 할 수 있도록 되어 있다. 예를 들어 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품 등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 영업자나 그 밖의 관계인에게 필요한 서류나 그 밖의 자료의 제출을 요구하거나 관계 공무원으로 하여금 영업소(사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한 장소를 포함한다)에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사나 검사에 필요한 최소량의 식품 등의 무상 수거, 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람 등의 조치를 취할 수 있다. 식품의약품안전처장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 위의 내용에 따른 출입·검사·수거 등의 업무를 수행하면서 식품 등으로 인하여 발생하는 위생 관련 위해방지 업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관의 장, 다른 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 행정응원을 하도록 요청할 수 있고, 이 경우 행정응원을 요청받은 관계 행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. 출입·검사·수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.(「식품위생법」 제22조)

이를 거부, 방해 또는 기피하는 자는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.(「식품위생법」 제97조)

식품위생법 이외에도 여러 법령에서 행정조사를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 행정조사는 국민의 위생, 환경, 보건 등의 다양한 안전을 목적으로 실시할 수 있도록 되어 있다. 이러한 국민의 안전보장을 위한 행정조사가

국민의 기본권 제한과 관련되는 경우가 있는데, 특히 영장주의와 관련하여 논의가 있다. 따라서 행정조사에 관하여 살펴보면서 행정조사에 있어서 영장이 필요한지 여부에 관하여 살펴본다.²⁸³⁾

1) 행정조사의 개념

행정조사의 개념에 대하여 다양한 견해들이 있는 바, 일반적으로 행정조사란 행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정작용을 말한다²⁸⁴⁾ 할 수 있다. 우리나라에서는 2007년 5월 17일 행정조사기본법이 제정(2007. 8. 18. 시행)되어 시행되고 있는데, 행정조사기본법에서는 행정조사를 ‘행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동’으로 정의하고 있다(행정조사기본법 제2조 제1호).

행정조사는 행정상 즉시강제와 구별된다고 볼 수 있는데, 개인의 신체나 재산에 실력행사를 하여 강제성을 가진다는 점에서는 즉시강제와 같은 면이 있으나 행정상 즉시강제는 권력적 사실행위로 보는 반면 행정조사는 비권력적 사실행위로 이해하는데 차이가 있고 행정조사는 그 자체가 행정상 필요한 구체적인 결과를 실현시키는 것이 아니고 행정에 필요한 자료를 수집이라든가 조사를 하는데 목적이 있는 반면 행정상 즉시강제는 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 행사하여 직접 행정에 필요한 상태를 실현시키는 것을 목적으로 한다는 데에 차이가 있다. 또한 행정조사는 일반적으로 긴급성이 없고 모든 행정조사가 반드시 강제적인 것은 아니라는 점에서 행정상 즉시강제와 구별되기도 한다.

행정조사의 개념에 권력적 행정조사만을 포함시키는 견해²⁸⁵⁾도 있었으나 2007년 행정조사기본법이 제정되어 이에 바탕을 두고 권력적 행정조사와 비권

283) 이하는 전학선, 행정조사와 사법부의 행정부 지원, 유럽헌법연구 제15호, 201. 6, 291면 이하를 수정·보완하였음.

284) 박균성, 행정법론(上), 박영사, 2015, 496면.

285) 김동희, 행정법(I), 박영사, 1999, 421면.

력적 행정조사를 모두 행정조사에 포함하고 있다.²⁸⁶⁾ 행정조사에 비권력적 행정조사도 포함시켜야 된다고 보는데, 그 이유는 행정조사는 권력적이든 비권력적이든 행정에 필요한 정보를 수집하는 활동이라는 점에 중점이 있는 행정작용이고, 권력적 행정조사가 비권력적 행정조사보다 국민의 권익을 침해할 가능성이 많은 점은 사실이지만 권력적인 것이든 비권력적인 것이든 모든 행정조사에 있어서는 개인의 프라이버시보호, 기업의 영업의 자유의 보호라는 관점에서 법적 통제를 가할 필요성이 있기 때문이라고 할 수 있다.²⁸⁷⁾

2) 적용범위

행정조사기본법 제3조는 적용범위에 관하여 규정하고 있다. 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사기본법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있다. 그러나 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항이나 국방 및 안전에 관한 사항으로 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항·병역법·향토예비군설치법·민방위기본법·비상대비자원 관리법에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항은 행정조사기본법을 적용하지 않도록 하고 있으며, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제3항의 정보에 관한 사항·근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항, 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항, 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률 및 할부거래에 관한 법률에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항에도 적용을 하지 않도록 하고 있다. 그럼에도 불구하고 행정조사의 기본원칙(제4조), 행정조사의 근거(제5조), 정보통신수단을 통한 행정조사(제28조) 부

286) 김동희, 행정법(I), 박영사, 2015, 501면.

287) 박균성, 전게서, 497면.

분은 예외 없이 적용하도록 하고 있다.

행정조사기본법의 적용이 배제되는 영역의 경우에 대한 전반적인 재검토가 있어야 한다. 행정조사기본법 제3조가 규정한 적용제외영역은 너무 넓게 설정되어 있다. 각각의 영역 하나 하나마다 과연 적용제외가 불가피한 영역이었는가를 검토하고 그러하지 아니한 경우에는 행정조사기본법의 적용대상이 되도록 법제정비가 있어야 한다.²⁸⁸⁾

3) 행정조사의 방법

행정조사의 방법으로 출석·진술요구(제9조), 보고요구와 자료제출요구(제10조), 현장조사(제11조), 시료채취(제12조), 자료 등의 영치(제13조)가 있다.

가) 출석·진술요구(제9조)

행정기관의 장이 조사대상자의 출석·진술을 요구하는 때에는 일시와 장소, 출석요구의 취지, 출석하여 진술하여야 하는 내용, 제출자료, 출석거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 출석요구서를 발송하여야 한다. 그리고 조사대상자는 지정된 출석 일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며, 변경신청을 받은 행정기관의 장은 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 출석일시를 변경할 수 있다. 만약 출석한 조사대상자가 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사원은 조사대상자의 1회 출석으로 당해 조사를 종결하여야 한다.

나) 보고요구와 자료제출요구(제10조)

행정기관의 장은 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일시와 장소, 조사의 목적과 범위, 보고하여야 하는 내용, 보고거부에 대한

288) 오준근, 행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구, 토지공법연구 제45집, 2009. 8, 377면.

제재(근거법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 포함된 보고요구서를 발송하여야 한다.

행정기관의 장은 조사대상자에게 장부·서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하는 때에는 제출기간, 제출요청사유, 제출서류, 제출서류의 반환 여부, 제출거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 자료제출요구서를 발송하여야 한다.

다) 현장조사(제11조)

조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료, 조사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사 시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다. 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우, 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우, 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령 등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우에는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에도 할 수 있다. 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다.

라) 시료채취(제12조)

조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다. 행정기관의 장은 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.

마) 자료 등의 영치(제13조)

조사원이 현장조사 중에 자료·서류·물건 등을 영치하는 때에는 조사대상자 또는 그 대리인을 입회시켜야 한다. 조사원이 자료 등을 영치하는 경우에 조사대상자의 생활이나 영업이 사실상 불가능하게 될 우려가 있는 때에는 조사원은 자료 등을 사진으로 촬영하거나 사본을 작성하는 등의 방법으로 영치에 갈음할 수 있다. 다만, 증거인멸의 우려가 있는 자료 등을 영치하는 경우에는 그러하지 아니하다. 조사원이 영치를 완료한 때에는 영치조서 2부를 작성하여 입회인과 함께 서명날인하고 그중 1부를 입회인에게 교부하여야 한다. 행정기관의 장은 영치한 자료 등이 영치한 자료 등을 검토한 결과 당해 행정조사와 관련이 없다고 인정되는 경우라든가 당해 행정조사의 목적의 달성 등으로 자료 등에 대한 영치의 필요성이 없게 된 경우에 해당하는 경우에는 이를 즉시 반환하여야 한다.

4) 행정조사절차

가) 개별조사계획의 수립(제16조)

행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제17조에 따른 사전통지를 하기 전에 개별조사계획을 수립하여야 한다. 개별조사계획에는 조사의 목적·종류·대상·방법 및 기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항(조사의 근거, 조사원의 구성, 조사대상자의 선정기준, 조사거부 시 제재의 내용 및 근거)이 포함되어야 한다. 다만, 행정조사의 시급성으로 행정조사계획을 수립할 수 없는 경우에는 행정조사에 대한 결과보고서로 개별조사계획을 갈음할 수 있다.

나) 조사의 사전통지(제17조)

행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서, 보고요구서·자료제출요구서 및 현장출입조사서를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, 통계법 제3조 제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 행정조사의

개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다. 행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

다) 조사대상 선정기준 열람신청(제8조)

조사대상자에게 조사대상 선정 기준에 대한 열람 신청권이 있다. 이는 조사대상자로 하여금 본인이 어떤 이유로 대상자로 선정되었는지를 알 수 있도록 하여 선정 기준의 공정성·투명성을 확보하고, 이를 통하여 상대방을 설득하고 자발적인 협력을 유도하기 위한 것이다.²⁸⁹⁾

행정기관의 장은 열람신청을 받은 때에는 행정기관이 당해 행정조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우라든가 내부고발자 등 제3자에 대한 보호가 필요한 경우가 아니면 신청인이 조사대상 선정기준을 열람할 수 있도록 하여야 한다.

이는 조사대상자로 하여금 본인이 어떤 이유로 조사대상자로 선정되었는지를 알 수 있도록 하여 선정기준의 공정성·투명성을 확보하고, 이를 통하여 상대방을 설득하고 자발적인 협력을 유도하기 위한 것으로,²⁹⁰⁾ 선정기준의 공정성에 대한 논란을 잠재우기 위해서는 선정기준을 사전에 공표하는 것이 바람직하다는 견해도 있다.²⁹¹⁾ 즉 행정조사에 대한 예측가능성을 확보하고 선정기준의 공정성·투명성을 더욱 확실하게 보장하기 위해서는 행정기관이 조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 선정기준을 원칙적으로 사전에 공표하도록 하자는 것이다.²⁹²⁾

289) 김신, 행정부담 감축을 위한 행정조사의 개선에 관한 연구, 한국행정연구원, 2013. 12, 21면.

290) 김재광, 행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰, 법학논총 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 506면.

291) 김광수, 행정조사기본법에 대한 진술, 국회정무위원회 공청회자료, 2006. 11. 24. 16면.

292) 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제8권 제3호, 2007. 8, 112면.

라) 조사의 연기신청(제18조)

출석요구서 등을 통지받은 자가 천재지변이나 화재, 그 밖의 재해로 인하여 사업장의 운영이 불가능한 경우, 행정조사기본법 제10조 제2항에 따라 자료제출요구를 받은 경우와 동법 제11조 제1항에 따른 현장조사의 경우 장부 및 관련 서류가 권한이 있는 기관에 의하여 압수 또는 영치된 경우, 조사대상자가 개인인 경우 그 개인이 질병이나 장기 출장 등으로 인하여 조사가 곤란하다고 판단되는 경우로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다. 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다. 행정기관의 장은 행정조사의 연기요청을 받은 때에는 연기요청을 받은 날부터 7일 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지하여야 한다.

마) 제3자에 대한 보충조사(제19조)

행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실 여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우라든가 제3자의 동의를 있는 경우에는 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다. 행정기관의 장은 제3자에 대한 보충조사를 실시하는 경우에는 조사개시 7일 전까지 보충조사의 일시·장소 및 보충조사의 취지 등을 제3자에게 서면으로 통지하여야 한다.

행정기관의 장은 제3자에 대한 보충조사를 하기 전에 그 사실을 원래의 조사대상자에게 통지하여야 한다. 다만, 제3자에 대한 보충조사를 사전에 통지하여서는 조사목적의 달성할 수 없거나 조사목적의 달성이 현저히 곤란한 경우에는 제3자에 대한 조사결과를 확정하기 전에 그 사실을 통지하여야 한다. 원래의 조사대상자는 통지에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

바) 조사거부(제20조)

행정기관의 장이 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고

자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다. 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령 등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다. 행정기관의 장은 조사거부자의 인적 사항 등에 관한 기초자료는 특정 개인을 식별할 수 없는 형태로 통계를 작성하는 경우에 한하여 이를 이용할 수 있다.

사) 의견제출(제21조)

조사대상자는 사전통지의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다. 행정기관의 장은 조사대상자가 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 행정조사에 반영하여야 한다.

아) 조사원 교체신청(제22조)

조사대상자는 조사원에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우에는 행정기관의 장에게 당해 조사원의 교체를 신청할 수 있다. 교체신청은 그 이유를 명시한 서면으로 행정기관의 장에게 하여야 한다. 교체신청을 받은 행정기관의 장은 즉시 이를 심사하여야 한다. 행정기관의 장은 교체신청이 타당하다고 인정되는 경우에는 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게 하여야 한다. 행정기관의 장은 교체신청이 조사를 지연할 목적으로 한 것이거나 그 밖에 교체신청에 타당한 이유가 없다고 인정되는 때에는 그 신청을 기각하고 그 취지를 신청인에게 통지하여야 한다.

자) 조사권 행사의 제한(제23조)

조사원은 행정조사기본 제9조부터 제11조까지에 따라 사전에 발송된 사항에 한하여 조사대상자를 조사하되, 사전통지한 사항과 관련된 추가적인 행정조사가 필요할 경우에는 조사대상자에게 추가조사의 필요성과 조사내용 등에 관한 사항을 서면이나 구두로 통보한 후 추가조사를 실시할 수 있다. 조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다. 조사대상자와 조사원

은 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있다. 이 경우 녹음·녹화의 범위 등은 상호 협의하여 정하여야 한다. 조사대상자와 조사원이 제3항에 따라 녹음이나 녹화를 하는 경우에는 사전에 이를 당해 행정기관의 장에게 통지하여야 한다.

차) 조사결과의 통지(제24조)

행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

카) 중복조사금지(제15조)

정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다. 행정조사를 실시할 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지 여부를 확인할 수 있다. 행정조사를 실시할 행정기관의 장이 사실을 확인하기 위하여 행정조사의 결과에 대한 자료를 요청하는 경우 요청받은 행정기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 관련 자료를 제공하여야 한다.

중복조사금지는 개별법에서 규정하고 있는 경우도 있는데, 국세기본법에서는 세무공무원은 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우, 거래 상대방에 대한 조사가 필요한 경우, 2개 이상의 과세기간과 관련하여 잘못이 있는 경우, 국세기본법 제65조 제1항 제3호(제66조 제6항과 제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 필요한 처분의 결정에 따라 조사를 하는 경우, 그 밖에 제1호부터 제4호까지와 유사한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에 해당하는 경우가 아니면 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없도록 하고 있다.

5) 행정조사와 영장주의

영장주의는 우리 헌법에서 신체의 자유와 주거의 자유에서 규정하고 있기 때문에 주로 이와 관련하여 논의하여 왔다. 헌법 제12조 제3항이 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정하고 있고, 제16조가 ‘주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정하고 있어 이에 대한 논의가 주를 이루었다.

행정조사에도 영장주의가 적용되는가에 대하여 견해가 다양하게 있다. 우리나라에서는 행정조사에서 영장주의가 완전히 적용된다고 보는 견해와 적용되지 않는다고 하는 견해²⁹³⁾보다는 절충설이 주류를 이루고 있는데, 절충설의 경우에도 그 내용을 보면 다양하다.

행정조사에도 영장주의가 원칙적으로 적용된다고 보는 견해가 있는데, 행정조사가 상대방의 신체나 재산에 직접 실력을 가하는 것인 한, 그리고 행정조사의 결과가 행사책임의 추궁과 관련성을 갖는 한 사전영장주의는 원칙적으로 적용되어야 할 것이고 긴급한 경우 등 영장을 기다려서는 행정조사목적은 달성할 수 없는 경우에는 영장이 요구되지 않는다는 견해이다.²⁹⁴⁾ 또한 행정조사가 형사소추절차로 이행되는 경우(예컨대, 국제범죄사건의 조사)에는 당연히 영장이 필요하다고 보며, 기타 권력적 행정조사에 있어서도 원칙적으로 영장을 필요로 하나, 영장을 기다려서는 적시에 적정한 조사가 행해질 수 없는 경우에는 그 예외가 인정된다는 견해,²⁹⁵⁾ 주거의 출입·수색 및 물건의 압수 등의 작용에는 형사작용이나 행정작용을 불문하고 영장주의가 적용되어야 함은 물론이고 대부분의 행정조사는 즉시강제와는 달리 법관으로부터 영장을 발부받을 시간적 여유가 충분하기 때문에 이를 부인할 필요가 없으나, 예외적으로 긴급한 상황이 발생하여 영장을 기다려서는 적정한 조사가 이루어질 수 없는 경우에는 증표제시의무로 충분하다는 견해,²⁹⁶⁾ 행정조사는 행정작용을 위한 자료를

293) 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2014, 522면.

294) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2014, 680면.

295) 김동희, 행정법(I), 박영사, 2015, 503면.

296) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2015, 468면.

획득하기 위하여 행하여지는 보조적·준비적 수단으로서의 성격을 가지고 있으므로 행정상 즉시강제와는 달리 영장을 발부받을 시간적 여유가 충분하므로 원칙적으로 권력적 행정조사의 경우에도 영장주의가 적용된다고 보면서 다만 긴급한 상황 아래에서 영장을 발부받아서는 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 예외적인 경우에는 영장주의의 예외가 인정된다는 견해²⁹⁷⁾가 있다.

그러나 사안별로 개별적으로 판단하여야 한다는 견해가 있는데, 행정조사에 영장주의가 적용될 것인지 여부는 개별적으로 행정조사의 성격, 조사의 필요성, 기타의 권익보호제도의 존재 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다는 견해이다. 이 견해는 형사책임추급을 목적으로 하는 행정조사의 경우에는 영장이 필요하다고 보고 순수한 행정목적의 행정조사의 경우에는 영장 또는 영장에 버금가는 권익보호조치가 요구된다고 하면서 다만 국민의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 긴급한 조사의 필요성이 인정되는 경우에는 영장이 불필요하다고 보는 견해²⁹⁸⁾ 헌법상 영장주의의 기본정신과 행정조사제도의 취지·조사목적의 달성 등을 고려하여 판단할 문제로서, 일률적으로 영장주의의 적용 여부를 말할 수 없고, 이러한 견지에서 조사를 위한 출입이나 검사가 형사상 수색·압수 등과 동가치적인 개인이나 기업의 사적 보호영역에서의 개입이라고 판단되는 경우에는 영장이 요구된다고 보아야 할 것이고 그 밖의 경우에는 관계법상의 수권규정만으로도 가능하다고 보는 견해²⁹⁹⁾ 등이 있다.

이와 달리 법제처의 법령입안·심사기준은 ‘주거에 대한 수색이나 압수에 대하여 법관의 영장을 요구한 헌법 제16조는 형사절차에 적용되는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이므로, 행정목적에 위한 출입검사·질문이나 수집은 영장을 필요로 하는 것으로 규정할 필요는 없다. 그러나 국민의 자유나 권리에 대한 침해할 수반한다는 점을 고려하여 출입검사나 질문을 하는 공무원은 그 권한을 명백하게 하기 위하여 검사나 조사할 수 있는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보이도록 할 필요는 있다. 행정조사기본법 제11조 제3항에서 현장 조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에

297) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2015, 1082면.

298) 박균성, 전게서, 507-508면.

299) 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 472면

게 내보여야 한다고 규정하고 있으므로, 개별 법률에서 출입검사 질문을 실시할 수 있다고 규정하는 것으로 충분하고 따로 증표 제시에 관한 별도의 규정을 두지 않아도 된다.’고 하고 있다.³⁰⁰⁾

보통 영장주의의 예외로 인정되고 있는 경우를 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

① 동의(concent): 행정조사를 받는 자가 영장 없는 행정조사에 동의를 하면 된다. 이때 공무원이 조사를 받는 자에게 영장 없는 행정조사를 거부할 권리가 있다고 알려줄 의무는 없다.

② 긴급상황(emergency): 부패식품의 조사, 화재진압을 위한 활동 등을 들 수 있겠다.

③ 생활복지 수급권자에 대한 적격여부확인(welfare inspections): 수급권자가 정당한 자격이 있는지를 확인하기 위하여 공무원이 행정조사를 하는 것은 헌법에서 말하는 수색(search)에 해당하지 않고, 이에 따라 영장이 필요하지 않다고 한다.

④ 명시(明視)의 법리(plain view doctrine): 행정조사의 대상이 누구나 볼 수 있는 상태에 있는 것이라면, 별도의 영장이 필요하지 않다는 것이다. 예를 들면 공장의 굴뚝에서 나오는 대기오염을 측정하기 위하여 환경청에서 공장의 상공을 비행하면서 오염농도를 측정하는 경우 위 법리에 의하여 별도의 영장이 필요 없다는 것이다.

⑤ 규제를 많이 받는 사업(closely regulated industries): 주류판매업소 또는 총기판매업소등에 대한 행정조사에서는 법원은 영장주의의 예외를 인정하고 있다.³⁰¹⁾

행정조사에 영장주의가 적용되는지 여부와 관련하여 자료나 정보의 수집을 위한 행정조사에는 영장주의가 적용되지 않는다고 볼 수 있는데, 형사처벌을 목적으로 혹은 형사처벌까지 염두에 두고 출입검사, 조사, 물건의 수거 등의 행위를 하는 경우는 행정조사권의 남용이라 할 수 있다. 따라서 개별적으로 사안별로 판단을 해야 할 것으로 보인다.

300) 법제처, 법령입안·심사기준, 2012, 422-423면.

301) <http://www.moleg.go.kr/knowledge/legislation;jsessionid=8vPTytMmziZGuDTKNLkISgjBmaC5MDa8nNIe854aRBDMX3ZuH2a70JVtBWBEpf0v?pstSeq=44159> (2015년 10월 12일 검색)

보통 긴급을 요하는 경우에는 영장주의의 예외로 인정하는 경우가 많은데, 긴급을 요하는 경우가 아닌데도 불구하고 영장주의를 배제한다면 이는 영장주의에 위배될 뿐 아니라 과잉금지의 원칙에 위배된다고도 할 수 있다. 헌법재판소가 행정상 즉시강제와 관련하여 “이 사건 법률조항은 영장에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하면서, 법 제24조 제4항 및 제6항에서 ‘수거증 교부’ 및 ‘증표 제시’에 관한 규정을 두고 있는 점으로 미루어 보아 영장제도를 배제하고 있는 취지로 해석되므로, 이 사건 법률조항이 영장주의에 위배되는지 여부가 문제된다. 영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다.”라고 한 것을 참고할 만하다.³⁰²⁾

영장주의와 관련하여 우리 헌법은 ‘검사의 신청으로 법관이 발부한 영장’으로 규정하고 있다. 따라서 영장을 발부받기 위해서는 검사의 신청이 있어야 하고 법관의 발부가 있어야 한다. 그러나 반드시 모든 경우에 검사의 신청이 있어야 하는 것은 아니다. 헌법재판소는 영장주의와 관련하여 “헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 ‘검사의 신청’에 의할 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있으므로, 공판단계에서 법원이 직권에 의하여 구속영장을 발부할 수 있음을 규정한 구 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항 및 제73조 중 “피고인을 … 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다는 부분은 헌법 제12조 제3항에 위반되지 아니한다.”고 하여 공판단계에서 검사의

302) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12. 판례집 14-2, 359면.

신청 없이도 영장발부가 가능하다고 보고 있다.³⁰³⁾

헌법재판소는 영장주의를 강제처분에만 적용하고 있다. 마약류 관련 수형자에 대하여 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 것은 권력적 사실행위에 해당한다고 하면서 ‘헌법 제12조 제3항의 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙으로 소변을 받아 제출하도록 한 것은 교도소의 안전과 질서유지를 위한 것으로 수사에 필요한 처분이 아닐 뿐만 아니라 검사대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수도 없어 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다.’고 하였다.³⁰⁴⁾

6) 처벌

행정조사를 거부하는 경우 처벌을 할 수 있는가 하는 것은 행정조사기본법에서 규정하고 있지 않고 개별법에서 규정하고 있다. 따라서 개별법마다 처벌 규정이 다르고 처벌을 하지 않는 경우도 있다.

남북교류협력에 관한 법률에서 통일부장관은 남북교류·협력의 원활한 추진을 위하여 협력사업을 하는 자, 남북교류협력에 관한 법률에 따른 보조금을 받거나 그 밖에 필요한 지원을 받은 자에 대하여 지도·감독을 하며, 필요한 경우 사업운영 상황에 대하여 조사를 할 수 있도록 하고 있는데(남북교류협력에 관한 법률 제25조의4 제1항), 조사를 정당한 사유 없이 거부·기피·방해하거나 같은 조 제3항에 따른 시정명령을 따르지 아니한 자는 300만원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다(남북교류협력에 관한 법률 제28조의2 제1항).

또한 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에서는 취업지원 실시기관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업의 종류, 고용직종, 고용인원, 고용기준, 그 밖에 고용에 관한 사항을 국가보훈처장에게 신고하도록 되어 있는데, 국가보훈처장은 신고내용이 미흡하거나 실태파악을 위하여 필요하다고 인정되면 관계 공무원에게 업체 등 및 이에 해당된다고 인정되는 업체 등에 출입하여 필요한 설명이나 관련 자료의 제출을 요구하게 할 수 있다(국가유공자 등 예우 및 지

303) 헌재 1997. 3. 27. 96헌마28등, 판례집 9-1, 313면.

304) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277, 판례집 18-2, 280-281면.

원에 관한 법률 제33조의3). 그러나 설명 요구를 따르지 아니하거나 거짓 진술을 한 자 또는 자료의 제출을 거부·방해 또는 기피한 자는 300만원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제86조 제2항).

그러나 행정조사를 거부하는 것에 대해 제재가 없는 경우도 있다. 1959년 12월 31일 이전에 퇴직한 군인의 퇴직급여금지급에 관한 특별법에서는 퇴직급여금지급심의위원회가 퇴직급여금지급을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관련자 또는 참고인으로부터 진술을 들을 수 있으며, 행정기관 그 밖의 관계기관에 대하여 필요한 협조를 요청할 수 있고 협조요청을 받은 관계기관은 특별한 사정이 없는 한 지체 없이 이에 응하도록 하고 있다(1959년 12월 31일 이전에 퇴직한 군인의 퇴직급여금지급에 관한 특별법 제14조). 그러나 이를 위반하는 경우에 대한 제재가 없다.

나. 계엄을 통한 국민안전보장

1) 계엄의 개념

국가적 비상사태가 발생하면 국민의 안전을 위하여 다양한 조치를 취하게 된다. 이러한 조치 가운데 하나가 계엄이 될 수 있다.

우리 헌법은 제77조에서 계엄에 대하여 규정하고 있고, 계엄법에서는 경비계엄과 비상계엄에 대하여 규정하고 있다. 그러나 정작 계엄의 개념에 대해서는 정의내리고 있지 않다. 계엄은 국가마다 서로 다른 역사적 배경 하에 제도화되었기 때문에 일률적으로 개념을 정의하기는 어려우나 대개의 경우를 살펴봄으로써 그 개념을 살펴볼 수 있을 것이다.

계엄의 의의에 대하여 대개 유사하게 정의내리고 있는데, ‘전시 등의 국가비상사태에 있어서 군사상의 필요나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있는 경우에 한하여 특정지역 내 행정권 또는 사법권을 군대가 관할하고 국민의 기본권의 일부에 대하여 제한을 가할 수 있는 국가긴급권제도’³⁰⁵⁾라고 하거나 또는

305) 정재황, 헌법입문, 박영사, 2015, 681면.

‘전시·사변 등 국가비상사태에서 대통령이 전국 또는 일정한 지역을 병력으로써 정비하고 당해지역의 행정사무와 사법사무의 일부 또는 전부를 군의 관할하에 두는 국가긴급권제도’³⁰⁶⁾라고 하고 있다. 또한 우리 헌법이 제77조에서 계엄에 대한 규정을 두고 있는 것을 고려하여 ‘국가긴급권으로서의 계엄에 관하여 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 군사상의 필요가 있거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 경우에 한하여 그 지역 내의 행정권 또는 사법권을 군대의 권력 밑에 이관하고 헌법에 보장된 개인의 기본권의 일부에 대하여 예외적 조치를 할 수 있는 법제도’라고 정의내리기도 한다.³⁰⁷⁾

결국 계엄이란 전시 등 국가적 비상사태가 발생한 경우에 국가를 수호하고 헌정질서를 수호하기 위하여 일정한 지역이나 혹은 국가 전역에 걸쳐서 행정권 혹은 사법권의 전부 혹은 일부를 군대가 관할하고 국민들의 기본권의 일부를 제한할 수 있는 국가긴급권이라 할 수 있다.³⁰⁸⁾

2) 계엄법상의 기본권 제한

계엄을 통하여 국민안전을 보장하는데, 이와 더불어 국민들의 기본권이 제한될 수 있다.

우리 헌법은 제77조 제3항에서 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 계엄법 제9조에서는 비상계엄지역에서 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있고(제1항), 비상계엄지역에서 계엄사령관은 법률에서 정하는 바에 따라 동원(動員) 또는 징발을 할 수 있으며, 필요한 경우에는 군수(軍需)로 제공할 물품의 조사·등록과 반출금지를 명할 수 있으며(제2항), 비상계엄지역에서 계엄사령관은 작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소각(燒却)할 수 있도록 하고 있다(제3항).

306) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015, 1250면.

307) 김상겸, 계엄법에 관한 연구, 헌법학연구 제11권 제4호, 2005. 12, 325면.

308) 전학선, 프랑스의 계엄제도, 외법논집 제38권 제2호, 2014. 5, 4면.

국민의 안전을 위하여 비상계엄을 선포하였고, 이를 위하여 작전 수행 중에 기본권을 제한하는 조치를 취할 수 있는데, 계엄법 제9조 제1항에서는 신체의 자유(체포·구금·압수·수색)와 거주·이전의 자유 그리고 언론·출판·집회·결사의 자유에 관하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 하고 있으며, 제3항에서는 재산권을 제한할 수 있도록 하고 있다.

가) 신체의 자유와 언론·출판·집회·결사의 자유의 제한

비상계엄이 선포되면 체포·구금·압수·수색에 있어서 특별한 조치를 취할 수 있다는 것은 헌법 제77조 제3항에 의하여 영장제도에 대한 예외를 인정하는 것으로 해석된다. 계엄법 제9조 제1항에서 체포·구금·압수·수색에 대한 특별한 조치는 헌법 제77조 제3항에 근거하므로 위헌의 문제는 없다고 할 수 있다. 다만 비상계엄이 선포되어 체포·구금·압수·수색에 있어서 특별한 조치를 취하더라도 과도한 제한을 하게 되는 경우에는 비례의 원칙에 위반되어 위헌적인 조치가 된다고 보아야 할 것이다.

언론·출판·집회·결사의 자유에 대해서도 특별한 조치를 취할 수 있도록 헌법에서 규정하고 있으므로 계엄법에서 이에 근거하여 규정하고 있는 것으로 비례의 원칙에 위반되어 제한하지 않는 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

나) 거주·이전의 자유와 재산권 제한

헌법 제77조 제3항에서는 신체의 자유와 언론·출판·집회·결사의 자유에 대하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있으나, 계엄법 제9조에서는 거주·이전의 자유에 대해서도 특별한 조치를 취할 수 있도록 하고 있다. 또한 비상계엄지역에서 계엄사령관은 작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소각할 수 있도록 하여 재산권을 제한할 수 있도록 하고 있다.

이에 관하여 헌법 제77조 제3항에서 규정하지 않은 거주·이전의 자유나 재산권 등을 계엄법에서 제한할 수 있도록 하는 것은 헌법에 위반되는 것 아닌가 하는 점에서 견해가 나뉜다.

헌법에서 규정하고 있지 않은 거주·이전의 자유를 계엄법에서 제한할 수 있도록 한 것은 헌법에 위반된다는 견해³⁰⁹⁾와 헌법 제77조 제3항의 내용을 예

시적으로 해석하여 합헌이라는 견해가 있다.

합헌론에 따르면 적과 교전상태에 있는 전시·사변의 상황에서 군사작전의 효율적인 집행을 위하여 거주·이전의 자유와 단체행동권 등을 헌법에 예정하지 않은 비정상적인 방법으로 침해하는 것은 피할 수 없으므로 합헌이라는 것이며,³¹⁰⁾ 전쟁·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태를 수습하고 극복하기 위한 비상계엄의 경우에는 군사상 필요한 때 일정한 지역의 출입을 금지하거나 특정지역의 사람을 소개하는 등 일반적인 이동·여행의 자유를 제한할 필요가 있을 뿐 아니라 필요한 사람을 강제로 동원하거나 재산을 징발할 필요도 생길 수 있으며, 군작전상 필요한 경우에는 국민의 재산을 파괴하거나 소훼할 수 있다고 보면서, 국가비상사태의 경우가 아닌 정상적인 경우에도 헌법 제37조 제2항의 모든 기본권에 대하여 법률로써 제한을 가할 수 있다고 정하고 있는데 이보다 더 심각한 국가비상사태의 경우에 영장제도와 언론·출판·집회·결사의 자유에 한해서만 제한할 수 있다고 하는 것은 계엄제도의 기능과 합치하지 않는다고 보고 있다.³¹¹⁾

위헌론에 따르면 계엄선포권의 본질을 대통령의 비상대권이라고 이해하는 입장에서는 그것을 한정적 규정으로 해석하는 것이 남용·악용의 피해를 줄이는 방법이 된다고 보면서, 계엄선포권의 본질을 헌법보호의 비상수단이라고 이해하는 경우에도 그것을 반드시 예시적 규정으로 해석하여야만 된다는 논리는 성립되지 않는다고 본다.³¹²⁾

이와 관련하여 이러한 견해의 대립은 결국 헌법에서 규정하지 않은 내용을 계엄의 목적을 달성하기 위해 계엄법에서 규정하였기 때문에 발생하는 것으로 헌법을 개정하기가 현실적으로 곤란한 상황에서는 헌법해석을 통하여 법 적용의 여부를 결정할 수밖에 없을 것으로 본다 하면서, 계엄법의 목적달성이라고 하는 면에서 본다면 당해 규정을 예시적 규정이라고 보는 것이 타당하나, 거주·이전의 자유를 제한하여 달성할 수 있는 계엄의 목적이 과연 존재하는 것이며, 어느 정도 중요한지를 판단해 볼 때 ‘거주·이전의 자유 제한’ 내용은 삭

309) 오동석, 한국전쟁과 계엄법제, 민주법학 제43호, 2010. 7, 68면.

310) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015, 702면.

311) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014, 1282면.

312) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 1006면.

제해야 한다는 견해도 있다.³¹³⁾

생각건대, 헌법에서는 영장제도와 언론·출판·집회·결사의 자유에 대해서만 특별한 조치를 취할 수 있도록 하고 있으나, 계엄법에서는 거주·이전의 자유와 재산권에 대하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 하여 헌법보다 더 광범위하게 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있다. 형식적인 측면에서는 법률인 계엄법으로 거주·이전의 자유와 재산권을 제한하고 있으므로 헌법 제37조 제3항에 근거하여 헌법에 위반된다고 할 수는 없다고 본다. 헌법 제77조 제3항에서는 영장제도와 언론·출판·집회·결사의 자유에 관해서만 규정하고 있으나 계엄법에서 거주·이전의 자유와 재산권을 제한하고 있으므로, 계엄법이 헌법 제77조 제3항에 위반된다고 볼 수 있으나, 계엄법의 제한 근거를 헌법 제37조 제2항으로 하면 헌법에 위반된다고 볼 수는 없을 것이다. 또한 내용면에서 보면 계엄법상의 거주·이전의 자유와 재산권 등에 관한 특별한 조치를 위헌적인 규정으로 볼 때에는 계엄의 목적달성이 어려워질 수 있는 점³¹⁴⁾ 등을 고려할 때에는 합헌으로 보는 것이 타당하다고 본다. 다만 그 제한에 있어서는 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

제3절 국민의 안전보장에 관한 국가 의무의 한계

1. 기본권보호의무의 헌법적 근거

1. 주관적 공권으로서의 방어권설

국민은 국가권력이 기본권을 침해하는 경우 국가에 대하여 방어권을 가진다. 동일하게 헌법상 보장된 기본권적 법익이 제3자인 사인에 의해 가해가 발생하여 보호되지 않고 있는 경우, 국민은 기본권에 의거하여 국가에 대해 효과적으로 보호해 줄 것을 요청할 수 있다.³¹⁵⁾ 독일 연방헌법재판소는 사인에 의해 운

313) 이상철, 계엄법에 관한 문제점 고찰, 안암법학 제12호, 2001, 45면; 김상겸, 계엄법에 관한 연구, 헌법학연구 제11권 제4호, 2005. 12, 345면.

314) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2015, 595면.

315) J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. Hamburg, 1997,

영되는 위험원에 의해 다른 국민에게 위해가 발생하는 경우 국가에게 공동책임 인정하고, 위험원의 허가 처분에 대한 법적 전제조건을 기본권의 방어권에 의한 기준으로 심사하기도 하였다.³¹⁶⁾

2. 객관법적 내용설

국가의 기본권보호의무는 기본권의 객관적 가치질서로부터 도출된다는 입장이다. 독일 연방헌법재판소는 제1차 낙태판결³¹⁷⁾에서 태아의 생명보호를 위한 기본권보호의무를 헌법상 생명권(기본법 제2조 제2항 제1문)에서 도출하고, 나아가 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정한 기본법 제1조 제1항 제2문을 인용하였다. 또한 1993년 5월 28일의 제2차 낙태판결³¹⁸⁾에서도 태아의 생명보호의무를 기본법 제1조 제1항에서 직접 도출하고 있다. 이러한 헌법규정은 기본권보호의무의 헌법상 명문 근거가 되지만, 기본권보호의무는 원칙적으로 기본권의 객관적 가치질서의 결과라고 보고 있다.³¹⁹⁾

독일 연방헌법재판소는 기본권보호의무의 헌법적 근거가 기본권의 객관적 가치질서에 있다고 본다. 즉, 기본권보호의무는 기본권의 주관적 성격의 뒷면에 있는 객관법적 내용에서 도출되는 것으로 이해한다.³²⁰⁾ 기본권의 주관적 성격뿐만 아니라, 객관적 성격으로 인해 개별 기본권 주체는 인격적 요소로서 인간의 존엄, 생명, 건강 등의 개인적 법익의 충분한 보호를 요구할 수 있게 되었다.³²¹⁾

S. 213.

316) BVerfGE 53, 30 (58).

317) BVerfGE 39, 1 (41).

318) BVerfGE 88, 203 (251).

319) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 77 ff.; Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 51 ff.; C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999; K. Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrecht, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 109, Rn. 59.

320) BVerfGE 7, 198 ff.; BVerfGE 49, 89 (141 f.). vgl. Wahl, Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: HdbGR I § 19 Rn. 2 ff., 5 f.

3. 국가목표조항설

안전에 대한 요청을 헌법적으로 수용하는 또 다른 방법으로 예방을 그 특징으로 하는 안전에 관한 국가의 과제를 국가목표조항으로 설정하는 방안이다. 헌법에서 기본권적 특성을 지니지 않은 채 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침을 나타내는 규정을 국가목표규정이라 한다.³²²⁾ 비록 헌법상의 권리장전목록에는 규정되어 있지는 않지만, 헌법 전문 등에 나타난 행복, 안전 등에 관한 선언을 국가목적규정(governmental purpose provisions)이라고 한다.³²³⁾ 국가목표조항은 사회적 기본권을 헌법에 규정하지 않은 채 사회국가원리만을 규정하고 있는 독일기본법에서의 사회국가원리의 법적 성격의 규명과 사회적 기본권의 내용적 상세화를 위한 이론적 도구로서 전개되었다.³²⁴⁾

국가목표조항은 국가기관에 국가정책의 방향을 제시하거나, 국가의 미래에 대한 방향을 제시한다. 사회영역에서 정치·문화적 공감대를 반영하며, 국가행위에 대한 명령과 지시로 기능하며 국가에 대하여 실질적 과제를 부여한다. 좀머만(Sommermann)은 국가목표규정이 가지는 특징을 다음과 같이 6가지로 설명한다. 1) 국가목표규정은 헌법규범의 실질적 구성요소에 속한다. 2) 국가권력, 입법·행정·사법권을 법적으로 구속한다. 3) 국가의 활동에 한계를 획정하는 것이 아니라 그 활동의 동인을 부여한다. 4) 일반적으로 국가프로그램을 포함하고 있다. 5) 일반적으로 종료되지 않은 목표를 정하고 있다. 6) 법적 성격은 알렉시(Alexy)의 원리규정에 속한다.³²⁵⁾

한국헌법에 나타난 국가목표조항으로는 국가목표로서의 대한민국 헌법전문, 헌법 제10조, 사회국가와 국가목표조항³²⁶⁾, 환경관련 국가목표조항³²⁷⁾, 경제영

321) E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S. 1633 (1636).

322) 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 『세계헌법연구』 제17권 제2호, 30면.

323) Joseph R. Grodin, Rediscovering the State Constitutional Right to Happiness and Safety, Hastings Constitutional Law Quarterly Fall, 1997, p.2.

324) 정극원, “국가목적규정에 관한 일고찰”, 『공법학연구』 제4권 제2호, 220면.

325) K. P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 210, 326, 356, 359, 374, 377, 380. 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 『유럽헌법연구』 제2호, 2007, 167면에서 재인용.

역에서 국가목표조항³²⁸⁾ 등 헌법전문에서부터 광범위하게 퍼져 있다고 이해된다.³²⁹⁾ 로드아일랜드 헌법(Rhode Island)은 “모든 정부는 시민의 안전, 행복, 보호를 위하여 구성되어야 한다.”고 정하고 있다. 기본권 규정을 두고 있는 경우에도 국가목표조항을 두는 경우가 있다. 예컨대, 독일 작센-안할트 주헌법에는 기본권과 국가목표규정이 상호 밀접한 관련성을 가지면서 존재한다. 제7조 제1항 “모든 인간은 법 앞에 평등하다”, 제2항 “여성과 남성은 동등한 권리를 가진다”, 제3항 “누구도 성별·출신·인종·언어·고향·혈통·종교·종교관 및 정치관으로 인해 차별당하거나 우대를 받지 않는다.”고 정하면서 제34조에서는 “주와 지방자치단체는 사회의 모든 영역에 있어서 남성과 여성의 실질적 평등을 적합한 조치를 통해 실현해야 할 의무를 진다.”고 하여 국가목표조항을 두고 있다. 기본권이나 제도보장 등과 구별되는 국가목표조항은 국가권력을 특정의 목표를 수행하도록 법적 구속력을 가지고 의무를 부여하는 헌법규범이다. 주에 대하여 목표달성을 위해 최대한 노력하고 주의 행위를 목표에 따라 맞추도록 의무를 부과한다.

국가목표조항의 제1수신자는 입법자이다. 로드아일랜드 주 대법원은 모든 정부는 시민의 행복과 안전을 보호하기 위하여 구성되어야 한다는 조항은 국가목적조항으로 이해될 수 있는데, 이 조항은 사법부를 수신인으로 한다면보다는 오히려 입법권에 대한 구속으로서 주의회를 규범수신인으로 한다고 선언하였다.³³⁰⁾

국가목표조항의 내용은 입법자에 의하여 국가목표가 구체화된다. 그렇기 때

326) 헌법 제34조 제2항 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”, 헌법 제34조 제3항 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.”, 헌법 제31조 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.”

327) 헌법 제35조 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”

328) 헌법 제123조 제4항 “국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다.”, 동조 제5항 “국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.”

329) 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 『세계헌법연구』 제17권 제2호, 48면.

330) Sepe v. Danker, 68 A.2d 101, 105(R. I. 1949).

문에 국가목표조항에 의해 입법조치가 필요함에도 입법을 하지 않는 경우 위헌이 될 수 있으며, 입법자가 한 입법의 내용이 국가목표에 소극적으로 저촉되는 경우에 위헌성이 문제될 수 있다. 쪼머만(Sommermann)은 명백성으로 불리는 완화된 심사밀도를 제안한다. 어느 법률규범이 국가목표에 명백히 위배되고, 다른 중요한 헌법목표의 정당성을 위해 설득력 있게 원용하는 것이 불가능한 경우에만 헌법재판소는 해당 규범을 위헌선언 할 수 있다고 보며, 입법부작위의 경우 기존의 법질서가 국가목표의 핵심적 영역을 충족치 못하는 경우 그러한 부작위는 헌법위반이 된다.³³¹⁾

4. 국가과제로서의 안전설

국가의 과제는 한편에서는 기본권 주체의 주관적인 보호요구를 충족시켜 주고, 다른 한편에서는 기본권의 객관적인 보호요구를 충족시킴과 동시에 국가공동체의 존속으로서의 안전(安全)을 수호하는 데 있다.³³²⁾ 국가과제로서의 ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터의 자유(탈피)를 말한다.³³³⁾ 안전이란 기본권적 보호법익을 다른 시민과의 관계에서 침해받지 않는 상태이며, 이를 방어권으로 유추해석하면, 기본권주체가 다른 사람의 침해로부터 자유인 상태이다.³³⁴⁾ 이러한 안전은 헌법상 실정화될 필요는 없으며, 실질적 헌법의 본질적 구성요소라고 한다.³³⁵⁾

331) K. P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 442; 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 『유럽헌법연구』 제2호, 2007, 178면.

332) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 137.

333) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 147.

334) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 84.

335) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 83.

5. 인간의 존엄에 대한 존중과 보호설

기본권보호의무는 헌법상 명문으로 규정되어 있다는 입장이다. 우리 헌법 제10조 제2문에는 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 헌법에 규정된 ‘보장할 의무’란 국가에 의한 인간의 존엄 등 기본권 침해에 대한 보장뿐만 아니라, 사인인 제3자에 의한 기본권적 법익에 대한 가해를 국가가 보호하라는 헌법적 명령이라는 것이다.³³⁶⁾ 논란이 되는 것은 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치에 관련된 조항이므로, 인간의 존엄과 관련하여서만 국가의 기본권보호의무가 부과되는지 여부이다.³³⁷⁾ 이에 관해 기본권의 객관법적 내용에 근거를 둔 기본권보호의무는 인간의 존엄뿐만 아니라, 개별적 기본권에도 동일한 논거로 국가에게 기본권보호의무가 부과된다는 것이다.

6. 평가

객관법적 내용설을 비판하는 로버스(Robbers) 교수는 객관법의 과제는 개인의 자유영역과 권리를 부여하는 데 그 중점이 있는 것이 아니라, 오히려 개인의 자유영역을 타인의 자유영역에 귀속시키는 데 있다고 한다.³³⁸⁾ 결국 객관법이 주관적 권리를 형성하는 것이 아니라, 반대로 주관적 권리가 객관법을 형성한다는 것이다.³³⁹⁾ 로버스(Robbers) 교수에 의하면, 주관적 권리에 대한 객관법의 우위이론은 외형적인 약점을 지니고 있다고 한다. 왜냐하면, 개인의 자유영역과 관련하여 주관적 권리가 객관법에 의해 부여된다고 주장하는 한, 결국에는 주관적 권리가 개인의 자유영역을 비로소 형성한다는 것에 귀결된다. 따라서 개인의 자유영역이 객관법에 의해 우선적으로 확정되어야 한다는 법규정은 없고, 객관법의 “비지위”(Nicht-Status)는 입법자의 입법영역을 벗어난 것이

336) Bleckmann, Staatsrecht II, § 11 Rn. 2.

337) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 66 f.; J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 80.

338) Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 148.

339) Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 153.

라고 한다.

그에 반해 객관법설은, 주관적 권리설에 의하면 제3자인 사인에 의한 기본권적 보호이익의 가해는 금지되지 않은 것이므로, 국가가 금지되지 않은 사인의 가해행위를 법적으로 허용하는 결과가 된다고 비판한다. 즉, 국가가 제3자인 사인의 기본권적 보호법익에 대한 가해를 인정하는 결과가 되고, 기본권적 보호법익의 피해자에게는 가해행위에 대한 수인의무를 부과하는 결과가 된다.³⁴⁰⁾ 또한 기본권의 내용으로서 ‘방어권’은 국가의 침해로부터 기본권규정을 통해 보호되는 주관적인 법적 지위로서 국가에게 ‘부작위’를 요구하는 ‘기본권적 불가침의무’인 반면, 기본권보호의무는 국가의 적극적인 ‘작위’를 요구하는 ‘국가의 보호의무’로서 양자가 구별됨을 간과하고 있다고 한다.³⁴¹⁾

안전에서 기본권보호의무의 헌법적 근거를 구하는 견해가 있다. 국가에게 일반적인 평화와 안전을 보장할 의무가 부여되는 것과 특별히 사인인 제3자에 의해 기본권적 가해를 받은 사인에 대해 국가의 기본권보호의무가 발동되고 사인은 국가에 대해 보호청구권을 주장할 수 있다는 것과는 거리가 있다. 안전권이 헌법상 기본권으로 인정될 수 있는지 여부는 신중히 고려되어야 할 문제이지만, 기본권보호의무의 헌법적 근거를 ‘안전’이라는 불문의 개념에서 구하는 것은 위험성이 크다.

우리나라 헌법 제10조 제2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 규정에서 기본권보호의무의 헌법적 근거를 구하는 입장이 있다. 그러나 헌법 제10조 제2문은 기본권 ‘보장’의 헌법적 근거는 되지만, 기본권보호의무의 헌법적 근거 조항은 되지 않는다.³⁴²⁾ 국가가 기본권을 보장할 의무와 기본권보호의무는 기본권 침해(가해) 주체가 다를 뿐만 아니라, 그 헌법적 구조도 상이하다. 따라서 기본권보호의무의 헌법적 근거는 기본권의 객관법적 내용에서 도출하는 것이 타당하다.

340) J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 214.

341) G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 208 ff.

342) 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 『헌법학연구』 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 394-395면.

II. 기본권보호의무의 헌법적 근거에 관한 우리나라 학설

1. 객관적 가치질서설

독일 연방헌법재판소와 독일의 학설과 동일한 취지에서 기본권의 객관적인 가치질서로부터 기본권보호의무를 도출하고 있다.³⁴³⁾

2. 입헌주의헌법과 민주공화국의 선언규정설

입헌주의헌법과 민주공화국의 선언규정으로부터 기본권보장의무를 도출하고 헌법 제10조 제2문이나 헌법 전문은 단지 이를 확인하는 것으로 본다.³⁴⁴⁾

3. 헌법 제10조 제2문 규정설

헌법 제10조 제2문의 규정을 통해 통치권력의 기본권기속성에 따른 국가의 기본권보호의무를 도출하고 있다.³⁴⁵⁾

4. 종합적 근거설

기본권의 이중성(기본권의 객관적 가치질서로서의 성격)과 개인의 대내외적 ‘안전’의 보장이라는 국가목적, 헌법전문에 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보하고’라는 부분, 헌법 제10조 제2문, 헌법 제30조 모두를 기본권보호의무의 헌법적 근거로 든다.³⁴⁶⁾

343) 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 1997. 8, 98-99면; 표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 헌법학연구 제8권 제1호, 148면.

344) 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1998, 108면.

345) 이승우, 국가의 기본권보호의무, 균재 양승두 교수 화갑기념논문집(I), 『현대공법과 개인의 권익보호』, 1994, 1153면 (1182면).

346) 김선택, 헌법사례연습, 제3판, 2005, 274면; 방승주, 교통사고처리특례법과 국가의 기본권보호의무, 헌법소송사례연구, 2002, 463-464면.

5. 평가

방어권설은 국가의 기본권불가침의무와 국가의 기본권보호의무를 구별하려고 노력하나, 혼란을 초래하고 있다. 즉, 국가의 ‘부작위’를 목적으로 하는 기본권불가침의무와 국가의 ‘작위’를 요구하는 국가의 기본권보호의무간의 구별을 간과하고 있다. 방어권의 위협원은 국가이지만, 기본권보호의무의 위협원은 국가가 아닌 제3자인 사인인 점에서도 차이가 있다. 또한 방어권은 헌법상 직접 그 효력을 가지지만, 기본권보호의무는 1차적으로 법률을 매개로 하여 실현된다는 점에서 차이가 있다.

기본권의 제3자효에서 기본권보호의무를 찾는 견해는 양자간의 국가의 지위상 차이를 인식하지 못한다는 단점이 있다. 기본권보호의무에서 국가는 기본권의 잠재적인 침해자라기보다는 기본권 보호자의 지위가 부각되지만, 기본권의 제3자효에서는 기본권의 침해자라는 점이 강조된다. 또한 기본권의 제3자효는 기본권의 최대보장을 실현하기 위한 이론이지만, 기본권보호의무에 적용되는 원리는 과소보호금지원칙으로서 양 취지가 반드시 일치한다고 볼 수 없다.

국가과제로서의 ‘안전’에서 기본권보호의무의 근거를 드는 경우, 결국 실정헌법적 근거를 차치하더라도 ‘안전’이라는 토픽을 어떻게 헌법적으로 도출되는지의 문제와 안전이 어떻게 실질적 헌법의 본질적인 구성요소인지의 논증 문제가 남는다.

결국 기본권보호의무는 사인인 제3자에 의한 기본권적 법익에 대한 가해를 방지할 국가의 의무이기에 기본권의 방어권으로부터 도출할 수 없고, 기본권의 객관적 측면에서 도출할 수밖에 없다.

III. 국민의 안전보장청구권의 기본권성 여부

1. 기본권 보호의무론과 보장국가

보장국가는 공동선을 달성하기 위한 국가의 행위전략이 어떻게 변화하고 있는지를 묘사적으로 나타내는 지도이념이라 할 수 있다.³⁴⁷⁾ 그러나 보장 국가는

347) 계인국, “규제개혁과 행정법”, 정보통신기술 발전과 규제개혁/한국규제법학회

‘국가의 공동선 임무를 포기한다’든지, 국가기능의 ‘민영화에만 집착’한 개념, 심지어 정반대로 보장국가론이 ‘국가주의적 혹은 후견주의적 사고’라든지, ‘시원적 국가이론에 기반’한다든지, ‘공동선에 대한 대책을 강구하여야 한다’는 등 보장국가론의 내용과 정반대되는 오해를 받기도 한다.

보장국가론(Gewährleistungsstaat)은 종래 기본권 보호영역이론(Schutzverreich)의 문제점을 제공한다. 보장국가의 전형적인 작용형식인 규제적 자율규제는 국가와 사회의 동력을 공동선 목표 아래 연결시키는 노력이라고 표현할 수 있는데, 이 사회적 동력은 이전에 국가가 이행책임을 지고 있던 기본권 보호적 행위를 부분적으로 대체하게 된다. 다음으로 규제적 자율규제에서는 사인이 다른 사인에게 대해 규제임무를 부담하는 동시에 국가가 서로 다른 위상을 가지는 다수의 피규제자를 상대하게 되는데 여기서 발생하는 기본권적 긴장관계는 기존 기본권의 제3자효 논의를 넘어서는 다원적 긴장상황을 형성한다.³⁴⁸⁾ 따라서 보장국가론에 의거하여 기본권적 자유권의 보호 메커니즘에 대한 재구성을 요청하는 견해가 제기된다. 이 견해는 국가와 사회에서의 자유의 포괄적인 보장을 기본권 보호영역(Schutzverreich)의 논의로 해명할 수 있는가 문제삼으며, 기본권의 보호영역론이 보다 발전적으로 보장내용(Gewährleistungsgehalt)으로 전환되어야 한다고 주장한다.

보장국가의 규제전략으로 규제적 자기규제가 개인의 자유권행사를 위한 법적 조직을 보호함을 목표로 하며 동시에 공동선 요청과 자유권 행사를 연결한다는 것을 전제로 하면, 기본권적 자유권의 실현은 국가의 임무수행방식의 변화를 고려하여, 기본권적 자유의 전제조직들을 형성하고 보장한다는 보다 발전된 의미로 이해되어야 한다. 기본권을 객관적 질서의 요소로 이해하는 관점에 따르면 오늘날 기본권 도그마는 더 이상 국가에 대항하는 자유의 보호가 아니라 국가와 사회에서의 자유의 포괄적인 보장의 문제이다. 그러므로 기본권은 단지 고전적인 보호기능에만 제한되어서는 안 되고 오히려 법 또는 권리의 형성(Rechtsgestaltung)과 해석(Rechtsinterpretation)에 대한 방향을 제공하는 데에 도움을 주어야 한다.³⁴⁹⁾ 이 형성은 먼저 개인의 자유권 행사를 위한 법적

/서울대학교 공익산업법센터/사법정책연구원 공동학술대회, 2015. 9. 11, 24면.
348) 계인국, 위의 발표문, 31면.

조건을 보호함을 목표로 하며 동시에 공동선 요청과 자유권 행사를 연결하는 방향으로 나아가야 한다. 즉 과거에 국가의 책임으로부터 사회적 영역으로 이 전되어진 사회적 문제해결은 국가의 자유권 형성적 행위의 도움을 통해 비로소 보장된다는 것이다.

따라서 국가에 대한 자유의 보호를 상정하고 구성된 기본권 보호영역의 구상은 국가가 장의 반대자가 아니라 오히려 자유를 보호하기 위한 사전배려자로서 활동하는 가능성을 적절히 포착하기 어렵다는 것이며 이를 보장국가의 구상에서 착안하여 보장내용(Gewährleistungsgehalt)으로 대처하려는 것이다.

기본적 “보장내용”이란 기본권 해석, 즉 기본권 구체화를 통해 확정될 수 있으며 기본권적 보장가치의 규범적 방향은 먼저 기본권의 해석을 지향하고 이에 따라 보호, 급부 및 자유권 실행의 가능성을 위한 사전적 배려의 포괄적인 보장을 지향한다.³⁵⁰⁾ 국가의 침해에 대한 안전보장에 대한 주관적 권리로서의 이해는 결국 ‘기본권으로서의 안전권’³⁵¹⁾으로 이어진다. 기본권으로서의 안전권과 관련하여, 이센제(J. Isensee) 교수는 기본권으로서 안전권의 기본권 구성요건을 법규범적으로 발전시켰다. 기본권으로서 안전권을 이해하는 이유는 불안, 개인적 및 사회적 폭력성, 공권력 상실이 심하게 나타나고 만연하기 때문이다. 법질서는 이러한 위협에 대비하여 국가에게 보호의무를 강하게 요구하고 있다. 경우에 따라서는 주관적 권리로서 잠재적인 폭력가능성에 대응하도록 요구한다. 법해석학적으로 명문의 규정이 없는 기본권으로서의 안전권은 헌법상 신뢰 보호원칙 내지 주관화된 객관적 헌법원칙들³⁵²⁾ 사이에 둘러싸인 다양한 헌법규정의 개관을 통해 도출된다.³⁵³⁾

이에 반해 기본권으로서의 안전권을 부정하는 입장³⁵⁴⁾에서는 안전을 주관적

349) 계인국, 앞의 발표문, 32면.

350) 계인국, 위의 발표문, 32면.

351) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.

352) G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 190 ff.

353) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33 ff.; K.-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 204; M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 84 ff.

354) E. Denninger, Der gebändigte Leviathan, 1990, S. 33, 47, 377; W. Hassermer, Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit: Drei Thesen,

권리에 상응하는 기본권적 지위로 이해하는 것은 사적 권리를 기본권으로 착각한 것이고 안전이 자유에 비해 우위에 선다는 주장이라고 한다. 국가는 더 이상 자유의 침해를 정당화해서는 안 되고, 국민의 자유 행사를 정당화해야 한다고 한다.³⁵⁵⁾

슈테른(Klaus Stern) 교수는 기본권의 사회적, 생태학적, 안전법적 요소가 시스템 유지적 요소로서 헌법학계에서 인정될 수 있는지 여부를 기본권으로서의 안전권과 관련한 문제로서 제기했다.³⁵⁶⁾ 기본권의 사회적, 생태학적, 안전법적 요소들은 지금까지 사회적 법치국가에 포함되는 것으로 이해되었다. 안전에 대한 특별한 의미 때문에 이러한 방향으로의 기본권적 해석은 타당할 수 있지만, 기본권적 해석에 있어서 원칙적으로 객관법적 조정이 더 타당하다.³⁵⁷⁾

안전이란 상대적이고,³⁵⁸⁾ 완전하고 절대적인 안전은 달성될 수 없다. 안전은 원래 무제한적이고 무한계적이며, 결코 실현될 수 없는 이상(理想)이다.³⁵⁹⁾ 기본권으로서의 안전권은 직접적인 대사인호가 인정되지는 않지만,³⁶⁰⁾ 법률매개적으로 효력이 발생한다.³⁶¹⁾ 안전권은 적극적인 사회적 급부청구권으로 인식된다.³⁶²⁾ 국가의 입장에서 기본권보호의무로 설명되지만, 국민에게는 안전권이라는 기본권으로 인정된다.³⁶³⁾

우리 헌법재판소는 안전권에 대응어로서 ‘평화적 생존권’을 기본권으로서 인식하고 있으나, 아직 기본권으로 받아들이고 있지 않다.

헌법재판소는 2005헌마268 결정에서는 “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없

Vorgänge 2002, S. 10 f.

355) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (132).

356) K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, § 96 III 2, S. 1776.

357) K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, § 96 III 2, S. 1777.

358) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (169).

359) E. Denninger, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 85 (92).

360) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 35 f.

361) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 44.

362) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33.

363) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 34.

다면 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다. 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다.”라고 판시하였다.³⁶⁴⁾ 그러나 헌법재판소는 2007헌마369 결정에서 입장을 변경하여 “평화적 생존권은 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 그것을 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리 내용이 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기는 어려우므로 헌법상 보장되는 기본권이라 할 수 없다.”고 판시하고 있다.³⁶⁵⁾

인간이 존엄과 가치를 인정받으려면 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 수 있어야 한다. 이러한 평화적 생존권은 인간의 존엄과 가치를 인정받고 향유하기 위한 필요불가결한 기본조건이기 때문에, 다른 기본권보다 우선적으로 보장되어야 한다. 우리 헌법에 평화적 생존권을 보장하는 직접적인 명문규정은 없지만, 우리 헌법상 인간의 존엄과 가치를 보장하는 제10조와 열거되지 아니한 기본권도 존중하라는 제37조 제1항에 의하여 보장되는 기본권이라고 보아야 한다.³⁶⁶⁾

2. 기본권보호의무로부터 기본권보호청구권 도출 여부

가. 객관법적 내용설

이 입장은 국가의 기본권보호의무를 기본권의 객관법적 내용으로부터 도출한다. 즉, 기본권의 이중적 성격에 기초하여, 기본권은 국가에 의한 기본권침해를 방지할 뿐만 아니라, 국가 아닌 제3자인 사인에 의한 기본권적 법익에 대한 가해에 대하여도 국가의 보호를 인정하는 것이다.³⁶⁷⁾

364) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304.

365) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775-777; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마146, 공보 제170호, 2122, 2128.

366) 같은 의견: 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 782 (재판관 조대현의 별개의견에 대한 보충의견).

367) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 5.

나. 주관적 권리설

기본권보호의무를 기본권의 전통적인 방어권으로서의 주관적 공권으로부터 도출하려는 입장은 헌법상 보장된 기본권이 제3자인 사인에 의해 국가적으로 금지되지 않은 가해가 발생하여 보호되지 않고 있을 경우, 기본권에 의거하여 국가에 대하여 효과적으로 보호해 줄 것을 요청할 수 있다.³⁶⁸⁾

다. 소결

우리나라에서는 기본권의 객관법적 내용으로부터 기본권보호의무를 도출하는 입장에서 입법자의 구체적인 형성에 의해 개인의 주관적 권리를 인정하는 견해³⁶⁹⁾와 기본권의 제3자적 효력에 의하여 기본권의 최대한 보장이라는 측면에서 기본권보호청구권을 인정하는 견해³⁷⁰⁾ 등이 있다.

기본권보호청구권 문제의 핵심은 기본권보호의무를 이행할 법률의 부재시 헌법상 기본권을 근거로 직접 기본권보호청구가 가능한가 여부이다. 만약 기본권보호의무를 이행할 법률의 부재시 헌법상 기본권을 근거로 기본권보호의무를 불인정하게 되면, 결국 헌법의 법률종속화 내지 헌법과 법률의 순환이론에 빠지게 된다. 주관적 권리침해 여부를 넘어서서 기본권보호의무 위반의 객관적 헌법위반이 확인되면, 바로 기본권주체의 기본권보호청구권이 인정된다. 결국 기본권의 객관법적 내용으로부터 기본권보호의무가 도출되고, 국민의 기본권보호라는 국가의 객관적 행위무는 위험에 처해 있는 기본권주체에 의한 국가의 행위를 유발하는 주관적 보호청구권을 인정하게 한다.³⁷¹⁾ 이 경우 입법자의 구체적인 형성에 의한 기본권보호에 관한 법률은 개인의 주관적 권리인 기본권보호청구권을 실현시켜주는 방법을 구체화하게 된다.

368) J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. Hamburg, 1997, S. 213.

369) 표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 헌법학연구 제8권 제1호, 2002, 148면; 전광석, 한국헌법론, 2006, 189면.

370) 박규환, 사법질서로의 기본권효력 확장구조와 그 한계, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5, 127면.

371) E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 58 ff.

IV. 평가

안전이 국가과제라는 것에 이론이 없다고 하더라도, 헌법적으로 안전에 대한 보호를 요구할 주관적 권리가 보장되는지 내지 개개 국민이 객관적인 헌법의 무의 대상으로서 안전의 보호객체가 되는지 여부가 문제된다.³⁷²⁾ 안전 이익의 주관화는 세 번째 논증의 연결고리에 매달려 있다. 첫째, 법치국가원리로부터, 둘째, 기본권보호의무로 이어지고, 셋째 안전이라는 기본권으로의 주관화로 연결된다.³⁷³⁾ 우리 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 국가가 보장할 의무를 지는 규정으로부터 국가의 객관적 보호과제의 주관화를 통해 국민의 안전보호에 대한 주관적 권리가 인정될 수 있다. 그러나 헌법 제10조의 해석·적용은 국가 공권력이 인간의 존엄을 침해했을 경우 이에 대해 인간존엄의 보호를 요구하는 주관적 권리에 관한 것이다.³⁷⁴⁾

안전에 대한 주관적 권리는 기본권의 객관적 성격에 기인하는 것으로 볼 수 있다. 여기서 문제가 되는 것은 국가가 자신의 보호의무를 전혀 이행하지 아니하거나 충분히 효과적으로 이행하지 아니하는 경우에 위험을 입은 피해자인 국민의 주관적 보호청구권이 인정될 수 있는가 여부이다. 즉, 국가가 국민의 안전에 관한 법률을 제정하지 않은 경우 헌법상 기본권을 근거로 직접 안전보호를 청구할 수 있는가 여부이다. 디트라인(Dietlein) 교수는 안전에 관한 권리는 독일 기본법 제1조 제2항의 인간의 존엄권에 속하기 때문에 주관적 보호청구권이 인정될 수 있다고 한다.³⁷⁵⁾ 또한 헤르메스(Hermes) 교수도 헌법상 생명권과 신체불훼손권으로부터 객관적 보호의무만을 도출하는 것은 타당하지 않고 주관적 보호청구권도 도출된다고 한다.³⁷⁶⁾

주관적 보호청구권의 인정 여부는 사법적 판단에 의해 이를 해결하는 것이 타당한가 여부와 민주적 정당성을 가진 입법권에 대한 헌법재판소의 과도한

372) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 133.

373) W. Brugger, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 (130).

374) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 146.

375) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 149 ff.

376) G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 208 ff.

통제 여부가 문제된다. 그러나 헌법이 국가의 보호의무를 요구하는 것은 국민의 기본권적 법익을 효과적으로 보호하라는 명령이므로 주관적 보호청구권이 인정되는 것이 타당할 것이다. 더욱이 국민의 안전에 관한 법률의 부재시 국민의 주관적 보호청구권을 불인정하게 되면, 헌법의 법률종속화 내지 헌법과 법률의 순환이론에 빠지게 된다. 따라서 국가의 보호의무를 이행하도록 헌법이 요청하고 있고, 국가의 작위나 부작위가 개인의 기본권을 침해하게 되는 경우에는 국민의 주관적 보호청구권이 인정될 수 있다.³⁷⁷⁾ 국가의 보호의무가 존재함에도 불구하고 국가가 그러한 보호의무를 해태한 경우에 비록 주관적 권리성이 인정되더라도 예외적으로 특정의 수단만이 보호의 필요성을 충족할 수 있는 경우에만 입법자는 일정한 행위의무를 지게 된다.³⁷⁸⁾ 이 경우에 국가의 보호의무를 이행함에 있어서 입법자는 여러 가지 법적인 규율가능성 중에서 가장 합목적적이라고 판단되는 입법적 수단을 선택할 수 있기 때문에 ‘입법자의 입법형성의 자유’³⁷⁹⁾가 인정된다.

1. 자유와 안전의 관계

위험의 증가 상황에서 위험 또는 리스크로부터 국민의 안전 보호는 국가의 새로운 기능으로 등장하게 되었다. 오늘날 국가는 자신의 가장 중요한 임무로서 “국민의 안전을 보호하는 국가”³⁸⁰⁾가 되어야 한다.

안전에 대한 입법이나 정책은 안전과 기본권적 자유간의 갈등을 유발하게 된다.³⁸¹⁾ 한편에서는 국가과제로서 안전은 법치국가원리와 긴장관계에 있고, 다른 한편에서는 국민의 안전보호라는 측면에서 안전과 법치국가는 합치되는 공통의

377) 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호, 1997, 102면.

378) 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호, 1997, 102면.

379) 이에 관하여는 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 법과정책연구 제13집 제1호, 2013. 3, 91면 이하 참조.

380) Z. Bauman, *Flüchtige Zeiten, Leben in der Ungewissheit*, Hamburg, 2008, S. 26 ff. (40 ff.)

381) Vgl. Limbach, *AnwBl.* 2002, S. 454; Hassemer, *Vorgänge* 2002, S. 10; Hoffmann-Riem, *ZRP* 2002, S. 497; Schulze-Fielitz, in: *FS für Schmitt Glaeser*, S. 407.

교집합이 존재한다. 이러한 점에서 법치국가는 ‘야누스의 머리’(Janus-Kopf)로 설명되기도 한다.³⁸²⁾

안전 없이는 자유의 향유가 불가능하다.³⁸³⁾ 법치국가에 있어서 법에 의해 달성되어야 하는 안전은 국가에 ‘대한’ 안전뿐만 아니라, 국가에 ‘의한’ 안전을 포함하게 된다.³⁸⁴⁾ 따라서 더 많은 안전은 국가 공권력이 행한 국민의 기본권적 자유의 제한을 통해서만 달성될 수 있다는 말은 타당하지 않다. 즉, 자유와 안전간의 관계에서, “안전의 확보는 항상 자유의 대가를 치루고서야 가능하고 역으로 자유권의 보장은 효과적인 안전정책을 제거함으로써 달성될 수 있다.”는 “제로섬 게임”(zero-sum game)의 설명은 타당하지 않다.³⁸⁵⁾ 왜냐하면, 자유를 희생하는 대가를 치루고서야 안전을 얻을 수 있다는 생각은 결과적으로 국가 공권력의 불예측성에 의해 오히려 국민의 불안전을 유발할 가능성이 높기 때문이다.³⁸⁶⁾ 인간은 안전을 추구하며 안전한 생활을 영유하기를 원한다. 그래서 안전에 대한 적(敵)으로부터 방어를 해야 한다는 명목하에, 국가는 제도적·법적으로 자유를 제한하는 조치를 취하려 하는 경향이 있다. 이는 국민의 안전보장과는 별개로, 기본권 보장 사상을 방해하고 헌법상 법치국가원리 내지 헌법의 기본정신에 반하게 된다.

안전과 자유간의 관계를 법해석학적으로 이해하기 위해서는 양자의 교집합이 중요한 의미를 가진다. 안전과 자유 양자의 교집합에 있어서는 안전의 관점이 더욱 커질수록 법치국가적 관점에서 그만큼 정당성을 더욱 요구한다. 교집합 영역에 있어서 안전 영역에 가까우면 가까울수록 자유의 영역도 가까워진다. 그러나 다른 한편 안전과 자유간에는 헌법적으로 긴장관계가 필연적이다. 독일 연방헌법재판소는 2006년 4월 4일 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다.

382) Bettermann, Der totale Rechtsstaat - Zwei kritische Vorträge, 1986, S. 5 ff.; Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 278 ff.

383) W. von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792), in: A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), Bd. I: Schriften zur Anthropologie und Geschichte, 2. Aufl., 1969, S. 95.

384) Chr. Calliess, DVBl. 2003, S. 1101; Chr. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 162 ff.

385) Bielefeldt, Freiheit, S. 21; Frankenberg, KJ 2005, S. 375 f.

386) Hohmann-Dennhardt, in: Adolf-Arndt-Kreis, Sicherheit, S. 109.

“헌법은 입법자에게 ‘자유’와 ‘안전’ 간에 적절한 균형을 이루라고 요청하고 있다. 자유의 박탈과 같이, 어떠한 대가를 치루더라도 결코 달성될 수 없는 ‘절대적’ 안전이라는 목적을 추구해서는 안 된다. 헌법은 사실상 주어진 상황에서 최대한의 안전을 조성하고, 방어권으로서의 기본권에 대한 부당한 제한을 금지하는 법치국가적 기속하에서 안전이라는 목적을 추구하고 있다.”³⁸⁷⁾

결국 안전과 자유 간에는 형량이 필요하다.³⁸⁸⁾ 구체적인 사건에서 국가는 어느 정도의 국민 안전보호를 해야 하는지 또는 특정한 상황에서 어떻게 국민의 안전보호를 수행해야 하는지를 형량할 경우에 실질적인 근거를 필요로 한다. 자유와 안전 간의 상충이 발생하는 경우, 헌법 규정 자체에서 그 문제가 저절로 해결되지 않기 때문에, 형량의 미해결 상태가 발생한다.³⁸⁹⁾ 이러한 경우 형량여지는 상충하는 미해결 상태에서 제한과 보호의 정도를 선택하는 것을 의미한다.³⁹⁰⁾

요즘에 와서 자유와 안전의 개념 변화가 자연스럽게 초래되고 있다. 현재 우리는 보다 많은 안전을 보장받기 위해 자유를 제약하는 과정³⁹¹⁾을 겪는 것이 아니라, 자유와 안전이라는 두 가치를 최대한 실현하기 위해 근본적 가치의 의미 변화를 겪고 있다.

387) BVerfGE 115, 320 (358).

388) Chr. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 566 ff.

389) R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), LS 11.

390) R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 25.

391) M. Kutscha, Innere Sicherheit und Verfassung, F. Roggan/M. Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, S. 28 ff.

2. 위험과 안전

가. 위험 및 리스크의 개념과 유형

1) 위험의 개념과 종류

법학에서 ‘위험’이란 “법의 침해자에게 귀속시킬 수 있는 법익 침해의 충분한 개연성이 있는 경우”³⁹²⁾ 내지 “어떤 사건이 방해받지 않고 진행될 경우 공공의 안전 또는 공공질서에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태의 경우”³⁹³⁾라고 정의되고 있다.³⁹⁴⁾

위험의 유형은 구체적 위험, 추상적 위험, 잠재적 위험 등 크게 3가지로 나눌 수 있다. “구체적 위험”이란 객관적·이성적인 사실상태의 평가에 의해 현재의 상태나 행위가 아무런 방해 없이 계속 진행된다면 개별적인 경우에서 가까운 장래에 관련 보호이익에 대한 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 말한다.³⁹⁵⁾ 특정 상태나 상황을 일반적 또는 추상적으로 고찰한 결과 그러한 일반적·추상적인 사실상태가 갖는 위험성을 의미하는 “추상적 위험”과 구별되는 개념이다. 따라서 개별적인 경우에 충분한 사실적 근거에 기초하여 위험한 사실상태가 인식가능하며 손해 발생 개연성이 존재하면 “구체적 위험”이 있는 것이다.

“추상적 위험”은 “구체적 위험”의 상대개념이다. 구체적 위험과 추상적 위험 간에는 손해 발생 개연성의 정도가 아니라, 위험예측 내지 관찰방식에 따라 양자는 구분된다. 추상적 위험은 위험을 일반적·추상적 수단인 법규를 통하여

392) O. Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 267; D. Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2011, S. 95 f.

393) Laubinger (김현준 역), “임미씨온방지법에서의 위험, 불이익, 부담, 리스크”, 「토지공법연구」 제32집, 105면 이하.

394) 위험에 관한 경찰법상 개념에 관해서는 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, 「법학연구」 제5권, 홍익대 법학연구소, 2003, 69면 이하.

395) BVerwGE 45, 51 (57); BVerfGE 120, 274 (329); Drews/Wacke/ Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 220; Chr. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009, Rn. 108.

극복해야 할 필요성이 있을 경우, 즉 개별적인 경우에 손해발생의 위험이 있음을 입증하지 않아도 된다. 그러나 추상적 위험도 충분히 손해가 예측되어야 한다. 즉, 일반적·추상적 관찰을 했을 때 손해 발생의 충분한 개연성이 있다는 결론 도출을 정당화할 수 있는 충분한 단서가 있어야 한다.³⁹⁶⁾

이에 반해, “잠재적 위험”(latente Gefahr)이란 현재 그 자체로서는 위험하지 않으나, 일반적인 생활경험이나 전문가의 인식에 비추어 볼 때, 사전에 위험을 예측할 수 있는 경우이다. 그러나 그 피해의 발생 여부는 불투명한 경우이다. 이러한 잠재적 위험의 상황에서는 사후 외부적인 상황의 개입으로 인해 위험이 발생되리라 인정되는 경우이다. 예컨대 처음에는 아무런 건축물이 없던 곳에서 생선도매업을 하고 있었으나, 사후에 그곳이 혼합주거지역으로 지정됨에 따라 영업장이 주거지역 한 가운데 놓이게 됨으로써 생선도매영업이 인근 주민의 건강과 평안에 대한 장애를 가져온 경우가 이에 해당된다.³⁹⁷⁾

2) 법학에서 위험과 리스크 구별 논의

가) 3단계 모델

전통적인 체계론에 입각하고 있는 3단계 모델에서는 법적으로 리스크를 경미한 개연성으로 이해한다. 3단계 모델에 의하면, 위험과 리스크 간을 구분하는 기준은 개연성(蓋然性)의 정도이다.³⁹⁸⁾ 위험은 상당히 높은 개연성을 필요로 하는 반면, 리스크는 비교적 낮은 개연성을 지니고 있다. 결과적으로 3단계가 형성된다. 3단계 모델에서는 발생 개연성의 정도를 기준으로 위험(danger), 리스크(risk), 잔여리스크(restrisk)로 구분된다.³⁹⁹⁾

396) 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법연구」, 세창출판사, 2012, 199면 각주 6) 참조.

397) 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법연구」, 세창출판사, 2012, 252면 각주 43) 참조; BVerwGE 38, 209 ff.

398) A. Reich, Gefahr - Risiko - Restrisiko, 1989, S. 75 ff.

399) D. Rauschnig, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 (192 f.); R. Wolf, Der Stand der Technik, 1986, S. 290 ff.; F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S. 161 (162 f.); M. Ronellenfitsch, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DVBl. 1989, S. 851 (859); J. Ipsen, Die Bewältigung der wissenschaftlichen

잔여리스크란 불확실한 가능성을 지녀 발생 개연성이 거의 없기 때문에 법적 규율대상이 되지 않는 리스크를 말한다.⁴⁰⁰⁾ 3단계 모델에서는 구성요건에 기초하여 3단계로 구분한 것이 아니라, 법적 효과에 근거하여 구분하고 있다. 즉, 개연성 정도의 판단에 의해, 범규범적 한계를 설정할 수 없음에도 불구하고, 법적 효과가 구성요건을 구체화한다. 또한 리스크는 위험방지를 위한 조치를 발동시키는 것이 아니라, 예방적인 최소화 조치를 발동시킨다.⁴⁰¹⁾ 그런데 이러한 3단계 모델은 개연성의 정도를 기준으로 3단계로 명확히 구분하는데 상당한 어려움을 겪는다. 더욱이 개연성과 가능성의 구분도 불명확하게 되고, 이러한 불명확성을 전제로 하여 ‘위험 방지’와 ‘리스크 관리’를 구분하여 법적으로 규율하기는 더욱 어렵게 된다.

나) 2단계 모델

2단계 모델에서는 3단계 모델의 3단계를 2단계로 변환시킨다. 2단계 모델에서는 “손해발생의 가능성”이라는 새로운 구분기준을 도입한다. 위험은 발생 ‘개연성’으로 국한한 반면, 리스크는 발생 ‘가능성’과 관련시킨다.⁴⁰²⁾ 위험과 리스크는 각자의 영역이 형성되었으나, 잔여리스크는 미해결인 채로 남게 된다. 결국, 잔여리스크는 리스크에 포함되어 더 이상 독자적인 영역으로 기능하지 않게 된다. 발생 가능성 기준에 의해 리스크 개념은 위험 개념으로부터 독립되었고, 독자적인 특성을 지니게 된다. 즉, 리스크 개념은 손해의 개연성이 아닌, 발

und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 177 (186 f.); R. Wahl/I. Appel, Prävention und Vorsorge, in: R. Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (84 ff.); R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 102-104; W. Köck, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, in: E. Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 271 (280-283).

400) Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 72 Rn. 31, S. 105.

401) R. Wahl, Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, S. 275 (282).

402) M. Kloepfer/E. Rehlinger/E. Schmidt-Aßmann/P. Kunig, Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil, 1990, § 2 Abs. 6; D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 85.

생 가능성과 관련된 개념이다.⁴⁰³⁾

다) 소결

독일 법학에서 전통적으로 위험 개념은 구성요건의 측면에서 리스크 개념과 구별하지 않고 동일 선상에서 논의되어 왔다.⁴⁰⁴⁾ 즉, 독일 연방헌법재판소는 칼카(Kalkar) 결정에서 “최선의 위험 방지와 리스크 관리”⁴⁰⁵⁾ 원칙이라고 판시하였다. 즉, 위험과 리스크 간에 명확한 구분을 하지 않았었다.

그러나 리스크⁴⁰⁶⁾(risk; Risiko)는 위험(danger; Gefahr)과 법적 개념상 차이가 있으며 구별될 수 있다. 위험은 발생 개연성이 중요한 징표인 반면, 리스크(risk)는 발생 확률이라는 가능성이 그 중요한 징표가 된다. 위험은 충분한 개연성을 지닌 것으로 상황이 방해받지 않고 진행될 경우 손해 발생이 예견될 수 있는 것을 말한다.⁴⁰⁷⁾ 즉, 위험은 손해가 발생해야만 한다. 반면, 리스크는 위험에 비하여 손해 발생의 개연성 요건이 문제되지 않는다.⁴⁰⁸⁾ 리스크는 손해에 의존하지 않고, 발생 개연성이 제로(O)가 되거나 현재 과학기술의 수준으로서는 발생 개연성이 없다고 하더라도 고려해야 하는 것이다.⁴⁰⁹⁾ 리스크(Risk)는 본질적으로 ‘경험적인 불확실성’을 내포하고 있으며,⁴¹⁰⁾ 발생이 현실화될 가능성은 희박하지만, 발생이 현실화될 수 있는 확률이 있는 경우를 말한다. 즉, 리스크가 있는지를 증명하기 위해서는 ‘예측’(Prognosen)이 요구된다. ‘리스크의 크기’와 ‘발생 가능성 정도’를 판단하여 그러한 리스크에 대한 법적 규제 여부

403) K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, S. 72 f., 76 ff.

404) Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 70 f.

405) BVerfGE 49, 89 (139).

406) 환경행정법에서의 위험과 리스크 개념에 대해서는 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, 「행정법연구」 제22호, 2008, 134면 이하와 140면 이하.

407) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (82); BVerwG 45, 51 (57); Volkmar Götz, Allgemeines Polizeirecht, Rn. 140 m. w. N.

408) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (83).

409) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, §4 Rn. 6.

410) Arno Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 485 (498); R. Wahl, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, §6 GenTG Rn. 15; H.-H. Trute, in: Risikomanagement im öffentlichen Recht, S. 55.

를 판단할 수 있다. 궁극적으로 리스크 관리는 제로(O)로 만들기 보다는 그 허용범위를 결정하는 문제로 귀결된다. 예를 들면, 원자력발전의 리스크, 유전공학의 리스크, 전자파 리스크, 화학물질 리스크, 전염병 리스크 등에서 문제된다.

나. 안전의 개념과 장래의 안전

근대국가는 국가공권력을 독점하기 위한 정당화근거로서 그 구성원의 안전을 보장하려 하였다.⁴¹¹⁾ 국가가 안전을 보장해야 한다는 이론적 근거를 주장한 이론가로는 보댕(Jean Bodin), 홉스(Thomas Hobbes), 로크(John Locke) 등이 있다. 보댕(Bodin)은 국가의 안전과 질서를 보장하기 위해 주권 개념을 원용하였다. 반면, 홉스(Hobbes)는 사회계약설에 입각하여 시민은 자연상태에서 위협받고 있는 자신의 생명과 신체를 보호해 주는 조건으로 국가에게 자신의 권리를 위탁하는 계약을 체결한다고 주장한다. 로크(Locke)는 ‘안전’에 있어서 국가의 양면성(兩面性)을 인식하고, 국가 공권력은 다른 위협으로부터 시민의 안전을 보호하기도 하지만, 반대로 국가 공권력이 시민을 위협하는 주체가 될 수 있다고 한다. 이로 인해 로크(Locke)는 국가 공권력간의 권력분립과 국가권력에 대한 자연권으로서의 저항권을 인정한다.⁴¹²⁾

안전의 헌법적 기능에 대하여 통일된 견해가 형성되지 못하는 것은 안전의 어의적 불명확성에 기인한다고 볼 수 있다.⁴¹³⁾ 오래 전에 이미 훔볼트(Wilhelm von Humboldt)는 ‘안전’ 개념의 다의성을 언급했다. 사람들은 일반적으로 안전이라는 개념에 모든 것을 포함시켜 이해하려 한다. 왜냐하면, “정확한 개념 논의를 하기에는 무용할 정도로 안전이라는 개념이 너무 광대하고 광범위하기 때문이다.”⁴¹⁴⁾

안전의 개념은 통일된 정의에 이르지 못하고 다양하게 주장되고 있다. 일부

411) 이에 관해서는 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 이화여대 법학논집 제8권 제1호, 2004, 5면 이하 참조.

412) 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, 한·독사회과학논총 제21권 제1호, 2011. 3, 161면 이하 참조.

413) W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 5 ff.

414) W. von Humboldt, Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792, IX.

견해에서는 “위험, 리스크, 위협, 불안 등으로부터의 자유 내지 온전한 법익”이라고 안전을 설명하고 있다.⁴¹⁵⁾ 국가의 과제로서의 ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터 자유(탈피)를 의미한다.⁴¹⁶⁾ 이러한 의미에서 안전이란 기본권 보호법익을 국가 공권력의 침해로부터, 다른 사인의 가해로부터, 재난에 의한 피해로부터 침해받지 않는 상태를 말한다. 이는 기본권의 방어권적 성격에서 해석하자면, 기본권주체가 외부의 침해로부터 자유로운 상태이다.⁴¹⁷⁾ 안전이란 기본권보장의 전제로서 헌법에 반드시 실정화될 필요는 없으며, 실질적 헌법의 본질적 구성요소이다.⁴¹⁸⁾

시간적 차원에서 안전 개념과 관련하여, ‘장래의 안전’이 논의되고 있다. 법적인 안전이란 보호가치 있는 개인적 내지 집단적 법익에 대한 현재의 위험과 위협뿐만 아니라, 충분한 개연성을 지닌 장래의 위험에 방치되지 않도록 하는 것도 포함해서 고려해야 한다. 만약 현재의 위험과 위협들로부터의 보호에 안전 개념을 국한하게 되면, 위험이 고조되고 있는 상황에서 안전 보호 문제는 무의미하게 된다.⁴¹⁹⁾ 법학계에서는 전통적으로 현존하는 법익 보호에 그 중점을 두어 왔는데, 이제는 장래의 권리에 대한 계속성 보장에 대한 논의도 해야 한다.⁴²⁰⁾

다. 안전과 관련한 헌법이론적 문제

국민의 안전에 대한 위협은 한편으로는 국가 공권력에 의해 국민의 기본권이 침해되기도 하고, 다른 한편으로는 다른 사인(가해자)에 의해 국민인 사인(피해자)의 기본권이 가해 받기도 한다.

국가 공권력이 국민의 기본권을 침해한 경우, 헌법재판소는 국가의 기본권보

415) A. Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 15 (16).

416) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 147.

417) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 84.

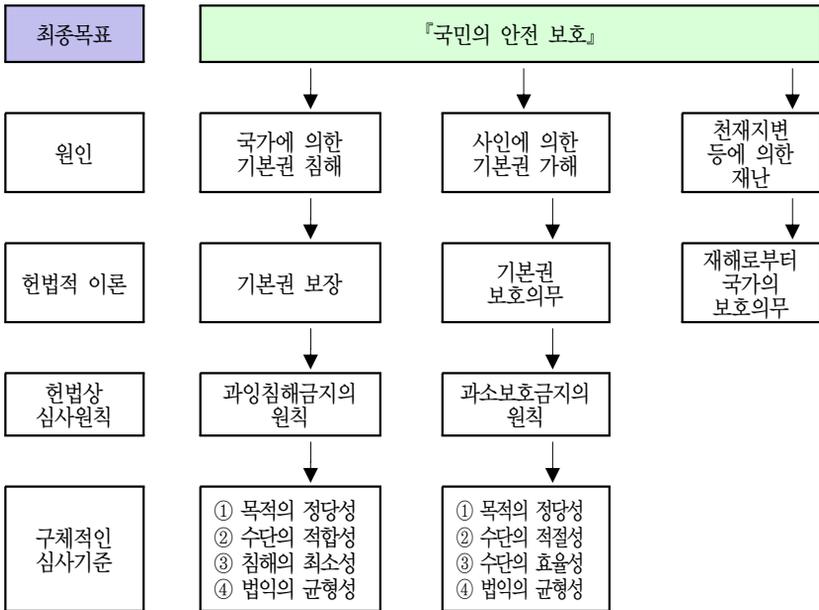
418) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 83.

419) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (157).

420) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (157); 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 홍익법학 제14권 제2호, 2013. 6, 228면.

장의무와 관련하여 그 공권력 행위가 과잉금지원칙(Übermaßverbot), 즉 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeit)을 위반했는지 여부를 심사해야 한다. 반면, 제3자인 사인이 다른 사인의 기본권에 가해를 가한 경우, 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무와 관련하여 그 가해 행위와 관련된 공권력 행사 또는 불행사가 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)을 위반했는지 여부를 심사해야 한다.⁴²¹⁾ 자연재해로 인한 인명피해나 손해 발생은 국가 공권력에 의한 침해나 사인의 기본권 가해가 아니기 때문에 기본권보장의무나 기본권보호의무와는 관련이 없고, 재해에 대한 국가의 보호의무와 관련된다.

[표 3] 안전보호와 관련된 헌법이론



421) 기본권보호의무와 과소보호금지원칙에 관하여는 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6), 275면 이하; 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 인하대 법학연구, 제17집 제2호(2014. 6), 39면 이하.

안전과 관련한 국가의무와 관련하여, 안전권의 기본권성 인정 여부가 그 논의의 중심에 놓여 있다.⁴²²⁾ 국가의 입장에서는 국민의 안전을 보호해야 하는 의무로 인식되기에 안전에 대한 국가의 기본권보호의무로 명명되지만, 국민의 입장에서는 기본권으로서 안전권으로 이해된다. 안전의 수준은 상대적이고,⁴²³⁾ 국가는 완전하고 절대적인 안전을 달성할 수 없다. 절대적 안전은 원래 무제한적이고 무한계적이며, 결코 실현될 수 없는 이상(理想)이다.⁴²⁴⁾

기본권으로서 안전권은 대국가적 효력을 미친다. 또한 안전권은 직접적인 대사인해를 미치지 않지만,⁴²⁵⁾ 법률매개적 효력을 발생시킨다.⁴²⁶⁾ 국가의 입장에서 기본권보호의무는 ‘재주관화’를 통해 개별 국민에게 주관적 보호청구권을 인정하게 한다. 즉, 국민에게는 안전권이라는 기본권이 인정된다.⁴²⁷⁾

라. 심사기준으로서의 과소보호금지원칙

1) 서

이른바 ‘기본권보호의무’는 헌법상 보호되는 기본권을 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말하고 있다.⁴²⁸⁾ 통설적 견해에 의하면, 자연재해로부터의 보호 및 외교적 보호는 제외된다.⁴²⁹⁾ 기본권보호의무의 헌법적 근거로는 방어권설, 국가과제로서 ‘안전’설,

422) 이에 관한 연구로는 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 이화여대 법학논집, 제8권 제1호(2004), 1면 이하; 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 홍익법학, 제14권 제2호(2013. 6), 221면 이하.

423) Chr. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (169).

424) E. Denninger, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 85 (92).

425) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 35 f.

426) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44.

427) 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 이화여대 법학논집 제8권 제1호, 2004, 24면; 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 홍익법학 제14권 제2호, 2013. 6, 234면 이하.

428) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 151.

429) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 79, 89, 120 ff. (침해의 대상(객체)은 자유권적 기본권의 모든 보호

기본권의 객관법적 내용설 등이 있다. 방어권설은 국가의 ‘부작위’를 목적으로 하는 기본권불가침의무와 국가의 ‘작위’를 요구하는 국가의 기본권보호의무간의 구별을 간과하고 있으며, 국가과제로서의 ‘안전’설은 ‘안전’이라는 토픽을 어떻게 헌법적으로 도출할 수 있는지 문제가 남는다. 그러므로 기본권보호의무는 기본권의 객관적 측면에서 도출할 수밖에 없다.

기본권보호의무와 구별할 개념으로 기본권의 제3자적 효력이 있다. 이에 관하여 ‘기본권의 제3자적 효력’은 국가의 기본권침해가능성을 전제로, 사법질서 내로 기본권의 효력을 확장할 수 있는나의 문제인데 반하여, ‘기본권보호의무’는 기본권보호자로서 국가와 가해자 및 피해자라는 3각 관계를 중심으로 국가가 피해자의 기본권 가해를 보호하는 문제이다. 다만, 사법(私法)관계에서는 기본권보호의무는 기본권의 제3자적 효력을 전제로 국가의 기본권보호의무가 논의될 수밖에 없다.

헌법상 기본권은 국가가 헌법상 보호되는 법익을 효과적으로 보호할 의무를 부과한다. 즉, 국가의 기본권보호의무는 국민의 기본권보호를 위해 적합하고 효과적이며 수인할 수 있는 것이어야 한다. 특히 입법자는 보호의무의 이행과 관련하여 헌법이 요구하는 최소한의 보장수준의 하한을 준수해야 한다. 이를 ‘과소보호금지’원칙이라 한다.⁴³⁰⁾

과소보호금지는 입법자의 보호의무의 기준으로서 중요하게 활용된다. 헌법은 개개의 기본권에 기초한 기본권규범으로 구성되어 있지, 모든 개별적 상황에서 기본권의 보호수준을 규정하고 있지 않다. 이러한 맥락에서 헌법의 규정을 3가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 사인인 제3자의 가해에 대한 기본권보호의 요청이다. 둘째, 기본권 영역별로 상이하며 변화가능한 각각의 기본권 보호법익

법익이다. 예를 들면, 생명, 재산, 개인의 자유 등이다. 또한 천체지변과 기본권 주체의 법적 책임영역밖에 있는 불가피한 사건들은 기본권보호의무와 관계없다); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489, 490; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 74, 231; Merten, in: GS Burmeister, nach Fn. 15 und 65.

430) ‘과소보호금지’원칙은 과잉금지원칙과 비교되는 원칙으로 카나리스(Canaris) 교수에 의하여 처음으로 주장되었고(C.-W. Canaris, AcP 184 (1984), 202 ff.), 이슨제(J. Isensee, HdbStR V, 1992, § 111) 교수에 의하여 이 원칙이 정립되었다.

을 지닌다. 셋째, 기본권적 법익보호를 위한 헌법상 최소수준을 요청하고 있다.⁴³¹⁾ 이러한 법률상의 최소보호인 과소보호금지원칙은 4가지 요소(독자적인 원칙, 상대적 기준, 기본권의 최소보호원칙, 입법자의 행위에 대한 일반적인 통제기준)로 최종적으로 정의할 수 있다.

2) 독자적인 원칙으로서 과소보호금지

과소보호금지가 과잉금지원칙과 관련하여 독자적인 원칙으로 인정될 수 있는가에 대하여 동일설과 독자성설로 학설이 대립된다.

가) 동일설

과잉침해금지와 과소보호금지는 동전의 앞뒷면과 같다는 동일설(Kongruenzthese)에서는 과소보호금지와 과잉침해금지 양자는 비례성원칙의 동일한 결과이고, 양자는 필요성 있는 수단, 즉 법익의 보호를 위한 행위로서 필요한 그리고 법익침해의 의무 불이행을 위해 필요한 수단을 선택하도록 입법자에게 요구하는 것이다.⁴³²⁾ 과소보호금지는 과잉침해금지로부터 도출되지 않는 어떠한 추가적 요청을 입법자에게 하고 있지 않다⁴³³⁾고 한다. 즉, 필요성 있는 수단은 입법자의 형성의 자유의 상한이든 하한이든 기본권보호의무를 충족시켜준다는 것이다. 또한 기본권보호의무에서 전제하는 국가-가해자-피해자의 삼각관계에서 입법자가 상충하는 이익을 균형적이고 비례적으로 정서하는 경우, 과잉침해금지원칙에 위반되지 않고 추가적으로 과소보호금지 원칙의 적용이 필요한 경우는 없다는 것이다.⁴³⁴⁾

431) 이와 유사한 취지로 C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Walter de Gruyter, 1999, S. 86.

432) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982 (1983); ders., ZG 1996, S. 75 (79); K. Hesse, FS-Mahrenholz, S 556 f.

433) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982 (1983); Chr. Starck, JZ 1993, S. 816 (817); Chr. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46 (81 f.); Hans-Uwe Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 86 f.

434) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982 (1983); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 87.

나) 독자성설

과소보호금지원칙은 과잉침해금지원칙과 다른 기능을 수행하기에, 과소보호금지원칙은 과잉침해금지원칙의 외형으로서 이해될 수 없다고 한다.⁴³⁵⁾ 과소보호금지와 과잉침해금지는 상이한 초점을 겨냥하고 있다.⁴³⁶⁾ 즉, 과잉침해금지원칙은 입법적 및 헌법적으로 정당한 목적과 입법자에 의해 보장되고 헌법상 허용되는 수단간의 관계라는 “필요성” 심사단계에 초점을 둔 원칙이다. 그러나 과소보호금지원칙은 각각의 기본권보호의무에서 정하는 최소한의 보호수준, 즉 “보호의무의 목적”에 초점이 있다. 따라서 법률의 목적과 보호의무의 목적은 일치되기가 어렵다.

또한 기본권보호의무가 전제하는 국가-가해자-피해자의 삼각관계가 상정되지 않는 경우에도 예를 들면, 혼인과 가족생활에 대한 국가의 보호(헌법 제36조 제1항), 자연재해에 대한 국가의 보호(헌법 제34조 제6항)에 독자적으로 과소보호금지원칙이 적용될 수 있다.⁴³⁷⁾

다) 소결

과잉침해금지원칙과 과소보호금지원칙은 헌법상 상이한 기능을 수행하는 심사기준이고 양 원칙이 이른바 서로 딜레마의 상황에 처할 수도 있으며, 양 원칙이 하나의 고정된 기준에서 일치하지도 않는다. 따라서 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 다른 독자성을 지닌 원칙이다.

3) 상대적 기준으로서 과소보호금지

과소보호금지원칙은 독자성을 지닌 원칙으로서 과잉금지원칙과 상이한 기준이다. 입법자를 통한 기본권보호의무의 실행의 최소한은 국가-가해자-피해자라는 삼각관계에서 한 사람의 방어권과 다른 사람의 보호권의 충돌(상충)에서 분

435) Vgl. E. Denninger, FS-Mahrenholz, S 561 (566); Merten, Schutzpflichten, S. 27.

436) J. Dietlein, ZG 1995, S. 131 (136 ff.); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); E. Denninger, FS-Mahrenholz, S 561 (569).

437) 장영철, 『헌법상 계약자유 의의와 보호』, 고시연구 2004/11, 24-25면.

명하게 나타난다. 기본권의 측면에서 이러한 삼각관계는 전형적인 사법(私法)의 상충상황, 즉 한편으로는 방어권으로서 보호되는 자유와 다른 한편으로는 국가의 보호의무에 의해 보호되는 법익간의 효력범위에서 명백해진다.⁴³⁸⁾ 과소보호금지원칙이 균형성 및 협의의 비례성원칙에 근접하고 있다는 것에 근거하는 것이다. 즉, 기본권보호의무의 실행에 있어서 최소한의 추상적 규정은 국가-가해자-피해자의 삼각관계에서 하나의 기준을 필요로 한다는 것이다.

과소보호금지원칙을 적용하여 실제상 구체적인 결정을 할 때 적용상 어려움은 있다. 그러나 과소보호금지원칙의 초점은 입법자가 기본권보호의무를 얼마나 충실히 수행하였는가를 도출하기 위함에 있는 것이 아니라, 헌법상 부과된 입법자의 기본권보호의무의 한 요소라는 데 두어야 한다. 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 독립된 원칙이며, 그 독립성을 위한 구체적 기준을 제공하는 데 있다. 따라서 과소보호금지원칙의 상대성이란 제한적이지만, 기본권보호의무에 의거하여 기본권보호의 최소수준을 마련하기 위해 충돌하는 법익들을 고려할 것을 요청한다. 헌법적 의무에 근거하는 법률적 기본권보호의 최소수준은 불가피하게 상대적이다. 그리고 다른 사람의 기본권행사와 관련하여 최소수준의 절대성을 충족할 수는 없다. 즉, 기본권보호의무를 실현해야 되는 입법자에게 충돌하는 다른 기본권에 대한 고려를 포기하도록 하는 것이 과소보호금지이기 때문이다.⁴³⁹⁾ 다른 말로 표현하면 다른 기본권의 침해를 통해서 당해 기본권의 보호가 달성될 수 있다는 것이다.⁴⁴⁰⁾

4) 기본권의 최소보호원칙으로서 과소보호금지

과소보호금지원칙에서 가능한 한, ‘가해자와 피해자’의 기본권보호라는 생각에 집중하여 통제기준에만 중점을 두어서는 안 되고, 관련된 기본권의 ‘최소보호’에 중점을 두어야 한다.⁴⁴¹⁾ 기본권보호의 방법은 ‘보호한다는 것’을 전체로

438) Vgl. U. Preis, RdA 1995, S. 333 (341); W. Rüdiger, GS-Martens, S. 215 (222).

439) BVerfGE 88, 203 (254).

440) Vgl. BVerfGE 96, 56 (65).

441) W. Brohm, NJW 2001, S. 1 (9); C.-W. Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeit in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des

생각하여 환영(幻影)으로 만들어서는 안된다.⁴⁴²⁾ 헌법은 기본권보호의무를 어떻게 수행할지 여부에 대해 입법자에게 형성의 자유를 부여하고 있다. 입법자의 기본권보호조치는 적합하고 효과적이고 충분해야 하지만, 최대한의 보호에 대한 요청을 헌법상 명령하지는 않는다. 왜냐하면 최대한의 보호 요청은 계속적으로 더 많은 보호를 요구하게 되며,⁴⁴³⁾ 결국 최대한의 보호 요청은 입법자를 헌법재판소의 견해에 종속시킬 것이기 때문이다.⁴⁴⁴⁾ 법률은 행정부에게 구체적인 위협에 대해 조치를 취할지 또는 기다릴지 여부에 대한 결정재량을 허용할 수 있다. 그러나 기본권보호의무는 재량권의 행사를 명하고 효과적인 보호가 안 될 경우 기본권적 정당성 여부를 심사하게 한다. 이 경우 ‘과소보호금지’ 원칙이 기본권보호의무에 가능하게 된다.⁴⁴⁵⁾

그러나 입법자의 형성의 자유는 당연히 무제한이 아니고, 과소보호금지원칙의 다른 면에 위치하는 비례성 원칙(과잉금지의 원칙)에 의해 윤곽이 그어진다. 또한 과소보호금지원칙은 입법자의 형성의 자유에 대한 하한을 설정해준다. 통제규범의 영역에서 과소보호금지원칙을 통해 최적화의 모델이 구축될 수 있다고 판단하여, 입법자는 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙 사이의 양 간격에 어딘가에서 결정해서는 안 된다. 오히려 과소보호금지원칙은 입법자의 기본권상충의 해결을 보조하는 수단으로서 의미가 있다. 즉, 입법자의 상충해결의 한계로서 과잉금지원칙이 인정된다면, 과소보호금지원칙은 기본권보호의무의 발견을 위한 수단으로 인식되어야 한다.⁴⁴⁶⁾

기본권의 최소보호의 수준은 일의적으로 획정할 수 없다. 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위협의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다.⁴⁴⁷⁾ 그러나 일반적으로 국가가 여태까지 전혀 어떠한 조치를

Privatrechts, JuS 1989, S. 161 (163); F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 525.
 442) Otto Depenheuer, Der Mieter als Eigentümer?, NJW 1993, S. 2561, 2564.
 443) Chr. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 86 ff.
 444) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29, 1990, S. 13, 29.
 445) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 90.
 446) O. Seewald, VerwArch 88 (1997), S. 199 (205 ff.).
 447) C.-W. Canaris, JuS 1989, S. 161 (163).

취하지 않거나 유효한 법적 상황에 의거한 어떤 조치를 취하지 않는 경우 및 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우, 또는 유효한 법률에 의거하여 존재하는 보호법익의 장애 또는 위협에 대하여 사익과 공익을 비교형량할 때 수인할 수 없다면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이다.⁴⁴⁸⁾

최소보호에 초점을 맞춘 견해에 대하여 헌법재판적 통제의 기준으로서 ‘최소 보호’원칙은 가치평가가 필요한 것이라는 이의가 제기될 수 있다. 상대적 기준으로서 과소보호금지는 상충하는 법익간의 비교형량의 한계로서 위치하고 있다. 따라서 가치평가가 이루어지지 않고서는 헌법상의 기본권규정이 내용적으로 채워질 수 없다.⁴⁴⁹⁾ 사고의 전환이 필요한 것은 헌법해석의 기본적 전제조건에 대한 것이 아니라, 최적화라는 목표로부터의 해방이고 최소보호원칙을 목표로 해야 한다는 기본적 사고이다.

또한 가해자-국가-피해자라는 삼각관계에서 자연히 잠재적인 가해자의 기본권행사를 보호하는 데 반해, 기본권의 수범자(국가)의 역할이 약화된다는 이의 제기가 있을 수 있다.⁴⁵⁰⁾ 방어권에 비해 기본권보호의무의 구조적 취약점은 존재한다. 이는 기본권보호의무는 헌법상 그 자체적으로 효력을 발휘하는 것이 아니라, 국가적 행위 특히, 입법행위가 필요하기 때문이다.⁴⁵¹⁾ 따라서 한편으로는 입법자의 형성의 자유가 작용하고,⁴⁵²⁾ 다른 한편으로는 국가적 개입보다 사회적 자기규율이 우선하게 된다.⁴⁵³⁾

448) Vgl. Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.).

449) Vgl. E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt 1991, S. 115; H. H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 511 (514 f.).

450) J. Hager, JZ 1994, S. 373 (376, 381); J. Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 165.

451) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 43; H. D. Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (384).

452) B. Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), S. 57 (82).

453) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 47. 그러나 극단적인 경우, 즉 헌법에 의거하여 정해진 보호를 할 수 있는 다른 방법이 없다면, 입법자는 형법이란 수단을 강구해야 할 의무를 질 수 있다(BVerfGE 39, 1 (46 f.)).

5) 입법자의 행위에 대한 사법적(司法的) 통제기준으로서

과소보호금지

기본권보호의무의 법적 구조는 가해자-국가-피해자라는 삼각관계의 구조가 형성되며, 이로써 국가는 새로운 지위, 즉 기본권의 잠재적인 침해자라는 성격과 더불어 기본권의 보호자라는 새로운 지위가 부여된다. 즉, 국가의 기본권보호의무는 삼각관계의 법적 구조에서 국가와 피해자 사이의 공법적 급부관계를 주된 규율대상으로 한다.⁴⁵⁴⁾ 그런데 헌법상 국가의 기본권보호의무에서 국가가 바로 사인인 가해자의 기본권 침해로부터 피해자인 사인에 대하여 일정한 보호조치를 취할 국가적 권한이나 의무를 부과할 수 있는 것은 아니다. 구체적인 국가의 보호조치에 관한 권한이나 의무는 형식적 의미의 법률을 통해서 정해지게 된다. 그리고 이러한 국가의 기본권보호의무를 위한 입법에 대하여 사법적 통제가 중요한 헌법적 의미를 가진다.⁴⁵⁵⁾

가) 보호조치의 통제

국가에게 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무가 부여되어 있더라도 언제나 헌법상의 의무위반이라고 판단할 수 없다. 국가는 기본권보호의무를 이행하기 위한 보호대책을 강구함에 있어서 원칙적으로 사인에 의한 국민의 생명·신체에 대한 침해위험의 정도나 종류, 심각성, 발생의 빈도, 각종 대책의 효과뿐만 아니라 상충하는 보호법익과의 형량, 문화적·사회적·경제적·재정적 여건 등을 종합적으로 감안할 필요가 있기 때문에 기본권보호의무를 어떤 수단을 통하여 어떻게 이행할 것인가는 입법자의 입법을 통하여 비로소 구

454) 이승우, 「국가의 기본권보호의무」, 현대공법과 개인의 권익보호: 균제 양승두 교수 화갑기념논문집 (I), 홍문사, 1994, 1165면; 정태호, 「기본권보호의무」, 인권과 정의 제252호, 1997.8, 83면 이하; 장영철, 「기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무」, 공법연구 제29집 제2호, 2001, 155면; 표명환, 「입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제」, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005. 6, 214면.

455) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 151 ff.; 표명환, 「입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제」, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005. 6, 212면 이하.

체화되고, 이 경우 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 부여되어 있다. 즉, 입법자가 국가의 기본권보호의무를 어떻게 어느 정도로 구체화할 것인가의 입법자의 형성여지이다. 따라서 국가의 기본권보호의무에 관한 입법에 대하여 사법적 통제가 중요한 헌법적 의미를 지니는데, 입법자의 책임에 속하는 보호의무의 내용결정에 대하여 헌법재판소는 보충적이고 제한적으로 보호의무 위반 여부를 심사할 수 있다.

헌법재판소는 권력분립의 원칙에서 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수하였는지를 기준으로 심사하게 된다.⁴⁵⁶⁾ 그에 따라 헌법재판소로서는 원칙적으로 국가가 기본권보호의무를 위반한 것이 명백한 경우에만 국가의 해당 작위나 부작위의 위헌성을 확인할 수 있다고 할 것이나, 헌법재판소의 통제의 강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다. 그에 따라 기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호의무 위반이 일견 명백한지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 대한 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다.⁴⁵⁷⁾

나) 과소보호금지원칙에서 보호수준

행위규범과 통제규범의 구분⁴⁵⁸⁾은 한편으로는 입법자에게 상충하는 기본권

456) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 130면.

457) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 130-132면. 한수웅, 「헌법재판의 한계 및 심사기준」, 217면 이하와 233면; 방승주, 「독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도」, 308면 이하; 계희열, 「헌법재판과 국가기능」, 221면 참조.

458) K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn. 503: 행위규범(Handlungsnorm)은 능동적으로 활동하는 국가기관(예를 들면, 의회)에게 적용되는 행위지침이자 행위한계적 규범을 말한다. 반면, 통제규범(Kontrollnorm)은 능동적으로 활동하는 국가기관들의 작위 또는 부작위를 판단하는 기준이 되는 규범을 말한다. 우리나라 헌법재판소 판례에서도 행위규범과 통제규범의 구분을 수용하고 있다. “국가는 생활능력 없는 국민을

간의 최적이며 적합한 조정을 요구하는 한편, 다른 한편으로는 헌법재판에 의한 통제와의 관계에서 독자적으로 상충의 조정을 위한 입법자의 형성여지를 존중하도록 기여하는데, 이는 실체법적 규정과 헌법재판의 통제강도 양자를 분리하려는 의도로 보여진다.⁴⁵⁹⁾ 그러나 국가가 기본권보호의무를 실현하려면 입법자의 형성여지가 존재한다는 것에 대해 의견의 일치가 있으며, 기본권보호의무의 실행에 대한 헌법재판의 통제강도는 입법자의 실체법적 의무의 한도를 넘어설 수 없다는 생각이 확고한 지지기반을 얻고 있다. 이는 행위규범과 통제규범의 구분이 붕괴되고 있다는 것을 시사한다.⁴⁶⁰⁾

행위규범과 통제규범간의 구분에 대한 견해의 차이는 실체적 헌법규정의 미완성성에 그 이유가 있다. 기본권보호의무는 내용적으로 불확정적이고 모호하

보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다.”(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 553-554면(생활보호사업지침상의 1994년 생계보호기준); 1999. 12. 23. 98헌바33, 758-759면(공무원채용시험 등에 제대군인에 대한 5% 가산점제도); 2001. 4. 26. 2000헌마390, 494면(국민연금법 제6조 사건); 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328 (2002년도 국민기초생활보장최저생계비 고시)).

459) K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS für Hans Huber, Bern, 1981, S. 261 (270); G. Robbers, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, S. 935 (939); Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 306 ff.; Hans Hugo Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 511 (517 ff.).

460) E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1 (27); Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 46 ff.; Werner Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 40; Hans Hugo Klein, Der demokratische Grundrechtsstaat, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1995/I, S. 81 (89 f.); K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, Rn. 506.

다. 입법자에 의한 기본권보호의무의 실현 및 내용적 보충은 보장내용의 요소이고 기본권보장의 필수요소이다. 역으로 생각하면, 헌법재판소는 헌법이 무엇을 규정하고 있고, 입법자의 행위를 규정하고 있는 헌법 이외의 실존하는 실제법 규정들이 무엇을 금지하고 있는지만 통제할 수 있다.⁴⁶¹⁾

6) 과소보호금지원칙의 내용과 보호수준

가) 과소보호금지원칙의 내용

기본권보호의무를 수행함에 있어서 피해자인 국민의 기본권을 보호하기 위해 국가는 적절하고 효율적인 조치를 취해야 한다. 특히 입법자는 기본권보호의무의 이행과 관련하여 헌법이 요구하는 최소한 보장수준 이상을 준수해야 한다. 국가가 국민의 기본권보호를 위해 적절하고 효율적인 최소한 이상의 보호조치를 취했는가 여부를 헌법재판소가 심사하는데, 이러한 심사기준을 ‘과소보호금지원칙’⁴⁶²⁾이라 한다.⁴⁶³⁾ 헌법은 개개의 기본권에 기초한 기본권규범으로 구성되어 있지만, 모든 개별적 상황에서 기본권의 보호수준을 구체적으로 규정하고 있지 않다. 과소보호금지원칙의 심사 초점은 입법자가 기본권보호의무를 얼마나 충실히 수행하였는가를 판단하는 데 두어야 할 뿐만 아니라, 헌법이 입법자에게 기본권보호의무를 충실히 수행하도록 촉구하는 데도 두어야 한다.

헌법상 기본권보호의무로부터 국가가 바로 가해자의 기본권 가해로부터 피해자인 사인에 대해 일정한 보호조치를 취할 국가의 의무가 발생하는 것은 아니다.⁴⁶⁴⁾ 즉, 국가가 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무가

461) Chr. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, S. 139.

462) ‘과소보호금지’원칙은 과잉금지원칙과 비교되는 원칙으로 카나리스(Canaris) 교수에 의하여 처음으로 주장되었고(C.-W. Canaris, *AcP* 184 (1984), 202 ff.), 이 슨제(J. Isensee, *HdbStR V*, 1992, § 111) 교수에 의하여 이 원칙이 정립되었다.

463) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 결정, 판례집 9-1, 90, 120~123; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정, 판례집 20-2상, 91, 103~104; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94 결정, 판례집 23-1상, 143, 152.

464) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 151 ff.; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 한국

부여되어 있다고 하더라도 언제나 헌법상 의무 위반이라고 할 수는 없다. 국가는 기본권보호의무를 이행하기 위한 보호대책을 강구함에 있어서 원칙적으로 사인에 의한 국민의 기본권에 대한 침해위험의 정도나 종류, 심각성, 발생의 빈도, 각종 대책의 효과뿐만 아니라 상충하는 보호법익과의 형량, 문화적·사회적·경제적·재정적 여건 등을 종합적으로 감안하여 기본권보호의무를 어떠한 수단을 통해 어떻게 이행할 것인가를 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화된다. 헌법은 기본권보호의무를 어떻게 수행할지 여부에 대해 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 부여하고 있다.

나) 과소보호금지원칙에서 보호수준

기본권보호의무의 구조, 즉 가해자-국가-피해자라는 삼각관계에서 잠재적인 가해자의 기본권행사를 보장해야 하기 때문에, 국가의 역할이 약화될 가능성이 있다.⁴⁶⁵⁾ 기본권보호의무는 헌법에서 바로 효력을 발휘하는 것이 아니라, 입법 행위를 필요로 한다.⁴⁶⁶⁾ 이는 한편에서는 입법자의 형성의 자유가 작용하고,⁴⁶⁷⁾ 다른 한편에서는 국가적 개입보다 사회적 자기규율이 우선하게 된다.⁴⁶⁸⁾ 헌법에서 직접 기본권보호조치를 규정하고 있지 않다면, 입법자는 법률상 수단을 강구해야 할 의무를 진다.⁴⁶⁹⁾

과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 구별되는 ‘독립된 원칙’⁴⁷⁰⁾이며, 그 독립성을 위한 구체적 기준을 제공하여야 한다. 과소보호금지원칙은 상대성을 지

헌법학회, 2005. 6, 212면 이하.

465) J. Hager, JZ 1994, S. 373 (376, 381); J. Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 165.

466) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 43; H. D. Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (384).

467) B. Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), S. 57 (82).

468) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 47.

469) BVerfGE 39, 1 (46 f.); 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 9면.

470) 과소보호금지원칙의 독자성을 뒷받침하는 논문으로는 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 289~291면; 정혜영, “과소보호금지원칙에 관한 소고”, 『강원법학』 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 2, 637면 이하.

니고 있는데, 여기서 말하는 상대성이란 기본권보호의무에 의거하여 기본권보호의 최소수준 이상을 실현하기 위해서 충돌하는 기본권적 법의들을 고려해야 한다는 의미이다. 헌법상 기본권보호의무에 근거하여 법률상 구체화되는 기본권보호의 최소수준은 불가피하게 상대적일 수밖에 없다.⁴⁷¹⁾ 특정 사인의 기본권 피해시에 국가의 기본권보호의무와 관련하여, 국가가 ‘절대적’인 보호를 수행할 수 없다는 의미이다. 즉, 기본권보호의무를 실현해야 하는 입법자는 과소보호금지 원칙에 입각하여 충돌하는 사인 상호간의 기본권에 있어서 국가는 가해자의 기본권을 침해함에 의해 피해자의 기본권을 보호할 수밖에 없다.⁴⁷²⁾ 가해자의 기본권을 침해함에 의해 당해 기본권 피해자의 기본권을 보호하게 된다.⁴⁷³⁾

과소보호금지원칙 심사에서 ‘가해자와 피해자’ 관계에서 기본권보호에 집중하여 사법(司法)적 통제기준에만 중점을 두어서는 안 되고, 관련 기본권의 ‘최소수준 이상’의 보호에 중점을 두어야 한다.⁴⁷⁴⁾ 기본권보호의무에서 요구하는 기본권보호조치의 수준은 단순히 최소한의 보호만 취하면 된다는 의미가 아니라, 최소한 과소보호의 기준을 넘는 ‘효율적’이고 ‘충분한’⁴⁷⁵⁾ 조치를 취하라는 의미이다.⁴⁷⁶⁾

입법자의 기본권보호조치는 적절하고 효율적이고 충분해야 하지만, 헌법은 최대한의 보호를 하라고 명령하지는 않는다. 왜냐하면 기본권보호의 최대한의 요청은 계속적으로 더 많은 보호를 요구하게 되며,⁴⁷⁷⁾ 입법자가 최대한의 보호를 추구하게 되면, 입법자의 입법행위가 헌법재판소의 견해에 종속되는 결과에 이르기 때문이다.⁴⁷⁸⁾

471) 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 291면.

472) BVerfGE 88, 203 (254).

473) Vgl. BVerfGE 96, 56 (65).

474) W. Brohm, NJW 2001, S. 1 (9); 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 292면.

475) BVerfGE 88, 203 (254).

476) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 10면.

477) Chr. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 86 ff.

478) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29, 1990, S. 13, 29.

입법자의 형성의 자유는 당연히 무제한이 아니고, 과잉금지의 원칙에 의해 그 윤곽이 그어진다. 반면, 과소보호금지원칙은 입법자의 형성의 자유에 대한 하한을 설정해 준다.⁴⁷⁹⁾ 입법자의 기본권 상충 해결의 한계로서 과잉금지원칙이 활용된다면, 과소보호금지원칙은 기본권보호의무의 발견을 위한 수단으로 인식되어야 한다.⁴⁸⁰⁾ 과소보호금지원칙은 입법자에게 기본권 상충을 해결하는 보조 수단으로서 의미를 가진다.

기본권보호의무의 최소보호의 수준은 일의적으로 확정할 수 없다. 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위험의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다.⁴⁸¹⁾ 그러나 첫째, 일반적으로 국가가 여태까지 전혀 어떠한 조치를 취하지 않거나 유효한 법적 상황에 의거한 어떤 조치를 취하지 않는 경우, 둘째, 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우, 셋째, 유효한 법률에 의거하여 존재하는 보호법익의 장애 또는 위험에 대하여 사익과 공익을 비교형량할 때 수인할 수 없는 경우라면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이 된다.⁴⁸²⁾

7) 과소보호금지원칙의 구체적 심사기준과 적용

미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인의 헌법소원(2008헌마 419·423·436) 사건⁴⁸³⁾에 과소보호금지원칙의 구체적 심사기준을 적용해 본다. 국가의 존립 목적인 국민의 기본권보호는 헌법 스스로 전제하고 헌법적으로 정당화되기 때문에, 목적의 정당성은 명문으로 규정하거나 심사의 기준으로 삼지 않아도 당연히 인정된다. 따라서 과소보호금지원칙에서 목적의 정당성은 별

479) 이와 관련하여 비례성원칙과 과소보호금지원칙의 차이점은 이부하, “비례성 원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 289면 이하 참조.

480) O. Seewald, VerwArch 88 (1997), S. 199 (205 ff.).

481) C.-W. Canaris, JuS 1989, S. 161 (163).

482) Vgl. Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.); 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 293면.

483) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 결정(병합).

도로 심사할 필요가 없다.⁴⁸⁴⁾ 수단의 적절성, 수단의 효율성, 협의의 비례성으로 구분하여 심사한다.

가) 수단의 적절성

기본권보호의무의 이행을 위한 수단의 '적절성'은 국가의 보호조치가 가해되는 기본권을 보호하는 데 적절한가 여부이다. 즉, 피해자의 기본권 보호를 위해 개선시킬 수 있는 적절한 수단인가 여부이다.⁴⁸⁵⁾ 수단의 적절성을 판단함에 있어서는 국가의 개별적 행위를 고려할 것이 아니라, 취해진 국가적 조치를 전체적으로 고려하여 판단해야 한다. 수단의 적절성은 상충하는 법익을 고려하여 적절한 보호를 달성할 수 있는 규범적 및 사실적 유형의 충분한 조치가 취해져야 함을 말한다. 이는 사전적 보호 및 사후적 보호가 상호 결합된 보호관념이다.⁴⁸⁶⁾

수단의 적절성 심사에 있어서, 유효한 법률에 의거하여 존재하는 보호법익의 장애 또는 위협에 대하여 사익과 공익을 비교형량할 때 수인할 수 없는 경우라면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이 된다.⁴⁸⁷⁾

미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인의 헌법소원에서 미국산 쇠고기 수입위생조건(고시)이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 위협을 유발함으로써 수인할 수 없는 상황이 되므로 과소보호금지원칙에 있어서 수단의 적절성을 충족하지 못한다고 보아야 한다.

나) 수단의 효율성

과소보호금지원칙에서의 효율성 심사에서는 특정한 조치가 필수불가결하고 필요한 조치였느냐를 심사한다. 즉, 기본권보호조치가 적절하다면, 제3자의 기본권이나 기타 공익에 큰 부담을 주지 않으면서 더욱 효율적으로 침해되는 기

484) 같은 생각 : 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제14권 제1호, 한국헌법학회, 2008. 3, 120면; 허완중, 앞의 논문, 217면.

485) M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038).

486) BVerfGE 88, 203 (203 f.); 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 13면.

487) Vgl. Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.).

본권을 보호할 수 있는 다른 대안이 있는가를 심사한다. 효율성 있는 수단은 피해자의 기본권보호를 위해 ‘효과적’이고 ‘충분한’⁴⁸⁸⁾ 보호를 제공하여야 한다. 따라서 국가가 선택한 수단이 비례의 원칙에 있어서 수단의 필요성을 충족한다 하더라도 과소보호금지원칙의 수단의 효율성을 충족하는 수단이라 할 수는 없다.⁴⁸⁹⁾

수단의 효율성과 관련하여, 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우라면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이 된다.⁴⁹⁰⁾

미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인의 헌법소원에서 국민의 생명·신체의 안전을 위해 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 미국산 쇠고기 수입위생조건(고시) 보다 강화된 조건의 고시를 신설할 수 있으므로, 수단의 효율성을 위반하는 것이다.

다) 협의의 비례성

과소보호금지원칙에서의 협의의 비례성은 가해자의 기본권침해와 피해자의 기본권보호간의 형량을 의미한다. 양자간의 형량을 함에 있어 형량시 판단기준이 중요하다. 국가가 피해자에 대한 기본권보호의무를 이행하기 위한 한계로서 가해자의 기본권을 비례의 원칙에 반하도록 침해해서는 안 된다는 한계가 설정된다. 국가가 효율적인 보호조치를 취하지 않으면서 오히려 과도하게 가해자의 기본권을 비례의 원칙에 위배하면서까지 침해해서는 안 된다.⁴⁹¹⁾

미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인의 헌법소원에서 국민의 생명·신체의 안전과 국가의 수입권한간의 비교형량이 필요하다. 국민의 생명·신체의 안전이 국가의 수입권한의 재량보다 중요하기 때문에 협의의 비례성을 충족하지 못한다.

488) BVerfGE 88, 203 (254, 261).

489) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제 62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 14면.

490) Vgl. Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.).

491) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제 62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 15면.

8) 과소보호금지원칙에 있어서 심사일도

비례성 원칙에 있어서 수단의 적합성심사에 있어서 헌법재판소는 입법자의 예단을 심사한다. 헌법재판소는 입법자의 미래에 대한 상황발전에 대한 예측판단을 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도 및 침해된 법익에 따라 상이하게 인정하고 있다. 즉, 명백성 통제(Evidenzkontrolle), 설득력 통제(주장가능성 통제; Vertretbarkeitskontrolle), 내용통제(Inhaltskontrolle)라는 등급화된 기준으로 입법자의 예측판단을 심사하고 있다.⁴⁹²⁾

명백성 통제에 있어서는 입법자의 예측판단권을 광범위하게 인정한다. 따라서 입법자가 재량의 한계를 명백히 일탈하였는지를 헌법재판소는 심사하게 된다. 즉, 헌법재판소는 법률상 달성하려는 목적을 실현하는 데 명백하게 부적합한 경우에만 심사한다.⁴⁹³⁾ 명백성 통제를 하는 경우는 입법자에게 정치적 재량이나 경제정책적 재량이 인정되는 입법에 대해서다.

이에 반해, 설득력 통제(주장가능성 통제)는 헌법재판소는 입법자의 예측판단이 실제적·내용적으로 타당한가의 판단은 하지 않지만, 입법자가 가용한 판단자료를 모두 동원하고 활용하여, 미래에 있어서는 법률의 효과를 납득할만하게 판단하려고 노력하여야 한다는 기준이다.⁴⁹⁴⁾ 설득력 통제는 그 실질상, 국가기관이 기본권을 침해하는 판단을 내리는 과정에서 기울여야 할 주의의무에 대한 심사라고 할 수 있다. 일단 입법자가 이러한 주의의무를 기울임으로써 절차에 대한 요구를 충족시키면, 이로부터 입법자의 예측판단이 또한 내용적으로도 타당하다는 추정을 가져온다. 설득력 통제를 하는 경우는 주로 경제·세법영역에서 복잡하고 쉽게 인식할 수 없는 사실관계를 규율하는 입법에 대해서이다.

내용통제는 헌법재판소가 입법자의 예측판단이 내용적·실체적으로 타당한가를 심사한다.⁴⁹⁵⁾ 내용통제는 일반적으로 침해되는 법익이 생명권이나 신

492) BVerfGE 50, 290 (332); Schneider, NJW 1980, S. 2105 f.; Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: BVerfG und GG I, S. 484 ff.

493) BVerfGE 36, 1 (17); 37, 1 (20); 196, 223.

494) BVerfGE 25, 1 (12 f., 17); 30, 250 (263); 39, 210 (225 f.).

495) BVerfGE 7, 377 (415); 11, 30 (45); 17, 269 (276 ff.); 39, 1 (46, 51 ff.); 45,

체의 자유, 의식주 등 인간의 기본적 욕구, 직업의 자유 등 가장 기본적이고 개인적인 자유가 관련되는 영역에 적용한다.⁴⁹⁶⁾ 여기서는 내용통제를 통하여 입법자의 예측판단을 헌법재판소의 예측판단으로 대체하게 된다.

예측판단에서 문제되는 것은 결국 입법자와 국민 사이의 입법책임의 분배이다.⁴⁹⁷⁾ 헌법재판소의 규범통제과정에서 결정의 전제가 되는 주요한 사실관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과를 예측하기 어렵다면, 이러한 불확실성이 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 실체법적인 입증책임의 문제에 관한 것이다. 독일 연방헌법재판소에 의하여 형성된 위의 3단계의 기준은 바로 입증책임분배의 단계이다.⁴⁹⁸⁾ 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우에는 입증책임을 입법자에게 전가함으로써 자유의 보호는 더욱 강화된다. 이 경우 기본권의 주체에게 유리한 입증책임의 존재 그리고 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명, 입증해야 할 책임을 진다. 반면, 개인이 일반적으로 타인과의 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되고 결국 입법자에게 유리하게 입증책임이 분배된다. 따라서 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 잘못되었는가 하는 명백성의 통제에 그치게 된다.⁴⁹⁹⁾

결국, 입법자의 보호의무이행에 대한 헌법재판소의 통제의 강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 가해의 심각성, 그 가해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다. 그에 따라 기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호의 무 위반이 일견 명백한지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 대한 통제, 그리고 입

187 (238).

496) BVerfGE 50, 290 (333); H.-P. Schneider, NJW 1980, S. 2105.

497) M. Kriele, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, Rn. 44 ff.

498) BVerfGE 50, 290 (331, 333, 340 ff.).

499) 한수웅, 「헌법재판의 한계 및 심사기준 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -」, 헌법논총 제8집(1997), 233-237면.

법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다.⁵⁰⁰⁾

500) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 『판례집』 9-1, 130-132면. 한수웅, 「헌법재판의 한계 및 심사기준」, 217면 이하와 233면; 방승주, 「독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도」, 308면 이하; 계희열, 「헌법재판과 국가기능」, 221면 참조.

제3장 헌법상 국가의 국가안전보장과 관련한 실무적 쟁점들

제1절 관련 쟁점에 관한 종래의 결정례와 외국의 사례 검토

1. 국민안전보장 문제에서 입법자의 입법형성권 문제 및 위헌심사의 기준

1. 구체적 위험과 위헌성

일본은 주민기본대장 네트워크 시스템에 대한 위헌 사건에서 당해 시스템에 구체적인 위험이 발생하는 것으로 인정할 수 없어 본 시스템이 헌법에 반한다고 할 수 없다는 판단을 하였다⁵⁰¹⁾.

주민기본대장 네트워크에 의한 본인 확인 정보의 관리 및 이용 등은 법령의 근거에 따라 주민 서비스 향상 및 행정 사무의 효율화라는 정당한 행정 목적의 범위 내에서 이루어지고 있는 것이라 할 수 있다.

주민기본대장 네트워크의 시스템 결함 등에 의해 외부로부터 부당하게 액세스되는 등 본인확인 정보를 쉽게 유출될 구체적인 위험은 없는 것이고, 주기법(住基法)은 도도부현에 본인확인 정보의 보호에 관한 심의회를, 지정정보처리 관리기관에 본인확인정보 보호위원회를 설치하고, 본인확인 정보의 적절한 제거를 담보하기 위한 제도적 조치를 취하고 있는 점 등에 비추어 보면, 주민기본대장 네트워크에 시스템 기술상 또는 법제도상의 미비가 있어, 이를 이유로 본인확인 정보가 법령 등에 근거하지 않고 정당한 행정 목적의 범위를 벗어나 타인에게 공개 또는 공표되는 구체적인 위험이 발생하는 것이라고도 할 수 없다.

그러면 행정기관이 주민기본대장 네트워크에 의해 주민인 피상고인들의 본

501) 住民基本ネット사건[平成20年3月6日最高裁判所第一小法廷平成19(オ)403民集第62卷3号665頁].

인확인 정보를 관리, 이용 등을 하는 행위는 개인 정보를 함부로 타인에게 공개 또는 공표하는 것이라고 할 수 없으며, 해당 개인이 이에 동의하지 않는다 해도 헌법 13조에 의해 보장된 위의 자유를 침해하는 것이 아니라고 해석하는 것이 상당하다. 또한, 이성과 같이 주민기본대장 네트워크에 의해 피상고인들의 본인확인 정보가 관리, 이용 등 됨으로써 자신의 개인 정보에 관한 정보취급에 대한 자기 결정 권리 내지 이익이 위법하게 침해되었다고 하는 피상고인들의 주장도 이유 없다고 한다. 이성은 상기 대법정 판결의 취지에 비추어 명백하다.

2. 생존권과 헌법판단

가. 생존권의 법적성격

일본에서 생존권은 국민의 생존보장과 국가의 책무, 국가의 임무와 관련된 논의를 제공하고 있다.

우선, 헌법 제25조에 관한 최초의 최고재판소 판결인 식량관리법 위반 사건 판결에서는 헌법 제25조 제1항이 「적극주의의 정치로서 모든 국민의 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 수 있도록 국정을 운영해야 할 것을 국가의 책무로서 선언한 것이다. 그것은 주로 사회적 입법의 제정 및 그 실시에 따라야 하지만, 이러한 생활수준의 향상 확보도 또한 국가 임무의 하나로 되어 있는 것이다. 즉, 국가는 국민 일반에 대해 개괄적으로 이러한 책무를 부담하여 이것을 국정상의 임무로 한 것이지만, 각각의 국민에 대해 구체적·현실적으로 이러한 의무를 지는 것은 아니다. 바꿔 말하면, 각각의 국민이 이 규정에 의해 직접 국가에 대해 구체적·현실적으로 이러한 권리를 갖는 것은 아니다. 사회적 입법 및 사회적 시설의 창조 확충에 따라 비로소 각각의 국민의 구체적·현실적인 생활권이 설정·충족되어 가는 것이다」라고 실시하고 있다. 여기서는 「국가의 책무」, 「국가의 임무」라는 표현을 사용하고 있지만, 그것이 법적인 책무인지 아니면 정치적 책무인지는 명확하지 않다. 어쨌든, 적어도 구체적 권리성(및 각각의 국민에 대한 구체적 의무)은 부정되고 있다. 학설에서는 본 판결을 프로그램 규정설에 입각했다고 해석하는 자가 많지만, 추상적 권리설을

명시적으로 부정하는 것이 아님에 주의할 필요가 있다.

아사히 소송(朝日訴訟)은 1950년에 제정된 생활보호법에 기초하여 후생대신이 설정한 생활보호기준이 생활보호법 제8조 제2항 등에 위반하여 위법이라고 다투어진 사건이다. 제1심은(도쿄 지방재판소 1960년 10월 19일 刑集 11권 10호 2921면)은 「헌법 제25조 제1항은 국가에 대해 모든 국민이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 수 있도록 적극적인 시책을 강구해야 할 책무를 부과하여 국민의 생존권을 보장하고, 동조 제2항은 동조 제1항의 책무를 수행하기 위해 국가가 취해야 할 시책을 열거한 것이다. 만약 국가가 이들 조항이 규정하는 것에 따라 취해야 할 시책을 취하지 않을 경우는 물론이고, 그 시책으로 정하거나 시행하는 모든 법률 명령 또는 처분이 헌법 규정이 의미하는 바를 올바르게 실현하는 것이 아닐 때는 본조의 요청을 만족하지 못한다는 비판을 면할 수 없을 뿐 아니라, 만약 국가가 이 생존권 실현에 노력해야 할 책무에 위반하여 생존권 실현에 장애가 되는 행위를 할 때는 이러한 행위는 무효라고 해석하지 않으면 안 된다」고 하였다. 이어서 생활보호법에 대해 「생활보호법은 국가가 헌법 제25조가 정하는 생활권 보장의 이념에 근거하여 곤궁자의 생활보호제도를 동조 제2항에서 말하는 사회보장의 일환으로 국가의 직접적인 책임 하에 실현하려고 하는 것으로, 헌법의 전기(前記) 규정을 현실화·구체화한 것이다」고 하였다. 또한 「만약 피고가 설정한 일반적 기준 자체가 그 적용 대상인 대다수의 요보호자에 대해 생활보호법 제8조 제2항에서 말하는 최저한도의 생활수요를 만족하는 데 충분한 정도, 즉 「건강하고 문화적인 생활수준」을 유지할 수 있는 정도의 보장이 없는 것이라면 위 기준은 동항, 동법 제2조, 제3조 등의 규정에 위반하고, 나아가 헌법 제25조의 이념을 충족하지 못하는 것이므로 무효라고 해야 한다」고 실시하였다. 이 실시로부터 동 판결은 추상적 권리설을 채택한 것이라고 이해되고 있다.

아사히 소송 상고심은 생존권의 법적 성격에 대해 다음과 같이 실시하고 있다. 「구체적 권리는 헌법 규정의 취지를 실현하기 위해 제정된 생활보호법에 의해 비로소 부여되고 있다고 해야 한다. 「물론, 후생장관이 정하는 보호 기준은 법 제8조 제2항 소정의 사항을 준수한 것임을 요하며, 결국 헌법이 정한 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 유지하기에 충분한 것이어야 한다. 그러

나 건강하고 문화적인 최저한도의 생활이라는 것은 추상적인 상대적 개념으로서, 그 구체적 내용은 문화의 발달, 국민 경제의 증진에 따라 향상되는 것은 물론, 다수의 불확정적 요소를 종합적으로 판단하여 비로소 결정되는 것이다.

따라서 무엇이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활인가를 인정하는 판단은 일단 후생대신의 합목적적인 재량에 맡겨져 있으며, 그 판단은 당·부당의 문제로서 정부의 정치책임이 추궁되는 일은 있어도 곧바로 위법의 문제를 일으키는 것은 아니다. 다만, 현실의 생활조건을 무시하고 현저하게 낮은 기준을 설정하는 등 헌법 및 생활보호법의 취지·목적에 반하여, 법률에 의해 부여된 재량권의 한계를 넘는 경우 또는 재량권을 남용한 경우에는 위법한 행위로서 사법심사의 대상이 되는 것을 면할 수 없다.

여기서는 보호기준의 설정이 위법이 되는 경우가 있다는 점은 인정하고 있지만, 후생대신에게 매우 광범위한 재량권을 주고 있다. 또한 식량관리법위반 사건과 마찬가지로 헌법 제25조의 구체적 권리성은 부정되고 있다. 아사히 소송 상고심도 프로그램 규정설에 입각하고 있다고 해석하고 있지만, 판시 자체가 추상적 권리설을 배제하고 있는 것은 아니다.⁵⁰²⁾

호리키 소송과 아사히 소송의 차이점 한 가지는 후자에서는 법률상의 규정 자체가 아니라 후생대신의 보호기준이 다투어진 데 반해, 전자에서는 법률상의 규정 자체의 합헌성이 다투어진 점이다.

본 판결이 식량관리법 위반 사건 판결만을 선례로 인용하여, 그간 축적된 학설의 논의를 전혀 고려하지 않았으므로 이것을 프로그램 규정설이라고 이해하는 학설도 있다. 그러나 「그것이 현저히 합리성을 결여하고 명백하게 재량의 일탈·남용으로밖에 볼 수 없는 경우」에 한해서이지만, 헌법 제25조를 구체화하는 입법조치가 재판소의 심사대상이 된다고 하여, 헌법 제25조의 재판규범성을 인정하고 있는 점은 중요하다.⁵⁰³⁾

502) 민병로·손형섭, 『일본판례헌법』, 전남대학교출판부, 2011, 512면.

503) 민병로·손형섭, 위의 책, 513면.

나. 생존권과 입법재량

1) 생존권을 구체화하는 입법이 어느 정도 정비되어 관례에서도 헌법 제25조의 재판규범성이 승인되어 있다면, 문제의 중점은 입법재량의 내용으로 이행된다. 생존권의 법적 성격에 대해서도 선행 문제로 법적 성격을 추상적으로 논하는 것이 아닌, 입법재량이나 제도 후퇴라고 하는 구체적 문제와의 시선의 왕복 속에서 생각해 갈 필요가 있을 것이다.

생존권의 실현에 대해 입법부에게 넓은 재량이 인정되는 이유 중 하나는 생존권이 작위청구권이며, 국가에 작위를 의무화하고 있기 때문이다. 국가에 작위를 명하는 헌법 규범은 국가가 실현해야 할 「목적」을 정할 뿐으로, 어떠한 수단에 의해 그것을 실현할 것인가는 정해져 있지 않다. 작위의무를 실현하는 수단은 일반적으로 다수 존재한다. 그 중 어떤 것을 선택할 것인가, 수단을 어떻게 조합할 것인가의 선택은 입법부에 맡겨져 있다. 또한 자유권에 대응하는 국가의 부작위의무가 필요 최소한도의 제한을 요청하는 것과는 달리, 작위의무는 목적의 최대한의 실현을 요구하는 것이 아니다. 따라서 예를 들어 “물에 빠뜨려서는 안 된다”라는 부작위 명령은 수난(水難)으로 이어질 우려가 있는 모든 가해수단의 금지를 내포하나, “수난자를 구조할 것”이라는 작위명령은 각종 구조 수단 중 하나 또는 복수의 실효적인 수단의 선택을 요청하는 것에 머무른다.

2) 입법재량과 관련하여 중요한 것이 헌법 제25조 제1항(생존권)과 제2항(국가의 사회적 사명)의 관계이다. 본건의 항소심 판결은 「본조 제2항은 국가는 사전에 적극적인 빈곤구제 시책을 해야 할 노력 의무가 있음을, 동 제1항은 제2항의 빈곤구제 시책의 실시에도 불구하고 뒤쳐진 자에 대하여 국가가 사후적, 보충적 그리고 개별적인 빈곤구제 시책을 해야 할 책무가 있음을 각각 선언한 것이다」라고 하여, 제2항에 근거한 시책은 빈곤방지 시책, 제1항에 기초한 시책은 빈곤구제 시책으로 구별하였다. 또한, 제2항에 근거한 「개개의 사회보장시책에 대해서는 각각 어떠한 목적을 설정하고, 어떻게 역할기능을 분담시킬 것인가는 입법정책의 문제로서 입법부의 재량에 맡겨져 있다」고 하여, 광범위한 입법재량을 인정하고 있다.

생존권과 같은 추상적 권리와 제도적 보장(예를 들어, 재산권)은 별도의 개념이라고 생각되기 쉬우나, 모두 법률에 의존한 권리가 문제가 되고 있다는 점에서 공통적이다. 그렇지만 생존권에 대해서는 이것을 구체화하는 법 제도의 확충·충실이 1차적인 과제가 되고, 제도적 보장에 대해서는 기존 법 제도의 유지가 과제가 되기 때문에 입법부와의 관계에서 전자는 작위 의무, 후자는 부작위 의무로 나타나고 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 생존권에 대해서도 제도의 후퇴가 문제 되는 경우에는 제도적 보장론을 원용할 수 없는지 생각해 볼 여지가 있다.

제도적 보장론에 의한 접근과 추상적 권리설에 의한 접근의 차이는 전자는 객관법으로서의 헌법을 기준으로 하고, 후자는 주관적 권리를 기준으로 한다는 점에 있다. 따라서 권리의 문제로는 헌법 위반이 구성되지 못하는 것에 대해서도 객관법으로서의 헌법을 기준으로 함으로써 헌법 위반을 구성할 수 있는 경우가 있다. 그러나 유력 학설은 「하위 규범에 선행하여 확정되어야 할 헌법상의 법규범의 내용이 하위 제도의 유무(내지는 내용)에 의해 반대로 규정되는」 것이 되므로 적절하지 않다고 하여, 제도적 보장론을 원용하여 제도 후퇴 금지를 근거 지을 수는 없다고 한다. 그렇지만, 이 학설은 제25조 제2항에 대해서는 「향상 및 증진에 힘쓴다」는 문언을 근거로 명백한 노력 의무 위반으로 구성할 수 있는 제도 후퇴에 대해서는 제2항 위반이 된다고 해석하고 있다.⁵⁰⁴⁾

3. 안전과 이익형량

일본 최고재판소 판결의 이익형량론은 명확히 인권 대 인권의 형량이라고 하는 구성을 취하고 있는 점에서 특징적이다. 1960년대 중반 이후의 최고재판소는 하카다역(驛) TV필름 사건 결정, 사루후쓰(猿拂) 사건 판결, 본건 판결에서도 인용되고 있는 세관검사 사건 판결, 북방저널 사건 판결, 나리타신법(新法) 사건 판결 등 정신적 자유의 규제에 관한 소송에서 이익형량의 수법을 취해 왔지만, 이때에 규제되는 인권과의 형량대상은 공공의 이익이라는 것이 강조되어왔다.

504) 민병로·손형섭, 앞의 책, 2011, 522면.

예를 들면, 이른바 「과격과 집단」이 참가하는 실내집회의 규제라는 측면을 가진 점에서는 본 건과 공통성을 가진 나리타신법 사건 판결에 최고재판소는 다음과 같은 이익형량을 하고 있다. 나리타신법(신동경국제공항의 안전 확보에 관한 긴급조치법) 제3조 제1항 제1호에 의거하여 공작물 사용금지 명령에 의해 보호되는 이익은 신공항 내지는 항공보안시설 등의 설치, 관리안전의 확보, 신공항 및 그 주변의 항공기 항행의 안전 확보이며, 이에 수반되는 신공항을 이용하는 탑승객의 생명, 신체의 안전 확보도 도모할 수 있는 것으로, 그러한 안전 확보는 국가적, 사회경제적, 공익적, 인도적 관점에서 대단히 강하게 요청되는 것이다. 다른 한편, 위 공작물 사용금지 명령에 의해 제한되는 이익은 다수의 폭력주의적 파괴 활동자가 당해 공작물을 집회용으로 공여하는 이익에 지나지 않는다. 여기서는 신공항 등의 설치관리의 안전 확보라는 공공의 이익이 강조되어 승객의 생명, 안전이라고 하는 타인의 인권은 부수적으로 언급된 것에 지나지 않는다. 게다가 최고재판소는 나리타신법 제3조 제1항이 「다수의 폭력주의적 파괴활동자의 모임」에 따른 당해 공작물의 사용 자체를 실질적 해악의 유무와 관계없이 금지하고 있는 것도 헌법 제21조 제1항 위반은 아니라고 했다.

이러한 형량수법에 대한 학설의 비판도 강했기 때문에, 본 건에서는 규제의 합헌성심사에서 최고재판소가 인권 대 인권의 형량이라고 하는 구성을 명확히 한 점이 주목되었다. 그러나 물론 본 건 판결이 인권을 규제할 수 있는 것은 타인의 인권을 보호하는 경우뿐이라는 입장을 취한 것은 아니다.⁵⁰⁵⁾

4. 국가배상법 소송

일본에는 1970년 藥害SMON(スモン) 사건에서 많은 지방재판소에서 국가 책임이 인정되었고, 1980년대에는 수은병 사건에서 국가와 구마모토(熊本)현의 책임을 추급한 소송이 각지에서 제기되어 몇 개의 지방재판소에서 책임이 인정되었다. 2000년대에 일본 최고재판소는 이 문제에서 국가의 책임을 긍정하는 주요한 판단을 나타냈다. 2004년 수은병판서소송[水俣病(미나마타병)關西訴訟

505) 민병로·손형섭, 앞의 책, 335면.

에서 일본 최고재판소는 국가와 구마모토현은 1959년 말까지 미나마타병의 원인 물질 및 발생원에 대해 인식할 수 있었고, 1960년 이후의 환자의 발생에 대해 국가와 구마모토 현에 부작위 위법책임이 있음을 인정했다.

이 판결에 이어 하급심에서 간염소송, 이렛사약해(イレッサ薬害訴訟) 동일본 소송 제1심판결, 泉南석면(泉南アスベスト)소송 제1심판결 등 국가책임을 인정한 판단이 이어졌다. 물론 국가책임을 부정하는 몇 개의 소송도 등장했다.⁵⁰⁶⁾

노동안전규제 등의 국가배상 판결에서 국가의 안전의무 위반이 인정된 사례가 다수 있다.

광산에서 진폐증을 얻은 원고에 대하여 “국가는 공공단체 공무원에 의한 규제권한의 불행사는 그 권한을 정한 법령의 취지, 목적과 그 권한의 성질 등에 비추어 구체적 사정 하에서, 그 불행사가 허용되는 한도를 일탈하여 현저히 합리성을 결했다고 인정될 수 있을 때, 그 불행사에 의해 피해를 받은 자와의 관계에서, 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이 된다.”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁷⁾

5. 원자력 안전소송과 구체적 위험

일본 최고재판소는 1992년 「伊方最高裁判決」⁵⁰⁸⁾에서 원자로설치허가 기준으로서, 원자로를 설치하려고하는 자가 원자로의 설치, 운영에 대한 소정의 기술력을 결하고 있을 때, 또는 원자로시설 안전성이 확보되지 않은 때는, 당해 원자로시설의 종업원과 그 주변 주민 등의 생명, 신체에 중대한 피해를 미치고, 주변 환경을 방산능에 의해 오염하는 등, 심각한 재해를 발생시킬 우려가 있다고 생각되면, 이 재해가 만에 하나라도 발생하지 않도록 해야 한다고 판시한바 있다. 이러한 “심각한 재해가 발생할 우려”의 중대성, 본 건 원자력발전소에서 의 과도사고가 발생한 경우에 상정되는 피해의 심각성, 광범위성을 볼 때, 원자력발전 전에 요구되어야 하는 “재해가 만에 하나라도 발생하지 않도록 할” 안전성

506) 吉村良一, 「規制権限不行使」による國家責任をめぐる近時の動向, 法律時報, 2012年84卷10号(通卷1051号) 58면.

507) 最高裁平成16年4月27日第三小法廷判決·平成13年(受)第1760号; 中原茂樹, 「労働安全規制と國家賠償責任」, JURIST行政判例百選II, No. 212, 474면.

508) 最高裁判所平成4年10月29日第一小法廷判決(民集46卷7号117, 4頁).

은 사회일반이 원자로 사고의 위험을 현실적인 것으로 인정하고 그 발생을 걱정하며 생활할 필요가 없을 정도의 것을 요한다고 해석해야 한다고 판시한바 있다. 이 사건에서 입증책임의 부담도 원자력 발전에 의한 재해가 만에 하나라도 일어나서는 안 된다는 원자로규제법의 취지를 생각하여, 설치허가처분 기타의 허가권한을 갖고 있고 원자력발전소 재해의 방지에 특별한 책임을 지는 행정청의 책임을 중시하고, 원자력발전소의 안전성에 관하여 전문기술적 지식에 관한 증거자료를 사업자와 행정청이 독점하고 있다는 증거의 편재 등의 사정을 고려하여, 공평한 견지로 입증의 부담을 해야 한다고 해석되었다.

원자력 안전에 관한 최근 일본판례로는 「오오이 원자력 발전 3, 4호기 운전 금지 청구 사건」⁵⁰⁹⁾이 있다. 이 판례에 관한 주문으로는 “1. 피고는 별지 원고 목록 1 기재의 각 원고에 대한 관계 그리고, 후쿠이 현 오이군 오오시마1차 요시미1-1에 대하여 오오이 발전소 3호기 및 4호기의 원자로를 운전할 수 없다. 그리고 오오이 원자력 발전으로부터 250킬로미터 권내에 거주하는 166명의 원고에 대해서는 오오이 원자력 발전 3호기 및 4호기의 원자로를 운전해서는 안 되며, 250킬로미터 권외의 원고 23명의 청구에 대해서는 청구를 기각”하는 취지의 판결을 명했다⁵¹⁰⁾.

가. 사건의 개요

원고들은 북쪽 홋카이도 삿포로 시에서 오키나와 현 오키나와 시까지의 전국 각지에 거주하고 있다. 피고는 오사카 부, 교토 부, 효고 현(일부를 제외한다.), 나라 현, 시가 현, 와카야마 현, 미에 현의 일부, 기후 현의 일부 및 후쿠이 현의 일부에 전력 공급을 실시하는 일반 전기사업자이다.

본 건은 제1사건 원고들 및 제2사건 원고들(이하, 양자를 합쳐 「원고들」이라고 한다.)은 제1사건 및 제2사건 피고에게 인격권 내지 환경권에 근거해 선

509) 平成24年(ワ)第394号와 平成25年(ワ)第63号의 병합사건으로 구두 변론 종결일은 2014년 3월 27일이다. 福井地方裁判所平成26年5月21日判決(民事第2部)平成24年(ワ)第394号·平成25年(ワ)第63号.

510) 사실 및 이유의 제1 청구는 “피고는 후쿠이 현 오이군 오오시마1차 요시미1-1에 대하여 오오이 발전소 3호기 및 4호기의 원자로를 운전해서는 안 된다.”이다.

택적으로, 피고가 후쿠이 현 오이군 오오시마1자 요시미1-1에 설치한 원자력 발전소인 오오이 발전소의 3호기 및 4호기(이하 아울러 「본 건 원자력 발전」이라고 한다.)의 운전금지를 요구한 사안이다.

전제 사실은 다음과 같다. ① 오오이 원자력 발전 및 오오이 원자력 발전 주변의 개요에 관하여, 피고는 후쿠이 현 오이군 오오시마1자 요시미1-1에 가압수형 원자로를 사용하는 오오이 원자력 발전을 설치하고 있으며, 오오이 원자력 발전에는 1호기로부터 4호기까지가 설치되어 있다. 또한, 오오이 원자력 발전은 후쿠이 현의 오오시마 반도의 침단부에 위치하며, 오오이 원자력 발전의 부지의 북측, 서쪽 및 남쪽은 표고 약 100내지 200미터의 산에 둘러싸여 동쪽은 와카사만에 접해, 취수구가 설치되어 있다.

② 본 건 원자력 발전 중 4호기는 2011년 7월 21일부터, 3호기는 2012년 2월 20일부터 정기 검사를 개시해, 현재는 운전을 정지하고 있다. 그리고 개정 원자로 규제법의 시행을 근거로 하여 2013년 7월 8일, 원자력 규제 위원회에 대하여 본 건 원자력 발전의 원자로 설치 변경허가의 신청을 실시하고, 원자력 규제 위원회에 의한 심사를 거쳐 2015년 2월 12일, 동 허가가 이루어졌다.

③ 원자력 발전은 핵분열 반응에 의해서 생기는 열에너지를 발전에 이용하는 것이다. 즉, 원자로에서 꺼낸 열에너지에 의해서 증기를 발생시켜, 이 증기로 터빈을 회전시키고 발전을 실시한다.

신 규제기준 및 재가동 신청은 ① ‘원자력 규제 위원회 설치법’(2012년 법률 제47호)의 제정에 수반하는 핵연료 물질, 핵연료 물질 및 원자로의 규제에 관한 법률 개정의 개요로서, 원자력 규제 위원회 설치법은 원자력 규제 위원회의 조직 및 기능에 대해 규정하고 있는 것 외에 원자로 규제법을 일부 개정해, 개정 원자로 규제법 제43조의3의5 제1항에 대해서는 발전용 원자로를 설치하려고 하는 사람은 정령에 의하여 원자력 규제 위원회의 허가를 받아야 하며(원자로 설치 허가), 동법 제43조의3의6 제1항에서는 그 허가 기준에 대해 규정하고 있다. 또, 동법 제43조의3의8 제1항에 대해서는 원자로 설치 허가를 받은 사람이, 동법 제43조의3의5 제2항 제2호 내지 제5호 또는 제8호 내지 제10호의 사항을 변경하려고 할 때는 정령에 의하여 원자력 규제 위원회의 허가를 받아야 한다고 규정되어 있다(원자로 설치 변경허가).

② 개정 원자로 규제법 제43조의3의6 제1항 제4호 및 동호를 준용하는 개정 원자로 규제법 제43조의3의8 제2항에 대해서는 원자로 설치 허가 또는 원자로 설치 변경허가의 기준의 하나로서 「발전용 원자로 시설의 위치, 구조 및 설비가 핵연료 물질 혹은 핵연료 물질에 의해서 오염된 것 또는 발전용 원자로에 의한 재해의 방지상 지장이 없는 것으로서 원자력 규제 위원회 규칙으로 정하는 기준에 적합한 것」이라고 규정되고 있지만, 여기서 말하는 원자력 규제 위원회 규칙이 「실용 발전용 원자로 및 그 부속 시설의 위치, 구조 및 설비의 기준에 관한 규칙」이며, 이 해석을 나타내는 것이 「실용 발전용 원자로 및 그 부속 시설의 위치, 구조 및 설비의 기준에 관한 규칙의 해석」이라고 제목을 붙이는 규정으로, 동규정은 2013년 6월 19일 정해져 동년 7월 8일부터 시행되고 있다.

③ 동규칙 및 동규정의 내용으로 정지중의 원자로가 운전을 재개하는 경우에는 해당 원자로가 신규제 기준에 적합할 것이 필요하다. 구체적으로 발전용 원자로 설치자는 원자로 설치 변경허가(개정 원자로 규제법 제43조의3의8 제1항)의 신청을 실시해, 동허가 처분을 받을 필요가 있다(동법 제43조의3의8 제2항, 제43조의3의6 제1항). 또, 공사 계획(변경) 인가의 신청(동법 제43조의3의9 제1항, 제2항)을 실시해, 동인가 처분을 받는 것, 발전용 원자로의 운전 개시 전에 보안 규정을 정해 보안 규정의 (변경)인가를 받는 것이 필요하다(동법 제43조의3의24 제1항). 상기 원자로 설치 변경허가 신청, 공사 계획 변경인가 신청 및 보안규정 변경인가 신청은 일반적으로 재가동 신청으로 불리고 있다.

1986년 4월 26일, 구소련 우크라이나 공화국의 북변에 위치하는 체르노빌 원자력 발전에서 사고가 발생했다. 보수 점검을 위해 전날부터 원자로 정지 작업 중인 4호기(출력 100만 킬로와트)에서, 동일 오전 1시 23분, 급격한 출력 상승을 가져오는 폭주 사고가 발생해 폭발에 이르렀다. 원자로와 그 건물은 일순간에 파괴되어 폭발과 화재에 따라, 대량의 방사성 물질의 방출이 계속되었다. 그리고 동년 4월 27일에는 바다를 넘은 스웨덴에서 방사성 물질이 검출되어 이것을 계기로 같은 달 28일 소비에트 연방 공화국 정부는 사고 발생의 공표를 피할 수 없게 되었다. 또한 체르노빌 원자력 발전으로부터의 방사성 물질은 같은 달 말에는 유럽 각지에서, 그리고 동년 5월 상순에는 북반구의 거의 전역

에서 관측되었다.

CO₂ 삭감에 대하여 ① 전 세계의 에너지 수요의 증대에 수반하는 지구 온난화 문제에 대해서 시급하게 대책을 강구할 필요가 있는 것은 세계의 공통 인식이 되고 있다. 특히 지구 온난화의 원인은 석유, 석탄 등의 화석연료의 연소에 의해 발생하는 이산화탄소등의 온실 효과라고 생각하여 온실 효과 가스의 배출량 삭감이 강하게 요구되고 있다.

② 원자력 발전은 그 운전에 의해서 온배수를 대량으로 배출하지만, 이것에 의해서 해수의 이산화탄소 흡수를 방해하게 되는 것, 원자력 발전소의 건설, 각 장치의 제조 등에 대해 이산화탄소의 발생이 불가피한 방대한 작업이 전제되므로, 원자력 발전소의 운전과 이산화탄소의 삭감은 무관하다.

본 건 원자력 발전에 있어서의 사고의 피해가 미치는 범위에 관하여 ① 후쿠시마 원자력 발전 사고로 방출된 방사성 물질에 의한 피폭 피해의 범위는 일본 면적의 약 3퍼센트로 매우 광범위하게 미치고 있지만, 후쿠시마 원자력 발전 사고로 대기 중에 방출된 방사성 물질의 총량은 체르노빌 사고의 약 6분의 1이다.

만약 원자력발전 사고로 대규모 수증기 폭발이 일어나면, 원자로 격납 용기도 날아가는 등 후쿠시마 원자력 발전 사고의 5~10배의 방사성 물질이 방출될 우려가 있다. 그리고 이것은 주변의 주민에게 대단한 피해를 가져올 뿐만 아니라, 대량의 방사성 물질로 도호쿠 각 현이나 수도권도 오염되어 파멸적인 상황에 빠질 것이다. 따라서 본 건 원자력 발전에서도 사고가 일어날 가능성이 후쿠시마 원자력 발전 사고와 동규모의 사고나 이것을 넘는 최악의 사고가 될 가능성이 있다.

본 건 원자력 발전이 입지하고 있는 후쿠이 현은 15기의 원자력 발전을 꺼안은 원자력 발전 밀집지이다. 이러한 원자력 발전은 운전 중이 아니어도 사용이 끝난 대량의 핵연료를 보관하고 있어, 본건 원자력 발전에서 사고가 일어났을 경우, 피해가 확대될 우려가 있다.⁵¹¹⁾

511) 본 건 원자력 발전에 대해 최악의 사고가 생겼다고 가정했을 경우, 가장 먼 홋카이도에 거주하는 사람에 대해서도, 피폭의 우려가 있기 때문에 모든 원고들의 인격권의 구체적 침해가 인정된다. 실제로, 체르노빌 원자력 발전으로부터 1500km 이상 떨어진 지역까지 오염 지역이 퍼졌다.

원자력 발전소의 특성에 관하여, 원자력 발전 기술은 다음과 같은 특성을 가진다. 즉, 원자력 발전 에너지는 지극히 방대하기 때문에, 운전 정지 후에도 전기와 물로 원자로의 냉각을 계속해야 되고, 그 사이에 몇 시간이나 전원이 꺼지는 것만으로 사고로 연결되며, 일단 발생한 사고는 시간의 경과에 따라서 확대되는 성질을 가진다. 이것은 다른 기술의 대부분이 운전의 정지라고 하는 단순한 조작에 의해서, 그 피해확대 요인의 대부분이 제거되는 것과는 다르며 원자력 발전에 내재하는 본질적인 위험이다.

사용이 끝난 핵연료의 위험성에 관하여, 사용이 끝난 핵연료는 원자로로부터 꺼내진 후의 핵연료이지만, 붕괴열을 계속 발하고 있으므로, 그 위험성은 지극히 높다.

본 건 원자력 발전의 현재의 안전성과 금지의 필요성에 대하여, 국민의 생명을 기초로 하는 인격권을 방사성 물질의 위험으로부터 지킨다고 하는 관점에서 보면, 본 건 원자로 내의 핵연료는 그 운전 개시에 의해서 방대한 에너지를 방출하고, 파멸적인 피해를 가져올 가능성이 있는 사용이 끝난 핵연료도 경과에 따라 붕괴열을 잃어 중대한 사고에 이른다. 따라서 본 건 원자력 발전의 안전기술 방법 및 설비의 취약성은 계속되므로, 원자로의 운전 금지는 구체적 위험성을 감소하는 적절하고 유효한 수단이라고 인정된다.

피고의 그 나머지의 주장에 대하여, 피고는 본 건 원자력 발전의 가동이 전력 공급의 안정성과 비용 저감이 된다고 주장하지만, 일본의 원자력 발전 의존을 등을 종합해 보면, 본 건 원자력 발전의 가동정지에 의해서 전력 공급이 정지함에 따라 사람의 생명, 신체가 위험하게 된다는 인과의 흐름은 고려할 필요가 없는 상황이다. 그리고 본 건 원자력 발전의 운전 정지에 의해서 고액의 무역적자가 나온다고 해도, 이것이 국부의 유출이나 상실은 아니다. 또, 피고는 원자력 발전소의 가동이 CO₂ (이산화탄소) 배출 삭감에 도움이 된다고 주장하지만, 원자력 발전소에서 심각한 사고가 일어났을 경우의 환경오염은 굉장한 것이고, 후쿠시마 원자력 발전 사고는 일본 최대의 공해, 환경오염인 것에 비추어 보면, 환경문제를 원자력 발전소의 운전 계속의 근거로 하는 것은 심한 착각이다.

나. 재판소의 판단

재판소의 판단은 다음과 같다. 개인의 생명, 신체, 정신 및 생활에 관한 이익은 각자의 인격에 본질적이며, 인격권은 일본국 헌법상의 권리(제13조, 제25조) 특히 생명을 지켜 생활을 유지한다는 인격권의 근간 부분에 대한 구체적 침해의 우려가 있을 때는, 그 침해의 이유와 침해자의 과실의 유무나 금지에 의해서 받는 불이익의 크기와 상관없이 인격권 그 자체에 근거해 침해 행위의 금지를 청구할 수 있게 된다. 그리고 인격권은 각 개인으로부터 유래하는 것이지만, 그 침해 형태가 다수인의 인격권을 동시에 침해하는 성질을 가질 때는 그 금지의 요청이 강하게 요구되는 것은 당연하다.

후쿠시마 원자력 발전 사고에 대하여, 후쿠시마 원자력 발전 사고는 15만 명의 주민이 피난 생활을 하였으며, 피난의 과정에서 적어도 입원 환자 등 60여 명이 생명을 잃었다. 게다가 원자력 위원회 위원장이 후쿠시마 제일 원자력 발전으로부터 250km 권내에 거주하는 주민에게 피난의 권고 가능성을 검토하였으며, 체르노빌 사고가 발생하였을 때 주민의 피난 구역도 같은 규모에 이르고 있다.

원자력 발전소는 전기의 생산이라고 하는 사회적으로는 중요한 기능을 영위하는 것이지만, 원자력의 이용은 평화 목적으로 한정되어 있기 때문에(원자력 기본법 제2조) 원자력 발전소의 가동은 법적으로는 전기를 얻기 위한 수단인 경제활동의 자유(헌법 제22조 제1항)에 속하는 것이며, 헌법상으로는 인격권의 핵심 부분보다 열위에 있어야 할 것이다.

이러한 위험을 추상적이라도 내포하는 경제활동은, 그 존재자체가 헌법상 용인할 수 없다고 하는 극론은 지나치지만 적어도 이러한 상태를 초래할 구체적 위험성이 만에 하나라도 있다면, 그 금지청구는 인정되는 것이 당연하다. 이것은 토지소유권에 근거한 방해배제청구권과 방해예방청구권에 있어서, 침해의 사실과 침해의 구체적 위험성이 인정되면, 침해자의 과실의 유무와 청구가 인용되는 것에 의해 받는 침해자의 불이익의 크기라는 침해자 측의 사정을 물을 것 없이 청구가 용인되고 있다는 점과 대비해도 명확하다.⁵¹²⁾

512) 福井地方裁判所平成26年5月21日判決(民事第2部)平成24年(ワ)第394号·平成

국민의 생존을 기초로 하는 인격권을 방사성물질의 위험으로부터 지킨다는 관점으로 보면, 본 건 원자력발전에 관한 안전기술 및 설비는, 만전은 아닌 것이 아닌가라는 의혹이 남아있다고 하는 것에 그치지 않고, 확실한 근거 없는 낙관적인 전망에 근거하여 시작되어 성립된 취약성이 있다고 인정하지 않을 수 없다.

결국 이 판결에서 “본 건 원자력발전의 운전에 의해 직접적으로 그 인격권이 침해되는 구체적인 위험이 있다고 인정되기 때문에, 원고들의 청구를 인정했다.

원고들은 본 건 원자력발전에서 대사고가 발생하면 주변 원자력 발전소의 종업원도 피난할 여지가 없게 되는 것 등에 의해 원자력발전소가 사고를 일으키고, 같은 것이 반복되는 결과, 일본 국민 전원이 그 생활기반을 잃는 피해로 발전한다고 주장하고 있다. 이러한 주장은 이해 가능한 것이지만, 여기에서 상정된 위험성은 본 건 원자력발전이라는 특정의 원자력발전소의 법적 운행정지 청구의 기초가 되기 충분한 구체적인 위험을 인정할 수는 없다. 따라서 오오이 원자력발전소로부터 250킬로미터 권외에 거주하는 원도들의 청구는 이유가 없어, 이를 기각한다.”고 판결하였다.

다. 평가

이 판결에서는 인간의 생명, 건강의 유지와 사람의 주변 생활환경 중에서 살아가 수 있는 권리라는 근원적인 내실을 가진 인격권에 근거하여 원자력발전소의 운행 금지를 청구하면서, 인간이 건강하고 쾌적한 생활을 유지하기 위하여 필요한 좋은 환경을 향유할 권리인 환경권에 근거하여 본건 원자력 발전소의 운행 정지를 청구하였고 재판소는 구체적인 위험성을 인정하여 이를 인정하였다. 주기네트 판결에서도 이 원자력발전소 운행 금지사건에서도 동일하게 구체적인 위험성의 인정에 따라 관련법의 위헌 여부나 행정행위 및 민간의 사업행위도 금지할 수 있다고 인정되는 일련의 판례가 형성되고 있음을 알 수 있다.

원고가 주장한 환경권에 대하여, 실정법상 근거도 없고 그 개념, 권리 내용,

성립요건, 법률적 효과가 불명료하므로 이에 근거한 행정지정 청구의 근거로 인정되지 않는다고 하였다.

II. 안전보장 문제와 관련한 헌법재판소의 역할

국민의 안전보장은 국가의 의무로서 국가가 의무를 이행하기 위하여 다양한 기본권 형태로 보장하고 있다고 할 수 있다. 기본권의 성격에 따라 헌법재판소는 위헌심사를 하면서 비례의 원칙을 적용하기도 하고 자의금지원칙을 적용하기도 하며, 과소보호금지원칙을 적용하기도 한다.

기본적으로 헌법재판소는 사회적 기본권과 관련하여 위헌심사를 하는 경우에는 과소보호금지원칙을 적용하고 있는데, 사회적 기본권이 자유권적 기본권의 성격도 함께 가지고 있는 경우에는 비례의 원칙을 적용하기도 한다.

기본권의 성격에 따라 심사기준을 달리하는 것은 타당하다고 할 수 있는데, 심사기준을 달리 하는 그 기준은 명확하지 않다고 할 수 있다. 국가가 국민의 신체·생명에 관한 기본권을 보장하는 데 있어서 좀 더 적극적인 입법을 통하여 구체화할 필요가 있고, 헌법재판소는 이와 관련하여 좀 더 엄격한 위헌심사를 할 필요가 있다.

1. 국민안전보장과 위헌심사기준

우리나라의 경우 국민들의 기본권 보장에 있어서 헌법재판소가 큰 역할을 하고 있다고 할 수 있는데, 기본권 보장에 있어서 가장 중요한 것이 어느 정도 까지 기본권이 제한될 수 있는가 하는 점이다. 이와 관련하여 우리 헌법은 제 37조 제2항에서 일반적 법률유보 조항을 두어 법률에 근거하여 기본권을 제한할 수 있으며 ‘필요한 경우에 한하여’라고 하여 비례의 원칙⁵¹³⁾을 적용할 수 있는 근거를 마련하고 있다.

그러나 제37조 제2항을 근거로 비례의 원칙을 적용하면서도 개별 기본권 보장에 있어서 그 적용 양태는 다른 모습을 보이고 있다. 자유권적 기본권과 사

513) 우리나라 헌법재판소는 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙을 동일한 개념으로 사용하고 있다.

회적 기본권 혹은 평등권에 있어서 비례의 원칙을 적용하면서 엄격하게 적용하기도 하고 완화된 심사를 하기도 한다.⁵¹⁴⁾

국민안전보장과 관련된 기본권 제한에 있어서 어떠한 심사기준을 적용하여야 하는지 살펴볼 필요가 있다.

가. 심사기준

1) 비례의 원칙

국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다. 이를 우리 헌법은 제 37조 제1항에서 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다." 제2항에서 "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."라고 선언하여 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다.⁵¹⁵⁾

비례의 원칙은 법치국가적 헌법원리로서 입법·행정·사법의 모든 국가권력에 대하여 구속력을 가진다. 비례의 원칙은 입법자에게는 입법의 지침으로서, 행

514) 전학선, 프랑스 헌법재판에 나타난 비례의 원칙의 적용법리, 유럽헌법연구 제17호, 2015. 4. 65면.

515) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8.

정청에게는 법규범의 해석과 적용의 기준으로서, 국가행위의 위헌성을 심사하는 헌법재판기관(헌법재판소나 법원)에게는 입법자나 행정청의 행위가 비례의 원칙을 준수하였는지 여부를 판단하는 위헌심사기준으로서의 성격을 가진다.⁵¹⁶⁾

비례의 원칙은 일차적으로는 입법과 행정이 자유권을 제한함에 있어서 준수해야 하는 원칙이다. 비례의 원칙은 입법자에게는 입법에 있어서, 행정청에게는 법률의 해석·적용에 있어서 준수해야 하는 지침을 제시함으로써 입법자와 행정청을 이중적으로 구속한다. 첫째, 입법자는 법률을 제정함에 있어서 공익 실현을 위하여 필요한 정도를 넘어서 개인의 자유를 과잉으로 제한해서는 안 된다는 구속을 받는다. 헌법은 제37조 제2항에서 입법자에 대한 이러한 구속을 명시적으로 규정하고 있다. 둘째, 법률을 집행하는 행정청은 법률이 다양한 해석 가능성을 허용하는 경우에는 비례의 원칙에 부합하는 합헌적인 해석, 즉 자유권을 가장 적게 제한하는 해석을 선택하여야 하고, 법률이 재량을 부여하는 경우에는 입법목적 달성을 위하여 고려되는 다양한 조치 중에서 비례의 원칙에 부합하는 조치, 즉 자유권을 가장 적게 침해하는 행위가능성을 선택하여야 한다는 구속을 받는다.⁵¹⁷⁾

우리 헌법재판소는 비례의 원칙을 적용하는 경우에도 그 대상에 따라 심사 강도를 달리하여 엄격하게 혹은 완화되게 적용하고 있다. 예를 들어 헌법재판소는 “가스간선시설의 설치비용을 누구에게, 어느 정도로 부담시킬 것인지의 문제는 개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙의 적용에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다.”고 하였다.⁵¹⁸⁾

516) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015, 471면.

517) *ibid.*

518) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86.

2) 자의금지원칙

자의금지원칙은 본질적으로 서로 같은 것은 같게 취급하고 본질적으로 서로 다른 것은 다르게 취급하여야 하는데, 본질적으로 서로 같은 것을 자의적으로 서로 다르게 취급한다든가 또는 본질적으로 서로 다른 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지한다는 것이다. 따라서 자의금지원칙은 주로 평등심사를 하는 데 있어서 심사기준으로 적용되고 있다.

우리 헌법이 요구하는 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등권을 침해하거나 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 평등권 침해 여부 내지 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도(비례의 원칙)에 의할 것인지, 완화된 심사척도(자의금지 원칙)에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 다르게 될 것이므로, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우이거나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이지만, 그 이외에는 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 의하여 심사하면 족하다.⁵¹⁹⁾

즉 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사

519) 헌재 2012. 10. 25. 2011헌마307.

척도가 적용되어야 할 것이다.⁵²⁰⁾

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 선언하면서, 이어서 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 헌법 제11조 제1항 후문의 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. ‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다. 우리 헌법은 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’ 등 인간의 활동의 주요부분을 차지하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔다⁵²¹⁾

차의금지원칙이 평등권을 심사하는 경우에만 적용되는 것이 아니라 절차적 기본권에 대한 위헌심사에도 적용되고 있다. 헌법재판소는 “재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌심사기준은 합리성원칙 내지 차의금지원칙이 적용된다.”고 하였다.⁵²²⁾

520) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363.

521) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328.

522) 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7.

3) 과소보호금지원칙

과소보호금지원칙이란 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 위했는가를 기준으로 심사해야 한다는 것으로, 이에 의하면 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다는 것이다.⁵²³⁾

국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.⁵²⁴⁾

국가가 적극적으로 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무를 부담하는 경우에는 설사 그 보호의 정도가 국민이 바라는 이상적인 수준에 미치지 못한다고 하여 언제나 헌법에 위반한다고 판단할 수 있는 것인지는 의문이다. 왜냐하면 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문이다. 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속한다. 따라서 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다. 물론 입법자가 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것이 이상적이기는 하나, 그것은 헌법이 입법자에 대하여 하고 있는 요구로서 주기적으로 돌아오는 선거를 통한 국민심판의 대상이 될 문제이지, 헌법재

523) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2015, 972면.

524) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마41.

판소에 의한 심사기준을 의미하지는 않는다. 만일 헌법재판소에 의한 심사기준을 입법자에 대한 헌법의 요구와 일치시킨다면, 이는 바로 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단에 의하여 결정되는 것을 의미하며, 결과적으로 헌법재판소가 입법자를 물리치고 정치적 형성의 최종적 주체가 됨으로써 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서에 반하게 된다. 그러므로 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다. 헌법재판소는 원칙적으로 국가의 보호의무에서 특정조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수 없다. 단지 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 국가의 구체적인 보호의무로 축소되며, 이 경우 국가가 보호의무이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에는 헌법재판소는 보호의무의 위반을 확인하게 된다.⁵²⁵⁾

4) 기타 : 입법형성권

광의의 청구권(보호청구권, 사회적 기본권, 청구권적 기본권)이 적용되는 경우에는 개인이 자유의 제한이나 차별취급을 문제 삼는 것이 아니라, ‘일정한 입법행위가 청구권에 근거하여 요구될 수 있는지’의 여부를 묻게 되므로, 법률의 위헌심사는 ‘입법자가 기본권보장의 정신에 부합하게 구체적으로 형성하였는지’를 판단하는 단일 단계의 심사로 이루어진다고 보는 견해가 있다. 이에 따르면 이러한 기본권위반의 심사는 기본권보장의 기본정신과 이와 상충하는 다른 법익(공익 및 제3자의 법익)과의 법익형량의 문제로 귀결된다고 보면서 여기서

525) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110.

제기되는 헌법적 문제는 입법자에 의한 제한이 과잉제한인지의 문제가 아니라 입법자에 의한 구체적인 형성이 헌법상 부여된 형성권의 범위를 일탈하였는지의 여부라는 것이다.⁵²⁶⁾

그러나 입법형성권은 위헌심사 그 자체이지 위헌심사의 기준은 아니라는 견해도 있다. 이에 따르면 “입법형성권의 일탈 여부를 어떻게 판단하는지의 문제가 위헌심사 ‘기준’의 문제이므로 이 견해는 문제의 동어반복에 불과하다 할 수 있다. 기실 대의민주제 하에서 입법자는 국민의 대표자로서 그리고 헌법을 실현하고 구체화하는 1차적 주체로서 기본권 문제뿐만 아니라 국가작용의 모든 부분에 있어 입법형성권을 가진다. 헌법문제는 많은 경우, 입법형성권의 행사가 헌법의 한계를 일탈하였는지를 판단하는 문제에 다름 아니다. 기본권 문제의 경우, 어떤 기본권이든 기본권 관련 입법이 위헌인지를 판단하는 문제는 곧 그 입법이 입법형성권을 벗어났는지의 문제이다. 참정권, 청구권, 사회적 기본권과 같이 입법형성을 필요로 하는 기본권은 물론, 자유권 제한입법의 경우에도 그 위헌 여부는 입법형성권을 벗어났는지의 문제이다. 자유권의 경우에도 입법형성권이 존재함은 주지의 사실이다. 입법자는 공익목적 설정함에 있어, 이를 달성하기 위한 수단을 선택함에 있어, 그 수단이 지니는 자유제한적 의미나 크기를 평가함에 있어서 일정한 재량적 판단의 여지가 있다. 이것이 자유권 제한입법에서 입법자가 가지는 입법형성권이며, 이를 일탈하였는지를 판단하는 척도가 과잉금지원칙이라는 심사기준이다. 사회적 기본권의 경우에는 입법자가 더 넓은 입법형성권을 가지는 것으로 인정되며 그 일탈 여부를 판단하는 척도로 마련된 것이 최소보장원칙이다. 마찬가지로 참정권, 청구권의 경우에도 입법자는 일정한 입법형성권을 가지는데 그 일탈 여부를 판단할 수 있는 척도를 개발하는 것이 문제인 것이다. 요컨대 위헌심사기준은 기본권의 종류나 개별 기본권별로 입법형성권을 어느 정도로 인정할 것인지, 그리고 그 입법형성권의 정도를 토대로 그 일탈 여부를 판단 가능케 해 주는 체계적, 기술적 도구를 어떻게 구성할 것인지의 문제이다.”라고 하고 있다.⁵²⁷⁾

526) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015, 492-493면.

527) 김하열, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사: 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제67호, 2012. 12. 62-64면.

헌법재판소는 재판받을 권리와 관련하여 “헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리는 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 절대적 권리는 아니므로 헌법 제37조 제2항에서 정한 요건 하에 법률로 제한될 수 있는 것인데, 다만 제소기간이나 신청기간 등과 같은 소송법상의 제도를 정하는 것은 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이므로 그것이 합리적인 재량의 한계를 일탈하여 헌법상 보장된 기본권인 재판받을 권리의 본질적 내용을 침해하거나 형해화할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 인정되지 않는 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.”고 하였고,⁵²⁸⁾ 행복추구권으로부터 나오는 자유롭게 가르치고 배울 권리와 관련하여 “학원의 등록요건이 지나치게 엄격하다고 볼 수 없다면 이러한 등록제도가 학교교육의 형식으로 자유로이 가르치고 배울 수 있는 국민의 기본권을 어느 정도 제한하더라도 이는 정당화될 수 있다.”⁵²⁹⁾고 하였으며, 연금수급권과 관련하여 “각종 연금수급권은 기본적으로 사회보장적 급여로서 그 급여의 내용이나 그 급여에 소요되는 비용의 징수방법을 구체적으로 어떻게 정할 것인가의 문제는 입법자가 사회보장제도의 전 체계, 국가의 재정 및 공무원연금기금의 상황 기타 여러 가지 사회적·경제적 사정을 고려하여 결정할 입법정책적인 재량사항이다. 따라서 그 결정이 명백히 자의적인 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계를 벗어나지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”고 하였다.⁵³⁰⁾

2. 국민안전보장에 관한 위헌심사

국민안전보장과 관련하여 환경권, 보건권, 생명·신체의 안전에 관한 기본권 등이 문제되는데, 헌법재판소는 이와 관련하여 입법자의 입법형성권을 넓게 인정하는 결정을 하였다.

528) 헌재 1996. 10. 4. 95헌바11; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바28

529) 헌재 2001. 2. 22. 99헌바93.

530) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106.

가. 환경권

헌법재판소는 환경권과 관련하여서는 “환경권은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향유할 권리이고, 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리이다. 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 한다. 환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나, 환경권이 완전히 무의미하게 되는데도 그에 대한 입법을 전혀 하지 아니하거나, 어떠한 내용이든 법률로써 정하기만 하면 된다는 것은 아니다. 일정한 요건이 충족될 때 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 과도하게 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다. 또한 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 보장하는 환경권의 보호대상이 되는 환경에는 자연 환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다. 일상생활에서 소음을 제거·방지하여 정온한 환경에서 생활할 권리는 환경권의 한 내용을 구성한다.”고 하면서⁵³¹⁾ “헌법 제35조 제1항은 국민의 환경권의 보장, 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 이는 국가뿐만 아니라 국민도 오염방지 및 오염된 환경의 개선에 관한 책임을 부담함을 의미한다. 환경오염에 대하여 책임을 부담하는 오염원인자의 구체적인 범위 및 그 책임 내용은, 환경보호 및 피해자의 구제라는 공익을 효과적으로 달성하기 위해 당해 법률이 추구하는 목적, 해당 환경오염의 특성, 귀책의 근거를 종합적으로 고려하여 입법자에 의하여 정해진다. 즉, 입법자에게는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 결정함에 있어서 일정한 형성의 자유가 인정된다.”고 하였다.⁵³²⁾

나. 보건권

헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자

531) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711.

532) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167.

신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다.⁵³³⁾

국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가로서는 그 위험의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다.⁵³⁴⁾

다. 생명·신체의 안전에 관한 기본권

국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있는 것이다. 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.⁵³⁵⁾

533) 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11; 헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1285; 헌재 2009. 11. 26; 헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123.

534) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419.

535) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419.

헌법재판소는 미국산 쇠고기의 수입·유통으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 국가의 의무와 관련하여 “미국산 쇠고기가 수입되어 유통되는 경우 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되어 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권이 침해될 가능성이 있음을 부정할 수 없으므로, 국가로서는 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 축적된 것이 유입되는 것을 방지하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 구체적인 헌법적 의무가 있다.”고 하면서 가축전염병예방방법 제34조 제2항에 근거하여 농림수산식품부장관이 가축방역 및 공중위생상 필요하다고 인정하여 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 정한 2008. 6. 26. 농림수산식품부 고시 제2008-15호 「미국산 쇠고기 수입위생조건에 관한 고시」가 개정 전 고시에 비하여 완화된 수입위생조건을 정한 측면이 있다 하더라도, 미국산 쇠고기의 수입과 관련한 위험상황 등과 관련하여 개정 전 고시 이후에 달라진 여러 요인들을 고려하고 지금까지의 관련 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등에 근거하여 보호조치를 취한 것이라면, 위 고시상의 보호조치가 체감적으로 완벽한 것은 아니라 할지라도, 위 기준과 그 내용에 비추어 쇠고기 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 단정하기는 어렵다고 하였다.⁵³⁶⁾

그러나 이에 대하여 “국민의 생명·신체 내지 보건 등 매우 중요한 사항에 관한 것인 경우, 특히 위 고시와 같이 위험성을 내포한 식재료가 대량으로 수입되어 국내에서 제대로 검역되지 못한 채 유통됨으로써 일반 소비자에게 초래될 수 있는 위험의 정도와 내용이 매우 중대하고 심각할 뿐 아니라 이를 돌이키거나 통제하는 것이 불가능한 사안에 있어서는, 제3자의 권리나 공익을 침해함이 없이 채택할 수 있는 더 개선된 다른 보호수단이 존재하거나, 보호법익에 대한 위험을 최소화하기 위한 충분한 노력과 시도를 다하였다는 점이 명백하지 아니한 한, 헌법상 충분한 보호조치를 취한 것이라고 판단할 수 없다 할 것이다. 위 고시는 미국이 OIE 국제기준상 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 얻은 것에 기초하여 특별한 사정변경 없이 개정 전 고시보다 수입위생조건을

536) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419.

완화시킴으로써 미국산 쇠고기에 대한 위험방지조치의 정도를 현저히 낮춘 것으로서, 이를 정당화할만한 특별한 사정변경이나 공익적 필요성을 발견할 수 없는 반면, 미국산 쇠고기의 수입·유통으로 국민의 생명, 신체의 안전 등 기본권적 법익을 해할 위험성은 여전히 남아 있으므로, 위 고시는 국가의 기본권 보호의무를 불충분하게 이행하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 봄이 상당하다.”는 반대의견도 있었다.

III. 외국 관련 판례 연구

1. 미국의 관련 판례

미국의 재난대응 및 위기관리와 관련하여 FEMA를 상대로 제소한 사건 중 연방대법원에서 판단된 것은 보이지 않는다. 최근 허리케인 카트리나 사건 이후 루이지애나 동부지역을 관할하는 연방지방법원 사건들이 눈에 띈다.

가. McWaters v. FEMA 사건⁵³⁷⁾

특히 재난 후 이재민에 대한 주거지원을 다투었던 연방지방법원은 다음과 같은 쟁점을 다투었다.

McWaters 사건 I에서 허리케인 피해자들은 FEMA가 각종 구호법과 헌법상의 권리들을 침해하였다고 FEMA를 상대로 소를 제기하였다. 관할 연방지방법원은 희생자들의 방해금지를 구하는 소송(motion for injunctive relief)의 일부를 허용하였고⁵³⁸⁾ FEMA가 방해금지청구를 기각해달라며 응소하였다.

연방지방법원 Duval, J. 판사는 다음과 같이 판결하였다.

- (1) 청구에는 허리케인 희생자의 절차적인 권리들이 박탈되었다고 주장되어 있다;
- (2) 긴급을 요하지 않는 청구(slow claim)로부터는 적법절차 위반이 없다

537) 436 F.Supp.2d 802.

538) 408 F.Supp.2d 221.

(there was no due process violation arising from slow claims processing);

- (3) FEMA는 희생자에게 어떠한 보상이 주어질지에 대한 고지의무는 지지 않는다(FEMA was not obligated to notify victims of benefits available to them);
- (4) 재량행위에 의한 면책은 보상에 대한 적합성의 변경에 대한 책임을 막아 준다(discretionary acts immunity precluded liability for change in eligibility for benefits);
- (5) FEMA는 주택지원을 얻기 위하여 소규모경영을 위한 대여가 요건이 아니라는 점을 강조해야 한다(FEMA was required to emphasize that Small Business Administration (SBA) loan was not required in order to obtain housing assistance);
- (6) FEMA는 경제적인 요인과 여건에 대한 차별에 연루되지 않았다(FEMA had not engaged in economic circumstances discrimination); and
- (7) 스탠포드법에 의한 구제가 가능하다는 점에 비취볼 때, 행정절차법에 따른 청구는 고려되지 않는다. 따라서 희생자들의 청구는 일부 인용 및 일부 기각된다(claims under Administrative Procedure Act (APA) would not be considered, in light of relief available under Stafford Act. Motion granted in part, denied in part).

위 사건에서 연방지방법원의 판결은 스탠포드법의 특별법적인 성격을 잘 설치하고 있다. 재난피해당사자는 재난 시 행정절차법에 따른 구제를 청구할 것이 아니라 우선적으로 구호 및 지원에 관한 스탠포드법에 적용을 받으므로 동 법에 따른 구제를 청구하는 것이 옳다는 것이다. 또한 동 판결은 재난 시 FEMA에게 상당한 재량의 여지를(discretionary acts immunity)부여하고 있음을 알 수 있다.

나. McWaters v. FEMA 사건 II⁵³⁹)

McWaters II 사건은 허리케인으로 말미암아 소개되어 다른 곳에 피난된 거주주민들이 FEMA를 상대로 제소한 것이며, McWaters I과 마찬가지로 거주주민들은 법령과 헌법상의 구제 권리들이 침해되었다며 방해금지청구를 하였다. 연방지방법원 Duval, J. 판사는 다음과 같이 판결하였다.

- (1) 주권면제에 관한 원칙이 구분세대주에 관한 규정에 대한 해석을 변경함에 있어 그것을 공개해야하는 방법과 정도에 대해 법원이 명령하는 것을 차단한다(sovereign immunity precluded court from ordering degree and manner of disclosure of FEMA interpretation change regarding shared household rule);
- (2) 주민들의 적법절차에 관한 권리들은 위반되지 않았다;
- (3) 주권면제에 관한 원칙은 주민들이 두 번째 임시주택급여를 받을 수 있는지 여부에 관한 적절한 고지를 법원이 고려하지 않아도 되게 한다(sovereign immunity precluded court consideration of adequacy of notice that residents could receive second temporary housing payment);
- (4) FEMA의 정보공개가 주민의 적법절차에 관한 권리를 침해하지 않았다.;
- (5) FEMA는 주민들에게 임시주거를 청구하기 위하여 소규모경영대여를 청구하지 않아도 되는 것을 고지 않은 잘못을 통하여 주권면제의 원칙적용을 차단하는 의무요건규정을 위반하였다(FEMA violated mandatory requirement, precluding sovereign immunity claim, when it failed to notify residents that they did not have to apply for small business loan to apply for temporary housing);
- (6) 주권면제의 원칙은 추가된 청구에서 기인하는 절차에 대한 소송을 차단한다(sovereign immunity precluded challenge to procedures resulting in application claims build-up);

539) United States District Court, E.D. Louisiana. December 12, 2005 408 F.Supp.2d 221

(7) FEMA가 주민들이 그들의 지원청구에 대한 결정이 이루어지기 전에 호 텔거주에 대한 재정적인 지원을 자의적으로 차단하였을 때, 의무요건규정 은 위반되었으며, 주권면제의 원칙이 차단되었다(mandatory requirements were violated, precluding sovereign immunity, when FEMA arbitrarily cut off financing for residents staying in hotels, prior to resolution of their assistance applications). 따라서 일부 인용 일부 기각된다.

피해 혹은 위해의 불충분한 입증은 FEMA가 허리케인으로 말미암아 주민들 에게 도시를 떠나도록 소개하는 경우 스태포드법상의 단독세대주에게는 한 번 의 구제신청만이 가능하다는 구분세대주의 규정⁵⁴⁰은 허리케인 희생자의 분산 배치 시 하나의 주택에서 하나 이상의 비상대피처로 옮길 때에는 그 적용이 면제된다는 점에 대해 적절한 고지를 제공하지 않음으로써 실제적 및 절차적 인 적법절차위반의 주장을 차단하였다(Insufficient showing of harm precluded claim that Federal Emergency Management Agency (FEMA) violated substantive and procedural due process rights of residents forced to leave city as result of hurricane damage, by providing inadequate notice that provisions of the Stafford Act shared household rule, under which only one relief application would be accepted from single household, could be waived, when there was dispersal of hurricane victims from one house to more than one emergency location).

540) U.S.C.A. Const.Amend. 14; 5 U.S.C.A. § 701; Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, §§ 305, 408(e), 42 U.S.C.A. §§ 5148, 5174(e).

다. *Ridgely v. Federal Emergency Management Agency*⁵⁴¹⁾

*Ridgely*사건의 당사자들은 허리케인 카트리나와 리타로 말미암아 그들의 주거에서 소개되어 임시피난처로 재배치 후 FEMA로부터 렌탈지원비용을 수령한 사람들로서, 렌탈지원프로그램을 집행함에 있어서 다양한 헌법과 법령상의 권리들이 침해되었다고 주장하였다. 루이지애나 동부지역을 관할하는 연방지방법원의 *Ginger Berrigan J.* 판사는 당사자들이 어떤 고지, 청문 그리고 상소의 절차를 밟을 때까지 계속 비용을 지급하는 예비방해금지청구를 발령하였다 (*The United States District Court for the Eastern District of Louisiana, Helen Ginger Berrigan, J. issued preliminary injunction requiring FEMA to make continuing payments to class members until certain notice, hearing, and appeal procedures were provided. FEMA filed interlocutory appeal.*)⁵⁴²⁾ 이에 FEMA가 항소하였으며 제5순회항소법원의 *King*판사는 다음과 같이 판결하였다; 주된 재난에 의한 희생자를 위한 렌탈지원프로그램을 규율하는 스태포드법과 FEMA의 규정(내규)은 지속적인 렌탈지원비에 대한 적법절차상의 물권을 창설하지 않는다. 따라서 당사자의 청구는 파기환송된다(*The Court of Appeals, King, Circuit Judge, held that Stafford Act and FEMA regulations governing the rental assistance program for victims of major disasters did not create a due process property interest in continued rental assistance payments. Vacated and remanded.*)

본 판결의 의미는 다음과 같다; 주된 재난의 희생자를 위한 렌탈지원프로그램을 규율하는 스태포드법과 FEMA의 규정은 렌탈지원을 받은 당사자가 지속적인 지원비 지급을 청구할 수 있는 적법절차상의 물권을 창설하는 것은 아니기 때문에 FEMA에 의해 지급이 중지된 당사자는 이를 다룰 수 없다는 것이다(*The Stafford Act and FEMA regulations governing the rental assistance program for victims of major disasters did not create a constitutionally-protected property interest in continued rental assistance payments, for purpose of due*

541) United States Court of Appeals, Fifth Circuit. January 4, 2008 512 F.3d 727

542) 2007 WL 1728724.

process claim asserted by individuals whose rental assistance payments were discontinued by FEMA). 비록 동법과 규정이 렌탈지원의 적합성 혹은 적격성에 관한 규율을 하고 있다하더라도, 그 어느 규정이 재난 이후에도 렌탈 지원비용을 계속 지급해야한다는 명령적인 규정을 포함하지 않을 뿐만 아니라 어느 시기에 얼마만큼을 지급해야하는지도 정하고 있지 않고 있으며 따라서 규정은 전적으로 허가적인 형식으로 되어 있어서 당사자가 이미 지원을 받고 있다하더라도 그로 말미암아 차후에 특정한 시기와 특정한 금액에 대한 청구 권리가 발생하였다고 볼 수 없다는 것이다. 결론적으로 당사자는 최초의 적격성 혹은 적합성을 가진 것을 입증하였다 하더라도 지원금에 대한 청구권을 갖게 되는 것은 아니며 FEMA는 지원금의 분배에 관한 전적인 재량을 갖고 있다는 것이다(although the Act and regulations set out eligibility requirements for continued receipt of rental assistance, neither contained mandatory language requiring that payments of rental assistance be offered after disasters, or that payments be made in any specific amounts or for any certain time period when assistance was offered, Act contained permissive grant of authority to FEMA to provide rental assistance, the regulations were entirely permissive, and the prior receipt of rental assistance payments did not give rise to any right to continuing benefits, since there was no entitlement to recurring benefits after initial showing of eligibility, and FEMA retained discretion to distribute the benefits).⁵⁴³⁾

2. 독일의 관련 판례

가. 제1차 낙태판결

1975년 제1차 ‘낙태판결’⁵⁴⁴⁾은 기본권보호의무와 관련한 첫 번째 판결이다. 독일연방헌법재판소는 구 독일형법 제218조 낙태죄 규정(임신기간이나 낙태사

543) U.S.C.A. Const.Amend. 5; Disaster Relief and Emergency Assistance Amendments of 1988, § 106(d), 42 U.S.C.A. § 5174(b)(1); 44 C.F.R. § 206.113.

544) BVerfGE 39, 1 ff.

유를 불문하고 낙태를 처벌)을 완화하여 수정 후 12주 이내에 의사가 임부의 동의를 받는 경우 낙태를 허용하는 개정형법 제218a조(1974년 제5차 개정형법)에 대하여 모체 내에서 자라는 태아에 대해 독립적인 법익을 인정하면서 위헌의 결정을 내렸다. 기본권은 개인의 주관적 권리일 뿐만 아니라, 객관적 가치 질서이기에 태아의 생명보호는 태아가 기본권의 주체가 되느냐에 상관없이 생명권의 객관법적 내용에 의해 결정되는 것이며,⁵⁴⁵⁾ 1974년 형법 제218a조는 기본권의 가치질서에 비추어 볼 때, 처벌을 인정할 수 있는 경우에도 낙태를 처벌하지 않는 한도에서 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄)과 기본법 제2조 제2항 1문(생명권)을 침해하는 것으로서 위헌이라고 한다.

그리고 국가의 기본권보호의무와 관련하여, 기본법 제2조 제2항과 기본법 제1조 제1항은 국가에 대해 형성중인 생명을 보호하고 유지하며, 특히 제3자에 의한 생명권 침해로부터 방어할 것을 명하고 있다. 형성중인 생명도 기본법 제1조 제2항에서 규정하고 있는 인간의 존엄의 보호를 받는다. 모든 인간의 생명은 존엄하며 어느 범위까지 국가가 헌법상의 생명보호의무를 지는가는 기본권의 객관법적 내용으로부터 밝혀진다. 이러한 국가의 생명보호의무는 모체에 의한 침해로부터의 보호를 포함하는 것이다.⁵⁴⁶⁾

나. 슬라이어(Schleyer) 납치 판결

테러로부터의 안전보호에 관한 문제이다. 전경련 회장인 슬라이어를 납치한 테러리스트들(납치범들)은 연방정부와 주정부를 상대로 동료들인 기결수와 미결수를 석방하지 않으면 슬라이어를 살해하겠다고 협박하였다. 슬라이어의 변호사들은 기결수와 미결수를 석방할 것을 요구하는 가처분을 구하는 헌법재판을 청구하였다.⁵⁴⁷⁾

인질의 생명을 위한 국가의 기본권보호의무를 인정하였음에도 불구하고, 국가기관이 생명의 효과적 보호를 위한 의무를 어떻게 수행할 것인가는 국가기관 고유의 책임으로 다양한 형성의 여지를 열어놓은 것이라고 판시하였다.⁵⁴⁸⁾

545) BVerfGE 39, 1(41 f.).

546) BVerfGE 39, 1(42 f.).

547) BVerfGE 46, 160 f. – Schleyer

즉, 실효적인 생명보호를 위해 어떠한 보호조치가 목적에 적합하고 요구되는가는 국가기관이 결정할 문제라고 하였다. 생명을 위협하는 테러리스트의 협박으로부터 보호를 위해 요구되는 조치가 그러한 특정한 상황에 적합하여야 한다.⁵⁴⁹⁾ 이는 일반적으로 미리 규범화되어 있지 않으면 개별규범으로부터 도출하는 것은 불가능하다. 헌법상 관점에서 볼 때, 권한 있는 국가기관에 대해 특정한 수단을 선택하라는 요구는 불가능하다고 하여 청구를 기각하였다.

다. 원자력발전소 판결

1978년 8월 8일 Kalkar I 판결⁵⁵⁰⁾과 Mülheim-Kärlich 판결⁵⁵¹⁾에서 원자력 이용과 관련한 원자력발전소의 안전성에 관한 국가의 기본권보호의무가 논의되었다. Kalkar I 판결에서는 고속중식로형 원자력발전소의 건설인가와 관련한 ‘핵에너지의 평화적 이용 및 위험방지에 관한 법률’(약칭 ‘원자력법’) 제7조에 정한 인가기준이 보호의무를 충족하는가가 문제되었다.

또한 Mülheim-Kärlich 판결에서는 원자력발전소 건설인가의 실제적 요건은 물론 절차적 요건도 보호의무의 구체화의 전제조건으로서 건설인가가 원자력법에 정한 절차에 위반한 것으로서 그 위반이 헌법상 보호의무를 침해할 정도로 중대한 것인가 여부였다.

Mülheim-Kärlich 판결에서는 기본권보호의무의 헌법적 근거를 기본법 제2조 제2항 제1문(생명권)의 ‘객관법적 내용’으로 본 판례이다.⁵⁵²⁾ 기본법 제1조 제2항에 근거하여 국가는 법적 규율을 통해 기본권에 대한 침해를 방지할 의무를 지고 있는데, 헌법상 기본권보호의무가 있는지 여부, 있다면 언제 발생하는지 여부, 어떠한 내용인지 여부는 발생가능한 위협의 종류, 근접성, 범위 및 헌법적으로 보호되는 범위의 태양과 범위에 달려있다고 한다.⁵⁵³⁾

548) BVerfGE 46, 160(164 f.).

549) BVerfGE 46, 160(164 f.).

550) BVerfGE 49, 89 ff. – Kalkar I

551) BVerfGE 53, 30 ff. – Mülheim-Kärlich

552) BVerfGE 53, 30(57).

553) BVerfGE 49, 89(142).

라. 항공기소음 판결

1981년 1월 14일 항공기소음 판결⁵⁵⁴⁾에서 헌법해석 과정에서 기본권에 구체화된 근본결단으로부터 추론되는 적극적인 국가의 보호의무와 행위의무가 입법자의 조치에 의하여 어느 정도 구체화되어야 하는가는 어려운 문제이며, 이 경우 헌법재판소는 제한적이지만 심사할 수 있으며, 입법자가 기본권보호의무를 위반했느냐 여부가 중요한 것이 아니라, 입법개선의무를 게을리 했는지 여부가 중요하다고 한다.⁵⁵⁵⁾ 또한 기본권보호의무와 관련한 입법자의 구체화에 대한 판단은 입법자의 판단을 최대한 존중하여 ‘명백성 통제’ 심사기준을 적용하여야 한다고 한다.⁵⁵⁶⁾

마. 대리상 판결(Handelsvertreter)

포도주와 샴페인을 판매하는 소송상 원고의 대리상으로 근무하면서 대리상계약에 의거하여 업무상 비밀준수의무와 경업금지의무를 지고 있었으나, 다른 회사로 전직하려다가 원고 회사에 재직하면서 다른 회사를 위해서 활동하던 사실이 원고에게 발각되어 기간의 통지 없이 해고당하였다. 이에 관해 연방헌법재판소는 국가는 사적 자치의 범위내에서 이루어지는 계약들을 원칙적으로 존중하여야 한다고 판시하였다.⁵⁵⁷⁾ 기본법은 기본권장에서 민법을 포함한 법의 모든 영역에 적용되는 객관적인 근본결단을 내렸다. 어떠한 민법 조항도 기본권에 표현되어 있는 이 원리들을 위반하여서는 아니 된다. 이는 사적 자치의 한계를 설정하는 사법상(私法上)의 강행규정도 적용된다.⁵⁵⁸⁾ 입법자가 이러한 강행규정을 제정하지 아니한 경우에는 법관이 기본권보호의무를 진다고 하였다.⁵⁵⁹⁾

554) BVerfGE 56, 54(73). – Flughafen Düsseldorf-Lohausen

555) BVerfGE 56, 54(81).

556) BVerfGE 56, 54(81).

557) BVerfGE 81, 242(254).

558) BVerfGE 81, 242(254).

559) BVerfGE 81, 242(256).

바. 소결

1978년 8월 8일 Kalkar I 판결에서는 고속증식로형 원자력발전소의 건설인가와 관련한 ‘핵에너지의 평화적 이용 및 위험방지에 관한 법률’(약칭 ‘원자력법’) 제7조에 정한 인가기준이 보호의무를 충족하는가가 문제되었다. 독일 연방헌법재판소의 Kalkar I 판결은 원자력에너지의 이용에 관한 헌법적 틀을 보충해 주었다. Kalkar I 판결에서 독일 원자력법 제7조 제2항 제3호는 행정부에 의한 ‘역동적인 기본권보호’를 보장한다는 안전요청의 구체적인 확인하에서만 기본권보호에 합치될 수 있다고 판단하였다. 연방헌법재판소는 과학과 기술 수준에 따른 보호수준과 관련하여, 가능한 한 최선의 위험방지와 리스크 사전예방의 원칙이 행정부를 기속하게 된다. 이러한 행정부의 보호조치는 과학기술 발전에 부합하는 보호수준을 충족하도록 요구한다.⁵⁶⁰⁾

Mülheim-Kärlich 판결⁵⁶¹⁾에서 원자력이용과 관련한 원자력발전소의 안전성에 관한 국가의 기본권보호의무가 논의되었다. Mülheim-Kärlich 판결에서는 원자력발전소 건설인가의 실체적 요건은 물론 절차적 요건도 보호의무의 구체화의 전제조건으로서 건설인가가 원자력법에 정한 절차에 위반한 것으로서 그 위반이 헌법상 보호의무를 침해할 정도로 중대한 것인가 여부였다. Mülheim-Kärlich 판결에서는 기본권보호의무의 헌법적 근거를 기본법 제2조 제2항 1문(생명권)의 ‘객관법적 내용’으로 본 판례이다.⁵⁶²⁾ 기본법 제1조 제2항에 근거하여 국가는 법적 규율을 통해 기본권에 대한 침해를 방지할 의무를 지고 있는데, 헌법상 기본권보호의무가 있는지 여부, 있다면 언제 발생하는지 여부, 어떠한 내용인지 여부는 발생가능한 위험의 종류, 근접성, 범위 및 헌법적으로 보호되는 법익의 태양과 범위에 달려있다고 한다.⁵⁶³⁾ Mülheim-Kärlich 판결의 요지는 기본권보호의무를 위해서 ‘절차법’(Verfahrensrecht)이 중요하다는 취지였다. 입법자는 새로운 기술의 적용을 통해 발생하는 위험을 최소화하기 위해 실제법적 안전요청뿐만 아니라, 잠재적 당사자의 참여하에서 절차법적 인가(허가)절차도

560) BVerfGE 49, 89 (139).

561) BVerfGE 53, 30 ff. – Mülheim-Kärlich

562) BVerfGE 53, 30 (57).

563) BVerfGE 49, 89 (142).

준수해야 한다.⁵⁶⁴⁾

3. 일본의 관련 판례

가. 안전배려 의무

1) 안전배려 의무의 인정

일본에서 안전배려 의무는 특별한 사회적 접촉 관계에 있는 당사자에게 인정된다. 여기서 사용자는 국가도 되며 자위대원에게 안전배려의무를 인정한 바 있다.⁵⁶⁵⁾

1975년 自衛隊八戸車兩整備工場事件 판결에서는 “국가와 국가공무원 (이하 “공무원”이라한다) 사이의 주요 의무로 법은 공무원이 직무에 전념할 의무 (국가 공무원법 제101조 제1항 전단, 자위대법 제60조 제1항 등) 및 법령 및 상사의 명령에 복종 할 의무(국가공무원법 제98조 제1항, 자위대법 제56조, 제57조 등)를 지고, 국가가 이에 해당하는 공무원에게 급여 의무 (국가공무원법 제62조, 방위청 직원급여법 4조 이하 등)를 다하는 것을 규정하고 있지만, 국가의 의무는 급부 의무에 그치지 않고 국가 공무원에게 국가가 공무 수행을 위해 설치해야 할 장소, 시설 또는 기구 등의 설치 관리 또는 공무원이 국가 또는 상사의 지시 하에 수행하는 공무관리에 있어서 공무원의 생활과 건강 등을 위협으로부터 보호하도록 배려해야 할 의무(이하 “안전 배려 의무”라 한다)를 부담하는 것으로 해석해야한다. 물론 안전배려의무의 구체적인 내용은 공무원의 직종, 지위 및 안전배려의무가 문제가 되는 해당 구체적인 상황 등에 의하여 달라야 하며, 자위대원의 경우에는 더욱더 해당 근무가 일반 작업시, 훈련시, 방위 출동시(자위대법 제76조), 치안출동시(동법 제78조 이하), 또는 재해 파견시(동법 제83조) 중에서 어느 것인지 등에 의해서도 달라질 것이지만, 국가가 불법행위 규범 하에서 사인(私人)에 대하여 그 생명, 건강 등을 보호해야 할 의

564) BVerfGE 53, 30 (61).

565) 自衛隊八戸車兩整備工場事件, 最高裁第三小法廷 昭和50年2月25日判決(民集29卷2号, 143면).

무를 부담하고 있는 외에 어떠한 경우에도 공무원에 대하여 안전배려의무가 부여되지 않는다고 해석할 수는 없다. 게다가 안전배려의무는 어느 법률관계에 따라 특별한 사회적 접촉 관계에 있는 당사자 간에 당해 법률관계의 부수적 의무로서 당사자의 일방 또는 쌍방이 상대방에 대하여 신의칙상 부여되는 의무로서 일반적으로 인정되어야 하는 것으로서 국가와 공무원 사이에서도 달리 해석해야 할 근거가 없다.”고 판시하였다.⁵⁶⁶⁾

이후 川義事件에서는 민간 사용자와 노동자 관계에서도 인정되었다.⁵⁶⁷⁾⁵⁶⁸⁾ 이후 2007년 일본은 “노동계약법”⁵⁶⁹⁾을 제정하여 제5조에서 노동자의 안전에 대한 배려에 관하여 “사용자는 근로계약에 따라 근로자가 그 생명, 신체 등의 안전을 확보하면서 노동할 수 있도록 필요한 배려를 한다.”라고 하여 사용자의 안전배려의무를 부가하고 있다. 이러한 판례에 따르면 안전배려의 의무는 신의칙상 부여되는 의무라는 것이다.

2) 노동안전위생법

가) 일본이 1972년 제정한 노동안전위생법⁵⁷⁰⁾은 종래 노동기준법 제5장(안전 및 위생) 등의 규정을 전부 흡수하여, 신규사항으로 국가의 원조조치에 관한 규정을 부여하여 제정되고, 시행되었다. 이 법의 목적은 “노동재해방지를 위한 위해(危害)방지 기준의 확립, 책임 체제(体制)의 명확화 및 자주적 활동 촉진 조치 강구 등에 관한 종합적이고 계획적인 대책을 추진함으로써 직장에서의 노동자의 안전과 건강을 확보함과 동시에 쾌적한 직장 환경의 형성을 촉진하는 것을 목적으로 한다.(동법 제1조)” 동법 제11조(안전 관리자) 규정에서 “제1항 사업자는 대통령령으로 정하는 업종 및 규모의 사업장마다 후생 노동성령으로 정하는 자격을 갖춘 자 중에서 후생노동성령에서 정하는 바에 따라 안

566) <https://www.rofuku.go.jp/Portals/0/data0/sanpo/sanpo21/sarchpdf/67-4hanrei.pdf>

567) 川義事件 (最高裁昭和59年4月10日第三小法廷判決).

568) 판례 <http://www.mhlw.go.jp/bunya/roudoukijun/roudoukeiyaku01/dl/12.pdf>

569) 労働契約法 (平成十九年十二月五日法律第二百二十八号).

570) 労働安全衛生法 (昭和四十七年六月八日法律第五十七号)

전 관리자를 선임하고 그 사람으로 하여금 전조 제1항 각호의 업무(생략) 중 안전에 관한 기술적인 사항을 관리하도록 하여야 한다. 제2항 노동기준감독장(勞働基準監督署長)은 산업재해를 방지하기 위해 필요하다고 인정하는 때에는 사업자에 대해 안전 관리자의 증원 또는 해임을 명할 수 있다.”고 규정한다. 동법 제17조 규정에서는 각 사업마다 안전위원회를 두도록 하고 있다. 동법의 규정과 안전배려의무(건강배려의무를 포함한다)와의 관계를 논한 판례 등이 다수 있다. 그리고 동법의 국가의 안전배려의무를 노동관계로 인하여 일반 사업장에서도 사업자에게 안전배려의무를 부과한 것이다. 즉, 일본은 국가의 안전배려의무를 인정함은 물론 노동재해에 대해서 각 사업자에게도 안전배려의무를 부과하고 위법시 벌칙과 손해배상을 부여하고 있다.

나) 일본은 판례에 따라 기본적으로 “법률관계에 근거하여 특별한 사회적 접촉관계에 있는 당사자 관계”의 예로서 노동자와 사업자 간의 경우를 전제로 여러 가지 관계를 인정하고 있다. 원청 사업자와 하청업자의 노동자 관계에 대해서도 인정된다. 노동자과견으로도 인정된다. 외국인 노동자도 인정될 수 있다. 예를 들어 원청 사업자 Y의 조선소에서 하청업자(소외 A)의 노동자(社外工)로서 해머작업 등에 종사한 X들이 입은 청력장해에 대하여 Y에게 안전배려의무위반을 물었다.⁵⁷¹⁾ 최고재판소는 Y는 하청기업의 노동자와의 관계에 특별한 사업적 접촉 관계에 들어갔기에 신의칙상 노동자에 대하여 안전배려의무를 부담하는 것으로 원심판결은 정당하다고 판결하였다.⁵⁷²⁾

3) 안전배려의무의 분산

일본에서는 안전배려의무로 판례를 통하여 국가는, 공무원에 대하여, 그 공무 수행을 위한 장소, 시설 또는 기구 등의 설치 관리 또는 그 수행하는 공무원의 관리에 있어서 공무원의 생명 및 건강 등을 위협으로부터 보호하도록 배려

571) 棚木敬, 『元労働基準監督官からみた安全配慮義務—實務解説とケース・スタディー』, 新日本法規, 2015, 143면 이하.

572) 最高裁平成3・4・11勞判590・14.

해야 할 의무를 부담하고 이를 위반하는 경우에 법적 책임을 부여한다. 민간의 경우에도 1972년 제정한 노동안전위생법으로 민간 사용자와 노동자 관계에서도 사업자에게 안전배려의무를 부여하고 있다. 안전배려의무를 묻게 되는 것은 판례에 따라 “특별한 사회적 접촉 관계에 들어간 당사자” 사이에 발생하게 된다.⁵⁷³⁾ 이러한 관계에 들어가면 각기 위험에 대한 안전배려의무는 특별한 사회적 접촉 관계 속에서 이루어지게 된다. 즉 안전에 대한 배려는 국가만이 아니라 특별한 사회적 접촉에 따라 각각의 주체들에게 분산되는 것을 알 수 있다.

나. 평화적 생존권

1) 평화국가

일본은 헌법전문에서 세계평화를 이념으로 한 평화국가를 표명한다.

전문 제1단의 모두(冒頭)에서, 일본국민은 ‘우리들과 우리들의 자손을 위하여, 제 국민과의 협화(協和)에 의한 성과와, … 자유가 가져오는 혜택을 확보하고, 정부의 행위에 의해 다시는 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 할 것을 결의하고, 여기에 주권이 국민에게 있다는 것을 선언하고, 이 헌법을 확정한다.’고 하고 있다. 여기서 전쟁이라는 것은 ‘직접적으로는 정부의 행위에 의해 일어나는 것이다’(마루야마마사오)라는 경험칙에 입각하여, 정부의 행위에 의해 두 번 다시 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 보장하기 위해서는 국제간의 협조, 국민간의 협조, 국민간의 자유의 확보 및 국민주권의 원칙이 상호 밀접불가분의 관계에 있다는 것이 나타나 있다.

이것을 이어 받아, 전문 제2단은 우선, 제1문에서 ‘항구의 평화를 염원하고’, ‘인간상호 관계를 지배하는 숭고한 이상을 깊이 자각’하는 일본국민은 ‘평화를 사랑하는 제 국민의 공정과 신의를 신뢰하여’ 그 안정과 생존을 보지할 것을 결의하였고, 헌법 평화주의가 단지 패전시의 일시적 반전분위기, 포츠담선언을 수락하였기에 어쩔 수 없이 하는 소극적인 것이 아니라, 국제연합이나 멀리 장래에 세계연방이라고 한 국제조직에 의한 세계평화의 확립을 눈여겨보고, 평화

573) 自衛隊八戸車兩整備工場事件, 最高裁第三小法廷 昭和50年2月25日判決, 勞判 222·13.

를 추구하는 세계인들과 함께 영속적인 국제평화의 실현에 적극적으로 힘쓰는 것에 의해, 실현될 수 있다는 것을 나타낸다. 다음으로, 제2문은 세계의 선두에서 철저한 평화국가가 된 일본이 ‘평화를 유지하고, 전제와 예종(隸從), 압박과 편협을 지상으로부터 영원히 제거하려고 노력하는 국제사회에서, 명예 있는 지위를 차지하고 싶다’고 서술하고, 평화에의 노력을 거듭하는 것에 의해, 세계에 본보기가 되는 평화국가가 되고 싶다고 하는 희망을 말하고 있다. 또, 제3문은 ‘우리들은 전 세계의 국민이 다함께 공포와 결핍을 면하고, 평화 속에 생존할 권리를 향유하는 것을 확인한다.’고 하여, 압정의 공포와 경제적인 결핍으로부터 해방된 평화로운 사회에 사는 것을 세계 속의 사람들의 권리, 인권 문제로 표명한다.⁵⁷⁴⁾ 전문 제3단은 국제협조주의에 입각하는 것은 각국의 책무라고 한다. 그리고 전문 제4단에서, 일본국민은 평화국가의 ‘이상과 목적’을 ‘국가의 명예를 걸고, 전력을 다하여’ ‘달성하는 것을 맹세한다.’

일본헌법 전문에서는 전 세계의 국민은 전쟁이 초래하는 참혹한 ‘공포와 결핍’을 피하여 ‘평화 속에서 살 권리’를 갖고 있음을 확인하고 있다. 당초 이 ‘권리’는 헌법이 내세우고 있는 평화주의의 설명 방식으로 받아 들여왔으나, 후에 이 ‘권리’를 인권의 일종으로 다루려는 경향이 대두되어 왔다. 이 권리는 어떠한 성격과 내용을 갖는 것으로 이해해야 하는가?

‘평화 속에 살 권리’는 모든 기본적 인권의 향유를 가능하게 하는 기초조건이 되는 권리이다. 가령, ‘공포’를 피할 ‘권리’를 자유권, ‘결핍’을 면할 권리를 사회권이라고 본다면 ‘평화 속에서 살 권리’는 바로 그러한 자유권과 사회권의 기초에 해당하여 그 향유를 가능하게 하는 기저적(基底的) 권리라 할 수 있다. 하지만, 본 권리는 다른 일반 기본적 인권과는 달리 일본국의 의사만으로 현실적 보장이 가능한 것이 아니며 평화롭고 공정한 국제질서의 유지가 전제된다.

이러한 평화롭고 공정한 국제질서를 유지하기 위해서는 각국의 노력이 필요하다. 헌법전문이 ‘한결같이 공포와 결핍을 피하고 평화 속에서 생존할 권리’의 향유주체를 ‘전 세계 국민’으로 하고 있는 것도, 그와 같은 주변 사정을 나타내는 것 같다. 그러할 지라도 전문은 ‘우리들은 평화를 유지하고, 전제와 예속, 압박과 편협을 지상으로부터 영원히 제거하려고 노력하며 국제사회에 있어서 명

574) 이하, 高橋和之 外 3人, 『憲法 I (第4版)』, 有斐閣 (2006) .

예와 지위를 갖고자 한다.’고 서술하여 일본과 관계하는 국제질서의 형성·유지를 향하여 각기 노력할 것을 명확히 하고 있다.

위와 같은 문맥을 볼 때 본 권리는 대외적 관계에서 ‘전체로서 국민의 권리’의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다. 하지만, 문제는 국내적으로 본 권리가 어떠한 의미를 갖는가이다. 전문 제1항은 본문의 제1조·제15조 제1항·제41조 등에 있어 구체화 되고 제3항은 제98조 제2항(조약, 국제법규의 준수)에 구체화 되고 있는 것에 비하여 ‘평화 속에서 살 권리’는 제3장(국민의 권리 및 의무) 안에 직접 그것에 적합한 규정을 갖고 있지 않다. 전문의 법규성을 인정하는 한, 본 권리에 관하여 전문과 저촉하는 하위규범의 효력은 이론상 배제되게 되며 또 헌법전문 조항 해석의 준칙이 되어야 한다는 것을 부정할 수 없다. 하지만, 이것을 넘어 본 권리를 ‘법적 권리’에 더하여 재판소에 강제 가능한 ‘구체적 권리’로 보는 것이 가능한가 여부는 해당 ‘권리’가 개별적인 명확한 내용을 갖는 것으로 취급할 수 있는가에 달려 있다. 이 점이 만약 긍정된다면, 그것은 제13조의 ‘행복추구권’의 한 내용으로서 파악되어야 할 것이다.⁵⁷⁵⁾

2) 평화적 생존권

현대 국제사회에서 전쟁 없는 평화적인 국제질서를 적극적으로 조성하는 것은 지구상 모든 사람들에게 ‘인간의 존엄’에 상당한 생활을 영위할 기본적인 전제조건이다. 그것은 ‘전 세계의 국민이 공포와 결핍을 면하고, 평화 속에서 생존할 권리를 갖는다는 것을 확인’하고, 일본국민이 그러한 국가질서를 형성하고 유지하면서 ‘명예로운 지위를 차지하고 싶다’고 하는 것, ‘평화를 유지하고 압박과 편협을 지상으로부터 영원히 제거’하는 것이 세계의 각 국민에게 공통 이익이기 때문이다. 이러한 의미로, 헌법전문에 이른바 평화적 생존권은 일본국민 뿐만 아니라 ‘전 세계 국민’이 함께 향수해야 하는 권리·이익이고, 평화를 위한 국제적 조직에 의해 비로소 현실화 될 수 있는 권리·이익이다. 따라서 그것은 세계 각국의 국민이 평화를 위한 진지한 노력에 의해 실현해야 하는 우수한 이념적, 이상주의적인 권리이다.

575) 佐藤幸政, 『憲法』, 青林書院(2006年), 645-648면.

문제는 헌법전문에 평화적 생존권이 일본국민에게 ‘권리’로서 실체를 갖는가이다. 즉 개개 국민이 - 헌법 제3장에서 보장된 많은 권리와 같이 - 독자적인 권리로써 평화적 생존권의 침해를 이유로 재판소에 구제를 청구할 수 있는가의 문제이다. 학설은 소극설·적극설 두 가지 설로 구별된다.

소극설은 ① 헌법전문 중의 이른바 평화적 생존권은 헌법의 이념을 나타내는 데 지나지 않고, 개인 권리로써 국민이 국가에 대하여 직접 무언가의 행위를 할 근거가 될 수 있는 것이 아니라는 것, ② 헌법은 제3장에서 국민이 향수할 수 있는 권리의 항목들을 구체적으로 열거하였지만, 여기서 평화적 생존권을 도출할 수 없다는 것을 이유로 그 재판규범성을 부정한다.

이에 대하여 적극설은 평화적 생존권의 권리성을 부정하는 것은 애초 평화를 인권의 문제로 다룬 헌법전문의 획기적인 의의를 몰각하는 것이라고 한다. 그리고 ① 헌법전문에 성격에 대하여는 그것이 재판규범으로서 성질을 갖는가가 여부가 다투어지지만, 전문이 단지 정치적 선언이 아니고 헌법전의 일부로 본문과 동일한 법규범성을 갖는다고 해석해야만 하고, 따라서 그것은 적어도 본문의 타 규정과 더불어 평화적 생존권을 도출하는 하나의 유력한 근거가 될 수 있고, ② 만일 전문으로부터 ‘평화적 생존권’을 직접 도출할 수 없다고 하여도 포괄적인 인권이 보장되어 있는 헌법 13조를 단서로 하여 국민개인의 평화적 생존권을 근거로 하는 것이 가능하다. ③ 제9조의 전쟁포기규정은 개개의 국민의 권리로써 평화적 생존권을 객관적인 제도로 보장하는 의미를 가진다는 점을 이유로 그 재판규범성을 긍정한다.

평화적 생존권이 재판소에서 긍정된 예로는 자위대의 미사일 기지건설에 따라 농림대신에 의해 농림법상의 보안림지정해제처분이 다투어졌던 長沼事件第1審判決⁵⁷⁶⁾, 그 재판규범성을 부정한 長沼事件第2審判決⁵⁷⁷⁾이 있다.

본 소송에서 제1심 삿포로지방법재판소는 ‘삼림법을 헌법 질서 가운데 자리매김한 다음 그 각 규정을 이해할 때에는 동법 제3장 제1절의 보안림제도의 목적도 단지 동법 제25조 제1항 각호에서 열거된 개개 목적(수원의 함양, 토사유출 방지 등)에만 한정하여 해석해서는 아니 되고, 위 각 규정으로 돌아가는 바, 헌

576) 札幌地判昭和四八年九月七日判時七一二号二四頁.

577) 札幌地判昭和五一年八月五日行集二七号一一七五頁.

법 기본원리인 민주주의, 기본적 인권 존중주의, 평화주의의 실현을 위해 지역 주민의 ‘평화 속에 생존할 권리’(헌법전문) 즉 평화적 생존권을 보호하려 하고 있는 것으로 해석하는 것이 정당하다. 따라서 만일 피고의 어떠한 삼립법상의 처분에 의해 그 지역주민의 위에서 말한 평화적 생존권이 침해되거나 침해될 위험이 있는 한, 그 지역주민은 그 처분의 하자를 다룰 법률상의 이익이 있다고 하여 헌법전문을 근거로 원고들의 평화적 생존권을 적극적으로 긍정하였다.

이에 대하여 제2심의 삿포로 고등재판소는 ‘전문 제2, 제3항(단)의 규정은 이들 정치방침이 우리 국가의 정치 운영을 목적으로 규제한다는 의미는 법적 효력을 갖는다고 할 수 있어도, 국민주권 대표제민주제와 달리, 이념으로서의 평화의 내용에 대하여는 이것을 구체적이고 특정적으로 규정하고 있는 것은 아니고, 전기 제2, 제3항(단)을 이어 받은 제4항(단) 규정에 비추어 보아도 위 평화는 숭고한 이념이며 목적으로 그치는 개념임이 분명하고, 구체화되어 있는 것은 아니므로 그 재판규범성을 부정한다(최고재판소는 평화적 생존권은 건드리지 않고, 삼립벌채 후의 기지이용에 의해 생길 이익의 침해는 보안림지정해 제처분의 취소를 구할 원고적격을 부여하는 기초가 아니라고 하여 상고를 기각하였다. 최고재 소화 57년 9월 9일). 또, 방위시설청과의 토지매각계약의 효력이 다루어진 百里基地訴訟에서는 하급심·상고심은 동일하게 평화적 생존권에 대하여 소극적인 견해를 나타내고 있다. 즉, 제1심 미토지방재판소⁵⁷⁸⁾는 ‘전문 제2단에서 말하는 ‘평화 속에 생존할 권리’는 그 내용이 추상적이어서 구체적·개별적으로 정립된 바의 재판규범으로 인정할 수 없고, 평화로써 정치에 있어서 숭고한 지도이념 및 목적으로 하는 본문 각 조항의 해석 준칙을 나타낸 것이다.

제2심 동경고등재판소⁵⁷⁹⁾는 평화적 생존권에 대하여 ‘그것을 독립 권리로 부르는가의 여부는 별도로 하고, 모든 기본적 인권의 기저에 존재하는 기초적 조건이다’라고 하였으나, 그 자체가 재판규범인가, 그것에 근거하여 ‘국민이 국가에 대하여 전쟁 및 전쟁준비행위의 정지 등의 구체적 조치를 강요할 수 있는 그 자체 독립된 권리’라고 할 수는 없다고 하였다.

578) 水戸地判昭和五二年二月一七日判時八四二号二二頁.

579) 東京高判昭和五六年七月七日判時100号三頁.

최고재판소도 평화적 생존권으로 주장된 ‘평화’란 ‘이념 내지 목적으로서 추상적 개념이지, 그 자체가 독립하여 구체적 소송에서 재판상의 행위 효력의 판단기준이 된다고 할 수 없다’고 했다.

판례는 상술한 바와 같이 평화적 생존권이 이념적·추상적인 의미에서 법규범성을 갖는 점에 대하여는 거의 공통의 이해를 보이면서도 그것이 재판규범성을 갖는 것인가 여부는 학설과 같이 날카로운 의견 대립을 보인다. 이것은 평화적 생존권의 ‘권리’로서의 내용이 전통적인 법 이론으로 보면 충분히 명확하지는 않다는 것이다. 전통적인 권리론에 의하면 본래 ‘권리’란 실정법규범에 의해 개인에게 일정한 개별적·구체적인 내용의 이익이 인정되고, 개인에게 상대방에 그 실현을 요구하는 힘을 부여할 수 있을 때에 성립하고 ‘그 실현이 방해되는 경우에는 재판에 의해 그 실현이 보장되는’ 것이다. 물론 헌법상의 기본적 인권 중에는 자유권과 같이, 그 의미에서 실정법규범·재판규범으로서의 성질을 갖는 것도 있다. 그러나 일반적으로 헌법상의 기본적 인권을 오히려 구체화하는 법률에 의하여 당해 권리의 보장이 도모된다. 이 전통적인 생각으로 보면 ‘평화적 생존권은 지금까지 실정법규범에 의해 인정되고 있는 권리라고 말할 수 없다. 반대로 보면 평화적 생존권은 이념적, 자연적, 초실정법적인 권리지만, 구체적 개별적인 실정법상의 ‘권리’는 아니라는 것이 된다.

자연권 이외의 기본적 인권은 모두 법률에 의해 구체화되지 않으면 구체적인 권리성·재판규범성을 갖고 있을 수 없는지도, 개개 인권마다 엄밀한 검토를 요하는 것으로 생각된다. 하여튼 평화적 생존권이 재판규범이라고 말하기 위해서는 그 권리내용을 명확히 할 필요가 있다. 이 점에서 학설상, 전쟁·무력충돌의 위험·군사연습 등에 의해 국민이 중대한 ‘공포와 고통’ 상황에 몰리는 경우, 평화적 생존권을 근거로 당해 국가행위의 정지 청구 등을 재판소에 제기할 수 있는 것은 물론 넓게 전쟁준비행위의 배제, 평화로운 세계를 만들기 위하여 국정참가, 보다 좋은 평화적 환경을 확보하는 청구를 근거로 할 수 있으며 그 내용을 구체적으로 구성할 시도를 하고 있다는 것이 주목된다. 이 시도에 의해 평화적 생존권이 훌륭한 복합적 권리인 것, ‘전쟁을 일으키는 정부 손을 인민이 결박하는 도구로서의 멋진 권리’라는 것이 명확하다. 그런 이유로 위의 시도는 적극적으로 평가하지 않으면 안 된다. 그러나 평화적 생존권의 내용이 이것에

의해 작용하여 전통적 권리론에 입각한 사람들을 충분히 납득시킬 정도로 명확히 특정할 수 있는가와, 그것에 평화적 생존권의 내용이 되고 있는 것들의 다수는 헌법 기타 실정법규에서 명시적으로 보장되고 있는 제 권리를 통하여 재판상 실현할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문도 뿌리 깊은 것이다.

‘평화적 생존권’의 특색은 이미 서술한 바와 같이 개인의 인권향유의 기초적 조건이라 하겠으나 그 실현을 위해서 국가에 의한 적극적인 국제평화유지를 위한 협력 및 전쟁회피행위, 나아가 경우에 따라 전쟁상태의 배제행위를 요청하고 있는 것이다. 그리고 그 과제는 제9조의 틀 안에서 변화무쌍하고 복잡한 국제정치상황에 대하여 유연하고 창조적으로 추구하고 행하지 않으면 안 될 성질의 것이다. 그 의미로, 당해 ‘권리’가 ‘법적권리’ 및 ‘구체적 권리’로 볼 수 있는 개별적 특성성·명확성을 갖추고 있는가는 이후의 검토과제가 되지 않으면 안 된다.

長沼訴訟제1심판결(札幌地判昭和四八年九月七日判時七一二号二四頁)은 전문을 근거로 ‘평화적 생존권’을 ‘전 세계 국가에 공통하는 기본적 인권의 모습이라는 것을 선언하는 것’으로 취급하여, 당해 ‘권리’는 헌법 제3장의 각 조항에 의해 개별적인 기본적 인권의 모습으로 구체화되어 규정되어 있다’고 서술하면서 이를 기축(基軸)으로 사건을 처리하고 있다. 반면, 그 항소심판결에서는 전문 제2항 및 제3항은 ‘국가의 정치 운영을 목적으로 규제한다는 의미로서 법적효력을 갖는다.’고 하면서 전문 1항의 경우와 달리 ‘이념으로서 평화의 내용에 대하여는 그 구체적이고 특정적으로 규정하고 있는 것은 아니’고 ‘평화 속에 생존할 권리’도 ‘재판규범으로 어느 정도 현실적, 개별적 내용을 가진 것으로 구체화 되어진 것이 아니다’고 서술하고 있다.

그리고 百理基地訴訟제1심판결(水戸地判昭和五二年二月一七日判タ三四五号一六六頁)은 전문에서 ‘평화는 정치에서의 숭고한 지도이념 및 목적’으로 본문 조항의 해석 기준임을 명확히 하고 있고, ‘평화 속에 살 권리’는 ‘그 내용이 추상적인 것이고 구체적, 개별적으로 정립된 재판규범으로 인정될 수 없기 때문에, 이를 근거로 하여 평화적 생존권이라는 권리를 인정할 수는 없다’고 하고 있다. 그리고 그 항소심판결은 ‘평화적 생존권’에서 평화란 이념으로 추상성이며 그 실현 수단, 방법에 의한 다기·다양성을 지적하고, 그 구체적 의미·내용

을 전문으로부터 도출하는 것은 불가능하고, ‘평화적 생존권’을 ‘행복추구권’의 일환으로 이해한 경우도 구체적인 의미를 도출하기 어렵다.

이러한 판결이 ‘평화적 생존권’의 재판규범성에 소극적인 것은 ‘평화적 생존권’론의 현상(現象)에 비추어 무리는 아니지만, ‘평화적 생존권’을 갖고 ‘단, 정치적인 면에서 평화이념의 존중이 요청된다는 것을 의미하는 데 그치는 것’이라고 서술하는 것은 지나치다는 느낌이 없는 것은 아니다. ‘권리’라는 단어도 일의적이지 않고 직접 재판규범성의 유무가 반드시 법적 권리성을 결정하는 것이 아니고 또 문맥에 따라 다른 의미를 갖고 있을 수 있다. ‘평화 속에 살 권리’의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인가는 전문을 고려하여 본문 중에 규정되어 있는 제9조를 어떻게 해석할 것인가와 밀접한 관계가 있다.⁵⁸⁰⁾

다. 동일본 대재해 이후 일본

1) 원자력 발전과 새로운 생존권 논의

프랑스에서 원자력 발전은 제1차 석유위기(1973년)를 계기로 전력 의존도가 매우 높다. 프랑스와 일본은 에너지원이 부족한 나라이고 에너지 안전보장의 관점에서부터 원자력 발전소의 건설이 급히 추진되어 왔다. 프랑스는 원자력안전법제와 원자력안전청(ASN)이 있다.

동경전력후쿠시마 제1원자력발전소의 사고가 원자로 처리에 30년 이상의 장기간을 요하는 것은 잘 알려져 있다. 그러나 2011년 3월 11일 사고발생으로부터 3개월간 정부와 동경전력은 원자력발전소 사고에 대하여 정보공개를 지연하고 부정확한 것이 많았다. 이 때문에 정부와 동경전력이 정보은폐를 하고 있는 것이 아닌지 의문이 많았다. 긴급시 정부의 공보체제에도 기본방침을 정할 필요가 있다. 정부사고조사위는 비상재해 시에 공보는 사실을 정확히 알려야 하며, 신속성을 잃으면 국민의 불안과 불신을 초래할 수 있다는 것을 유의해야 한다. 신속과 정확으로 알기 쉽게 오해가 발생되지 않도록 국민에게 정보제공을 하는 것이 필요하다.⁵⁸¹⁾

580) 佐藤幸政, 『憲法』, 青林書院 (2006年), 645-648면.

2) 원자력 발전에 대항하는 새로운 생존권

후쿠시마원자력발전소 사고의 경험으로 원자력발전에 대항할 수 있는 새로운 인권을 구상하고 획득할 필요가 있다는 논의가 제기되었다. 일본 헌법 25조와 전문의 평화적 생존권의 두 개의 생존권이 존재한다. 원자력발전 사고는 이들의 생존권에 계속하여 새로운 제3의 생존권을 도출할 정도로 역사적인 사건이다.⁵⁸²⁾ 25조 생존권은 무규제의 자본주의적 경제활동에 의해 사람으로서 생활과 생존을 박탈당하거나 위협당하는 것에 대한 인류의 오랜 투쟁에 의해 획득한 권리이다. 평화적 생존권은 루즈벨트 대통령의 “네 가지 자유” 연설과 영미에 의한 “대서양헌장”에 기원하여, 제2차 세계대전을 거쳐 원자폭탄이라는 절멸의 병기가 사용된 것에 대하여 “평화 속에서 생존한다.”는 것이 “권리”에 까지 높여져 지금의 인권사의 선두에 서는 새로운 인권이 되었다.

원자력발전사고에 대하여 생각해야 할 생존권은 확실히 이 두 개와 견련성이 있다. 사회적 생존권과의 관계에 대하여 말하면, 원자력발전은 국가가 연결된 독점적이고 상징적인 산업 활동이고, 이러한 원자력발전이 발생시킨 사고에 의해 주변 주민의 “건강하게 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리”가 침해되고 있는 상태는 25조의 문제라 할 수 있다.

평화적 생존권과의 관련성은 ① 원자력발전이 본래 원자폭탄의 개발에 의해 만들어진 기술인 것, ② 개헌과 재군비를 목표로 하는 정부에서도 원자력발전은 에너지 정책 이상으로 군사전용(핵병기)를 향한 국가 정책이라는 것, ③ 방사능에 의한 피폭이라는 피해의 공통적인 면에서 원자력발전과 핵병기를 구별할 수는 없다. 그러나 원자력발전소 사고에 의한 피해와 영향은 이와는 이질적이다. 원자력발전소 사고에 의한 인권침해와 환경피해는 현재의 시간과 공간을 초월한 규모이다.

엄청난 피해규모와 DNA레벨의 생명에 손상을 주는 이질적인 위험이 다음 세대와 국경을 넘어 전달된다.⁵⁸³⁾ 후쿠시마를 시작으로 각지에서 탈 원자력발

581) 樋口陽一外, 前掲書, 284면.

582) 中里見 博, 「原發に對抗する第三の生存權を」, 法律時報, 2012년84卷6号(通卷1047号), 2면.

583) 中里見 博, 前掲論文, 3면.

전을 요구하는 시민운동, 권리획득 운동도 새로운 생존권의 보장을 요구하는 싸움의 측면이 있다. 원자력발전에 대항하는 새로운 생명권은 전문과 제25조, 그리고 제13조를 근거로 하여, 원자력발전 제로를 향한 운동의 하나의 근거가 될 수 있을 것이다.

제2절 안전보장을 위해 제정된 현행 법제도의 분석과 평가

1. 현행 법제의 문제점과 개선 지점들

국민안전보장은 광범위한 문제로 국민의 신체안전·재산안전 등 다양한 영역에 걸쳐서 나타날 수 있다. 국민의 신체안전은 기본적으로 형법 등을 통하여 보호하고 있고, 재산안전은 민법이나 상법 등을 통하여 보호하고 있다. 신체안전과 관련하여 국가는 치안유지의무가 있으므로 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 피해를 받은 사람을 구조함으로써 범죄피해자의 복지 증진에 기여하기 위하여 「범죄피해자 보호법」이 있고, 재난안전을 위하여 「재난 및 안전관리 기본법」과 「재해구호법」 등이 있다.

1. 「재난 및 안전관리 기본법」의 성격으로 인한 문제

「재난 및 안전관리 기본법」은 “각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전문화활동, 그 밖에 재난 및 안전관리에 필요한 사항을 규정함”을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 또한 “국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야” 할 책무를 지고 있다(동법 제4조).

「재난 및 안전관리 기본법」은 기본법으로서 모든 안전법제를 규율하며 각

단행 안전법제에서 규율해야 할 사항을 담고 있어야 하는데, 모든 재난에 대해 동일한 계획, 예방, 대비, 대응, 복구를 하도록 규정함으로써 재난에 대한 효율적인 관리 제도로서 기능하지 못하고 있다. 또한 「재난 및 안전관리 기본법」에 규정된 내용이 동일하게 각 단행 안전법제에 규정되어 있어 현실적인 재난 관리에 실효성을 거둘지 의문이 든다. 「재난 및 안전관리 기본법」은 기본법이기에 때문에 선언적인 규정이 많고 실효성 있는 집행을 담보하지 못하며, 행정부에 직접적인 기속력을 발휘하는 데 한계가 있다. 각 단행 안전법제에서 해당 재난의 유형에 맞는 현실적이고 구체적인 재난 관리 방안을 규정하도록 근거 규정을 둘 필요가 있다.

재난(災難, disaster)이란 주로 자연현상으로 인하여 발생하는 재해를 말하는데, 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조에서는 자연재난과 사회재난을 포함하는 넓은 의미로 사용한다. 「재난 및 안전관리 기본법」에서는 재난이라는 개념 정의에 해당하지만 하면 모든 재난에 국가의 보호의무가 발생하도록 하고 있는데, 이는 현실적으로 실효성에 문제가 있다. 위험이나 리스크의 측면에서 유형화하여 법에서 안전에 대한 관리·대응을 하여야 한다.

2. 모든 재난을 한 기관에서 총괄하고 책임질 수 있는가?

「재난 및 안전관리 기본법」에는 “대통령령으로 정하는 대규모 재난의 대응·복구 등에 관한 사항을 총괄·조정하고 필요한 조치를 하기 위하여 국민안전처에 중앙재난안전대책본부를” 두고 있으며, 중앙대책본부의 본부장은 국민안전처장관이 된다(동법 제14조).

반면, 해당 관할 구역에서 재난의 수습 등에 관한 사항을 총괄·조정하고 필요한 조치를 하기 위하여 시·도지사는 시·도재난안전대책본부를 두고, 시장·군수·구청장은 시·군·구재난안전대책본부를 둔다. 시·도대책본부 또는 시·군·구대책본부의 본부장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 되도록 규정하고 있다(동법 제16조).

「재난 및 안전관리 기본법」상 전체적인 안전대책총괄자는 국민안전처장관으로 되어 있다. 국민안전처장관이 모든 유형의 재난을 대비하고 책임질 수 있

을지 의문이다. 예를 들어, 원자력 발전소에 사고가 발생하면 이를 국민안전처 장관이 총괄하여 재난에 대비하고 책임질 수 있을 것인가는 불확실하다. 원자력 발전소 사고의 경우에는 원전 주무부처인 산업통상자원부 장관이 총괄책임을 맡는 것이 타당하다. 이처럼 그 해당 위험이나 리스크를 관리하는 주무부처가 안전 업무를 총괄하는 것이 마땅하다.

3. 민관 협력 체제로의 변화

「재난 및 안전관리 기본법」에 의하면, 국가와 지방자치단체가 모든 재난에 대해 대비와 처리를 하도록 되어 있다. 현실적으로 이러한 체제와 구조로는 재난 예방, 대응, 처리가 불가능하다. 일반 국민은 스스로 안전의식을 함양하지 못하고 위험 대처능력을 습득하지 못하고 있으며, 오직 국가의 위기관리능력에 전적으로 의존하게 된다. 따라서 국민 스스로 안전의식 및 안전행동을 습득하고, 국민 스스로 위험에 대한 관리 및 안전 추구의 노력을 최선으로 하도록 제도화할 필요가 있다.

또한 국가 및 지방자치단체와 민간간의 협력 체제가 원활히 구축되도록 법 제도를 개정해야 한다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제12조의2(584)에는 안전관리 민관협력위원회를 구성·운영할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 동 기본법은 민관협력위원회의 역할, 운영, 시스템 등을 모두 대통령령과 조례에서 구체적으로 규정하도록 위임해 놓고 있기 때문에, 재난안전관리와 대응에 민간의 적극적인 참여와 유도를 불가능하게 하거나 무력화시키게 된다.

584) 재난 및 안전관리 기본법 제12조의2(안전관리민관협력위원회) ① 조정위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 중앙안전관리민관협력위원회(이하 "중앙민관협력위원회"라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

② 지역위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 지역 차원의 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 시·도 또는 시·군·구 안전관리민관협력위원회(이하 이 조에서 "지역민관협력위원회"라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

③ 중앙민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 지역민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

II. 국민안전보장 문제에 있어서 입법자의 입법형성권 문제

국민의 안전보장을 위한 법제는 다양하게 구분될 수 있다. 1994년 국제연합 개발계획에 따르면, 인간안보를 ① 가난으로부터의 자유를 의미하는 경제안보(sécurité économique), ② 기아로부터의 자유를 의미하는 식량안보(sécurité alimentaire), ③ 질병으로부터의 자유를 의미하는 건강안보(sécurité sanitaire), ④ 환경오염, 자원고갈 및 재난으로부터의 자유를 의미하는 환경안보(sécurité de l'environnement), ⑤ 폭력, 범죄, 마약의 공포로부터의 자유를 의미하는 개인안보(sécurité personnel), ⑥ 자신이 속한 가정, 인종, 조직 등에 참여할 수 있는 자유를 의미하는 공동체안보(sécurité de la communauté), ⑦ 인간의 기본권을 행사할 수 있는 자유를 의미하는 정치안보(sécurité politique)로 구분하고 있다.

1. 가난으로부터의 국민안전보장

국민이 경제적으로 어려움에 있는 경우 이를 국가가 급부를 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 지원하는 것이라 할 수 있다.

생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시해 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕고자 「국민기초생활보장법」이 있다. 이를 근거로 다양한 지원제도가 있는데, 감면제도와 급여제도가 있다. 감면제도는 수급자가 주민세, TV 수신료, 자동차검사수수료, 주민등록증 발급 수수료 등을 면제받고, 상·하수도 요금, 전화요금, 전기요금, 자동차보험료 등을 감면받는 것을 말한다.

급여제도에는 생계급여, 주거급여, 의료급여, 해산급여, 장제급여, 교육급여, 자활급여가 있다.

생계급여는 수급자에게 수급자의 생계를 유지하기 위해 일상생활에 기본적으로 필요한 의복비·음식물비 및 연료비 등이 포함된 금액이 지급되는 것으로, 생계급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 생계급여 선정기준(「국민기초생활 보장법」 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액) 이하인 사람으로 하는데, 생계급여 선정기준은 기

준 중위소득의 100분의 30 이상이다(「국민기초생활 보장법」 제8조 제2항).

주거급여는 수급자에게 수급자의 주거 안정에 필요한 임차료, 수선유지비 등이 지급되는 것으로, 주거급여 수급권자는 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 소득인정액이 주거급여 선정기준(중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액) 이하인 사람으로 하는데, 주거급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 43 이상이다(「주거급여법」 제5조 제1항).

의료급여는 건강한 생활을 유지하는 데 필요한 각종 검사 및 치료 등을 하는 비용이 지급되는 것으로, 의료급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 교육급여 선정기준(「국민기초생활 보장법」 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액) 이하인 사람으로 하는데, 의료급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 40 이상이다(「국민기초생활 보장법」 제12조의3 제2항).

해산급여는 조산을 했거나 분만하기 전후로 조치와 보호가 필요한 수급자에게 지급되는 것으로, 해산급여 수급권자는 생계급여, 주거급여 및 의료급여 중 하나 이상의 급여를 받는 사람이다(「국민기초생활 보장법」 제13조 제1항).

장제급여는 사망한 경우 사체의 검안(檢案)·운반·화장 또는 매장, 그 밖의 장제조치등을 하는 비용이 지급되는 것으로, 장제급여 수급권자는 생계급여, 주거급여 및 의료급여 중 하나 이상의 급여를 받는 사람이다(「국민기초생활 보장법」 제14조 제1항).

교육급여는 입학금, 수업료, 학용품비, 그 밖의 수급품 등이 지급되는 것으로, 교육급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 교육급여 선정기준(「국민기초생활 보장법」 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액) 이하인 사람으로 하는데, 교육급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 50 이상이다(「국민기초생활 보장법」 제12조 제3항).

자활급여는 수급자의 자활을 돕기 위해 필요한 각종 비용이 지급되는 것이다(「국민기초생활 보장법」 제15조 제1항).

2. 질병으로부터의 안전보장

국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 「국민건강보험법」이 있다.

우리나라는 건강보험제도를 시행하고 있는데, 건강보험제도는 일상생활에서 발생하는 우연한 질병이나 부상으로 인하여 일시에 고액의 진료비가 소요되어 가계가 파탄되는 것을 방지하기 위하여, 보험원리에 따라 국민들이 평소에 보험료를 낸 것을 보험자인 국민건강보험공단이 관리·운영하다가 국민들이 의료를 이용할 경우 보험급여를 제공함으로써 국민 상호간에 위험을 분담하고 의료서비스를 제공하는 사회보장제도이다.

이에 따라 건강보험 가입자 및 피부양자는 「국민건강보험법」에 따라 출산비, 임신·출산 진료비, 가정산소 치료비, 복막투석 요양비, 장애인보장구 및 건강검진 등의 보험급여를 받을 수 있다(「국민건강보험법」 제49조부터 제52조). 또한 건강보험 가입자 및 피부양자가 질병·부상·출산 등에 대하여 병원·의원 등에서 의료서비스를 받을 경우 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 그 밖의 치료, 예방·재활, 입원, 간호 및 이송에 관한 요양급여를 받을 수 있다(「국민건강보험법」 제41조).

3. 환경·재난으로부터의 안전보장

가. 환경안전보장

인간은 쾌적한 환경을 필요로 하고 모든 위협으로부터 벗어나야 한다. 그러나 인구의 급속한 팽창과 산업화의 영향으로 환경은 점점 더 파괴되어지고 환경파괴는 단지 한 국가만의 문제가 아니라 국경 없는 지구의 문제가 되고 있다. 환경오염으로 인한 물 문제와 대기오염 문제는 심각한 수준에 이르렀고, 이로 인하여 자연재해 또한 늘어나고 있으며, 자연재해로 인한 손해도 점점 더 대형화하고 있다.

환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경정책의 기본 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 하는 「환경정책기본법」이 있다. 동법에서는 환경을 자연환경과 생활환경으로 구분하여 ‘자연환경’이란 지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)를 말하고, ‘생활환경’이란 대기·물·토양·폐기물·소음·진동·악취·일조(日照) 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경이라 하고 있다(「환경정책기본법」 제3조).

국가는 환경오염 및 환경훼손과 그 피해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 시행할 책무를 지고, 지방자치단체는 관할 구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 그 지방자치단체의 계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 진다(「환경정책기본법」 제4조). 또한 사업자는 그 사업활동으로부터 발생하는 환경오염 및 환경훼손을 스스로 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 하며, 국가 또는 지방자치단체의 환경보전정책에 참여하고 협력하여야 할 책무를 진다(「환경정책기본법」 제5조). 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지고, 국가 및 지방자치단체의 환경보전정책에 협력하여야 하며, 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다(「환경정책기본법」 제6조).

[표 4] 환경부소관 주요법률⁵⁸⁵⁾

환경정책기본법	사전예방적 규율	환경영향평가법	
	자연환경보전관리	야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 백두대간 보호에 관한 법률 자연공원법 습지보전법 독도 등 도서지역의 생태계 보전에 관한 특별법 문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법	
	생활환경보전관리	대기	대기환경보전법 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 악취방지법 다중이용시설 등의 실내공기질관리법
		수질	수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 하수도법 수도법 4대강수계법 먹는물관리법
		폐기물	폐기물관리법 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률 폐기물처리시설 설치촉구 및 주변지역지원 등에 관한 법률 폐기물의 국가간 이동 및 그 처리에 관한 법률
		기타	토양환경보전법 소음·진동관리법 유해화학물질관리법
	기타	환경분쟁조정법 환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률 환경기술 및 환경산업지원법 환경보건법 환경개선비용부담법 환경관리공단법 한국환경자원공사법 수도권매립지관리공사의 설립 및 운영 등에 관한 법률 녹색제품구매촉진에 관한 법률 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률	

585) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2013, 36면.

나. 재난안전보장

우리나라의 재난관련 법률은 성격과 내용에 따라 여러 개로 구분되어 제정되어 있다. 재난안전에 관련된 기본법은 「재난 및 안전관리 기본법」이라 할 수 있다. 「재난 및 안전관리 기본법」은 각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전문화활동, 그 밖에 재난 및 안전관리에 필요한 사항을 규정하기 위한 법이다.

「재난 및 안전관리 기본법」은 재난을 자연재난과 사회재난으로 구분하고 있다. 자연재난을 태풍, 홍수, 호우, 강풍, 풍랑, 해일, 대설, 낙뢰, 가뭄, 지진, 황사, 조류 대발생, 조수, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해라고 정의하고 있고, 사회재난을 화재·붕괴·폭발·교통사고·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산 등으로 인한 피해로 정의하고 있다.

그리고 자연재난과 관련된 개별법으로는 「자연재해대책법」이 있다. 「자연재해대책법」은 태풍, 홍수 등 자연현상으로 인한 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산과 주요 기간시설을 보호하기 위하여 자연재해의 예방·복구 및 그 밖의 대책에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위한 법률인데, 「자연재해대책법」은 「재난 및 안전관리 기본법」에 대한 개별법이라 할 수 있다. 왜냐하면 「자연재해대책법」 제2조 제1호는 재해에 대하여 ‘「재난 및 안전관리 기본법」 제3조 제1호에 따른 재난으로 인하여 발생하는 피해’라고 하고 있기 때문이다. 또한 「지진재해대책법」도 자연재난 개별법이라 할 수 있다. 2009년 3월 25일부터 시행된 「지진재해대책법」은 지진과 지진해일로 인한 재해로부터 국민의 생명과 재산 및 주요 기간시설을 보호하기 위하여 지진과 지진해일의 관측·예방·대비 및 대응, 내진대책과 지진재해를 줄이기 위한 연구 및 기술개발 등에 필요한 사항을 규정하고 있다. 또한 자연재난의 피해를 입은 사람의 구호와 의연금품의 모집절차 및 사용방법 등에 관하여 필요한 사

항을 규정하고 피해를 입은 사람의 보호와 그 생활안정에 이바지하기 위하여 「재해구호법」이 있다.

사회재난과 관련해서는 「소방기본법」이 있다. 「소방기본법」은 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해, 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급 활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕 및 질서 유지와 복리증진에 이바지하기 위한 법률이다. 이 외에도 사회재난에 감염병 또는 가축 전염병의 확산 등으로 인한 피해도 사회재난으로 보아 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」과 「가축전염병예방법」도 개별법이라 할 수 있다.

그 밖에 위기관리와 관련하여 전시나 사변, 테러 등 준 전쟁발생상태와 관련된 업무를 수행하기 위하여 「민방위기본법」이 있고 이와 관련하여 광범위하게 보면 「비상대비자원관리법」이 있다.

이를 종합해 보면 「재난 및 안전관리 기본법」을 재난관련 기본법으로 하여 자연재난에는 「자연재해대책법」과 「지진재해대책법」 그리고 「재해구호법」이 개별법으로 있고, 사회재난의 경우에는 「소방기본법」 등이 있다고 할 수 있다.

[표 5] 재난 및 안전관리 기본법

기본법	재난 및 안전관리 기본법	
개별법	자연재난	자연재해대책법, 지진재해대책법, 재해구조법, 급경사지 재해예방에 관한 법률 등
	사회재난	소방기본법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 가축전염병예방법 등
	해외재난	해외긴급구호에 관한 법률

이 외에도 사고로부터 국민의 신체와 재산을 보호하기 위하여 여러 법률들이 있다. 예를 들어 해수면과 내수면에서 조난된 사람, 선박, 항공기, 수상레저기구 등의 수색·구조·구난 및 보호에 필요한 사항을 규정함으로써 조난사고로부터 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하고 공공의 복리증진에 이바지하는 것을 목적으로 하는 「수난구호법」이 있고, 화재, 재난·재해 및 테러, 그 밖의

위급한 상황에서 119구조·구급의 효율적 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국가의 구조·구급 업무 역량을 강화하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하며 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 하는 「119구조·구급에 관한 법률」이 있으며, 초고층 및 지하연계 복합건축물과 그 주변지역의 재난관리를 위하여 재난의 예방·대비·대응 및 지원 등에 필요한 사항을 정하여 재난관리체제를 확립함으로써 국민의 생명, 신체, 재산을 보호하고 공공의 안전에 이바지함을 목적으로 하는 「초고층 및 지하연계 복합건축물 재난관리에 관한 특별법」이 있다. 또한 농업 및 어업 생산에 대한 재해를 예방하고 그 사후 대책을 마련함으로써 농업 및 어업의 생산력 향상과 경영 안정을 도모하기 위하여 「농어업재해대책법」이 있고, 재해의 근원적 예방과 항구적 복구 등을 위하여 재해위험지구의 개선에 필요한 재해방지대책 등에 관한 사항을 규정함으로써 국민의 생명과 재산 보호에 기여함을 목적으로 하는 「재해위험 개선사업 및 이주대책에 관한 특별법」이 있으며, 저수지·댐의 붕괴 등으로 인한 재해로부터 국민의 생명·신체 및 농경지 등 재산을 보호하기 위하여 저수지·댐의 안전관리와 재해예방을 위한 사전점검·정비 및 재해발생 시 대응 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 저수지·댐의 효과적인 안전관리 체계를 확립하고 공공의 안전에 이바지함을 목적으로 하는 「저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률」 등이 있다.⁵⁸⁶⁾

「재난 및 안전관리 기본법」에서는 재난을 자연재난과 사회재난으로 구분하고 있고 해외재난에 대해서도 규정하고 있다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조 제2호에 따르면 ‘해외재난’이란 대한민국의 영역 밖에서 대한민국 국민의 생명·신체 및 재산에 피해를 주거나 줄 수 있는 재난으로서 정부차원에서 대처할 필요가 있는 재난을 말한다. 「재난 및 안전관리 기본법」에서 재난을 자연재난, 사회재난 및 해외재난으로 구분하여 개념정의하고 있는 것은 합리적이고 타당한 입법이라 할 수 있다. 재난의 경우 재난의 원인과 장소에 따라 그 대응이 달라야 하고 이에 대한 대책이 달라야 하기 때문에 구분할 필요가 있다. 그러나 「재난 및 안전관리 기본법」에서 규정하고 있듯이 해외재난의 경우에는

586) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호, 2014. 11, 84-86면.

구체적인 개별법이 없는 실정이다. 해외재난의 경우 재외국민이 자연재난이나 혹은 사회재난으로 인하여 스스로의 안전을 확보할 수 없고 체류국으로부터 적절한 보호를 받을 수 없는 경우에 국가가 취하여야 할 보호조치와 관련된 내용을 담은 가칭 ‘재외국민보호법’의 제정이 필요한 상황이다. 이와 관련하여 19대 국회에서는 2015년 5월 말까지 5건의 ‘재외국민보호법’안과 1건의 ‘재외국민의 보호에 관한 법률’안이 제출되었고, 18대 국회에서도 ‘재외국민보호법’안이 제출되었으나 임기만으로 폐기되었다.

해외에서 발생하는 재난 및 위기 상황에서의 자국민 보호를 위한 지원 및 조정 체계를 확립할 필요가 있다. 현재 「재난 및 안전관리기본법」에 의하면 해외재난이 발생한 경우 외교부장관이 중앙대책본부장의 권한을 행사하도록 되어 있다(「재난 및 안전관리 기본법」 제14조 제3항). 이에 따라 외교부장관은 해외에서 발생한 대규모재난의 수습을 지원하기 위하여 관계 중앙행정기관 및 관계 기관·단체의 재난관리에 관한 전문가 등으로 수습지원단을 구성하여 현지에 파견할 수 있고, 외교부장관은 구조·구급·수색 등의 활동을 신속하게 지원하기 위하여 국민안전처 소속의 전문 인력으로 구성된 특수기동구조대를 편성하여 재난현장에 파견할 수 있도록 되어 있다(「재난 및 안전관리기본법」 제14조의2). 또한 재외공관의 장은 관할 구역에서 해외재난이 발생하거나 발생할 우려가 있으면 즉시 그 상황을 외교부장관에게 보고하여야 하고, 보고를 받은 외교부장관은 지체 없이 해외재난 발생 또는 발생 우려 지역에 거주하거나 체류하는 대한민국 국민의 생사확인 등 안전 여부를 확인하고, 국민안전처장관 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 해외재난국민의 보호를 위한 방안을 마련하여 시행하여야 한다(「재난 및 안전관리기본법」 제21조).

「재난 및 안전관리기본법」에 의하여 재난이란 자연재난과 사회재난을 의미하고 해외재난이란 대한민국의 영역 밖에서 대한민국 국민의 생명·신체 및 재산에 피해를 주거나 줄 수 있는 재난으로서 정부차원에서 대처할 필요가 있는 재난을 말하고 있으므로 외국에서 발생한 내란 및 인질 억류 또는 납치 등의 상황으로 인한 경우는 관할 범위에 속하는지 여부가 불분명하다. 「재난 및 안전관리기본법」은 주로 재해 및 사고 발생 시를 겨냥하고 있는 만큼, 외국에서의 전쟁 또는 내란 및 인질 억류 또는 납치 등 인위적 재난이 발생한 경우

에는 적용되지 않는다. 또한 정부차원의 대처가 필요하지 않은 경우에는 해외 재난이 아니기 때문에 「재난 및 안전관리기본법」이 적용되지 않는다. 따라서 이러한 경우에 있어서의 재외국민보호를 위해서는 별도의 법 규정에 의하여 범정부 차원의 위기대응체계를 갖추어야 할 것이다. 다른 국가들의 예처럼 극한적 상황에서의 군사적 방법에 의한 구출의 필요성을 감안하여, 이러한 위기 대응체계 속에는 필요하다면 국방부가 참여할 수 있는 가능성을 열어 놓을 필요도 있다.

이와 관련된 법으로서 2007년에 제정된 「해외긴급구호에 관한 법률」이 있다. 동법은 제2조 제1호에서 「해외재난」에 대하여 정의하기를, 이는 “대한민국의 영역 밖에서 발생한 천재지변·대형사고 그 밖의 재해 또는 사고로 인한 신체 및 재산상의 대규모 피해를 말한다.”고 규정하고 있다. 그리고 동법은 이러한 해외재난시의 구호를 위한 조직으로서 「해외긴급구호협의회」(위원장 : 외교부장관)와 「해외긴급구호본부」(본부장 : 외교부장관)를 두도록 규정하고 있으며, 외교부장관은 관계 중앙행정기관장들과 협의하여 「해외긴급구호대」를 편성하며 협의회의 의결에 따라 이 구호대를 파견할 수 있도록 되어 있다(「해외긴급구호에 관한 법률」 제8조 내지 제11조). 그러나 「해외긴급구호에 관한 법률」은 해외재난시에 「재외국민」의 보호를 목적으로 하는 것이 아니며, 「피해국」을 지원하는 것이 그 주된 목적이다. 즉, 동법 제2조 제2호는 해외긴급구호를 「해외재난에 의하여 발생한 피해의 감소·복구 또는 인명구조·의료구호 등 정부 차원에서 피해국을 긴급히 지원하는 모든 활동」으로 정의하고 있어 그 목적이 다르다고 할 수 있다. 따라서 「해외긴급구호에 관한 법률」은 「재외국민」의 보호와는 직접적인 관련이 없다고 할 수 있다. 요컨대, 해외에서 재난이 발생한 경우에 국민의 생명과 신체를 보호하기 위한 목적의 법률로서는 「재난 및 안전관리 기본법」만이 있다고 할 것이며,⁵⁸⁷⁾ 이 법은 내란 및 테러 등 중대한 인위

587) 우리 법체계상 재외국민의 보호와 관련된 법률로는 「재외국민등록법」, 「여권법」 등이 있다. 그러나 「재외국민등록법」은 외국에 거주하거나 체류하는 대한민국 국민을 등록하도록 하여 재외국민의 현황을 파악하는 것을 주요 내용으로 하고 있고, 「여권법」상의 보호조치는 해외위난상황이 발생한 특정 국가나 지역에서의 여권의 사용제한이나 방문·체류를 금지하는 정도의 수준에 그치고 있다.

적 재난에 있어서의 재외국민 보호는 포함하지 않고 있으며, 재외국민의 개인적 위난, 예를 들어 납치 등의 범죄피해 같은 경우도 포함되지 않는다. 따라서 그러한 위난 상황에서의 재외국민보호와 관련해서는 위의 기관들과는 별도의 기관이 구성되어야 할 것이다.⁵⁸⁸⁾

재외국민보호와 관련하여 2008년 5월 2일 제정된 「재외국민보호를 위한 영사업무 지침」(외교통상부 훈령 제110호)이 있다. 동 지침에서 생명·신체에 대한 위해 또는 재산상의 중대한 손해가 발생하고 이로 인하여 국가의 보호가 요구되는 재외국민을 보호할 수 있는 규정들을 담고 있다. 그러나 동 지침은 실무적이고 개별적인 수준의 대응이어서 지금까지는 해외에서의 위급한 상황에 대해 적극적이고 체계적으로 대처할 수 있는 포괄적인 보호대책이 충분하지 못하다고 할 수 있다. 헌법 제2조 제2항에서는 국가의 재외국민 보호의무를 부과하고 있고, 재외국민이 생명·신체 및 재산의 침해위험이나 각종 긴급한 상황이 발생할 경우 국가의 재외국민의 보호를 위한 체계를 확립하고 국민의 안전한 국외 체류·거주 및 여행을 보장하기 위해서는 재외국민보호법이 필요하다고 할 것이다.

588) 전학선, 재난관리법제의 문제점 및 개선방안, 외법논집 제38권 제4호, 2014. 11, 90-91면.

제4장 결론

올해는 권리대헌장으로 불리는 마그나 카르타(Magna Carta Liberatum)가 1215년에 제정되고서 800년을 맞이하는 뜻깊은 해이다. 이 마그나 카르타는 봉건제도하에서 당시 신하들과 소수의 자유민들이 국왕의 자의적인 권력 행사에 맞서서 일정한 특권(Privilege)을 얻어낸 문건에 불과했지만, 여기서 비롯된 권력 통제와 이에 따른 신분적 특권이 이후 모든 시민들의 보편적 자유(Freedom)로 확대되었다는 데에 그 역사적 의미를 갖는다. 특히 신체·생명의 자유와 관련해서 마그나 카르타 제39조는 “어떤 자유인도 신분동료들의 법률적 판결에 근거해서나 법에 따르지 않고서는 공격받거나, 감금당하거나, 소유지로 부터 추방되지 않는다.”고 밝혔다. 이 조항은 이후 1679년에 제정된 인신보호율(Habeas Corpus Act)을 통해 더욱 구체화되었고, 이어서 오늘날에는 법치주의 원리와 결합한 적법절차원칙(Due Process of Law)으로 발전하였다. 예컨대 1789년 프랑스인권선언문 제7조는 마그나 카르타의 위 조항을 그대로 옮긴 것과 다를 바가 없다. 그리고 이어서 마그나 카르타 제40조는 “권리와 정의는 양도, 거부 또는 지연될 수 없다.”고 선언함으로써 인권의 양도불가원칙이 마련되었다.

거대한 자연 속에서 미약한 존재인 인간은 인류사적으로 생존 본능과 이성을 동원하는 가운데 그간 자신과 가족의 신체와 생명을 지켜내기 위해 많은 힘겨운 노력을 기울여 왔다. 즉 맹수, 추위, 굶주림 등의 원초적 공포와 두려움이 처음 맞닥뜨린 대상이었다. 그 해결책은 무리 짓기, 즉 공동체의 형성, 경작(耕作)과 이기(利器)의 발명 등이었다. 인간들이 무리지어 모인 작은 공동체는 이후 점차 더 큰 공동체로 발전해갔고, 궁극적으로는 오늘날 목도되는 국가의 형상과 기능을 갖게 되었다. 인류가 생존의, 보다 엄밀하게는 안전한 공존의 필요성 때문에 형성한 공동체 내부에서 자생적으로 권력(Power)이 자리 잡았고, 이후 공동체의 규모가 커짐에 따라서 이 권력 또한 더욱 그 힘이 커져갔고, 앞서 언급한 1215년 마그나 카르타의 제정에서 확인되듯이 자의적인 권력의 통제 필요성에 당면하였다. 이 국가는 어느새 이성(理性)의 최고 발현체로 이

해되면서 그 자체 즉자(卽自)적인 존재로 승인되면서 국가이성이 우선하는 국가절대주의로까지 발전하였다. 그 과정에서 국가는 모든 사적 권력의 행사를 배제하면서 권력을 독점하는 가운데 이로부터 비롯하는 여러 문제점에 대한 비판과 성찰이 꾸준히 제기되어왔다. 이에 대한 응답의 하나가 바로 홉스(T. Hobbes), 로크(J. Locke)와 루소(J. J. Rousseau)가 주창한 사회계약론이었다. 즉 개인들이 가진 자유에 대한 자연법적인 상상의 표현인 사회계약론에서 한 민족 전체는 본래적으로 평등하고 자유로운 인간들의 자발적인 결합체로서 이해되는데, 자유롭고 평등한 구성원들의 다수의사에 기초하는 국가는 지배계약을 통해 형성되고, 공동체는 계약을 통해 그 권력의 행사를 이를 신탁 맡아서 잘 관리할 수 있는 하나 내지 여러 사람들에게 위임한다는 것이다. 즉 지배자가 갖는 권력 내지 권한의 한계가 무엇보다도 공동체 구성원들의 생명, 자유 및 재산의 보장에 있다는 사실을 강조한다.

자연 그 자체와 가뭄, 홍수, 지진 등의 자연재해는 인류에게 늘 자신과 가족의 생명을 위협하는 두려움과 극복의 대상이었다. 예컨대 물을 가두는 보(堡)와 댐 등을 건설함으로써 가뭄, 홍수와 같은 자연재해로부터 벗어나려는 집단적 노력이 일정하게 성공적이기도 했으나, 자연재해 그 자체는 애당초 극복 불가능성하에 놓여있다. 심지어 과학기술의 발전과 함께 자연을 지배하려는 부단한 노력이 행해졌으나 결코 성공적이지 못했다. 처음에는 간단한 경작도구와 사냥도구로 시작되었던 문명의 여러 이기(利器)들은 오늘날 자동차, 비행기와 같은 최첨단의 이동수단과 원자력의 이용에 이르렀다. 심지어 인명을 대량으로 살상하는 전쟁무기 등의 발명도 잇따랐다.

그리고 자연 자체가 수시로 야기하는 위협과는 별도로 문명의 발전과 함께 파생되는 부수되는 위협, 즉 사회적 재해 또한 증대해갔다. 이러한 가운데 생활주변에 만연화된 위험상황을 포착해서 울리히 벡 등이 주창하는 위험사회론이 점차 그 설득력을 더해갔다. 예컨대 울리히 벡은 이러한 현대사회의 모습을 “언제 터질지 모르는 문명의 화산 위에서 살아가는 (불안한) 삶”으로 비판적으로 묘사한다.

인간의 생명과 관련해서는 의식주 등 주변적인 생활환경의 개선, 예방의학과 의료적 치료기술의 발전과 더불어서 평균수명이 점차적으로 증대되어왔다. 이

처럼 개개인의 수명 연장은 그 자체 개인적인 측면에서는 질병으로부터의 위험 축소에 따른 긍정적 결과이지만, 사회 전체적 차원에서는 노동력 및 노동생산성 증가의 변곡점을 넘어선 시점부터 고령화사회화에 따른 또 다른 위험의 야기 및 증대를 뜻한다. 이처럼 자연재해와는 달리 사회적 재해는 패러독스한 양면성을 갖기 때문에 위험 관리의 복잡성도 그만큼 더 증가한다.

그 과정에서 국가의 기능 및 역할의 변화도 주목된다. 공권력행사의 주체인 국가는 개인의 신체와 생명의 자유에 있어서 전통적으로 소극적인 불개입을 통해 개인이 갖는 자유를 최대한 보장하는 것으로 주어진 자신의 소임을 다하는 것으로 이해되어 왔다. 즉 과거에는 헌법상 보장되는 신체의 자유, 생명권 등을 근거로 국가의 부당한 침해를 배제하는 것으로 최대한의 자유가 보장되는 상황이었다. 그리고 고대와 중세의 국가에서 가뭄에 따른 기근과 홍수 등의 천재지변, 즉 신민의 안전을 심각하게 위협하는 자연현상은 통치자의 정당성을 의심케 하는 중요한 기제였으며, 오늘날에도 시민의 안전은 여전히 정부의 정당성문제와 직결되는 사안이다. 특히 자연재해뿐만 아니라 사회적 재난의 예방과 방지를 위해 국가는 예컨대 소방법 등의 각종 안전 관련 법률들을 제정하고 이를 감독하고 관리하는 관련 행정기구들을 확보해왔다. 이에 대한 국가의 책임성을 확보하기 위해 헌법상의 기본권으로서 국가배상청구권 그리고 영조물하자책임의 법리 등을 발전시켜왔으며, 유감스러운 결과로 재난에 처한 시민들에게는 필요한 피해구조 내지 사회보장시스템을 형성해왔다. 이러한 가운데 ‘안전할 권리’ 즉 ‘안전권’이 새로이 적극적으로 논의되고 있다. 그러나 시민의 안전은 개별 기본권으로 논하기 이전에 이미 국가가 존립하는 당연한 과업이자 목표이다. 그러나 존재하는 그리고 가능한 모든 위험으로부터 시민을 전적으로 안전하게 지켜주기를 국가에게 기대할 수는 있지만, 이를 법적으로 관철시키는 것은 사실상 국가에게 불가능한 것을 요구하는 것과 다를 바가 없다. 만일 국가에게 이를 법적으로 요구한다면, 국가는 사회 내의 절대적인 안전 확보를 위해 모든 필요한 조치들을 위한 권한을 가지게 되고, 이로써 다른 한편 시민의 자유가 그만큼 제한되는 불이익을 감수해야만 하기 때문이다. 그렇지만 최근에 빛어지는 여러 사회적 재난에 당면해서 안전을 위한 국가의 관리·감독의 책임성을 더욱 강화하고 이를 보다 분명하게 하기 위해서 ‘안전권’을 기본권

목록에 삽입하는 것은 비록 선언적일지라도 나름의 의미가 있다고 본다.

시민의 자유, 특히 안전 보장을 위해 일찍부터 공법의 영역에서 소위 ‘기본권보호의무론’과 ‘보장국가론’이 이론과 판례를 통해 정립되어왔다. 특히 국가에게 주어진 기본권보호의무로부터 개별 시민이 기본권보호청구권을 주장할 수 있는지 여부가 논란되었다. 이는 기본권보호의무를 객관법적 내용으로 아니면 주관적 권리로 이해하는지 여부의 문제와 직결된다. 기본권보호의무가 구체적으로 문제시된 사안에서 그간 통상적으로 과잉금지원칙에 대응하는 ‘과소보호금지원칙’이 심사기준으로 적용되어왔다. 그러나 과소보호금지원칙에 따른 심사기준을 적용하는 경우에도 법원이 그 보호수준을 어느 정도에서 결정하는지는 여전히 논란적이다. 즉 기본권보호의무의 최소보호의 수준은 일의적으로 확정할 수 없다. 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위협의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다고 본다.

독일에서도 시민의 안전이 국가에게 주어진 과제이자 목표인 점에 의문의 여지가 없다. 2004년 5월에 ‘민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청의 설치에 관한 법률(Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe)’의 제정과 함께 소위 ‘민간보호 및 재난구호를 위한 연방행정청(BBK: Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe)’이 설치되었다. 이는 재난 대응을 위한 연방의 인적자원을 포함한 가용자원 그리고 주가 보유하고 있는 자원에 대한 자료의 유지 및 지원 그리고 민간 구호기관들과의 유기적 관계 유지 등의 역할을 담당한다. 그리고 통합적 재난관리기관으로서 테러 등 군사적 상황에 의한 재난까지도 그 관할로 하고 있다. 연방국가의 특성상 재난관리에 있어서 제1차적인 권한과 책임은 주정부가 떠맡는다. 이를 위해 각 주별로 재난방지법(Katastrophenschutzgesetz)이 제정되어있다.

영국 식민지로서의 당시 억압상황을 벗어나서 스스로 시민의 안전과 행복을 확보하기 위해 새로운 국가를 건설하고자 했던 1776년의 미국 독립선언문의 정신에 따르더라도 미국에서도 시민의 안전은 국가에게 당연한 과제이자 달성해야할 목표이다. 영토의 광역성과 건국초기부터 발달된 지방자치제도 때문에 카운티 정부 중심으로 형성된 제1차적인 권한과 책임이 특징적이다. 이후 허리케인 등에 따른 대규모 재해가 발생한 가운데 1974년에는 재해구호법(Disaster

Relief Act)이 제정되고 1979년에는 기존의 분산된 위기관리기구들을 통합하면서 연방위기관리청(FEMA)이 설치되었다. 이로써 위험예방과 관리에 있어서 카운티 정부, 주정부, 연방정부간의 유기적으로 협력적 관계를 구축하고 있다. 그리고 9.11테러 이후에 연방위기관리청은 국토안보법(Homeland Security Act)의 제정과 함께 국토안보부(DHS)에 흡수되었다. 그러나 대테러예방을 목적으로 마련된 소위 ‘애국법(USA PATRIOT ACT)’의 과잉적인 성격과 관련한 논란이 이후 지속적으로 제기되고 있다.

프랑스에서도 재난 예방 및 관리와 관련해서는 주로 국내안전법전(Code de la sécurité intérieure)을 제정하여 다루고 있는데, 재난 구조와 관련해서는 중앙 차원과 지역단위 차원에서 적절한 권한과 책임을 정하면서 상호 공조 내지 유기적 협력관계를 구축하고 있다. 즉 중앙차원에서는 내무부 산하의 시민안전총국(la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises)이 이를 담당하고 있다. 특징적인 제도는 1952년에 설치된 소위 ‘오르섹 계획(Plan d’Orsec)’인데 국가방위 및 시민안전의 대책수립 중 일반계획이자 집행계획으로서 국민에 대한 전반적인 보호에 협력하는 모든 공인과 개인의 구조활동 현대화, 실행과 협력 조직화를 목적으로 한다. 이 오르섹 계획은 다시 세 가지로 구분되는데, 데빠르트망 오르섹 계획(Le plan Orsec départemental)과 지역 오르섹 계획(Le plan Orsec de zone) 그리고 해양 오르섹 계획(Le plan Orsec maritime)이다.

일본에서도 여느 다른 국가들과 별반 다를 바가 없이 시민의 안전 확보는 국가목적이며, 시민을 ‘위험으로부터 보호할 의무’는 국가에게 있음이 당연히 확인된다. 특히 일본에서는 질병, 식품안전, 산업재해 및 교통재해 등의 위험으로부터 시민들의 안전을 확보하기 위해 관련 법제와 행정기구 및 높은 시민의식이 뒷받침되고 있다. 주지하듯이 일본은 지리적 특성상 지진, 태풍 등의 자연재해가 상대적으로 빈번한 나라이기 때문에 이에 대비해서 대표적으로 ‘재해대책기본법’과 ‘대규모재해로부터 부흥에 관한 법률’ 등 시민의 안전과 생명을 보장하기 위한 예방 및 복구 시스템이 특히 발달하여 왔다. 이에 부수해서 원자력의 이용과 안전과 관련해서 나름대로 안전한 시스템을 갖추었다고 자부해 왔으나, 지난 2011년의 소위 ‘동일본 대지진’과 잇따른 대규모 쓰나미로 인한

원자력발전소의 사고는 앞으로도 예측하기 어려운 대규모 사상자를 발생시켰다. 이어서 바로 ‘동일본대재해부흥기본법’이 제정되어 복구작업에 착수하기는 했지만, 이후 일본 시민사회에서 ‘탈원전’을 위한 국민적 공감대가 더욱 확산되고 있다고 평가된다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강욱 등, “국가 재난관리 체계의 혁신과 발전방향: 모든 위험 접근법을 중심으로”, 「한국경호경비학회지」 제43, 한국경호경비학회, 2015.
- 계인국, “규제개혁과 행정법”, 정보통신기술 발전과 규제개혁/한국규제법학회/서울대학교 공익산업법센터/사법정책연구원 공동학술대회 자료집, 2015. 9. 11.
- 고창석, 양기근, “재난관리에 있어 군의 역할과 대비방향”, 「한국위기관리논집」 제8권 제2호, 위기관리 이론과 실천, 2012.
- 김광수, “행정조사기본법에 대한 진술”, 국회정무위원회 공청회자료, 2006. 11. 24.
- 김대환, “국가의 국민안전보장 의무”, 「공법학연구」 제15권 제3호, 한국비교공법학회, 2014. 8.
- 김덕준, “미국 재난관리체계와 정부간 관계”, 「한국정책연구」 제4권 제2호, 경인행정학회, 2004.
- 김동희, 『행정법(I)』, 박영사, 2015.
- 김상겸, “계약법에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제11권 제4호, 한국헌법학회, 2005. 12.
- 김성수, 『일반행정법』, 홍문사, 2014.
- 김성원, “국제법상 인간안보개념의 전개에 관한 일고찰”, 「법학논총」 제24권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, 「법학연구」 제5권, 홍익대 법학연구소, 2003.
- 김신, 『행정부담 감축을 위한 행정조사의 개선에 관한 연구』, 한국행정연구원, 2013. 12.

- 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007. 8.
- 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009.
- 김판기, “규제행정법상의 경제적 효율성에 대한 고찰”, 「홍익법학」 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013.
- 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 : 참정권과 청구권을 중심으로”, 「고려법학」 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012. 12.
- 김현준, “공공갈등과 행정법학 - 보장국가에서의 갈등해결형 행정법 서설 -”, 「서강법학연구」 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009.
- 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, 「행정법연구」 제22호, 행정법이론 실무학회, 2008.
- 김현희, “프랑스 시민안전법제에 있어서의 재난관리체계에 관한 고찰”, 『국민 안전 구축을 위한 공법적 대응방안』, 한국비교공법학회 제71회 학술대회자료, 한국비교공법학회, 2014. 7.
- 민경식, 『스마트 위험사회가 온다』, 살림, 2012.
- 민병로·손형섭, 『일본관례헌법』, 전남대학교출판부, 2011.
- 박균성, “과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구”, 「행정법연구」 제21호, 한국행정법학회, 2008.
- 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2015.
- 박균성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2013.
- 박덕근, “외국의 재난관리 기능: 조직별, 단계별 핵심기능을 중심으로”, 충북대 국가위기관리연구소 학술세미나 자료집, 2007.
- 박덕근 등, “재난관리 체계에서의 군의 역할 - 미국의 사례를 중심으로”, 「한국 위기관리논집」 제2권 제1호, 위기관리 이론과 실천, 2006.
- 박동균, “미국의 재해구호 활동과 시스템: 특징 및 함의”, 「국가위기관리학회보」 제3권 제1호, 국가위기관리학회, 2011.

- 박한규, “지구화 시대에 있어서 안보 개념의 다차원적 분석 : 인간안보를 중심으로”, 『국제지역연구』 제11권 제3호, 2007. 12.
- 법제처, 『법령입안·심사기준』, 2012.
- 서정범·김연태·이기춘, 『경찰법연구』, 세창출판사, 2012.
- 성낙인, 『헌법학, 법문사』, 2015.
- 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 이론적 연구”, 『법학논집』 제8권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2003.
- 송재석, “미국의 재난대응 시스템과 프로그램: 허리케인 Katrina로부터의 경험과 정책적 함의”, 『한국위기관리논집』 제3권 제1호, 위기관리 이론과 실천, 2007.
- 손형섭, “위험사회에서의 헌법이론-헌법질서의 확립과 가이드라인 시대의 서언-”, 『법학연구』 제51집, 한국법학회, 2013.
- 심영섭(윝김), 『신종 질병의 세계』, 현실문화, 2012.
- 오동석, “한국전쟁과 계엄법제”, 『민주법학』 제43호, 민주주의법학연구회, 2010. 7.
- 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제45집, 한국토지공법학회, 2009. 8.
- 유현정 외 3인, 『위험사회를 사는 소비자와 생활안전』, 대영문화사, 2011.
- 이동규 등, “재난현장 사고지휘체계(ICS)의 네트워크 거버넌스 연구”, 국가위기 관리학회 하계학술대회 자료집, 2010.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『인하대학교 법학연구』 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014.
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007.
- 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, 『한·독사회과학논총』 제21권 제1호, 한독사회과학회, 2011.
- 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 『홍익법학』 제14권 제2호, 홍익

- 대학교 법학연구소, 2013.
- 이상윤, 『주요외국의 원자력관련 법령체계』, 연구보고 2011-05, 한국법제연구원, 2011.
- 이상철, “계엄법에 관한 문제점 고찰”, 「안암법학」 제12호, 안암법학회, 2001.
- 이수진, “프랑스 - 재난피해 방지를 위한 정부부처 간 공동사이트 운영”, 「국토」, 국토연구원, 2014.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2015.
- 전학선, “재난관리법제의 문제점 및 개선방안”, 「외법논집」 제38권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 11.
- 전학선, “프랑스의 계엄제도”, 「외법논집」 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 5.
- 전학선, “프랑스 헌법재판에 나타난 비례의 원칙의 적용범리”, 「유럽헌법연구」 제17호, 유럽헌법학회, 2015. 4.
- 전학선, “행정조사와 사법부의 행정부 지원”, 「유럽헌법연구」 제15호, 유럽헌법학회, 2014. 6.
- 정관선, “사전배려원칙에 관한 공법적 고찰-LMO시스템 관리를 중심으로-”, 「경희법학」 제42권 제3호, 경희대학교 경희법학연구소, 2007.
- 정문식, “안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준”, 「법과정책연구」 제7집 제1호, 한국법정책학회, 2007. 6.
- 정인섭, 『신국제법강의』, 박영사, 2013.
- 정재황, 『헌법입문』, 박영사, 2015.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2013.
- 정태호, “기본권보호의무”, 「인권과 정의」 제252호, 대한변호사협회, 1997.
- 정하명, “미국에서 국토안보부의 출범과 위기대응법제의 변화”, 「공법학연구」 제16권 제1호, 한국비교공법학회, 2014.
- 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2015.

- 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제23권 제2호, 2012.
- 조태제, “행정법상의 효율성원칙”, 「공법학연구」 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004.
- 조홍식, “리스크 法-리스크관리체계로서의 환경법-”, 「서울대학교 법학」 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2002.
- 칼 슈미트(김효진·정태호 옮김), 『정치적인 것의 개념』, 살림, 2012.
- 태영, “미국 국토안보의 대테러리즘 활동: 이무, 조직 운영체계 및 전략”, 「한국치안행정논집」 제9권 제3호, 한국치안행정학회, 2013.
- 토비아스 징엘슈타인·피어 슈톨레 (윤재왕 역), 『안전사회 - 21세기의 사회통제 -』, 한국형사정책연구원, 2012.
- 하규만, “미국의 국가재난대응체계와 시사점”, 「정부학연구」 제16권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2010.
- 하규만, 안지영, “미국의 국가 재난관리 체제가 한국에 주는 함의”, 「정부학연구」 제14권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2008.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2015.
- 홍석한, “민영화에 따른 국가의 책임에 관한 독일에서의 논의”, 「법학논총」 제17권 제3호, 조선대 법학연구원, 2010.
- 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009.
- 홍성태 옮김, 『위험사회-새로운 근대(성)을 향하여』, 새물결, 1997.
- 홍완식, “안전권 실현을 위한 입법정책”, 「유럽헌법연구」 제14호, 유럽헌법학회, 2013. 12, 22.
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2014.
- 홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011.
- 황해륙, “인간안보의 국제법적 실현에 관한 연구”, 경북대학교 박사학위논문,

2011. 6.

J.J 루소(김용구 옮김), 『전쟁과 평화』, 을유문고, 1972.

2. 영미 문헌

Alice R. Buchaller, Military Support to Civil Authorities: the Role of the Department of Defense in Support of Homeland Defense, The Library of Congress, 2007.

Brian Michael Jenkins & John Paul Godges eds., The Long Shadow of 9/11: America's Response to Terrorism 3, 2011.

Charles Doyle & Jennifer K. Elsea, The Posse Comitatus Act and Related matters: The Use of Military to Execute Civilian Law, CRS Report, 2012. August 16.

Daniel E. Lungren, A Congressional Perspective on the Patriot Act Extenders, 26 Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 427.

Danshera Cords, "Charity Begins at Home? An Exploration of the Systemic Distortions Resulting From Post-Disaster Giving Incentives", Rutgers Law Review, Vol. 44, Winter 2014.

David Cole, James X. Dempsey, Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties In The Name Of National Security, New Press, 2006.

Department of Homeland Security, National Response Framework, Second Edition, 2013.

Edward C. Liu & Charles Doyle, Government Collection of Private Information: Background and Issues Related to the USA PATRIOT Act Reauthorization, Congressional Research Service Report, 2011, 4.

George D. Haddow and Jane A. Bullock, Introduction to Emergency Management, 2nd ed., (Elsevier Inc., 2006).

- IAEA, IAEA Safety Standards Series: Legal and Governmental Infrastructure for nuclear, Radiation, Radioactive Waste and Transport Policy No. GS-R-1, 2000.
- John Locke, the Second Treatise of Government, in two Treatises of Government, Pter Laslett ed., Cambridge University Press, 1998.
- Lindsey Landolfi, Department of Defense, U.S. Northern Command, National Guard and Defense Support of Civil Authorities, Team Building and Leadership Skills, Towson University, 2013.
- Michael T McCarthy, Recent Developments: USA Patriot Act, 39 Harvard Journal on Legislation 435.
- NVOAD, Managing Spontaneous Volunteers in Time of Disaster : The Synergy of Structure and Good Intentions, 2005.
- Philip Bobbitt, The Shield of Achilles: War, Peace, and The Course of History, Anchor Books, 2003
- Richard A. Epstein, Too Pragmatic By Half, 109 Yale L.J. 1639, 2000.
- Richard Sylvès, Disaster Policy & Politics: Emergency Management and Homeland Security, CQ Press, 2008.
- Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002.
- Stephen Holmes & Cass Sunstein, The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Tax, Norton, 1999,
- Susan N. Herman, The USA PATRIOT Act and the Submajoritarian Fourth Amendment, 41 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 67.
- Timothy J. Lowenberg, “The Role of the National Guard in National Defense and Homeland Security”, National Guard, Sep. 2005.
- Thomas Hobbes(ed. by Richard Tuck), Leviathan, Cambridge University Press, 1996.

U.S. Library of Congress, Congressional Research Service, USA PATRIOT Act Additional Reauthorizing Amendments Act of 2006 (S. 2271), by Brian T. Yeh, CRS Report RS22384 (Washington, DC: Office of Congressional Information and Publishing, February 21, 2006).

3. 프랑스 문헌

Anne Debroise, LES MALADIES EMERGENTES, Larousse, 2009

Arlette Heymann-Doat et Gwénaële Calvès, Libertés publiques et droits de l'homme, 9e éd., LGDJ, 2008

Joseph Barthélemy, Le droit public en temps de guerre, RDP, 1915-1916,

Patrick Wachsmann, Libertés publiques, 6e éd., Dalloz, 2009

Préfecture des Landes Cabinet du Préfet, Dispositif Orsec - Tome 1 : Dispositions Générales, Décembre 2011.

Simon-Louis Formery, La Constitution commentée, 14e éd., Hachette, 2011.

4. 독일 문헌

Andreas Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 15 ff.

Andreas Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, 1999, S. 47 ff.

Arnd Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2006.

Arnd Uhle, Innere Integration, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, § 82.

Arno Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 485 ff.

Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 566 ff.

- Christian Calliess, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, ZRP 2002, S. 1 ff.
- Christian Calliess, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl. 2003, S. 1096 ff.
- Christoph Gusy, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 ff.
- Christoph Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1990), S. 7 ff.
- Claudio Franzius, Der Gewährleistungsstaat, Der Staat Bd. 42 heft 4 (2003), S. 493 ff.
- Dieter Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2011.
- Dietmar Willoweit, in: Randelhofer/Süß, Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 ff.
- Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985.
- Dietrich Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck, 1995.
- Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR II, 3.Aufl., 2004, § 26.
- Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993.
- Erhard Denninger, Thesen zur Sicherheitsarchitektur, insbesondere nach dem 11. September 2001, KritV 2003, S. 313 ff.
- Ernst Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 477 ff.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der

- Säkularisation, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt 1991, S. 92 ff.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 159 ff.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Untersuchung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 209 ff.
- Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als sozialologisches und sozialpolitisches Problem*, 2. Aufl., Stuttgart 1973.
- Georg Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen 1998.
- Gunnar Folke Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regulierungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 2001, S. 201 ff.
- Gunnar Folke Schuppert, Der Gewährleistungsstaat - modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 19 ff.
- Hans-Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 22 ff.
- Helmuth Schulze-Fielitz, Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts? in: Hans-Detlef Horn (Hrsg.), *FS für Schmitt Glaeser*, Berlin 2003, S. 407 ff.
- Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797. (Akademieausgabe Bd. VI, 1968, S. 203 ff.
- Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793. (Akademieausgabe Bd.

- VI, 1968, S. 273 ff.)
- John Locke, *Two Treatises of Government* (1690), in: P. Laslett (Hrsg.), 2. Aufl., 1967.
- Josef Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, §111.
- Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York 1983.
- Josef Isensee, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, in: *Essener Gespräche Bd. 11*, 1977, S. 92 ff.
- Josef Isensee, *Gemeinwohl im Verfassungsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *HStR IV*, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, § 71.
- Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR I*, 1995, § 13
- Jutta Limbach, *Ist die kollektive Sicherheit Feind der individuellen Freiheit?*, *AnwBl.* 2002, S. 454 ff.
- J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl. 2005.
- Karl-Heinz Ladeur, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995.
- Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.
- Klaus Stern, *Das Staatsrecht*, Bd. III/1, 1988, § 69.
- Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995.
- Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002.
- Martin Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen 1999.
- Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1975, S. 47 ff.
- Martin Kutscha, *Innere Sicherheit und Verfassung*, F. Roggan/M. Kutscha

- (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, S. 24 ff.
- Oliver Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 264 ff.
- Paul Kirchhof, Der demokratische Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2000, § 221.
- Rainer Wahl, Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, S. 275 ff.
- Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 7 ff.
- Thomas Hobbes, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, 1651, 2. Aufl., Berlin 2008.
- Udo Di Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, Jura 1996, S. 566 ff.
- Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994.
- Volkmar Götz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85.
- Winfred Brugger, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 101 ff.
- Winfried Hassemer, Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit, in: Vorgänge 159, 3/2002, S. 10 ff.
- Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 ff.
- Wolfgang Hoffmann-Riem, Innovationen durch Recht und im Recht, in: M. Schulte (Hrsg.), Technische Innovation und Recht, 1996, S. 3 ff.
- Wolfgang Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: P. Kirchhof u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 47 ff.

Wolfgang Hoffmann-Riem, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.

Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994.

Wolfgang Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002.

Wolfram Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007.

W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (1792), Stuttgart 1967, S. 58 ff.

5. 일본 문헌

岡本正・山崎榮一・板倉陽一郎, 「自治体の個人情報と共有の實務」, ぎょうせい, 2013.10.

皆川宏之・原昌登, 「雇用契約と大規模災害」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8.

高橋和之外3人, 『憲法 I (第4版)』, 有斐閣 (2006)

菅原愼悦, 「原子力安全行政の現状と課題—自治体の役割を中心に」, ジュリスト, No. 1399, 2010.

橋木俊昭外3人 責任編集, 『リスク學入門1』, 岩波書店, 2007.

吉村良一, 「規制権限不行使」による國家責任をめぐる近時の動向, 法律時報, 2012年84卷10号 (通卷1051号)

内閣府, 「避難行動要支援者の避難行動支援に関する取組指針」, 2013.

稲葉馨, 「東日本大震災と政府対応」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8.

山本隆司, 「消費者廳・消費者委員會—消費者安全—消費者情報」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15.

三宅雄彦, 「國家目的として安全」, 法學教室, No.

石村 修, 『憲法國家の實現—保障・安全・共生』, 尚學社, 2006.

城山英明, 「原子力安全委員會の現状と課題」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15.

城山英明, 「特集・安全確保のための取組—事故・インシデント等への対応を中心に」,

- ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15.
- 小山剛, 「震災と財産権」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8.
- 植木俊哉, 「東日本大震災と福島原発事故をめぐる国際法上の問題点」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8.
- 宇賀克也, 「運輸安全委員会の現状と課題」, ジュリスト, No. 1399, 2010. 4. 15.
- 長谷部恭男, 「國家の暴力, 抵抗の暴力—ジョン・ロックの場合」, 法社會學54号, 2001.
- 長谷部恭男, 『國內の平和』—ホッブスを讀むルソ—, 法學教室244号, 2011.
- 長谷部恭男 責任編集, 『リスク學入門3』, 岩波書店, 2007.
- 長谷部恭男, 『憲法の理性』, 東京大學出版, 2006.
- 佐藤幸政, 『憲法』, 青林書院 (2006年)
- 中里見 博, 「原發に對抗する第三の生存權を」, 法律時報, 2012年84卷6号 (通卷1047号)
- 原田大樹, 『自主規制の公法學的研究』, 有斐閣, 2007.
- 樋口陽一外, 『危機の憲法學』, 弘門堂, 2013.
- 下山憲政, 「原子力事故とリスク・危機管理」, ジュリスト, No. 1427, 2011. 8.
- 榎木敬, 『元労働基準監督官からみた安全配慮義務—實務解説とケース・スタディー—』, 新日本法規, 2015.

6. 일본 판례

- 東京高判昭和五六年七月七日判時100号三頁
- 水戸地判昭和五二年二月一七日判時八四二号二二頁
- 自衛隊八戸車兩整備工場事件, 最高裁第三小法廷 昭和50年2月25日判決(民集29卷2号143頁)
- 住民基本ネット 사건[平成20年3月6日最高裁判所第一小法廷平成19(オ)403民集第62卷3号665頁]
- 川義事件 (最高裁昭和59年4月10日第三小法廷判決).

7. 인터넷 자료

<http://www.mfds.go.kr/index.do?mid=219>

<http://www.mhlw.go.jp/bunya/roudoukijun/roudoukeiyaku01/dl/12.pdf>

<https://www.rofuku.go.jp/Portals/0/data0/sanpo/sanpo21/sarchpdf/67-4hanrei.pdf>

<http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>

研究者 略歷

李 鍾 秀

延世大學校 法科大學 法學科 卒業 (法學士)

延世大學校 大學院 法學科 (法學碩士)

獨逸 Konstanz 大學校 法學科 (法學博士, Dr. jur.)

前 憲法裁判所 憲法研究委員

現 延世大學校 法學專門大學院 教授

李 相 莖

延世大學校 法科大學 法學科 卒業 (法學士)

延世大學校 大學院 法學科 (法學碩士)

美國 Washington University School of Law(法學博士, J.S.D.)

前 光云大學校 法科大學 法學科 助教授

現 서울市立大學校 法學專門大學院 副教授

田 鶴 善

韓國外國語大學校 法科大學 法學科(法學士)

韓國外國語大學校 大學院 法學科(法學碩士)

France Paris XI Univ. 法學科(法學博士)

前 憲法裁判所 憲法研究員

現 韓國外國語大學校 法學專門大學院 教授

李 富 夏

漢陽大學校 法科大學 法學科(法學士)

韓國外國語大學校 大學院 法學科(法學碩士)

獨逸 Köln 大學校 法學科(法學博士, Dr. jur.)

現 嶺南大學校 法學專門大學院 教授

孫 亨 燮

中央大學校 法科大學 法學科(法學士)

中央大學校 法科大學 法學科(法學碩士)

日本 東京大學 法學政治學研究科(法學博士)

前 憲法裁判所 憲法研究員

現 慶星大學校 法政大學 法學科 助教授

관 권

소 유

헌법재판연구 제26권

국민의 생명·신체보호에 관한
헌법상 쟁점에 관한 연구

2015년 12월 10일 인쇄

2015년 12월 15일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (대) 708-3456

인쇄 (주)서라벌 E&P

(비매품)

