

# 기본권경합과 본안심사

- 기부금품 모집 등록제 합헌결정에 대한 비판

Grundrechtskonkurrenz und Begründetheitsprüfung

- Anmerkungen zu den Sammlungsgesetz-Entscheidungen des KVerfG

정광현\*

Chung, Kwang-Hyun

## I. 서론

이 글은 헌재 2016. 11. 24. 2014헌바66등 결정 및 헌재 2018. 3. 29. 2015헌마377 결정(이하 통칭하여 ‘대상 결정’)에 대하여 평석하는 글이다.

대상 결정과 관련해서는 일련의 선례들이 있다. 먼저, 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정에서는 구 ‘기부금품모집금지법’(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고, 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것) 제3조에 대해 일반적 행동자유권 침해를 들어 위헌 선언을 한 바 있다. 이 법률조항은 허가를 받지 않은 기부금품의 모집을 전면적으로 금지하고, 다만 국제적 모금(제1호), 천재, 지변 기타 이에 준하는 재액을 구휼하기 위한 모금(제2호), 국방기재 헌납을 위한 모금(제3호) 등 7가지 경우에 한하여 모집 행위를 허용하고 있었다. 헌법재판소는 설령 기부금품 모집과정에서 일정한 폐해나 부작용이 문제될 수 있다 하더라도, 그것은 기부금품 모집행위를 원칙적으로 금지함으로써가 아니라, 모집행위의 절차나 방법 등에 대한 통제에 한하는 게 상당하다는 관점에서 위 조항이 위헌이라고 판단한 것이다.

하지만 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정에서는 앞서 본 구 ‘기부금품모집금지법’ 제3조와 기본골격 면에서 별로 달라지지 않은 구 ‘기부금품모집규제법’(1999. 1. 18. 법률 제5631호로 개정되고, 2006. 3. 24. 법률 제7908호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제2항 등에 대해 오히려 합헌선언을 하였다. 종전에는 기부금품 모집허가가 재량행위로서 규정되어 있었던 데 반하여, 심판대상 구 기부금품모집규제법 제4조 제1항, 제2항 등에서는 기속행위로 규정되어 있었고, 모집행위 허가사유도 종전보다 훨씬 포괄적으로 규정된 점 등에 비추어 일반적 행동자유권에 대한 과도한 제한이 있다고 보기 어렵다는 것이 그 이유였다.

---

\* 한양대학교 법학전문대학원 부교수.

그 후 종전의 ‘기부금품모집규제법’이 ‘기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률’(이하 ‘기부금품법’)로 개정됨과 동시에 ‘허가제’도 ‘등록제’로 전환되었다. 대상 결정은 바로 이러한 개정법상의 등록제에 관한 규정과 사전등록하지 않은 채 모집행위를 할 경우 그에 대한 처벌규정을 심판대상으로 하였는데, 그 판시내용은 대체로 전술한 현재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정의 그것을 답습하였다. 하지만 대상 결정에 이르기까지 전술한 일련의 판례들에서 일반적 행동자유권의 침해여부 이외에 표현의 자유 또는 평등권에 대한 침해여부에 관한 판단은 단 한 번도 본격적으로 이루어지지 않았다. 이 글은 이 부분에 대한 의문에서 출발한다. 그 법도그마틱적 배경에 ‘기본권경합’의 처리방법에 관한 고민이 주로 바탕에 깔려 있다. 이하에서, 대상 결정의 소송경과와 결정요지를 간략히 개관한 다음, 전술한 문제에 대해 검토하도록 한다.

## II. 대상 결정의 소송경과와 결정요지

### 1. 현재 2016. 11. 24. 2014헌바66등 결정

#### (1) 소송경과

이 결정은 2014헌바66 사건과 2015헌바342 사건의 병합사건에 대한 결정이었다. 병합된 두 사건은 모두 청구인들이 등록청에 기부금품 모집에 관한 사전등록을 하지 않은 채 인터넷 게시판에 기부금품 모집광고를 함으로써 기부금품법을 위반하였다는 공소사실로 형사재판절차 진행중 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원을 제기한 공통점이 있다.

심판대상조항은 구 기부금품법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2014. 11. 19. 법률 제12844호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제2항과 기부금품법(2010. 6. 8. 법률 제10346호로 개정된 것) 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니한 것’에 관한 부분이었다.

청구인들은 ‘기부금품의 모집’의 의미 자체가 불명확하고, ‘등록 대상이 되는 모집행위의 범위’도 불분명할 뿐만 아니라, 기부금품 모집 등록이 허용되는 사업 중 하나로서 “그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업”을 규정한 것도 그 취지가 불명확하다는 점 등을 들어 죄형법정주의의 명확성 원칙 위반을 주장하였다. 나아가, 1천만 원 이상의 기부금품을 모집하려는 자에 대해 예외 없이 사전등록의무를 부과하고 이를 위반할 경우 형사처벌을 할 수 있게 한 것은 일반적 행동자유권을 침해한다고 다투었다.

(2) 결정의 요지

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 전술한 심판대상조항들 모두에 대해 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 내렸는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「1) 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

기부금품법 제2조 제2호에서 “기부금품의 모집”이란 서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위를 말한다고 규정하고 있어 ‘모집’의 의미를 명확히 하고 있다.

또한 관련 조항들을 종합해 보면, 등록청에 등록하지 아니하고 기부금품을 모집한 자는 모집기간인 1년 이내에 1천만 원 이상의 기부금품을 모집한 경우에만 처벌의 대상이 되는 것으로 봄이 상당하므로, 등록의 대상이 되는 모집행위가 불명확하다고 볼 수 없다.

2) 일반적 행동의 자유 침해 여부

심판대상조항이 일정액 이상의 기부금품을 모집하고자 하는 자에 대해 등록의무를 부과하고 등록 대상을 일정한 경우로 제한한 것은 무분별한 기부금품의 모집을 방지하고 모집된 기부금품의 적정한 사용을 보장하기 위한 것으로서, 목적의 정당성과 수단적 적합성이 인정된다.

또한 기부금품모집에 대한 규제가 중진의 허가제에서 현재의 등록제로 완화된 점, 등록요건에 관한 행정청의 심사가 형식적 심사에 그치는 점, 연간 모집액이 1천만 원 미만인 소규모 모집의 경우에는 이러한 등록의무 없이 자율적인 모집이 가능한 점, 사익만을 목적으로 하거나 불법을 목적으로 하는 사업 등은 등록대상에서 제외함으로써 모집행위를 사전에 제한할 필요가 있는 점, 그 이외의 대부분 공익사업의 경우에는 기부금품의 모집이 가능한 점, 등록하지 아니하고 기부금품을 모집한 자에 대하여 벌금형도 아울러 규정되어 있고 형의 하한이 없어 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 부과될 수 있도록 하고 있으므로, 위 조항들의 법정형이 입법재량의 범위를 넘어 과도한 제재를 부과하고 있다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 침해최소성이나 법익균형성을 갖추지 못했다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 일반적 행동자유권을 침해한 것이 아니다.」

2. 헌재 2018. 3. 29. 2015헌마377 결정

(1) 소송경과

청구인 A재단법인은 2000년 8월경 공익활동 지원 등을 위해 설립되었다. 청구인 B는 2006년 1월부터 2012년 2월경까지 위 재단법인의 상임이사, 청구인 C는 2003년 5월경부터 위 재단법인에서 기획홍보국장 등의 직을 각 역임한 자이다. 청구인들은 기부금품 모집 등록을 하지 아니한 채 2010. 12. 14.부터 2011. 1. 10.경까지 결식아동 지원사업을 위한 이른바 ‘결식제로’ 캠페인을 통해 1천만 원 이상의 기부금품을 모집하였다는 혐의로 2015. 1. 13. 기소유예처분을 받았다. 이에 청구인들은 이 기소유예처분의 기본권침해성을 주장하고, 아울러 해당 처분의 근거조항인 기부금품법 제4조, 제16조 제1항 제1호 등에 대해서도 부수적 위헌확인을 해 달라면서 헌법소원을 제기하였다.

심판청구 이유에서 청구인들은 첫째, 피의사실이 특정되지 않은 하자과 청구인 A 재단법인의 ‘회원들에 의한 기부’나 ‘기부금품 출연 의뢰·권유 또는 요구와 관계없는 자발적 기탁’, 모집금액이 1년간 1천만 원에 미달한 부분 등 모집등록 대상이 아닌 부분에 대해서까지 기부금품법 위반 혐의를 인정한 것 등을 기소유예처분의 위법성 사유로서 주장하였다. 둘째, 이 기소유예처분의 근거조항이 위 현재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정에서 검토된 바와 같은 불명확성이 있다는 점과 사전검열금지원칙 위반 등 표현의 자유를 침해하고 있다는 점 그리고 ‘미등록 행위’를 처벌의 구성요건으로 하는 ‘게임산업진흥에 관한 법률’이나 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’ 등 다른 법률상의 벌칙 규정에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하고 있으므로 형벌체계상 균형성을 상실하여 청구인들의 평등권을 침해한다는 점을 주장하였다.

(2) 결정의 요지

헌법재판소는 심판대상을 ①위 기소유예처분과 ②구 기부금품법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 기부금품법(2007. 5. 11. 법률 제8419호로 전부개정된 것) 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니하고 기부금품을 모집한 자’에 관한 부분이라고 한정된 후, 결국 심판청구를 모두 기각하였는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「1) 기소유예처분에 대한 판단

이 사건 기소유예처분이 현저히 자의적 처분이라고 볼 만한 자료를 기록상 찾을 수 없다.

## 2) 근거조항에 대한 판단

가) 심판대상조항과 실질적으로 동일한 조항에 대해 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정에서 이미 죄형법정주의의 명확성에 위배되지 않고, 일반적 행동자유권을 침해 하지도 않았다는 결정을 내린 바 있다. 이러한 선행의 판시는 정당하고 이 사건에서 그와 달리 판단해야 할 사정변경이 있다고 볼 수 없다.

나) 청구인들은 심판대상조항이 사전검열에 해당한다거나 표현의 자유를 침해한다는 주장도 하였지만, 그 내용을 살펴보면 모집등록 없이는 1천만 원 이상의 기부금품을 모집할 수 없도록 금지·처벌하는 것이 청구인들의 기본권을 침해한다는 취지로 결국 일반적 행동의 자유 침해 여부를 문제삼는 것과 다르지 않다. 그렇다면 앞서 본 것처럼 심판대상조항이 기부금품을 모집할 일반적 행동의 자유를 침해한다고 볼 수 없는 이상, 청구인들의 이 주장은 별도로 판단하지 아니한다.

다) 청구인들이 든 다른 법률상 벌칙규정들은 모두 심판대상조항과 입법목적, 보호법익, 등록 필요사항 등이 다르므로 이를 본질적으로 동일한 비교집단이라 볼 수 없고, 단지 법정형만을 평면적으로 비교하여 심판대상조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하였다고 할 수도 없다.

결국 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않았고, 청구인들의 일반적 행동의 자유, 평등권을 침해하지도 않았다.」

## III. 평석

### 1. 평등권 침해여부에 대한 판단에 대하여

위 대상 결정 중 평등권 침해 주장을 배척한 부분의 문제점부터 간략히 언급하고 넘어가기로 한다.

#### (1) 비교집단의 성립을 부정한 판단의 타당성 여부

평등권 심사는 ‘본질적으로 같은데도 달리 취급’되거나 ‘본질적으로 다른데도 같게 취급’되는 둘 이상의 집단을 상정하는 데에서 시작한다. 사실 모든 관점에서 완전히 동일한 비교집단은 거의 없는바, 본질적으로 같거나 다른 집단에 해당하는지는 단지 특정한 비교 관점에서만 판단될 수 있다.<sup>1)</sup> 그 비교의 관점, 즉 비교기준을 무엇으로

1) 헌법재판소 판례도 이를 전제로, “서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일인 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적

할지에 관하여는 무한한 가능성이 있다. 극단적으로, 똑같이 ‘인간’이라는 관점에서 모든 사람을 비교집단으로 상정할 가능성도 전혀 배제하지는 못하며, ‘사회적 지위’, ‘신체조건’, ‘재산의 보유 정도’ 등등 수많은 기준을 가지고 비교집단을 설정할 여지가 있다. 물론, 이를 너무 방만하게 설정하는 것은 합목적적이지 않다. 최소한 비교집단 간 불평등취급에 대해 위헌성에 관한 진지한 의문이 제기될 수 있는 한도에서 비교집단을 설정함이 상당하고, 이에 기여할 수 있게끔 비교기준을 선정해야 한다.

어떤 행위의무나 금지의무 위반에 대해 과도한 법정형을 예정함으로써 전체적인 형벌체계에 위배된다고 하여 평등원칙 위반을 다루는 경우,<sup>2)</sup> 비교기준은 행위의무나 금지의무규정의 ‘입법목적, 보호법익, 개별 구성요건’ 등이라기보다는, 각 의무위반의 ‘당벌성이나 죄질의 정도’이다. 예컨대, 살인죄 규정과 절도죄 규정은 그 ‘입법목적’, ‘보호법익’, ‘개별 구성요건’이 같지 않음은 분명하다. 하지만 무고한 사람을 살인한 행위와 허기를 면하기 위해 단지 빵 한 조각을 훔친 단순절도 행위를 동일한 법정형으로 처벌한다면, 본질적으로 죄질의 정도가 상이한 것을 똑같이 처벌하는 점에서 평등원칙 위배의 문제를 야기한다. 만약 당벌성이나 죄질의 정도가 유사한 행위들 중 어느 하나에 대해서만 현저히 무겁게 처벌한다면, 이 경우에는 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다는 관점에서 평등원칙 위반이 문제될 수 있다.

대상 결정에서 2015헌마377 사건의 청구인들은 ‘미등록’을 구성요건으로 하는 여러 벌칙규정들과 미등록 기부금품 모집행위를 처벌하는 규정 사이에 처벌상 불균형이 있다는 것을 문제삼았다. 이에 대해 대상 결정이 “다른 법률상 벌칙 규정들은 모두 심판대상조항과 입법목적, 보호법익, 등록 필요사항 등이 다르므로 이를 본질적으로 동일한 비교집단이라 볼 수 없다”고 판시한 것은, 비교의 기준이 ‘당벌성이나 죄질의 정도’가 되어야 함을 간과한 결과 동문서답한 것으로밖에 보이지 않는다.

## (2) 형벌체계상 균형성 상실을 부정한 판단의 타당성 여부

나아가, 대상 결정은 “법정형만을 평면적으로 비교하여 형벌체계상 균형성 상실”을 단정할 수 없다고 보고 있다. 물론, 당벌성이나 죄질의 정도가 유사한 행위에 대해

---

으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 참조).

2) 헌법재판소는 “통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐 아니라 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반하는 위헌적 법률이 된다”고 하고 있다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌바2, 헌재 2015. 2. 26. 2014헌가16 등 참조).

법정형을 다소 차별적으로 규정하였더라도, 최소한 법의 적용 단계에서 적절한 양형으로써 처벌의 균형성을 기할 여지를 남겨놓고 있다면, 평등원칙 위반을 단언하기는 어렵다. 하지만 만약 그러한 양형 조절만으로는 해결되지 않는 불균형성이 있다면, 평등원칙 위반으로 귀결될 수도 있는 것이다.

이에 청구인들이 주장한 바와 같은 관점에서 비교대상이 될 만한 규정들을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

「게임산업진흥에 관한 법률」

제45조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제25조 또는 제26조 제1항·제2항·제3항 본문의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 영업을 한 자

「근로자퇴직급여 보장법」

제45조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제31조 제3항을 위반하여 고용노동부장관에 등록하지 아니하고 퇴직연금제도 모집업무를 수행한 자

「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」

제50조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제27조 제3항을 위반하여 위임직채권추심인으로 금융위원회에 등록하지 아니하고 채권추심업무를 한 자

「동물보호법」

제46조(벌칙) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제33조에 따른 등록 및 신고 또는 제34조에 따른 신고를 하지 아니하고 영업을 한 자

「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」

제98조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

3. 제36조 제1항의 규정을 위반하여 등록을 하지 아니하고 영화상영관을 설치·경영한 자

「축산법」

제56조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다.

2. 제22조 제2항에 따른 등록을 하지 아니하고 가축사육업을 경영한 자

위에서 제시한 규정들에 대한 위반행위와 심판대상조항에 대한 위반행위를 당벌성이나 죄질의 정도에서 비교하면, 후자가 전자보다 더 중하다고 보이지는 않는다. 즉, 행정적 감독의 효율성을 위해 등록의무를 부과하였음에도 이를 위반했다는 공통점을 사상하면, 양자의 차이점은 등록대상 행위 자체에 의해 야기될 공중에 대한 위해의 경중에서 발견할 수 있을 터인데, 과연 후자가 전자보다 더 큰 위해를 야기하는지는 심히 의문이다. 통상적으로 기부금품 모집행위는 행위자의 영리 추구를 위한 것이 아니고, 어디까지나 상대방의 호의에 의존하는 까닭에 모집행위 그 자체만으로 공중에게 직접적으로 피해가 발생하는 것도 아니다. 반면에, 위에서 든 법률규정에 따른 등록대상 행위들은 대부분 영리 추구와 결부되어 있고, 그 영업과 관련하여 일정한 시설이나 기준이 갖춰지지 않으면 공중에게 직접적 위해를 초래할 가능성도 상대적으로 더 크다.

그럼에도 법정형은 오히려 심판대상조항이 다른 벌칙규정보다 무겁다. 가령, ‘게임산업진흥에 관한 법률’ 소정의 미등록 영업행위에 대한 법정형은 ‘2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금’ 정도이고, ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’상의 미등록 영화상영관 설치·경영행위에 대한 제재가 ‘1천만 원 이하의 과태료’에 그치는데 반하여, 미등록 기부금품 모집행위에 대한 심판대상조항의 법정형은 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’에 이른다.

이처럼 과중한 형벌이 범죄예방을 위해 부득이하다고 볼 만한 사정도 없다. 기부금품법 제1조에서 천명하고 있는 바처럼, 기부문화는 원래 “조성”해야 할 대상이지, 사회적으로 금기시할 것은 아닐뿐더러, 설령 대상 결정의 판시와 같이 ‘기부금품의 무분별한 모집 규제와 기부금품의 적정한 사용을 담보’하기 위한 규제의 필요성이 있다 하더라도, 이에 관하여는 다른 규정들이 이미 마련되어 있다. 즉, ‘기부 강요’에 대해서는 기부금품법 제6조 제1항, 제16조 제1항 제2호가 규제하고 있다. 또한 기부금품법 제12조 제1항은 기부금품의 ‘모집목적 외 사용’을 원칙적으로 금지하고 있고,



제13조에서는 모집된 기부금품의 100분의 15 이내의 범위에서만 모집비용 등에 충당할 수 있게 하며, 이들 규정을 위반할 경우 기부금품법 제16조 제1항 제5호, 제6호에 의해 제재할 수 있도록 하고 있다. 기부금품법 제14조에서는 기부금품의 모집상황과 사용명세에 관한 장부 등을 갖추어 둘 것과 일정한 경우 모집결과를 공개할 것, 그리고 공인회계사나 외부감사인에 의한 감사를 받을 것 등을 규정하고, 이를 위반할 경우 기부금품법 제16조 제1항 제6호의2, 제7호에 의해 제재할 수 있도록 하고 있다.

반면, 심판대상조항에 따른 사전등록절차는 단지 형식적 심사를 하는 데 그친다고 한다. 이러한 상황에서 기부금품 모집 등록을 관철한다고 해서 ‘기부금품의 무분별한 모집 방지나 기부금품의 부적절한 사용 규제’에 과연 얼마나 실제적 성과를 거둘 수 있을지는 회의적이다.

설령 심판대상조항에 의해 행정적 감독의 효율성이 제고될 수 있다 하여 사전등록 의무 불이행에 대해 제재를 가한다고 할지라도, 형벌에 의하기보다 되도록 과태료와 같은 완화된 수단에 의하는 것이 바람직하다. 실제로, ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’ 제98조 제2항 제3호, ‘축산법’ 제56조 제1항 제2호, ‘동물보호법’ 제47조 제1항 제5호의 예에서 보는 바와 같이, 행정적 감독의 목적에서 등록을 의무화한 경우 그 의무위반에 대해 단지 과태료만으로 제재하는 경우가 적지 않다. 이에 비해, 심판대상조항의 법정형은 범죄예방효과 등에 비추어 봐도 가혹한 측면이 있고, 아무리 양형 조정을 한다고 하더라도, 그 형벌체계상의 불균형을 극복하기 어렵다. 그런 점에서 헌법상 평등원칙에 반한다고 볼 충분한 사유가 있다고 생각된다.

## 2. 표현의 자유 침해 주장에 대한 판단에 대하여

### (1) 문제의 소재

대상 결정은 표현의 자유가 침해되었다는 청구인들의 주장에 대해, ‘이것은 내용적으로 일반적 행동의 자유 침해 여부의 문제와 다르지 않다’고 하면서, 본격적 심판에 들어가지 않았다. 그 취지가 표현의 자유에 대한 제한을 아예 부정하고 일반적 행동 자유권 제한만 인정한다는 것인지, 아니면 적어도 표현의 자유에 대한 제한은 인정하면서도 일반적 행동자유권 제한의 위헌성 여부 심사로 충분하므로 표현의 자유에 대한 침해여부 심사는 생략한다는 것인지 분명하지 않다. 하지만 어느 쪽이 되었든 대상 결정은 기본권 도그마틱상 간과할 수 없는 하자가 있다. 이하에서는 이에 대해 상술한다.

(2) 기부금품 모집행위 규제와 표현의 자유 제한

1) 외국의 비교사례

가) 미국의 판례

1980년에 Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment 판결에서 미국연방대법원은 기부금품 모집행위가 표현의 자유의 보호영역에 든다고 보았다.<sup>3)</sup> 그 사안은 다음과 같다. Village of Schaumburg는 자선단체가 그 지역의 거리에서 또는 집집마다 방문하면서 기부금품 모집행위(이하 ‘거리모집 및 방문모집’)를 하는 것을 규제하고자 1974. 3. 12. 한 조례를 입법하였다. 위 판결에서 문제된 조례규정은 자선단체가 거리모집이나 방문모집을 허가받기 위해서는 장차 기부금의 75% 이상을 해당 자선 목적에 직접적으로 사용할 것이라는 점에 대해 충분한 증명을 요구하고 있었다. 이에 대해 환경보호 개선의 목적으로 설립된 비영리단체인 Citizens for a Better Environment는 이 조항이 수정헌법 제1조, 제14조에 위반된다면서 선언적 및 금지적 구제(declaratory and injunctive relief)를 신청했다. 연방지방법원은 위 조례규정이 수정헌법 제1조, 제14조에 의해 금지되는 일종의 사전검열에 해당한다면서 그에 대해 문면위헌을 선언하였다. 연방항소법원도 이러한 1심 판결을 유지하였다. 해당 지방자치단체가 그 주민들을 ‘사기행각’이나 ‘사생활침해’로부터 보호하려는 데 대해 정당한 이익이 있다고 할지라도, 이를 위한 규정이 수정헌법 제1조의 법익을 제한하는 한에서 그 규율내용은 엄밀히 한정적이어야 하는데, 위 조례규정은 그렇지 못하다는 이유에서였다. 사건을 수리한 연방대법원도, 자선사업을 위한 거리모집 및 방문모집은 정보의 소통, 견해의 전파·선진, 대의명분의 옹호 등 다양한 표현 이익과 관련되어 있으므로 수정헌법 제1조의 보호에 든다는 점을 확인한 후, 위 조례규정은 문면상 표현의 자유를 과도하게 광범위하게 제한하여 위헌이라고 판단하였다.

미국 판례는 비단 자선단체의 기부금품 모집행위뿐 아니라, ‘구걸행위’도 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 보호영역에 든다는 입장이다. 연방제2항소법원은 1993년 Loper v. New York City Police Department 판결에서, 구걸을 위해 공공장소에서 어슬렁거리거나 머무르거나 돌아다니는 자는 ‘배회죄’를 범한 것으로(guilty of loitering) 규정한 뉴욕시 형법조항에 대해 수정헌법 제1조 위반이라 하여 위헌선언을 한 1심 판결을 유지하였다.<sup>4)</sup> 구걸은 걸인 그 자신에 대한 금전적 지원이 필요함을 호소하기 위한 표현행위 내지 의사소통행위에 해당하고, 보도 등은 전통적인 ‘공론의

3) 444. U.S. 620.

4) 999 F.2d 699.

장(public forum)'으로 간주되어 왔으며, 구걸 행위를 일정한 시간·장소·방법과 관련해서만 제한하는 게 아니라 일체의 공공장소에서 전적으로 제한하는 것은 결국 구걸이라는 표현내용에 기한 제한이라 할 것인바, 이 경우 적용되는 엄격한 합헌성요건을 위 형법조항은 충족하지 못했다는 것이다.

#### 나) 독일의 판례

한편, 1966년 독일연방헌법재판소는 1934. 11. 5. 제정되었고 1941. 10. 23. 개정된 '독일제국 기부금품모집법'에 대해 일반적 행동자유권 침해를 이유로 위헌결정한 바 있다.<sup>5)</sup>

당해 심판절차는 이른바 '추상적 규범통제절차'로서, 제청기관인 연방의회는 제청 당시 다음과 같은 위헌성을 제기하였다. 즉, 위 법률은 전반적으로 매우 전체주의적 성격을 가지고 있다. 특히 기부금 모집에 대한 허가제는 나치당에 의한 모금을 제외하고는 그 이외의 모금행위를 억제하기 위한 경찰국가적 수단에 다름없었다. 허가제, 즉 '허가를 유보한 일반적 금지'는 통상적으로 불법행위에 해당하는 행위에 대해서만 발할 수 있는데, 모금이나 기부는 그런 행위에 해당하지 않는다. 그럼에도 위 법률은 개인의 자발적 선행을 속박하는 점에서 자유로운 인격발현에 관한 권리를 침해하고, 교회가 기부를 권유하고 그 신자가 기부하는 것을 금지하는바, 그런 한에서 종교의 자유를 침해한다. 또한 모금이나 기부 그리고 그 광고의 바탕에 깔려있는 종교적 또는 정치적 신념에 관한 표현을 일반적으로 금지한 점에서 표현의 자유를, 모금을 통한 결사의 후원을 가로막는 점에서 결사의 자유를 각각 침해한다.

이에 대한 심판에서 연방헌법재판소는 우선 위 법률의 규정들을 내용에 따라 다음 세 가지로 분류하였다. 첫 번째 그룹은 제1조부터 제8조까지의 규정이고, 두 번째는 제9조 내지 제12조까지의 규정, 세 번째는 제13조부터 제16조까지의 규정들이었다. 먼저, 제1조부터 제6조에서는 모금을 하려면 허가를 받아야 한다는 것과 어떠한 것들이 그런 모금에 해당하는지를 규정하였다. 그리고 제7조는 허가가 특정한 기간에 대해서만 행해짐을 규정했고, 제8조는 허가가 있기 전까지는 모금의 홍보를 해서는 안 됨을 규정했다. 다음으로, 제9조 내지 12조에서는 허가가 행해진 모금 및 그 모금 단체에 대한 감독에 관한 규정들을, 제13조 이하에서는 벌칙규정 및 허가받지 않고 행해진 기부금품의 처리에 관한 규정, 그리고 나치당 및 그 관련 조직에 대해서는 위 법률이 적용되지 않는다는 예외조항을 마련하고 있었다.

---

5) BVerfGE 20, 150.

연방헌법재판소는 위 세 그룹의 규정들 중 특히 제1조부터 제6조까지의 규정들에 대해서만 위헌성을 심사했고, 그 위헌성이 확인되자, 더 이상 다른 나머지 조항들에 대하여 구체적인 위헌성 심사로 나아가지 않은 채, 위 법률 전체에 대해 위헌선언을 하였다. 판시는 위 법률 제1조 내지 제6조에 의해 도입된 ‘기부금품 모집 허가제’가 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부에만 초점이 맞추어졌고, 이들 조항이 표현의 자유를 비롯한 기타의 기본권을 침해하는지 여부에 대해서는 아무런 명시적 판단이 이루어지지 않았다.

추측건대, 표현의 자유에 대한 제한의 양상은 위 제8조의 ‘허가 전 홍보금지’ 규정에서 노골적으로 나타나는 까닭에, 제1조 내지 제6조의 규정은 표현의 자유 제한을 직접적으로 야기하는 것과 그만큼 더 거리가 있는 것으로 비춰졌을 수 있다. 게다가, 위 제8조 이하의 규정들에 대한 위헌성 심사를 생략한 채 법률 전체에 대하여 위헌선언을 하기로 한 데 따라, 표현의 자유 등 기타 기본권의 침해여부 심사도 더불어 생략된 게 아닌가 생각된다.

## 2) 심판대상조항의 경우

우리나라 기부금품법에서는 기부금품 모집행위를 “서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연(出捐)을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위”라고 법률상 정의하고 있다(기부금품법 제2조 제2호). 심판대상조항은 이러한 ‘기부금품 모집행위’에 대해 사전등록의무를 부과하고, 만약 그러한 등록의무를 이행하지 않고 모집행위를 한다면, 처벌을 가할 수 있다는 것을 내용으로 한다.

앞서 미국의 판례에서도 확인할 수 있는 바와 같이, 기부금품 모집에 대한 규제는 필연적으로 표현의 자유 제한의 결과를 수반할 수밖에 없다. 더구나, 기부금품 모집행위에 관한 법률상 개념 정의가 의사표현행위 자체에 초점이 맞추어져 있는 만큼, 심판대상조항과 표현의 자유에 대한 제한 간의 연관성은 ‘독일제국 기부금품모집법’ 제1조 내지 제6조의 경우보다 훨씬 더 뚜렷하게 전면에 부각되는 것으로 보인다.

따라서 심판대상조항에 의해 제한되는 기본권에 표현의 자유가 포함되어야 한다는 데 대해서는 더 이상 의심의 여지가 없다.

## (3) 기본권경합 여부에 관한 고찰

### 1) 문제의 소재

심판대상조항에 의해 제한되는 기본권에 표현의 자유가 포함된다고 할 것임에도,

대상 결정은 표현의 자유의 침해 여부에 대한 본격적인 심사로 나아가지 않았다. 그 대신에 일반적 행동자유권 침해여부에 대한 심사만으로 족하다고 보았다. 이러한 식의 처리는 다소 의외로 비친다. 헌법재판소의 주류적 판례에 따르면, 일반적 행동자유권은 “보충적 기본권”으로서, 다른 개별 기본권이 심사될 경우 오히려 그에 대한 심사가 배제되어 왔기 때문이다.<sup>6)</sup> 그러므로 대상 결정의 사안이 기존 판례와는 달리 처리될 만한 어떤 특수성이 있는지 살펴볼 필요가 있다.

다음으로, 대상 결정에서 일반적 행동자유권에 대한 심사가 전혀 배제되지 않는다고 하더라도, 그렇다고 역으로 표현의 자유에 대한 심사가 배제될 수 있는지는 여전히 의문으로 남는다. 이와 관련하여, 혹자는 “하나의 규제에 의해 여러 기본권이 동시에 제약 받는 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다”는 판례<sup>7)</sup>를 떠올릴지도 모르겠다. 이 판례에 의할 경우, 만약 대상 결정의 사안에서 일반적 행동자유권이 주된 기본권으로 간주될 수 있다고 한다면, 표현의 자유에 대한 침해 여부 심사는 별도로 판단되지 않더라도 무방하리라는 결론에 도달할 가능성도 있기 때문이다. 하지만 이에 대해서는 이른바 ‘주된 기본권’의 침해여부만 심사하고 다른 관련 기본권들에 대한 제한의 효과는 도외시해도 된다는 명제가 과연 법이론적으로 타당한가 하는 근본적인 의문이 제기될 여지가 있다.

이하에서는 기본권경합에 관한 일반론을 개관한 후, 진술한 문제들을 검토하기로 하겠다.

## 2) 기본권경합에 관한 일반론

### 가) ‘기본권경합’의 개념

특정한 하나의 공권력 작용에 대해 둘 이상의 기본권이 관련되는 경우 그 양상은 여러 가지일 수 있다. 즉, 관련 기본권들이 모두 같은 편에서 공권력 작용에 맞서는 경우가 있는가 하면, 한 공권력 작용을 둘러싸고 관련 기본권들이 서로 반대 편에서

6) 가령, 헌재 2017. 7. 27. 2015헌바286 참조: “청구인은 심판대상조항이 일반적 행동자유권을 침해한다고 주장하나, 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권은 ‘일반적’이란 용어에서 알 수 있듯이 헌법상 규정된 개별 기본권들이 보호해 주지 못하는 영역에서 보충적으로 적용되는 것이므로(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마1167 참조), 심판대상조항과 관련하여 주된 기본권인 재산권 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 일반적 행동자유권 침해 여부는 별도로 판단하지 아니한다.”

7) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌바301; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조.

길항(拮抗)하는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 낙태의 허용여부와 관련하여 태아의 생명권과 산모의 출산에 관한 자기결정권이 상충하는 이해관계를 드러내는 경우는 후자에 속한다. 이를 ‘기본권충돌(Grundrechtskollision)’이라고 일컫는다. 반면, 대상 결정에서 일반적 행동자유권과 표현의 자유는 공히 심판대상조항에 대항하는 관계라 할 것이므로 전자의 경우에 속한다.

그런데 자세히 들여다보면, 전자는 다시 두 가지 경우로 세분할 수 있다. 하나는 관련 기본권들이 모두 하나의 동일한 기본권주체에게 귀속되어 있는 경우이고, 다른 하나는 관련 기본권들이 서로 다른 주체에게 귀속되어 있는 경우이다. 이 중 하나의 공권력 작용에 대해 동일 기본권주체의 여러 기본권들이 관련되는 경우를 일컬어 ‘기본권경합(Grundrechtskonkurrenz)’이라 하고, 둘 이상의 기본권주체의 기본권들이 관련되는 경우를 ‘기본권제한의 수평적 누적(horizontal Eingriffskumulation)’이라 한다.<sup>8)</sup> 예컨대, 당구장업자에 대해 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 취지를 표시할 의무를 부과할 경우, 하나의 공권력 작용에 의해 당구장업자는 영업의 자유, 18세 미만자는 일반적 행동자유권이 각 제한되고, 이 두 기본권은 공히 해당 공권력 작용에 대립하는바, ‘기본권제한의 수평적 누적’의 사례에 해당한다. 반면, 대상 결정에서는 심판대상조항에 의해 제한된 기본권인 표현의 자유와 일반적 행동자유권이 각각 다른 기본권주체에게 귀속된 게 아니라, 하나의 동일 기본권주체에게 귀속되어 있다 할 것이므로, 기본권경합의 사례에 속한다고 하겠다.

#### 나) 기본권경합에 있어서 기본권제한유보 상위(相違)의 문제

‘기본권제한의 수평적 누적’의 경우나 ‘기본권경합’의 경우에 하나의 공권력 작용에 대해 관련 기본권들이 공히 대항하는 관계에 있다는 것은, 공권력 주체의 입장에서 보면, 그 공권력 작용에 의해 추구되는 공익이 그 모든 기본권제한을 정당화할 만한 성격과 비중을 가져야 함을 의미한다. 다시 말해, 해당 공권력 작용에 의해 제한되는 기본권들이 늘어날수록, 해당 공권력 작용의 정당성을 뒷받침하기 위한 논증 부담은 그만큼 더 커진다. 여기까지는 관련 기본권들 간에 아직 아무런 교착현상도 보이지 않는다. 하지만 만약 관련 기본권들이 각각 상이한 형태의 ‘기본권제한유보’<sup>9)</sup> 하에

8) 이에 대해, ‘기본권제한의 수직적 누적(eine vertikale Eingriffskumulation)’이라 함은 하나의 동일 기본권주체에 대해 둘 이상의 공권력 작용이 가해져 복수의 기본권제한을 야기하는 경우를 가리킨다. ‘기본권제한의 누적(Kumulation von Grundrechtseingriffen)’의 개념과 분류에 관한 좀 더 상세한 설명으로는, Klement, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AÖR 134 (2009), 42쪽 이하 참조.

놓여 있다면, 어떠할까?

가령, 독일 기본법에서는 모든 기본권에 있어서 제한유보가 획일적으로 설정되어 있지 않다. 예컨대, 기본법 제2조 제2항 제3문에서 신체의 자유는 ‘단지 법률에 근거하여’ 이를 제한할 수 있다고 규정하고, 그 외에 다른 추가적 제한조건을 부가하고 있지 않다. 그런 의미에서 이 기본권은 ‘단순 법률유보(einfacher Gesetzesvorbehalt)’ 하에 놓여 있다고 한다. 반면, 기본법 제11조 제2항에서 거주이전의 자유는 ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여’ 제한될 수 있도록 하되, 헌법에서 정한 상황·목적과 관련해서만 그 제한이 이루어질 것을 요구한다.<sup>10)</sup> 이처럼 기본권제한유보에 추가적 조건이 부가되어 있는 것을 ‘가중 법률유보(qualifizierter Gesetzesvorbehalt)’라 한다. 한편, 기본법 제4조 제1항의 신앙·양심의 자유나 제5조 제3항의 학문·예술의 자유 등은 법률로써 제한될 가능성이 예정되어 있지 아니하다. 다시 말해, 이들 기본권은 법률유보 하에 놓여 있지 않은 것이다. 이런 다양한 기본권제한유보 체계 하에서는 관련 기본권들 중 일부는 단순 법률유보, 다른 일부는 가중 법률유보 하에 있거나 혹은 법률유보에 의한 제한가능성이 전혀 예정되어 있지 않은 등 기본권제한유보의 상황에 차이가 발생할 수 있게 된다.

물론, 제한된 기본권의 주체가 서로 다른 ‘기본권제한의 수평적 누적’의 경우에는 이러한 상황이 그다지 문제될 게 없다. 기본권주체별로 별개의 기본권제한이 발생한 것으로 보아, 기본권제한에 대한 위헌여부 심사를 상호 독자적으로 전개할 여지가 있기 때문이다. 예컨대, 하나의 법률 규정으로 A에게는 거주이전의 자유를, B에게는 종교의 자유를 제한하는 경우, 기본권제한이 헌법상 정당한 수권에 의한 것인지에 관한 심사는 A의 기본권 제한 부분과 B의 기본권 제한 부분으로 나누어 따로따로 행할 수 있고, 그래서 A의 기본권제한 부분에 한해서는 정당하나, B의 기본권제한 부분에 관한 한 헌법상 정당한 수권이 없었다는 식으로 결론을 내리더라도, 논리적으로 꼭 모순이라 볼 수는 없다. 입법자는 이 경우 B의 종교의 자유에 대한 제한의 효과를 배제하기 위하여 가령 적용예외 규정을 만듦으로써 그 위헌성을 해소할 수도

9) 이 글에서 ‘기본권제한유보(Schrankenvorbehalt)’라는 개념은 ‘기본권이 공동체의 법질서 속에서 실제로 어디까지 정당하게 행사될 수 있는지 그 범위 내지 한계를 설정할 수 있음이 헌법상 예정되어 있는 상태’를 가리키는 의미로서 사용하기로 한다.

10) 독일 기본법 제11조 제2항에 따르면, 거주이전의 자유에 대한 제한은 충분한 생활 터전이 마련되어 있지 않고 이로 인하여 공중에 특별한 부담이 발생하는 경우나 연방이나 주의 존립이나 자유민주적 기본질서에 대한 급박한 위험을 방지하거나, 전염병이나 자연재해, 그 밖의 중대한 위난에 대처하기 위해, 혹은 청소년들을 방치로부터 보호하거나 범죄행위를 예방하기 위해 그 제한이 필요한 경우 등에만 법률에 의해 또는 법률에 근거하여 행할 수 있다.

있을 터이다.

반면, 하나의 특정 공권력 작용에 의해 동일 기본권주체의 여러 기본권을 동시에 제한하는 ‘기본권경합’의 경우에는 이와 같은 분리된 심사가 가능하지 않다. 하나의 법률 규정으로 A의 거주이전의 자유와 종교의 자유를 동시에 제한하는 경우, 전자의 제한에 관한 한 정당한 수권에 의한 것이고, 후자의 제한에 관하여는 정당한 수권에 의한 게 아니라는 식으로 결론을 내릴 수는 없다. A에게 거주이전의 자유의 행사와 종교의 자유의 행사가 불가분의 단일한 생활사태를 이룬다고 할 때, 그에 개입하는 공권력 작용은 헌법상 정당한 수권에 의한 것이거나 아니거나 둘 중 하나여야 한다. 문제는, 이 경우 거주이전의 자유의 제한이 법률유보 하에 있는 데 주목하여 해당 법률 규정은 헌법상 정당한 수권이 있는 것이라고 한다면, 종교의 자유를 법률유보 하에 들지 않게 한 취지는 무시하는 것처럼 비칠 수 있고, 그 반대로 종교의 자유가 법률유보 하에 있지 않은 데 주목하여 해당 법률 규정은 헌법상 정당한 수권이 없이 A의 기본권을 제한하였다고 한다면, 이번에는 거주이전의 자유에 대한 제한을 법률유보 하에 둔 헌법제정자의 취지를 몰각하는 것처럼 보일 수 있다는 데 있다. 이런 딜레마는 독일처럼 다양한 기본권제한유보체계를 가진 곳에서 기본권경합이 문제될 때 필연적으로 봉착하게 되는 난제라고 할 수 있다.

다) 문제 해결을 위한 여러 가지 방안들

진술한 ‘기본권제한유보 상위’<sup>11)</sup>로 인한 문제에 대하여는 여러 가지 해결방안들이 논의되어 왔다.

#### ① 사실관계의 해부와 보호영역의 구획

우선, 기본권경합 자체를 가능한 한 엄격히 인정하는 쪽으로 해결을 모색할 수도 있다. 가령, 사실관계를 해부하여 이를 ‘여러 개의’ 기본권제한 조치들로 재구성할 수 있다면, 기본권경합의 인정 여지를 그만큼 축소할 수 있다. 기본권경합은 그 개념상 ‘하나의 단일한’ 기본권제한 조치를 전제로 하기 때문이다. 가령, 주거에 대한 수색과 압수가 합쳐서 ‘하나의’ 기본권제한 조치라고 하기보다, ‘수색’과 ‘압수’라는 ‘두 개의’ 기본권제한 조치가 있는 것으로 파악하자는 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 사실관계의 해부

11) 독일에서는 ‘Schrankendivergenz’라는 용어가 통용되고 있으나, 실은 ‘제한의 상위(相違)’가 아니라 ‘제한유보의 상위(Vorbehaltssdivergenz)’를 가리키는 의미로 사용되고 있다는 지적으로는, Reßing, Die Grundrechtskonkurrenz, 54쪽 이하 참조.

12) Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 324쪽. 이에 대해 압수·수색영장은 궁극



(Sachverhaltszerlegung)를 통해 ‘주거의 자유’와 ‘재산권’은 기본권경합 관계에 있지 않은 것으로 인식될 수 있게 된다. 물론, 사실관계를 개별 기본권과 대응 가능성에만 초점을 맞춰 무제한적으로 분해할 수는 없다. 그러한 분해는 자연적 관점이 아니라, 법적 관점에서 하나의 행위단위(eine rechtliche Handlungseinheit)로 평가될 수 있는 한도 내에서만 행해질 수 있다고 봄이 상당하다.<sup>13)</sup> 즉, 규범적 평가에 의할 때 해당 공권력 작용이 일체를 이루어 분리가 불가능할 경우, 다시 말해 해당 공권력 작용을 더 분해하려 할 때에는 원래의 법적 규율내용이 그 형체를 알아보기 어렵게 되거나 그 법적 본질이 현저히 왜곡·변질되어 기본권침해에 관한 유의미한 심사를 저해할 우려가 있다고 판단되는 경우라면, ‘하나의 행위단위’를 이룬다고 하겠다.

한편, 기본권의 보호영역을 넓게 파악할수록 기본권경합의 외관이 생길 가능성도 그만큼 더 커지는바, 보호법익이나 구성요건이 유사한 기본권들 각각의 보호영역을 엄밀히 구획하여 주는 것(Tatbestandsabgrenzung)은 불필요한 기본권경합의 외관을 차단하는 효과가 있을 수 있다. 예컨대, ‘소득활동의 결과물’은 재산권의 보호영역에 들 수 있지만, ‘소득활동 자체’는 재산권보다는 직업의 자유의 보호영역에 든다고 할 경우, 어떤 소득활동에 대한 규제를 직업의 자유와 재산권을 공히 제한하는 조치로 볼 여지는 대폭 줄어들게 된다.

물론, 위와 같은 사실관계의 해부와 보호영역의 구획에 의해 기본권경합 현상이 완전 배제되는 것은 아니다. 하지만 적어도 기본권경합의 외관이 불필요하게 생기는 것을 현저히 축소시키는 효과는 있다고 하겠다.

## ② 일반/특별관계에 기한 적용배제

만약 하나의 특정 공권력 작용에 관련되는 여러 기본권들이 서로 일반/특별관계에 있어서 그 중 하나가 다른 하나의 적용을 배제한다면, 기본권제한유보 상위(相違)의 문제는 그로써 해소될 수 있다. 그 대신에 대체 어떠한 기본권들 사이에서 이러한 일반/특별관계가 성립하는지를 규명해야 하는 문제만 남는다.

일반/특별관계의 성립에 거의 의문의 여지가 없는 사례로는, 일반적 행동자유권과 개별 자유권 사이의 관계를 들 수 있다. 개별 자유권은 원래 일반적 행동자유권의 보호영역 내에 완전히 포섭 가능한 자유들 중 특정한 일부를 보호대상으로 하는바,

---

적으로 범행도구 등을 발견·압수하기 위해 발하는 조치로서, 일체를 이루는바, ‘하나의’ 기본권제한 조치가 있는 경우로 볼 수 있다는 지적으로는, Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1382쪽 참조.

13) Stern, 위 책, 1381쪽 참조.

헌법제정자가 일반적 행동자유권 이외에 굳이 개별 자유권을 규정한 취지는 후자의 자유권의 보호영역 내에서는 후자의 자유권조항이 우선적으로 고려되게 하려는 데 있었다고 논리적으로 추론하는 것이 가능하다. 따라서 개별 자유권이 적용되는 한, 일반적 행동자유권의 적용은 원칙적으로 배제할 수 있다. 이처럼 어느 한 기본권의 규율영역이 다른 기본권의 규율영역을 완전히 포함하는 것으로 볼 수 있는 경우에는 논리적 추론에 의해 헌법제정자가 두 기본권의 관계를 어떻게 인식했는지를 짐작할 수 있고, 그에 기하여 일반/특별관계를 결정할 수 있는바, 문헌에서는 이를 가리켜 ‘규범논리적 특별관계(normlogische Spezialität)’라고 일컫고 있다.<sup>14)</sup>

물론, 일반적 행동자유권과 개별 자유권 사이에 일반/특별관계가 성립하지 않는 경우도 있을 수 있다. 즉, 구체적 사실관계에서 개별 자유권의 보호가 미치지 못하는 부분이 잔존한다면, 일반적 행동자유권이 개별 자유권과 더불어 - 하지만 보호의 주안점은 서로 달리하여 - 적용될 여지도 있는 것이다.<sup>15)</sup>

한편, 개별 자유권들 사이에서도 일반/특별관계의 성립을 인정할 수 있을지, 만약 그렇다면, 어떠한 경우에 그런 관계가 성립하는지에 대해서는 논란이 있다. 예컨대, 기본법 제4조 제1항의 양심의 자유와 제4조 제3항의 병역거부의 자유 사이에서라면, 일반/특별관계의 성립을 인정하는 견해가 지배적이다.<sup>16)</sup> 병역거부의 자유는 양심의 자유로도 완전히 포섭 가능한바, 그럼에도 굳이 별도로 규정을 둔 취지를 고려하면, 양자 사이에서는 병역거부의 자유가 우선 적용된다고 봄이 상당하기 때문이다. 다시 말해, 이 경우에도 ‘규범논리적 특별관계’가 성립하는 것이다.

하지만 종교의 자유와 표현의 자유 간의 관계를 보면, (내심영역에서 이루어지는 신앙결정이나 비종교적인 표현행위와 같이) 각각 타방에 의해서는 포섭될 수 없어서 독자적으로 보호를 제공해야 할 부분이 있는가 하면, (종교적 표현행위와 같이) 양자 모두에 의해 포섭될 수 있어서 중첩적으로 보호를 할 수 있는 부분도 있다. 그 중 후자의 경우에 중첩되는 보호의 범위에서 일반/특별관계를 인정할 수 있는지가 문제

14) Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 59쪽 이하 참조.

15) 예컨대, 터키 국적을 가진 정육점 업자에게 마취 없이 가축을 도살하는 것이 종교적 의식에 따른 행위라고 할 때, 그럼에도 가축을 도살할 때 마취할 것을 강제하는 것은, 그 업자의 종교의 자유와 일반적 행동자유권 - 참고로, 독일 기본법에서 직업의 자유는 국민의 권리이므로, 외국인은 직업의 자유 대신에 일반적 행동자유권만 주장할 수 있을 뿐이다 - 을 모두 제한하게 된다. 이 경우 일반적 행동자유권은 종교의 자유와 그 보호의 주안점 면에서 다르므로, 적용이 배제되지 않는다고 보아야 한다.

16) Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 160쪽; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4, Rn. 52; Sachs, Verfassungsrecht II, 278쪽; Morlok, in: Dreier, GG, Art. 4, Rn. 157.

된다. 여기서 ‘의사표현’의 보호에 초점을 맞추면, 일반적 표현의 자유에 대해 종교적 표현의 자유가 특별관계에 있는 것처럼 보이고, 그래서 표현의 자유보다는 종교의 자유를 우선 적용해야 하는 듯 여겨질 수 있다.<sup>17)</sup> 하지만 만약 ‘종교활동’의 보호에 초점을 둔다면, 일반적 종교활동의 자유에 대해 의사표현적 종교활동의 자유가 특별관계에 있는 것으로 비칠 수 있고, 그래서 종교의 자유보다는 오히려 표현의 자유를 우선 적용해야 한다는 정반대의 결론에 이를 여지도 있다.<sup>18)</sup> 그러므로 이처럼 관련 기본권들 상호 간에 규율영역상 포함관계(Einschlussrelation), 즉 어느 한 기본권의 규율영역이 다른 기본권의 규율영역을 완전히 포함하는 관계가 인정되지 않는 경우에는 전술한 ‘규범논리적 특별관계’의 성립을 단언하기는 어렵다고 하겠다. 그럼에도 이 경우 사안에 더 밀접하게 관련된 혹은 사안을 완전히 규율할 수 있는 기본권이 무엇인지를 가려 그것을 특별 기본권으로 보려는 시도가 있다.<sup>19)</sup> 관련 기본권들의 사항적 밀접성(Sachnähe)에 관한 규범적 평가를 통해 그 중 우선 적용될 기본권을 정하자는 것인데, 이에 의해 인정되는 특별관계를 ‘규범적 특별관계(normative Spezialität)’라고 일컫기도 한다.<sup>20)</sup>

이러한 종류의 특별관계를 인정하는 것은, 사안의 특수성에 가장 근접한 기본권에 집중하게 하고, 다른 유사한 기본권에 기한 중복된 심사를 피할 수 있도록 하는바, 분명 소송경제적 관점에서는 장점이 있는 듯 보인다. 그러나 법이론적 관점에서는 여러 단점을 노정하고 있음도 간과해서는 안 된다. 첫째, 규범적 특별관계는 추상적으로가 아니라, 단지 구체적으로 개별 사안의 특수성을 감안하여 확정할 수 있을 뿐이다. 그러므로 어떤 사안에서 그러한 특별관계가 인정된다고 해서, 이를 일반화기란 어렵다.<sup>21)</sup> 둘째, 관련 기본권들 사이에서 사항적 밀접성의 정도를 비교하는 기준이 그리 명확한 것도 아니다.<sup>22)</sup> 이로 인해 특별히 사항적 밀접성을 가지는 것과 그렇지 않은 것을 엄밀히 분간하는 것 자체가 힘겨운 난제로 되거나, 판단의 일관성 결여로 법적 불안정성이 생길 위험이 상존하게 된다. 셋째, 기본권이 제한되면 그 기본권의

17) 이러한 관점에서, 종교의 자유를 표현의 자유에 대한 특별기본권으로 파악하는 입장으로는, Herzog, in: Maunz/Dürig u.a., GG, Art. 5, Rn. 33; Stern, 위의 책, 1403쪽; Schwabe, 위의 책, 327쪽 참조.

18) 이런 식의 조작 위험성을 지적하며, 종교의 자유와 표현의 자유가 일반/특별관계에 있다고 파악하는 데 대해 회의적인 견해로는, Spielmann, 위의 책, 161쪽 참조.

19) Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 258쪽, 각주 13; Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, 297쪽 이하.

20) Heß, 위의 책, 62쪽 이하 참조.

21) Heß, 위의 책, 63쪽 참조.

22) Breckwoldt, Grundrechtskombinationen, 167쪽 참조.

보호체계가 작동하는 게 원칙이다. 그럼에도 단지 다른 기본권에 비해 상대적으로 사항적 밀접성이 떨어지는 것으로 보인다고 해서 그 보호체계가 전혀 작동하지 않는다고 하는 게 과연 이론적으로 충분히 근거가 있는지에 대해서는 회의적인 견해가 갈수록 유력해지고 있다.<sup>23)</sup>

이러한 점들에 비추어볼 때, ‘규범논리적 특별관계’만 원래의 의미의 특별관계에 포함시키고, ‘규범적 특별관계’는 후술하는 상상적 경합의 범주에 포함시켜 논의하는 편이 이론적 정합성의 관점에서 더 바람직하다고 생각된다.

### ③ 상상적 경합의 경우에 있어서 기본권제한유보 상위의 문제와 그 해법

전술한 일반/특별관계에 해당하지 않는 이상, 관련 기본권들은 일단 관념적으로 모두 적용 가능한 것으로 보게 된다. 이러한 상태를 - 형법적 용어를 빌려 - ‘상상적 경합(Idealkonkurrenz)’이라고 칭하는데, 관련 기본권들 간에 기본권제한유보 상황이 상이할 경우 이를 어떻게 해결할지가 본격적으로 문제되는 곳이 바로 이 지점이다. 이에 대해서는 그 동안 다양한 해법이 모색되어 왔는데, 그 중 중요한 것 몇 가지만 소개하면 다음과 같다.

#### i) 최약효력설

먼저, 상대적으로 더 강한 기본권제한유보가 규정된 - 그런 점에서 보장 정도가 더 약한 - 기본권이 위헌여부 심사결과에 결정적으로 작용하는 것을 허용하는 입장이 있다. Friedrich Klein의 견해에 따르면 기본권은 원칙적으로 ‘체계적인 사항적 보장제한에 의하여(durch systematische sachliche Gewährleistungsschranken)’ 제한될 수 있다. 다시 말해, 법률유보 하에 있지 않은 기본권일지라도 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 기본권이 법률유보 하에 있다면, 이들 기본권 사이의 상호 관계로부터, 후자의 기본권에 대한 제한 체계에 의해 전자의 기본권이 사실상 제한을 받게 되는 것 같은 현상이 빚어질 수 있다는 것이다. 그리하여 가령 종교의 자유는 법률유보 하에 있지 않고 신체불훼손권은 단순 법률유보 하에 있다고 할 때, 종교적인 이유로 예방접종을 거부하는 자에게 예방접종 의무 부과는 신체불훼손권에 대한 제한유보에 의해 정당화될 수 있다고 한다.<sup>24)</sup>

23) Breckwoldt, 위의 책, 167쪽 이하; Spielmann, 위의 책, 142쪽 이하; Heß, 위의 책, 63쪽.

24) Klein, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, 2. Aufl., 1957, Vorbemerkung vor den Grundrechten, B X V 2b (Stern, 위의 책, 1391쪽에서 재인용).

### ii) 최강효력설

이에 대해, 정반대로 상대적으로 더 약한 기본권제한유보가 규정되어 있거나 아예 법률유보의 적용을 받지 않는 - 그런 점에서 보장의 정도가 더 강한 - 기본권이 심사결과에 결정적으로 작용하는 것으로 보아야 한다는 입장도 있다.<sup>25)</sup> 구체적으로 예를 들어 설명하자면, 직업적인 트럼펫 연주활동에 일정한 규제를 가하는 공권력 작용은 예술의 자유와 직업의 자유 각각에 예정된 기본권제한 요건을 모두 충족할 것이 요구된다. 마치 민사상 청구권이 경합할 경우 권리자는 어느 청구권에 의하든 자신의 권리의 만족을 추구할 수 있는 것처럼, 기본권의 상상적 경합의 경우 개인은 어느 기본권에 의하든 자신의 기본권적 권익 보호의 목적을 달성할 수 있어야 하기 때문이다. 또한 상식적으로도, 트럼펫 연주를 직업으로 한다고 해서, 그 연주를 단지 취미로 하는 경우에 비해 더 불리하게 취급될 이유가 없다. 그런데 위와 같이 관련 기본권들 각각에 예정된 제한요건을 모두 충족하라는 것은, 결국 더 강하게 보장된 기본권에 대한 제한요건마저 충족할 때에만 해당 공권력이 정당화된다는 것을 의미하게 된다. 즉, 직업의 자유에 대해서는 법률적 규율이 가능하다 하더라도, 예술의 자유는 법률유보 하에 들지 않는 기본권인바, 직업적 트럼펫 연주를 규제하는 것은, 달리 헌법내재적 한계에 의해 예술의 자유에 대한 제한이 허용되는 경우가 아닌 한, 단지 법률적 차원에서 추구되는 공익목적만 가지고 예술의 자유를 제한하는 점에서 그 자체로 이미 헌법상 정당화될 수 없다는 결론에 이를 수 있게 되는 것이다.

### iii) 절충설

한편, 관련 기본권조항의 기본권제한유보의 형태에만 초점을 맞추어 추상적으로 강약을 논하고 그로부터 바로 위헌여부 판단에 직결될 수 있는 기준을 일반적으로 확정하려는 데 대해 비판적인 시각도 있다.<sup>26)</sup> 개별 사안의 복잡한 상황에 상관없이, 가령 (최강효력설의 입장에서) 법률유보 하에 들지 않는 기본권이 조금이라도 관련되기만 하면, 이것을 법률로써 제한하려고 한 점만 가지고 벌써 위헌적이라고 단정하는 식의 형식적 접근법은 전체 공익과 사익의 조화의 관점에서도 바람직하지 않은

25) 대표적인 예로서, Berg, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, 82쪽 이하. 한편, 후술하는 바와 같이 수정을 가하긴 하지만, 기본적으로 최강효력설에 바탕한 것으로 볼 수 있는 견해로는, Rüfner, Festgabe BVerfG II, 477쪽; Stern, 위의 책, 1405쪽 이하 등 참조.

26) Heß, 위의 책, 71쪽, 76쪽 이하; Schwabe, 위의 책, 364쪽, 394쪽 이하.

것으로 지적되고 있다.<sup>27)</sup> 이에 개별 사안의 특수성을 고려하는 절충적인 해법들이 다양하게 제안되어 왔다.

가령, Herzog는 개별 사안에서 주된 제한대상이 되어 위험상황에 놓인 기본권이 무엇인지에 따라 ‘구체적으로(in concreto)’ 적용될 제한유보 규정을 결정해야 한다는 입장이다.<sup>28)</sup> 이를 위해서는 관련 기본권들 중 어느 것을 제한하는 데 주안점이 있는지를 분석하여, 예컨대 만약 집회에서 표현내용 때문에 집회를 금지하는 경우라면, 전적으로 표현의 자유 제한에 관한 기본법 제5조 제2항을 적용하여야 하는 데 반해, 표현내용과 상관없이 이를테면 창궐하는 전염병의 전파 위험성 때문에 집회를 금지하는 경우라면, 집회의 자유 제한에 관한 기본법 제8조 제2항만 적용하여야 한다고 한다.

기본권제한의 주관적 의도에 초점을 맞춘 Herzog와 달리, Stern은 그 객관적 제한양상에 주목하여, 만약 관련 기본권들 중 단지 보호영역의 ‘주변부(Randbereich)’만 건드려졌을 뿐인 것과 ‘핵심부(Zentralbereich)’가 제한된 것이 있다고 한다면, 후자를 기준으로 제한유보를 적용해야 한다고 보았다.<sup>29)</sup> 다만, 어느 것이 주변부, 어느 것이 핵심부가 제한되었는지를 결정하는 게 그리 간단하지 않을 수 있는바, 이는 ‘구체적 사안에 따라(fallbezogen)’ 판단해야 할 사항으로 유보하였다.

다른 한편, 기본권제한유보의 적용에 있어 우선 순위가 부여될 어느 한 기본권만 선택하고 다른 기본권은 고려에서 배제하는 방식 대신에, 경합하는 기본권들에 대한 제한유보 각각에 대해 저마다 고유하게 기능할 국면을 할당해 주는 식으로 조화를 도모함으로써 기본권제한유보 상위의 문제를 해소하려고 하는 시도들도 있어 왔다.

가령 Rūfner는 모든 자유권은 ‘일반적 법질서(allgemeine Rechtsordnung)’의 한계 내에서만 행사될 수 있다고 전제한다. 여기서 일반적 법질서란 기본법 제5조 제2항에서 말하는 ‘일반적 법률(allgemeine Gesetze)’과 유사한 개념인데, 어떤 자유권의 전형적인 행사 자체를 규제하는 데 그 의도가 있지 아니한 그런 법질서를 가리킨다. Rūfner의 견해에 따르면, 다른 기본권에 대한 제한유보에 근거하여 입법된 법률도 그러한 일반적 법질서를 구성할 수 있다.<sup>30)</sup> 그러므로 예컨대 건축예술에 대해 도시계획에 따른 제한이 가해지더라도, 그것이 예술활동 그 자체를 규제하려는 취지가

27) Stern, 위의 책, 1406쪽; Bethge, 위의 책, 258쪽, 각주 13.

28) Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5, Rn. 38 이하.

29) Stern, 위의 책, 1407.

30) Rūfner, Überschneidungen und Gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 7 (1968), 54쪽 이하.

아니었다고 한다면, 재산권 행사의 한계를 설정한 관련 규정은 예술의 자유에 대해 일반적 법질서를 이루는 데 불과한바, 그런 한에서 예술의 자유의 행사도 그 한계를 존중할 것이 요구된다.<sup>31)</sup> 요컨대, Rűfner의 견해는 - Klein과는 달리 - 경합관계에 있는 기본권들 중 일방에 규정된 제한유보를 사실상 타방에 그대로 이식하자는 것이 아니라, 그 제한유보에 따른 입법이 타방의 자유권에 대해 일반적 법질서로서 기능하는 한도에서만 후자의 행사가 그 입법적 규율을 받게 되고, 이는 모든 자유권에 내재된 한계의 일환에 해당한다는 것이다. 이로써 관련 기본권들의 제한유보 일체가, 타방 기본권에 대해 일반적 법질서로 기능할 수 있는 한에서, 공히 적용될 여지가 생기게 된다.

이론적 구성은 달리하지만, Scholz도 상상적 경합관계에 있는 기본권들에 규정된 제한유보가 각각 고유한 기능을 담당하면서 하나로 결합하여 적용되는 상황을 상정한 바 있다. 그에 의하면, 특히 경합하는 기본권들 중 하나는 궁극적 목적을 이루는 자유의 내용을, 다른 하나는 이를 실현하는 수단 내지 그 행사를 보장하는 관계에 있을 경우 - 그런 의미에서 전자는 ‘내용적 권리(Inhaltsrecht)’, 후자는 ‘행사적 권리(Ausübungsrecht)’라고 일컫는다 - 이들 기본권에 대한 제한유보는 결합하여 그 중 하나는 자유의 보장내용에 대한 제한에, 다른 하나는 행사에 대한 제한에 관여하는 식으로 기능을 분담한다고 한다.<sup>32)</sup> 가령, 표현의 자유가 학문활동에 기여하는 면에서 행사적 권리로서의 성격이 있다고 할 때, 기본법 제5조 제2항은 표현의 자유를 통한 행사의 국면에서 제한의 기능을 담당할 뿐이고, 학문활동 중 의사소통적 요소와는 무관한 부분에 대해서까지 제한의 효력을 미치지 않는다고 한다. 반면에, 내용적 권리와 행사적 권리는 목적과 수단의 관계에 있는 만큼, 내용적 권리에 대한 제한이 결과적으로 행사적 권리에 대해서까지 어느 정도 영향을 미칠 여지는 있다. 하지만 그러한 영향은 ‘구체적인 목적/수단의 관계 내부에서만’ 가능할 뿐이며, 이를 넘어서 다른 기본권 및 특정한 행사적 권리를 ‘일반적으로’ 제한하는 것으로 이어져서는 안 된다고 한다.<sup>33)</sup>

31) 다만, Rűfner는 일반적 법률에 의한 표현의 자유 제한의 경우에 거론되는 이른바 ‘상호작용(Wechselwirkung)’과 유사하게, 일반적 법질서에 의한 제반 자유권 행사의 제한의 경우에도 제한규범이 그 제한을 받는 자유권의 헌법적 의미를 가능한 한 존중해야 하는 기속을 받는 것으로 보고 있다. Rűfner, 위의 논문, 57쪽 이하.

32) Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 107쪽 이하.

33) Scholz, 위의 책, 113쪽 이하. 한편, 이에 대해, 기본권들 중 어느 것이 내용적 권리고, 어느 것이 행사적 권리인지를 일반·추상적으로 분류하는 것이 그리 간단하지는 않다는 지적으로는, Heß, 위의 책, 153쪽 이하 참조.

상상적 경합의 경우 기본권제한유보 상위의 문제를 어느 한 기본권의 선택과 다른 기본권의 배제에 의해서가 아니라, 양자의 상호조화적인 적용가능성을 모색함으로써 해소하려는 시도들 중 또 다른 사례로서, Degen의 이론을 들 수 있다. 그에 의하면, 기본권제한유보 상위의 문제란 어느 기본권제한유보 조항에 포섭시킬 것이냐의 문제라기보다는, 기본권제한의 정당화를 위한 국가의 논증이 여러 헌법적 요구조건들에 합치해야 할 부담을 진다는 것을 가리킬 따름이다.<sup>34)</sup> 예컨대, 언론직업을 제한하는 경우, 그것은 기본법 제12조 제1항 제2문에서 규정한 직업의 자유 행사 제한에 대한 ‘법률유보의 요청’과 기본법 제5조 제2항에서 의미하는 ‘일반적 법률에 의한 제한의 요청’ 등을 모두 충족하였다는 것을 국가가 논증하지 않으면 안 된다는 것을 뜻한다.

iv) 관련 쟁점: 상상적 경합의 경우에 법익형량 방법

기본권의 침해여부 심사와 관련하여 통상적으로 ‘기본권의 보호영역 확정’ - ‘제한’ - ‘제한의 한계(Schrankenschränken) 준수 여부’의 세 단계로 검토를 한다. 그런데 상상적 경합의 경우에 핵심적 문제로 취급되는 기본권제한유보 상위(相違)는 주로 ‘기본권제한이 정당한 수권 하에 이루어졌는지’에 대한 심사와 관련된다. 이 단계의 심사를 통과했다고 할 때, 그 이외의 ‘제한의 한계 준수 여부’ 심사에서 상상적 경합 관계에 있는 기본권들은 어떠한 상호작용 하에 놓이는가? 이 문제는 그 동안 기본권제한유보의 상위라는 난제에 가려 충분히 주목받지 못한 감이 있다.

대체로, 경합관계에 있는 기본권들 중 사안에 가장 밀접한 기본권 하나를 선택해 이를 기준으로 제한유보 상위의 문제를 해소하려는 입장에서는 그 이외의 기본권을 사실상 배제시키는 쪽으로 나아가는 경향이 있다 한다.<sup>35)</sup> 그러나 이것이 과연 타당한가? 2002년 독일연방헌법재판소의 이른바 ‘무슬림 도축판결(Schächten-Urteil)’<sup>36)</sup>은 어쩌면 이에 대한 근본적 의문을 제기할 중요한 계기가 될 수 있다고 판단되므로, 간략히 언급하기로 한다.

위 판결에서는 이슬람교를 믿는 터키 국적의 청구인이 종교적인 이유에서 가축을 마취 없이 도살할 수 있도록 허가해야 할지가 문제되었다. 독일 동물보호법 제4a조 제1항에 의하면, 가축은 마취한 상태에서 도살하는 것이 원칙이다. 하지만 청구인의 종교적 신념에 따르면, 이슬람 종교의식에 따라 도살한 가축의 고기만 먹을 수 있었

34) Degen, 위의 책, 306쪽 이하.

35) Degen, 위의 책, 305쪽 참조.

36) BVerfGE 104, 337.



기에, 독일에서 정육점을 운영해 온 청구인은 그 자신과 이슬람 고객을 위하여 동물보호법 제4a조 제2항 제2호의 예외규정에 따라 마취 없이 도축할 수 있도록 허가해달라고 신청했다. 관할 관청은 이를 거부했다. 청구인은 헌법소원심판절차에서 이로 인해 자신의 종교의 자유와 직업의 자유 등의 기본권이 침해되었다고 주장하였다. 독일연방헌법재판소는 사안에서 일차적으로 제한된 것은 청구인의 직업활동이라고 보았다. 다만, 기본법상 외국인도 직업의 자유를 향유하는 주체가 될 수 없으므로, 청구인으로서도 단지 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권에 의해 그의 직업의 자유가 보장될 수 있을 뿐이었다. 한편, 청구인의 종교의 자유 제한 여부에 대해서는 연방헌법재판소는 모호한 입장을 취하였다. 일단 기본권제한유보의 적용 단계에서는 오로지 기본법 제2조 제1항만 고려했다. 기본법 제4조 제1항의 종교의 자유는 법률유보 하에 있지 않은 기본권인바, 동물보호법 제4a조 제1항, 제2항 제2호의 규정이 이와 합치할 수 있는지에 대해서는 아무런 검토가 없었다. 하지만 그렇다고 종교의 자유와의 관련성을 완전히 부인한 것도 아니다. 오히려 비례성 심사의 단계에서는 종교의 자유를 적극적으로 원용하였고, 이에 의해 청구인의 기본법 제2조 제1항의 기본권적 보호가 '강화'되는 것으로 보았다. 그리고 그 결과 청구인에게 동물보호법 제4a조 제2항 제2호에 따른 예외를 인정하지 않은 것을 위헌적이라고 평가하였다.

이러한 논증방식은 학계에서 많은 논란을 불러일으켰다.<sup>37)</sup> 우선, 사안에서 일반적 행동의 자유는 실질적으로 외국인의 직업의 자유를 보장하기 위한 것으로서, 종교의 자유와는 보호의 초점이 다른바, 양자는 일반/특별관계에 있지 않다. 하지만 상상적 경합의 경우에 연방헌법재판소가 통상적으로 해 온 것과는 다른 심사방식을 채택한 것이 혼란을 야기하였다. 즉, 독일연방헌법재판소는 그 동안 '최고 관련성 이론(Meist-Betroffenheits-Theorie)'에 따라 사항적 밀접성이 가장 큰 기본권을 선정하여 이를 중심으로 심사를 하거나, 혹은 경합하는 모든 기본권들을 병렬적으로 심사하는 방식을 취해 왔고, 특히 후자의 경우에는 기본적으로 최강효력설의 입장에서 결론을 내려 왔는데, 위 판결은 기존의 이 두 방식 다 그대로 따르지 않았다.<sup>38)</sup> 기본권제한

37) 도살판결에 대한 비판적인 문헌들로는, Faller, Schächten als Konkurrenzproblem?, KJ 2002, 227쪽 이하; Spranger, Die Figur der "Schutzbereichsverstärkung", NJW 2002, 2074쪽 이하; Hain/Unruh, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?, DÖV 2003, 147쪽 이하; Spielmann, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371쪽 이하 등 참조.

38) Hain/Unruh, 위의 논문, 150쪽에 의하면, 도축판결의 이유에서 심사척도는 "일차적으로" 기본법 제2조 제1항이라고 선언한 점에서 일견 최고 관련성의 이론에 의한 것 같은 인상을 주지만, 실제로는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유뿐만 아니라 기본법 제4조 제1항의

유보와 관련해서는 오로지 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권만 가지고 심사하는 듯한 모습을 보이는데(이 점에서 후자의 방식은 아니다), 법익형량에서는 일반적 행동자유권 못지않은 비중으로 종교의 자유에 대한 제한적 효과를 고려했다(이 점에서 전자의 방식도 아니다). 이로 인하여 연방헌법재판소가 기본법에 규정된 자유권 체계의 한계를 일탈하여 ‘제3의 길’을 가려고 하는 게 아닌지 의심스러워하는 견해도 있었다.<sup>39)</sup>

다음으로, 일견 종교의 자유에 대한 제한을 확정하기를 회피하면서도 일반적 행동자유권 제한에 대한 과잉금지원칙심사에서 다시 종교의 자유를 기본권보호의 강화의 논거로서 원용한 것을 법이론적으로 어떻게 설명할 수 있을지도 문제되었다. 일설은, 이를 주관적 공권으로서의 종교의 자유가 아니라, 그 객관적 가치질서로서의 측면이 법익형량에 영향을 미친 것으로 풀이한다.<sup>40)</sup> 하지만 종교의식에 따른 도축을 종교의 행사의 일환으로 파악하지 않는다면, 사안에서 종교의 자유는 주관적 공권으로서는 물론이고, 객관적 가치질서로서도 영향을 미칠 일체의 근거를 상실하게 된다는 점을 감안할 때, 위 견해는 설득력이 없다.<sup>41)</sup>

사실 도축판결은 상상적 경합의 전형적 사례에 해당한다고 봄이 상당하다.<sup>42)</sup> 아마 법률유보 하에 있지 않은 종교의 자유에 대한 입법적 제한이 정당화될 수 있겠는가 하는 우려 때문에 판례는 ‘최고 관련성 이론’에 의지해 일반적 행동자유권을 위주로 기본권제한유보를 검토한 것으로 보인다. 그러나 앞서 Rūfner, Scholz, Degen 등의 견해에서 본 바와 같이, 기본권제한유보의 상위의 문제는 어느 한 기본권의 선택과 나머지 기본권의 배제에 의해서가 아니라, 양자의 조화적 고려에 의해서도 해결할 여지가 있다. 가령, 동물보호법상 마취 의무에 관한 규정은 종교의 자유의 전형적인 행사 자체를 제한하려는 의도와는 거리가 멀다. 그러므로 Rūfner의 견해에 따르면, 해당 규정은 종교의 자유에 대한 관계에서는 ‘일반적 법질서’로서의 성격을 가지며, 그런 한에서 종교의 자유 행사를 제약할 수 있게 된다.

---

종교의 자유도 심사에 끌어들였고 어떤 면에서는 이것이 더 중심을 이루었는바, 그런 점에서 위 이론을 따랐다고는 보기 어렵고, 그렇다고 두 기본권을 완전히 병렬적으로 심사하여 최강 효력설에 따른 결론을 내지도 않았다고 한다. 유사한 지적으로, Faller, 위의 논문, 231쪽.

39) Hain/Unruh, 위의 논문, 150쪽.

40) Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 219쪽. 시기적으로 좀 더 앞서 이와 같은 방향의 해석론을 시사한 것으로는, Heß, 위의 책, 161쪽 이하 참조.

41) Spranger, 위의 논문, 2075쪽; Breckwoldt, 위의 책, 178쪽 참조.

42) 같은 견해로는, Hofmann, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzverstärkung?, AÖR 133 (2008), 531쪽 참조.

일단 이런 식으로 기본권제한유보에 관한 심사 단계를 통과하게 되면, 다음 단계로서 기타 기본권제한의 한계를 준수했는지에 대한 포괄적인 심사에 들어가게 된다. 비록 ‘기본권적 보호의 강화’라는 모호한 개념을 사용하기는 하였지만, 이 단계에서 독일연방헌법재판소가 관련 기본권들에 대한 제한을 ‘누적적으로’ 법익형량에 반영한 것은 결과적으로 정당하였고, 그런 한에서 도출판결의 의미를 찾을 수 있다. 더 많은 기본권이 제한될수록, 제한조치의 정당화에 더 큰 논증 부담이 수반됨은 당연하다. 그럼에도 제한된 기본권별로 따로따로 법익의 균형성을 심사한다면, 한편에는 모든 관련된 공익의 총체가, 그 반대편에는 낱낱이 분산된 개개의 사익이 저울에 올려져 형평성에 반한다. 따라서 상상적 경합의 경우에 법익형량은 관련 기본권들 모두를 한편에, 그와 대립되는 공익의 총체를 반대편에 놓고 해야 하는 것이다.<sup>43)</sup> ‘기본권적 보호의 강화’의 정체는 바로 이러한 총체적인 법익형량 방식을 가리키는 것에 다름 아니다.<sup>44)</sup> 물론, 상상적 경합관계에 있는 기본권들 중 어느 하나에 대한 심사만으로 이미 해당 공권력 작용의 위험성을 확인할 수 있는 경우 등 특수한 상황 하에서는, 제한된 기본권별로 나누어 순차적으로 심사하는 것을 무조건 배제할 필요는 없을 것이다.<sup>45)</sup>

#### 라) 우리나라에 대한 시사점

독일의 ‘최고 관련성 이론’ 내지 ‘사항적 밀접성’의 이론은 상상적 경합의 경우에 특수하게 문제되는 기본권제한유보 상위의 문제를 해소하기 위한 방편으로서 실무적으로 운용되어 왔다. 하지만 그 이론적 취약성에 대해서는 계속적으로 문제제기가 있어 왔다. 즉, 관련성이나 밀접성의 정도를 대체 무엇을 기준으로 판단해야 할지에 관해 명확한 기준도 없을 뿐 아니라,<sup>46)</sup> 기본권제한유보 단계에서 어느 한 기본권만 선택해서 심사할 경우 그것이 법익형량 단계에서 다른 기본권을 완전히 도외시하는 결과로 이어질 수 있다는 점 등이 지적되고 있었다.<sup>47)</sup>

우리나라의 경우 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보가 존재함으로 인해 독일의 경우와 같은 기본권제한유보상의 현저한 상위의 문제는 야기되지 않는다. 그럼에도 헌법재판소는 독일의 ‘최고 관련성 이론’ 내지 ‘사항적 밀접성’의 이론과 유사하게,

43) Hofmann, 위의 논문, 538쪽 이하; Breckwoldt, 위의 책, 143쪽 이하 참조.

44) Reßing, 위의 책, 276쪽 이하 참조.

45) Hofmann, 위의 논문, 551쪽 참조.

46) Breckwoldt, 위의 책, 167쪽.

47) Faller, 위의 논문, 231쪽; Spielmann, 위의 논문, 374쪽 이하, Stern, 위의 책, 1407쪽.

“하나의 규제에 의해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다”는 원칙을 정립하였다.<sup>48)</sup> 이러한 판례의 태도는 우리나라의 상황에서는 아무런 실익이 없고, 오히려 관련 기본권들 중 일부를 너무 일찍 심사에서 배제하는 폐단만 낳을 뿐이라고 하겠다. 가사 소송경제적 관점에서 불필요한 중복 심사를 피할 수 있게 하는 논리로서 기여하는 면이 있다고 하더라도, 이것이 정당화되는 것은, 굳이 다른 기본권에 대한 추가적인 심사로 나아가지 않더라도, 해당 ‘주된 기본권’에 대한 침해와 그에 따른 위헌의 결론을 확정할 수 있는 경우에 한한다고 할 것이다. 그러므로 만약 그 ‘주된 기본권’에 대한 심사만으로는 위헌성을 확정할 수 없다면, 다른 기본권에 대해서까지 심사를 확장하는 것은 필수 불가결하다.

### 3) 심판대상조항의 검토

대상 결정은 심판대상조항으로 인해 일반적 행동자유권이 제한되었다고 인정했다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 심판대상조항은 표현의 자유도 제한한다. 그렇다면, 이 두 기본권제한은 서로 어떤 관계에 있는가?

먼저, 위 두 기본권이 기본권경합 관계에 있는지부터 검토한다. 기본권경합이란, ① 특정한 하나의 공권력 작용에 대해 ② 동일한 기본권주체의 여러 기본권이 관련되는 경우를 가리킨다. 그런데 심판대상조항은 동일 청구인의 일반적 행동자유권과 표현의 자유를 함께 제한하고 있다고 할 것인바, 일단 위 ②의 요건은 충족되었다.

한편, 심판대상조항은 사전등록 없이는 기부금품 모집을 못하게 규정하고 있는데, 여기서 만약 사전등록의무의 점과 기부금품의 모집 제한의 점을 인위적으로 분해한다면, 전체적인 규율의 형체를 알아보기 어렵게 될 뿐만 아니라, 그로써 기본권침해 여부에 관한 유의미한 심사를 저해할 우려마저 있다. 그러한 한에서 심판대상조항의 규율은 더 이상 분해하는 게 곤란할 정도로 일체를 이루었다고 할 것이므로, 법적 관점에서 하나의 행위단위로 봄이 상당하다. 따라서 위 ①의 요건도 충족되었는바, 결국 대상 결정에서 일반적 행동자유권과 표현의 자유는 기본권경합 관계에 있다고 할 것이다.

다음으로, 이들 기본권 간의 경합관계가 구체적으로 일반/특별관계에 해당하는지

48) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌바301; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조.

아니면 상상적 경합관계에 해당하는지를 검토한다. 원칙적으로, 일반적 행동자유권과 그 밖의 개별 자유권 사이에는 일반/특별관계가 성립한다. 다만, 개별 자유권에 의해 보호되지 않는 자유영역이 존재한다면, 이는 결국 일반적 행동자유권에 의해 보호될 수밖에 없다.

심판대상조항에서 말하는 ‘기부금품 모집’이란, “서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연(出捐)을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위”라고 정의되어 있다(기부금품법 제2조 제2호). 이러한 법률상 정의대로라면, 일차적으로 규율대상이 된 것은 표현의 자유라고 보인다. 그러한 기부금품의 모집과 관련하여 사전등록의무를 부과하고, 이를 이행하지 않은 채 기부금품의 모집을 할 경우 형사처벌을 예정하였다고 하더라도, 이는 모두 표현의 자유를 제한하기 위한 조치의 일환에 불과하다고 할 것이다. 이처럼 표현의 자유의 제한이 인정되는 한에서는 일반적 행동자유권은 일반/특별관계로 인해 적용이 배제된다.

다만, 심판대상조항의 효과는 단지 위와 같은 표현의 자유 제한에 그치지 않는다. 비록 간접적, 사실적이기는 하지만, 심판대상조항은 사전등록 없이 기부금품의 모집 행위를 한 자로 하여금 기부자로부터 기부금품을 수령하지 못하게 제한하는 효과도 있다. 즉, 기부금품법 제4조 제1항에서 사전등록의무를 부과한 것은 1천만 원 이상의 기부금액을 모집하려는 경우인바, 만약 사전에 모집등록을 하지 않았다면, 모집자가 합법적으로 기부금품을 수령할 수 있는 것은 연간 1천만 원 미만의 금액까지만이고, 그 이상을 수령하는 것은 곧 형사처벌의 위험을 감수해야 한다는 것을 뜻하게 된다. 이에 의해 제한되는 단순한 기부금품 수령행위는 의사소통적 요소가 전혀 개입되어 없이도 행해질 수 있는 점에서 꼭 표현의 자유의 보호영역에 든다고 보기는 어렵다. 만약 이 사건에서 일반적 행동자유권이 표현의 자유와 일반/특별관계에 서지 않고 상상적 경합관계에 놓일 수 있다고 한다면, 그것은 바로 이와 같은 기부금품의 단순 수령행위의 영역에서일 것이다.

이처럼 판례의 입장을 최대한 선해한다고 할지라도, 사안에서 ‘사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권’은 어디까지나 표현의 자유라고 할 것이지, 위와 같은 간접적·사실적 제약 효과에 그치는 일반적 행동자유권이 아님은 분명하다.

가사 이러한 점을 차치하더라도, 대상 결정에서 일반적 행동자유권의 침해여부만 심사하여 합헌결정을 하면서, 표현의 자유의 침해여부에 대해서는 별도로 심사하지 않은 조치는 수긍하기 어렵다. 표현의 자유는 일반적 행동자유권에 비해 전반적으로

더 엄격한 제한요건을 설정하고 있기 때문에, 설령 일반적 행동자유권이 침해되지 않는다고 하더라도, 표현의 자유는 침해된 것으로 판단할 가능성이 여전히 남아 있다. 위에서 언급한 현재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정이나 독일연방헌법재판소의 ‘독일제국 기부금품모집법’에 대한 위헌결정에서처럼, 일반적 행동자유권에 대한 침해를 인정할 경우라면, 굳이 표현의 자유에 관한 심사에까지 나아가지 않을 수 있다고 할 테지만, 대상 결정과 같이 일반적 행동자유권에 대한 심사만으로는 위헌성을 판단할 수 없는 상황이라면, 거기서 그치지 말고 표현의 자유에 대한 침해여부 심사를 추가적으로 했어야 했다.

#### (4) 결론의 정당성 여부에 관한 검토

이하에서는 만약 헌법재판소가 표현의 자유에 대한 추가적 심사를 진행했다라면, 대상 결정의 결론이 달라졌을 가능성이 있는지를 간단히 살펴보도록 한다.

##### 1) 사전검열금지원칙 위반여부

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 표현의 자유를 제한하는 검열은 법률로써도 불가능하다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13). 여기서 ‘검열’이라 함은 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도”를 말한다. 헌법상 금지된 사전검열에 해당하는지는 “명칭이나 형식에 구애됨이 없이 실질적으로” 판단해야 하는데, 통상 “허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우”에 헌법에서 금지한 검열이 존재하는 것으로 인정된다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13).

그런데 심판대상조항은 ① ‘타인에게 기부금품의 출연을 권유·의뢰 또는 요구하려 하는 자’에 대해 그 표현행위를 하기 전에 먼저 그런 의사표현의 목표와 의사표현을 할 지역, 기간 등에 관한 계획서를 제출할 의무를 부과하고(제4조 제1항), ② 등록청으로 하여금 그 모집행위가 기부금품법 제4조 제2항에 열거된 사업에 적합한지 등을 심사하여 모집등록 여부를 결정할 수 있게 하며(제4조 제4항), ③ 이러한 사전등록이 없이는 ‘타인에게 기부금품의 출연을 권유·의뢰 또는 요구하는 의사표현’을 하지 못하도록 하고, ④ 만약 이를 위반하면, 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에

처할 수 있게 규정하고 있다(제16조 제1항 제1호). 이로써 사전검열의 기본적 요건이 모두 충족된 것으로 판단된다.

물론, 미국이나 독일의 입법례를 살펴보면, 기부금품 모집에 대해 허가제를 도입한 사례가 전혀 없지는 아니하다. 하지만 그 대부분은 모집행위의 시간·장소·방법 등과 결부된 내용중립적 허가제이지, 우리나라 기부금품법처럼 모집행위의 중요한 내용을 이루게 될 사업의 범위를 법으로 한정하고, 법에 열거된 사업에 관한 것이 아니면 기부금품의 출연을 권유·의뢰·요구하는 표현행위 일체를 그 시간·장소·방법 여하에 상관없이 전면 금지하는 식의 내용적 규제의 성격을 가진 허가제는 아니다.<sup>49)</sup> 그런 점에서, 심판대상조항은 실질적으로 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열을 도입한 위헌성이 있다고 생각된다.

## 2) 과잉금지원칙

### 가) 목적의 정당성

외견상 심판대상조항의 입법목적은 성숙한 기부문화를 조성하고 건전한 기부금품 모집제도를 정착시키는 데 있다고 보이고, 이러한 입법목적 자체의 정당성은 부정할 수 없다.

### 나) 수단의 적합성

하지만 심판대상조항은 실제로 거의 실효성을 발휘하지 못하고 있다. 2011. 7. 28. 자 행정안전부 보도자료에 따르면,<sup>50)</sup> 2009년도 연간 기부금 총액은 9조 5,000억 원에 이르는 데 반해, 기부금품 모집등록액은 1,000억 원대 수준으로서, 등록청에서 관리·감독하는 기부규모는 전체 모집시장의 약 1% 가량에 그친다고 한다. ‘불필요한 행정

49) 예컨대, 독일의 라인란트-팔쯔 주의 기부금품법 제1조 제1항에서는 거리나 광장, 식당, 주점 또는 기타 공중이 출입할 수 있는 장소에서(제1호) 또는 호별방문의 방식으로(제2호) 직접적 대인 접촉을 통해 기부금품을 모집할 경우에만 허가를 얻도록 규정하고 있으며, 제2항에서는 다시 이에 대한 일련의 예외조항을 두고 있다. 그 외에 기부금품 모집을 할 수 있는 사업을 한정적으로 열거하는 조항은 두고 있지 않다. 해당 법령은 아래 인터넷 사이트의 것을 참조. [http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/o96/page/bsrlpprod.psml;jsessionid=1E7D979FCDED76EC7787AE98043E4193.jp13?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-SammlGRPrahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#jlr-SammlGRP3P2](http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/o96/page/bsrlpprod.psml;jsessionid=1E7D979FCDED76EC7787AE98043E4193.jp13?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-SammlGRPrahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#jlr-SammlGRP3P2)

50) 아래 인터넷 사이트에서 첨부파일로 제공하는 ‘110728\_(민간협력과)\_기부금품모집\_관련\_입법예고’ 파일 참조.

[https://www.mois.go.kr/frt/bbs/type010/commonSelectBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR\\_000000000008&nttId=28347](https://www.mois.go.kr/frt/bbs/type010/commonSelectBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR_000000000008&nttId=28347)

절차만 많아졌을 뿐, 단체의 모금이 투명해지지도 활성화되지도 않았다’는 부정적인 평가가 지배적인 상황에서 아주 극소수의 단체들만 기부금품법상 모집등록을 하였기 때문이다.

#### 다) 침해의 최소성

“침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다” (헌재 1998. 5. 28. 96헌가5). 만약 기부금품법의 입법목적이 ‘오직 모집자의 사적인 이익을 위한 기부금품 모집행위 또는 제3자에 대한 기부 강요행위 등과 같은 폐해를 규제하고, 모집된 기부금품이 당초의 모집목적에 부합하게 사용되게 하는 것’이라고 한다면, 그 수단이 반드시 ‘모집등록을 강제하고 그 등록이 없을 경우 기부금품 모집행위 자체를 원천적으로 못하게 하는 것’이어야 할 필요는 없다. 기부금품 모집을 할 기회는 주되, 문제되는 모집의 행태나 방법에 대해서만 규제를 한다든가 모집결과의 신고의무, 기부금품 모집상황 및 사용내역에 관한 장부의 비치의무, 관계서류의 제출의무 등을 부과하고 행정청이 적절한 감독권한을 행사함으로써 모집된 기부금품이 원래 모집목적에 맞게 사용되도록 통제하는 것으로도 충분할 것이다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 등록 없이는 기부금품 모집 자체를 못하도록 원천봉쇄하는바, 침해최소성의 요청에 위배된다.

#### 라) 법익의 균형성

심판대상조항은 기부금품법 제4조에 따른 사전 모집등록 없이는 타인에게 “기부해 달라”는 표현 일체를 하지 못하도록 금지한다. 이는 단지 표현의 시간·장소·방법만 제한하는 게 아니라, 특정한 내용의 표현 자체를 제한하는 경우에 해당한다. 하지만 기부를 권유하는 의사표현이 과연 그 자체로 공동체에 어떤 실질적 해악을 가져올 명백하고 현존하는 위험성이 있는지는 의문이다.

종래 기부금품 모집과 관련된 폐해는 주로 국가 등 공권력주체나 관변단체 등에 의한 ‘기부의 강요’에 있었다. 기부금품법 제5조는 이에 대해 별도의 규제를 가하고 있다. 또한 민간에 의한 ‘기부 강요’에 대해서는 기부금품법 제6조 제1항, 제16조 제1항 제2호가 따로 규제하고 있다. 나아가, 기부금품법 제12조 제1항에서 기부금품의



‘모집목적외 사용’을 원칙적으로 금지하고 있고, 이를 위반할 경우 기부금품법 제16조 제1항 제5호에 의해 제재할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 기부금품법 제14조에서는 기부금품의 모집상황과 사용명세에 관한 장부 등을 갖출 것과 일정 사유가 있을 경우 모집결과를 공개할 것, 그리고 공인회계사나 외부감사인에 의한 감사를 받을 것 등을 규정하고 있고, 이를 위반할 경우 기부금품법 제16조 제1항 제6호의2나 제7호에 의해 제재할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 기부금품이 모집목적에 맞게 쓰이고 그 관리가 투명하게 이루어지게 하기 위한 개별 규정들이 마련되어 있는 한, 기부모집행위 자체를 못하게 금지할 필요는 없다.

이러한 점을 종합할 때, 심판대상조항은 그를 통해 달성하는 공익적 성과에 비해서 그로 인해 침해되는 사익이 중대하다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추어지지 못했다고 판단된다.

#### IV. 맺음말

대상 결정은, 기부금품의 모집행위를 하려는 자에 대해 사전등록의무를 부과하고 이를 위반한 채 모집행위를 할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 한 기부금품법 제4조 제1항, 제2항, 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니한 것’에 관한 부분(‘심판대상조항’)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않았고, 청구인들의 일반적 행동자유권을 과도하게 침해하지도 않았다고 하였다. 이러한 판단 자체의 타당성은 별론으로 하더라도, 대상 결정은 그 밖의 기본권들에 관해 침해여부 심사를 충분히 하지 않은 점에서 현저한 결함이 있다.

우선, 대상 결정은 평등권 침해여부 심사를 소홀히 하였다. 사안에서 청구인들은 심판대상조항이 전체적인 형벌체계에 위배하여 과도한 법정형을 규정함으로써 평등원칙에 위배되었다고 주장하였다. 이 경우 비교기준은 규제대상 행위의 ‘당벌성이나 죄질의 정도’가 되어야 한다. 다시 말해, 당벌성이나 죄질의 정도가 유사한 행위들 중 어느 하나에 대해서만 현저히 무겁게 처벌한다면, 이 경우에는 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다는 관점에서 평등원칙 위반이 문제될 수 있는 것이다. 그럼에도 대상 결정은 “다른 법률상 벌칙 규정들은 모두 심판대상조항과 입법목적, 보호법익, 등록 필요사항 등이 다르므로 이를 본질적으로 동일한 비교집단이라 볼 수 없다”는 동문서답식의 논거로 평등권 침해 주장을 배척했다.

다음으로, 대상 결정은 청구인들이 심판대상조항으로 인해 자신의 표현의 자유가 침해되었음을 주장했는데도, 이에 대한 본격적 심사로 나아가지 않았다. 청구인들의 이러한 주장은 “그 내용을 살펴보면 모집등록 없이는 1천만 원 이상의 기부금품을 모집할 수 없도록 금지·처벌하는 것이 청구인들의 기본권을 침해한다는 취지로 결국 일반적 행동의 자유 침해 여부를 문제삼는 것과 다르지 않다.”면서 “심판대상조항이 기부금품을 모집할 일반적 행동의 자유를 침해한다고 볼 수 없는 이상, 청구인들이 이 주장은 별도로 판단하지 아니한다.”고 하였다. 하지만 이는 일반적 행동자유권과 표현의 자유 사이의 일반/특별관계의 성립을 간과한 것이거나, 설령 이 두 기본권의 상상적 경합을 인정한다고 하더라도, 일반적 행동자유권보다는 표현의 자유에 주로 초점을 맞춰 심사했어야 할 것을, 주객을 완전히 전도시켜 판단한 경우에 해당한다. 위와 같은 대상 결정의 판시는 기본권경합이 있을 경우 위헌성 심사를 어떻게 해야 할지에 대한 우리나라 헌법학의 이론적 취약점을 그대로 반영하고 있다고 생각된다.

이 글은 이상과 같은 문제의식에서 대상 결정에 대한 평석을 시도하였다. 부족한 면이 많지만, 그럼에도 이것이 우리나라 헌법재판 실무나 이론의 발전에 조금이라도 기여할 수 있기를 바라면서, 이 글을 맺는다.

주제어: 기본권경합(Grundrechtskonkurrenz), 상상적 경합(Idealkonkurrenz), 기부금품법(Sammlungsgesetz), 일반적 행동자유권(allgemeine Handlungsfreiheit), 표현의 자유(Meinungsfreiheit)

## 참고문헌

- Berg, Wilfried, Konkurrenzen schrankendivergener Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Vahlen, 1968.
- Bethge, Herbert, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Franz Vahlen Verlag, 1977.
- Breckwoldt, Maike, Grundrechtskombinationen, Mohr Siebeck, 2015.
- Degen, Manfred, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie: Zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, Duncker & Humblot, 1981.
- Dreier, Horst, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Mohr Siebeck, 2004 (본문에서 인용방식: 집필자, in: Dreier, GG).
- Faller, Rico, Schächten als Konkurrenzproblem? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus Sicht der Grundrechtsdogmatik, KJ 35 (2002), 227-233.
- Hain, Karl-E./Unruh, Peter, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik? - Anmerkung zum Schächt-Urteil des BVerfG nach Änderung des Art. 20a GG, DÖV 2003, 147-155.
- Heß, Reinhold, Grundrechtskonkurrenzen, Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte, Duncker & Humblot, 2000.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203-233.
- Hofmann, Ekkehard, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzverstärkung? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „additiven“ Grundrechtseingriff, AÖR 133 (2008), 523-555.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, C.H.Beck, 2004, (본문에서 인용방식: 집필자, in: Jarass/Pieroth, GG).
- Klement, Jan Henrik, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AÖR 134 (2009), 35-82.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter, u.a., Grundgesetz Kommentar, Bd. I, C.H.Beck, 2004 (본문에서 인용방식: 집필자, in: Maunz/Dürig u.a., GG).
- Reßing, Maximilian, Die Grundrechtskonkurrenz: Kohärenz im freiheitsrechtlichen System des Grundgesetzes, Nomos, 2016.
- Rüfner, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, Mohr Siebeck, 1976, 453-479.
- \_\_\_\_\_, Überschneidungen und Gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 7 (1968), 41-61.
- Sachs, Michael, Verfassungsrecht II: Grundrechte, Springer, 2002.
- Scholz, Rupert, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, C.H.Beck, 1971.
- Schwabe, Jürgen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1997.
- Spielmann, Christoph, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371-375.
- \_\_\_\_\_, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, Nomos, 2008.
- Spranger, Tade Matthias, Die Figur der “Schutzbereichsverstärkung”, NJW 2002, 2074-2076.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, C.H.Beck, 1994.

[Zusammenfassung]

## **Grundrechtskonkurrenz und Begründetheitsprüfung**

- Anmerkungen zu den Sammlungsgesetz-Entscheidungen des KVerfG

Chung, Kwang-Hyun

Mit seinen Sammlungsgesetz-Entscheidungen vom 24. November 2016 und vom 29. März 2018 hat das KVerfG mir dazu Anlass gegeben, zu überlegen, was die Grundrechtskonkurrenz ist, und wie sie bei der Begründetheitsprüfung von Verfassungsbeschwerden behandelt werden sollte. Unter Grundrechtskonkurrenz versteht man das Verhältnis zwischen den mehreren Grundrechten ein und desselben Grundrechtsträgers, in die ein und derselbe Akt der öffentlichen Gewalt eingreift.

In den beiden oben genannten Entscheidungen ging es darum, ob die Vorschriften, wonach eine Sammlung ohne deren vorherige Registrierung bei der zuständigen Behörde nicht öffentlich angekündigt werden darf, die in Art. 10 Satz 1 KV gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit der Beschwerdeführer verletzt haben. Das KVerfG hat sie letzten Endes für verfassungsgemäß erklärt. Dabei hat es allerdings die weitere Behauptung der Beschwerdeführer, dass die fraglichen Vorschriften ihre Meinungsfreiheit verletzt hätten, außer Acht gelassen.

Meines Erachtens ist eine solche Vorgehensweise ziemlich fragwürdig. Im Grunde ist die Meinungsfreiheit spezieller als die allgemeine Handlungsfreiheit, so dass die letztere normalerweise durch die erstere verdrängt werden muss; *lex specialis derogat legi generali*. Auch wenn angenommen wird, dass die sog. Idealkonkurrenz zwischen den beiden Grundrechten ausnahmsweise bestehen könnte, hätte das KVerfG entweder die Meinungsfreiheit als sachnäheres Recht heranziehen sollen oder bei der Güterabwägung die beiden Grundrechten gesamt betrachten müssen, anstatt nur die allgemeine Handlungsfreiheit isoliert zu betrachten.