

基本權形成的 法律留保에 대한 批判的 檢討

金日煥*

차 례

I. 問題提起

II. 憲法 第23條第1項의 法律留保에 관한 論爭

1. 文獻上 意見差異
2. 憲法裁判所判例의 傾向
3. 小結 : 憲法 第23條의 體系的 解釋

III. 基本權의 “形成的 法律留保”主張의 內容

1. 許營教授의 見解
2. 해벌레와 크레스의 理論
3. 批判

IV. 結 論

* 韓國法制研究院 前任研究員, 法學博士

I . 問題提起

먼저 다음 신문기사를 보자 : “앞으로 4년후인 2000년대에는 서울시 대부분 지역에서 자유로운 건축행위가 제한된다. 건축법이나 도시계획법에 저촉되지 않더라도 마음대로 건축할 수 없고 주변여건과 조화가 이루어져야만 건축행위가 허용되기 때문이다. ... 상세계획구역으로 지정되면 상업지역 또는 주거지역 등 토지의 용도, 지역내용과 관계없이 자치구에서 마련한 상세계획안에 따라 건축허가가 이뤄지는데 건축물의 용도는 물론 외모나 색깔까지 제한받는다.”¹⁾ 위 신문기사내용을 쉽게 풀어 말하자면 앞으로는 서울시민들 스스로가 원하는 대로 건물을 못 짓는 것은 물론이고 건물의 색깔조차도 마음대로 정하지 못할 수도 있다는 것이다. 그런데 學者 중에서 다음과 같이 말하는 사람이 있다 : “모든 國民의 財産權은 保障하지만 ‘그 內容과 限界를 法律로 定한다’는 의미는 이미 존재하는 財産權을 法律로 制限하겠다는 뜻이 아니고, 保障될 수 있는 財産權의 內容과 限界를 法律로 定하겠다는 뜻이기 때문에, 이는 오히려 基本權의 實現에 주안점이 있는 基本權形成的 法律留保(필자강조)라고 평가해야 하리라고 생각한다.”²⁾ 그렇다면 理論과 實際가 다른 것일까? 아니면 위 주장 자체가 틀린 것인가?

우리나라 憲法學界에서도 80년대 이후로 많은 분야에서 나름대로 의견을 달리하고 論爭이 되고 있는 것처럼 보이는 부분들이 있다. 예를 들어 基本權의 性格과 機能에 관한 다툼 또는 基本權의 客觀的 價値秩序에 관한 주장 등이 그 대표적인 경우이다. 하지만 이러한 의견다툼은 理論的 論爭이라기보다는 단순히 學者 개개인이 갖고 있는 생각을 주장한 것에 불과한 것이 대부분이다. 다시 말하면 설득력 있는 論據를 갖고서 다른 사람들에게 자기의 주장을 제시하지 못하거나 “타당한” 論據를 제시해야 한다는 의식조차 없는 한 그러한 주장은 언제나 주장으로 머물 뿐 理論化 그 자체를 기대할 수 없다.³⁾

1) 중앙일보 1996년 5월 28일, 1면.

2) 許營, 『憲法理論과 憲法(中)』, 博英社, 1988, 148면.

3) 批判이나 理論構成은 역사적인 문맥으로부터 출발하고 이를 바탕으로 하여 기존규범질서의 해석, 개혁 등을 모색한다. 따라서 어떤 공동체의 구체적이고 역사적인 상황인식을 바탕으로 하여 그 공동체가 갖고 있는 규범적인 질서와 문화를 분석, 검토

이 論文에서 다루고자 하는 소위 基本權形成的 法律留保도 어찌 보면 자그마한 문제라고 볼 수도 있지만, 결국 이것을 잡고 캐어 들어가면 단순히 基本權의 形成的 法律留保를 인정할 것인지 아닌지로 국한되는 게 아니라 이를 넘어서서 바로 “韓國에서 憲法學” 展開가 그리 쉽지 않다는 것을 드러내는 한 가지 사례라고 생각한다.

이와 같은 문제의식 하에서 필자는 “基本權形成的 法律留保”란 문제에 다음과 같이 접근하고자 한다.

1) 許營教授가 이른바 基本權의 “形成的 法律留保”를 주장한 이후로 이에 공감하는 學者들도 있고⁴⁾ 심지어 우리 나라 憲法裁判所判例에서도 “形成的 法律留保”란 단어가 언급되고 있는 실정이다.⁵⁾ 그렇다면 形成的 法律留保란 무엇인가를 이론적으로 다루기 전에 우선 도대체 憲法 제23조제1항의 法律留保를 “形成的” 法律留保라고 볼 수 있는가라는 점에서 일차적으로 출발해야 한다. 왜냐하면 우리나라 憲法全體規定, 基本權에 관한 規定, 그리고 이 財產權에 관한 法律留保規定을 체계적으로 해석하기 위한 출발점은 바로 우리나라 憲法이기 때문이다. 憲法 제23조제1항의 法律留保가 갖는 성격과 특징이 이 조항 자체로부터 또는 헌법 전체적인 맥락으로부터 충분히 설명될 수 없다면 비로소 다음 단계로 넘어가게 된다.

하는 과정 속에서 비로소 비판이나 이론이 담고 있는 보편적인 요인들은 타당한 구체화를 발견할 수 있다. 결국 비판이나 이론구성은 이러한 구체적인 문맥을 놓쳐서는 안된다. 이에 관해서는 Bernhard Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Suhrkanmp, 1991, 20면 이하, 150면 이하 참조. 그런데 허영교수는 “조금 과장해서 표현한다면 憲法學에 관한 한 가장 독일적이고 가장 미국적인 理論과 判例가 우리의 理論과 判例로 정착될 때 우리나라의 자유민주주의도 비로소 튼튼한 뿌리를 가질 수 있다고 확신한다”고 말하고 있다. 그러나 유감스럽게도 “독일과 미국의 學說과 判例를 저자 나름대로 소화해서 우리 실정에 맞게 발전시킨 우리의 헌법 이론(필자강조)을 전개하고 있다는 사실을 이 기회에 분명히 밝힌다”(1994년판 『韓國憲法論』, 博英社, 머리말 참조)고 바로 뒤이어서 말하고 있다. 결국 筆者는 許營教授 본인이 이렇게 상호 모순되는 인식들을 극복하고 본인이 밝힌 대로 우리 실정에 맞는 憲法理論을 발전시키지 않는 한 許營教授는 계속해서 “脈絡(文脈)없는 普遍主義者”로 머물 것이라고 생각한다.

4) 예를 들어 金承煥, “基本權制限的 法律留保와 基本權形成的 法律留保”, 『現代法の 理論과 實際』(金哲洙教授華甲紀念), 1993, 427면 이하 參照.

5) 1993.7.29. 92 헌바 20.

2) 憲法 제23조 자체나 憲法 제37조제2항과 연결하여 분석하여도 만족할 만한 결과를 얻을 수 없다면 두 번째 단계로써 法律留保問題에 이론적으로 접근하게 된다. 곧 法律留保의 성격과 내용을 먼저 살펴본 다음에 이를 바탕으로 하여 구체적으로 憲法 제23조제1항의 法律留保가 과연 “形成的” 法律留保인지, 그리고 形成的 法律留保란 단어가 도대체 무엇을 의미하고 우리에게 정말로 필요한지를 검토해야 한다. 그런데 이론적으로 접근하기 이전에 우리는 어떠한 單語나 理論을 주장하는 사람들이 문제를 얼마나 충분히 인식하고 있는지를 우선 살펴보아야 한다. 예를 들어 크랩스는 “古典的(필자강조) 法律留保의 의미와 목적은 대강 말한다면 포괄적인 측면(가치중립적 의미에서 자유와 재산)에서 개인영역을 행정부제한으로부터 벗어나게 하는 것이었다”⁶⁾고 하면서, 社會國家原則을 채택한 獨逸基本法 하에서 古典的인 基本權理論(필자강조)은 이러한 새로운 基本權問題들에 어떤 대답을 제시할 수 없다”고 계속해서 말하고 있다.⁷⁾ 許營教授 또한 “傳統的인(필자강조) ‘基本權의 制限留保’의 관념에 사로잡혀 基本權에 관한 …”이란 표현을 쓰고 있다.⁸⁾ 결국 해벌레나 크랩스처럼 許營教授는 독일과 마찬가지로 한국에서도 ①“自由와 財産制限”이라는 좁은 의미의 法律留保를 “傳統的” 法律留保라고 부르면서 이것을 한국에서 法律留保論議의 출발점으로 삼고, ②이러한 法律留保가 더 이상 오늘날 사용되는 法律留保意味에 맞지 않기에 基本權의 “形成的” 法律留保란 단어를 한국에서 필요로 한다는 결론에 도달한다. 그렇다면 우리는 여기서 두 가지 문제를 먼저 제기할 수 있다. 첫 번째로 과연 獨逸에서 法律留保가 “自由와 財産制限”이라는 좁은 영역으로 한정되었던 적이 있었던가를 질문해야 한다. 그 다음에 두 번째로 韓國憲法史와 憲法體系上 우리는 法律留保를 이런 좁은 영역으로 한정된 적이 있었던가를 물어보아야 한다.

결국 許營教授를 비롯하여 많은 사람들이 우리나라 憲法體系와 規定, 憲法史를 파악하지 않고서 그들 나름대로 최신이론이라고 생각하는 주장-예를

6) Walter Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1975, 34면.

7) Walter Krebs, “Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt und Pressesubventionierung” : DVBl 1977, 634면.

8) 許營, 『憲法理論과 憲法(中)』, 博英社, 1988, 137면.

들어 法律留保에 관하여 독일의 해벌레나 크랩스의 이론 - 에 의존하여 논의를 전개한다는 데에서 문제가 시작된다. “獨逸”에서 獨逸學者들이 그들의 문제를 해결하기 위하여 독일언어로 벌이고 있는 논의를 “韓國”에서 韓國學者들이 우리 문제를 해결하기 위하여 한국말로 번역하여 인용한다고 해서 곧바로 독일에서 벌어지고 있는 문제가 우리 것으로 인식되고 우리 문제를 해결할 수 있을까? 문제는 許營教授를 비롯하여 많은 사람들이 독일의 선진이론이라고 생각하는 이론들을 “특정시점”에서 잘라내어 한국에서 소개하고 있다는 것이다. 예를 들어 바로 基本權의 “形成的” 法律留保란 단어가 그렇다. 곧, 독일에서는 결코 이것이 학문의 논쟁거리나 토의대상도 아닌데 마치 한국에서는 새롭고 신선한 그 무엇으로 인정되고 받아들여지고 있다. 결국 70년대 초반까지 독일문헌뿐만 아니라 80년대 이후 독일문헌까지도 살펴본다면 독일에서 法律留保理論의 전개가 전혀 다른 방향으로 가고 있음을 알 수 있다.⁹⁾ 이 두 번째 단계에서 文脈없고 沒歷史的으로 한국에서 언급되고 있는 形成的 法律留保란 단어가 갖고 있는 문제점을 다시 한 번 충분히 밝혀서 이 단어의 사용을 주장하는 사람이 생각하는 것만큼 獨逸憲法學은 물론 韓國憲法學에서도 “形成的” 法律留保란 단어가 그다지 유용성을 갖고 있지 못함을 論證할 것이다.

3) 결국 이러한 논쟁은 基本權에 관한 法律留保와 一般的인 法律留保는 어떤 관계 속에 있는가 하는 것으로 귀착된다. 곧 獨逸憲法史에서 法律留保發展歷史라든가, 獨逸基本法에서 法律留保가 갖고 있는 역할과 기능을 比較法的 次元에서 참조하여 나름대로 사용할 수 있다 할지라도 우리나라 憲法에서 法律留保가 차지하고 있는 기능과 역할, 특히 基本權에 관한 法律留保의 성격 규명은 또다른 연구와 작업을 필요로 하는 부분이다. 이를 통하여 막연히

9) 예를 들어 Carl-Eugen Eberle, “Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt”, DÖV 1984, 485면 이하; Götz/Klein/Starck, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, C. H. Beck, 1985 ; Reinhard Hermes, *Der Bereich des Parlamentsgesetzes*, Duncker & Humblot, 1988; Michael Kloepfer, “Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel”, JZ 1984, 685면 이하; Fritz Ossenbühl, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. III, C. F. Müller, 1988, 315면 이하 참조.

발전된 독일이론을 바탕으로 한 논의전개라든지, “새로운” 독일이론에 바탕을 둔 이론이라는 기존의 논의방식이 비판될 것이다.

이 論文은 憲法 제23조제1항의 法律留保를 “形成的”이라고 생각하는 사람들의 주장에 대한 비판을 담고 있기에 財產權의 실체와 내용¹⁰⁾이 아니라 이 조항이 갖고 있는 “法律留保의 意義와 性格”에 관하여 다룬다. 우리나라 公法學界에서는 獨逸法律留保理論의 정확한 문맥과 악없이 獨逸에서 法律留保에 관한 여러 學說들이 전개, 논의되고 있는 것처럼 착각하고 있다.¹¹⁾ 이에 관하여 다루고 비판하자면 제한된 지면내에서는 불가능하므로 그것은 다음으로 미루고, 이 논문에서는 관련되는 부분에서 필요한 경우에 한하여 독일에서 다루어지고 있는 法律留保에 관한 理論이나 判例들을 설명한다.

Ⅱ. 憲法 第23條第1項의 法律留保에 관한 論爭

1. 文獻上 意見差異

먼저 憲法 제23조제1항2문에 관하여 許營教授는 “財產權에 관해서 규정된 法律留保는 財產權制限의 意味보다는 財產權形成的의 意味가 더 강하게 내포되고 있다고 보아야 하기 때문에 이를 ‘개별적인 法律留保條項’으로 유형화하는 데에는 문제점이 있다고 생각한다. 모든 國民의 財產權은 보장하지만 ‘그 內容과 限界를 法律로 정한다’는 의미는 이미 존재하는 財產權을 法律로 制限하겠다는 뜻이 아니고, 保障될 수 있는 財產權의 內容과 限界를 法律로 정하겠다는 뜻이기 때문에, 이는 오히려 基本權의 實現에 주안점이 있는 基本權形成的의 法律留保라고 평가해야 하리라고 생각한다”고 주장하고 있다.¹²⁾ 그래서 “憲法에 의해서 保障되는 財產權은 그 內容과 限界가 法律로 정해지기 때문

10) 이에 관하여는 예를 들어 崔在健, “憲法上の 財產權概念과 正當補償의 內容”, 『憲法論叢』 第4輯, 370면 이하; 金炯盛, “財產權”, 『基本權의 概念과 範圍에 관한 研究』 (憲法裁判 6卷), 379면 이하 참조.

11) 이에 관하여는 독일과 한국에서 법률유보이론의 발전에 관하여 다룬 Kim Yong-Sup, *Der Gesetzesvorbehalt bei der Leistungsverwaltung in Deutschland und Korea*, Dissertation, 1994 참조.

12) 許營, 전제서, 148면. 許營教授의 法律留保에 관한 일반적 설명은 아래에서 언급된다.

에 우리 헌법상의 財産權保障은 말하자면 基本權形成的 法律留保에 의해서 실현되고 구체화될 수 있다는 규범구조상의 특징을 가지고 있다. 다시 말해서 財産權의 內容과 限界를 정하는 法律은 동시에 憲法에 의해서 보호받을 수 있는 財産權의 구체적인 모습을 형성하는 기능을 가지고 있다”고 주장한다.¹³⁾

이에 반하여 權寧星教授는 憲法이 基本權의 制限을 직접 규정하지 아니하고 그 制限을 法律에 委任하고 있는 경우에 그것을 基本權制限에 관한 法律留保 또는 憲法間接的 基本權制約이라고 하면서¹⁴⁾ 본래의 法律留保는 憲法이 基本權의 制限을 法律에 委任한다는 것을 규정한 基本權制限的 法律留保라고 개념 정의한다.¹⁵⁾ 그래서 “幸福追求權, 平等權, 自由權的 基本權 등은 그에 관한 立法을 기다릴 필요 없이 직접 실현할 수 있는 直接的 效力을 가진 基本權을 의미하므로 그에 관한 法律留保는 基本權制限的 法律留保를 의미하지만 請求權的 基本權, 政治的 基本權, 社會的 基本權 등은 法律에 의하여 비로소 그 행사절차나 내용이 구체화되기 때문에 그에 관한 法律留保는 基本權具體化的 法律留保를 의미한다”고 주장한다.¹⁶⁾ 그런데 權寧星教授는 헌법 제23조제1항2문에 따라 “財産權의 구체적 모습은 財産權의 內容과 限界를 정하는 法律에 의하여 形成되고, 그 法律은 財産權을 制限한다는 의미가 아니라 財産權을 形成한다는 의미를 가진다”고 하면서도¹⁷⁾ “公共必要가 있는 때에는 法律으로써 재산권을 收用·使用·制限할 수 있다”고 함으로써 위 조항에 관한 法律留保를 制限的 法律留保로 보고 있는 것 같다.¹⁸⁾

13) 許營, 『韓國憲法論』, 博英社, 1996, 451면.

14) 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社, 1996, 315면.

15) 權寧星, 전계서, 317면.

16) 權寧星, 전계서, 317면. 權寧星教授에 따르면 社會的 基本權을 具體的 權利로 파악할 경우 基本權形成的 法律留保概念은 지양되어야 한다고 주장하나(전계서, 317면): 基本權具體化的 法律留保와 基本權形成的 法律留保가 어떻게 다른지를 설명하고 있지는 않다. 이와는 달리 許營教授는 “憲法에 의해서 보장되는 적지 않은 基本權은 그것이 일상생활에서 基本權으로서 效力을 나타내기 위해서는 그 내용을 法律的으로 具體化하는 이른바 형성작업이 선행되어야 한다.”(전계서, 281면)고 주장한다. 따라서 許營教授는 基本權形成과 具體化를 동일한 의미로 보고 있다.

17) 權寧星, 전계서, 488면 이하.

18) 하지만 權寧星教授의 입장이 명확하지는 않다. 왜냐하면 이미 財産權에 관한 설명에서 “法律에 의한 形成”(전계서, 488면), “個別的 憲法留保”(전계서, 489면), “財産

2. 憲法裁判所判例의 傾向

그 동안 財産權에 관한 憲法裁判所의 判例들을 종합해 보면 財産權을 制限하는 法律들의 合憲性을 審査하는 것이었다. 이에 따라서 여러 法律規定들이 財産權의 制限을 정당화하지 못하는 基本權侵害인지를 심사하고 있다. 예를 들어 “국토이용관리법 제21조의3제1항에서 규정하고 있는 토지거래허가제는 그 주된 목적이 ‘토지의 투기적 거래억제’에 있고 ‘토지거래의 상한가격’을 통제하는 제도로 기능한다. … 이는 재산권제한의 한 형태로서(필자강조) 재산권의 본질적인 침해라고 할 수 없다”¹⁹⁾고 한 判例, “도시계획법 제21조의 규정내용으로 볼 때 건설부장관의 ‘개발제한구역의 지정·고시’라는 별도의 ‘구체적인 집행행위’에 의하여 비로소 ‘재산권침해여부’의 문제가 발생할 수 있다”²⁰⁾고 결정한 判例도 있다. 그리고 “정간물 2부의 남분이라는 재산권처분의 자유를 제한(필자강조)하고 있는 동조항은 … 공익적 필요에서 인정된 것이다”²¹⁾라는 표현도 눈에 띈다. 특히 “이 규정은 보상을 징발법에 준하도록 하고 있을 뿐, 토지수용·사용의 요건과 범위 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차도 규정하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어 재산권 제한을 법률로써 하도록 한(필자강조) 헌법 제23조제3항과 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되기 때문이다”²²⁾라는 判例는 주목할만하다. 결국 憲法裁判所가 憲法 제23조에 규정된 財産權에 관한 法律留保를 制限留保로 파악하고 문제를 해결하려고 한다는 것은 위 判例들을 통하여 명백하다.²³⁾ 그런데 憲法裁判所는 유독 한 判例에서만 基本權의 “形成的” 法律留保란 단어를 언급하고 있다 : “우리 헌법상의 재산권에 관한 규정은 다른 기본권규정과는 달리(필자강조) 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성

權制限”(전게서, 490면) 등이 언급되고 있기 때문이다.

19) 1989.12.22. 88 헌가 13.

20) 1991.6.3. 89 헌마 46.

21) 1992.6.26. 90 헌바 26.

22) 1994.6.30. 92 헌가 18.

23) 기타 관련판례 1991.5.13. 89 헌가 97; 1994.2.24. 92 헌가 15-17 및 20-24; 1994.4.28. 92 헌가 3; 1994.7.29. 92 헌바 49, 52(병합); 1994.6.30. 92 헌가 9; 1995.10.26. 93 헌마 246 참조.

되는 기본권형성적 법률유보의 형태(필자강조)를 띠고 있다. 그리하여 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권보장은 재산권 형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화하게 된다. 따라서 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성된다”고 하면서도 바로 이어서 “물론 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다. 이러한 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률의 경우에도 사유재산제도나 사유재산을 부인하는 것은 재산권보장규정의 침해를 의미(필자강조)하고, 결코 재산권 형성적 법률유보라는 이유로 정당화될 수 없다”라는 결론을 내리고 있다.²⁴⁾

3. 小結：憲法 第23條의 體系的 解釋

權寧星教授이든, 許營教授이든, 憲法裁判所이든 모두 실제적으로는 財產權의 制限이나 侵害에 거의 모든 지면을 할애하면서도 한결같이 財產權에 관한 法律留保는 “形成的” 法律留保로서 制限留保와는 다르다고 설명하고 있다. 결국 憲法 제23조제1항의 法律留保를 어떻게 해석해야 할지는 첫 번째로 憲法 제23조제1·2·3항을 살펴본 다음에 이 조항 및 個別的 法律留保를 갖고 있는 다른 基本權, 그리고 憲法 제37조제2항을 묶어서 체계적으로 검토해야 한다.

우선 憲法 제23조제1항에서는 “모든 國民의 財產權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 정한다”고 규정한 다음에 제2항에서 “財產權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하였으며 마지막으로 제3항에서 “公共必要에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 법률로써

24) 1993.7.29. 92 헌바 20. 그 외 憲法裁判所判例중에서 形成이란 단어가 등장하는 判例들은 다음과 같다 : “사실상 노무종사자를 제외한 다른 공무원의 노동운동을 금지한 국가공무원법 제66조제1항은 헌법 제33조제2항이 입법권자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니다.”(1992.4.28. 90 헌바 27) “그러나 이외의 방안도 있을 수 있기 때문에 합리적인 방안의 모색·선택은 입법형성권에 속하는 일로서 입법정책적인 결단사항이다.”(1993.3.11. 88 헌바 5) “왜냐하면 구법조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 확정입법자의 형성자유에 맡겨지기 때문이다”(1995.7.27. 93 헌바 1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53(병합)).

하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다”고 끝을 맺고 있다. 물론 이 憲法 제 23조는 獨逸 基本法 제14조와 거의 비슷하다.²⁵⁾ 이 獨逸基本法 제14조를 比較法的 次元에서 다루고 참조할 수는 있으나 獨逸基本法 제14조에 관한 해석을 곧장 우리나라 憲法 제23조에 적용되는 것으로 해석할 수는 없다. 왜냐하면 설사 우리나라 憲法 제23조가 獨逸基本法 제14조를 그대로 본따온 것이라 할지라도 우리나라 憲法 제23조의 財產權條項은 獨逸基本法이 아닌 바로 “우리” 憲法體系內에서 파악되고 해석되어야 하기 때문이다.

이에 따라서 비교법적 접근이 우리나라 憲法 제23조 해석을 위한 “直接的” 論據로 인정되지 않는다 할지라도 여전히 위 “9차개정” 憲法案을 만들 당시에 도대체 왜 “그 內容과 限界(필자강조)는 法律로 정한다”라고 만들었으며 이 조항에서 內容이란 무엇이고 限界란 무엇인지를 파악할 수 있는 자료가 유감스럽게도 없다. 그렇다면 이러한 작업은 學者와 法院이 이 규정과 헌법 전체규정, 그리고 기본권에 관한 이론 등을 바탕으로 하여 해석할 수 밖에 없다.

먼저 개념적으로 접근한다면 基本權分野에서 사용되는 限界란 보통 두 가지 의미에서 쓰일 수 있는데, 하나는 基本權主體의 입장에서 “基本權行使의 限界”를 뜻할 수도 있고 이와는 달리 國家의 입장에서 “基本權制限의 限界” 일 수도 있다. 여기서 憲法 제23조제1항의 “限界”란 前者를 의미함은 명백하다. 왜냐하면 제23조 규정의 主體는 國民이고 바로 이 國民이 갖고 있는 財產權의 內容과(그 基本權行使의) 限界를 法律로 정한다고 해석해야 하기 때문이다. 그렇다면 “財產權行使는 公共福利에 적합하여야 한다”는 제2항은 바로 이 國民이 갖고 있는 基本權 - 財產權 - 行使의 限界를 다시 한 번 확인한

25) 다만 獨逸基本法 제14조제1항은 “所有와 相續權은 保障된다. 그 內容과 制限(필자강조)은 法律을 통하여 결정된다”고 규정하고 있다. 그런데 獨逸基本法 제14조제1항에서 사용된 “Schranken”이란 단어는 “制限”으로 번역해야 한다는 것이 중요하다. 아직 우리나라 憲法學界는 基本權의 “制限”과 “侵害”를 구별해야 한다는 것을 전혀 인식하지 못하고 있다. 이에 관하여는 다음 기회에 밝히기로 하고 우선 독일기본법상 “Eingriff, Schranke, Be(Ein-)schränkung”은 우리말로 “制限”이고 “Grenze”는 “限界”, “Verletzung”이 비로소 “侵害”, 곧 “許容할 수 없는 制限”에 해당한다. 독일 기본법에서 사용된 이러한 용어들에 관해서는 Pieroth/Schlink, *Grundrechte* (7. Auflage), C. F. Müller, 1991, 58면 이하 참조.

것이다. 그리고 마지막으로 제3항에서 財産權을 收用·使用 또는 制限하려면 法律에 근거하되 그러한 경우에도 正當한 補償을 하는 경우에만 制限이 허용됨을 규정하고 있다. 그렇다면 논리적으로 헌법 제23조제1항에서 “制限”이란 표현을 사용해야 하는데 “限界”란 단어를 사용한 것 이외²⁶⁾에는 별 문제없이 제1항이 財産權에 관한 一般的 規定이고, 제2·3항이 다시 제1항의 내용을 구체화하는 규정으로 파악해야 함을 쉽게 파악할 수 있다. 그렇다면 제2·3항은 제1항의 의미를 좀더 상세하고 구체적으로 표현한 것으로써, 이는 결국 財産權의 內容이나 制限決定은 法律에 의하거나 法律에 바탕을 두어야 함을 말한다. 그래서 먼저 國家의 基本權 - 財産權 - 制限이 있는지를 살펴보고 나서 그 다음에 國家의 그 基本權制限이 정당화되는지가 판단된다. 이를 반대로 국민입장에서 본다면 基本權의 制限이 정당화되는 경우들은 基本權 - 財産權 - 行使의 限界가 되는 것이다.²⁷⁾ 그렇다면 제23조 규정 자체의 해석을 놓고 볼 때 “形成的”이란 단어를 필요로 하지 않는다. 게다가 우리나라 憲法은 제10조에서부터 國民의 基本權들을 열거한 다음에 비로소 마지막에 國家가 國民의 基本權을 制限하고자 하는 경우 法律으로써 하도록 하는 一般的 制限留保規定(제37조제2항)을 두고 있다.²⁸⁾ 이러한 해석들을 종합해 볼 때, 결국

26) 우리나라 憲法 제23조제1항에서 “限界”라는 단어대신에 “制限”이란 단어를 사용하였다면 처음부터 “形成的” 法律留保의 인정 여부는 문제조차 되지 않았을 것이다. 그동안 정치적으로 우리나라 憲法이 改正되어 왔을 뿐인데, 이제는 정말로 진지하게 憲法改正論議가 다시 시작되어 단어 하나하나에서부터 신중하게 선택하길 진심으로 바랄 뿐이다.

27) 그런데 許營教授는 “결론적으로 財産權에 관한 一般規定은 財産權形成的 法律留保와 財産權의 社會羈束成을 명시하는 규범구조를 통해서 財産權保障의 限界를 밝히면서도 財産權의 侵害를 최소한도로 줄이기 위해서 財産權保障의 法律留保와 財産權行使節次的 法律留保를 함께 마련하는(필자강조) 상반구조적 규범구조를 택하고 있다. “라고 주장한다(전게서, 452면). 과연 필자가 강조한 부분의 문장이 논리적으로 성립 가능한가? 許營教授의 주장에 따른다면 도대체 財産權의 制限이나 侵害는 무엇을 통하여, 어떤 것에 근거하여 행해지는가? 그리고 이를 위한 法律留保는 무엇이고 어디에 있는가? 도대체 財産權을 制限하는 法律이 있어야 이로부터 다시 財産權을 保障하든지, 行使節次的으로 규정하는 法律을 필요로 하지 않겠는가? 결국 許營教授는 基本權에 관한 法律留保를 먼저 나누어 놓고 그것에 우리나라 憲法規定을 끼워 맞추는 잘못된 작업을 하고 있다.

28) 여기서 다시 한 번 우리는 우리나라 憲法을 얼마나 무책임하게 改正하였는지를 이제 37조제2항에서 보게 된다. 곧 우리나라 憲法規定들은 어떤 체계적이고 합리적인

제23조에 규정된 法律留保 또한 제37조제2항의 一般的 制限留保를 구체화하거나 하나의 사례로 열거된 규정중 하나임이 입증된다. 그렇다면 여전히 제23조의 해석이나 제37조제2항과 결합한 체계적 해석을 통해서도 基本權의 “形成的” 法律留保란 단어가 필요하다는 결론은 나오지 않는다. 결국 여기서 우리는 다음 질문을 제기해야만 한다. ①許營教授는 제23조 등의 法律留保를 “形成的” 法律留保로 보고 이것이 制限留保와 “엄격하게” 다르다고 주장하는데 그렇다면 이러한 形成的 法律留保는 憲法 제37조제2항과 어떤 관계 속에 있는가? ②形成的 法律留保가 制限的 法律留保와 다르다면 어떻게 다른가? 다시 말하자면 도대체 “서로 다르기”에 “구별되어야” 한다는 주장은 어떠한 “(헌)법적” 의미를 갖고 있는가? 예를 들어 許營教授는 憲法에 규정된 選舉權이나 公務擔任權은 이를 구체화하는 法律의 制定에 의하여 비로소 실현되거나 행사될 수 있는 基本權으로서 基本權實現的 法律留保라고 주장하는데²⁹⁾ 반하여, 憲法裁判所는 명시적으로 “국회의원선거법 제33조는 … 선거권, 공무담임권을 침해한(필자강조) 것이다”고 결정하였다.³⁰⁾ 그렇다면 基本權의 制限과 形成은 엄격하게 분리되는 전혀 다른 별개의 것이 아니라 동전의 양면처럼 붙어 다니는 것은 아닐까? 이러한 질문에 답변하기 위하여 먼저

해석을 통하여 논리 일관적이고 이해 가능하도록 하기에는 너무나 힘들 정도로 상호 모순되는 많은 규정들을 갖고 있다. 제37조제2항이나 領土條項이 그 대표적인 경우이다. 어떤 이유로든지간에 自由權뿐만 아니라 社會權까지도 憲法上 國民의 基本權으로 규정하였으면서도 이러한 基本權을 制限하려면 法律에 근거해야 한다는 一般的 制限留保規定을 基本權部分의 마지막에 두었다. 과연 이러한 규정들 하에서 얼마만큼 논리적이고 모순 없는 헌법해석이 가능할지는 솔직히 매우 의문시된다. 어쨌든 제37조제2항의 基本權制限規定은 自由權뿐만 아니라 社會權에도 부분적으로나마 적용된다고 해석할 수밖에 없다. 이것은 立法府의 不作爲를 “基本權侵害”로 볼 수 있다고 언급한 憲法裁判所判例(예를 들어 1989.9.29. 89 헌마 13; 1991.9.16. 89 헌마 163 등을 참조)나 이미 法律로 규정하였다 하더라도 이러한 법률규정이 社會權保障을 위하여 충분하지 못한 경우에도 “基本權制限 내지는 侵害”가 이론적으로나 실무적으로 언급될 수 있다는 인식에 바탕을 두고 있다. 결국 바로 이 부분에서 미국이나 독일에서 기본권이론이나 판례의 전개와는 다르게 한국에서 기본권이론이나 판례가 전개될 수 있을 가능성을 갖고 있다는 것만을 이 시점에서 밝히는 것 외에는 달리 언급할 만한 것이 아직은 없다.

29) 許營, 『憲法理論과 憲法(中)』, 博英社, 1988, 149면.

30) 1989.9.8. 88 헌가 6.

許營教授 등의 “形成的 法律留保”에 관한 주장을 들어보자.

Ⅲ. 基本權의 “形成的 法律留保”主張의 內容

1. 許營教授의 見解

먼저 이에 관한 許營教授의 주장을 살펴보자. 許營教授는 일단 基本權의 法律留保를 “國民의 代表機關으로 간주되는 國會에서 制定되는 法律에 의해 서만 基本權을 制限할 수 있도록, 基本權制限의 方法(필자강조)으로 ‘法律의 形式’을 요구하는 것”³¹⁾이라고 개념 정의하면서 “法律留保는 따라서 法律留保에 의한다면 基本權을 얼마든지 制限할 수 있다는 뜻이 아니고, 基本權을 制限하려면 적어도 立法權者가 制定하는 法律에 의하거나 法律에 근거가 있어야 한다는 뜻”³²⁾이라고 덧붙이고 있다. 결국 許營教授 또한 法律留保의 출발점을 基本權의 制限留保로 보고 있음은 이에 따라서 명백하다. 그러면서 許營教授는 基本權의 法律留保와 엄격히(필자강조) 구별하여야 하면서도 그 구별이 쉽지 않은 것이 이른바 ‘基本權形成的 法律留保’라고 한다.³³⁾ 그리하여 “基本權의 法律留保가 基本權의 制限形式으로서 法律을 염두에 둔 개념형식이라면, ‘基本權形成的 法律留保’는 基本權의 ‘實現形式’으로서 法律을 염두에 둔 개념형식”이라고 한다.³⁴⁾ 따라서 “基本權에 관련된 헌법상의 法律留保는 그것이 基本權의 制限을 주목적으로 하는 ‘基本權의 法律留保’인지 아니면 基本權의 內容을 實現시키는데 주안점이 있는 ‘基本權形成的 法律留保’인지를 정확히 구별해서 이해하는 것이 중요하다”³⁵⁾고 말하고 있다. 그래서 “財産權에 관해서 규정된 法律留保는 財産權制限의 意味보다는 財産權形成的 意味가 더 강하게 내포되고 있다고 보아야 하기 때문에 이를 ‘個別的인 法律留保條項’으로 유형화하는 데에는 문제점이 있다고 생각한다”³⁶⁾고 하면서 選舉權이나 公務擔任權 등에 관한 法律은 基本權實現의이고 基本權行使節次的 法律의

31) 許營, 전게서, 130면.

32) 許營, 전게서, 130면.

33) 許營, 전게서, 136면.

34) 許營, 전게서, 136면.

35) 許營, 전게서, 137면.

36) 許營, 전게서, 148면.

留保라고 볼 수 있다고 덧붙이고 있다.³⁷⁾

2. 해벌레와 크랩스의 理論

위와 같은 허영교수의 주장은 독일, 특히 해벌레와 크랩스의 주장에 크게 의존하고 있으므로 여기서 간략하게 해벌레와 크랩스의 法律留保에 관한 주장들을 설명하기로 하겠다.

먼저 해벌레에 따르면 獨逸에서 法律留保는 철저히 自由와 財産을 제한하는 문제였다고 한다. 곧 이러한 용어를 만든 오토 마이어에 따르면 自由와 財産制限問題가 法律留保에 속한다는 것이다. 과거독일문헌들에서 基本權의 의미는 自由와 財産에 대한 국가의 간섭이 法律的 授權에 근거해서만 허용된다는데에 있었기에³⁸⁾ 오늘날까지도 留保立法을 우선 制限側面, 곧 基本權에 간섭하는 것으로 평가한다고 주장한다.³⁹⁾ 이에 따라서 허용되는 法律留保를 통하여 基本權의 效力이 강화된다는지 留保立法이 원칙적으로 基本權을 내용적으로 결정하거나 형성하는 것은 금지된다고 보았다는 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 해벌레에 따르면 이러한 인식은 立法者가 규범 속에서 구체화하면서 基本權의 잠재적 반대자일 뿐만 아니라 이의 현실적 보호자임을 간과한 것이라고 말한다.⁴¹⁾ 이러한 주장을 바탕으로 하여 계속해서 해벌레는 基本權領域에서 立法者는 二重機能 곧 基本權制限과 基本權形成機能을 갖는다고 주장한다 : “이는 基本權이 立法을 통하여 制限될 뿐만 아니라 形成된다는 것을 통하여 기본권이 비로소 법적 현실성을 가진다는 것을 뜻한다. 基本權과 憲法은 그 자체가 立法을 필요로 한다. 반대로 立法 쪽에서는 基本權에 따라야만 한다. 곧 이는 基本權限界와 內容을 구체화하고 각인할 수 있을 뿐 마음대로 규정하지 못한다. 基本權形成이나 制限 모두 憲法命令의 수행이다.”⁴²⁾ 더 나아가

37) 許營, 전제서, 149면. 이러한 입장은 教科書에 그대로 반영되어 있다. 『韓國憲法論』, 博英社, 1996, 451면 이하 참조.

38) Peter Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*(3. Auflage), 1983, C. F. Müller, 162면.

39) Peter Häberle, *a.a.O.*, 160면.

40) Peter Häberle, *a.a.O.*, 127면 이하.

41) Peter Häberle, *a.a.O.*, 163면.

42) Peter Häberle, *a.a.O.*, 180면 이하.

서 해벌레는 基本權에서 立法者의 적극적인 역할과 임무를 강조하려고 한다 : “立法者를 통한 基本權의 履行은 基本權의 制限이나 相對化로 이끄는 것이 아니라 구체적으로 基本權의 사실적 내용을 확정짓는다. 오히려 履行은 基本權의 강화, 보장, 인정 등을 뜻한다. 基本權履行은 基本權의 구체화 바로 그것이며 자유의 실현이다. 履行은 헌법의 틀내에서 규범화이고 憲法의 현실화이다.”⁴³⁾

그래서 立法者가 基本權制限과 形成權限을 갖는다는 것뿐만 아니라 그가 이러한 활동기능을 가진다는 認識 또한 중요하다고 하면서 基本權領域에서 허용되는 立法은 基本權解釋이라고 한다. 그래서 헌법상 원칙의 일반조항적 가치는 立法者에게 창조적 효력을 부여하며 그에게 형성의 자유를 제공한다 고 그는 주장한다.⁴⁴⁾ 결국 基本權領域에서 모든 허용되는 법원칙들은 이행 성격을 가지며 개개 基本權이 이러한 이행을 어느 정도 필요로 하는지는 그 실정헌법상 보장 자체로부터 나온다고 한다.⁴⁵⁾ 마지막으로 해벌레는 法律留保는 헌법질서라는 전체내에서 利益衡量을 통하여 基本權의 분류를 수행하는 制度로서 基本權의 헌법적 파괴와 상대화가 아니라 헌법의 확인과 헌법보존을 가능하게 한다고 주장한다.⁴⁶⁾ 그래서 留保立法은 基本權에 대항한 法이 아니라 基本權에 상응하고 基本權에 일치하는 法이기에 法律留保는 基本權의 본質에 속하는 개인의 공동체관련성을 실현하고 基本權과 그 본질내용의 현실화(구체화) 및 전체헌법과 기본권의 보호, 그리고 자유와 책임의 실현을 위한 法技術的 手段이라는 것이다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 오늘날과 같이 급속도로 변

43) Peter Häberle, *a.a.O.*, 201면. 해벌레의 이에 관한 다른 설명을 들어보자 : “立法者는 制度로서 基本權을 비로소 실현(구체화)하는 규범복합체를 창조해야만 한다. 규범복합체는 아래로부터 실정헌법적 제도로서 基本權을 지지한다. 이는 基本權이 지향하는 사회현실의 구체화를 돕는다. 이러한 基本權의 制度的 性格 때문에 憲法은 立法者의 形成을 지시한다. 立法者는 허용될 수 있는 방법으로 基本權을 形成하고 이를 시행하며 主觀的 權利로서 基本權을 客觀的 秩序 속에 편입한다. 법적으로 형성될 것이 어디에 존재하는지를 제도, 제도적인 것으로부터 언급할 수 있다. 법적 진공상태가 아니라 오히려 규범복합체를 통하여 풍부해지는 영역이 제도이다”(a.a.O., 165면).

44) Peter Häberle, *a.a.O.*, 181면 이하.

45) Peter Häberle, *a.a.O.*, 198면 이하.

46) Peter Häberle, *a.a.O.*, 203면.

47) Peter Häberle, *a.a.O.*, 206면 이하.

화하는 시대에 모든 변화요구들을 미리 규정할 수 없으므로 法律留保를 통하여 立法者에게 허용되는 영역이 매우 중요하고 이것은 결국 立法者에게 창조적이고 형성적 활용을 위한 또다른 場을 제공하기 때문이라는 것이다.⁴⁸⁾

크랩스 또한 法律留保에 관하여 헤벌레와 동일한 인식에서 출발하여 이를 확대 발전시키고 있다. 크랩스는 헤벌레처럼 먼저 獨逸에서 전통적인 개념설명에 따라 自由와 財産制限을 위하여 法律 또는 法的 正當性을 요구한다는 인식에서 法律留保가 출발한다고 본다. 따라서 自由와 財産은 留保原則의 규정대상 또는 작용범위로 표현된다고 한다.⁴⁹⁾ 그 防禦機能에 따라 여기서 自由란 國家制限으로부터 원칙적으로 벗어난 國家와 관련이 없는 自由 곧 國家로부터 自由로 이해되었다고 계속해서 그는 언급한다.⁵⁰⁾ 그래서 초기입헌주의의 留保條項에서 法律은 國王의 의사표현으로써 일반적인 公開(出版)要求形態를 규정한 것이었으며 그 내용에 따라 法律은 백성들이 갖는 自然的 自由의 制限으로 표현되었다고 한다.⁵¹⁾ 전통적 이해에 따르면 自由와 財産領域에서 立法이 그 制限을 통하여 표현되고 自由와 財産公式이 원칙적으로 無制限인 國家로부터 자유로운 개인영역을 표현한다면 立法은 이러한 自由를 制限하는 소극적 기능을 가져야만 했다는 것이다.⁵²⁾ 결국 전통적으로 留保原則은 독자적이고 이러한 의미에서 行政府의 恣意的인 개인영역제한을 제지하면서 자유를 보호했으며 불가피한 制限行爲는 立法者에게 보류되어야만 했다고 한다.⁵³⁾ 그러나 크랩스에 따르면 그 본질과 개념에 따라 社會的 法治

48) Peter Häberle, *a.a.O.*, 209면. 그래서 헤벌레는 심지어 古典(傳統)的 法律留保概念은 國家法的 遺物로서 오늘날의 자유주의적 사회국가헌법형태에는 맞지 않는다고 하면서 干涉留保는 독일후기입헌주의사상처럼 시민적 법치국가적인 것으로 이해되고 이성적 자연법이 존재하던 時代의 遺物이라고까지 말한다(*a.a.O.*, 230면 이하).

49) Walter Krebs, *vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1975, 17면.

50) Walter Krebs, *a.a.O.*, 20면.

51) Walter Krebs, *a.a.O.*, 26면. 결국 이에 따라서 法律은 民主的이라고 이해되는 全體意思表現으로서가 아니라 立法權擔當者로써 君主의 의사표현으로써 이해된다. 따라서 君主는 일반규정으로 身分代表議會의 협력 하에서만 백성들 既得權을 制限할 수 있었다.

52) Walter Krebs, *a.a.O.*, 66면.

53) Walter Krebs, *a.a.O.*, 67면.

國家가 市民的 - 自由法治國家와는 완전히 다르기 때문에 社會的 法治國家에 관한 基本法告白(Bekanntnis)은 헌법연속의 단절을 뜻한다고 주장한다. 따라서 基本法은 自由法治國家의 전통적 자유이해를 繼授하지 않았다는 결론이 나온다고 하면서 自由 - 法治國家의 自由權에 따른 基本權理解는 基本法上 自由意味의 결론으로 평가될 수 없다고 말한다.⁵⁴⁾ 결국 基本法上 基本權法律留保에 담긴 授權에 의존하여 立法者가 활동한다면 이러한 立法은 원칙적으로 反自由的이라고 설명될 수 없고 오히려 基本權에 관한 立法은 憲法으로부터 원칙적으로 자유형성, 유지, 기본권 효율적 의미를 담고 있기에 基本權領域에서 立法은 적극적 기능, 곧 基本權實現機能을 갖는다고 한다.⁵⁵⁾ 바로 기본법 밑에서 개개 기본권구조와 기능이 매우 다양하기 때문에 基本權立法은 制限思考로만 축소할 수 없으며 관련되는 기본권특성과 실현을 이해하는 경우에만 그 다양성을 충분히 파악할 수 있다고 한다. 그래서 基本權은 防禦請求, (派生的)參與權, 가능하다면 積極的 給付請求를 보장하고 이는 立法命令과 중요한 결정을 담고 있기에 기본권영역에서 立法機能은 基本權規定의 多機能처럼 基本權自由概念의 多面性을 향해야 한다고 한다. 결국 基本權과 立法의 상호관련성인식이 基本權의 多機能性을 파악하면서 留保立法의 다양한 기능결정으로 이끈다고 한다.⁵⁶⁾ 특히 給付權으로서 基本權이 특별한 정도로 프로그램성격을 가지고 있기 때문에 이러한 基本權은 급부국가적 실현에 상응하는 넓은 구체화영역 밑에 있게 되며 더욱이 基本權에서 구체적으로 자유를 장려할 국가의 개별조치에 관한 義務가 나올 수 없기에 이러한 憲法規範의 社會國家的 實現은 넓은 범위에서 해당기관의 형성자유 밑에 있게 된다고 한다. 이러한 국가활동영역에서 基本權의 拘束力問題는 바로 基本權實現(具體化)權限問題와 밀접하게 결합되기에 給付를 보장하는 국가조치에 관한 留保問題는 基本權規範으로부터 해결될 수 있다고 주장한다.⁵⁷⁾ 결국 基本權法

54) Walter Krebs, *a.a.O.*, 55면. 그래서 社會的 法治國家에서 개인의 자유는 국가로부터 자유일 뿐만 아니라 또한 국가에서 자유이고 국가를 통한 자유를 뜻한다고 말한다(주 6), 58면).

55) Walter Krebs, *a.a.O.*, 74면.

56) Walter Krebs, *a.a.O.*, 81면.

57) Walter Krebs, *a.a.O.*, 124면. 따라서 基本權法律留保와 傳統的 留保原則은 그러한 한 그 적용범위에서 구별된다고 주장한다(*a.a.O.*, 129면).

律留保는 制限留保일 뿐만 아니라 規定, 具體化, 執行留保이기도 하다는 것이다.⁵⁸⁾

3. 批判

1) 許營教授는 해벌레나 크랩스처럼 “傳統的인” 法律留保는 “市民의 自由와 財産制限”을 위하여 議會가 제정한 法律을 필요로 하는 것으로 파악하고 오늘날 “우리나라”에서도 이러한 傳統的인 法律留保는 더 이상 맞지 않는다고 언급한다.⁵⁹⁾ 이러한 주장은 두 가지 측면에서 문제가 있다. 우선 첫째로 과연 “獨逸”에서 “傳統的인 法律留保”가 있었으며 이러한 法律留保는 정말로 “市民의 自由와 財産”을 制限하는 경우에만 法律을 요구하였는가이다. 이에 관한 批判은 다음 引用으로 충분하다고 생각한다 : “制限留保를 후기입헌주의 이론으로부터 도그마 - 역사적으로 끄집어내는 것은 여러 가지 이유로 문제가 있다.⁶⁰⁾ ... 초기입헌주의시대 憲法典들 속에서는 市民의 自由와 財産制限이 언급되고 있지 않다. 그 대신에 “所有, 個人自由, 憲法과 관련되는 중요한 새로운 國家法들은 身分制議會의 상담과 동의 없이는 制定되지 못”해야만 한다고 말하고 있다. 이 留保는 결코 基本權의 보호에만 봉사했던 게 아니라 국가복무관계, 교회문제, 공동체 등과도 또한 관련되었다.⁶¹⁾ ... 전체적으로 보아서 自由와 財産條項은 身分制議會가 갖고 있는 동의권한들의 해석에 관한 많은 技術들 중 하나 - 이것의 도움으로 君主의 절대권력이 制限되었던 - 에 불과하였다.⁶²⁾ ... 요약하면 입헌군주시대헌법의 自由와 財産條項은 身分制議會가 갖고 있는 권한들을 설명하는 여러 規定技術中 하나였다. 이에 따라 도그마 - 역사적으로 制限留保理論에 고정하는 것으로부터 떨어져 나와야

58) Walter Krebs, *a.a.O.*, 635면. 이러한 생각은 계속해서 크랩스의 다음 논문들에서도 발견되고 있다. Walter Krebs, “Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt und Pressesubventionierung”; DVBI 1977, 632면 이하; Walter Krebs, “Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes”, *Jura* 1979, 304면 이하 참조.

59) 許營, 전게서, 137면 : “傳統的인 基本權의 法律留保概念에 사로잡혀”.

60) Frank Rottmann, “Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte”, *EuGRZ* 1985, 281면.

61) Frank Rottmann, *a.a.O.*, 282면.

62) Frank Rottmann, *a.a.O.*, 283면.

만 한다. 이것은 결코 古典的인 게 아니라 많은 군주 - 입헌주의국가이론들 중 하나를 도그마한 개념으로 제시하나 다른 것들을 무시한다.”⁶³⁾ 게다가 이렇게 古典的이고 좁은 것으로 생각되는 “自由와 財産”制限概念도 실제로는 오늘날 獨逸에서 쓰이는 制限概念과 별 차이가 없었기에 “古典的인” 制限概念이란 단어의 사용자체가 강력하게 비판되고 있기까지 하다.⁶⁴⁾ 그렇다면 두 번째로 이러한 “古典的”이고 “傳統的인” 法律留保思想이 마치 “우리나라”에서도 있었던 것처럼 생각하면서 法律留保의 “확대”나 “새로운 분류”를 주장하는 許營教授의 認識이 얼마나 몰역사적이고 근거 없는지는 더 이상의 설명을 필요로 하지 않는다고 생각한다.⁶⁵⁾

2) 許營教授는 이러한 잘못된 인식을 바탕으로 하여 基本權에서 활동하는 立法者는 시민의 敵이기도 하지만 친구이기도 하다는 주장을 계속해서 한다. 하지만 이미 위에서 잠깐 설명한 것처럼 獨逸에서 君主가 시민계급의 自由와 財産을 制限하려면 身分制議會의 동의나 이들이 制定한 法律을 필요로 하였다. 그렇다면 처음부터 이들은 시민계급의 권리를 보호하는 위치에 있었다. 게다가 우리나라는 이러한 독일의 역사를 공유하지 않는다. 그럼에도 불구하고 막연하게 과거에는 立法府가 敵이었는데 지금은 친구이기도 하다는 주장은 전혀 설득력이 없다.⁶⁶⁾ 지금 우리는 君主國家에서 民主國家로 넘어가는

63) Frank Rottmann, *a.a.O.*, 285면.

64) Wolfgang Roth, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum*, Duncker & Humblot, 1994, 12면 이하 참조.

65) 許營教授가 얼마나 우리나라 憲法史를 철저히 무시하고 문맥 없이 논리를 전개 하는지는 “立法權을 基本權에 구속시키는 것이 基本權制限理論의 일대변혁”이라고 주장하면서 그나마 이것도 統合論에 바탕을 두어야 가능한 해석인 것처럼 주장하고 있다는 것만 보아도 명백하다. 許營, 전게서, 133면 참조. 하지만 立法者가 基本權에 拘束되는 것은 法律留保問題가 아니라 “憲法優位”思想과 관련된다. 게다가 獨逸에서는 “基本法”의 制定 이후에야 비로소 基本權이 立法을 구속하게 되었으므로 이것이 강조되는 것은 당연하지만 許營教授는 無批判的으로 우리나라에서도 마치 새로운 것처럼 - 곧 종전에는 인정되지 않다가 지금에야 비로소 인정되었다는 식으로 - 새삼스럽게 이를 주장한다. 하지만 이것은 1차헌법부터 9차헌법까지 違憲法律審査를 인정하는 우리나라 憲法規定을 철저히 도외시한 주장에 불과하다. 우리나라는 독일과는 달리 “처음부터” 미국처럼 憲法優位를 인정하는 憲法規定을 갖고 있었음을 언제나 기억해야 한다.

66) 그래서 許營教授는 “法律留保의 順機能에서는 물론이고 그 逆機能에서도 공통적인 현상은 立法權者에 대한 커다란 신뢰가 그 논리의 저변에 깔려 있다는 점이다. 즉 立

과정에서 法律留保에 대한 인식이 바뀌고 그에 따라서 이를 어떻게 볼 것인가 하는 독일 학자들의 주장을 마치 우리나라도 공유하는 것처럼 착각하고 法律留保에 대하여 “一般的”으로 언급한다는 것이 얼마나 위험한지를 살펴본다. 결국 우리는 처음부터 “民主法治國家”에서, 곧 憲法優位가 規範的으로 확립된 憲法을 갖고 있는 상황 하에서 法律留保를 다룬다는 점을 인식하고 토론해야만 한다.⁶⁷⁾

3) 그렇다면 憲法優位가 확립된 “民主法治國家”인 미국, 독일, 한국에서 法律留保란 우선 法律에 유보된 곧 行政의 自律的인 規定에서 벗어나 있는 事項領域과 對象을 포함한다.⁶⁸⁾ 그래서 法律留保란 개념에서는 오로지 議會에 留保되어 있고 形式的인 法律形態로 행해져야만 하는 규정이 파악된다. 독일에서 과거에 행해졌던 留保問題討論은 行政府가 갖고 있는 고유한 권력에 따라 무엇을 해도 되고 무엇을 위하여 行政府가 形式法的 授權을 필요로 하는지에 관한 것이었다. 이에 대하여 새로운 留保討論에서는 議會가 어떠한

法權者가 基本權을 적대시하지 않으리라는 기대와 신뢰가 그것이다”(전게서, 275면) 이라고 하면서도, “基本權形成的 法律留保의 논리형식과 관련하여 분명히 해 두어야 할 사실은 立法權者가 基本權의 敵으로만 평가되어서는 아니되겠다는 점이다. 立法權者는 憲法의 명시적인 또는 묵시적인 授權에 의해서 개별적인 基本權을 실효성 있는 것으로 形成해야 할 일정한 憲法的 課題를 가지고 있기 때문에 이 課題를 이행하기 위한 立法權者의 機能은 오히려 基本權의 친구로 평가되어야 한다”(『韓國憲法論』, 博英社, 1996, 282면 이하)는 상호 모순된 주장을 펴고 있다.

67) 獨逸에서 法律留保에 관한 다음 설명을 참조하기 바란다 : “法律留保原則이 두 가지 기본적인 구성요소들을 통하여 구체화된다는 인식이 확실한 것으로 인정되어도 된다. 곧 한편으로 이것은 法治國家의 構成要素 - 이에 따라서 (基本)權制限이 法律上 授權을 필요로 한다는 (制限留保) - 를 갖는다. 다른 한편으로 이것은 民主的인 構成要素 - 모든 정치적으로 의미 있는 “本質的인(重要的)” 결정들을 의회 스스로 내려야만 한다는(議會留保) - 를 갖는다.” Martin Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, J. C. B. Mohr, 1995, 137면.

68) Fritz Ossenbühl, *a.a.O.*, 320면. 미국의 경우에 관해서는 David P. Currie, “Der Vorbehalt des Gesetzes : Amerikanische Analogien”, Götz/Klein/Starck, *a.a.O.*, 69 면 : “聯邦 모든 기관들은 물론 聯邦行政府도 憲法 또는 헌법 합치적인 法律을 통하여 이들에게 인정된 권한들만을 처분한다. 구체적으로 聯邦에 이양되지 않은 모든 것들은 修正憲法 제10조를 통하여 개개 州들에게 留保되어 있다. 더욱이 헌법 제1조와 제3조를 통하여 聯邦立法은 議會에, 聯邦司法은 法院에게 留保되어 있다. 제2조에 따라 行政權만이 大統領에게 위임되어 있다. 이렇게 다양한 行政權限들은 憲法 제2조에 명시적으로 규정되어 있다.”

규정을 스스로 만들어야만 하고 그 결과로 行政府에 委任해서는 안되는 것이 무엇인지를 묻는다.⁶⁹⁾ 따라서 독일에서 法律留保는 法制定權力을 위임하는 넓은 개념이고 議會留保는 法制定權限委任을 排除하는 좁은 개념이다. 議會留保와 法律留保는 형식적인 곧 議會가 제정하는 法律과 관련된다.⁷⁰⁾ 그렇다면 법률유보는 권력분립의 핵심문제로서 그 한계는 헌법상 의회와 행정부 간 구성과 관계 그리고 憲法에 따라 국가가 요구할 수 있는 과제 및 작용영역의 종류와 방법에 달려있다.⁷¹⁾

4) 위 설명에 따라 法律留保란 바로 民主法治國家에서 立法府와 行政府關係를 규율하는 것이라면 基本權에서 法律留保가 무엇인지는 바로 우리나라 憲法의 基本權規定을 살펴보아야만 한다. 우리나라 憲法은 제10조에서부터 國民의 基本權을 열거하고 있다. 이 기본권 중에는 개별적인 法律留保를 갖고 있는 규정도 있지만 거의 대부분의 규정은 “모든 국민은 …권리 또는 자유를 가진다”라는 형태를 택하고 있고 비로소 제37조제2항에서 국민의 권리를 制限할 경우 法律에 의하도록 한 “一般的 法律留保”규정을 두고 있다. 그렇다면 여기서 憲法 제37조제2항의 의미는 國家 - 특히 行政府 - 가 國民의 基本權을 制限하려면 立法府가 만든 法律에 의하거나 이에 근거해야 한다는 것을 말한다. 곧 이 조항은 ①본질적 내용을 침해하지 않으면서 ②立法府가 만든 法律에 의하거나 근거하는 ③國家의 基本權制限만이 허용됨을 말하는 조항이지 반대로 基本權을 “制限 또는 侵害”하는 경우에만 법률을 필요로 한다는 조항으로 좁게 해석할 필요가 없다. 곧 國民의 基本權을 제한하려는 경우에 입법부와 행정부간에 권한설정관계를 이 조항은 밝히고 있는 것이다. 게다가 참으로 이상한 것은 許營教授가 일관되게 基本權의 “制限”과 “形成”이

69) Carl-Eugen Eberle, *a.a.O.*, 490면 이하 참조. 미국에서도 立法權을 行政府나 각종 委員會에 委任하는 것에 대하여 찬반논의가 무성하나 立法權委任에 대한 강력한 비판으로는 David Schoenbrod, *Power without Responsibility*, Yale University, 1993 참조.

70) Michael Kloepfer, *a.a.O.*, 696면 이하 참조.

71) Fritz Ossenbühl, *a.a.O.*, 320면 : “따라서 法律留保는 개개 헌법구조와 지배적인 國家理解에 달려있다. 이것에 의존하여 法律留保의 내용과 범위는 독일헌법발전 속에서 근본적인 변화를 겪었다. 그러나 동일한 헌법질서 밑에서 議會와 行政府의 배열에 대한 견해 또한 끊임없는 변화를 겪었다. 결국 法律留保는 憲法의 영원한 문제이다.”

“엄격히” 구별된다고 주장하지만 그 어디에서도 基本權의 “制限”이 무엇인지를 개념정의하고 있지 않다는 것이다. 도대체 基本權形成이 基本權制限과는 다르다고 주장하려면 우선적으로 基本權制限이 무엇인지를 밝혀야 하지 않겠는가? 許營教授는 밝히고 있지 않지만 해벌레처럼 基本權의 制限을 國民의 基本權行使를 못하게 하는 “나쁘고 좋지 않은” 것으로 잘못 생각하고 있는 듯이 보인다.⁷²⁾ 하지만 基本權의 制限이란 “국가의 작용이 직접적이든 간접적이든 간에, 또는 의도했건 안했건 간에, 법적이든 사실적이든 간에, 명령과 강제를 수반했건 안했건 간에 어떤 基本權의 保護範圍에 속하는 행동을 개인이 하지 못하도록 만든 國家의 모든 행동”이다.⁷³⁾ 결국 許營教授가 의존하고 있는 해벌레의 인식과는 달리 80년대 이후로 獨逸公法學에서는 “防禦權의 재조명”, “基本權制限에 집중적인 조명”이 “情報社會”, “危險社會”, “科學技術社會”에서 뜨겁게 다루어지고 논의되고 있다.⁷⁴⁾ 결국 이렇게 넓은 基本權制限概念에 바탕을 둔다면 국가가 국민의 기본권과 관련되는 어떤 행위나 조치를 하려고 하는 경우 “일차적이고 우선적으로” 法律을 필요로 한다는 것으로 해석할 수 있다. 물론 給付行政에서처럼 法律이 없는 경우에도 豫算 등에 근거하여 行政府가 활동해야 하는 경우도 있을 수 있다. 이는 언제나 法律留保原則에 반하기에 허용되지 않는 게 아니라 行政府가 그 正當性을 입증한다면 허용된다.⁷⁵⁾ 그렇다면 여전히 給付行政이나 社會的 基本權規定 밑에서 憲法 제37 조제2항이 그 의미를 잃어버리는 게 아니라 그 원칙적인 의미 - 國民의 基本

72) 예를 들어 Peter Häberle, *a.a.O.*, 163면 참조 : “독일기본권역사의 흐름 속에서 立法者는 반복적으로 시민자유 의 적으로 증명되었다. … 立法者는 본래부터 基本權의 敵인 것처럼 보였다. 立法은 처음부터 간섭이나 제한이라는 나쁜 意圖를 포함하였다. 이는 基本權領域에서 立法이란 自由에 有害하다는 하나의 추측을 낳는다.”

73) Pieroth/Schlink, *a.a.O.*, 64면 이하 참조.

74) 이에 관해서는 예를 들어 Rolf Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff*, Carl Heymanns Verlag, 1992; Gertrude Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, 1988; Wolfgang Roth, *a.a.O.*; Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, *EuGRZ* 1984, 457면 이하 참조. 그리고 判例로는 情報社會에서 國民의 私生活保護 등을 강하게 부각시켜서 독일에서 “획기적이고도 중요한” 판결로 받아들여지는 聯邦憲法法院의 “人口調查判決” (BVerfGE 65, 1)을 참조.

75) 예를 들어 이에 관한 언급으로는 金容燮, “給付行政의 法律留保에 관한 研究”, 『법제연구』 제9호, 1995, 232면 이하 참조.

권과 관련되는 國家의 행위나 조치는 일차적이고 우선적으로 法律을 필요로 한다는 - 는 강화된다. 이것은 憲法 제10조의 國家가 갖고 있는 “國民의 基本權保護義務”와 憲法裁判所判例에서 입증된 것처럼⁷⁶⁾ 社會的 基本權領域에서 “立法府의 不作爲”가 “規範的”으로 판단하여 基本權“制限”내지는 “侵害”일 수도 있으며 社會的 基本權에 관한 법률규정이 있다 하더라도 이 규정들이 社會的 基本權의 保障을 위하여 불충분한 경우에도 다시 “社會的 基本權의 制限이나 侵害”가 언급될 수 있다는 것에서도 憲法 제37조제2항의 원칙적인 의미가 다시 입증된다. 許營教授는 독일에서 傳統的인 것으로 논의되던 “制限”留保와 현재 독일에서 사용되고 있는 基本權“制限”이 다른 문맥과 역사적인 의미를 가진다는 것을 전혀 이해하지 못하고 있으며 그나마 이러한 잘못된 인식을 바탕으로 하여 우리나라 憲法 제37조제2항과의 관계에서 어떻게 해석해야 하는가 하는 분석작업조차 하고 있지 않다.

5) 마지막으로 許營教授는 基本權의 制限留保와 形成留保를 “엄격히” 구별 하면서 形成的 法律留保가 필요한 이유를 다음과 같이 들고 있다 : “憲法에 의해서 보장되는 적지 않은 基本權은 그것이 일상생활에서 基本權으로서 效力을 나타내기 위해서는 그 내용을 법률적으로 구체화하는 이른바 형성작업이 선행되어야 한다. … 개념적으로는 基本權의 내용을 실현시키는 데 그 주안점이 있는 基本權形成的 法律留保와, 基本權의 불가피한 制限을 규율하기 위한 基本權의 法律留保는 구별할 필요가 있다.”⁷⁷⁾ 우선 이러한 주장의 문제점으로 許營教授는 制限留保와 形成留保가 엄격히 구별된다고 말하는 데 반하여 오히려 해벌레나 크랩스는 基本權의 制限을 부인하거나 兩者가 엄격히 분리된다고 주장하는 게 아니라 制限 “옆에” 새로운 형태의 立法權限들이 있음을 “추가적”으로 인정하였다.⁷⁸⁾ 게다가 許營教授는 “基本權에 관련된 헌법

76) 예를 들어 “입법행위에 대한 소구가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 헌법상 기본권보장을 위하여 ‘명시적인 입법위임’이 있었음에도 불구하고 입법자가 방임한 경우나, ‘헌법해석상’ 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 ‘국가의 행위 내지 보호의무’가 발생하였음에도 불구하고 입법자가 방치하고 있어야 한다” (1989.9.29. 89 헌마 13)는 憲法裁判所判例를 참조.

77) 許營, 전계서, 281면.

78) Peter Häberle, *a.a.O.*, 182면 : “立法者の 기능문제는 곧 동시에 그 활동의 (내적)한계문제이다. 따라서 基本權保障은 이중적 내용을 가진다. 한편으로는 이것은 -

상의 法律留保는 그것이 基本權의 制限을 주목적으로 하는 ‘基本權의 法律留保’인지 아니면 基本權의 內容을 實現시키는 데 주안점이 있는 ‘基本權形成的 法律留保’인지를 정확히 구별해서 이해하는 것이 중요하다”⁷⁹⁾고 말하고 있다. 許營教授의 주장을 그대로 인정한다면 基本權의 制限에 관한 法律留保가 “基本權의 法律留保”로서 一般的인 形態이고 이와는 다른 특수하고 예외적인 형태로서 “基本權의 形成的 法律留保”가 있다는 것인데 그 어디를 보아도 憲法 제37조제2항과 이 基本權의 “形成的 法律留保”간 관계를 許營教授는 설명하고 있지 않다.⁸⁰⁾ 두 번째로 形成留保를 인정하지 않는 경우에 인식할 수 없었던 어떤 새로운 의미나 법률상 효과가 있어야 形成留保의 필요성을 받아들일 텐데 유감스럽게도 그러한 필요성이 전혀 없다. 굳이 있다면 基本權에 관한 국가의 활동을 “制限”이 아닌 “形成”으로도 볼 수 있다는 정도이다. 위에서 설명한 것처럼 基本權制限概念을 넓게 파악하는 경우 이것은 좋다, 나쁘다라는 가치판단이 이미 내재된 개념이 아니라 基本權에 관한 국가활동이 正當化되는지를 따지기 위한 전제조건임을 말한다. 결국 國民이 갖고 있는 基本權의 내용, 형태, 보호범위, 제한 등은 바로 法律을 통하여 “形成”되고 “具體化”되는 것이다. 결국 “形成”, “制限”, “具體化”가 전혀 다른 개념으로서 분리되는 것이 아니다.⁸¹⁾ 이는 보는 관점에 따라 달리 나타날 뿐이고 憲法 제37조제2항에서는 이중 “制限”에 초점을 맞추어서 표현한 것에 불과하다. 게다가 예를 들어 國家가 基本權에 관한 그들의 활동이 “形成的”이고 그래서

立法者를 위한 한계인한 - 基本權侵害의 금지를 뜻하고 또다른 한편으로는 이는 개개의 경우에 基本權을 形成하라는 立法者에 향한 명령이다”: Walter Krebs, *a.a.O.*, 86면 이하 : “制限規範의 기능은 制限으로 한정되지 않는다. 그 헌법상 의미는 전적으로 自由制限에만 있는 것은 아니다(보기 : 刑法). 基本權制限이면서 基本權限界와 內容을 설명하는 규범도 있다. … 어쨌든 立法의 制限機能은 기본권현실에 남아있다.”

79) 許營, 『憲法理論과 憲法(中)』, 博英社, 1988, 137면.

80) 게다가 더 나아가서 許營教授는 財產權에 관한 法律留保를 ‘個別的인 法律留保條項’으로 유형화하는 데는 문제점이 있다고까지 주장한다(전게서, 148면). 그렇다면 여기서 許營教授가 말하는 “形成的” 法律留保는 “개별적인 法律留保條項”이 아니고 그럼 무엇이란 말인가?

81) Peter Häberle도 다음과 같이 말하고 있다 : “사람들이 基本權形成과 制限이라는 용어들로부터 결과를 얻어내려 한다면 이는 基本權이 立法者의 이행을 필요로 한다는 것을 뜻한다”(a.a.O., 198면 이하).

“基本權制限”과는 다르다고 주장한다면 무엇이라고 우리는 이에 대답해야 하는가? 또는 “約款의 規制에 관한 法律”⁸²⁾을 보자. 과연 이 법은 이른바 힘없는 일방당사자의 契約自由를 보장하는 것인가, 아니면 그럼에도 불구하고 다른 당사자의 契約自由를 制限 또는 侵害하는 것인가? 또 建築法의 무수한 규정들⁸³⁾은 어떤 성격을 갖고 있는가? 制限的인가 形成的인가?

IV. 結 論

1) 許營教授는 해벌레나 크랩스처럼 독일과 마찬가지로 우리나라에서도 ① “自由와 財産制限”이라는 좁은 의미의 法律留保를 “傳統的” 法律留保라고 부르면서 이것을 한국에서 法律留保論議의 출발점으로 삼고, ②이러한 法律留保가 더 이상 오늘날 사용되는 法律留保意味에 맞지 않기에 基本權의 “形成的” 法律留保란 단어를 우리나라에서 필요로 한다는 결론에 도달한다. 그러나 이러한 許營教授의 주장은 독일에서 法律留保論議의 흐름을 전혀 파악하지 못한 채 70년대초반정도까지 몇몇 독일학자의 문헌을 바탕으로 한 것일 뿐 그 뒤 80년대부터 독일에서 전개되고 있는 논의의 흐름은 전혀 파악하고 있지 못하다. 다시 말하자면 일차적으로 독일에서 法律留保의 역사는 물론 현재 基本法 밑에서 法律留保의 기능과 의미에 대하여 전혀 파악하고 있지 못하다. 그래서 다른 憲法史, 헌법규정, 헌법체계를 갖고 있는 우리나라에서 소위 “形成的” 法律留保를 도입, 주장하려는 시도는 필연적으로 실패할 수 밖에 없다.

2) 憲法優位가 확보된 民主法治國家에서 法律留保란 法律에 留保된 사항과 영역을 말한다. 우리나라에서 法律留保論議는 바로 이것을 바탕으로 해서 시작해야 한다. 오늘날 독일, 미국, 한국에서 결국 法律留保論議의 중심은 立法府가 스스로 法律을 어느 정도 만들어야 하는지, 그리고 이에 따라서 얼마만큼 行政府에 委任해도 되는지이다. 이러한 연장선상에서 基本權에 관한 法律留保와 憲法 제37조제2항도 파악해야 된다.

3) 憲法 제37조제2항에 규정된 基本權制限概念을 넓게 파악해야만 한다. 基本權制限與否는 基本權에 관한 국가활동이 正當化되는지를 따지기 위한 전

82) 法律 第4515號.

83) 예를 들어 建築法(法律 第5139號) 제8조 이하를 참조.

제조건이다. 그렇다면 國民이 갖고 있는 基本權의 내용, 형태, 보호범위, 제한 등은 바로 法律을 통하여 “形成”되고 “具體化”된다. 이에 따라서 “形成”, “制限”, “具體化”가 전혀 다른 개념으로서 분리되는 것이 아님을 알 수 있다.

4) 위에서 살펴본 것처럼 許營教授는 우리나라 憲法史, 헌법규정문맥에서 基本權에 관한 法律留保를 파악하려 하지 않는다. 形成的 法律留保라는 단어는 이해를 돕기 위하여, 또는 基本權에 관한 立法의 역할을 강조하기 위하여 필요할지도 모른다. 하지만 이를 넘어서서 制限的 法律留保와 形成的 法律留保를 구별할 學問的, 實際的 實益은 전혀 없다. 그렇다면 許營教授의 주장은 “特殊한” 독일의 특정시기의 특정학자의 이론을 “普遍的”인 것으로 전제하고 다시 이를 “具體的”으로 우리나라에 적용한 것으로 착각한 것이다.