

의견서(요약)

사. 건 2008헌마436 미국산쇠고기 및 쇠고기제품 수입위생조건
위헌확인

청 구 인 외 96,071인

피청구인 농림수산식품부장관

헌법재판소 귀중

의견서(요약)

사 건 2008헌마436 미국산쇠고기 및 쇠고기제품 수입위생조건
위헌확인

청 구 인 외 96,071인

피청구인 농림수산물식품부장관

위 사건에 관하여 청구인들의 대리인은 다음과 같이 의견서 요약본을 제출합니다.

다 음

I. 이 사건 청구의 적법성 요건과 관련하여

1. 헌법소원의 대상적격

이 사건 고시는 ① 가축전염병예방법 제34조 제2항의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관인 농림부장관이 상위법령인 가축전염병예방법 및 같은 법 시행령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정하고 있고, ② 이 사건 고시의 내용인 '수출국(미국)의 검역내용과 위생상황 등 위생조건'은 그와 같은 기준에 따라 수입되는 미국산 쇠고기의 최종소비자인 청구인들의 건강권, 보전에 관한 권리, 생명권과 직결되는 것이라는 점 등을 감안할 때, 이 사건 고시는 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규 명령으로 기능하는 것이므로 헌법소원의 대상이 된다 할 것입니다.

2. 기본권 침해가능성, 자기관련성

(1) 청구인들은 이 사건 고시로 인하여 행복추구권, 소비자의 권리, 보건에 관한 권리, 생명권 등 헌법이 보장하는 자기 자신의 기본권을 침해당하였다고 주장하고 있고, 침해되었다고 하는 기본권의 내용을 구체적으로 특정하고 있으며, 주장 자체로 보아 기본권 침해의 가능성 없음이 명백한 경우에 해당하지 않습니다.

(2) 이 사건 고시로 인하여 청구인들 자신의 기본권이 침해되는, 즉 기본권 침해의 자기관련성이 인정되는 이유는 다음과 같습니다.

- ① 첫째, 가축전염병예방법이 지정검역물 '수입업자'들로 하여금 검역 증명서를 첨부하도록 규정하고 있는 것은, 헌법 제36조 제3항이 보장하고 있는 모든 국민의 보건에 관한 권리를 실현하기 위한 것입니다. 모든 국민이 건강한 생활을 누리는 것은 개인적인 행복추구권의 한 내용이 될 수 있기 때문에 '보건에 관한 권리'는 헌법이 보장하고 있는 행복추구권과도 불가분의 이념적 상호관계에 있는 것입니다. 보건에 관한 헌법 제36조 제3항의 규정은 건강하고 위생적인 생활환경을 조성함으로써 모든 국민이 가정과 사회에서 '질병의 노예'가 되지 않고 개성을 신장시키며 행복을 추구할 수 있도록 적극적 보건정책을 펴나갈 국가의 의무를 수반하는 국민의 권리인 것입니다.(보건에 관한 권리의 양면성)

따라서 이 사건 고시가 정하고 있는 검역기준이라고 하는 것이 광우병에 감염된 미국산 쇠고기의 국내 반입을 차단하기 위해 행사되어야 할 국가 검역기관의 법률상 권한과 행사 방식을 오히려 심대하게 제약하고 있는 것이라면, 이 사건 고시의 시행으로 인해 청구인들은 국내에 수입되

는 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품에 그대로 노출되는 지위에 있게 되는 것입니다. 그렇다면 청구인들로서는 이 사건 고시의 시행으로 인하여 곧바로 자신의 기본권인 건강권, 행복추구권, 보전에 관한 권리 등을 침해받게 되는 것입니다.

② 둘째, 가축전염병예방법 제34조 제2항은 지정검역물(동법 제31조)을 '수입하는 자'가 첨부하여야 하는 검역증명서와 관련된 '수출국'의 위생조건을 농림부장관이 고시할 수 있도록 규정하고 있어, 외견상 이 사건 고시의 수규자가 지정검역물 '수입업자' 또는 미국 육류작업장에 한정되는 것으로 해석될 여지가 있으며 피청구인 또한 같은 주장을 하고 있습니다. 그러나 이와 같은 해석은 '수입업자'에게 검역증명서를 첨부하도록 한 입법목적 및 이 사건 고시의 실질적 규율대상을 오해한 형식논리적 해석이라 할 것입니다.

위 수입업자나 미국 내 육류작업장 종사자 등은 '공중위생'과 '국내 쇠고기 소비자의 건강권 보호'라는 입법목적을 실현하기 위해 이 사건 고시가 정한대로 '검역증명서'를 발급하고 첨부해야 하는 행정상 의무의 주체에 해당할지언정 오로지 이들만이 이 사건 고시의 수규자가 되는 것은 아닙니다.

이 사건 고시는 모든 국민의 보전에 관하여 국가의 적극적 보호의무를 선언하고 있는 헌법 규정(헌법 제36조 제3항)과, 이와 같은 국가의 의무를 실현하기 위해 국회가 가지는 입법형성권에 따라 제정된 가축전염병 예방법이 '공중위생상 필요하다고 인정되는 경우'에 농림부장관으로 하여금 수출국의 위생조건을 정하도록 한 위임규정에 근거하고 있는 것

입니다. 따라서 위와 같은 헌법규정, 가축전염병예방법의 입법목적, 이 사건 고시의 직접적 위임근거규정 등을 감안할 때, 보건에 관하여 국가의 적극적 보호를 받는 헌법상 기본권 주체인 청구인들은 당연히 이 사건 고시의 수규자 및 규율대상이 된다 할 것입니다.

- ③ 셋째, 가사 국내 수입업자나 미국내 육류작업장 종사자들을 이 사건 고시의 수규자로 제한하는 피청구인의 논리에 의한다 할지라도, 예컨대 국내 쇠고기 수입업자가 이 사건 고시가 정하고 있는 위생조건이 국내 쇠고기 소비자들의 건강권 등 기본권을 침해하는 것임을 다투기 위해 헌법소원을 제기하는 것을 기대할 수는 없다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 청구인들에 대하여 자기관련성을 인정할 수 있는 것입니다. 만약 이 사건 고시의 수규자나 규율대상을 국내수입업자나 미국내 육류작업장 종사자로 제한하여 해석한다면, 이 사건 고시가 국민의 건강권 등 기본권을 침해하는지 여부를 헌법소원으로 다퉴 수 있는 가능성은 사실상 원천적으로 봉쇄되는 결과가 됩니다.

3. 기본권 침해의 직접성

미국산쇠고기 수입과정에서 이루어지는 국내 검역기관의 검역절차는 이 사건 고시가 정하고 있는 '위생조건'의 준수여부를 확인하는 단순한 사실적 집행행위에 불과하고, 청구인들로서는 위와 같은 사실적 집행행위인 개개의 수입검역절차나 통관승인행위(예컨대 수입검역절차에서 이루어지는 검역관의 검역증명서 교부행위 등) 자체를 다투는 일반 쟁송의 방법으로 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것을 기대할 수 없습니다.

이 사건 고시와 같이 그 집행행위가 단순한 사실적 집행행위에 불과한 경우에는 바로 그 법령으로 말미암아 헌법소원 청구인들의 기본권이 직접 침해되는 것이므로(헌법재판소 1997. 5. 29. 94헌마33 결정 등), 이 사건 고시는 청구인들에 대하여 직접적인 효력을 갖는 규정이라 할 것입니다.

4. 보충성

(1) 이 사건 고시는 그 자체로서 행정처분성을 인정할 수 있는 경우에 해당하지 않습니다.

피청구인은, “청구인들의 주장처럼 이 사건 고시가 일반 국민에 대해 직접적이고 대외적인 구속력을 가지면서 그 자체로 집행행위의 유무에 관계없이 국민의 권리의무를 확정하는 것이라고 한다면 당연히 법원에 이 사건 고시에 대한 취소소송의 제기가 가능한 것이다”라는 논리를 펴고 있습니다. 그러나 어떠한 고시가 ‘일반 국민에 대해 직접적이고 대외적인 구속력을 가지는’ 조례라 할지라도 ‘그 고시에 의한 집행행위가 단순한 사실적 집행행위에 불과하고, 그 고시 자체를 현행 행정소송법상 다룰 방법이 없는’ 사례는 얼마든지 있다고 할 것입니다.(예컨대, 헌법재판소 1997. 5. 29. 94헌마33 결정)

(2) 나아가 이 사건 고시는 한미 양국 정부의 합의 내용을 농림부장관이 고시의 형식을 빌어 그대로 관보에 게재한 것으로서, 현행 행정소송법상 이를 소송물로 하여 법원에 제소할 수 있는 방법이 없거나, 최소한 이 사건 고시에 대하여 처분성을 인정하여 항고소송이 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실한 경우에 해당하므로 보충성의 예외에 해당하는 것으로

로 보아 헌법소원대상성을 인정할 수 있다 할 것입니다.(헌법재판소 2004. 10. 28. 2002헌마328 결정)

II. 본안과 관련하여

1. 국민주권의 원리 위반(검역주권의 포기)

가. 국민주권의 원리에 관한 올바른 이해

(1) 피청구인은 국민주권의 의미에 대해 국가권력의 정당성이 국민에게 있다는 것을 의미할 뿐 '주권'이라는 개념은 실재하지 않는다고 주장합니다. 그러나 우리 헌법이 지향하는 최고 원리인 국민주권주의 원리는 국민의 기본권을 최대한 보장하고 기본권 보장을 위한 여러 가지 헌법적 제도를 마련하고 운영하는 데에서 실질적이고 역동적으로 실현되는 것입니다. 이러한 점을 간과한 피청구인의 주장은 국민주권주의 원리를 단지 형식적이고 추상적으로만 이해한 것이라고 하겠습니다.

한편 피청구인은 이 사건 고시와 관련된 검역의 문제는 주권의 문제가 아니라 무역·통상의 문제라고 주장하는 바, 이를 반대로 해석해보자면 마치 무역·통상의 영역에서는 국민주권의 원리가 적용되지 않는다는 것으로 해석됩니다. 그러나 국민주권의 원리는 기본권 보장을 통해 역동적으로 실현되며, 기본권 보장은 통치권을 기본권에 기속시켜 국민의 자유와 권리를 최대한 보장한다는 의미라는 점, 국가가 국민의 기본권을 보장할 의무를 가진다는 것에는 국가권력을 행사하는 영역이 대내적이냐 대외적이냐를 불문한다는 점에 비춰 볼 때, 이와 같은 피청구인의 주장은 국민주권과 기본권의 관계를 그릇되고 협소하게 인식한 데서 비롯된 것이라 하겠습니다.

‘외교’, ‘무역’, ‘통상’이라는 개념은 그 개념 자체가 국가공동체를 본질적으로 전제하고 있으며 국가공동체를 구성하는 본질적 요소의 하나가 국민이라는 점을 고려하여 볼 때, 국민의 기본권을 보장하여야 하는 것은 외교, 무역, 통상 영역에서도 결코 예외일 수 없으며, 정부의 외교, 무역, 통상에 관한 권한 행사의 한계, 즉 정부가 행사하는 재량의 한계는 국민의 기본권 보장과 분리하여 상정할 수 없는 것입니다.

특히 국민의 건강권이나 생명권은 인권의 본질적이고 중핵적인 의미를 갖는다는 점에서 국가는 헌법이 보장하는 다른 기본권보다도 더 고양된 수준의 보호의무가 있다고 할 것인 바, 쇠고기와 같이 국민의 생명과 건강에 직접 영향을 미칠 수 있는 수입물품의 통상 분야에서 정부가 행사할 수 있는 재량은 재산권과 관련된 통상 분야에서의 그것보다 더 수축된다고 해석하여야 할 것입니다.

그렇다면 ‘주권’이 실재하는 권력이 아니라는 전제하에 이 사건 고시를 둘러싼 검역주권 문제가 ‘주권론’의 문제가 아니라 한·미 양국간의 무역, 통상의 문제일 뿐이라는 피청구인의 주장은 명시적으로 ‘주권’을 규정한 헌법 제1조 제2항에 반하는 것일 뿐만 아니라 ‘국민주권’은 국민의 기본권을 최대한 보장함으로써 실현되고 실제로 국민의 것이 된다는 능동적인 측면을 간과한 것이고, 국가공동체를 구성하는 본질적 요소의 하나가 국민이고 국민주권을 구현하는 수단인 기본권 보장은 외교, 무역, 통상 영역에서도 예외가 될 수 없다는 점을 비추어 볼 때 심히 부당하다고 하겠습니다.

(2) 객관적 가치질서로서의 기본권과 검역권

모든 국가적 권능의 정당성 근거인 동시에 국가권력의 목적인 국민의 기본권을 가장 실질적으로 보장해주는 헌법재판제도로서의 헌법소원심판의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다고 할 것이며, 국민의 개별적인 주관적 기본권을 실질적으로 보장하기 위하여 객관적인 헌법질서로서의 기본권 보장이 전제되지 않으면 안 될 경우에는 이를 기본권으로 적극 인정하여야 할 것이고(헌재 2001. 3. 21. 99헌마 139·142·156·160), 이러한 입장에서 헌법재판소는 헌법 제3조 영토조항을 근거로 '영토권'을 헌법소원의 대상이 되는 기본권으로 인정한 바 있습니다(위 헌법재판소 결정).

이러한 관점에서 본다면 헌법에 열거되어 있거나 열거되지 않은 국민의 개별적 기본권은 아닐지라도 국민의 생명권, 건강권 등 기본권 보장의 실질화를 위해서, 또 세계화 경향이 가속화되는 상황에서 음식물에 함유된 위해물질이 수출입을 통해 유입되어 우리 국민의 생명권, 건강권 등 기본권에 중대한 침해가 발생하는 경우 기본권 침해에 대한 효과적인 권리 구제를 위하여 그 전제조건으로서 '검역권'에 관한 권리를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 인정할 수 있을 것입니다.

나. 검역주권의 포기

(1) 검역주권의 의미

헌법은 전문에서 대한민국이 3.1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승함을 명시하여 민족자결권을 견지하고 있음을 선언하고, 제1조에서 국민주권을 천명하고 있으며, 유엔헌장 제1조 제2항과 제2조 제1항은 민족자결권과 주권평등을 보장하고 있습니다.

국제통상법에서 검역 주권이란 각국이 국민의 생명과 건강을 지키기 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 주권적 권리를 의미하는 바, GATT 제 20조(b) 및 SPS 협정은 각국의 검역권을 보장하고 있고, 자국의 위생검역 기준을 수입절차에서 적용할 수 있는 배타적 관할권을 검역권이라 하며, 국민의 건강권 보호를 위해 인정되는 검역권은 민족자결권이나 주권평등과 마찬가지로 헌법상 주권의 국제적인 발현을 의미하므로 검역주권이라 할 수 있습니다.

(2) 구체적 검역조치권의 필요성

SPS협정 제5조 제7항에 의하면 과학적인 증거가 불충분한 경우 입수 가능한 적절한 정보에 의하여 잠정적으로 위생조치를 할 수 있지만, 입수 가능한 적절한 정보에 의하여 취해지고 객관적인 위험평가를 위해 필요한 추가적인 정보를 찾기 위해 노력하고, 합리적인 기간 내에 조치를 검토하여야 합니다. 즉 향후 미국에서 광우병의 위험성이 증대될 때 한국이 SPS 협정에 의거 잠정적으로 수입중단 조치를 하고 이를 유지하기 위해서는 쇠고기 수입으로 인해 광우병 오염물질이 유입될 수 있다는 점에 대해 과학적인 근거를 제시해야 하며, 중단조치가 위험성 평가에 의한 것이라는 점을 납득시켜야 합니다.

그런데, 이 사건 고시와 같이 미국 내 육류작업장에 대한 승인권, 현지 조사권이 없다면 한국이 과학적 근거를 밝히기 위한 자료를 수집하는 것 자체가 불가능할 것임은 자명한 일이라 하겠습니다. 따라서 정부는 미국산 쇠고기를 수입함에 있어서 구체적인 검역조치권을 확보하여야만 효과적인 검역권을 행사할 수 있습니다.

(3) 검역주권의 포기

그런데 정부는 미국산 쇠고기의 수입범위를 확대하면서도 2006년 위생 조건에 정해진 검역조치권을 포기하고, 미국에 일방적으로 유리한 미국의 조치에 의존하였고, 우리 정부가 자체적으로 행사할 수 있는 검역권은 별로 없습니다.

수입중단권을 사실상 포기하여 향후 미국에서 광우병 위험이 증대하였을 때 신속하고 효과적인 조치를 할 수 없게 되었고, 육류작업장 승인권 및 위반시 행사할 수 있었던 해당 작업장에 대한 수출중단 요구권, 현지 점검권을 포기하였습니다. 또 수입검역검사 과정 중 식품 안전 위해를 발견하였을 경우에도 해당 로트만을 불합격 조치할 수 있고 한국은 여전히 수입검역 검사를 계속해야 하는 의무를 부담하고 있습니다. 그리고 별개의 로트에서 최소 2회 식품안전 위해가 발견되어도 한국은 해당 육류작업장에서 생산되고 작업 중단일 이전에 인증된 물량에 대해서는 수입검역을 해야 할 의무를 부담하고 있습니다. 또 미국에서 광우병 검사가 극히 미미하게 이루어지는 마당에 수입검역시 전수검사도 하지 못하고 일부에 대해서만 표본검사를 하여야 하므로 나머지 물량에 대해서는 광우병 감염 여부에 대해 검사를 할 수 없게 되었습니다.

이상과 같이 정부는 수입중단권, 현지점검권, 작업장 승인권 등 안전성 확보를 위해 취할 수 있는 검역조치권을 포기하고 오히려 식품안전위해 물질이 확인되어도 수입검역의무를 부담하는 등 검역권을 제약하고 있는 바, 이는 단순히 검역권 제약에 그치는 것이 아니라 부실검역으로 인해 광우병 위험성을 사전에 차단하지 못하게 되고 국민들의 건강권을 위협하는 결과로 이어지게 되었습니다.

2. 미국산 쇠고기의 위험성

가. 광우병(BSE)의 위험성에 대한 최근 연구결과

- ① 아주 적은 양의 광우병 감염인자인 SRM만으로도 광우병에 감염되고,
- ② 병원성 프리온은 언제든지 종간 장벽을 넘어 손쉽게 다른 종의 병원성 프리온으로 전환될 수 있으며, ③ 광우병 감염소의 분변 및 분변에 의한 토양오염이 광우병을 일으키게 되고, ④ 식습관이 인간광우병과 관련이 있음을 시사하는 사례가 등장하는 등, 광우병이 SRM이 포함된 육골분 사료에 의해서만 전염된다는 피칭구인의 주장과 정면으로 배치되는 연구결과들이 계속 보고되고 있습니다.

또한 피칭구인은 미국 하버드 대학교의 광우병 위험평가 모델을 근거로 동물사료금지조치, 특정위험물질의 제거 정책 등으로 광우병을 충분히 통제할 수 있다고 주장하나, 하버드 모델의 타당성을 분석한 최근 연구 논문은 “미국 하버드 대학교의 광우병 위험평가 모델 분석에 의한 낙관적 견해는 위험한 도박이다”라고 언급하고 있으며, 논문의 결론 부분에서 ‘미국은 하루 빨리 EU나 일본의 체제를 따를 것’을 권유하고 있습니다.

나. 미국의 광우병 통제 조치의 문제점

(1) 사료금지조치의 문제점

피칭구인은, 미국은 1997. 8. 이후부터 반추동물 유래 사료의 반추동물 급여 금지조치(이하 "사료금지조치")를 통해 광우병 위험을 통제하여 왔다고 주장합니다.

그러나 미국의 사료금지조치는 영국에서 1988. 7.부터 시행되었다가 계속 광우병 소가 발생하자 1990. 9. 폐지된 정책입니다. 이 기간 동안

영국에서는 27,000여 마리가 넘는 소가 광우병에 걸렸고, 사료금지조치 이후에도 5년 동안 15만 여 마리의 광우병 소가 발견되었습니다.

국제전문가위원회는 미국 농무부장관에게 생후 12개월 이상인 소의 모든 특정위험물질까지도 유통 금지할 것을 권고하였고, 세계보건기구(WHO)·식량농업기구(FAO), 그리고 세계동물보건기구(OIE)도 공동으로 "광우병이 발생한 나라에서는 모든 동물사료에서 특정위험물질을 금지해야 한다"고 권고하였습니다.

특히 OIE 과학위원회(SC)의 특별전문가그룹(Ad-hoc group)은 "사료금지조치가 미국 내 광우병 원인체의 재순환과 증폭 위험성을 가지고 있다"고 지적하면서 "광우병 병원체의 잠재력이 있는 물질이 계속 렌더링되어 동물사료에 들어가는 한, 교차오염 가능성은 여전히 존재하므로 특정위험물질을 동물사료로 사용하는 것을 금지할 것을 심각하게 검토"하도록 권고하였습니다.

대한민국 정부도 미국 현지조사 결과 등을 토대로 "특정위험물질의 비반추동물 사료로 사용 등 방역조치를 감안할 때 미국내 광우병이 완전히 박멸되었다고 볼 수 없다"며 "반추동물 유래 사료의 교차오염 가능성"을 지적하고 있습니다.

(2) 강화된 사료금지조치의 문제점

- ① 2008. 4. 25. 미국이 공포한 사료금지규정(이하 "강화된 사료금지조치")에 따라 광우병 위험을 차단하기 위해서는 30개월령 여부에 대한 확인이 무엇보다도 중요한데, 미국은 현재 동물 개체별 식별시스

템을 의무화하지 않고 있기 때문에 30개월령 확인이 제대로 이루어지고 있지 않으며, ② 강화된 사료금지조치가 2009. 5.부터 시행되기까지는 현재 불완전한 사료금지조치가 계속 시행되므로 그 기간에 소가 광우병에 감염될 가능성을 배제할 수 없으며, ③ 무엇보다 OIE는 특정 위험물질 전부를 동물 사료로 사용하는 것을 금지하도록 권고하였으나, 미국의 강화된 사료금지조치는 특정위험물질 전체가 아니라 뇌와 척수만을 돼지나 가금류에게 금지하고 있습니다. 미 식약청의 연구에 의하면 광우병 감염력의 90%는 뇌와 척수신경에 있고 나머지 10%가 기타 특정위험물질에 있다고 하므로, 강화된 사료금지조치에 의하더라도 광우병 감염력은 제거되었다고 보기 어렵습니다. ④ 또한 강화된 사료금지조치에 의하더라도 광우병 감염원으로 알려진 소의 혈액생산물이 여전히 소의 사료로 사용될 수 있고, 가금류 퇴비 사용이 광범위하게 허용되기 때문에 광우병을 효과적으로 통제하기 어렵습니다.

(3) 미국 광우병 통제시스템의 불완전성

미농무부 식품안전검역청(USDA FSIS)이 2004년 1월부터 2005년 5월까지 6000여개 육류작업장에 대한 BSE 규정준수 여부를 점검한 결과 1,036건의 위반사례가 적발되었습니다. 한편 미국은 캐나다로부터 연간 100만마리 이상을 수입하고 있는데, 2008. 미 농무부 감사국장은 캐나다산 미국 수입소의 추적관리를 벌인 결과, 미 농무부 동·식물 보건 검역청이 캐나다 소들의 원산지나 질병기록에 대한 검사를 하지 아니한 채 수입한 것을 적발하였습니다.

또한 일본은 모든 건강한 도축소에 대해서도 전수검사를 실시하고 있으며 EU는 30개월령 이상 전수검사 및 광우병 고위험군 소에 대한

전수검사를 실시하여 정상도축소를 포함하여 약 50% 가량의 광우병 검사를 실시하고 있음에 반해 미국은 2005년과 2006년 1%만을 대상으로 광우병 검사를 실시하고 그나마도 현재는 0.1%만 검사하는 것으로 축소하고 있습니다.

(4) '광우병 위험 통제국가의 지위'가 '광우병으로부터의 안전성'을 보장하지는 않습니다.

국제수역사무국(OIE)의 광우병 예찰기준에 따르면, 미국은 7년 동안 도축소의 0.1%만 검사를 받으면 광우병 위험 통제국가의 지위를 부여 받을 수 있습니다. 이러한 기준으로 광우병 소를 검출한다는 것은 사실상 불가능합니다. 참고로 현재 일본은 20개월령 이상의 전체 도축소와 광우병 의심 소에 대해 검사를 실시하고 있으며, 유럽은 30개월령 이상의 전체 도축소와 광우병 의심소를 검사하고 있으며, 일부 유럽 국가에서는 24개월령 이상의 도축소를 전수 검사의 대상으로 하고 있습니다.

또한 미국은 강화된 사료금지조치 시행을 조건으로 하여 광우병 통제국가의 지위를 얻은 것임에도 불구하고, 앞에서 보는 바와 같이 강화된 사료금지조치는 OIE에서 요구한 기준에 미달하며, 아직 시행되지 않고 있습니다.

따라서 2007년 미국에 대한 광우병 위험 통제국가 지위 부여가 미국산 쇠고기의 광우병으로부터의 안전성을 담보한다고 보기는 어렵습니다.

다. 광우병에 대한 피청구인 시각의 문제점

피청구인은 광우병과 인간 광우병 발생의 추이에 근거하여 이들 질병이 조만간 사라질 것으로 예상하고 있습니다. 그러나 어떤 국제 학회에서도 광우병이 사라질 전염병이라고 주장하는 학자는 단 한명도 없으며, 또 그런 결론을 내리고 발표된 학술논문은 현재까지 단 한 편도 없습니다. 그러한 주장을 담고 있는 글은 국내에서만 보이며 그것도 학술 논문이 아닌 개인 보고서에 불과합니다. 오히려 이 분야의 다음 노벨상 수상자라고 일컬어지는 Aguzzi 박사는 2008년도 최근 논문에서 인간광우병만 보아도 앞으로 40여년 이상은 지켜보아야 한다고 지적하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 확률에 입각하여 방역의 제1원칙인 '사전 예방주의'를 포기하고 있습니다.

광우병은 과학적 연구 결과에 더하여 사회적, 문화적인 총체적 접근을 통해 해결함이 중요합니다. 특히 소비자의 위협 인지도나 신뢰성 회복의 문제가 중요하며 이를 위해 각 사회의 생활양식, 문화, 산업 구조 등을 고려하여 광우병에 대한 정책이 결정되어야 합니다. 그러나 피청구인은 위와 같은 요소들을 전혀 고려하지 않고 있습니다.

3. 기본권 침해

가. 건강권의 의미

세계보건기구(WHO)는 건강을 "단순히 질병이나 허약함이 없는 상태가 아니라 신체적·정신적·사회적으로 완전한 안녕 상태"로 정의하고 있으며, 유엔은 건강권을 "도달 가능한 최고 수준의 신체적 정신적 건강을 향유할 권리"라고 합니다(사회권 규약 제12조).

대한민국 헌법도 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며", "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다"고 규정하고 있으며, 보건의료기본법도 이 사건 쇠고기와 같은 식품 등으로부터 발생할 수 있는 위해를 방지하고 각종 국민건강위해요인으로부터 국민의 건강을 보호하기 위한 시책을 강구할 것을 국가의 의무로 규정하였습니다(제4조 제3항).

헌법재판소도 '헌법은 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다'라고 규정하고 있는바(제36조 제3항), 이를 보건에 관한 권리 또는 보건권으로 부르고, 국가에 대하여 건강한 생활을 침해하지 않도록 요구할 수 있을 뿐만 아니라 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 이해한다“(1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정)고 하여 국가에 국민의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생하지 않도록 사전에 강구할 의무가 있음을 확인하고 있습니다.

이와 같은 헌법재판소의 논리는 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대해서도 동일하게 적용될 수 있습니다. 전체 국민의 보건을 책임지고 있는 국가는 인간광우병의 위험발생을 미리 막기 위하여 광우병에 오염된 쇠고기 및 쇠고기 제품의 유입을 철저히 차단하는 '미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건'을 마련하여야 합니다. 왜냐하면 미국산 쇠고기로 인한 광우병 감염으로부터 국가가 국민을 보호할 방법은 전적으로 이 사건 고시에 의존하고 있기 때문입니다.

만약 이 사건 고시가 국가가 취할 수 있는 광우병 검역 수단을 정당한 이유 없이 스스로 포기하거나, 국가가 선택할 수 있는 적절하고 유효한

수단들 중 최선의 검역 수단을 방기하거나, 이 사건 고시를 제정함에 있어 국가가 여러 가능한 검역 수단의 상호 비교에서 반드시 고려해야 할 내용을 고의 혹은 과실로 고려하지 않음으로써 광우병에 오염된 쇠고기 및 쇠고기 제품의 유입 가능성을 막지 못한 것이라면, 이 사건 고시는 그 자체로써 국민의 건강권을 침해하는 것이 됩니다. 특히 여타의 사회권에 관한 국가의 급부제공의무와 달리 이 사건 고시의 제정 및 시행은 국가의 추가적인 급부 제공을 필요로 하지 아니하므로, 그 입법 재량의 범위는 당연히 축소될 수밖에 없을 것입니다.

나. 적절한 검역수단의 포기 - 소의 뼈와 내장을 즐겨 먹는 한국인의 식습관을 고려한 수입위험평가를 하지 않음

국제수역사무국(OIE) 규정은 다음과 같이 광우병 위험에 노출될 위험성을 평가할 때, 관습과 문화적 습속, 수입 제품의 용도와 처분 관행을 고려하도록 규정하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 한국 정부는 이러한 국제규정에서 보장된 권한을 방기하고, 한국인의 식습관을 고려한 수입 위험분석을 하지 않은 채 이 사건 고시를 제정하였습니다.

다. 이 사건 고시는 OIE 육상동물위생규약에 부합하지 않음

이 사건 고시 제1조 제9항은 "특정위험물질은 다음을 말한다 모든 월령의 소의 편도 및 회장원위부, 도출 당시 30개월령 이상된 소의 뇌·눈·척수·두개골·척주(단 꼬리뼈, 경추·유추·요추의 횡돌기와 극돌기, 천추의 정중천골능선과 날개는 제외한다)"라고 하여 OIE 동물위생규약에서 특정위험물질로 규정한 것도 국내에 들어올 수 있도록 규정하고 있습니다.

이에 대하여 피청구인은 척주는 그 자체로는 위험성이 없는 물질로서 척주 안의 척수와 척주에 붙어 있는 등배신경절로 인하여 특정위험물질로 분류된 것이며, 꼬리뼈 등은 뼈 자체로서 도축과정에서 척주나 등배신경절과 섞일 위험성이 없다고 주장하나, OIE는 도살과정에서의 오염 가능성을 고려하여 꼬리뼈, 경추 등의 부위를 가리지 않고 척주 전체를 특정위험물질로 인정한 것이므로 피청구인의 주장은 부당합니다.

라. 독자적인 수입위험분석 결과를 반영하지 않고 이를 방기한 점

위생 및 식물위생 조치의 적용에 관한 협정(이하 “SPS협정”)은 과학적 정당성이 있거나, SPS협정 제5조의 규정에 의한 각국의 위해성 평가에 기초하여 적절하다고 결정하는 경우, 회원국은 관련, 국제기준, 지침 또는 권고의 수준보다 높은 보호수준의 위생 및 검역조치를 도입 또는 유지할 수 있다고 규정하고 있습니다(제3조 제3항).

SPS협정은 인간이나 동·식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 위생검역조치를 취할 수 있는 회원국의 기본적 권리를 인정함을 우선으로 하고 있기 때문에(제2조), ① 과학적 정당성이 있거나 또는 과학적 정당성이 없는 경우에도 제5조 제1항부터 제8항까지의 관련 규정에 따라 회원국이 적절하다고 인정하는 경우에는 국제표준보다 높은 수준의 위생 검역조치를 취할 수 있으며(제3조 제3항), ② SPS 협정상 위해성 평가라 함은 “인간이나 동물의 건강에 영향을 미치는 부정적 영향의 잠재적 가능성”에 대한 평가로서(위생검역협정 부속서 A 제4항), ‘잠재적 가능성(the potential)’에 대한 평가는 인간의 건강이나 생명에 관계된 경우 위해성에 대한 ‘소수과학자의 견해’를 존중할 수 있다는 의미이고, ③ 위생 검역조치가 SPS 협정에 위반함을 이유로 WTO에 제소할 경우, 입증책임은 제소국에 있습니다.

이에 따라 미국도 OIE 육상동물위생규약과 더불어 다음과 같은 내용의 규제 방안을 동시에 적용하여 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수입하고 있으며, 한국 정부도 미국산 쇠고기에 대한 광우병 검역 기준을 독자적으로 세우기 위해, 수입 위험 평가를 진행하였고, 그 결과 2007. 10. 5.자의 <미국산 쇠고기 협의 관련 대응방안>(갑 제23호증, 이하 '최종 안전성 평가 문서')에서 다음과 같은 과학적 결론을 내렸습니다.

- ◆ 월령 제한은 30개월령 미만 조건 유지
- ◆ 모든 연령에서 7개의 SRM 부위 제거
- ◆ 미국내에서 비식용 제품으로 취급·유통되는 부위는 수입금지

그러나 농림부 축산정책국 가축방역과가 2007년 12월에 작성한 <미국산 쇠고기 관련 대책 검토 보고>라는 공문서를 보면, 이 사건 고시가 이와 같은 위험분석 결과와 전혀 동떨어진 상태에서 한미 FTA와 같은 다른 정치적 고려에 의해 설정된 것임을 알 수 있습니다.

한국인의 식습관이나 유전자에 관한 과학적 연구결과에 의하면, 대한민국은 인간광우병 환자의 발생 가능성이 세계에서 제일 높은 나라가 될 수 있으므로, 정부는 이와 같은 과학적 증거를 토대로 우리나라 실정에 맞춰 보다 높은 수준의 위생검역조건을 유지하는 것이 오히려 SPS 협정에 부합함에도 불구하고 이를 스스로 포기하고 말았던 것입니다.

마. OIE 육상동물위생규약에 부합하는 이 사건 고시를 공포, 시행한 것만으로 국가가 건강권 보호의무를 다한 것인지 여부

청구인은 국제수역사무국의 기준(OIE 동물위생규약 2.3.13.장)을 근거로 30개월 미만의 소는 광우병 위험으로부터 안전하다고 주장합니다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 OIE 육상동물위생규약은 최근에 새롭게 밝혀진 광우병의 위험성과 발생 원인 등의 연구 결과를 반영하고 있지 못한 것입니다. 따라서 국제수역사무국의 기준에 따르더라도 광우병 위험이 안전하게 차단되지는 아니합니다.

바. 소결

이 사건 고시는 대한민국이 가입한 SPS 협정 및 관련 국제규약에 부합하지 아니하며, 설사 부합한다고 하더라도 이로 인하여 광우병 위험물질이 반입되는 것을 유효 적절하게 차단되는 것은 아닙니다. 대한민국 정부는 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품이 광우병으로부터 자유롭지 않다는 것을 알고 있음에도 불구하고, 이에 대응하는 보호수준의 위생 및 검역 조치를 취하지 아니함으로써, 질병을 예방할 국가의 의무를 다하지 아니하고, 청구인들을 인간 광우병으로부터 안전하지 못한 환경에 방치하였습니다.

4. 헌법 제6조 제1항, 제37조 제2항 위반

가. 헌법 제6조 제1항 위반

(1) 이 사건 고시의 모체가 된 한미 양국 간 합의는 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”이 아니며, “일반적으로 승인된 국제법규”도 아닙니다. 그럼에도 불구하고 농림부장관은 한미 양국간 합의 내용을 ‘고시’의 형태로 관보 게재하여 효력을 발생토록 하였고 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 고시는 청구인들의 기본권을 침해하는 내용을 포함하고 있습니다. 따라서 이 사건에서 헌법 제6조 제1

항 위반 여부는 청구인들의 기본권 침해 여부를 판단하는 전제 내지 판단 기준이 되는 것입니다.

- (2) 이 사건 고시의 모체가 된 한미 양국간 합의가 이해관계인의 주장처럼 국회의 동의를 요하는 조약의 '형식'이 아니라 "단순히 관련 국내법의 위임 범위 내에서 주로 기술적이고 전문적인 사항을 규정하기 위한 양해각서의 성격을 띤 합의문"에 불과한 '형식'의 것이라면(예컨대, 이른바 '고시류 조약'의 형식을 갖는 것이라면), 그 합의의 '내용' 또한 오로지 기술적·전문적 사항만을 규율하는 것이어야 합니다.

그러나 이 사건 고시 제1조 제1항, 부칙 2조, 부칙 제5조 등은 사실상 미국 법령의 내용이 이 사건 고시 규정을 통하여 국내 검역기관을 직접 규율하는 효과를 가져오는 것으로써, 국제법의 국내법 수용절차를 규정한 헌법 제6조 제1항에 정면으로 반하는 것임은 물론 대한민국의 검역절차에 관한 주권을 제약하고 있는 규정이라 할 것입니다.

나. 헌법 제37조 제2항 위반

- (1) 우리 헌법이 선언하고 있는 기본권을 제한에 있어 '법률유보의 원칙'이라 함은 행정규칙(예규, 통칙, 훈령, 고시 등 행정조직 내부에서만 효력을 발생하도록 되어 있는 것)에 의한 기본권 제한을 금지하는 것과 함께, 법률이 법규명령에 어떠한 사항이라도 위임할 수 있다는 것이 아니라, '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항'에 한정되는 것입니다.

이 사건 고시는 그 전제가 된 한미 양국간 합의 자체가 국회의 동의를 받지 아니한 것임은 물론, 그 형식 자체가 '고시'라는 행정규칙이라는 점에서 국민의 기본권과 관련한 사항을 포함할 수 없는 것입니다.

그런데 이 사건 고시 조항 들 중에는 상위 법령(가축전염병예방법)의 위임의 한계를 벗어나는 형식적 입법(국회 입법) 사항에 관한 내용(예컨대, 제1조 제1항, 제9항, 부칙 제2조, 부칙 제5조), 수입국인 우리나라 검역기관의 수입금지물건에 대한 조치에 관한 사항(제5조, 제23조, 제24조, 부칙 제7조 내지 제9조) 등을 포함하고 있습니다.

특히 이 사건 고시 제5조는, 헌법에 의하여 체결 공포된 조약으로서 국내 법과 동일한 효력을 가지는 '위생 및 식물위생 조치의 적용에 관한 협정' 제5조 제7항의 본질적 내용(입법사항)을 행정규칙의 형식으로 중대한 변경을 가하고 있습니다. 이로 인하여 미국에서 광우병이 발생할 경우 독자적인 판단에 의거 수입금지 조치를 취할 대한민국의 국제법적 권한이 무력화된 것이며, 이 조항으로 말미암아 청구인들의 건강권, 보건의 관련 권리 등 기본권이 직접 침해되는 결과를 초래하고 있습니다.

5. 적법절차원리 위반

이 사건 고시는, 한미 정상회담을 앞 둔 2008. 4. 11.에 협상을 시작하여 불과 7일 만에 양국간 합의를 발표하고, 이른바 고시류 조약이라는 탈헌법적 관행에 따라 헌법 제60조 제1항에 의한 국회의 동의조차 거치지 않은 채 형식적 입법예고만을 거친 후(예고 기간 중 제시된 개정 의견 등에 대하여 농림부장관은 사실상 이를 완전히 무시하였습니다.) 관보에 게재되었습니다. 이는 입법작용을 포함한 국가작용 전반에서 준수되어야 하는 적법절차의 원리를 위반한 것이며, 이와 같이 적법절차의 원리에 반하여 발효된 이 사건 고시로 인하여 청구인들의 기본권이 침해되는 결과가 발생한 것입니다.

III. 결론

이상 살펴본 바와 같이 청구인들은 이 사건 고시 각 조항들로 말미암아 행복추구권, 건강권, 보건의에 관한 권리 등 자신의 기본권을 직접 침해받고 있으므로 이 사건 청구는 적법하다 할 것입니다.

나아가 이 사건 고시는 광우병 발생국가인 미국으로부터 수입되는 쇠고기에 위험물질이 반입되는 것을 유효적절하게 차단하기 위한 기준을 갖추지 못하고 있으며, 미국에서 광우병이 발생할 경우 독자적인 판단에 의거 수입금지 조치를 취할 대한민국의 국제법적 권한 또한 형해화시키는 내용을 담고 있는 것으로써, 이 사건 고시에 의하여 청구인들의 행복추구권, 건강권, 보건의에 관한 권리 등 기본권은 심각하게 침해되고 있는 것입니다.

2008. 10. .

범무법인 상록

담당변호사 민 경 한

범무법인 한맥

담당변호사 좌 세 준

법무법인 청목
담당변호사 서 채 란

법무법인 동서남북
담당변호사 장 유 식

헌법재판소 귀중