

제47회 정기학술발대회

기본권이론의 재조명

2007.11

社団法人 韓國憲法學會

제47회 정기학술발대회

기본권이론의 재조명

- 일 시: 2007년 11월 10일 13:00~18:00
- 장 소: 대법원 16층 대회의실

인권연구소 '창'

인권대반

社団法人 韓國憲法學會
Korean Constitutional Law Association

제47회 정기학술발대회

기본권이론의 재조명

- 일 시: 2007년 11월 10일 13:00~18:00
- 장 소: 대법원 16층 대회의실

社團 韓 國 憲 法 學 會
法人 Korean Constitutional Law Association

일 정

- 일 시: 2007년 11월 10일(토) 13:00~18:00
- 장 소: 대법원 16층 대회의실

13:00-13:20	등 록
13:20-14:00	한국헌법학회 정기총회 사 회 총무이사: 박선영
14:00-14:20	개 회 식 사 회 ... 이규진(대법원재판연구원, 부장판사) 환 영 사 장윤기(법원행정처장) 개 회 사 정만희(한국헌법학회회장) 인사말씀 서기석(대법원 헌법연구회장)
14:20-18:00	주제 발표와 토론
	【제1부】 사 회 박종보 교수(한양대)
14:20-14:50	과학기술의 발전과 기본권해석의 재조명 발 표: 박선영 교수(국가청렴위원)
14:50-15:20	재산권보장에 있어서 기본권이론의 적용 발 표: 정극원 교수(대구대)
15:20-15:40	지정토론: 양현주(서울남부지방법원 부장판사) 이승한(서울고등법원 판사)
15:40-16:00	휴 식
	【제2부】 사 회 한위수(서울고등법원 부장판사)
16:00-16:30	보충성과 기본권 보호 발 표: 정강찬(판사, 헌법재판소 파견)
16:30-17:00	행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제 발 표: 사봉관(판사, 헌법재판소 파견)
17:00-17:20	지정토론: 김주환(홍익대 교수), 정문식(전남대 교수)
17:20-18:00	종 합 토 론
18:00	폐 회 사 회장: 정만희(한국헌법학회회장)
18:30-19:30	만 찬 법원행정처장 초청 대법원 3층 매화식당

초청의 말씀

한국헌법학회 회원여러분, 안녕하십니까?

단풍이 무척 곱게 물든 아름다운 가을입니다.

이제 중간고사도 끝나고, 곧 한 해를 마무리해야 할 시기입니다만, 어느덧 1년이 흘러 우리 헌법학회도 새 집행부를 선출하는 정기총회를 갖게 되었습니다. 제가 지난 해 11월부터 회원 여러분들의 성원으로 회장직을 맡아 오면서 여러 가지 부족한 점이 많았음에도 불구하고 적극적으로 저희 집행부를 도와주시고 격려해 주신 덕분에 무사히 임기를 마치게 되었습니다.

머리 숙여 깊이 감사드립니다.

아울러 이번 정기학술대회는 대법원 헌법연구회와 공동으로 주최함으로써, 학자와 실무가들이 함께 모여 기본권 이론을 재조명해 볼 수 있는 소중한 기회를 갖게 되었습니다.

오늘의 공동학술대회를 위해 대법원 대회의실을 제공해 주시고 만찬에 초대해 주신 법원행정처 장윤기 처장님과 서기석 대법원 헌법연구회 회장님께 감사사를 드립니다.

요즈음 각 대학마다 로스쿨 준비로 교수님들께서는 매우 분주하시리라 생각합니다만, 새 집행부를 구성하는 정기총회가 열리고, 대법원 헌법연구회와 공동으로 학술대회를 개최하는 의미 있는 이번 행사에 여러 회원님들의 많은 참여를 바랍니다.

감사합니다.

2007년 10월

한국헌법학회 회장 정 만 희

초대의 말씀

한 해를 정리하기 시작하는 늦은 가을, 헌법학 분야에 있어 우리나라를 대표하는 한국헌법학회와 공동으로 학술대회를 개최하고, 평소 존경하는 회원 여러분들을 이번 학술대회에 초대하게 된 것을 매우 기쁘고 영광스럽게 생각합니다.

재판업무를 담당하고 있는 우리 법원으로서 사실은 파악하고 법령을 적용하여 결론을 이끌어 내는 과정에서 법령의 위헌 여부를 비롯한 다양한 헌법적 쟁점에 부딪히고 있는바, 저희 헌법연구회는 바로 그러한 문제들을 해결하기 위하여 자발적으로 형성된 모임으로서, 평소 실무적인 측면은 물론, 이론적인 측면에서의 연구를 위해 많은 노력을 기울이고 있습니다.

이번 공동 학술대회는 재판 실무를 맡고 있는 저희 법관들에게 헌법을 올바르게 해석·적용함에 있어 필요한 이론적 기초를 쌓는 소중한 기회를 제공할 뿐만 아니라, 학자들과 실무가들이 재판실무에서 문제되고 있는 헌법적 쟁점에 대하여 함께 연구하고 논의할 수 있는 기회를 제공함으로써, 우리나라 헌법재판실무와 헌법학 발전에 많은 도움이 될 것으로 생각합니다.

학사 일정 등으로 바쁘시겠지만, 부디 참석하시어 훌륭한 고견으로 자리를 빛내주시기를 부탁드립니다.

2007년 11월

대법원 헌법연구회 회장 서기석 드림

목 차

과학기술의 발달과 기본권 해석의 재조명 — 사법부의 역할과 기능을 중심으로 —	박 선 영	1
재산권보장에 있어서 기본권이론의 적용	정 극 원	35
기본권구제수단으로서의 법령소원에 있어서 보충성원칙의 재검토	정 강 찬	62
행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제	사 봉 관	89

과학기술의 발달과 기본권 해석의 재조명

- 사법부의 역할과 기능을 중심으로 -

朴 宣 映

I. 기본권 해석의 창조적 기능

1. 기본권 해석의 難題

헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치 규범으로서, 우리 헌법 전문과 본문에 담겨있는 최고이념과 헌법상의 제원칙은 헌법전문을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 한계를 제시하며, 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜야 할 최고의 가치규범이다.¹⁾ 그러나 헌법은 다른 어떤 법령보다도 규범구조가 간결하면서도 미완결적이며 유동적인, 추상성·불확정성·개방적인 특성을 띠고 있어서, 해석을 통한 보완과 구체화작업이 필수적이다.²⁾ 굳이 헷세(K. Hesse)의 말을 인용하지 않더라도 ‘헌법규범의 내용은 헌법해석에 의해 완성되는 것’이고, 헌법해석방법론은 헌법규범을 해석하고 적용하는 구체화(Konkretisierung)과정이기 때문에, 헌법학연구의 기본적인 출발점은 헌법해석으로부터 비롯된다고 해도 과언이 아니다.³⁾

헌법해석의 중요성과 불가피성은 많은 부분 구체적이고도 기술적인 용어와 서술구조를 띠고 있는 통치구조보다는 형이상학적이고도 개방적이며 기능적·동태적인 구조를 띠고 있는 기본권부분이 훨씬 더 강조된다.⁴⁾ 그런데 헌법상 기본권부분의 해석은,

1) 헌재결 1989. 9. 8. 88헌가6; 1991. 3. 11. 91헌마21.

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 15쪽;

3) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2007, 29-30쪽. 헌법해석과 관련한 최근의 논의는 계희열, 헌법의 해석, 공법연구, 제20집(1992), 149쪽; 김명재, 현대헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰, 공법연구 제29집 제1호(2000); 김주환, 구조화 법규범이론과 그 방법론-실천적 기본권 해석론의 정초-, 헌법은 총, 제12집 제1호(2001), 헌법재판소; 오세혁, 국가와 규범·가치·힘-공법학 방법론에 관한 법철학적 고찰-, 공법연구 제29집 제1호(2000) 참조.

4) 同: 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권 체계적 해석, 안암법학 제1호(1993), 고려대학교, 178-180쪽.

기본권의 충돌이 극대화되고 과학기술이 급속도로 발전하는 21세기에 '헌법 창조적 기능'을 요구하는 구체적 욕구가 폭발적으로 일어나면서 어려운 문제에 봉착한다.⁶⁾ Savigny의 해석학으로부터 발전한 헌법해석의 원칙으로서의 문리해석, 주관적·역사적 해석, 객관적·체계적 해석, 목적론적 해석 외에 통일성과 실천적 조화의 원칙, 기능적 적정성의 원칙을 적용한다고 하더라도,⁷⁾ 기본권 조항이 갖는 개방성과 가치성을 충족시키기 위한 헌법인식작업이 시대를 더할수록 점점 더 복잡하고 어려운 과제로 남는 것도 같은 이유로 볼 수 있다.

학자에 따라서는 이같은 헌법해석의 근본적인 어려움 외에도 우리의 기본권 이해가 다소 부족한 까닭을 헌정사의 굴곡에 따른 헌법학의 왜곡, 문화전통의 잔재와 인권사상의 갈등야기, 국토분단으로 인한 이데올로기적 억압, 헌법 제정 당시부터 이어진 법실증주의의 영향, 기본권에 특유한 사법적 구제수단의 미비 등으로 분석하기도 하고,⁸⁾ 반면에 다른 학자들은 위와 같은 기본권 해석의 고전적인 원칙만이 헌법을 정치적 이데올로기의 논쟁으로부터 보호할 수 있다며 기본권의 이데올로기화 또는 그로 인한 편파성 시비의 위험성을 우려하기도 한다.⁹⁾ 그러나 기본권이 발생하게 된 유래와 발전과정, 그 내용 등 기본권 개념의 근본적 관계나 근본조건을 상기한다면, 그리고 기본권 해석에 있어서 정신적인 요소와 가치적인 요소가 가장 중요한 결정요인이라는 사실을 상기한다면, 가치지향적인 해석을 할 수밖에 없다는 사실도 부인하기 어렵다.¹⁰⁾ 헌법재판소가 헌법해석을 가리켜 '헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적·사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능'¹¹⁾이라고 한 것도 바로 이 때문일 것이다.

5) 헌재결 1989. 9. 8. 88헌가6.

6) 본고에서 사용하는 기본권이란 용어는 강학상의 개념으로서, 독일법에서의 Grundrecht라는 용어와 영미법 또는 프랑스에서 말하는 인권 또는 인간의 권리(Human Rights, Droit de l'homme)를 모두 포함하는 개념적 용어이다. 권영성, 주2)의 책, 240쪽; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 229쪽. 기타 기본권의 본질과 내용에 관한 논문으로는 이덕연, 기본권의 본질과 내용: 한국기본권 이론의 반성과 과제, 정천 허영박사화갑기념논문집, 박영사, 1997, 35-54쪽; 정종섭, 기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개, 정천 허영박사화갑기념논문집, 박영사, 1997, 1-23쪽 참조.

7) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2006, 80-81쪽; 권영성, 주2)의 책, 24-25쪽; 김철수, 주6)의 책, 31-32쪽; 성낙인, 주3)의 책, 30-31쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006, 71-72쪽.

8) 김선택, 기본권이해의 현대적 경향과 한국헌법의 과제, 서울지방변호사회 100주년 기념 학술대회 발표 논문(2007), 4쪽.

9) 김수철, 비판과적 기본권 해석 -독일에서의 판례와 이론을 중심으로-, 사법행정, 제37권 제4호(1996. 4.), 8쪽. 기본권 해석의 편파성에 대한 우려는 주로 사회적 기본권의 해석이나 국가안보와 관련된 개별 법률과 관련하여 많은 논란을 야기하였고 상당부분 입증되기도 하였다.

10) Aharon Barak, Purposive in Law, Princeton University Press, New Jersey, 2005, 85-87쪽.

11) 헌재결 1989. 9. 8. 88헌가6.

문제는 불완전한 법(leges imperfectae)인 헌법, 그 가운데서도 가장 불완전한 구조를 가진 기본권¹²⁾을 어떻게 가장 헌법지향적으로 해석¹³⁾할 것인가, 하는 것과 함께 21세기는 과거보다 훨씬 더 빠른 속도로 변화할 것이고, 그에 비례해 기본권의 갈등 및 충돌관계가 더 깊은 위험상황에 처하게 될 가능성이 높아지면서, 과거와는 다른 기본권 해석의 패러다임을 요구할 터인데, 그 해결을 위한 기본권 해석의 판단기준에 관한 논의가 상대적으로 미흡하다는 것이다.

2. 법 창조적 책무로서의 기본권 해석

헌법 제10조는 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다'라고 규정하여, 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라고 할 수 있는 인간의 본질로부터 유래하는 고유한 가치를 명문화하고 있다.¹⁴⁾ 독일헌법과는 달리 우리 헌법은 인간의 존엄에 '가치'를 덧붙이고 있다. 바로 이 점에서 우리 헌법은 이데올로기가 아닌 인간의 존엄성을 강조하는 객관적인 가치질서로서의 인간의 존엄을 천명하고 있는 것이다. 기본권의 가치결정적 성격은 아무리 강조해도 지나치지 않기 때문에¹⁵⁾ 기본권 해석에 있어서도 인간존엄성의 핵심을 발견하는 것이 결국엔 관건이 될 것이고, 그 발견의 주체는 가치의존적인 질서로서의 기본권을 보장할 의무를 헌법상 수탁받은 국가기관이 될 것이다. 우리 헌법은 기관분립의 형태를 택하고 있기 때문에, 입법부에게는 법정립독점권(Rechtssetzungsmopol)이 부여된 반면, 사법부에는 그 해석과 적용의 권한이 부여되어 있다. '법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판'(제103조)하므로, 가치판단을 통해 기본권을 해석하고 헌법을 정립하는 법발견(Rechtsfindung)과 법선언(Rechtsspruch)의 법창조적 책무¹⁶⁾가 결국에는 법관에게 위탁되어 있다고 보아야 한다. 이런 점에서 본다면 19세기 의회에 의한 입법국가로 시작된 근대입헌국가가 이제 재판국가로 변모하고 있다는 Böckenförde의 말은 일견 타당하다고 할 수 있다.¹⁷⁾ 이는 기본권의 객관적 원칙규범을 구체화해 나가는 법원의 역할

12) BVerfGE 51, 304.

13) BVerfGE 65, 196.

14) 헌재결 1990. 9. 10. 89헌가82.

15) Neil MacCormick, Institutions of Law, Oxford University Press, N.Y., 2007, 243-262쪽.

16) 에른스트 볼프강 뵤켄회르데著 김효전譯, 기본법제정 40주년에 따른 기본권 해석의 상태, 동아법학 제21호, 258-259쪽.

17) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatic nach 40 Jahren Grundgesetz, 29

을 통해서 공동체의 질서모형(Ordnungsmodell)이 통일된 가치체계로 완성된다는 점에서 수긍할 수 있는 것이다.¹⁸⁾

1789년 프랑스 대혁명 이후 전국가적·초국가적 권리(droit antérieurs et supérieurs aux lois positives)의 보장의무가 인간과 시민의 권리선언(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)을 통해 국가로 전가되면서부터 기본권의 문제는 국가 전체를 지배하는 세계관, 이데올로기, 그리고 가치판단의 문제가 되었다.¹⁹⁾ 이는 기본권은 주관적 공권인 동시에 법의 모든 영역을 지배하는 객관적 원칙규범으로서의 가치결정이므로,²⁰⁾ 기본권이 단순히 국가 내적 권리(innerstaatliche Rechte)이나, 또는 국가로부터 자유로운 영역을 보장하는 것으로서의 국가외적 영역(außerstaatlicher Bereich)이나에 관한 논란에 그치는 것이 아니라, 재판이라는 공적 과정으로서의 司法을 통해 국가가 목적지향적인 관여(gezielte staatliche Intervention)를 함으로써 기본권을 해석하게 되었음을 의미하는 것이다.²¹⁾ 재판을 통해 기본적 가치를 유지하고 보충하는 기능의 중요성은 천부적 인권을 어떤 형태로든 성문화한 그 시점부터 시작되었고, 과학문명이 고도로 발달한 21세기에는 그 어느 때보다도 사법부의 가치판단이 더욱 강조되고 있다. 그것이 기본권 향유자들의 권리의식이 증대하면서 나타나는 현상이든, 새로운 기본권들이 대거 등장하면서 빚어지는 사태이든, 기본권의 갈등이나 경합 또는 충돌이 늘어나고 극대화할수록 司法을 통한 헌법의 통합수단이나 정당화수단, 동의수단(Konsensinstrument)은 점점 더 강조될 것이고, 재판과정을 통한 가치판단은 곧 헌법적 정의²²⁾로 실현될 것이다.

20세기 후반에는 국가가 경제영역에 적극적으로 개입하면서 국가기능이 확대·강화되었고, 동시에 합목적적 판단을 요구하는 전문적·사회보장적 입법과제의 불확정한 법적 개념이 증대하면서, 실증주의적 법인식 패러다임이 더 이상 판결의 정당성을 근거지울 수 없게 되었다.²³⁾ 당사자나 관계자들 사이의 논의와 합의를 통해서 구체적 타

Der Staat, 1990. 한국어 번역본으로는 에른스트 볼프강 비켄회르데쉴 김효전譯, 주)16 참조.

18) 이와 관련하여 본고에서는 우리 사법부의 법령해석에 관한 분석은 본고의 성격과 분량관계로 생략한다. 지금까지 사법부가 하위법령을 해석함에 있어서 언어적 논거, 체계적 논거, 목적론적·평가적 논거, 그리고 초법주적 논거로서의 의도에 의거한 논거 등의 문제점에 관하여는 오세혁, 사법부의 해석방법론에 대한 비판, 法과 社會 제27호(2004. 12) 185쪽 참조.

19) 同誌: 한태연, 민주국가에 있어서의 기본권 -기본권의 민주주의적 해석의 한계-, 고시연구 제11권 제10호(1984. 9.), 12쪽.

20) K. Hesse著 계희열譯, 서독헌법론, 삼영사, 1987, 183쪽.

21) Aharon Barak, 주)10)의 책, 20쪽.

22) M. Cappelletti著 구병삭 외 2인 譯, 현대헌법재판론, 법문사, 1989, 64쪽.

23) 장석조, 우리 헌법상 절차적 기본권-헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론-, 헌법은총, 제9집(1998), 헌법재판소, 510쪽.

당성을 도출하던 과거의 판결에 대한 정당성이 이제는 헌법적 가치²⁴⁾에 대한 인식과 고려(Erwägung)를 통해 판단할 것을 요구하게 되었음은 근래 선고되고 있는 판결들로부터도 쉽게 도출해 낼 수 있다. 지금까지는 주로 헌법재판에서 인간의 존엄성 논거(Würdeargument)를 기본권보호영역을 확장하거나 제한하기 위한 준거로 해석해 왔으나, 앞으로 이러한 경향은 일반법원의 일반사건에서도 대폭 늘어나게 될 것이다.²⁵⁾ 법은 존재와 당위의 상호지시와 순환관계를 통해 양자의 일치성을 추구하는 것이라고 한다면, 그 촉매역할을 하는 것이 바로 법원의 판결이고, 판결이라고 하는 촉매는 국민들에게 촘촘하게 짜인 믿음의 망(web of belief)²⁶⁾으로 작용할 수 있어야 한다. 법원이 입법자의 지위를 대체하려 해서는 안 되지만,²⁷⁾ 존재와 당위 사이의 메우기 어려운 간극이 법원의 법해석을 통해 실천이성의 척도를 세우고 보편적인 공동체의 정의표상을 확립해 나감으로써 비로소 메워질 수 있기 때문이다.²⁸⁾

이하에서는 위와 같은 관점에서 2000년 이후의 대법원과 헌법재판소의 판례를 중심으로 시대적 변화에 따른 기본권 해석의 변화 필요성을 살펴본 후(II), 과학기술의 발달에 따른 새로운 기본권 해석의 시대적 요청을 반추해 보고(III), 기본권 해석의 새로운 방향을 모색해 본다(IV).

II. 기본권 갈등의 심화원인과 기본권 해석의 변화 필요성

대부분의 국가들이 헌법을 갖게 된 20세기에 각국 헌법에 규정된 기본권조항들은 비록 그것이 명목적이거나 장식적으로 도입되었다 하더라도, 여론에 의한 권리투쟁의 결과물로서 방어권으로부터 시작되었음은 부인할 수 없는 사실이다. 그 후 헌법학자들과 실무자들은 시대적 변화에 따라 변용되는 정치·사회적 현실을 기본권 해석에 반사시키며 자유주의적 기본권이론,²⁹⁾ 기본권의 가치이론,³⁰⁾ 제도적 기본권이론,³¹⁾ 민주

24) 본고에서 말하는 헌법적 가치란 우리 헌법의 이념적 토대가 되는 인간의 존엄성존중을 의미한다.

25) 김병곤, 인간의 존엄의 기본권 해석원리로서의 기능-독일 연방헌법재판소의 판례를 중심으로-, 동아법학, 제15호(1993), 동아대학교, 157-171쪽 참조.

26) W. V. Quine and J. S. Ullian(2nd ed.), Web of Belief, McGraw-Hill Humanities, N.Y., 1978.

27) BVerfGE 34, 269.

28) BVerfGE 9, 338.

29) BVerfGE 7, 198.

30) 기본권은 공동체의 기본가치를 확정한 것이라는 Smend의 통합론에서 출발했다. 김효전, 기본권이

적·기능적 기본권이론,³²⁾ 사회국가적 기본권이론 등³³⁾을 통해 개별 기본권의 개념과 내용, 효과 등을 확대·강화·발전시켜 왔다.³⁴⁾ 그 저변에는 헌법상의 기본권 행사가 국가공동체 내에서 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 다른 헌법적 가치 및 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다³⁵⁾는 원칙이 확고하게 자리 잡아 왔다. 요컨대 시대변화에 따라 실제적인 사회정의의 표상과 규범이 충돌하면서 개인의 자유가 대사인적·대국가적 구속과 책임³⁶⁾이라는 사실을 천명해 온 일련의 과정이라고 할 수 있다.

그런데 기본권 충돌의 시대인 21세기에는 과학기술의 발달로 인해 야기되는 새로운 기본권에 대한 수용과 판단이 필연적으로 학자와 실무자들의 충전적(ausfüllend)이면서도 前導的인 해석을 통한 새로운 권리의 창설작업을 요구하고 있다.³⁷⁾ 특히 2000년을 기점으로 정치·경제·사회·문화 전반에 걸쳐 많은 변화가 일어나면서 그에 따른 갈등도 양산된 우리나라의 경우, 기본권의 갈등·경합·충돌에 따른 문제 해결이 점점 더 어려워지고 있다고 해도 과언이 아닌바,³⁸⁾ 판결 결과에 승복하지 못하는 크고 작은 사태가 계속 일어나고 있는 현상에 주목할 필요가 있다.³⁹⁾ 국민들은 법원의 판결을 통

론과 기본권 해석, 房山丘秉塑博士停年紀念 公法理論의 現代的課題, 박영사, 1991, 110쪽.
 31) 이에 관한 국내의 논의는 김세진, 헌법과 제도: 기본권과 제도보장에 관한 해석론을 중심으로, 공법연구, 제34집 제4호(2006), 265-302쪽 참조.
 32) H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, Kohlhammer, Köln, 1974; BVerfGE 14, 21.
 33) 이에 관한 국내의 논의는 이준구, 기본권 해석의 재검토, 현대법학의 제문제, 서돈각박사화갑기념논문집, 1981. 10., 21-51쪽; BVerfGE 52, 339 참조.
 34) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtinterpretation, NJW 1974, 1529-1538쪽. 한국어번역본으로는 김효전, 주16) 참조; 박규하, 사회적 법치국가와 기본권 해석, 외법논집, 제22집(2006), 57-88쪽.
 35) 대판 2005. 7. 28. 2005도4083.
 36) 대판 1982. 7. 13. 82도1219; 2004. 7. 15. 2004도2965.
 37) 학자와 실무자들은 때로는 법없이(sine lege), 때로는 법을 위하여(praeter legem), 때로는 법에 반하여(contra legem) 해석을 하기도 한다. 김효전, 주30)의 논문, 98쪽.
 38) 올해만 해도 전시작전통제권 문제가 국가안보의 문제로 등장했으며, FTA의 문제는 국내에서는 물론, 의사표현의 해외원정이라는 새로운 형태로 발전하였고, 勞使間의 대립은 勞勞갈등으로 비약하면서 사회의 정치적·경제적·정신적 양극화를 가속화시키고 있다. 이밖에 한국전쟁당시 즉결 처분의 위법성을 확인한 판결과 진실·화해를 위한 과거사 정리위원회의 결정, 북한인권문제 등치를 어떻게 처리할 것인가의 문제도 시공을 초월한 인권보장확립이라는 차원에서 해결하기 쉽지 않은 문제로 남아 있다.
 39) 2007년도 국감과정에서 밝혀진 바에 따르면, 판결결과에 불만을 품고 법원과 법원 직원에 대해 폭행 등을 가하는 사건이 집중되고 있는 것으로 나타났다. 2007년 한 해에만도 법원에 대한 폭행 등 사건이 3건, 법원 직원에 대한 사건이 6건이었으며 법원별로는 서울중앙지법 4건, 서울고법 3건, 서울서부지법 1건 등이었다. 대표적인 사건으로는 자신의 사건처리에 대한 불만을 품고 서울 고등법원 부장판사에게 석궁을 발사해 징역 4년을 선고받고 구치소에 수감 중인 김명호 전 성균

해 법규정과 조우하게 된다는 사실을 상기한다면 이는 매우 우려할 만한 일이다. ‘판결이 단순한 법관의 말이 아니라 규범과 현실 사이의 통역자이자 중개자, 나아가 권리를 수여하는 보증인의 역할을 해야 한다’는 몽테스키외의 말을 굳이 인용하지 않더라도, 법원이 법해석을 통해 공동체 구성원들을 이해시키거나 설득하지 못하고 있다는 반증이기 때문이다.⁴⁰⁾

근대입헌주의국가에서 발달한 기본권이론이 통치권자의 무제한적인 권력에 대항하여 인간이 갖는 불가침적이고도 불가양적인 천부인권을 주장하면서 발전한 결과였고, 정치적 이념을 달리하는 국가에서는 국가독립과 창설에 대외적으로 필요한 구성요소로서 기본권조항을 도입했다면, 과학기술문명이 급속도로 발달하고 있는 21세기에는 인간이 만들어낸 헌법규범과 헌법현실의 간극이 점점 더 급격하게 벌어지면서 기본권의 규범 체계 자체까지도 뒤흔들고 있다. 객관적 원칙규범으로서의 기본권에는 그 자체로 불균형적인 경향(Asymetrie)이 있음을 부인하기 어렵지만, 과학기술의 급속한 발전과 함께 그 불균형성이 더욱 가속화하고 있기 때문이다.

이에 지금까지 우리 법원이 기본권 충돌시 또는 위험발생시에 구체적 타당성 도출을 위해 주로 적용해 온 규범조화적 해석방법론⁴¹⁾이 앞으로도 계속 유효할 수 있을지, 결국엔 헌법적 가치질서의 판단기준과 근본적 가치체계의 통일성을 고려한 헌법해석에 의해서 해결되어야 하는 것은 아닌지,⁴²⁾ 특정한 기본권내용이 다른 기본권내용을 희생하거나 다른 기본권주체의 희생을 일방적으로 확장하는 기본권의 위험상황이 발생하지는 않았는지⁴³⁾에 관해 고찰해 볼 필요가 있다.

1. 권리의식의 확산

우리 헌법재판소는 인간상을 ‘자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사

관대 교수가 이에 항의하는 단식을 하다가 20일 만에 병원으로 옮겨진 사건을 들 수 있다. 2007. 10. 29. 한국일보 보도. 그러나 이러한 일들은 우리나라에서만 일어나는 것은 아니다. 예컨대 영국의 대문호 셰익스피어는 ‘헨리6세’라는 작품 제2부 제4장 제2막에서 ‘우리가 해야 할 첫 번째 일은 법률가를 처형하는 것(The first thing we do, let's kill at the lawyers)’이라고 일갈했음은 당시의 사회상을 그대로 반영하고 있다는 점에서 매우 놀라운 일이다.

40) 바로 이런 점에서 법관의 역할은 합법성이나 상당성(Verhältnismäßigkeit)의 원칙에 따라 업무를 수행하는 검사나 변호사의 역할과 구별되며, 같은 맥락에서 영국에서는 ‘판결이 선고되고 나면 판사가 재판대상이 된다(When a trial has taken place, the judge is on trial)’는 법언이 생겨났을 것이고, 독일에서는 사법부를 설득공동체(Überzeugungsgemeinschaft)라고도 할 것이다.

41) 헌재결 1991. 9. 16. 89헌마165.

42) BVerfGE 30, 173.

43) 에른스트 볼프강 뵘첸회르데著 김효전譯, 주16)의 번역논문, 254쪽.

회공동체 안에서 자신의 책임하에 스스로 결정하고 형성하는 민주시민으로서 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체⁴⁴⁾라고 실시하였는바, '창의적이고 성숙한 개체'로서의 국민의 권리의식은 하루가 다르게 비약적으로 발전하고 있다.

(1) 권리주체의 확대

현행 헌법 제10조부터 제37조까지 거의 모든 기본권조항이 '국민은(의)...'로 시작하고 있어⁴⁵⁾ 폐쇄적인 구조를 띠고 있기도 하지만,⁴⁶⁾ 강학상 주창되던 자유권적 기본권과 사회적 기본권에 대한 향유 주체의 확대가 이제는 상당히 넓게 주장·인정되고 있다. 특히 법인의 기본권 향유 범위가 날로 증대하면서⁴⁷⁾ 이사들의 권한범위가 그 목적에 따라 달리 해석되기도 하고,⁴⁸⁾ 또 외국인의 기본권주체성만이 아니라, 재외동포로서의 권리 문제나,⁴⁹⁾ 헌법에 열거되지 아니한 자유의 범위,⁵⁰⁾ 헌법적 권리와 법률적 권리의 범위 한정 문제⁵¹⁾ 등은 최근 들어 매우 복잡한 양상으로 발전하고 있다.

최근에는 대기오염이 심각해지면서 호흡기질환자 23명이 서울시와 국가, 자동차회사 7개사를 상대로 손해배상을 청구하였는바,⁵²⁾ 앞으로 지구온난화 등으로 기후가 급격히 변화하면서 어떤 소송이 어떻게 제기될지 예측하기가 어려운 상황이고, 세계화와 함께 이미 시작된 이동과 교류의 확대는 필연적으로 이주노동자나 혼인이주여성, 재외동포 등의 문제가 기본권의 향유주체라는 관점에서 향후 더욱 복잡해질 것이다.

(2) 권리의식의 전환

44) 헌재결 1998. 5. 28. 96헌가5/

45) 예외적으로 헌법 제28조(형사피의자 또는 형사피고인으로...), 제29조(공무원의 직무상...), 제30조(타인의 범죄행위로...), 제33조(근로자는...), 제36조(혼인과 가족생활은...)만이 '모든 국민'이라는 용어를 사용하고 있지 않을 뿐이다.

46) 이에 관하여는 拙稿, 자유민주주의의 실현을 위한 헌법 개정의 방향-헌법총강과 기본권조항을 중심으로, 헌법학연구(2004. 3.) 참조.

47) 대판 2007. 1. 11. 2004두10432.

48) 대법원 2007.5.17. 선고 2006다19054(구 사립학교법 제25조 제1항에 의하여 교육인적자원부장관이 선임한 임시이사는 이사의 결원으로 인하여 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있는 경우에 임시적으로 그 운영을 담당하는 위기관리자로서, 민법상의 임시이사와는 달리 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가지는 것으로 제한적으로 해석하여야 하고, 따라서 정식이사를 선임할 권한은 없다고 봄이 상당하다).

49) 헌재결 2001. 11. 29. 99헌마494.

50) 헌재결 2007.6.28. 2004헌마643.

51) 예컨대 주민투표권은 헌법상의 기본권성이 부정된다는 것이 우리 헌법재판소의 일관된 입장인데, 주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.

52) 2007. 2. 28.자 경향신문 보도.

군사독재가 종식되고 민주화가 시작된 이후 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 등을 시작으로 고양된 국민들의 권리의식은 이제는 그 수준이 한 단계 높아지면서 성숙해 가고 있다고 할 수 있다. 판례만 보더라도 수형자에 대한 기본권 제한⁵³⁾이나 계구사용⁵⁴⁾ 등이 이미 과잉금지 원칙으로 위헌결정을 받았고, 과거에는 전혀 생각하지도 못했던 법무사시험의 실시 여부나 사법시험 시행일자 문제 또는 과락제도나 시험의 오류 문제, 학군사관 선발방법 등⁵⁵⁾ 각종 국가시험의 오류 내지는 제도 자체에 대한 문제가 매년 집단소송의 형태로 제기되고 있다.⁵⁶⁾

그런가하면 병역문제⁵⁷⁾나 사형제도,⁵⁸⁾ 간통죄⁵⁹⁾ 등 기존에 이미 헌법재판소로부터 위헌결정 또는 합헌결정을 받았던 사안들에 대해서도 끊임없이 위헌 또는 합헌논란이 제기되고 있고, 국회는 헌법재판소결과 배치되는 입법을 지속적으로 시도하기도 하는 등⁶⁰⁾ 앞으로도 똑같은 사안에 대한 반복소송이 상당히 다양한 형태로 제기될 것이다. 나아가 이같은 현상은 앞으로 각 지역별 또는 동일한 지역이라도 특수목적의 소규모 단체별로 상호이익과 권리를 달리 주장하는 소송으로 발전할 것으로 전망된다.⁶¹⁾ 국가유공자와 그 가족에 대한 가산점제도⁶²⁾나 시각장애인에 대한 안마사 자격인정제도⁶³⁾가 대표적인 경우라 할 수 있다. 이상과 같은 사건들에서 헌법재판소가 결정을 함에 있어, 다수의견과 소수의견만으로 나뉘지 않고, 그 논거도 재판관에 따라 의견이 相異하게 나타났었음은 그만큼 우리 사회에서 권리의식이 발전하면서 그 이론도 세분

53) 헌재결 2004.12.16 2002헌마478.

54) 헌재결 2005. 5. 26. 2001헌마728.

55) 헌재결 2007.5.31. 2004헌마243.

56) 대판 2007.1.11. 2004두10432. 헌재결 2007.4.26. 2003헌마947, 2004헌마4, 156, 352, 1009, 2005헌마414, 1009, 1263(병합). 이와 관련된 논문으로는 金禹辰 국가시험에 있어서의 오류와 손해배상, 民事裁判의 諸問題 第13卷(2004. 12), 韓國司法行政學會 135-151쪽 참조.

57) 헌재결 2007.2.22. 2005헌마548; 대판 2006. 3. 23. 2005도9205; 2005. 7. 28. 2005도4083; 2005. 3. 25. 2004도8184; 2004. 8. 26 2002헌가1; 2004.7.15. 2004도2965; .

58) 헌재결 1991. 10. 28. 91헌마181; 1993. 11. 25. 89헌마36; 2002. 11. 28. 2002헌가5; 2007. 7. 10. 2007헌마733.

59) 헌재결 1999. 9. 16. 99헌마17; 1999. 9. 16. 99헌마162; 1999. 12. 23. 98헌마390; 2001.10.25. 2000헌마60.

60) 제대군인가산점제도(1999. 12. 23. 98헌마363)를 둘러싼 논란과 거듭되고 있는 입법시도 등도 같은 맥락이다.

61) 공립중등학교 교사임용후보자 선정경쟁시험에서 양성평등채용목표제도를 실시하는 절차를 두고 있지 않은 교육공무원법 제11조 제1항·제2항, 교육공무원임용령 제9조, 제11조 등이 계속적으로 문제제기 되고 있는 가운데(헌재결 2006.5.25. 2005헌마362), 서울시가 초등학교 교사의 남성할당제를 도입하고자 하는 것 등은 이미 사회적으로 많은 논란을 야기하고 있다.

62) 헌재결 2006. 2. 23. 2004헌마675,981,1022(병합).

63) 헌재결 2006. 5. 25. 2003헌마715,2006헌마368(병합).

화하고 있음을 반증하는 것이다. 또한 권리의식이 확대되면서 앞으로는 청원권 행사도 대폭 늘어날 것인바, 헌법재판소는 이미 청원에 대한 국가기관의 작위의무의 존재를 확인한 바 있다.⁶⁴⁾

2. 사회국가의 요청

우리 헌법의 기본원리 중의 하나가 사회국가인 까닭에 헌법재판소가 생긴 이래 사회국가 실현을 위한 입법부작위⁶⁵⁾에 관한 각종 헌법소송이 끊이지 않고 있음은 당연한 일이라 할 수 있다. 특히 최근에는 사회국가의 요청에 따른 헌법소송이 날로 다양해지면서, 맞춤형 복지제도⁶⁶⁾ 등을 요구하기도 하고, 노령인구가 늘어나면서 국민연금이나 건강보험 등에 대한 확충과 혜택에 대한 적극적인 국가의무를 실질적으로 요구하고 있다.⁶⁷⁾

사회권과 자유권의 전통적인 구분이나 법적 성격에 관한 논란은 別論으로 하더라도, 헌법 제34조에 따라 국가가 사회보장이나 사회복지의 증진에 노력할 의무를 부담하는 것은 당연한 것이다. 명시적인 입법과 급부의 의무가 어디까지이나 하는 문제는 헌법 해석의 문제라기보다는 일견 헌법정책적 문제로 볼 수도 있으나, 현실적으로는 이런 문제가 헌법해석상 요구되기도 한다.⁶⁸⁾ 上述한 바와 같이 헌법의 명문조항에서 유래하는 작위의무를 이유로 입법부나 중앙정부⁶⁹⁾ 또는 지방자치단체⁷⁰⁾의 부작위에 대한 헌법소원이 끊임없이 제기되고 있는 것이 현실이다. 지금까지 헌법재판소나 대법원은 헌법의 명문규정이나 헌법해석에서 유래하는 작위의무를 인정할 수 없다는 것이 공식입장이지만,⁷¹⁾ 앞으로 산업재해와 관련된 사안⁷²⁾에서는 헌법 정신(제34조 제2항·제6항)에 따라 산재보험수급권의 법적 성격이 변화할 가능성이 매우 높다고 볼 수 있다.⁷³⁾

64) 헌재결 2004.5.27. 2003헌마851.

65) 헌재결 2007. 5. 31. 2006헌마1000.

66) 헌재결 2007. 5. 31. 2006헌마186.

67) 헌재결 2007. 5. 31. 2006헌마1000; 2007. 4. 26. 2005헌바51; 2007. 4. 26. 2004헌가29, 2007헌바4; 2007. 3. 29. 2005헌바33; 2001. 4. 26. 2000헌마390.

68) 헌재결 1995. 7. 21. 93헌가14; 1997. 5. 29. 94헌마33; 1998. 2. 27. 97헌가10; 2000. 6. 1. 98헌마216; 2001. 4. 26. 2000헌마390; 2001. 9. 27. 2000헌마342.

69) 헌재결 1998. 7. 16. 96헌마246.

70) 헌재결 2007. 5. 31. 2006헌마186.

71) 헌재결 2006. 10. 26. 2004헌마13.

72) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌가10; 2003. 7. 24. 2002헌바82; 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51; 2000. 6. 29. 99헌마289.

73) 헌재결 2004. 11. 25. 2002헌바52의 김영일재판관의 반대의견 참조.

더욱이 국제사회에서는 사회권으로서의 경제적·문화적·사회적 권리도 자유권으로서의 시민적·정치적 권리와 함께 보편적 인권으로 인정하고 두 권리가 상호 불가분성(indivisibility)과 상호의존성(interdependence), 상호관련성(coherence, interrelated)을 갖고 있음을 확인하고 있기 때문에,⁷⁴⁾ 더 이상 사회권을 소극적이고도 추상적이며 프로그램적 성격으로 이해하거나 해석할 수는 없다.

3. 사회의 변화

(1) 가족관계의 변화

우리 사회의 변화상을 가장 극명하게 보여주는 분야 중의 하나가 가족관계의 변화라고 할 수 있다. 친족의 범위, 친양자제도, 호주제도와 동성동본금혼제도의 폐지, 子의 성과 本, 여성의 재혼금지기간의 폐지, 친생부인의 소 제기권자, 子의 권리인정, 부양상속분제도 등 최근 20년 사이에 가족관계가 매우 급격한 변화를 겪었다.⁷⁵⁾ 이같은 일련의 가족관계의 변화는 비단 가족법 분야에서만 일어나는 것이 아니라, 부부 자산소득합산 과세에 대한 위헌결정 등 공법분야를 통해서도 이루어지고 있는바,⁷⁶⁾ 이는 남녀평등의식의 고양 등 시대적 상황에 따라 보다 합리적으로 변경해야 할 필요성이 인정되어 입법적 또는 사법적으로 이루어진 것이지만, 동시에 세계적인 발전추세와도 일치하는 것이다.

(2) 국제화시대

1) 기본권영역의 확대

정보·통신·과학기술이 고도로 발달한 21세기는 굳이 ‘국제화’, ‘세계화’, ‘지구화’라는 용어를 사용하지 않더라도, 다양한 정치·경제·사회·문화적 요인으로 인해 국경을 넘나드는 인구의 이동이 그 어느 때보다도 활발하게 일어나고 있다. 우리나라도 예외는 아니어서 2000년 이후 입국자가 꾸준히 늘고 있으며, 2005년만 해도 전 세계 203개국에서 입국한 외국인 수가 약 600만 명으로 2004년도에 비해 4.5%가 증가하였는데,⁷⁷⁾ 이같은 인구의 국경을 넘는 이동은 필연적으로 다양한 문제를 야기하게 된다.

74) 예컨대 1986년의 Limberg Principles on the Implementation of the ICESCR of UN, 1993년의 Vienna Declaration and Programme of Action 등을 들 수 있다. 자세한 논의는 김선택, 주8)의 논문 13-14쪽 참조.

75) 헌재결 2001. 5. 31. 98헌바9; 2001. 7. 19. 99헌바9; 2005. 2. 3. 2001헌가9; 2005. 12. 22. 2003헌가5; 2007.4.26. 2004헌바60.

76) 헌재결 1999. 5. 27. 97헌바66.

이러한 국제화·세계화·지구화현상은 전통적인 기본권보호영역으로는 파악하기 힘들거나 대처하기 어려운 새로운 영역을 만들어내고 있다.

거주·이전의 자유의 한 내용으로서의 국적이탈의 자유와 함께 국적선택의 시기, 국적선택의 자유 등과 관련된 병역의 의무 등이 복합적으로 얽혀 있는 이중국적문제는 이미 수 년 동안 한국사회의 거대담론이 되어 왔으며,⁷⁸⁾ 외국에 거주하는 동포들의 이중국적문제 또한 법원의 심판대상이 되어 왔다.⁷⁹⁾ 특히 중국동포들의 특수한 상황과 맞물려 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있던 “중국동포국적업무 처리지침”(법무부예규)에 대한 논란은 헌법소원의 대상이 되기도 했고, 외교적 문제로 비화하기도 했으며,⁸⁰⁾ 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률도 국내외적으로 술한 문제를 야기했음은 주지의 사실이다.⁸¹⁾ 또한 재외국민의 선거권과 관련하여 그동안 헌법재판소가 ‘공직선거및선거부정방지법에서 재외국민에 대하여 선거권을 부여하지 아니하고 있는 것이 진정입법부작위에 해당하지는 않는다’⁸²⁾던 기존 입장을 바꾸어, 2007. 6. 28. ‘주민등록을 요건으로 재외국민의 국정선거권을 제한하고 국내거주자에게만 부재자신고를 허용하는 것이 재외국민의 선거권, 평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하며, 같은 이유로 지방의회 의원 선거권과 피선거권을 침해한다’며, 공직선거법과 국민투표법⁸³⁾, 주민투표법⁸⁴⁾ 등에 대해 헌법불합치결정을 하면서, 명시적으로 종전 결정을 변경한 것은 비록 주민투표권의 기본권성에 관한 논란을 야기하기는 했지만 대단히 주목할 만한 결정이었다.

그런가 하면 국제화와 맞물려 일정 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지

77) 拙稿, 이주여성과 그 자녀의 인권, 저스티스, 2007. 2., 참조.

78) 헌재결 2006. 11. 30. 2005헌마739.

79) 헌재결 2006. 3. 30. 2003헌마806.

80) 중국동포들에 대해 헌법재판소는 ‘현재의 법적 지위는 일반적으로 중국국적을 가진 외국인으로 보고 있고, 가사 중국동포들은 어쩔 수 없이 중국국적을 취득한 것이므로 당시 그들의 중국국적 취득에도 불구하고 대한민국 국적을 상실한 것이 아니라고 보는 경우에도, 1997년 전문 개정된 국적법은 국적선택 및 판정제도를 규정하고 있으므로, 청구인들의 주장과 같이 중국동포들이 대한민국과 중국의 이중국적을 갖고 있었다면 이들에게도 이러한 국적선택 및 국적판정의 기회가 주어졌던 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 이와는 별도로 헌법 전문의 ‘대한민국임시정부 법통의 계승’ 또는 제2조 제2항의 ‘재외국민 보호의무’ 규정이 중국동포와 같이 특수한 국적상황에 처해 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무를 명시적으로 위임한 것이라고 볼 수 없고, 뿐만 아니라 동 규정 및 그 밖의 헌법규정으로부터 그와 같은 해석을 도출해 낼 수도 없다고 판시한 바 있다. 헌재결 2006. 3. 30. 2003헌마806.

81) 헌재결 2001. 11. 29. 99헌마494.

82) 헌재결 1999. 1. 28. 97헌마253.

83) 헌재결 2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합).

84) 헌재결 2007. 6. 28. 2004헌마643.

하여 지방자치단체의 중층구조를 단층화하는, 국제자유도시 조성을 위한 특별자치도의 설치 문제가 제도적 보장이라는 차원에서 그리고 주민들의 참정권보장이라는 차원에서 헌법소원이 제기되기도 했고,⁸⁵⁾ 외국에서 취득한 자격증의 국내인정 및 적용의 문제⁸⁶⁾ 등은 유학생들이 늘어나면서 앞으로도 계속 제기될 것이다. 비단 치과의사 자격증만이 아니라, 특수관계로 인식되고 있는 북한에서 취득한 한의사 자격증의 인정 여부가 입법부작위의 문제로까지 비화되었음은⁸⁷⁾ 북한이탈주민의 법적 지위 및 보호 문제와 얽혀 앞으로도 복잡한 문제를 야기할 것으로 보인다. 이와는 다른 차원이지만, 대한민국 정부와 미합중국정부간의 범죄인 인도조약에 의한 인도 절차 진행 중 미국 정부에 의해 구금된 기간을 판결 선고 전의 구금일수로 산입할 수 있는 근거조항을 마련하지 아니한 입법부작위가 심판대상이 되기도 했고,⁸⁸⁾ 범죄인인도심사를 서울고등법원의 전속관할로 하고 그 심사결정에 대한 불복절차를 인정하지 않은 것이 적법절차원칙에 위배되거나, 재판청구권 등을 침해하는지의 여부도 심급제도 등과 관련하여 많은 논란을 야기하였다.⁸⁹⁾

2) 국제인권규약의 국내 이행

인권법제의 국제화경향에 따라 각종 국제규약의 국내 이행과 관련된 법적 문제도 끊임없이 제기되고 있다.

대법원은 국제규약의 직접적인 국내적용은 인정하지 않고 있지만,⁹⁰⁾ 노사문제나 노

85) 헌재결 2006. 4. 27. 2005헌마1190.

86) 대판 2006. 3. 10. 2005두16079.

87) 헌법재판소는 ‘탈북의료인에게 국내 의료면허를 부여할 것인지 여부는 북한의 의학교육 실태와 탈북의료인의 의료수준, 탈북의료인의 자격증명방법 등을 고려하여 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 규율할 사항이지, 헌법조문이나 헌법해석에 의하여 바로 입법자에게 국내 의료면허를 부여할 입법의무가 발생한다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 입법부작위의 위헌확인을 구하는 예비적 청구 부분은 부적법하다’고 판시하였다. 헌재결 2006. 11. 30. 2006헌마679.

88) 헌재결 2006.4.27. 자 2005헌마968. 동사건에서 헌법재판소는 입법부작위에 대한 위헌확인심판청구를 인정하지 않았지만, 재판관 조대현은 보충의견을 통해 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 최대한 보장할 의무를 지며(헌법 제10조 후문), 공익을 위하여 부득이 국민의 기본권을 제한하는 경우에도 필요한 범위 내에서 최소한도에 그쳐야 한다(헌법 제37조 제2항). 특히 신체의 자유는 인간의 존엄과 기본권을 보장하는 기반이기 때문에 가장 소중한 기본권으로서 보다 강력하고 철저히 보호되어야 한다(헌법 제12조). 따라서 범죄인 인도를 위하여 구금된 기간도 국내의 수사나 재판절차를 위한 구금기간과 마찬가지로 국가의 형벌권을 행사하기 위하여 부득이 신체의 자유를 구속한 기간임에도 불구하고 국내 구금기간만 본형에 산입하고 범죄인 인도를 위한 구금기간을 본형 산입 대상에 포함시키지 아니하는 것은 국가가 국민의 신체의 자유를 최대한 보장할 의무를 다하지 못하고 신체의 자유에 대한 제한을 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙을 준수하지 못하는 것이라고 보아야 한다’는 소수의견을 밝히기도 했다.

89) 헌재결 2003. 1. 30. 2001헌마95.

노문제, 환경문제, 여성문제, 이주노동자나 혼인이주여성 등과 관련해서는 앞으로도 국제규약의 국내이행을 촉구하는 소송이 대폭 늘어날 것이다. 특히 고문이나 대량학살만이 아니라, 91) 환경이나 각종 차별 등 특정영역의 인권침해를 다루는 국제인권조약과 선언들⁹²⁾이 앞으로도 계속 채택될 것으로 전망됨에 따라 이 문제는 더욱 복잡한 양상을 띠게 될 것이다. 그렇게 되면 지금까지처럼 자기집행력부인이나 판단회피 등의 실무관행만으로는 문제해결이 쉽지 않을 것이고, 국제인권규범이 국내에 직접 적용될 가능성이 매우 높아질 것이다. 인권은 국가와 지역, 민족, 문화적 다양성을 넘어서는 보편적인 개념이고, 이러한 인권의 보편성은 현대사회의 인권적 위협상황에 모든 국가가 공동으로 대처해야 한다는 인식이 공감대를 형성하고 있기 때문이다. 그런 점에서 보면 헌법재판소나 대법원이 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약이나 ILO 등 일반적으로 승인된 국제법규에 대해 제한적이거나 그 존재를 인정하는 듯한 판례를 남기고 있음은 대단히 고무적이라고 할 수 있는바,⁹³⁾ 사법정책적인 차원에서 국제인권규범에 대한 보다 적극적이고도 개방적인 수용자세가 필요할 것이다.

(3) 남북관계의 변화

독재정권 당시에 존재했던 반공이데올로기가 기본권 침해와 압제수단으로 작용했음은 別論으로 하더라도, 냉전시대에 한반도에서의 유일한 합법정부는 대한민국뿐⁹⁴⁾이라는 판례에서 시작해 남북한의 UN 동시가입, 남북합의서채택·발효및남북교류협력에관한법률 등의 시행 등으로 이어지는 일련의 정치·경제적 변화로 인하여 남북 분단상황이 더 이상 기본권을 제한하는 정당화 사유가 되지 못하고 있다.⁹⁵⁾ 남북관계의 특수

90) 대법원은 병역법과 관련하여 '우리나라가 1990.에 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)' 제18조의 규정은 우리 헌법상 종교, 양심의 자유의 해석상 보장되는 기본권의 보호범위와 동일한 내용을 규정하고 있다고 할 것이므로 그 규약의 조항으로부터 위 병역법 벌칙조항의 예외적 적용면제의 권리가 도출된다고 볼 수도 없는 것이고(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제18조의 규정은 우리헌법상 종교, 양심의 자유의 해석상 보장되는 기본권의 보호범위와 동일한 내용을 규정하고 있다고 할 것이므로 그 규약의 조항으로부터 병역법 벌칙조항의 예외적 적용면제의 권리가 도출된다고 볼 수도 없고, 상고이유에서 들고 있는 1998. 4. 22. 유엔 인권이사회 결의 제77호의 경우도 마찬가지로 볼 수 있다'고 판시하였다. 대판 2004. 7. 15. 선고 2004도2965.

91) 예컨대 1973년의 고문폐지를 위한 국제엠네스티선언이나 1951년의 대량학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약, 1969년의 인권에 관한 남미협약 등을 들 수 있다.

92) 예컨대 1972년의 인간환경선언이나 1965년의 모든 형태의 인종차별배제에 관한 선언 등이 이에 속할 것이다.

93) 대판 1999. 3. 26. 96다55877; 헌재결 1998. 7. 16. 97헌바23.

94) 대판 1961. 9. 28. 4292행상48.

95) 대판 1990. 9. 28. 8누6396; 1992. 7. 24. 92도1148; 1999. 7. 23. 98두14525. 헌재결 1996. 10. 4.

성이 법에도 그대로 반영되듯이, 이제는 '고도의 정치성을 띤 국가행위인 이른바 통치행위는 사법심사의 대상이 되지 않는다'고 할 수 없을 것이고, 앞으로도 정치적 상황과 맞물려 남북관계에 따른 기본권침해 문제가 복잡한 양상으로 전개될 것이다. 이미 대법원은 남북경협문제와 관련하여 남북정상회담의 개최과정에서 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위가 사법심사의 대상이 된다고 판단했으며, 그 과정에서 이루어진 대북송금 행위가 형법상 정당행위에 해당하지 않으며, 남북정상회담을 전후하여 대북경제협력사업을 추진 중인 기업에 대하여 대규모 여신지원을 한 금융기관이 국책은행이라고 하더라도 은행 관련자들에게 배임의 범의가 인정된다고 판단한 바 있다.⁹⁶⁾

남북관계와 관련한 일반인들의 현실적인 문제는 북한이탈주민의 이혼문제였는데, 이는 2007. 2. 27.부터 시행된 북한이탈주민의보호및정착지원에 관한 법률(법률 제8269호)이 제정되면서 입법적으로 해결되었지만, 문제점은 여전히 남아 있다.⁹⁷⁾

(4) 정보화시대

과학기술의 눈부신 발전, 특히 정보통신혁명이라고도 일컬어지는 정보통신기술의 비약적인 발전에 의해 주도되고 있는 정보화사회는 여러 비밀영역의 보호를 위태롭게 하면서 국가기밀이나 사생활, 기업비밀 내지 영업비밀에 대한 침해만이 아니라, 정보독점에 의한 정보의 왜곡과 정보격차를 야기하여 이들 문제가 새로운 인권침해요소로 대두하고 있다.⁹⁸⁾

95헌가2; 1997. 1. 16. 92헌바6; 2000. 7. 20. 98헌바63.

96) 대판 2004. 3. 26. 선고 2003도7878.

97) 입법 이전에는 2003. 03. 18. 호적예규 제644호에 따라 북한이탈주민의 취적시 북한에서의 혼인 여부 및 배우자를 기재하게 되자 북한이탈주민의 이혼소송이 제기되기 시작하였고, 2006말 현재 서울가정법원에 접수된 이혼 소송이 무려 223건에 달했지만, 법원은 법률상 관할, 송달, 이혼원인 등에 관한 문제점이 있어 재판을 진행하지 못했다. 참고로 북한이탈주민법 제19조의 2(이혼의 특례)에 의하면, 같은 법 제19조에 따라 취적한 보호대상자 중 그 배우자가 남한 지역에 거주하는지 여부가 불명확한 경우 그 배우자를 상대로 서울가정법원에 이혼을 청구할 수 있고, 법원은 그 배우자에 대한 송달을 민사소송법 제195조에 따른 공시송달로 할 수 있도록 했다(제1, 2, 4항). 다만, 이혼을 청구하는 자는 그 배우자가 보호대상자(같은 법 제2조 제2호)에 해당하지 아니함을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여야 하고, 그 배우자에 대한 첫 공시송달은 실시한 날로부터 2개월이 지나야 효력이 발생한다(동법 제19조의 2 제3-4항). 그러나 장기간 소송이 진행되지 못했고 원고들의 한국에서의 생활이 안정적이지 못한 관계로 원고의 주소가 변경된 경우가 많아 보정과 준비, 공시송달 등에 애로를 겪고 있는 것으로 알려지고 있다. 재판부로부터 보정이나 준비서면제출 요구를 받고도 이를 제출하지 않을 경우 소장이 각하될 수 있기 때문이다(가사소송법 제12조, 민사소송법 제254조 제1항 참조).

98) 권영성, 주2)의 책, 294-296쪽.

1) 정보공개요구

정보공개요구는 자기관련정보를 공개해 줄 것을 요구하는 것과 공공정보를 공개해 달라고 요구하는 것으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 넓은 의미에서의 자기정보관리통제권⁹⁹⁾이라고 볼 수 있고, 후자는 국민의 알권리 차원에서 요구되는 권리이다.¹⁰⁰⁾ 예컨대 구속적부심사건 피의자의 변호인이 수사기록 중 고소장과 피의자신문조서의 열람·등사를 신청하자 해당 경찰서장이 정보를 공개하지 않는 경우는 자기정보관리통제권으로 볼 수 있고,¹⁰¹⁾ 공공기관의 고의 또는 과실로 문서를 보유·관리하고 있지 않게 된 경우 그 문서 비공개에 정당화사유가 무엇이나,¹⁰²⁾ 하는 문제는 국민의 알권리 차원으로 볼 수 있다.

국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보는 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 공공기관의정보공개에관한법률이 규정하고 있으므로, 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 국민이 요구하는 경우, 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 반드시 공개하여야 한다. 만일 이를 거부하는 경우라 할지라도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 비공개사유에 해당하는지(동법 제7조 제1항)를 명확하게 그 기관이 주장하고 입증하여야지, 단순히 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부해서는 안 된다.¹⁰³⁾ 이처럼 법리적으로는 명쾌하게 정리되는 것 같은 정보공개문제도 현실적으로는 정보가 공개되는 영역보다는 비공개 내지는 제한적인 공개가 훨씬 더 많음을 부인하기 어렵다.

2) 통신의 비밀¹⁰⁴⁾

⁹⁹⁾ 헌법재판소는 '개인정보자기결정권'이라는 용어를 사용하면서, '인류사회는 20세기 후반에 접어들면서 컴퓨터와 통신기술의 비약적인 발전에 힘입어 종전의 산업사회에서 정보사회로 진입하게 되었고, 이에 따른 정보환경의 급격한 변화로 인하여 개인정보의 수집·처리와 관련한 사생활보호라는 새로운 차원의 헌법문제가 초미의 관심사로 제기되었다. 이와 같은 사회적 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위하여 필요한 최소한의 헌법적 보장장치라고 할 수 있으므로, 헌법 제17조, 제10조 제1문, 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리, 그리고 제37조 제2항 상의 헌법에 명시되지 아니한 기본권 등을 근거로 새로운 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 인정'한다고 밝힌바 있다(헌재결 2005. 5. 26. 99헌마13).

¹⁰⁰⁾ 자세한 내용은 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 관한 고찰, 헌법학연구, 제12권 제4호(2006. 11.), 한국헌법학회, 199-210쪽; 拙稿, 헌법 제21조에 대한 개헌논의, 헌법학연구, 제12권 제4호(2006. 11.), 한국헌법학회, 259-273쪽 참조.

¹⁰¹⁾ 헌재결 2003. 3. 27. 2000헌마474.

¹⁰²⁾ 헌재결 2003. 4. 24. 2002헌바59.

¹⁰³⁾ 대판 2003. 12. 11. 선고 2001두8827.

정보공개청구권이 헌법에 명문의 규정이 없는 데 비해 통신의 자유와 비밀, 불가침은 헌법 제18조가 명문으로 보장하고 있다. 통신의 자유의 보호법익은 인격권을 내실로 하는 사생활의 비밀과 표현행위의 자유라고 할 수 있어, 결국엔 사생활의 비밀을 통신의 측면에서 보장하려는 것이지만, 통신기술의 발달은 이 두 가지 요소를 모두 보호하기 어렵게 만들고 있다. 더욱이 통신기술이 발달하면서 과거의 1대1의 통신방법이 1對多 또는 多對多 등의 방법으로 실용화되면서, 통신의 자유와 비밀 보호의 영역이 단순한 내적 대화의 수단(사생활보호)에서 외적 의사표현행위(표현의 자유)로 옮겨가고 있다는 점에서 볼 때 앞으로 이 부분에 대한 새로운 해석과 이론개발이 절실하다고 할 것이다. 또한 현행헌법하에서 통신의 자유와 비밀, 그에 대한 불가침은 열람금지와 청취·녹음 등의 금지와 누설금지, 공개금지를 그 내용으로 하고 있는데, 지금까지도 과학기술 용어의 개념에 관한 애매모호함이 주로 법적 문제를 야기했는바,¹⁰⁵⁾ 기술이 발달하면서 감청이나 채록 등 새로운 기술에 관한 용어의 애매성과 불명확성이 앞으로 지속적인 논란을 불러일으킬 것이다.¹⁰⁶⁾

4. 소결

기본적으로 특정 법률을 해석하는 경우, 해석자의 先理解(Vorverstand)와 주관적 가치판단이 개입될 수밖에 없음을 부인하기 어렵다. 특히 과학기술이 급속도로 발달하면서 과거와는 다른 사회변동이 급격하게 일어나는 경우, 법규범과 현실의 간극이 필연적으로 커질 수밖에 없어, 개별사안에서 구체적 타당성을 도출해 내야 하는 법관의 주관적 가치판단과 그에 대한 선이해가 사건해결에 엄청난 영향과 파장을 미치게 된다. 구체적 분쟁사건을 재판하면서 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석과 그 적용의 권한이 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속되어 있는 점에 비추어 보면, 개개 법관의 사회현상이나 과학기술에 대한 선이해와 주관적 판단이 결정적인 요소로 작용할 수밖에 없다. 또한 21세기가 추구하고 있는 다원주의사회에서는 지금까지 법원이 추구

¹⁰⁴⁾ 동결정은 독일 연방헌법재판소의 권한 없는 녹음을 통한 인격권침해판결과 그 맥을 함께 한다. BVerfGE 30, 1; 34, 238.

¹⁰⁵⁾ 예컨대 전기통신의 개념이 무엇인가에서부터 시작하여(대판 2002. 10. 8. 2002도123), 당사자의 동의 없이 전자장치나 기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하고 그 내용을 지득하는 통신비밀보호법 상의 감청방법의 문제라든지, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 '매개'하거나 타인의 통신용에 '제공'한 자를 형사 처벌하도록 규정한 전기통신사업법이 주로 그 대상이었다. 헌재결 2002. 9. 19. 2002헌가11, 13(병합); 2001. 3. 21. 2000헌바25; 2002. 5. 30. 2001헌바5 참조.

¹⁰⁶⁾ 대판 2002. 10. 8. 2002도123.

했던 구체적 타당성 외에 ‘가치’판단이 절실히 요구되고 있다. “여기서 말하는 ‘가치’란 실정법에 ‘앞서’, 그 ‘외부에’, 혹은 그 ‘위에’ 先存하는, 불확실한 이데올로기와 주관주의 철학에 법의 실정성 자체를 희생시키는, 혹은 법적 해석의 차원을 벗어난, 현실적인 삶의 외부에 존재하는 추상적이고도 정신적인 차원의 것을 의미하지는 않는다. ... 우리 헌법에 의해 새로이 창설된 국가질서의 역사적 의미와 그 포기할 수 없는 핵심 및 그 질서의 정당화근거가 바로 인권사상에 기초한 기본권의 실정화에 있음을 의미한다.”¹⁰⁷⁾ 요컨대, 우리 헌법의 정신과 이념을 구체화한 가치가 법관에게 요구되는 것이고, 헌법재판소가 말하는 ‘통일된 가치체계로서의 헌법’¹⁰⁸⁾도 바로 이런 맥락에서 이해할 수 있다.

한편 21세기가 법적용자의 가치결단적인 용단을 더욱 필요로 하는 시대라는 점에서 볼 때, 헌법재판관이나 대법관들 사이에 발생하는 첨예한 의견대립은 어쩌면 당연하고도 필요하다고도 볼 수 있다. 또 기본권개념의 이중성이라는 관점에서 볼 때 앞으로는 재판의 전제성도 상당히 확대될 것으로 보인다. 학자에 따라서는 기본권의 이중적 성격이란 표현방식이 범규범이론 및 방법론의 관점에서 볼 때 기본권의 법적 성격을 명확하게 이해하는 데 도움이 되기보다는 오히려 혼동을 야기하는 부적절한 개념이라고도 하지만,¹⁰⁹⁾ 동 이론의 유래와 용어상의 혼란에 관한 학문적 논란은 차치하더라도 기본권의 이중적 성격 그 자체를 부인하기는 어렵다는 사실이 後述하는 과학기술의 발전에 따른 기본권 해석의 문제에서도 그대로 적용된다.

Ⅲ. 과학기술의 발달과 기본권 해석의 문제

천부인권으로서의 자연권은 헌법에 규정됨으로써 비로소 헌법규범이 되고, 이렇게 실정화된 헌법규범은 국가권력을 구속하기 때문에 기본권은 헌법규범으로서의 성격을 가지고 객관적 질서를 이루게 된다.¹¹⁰⁾ 이러한 객관적 질서의 핵심이자 실현목표인 헌법 제10조, 인간의 존엄과 가치의 존중, 그리고 국가의 보장 의무는 일반조항으로서, 특정한 규범영역을 확보하고 있는 일반기본권조항과는 달리 매우 포괄적이어서, 독자적인 규범영역을 확보하지 못하고 있다. 따라서 일반조항은 유형론으로 확정될 수밖에

없고, 이같은 유형론의 확정성은 전통적으로 법관과 학자의 몫으로 남아 있지만, 과학기술이 발달하면서 유형론의 확정이 더욱 파편화·상대화하고 있어, 기존의 充填的(ausfüllend) 해석만으로는 문제해결을 어렵게 만들고 있다. 예컨대 초등학교 여교사들의 폭력체벌장면에 관한 동영상의 인터넷 공개파문 문제라든지,¹¹¹⁾ UCC(User Created Contents)¹¹²⁾의 활성화로부터 생기는 문제, 인터넷이 급속도로 보급되면서 댓글이나 퍼나르기, 블로그 등에 의한 인권침해 사례 등은 기존의 표현의 자유 법리만으로는 해결하기 어려운 복잡한 문제를 야기하면서, 헌법해석이 과거의 충진적 해석에서 벗어나, 前導的 해석을 동시에 해 줄 것을 법관이나 학자들에게 요구하고 있다. 객관적 가치질서로서의 기본권¹¹³⁾을 인식하지 않을 수 없기 때문이다.

주관적 기본권의 기초로서의 객관적 기본권규범 또는 보편적 타당성은 개인적 영역과 사회윤리적 영역에도 그대로 미친다. 비록 보편적 타당성이라는 용어가 규율대상과 규율의 수범자도 없는 규범이며 부정확한 개념이라는 비판을 받기도 하지만,¹¹⁴⁾ 포괄적인 헌법의 구체화작업은 필연적으로 하위법과 사회체제에 영향을 미치는 방사효를 갖기 때문에¹¹⁵⁾ 전도적인 해석을 해야 하는 법관의 고충은 그만큼 커질 수밖에 없을 것이다.

바로 이같은 문제로 인하여 법원의 재판을 헌법소원이나 국가인권위원회에 제소하는 문제¹¹⁶⁾가 재판을 받을 권리나 청원권, 평등권의 문제와는 또 다른 차원에서 제기된다고 볼 수도 있다. ‘법원의 재판도 국민의 기본권을 침해할 가능성이 없지 않지만, 기본권침해에 대한 보호의무를 담당하는 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 입법기관인 국회나 집행기관인 행정부에 의한 경우보다 상대적으로 적고, 상급심법원이 하급심법원이 한 재판이 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 다시 심사할 기회가 있다는 점에서 다른 기관에 의한 기본권침해의 경우와는 본질적인 차이가 있다’고 헌법재판소가 선을 긋고 있기는 하다. 지금까지 헌법소원 등을 통해 나타난 주장의 대부분이 구체적 절차에 부수적인 측면을 강조함으로써, 기존의 주장이 사법작용에 대한 견제의 요구라기 보다는 법원에서 기본권이 충분히 배려되지 않았다는 불만제기이고, 그러한 경향은 독

107) 김주환, 주3)의 논문, 445-453쪽.

108) 헌재결 1996. 6. 13. 94헌바20.

109) 김주환, 주3)의 논문, 451쪽.

110) 김철수, 주6)의 책, 234쪽.

111) 2006. 6. 29. 한겨레 신문 보도.

112) 사용자가 상업적인 의도 없이 제작한 콘텐츠를 온라인상에 올린 영상물을 말한다.

113) BVerfGE 7, 198.

114) Munz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rdnr. 3, 16.

115) BVerfGE 18, 85.

116) 우리 헌법재판소는 ‘법원의 재판을 포함하여 모든 인권침해에 관한 진정을 빠짐없이 국가인권위원회의 조사대상으로 삼아야만 국가인권기구의 본질에 부합하는 것은 아니며, 입법자가 법원의 재판을 국가인권위원회의 조사대상에 포함시키지 않은 것이 국민의 기본적 인권보장을 다하지 못한 것이라고 단언할 수는 없다’라고 판시하였다. 헌재결 2004.8.26. 2002헌마302.

일에서도 마찬가지이다.¹¹⁷⁾ 그러나 앞으로는 헌법해석과 관련하여 재판결과에 대한 불만이 제기될 가능성도 배제할 수 없다. 다시 말해 절차적 문제가 아닌, 실체적 판단 자체와 법리에 대한 불만이 재판결과에 대해 제기된다면 지금까지의 논란과는 그 틀과 맥을 완전히 달리하게 될 것이다.

이같은 사례를 병역법 위반과 관련된 양심의 자유에서도 찾아볼 수 있지만,¹¹⁸⁾ 이하에서는 본고의 논제에 맞게 과학기술의 발달에 따른 성과 생명권에 국한하여 살펴본다.

1. 性

(1) 성전환

종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나,¹¹⁹⁾ 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었다. 대법원도 문제가 제기된 지 만 10년 만에 이같은 성전환증을 인정하면서, '전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다'며 성전환으로 인한 改名과 호적정정을 인정하였다.¹²⁰⁾

117) 이명웅, 법률의 해석·적용과 기본권-사법작용에 대한 헌법적 통제의 필요성-, 헌법논총, 제4집 (1993), 헌법재판소, 335-337쪽.

118) 병역법위반과 관련하여 대법원은 '헌법상 기본권의 행사가 국가공동체 내에서 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 다른 헌법적 가치 및 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 양심의 자유를 포함한 모든 기본권 행사의 원칙적인 한계이므로, 양심실현의 자유도 결국 그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유'라고 판시하였다. 대판 2006.3.23. 2005도9205.

119) 대법원은 '사람에 있어서 남자, 여자라는 성(性)의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성(정상적인 경우 남성은 xy, 여성은 xx)에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선(性腺)이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것'이라고 하였다. 대판 1996. 6. 11. 선고 96도791.

그러나 위 사건에서 손지열, 박재윤 두 대법관은 '호적법 제120조에 규정된 '착오', '호적의 정정'이라는 문구 등은 그 객관적 의미와 내용이 명확하여 해석상 의문의 여지가 없으므로, 성전환증의 경우에는 정정의 대상이 될 수 없고, 따라서 다수의견의 견해는 호적법 제120조의 규정내용에 일부 내용을 추가·제거 또는 변경하는 것과 동일한 효과를 가져 오는 것으로서 정당한 유추해석의 한계를 벗어나는 것'이라며 반대 의견을 개진하였다. 즉, 출생 신고 이후의 사정변경을 이유로 하여 다른 성으로의 실질적 변경을 허용하는 문제는 새로운 신분관계의 창설 내지 변경과 이에 따른 법률관계의 변동을 수반하므로, 성의 변경이 허용되는지 여부 및 그 요건과 절차는 호적법이 아닌 다른 법률에서 합목적적인 고려에 따라 상세하게 정하여야 하고, 그 요건과 절차 등에 따라 성 변경의 효력이 발생한 경우에 비로소 이를 대외적으로 확인하고 공시하는 취지에서 신고절차를 거쳐 호적에 기재되어야 한다는 것이다. 다시 말해 성의 변경의 요건이나 절차 등에 관한 근거 법률이 전혀 없는 상태에서 단순히 호적 정정 절차를 통하여 성의 변경을 허용한다는 것은 신분관계를 공시하는 기능만이 부여된 호적제도 본래의 목적과 기능을 크게 벗어난다는 것이다. 더욱이 다수의견과 같이 해석을 하는 것이 결과적으로 새로운 사회현상으로 대두된 성전환증에 관한 문제의 해결이나 그와 같은 문제로 고통 받는 당사자들의 구제를 위하여 적절하고 효과적인 것이라고 볼 수도 없다는 것이다. 손지열, 박재윤 두 대법관의 반대 의견은 호적법의 입법취지나 명문규정 또는 현실적 문제점을 종합적으로 살펴 볼 때 일견 타당하다.

이같은 문제 때문에 민주노동당 의원 등이 '성별변경특별법안'을 국회에 제출하였으나,¹²¹⁾ 철학적·윤리적·신학적인 관점에서 이에 대한 반대 움직임도 적지 않을뿐더러 법조계 내부에서도 의견이 대립하고 있다. 이는 헌법상 또는 법리상 인정되고 있는 인

120) 대판 2006. 6. 22. 자 2004스42. 대법원은 동 사건에서 호적상 여성으로 등재되어 있으나, 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 오랜 기간 동안 남성으로 살다가 성전환수술을 받아 남성의 외부 성기와 신체 외관을 갖춘 사람이 호적정정 및 개명 신청을 한 사안에서, 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당함이 명백하므로 호적정정 및 개명을 허가할 여지가 충분히 있다고 보아, 성전환자에 대한 호적정정을 허용할 근거가 없다는 등의 이유로 이를 불허한 원심결정을 파기·환송하였다.

121) 현재까지 성전환자의 성별변경을 법제도로 보장하는 나라는 스웨덴, 독일, 이탈리아, 네델란드, 터키, 뉴질랜드, 오스트리아, 영국, 일본, 미국, 캐나다, 오스트레일리아, 덴마크, 핀란드, 벨기에 등 총 15개국이다. 독일은 특별한 경우에서의 이름변경및성확인에대한법률 제정(1980년)으로 당사자가 신청할 경우 성별 재전환이 가능하고, 신청인의 동의 없이 변경 이전의 이름을 개시하거나 조사하는 것을 금지하고 있고, 미국은 대부분의 주에서 성전환자에게 수술 후의 성에 따른 법적 지위를 승인하고 있으며, 영국은 인지법 제정(2004년)으로 성전환자에 맞는 새로운 출생증명서 발급을 인정하고 있고, 네델란드는 1985년부터 성전환을 입법적으로 해결하고 성전환수술시 의료보험 혜택을 받도록 하고 있으며, 미국의 샌프란시스코 시는 2001년 시청 직원의 성전환 수술과 호르몬 치료에 의료비 지원을 규정한 조례안을 통과시켰다.

간의 존엄과 가치, 행복추구권, 자기결정권, 소수자보호 등의 문제가 각자의 철학적·세계관적·종교적·윤리적 가치관에 따라 매우 극명하게 의견이 나뉘는 사안이기 때문이기도 하지만, 대법원이 인정한 성전환자에 대한 성별정정으로 인해 파생되는 병역법이나 형법 적용의 문제가 현실적으로 제기되기 때문이다.¹²²⁾ 예컨대 대법원이 성전환 수술로 여성의 체형을 가진 사람을 강제로 범한 남자에 대해 강간죄가 아니라 강제추행죄를 인정한¹²³⁾ 데 대하여 여론은 '사회적 현상을 무시하고 보수적인 입장에서 발생학적 성을 기준으로 판단하면서, '부녀', '삽입' 등을 지나치게 보수적으로 해석·적용하고 있다'며 비판하고,¹²⁴⁾ 국가인권정책기본계획(NAP)에 따라 성전환수술에 대한 의료비도 지원해야 한다고 요구하고 있음은 기본권 해석과 관련하여 많은 시사점을 남긴다.

(2) 同性愛와 同性婚

2000년대를 기점으로 우리 사회에서도 동성애에 관한 공개담론이 더 이상 금기가 아닌 것으로 되었다. 2006. 4. 국가인권위원회는 청소년보호법시행령 제7조의 개별심의 기준에서 '동성애 사이트는 청소년유해매체가 아니'라는 내용의 권고를 청소년보호위원회에 했고, 청소년보호위원회가 이를 수용하기로 했다는 입장 발표가 나오자, 여론은 '국가기관이 청소년에게 동성애를 권장하는가'라며 들끓었다. 그러나 일부에서는 '청소년 동성애자 차별방지 프로그램'의 일환으로 '청소년 동성애자 인권을 위한 교사 지침'을 2000여 권 발행해 전국의 중·고등학교 상담실과 보건교사들에게 송부하면서, 인간행위의 도덕성에 관한 논란을 증폭시켰다.

그러나 대법원은 국내 최초의 동성애자 인터넷 사이트인 '엑스존' 운영자가 정보통신윤리위원회와 청소년보호위원회를 상대로 낸 청소년 유해매체물 결정·고시처분 무효확인소송에서 '동성애를 유해한 것으로 취급해 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알권리 등 헌법상 기본권을 제한할 우려가 있다는 견해도 있으나, 청소년들에게 성적 자기정

¹²²⁾ 실천적인 차원에서는 성전환자에 대한 신체검사문제도 매우 민감한 부분이다. 2007. 8. 20. 국가인권위는 성전환자에 대한 징병검사제도를 시정할 것을 권고하면서, '신체검사가 위법은 아니지만 일반인과 달리 특수한 신체를 가진 자에겐 인격권이 침해될 수 있다'고 했지만, 현행신체검사 규칙엔 성전환자에 대한 별도 규정은 존재하지 않는다. 2007. 8. 20. 한겨레신문보도.

¹²³⁾ 대판 1996. 6. 11. 선고 96도791.

¹²⁴⁾ 임종인 의원을 비롯한 각 당 국회의원 17명은 성폭력 피해자의 범위를 '부녀'에서 '사람'으로 확대함으로써 성전환 수술을 받은 남성도 '강간죄의 객체'가 될 수 있음을 명확히 하는 것을 골자로 한 성폭력특별법 개정안을 2007. 4. 18. 국회에 제출했다.

체성에 대한 진지한 성찰의 계기를 제공하는 것이 아니라 성적 상상이나 호기심을 조장하는 부작용을 야기해 인격형성에 지장을 초래할 우려 역시 부정할 수 없고, 엑스존을 청소년유해매체물로 결정 및 고시한 처분 당시 청소년보호법시행령 규정이 헌법이나 모법에 위반되는 것인지 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 객관적으로 명백했다고 단정할 수 없으므로, 처분의 하자 역시 객관적으로 명백하다고 볼 수 없다'며 청소년유해매체물 결정 및 고시를 정당화하였다.¹²⁵⁾

동성애에 관하여는 이를 이성애와 같은 정상적인 성적 지향의 하나로 보아야 한다는 주장이 있는 반면, 이성간의 성적 결합과 이를 기초로 한 혼인 및 가족생활을 정상적인 것으로 간주하는 전통적인 성에 대한 관념 및 시각에 비추어 이를 사회통념상 허용되지 않는 것으로 보는 견해도 있다. 또 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 제한할 우려가 있다는 견해도 있어, 접근방식의 차이에 따라 전혀 다른 입장이 공존하고 있다.

지금까지의 헌법이론이 추상적인 이론 중심의 논의에 머물렀다면, 동성애 문제는 현안해결을 위한 구체적인 헌법이론이 필요하게 되었다는 사실을 극명하게 드러내는 사안이기도 하다. 그것은 단순히 법사회학적 차원이 아니라 실천적 헌법이라는 차원에서 조문 중심의 전통 헌법해석학을 뛰어넘는, 헌법 전체의 체계와 가치를 전제로 한 해석이 필요한 시점이라는 뜻이기도 하다. 이같은 헌법 전체의 체계와 가치를 전제로 한 해석의 필요성은 우리나라에서도 조만간 제기될 동성혼의 문제에도 그대로 적용될 것이다. 혈연을 중심으로 가족을 정의한 현행법제하에서는 동성간의 파트너십(partnership)이 가족으로 인정되기 어렵겠지만, 上述 II. 3. (1) 가족관계의 변화에서 보았듯이, 조만간 혼인법과 가족법에서의 근본적인 변화가 있으리라는 점은 쉽게 예상할 수 있다. 이미 프랑스에서는 1999년 동성간의 동거를 인정하는 입법(la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité)¹²⁶⁾을 하였고, 네덜란드, 벨기에, 스페인, 캐나다, 남아프리카공화국 등도 차례로 동성혼을 합법화하면서 각종 세제혜택과 사회보장은 물론 재산분할, 상속, 입양 등도 법적으로 인정하고 있음을 상기한다면, 동성혼 또는 가족구성권의 문제가 우리 법원에서 제기될 날도 그리 멀지 않았다고 보아야 하고, 이같은 현안문제는 입법적으로 해결되지 않는 한 결국 기본권 해석

¹²⁵⁾ 대판 2007.6.14. 선고 2004두619.

¹²⁶⁾ 이에 관한 자세한 내용은 남효순, 프랑스 민법상의 동거계약에 관한 연구, 서울대 법학, 제44권 제1호, 2003. 12., 참조.

의 과제로 넘어올 것이다.

2. 생명권

(1) 위험상황의 생명권

생명권은 육체적 존재형태인 인간의 전제가 되는, 다시 말해 존재 자체가 진리(Verum est ens)가 되는 기본권이다. 비록 우리 헌법에 이에 관한 명문의 규정은 존재하지 않지만,¹²⁷⁾ 학자들은 헌법 제10조와 제12조, 제37조 제1항 등을 근거로 생명권을 도출하면서, 생명에 관한 사회적·법적 평가는 원칙적으로 허용되지 않는 자연권으로 이해하고 있다.¹²⁸⁾ 다시 말해 생명에 관한 보호의무는 아무런 조건 없이 기본권의 일부로 편입되었으며, 생명권에 대한 국가의 보호의무는 포괄적이라고 할 수 있다. 같은 입장에서 우리 헌법재판소도 '인간의 생명은 고귀하고 이 세상에서 무엇보다도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권'¹²⁹⁾이라고 하고 있다.

그러나 역설적이게도 생명과학이 발전하면서 인간의 생명권은 심각한 위험상황에 처하게 되었다. 생명과학기술이 초래한 긍정적인 혜택에도 불구하고 과학주의(scientism)가 갖고 있는 沒價値性과 과학기술의 발달로 인해 생명의 연속성과 생명체의 연계성이 분리되면서 생명으로서의 인간의 완전성과 전속성이 형해화될 수 있게 되었기 때문이다.¹³⁰⁾ 물론 대량학살과 인체실험 등 과거에도 생명권을 위협하는 위험 상황은 존재했었고, 그로 인해 생명권침해 등 반인권적 국가범죄에 대해 공소시효를 정지시키는 방안이 논의되기도 한다.¹³¹⁾

그런데 上述한 바와 같이 생명과학기술의 비약적인 발전은 기존에 논의되던 생명권의 차원을 넘어서 인간의 존엄 그 자체를 위협하고 있기 때문에, 헌법적 근거로서의

127) 독일연방공화국에서는 기본법 제2조 제2항, 생명과 신체의 불가침에 관한 권리를 계기로 발전해 왔다. 에른스트 볼프강 비켄히르데著 김효진譯, 주16)의 번역논문, 242쪽.

128) 권영성, 주2)의 책, 406쪽.

129) 헌재결 1996. 11. 28.

130) 拙稿, 인간의 존엄과 가치, 그리고 胚芽, 헌법학연구 제13권 제1호(2007. 3.), 379쪽.

131) 정부와 열린우리당은 2006. 1. 19., '진실규명과 화해를 위한 당정공동특위'를 열고 반인권적 국가범죄 중 공소시효가 남아있는 범죄에 한해 가해 공무원이 퇴직할 때까지 공소시효를 정지시키는 방안을 도입하기로 했다. 동일자 보도 참조.

생명의 존엄 또는 생명존중에 관한 명문규정이 필요하다는 견해가 설득력을 얻고 있다.¹³²⁾ 더불어 생성중인 생명을 보호하고 촉진하는 것은 국가의 의무이고, 이것은 생명을 타자의 위법한 침해로부터 보호할 것을 의미하는 원리규범(Prinzipiennorm)¹³³⁾으로서 당연한 것으로 주장되고 있다.¹³⁴⁾

문제는 생명은 밖으로 드러나는 현상만으로는 설명될 수 없고 직관적 본질에 의해 그 의미와 가치가 이해되고 해석될 뿐이어서, 이익형량이나 규범조화적 해석에 의할 경우 생명권이 상당히 심각한 위협에 처하게 된다는 것이다. 바로 이런 점에서 다른 기본권과는 달리 생명권에 관한 한은 고전적이고도 적절한 비례성의 원칙이 적용되기 힘들다. 적절한 균형성, 실천적 정합성은 가치지향과는 근본적으로 다르기 때문이다. 또한 수 세기에 걸쳐 논란을 야기하고 있는 낙태나 장기이식, 안락사와 같이 온전한 존재(being, Dasein)와 잠재적 인격체(potential personality) 사이의 이익형량 또는 규범조화적 해석이 인격을 가진 생명이라는 자기귀속성(Selbstgehörigkeit)보다 可視的인 先理解를 우선함으로써, 불가침적 인격으로서의 생명권이 다른 목적을 위한 수단으로 사물화(Verdinglichung)되어 왔음도 부인하기 어렵다.¹³⁵⁾

그런데 최근에는 이같은 생명의 사물화만이 아니라, 과학문명이 발달하면서 제반 권리와 복잡적인 갈등상황을 표출하고 있는바, 자살을 막기 위한 위치추적과 긴급구난을 거절하는 사건¹³⁶⁾ 등이 그 대표적인 것이다. 앞으로 과학기술의 발전과 의학기술의 발전이 상호 접목 내지는 충돌하는 경우 발생할 수 있는 생명권 침해현상은 예상치 못한 문제를 야기할 수도 있다. 따라서 이제는 구체적 타당성이 아니라 원칙규범이라는 점에서 사건을 해결해야 하고, 기본권질서는 절차와 조직형성의 원리라는 차원에서 다시 보아야 한다는 주장이 제기되는 것이다. 객관적 원칙규범인 국가의 기본권 보호의무는 개인이 제3자로부터 중대한 기본권적 법익을 침해받는 것을 국가가 허용·방치·조장하지 않을 의무를 말하기 때문이다.¹³⁷⁾ 이런 관점에서 보면 독일에서 낙태판결¹³⁸⁾을 기점으로 국가의 기본권 보호 의무가 확립되었음은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

132) 김형성, 헌법개정의 과제와 전망, 헌법학연구, 제12권 제1호(2006. 3.), 한국헌법학회, 27쪽; 拙稿, 주130)의 논문, 374쪽.

133) BVerfGE 49, 84; 56, 64; 77, 170.

134) BVerfGE 39, 1.

135) 拙稿, 주130)의 논문, 375쪽.

136) 2006. 1. 4. 각 일간지 보도 참조.

137) 동지: 김선택, 주8)의 논문, 8-10쪽.

138) BVerfGE 39, 1.

(2) 장애아 출산

태어나지 말았어야 할 잘못된 생명(wrongful life)과 축복받는 생명의 기준과 차이는 무엇일까? 출생하지 않은 것과 장애가 있는 삶의 가치를 비교할 수 있을까? 그 사이에 손해 요건은 산출 가능한 것인가? 임신부가 풍진 등에 감염되어 장애아를 출산할 가능성이 높음에도 불구하고 의사가 그에 대한 사전 정보(설명 의무 위반)를 주지 않아 낙태할 기회를 잃고 장애아를 출산한 경우, 그 의사는 민사책임을 부담하는가?¹³⁹⁾ 의사가 환자(임신부)에게 지병이나 병환의 진행상황에 관하여 성실하게 설명할 의무는 분명히 존재하고, 의사의 설명의무를 바탕으로 자기결정권을 행사할 수 있지만, 사실을 고지해 주었을 경우 낙태할 수 있는 개연성(option to take an embryonic life)이 존재하는 상황에서도 의사의 책임을 물을 수 있는가, 하는 문제 등이 단지 의료윤리의 차원을 넘어 본격적인 법률문제로 비화하고 있다. 또 현행 의료기술상으로는 모든 검사방법을 다 시행한다고 하더라도 태아의 기형 여부를 100% 확인할 수도 없다는 점에서 문제는 더 심각해진다.

중요한 것은 잘못된 생명이나 잘못된 출생(wrongful birth),¹⁴⁰⁾ 또는 축복받는 생명과 그렇지 못한 생명을 어떻게 구분할 수 있는가, 하는 물음은 곧 부모의 권리는 적극적인 행복추구권이고 태아의 생명권은 소극적인 권리라는 사실을 전제하고 제기된다는 점에서 인간의 존엄과 직결되는 문제이다. 더욱이 태아가 모체의 일부인가, 또는 모체와는 별개의 독립된 존재인가, 하는 근본적인 문제 제기에서부터, 인간이 비록 중대한 장애를 갖고 있다고 하더라도 존재(출생) 그 자체가 이 세상에 존재하지 않는 무존재(nothingness, nonexistence, nonlife)에 비해 현저히 불행하거나 바람직하지 않다는 입증 을 하기는 불가능하다는 점에서도 법률적 판단을 어렵게 한다.¹⁴¹⁾ 그러나 강학상 인간의 존엄은 정신병자이든 장애자이든 식물인간이든 누구나 누릴 수 있는 인간 생존의 근본전제(basic assumption)이고, 존재 그 자체는 그 무엇과도 비교할 수 없이 최고로 값진 것(far more valuable)이다. 게다가 장애아에 대한 복지는 사회국가하에서 상당부

139) 이와 관련하여 미국에서는 충격원칙(impact rule), 방관자 이론(bystander doctrine) 등을 들고 있다. Bovsun v. Sanperi, 461 N. E. 2d 843(N. Y. 1984); Tebbutt v. Virostek, 512 N. E. 2d 691(1987).

140) 이 용어는 불임수술을 받았거나 피임약을 복용한 경우 또는 피임기구를 사용했음에도 불구하고 임신이 된 것을 의미하는 wrongful pregnancy에 대비되는 개념이다.

141) 이에 관한 자세한 논의는 강희원, 의학기술발전과 손해의 개념, 원치 않는 아이는 손해인가?, 인권과 정의, 1997. 10.; 문성제, 장애아의 출생과 의사의 민사책임에 관한 비교법적 검토, 법조 제 55권 제12호(2006. 12.), 95-121쪽; 윤진수, Wrongful life로 인한 장애아 자신의 의사에 대한 손해배상청구, 의료법학 제2권 제1호(2001); 전병남, 원치 않는 아이의 출생과 의사의 손해배상책임, 의료법학 제2권 제1호(2001) 참조.

분 국가가 부담해야 한다는 이론까지 가세한다면 문제는 더욱 복잡해진다. 장애아 출산으로 인해 가정경제가 어려워지는 것은 결국 국가의 책무의 불이행 또는 흠결로 귀결되고, 원치 않는 아이는 손해를 야기하는 아이(undue burden)가 되어 가정을 붕괴시킨다면, 현대 사회에서 가정이 붕괴하는 다양한 원인에 대한 모든 책임을 국가가 부담해야 하느냐, 하는 등의 부수적인 문제들도 제기될 것이다.

대법원은 장애아 출산과 관련하여 의료인에 대해 청구된 손해배상소송에서 ‘인간생명의 존엄성과 그 가치의 무한함을 생각해 볼 때 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵고, 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출생하지 않는 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수도 없으며, 그로 인하여 치료비 등 여러 가지 비용이 정상인에 비하여 더 소요된다 하더라도 그 장애 자체가 의사나 다른 누구의 과실로 말미암은 것이 아닌 이상 이를 선천적으로 장애를 지닌 채 태어난 아이 자신이 청구할 수 있는 손해라고 할 수 없다’¹⁴²⁾라고 한 바 있다. 그러나 2006년, 하급심은 이와 정반대되는 판결을 해 주목된다.¹⁴³⁾ 모자보건법 제14조가 규정하고 있는 인공임신중절 사유는 태아를 전혀 고려하지 않은 채 제정된 것이고, 모자보건법 자체가 많은 문제점을 갖고 있음은 주지의 사실이지만, 출생 전 진단이 일반화된 현대사회에서 앞으로 이 같은 소송은 계속될 것이고, 의학과 생명과학이 발달하면 할수록 유전인자 제공자의 법적 지위와 친자관계, 냉동배아와 관련된 관리 문제나 사후출산, 계약기간이나 권리자 특정 문제, 그로 인한 친자관계나 유산상속, 양육권 문제 등 지금으로서는 상상하기조차 어려운 생명권 관련 소송이 다양한 형태로 급증할 것이다.¹⁴⁴⁾

이같은 문제점을 해결하기 위해서는 시대적 변화를 반영하면서도 구체적 타당성을 도출할 수 있는 다양한 해석가능성이 모색될 수도 있겠지만, 보다 근본적인 문제점에 천착한다면, 헌법원리에 맞는 체계적인 해석방법이 모색되어야 보다 충실한 기본권 실현에 이바지할 수 있을 것이다. 법관에 의한 위험상황의 인식과 그에 대한 판단이 원칙규범으로서의 기본권의 내용을 확정함으로써 기본권에 대한 창조적 충전이 완성될

142) 대판 1999. 1. 11. 1998다22963; 2001. 6. 15. 2000다17896; 2002. 3. 29. 2000다61947.

143) 서울서부지방법원 2006. 12. 6. 2005가합4819. 동사건에서 서울서부지방법원은 ‘의사가 태아의 척추성근위축증(SMA) 검사 방법으로서 용모막 검사 자체의 정확도가 97.5%로 오류가능성이 있다는 점과 용모막 검사보다 더 정확한 검사 방법인 양수천자 등이 있다는 점 등에 대하여 태아의 부모에게 설명을 하지 않은 사안에서, 의사가 설명의무를 다하지 아니하였다’며 8천여만원의 손해배상을 인정하였다.

144) 김민중, 사후포태에 의한 자拙의 출산을 둘러싼 법률문제, 법조, 제54권 제6호(2005. 6.), 109-139쪽; 拙稿, 생명과학기술의 발전과 인간의 존엄, 미국헌법연구, 2006. 8. 참조.

수 있기 때문이다.

IV. 결론 : 기본권보장 책무로서의 헌법해석

1. 최종해석자로서의 사법부

국민으로서만이 아닌 개인 자신의 인격성에 관한 인식과 국민 전반의 권리의식의 제고, 혁신적인 과학기술의 발달과 정보사회의 가속화, 의학기술의 발달에 따른 생명권 침해 등 시대적 변화현상이 기본권의 충돌을 극대화하면서 기본권은 위험상황으로 내몰리고 있으며, 이러한 현실은 과거와는 완전히 다른 기본권 해석의 질적인 전환을 요구하고 있다. 그런데 과학기술은 급속도로 발달하는 데 비해 그에 따라 침해되거나 위험상황에 처하게 되는 개인의 법익에 대한 고찰이나 그 보장을 위한 헌법해석론은 그 변화나 속도에 부합하지 못하는 상황에서, 과학기술이 가져다 줄 효용성이 인간의 존엄성을 압도하고 있음을 부인하기 어렵다.

인간의 보편적 가치로서의 기본권은 개인들이 공동체 안에서 자신의 삶을 구체적으로 형성하는 데 기준이 되는 가치이자 원리이다. 여기서 말하는 가치란 법관에게 적합한 것(Richterlichkeit)이 아니라, 재판에 적합한 것(Gerichtsförmigkeit)으로서의 가치를 말한다. 객관적 원칙규범과 가치결정은 기본권효력의 범위와 그 적용범위를 확장하게 되고, Alexy가 말하는 원리로서의 규범화와 최적화명령(Optimierungsgebot)¹⁴⁵⁾도 기본권이 실제적·법적인 가능성의 범위 안에서 최대한 실현될 수 있는 가치발견으로 귀결된다.

국가기능적으로 보면 사법부는 궁극적으로 가치를 결정하는 곳이다. 다시 말해 헌법 제정권자→입법자→수법자(국민)→사법부(헌법재판소/법원)로 이어지는 헌법의 구체화 단계를 통해 사법부는 헌법창조적 해석을 해야 할 책무를 지는 것이고, 이같은 일련의 각 과정마다 법학자들은 법리개발을 통해 기본권보장의 효용성을 높이고 입법과 판결의 정당성을 담보하게 된다. 그래서 Böckenförde 같은 학자들은 사법(재판)국가화에 대한 우려의 목소리를 내고 있지만,¹⁴⁶⁾ 헌법이 사법부에 기본권을 구체화할 권한을 위탁하고 있음은 부인할 수 없다.¹⁴⁷⁾ 더불어 법원이 기본권 해석을 함에 있어 헌법적 이념

145) 에른스트 볼프강 뵉켄회르데著 김효전譯, 주16)의 번역논문, 257쪽.

146) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatic nach 40 Jahren Grundgesetz, 29 Der Staat, 1990.

과 가치를 발견하고 판단한다고 해서 결과적으로 법원이 초입법자나 초행정기관이 되는 것도 아니다. “법관은 법을 해석 적용함에 있어서 형식적이고 개념적인 자구해석에 얽매이지 말고 그 법이 담보하는 정의가 무엇인가를 헤아려서 그 정의실현의 방향으로 법의 의미를 부여하여야 하며, 정의실현을 위하여 필요한 한도 내에서 성문규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 또는 축소, 제한해석을 함으로써 실질적인 법창조적 기능을 발휘해야 한다.”¹⁴⁸⁾고도 하지만, 그 ‘정의’는 헌법원리와 헌법질서에 부합하는 ‘헌법적 정의’¹⁴⁹⁾여야 한다. 지금까지 우리 법원은 전통적인 해석방법 뿐만 아니라 헌법합치적 해석, 이익형량적 해석, 입법목적적 해석, 결과고려적 해석, 비교법적 해석과 같은 다양한 해석방법을 폭넓게 활용해 왔는바, 이제는 헌법적 정의를 실현하기 위해서 가치규범적 발견에 주목할 필요가 있다. 개인의 자유와 자율을 넘어 기본권이 극한적으로 충돌하는 21세기에는 그 충돌을 해결하기 위해서라도 가치에 대한 재인식이 필요하다.

마스트리히트원칙(Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights of 1997)이 밝히고 있는 바와 같이 기본권을 보호하고 존중해야 할 국가의 의무는 존중과 보호, 실현의 의무로 이어지는데, 이 의무는 행위의 의무와 결과의 의무까지도 포함하는 것이다. 즉 국가가 개입함으로써 의무를 위반하는 경우와 방관함으로써 위반하는 경우도 모두 기본권 침해가 된다고 정의한다면,¹⁵⁰⁾ 해석에 의한 기본권 침해도 ‘개입과 방관’에 의한 것이라고 볼 수 있다. 그만큼 국가의 기본권 보호의무는 포괄적이며, 사법부는 그 보호의무를 보증할 의무(Einstehenmüssen)를 부담하는 것이다. 司法을 통해 私人이 기본권을 실현할 때 재판관은 수법자(Adressaten)가 되고 그것이 재판관을 통해 사인에게 고권적으로 의무지워지는 형식을 취하기 때문에, 재판관이 실정법의 해석과 적용을 잘못한다면, 그것은 곧 국민의 기본권을 침해하는 결과를 초래하게 됨은 명약관화한 일이다.¹⁵¹⁾ 최소의 국가(ein Minimum von Staat)가 최대의 자유(ein Maximum an Freiheit)를 보장하지 않음은 이미 20세기 초에 경험한 바이다.

147) 최대권 교수도 법원의 법창조적 기능, 사법적극주의, 사법판단의 정책성에 대해서 제정법의 해석을 빙자한 사법부의 입법작용을 지지·옹호하는 이론이 아니라고 설명한다. 최대권, “제정법의 해석”, 『법학(서울대)』 제30권 1·2호(1989), 134-137면.

148) 이회창, “사법의 적극주의”, 서울대 법학, 제28권 2호(1987), 147-161면, 특히 150-151면.

149) J. Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

150) Maastricht Guidelines, 7-15.

151) 에른스트 볼프강 뵉켄회르데著 김효전譯, 주16)의 번역논문, 248쪽.

2. 기본권 해석기준으로서의 인간의 존엄과 가치

기본적으로 인간은 기준설정적인 기본권을 누리는 사회구속적인 존재(homme situe)이고, 헌법은 틀질서로서의 윤곽법(Rahmengesetz)이며, 기본권은 가치체계를 규범화한 것이다. 정보통신기술과 생명과학의 발달 등 눈부신 과학기술시대에 기본권의 해석은 가치중립적인 것로부터 탈피하여, 인간의 존엄이라는 가치체계의 재해석을 요구하고 있다. 기술은 가치중립적이지만, 원칙규범은 불가침이라는 사실은 논리필연적이어서 권리의 방향과 척도, 안전과 보장, 내용과 임무를 충실히 구체화하기 위해서는 국가공동체 법질서 전체의 기초로서, 헌법의 원리와 원칙을 담은 헌법적 정의에 관한 자연법적 사고를 필요로 한다. 2500년 전의 철학자 헤라클레이토스는 ‘모든 것은 변한다(panta rhei)’라고 일갈했지만, 헌법적 원리에 따른 인간의 존엄이 시대에 따라 변화하는 공동선(bonum commune)과 반드시 일치하지는 않는다는 사실을 지난날의 역사가 보여 주고 있다. 요컨대 가치중립적인 기본권 해석이 아니라, 헌법적 정의를 실현하기 위해 종국적으로 필요한, 인간의 존엄과 가치에 적합한 기본권 해석이 절실한 시점이다.

헌법은 기본적으로 공동체의 객관적 가치질서이자¹⁵²⁾ 가치구속적인 질서이고,¹⁵³⁾ 기본가치¹⁵⁴⁾의 국민적 결단임을 전제한다면,¹⁵⁵⁾ 기본권의 가치체계에서 그 핵을 이루는 것은 인간의 존엄성 존중임을 부인할 수 없다. 또한 인간의 존엄성 존중은 필연적으로 법도덕의 통일성과 가치보호의 흠결충전(Wertschutzlückenschließung)을 요구하기 때문에 논리필연적으로 자연법적 사고를 더욱 필요로 한다. 인간의 존엄성 존중은 최소보장의 의미로 靜的인 효력을 갖는 것이 아니라,¹⁵⁶⁾ 충돌하는 법익의 가치평가에 결정적인 영향을 주는 역동적인 개념으로 탈바꿈해야 한다. 헌법은 전문과 단순한 개별조항의 상호관련성이 없는 조합적 집합이 아니라 하나의 통일된 가치체계를 이루는 틀로서,¹⁵⁷⁾ 그 가치체계의 맥을 이어주는 것은 바로 기본권의 기초와 전제로서의 원칙규범인 인간의 존엄과 가치이다.¹⁵⁸⁾ 따라서 21세기 헌법해석은 단순한 의미론(semantics)이나 구문론(syntactics)을 넘어서는 가치론적 해석이 전제되어야 한다. 국가목적과 임무

의 문제는 과거에는 비편파적일 것을 요구했지만, 기본권 위험상황인 21세기에는 가치 지향적이 될 수밖에 없다. 헌법해석은 헌법이 규정하고 추구하는 이상에 따라 역사적·사회적 욕구를 올바르게 수용하여 방향을 제시하는 창조적 기능을 수행해야 하기 때문이다. ‘헌법은 그 자체로는 아무런 작용도 하지 못하고 단지 과제를 설정할 뿐이지만, 헌법생활에 책임을 지는 사람들의 의식 속에 헌법에의 의지가 생생하게 살아있는 경우에만 헌법은 실제로 작용할 수 있다’는 헛세의 말은 시대를 넘어 오늘, 이 시간에도 매우 유의미할 것이다.(끝)

152) BVerfGE 7, 198.

153) BVerfGE 12, 1.

154) BVerfGE 39, 1.

155) 김병곤, 주25)의 논문 178쪽.

156) BVerfGE 6, 32. 김병곤, 주25)의 논문, 169-170쪽.

157) BVerfGE 7, 198; 35, 202; 44, 197; 67, 157.

158) 학자에 따라서는 ‘가치’ 그 자체를 이데올로기적 성격으로 파악하기도 한다. 서경석, 헌법재판소의 기본권 해석론, 민주법학, 통권 제11호(1996), 관악사, 54쪽.

[참고문헌]

- 강희원, 의학기술발전과 손해의 개념, 원치 않는 아이는 손해인가?, 인권과 정의, 1997
 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2006
 _____, 헌법의 해석, 공법연구, 제20집(1992)
 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007
 _____, 비교헌법학의 영역과 연구방법, 서울대 법학, 제20권 제2호(1980), 서울대학교 법학연구소
 김명재, 현대헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰, 공법연구 제29집 제1호(2000)
 김민중, 사후포태에 의한 子拙의 출산을 둘러싼 법률문제, 법조, 제54권 제6호(2005. 6.)
 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 관한 고찰, 헌법학연구, 제12권 제4호(2006. 11.), 한국헌법학회
 김병곤, 인간의 존엄의 기본권 해석원리로서의 기능-독일 연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -, 동아법학, 제15호(1993), 동아대학교
 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권 체계적 해석, 안암법학 제1호(1993), 고려대학교
 _____, 김선택, 기본권이해의 현대적 경향과 한국헌법의 과제, 서울지방변호사회 100주년 기념 학술대회 발표 논문(2007)
 김수철, 비판과적 기본권 해석 -독일에서의 판례와 이론을 중심으로-, 사법행정, 제37권 제4호(1996. 4.)
 김세진, 헌법과 제도: 기본권과 제도보장에 관한 해석론을 중심으로, 공법연구, 제34집 제4호(2006)
 金禹辰, 국가시험에 있어서의 오류와 손해배상, 民事裁判의 諸問題 第13卷(2004. 12), 韓國司法行政學會
 김주환, 구조화 법규범이론과 그 방법론-실천적 기본권 해석론의 정초-, 헌법논총, 제12집 제1호(2001), 헌법재판소
 김효전, 기본권이론과 기본권 해석, 房山丘乘塑博士停年紀念 公法理論의 現代的課題, 박영사, 1991
 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006
 김형성, 헌법개정의 과제와 전망, 헌법학연구, 제12권 제1호(2006. 3.), 한국헌법학회
 남효순, 프랑스 민법상의 동거계약에 관한 연구, 서울대 법학, 제44권 제1호, 2003. 12.
 문성제, 장애아의 출생과 의사의 민사책임에 관한 비교법적 검토, 법조 제55권 제12호(2006. 12.)

- 박규하, 사회적 법치국가와 기본권 해석, 외법논집, 제22집(2006) 34
 박선영, 자유민주주의의 실현을 위한 헌법 개정의 방향-헌법총강과 기본권조항을 중심으로, 헌법학연구(2004. 3.)
 _____, 이주여성과 그 자녀의 인권, 저스티스, 2007. 2.
 _____, 헌법 제21조에 대한 개헌논의, 헌법학연구, 제12권 제4호(2006. 11.), 한국헌법학회
 _____, 인간의 존엄과 가치, 그리고 胚芽, 헌법학연구 제13권 제1호(2007. 3.)
 _____, 생명과학기술의 발전과 인간의 존엄, 미국헌법연구, 2006. 8.
 서경석, 헌법재판소의 기본권 해석론, 민주법학, 통권 제11호(1996), 관악사
 성낙인, 헌법학, 법문사, 2007
 오세혁, 국가와 규범·가치·힘-공법학 방법론에 관한 법철학적 고찰-, 공법연구 제29집 제1호(2000)
 _____, 사법부의 해석방법론에 대한 비판, 法과 社會, 제27호(2004. 12)
 윤진수, Wrongful life로 인한 장애아 자신의 의사에 대한 손해배상청구, 의료법학 제2권 제1호(2001)
 이덕연, 기본권의 본질과 내용: 한국기본권이론의 반성과 과제, 정천 허영박사화갑기념논문집, 박영사, 1997
 이명용, 법률의 해석·적용과 기본권 -사법작용에 대한 헌법적 통제의 필요성-, 헌법논총, 제4집(1993), 헌법재판소
 이준구, 기본권 해석의 재검토, 현대법학의 제문제, 서돈각박사화갑기념논문집, 1981. 10.
 이희창, "사법의 적극주의", 서울대 법학, 제28권 2호(1987), 서울대학교 법학연구소
 장석조, 우리 헌법상 절차적 기본권-헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론-, 헌법논총, 제9집(1998), 헌법재판소
 전병남, 원치않는 아이의 출생과 의사의 손해배상책임, 의료법학 제2권 제1호(2001)
 정종섭, 기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개, 정천 허영박사화갑기념논문집, 박영사, 1997
 최대권, "제정법의 해석", 서울대 법학, 제30권 1·2호(1989), 서울대학교 법학연구소
 한태연, 민주국가에 있어서의 기본권 -기본권의 민주주의적 해석의 한계-, 고시연구 제11권 제10호(1984. 9.)
 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006
 에른스트 볼프강 비켄회르데著 김효전譯, 기본법제정 40주년에 따른 기본권 해석의 상태, 동아법학 제21호
 K. Hesse著 계획열譯, 서독헌법론, 삼영사, 1987

M. Cappelletti著 구병삭 外 2인 譯, 현대헌법재판론, 법문사, 1989

Barak, Aharon, Purposive in Law, Princeton University Press, New Jersey, 2005

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Zur Lage der Grundrechtsdogmatic nach 40 Jahren Grundgesetz, 29 Der Staat, 1990

Klein, H. H., Die Grundrechte im demokratischen Staat, Kohlhammer, Köln, 1974

MacCormick, Neil, Institutions of Law, Oxford University Press, N.Y., 2007

Quine, W. V. and Ullian, J. S.(2nd ed.), Web of Belief, McGraw-Hill Humanities, N.Y., 1978

Rawls, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, 1971

재산권보장에 있어서 기본권이론의 적용

정극원(대구대학교 법과대학 교수)

I. 머리말

헌법이론 중에서 기본권의 성립, 변천 및 효력태양 등을 통하여 그 규범내용을 구체화하거나 체계화시키기 위한 것이 바로 기본권이론(Grundrechtstheorie)이다.¹⁾ 기본권이론은 기본권은 우선적으로 공권력에 의한 침해로부터 국민을 보호하고자 하는 규칙적인 헌법규정에 의한 필수적인 법적지위의 보장으로서 보고,²⁾ 어떤 사람에게 귀속하거나 돌아가야 하는 주관적 공권으로서의 그 지위가 무엇인가 하는 것을 찾는 데에서 출발하였다. 그러나 독일연방헌법재판소가 1958년 1월 15일에 내린 Lüth판결³⁾에서 기본권의 가치체계(Wertesystem)를 실증적으로 연역해냄으로서 기본권은 이제 주관적 공권만을 포함하는 것이 아니고 동시에 객관적 가치질서로서의 법규범인 소위 “이중적

1) 헌법상 개념화되어 있는 기본권이론이라는 용어는 독일기본법상의 기본권의 체계화에 관한 논의에 있어서 때때로 기본권이해(Grundrechtsverständnis)로 통칭되거나(예컨대 Kröger, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, 1978, S. 12ff.; Lerche, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Deutschland, in: Vogel(Hrsg.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle-Kolloquium zum 70. Geburtstag von Hans Spanner, 1979, S. 24ff.) 또는 기본권모델(Grundrechtsmodell)로 불려지기도 하고(예컨대 Grabitz, Freiheit als Verfassungsprinzip, Rechtstheorie 8(1977), S. 4ff.; Mühleisen, Zur Theorie der Grundrechte, in: Information zur politischen Bildung 239(1993), S. 14ff.) 또는 기본권견해(Grundrechtssicht)라고 호칭되기도 한다(예컨대 Arndt/ Rudolf, Öffentliches Recht, 9. Aufl. 1992, S. 100ff.). 그러나 개념적 정의를 통하여 고찰하여 보면 기본권이해가 일반시민의 관점에 관련되어 있는 반면에 기본권이론은 기본권학자의 견해로서 명백히 구별된다(vgl. Häberle, Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 350). 정극원, 독일에서의 사회국가적 기본권이론의 성립과 내용, 공법연구 제29집 제1호(한국공법학회), 2000. 11, 181면.

2) Di Fabio, Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystem, in: Merten/ Papier(Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2006, S. 1032.

3) BVerfGE 7, 198, 205.; Lüth 판결에 대해서는 Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtstänisses, 50. DJT, 1974, S. 61ff.; Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in : AöR 110(1985), S. 363ff.; Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101(1975), S. 161ff.; 국내문헌으로는 육종수, 독일기본법상의 도덕률에 의한 기본권제한, 헌법학연구 제3집(한국헌법학회), 1997. 10, 596면; 정극원, 기본권의 사회적 구속성, 헌법학연구 제11권 제3호(한국헌법학회), 2005. 9, 232면 이하.

성격"과 다차원성의 의미도 가미되어, 주관적 기본권의 보장범위는 헌법이 객관적 기본권규정들에 계획하고 의도한 것이 무엇인가에 따라서 결정되게 되었다. 따라서 기본권이론은 개념적으로 개방되어 있다고 볼 수 있는 기본권의 객관적 가치질서의 윤곽과 내용을 체계화하여 또한 개별 기본권규정에서 나오는 그때그때의 법적 지위와 내용까지도 구체화하게 된 것이다.⁴⁾ 기본권의 구체화의 방법이 다양하듯 이를 목적으로 하는 기본권이론 또한 각자의 주관적 이해의 관점에 따라 그 분류의 형태 또한 다양하다.⁵⁾ 뵉켄포르데(Böckenförde)는 기본권의 목적과 성격을 총괄적으로 개념화하여 기본권해석에 있어서 결정적인 영향을 미치는 일반적 또는 개별적 기본권이론을 정리하여서 자유주의적(시민적-법치국가적) 기본권이론, 제도적 기본권이론, 기본권의 가치이론, 민주적-기능적 기본권이론 및 사회국가적 기본권이론 등 다섯 가지로 체계화하였다.⁶⁾ 기본권은 그 규범내용의 개별적 특수성으로 인하여 한 개의 규범내용만을 가지는 개별 기본권에 있어서 일반적으로는 이러한 다섯 가지의 이론이 동시에 적용되기는 어려운 것이다. 그러나 근대 입헌주의적 헌법에서의 개인주의 및 자유주의적 사상에 기반한 불가침의 절대적 보장으로 출발하여서 오늘날 현대 사회국가적 헌법의 가치질정에 구속되는 객관적 법규범으로서의 보장으로까지 그 급격한 변천을 겪고 있는 재

4) 기본권이론과 기본권의 구체화는 한편으로는 법정책적인 논쟁의 "주경연장"이 된다는 것과 다른 한편으로는 기본권질서는 "주관적인 임의성의 가치천국"인 것이 아니고 민주적으로 합의가 가능한 그리고 다원적 사회질서 속에서 의사의 다양성을 감안할 수 있는 그러한 현재적 가치질서라는 것이다. Katz, Staatsrecht, 12. Aufl. 1994, S. 261f.

5) 기본권이론은 흔히 분류의 형태로 나타나고 있다. 쇼이너(Scheuner)는 이를 국가에 대한 자유영역으로서의 자유주의적 전통과 기본권규범의 객관적 원칙이라는 두 가지 기본방향으로 이론전개점을 하며(Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV. 1971, S. 507), 세 가지 관점으로는 그라비츠(Grabitz)의 자유주의적, 실질적 법치국가이론 및 사회적 법치국가이론(Grabitz, a.a.O., S. 4f.; Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions und Leistungsstaat, DVBl. 1971, 674f.)과 빌케(Wilke)의 가치체계로서의 기본권, 제도적 측면의 기본권, 기능적 측면의 기본권이론(Wilke, a.a.O., S. 24, 111, 157; Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 52f.), 카츠(Katz)의 자유주의적, 민주-기능적 및 사회국가적 기본권이론(Katz, a.a.O., S. 262f.), 네 가지 분류로는 뵤핑(Wülfing)의 제도적, 민주-기능적, 사회국가적, 시민-법치국가적 기본권이론(Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 65ff.) 또는 슈타인(Stein)의 시민적, 통합이론으로서의 가치이론, 제도적 및 민주적 기본권이론(Stein, Staatsrecht, 16. Aufl. 1998, S. 451ff.) 등이 있으며, 오늘날 일반적으로 통용되고 있는 다섯 가지 관점의 분류로는 Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation NJW 1974, S. 1530ff. 정극원, 전제논문, 공법연구 제29집 제1호, 181면 이하.

6) Böckenförde, a.a.O., S. 1529ff.; 뵤켄포르데의 기본권이론의 변역은 이강혁, 기본권의 해석과 기본권이론, 고시계(1982.3), 73면 이하, 또한 이에 대한 소개 및 참조는 김효전, 최근 독일의 기본권이론-E.-W. 뵤켄포르데의 분석을 중심으로-, 고시계(1991. 7), 83면 이하 및 홍성방, 기본권의 본질과 기본권이론, 공법연구 제 27집 제2호(한국공법학회), 1999.6, 127면 이하 (이 논문은 홍성방, 헌법학, 헌암사, 2005, 241면 이하에 게재되어 있음.)

산권보장에 있어서는 이러한 기본권이론이 모두 적용되고 있다. 본고에서는 뵤켄포르데에 의하여 체계화된 다섯 가지의 기본권이론의 개념을 차용하여서 기본권규범으로서의 재산권보장의 의미와 내용 및 그 보장범위를 보다 더 구체적으로 정리하려는 것을 그 목적으로 한다.

II. 자유주의적 기본권이론과 사적유용성과 처분권능보장으로 재산권보장

1. 자유주의적 기본권이론의 내용

자유주의적 기본권이론은 법적인 관점에서 보면 개인의 자유는 원칙적으로 무제한이며, 이에 반하여 국가의 침해권한은 제한적이라는 전제에서 출발한다. 자족적이며 고립적인 개인으로서의 인간이 갖는 기본권은 전적으로 방어적 및 제한적 성격을 가진다는 것이다.⁷⁾ 인간은 행위능력을 가지며, 국가는 이러한 능력과 함께 자신에 대하여 스스로 결정할 수 있는 인간의 권리를 통하여 삶을 형성하는데 있어서 무제한적 자유영역으로까지 보장되게 하여야 하고, 이러한 개인의 영역의 침해에 대한 국가권한은 원칙적으로 제한적이어야 하며 개인보호 또는 공공복리의 필요성에 의한 경우에만 정당화된다.⁸⁾ 기본권적 자유는 국가에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니라 국가이전에 선재하는 것이므로 국가권한은 개인의 전국가적 자유를 보장하고 확실하게 하며 규율하는 본연의 과제를 수행하는 기능만 가지게 된다는 것이다. 따라서 국가는 자유의 법적 보장을 위한 전제조건과 제도를 창설하여야 하고 나아가 법적 자유를 적절하게 유지할 수 있게 하여야 한다는 것이다. 자유의 내용과 동시에 자유권행사의 방법에 관한 규정은 처음부터 국가의 규제권한 밖의 일이라는 것이다.⁹⁾ 즉 개별 기본권으로 보장되는 자유는 기본권이 가지는 배제적인 성격에서 자유의 일반을 의미하며, 특정한 목적을 위한 자유는 아니다. 기본권주체자가 자기의 기본권상의 자유를 행사하거나 행사하지 않거나 또는 어떠한 동기와 목표에서 행사하든 전적으로 그의 문제가 되는 것이다.

7) Katz, a.a.O., S. 262.

8) Mühleisen, a.a.O., S. 14.

9) Böckenförde, a.a.O., S. 1530.

자유권적 기본권이론의 순수한 형태는 자유권을 규정된 국가적 질서 또는 정부형태에 의하여 결정되는 것이 아니라 국가적 침해로부터 개인 또는 집단을 보호하려는 것이다. 자유권적 기본권이론에 의하면 기본권은 국가의 적극적 질서급부가 아니라 소극적 권능규범(negative Kompetenznorm)에 의하여 실현된다.¹⁰⁾ 국가에게는 기본권을 실현할 아무런 보장의 의무도 없다는 것이다. 법적으로 보장된 자유를 실제로 현실화하는 것은 여전히 개인과 사회의 수준에 맡겨져 있다는 것이다. 이처럼 기본권은 사회적으로 이미 존재하거나 형성되고 있는 실제적 자유상태를 보장하는 것이므로 기본권적 자유의 실현을 위한 사회적 전제조건에 대하여 상대적으로 맹점(Blindheit)이 남게 된다.¹¹⁾ 기본권은 국가로부터의 자유로 이해하게 되면 국가가 사회현실을 고려하여 개인이 더욱 안정된 상황에서 가능하면 더 커다란 개인적 자유에 참여할 수 있도록 조장해주는 조치를 취할 것을 국가에 청구하는 권리를 근거 지을 수 없게 된다는 것이다.¹²⁾ 그러나 기본권은 국가의 공적이익에 우선하여 보장받아야 하는 국민의 자유와 권리의 확인에서 출발한다는 점에서 자유상태 그 자체의 보장이라는 기본권의 원래적 기능의 체계화라는 점에서 자유주의적 기본권이론의 공은 크다고 할 것이다.¹³⁾

2. 사적유용성과 처분권능보장으로서 재산권보장

헌법상의 재산권보장은 개개의 국민에게 물질적 기반이 되는 재산가치적 권리를 보장하는 하나의 자본주의적 기본권(kapitalistisches Grundrecht)이다. 헌법은 재산권보장의 범위를 헌법의 전체구조(Gesamtgefüge der Verfassung)속에 가변적인 의미로 존재하는 그 기능과 목적에 의하여 확정되도록 하는 방식을 취하고 있다. 국가를 구성하는 국민 개개인이 하나의 인격체로서 강력한 국가권력의 객체가 되지 않고 자유롭고 자기책임적인 삶을 유지하기 위해서는 법적으로 보장된 재산영역이 필요하게 된다. 자유의 보장을 의미하는 재산권보장을 통하여 그 법적지위보장(Rechtstellungsgarantie)은 물론 재산영역에서의 자유의 실현(Verwirkung der Freiheit)을 가능하게 하는 행위의 자유와 형성의 자유를 우선적으로 보장받게 되는 것이다.¹⁴⁾ 자유권적 기본권이론은 한편

10) Mühleisen, a.a.O., S. 14.

11) Katz, a.a.O., S. 262.

12) 홍성방, 전제서, 244면.

13) 현대 헌법국가에 있어서 기본권이 현실적으로 실현되기 위하여서는 국가의 광범위한 급부형성을 필요로 한다. 사회적 전제조건을 통한 기본권보장은 모든 기본권을 그 대상으로 하는 것이 아니라 사회의존적 관계가 도식화되는 경우의 문제로서 이는 사회국가적 기본권이론으로서 가능한 것이다.

으로는 재산권의 자유보장적 기능을 강화하고, 다른 한편으로는 존속보장의 대상이 되는 재산객체에 가해지는 국가권력의 부당한 침해에 대한 주관적 공권으로서의 방어권을 보장하고자 하는 것이다.¹⁵⁾ 존속보장은 재산권자가 가지는 사적유용성(Privatnützigkeit)과 처분권능(Verfügungsbefugnis)을 통하여 실현된다. 재산권보장으로 징표되고 있는 사적유용성이라 함은 재산이용에 관한 자기책임의 사적 이익과 사적 동기의 핵심적인 기초로서 권리주체자에게 정서되어 있는 재산가치적 결과를 의미한다.¹⁶⁾ 우리 헌법에 있어서의 재산권의 존속보장은 그 규정형식에 따라 제23조 제1항 후문의 법률유보와 동 제2항의 재산권의 사회구속성의 특별규정과 밀접한 관련을 가지는 것이지만 이에 따라 그 질적인 내용이 침해되는 것은 아니다. 재산권의 존속보장은 재산권자에게 주어진 직접적인 이익을 향유할 수 있는 권리와 재산권의 가치실현에 정서된 권리의 보존과 재산권의 본질적 내용의 보장을 요구하는 근거가 된다.¹⁷⁾ 그러나 오늘날의 재산권보장의 규정은 국가의 일방적인 보장에 해당하는 것이므로 재산권보장에서 정당화된 개별 재산권자의 급부에 대한 공권적 요구(öffentlichrechtliche Ansprüche)는 아니며, 따라서 재산권보장의 규정은 재산권자의 자기급부의 보장으로서 공권적 법적지위가 부여될 수 있을 것인지 또는 이러한 급부의 국가적 보장에 관련될 수 있을 것인지에 대하여 의문이므로 재산권보장의 규범영역에 있어서의 주관적 공권성을 부정된다는 견해도 있다.¹⁸⁾ 이는 헌법상의 재산권보장에는 입법권자의 자의적 의사에 따른 부당한 재산권침해로부터 재산권자의 사유재산에 대한 사적유용성(Privatnützigkeit)과 재산객체에 대한 근본적인 처분권을 제도보장(Institutsgarantie)으로서 보장하도록 하는 의무를 국가에 부과하여 재산권이 갖는 자유보장적 기능을 강화하고 있다는 점을 간과한 것이라 하겠다. 오히려 헌법상의 재산권보장은 재산권자에게 생존보장을 위한 노동과 급부를 통하여 획득한 임금요구권 및 생존배려요구권과 같은 공법상의 법적지위(öffentlichrechtliche Rechtsposition)까지를 보장하고 있는 것이다.¹⁹⁾

14) BVerfGE 14, 288, 293.

15) 물론 이와 같은 방어권으로서의 재산권보장의 보호상태는 다른 기본권의 방어적 기능과 구별되는 것이다. 예컨대 인격권이나 언론의 자유는 하나의 법적 질서에 요구하지 않고서도 방어권이 주어지지만 재산권보장에는 하나의 규정되어 있는 규범을 전제로 하여 방어권기능이 부여되는 것이다. Wieland, in : Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 1996, zu Art. 14, Rdnr. 21.

16) BVerfGE 31, 229, 241.

17) 그러나 존속보장은 현재적 권리를 전제로 하는 것이므로 재산객체로부터 얻을 수 있는 최대가능한 이익에 대해서는 그 범위가 미치지 않는다. BVerfGE 71, 230, 250.

18) Katz, a.a.O., S. 381. 그러나 이 견해는 재산권보장이 오로지 국가를 통한(durch Staat) 보장으로만 이해할 때 성립될 수 있을 것이다. 즉 자유주의적 기본권이론에서의 논거인 재산권보장도 헌법상의 다른 기본권과 마찬가지로 근본적으로 국가에 대한(gegen Staat) 기본권임을 간과한 것으로서 이러한 견해는 헌법적으로 받아들일 수 없다고 생각된다.

우리 헌법 제23조 제1항의 재산권보장은 주관적 공권으로서 구체적으로 재산가치적 이익을 누리도록 하는 법적지위를 보장하며, 동시에 입법권자를 내용적으로 구속하는 공동체의 객관적인 가치질서로서의 제도보장인 사유재산제의 보장을 통하여 그 자유보장적 기능을 보다 강화하고 있다.²⁰⁾

3. 정리

그 성립의 유래에서 찾는다면 자유권은 권한 없는 국가권력의 개입과 침해의 배제를 통하여 실현되는 국가에 대한 소극적 권능규범(negative Kompetenzbestimmung)이다.²¹⁾ 국가권력에 대한 제약의 원리로서의 기본권은 소극적으로 현상태를 유지·존속케 하거나, 국가의 개입과 침해행위를 공제함으로써 정하여지는 보호영역 내에서 최대한으로 보장된다. 국가의 공적이익에 우선하여 보장받아야 하는 국민의 자유와 권리의 선언이며 확인인,²²⁾ 기본권에는 국가권력에 대한 방어권의 기능이 우선적으로 부여된다. 이러한 기능의 실현에 주안점을 두는 자유주의적 기본권이론은 오늘날에도 여전히 그 의미가 큰 것이다.²³⁾ 자유권적 기본권은 국가와 국민의 관계를 정하고 있는 국가공동체질서에서 국가에게는 권한행사의 제한이고 국민에게는 국가권력에 대한 방어권이므로 그 보호대상은 국가로부터라는 데에 변함이 없기 때문이다. 재산권보장은 오늘날 그 의미의 변천에도 불구하고 재산권자에게 재산객체에 대한 배타적인 지배권과 자유

19) Timm, Eigentumsgarantie und Zeitablauf, 1977, S. 26ff.; Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 113ff.; Katz, a.a.O., S. 381.

20) 우리 헌법재판소도 "재산권보장은 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미를 가지고 있다."라고 판시하고 있다. 헌재결 1993. 7. 29, 92 헌바 20, 헌재판례집 제 5권 2집, 44~45면.

21) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 30; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 133.

22) 헌법상의 기본권은 그 성립시부터 현재에 이르기까지 국가를 통한 형성보다는 이와 같이 국가에 대한 보장을 원칙으로 하고 있는 것이다. 국가에 대한(gegen Staat) 기본권 이해로는, 특히 Scheuner, Die institutionellen Garantie des Grundgesetzes in; Wandensleb(Hrsg.) Recht, Staat, Wirtschaft, 1953, S. 92; Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 27; Hirschold, Staatsbürgerkunde, 8. Aufl. 1991, S. 129; Bleckmann, Staatsrecht II—Die Grundrechte, 3. Aufl. 1989, S. 81f.; Stein, a.a.O., S. 212.

23) 물론 현대 헌법국가에 있어서의 기본권이 현실적으로 실현되기 위하여서는 물론 국가에 의하여 광범위하게 자유와 권리가 실현되는 것을 전제로 하기도 한다. 특히, 국가의 급부형성에 의존적인 사회적 기본권을 실현하려는 사회국가의 헌법에서는 더욱더 그렇다. 그러나 이를 통한 국가의 역할과 활동이 무제한하게 확장되어 공동체생활관계의 모든 것을 포괄적으로 계획, 형성하게 된다면 자기책임하의 기본권적 생활질서는 폐기되게 된다. 오늘날 기본권의 의미와 기능이 변천하고 있다하더라도 기본권의 출발점인 국가권력에 대한 방어권의 기능이 약화되는 것은 아니다.

로운 결정권의 보장을 통하여 공동체생활을 영위하게 하는 것으로서, 공공복리와 제3자의 권리를 침해하지 않는 한 불가침이다. 재산권보장의 본질은 그 자유보장에 있는 것이다. 따라서 재산권자가 재산객체에 대하여 가지는 사적유용성과 처분권능을 행사하지 못하거나 또는 타율적 이용을 위한 국가적 결정으로 인해 자기고유의 지배권을 상실하게 되면 재산권의 자유기능에 대한 본질적 내용이 침해하는 것으로서 이는 재산권보장에 반하는 것이 되어 허용되지 않는 것이다.

III. 제도적 기본권이론과 제도보장으로서의 재산권보장

1. 제도적 기본권이론의 내용

기본권은 국가의 실정법질서 내에서 보다 구체적으로 실현되는 것이므로, 공동체질서의 객관법적 성격(objektivrechtlicher Charakter)도 아울러 갖게 된다.²⁴⁾ 기본권의 객관법적 성격은 Weimar헌법시대에 와서 비로소 성립된 제도보장론(Lehre der institutionellen Garantie)의 개념 본질적 근거가 되었다.²⁵⁾ Weimar헌법상에는 교회, 학교, 지방자치 및 법원의 독립 등과 같은 제도를 헌법상의 기본권구조 속의 법적 영역에 포함시켰을 뿐만 아니라, 개인적 또는 공적 생활(öffentliches Leben)을 위한 객관적 기능을 갖는 규범으로서의 효력도 부여하였다.²⁶⁾ 제도보장론(Lehre der Einrichtungsgarantie)이 기본권이론으로서 성립된 것은 1923년 볼프(Wolff)의 "제국헌법과 재산권"이라는 논문에서다.²⁷⁾ 볼프

24) 예컨대 재산권, 학문의 자유 또는 언론의 자유 등과 같이 주관적이며 지위설정적인 권리뿐만 아니라 공동체의 객관적 질서를 형성하고 유지하게 하는 법제도 또는 제도보장이라는 두 가지의 보호방향에 의하여 보장하게 하고 있다.

25) Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, S. 3ff.; Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924, S. 15ff.; Thoma, Grundrecht und Polizeigewalt, in: Festgabe des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 183ff.; ders., in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S. 1ff.; Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, AöR 18 (1930), S. 321ff.; Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, S. 2ff.; Dennewitz, Die institutionelle Garantie(Zum Problem der Existenzfrage des deutschen Berufsbeamten und der kommunalen Selbstverwaltung), 1932.

26) Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Wandensleb (Hrsg.), Recht Staat Wirtschaft, 1953, S. 90. 이밖에도 Weimar헌법상의 기본권목록(Grundrechtskatalog)에는 이밖에도 전형적이고 전통적인 사회적 제도로서 혼인, 재산권, 언론의 자유 및 평등권 등을 규정하여 사회적 역할의 관계기대(Verhaltenserwartung)를 제도적으로 객관화하고 있었다.

27) 물론 이러한 제도보장의 개념의 성립이전인 1919년에 이미 기제(Giese)는 Weimar헌법 제 119조

는 Weimar헌법 제153조에 규정된 재산권보장(마찬가지로 제154조의 상속권도 포함하여)은 개별적인 권리주체의 주관적 권리를 의미할 뿐만 아니라, 법제도(Rechtsinstitut)로서 사유재산제의 보장도 의미한다는 것을 구명하였다.²⁸⁾ Weimar헌법상에 규정된 재산권보장은 입법권자의 처분(Disposition des Gesetzgebers)에 의해서 그 내용이 확정되어지는 19세기의 시민적 재산권개념을 수용한 헌법규정(Verfassungsbestimmung)으로서, 재산권자의 권리는 경제입법 또는 사회입법에 의하여 광범위하게 제한되고 있었다.²⁹⁾ 볼프는 제도보장에 의하여 입법권자를 우선적으로 구속하여 재산권보장을 할 수 있다고 보았다.³⁰⁾ 한편 토마(Thoma)도 Weimar헌법상에 규정된 개별 기본권을 그 법적 구속력의 척도에 따라 헌법개정에 의하지 않고는 변경되지 않는 기본권, 법률에 의하여 변경이 가능한 기본권 및 법률의 범위 내에서 그 자유와 권리가 보장되는 기본권으로 분류하면서 재산권은 입법권자에 의해서 그 보장의 범위가 확정되는 것이라 보았다.³¹⁾ 뵘머(Boehmer)도 사법질서(Privatrechtsordnung)를 가능케 하는 다섯 가지의 본질적인 법제도 중의 하나인 재산권은 법제도로서 헌법상에 보장된다고 보았다.³²⁾ 볼프의 제도보장론을 헌법상의 원리로 발전시킨 것은 슈미트(Schmitt)이다. 슈미트는 제도적 보장론(Lehre von institutionellen Garantien)을 통하여 입법권자를 구속하는 확정된 제도에 관한 헌법상의 모든 개별권리규정(Einzelrechtssätze)은 특별한 보호를 받는다는 것이다.³³⁾ 제도적 보장은 법적으로 규정된 규범복합과 그 전체에 상호 관련되어 있는 제도에 관한 법규정의 헌

의 규정인 혼인에 관하여 법제정권자에 대한 개념으로 파악하였지만 아직 제도보장의 개념을 도출하지는 못하였으며(Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl. 1919, Art. 119 Erl. II 1 und 3; Stier = Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1924, S. 455f.), 오리유(Hauriou)에 의하여 시작되었다는 견해도 있다(Schnur(Hrsg.), Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou, 1965).

28) Wolff, a.a.O., S. 5f.

29) Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, 1923, S. 101ff.; Huber, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931, S. 19ff.

30) 볼프의 이와 같은 제도보장의 구조는 규범력을 갖는 법적인 사실이라기보다는 아직 명백한 정치적 사실을 도식화한 것으로 이해되고 있었다. Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, ZgS 1953, S. 332.

31) 따라서 기본권으로서의 재산권보장 입법권자를 구속하는 법제도의 보장(Gewähr des Rechtsinstituts)을 통하여 그 의미를 가질 수 있게 된다. Thoma, a.a.O., S. 1ff.

32) 뵘머는 재산권외에도 혼인, 친권, 계약의 자유 및 상속권을 사법상의 고전적인 제도보장이라 하였다. 이러한 접근 방법은 사법상의 제도를 통해서 제도보장론을 이해한데에 그 의의가 있다. Boehmer, Erbrecht, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930, S. 255ff.

33) 예컨대, 법관의 독립(Weimar헌법 제 102조), 특별법원의 금지(제 105조), 혼인(제 119조), 지방자치(제 127조), 직업공무원(제 129조, 제 130조), 종교단체(제 137조), 대학의 자유(제 142조)등이 이에 해당된다. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 171ff.; ders., Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung, 1931, S. 13, 21ff.

법적 보장으로서 공법상의 제도의 보장에 관한 것을 말한다.³⁴⁾ 특히, 지방자치제, 대학의 자치, 직업공무원제 등은 헌법상의 전형적인 제도적 보장으로서 이는 형식적이고 구조적으로 공법상의 성격으로 구별될 수 있는 현재에 존재하는 제도를 전제로 한다.³⁵⁾ 제도적 보장의 궁극적 목적은 법제정자의 입법에 의한 제도의 변경을 불가능하게 하는 현상보장(Status quo Garantie)을 의미하는 것이지만,³⁶⁾ 다른 한편으로는 그 법제도를 사회적 현실에서 구체적으로 실현하는 것도 포함한다.³⁷⁾ 슈미트는 공법상의 제도적 보장과는 구별되는 사법상의 종류에 의해서 그 내용이 확정되는 규범복합으로서 사법상의 제도보장(Institutsgarantie)을 개념화하였는데, 이를 공동체생활의 기본적 질서의 보장이라고도 한다.³⁸⁾ 이러한 제도보장으로서 민법상의 재산권에 관한 전형적인 구조를 들 수 있다.³⁹⁾ 슈미트의 제도적 보장과 제도보장의 구별은 Weimar헌법시대에 절대적 지지를 받았다.⁴⁰⁾ 이러한 구별은 클라인(Klein)에 의해서 헌법적 원리로서 보다 명백하게 구체화되었다. 클라인은 제도적 보장의 현상보장적 성격에는 의미를 부여하지는 않았지만 제도적 보장과 제도보장의 법구조를 명백히 하기 위하여 Weimar헌법상의 36개의 개별 기본권규정을 제도보장과 관련하여 각각 그 본질을 구명하였다.⁴¹⁾ 클라인에 따르면 법관의 독립, 지방자치, 직업공무원제, 종교단체의 자유, 학문의 자유, 종교교육에 관한 교과과정 및 사회보험 등은 공법상의 제도적 보장에 해당된다는 것이다. 이에 반하여 헌법상의 규정임에도 불구하고 혼인, 부모의 교육권(제120조), 계약의 자유(제152조), 재산권 및 상속권은

34) 슈미트의 제도적 보장에 방어권기능이 있는가가 문제된다. 예컨대, 제도적 보장으로서의 직업공무원제는 사적 계약에 근거하여 국가가 기본적으로 필요불가결의 공무원을 고용하지 않으면 침해되게 되는데 이러한 경우에 있어서는 제도적 보장의 침해뿐만 아니라, 궁극적으로는 기본권도 침해하게 된다. 그러므로 슈미트의 제도적 보장에는 기본권의 방어권적 기능을 부정하지 않은 것으로 보인다. 정극원, 제도보장론의 성립과 현대적 전개, 헌법학연구 제4권 제3호(한국헌법학회), 1998, 10, 250면.

35) Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. Aufl. 1973, S. 10, 15f.

36) Ebd. S. 155.

37) Ebd. S. 161f.

38) Scheuner, a.a.O., S. 93.

39) 슈미트는 Weimar헌법 제119조의 혼인에 관해서는 제도적 보장의 형태로 보면서 제153조의 재산권과 제154조의 상속권을 제도적 보장으로 보는 것에 대해 의문을 가지고, 이는 다만 하나의 기본권으로 이해했다.(Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 171ff.) 마찬가지로 슈미트는 재산권을 제도보장으로 간주하지도 않았다. 재산권을 사법상의 제도보장에 확정시킨 것은 클라인(Klein)에 의해서이다.(Klein, a.a.O., S. 2ff.)

40) 후버(Huber)는 제도적 보장과 제도보장에 관한 슈미트의 구별은 개념본질적인 구별특징이 될 수 없다고 하여 신랄하게 비판하였다. 후버는 Weimar헌법은 본질적으로 사법상의 제도이든 공법상의 제도이든 다 보장하고 있다는 것이다. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR 23 (1932), S. 13ff.

41) Klein, a.a.O., S. 93ff.

제도보장이라는 것이다. 제도적 보장과 제도보장에 관한 클라인의 구별은 개념논리적인 측면에서 헌법상의 일반적인 원리를 구성하게 되었다. 그러나 그 구별의 구체적 근거를 제시하지 못하였다는 점에서 많은 비판을 받았다.⁴²⁾

1949년 독일기본법이 제정된 직후에 마운쯔(Maunz)는 슈미트의 이론과 관련하여 권리와 제도를 구별하면서 제도적 보장은 제도보장과 구별되는 것으로서 헌법상에 규정된 제도의 헌법규범적 보장이라고 보았다.⁴³⁾ 또한 뒤리히(Dürig)도 이와 같은 구별에 따라 제도적 보장은 국가적 제도의 보장을 의미하지만 제도보장은 기본권과 관련된 제도의 보장이라 하였다.⁴⁴⁾ 이러한 구별은 그 경계를 설정하는 명백한 기준을 제시하지 못한 비판에 직면하게 됨에 따라 부정되기 시작하였다. 슈타인(Stein)은 헌법적 관점에서 공법상 또는 사법상의 제도에 따른 이러한 구별을 강하게 부정하면서 재산권과 같이 권리에 정서(Zuordnung)된 것과 언론 및 직업공무원제 같은 최대한 실현에 따른 제도보장의 새로운 구별기준을 이론적으로 체계화시켰다.⁴⁵⁾ 법제도의 본질영역의 보장이라는 점에서 제도보장의 내용은 오늘날 기본법 제19조 제2항의 기본권의 본질(Wesen der Grundrechte)과 동일하게 이해되기도 한다.⁴⁶⁾ 단지 제도보장에 있어서의 본질영역은 전형적인 기존의 제도에 의하여 확정되어 지는 것이 아니라 그 보장의 구조특징에 의하여 구체적으로 정해지는 것이다.

2. 제도보장으로서의 재산권보장

- 42) Abel, Die Bedeutung der Lehre von Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, 1964, S. 34ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 782; Bleckmann, a.a.O., S. 228.
- 43) 마운쯔에 의하면 제도적 보장은 개별적인 경우에 있어서 그 내용을 확정하는 개인적 권리의 보장을 의미하는 것이 아니라 확정된 제도의 보장에 관한 헌법규범의 요구라는 것이다(Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, S. 77). 즉, 제도적 보장은 주관적 공권과 대립하는 공동체의 관계질서(Verhaltensordnung)의 본질적 규범으로서 공법상의 제도를 보장하는 것인 반면에, 제도보장은 사법상의 제도에 관한 보장이라는 것이다. 마운쯔는 제도적 보장(Einrichtungsgarantie)에 속하는 것으로는 고전적 종류의 지방자치, 직업공무원, 사립학교제, 통신매체의 경쟁구조, 자유로운 발전의 학문체계, 및 재산권 등을 들고 있어 제도적 보장과 제도보장에 관한 마운쯔의 구별은 불분명하여 보인다(Maunz-Zippelius, a.a.O., S. 147ff.).
- 44) Dürig, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1994, zu Art. 1 (1958), Rdnr. 97; 이밖에도 법제정권자의 처분을 구속하는 근거로서 제도적 보장과 제도보장에 관한 슈미트의 이론을 따르고 있는 예로는 Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 11. Aufl., 1995, S. 22, Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 1996, S. 74f.
- 45) Stein, a.a.O., S. 340.
- 46) Bleckmann, a.a.O., S. 248; Dreier, a.a.O., S. 75; Lübb-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 133ff. 이에 대한 비판적 견해로는 Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51(1992), S. 211ff.

제도보장은 기존의 재산질서를 정형화하는 것이다.⁴⁷⁾ Weimar헌법은 제도보장을 통하여 헌법상의 규범문맥에 의해서는 그 보장이 확보되지 않는 제도의 핵심내용(Kerngehalt)을 입법권자의 무제한적 침해로부터 보장하려 하였다. 헌법상의 지위설정적이고 주관적 공권으로서의 재산권보장은 객관적 법제도를 전제로 한다.⁴⁸⁾ 이를 통하여 사유재산제의 핵심존속의 근본근거가 되는 재산권에 대한 처분권능(Verfügungsbefugnis)을 실현하게 한다. 제도보장에 있어서의 법제도는 바로 사유재산제의 보장을 의미한다. 제도보장에 있어서의 보장(Garantie)의 의미는 사법상의 그것과는 다른 헌법규범에 의하여 도출되는 제도의 보장을 의미한다.⁴⁹⁾ 예컨대, 기본권으로서의 재산권의 보호영역은 민법상의 재산에 근거한 모든 재산이익(alle Vermögensinteressen)을 포함하지만 제도적 보장으로서의 재산권은 그 내용이 확정되어져 있고 이미 한계가 정해져 있는 민법적 의미의 규범에 근거한 재산자체만을 그 보호영역으로 한다.⁵⁰⁾ 사유재산제의 보장을 위한 하나의 객관적 가치결정으로서 소극적으로는 입법권자에게 헌법상의 객관적 질서를 형성하고 있는 기존의 제도를 폐지할 수 없게 하는 것이지만, 적극적으로는 입법권자에게 헌법합치적인 사유재산제의 형성의무를 부과하게 된다.⁵¹⁾ 입법권자의 제도의 형성권(Ausgestaltungsbefugnis)은 무제한적인 권리가 아니라 헌법상 유효한 제도의 객관적 질서를 침해하지 않는 범위에서 허용되는 권리이다.⁵²⁾ 재산권에 관한 제도보장은 입법권자가 우월적 공공복리의 보장 또는 사법질서의 위험을 방어하거나 공공복리를 위한 상수원보호장치와 같은 공적 재산 및 지하수의 공법적 이용질서를 확정하는데 있어서도 침해되지 않는 것이다.⁵³⁾ 그 침해의 방지라는 점에서 재산권보장에는 방어권기능이 당

- 47) 제국법원은 재산권을 기존의 재산질서의 침해에 대한 객관화된 방어권으로 이해하고 있다. RGZ 128, S. 165, 171; v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S. 33.
- 48) 오늘날 헌법상의 재산권규정이 객관적 질서로서의 법제도와 주관적 공권으로서 법적 지위의 보장이라는 두가지 기능을 갖는데 대하여서는 이의가 없다. 자세한 참조는 Nußgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S. 3ff.
- 49) 예컨대 시민법 제 823조의 생명, 법인, 건강, 자유, 재산 및 기타의 권리 등을 보장하는 경우에 있어서의 보장의 의미는 현재상태의 그 본질의 보장을 의미하는 것이지만, 제도 보장에서의 보장은 이러한 제도의 본질의 보장뿐만 아니라 제도의 보존 그 자체도 의미하고 있다.
- 50) Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 163.
- 51) 따라서 재산권에 관한 제도보장은 국가의 법적 의무의 근본적인 근거규정이 된다. 이에 따라 국가는 경제재산(Wirtschaftseigentum)의 집중에 대한 반집중입법으로 사유재산권의 기능와해를 방어하여야 하며, 적극적으로 재산형성을 촉진하여야 한다. Papier, in: Maunz - Dürig(Hrsg.), Rdnr. 17.
- 52) 그러므로 객관적 질서라는 개념은 포괄적 상위개념이며, 제도보장이라는 개념은 그것을 구체화한 실천적 하위개념이라고 할 수 있다. 이승우, 기본권의 양면성이론과 제도보장의 관계, 공법학연구 제31집 제1호(한국공법학회), 2002, 11, 307면.
- 53) Papier, Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel, 1984, S. 17ff.; Nußgens/Boujong, a.a.O., S. 5.

연히 포함되지만 권리의 보장이 아니라 제도의 보장이라는 점에서 제도보장에는 방어권 기능이 포함되지 않는다 할 것이다. 그러나 재산권보장에 있어서의 방어권기능은 제도적 보장에 전제되어 있는 입법권자의 침해로부터의 보장을 통하여 그 방어권을 침해되지 않게 하는 것이므로, 제도보장을 통하여 방어권을 갖는 재산권보장을 강화할 수 있게 되는 것이므로 제도보장으로서의 재산권보장에는 방어권기능이 포함되어 있다.⁵⁴⁾ 제도보장은 객관적 가치질서의 보장으로 해석될 수 있는 헌법상의 기본권규정과 객관적 사실영역(objektiver Sachbereich)의 보장에 관한 국가적 규정의 형성과 확정을 통하여 초개인적 자유영역(überindividueller Freiheitsraum)으로까지 간접적으로 그 범위를 확장하게 된다.⁵⁵⁾ 예컨대, 지적재산권은 기본법 제14조에 규정된 재산권보장을 통하여 보장된다. 독일연방헌법재판소의 지적재산권판결에 의하면, 지적재산권은 이미 자기책임적 삶의 형성을 가능하게 하는 것이라는 점에서 재산권의 고유기능을 가지고 있지만, 그 보장에 있어서 지적재산권은 재산권의 객체보장인 제도보장에 해당된다고 본다. 즉 구체적 객체를 갖춘 재산에 대해서는 사적유용성을 통하여 보장하고, 지적재산권처럼 객체를 갖추지 않은 경우에는 그 추상적 재산권 형성적 권리의 법적 보장이라는 제도보장으로 본다는 것이다.⁵⁶⁾ 이처럼 제도보장을 통하여 기본권보장의 범위의 확대가 가능하게 된다.⁵⁷⁾

사유재산제의 보장은 재산권영역에서 기본권적으로 보장되고 있는 재산권행위의 본질적인 구성이 되는 사법질서를 해체하거나 또는 공권적 이용의 목적으로 편입시키려는 입법권자의 권능을 우선적으로 제한한다.⁵⁸⁾ 그러나 공동체생활에 필수적인 재산객체에 대하여 공공복리의 보장과 사법질서에서 야기되는 위험의 방어를 확정하기 위한 목적으로 공권적 이용질서에 편입시키는 것은 제도보장을 침해하는 것이 아니다.⁵⁹⁾ 재

54) 제도적 보장론은 궁극적으로 제도의 유지에 관한 것이지만 헌법을 통한 제도의 보장이 동시에 개별권리주체의 주관적 권리를 전적으로 배제하는 것은 아니다 (Triepel, DJZ 1931, Sp. 1537). 그러므로 제도보장과 주관적 공권은 상호 부수적 혹은 동일적으로 질서화되어 있는 법형태이기도 하다(Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 188).

55) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 282ff.

56) BVerfGE 31, 229, 239(Erster Urheberrechtsbeschluss).

57) 제도적 기본권이해에 근거한 제도보장에 관한 범위의 확대는, 특히 결사의 자유에 해당하는 단체결성권(제9조 제1항) 및 단결권(제9조 제3항), 국적(제16조 제1항, 제116조), 국방관할(제65a조)에 있어서 큰 의미를 가진다. 이밖에도 제도보장을 통한 기본권범위의 확대에 관한 기본권으로는 언론, 방송, 영화, 예술, 결사 및 단결권(Sachs, a.a.O., S. 78) 또는 임금계약체계, 통신제도, 공휴일제 등이 있다.(Stern, a.a.O., S. 795ff.)

58) BVerfGE 24, 367, 389.

59) BVerfGE 58, 300, 389.

산객체의 상황구속적인 경우에도 재산권자는 최소한의 경제적으로 유용한 이용가능성을 갖고 있어야 한다. 사유재산제의 보장에 관한 법규범의 본질구성(Kernbestand der Rechtsnorm) 속에는 재산권의 처분권이 포함되어 있다. 행위자유의 본질적인 구성요소가 되는 처분권은 재산객체에 대한 재산권자의 자유의 보장을 의미하는 것이다. 재산객체에 대한 처분권의 제한은 제도보장을 침해하지 않는 범위 내에서만 예외적으로 가능하다. 처분권은 사적유용성을 유지하기 위한 제도보장의 본질영역(Kernbereich der Institutsgarantie)에 해당하는 재산객체에 대하여 자기의사에 따라 행위할 수 있게 하는 것이다. 처분권은 사적유용성과 명백하게 구별되어지는 것은 아니지만 토지재산권의 경우에 있어서 사적유용성은 인정되고 있으면서도 처분권을 제한하고 있는 것이 바로 토지거래허가제이다.⁶⁰⁾ 재산의 처분권은 근본적으로 보장되는 것이므로 전적으로 제한하는 것은 허용되지 않는다. 다만 더 높은 척도의 공공복리에 의해서 제한이 가능하지만, 이 경우에도 재산권보장에 관한 비례원칙이 우선적으로 적용되어야 하는 것은 물론이다. 입법권자에 의한 재산권의 제한과 구체적 법적지위의 침해는 오직 사유재산제의 객관적인 법제도의 보장을 효과적으로 실현하는 길이 열려 있는 경우에만 그 본질적 내용이 침해되지 않는 것으로서 허용된다.

3. 정리

Weimar헌법상에 규정된 기본권은 행정과 사법을 구속하는 기능은 가지고 있었지만, 입법권자를 직접 구속하지 못하는 것으로 간주되었다. 따라서 입법권자를 내용적으로 구속하는 기능을 가지는 제도보장은 기본권과 구별되었다.⁶¹⁾ 즉 입법권자를 구속한다는 관점에서 본다면 제도보장은 오히려 기본권보다 더 강하게 보장되게 되었다. 오늘날 제도보장이 주관적 권리로서의 기능을 갖는 기본권(특히, 자유권)을 부수적이고 복합적으로 보장하는 기능을 갖게 되는 것과는 다른 구조였다. 제도보장론이 이론적으로 계속 발전할 수 있었던 것은 규범복합으로서의 효력을 갖는 법제도 또는 제도 그 자

60) 우리 헌법재판소는 이와 같은 처분권을 제한하는 토지거래허가제는 토지소유권의 상대성, 토지소유권의 공공복리적합의무 및 우리나라 토지투기의 심각성 등의 이유로 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라고 하면서 합헌결정을 내리고 있다. 헌재결 1989. 12. 22, 88 헌가 13, 헌재판례집 제1권, 357면 이하; 헌재결 1997. 6. 26, 92 헌바 5, 헌재판례집 제9권 제1집, 595면 이하.

61) Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten(1932), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahren 1924-1954, S. 140f., 154, 161, 슈미트의 이러한 구별은 독일기본법 제1조 제3항 "이상의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로 입법, 집행 및 사법을 구속한다" 라는 규정에 의하여 더 이상 의미를 가질 수 없게 되었다.

체가 공동체생활관계에서 국민 개개인의 자유와 권리를 현실적으로 더 강화된 형태로 보장해 주는데 기여하거나 그 전제가 되었기 때문이다. 일반적으로 기본권규범 속에 자유규범과 구속규범의 기능이 동시에 내포되어 있을 경우에는 상호대립적인 관계를 형성하게 된다. 객관적 질서를 그 개념 본질적 근거로 하는 제도보장은 주관적 공권인 기본권의 내용을 대립적으로 약화시키는 것이 아니라 오히려 강화시키는 기능을 가진다. 재산권보장은 그 방어권적 기능에 의하여 국가공권력의 침해로부터 보호를 받는 것이지만, 사유재산제라는 제도보장은 입법권자의 침해로부터의 그 객체에 대한 행위의 자유까지 보장받게 함으로서 그 보장의 강도를 강화시키고 있다는 점에서 제도적 기본권이론의 공은 평가되고 있는 것이다.

IV. 기본권의 가치이론 헌법의 가치결정으로서의 재산권보장

1. 기본권의 가치이론의 내용

기본권의 가치이론에 따르면 기본권은 공동체의 가치를 확정하고 있기 때문에 '국가 건설(형성)의 요소이자 수단'이며, 자유는 기본권을 통하여 총체적으로 세워진 가치질서를 그 본질로 하고 있다는 것이다.⁶²⁾ 독일연방헌법재판소는 기본권의 가치이론의 기원을 정신사적, 법철학적, 헌법적 관점에서 찾고 있다. 정신사적으로는 철학의 영역에서의 칸트의 윤리학에 반하여 셸러(Scheller)가 제시한 '가치윤리학'(Wertethik)에서,⁶³⁾ 법철학의 영역에서의 헤크(Heck)의 '이익법학'(Interessenjurisprudenz)으로부터 유래하는 현대의 '평가법학'(Wertungsjurisprudenz)에서, 헌법적으로는 아직 독일연방헌법재판소의 가치이론으로서의 평가를 받지 못하고 있었던 스멘트의 저작에서⁶⁴⁾ 찾고 있지만,⁶⁵⁾ 실제적으로는 Lüth판결에서 판시한 기본권의 가치체계(Wertesystem)에서 찾고 있다.⁶⁶⁾ 연방헌법재판소는 가치를 '역사적 발전에서 보장된 지속성과 철저히 구체화된 내용

62) 기본권의 가치이론의 발단은 Weimar헌법에서 찾을 수 있는데, 기본권을 가치공동체로서의 국가를 통합하는 객관적 규범으로 이해한다. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; ders., Bürger und Bourgeois im Deutschen Staatsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlung, 2. Aufl. 1968, S. 189ff.

63) Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Aufl. 1954.

64) Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974.

65) Bleckmann, a.a.O., S. 255.

66) Di Fabio, a.a.O., S. 1032.,

을 가진 것'으로 보는 스멘트와는 달리 자신이 사용하는 가치개념의 연원을 철저히 개방시켜 놓고 있다. 기본권의 가치이론은 가치질서를 그 근거로 하는 제도적 기본권이론과 유사한 점이 있다.⁶⁷⁾ 제도의 객관적 보장인 제도보장(Einrichtungsgarantie)은 주관적 공권을 의미하는 다른 기본권과 마찬가지로 기본권부분의 구조 속에서 헌법상의 가치체계(Wertesystem)를 형성하기 때문이다.⁶⁸⁾ 기본권의 객관적 성격을 강조하는 한에서 본다면 가치이론은 공동체의 통합에 직접 기여하지 아니하는 기본권들은 이를 상대적으로 경시할 뿐 아니라 기본권들은 그 가치에 따라 서열화하게 되지만,⁶⁹⁾ 기본권의 가치는 그 침해로부터의 보호를 전제로 하는 것으로서 모든 사유가능한 적극적 가치척도를 요구하는 근거가 된다는 점에서 오히려 제3자효, 방어권, 참여권 및 국가의 보호의무를 강화하는 것이 된다.⁷⁰⁾ 기본권의 가치이론은 기본권으로부터 모든 방향에서 절대적으로 보호받는 제가치와 제법익을 끌어내고,⁷¹⁾ 그렇게 함으로써 기본권은 국가에 대한 방어권이라는 좁은 의미를 탈피하여 제3자에게도 그 효력을 주장할 수 있도록 한 점에서 커다란 공적이 있다고 하겠다.⁷²⁾ 연방헌법재판소는 이 이론에 대하여 명시적으로 언급하지는 않고 있으나 많은 판결에서 가치를 원용하고 있지만,⁷³⁾ 점차 문헌에서 비판적인 견해가 증가하고 있다.⁷⁴⁾

2. 헌법의 가치결정으로서의 재산권보장

헌법은 변화되는 장래의 사회·경제적 상황에서도 적용하는 최고법의 효력을 유지하기 위해서는 공동체의 법적 기본질서와 공동체생활의 지속적인 형성과 그 포괄적인 준거를 구체화된 규범의 형태로 그 내용을 확정하기 보다는 그 핵심적인 요강만을 정하거

67) 가치질서란 기본권의 방어권적 청구권의 기능이 아니라, 이에 대한 새로운 기능들을 근거지우기 위한 것이었다. 예컨대 기본권의 간접적 제3자효와 전체 법질서, 특히 행정청의 재량결정에 대한 방사효 및 판결을 통한 불확정개념의 '충족'(Ausfüllung)에 있어서 기본법의 가치질서를 그 근거로 삼고 있다. Bleckmann, a.a.O., S. 256.

68) BVerfGE 7, 198, 205; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157.

69) 권영성, 헌법학원론, 2007, 290면.

70) Bleckmann, a.a.O., S. 257.

71) 즉 기본권은 기본법의 제가치를 실현시키려는 목적을 가진다고 하면서 '가치실현적'(wertverwirklichend) 기본권사용과 '가치침해적'(wertgefährdend) 기본권사용을 구별하는 것은 이 이론의 특징적인 점이라 할 수 있다는 것이다. 홍성방, 전거서, 252면.

72) Bleckmann, a.a.O., S. 257.

73) BVerfGE 6, 55; 7, 198; 8, 210; 13, 296; 24, 135; 25, 263; 27, 254; 30, 189; 34, 280; 35, 79; 42, 144; 42, 148, 170.

74) Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973; Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

나 광범위한 위임의 방식으로 규정하고 있다. 이와 같은 불확정적이고 광범위한 위임의 방식 때문에 야기되는 국가구성원인 국민과 국가간 또는 기득권적 사익과 사회공동체요구의 공익간의 상이한 이해대립과 갈등의 문제를 야기하게 된다. 이를 해결하기 위하여서 내리게 되는 결정이 바로 헌법의 가치결정(Wertentscheidung der Verfassung)이다.⁷⁵⁾ 헌법의 가치결정은 국가공동체 내에 존재하고 있는 다양한 주관적인 가치관념이 헌법의 전체체계 속에서 효력을 갖는 객관화된 가치로 규범화된 것을 말한다. 따라서 헌법의 가치결정은 공동체생활질서의 규범적 근거로서 공동체구속적인 질서통일을 형성케 하며 나아가 민주적인 헌정국가를 지탱해 나가는 준거가 된다. 헌법의 가치결정은 일반적으로 미시적 측면의 개별적이고 구체적인 이익을 우선시 하는 것이 아니라 국가공동체의 공적인 존재보장을 위한 공공성이라는 거시적 측면을 전제로 하고 있다. 따라서 헌법의 가치결정은 개별적인 기본권제한을 내용적으로 구체화하는 가치척도가 되는 것이다. 오늘날 헌법상의 재산권보장은 근대 개인주의 및 자유주의적 사상에 기반한 불가침의 절대적 보장이 아니라 이와 같은 헌법의 가치결정에 구속되는 보장을 의미한다.⁷⁶⁾ 기본법 제14조 제2항에 규정된 재산권의 사회구속성은 헌법제정권자가 내린 기본법제정 당시에 당면한 토지의 정당한 이용에 관한 근본적인 가치결정(Wertentscheidung)의 결과물이라는 것이다.⁷⁷⁾ 재산권보장은 공동체질서에 선험적으로 존재하고 있는 공동체가치의 객관

75) 헌법의 가치결정은 스멘트(Smend)에 의해서 비로소 헌법의 전체체계를 구속하는 효력요구로서 개념화되기 시작하였다. 스멘트는 헌법상에 규정되어 있는 "일반적(allgemein)"의 단어는 구체적 공동체의 "실질적 일반성(materiale Allgemeinheit)"의 생략으로 해석하면서 이 실질적 일반성은 공동체에 존재하고 있는 인간에 대한 헌법의 가치척도를 규정하고 확정된 것으로 보았다. 따라서 이러한 실질적 일반성은 헌법적으로 정당화된 가치의 전체에 대한 총괄개념으로 공동체구속적인 특성을 갖는다는 것이다.(Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1927), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1968, S. 89ff.; ders., Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: ders., a.a.O., S. 309f.; ders., Artikel Intergrationslehre, in HDSW, Bd. 5, 1956, S. 299ff.). 이에 대하여 하멜(Hamel)도 하나의 합리적 일반성(rationale Allgemeinheit)이 아니라 공동체의 가치에 일반적으로 구속되는 모든 경우에 유효한 보편타당한 척도가 되는 것으로 보고 있다(Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 49). 특히, 헌법의 가치결정을 언급하고 있는 한국문헌으로는 장영수, 민주헌법과 국가질서, 1997, 62~65면.

76) 헌법의 가치결정으로서 재산권보장에 관해서는 특히 BVerfGE 14, 263, 277f.; BVerfGE 18, 121, 132; BVerfGE 24, 367, 389; Zippelius, a.a.O., S. 17, 53ff.; Scholz, Identitätsprobleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsгарantie, NVwZ, 1982, S. 338; Hillermeier, Stärkere Sozialbindung des Eigentums?, in: BayVBI, 1985, S. 451; Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, S. 485.; 재산권보장 이외에도 헌법의 가치결정과 직접 관련된 기본권으로는 인격발현권, 신체의 자유, 언론의 자유 및 직업의 자유 등이 있다. 이에 대해서는 Zippelius, a.a.O., SS. 20~63.

77) 즉 재산권자의 개별이익을 넘어서는 또는 그와 동일한 공동체이익에 관한 헌법의 가치결정이 허용하는 범위 내에서 재산권자의 구체적인 자유이익의 제한되는 것이다. BVerfGE 21, 29, 73,

화된 효력요구를 규범화하는 입법권자에 권능에 의하여 그 보장의 내용과 한계가 결정되는 가치충족요구의 구성요소특징(wertausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal)을 가지기 때문이다. 기본권규범으로서의 재산권보장의 내용과 기능은 절대적 재산개념을 전제로 하는 것이 아니라 유동적으로 변경되는 사회적 또는 경제적 관계의 요구에 적응성을 가지면서 확정되는 것이다. 입법권자는 재산권에 대하여 헌법의 근본적인 가치결정의 범위 내에서 그 내용을 확정하거나 한계를 설정하여야 한다. 사회공동체의 공동이익을 위하여 재산권자에게 가해지는 재산권제한이 재산의 객체에 대한 재산권자의 자유로운 처분권까지 박탈하는 경우에는 헌법의 근본적인 가치결정을 일탈하게 되어 재산권의 본질적인 내용을 침해하게 되는 것이다. 재산권의 본질적 내용이 무엇인가에 관하여서는 일의적으로 명확하게 개념화할 수 없지만, 사익과 공익간의 정당한 이익형량(ge-rechte Interessenabwägung)의 표준과 근거를 제시하는 헌법의 가치결정에 의하여 구명되어질 수 있다. 기본권의 가치이론은 공공복리라는 차원에서 본다면 기본권의 실현을 강화하는 것이 되겠지만, 개별 재산권자에게는 오히려 자유권의 제한으로 나타나고 있다는 점에서 오히려 기본권을 약화하는 이론이 된다.

3. 정리

기본권의 가치이론은 '가치실현적'(wertverwirklichend) 기본권사용과 '가치침해적'(wertgefährdend) 기본권사용을 구별하고 있다는 점에서 기본권의 객관적 성격을 강조하는 제도적 기본권이론과 비교하여 특색이 있다.⁷⁸⁾ 기본권의 가치이론은 기본권체계에서 가치를 그 준별근거로 끌어들이므로써 기본권보장을 헌법 자체에서 보다 더 넓힐 수 있도록 새로운 방향을 제시하는 것으로 평가되었지만, 그 가치의 확정이라는 것이 공동체실현이라는 미명에 둔다 하더라도 객관적인 것이 아니라 결국 주관적 가치가 될 수 있다는 점에서 기본권제한의 정당성을 약화시키게 할 수 있다. 기본권의 가치이론은 국가체계에 있어서는 기본권의 실현이겠지만, 개개인에게 있어서는 기본권 제한으로 나타나게 된다. 재산권보장은 자유의 보장기능에 의하여 그 실현이 가능하게 되는데, 가치결정이 부과되게 됨으로서 자유보장이 약화되게 되는 것이다. 물론 현대 헌법국가에서의 재산권보장은 그 상대화경향을 반영하고 있는 것이지만, 가치결정에 의하여 그 상대화의 정당화가 이루어지게 된다면 그 보장의 강도는 점점 더 약화되게

83ff.

78) 홍성방, 전제서, 252면.

된다. 기본권의 가치이론에 의하면 재산권보장을 통한 자유는 한편으로는 가치인식에, 다른 한편으로는 국가라는 가치공동체의 가치요건을 목표로 하는 보장유보에 종속되게 된다. 기본권은 국가라는 공동체의 기초에 있는 가치의 확정이며, 국가는 자유행사의 단순한 내용에 의해서도 공격받으며, 그 내용에 대하여 저항력이 없어지게 되기 때문이다.⁷⁹⁾

V. 민주적-기능적 기본권이론과 민주적 기능실현으로서의 재산권보장

1. 민주적-기능적 기본권이론의 내용

민주적-기능적 기본권이론은 기본권이 수행하는 민주정치적 기능을 중시하여 기본권을 민주주의와 민주정치의 구현을 위하여 존재하는 것으로 이해한다.⁸⁰⁾ 이 이론은 기본권적 자유를 객관화하고 전체질서를 위해 봉사하는 것으로 보는 점에서 제도적 기본권이론과 가치이론과 공통점을 가지고 있다.⁸¹⁾ 그러나 이 이론은 자유는 “목적을 위한 자유”를 전제로 하는 것이므로 자유권의 보장 중에서 언론·출판·결사·집회의 자유와 같이 민주주의와 관련이 있는 기본권을 전면으로 내세운다는 점에서 모든 자유권적 기본권을 그 대상으로 하는 제도적 기본권이론 및 가치이론과 구별된다. 기본권은 그 핵심에 있어서 개별 기본권보유자가 공적인 사항과 정치과정에 자유롭게 관여하기 위한 기능상 및 권한상의 근거규범이며, 기본권보유자와 국가간의 경계설정이나 권한 배분의 규범이 아닌 것이다. 자유는 정치적으로 불가결한 공적 기능을 가능케 하고 보 전하기 위한 법적인 중요성에서 보장된 것이기 때문에, 그 행사는 이미 자유를 담당하는 자의 주관적 임의에 의한 것이 아니라 하나의 직무이며 의무가 된다는 것이다. 시민에게는 전적으로 자유로운, 비구속적인 개인으로서 기본권이 보장되는 것이 아니라 동시에 사회의 구성원으로서 기본권이 보장된다는 것을 인식시켜준 점은 이 이론의 커다란 공적으로 평가된다. 왜냐하면 기본권은 개인적 이익뿐만 아니라 공공의 이익을 위해서 보장되는 것이기도 하기 때문이다.⁸²⁾ 헌법국가에 있어서의 민주주의원리는 국

79) 김효전, 전제논문, 89면.

80) Ridder, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner(Hrsg.), Die Grundrechte, 2. Bd, 2. Aufl., 1968, S. 249ff.

81) 민주적 기능이론은 기본권을 일차적으로 국가적 통일의 갱신과 지속적 발전을 위한 그리고 국가 의사의 방향결정을 위한 정치적 권리라고 이해하는 스펜트의 생각을 기초로 하고 있다는 것이다. 홍성방, 전제서, 254면.

82) 홍성방, 전제서, 254면.

가전체질서를 구성하는 최우선적 결정요소가 된다. 민주주의원리는 그 실현방법에 따라 국가가 임의적이거나 선택적으로 처분할 수 있는 가치가 아니라 국가와 국민이 동시에 존중하고 준수하여야 하는 절대적인 최고원리이다. 헌법의 근본결정 및 국가존속의 구조원리가 되고 있는 민주주의원리의 궁극적 지향점은 국민에게 인간으로서 존엄과 가치를 부여하며 개개인에게는 기본권으로서의 자유와 권리를 최대한으로 보장하는데 있다.⁸³⁾ 민주적-기능적 가치를 실현하는데 있어서 직접적으로 관련을 가지는 기본권이 바로 의사표현의 자유이다. 기본권으로서의 의사표현의 자유는 국민 개개인이 국가권력의 방해나 간섭을 받지 아니하고 자유롭게 의사를 형성할 수 있는 자유와 권리의 보장은 물론 의사의 자유로운 표명을 통하여 여론의 형성과정에 적극적으로 참여하거나 정치적 현안문제에 대하여 직접 결정을 내릴 수 있는 자유와 권리의 보장을 의미한다. 민주적-기능적 관점에서 기본권을 이해한다 하더라도 그 자유기능이 우선되어야지 그 의무의 기능이 우선되어서는 안 되는 것이다.

2. 민주적 기능실현으로서의 재산권보장

재산권보장의 구체적인 내용은 이미 확정되어 있기도 하지만, 새롭게 확정하여야 하는 경우가 더 많은 것이다. 이 경우에 있어서 준거가 되는 것이 재산권보장의 기능이다. 파로디(Parodi)에 따르면, 재산권보장에는 다음과 같은 다섯 가지의 기능이 있다는 것이다. 첫째, 국가의 재산영역에 대한 침해로부터 방어권을 가지는 방어기능(Abwehrfunktion), 둘째, 인간의 생존과 인격발현의 실질적 근거로서 자유를 보장하는 자유기능(Freiheitsfunktion), 셋째, 노동에 의한 생산물의 보장인 급부기능(Leistungsfunktion), 넷째, 재산의 생산과 분배의 결정권능을 국가에 종속되지 않게 함으로서 물질에 대한 국가의 권력적 개입과 정치권력의 행사를 제한하게 하는, 즉 재산을 통하여 권력분립을 이루게 하는 권력분배기능(Machtverteilungsfunktion), 다섯째, 공동체의 이익과 직접 관련적으로 효력을 갖는 재산권자와의 관계를 통하여 사회적이고 공동체이용적인 재산권행사를 배우게 하는 교육기능(Erziehungsfunktion) 등이다.⁸⁴⁾ 재산권이 가지는 권력분배기능과 교육기능에서 민주적-기능적 기본권이론과의 관련성을 찾을 수 있을 것이나, 권력배분기능은 재산권행사에 있어서의 의무로 나타나는 것은 아니라는

83) 헌법에 의하여 국가공동체를 유지·존속하고 있는 현대국가에 있어서의 기본권은 모든 국가권력의 정당성의 원천이 되기 때문이다.

84) Parodi, Eigentumsbindung und Enteignung im Natur-und Denkmalschutz, 1984, SS. 5-65. 이에 대한 참조는 정국원, 헌법국가론, 2006, 271면.

점에서, 또한 재산권보장에는 사회공동체를 통한 재산적 가치의 보장과 재산증식은 물론 그 행사에 있어서 교육기능이 있다 하더라도 이는 궁극적으로 재산의 근원에 대한 독립성이라는 자유권적 기능을 실현케 한다는 점에서 이 이론이 적용될 소지가 적은 것이다. 다만, 개별재산권자에게 승인되어 있는 구체적인 법적지위의 본질은 헌법을 전체적으로 지배하고 있는 근본원리와 관련되어 있다는 점에서 본다면, 민주적-기능적 기본권이론의 적용의 여지가 있게 된다. 즉 재산권보장은, 특히 헌법의 가치척도로서 인권적인 기능을 수행하는 것이다.⁸⁵⁾

3. 정리.

민주적-기능적 기본권이론에 의하면 그 핵심은 개인적 행동의 자유와 결정의 자유가 아닌 이미 전제된 공적·정치적 과정, 정치적 의사형성과정에 참여하는 것이나, 이렇게 자유권을 기능화하고 탈주관화함으로써 기본권의 '의무속성'(Pflichtmoment)이 강된다. 그러나 기본권주체자의 자유로운 의사결정에 의하여 국가의사가 결정되는 것이지 역으로 국가의사의 결정에 따라서 자유가 종속되어서는 안되는 것이다. 비록 재산권보장에 있어서 민주적-기능적 가치가 내포되어 있다고 하더라도, 재산권보장은 재산권자에게 재산객체에 대한 지배권과 고유하고 자유로운 인격발현을 실현하게 하는 인격의 자기표현(Selbstdarstellung der Person)이라는 점에서,⁸⁶⁾ 민주적 기능에 의하여 재산권자가 재산객체에 대하여 전체적으로 결정권을 행사하지 못하거나 또는 타율적 이용을 위한 국가적 결정으로 인해 자기고유의 지배권을 상실하게 되면 재산권의 자유기능에 대한 본질적 내용의 침해가 되어 헌법적으로 허용될 수 없게 된다. 재산객체에 대한 재산권자의 선택권을 남겨 두지 않은 채 그 이용제한적 가치척도를 총괄적으로 규정하여 재산권자의 결정선택(Entscheidungsalternativ des Eigentümers)을 실현하지 못하게 하여서는 안되는 것이다.⁸⁷⁾ 즉 개인의 기본권에 의한 자유는 기본권의 영역설정적 성

85) 이에 대해서는 특히 Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR 81, 1956, S. 117; Rittstieg, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1989, zu Art. 14 /15, Rdnr. 74.

86) Vgl. Maunz/Zippelius, a.a.O., S. 242; Sellmann, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, S. 1691; Meyer-Abich, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, Leistung, Freiheit, Gewaltenteilung, 1980, S. 58f.

87) 재산객체에 대한 재산권자의 이용권이 자유의지를 벗어나 민주적 기능가치의 실현의 전제에 의하여 강요당하는 경우에 있어서는 개별재산권자의 주관적 의지를 실현할 수 없는 사물내용적 제한의 부과에 의한 본질적 내용의 침해가 된다. 정극원, 헌법상 재산권보장의 기본구조와 본질적 내용, 공법연구 제27집 제2호(한국공법학회), 1999. 6, 351면.

격의 결과 자유 그 자체이지 가령 민주적 정치적 과정의 활성화, 가치실현 및 정치적 공동체의 통합 등을 위한 자유는 아닌 것이다.

VI. 사회국가적 기본권이론과 재산권의 사회구속성

1. 사회국가적 기본권이론의 내용

사회국가적 기본권이론은 기본권의 사회적 실현에 대한 인식부족을 노정하고 있는 자유주의적 기본권이론의 약점을 보완하여,⁸⁸⁾ 기본권의 실효화(Effektivierung der Grundrechte)에 그 주안점을 두고 있다. 이 이론은 기본권을 해석함에 있어서 기본법 제20조 제1항의 사회국가원리의 본질적 내용이 되는 기본권의 사회적 구속성과 국가의 사회적 의무에 근거하여 기본권의 전통적인 보호영역의 확대를 통한 사회적 약자의 기본권을 실질적으로 보장하게 하는 것이다.⁸⁹⁾ 사회국가적 기본권이론은 그 기본권 이해를 헌법의 통일성(Einheit der Verfassung)⁹⁰⁾의 관점에서 출발하고 있다.⁹¹⁾ 기본권의 근본적 의미(primäre Bedeutung der Grundrechte)에는 헌법의 통일성으로서의 사회국가원리가 포함되어 있다는 것이다.⁹²⁾ 사회국가적 기본권이론은 일면 자유주의적 기본권이론에 입각한 시민적·법치국가적 자유조직의 결과적인 작용이기도 하지만,⁹³⁾ 다

88) Arndt/Rudolf, a.a.O., S. 114.

89) 사회국가원리의 규범내용에 대해서는 정극원, 헌법상 사회국가원리, 공법학연구 제26집 제2호(한국공법학회), 1998. 6.

90) 헌법의 통일성의 개념에 대해서는 Bäuml, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 27; Ehmke, Prinzip der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20(1963), S. 77f.; Scheuner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 20(1963), S. 125f.; Stein, Juristische Auslegungslhren und wissenschaftliche Methodik, Delbrück/Ipsen/Rauschnig(Hrsg.), Fs. für Menzel, 1975, S. 4; ders., Methoden, der Verfassungsinterpretation und Verfassungskonkretisierung, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1989, S. 116.

91) Kröger, a.a.O., S. 35.

92) 이러한 관점에서 볼 때 사회국가적 기본권이론은 기본권해석에 있어서 다른 기본권이론과는 달리 고유한 자유권실행을 결여하고 있어 강제적인 개념을 확정하고 있지 않다고 보고 있다. vgl. Kröger, a.a.O., S. 28; Höfling, a.a.O., S. 63.

93) 사회국가적 기본권이론은 본질적으로 자유주의적 기본권이론의 약점을 교정하고 확장하기 위하여 등장한 것이지만(Arndt/Rudolf, a.a.O., S. 102; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 58), 자유주의적 기본권이론에 의한 명백한 내용결정은 통일적인 해석을 제공하는 헌법을 통하여 사회국가적 구성부분에 까지 확장되어 나타나고 있기 때문에 사회국가적 기본권이론에는 이같은 작용이 포함되어 있다는 것이다(vgl. Bleckmann, a.a.O., S. 83; Denninger, Staatsrecht, Bd. 2, 1979, S. 192). 그러나 본고는 사회국가적 기본권이론을 순수한 자

른 한편으로는 개인의 자급자족에 의하는 기존의 생활영역은 헌법상의 사회국가원리에 근거하는 사회적 급부실현으로서 사회적 생활영역으로 대체되어야 한다는 결과작용에서 출발하고 있다.⁹⁴⁾ 즉 기본권의 사회적 실현을 이루려는 국가와 인간형성의 사회적 관계에 있어서 날로 증대되고 있는 사회적·문화적 발전상태에 훨씬 더 긴요하게 관련되어 있는 개별 기본권주체자의 기본권실현의 요구와⁹⁵⁾ 20세기에 있어서의 국가는 이 같은 인간의 실질적 요구를 높은 척도로 만족시킬 수 있는 국가부조를 확정하고 있어야 한다는 점을 본질적인 근거로 삼고 있다.⁹⁶⁾ 국가에는 기본권적 자유의 실현을 위한 필수적인 사회적 전제의 보장과 창조라는 헌법으로부터 책임이 부과되게 된다.⁹⁷⁾ 기본권의 헌법실현은 법적·추상적 자유로서가 아니라 오직 사회국가원리에 결부된 실질적 자유로 받아드리고 있는 사회국가적 기본권이론에 의해서 가능하다.⁹⁸⁾ 자유와 사회국가원리의 핵심영역에는 상호간의 호환성에 따른 조화점이 존재하여야 하는 것이지만 사실적으로 보면 자유와 사회국가원리는 대립관계에 있다.⁹⁹⁾ 사회국가원리의 헌법 명령은 기본권적 자유를 소극적으로 침해당하지 않는 것을 의미하는 것이 아니라 나아가 이와 같은 자유를 적극적으로 실현하는 것을 의미한다.¹⁰⁰⁾ 사회국가적 기본권이론은 첫째, 사실적·문화적·실질적 기본권실현의 사회관련적 전제와 그 선이해까지도 기본권의 보호영역(Schutzbereich der Grundrechte)에 편입시켜서 개별 기본권주체자의 법적지위를 확장하며,¹⁰¹⁾ 둘째, 국가에 대한 소극적 방어권이 아니라 국가를 향한 적극적 급부국가(Leistungsstaat)의 실현을 목적으로 삼고 있다.¹⁰²⁾ 사회국가적 기본권이론

유주의적 기본권이론을 극복하기 위한 이론으로서 자유주의적 기본권이론에 대립된 개념으로 이해한다.

94) Böckenförde, a.a.O., S. 1536.

95) Grabitz, Freiheit und Verfassung, 1976, S. 44.

96) Steinacher, a.a.O., S. 213.

97) Scherzberg, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl. 1988, S. 1131; Erichsen, Staatsrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd.1, 3. Aufl. 1982, S. 68f.

98) 법치국가적 자유는 국가권력의 최소한의 민주적 통제가 없어도 그 실현을 요구하는 것이 가능한 것과 마찬가지로 물질적 법익에 대한 최소척도가 없어도 다소나마 효과적으로 실행된다. 사회국가적 기본권이론은 이와 같은 법치국가적 헌법기본요소로서의 개별적인 자유보장을 공동체구속적으로 요구하는 법치국가적 이율배반의 존재를 부정한다. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 47.

99) Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 5ff.; Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967, S. 48.

100) Schneider, Verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Pressewesens, 1971, S. 58ff.; Lerche, Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, 1971, S. 43; Müller, Privateigentum heute, ZSR 100(1981), S. 39.

101) Steinacher, Staatspflichten und Grundgesetz, 1986, S. 213.

102) Arndt/Rudolf, a.a.O., S. 102; Sachs(Hrsg.), a.a.O., S. 85.

의 주된 내용은 국가의 보호의무, 국가에 대한 급부요구권 및 사회적 참여권이다. 국가의 기본권보호의무(grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)란 기본권적 법익을 사인인 제3자의 위법적 침해와 나아가 국가가 스스로 기본권의 수범자가 아닌 경우의 국가적 침해로부터 보호해야 할 국가의 의무를 말한다.¹⁰³⁾ 사회국가적 기본권이론에 따르면 국가에는 국민들의 기본권보장을 완전하게 실현할 수 있는 필수적인 사회적 전제의 실행으로서 이와 같은 기본권보호의무도 부과되어 있기 때문에 국가는 개별 기본권자의 사회적 지위를 국가적 부조를 통하여 증대시켜야 한다.¹⁰⁴⁾ 자유의 실질적 보장은 오직 자유권실행을 위한 사실적인 전제의 국가적 창설과 현재상태의 개별적인 급부요구의 전제에 의해서 실현되는 것이므로, 기본권으로서의 자유권에는 급부국가적 내용(leistungstaatlicher Gehalt)이 부가되는 것이다.¹⁰⁵⁾ 권리실현의 태양이라는 관점에서 본다면 기본권에 부여되어 있는 급부요구는 첫째, 실질적 기본권실현의 의무를 국가에 요구하는 기회균등(Chancengleichheit)과¹⁰⁶⁾ 둘째, 국가에 대한 방어권으로서의 고전적 자유권에 대한 개념으로 성립된 사회적 기본권¹⁰⁷⁾에 있어서 그 의미가 현저하다. 사회국가적 기본권이론은 급부국가를 실현하기 위한 국가과제의 질적 변경과 기본권해석에 의한 사회적 구조의 변경을 이끌기 위한 노력으로 성립되었다.¹⁰⁸⁾ 국가는 사회부조, 교육촉진, 주거비보조 및 연금체계에 있어서 개개인에게 급부보장을 헌법적으로 실현하고 있다. 만약 이러한 경우에 있어서 최저생존을 위한 물질적 전제가 충족되지 못하게 된다면 급부요구는 재판을 통한 국가에 대한 방어권이 되기 때문에 자유권과

103) Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633ff.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 34ff.; Murswiek, Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw. 1986, S. 180ff.; Knemeyer, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutiv, VVDStRL 35(1977), S. 221; Dietlein, a.a.O., S. 102f. 특히, 기본권보호의무에 관하여서는 정태호, 기본권보호의무, 법학논집 특별호(고려대 법학연구소), 1977, 361면 이하.

104) 사회국가적 기본권이론의 내용으로서의 국가의 보호의무는 그 구성요소적 측면에서 국가의 기본권보호의무와 겹치는 부분이 있다하더라도 그 전체적 구성부분에 있어서는 사회국가의 전제성에 의하여 다를 수밖에 없기 때문에 일반적 기본권보호의무보다는 훨씬 더 제한된 범위에서 실현되어 지는 것이다.

105) Finkelnburg, Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 171; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrenzschutz, 1971, S. 119; Bürmeyer, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, 1975, S. 66; Kloepfer, Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, JZ 1979, S. 212.

106) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30(1972), S. 96.

107) Krüger/Seifert, Die Einschränkung der Grundrechte, 1976, S. 24.

108) Martens, Grundrechte im Leistungsstaat VVDStRL 30(1972), S. 21.