[논 문] https://doi.org/10.31839/DALR.2019.02.82.1

기본권이론과 기본권실천*

- 민주적 법치국가에서 기본권국가를 위한 길 -

김 해 원**

≪차 례≫

Ⅰ. 시작하는 글
Ⅱ. 기본권이론
1. 기본권의 개념과 본질
2. 기본권관계
3. 수단과 목적으로서의 기본권
4. 소결
Ⅲ. 기본권실천
1. 기본권실천의 계기로서 기본권 심사
2. 기본권실천의 방식과 한계
Ⅳ. 마치는 글

Ⅰ. 시작하는 글

어떤 대상에 관한 지식을 논리적 연관에 따라 하나의 체계로 엮은 '이론'과 일정한 사실이나 형편에 작용해서 그것을 유지 혹은 변혁시키려고 하는 인간의 의식적·능동적 활동인 '실천'의 성과에 따라서 이상과 현실이 각각 규정될 수 있다고 하더라도, 이상을 지향하는 이론과 현실을 감당하는 실천은 상

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5A2A01022065)
** 부산대학교 법학전문대학원 부교수

www.kci.go.kr

호 배태되는 중첩적 계기이다.[1] 뿐만 아니라 우리가 지적 허영으로 가득한 이론이 아니라 현실을 위한 이론(즉 실천의 계기가 되는 이론)과 현실에 안주하려는 실천이 아니라 이상을 향한 실천(즉 이론을 반영하는 실천)을 희망한다면, 이론과 실천을 끊임없이 상호참조하면서 서로를 견인해나가는 것은 회피할 수 없는 과제라고 하겠다. 그리고 이러한 과제는 기본권에 대한 지식을 논리적 연관에 따라 하나의 체계로 엮어내는 기본권이론과 헌법현실 속에서 기본권을 옹골지게 구현하려는 기본권실천의 영역에서도 다르지 않을 것이다. 오히려 기본권은 독립된 정치공동체인 국가 내에서 가장 상위에 놓여 있는 당위적 요청인 헌법으로부터 뒷받침되는 핵심가치라는 점에서, 기본권을 둘러싼 이론과 실천은 헌법현실에서 가장 중요하고 가장 원칙적인 이론과 실천이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

그런데 문제는 기본권이론과 기본권실천을 상호참조하면서 서로를 견인해나가기 위해서는 무엇보다도 참조할 기본권이론의 성과와 기본권실천의 방식 및 한계가 뚜렷하게 확인되어야 한다는 것이다. 왜냐하면 현재 도달한 기본권이론의 성과는 현실화되어야 할 기본권실천의 목표이면서 동시에 기존의 기본권실천을 돌이켜 살피는 거울이며, 현재 행해지고 있는 기본권실천의 방식이나 기본권실천이 놓여 있는 현실적 한계는 기본권이론을 통해 존중 혹은 극복되어야 할 과제이면서 동시에 기존의 기본권이론을 성찰토록 하는 거울이기 때문이다. 바로 이러한 문제의식에 입각해서 이 글[2]에서는 우선 헌법현실에서 발생되는 기본권문제를 포착하고 통찰함에 있어서 핵심이 되는 기본권이론과 관련된 중요한 일반론을 요약하여 그 성과를 체계적으로 정돈한 다

---

1) 이론과 실천 및 이상과 현실에 관해서는 김해원, 『기본권심사론』, 박영사, 2018, i 참조.

2) 심사과정에서 이 글을 학회지나 학술지에 게재하는 것 보다는 단행본을 통해서 발표하는 것이 더 좋겠다는 심사자의 지적이 있었다. 사실 이 글에 대한 기본적 구상은 저자가 지난해 여름에 탈고한 『인권이란 무엇인가: 인권민주주의를 위한 헌법 강의』(한티재, 2018)에 의존하고 있다. 하지만 해당 단행본은 비전문적 독자를 대상으로 한 일반교양서라는 점에서 학문적 평가나 비판의 기회를 가지기가 어려웠으며 무엇보다도 학문적 공론의 장에서 지속적이고 본격적인 검토의 대상이 되는데 일정한 한계가 있었다. 뿐만 아니라 학술적 성과를 대중화하는 것 못지않게 이미 대중화된 교양에 대한 학술적 검토 또한 중요한 의미가 있다고 보았으며, 그러한 역할 또한 학술공동체의 과제라고 생각했다. 바로 이러한 문제의식에서 본 글이 집필되었고 투고되었다. 물론 해당 단행본 출간 이후 행해진 후속 연구와 선행된 연구 성과들의 보다 면밀한 학문적 분석을 바탕으로 형식과 내용에 있어서 추가적인 학술적 보완을 거쳤으며 특히 주장의 전거를 명확하고 상세하게 드러냄으로써 설득력 확보와 비판의 계기를 마련하는데 주목했음을 밝혀둔다.

www.kci.go.kr

음(Ⅱ.), 이어서 기본권적 가치를 구현하기 위한 실천의 계기와 방식 및 한계를 검토하고자 한다(Ⅲ.). 그리고 이러한 정돈과 검토는 기본권이론과 기본권실천의 상호접근 과정이자 기본권보장이라는 헌법국가의 과제를 수행하는 활동임을 강조하는 것으로 글을 갈무리할 것이다(Ⅳ.).

Ⅱ. 기본권이론

1. 기본권의 개념과 본질

가. 서두

헌법규범에 내포된 기본권을 헌법현실에 소환해서 기본권적 가치가 구체적으로 실현되게끔 적극적으로 노력하는 활동인 기본권실천의 영역으로 진입하기 위해서는 무엇보다도 도대체 소환하려는 대상인 기본권이 무엇인지를 알아야 할 뿐만 아니라, 소환된 기본권의 본질에 대한 기본적 이해가 선행되어야 한다. 그런데 대한민국헌법 어디에도 기본권이라는 단어는 등장하지 않는다.[3] 하지만 논란 없이 헌법 제10조에 명시된 "기본적 인권"을 기본권이라고 부르면서 이를 탐구의 대상으로 삼고 있다는 점에서,[4] 여기에서는 '헌법적 차원(Verfassungsrang)의 권리'를 기본권에 관한 제1차적 개념으로 포착하고[5] 이러한 개념의 요소를 이루는 "헌법적 차원"과 "권리"의 의미를 각각 뚜

3) 물론 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 "헌법상 보장된 기본권"이란 표현을 사용하고 있고, 제75조 제2항 및 제3항에서도 "기본권"이란 단어를 적시하고 있다. 뿐만 아니라 인신보호법 제1조에서는 "「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권", 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제1조에서는 "노동기본권", 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 제3조와 제7조에서는 각각 "헌법상 기본권"과 "국민의 기본권"을 규정하고 있으며 그 밖에도 국방개혁에 관한 법률・군인의 지위 및 복무에 관한 기본법・뉴스통신 진흥에 관한 법률・민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률・민주화운동기념사업회법・방송법・형사사법절차 전자화 촉진법 등에서도 "기본권"이란 단어가 확인된다. 하지만 이러한 "기본권"은 모두 해당 법률의 개정이나 폐지 등에 좌우되는 법률적 차원의 개념에 불과하다.

4) 이에 관한 상세한 검토는 허완중, 자유와 권리 그리고 기본적 인권, 성균관법학 20-3, 2008, 550-555쪽.

5) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Suhrkamp, 1996, S. 258.

www.kci.go.kr

렷하게 밝힘으로써 기본권의 본질에 다가가도록 한다.

나. 헌법적 차원

(1) 헌법적 차원으로서의 기본권이 갖는 의미

헌법 스스로 자신이 최고규범이라고 명시하고 있지 않음에도 불구하고, 헌법은 독립된 정치공동체인 국가 내에 존재하는 최고의 실정 규범(국내최고법규범)으로 당연시 되고 있다.[6] 이러한 당연시는 (헌법이 국가의 근본 질서와 형태를 규율하고 위헌법률심판을 규정하고 있다는 점을 통해서도 지지받겠지만) 규범을 실효적으로 만들 수 있는 최종 근거는 당위적 가치나 내용이 아니라 실제 존재하는 실력에 있다는 점에 입각해서 헌법 이면에 도사리고 있는 사실상의 실력에 주목한 결과라고 할 수 있다. 왜냐하면 헌법은 (시원성・항구성・단일불가분성・불가양성・자율성 등과 같은 속성을 가진 국가의 절대적이고 항구적인 최고 권력이자 대외적으로 독립된 권력인) 주권의 구체적 표현인 헌법제정권력의 발동에 의해서 그 규범적 지위와 힘이 뒷받침되고 있기 때문이다.[7] 관련해서 특히 대한민국헌법 제1조 제2항은 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.」는 점을 확인하고 있는데, 여기서 주권자(헌법제정권자)인 국민으로부터 나오는 “모든 권력”은 입법권・행정권・사법권 등과 같이 헌법에 의해서 정당성을 부여받은 모든 국가통치권력을 의미한다.[8] 따라서 ‘헌법적 차원’이라 함은 ‘헌법제정권력(주권) 아래에 놓여 있지만, 국가의 구체적인 통치권력 행사보다는 상위에 위치하는

6) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2017, 3쪽.

7) 주권권력설에 입각한 국민주권론에 대해 비판적 입장을 피력하고 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 박경철, 국민주권, 국민의 헌법제정권력 그리고 관습헌법, 헌법학연구 13-2, 2007, 202-203쪽 참조. 한편 헌정질서를 창출한 헌법제정권력의 작동이 행해지면 최고 권력을 포착하는 개념으로서 주권관념이 갖는 역할은 소진된다는 취지의 견해도 있으나(특히 M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 4. Aufl., Westdt. Verl., 1990, S. 111ff.), 최고권력인 주권에 입각해서 국가권력의 통상적 행사를 정향하고 구체화하려는 노력이 가지는 규범적・사실적 실체를 도외시할 수는 없다고 본다(이계일, 주권론의 위협상황과 국민주권론의 재구성가능성에 대한 고찰 - 이 시대 주권론은 가능한가? 가능하다면 어떠한 조건하에서? -, 법철학연구 16-1, 2013, 262쪽).

8) 오충환, 국민주권을 통치권의 정당화원리로 보는 것에 대한 비판, 헌법학연구 17-1, 2011, 4쪽; 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554・566(병합), 판례집 16-2(하), 40쪽: “헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 […].”

www.kci.go.kr

서열'로 이해할 수 있겠다. 그리고 바로 이러한 점에서 헌법제정권력(주권)의 발동으로 정립된 대한민국헌법 제10조 제2문에 명시된 "기본적 인권" 즉, 기본권은 헌법의 지배를 받는 모든 국가통치권력을 통제하며 구속할 수 있는 서열, 즉 헌법적 차원의 개념이란 점이 또렷해진다.

(2) 구별개념

물론 헌법하위규범, 특히 법률에서 '기본권' 혹은 '기본적 인권'이 발견되기도 한다.[9] 하지만 법률에서 발견되는 '기본권' 혹은 '기본적 인권'이 헌법적 차원의 개념으로서의 기본(적 인)권을 확인한 것에 그치는 것이 아니라, 법률을 통해서 비로소 존립될 수 있는 것이라면 그 표현이 무엇인지를 불문하고 해당 개념은 원칙적으로 법률제정권자인 국회에 좌우되는 것이라는 점에서 본 글에서 탐구의 대상으로 삼고 있는 헌법적 차원의 개념인 기본(적 인)권과는 구분된다. 왜냐하면 법률적 차원의 개념은 헌법적 차원의 개념에 의해서 통제되고 평가되는 대상에 지나지 않기 때문이다.

같은 맥락에서 국제법적 차원에서 주목되는 기본적 인권 또한 헌법적 차원의 권리인 기본적 인권과는 서로 분별되어야 한다. 특정 국가를 넘어서서 국제적으로 보편성을 확보하고 이를 관철시킬 수 있는 계기를 마련하려는 측면에서 국제법적 차원에서 기본적 인권을 검토하는 것이 갖는 중요성 및 필요성이 국제법적 차원과 헌법적 차원을 동일시 할 수 있는 규범적 근거일 수 없음은 당연하며, 무엇보다도 우리는 1648년 이래로 주권국가를 능가하는 초국가적 상위권위체에 의한 지배를 부정하는 베스트팔렌 체제(Westphalian System) 아래에 놓여 있기 때문이다.[10] 특히 국제법이 국내적으로 효력을 가

9) 예컨대 국가인권위원회법 제1조 "개인이 가지는 불가침의 기본적 인권", 법률구조법 제1조 "기본적 인권", 교육기본법 제12조 "기본적 인권", 국가보안법 제1조 "헌법상 보장된 국민의 기본적 인권", 방송법 제6조 제3항 "국민의 기본권", 헌법재판소법 제68조 제1항 "헌법상 보장된 기본권", 인신보호법 제1조 "「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권", 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 제7조 "국민의 기본권 침해 방지", 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제1조 "노동기본권", 형사사법절차 전자화 촉진법 제4조 제6호 "기본권 보장에 관한 사항" 등등.

10) 물론 지구화가 베스트팔렌 체제에 근본적인 타격을 가함으로써 새로운 질서가 창출되고 있다는 주장이 강력하게 제기되고 있긴 하지만, 지구화로 인한 새로운 질서는 베스트팔렌 체제하의 헌법질서를 대체하거나 매장하기보다는 변용시키고 있을 뿐이다. 이에 관한 보다 상세한 설명은 J. Baylis/S. Smith/P. Owens(著), 하영선 外(譯), 세계정치론, 을유문화사, 2015, 36-43쪽 참조.

www.kci.go.kr

질 수 있는 근거가 헌법(특히 제6조 제1항)으로부터 마련된다는 점에서 국제법적 차원은 적어도 국내적으로는 헌법하위규범적 차원으로 보아야 할 것인바, 대한민국이라는 정치공동체 내에서는 법률적 차원과 마찬가지로 헌법을 통해서 통제되거나 평가되어야 하는 차원에 지나지 않는다고 해야 한다.[11]

한편 법 실무에 견고하게 뿌리내린 실정 헌법적 차원의 권리인 기본권을 추상과 이념의 세계로 승화 혹은 전락시켜 소위 자연법적 차원으로서의 기본권을 강조하려는 견해 또한 경계되어야 한다.[12] 왜냐하면 현실세계와 분별될 수 있는 추상과 이념의 세계(혹은 절대 정의로서의 신의 영역)가 실존하는지도 의문이지만, 실제로 존재한다고 하더라도 그러한 세계 혹은 영역에 존재한다고 믿어지는 보편절대적 진리 내지는 가치인 자연법 혹은 정의 관념이 현실로 스며들어올 수 있는 진입구로서의 헌법을 이미 쟁취한 상황임에도 불구하고[13] 계속해서 기본권을 자연법적 차원으로 이해하는 것은 한편으로는 실정법을 통해서 뒷받침되고 있는 인권의 실효성을 흔드는 것이며, 다른 한편으로는 다시 헌법 이전의 세계로 퇴보하자는 주장에 다름 아니기 때문이다.[14]

다. 권리

(1) 서

기본권이 헌법적 차원의 개념이라고 하더라도 모든 헌법적 차원의 개념이

---

11) 헌법재판소도 "우리 헌법은 조약에 대한 헌법의 우위를 전제하고 있으며, 헌법과 동일한 효력을 가지는 이른바 헌법적 조약을 인정하지 아니한다"라고 판단하고 있다(헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166).

12) 이에 관한 상세한 설명 및 기본권을 자연권설로 이해하는 문헌들에 대한 적시로는 특히 김해원, 기본권체계, 법학논고 32, 경북대학교 법학연구원, 2010, 303-304쪽 참조; 한편 본 글의 심사과정에서 자연법적 차원으로서의 기본권을 강조하는 입장에 대한 저자의 경계 및 우려에 대해서 "현실적으로 규정되어 있지 않은, 인간의 존엄성을 유지하는데 필요한 근본적인 권리들이 존재"할 수밖에 없다는 점을 지적하면서 "자연법적 차원의 권리를 인정해야 하는 것이 논리적"이라는 심사자의 의견이 있었다. 이러한 의견의 취지에는 전적으로 공감하지만, 그럼에도 불구하고 자연법적 차원의 규범이나 권리에 대해서 헌법의 매개 없이 자연법 그 자체로서 실효성을 인정하는 것은 실정헌법체계 내에서는 수용하기에는 어렵다고 본다. 물론 이러한 필자의 지적이 자연법적 정의 관념을 실정법체계 안으로 끌어올 수 있는 진입로로서 헌법의 기능과 역할을 폄훼하는 것은 아님을 밝혀둔다.

13) 헌법규범, 특히 기본권관련 조항들의 추상성과 개방성 및 상반규범성은 이를 가능케 해준다. 관련해서는 무엇보다도 헌법 제10조 "행복을 추구할 권리"나 제34조 "인간다운 생활을 할 권리", 제37조 제1항 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다." 등을 참조.

14) 김해원, 『인권이란 무엇인가: 인권민주주의를 위한 헌법 강의』, 한티재, 2018, 28쪽 이하(특히 31쪽).

www.kci.go.kr

기본권인 것은 아니다.[15] 지금부터는 '헌법적 차원'과 함께 기본권의 본질을 이루는 또 다른 개념요소인 '권리'를 분석함으로써[16] 기본권의 본질에 한 걸음 더 다가가도록 한다.

(2) 자유

규범은 당위의 양식으로 존재한다는 점에서 권리 또한 규범적 차원에서는 허용(Erlaubnis)·명령(Gebot)·금지(Verbot)와 같은 당위의 양식으로 포착될 수 있다.[17] 우선 권리에는 허용이라는 당위의 양식으로 포착될 수 있는 상태, 즉 자유가 내포되어 있다. 따라서 어떤 무엇에 대한 권리를 보유하고 있는 사람(권리자)은 그 어떤 무엇과 결부된 억압과 강제로부터 해방되어 있으나, 그 어떤 무엇을 해도 되고 안 해도 되는 선택의 순간을 견디고 그 선택의 결과를 감내해야만 하는 고통, 즉 자기책임의 원칙과 마주하게 된다. 바로 이러한 점에서 자유로서의 권리는 권리자의 권리행사상황(즉 선택상황)을 성찰토록 하는 중요한 계기를 마련해주는 장점은 있으나, 자유가 억압받는 경우에 맞설 수 있는 적극적 측면은 취약하다. 따라서 기본권이론 그 자체에 머물지 않고 기본권실천을 위한 적극적인 기본권이론에 주목하고 있는 본 글에서는

15) 예컨대 "대한민국은 민주공화국이다."(헌법 제1조 제1항) 혹은 "입법권은 국회에 속한다."(헌법 제40조) 등과 같은 조항들을 우리는 기본권조항으로 이해하지는 않는다.

16) 권리의 개념에 대한 분석으로 고전적 위치를 차지하고 있는 W.N. Hohfeld의 연구에 따르면, 권리의 개념요소로서 요구(claim)·자유(liberty)·권능(power)·면책(immunity)이 언급되고 있다(W.N. Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: Yale Law Journal 23, 1913, pp. 16-59). 하지만 헌법적 차원에서 문제되는 '권능'과 '면책'은 권리관계가 아니라 권한관계에서 주목되어야 할 것으로 생각한다. 권한 및 권한관계에 관해서는 준비 중인 별도의 논문을 통해서 추후 보완토록하고, 여기에서는 자유와 요구에 주목해서 헌법적 차원의 권리, 즉 기본권을 검토한다. W. N. Hohfeld의 권리분석이 갖는 의의와 한계를 소개하는 문헌으로는 특히 김도균, 권리의 문법 —도덕적 권리·인권·법적 권리, 박영사, 2008, 3-42쪽 참조.

17) Vgl. M. Herberger/D. Simon, Wissenschafts für Juristen: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, Alfred Metzner Verlag, 1980, S. 7ff., 183ff.; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 3. Aufl., 1996, S. 182ff.; 소흥렬, 당위명제의 논리적 관계, 철학 17(봄호), 한국철학회, 1982, 160-161쪽; 한편 허용규범과 자유와의 관계에 대해서는 R. Alexy, 앞의 책, 185쪽, 202쪽; 규범사각형에서 '허용(P)'은 작위행위의 허용(적극적 허용: Pp)과 부작위행위의 허용(소극적 허용: P—p)으로 나타나는데, 이 두 종류의 '허용'을 결합(∧)하면 법으로부터 자유로운 영역(rechtsfreier Raum) 내지 자유방임(Ip)이 도출된다(Ip = df Pp∧P—p). 이에 관해서는 C. Winberger/O. Weinberger, Logik, Semantik, Hermeneutik, C.H.Beck, 1979, S. 104; L. Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, in: ARSP 53, 1966, S. 204; R. Alexy는 "Ip"을 "Lp"로 나타내고 있다(R. Alexy, 앞의 책, 185쪽).

www.kci.go.kr

자유의 보호울타리(protective perimeter)[18]로서 권리에 내포된 적극적 측면인 요구를 가장 엄밀한 의미에서의 권리(a right in the strictest sense)[19]로 이해하고 이를 계속해서 살핀다.

(3) 요구

권리의 적극적 측면으로서의 권리상대방을 겨냥한 요구는 작위행위를 요구내용으로 할 경우에는 명령이라는 당위의 양식으로, 부작위행위를 요구내용으로 할 경우에는 금지라는 당위의 양식으로 각각 포착된다. 즉 작위를 요구하는 권리는 권리상대방(권리수범자)에 대한 명령규범으로서 작위의무를, 부작위를 요구하는 권리는 권리상대방(권리수범자)에 대한 금지규범으로서 부작위의무를 부담시키는 기능을 한다.[20] 그리고 권리의 본질요소로서 '요구'가 갖고 있는 이러한 기능적 측면에 주목한다면 가장 엄격한 의미에서의 권리(즉 '요구'로서의 권리)는 작위를 요구하는 권리(급부권)와 부작위를 요구하는 권리(방어권)로 분별할 수 있을 것인바, 이러한 분별에 상응하여 권리상대방은 각각 작위의무와 부작위의무를 부담하게 된다.[21] 바로 이러한 점에서 권리는 권리주체의 내면적 해방감을 넘어서서 권리상대방의 의무를 성립시키는 대외적 관계맺음의 적극적 계기로 등장하며, 이러한 관계맺음의 헌법적 차원이 곧 이어 분석하게 될 기본권관계이다.

(4) 정리: 권리개념요소인 자유와 요구의 헌법적 포착

대한민국헌법의 어버이들은 1948년 제헌과정에서 '기본권'이란 용어가 아

18) H.L.A. Hart, Essay on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford, 1982, p. 171.

19) W.N. Hohfeld, 앞의 글, 30쪽.

20) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2008, 376-378쪽; R. Alexy, 앞의 책, 182쪽 이하 참조.

21) 기본권과 관련해서 권리의 기능적 측면에 주목하고 있는 문헌으로는 특히 이준일, 기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형, 공법연구 29-1, 한국공법학회, 2000, 102-120쪽. 다만 이준일 교수는 요구의 내용인 작위나 부작위와 분별되는 것으로 평등한 분배를 언급하고 있으나, 이러한 평등한 분배는 독립해서 등장하는 것이 아니라 작위행위의 평등한 분배 혹은 부작위행위의 평등한 분배로 결부되어 나타난다는 점에서 독립해서 살필 이유가 없다고 본다(이러한 관점은 결국 헌법상 평등을 권리로 구성하는 것에 대한 비판으로 나아가게 되는바, 이에 관해서는 김해원, '평등권'인가 '평등원칙'인가?, 헌법학연구 19-1, 한국헌법학회, 2013, 223쪽 이하 참조).

www.kci.go.kr

닌 '국민의 권리와 의무'라는 표제 아래에 '자유'나 '권리'라는 용어를 사용해 왔고, 이러한 전통은 현행 헌법 또한 계승하고 있다.[22] 특히 '헌법 제2장 국민의 권리와 의무' 아래에 가장 먼저 등장하는 제10조에서 일반적으로 기본권으로 줄여서 부르는 "기본적 인권"을 언급한 후 제11조부터 제36조에 이르기까지 다양한 생활영역에 상응하는 각종 기본권 및 기본권관련사항들을 포착한 다음 포착된 모든 자유와 권리들을 망라하여 제37조 제2항에서는 "모든 자유와 권리"라는 용어를 사용하고 있다. 그렇다면 앞서 살펴본 권리개념요소에 주목해서 헌법상 용어를 살핀다면, 헌법 제2장 표제에 등장하는 "권리"는 넓은 의미의 헌법적 차원의 권리로서 헌법 제10조 "기본적 인권"이나 헌법 제37조 "자유와 권리"에 상응하는 개념으로 해석하고, 헌법 제37조의 "자유"는 넓은 의미의 헌법적 차원의 권리에 내포된 소극적 측면을, 헌법 제37조의 "권리"는 넓은 의미의 헌법적 차원의 권리에 내포된 적극적 측면인 요구를 의미하는 좁은 의미의 권리로 이해할 수 있으리라고 본다.[23]

2. 기본권관계

가. 서두

인간이 맺는 다양한 관계 중에서 법을 매개로 형성되는 관계를 법관계, 법관계 중에서 독립된 정치공동체인 국가 내에서 최상위의 법단계인 헌법을 중심으로 형성되는 관계를 헌법관계라고 한다면, 헌법의 핵심을 이루는 기본권과 관련해서 등장한 관계를 기본권관계라고 할 수 있을 것이다.[24] 그런데 기본권 또한 권리라는 점에서 3가지 권리변수 – 권리보유자변수(a)·권리수신인(권리상대방)변수(b)·권리대상(권리내용)변수(G) – 로 이루어진 三價關係의 구조 속에 놓이는 바,[25] "a는 b에 대해서 G에 관한 권리를 보유한다."라

22) 허완중, 앞의 글(주 4), 540-541쪽.
23) 허완중, 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무, 저스티스 115, 한국법학원, 2010, 74쪽: "기본(적 인)권은 헌법 제37조의 자유와 권리에 대응되는 개념으로서 헌법이 보장하는 모든 권리를 포섭한다."
24) 허완중, 앞의 글(주 23), 69쪽.
25) 권리의 공통기본구조에 관해서는 김도균, 앞의 책, 4-5쪽; R. Alexy, 앞의 책, 171-172쪽.

www.kci.go.kr

는 권리일반문장으로 표현될 수 있다.[26] 하지만 기본권은 권리변수 a, b에 각각 기본권 주체인 국민[27]과 기본권 수범자인 국가[28]가 대응하는 헌법적 차원의 권리[29]라는 점에서 그 특수성이 있다. 그리고 이러한 특수성은 모든 개별 기본권들의 목적조항이라고 일컬어지는 헌법 제10조가 "기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무"를 지는 주체(의무주체)가 국가인 점을 뚜렷하게 명시하고 있다는 점을 통해서도 뒷받침된다.[30] 이하에서는 위 3가지 권리변수에 주목해서 기본권관계의 내용을 간략히 분석 및 정리한다.

나. 기본권관계에서 권리보유자: 국민

기본권관계에서 권리보유자에 관한 논의는 전통적으로 기본권주체론 혹은 기본권의 인적 효력범위(인적 구성요건론) 등과 같은 주제로 다루어왔다.[31] 이와 관련해서는 이미 많은 논의가 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 본 글이 기본권주체론 그 자체를 본격적으로 다루는 글이 아니라는 점에서 이에 관한 본격적인 논의를 여기서 재론하지는 않을 것이다. 다만 헌법은 원칙적으로 "(모든) 국민"이 기본권주체라고 선언하고 있다는 점에서 기본권관계에서 외국인이나 법인 등이 기본권보유자가 될 수 있는지 여부에 관한 문제는 결국 기본권의 귀속주체를 "개인"(헌법 제10조) 혹은 "누구든지(헌법 제12조 제4항・제5항・제6항)", "근로자(헌법 제33조)", "형사피고인(헌법 제27조 제4항, 제28조)", "형사피해자(헌법 제27조 제5항)", "형사피의자(헌법 제28조)" 등과

---

26) 김도균, 앞의 책, 5쪽; 한편 R. Alexy는 이러한 권리변수들의 관계를 기호화하여 "RabG"로 표현하고 있다(R. Alexy, 앞의 책, 172쪽).

27) 우리 헌법제정권자는 기본권의 귀속주체(기본권주체)를 대부분의 경우에는 "국민"으로 표현하고 있으나, 경우에 따라서는 "누구든지", "형사피고인", "근로자", "여자" 등으로 나타내기도 한다. 그리고 기본권주체에게 명시적으로 특정한 기본권적 지위내용을 " […] 가진다." 라고 표현(능동적 규정양식)하거나, 혹은 "[…] 침해받지(혹은 차별을 받지/박탈당하지/소추되지/거듭 처벌받지/경시되지) 아니한다."라고 표현(수동적 규정양식)하고 있다. 관련 설명과 구체적인 헌법규정의 적시는 김해원, 「헌법적 논증에서 객관헌법과 주관헌법」, 『헌법학연구』 16-1(한국헌법학회, 2010), 179-180쪽.

28) 기본권 수범자로서의 국가에 관해서는 조한상, 「기본권의 효력 – 기본권의 수규자, 주장 및 관철의 문제」, 『청주법학』 32-2(청주대학교 법학연구소, 2010), 6-7쪽.

29) R. Alexy, 앞의 책, 258쪽.

30) 김해원, 기본권 원용의 양상과 기본권이론 — 사법질서에서 기본권의 효력을 중심으로 —, 헌법학연구 17-2, 한국헌법학회, 2011, 392-393쪽.

31) 특히 김승환, 기본권의 인적 효력범위, 공법학연구 9-4, 한국비교공법학회, 2008, 109쪽 이하.

www.kci.go.kr

같이 표기한 헌법문언에 기대어서 “국민” 개념을 얼마나 확장할 수 있는지 여부에 관한 문제라고 보아야 할 것이다.[32] 이와 관련해서 헌법 제10조의 “개인”은 국가와의 일정한 관련 속에서의 ‘개인’으로 이해하는 것이 마땅하다는 점, 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에서 “모든 자유와 권리”의 귀속자를 “국민”으로 한정하고 있으므로 헌법이 기본권귀속주체로 명시하고 있는 누구든지・근로자・형사피고인・형사피해자는 각각 ‘국민 중에서 누구든지’와 ‘국민인 근로자・형사피고인・형사피해자・형사피의자’로 이해하는 것이 타당하다는 점,[33] 외국인의 지위보장은 헌법 제6조 제1항 및 제2항에 의해서 국내법질서에서 헌법하위의 서열을 갖는 “국제법과 조약”에 의해 보장되고 있는 점,[34] 그리고 법인과 같은 사적 단체의 활동을 통해서 일정한 이익 내지는 자유를 향유할 수 있는 자연인이 해당 이익이나 자유를 기본권으로 관철시킬 수 있는 경우에는 굳이 법인의 기본권주체성을 검토할 실익이 크지 않다는 점 등을 고려한다면, 기본권보유자인 국민의 개념을 적극적으로 확장시켜서 헌법문언으로부터 많이 벗어나게 되는 해석은 가급적 지양되어야 한다고 본다.[35]

분명한 것은 기본권관계에서 권리보유자인 국민은 기본권적 자유를 향유하며 기본권내용과 결부된 일정한 요구를 권리상대방인 국가에 대해서 할 수 있는 헌법적 차원의 지위에 있다는 것이다.

다. 기본권관계에서 권리상대방: 국가

(1) 서두

국가는 헌법학 전체를 관통하고 있는 핵심 주제이다.[36] 하지만 오늘날 국가론은 헌법학적 차원을 넘어서서 정치학・사회학・철학 등의 영역에서 훨씬

32) 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호, 공법학연구 14-1(한국비교공법학회), 2013, 227쪽 이하.
33) 김해원, 앞의 책(주 1), 456쪽.
34) 김해원, 기본권관계에서 국가의 의무 – 확인의무・보장의무・보호의무를 중심으로 –, 공법학연구 12-4, 한국비교공법학회, 2011, 94-95쪽.
35) 이에 관한 보다 상세한 논증은 분량관계 상 준비 중인 기본권의 인적구성요건에 관한 글을 통해서 추후 발표하도록 한다.
36) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 95쪽.

www.kci.go.kr

활발하다고 할 수 있다. 일반적으로 국가의 본질을 규명하는 국가본질론, 국가의 생성과 변화를 추적하는 국가변천론, 다양한 국가관을 연구하는 국가사상론, 국가의 조직과 구성에 집중하는 국가형태론 등으로 국가론은 다양하게 변주되면서 그 논의의 깊이와 폭을 심화시켜나가고 있지만,[37] 해석법학이 지배하고 있는 우리 헌법학계에서 논의되는 국가론은 국가내부의 권력분장에 주목한 국가형태/조직론으로 결집되고 있는 경향이 강하다. 여기서는 국가론 전반에 관한 깊이 있는 논의를 전개하기보다는 국가가 본격적인 연구대상으로 다루어지기 시작한 서구 근대에 주목해서 국가의 본질을 간략히 환기하고자 한다. 왜냐하면 오늘날 우리의 헌법체제는 본질적으로 서구 근대국가가 정립되는 과정에서 등장한 헌법체제의 수용을 통해서 정립된 것이며,[38] 기본권 관계에서 기본권인식의 중요한 계기인 기본권적 감수성 내지는 헌법적 감수성은 기본권의무자이자 헌법준수의무자인 국가의 본질을 어떻게 이해하는지에 따라 좌우된다고 해도 과언이 아니기 때문이다.

(2) 근대국가의 출현과 국가의 본질에 대한 자각

서구에서 국가가 본격적으로 조명을 받기 시작한 것은 근대를 열어젖힌 계기인 30년 전쟁(종교전쟁: 1618~1648) 이후이다.[39] 종교를 이유로 거의 한 세대가 절멸할 정도의 전쟁을 치르면서 중세 이후 서구사회를 지배하고 있던 상위권위체로서 종교가 갖고 있던 힘들이 조금씩 무너져 내리기 시작하더니,[40] 결국 1648년 베스트팔렌과 오스나브뤼크 평화조약을 통해서 통치자들 사이에 외부 간섭 없이 자기 영토 내를 다스리고 자기 영토 내의 종교를 선택할 수 있는 각자의 권한을 인정한다는 합의가 성립되었고 시간을 거치면서 이러한 합의는 주권국가성의 원칙으로 성문화됨으로써 근대 국가성(주권국가

37) 성낙인, 앞의 책, 95쪽.

38) 이에 관해서는 특히 김효전, 서양 헌법 이론의 초기 수용, 철학과현실사, 1996, 17쪽 이하.

39) 30년 전쟁에 관한 자세한 내용은 C. V. Wedgwood(著)/남경태(譯), 30년 전쟁: 오늘의 유럽을 낳은 최초의 영토전쟁 1618~1648, 휴머니스트, 2011, 25쪽 이하.

40) S. Toulmin(著)/이종흡(譯), 코스모폴리스, 경남대학교 출판부, 2008, 95쪽: "유혈극이 연장되면 될수록 유럽은 그만큼 역설적인 상황에 빠졌다. 돈 때문이든 신념 때문이든 수많은 사람들이 신학적 교리의 미명 하에 불타 죽었지만, 이제는 누구도 그 교리를 수용하라고 강요할만한 결정적인 이유를 제시할 수 없었다."

www.kci.go.kr

성)의 법적 기초와 근대 정치질서의 규범적 구조로서의 헌법체제가 등장했다는 것은 주지의 사실이다.[41] 종교를 대신해서 근대질서의 새로운 주인공으로 등장한 정치공동체인 국가는 근대 초기 T. Hobbes에 의해 성경 욥기에 나오는 괴물인 리바이어던으로 비유되었으며,[42] 이러한 비유는 근대 말에 이르러 M. Weber에 의해 "한 특정한 영토 내에서 정당한 물리적 폭력의 독점(Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit)을 성공적으로 관철시킨 유일한 인간 공동체"[43]로 정리됨으로써 오늘날 국가의 본질은 '폭력의 독점'이라는 점이 뚜렷하게 각인되었다. 실제로 오늘날 독립된 정치공동체인 국가 내에서 폭력은 원칙적으로 오직 국가만이 행사할 수 있고, 사적 폭력은 지극히 예외적인 경우에만 허락될 수 있으며, 나아가 이러한 허락의 주체 또한 국가(권력)이다.[44] 뿐만 아니라 국가의 폭력 독점에 대한 승인 위에서 국가의 폭력성을 민주주의 원칙에 따라 정당화하면서도, 동시에 법치주의 원칙에 따라 통제하는 '민주적 법치국가'는 기본권민주주의(Grundrechtsdemokratie)를 지향하는 현대 헌법국가의 기본 형식으로 확고하게 자리 잡고 있다.[45]

(3) 기본권관계에서 국가의 의무

국가의 본질 — 국가는 본질적으로 독립된 정치공동체 내에서 폭력의 독점을 성공적으로 관철시킨 유일한 존재이다[46] — 에 대한 뚜렷한 이해는 기본권관계에서 국가의 역할을 뚜렷하게 근거지우는 기반이 된다. 왜냐하면 기본

41) J. Baylis・S. Smith・P. Owens(著)/하영선 外(譯), 세계정치론, 을유문화사, 2011, 36쪽; S. Toulmin(著)/이종흡(譯), 앞의 책, 318쪽: "베스트팔리아조약에 의해 정립된 유럽 열강들의 체제는 유럽 각국에게 절대 주권을 부여했다는 데 특징이 있다."

42) T. Hobbes(著)/진석용(譯), 리바이어던 1: 교회국가 및 시민국가의 재료와 형태 및 권력, 나남, 2012, 232~233쪽 참조.

43) Vgl. M. Weber, Politik als Beruf, in: GPS, J. Winckelmann(Hrsg.), J.C.B. Mohr, 5. Aufl., 1988, S. 506.

44) 예컨대 민법 제209조의 자력구제나 형법 제20조 정당행위, 제21조 정당방위, 제22조 긴급피난, 제23조 자구행위 등의 요건을 충족하는 경우에 행해지는 사적 실력을 생각해볼 수 있겠다. 하지만 이러한 실력행사 또한 민주적 정당성을 갖춘 입법자가 구체적으로 정하고 있다는 점에서 여전히 국가의 폭력독점은 관철되고 있다고 해야 한다(이에 관해서는 김해원, 기본권 원용의 양상과 기본권 이론 - 사법질서에서 기본권의 효력을 중심으로, 헌법학연구 17-2, 2011, 402쪽).

45) 기본권민주주의에 관해서는 Vgl. W. Zeh, Parlamentarismus und Individualismus, in: Grundrechtsdemokratie und Verfassungsgeschichte, K. Waechter(Hrsg.), HW, 2009, S. 78.

46) M. Weber, 앞의 책, 506쪽.

www.kci.go.kr

권관계에서 오직 국가만이 실효적인 실력을 관철시킬 수 있는 존재라는 점은 국가를 유일한 기본권의무자로 정초할 수 있는 현실적 토대이자 출발점이기 때문이다. 실제로 헌법은 기본권관계에서 오직 국가에게만 일정한 의무를 부과하고 있다. 특히 헌법 제10조 제2문에 근거하는 기본권관계에서의 '확인의무'로서 논증부담의무[47]와 '보장의무'로서 형량법칙에 입각한 비례성원칙 준수의무,[48] 그리고 헌법 제11조 평등원칙과 결부된 헌법 제2조 제2항의 해석으로부터 도출되는 기본권관계에서의 '보호의무'로서 우위결정법칙에 입각한 본질내용침해금지 준수의무[49]는 모든 기본권관계에서 국가가 이행해야만 하는 일반의무로 이해된다.[50]

라. 기본권관계의 내용

기본권관계의 내용은 기본권보유자(국민)의 입장에서는 권리로, 기본권상대방(국가)의 입장에서는 의무로 나타난다. 그런데 기본권관계에서 의무자인 국가의 일반적 의무(확인의무・보장의무・보호의무)에 관해서는 앞서서 조망해보았으므로, 여기에서는 기본권관계에서 권리자인 국민의 관점에서 헌법적 차원의 대국가적 요구사항의 내용을 파악해본다.

우선 헌법은 생활영역에 주목해서 제12조 신체의 자유, 제14조 거주・이전의 자유, 제15조 직업선택의 자유, 제16조 주거의 자유, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 제18조 통신의 비밀, 제19조 양심의 자유, 제20조 종교의 자유, 제21조 언론・출판의 자유와 집회・결사의 자유, 제22조 학문과 예술의 자유 및 저작자・발명가・과학기술자・예술가의 권리, 제23조 재산권, 제24조 선거권, 제25조 공무담임권, 제26조 청원할 권리, 제27조 재판을 받을 권리 및 형사피

47) 이에 대한 상세한 논의는 김해원, 앞의 글(주 34), 92-97쪽.
48) 이에 대한 상세한 논의는 김해원, 앞의 글(주 34), 97-99쪽.
49) 이에 대한 상세한 논의는 김해원, 앞의 글(주 34), 97-104쪽.
50) 헌법 제37조 제2항 "필요한 경우에 한하여"로부터 기본권관계에서 국가의 비례성원칙 준수의무가, "본질적인 내용을 침해할 수 없다"라는 문언으로부터 기본권관계에서 국가의 본질내용침해금지 준수의무가 각각 도출된다. 그런데 헌법 제37조 제2항은 모든 기본권관계에서 준수되어야 하는 일반규정(기본권제한과 관련된 일반적 법률유보조항)이다. 이러한 점은 무엇보다도 헌법 제37조 제2항 "국민의 모든 자유와 권리"와 "법률로써"라는 문언을 통해서 뚜렷하게 확인된다. 따라서 기본권관계에서 국가의 비례성원칙 준수의무와 본질내용침해금지 준수의무는 "법률로써" 기본권을 제한할 경우에 국가가 모든 기본권관계에서 준수해야만 하는 일반의무라고 할 수 있겠다.

www.kci.go.kr

해자의 재판절차진술권, 제28조 국가보상청구권, 제29조 국가배상청구권, 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권, 제31조 교육을 받을 권리, 제32조 근로의 권리, 제33조 단결권·단체교섭권·단체행동권, 제34조 인간다운 생활을 할 권리, 제35조 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리 및 환경권 등과 같은 다양한 내용의 자유와 권리를 헌법적 차원의 권리, 즉 기본권의 내용으로 편입시켜두었다. 뿐만 아니라 헌법 제12조에서 제35조에 이르는 명시적 규정들을 통해서도 누락되거나 혹은 간과될 수 있는 생활영역의 기본권적 보호의 흠결을 예방 혹은 제어하기 위한 이중의 장치(포괄적 기본권으로서 행복추구권과 열거되지 아니한 권리) — 헌법 제10조에 근거하는 포괄적 기본권인 행복추구권과 헌법 제37조 제1항 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다."라는 조항은 고유한 보호영역을 특정하기 어려운 비정형적인 기본권이자 다른 기본권과의 결합을 통해서 새로운 기본권을 도출하는 원천으로 기능한다.[51] — 를 마련하고 있다.[52]

그런데 기본권보유자인 국민과 기본권의무자인 국가가 맺는 기본권관계의 구체적 내용은 생활영역에 주목해서 포착한 '기본권구성요건'과 포착된 기본권구성요건을 활용하기 위한 규범적 규준으로 등장한 '기본권구성요건이론'을 통해서 확인되는 기본권보호영역[53]으로만 완성되는 것이 아니라, 권리의 개념요소인 요구의 형태 — 작위요구와 부작위요구로 대별된다 — 와의 결합을 통해서 비로소 완성된다. 예컨대 국가가 우리가 살고 있는 마을이나 집 근처에 방사능폐기물을 매설하려고 하는 경우에는 마을이나 집 근처에 방사능폐기물을 매설하지 말거나 혹은 중단할 것을 요구(부작위행위요구)하는 것과 결합하여 헌법 제35조의 환경권이 원용될 수 있겠으나, 이미 방사능폐기물로 둘러싸인 곳에서 살고 있는 경우라면 방사능폐기물을 치워달라고 요구하거나

51) 전광석, 앞의 책, 292쪽 참조.

52) 물론 새로운 기본권을 도출함에 있어서 행복추구권과 열거되지 아니한 권리를 활용하는 빈도나 경향성에 있어서는 일정한 차이가 있다. 특히 헌법재판소와 법원에서 헌법 제37조 제1항을 열거되지 아니한 권리의 독자적 근거규범으로 검토한 사례는 소수에 불과하고, 주로 행복추구권의 포괄적 기본권성을 인정한 전제 위에서 제37조 제1항은 단지 열거되지 아니한 권리가 존재한다는 사실을 헌법적으로 확인하는 역할을 한다는 취지의 판결이 대부분이다(이에 관해서는 권혜령, 『헌법에 열거되지 아니한 권리』, 한국학술정보, 2010, 369-388쪽, 특히 390쪽).

53) 김해원, 기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구, 헌법학연구 15-3, 2009, 284-288쪽.

www.kci.go.kr

다른 곳에 살 수 있도록 일정한 지원을 해달라는 것을 요구(작위행위요구)하면서 환경권을 주장할 수도 있다는 것이다.[54] 그리고 이 경우 전자인 부작위행위요구와 결합된 기본권인 환경권은 '방어권적 기본권으로서의 환경권', 후자인 작위행위요구와 결합된 기본권인 환경권은 '급부권적 기본권으로서의 환경권'으로 이해된다. 이처럼 일정한 생활영역에서 소환된 구체적 기본권을 대국가적 부작위행위요구권인 방어권적 기본권과 대국가적 작위행위요구권인 급부권적 기본권으로 대별하여 살피는 것은 무엇보다도 기본권적 관점에서 통제되고 평가되어야 할 심사대상인 국가의 구체적 행위와 그 대상을 뚜렷하게 드러낼 수 있다는 장점이 있다.[55] 뿐만 아니라 기본권실천의 핵심계기이자 기본권이론의 중추인 기본권심사구조와 기본권심사강도를 결정함에 있어서 방어권적 기본권과 급부권적 기본권은 근본적인 차이가 있으므로[56] 기본권관계의 내용을 구성함에 있어서 양자를 분별해서 이해할 규범 이론적 필요성도 있다.

3. 수단과 목적으로서의 기본권

기본권관계에서 의무를 부담하는 국가 입장에서 기본권은 목적적 가치이면서 동시에 국가의 존재이유이다. 국가와 국가권력의 행사는 그 자체가 스스로 목적이 되는 자기목적적인 존재가 아니라 국가공동체로 결속한 개인의 삶과 복리에 기여하는 수단으로서만 정당화된다는 것은 헌법학계의 일반적 입장일 뿐만 아니라,[57] 무엇보다도 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."라고 명시하고 있는 헌법 제10조 제

54) 김해원, 앞의 책(주 14), 79쪽.

55) 김해원, 앞의 책(주 14), 81쪽.

56) 관련해서 특히 방어권적 기본권의 심사에 관해서는 김해원, 방어권적 기본권의 정당성 심사구조, 공법학연구 10-4, 2009, 29쪽 이하; 급부권적 기본권의 심사에 관해서는 김해원, 급부권적 기본권의 심사구조, 공법학연구 13-4, 2012, 257쪽 이하; 이준일, 앞의 글(주 21), 102-120쪽 참조.

57) 관련해서 특히 한수웅, 헌법학, 법문사, 2017, 4쪽; 정종섭, 헌법학원론, 2016, 12쪽; 한편 국가권력의 기본권기속성에 대한 강조에 다소 소극적인 입장으로는 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 326쪽: "[…] 종래 헌법학연구에 있어서 기본권(자유)과 정치제도(통치기구)의 관계를 목적과 수단으로 구분하여 정치제도(통치기구)의 기본권 종속성 내지 기속성을 강조하여 왔다. 물론 이를 부정할 수는 없다고 하더라도, 그것은 자칫 헌법학의 본질적 성격에 관한 이해에 있어서 지나치게 기본권(자유와 권리) 중심적인 사고의 틀로 빠져 들어갈 위험이 있다."

www.kci.go.kr

2문을 통해서 뚜렷하게 확인된다. 하지만 주권자이면서 동시에 기본권보유자인 국민의 입장에서 본다면, 기본권을 목적적 가치로 이해하는 것은 성급하다. 오히려 기본권 또한 '요구'를 핵심요소로 하는 권리의 일종인 바, 기본권을 기본권보유자인 국민이 기본권의무자인 국가로부터 얻어내고자 하는 어떤 무엇을 목적으로 삼는 수단적 가치로 이해하는 것이 합리적이다. 관련해서 무엇보다도 기본권을 통해서 달성하려는 목적으로서 기본권질서의 이념적 출발점이자 헌법의 최고원리이면서 헌법질서의 구조적 원리라고 할 수 있는 헌법 제10조 제1문 "인간으로서의 존엄과 가치"가 주목되어야 한다.[58] 왜냐하면 인간으로서의 존엄과 가치를 기본권을 통해서 달성하려는 목적으로 이해하는 것은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치"를 가진다는 전제 하에 다른 모든 기본권적 가치들을 포괄하는 권리(포괄적 기본권)인 "행복을 추구할 권리"를 언급한 후, 국가에게 "불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무"를 명시적으로 부과하고 있는 헌법의 태도와도 잘 부합될 뿐만 아니라, 실제로 인간은 다른 무엇을 위한 수단이 되어서는 안 되고, 인간 그 자체로서 목적적 존재로 대우받아야 함을 의미하는 '인간으로서의 존엄'[59]을 달성하기 위해서 기본권을 원용하고 있기 때문이다.[60] 결국 기본권은 국가에 대해서는 목적적 가치이지만, 기본권보유자인 국민입장에서는 국가에 대해서 존엄한 존재로 존중받기 위한 수단적 가치로 이해되어야 할 것이다.

---

58) 헌재 1992.10.1. 91헌마41, 판례집4, 633쪽 이하 참조; 헌재 2010.2.25. 2008헌가23, 판례집 22-1(상), 61쪽; 전광석, 앞의 책, 283쪽: "헌법에 보장된 다른 기본권들은 경제·사회·문화·정치 등 각각의 생활영역에서 인간의 존엄과 가치를 실현하는 수단의 성격을 가지며, 국가조직 역시 이에 기여하는 수단으로 이해하여야 한다."

59) 인간의 수단화 금지로서 인간의 존엄에 관해서는 특히 Vgl. I. Kant, Die Metaphysik der Sitten(1797), in: W. Weischedel(Hrsg.), Werkausgabe, Bd. 8, 9. Aufl., 1991, S. A 140; G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR 81, S. 127.

60) 실제로 총체적 존재인 인간은 자신의 육체가 질병이나 사고 등으로 치유불가능한 극심한 고통을 받아내는 수단 내지는 도구로 전락한 경우에 때로는 총체적 존재로서 자신의 존엄을 지키기 위해서 기본권(특히 생명권)을 주장하면서 국가에게 존엄사 혹은 안락사 등과 같은 이름으로 생명단축 행위를 요구하기도 하며, 도저히 받아들일 수 없는 이념이나 체제의 노예로 살기 보다는 생명을 걸고 저항하며 자신의 존엄함을 지켜내려고도 하는 존재이기도 하다(이에 관해서는 김해원, 앞의 책(주 14), 93쪽).

www.kci.go.kr

4. 소결

지금까지 살펴본 헌법 제10조 “기본적 인권”의 준말인 기본권의 개념・본질・관계・목적 등과 같은 논의들을 정리하여 기본권의 핵심을 간추린다면 다음과 같이 정리할 수 있다: 기본권은 국민 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위해서 국가에게 일정한 작위 혹은 부작위를 요구할 수 있는 헌법적 차원의 권리이다.

Ⅲ. 기본권실천

1. 기본권실천의 계기로서 기본권심사

일정한 사실이나 형편에 작용해서 그것을 변혁시키려는 인간의 의식적・능동적 활동인 실천이 헌법적 차원의 권리인 기본권과 결부해서 특별히 강조되거나 요청되는 경우는 무엇보다도 기본권이 침해되고 있거나 침해될 우려가 큰 상황이라고 할 수 있다. 따라서 본격적인 기본권실천을 위해서는 기본권의무자인 국가의 구체적 행위가 기본권을 침해하여 용납될 수 없는 위헌적 행위인지여부에 대한 판단, 즉 기본권심사(Grundrechtsprüfung)가 선행되어야 한다.[61] 관련해서 헌법은 기본권침해여부에 대한 판단기준 즉 기본권심사기준(Grundrechtsprüfungskriterium)들을 다양하게 마련해두고 있다. 하지만 짧은 소논문인 이 글을 통해서 헌법 곳곳에 산재되어 있는 다양한 기본권심사기준들 전체를 체계적이고 논리적으로 조직해서 이를 효과적이고 합리적으로 활용할 수 있는 면밀한 규준을 통일적으로 논하는 것[62]은 거의 불가능에

61) 김해원, 앞의 책(주 14), 99쪽; 한편 본 글의 심사과정에서 독일어 ‘Grundrechtsprüfung’의 번역어로 ‘기본권심사’라는 단어를 사용하면 일반적인 조어규칙상 기본권에 대한 심사로 읽혀지는 측면이 있음을 지적한 심사자의 의견이 있었다. 실제로 심사자의 지적이 일리가 있다. 하지만 기본권보호영역에 감행되는 국가의 행위인 기본권침범(Grundrechtseingriff)를 심사대상으로 삼아서 그 위헌성 여부를 검토하는 활동을 ‘기본권심사’로 칭하고 있는 것은 이미 학계의 일반적 표현이라는 점을 고려해서 본 글에서도 ‘기본권심사’라는 용어를 사용했음을 밝혀둔다.

www.kci.go.kr

가까운 관계로, 여기에서는 기본권심사에 관한 기존 연구 성과들의 결론이자 종합이라고 할 수 있는 기본권심사구조도(기본권심사구조와 기본권심사기준을 일별할 수 있는 표)를 제시함으로써 본격적인 기본권실천을 위한 선행 작업으로서의 기본권심사의 구조와 과정을 일별하는 것에 그치도록 한다.

[기본권심사구조도][63]

Ⅰ. 심사 제1단계: 기본권 보호영역의 잠정적 확인

Ⅱ. 심사 제2단계: 정당성심사

Ⅱ-1. 기본권침범의 근거/허용성
- 법률유보원칙(헌법 제37조 제2항 “법률로써”)

Ⅱ-2. 헌법적합성심사
(1) 형식적 헌법적합성심사
① 권한과 관련된 심사기준
- 피수권기관/피수권규범 특정을 위한 기본원칙(헌법 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항, 제117조 제1항)
- 수권내용에 관한 통제로서 의회유보원칙(헌법 제40조), 지방의회유보원칙(헌법 제118조 제1항), 보충성원칙
- 수권방식에 관한 통제로서 포괄위임금지원칙(헌법 제75조 “구체적으로 범위를 정하여”)

② 절차·형태와 관련된 심사기준
- 국회의 집회에 관한 규정(헌법 제47조)
- 의결정족수, 다수결원칙(헌법 제49조)
- 의사공개의 원칙(헌법 제50조)
- 회기계속의 원칙(헌법 제51조)
- 법률안 제출(헌법 제52조)
- 법률안 이송·환부·재의결·공포 등(헌법 제53조)

62) 기본권심사에 관한 기존 연구들의 종합 및 집약으로는 특히 김해원, 앞의 책(주 1) 참조.
63) 아래 내용은 김해원, 기본권심사에서 법치국가원칙의 의미, 헌법학연구 23-1, 한국헌법학회, 2017,

www.kci.go.kr

- 대통령의 국법상 행위와 관련된 문서주의 및 부서주의(헌법 제82조)
- 법률안에 대한 국무회의의 심의(헌법 제89조 제3호)

(2) 실질적 헌법적합성심사

① 일반적 심사기준

- 목적의 정당성(헌법 제37조 제2항 "국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여")
- 비례성원칙(헌법 제37조 제2항: "필요한 경우에 한하여")
- 본질내용침해금지원칙(헌법 제37조 제2항 후단)
- 자기책임의 원칙(헌법 제13조 제3항)
- 법치국가원칙: 명확성원칙·소급효금지원칙·신뢰보호원칙
- 평등원칙(헌법 제11조 제1항)

② 개별적 심사기준

- 적법절차원칙(헌법 제12조 제1항 및 제3항)
- 고문금지(헌법 제12조 제2항)
- 영장주의(헌법 제12조 제3항 및 제16조)
- 체포·구속 관련 고지 및 통지제도(헌법 제12조 제5항)
- 자백의 증거능력 제한 및 자백보강법칙(헌법 제12조 제7항)
- 범죄행위 소추와 관련하여 행위시법원칙(헌법 제13조 제1항 전단)
- 이중처벌금지원칙(헌법 제13조 제1항 후단)
- 소급입법에 의한 참정권의 제한 및 재산권 박탈의 금지(헌법 제13조 제2항)
- 무죄추정원칙(헌법 제27조 제4항)
- 언론·출판의 자유와 관련하여 허가 및 검열금지(헌법 제21조 제2항)
- 집회·결사의 자유와 관련하여 허가금지(헌법 제21조 제2항)
- 재산권 관련하여 정당보상의무(헌법 제23조 제3항)
- 선거권 관련하여 선거원칙(헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항)

2. 기본권실천의 방식과 한계

가. 서두: 기본권침해에 대한 대응으로서 기본권실천의 두 양상

구체적으로 문제된 기본권관계에서 심사대상인 특정 국가행위를 기본권심

121-122쪽의 내용을 수정한 것이다. 더 체계적이고 더 논리적이며 더 상세한 기본권심사구조도는 김해원, 앞의 책(주 1), 627-630쪽 참조.

www.kci.go.kr

사기준에 기대어 평가하는 활동인 기본권심사를 통해서 기본권침해 혹은 기본권침해우려상황이 확인되었다면, 그에 대한 대응으로서 기본권실천이 본격적으로 주목받게 된다. 그런데 기본권실천의 양상은 크게 '심사대상인 국가행위를 대체할 수 있는 더 좋은 다른 제도나 새로운 국가행위를 모색하여 이를 구현하려는 적극적 방법'과 '심사대상인 국가행위에 대해서 위헌을 선언하여 그 효력을 상실케 하거나 해당국가행위를 배척하는 소극적 방법'으로 대별할 수 있는데, 전자인 적극적 기본권실천은 주로 정치적 차원에서 후자인 소극적 기본권실천은 주로 사법적 차원에서 선택된다.[64] 이하에서는 기본권심사와 결부해서 적극적 기본권실천과 소극적 기본권실천 각각을 살피되 특히 양자의 한계에 주목한다.

나. 적극적 기본권실천: 정치

적극적 기본권실천은 '기본권심사를 통해서 심사대상인 국가행위가 인권침해로 판단된 경우는 물론이고 설사 합헌적인 기본권제한으로 평가될 수 있다고 하더라도, 문제된 국가행위를 더욱 기본권보장에 부합되는 방향으로 개선하거나 새로운 대안을 적극적으로 모색하여 이를 실효적으로 구현하기 위해 애쓰는 과정'이라고 할 수 있다. 그런데 현행 헌법체제 아래에서 이러한 적극적 기본권실천은 민주주의에 기대어 행해질 수밖에 없다. 왜냐하면 민주공화국인 대한민국이라는 정치공동체 내에서 행해지는 각종 가치들의 권위적 배분이나 새로운 제도의 도입 및 이를 구체적으로 실현하는 행위, 즉 정치는 결국 민주주의에 기대어 그 정당성과 실효성이 확보될 수 있기 때문이다. 문제는 민주주의는 기본적으로 가치상대주의에 입각한 다수에 의한 지배라는 점에서, 다수가 동의하면 개인의 생명도 앗아갈 수 있으며 심지어 가장 심각한 기본권침해상황이라고 할 수 있는 전쟁까지도 정당화할 수 있는 정치체제라는 점이다.[65] 이러한 점은 다수 국민에 의해 선출된 국회의원으로 구성된 국

64) 정치와 사법의 엄격한 분별에 관해서는 김해원, 헌법적 논증에서 정치와 사법, 법학논고 36, 경북대 법학연구원 2011, 1-28쪽 참조.

65) 관련해서 특히 정종섭, 앞의 책, 1024-1025쪽: "민주주의이론에 의하면, 민주주의(democracy)는 본질적으로 국가의사를 결정하는 절차적 원리를 의미하는데(절차적 민주주의 procedural democracy), […] 다수주의(majoritarianism: majoritarian model of democracy)에 기초한 민주주의가 국민의 자

www.kci.go.kr

회가 민주적 절차를 통해서 사람의 생명을 박탈할 수 있는 사형 제도를 마련하고 이를 계속 유지하고 있는 현실[66]과 다수결원칙에 입각하여 국민으로부터 직접 선출된 대통령에게 전쟁을 선포할 수 있는 권한을 부여하고 있는 헌법의 태도[67]를 통해서도 확인된다. 결국 다수에 의한 지배가 관철되고 있는 오늘날 민주주의는 기본권을 위협하는 가장 강력한 계기이라는 것이다.[68] 따라서 민주주의에 기대어 기본권적 가치를 적극적으로 구현하려는 실천가들은 기본권을 위한 자신의 실천이 기본권을 말살할 수 있는 가장 강력한 계기인 민주주의와 결합되어 있다는 점을 뚜렷하게 인식하고, (민주국가에서 강제력의 최종 근거라고 할 수 있는 물리력은 다수가 확보하고 있기 때문에) 기본권과 민주주의가 충돌하는 헌법현실에서는 대체로 민주주의가 승리할 가능성이 많음을 기억할 필요가 있다. 바로 이러한 인정과 기억은 민주주의에 대한 신뢰와 기본권에 대한 신념이 불일치하는 시련의 시대에서도 적극적 기본권실천가들이 좌절하지 않고, 기본권적 가치를 옹호하는 새로운 다수를 형성하기 위한 민주적 실천을 지속할 수 있는 힘이 될 것으로 본다.[69]

한편 현재 합의된 기본권보장수준보다도 더 높은 수준의 기본권현실을 추구하려는 적극적 기본권실천가(특히, 정치가)들은 구체적으로 문제된 기본권심사에 있어서 심사대상인 국가행위에 대한 통제강도를 높여서 가급적 해당 국가행위의 위헌성을 폭로하는데 앞장서야할 뿐만 아니라, 설사 심사대상인

유와 권리를 부정하거나 침해하는 결과를 초래하는 것을 경험하며서 진정한 민주주의는 국민의 자유, 행복, 권리를 실현할 수 있는 것이어야 한다는 것으로 결론이 도달하였다(실질적 민주주의 substantive democracy). […] 헌법이론에서는 […] 기본권의 보장을 민주주의와 개념상 구별하고 있으므로 민주주의는 절차적 민주주의로 파악하고, 기본권의 보장은 이와 별개로 보호되는 입헌주의의 내용으로 파악한다."

66) 우리 법체계 내에서 사형의 근거가 되는 법률조항들은 적지 않다. 형법과 특별형법을 합치면 전체 사형규정은 149개, 그 중에서 다른 형벌의 가능성 없이 사형만을 법정형으로 삼고 있는 경우도 16개나 된다(배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2017, 570-571쪽).

67) 관련해서 특히 헌법 제60조 제2항("국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다." 및 제73조("대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.") 참조.

68) 관련해서 특히 민주주의적 제도를 활용하여 집권한 독일 나치당(NSDAP)의 노골적인 기본권침해 행위와 본래적 의미의 민주주의에 대한 변태라고 할 수 있는 '방어적 민주주의'의 등장을 주목할 수 있겠다. 방어적 민주주의에 관해서는 김종현, 방어적 민주주의에 대한 헌법학적 연구, 저스티스 155, 2016, 98쪽 이하 참조.

69) 김해원, 앞의 책(주 14), 147쪽.

www.kci.go.kr

국가행위가 위헌은 아닐 수 있다고 하더라도 '기본권보장이라는 헌법정신을 구현하는 데에는 미흡함이 있으므로 새로운 조취를 취해야 한다'고 하면서 더 나은 대안 구축을 적극 모색해야 한다. 같은 맥락에서 만약 민주주의에 기초해서 주권자인 국민으로부터 적극적인 정치권력을 부여받은 대통령이나 국회(의원) 등과 같은 적극적 국가기관(정치기관)이 더 나은 기본권실현을 고민하지 않고 기본권관계에서 오직 위헌성여부에만 집중한다면, 이는 정치기관의 행위규범인 헌법의 실천적 의미를 망각한 것으로서 정치기관 스스로 자신의 무능을 드러낸 것이라고 하겠다. 이러한 점은 다음과 같은 헌법재판소의 판단을 통해서도 뒷받침되고 있다: "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, […]."[70]

다. 소극적 기본권실천: 사법

기본권관계에서 "가능한 범위안에서 최대한으로"[71] 기본권보장을 달성하려는 적극적 기본권실천과는 달리, 소극적 기본권실천은 반드시 관철되어야 마땅한 최소정의에 입각하여 기본권보장수준의 후퇴를 강력하게 저지하고자 하는 활동(즉 미래의 기본권상황을 기대하며 '가장 좋음'을 얻어내기 위해 애쓰는 과정으로서의 기본권실천이 아니라, 현재의 기본권상황이 퇴보하는 것을 경계하며 '가장 나쁨'을 확실하게 제거하고자 하는 동력)으로서의 기본권실천이다. 그러므로 기본권관계에서 대안적 국가행위를 제안하고 이를 구현하는 민주적 정치과정에서 부각되는 적극적 기본권실천과는 달리, 소극적 기본권실천은 법치주의에 기대어 심사대상인 기존 국가행위에 대해 기본권침해(위헌)를 선언하고 그 효력을 강제적이고 종국적으로 상실케 하는 사법과정

70) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543쪽.
71) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543쪽.

www.kci.go.kr

에서 두드러진다고 할 수 있다.[72] 따라서 (적극적 기본권실천의 경우와는 달리) 소극적 기본권실천에서는 무엇보다도 심사강도를 높여서 심사대상인 국가행위를 강력하게 통제하려는 태도를 경계해야 한다. 왜냐하면 민주주의가 법치주의로 대체되고 정치가 사법으로 대체될 위험성이 증대할 뿐만 아니라, 그러한 과정에서 헌법이 예정치 않았던 권력구조의 변질 — 선출되지 않은 권력인 사법기관(특히 헌법재판소)에 의한 권력집중 — 을 초래할 수 있기 때문이다.[73] 결국 (기본권보장이라는 신념을 기본권분쟁의 종국적 해결을 목적으로 하는 사법과정에서 과도하게 격발시킨 사법적극주의가 팽배해지면, 기본권 이름으로 사법의 탈을 쓴 정치는 본래의 정치를 파괴할 것이며 모든 국가권력을 구속하고 통제하기 위한 주권자의 무기인 기본권은 사법기관인 법관에 의해 관리되고 좌우되는 대상으로 전락될 가능성이 높아지는 바,) 사법적 방법을 통해서 기본권을 보장해야할 의무가 있는 법원이나 헌법재판소 같은 사법기관은 물론이고 기본권침해에 대한 사법적 구제에 주목하고 있는 소극적 기본권실천가들은 무엇보다도 정교하고 치밀하면서도 논리 일관된 법적 논증을 통해서 자신의 판단과 실천은 개인적 소신이나 정치적 결단이 아니라 이미 정립되어 있는 법문에 밀착하여 그 의미를 구체적으로 확인한 것에 지나지 않음을 끊임없이 그리고 성실하게 입증해나가는 것이 중요하다고 하겠다.[74] 헌법재판소 또한 기본권심사강도를 높여 기본권문제에 적극적으로 개입함으로 인해서 스스로가 적극적 기본권실천기관으로 자리매김하려는 경향을 스스로 경계하고 있다.[75]

---

72) 김해원, 앞의 책(주 14), 153쪽; 사법의 개념에 관해서는 허완중, “헌법재판소 종국결정의 본질”, 「영남법학」제30호, 영남대학교 법학연구소, 2010, 56쪽.

73) 실제로 우리는 선출되지 않은 권력기관인 헌법재판소가 국민으로부터 직접 선출된 최고권력기관인 대통령의 운명을 좌우했던 사건을 두 번이나 경험했다(헌재 2004.5.14. 2004헌나1, 판례집 16-1. 609쪽 이하; 헌재 2017.3.10. 2016헌나1, 판례집 29-1. 1쪽 이하).

74) 김해원, 앞의 책(주 14), 156-157쪽.

75) 이에 관한 뚜렷한 증거로는 특히 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543쪽: “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”

www.kci.go.kr

라. 정리: 적극적 기본권실천과 소극적 기본권실천의 관계

적극적 기본권실천(정치)과 소극적 기본권실천(사법)을 분별하는 실천적 차원의 중요한 이유는 각각의 기본권실천이 서로를 살피지 않고 자신의 실천적 성과만을 과잉달성하려는 경우에 초래될 수 있는 비극을 경고하기 위함이다. 정치가 사법을 압도해서 민주주의가 법치주의를 무력화한다면 다수에 의한 소수의 기본권이 침해될 위험성이 증대하고, 반대로 사법이 정치를 압도하여 법치주의가 민주주의를 대체한다면 법을 말하는 소수에 의해서 다수의 기본권이 좌우될 위험이 높아진다. 따라서 다수에 의한 지배인 민주주의에 입각해있는 정치와 법에 의한 지배인 법치주의에 입각해있는 사법은 기본권보장이라는 공통된 헌법적 과제를 각각 분별되는 다른 방식으로 추구함으로써 한편으로는 상호보완적 기능을 다른 한편으로는 상호제약적 기능을 수행하는 것으로 이해하고,[76] 바로 이러한 이해에 기초해서 적극적 권력기관(특히 국회와 대통령 및 정부)과 소극적 권력기관(특히 법원과 헌법재판소) 각각에 대한 기본권적 요구와 통제의 수준 또한 달라져야 할 것이다.

Ⅳ. 마치는 글

국가의 폭력성이 민주주의에 의해서 정당화되면서 동시에 법치주의에 의해서 통제되는 '민주적 법치국가'는 우리 헌법이 지향하는 국가의 기본형식이라면, 헌법현실에서 기본권적 가치가 구현되는 '기본권국가'는 헌법국가의 궁극적 목적이라고 할 수 있을 것인바, 국민 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위해서 국가에게 일정한 작위 혹은 부작위를 요구할 수 있는 헌법적 차원의 권리인 기본권은 (헌법 제1조 제1항에 근거하는 공화주의와 더불어)[77] 헌법적 차원의 대립된 지배원리인 법치주의와 민주주의가 공허한 형식

76) 김해원, 앞의 책(주 14), 158-159쪽.

77) 필자는 다수의 지배를 본령으로 하는 민주주의와 법에 따른 지배를 본령으로 하는 법치주의 모두를 지도하는 헌법적 차원의 두 축은 '공화주의'와 '기본권'이라고 생각하고 있다. 민주주의와 법치주

www.kci.go.kr

(즉 형식적 법치주의와 형식적 민주주의)으로 전락되는 것을 막고 양자가 상호 접근할 수 있는 계기를 마련해주는 실질이자 지도이념으로 이해되어야 한다.[78] 따라서 민주주의에 기대고 있는 정치권력은 다수에 의한 기본권침해의 위험성을 경계하면서도 더 나은 기본권보장에 도달하기 위한 끊임없는 노력을, 법치주의에 기대고 있는 사법권력은 법 논리가 민주적 정치를 대체하고 법을 말하는 소수에 의해서 다수의 기본권이 침해될 수 있는 위험성을 경계하면서도 지연 없는 기본권적 최소정의의 관철을 위한 노력을 끊임없이 해야 한다. 바로 이러한 점에서 주권자인 우리들의 기본권실천은 정치권력과 사법권력이 긴장관계 속에서 상호간 견제와 균형을 유지하면서도 동시에 협력과 보완을 통해서 함께 기본권적 진보를 견인할 수 있도록 이들을 조종하고 통제하는데 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.[79] 이 글이 민주적 법치국가에서 기본권국가를 구현하기 위한 이론과 실천에 기여할 수 있기를 기대한다.

투고일 : 2019. 1. 29.	심사일 : 2019. 2. 15.	게재확정일 : 2019. 2. 20.

의와 공화주의의 관계 및 공화주의와 기본권 상호간의 갈등에 대해서는 추후 다른 지면을 통해서 상세하게 피력될 것이다.

78) 법률주의로 이해되는 형식적 법치주의는 기본권보장이념과 결합하여 헌법주의로 이해되는 실질적 법치주의로 이전되며, 형식적·절차적 차원의 민주주의가 민주적 절차의 전제조건에 해당되는 기본권들(특히 종교·양심·언론·출판·집회·결사의 자유 및 선거권·투표권·공무담임권 등과 같은 정치적 기본권)과 결부됨으로써 실질적 민주주의로 탈바꿈될 수 있다. 형식적 법치주의 및 실질적 법치주의에 관해서는 특히 남중권, 헌법의 몇 가지 법치주의 모델 — 개념과 구조 —, 법학연구 59, 부산대학교 법학연구소, 2018, 12-21쪽; 형식적 민주주의 및 실질적 민주주의에 관해서는 특히 박상혁, '절차적' 민주주의와 '실질적' 민주주의의 지양 — R. Dahl과 J. Cohen의 민주주의론을 중심으로 —, 철학사상 49, 서울대학교 철학사상연구소, 2013, 278쪽; 이재희 민주주의의 민주화를 위한 헌법의 역할, 헌법연구 1-1, 헌법이론실무학회, 2014, 82-90쪽 참조.

79) 김해원, 앞의 책(주 14), 159-160쪽.

www.kci.go.kr

참고문헌

공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 「공법학연구」 14-1, 한국비교공법학회, 2013.
권혜령, 『헌법에 열거되지 아니한 권리』, 한국학술정보, 2010.
김도균, 『권리의 문법 - 도덕적 권리·인권·법적 권리』, 박영사, 2008.
김승환, “기본권의 인적 효력범위”, 「공법학연구」9-4, 한국비교공법학회, 2008.
김종현, “방어적 민주주의에 대한 헌법학적 연구”, 「저스티스」 155, 한국법학원, 2016.
김해원, “기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구”, 「헌법학연구」 15-3, 한국헌법학회, 2009.
김해원, “방어권적 기본권의 정당성 심사구조”, 공법학연구 10-4, 한국비교공법회, 2009.
김해원, “기본권체계”, 「법학논고」 32, 경북대학교 법학연구원, 2010.
김해원, “헌법적 논증에서 객관헌법과 주관헌법”, 「헌법학연구」 16-1, 한국헌법학회, 2010.
김해원, “헌법적 논증에서 정치와 사법”, 「법학논고」 36, 경북대학교 법학연구원, 2011.
김해원, “기본권 원용의 양상과 기본권이론 - 사법질서에서 기본권의 효력을 중심으로 -”, 「헌법학연구」 17-2, 한국헌법학회, 2011.
김해원, “기본권관계에서 국가의 의무 - 확인의무·보장의무·보호의무를 중심으로”, 「공법학연구」 12-4, 한국비교공법학회, 2011.
김해원, “급부권적 기본권의 심사구조”, 「공법학연구」 13-4, 한국공법학회, 2012.
김해원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 「헌법학연구」 19-1, 한국헌법학회, 2013.
김해원, “기본권심사에서 법치국가원칙의 의미”, 「헌법학연구」 23-1, 한국헌법학회, 2017.

www.kci.go.kr

김해원,『인권이란 무엇인가: 인권민주주의를 위한 헌법 강의』, 한티재, 2018.
김해원,『기본권심사론』, 박영사, 2018.
김효전,『서양 헌법 이론의 초기 수용』, 철학과현실사, 1996.
남중권, “헌법의 몇 가지 법치주의 모델 — 개념과 구조 —”,「법학연구」59, 부산대학교 법학연구소, 2018
박경철, “국민주권, 국민의 헌법제정권력 그리고 관습헌법”,「헌법학연구」13-2, 한국헌법학회, 2007.
박상혁, “‘절차적’ 민주주의와 ‘실질적’ 민주주의의 지양 - R. Dahl과 J. Cohen의 민주주의론을 중심으로 -”,「철학사상」49, 서울대학교 철학사상연구소, 2013.
배종대,『형법총론』, 홍문사, 2017.
성낙인,『헌법학』, 법문사, 2018.
소흥렬, “당위명제의 논리적 관계”,「철학」17(봄호), 한국철학회, 1982.
오충환, “국민주권을 통치권의 정당화원리로 보는 것에 대한 비판”,「헌법학연구」17-1, 한국헌법학회, 2011.
이계일, “주권론의 위협상황과 국민주권론의 재구성가능성에 대한 고찰 - 이 시대 주권론은 가능한가? 가능하다면 어떠한 조건하에서? -”,「법철학연구」16-1, 한국법철학회, 2013.
이재희 “민주주의의 민주화를 위한 헌법의 역할”,「헌법연구」1-1, 헌법이론실무학회, 2014.
이준일,『헌법학강의』, 홍문사, 2008.
이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형”,「공법연구」29-1, 한국공법학회, 2000.
전광석,『한국헌법론』, 집현재, 2017.
정종섭,『헌법학원론』, 박영사, 2016.
조한상, “기본권의 효력 - 기본권의 수규자, 주장 및 관철의 문제”,「청주법학」32-2, 청주대학교 법학연구소, 2010.
한수웅,『헌법학』, 법문사, 2017.
허완중, “자유와 권리 그리고 기본적 인권”,「성균관법학」20-3, 2008.

www.kci.go.kr

허완중, “헌법재판소 종국결정의 본질”, 「영남법학」 30, 영남대학교 법학연구소, 2010.

허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 「저스티스」 115, 한국법학원, 2010

Baylis, J.・Smith, S.・Owens, P.(著)/하영선 外(譯), 『세계정치론』, 을유문화사, 2015.

Hobbes, T. (著)/진석용(譯), 『리바이어던 1: 교회국가 및 시민국가의 재료와 형태 및 권력』, 나남, 2012

Wedgwood, C. V. (著)/남경태(譯), 『30년 전쟁: 오늘의 유럽을 낳은 최초의 영토전쟁 1618~1648』, 휴머니스트, 2011.

Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Suhrkamp, 1996.

Dürig, G., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR 81, 1956

Hart, H.L.A., Essay on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford, 1982.

Herberger, M./Simon, D., Wissenschafts für Juristen: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, Alfred Metzner Verlag, 1980.

Hohfeld, W.N., Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: Yale Law Journal 23, 1913.

Kant, I., Die Metaphysik der Sitten(1797), in: W. Weischedel(Hrsg.), Werkausgabe, Bd. 8, 9. Aufl., 1991.

Kriele, M., Einführung in die Staatslehre, 4. Aufl., Westdt. Verl., 1990.

Philipps, L., Sinn und Struktur der Normlogik, in: ARSP 53, 1966.

Weber, M., Politik als Beruf, in: GPS, J. Winckelmann(Hrsg.), J.C.B. Mohr, 5. Aufl., 1988.

Winberger, C./Weinberger, O., Logik, Semantik, Hermeneutik, C.H.Beck, 1979.

Zeh, W., Parlamentarismus und Individualismus, in: Grundrechtsdemokratie und Verfassungsgeschichte, K. Waechter(Hrsg.), HW, 2009.

www.kci.go.kr

<국문초록>

기본권이론과 기본권실천
- 민주적 법치국가에서 기본권국가를 위한 길 -

김 해 원

1. 기본권은 국민 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위해서 독립된 정치적 통일체 내에서 폭력의 독점을 성공적으로 관철시킨 유일한 인간공동체인 국가에 대해서 일정한 작위 혹은 부작위를 '요구'하거나 국가의 작위 혹은 부작위 요구로부터 벗어날 수 있는 '자유'를 본질요소로 하는 헌법적 차원의 권리이다. 따라서 기본권은 기본권주체인 국민에게는 인간존엄을 위한 수단이지만, 헌법적 가치를 구현해야할 의무가 있는 모든 국가권력기관에게는 권력행사의 목적이 된다.

2. 국가의 폭력성이 민주주의에 의해서 정당화되면서 동시에 법치주의에 의해서 통제되는 '민주적 법치국가'는 우리 헌법이 지향하는 국가의 기본형식이라면, 헌법현실에서 기본권적 가치가 구현되는 '기본권국가'는 헌법국가의 궁극적 목적이라고 할 수 있다. 따라서 기본권은 헌법적 차원의 대립된 지배원리인 법치주의와 민주주의가 공허한 형식으로 전락되는 것을 막고 양자가 상호 접근할 수 있는 계기를 마련해주는 실질이자 지도이념이 된다.

3. 기본권심사는 기본권실천을 위한 선결과제이다. 하지만 기본권심사의 강도는 겨냥하고 있는 기본권실천의 양상에 따라서 달리 조정되어야 하는바, 적극적 기본권실천을 위한 기본권심사는 소극적 기본권실천을 위한 기본권심사에 비해서 심사강도가 상대적으로 강화될 필요가 있다.

4. 민주적 법치국가에서 적극적 기본권실천은 민주주의에 기대어 행해지는 정치과정을 통해서, 소극적 기본권실천은 법치주의에 기대어 행해지는 사법

www.kci.go.kr

과정을 통해서 행해진다. 따라서 적극적 기본권실천에서는 다수에 의한 지배인 민주주의에 대한 경계가, 소극적 기본권실천에서는 사법국가화 경향에 대한 경계가 요구된다.

5. 민주주의에 기대고 있는 정치권력은 다수에 의한 기본권침해의 위험성을 경계하면서도 더 나은 기본권보장을 달성하기 위해서, 법치주의에 기대고 있는 사법권력은 법 논리가 민주적 정치를 대체하고 법을 말하는 소수에 의해서 다수의 기본권이 침해될 수 있는 위험성을 경계하면서도 지연 없는 기본권적 최소정의의 관철을 위해서 행사되어야 한다. 따라서 주권자의 기본권실천은 상호긴장관계에 있는 정치권력과 사법권력이 견제와 균형을 유지하면서도 동시에 협력과 보완을 통해서 함께 기본권적 진보를 견인할 수 있도록 이들을 조종하고 통제하는데 있다.

주제어: 기본권, 기본권실천, 민주주의, 법치주의, 민주적 법치국가, 기본권국가

www.kci.go.kr

<Abstract>

Grundrechtstheorie und Grundrechtspraxis
- Weg für den Grundrechtsstaat in demokratischem Rechtsstaat -*

Kim, Hae-Won**

Grundrecht, das für Menschenwürde und Wert als Mensch ist, ist ein Recht von Verfassungsrang. Grundrechte, die alle Staatsgewalten als unmittelbar geltendes Recht binden, sind in erster Linie Rechte gegen den Staat. In diesem Sinne erkennen die Grundrechtsvorschriften dem Individuum einen „staatsfreien“ Bereich zu. Deshalb ist Grundrecht nicht nur für alle Staatsbürger Mittel, sondern auch für alle Staatsgewalt Zweck. Staatsgewalt ist nach der Demokratie gerechtfertigt und ist nach dem Rechtsstaat kontrolliert. Deshalb ist der demokratische Rechtsstaat die Grundstruktur des Verfassungsstaats und ist Grundrecht verfassungsrechtliche materielle Norm, um Demokratie und Rechtsstaat zu leiten. Grundsätzlich ist die Grundrechtsprüfung einer Grundrechtspraxis vorausgegangen. Diesbezüglich der Prüfungsintensität soll die Grundrechtsprüfung für die aktive Grundrechtspraxis, noch strikter als die Grundrechtsprüfung für die passive Grundrechtspraxis sein. Die Ausübung der aktiven Grundrechte in der demokratischen Rechtsstaatlichkeit erfolgt durch den politischen Prozess, der auf Demokratie angewiesen ist, und die

---

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research of Korea (NRF-2016S1A5A2A01022065)

** Professor(Dr. iur.), Law School of Pusan National University

www.kci.go.kr

passive Grundrechtspraxis wird auf den Rechtsstaat abgestellt. Politische Macht, die sich auf Demokratie stützt, sollte auf das Risiko einer Verletzung der Grundrechte durch die Mehrheit achten. Die gerichtlichen Vollmachten müssen darauf achten, dass die demokratische Politik nicht durch die Rechtslogik gebrochen wird.

Stichwörter: Grundrecht, Grundrechtspraxis, Demokratie, Rechtsstaat, demokratischer Rechtsstaat, Grundrechtsstaat

www.kci.go.kr

www.kci.go.kr