

발간등록번호
33-9750000-000029-10
1-10-2009-11

憲法裁判研究 第20卷

기본권의 주체



헌법재판소

기본권의 주체

헌법재판소

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니다. 이 책자는 2009년도 研究계획에 의하여 (社)韓國憲法學會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 活用되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

헌법재판소가 만들어진지 벌써 20여년의 세월이 지났으니 사람의 나이로 따지면 성년이 된 셈이다. 자신의 의사를 스스로 결정하고 이를 실행할 수 있는 나이가 되었다. 성년이 되기까지 많은 것을 배워야 한다. 방황도 하고 때로는 혼자 외로워하기도 하는 등 시행착오는 필수과정이다. 그러나 꿈도 많은 시기이다. 꿈이 있기에 인내할 수 있었고 희망이 있기에 노력할 수 있었다. 원하지 않는 잔소리도 들었고 때론 꾸중까지 들었으며 심지어는 매도 맞아야 했다. 그러나 밝은 미래가 기다리고 있기에 참을 수 있었다. 더 나은 세상을 만들 수 있다는 자신감이 있었고 이를 실천할 수 있다는 믿음도 있었다.

다 알다시피 헌법재판소제도는 우리 헌정사에서 두 번째 도입되었다. 한번은 문도 열지 못하고 폐점되었으니 절반의 성공을 가진 셈이다. 헌법재판소가 오늘과 같은 신뢰를 가지리라고는 누구도 예상치 못한 일이었다. 많은 국민에 의해 존경받는 신뢰받는 기관으로 자리매김하고 있는 것이 결코 우연한일은 아니리라. 헌법재판관들의 노력과 헌신, 이를 돕는 헌법연구진들의 노력 없이는 불가능했을 것이다. 또한 많은 우려와 유혹, 무언의 압력을 견디고, 많은 쓴 소리를 귀담아 듣고자 하는 겸허한 자세가 없었다면 오늘의 영광은 누리지 못했을 것이다.

주마가편이란 격언이 생각한다. 달리는 말에 채찍을 가한다는 의미이다. 헌법재판소는 그동안 많은 업적을 쌓아왔지만, 정치적으로 부담스럽고 거북한 경우 시류에 또는 정권에 영합하지 않는가 하는 지

적에 가슴 뜨끔하지 않기 바란다. 여론조사결과에 의하면 독일 연방 헌법재판소가 국민에게 가장 신뢰받는 기관으로 나타나고 있는데, 이는 자신의 피나는 노력의 결과라 본다. 우리 헌법재판소도 그렇게 되기를 희망한다.

본 연구는 기본권의 주체에 관한 것이다. 자연인의 기본권과 지방자치단체 및 공사혼합법인의 기본권 주체는 최희수 교수가, 외국인과 외국법인의 기본권주체성은 김주환 교수가, 특수신분관계에 속한 자들의 기본권과 공법인의 기본권주체성은 홍일선 교수가, 법인의 기본권주체성은 필자가 맡았다. 기본권주체는 통상 국민, 외국인, 법인이 문제될 것인데, 일견보아도 어떤 기준으로 나누었는지 의문이 있을 수 있지만, 주체를 기준하면서 분량을 고려하여 결정한 것이다. 연구자들 사이에 여러 번 모여 함께 상대의 연구결과를 놓고 토론하는 시간을 가졌지만은 연구결과에 내용은 전적으로 맡은 사람의 독자적 의견임을 밝히고자 한다. 이론전개에 있어 각자의 견해를 여과 없이 소개하는 것이 연구에 더 도움을 줄 것이라 보여 토론은 하였지만 결국은 각자의 입장을 개진할 수밖에 없었다. 다수견해를 도출할 일도 아니기에 그렇다.

마지막으로 이 연구를 할 수 있도록 해주신 한국헌법학회와 연구에 많은 도움을 주신 헌법재판소 관계자 여러분께 감사드립니다.

아무쪼록 본 연구가 헌법 및 헌법재판의 발전에 조금이나마 기여할 수 있기를 바란다.

2009. 10. 30. 연구책임자 김학성

목 차

제1장 자연인의 기본권	1
I. 들어가며	1
II. 생명의 발전단계에 따른 기본권주체성의 문제	3
1. 출생 이전의 생명, 태아	5
2. 기본권주체성의 시기에 관한 이론의 검토	8
III. 기본권과 연령	54
IV. 사자(死者)의 기본권주체성	59
제2장 외국인의 기본권주체성	63
제1절 머리말	63
제2절 독일 기본법상 외국인의 기본권주체성	63
I. 만인의 기본권과 독일인의 기본권	63
1. 서론	64
2. 만인의 기본권	64
3. 독일인의 기본권	66
II. 독일인유보의 위헌성?	67
III. 외국인의 기본권주체성 여부	70
1. 만인의 권리	70
2. 독일인의 기본권과 외국인의 기본권 보호	70
3. 외국인의 선거권	74
4. 유럽연합 소속의 외국인	74
제3절 한국 헌법상 외국인의 기본권주체성	75
I. 서설	75

II. 국민의 범위	75
1. 최초의 대한민국 국민의 범위	75
2. 국민의 범위와 북한 주민의 법적 지위	78
3. 재외동포의 법적 지위	80
4. 외국인의 국적선택권?	82
III. 외국인의 기본권능력 인정 여부	83
1. 학설	84
2. 판례	84
3. 사건	85
IV. 외국인의 자유권적 기본권 주체성	90
1. 서설	90
2. 인간의 존엄과 가치	90
3. 행복추구권	90
4. 여타 자유권적 기본권	91
V. 외국인의 평등권적 기본권 주체성	93
VI. 외국인의 참정권적 기본권 주체성	94
1. 서설	94
2. 외국인의 지방선거권	94
VII. 외국인의 청구권적 기본권 주체성	105
1. 서설	105
2. 손실보상청구권	106
3. 청원권	106
4. 재판청구권	106
5. 형사보상청구권	106
6. 국가배상청구권	107
7. 범죄피해자구조청구권	107

VIII. 외국인의 사회적 기본권 주체성	107
1. 서설	107
2. 학설과 판례	108
3. 사건	110

제3장 특수신분관계와 기본권 주체성 114

I. 문제의 제기	114
II. 특별권력관계이론의 의의와 내용	115
1. 특별권력관계이론의 의의	115
2. 특별권력관계이론의 등장배경과 내용	117
3. 특별권력관계이론에 대한 비판	120
4. 독일연방헌법재판소의 견해	126
III. 특수신분관계와 기본권 주체성	132
1. 특별권력관계이론의 재구성	132
2. 특수신분관계와 기본권 주체성	133
3. 국내에서의 논의상황	137
IV. 결론	144

제4장 법인의 기본권주체성 146

제1절 법인의 기본권주체성 일반론	147
I. 법인과 기본권	147
1. 서론	147
2. 법인의 기본권주체성이 헌법에 처음으로 나타날 때까지의 과정	149
3. 일본에서의 법인의 기본권주체성에 관한 논의의 전개 ...	151
4. 법인의 기본권을 논하기에 앞서 정리되어야 사항들	159

5. 문제점 제기	168
II. 법인에게 기본권주체성을 긍정하는 이유는 ?	169
1. 사실상 이유	169
2. 헌법이론적 근거	174
3. 실정헌법상 근거	178
III. 법인이 기본권주체가 되는 근거	179
1. 법인배후에 있는 자연인의 기본권보장 차원에서 근거를 찾는 견해	179
2. 법인 자체에서 구하는 견해	182
3. 결론	186
IV. 기본권 주체가 되는 법인 개념	194
1. 법인에 관한 민법에서의 논의	194
2. 私法상 법인과 헌법의 법인	197
3. 기본권주체로서의 법인개념	200
4. 기본권주체로서의 법인의 지위	204
V. 법인에게 인정되는 기본권의 판단기준	204
1. 법인 기준설	205
2. 기본권 기준설	205
3. 결론	206
VI. 법인과 구성원 및 기관	207
1. 법인과 그 구성원과의 관계	207
2. 법인과 기관과의 관계	208
VII. 법인에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토	210
1. 법인이나 단체에 관한 결정	210
2. 헌법재판소 결정에 대한 비판적 고찰	215
VIII. 법인의 기본권주체성을 긍정할 경우의 문제점	226

제2절 공법인의 기본권주체성	229
I. 서론	229
II. 공법인의 의의와 종류	231
1. 공법인과 사법인의 구별기준	231
2. 공법인의 종류	233
III. 공법인의 기본권주체성에 대한 일반적 논의	235
1. 공법인의 기본권주체성에 대한 전통적 견해	235
2. 공법인의 기본권주체성에 대한 새로운 견해	244
3. 공법인의 기본권주체성에 대한 국내의 논의	246
IV. 공법인의 기본권주체성에 대한 개별적 검토	249
1. 개별적 검토의 필요성	249
2. 개별적 검토의 기준	250
V. 결론	253
VI. 특히 지방자치단체의 기본권주체성	254
제3절 공사혼합기업의 기본권주체성	264
I. 공사혼합기업의 개념	264
II. 공사혼합기업의 기본권에 관한 독일 이론	265
1. 사법절차적 기본권	265
2. 공사혼합기업의 일반적 기본권주체성	267
III. 우리나라에 있어 공사혼합기업의 기본권주체성 문제	279
1. 개관	279
2. 판례의 입장	282
3. 기본권주체성의 인정 여부 및 그 기준	286
제4절 외국(사)법인의 기본권주체성	290
I. 독일에서의 논의 (기본법 제19조 제3항)	290
II. 우리나라에서의 논의	291

제5장 기본권주체성에 대한 외국에서의 논의 293

제1절 독일에서의 논의 293

- I. 자연인의 기본권주체성 293
 - 1. 인간의 권리와 독일인의 권리 293
 - 2. 미성년자의 기본권주체성 문제 294
- II. 법인의 기본권주체성 295
 - 1. 법인의 개념 296
 - 2. 성질상 적용가능한 기본권 296
 - 3. 공법인의 기본권주체성 297

제2절 미국에서의 기본권주체성 논의 299

- 1. 기본권주체성의 분류 299
- 2. 외국인의 지위 300
- 3. 법인의 기본권주체성 302

참 고 문 헌 305

제1장 자연인의 기본권

I. 들어가며

헌법상의 기본권은 처음부터 개인적 시민(국민)을 염두에 두고 있으며, 일차적으로 개인적 자기결정권 내지 자기발현권의 실현에 기여하기 위한 것이다. 따라서 자연인이 기본권의 이상적이며 고유한 주체가 되는 것이 원칙이다. 물론 기본권은 인간의 단체나 법인에게 인정되기도 한다. 하지만 단체나 법인에게 기본권이 인정되기 위해서는 특별한 정당화가 필요하다는 점에서 자연인의 경우 자명한 기본권주체로 간주되는 것과는 차이가 있다. 법인이 그 자체로서 기본권의 주체가 되는 것인지 아니면 법인의 배후에 존재하는 자연인의 이익에 봉사한다는 관점에서 기본권의 주체가 되는 것인지에 관한 전통적 논의는 법인의 대한 기본권주체성을 정당화하기 위한 시도인 것이다.

인적 단체나 법인에 대해 기본권적 보호를 확대하는 데 중요한 연결고리를 형성하는 것은 곧 개인이 갖는 인간존엄성, 자유를 향유할 수 있는 능력, 평등에의 권리, 개인적 성숙성 등이다. 이 경우 법인은 인격적으로 파악될 수 있는 인간존엄성을 갖추고 있지 못하기 때문에, 기본권적 관점에서 볼 때 그 자체로서 기본권적 보호의 정당성이 인정될 수 있는 자체목적(Selbstzweck)이 될 수 없으며, 오히려 목적적 창조물(Zweckschöpfung), 즉 그 배후에 존재하는 자연인으로 하여금 일정한 기본권적 범익을 실현하는 것을 가능하도록 하기 위해 만들어지는 목적적 존재라 볼 것이다.

연방헌법재판소¹⁾와 일부 문헌²⁾이 법인의 기본권주체성에 대해 기

여적 혹은 파생적 성격을 부여하고자 하는 것도 이상과 같은 배경하에서만 이해할 수 있다. 따라서 그와 같은 입장을 전통적인 개인주의적 헌법관의 표현으로 이해하는 것은 잘못된 것이다.³⁾ 그러므로 헌법이 기본권적 보호를 제공하고 있는 것은 법인 그 자체를 위해서가 아니라 법인의 “인적 기초”(personales Substrat)에 겨냥되어 있는 것이다.⁴⁾ 법인의 기본권주체성은 “인간을 위해” 긍정하며, 기본권의 보호영역에 법인을 편입시키는 것은 법인의 구성과 그 활동이 자연인의 자유로운 인격발현의 표현인 한에서 비로소 정당화될 수 있다. 이른바 투시이론(Durchgriffsthese)⁵⁾에 따라 법인의 배후에 있는 자연인의 입장에서 법인의 구성과 활동이 의미 있는 것으로 혹은 필요한 것으로 나타나는 경우이거나 혹은 법인이 개인적 이익의 단순한 총합 이상의 것으로서 ‘보호이익에 특유한 부가 가치’(schutzgutspezifische Mehrwert)를 제시하는 것일 경우가 그러하다.⁶⁾ 한편 기본권적 보호가 법인에게까지 확대됨으로써, 해당 법인의 구성원인 자연인은 시간적으로 미리 기본권침해에 대처할 수 있게 된다. 즉 법인이라는 조직이 독립적으로 또한 그 자신의 권리를 통하여 국가의 기본권관련 조치에 대해 방어하는 것이 가능해지는 것이다. 따라서 법인에 대한 기본권적 보호는 그 법인의 배후에 존재하는

1) BVerfGE 21, 362(369); 23, 153(163); 41, 126(149); 53, 1(13); 75, 192(195f.)
 2) Bethge, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts, AöR 104 (1979), S. 54(88ff.)의 인용들 참조.
 3) 예컨대 Erichsen/Scherzberg, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, NVwZ 1990, S. 8(10f.) 참조.
 4) BVerfGE 75, 192(196f.)
 5) 이 이론은 BVerfGE 21, 362(369) 결정 이래 독일 연방헌법재판소의 일관된 판례이다.
 6) Badura, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften - Ein Problem des Grundrechtsschutzes juristischer Personen des Privatrechts, DÖV 1990, S. 353(359ff.); P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 3 RN 227 참조.

자연인을 위한 “방어선의 구축”(verzogene Verteidigungslinie)으로 나타나는 것이다.⁷⁾

따라서 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 누구인가의 문제는 원칙적으로 이하에서 살펴보는 자연인의 기본권 문제가 그 출발점을 이루는 것이다.

II. 생명의 발전단계에 따른 기본권주체성의 문제

모든 자연인은 기본권의 주체이다. 기본권주체성이 인정되는 시점은 모든 인간에 대해 그 출생시가 된다는 데 대해 원칙적으로 광범위한 합의가 존재하고 있으며, 그가 사고능력(Reflexionsfähigkeit)을 가지는 것인가와는 무관하다. 기본권주체성의 개념과 민법상의 권리능력의 개념은 전혀 상이한 개념이다.⁸⁾ 왜냐하면 민법상 권리능력은 민법상의 각종 권리의무의 주체가 되는 능력을 의미하는 것에 불과하고, 반면 기본권주체성은 그 보다 더 다양한 다수의 기본권들의 주체가 될 수 있는 능력을 의미하기 때문이다. 물론 민법상 권리능력이 인정되는 자는 또한 유효한 기본권의 주체가 되는 데 장애는 없다.⁹⁾ 판례에 따르면, 태아와 사자의 경우에도 기본권은 인정될 수 있다는 점에서 기본권능력은 민법상 권리능력의 시기 및 종기와도 일치되지 않는다.

7) Peter M. Huber, Natürliche Personen als Grundrechtsträger, in: Merten/Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte II, S. 1132

8) 민법상의 권리(의무)능력이 기본권(재산권)으로서 민법상의 각종 권리(의무)의 주체가 될 수 있는 능력(기본권주체성)이라고 볼 경우에만 양자의 ‘유사성’을 이야기 할 수 있을 것이다.

9) 민법 제3조(권리능력의 존속기간) “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.”

독일의 생명윤리에 관한 논쟁을 살펴보면, 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄권 및 제2조 제2항의 생명권과 관련하여 점진적인 기본권보호사상, 즉 인간의 단계적 기본권주체성을 인정하고자 하는 견해들이 주장되고 있다.¹⁰⁾ 이 견해에 따르면 인간존엄권이나 생명권과 같은 기본권은 이해관계를 갖출 능력이나 인식능력 및 사고능력이 증대되어감으로써 비로소 그 완전한 보호를 향유할 수 있으며, 따라서 태아의 경우에는 단지 약화된 생명권만이 귀속된다고 주장한다. 이러한 주장은 생명윤리와 관련하여 비교적 최근에 주장되고 있는 이론이라 할 수 있는데, 사실 이미 그 이전부터 다수의 견해들이 태아 및 그 이전 단계인 배아의 기본권(존엄권과 생명권)을 인정할 수 있을 것인가를 두고 논란을 벌여오고 있다(이에 관한 학설의 상세한 내용은 후술함). 그런데 그와 같은 단계적 보호이론에 따라 출생 이전의 생명에 대해 전술한 기준들을 적용하여 약화된 보호만을 인정하고자 할 경우, 마찬가지로 그와 같은 능력이 약한 사람들, 예컨대 병자나 중증장애인, 의식상실자나 환자 같은 존재들에 대해 약화된 기본권보호만을 인정하여야 할 것인가 라는 강력한 의문이 제기될 수밖에 없을 것이다. 또한 그것은 생명의 중기가 문제되는 유사한 경우들에서도 마찬가지로 일 것이다.

물론 이상과 같은 문제제기가 다소 감정적이고 과도한 지적(知的) 예민함에 기인한다는 측면을 부분적으로 인정할 수 있다 할지라도, 여전히 인간의 존엄성이나 생명권이 갖는 목적론적이고 역사적인 측

10) 특히 H. Dreier, Stufung des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377 (381f.); Hilgendorf, Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion am Beispiel des Erlanger Schwangerschaftsfalls, NJW 1996, S. 758(761) 참조.

면을 고려해야 한다는 요청으로부터 벗어날 수는 없을 것이다. 다른 한편 체계적 관점에서의 비판도 가능하다. 기본권은 국가와 다른 공권력주체와의 관계에서 개인이 갖는 권리이며, 이때 그것은 존중의 대상이 되거나 방어, 급부 또는 보호청구권의 기초가 되는 것이든 아니면 그렇지 못한 것이든 둘 중의 어느 하나일 뿐이다. 기본권은 단순한 기대권(Anwartschaftsrechte)이 될 수 없다. 단계적 보호이론에 따라 “약간의 기본권보호”도 허용된다는 사고는 이미 구조적인 관점에서 처음부터 불가능한 것이다. 기본권주체에 해당하는가 아닌가가 문제되는 한 전부 아니면 전무 둘 중 어느 하나만이 가능할 뿐이다.¹¹⁾

1. 출생 이전의 생명, 태아

배아(Embryo)를 포함한 출생 이전의 생명이 기본권의 주체가 되는지 여부, 혹은 어느 시점부터 기본권주체가 되는지에 대해서는 아직 확정적으로 결론이 지어진 것이라 할 수 없다.¹²⁾ 이 문제는 특히 인간의 존엄권이나 생명권의 경우에 제기되는 것이지만, 그 밖에 신체의 불가침이나 재산권, 상속권과 같은 기본권의 경우에도 문제될 수 있다.

인간적 생명체는 정자와 난자의 결합(융합) 혹은 인간으로 성장할 수 있는 능력을 가진 세포 즉 전능세포(totipotent Zelle)의 생성 시점으로부터 시작된다. 인간적 생명체가 존재하는 한, 그에게 존엄성

11) Hoerst, in: JuS 2003, S. 529(530). 또한 P. M. Huber, aaO., S. 1133.

12) 독일의 배아보호법(Embryenschutzgesetz; EschG) 제8조 제1항 전단은 “이 법이 의미하는 배아는 수정되어 성장능력 있는 인간의 난세포로서 핵융합의 시점으로부터 시작되는 것으로 보며 ...”라고 규정하고 있다.

이 인정되고 또 국가는 생명권이나 인간존엄성에 관한 헌법규정으로 부터 도출되는 객관적 보호의무를 부담하게 된다. 수정란으로부터 신 생아에 이르는 일련의 과정은 “중단될 수 없는 연속성”을 그 특징으로 한다. 하지만 그와 같은 인간적 생명체가 어떤 전제조건 하에서 또 어떤 발전단계에서부터 ‘개별적 권리의 주체 내지 기본권의 주체가 될 수 있는 능력’을 가지는가에 대해서는 아직 확정적으로 결론이 내려진 바 없다. 이 문제는 배아 내지 태아가 문제되고 있는 기본권과 관련하여 단순히 반사적 혜택만을 누리는가 아니면 개인적, 주관적 권리 즉 소구가능한(einklagbar) 권리를 가질 수 있는가의 문제이다. 이 점에 관해 연방헌법재판소는 분명한 입장을 표명한 바 없으며, 반면 학설은 주관적 권리주체성(기본권주체성)의 시기에 관해 다양한 시점들을 제시하고 있다.

한편 인간존엄과 생명의 시기에 대한 판단을 위해서는 생명의 성장과정에 대한 과학적, 발생학적 이해가 선행되어야 한다. 성체로서의 인간에 이르는 단계는 크게 배아 - 태아 - 성체로 구분할 수 있다. 인간의 개체발생과정을 살펴보면, 남성의 정자가 여성의 난자와 수정됨으로써 단세포 수정란¹³⁾이 되고, 수정 후 하루 정도가 지나면 세포분열(유사분열)을 시작하는데 3-4일 후 ‘상실배’(桑實胚, morula)라고 하는 세포의 덩어리(공모양)를 형성¹⁴⁾하면서 더욱 분열이 일어나며, 6-7일 후에는 100-200개의 세포덩어리인 속이 빈 공모양의 배반포¹⁵⁾(胚盤胞, blastocyst)단계에 도달한다.¹⁶⁾ 수정 후 약 14일이 경

13) 이를 접합체(zygote)라고 한다. 보통 정자주입 후 20-35시간 동안에 관찰된다고 한다.

14) 16개의 세포가 포도송이 모양으로 응집된 것을 말한다.

15) 배반포는 내세포괴(내부세포덩어리 inner cell mass)와 영양막으로 구성되어 있고, 전자는 나중에 태아로 자라고 영양막은 양막, 태반, 탯줄이 된다.

16) 착상전배아는 최소한의 세포분화만 일어난 단순한 세포구조를 보여주는데,

과하면, 배반포의 한쪽 끝에서 원시선¹⁷⁾(primitiv streak)이 형성되며, 이때부터 지금까지 분열한 각각의 세포들은 구체적인 신체기관으로 성장하여 약 8주까지 장기가 완성되게 되며, 8주 후부터는 이들 장기들이 양적으로 성장하면서 성체로 되어간다. 통상적으로 모든 장기가 형성되는 8주를 기준으로 그 이전을 배아(embryo),¹⁸⁾ 그 이후를 태아(fetus)로 구분한다. 또한 배아의 경우에, 수정 후 원시선이 출현하는 약 14일까지는 수정란이 계속 분열하여 세포다발(덩어리,괴)을 이루게 되는데 이 단계까지는 하나의 세포가 독립성을 가지고 있어서 이를 분리하여 다시 세포분열을 시키면 완전한 개체로 성장할 수 있는 능력을 가지고 있다고 한다(이를 전능세포omnipotent cell라고 부르기도 한다). 따라서 발생과정에서 두 개의 원시선이 형성되면서 쌍생아(일란성)가 될 수도 있고, 반대로 두 개의 원시선에 의해 나누어진 두 배아가 합쳐지는 경우도 있다고 한다. 그러므로 원시선이 출현하는 시기까지(약 14일까지)가 하나의 개체로서의 인간으로 탄생할 수 있는지 여부가 결정되는 기준이 된다. 그 이후에 기관발생이 완료되는 8주까지의 시기¹⁹⁾는 각 세포가 기관형성을 위해 그 성격이 특

2, 4, 8 세포기, 상실배, 배반포는 모두 착상전배아의 초기 발달단계를 지칭하는 것이라고 하며, 착상 후에는 원시선이라고 불리는 뚜렷한 발달축이 형성되기 시작한다. 이 시기 이후부터는 돌이킬 수 없는 보다 복잡한 보다 분화된 조직과 기관발달이 이루어지므로 배아는 더 이상 쌍생아로 발달할 수 없다고 한다.

17) 원시선이란 뇌와 척수로 분화되는 원시신경세포의 초기단계를 알려주는 윤곽선을 의미하는데, 착상후배아에게 나타난다.

18) ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제2조 제2호는 “배아”를 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말하는 것으로 정의하고 있다. 위 규정과 관련하여 위 법률은 14일 미만의 수정란 전배아(pre-embryo)와 원시선이라는 신경세포 초기상태가 발달된 이후(14일 정도) 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기인 7-8주가 될 때까지의 세포군으로서 배아(embryo)의 구분을 채용하지 아니하겠다는 점을 명백히 하였다고 보는 입장이 있다(김기창, 배아와 복제배아에 대한 한국법의 입장, 인권과 정의 340권, 106면).

정되는 시기라고 한다. 그에 따라 학자들은 14일을 기준으로 초기배아(전배아, 착상전배아 pre-embryo)와 후배아(착상후배아 post-embryo)로 구분한다.

이상의 경우는 자연배아 또는 인공수정배아에 관한 설명인데, 그와 구별되는 것으로 체세포복제배아도 존재한다. 이것은 정자와 난자의 결합에 의해서가 아니라, 가령 환자의 장기나 피부에서 소량의 조직을 채취하고 효소를 처리해 체세포를 분리한 후 여기에서 ‘핵’(공여 핵)을 추출해 ‘핵이 제거된 난자’에 전기적인 충격을 가하여 융합·이식하여 배아를 생성하는 것을 말한다(즉 무성생식에 의한 배아복제를 의미한다). 그러나 일단 배아가 생성된 이후에는 자연 및 인공수정배아와 동일한 발생의 과정을 거친다.

2. 기본권주체성의 시기에 관한 이론의 검토²⁰⁾

독일의 다양한 학설 및 판례의 입장에 대해서는 이하에서 항을 바

-
- 19) 수정 후 18일 경에는 심박동이 시작되며, 수정 후 21일 경에는 태반이 형성되고 폐쇄순환계인 혈관을 통하여 어머니와 다른 혈액형을 가진 태아의 피가 순환되기 시작한다. 또 수정 후 40일 경에는 뇌파가 감지되고, 수정 후 6-7주 경에는 태동이 느껴진다고 한다.(수정 후 60일 경에는 뇌간의 기능이 시작되며, 수정 후 70일 경에는 피질의 뇌신경전달체계가 형성됨).
- 20) 독일의 경우 인간존엄의 시기 내지 기본권주체성의 시기와 관련하여 다양한 논의들이 전개되고 있다. 이하의 설명들은 필자가 보기에 독일의 혼란스런 이론들을 가장 잘 요약적으로 정리하고 있는 최근의 문헌인 Peter Zaar의 학위논문(Wann beginnt die Menschenwürde nach Art.1 GG?, 2004) 69-100쪽을 정리한 것이다. 여기에는 다양한 논자들의 주장이 그 핵심적인 부분에서 소개되고 있는데, 국내에서 독일 학설의 전모를 종합적으로 검토한 문헌들이 거의 없어 여기에서 소개하고자 한다. 위 논문은 독일의 이론 전반을 개관하고 있어 원문에 각 주장에 대한 문헌들이 상세히 인용되어 있으나 여기에서는 이론의 개관에 목적이 있으므로 대부분 생략하고, 반드시 필요한 경우에만 주장자들의 전거를 인용하였다. 더 상세한 내용을 원하는 독자는 위 Peter Zaar의 책과 거기에 인용된 각주의 논문들을 참조하기 바란다(헌법재판소 소장도서관).

꾸어 고찰한다.

(1) 수정(핵융합)시 이전부터 존엄이 시작된다고 보는 견해

인간의 발생과정은 수정 이전의 단계에서 이미 시작되는 것이며, 따라서 이 단계에서도 인간존엄에 대한 객관적, 법적 보호는 이루어져야 한다고 보는 견해이다. 비록 수정 이전의 단계에서는 아직 주관적 권리주체(Rechtssubjekt)가 존재한다고 할 수는 없지만, 인간의 존엄성에 대한 객관적 보호는 이미 이 단계에서 시작되는 것이라고 한다. 수정(핵융합)이란 인간존엄의 객관적 보호시점을 의미하는 것이 아니라 주관적 보호청구권(즉 주관적 권리)의 개시시점을 의미하는 것이며, 따라서 수정 이전의 단계에서도 객관적 보호의무는 발생한다는 것이다. 이러한 주장에 대해서는, 기본법 제1조 제1항²¹⁾으로부터 나오는 국가의 보호의무는 구체적인 권리주체를 전제로 하는 것이기 때문에 부정되어야 한다는 비판이 가해지고 있다.

(2) 수정시부터 기본권주체성을 인정하는 견해

이 입장은 수정시부터는, 수정란이 모체 내에 있던 모체 밖에 있든, 기본법 제1조 제1항의 인간존엄성 보장을 완전하게 향유한다고 보는 견해로서, 독일의 다수설에 해당한다. 이 주장을 뒷받침하기 위해 제시되고 있는 근거들은 매우 다양한데, 전체적으로 볼 때 4개로 유형화할 수 있다.²²⁾

21) 기본법 제1조 ① 인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

[참고] 제2조 ② 누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.

22) 각 논거의 핵심용어의 첫머리를 따서 이를 이른바 Skip논거라고 부를 수 있을 것이다(Spezies 논거, Kontinuität논거, Identität논거, Potentialität논거).

1) 동일성논거(Identitätsargument)

a. 주장내용

난자와 정자가 결합함으로써 발생학적으로 동일성을 가진 인간이 확정된다. 수정시부터 최초로 완전한 염색체가 존재하게 되며, 이것은 그 이후의 발생단계를 거친다고 하더라도 더 이상 변화하지 아니한다. 염색체는, 지문과 유사하게, 그 주체에게만 전속적으로 귀속하게 된다. 따라서 수정 이후의 어떤 시점(출생 전이든 출생 후이든)을 인간존엄의 시기로 잡는 것은 자의적인 것이다.

b. 비판

첫째, 동일성논거는 일란성 쌍생아의 경우에는 적용될 수 없다. 이 경우에는 동일한 염색체를 가진 다수의 개체가 성립될 수 있으므로, 염색체만으로 개인의 동일성을 인정하기에는 불충분하다. 물론 수정시부터 인간으로서의 종적 귀속성(Gattung)이 결정되는 것이지만 수정란으로부터 복수의 개체가 성립될 수 있는 한 아직 육체적으로 개별화된 생명체가 존재하는 것으로 볼 수 없다.

둘째, 일란성 쌍생아라 할지라도 성장함에 따라 분명한 차이를 나타내게 되는데, 이것은 인간의 동일성이 염색체만으로 구성되지 않는다는 것을 말해준다. 인간이란 유전자의 단순한 종합 그 이상이다. 인격이란 활성 유전자가 물리적 및 사회적 주변세계와 고도로 복잡한 상호작용을 거침으로써 비로소 형성되는 것이다. 모든 개인은 개별적이며 또 고유한 존재인 것이다. 심지어 복제인간이라 할지라도 단순한 복사물이거나 재생물은 아니다. 인간의 동일성을 단순한 유전

자배열로 평가하는 것은 타당하지 않다. 핵융합(수정) 이후의 시점에도 수많은 결정요소와 수많은 고유한 요소들이 작동하는 것이다. 인간의 총유전인자(인간게놈)에 의해 인간을 정의하는 것도 인간이 가진 일정한 특성만을 가지고 전체를 위해 주장하는 결과가 된다. 나아가 염색체만을 기준으로 삼을 경우 인간의 모든 세포조직에도 존엄권을 인정해야 할 것이다.

셋째, 수정란에는 이성이나 감정, 사회성과 같은 인간에게 고유한 모든 특성이 결여되어 있다. 따라서 염색체의 동일성만으로는 존엄권의 기초가 될 수 없다.

넷째, 동일성이론은 인간존엄성을 근거짓기 위해 왜 이성이나 사회성과 같은 징표에서는 출발하지 않고 하필 ‘인간의 동일성’이라는 징표만을 사용하는가에 대해서는 아무런 해명도 하지 않고 있다.

2) 잠재성논거(Potentiality argument)

a. 주장내용

정자와 난자가 수정함으로써 최초로, 다른 필요한 조건이 갖추어진다면, 인간으로 성장할 수 있는 잠재성을 갖춘 세포가 비로소 창조된다. 이러한 잠재성은 단순한 가능성 이상의 것이다. 잠재성이란 ‘성장을 저지하기 위한 의도적 행위가 있을 경우에만’ 성장의 진행을 막을 수 있는 그러한 성장능력을 의미한다.

수정란은 인간이 되도록 하기 위해 외부로부터 그 어떤 것도 더 이상 주어지는 바가 없다. 즉 수정란으로부터 ‘인간이 되기 위한 성장’이란 존재하지 않으며 오로지 ‘인간으로서의 성장’만이 존재한다.

성장이란 인간에게 고유한 것, 즉 그가 생명을 가지고 있는 한 그에 고유한 것이기 때문이다. 헌법적 시각에서 볼 때 배아, 초기태아(Fötus, fetus), 태아, 신생아를 구별하여 어떤 차별을 행하는 것은 어린이, 성인, 노인의 단계를 구별하여 차별적 취급을 행하고자 하는 것과 다를 바 없다.

b. 반대논거

헌법(기본법) 제정자의 의사는 구체적인 권리주체에 대해 인간존엄의 보호를 인정하자는 데 있다. 따라서 인간이 될 수 있는 단순한 잠재성을 가진 것에 불과한 세포에 대해 존엄성을 인정할 경우 인간의 존엄성 보장의 의미가 왜곡된다. 수정란을 성체로 성장한 주체와 동일하게 취급하는 것은 본질적으로 같지 않은 것을 같게 취급하는 것이다. 법적으로 볼 때 앞으로 성장할 수 있다는 단순한 가능성만으로는, 그러한 가능성이 실현되지도 않은 현재에 이미 장래의 지위를 창설할 수는 없는 법이다. 단순한 잠재성에 대해 현실적 지위와 동등한 지위를 인정하기 위해서는 보다 설득력 있는 근거를 제시할 필요가 있다. 그러나 잠재성이론은 ‘인간으로 성장할 잠재성’만으로 이미 인간존엄성에 대한 요청이 제기된다는 명제만을 주장할 뿐 이를 정당화하기 위해 인간존엄을 어떻게 이해하여야 할 것인가에 대해서 어떤 설명도 하지 않고 있다.

3) 연속성논거(Kontinuitätsargument)

a. 주장내용

인간의 생명은 수정의 시점부터 발생의 연속적 과정에 놓이게 되고, 이러한 발생과정은 단순한 양적 변화의 과정일 뿐이지 그 이상의

어떤 질적 변화를 가져오는 과정이라고 볼 수 없다. 따라서 인간존엄이 인정되는 시기를 수정시와는 다른 시점으로 보려고 하는 모든 주장은 오로지 실용주의적 입장에서만 정당화될 수 있을 뿐이며, 그런 의미에서 자의적이다. 따라서 인간생명의 성립과 더불어 시작되는 연속성에도 불구하고 보호가치를 단계적, 차등적으로 이해할 수 있다고 보는 견해는 인간의 생명이 왜 일정한 시점부터 보호가치 있는 것이어야 하는지에 대해서도 생물학적 근거를 제시해야 할 입증책임이 있다.

b. 반대논거

첫째, 일정한 시간적 범위의 발생과정에 대해서만 연속적인 것으로 정의하는 것 자체가 자의적이다. 인간의 발전과정은 정자와 난자가 수정되기 이전의 시점부터 시작되고 또 사망의 시점을 훨씬 넘어서 까지 진행되는 과정이라고 말할 수도 있다. 다른 한편 수정란의 자궁 내 착상이 되는 시점, 개체상태로 되는 시점도 인간의 발전과정에서 분명한 전환점 내지 기준점으로 평가할 수도 있다.

둘째, 연속성을 띤 발전만으로 기본권적 지위를 인정할 수 있는 근거가 될 수는 없다. 중간과정 또는 단계의 전환이 분명한 전환점을 의미할 수 없다고 하더라도 그것만으로 일정한 단계를 구분할 가능성이나 필요성이 부정되는 것은 아니다. 어떤 모래알이 모래성을 비로소 모래성으로 만드는 것인지를 말하는 것은 불가능하지만, 모래알과 모래성은 구별되는 것이다.

셋째, 어떤 과정이 연속성을 띠고 있다는 것만으로는 인간존엄성의 요청이 존재한다는 것을 근거지우기에 불충분하다. 인간존엄의 핵심

이 무엇으로 이루어지고 있는지에 대해서는 아무런 말도 하고 있지 않기 때문이다.

4) 종적 귀속성 논거(Speziesargument)

a. 주장내용

‘종적 귀속성 논거’란 기본법 제2조 제2항이 의미하는 모든 인간적 생명에는 존엄성이 귀속된다는 논거를 말한다.²³⁾ 인간의 생명이 언제부터 시작되는가는 인간의 존엄성이 언제부터 시작되는가를 결정한다. 인간의 생명은 정자와 난자가 수정할 때부터 존재한다. 기본법 제2조 제2항(“누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다.”)에서 생명권의 주체로 언급하고 있는 “누구든지”가 과연 누구를 의미하는가는 오로지 종적 귀속성이 인정되는지 여부에 달려 있고, 그러한 종적 귀속성은 수정시에 확정되는 것이다. 출생 이전의 생명이든 출생 이후의 생명이든 종적 귀속성이 인정되는 한 달리 취급되어서는 아니된다. 그와는 다른 속성을 기준으로 삼는 것은 자의적이다. 따라서 수정시부터 생식세포에게는 존엄성의 보호가 인정된다.

b. 반대논거

첫째, 생명권과 존엄권을 결부시키는 것은 생물학적-자연주의적 오류에 의한 것이다(생명·존엄 분리설). 생물학적 사실인 생명에 기초해 인간존엄을 확정해서는 아니된다. 인간의 생명만으로 인간존엄

23) BVerfGE 39, 1(41): “인간의 생명이 존재하는 한 그에는 존엄이 인정된다.” 이 입장에는 Classen, Fechner, Jarass, Kirchhof, Stern 등이 동조하고 있다.; 반대의견 Düwell: “인간이 인간이라는 종(類)에 속한다는 사실만으로는 아직 그에 인간존엄을 인정할 수 있는 근거가 된다고 할 수 없다.”(문헌적 전거들에 대해서는 위에서 언급한 Peter Zaar의 논문을 참조할 것)

을 인정하는 것은 불충분하다. 그렇지 않다면 육체로부터 분리된 사지(四肢)에 대해서도 그것이 아직 생명이 다하지 않은 한 인간존엄을 인정해야 한다는 결과가 될 것이다. 따라서 순수하게 생물학적 관점에서 논증을 행하는 것은 헌법해석에 도움이 되지 않는다. 그러한 논증은 정신과 육체의 통일체인 인간을 정당하게 고려하는 것이 되지 못하며, 결과적으로 인간의 '탈인간화'를 초래할 것이다. 기본법 제1조 제1항(인간존엄)의 보호영역과 제2조 제2항(생명권)의 보호영역을 동일시해야 할 논리필연적 이유는 없다. 양 조항은 서로 다른 법익을 보호한다. 제1조 제1항은 인간존엄이라는 가치를 보호하는 것이며, 제2조 제2항은 생물학적 사실인 생명과 신체의 불가침성을 보호하는 것이다. 생명권의 침해가 필연적으로 동시에 인간존엄에 대한 침해가 되는 것은 아니며, 그것은 기본법 제1조 제1항이 인간 존엄성의 불가침성을 선언하고 있음에 비해 생명권의 경우 기본법 제2조 제2항 제2문은 이를 법률유보하에 두고 있다는 점에서도 분명하게 알 수 있다. 가령 고의적인 생명권 침해가 행해지는 것임에도 인간존엄에 대한 침해가 존재한다고 볼 수 없는 사례들, 예컨대 인질범에 대한 저격, 긴급사태에서의 살인, 전쟁시의 군인살해 등 존엄권이 침해되지 않으면서도 생명권이 제한되는 경우도 있는 것이다. 종적 귀속성의 논거는 기준으로 삼을 수 있는 다양한 속성들 중 하나의 속성에 불과하며, 따라서 이것만을 기준으로 삼는 것은 여전히 자의적이라는 비판을 면할 수 없다.²⁴⁾

24) 인간의 생명을 지니고 있으며, 인간으로서 성장하거나 혹은 인간으로 성장할 수 있는 잠재성을 지닌 모든 것에 인간존엄성을 승인한다고 하여 그것이 곧 생명권과 존엄권의 보호이익을 동일시하는 것이라 볼 수 없다. 그것은 단지 보호영역의 시작시점만을 동일하게 보자는 것이므로, 보호법익 그 자체를 동일하게 보자는 것이 아니다. 서로 다른 보호법익을 전제로 하면서 기본권주체성이 인정되는 시점만을 정의하고 있는 것이다. 존엄권에 대한 침해가 존재하지 않으면서도 생명권이 침해될 수 있다는 것에 대해서는 학술상 다툼이 없

둘째, 모든 인간적 생명체가 존엄권을 가진다고 보는 견해는 납득 가능한 근거제시가 없이는 설득력을 가질 수 없다. 그와 같은 견해에 의할 경우, 인간존엄성에 대한 모든 정의가 생물학적 요소와 결부될 수밖에 없을 것이다. 인간존엄의 시기를 착상이나 출생으로 정하고자 하는 견해는 생물학적 사실만을 기준으로 하는 것이다. 하지만 생물학적 사실만으로 존엄성요청의 근거로 삼는 것은 불충분하다.

셋째, 착상 이전의 수정란세포(수정란, 배아)는 단지 ‘유기체적 결합물’이거나 ‘세포덩어리’에 불과하며, 인간이기는 고사하고 존엄성을 가진 개체로도 볼 수 없다. 인간적 생명체라고 하여 예외 없이 존엄성을 가진다고는 볼 수 없을 터인데, 무엇보다 인간존엄성을 징표를 이루는 속성(가령 ‘자기의식’이나 ‘이성’, ‘자기결정능력’)이 결여된 경우가 그러한 것이다.²⁵⁾

넷째, 수정란은 인간적 존재로서 인식하기 불가능하기 때문에 존

으며, 기본법 제2조 제2항 제2문의 법률유보가 이를 입증하고 있다. 존엄권보장의 시간적 보호범위의 개시시점을 생명권보장의 개시시점과 동일하게 보는 것은, 보호법익의 내용에 대해 어떤 의미를 담고 있는 것이 아니다. 지배적 견해는 사후에도 존엄성에 대한 보호를 광범위하게 인정되어야 한다고 보고 있는바, 이러한 사실은 생명권과 존엄권의 보호영역이 동일시될 수 없다는 점을 분명하게 보여주고 있다. 만약 생명권과 존엄권의 보호법익이 동일한 것이라면, 논리적으로 죽음과 더불어 존엄권도 종료되어야만 하기 때문이다(Peter Zaar, aaO., S.75).

- 25) 이러한 입장에 따라 수정란이 세포분열의 단계를 거치고 난 이후에도 이를 단순한 세포덩어리 내지 보다 복잡한 유기체적 결합물에 불과한 것으로 본다면, 이것은 사실상 어떤 권리도 인정하지 아니하는 결과가 된다. 종적 귀속성 논거를 주장하는 측에서는 이러한 주장에 대해, 수정란과 성장한 인간 사이에 도대체 어떤 차이가 있는가 라고 반문한다. 성장한 인간도 단순한 세포덩어리에 불과하며, 그것은 세포덩어리의 양적 크기에 있어서만 그 이전의 “나”와 구별될 뿐이라는 것이다.

엄성을 인정하기 어렵다. 수정란이 인간이 될 것인지 아니면 저급한 생명체가 될 것인지는 육안으로는 인식할 수 없기 때문이다.²⁶⁾

5) 기타의 논거들

a. ‘가장 효력이 강한 해석의 원칙’

수정시로부터 인간의 존엄성 보호를 주장하는 견해들은 연방헌법 재판소가 인정하고 있는 원칙, 즉 ‘의심스러운 경우에는 법적 효력이 가장 강한 해석을 선택하여야 한다.’는 원칙에 입각한 것이라고 할 수 있다.²⁷⁾ 즉 모든 사람이 출생 이전의 단계에서도 존엄성을 가진다고 보는 것은 효력이 강한 주관적 권리로서 기본권을 이해하는 결과라는 것이다. 그와 같은 원칙은 규범의 목적과 더불어 기본법 제2조 제2항 제1문의 ‘누구든지’라는 개념을 출생 이후의 인간생명 뿐만 아니라 출생 이전의 인간적 생명체까지도 포함하는 것으로 볼 수 있는 근거를 제시한다. 그렇다면 마찬가지로 기본법 제1조 제1항의 ‘인간’이라는 구성요건표지에도 동일한 결론을 인정하여야 할 것이라고 한다.²⁸⁾

26) 이 주장에 대해서는 ‘누구에게나 명백히 인식가능한 “인간의 용모”를 갖추고 있는 것만이 인간인가’라는 반론을 제기하여야 할 것이다. 비록 육안으로는 수정란을 인간생명체로 인식할 수 없다 할지라도 생물학자들이 기구를 사용해 확인하는 것은 가능할 것이기 때문이다.

27) BVerfGE 39, 1(38)은 기본법 제2조 제2항의 확장해석의 근거로서, BVerfGE 32, 54(71) 및 6, 55(72)에서 판시하였던 위 원칙을 명시적으로 인용하고 있다. 그에 따라 위 39, 1(38) 결정은 모든 기본권에 있어 그 우월적인 주관적 권리성을 인정하는 결과로서 인간은 출생 이전의 단계에서도 존엄권을 향유하는 것이라고 보았다.

28) 하지만 위 원칙을 전술한 바와 같이 이해하는 것은 잘못이라는 비판도 제기된다. ‘가장 효력이 강한 해석의 원칙’이란 기본권의 존재 및 그 기본권이 적용될 수 있는 권리주체의 존재를 전제로 한 것인데, ‘최강해석의 원칙’으로부터 그와 같은 전제들이 도출되지는 않는다는 것이다.

b. '존엄의 시기를 분명하게 확정할 수 있다.'는 논거

수정시를 인간존엄의 시기로 확정하는 것이 존엄의 시기를 분명하게 입증할 수 있다는 이유 때문에 수정시를 기준으로 하여야 한다는 주장²⁹⁾도 있다.

c. 댐붕괴이론

이 이론은 인간존엄의 시기를 수정시 이후의 어느 시점으로 한번 양보하게 되면, 혹은 수정시 이후 어느 시점에서 인간존엄성에 대한 침해(제한)를 일단 허용되는 것으로 본다면, 그 이후에는 필요에 따라 계속적으로 양보를 하지 않을 수 없는 사태가 초래되는 것을 우려한다. 한번 양보가 제2, 제3의 양보로 이어지게 된다는 논리이다.

이 주장은 그 실례로서 불임부부의 임신을 목적으로 허용되는 체외수정(인공수정)에서 착상진단술(Präimplantationsdiagnostik, PID)³⁰⁾이 행해지는 경우를 예로 들고 있다. 중대한 선천적 장애를 지닌 부부에게 일단 PID가 허용됨으로써, 종래에는 PID 허용범위가 점차 확대되는 결과를 피할 수 없게 되리라는 것이다.³¹⁾

29) 하지만 순전히 실용주의적 성격을 띠는 이러한 논거는 헌법해석에는 별 도움이 되지 않는다.

30) 착상진단술이란 모체에서 채취한 난자와 정자를 시험관(Reagenzglas)에서 인공수정시킨 후 전배아(pre-embryo) 단계에서 일정한 유전자 검사를 통하여 유전병의 유무를 진단하고, 그에 따라 선별된 배아를 모체의 자궁에 이식시킴으로써 유전병적 소인이 없는 건강한 아기를 출산시키는 방법을 말한다.

31) 이 견해에 대해서는, 이상과 같은 우려가 충분히 이해할 수 있는 측면이 있는 것이기는 하지만 하나를 허용함으로써 연속적인 허용이 불가피하다는 주장, 즉 '시작되는 것을 막아라.'라는 주장만으로는 설득력이 있다고 할 수 없으며, '일정한 행위의 허용이 현실적으로 인간존엄에 대한 침해의 시작을 의미한다.'는 구체적인 입증이 필요하다는 비판이 제기된다.

d. 배아보호법의 원용

이 입장은 독일의 배아보호법을 원용하여 인간존엄의 시기를 수정 시라고 주장하는 견해이다. 독일 배아보호법 제8조 제1항은 배아(Embryo)를 ‘수정되어 분화 능력이 있는 핵융합 이후의 인간 난세포’³²⁾로 정의하고 있으며, 또한 동법 제2조 이하에 따르면 핵융합(수정) 이후의 시점에서는 인간 ‘배아’를 부당하게 이용하는 행위가 금지된다. 이러한 일련의 규정들은 인간존엄의 시기가 핵융합의 시기라는 것을 보여준다는 것이다.

하지만 배아보호법은 일반 법률에 불과한 것이므로, 그로부터 헌법인 기본법 제1조 제1항의 인간존엄의 시기를 결정하는 것은 타당하지 않다고 한다. 기본법이 현행 배아보호법에서와 같이 아주 엄격한 배아보호를 연방입법자에게 지시하고 있는 것으로 보아야 할 것인지, 아니면 가령 독일에서도 배아를 사용한 연구가 헌법적으로 용납되는 것인지 여부는 헌법차원에서 검토되어야 한다는 것이다.

(3) 수정 이후의 어느 시점에서 인간의 존엄성을 인정하려는 견해들

이하의 견해들은 핵융합(수정)시부터 주관적인 존엄권을 인정하는 것을 부정하는데, 단지 생명이 존재한다는 사실이나 완전한 염색체가 존재한다는 사실만으로는 인간의 존엄성을 인정하는 데 불충분하다는 논거를 제시한다. 그 결과로서 수정 이후의 일정한 발생단계를 기준으로 삼거나 일정한 속성의 존재를 인간존엄의 기준으로 삼는다.

32) ‘befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle von Zeitpunkt der Kernverschmelzung an’

이상과 같은 주장들에 대해서는 전체적으로 “인권사상에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 인간의 존엄성은 제3자의 승인에 기초하지 않으며 오로지 ‘인간적 존재’(Mensch-Sein)인지의 여부에 달려 있을 뿐”이라는 비판이 제기되고 있다.

그런데 이와 같은 비판적 시각에 따를 경우라도 다시 ‘인간적 존재’란 도대체 언제부터 시작되는 것인가 라는 문제가 제기된다. 현실적으로 모든 인간적 생명체는 법적인 의미에서 ‘인간’(Mensch)이란 말인가? 이하의 주장들은 이러한 물음에 대해 부정적으로 답하는 견해들이다. 그런데 일정한 발생단계에서부터 인간적 존재가 시작되는 것으로 규정하는 경우에는 그 순간부터 인간의 존엄성은 제3자의 승인과는 무관하게 인정되게 된다. 따라서 그 경우에도 모든 인간(그때 그때 정의에 따라 달라지겠지만)은 존엄권을 향유하게 된다.

1) 착상시설[=14일설]

a. 주장내용

이 견해³³⁾는 수정란이 모체(자궁)에 착상할 때부터 인간존엄이 시작되는 것으로 본다. 추상적으로 - 통상적으로 수정란이 자궁에 착상하게 되는 시점이 되는 - 발생 14일을 기준으로 하는 것인지, 아니면 발생의 상태나 그 기간과는 무관하게 오로지 착상이라는 생물학적 과정만을 기준으로 하는지는 불분명하다. 착상이라는 과정만을 기준으로 할 경우, ‘체외수정에 의해 창조된 배아’는 착상이 될 때까지

33) Heun, Kunig, Schäuble, Schmidt-Jortig, Scholz 등이 주장한다(자세한 전기들은 Peter Zaar의 문헌을 참고할 것).

는 존엄권을 향유할 수 없을 것이다. 착상시설은 오늘날의 보건 및 연구에 있어서의 정책적 이해관계와 합치되는 것인 반면, 그로 인해 ‘타당한 근거도 없이 단지 강한 자의 권리에만 기여하는 것’이라는 비난에 직면하고 있다. 이하에서는 착상시설이 제시하고 있는 논거들과 그 반대논거들을 살펴본다.

b. ‘개별성’논거

인간의 존엄이란 개별적 가치를 의미할 뿐이지 종적 귀속성의 가치를 의미하는 것이 아니다. 실제로 수정 후 14일이 되기 수정란은 여전히 전능세포(totipotent)로서 존재하고 아직 개별성을 갖추지 못하고 있으며, 다른 조건이 충족될 경우에 비로소 분할하여 각 독자적 개체로 성장할 능력을 가지고 있을 뿐이다. 따라서 핵융합(수정)만으로 이미 개체가 존재한다고 보는 것은 잘못이며 ‘더 이상 분리될 수 없는 생명’은 착상시부터 비로소 존재하게 된다. 착상이 있기까지는 자연적 또는 인위적 방법을 통해 수정란은 분할될 수 있는 것이다. 수정란이 자궁 내에 착상을 완료함으로써 비로소 배아의 분할가능성이 더 이상 존재하지 않게 되므로, 이 시점부터 확실하게 개별성이 존재하게 된다.

개별성논거에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, 자연적 예외현상을 가지고 통상적인 경우를 위한 보편적 결론을 도출할 수 없다. 일반적인 경우, 수정란을 형성하는 전능세포의 결합물은 단지 하나의 개체로 성장할 뿐이다.

둘째, 복수의 개체로 성장할 잠재성을 지닌 것이 왜 하나의 개체로만 성장할 수 있는 것보다 보호가치가 낮은 것으로 평가되어야 하는가? 어느 경우이든 성장 내지 발생의 결과는 ‘인간’인 것이다.

셋째, 개별성 개념은 실질적인 신체적 분할불가능성과 동일시될 수 없다. 왜냐하면 가까운 미래에 체세포가 배아세포의 세포피(Zellhülle)와의 결합을 통해 차별성을 상실하고 새로운 개체로 성장할 가능성을 완전히 배제할 수 없는 것이기 때문이다. 동일한 염색체를 지닌 또 하나의 개체가 탄생할 수 있는 것이다. 이 경우 체세포 제공자의 경우, 태어날 때에는 분명 개별성을 가진 존재였음에도 불구하고, 이제 그 분할가능성 및 그 자신으로부터 제2의 인간이 탄생할 수 있는 가능성 때문에 그 개별성(고유성)이 부정되어야 할 것이다. 그렇다면 철학적-인류학적 관점에서 이해된 개별성 개념은 실체적-신체적 분리불가능성과는 동일한 것으로 간주할 수 없을 것이다.

c. 착상방해수단(Spirale³⁴)이나 경구피임약)의 사용

이 입장은 현실적 고려에 기초하고 있다. 수정란 단계에서 이미 절대적인 불가침의 존엄청구권을 인정하게 되면, 착상방해수단의 사용에 대한 사회적 승인 및 법적 제재의 포기를 정당화할 수 없다는 결과가 된다는 것이다. Spirale이나 경구피임약과 같은 착상방해수단들은 수정란을 파괴하는 일상적 수단들로서, 난자의 수정을 방해하는 것이 아니라 수정된 난자(수정란)가 착상에 이르는 것을 방해하여 고사시키는 것이다. 이런 수단들은 시중에서 자유롭게 구입할 수 있고, 이들 수단을 사용하는 여성들은 착상 전에 수정란이 살해되는 것에 대해 통상 아무런 도덕적 갈등도 겪지 않는다.

또한 독일 형법 제218조 제1항 제2문은 “수정된 난자가 자궁 내

34) (정자와 난자의 수정 또는) 수정란의 착상을 방해함으로써 임신을 방지하는 기구.

(T자 모양 또는 편자 모양을 가진 기구로 구리 이온을 발생시킴으로써 임신을 방지하는 기구라고 함). http://www.netdokter.de/sex_partnerschaft/fakta/spirale.htm
참조

착상을 완료하기 전에 효과를 발휘하는 행위들은, (...) 이 법이 의미하는 낙태로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 연방헌법재판소는 이 규정에 대해 헌법적으로 의문이 없는 것³⁵⁾으로 보고 있다. 따라서 체내에서 생성된 수정란을 살해하는 것은 적어도 사회적, 법적으로는 승인되고 있다는 것이다.

이상의 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.

첫째, 착상방해수단의 사용에 대한 법적 제재의 부존재가 수정란에 대해 존엄을 부정할 수 있는 근거가 결코 될 수 없으며, 단지 ‘착상 이전의 수정란 단계에서 관철될 수 있는 법질서에는 한계가 있을 수 밖에 없다.’는 냉철한 인식의 표현일 뿐이다. 즉, 체내에서 생성된 수정란의 보호를 위한 법적 수단을 완전히 포기하고 있는 현실은 그 어떤 실질적 근거에 기초하고 있는 것이 아니라 단순히 구성요건의 충족을 입증하는 것이 불가능하다는 데 그 원인이 있을 뿐이다. 소추기관이 인식하는 것은 고사하고, 여성 자신이 수정란의 착상 실패를 인식하는 것조차 불가능하다. 설령 소추기관의 인식이 가능하다 할지라도, 수정란의 대부분은 자연적 방법에 의해서도 착상에 이르지 못하게 된다는 점을 감안할 때, 착상방해수단의 사용과 수정란의 착상 실패 사이의 인과관계를 입증하는 것은 불가능하다. 따라서 법적 수단의 포기는 순수한 합목적적 고려에 의한 것으로서 정당화될 수 있다는 것이다.

이와 같은 비판에 대해서는 다시 재반론이 행해지고 있다. 즉 착상 방해물질의 사용에 대한 처벌이 사실상 불가능하다는 것은 ‘의심스러울 경우에는 피고인에게 유리하게’(in dubio pro reo) 원칙에 의해 이

35) BVerfGE 88, 203(251) 방론 참조.

미 인정될 수 있는 것이며, 오히려 법적 제재의 포기라는 현실은 착상방해수단의 사용에 대하여 반가치판단을 행하는 것에 대한 포기, 적어도 그에 대한 반가치판단이 필연적인 것은 아니라는 것을 의미한다는 것이다. 따라서 국가가 체내에서 생성된 착상 전 배아에 대해 기본법 제1조 제1항에 따른 국가 자신의 보호의무를 인정하지 않고 있음이 명백하다고 주장한다.

둘째, 또 다른 비판은 포괄적 낙태권(착상방해수단을 이용할 권리)은 母의 존엄권(인격권)과 배아/수정란의 존엄권(생존권) 간의 이익형량을 통해 정당화될 수 있다고 한다. 지배적 견해에 의하면, 체내에서 생성된 수정란의 경우에도 존엄권이 부정되는 것은 아니며, 단지 모의 존엄권과 형량될 뿐이다. 체외수정을 통해 창조된 배아에게 절대적 존엄청구권을 인정하더라도 체내에서 생성된 수정란/배아에 대한 낙태권을 인정하는 것과 평가에 있어 모순된다고 할 수 없다. 체외수정배아에게 인정되는 절대적 존엄권은 체내수정배아의 그것과 동일하며, 체외수정배아가 체내수정배아(자연배아)에 비해 더 많은 보호를 향유하지도 않는다. 단지 전자의 경우에는 그와 비교형량되어야 할 다른 개체(개인)의 존엄권이 존재하고 있지 않을 뿐이다.

d. 자연도태설

착상시설은 그 근거로서 ‘자연은 스스로 수정란과 생명 및 그 잠재성을 소비하고 있다.’는 근거를 들기도 한다.

수정란이 현실적으로 착상에 성공하는 비율은 절반에도 미치지 못하며, 나머지는 여성이 임신사실을 인식하지도 못한 상태에서 사멸한다. 건강하고 성장능력 있는 배아만이 착상과 성숙의 기회를 가지게 된다. 특히 초기에 낙태되는 많은 수정란은 발생학적으로 결함을 가

진 것들로서, 예컨대 21번 염색체의 과다로 인한 다운증후군³⁶⁾ 환자의 경우처럼 염색체 결합에도 불구하고 성장하는 경우도 볼 수 있지만, 개별 염색체의 이상증가를 보이는 다른 대부분의 수정란은 자연 도태되어 자궁 내에서 사멸한다. 즉 이런 경우에는 인간으로 될 수 있는 잠재성이 부정되는 것이다. 따라서 인간으로 되기 위한 고유한 ‘생물학적 결정’은 실제로 수정시부터가 아니라 착상시에 있게 된다는 것이다. 그와 같이 자연 스스로 수많은 수정란에 대해 이미 그 존재의 첫 14일 동안 선별작업을 진행하고 사망판정을 내리는 것이라면, 수정란의 보호를 위한 법적 노력을 기울여야 하는지 의심스럽다는 것이다.

이러한 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.

자연도태가 어떤 기준에 따라 진행되는지는 아직 확정적으로 해명되지 않고 있고, 따라서 그 어떤 기준을 인간의 자연도태에 대해 적용하는 것은 타당하지 않다. 더욱이 수정란이 배아단계에 이르렀는지 여부는 중요하지 않으며, 인간이 될 수 있는 잠재성을 지니고 있는지 여부만이 의미가 있다. 인간의 되는 정도, 즉 발생이나 성장의 정도가 중요한 것이 아니라 수정란이 인간이 되기에 적합한 소질을 가지고 있다는 점이 중요할 뿐이다. 자연은 인간으로 선택되기 위한 정당화사유로 기여할 수 없으며, 의료윤리에 따르더라도 ‘인간의 생명’은 모든 노력과 수단을 다해 쟁취하여야 할 대상인 것이다.

e. ‘모를 통한 수용 이론’과 ‘母子간의 긴밀한 결합 이론’

36) 다운증후군 환자는 23쌍의 정상적인 염색체 말고도 또 하나의 염색체가 있는데(삼염색체성), 대부분의 다운증후군 환자들은 보통 21번 염색체를 1개 더 가지고 있는 21삼염색체성(21 trisomy)을 나타낸다고 한다.

① 母야 말로 법적 의미에서 생명을 매개하고 그 생명을 인간이게 하는 존재이며, 子의 권리주체성을 결정하는 것은 모의 임무에 속한다. 모를 통해 자가 수용됨으로써 ‘형성중의 인간’은 비로소 단순히 ‘생물학적-발생학적으로 정의되는 단계’를 벗어나게 된다. 인간이라는 존재에는 인간적인 사회적 접촉이 전제되어 있으며, 착상이 비로소 이러한 접촉을 가능하게 한다.

수정은 장래의 인간으로 되기 위한 단순한 ‘건축계획’에 불과하며, 인간의 정보는 수십억개로 이루어진 인간세포와 같이 염색체 속에 저장되어 있다. 하지만 이 모든 수정세포들이 그러한 정보의 도움으로 스스로 새로운 개체로 성장할 수 있는 것은 아니다. 母라는 조절기구만이 배아의 발생을 가능하게 한다. 따라서 착상은 인간으로 성장하기 위한 매우 본질적인 단계를 의미하며, 이 시점부터 인간존엄성을 귀속시키는 것은 결코 자의적인 것이라 볼 수 없다.

인공수정에 의해 생성된 수정란 역시 그 자체 스스로 성장할 수 있는 가능성을 결여하고 있다. 모에 의한 임신의 결정과 수정란을 자궁 속에 이식하는 제3자의 개입행위를 통해 비로소 ‘성장의 가능성’을 부여받게 된다. 인공수정에 의한 수정란은 모가 없이는 인간으로서의 성장이든 인간으로의 성장이든 그 자체로서는 스스로 성장할 수 있는 잠재성을 가질 수 없다.

이상과 같은 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.

기본권주체성을 부여할 것인지의 여부가 사인에게 맡겨질 수 없다. 만약 그것을 긍정한다면, 배아가 권리주체가 되도록 하는 것이 모의 자의에 맡겨지게 된다는 결과가 된다. 하지만 출생 이전의 인간생명

을 모의 단순한 구성부분으로 보는 것은 독일의 법사상과 합치될 수 없다. 그것은 그 자체로서 보호받아야 할 주체인 것이다. 긍정설의 논리를 일관되게 따른다면, - 모체 바깥의 - 인공자궁에서 배아를 배양하는 것이 가능해지는 시점부터는 존엄권보호가 완전히 부정되는 인간도 탄생할 수 있다는 결론에 이를 것이다. 따라서 존엄보호청구권의 성립에 관한 한 모에 의해 태아가 생명이 승인되는지 여부는 아무런 의미도 없다.

② 배아를 인간으로 인정할 가능성 있는 가장 이른 시점은 배아와 모체 사이에 긴밀한 결합이 이루어지는 시점(착상시)으로 보아야 한다는 주장도 있다.

이에 대해서는, 모체 내에서 이루어진 자연적 창조외의 경우 핵융합(수정)시에 이미 생성된 생명을 인간으로 인정하는 데 하등 장애가 없다는 비판이 제기된다. 하지만 그렇게 본다면, 체외수정의 경우 창조된 생명이라는 하지만 육안으로 이를 인간으로 인정하기 어려운 시점까지 소급시켜야 하는 문제도 동시에 발생한다.

f. 연방헌법재판소의 입장

연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄)에 의한 기본권적 보호가 착상 시점부터 비로소 시작되는지 아니면 정자와 난자의 수정시부터 이미 시작되는지에 대해 분명한 입장을 밝히지 않고 있다. 제2차 낙태판결에서 동재판소는 ‘배아는 “어쨌든” 자궁에 착상하는 시점부터는 존엄권이 인정된다.’³⁷⁾고 판시하였을 뿐이다.

37) BVerfGE 88, 203(251)

그런데 제1차 낙태판결에서는 ‘인간적 생명이 존재하는 한 그에게는 인간으로서의 존엄권의 귀속된다.’고 판시³⁸⁾한 바 있으므로, 연방헌법재판소의 입장은 수정시부터 인간의 존엄성의 귀속주체성을 인정한다는 결론에 이를 가능성도 배제할 수 없다. 하지만 위 결정은 체내에서 생성된 배아의 낙태(즉 착상 이후의 태아)에 대해서만 판단한 것이므로, 위 판결에서 행한 언명이 반드시 수정란 및 체외수정배아에까지 적용될 수 있는 것은 아니라고 한다. 착상 이후의 생명을 모체 내부 및 외부에서 수정란 상태로 있는 생명과 논증적으로 동일하게 취급하는 것은 수정란이 인간으로 성장함에 있어 母가 갖는 중요성을 무시하는 것이며, 발생학적 측면만을 지나치게 강조하는 것이라고 한다. 더욱이 연방헌법재판소는 지금까지 인간의 생명이 어느 시점부터 시작되는지에 대해 명시적으로 확정된 바 없다.

그럼에도 불구하고 연방헌법재판소(제1차 낙태판결)의 입장은 생물학적 관점에서 볼 때 ‘정자와 난자가 수정함으로써 이미 인간의 생명이 시작되는 것임은 물론 인간의 존엄성도 성립하게 된다.’는 점을 분명하게 보여주고 있다는 주장이 제기되기도 한다(Jerouschek). 하지만 Stern³⁹⁾은 제2차 낙태판결을 근거로 연방헌법재판소가 인간존엄이 시작되는 시점을 수정 이후의 시점(착상시)으로 보고 있다는 결론에 이르고 있다. 결과적으로, 낙태에 관한 연방헌법재판소의 두 결정은 ‘인간존엄의 시기’ 문제에 대해 확정적으로 어떤 결론을 내리고 있는 것은 아니라는 견해가 유력하다. 더욱이 다수의 학설이 위 두 결정에 대해 ‘제거할 수 없는 논증상의 결함과 판단에 있어서의 모

38) BVerfGE 39, 1(41)

39) Stern, Staatsrecht 3. 1. S. 1058

순'을 범하고 있다는 비판하고 있다는 점도 유의할 필요가 있다고 한다. 따라서 위 두 결정이 논증에 어느 정도의 도움을 줄 것인지는 매우 의문스럽다는 것이다.

2) 뇌형성시절(35일설)

이 이론은 인간존엄의 시기를 두뇌의 형성과 연계시켜 결정하려는 견해이다. 다만, 현재 이 이론을 명시적으로 따르는 학설은 찾아볼 수 없고, 이론적 가능성의 하나로 검토되고 있을 뿐이다. 다음과 같은 근거들이 제시되고 있다.

a. 인간 = 정신과 육체의 결합체

신체적 동일성만이 인간을 구성하지는 않는다. 인간이란 정신과 육체가 결합된 존재이므로 정신적·영혼적 요소도 인간존엄의 시기를 결정하는 데 고려되어야 한다. 이때 정신적 능력이 완전히 발전하는 시점을 기준으로 할 수는 없고, 정신활동에 필요한 전제조건이 충족되는 시점을 기준으로 삼아야 한다. 이러한 조건은 대뇌피질이 형성되는 시점에 충족된다. 인간의 두뇌가 최소한으로 기능하는 기본기관으로 형성되는 시점은 수정이 있는 때로부터 35일째이며, 이때를 인간존엄의 시기로 잡아야 한다.

하지만, 인간배아의 경우 그에 내재한 잠재성에 의해 뇌를 형성하게 되는 것이 일반적이지만, 극단적으로 무뇌인과 같은 중대한 결함을 지닌 사람이 태어나는 경우도 배제할 수 없다. 그렇다면 정신능력을 갖출 수 있는 잠재성만으로 이미 충분한 보호의 기초가 존재하는 것으로 보아야 한다. (중앙신경계 생성의 가장 초기단계를 의미하는) 신경관은 “이미 초기 배아단계에 형성, 내재”되어 있다. 따라서 대뇌

의 존재를 인정할 수 있는 시점을 존엄의 시기로 보는 것은 자의적 주장이다.

b. 생명과 존엄의 종기로서의 뇌사

뇌사자의 경우 혈압이나 맥박, 체온이 유지되고 세포조직이 성장하며, 심지어 임신상태를 유지하는 것이 가능함에도 불구하고, 현행법은 뇌사를 생명의 종기로 보고 있다. 그렇다면 역으로 인간생명의 시작, 나아가 인간존엄의 시작 시점도 뇌의 형성시점을 기준으로 함이 옳다.

하지만 뇌활동의 시작과 종료를 동일선상에서 평가할 수는 없다. 뇌파가 생성되기 이전의 단계에서도 잠재적으로 두뇌의 이용가능성은 존재한다. 반면에 뇌파의 소멸은 영구적이다. 즉 두뇌의 잠재적인 기능은 물론 사실상의 기능도 중단되는 것이다. 반면에 두뇌가 성장할 수 있는 가능성, 즉 잠재성이 있다면 그것으로도 보호의 가치는 인정된다. 뇌의 조화로운 형성, 사용가능성은 생명과 존엄에 대한 유효한 규범적 근거라기보다는 생명과 존엄을 인정하기 위한 배경일 뿐이다.

또한 생명권과 존엄권의 보호법익 내지 보호범위는 분명하게 구별된다는 점도 지적할 수 있을 것이다. 이점은 두 보호법익의 종료시점에서 분명하게 알 수 있는데, 생명권의 보호법익은 뇌사로서 종료되는 것이지만 인간존엄의 보호법익은 - 지배적인 견해에 의하면 - 죽음 이후에도 지속된다.

3) 인간으로 인식할 수 있는 시점설(60일설)

이 견해는 배아가 인간으로 인식될 수 있는 시점으로부터 인간존엄의 주체로 보는 입장으로, 독일에서 이 견해를 따르는 경우는 없다. 이 견해는 단순한 세포덩어리 상태로는 인간이라는 감정을 느낄 수 없고, 인간적 용모를 가질 경우에만 인간존엄을 인정할 수 있다고 한다.

하지만 이러한 주장은 용모라는 극히 원시적인 기준을 근거로 하고 있으며, 경험적 관찰로부터 가치판단을 도출하는 잘못된 평가방식에 의존하고 있다. 인간적 용모를 가지고 태어날 수 없는 중증장애인(기형아)의 경우 인간존엄성의 인정에 의문을 제기함으로써 유사한 주장을 하는 논자도 있지만, ‘도대체 인간적 용모인지 아닌지를 누가 판단할 것인가?’라고 되묻지 않을 수 없다.

4) 독자적 체험능력설(15주설)

인간의 존엄은 독자적인 체험능력을 갖출 때 비로소 인정된다는 견해이다.

독자적 체험능력이 갖추어지기 이전에는 고유한 “나”를 지각할 수 없고, 따라서 그에 대한 침해가능성도 존재할 수 없다. 초기배아의 경우 체험능력이 완전히 결여되어 있으므로, 주관적 측면에서 침해의 현실적 가능성도 결여되어 있다는 것이다. 체험능력 없는 현재의 배아상태를 보호하기 위해 초기배아를 보호할 필요는 없으며, 주관적 보호권을 주장할 수 있는 주체만이 그 스스로를 위해 보호될 수 있다는 것이다. 이 견해는 ‘고통을 느낄 수 있는 시점, 즉 체험능력이 인정되는 시점부터 배아는 불가침의 인간존엄이라는 고유한 이익을 가질 수 있으며, 인간존엄은 곧 스스로 지각할 수 있는 능력과 함께 시작되는 것이 아닌가. 고통을 느낄 수 있는 능력 없는 인간존엄이란

생각할 수 없는 것이 아닌가.’라는 물음을 제기한다.

하지만 이상과 같은 주장에 대해서는, 인간존엄성에 대한 침해란 반드시 지각능력을 전제로 하는 것은 아니라는 반론이 제기된다. 배아는 ‘동정의 대상’으로서가 아니라 ‘독자적 존엄성을 가진 주체’로서 보호되는 것이다. 저급한 동기에서 인간을 고통 없이 살해하는 것은, 비록 피살자가 죽음을 의식하지 못하는 경우에도, 피살자의 인간존엄에 대한 침해인 것이다. 의식상실의 상태에 있는 인간이 비록 체험능력을 상실하고 있다 할지라도 그로부터 인간의 존엄성을 부정할 수는 없다.

5) 모체 외부에서의 독자적 생존능력설(22주설)

미국의 경우 모체 외부에서 (물론 의학적 보조수단을 통해서) 태아의 생존이 가능한 시점부터 인간의 존엄성이 시작되는 것으로 보는 견해가 확립되어 있다. 오늘날의 의료기술에 의할 경우 22주 이전에 조산한 태아는 생존능력을 가질 수 없으므로, 이 학설은 22주설이라고 불린다.

독일에서 이 학설을 따르는 견해는 발견할 수 없다. 인간존엄의 시기를 그때그때의 기술수준에 따르도록 하는 것이 과연 타당한 것인가? 어떤 기술상태가 결정적인 것이라 볼 것인가? 인간의 존엄성의 시기를 결정하는 기준은 세계적 수준의 고도의 의학수준이라고 할 것인가 아니면 한 국가 내의 평균적 기술수준을 기준으로 할 것인가? 등에 대한 의문 때문이다.

6) 출생시설

상당수의 논자들은 출생시를 인간 존엄성이 시작되는 시점으로 본다. 출생시설에 대해서는, 모 또는 제3자가 출산촉진제를 사용함으로써 인간존엄의 시기에 영향을 미칠 수 있다는 반론이 제기되고 있다. 또한 출산의 시작이나 종료를 기준으로 하는 형법이나 민법 규정들을 통해 기본법 제1조에 따른 인간존엄의 시기를 결정할 수는 없다는 주장도 제기되고 있다. 나아가 과학기술의 발전으로 모체 밖에서 인간을 성숙시키는 것이 가능해질 경우 그에 대해 인간의 존엄성을 인정할 수 있을 것인가, 또 언제부터 인정할 수 있을 것인가 라는 문제도 제기될 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 출생시설을 취하고 있는 논자들의 주장을 살펴본다.

a. Dreier⁴⁰⁾

Dreier는 다음과 같이 주장한다. 인간의 존엄성을 단순히 인간적 생명의 존재와 결부시켜서는 아니된다. 인간의 존엄성을 구성하는 모든 것, 즉 자기의식이나 이성, 자기결정능력 등은 태아에게는 결여되어 있다. 기본권적 주체가 존재하지 아니하는 것이다. 더욱이 출생 이전 단계에서의 존엄권을 정당화할 수 있는 그 어떤 결정적인 근거도 존재하지 아니한다. 이른바 수반설(Mitgifttheorie), 즉 인간적 존재에게는 존엄성이 부여된다고 보는 이론에 의할 경우에만 수정시부터 존엄권을 인정하는 것이 가능할 것이다. 하지만 수반설은 인간은 신의 형상으로 창조된 것이라고 보는 기독교적 관점에 따른 것으로 종교적, 세계관적으로 중립적인 국가에서는 유지되기 어렵다. 두 차례의 낙태판결에서 연방헌법재판소가 기본법 제1조 제1항을 적용함에 있어 드러내고 있는 명백한 평가적 모순은 출생 이전의 생명에게

40) Dreier, Horst, in: Grundgesetz : Kommentar, Art. 1 I Rn.57 이하 참조.

문제되는 기본권은 (존엄권이 아니라) 기본법 제2조 제2항의 생명권이라는 것을 보여주고 있을 뿐이다.

이러한 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.

Dreier의 주장은, 임신 3개월 이상의 생명(fetales Leben)이 인간으로 성장할 잠재성을 가지고 있고 그러한 가능성은 보호될 필요가 있다는 점을 무시하고 있다. 더욱이 출생 이전의 인간적 생명체에 존엄권을 인정할 수 있는 그 어떤 결정적 논거도 존재하지 않는다는 점으로부터 필연적으로 인간존엄의 보호영역의 범위가 결정되는 것은 아니다.

한편, Dreier는 원칙적으로 출생 이전의 객관적 법적 보호라는 의미에서 인간존엄이 사전적 효력(Vorwirkung)을 가지는 것을 부정한다. 인간의 존엄이란 ‘구체적인 기본권주체를 위한 구체적 보호로서만 이해될 수 있다.’는 것이다. 그럼에도 불구하고 그는 “인종이나 종족 등의 이유에서 인간개량을 명목으로 행해지는 특정 유전자의 취사선택행위는 금지된 침해행위로서 기본법 제1조 제1항에 의해 허용되지 아니한다.”라고 주장한다. 그런데 이러한 주장은, 취사선택의 결과로서 배척되는 개체는 출생에 이를 수 없고 따라서 그의 견해에 따르면 인간존엄의 주체 혹은 보호객체가 될 수 없는 것이므로, 그 자체 모순된 주장일 뿐이다. 결국 Dreier도 출생 이전의 생명에 대해 적어도 일정한 범위내에서는 인간존엄의 효력을 인정하고 있다는 비판이 제기된다.

b. Hofmann⁴¹⁾

41) Hofmann, Hasso, Die versprochene Menschenwürde, in: AöR 1993,

Hofmann은 인간존엄의 문제를 그의 의사소통이론에 기초해 이해하고자 한다. 그는 출생하지 않은 생명에 대해 존엄청구권(Würdeanspruch)을 부정한다. 출생하지 않은 생명에게는 아직 인격적 개별성을 인정할 수 없다는 것이 그 이유이다. 그는 “만약 그렇지 않다고 한다면(즉 출생 이전의 생명도 인격적 개별성이 인정된다면), 자연적 수정조차도 타율적 결정으로서 비난의 대상이 될 수 있을 것이다.”라고 하며, 또한 세포핵 염색체(Chromosomensatz) 내에 완전한 개체성을 보유하고 있는 인간의 조직샘플까지도 존엄청구권이 주어져야 하는 결과가 될 것이라고 한다. Hofmann의 의사소통이론은 인간존엄성을 긍정하기 위한 불가피한 전제로서 ‘승인공동체’(Anerkennungsgemeinschaft)를 상정하고 있는데, 배아는 그와 같은 승인공동체의 일원이 될 수 없다. 따라서 배아는 그 자체로서 사회적 존중청구권의 주체가 될 수 있는 가능성을 가질 수 없다.

하지만 Hofmann은 배아가 법적 보호의무를 수반하는 보호의 객체는 될 수 있다고 본다. 즉 Hofmann은 배아가 객관적 법에 의해 보호되는 존엄권의 객체는 될 수 있는 것으로 보고 있다.

이상과 같은 Hofmann의 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기된다.

먼저 Hofmann과 같이 수정(Zeugung)을 타율적 결정이 이루어지는 경우로 평가할 수 없다는 반론이 제기된다. 존엄청구권은 수정과 더불어 비로소 성립되는 것이기 때문이다. 그 이전에는 타율적으로 결정될 수 있는 그 어떤 개체도 존재하지 않는다는 것이다. 더 나아가 조직 샘플은 그 자체로부터는 인간으로 발전할 수 있는 잠재성을 지니고 있지 않다는 반론도 제기된다. Hofmann은 배아가 어떤 이유

S.353(376).

에서 인격적 개체성을 가질 수 없고 따라서 존엄청구권을 보유할 수 없는지를 설득력 있게 논증하는 데 실패하고 있다는 것이다.

c. Podlech⁴²⁾

Podlech는 육체와 정신, 영혼의 통일체로서의 인간에게만 존엄성이 인정된다고 주장한다. 그러므로 출생시로부터만 인간존엄의 주체가 될 수 있다. 낙태의 경우 그 어느 시점에서든 기본권의 주체가 존재한 적이 없기 때문에 인간존엄에 대한 침해는 있을 수 없다고 한다.

그런데 Podlech는 태아에 대해 어떤 영향을 미치는 것은 곧 출생한 인간에 대해 영향을 미치는 것으로 출생한 인간에 대한 인간존엄의 침해라고 본다. 따라서 그는 복제기술의 문제점은 적어도 인간존엄의 문제이기도 하다는 점을 인정한다. 복제인간(클론) 뿐만 아니라 키메라(두 개 이상의 다른 조직을 가진 생명체)⁴³⁾나 하이브리드(정자와 난자가 동일한 종에 속하지 아니하는 생명체)⁴⁴⁾를 만드는 것도 그 목표설정 및 피조물의 성장가능성에 기초해 볼 때 인간존엄성의 침해를 의미한다. “따라서 분화능력 있는 배아의 성장이라는 관점에서만 인간 존엄성에 대한 침해가 존재한다.”

또한 Podlech는 적어도 핵융합(수정)시부터는 기본법 제1조 제1항이 객관법적 효력을 발생하며, 이것은 생명공학에서 일정한 목표설정

42) Podlech, Adalbert, in: AK-GG, Art. 1 Abs. 1 Rn.57 이하 참조.

43) 2종류 이상의 각각의 개체로부터 만들어진 생물체. 본래 키메라는 그리스 신화에 등장하는 머리는 사자, 몸은 양, 꼬리는 뱀이라고 하는 괴물의 이름을 의미한다. 식물의 접붙이기도 일종의 키메라라고 할 수 있다.

44) 이종교배나 유전물질의 융합으로 각 세포가 서로 다른 두 종의 유전적 기여를 거의 절반씩 지니고 있는 경우를 말한다. 말을 당나귀에 교배시킨 노새가 그 예이다.

을 금지한다고 한다. 나아가 출생시부터는 주관적 권리의 주체가 성립되므로 존엄청구권이 인정된다고 본다.

(4) 생명발전의 단계별로 존엄내용을 차별화하고자 하는 입장

인간 존엄의 시기를 어떻게 볼 것인가와 관련해 비교적 널리 주장되고 있는 또 하나의 이론유형은 ‘모든 인간적 생명체에 대해 존엄을 인정하면서도 그 발전의 단계에 따라 보장되는 존엄권의 내용적 강도를 달리 이해하고자 하는 입장’을 들 수 있다. 이 유형의 이론은, 인간적 생명체에 대한 보호필요성은 그 연속적 발전의 전 과정을 고려할 때 어떤 일정한 시점까지 소급하여 인정되는 것으로 보아야 한다는 점을 전제한다. 그리고 바로 그 시점부터 인간적 생명체는 불가침적인 기본권적 존엄청구권을 가지는 것으로 보아야 한다고 본다.

논증적으로 볼 때 이 입장에는 다음과 같은 점이 전제되어 있다:

이미 오늘날의 법적 실재에서 보면 인간의 존엄성의 보장정도는 인간생명의 발전단계에 따라 차별적으로 평가받고 있다. 지배적 견해에 의하면 死者에게도 존엄권이 인정된다. 그러나 사자의 경우 살아 있는 자와 동일한 정도의 존엄권이 인정되는 것은 아니다. 가령 뇌사자의 경우 장기이식을 목적으로 기관을 적출하는 것이 허용된다(독일 장기이식법 제3조). 하지만 적출되는 장기는 그 적출시에도 여전히 그 자체 생명을 지닌 것이다(생명이 존재하지 않는다면 이식도 불가능할 것이다).

현재의 법적 상황은 시작하는 생명의 경우에도 그 성장의 단계에 따라 존엄의 내용을 상이하게 평가하고 있음을 알 수 있다. 착상방해 물질의 사용은 이미 허용되고 있으며 아무런 제재도 받지 아니한다.

다른 예로서 호적법(Personenstandsrecht)과 장묘법(Bestattungsrecht)을 들 수도 있다. 호적법은 태아가 500g이상의 체중으로 사망한 경우 태아의 사망사실을 신고하도록 하고 또 호적공무원이 이를 호적부에 기재하도록 하고 있지만, 그 이하의 체중으로 사망한 경우 신고의무가 없다. 장묘법의 경우에도 마찬가지이다. 체중 500g 이상으로 사망한 태아의 경우에만 매장을 하여야 하고, 그 이하인 경우에는 “처리”(beseitigen)하도록 하고 있을 뿐이다(바덴-뷔르템베르크 장묘법 제30조 제2항). Dietz는 바덴-뷔르템베르크 장묘법 주석서에서 위 조항에 대해 다음과 같이 적고 있다: “사산한 태아 또는 분리된 신체의 일부를 어떻게 ‘처리’할 것인지는 개별사안별로 판단할 수 있을 뿐이다. 일반 쓰레기와 혼합하여 소각하는 방법은 이를 일반 쓰레기와 같이 취급해서는 안된다고 보는 국민의 도덕감정에 반할 것이다.” 결국 일정한 사산태아의 경우 인간존엄에 부합하는 매장권이 인정되지 않는다. 그렇다면 그와 같이 체중 500g을 기준으로 한 태아의 차별적 취급을 어떻게 설명하여야 하는가 라는 물음이 제기된다. 법적 해결책이 기준으로 삼고 있는 것은 (전술한) ‘체중’과 ‘생명의 징표들’이다. 모체로부터 분리된 이후에도 심장이 박동하거나 탯줄이 고동치고 있거나 자연적 폐호흡이 이루어지고 있는 경우 생명의 징표들이 존재하고 있는 경우들이다(호적법 시행령 제29조 제1항). 태아가 출생시까지 모체내에서 생존하였는지의 여부는 중요하지 않은 것이다.

이상과 같은 사례들이 보여주는 바와 같이, 모든 인간적 생명체에 대해 인간존엄성을 긍정하는 경우라도 생명의 시작시점에서부터 인간존엄의 내용을 단계화하는 것이 현재의 법상황에 부합하고 또 타당하다는 결론이 도출된다는 것이다.

이하에서 이러한 입장에서 서 있는 제 견해들을 검토한다.

a. Herdegen⁴⁵⁾

Herdegen은 모든 인간적 생명체에게는 존엄권이 인정된다는 점을 긍정한다. 그럼에도 그는 성장의 단계별로 존엄보호의 정도에 대한 차별화를 옹호한다. 그는 인간존엄의 보호정도는 성장의 단계 외에도 ① 초기인간생명의 그때그때의 존재형태, ② 착상시까지 자연적 발생 과정에서 나타나는 모습, ③ 자연적 성장과정으로부터의 이탈에 따라서도 결정된다고 본다.

Herdegen은 생명초기의 단계에서도 인간의 존엄은 그와 대립하는 이익들과의 형량의 대상이 될 수 없다고 한다. 인간존엄은 절대적으로(absolut) 보호되는 것이기 때문이다. 다만, 인간존엄의 보호의 정도는 상대적으로 더 약한 것일 수 있는데, 그렇다고 그것이 기본권충돌이론에 따라 인간존엄이 희생되는 결과에 이르는 것은 아니라고 한다.

Herdegen은, 인간의 존엄성을 “존중”해야 할 의무는 전형적으로 인간 상호간에서 관계를 맺게 되는 주체를 겨냥하고 있는 것이므로, 성장과정에서 그와 같은 관계를 구체적으로 체험할 수 없는 발전단계에 있는 생명체의 경우에 인간존엄성의 침해를 인정하는 것은 상당한 자제를 요청한다고 한다. 인간의 존엄성을 모든 인간적 생명체에까지 확대하는 것은 그 이후의 생명단계에 있어 인간의 존엄성을 인정함에 있어서의 어려움을 덜어주는 것이지만, 반면 인간존엄의 보호정도를 단계화하는 것은 태아의 생명을 보호하기 위해 “전부 아니면 전부”라는 식의 극단적 결정에 이르지 않도록 하는 장점이 있

45) 이하의 내용에 대해서는 Herdegen, Matthias, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, in: JZ 2001, S. 773-832; ders., in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd.I, Art. 1-1 1, 2003 참조.

다는 것이다. 그럴 경우에만 낙태나 제재 없는 착상방해물질의 이용 영역에서 발생하는 모순들이 합리적으로 정당화될 수 있고, 불합리한 타부 이론을 동원하지 않아도 된다는 것이다.

Herdegen의 주장에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다.

Herdegen은 인간존엄을 근거짓기 위한 착안점을 인간 상호간에 형성되는 관계에서 찾고 있는데, 그러한 논리에 따를 경우 결과적으로 출생 이후에 그와 같은 관계를 형성할 능력이 결여된 인간에 대해서도 제한된 존엄청구권만을 인정해야 하는 결론에 이를 수밖에 없다고 한다. 특별한 정도로 ‘불가침적인 존엄성의 존중’에 전적으로 의존하고 있는 인간들에 대한 보호를 방치하게 된다는 것이다. 나아가 Herdegen의 헌법해석은 주어진 법적 현실을 기초로 할 뿐이고 적어도 ‘헌행법이 위헌일 수 있다.’는 측면은 고려하지 않고 있다는 비판을 받고 있다.

또한 Herdegen은 개인에 대한 포괄적 보호가 이미 다른 기본권을 통해 보장되고 있다는 점에서 출발함으로써 인간의 존엄성이라는 범규범의 의미를 위태롭게 하고 있다는 비판에 직면한다. 즉 “기본법에서 유일하게 형량의 가능성이 배제된 개인의 기본권적 보호지위(인간의 존엄성)는 포기될 수 없다”는 것이다. 생명권에서와 마찬가지로 인간의 존엄을 상대화, 단계화하는 것은 기본법 제1조 제1항의 절대성 요청(인간적 실존에 대한 근본적 보장)과 합치되기 어렵다는 것이다.

b. Kirchhof⁴⁶⁾

46) Kirchhof, Paul, Ethik und Rechts als Maßstäbe für medizinisches und biologisches Handeln, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd.7, 2002, S. 5-21 참조.

Kirchhof는 핵융합시부터 존엄권에 대한 보호를 인정하지만, 그럼에도 불구하고 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성보장 규정과 기본법 제2조 제1항의 생명권 조항을 종합적으로 해석하여 “보호대상이 되는 생명이 어떤 상태인가에 따라 현실에 적합하게 단계화된 차별적 보호”라는 결과를 도출한다. 가령 출생 이후의 자에 대한 보호는 모체 내의 태아와는 다른 방식으로 이루어지며, 배아의 경우에도 착상 이전의 경우는 착상 이후의 배아와는 달리 보호된다는 것이다. 생명으로서의 성장가능성이 더 이상 존재하지 않는 경우(가령 버려진 배아)에는 다른 헌법적 이익을 위하여 형량의 대상으로 삼는 것도 가능하다는 것이다.

c. Lorenz⁴⁷⁾

Lorenz도 핵융합시부터 절대적인 존엄보호가 이루어져야 함을 인정한다. 절대적 존엄보호를 부정하는 것은 허용될 수 없는 한계유일을 의미한다고 한다. 하지만 그는 비록 존엄성이 인간적 생명체의 존재와 결부되어 있는 것이지만, 인간존엄의 절대적 보호가 그때그때의 존엄내용이 상황에 따라 규정되는 것을 금지하는 것은 아니라고 본다. 인간존엄이라는 개념은 유동적 개념으로서 그때그때 관련된 상황에 따라 다른 내용을 가질 수 있다는 것이다. 출생 이전 또는 이후 생명의 상이한 형태에 맞게 그때그때 존엄보호를 인정하는 것은 존엄보호의 내용이 그때그때 차별성을 떨 수 있음을 의미한다는 것이다.

Lorenz는 다음과 같은 차별화를 시도한다: 착상 이후부터는 출생

47) Lorenz, Dieter, Die Verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, in: ZfL 2(2001), S. 38-49 참조.

의 전이든 후든 동일한 존엄권이 귀속된다. 따라서 기본권적 존엄청구권이 인정된다. 착상 이전에는 단지 객관적 보장이라는 의미에서의 존엄보호만이 인정된다. 왜냐하면 개체로 성장해가는 인간은 착상시부터 비로소 주체로서 존재하기 때문이다. 이러한 Lorenz의 견해는 “착상시부터 인간의 존엄성을 인정”하기 위해 제시되었던 논거들에 기초하고 있다. 이 시점 이전에는 단지 인간이라는 종적 존재로서의 존엄보호만을 인정하며, 그러한 존엄보호의 내용은 착상 이후의 것에 비해 열위에 있다고 한다.

한편 체외수정으로 생성된 배아의 경우 자궁에 착상함으로써 비로소 기본권적 존엄청구권을 획득하게 된다고 한다. 왜냐하면 착상 이전의 배아에게는 인간으로 될 수 있는 가능성이 그 자체 존재할 수 없기 때문이라고 한다.

d. Schreiber⁴⁸⁾

Schreiber는 인간존엄의 보호정도를 단계화하는 것이 바람직하며, 독일의 법질서 역시 그러하다고 본다. 하지만 그와 같은 전제가 헌법적으로 문제가 있음을 지적하고 있다. 존엄개념의 단계화에 대한 구체적 설명은 행하지 않고 있다.

e. Taupitz⁴⁹⁾

Taupitz도 핵융합시부터 인간의 존엄성에 대한 보호가 이루어져야

48) Schreiber, Hans-Ludwig, Die Würde des Menschen - eine rechtliche Fiktion? Bemerkungen zur Reichweite des Menschenwürdeprinzips in der Diskussion über Embryonenforschung, Klonen und Präimplantationsdiagnostik, in: MedR 2003, S. 367-372 참조.

49) Taupitz, Jochen, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, in: NJW 2001, S. 3433-3440 참조.

한다고 보지만, 그러한 보호는 출생 이전의 단계에서는 그 범위와 정도에 있어 차별화되어야 한다고 주장한다. 인간존엄성에 대한 완전한 보호가 언제부터 시작되는지는 입법자에게 맡겨져 있다고 한다. 연방헌법재판소가 2차례의 낙태판결에서 적시하고 있는 ‘착상’ 시점은 법적 차별화를 위한 기준시점으로 적합하기는 하지만 강제적인 것은 아니라고 본다. Taupitz 역시 존엄의 단계화에 대해서 더 이상의 자세한 설명은 행하지 않고 있다. 하지만 결론적으로 그는, 연방입법자는 출생 이전의 인간존엄성에 관련된 입법을 행함에 있어 “통상적으로 인정되고 있는 것”보다 더 넓은 형성재량을 가지는 것으로 보고 있다.

Taupitz는 자신의 주장을 다음과 같이 정당화 한다:

독일연방공화국 내의 지배적 관념이나 법적 상황은 인간존엄개념을 단계적으로 이해할 것을 지시하고 있다. 가령 착상방해물질의 사용에 대한 제재의 부존재, 죽음에 있어서 존엄성의 차별화를 예로 들 수 있다. 죽음이란 실제로 인간생명의 소멸이 아니라 인간의 뇌기능의 중단으로 정의된다. 장기이식법은 아직 생물학적으로 살아 있는 육체로부터 장기를 적출하는 것도 허용하고 있기 때문이다. 죽음 이후에도 인간존엄성의 보호는 매우 약화된 상태로 여전히 인정되지만, 살아있는 사람과 비교해 동등한 정도의 보호는 아니다.

(5) 독일 이론의 요약

독일 기본법 제1조가 의미하는 인간의 존엄성이 언제 시작되는가라는 물음에 대해 연방헌법재판소는 지금까지 분명한 입장을 표명한 바 없다. 적어도 착상 시부터는 배아에게도 인간의 존엄성이 인정되어야 한다고 하고 있을 뿐이다. 출생 이전 생명의 주관적 기본권주체

성에 대해 연방헌법재판소는 지금까지 어떤 언급도 행한 바 없다.

학설의 경우, 기본법 제1조 제1항의 인간존엄성의 시기는 논란의 대상이 되고 있다. 그런데 학설은 국가의 ‘객관적-법적 보호의무’와 개인의 ‘대국가적 주관적-권리적 존엄청구권’ 간의 분명한 구별을 행하지 있지 못하다. 국가의 객관적 보호의무는 - 적어도 주관적 기본권주체성이 승인되기 이전의 단계에서 - 형량의 대상이 될 수 있으며 또 제한이 가능한 것으로 해석되고 있다. 또한 비록 ‘제한이 가능한 보호의무’이기는 하더라도 핵융합시부터는 ‘객관적-법적 보호의무’가 존재한다는 점에 대해 전제적으로 볼 때 다투어지지 않고 있다. 일부 논자는 심지어 핵융합 이전의 단계에서도 그러한 보호의무를 인정하고자 한다.

한편, 이 문제와 관련된 논의는 주관적으로 더 이상 형량이 될 수 없는 존엄청구권의 시기를 언제로부터 볼 것인가라는 물음에 집중되고 있다. 그 경우 4가지 유형의 해결 착안점들이 제시되고 있다.

지배적인 견해는 정자와 난자의 수정(핵융합) 순간에 주관적 존엄청구권이 시작된다고 본다. 일부 논자들은 착상 시부터 비로소 주관적 존엄청구권을 인정하고자 한다. 주관적 존엄청구권의 시작시점을 출생시로 보는 견해도 있다.

또 하나의 유형은 단계적 보호개념을 수립하고자 한다. 인간존엄에 대한 청구권은 완전한 권리(Vollrecht)로 발전해 나가는 권리로서 핵융합시부터 이미 존재하고 있는 것으로 보는 견해이다. 그런데 기본법 제1조를 인간존엄이 완전한 권리로 강화된 시점부터 비로소 주관적 존엄청구권을 인정하고 있는 규정으로 볼 것인가, 아니면 존엄청구권이 지속적으로 강화되어 가는 형태를 취하는 것이기는 하지만 이미 핵융합시부터 어쨌든 존엄청구권이 주어져 있는 것으로 볼 것

인가는 부분적으로 미해결로 남겨져 있다. 완전한 범위에서 인간존엄이 인정되는 것으로 볼 수 있는 가능한 시점으로서의 착상시가 제시되고 있다.

결론적으로 이상의 논의를 통해 다음의 점을 확인할 수 있다. 기본법 제1조 제1항으로부터 출생 이전의 생명체에 인정되는 객관적 존엄보호는 핵융합시부터 인정되어야 한다는 데 異論이 없다는 점이다. 그러나 그와 같은 객관적 존엄보호는 형량의 대상이 되고 또 제한가능한 것으로 간주된다. 그와 같은 객관적 존엄보호는 주관적 기본권 주체성을 인정하는 것과 무관하게 승인되며, 따라서 구체적 개인이 아니라 추상적인 종적 존재로서의 인간과 관련된 것이다. 기본법 제1조가 그와 같은 “비절대적인” 객관적 존엄보호를 어느 범위까지 인정하고자 하는가 라는 물음이 연구되어야 한다.

논란이 되고 있는 핵심쟁점은 기본법 제1조가 “절대적, 불가침적인” 주관적 존엄청구권을 언제부터 보장하고 있는가, 수정시인가 착상시인가 아니면 출생시인가 라는 문제이다. 나아가 기본법 제1조 제1항의 보호영역이 그 내용에 있어, 비록 그것이 불가침적인 것으로 규정되어 있음에도 불구하고, 인간의 성장과정에서 단계적 차별화가 가능한가 라는 문제도 제기된다. 존엄청구권의 시기의 문제는 개인의 주관적 권리주체성의 시기 문제와 일치한다. 주관적 권리주체성이 인정되기 이전의 것이라면, 태아의 생명에 대해 그 잠재적 가능성을 근거로 객관적-법적 존엄보호가 인정된다고 할지라도 그것은 기껏해야 형량의 대상이 될 수 있고 또 제한가능한 보호에 불과한 것이 된다. 결국 주체적인 인간, 즉 주관적 권리주체성이 인정되는 인간은 언제 시작되는가 라는 문제가 제기되는 것이다.

(6) 국내 이론의 검토

이상에서 독일에서 복잡하게 전개되고 있는 이론들을 검토해 보았다. 그런데 배아-태아-성체로 인간이 발전해가는 과정에서, 수정 이전의 단계인 정자, 난자 자체에 대해 (주관적) 기본권주체성을 긍정하기는 어려운 것이다. 또한 수정 후 착상이 이루어진 배아의 경우에도 일단 착상이 있는 후부터 낙태죄의 객체가 되므로 법적인 보호가 이루어지고 있다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 헌법재판소도 “태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 14일 경에 이루어지는 것”이라고 판시하고 있으며, 나아가 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”는 것을 명확히 하고 있다.⁵¹⁾ 따라서 현실적으로 기본권주체성 또는 그 법적 보호의 여부가 문제되는 경우는 “수정 후 착상 전 배아”의 경우이다. 이러한 배아에게도 기본권주체성을 인정할 수 있을 것인가, 인정한다면 어떤 기본권에 관련되는 것인가, 이 문제에 관해 국내에서도 학설은 대립되고 있다.

1) 존엄권 · 생명권 분리설

a. 김선택 교수

50) 대법원은 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있는지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치”(대법원 1985. 6. 11. 선고, 84도1958판결)된다고 판시한 바 있다. 위 판결의 ‘잉태’ 또는 ‘회임’은 ‘착상시’를 의미하는 것으로 볼 것이다.

51) 헌재, 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2(상), 91 참조.

김선택 교수는 인간생명(=인간 생명체)와 인간의 개념을 구분한다. 그에 따르면, 인간이라 함은 출생하여 독립된 개체로서 인간사회의 구성원으로서의 기능과 역할을 수행하는 생명체, 즉 성체로서의 인간 이른바 완성된 인간을 말하며, 인간생명(체)란 자연임신이든 인공수정⁵²⁾이든 체세포복제이든 수정란 또는 배아가 생성된 후 - 자궁에의 착상 전후를 불문하고 - 적절한 영양의 보급과 적절한 생존조건이 부여되면 성체로서의 인간으로 성장할 수 있는 생명체를 의미한다. 그는 이러한 개념적 구분에 입각해, 인간생명이 인정되면 바로 인간임이 인정되고 그 결과 인간에게 인간존엄이 인정되듯이 인간생명에게도 당연히 인간존엄이 인정되어야 하는가 라는 물음을 제기하면서, 인간에게 당연히 인정되어야 할 존엄권이라 할지라도 인간생명에게까지 인간존엄이 당연히 인정되어야 하는 것은 아니라는 결론에 이르고 있다.

이러한 그의 입장은 인간의 존엄권과 생명권의 분리설에 따른 것이라 할 수 있는데, 이러한 태도는 앞서 살펴 본 독일이나 우리나라의 학설과 대체로 같은 맥락에서 있다. 즉 생명의 침해가 언제나 존엄의 침해가 되는 것은 아니라는 인식에 기초해 있다. 만약 생명의 침해가 곧바로 인간존엄의 침해를 의미한다면, 전술한 생명권의 상대적 권리성 및 생명권과 타법익간의 비교형량가능성에 입각한 법제도의 생명제한은 - 절대적 권리인 인간존엄의 침해가 되어 - 원천적으로 불가능해지기 때문이다.⁵³⁾ 생명이 곧 인간존엄의 내용은 아닌

52) 김선택 교수는 인공수정은 넓은 의미, 즉 좁은 의미의 인공수정(남성의 정액을 여성의 체내에 인위적으로 주입하여 임신을 시도하는 기술)과 체외수정(정자와 난자를 모두 체외로 배출하여 시험관에서 수정시키는 기술)을 포함하는 것으로 사용하고 있다. 김선택, 출생전 인간생명의 헌법적 보호, 헌법논총 제16집, 150쪽 각주 1) 참조.

53) 이상, 김선택, 전개논문 164쪽 참조.

것이다.

그는 나아가 인간존엄은 엄격하게는 출생 후의 인간에게만 미치고 그 이전 단계인 인간생명에게는 오로지 생명권만이 문제된다고 본다. 다만 그는 이러한 엄격한 입장은 완화될 수 있고, 결론적으로 자연배아의 경우 개체화가 이루어지는 착상(수정 후 14일)시부터는 배아도 존엄권의 주체가 될 수 있으나,⁵⁴⁾ 착상 전 배아는 인간생명이라는 하지만 아직 인간의 존엄성의 주체가 될 수 없다고 한다. 그리고 이러한 결론은 체외수정에 의한 배아⁵⁵⁾이든 잔여배아⁵⁶⁾이든 마찬가지라고 한다.

따라서 착상 전 또는 수정 후 14일까지의 배아는 인간존엄의 주체

54) 김선택 교수는 인간존엄의 개념적 징표를 인간성, 주체성, 동일성으로 파악하고, 출생 이후의 인간만이 이러한 징표들을 만족시킬 수 있음이 원칙인데, 이를 좀더 완화시켜 보면 “”보호법익의 내용으로서의 세 징표 가운데 인간성과 (객체화·수단화되지 않아야 한다는 의미에서의) 주체성은 출생 전의 인간생명에게도 수정란까지 소급하여 인정할 수 있다고 한다. 단, 동일성은 수정 직후가 아니라 개체화가 이루어진 후에야 보호될 수 있는 것이므로, 자궁에의 착상 내지 수정 후 14일 이후에야 비로소 인정될 수 있을 것이다.”라고 한다. 김선택, 전계논문, 165쪽.

55) 체외수정에 의한 배아생성은 임신을 위한 것만 허용되므로(‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제13조 제1항) 처음부터 치료 또는 연구목적의 배아생성은 허용되지 않는다. 김선택 교수는 치료나 연구목적의 배아생성은 인간의 자기목적성, 즉 주체성에 대한 파괴로서 인간의 존엄과 가치라는 헌법원리에 반하는 것으로 본다. 다만 그는 착상 전 또는 14일 이전의 배아는 인간존엄의 주체가 아니라는 입장에서 있으므로, 치료 또는 연구목적의 배아생성이 객관적 헌법질서에 반하는 것으로서 허용될 수 없는 것으로 보고 있다. 한편 체외수정에 의한 배아의 경우 원래 임신목적으로 생성된 것이므로 - 보존기간 내에 있는 한 - 수정 후 14일 이내에서만 의미가 있으므로 인간의 존엄문제를 별도로 제기할 필요는 없다고 하면서, 착상의 기회를 갖지 못한 배아의 경우에는 잔여배아(‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제2조는 ‘잔여배아’를 인공수정으로 생성된 배아중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아로 정의하고 있다)의 문제로 전환된다고 한다. 전계논문, 166쪽.

56) 수정 후 14일 이상 배양하여 치료연구목적에 이용하는 경우 인간존엄의 침해가 된다. 같은 쪽.

는 될 수 없고, 인간생명(체)로서 생명권의 주체가 되지만,⁵⁷⁾ 생명권은 상대적 권리로서 다른 법익과의 비교형량에 있어서 비례성요건이 충족되면 법률로써 제한할 수 있으며, 보존기간이 지난 잔여배아를 연구목적이 이용함으로써 생명권 침해의 결과가 발생하더라도 수정 후 14일 이내의 생명체로서 다른 중대한 법익과 형량하여 제한을 감수하지 않으면 안 될 경우로 국한하여 입법하면 헌법에 합치될 수 있다고 한다.⁵⁸⁾

b. 정문식 교수

전술한 김선택 교수의 입장은 인간의 발달단계에서 인간존엄과 생명권이 인정되는 시기(始期)를 달리 본다는 점이 특징이다. 즉 착상 시까지는 생명권만이 문제되고 착상시로부터 인간존엄이 개시된다는 것이다.

이와는 달리 정문식 교수는 생명권의 시기와 인간존엄의 시기를 동일하게 본다. 그에 따르면, 헌법에 의해 보호되는 생명을 생물학적 관점에서 인간신체의 존재형식으로 볼 경우 최근의 인공수정기술의 발달이나 배아의 유전적 개별성 확립 등 과학적 사실을 고려할 때 정자와 난자의 결합이든, 체세포복제 등 무성생식의 방법이든 ‘수정란’부터 인간생명으로 보아야 하며,⁵⁹⁾ 독일연방헌법재판소의 제1차

57) 물론 착상 전 또는 수정 후 14일 이내의 인간배아(인간생명체)든 그 이후의 배아이든 공히 생명권의 주체가 되지만, 보호의 수준에 있어 착상 전인가 후 인가에 따라 생명에 대한 보호단계가 차별화될 수 있다고 한다. 이것은 형법상 낙태죄(형법 제269조 - 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금), 영아 살해죄(형법 제251조 - 10년 이하의 징역), 살인죄(형법 제250조 제1항 - 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)와 같이 생명에 대한 국가적 보호의무의 이행 수준이 생명발달에 따라 차등화되어 있는 것의 연장이라고 한다.

58) 김선택, 전계논문, 167쪽.

낙태판결의 판시내용(“인간생명이 존재하는 한 그에게는 인간으로서의 존엄권이 귀속된다.”)을 근거로 인간존엄의 시점은 인간생명의 시점과 동시에 인정되므로, 결국 인간존엄 역시 ‘수정란’에서 시작된다고 본다.⁶⁰⁾

한편 그는 생명권과 인간존엄이 경합하는 상황이라면 개별 기본권인 생명권을 먼저 적용해야 하며, 인간존엄의 경우에는 그 절대적 불가침성을 고려할 때 인간존엄의 기준을 적용해야 할 절박한 필요성이 있는 경우로 한정하여야 한다고 주장하면서, 연구목적의 배아사용과 관련된 헌법적 문제도 일차적으로 생명권문제로 다루어야 하며, 인간존엄의 문제로 다루는 경우는 예외적인 경우에 국한되어야 한다고 본다.⁶¹⁾

59) 수정란은 근본적으로 인간개체가 되는 출발점이라는 점, 그 후의 발달과정은 기본적으로 수정시부터 정해진 프로그램의 수행이라는 점, 수정시를 구별하는 의미가 다른 경우보다 상대적으로 크다는 점을 그 이유로 들고 있다. 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 침해, 공법학연구 제7권 제2호, 281쪽.

60) 정문식, 전제논문, 281-282쪽 참조. 특히 그는 Heun의 견해를 좇아 인간존엄의 시점은 인간생명의 시점과 동시에 인정되거나 혹은 미리 인정될 수는 있어도 뒤늦게 인정될 수는 없다고 한다.

61) 정문식, 전제논문, 291-292쪽. 생명권이 우선 적용되어야 하는 근거로서는 ① 인간존엄은 기본원칙으로서의 성격은 인정되지만 기본권성에 문제가 있으며, ② 모든 기본권의 원천인 인간존엄에 대해 생명권은 특별 기본권적 성격을 가지며, ③ 인간존엄의 절대적 불가침성을 고려하여 적용의 절박한 필요성이 없는 문제에 적용하지 않음으로써 인간존엄의 성격과 기능, 지위 등을 부작용으로부터 보호할 수 있다는 점을 들고 있다.

한편, 이와 같이 인간존엄의 예외적, 제한적 적용가능성을 주장하는 것은 ‘인간존엄을 절대적 권리로서 이해하여 다른 법익들과의 비교형량가능성을 부정하고 그에 따라 인간존엄에 대한 침해가 인정되지만 하면 곧바로 위헌적 기본권침해가 된다고 보는(독일의) 전통적 다수의견’에 회의적 입장을 취하는 때문으로 보인다. 다수의견은 인간존엄의 보호영역을 넓게 확장할 경우 다른 기본권들과의 갈등 때문에 유지되기 어렵고, 따라서 인간존엄의 내용도 핵심적 내용으로 축소될 수밖에 없으므로, 인간존엄의 보호영역이 확장되는 경향하에서 인간존엄의 절대성을 포기하고 제한가능성을 인정하여 인간존엄의 침해심사에서도 일반적인 기본권침해심사 방법을 적용하되, 인간존엄을 제한하

2) 결합설(생명침해는 곧 인간존엄의 침해가 된다는 견해)

방승주 교수가 이 입장을 취한다. 방교수는 분리설이 독일 기본법상의 기본권유보체계 하에서는 가능할지 몰라도, 우리 헌법상으로 인간존엄과 생명권과 관련하여 법률유보의 유무에 차이가 있는 것처럼 이해하는 것은 독일과 우리나라의 실정법상의 차이를 간과한 것이라고 비판한다. 또 그는 인간존엄은 ‘인간의 신체적·정신적 정체성과 완전성에 대해 침해받지 아니할 권리’이므로 생명의 박탈은 인간존엄에 대한 침해를 늘 야기하는 것으로 보아야 한다고 주장한다.⁶²⁾

이 견해는 생명침해는 곧 인간존엄의 침해로 보는 결과, a) 생명의 시기를 어느 때로 볼 것인지, b) 인간존엄은 절대적 보호를 의미하는가 아니면 상대적 보호를 의미하는가의 여부에 비중을 두고 논리를 전개한다. 위 두 기준의 조합을 통해 4가지 유형의 주장가능성을 예로 들면서(아래 각주 참조),⁶³⁾ 그 중 인간의 시기를 수정시로 보면서,

고 희망하는 경우에도 그 중요성이나 특수성을 고려해 엄격한 심사를 행하는 것이 바람직하다는 Kloepfer의 주장을 비중있게 소개하고 있다. 전제논문 287-288쪽.

62) 따라서 배아의 파괴를 전제로 하는 연구의 경우 그 생명권은 침해할지언정 존엄권은 침해하지 않는다는 논리는 성립될 수 없다고 본다. 방승주, 배아와 인간존엄, 제25집 제2호, 23쪽 각주 101) 참조.

63) 첫째) 인간의 시기는 수정시, 인간존엄은 절대적 보호를 주장하는 경우. 이 입장에 의하면 인간배아에 대한 연구와 실험은 절대로 허용되지 않는다.(박선영, 인간의 존엄과 가치, 그리고 배아 -생명윤리 및 안전에 관한 법률 제1장을 중심으로, 헌법학연구 제13권 제1호, 387쪽.)

둘째) 인간의 시기는 출생시, 배아연구와 실험은 더 이상 인간을 대상(객체화)으로 하는 것이 아니므로 얼마든지 가능하다는 견해.

셋째) 인간의 시기는 수정시, 존엄보호의 상대화를 주장하는 경우. 이 입장은 존엄권의 제한가능성, 희망가능성을 인정하게 된다.

넷째) 존엄보호의 절대성을 주장하는 대신, 인간시기를 인간의 발달 단계에 따라 달리 보는 경우

인간존엄은 인간생명의 발달단계에 따라서 상대화될 수 있는 것으로 보는 것이 타당한바(아래 3번째 유형), 구체적으로 착상시를 기준으로 착상 이전의 존엄보호는 상대화될 수 있는 반면, 착상 이후에는 인간존엄의 절대적 보호가 이루어진다고 본다.⁶⁴⁾

3) 결론

이상에서 배아의 기본권주체성과 관련된 국내의 주요견해를 살펴 보았다. 결론적으로 그 어느 견해이든 착상 전 배아의 기본권주체성을 모두 긍정하고 있음을 알 수 있다. 김선택 교수는 착상 전 배아의 인간존엄 주체성을 부정하고 있지만 생명권 주체성을 부정하지는 아니한다. 정문식 교수 역시 수정시로부터 생명권과 인간존엄이 경합되고, 일차적으로 생명권이 적용되어야 한다고 주장한다. 방승주 교수도 존엄보호가 상대화될지언정 착상 전 배아 역시 인간존엄의 주체임을 강조하고 있다.

배아의 기본권문제를 주로 인간존엄의 관점에서 접근하고 있는 독일의 경우에도, 앞서 살펴 본 바와 같이, 배아는 수정시로부터 인간존엄의 주체가 된다는 견해가 다수설이다. 수정 이후의 어느 시점(착상시, 뇌형성시, 인간으로 인식할 수 있는 시점인 60일, 독자적 체험능력을 갖게 되는 15주, 모체외부에서의 독자적 생존능력을 갖는 22주, 출생시)을 인간존엄의 시기로 보는 제 학설의 경우 ‘착상시설’과 ‘출생시설’을 제외한 다른 주장들은 독일에서 따르는 논자가 거의 없다. 착상시설은 매우 유력한 논거들을 제공하고 있으나, 김선택 교수의 주장처럼 착상 전 배아의 경우에도 - 비록 형량가능성이나 제한

64) 방승주, 전계논문, 22-26쪽 참조.

가능성이 여지는 남아 있지만 - 생명권은 인정될 여지가 있다 할 것이다. 인간존엄의 시기를 출생으로 보는 ‘출생시설’을 취하는 논자들의 경우에도 출생 이전의 생명에게는 생명권이 문제된다고 보거나 (Dreier), 출생이전의 인간생명에 미쳐진 영향을 출생한 인간에 대한 영향으로 보아 인간존엄의 침해를 인정한다(Podlech).⁶⁵⁾ 생명발전의 단계별로 존엄보호의 차별화, 상대화를 주장하는 견해들은 오히려 존엄보호의 시기를 생명초기의 단계 내지 수정시로 앞당겨 인정하면서 단지 존엄보호가 다른 법익과 형량될 수 있는 것으로 보고자 하는 견해이므로⁶⁶⁾ 착상 전 배아의 기본권주체성을 공히 긍정한다. 한편 연방헌법재판소는 제1차 낙태 판결에서 수정시부터 인간존엄의 주체를 인정하다가 제2차 낙태판결에서는 착상시점부터 존엄권이 인정된다고 판시함으로써 혼선을 보이고 있으나, 후자의 판시내용은 “어쨌든” 착상시점부터 존엄권이 인정된다는 유보적 표현을 쓰고 있음을 유의할 필요가 있다. 독일의 학설도 혼선을 빚고 있으며, 대체로 위 결정들이 인간존엄의 시기 문제에 대해 확정적으로 결론을 내린 것은 아니라는 데로 의견이 모아지고 있다. 더욱이 연방헌법재판소는 인간의 생명의 시기에 대해 아직 명시적 입장을 밝힌 적이 없다고 한다.

이상의 국내외 학설과 판례를 종합하면, 착상 전 배아의 기본권주체성 - 그것이 생명권이든 존엄권이든 - 을 인정하는 것이 상당할 것이다.

65) 다만, Hofmann은 출생 전 생명의 존엄청구권을 부정하면서, 객관적 보호의 무의 객체가 되는 것으로만 보고 있다.

66) 방승주 교수의 논리와 흡사하다.

Ⅲ. 기본권과 연령

① 원칙적으로 보면 기본권주체성의 문제가 자연인이 일정한 연령에 도달할 것을 전제로 하고 있는 것은 아니다. 따라서 기본권은 자연인의 연령과는 아무런 관련이 없다. 인간의 존엄, 생명권, 신체적 불가침성, 평등권, 재산권 등의 기본권을 생각하면 그것이 자연인의 연령과 아무런 관련이 없다는 점에 대해 특별히 설명할 필요가 없다. 하지만 그밖의 다른 기본권들(예컨대 언론출판의 자유, 거주이전의 자유, 종교의 자유 등)의 경우에는 그것을 완전하게 주장하기 위해서는 일정한 정도의 신체적, 정신적 발전단계에 이를 필요가 있음을 알 수 있다. 예컨대 신앙과 양심의 자유의 행사는 일정한 정도의 인식이나 종교적 성찰의 능력, 출판의 자유나 서신의 자유는 읽고 쓰는 능력, 직업의 자유는 무엇인가를 행하고 또 알 수 있는 최소한의 능력을 필요로 한다. 만약 이와 같은 법 이전의 사실상(vorrechtlich)의 전제가 결여되어 있을 경우에는, 아직 그 어떤 기본권침해에 이를 수 있는 상태 자체가 인정되지 않을 수 있다. 예컨대 세계 내에서 존재의 기원과 인간의 지위에 대한 문제가 제기될 수 없는 곳에서는 어쨌든 국가가 적극적 종교의 자유를 침해한다는 것은 불가능할 것이다. 또한 그 어떤 출판물의 제작도 가능하지 않은 경우에 출판의 자유를 논하는 것은 공허할 것이다. 아직 직업적 활동에 대한 어떤 시도도 행해지지 않고 있는 경우라면 직업의 자유도 마찬가지일 것이다.

② 그런데 독신자의 경우라 할지라도 기본법 제6조 제1항(혼인과 가족의 보호)⁶⁷⁾의 기본권의 보장내용이 거부되지 않으며, 자발적 실

67) [독일기본법] ① 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다. ② 자녀

업자의 경우에도 직업의 자유의 보장이 부인될 수 없는 것과 마찬가지로, 아직 육체적으로나 정신적으로 성숙되지 않은 미성년자의 경우에도 공권력과의 관계에서 기본권주체성이 삭감되는 것은 아닌 것이다. 따라서 미성년자의 경우에도 원칙적으로 기본권의 주체가 되는데 아무런 장애가 없다. 다만 이미 그 구성요건상 일정한 연령에 도달할 것을 요구하고 있는 경우, 예컨대 선거권이나 피선거권의 경우에는 그 연령에 도달할 때 비로소 기본권주체성이 인정된다고 볼 것이다.

③ 이상과 같은 기본권주체성, 즉 기본권보유능력의 개념과 구분되어야 할 것은 것은 기본권성년(Grundrechtsmündigkeit) 즉 기본권행사능력⁶⁸⁾의 개념이다. 후자의 경우에는 잠재적인 기본권보유주체성이 문제되는 것이 아니라 현실적으로 어떤 연령에 이르렀을 때 미성년자 자신이 스스로, 즉 부모 등의 친권자나 보호자와 같은 제3자의 개입 없이 독자적으로 그 기본권을 행사 또는 향유하고, 필요하다면 소송적으로 기본권을 관철시킬 것을 결정할 수 있는가가 문제된다. 따라서 기본권성년의 개념은 기본권향유능력의 성숙성, 자유롭게 기본권을 행사하고 실현할 수 있는 능력을 말한다. 이러한 능력은 실체법

의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고, 원칙적으로 그들에게 부과된 의무이다. 그들의 활동에 대하여 국가는 감시한다. ③ 교육권자가 의무를 태만히 하거나 그 밖의 이유로 자녀가 방치될 우려가 있을 때에는, 그 자녀는 법률에 근거하여서만 교육권자의 의사에 반하여 가족과 분리될 수 있다. ④ 어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 가진다. ⑤ 혼인 외의 자의 육체적, 정신적 성장과 사회적 지위에 관해서는 입법을 통하여 혼인 중의 자와 동일한 조건이 마련되어야 한다.

68) 기본권행사능력은 민법상의 행위능력과 일치하는 개념이 아니다. 물론 민법상의 각종 법률행위능력은 민법상 성년 규정에 따르므로 그러한 한에서 기본권으로서 민법상의 행위능력이 제한되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 민법상의 법률행위가 아닌 다른 다양한 기본권의 경우에도 미성년자의 연령에 따라 그 행사가 제한될 수 있다는 점에서 양자는 전혀 상이한 개념이다.

적으로 보면 기본권적으로 보호된 이익을 향유하고 이를 타인과의 관계에서 관철시킬 수 있는 권능을 의미하며, 나아가 소송행위를 통해 기본권을 주장할 수 있는 능력, 가령 헌법소원을 제기할 수 있는 능력까지도 포함한다. 미성년자의 기본권행사능력의 제한을 초래하는 경로는 두 가지로 나눌 수 있다.⁶⁹⁾ 먼저, 기본권의 성격상 제한되는 경우로서 3세 어린이의 서신의 비밀의 자유, 10세 소년의 결사의 자유 등 성질상 그 자유의 행사에 적합한 연령이 되었다고 보기 어려운 경우의 기본권행사능력의 제한을 상정할 수 있고, 다른 하나는 법규범을 통해 기본권이 명시적으로 제한되는 경우인데, 예컨대 미성년자에 대한 헌법이나 법률상의 각종 제한규정을 들 수 있다(예: 미성년자의 거주이전의 자유[헌법 14조]가 친권자의 거소지정권[민법 제 914조]에 의해 제한되는 경우). 민법상의 법률행위와 관련이 있는 기본권(헌법 제23조의 재산권 및 상속권)의 경우에는 민법상의 행위능력과 관련된 각종 규정들에 따른 제한이 이루어진다. 물론 인간이 인간이기 때문에 누리는 기본권, 예컨대 인간의 존엄과 인격권, 신체의 자유 등은 미성년자의 경우에도 절대적으로 보호되므로 제한 자체가 불가능하다.

미성년자가 그와 같은 기본권성년에 이르렀는가의 문제는 한편으로 미성년자가 성장함에 따라 자신의 삶을 결정할 수 있는 능력과 책임의식이 증대된다는 점과 다른 한편 그와 더불어 기본권적으로 보호되는 부모의 자녀에 대한 양육권⁷⁰⁾이 점차 후퇴하게 된다는 점

69) 홍성방, 헌법학 개정6판, 2009, 287쪽.

70) 독일에서는, 미성년의 자와 부모의 기본권이 충돌하는 경우에 있어 부모의 기본권(친권)에 대한 이중제한론이 주장되고 있는데, 이중제한론이란 부모가 갖는 기본법 제6조 제2항의 친권이 한편으로 기본법 제2조 제1항(인격의 자유발현권)과 제6조 제1항(혼인과 가족의 보호)으로부터 부모는 자녀 스스로 결정권을 행사할 수 없고 자녀가 아직도 부모의 부양과 교육을 필요로 하는

이 특징이며, 이러한 양 측면은 상반되는 것으로 서로 긴장관계에 놓이게 된다.⁷¹⁾ 미성년자의 기본권에 대한 제한은 부모의 양육권이나 법률상 거래의 안전, 권리구제절차의 기능적 적정성 혹은 미성년자 자신의 이익 보호를 위해 행해질 수 있다.

미성년자의 기본권은 어느 정도까지 제한할 수 있는가, 즉 미성년자의 기본권행사능력을 인정할 것인지, 또한 어떤 방식으로 상반되는 부모의 양육권과 조정할 것인지는 일차적으로 입법자의 과제에 속한다. 물론 그와 같은 입법형성에 있어 입법자는 완전히 자유로운 것은 아니며 통상적인 고찰방법에 따라 미성년자가 그 연령대에서 보이는 육체적 및 정신적 성숙성, 책임의식과 사고능력의 정도를 기준으로 삼아야 한다. 또한 기본권성년 또는 행사능력을 정함에 있어 모든 기본권에 통일적인 도식적 규율은 허용되지 않는다.

입법자가 미성년자의 기본권을 제한하고 경우의 예로서는, 행복추구권으로부터 나오는 계약의 자유와 관련하여 민법상 미성년자의 법률행위능력에 대한 제한, 혼인의 자유와 관련하여 결혼적령기 규정, 직업선택의 자유 및 근로의 권리와 관련된 근로를 위한 최저연령제 규정(근로기준법 제15조 제1항), 상속권과 관련하여 유언적령에 관한 규정(민법 제1061조), 사회적 기본권과 관련하여 독일 사회보장법전

한도 내에서 결정권을 행사할 수 있고, 다른 한편 그 결정권(친권, 교육권)은 교육을 위해 필요한 수단에 한정된다는 이론을 말한다. G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 III, Rn. 16ff.(홍성방, 전제서, 289쪽에서 재인용).

71) 홍성방 교수(전제서 288쪽)은 미성년자의 기본권행사능력의 문제는 다음과 같은 세가지 문제가 포함되어 있다고 한다. 첫째, 제3자에 대한 미성년자의 독립적 행사가능성 문제, 따라서 부모에 의한 대리행사의 범위와 종기의 문제, 둘째, 행위능력에 관한 민법규정의 전용이 가능한가, 아니면 헌법 독자적 해결책을 찾을 것인가의 문제, 셋째, 미성년자와 친권이 충돌하는 경우의 해결방안의 문제 등을 들고 있다.

제1권의 사회보장급여의 신청, 수령과 관련된 행위능력규정(SGB I 제36조 제1항),⁷²⁾ 종교의 자유와 관련하여 독일의 아동종교교육법(ReiKEG) 제5조⁷³⁾의 종교적 성년규정 등을 들 수 있다.

이상과 같은 입법적 규율에 대해서는 입법자의 입법형성의 자유를 고려할 때 미성년자의 기본권주체성의 보호라는 관점에서 헌법적 의문을 제기하기는 어려울 것이다.⁷⁴⁾ 한편 입법자가 미성년자의 기본권성년을 탄력적으로 규율함으로써 기본권성년에 도달한 것인지 여부를 개별사안에 따라 판단할 수 있는 가능성을 열어두고 있거나, 아니면 미성년자의 기본권성년 여부에 관해 아무런 규정도 두고 있지 않은 경우에는 결국 헌법재판관을 포함한 법관이 개별사안에서 기본권주체성 여부를 판단하여야 할 것이다.

한편 ‘성인’이든 ‘기본권성년에 이른 미성년자’이든, 이들이 정신적 질환 기타 육체적 정신적 장애로 인해 그들의 기본권적으로 보호된 이익을 전부 또는 부분적으로 행사할 수 있는 능력을 상실한 경우에는 기본권행사능력에 제한이 가해질 수 있다. 그러한 제한을 위한 헌

72) 동조항은 다음과 같이 규정하고 있다: “만 15세에 이른 자는 사회보장급여에 대한 신청을 행하고, 그에 따른 사회보장급여를 수령할 수 있다. 급부제공자는 법정대리인에게 사회보장급여신청의 사실 및 수령된 사회보장급부에 관해 통지하여야 한다.”

73) 동조의 내용은 다음과 같다: “만 14세에 이른 어린이는 어떤 종교를 믿을 것인가에 대해 결정할 권리가 있다. 만 12세에 이른 자에 대해서는 그의 의사에 반해 종전과는 다른 종교교육이 행해질 수 없다.”

74) 다만 미성년자의 종교의 자유에 있어, 연방국가인 독일의 경우, 바이에른주와 자르란트주가 타종교 교육거부권을 만 18세로 확정하고 있어(바이에른주 헌법 제137조 제1항, 자르란트주 헌법 제29조 제2항) 기본법 제7조 제2항에도 불구하고 미성년자의 종교의 자유를 침해하는 것이 아닌지 여부가 문제되고 있으나, 학설은 대체로 합헌으로 보고 있다. Peter Huber, aaO., 1140 Rn. 20 참조.

법적 근거는 전술한 미성년자의 기본권성년을 결정하는 논리와 유사하다. 물론 기본법 제6조 제2항과 제7조 제2항⁷⁵⁾이 기본권행사능력을 제한하는 것으로 볼 수는 없으므로 다른 헌법원칙, 예컨대 기본권 보호의무이론이나 사회국가원리와 같은 헌법원칙을 근거로 할 경우에만 전술한 기본권행사능력에 대한 제한이 정당화될 수 있다. 따라서 이와 같은 경우 기본권성년 내지 기본권행사능력을 제한하기 위해서는 그 헌법적 요건이 보다 가중된다고 보아야 할 것이다. 그에 따라 입법자에게는 보다 세밀하고 구체적인 규정을 마련해야 할 의무가 부과된다. 예컨대 연방헌법재판소는 글을 쓸 수 있고 말을 할 수 있는 자의 유언능력을 일반적으로 배제하는 것은 기본법 제14조 제1항⁷⁶⁾의 상속권을 침해하는 것으로 보고 있다.⁷⁷⁾ 결론적으로 이상과 같은 경우들에 있어 입법자는 법적 배려 내지 보호를 위한 규정들을 들으로써 입법자에게 요구되는 바를 이행하여야 한다. 동시에 사법기관에게도 구체적인 사례에서 필요한 정도의 보호조치를 명할 의무, 즉 기본권성년 내지 행사능력이 인정되는 부분에 대해 결정해야 할 과제가 주어져 있다고 할 것이다. 성년자가 피보호자인 경우 그를 돌보는 자(보호자, 후견인 등)는 피보호자의 완전한 기본권행사를 실현하고 필요한 경우 재판 등의 권리구제절차, 필요하다면 헌법소원을 제기할 의무를 부담한다.

IV. 사자(死者)의 기본권주체성

자연인의 기본권주체성은 죽음과 더불어 종료한다. 주관적 권리를 향유할 그 어떤 주체가 이제 더 이상 실존하지 아니함에도 불구하고

75) “교육권자는 자녀의 종교교육 참가에 대한 결정권을 가진다.”

76) “재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”

77) BVerfGE 99, 341(351)

그의 그 어떤 주관적 권리를 논한다는 것은 그 자체 모순이기 때문이다.⁷⁸⁾ 독일 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권과 관련하여 이른바 Mephisto 결정⁷⁹⁾에서 이 점을 분명하게 밝힌 바 있다.⁸⁰⁾ 기본권의 주체는 오로지 ‘살아 있는 인간’(die lebende Person)만이 될 수 있으며, “기본법 제2조 제1항의 기본권은 적어도 잠재적인 혹은 장래에 있어 행동가능한 인간의 존재를 불가결의 전제조건으로 한다.”는 것이다. 이러한 결론은 일반화될 수 있으며, 인간의 자결을 보호하는 다른 모든 기본권에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 따라서 죽음은 원칙적으로 이제 권리와 의무의 주체로부터의 해방을 의미한다. 헌법은 살아있는 자에 대해 사자(死者)의 지배를 더 이상 허용하지 않고 있다.

하지만 예외가 인정되지 않는 것은 아니다. 인격권 내지 인간존엄이 그러한 경우이다. 전술한 Mephisto 결정에서 동 재판소는 인간존엄성의 경우 죽음 이후에까지 효력을 미치는 것이라고 판시하였다. 즉 “그 자신 인간적 존재라는 이유로 존엄성이 인정되고 또 그러한 존엄성에 대한 일반적 존중이 요청되는 그 인간이 그의 사후에 그의 존엄성에 대한 요청에 있어 올바른 대우를 받지 못하거나 무시될 수 있다면 인간존엄의 불가침에 대한 헌법적 보장과 합치될 수 없다. 따라서 기본법 제1조 제1항이 모든 국가권력에 대해 부과하고 있는 의무, 즉 개인에게 그의 인간존엄에 대한 침해로부터의 보호를 보장하라는 의무는 죽음으로써 종료되는 것이 아니다.”라는 것이다. 이와 같은 사후 기본권주체성은 물론 무한히(ad infinitum) 지속되는 것은

78) Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2003, B I Rn. 26.

79) Mephisto 결정(BVerfGE. 30, 173)은, 계획열, 메피스토-클라우스만 결정, 판례연구 제2집(고려대 법학연구소)에서 번역되었다.

80) BVerfGE 30, 173(194)

아니다. 연방헌법재판소와 다수설은 사자에 대한 기억이 사라지는 만큼 보호의 필요성도 감소하는 것으로 본다.

하지만 이상과 같은 판례 및 학설의 지배적 견해에 대해서는 강력한 비판이 제기되고 있다. 즉 ‘인간의 존엄’이라는 관점에서 볼 때 지배적 견해와 같은 결론에 이르는 것이 과연 가능한가에 대한 의문이 그것이다. 이러한 의문은 대체로 다음과 같은 논거들로 요약할 수 있다.

첫째, 기본법 제1조 제1항(인간존엄성의 불가침 규정)은 사자의 경우 더 이상 사람이 아니라는 자명한 내용을 담고 있다는 점이다. 일보 양보하더라도 다른 모든 기본권은 바로 이 규정에 바탕을 두고 있는 것임에도 불구하고 전자에 대해서는 사자의 기본권주체성을 인정하고 그 다른 모든 기본권에 대해서는 이를 부정한다는 점은 납득하기 어렵다.

둘째, 인격권에 있어 사자의 기본권주체성을 인정하는 입장에 의할 경우, 기본권주체성이론에는 부적합한 결론, 즉 기본권주체임에도 불구하고 기본권적 보호가 점진적 유동적으로 변동하게 된다는 결론(Mephisto사건의 경우 사자는 시간이 지남에 따라 존엄보호의 정도가 약화된다고 한다)에 이른다는 점, 즉 기본권주체성의 정도가 단계적인 것일 수 있다는 결론을 피할 수 없다.

셋째, 사자에 대한 보호필요성의 관점도 반드시 설득력이 있는 것이라고 보기 어려운 측면이 있다는 점이다. 사자에 대한 모욕이나 시신의 외관에 대한 손상 등이 행해질 경우 현실적으로 볼 때 사자의 존엄성이 문제되는 것인가 아니면 오히려 유족의 인격권이나 유족의 정신적 건강권, 그들의 종교의 자유,⁸¹⁾ 혹은 그들의 혼인과 가족에의

권리가 문제되는 것인가.⁸²⁾ 따라서 좀 더 엄밀하게 고찰하면, 유족에게 미치는 부정적 영향 때문에 예술의 자유(기본법 제5조 제3항), 보도의 자유 또는 출판의 자유(기본법 제5조 제1항 제2문)에 대한 제한이 정당화되는 것이지, 기본법 제1조 제1항이 보호하고자 하는 핵심적 자기 스스로에 의해 결정되고 또 결정될 수 있는 삶의 구상에 대한 보호라는 핵심을 더 이상 이행할 수 없는 사자에게 미치는 불리한 영향 때문에 이상과 같은 제한이 정당화되는 것은 아니라고 한다. 그리고 이렇게 볼 경우에만, 사자와의 관련성을 주장할 이익이 시간이 지남에 따라 그 기본권적 비중이 점차 약화된다는 점이 무리 없이 설명될 수 있다는 것이다.

넷째, 전술한 Mephisto사건의 경우 논증구조에 문제가 있다는 비판도 제기되고 있다. 즉 동 재판소는 사자의 주관적 기본권주체성을 강조하면서도, 그 이후의 설시는 오로지 국가의 객관적 보호의무이론을 통해 논증을 진행하고 있다는 것이다.⁸³⁾ 하지만 이러한 보호의무는 주관적 기본권주체성을 전제하지 않는다는 것이다.⁸⁴⁾

81) Muckel, in: Friauf/Höfling, GG(Lit), Art. 4 Rn. 34(Stand 2000).

82) Benda, Von der Vergänglichkeit zum Platinat, NJW 2000, S. 1769(1771); Sachs, aaO., A 6 Rn. 29

83) BVerfGE 30, 174(194): "기본법 제1조 제1항에서 모든 국가권력에 대해 부과하고 있는, 개인을 그의 인간존엄에 대한 공격으로부터 보호해야 할 의무는 ... 종료된다."

84) 물론 객관적 보호의무론에 따른 경우 태아(nasciturus) 이전의 단계에 있는 인간적 생명에 대해서 존엄권이나 생명권에 따른 국가적 보호가 이론적으로 가능할 수 있는 것처럼, 사후의 단계에 있는 사자에 대해서도 존엄권이나 인격권에 따른 보호가 불가능하지 않다. 그런데 위의 부정설 중에는 그러한 보호조차도 사자를 위한 것이 아니라 살아있는 자, 즉 유족이나 사회 전체를 위하여 객관적 보호가 행해질 수 있는 것으로 보는 입장을 취하기도 한다. 이에 대해서는 P. Huber, aaO., S.1143; Hillgruber, Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten, JZ 1997, S.975(977) 참조.

제2장 외국인의 기본권주체성

제1절 머리말

기본권능력, 즉 기본권주체성은 권리구제형 헌법소원에서 ‘당사자능력’, ‘청구인능력’ 또는 ‘소원능력’을 의미한다. 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문에 따르면, 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”이다. 이처럼 헌법소원심판청구는 기본권침해를 주장하는 것이므로 기본권의 주체가 될 수 있는 자라야 청구인이 될 수 있다. 따라서 청구인능력은 ‘기본권능력’에 의해 좌우된다. 그러나 기본권능력은 실체법의 문제로서 당해 기본권의 인적 보호영역에 따라 결정되기 때문에, 청구인에게 기본권능력이 있는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 침해 여부가 문제되는 기본권이 무엇인지를 확인하고, 이어서 청구인이 그 기본권의 주체가 될 수 있는지를 심사해야 한다.⁸⁵⁾ 이하에서는 외국인의 기본권능력을 살펴보기로 한다.

제2절 독일 기본법상 외국인의 기본권주체성

I. 만인의 기본권과 독일인의 기본권

85) 이에 대해서는 김주환, 권리구제형 헌법소원심판의 논증, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006, p.525 참조.

1. 서론

기본권능력 내지 기본권 주체성이란 기본권의 주체가 될 수 있는 자연인 또는 법인의 능력을 말한다.⁸⁶⁾ 독일 연방헌법재판소법 제90조 제1항에 따르면 기본권능력이 있는 자, 즉 기본권의 주체가 될 수 있는 자는 “누구나” 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 따라서 외국인도 독일 기본법(GG)상 보장된 기본권의 주체가 될 수 있는 때에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

그러나 외국인의 기본권주체성 여부는 모든 기본권에 대하여 일률적으로 말할 수 있는 문제가 아니다. 자연인과 관련, 독일 기본법 자체가 ‘만인의 기본권’(Jedermann-Grundrechte)과 ‘독일인의 기본권’(Deutschen-Grundrechte)을 구별하고 있기 때문이다. 따라서 외국인의 기본권주체성 여부는 항상 구체적인 사건에서 문제가 되는 기본권이 무엇인지를 고려하여 확정해야 한다.

2. 만인의 기본권

‘만인의 기본권’이란 기본권능력이 인적 측면에서 제한을 받지 않아 모든 사람에게 인정되는 기본권을 말한다. 기본법에 보장된 기본권들은 기본법 제1조 제2항과 제3항이 보여 주듯 인권에 뿌리를 두고 있다. 대부분의 기본권이 원칙적으로 모든 인간에게 인정되는 것은 이와 같은 전통에 부합한다. 이러한 이유에서 모든 사람에게 인정되는 기본권을 ‘인권’(Menschenrechte)이라고 지칭하기도 하지만, 이것은 기본법 제1조 제2항의 인권 개념 때문에 개념의 혼동과 오해를 유발할 수 있다. 따라서 인권이라고 칭하는 것보다는 만인의 권리라

86) v. Mutius, Jura 1983, 30; Rübner, HdbStR V, § 116 참조.

고 칭하는 것이 더 바람직하다고 한다.

기본법상의 기본권 규정들에는 이미 그 기본권이 만인의 권리임을 알 수 있게 해주는 인적 범위가 표현되어 있다. 그 표현들은 다음과 같다.

(a) “누구나 … 권리를 가진다.” 독일 기본법 제2조 제1항, 제2조 제2항 제1문, 제5조 제1항 제1문이 이에 해당한다.

(b) “모든 사람은 … 권리를 가진다.” 독일 기본법 제17조, 제103조 제1항이 그 예다.

(c) “어느 누구도 … 해서는 안 된다.” 이에 해당하는 기본권으로는 독일 기본법 제3조 제3항, 제4조 제3항 제1문, 제12조 제2항, 제101조 제1항 제2문, 제103조 제3항이 있다.

(d) 더 나아가 기본법 제1조 제1항, 제2조 제2항 제2문, 제4조 제1항과 제2항, 제5조 제1항 제2문, 제5조 제3항 제1문, 제6조 제1항과 제2항, 제7조 제4항 제1문, 제10조 제1항, 제13조 제1항, 제14조 제1항 제1문, 제104조와 같이 인적 범위에 대한 명시적 언급 없이 보호대상만을 열거하고 있는 기본권들의 경우에도 마찬가지다.

따라서 “모든 인간은” 법률 앞에 평등하다고 규정하고 있는 기본법 제3조 제1항도 만인의 기본권에 해당한다. 기본법 제3조 제2항 제1문의 “남성과 여성”도 모든 인간을 기본권의 주체로 표현하고 있는 것이다. 기본법 제19조 제4항 제1문의 “~한 자”도 마찬가지다. 기본

권 주체를 명시적으로 언급하고 있지 않은 기본법 제33조 제3항 제1문과 제103조 제2항도 만인의 권리에 속한다.

3. 독일인의 기본권

이에 반해 ‘독일인의 기본권’ 내지 ‘국민의 기본권’은 독일인만이 누리는 기본권을 말한다.

‘독일인’ 개념을 규정하고 있는 것은 기본법 제116조 제1항이다. 이에 따르면 독일인의 범주에는 두 가지가 있다. 우선, 독일 국적을 가지고 있는 자는 독일인이다. 언제 독일 국적을 갖게 되는지는 기본법으로부터 직접 도출되는 것이 아니라, 국적에 관하여 규율하고 있는 법률규정들에 따라 결정된다. 또한 독일인의 범주에는 소위 지위상의 독일인(Statusdeutsche)이 있다. 이는 1937년 12월 31일 현재 독일국의 영역 안에 있는 독일혈통의 난민과 피추방자 또는 이들의 배우자나 비속으로 인정된 자이다. 독일혈통의 난민과 피추방자는 전쟁 중 또는 전후의 극심한 혼란상황으로 인하여 독일국적자로 판별하거나 외국인으로 판별하는 것이 불가능했던 자들이다. 이처럼 지위상의 독일인의 범주는 헌법 제116조 제1항에 의해 확정되어 있지만, 동 조항은 입법자가 이와 다른 법률 규정을 제정할 수 있도록 허용하고 있다.

독일이 통일되기 전에는 동독의 시민도 동독 국적의 보유 여부를 불문하고 서독 국적을 보유하는 것으로 보았다.⁸⁷⁾ 지위상의 독일인은 국적규율에관한법률 제6조 제1항에 따라 귀화청구권(Anspruch auf

87) BVerfGE 36, 1 (30 f.); 77, 137 (149) 참조.

Einbürgerung)을 가진다. 기본법 제116조 제2항에 따르면, 1933년 1월 30일부터 1945년 5월 8일까지의 기간 중 정치적, 인종적 또는 종교적 이유로 국적을 박탈당한 구 독일국적보유자와 그 비속은 귀화 청구권을 가진다. 1945년 5월 8일 이후 독일에 주소를 가지고 있는 자들은 기본법 제116조 제2항에 따라 반대의사를 표명하지 않는 한 국적을 상실하지 않는 것으로 간주된다.⁸⁸⁾

만인의 기본권은 외국인을 포함한 모든 자연인에게 인정되지만, 독일인의 기본권은 독일인에게만 유보되어 있다(소위 ‘독일인유보’). 독일 기본법은 모든 기본권을 만인의 권리로 규정하지 않고 몇 개의 기본권을 독일인의 권리로 규정하고 있다. 기본법 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제16조 제1항과 제2항, 제20조 제4항, 제33조 제1항~제3항이 후자의 예에 해당한다.

II. 독일인유보의 위헌성?

독일인의 기본권과 관련, 개별 기본권의 이러한 독일인유보가 헌법에 위반되는 것은 아닌가 하는 문제가 제기된다. 이에 대해서는 위헌설과 합헌설의 대립이 있으나,⁸⁹⁾ 합헌설이 압도적인 견해이다.

위헌설에 따르면, 모든 기본권은 기본법 제1조 제1항과 제2항을 통해 보호되고 또 기본법 제19조 제2항에 의해 기본권의 본질적 내용에 해당하는 것으로서 불가침적인 것으로 선언된 인간의 존엄성 및

88) 독일인의 개념에 대해서는 Vedder, GGK III, Rn. 4-8 zu Art. 116 참조.

89) 위헌설에 대해서는 Brinkmann, Anm. 1 a zu Art. 8; 위헌적 헌법의 가능성에 대해서는 Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951; von Münch, GGK III, Rn. 2 zu Art. 117; 합헌설에 대해서는 BVerfGE 3, 225 (233) 참조.

인권과 관련된 내용을 가지고 있다고 한다. 따라서 독일인의 기본권도 인간의 존엄성 및 인권과 관련된 내용에서는 외국인에게 인정될 수 있다고 한다.⁹⁰⁾ 또한 기본법 제3조 제1항의 평등원칙은 인권으로서 독일인과 외국인의 차별에 대해 정당화를 요구하는데, 차별이 독일인의 기본권의 물적 보호영역 안에서 이루어지고 있다는 이유로 외국인에게 불이익을 주는 것은 인권의 관점에서 정당화될 수 없다고 한다.⁹¹⁾

생각건대, 위헌설의 논증방식을 따르다 하더라도 독일인의 권리가 만인의 권리로 변하는 것은 아니다. 기본법 제1조 제1항과 제3조 제1항에 의한 보호가 독일인의 권리에 대한 보호와 일부 중복되는 면은 있겠지만, 그 보호가 독일인의 권리에 대한 전면적 보호의 수준에는 미치지 못하기 때문이다.

더 나아가 독일인의 기본권을 인정함으로써 발생하는 외국인의 열악한 기본권적 지위가 기본법 제3조 제3항 제1문의 차별금지원칙에 위반되는 것도 아니다. 합헌설에 따르면 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 기본법 제3조 제3항 제1문의 차별금지원칙은 국적에 따른 차별 자체를 금지하지 않는다.⁹²⁾

90) Dürig, MD, Art. 1 Abs. II Rn. 85, Art. 2 Abs. I Rn. 66; Sachs, BayVBl. 1990, 385 참조.

91) Ruppel, Der Grundrechtsschutz der Ausländer im deutschen Verfassungsrecht, 1968, S. 43 ff.

92) 이에 대해서는 Gubelt, Rn. 5 zu Art. 3 참조. 그러나 Weis, NJW 1983, 2721 (2725)는 유럽연합 소속 외국인에 대해서는 독일 기본법 제3조 제1항을 그 한계로 본다. 이와 달리 독일 기본법 제3조 제3항으로부터 나오는 차별금지원칙이 적용되어야 한다는 견해로는 Zuleeg, DÖV 1973, 361 (363) 참조.

둘째, 기본법 제3조 제3항 제1문이 국적에 따른 차별 자체를 금지한다 하더라도 독일인유보는 특별법에 해당하기 때문에 제3조 제3항 제1항의 적용이 배제된다. 그렇다고 해서 외국인의 지위가 전혀 보호되지 않는 것은 아니다.⁹³⁾ 왜냐하면 헌법상 외국인에게 인정되지 않는 권리라 하더라도 법률에 의하여 인정될 수 있기 때문이다. 기본법이 일정한 권리를 독일인에게만 인정한다고 해서 이것이 입법자가 그 기본권을 외국인에게 확대하는 것까지 금지하는 것은 아니다.⁹⁴⁾ 물론 법률상의 권리의 효력은 기본권의 효력과 구별된다. 따라서 외국인에게 인정되는 법률상의 권리는 기본법상 독일인의 기본권을 제한할 때 적용되는 한계를 넘어 더 넓게 제한될 수 있다.⁹⁵⁾

또한 기본권 보호에 있어 중요한 의미를 가지는 법치국가원리와 사회국가원리는 외국인에게도 적용된다.⁹⁶⁾ 더 나아가 외국인의 권리에 관한 국제법 규정들은 각 국가에 대하여 일정한 작위의무와 부작위의무를 부과한다.⁹⁷⁾

끝으로, 독일인의 권리의 핵심내용은 기본법 제19조 제2항,⁹⁸⁾ 제1

93) 기본법 제2조 제1항에 의하여 외국인에게도 법률유보가 적용된다는 견해로는 BVerfG, NJW 1988, 2290 (2291); Bleckmann, StaatsR II, § 9 Rn. 99 ff.; Isensee, VVDStRL 32 (1974), S. 49 ff. 참조.

94) Bleckmann, StaatsR II, § 9 Rn. 108.

95) 이에 대해서는 예컨대 Kanein/Renner, Ausländerrecht, 6. Aufl. 1993, § 37 Rn. 7 참조.

96) 법치국가원리에 대해서는 BVerfGE 40, 95 ff. (98/99); 사회국가원리에 대해서는 BVerwGE 42, 148 (157) 참조.

97) 이에 대해서는 Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 34 ff.; Doehring, VVDStRL 32 (1974), S. 7 ff.; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl., 1994, § 52 II 2 참조.

98) Dürig, MD, Rn. 85 zu Art. 1 II.

조 제1항⁹⁹⁾ 또는 제2조 제1항에 의하여¹⁰⁰⁾ 외국인에게도 인정될 수 있다.¹⁰¹⁾

Ⅲ. 외국인의 기본권주체성 여부

1. 만인의 권리

기본법 제1조 제3항에 따라 독일의 공권력은 기본권의 구속을 받는다. 따라서 독일에서는 물론 외국에서도 독일의 공권력 행사로 인하여 기본권을 침해당한 외국인은 독일 기본법상 보장된 만인의 권리를 원용할 수 있다. 물론 만인의 권리를 원용할 수 있다고 해서 외국인에게 독일 입국 및 체류의 기본권이 인정되는 것은 아니다. 그러한 권리는 외국인이 망명권을 원용할 수 있을 때에만 인정된다. 기본법 제16조a 제1항이 보장하고 있는 정치적 피박해자의 망명권은 독일인이 아니라 외국인에게만 인정되는 순수한 외국인의 권리로 이해되고 있다.

2. 독일인의 기본권과 외국인의 기본권 보호

독일인의 기본권이 독일인에게만 인정됨으로써 제기되는 문제는 독일인의 기본권의 객관적 효력범위와 관련하여 외국인은 어디까지 기본권보호를 요구할 수 있는가 하는 것이다. 이와 관련, 외국인이 독일인의 기본권과 같은 보호를 요구할 수 있는 근거로 작용하는 기본권으로는 특히 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항, 제3조 제1항을

99) Bleckmann, StaatsR II, § 9 Rn. 112 ff.

100) Isensee, aaO., S. 80; 기본법 제11조 제1항과 관련하여 같은 입장으로는 BVerfGE 35, 382 (399); 이에 대해서는 Kunig, Rn. 9 zu Art. 11 참조.

101) Sachs, BayVBl. 1990, 385 ff. 참조.

들 수 있다.

(1) 기본법 제1조 제1항

기본법 제1조 제1항은 외국인과 관련해서도 독일인의 기본권에 내포되어 있는 인간의 존엄성의 요소들을 보호한다. 따라서 여타 기본권의 인적 보호영역이 제한되어 있다 하더라도 인간의 존엄성 보장은 모든 사람에게 적용되기 때문에 외국인에게도 추가적 기본권 보장의 효과가 발생한다. 물론 인간의 존엄성 보장을 통한 외국인 보호의 범위는 독일인의 기본권을 통해 독일인이 받는 보호의 범위보다 좁을 수밖에 없다.

(2) 기본법 제2조 제1항

기본법 제2조 제1항은 개별 자유권의 보호영역에 해당하지 않는 자유를 일반적으로 보호하는 보충적 기본권으로 이해되고 있다. 통설에 따르면 이 기본권은 외국인에게도 포괄적 기본권보호를 제공하는 보충적 작용을 한다고 한다.¹⁰²⁾ 기본법 제2조 제1항으로부터 도출되는 일반적 행동의 자유는 개별 기본권에 의해 보호되는 행위 가능성을 보호하지만, 개별 기본권이 적용되는 범위에서는 그 적용이 배제된다. 우선적 효력이 있는 개별 기본권이 외국인에게는 인정되지 않기 때문에 기본법 제2조 제1항은 독일인의 기본권의 물적 보호영역에 상응하는 기본권적 보호를 외국인에게 제공한다. 물론 이 때에는 개별 기본권의 법률유보가 아니라 기본법 제2조 제1항의 단순법률유보가 적용된다.

102) Stern, StR III/1, S. 1041; 다른 견해로는 Erichsen, StR I, S. 142; Schwabe, NJW 1974, 1044 f. 참조.

연방헌법재판소도 거주·이전의 자유가 연방영역에서만 독일인에게 적용된다고 해서 외국인이 연방공화국에 체류하는 것에 대하여 기본법 제2조 제1항을 적용할 수 없는 것은 아니라고 판시한 바 있다.¹⁰³⁾ 그러나 이와 같은 방식으로 외국인이 향유하는 거주·이전의 자유에 대해서는 기본법 제11조 제2항의 가중법률유보가 적용되는 것이 아니라, 기본법 제2조 제1항의 단순법률유보가 적용된다고 한다. 따라서, 외국인의 거주·이전의 자유는 기본법 제11조에 의해 보호되는 것이 아니라 기본법 제2조 제1항에 의해 보호되는 것이기 때문에 기본법 제11조의 기본권 침해만을 주장하는 외국인의 헌법소원은 부적법하다.

기본법 제2조 제1항에 의한 외국인의 기본권 보호에 대해서는, 이와 같은 법리구성이 의식적으로 세분화되어 있는 기본권보호를 평준화시킨다는 비판이 있다. 독일인의 기본권의 물적 보호영역에서 외국인이 기본법 제2조 제1항을 통하여 기본권보호를 요구할 수 있게 되면, 기본권의 인적 보호영역을 제한하여 독일인의 기본권을 인정하는 것이 무의미해진다는 것이다. 그러나 이와 같은 비판은 개별적 자유권에 의한 기본권 보호의 강도와 기본법 제2조 제1항에 의한 기본권 보호의 강도가 동일하지 않음을 간과하고 있다. 기본법 제2조 제1항의 기본권은 합헌적 법질서에 의해 광범위한 제한을 받지만, 개별적 기본권은 그렇지 않기 때문이다. 이것은 기본법 제11조와 같이 엄격한 가중법률유보를 가지고 있는 기본권의 경우에 분명해지지만, 기본법 제12조 제1항과 같이 특히 엄격한 요건 하에서만 제한이 가능한

103) BVerfGE 35, 382 (399); 78, 179 (196 f.); 이에 대하여는 Bauer, NVwZ 1990, 1152 참조.

직업선택의 자유의 경우에도 마찬가지다.

이처럼 외국인은 기본법 제2조 제1항의 기본권을 통해서 독일의 공권력이 자신과 관련해서도 객관적 헌법의 모든 규범들을 준수해 줄 것을 요구할 수 있다. 그러므로 외국인도 헌법소원을 통해 기본법 제2조 제1항을 원용하면서 법치국가원리, 특히 법률유보원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 위반을 주장할 수 있는 것이다.¹⁰⁴⁾ 예컨대, 체류허가의 연장을 원하는 외국인에게 수차에 걸쳐 아무런 제한과 유보 없이 체류허가를 계속 연장해 줌으로써 그 외국인에게 신뢰의 기초가 형성되었다면, 체류허가에 기한이 설정되어 있다는 이유로 체류허가의 연장을 거부하는 것은 신뢰보호의 원칙에 위반되는 것이다.¹⁰⁵⁾

(3) 기본법 제3조 제1항

기본법 제3조 제1항은 인적 집단 간의 모든 차별을 배제하는 것이 아니라, 정당한 사유가 없는 차별만을 배제하는 것이다. 기본법상 독일인의 기본권이 존재한다는 사실 자체가 이미 증명해 주고 있듯, 독일인과 외국인 간의 차별이 무조건 금지되는 것은 아니다. 그렇다고 해서 독일인의 기본권의 적용영역에서 이루어지는 외국인에 대한 모든 차별이 정당화되는 것은 아니다. 외국인에 대한 차별이 일반적 평등원칙에 위반되는 것으로 인정되려면, 기본법상 정당한 것으로 간주되는 독일인의 특별한 지위와 비교되는 특별한 상황이 존재하여야 한다.

104) BVerfGE 35, 282 (400); 78, 179 (197).

105) BVerfGE 49, 168 (175).

3. 외국인의 선거권

연방의회의원 선거와 관련, 기본법 제38조 제1항 제1문으로부터 나오는 보통·직접·자유·평등·비밀선거의 기본권도 독일인의 기본권에 속한다. 선거권은 독일 국민에게만 인정되기 때문이다. 물론 기본법 제38조 제1항 제1문은 선거권이 독일 국민의 기본권이라는 것을 명시하고 있지 않다. 그러나 기본법 제20조 제2항의 해석을 통해, 선거는 국민주권의 표현으로서 선거권은 독일 국민의 권리일 수밖에 없다는 결론이 도출된다. 독일 국민에는 외국인이나 무국적자를 제외한 독일인만이 포함된다. 이러한 이유에서 독일 연방헌법재판소는 외국인에게 선거권을 부여하는 것을 기본법 제20조 제2항에 위반되는 것으로 선언하였으며, 기본법 제28조 제1항 제1문과 제2문의 동질성 원칙을 이유로 다른 국민대표기관의 선거에 대해서도 같은 결론을 도출하였다.¹⁰⁶⁾ 그러나 지방선거에서는 기본법 제28조 제1항 제3문에 따라 유럽연합(EU) 소속 시민에게도 선거권이 인정된다.

4. 유럽연합 소속의 외국인

외국인의 기본권과 관련, 유럽연합 회원국 소속의 외국인에게는 다른 외국인보다 기본권 보호를 더 강화해 주어야 한다는 주장이 있다. 즉, 유럽연합설립조약 제6조의 일반적 차별금지원칙과 유럽공동체의 기본적 자유에 포함되어 있는 개별적 차별금지원칙이 유럽연합 시민과 독일인을 평등하게 대우할 것을 요구하고 있기 때문에, 유럽법합치적 해석을 통해 모든 독일인의 권리를 유럽연합 시민에게도 부여하거나,¹⁰⁷⁾ 기본법 제2조 제1항이 외국인을 독일인과 동등하게 보호

106) BVerfGE 83, 37 및 60; 다른 견해로는 Meyer, HdbStR II, S. 272 ff. 참조.

107) Breuer, HdbStR VI, S. 895 f.; Ehlers, JZ 1996, 776 (781).

할 수 있도록 기본법 제2조 제1항을 해석해야 한다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 그러나 독일의 국가권력을 구속하는 유럽법이 존재하는 경우에는 독일인의 기본권을 유럽법합치적으로 해석하지 않더라도 유럽법의 구속력이 충분히 관철되기 때문에, 굳이 국민의 권리를 유럽연합 시민에게 확장·적용할 필요가 없다고 보아야 한다.¹⁰⁹⁾

제3절 한국 헌법상 외국인의 기본권주체성

I. 서설

우리 헌법은 제2장에서 ‘국민의 권리와 의무’라는 제목하에 기본권 목록을 규정하고 있다. 문제는 제2장의 기본권 중에서 제11조 제1항 제2문, 제12조 제1항 제2문, 제12조 제4항 제1문, 제12조 제5항 제1문, 제12조 제6항 등과 같이 ‘누구든지’ 가지는 몇 개의 기본권을 제외하면, 거의 모든 기본권의 주체가 ‘국민’으로 규정되어 있다는 것이다. 따라서 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있는가 하는 문제는 우리 헌법에서도 제기된다. 여기에서 의미하는 외국인이란 대한민국의 국적을 가지고 있지 않은 자를 말한다. 따라서 외국인의 범주에는 대한민국의 국적을 가지고 있지 않은 다국적자나 무국적자도 포함된다.

II. 국민의 범위

1. 최초의 대한민국 국민의 범위

108) Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 (1085); Dreier, DR, Vorb. Rn. 75.

109) Störmer, AöR 1998, 541.

대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다(헌법 제1조 제2항). 따라서 누가 대한민국의 국민인가는 필수적인 헌법사항이다. 우리 헌법은 건국헌법 이래 지금까지 대한민국의 국민이 되는 요건을 헌법에서 직접 정하지 않고 법률로 정하도록 하여왔다. 그런데 우리 국적법은 혈통주의를 택하여 대한민국 국민의 자녀는 대한민국 국적을 취득한다고 규정하고 있을 뿐 1948년 12월 20일 국적법 제정 이래 누가 최초의 대한민국 국민인지에 관해서는 명문의 규정을 두지 아니하여 왔다. 이에 따라 최초의 대한민국 국민의 범위가 어떻게 되는가 하는 문제가 제기된다. 이 문제에 대한 헌법재판소의 입장은 아직 명확하지 않지만, 헌법재판소가 2006년 3월 30일 선고한 2003헌마806 입법부작위 등 위헌확인 사건에서 조대현 재판관이 제시한 일부 반대의견은 이 문제에 대하여 다음과 같은 입장을 취하고 있다.

국적법 제정 시까지 조선인의 국적을 확립하여 법률관계의 귀속을 명백히 하기 위하여 1948. 5. 11. 공포된 남조선과도정부 법률 제11호 국적에관한임시조례(이하 ‘임시조례’라 한다) 제2조는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자 등은 조선의 국적을 가진다고 규정하였고, 1948. 7. 17. 공포된 제헌 헌법 제3조는 대한민국의 국민되는 요건은 법률로써 정하도록 하고, 제헌 헌법 제100조는 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하였다.

그런데 일제는 대한제국을 강제병합한 후 칙령 제318호로 대한제국을 조선이라 개칭한 점, 일제는 대만인과 사할린인에게는 일본 국적법을 적용하면서도 조선인에게는 일본 국적법을 적용하지 아니한 점, 일제시대 민적법에 따른 민적이나 조선후적령에 따른 조선후적은 일본의 호적법에 따른 일본호적과 준별되었으며 조선후적과 일본호

적 간의 교류는 혼인·이혼·입양·인지 등 특별한 신분변동사유가 있는 경우에만 매우 제한적으로 인정되었던 점, 그리하여 일제시대에는 호적을 기준으로 일본인으로서의 지위를 가진 사람과 조선인으로서의 지위를 가진 사람에 대한 법적 구별이 존재하였던 점, 일제는 1941년부터 3개년 계획으로 만주 거주 무호적 조선인에 대하여 간이한 절차로 취적케 하는 재만조선인(在滿朝鮮人) 취적사업을 실시한 점, 조선후적령은 일제 패망 이후에도 재조선미국육군사령부군정청 법령 제21호에 의하여 효력이 지속된 점, 임시조례 제5조는 일본호적을 취득한 혈통상 조선인이 일본호적에서 이탈하면 조선국적을 소급적으로 회복한다는 취지의 규정을 두고 있는 점, 호적의임시조치에 관한규정(1948. 4. 1. 남조선과도정부 법령 제179호)에 의하여 38선 이북에 본적을 두고 38선 이남에 거주하는 자의 신고를 받아 38선 이북에 거주하는 자에 대해서도 가호적이 편제된 점 등을 종합해 볼 때, 위 임시조례에서 말하는 조선인이란, 일제시대에 조선인으로서의 법적 지위를 가졌던 사람, 즉 조선후적에 등재되었거나 등재될 사람을 의미한다고 할 것이다.

그리고 제헌 헌법 전문(前文)이 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 기미 3·1운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건”한다고 밝히고 있고, 1919년 3·1운동을 계기로 수립된 대한민국임시정부의 헌법인 대한민국임시헌법(1919. 9. 11.) 제1조는 “대한민국은 대한인민으로 조직함”이라고 규정하고 있고, 대한민국임시헌장(1944. 4. 22.) 제3조는 “대한민국의 인민은 원칙상 한국민족으로 함”이라고 규정하고 있는 점에 비추어, 위 임시조례 제2조의 내용은 제헌 헌법에 저촉되지 아니한다고 할 것이므로, 1948. 5. 11. 임시조례에 의하여 조선의 국적을 부여받은 조선인 및 그의 후손들은 1948. 7. 17. 제헌 헌법

제3조, 제100조에 의하여 대한민국의 국적을 취득하였다고 할 것이다.

그렇다면 최초의 대한민국 국민은 임시조례상의 조선인, 즉 조선호적 입적자 또는 입적대상자라고 할 것이다.¹¹⁰⁾

2. 국민의 범위와 북한 주민의 법적 지위

1948년 7월 17일 제정된 건국헌법의 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로써 정한다”(제3조)는 규정에 따라 같은 해 12월 20일 법률 제16호로 국적법이 제정되었다. 1997년 개정되기 전까지의 국적법은 국적법정주의, 부계우선혈통주의, 부중심주의, 국적단일주의, 가족국적동일주의 등을 기본원칙으로 하였다. 그러나 부계혈통주의는 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙과 제36조 제1항의 양성평등원칙에 위반되는 것이었다.¹¹¹⁾ 입법자는 1997년 12월 13일 법률 제5431호로 전문개정된 국적법에서, 1984년 유엔의 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약」에 가입할 당시 국적취득에서의 남녀평등조항을 유보했던 것을 철회하여, 구법의 부계혈통주의 조항을 평등원칙에 부합되게 부모양계혈통주의로 개정함과 아울러 현실에 맞지 않거나 미비한 조항을 합리적으로 개선·보완하였다.

그런데 우리 헌법은 건국헌법 이래로 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(건국헌법 제4조, 현행헌법 제3조)는 규정을 두고 있다. 따라서 북한 주민도 국민의 범위에 포함되는가 하는 문제

110) 재판관 조대현의 일부 반대의견, 현재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 (상), 381 (396 이하).

111) 이에 대해서는 현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167 (179 이하) 참조.

가 제기된다.

대법원은 헌법 제3조를 근거로 하여 북한지역도 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치고 북한주민도 대한민국 국적을 취득·유지하는 데 아무런 영향이 없는 것으로 해석하고 있다. 그리하여, 국적에관한임시조례(1948. 5. 11. 남조선과도정부법률 제11호) 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 건국헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있으므로, 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하였다고 하더라도, 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948년 7월 17일 건국헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 한다.¹¹²⁾

생각건대, 우리의 실효적 지배권이 현실적으로 미치지 못하는 북한 지역 거주자 또는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 북한당국과의 마찰 또는 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있지만, 최소한 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 그가 원하는 한 우리 국적을 인정하는 것은 문제가 되지 않을 것이다.¹¹³⁾

한편 대법원과 헌법재판소는, 우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대

112) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221, 공1996하, 3602.

113) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167 (178) 참조.

한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 외국으로, 북한주민을 외국인으로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수도 있음을 인정하고 있다.¹¹⁴⁾

3. 재외동포의 법적 지위

최초의 대한민국 국민의 범위를 위와 같이 파악할 때 제기되는 문제는 재일동포, 재중동포, 재소련동포 등과 같은 재외동포들이 이미 당해 국가의 국적을 취득했음에도 불구하고 여전히 대한민국의 국적을 보유하고 있는지 여부이다.

(1) 판례

이와 관련, 대법원은 1998년 9월 18일 선고한 98다25825 손해배상 사건에서 중화인민공화국 흑룡강성에서 거주하다가 국내에 입국한 조선족 김 아무개 씨에 대하여 “일시적으로 국내에 체류한 후 장래 출국할 것이 예정되어 있는 외국인”이라고 판시하였고,¹¹⁵⁾ 헌법재판소도 2001년 11월 29일 선고한 소위 ‘재외동포법’ 헌법소원 사건에서 중국동포들은 중국국적의 “외국인”이라는 점을 전제로 판단하였다.¹¹⁶⁾ 헌법재판소는 2006년 3월 30일 선고한 2003헌마806 입법부작위 등 위헌확인 사건에서 이와 같은 입장을 재확인하였다. 이처럼 대

114) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879 (891 이하); 대법원 2004.

11. 12. 선고 2004도4044 판결 참조.

115) 대법원 1998. 9. 18. 98다25825, 공1998.10.15.(68), 2521.

116) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 (723 이하).

법원과 헌법재판소는 중국동포를 중국 국적만을 보유한 “외국인”으로 보고 있다.¹¹⁷⁾

(2) 소수설

이에 반해, 재중동포 1·2세대의 국적은 그 혈통(조선인을 부친으로 하여 출생하였는지 여부 등), 그 출생시기와 국적선택 여부에 따라 ‘대한민국과 중국의 이중국적자’, ‘대한민국 국적을 상실한 중국 국적자’ 또는 ‘대한민국 국적을 취득한 적이 없는 자’로 세분화될 수 있다는 견해가 있다.¹¹⁸⁾

이에 따르면, 재중동포들도 재일동포나 재소련동포 등과 마찬가지로 조선인을 부친으로 하여 출생하는 등 임시조례상의 국적취득의 요건을 충족한다면, 1948년 7월 17일 제헌 헌법 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였다고 한다. 그리고 위와 같이 대한민국 국적을 취득한 재중동포의 자녀들 역시 혈통주의를 취한 우리 국적법에 따라 대한민국의 국적을 취득하였다고 한다. 그리고 재중동포들은 이에 더하여 1949년 10월 1일 ‘56개 민족 대가정’을 표방하는 중화인민공화국의 성립과 더불어 중국 국적도 취득하였다는 것이다.

우리 국적법은 자진하여 외국 국적을 취득하면 대한민국 국적을 상실한다고 규정하고 있지만, 재중동포들은 자진하여 중국 국적을 취득하였다고 단정하기 어렵다는 것이다.

117) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 (상), 381 (390).

118) 재판관 조대현의 일부 반대의견, 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 (상), 381 (397 이하) 참조.

따라서 1948년 7월 17일부터 1949년 9월 30일 사이에 제헌 헌법과 임시조례, 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득한 후 1949년 10월 1일 중화인민공화국의 성립으로 중국 국적을 취득한 재중동포(즉 1949년 9월 30일 이전 출생자, 이하 ‘재중동포 1세대’라 한다)의 경우는 출생에 의하여 이중국적자가 된 것도 아니고 국적법시행령 제16조에서 정하는 사유로 이중국적자가 된 것도 아니어서 국적법상 국적선택의무가 없다고 할 것이므로, 국적선택을 하지 아니하였다는 이유로 대한민국 국적이 상실되지 않는다는 것이다. 따라서 재중동포 1세대의 경우는 여전히 대한민국과 중국의 이중국적자라고 한다.

그러나 재중동포 1세대의 자녀들(1949년 10월 1일 이후 출생자, 이하 ‘재중동포 2세대’라 한다)은 출생에 의하여 대한민국의 국적과 중국의 국적을 아울러 취득한 이중국적자로서 국적법상 국적선택의무가 있으므로, 국적법에서 정한 기간 내에 대한민국과 중국 중 하나의 국적을 선택하지 아니하였다면 대한민국 국적을 상실하였다고 한다.

이처럼 재중동포에 대해서는 위와 같은 점을 살펴서 대한민국의 국적의 취득·보유 여부를 판단할 필요가 있다고 한다.

4. 외국인의 국적선택권?

외국인에게 국적선택의 자유가 인정되는지 여부와 관련, 헌법재판소는 다음과 같이 외국인의 국적선택권을 부정하고 있다.

근대국가 성립 이전의 영민(領民)은 토지에 종속되어 영주(領主)의 소유물과 같은 처우를 받았다. 근대국가에서도 개인은 출생지 또는

혈통에 기속되고 충성의무를 강요당하는 지위에 있었으므로 국적선택권이 인정될 여지가 없었다. 그러나 천부인권(天賦人權) 사상은 국민주권을 기반으로 하는 자유민주주의 헌법을 낳았고 이 헌법은 인간의 존엄과 가치를 존중하므로, 개인은 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택할 수 있는 권리, 즉 국적선택권을 기본권으로 인식하기에 이르렀다. 세계인권선언(1948. 12. 10.)이 제15조에서 “① 사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리를 가진다. ② 누구를 막론하고 불법하게 그 국적을 박탈당하지 아니하여야 하며 그 국적변경의 권리가 거부되어서는 아니된다.”는 규정을 둔 것은 이를 뒷받침하는 좋은 예다. 그러나 개인의 국적선택에 대하여는 나라마다 그들의 국내법에서 많은 제약을 두고 있는 것이 현실이므로, 국적은 아직도 자유롭게 선택할 수 있는 권리에는 이르지 못하였다고 할 것이다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 175).

그러므로 “이중국적자의 국적선택권”이라는 개념은 별론으로 하더라도, 일반적으로 외국인인 개인이 특정한 국가의 국적을 선택할 권리가 자연권으로서 또는 우리 헌법상 당연히 인정된다고는 할 수 없다고 할 것이다.¹¹⁹⁾

Ⅲ. 외국인의 기본권능력 인정 여부

외국인의 기본권능력을 인정할 것인지 여부에 대해서는 다음과 같이 견해가 대립한다.

119) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 (상), 381 (389). - 이중국적자의 국적선택(국적이탈)의 자유는 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함된다. 이에 대해서는 헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739, 판례집 18-2, 528 (537) 참조.

1. 학설

(1) 부정설

외국인의 기본권능력을 부정하는 견해는 다음과 같은 논거를 제시한다. 우리 헌법 제2장이 ‘국민의 권리와 의무’를 규정하고 있기 때문에 헌법은 국민의 권리만을 보장하는 것이지 외국인의 권리까지 보장하는 것은 아니라고 한다. 이 견해에 따르면 외국인에게 기본권이 인정되느냐 여부는 입법정책의 문제이지 헌법상의 보장의 문제는 아니라고 한다. 즉, 우리 헌법상 외국인의 국내법상의 권리는 헌법 제6조 제2항에 따라 인정되는 특수한 법적 권리로서 제2장의 국민의 기본권 보장과는 무관한 것이라고 한다.

(2) 긍정설

이에 반해 통설은 기본권의 성질에 따라 외국인도 일정한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다고 한다. 헌법이 직접 외국인에게 기본권주체성을 인정하는 경우는 말할 것도 없고, 그러한 명문의 규정이 없는 경우에도 성질상 인간의 권리인 경우 외국인도 그 주체가 될 수 있다는 것이다.

2. 판례

헌법재판소는 ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여 일정한 경우 외국인의 기본권 주체성을 인정하고 있다.¹²⁰⁾ 즉 외국인에게 모든 기본권이 무한정

120) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477 (480); 2001. 11. 29. 99헌마

인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정될 수 있다고 한다.¹²¹⁾

3. 사건

(1) 용어의 정리

학설과 판례는 국민에게만 인정되는 기본권을 ‘국민의 권리’, 국적과 관계없이 모든 사람에게 인정될 수 있는 기본권을 ‘인간의 권리’라고 표현하고 있다. 그러나 ‘인간의 권리’라는 표현은 전술한 바와 같이 근대적 의미의 ‘인권’ 개념을 연상시킬 수 있고, 그럼으로써 인권 개념에 이중적 의미를 부여하게 된다. 이것은 인권 개념의 혼동과 오해를 유발할 수 있다. 따라서 ‘인간의 권리’라는 표현보다는 ‘만인의 권리’ 또는 ‘만인의 기본권’이라는 표현을 사용하는 것이 더 바람직하다.

(2) 기본권의 인적 보호영역의 개방성

우리 헌법이 제2장을 ‘국민의 권리와 의무’라고 규정하고 있는 것은 사실이다. 그리고 ‘국민’이란 말이 외국인을 포함하지 않는다는 것도 명백한 사실이다.¹²²⁾ 그러나 헌법이 ‘국민’이라고 규정하고 있다고 해서 이것이 기본권을 국민에게만 보장한다는 의미로 해석하는 것은 문법적 해석을 넘어 폐쇄적 해석이라 할 것이다. 독일인의 기본권과 만인의 기본권을 명문으로 구별하고 있는 독일 기본법과 달리, 거의 모든 기본권을 국민의 기본권으로 규정하고 있는 우리 헌법을 해석

494, 판례집 13-2, 714 (723 이하).

121) 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297 (304).

122) 유진오, 헌법해의, 일조각 1959, p.57.

할 때 이와 같은 폐쇄적 해석을 취하면 외국인의 기본권을 인정할 여지는 거의 없다. 오늘날 세계가 일일생활권화되고 있고 기본권의 보장이 점차 국제화하고 있는 데다 내국인과 외국인의 법적 지위가 점차 비슷해지고 있는 추세로 볼 때 이와 같은 해석은 시대역행적이라 할 것이다.¹²³⁾

생각건대, 문법적 해석에 따르더라도, 헌법 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’이고 각 기본권의 주체가 ‘국민’으로 규정되어 있다고 해서 이로부터 당연히 기본권의 주체가 ‘국민에게만’ 한정되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 헌법은 ‘국민만의 권리와 의무’라고 규정하고 있지도 않고, 또 ‘국민만의’ 기본권이라고 규정하고 있지도 않다. 따라서 헌법 제2장의 기본권은 ‘일차적으로’ 국민에게 보장된 권리라는 점에서 출발해야 한다는 의미로 이해하는 것이 올바른 문법적 해석일 것이다. 이와 같은 해석은 헌법 제2장의 역사적 해석과 체계적 해석을 통해서도 뒷받침된다.

헌법 제2장의 역사적 해석에 따르면, 1948년 건국헌법 제정의 기초가 되었던 원안은 헌법 제2장의 제목을 ‘인민(人民)의 권리의무’로, 각 기본권의 주체를 ‘모든 인민’으로 규정하고 있었다. 그러나 ‘인민’이라는 용어가 공산주의적 개념이라는 이유로 건국헌법에서는 ‘인민’

123) 계획열, 헌법학(중), 2007, p.63; 권영성, 헌법학원론, 2009, p.314; 김철수, 헌법학개론, 2007, p.382; 허영, 한국헌법론, 2007, p.240. - 외국인의 기본권주체성을 부정하는 견해는 없지만, 긍정하는 근거에 대해서는 (a) 세계의 1일생활권화, 기본권보장의 국제화, 내국인과 외국인의 법적 지위의 유사화 추세 등을 들어 인정하는 계획열 교수의 견해, (b) 천부인권을 근거로 외국인의 기본권주체성을 인정하면서도 국가내적인 참정권과 사회권적 기본권에 대해서는 유보를 두는 권영성 교수와 김철수 교수의 견해, (c) 통합론적 입장에서 외국인은 우리 민족의 동화적 통합을 해치지 않고 그들을 우리 사회에 동화시키는 데 필요한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 허영 교수의 견해로 나뉘고 있다. 이에 대해서는 홍성방, 헌법학, 2007, p.279 참조.

대신에 ‘국민’ 개념이 채택된 것이었다. ‘국민’이 국가의 구성원으로서의 시민(citizen)을 의미한다면, 원안의 ‘인민’ 개념은 미국 헌법상의 인민(people, person)에 상응하는 개념으로서 자유와 권리의 주체로서의 ‘사람’을 표현하기 위한 것이었다. 따라서 ‘국민’ 개념은 기본권의 주체를 ‘시민’으로 제한하기 위하여 채택된 것이 아니라, 단지 반(反)공산주의라는 정치적 이데올로기 때문에 ‘인민’이라는 용어를 회피하기 위하여 채택된 것이었다.¹²⁴⁾ 그렇다면 헌법상의 기본권은 일차적으로 국민에게 보장된 것이지만, 인적 보호영역이 국민에게만 한정되어 있는 것이 아니라 외국인에 대해서도 개방되어 있는 것이라고 보아야 한다.

이와 같은 해석은 헌법 제2장의 체계적 해석을 통해서도 뒷받침된다. 전술한 바와 같이, 독일인의 기본권과 만인의 기본권을 명문으로 구별하고 있는 독일 기본법에서는 만인의 기본권이 존재하기 때문에 독일인의 기본권은 독일인에게만 인정되고, 그 물적 보호영역에 상응하는 기본권적 보호는 만인의 기본권, 특히 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항, 제3조 제1항을 통해 제공되는 것이 일반적이다. 그러나 우

124) 1948년 국회헌법기초위원회는 유진오(兪鎭午) 박사가 중심이 되어 기초한 건국헌법 초안을 「원안」으로 채택하였다. 원안 제2장의 제목은 「인민의 권리의무」였으나, 헌법기초위원회의 제2독회에서 「인민」이 「국민」으로 변경되어 「국민의 권리의무」가 되었다. 유진오 박사는 이를 다음과 같이 한탄하고 있다. “「인민」이라는 용어에 대하여 후에 국회본회의에서 윤치영(尹致暎) 의원은 인민이라는 말은 공산당의 용어인데 어째서 그러한 말을 쓰려고 했느냐, 그러한 말을 쓰고 싶어 하는 사람의 「사상이 의심스럽다」고 공박하였지만, 인민이라는 말은 구(舊)대한제국 절대군권하에서도 사용되던 말이고, 미국헌법에 있어서도 인민 people, person은 국가의 구성원으로서의 시민 citizen과는 구별되고 있다. 「국민」은 국가의 구성원으로서의 인민을 의미하므로, 국가우월의 냄새를 풍기어, 국가라 할지라도 함부로 침범할 수 없는 자유와 권리의 주체로서의 사람을 표현하기에는 반드시 적절하지 못하다. 결국 우리는 좋은 단어 하나를 공산주의자에게 빼앗긴 셈이다.” 유진오, 헌법기초회고록, 일조각 1980, p.65.

리 헌법에서는 이와 같은 논증이 불가능하다. 헌법상의 거의 모든 기본권규정이 ‘국민’을 기본권의 주체로 규정하고 있기 때문이다. 헌법 제10조 제1문 전단(인간의 존엄과 가치), 제10조 제1문 후단(행복추구권), 제11조 제1항 제1문(일반적 평등원칙)도 마찬가지이다. 여타 기본권들을 국민의 기본권으로 정의하면서 이 기본권들만을 만인의 기본권으로 정의하는 것은 그 자체 모순이다. 그렇다면, 독일 기본법과 달리 국민의 권리와 인민의 권리가 명시적으로 구별되지 않는 우리 헌법상의 기본권 체계에서는 오히려 각 기본권의 인적 보호영역이 외국인에 대해서도 개방되어 있는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 외국인의 기본권주체성 여부는 일반적·추상적으로 결정할 것이 아니라 구체적 사건에서 문제가 되는 기본권에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이다.

(3) 외국인의 인적 보호영역 해당성

문제는 인민에게 잠재적으로 개방되어 있는 각 기본권의 인적 보호영역에 외국인이 실제로 해당되는지 여부를 어떻게 결정할 것인가 하는 것이다. 이와 관련, 통설은 당해 기본권의 ‘성질상’ 외국인에게도 적용될 수 있는 기본권은 당연히 외국인에게도 인정되어야 한다고 보고 있다.¹²⁵⁾ 이러한 의미에서 통설은 이와 같은 기본권을 인간의 권리 또는 인권(human rights, Menschenrechte, droits de l’homme)이라고 표현하고 있다.¹²⁶⁾ 그러나 인권이라는 개념은 근대의 헌법 발전 과정에서 생명, 자유, 건강, 재산 등 개인적 법익에 대한 존중을 요구할 수 있는 천부적 권리를 의미하는 것이었다. 따라서

125) 예컨대 유진오, 헌법해의, p.58.

126) 이에 대해서는 예컨대 유진오, 헌법해의, p.58; 정종섭, 헌법학원론, 2007, p.272 이하 참조.

외국인에게도 인정되는 기본권을 인권이라고 표현하면 인권 개념은 이중적 의미를 가지게 된다. 생각건대, 인권 개념의 혼동을 피하기 위해서는 ‘인간의 권리’ 또는 ‘인권’이라는 용어보다는 ‘만인의 기본권’이라는 용어를 사용하는 것이 더욱 적절하다 할 것이다.

만인의 기본권과 관련, 여기에서 다시 제기되는 문제는 기본권의 ‘성질상’ 외국인에게도 인정되는 기본권인지 여부를 어떻게 판단하느냐 하는 것이다. 생각건대, 이 문제는 각 기본권의 물적 보호영역에 해당하는 권리, 법적 지위, 행위 등이 국적과 관계없이 모든 인간에게 인정될 수 있는 것인지 여부에 따라 해결해야 할 것이다. 예컨대, 신체의 자유(제12조, 제13조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조)와 같은 기본권은 우리나라 국민에게 보장되는 것과 마찬가지로 외국인에게도 보장될 것이지만, 공무담임권(제25조), 선거권(제24조)과 같은 기본권은 외국인에게는 제한되거나 부여되지 않을 것이다.¹²⁷⁾

만인의 기본권 침해에 대해서는 외국인도 헌법소원심판을 청구할 수 있지만, 국민의 기본권 침해에 대해서는 이를 청구할 수 없다. 여기서 주목해야 할 것은 일반적 행동의 자유(헌법 제10조 제1문 후단)가 외국인에 대해서도 보충적 기본권(Auffanggrundrecht)으로 작용할 수 있다는 점이다. 따라서 외국인이 만인의 권리로 인정되는 개별적 기본권에 의해 보호를 받지 못하더라도 이 기본권의 보호를 받는 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

127) 유진오, 헌법해의, p.54 이하; 권영성, 전게서, p.315 이하; 김철수, 전게서, p.383 이하; 허영, 전게서, p.240 이하.

그러나 구체적인 사건에서 만인의 권리와 국민의 권리를 분명하게 구별하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 이하에서는 각 기본권의 인적 보호영역에 외국인이 포함되는지 여부를 구체적·개별적으로 살펴보기로 한다.

IV. 외국인의 자유권적 기본권 주체성

1. 서설

대한민국의 모든 공권력은 기본권의 구속을 받는다. 따라서 국내에서는 물론 외국에서도 대한민국의 공권력 행사로 인하여 기본권을 침해당한 외국인은 헌법상 보장된 기본권을 원용할 수 있다. 물론 만인의 권리를 원용할 수 있다고 해서 외국인에게 대한민국 입국 및 체류의 기본권이 인정되는 것은 아니다. 그러한 권리는 외국인의 망명권이 인정될 때에만 원용될 수 있을 것이다.

2. 인간의 존엄과 가치

헌법 제10조 제1문 전단은 존엄권을 보장하고 있다. 이 기본권은 성별, 연령, 인종, 국적, 종교 등과 관계없이 누구에게나 인정되는 만인의 기본권이다. 따라서 국민만이 아니라 외국인과 무국적인을 포함하는 모든 인간이 존엄권의 주체가 될 수 있다. 헌법재판소도 역시 인간의 존엄과 가치는 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 판시하였다.¹²⁸⁾

3. 행복추구권

128) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 (724).

헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권은 국민뿐만 아니라 외국인이나 무국적인에게도 원칙적으로 인정되는 만인의 기본권이다. 헌법재판소도 역시 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있음을 인정하고 있다.¹²⁹⁾ 그러나 외국인이나 무국적인에게 인정되는 행복추구권은 국민에게 인정되는 경우보다 더 많은 제한을 받을 수 있다.¹³⁰⁾

4. 여타 자유권적 기본권

헌법에 명문의 규정은 없지만 자명한 권리로 인정되고 있는 생명권의 주체는 모든 자연인이다. 따라서 외국인이나 무국적인도 그 주체가 될 수 있다. 신체를 훼손당하지 않을 권리도 마찬가지이다.¹³¹⁾ 헌법 제12조 제1항 제1문이 보장하는 신체의 자유는 외국인에게도 인정된다. 거주·이전의 자유(제14조)는 만인의 권리가 아니기 때문에 그 주체는 국민만이 될 수 있으며 외국인이나 무국적인은 그 주체가 될 수 없다. 다만 외국인이나 무국적인은 행복추구권(인격의 자유발현 및 행동의 자유)을 근거로 거주·이전의 자유를 간접적으로 주장할 수 있다.¹³²⁾ 직업의 자유(제15조)는 국민의 권리이기 때문에 외국인이나 무국적인은 그 주체가 될 수 없다. 다만 외국인이나 무국적인은 행복추구권(인격의 자유발현 및 행동의 자유)을 근거로 직업의 자

129) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 (724). - 중화인민공화국 국적의 조선측으로서 외국인등록을 하여 국내에 체류중인 자에게 행복추구권을 인정한 예로는 헌재 2007. 10. 25. 2007헌마264 (기소유예처분취소) 참조.

130) 계획열, 전게서, p.225; 권영성, 전게서, p.383; 김철수, 전게서, p.490; 홍성방, 전게서, p.384.

131) 계획열, 전게서, p.287; 권영성, 전게서, p.408; 김철수, 전게서, p.490; 홍성방, 전게서, p.417; 정중섭, 전게서, p.403.

132) 계획열, 전게서, p.517; 권영성, 전게서, p.465; 김철수, 전게서, p.686; 홍성방, 전게서, p.436; 정중섭, 전게서, p.551.

유를 간접적으로 주장할 수 있다. 현실적으로 외국인이나 무국적인의 직업의 자유는 법치국가가 허용하는 범위 내에서, 즉 법에 따라 보호된다. 그러한 법은 관련 당사국 간에 상호주의원칙에 입각하여 규정되는 것이 보통이다. 그러나 장기체류외국인에 대하여는 직업의 자유의 기본권주체성을 인정해야 한다는 견해가 점증하고 있다.¹³³⁾ 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조 제1항), 언론·출판의 자유(제21조 제1항), 학문과 예술의 자유(제22조 제1항), 재산권(제23조), 소비자의 권리(제124조)도 외국인에게 인정되는 기본권들이다.

집회의 자유(제21조 제1항)가 외국인에게도 인정되는 만인의 기본권인지에 대해서는 긍정설과¹³⁴⁾ 부정설이¹³⁵⁾ 대립한다. 부정설에 따르면, 집회의 자유는 정치적 의사형성과 표현을 집단적으로 행사하는 자유이기 때문에, 즉 집회의 자유는 주로 정치적 자유로서 국가형성에 참여하게 되기 때문에 내국민만이 그 주체가 된다고 한다.¹³⁶⁾ 따라서 외국인은 집회의 자유의 주체가 될 수 없다는 것이다. 그렇다고 해서 부정설이 외국인의 집회 개최 및 참가의 자유를 전적으로 부정하는 것은 아니다. 다만 외국인의 집회는 헌법적 차원에서 기본권에 의해 보호되는 것이 아니라 법률적 차원에서, 즉 법치국가적 테두리 내에서 법적 보호를 받는다고 한다.¹³⁷⁾

133) 계획열, 전게서, p.530; 권영성, 전게서, p.570; 김철수, 전게서, p.694; 정종섭, 전게서, p.558; 허영, 전게서, p.459; 홍성방, 전게서, p.443.

134) 권영성, 전게서, p.532; 김철수, 전게서, p.878; 정종섭, 전게서, p.510; 홍성방, 전게서, p.500. 이에 따르면 외국인과 무국적자에게도 집회에 참가할 권리 등을 보장해주는 것이 바람직하지만, 헌법 제6조 2항에 의하여 국민에 비해 그 제한이 가중될 수 있다고 한다.

135) 계획열, 전게서, p.491.

136) 계획열, 전게서, p.491.

137) 계획열, 전게서, p.491.

결사의 자유(제21조 제1항)가 외국인에게도 인정되는지에 대해서는 견해가 대립한다. 결사의 자유를 만인의 기본권으로 보고 외국인의 기본권주체성을 인정하는 견해가 있는가 하면,¹³⁸⁾ 결사의 자유는 만인의 권리가 아니기 때문에 그 주체는 국민만이 될 수 있으며 외국인이나 무국적인은 그 주체가 될 수 없다고 보는 견해도 있다.¹³⁹⁾ 부정설에 따르면 외국인이나 무국적인의 결사의 자유는 헌법적 차원이 아니라 법치국가가 허용하는 범위 내에서 보장되는 것이라고 한다. 이에 따르면, 국민과 외국인이 공동으로 단체를 결성하는 경우 단체를 결성할 때까지 국민은 헌법적 보장을 받지만 외국인은 법률적 보장을 받으며, 단체가 일단 결성된 후에는 그 단체가 누구에 의해 지배되느냐에 따라 그 보장이 달라진다고 한다. 즉, 국민이 지배하는 경우 결사의 자유에 의해 보장된다는 것이다.¹⁴⁰⁾

V. 외국인의 평등권적 기본권 주체성

통설에 따르면 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권은 만인의 기본권이다. 따라서 이 기본권은 국민에게만 인정되는 것이 아니라 외국인이나 무국적인에게도 인정되는 것이 원칙이다. 다만 외국인의 경우에는 국민과 달리 여러 가지 제한이 따를 수 있고, 또 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 따라 평등권이 구체적으로 보장되고 제한된다.¹⁴¹⁾ 헌법재판소도 역시 평등권은 외국인에게도 인정되는 인

138) 권영성, 전게서, p.538; 김철수, 전게서, p.880; 정종섭, 전게서, p.514; 홍성방, 전게서, p.505. 이에 따르면 외국인의 경우에도 원칙적으로 결사의 자유를 보장해야 할 것이지만, 헌법 제6조 2항에 의하여 그 권리의 행사에 있어서 광범위하게 제한을 받는다고 한다.

139) 계획열, 전게서, p.506.

140) 계획열, 전게서, p.506.

간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 한다.¹⁴²⁾ 이러한 맥락에서 헌법재판소는 대한민국 국민과의 관계가 아닌, 외국 국적의 동포들 사이에서 수혜대상의 차별을 규정한 재외동포법의 규정이 재외동포인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된 ‘재외동포법 사건’에서 성질상의 제한이나 상호주의가 문제되는 것이 아니므로 청구인들에게 평등권의 기본권주체성을 인정하였다.¹⁴³⁾

VI. 외국인의 참정권적 기본권 주체성

1. 서설

선거권(제24조), 공무담임권(제25조), 국민투표권(제72조, 제130조 제2항)과 같은 참정권은 국민의 기본권이기 때문에 외국인이나 무국적인은 그 주체가 될 수 없다.¹⁴⁴⁾

2. 외국인의 지방선거권

(1) 문제의 소재

141) 계획열, 전게서, p.256; 권영성, 전게서, p.395; 김철수, 전게서, p.540; 정종섭, 전게서, p.368; 허영, 전게서, p.332; 홍성방, 전게서, p.402.

142) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 (724).

143) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 (723 이하). - 중화인민공화국 국적의 조선족으로서 외국인등록을 하여 국내에 체류중인 자에게 평등권을 인정한 예로는 헌재 2007. 10. 25. 2007헌마264 (기소유예처분취소) 참조.

144) 계획열, 전게서, p.611; 권영성, 전게서, p.588; 김철수, 전게서, p.1126; 정종섭, 전게서, p.600 이하; 허영, 전게서, p.240. - 반대의견으로는 홍성방, 전게서, p.600: 참정권도 전국가적 자연권이 헌법에 수용된 것이라고 보기 때문에, 일정한 조건을 갖춘 장기체류외국인에게도 단계적으로 선거권을 부여하는 것이 바람직하다고 본다.

지방자치법 제31조와 제94조에 따르면 지방의회의원과 지방자치단체장은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된다. 따라서 국민인 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원과 지방자치단체의 장의 선거(이하 “지방선거”라 한다)에 참여할 권리를 가진다(지방자치법 제13조 제2항). 그런데 공직선거법(이하 “법”) 제15조 제2항 제3호는 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람에게도 지방선거권을 부여하고 있다.

이에 따라 외국인도 종래 국민에게만 부여되었던 지방의회의원 및 지방자치단체장 선거권을 행사할 수 있게 되었다. 그러나 여기서 문제가 되는 것은 외국인에게 지방의회의원 및 지방자치단체장 선거권을 부여하는 법 제15조 제2항 제3호의 규정이 헌법 제1조 제2항의 국민주권원칙과 제118조 제2항에 위반되는지 여부이다. 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있다. 따라서 (a) 이 원칙이 지방선거에서도 적용되는지, 즉 지방자치단체의 자치권이 여기서 의미하는 ‘권력’에 해당하는지, 지방자치단체의 민주적 정당성이 ‘국민’에 의해서만 매개되는 것인지, 또 헌법 제1조 제2항이 제118조 제2항에 따라 인정되는 입법형성권의 한계로 작용하는지, 아니면 (b) 지방선거에서는 ‘국적’과 ‘국민’, 그리고 ‘국적’과 ‘주민’ 개념이 서로 분리될 수 있는 것인지를 검토할 필요가 있다.¹⁴⁵⁾

145) 이에 대해서는 김주환, 외국인의 지방선거권, 고시계 2006/10, p.25 이하 참조. - 1990년 10월 31일 독일 연방헌법재판소는 외국인에게 지방선거권을 부여한 법률규정에 대해 위헌 판결을 선고하였다. 이에 대해 자세한 것은 BVerfGE 83, 37 ff.; 83, 60 ff. 참조.

(2) 법 제15조 제2항 제3호의 위헌 여부

1) 국민주권에서 ‘국민’의 개념

(a) 위헌설

위헌설에 의하면 헌법 제1조 제2항은 모든 국가권력의 정당성의 원천이 국민에게 있음을 명시하고 있을 뿐 아니라, 동시에 ‘국민’ 개념 자체를 규정하고 있다고 한다. 즉, 헌법의 기초를 이루는 민주주의의 구조 모델은 국민(Nation)이라는 집단에서 출발한 것이라고 한다. 따라서 헌법 제1조 제2항의 ‘국민’은 ‘대한민국의 국민’ 전체를 의미하기 때문에 여기에 외국인도 포함되지 않는다고 한다.

(b) 합헌설

반면 합헌설에 의하면 헌법의 기초를 이루는 민주주의의 구조 모델은 ‘국민’이라는 집단에서 출발하는 것이 아니라, ‘각 개인’에서 출발하는 것이라고 한다. 따라서 국민과 피치자집단을 구별하는 것은 옳지 않다고 한다. 게다가 헌법 제1조 제2항은 모든 국가권력의 정당성의 원천이 국민에게 있음을 명시하고 있을 뿐이지, 국민 개념 자체를 규정하고 있는 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 헌법 제1조 제2항은 ‘국민’이라고 규정하고 있을 뿐, ‘대한민국 국민’이라고 명시하지는 않았기 때문이라고 한다. 따라서 국민 개념은 개방적인 것이고 입법자에 의해 그 내용이 결정된다고 한다. 대한민국의 국민이 되는 요건을 입법자가 정한다면(헌법 제2조 제1항), 헌법 제1조 제2항에 의해 국민 개념이 규정되었다고 말할 수 없다는 것이다. 따라서 국민 개념에는 외국인도 포함될 수 있다고 한다.

(c) 사건: ‘대한민국의 국민’

대한민국이 민주국가라는 것은 이미 헌법 제1조 제1항의 “민주공화국” 규정을 통해 알 수 있다. 그러나 그것을 더욱 직접적으로 표현하고 있는 것은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있는 헌법 제1조 제2항, 특히 후단의 규정이다. 헌법 제1조 제2항은 국민주권의 원칙을 규정하고 있을 뿐 아니라, 대한민국의 주권을 행사하는 자가 누구인지를 규정하고 있다. 헌법 제1조 제2항의 ‘국민’과 전문의 ‘대한국민’, 그리고 제2조 제1항의 ‘대한민국의 국민’을 체계적·통일적으로 해석하면 그것은 바로 ‘대한민국의 국민’이다. 다시 말해, 직접 또는 특별기관을 통해 주권을 행사하는 사람들 전체, 즉 하나의 통일체로 결합된 사람들 전체인 것이다. 따라서 모든 국가권력이 그 지배를 받는 국민 개개인에 의해 정당화되어야 하는 것은 아니다. 그렇다면, 대한민국에서 모든 국가권력의 주체는 대한민국 국적을 가진 자들 전체가 된다.

2) 국적과 국민의 분리?

(a) 위헌설

위헌설에 의하면 ‘국민’의 요건은 국적법을 통해 결정된다고 한다. 국적은 개인과 국가 간의, 원칙적으로 해소될 수 없는 인적 유대관계를 형성한다고 한다. 이에 따르면 국적법의 기초가 되는 국민 개념은 각 개인이 편입된 정치적 운명공동체이다. 따라서 각 개인이 자국의 운명에 대해 연대책임을 지고 그 운명에 구속되는 한, 국적을 가지고 있는 자들에게 선거권을 부여하는 것은 정당하다고 한다. 하지만 외국인인 아무리 오랫동안 대한민국에 체류했다 하더라도 자신이 내린 결

정의 결과를 수용하지 않고 언제든지 본국으로 돌아갈 수 있기 때문에, 외국인에게 선거권을 부여하는 것은 헌법적으로 금지된다고 한다.

(b) 합헌설

전술한 바와 같이 합헌설에 의하면 헌법 제1조 제2항의 국민은 대한민국 국민 전체, 즉 대한민국 국적을 가진 자들 전체를 의미하는 것이 아니다. 위헌설이 주장하는 바와 같은 국민과 외국인의 차이점은 실제로 존재하지 않는다고 한다. 따라서 주민 전체에서 외국인이 차지하는 비율이 현저하게 증가했다는 현실의 변화를 고려한다면, 국적이란 관점에서 헌법 제1조 제2항의 국민 개념을 좁게 이해할 것이 아니라 국민 개념의 의미변천 내지 헌법변천을 인정해야 할 것이라고 한다. 이에 따르면 외국인에게 선거권을 부여하는 것은 전통과의 단절을 의미하지만, 전통과의 단절이 곧 헌법에 위반되는 것은 아니라고 한다.

(c) 사건: 국적과 국민의 불가분성

헌법 제2조 제1항에 따라 대한민국의 국민이 되는 요건을 정하고 있는 법률은 국적법이다. 따라서 국가권력의 민주적 정당성의 원천이 되는 국민은 대한민국 국적을 가진 자들로 구성된다. 이처럼 국민의 자격은 국적을 통해 매개된다. 국적은 국민들이 동등한 의무를 부담하고 동등한 권리를 행사하기 위한 법적 요건이다. 국적이 국민, 즉 주권자가 되기 위한 요건이라면, 주권 행사에 해당하는 선거권의 행사를 위해서도 국적이 필요하다.

그렇다고 해서 입법자가 국민의 구성에 어떠한 영향도 미칠 수 없

다는 것은 아니다. 헌법 제2조 제1항은 대한민국의 국민이 되는 요건을 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다. 따라서 입법자는 국적 취득의 요건과 국적 상실의 요건을 결정하는 기준을 정할 수 있다. 즉, 정치적 권리 행사와 관련하여 대한민국 주민의 구성에서 나타나는 변화를 반영할 수 있는 것이다. 대한민국 주민 전체에서 외국인이 차지하는 비율이 현저하게 증가했다고 해서 국민이라는 헌법적 개념에 의미변천이 발생한 것은 아니다.

민주국가에서 정치적 권리의 주체와 국가권력의 지배를 받는 피치자를 일치시키는 것은 확실히 민주주의 이념, 특히 그 속에 포함되어 있는 자유사상에 부합한다. 하지만 현행 헌법상 그것은 국적법 개정을 통해 외국인이 대한민국 국적을 취득할 수 있는 요건을 완화함으로써 실현될 수 있을 뿐이다. 주민 전체에서 외국인이 차지하는 비율이 현저하게 증가했다고 해서 국적과 국민의 불가분성을 해체할 수는 없다.

3) 국가와 지방자치단체

(a) 위헌설

위헌설에 의하면 지방자치단체는 국가의 외부에 존재하는 것이 아니라, 국가 구조 속에 편입되어 있는 제도라고 한다. 헌법 제117조 제1항이 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있지만, 지방자치단체는 그 자체가 국가의 일부로서 넓은 의미의 국가권력을 행사하는 공권력의 주체라고 한다. 따라서 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것은 국민주권의 원칙에 위반된다고 한다.

(b) 합헌설

합헌설에 의하면 지방자치단체는 ‘주민’의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하기 때문에 지방선거권의 주체는 국민이 아니라 주민이라고 한다. 따라서 국민 개념을 지방선거권의 주체인 ‘주민’ 개념으로 확장시키는 것은 옳지 않다고 한다. 게다가 국가와 지방은 차원이 다르기 때문에 지방의 차원에서 국가와 같은 동질성을 요구할 수는 없다고 한다. 즉, 지방자치단체는 국가보다 낮은 차원에서 국가로부터 파생되는 고권력을 행사할 뿐이라고 한다. 선거를 통해 정당화되는 권한의 범위를 보더라도 국가와 지방자치단체는 본질적으로 다르다고 한다. 지방의회도 헌법적·구조적·경험적으로 국회와 비교될 수 없다고 한다. 따라서 지방선거권의 주체인 ‘주민’에 외국인을 포함시키는 것은 국민주권의 원칙에 위반되지 않는다고 한다.

(c) 사건: 국가구조 속에 통합된 지방자치단체

지방선거권의 주체 문제를 해결하기 위해서는 민주국가의 구조에서 지방자치단체가 차지하는 특수한 지위를 고찰해야 한다.

과거에는 지방자치단체, 특히 기초자치단체를 사회적 영역에 속하는 것으로 파악한 결과, 지방자치단체는 국가에 대해 방어적 지위에 있는 시민들의 단체로 이해되었다. 이에 따라 지방자치단체의 자치권을 기본권장에서 규정한 헌법도 있었다 (예: 1849년 독일제국헌법 제 184조).

하지만 시간이 흐르면서 지방자치단체는 점차 국가적 영역에 편입되어 국가구조 속에 통합되었다. 지방자치행정은 국가로부터 분리된

행정영역이 아니라, 국가에 편입된 행정영역이 되었다. 따라서 지방자치단체는 더 이상 국가조직에 대해 방어적 지위에 있다고 말할 수 없다. 게다가 지방자치단체는 국가와 같은 구조적 요소들을 갖추고 있다. 지방자치단체는 특수한 권한근거 없이도 광범위한 사무를 처리한다. 지방자치단체가 처리하는 사무는 자치사무에 국한되지 않는다. 특히 지방자치단체가 국가로부터 위임된 국가사무를 수행하는 경우에는 자치사무와 국가사무의 교차 현상이 발생하기 때문에, 지방 차원에서 처리되는 사무가 국가사무와 전혀 다른 것은 아니다. 더 나아가 지방자치단체는 자치사무를 처리하는 경우에도 위임된 국가사무를 처리하는 경우와 마찬가지로 고권력과 넓은 의미의 국가권력을 행사한다.¹⁴⁶⁾ 그러한 한, 지방자치단체의 민주적 정당성의 원천은 그 구역 안에 주소를 가진 국민이어야 한다. 따라서 국적과 주민을 분리하여 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것은 “모든 권력은 국민으로부터 나온다”는 헌법 제1조 제2항의 국민주권원칙에 위반된다.

4) 국민주권의 최소한 보장?

(a) 위헌설

위헌설에 의하면, 헌법 제118조 제2항에 따라 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 정하는 것은 입법자이지만, 이 경우에도 국가와 지방의 민주적 정당성의 기초는 동질성을 유지해야 한다고 한다. 따라서 지방의 차원에서도 국민주권의 원칙(헌법 제1조 제2항)이 적용된다고 한다. 하지만 지방의 차원에서 국민주권을 이해할 때 국민인 주민에게 지방선거권을 보장하기만 하면 된다는 식으로 이를

146) BVerfGE 8, 122 (132) 참조.

최소한의 보장으로 해석해서는 안 된다고 한다. 즉, 국민주권을 최소한의 보장으로 해석하여, 국민인 주민의 지방선거권을 보장하는 한 외국인 주민에게도 지방선거권을 부여하는 것은 국민주권의 원칙에 위반되지 않는다는 식으로 해석해서는 안 된다고 한다. 선거 참여를 통한 주권 행사는 국민에게만 유보되어 있기 때문에, 외국인이 참여한다면 국가권력이 더 이상 국민으로부터만 나온다고 말할 수 없다고 한다.

(b) 합헌설

합헌설에 의하면 국가와 지방의 동질성 보장은 최소한의 보장이라고 한다. 따라서 국민인 주민에게 지방선거권을 부여하지 않는 것은 국민주권의 원칙에 위반되지만, 국민인 주민의 지방선거권을 보장하는 한 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것까지 국민주권의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 한다. 지방자치단체에 민주적 정당성을 부여하는 것은 그 구성원인 주민들이라고 한다. ‘주민’이라는 기준에서 보면 국민과 외국인은 평등하다고 한다. 따라서 외국인에게 지방선거권을 부여한다고 해서 지방자치단체의 민주적 정당성에 흠결이 발생하는 것은 아니라고 한다. 오히려 지방자치단체와 주민을 분리하는 것이 인위적이고 불합리하다고 한다. 지방자치 모델은 주민들의 적극적 참여를 통해서만 그 효과를 발휘할 수 있기 때문에, 지방자치단체와 주민을 분리하는 것은 주민들이 그 지방의 문제를 스스로 해결할 수 있는 기회를 박탈하는 것이라고 한다.

(c) 사건: 국적과 주민의 불가분성

지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체장의 선임방법

기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 정하는 것은 입법자이다 (헌법 제118조 제2항). 하지만 이 경우에도 국가와 지방의 민주적 정당성의 기초는 통일성을 유지해야 한다. 국민주권, 민주주의 원리, 민주적 선거절차 등에 대한 헌법의 근본결단은 국가적 차원에서만 적용되는 것이 아니라, 국가의 하부조직인 지방자치단체에서도 적용되는 것이다. 따라서 지방선거에 관한 사항을 정하는 입법자는 국민주권의 원칙과 민주적 선거원칙들을 존중해야 한다. 지방선거에서도 국민주권의 원칙이 적용되는 한, 지방자치단체에 민주적 정당성을 부여하는 주권은 바로 대한민국 국민인 주민이다. 따라서 외국인 주민에게 지방선거권을 부여하는 것은 국민주권의 원칙에 위반된다.

5) 지방선거권과 입법형성권

(a) 위헌설

위헌설에 의하면, 헌법 제118조 제2항에 따라 지방의회의 의원선거와 지방자치단체장의 선임방법에 관한 사항은 입법자가 법률로 정하지만, 지방의 차원에서도 민주적 정당성의 인적 토대는 국가적 차원에서와 같은 방식으로 결정되어야 하기 때문에 입법자라 하더라도 지방선거권의 주체를 국민과 달리 정할 수는 없다고 한다. 따라서 외국인 주민에게 지방선거권을 부여하는 것은 헌법 제1조 제2항과 제118조 제2항에 위반된다고 한다.

(b) 합헌설

합헌설에 의하면 헌법 제118조 제2항은 지방선거에 관한 사항을 포괄적으로 입법자에게 위임하고 있다고 한다. 즉, 지방선거의 원칙과 절차뿐 아니라 지방선거권의 주체를 정하는 것은 입법자의 입법

형성권에 해당하는 사항이라고 한다. 따라서 지방선거권의 주체에 외국인 주민을 포함시키는 것은 헌법에 위반되지 않는다고 한다. 국가차원의 선거와 지방선거가 수행하는 정당화 기능은 서로 다르기 때문에, 지방자치단체의 주민 개념을 규정하면서 헌법 제1조 제2항의 국민 개념을 원용하여 국적을 적용하는 것은 잘못이라고 한다. 지방선거는 지방의회나 지방자치단체장에게 국민으로부터 나오는 민주적 정당성을 부여하는 것이 아니라고 한다. 그러한 민주적 정당성은 헌법상의 제도화를 통해서 이미 매개되었기 때문에, 지방선거는 단지 보충적 정당화 기능을 수행할 뿐이라고 한다.

(c) 사건: 입법형성권의 한계

헌법 제118조 제2항은 지방의회의 의원선거와 지방자치단체장의 선입법법에 관한 사항을 입법자에게 위임하고 있다. 그렇다고 해서 국가와 지방의 동질성을 축소 해석하여 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것이 입법자의 입법형성권에 해당한다고 주장하는 것은 타당하지 않다. 지방자치단체가 국가구조 속에 통합되어 국가의 일부로서 고권력과 넓은 의미의 국가권력을 행사하는 한, 국가와 지방자치단체의 민주적 정당성의 인적 토대는 통일성을 유지해야 한다.

따라서 헌법 제118조 제2항이 부여하고 있는 입법자의 입법형성권은 헌법 제1조 제2항의 국민주권의 테두리 안에서만 인정되는 것이다. 이처럼 헌법은 지방선거와 관련, 입법자가 준수해야 할 최소한의 동질성을 규정하고 있다. 헌법 제118조 제1항(“지방자치단체에 의회를 둔다.”)이 규정한 지방의회선거의 필수적 시행과 마찬가지로, 헌법 제1조 제2항과 제24조가 규정한 선거권의 주체는 입법자에 의해서도 개정될 수 없다. 그러한 한, 지방자치단체의 민주적 정당성의 원천은

그 구역 안에 주소를 가진 국민이어야 한다. 입법자는 지방선거에 적용되는 선거 원칙과 절차를 형성할 수 있을 뿐이다.

따라서 국적과 주민을 분리하여 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것은 헌법 제1조 제2항과 제118조 제2항에 위반된다. 특정 국가를 선별하여 그 국민들에게 지방선거권을 부여하는 것도 마찬가지다. 특히 어떤 국가가 대한민국 국민에게 선거권을 부여한다고 해서 그에 따라 그 국민들에게 선거권을 부여하는 것은 사리에 맞는 선별기준이 아니다. 외국인에게 선거권을 부여할 것인지 여부는 입법자의 정책적 결정 사항이 아니기 때문이다.

(3) 결 론

외국인에게 지방선거권을 부여하는 법 제15조 제2항 제3호의 규정은 헌법 제1조 제2항과 제118조 제2항에 위반된다. 외국인의 지방선거권 도입을 위해서는 헌법개정이 필요하다.

VII. 외국인의 청구권적 기본권 주체성

1. 서설

청구권적 기본권의 주체는 그 법적 성질상 원칙적으로 국민이다. 그러나 재판청구권처럼 개별 청구권적 기본권에 따라 외국인도 그 주체가 되는 경우가 있을 수 있다.¹⁴⁷⁾ 외국인의 경우 그들에게 인정되는 실체적 기본권의 실현을 위한 청구권적 기본권이 인정될 수 있다. 재판청구권이 그 대표적인 예이다.

147) 계획열, 전게서, p.618.

2. 손실보상청구권

손실보상청구권(제23조 제3항)의 주체는 공용침해로 인해 재산상의 손실을 입은 자, 즉 일반적 부담을 초과하는 특별한 희생을 당한 자이다. 따라서 외국인이라도 우리나라에서 재산권을 향유하고 있는 자는 그 주체가 될 수 있다.¹⁴⁸⁾

3. 청원권

청원권(제26조)의 주체는 헌법상 국민이라고 되어 있지만 자연인은 누구나 그 주체가 될 수 있다. 즉, 외국인이나 무국적인도 그 주체가 된다.¹⁴⁹⁾

4. 재판청구권

재판청구권(제27조 제1항)은 외국인이나 무국적인에게도 인정된다.¹⁵⁰⁾

5. 형사보상청구권

형사보상청구권(제28조)의 주체는 구금되었던 형사피고인과 형사피의자이다. 따라서 외국인도 국민과 마찬가지로 그 주체가 될 수 있

148) 계획열, 전게서, p.684; 권영성, 전게서, p.624; 김철수, 전게서, p.743; 정중섭, 전게서, p.705; 홍성방, 전게서, p.522.

149) 계획열, 전게서, p.628; 권영성, 전게서, p.599 이하; 김철수, 전게서, p.1053; 정중섭, 전게서, p.614; 홍성방, 전게서, p.628.

150) 계획열, 전게서, p.651; 권영성, 전게서, p.603; 김철수, 전게서, p.1062; 정중섭, 전게서, p.668; 홍성방, 전게서, p.633.

다.¹⁵¹⁾ 형사보상법 제2조에 따르면, 본인이 청구하지 못하고 사망한 경우에는 상속인이 청구할 수 있다.

6. 국가배상청구권

국가배상청구권(제29조 제1항)은 국민의 기본권이기 때문에 국민만이 그 주체가 될 수 있다.¹⁵²⁾ 따라서 외국인에게는 법률적 차원의 국가배상청구권이 인정될 뿐이다. 국가배상법 제7조에 따르면 외국인이나 외국법인에 대하여는 상호주의원칙에 따라 상호보증이 있는 때에 한하여 국가배상법이 적용된다.

7. 범죄피해자구조청구권

범죄피해자구조청구권(제30조)은 국민에게만 인정된다. 외국인은 범죄피해자구조법 제10조에 따라 상호보증이 있는 때에 한하여 그 주체가 된다.

VIII. 외국인의 사회적 기본권 주체성

1. 서설

사회적 기본권은 국민의 권리로서 국민에게만 유보되어 있다는 것이 통설이다. 그러나 사회적 기본권을 국민의 권리로 이해한다고 해서 외국인의 지위가 전혀 보호되지 않는 것은 아니다. 헌법이 사회적 기본권을 국민에게만 인정한다고 해서 이것이 입법자가 그 권리를

151) 계획열, 전게서, p.691; 권영성, 전게서, p.631; 정종섭, 전게서, p.710; 홍성방, 전게서, p.643.

152) 계획열, 전게서, p.671; 권영성, 전게서, p.616; 김철수, 전게서, p.1108; 정종섭, 전게서, p.693; 허영, 전게서, p.576 이하; 홍성방, 전게서, p.647.

외국인에게 확대하는 것까지 금지하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 외국인은 원칙적으로 사회적 기본권의 주체가 될 수 없으나 예외적으로 법률이 정하는 경우에는 가능하다.¹⁵³⁾ 물론 이 경우 법률상의 권리의 효력은 기본권의 효력과 동일할 수 없다. 외국인의 지위는 사회국가원리의 적용을 통해서도 보호된다. 또한 외국인의 권리에 관한 국제법 규정들은 각 국가에 일정한 사회국가적 급부의무를 부과하기도 한다.

2. 학설과 판례

교육을 받을 권리(제31조 제1항)의 주체는 국민이다. 외국인도 국내에서 교육을 받을 수 있으나 외국인은 교육을 받을 권리의 주체는 아니다.¹⁵⁴⁾

근로의 권리(제32조 제1항 제1문)는 국민의 기본권이기 때문에 외국인은 그 주체가 될 수 없다는 것이 통설이다.¹⁵⁵⁾ 그러나 헌법재판소는 2007년 8월 30일 선고한 2004헌마670 ‘산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인’ 사건에서 외국인 근로자도 그 주체가 될 수 있음을 다음과 같이 인정하고 있다.¹⁵⁶⁾

153) 계획열, 전게서, p.718 이하.

154) 계획열, 전게서, p.752; 권영성, 전게서, p.663; 정종섭, 전게서, p.646. - 반대의견으로는 김철수, 전게서, p.970; 홍성방, 전게서, p.554. 김철수 교수는 외국인에게도 교육을 받을 권리가 보장되는 것이 바람직하지만 절대적 요청은 아니라고 보고 있고, 홍성방 교수는 적법한 절차를 밟아 입국한 외국인도 교육을 받을 권리의 주체가 된다고 본다.

155) 계획열, 전게서, p.766; 권영성, 전게서, p.669; 김철수, 전게서, p.994; 정종섭, 전게서, p.633. - 이에 반해 홍성방, 전게서, p.566은 근로의 권리가 근로자인 인간의 권리인 이상 외국인에게도 근로의 권리의 주체능력을 부정할 근거는 없으므로 상호주의원칙에 따라 결정될 문제라고 본다.

156) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297 (305) 참조.

근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하며, 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것으로서 사회권적 기본권의 성격이 강하므로(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 421; 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678 참조) 이에 대한 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하기는 어렵다.

그러나 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678)는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.¹⁵⁷⁾

157) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297 (305).

근로자의 근로3권(제33조 제1항)도 국민의 권리로 보는 것이 통설이다.

인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)의 주체는 국민이다. 외국인은 원칙적으로 그 주체가 될 수 없으나 예외적으로 법률이 정하는 바에 따라 그 주체로 인정될 수 있다.¹⁵⁸⁾

환경권(제35조 제1항)도 국민의 권리로 보는 것이 통설이다.

혼인과 가족생활의 권리(제36조 제1항)는 외국인과 무국적인에게도 인정되는 만인의 기본권이다.¹⁵⁹⁾

3. 사건

위 ‘산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인’ 사건에서¹⁶⁰⁾ 헌법재판소가 외국인의 사회적 기본권 주체성을 인정하면서 전개한 논증은 특히 주목할 만하다. 이 결정은 근로의 권리에 관한 것이지만, 그 내용을 사회적 기본권이라는 상위개념의 관점에서 재구성하면 다음과 같은 중요한 테제가 도출된다.

첫째, 사회적 기본권이란 그 주체가 국가에 대하여 일정한 사회국

158) 계획열, 전게서, p.732 ; 권영성, 전게서, p.652; 김철수, 전게서, p.952 이하; 정중섭, 전게서, p.625. - 이에 반해 홍성방, 전게서, p.581은 상호주의원칙에 따라 결정될 문제라고 본다.

159) 계획열, 전게서, p.820; 김철수, 전게서, p.1026; 홍성방, 전게서, p.602. - 이에 반해 권영성, 전게서, p.281은 헌법 제36조 제1항에 따라 혼인과 가족생활에 관한 헌법적 보장을 받을 수 있는 자는 대한민국 국민에 국한되어 있다고 본다.

160) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297 (305) 참조.

가적 급부를 요구할 수 있는 기본권을 말하는데, 이 기본권은 생활의 기본적 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것이기 때문에 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하기 어렵다는 것이다.

둘째, 그러나 사회적 기본권이 시원적 급부청구권의 성격뿐만 아니라, 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 함께 갖고 있는 경우에는 외국인이라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수 없다는 것이다.

위 테제를 종합하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

사회적 기본권의 구체적 내용에 따라, 국가에 대하여 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 생활조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우에는 외국인에게도 기본권 주체성을 인정해야 한다.

생각건대, 사회적 기본권의 해석론 차원에서 볼 때 헌법재판소의 위와 같은 논증은 진일보한 것이다. 사회적 기본권의 주체가 ‘국민’으로 규정되어 있다고 해서 ‘국민에게만’ 사회적 기본권이 인정된다고 한정하는 것은 세계화·다문화 사회를 기반으로 하고 있는 현대 국가의 구조와 우리 사회의 고령화 추세 및 소수자 보호의 요청에 부합하지 않는다. 따라서 사회적 기본권이라 하더라도 인간의 존엄성(제10조 제1문) 및 인권과 관련된 본질적 내용(제37조 제2항)은 외국

인에게도 인정될 수 있다고 보아야 한다. 즉, 사회적 기본권의 핵심 내용은 인간의 존엄성 보장(제10조 제1문)에 의하여 외국인에게도 인정되어야 한다.

한편, 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지원칙은 국적에 따른 차별 자체를 금지하지 않는다. 따라서 입법자가 헌법상 국민에게 인정되는 사회적 기본권을 외국인에게 확대하지 않았다고 해서 이것이 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지원칙에 위반되는 것은 아니다. 그러나 국민과 외국인의 차별에 대해서는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙이 적용되기 때문에, 차별이 사회적 기본권의 영역에서 이루어지고 있다는 이유로 외국인에게 불이익을 주는 것은 인간의 존엄성 보장(제10조 제1문)이란 관점에서 볼 때 정당화되기 어렵다고 보아야 할 것이다. 이와 같은 해석은 상호주의 원칙에 의한 외국인 보호의 수준을 훨씬 능가하는 것이다. 왜냐하면 인간의 존엄성 보장 및 사회적 기본권의 핵심영역이란 관점에서 외국인의 사회적 기본권을 인정하는 것은 헌법적 차원의 문제로서 상호주의 원칙과 관계없이 외국인의 사회보장수급권을 인정할 수 있기 때문이다. 헌법적 차원에서 외국인의 사회적 기본권을 인용할 것인지 여부는 이를 구체화하는 법률상의 권리보다 선행하는 문제이기 때문이다.

여기에서 유의해야 할 것은, 외국인의 사회적 기본권 주체성을 인정한다고 해서 사회적 기본권이 만인의 권리가 되는 것은 아니라는 점이다. 인간의 존엄성 보장(제10조 제1문)과 일반적 평등원칙(제11조 제1항 제1문)에 의한 보호가 국민의 권리에 대한 보호와 일부 중복되는 면은 있지만, 그 보호가 국민의 권리에 대한 전면적 보호의 수준에 미치는 것은 아니기 때문이다. 즉, 인간의 존엄성 보장을 통

한 외국인 보호의 범위는 사회적 기본권을 통해 국민이 받는 보호의 범위보다 좁다는 것이다. 따라서 외국인의 사회적 기본권 주체성을 인정하는 데에는 신중을 기해야 하지만, 이에 대해 부정적 태도를 취할 필요는 없다. 문제는 인간의 존엄과 가치의 보장을 위해 꼭 필요한 사회적 보호의 수준이 무엇인지를 확인하는 데 있을 뿐이다.

제3장 특수신분관계와 기본권 주체성

I. 문제의 제기

기본권주체의 문제와 관련하여 특수신분관계에 해당되는 국민의 기본권주체성 문제도 언급할 필요가 있다. 이 문제에 대해서 19세기 이후 독일에서 발전된 특별권력관계이론은 공무원·군인·수형자 등과 같이 이른바 특별권력관계에 해당되는 자는 일반권력관계와 달리 법으로부터 자유로운 영역에 존재하고 법치주의의 예외에 해당하므로 헌법상의 기본권이 적용되지 않는다고 설명하였다. 물론 이러한 주장은 오늘날 독일과 우리나라에서도 모두 찾아볼 수 없다. 즉 법치주의의 예외로서 이른바 특별권력관계를 주장하는 이론은 이미 극복된 지 오래이다. 오늘날의 일반적 견해에 의하면 공무원·군인·수형자 등과 같이 국가에 대해 통상적인 권리·의무를 넘어 보다 특별한 지위에 처한 경우는 특수신분관계 또는 특수지위관계 등의 이름으로 지칭되고, 이러한 특수신분관계에 처한 자들도 헌법상의 기본권이 보장된다고 한다. 결국 기본권이 적용되지 않는 의미의 특별권력관계는 오늘날 더 이상 존재하지 않는다는 것이다.

그럼에도 불구하고 공무원·군인·수형자 등과 같이 국가에 대해 일반국민과는 다른 특수한 지위에 처한 자들의 기본권보장에 대해서 여전히 여러 가지 문제점들이 존재한다. 법치주의의 예외로서 이른바 특별권력관계를 부정하면서도 여전히 특별권력관계라는 개념을 사용하는 경우,¹⁶¹⁾ 기본권주체로서의 국민과 관련하여 일반국민과 특수신

161) 권영성, 헌법학원론, 법문사 2009, 356쪽 이하.

분관계에 있는 국민을 구별하여 사용하는 경우¹⁶²⁾ 등이 그 예이다. 과거의 특별권력관계이론을 대치하는 특수신분관계 또는 특수지위관계이론을 주장하는 경우에도 이러한 특수신분관계 하에 있는 자들의 구체적인 기본권보장방법에 대해서 여전히 예전의 특별권력관계이론에서 주장되었던 논거들이 혼재하는 경우도 찾아볼 수 있다.¹⁶³⁾ 따라서 공무원·군인·수형자 등과 같은 특수신분관계에 있는 자들의 기본권보장에 대해서, 특히 이들에 대한 기본권제한에 대해서는 과거 특별권력관계이론에서 제시된 내용과 구별되는 명확한 해결 기준 및 논거가 밝혀져야 할 것이다.

이러한 문제상황에 직면하여 이하에서는 공무원·군인·수형자 등과 같은 특수신분관계에 있는 자연인들의 기본권주체성에 대한 문제의 해결을 이론적으로 접근해 보고자 한다. 이를 위해서는 우선 일반 권력관계에 있는 자들과 달리 국가와 특수한 권리·의무관계에 있는 자들의 기본권주체성을 부인하고 있었던 과거 특별권력관계이론의 등장배경과 내용을 살펴보고(Ⅱ), 그에 대한 비판적 평가 및 대안으로 독일에서 제시된 특수신분관계이론의 내용을 소개해 보고자 한다(Ⅲ). 이러한 논의과정을 바탕으로 우리 헌법상 특수신분관계와 이에 대한 기본권주체성의 문제를 논의해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 특별권력관계이론의 의의와 내용

1. 특별권력관계이론의 의의

162) 김철수, 헌법학신론, 박영사 2009, 305쪽 이하.

163) 이와 유사한 문제제기에 대해서 김유환, 특별권력관계의 해체와 법리적 대안, 공법연구 28-1(1999), 181쪽 이하 참조.

19세기 이후 독일에서 주장되었던 특별권력관계이론에 따르면 특별권력관계(特別權力關係, besondere Gewaltverhältnisse)란 국가권력이 일정한 목적달성을 위해 필요한 범위 내에서 일부 시민을 포괄적으로 지배하고, 이러한 관계 하에 있는 시민은 국가권력에 복종하는 것을 내용으로 하는 공법상의 특수한 법률관계를 의미한다.¹⁶⁴⁾ 이에 따르면 특별권력관계는 통상적으로 국가와 국민의 일반적인 권리·의무관계를 의미하는 일반권력관계(一般權力關係, allgemeine Gewaltverhältnisse)에 대응하는 개념이라고 한다. 이러한 특별권력관계에 있는 시민은 일반권력관계에 있는 시민과 달리, 국가권력으로부터 특수한 법률관계에 상응하는 강한 법적 구속을 받는다고 한다.

특별권력관계이론에 의하면 특별권력관계란 법으로부터 자유로운 영역이며, 특별권력관계에는 기본권이 적용되지 않는다고 한다. 나아가 특별권력관계에는 기본권 이외에도 행정의 합법률성의 원칙도 배제되어 특별권력관계에서의 명령은 행정내부규칙이나 지시의 형식으로 행해지며 그러한 행정규칙과 지시는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 한다.¹⁶⁵⁾ 이러한 특별권력관계의 유형으로는 ① 국가와 공무원의 복무관계, ② 국·공립학교와 재학생의 재학관계, ③ 교도소와 수형자의 수감관계, ④ 국·공립병원과 전염병환자의 입원관계 등이 거론된다.

164) 특별권력관계이론의 의의와 내용에 대해 좀 더 자세한 것은 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 322; *Wolfgang Loschelder*, Grundrechte im Sonderstatus, in: J. Isenhardt/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2000, § 123 Rn. 2; *Ingo von Münch*, Vorbemerkung zu den Art. 1-19, in: I. von Münch/Ph. Kunig(Hrsg.), Grundgesetzkommentar Bd. I, 2000, Rn. 59 등 참조.

165) *Michael Ronellenfitsch*, Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, 933(933 ff.)

2. 특별권력관계이론의 등장배경과 내용

(1) 특별권력관계이론의 등장배경

특별권력관계이론은 19세기 중엽 독일에서 등장하였다. 당시 입헌군주주의시대 지배적인 견해에 의하면 국가 법질서의 적용영역은 시민들 상호간 또는 시민과 국가간의 관계에 한정되었다. 이러한 법의 적용영역 중 시민과 국가 간의 관계를 일반권력관계라고 불렀다. 일반권력관계에 있는 시민들과 달리 군인이나 공무원 등과 같이 국왕에게 보다 특별한 충성이나 복종을 해야 하는 자들은 보다 강력한 지배상태에 놓이게 되며, 이러한 지배상태를 설명하기 위해 당시 여러 시도가 행해졌다. 이러한 문제는 결국 오토 마이어(Otto Meyer)의 특별권력관계이론에 의해 체계화되었다. 마이어는 특별권력관계를 “특별한 공행정의 목적을 위하여 행정영역에 편입된 구성원과 행정주체 사이에 성립된 강화된 복종관계”라고 하여, 그 예로서 공무원관계, 영조물관계, 공공단체에 대한 감독관계를 들었다. 그리고 이들의 관계를 ‘축소된 자유의 상태’로 파악하여, 이른바 법으로부터 자유로운 영역이라고 설명하였다.¹⁶⁶⁾

마이어 이론의 핵심적 내용은 법의 적용을 받는 국가외부영역(시민과 국가의 관계)과 법의 적용을 받지 않는 국가내부영역을 엄격하게 구분하는 데에 있다. 어떤 시민이 국가의 외부영역에서 국가의 내부영역으로 이동한다면, 이는 지위의 변동에 해당하며 이로써 그에 대한 법적 지위의 변동이 발생한다고 한다. 즉 특별권력관계에 들어

166) O. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924, S. 101 f.(M. Ronellenfitch, 앞의 논문[주 5], 934에서 재인용).

온 자들은 법의 적용을 받는 일반권력관계의 영역에서 법의 적용을 받지 않는 특별권력관계의 영역으로 이동하게 된 것이라고 한다.

(2) 특별권력관계이론의 내용

마이어에 의해 체계화된 특별권력관계이론의 구체적 내용은 다음과 같이 정리할 수 있다.¹⁶⁷⁾

첫째, 특별권력관계에서는 행정의 합법률성의 원칙이 적용되지 않는다는 점이다. 행정의 합법률성(行政의 合法律性, *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*)의 원칙이란 법치주의원리의 중요한 내용의 하나로 법률의 우위를 의미한다. 행정의 합법률성의 원칙은 따라서 행정이 법률에 구속된다는 것과 행정은 법률 자체에 의해서 또는 법률에 근거하여 활동권한이 인정된 경우에만 구체적인 활동이 허용될 수 있다는 내용의 법률유보의 원칙을 의미하기도 한다.¹⁶⁸⁾ 그런데 특별권력관계이론에 의하면 일반권력관계가 아닌 특별권력관계에서는 법률에 근거하지 않는 행정활동이 가능한 것이며 따라서 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다는 것이다.

둘째, 특별권력관계에서는 기본권이 적용되지 않는다는 점이다. 특별권력관계이론에 따르면 특별권력관계는 일반 시민과 국가의 관계인 국가외부영역이 아니라 국가내부영역에 해당된다고 한다. 따라서 국가와 시민의 관계를 전제로 한 기본권은 특별권력관계에서 적용될

167) 이 부분에 대해서는 *M. Ronellenfitsch*, 앞의 논문(주 5), 933(935) 참조.

168) 행정의 합법률성의 원칙과 법률유보의 원칙에 대해서 좀 더 자세한 것은 *Hartmut Maurer*, *Staatsrecht I*, 5. Aufl. 2007, § 8 Rn. 19 ff.; 계획법, 헌법학(상), 359쪽 이하 참조.

여지가 없다는 것이다. 또한 특별권력관계에 있는 사람들은 자유롭게 특별권력관계를 선택했기 때문에, 자신의 기본권에 대한 제한을 자유의사로 받아들인 것이라고 한다(자유의사에 의한 제한). 따라서 특별권력관계에서는 일반권력관계에서와는 달리 법률에 의하지 않더라도 기본권을 제한할 수 있다는 것이다.

셋째, 특별권력관계에서의 지침은 이른바 행정내규 또는 행정지침에 해당된다는 점이다. 특별권력관계는 국가내부의 영역이므로 특별권력관계에 있는 자들에 대해서는 행정조직의 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적 구속력이 없는 행정명령 또는 행정규칙이 적용될 뿐이라고 한다.

넷째, 이러한 행정명령 또는 행정규칙에 대해서는 사법적 심사가 허용되지 않는다는 것이다. 행정명령은 일반국민의 권리·의무와 직접 관련되지 않는 사항에 대해서 행정기관이 고유권한으로 발할 수 있으며, 법규명령과 달리 헌법상의 근거도 필요로 하지 않는다고 한다. 이처럼 특별권력관계에서의 지침은 행정기관 내부에서만 효력이 있는 내규로서의 성질을 가지며, 따라서 사법심사의 대상에서 배제된다는 것이다.

(3) 특별권력관계이론의 발전

위와 같은 내용으로 19세기 중엽 등장한 특별권력관계이론은 바이마르공화국 헌법 하에서도 대체로 그 내용이 받아들여질 수 있었다. 특이한 점은 당시 바이마르공화국 헌법이 명시적으로 공무원과 군인에 대한 기본권규정을 두고 있었음에도 불구하고, 이른바 특별권력관

계에 있는 자들에 대해서는 기본권이 적용되지 않는다는 주장이 계속되고 있었다는 점이다.¹⁶⁹⁾ 가령 1919년 바이마르공화국 헌법 제130조 제2항은 “모든 공무원에게는 정치적 신념의 자유와 결사의 자유가 보장된다.”라고 규정하고 있었다. 그러나 당시 지배적인 견해는 이 조항의 규정에도 불구하고 공무원의 기본권은 특별권력관계로부터 발생하는 의무를 통해 제한된다고 해석하고 있었다. 특히 당시 대부분의 공무원은 여전히 기존의 군주를 향한 강한 충성심으로 인해 공화국에 대한 반감이 상당히 컸었다는 점에서, 공무원에 대한 특별한 의무부과 또는 권리제한의 노력이 요청되었다는 것이다. 이러한 경향에 따라 1922년에는 ‘공화국의 보호를 위한 공무원의 의무에 관한 법률’(Gesetz über Pflichten der Beamten zum Schutz der Republik)이 제정되었으며, 이 법률규정에 따라 당시 공무원에게는 바이마르공화국 헌법의 기본질서를 유지한다는 목적으로 상당히 많은 내용의 의무가 부과되었다.¹⁷⁰⁾

3. 특별권력관계이론에 대한 비판

(1) 특별권력관계이론에 대한 문제제기

이러한 경향은 기본법이 제정된 이후에도 얼마간 지속되었다. 그러나 법치주의의 예외·기본권 적용의 예외를 인정한 특별권력관계이론에 대해서는 점차 문제점이 지적되기 시작하였다. 이러한 지적 중 가장 큰 문제제기는 “입법은 헌법질서에 구속되고, 행정과 사법은 법과 법률에 구속된다.”라고 하여 법치국가원리의 내용인 법률유보의

169) M. Ronellenfisch, 앞의 논문(주 5), 933(935).

170) Werner Frotzcher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 2002, § 17 Rn. 536 ff. 참조

원칙을 명문으로 인정한 기본법 제20조 제3항의 내용에서 출발하였다. 즉 동 규정에도 불구하고 법률유보의 원칙이 적용되지 아니하는 이른바 특별권력관계라는 것이 여전히 존재할 수 있는가에 대한 문제가 그것이었다. 특히 기본법이 제정된 이후 전형적인 특별권력관계에 해당되는 공무원이나 군인 등에 대해서는 이들의 지위와 권리에 대한 여러 가지 법률들이 제정되었으며,¹⁷¹⁾ 이러한 상황에서도 여전히 법치국가의 예외로서 이른바 특별권력관계를 주장하기에는 무리가 생기게 된 것이었다.

나아가 기본권의 효력이란 관점에서도 점차 문제점이 지적되기 시작하였다. 특히 기본법이 제정된 이후 “이하의 기본권들은 직접 적용되는 법으로서 입법, 집행 사법을 구속한다.”라는 기본법 제1조 제3항의 규정에 따라, 기본권이 적용되지 않는 이른바 특별권력관계라는 개념 자체에 대한 의문이 제기된 것이었다. 과거 특별권력관계이론에 따르면 기본권은 국가와 시민의 관계에서만 적용되는 것으로, 국가 내부에 있는 이른바 특별권력관계에서는 아예 적용되지 않는다고 하였다. 그러나 기본권의 대국가적 효력을 규정한 기본법 제1조 제3항의 내용에 따라 이제 기본권이 적용되지 않는 특별권력관계라는 영역의 존재 자체에 대한 의문이 제기된 것이다.¹⁷²⁾

(2) 기본권의 효력에 대한 특별권력관계이론의 문제점

이러한 문제제기와 함께 법치주의의 예외·기본권적용의 예외로서

171) 가령 Bundesbeamtenengesetz(BBG) v. 14. 7. 1953(BGBI. I S. 551); Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten(Soldatengesetz) v. 19. 3. 1956(BGBI. I S. 114); Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts(Beamtenrechtsrahmengesetz - BRRG) v. 1. 7. 1957(BGBI. I S. 667) 등 참조.

172) M. Ronellenfisch, 앞의 논문(주 5), 933(936).

의 특별권력관계이론에 대해서는 관헌국가의 잔재(Relik des Obrigkeitsstaates)¹⁷³⁾ 또는 권위주의국가의 잔재라는 등의 비판이 가해지게 되었다. 특히 기본권의 효력과 관련하여 과거 특별권력관계이론에 대해서는 다음과 같은 내용의 문제가 제기되었다.

첫째, 기본권은 국가와 국민의 관계를 반드시 전제하고 있지 않으며 따라서 국가내부에도 기본권의 효력이 인정되는 법률관계가 존재한다는 점이다. 기본권은 더 이상 국가에 대한 개인의 방어권을 의미하는 주관적 공권만이 아니라, 전체법질서의 구성요소로 모든 국가구성원에게 효력을 미치는 객관적 가치질서라는 의미에서 기본권의 이중성(Doppelcharakter der Grundrechte)이 인정되었던 것이다.¹⁷⁴⁾ 이에 따르면 객관적 가치질서로서 기본권은 더 이상 국가와 국민이라는 수직적 관계에서만 아니라 사인 상호간의 수평적 관계, 나아가 국가내부의 일정한 법률관계에서도 효력을 가지게 된 것이었다. 따라서 국가와 시민이라는 국가외적 관계가 아니라 국가내부에 존재하는 국가내적 관계에 있는 이른바 특별권력관계에서는 기본권이 적용될 수 없다는 과거의 주장은 더 이상 설득력을 유지하기 어렵게 된 것이다.

둘째, 이른바 특별권력관계에 처한 자들이 모두 자유의사에 따라 특별권력관계에 처한 것은 아니라는 점이다. 과거 특별권력관계이론에 의하면 특별권력관계에 있는 자들은 자유의사에 따라 특별권력관계에 처하게 되었으며, 따라서 기본권의 행사를 스스로 포기한 것으

173) E. Becker, in: VVDStRL 14(1956), S. 96.

174) K. Hesse, 앞의 책(주 4), Rn. 279 ff.; BVerfGE 6, 55(72); 6, 309(355) 등 참조.

로 볼 수 있다고 하였다.¹⁷⁵⁾ 그러나 병역의무관계나 수형자복역관계 등과 같은 대표적인 특별권력관계에서도 이들이 모두 자유의사에 따라 특별권력관계에 진입했다고는 볼 수 없다는 점이 지적되었다. 나아가 자유의사에 따라 특별권력관계에 진입하였다고 하여도, 이러한 의사를 자신들의 기본권포기의사로까지 확대 해석할 수 있는가의 문제도 제기되었다.

셋째, 기본권의 효력을 높이기 위해서 이른바 특별권력관계에서도 기본권이 적용되어야 한다는 점이다. 이러한 지적은 오늘날 현대 사회국가적 헌법의 최고 이념과 가치는 기본권의 보장과 실현에 있다는 점과 국가권력행사의 궁극적 목적 또한 헌법상의 기본권을 보장해 주기 위해 존재한다는 점을 그 출발점으로 삼고 있다. 나아가 기본권의 대국가적 구속력을 직접 규정한 기본법 제1조 제3항의 내용이나 오늘날 기본권은 국가에 대한 국민의 주관적 공권만이 아니라 국가의 모든 법질서의 구성요소인 객관적 가치질서로서의 성격을 가진다는 점 등을 고려할 때, 이른바 특별권력관계에서도 기본권은 당연히 효력을 가지며 이를 인정해야 한다는 것이다.

(3) 울레의 견해

과거 특별권력관계이론에 대한 이러한 비판적 견해들 가운데 특히 울레의 견해를 주목할 필요가 있다. 울레(C. H. Ule)는 1956년 독일 공법학자대회에서 특별권력관계에 대한 행정법원의 권리보호 문제를 제기하였다.¹⁷⁶⁾ 울레의 주장은 특별권력관계는 기본관계와 내부관계

175) M. Ronellenfitsch, 앞의 논문(주 5), 933(936) 참조.

176) 1956년 10월 11일에서 12일 이틀간 마인츠에서 개최된 독일 공법학자대회에서는 기본법 제정이후 과거 특별권력관계이론의 문제점에 대한 전반적 논

로 구별되며, 적어도 특별권력관계의 설정·변경·존속에 직접적인 영향을 미치는 기본관계에서는 기본권의 효력이 인정되며 그 침해에 대해서는 사법적 권리구제가 허용된다는 점으로 요약할 수 있다.¹⁷⁷⁾

1) 특별권력관계에 대한 사법심사 가능성 여부

올레에 의하면 과거의 이론과 같이 특별권력관계에서 행정법원을 통한 사법적 권리구제가 배제되기 위해서는 특별권력관계가 권리·의무의 관계가 아닌 비법률관계(非法律關係)일 경우에만 가능하다고 보았다. 그러나 오늘날과 같이 법치국가원리가 확립된 상황에서는 법률관계와 비법률관계의 진정한 대립이란 존재하지 아니하며, 특별권력관계를 포함한 모든 권력관계는 법률관계라고 하였다. 이처럼 특별권력관계도 법률관계라는 점에서 올레는 특별권력관계라는 용어보다는 차라리 특수무관계(besonderes Pflichtverhältnis)가 더 적절할 수 있다고 제안하였다.¹⁷⁸⁾

의가 있었다. 이 대회에서는 크뤼거와 올레 교수가 각각 특별권력관계의 문제점을 발표했다. 크뤼거(Herbert Krüger)는 기본법이 제정된 이후 여전히 과거 특별권력관계이론을 그대로 수용하는 것은 바람직하지 않다고 하면서 특별권력관계이론에 대한 문제제기를 특별권력관계의 특수성에 대한 고찰부터 시작하였다. 그에 의하면 복종관계의 증대 또는 심화가 특별권력관계의 특성이라고 한다. 문제는 이러한 복종관계의 증대 또는 심화는 본래 국가권력에 대한 복종이 아니라 군주나 왕권에 대한 개인적 차원의 복종이라는 점에 있다고 한다. 가령 군주에 대한 충성서약이라든지 맹세 등에서 볼 수 있는 바와 같이, 특별권력관계는 본래 개인에 대한 복종관계라는 특성에서 유래하므로 법으로 규정될 수 없는 법치주의의 예외에 해당하게 되었다는 것이다. 자세한 것은 *Herbert Krüger, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15(1957), 108(110 ff.)* 참조.

177) 이하 *Carl Hermann Ule, Problem des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis, VVDStRL 15(1957), 133(133 ff.)* 참조.

178) *C. H. Ule, 앞의 논문(주 17), 144.*

법률관계로서 특별권력관계는 법으로 규율된 생활관계라고 할 수 있으며, 따라서 공무원관계·군인관계·학교관계·수형자관계 등의 모든 특별권력관계는 고유의 생활법칙성(Lebensgesetzlichkeit)으로 귀결될 수 있다고 보았다. 특별권력관계는 법규범으로 정립되지 않는 독특한 목적달성을 그 본질로 한다고 하였다. 입법자는 특별권력관계의 이러한 목적을 어느 정도 규정하거나 변경 또는 확정할 수 있지만, 그 본질을 변경할 수는 없다는 것이다. 이러한 생활관계의 목적과 본질로부터 특별권력관계의 특징이 형성되며, 이와 동시에 특별권력관계에 있는 자들이 부담하게 되는 특별한 의무의 법적 한계도 나타난다고 보았다. 특별권력관계가 이러한 생활관계의 본질과 목적에 구속된다는 사실이 특별권력관계에 대한 사법적 권리보장을 처음부터 배제시킬 수는 없다고 하였다. 울레는 혼인관계에서 배우자에게 부여되는 일정한 권리와 의무의 예를 들며, 법원이 이러한 생활관계의 본질을 지시하는 것이 전혀 생소한 것만은 아니라고 보았다. 그러므로 행정법원이 특별권력관계의 본질과 목적 또는 특별권력관계에 처한 자들이 부담하게 되는 의무를 확정하는 것이 처음부터 배제되는 것은 아니라고 설명하였다.¹⁷⁹⁾

2) 특별권력관계에 있어서 사법심사의 범위

울레는 이른바 특별권력관계에 있어서 사법적 권리구제가 가능하다는 주장은 기본법을 통해서도 확인된다고 보았다. 즉 “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다.”라는 기본법 제19조 제4항의 규정으로 인해 특별권력관계에서는 사법적 권리구제가 존재하지 않는다는 내용은 더 이상 주장될 수 없다는 것

179) C. H. Ule, 앞의 논문(주 17), 145.

이다. 오히려 기본법 제19조 제4항의 역사적 해석을 통해 특별권력관계에서 행해지는 공권력 행사에 대해서도 권리구제가 열려있어야 한다는 내용이 도출된다고 보았다.¹⁸⁰⁾ 그러나 이것이 특별권력관계에서 사법적 권리구제가 무제한으로 허용되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 보았다. 이와 관련하여 올레는 특별권력관계는 기본관계(Grundverhältnis)와 내부관계(Betriebsverhältnis)로 구별되며, 적어도 특별권력관계의 설정·변경·존속에 직접적인 영향을 미치는 기본관계에서는 기본권의 효력이 인정되며 그 침해에 대해서는 사법적 권리구제가 허용된다고 설명하였다.¹⁸¹⁾

3) 평가

이러한 올레의 논의는 종래의 획일적인 특별권력관계이론에서 벗어나 특별권력관계의 단계에서 나타나는 개별적 생활법칙성에 따라 각각 구체적인 판단을 시도했다는 점에서 긍정적 평가를 받고 있다. 특히 특별권력관계에서 절대적 법적 공백의 영역이 존재하지 않는다는 점을 해명했다는 점, 특별권력관계에 대한 사법적 권리구제가능성의 기초를 제공했다는 점, 나아가 기본법의 법치국가원리에 따라 과거 특별권력관계로 불리던 영역을 새롭게 이해하려 했다는 점 등은 특별권력관계이론을 재구성하기 위한 중요한 단초를 제공했다는 점에서 높게 평가할 수 있다.¹⁸²⁾

4. 독일연방헌법재판소의 견해

180) C. H. Ule, 앞의 논문(주 17), 148 f.

181) C. H. Ule, 앞의 논문(주 17), 152 ff.

182) 이 부분에 대해서 자세한 것은 M. Ronellenfitsch, 앞의 논문(주 5), 933(936) 및 그곳에 인용된 문헌들 참조.

특별권력관계이론에 대한 이러한 비판적 견해의 제시에 따라 독일 연방헌법재판소도 과거 특별권력관계이론의 문제점을 지적하고, 이른바 특별권력관계에서도 기본권이 원칙적으로 적용되며 특별권력관계에서의 기본권은 법률에 의하거나 법률에 근거해서만 제한될 수 있다는 점을 분명하게 밝혔다. 특별권력관계에서 기본권의 효력에 대한 이러한 독일 연방헌법재판소의 견해는 수형자 판결에서 그 출발점을 찾을 수 있다.

(1) 수형자 판결

1) 사건의 개요

이 사건의 청구인은 켈레(Celle)라는 도시의 교도소에 수감중인 수형자였다. 청구인은 1967년 12월 24일 죄수들을 보살펴 주는 어떤 사회복지기관의 담당직원에게 편지를 보냈다. 그 편지에는 자신이 복역하는 교도소의 소장이 이임한다는 사실, 이임하게 된 배경 그리고 이에 대한 자신의 생각 등을 담고 있었다. 특히 이 편지에는 이임하는 교도소장에 대한 매우 모욕적인 표현과 청구인과 직접관계가 없는 교도소 내의 운영문제 등에 대한 내용도 포함되어 있었다. 이러한 이유로 위 편지는 1967년 12월 27일 교도소 부서장에 의해 발송이 거부되었다. 이러한 발송거부에 대해 청구인은 교도소장과 관할 검찰총장에게 이의를 제기하였으나 모두 받아들여지지 않았으며, 이를 이유로 관할 켈레 고등법원에 소송을 제기하였으나 기각당하였다.¹⁸³⁾

이에 청구인은 편지의 발송정지를 인정한 켈레 고등법원의 판결이 기본법 제1조 제1항(인간존엄의 불가침), 제5조 제1항(표현의 자유),

183) Beschluß des Zweiten Senats vom 14. März 1972, BVerfGE 33, 1(2 ff.).

제10조(통신의 자유), 제19조 제1항(기본권제한방법), 제20조 제3항(헌법의 우위·법률의 우위) 그리고 제103조 제1항(공개 재판청구권) 등에서 보장하는 자신의 기본권을 침해한다는 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 판결내용

연방헌법재판소는 우선 종래 특별권력관계라고 하여 기본권의 적용을 배제한 수형자에게도 기본법의 기본권규정이 원칙적으로 적용된다는 점을 분명히 밝혔다. 기본법은 인간의 존엄과 자유의 보호를 최고의 목적으로 하는 가치 구속적 질서이며, 기본법의 인간상은 고립된 인간이 아니라 공동체 속에 존재하여 다양한 의무가 부과되는 인격체라고 보았다. 한편 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제3항은 기본권이 입법, 집행 및 사법을 직접 구속한다고 선언하고 있다는 점을 지적하였다. 교도소에서 형을 집행하는 과정에서 기본권이 자의적으로 또는 재량으로 제한될 수 있다면, 이는 국가권력을 기본권에 직접 포괄적으로 구속시킨 기본법의 태도에 반하는 것이라고 보았다. 기본권의 제한은 단지 기본법의 가치질서에서 의도된 공동체와 관련된 목적을 달성하기 위해 불가결한 경우에만 헌법상 규정된 형식으로 가능하다고 하였다. 그러므로 수형자의 기본권제한도 법률에 의하거나 법률에 근거해서만 가능하다는 것이다. 즉 수형자가 특별권력관계에 있다고 하여 곧바로 기본권을 제한할 수 있는 것은 아니고, 기본권의 제한은 기본법의 가치질서에 의하여 용인될 수 있는 공동체와 유관한 목적달성을 위하여 부득이한 경우에 한하여 헌법에 규정된 형식으로써만 - 법률에 의하여 또는 법률에 근거가 있는 경우에만 - 제한될 수 있다는 것이다.¹⁸⁴⁾

이러한 이유로 독일연방헌법재판소는 이른바 특별권력관계에 있는 청구인 수형자의 헌법소원심판청구를 인용하였다. 수형자판결의 주요 내용은 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 수형자에 대한 기본권도 법률에 의하거나 법률에 근거해서만 제한될 수 있다는 점이다. 둘째, 법률에 근거 하지 아니한 수형자에 대한 기본권침해는 일정한 과도기 내에서만 받아들여질 수 있다는 점이다. 셋째, 수형자에 대한 기본권제한은 기본법의 가치질서를 위해 불가피한 목적을 달성하기 위해서만 고려될 수 있다는 점이다. 넷째, 수형자의 표현의 자유와 이와 동시에 교도소 내의 질서유지와 형집행의 목적달성이라는 두 가지를 모두 다 고려하여 양자 간의 경계를 확정하는 것이 행형법의 목적이라는 점이다.¹⁸⁵⁾

(2) 그 밖의 사례

독일 연방헌법재판소가 수형자판결에서 제시한 이른바 특별권력관계에서 기본권 제한의 기준은 향후 연방헌법재판소의 다른 판결에서도 대체적으로 수용되었다. 특히 연방헌법재판소는 종래 특별권력관계에 해당된다고 거론되었던 다른 영역에서도 수형자판결에서 제시되었던 기준에 따라 기본권제한 문제를 해결하였다. 이러한 경향은 연방헌법재판소만이 아니라 다른 법원에도 많은 영향을 미치게 되었다. 따라서 가령 독일 연방행정재판소(Bundesverwaltungsgericht)도 수형자판결에서 제시된 기준에 따라 이른바 특별권력관계에 있는 시민에 대한 기본권제한의 문제를 파악하고 있다.¹⁸⁶⁾

184) BVerGE 33, 1(9 f.).

185) 수형자판결의 의의와 내용에 대해 좀 더 자세한 것은 Jörg Menzel(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, Mohr Siebeck 2000, 190 ff. 참조.

186) 가령 BVerwGE 56, 155; 60, 144; 64, 308 등 참조. 이 부분에 대해서 좀 더 자세한 것은 I. von Münch, 앞의 책(주 4), Rn. 60 참조.

독일 연방헌법재판소는 이른바 ‘성교육(Sexualkundeunterricht) 사건 판결’에서도 수형자 판결에서 제시된 기준에 따라 특별권력관계에서의 기본권제한 문제를 파악하였다. 즉 독일 연방헌법재판소는 특별권력관계의 또 다른 대표적 예의 하나로 거론되었던 학교관계에 대해서도 기본권제한은 법률에 근거해야 하며 특히 이 경우 기본권에 관한 본질적 내용은 입법자가 법률로 규정해야 한다는 내용을 판시하였다.¹⁸⁷⁾ 이 사건에서 문제된 것은 공립학교에서 성교육에 대한 대부분의 내용을 법률에서 규정하지 않고 교육관청에게 위임한 함부르크 주 교육법과 함부르크 주 교육기본법의 규정이었다.¹⁸⁸⁾ 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 성교육에 대한 제 일차적 권한은 기본법 제6조 제2항에 따라 부모에게 귀속되며, 학교는 기본법 제7조 제1항에 따라 성교육의 실시를 위임받은 것일 뿐이라고 하였다. 따라서 학교에서 성교육의 실시방법 및 그 내용에 대해서는 여러 가지 점들을 고려하여 결정해야 할 매우 복잡한 문제의 하나라고 보았다. 다만 성교육의 실시에 대해 본질적인 결단은 입법자가 스스로 결정해야 할 사항이며, 이를 담당 교육관청에 전적으로 위임해서는 아니 된다고 하였다. 그 이유는 민주주의원리와 법치주의원리에서 파생되는 이른바 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 근거한 것이라고 한다. 즉 기본권의 실현과 관련된 내용은 중요하고 본질적인 것으로, 이러한 본질적인 사항에 대해서는 행정부가 아니라 입법부가 스스로 결정해야만 한다는 것이다.¹⁸⁹⁾ 이로써 독일 연방헌법재판소는 과거 특별권력관계에 해당되어 기본권이 적용되지 않으며 이른바 법률유보원칙

187) Beschluß des Ersten Senats vom 21. Dezember 1977, BVerfGE 47, 46 ff.

188) BVerfGE 47, 46(48 f.).

189) BVerfGE 47, 46(78 ff.).

의 예외에 해당된다고 하던 학교관계에 대해서도 기본권의 적용 특히 법률유보의 원칙이 적용된다고 하여 본질성이론의 기초를 마련하기 시작하였다.¹⁹⁰⁾

(3) 소결

수형자 판결 이후 이른바 특별권력관계에서의 기본권적용에 대한 독일 연방헌법재판소의 견해는 다음과 같이 정리할 수 있다.¹⁹¹⁾

첫째, 특별권력관계에서도 법률유보의 원칙이 적용된다는 것이다. 과거 특별권력관계이론에 의하면 특별권력관계는 법치주의의 예외로서 행정의 합법률성이나 법률유보의 원칙이 적용되지 않았다. 이에 대해 독일연방헌법재판소는 기본법 제1조 제3항에 따라 기본권은 입법·집행·사법을 직접 구속하고 있다는 점, 기본권의 실현에 본질적인 내용은 입법부가 직접 법률로 규율해야 한다는 점 등을 이유로 이른바 특별권력관계에서도 법률유보의 원칙이 적용된다는 점을 분명하게 밝힌 것이다.

둘째, 특별권력관계에서의 기본권 제한은 법률에 의하거나 법률에 근거할 경우에만 가능하다는 것이다. 이는 독일 연방헌법재판소가 일찍이 수형자 판결에서 분명히 밝힌 내용이다. 일반권력관계에서와 마찬가지로 이른바 특별권력관계에서도 기본권 제한의 일반원칙, 특히 법률에 의하거나 법률에 근거해서만 기본권이 제한될 수 있다는 내용이 그대로 적용된다는 점이다.

190) 본질성이론에 대해서 좀 더 자세한 것은 *K. Hesse*, 앞의 책(주 4), Rn. 509 및 그곳에 인용된 문헌들 참조.

191) 이하 *M. Ronellenfitsch*, 앞의 논문(주 5), 933(938) 참조.

셋째, 특별권력관계에서의 조치에 대해서도 권리침해가 발생한 경우 이에 대한 사법적 구제방법이 존재한다는 것이다. 이점은 올레가 특별권력관계에서도 사법적 권리구제가 존재한다는 주장을 한 이래 독일 연방헌법재판소가 이를 긍정한 것으로, 과거 특별권력관계이론과 달리 특별권력관계에 있는 자들도 권리침해가 발생한 경우 이에 대한 사법적 구제방법이 존재한다는 점에 그 의의가 있다.

Ⅲ. 특수신분관계와 기본권 주체성

1. 특별권력관계이론의 재구성

기본법 제정이후 전개된 특별권력관계이론에 대한 문제제기와, 특히 수형자 판결 이후 독일 연방헌법재판소가 제시한 특별권력관계에서의 기본권 제한의 요건에 대한 논의를 바탕으로, 과거의 특별권력관계이론은 재구성되지 않을 수 없는 운명에 처해지게 되었다.

이와 관련하여 우선 특별권력관계라는 개념 자체를 부인하려는 견해가 점차 늘게 되었다는 점을 지적할 수 있다.¹⁹²⁾ 이러한 견해는 법치주의의 예외·기본권적용영역의 예외로서 특별권력관계란 더 이상 존재하지 않는다는 점과 과거 특별권력관계이론을 주장하던 자들이 특별권력관계라는 하나의 개념 속에 너무나 다양한 권리관계들을 모두 포함하여 설명한 것은 적절치 못하다는 점 등을 그 근거로 제시하였다.

192) I. von Münch, 앞의 책(주 4), Rn. 61.

그렇다고 해서 공무원·군인·수형자 등과 같이 종래 특별권력관계에 해당된다고 파악하던 기본권주체들에 대한 문제를 일반 시민의 기본권문제와 동일시하는 것도 무리라는 점이 지적되었다. 이러한 자들도 엄연한 기본권주체에 해당되는 점은 부인할 수 없지만, 이들에게는 일반 시민들과 달리 특별한 의무가 부과된다는 점에 비추어 기본권의 행사에 있어서 부득이한 제한이 요청된다는 사실을 부인할 수 없기 때문이었다. 따라서 이러한 특수성을 가진 자들에게는 입법자가 이를 고려하여 이들의 기본권을 일반 시민과 국가 간의 통상적인 관계보다 좀 더 제한할 수 있는 근거를 마련해 주어야 한다는 주장이 제시되기도 하였다.

이러한 점에 비추어 볼 때 과거 특별권력관계이론을 부인하는 새로운 견해들의 주장은 법치주의의 예외·기본권적용영역의 예외로서의 특별권력관계라는 개념 자체를 부인하는 것이지, 특별권력관계가 포섭하고 있었던 개념범주 그 자체 - 가령 공무원·군인·수형자 등과 같은 특수한 지위에 있는 자들에 대한 기본권적용의 특수성 - 까지 부인하는 것은 아니었다는 점을 확인할 수 있다.¹⁹³⁾ 다만 이른바 특별권력관계라는 개념 대신에 공무원·군인·수형자 등과 같이 직무의 특수성에 따라 특수한 의무가 부과될 수 있는 자들을 어떠한 개념으로 설명할 수 있을 것인가에 대한 문제가 새롭게 제기된 것이었다.¹⁹⁴⁾

2. 특수신분관계와 기본권 주체성

193) *Detlef Merten*, *Blauer Dunst im Amt*, JuS 1982, 365(367).

194) *I. von Münch*, 앞의 책(주 4), Rn. 61.

(1) 특수신분관계이론의 등장

이러한 문제에 대한 해결방안의 하나로 특수신분관계라는 개념이 새롭게 등장하였다. 특수신분관계(特殊身分關係, Sonderstatusverhältnisse)란 일반국민과 국가의 통상적인 권리·의무 관계를 넘어 개인이 국가에 대해 보다 밀접한 관계를 가짐으로써, 특별한 의무를 발생시키거나 부분적으로 특별한 권리도 발생시키는 여러 형태들의 관계들을 종합적으로 표현하는 개념이라고 할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 특수신분관계이론은 이러한 특수신분관계의 본질이 국가권력에 대한 복종이라는 형식적 범주에 있다고 볼 수 없고, 각기 독특하고 고유 법칙성을 가진 생활관계라는 점을 강조한다. 따라서 특수신분관계에 있는 사람들의 지위는 획일적으로 정해질 수 없으며, 각각의 특수성을 고려해서 파악해야 한다고 설명한다.

특수신분관계이론은 헷세(K. Hesse)에 의해 전개되었다. 헷세는 과거의 특별권력관계이론은 일반권력관계와 대립되는 개념으로 특별권력관계의 본질을 명령과 복종에 근거한 것으로 파악하였다고 보았다. 헷세는 특별권력관계이론이란 지배주체로서의 국가와 복종의 주체로서의 개인을 전제로 하여 국가와 개인의 관계를 지배와 복종의 관계로 이해하던 과거의 이론으로, 오늘날의 민주적 헌법질서에서는 더 이상 그 존재이유를 찾을 수 없다고 비판하였다. 따라서 헷세는 특별권력관계 대신 특수신분관계라는 새로운 개념으로 특별권력관계이론을 재구성하였다.¹⁹⁶⁾

헷세에 따르면 특수신분관계에서는 특수한 성질의 자기법칙성이

195) W. Loschelder, 앞의 책(주 4), Rn. 298.

196) K. Hesse, 앞의 책(주 4), Rn. 322. ff.

존재하는 특수한 생활관계가 문제되며, 이러한 특수한 생활관계에서는 이로 인해 탄력적인, 좀 더 특수한 형태의 규율을 필요로 한다고 한다. 이러한 특수한 생활관계는 공동체의 생활에서 필수 불가결한 것이라고 한다. 따라서 특수한 생활관계에 대한 규율은 헌법의 영역 밖에서 존재하는 것이 아니라, 오히려 가령 공무원관계와 같이 헌법에 직접 근거하거나(기본법 제33조 제4항·제5항), 수형자관계와 같이 헌법에 전제된다고 한다(기본법 제74조 제1항 제1호). 한편 특수 신분관계를 구성하는 이러한 생활관계는 매우 다양한 형태로 존재하므로 통일적 의미의 특수신분관계란 존재하지 아니하며, 일반적인 국가와 국민의 지위와는 다른 공통된 특성을 가진 여러 상이한 특수신분관계의 형태들만이 존재한다고 한다.¹⁹⁷⁾

(2) 특수신분관계와 기본권

특수신분관계에서도 기본권의 제한은 불가피한 것으로 인정된다. 특수신분관계에 있는 사람들의 헌법상 지위가 아무런 제한 없이 유지된다면, 특수신분관계는 공동체생활을 위해 설정된 자신의 목적을 더 이상 달성할 수 없기 때문이다. 헤세는 기본권을 통해 근거되는 헌법상 일반적 지위를 특수신분관계에 모두 인정해 줄 경우 공동체 생활에서 특수신분관계를 통해 의도하는 과제를 충분히 달성하기 어려울 것이라고 보았다. 가령 공무원이 공무를 수행하는 과정에서 획득한 정보를 표현의 자유라는 이름으로 모두 공개한다거나, 교도소에 수감중인 수형자에게 교도소 내에서 집회의 자유를 허용하는 것이 그 예라고 설명한다. 따라서 오늘날 특수신분관계에서도 기본권의 제한은 불가피한 것으로 인정된다는 것이다. 다만 문제는 특수신분관계

197) K. Hesse, 앞의 책(주 4), Rn. 323.

에서 기본권의 제한을 인정할 경우, 그 제한의 근거와 한계를 어떻게 파악할 것인가에 달려 있다는 것이다.¹⁹⁸⁾

헷세는 특수신분관계에서 기본권 제한의 근거와 한계에 대해서는 다음과 같은 내용을 설명하고 있다. 우선 과거 특별권력관계이론에서와 같이 특수신분관계 자체를 근거로 기본권을 제한하는 것은 더 이상 정당화되지 않는다고 한다. 따라서 특수신분관계에서도 기본권의 제한은 오직 헌법에 규정된 일반 기본권제한의 요건에 따라서만 가능하다고 한다. 다만 특수신분관계에 부여된 특수성을 고려하는 가운데 그 제한의 범위가 정해져야 한다고 한다. 결국 특수신분관계에서의 기본권의 제한도 일반 국민의 기본권제한요건에 따라야 하며, 다만 기본권제한의 기준인 비례의 원칙을 심사하는 과정에서 특수신분관계의 설정목적·성질·기능 등의 특수성이 고려될 수 있다는 것이다.

특수신분관계에서 기본권 제한에 대해서 헷세는 특히 실제적 조화의 원칙(Prinzip praktischer Konkordanz)에 따른 해결책을 제시한다. 특수신분관계에서 기본권의 제한 문제가 발생할 경우, 한편으로는 특수신분관계에 있는 기본권 주체의 기본권이 전적으로 희생되어서는 아니 된다는 점, 다른 한편으로는 기본권의 무제한적 보장을 통해 특수신분관계에서 의도한 목적달성이 전적으로 희생되어서도 아니 된다는 점을 동시에 고려해야 한다는 것이다. 이 경우 실제적 조화의 원칙에 따라 양자의 법익이 최대한 유지될 수 있는 방안이 해결책으로 모색되어야 한다는 것이다.¹⁹⁹⁾

198) K. Hesse, 앞의 책(주 4), Rn. 324.

199) K. Hesse, 앞의 책(주 4), Rn. 325.

결국 헛세를 중심으로 전개된 특수신분관계이론에 따라 특수신분관계에서의 기본권제한 문제는 다음과 같은 내용으로 정리할 수 있다. 첫째, 특수신분관계에서의 기본권의 제한은 헌법에 적극적으로 규정되어 있든가 적어도 전제되어 있는 경우에만 가능하다는 점이다. 둘째, 특수신분관계에서의 기본권제한형식도 법률에 의하거나 법률에 근거해서만 가능하다는 점이다. 셋째, 특수신분관계에서의 기본권제한기준도 비례의 원칙에 따라야 한다는 점이다. 다만 구체적 심사과정에서 특수신분관계의 특수성이 고려될 수 있으며, 이 경우 실제적 조화의 원칙에 따른 해결방안이 제시될 수 있다. 넷째, 특수신분관계에서 기본권을 제한할 경우에도 해당 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 점이다. 다섯째, 특수신분관계에서의 기본권침해에 대해서도 일반적인 기본권침해와 마찬가지로 사법적 구제방법이 인정된다는 점이다.

3. 국내에서의 논의상황

(1) 학계의 경향

과거 독일에서 전개된 특별권력관계이론과 이에 대한 비판적 대안으로 제시된 특수신분관계이론에 대한 이러한 논의내용은 우리나라에서도 대체로 수용되고 있다. 이에 대한 국내 학계의 경향은 다음과 같이 정리할 수 있다.

1) 특별권력관계이론의 부인과 용어사용 문제

국내에서도 법치주의의 예외 따라서 기본권 적용영역의 예외에 해당되는 이른바 특별권력관계의 존재는 인정되지 않는다.²⁰⁰⁾ 이에 대

해서는 “특별한 법률원인에 의거하여 일정한 공법상의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 당사자의 한쪽이 포괄적으로 그 상대방을 지배하고, 그 상대방은 이에 복종함을 내용으로 하는 공법관계를 의미하는 특별권력관계로, 그 안에서는 법치주의가 적용되지 아니하며 특별권력관계에 있는 자는 기본권을 누리지 못한다는 내용의 과거 특별권력관계이론은 존재하지 않는다.”는 설명이 제시되기도 한다.²⁰¹⁾ 나아가 “현대민주국가에서는 헌법이 기본권을 보장하고 법치주의를 통치의 기본원리로 하고 있으므로, 공권력으로 말미암아 개인의 기본권이 침해된 경우에 그 침해행위가 특별권력관계에서의 행위라는 이유로 구제방법을 부인해서는 아니된다.”는 지적이 전개되기도 한다.²⁰²⁾

이와 관련해서 주목할 점은 기본권이 적용되지 않는 법치주의의 예외로 특별권력관계이론을 주장하는 견해는 찾아보기 어렵지만, 특별권력관계라는 용어 자체는 여전히 사용되고 있다는 점이다.²⁰³⁾ 이와 같은 태도는 바람직한 것이라고 볼 수 없다. 법치주의의 예외·기본권 적용의 예외로서 특별권력관계이론을 부정하면서 특별권력관계라는 개념을 사용하는 것은, 내용상 기존의 이론과 상당히 다른 차이점이 있다고 하여도 혼동될 수 있기 때문이다. 따라서 부득이 ‘특별권력관계’라는 개념을 사용할 경우에는 과거 특별권력관계이론의 주장내용과 구별하기 위해 ‘이른바 특별권력관계’ 또는 ‘소위 특별권력

200) 계획열, 헌법학(중), 149쪽 이하; 권영성, 앞의 책(주 1), 356쪽 이하; 김철수, 앞의 책(주 2), 357쪽 이하; 장영수, 헌법학, 홍문사 2007, 523쪽 이하; 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2009, 304쪽 이하; 이준일, 헌법학강의, 홍문사 2007, 393쪽 이하; 홍성방, 헌법학, 현암사 2009, 363쪽 이하.

201) 김철수, 앞의 책(주 2), 357쪽.

202) 권영성, 앞의 책(주 1), 359쪽.

203) 가령 권영성, 앞의 책(주 1), 356쪽 이하.

관계'라고 나타내는 것이 바람직하다고 할 수 있다.²⁰⁴⁾

한편 우리의 학계에서는 이른바 특별권력관계라는 개념을 사용하지 않는 경우에도 공무원·군인·수형자 등과 같이 일반 국민과 특별한 지위에 있는 사람들의 문제를 새롭게 구성하는 내용에 대해서, 대체로 '특수신분(지위)관계'라는 개념이 사용되고 있음을 확인할 수 있다.²⁰⁵⁾ 과거의 특별권력관계이론을 부인하고 이른바 특별권력관계에 해당되던 기본권주체들의 기본권제한문제를 독일에서 제시된 특수신분관계이론에 따라 판단하는 것이 국내의 일반적 견해라면, 국내 학계의 태도와 같이 이른바 특별권력관계 대신 특수신분관계라는 용어를 사용하는 것이 더 바람직하다고 생각된다.

2) 특수신분관계에서의 기본권 적용문제

독일의 경우와 마찬가지로 우리의 학계에서도 공무원·군인·수형자 등과 같이 특수신분관계에 해당하는 자들에 대해서도 기본권은 적용된다는 점에 대해서는 견해가 일치한다. 즉 특수신분관계에 있는 자들의 기본권주체성을 부인하는 견해는 존재하지 않는다. 나아가 특수신분관계에 있는 자들에 대한 기본권 제한도 헌법에 근거하고 일반 기본권제한의 요건에 따라야 하며 이에 대한 사법적 통제가 인정된다는 점에 대해서도 견해가 일치한다.²⁰⁶⁾

204) 허 영, 한국헌법론, 284쪽.

205) 특수신분관계라는 개념을 사용하는 견해는 계획열, 앞의 책(주 40), 150쪽 이하; 김철수, 앞의 책(주 2), 358쪽 이하; 성낙인, 헌법학, 365쪽 이하; 이준일, 앞의 책(주 40), 393쪽; 장영수, 앞의 책(주 40), 524쪽; 정종섭, 앞의 책(주 40), 304쪽 이하; 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사 2009, 484쪽 이하.

206) 이상 권영성, 앞의 책(주 1), 357쪽; 김철수, 앞의 책(주 2), 358쪽; 장영수, 앞의 책(주 40), 524쪽; 정종섭, 앞의 책(주 40), 305; 이준일, 앞의 책(주 40), 393쪽 등 참조.

한편 특수신분관계에서 기본권이 적용되나 이와 동시에 특수신분관계에 있는 자들에 대한 기본권제한의 필요성도 요청된다는 점을 주목할 필요가 있다. 이와 관련하여 특수신분관계에서 기본권제한의 필요성과 기준에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 가령 군인·수형자 등과 같이 특수신분관계가 법률에 의하여 강제적으로 성립된 경우에는 헌법에 그에 관한 근거가 있어야만 기본권의 제한이 가능하나, 공무원·재학생 등과 같이 당사자 간의 합의에 따라 성립한 경우에는 최소한 법률에 그에 관한 근거가 있어야 기본권의 제한이 가능하다는 견해가 있다.²⁰⁷⁾ 다만 특수신분관계에 대한 기본권 제한의 경우에도 그 기본권의 제한은 특수신분관계 설정의 목적달성을 위한 합리적인 범위 내의 것이어야 하며, 이에 대한 기본권제한은 기본권제한에 관한 일반적 원칙이 준수되어야 한다는 점에 대해서는 대체로 견해가 일치하고 있다.²⁰⁸⁾

결국 특수신분관계에서의 기본권 적용문제도 비록 이론적으로 활발하게 논의되지는 못했지만, 독일에서 헛세를 중심으로 전개되었던 특수신분관계이론에서 제시된 기준과 요건의 내용과 크게 다르지 않음을 확인할 수 있다.

(2) 판례의 태도

우리 학계에서 전개된 이러한 논의내용들은 판례의 태도에서도 대

207) 권영성, 앞의 책(주 1), 357.

208) 계희열, 앞의 책(주 40), 151쪽; 김철수, 앞의 책(주 2), 358쪽; 장영수, 앞의 책(주 40), 524쪽; 정종섭, 앞의 책(주 40), 306쪽; 이준일, 앞의 책(주 40), 394쪽 참조.

체로 유사하다고 할 수 있다. 우리의 판례도 법치주의의 예외·기본권적용의 예외로서 이른바 특별권력관계이론을 부정하고 있으며, 군인·공무원·수형자 등의 특수신분관계에서의 기본권 적용을 원칙적으로 인정하며 다만 특수신분관계 설정의 특수성 등을 고려하여 기본권 제한의 가능성을 설명하고 있다. 이에 대한 대표적인 판례들을 소개하면 다음과 같다.

우선 대법원은 “특별권력관계에 있어서도 위법·부당한 특별권력의 발동으로 말미암아 권리를 침해당한 자는 행정소송법 제1조에 따라 그 위법한 처분의 취소를 구할 수 있다.”라고 하여,²⁰⁹⁾ 이른바 특별권력관계에서의 권리침해에 대한 사법적 구제 가능성을 인정하고 있다. 다만 대법원은 아직까지도 특별권력관계라는 개념을 그대로 사용하고 있다는 점을 지적할 수 있다.²¹⁰⁾

한편 헌법재판소는 구속된 피의자의 수갑 및 포승시용 위헌확인에 대한 헌법소원심판절차에서 “... 과거에는 특별권력관계의 속성을 중시하여 수용자의 기본권을 소홀히 하고 수용자를 교정행정의 객체로 파악하는 경향이 짙었으나, 오늘날은 수용자도 일반 국민과 같이 헌법상 보장된 기본권의 한 주체로 보고 있다. 따라서 구금으로 인하여 불가피하게 발생하는 기본권제한은 법률로써만 가능하고, 기본권을 제한하더라도 본질적인 내용은 침해할 수 없으며 구금 그 자체로 인하여 발생하는 기본권제한 이외에 다른 고통이나 제재를 가해서는 안된다.”라고 하여,²¹¹⁾ 특수신분관계에 속해있는 수용자에 대해서도

209) 대법원 1982. 7. 27 선고 80누86.

210) 가령 대법원 1998. 10. 09 선고 97누1198; 1991. 05. 28 선고 91도 159; 1991. 05. 10 선고 90다 10766; 1991. 04. 23 선고 89누2103 등 참조.

211) 헌재 2005. 5. 26, 2001헌마728, 판례집 17-1, 709(724) 참조.

기본권이 적용되며, 기본권의 제한에 관해서는 기본권제한의 일반원칙이 적용된다는 점을 분명히 밝히고 있다.²¹²⁾

한편 헌법재판소는 수형자의 서신검열에 대한 헌법소원심판절차에서 “... 미결수용자의 서신에 대한 검열에 있어서는 그것이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 ‘필요한 경우’에 해당하는지, 그리고 그 검열이 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것인지의 여부가 문제로 된다. ... 미결수용자에 대한 서신검열이 허용된다고 하더라도 통신의 비밀을 보호하려는 헌법정신에 따라 그 검열은 합리적인 방법으로 운용되어야 하고 검열에 의한 서신 수발의 불허는 엄격한 기준에 의하여야 하며 또 서신내용의 비밀은 엄수되어야 할 것

212) 나아가 헌법재판소는 구구사용행위 위헌확인에 대한 헌법소원심판절차에서 “... 징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 벌금을 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자의 경우 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며 형사피의자 또는 형사피고인은 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 경우 법관이 발부한 구속영장에 의하여 교도소, 소년교도소 또는 구치소에 미결수용자로서 구금된다(행형법 제1조, 제2조, 제3조). 이에 따라 이들은 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되며 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 이러한 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 더구나 미결수용자의 경우 헌법 제27조 제4항에 의하여 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 형사절차에서 필요한 최소한의 불이익만을 입도록 할 필요성은 형이 확정된 경우에 비하여 더욱 크다고 할 수 있다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 된다.”라고 판시한 바 있다. 헌재 2003. 12. 18, 2001헌마 163, 판례집 15-2(하), 562(574쪽 이하).

인바, 교도관집무규칙 제78조와 재소자계호근무준칙 제284조 등은 서신검열의 기준 및 검열자의 비밀준수의무 등을 규정하고 있으므로, 그와 같은 제도하에서 운용되는 서신검열로 인하여 미결수용자의 통신의 비밀이 일부 제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수는 없다 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.²¹³⁾ 이러한 원칙에 따라 헌법재판소는 수형자와 같은 특수신분관계에 있는 자들의 기본권 보장과 그 제한의 기준을 밝히고 있다.²¹⁴⁾

한편 헌법재판소는 특수신분관계의 하나인 학생관계에 대한 문제에 대해서도 “... 초·중등교육법 제20조 제3항은 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생 또는 원아를 교육한다고 규정하고, 제18조 제1항은 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다고 규정하며, 동법시행령 제31조 제7항은 학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정들의 취지에 의하면 비록 체벌이 교육적으로 효과가 있는지에 관하여는 별론으로 하더라도 교사가 학교장이 정하는 학칙에 따라 불가피한 경우 체벌을 가하는 것이 금지되어 있지는 않다고 보여진다. 그러나 어떤 경우에 어떤 방법으로 체벌을 가할 수 있는 지에 관한 기준은 명확하지

213) 헌재 1995. 7. 21, 92헌마144, 판례집 7-2, 94(104쪽 이하).

214) 헌재 1998. 8. 27, 96헌마398, 판례집 10-2, 416쪽 이하; 2005. 2. 24, 2003헌마289, 판례집 17-1, 261쪽 이하 등도 참조.

않지만 대법원은 징계행위는 그 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어선 것이라면 정당한 행위로 볼 수 없다라고 판시(대법원 1990. 10. 30. 90도1456 판결)함으로써 그 기준을 일응 제시하고 있다.”라고 하여,²¹⁵⁾ 학생에 대한 교사의 체벌을 인정하고 있다.²¹⁶⁾

결국 이러한 내용을 바탕으로 우리의 판례도 법치주의의 예외·기본권적용의 예외로서 이른바 특별권력관계이론을 부정하고 있으며, 군인·공무원·수형자 등의 특수신분관계에서의 기본권 적용을 원칙적으로 인정하며 다만 특수신분관계 설정의 특수성 등을 고려하여 기본권 제한의 가능성을 설명하고 있다는 점을 확인할 수 있다.

IV. 결론

특수신분관계에서의 기본권 주체성에 대한 위와 같은 논의 내용의 결과는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 법치주의의 예외이자 기본권 적용의 예외를 인정한 과거 특별권력관계이론은 오늘날의 상황에서 더 이상 존재할 수 없다. 모든 국가권력이 법의 적용을 받고 객관적 가치질서의 구성요소의 하나인 기본권의 효력을 고려할 때, 법이 적용되지 않는 나아가 기본권이 적용되지 않는 특별권력관계란 개념은 존재할 수 없기 때문이다.

215) 현재 2000. 1. 27, 99헌마481, 판례집 12-1, 90(95쪽 이하).

216) 그러나 이러한 태도에 대해서는 “체벌은 고문과 마찬가지로 절대적으로 금지된 제약행위로 이해되므로 어떠한 경우에도 정당한 징계행위로서 정당화될 수 없다.”는 비판이 가해지기도 한다. 이준일, 앞의 책(주 40), 394쪽.

둘째, 공무원·군인·수형자 등과 같이 업무수행의 특수성으로 인해 일반국민과 국가 간의 관계와는 좀 더 다른 권리와 의무가 부과되는 자들의 기본권적용에 대한 특수신분관계라는 개념으로 설명할 수 있다. 그러나 이러한 특수신분관계에 있는 자라도 앞에서 살펴본 것과 같이 기본권은 당연히 적용된다는 점을 주의할 필요가 있다. 다만 특수신분관계에 있는 자들의 특수성을 고려하여 기본권 제한의 필요성이 좀 더 존재할 뿐이다.

셋째, 특수신분관계에 있는 자들에 대한 기본권의 제한에서도 일반 기본권제한의 원칙들이 그대로 적용된다. 따라서 이들에 대한 기본권의 제한은 헌법에 근거를 두고 있어야 하며 법률의 형식으로만 제한이 가능하다. 그밖에도 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 기본권제한의 일반원칙들이 그대로 적용된다. 가령 특수신분관계에서의 기본권 제한도 비례의 원칙에 반하지 않아야 하며 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다.

결론적으로 오늘날 특수신분관계에 있는 자들도 예외 없이 헌법상 기본권이 보장된다는 점에서, 특수신분관계에서의 기본권과 관련된 문제는 기본권주체의 문제가 아니라 기본권제한의 문제라고 설명해야 할 것이다.

제4장 법인의 기본권주체성

자연인이 기본권의 주체가 된다는 점에 의문이 있을 수 없다. 외국인이나 무국적자의 경우 기본권의 성질에 따라, 즉 인간의 권리에 해당하는 기본권의 경우 그들도 기본권의 주체가 된다. 외국인이나 무국적자에게 허용된 기본권에 대한 침해가 발생할 경우 이에 대한 구제수단인 절차적 기본권은 당연히 보장되어야 한다.

법인은 법의 세계에서 만들어진 사람이다. 인간의 의사 및 활동영역을 확대하기 위해 법적 인간인 법인이 창조되었다. 기본권이 자연인에게 허용된다면, 법적 사람인 법인에게도 기본권이 허용되어야 하는 문제가 제기된다. 법인 외에도 다양한 형태의 인적단체가 존재하는데, 이들에게 기본권을 향유케 할 것인가가 문제된다. 법인이나 단체의 기본권주체성 문제이다. 또한 법인은 그 형태가 다양한데 그 중 공법인의 기본권 주체성이 문제된다. 공법인은 국가적 업무를 수행하도록 공법 영역에서 만들어진 단체이다. 이러한 공법인은 기본권 실현자의 지위를 지니고 있어 기본권의 향유자로 보기 어려운 점이 있다. 이들의 기본권주체성을 정리할 필요가 있게 된다. 동시에 외국법인과 공사혼합법인의 경우 이들을 단순히 법인목록에서 함께 다루기에는 그들이 지닌 특성이 너무 커서 별도로 접근되어야 한다.

제1절 법인의 기본권주체성 일반론

I. 법인과 기본권

1. 서론

(1) 법인은 법의 세계에서 인정된 사람이다. 개인 간의 재산문제를 주로 다루는 민법영역에서 자연인 외에 법인을 만들고, 이 법적 사람으로 하여금 인간의 활동을 편리하게 하여주고, 인간의 활동영역을 확대시켜주며, 인간을 대신하여 인간이 추구하는 일들을 수행하도록 하고 있다. 예를 들면 개인 재산을 일정한 목적에 영속적으로 사용되도록 하기 위해 재단이 만들어지며, 개개인이 할 수 없는 일을 법인이나 단체와 같은 조직을 통해 수행하도록 함으로써 자연인의 의사나 활동영역을 확대시키고 있다. 이러한 법인이나 단체의 기능과 중요성은 긴 설명이 필요 없을 정도로 자명하다고 하겠다. 특히 현대에서는 법인이나 단체의 놀라운 활동은 인류에게 많은 발전을 가져다 주었고, 특히 경제분야에서의 그들의 활동은 예상 그 이상의 성과를 나타내고 있다. 개인에 대한 기본권보장문제가 성숙하게 되자, 그 동안 관심대상 밖에 있던 법인의 기본권주체성에 대하여 헌법적 시선이 모아지게 되었다.

(2) 오늘날 법인의 기본권향유주체성이 당연한 것으로 받아들여지고 있지만, 처음부터 그랬던 것은 아니다. 유럽에 기본권사상을 처음으로 가져다 준 불란서 혁명은 법인이나 단체에 대하여는 부정적 입장을 나타내었다. 이 이후에도 법인이나 단체에 비우호적인 분위기는 더욱 확대되었다고 할 수 있다. 이는 '중간적 이해관계'가 국가와 시

민사이에 개입되는 것을 허락할 수 없었기 때문이다. 불란서 대혁명 이후의 자유주의 역시 인적 결합체에게 권리를 보장하는 것에 대하여 소극적 입장을 보이게 된다. 이는 기본권은 '윤리적 인간 (moralischen Personen)'에게 부여되는 것이라는 생각에 기초하고 있기 때문이다. 그렇기에 법인의 기본권주체성을 처음으로 긍정한 독일 기본법 제19조 제3항이 만들어지기 전인, 바이마르 헌법은 법인의 기본권에 대하여 침묵하고 있었다. 당시의 헌법학은 법인의 기본권주체성에 관한 많은 다툼이 존재했었으나, 다툼이 존재한 것만큼이나 법인의 주체성이 실질적인 중요성을 지니지 못했다. 이는 자유주의 법치국가에서 기본권이란 원칙적으로 '고립된 개인과 국가'사이의 Antithese일 뿐이기 때문이다.²¹⁷⁾

(3) 기본권능력의 법인에 대한 확대, 즉 법인에 대한 기본권주체성의 허용은 원래의 기본권 주체인 인간 이외의 법인에게 기본권주체성을 긍정함으로써 기본권의 새로운 차원을 개척하였다고 할 수 있다. 기본권의 성질²¹⁸⁾에 따라 법인에게 적용될 수 있는 한 법인은 기본권의 주체가 될 수 있다고 하는 독일 기본법 제19조 제3항은, 기본권에 대한 전통적인 헌법입장에서 볼 때 획기적인 것이라 할 수 있다. 이는 국가와 개인의 엄격한 이원주의, 즉 국가이외의 조직에게 일정한 여지나 공간을 주지 않으려는 헌법적 전통에서 벗어나는 것이기 때문이다.²¹⁹⁾

217) W. Rübner, Zur Bedeutung und Tragweite des Artikel 19 Abs. 3 des G.G., in : AöR 89, S. 262.

218) 성질이란 Wesen의 번역어인데 Wesen은 본질이란 말로 통상 사용된다. 독일 기본법 제19조 제2항은 기본권의 본질적 내용(Wesensgehalt)에 대한 보장을 두고 있고, 기본권의 Wesen에 따라 법인에게 적용된다고 할 때 Wesen은 본질보다 성질로 사용되는 것이 타당하다고 보아, 성질로 통일한다.

219) Josef Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in :

2. 법인의 기본권주체성이 헌법에 처음으로 나타날 때까지의 과정

법인의 기본권보장을 처음으로 명문으로 규정한 것은 1945년에 제정된 독일 기본법이라 할 수 있는데, 그 때까지 법인의 기본권주체에 관한 독일에서의 논의를 간략하게 살펴보기로 한다.

(1) 법인의 일반적 기본권 향유주체성에 관해 처음으로 문서화한 것은 독일 기본법이라 할 수 있다. 독일 기본법 제19조 제3항은, 이전 헌법과 달리, 법인의 기본권 주체에 대한 명문의 규정을 두었다. 이는 기본권의 전통적 이해로부터의 반전이 될 수 있고, 중간적 권력인 사회단체에 대하여 적대적이었던 기본법의 轉向(Abkehr)이라고 할 수 있다.²²⁰⁾ 일찍이 독일에서도 몇몇 기본권은 법인에게 인정된바 있다. 1849년 독일 제국헌법 제159조나 1850년 프로이센 헌법 제32조는 법인에게 청원권과 재산권을 인정한바 있다.

(2) 바이마르 헌법은 법인의 기본권 주체성에 대해 명시적 언급은 없었으나, 법인에게 청원권과 소원권의 주체성이 긍정되었다.²²¹⁾ 당

J. Isensee/P.Kirchhof, HSBV V, 2. Aufl, 2000, Rn 1.

220) 법인이나 단체에 대한 기본권보장을 두고, 19세기 사회는 국가로부터의 보호 및 자율의 확보의 2분 구도이지만, 20세기 사회구도는 국가, 개인, 단체의 3분 구도를 지니고 있다고 하는 견해가 있다(권영성, 법인의 기본권주체성에 관한 한 시론, 서울대학교 법학 제35권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1994, 97면). 이에 대하여 법인이나 단체에 기본권을 허용한다고 하여 기존의 2분구도가 3분구도로 변한 것으로 볼 수 없다는 이론이 있다(Isensee, a.a.O., Rn7). 후술하겠지만, 변한 것으로 보기 어렵다고 하여야 한다.

221) 바이마르 헌법은 아무런 규정을 두지 않았으나, 주 헌법 중에는 유일하게 바이에른 헌법이 제93조 제1항에서 법인의 기본권주체성을 규정하였다(A. von Mutius, Bonner Kommentar G.G., Art.19 Abs.3 Rn 4).

시 지배적인 입장인 법실증주의는 자연인과 법인 모두에게 그 주체성을 긍정한 반면, C. Schmitt는 법인의 기본권 주체성을 부정하는 입장을 보인 바 있다.²²²⁾ 그러나 관례나 학설은 일반적으로 법인의 청원권, 재산권을 긍정하였다. 바이마르 헌법은 기본권을 이원주의 입장에서 이해하였다고 할 수 있다. 바이마르 헌법 당시에도, 교회와 같은 특정 헌법영역 내에서만 법인에 대한 법적 보장이 허용되었고, 다른 모든 영역에서는 개인만이 자유와 권리를 향유할 수 있었으며, 법인은 이러한 권리에서 제외되었다고 보는 것이 지배적 견해였다. 그 후 독일기본법은 제19조 제3항에서 법인의 기본권 주체성에 관한 일반조항을 두면서, 법인의 기본권주체성을 긍정하고 있다. 독일기본법 제정 당시, 법인이 향유하는 기본권을 구체적이고 개별적으로 규정할 것인가, 아니면 일반적으로 규율할 것인가에 관해 논란이 있었으나, 법인의 기본권보장을 좀 더 확대보장하기 위한 일환으로 일반적 규율방법을 선택하게 된다.²²³⁾

(3) 독일 기본법 제19조 제3항은 기본권의 성질에 따른 제한이 유보되어 있지만, 광범위하게 법인의 기본권 주체성을 긍정한 것으로 해석된다. 그러나 기본권이 법인에게 적용되는 경우에도 순수한 인권의 성질을 지니는 기본권은 제외되고 논의되어야 한다. 또한 법인은 그 목적범위 내에서만 의사능력과 행위능력이 허용되기에, 그 목적범위 내에서만 고유한 기본권을 향유하게 된다. 법인의 기본권주체성을 논함에 있어 독일과 우리나라는 접근방법에 차이가 있을 수밖에 없다. 독일에서의 논의는 실정 헌법에서 직접 법인의 기본권주체성을

222) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 173(칼 슈미트 역시 기본권은 자연인에게만 인정되는 순수한 인권이기에 법인의 기본권주체성을 부정하였다).

223) W. Rüfner, a.a.O., S. 264.; 기본법제정당시의 논란에 관해 자세한 내용은, A. von Mutius, a.a.O., Rn 4 ff.

언급하고 있기 때문에, 왜 법인에게 기본권 능력이 인정되는가 라는 시각에서의 논의는 그다지 존재하지 않고, 법인의 기본권 능력의 존재를 당연한 전제로 하는 위에서 그 의의를 검토한다고 하는 형태를 취하고 있다.

3. 일본에서의 법인의 기본권주체성에 관한 논의의 전개²²⁴⁾

(1) 학설의 입장²²⁵⁾

일본에서의 법인의 기본권주체성 향유문제는, 법률은 다양한 단체에 법인격을 부여하고 있는데, 이러한 법인은 헌법상의 인권향유의 주체로 충분한지, 만일 인권 향유주체로 적절하지 않다면, 그 범위, 정도는 어떠한지 등에 관한 것을 중심으로 '법인의 인권론'으로 주로 논의되어 왔다. 인권이 무릇 인간의 자연적, 본질적인 가치(인간의 존엄)에 기초한 권리·자유라면, 실정법상의 제도상의 존재인 법인은 그대로는 인권의 주체가 될 수 없다. 일본 헌법학은 제2차 세계대전 전부터 법인에 관하여 '특별한 이유가 없는 한, 자연인과 같은 취급을 한다.'는 입장을 보인바 있고, 제2차 세계대전 후 학설이나 판례는 법인 또는 단체에 대한 인권규정의 적용을 '사물의 성질상 그것이 가능한 한, 적용되어야 한다.'고 하여 왔다.

(가) 초기의 학설

학설은, '그 효과가 자연인에 귀속한다.'는 것을 근거로, 법인을 권리주체로서 인정하는 자연인 환원설(宮澤)이나, 인권의 주체를 문자

224) 본 논문의 학문적 기초가 독일 기본법 제19조 제3항에 관한 연방헌법재판소 판례나 학자들의 논의를 기본으로 하고 있고, 그러한 논의 내용이 본문 여러 곳에서 나타나기 때문에, 일본에서의 논의만 간략하게 소개하고자 한다.

225) 大久保 史郎, 인권의주체, 체계헌법사전, 2008, 399-407면 참조

그대로 자연인에 한정하여 법인의 권리주체성을 부정하는 부인설(覺道²²⁶)이 주창되었다. 그러나 '법인이 사회에 있어서 자연인과 같은 활동실체이고, 현대사회에 있어서 중요한 구성요소일 것'을 이유로, 영리기업을 포함하는 법인 일반에 인권향유주체를 인정하는 실재설이 통설이었다. 통설은 비교 헌법적 근거로서, 독일 기본법 제19조 3항의 '기본권은 그 성질상 내국법인에 적용된다.'는 명문규정을 가진 독일의 학설과 판례이론이나, 미국의 '법인'에 대한 평등보호조항 혹은 Due Process 조항의 적용을 인정하는 판례이론을 받아들였다. 특히 독일에서 초기에 지지를 얻은 인적 기초 또는 인적 실체를 기초로 법인의 기본권주체성을 인정한 이론에 영향을 받았다고 보여진다. 또한 미국에서는, 단체를 끝까지 개인의 집합체로서 간주하고, 그 나라 특유의 개인주의적 결사 관 내지 단체관에 많은 영향을 받았다고 할 수 있다.

(나) 사회적 실재설

① 통설은, 법인이나 단체는 사회적 실체를 가지고 있고, '현대사회에 있어서 중요한 구성요소'인 것으로부터, 법인의 인권향유 주체성을 인정하고 있다. 더 나아가 법인이나 단체에 인정되어지는 인권의 범위나 정도를 인권의 성질이나 법인의 목적 및 성격에 의하여 결정하는 논리구성을 채택하고 있다. 판례도 동일한 입장이라고 할 수 있다.

② 따라서 '자연인 고유의 것' 혹은 '성질상 단체에 대한 보장에

226) 가쿠토 교수는, '법인은 원래 개인이 기본적 인권을 향수하는 데 있어서 필요한 법적인 기술로서 법률상 생각해낸 것이고, 개인의 기본적 인권으로서의 집회·결사의 자유 및 재산권을 보장하기 위하여 설치된 제도로, 법인 자체가 개인과 마찬가지로 기본적인 인권의 주체라고 생각할 필요는 없다.'고 하여 법인의 주체성을 부정하는 입장이다(覺道豊治, 헌법, 1979, 203면).

적합하지 않은 것'은 법인에게 적용되지 않게 된다. 생명·신체에 관계하는 자유·생존권, 내심의 자유, 또는 선거권·피선거권 등이 이에 속한다. 반면 재산권, 영업의 자유, 거주 이전의 자유 등의 경제적 자유는 법인에게 당연히 보장되었고, 법 아래의 평등, 명예권, 통신의 비밀, 청원권, 국가배상청구권, 재판을 받을 권리 역시 법인에게 적용되었다.

③ 일본의 이러한 입장, 즉 사회적 실재설로부터 직접 법인의 기본권주체성을 긍정하는 이론적 전개는, 독일이나 미국과는 차이가 있다고 할 수 있다. 법인이나 단체의 기본권주체성 논의는 법인의 인권론으로 이해하다가 법인이나 단체의 권리론으로 변경된다.

(2) 판례의 입장

(가) 八幡製鐵政治獻金(야하타 제철 정치헌금) 사건²²⁷⁾.

① 위 판결은, 회사의 정치헌금을 둘러싼 대표임원 등의 충실의무 위반을 묻는 주주대표소송에 대한 판결이다. 최고재판소는, '회사는 자연인과 동일하게, 국가, 지방공공단체, 지역사회 그 외 구성단위인 사회적 실재'이고, '재해구원 자금의 기부, 지역사회에의 재산상의 봉사, 각종 복지사업에의 자금면에서의 협력 등'과 동일하게, '회사가 정당에 정치자금을 기부하는'것은, '사회적 실재로서의 당연의 행위로 기대 또는 요청되는 행위이다'라고 한 다음, 회사는 납세자인 입장에 있어서, 의사표명 기타 행동이 가능하고, '헌법 제3장에서 정하는 국민의 권리와 의무의 각 조항은, 성질상 가능한 한, 국내 법인에게도 적용되는 것으로 해석해야 하기 때문에, 회사는 자연인인 국민과 동일하게 국가나 정당에 특정의 정책을 지지, 추진하고 또는 반대하

227) 最大判1970[昭和45]6·24 民集24卷6号625頁.

는 등의 정치적 행위를 행하는 자유를 가진다.’고 판시했다. 계속해서, ‘정치자금의 기부도 틀림없이 그 일의 일환이며’, ‘자연인인 국민에 의한 기부와 다르게 취급해야 할 헌법상의 요청이 있는 것도 아니다.’고 한다.

② 이렇게 최고재판소는, 회사의 사회적 실재성을 논거로 법인이 헌법상의 권리를 가능한 한 넓게 향유하며, 정치적 행위를 행하는 자유를 가진다는 것을 분명히 하는 한편, 그것이 ‘국민의 정치 의사 형성에 작용하는 것에서도 반드시 차이를 둘 필요가 없다고 하였고’, 대기업에 의한 거액의 기부가 초래하는 금권 정치의 폐해에 대해서는, ‘입법정책을 기다려야 된다’고 한다.

③ 위 판결은, ‘헌법 제3장에서 정하고 있는 국민의 권리 및 의무를, 각 조항은 성질상 가능한 한 내국의 법인에게도 적용 시키는 것으로 해석해야 한다.’고 판시하고, 그 전제를 회사가 ‘자연인과 같이, 국가, 지방공공단체, 지역사회’등의 ‘구성단위인 사회적 실재’일 것을 요구하고 있다고 할 수 있다.

(나) 三菱樹脂 사건²²⁸⁾

미쓰비시 수지사건에서 법인이나 단체를 ‘헌법상의 권리일반의 주체로 보는 것’에 따라, 법인이나 단체와 개인과의 사이의 헌법상 권리의 대립은 인권규정의 사인간 적용의 문제로서 취급되어 졌다. 최고재판소의 미쓰비시 수지 사건 판결은, 헌법 제19조, 제14조의 ‘각 규정은, 제3장의 다른 자유권적 기본권 규정의 보장규정과 동일하게, 국가 또는 공공단체의 통치행위에 대해, 개인의 기본적 자유와

228) 最大判1973[昭和 48] · 12 · 12 民集27卷11号1536頁

평등을 보장하는 목적에 생긴 것이며, 오로지 국가 또는 공공단체와 개인의 관계를 규율하는 것이고, 사인 상호관계를 직접규율 하는 것을 예정하는 것은 아니다'라고 판시하였다. 계속해서 회사는 헌법 제 22조, 제29조 등을 기초로 경제 활동의 자유의 권리주체는 기업자이며, 제19조 사상·양심의 자유의 주체인 자연인과 헌법상 동격으로 자리매김 됨으로, 양자가 대립한 경우의 '조정, 근대 자유사회에 있어서는 원칙적으로 사적자치에 위임되었다'고 한다. 그리고 이 원칙은 '상호 사회적 권력관계의 차이로부터, 한쪽이 다른 한편에게 우월하고, 사실상 후자가 전자의 의사에 복종되어야 하는 경우'에도 변하지 않는다 하여, 회사가 계약체결의 자유에 의해 특정의 사상이나 신조를 가지는 자를 그 이유를 들어 고용하기를 거부하여도 그것은 당연 위법으로 되는 것은 아니며, 헌법 제14조나 제19조에 반한다고는 말할 수 없다고 하였다.

(다) 1980년대 사건(산케이 신문, 자위대군인사 사건)

1980년대 전반의 2개의 최고재판소 판결에 의해, 회사는, 헌법상 자연인과 동급의 인권주체로서 경제적 자유와 정치적 자유를 향유할 수 있는 헌법상의 실재로 되었다.

① 산케이 신문사건²²⁹⁾

1980년대에 들어서, 개인의 명예의 보호(제13조)와 표현의 자유(제 21조)의 조정이 쟁점으로 된 산케이 신문의견 광고사건의 최고재판소 판결은, 피해자가 개인인 경우와 법인 또는 권리 능력 없는 사단, 재단인 경우에 따라 특히 차이를 설정해야 하는 것은 아니라고 판시하며, 양자의 사이에 있어서 헌법상의 권리의 대립을 사인 상호의 관계라고 간주하여, 명예훼손 및 사전청구가 인정되지 않는 사안인 것은 처음부터 반론문 게재청구는 인정되지 않는다 하였다.

229) 最大判1987[昭和62]·4·24 民集41卷3号490頁

② 自衛隊 軍人사건 230)

자위대 군인 사건 최고재판소 판결에서는, 종교법인(호국신사)에게 인정되어지는 종교행위를 행할 자유가 개인의 신앙의 자유에 대항할 수 있는 헌법상의 위치를 점하게 되며, 이 합신(다른 두 신을 하나의 신사에서 제사 드리는 것)에 대한 후자(개인)로부터의 손해배상이나 사전금지 청구는 오히려 상대방(종교법인)의 신교의 자유를 방해하는 결과가 된다고 하여, 종교법인에 대한 종교적 관용이 허용되어야 한다고 하였다.

(라) 단체과 구성원의 인권

법인의 인권 관례는, 법인이나 단체의 내부관계, 특히 단체와 그 구성원과의 관계를 둘러싼 사안에 있어서, 법인의 목적과 행위와 구성원의 권리·자유와의 대립·긴장에 관하여, 헌법판단이 행해졌다.

① 國勞 廣島地本 사건 판결²³¹⁾

히로시마 공무원노조사건은 특정정당에의 기부 및 정당활동에의 자금 등에 관한 임시조합비의 납입 의무에 관해서, 다양한 조합활동의 내용·성질과 '조합원에 구하는 협력의 내용·정도·태양 등을 비교 형량하여, 다수결원리에 기초한 조합활동의 실효성과 조합원의 기본적 이익의 조화라는 관점에서, 조합의 통제력과 그 반면으로서의 조합원의 협력의무의 범위에 합리적인 한정을 가할 필요가 있다.'고 판시하여, 단순한 정치투쟁이나 정당지지 활동의 자금각출에 관해, 조합원의 협력의무를 부정하고, 조합의 상호협력이나 비처분자의 지원·구원자금에 관해서는 이것을 긍정했다.

230) 最大判1988[昭和63]·6·1 民集42卷5号277頁

231) 最大判1975[昭和50]·11·28 民集29卷10号1698頁

② 南九州 税理士會 사건 판결²³²⁾

납규수 세무사회사건에서는, 강제가입단체인 세무사회는 구성원인 회원에는, 다양한 사상·신조 및 주의·주장을 갖는 사람이 존재하는 것이 당연히 예정되어, 정치헌금은 선거에 있어서 투표의 자유와 표의를 이루는 것으로, 회원 각자가 시민으로서 개인적인 정치적 사상, 의견, 판단 등에 기초하여 자주적으로 결정할 사안으로 이것을 다수결 원리에 의해 단체의 의사로서 결정하고 구성원에게 그 협력을 의무지우는 것이 불가능 하다고 했다.

③ 비슷한 강제가입단체의 사안인 群馬 司法書士 사건에서, 지진재해복구 각출금의 회원부담이 문제가 됐다. 제1심 판결은²³³⁾, 각출이 윤리적, 인도적 견지로부터 옳다 하여도, 그 각출방법을 포함하여, 구성원의 자기의 양심에 기해 결정해야 하는 사안이기 때문에 모임의 목적 외의 활동으로 간주했다. 그러나 고등법원 판결²³⁴⁾은, 사법서사회의 목적을 수행하는 위에 직접 또는 간접적으로 필요한 범위에서, 사법서사제도에 관련하는 사항에 관한 조사, 연구, 연수, 관계단체나 관계조직에 작용하여, 업무의 제휴, 협력, 원조 등은 활동범위에 포함되며, 회원의 정치적, 또는 종교적 입장이나 신조에 대한 영향이 직접 그리고 구체적인 듯한 특단의 사정이 인정되지 않는 한, 회원의 협력 의무를 과할 수 있다. 최고재판소 판결²³⁵⁾도, '목적을 수행하는 위에, 직접 또는 간접으로 필요한 범위에서, 다른 사법서사회와의 사이에 업무 기타에 관해서 제휴, 협력, 원조 등을 하는 것도

232) 最大判1996[平成8]·3·19 民集50卷3号615頁

233) 前橋地判1996[平成8]·12·3 判タ923号277頁

234) 東京高判1999[平成11]·3·10 判時1677号22頁

235) 最大判2002(平成14)·4·25 判時1785号11頁

그 활동범위에 포함된다.'고 했다.

(마) 정리

① 어떤 법률이 회사에 대해 특정의 정치적 활동의 자유를 제한 내지는 전면적으로 금지한다고 하는 경우에, 당해 회사가 스스로의 헌법상의 자유 문제로서 이의 위헌을 다투다면, 법인의 인권향유주체성의 문제로 될 수 있을 것이다. 그런데 야하타 제철 정치헌금사건은, 주주의 반대에도 불구하고 회사가 정치헌금을 제공한 것을 다루는 사건인데, 법인에게 기본권을 긍정하는 것이 인권보장에 도움이 되는지, 공권력의 행사를 정당한 범위에 한정하게 되는지, 기본권이 존중되는 '있어야 할 사회질서를 구축'하게 되는지에 대한 아무런 논증 없이, 법인의 주체성이 있다는 것으로 문제를 접근한 일본최고재의 논리전개는 매우 미흡하다고 아니할 수 없다.

② 단체와 구성원의 관계에 관한 사건의 경우, 판례는 단체와 구성원의 권리나 자유의 충돌에 관해서, 정치헌금이나 정치지지 모임 등, 사상·신조의 자유와의 침해가 명확한 단체의 결정에 대해서는 구성원의 협력의무가 부정된다고 할 수 있다고 하였다. 이러한 결론에 도달하는 방법으로, 먼저 단체의 목적, 업무의 성격·내용에 착안한 판단을 행하고, 구성원의 권리·자유에의 직접적, 구체적인 저촉·영향의 유무를 개별적으로 판단하는 방법을 취하고 있다. 이런 비교형량에 의한 개별 실질적인 판단은, 강제가입단체(사법서사회, 세무사회 등)나 노동조합의 사례에서 보여 진다. 그러나 영리회사에 관해서는, '목적은 수행하는 위에, 직접 또는 간접적으로 필요한 행위라면 모두 여기에 포함된다.'고 하여, 八幡製鐵政治獻金사건의 최고재판소 판결이래의 판단 틀을 변경하는데 이르지 못하고 있다.

4. 법인의 기본권을 논하기에 앞서 정리되어야 사항들이 있다. 즉 자연인과 다른 법인의 특징들이 정리되어야 한다.

(1) 법인은 본질적으로 부분적 권리능력자이다.

(가) 기본권이 순수한 인권의 성질을 지니는 경우, 법인에 적용되는 기본권 목록에서 당연히 제외된다. 순수한 인권의 성질 외에도 기본권의 내용에 따라 법인에게 기본권적용이 배제될 수 있다. 예를 들어, 종교적 단체에게는 종교의 자유의 주체성이 긍정되지만, 다른 법인이나 단체에게는 부정되기 때문이다. 여기서 알 수 있는 것은 법인은 기본권향유능력에 있어서 본질적으로 부분적 기본권주체라는 사실이다. 이 점에서 자연인과 구별된다. 기본권규정들은 그 역사적 발전단계를 살펴볼 때 법인을 고려함이 없이 형성·발전되어 왔다고 할 수 있다.

(나) 법인의 기본권주체성에 주어지는 또 다른 문제는 법인의 목적·형태 등 단체의 본질에서 기인한 제한이다. 법인에 대한 기본권적용은 법인의 목적·형태에 따라 다양한 결론에 이르게 될 수밖에 없다. 법인은 법적으로는 자연인과 동일한 권리주체의 지위에 있지만, 모든 권리의 주체가 될 수 없으며, 무엇보다도 모든 기본권의 주체가 될 수 없다는 점이다. 따라서 법인의 권리능력은 필연적으로 부분적일 수밖에 없다. 이와 같이 법인은 생물학적 인간의 요소가 결여되어 있고, 만들어질 때부터 설립목적에 의한 제한을 받게 되며, 활동에 있어서도 목적에 따른 많은 제한이 부과된다는 점에 특색이 있다. 즉 법인은 본질상 제한된 부분적 기본권주체가 될 뿐이다.

(다) 법인에게 권리능력을 허용하는 경우에도, 법인에게 인정되는 권리능력의 의미는 자연인의 그것과 본질적으로 차이가 있다. 입법자는 법인의 활동을 형태에 따라 확정할 수 있고, 법인의 행위능력은 이에 따라 원칙적으로 제한된다. 민법은 법인의 완전한 권리능력의 이상에 기초하고 있으나, 사실상 이 권리능력은 법인의 경우 자연인의 권리능력과 사실상 많은 차이가 있고, 개별적 권리관계에 있어 다르다. 즉 법인의 권리능력은 포괄적인 것이 아니라, 상대적이다.²³⁶⁾ 이렇듯 법인은 권리의무자 될 수 있는 능력이 제한되어 있다. 법인의 제한된 기본권능력은 법인의 형태에 따라 다르기 때문에, 법인에게 적용되는 모든 기본권이 모든 법인에게 적용될 수 있는 기본권이 될 수는 없다.

(2) 법인은 그 존재형식이나 내용 및 형태면에서 매우 다양하다.

(가) 자연인도 법질서의 창조물에 불과하다고 이해하는 법실증주의 입장을 따르지 않는 한, 법인의 권리주체성과 기본권주체성을 자연인의 그것과 동일하게 볼 수는 없다. 법질서의 창조물인 법인은 입법자가 목적, 종류, 형태, 권한 등을 확정할 수 있으며, 그 결과 법인의 구체적 모습과 개별적 형태는 매우 다양할 수밖에 없다. 거대한 주식회사로부터 인적회사로 볼 수 있는 소규모 회사, 또 법인격 없는 사단 및 법인격 없는 사단에 이르지 못하는 인적 결합체 및 재단 등 매우 다양한 형태를 지니고 있다. 이 점에 있어, 법인의 기본권 주체는 자연인과 다를 수밖에 없다.

236) W. Rüdner, Zur Bedeutung und Tragweite des Artikel 19 Abs. 3 des G.G., in : AöR 89, S. 303.

(나) 또한 법인은 법인 그 자체의 형식, 내용, 형태가 다양하지만, 법인 상호간의 관계 역시 매우 다양하고 여러 복잡한 관계를 지니고 있다는 점이다. 또 법인 중, 사회적 권력으로 변해버린 거대 기업의 경우 주체성의 문제보다 기본권의 보장자로서의 지위가 강조되어야 할 터인데, 이들에게 기본권주체성을 긍정하는 것이 문제가 될 수 있다. 그러나 이러한 거대기업의 경우에도 일체의 기본권주체성을 부정할 수 없고, 필요한 기본권보장이 요구된다는 것이 어려운 문제이다. 이와 같이 다양한 법인이나 단체의 여러 형태에서 나타나는 현저한 차이와 다양성은 법인의 기본권 주체문제를 다룸에 있어 반드시 고려되어야 할 문제가 된다.

(3) 법인, 단체, 법인격 없는 사단, 재단, 인적단체(그룹),

(가) 법인의 기본권 주체를 논함에 있어 법인이란 용어사용례를 정리할 필요가 있다. 이는 법인은 자연인과 달리 기본권 주체가 되어야 하는 법인의 범위가 다양하고 일률적이지 않기 때문이다. 법률상(민법상 법인, 상법상 회사) 법인(사단, 재단), 법인격 없는 사단과 재단, 조합, 인적 결합체(단체) 등이 모두 법인이란 카테고리에 포함되어 주체성을 논하고 있는데, 이러한 것을 총칭하여 법인이라고 하기에는 관련 문제를 정리함에 있어 많은 문제가 제기된다. 따라서 이들 모두를 지칭할 때는 법인과 단체로 하기로 한다.

(나) 법인의 개념, 종류, 권리능력 및 행위능력, 조합, 법인격 없는 사단·재단에 관한 내용을 간략하게 정리할 필요가 있다고 본다.

① 법인의 종류

㉠ 법인은 그 목적에 따라 영리법인과 비영리법인으로, 단체의 구성요소가 사람인가 재산인가에 사단과 재단으로 나누인다. 또 조직성립에 있어 사적자치로 만들어진 사법인과 그렇지 않은 공법인으로, 주된 소재지가 국내에 있는가의 유무에 따라 내국법인과 외국법인으로 구별된다.

㉡ 사단과 재단 중에는 법인격 유무에 따라, 법인 아닌 사단과 법인 아닌 재단²³⁷⁾이 존재한다. 즉 법인격 없는 또는 권리능력 없는 사단 또는 재단이 존재한다.

② 사단과 조합, 법인 아닌 사단

㉠ 사단은 단체성이 강하여, 구성원은 개성을 상실하고, 단체가 표면에 나타난다. 기관을 통해 활동하고, 법률효과가 단체에 나타난다. 단체의 자산이나 부채 역시 모두 단체 자체에 속한다. 소송당사자능력이 인정된다. 노동조합이나 협동조합 등은 그 명칭에도 불구하고 조합이 아니라 사단법인에 속한다. 반면 상법상 합명회사는 실질은 조합이나 법인의 성격을 지닌다.

㉡ 반면 조합은 단체의 구성원이 표면에 나타난다. 조합은 구성원 전원 또는 대표자를 통해 활동한다. 법률효과는 조합원 전원에게 발생한다. 조합의 재산은 전원의 합유이며, 채무는 조합원 전원이 부담한다. 소송당사자능력이 없다. 사단은 단체의 정관에 따라 규율되나, 조합은 구성원간의 계약으로 규율된다.

㉢ 법인 아닌 사단은, 실질은 사단인데 등기를 하지 않아 법인격이 인정되지 않은 사단을 말한다. 조합과 법인 아닌 사단의 차이점을 보

237) 유치원은 비법인재단에 속한다(대판 68다2387). 비법인재단은 단독소유가 된다.

면, 전자는 인적 결합체이며, 후자는 단체적 조직의 특성을 지닌다. 또 비영리법인으로서 등기가 가능하다. 비영리법인으로서 설립허가를 받지 못하거나, 원하지 않은 경우 법인 아닌 사단이 된다. 법인 아닌 사단은 소유관계가 총유이며, 부채도 총유적으로 귀속한다. 법인 아닌 사단을 조합으로 규율하는 입법례(독일 민법 제54조)가 있으나, 사단법인 규정을 유추적용하는 것이 타당하다. 판례 역시 동일한 입장이다.²³⁸⁾법인 아닌 사단은 구성원의 탈퇴나 가입에 의해 동일성을 잃지 않고 그 실체를 유지하며 존속한다. 종중²³⁹⁾, 교회²⁴⁰⁾, 동·리, 주택재건축위원회²⁴¹⁾, 친목계, 주택조합 등이 이에 해당된다. 사찰은 법인 아닌 사단이거나 법인 아닌 재단이다. 법인의 실질이 요구되므로, 대표자와 총회가 있어야 한다. 대표자가 있으면 당사자능력이 인정된다. 법인 아닌 사단에 대한 채무명의는 사단재산에 대하여만 강제집행이 가능하다.²⁴²⁾

㉞ 법인이란 조합은 제외되며, 법인 아닌 사단은 포함된다. 실질은 조합이라 하더라도 법인인 합명회사는 법인에 속한다.

③ 법인의 권리능력

법인은 법기술로 만들어진 것으로, 법인은 설립목적이 중심개념이 될 수밖에 없다. 법인에게 어떤 범위의 권리와 의무를 부담케 할 것인가의 문제이다.

㉟ 성질에 따른 제한 법인은 자연인의 천연의 성질을 전

238) 대판 2004다37775

239) 종중의 경우 등기하면 법인이 되나, 법인등기를 하지 않아도 종중은 특별한 등기능력이 인정된다(부동산등기법 제30조).

240) 교회는 법인 아닌 사단이다. 교회가 등기하면 비영리법인이 된다.

241) 주택재건축위원회(대판 64다529); 친목계(대판 69다254); 주택조합(대판 99다34420).

242) 이영준, 민법총칙, 2007년, 박영사, 929면.

제로 하는 권리나 의무의 주체가 될 수 없다. 따라서 생명, 친권, 부권, 육체상의 자유권 등은 그 주체가 될 수 없다.

㉠ 법률에 의한 제한 민법 제81조나 상법 제173조에 의한 제한이다.

㉡ 목적에 의한 제한 법인은 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리능력을 지닌다. 목적의 범위내란, '목적에 달성하기 위해 필요한 범위 내' 인지 아니면 '목적에 위반하지 않는 범위 내'인가가 문제된다. 전자가 다수설 판례²⁴³⁾의 입장이다.

④ 법인의 행위능력

법인은 권리능력 범위 내에서 모든 행위를 할 수 있다. 법인의제설에 따르면, 법인의 행위는 있을 수 없고, 법인의 권리 의무의 취득은, 대리인의 행위에 의해 이루어지게 된다. 법인실제설에 따르면 기관의 행위는 법인자체의 행위가 된다.

(4) 법인 고유의(본질적) 기본권

법인이나 단체의 기본권을 논함에 있어 모든 기본권을 그 대상으로 하여 법인이나 단체에 대한 적용가능성이 논하여 진다. 그런데 법인이나 단체의 기본권을 논함에 있어, 법인 고유의 기본권을 정리할 필요가 있다고 보여 진다. 기본권 중에는 이론의 여지 없이 법인에게 전혀 허용될 수 없는 기본권(생명권, 신체의 자유), 법인도 당연히 주체가 될 수 있는 기본권(재산권, 절차적 기본권), 자연인에게는 허용되나 법인의 경우 그 허용여부가 다투어지거나 다투어질 수 있는 기본권으로 구별할 필요가 있다. 법적으로 '인'을 만든 이상, 법인의

243) 대판 68다카1384

본질에 대하여 어떤 입장을 취하건(의제설, 실재설), 또한 법인에게 권리주체성을 인정하는 이상, 당연히 허용되어야 할 기본권이 존재하게 되는데 이를 법인 고유의 기본권 또는 법인 본질적 기본권으로 분류하고자 한다. 법인 고유의 기본권은 법인의 기본권주체성에 관해 소극적인 입장을 취한 바이마르 헌법 당시에도 당연히 허용된 기본권으로 법인이 허용되는 한 당연히 인정되는 기본권이라 할 수 있다. 이하의 논의에서는 법인 고유의 기본권은 허용여부에서 제외되어야 한다. 따라서 법인의 기본권주체성으로 논함에 있어, 향유의 대상이 되는 기본권은 3번째 유형에 국한되어 논의되는 것이 타당하다.

(5) 기본권적 측면에서의 자연인과 법인의 유사점과 차이점²⁴⁴⁾

(가) 유사점.

기본권은 본래, 인간의 존엄과 인간의 자유 등 인간에게 맞추어져 있다. 그러나 법인도 자연인과 마찬가지로 '동일한 이익상황과 위험상황'에 처해있다고 할 수 있다. 이는 법인은 법인의 존속과 독립성 및 활동이 국가권력에 의해 침해될 수 있는 조직화된 의사 및 행동 통일체라 할 수 있기 때문이다. 따라서 법인도 자연인과 마찬가지로, 자신의 고유한 관심사에 관하여 국가와 긴장관계에 놓일 수 있게 된다. 그렇다면 국가는 법인에게 자유롭고 자기 책임하의 활동을 할 수 있도록 하며, 자기 결정을 가능하게 하고, 자신의 존속과 정당한 권리와 소유를 다른 사람의 침해로부터 보호해 주어야 할 의무를 부담한다. 따라서 법인 역시 국가로부터 자유를 지킬 수 있는 기본권적 소극적 지위를 필요하게 되고, 자기 자신을 국가를 통해 보호하고자 하는 적극적 지위를 가지게 된다.

244) Isensee, a.a.O., Rn 8-14.

(나) 차이점

① 법의 목적적 창조물

자연인과 법인 모두에게 기본권능력이 부여된다 하여도, 자연인과 법인은 '실질적인 실체'에 있어서 근본적인 차이가 있다. 인간은 법 이전의 존재로서 법으로 처분할 수 없는 존재이지만, 법인은 법에 의해 만들어진 존재라는 점이다. 법인은 법인의 존속과 기능이, 언제나 그런 것은 아니지만, 본질적으로 법에 기초하고 있다. 법인에 있어, 법인의 권리능력의 종류와 범위는 법질서에 의해 특정되게 된다. 따라서 법인은 자연인과 달리, 헌법에 의해 전국가적인 권리주체성(Rechtssubjektivitaet)을 입법자에게 주장할 수 없고, 동시에 전국가적(vorgegebenen) 권리를 갖지 못한다. 즉 법인은 법질서의 산물이어서, 설사 법인에게 허용된 기본권이라 하더라도 입법자에 대해 침해될 수 없는 지위를 주장할 수 없게 된다.²⁴⁵⁾ 사정이 이러하다고, 법인이 향유하는 기본권은 아무런 의미가 없다고 말할 수 없다. 즉 법인이 입법자의 임의에 맡겨진 결과물에 불과하다는 것을 의미하지는 않는다. 기본권능력이 허용된 조직이라 하더라도 조직은 조직 그 자체의 목적은 없고, 인간이 설정한 목적을 실현하기 위한 매개체란 점에서 인간과 다르다고 할 수 있다. 그러나 법인은 인간의 목적을 위한 단순한 매개체로 그치는 것이 아니라, 법인은 개개의 힘을 결합하여 개개의 영향가능성의 합을 넘는 집단적 힘의 행사를 가능하게 할 수 있으며, 이렇게 함으로써 공동의 목적을 보다 효율적으로 달성할 수 있다. 법인의 기본권이 자연인보다 어느 정도까지, 어느 범위 내에서, 더 제한되어 질 수 있는가와 같은 질문은, 좀 더 정확히 표현

245) W. Rüfner, Zur Bedeutung und Tragweite des Artikel 19 Abs. 3 des G.G., in : AÖR 89, S. 268.

하면, 관련 유형을 만들 수 있는 권한 있는 입법자의 영향가능성이 어느 정도 넓은가에 달려있다. 개별적 법인의 기본권능력은 법적형성에 따라 다양하다.

② 계속성 원칙

가치 있는 재산이나 정신적 실체를 자연인과 독립해서 그 계속성을 보장하려고 하는 것은 법인의 중요한 존재목적중 하나라 할 수 있다. 즉 재산이나 권리의 소유자가 사망함으로써 실질적인 또는 이념적인 가치가 무효가 되거나 또는 관련재산이 국가에 귀속되지 않도록 하는데 법인의 존재이유가 있게 된다. 법인은 그 설립부터 해산까지 자신의 존속이나 활동 모두가 법질서에 강하게 의존되어 있지만, 법인은 생물학적 존재가 아니어서, 잠재적으로는 불멸(unsterblich)의 성격을 지니고 있다. 법인으로서의 존재는 법질서가 이미 정해놓은 조직형태를 전제로 한다. 이러한 종속성은 자연인에게 존재하지 않는다.

③ 목적의 제한성

목적으로부터 자유로운 존재인 인간은 자신의 목표를 스스로 정할 수 있는 반면, 법인은 그 목적이 정해져 있다는 점에서 자연인과 근본적인 차이가 있다. 조직형태로부터 또는 자신이 만든 규정이 정한 목적에 구속된다는 점에 있어 자연인과 구별된다. 법인도 자신의 규정을 자율적으로 정할 수 있기에 자신의 과제를 변경할 수 있다. 그러나 새로운 과제 역시 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 법인은 불가피하게 목적에 따른 제한을 받는다는 점에서 잠재적 전능성(Allzuständigkeit)이 부여된 국가와 차이가 있다. 국가는 그 목적이 확정적이지 않으며, 과제영역은 처음부터 경계지워져 있지 않다. 국

가는 그때그때의 상황에 따른 정치적 도전과 상황속에서 자신의 목적으로 새롭게 정의내릴 수 있으며, 새로운 과제를 선택할 수 있다. 이점에서 국가는 법인보다는 개별적 인간에 더욱 가까운 존재라 할 수 있다. 인간의 기본권적 자유는 목적이나 활동에 대한 자기결정권을 포함한다. 자유는 인간에게 포괄적 성격을 부여하지만 법인에게는 이러한 가능성은 막혀있다는 점이다. 법인은 목적에 의해 정해진 존재이며, 목적을 위해 만들어진 존재이기 때문이다.

④ 인위적인 내부영역(forum internum)

법인은 자연적인 자아(natürlich Ich)나 또는 영혼을 가지고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 법인 역시 정체성을 지니고 있다. 의사결정장치는 육체와 정신의 통일체인 인간에게는 당연히 주어지는 것이지만, 법인의 경우는 이러한 장치가 없기에, 이를 행할 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 이는 법에 의해 인위적으로 주어질 수밖에 없다. 법인 그 자체는 어떠한 정신적 의사를 가질 수 없다. 법인의 의사는 조직과 절차 범위 내에서 자연인의 공동작용 속에서 행해진다. 헌법은 법인의 내부적 의사결정능력과 외부에 대한 행위능력을 보장하여야 한다. 법인의 내부생활은 육체적 의미의 절차는 아니며, 일종의 '사회적 절차'라 할 수 있다. 법인 역시 구성원의 의사표명 그 이상의 자기 고유한 의사를 만들 내부영역을 필요로 하게 된다.

5. 문제점 제기

법인의 기본권 주체성을 논함에 있어, 먼저 법인의 기본권주체성을 긍정하고 있는 독일 기본법 제정까지의 과정과 일본에서의 논의를 간략하게 살펴보았다. 또한 법인과 관련된 기초적 개념들을 살펴보았

고, 법인과 자연인의 기본적 차이점을 살펴보았다. 이제부터는, 첫째, 법창조물에 불과한 법인에게 기본권 주체성을 긍정하는 이유가 무엇인지? 둘째, 법인에게 기본권 주체성을 긍정할 경우 어떤 것을 근거로 인정될 수 있는지? 셋째, 기본권을 향유할 수 있는 법인의 개념을 어떻게 구성할 것인지? 넷째, 법인에게 기본권을 적용할 경우 어떤 기준으로 적용할 것인지?²⁴⁶⁾ 다섯째, 법인의 기본권향유능력과 법인의 구성원의 기본권향유와의 관계, 더 나아가 법인의 기관은 법인과 별개로 기본권향유주체가 되는가? 여섯째, 우리 헌법재판소의 입장은 어떤지?, 일곱째, 법인에게 기본권을 긍정할 경우 문제는 없는지? 등을 살펴보고자 한다. 법인의 기본권 주체성은 외국법인은 향유주체성이 긍정되는지? 공사혼합법인의 경우는 어떻게 보아야 하는지도 문제된다.²⁴⁷⁾

II. 법인에게 기본권주체성을 긍정하는 이유는 ?

1. 사실상 이유

기본권은 원래 인간의 자유와 권리를 보장하기 위하여 인간에게 인정된 권리이다. 인간의 존엄과 행복추구를 위한 보장체계가 기본권이며, 헌법의 가장 중요한 기초를 이루고 있다. 인간의 자유와 권리인 기본권을 법적 창조물에 불과한 또는 인간이 만든 제도에 불과한

246) 국내의 논의는 기본권기준설과 법인기준설의 대립이 개진되어 있으나, 이러한 논의는 대학에서의 일반적 성격의 교육목적의 경우에는 몰라도, 법인이나 단체의 특성과 다양성 등을 감안할 경우, 실익없는 불필요한 것으로 보아 생략한다.

247) 법인의 기본권주체성은 당연히 외국법인의 기본권향유문제를 함께 다루는 것이 타당하나, 본 연구 테마 중, 외국인의 기본권주체성을 다루는 부분이 있어, 내부결정으로 외국인을 다루는 분이 외국법인도 함께 다루기로 하였다. 동시에 사법인이지만 공법적 과제를 수행하는 소위 공사혼합법인의 경우 이 역시 다른 분에 의해 다루기로 하였기에 이곳에서는 상세하게 않는다.

법인에게 인정하는 것은 매우 어색한 일이 아닐 수 없다. 법인에게 '권리능력'을 인정한 것은 인간이 자신들의 필요에 의해 만들어낸 것이지만, 이러한 법인에게 인간의 자유와 권리, 즉 기본권을 허용하는 것은 처음부터 예정되었던 일은 아니었다.

(1) 법인은 현대사회의 필수불가결의 중요한 요소이다.

(가) 현대 사회는 법인이나 단체 없이 성립될 수 없다고 할 정도로 법인이나 단체는 '사회의 필수불가결의 요소'로 간주되어 있다. 주식회사와 같은 수많은 영리법인을 통해 인류경제가 비약적으로 발전하게 되었고²⁴⁸⁾, 개개인은 이중 삼중으로 다양한 단체에 구성원으로 활동하고 있다. 이렇듯 현대사회는 법인이나 단체를 그 기초로 삼고 있고, 이들이 없는 사회를 상상할 수 없을 정도로 법인과 단체는 사회의 중요한 요소로 자리잡고 있다. 한편 법인이나 단체와 개인 사이, 또한 법인이나 단체 상호간의 수많은 상호활동을 통해 사회는 형성되고 유지된다고 할 수 있고, 더 나아가 국가라는 정치적 공동체가 유지된다고 할 수 있다. 정치적 공동체를 형성하고 유지할 과제가 헌법에 부여되어 있다면, 헌법은 법인이나 단체를 단순히 사회영역에 그치는 현상으로 볼 수 없을 뿐더러, 자연인의 문제만으로는 정치적 공동체의 형성 유지가 미흡하다고 할 수 있다. 법인이나 단체에게 인간의 기본권을 적용시키려는 이유가 여기에 있다.

(나) 개인은 무수하게 다양한 형태의 인간적 결합, 교류, 집단이 자기형성을 행하며, 또한 그러한 여러 관계자체를 스스로 형성한다. 이

248) 대규모 주식회사가 사회적 권력화되어 이들에게 과연 기본권주체성을 강조할 필요가 있는가 하는 문제점은 별론으로 한다.

런 의미에서, 개인과 집단 및 단체는 상호긴장과 갈등 가운데 동시에 존재한다. 개인과 법인이나 단체의 관계는 역사적 · 사회적 기반과 구조 및 기능을 가진다. 이런 의미에서 법인이나 단체는 개인과 필적하는 '사회적 구성단위'라고 할 수 있다.

(다) 문제는 현대사회에서의 법인이 중요한 구성요소라는 사회적 현실로부터 법체계상 가장 강력한 보호를 받아야 되는 보호대상이 되는 가에 대한 논리의 제공이 필요하게 된다. 즉 '현대 사회에서의 중요한 구성요소'가 동시에 '헌법의 중요한 구성요소'이기도 하다는 것에 대한 연결고리가 필요하다는 점이다. 현대 사회에서 중요한 요소라 하더라도 그 구성요소가 지니는 기능이 '헌법상 인정되거나 용인되어 질 때에 한하여' 헌법의 중요한 구성요소가 된다는 점이다.

① 대학의 자치를 예를 들어보면, 대학의 자치에 의하여 보호되고 있는 이익은 개개 연구자의 연구 및 그 성과인 교수의 자유의 총합계를 넘은 자유라 할 수 있다. 이 총합계를 넘은 대학 자치의 보장을 정당화하는 것은 '인적 기초 또는 인적실체'의 문제가 아니라, 기본권의 성질에 관한 논거로부터이다. 대학의 자치가 헌법상 보장되어야 하는 것은 대학의 자치에 대한 공권력에 의한 침해가 상정되고, 이러한 침해는 헌법상으로는 용인해서는 안 된다고 하는 것이 전제로 되고 있었다. 이 경우 직접 개개 연구자가 갖는 헌법상의 자유에 대한 침해가 있으면, 직접적으로 이러한 자유침해의 문제로 나타난다. 개개 연구자에게 있어서 간접적인 침해나 경미한 침해라도 그 결과의 중대성은 명확하며, 따라서 개별 학문의 자유의 침해에 이르지 않아도 대학이라고 하는 단체가 이러한 침해를 다룬다고 생각하는 것이 쉽고 또 바람직하다. 대학 자치의 헌법적 보장은 이러한 내용을 포함

하고 있다고 생각된다.

② 보도기관의 보도의 자유 역시 현대의 민주주의 사회에서 중요한 역할을 하고 있다고 하는 인식이다. 그러므로 보도기관의 보도는 헌법상 보호할 가치가 있다고 평가되기에 헌법상 중요한 요소로 인정된다는 점이다. 또한 정당이 주체가 될 수 있는 것 그리고 법인이 사유재산권을 향유할 수 있는 것은, 정당이 민주주의에서 차지하는 비중과 자본주의 경제체제에서 차지하는 사유재산제도와 재산권이 차지하는 비중을 감안할 때 기본권주체성은 헌법의 중요한 요소로 인정되어져 있다고 할 수 있다.

(라) 다른 각도에서 살펴보면, 헌법이 법인이나 단체의 기본권주체성을 이미 그 안에 내포하고 있다는 점이다. 헌법은 국민, 누구든지, 근로자 등의 다양한 권리주체를 이미 등장시키고 있고, 정당이나 가족과 같은 단체나 집단의 존재를 명시적·묵시적으로 긍정하는 규정을 두고 있다. 헌법구조는 개인과 더불어 단체 또는 집단으로 구성되어 있음을 예정하고 있는바, 헌법구조 가운데 단체나 집단이 어떤 형태로 헌법상의 권리인 기본권의 주체로서 등장하고 있는가를 파악하지 않으면 안될 것이다. 헌법 제20조의 종교의 자유, 제21조의 집회와 결사, 방송과 신문, 제23조 및 제31조 제4항의 대학, 제33조의 단결권, 단체교섭, 제36조의 가족은 헌법이 그 존재를 명기하는 단체 또는 집단이지만, 이것 이외의 기본권도 개인으로서 행사되어지는 것만 아니라, 공동 혹은 집단으로 행사되어진다. 이런 의미에서 본다면 전체 기본권조항이 집단·단체의 존재를 예정하고 있다고 할 수도 있을 것이다.

(2) 법인은 그 본질상 인간이 아닌 국가와 대립적인 존재이다.

(가) 자연인에게 기본권주체성을 긍정하는 여러 이유 중 첫째가 국가권력으로부터 자연인의 자유와 권리를 보호하기 위해서인데, 기본권은 개인의 자유와 권리를 국가로부터 보호하여 주는 수단의 성격을 지니기 때문이다. 그렇다면 법인 역시 자연인과 마찬가지로 성립과 존속 및 활동을 국가권력으로부터 보호되어야 할 것이다. 개인의 자유와 권리가 국가로부터 보호되어야 한다면, 법적 사람인 법인 역시 '법인의 자유와 권리가 국가로부터 보호'되어야 함은 물론이다. 법인은 그 기본권 주체성을 논하기 훨씬 앞서 권리능력자로서 오랫동안 활동하여 왔다. 법인의 활동이 넓어지고, 다양한 단체가 만들어지며, 법인과 단체가 사회생활에서 차지하는 비중이 커지게 되자 자연스럽게 법인과 단체의 기본권보호에 관심을 두게 된 것이다. 법인은 필연적으로 개개의 인간과 대립하는 것은 아니다. 법질서가 전체로 하는 인간의 행동의 결과 나타난 것으로서, 개인에게 견줄 사회적·법적 자율체이기에, 기본권의 적대자로 될 가능성이 있는 국가와 대립되는 것이 가능한 것이기 때문이다. 법인이 보호되어야 할 이유가 된다.

(나) 현대사회에 있어서 사람이 단독으로 경제활동을 영위함으로써 얻을 수 있는 결과는 적다. 경제활동에 의해 보다 큰 효과를 얻고자 하는 사람은 인간의 결합체를 형성한다. 주식회사는 구성원 각자의 출자분의 합산과 비교할 때, '보다 많이' 그리고 '별개'가 된다. 이런 목적에서 보면, '법인이라는 법제도'는, 사람의 결합 혹은 재산적 가치의 통합에 의해 특정의 목적을 추구할 수 있도록 하는 법적 구성물이라 할 수 있다. 이 법제도²⁴⁹⁾는 사람들이 특히 경제적 영역에서

활동함에 지극히 중요한 보조수단이 된다. 현대사회에서 그것을 잃어버린 사람은 활동할 수 없다. 따라서 자연인이 행하는 경제활동에 따라 필요불가결한 존재로서의 법인의 의의가 인정되어진다. 법인에의 기본권 적용은 기본권에 의해 보호된 자연인의 자유를 현실의 것으로 하기 위함이다.

2. 헌법이론적 근거

기본권은 자유와 권리를 국가권력으로부터 지켜내는 방어권이며, 정치적 공동체의 객관적 규범의 성격을 지니고 있음은 일반적으로 인정되고 있다. 즉 기본권은 인간의 자유와 권리를 보호하는 수단의 성격을 지니며, 동시에 객관적 법질서의 구성요소의 성격을 지닌다는 데 큰 저항은 없다.

(1) 기본권은 방어권의 성격을 지닌다.

사실상의 이유에서 살핀바와 같이, 기본권의 방어적 성격은 사회적 실재인 법인이나 단체에게도 주어져야 한다고 본다. 법인이 법적 산물이라 하더라도, 만들어진 이상 그리고 헌법적으로 중요한 기능을 담당하는 것으로 인정된 이상, 국가로부터의 보호는 당연히 주어져야 하기 때문이다. 국가로부터의 법인이나 단체의 보호가 단순히 법률적 차원에서의 보장에 그칠 것인지 아니면 헌법상 기본권 보호차원

249) 법인이나 단체의 존재의의 중 하나는 구성원의 변동과 관계없이 권리능력을 지니고 있다는데 있다. 오늘날 일반화되어 있는 주식회사와 같은 영리법인은 구성원이 누구인지 문제되지 않고 있어 자본의 집중화를 달성할 수 있게 된다. 국가의 개입이나 간섭이 법인이나 단체와 동시에 구성원에게 미치는 경우가 있을 경우, 법인이나 단체 그 자체의 기본적 법적 지위를 인정하고, 이에 대한 침해를 독자적으로 다룰 수 있도록 한다면, '권리구제 면에서나, 소송 경제 면에서 유익'하다고 할 수 있다.

까지 올릴 것인가는 시대적 상황에 따라 다를 수 있고, 탄력적 운용이 가능할 것이지만, 법인이나 단체 없는 사회를 생각할 수 없을 정도로 법인이나 단체가 현대사회에서 차지하는 비중이 절대적인 지금의 상황에서는 법인이나 단체에 대한 국가로부터의 보호는 보장되지 않으면 안 될 것이다.

(2) 기본권규정은 동시에 객관적 법규범이다.

(가) 기본권은 공동체생활에서 지켜져야 할 객관적 규범의 성격을 지니고 있다. 즉 객관적 법질서의 구성요소라 할 수 있다. 객관적 규범으로서의 기본권은 국가권력은 물론 사회 구성원 모두에게 의해 지켜지지 않으면 안 될 객관적 법의 성격을 지니게 된다. 이와 같은 객관적 법의 성격은, 기본권 침해가 구체적으로 이루어졌는가의 여부를 불문하고, 또 기본권의 존재자체에 대한 의식여하를 불문하고, 모든 구성원에게 효력을 나타내게 된다. 국가권력은 객관적 법으로서의 기본권을 준수해야 하며 침해해서는 아니 된다. 그렇다면 객관적 규범으로서의 기본권은 모두 사회 구성원에게 적용되어야 할 것이며, 법인이나 단체의 경우도 그 적용대상에서 제외될 수 없게 된다.

(나) 기본권은 국가질서의 기초로서 입법자에게 입법자가 법인의 권리를 형성함에 있어서도 존중할 것을 요구할 수 있다. 이것은 독일 기본법 제19조 제3항의 규정과 같은 규정이 없다 하여도, 타당하다고 본다. 또한 법인은 경제생활영역에서 중요한 역할을 담당하고 있는데, 이러한 법인에게 객관적 규범으로서 기본권을 보장하지 않는다면, 기본권의 객관적 규범성에 반할 수 있기 때문이다. 비록 주관적 권리로서 기본권은 기본권의 성질 및 법인의 형태 등에 따라 그 적

용 여부를 달리할 수 있고, 입법자의 입법형성에 의존하게 되지만, 객관적 규범성은 입법형성에서 존중되지 않으면 안되는 원리로 등장하게 되기 때문이다. 법인의 기본권주체성은 기본권의 객관적 법규범성으로부터 나오는 것이므로, 이로부터 입법자에 대한 객관적 명령이 도출되게 되는 것이다. 독일 연방헌법재판소도 이러한 사고를 나타내 바 있다.²⁵⁰⁾

(3) 법인의 기본권주체성의 이론적 근거로, 결사활동의 공적기능보호, 기본권의 양면성에서 나오는 법인의 책임과 의무에서 구하는 견해가 있다.²⁵¹⁾또 이 견해에 따르면, 법인은 사익법인이건 공익법인이건 간에 동화적 통합이라는 일정한 공적기능을 수행하고 있기 때문이며, 결사의 자유는 결사형성의 자유 외에도 결사조직 후 결사활동의 자유를 함께 보호하는 것이기에, 결사활동의 자유는 개인이 아닌 법인이나 사단 단체의 기본권 주체성을 인정하는 경우에만 그 실효성을 기대할 수 있다고 한다. 동시에 이 견해는 법실증주의적 논리와 C. Schmitt의 부정론의 모순을 지적하면서, 통합주의적 입장에서 법인의 주체성을 논증하고 있다.

(가) 먼저, 법인의 기본권문제가 논의되지 않았던 바이마르 헌법시대의 헌법관 논의를 기초로 오늘날 법인의 기본권 주체성 인정여부의 근거로서 제시하는 태도는 현대적 기본권 상황에서는 설득력이 약하다고 한 지적이²⁵²⁾설득력을 지닌다고 생각한다. 법인의 기본권주체성 문제는 원래는 인간의 자유와 권리를 보장하기 위한 기본권이

250) BVerfGE 4, 96(106).

251) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2009, 244면.

252) 권영성, 전개논문, 105면

왜 법인에게까지 적용되어야 하는가의 문제로서, 이에 대한 논증은 몇 가지 헌법시각에 짜 맞추는 것은 적절한 방법이 아니기 때문이다.

(나) 또 법인이 동화적 통합에 기여하기에 주체성을 긍정하여야 한다는 주장은 분명 타당한 논리이지만, 법인이나 단체가 자신의 이익만을 관철하기 위해 개인은 뒤로 감춰진 채 법인이나 단체의 이름을 빙자하여 나타나는 각종 다툼을 보면, 통합을 저해하는 반작용도 무시할 수 없다는 점이 간과되어 있다.²⁵³⁾

(다) 법인의 주체성이 인정되어야만 결사활동의 자유가 실효적으로 보장되는 것이라는 주장을 살펴보면, 결사의 자유는 개인에게 결사할 자유를 보장하지만, 만들어진 결사 그 자체가 존립하며 활동하는 자유를 동시에 보장한다는 것이다. 이는 소위 이중적 기본권이론을 받아들이는 입장이라 할 수 있다. 이 이중적 기본권이론은 독일 연방헌법재판소가 일부 받아들이고 있는데, 이에 대한 비판이 만만치 않다. 즉 결사의 자유는 결사 그 자체를 만들고, 이에 가입, 존속, 탈퇴의 자유를 보장하고 있지만, 결사 자체의 활동의 자유를 보장하지 않는다는 것이다. 결사 자체가 지니는 각종의 활동의 자유는 독일 기본법 제19조 제3항에 의해 관련 기본권이 법인에게 적용되기에 결사 그 자체가 활동의 자유를 가지는 것으로 본다. 또 이중적 기본권이론에 의하게 되면, 기본법 제19조 제3항의 존재의의가 매우 축소되게 되며, 결사의 자유와 관련 다른 기본권간에 불필요하면서 매우 어려운 기본권의 경합이 이루어지게 된다는 점이다(결사의 자유와 직업수행

253) 동화적 통합에 기여하기에 법인의 주체성은 긍정되며, C. Schmitt적 입장을 취하면서 법인의 주체성을 긍정하는 다수견해의 문제점을 지적하고 있으나, 이 문제는 본 논문의 결론부분에서 정리하고자 한다.

의 자유). 독일 기본법 제19조 제3항이 존재하지 않는 우리 헌법의 경우, 이러한 주장이 설득력이 없다고 할 수는 없으나, 아무런 장치 없이, 무조건 이중적 기본권을 허용하는 것은, 기본권의 성질에 따라 법인에게 적용될 수 있는 기본권은 법인에게도 적용된다고 하는, 위 견해의 또 다른 주장²⁵⁴⁾과 부딪칠 위험이 있다는 점이다.

3. 실정헌법상 근거

이미 살펴보았지만, 법인에게 기본권주체성을 긍정하는 것이 현대 사회에서 필요하고, 또 결국은 인간에게 유익을 주기 때문이라고 할 수 있다. 주의를 요하는 것은 법인이나 단체에게 기본권을 향유케 하는 것이 법인이나 단체의 배후에 있는 구성원의 기본권을 향유시키는 것이 되어 결국은 구성원의 인격실현에 도움을 주기 때문이라는 의미가 아니라는 점이다. 법인이나 단체에게 기본권주체성을 긍정하는 것이 구성원을 포함하여, '모든 사람'에게 유익을 주기 때문이라는 점이다. 즉 인간에게 유익을 주기 때문에 법인의 주체성을 긍정하게 된다는 점이다. 법인이나 단체에게 기본권보유가 허용될 때, 거래의 상대방 또는 회사에 투자할 제3자 모두에게 유익을 주며, 법인이나 단체 그 자체에 기본권 주체성이 허용될 때 사회의 객관적 가치는 증대될 것이기 때문이다. 그렇다면 단체에 대하여 구성원과 별개의 주체성을 부여하는 것은, 단체에게 기본권을 허용함으로써 결국은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구가 구현될 수 있기 때문이다. 독일과 달리 헌법의 명문규정이 없는 우리의 경우 헌법 제10조, 그 중에서도 행복추구권에서 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 본다.

254) 허영, 전게서, 244-245면

Ⅲ. 법인이 기본권주체가 되는 근거

법인에게 기본권을 허용하는 근거에 관해, 법인 그 자체가 기본권을 향유하기에 기본권주체성을 긍정하는 것인지 아니면 법인 속의 자연인인 구성원의 자유와 권리를 촉진시키거나 유익을 주기 때문에 기본권 주체성을 긍정하는지에 관해 다툼이 있다.

1. 법인배후에 있는 자연인의 기본권보장 차원에서 근거를 찾는 견해

(1) 제1견해²⁵⁵⁾

제1견해는 헌법이 기본권의 주체로서 원칙적으로 개별적 자연인을 상정하고 있는 이상 법인의 기본권주체성도 개별적 자연인의 기본권 보장이라는 차원에서 그 근거를 찾아야 할 것이다. 따라서 헌법적 의미에서의 법인에 대하여 기본권주체성이 인정되는 것은 ‘법인이 그 구성인인 자연인의 기본권행사를 편리하게 해 주거나 그것을 촉진시켜주기 때문’이라고 할 수 있다.

(2) 제2견해²⁵⁶⁾

제2견해는, 비록 법인의 활동이 개인들의 활동보다 더 중요성을 가진다고 하지만 그것은 어디까지나 그 법인을 구성하고 있는 개인들의 목적을 실현하는 것에 도움이 되는 한에서의 이야기이다. 그러한 한에서 법인의 기본권향유주체성의 문제는 그 법인을 구성하는 개인

255) 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2009, 317면

256) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008, 282면

의 기본권보장이라는 차원에서 그 근거를 찾아야지 다른 목적 때문에 또는 법인 자체의 목적 때문에 법인에게 기본권향유능력이 주어지는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 곧 법인에게 기본권향유 주체성이 인정되는 것은 그 구성원인 자연인의 기본권행사를 용이하게 해주고 촉진시켜주기 때문이다.

(3) 제3견해²⁵⁷⁾

제3견해는, 기본권의 가치체계는 자연인으로서의 개별인간의 존엄과 자유에 그 기초를 두고 있다. 기본권은 개인의 자유영역을 국가권력의 침해로부터 보호해야 하며, 개인에게 공동체내에서 자유롭고 적극적인 작용과 형성에 참여할 조건들을 확보해주어야 한다. 법인을 기본권의 보호영역에 끌어들이는 것은 법인의 형성과 활동이 자연인의 자유로운 발현의 표현일 때, 특히 법인 배후에 있는 인간에게 귀속시키는 것이 - durchgriff- 이를 의미있거나 필요한 것으로 보이게 하는 때이다. 기본권의 주체는 어디까지나 개개 인간이라고 하면서 인적 기반(인적 실체, *personales Substrat*)를 강조한 나머지, 법인의 기본권 주체에 관해서도 법인구성원 귀속설을 따르고 있다. 법인 배후에 있는 개개 자연인 때문에 기본권의 주체가 된다는 것이다.

(4) 4견해²⁵⁸⁾

제4견해는, 독일 헌법이 인간의 존엄 및 인간의 자유를 그 중심축으로 하고 있기에, 이를 중심으로 법인의 기본권주체성 문제를 이해하여야 한다는 주장이다. Dürig에 의하면, 인간의 존엄과 자유에

257) BVerfGE, 21, 362(369).

258) G. Dürig, G.G. Kommentar, 1977, Art.19 Abs 3 Rn 1 ff.

기초한 기본권의 가치체계에 있어서 법인에게 기본권 향유주체를 인정하는 독일 기본법 제19조 3항은 기본권의 가치체계와 일견 모순되어 있는 듯 보여 질 수 있으나, 단지 의견상만 그런 것이라 하면서, 제19조 3항도 인간을 위해있는 것이기에, 기본법 제1조 1항의 예외가 아닌 것이 된다고 한다.²⁵⁹⁾ 기본권 능력의 법인으로의 확대 근거를 Dürig는 다음의 두 가지로 보고 있다. 첫째, '공동체에서의 행위는 바로 고립화된 개별적인 행위의 합산된 합계인 것만은 아니라고 하는 사회학적, 사회정책적인 통찰에 대응한다.'고 하는 점이다. 이리하여 '기본권의 단체통일체로의 확대는 실질적으로 법적 교류에서 법인의 법적 지위를 자연인의 경우와 같이 강화하는 점에서, 따라서 입법자는 법인에 관하여 구속되는 점에서, 재판관과 행정은 그 활동에 있어서 자연인에게 유리하게 되는 경우와 마찬가지로 법인에 유리하게 되도록 기본권의 작용에 주의를 기울이지 않으면 안 되는 점에서, 효과를 발생시키게 된다.'고 한다. 둘째, 절차법적으로는 제19조 3항의 주요한 의의는 헌법소송원의 영역에 있고, 기본권 능력이 가령 자연인밖에 인정받지 못한다면, 예컨대 주식회사의 재산에 대한 침해가 문제로 되는 경우에도 단지 각각의 주주만이 헌법소송을 제기할 수 있을 뿐이라고 되지 않을 수 없는 것이다.²⁶⁰⁾ 이렇게 인간의 존엄 조항과의 일정한 조화를 염두에 두면서 제19조 3항의 법인의 기본권 능력의 의의를 이해하는 듀리히에게 있어서는, 법인의 기본권 능력은 그 법인이 인적 기반(personales substrat)를 갖기 때문에 긍정된다고 하게 된다. 이렇게 생각하면 기본권 능력을 갖는 법인의 범위 확정에서 문제가 되는 것이, 구성원을 갖지 않는 일정한 공익목적으로 바쳐진 재산의 집합인 재단법인의 기본권 능력이 긍정될 것인가 아

259) G. Dürig, a.a.O., Rn 2.

260) G. Dürig, a.a.O., Rn 5.

닌가라고 하는 점이다. 주의할 것은 기본권을 향유하는 법인 개념이다. 뒤리히 역시 향유주체인 법인은 순전한 인간의 모임이라고 하는 관점에 주안점을 두고 있지는 않다. 즉, 그는 기본권의 주체가 되는 법인은, 법인의 실체적기반 이라고 말할 수 있는 다수의 사람들로부터 법적으로는 독립한 존재이어야 한다고 한다는 점을 주의할 필요가 있다.

뒤리히는 자연인에게만 허용되는 기본권도 법인이 향유할 수 있다고 여기는 것 같다. 즉 성별이나 정치적 의견이라고 하는 '외견상 개별의 인간에게 관련된 성격임에도 불구하고, 단체 자체가 차별 금지를 구할 수 있는' 경우가 있을 수 있는 점에 주의를 환기한다. 그 예로서 부녀해방을 목적으로 하는 단체는, 방해에 대하여는 단체의 목적에 입각하여 性を 원인으로 하는 불이익 취급이라고 하는 위반을 다룰 수 있다고 하는 사례를 들고 있다.²⁶¹⁾

2. 법인 자체에서 구하는 견해²⁶²⁾

(1) 제1견해²⁶³⁾

제1견해는, 법인의 활동은 궁극에 있어서는 자연인의 이익을 목적으로 하고 있는 것이므로 법인을 일정한 범위 내에서 인권의 주체로서 보아야 할 것이다. 특히 현대의 복잡한 사회에 있어서는 비록 법인의 의사나 행동이 자연인에 의해서 행해지고 있다고 하더라도 개

261) G. Dürig, a.a.O., Rn 32. 이러한 뒤리히의 입장에 따르면, 자연인에게만 생각할 수 있는 기본권을 옹호하기 위하여 결성된 법인에도 당해 기본권에 관한 기본권 능력이 인정되어, 그 침해를 주장할 수 있는 것은 아닐까하는 의문이 생긴다.

262) 헌법재판소의 견해는 후술하는 현재결정례에 대한 분석에서 나타나기에 생략한다.

263) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 387면.

개의 자연인과는 독립적인 일체로 파악하는 것은 중요한 의의가 있다고 할 것이다. 따라서 원래는 자연인에게 적용되어야 할 인권보장 규정이 그 성질상 가능한 한 법인에도 적용된다고 하는 것이 타당하며 이것이 통설이다.

(2) 제2견해²⁶⁴⁾

제2견해는, 법인이 기본권을 누려야 되는 이유가 국내의 대다수 헌법학자들의 견해처럼 법인을 구성하는 자연인의 이익을 간접적으로 보장하기 위한 것이라면 자연인을 그 구성요소로 하지 않는 재단법인과 공법인의 경우에는 그 기본권주체성을 인정할 이유가 없게 된다는 모순에 빠지게 된다.

(3) 제3견해²⁶⁵⁾

제3견해는, 법인이 기본권의 주체가 되는 이유가 국내의 다수 헌법학자들의 견해에 따르면 법인의 활동이 결국 법인을 구성하는 자연인의 이익을 목적으로 하고 있기 때문이라고 한다. 법인은 그 배후에 있는 자연인들의 이익을 실현하는 수탁자이기 때문에 기본권의 주체가 된다는 것이다. 어쨌든 법인은 비록 인간에 의해 구성되기는 하지만 법적으로 독립된 초개인적 조직체 그 자체가 기본권의 주체가 되는 것이지 법인의 배후에 있는 개개 자연인 때문에 기본권의 주체가 되는 것은 아니다.

(4) 제4견해(분리이론)²⁶⁶⁾

264) 허영, 전거서, 244면

265) 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 65면

소위 투시이론은 많은 반대에 봉착하게 되었고, 많은 학설에 의해, 지지되지 못하고 있다. J. Isensee에 의하면, 기본권행사는 조직을 만들어내지만, 기본권 역시 조직을 필요로 한다. 즉 기본권은 상호의사소통이나 또는 단체성과 무관할 수 없다.²⁶⁷⁾ 기본권행사는 다양한 단체의 실재를 통해서 특정한 조직적 조건이 갖추어졌을 때 가능하다. 따라서 조직은 기본권실현의 매개체 역할을 담당한다. 그러나 기본법 제19조 제3항은 조직 그 자체가 기본권의 주체가 될 수 있는 능력을 승인한다. 이럼으로써, 조직이 기본권의 수단으로서의 기능을 넘게 되며, 고유한 가치를 보유하게 된다. 법인의 기본권능력에 있어, 법인은 헌법상 자연인과 동등하게 주어진다. 법인 그 자체가 기본권의 주체가 된다. 즉 법인 뒤에 존재하면서 법인을 유지 운영하는 기본권능력이 있는 자연인, 즉 구성원(Mitglieder) 또는 단체의 설립자(Gesellschafter)와 독립된 자율적인 침투되어질 수 없는 단일체(selbständig, impermeable Einheit)가 된다는 것이다. 법인, 즉 '자율적, 비침투적인 단일체(impermeable Einheit)'는 그 배후에 존재하여 그것을 유지·운용시키는 자연인과 독립하여 존재하며, 따라서 구성원이나 사원, 조직의 지휘자나 직원으로부터 독립하여 있다고 한다. 법인은 기본권 향유주체로서, 기본권을 자신의 인적 실체(personal Substrat)의 수탁자로서가 아니라, 소유자로서, 고유한 지위로서 기본권주체가 된다고 한다. 법인과 개인은 별개의 존재라는 것이다. 따라서 조직체에게 기본권을 인정할 것인가 또는 어느 범위에서 인정할 것인가에 관한 문제에 접하게 될 때, 법인의 인적 실체에 대한 투시(Durchgriff)가 고려될 필요가 없게 된다.²⁶⁸⁾ 이러한 관점을 분리원칙

266) Isensee, a.a.O., Rn 3 ff

267) 직업의 자유의 행사는 기업이나 회사 속에서 효력을 발할 수 있고, 학문의 자유 역시 대학이나 연구기관에서 그 효력을 나타내기 때문이다. 즉 시민의 활동은 실질적으로도 관념적으로도 법인이나 단체 속에서 형성된다.

(Trennungsprinzip)이라 한다. 분리원칙에 따르면, 법인은 법적으로는 법인을 구성하고 법인을 대신하여 행동하는 구성원인 자연인과 분리된다고 한다. 즉 기본법 제19조 제3항의 법인은 독자적인 기본권의 담당자일 수 있는 조직통일체(Organisationseinheit)이다.

(5) 제5견해²⁶⁹⁾

제5견해는 기본권의 전형적 위기상황이론(grundrechtstypische Gefährdungslage)이다. Mutius에 따르면, 현대사회에 있어서 고도의 복잡하고 다양한 방법으로 결합되어 있는 경제적 상호작용적 현상은, 그것이 가지는 자립성(Eigengesetzlichkeit)을 운용하기 위해, 국가의 개입에 의한 위기에 대처하기 위해, 기본법상의 보호를 필요로 한다고 한다.²⁷⁰⁾ 이를테면, 방어권으로의 기본권 이해를 전제로, 국가권력의 개입에 의해 기본권이 위기에 방치되는 경우에는, 자연인에 관해서는 당연하지만 법인에게도 기본권의 보장이 인정되어진다고 하는 것이다. 그때 법인은 자연인과는 분리되어 별개의 독립된 존재로 보여진다. 이것이 소위, '기본권에 전형적인 위기상황'이다. 무티우스는 '국가권력이 자연인과 같이 법인을 원칙적으로 존중하고, 법인은 당해 기본권에 의하여 보호된 자유영역에 있어서 적극적인 행동 권능과 이 영역에서의 국가의 침해에 대한 방어권을 갖는다. 그리고 법인의 배후에 있는 자연인의 기본권과 직접 관계가 없는 경우에도, 私法上的 교류에서 기본권 규범 속에 언어적으로 표현된 객관적 가치질서의 放射를 원용할 가능성을 갖는다.'고 한다.²⁷¹⁾

268) W. Rüfner, Zur Bedeutung und Tragweite des Art.19 Abs. 3des G.G, in: AöR 89(1964), S. 286.

269) A. v. Mutius, in : BK, Art.19 Abs.3, Rn 1; H. Dreier, G.G, Kommentar, Art.19, Rn 21.

270) A. v. Mutius, a.a.O., Rn 32.

또 무티우스가 중시하고 있는 것은 기본권의 기능과 기본권에 의하여 보호되는 지위라고 하는 점이라 생각된다. 법인의 기본권 능력 이론의 듀리히적인 '인간의 존엄'으로부터의 해방은, 기본권을 통하여 실현되는 인격의 전면적인 발전이라고 하는 관념으로부터 독립하여, 기본권이 법인이라고 하는 인공 구축물에 주는 보호작용을 부상시키게 된다.²⁷²⁾ 이를 재단법인과 관련시켜 보면, '재단법인은 고유한 법주체성을 갖고 있고, 법질서에 의하여 기본권 보호 영역에서 활동할 권능을 갖고 있다. 따라서 재단법인이 기본권의 위협이 되는 국가와 그 하부조직과의 관계에서, 더욱 보호할 가치가 있는 지위에 있는 것은, 재단의 주관적 권리에 일어날 수 있는 국가의 침해의 헌법위반성을 주장할 수 있는 인간이, 재단의 법적 자립과 구성원 결여의 결과, 아무도 없기 때문이다. 재단에는 직접적인 인격적 기초가 결여되고 있음에도 불구하고, 그렇기 때문에, 기본권 제19조 3항에 입각한 기본권 주체성은 내용상 개인의 보호에 한정되지 않는 기본권에 관하여 긍정할 수 있는 것이다.'²⁷³⁾

기본권에 전형적인 위기상황의 관점에 따르면, 법인의 배후에 존재하는 자연인에게 기본권이 환원된다고 하는 관점은 용서될 수 없으며, 투시이론은 시대에 뒤떨어진 개인주의적 기본권 이해에 불과하게 된다.

3. 결론

(1) 법인의 다양성으로 인한 문제점.

271) A. v. Mutius, a.a.O., Rn 10.

272) A. v. Mutius, a.a.O., Rn 61.

273) A. v. Mutius, a.a.O., Rn 65.

앞서도 언급하였지만, 법인이나 단체는 존재형식, 구조나 형태에 있어 자연인과 많은 차이가 있다. 법인이나 단체는 그 구성원 유무에 따라 보면, 구성원이 없는 법인이나 단체로는 재단과 주식회사²⁷⁴⁾가 이에 속한다. 또 법인이나 단체를 그 규모²⁷⁵⁾에 따라 보면, 거대조직과 소규모 조직으로도 나눌 수 있다. 법인격 유무에 따라, 인격있는 법인, 인격없는 법인으로 구별되어지는데, 상법상 회사 중 합명회사나 합자회사는 법인격을 가지고 있으나, 그 구성원과 분리하기 어려운 특성을 지닌 존재도 있다. 법인이나 단체는 그 다양성 때문에 이들을 하나의 잣대로 접근하여서는 아니 되며, 할 수도 없다는 점이다. 지금까지의 논의의 문제점은 모든 법인과 단체를 일반적으로 묶어 기본권 전반에 대한 향유여부를 판단하는데 있다고 본다. 법인의 모양이 매우 다양하듯 주체의 문제, 특히 주체의 근거를 판단함에 있어서도 이를 나누어 개별적으로 보아야 한다. 법인에게 기본권허용의 근거가 소위 투시나 분리냐의 문제를 포함하여, 기본권 주체가 될 수 있는 법인이나 단체의 개념 역시 좀 더 개별적이고 구체적인 접근이 필요하게 된다. 이 점에서 자연인의 기본권주체성 문제와 근본적으로 다르게 된다.

(2) 투시이론의 내용과 문제점.

274) 주식회사는 주주라는 사원의 결합체로 보아야 하나, 사원이라는 것이 자본의 형태로 변해 있는 경우가 일반적이어서 도리어 구성원이 존재하지 않는 경우로 보는 것이 타당하지 않을까 한다. 단 주식회사의 형태를 지녔으나, 구성원이 몇 명되지 않는(심지어는 1인인 경우) 그래서 인적실체와 법인의 상대적 독립성이 미약한 경우는 당연히 구성원이 존재하는 경우에 해당된다.

275) 어떤 기준으로 거대와 소규모를 구별할 것인가가 더 큰 문제일 수 있다. 그러나 법인의 경우 자연인과 달리 거대한 규모의 법인은 사회적 권력화 되어 있기에, 즉 기본권성이 상실되어 있을 수 있기에, 최소한의 기본권주체성 외에는 기본권보장자의 측면이 강조되어야 하기 때문이다.

(가) 기본권을 인간의 존엄과 자유확보에 있다고 보는 견해에 따르면, 법인에게 기본권을 긍정하는 것을 쉽게 찬성하기 어렵게 된다. 즉 자연인에게 허용되어지는 불가침 불가양의 인권을 왜 법인에게 허용되어야 하는지, 또 어떤 방법으로 법인에게 타당한가에 많은 이의가 제기될 수 있다. 이러한 전통적 기본권이해에 따르면, 법인의 기본권주체성을 허용하는 근거를 법인의 구성원에서 찾게 된다. 즉 기본법이 제19조 3항에서 명시적으로, 법인의 기본권을 인정한 것은, 그것이 구성원인 자연인의 기본권보호에 연결되고 있기 때문이라고 한다. 즉 법인 속에 자연인이 존재하고 있기에 법인에게 기본권 주체성을 인정하는 것이라 이해하게 된다. 이러한 측면에서 제시된 것이 법인투시(Durchgriff²⁷⁶)이론이다. 투시이론은 법인의 실체적 계기를 투시하고 인적 기반(personales Substrat)에 기초하여 법인의 기본권 주체성을 긍정하려는 이론이라 할 수 있다. 투시이론은 법인에게 기본권보장이 허용되는 것은 자연인의 기본권보호를 위한 것이라는 입장이다. 즉 법인은 그 '구성원'이 가지는 일정의 기본법상 보호되는 이익을 당해 '구성원'이 향유가능하게 하기 위한 목적을 위해 만들어

276) 실체과악이라고도 할 수 있다. Durchgriff는 민법의 법인격의 부인에서 나타난 것이다. 민법학에서 다루어지는 법인격부인이론이란 법인격을 남용하는 법인의 구성원에게는 법인이라는 법적 수단을 부정하여 법인의 배후에 있는 구성원에게 책임을 묻기 위한 것을 말한다. 즉 법인의 형태를 통해 제3자에게 책임을 피하기 위한 수단으로 법인제도를 남용한 경우, 법인을 해체해서라도 선의의 제3자를 보호하고 법인제도를 남용하는 권리남용에 해당하는 행위에 대하여 책임을 지우기 위한 것이다. 선의의 제3자를 위해 법인을 투시하여 그 배후에 있는 자연인에게 책임을 지우는 문제는 기본권을 향유할 수 있는가의 경우에는 적용할 수 없는 문제이다. 법인에게 자유와 권리를 허용하고자 하는 문제와 선의의 제3자를 보호하기 위해 법인의 구성원에게 책임을 부과하는 것과는 구별되기 때문이다. 법인만 책임을 지우고 개인은 면책되려는 시도에 대하여 법인을 해체 또는 투시하여 개인에게 책임을 지우려는 것인 반면, 투시이론의 듀리히의 사고 방법은 법인의 배후에 존재하는 자연인에 착안해서 법인에게 기본권을 승인하는 것이기 때문에, 정확히 반대의 효과를 가져오는 것이다.

진 창조물로 이해한다.

(나) 독일연방헌법재판소는 결정에서, '기본권의 가치체계는 자연인으로서의 개별 인간의 존엄과 자유에 기초한다. 기본권은 일차적으로 공권력에 대한 개인의 자유영역을 보호하여야 하며, 그 한에서 동시에 공동체 속에서 자유롭고 적극적인 상호작용 및 상호형성의 전제조건을 보장하여야 한다. 이러한 관념을 기초로, 제19조 제3항은 해석되고, 적용되어야 한다. 이 관념에 따라, 법인을 기본권의 보호영역에 포함하는 것이 정당화 되는 것은, 법인의 형성이나 활동이 자연인의 자유로운 발전으로 나타날 경우에 한한다. 특히 법인배후에 존재하는 자연인에 대한 투시가 의미 있고 필요하다고 보여 질 경우이어야 한다.'²⁷⁷⁾고 한바 있다.²⁷⁷⁾ 이러한 투시(Durchgriff) 라고 하는 용어와 그 개념은, 연방헌법재판소에 의해 만들어졌다.²⁷⁸⁾ 투시이론은 법인에 대한 기본권의 보호는 조직 그 자체의 중요성이 아니라, 그것을 구성하는 자연인의 중요성에서 찾을 수 있다. 이러한 투시이론은 자유주의 사상에 기초를 두고 소극적 자유개념에 기초한 것이라 할 수 있다.

(다) 그런데 이러한 투시이론은 인적 기반이 없는 재단의 기본권 향유주체성을 설명하기 어렵게 된다.²⁷⁹⁾ 이런 조직의 기본권을 인정하기 어려운 것이 가장 결정적 이유가 될 수 있다. 법인 배후에 자연

277) BVerfGE 21, 362(369). 연방헌법재판소는, Durchgriff 대신에 Durchblick라는 단어를 사용한 경우도 있다(BVerfGE 61, 82(101)).

278) 투시이론은, 기본권의 보장의 효과가 법인의 구성원인 자연인에 귀착한다고 하는 일본 헌법학에 있어서 자연인환원설과 같은 것을 의미한다고 말할 수 있다(法人의 基本權, 高木 康一, 專修法研論集 제38호, 2006, 5면).

279) 독일연방헌법재판소는 재단과 주식회사 및 유한회사에 기본권주체성을 긍정한바 있다; BVerfGE 46, 73(83); 70,138(160).

인이 그 구성원으로 존재하지 않는다고 하여 법인의 기본권주체성이 부정되어지는 것은 아니다. 다만 재단이 가지는 법적 메리트의 하나는 설립자가 사망한 후에도 법상 그 의사가 계속되어 지는 것인데, 재단의 이런 특성을 감안할 때 법인의 기본권 허용이 법인이 인적기반을 가지기 때문이라고 하는 투시이론은 설득력을 잃게 된다.²⁸⁰⁾

(3) 분리이론에 따라 기본권주체성을 법인 그 자체에서 찾는 것이 '원칙'이다.

기본권주체성의 근거는 법인에서 찾아야 한다. 그러나 인적 실체에서 찾는 것을 전혀 부정할 수는 없다.

(가) 법인의 기본권 주체성이란 법인 '자체'에 기본권이 인정될 수 있는가의 문제이다. 자연인은 모두 기본권의 주체가 될 수 있기에, 자연인을 향유주체로 보아 법인의 기본권주체성을 따지는 것은 문제의 본질에 어긋나기 때문이다. 법인의 주체성은 독립된 초개인적 조직체 그 자체가 기본권의 주체가 되는 것이지 법인의 배후에 있는 개개 자연인 때문에 주체가 되는 것은 아니다. 만일 법인 배후에 있는 개인 때문에 주체가 된다면, 자연인이 누릴 수 있는 기본권은 법인도 그 주체가 된다는 결론에 이르게 된다. 한편 법인이 기본권의 성질에 따라 가능한 경우 기본권의 주체가 될 수 있다는 독일 기본법 제19조 제3항²⁸¹⁾이나, 위 조항을 기초로 하여 법인의 기본권주체

280) 인적실체를 강조하는, Dürig는 재단의 기본권 향유주체성을 인정하면서, 재단도 설립자가 사적 자치를 기초로 만든 것이며, 또한 수익자를 위해 설립되어진 것이므로, 법질서가 만들어낸 법형태(Rechtsform)에 기본권의 보호를 부여하는 것은 적절하다고만 하였다.

281) 기본권은 성질에 따라 법인에게 적용될 수 있는 한 법인에게 적용된다는 독일 기본법 제19조 제3항의 내용이나 이에 영향을 받은 국내의 다수견해는

성을 긍정하는 다수견해의 논거, 즉 '성질유보론'은, 법인은 '모든' 기본권의 주체가 될 수 없다는 것을 전제로 한 것으로 보여지는데, 만일 법인의 구성원 때문에 법인이 주체가 된다고 한다면, 구성원이 향유하는 기본권은 모두 법인도 향유할 수 있다는 논리가 되고, 그렇다면 법인에게 향유할 수 없는 기본권이 (존재할 수) 있다는 논리적 전제와 모순이 된다고 할 것이다.

(나) 법인의 존재이유와 그 기능 등이 결국은 법인 배후에 있는 사람에게 유익을 주기 위한 것이라고 하여, 법인의 기본권주체성을 자연인의 기본권주체로 해체하여 접근하는 방법은, 올바른 접근방법이라고 할 수 없다. 이러한 입장을 취하게 되면, 법인의 기본권주체 문제는 사라지게 되고, 법인 속의 구성원의 주체문제로 변질되며, 법인의 기본권주체를 별도로 다루는 의의는 사라지게 되며, 개별 기본권의 법인의 향유능력은 구성원의 향유 여부에 따르게 될 것이며, 그렇다면 법인의 기본권주체문제는 결국 소멸되게 되는 결과가 되기에 적절하다고 할 수 없다.

(다) 법인은 그 자체 고유기능을 지니고 있다. 법인은 그 자체로 자연인과 독립적으로 기본권의 주체가 되어야 하기 때문이다. 자연인은 어차피 기본권의 주체가 된다. 기본권의 성질상 가능하면 법인도 기본권의 주체가 된다고 하는 것은 개개인이 아닌 초개인적인 조직체 그 자체가 법적으로 독립된 단체인 법인에게 기본권을 긍정하려는 의도임이 분명하다. 또한 법인의 재산권침해가 발생한 경우 법인이 직접 소송을 제기하지 못하고 구성원 전체가 소송을 제기하여야 하여야 하며, 법인의 구성원은 유동적이기에 이를 확정하기가 어렵

한마디로, 성질유보라 할 수 있다.

다.²⁸²⁾ 또 법인 그 자체에 대한 국가보호가 요구된다. 법인이 절차적 기본권을 향유하여야 함은 물론이다.

(라) 법인에게 기본권을 긍정하는 것은 '법인 그 자체'에게 기본권을 향유케 하는 것이 '인간'에게 유익하기 때문이다. 이는 법인속의 자연인에게 유익을 주기에 법인의 기본권 주체성을 허용하는 것이라는 것과는 구별되어야 한다. 법인이 처음 만들어지게 된 것이 인간에게 유익을 주기 위하여 고안된 것이며, 처음에는 이러한 법인에게 권리능력 외에 기본권능력을 부여할 것인가에 관해 관심을 두지 않았던 것이다. 기본권은 인간의 권리로, 자연인을 중심으로 발전되어 왔기 때문이다. 그 후 법인이나 단체에게 권리능력문제 외에 기본권 주체의 문제가 제기되었고, 지금은 법인이나 단체에게도 기본권을 향유능력을 긍정하여야 한다는데 이의가 없으며, 있을 수 없다.

(4) 일정한 경우는 투시이론에 따라 인적 실체를 기초로 법인의 주체성 근거로 삼아야 한다.

(가) 법인의 기본권주체성을 인정하기 위해 법인을 개별적 자연인의 관계로 환원시키려는 시도는 타당하지 않다. 그러나 오로지 법인 그 자체에서 기본권주체성의 근거를 구하는 입장도 지나치게 이론적이거나 관념적이라고 보여 진다. 법인격이 인정된 법인이나 단체라 하더라도 소규모 주식회사(1인회사 포함), 소규모 단체의 경우, 이러한 법인이나 단체는 그 구성원과 분리되지 않거나 분리되기 어려운 경우에 해당되기 때문이다. 따라서 이러한 경우, 법인이나 단체에 대한 기본권능력의 근거는, 법인 고유의 또는 본질적 기본권을 제외한

282) A. v. Mutius, a.a.O., Rn 2.

다른 기본권은, 그 구성원 때문에 기본권능력이 인정된다고 보아야 하지 않을까 한다. 예를 들어 합명회사나 합자회사의 경우, 그들에게 법인격을 허용하는 것도 의문이 없는 것은 아니지만²⁸³⁾, 기본권능력을 허용한다 하더라도, 이는 전적으로 인적실체 때문에 허용되는 것으로 보는 것이 실질에 부합된다고 생각하기 때문이다.

(나) Durchgriff와 Durchblick

독일 연방헌법재판소는 소위 투시이론을 전개하면서, Durchgriff를 사용하다가 Durchblick를 언급하기도 하였다. Durchblick는 사전적 의미가 '틈으로 언뜻 보여지는'이라는 의미로 사용되고 있는 듯하다. 이는 법인과 자연인의 완전한 일치를 구하는 Durchgriff와는 구별된다. 어떤 기본권이 법인에게 적용가능한가 아닌가를 심사하는 경우, 법인과 자연인의 일치를 요구하는 Durchgriff보다는 법인에게 기본권을 허용하고자 할 때, 조금이라도 거기에 구성원의 모습이 보이는 것이 필요하다고 하는 의미에서의 Durchblick라 생각되어지기 때문이다. 법인을 구성원과는 별개의 존재로 간주하여 법인을 헌법상 독립의 기본권주체로서 취급하는 것이 가능하며, 또 원칙이다. 그럼에도 법인을 구성원과 완전히 동떨어진 존재로 여길 수 없는 경우가 있을 수 있는데, 그래서 Durchblick 할 필요를 사용한 것이 아닐까한다.

(다) 이런 관점에서 볼 때, 합명회사나 합자회사 또는 1인 회사의 경우, 법인격을 지닌 법인 그 자체에서 기본권향유능력을 찾기보다는

283) 합명회사나 합자회사의 경우 우리 상법은 법인격을 부여하고 있지만(§207), 독일은 이들을 조합으로 다루고 있다는 것은 잘 알려져 있는 사실이다. 대외적으로는 법인성을 인정하나, 대내관계에서는 민법의 조합에 관한 규정을 보충적으로 적용하도록 하고 있다. 따라서 합명회사나 합자회사는 형식은 사단 법인이거나, 실질은 조합성이 농후하다고 하겠다.

법인속의 인적 실체 또 인적 기반에서 주체성의 근거를 찾는 것이 가능하고 현실상황에도 부합하리라 본다. 물론 법인 고유의 기본권은 여기에 해당되지 않는다. 재단의 경우, 법인격 유무를 불문하고, 설립자의 의사에서 그 주체성을 찾는 것도 가능하다고 생각한다. 이 모두 Durchblick를 전제로 한 것이다.

(5) 법인에게 기본권을 인정하는 것이, 그 효과가 구성원에게 귀착되기 때문이란 설명은 많은 지지를 받지 못하고 있다. 독일 헌법학에서도 같은 상황이다. 따라서 법인에게 인적 실체가 보이지 않는다는 이유로 헌법상의 법인격이 부정될 수는 없다. 그러나 법인의 주체성을 논함에 있어, 인적 실체와 전혀 무관하다고 보기에는 법인의 모습이 너무 다양하다. 법인의 주체성 근거를 두 가지 기준을 가지고 접근하는 방법은 논리적 일관성이 없다고 할 수 있으나, 이는 법인이 너무 다양하기 때문에 기인한 것이며, 도리어 좀 더 실질적인 접근으로 볼 수는 없을까 한다. 분리이론을 원칙으로 하되, 일정한 경우 투시이론으로 보충되지 않으면 법인의 주체성근거를 정확하게 이해하기 어렵다.

IV. 기본권 주체가 되는 법인 개념

1. 법인에 관한 민법에서의 논의

(1) 법인의 본질

(가) 법인의 본질론에 관한 로마법의 의제설과 게르만법적 실재설의 다툼은 일세기를 넘는 논쟁의 역사를 지니고 있다.²⁸⁴⁾ 법인의 본

284) 드라이어, Rn 2

질에 관한 민법에서의 논의는 헌법상 법인에게 기본권을 인정함에 있어 결정적 도움을 주는 것은 아니나, 중요한 문제가 있어 정리할 필요가 있다. 법인의 본질에 관해 법인의제설과 법인실제설이 있다.²⁸⁵⁾

(나) 먼저 법인의제설이란, 법률관계의 권리의무의 주체는 자연인에 한하므로, 법인은 법률의 힘에 의해 자연인으로 의제되어 인정된 것에 불과하며, 법인 자체의 실제적인 독자적 존재성을 부인하는 입장이다. 이는 Savigny에 의하여 주장된 학설로, 권리는 의사의 지배이며, 의사가 없는 법인에 대하여는 권리의무의 주체가 될 수 있는 지위를 인정할 수 없다는 것이다. 법인이 권리능력을 갖는 것은 법률이 법인을 자연인에 의제하였기 때문이라고 한다. 의제설은 법인의 행위능력은 물론 불법행위능력을 부정하게 되며, 대리를 통해 권리능력과 행위능력의 불일치는 해결되게 된다.

(다) 반면 법인실제설이란 Gierke로 대표되어지는데, 법인은 법률에 의해 의제된 것이 아니라 실질적으로 권리의무의 주체가 될 수 있는 실체를 가진 사회적 실체라고 한다. 법인도 단체의사를 가지는 사회적 유기체로서, 법인은 자연인과 동일하게 실존하는 법인격체라는 주장이다.²⁸⁶⁾ 법인은 실재하는 존재이기에 권리능력은 물론, 그 자체가 살아있는 유기적인 존재로서 무엇인가를 의욕할 수 있고, 그 의욕한 것을 행동으로 옮길 수도 있다고 한다. 즉 권리능력과 행위능력을 지닌다는 것이다.

285) 의제설과 실제설의 다툼을 극복하기 위한 시론으로, 송호영, 법인의 활동과 귀속의 문제, 민사법학회, 2006.3 참고

286) 법인의 본질에 관해 이영준, 민법총칙, 2007, 박영사, 902면 이하

(2) 민법상 법인이란

(가) 법인이란 법률에 의하여 권리능력이 인정된 단체 또는 재산을 말한다.²⁸⁷⁾ 법인을 만든 이유는 단체를 구성하는 자연인과 독립된 권리능력 즉, 법인격을 인정한다면 이에 관련되어 나타나는 법률관계를 간편하게 처리할 수 있기 때문이다. 단체에게 구성원과 별개의 법률행위를 할 수 있도록 하고, 그 법적 효과를 구성원을 거치지 않고, 바로 단체에게 귀속시킬 수 있게 되며, 구성원인 자연인의 재산과는 분리 독립된 단체 자체의 재산이 인정되게 된다. 구성원과 독립된 법인격을 부여하고, 단체의 법률관계를 간편하게 취급하기 위한 법기술이 사단법인이며, 일정한 목적을 위하여 제공된 재산의 집합에 대하여 독립된 법인격을 부여한 것이 재단법인이다.

(나) 문제는 법인의 기관이 행한 행위는 대리 또는 귀속의 형태로 법인에게 귀속된다. 특히 실재설에 기초한 機關說²⁸⁸⁾은 기관인 (Organperson)이 하는 의욕, 인식, 작위 부작위 등 일체의 활동은 모두 법인 스스로 행한 것이라고 한다. 이는 법인을 위한 대리인의 대리행위와 구별된다. 기관인의 활동 자체가 법인 스스로의 활동이기 때문이 아니라, 기관인의 일정한 활동을 법인의 활동으로 귀속시킬 수 있기 때문이라고 한다.²⁸⁹⁾ 기관설은 법인의 대표자가 인식한 것은

287) 법인의 본질을 어떻게 보는가에 상관없다. 또 법인은 일상 현실에서 실재성이나 권리주체성에 의심을 받을 여지없이 법적 형태로 자리 잡고 있다.

288) 器官說로 표현하는 견해들이 있다. 법인의 기관이 자연인의 수족이나 장기와 마찬가지로 법인의 구성조직의 器官의 일부이므로 기관의 행위는 곧 법인의 행위라는 근거에서이다(송영호, 전계논문, 15면). 본질을 규명하는데 도움이 되나, 機關의 의미를 일반적으로 그렇게 사용하고 있다고 보기에 機關으로 사용한다.

289) 송호영, 전계논문, 18면; 귀속이란 다른 권리주체(乙)에 의해서 형성된 구

법인이 인식한 것이 되고, 법인의 점유는 기관을 통하여 점유할 수 있게 된다. 즉 법인의 기관 즉 자연인의 외형적 활동은 물론 주관적 인식까지 법인에게 귀속된다고 한다.²⁹⁰⁾ 법인의 기관이 주어진 권한을 남용하여 또는 유월하여 권한을 행사한 경우, 대표권이 부정되게 되는데, 제3자에 대한 법인의 책임은 별론으로 하더라도, 법인의 행위로 볼 수는 없게 된다.

(다) 법인격부인

법인은 단체의 재산에 대한 법률관계를 간편하게 취급하기 위한 법기술이므로, 법인의 이러한 목적을 위하여서만 인정되고, 그 범위 내에서만 독립성을 갖는 것이다. 목적 범위를 넘어, 세금포탈, 재산은닉의 수단으로 행해진다면, 법인격은 부인될 수밖에 없다. 법인책임의 실제적 파악(Durchgriff), 법인격 남용이론, 법인격 형해이론이 이에 해당한다. 판례도 이를 받아들이고 있다.²⁹¹⁾

2. 私法상 법인과 헌법의 법인

성요건상의 요소도 어떤 권리주체(甲)의 것으로 돌릴 수 있는 일체의 법적 기술을 통칭하는 의미하고 한다(전계논문, 20면).

290) 조소영, 법인의 양심에 대한 헌법적 논의, 법학연구, 연세대학교, 2009, 172면.

291) 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인 기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰여 지는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다(대판 2001. 1. 19. 선고 97다21604).

권리능력을 지닌 법인이 왜 헌법상 기본권주체가 되어야 하는지(Ⅱ), 또 주체성을 인정할 경우 법인 그 자체에서 근거를 찾는 것이 원칙이라는 것(Ⅲ)도 이미 살펴보았다. 이제는 기본권주체가 되는 법인개념을 어떻게 보아야 하는 가이다. 달리 말하면 민법의 법인개념을 그대로 기본권주체로서의 법인 개념으로 볼 것인가 아니면 민법의 법인 개념과 다른 헌법 고유의 법인개념으로 볼 것인가가 문제된다. 또 헌법 고유의 법인개념으로 볼 경우 그 요건은 무엇인가가 정리되어야 할 것이다.

(1) 성질유보의 의의²⁹²⁾

'성질유보'의 의도는 기본권은 인간을 넘어 법인에게로 확장하며, 기본권주체의 두 번째 차원을 만들어내는데 있다고 할 수 있다. '성질유보'는 법인 그 자체를 만들거나 형성하는 것이 아니라 사회생활의 법적 규율로 만들어진 현상이나 외관에게 기본권능력을 부여하기 위함이다. 따라서 법인 그 자체는 '성질유보'의 결정적인 주체는 아니다. 헌법은 법인을 주어진, 만들어진 것으로 받아들이고 있다는 것이다. 헌법에 의해 법인 개념에 변화를 주고자 함이 아니라는 것이다.

(2) 사법상 법인과 헌법의 법인개념의 불일치

모든 법인이 기본권능력을 가지는 것은 아니다. 또 법인격이 없는 법인이나 단체라 하더라도 기본권능력을 지닌 조직이 있다. 권리능력 없는 사단이라 하더라도 기본권주체가 될 수 있는 반면, 공법상 사단

292) 독일 기본법 제19조 3항의 내용과 이에 영향을 받은 우리의 통설은 기본권은 기본권의 성질상 적용 가능한 한 법인에게도 적용된다고 한다. 이를 모두 '성질유보'라 하겠다.

이라 하더라도 기본권능력이 부정되기도 한다. 기본권주체성을 판단함에 있어, 주로 권리능력이 기준이 된다. 이러한 권리능력은 민법적 차원에 기초한 것이나, 권리능력 역시 상대적 성격을 지니고 있고, 사법상 형태는 중요치 않다. 따라서 법인개념의 통일적 사용은 헌법과 민법 영역에서 유지되기 어렵다. 이는 기본권능력을 지닌 조직의 범위가 사법상 권리주체자의 범위보다 때로는 좁게, 때로는 더 넓을 수 있기 때문이다. 민법적 측면에서 말하면, 민법상 법인은 기본권능력을 가진 사회적 조직체(Gebilde)와 일치하지 않는다. 유추를 통해 매워야할 흠결이 존재한다고 할 수 있다. 사법개념으로부터의 해방은 사법의 평가나, 사법의 이념, 사적자치로부터의 해방을 말하는 것은 아니다. 도리어 이에 반대이다. 기본권능력은 원칙적으로 사법적 기초에서 세워진다.

(3) 私法에 종속적인 법인개념

헌법상 법인 개념을 민법의 그것과 구별한다고 하더라도, 기본권능력은 원칙적으로 사법상의 권리능력을 기초로 한다고 보아야 한다. 그러한 한, '성질유보'의 법인은 사법에 종속되는 법인이라고 말할 수 있다. 법인이라는 조건을 충족하게 될 때 법인은 기본권능력의 지위를 요구하게 된다. 그러나 조건이 주어졌는가의 여부는 원칙적으로 일반법 특히 민법의 所與에 달려 있다. 원칙적으로 사법상 권리능력을 근거로 기본권능력을 추론할 수 있다. 그러나 역은 불가능하다. 사법의 부분권리능력은 기본권능력을 가질 수 있다. 구성원과 구별되는 단체성을 지니고 있는 권리 능력없는 사단은 기본권 주체가 된다.²⁹³⁾ '설립중의 법인'은 민법의 범위내에서 해결되어야 한다고 한다.

293) Isensee, a.a.O.,Rn 32/ 뤼프너 54

(4) 私法을 넘는 법인개념

헌법의 기본권주체가 될 수 있는 법인개념이 민법의 법인 개념에 원칙적으로 종속된다고 할 수 있다. 그러나 헌법적 의미에서의 법인은 그 이상이라 할 수 있다.²⁹⁵⁾

민법의 법인개념과 헌법의 그것이 일치하지 않는다는 것은, 반대로 법인개념의 독자성을 주장할 수 있는 기회가 부여된다고 할 수 있다. 헌법해석은 그 자체 문제가 있는 법인의 민법개념으로부터 벗어나게 하여 준다. 성질유보의 법인개념은 부정확한 집합개념(Sammelungbezeichnung)으로²⁹⁶⁾, 반드시 私法上的의 법인 개념과 일치할 필요는 없다. 법인격이 기본권향유주체성의 부동의 전제가 아님을 알 수 있다. 독일연방헌법재판소 역시 합명회사나 합자회사에게 설립자와 별개의 고유한 기본권지위를 인정한바 있다.²⁹⁷⁾

3. 기본권주체로서의 법인개념²⁹⁸⁾

294) Isensee, a.a.O.,Rn 31.

295) Isensee, a.a.O.,Rn 32.

296) Isensee, a.a.O.,Rn 21.

297) BVerfGE 4,7(12); 15,235(239); 독일은 우리와 달리 합명회사나 합자회사에게 법인격을 부여하고 있지 않다. 조합으로 본다.

298) Isensee, a.a.O.,(S. 581-586???)에 의해 주장되고, 권영성 교수에 의해 지지되고 있다. 법인개념은 사법적 개념이며, 사법상의 권리의무의 주체를 해결하기 위한 것이므로, 법인이 사법상 권리의무의 주체라는 것과 법인이 헌법적으로 기본권주체가 될 수 있는가는 반드시 일치하는 개념은 아니다. 법인의 주체성 여부에 관한 혼란과 문제점은, 사법상 법인 개념을 헌법학에서 무비판적으로 차용하여 논의를 전개한 데에 그 주원인이 있다고 하면서, 사법상 법인격이란 사인간 재산권귀속문제를 간편하게 처리하기 위해 고안된 법기술에 불과하므로, 기본권 주체성여부를 판단하는데 결정적 기준이 될 수 없다고 한다. 헌법학에서는 법인의 기본권주체성의 논의에서 기본권주체로서의 법인의 논의로 그 중점이 이전되어야 한다고 한다(권영성, 전거서, 104면 이하).

법인은 자신의 고유한 권리의 주체로서 조직적 통일체이다. 이러한 개념은 단순히 민법이나 다른 법에서의 차용은 아니다. 이는 헌법과의 관계로부터 특히, 기본권의 기능으로부터 추론되어 지는 것이다. 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 결정과 활동에 있어 통일성을 지니는 조직적 통일체로서 당해 단체에 참여하는 자연인과의 관계에서 상대적 법적 독립성을 지니며, 그 구성에 있어 사적 자치에 기초를 두는 단체라 한다.

(1) 조직적 통일체

사회적 조직은 자기의 고유한 의사를 결정하고, 개개 구성원의 자연적 의사와 일치하지 않고, 자신의 권리와 재산을 소유하고 있을 때 능력을 지니게 된다. 국가적 침해가 대상으로 삼는 실체가 있어야 하며, 조직 그 자체의 기본권적 보호이익이 있을 때라야 한다. 구성원 간의 사실상의 상호연계성, 상호의존성이 존재한다는 것으로 불충분하고, 단순한 공동적 기본권실현은 조직적 통일체로 볼 수 없다. 따라서 단순한 집회 역시 조직이라 할 수 없다. 또 조직의 흔적이 전혀 없는 인적모임에 불과한 우발적 집회 역시 고려되지 않는다.

(가) 공동의 기본권행사로 불충분하다.

개별 기본권의 집단적(gebundelte) 행사는 당연히 새로운 초개인적인 기본권주체를 만들어내지 못한다. 예를 들어, 3명의 사람이 함께 일을 할 때, 기본권적으로 볼 때는 3인의 개인이 각각 일을 하는 것에 불과하다. 이를 통해 4번째, 집단적 기본권주체가 필연적으로 나타나는 것은 아니다. 그러나 다른 어떤 것이 나타날 수 있다. 공동의 조직 범위 내에서 협동이 나타날 수는 있다. 전자의 공동의 기본권행

사는 그룹의 기본권이 되며, 후자는 단체의 기본권이 된다.

사회적 관계에 불과한 그룹은 '성질유보'의 의미에서의 법인은 아니다. 실제적 관련성이나(faktische Zusammenhang) 상호독립성이 충분하지 않다. 이것들이 주체가 되려면 관여 인간으로부터 독립된 크기로서 인식되고 승인되어질 정도의 조직통일체로 그 농도가 더 깊어져야 한다. 그렇기에 집회는 그 자체로서 집회에 참석한 개인과 별개의 특별한 기본권주체가 될 수 없으며, 집시법에 따라 집회를 주도하는 주최자와 별개로 주체가 될 수 없다.

(나) 기능적 통일체만으로도 불충분하다.

신문은 다양한 기능수행자들, 즉 편집, 출판, 광고, 인쇄 등의 협력으로 이루어진다. 저널리즘적, 상업적, 기술적 요소가 함께 작용한다. 따라서 신문의 자유라는 기본권은 정보창출과정에서 배포에 이르기까지 모든 단계를 커버한다. 그렇기에 개별 신문은 그 자체로서 기본권주체가 될 수 없다. 제작과 배포의 과정이 다양한 조직체에게 나누어져 있기 때문이다. 따라서 신문과 같은 기능통일체는 기본권주체가 아직은 될 수 없다.²⁹⁹⁾ 이는 오히려 공동의 조직을 통해 구성되어 진다. 헌법 제21조의 언론·출판의 자유는 신문의 자유를 내포하고 있다고 보며, 동시에 신문을 제도적으로 보장한다고 보는 것이 통설이다. 그러나 신문을 제도로 보장한다고 하여 당연히 조직통일체가 되는 것은 아니며, 또 기본권주체가 되는 것도 아니다.³⁰⁰⁾ 언론부문, 상업부문, 기술부문이 혼합된 신문사 그 자체는 그것이 기능적 통일체로서 언론제도보장의 대상이 되지만, 그 전체가 조직적 통일체로서의

299) 신문의 자유의 주체는 한편으로 참여 자연인(출판, 법률고문, 편집, 리포터)이며, 다른 한편으로 관여 법인(인쇄사, 신문대리점)이다(Isensee, a.a.O.,Rn 28).

300) Isensee, a.a.O.,Rn 28.

기본권 주체가 되는 것은 아니게 된다. 성질유보에서, 법인의 질을 정하는 가장 결정적인 것은, 개인의 기본권행사로부터, 그 자체 결정 능력과 행동능력을 지니고, 동시에 법적효과를 가져올 수 있는 조직 통일체가 형성된다는 것이다.

(2) 조직의 독립성이 필요하다(상대적 법적 독립성).

조직통일체는 조직 내의 개인에 대해 법적으로 독립적이어야 한다. 이로써 기본권 주체가 만들어진다. 관여 자연인으로부터 법적 독립이 의도되어야 하며, 자연인에 대하여 독립적이어야 한다. 조직체는 그 구성원의 자연적 의사와 구별되는 그 자신의 고유한 의사를 형성할 수 있고, 또 고유의 권리와 재산적 가치를 소유할 수 있는 경우에만, 그리고 국가적 침해에 대응할 수 있는 실체를 지니고 있어 단체 자신의 기본권적 보호이익이 확증 가능한 경우에만 주체가 될 수 있다.³⁰¹⁾

(3) 사적자치에 기초하여야 한다.

조직의 존재, 구조, 작용은 관여 인간의 의사와 일치할 때에만 조직은 기본권적 정당성을 가질 수 있다. 법인의 기본권과 법인을 유지하는 인간의 기본권 사이에 모순이 나타나지 않아야 하며, 조직을 인적 실체로부터 분리하여 조직의 경쟁자 또는 적수로 만드는 결과가 되어서는 아니 된다. 기본권은 법인에게 무리하게 강요되어서는 아니 된다. 조직은 관여 자연인의 기본권의 파생물로서, 자연인을 강화하며, 보완하며 그러나 위해를 주지 않도록 하여야 한다.³⁰²⁾법인의 기

301) Isensee, a.a.O.,Rn 31.

302) Isensee, a.a.O.,Rn 29.

본권능력은 개인의 사적자치의 규율의 결과이다. 사적자치를 기초로 구성되어야 한다. 법인은 구성원의 기본권을 강화하기 위한 것이어서, 사적 자치에 기초한 것이어야 하며, 강제로 만들어진 것이어서는 아니 된다.³⁰³⁾ 사적자치에 기초를 두어야 하나, 조직이 국가로부터 기본권행사자로 계획되어진 경우에도 주체성이 긍정되어질 수 있다. 즉 대학이 그 예이다.

4. 기본권주체로서의 법인의 지위

법인이나 단체는 구성원인 자연인과 별개로 기본권의 주체가 될 수 있다고 하였는데, 그렇다면 법인이나 단체는 소극적 지위에서의 방어권은 물론 적극적 지위를 지니게 된다. 또 실체법적 지위 외에도 절차법적으로도 기본권능력을 지닌다. 법인이나 단체는 자신의 이름으로 기본권을 주장할 수 있다. 법인이나 단체는 소송에 관여할 수 있고, 소송수행능력을 지닌다. 즉 법인이나 단체는 자신의 인적 실체를 구성하는 개인의 권리보호이익과 다른 법인이나 단체 자신의 권리보호이익을 주장할 수 있다. 동시에 법인이나 단체는 자신의 기본권침해를 이유로 자신의 명의로 헌법소원을 제기할 수 있음은 물론이다.

V. 법인에게 인정되는 기본권의 판단기준

법인에게 기본권을 적용한다고 할 때, 적용여부를 기본권을 중심으로 판단할 것인지 아니면 법인을 중심으로 판단할 것인지에 관해 법인을 기준하자는 입장과 기본권을 기준하자는 입장이 다투어진다.

303) Isensee, a.a.O. Rn 30.

1. 법인 기준설

각 법인의 특성, 기능, 목적과 활동유형에 따라 개별적 구체적으로 판단하여 문제되는 기본권의 적용여부를 결정하는 입장이다. 법인이 수행하는 다양한 사적 공적 기능에 따라, 법인·사단·단체의 설립목적에 따라 기본권 주체성여부를 개별적으로 판단하여야 한다.³⁰⁴⁾또는 특정의 기본권이 법인에게 적용되는지의 문제는 모든 기본권에 대하여 포괄적으로 결정되는 것이 아니라, 당해 기본권에 해당하는 것으로 여겨지는 법인의 개별적 활동유형과의 관계에서 분석되어야 한다는 견해이다.³⁰⁵⁾

2. 기본권 기준설

개별 기본권의 성질을 기준하여 그것이 법인에게 적용되는지 여부를 결정하고 이에 따라 법인에 적용되는 기본권을 열거하는 입장이다. 이 입장을 따르는 견해들도 법인의 특성을 고려하면서 기본권 주체여부를 판단하고 있다.³⁰⁶⁾또 평등권의 경우 동종의 법인에 대하여만 적용되는 것이라든지, 법인의 특성을 감안하고 있다. 자연인의 고유한 속성인 육체성(Koerperlichkeit), 정신적 심리적(geistig-seelisch) 속성을 불가결의 전제로 하는 것이 아닌 한 모두 법인에게 적용된다. 법인의 목적에 따라 기본권 중에는 법인에게 적용되지 못하는 것이 존재한다.

304) 허영, 전게서, 243면

305) A. Bleckmann, Staatsrecht 2- Die Grundrecht, 1989. S. 104

306) 김철수, 전게서, 257면

3. 결론

(1) 법인에게 기본권을 적용할 때 기본권과 법인 모두가 기준이 되어야 한다. 어느 한 쪽에 치우칠 수 없다. 이는 기본권의 성질이 다양하며, 총합적 기본권이 등장하고 있고, 기본권의 성질 자체도 법인과와의 관계에서 검토되지 않으면 올바르게 인식할 수 없기 때문이다.³⁰⁷⁾ 먼저 기본권을 기준하여야 하는 것은, 기본권이 인간의 영혼이나 육체를 전제로 하는 것일 때에는 원칙적으로 법인이나 단체에게 적용될 수 없기 때문이다.

(2) 법인의 경우 법인의 목적과 형태 등을 고려하지 않는 기본권적용은 적용여부 그 자체가 불가능하게 된다. 예를 들어, 주식회사는 일반적으로는 정치적 자유를 갖는 것은 아니다. 그러나 정관에 의하여 주어진 범위 내에서 정치적인 의견표명이 허용되는 경우가 존재한다. 예컨대 세종시 건설을 둘러싼 철강관련 영리회사가 공사工法에 관한 정부의 방침에 반대하는 정치적 주장은 당해 단체의 목적으로부터 정당화되어진다고 할 수 있다. 또 특정 정치사상을 보급하기 위하여 만들어진 출판사에게는 그때그때 자신의 사상을 구체화하는 정치적인 의견 표명이 당연히 허락되어질 수 있기 때문이다.

이렇게 생각하면, 무엇 때문에 만들어진 법인이나 단체인지가 기본권향유주체성을 판단하는 데 있어서는 결정적인 의미를 갖게 된다. 법인의 기능, 목적, 활동의 유형에 비추어, 허용여부가 개별적 구체적으로 판단되어야 한다. 즉 법인의 주체성은 기본권의 성질 외에 법인의 기능, 목적 등을 함께 고려하여야만 합리적인 해결이 가능하다.³⁰⁸⁾

307) G. Dürig, a.a.O., Rn 5

(3) 다만, 법인은 목적이나 형태 등 다양한 법인의 존재형식에도 불구하고, 모든 법인이 향유하여야 할 기본권이 존재한다. 이를 본질적 기본권이라 하겠다. 즉 사회의 중요한 구성요소로서, 법인격을 지닌 경우 또는 기본권향유능력이 인정될 수 있는 헌법적 법인요건을 충족한 경우에는, 모든 법인은 다음과 같은 기본권은 당연히 향유할 수 있다고 본다. 예를 들어, 거주 이전의 자유, 주거의 자유, 재산권, 신서보호 등 이와 관련된 절차적 기본권은 모든 법인에게 당연히 보장되어야 할 기본권으로 본다. 이러한 본질적 기본권을 제외한 나머지 기본권은 법인과의 연관성 하에 허용여부가 결정되어야 한다.

VI. 법인과 구성원 및 기관

법인이 그 구성원의 기본권을 행사할 수 있는지 또 법인의 기관과 법인과의 관계가 문제된다.

1. 법인과 그 구성원과의 관계

(1) 법인의 기본권 주체성은 법인 그 자체에서 구하며, 법인 배후에 있는 자연인 즉, 그 구성원 때문에 기본권의 주체가 되지 않음이 원칙이라는 사실은 이미 살펴보았다. 그렇다면 법인은 그 구성원의 기본권이 침해된 경우 법인이 구성원을 대신하여 기본권침해를 다룰 수 없다. 이는 법인이 그 구성원과 별개의 법적 존재에서 비롯된 것이며, 또 기본권 그 자체는 일신전속적 성질을 지니는 것이어서 다른 사람에 의해 행사되어질 수 없기 때문이기도 하다. 따라서 법인이나

308) Isensee, a.a.O.,S. 586

단체는 구성원의 기본권침해를 이유로 법인이나 단체가 직접 당사자가 되어 기본권침해를 다룰 수 없다.

(2) 문제는 언제나 그래야 하는가이다. 이는 실체법적 차원의 문제가 아닐 수도 있다. 법인 그 자체의 침해로 보기에 법인의 정관 등을 감안할 때 이론적으로 딱 들어맞는 경우는 아니라 하더라도, 구성원 전체의 기본권침해가 문제가 될 경우 구성원 각자가 기본권침해를 다룰 수 있는 길은 물론 열려 있지만, 이 경우 법인이 구성원 전체의 기본권침해를 다루는 것이 불가능하다고 볼 것인가이다.³⁰⁹⁾

2. 법인과 기관과의 관계

이미 법인의 본질에서 살펴보았지만, 법인의 기관, 특히 기관인의 인식은 법인의 인식으로 보아야 한다는 입장에서, 법인의 기관인의 인식, 의사결정, 행위를 모두 법인의 것으로 귀속시키려는 민법의 논의를 그대로 헌법에 수용할 수 있는가가 문제될 수 있다. 법인 고유의 기본권, 법인에게 허용될 수 없는 기본권, 법인에게 허용여부가 다투어지고 있는 기본권으로 나누어 보고자 한다.

(1) 법인 고유의 기본권의 경우, 법인의 기관인의 인식이나 판단은

309) 영화상영에 있어 사전심의를 받도록 한 것에 대하여, 한국영화인협회가 전체 구성원을 대신하여 헌법소원을 청구한 경우, 굳이 구성원의 기본권침해를 이유로 하여야 한다고 할 필요가 있는지 의문이 든다. 구성원사이에 견해차이가 있을 수 있으나, 대다수 구성원의 생각이 모아진 경우로 보여지는 경우, 또 분과위원회가 제기한 것은 거절할 수 있겠지만, 영화인협회가 제기한 것을 각하할 필요는 없지 않을까 한다. 다만 신문협회가 제기한 여론조사 사건과는 구별되어야 한다. 이는 여론조사와 관련되어 구성원들의 견해가 일치되어 있다고 보기 어렵기 때문이다. 구체적 사안에 따라 유연성을 보일 필요가 있다고 본다.

법인 자신의 인식이나 판단으로 볼 수 있고, 또 보아야 한다. 따라서 법인의 기본권침해여부는 기관인에 대한 침해여부에 의존된다.

(2) 법인에게 허용될 수 없는 기본권의 경우, 법인과 별도로 법인의 기관인을 기준하여 향유 및 침해여부를 판단할 수 없다. 민법의 재산처리문제를 해결하기 위한 기술로써, 법인의 경우 기관인의 인식을 법인의 인식으로 보아, 법률관계를 해결하는 것은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 지극히 인간의 권리의 성격을 지니며, 동시에 개별적인 성격을 지닌 기본권 영역에서, 기관인의 인식을 법인의 인식으로 의제하는 것은 타당하지 않다고 본다. 따라서 사죄광고가 양심의 자유에 대한 제한이 될 수 있는데, 법인의 경우에는 대표자의 양심표명을 강제한 것으로 본 헌법재판소의 결정은 민법의 귀속이론의 입장에서는 받아들일 수 있을지 몰라도, 헌법적 입장에서는 수용할 수 없다고 본다.³¹⁰⁾ 만일 이를 긍정할 경우, 법인에게 허용될 수 없는 기본권은 '사실상' 없게 되기 때문이다. 또 법인의 기관인을 중심으로 침해여부를 판단하게 되면, 법인의 기본권을 자연인과 별개로 다루는 의의가 소멸되게 된다.

(3) 법인에게 허용여부가 다투어지고 있는 기본권의 경우, 법인의 기관인의 인식이나 판단을 법인의 인식이나 판단으로 볼 수 있는가? 개별적으로 판단해야 할 문제라 보지만, 긍정될 수 있다고 본다. 일반적 인격권의 경우, 명예, 성명 등에 관한 권리는 법인에게 허용될 수 있다고 보며, 이 경우 법인의 기관인의 인식이나 판단을 기준할 수 있다고 본다. 이 경우에도 법인이 기본권을 향유할 수 있어야 된

310) 법인의 대표자인 자연인의 양심의 자유를 침해한 것으로 이해하는 입장으로, 서울 민사지법, 1969.6.20. 68가1886 판결이 있다.

다.

Ⅶ. 법인에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토

헌법재판소의 법인에 관련된 판례가 총 7-8개정도라 할 수 있다. 선고순서로 정리·검토하고자 한다.

1. 법인이나 단체에 관한 결정

(1) 정당의 기본권향유능력

헌법재판소는 정당과 관련하여, "평등권 및 평등선거의 원칙으로부터 나오는(선거에 있어서의) 기회균등의 원칙은 후보자에 대하여서는 물론 정당에 대하여서도 보장되는 것이며, 따라서 정당추천의 후보자가 선거에서 차등대우를 받는 것은 바로 정당이 선거에서 차등대우를 받는 것과 같은 결과가 되는 것이다. 이와 같이 정당이 선거에 있어서 기회균등의 보장을 받을 수 있는 헌법적 권리는 정당활동의 기회균등의 보장과 헌법상 참정권보장에 내포되어 있다고 할 것이므로"라 하여 정당의 기본권향유능력을 인정한바 있다.³¹¹⁾ 이 결정에서는 법인의 기본권향유능력을 전혀 언급함이 없이 정당의 기본권주체성을 당연한 것으로 전제하고 있다.

(2) 사죄광고

그 후 사죄광고³¹²⁾의 위헌여부를 다루면서, 사죄광고는 "침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따

311) 헌결 1991.3.11. 91헌마21 결정

312) 헌결 1991.4.1. 89헌마160 결정

라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다.)이라고 보지 않을 수 없다. (중략) 사죄광고 과정에서 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다. 이러한 의미에서 사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해도 된다고 볼 것이다.”고 한바 있다.

(3) 헌법재판소는 영화법사건³¹³⁾에서 처음으로 법인의 기본권 향유능력을 다루었다.

“우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용할 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한, 법인아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민사소송법 제48조 참조). 청구인 사단법인 ○○협회(이하 영화인협회라고 줄여 쓴다)는 “영화예술인 상호간의 친목도모 및 자질향상, 민족영화예술의 창달발전을 기함을 목적으로, 그 목적을 달성하기 위하여” 설립된 민법상의 비영

313) 헌결 1991.6.3. 90헌마56 결정

리사단법인으로서 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 관한 한 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”는 것이다. 즉 기본권은 자연인에게 적용되는 것이지만, 기본권의 성질상법인이 누릴 수 있는 것이라면 법인에게도 적용된다는 일반원칙을 천명하면서, 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고, 또한 법인 아닌 사단·재단 모두, 기본권의 주체가 될 수 있음을 말하고 있다. 또 “단체와 그 구성원을 서로 별개의 독립된 인격체로 인정하고 있는 현행의 우리나라 법제 아래에서는 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해당한 사람만이 원칙적으로 헌법소원심판 절차에 따라 권리구제를 청구할 수 있는 것이고, 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다.”고 하여, 단체와 그 구성원은 서로 별개의 독립된 인격체로 보아야 한다는 입장을 나타내고 있다.³¹⁴⁾

(4) 한국신문편집인협회사건

한국신문편집인협회가 제기한 여론조사금지를 다룬 사건³¹⁵⁾에서, “청구인협회는 언론인들의 협동단체로서 법인격은 없으나, 대표자와 총회가 있고, 단체의 명칭, 대표의 방법, 총회 운영, 재산의 관리 기타 단체의 중요한 사항이 회칙으로 규정되어 있는 등 사단으로서의 실체를 가지고 있으므로 권리능력 없는 사단이라고 할 것이고, 따라서 기본권의 성질상 자연인에게만 인정될 수 있는 기본권이 아닌 한 기본권의 주체가 될 수 있으며, 헌법상의 기본권을 향유하는 범위 내

314) 다수의견에 대한 유력한 반대의견(변정수)이 개진되었다.

315) 헌결 1995.7.21. 92헌마177 결정: 이 사건에서는 협회와 함께 중앙일보사 편집국장 이모씨가 청구인으로 함께 헌법소원을 청구하였다.

에서는 헌법소원심판청구능력도 있다고 할 것이다. 이 사건의 경우 청구인협회가 침해받았다고 주장하는 언론·출판의 자유는 그 성질상 법인이나 권리능력 없는 사단도 누릴 수 있는 권리이므로 청구인협회가 언론·출판의 자유를 직접 구체적으로 침해받은 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 볼 것이나, 한편 단체는 원칙적으로 단체 자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 할 것이다.”고 하였다. 즉 편집인협회는 언론인들의 협동단체로서, 법인격은 없으나, 사단으로서의 실체를 지니고 있는 권리능력 없는 사단이라 하면서, 언론 출판의 자유는 그 성질상 당연히 법인이나 권리능력 없는 사단도 누릴 수 있는 권리라 하였다.

(5) 노동조합법

노동조합법 사건³¹⁶⁾에서는, “헌법 제33조 제1항에 의하면 단결권의 주체는 단지 개인인 것처럼 표현되어 있지만, 만일 헌법이 개인의 단결권만을 보장하고 조직된 단체의 권리를 인정하지 않는다면, 즉 국가가 임의로 단체의 존속과 활동을 억압할 수 있다면 개인의 단결권 보장은 무의미하게 된다. 따라서 헌법 제33조 제1항은 근로자 개인의 단결권만이 아니라 단체 자체의 단결권도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 즉, 헌법 제33조 제1항의 단결권은 조직된 단체의 권리가기도 하므로, 동 규정은 근로자단체의 존속, 유지, 발전, 확장 등을 국가공권력으로부터 보장하고(단체존속의 권리), 근로자단체의 조직 및 의사형성절차에 관하여 규약의 형태로 자주적으로 결정하는 것을

316) 헌결 1999.11.25. 95헌마154 결정

보장하며(단체자치의 권리), 근로조건의 유지와 향상을 위한 근로자 단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약 체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체가입의 권유 등을 보호한다(단체활동의 권리)고 보아야 한다.”고 하면서, “이 사건 법률조항은 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지함으로써 청구인이 정당에 정치자금을 기부하는 형태로 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정치자금의 기부를 통하여 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유(단체활동의 자유)를 제한하는 규정이므로, 이 사건 법률조항에 의하여 침해된 기본권은 헌법 제33조의 단결권이 아니라 헌법 제21조의 노동조합의 정치활동의 자유, 즉 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장내용으로 하는 행복추구권이라고 보아야 한다.”고 하였다. 즉 단결권은 개인의 단결권보장 외에 단체 그 자체의 존속, 자치, 활동의 권리를 그 내용으로 한다고 하면서, 정치자금 기부금지는 단체활동의 자유를 제한하는 것이라 하였고, 침해된 기본권은 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장내용으로 하는 행복추구권이라 하였다.

(6) 종교단체

교육법 사건에서³¹⁷⁾, 헌법 제20조는 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다”, “국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다”고 규정하여 종교의 자유를 선언하고 있다. 헌법상 보호되는 종교의 자유에는 특정 종교단체가 그 종교의 지도자와 교리자를 자체적으로 교육시킬 수 있는 종교교육의 자유가 포함된다고 볼 것이다.”고 하였

317) 헌결 2000. 3. 30. 99헌바14 결정

다. 모든 종교단체는 종교의 자유를 가지는데, 그 종교의 지도자 교리자를 자체적으로 교육시킬 종교교육의 자유를 가진다는 것이다.

(7) 축협중앙회

농업협동조합법사건³¹⁸)에서, "법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지므로 결사의 자유의 주체가 된다고 봄이 상당하고, 달리 결사체에 대하여 기본권주체성을 인정하여서는 아니 될 만한 어떠한 사정도 보이지 않으므로, 이 사건에서 축협중앙회의 기본권주체성을 부인할 것은 아니다." 고 하였다.

2. 헌법재판소 결정에 대한 비판적 고찰

이와 같은 헌재결정에 대하여 다음과 같은 지적이 가능하다고 하겠다.

(1) 정당의 평등권

후보자의 기탁금이 너무 고액이어서 후보자의 공무담임권과 평등권이 침해되었고, 후보를 추천한 정당의 평등권이 침해되었다고 한 사건이다.

(가) 평등

① 일반원리

모든 사람은 법 앞에 평등하다는 것을 법인에게 단순 적용하는 것

318) 헌결 2000. 6. 1. 99헌마553 결정

은 불가능하다. 모든 법인이 자연인과 동등할 수 없을뿐더러, 모든 법인 간에도 평등이라는 것은 불가능하기 때문이다. 평등이나 불평등이나, 어느 정도까지 차별이 허용되느냐는 구체적 사건 속에서 조심스럽게 심사되어야 한다. 행정과 사법의 영역과 달리 입법의 영역에서 더 큰 어려움이 제기된다. 입법자들은 어느 정도로 자연인과 법인 사이, 동시에 법인상호간의 사이를 평등하게 또는 불평등하게 취급되어야 하는 것을 인식하여야 하기 때문이다. 이에 관한 평가는 결코 쉽지 않다.

② 자연인과 법인과의 관계

평등원칙은 그 성질에 따라 법인에게 적용되어진다고 보는 것이 지배적인 견해이다.³¹⁹⁾ 자연인과 법인은 비록 그들이 기본권주체란 점에서 법적 지위가 동일하다 하더라도, 그들의 실체를 살펴보면 사실상 실질적으로 매우 다르다. 인간의 경우만이 실질적으로 동등하다고 할 수 있다. 존엄과 가치에 있어 동일하다. 모든 사람은 법앞에 평등하다고 할 때, 모든 사람은 모든 법적 인간(Rechtsperson)을 의미하는 것은 아니다. 일반적 평등조항은 원칙적으로 법인에게 타당하나, 두 개의 중대한 제한이 존재한다. 법인과 자연인은 동일하지 않으며, 동시에 법인은 다른 법인과도 필연적으로 동등하지 않다는 점이다³²⁰⁾. 법인의 형태는 매우 다양하기 때문이다. 이 때문에 자연인과 법인 그리고 다양한 형태의 법인사이에 불평등한 대우가 허락되어 질 다양한 가능성이 열려져 있다. 여기에 평등실현의 어려움이 주어진다. 먼저 재산적 거래와 관련된 영역에서는 법인과 자연인은 동등하게 취급되어야 한다.³²¹⁾ 토지거래취득세와 같은 거래세의 경우

319) BVerfGE 3, 383(390); 30,112(120).

320) 예컨대, 인적회사와 물적회사는 서로 평등하지 않다.

자연인과 법인을 달리 취급하는 것은 부적법하다. 반면 법인은 사회적 기본권의 경우 자연인과 동일하게 보호를 구할 수는 없다. 이는 사회국가의 목적이 인간을 위한 것이지, 인간에 의하여 만들어진 조직을 위한 것이 아니기 때문이다.

③ 법인 상호간의 관계

평등원칙의 적용에 있어 법인 상호간의 관계가 자연인과 법인간의 관계보다는 덜 어려움을 준다. 법인간의 평등문제도 유사한 법인간의 평등이 주로 문제된다. 예컨대 방송국은 대학이나 정당 등의 법적 지위가 동일하지 않기에, 각자가 특별한 기능을 요구할 수 있는 지위에 있다고 할 수 있다. 또한 결사의 자유에 의해 만들어진 정치적 단체는 정당과 동일한 지위를 요구할 수는 없다. 입법자는 조직의 목적에 따른 차이를 인정하여야 하며, 법인의 다양한 유형의 조직형태를 그 형태에 따라 달리 취급하는 것을 용인하여야 한다. 반면 동일한 조직에게 다른 권리를 부여해서도 아니 된다. 예를 들어, 교회에 부여되는 공공요금의 무료혜택을 대형교회에는 인정하면서 소규모 교회에 이를 거절할 수는 없다.³²²⁾ 이런 유형의 평등은 자유권에 관해 상호 경쟁관계에 놓여 있는 한 단체 상호간 또는 잠재적으로라도 경쟁관계에 놓여있는 기본권주체 사이에 발생하게 된다. 이는 이익단체, 정당, 종교단체 등에 있어 기회균등의 경우 타당하게 된다. 헌법은 별도의 규정을 두어 대학, 정당, 노조 등에게는 특별한 지위를 부여하고 있다. 반면 상호적대적인 사용자와 근로자간에는 무기대등의 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 근로자와 사용자간에는 동등한 지위가 주어져야 한다.

321) W. Rüter, a.a.O., S. 284.

322) BVerfGE 19,1(6)

(나) 헌법재판소는 정당은 헌법적으로 특별한 지위가 부여된 존재임을 논증하면서 정당의 기본권주체성을 긍정하였다. 정당에게 헌법상 특별한 지위가 부여된다고 하여, 정당이 '기본권 일반'을 당연히 향유한다고 할 수는 없다. 정당은 헌법이 정당에게 부여한 특별한 지위와 관련된 기본권만을 향유할 수 있을 뿐이기 때문이다. 따라서 정당의 주체성을 긍정함에 있어, 법인이나 단체, 특히 법인격 없는 존재인 정당의 경우 기본권주체성이 긍정됨을 먼저 논증하고, 헌법이 부여한 정당의 특별한 지위와 관련된 기본권을 향유할 수 있음을 다뤄야 할 것이다. 위 사건은 청구인 정당이 돈 많은 부유한 정당에 비해 가난하기에 후보자를 내기 어려운 것을 다투는 것이어서 정당이 평등권이나 평등원칙의 주체가 되어야 하는데, 후보자에 대한 차등이 정당에 대한 차등의 결과를 가져오기에 선거의 기회균등이 침해되었다고 하는 것은 웬지 어색하다.

(2) 동아일보사의 인격권³²³⁾

(가) 법인의 경향보호와 법인의 인격권

① 법인의 경향보호

법인은 인간의 도덕적 존재를 보호하는 기본권, 예를 들어 존엄, 종교·윤리적 인격성의 기초, 양심과 같은 기본권은 적용되지 않는다. 즉 법인 그 자체는 양심의 자유를 가질 수 없다.³²⁴⁾ 그러나 조직은 구성원의 특정 양심실현을 위한 매개체일 수 있다. 법인의 정신적

323) 특히 사죄광고의 경우, 매우 어려운 헌법문제를 지니고 있음에도 너무 간략하게 처리하였다는 점이다. 초창기 헌재결정이어서 이해가 되기는 하나, 아쉽다는 지적을 생략할 수는 없다. 평등 역시 어려운 문제에 해당된다.

324) Isensee, a.a.O., Rn 58.

정체성(geistig Identitat)은 이념적 · 실질적 목적으로부터 주어진다. 목적 때문에 존재하기 때문이다. 법인은 스스로 목적을 선택할 수 없다. 오히려 법인은 설립자나 기증자의 목적에 헌신하여야 하기 때문이다. 법인의 목적은 법인 그 자체에 있지 않다. 따라서 법인은 법인의 예정된 존재이유(raison d'etre) 자체를 기본권적으로 주장할 수 있다.³²⁵⁾ 법인의 종교적, 세계관적, 문화적, 정치적 경향은 해당 관련 기본권을 통해 보호될 수 있다. 법인의 기본권보호는 결국 목적추구를 위해 법인의 능력을 보호하는 결과가 된다. 법인이나 단체는 자신의 목적을 갖는 것이 아니라 만든 사람의 목적을 실현하도록 하기 위해 법인이나 단체 그 자체에게 권리능력 및 기본권능력까지 부여된 존재라 할 수 있다. 그렇다면 이러한 경향단체에 있어 법인 설립자의 경향을 실현하기 위해서는 법인은 이러한 경향의 주체가 될 수 있다고 보아야 하지 않을까 한다.

② 법인의 인격권

인격권이란 자연인에게만 주어지는 품격이라 할 수 있는데, 일반적 인격권은 판례를 통해 발전해오다가 지금은 기본권으로 일반적으로 인정되고 있다. 문제는 일반적 인격권이 법인에게 허용되는가이다. 법인의 경우도, 성명, 명예 등과 같은 일반적 인격권을 향유한다고 보는 것이 타당하다.

③ 동아일보사는 특정한 경향을 실현하기 위한 존재로 보기 어렵

325) 공권력이 교회가 세운 병원을 강제적으로 교회의 종교적 도덕적 기본유지에 반하여 몰아내려고 하였을 때, 병원소속 개개 의사 등과 별개로, 교회는 기본권의 주체로서 자신의 양심의 자유의 침해를 주장할 수 없다. 그러나 교회의 제도적 목적과 자신의 조직적 활동에 관한 기본권으로 보호된 자기결정권을 주장할 수 있다고 한다(Isensee, a.a.O.,Rn 58).

다. 동아일보사는 양심의 자유를 실현하기 위해 만들어진 존재가 아니기 때문에, 동아일보사는 양심의 자유의 침해를 논할 위치에 있지 아니하다. 한편 동아일보사는 양심의 자유를 가질 수 없음은 물론이다. 다만 인격권의 향유자가 될 수 있는가가 문제된다. 판결로써 사죄광고를 명하는 것은 당사자가 한 바도 없고, 또 당사자의 의사에도 반하는 사과라는 의사의 표명을 그 당사자가 한 것으로 만든다는 것은 인격권을 침해할 소지가 있다고 보아야 한다.³²⁶⁾문제는 이러한 인격권을 법인이 향유한다고 볼 것인가이다. 법인의 일반적 인격권의 향유가 아닌 사죄광고와 관련된 신문사의 인격권 주체성을 긍정한 것은 적절하다고 본다.

(나) 법인과 법인의 기관인과의 관계

① 이 결정에서도 법인이 기본권주체가 될 수 있는가를 다루지 않았고, 법인에게 양심의 자유를 인정할 수 있는가에 관한 언급이 없다.³²⁷⁾법인에게 허용될 수 없는 기본권의 경우, 법인의 대표이사를 기준하여 침해여부를 판단할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 법인의 대표이사에게 양심의 자유침해 긍정은, 민법의 귀속문제와 헌법의 기본권문제를 구별하지 못한 것으로 보인다. 이미 언급하였지만, 법인의 기관인을 중심으로 침해여부를 판단한다면 법인이 향유할 수 없는 기본권은 없게 되기 때문이기도 하다. 따라서 법인의 경우 사죄광고의 강제는 그 대표자의 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다고 하는 것은 문제가 아닐 수 없다. 법인과 법인의 대표를 구별하고, 법인은 주체가 될 수 없으나, 대표자의 양심의 자유에 대한 침해가

326) 윤진수, 사죄광고제도와 민법 제764조의 위헌여부, 사법행정, 1991.11. 82면

327) 다만 법인의 대표를 언급한 것은 법인 그 자체는 향유할 수 없다는 것을 전제로 한 것으로 보인다.

된다는 논리는, 법인 그 자체를 구성원과 분리하여 다루는 헌법재판소의 일관된 원칙에도 모순된다. 또 법인 대표자는 법인 그 자체와 분리하여 생각할 수 없는 존재이며, 법인 대표를 법인과 분리하여 다룬다면 법인이론은 그 근본부터 해체되기 때문이다.

② 대표이사의 업무상 행위와 관련된 양심을 헌법상 양심으로 볼 수 있는가가 논의될 수 있다. 즉, 직업적 양심이 가능한가이다. 헌법은 국회의원과 법관의 양심을 말하고 있는데, 이는 직업적 양심에 속하는 것으로 헌법 제19조의 개인의 양심과 구별하고 있는 것이 지배적인 견해이다. 대표이사의 업무상 행위와 관련된 양심은 직업적 양심으로 볼 수 없다.³²⁸⁾ 직업적 양심으로 볼 경우 직업적 양심의 침해가 양심의 자유에 대한 침해가 되는가이다. 직업적 양심은 헌법상 양심이 아니기에 이에 대한 침해는 양심의 자유에 대한 침해문제가 나타날 수 없다.

③ 그렇다면, 헌법재판소가 말한 대표이사의 양심은 어떤 양심인가? 직업적 양심인가 아니면 개인의 양심인가이다. 어느 경우라 하더라도 문제가 있다. 직업적 양심이라면 이러한 양심은 헌법 제19조의 양심의 범주에 들어가지 않게 되기에, 양심의 자유에 대한 침해가 발생하지 않게 된다. 또 대표 개인의 양심이라면 법인은 향유할 수 없는 기본권을 대표인 개인을 기준하여 향유여부를 판단하는 것이 될 것이며, 법인과 기관을 이렇게 구별하여 다룰 수 있는가가 의문이다. 법인의 양심의 자유를 침해한 것인데, 법인은 양심을 향유할 수 없으므로 이를 대표이사의 양심으로 환원시킨 것이 되는데, 이러한 논리

328) 조소영, 법인의 양심에 대한 헌법적 논의, 법학연구, 연세대학교 법학연구소, 2009, 163면

전개는 적절치 않다고 본다.

(2) 영화법사건

(가) 영화법사건에서 처음으로 법인의 기본권주체성을 논증하였다. 그런데 이 결정에서는 기본권의 성질만 가지고 법인에 대한 적용 여부를 판단하고 있다는 점이다. 즉 법인의 특성, 형태의 다양성 등 법인 쪽의 문제는 전혀 다루지 않은 채 기본권의 성질만 가지고 적용 여부를 다루고 있다.

(나) 다수의견은, 단체와 그 구성원을 서로 별개의 독립된 인격체로 인정하는 전제에서, 단체 그 자체의 기본권 침해가 아닌 구성원의 기본권침해에 불과하다고 보아 단체가 제기한 헌법소원을 각하하고 있다. 문제는 이러한 논리를 이후 일관되게 관찰하고 있다는 점이다. 독일도 동일한 입장을 취하고 있다. 이러한 논리는 법이론적으로 하자는 없다. 그러나 법인 그 자체의 기본권침해를 이유로 언제나 구성원의 기본권침해와 분리해서 이해하는 태도가 과연 타당한지 그리고 바람직한지 생각해볼 여지는 있다. 구성원을 위해, 구성원을 대신하여 헌법소원을 허용할 이유는 없다. 그러나 구성원 전체의 이익과 관련되어 있고, 또 구성원이 다시 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성이 주어진 경우 한번쯤 다시 생각할 필요가 있다고 본다. 또한 공권력행사는 통상 법인이나 단체의 기본권과 구성원 개인 또는 다수의 구성원의 기본권침해가 동시에 이루어지게 된다. 공권력이 구성원 전원의 이해와 관련된 경우, 굳이 단체와 구성원을 분리하여 다루는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 정리를 하면, 구성원인 인적 실체 때문에 단체 그 자체에게 기본권이 허용되는 경우 또는 인적 실체가 아닌 법

인 그 자체에 기본권주체성을 긍정하는 경우에도 구성원 전체의 이익을 위한 경우라 판단되어 질 때는 단체의 기본권 침해로 다루는 것이 바람직하다고 생각한다.³²⁹⁾

(다) 민법상 법인격과 헌법의 기본권능력을 동일 연장선상에서 다루고 있다. 민법상 법인격이 부여된 법인이나 단체가 당연히 기본권주체가 된다는 전제에서 있다. 물론 법인 아닌 사단이나 재단의 문제를 다루면서, 이들에게는 비록 법인격은 없으나 사단이나 재단의 실체를 지니고 있기에 기본권능력의 주체가 된다고 하고 있으나, 헌법의 기본권능력을 민법의 권리능력에게 종속시키고 있다. 이미 살펴 보았지만 상법의 합명회사나 합자회사는 법인격이 부여되어 있지만, 당연히 기본권주체로 보기에 여러 가지 문제가 있다고 보기 때문이다.

(3) 농업협동조합법사건

(가) 농업협동조합법사건에서, "법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지므로 결사의 자유의 주체가 된다고 봄이 상당하다."고 하고 있다. 그런데 법인이 자기결정권을 가지므로 결사의 자유의 주체가 된다고 하는 것이 타당한가이다. 법인은 판례가 이미 말한 것과 같이 기본권의 성질이 허용되는 한 법인에게 적용된다고 할 것이어서 결사의 자유는 성질상 법인에게도 적용될 수 있는 기본권이 되며, 이로서 법인은 결

329) 영화인협회의 사전심의제도 사건과 신문편집인협회의 여론조사 사건은 이 점에서 구별될 수 있다. 전자는 모든 구성원의 이익과 관련된 문제임에 반해, 후자는 그렇지 않다는 점이다. 따라서 후자의 경우 법인 그 자체의 기본권주체성을 부정하는 것은 정당하다.

사의 자유를 향유하게 되고, 결사의 자유를 향유하고 있으니, 결사의 자유는 단체내부결정, 존속, 활동의 자유를 보장하게 된다. 그렇다면 법인이 결사의 자유의 주체가 되기에 단체의 조직, 존속, 활동의 자기결정권을 지닌다고 하는 것이 올바른 논증방법이라 생각한다.

(나) 이중적 기본권론

이중적 기본권이론을 적용함에 있어 고민한 흔적이 없다.

① 이중적 기본권이론이란, 독일 헌법에서 다루고 있고, 다투어지는 이론이다. 이중적 기본권이란 결사의 자유는 다른 사람과 함께 헌법에 부합하는 목적을 지닌 단체를 결성하고 가입하고 탈퇴할 자유를 말하는데, 결사의 자유는 이러한 의미를 넘어, 결사의 자유로 인해 만들어진 단체 자체의 존속과 활동을 보호하고 있다는 이론이다. 이 이론에 따르면, 하나의 기본권규범은 한편으론 개인의 기본권이 며, 다른 한편으론 법인의 기본권을 포함한다고 한다. 독일 연방헌법 재판소는 이 이론을 노조결성의 자유에서 적용하고 있다. 즉 제9조 제3항의 기본권(노조결성의 자유)은 개별적 기본권 외에도, 노조의 존속, 활동, 절차의 집단적 기본권을 보장한다고 한다.³³⁰⁾ 연방헌법재판소는 제9조 제1항의 기본권으로부터 제19조 제3항이나 특별한 기본권과 무관하게 결사 그 자체에게, 결사성립과 결사존속의 권리를 도출하고 있다.³³¹⁾

② 이러한 기본권적 보호가 기본법 제19조 제3항에 의해 허락될 수 있는가가 다투어진다. 이중기본권을 인정하게 되면, 19조 3항의 적용은 그 범위가 매우 좁아지게 된다. 즉 조직내부규정이 정한 과제

330) BVerfGE 4, 96(108)

331) BVerfGE 13, 174(175)

의 범위 내에서 결사의 기능을 보호하기 위해서는 제19조 제3항이 필요 없게 된다. 이는 이미 제9조의 결사의 자유가 이를 보장하기 때문이다. 여하튼 제19조 제3항은 조직적이고 재정적인 보조행위나 부속활동을 위한 기본권보호를 해결하려고 할 때 필요할 뿐이다. 예컨대, 법인의 주거의 자유나 재산권보호를 해결하고자 할 때에만 필요하게 된다.³³²⁾실제적으로 제19조 제3항은 이중적기본권의 전제하에서는 공허한 내용을 지니게 된다. 이중적 기본권을 인정하게 되면, 제19조 제3항은 기본권보호의 확대라기보다는 제한의 성격을 지니는 것이 된다(기본권이 내국법인에게만 적용된다고 하는). 이런 결과나 현상은 헌법제정자의 의도는 아닐 것이다.

③ 또한 이중기본권이론은 제19조 제3항의 입장에서 본다면 불필요한 것으로 보일 수 있다. 이 이론은 심지어 어려운 문제까지 제기할 수 있다. 매우 어려운 기본권경합 문제가 나타날 수 있게 된다. 즉 결사의 자유에 기초한, 규정에 합당한 단체의 활동은 관련 기본권, 예컨대 직업의 자유와 경합되어 진다는 점이다. 이는 기본권주체에게 주어지는 원래의 의미의 기본권경합과 구별된다. 이중기본권이론은 자연인의 활동보다 제9조 제1항에 의해 만들어진 법인의 활동을 더 강하게 보호하게 되는 결과에 이르게 된다. 단체결성의 자유에서 적극적 또는 소극적 개별적 자유가 집단적 자유보다 불리한 상황에 놓일 위험이 있다. 이중적 기본권이론은 법인과 자연인의 기본권을 차별하는 기본권의 일반 이론과 일치하지 않는다. 개별적 기본권은 제19조 제3항을 통해서만 집단적 기본권으로 전환되어질 수 있다고 보아야 한다. 제19조 제3항은 그 성질유보와 함께 모든 기본권적용의 필터로서 기능하여야 한다. 이 조항은 개별적 기본권의 우위를

332) Isensee, a.a.O.,Rn 64.

보장하여 준다. 또한 이것은 결사의 자유와 같은 기본권이 다른 모든 기본권을 집단적 차원에서 배제하는 것을 금지시켜주며, 기본권의 보호영역을 실질적으로 다양화하는 것을 폐지하지 못하도록 한다. 333)

④ 이상에서 본바와 같이, 이중적 기본권이론은 다른 문제를 유발시키고 있다. 우리는 독일 기본법 제19조 제3항을 가지고 있지 않다 하여도, 판례나 학설은 일치하여 독일 기본법 제19조 제3항에 해당하는 내용을 사실상 수용하고 있다. 이중적 기본권이론에서 나타나는 문제점을 우리의 경우 어떻게 처리할 것인지 고민하여야 할 것이다.

VIII. 법인의 기본권주체성을 긍정할 경우의 문제점

(1) 법인이나 단체의 기본권주체성을 논함에 있어, 법인이나 단체 '일반'에 기본권 일반을 인정한다고 하는 논리 그 자체가 먼저 문제이다. 법인이나 단체의 '사회적 실재'를 이야기 하면서, 그 다양한 경우를 구체적으로 의식하지 못하고, 그 기능·활동의 성질·내용·영향의 차이에도 불구하고, 이것에 대응하는 기본권규정을 형식적으로 맞추고 있다는 점이다. 법인이나 단체의 기본권향유는 단순히 기본권의 성질에 따라 적용여부가 결정되기에는 많은 문제가 있다. 구체적 사건과 관련하여 개별적인 검토가 요구된다.

(2) 또한 기본권의 대사인효를 의식하지 못하고 있다는 점이다. 대사인효가 문제되는 경우, 법인의 기본권행사가 자연인의 기본권을 부당하게 제한하는 것일 수 없다고 하는 기본적 한계가 있다고 하여야 할 것인데, 이에 대한 문제의식이 없다는 점이다. 동시에 기본권의

333) Isensee, a.a.O.,Rn 66.

충돌문제로 해결하는 것도 적절치 않다고 본다. 예를 들어 동아일보사 사죄광고사건에서와 같이 법인의 양심의 자유와 피해자의 인격권 사이의 기본권의 충돌로 보아야 한다는 견해가 제시된바 있다.³³⁴⁾ 그러나 사죄광고가 법인의 양심의 자유나 인격권에 대한 제한이 일반적 법률유보 조건을 충족한 것인지 여부에 초점을 맞추어야 한다고 본다. 이것으로 해결될 수 있는데, 기본권 주체간의 충돌로 문제를 풀어갈 필요는 없지 않을까 한다. 법인과 자연인의 갈등의 경우 충돌문제로 이끌고 가는 것은 적절치 않다.

(3) 동시에 법인이나 단체가 하나의 사회적 권력화 된 경우, 국가유사이론에 따라 법인은 기본권의 향유주체성을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 그런데 법인의 기본권주체성을 논함에 있어, 법인이나 단체의 실재성과 기본권 주체성을 헌법적으로 승인한 후, 사후처리적인 대응에 멈추고 있다는 점이다. 법인이나 단체의 기본권의 향유주체성을 '성질상, 가능한 한' 인정하는 이론은, 법인이나 단체가 개인과 대립하는 경우 이들을 동일한 차원의 헌법상의 권리의 상호대립으로 파악하는 것을 의미하게 된다. 이러한 논리전개는 법인이나 단체의 현실적인 우위를 이끌어내게 되어, 결국은 법인이나 단체에 의한 개인의 기본권의 침해를 정당화하는 논리의 틀로 변할 수 있다는 위험성을 늘 염두에 두어야 한다. 이 점에서 법인에게 광범위하게 기본권을 허용할 이유가 있는가가 의문시된다.

(4) 법인의 기본권은 법인이 사회적 실재로서 존재하는 사회의 중요한 구성요소라는 입장에서 긍정되는 것이지만, 법인 고유의 기본권을 제외하고는, 기본권이라는 헌법의 구성단위의 논거로 인정되기에

334) 허영, 법률신문, 1991.7.15. 15면

는 아직도 미흡함이 없지 않다. 그렇기에 법인의 기본권이 강조될 것이 아니라, 법인으로부터 기본권이 강조되어야 할 필요가 크다는 지적에 귀를 기울일 필요가 크다고 하겠다. 따라서 법인이나 단체 일반을, 헌법상 자연인과 같은 형태의 권리주체로서 취급될 이유나 필요가 매우 작아 보인다고도 할 수 있다. 또 거대한 주식회사나 단체를 기본권의 주체로 이야기 하는 것이 무리임을 인정해야 할 것이다. 따라서 법인의 기본권 주체성을 폭넓게 긍정하는 것은 문제가 있다.

(5) 법인이 공동체의 동화통합에 기여하기 때문에 그 주체성을 긍정할 수 있다고 하면서, 그것도 넓게, C.Schmitt적 입장에 따르면 법인의 기본권주체성을 긍정하는 것이 문제라는 지적이 얼마나 설득력을 지니고 있는가를 다시 한번 생각하지 않을 수 없다. 법인 고유의 기본권을 제외한 기본권을 법인에게 확대하는 것은 현대 사회에 그렇게 타당하다고 보이지 않는다.

제2절 공법인의 기본권주체성

[1]. 공법인의 기본권주체성 일반론

I. 서론

사법인의 경우 대체로 기본권주체성이 인정되며 그 내용과 근거에 대해서 의견이 정리되었지만, 공법인의 기본권주체성 문제에 대해서는 아직 까지도 그 인정여부를 둘러싸고 많은 논란이 제기되고 있다. 공법인은 국가의 일부라는 점 그리고 공법인의 종류와 기능은 매우 다양하다는 점에서 공법인의 기본권주체성과 관련된 문제는 확실적 해답이 곤란하기도 한다. 과거의 지배적인 견해에 따르면 기본권은 국가와 국민의 관계에서만 문제되는 것으로 국가목적의 달성을 위해 창설된 공법인은 국가의 일부라는 이유로 기본권주체성이 인정되지 않는다고 해석되었다. 그러나 오늘날 공법인은 과거와는 달리 그 종류와 역할이 매우 다양해져서 국가의 간섭으로부터 벗어나 사법인과 같은 목표를 가지고 활동하는 경우도 많아졌다. 가령 국·공립대학이나 국·공영방송국의 경우가 이에 해당된다. 이러한 상황에 비추어 공법인의 기본권주체성을 새롭게 논의하자는 견해들이 등장하게 되었다.³³⁵⁾

335) 공법인의 기본권주체성에 대한 국내의 논의에 대해서 대표적인 것은곽상진, 공법인의 기본권주체성에 관한 소고, 공법연구 30-4(2002), 159면 이하; 계획열, 공법인의 기본권주체성, 공법이론의 현대적 과제, 방산 구병삭박사정년기념논문집, 박영사 1991, 1면 이하; 정종섭, 법인의 기본권에 관한 연구 서설, 헌법논총 제2집, 헌법재판소 1991, 394면 이하; 신우철, 법인의 기본권주체성: 비판적 재구성, 공법연구 30-3(2002), 186면 이하 등 참조.

법인의 기본권주체성을 명문으로 인정한 독일의 경우에도 공법인의 기본권주체성 문제에 대해서는 아직도 논란이 계속되고 있다. 즉 “기본권이 그 성질에 따라 국내법인에게 적용될 수 있는 때에는 그들에게도 적용된다.”라고 규정한 독일 기본법 제19조 제3항에도 불구하고, 독일의 학설과 판례는 공법인의 기본권주체성에 대해서 인정해야 한다는 견해와 부인하는 견해가 각각 대립되고 있다.³³⁶⁾ 그러나 독일의 경우에도 우리와 유사하게 과거 공법인의 기본권주체성을 일률적으로 부인하는 견해가 우세했으나, 오늘날 예외적으로 공법인의 기본권주체성을 인정하는 견해가 늘고 있다.

결국 공법인의 기본권주체성에 대한 문제는 공법인의 기본권주체성을 인정할 수 있는지의 여부와 예외적으로 이를 인정하는 경우에도 어떤 조건 하에서 이를 인정할 것이냐의 문제로 요약할 수 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 이하에서는 독일과 우리나라에서 전개된 공법인의 기본권주체성에 대한 일반적 논의를 정리한 뒤에(Ⅲ), 개별적으로 공법인의 기본권주체성과 관련된 문제를 검토해 보고자 한다(Ⅳ). 이에 앞서서 우선 공법인의 의의와 종류를 개관할 필요가 있다(Ⅱ).

336) 공법인의 기본권주체성에 대한 독일의 논의에 대해서는 가령 *Friedrich E. Schnapp*, Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Merten/Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, 1235(1235 ff.); *Josef Isensee*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2000, 563(563 ff.); *Klaus Kröger*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, JuS 1981, 26(26 ff.); *Karl August Bettermann*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, 1321(1321 ff.); *Herbert Bethge*, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen, AöR 104(1979), 54(54 ff.) 등 참조.

II. 공법인의 의의와 종류

1. 공법인과 사법인의 구별기준

법인은 여러 가지 유형으로 분류할 수 있다. 가령 공법인과 사법인, 사단법인과 재단법인, 영리법인과 비영리법인 등이 그 대표적인 예이다. 법인의 이러한 분류방법 중 공법인과 사법인의 분류는 가장 어렵고 중요한 문제 중의 하나이다. 공법인과 사법인에 대한 구별 기준이 명확하게 존재하지 않는다는 점과 공법인과 사법인의 분류결과에 따라 해당 법인에게 적용되는 공공성의 강도, 적법성의 정도, 구성원에 대한 처분의 법적 성질의 이해, 분쟁에 있어서 소송절차, 불법행위에 있어서 배상책임 등의 내용이 차이가 있을 수 있기 때문이다. 특히 여기에서 논의되고 있는 기본권주체성의 문제와 관련해서도 사법인과 달리 공법인에게는 대체로 기본권주체성이 인정되지 않는다는 것이 오늘날 학설과 판례의 기본적인 입장이라는 점에서 공법인과 사법인의 구별기준은 매우 중요한 문제의 하나이다.³³⁷⁾

공법인과 사법인의 구별기준에 관한 학설은 대체로 다음과 같다. 법인의 준거법이 공법이나 사법이나에 따라 구별하는 견해, 법인의 목적이 공익의 추구에 있느냐 사익의 추구에 있느냐에 따라 구별하는 견해, 법인이 향유하는 권리가 공권이나 사권이냐에 따라 구별하는 견해, 법인이 수행하는 사무가 국가적 사무 또는 통치작용이나 아니냐에 따라 구별하는 견해 등이 그것이다.³³⁸⁾ 이러한 구별기준에 대해 종래에는 법인의 설립이나 가입이 강제되는 것, 법인의 임원을 국

337) 공법인과 사법인의 구별문제에 대해서 좀 더 자세한 것은 강현호, 공법인과 사법인의 구별에 대한 기초적 논의, 공법연구 32-1(2003), 431쪽 이하; 함인선, 공법인·사법인의 구별에 대한 관견, 헌법논총 11(2000), 387쪽 이하 참조.

338) 곽윤직, 민법총칙, 박영사 2009, 121쪽 참조.

가가 임명하거나 또는 법인의 임원이 국가공무원으로 되어 있는 것과 같이 법인의 설립이나 관리에 국가의 공권력이 관여하는 것을 공법인으로 이해하고 그 밖의 법인을 사법인이라고 하였다. 그러나 공법인과 사법인의 중간적 성질을 가지는 법인이 증대하자 공법인과 사법인에 대한 이러한 구별은 또 다른 어려움을 맞게 되었다. 가령 한국은행·대한주택공사·농업협동조합 등과 같이 국가가 그의 경제정책이나 사회정책을 시행하기 위해 단체의 설립을 강제하고 그의 운영·조직·관리에 관여를 하는 경우가 많아지면서 어떤 획일적 기준에 의하여 공법인과 사법인을 구별하는 것이 어려워진 것이다. 이러한 중간적 법인의 출현에 따른 공법인과 사법인의 구별문제에 대해서 어떤 획일적 기준에 따라 택일적으로 공법인 사법인의 구별을 지양하고, 문제되는 법률관계를 검토하여 그것이 공법관계이나 사법관계이냐에 따라 판단하자는 견해가 제시되기도 한다.³³⁹⁾

공법인과 사법인의 구별과 관련하여 헌법재판소의 태도를 살펴보면 다음과 같다. 헌법재판소는 도시재개발법 제10조 제1항에 대한 위헌소원사건에서 대한주택공사 및 한국토지개발공사는 공익을 추구하는 고도의 공공성과 객관성을 지닌 공법인이므로 이윤추구를 기본목적으로 하는 일반건설회사와 질적으로 다르다고 판시한바 있다.³⁴⁰⁾ 즉 공법인이 가지는 공익목적과 공공성·객관성을 기준으로 공법인과 사법인을 구별한 사례라고 할 수 있다. 한편 헌법재판소는 농업협동조합법 위헌확인사건에서 축협중앙회는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만, 이로써 공법인이라고 단정할 수

339) 곽윤직, 앞의 책(주 4), 122쪽 및 그곳에서 인용된 문헌들 참조.

340) 헌재 1996. 3. 28. 95헌바47, 판례집 8-1, 213쪽 이하.

는 없을 것이고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인이라고 판시한 바 있다.³⁴¹⁾ 한편 헌법재판소는 지방세법 제290조 제1항 위헌소원 등 사건에서 “서울대학교병원, 국립대학교병원, 지방공사병원은 공법인, 민법상 비영리법인은 사법인인 점에서 법률적 성격에 본질적인 차이가 있고, 양자 사이에는 설립목적, 경영원칙, 목적사업, 운영형태, 재정지원 및 감독 등의 점에서도 규율을 달리하고 있으므로, 지방세의 면제 여부에 관하여 이들 공법인과 민법상의 비영리법인을 달리 취급하는 것은 양자의 본질적 차이에 따른 것이므로 합리적인 이유가 있다.”고 판시한 바 있다.³⁴²⁾

2. 공법인의 종류

공법인은 흔히 광의와 협의의 공법인으로 이해된다. 광의의 공법인은 국가·지방자치단체를 포함하여 공사·공단 등의 공공단체를 의미하나, 협의의 공법인은 국가·지방자치단체를 제외한 개념으로 사용된다.³⁴³⁾ 이 중 국가·지방자치단체를 제외한 협의의 공법인은 다시 공법상 사단법인(공공조합), 영조물법인, 공법상 재단법인(공재단)으로 구분되기도 한다.³⁴⁴⁾

공법상 사단법인(公法上 社團法人)이란 특정한 국가목적을 위하여 한정된 특수사업을 수행함을 목적으로 일정한 조합원 또는 사원을

341) 헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686쪽 이하.

342) 헌재 2001. 1. 18, 98헌바75·89, 99헌바89(병합), 판례집 13-1, 1쪽 이하.

343) 함인선, 앞의 논문(주 3), 395쪽 이하.

344) 강현오, 앞의 논문(주 3), 437쪽; 정중섭, 앞의 논문(주 1), 387쪽.

구성요소로 한 인적단체로서 공공조합이라고도 한다. 가령 중소기업 협동조합, 수산업협동조합, 의료보험조합, 임업협동조합, 농지개량조합, 상공회의소, 변호사회, 의사회, 약사회, 재향군인회 등이 이에 해당한다.

영조물법인(營造物法人)이란 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 설립된 인적·물적 시설의 종합체로서 독립한 법인격을 취득한 것을 의미한다. 가령 한국방송공사, 한국전력공사, 서울대학교병원, 적십자병원, 과학기술원, 한국기술검정공단 등이 이에 해당된다. 영조물법인은 당해 행정목적에 수행함에 있어 예산·인사 등에 있어서의 일반적인 공법상 제약을 완화하여 합리적·능률적인 경영을 도모하고자 하는데 그 설립목적이 있다고 할 수 있다.³⁴⁵⁾ 영조물법인은 공법적으로 조직된다는 점에서 공법인의 징표를 가질 뿐 그의 이용관계가 항상 공법적으로 형성되는 것에 있지 않다는 점에 그 특성이 있다.³⁴⁶⁾

공법상 재단법인(公法上 財團法人)이란 재단설립자에 의해 출연된 재산을 관리하기 위하여 설립된 물적 결합체라 할 수 있다. 공법상 재단법인은 직원 및 수혜자는 있으나 구성원이 없다는 점이 그 특징이 있다.³⁴⁷⁾ 한국학술진흥재단, 한국정신문화연구원 등이 이에 해당된다.

345) 광상진, 앞의 논문(주 1), 168쪽.

346) 정중섭, 앞의 논문(주 1), 388쪽 이하.

347) 광상진, 앞의 논문(주 1), 438쪽.

Ⅲ. 공법인의 기본권주체성에 대한 일반적 논의

1. 공법인의 기본권주체성에 대한 전통적 견해

공법인에게 기본권의 주체성을 인정할 것인가의 문제에 대해 전통적 견해는 이를 부인한다. 공법인의 기본권주체성을 부인하는 전통적 견해는 국가와 사회를 구별하고 기본권을 국가에 대한 개인의 주관적 공권으로 이해하는 점에서 그 공통점을 찾을 수 있다. 부인설의 내용은 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

(1) 국가와 사회의 구분에 따른 부인설

공법인의 기본권주체성을 부인하는 견해는 국가와 사회를 엄격히 구분하고, 기본권은 사회의 영역에 속하는 개인 또는 단체의 자유를 국가의 간섭으로부터 보호하는 것이라고 전제한다.³⁴⁸⁾ 따라서 사회의 영역이 아닌 국가의 영역에 속하는 공법인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 한다. 이러한 견해는 나아가 기본권을 국가에 대한 개인의 방어권, 즉 주관적 공권으로 이해하기도 한다. 이처럼 국가와 사회를 엄격히 구분하고 기본권을 국가에 대한 개인의 주관적 공권으로 이해하여 공법인의 기본권 주체성을 부인하는 견해는, 이른바 법실증주의적 헌법관 또는 결단주의적 헌법관의 주장자들에 의해 영향을 받은 것이라고 볼 수 있다.³⁴⁹⁾

가령 기본권을 전국가적·천부적(前國家的·天賦的) 인간의 권리로 이해하였던 슈미트(C. Schmitt)에 의하면 국가의 법질서에 의해 비로

348) K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(27) 및 그곳에 인용된 문헌들 참조.

349) 계획열, 앞의 논문(주 1), 9쪽 이하.

소 창설되는 법인은 기본권을 주장할 수 없다고 한다. 즉 인간이 아닌 법인은 공법인과 사법인을 불문하고 모든 기본권의 주체가 될 수 없다는 것이다.³⁵⁰⁾

법실증주의적 헌법관에 의해서도 결론은 마찬가지이다. 법실증주의적 헌법관은 국가와 사회의 엄격한 구별과 분리를 기초로 기본권을 국가에 대한 국민의 방어권, 즉 주관적 공권으로 이해한다. 이들에 의하면 공법인은 국가와 형식적으로 독립되어 있어도 국가이며, 개별 공법인도 결국 국가의 일부에 지나지 않는다고 한다. 즉 모든 공법인의 배후에는 통일적 국가가 존재하여, 공법인과 국가 간에는 내부적 법률관계(內部的 法律關係)가 문제될 뿐 외부적 법률관계(外部的 法律關係)가 존재하지는 않는다는 것이다. 이러한 의미에서 공법인에 의한 행정작용은 결국 국가에 의한 행정작용으로 이해할 수 있다고 한다. 따라서 가령 공법인 내에 있는 여러 개별기관 상호간에는 원칙적으로 권리의 다툼과 관련된 문제 특히 기본권의 적용에 관련된 문제는 존재할 수 없다는 것이다. 공법인 내의 개별기관 상호간에는 단지 권한의 다툼에 관한 문제만이 존재할 수 있을 뿐이라는 것이다. 이러한 의미에서 공법인은 국가와 동일한 기본권의 수규자(受規者)가 될 수 있을 뿐, 결코 기본권의 주체가 될 수 없다는 것이다.³⁵¹⁾

(2) 독일 연방헌법재판소의 견해

독일 연방헌법재판소 역시 확립된 판례를 통해 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하며 지극히 예외적인 경우에만 이를 인정한다. 연방헌법재판소의 견해도 결국 기본권은 국가에 의한 개인의 자

350) C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Auflg. 1993, 163 ff.

351) 계획열, 앞의 논문(주 1), 10면 이하 참조.

유영역의 침해를 방어하기 위한 것이라는 점에서 기초하고 있다. 공법인의 기본권주체성에 대한 이러한 연방헌법재판소의 견해는 1967년 5월 2일 제1재판부의 판결에서 그 출발점을 찾을 수 있다.³⁵²⁾ 여기서 제시된 공법인의 기본권주체성에 대한 부인논거들은 이후의 판결에서도 대체로 수용되고 있다.³⁵³⁾ 연방헌법재판소가 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하는 논거들은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 연방헌법재판소는 기본법 제19조 제3항의 해석상 공법인의 기본권 주체성을 인정할 수 없다고 한다.³⁵⁴⁾ 기본법 제19조 제3항은 “기본권이 그 성질에 따라 국내법인에게 적용될 수 있는 때에는 그들에게도 적용된다.”라고 하여 법인의 기본권주체성을 원칙적으로 인정하고 있으나, 이를 근거로 공법인에게 사법인과 동일한 지위가 부여되었다고 파악할 수 없다는 것이다. 오히려 기본법 제19조 제3항이 제시한 법인의 기본권주체성을 인정하기 위한 결정적 요인인 기본권의 성질(das Wesen der Grundrechte)을 통해, 공법인과 사법인의 기본권주체성은 원칙적으로 구분된다고 한다. 이 때 중요한 것은 기본권의 가치체계는 자연인으로서의 인간에 대한 존엄과 자유에 그 기초를 두고 있다는 점이라고 한다. 따라서 기본권은 무엇보다도 개인의 자유영역을 국가권력에 의한 침해로부터 보호해 주어야 하며, 개인에게 공동체 내에서 자유롭게 기본권을 실현할 수 있는 여건들을 마련해 주어야 한다는 것이다. 연방헌법재판소에 따르면 기본법 제19조 제3항의 규정은 이러한 전제 하에서 해석되고 적용되어야 한다고

352) BVerfGE 21, 362(362 ff.).

353) 자세한 것은 *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1238 ff.) 참조.

354) BVerfGE, 21, 362(369).

한다. 결국 법인의 형성과 활동은 자연인의 자유로운 발현을 가능하게 할 때, 특히 법인의 배후에 있는 자연인에게 귀속시킬 수 있을 때에만 의미가 있을 수 있다는 것이다.³⁵⁵⁾

둘째, 연방헌법재판소에 의하면 공법인은 기본권의 수급자이므로 기본권을 보장해 주어야 할 주체이지 기본권을 주장할 수 있는 주체로 볼 수 없다고 한다.³⁵⁶⁾ 기본권은 개인과 공권력의 관계에서 문제되는 것이며, 따라서 국가는 스스로 기본권의 참여자 또는 수익자가 될 수 없다고 한다. 기본권의 수급자(Adressat der Grundrechte)인 국가는 이와 동시에 기본권의 주체(Berechtigter der Grundrechte)가 될 수 없다는 것이다. 이러한 내용은 기본권의 적용문제에 국가가 직접 관계될 경우만이 아니라, 국가가 독자적 법형태를 갖고 그 임무를 수행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 한다. 본래 기본권의 주체는 인간과 시민이라는 점에서 볼 때, 국가 또는 국가의 법형태가 주장할 수 있는 기본권이란 존재할 수 없다는 것이다.

셋째, 연방헌법재판소에 의하면 국가권력 또는 국가기관 내부에서 상하관계나 명령관계를 원인으로 발생할 수 있는 분쟁사항은 권한갈등(Kompetenzkonflikte)의 문제이지 기본권과 관련된 문제가 될 수 없다고 한다.³⁵⁷⁾ 가령 상부조직과 하부조직 간의 상호 의존과 복종관계로 인해 국가와 하부공무담당기관 사이에 다양한 공권력행사의 문제가 발생하는 경우, 이러한 문제해결은 자연인인 시민과 직접적인

355) 법인의 형성과 활동이 그 배후에 있는 자연인에게 귀속시킬 수 있을 때에만 의미가 있다는 점에서, 연방헌법재판소의 이러한 논거를 귀속설(Durchgriffs-Konstruktion)이라고 부른다. *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1246).

356) BVerfGE 21, 362(369 f.).

357) BVerfGE 21, 362(370 f.).

관련성이 없기 때문에 기본권의 대상이 될 수 없다는 것이다. 그러므로 이러한 문제는 국가조직에 대한 헌법규정과 권한쟁의심판절차 또는 행정재판절차 등의 방법으로 해결해야 한다는 것이다. 따라서 가령 어떤 지방자치단체가 기본법 제28조에 보장된 영역에서 행동의 자유에 대한 제한문제를, 자연인과 마찬가지로 기본법 제2조 제1항(인격의 자유로운 발현권) 또는 제12조와 제14조의 기본권을 침해할 이유로 헌법소원심판을 청구할 수는 없다는 것이다.

넷째, 연방헌법재판소에 의하면 기본권에 주관적 공권성 이외에 객관적 가치질서로서의 성격을 부여하는 경우에도, 공법인의 기본권주체성이 인정되기는 어렵다고 한다.³⁵⁸⁾ 연방헌법재판소가 이미 인정하고 있는 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격에 따라 기본권은 모든 법질서 또는 국가구성원에게 일정한 가치질서의 존중을 요구한다고 한다. 이는 모든 법규범이 이러한 가치질서의 중점, 즉 사회공동체 내에서 자유롭게 발현되는 인격 및 존엄성과 관련을 맺고 있음을 의미한다는 것이다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 이러한 객관적 가치질서로서의 기본권의 성격에 따라 국가조직과 행정내부의 질서도 이러한 가치질서의 중점을 지향하고 있어야 한다고 한다. 그러나 이로부터 공법인의 기본권주체성이 도출되지는 않는다는 것이다. 공법인을 기본권의 주체로 인격화한다면 기본권의 본래의 의의가 퇴색될 수 있으며, 이를 통해 결국 기본권의 보호작용이 무력화될 수도 있기 때문이라고 한다.

나아가 연방헌법재판소는 공법인의 기본권주체성을 인정할 경우 사회적 발전에 부응하는 국가기능의 효율적 행사가 어려울 수 있다

358) BVerfGE 21, 362(371 f.).

는 점도 지적한다. 공법인의 기본권주체성을 인정할 경우 해당 공법인은 자신의 기본권침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있으며 이로 인해 입법부와 집행부의 원활한 업무수행이 어려워질 수 있다는 것이다.³⁵⁹⁾ 한편 연방헌법재판소는 공법인에게 헌법소원심판청구를 인정했던 과거의 관례가 공법인의 기본권주체성을 인정한 태도는 아니었다는 점도 분명하게 밝혔다.³⁶⁰⁾ 공법인에게 헌법소원심판청구를 인정했던 사례에서 문제된 것은 기본법 제101조 제1항 제2문과 제103조 제1항의 내용으로, 이는 기본법 제19조가 규정하고 있는 기본권이 아니며 일정한 재판절차에 대한 객관적 소송원칙에 해당될 뿐이라는 것이다.

(3) 전통적 견해에 대한 비판

공법인의 기본권 주체성을 부인하는 이러한 전통적 견해에 대해서는 다양한 시각에서 비판이 제기되었다. 이러한 비판은 대략 국가와 사회를 구별하고 기본권을 국가에 대한 개인의 주관적 공권으로만 이해하는 관점에 대한 비판에서부터, 연방헌법재판소가 제시한 부인논거들에 대한 비판에 까지 각각 다양하게 전개되었다.³⁶¹⁾

첫째, 법인의 기본권 주체성을 인정한 기본법 제19조 제3항의 해석과 관련된 부인논거에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다. 공법인의 기본권주체성을 부인하는 견해에 의하면 기본법 제19조 제3항은 단지 법인에 대해서만 언급하고 있을 뿐 공법인과 사법인이 동등

359) BVerfGE 21, 362(372 f.).

360) BVerfGE 21, 362(373).

361) 이하 K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(27 f.); F. E. Schnapp, 앞의 논문(주 2), 1235(1244 ff.); 계획열, 앞의 논문(주 1), 14쪽 이하; 광상진, 앞의 논문(주 1), 161쪽 이하 참조.

한 지위를 갖도록 규정한 것은 아니라고 한다. 그러나 여기에 대해서는 기본법 제19조 제3항에서 법인이라고 언급한 것에 공법인이 포함되지 않는다는 것과 마찬가지로의 논거로, 공법인이 배제된다는 명시적 규정으로도 볼 수 없다는 비판이 제기된다. 즉 기본법 제19조 제3항에서 규정된 법인의 의미를 사법인과 공법인이 모두 포함된 법인으로 해석할 가능성도 존재한다는 것이다.

둘째, 기본권의 본질을 기준으로 공법인의 기본권주체성을 부인하는 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다. 공법인의 기본권주체성을 부인하는 견해에 의하면 기본권의 목적은 오로지 인간의 존엄과 개인의 자유보호에서 그 본질을 찾을 수 있으며, 따라서 기본권의 주체는 순수하게 인간적 실체를 가지고 있어야만 한다고 한다. 그러나 이와 같이 기본권을 순수하게 개개 자연인의 권리로 파악하는 것은 사법인에게 일반적으로 기본권의 주체성을 인정하는 태도와 반한다고 할 수 있다는 것이다. 나아가 이러한 태도는 특히 독일과 같이 법인의 기본권주체성을 명시적으로 인정한 기본법 제19조 제3항의 취지에 반한다는 것이다. 이러한 비판적 견해는 모든 기본권이 개개 인간의 권리라고 한다면 자연인은 어차피 기본권의 주체가 된다는 점을 지적한다. 그럼에도 불구하고 대다수의 학설과 판례 및 독일 기본법이 제19조 제3항이 (사)법인의 기본권 주체성을 인정한 것은 법인도 주체가 될 수 있는 기본권이 존재한다는 점을 전제한 것이라고 볼 수 있다는 것이다. 즉 개개 자연인이 아닌 초개인적 조직체 그 자체, 즉 법적으로 독립된 단체인 법인에게 기본권 주체성일 인정하려는 태도라고 볼 수 있다는 것이다.³⁶²⁾ 한편 기본권의 주체와

362) K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(28); F. E. Schnapp, 앞의 논문(주 2), 1235(1246).

관련하여 법인과 자연인을 대립적 관계로 파악하여 법인의 기본권주체성을 부인하는 태도에 대해서도 비판이 제기된다. 이러한 견해는 법인은 반드시 개개 자연인과 대립되는 어떤 것이 아니라 법질서에 의해 정해진 그 사회학적 또는 법적 독립성을 가지고 있다는 점에서, 법인도 기본권의 잠재적 침해자인 국가에 대해 개인과 마찬가지로 대항할 수 있는 인간행위의 형태로 볼 수 있다는 점을 강조한다. 나아가 기본권을 순수하게 개개 자연인의 권리로 이해하는 경우 발생될 수 있는 소송법상의 문제점도 지적한다. 가령 재산권의 침해와 같이 법인에 대한 기본권주체의 문제가 발생하는 경우, 법인 자체가 기본권의 주체가 되지 못하여 직접 소송을 청구할 수 없다고 한다면 결국 간접적으로 법인의 구성원 전체가 소송을 제기하는 수밖에 없다고 한다. 그런데 이 경우 법인의 구성원은 유동적이기 때문에 이를 확정하고 한계를 정하기가 매우 어려울 것이라고 한다.³⁶³⁾

셋째, 공법인은 기본권의 수급자이기 때문에 기본권의 주체가 될 수 없다는 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다. 공법인의 기본권주체성을 부인하는 견해는 기본권을 국가와 국민의 대립관계에서 파악하여 국가권력 또는 공법인은 기본권의 수급자이기 때문에 기본권의 참여자 또는 수익자가 될 수 없다고 한다. 즉 기본권의 권리주체가 되는 것과 기본권의 구속을 받는 것이 혼동되어서는 안 된다는 것이다.³⁶⁴⁾ 이에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. 물론 공법인이 사인에 대해 고권(高權)을 행사하는 것이 문제된다면, 이 경우 공법인은 기본권의 참여자가 아니라 수급자에 해당된다고 할

363) 계희열, 앞의 논문(주 1), 17쪽 참조.

364) 이러한 관점에서 위와 같은 논거를 이른바 혼동논거(Konfusionsargumente)라고 부르기도 한다. 자세한 것은 K. A. Bettermann, 앞의 논문(주 2), 1321(1323).

수 있다. 그러나 공법인이 사인이 아닌 또 다른 공법인에 대해 고권을 행사하는 경우에는 상황이 다르다. 이 경우 고권의 행사를 통해 권리를 침해받은 공법인의 입장에서는 기본권의 구속 즉 기본권의 수구자 문제가 아니라, 기본권의 보호 즉 기본권의 주체가 문제되는 것이기 때문이다.³⁶⁵⁾

넷째, 공법인 상호간의 분쟁관계를 권한분쟁으로 파악하는 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 연방헌법재판소는 공법인 상호간에 기능이나 재산의 침해와 같은 문제가 발생하는 경우, 이는 권한분쟁이나 국가조직상의 권한배분의 문제이지 기본권의 문제가 아니라고 한다. 그러나 이는 어떤 공법인이 다른 공법인의 기능영역을 침해하는 것이 권한분쟁이나 권한배분의 문제 그 이상이 될 수 있다는 내용을 간과한 것이라고 볼 수 있다. 실제로 연방헌법재판소가 공법인의 기본권 주체성을 부인한 대부분의 사례에서도 문제된 내용은 단순한 권한분쟁 그 이상이었다는 사실도 이를 지지해 준다고 할 수 있다.³⁶⁶⁾

다섯째, 공법인의 기본권주체성을 인정할 경우 사회발전에 보조를 맞추는 효율적 국가활동이 위태로워질 것이라는 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다.³⁶⁷⁾ 이러한 우려는 공법인의 기본권주체성을 무한정 인정하는 견해에 대한 비판이 될 수 있을지 몰라도, 공법인의 기본권주체성 그 자체에 대한 반대논거가 될 수 없다는 것이

365) *K. A. Bettermann*, 앞의 논문(주 2), 1321(1323 f.); *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1247 f.); 계희열, 앞의 논문(주 1), 18쪽 이하 참조.

366) *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1248).

367) 이러한 의미에서 위와 같은 논거를 마비논거(Erstarrungsargument) 또는 장애논거(Lähmungsargument)라고 한다. 자세한 것은 *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1249) 참조.

다. 물론 법인의 여러 기관들에게 또는 공법인에게 그들 상호간의 관계에서 각종 기본권을 인정한다면 국가기능의 행사가 혼란스러워질 수 있는 것도 사실이다. 그러나 이는 공법인의 기본권주체성을 인정할 경우에만 문제되는 것은 아니며, 통상적으로 자연인의 기본권주체성을 인정할 경우에도 마찬가지로의 상황이라는 것이다. 결국 이러한 이유는 공법인의 기본권주체성을 부인하는 논거가 될 수 없으며, 국가는 오히려 국가권력의 구체적 행사를 기본권에 의해 방해받지 않고 목적에 맞게 자유로이 형성해야할 임무가 있다는 점을 지적해야 한다는 것이다.³⁶⁸⁾

2. 공법인의 기본권주체성에 대한 새로운 견해

공법인의 기본권주체성을 부인하는 전통적 견해와는 달리 새로운 견해는 원칙칙적 또는 예외적으로 공법인의 기본권주체성을 인정하고 있다.

(1) 원칙적 인정설

공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 인정하는 견해는 대체로 기본법 제19조 제3항을 그 근거로 제시한다. 법인의 기본권 주체성을 인정한 기본법 제19조 제3항의 규정은 공법인과 사법인을 구별한 것이 아니라는 것이다. 즉 동 조항에서 기본권의 성질상 법인에게 적용 가능한 기본권은 내국법인에 적용된다는 규정에는, 사법인만이 아니라 공법인까지도 포함되는 것으로 보아야 한다는 것이다.³⁶⁹⁾

368) *F. E. Schnapp*, 앞의 논문(주 2), 1235(1249)

369) *A. v. Mutius*, in: BK 1974, Art. 19 Abs. 3 Rn. 80. 이 부분에 대해서 좀 더 자세한 것은 광상진, 앞의 논문(주 1), 163쪽; 계희열, 앞의 논문(주 1), 14 쪽 이하 및 그곳에서 인용된 문헌들 참조.

(2) 예외적 인정설

공법인의 기본권주체성을 예외적으로 인정하는 견해들은 원칙적으로 공법인의 기본권주체성을 부인한다는 점에서 전통적 견해와 같다고 할 수 있으나, 일정한 경우 공법인의 기본권주체성을 인정하고 있다. 예외적 인정설은 독일 연방헌법재판소에 의하여 제시되었다. 즉 연방헌법재판소는 앞에서 살펴본 바와 같이 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하나, 대학·방송국·교회 또는 공법적 단체의 지위를 가진 종교단체 등에게 예외적으로 기본권주체성을 인정하고 있다.³⁷⁰⁾ 연방헌법재판소에 의하면 이러한 공법인이 기본권(가령 기본법 제5조 제3항 제1문의 학문의 자유, 제5조 제1항 제2문의 언론의 자유 등)에 의해 보호되는 생활영역에 직접 귀속될 수 있을 경우 (Zuordnung zum grundrechtlich geschützten Lebensbereich) 예외적으로 기본권주체성을 인정할 수 있다고 한다. 법질서에 의해 위임된 임무로부터 직접적으로 일정한 기본권들을 통하여 보호되는 생활영역에 귀속되는 공법인은 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이다.³⁷¹⁾ 연방헌법재판소는 이러한 예외에 속하는 공법인으로 국민이 그 개별적 기본권을 실현하는 데 도움을 주는 공법인 또는 국가로부터 독립되어 있거나 거리를 두고 독자적 기관으로 존속하고 있는 공법인을 예로 들고 있다.³⁷²⁾

370) 가령 연방헌법재판소가 ① 대학에 대해 기본권 주체성을 인정한 경우는 BVerfGE 15, 256; 35, 79, ② 방송국에 대해 기본권 주체성을 인정한 경우는 BVerfGE 31, 314; 83, 238; 107, 299, ③ 교회에 대해 기본권 주체성을 인정한 경우는 BVerfGE 19, 129; 21, 362 등 참조.

371) BVerfGE 21, 362(373); 31, 314(322); 39, 302(313).

372) BVerfGE 68, 193(207).

(3) 새로운 견해에 대한 비판

공법인의 기본권주체성을 인정하는 견해나 예외적으로 인정하는 새로운 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, 기본법 제19조 제3항의 규정을 들어 공법인의 기본권주체성을 인정하는 것은 논거가 부족하다는 점을 지적할 수 있다. 공법인의 기본권주체성 그 자체를 인정하기 위한 실질적 논거를 제시하기 위해서 단순한 기본법 제19조 제3항의 문구적 해석으로는 설득력이 부족하다는 것이다.

둘째, 공법인의 기본권주체성을 예외적으로 인정하는 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다. 우선 연방헌법재판소와 같이 공법인이 기본권에 의해 보호되는 생활영역에 직접 귀속되는 경우 예외적으로 기본권주체성이 인정된다는 주장에 대해서는 이러한 견해가 기본권주체성을 인정하기 위한 유일한 근거로 적당하지 않다는 비판이 제기된다. 왜냐하면 그러한 귀속의 근거가 법적으로 분명하게 되어있지 않고, 그렇게 하면 기본법 제19조 제3항의 명시적 규정이 무시될 가능성이 존재하기 때문이라는 것이다. 결국 기본권으로 보호된 생활영역에의 배치라는 논거는 단지 기본법 제19조 제3항에서 초개인적 조직체에 기본권을 적용할 수 있는 전제조건을 규정한 것을 요약하여 반복한 것에 지나지 않는다는 것이다.³⁷³⁾

3. 공법인의 기본권주체성에 대한 국내의 논의

(1) 학설의 태도

373) F. E. Schnapp, 앞의 논문(주 2), 1235(1250).

공법인의 기본권주체성에 대해서 국내에서는 지금까지 활발한 논의가 전개되지 않았다. 다만 지금까지 전개된 논의의 내용은 대체로 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하고 예외적인 경우에만 기본권주체성을 인정하는 것으로 정리할 수 있다.³⁷⁴⁾ 이 경우 공법인의 기본권주체성을 예외적으로 인정하는 경우에 그 논거로는 ① 국·공립대학이나 국·공영방송국의 경우와 같이 공법인이 기본권에 의하여 보호되는 생활영역에 포함되어 있는 경우, ② 시민의 개인적 기본권을 실현하는 데 기여하고 있는 경우, ③ 조직상 국가로부터 독립되어 있고 고유한 업무영역을 가지고 있는 경우, ④ 다른 공법인에 대해 지배·복종의 관계에 있는 경우, ⑤ 국고행위와 같은 사법적(私法的) 형태로 활동하는 경우 등이 제시된다.³⁷⁵⁾

(2) 헌법재판소의 견해

헌법재판소의 견해도 이와 유사하다. 헌법재판소는 국가·국가기관·국가조직의 일부 및 공법인은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체로서 그 소지자가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있는 공권력행사의 주체일 뿐이라고 하면서 국회의 구성원인 국회의원³⁷⁶⁾·국회상임위원회,³⁷⁷⁾ 교육위원,³⁷⁸⁾ 지방자치단체,³⁷⁹⁾ 농지개량조합³⁸⁰⁾의 기본권주체성을 원

374) 가령 계희열, 헌법학(중), 박영사 2004, 68쪽 이하; 곽상진, 앞의 논문(주 1), 159쪽 이하; 권영성, 법인의 기본권주체성에 관한 한 시론, 법학 35-1(1994), 서울대학교, 94(107)쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사 2009, 320쪽 이하; 김철수, 헌법학신론, 박영사 2009, 311쪽 이하 등 참조.

375) 계희열, 앞의 책(주 40), 68쪽 이하.

376) 헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238 이하.

377) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477 이하.

378) 헌재 1995. 9. 28. 92헌마23·86(병합), 판례집 7-2, 343 이하.

379) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마50, 판례집 18-1(상), 179 이하.

380) 헌재 2000. 11. 30. 99헌마190, 판례집 12-2, 325 이하.

칙적으로 부인하고 있다. 그러나 헌법재판소는 기본권에 의하여 보장될 생활영역에 속하는 법인체들, 대학교나 전문대학의 학문연구의 자유권 등은 인정된다고 하여 예외적으로 공법인의 기본권주체성을 인정하고 있다.

가령 헌법재판소는 1994학년도 신입생선발입시안에 대한 헌법소원 심판사건에서 “국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체라는 점도 중요하게 다루어져야 한다.”라고 하여 공법상 영조물의 하나인 서울대학교의 기본권 주체성을 인정하였다.³⁸¹⁾

나아가 헌법재판소는 세무대학설치법폐지법률 위헌확인에 대한 헌법소원심판사건에서도 “국립대학인 세무대학은 공법인으로서 사립대학과 마찬가지로 대학의 자율권이라는 기본권의 보호를 받으므로, 세무대학은 국가의 간섭 없이 인사·학사·시설·재정 등 대학과 관련된 사항들을 자주적으로 결정하고 운영할 자유를 갖는다.”라고 하여 국립대학의 기본권 주체성을 인정한 바 있다.³⁸²⁾

한편 헌법재판소는 축협중앙회의 해산 및 새로 설립되는 농협중앙회로의 통합 등을 규정하고 있는 농업협동조합법 위헌확인사건에서 “헌법상의 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다. 축협중앙회는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의 탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크지

381) 헌재 1992. 10. 1, 92헌마68, 판례집 4, 659(670).

382) 헌재 2001. 2. 22, 99헌마613, 판례집 13-1, 367(379).

만, 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없다. 따라서 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다.”라고 판시한 바 있다.³⁸³⁾

그러나 헌법재판소가 이와 같이 국립대학과 같은 공법인의 경우 그 기본권 주체성을 예외적으로 인정한 사례에서도, 어떠한 이유에서 이들에게 기본권 주체성이 인정되어야 하는가에 대한 특별한 논거는 발견하기 어렵다.³⁸⁴⁾

IV. 공법인의 기본권주체성에 대한 개별적 검토

1. 개별적 검토의 필요성

이상 살펴본 바에 따르면 현재 독일과 우리나라의 대다수 학설과 판례는 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로는 인정하지도 않고 그렇다고 하여 원칙적으로 부정하지도 않는다. 다만 국·공립대학이나 국·공영 방송국 등과 같이 일정한 기본권실현에 기여하도록 설립된 공법인에게는 제한적으로 기본권주체성을 인정해야 한다는 견해가 대체로 우세하다고 할 수 있다. 그러나 이처럼 공법인의 기본권주체성을 예외적으로 인정하는 경우에도 그 요건에 대한 설명이 명확하지 않다. 이러한 점에 비추어 볼 때 결국 공법인의 기본권주체성에 대한 문제는 획일적으로 판단할 사항이 아니라 일정한 기준에 따라

383) 현재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686쪽 이하.

384) 이러한 문제제기에 대해서는 가령 김선택, 공법인의 기본권주체성과 기본권 제한의 특수문제로서 기본권충돌의 법리, 판례연구 7(1995), 고려대학교 법학연구원, 65쪽 이하 참조.

각각 개별적으로 검토하는 것이 타당하다고 할 수 있다.³⁸⁵⁾ 공법인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하거나 부정하는 견해는 각각의 문제점이 있으며, 이를 예외적으로 인정하는 경우에도 그 요건에 대한 설명이 부족하기 때문이다.

2. 개별적 검토의 기준

(1) 공무수행 공법인에 대한 기본권주체성

공무를 수행하는 공법인에게는 원칙적으로 기본권주체성이 인정되지 않는다. 이는 공법인에게 위임된 공무의 수행(Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben)이라는 관점에서 설명될 수 있다. 공무수행의 성격이 헌법상 규정된 기본권의 실현과정과 밀접한 관련이 있다는 점에 비추어 볼 때, 공무를 수행하는 공법인은 기본권의 수급자로 보아야 하기 때문이다. 공무를 수행하는 이유로 기본권주체성이 인정되지 아니하는 공법인에는 협의와 광의의 공법인이 모두 포함된다고 볼 수 있다. 공무수행이라는 관점에서 양자를 구별할 실익이 존재하지 않기 때문이다.³⁸⁶⁾

(2) 예외적 인정의 요건

공무수행의 이유로 공법인에게 기본권주체성이 인정되지 않는다는 점에서, 공법인에게 기본권의 주체성이 인정되는 것은 단지 예외적인 경우만을 의미한다는 결론이 도출된다. 공법인에게 기본권주체성이

385) 공법인의 기본권 주체성에 대한 개별적 판단기준에 대해서 자세한 것은 K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(28 f.); K. A. Bettermann, 앞의 논문(주 2), 1321(1324 ff.); 계희열, 앞의 논문(주 1), 24쪽 이하 참조.

386) K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(28 f.) 참조.

예외적으로 인정되기 위한 요건은 다음과 같이 설명할 수 있다.

1) 권리주체성

법인의 기본권주체성을 인정하기 위해서는 사회적 실체로서의 법인이 아니라 실정법에 의하여 권리의 주체로 된 조직체일 것이 요구된다. 따라서 공법인의 기본권주체성을 인정하기 위해서도 해당 공법인에게 이러한 권리주체성(權利主體性, Rechtssubjektivität)이 요구된다. 권리주체성의 판단과 관련하여서는 다음과 같은 내용을 주목할 필요가 있다. 우선 기본권주체성에서 요구하는 기본권능력은 민법상의 권리능력과 동일하지 아니하므로 권리주체성 역시 완벽한 권리능력을 요구하는 것은 아니라는 점이다. 따라서 기본권의 주체가 될 수 있는 조직체는 부분권리능력만 소유하면 충분하다고 할 수 있다. 다음으로 공법적 조직체의 권리주체성은 바로 헌법에 의하여 기본권적으로 보장된 개인적 행태의 영역에서 입증될 수 있어야 한다는 점이다. 왜냐하면 법인의 기본권주체성을 인정한다고 하더라도 이를 통째로 법인 자체에 모든 기본권이 부과되는 것은 아니며 성질상 적용이 가능한 기본권이 해당되는 것이기 때문이다.³⁸⁷⁾

2) 기본권침해위험의 상황

공법인의 기본권주체성을 인정하기 위한 두 번째 요건은 전형적인 기본권침해위험의 상황(*grundrechtstypische Gefährdungslage*)이 존재해야 한다는 것이다. 이는 공법인이 다른 공법인에게 복종관계에 있거나 의존되어 있다는 사실 그 자체만이 아니라, 좀 더 구체적으로 해당 공법인이 기본권침해의 위험상황에 처해져야 한다는 것을 의미

387) *K. Kröger*, 앞의 논문(주 2), 26(29); *v. Mutius*, 앞의 책(주 35), Rn. 111.

한다. 이러한 전형적인 기본권침해위험의 상황은 해당 공권적 조직체가 기본권보호를 요구하는 활동영역에 있어서 그 조직체가 기본권침해를 위협하는 국가와 그 하부조직에 대하여 국민과 마찬가지로 외부적 법률관계에 처해 있을 때 존재한다고 볼 수 있다.³⁸⁸⁾

(3) 개별 공법인의 기본권주체성

공법인의 기본권주체성을 예외적으로 인정하는 경우에도 각각의 공법인에 따라 다르게 판단되어야 할 것이다. 이와 관련해서는 대표적으로 다음과 같은 공법인들의 예를 들 수 있다.

첫째, 국공립대학의 경우이다. 국공립대학 또는 이와 동등한 지위가 인정되는 예술대학 등은 대학의 자율권 행사와 관련하여 국가로부터 제한을 받을 경우 기본권주체성이 인정된다. 다만 이 경우에도 기본권주체성을 인정하기 위한 요건인 기본권침해위험의 상황이 존재해야 하며, 이는 해당 대학이 자신의 기본권침해를 위협하는 국가와 그 하부조직에 대하여 외부적 법률관계에 처해 있어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 국공립대학과 국가기관의 관계가 아닌 대학기관들 상호 간의 관계에서는 기본권 주체성이 인정될 여지가 없는 것이다.³⁸⁹⁾

둘째, 공영방송국의 경우이다. 공영방송국은 의사형정의 자유 및 여론형성의 자유를 보호하는 매개체로서 그러한 자유를 촉진시키고 활성화시킨다는 입장에서 기본권주체성이 예외적으로 인정된다. 공영

388) K. A. Bettermann, 앞의 논문(주 2), 1321(1324 ff.); K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(29).

389) K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(29); 광상진, 앞의 논문(주 1), 173쪽 이하.

방송은 일반국민에게 각 분야를 균형 있고 공정하게 객관적으로 방송함으로써 국민의 의사형성의 요소로 정보를 제공해야 할 의무를 지는 것을 특징으로 한다고 볼 수 있다. 즉 공영방송은 상업적인 민영방송이 제공하기 어려운 국가생활에 대한 객관적이고 기본적인 내용을 균형 있게 보도하여 일반국민의 보편적인 의사형성을 가능하게 하는 역할을 수행한다고 할 수 있다. 따라서 공영방송국에 인정되는 기본권주체성은 방송의 자유라는 관점 보다는 의사형성의 자유에 근거한 것이라고 보아야 할 것이다.³⁹⁰⁾

V. 결론

이상 살펴본 바와 같이 현재 우리나라의 학설과 판례는 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 인정하지 않고 예외적으로만 인정하고 있다. 그러나 어떠한 이유로 공법인의 기본권 주체성을 인정하지 아니하며, 예외적으로 인정하는 경우에도 어떠한 요건 하에 인정할 것인가에 대한 설명이 부족하다. 따라서 공법인의 기본권 주체성에 대한 문제는 이에 대한 논의가 비교적 활발하게 전개되었던 독일의 학설과 판례의 내용에서 많은 시사점을 얻을 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 오래 전부터 기본법 제19조 제3항의 규정, 기본권의 성질, 이른바 혼동논거 또는 장애논거 등을 이유로 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인해 왔다. 다만 공법인이 기본권에 의해 보호되는 생활영역에 직접 귀속될 수 있을 경우 예외적으로 기본권주체성을 인정하기도 한다. 그러나 이러한 태도에 대해서는 다양한 시각에서 비판적 견해가 제기되기도 하였다. 공법인의 기본권주체성에 대한 이러한 논의내용을 바탕으로 결국 공법인의 기본권주체성은 일정한 판단

390) K. Kröger, 앞의 논문(주 2), 26(29); 광상진, 앞의 논문(주 1), 179쪽 이하.

기준을 중심으로 개별적으로 검토하는 것이 타당하다는 결론에 도출했다. 가령 공무수행 공법인에 대한 기본권 주체성의 원칙적 부인, 공법인의 기본권주체성에 대한 예외적 인정요건으로서의 권리주체성과 기본권침해위험의 상황 등이 그 예이다.

Ⅵ 특히 지방자치단체의 기본권주체성

일찍이 옐리네크는 공법인인 지방자치단체에 대해 그의 지위이론에 따른 소극적 지위를 인정함으로써 기본권주체성을 긍정한 바 있다.³⁹¹⁾ 또한 공법인의 기본권주체성을 일반적으로 부정하면서도 조직법상 국가로부터 독립되어 있고 또 고유한 업무영역을 갖는 법인들, 예컨대 국공립대학이나 국영방송국, 국책은행 등과 기관에 대해 예외적으로 그 기본권주체성을 인정하고자 하는 견해는 때로 지방자치단체에 대해 기본권주체성을 긍정하기도 한다.³⁹²⁾

독일 연방헌법재판소가 공법상의 법인도 실체적 기본권의 주체가 될 수 있는 것인가에 대해 원칙적으로 부정하는 입장을 취해 오고 있음은 이미 살펴 본 바와 같다. 물론 이것은 공법상의 법인이 공적과제를 수행하는 영역의 경우에 그러하다. 왜냐하면 공적과제의 수행이란 원칙적으로 자신의 삶을 자신의 구상에 따라 형성하고 스스로 결정하고자 하는 시원적 자유의 행사로서 수행되는 것이 아니라 ‘실정법에 의해 정서되고 또 그 내용이 확정되고 제한되는 권한’에 기초하여 수행되는 것이기 때문이다. 그와 같은 관계들을 규율하고 또 그

391) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 275ff., 289; 계희열, 헌법학 (중) 신정판, 2004, 69쪽

392) A. von Mutius, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3 Zweitbearbeitung 1974, Rn. 83

로부터 야기되는 갈등을 해결하는 것은 인간과의 직접적 관련성이
결여되어 있어 기본권의 대상이 될 수 없다는 것이다.³⁹³⁾

이상과 같은 원칙에 대해 연방헌법재판소는 그 예외를 극히 제한
적으로 인정하고 있다. 예컨대 국공립대학이나 국영방송국과 같이 법
질서에 의해 그에 위임된 과제로 인해 특정 기본권에 의해 보호되는
생활영역에 배치된 공법상 법인이거나, 혹은 (독일에서의 경우와 같
이) 교회나 공법상 단체의 지위가 부여된 다른 종교단체와 같이 그
속성상 처음부터 그러한 생활영역에 귀속되어 있는 공법상 법인의
경우에만 예외가 인정된다. 연방헌법재판소가 인정하고 있는 예외사
례로 취급되기 위해서는 당해 공법상 법인이 국민의 주관적 기본권
의 실현에 기여하는 것이면서 국가로부터 독립되어 있거나 어쨌든
그로부터 일정한 간격을 유지하고 있는 독립적 기관으로서 존재하는
경우이어야 한다.

하지만 지방자치단체는 그와 같이 국가로부터 독립되어 있거나 어
쨌든 그로부터 일정한 거리를 유지하고 있는 독립적 기관으로 간주
할 수 없다고 한다. 즉 연방헌법재판소는 1982. 7. 8.의 Sasbach 결정
(BVerfGE 61, 82)에서 지방자치단체의 경우 연방과 주의 헌법을 통
해 보장되는 자치행정권의 귀속주체에 불과하기 때문에 기본권적으
로 보호되는 생활영역에 배치된 것으로 볼 수 없고, 따라서 기본권의
주체가 될 수 없다고 판시한 바 있다. 물론 국영방송국이나 국공립대
학의 경우, 기본권적으로 보호되는 생활영역에 배치되어 있고 따라서
그에 대한 자치행정권의 보장이 “자유실현적, 자유창설적인 것”으로
나타난다는 점에서 이들 단체에 대해서도 자치행정권이 주어져야 한

393) BVerfGE 61, 82(Sasbach) 결정 참조.

다는 것임에는 틀림없다. 또한 지방자치단체의 자치행정권 역시 주민의 일반적인 정치적 자유의 실현에 기여하는 것이기는 하다. 하지만 지방자치단체의 자치행정권은 국영방송국이나 국공립대학의 경우와 동일한 방식으로 실체적 기본권의 보호영역에 속하는 것이라 보기는 어렵다. 왜냐하면 공법상 법인이 공적 과제를 수행한다는 사정만으로는 당해 법인을 기본권적 보호를 받는 주체인 “개인의 기본권행사를 위한 관리인(Sachverwalter)”으로 되게 하는 것은 아니기 때문이다. 이것은 생존배려(Daseinsvorsorge)와 같이 설령 공적 과제가 개인의 기본권실현을 (대체로 간접적으로 이루어지는 것이기는 하지만) 촉진하는 경우라 할지라도 마찬가지인 것이다. 더욱이 공법상 법인이 공적 과제수행의 영역을 벗어날 경우에는 그 공법상 법인을 사적 개인의 관리인으로 볼 수 있는 근거는 더욱 약해진다. 따라서 원칙적으로 “국민은 스스로 자신의 기본권을 행사하고 또 그 어떤 침해를 스스로 주장”하는 것에서 출발하여야 할 것이며, 만약 이른바 “관리”나 “대리”를 허용한다면 이것은 개인의 자유에 대한 위협스러운 침입통로를 허용하는 결과가 될 것이라고 한다. 기본권에 의해 보호되는 인간의 자유란 원칙적으로 공권력 행사기관의 이성적 결정에 의해 관리되는 것일 수 없기 때문이다.³⁹⁴⁾

이상과 같은 전제에 따라 Sasbach 결정은 지방자치단체의 재산권 주체성³⁹⁵⁾에 대해 다음과 같이 판시하고 있다.

394) 이상의 내용은 BVerfGE 61, 82(100ff.) 참조.

395) 위 사건은 핵발전소 건설예정지와 3km 거리에 있는 지방자치단체인 Sasbach(청구인)가 핵발전소 건설허가와 관련해 “시설예정지와 직선거리로 약 3,4 km에서부터 포도재배지가 시작되고, 또 같은 거리에 약 45헥타의 과수 시설이 존재하고 있어 핵발전소의 건설이 인간과 동식물의 안전을 위협”한다는 이유로 이의를 제기하였음에도 불구하고 건설허가가 나자 소송을 제기한 후, 법원재판을 상대로 헌법소원을 제기한 사건이다. 이 사건에서 Sasbach는

「물론 현행의 법질서가 지방자치단체로 하여금 (사법상의) 재산을 소유할 수 있는 가능성을 승인하고 있다는 점은 확실하다. 하지만 이것만으로는 아직 “그러한 재산권이 기본권적으로 보호되는 것이어야 한다.”는 것을 의미하지는 않는다. 지방자치단체의 재산이 공적 과제의 이행에 바쳐지는 것인 한, 기본권적 보호는 처음부터 고려의 대상이 아니다. 입법자 역시 그와 같은 점에서 출발하고 있다. 가령 연방원거리도로법(Bundesfernstraßengesetz) 제6조 제1항은 도로건설 부담의 주체가 변경되는 경우에 “보상 없는 소유권이전”을 예정하고 있다. 하지만 지방자치단체의 재산권이 공적 과제의 이행에 기여하지 아니하는 경우라 할지라도 그 재산권이 기본법 제14조 제1항 제1문의 기본권을 통해 보호되는 것은 아니다. 이 경우에는 “기본권에 전형적인 특수한 위험상황”이 존재하지 아니한다. 특히 공공기관의 재산권이 사법(私法)적으로 - 즉 사적 재산권으로 - 형성되어 있다는 사정으로부터도 그와 같은 위험상황이 인정되지는 아니한다. 왜냐하면 지방자치단체의 수중에 있는 재산권은 기본권을 통해 보호되어야 할 정도의 기능, 즉 “사적 창의성의 기초로서 또한 자기책임적인 사적 이익을 통하여 재산권자에게 유용성을 제공”하는 기능에 봉사하는 것이 아니기 때문이다. 기본권으로서 기본법 제14조는 “사적재산권”(Privateigentum)을 보호하는 것이 아니라 “사인의 재산권”(Eigentum Privater)을 보호한다.」

특히 지방자치단체의 재산권주체성을 주장하였다. 즉 “지방자치단체가 토지소유권자이고 또 그 재산이 직접 공적과제의 수행을 위해서가 아니라 사인과 같이 사법상의 원칙에 따라 이용하는 경우라면, 지방자치단체라 할지라도 기본법 제14조(재산권)의 보호를 향유한다. 사안의 경우에는 지방자치단체에 귀속되고 농업에 이용되는 토지(부분적으로 자경, 부분적으로 임대)에 대한 침해가 문제되고 있다. 그 경우 지방자치단체는 기본권적으로 보호되는 영역에 관련되고 있는 것이다.”라고 주장하였다.

그런데 위 결정은 지방자치단체의 기본권주체성, 특히 재산권주체성을 명시적으로 부인하면서도 아주 예외적인 상황에서 지방자치단체에 기본법 제14조의 재산권 또는 그와 유사한 보호를 승인할 수 있는 가능성을 전혀 배제하고 있지는 않다.³⁹⁶⁾

어쨌든 이상에서 살펴 본 원칙적 부정의 입장은 그 이후의 결정에서도 확인할 수 있는데, 예컨대 2004. 11. 29. 연방헌법재판소 결정³⁹⁷⁾에서도 Sasbach 결정의 취지를 재확인하고 있다. 결론적으로 독일의 경우 공법상의 법인에 대해 공적 과제를 수행하는 한에서 기본권의 보유주체가 될 수 없다는 원칙적 입장³⁹⁸⁾을 취하면서, 지방자

396) 즉 “이 사안의 경우에는, 지방자치단체가 공적 과제의 수행과 무관하게 그 재산이 침해받았을 경우에 기본법 제14조 제1항 또는 그와 유사한 보호를 승인할 수 있는 아주 특별한 예외적 사정이 존재하는가의 문제를 검토해야 할 그 어떤 계기도 존재하지 않는다.”라고 판시하고 있다(BVerfGE 61, 82(109)).

397) 2 BvR 414/02. 이 결정의 사안은, 지방자치단체가 독일통일과정에서 과거 국민의 소유에 속하던 재산으로서 그 경계 내에 있었던 두 건의 토지가 독일 연방공화국에 귀속된 것은 기본법 제14조 제1항의 기본권인 재산권을 침해한 것이라는 주장으로 헌법소원을 제기한 것이었다.

398) BVerfGE 21, 362[368ff.]; 45, 63[78f.]; 61, 81[101]; 68, 193[205ff.]. 그런데 연방헌법재판소가 공법인의 기본권주체성을 부정하는 것은 “공법상의 법인이 공적 과제를 수행하는 영역의 경우에만” 그러하다는 점을 유의할 필요가 있다. 공적과제의 수행이란 원칙적으로 자신의 삶을 자신의 구상에 따라 형성하고 스스로 결정하고자 하는 시원적 자유의 행사로서 수행되는 것이 아니라 ‘실정법에 의해 정서되고 또 그 내용이 확정되고 제한되는 권한’에 기초하여 수행되는 것이기 때문이다. 그와 같은 관계들을 규율하고 또 그로부터 야기되는 갈등을 해결하는 것은 인간과의 직접적 관련성이 결여되어 있어 기본권의 대상이 될 수 없다는 것이다.

그에 따라 연방헌법재판소는 공법인이 그에 의해 대표되는 개인들의 주관적 이익에 대한 관리자(Sachwalter)라는 점을 고려하여 기본권의 적용을 인정할 수 있는가에 대해서는 여전히 미해결로 남겨 두고 있다. 가령 연방헌법재판소는 ‘헌법침해가 공법인 자신에 관한 것일 뿐만 아니라 동시에 그 구성원의 재산적 이익에 관련’된다고 주장한 주(州)보험공단의 기본권능력을 인정하는 것을 부정한 바 있는데, 그 이유는 동 공단의 재산은 구성원의 개별재산의 집합으로 간주할 수 없다는 데 있었다(BVerfGE 21, 362[377]). 마찬가지로

치단체의 경우에는 더 나아가 공적 과제의 수행을 벗어난 경우에도 기본법 제14조 제1항의 재산권의 귀속주체가 될 수 없다(Sasbach 결정)는 입장을 취하고 있는데, 그 이유는 공권력적 활동을 하지 않는 경우라 할지라도 지방자치단체는 결코 “기본권에 전형적인 위험상황”에 처해있지 않기 때문이라는 것이다. 또한 비록 지방자치단체가 다른 개인과 마찬가지로 공권력 행사에 따른 침해에 복종하여야 할 경우가 있다 할지라도 재산권적 보호를 받아야 할 필요가 없는데, 그 이유는 첫째, 지방자치단체의 지위는 이미 그 재정상의 특권(Fiskusprivilegien)에 의해 사인의 지위와는 구별되며, 둘째, 지방자치단체경제법(Gemeindegewirtschaftsrecht)은 그 공적 과제와 무관한 지방자치단체의 영리활동을 일반적으로 부정하고 있기 때문이라고 한다(2004. 11. 29. 2 BvR 414/02 결정). 따라서 지방자치단체의 수중에 있는 재산권은 사인의 수중에 있는 재산권과 동일한 기능, 즉 자기책임적인 사적 창작성의 기초로서 재산권자에게 유용하게 이용될 수 있는 기능을 가지지 못한다는 것이다.

한편 지방자치단체의 기본권주체성에 대해 국내 학설은 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설은 공법인이 개인의 이익과 결합하여 개인의 이익을 대변하여 국가에 대항하는 구조를 취하고 있는 활동을 하는 경우에 다른 공법인과의 관계에서 지배복종의 관계가 성립

지로 연방헌법재판소는 수도물공급을 위한 지방자치단체 또는 사기업형식의 도시기업이 행한 제 처분에 대해 ‘공권력과의 관계에서 그 배후에 존재하는 자연인의 주관적 권리를 행사’하는 것이라는 주장을 배척하였다. 이 경우에는 오히려 ‘국가적 과제’의 이행이 문제되므로 기본법 제2조 제1항(일반적 행동자유권), 제3조 제1항(평등권) 및 제12조 제1항(직업의 자유)의 기본권을 원용하는 것은 배제된다는 것이 그 이유였다. 즉 해당 영역단체들은 국가와의 관계에서 볼 때 개인과 마찬가지로 ‘기본권에 유사한 위험상황’에 처해 있다고 볼 수 없다는 것이었다(BVerfGE 45, 63 [78 f.]).

하여 사인과 같이 다른 공법인의 지배하에 있는 경우 그 활동의 영역에 한하여 기본권의 주체가 될 수 있다는 전제에서 은행이나 지방자치단체의 기본권주체성을 긍정하고, 이러한 바탕에서 국가와 지방자치단체 등 국가기관도 사경제주체로서의 지위를 지니는 한 재산권의 주체가 될 수 있다고 주장하거나,³⁹⁹⁾ 공법인도 그 스스로 ‘기본권적 가치질서’를 실현시켜야 되는 통치기능적 책임 내지 의무와 조화될 수 있는 범위 내에서 기본권의 주체가 되므로 지방자치단체도 국가에 대해서 기본권을 주장할 수 있다고 한다.⁴⁰⁰⁾ 그에 반해 부정설은 혼동논거에 따라 국가라든가 지방자치단체 및 국가기관인 공법인은 기본권을 주장할 수 없다고 한다.⁴⁰¹⁾ 또한 공법인의 경우 그 기본권주체성을 확일적으로 부인하거나 인정할 수 없는 문제로서 부정하는 입장에서도 예외를 인정하고 인정하는 입장에서도 일정한 조건에 따라 매우 제한된 범위 내에서 인정하므로 결과만 놓고 보면 양자간에 별 차이가 없다고 하면서도, 내국공법인은 재산권보유자는 될 수 있으나 재산권주체는 원칙적으로 될 수 없다고 보는 견해도 있다.⁴⁰²⁾

헌법재판소는 부정설의 입장에 서있다. 농지개량시설이 설치자로부터 농지개량조합에 이관된 경우 소유권을 비롯해 농지개량시설의 설치에 관하여 발생한 지방자치단체의 권리의무 역시 농지개량조합에 포괄승계되도록 한 구 ‘농촌근대화촉진법’(1995. 12. 29. 법률 제5077

399) 정종섭, 헌법학원론, 제3판, 2008, 280쪽, 592쪽; 한편 홍성방 교수는 지방자치단체의 기본권주체성에 대한 별다른 언급 없이 재산권 부분에서 단순히 ‘국가와 지방자치단체’도 재산권의 주체가 된다고 적고 있을 뿐이다. 헌법학, 개정6판 2009, 541쪽.

400) 허영, 한국헌법론, 전정신판 2005, 245쪽

401) 김철수, 헌법학개론, 제17전정신판, 2005, 307쪽

402) 계획열, 헌법학(중), 신정판 2004, 71쪽,

호로 폐지되기 전의 것) 제16조에 대한 위헌소원사건⁴⁰³⁾에서 헌법재판소는 청구인인 지방자치단체(광주광역시 광산구)의 재산권침해의 주장⁴⁰⁴⁾을 배척하면서 지방자치단체의 기본권주체성에 관해 다음과 같이 판시하고 있다.

「기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 …… 권리를 가진다.”고 규정하고 있으므로 이러한 기본권보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민만이 기본권의 주체라 할 것이고, 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 “수범자”이지 기본권의 주체가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있을 뿐이다. 그렇다면 이 사건에서 지방자치단체인 청구인은 기본권의 주체가 될 수 없고, 따라서 청구인의 재산권 침해 여부는 더 나아가 살펴 볼 필요가 없다.»⁴⁰⁵⁾

403) 2006. 2. 23. 2004헌바50 결정

404) 청구인의 주장요지는 다음과 같다: “지방자치단체는 공법인이나, 공법인도 스스로 기본권적 가치질서를 실현시켜야 되는 책임 내지 의무와 조화될 수 있는 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있으며, 이 사건에서와 같이 지방자치단체가 재산권을 사용, 수익, 처분하는 행위는 공행정주체로서의 행위가 아닌 사법(私法)관계의 한 당사자로서 사법상의 행위로서 국고행위의 영역에 속하므로 청구인은 국가나 공법인에 대하여 재산권 등의 기본권을 주장할 수 있다. 이 사건 토지의 소유권은 지방자치단체인 청구인의 재산권으로서 헌법 제23조 제1항에 규정된 재산권에 속한다. 그런데 이 사건 법률조항에서 이 사건 토지에 대한 소유권을 무상으로 농지개량조합으로 이전시키면서 소유권상실에 관하여 아무런 보상규정을 두지 아니하고 있는 것은 헌법 제23조 제3항에 반하여 청구인의 재산권을 침해한다.”

405) 다만, 위 결정에서 현재는 청구인측의 평등권 위반 주장(이 사건 토지의 소유권을 무상으로 농지개량조합에 포괄승계하도록 한 것은 동일한 지위에 있는 사인과 달리 취급한 것으로 평등권을 침해한다는 주장)에 대해서는 판단하고 있는바, 이 사건 토지의 공공성에 비추어 합리적인 차별로서 평등원칙에 반하지 않는다고 하였다.

이상과 같은 헌법재판소의 입장은 독일 연방헌법재판소의 입장과 결론에 있어 동일하다. 앞서 살펴 본 바와 같이 지방자치단체는 결코 국가와의 관계에서 “기본권에 전형적인 위협상황”에 처해 있다고 볼 수 없고, 또 그 수중에 있는 재산의 경우에도 사인의 수중에 있는 재산권과 동일한 기능을 수행하는 것이라 보기도 어려우며, 무엇보다 지방자치단체는 자치행정권의 귀속주체이므로 기본권의 주체라고 볼 수는 없는 것이다. 그렇다면 혼동논거에 따라 지방자치단체의 기본권 주체성을 부정하고 그 당연한 귀결로서 재산권주체성을 부정하는 헌법재판소의 입장에 동의할 수 있다. 비록 지방자치단체가 헌법하위법인 민법상 재산권(소유권 등)을 가질 수 있고, 또 이를 다른 공법인(국가나 다른 지방자치단체 등)이나 사인에 대해 주장할 수 있다고 할지라도 그것은 헌법상 기본권인 재산권의 행사라 할 수 없다. 특히 위 헌법재판소 결정에 따르면 문제된 위 사건 토지는 행정재산 중 공공용재산(지방자치단체가 직접 공공용에 사용하거나 사용하기로 결정한 재산)에 해당하는 것으로서 구 지방재정법⁴⁰⁶⁾에 의해 광범위한 보호 내지 관리의 대상이 되는 등⁴⁰⁷⁾ 공적 과제에 바쳐진 공적 재산이었다는 점에서 지방자치단체가 헌법상 기본권인 재산권의 객체로 삼기에는 부적합한 것이었다.

하지만 독일 연방헌법재판소가 지방자치단체의 재산권에 대해 극히 예외적으로 헌법상 기본권인 재산권의 보호 내지 그와 유사한 보호의 가능성을 열어두고 있는 바와 같이, 예컨대 국가가 명백히 부당

406) 현재는 ‘공유재산 및 물품관리법’에 따라 규율된다.

407) 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 할 수 없고(구 지방재정법[2005. 8. 3. 법률 제7663호로 전부 개정되기 전의 것] 제 82조), 시효취득의 대상이 되지 않는 것(동법 제74조) 등,

한 입법을 통해 지방자치단체의 존립기초가 되는 재산을 박탈하는 조치를 위하는 경우 등과 같이 예외적으로 지방자치단체에 대해 기본권으로서의 재산권적 보호 또는 그에 유사한 보호이론을 전개하는 것이 불가능하지는 않다고 생각된다. 어떤 경우가 그러할지는 결국 개별사안별로 헌법재판소가 판단하여야 할 것이다.

한편 헌법재판소는 지방자치단체의 기관에 대해서도 기본권주체성을 부정하는데, 1998. 3. 26. 선고한 96헌마345 결정(408)에서 “기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(受範者)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 자격이 없다.”고 판시하여 서울시의회의 기본권주체성을 부인한 바 있다.

408) 판례집 10-1, 295(지방자치단체의행정기구와정원기구등에관한규정 제14조 제1항등 위헌확인)

제3절 공사혼합기업의 기본권주체성

I. 공사혼합기업의 개념

공사혼합기업(Mischunternehmen)이란 당해기업의 자본구조에 있어 공적 참여분과 민간 참여분이 공존하는 형태의 기업을 지칭한다. 독일의 경우에는 그 운영형태에 있어서는 사법(私法)의 지배를 받지만 참여구조에 있어서는 사인과 공적 주체가 동시에 지분참여자로 나타나는 기업을 의미하는 것으로 파악함이 일반적이다. 공사혼합기업이라는 기업형태는 오늘날 점증하고 있는 현상 즉 공권력 주체와 사인 간의 특히 경제적인 측면에서 협력관계를 보여주는 일 형태이다. 이를 흔히 혼합경제기업(gemischt-wirtschaftliches Unternehmen)이라고 부르기도 한다.⁴⁰⁹⁾ 하지만 혼합경제기업이라는 용어는 기업의 활동에 초점을 맞춘 것일 뿐 참여구조의 특성을 나타내지 못한다는 단점이 있다. 이런 이유에서 P. Selmer나 D. Merten은 Mischunternehmen 즉 공사혼합기업(또는 혼합기업)이라는 표현을 사용하고 있다.⁴¹⁰⁾ 이 글에서도 기업의 참여구조의 특성을 반영하고 있는 공사혼합기업(또는 혼합기업)이라는 용어를 사용하기로 한다. 다만 어느 개념을 사용하더라도 내용상으로 동일한 대상을 지칭한다. 공사혼합기업의 경우 공기업적 측면과 사기업적 측면이 사실상 공존하므로 그 기본권주체성을 인정할 것인지 여부가 문제될 수 있다.

409) 기실 공사혼합기업은 오히려 후자와 같이 혼합경제기업으로 부르는 것이 보다 일반적인 것이라고 한다. P. Selmer, Zur Grundrechtsberechtigung von Mischunternehmen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, II, 2007, S. 1258 Rn. 11 참조.

410) P. Selmer, aaO., Rn. 11.

II. 공사혼합기업의 기본권에 관한 독일 이론

이상에서 이미 언급한 바와 같이 독일에서의 공사혼합법인에 대한 논의는 그 자체 사법적 기초에 따라 성립, 운영되지만 그 재산적 실체에는 공적 개입 내지 참여가 이루어지고 있는 기업을 중심으로 한다는 점이 특징인데, 이러한 공사혼합기업의 존재는 무엇보다 당해 공사혼합기업의 활동이 강한 공적 관련성을 갖기 때문에 공적 개입 내지 참여의 필요성의 결과라 할 것이다. 따라서 기업 자체가 수행하는 사업활동의 공적 관련성 및 공적 지분참여라는 사실로 인해 일용 공사혼합기업의 기본권주체성에 상당한 제약이 따를 가능성을 배제할 수 없을 것이다. 하지만 공사혼합기업은 공적 참여에도 불구하고 사적 참여자의 사적 이익의 추구라는 측면을 배제할 수 없고, 또한 그 법적 형태가 사법적 형식, 즉 사기업의 외양을 취하고 있다는 점에서 그 기본권성을 전면적으로 부정하기도 어렵다.

공사혼합기업의 기본권주체성 문제를 검토함에 있어서는 먼저 이른바 사법절차적 기본권과 기타의 기본권으로 구별하여 살펴볼 필요가 있다. 전자의 경우 대체로 공사혼합기업의 기본권주체성을 인정하는 데 별 무리가 없기 때문이다.

1. 사법절차적 기본권

공사혼합기업의 기본권주체성에 대한 (독일의) 학설상의 논의에 있어 일치된 견해에 따르면 공사혼합기업이라 할지라도 사법절차적 기본권,⁴¹¹⁾ 예컨대 독일 기본법 제101조 제1항의 재판청구권, 제103조

411) 독일식으로 표현하자면 “기본권유사적 사법상 권리”(grundrechtsähnliche justitielle Rechte)에 해당한다.

제1항의 법정진술권 및 소급효금지원칙을 원용하는 것은 허용된다.⁴¹²⁾

사실 공법상의 법인도 그와 같은 권리들을 향유하는 것이기 때문에 공사혼합기업이 이들 권리를 향유할 수 있음은 어떤 의미에서는 자명한 것이라 할 수 있다. 연방헌법재판소는 공법상 법인의 경우에 법치국가원리와 소송상의 자의금지로부터 도출되는 사법절차상의 보장, 특히 법치국가의 핵심적 요청인 법률이 정한 법관에 의한 재판받을 권리 및 법적 청문의 권리를 향유할 수 있는 것으로 판시한 바 있다.⁴¹³⁾ 법치국가에서 법관의 결정은 정당한 재판을 위해 포기할 수 없는 청문절차상의 제 요청들을 존중하는 가운데 얻어진 것일 경우에만 그 정당성이 담보될 수 있다는 점에서 이러한 결론은 자명한 것이라 할 수 있다.

기실 독일 기본법은 전술한 사법절차적 기본권들을 권리장전 부분(기본법 제1조 내지 제17조)에 편제하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 공법인이 전술한 사법절차적 권리를 향유할 수 있는 근거로서, 그러한 권리들이 모든 사법절차에 적용되는 “객관적인 절차상 원칙”(objektive Verfahrensgrundsätze)이며 따라서 소송법 규정에 따라 당사자능력이 있거나 해당 소송에 직접적으로 관련된 모든 자에게 인정되어야 할 권리로 이해하고 있다.⁴¹⁴⁾ 이상과 같은 연방헌법재판소의 논증에는 이미 공법상 법인뿐만 아니라 여기에서 문제되고 있는 공사혼합기업(법인)의 경우에도 전술한 사법절차적

412) BVerfG (Kammer) NJW 1990, S. 1783

413) BVerfGE 61, 82(104f.), 나아가 BVerfGE 75, 192(200f.) 참조.

414) BVerfGE 61, 82(104).

권리(내지 기본권)를 마땅히 향유할 수 있다는 점이 전제되어 있다고 볼 것이다. 이러한 연방헌법재판소의 결론에 대해 학설상 이의를 제기하는 경우는 찾아보기 어렵다.

2. 공사혼합기업의 일반적 기본권주체성

공사혼합기업이 기본권의 일반적 주체가 될 수 있는가 여부 및 이를 긍정한다 할지라도 어느 정도까지 인정할 수 있는가에 대해서는 다양한 관점에서 논란이 되고 있다. 아래에서는 이 문제와 관련하여 판례와 학설의 입장을 비판적으로 검토하고자 한다.

1) 판례의 태도

① 연방헌법재판소의 판례

공사혼합기업의 기본권주체성 여부에 관해 연방헌법재판소가 전원 재판부 차원에서 결정한 경우는 아직 없다. 지정재판부(Kammer)에서 이 문제가 다루어진 것으로는 1989. 5. 16.의 결정을 들 수 있다.⁴¹⁵⁾ 동 결정에서는 72%의 공적 지분을 가진 주식회사(전력공급회사)의 기본권주체성, 구체적으로 기본법 제2조(일반적 행동자유권)와 제3조 제1항(평등권)의 기본권주체성이 문제되었다.

위 재판부는 문제된 주식회사의 경우 기본법 제19조 제3항에 따른 기본권능력을 인정할 수 없다고 보았는데, 그 구체적 논증을 살펴보면 다음과 같다.

415) BVerfG (Kammer) NJW 1990, S. 1783 및 JZ 1990, S. 335

먼저 동 재판부는 공법상 법인의 경우 기본권주체성이 원칙적으로 부정된다는 점에서 출발한다. 한편 사법상의 법인도 그것이 기본권의 주체가 되는가의 여부, 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는가의 여부는 당해 법인이 현재 다루고 있는 공권력의 행사(또는 불행사)로 인해 영향을 받고 있는 동 법인의 활동 내지 기능(Funktion)에 달려 있다. 그런데 만약 이 기능이 법률에 의해 부과되고 규율되는 예컨대 생존배려(Daseinsvorsorge)와 같은 공적 과제(öffentliche Aufgaben)의 수행을 본질로 하는 것이라면, 그러한 한에서 사법상 법인도 공법상 법인과 마찬가지로 기본권능력을 결여하게 된다. 이러한 논리는 연방헌법재판소가 비록 사법상의 법인이라 할지라도 그 지배구조가 완전히 공공기관의 수중에 있는 경우에 대해 전개하고 있는 논리인데, 위 지정재판부는 이를 공사혼합기업의 경우에도 그대로 적용하고 있다. 전기와 같은 에너지의 공급은 생존배려에 해당하는 것으로 공적 과제를 의미하며, 공급기업은 특히 공급의무 및 공급조건과 관련하여 강력한 법률적 구속에 지배되므로 그러한 한에서 사법상의 독자성이 남아 있을 여지가 없다는 것이다. 위 사안의 경우 문제된 주식회사가 전력공급과 관련하여 다른 영역에서 기본권을 원용할 수 있는지 여부에 대해서는 동 재판부는 아무런 판단도 하지 않고 있다. 다만 72%의 지분참여율에 비추어 볼 때 업무수행에 있어 공적 영향력이 결정적인 것일 수 있다는 점이 전제되어 있다.

② 비판적 검토

연방헌법재판소가 지정재판부 차원에서 공사혼합기업의 기본권주체성을 부정하고 있으면서도 전원재판부(Senat) 차원에서 아직 그에 대한 어떠한 입장도 표명할 기회를 갖지 않았다는 점은 납득하기 어렵다. 왜냐하면 공사혼합기업의 기본권주체성에 관한 문제는 위 결정

에서 문제된 전력공급회사에 국한해서 발생하는 문제가 아니라 그밖에 수자원의 공급이나 통신, 우편 등 이른바 민영화의 대상으로 될 수 있는 생존배려의 영역 전반에 걸쳐 발생할 수 있는 문제이기 때문이다. 더 나아가 정부투자기관이나 정부출자기관 등 사기업의 형태를 취하면서도 정부가 일정 지분의 참여를 행하고 있는 모든 경우에 기본권주체성의 문제가 제기될 수 있기 때문이다.

한편 위 결정에서 기본권주체 여부를 결정짓는 척도로 제시하고 있는 공사혼합기업의 “기능” 즉 “기업의 활동”이라는 기준에 대해서는 다음과 같은 관점에서 비판이 제기되고 있다.⁴¹⁶⁾

첫째, 기본권의 행사(기능, 기업활동)이라는 결과로부터 전제(기본권주체성)를 추론한다는 비판이 제기된다.

둘째, 위 재판부가 이해하는 “기능”(기업활동) 개념이 지나치게 추상적이라는 점이다. 공사혼합기업의 기능이 법률에 의해 부과, 규율되는 공적과제(생존배려)의 수행을 본질로 하는 것인 한 당해 기업의 기본권주체성은 부정되어야 한다는 것인데, 하지만 오늘날 생존배려나 공적 과제와 같은 개념이 갖는 다양하고 포괄적인 내용 및 그 변화가능성 등을 고려할 때 이런 개념적 표지만이 유일한 판단기준이 된다고 보기는 어렵다는 것이다.⁴¹⁷⁾

셋째, 기본법으로부터는 공사혼합기업의 기본권주체성이 생존배려

416) 이하의 비판의 구체적 내용에 대해서는 P. Selmer, aaO., S. 1262 이하 참조.

417) 이론상 핵심개념에 해당하는 “공적 과제” 개념에 대한 자세한 설명으로는, Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 585 참조.

와 같은 공적과제에 속하는 영역에서의 활동에 따라 결정되어야 한다는 결론이 도출되지 않는다는 점이다. 즉, 생존배려나 공적 과제의 영역에서 그러한 활동이 반드시 국가기관 스스로에 의해 배타적으로 수행되어야 한다는 전제가 내재되어 있는 것으로 보기 어렵다.⁴¹⁸⁾ 이 점은 예컨대 독일 연방재정법 제7조 제2항 제3문, 사회법전 총칙 제17조 제3항 등을 보면 생존배려에 해당하는 공적과제가 반드시 국가의 전유물은 아니라는 데서 잘 나타나 있다.

넷째, 위 사례에서 문제되고 있는 주식회사의 경우 강한 법률적 구속하에 있고 따라서 사법적 독자성을 가질 여지가 존재하지 않는다는 판시의 경우에도, 그런 논리에 따를 경우 국가는 특정한 과제를 공적 과제로 확정하고 그런 연후에 포괄적인 법률적 제한을 설정함으로써 해당기업의 기본권주체성을 임의로 결정할 수 있게 된다는 점에서 기본권보장청구권의 관점과는 조화하기 어렵다. 특히 사법적으로 조직된 기업도 공적 과제에 참여함으로써 (경우에 따라서는 최소한의 지분참여를 통해서도) 공사혼합기업이 될 수 있다는 점을 감안하면, 해당 기업의 활동에 대한 제한에 있어 기본권주체성을 제한하는 방향으로 나아갈 것이 아니라 적극적인 기본권보호의 방향을 지향하는 것이 오히려 바람직할 것이다.

418) 독일 연방재정법(BHO) 제7조 제2항은 “재정에 영향을 미치는 모든 조치들에 대해서는 적절한 경제성연구가 이루어져야 한다. 그 경우 당해 조치와 결부된 위험분산이 고려되어야 한다. 필요한 경우, 사적 공급자에게 그들이 국가적 과제 또는 공적 목적에 기여하는 경제적 활동을 마찬가지로 혹은 더 잘 수행할 수 없는지의 여부 및 어느 정도까지 그러한지를 설명하는 기회가 제공되어야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 사회법전 총칙(SGB AT) 제17조 제3항은 “공용 또는 자유 시설이나 조직과 협력하는 경우에, 급부주체는 자신의 활동과 이들 시설이나 조직의 활동이 급부수령자의 복리를 위해 효과적으로 보완하도록 하여야 한다. 그 경우 목표설정과 과제수행에 있어서의 독자성을 서로 존중하여야 한다. (후략)”라고 규정한다. 더 나아가 연방사회부조법(BSHG) 제10조도 참조.

다섯째, 공적과제의 확정이나 활동에 관한 제한을 규정하는 법률이 헌법상의 기본권주체성에 영향을 미칠 수는 없다. 공사혼합법인의 기본권주체성 문제는 헌법적 차원의 문제이기 때문이다.

2) 학설의 검토

한편 공사혼합법인의 기본권주체성에 관한 학설의 태도는 크게 부정설과 긍정설로 구분할 수 있으며, 후자의 경우에도 다양한 구별기준이 제시되고 있다.

① 부정설

공사혼합기업을 기본권적 보호로부터 일반적으로 배제하는 견해 자체는 주장되고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 기본적으로 공권력의 참여를 강조하면서 공사혼합기업을 국가영역에 배치하고자 하는 견해, 즉 기본권에 구속되는 국가행위의 작용영역으로 파악하고자 하는 견해들의 경우 부정설로 분류할 수 있을 것이다.

혼합기업의 기본권주체성 문제는 한편으로 기본권주체로서의 측면, 다른 한편으로 기본권의무자로서의 측면이 서로 대면하는 긴장영역을 바탕으로 하고 있다. 즉 사적 기업주체성과 공적 기업주체성이 하나의 (사법적) 기업주체성에 내재해 있고, 따라서 동일자가 사적 이익과 공적 이익을 동시에 추구한다는 점이 특징이다.

따라서 부정설은 이상의 두 가지 측면 중에서 공적 측면에 우선권을 주는 일종의 선택, 즉 이른바 혼동논거(Konfusionsargument)를

적용하여 궁극적으로 “국가”로 환원되는 방향성을 선택하게 된다. 하지만 이러한 논거가 설득력이 없다는 것은 이미 공법상 법인인 대학(국립대학)이나 공영방송국, 종교단체(독일의 경우)에 대해 제한적인 기본권주체성이 긍정된다는 점에서 알 수 있다. 즉 이들 주체들은 ‘법질서에 의해 부여된 과제를 통해 직접 특정한 기본권을 통해 보호되는 생활영역에 배정되어 있거나 혹은 그 속성상 그들에게 처음부터 귀속되어 있는 기본권’⁴¹⁹⁾을 주장할 수 있는 것이다. 하지만 이들 주체는 동시에 그 구성원이나 제3자와의 관계에서는 기본권의무자로 나타나게 된다. 이러한 점에 비추어 공적 주체라 할지라도 그 구체적 역할은 다양할 수 있으며, 따라서 기본권이 문제되는 다양한 상황에서 어떤 경우에는 기본권을 주장할 수 있고 또 어떤 경우에는 기본권을 존중해야 하는 경우가 발생하는 것을 배제할 수 없는 것이다.⁴²⁰⁾ 그렇다면 공사혼합기업의 경우에 반드시 공적 측면만을 선택해야 할 논리적 필연성은 인정되기 어렵다.

② 공적 참여지분 기준설

이 견해는 참여지분의 비율에 따라 공사혼합기업의 기본권주체성 여부를 결정해야 한다고 주장한다. 이 이론을 주장하는 논자들은, 국가참여비율이 커지면 커질수록 혼합기업에 대한 기본권보호의 정도는 줄어든다고 지적하거나,⁴²¹⁾ 혹은 공적 참여비율이 일정한 정도를

419) BVerGE 61, 82(102)

420) Detlef Merten, Mischunternehmen als Grundrechtsträger, in: Erwin Bernat/Elisabeth Böhler/Arthur Weiling(Hg.), FS Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Wien 2001, S. 2018; BVerfGE 7, 99(103f. 108); 14, 121(129f.); 47, 198(223) 참조.

421) 동지, Herbert Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977. S. 66 FN 142; Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, S. 98

넘어서는 경우에는 혼합기업의 기본권주체성이 부정된다고 주장한다.⁴²²⁾ 후자의 경우 구체적인 국가참여율은 최소 25%에서 75%까지 다양하게 주장되고 있다. 아무튼 이들 견해들은 공사혼합기업에 있어 국가의 영향력의 정도를 기준으로 기본권주체성 여부를 결정하고자 한다는 데 특징이 있다.

하지만 먼저 이러한 입장은 국가참여율이라는 우연적인 기준을 적용하고 있으며 따라서 법적안정성을 결여하게 된다는 비판이 가해지고 있다. 예컨대 수회에 걸쳐 국가참여율이 변동될 경우 그때마다 기본권주체성 여부가 달라지는 결과가 될 수 있다는 것이다. 다른 한편 이 견해는 다른 사적 참여자가 추구하는 이익과 관련된 규범적 기본권내용을 전혀 고려하지 않고 있으며, 따라서 참여율만을 기준으로 할 경우 의미 있는 구별이 행해질 수 없게 된다는 비판도 제기되고 있다.

③ 국가지배력 기준설

이 이론은 공사혼합기업에 대한 국가의 지배력을 기준으로 기본권주체성 여부를 결정하자는 견해이다.⁴²³⁾ 이 견해는 위에서 살펴본 공적 참여지분 기준설과 유사하다. 왜냐하면 기업지배력이란 참여의 범위(정도)를 통해 매개되는 영향력의 질적 형태를 의미하기 때문이다. 다만 국가의 기업지배력이란 공적 참여지분에 의해서만이 아니라 그 밖의 다른 기준들, 예컨대 법률이나 정관, 개별적 계약에 기초한

422) Badura, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften, DÖV 1990, S. 353(354); H. Dreier, GG, Art. 19 III RN 77은 “국가참여율이 과반에 이르거나 공적 주체에 의한 기업의 지배가 인정될 수 있는지 여부”가 기준이 된다고 한다.

423) Peter Michael Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1997, S. 70

영향까지도 받기 때문에 이들 요소들을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다는 점에서 차이가 있다.

따라서 이 이론은 공적 참여지분 기준설과 같이 단일 기준(지분율)에만 의존하지 않고 그 외의 다양한 기준들까지도 끌어들이 지배 여부를 확정한다는 점에서 실질을 제고한다는 장점이 있지만, 그 반면 그로 인해 기준이 되는 “지배력”(Beherrschung)이란 개념이 다른 다양한 요소들에 대한 평가에 의존하고 되고 그 결과 명확한 적용척도를 갖출 수 없게 됨으로써 불확정개념이 되는 것을 피할 수 없게 된다는 점이 단점이다.

④ 기업활동 기준설

이 견해는 진술한 독일 연방헌법재판소의 1989. 5. 16. 지정재판부 결정에서도 주장된 바 있는 것으로서, 학설이 명시적으로 이 견해를 추종하는 경우는 많지 않으나 그렇다고 전혀 낮은 것은 아니라고 한다. 물론 이 기준은 그 자체만으로 주장되는 것이라기보다는 다른 논거들과 더불어 주장되는 경향이 강하다.

이미 위에서 검토한 바 있듯이 이 견해가 제시하고 있는 기준은 지나치게 추상적이라는 점에서 명확한 결정기준을 제시하고 있는 것이라 보기에 미흡하며, 나아가 기업활동이라는 주된 개념에 더하여 공적과제나 국가적 과제, 행정과제 혹은 생존배려와 같은 개념들까지 포괄할 경우에는 그 불확실성이 더욱 증가된다는 비판⁴²⁴⁾을 피하기 어렵다. 특히 후자의 과제들은 논리필연적으로 기본권 구속성을 징표

424) P. Selmer, aaO., S. 1271 참조.

로 하는 국가기관의 배타적 권한에 해당하는 것으로 단정할 수 있는 것이라 보기 어렵다는 점 역시 마찬가지로 지적하여야 할 것이다.

⑤ 법형식기준설

이 학설은 법형식에 따라 공사혼합기업의 기본권주체성 여부를 결정하고자 하는 것으로, 당해 기업이 사법적 법형식을 갖추고 있을 경우 기본권주체성을 가지며, 이러한 결과는 직접적으로든 간접적으로든 보호가치 있는 사적 이익을 통해 매개되는 것이라고 한다. 그런데 공사혼합기업은 이미 그 정의상(per definitionem) 법형식에 있어서 사법상 법주체임을 전제로 하기 때문에, 이 견해는 결국 원칙적으로 공사혼합기업의 일반적 기본권주체성을 인정하는 결과에 이르게 된다.

물론 그와 같은 결과가 절대적인 것이라고 주장되는 것은 아닌데, 가령 “사적 참여(지분) 내지 사법적 형식이 단순한 외관 또는 구실 (Alibifunktion)에 지나지 않고 실상은 당해 기업의 활동이 공행정을 지향”하고 있는 경우라면 기본권주체성을 인정할 수 있기 위한 전제가 상실된다고 본다.⁴²⁵⁾ 엄밀하게 말해 이 경우에는 법질서의 일반원칙으로서 공법에서도 효력을 갖는 이른바 권리남용금지원칙이 적용되는 것이라고 할 수 있다.⁴²⁶⁾ 국가가 사인의 기업참여라는 수단을 계기로 단순히 국가권력에 설정된 권한의 한계를 극복하고자 시도하는 것이라면, 즉 국가권력의 기본권구속을 벗어나고자 한다면, 국가

425) Stern, Staatsrecht, III/I, S. 1169; Schmidt-Aßmann, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB 1990, Beilage 34 zu Heft 27, S. 10

426) Merten, aaO., S. 2018f.; BVerfGE 24, 119 (147)

는 사적 법형식을 남용하는 것이 되며, 그러한 한에서 이미 공사혼합 기업의 기본권주체성은 부정될 수밖에 없다는 결론에 이르게 된다.

또한 공사혼합기업이 국가적 수권을 통한 국가기능행사의 신탁을 받은 경우(이른바 공무수탁사인에 해당하는 경우)에도 기본권주체성은 부정되어야 할 것이다.⁴²⁷⁾ 이러한 기준을 적용하는 경우에는 불가피하게 당해 기업의 활동과 관련된 요소들에 대한 판단작용이 영향을 미치게 될 것이다.

이상과 같은 법형식기준설은 다른 기준들과 비교할 때 확실히 보다 명확한 판단기준을 제공하는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 법형식기준설 역시 모든 의문으로부터 자유로운 것은 아니다. 앞서 설명한 두 예외상황을 논외로 한다고 하더라도, 일방 사법상 기업활동의 자유라는 측면과 타방 당해 기업에 대해 요청되는 공법상의 제한 간에는 활동권한의 범위라는 측면에서 매우 현저한 차별성이 존재하고, 그로 인해 평가적 측면에서 갈등이 발생할 수 있다. 예컨대 공사혼합기업의 구체적 활동을 평가할 때 당해기업에 참여하고 있는 공적 지분주체에 의한 국가적 이익의 실현이 우선적으로 고려되고 있음에도 당해 기업활동의 국가적 자유만이 강조되는 경우, 법형식기준설에 의존하는 것은 결과적으로 일방적인 사법적 활동자유만을 강조하고 그러한 방향으로부터 기본권주체성을 긍정하게 되는 부당한 결론에 이를 수 있는 것이다. 결국 공법적 활동제한의 측면은 무시되는 것이다. 따라서 그와 같은 경우 기본법 제19조 제3항에 따라 기본

427) Bruhn, Die Sicherstellung öffentlicher Aufgaben im Bereich der deutschen Telekommunikation unter dem Einfluß der europäischen Marktöffnung. Vom Monopol zum Universaldienst, 1999, S. 186(각주 715) 참조.

권이 “그 본질상”(ihrem Wesen nach) 공사혼합기업의 활동에 대해 적용될 수 있으려면, 당해 활동에 대한 공법상 제한이 “우월적인”(vorrangig) 것으로 평가되지 않는 한에서 인정되어야 할 것이다.⁴²⁸⁾

3) 소결

공사혼합기업이 독일 기본법상 기본권유사적 권리 혹은 우리 헌법상 사법절차적 기본권(예컨대 재판청구권 등)의 주체가 될 수 있다는 점에 대해서는 이론이 없다. 그렇다면 그밖의 경우에는 어느 정도까지 기본권의 주체가 될 수 있을 것인가.⁴²⁹⁾ 공사혼합기업은 그 주체라는 점에서 공적 기업주체성과 사적 기업주체성이 결합되어 있고, 그 이익이라는 측면에서 공익과 사익이 결합되어 있다. 그로 인해 기본권주체로서의 지위와 기본권의무자로서의 지위, 사적 영역과 공적(국가적) 영역 상호간에 갈등을 빚는 긴장영역이 그에 내재하고 있다.

그 경우 기본권주체로서의 측면과 기본권에 기속되는 의무자로서의 측면 중 국가적 의무의 측면만을 강조하는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 공사혼합기업은 적어도 그 법형식에 있어서는 사적 법주체의 형식을 취하고 있으므로 이를 국가적 영역에 속하는 것으로 보기 위해서는 또 다른 근거들을 통해 정당화될 필요가 있기 때문이다. 설령 당해 기업이 공적 과제를 수행하는 것이라 할지라도 마찬가지이다.

428) P. Selmer, aaO., S.1273 참조.

429) 이것은 기본법 제19조 제3항(“기본권이 그 본질상 내국법인에 적용될 수 있는 때에는, 그들에게도 적용된다.”)과 같은 규정이 있는 독일의 경우에는는, 가령 어느 정도까지 기본권이 그 성질상 법인에 적용될 수 있을 것인가 라는 문제가 될 것이다.

왜냐하면 공적 과제의 수행이 꼭 국가자신에 의해 수행되어야 하고 사인에 의해 수행되어서는 안된다는 것을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 결국 공사혼합법인에 내재하는 양면적, 모순적 측면 간의 갈등을 지양하고 공익과 사익의 적절하게 조정할 수 있는 해결책만이 타당하다 할 것이다. 따라서 공사혼합기업에 혼재한 표지들 중에서 국가적 표지 또는 사적 표지 어느 일방만을 강조하는 것은 배제되어야 한다.

또한 기본법 제19조 제3항을 인간중심적으로 이해하는 이론⁴³⁰⁾을 원용하고자 하는 것도 올바른 해결책을 제시한다고 보기 어렵다. 첫째, 이러한 입장에 서 있는 이른바 투시(Durchgriff)이론은 공사혼합기업에 내재하는 긴장관계를 해소하는 것이라기보다는 배후에 있는 주체들간의 이해관계의 긴장으로 환원됨으로써 문제의 수정에 불과한 것으로 되기 때문이다. 둘째, 공사혼합기업이 구체적으로 기본권에 구속되는 국가적 권력에 속하는 것으로 보아야 하는가 라는 문제는 그 경우에도 여전히 미해결로 남아 있기 때문이다.

법인의 법적 형식(사법인이나 공법인이나의 여부)이 기본권주체성을 결정하는 데 결정적인 기준이 되는 것은 아니다. 국가행위는 공법에 따라 설립되는 조직에 의해서는 물론 사법에 의해 설립된 조직에 의해서도 수행될 수 있기 때문이다. 물론 독일 연방헌법재판소가 거듭 판시하고 있는 바와 같이 기본법 제19조 제3항의 전제요건들을 대체로 충족시키는 것은 사법상 법인의 경우이다.⁴³¹⁾ 따라서 독일의

430) 이에 대해 자세한 설명은 Hubertus Gersdorfer, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip. Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, S. 65 - 82 참조.

경우 비록 연방헌법재판소가 공사혼합기업이 공적과제를 수행하는 한 기본권의 주체성을 부정하고 있음에도 불구하고 그 비판으로서 기본권주체성을 긍정하기 위해 시도하는 한 공사혼합기업의 사법형식성은 여전히 기본권의 적용가능성을 위한 일차적 징표가 된다고 할 것이다.

Ⅲ. 우리나라에 있어 공사혼합기업의 기본권주체성 문제

1. 개관

이상에서 독일에서 전개되고 있는 공사혼합기업의 기본권주체성 문제를 살펴보았다. 독일의 경우 공사혼합기업은 그 성립형식이 사법임을 전제로 논의되고 있다. 우리나라의 경우 공기업의 분류로서 이른바 ‘주식회사형 공기업’이 이러한 경우에 해당하는 것으로 보인다. 주식회사형 공기업은 주식자본조직을 갖는 법인형 공기업을 의미하는 것으로, 그 설립이 대체로 ‘상법’ 제288조 및 제289조 등에 의거하고 있으며, 중앙정부(나 지방자치단체)가 민간부문과 공동으로 출자하는 것을 원칙으로 하고 정부 부문은 자기의 출자지분에 대해서만 권리와 의무를 가지며, 임원의 경우 주주총회에서 성출되고, 또 종업원은 공무원이 아니며, 다만 정부 지분이 있으므로 감사원의 감사를 받는다는 점을 특징으로 한다고 한다.⁴³²⁾

한편 이와 구별되는 것으로서 이른바 ‘공사형 공기업’이란 것이 있는데, 이것은 전액 정부출자를 원칙으로 주식자본조직을 갖지 않고 단지 법인형태만을 취하고 있는 것을 말한다.⁴³³⁾ 자본금 전액이 정부

431) BVerfGE 39, 302(312); 75, 192(196)

432) 박영희 외5인, 공기업론(제4판), 2008, 27쪽 참조.

에 의해 출자되는 한 공사형 공기업을 기본권주체라고 보기는 어려울 것이다. 그런데 공사형 공기업 중에는 한국전력공사 등 몇 개의 공사는 비록 설립근거는 특별법이지만 주식회사형 공기업에 유사하게 정부출자액이 전액에 이르지 않고 또 그 자본을 주식의 형태로 분할하는 경우도 있다. ‘한국전력공사법’에 의해 설립된 한국전력공사의 경우 공사의 자본금이 6조원으로 하되 정부가 100분의 51 이상을 출자하고 있으며(동법 제4조), 공사의 자본은 주식으로 분할하도록 하고 있다(동법 제5조 제1항). 이와 같은 공사형 공기업의 경우 사실상 주식회사형 공기업의 경우와 유사하므로 기본권주체성이 문제될 수 있을 것이다. 또한 한국도로공사의 경우에도 ‘한국도로공사법’ 제4조⁴³⁴⁾에 따르면 공사의 자본은 주식으로 분할되고 또 자본금의 1/2을 초과하지 않는 범위내에서 주주를 모집할 수 있으므로, 공사혼합의 자존조직을 갖출 수 있다. 따라서 이런 경우에는 한국전력공사와 마찬가지로 기본권주체성이 문제될 수 있다.

다만 기업예산회계법 제2조에서 의미하는 ‘정부기업’⁴³⁵⁾이나 지방직영기업의 경우에는 그 설립주체가 국가나 지방자치단체이고 그 중

433) 공사형 공기업은 정부기업과 주식회사형 공기업의 중간적 성격을 가진 것으로, 특정한 목적을 위한 특별법에 의하여 설립된다. 예컨대 ‘한국도로공사법’에 의한 한국도로공사, ‘대한주택공사법’에 의한 대한주택공사, ‘서울특별시 지하철공사 설치조례’에 의한 서울특별시지하철공사 등이 그러하다(박영희 외5인, 전거서 28쪽).

434) ‘한국도로공사법’ 제4조 (자본금) ① 공사의 자본금은 25조원으로 한다.
 ② 제1항에 따른 자본금은 국가, 지방자치단체 또는 「한국정책금융공사법」에 따른 한국정책금융공사가 출자하되, 필요한 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위에서 주주를 모집할 수 있다. <개정 2009.4.1>

③ 공사의 자본은 주식으로 분할하여야 한다.

435) ‘기업예산회계법’ 제2조(정부기업) 이 법에서 “정부기업”이란 기업형태로 운영하는 우편사업, 우체국예금사업, 양곡관리사업 및 조달사업을 말한다.

업원은 모두 국가 또는 지방공무원이며, 그 예산은 특별회계예산⁴³⁶)으로서 일반회계로부터 독립되어 있으나, 정부기업의 예산도 정부예산의 일부이므로 감사원의 감사를 받고, 당사자능력도 부인되는바,⁴³⁷) 이러한 점들에 비추어 기본권의 주체가 될 수는 없을 것이다.

한편 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’에 따르면 기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 일정한 법인·단체 또는 기관을 공공기관으로 지정⁴³⁸)할 수 있으며, 그 경우 기획재정부장관은 공공기관을 공

436) ‘기업예산회계법’ 제3조(특별회계의 설치) 정부기업을 운영하기 위하여 다음 각 호의 특별회계를 설치하고 그 세입으로써 그 세출에 충당한다.

1. 우편사업특별회계
2. 우체국예금특별회계
3. 양곡관리특별회계
4. 조달특별회계

제4조(특별회계의관리·운용) 제3조에 따라 설치된 특별회계(이하 “특별회계”라 한다)는 관계 중앙관서의 장이 관리·운용한다.

437) 박영희 외5인, 전거서 24쪽 이하 참조.

438) ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제4조 (공공기관) ①기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 “기관”이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다. <개정 2008.2.29> 1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관

2. 정부지원액(법령에 따라 직접 정부의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다. 이하 같다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관

3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관

4. 정부와 제1호 내지 제3호의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관

5. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관

6. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는

업·준정부기관과 기타공공기관으로 구분하여 지정하되, 공기업과 준정부기관의 경우에 있어 공기업은 시장형 공기업과 준시장형 공기업으로, 준정부기관은 기금관리형 준정부기관, 위탁집행형 준정부기관으로 나누어 지정하도록 하고 있다.⁴³⁹⁾ 이와 같이 ‘공공기관’으로 지정된 경우에는 위 법률이 정한 다양한 ‘당해 공공기관의 운영’에 관한 국가적 규제, 감독을 받게 된다.⁴⁴⁰⁾ 예컨대 경영공시의무(동법 제11조), 이사회 설치의무(제17조 이하), 임원의 임면에 관한 각종 규제(동법 제24조), 경영평가 및 감독, 감사(동법 제46조 이하, 제52조) 등이 그것이다. 따라서 이들 공공기관의 기본권주체성 여부가 문제될 수 있다.

2. 판례의 입장

우리나라에서 공사혼합기업의 기본권주체성이 본격적으로 문제된 것은 헌법재판소가 2005. 2. 24. 선고한 ‘주택건설촉진법 제3조 제8호 등 위헌소원’ 사건에서였다.⁴⁴¹⁾ 위 결정에서는 공사혼합기업인 한국전력공사⁴⁴²⁾의 기본권주체성이 문제되었는데, 헌법재판소는 비록 결

설립 기관이 출연한 기관

439) 제5조 (공공기관의 구분) ③기획재정부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따른 공기업과 준정부기관을 다음 각 호의 구분에 따라 세분하여 지정한다. <개정 2008.2.29>

1. 공기업

가. 시장형 공기업 : 자산규모가 2조원 이상이고, 총수입액 중 자체수입액이 대통령령이 정하는 기준 이상인 공기업

나. 준시장형 공기업 : 시장형 공기업이 아닌 공기업

2. 준정부기관

가. 기금관리형 준정부기관 : 「국가재정법」에 따라 기금을 관리하거나 기금의 관리를 위탁받은 준정부기관

나. 위탁집행형 준정부기관 : 기금관리형 준정부기관이 아닌 준정부기관

440) 2009년도에는 297개의 기관이 공기업, 준정부기관, 기타공공기관으로 지정되었다.

441) 헌재 2001헌바71, 판례집 17-1, 196

정문에서 명시적으로 공사혼합법인의 기본권주체성을 긍정하고 있지는 않지만 기본권주체성이 인정된다는 전제에서 ‘주택건설촉진법’(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) 제36조 제3항에 대해 한국전력공사의 직업선택의 자유에 의하여 보장되는 경영의 자유와 재산권 및 계약의 자유를 제한함에 있어 헌법이 정하는 기본권제한입법의 한계를 준수한 것인지 여부에 대해 판단하였다. 한편 헌법재판소가 발간하는 결정해설집(2005년)을 보면⁴⁴³⁾ 결정 당시 선결문제로서 공사혼합기업의 기본권주체성 여부에 대해 깊이 있는 검토가 이루어졌음을 볼 수 있다.

종래 헌법재판소는 공권력의 행사자인 국가나 국가기관 또는 국가사무의 일부를 위임받아 수행하는 공법인이나 그 기관에 대해 ‘기본권의 수범자가 동시에 기본권의 주체가 될 수 없다’는 이른바 혼동논거에 따라 국가나 국가기관 또는 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부정⁴⁴⁴⁾하면서 특히 공법상 영조물인 서울대학교 등 예외적으로

442) 1987. 4. 한국전력공사의 지분 일부를 국민주 형태로 민간에 매각하기로 방침이 정해짐에 따라, 그 전제로서 주식공개를 가능하게 하기 위한 법률의 정비와 주식회사로의 체제전환을 위하여 한국전력공사법이 전문개정 되었는데, 그 주요내용은 ①공사의 자본금을 5조원에서 6조원으로 증액하고, 정부의 전액출자를 100분의 51 이상 출자로 조정하며(제4조), ②공사의 자본금을 출자증권에서 주식의 형태로 변경하고(제5조), ③정부소유 주식의 주주권을 동력자원부장관이 재무부장관과 협의하여 행사하도록 하며(제6조), ④주주권의 보호를 위하여 상임임원의 선임과 이익금의 처리시에 주주총회의 의결을 거치도록 하고(제10조, 제14조), ⑤정부소유 주식 외의 주식에 대하여는 우선적으로 이익배당을 할 수 있도록(제15조) 하였다. 위 사건이 문제될 당시, 1995년의 경우 정부 출자지분은 75.66%, 2000년에는 52.2% 였다고 한다. 한편 한국전력공사는 정부가 자본금의 51% 이상을 출자하므로 정부투자기관관리기본법의 적용을 받지만, 한국전력공사법 및 위 기본법에 특별한 정함이 없으면 상법 중 주식회사에 관한 규정이 적용되었다(제19조).

443) 손인혁, 주택건설촉진법 제3조 제8호 등 위헌소원 - 공사혼합기업의 기본권주체성을 중심으로 -, 헌법재판소결정해설집(2005), 헌법재판소, 143쪽 이하 참조

만 인정⁴⁴⁵)하는 태도를 취해왔다. 그러나 이와 같이 극히 예외적인 입장에서 벗어나 외형상 공법인 형식을 취하더라도 그것이 공사혼합 법인으로서의 성격을 가진다면 제한적으로 기본권주체성을 긍정할 수 있음을 보여 준 판례도 볼 수 있는데 2000. 6. 1. 선고된 99헌마 553 결정이 그것이다.

「법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지므로 결사의 자유의 주체가 된다고 봄이 상당하고, 달리 결사체에 대하여 기본권주체성을 인정하여서는 아니 될만한 어떠한 사정도 보이지 않으므로, 이 사건에서 청구인 1의 기본권주체성을 부인할 것은 아니다. ..공법인과 사법인의 구별은 전통적인 것으로, “설립형식”을 강조하여 공법인은 공법상 설립행위 또는 법률에 근거하고, 사법인은 설립계약 등 법률행위에 근거한다고 하기도 하고, 그 “존립목적”을 강조하여 공법인은 국가적 목적 내지

444) 예컨대 헌법재판소가 국가나 국가기관 및 공법인에 대해 기본권주체성을 부인한 판례들로서는, 국회의원(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 365), 국회의 노동위원회(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480), 지방자치단체나 공공단체의 기관 또는 그 일부인 제주도지사(헌재 1997. 12. 24. 96헌마365), 서울특별시의회(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295, 300), 교육위원(헌재 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343, 352), 국민건강보험법상 직장의료보험조합과 농업기반공사및농지관리기금법상 농지개발조합(헌재 2000. 11. 30. 99헌마190, 판례집 12-2, 325, 336-340 참조) 등이 있다. 마지막 판례인 농지개발조합의 경우 헌법재판소는 “농지개발조합은 그 주요사업인 농업생산기반시설의 정비·유지·관리를 통하여 농업생산성의 향상 등 그 조합원들의 권익을 위하고, 수해의 방지 및 수자원의 적정한 관리 등 일반국민들에게도 그 영향을 직접 미치는 고도의 공익성을 띠고 있다. 그러므로 조합의 존립목적, 조직과 재산의 형성 및 그 활동전반에 나타나는 매우 짙은 공적인 성격을 고려하면 위 조합은 공익적 목적을 위하여 설립되어 활동하는 공법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없다.”고 하였다.

445) 입시요강과 관련하여 공법상 영조물인 국립 서울대학교가 헌법 제31조 제4항의 ‘대학 자율권’의 주체가 된다고 하였고(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659)

공공목적을 위하여 존재하는 것인 반면, 사법인은 그 구성원의 공동 이익을 위하여 존재한다고 하여 왔다. 그런데 오늘날 사회복지국가의 등장으로 국가가 국민의 모든 생활영역에 간섭하고 활발한 경제활동을 하게 되자, 위와 같은 기준만으로는 구별이 어려운 중간적 영역의 법인도 많이 생겨나고 있다. ... 축협중앙회 및 축협(지역별·업종별 축협)의 특성들에 의하면, 이들은 공법인적 성격과 사법인적 성격을 함께 구비하고 있는 중간적 성격의 단체인 것은 분명하나, 우선 “지역별·업종별 축협”은 그 “존립목적” 및 “설립형식”에서의 자주성에 비추어 볼 때, 오로지 국가의 목적을 위하여 존재하고 국가에 의하여 설립되는 공법인이라기 보다는 사법인에 가깝다고 할 수 밖에 없을 것이다. 그러나 “축협중앙회”는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만, 이로써 축협중앙회를 공법인이라고 단정할 수는 없을 것이고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없다. 따라서 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다고는 할 것이지만, 위와 같이 두드러진 공법인적 특성이 축협중앙회가 가지는 기본권의 제약요소로 작용하는 것만은 이를 피할 수 없다.」

동 판례는 사실상 공법인성과 사법인성의 중간적 성격을 가진 법인의 존재를 긍정하고 그 경우 기본권주체성이 긍정될 수 있음을 인정한 최초의 판례라 할 것이다. 오늘날 국가가 전액 지분을 갖는 법인 외에도 민간참여를 허용함으로써 경쟁력을 제고할 수 있다는 장점⁴⁴⁶⁾ 때문에 민간의 지분참여가 요청된다는 점을 고려하면 헌법재

446) 민간참여의 장점으로는 ①민간부문의 자본과 경험의 이용, ②대내외 환경변

관소의 이상과 같은 태도는 민간 참여지분에 대한 기본권적 보호를 고려하고 있다는 점에서 독일의 판례이론과 비교할 때 진일보한 이론이라고 평가할 수 있다.

이러한 헌법재판소의 입장은 앞서 언급한 한국정력공사 사건(헌재 2001헌바71)에서도 그대로 이어지고 있는데, 동 결정에 대한 결정해설 논문⁴⁴⁷⁾은 이른바 ‘부분적 긍정설’을 취하면서, 공사혼합기업에 있어 민간주주의 사적 이익에 대한 보호는 당해기업의 중요한 설립 또는 영업 목적에 해당하고, 따라서 공사혼합기업의 영업목적과 국가의 공적 목적을 완전히 동일시할 수 없으므로, 한국정력공사가 행하는 전기사업을 급부행정의 일부로 간주하여 전기사업 수행과 관련된 영역에서 기본권주체성을 전면적으로 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없으며, 국가와의 관계에서 공사혼합기업의 기본권주체성을 원칙적으로 긍정하는 것이 그 본질상 또는 기본권 우호적인 헌법해석원칙에 부합한다는 점을 밝히고 있다.⁴⁴⁸⁾ 다만 공사혼합기업이 담당하는 역무의 공공성 등을 고려할 때 일반 사기업과는 달리 그에 상응하는 기본권제한의 당위성 또는 필요성이 당연히 크다고 한다.

3. 기본권주체성의 인정 여부 및 그 기준

화에 대한 탄력적 대응, 대규모 장기 안정자금의 조달, ③ 국내 유희자본의 산업자본화, ④공기업의 구조조정, 경영합리화 및 자유화 등을 들 수 있을 것이다. 백평선, 공기업 민영화, 이론과 실제, 연세대 출판부, 2001, 27쪽 참조.

447) 손인혁, 전계논문, 160쪽 이하.

448) 한편 위 결정해설집 논문은, 전기공급을 국가전속적인 과제로 파악하는 것을 거부하는바, 오늘날 민영화의 추세를 타고 전기, 상하수도, 교통 등 공공재로서의 성격을 갖는 재화나 용역의 공급이 종래 국가적 급부행정의 영역에서 민간부문으로 이전되는 것을 볼 수 있으므로 단지 생활필수적이고 공익적 성격이 강하다는 이유만으로 이를 공적 과제영역에 전적으로 귀속시키는 것은 부당하다고 한다. 손인혁, 전계논문, 같은 쪽.

이상과 같은 국내외의 판례 이론 등을 종합할 때 공사 공동의 기본참여를 특징으로 하는 공사혼합기업(법인)의 경우 원칙적으로 기본권주체성을 긍정하는 입장에서 서 있는 우리나라 헌법재판소의 판례가 기업현실을 고려한 현실적 이론으로서 사회발전에 탄력적으로 대응할 수 있는 이론이라 할 것이며, 그 점에서 독일의 부정설과 비교해볼 때 바람직한 이론이라 생각된다. 독일 판례에 대해 학설은 비판적 견해가 우세한데 그 점은 이미 위에서 살펴 본 바와 같다. 또한 우리 헌법재판소의 입장은 원칙적 긍정의 입장에서 출발하면서도 당해 기업이 수행하는 과제의 공적 성격 내지 역무의 공공성에 따른 기본권 제한의 가능성을 강조하고 있어 혼동논거가 기초하고 있는 공사혼합기업의 기본권수범자로서의 기능을 충분히 고려할 수 있는 가능성을 열어두고 있다 할 것이다. 결과적으로 독일과 우리나라의 판례는 전자가 기본권주체성의 인정 여부(Ob)의 문제로 접근함에 비해 후자는 기본권주체성을 인정하되 그 제한의 정도(Wie)의 문제로 접근하고 있다는 점이 차이점이다.

그렇다면 앞서 살핀 바와 같이, ‘공공기관의 운영에 관한 법률’에 의해 공공기관으로 지정된 경우라 할지라도 그 사실만으로 기본권주체성이 부정될 것은 아니다. 왜냐하면 동법은 공적 특성이 강한 공공기관의 운영에 관해 일정한 규율, 감독을 위한 법률일 뿐이므로 공공기관의 지정 자체로 당해 기관의 기본권주체성을 부정할 것은 아니기 때문이다.

따라서 상법에 따라 설립된 공사혼합기업⁴⁴⁹⁾은 물론 공법이나 특

449) 과거 포항종합제철주식회사나 국민은행 등이 그러하였다고 한다(김영희 외 5인, 전게서, 26쪽).

별법에 의해 설립된 공기업으로서 민간의 자본참여를 예상하고 있는 경우 등에는 민간참여의 측면을 감안하여 기본권주체성 여부를 검토하여야 할 것이다. 결국 당해 공사혼합기업이 어떤 법률에 기초하여 설립되었는가의 여부, 즉 설립의 형식은 문제되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 사실 독일의 경우 비록 그 설립이 사법에 의한 것일지라도 연방헌법재판소는 당해 기업의 기능이 생존배려와 같은 공적과제의 수행을 본질로 하는 것이라면 기본권주체성을 부정하고 있는데(공적지분 참여율이 72%에 이르고 그 결과 공적 영향력이 결정적이라는 점도 중요한 요소로 전제되어 있다), 이것은 곧 당해 기업이 사법에 따라 설립되었다 할지라도 공적 지분이 참여하고 있고 또 그 과제의 공공역무성이 인정되는 등 기본권수범자로서의 측면이 강하게 나타날 경우 기본권주체성이 경우에 따라 부정될 수 있다는 것을 의미한다. 같은 논리로 접근하면, 우리나라의 경우 공사혼합기업에 대해 비록 원칙적으로 기본권주체성을 긍정한다 할지라도 그에 대한 제한이 일반 사기업에 비해 보다 강하게 인정될 수 있음을 의미할 것이다. 결국 당해 기업의 법적 존재기초 자체는 결정적인 기준이 될 수 없음을 의미한다. 따라서 사법적 형식에 기초하는 사법인의 경우에도 공적 자본이 참여하고 있고 또 그 역무의 성격이 강한 공공성을 지니고 있다면 기본권제한의 정도에 있어 다른 일반 사기업과 달리 취급될 수 있다. 반대로 이른바 공사형 공기업과 같이 비록 그것이 특별법 등 공법에 따라 설립되었다고 할지라도 공사혼합지분의 형태를 취하는 경우에는 사적 주주의 기본권보호의 배려라는 측면에서 원칙적으로 기본권주체성이 긍정될 수 있고, 대신 공공역무에 따른 기본권수범자로서의 측면은 이제 기본권주체성의 여부를 결정하는 기준이 아니라 기본권주체성을 전제로 한 기본권제한의 정도의 문제로 전환되게 된다. 그러한 경우에도 기본권제한을 정당화하는 기

준으로서 어떤 요소들이 고려될 것인가가 문제될 것인데, 예컨대, 기업활동의 공공역무적 성격, 공사 양측의 참여지분율, 정부지배력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 지분참여율의 경우 이를 기준으로 획일적으로 기본권주체성 여부를 결정하는 기준으로 원용되어서는 아니될 것이다. 예컨대 51%의 공적 지분에 대응하는 49%의 민간지분이 국가와의 관계에서 아무런 기본권적 보호를 받지 못하는 것은 납득하기 어렵기 때문이다.

한편, 공사혼합기업(그 설립기초가 사법적인 것이든 공법적인 것이든)의 경우 그 법률관계는 일방 국가와의 관계와 타방 사인(국민)과의 관계라는 양면에서 형성된다는 점을 고려할 필요가 있다. 국가와의 관계에서 공사혼합기업의 기본권주체성을 인정할 수 있다 할지라도 당해 기업이 국민과의 관계에서는 어느 정도 기본권을 주장할 수 있는지는 별개의 문제로 보이기 때문이다. 일반적으로 국가와의 관계에서와는 달리 기본권주장이 부정되거나 혹은 훨씬 더 제약될 것으로 추정해 볼 수 있다. 하지만 기업활동의 성질상 공적과제의 수행과 무관한 부분에서는 국가에 대한 것이든, 사인에 대한 것이든 기본권을 주장할 수 있는 가능성은 더 커질 것이다. 사법절차적 기본권의 경우에도 - 독일도 그러하지만 - 기본권주체성이 인정됨은 물론이다.

제4절 외국(사)법인의 기본권주체성

I. 독일에서의 논의 (기본법 제19조 제3항)

독일에서는 기본법 제19조 제3항에 따라 기본권이 그 본질상 법인에 적용될 수 있는 경우에는 원칙적으로 내국법인에 대해서만 효력을 미친다고 보는 것이 통설이다.⁴⁵⁰⁾ 독일인에게만 인정되는 기본권(예를 들면 기본법 제12조 제1항)은, 법인이 단체법적 원칙에 따라 독일인에 의하여 '지배되는' 때에 한하여 그 법인에게 적용될 수 있다고 한다. 따라서 법인이 기본권의 주체가 될 수 있기 위해서는 내국법인이어야 한다. 내국법인과 외국법인의 구별 기준은 법인의 소재지이다. 이에 따르면 그 소재지, 즉 그 활동의 사실상 중심지가 외국에 있는 법인은 외국법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없는 것이 원칙이다.

이에 대해서는 기본권보호의 확대 경향에 따라, “기본권은 그 본질상 국내 법인에게 적용될 수 있는 한 이에 대하여 효력을 미친다”고 규정한 기본법 제19조 제3항의 문구에 반하여 개별적인 경우에는 외국 법인도 기본권보호를 받는다는 견해가 있다.⁴⁵¹⁾ 그러나 연방헌법재판소는 이를 부정하고 있다.⁴⁵²⁾

한편 연방헌법재판소는 이른바 사법절차적 기본권(기본법 제19조 제4항, 제101조 제1항 및 제101조 제3항)은 외국법인에게도 인정되는

450) 이에 대해서는 Krebs, Rn. 34 ff. zu Art. 19 참조.

451) 이에 대해서는 Krebs, Rn. 33 zu Art. 19 참조.

452) BVerfGE 21, 207 (208 f.); 이 문제를 미해결 상태로 남겨둔 판례로는 BVerfGE 64, 1 (11) - '이란국영석유회사' 참조.

것으로 보고 있다.⁴⁵³⁾

II. 우리나라에서의 논의

외국사법인이 기본권의 주체가 될 수 있느냐의 문제는 우리나라에서도 제기된다. 이에 대해서는, 외국법인과 권리능력 없는 외국단체는 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 없다고 보는 것이 통설이다.⁴⁵⁴⁾ 외국법인과 내국법인의 구별 기준은 법인의 '사실상' 주된 사무소의 소재지이다.

우리나라에서 외국법인의 기본권주체성을 부인하는 이유는, 일방적으로 외국법인의 기본권주체성을 인정해 주는 경우 상대국에 대하여 상호주의 원칙을 내세워 자국 법인에 대한 기본권보호를 요구한다고 해도 이를 관철하기가 어렵다는 데 있다.⁴⁵⁵⁾ 이에 대해서는, 외국인에게 인정되는 기본권, 즉 만인의 권리는 외국법인에게도 인정될 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 이 경우 통신의 자유, 주거의 자유, 재산권 등이 그 대상이 될 수 있다. 그러나 재산권보장의 경우 그 문제점이 분명히 나타난다고 한다. 만약 외국법인의 재산권을 헌법적으로 보장하는 경우 자국법인의 재산이 외국에서 보장되지 못하는 것을 막을 수 없기 때문이라는 것이다. 따라서 외국법인의 기본권주체성 문제는 상호주의 원칙에 따라 해결하는 수밖에 없다고 한다.⁴⁵⁶⁾

453) BVerfGE 12, 6 (8); 21, 362 (373); 64, 1 (11) 참조.

454) 계획열, 헌법학(중), 2007, p.67; 정중섭, 헌법학원론, 2007, p.274. - 이에 반해 김철수, 헌법학개론, 2007, p.390은 외국법인에 관한 규정이 없는 우리 헌법에 있어서 성질상 법인에게 인정될 수 있는 기본권은 외국인에 준하여 외국법인에게도 인정된다고 본다.

455) 이에 대해서는 계획열, 전게서, p.67 이하 참조.

456) 계획열, 전게서, p.68; 성낙인, 헌법학, 2004, p.231; 정중섭, 전게서 p.274; 홍성방, 헌법학, 2007, p.285.

그렇다고 해서 통설이 외국법인에 대한 법적 보호 자체를 부인하는 것은 아니다.⁴⁵⁷⁾ 외국법인도 법적 보호를 받을 수 있는 근거로는 첫째 법치국가원리를 들 수 있다. 법치국가원리로부터 도출되는 개별적 헌법원칙들은 외국법인에게도 적용되기 때문이다. 외국법인의 자유나 재산을 제한하는 경우 법률유보원칙에 따라 법적 근거를 필요로 하는 것이 바로 그 예다. 둘째, 법치국가원리에 따라 적어도 재판절차와 관련된 기본권은 외국법인에게도 인정되기 때문이다. 예컨대, 사법절차적 기본권(예: 헌법 제27조 제1항의 재판청구권)의 경우에는 예외적으로 외국법인도 기본권의 주체가 될 수 있다.⁴⁵⁸⁾ 셋째, 외국법인도 자(子)회사의 설립을 통하여 내국법인과 마찬가지로 기본권주체성을 요구할 수 있기 때문이다. 물론 이 경우에는 내국법인과 외국법인을 어떤 기준(소재지이론 또는 통제이론)에 따라 구별할 것인가가 문제된다.⁴⁵⁹⁾

이와 관련, 외국법인은 그에 소속된 내국인 사원의 기본권을 주장하는 방법으로 법인의 기본권을 인정받으려 할 수 있다. 그러나 기본권은 극히 개인적인 권리이기 때문에 법적으로 대리할 수 있는 경우(예: 미성년자에 대한 부모의 대리권)를 제외하고는 제3자인 개인이나 집단에 의해 주장될 수 없다.⁴⁶⁰⁾

457) 계획열, 전게서, p.67 이하 참조.

458) 김주환, 권리구제형 헌법소원심판의 논증, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006, p.528.

459) 계획열, 전게서, p.67. - 이에 대해서 자세한 것은 Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, § 118, Rn. 45 ff. 참조.

460) 계획열, 전게서, p.67 이하. - 독일 연방헌법재판소도 기본권의 위탁을 부인하고 있다. BVerfGE 16, 147 (158) 참조.

제5장 기본권주체성에 대한 외국에서의 논의

제1절 독일에서의 논의

독일에서 기본권의 주체에 대한 논의는 이미 자연인 및 법인의 기본권 주체성에 대한 앞의 논의과정에서 충분히 설명이 되었다. 따라서 이하에서는 독일 기본법의 내용과 동 조항에 대한 해석을 중심으로 독일 기본법의 기본권주체성에 대한 일반적 논의를 간략히 소개하고자 한다.

I. 자연인의 기본권주체성

1. 인간의 권리와 독일인의 권리

독일 기본법의 기본권을 향유할 수 있는 기본권의 주체는 우선 자연인이다. 이와 관련하여 기본법은 인간의 권리와 국민의 권리라는 형태로 기본권을 규정하고 있다. 인간의 권리 또는 만인의 권리(Jedermann-Rechte)란 특정한 범위의 사람들에게만 부여되는 것이 아닌 기본권을 의미한다. 가령 기본법 제2조 제1항은 “누구든지 … 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다.”, 제3조 제1항은 “모든 인간은 법앞에 평등하다.”라고 하여 모든 자연인이 해당 기본권의 주체가 된다는 것을 명확히 규정하고 있으며, 제4조 제1항은 신앙 및 고백의 자유를 특정한 범위의 사람들에게만 한정함이 없이 보장하고 있다. 한편 국민의 권리 또는 독일인의 권리(Deutschen-Rechte oder Bürgerrechte)란 모든 인간이 아니라 독일인에게만 보장되는 기본권

이다. 가령 독일 기본법 제8조 제1항은 “모든 독일인은 신고나 허가 없이 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회할 권리를 가진다.”라고 하여 집회의 자유에 대한 기본권주체성을 독일인으로 한정하고, 제9조 제1항은 “모든 독일인은 단체와 조합을 결성할 권리를 가진다.”라고 하여 결사의 자유 역시 독일인에게 한정하고 있다. 나아가 기본법은 제11조 제12조의 규정에서도 이전의 자유와 직업의 자유에 대한 기본권을 독일인에게 한정하고 있다.

인간의 권리와 독일인의 권리를 구별하는 이러한 기본법의 태도로부터 외국인의 기본권주체성 문제를 판단할 수 있는 해결책이 제시될 수 있다. 즉 인간의 권리에 해당되는 기본권은 외국인을 포함한 모든 자연인에게 인정되지만, 독일인의 기본권은 독일인에게만 유보되어 있다고 볼 수 있기 때문이다.⁴⁶¹⁾

2. 미성년자의 기본권주체성 문제

한편 자연인의 기본권주체성과 관련하여 미성년자의 기본권주체성 여부가 논의되고 있다. 미성년자의 경우 기본권행사능력(Grundrechtsmündigkeit)의 여부를 기준으로 해당 기본권의 주체성 여부를 판단하자는 시도가 있을 수 있다. 미성년자의 경우 기본권이 보장하는 자유영역을 행사하기 위해 필요한 정신적 또는 육체적 능력이 존재하는 경우에만 기본권을 주장할 수 있다는 것이 그것이다. 가령 이제 막 태어난 유아는 스스로 활동할 수 있는 능력이 없으므로, 기본법 제8조 제1항의 집회의 자유라는 기본권을 행사할 수 없다는 것이다.⁴⁶²⁾

그러나 이러한 태도에 대해서는 비판이 가해진다. 미성년자의 경우

461) 자세한 것은 ‘제2장 외국인의 기본권주체성’ 부분 참조.

462) *Geritt Manssen, Staatsrecht II, 2. Auflg. 2002, Rn. 53.*

기본권행사능력을 기준으로 해당 기본권의 주체성여부를 판단해서는 안 된다는 것이다. 어떤 기본권 주체에 대해 기본권을 행사할 수 있는 실질적 능력이 결여된다는 이유로 해당 기본권의 주장을 부인하는 것은 허용되지 않기 때문이라는 것이 그 이유이다. 미성년자는 기본권의 보유 및 행사에 있어서 일반적으로 제약된다든지 또는 기본권의 행사에는 일반적으로 기본권향유능력 이외에 기본권행사능력 또한 요구된다는 것 등의 논의는 전혀 헌법상 근거가 없다는 지적도 이를 뒷받침해 주고 있다.⁴⁶³⁾

기본권행사능력과 관련하여 미성년자의 기본권주체성 문제는 특히 부모의 친권과의 관계에서 제기된다. 기본법 제6조 제2항은 “자녀의 부양과 교육은 부모의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다.”라고 하여, 미성년자의 기본권은 부모의 교육권(친권)에 의해 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 부모는 미성년자에 대하여, 어떤 행위가 가령 결사에 가입하는 경우와 같은 기본권의 행사인 경우에도, 그 행위를 금지할 수 있다.⁴⁶⁴⁾ 그러나 미성년자가 성장해감에 따라 미성년자의 기본권행사와 부모의 교육권은 충돌을 일으킬 수 있다.

II. 법인의 기본권주체성

법인의 기본권주체성과 관련하여 기본법은 제19조 제3항에서 “기본권이 그 성질상 내국법인에 적용될 수 있는 때에는 그들에게도 적용된다.”라고 하여 원칙적인 해결책을 제시하고 있다. 이러한 기본법

463) K. Hesse, Grundtüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999 Rn. 285.

464) K. Hesse, 앞의 책, Rn. 285.

제19조 제3항의 규정에 따라 기본권은 그 성질상 적용 가능한 경우 내국법인에게 적용된다.

1. 법인의 개념

기본법 제9조 제3항에서 의미하는 법인에는 우선 민법상 법인이 해당되나, 여기에 한정되지 않는다. 따라서 민법상 권리능력 없는 사단도 기본권주체성이 인정될 수 있다. 이러한 법인의 기본권주체성에 대한 중요한 의의는 이러한 법인 또는 권리능력 없는 사단이 헌법소원 청구능력을 가진다는 점이다.⁴⁶⁵⁾

한편 기본법 제9조 제3항에서 의미하는 법인은 내국법인에 한정된다는 점을 유의할 필요가 있다. 따라서 외국법인은 기본법 제19조 제3항의 규정에 따라 기본권주체성이 원칙적으로 인정되지 아니한다. 다만 재판청구권과 관련된 기본권(가령 기본법 제19조 제4항, 제101조 제1항 제1문과 제2문, 제103조 제3항 등)은 외국법인에게도 인정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.⁴⁶⁶⁾ 나아가 가령 기본법 제12조 제1항과 같이 독일인에게만 인정되는 기본권은 원칙적으로 독일인에 의해 지배되는 법인에게만 적용되는 것으로 해석된다.⁴⁶⁷⁾

2. 성질상 적용가능한 기본권

기본법 제19조 제3항에 따르면 법인의 기본권주체성을 인정하기 위해서는 기본권이 그 본질상 법인에게 적용할 수 있어야 한다. 즉

465) K. Hesse, 앞의 책, Rn. 286.

466) BVerfGE 21, 362(373); 64, 1(11).

467) Manssen, 앞의 책, Rn. 61.

성질상 적용가능한 기본권이어야 법인의 기본권주체성을 인정할 수 있는 것이다. 다만 성질상 적용가능한 기본권의 범위는 대체로 폭넓게 해석하는 것이 일반적이다.⁴⁶⁸⁾ 따라서 개인이라는 인격성과 직접 관련되는 기본권, 가령 인간의 존엄(기본법 제1조 제1항)·혼인과 가족에 관한 기본권(제6조 제1항)·생명권과 신체의 불가침성(제2조 제2항) 등 이외의 기본권은 대체로 법인에게 적용되는 것으로 해석된다.

3. 공법인의 기본권주체성

공법인의 기본권주체성 부분에서 살펴본 바와 같이 법인의 기본권주체성을 인정한 기본법 제19조 제3항의 규정에 공법인은 포함되지 않는다고 해석하는 것이 독일의 다수설과 연방헌법재판소 판례의 태도이다. 이와 관련하여 과거 전통적 견해는 국가와 사회를 구별하고 기본권을 국가에 대한 개인의 주관적 공권으로 이해하는 점에서 그 공통점을 찾을 수 있다.⁴⁶⁹⁾

연방헌법재판소 역시 확립된 판례를 통해 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하며 지극히 예외적인 경우에만 이를 인정한다. 연방헌법재판소의 견해도 결국 기본권은 국가에 의한 개인의 자유영역의 침해를 방어하기 위한 것이라는 점에서 기초하고 있다. 연방헌법재판소가 공법인의 기본권주체성을 부인하는 논거로는 ① 기본법 제19조 제3항의 해석상 공법인의 기본권주체성을 인정할 수 없다는 점, ② 공법인은 기본권의 수급자이므로 기본권을 보장해 주어야 할 주체이지 기본권을 주장할 수 있는 주체로 볼 수 없다는 점, ③ 국가

468) *Manssen*, 앞의 책, Rn. 62.

469) 앞 제4장 제2절 공법인의 기본권주체성 참조.

권력 또는 국가기관 내부에서 상하관계나 명령관계를 원인으로 발생할 수 있는 분쟁사항은 권한갈등(Kompetenzkonflikte)의 문제이지 기본권과 관련된 문제가 될 수 없다는 점, ④ 기본권에 주관적 공권성 이외에 객관적 가치질서로서의 성격을 부여하는 경우에도, 공법인의 기본권주체성이 인정되기는 어렵다는 점, ⑤ 공법인의 기본권주체성을 인정할 경우 사회적 발전에 부응하는 국가기능의 효율적 행사가 어려울 수 있다는 점 등이 제시되고 있다.

그러나 연방헌법재판소는 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부인하나, 대학·방송국·교회 또는 공법적 단체의 지위를 가진 종교단체 등에게 예외적으로 기본권주체성을 인정하고 있다. 연방헌법재판소에 의하면 이러한 공법인이 기본권(가령 기본법 제5조 제3항 제1문의 학문의 자유, 제5조 제1항 제2문의 언론의 자유 등)에 의해 보호되는 생활영역에 직접 귀속될 수 있을 경우(Zuordnung zum grundrechtlich geschützten Lebensbereich) 예외적으로 기본권주체성을 인정할 수 있다고 한다. 법질서에 의해 위임된 임무로부터 직접적으로 일정한 기본권들을 통하여 보호되는 생활영역에 귀속되는 공법인은 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이다. 연방헌법재판소는 이러한 예외에 속하는 공법인으로 국민이 그 개별적 기본권을 실현하는데 도움을 주는 공법인 또는 국가로부터 독립되어 있거나 거리를 두고 독자적 기관으로 존속하고 있는 공법인을 예로 들고 있다.

제2절 미국에서의 기본권주체성 논의

1. 기본권주체성의 분류

미국 헌법은 모든 사람(persons, people, accused)에게 현실적으로 또는 잠재적으로 인정되는 권리와 국민(citizens)에게만 인정되는 권리를 기준으로 기본권주체성을 분류한다.⁴⁷⁰⁾ 국민의 지위를 규정하고 있는 것은 미국 연방헌법 수정 제14조 제1절(공민권)이다. 이 규정에 따르면 “미국에서 출생하거나 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민이다.”⁴⁷¹⁾

명시적이든(person, people) 묵시적이든 모든 사람과 관련된 기본권은 외국인에게도 인정된다.⁴⁷²⁾ 따라서 외국인도 언론·출판의 자유(수정 제1조), 형사소송 관련 권리들(수정 제4조~제8조), 적법절차의 권리(수정 제5조), 평등보호의 권리(수정 제14조), 재산권과 계약의 자유를 보호하는 권리(특히 수정 제5조와 제1조 제10절 제1항) 등을 원용할 수 있다. 기본권이 외국인에게도 인정되는지 여부를 결정하는 중요한 근거 중 하나는 외국인이 이미 적법하게 미국에 체류하고 있는가, 아니면 미국 입국을 원하고 있는가 하는 문제이다.⁴⁷³⁾

그러나 시민의 지위와 결부된 법규정은 법인이나 외국인에게는 적

470) Nowak / Rotunda / Young, Constitutional Law, 2nd ed. (1983), p.415 이하 참조.

471) 자세한 것은 Nowak / Rotunda / Young, Constitutional Law, 2nd ed. (1983), Chap. 20 참조.

472) 예컨대 Kwong Hai Chew v. Goulding, 344 U.S. 590 (1953) - due process; Truax v. Raich, 239 U.S. 33 (1915) - equal protection 참조.

473) Kwong Hai Chew v. Goulding, 344 U.S. 590 (1953) 참조.

용되지 않는다. 미국 시민의 특권이나 자유(수정 제14조 제1절), 각 주의 시민의 특권과 자유(제4조 제2절 제1항),⁴⁷⁴⁾ 수정 제15조(흑인의 투표권)·제19조(여성의 선거권)·제24조(인두세) 및 제26조(18세 이상인 시민의 선거권)의 선거권들이 그렇다. 그러나 제3조 제2절 제1항의 사법권 규정은 그렇지 않다. 이 규정에 의하면 법인은 예외적으로 “시민”으로 간주된다.⁴⁷⁵⁾

2. 외국인의 지위

(1) 권한

의회는 귀화에 대하여 규정할 광범한 권한을 가진다 (제1조 제8절 제4항; 수정 제14조 제1절). 연방기관들은 어떠한 조건 하에서 외국인이 미국에 입국하고 체류할 수 있는지, 또는 추방될 수 있는지의 문제와 관련하여 광범한 권한을 가진다.⁴⁷⁶⁾ 연방대법원은 이 결정권을 정치적인 것으로 보기 때문에 외국인에게는 원칙적으로 수정 제5조로부터 나오는 재판절차 진술권이 인정되지 않는다.⁴⁷⁷⁾ 그러나 적법하게 미국에 입국한 외국인에 대하여 진행되는 추방절차에서는 그렇지 않다.⁴⁷⁸⁾ 연방의회가 외국인에게 의료혜택을 제공하는 등 외국인에게 유리하게 입법권을 행사하는 한, 연방대법원은 완화된 심사기준을 적용한다. 따라서 연방기관들은 수혜자의 범위를 정함에 있어

474) *Ashbury Hospital v. Cass Country*, 326 U.S. 207 (1945); *Blake v. McClung*, 172 U.S. 239 (1898) 참조.

475) *Blake v. McClung*, 172 U.S. 239 (1898); *Louisville, Cincinnati, and Charleston Railroad Co. v. Letson*, 43 U.S. (2 How.) 497 (1844) 참조.

476) *Lapina v. Williams*, 232 U.S. 78 (1914) 참조.

477) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950) 참조. 제한된 적법절차 보호에 대해서는 *Hampton v. Wong*, 426 U.S. 88 (1976) 참조.

478) *Kwong Hai Chew v. Gouling*, 344 U.S. 590 (1953) 참조.

광범한 판단의 여지를 가진다.⁴⁷⁹⁾

주법의 경우에는 그렇지 않다. 연방대법원은 적법하게 입국한 외국인을 수범자로 하는 주법에 대해 엄격한 심사방식을 적용하였다. 그 예외를 이루는 것은 민주적 과정 및 시민의 지위와 밀접한 관계에 있는 주법들뿐이다.

(2) 심사기준

연방대법원은 1971년 *Graham v. Richardson* 사건에서⁴⁸⁰⁾ 처음으로 외국인의 지위를 근거로 한 차별은 그 자체 의심스러운 차별로서 여기에는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다는 원칙을 천명하였다. 이 사건에서 문제가 된 것은 국내 거주 외국인이 내국인과 마찬가지로 사회보험의 보험료를 납부하였음에도 불구하고 이를 사회보험혜택으로부터 배제한 규정이었다. 연방대법원은 이 규정이 의심스러운 이유를 다음과 같이 특정하였다: “외국인 집단은 ‘식별과 구별이 용이한 소수자’의 대표적 예로서 이들에 대해서는 사법적 보호가 강화되어야 한다.”⁴⁸¹⁾

이와 같은 주법 규정들에 엄격한 심사기준이 적용되는 이유는 그 차별이 의심스러운 차별이라는 점 외에도 그 규정들이 잠재적으로 연방기관의 광범한 규율권한과 충돌한다는 점 때문이다. 그러한 한, 연방대법원의 판례는 원칙적으로 연방기관이 정하는 부담보다 더 많

479) *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) 참조.

480) 403 U.S. 365 (1971).

481) 403 U.S. 365 (1971); *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) 참조. 이에 대해서는 *Sugarman v. Dougail*, 413 U.S. 634 (1973)에서 *Rehnquist* 대법관의 반대의견 참조.

은 부담을 주범이 외국인에게 부과하는 것을 금지한다.⁴⁸²⁾ 그 밖에도 연방대법원은 외국인이 공무원, 변호사, 엔지니어가 되는 것을 금지하거나 외국인을 교육수당 지급대상자에서 제외하는 규정들을 평등 보호조항에 위반되는 것으로 판시하였다.⁴⁸³⁾

(3) 시민권의 제한

이에 반하여 각 주는 전통적으로 정치적 과정 또는 시민의 지위와 밀접한 관계에 있는 권리와 지위로부터 외국인을 배제할 권한을 가진다. 그러한 한 연방대법원은 합리적 이유 심사(rational basis test)만을 행한다. 따라서 각 주는 선거권, 배심원 자격, 피선거권 또는 시민과 관련된 중요한 결정을 내리는 지위로부터 외국인을 배제할 수 있다.⁴⁸⁴⁾ 경찰공무원, 보호관찰관, 초등학교 교사 등의 직업이 그 예다. 그러나 공증인의 경우에는 그렇지 않다.⁴⁸⁵⁾ 이와 같이 외국인을 배제할 수 있는 예외들을 인정하는 이유는 정치적 기능이 국민의 지위, 즉 정치적 공동체에서의 지위와 밀접한 관계에 있으며, 국민의 지위는 개인이 사회적 관계에 개인적·직업적으로 통합되는 것보다 더 긴밀한 공동소속과 권리·의무상황을 전제로 하기 때문이다.⁴⁸⁶⁾

3. 법인의 기본권주체성

법인의 기본권주체성 문제에 대해서는 다음과 같은 일반적 원칙이 적용된다. “어떤 기본권 보장이 순수한 개인적 보장에 불과한 것인

482) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Toll v. Moreno*, 102 S.Ct. 2977 (1982) 참조.

483) 이에 대해서는 *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979) 참조.

484) *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979) 참조.

485) *Bernal v. Fainter*, 104 S.Ct. 2312 (1984) 참조.

486) *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979) 참조.

지, 아니면 다른 이유에서 법인에게 인정되지 않는 것인지는 당해 헌법규정의 성격과 역사 그리고 목적에 의해 결정된다.”⁴⁸⁷⁾

미국 연방대법원은 자기에 불리한 진술의 거부권(수정 제5조)을 순수한 개인적 권리로 보았다. 따라서 이 권리는 법인 기타 영업조직에게는 인정되지 않는다.⁴⁸⁸⁾ 반면 이중처벌금지의 원칙(수정 제5조)과 수정 제4조에 규정된 수색·압수·체포의 원칙들은 법인에게도 인정된다.⁴⁸⁹⁾ 수정 제5조의 적법절차조항과 수정 제14조의 평등보호조항은 법인에게도 적용된다.⁴⁹⁰⁾ 수정 제1조의 언론·출판의 자유도 법인에게 인정된다. 언론·출판의 자유는 개인의 인격 표현을 보장하는 것뿐만 아니라 중요한 정보와 의사의 전파를 객관적으로 보장하는 데에도 그 목적이 있기 때문에 법인을 제외하는 것은 타당하지 않다.⁴⁹¹⁾ 끝으로 법인은 헌법상의 경제적 권리, 특히 재산권(수정 제5조)과 계약의 보호(제1조 제10절 제1항)를 원용할 수 있다.⁴⁹²⁾

이상의 고찰을 통해 알 수 있듯, 기본권의 성질상 그 기본권이 자연인에게만 인정되는 기본권이 아니라면 개인(person)의 개념은 자연인과 법인을 모두 포함하는 것으로 이해된다.

487) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

488) Couch v. United States, 409 U.S. 322, 328 (1973).

489) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977); G. M. Leasing Corp. v. United States, 429 U.S. 338, 353 (1977) 참조.

490) Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad, 118 U.S. 394 (1886) 참조.

491) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) 참조.

492) Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978) - 재산권; Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S. 234 (1978) - 계약의 보호 참조.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

강현호, 공법인과 사법인의 구별에 대한 기초적 논의, 공법연구 32-1(2003), 431 - 450.

계희열, 공법인의 기본권주체성, 공법이론의 현대적 과제, 방산 구병 삭박사정년기념논문집, 박영사 1991, 1면 이하.

계희열, 메피스토-클라우스만 결정, 판례연구 제2집(고려대 법학연구소)

계희열, 헌법학(중), 박영사 2007.

계희열, 헌법학(중), 신정관 2004,

곽상진, 공법인의 기본권주체성에 관한 소고, 공법연구 30-4(2002), 159면 이하.

곽윤직, 민법총칙, 박영사 2009.

권영성, 법인의 기본권주체성에 관한 한 시론, 법학 35-1(1994), 서울 대학교 법학연구소, 94 - 111.

권영성, 헌법학원론, 법문사 2009.

김선택, 공법인의 기본권주체성과 기본권제한의 특수문제로서 기본권 충돌의 법리, 판례연구 7(1995), 고려대학교 법학연구원, 65 - 92.

김선택, 출생전 인간생명의 헌법적 보호, 헌법논총 제16집, 2005

김승환, 기본권의 인적 효력범위, 공법학연구 제9권 제4호(2008. 12.), 109쪽 이하

김유환, 특별권력관계의 해체와 법리적 대안, 공법연구 28-1(1999),

181 - 196.

김주환, 권리구제형 헌법소원심판의 논증, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006, p.523 이하.

김주환, 외국인의 지방선거권, 고시계 2006/10, p.25 이하.

김철수, 헌법학개론, 박영사 2007.

김철수, 헌법학개론, 제17전정신판, 2005

김철수, 헌법학신론, 박영사 2009.

박성영, 인간의 존엄과 가치, 그리고 배아 -생명윤리 및 안전에 관한 법률 제1장을 중심으로, 헌법학연구 제13권 제1호(2007. 3.)

박영희 외5인, 공기업론(제4판), 2008

방승주, 배아와 인간존엄, 법학논총(한양대 법학연구소) 제25집 제2호,

백평선, 공기업 민영화, 이론과 실제, 연세대 출판부, 2001

성낙인, 헌법학, 법문사 2009.

손인혁, 주택건설촉진법 제3조 제8호 등 위헌소원 - 공사혼합기업의 기본권 주체성을 중심으로 -, 헌법재판소결정해설집(2005), 헌법재판소, 143쪽 이하

송호영, 법인의 활동과 귀속의 문제, 민사법학회, 2006.3

신우철, 법인의 기본권주체성: 비판적 재구성, 공법연구 30-3(2002), 186면 이하.

유진오, 헌법기초회고록, 일조각 1980.

유진오, 헌법해의, 일조각 1959.

윤진수, 사죄광고제도와 민법 제764조의 위헌여부, 사법행정, 1991.11.

이영준, 민법총칙, 박영사, 2007

정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 침해, 공법학연구 제7권 제2호, 2006

- 정종섭, 법인의 기본권에 관한 연구 서설, 헌법논총 제2집, 헌법재판소 1991, 394면 이하.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2007.
- 조소영, 법인의 양심에 대한 헌법적 논의, 법학연구, 연세대학교 법학연구소, 2009.
- 함인선, 공법인·사법인의 구별에 대한 관견, 헌법논총 11(2000), 387 - 429.
- 허 영, 법률신문, 1991.7.15.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사 2007.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2009,
- 홍성방, 헌법학 개정6판, 2009
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

2. 국외문헌

大久保 史郎, 인권의주체, 체계헌법사전, 2008

覺道豊治, 헌법, 1979

法人의 基本權, 高木 康一, 專修法研論集 제38호, 2006

A. Bleckmann, Staatsrecht 2- Die Grundrecht, 1989.

A. von Mutius, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3
Zweitbearbeitung 1974.

Badura, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften - Ein
Problem des Grundrechtsschutzes juristischer Personen des
Privatrechts, DÖV 1990, S. 353ff.

Benda, Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, S.
1769ff.

Bethge, Herbert, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des
öffentlichen Rechts, AöR 104 (1979), S. 54ff.

Bethge, Herbert, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen,
1977. S. 66 FN 142; Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben
nach dem Grundgesetz, 1973, S. 98ff.

Bettermann, Karl August, Juristische Personen des öffentlichen
Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, 1321(1321ff.).

Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975.

Bruhn, Die Sicherstellung öffentlicher Aufgaben im Bereich der
deutschen Telekommunikation unter dem Einfluß der
europäischen Marktöffnung. Vom Monopol zum
Universaldienst, 1999, S. 186ff.

- Bull, Hans Peter, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, S. 98ff.
- Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 585ff.
- Dreier, Horst, in: Grundgesetz : Kommentar, Art. 1 GG.
- Dreier, Stufung des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377ff.
- Erichsen/Scherzberg, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, NVwZ 1990, S. 8ff.
- Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 2002.
- G. Dürig, G.G. Kommentar, 1977, Art.19 Abs 3.
- G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 III GG.
- G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 275ff.
- Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl., 1994.
- Gersdorfer, Hubertus, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip. Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 65ff.
- H. Dreier, G.G, Kommentar, Art.19 GG.
- Herdegen, Matthias, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, in: JZ 2001, S. 773-832.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999.

- Hilgendorf, Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion am Beispiel des Erlanger Schwangerschaftsfalls, NJW 1996, S. 758ff.
- Hillgruber, Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten, JZ 1997, S.975ff.
- Hofmann, Hasso, Die versprochene Menschenwürde, in: AöR 1993, S.353ff.
- Isensee, Josef Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2000, 563ff.
- Kanein/Renner, Ausländerrecht, 6. Aufl. 1993.
- Kirchhof, Paul, Ethik und Rechts als Maßstäbe für medizinisches und biologisches Handeln, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd.7, 2002, S. 5-21.
- Klein, Norbert, Grundrechte und Wesensgehaltsgarantie im besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1987, 1102 ff.
- Kröger, Klaus, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, JuS 1981, 26ff.
- Krüger, Herbert, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15(1957), 108 ff.
- Lorenz, Dieter, Die Verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, in: ZfL 2(2001), S, 38-49.
- Loschelder, Wolfgang, Grundrechte im Sonderstatus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd.

- V, 2000, 805 - 836.
- Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2007.
- Menzel, Jörg(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, Mohr Siebeck 2000.
- Merten, Detlef, Blauer Dunst im Amt, JuS 1982, 365 - 370.
- Merten, Detlef, Mischunternehmen als Grundrechtsträger, in: Erwin Bernat/Elisabeth Böhler/Arthur Weilingner(Hg.), FS Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Wien 2001, S. 2018ff.
- Nowak/Rotunda/Young, Constitutional Law, 2nd ed., 1983.
- P. Selmer, Zur Grundrechtsberechtigung von Mischunternehmen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, II, 2007, S. 1258ff.
- Peter M. Huber, Natürliche Personen als Grundrechtsträger, in: Merten/Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte II, S. 1132ff.
- Podlech, Adalbert, in: AK-GG, Art. 1 Abs. 1 Rn.57 ff.
- Ronellenfisch, Michael, Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, 933 - 941.
- Ruppel, Der Grundrechtsschutz der Ausländer im deutschen Verfassungsrecht, 1968.
- Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2003.
- Schmidt-Aßmann, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB 1990, Beilage 34 zu Heft 27, S. 10ff.
- Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993.
- Schnapp, Friedrich E., Zur Grundrechtsberechtigung juristischer

- Personen des öffentlichen Rechts, in: Merten/Papier(Hrsg.),
Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, 1235ff.
- Schreiber, Hans-Ludwig, Die Würde des Menschen – eine
rechtliche Fiktion? Bemerkungen zur Reichweite des
Menschenwürdeprinzips in der Diskussion über
Embryonenforschung, Klonen und
Präimplantationsdiagnostik, in: MedR 2003, S. 367–372.
- Starck, Christian, in: v. Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), Kommentar
zum Grundgesetz Bd. I, 2005.
- Taupitz, Jochen, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu
therapeutischen Zwecken, in: NJW 2001, S. 3433–3440.
- Ule, Carl Hermann, Problem des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis, VVDStRL
15(1957), 133 ff.
- von Münch, Ingo, Vorbemerkung zu den Art. 1–19, in: I. von
Münch/Ph. Kunig(Hrsg.), Grundgesetzkommentar Bd. I,
2000, Rn. 59.
- W. Rübner, Zur Bedeutung und Tragweite des Artikel 19 Abs. 3
des G.G., in : AöR 89,
- Zaar, P, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art.1 GG?, 2004,
S. 69–100.

研究者 略歷

[김학성]

고려대학교 법과대학 졸업
서울대학교 대학원 졸업(법학박사)
독일 Köln 법대 및 Kiel 법대 객원교수
미국 William & Mary 법대 객원교수
강원대학교 법과대학장
가정 법률상담소 강원지부 이사장
한국헌법학회 차기회장(2010.12. - 2011. 11)
(현) 강원대학교 법학전문대학원 교수
(현) 행정안전부 정보공개위원회 위원

[최희수]

대구대학교 법정대학 법학과 졸업
고려대학교 대학원 법학과 졸업(법학석사, 법학박사)
헌법재판소 헌법연구원
헌법재판소 헌법연구관보
(현) 강원대학교 법학전문대학원 조교수

[김주환]

고려대학교 법과대학 법학과 졸업
고려대학교 대학원 법학과 졸업(법학석사)
독일 뮌헨 대학교 법학과 졸업(법학박사)
헌법재판소 헌법재판연구원

목포대학교 전임강사

광운대학교 전임강사, 조교수, 부교수

(현) 홍익대학교 법과대학 법학과 부교수

[홍일선]

국민대학교 정치외교학과 졸업(정치학사)

고려대학교 대학원 법학과 석사과정 수료 (법학석사)

독일 베를린 자유대학교 법과대학 박사과정 수료 (법학박사)

베를린 정부 우수 박사학위논문 지원 장학생 (NaföG)

헌법재판소 헌법재판연구원

(현) 한림대학교 사회과학대학 법행정학부 조교수

版 權
所 有

憲法裁判研究 第20卷

기본권의 주체

2009年 12月 24日 印刷

2009年 12月 28日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印 刷 (주)서라벌 E&P

(非賣品)

