

## 〈論 文〉

# 基本權의 尊重과 限界

— 憲法 第 8 條와 第 32 條의 解釋을 中心으로 —

金 哲 洙 \*

### 一. 序

基本權의 保障은 近代立憲主義의 特徵을 이루는 것이며, 오늘날 憲法은 基本權保障規範으로서의 意義를 가지고 있다. 外國憲法은 國家權力組織規範으로서의 憲法을 強調하기 爲하여 特히 基本權規定을 憲法의 冒頭에 規定하기도 한다. 各國의 基本權保障의 形式은 各異하여 이를 概觀하여 比較研究하는 것도 有益한 것이다. 本稿에서는 外國의 基本權保障規定은 우리 基本權規定의 理解에 必要한 範圍內에서 考察하기로 한다.

우리 憲法은 基本權保障을 憲法前文에서 宣言하고, 憲法 第 2 章에서 이를 個別的으로 保障하고 있다. 憲法上의 基本權保障規定은 數次의 憲法改定에 依하여 漸次로 整備되어 現行憲法에는 基本權保障規定을 體系化한데 成功한 것처럼 보인다. 特히 憲法 第 8 條는 基本權保障의 大原則을 宣言하고 있으며, 第 32 條에서 基本權의 尊重과 制限을 規定함으로써 基本權保障의 一般原則을 宣言하고 있다. 이 第 8 條와 第 32 條의 規定은 우리 憲法에 있어서의 基本權의 解釋準則이 될 重要한 規定이기 때문에 이 規定의 意義는 크다고 할 것이다. 그러나 우리 憲法學界에서는 이 規定의 意義에 對해서 異論이 많기 때문에 이를 研究함으로써 基本權規定의 解釋에 對한 筆者의 思考를 整理해 보려는 것이 本稿의 目的이다.

基本權保障의 一般條項으로서의 憲法 第 8 條는 西獨基本法 第 1 條의 規定을 模倣한 것이고 第 32 條의 規定은 西獨基本法 第 19 條의 規定과 비슷한 規定이라고 볼 수 있겠다. 西獨基本法에서는 이 規定外에도 基本權保障에 對한 많은 새로운 試圖를 行하고 있다<sup>(1)</sup>.

\* 서울大學校法科大學 助教授

- (1) Maunz는 西獨基本法의 基本權保障手段의 特色을 다음과 같이 說明하고 있다. 法律의 留保라는 美名下에 基本權이 侵害되지 않기 爲하여 基本法에 체계의 保障을 두고 있다. ① 基本權의 個別的 侵襲禁止, ② 本質의 內容의 毀損禁止, ③ 政府의 緊急措置에 依한 基本權의 停止禁止, ④ 基本權의 立法者에 對한 直接의 效力, Maunz, Deutsches Staatsrecht<sup>8</sup> S. 101/2.

例를 들면 基本法 第 1 條 2 項은 基本權의 天賦人權性을 宣言하고 있고, 同條 3 項은 基本權의 直接效力規定을 두고 있으며, 第 18 條는 個人의 基本權濫用에 對해서 基本權을 喪失시키는 制度를 두고 있다. 그 以外에도 基本權이 國家緊急狀態에 있어서도 制限될 수 없음을 規定하고 나아가 基本權規定의 個別的 侵毀의 禁止를 規定하고 있다. 우리 憲法은 이 諸制度를 明白히 規定하고 있지 않기 때문에 우리 憲法上 認定될 수 없을 것인가 하는 問題도 아울러 考察해 보기로 한다.

## 二. 基本權의 尊重—憲法 第 8 條

### 1. 憲法 第 8 條의 意義·性格<sup>(2)</sup>

(1) 根本規範性 憲法 第 8 條는 國民이 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지고 있으며 國家가 國民의 基本的人權을 最大限으로 保障해야 한다는 것을 宣言한 것으로, 이는 憲法前文의 基本權尊重規定과 함께 우리 憲法上의 基本權尊重主義를 規定한 根本規範이라고 하겠다. 第 8 條는 우리 憲法이 基本權을 保障하는 立憲主義的 憲法임을 特色지우는 主要한 規定이라고 하겠다.

西獨基本法 第 1 條 1 項<sup>(3)</sup>은 憲法의 最上의 構成原理(das oberste Konstruktionsprinzip) (BVerfGE. 6. 36)로서 認定되고 있다<sup>(4)</sup>. 또 이것은 Nawiasky 가 말하는 國家根本規範 (Staatsfundamentalnorm)으로서 憲法改正의 對象이 되지 않는다 (§ 79 III). 特히 이 條項의 意義에 對해서는 v. Mangoldt-Klein 에 依하여 全 法秩序를 爲한 根本規範의 面이 強調되고 있다<sup>(5)</sup>.

우리 憲法 第 8 條도 그것이 單純한 Programm 이 아닌 根本規範이란 點에 있어서는 西獨基本法 第 1 條의 規定과 差함이 없다. 또 原則規範으로서<sup>(6)</sup> 모든 基本權規定을 解釋하는 根本原理를 提供하는 것도 틀림없는 事實이다. 西獨基本法은 第 1 條의 憲法改正不可를 第 79 條 3 項에서 規定하고 있고, 우리 憲法에서는 이에 對한 明確한 規定이 없으나 憲法解釋上 當然히 憲法改正의 限界外의 것이라고 하겠다<sup>(7)</sup>. 따라서 憲法 第 8 條는 憲法改正

(2) 姜炳斗, 人間의 尊嚴과 價値, 考試界 1964 年 11 月號; 文鴻柱, 憲法 第 8 條, 司法行政 1965 年 1 月號; 金箕範, 人間으로서의 尊嚴과 價値, 法政 1964 年 6 月號, 金哲洙, 人間의 尊嚴과 價値, 法政 1965 年 8 月號. 金哲洙 憲法 第 8 條 考試界 1965 年 12 月號.

(3) 이 規定을 Primärnorm (Geiger)로도 보고 있다.

(4) Wernicke, Bonner Kommentar § 1. Dürig Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar § 1.

(5) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 146/147. Hamann, Das Grundgesetz S 67. Wintrich S. 10 ff. Hamann은 이 規定은 超實定法, 自然法이라고 보고 있다 (a.a.O.S. 67). 뿐만 아니라 憲法 第 1 條 1 項을 憲法의 最高規範으로 把握하고 있다.

(6) v. Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 韓東燮, 憲法.

(7) 同旨 文鴻柱, 韓東燮. 反對 朴一慶先生께서는 憲法改正의 限界를 認定하지 아니하신다.

의 方法으로서는 全面 改廢할 수 없다고 하겠다.

(2) 前國家의 自然權性 憲法 第8條의 原型인 西獨基本法 第1條 第1項의 性格에 對해서는 이를 超國家의 基本權規定으로서 人間의 尊嚴을 國家가 尊重하고 保護할 義務를 지는 것을 言明한 宣言的인 效力을 가지는 것이라고 말하여진다. Nipperdey는 第1條 1項을 말하여 前國家的인 超實定法으로 이를 把握하고 自然法의 基本原則(naturrechtliches Elementarprinzip)라고 하고 있으며, 法實證主義에서의 明白한 轉向이라고 말하고 있다<sup>(8)</sup>. 그리고 이 基本權의 前國家性은 基本法 第1條 2項에서 規定되고 있어서 不可讓不可侵性을 宣言하고 있기에 이는 獨逸의 通說이라고 하겠다<sup>(9)</sup>. 우리 憲法 第8條의 性格에 對해서는 異論이 있다. 憲法 第8條를 「個人과 理性을 創造의 基礎로 보고 있는 自然法思想의 實定法化를 意味하고 있다」<sup>(10)</sup>고 보는 韓泰淵先生의 學說에 對해서 文鴻柱先生은 「憲法 第8條가 基本的人權의 超國家의 性格의 表現이라고 生覺할 必要가 없다」<sup>(11)</sup>고 反對하고 있다. 그러나 窮極의 으로는 文鴻柱先生도 「憲法 第8條는 基本的人權의 精神의 基礎는 人間이 國家 以前에 이미 가지고 있는 人間의 生來의 本性에서 찾아 볼 수 있다. 이런 點에서 自然法上의 天賦人權思想과 연결되는 思想이라고 할 수 있다」<sup>(12)</sup>고 하고, 「人間의 尊嚴과 價値는 前國家性을 가지고 있으나」 「基本的人權은 人間의 尊嚴과 價値를 保障하려는 實定法上의 權利」이라고 보는 點에서 基本權의 超國家性을 認定하고 있다고는 할 수 있겠다. 結論의 으로 말한다면 憲法 第8條는 前國家的인 基本權을 憲法上에서 宣言함으로써 實定法에 依한 保障을 하고 있다고 하겠다. 憲法 第32條 1項은 이 前國家的 基本權에 對한 注意規定이라고 보아야 하겠다. 第32條 1項은 「國民의 自由와 權利는 憲法에 列擧되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다」고 하고 있거니와 이에 對해서는 基本權의 實定法的 權利說과 超國家的 權利說의 對立이 있다. 朴一慶先生은 法律에 依하여 創設되는 實定法的 權利로 보아 個個의 自由權은 包括的 自由權의 具體的 例示라고 보고 있다<sup>(13)</sup>. 이에 對하여 超國家性을 認定하는 立場에서는 包括性與否는 問題삼을 餘地가 없다고 본다<sup>(14)</sup>. 그런 面에서 보아 憲法 第8條는 國民의 基本權을 保障할 義務를 國家가 지고 있다고 보아야 할 것이다. 自然法을 實定法化하는 것은 生活의 實際에 있어서 보다 큰 強行力을 賦與하

(8) Nipperdey, Die Würde des Menschen a.a. O.S. 1 ff.

(9) Hamann, a.a.O.S. 67. Wintrich. S. 10 ff. Wertenbruch. S. 101. 西獨基本法 第1條는 一般의 人格權을 保障하고 있다고 한다(BGH). "allgemeine Persönlichkeitsrecht" als "privates, von jedermann zu achtendes Recht, als verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht."

(10) 韓泰淵, 憲法, p. 223.

(11) 文鴻柱, 韓國憲法, p. 172.

(12) 文鴻柱, 前揭書, p. 171.

(13) 朴一慶, p. 201. 韓相範, p. 181. 尹世昌, p. 118. 文鴻柱, p. 258.

(14) 李圭復, p. 132. 姜炳斗, p. 149. 韓泰淵, p. 220.

고 執行性을 賦與하며 一般的으로 公布함으로써 一般的 承認을 받을 수 있기 때문이다.<sup>(15)</sup>

(3) 反全體主義의 性格 憲法第 8 條는 「人間으로서의 尊嚴과 價値를 가진다」고 함으로써 全體主義의 世界觀을 排擊하고 있다. 日本憲法은 第 13 條와 第 24 條에서 個人의 尊重을 規定하고 있다. 이는 從來의 個人輕視의 傾向을 打破하고 人權의 確立을 爲한 것으로서 國家主義의 思想과 全體主義의 思想을 排擊하고 個人 人格의 尊嚴을 認定하는 民主主義思想을 採擇한 것이라고 하겠다. 個人 人格의 尊嚴은 近代民主主義思想의 根柢를 이루고 있는 것이며, 올바른 民主主義의 發達을 爲하여서는 무엇보다도 個人의 尊重이 確立되지 않으면 안되었다. 個人의 價値를 承認하고 個人을 尊重하는 原理는 個人主義의 原理로 利己主義와는 다르다. 全體主義는 모든 것의 위에 團體의 固有價値를 두어 國家나 民族과 같은 共同體를 絕對의 것으로 하여 他의 모든 것을 團體의 繁榮, 發展을 爲한 手段으로 한다. 따라서 國家는 團體의 維持, 發展을 目的으로 하고 個人의 權利나 利益은 國家나 民族을 爲하여 犧牲되지 않으면 안된다고 한다. 이에 反하여 個人主義는 人間의 個人으로서의 價値를 最高의 것으로 본다. 따라서 國家는 모든 個人의 完成을 目的으로 하여야 할 것이며 國家는 各個人의 利益과 權利를 尊重, 옹호하지 않으면 안된다<sup>(16)</sup>. 西獨에 있어서도 v. Mangoldt-Klein 은 人間의 尊嚴은 個人主義에 立脚한다고 보고 過去에 Dürig 도 第 1 條는 個人主義的이라고 하였다<sup>(17)</sup>. 우리나라에서도 文鴻柱先生은 憲法第 8 條의 性格을 Maunz 를 援用하여 「國民의 人間으로서의 尊嚴과 價値를 憲法에서 認定하고 이를 基本의 人權과 관련시키고 있다는 것은 基本의 人權의 個人主義의 性格을 宣言하고 있다」고 한다<sup>(18)</sup>.

우리 憲法 第 8 條는 日本憲法 第 13 條와 完全히 一致하는 것은 아니다. 우리 憲法은 社會的 正義의 實現이라는 면에서 純粹한 個人主義에 若干의 修正을 하고 있다. 우리 憲法의 人間像은 西獨聯邦憲法裁判所가 判示한 것과 같이 「孤立된 主權의 個人이 아니고 個人과 共同體의 緊張關係에 있어서는 人間의 獨立의 價値를 侵害함이 없이 共同體拘束性과 共同體關聯性을 가지고 있는 人格」으로 보고 있다고 하겠다. 이는 個人主義—人格主義—全體主義의 段階構造에 있어서는 中庸의 人格主義(Personalismus)를 採擇하고 있다고 보아야 할 것이다<sup>(19)</sup>.

基本權의 反全體主義性格의 實定法的意義는 ① 個人과 國家間의 緊張關係가 있을 때에

(15) Nipperdey, a.a.O.SS 7/8.

(16) 清宮四郎編, 憲法, 同, 憲法事典, 宮譯後義, 憲法Ⅱ.

(17) Dürig Der Grundsatz von der Menschenwürde AÖR. Bd 81. H.Z. S 117~157. Hamann S.69.

(18) 文鴻柱 前掲書 173/4.

(19) Dürig, in Maunz-Dürig Kommentar, § 124. Vgl. Dürig, JR 52, 259; Peters, Festschr. f. Laun S 671; E.R. Huber, WirtschVerwR; ders., Grundrechte, S. 6 ff.; Friesenhahn, Die Fortbildung 56, 43 ff.; Raiser JZ 58, 5 ff. "Investitionshilfeurteil" v. 20. 7. 1954, BVerf GE 4, 7(15f.)= NJW, 1235(Auszug).-Die polemik Hamanns, BB 55, 107.

는 人間의 利益을 爲하여 出發할 것, ② 國家는 人間을 爲하여 存在한다는 原則의 確認, ③ 國家權力의 限界를 이루는 基本權의 本質的 內容이나 人權內包의 形式的 概念에 價値를 賦與하는 것 등을 들 수 있다<sup>(20)</sup>.

## 2. 基本權 保障의 意義와 內容

(1) 人間의 尊嚴과 價値의 意義 人間의 尊嚴(Würde des Menschen)이 무엇이나를 法的으로 定義하기는 힘든다. 왜냐하면 第二次大戰前에는 別般 使用되지 않았던 概念이기 때문이다. 人間의 尊嚴에 對해서 西獨에서는 「人間의 尊嚴은 人格의 內容을 이루는 것」(Maunz)이라는 說이며, 人間의 尊嚴=人間의 本質=人格=人格權으로 보는 見解로서 人間의 獨自的價値와 獨自性과 本質, 本性이라고 보는 說(Nipperdey), 尊嚴이란 人格權으로서의 一般價値라고 보는 說(Münch) 등이 있다<sup>(21)</sup>. Dürig 는 「모든 人間은 그의 精神의 힘으로 人間으로 되는 것이며 精神은 非人格的인 自然에서 解放하여 人間으로 하여금 自己의 決斷으로 自己自身을 意識케 하며 自己自身을 決定하며 自己 周邊을 形成할 수 있게 한다<sup>(22)</sup>고 人間을 把握하고 있다. 그리하여 그는 人間의 尊嚴은 그 內容의 把握이 極히 困難함을 認定하고 있다. 國內에서는 人間의 價値와 尊嚴에 對해서는 「그 本質上 그 內容을 일일이 列舉할 수 없는 것으로 이는 總體的으로 人間으로서의 自主的인 人格과 價値를 意味한다」(文鴻柱)는 見解가 있고, 「人間의 尊嚴이란 人間의 本質로 간주되고 있는 人格(Personlichkeit)의 內容을 말하고, 人間의 價値란 이러한 人間에 對한 絕對的인 評價」(韓泰淵)로 보는 見解가 對立되어 있다. 어쨌든 人間의 尊嚴은 「人間을 人間으로 만드는 그 本質인 人格」을 意味한다고 볼 것이고, 人間의 價値란 「人間의 獨自的評價」를 意味하는 것이라고 보겠다. 人間의 尊嚴과 價値는 따라서 人間의 「人格과 評價」라고도 할 수 있겠다<sup>(23)</sup>.

(2) 人間의 尊嚴과 價値의 基本權性 人間의 尊嚴과 價値는 基本權으로서의 性格을 가지는 것인가가 問題된다. 그런데 西獨基本法은 「人間의 尊嚴은 不可侵이다」고 했는데 이 解釋에서 두 가지 學說이 對立되게 되었다. Nipperdey 는 人間의 尊嚴은 基本權의 性格을 가진 一般的인 人權(ein allgemeines Menschenrecht)으로서 國家權力에 對해서 自由로운 狀

(20) Dürig, a.a.O.S. 1410.

(21) 詳細한 것은 v. Mangoldt-Klein, a.a. O.S. 149 ff.

(22) Dürig, ArchÖR 81/125 Marcic, S. 317. Coing, Grundzüge d. Rechtsphilosophie 1950, S. 134 f. Wintrich, "daß der Mensch als geistigsittliches Wesen von Natur darauf angelegt ist, in Selbstbewußtsein und Freiheit sich selbst zu bestimmen, sich zu gestalten und sich in der Umwelt auszuwirken." (S. 15). ders. Festgabe f. Apelt. 1958, S. 1f; so auch Hamann, S. 68.

(23) 人間의 尊嚴은 非物質的이라고 理解하여야 한다. 이 原則에서 ① 人格價値의 事物價値에 對한 優越. ② 人間을 客體로 卑下시켜서는 안된다는 두 原則을 들 수 있다.

態에서는防禦權의基本權이며 또積極的인狀態에서는保護請求權이며,社會的인狀態에 있어서는私法關係에 있어서實質的인主基本權(das materielle Hauptgrundrecht)이라고 하고, 따라서人間的尊嚴은公權인同時에私權을意味한다고 보고 있다. 이實質的主基本權을人間이 가진다고 하는 것은人格權(Personlichkeitsrecht)을 가지는 것이라고 한다<sup>(24)</sup>. 이는 곧自然權의實定化의意味를 가지며 다른基本權은個別的인基本權인데對하여 이는憲法의主基本權이라는 데에特色이 있다고 본다. 이에對해서 v. Mangoldt-Klein은「基本權은自由主義와合理主義의產物이기 때문에人間的尊嚴을基本權으로서는認定할 수 없다」<sup>(25)</sup>고 한다. Maunz도「人間的尊嚴은 다른大部分의基本權처럼特別한權利를賦與하는 것이 아니고 다른基本權의理念的出發點으로 생각된 것 같다」고 한다<sup>(26)</sup>. Dürig는天賦人權은 아니나國家에對해서保護를請求할 수 있는 것이라고 한다. 그러나國家의不法行爲에對해서는積極的인防禦를要請할 수 있으나積極的인形成을要求할權利가 있는 것은 아니라고 한다<sup>(27)</sup>. 이는基本法の成立史의側面과第1條의構造에서結論지을 수 있다고 보고 있다. 獨逸의通說은人間的尊嚴에特殊한基本權을認定하지 않고 있다(Abendroth, Lerche, Münch, Nawiasky).

우리憲法에 있어서도通說은基本權性を認定하고 있지 않는 것 같다. 文鴻柱先生은「人間으로서의尊嚴과價値라는 것은 다른具體的基本權과 같이獨自的인內容을 가진具體的인權利를意味하는 것이 아니고 다른 모든基本權의前提가 되는基本原理의宣言의意味를 가진規定이며, 모든基本的人權의理念的인出發點이고基本權의構成原理이다」고 보고 있다<sup>(28)</sup>. 姜炳斗先生도 Maunz-Dürig의見解를 좇아通說에 따라基本權性を否認하고 있다<sup>(29)</sup>. 韓泰淵先生은「自由權은 그內容에 따라서人間的尊嚴과價値, 一般的人人格의自由, 精神의自由, 政治的自由 및 平等의原則으로區別」하고<sup>(30)</sup> 「人間的尊嚴과價値에對한一般的要求로서 그具體的인實踐은 오직個個의基本權에依할 수 밖에 없는」<sup>(31)</sup> 것이라고 보고 있어確實한結論을 얻기 힘들다. 卑兒으로서는 우리憲法第8條가西獨基本法第1條1項과는 달리「國民은」 「人間으로서의尊嚴과價値를 가지며 이를

(24) Nipperdey a.a.O.S 11 ff. S.18. BGH Z 13/338; 15/257 f.; 24/76 f.; 208; 26/354; 27/285 f.; 30/10 f.; Vgl. auch BVerf GE 4/57; OLG Stuttgart NJW 58/2120; OLG München, NJW 59/389; Coing, a.a.O; Dürig, Arch 8R' 81(1956)/130 Wernicke 1 BK. Anm II 1 C zu Art. 1; Hamann, D. WirtschaftsverfassungsR.S. 78. 또 이를一般의人格權으로 보고 있다.

(25) v. Mangoldt-Klein, a.a O.S.147.

(26) Maunz, Deutsches Staatsrecht 5, Aufl S. 89.

(27) Dürig, a.a.O.S 1'4/5. Vgl. BVerfGE 1, 97(104).

(28) 文鴻柱, 前揭書 p. 171.

(29) 姜炳斗, 前揭論稿 p. 74.

(30) 韓泰淵, 前揭書 p. 222.

(31) 韓泰淵, 前揭書 p. 223.

爲하여 國家는 國民의 基本的人權을 最大限으로 保障할 義務를 진다」고 한 것으로 보아 自然法的인 主基本權을 憲法에 宣言하고 그 派生的인 基本權을 細密히 規定한 것이라고 생각된다. 그런 意味에서 自由權의 一種으로서의 個別的인 人間의 尊嚴權은 이를 생각할 수 없으나 모든 基本權의 淵源을 이루는 主基本權으로서 이를 把握할 수 있지 않느냐가 생각된다. 이 第8條가 規定한 主基本權의 細分化가 第9條에서 第31條까지의 基本權이며 第32條 1項의 「國民의 自由와 權利는 憲法에 列擧되지 아니한 理由로 輕視되지 아니한다」의 規定은 이미 第8條에 內包되어 있는 原理를 부연한 것에 不過하다고 볼 것이다. 이 理論은 따라서 Nipperdey의 見解와 完全히 一致하는 것은 아니며 第32條 1項의 規定이 있는 우리 憲法規定上 그 實定法的意義는 通說과 別다른 것이 없다고 하겠다.

(3) 尊嚴權의 內容과 基本權의 體系 人間의 尊嚴權은 이를 主基本權으로 보기 때문에 여러가지 個別基本權으로 分化된다. 이 自然權이 憲法에 個別的으로 規定됨으로써 實定基本權으로 된다. 그 中에서 重要な 것이 自然權과 平等權과의 社會權, 權利保護請求權, 參政權이다<sup>(32)</sup>. 自由權도 이를 主自由權과 個別自由權으로 나눌 수 있고 平等權도 이를 主平等權과 個別平等權으로 나눌 수 있으며, 社會權도 이를 主社會權과 個別社會權으로 나눌 수 있으며, 權利保護請求權도 이를 主權利保護請求權과 個別權利保護請求權으로 나눌 수 있다. 西獨基本法에서는 第2條 1項에 主自由權을, 第3條 1項에 主平等權을, 第19條 4項에 主權利保護請求權을 規定하고 있다<sup>(33)</sup>. 우리 憲法에서도 이를 區分하면 第9條 1項에서 主平等權을, 第10條 1項에서 主自由權을, 第30條 1項에서 主社會權을, 第24條 1項에서 主權利保護請求權을 規定하고 있다. 自由權은 人格의 自由發現이란 面에 있어서 人間의 尊嚴의 한 重要な 要素를 이루고 있다. 特히 名譽權, 一般의 人格權 等 私權과도 關聯되며 私生活의 秘密等의 保障이 이에 屬한다<sup>(34)</sup>.

近來에 와서 人間의 尊嚴은 自由 뿐만 아니라 社會的安定的 最低限度(ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit)를 要請하게 되었다<sup>(35)</sup> Nipperdey도 人間의 尊嚴은 人間다운 生活을 要

(32) 基本權의 體系와 分類에 對해서는 여러가지 學說이 對立되어 있다. (1) C.Schmitt는 ① 個人의 自由權, ② 政治的 權利, ③ 社會主義的 權利와 請求權, ④ 公共團體의 國家에 對한 權利와 請求權, ⑤ 制度保障으로 나누고 있다. (2) Maunz는 基本權을 自由와 秩序로 區分하고 自由에는 ① 人身의 自由, ② 內面生活과 그 發表의 自由, ③ 平等으로 나누며 秩序에는 ① 文化秩序, ② 經濟秩序와 勞動社會秩序로 나누고 있다. (3) Feldmann-Giesel은 ① 固有的 基本權 또는 自由權, ② 實定的 市民權, ③ 參政權, ④ 制度的 保障으로 나누고 있으며, (4) Klein은 Jellinek의 學說에 따라 自由權과 受益權(社會權), 參政權으로 區分하고 있다.

(33) Dürig, Maunz-Dürig § 116 ff.

(34) 名譽權 및 一般의 人格權 等에 對해서는 Nipperdey, a.a.O.S. 38 ff, Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Grundrechte IV/2, S. 741 ff. 韓國文獻으로서 崔鍾吉, 人格權의 私法上的 保護, 저스티스 第9卷 1號 參照.

(35) Otto Bachof, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates.

請하게 되었다고 하고, 生命에의 權利와 社會的法治國家의 原理를 이에 歸屬시키고 있다. 그러한 面에서 人間의 尊嚴은 恐怖와 窮乏에서 自由로운 人間다운 生活의 保障을 要請하게 된다. 이 人間다운 生活의 保障은 西獨憲法 第151條 以來 各國憲法에 生存權의 保障으로서 規定되게 되었다. 우리 憲法 第30條 1項도 人間다운 生活의 保障을 規定하고 있다. 西獨基本法에서는 生存權의 規定이 없었으나 人間의 尊嚴을 規定한 第1條 1項에서 生存權을 導出하고 있으며, 이에 따라 生活保護에 對한 訴求를 할 수 있는 公權이 認定되고 있다. 나아가 生存最低限度의 保障에 必要한 收入은 免稅될 것이 要請된다. 其他 國家는 必須不可缺한 扶養의 原則에서 文化的인 最低限度의 生活에의 向上의 義務를 지고 있다<sup>(36)</sup>. 우리나라에 있어서도 人間의 尊嚴이 人間이 人間다운 經濟的, 文化的 生活의 享受에 있다는 것을 認定하고 있다<sup>(37)</sup>.

### 3. 基本權尊重의 義務

(1) 憲法 第8條 後段의 意義 憲法 第8條는 後段에서 「이를 爲하여 國家는 國民의 基本的人權을 最大限으로 保障할 義務를 진다」고 規定하고 있다. 이 規定에서 볼 때 人間으로서의 尊嚴과 價値가 모든 基本的人權의 前提가 되는 主基本權임을 認定할 수 있을 것이다. 國家는 人間의 尊嚴과 價値를 消極的으로 侵害하지 말 것에 局限하지 않고 積極的으로 保障할 義務를 지고 있다. 西獨基本法 第1條 1項 後段이 「人間의 尊嚴을 尊重하고 保護하는 것은 모든 國家權力의 義務이다」고 하여 人間의 尊嚴의 尊重과 保護를 國家의 義務로 한테 對하여 우리 憲法은 「國民의 基本的人權을 最大限으로 保障할 國家義務」를 規定한 것이 다르나 原理的으로는 같은 規定이라고 하겠다.

憲法 第8條 後段의 規定은 이를 Programm 的規定으로 보는 見解가 있다<sup>(38)</sup>(文鴻柱·朴一慶). 그러나 이것은 單純한 Programm 的規定이 아니고 直接的으로 國家權力을 拘束하는 規定이라고 보아야 할 것이다<sup>(39)</sup>. 그런데 이 規定이 私法關係에도 適用되는가가 問題된다. 우리나라에 있어서는 私法關係에의 適用을 否認하는 見解(姜炳斗), 이를 肯定하는 見解(韓泰淵)가 對立되어 있다. 이 憲法規定은 人間의 尊嚴權의 效力關係와 緊密한 關係에 있는 것으로 對國家의面과 私法關係의 面으로 나누어 考察해 보기로 한다.

(2) 國家의 基本權保障義務—對國家의效力 人間의 尊嚴과 價値 나아가 國民의 基本權

(36) 人間의 尊嚴과 社會權에 對해서는 Dürig, a.a.O.S 1121/3. Nipperdey, a.a.O.S 6, S 20, v. Mangoldt-Klein, a.a.O.S, 151 參照.

(37) 文鴻柱 前揭書, p 172. 朴一慶 新憲法 p 117. 姜炳斗, 前揭論文 p. 76/7. 金箕範, 前揭論文. 金哲洙, 生存權의 基本權, 考試界, 1965年 11月號.

(38) 姜炳斗, 前揭論文 p.75 는 이를 韓國의 通說로 보고 있다.

(39) 同旨 姜炳斗, 前揭論文 p. 75.



을 保障하는 것은 國家의 義務로서 모든 國家權力은 이를 最大限으로 尊重하고 保護해야 한다. 모든 國家權力의 義務로서 人間의 尊嚴과 價値는 立法權, 行政權, 司法權, 統治權,<sup>(40)</sup> 憲法改正權, 自治權 等を 拘束한다. 이는 비단 人間의 尊嚴을 主基本權으로서 把握하는 見地에서만 妥當한 것이 아니고 憲法 第8條를 根本規範으로 把握하는 當然한 結論이다. 國家는 國民의 人間으로서의 尊嚴과 價値를 侵害해서는 안되며, 이를 最大限으로 保障할 義務를 진다. 人間의 尊嚴에 對한 侵害行爲로서는 奴隸制度, 人身賣買, 拷問, 強制勞動, 集團虐殺, 人間實驗, 國外追放, 人種差別 等等이 있다<sup>(41)</sup>. 國家는 이러한 侵害行爲가 없도록 最大限의 努力을 해야 한다. 人間의 尊嚴과 價値는 國家에 對해서는 모든 國家의 行爲에 對한 價値充足的인 尺度를 提供하고 또 國家課業과 國家目的을 規定하고 制限하며 人間倫理의 價値에서 國家와 法の 正當性을 規定하고 制限한다<sup>(42)</sup>.

우선 方法에 對한 拘束을 든다면 法律은 基本權의 留保下에서만 制定될 수 있다. 人間의 尊嚴을 害치는 法律은 制定할 수 없다. 따라서 死刑執行이나 死刑執行證人의 人間의 尊嚴을 侵害하는 死刑制度는 違憲立法이라고 보아야 할 것이고<sup>(43)</sup> 安樂死나 人間實驗, 落胎制度를 導入하는 立法은 違憲이며, 마취제나 藥物, 기껏말 探知機의 使用 等に 因한 自白強要를 規定하는 立法은 違憲이다<sup>(44)</sup>. 違憲의 立法은 우리나라에서는 法院에서 具體的 司法審査를 받게 된다(第102條).

다음에 行政에 對한 拘束을 보면 國家는 行政力으로서 人間의 尊嚴과 價値를 最大限으로 保障할 뿐만 아니라 人間의 尊嚴에 反하는 行政處分은 行政裁判의 對象이 된다. 持히 警察力이나 刑執行權, 檢察權 等に 依한 人間의 尊嚴과 價値의 侵害는 否定되어야 한다. 持히 私生活의 自由와 秘密이 認定되어야 한다<sup>(45)</sup>.

司法權은 獨立되어야 하며, 司法官은 法律과 良心에 따라 裁判하며, 法の 解釋과 適用에 있어서 人間의 尊嚴의 事物價値에 對한 優越을 認定해야 한다<sup>(46)</sup>.

憲法改正權力도 人間의 尊嚴과 價値에 反하는 改正은 할 수 없다. 其他 國家權力이나 公權力에 依하여 個人의 尊嚴이 侵害되었을 때에는 國家賠償을 請求할 수 있다<sup>(47)</sup>.

(40) 統治行爲는 特別權力關係의 領域이 있어서도 人間의 尊嚴을 尊重하고 이를 遵守해야 한다는 것은 妥當하다.

(41) 이 類型에 對해서는 Hamann, S. 71.

(42) Dürig, a.a.O.S. 119.

(43) Nipperdey, a.a.O.S. 29.

(44) Nipperdey, a.a.O.S. 30 Dürig, a.a.O.S. 117; Wernicke, Bonner Komm. Art. 1 Erl. II 26.; K. Peters Strafprozess, 1952; 68, 164, 258 ff.; BGH v. 16, 2. 1954(1 STR 578/53).

(45) Nipperdey, a.a.O.S. 32 ff. Dürig, a.a.O.S. 118.

(46) Nipperdey, a.a.O.S. 34f.

(47) Nipperdey, a.a.O.S. 35; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1952, 481 ff.

(3) 私法關係에 있어서의 意義—對三者의效力 人間の 尊嚴權이 第三者에게도 效力을 미치는가는 매우 어려운 問題이다. Nipperdey는 基本權에 關한 規定은 一律的으로 國家權力에 對하는 關係에서 보는 것은 잘못이고, 個個의 權力의 內容, 本質 및 作用의 特殊法으로 보아서 私法上의 去來當事者를 拘束한다고 보고 있다. 그는 人間の 尊嚴性은 私法關係에 直接 適用되는 規定이라고 본다<sup>(48)</sup>. 그래서 그는 人間の 尊嚴에 違背되는 無效한 法律行爲의 非推定性, 名譽의 保護, 一般의인 人格權, 精神的인 損害에 關해서 說明하고 있다<sup>(49)</sup>. Dürig는 Nipperdey의 第三者效力說을 否認하고, 國家는 國家外的 效力이 人間の 尊嚴을 侵害하지 않도록 全法秩序를 形成할 것을 要請하는 것이라고 보고 있다. 그는 私法上에서도 人間の 尊嚴의 一般條項의 導入이 必要하다고 力說하고 있다<sup>(50)</sup>.

우리나라에서도 韓泰淵先生은 「이 規定이 法秩序의 頂上에 位置하는 最高의 價値를 意味한다면 私法의 分野에 있어서도 最小限으로 이 規定은 適用되지 않으면 안된다. 따라서 私法에 있어서의 이 規定의 適用은 「公序良俗」의 概念의 擴大를 가져오게 한다<sup>(51)</sup>」고 보고 있다. 이에 對하여 姜炳斗先生은 Nipperdey의 見解를 否認하고 私法上의 去來關係의 效力을 認定하고 있지 않다<sup>(52)</sup>. 朴一慶先生은 「基本權에 關한 憲法의 規定은 人間으로서의 價値의 尊重이라는 基本原理를 通하여 間接的으로 私法關係에 適用되는 것」을 認定하고 있다<sup>(53)</sup>. 文鴻柱先生은 「人間の 尊嚴과 價値를 前提로 하여 이것을 國家權力으로부터 保障하는 것을 目的으로 하는 基本的人權과 그 內容이 같은 것이 私人關係에 있어서도 保障되는 것이 理想的이기는 하나, 私法自治의 原則을 파괴할 수 없기 때문에 私法關係適用否認」을 主張한다<sup>(54)</sup>. 卑兒으로는 「人間の 尊嚴과 價値」는 私法關係에서 公序良俗의 內容을 이루는 것으로 間接適用된다고 본다<sup>(55)</sup>.

(48) Nipperdey, a.a.O.S. 18 ff. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 57. 男女同一賃金の 原則이 私人間에도 適用되는 것은 獨逸의 學說과 判例의 態度이다. 詳細한 것은 Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, 1951, 10 ff. Schmidt-Rimpler-und Arbeitsbedinyungen der Frauen, 1951; Molitor AcP 151, 385 und BB 1952, 503.

(49) Nipperdey, a.a.O.S. 35~46.

(50) Dürig, a.a.O.S. 1119. 聯邦裁判所의 判例參照. BGH Z 13, 334. BGH Z 15, 257; BGH Z 24, 72; BGH Z v. 20, 5, 1958, NJW 58, 1344.

(51) 韓泰淵 前掲書 p. 225.

(52) 姜炳斗 前掲論文 p. 75.

(53) 朴一慶 前掲書 p.

(54) 文鴻柱 前掲書 p. 162~170.

(55) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeine Teil des BGB § 15 II 4, Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, GR IV/2 S. 742 ff. Die Würde des Menschen, GR II S. 12 ff. Leisner Grundrecht und Privatrecht 1960 v. Mangoldt-Klein, Kommentar, S. 61 ff. Maunz-Dürig, Kommentar Art 9 III S. 64 ff. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtssprechung Nawiasky Festschrift, S. 157~190. 森順次, 私人間の法律關係における基本的人權の保障. 憲法講座 II p. 60~76. 蘆部信喜 自由權, ジュリスト 241 號. 圓藤, 私人間における基本權の保障 民事研修 10 號. 蘆部信喜, 人權保障規定の私人間

### 三. 基本權保障의 限界—憲法 第 32 條

#### 1. 基本權保障 限界의 意義

憲法 第 8 條에서 基本權保障의 國家義務를 規定하고 있으나, 이 基本權規定은 制限없이 絶對적으로 妥當하는 것은 아니다<sup>(56)</sup>.

基本權保障의 限界는 一般的으로 法的限界와 社會學的 限界로 區分한다. 基本權保障도 歷史적으로 發展된 단계 時間的인 場所的인 制約을 많이 받고 있으나, 여기서는 社會學的인 考察은 省略하기로 한다<sup>(57)</sup>.

法的限界는 實定憲法에 規定된 明示的인 限界와 內在的인 限界를 區別할 수 있다. 實定憲法上 憲法의 基本權規定을 具體적으로 制限하는 方法을 明示하는 것이 現代憲法의 規定 傾向이라고 하겠다. 特히 西獨基本法에서는 Weimar 憲法의 一般的法律留保條項을 없애고 個別的인 制限規定을 規定하고 있다<sup>(58)</sup>. 우리 憲法은 個別的留保規定을 列擧하면서도 憲法 第 32 條에서 一般的憲法留保條項을 두고 있다.

基本權保障의 限界에 對해서는 學說의 對立이 있다. 그 中에서도 Maunz 와 v. Mangoldt-Klein 의 對立이 對照的인데 여기서는 v. Mangoldt-Klein 에 따라 說明해 보기로 한다<sup>(59)</sup>.

基本權保障의 內在的限界는 憲法的保障의 種類와 方法에 따라 나타나는 것이며, 이것도 保障限界(Gewährleistungsschranken)의 留保限界(Vorbehaltsschranken)로 나눌 수 있을 것이다. 基本權의 保障限界는 基本權의 憲法的保障의 種類와 方法內에 包含되어 있는 限界를 말하며, 이에 는 物的保障限界와 人的保障限界가 있다. 이 保障限界에는 또 個別的基本權의 自體內에 保障限界와 다른 基本權保障의 體系內에서의 保障限界가 있다. 前者를 內的保障限界라고 하고, 後者를 體系的保障限界라고 한다. 內的物的保障限界는 保障되는 對象(宗教, 良心, 學問 等)의 概念에 따라 制限된다. 이에 對하여 體系的物的保障限界는 基本權規定의 相互關係에 依하여, 즉 各國基本權規定의 體系에서 保障限界가 나타난다. 例를 들면 他基

における效力, 公法研究 第 26 號. 田口精一, 和人相互의 關係における人權의 保障, 公法研究 第 26 號. 何部照哉, 私人間における基本權의 效力, 公法研究, 第 26 號 稻田陽一, 自由權의 國民相互間における效力について 公法研究 第 26 號. 金哲洙 私人間에 있어서의 基本權의 效力, 考試界 1958 年 1 月號 參照.

(56) v. Mangoldt-Klein a.a. O.S. 120.

(57) 詳細한 것은 Fechner, Die Soziologische Grenze der Grundrechte 1954 參照.

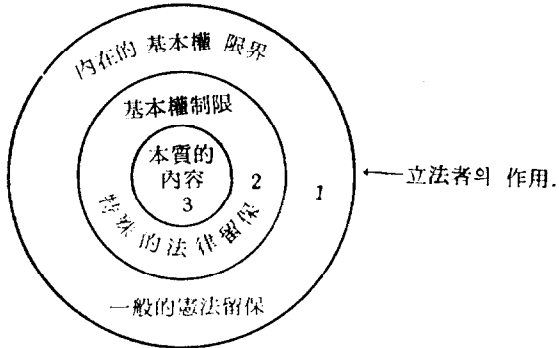
(58) 例를 들면 人格의 自由發現權(§ 2① 後段), 生命과 身體의 自由(§ 2① 後段), 表現의 自由(§ 95①), 團結의 自由(§ 9①③), 集會의 自由(§ 8①), 住居의 不可侵(§ 13①), 居住移轉의 自由(§ 11①), 職業選拔의 自由(§ 12①), 財產權과 相續權의 不可侵(§ 14①) 等은 制限할 수 있음을 規定하고 있다.

(59) v. Mangoldt-Klein. a.a.O.S. 123 ff. 基本權의 制約에 對해서는 韓東燮 憲法 101 面 以下 參照.

本權과의 衝突에 있어서 基本權은 自然히 利益較量(Güterabwägung)의 見地에서 制限된다. 이것은 持히 自然權과 平等權의 關係에서 特徵的이다. 人的保障限界는 統一的이 아니나 例를 들어서 參政權에서는 國籍所有者만에 基本權이 認定되고, 또 一定한 基本權享有能力者(Grundrechtsmündigkeit)일 것이 要請된다.

留保限界는 그 內容이 確立되어 있다고 認定되는 基本權의 內容을 狹小化시키는 制約을 말한다. 이에 是 憲法直接的인 留保限界(Verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken)와 憲法間接的인 留保限界(Verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken)가 있다. 前者를 一般的으로 憲法留保<sup>(60)</sup>라고 하여 憲法에 依한 基本權의 制限을 말하고, 後者는 法律留保라고도 말하여지며, 憲法의 根據下에 法律으로써 基本權을 制限할 수 있는 것을 말한다. 憲法留保도 一般的憲法留保와 特殊的憲法留保로 區分된다. 一般的憲法留保는 所謂 一般的共同體留保(allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt)를 말한다. 西獨基本法에서는 一般的憲法留保로써 他人의 權利, 憲法秩序, 道德律을 들고 있고(第2條)<sup>(61)(62)</sup> 韓國憲法에서는 「秩序維持와 公共權利를 爲한 必要」를 들고 있다<sup>(63)</sup>. 이에 對해서 特殊留保는 憲法에 依하여 特殊한 基本權

異見—Maunz, Deutsches Staatsrecht 5 Aufl. S. 87 f. 葛奉根 憲法概論. p.103 ff. Maunz는 一般的인 憲法留保(genereller Verfassungsvorbehalt)로서의 內在的 基本權 制限을 들고 있으며 特殊的 法律留保로서 基本權의 制限規定을 들고 있다. Maunz의 圖式은 다음과 같다. 金哲洙編 憲法總覽, 葛奉根, 憲法概論 參照.



- (60) Maunz는 既述한 바와 같이 一般的인 憲法留保란 憲法에 依하여 基本權에 미리 賦課되어 있는 制限이라고 보아 獨逸基本法에서는 基本法 第2條 1項이 이에 屬한다고 한다. Maunz는 이를 法律留保라고는 하지 않고 內在的 基本的 制限의 解釋을 爲한 憲法留保(Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanentar Grundrechtsschranken)라고 하고 있다. Maunz, a.a.O.S. 87/88.
- (61) 이 條項이 基本權이 內在的 限界를 이루고 있는가의 問題에 對해서는 v. Mangoldt-Klein, a.a.O §2. Maunz-Dürig a.a. O. §2, 參照. 肯定 Maunz, 反對 Hamann. §2.
- (62) 이 條項에서 다른 個別的인 基本權도 制限될 수 있는가에 對해서는 肯定 Krüger(DVBL. 1950. 626), Naumann (GE, 1951, 423), OVG Rhein-Pfalz, OLG Hamburg 28. 3. 53. 反對. OVG Hamburg v. 5.9.51. BGH Gutachten v. 28. 4. 52.
- (63) 이 條項을 우리나라에서는 法律留保로 보는 見解가 있다. 韓泰淵, 文鴻柱 教授는 憲法留保는 法律의 規定을 기다릴 것 없이 憲法 自體에서 이미 留保된 것을 意味하며 우리 憲法에서는 民主的 基本秩序를 意味한다고 보고, 法律留保는 法律에 依하여 留保되는 것, 即 制限할 수 있는 것을 意味한 것으로서 이것은 第32條 2項(一般的 法律留保) 및 第20條의 規定 등을 意味한다고 한다(韓泰淵. 憲法 p. 216). 그러나 우리 憲法에서 民主的 基本秩序가 憲法의 留保를 意味한다는 것은 贊成할 수 있다. 詳細한 것은 拙稿 政黨의 憲法上 地位에 對한 比較憲法的一考察 法學 3卷 2號 參照.

만을 制限할 수 있도록 規定하고 있는 것이다. 西獨基本法에서는 第9條2項에 依한 結社의 禁止가 이에 該當한다. 韓國憲法에서는 憲法 第18條4項의 表現의 自由의 留保를 들 수 있다.

憲法間接的인 留保限界 또는 法律留保는 憲法의 根據下에 法律에 依한 制限이 可能한 것으로서 論理的으로는 一般的法律留保와 特殊的法律留保를 區別할 수 있으나, 特殊的法律留保가 더욱 더 重要性을 띤다고 할 것이다.

以下에서는 우리 憲法上의 憲法留保와 法律留保를 中心으로 하여 基本權의 保障限界를 簡單히 살펴 보기로 한다.

## 2. 一般的 憲法留保

(1) 基本權制限規定의 對象과 그 限界 韓國憲法은 第8條에서 基本權保障의 大原則을 宣言하고 第32條2項에서 「國民의 모든 自由와 權利는 秩序維持 또는 公共福利를 爲하여 必要한 경우」에는 法律로써 制限할 수 있음을 規定하고 있다<sup>(64)</sup>. 第32條2項 前段의 規定이 우리 憲法上 基本權의 一般的憲法留保規定이라고 하겠거니와 Weimar 憲法 第151條2項과 Bayern 憲法 第98條2項의 規定과 비슷한 規定이다. 憲法 第32條2項의 一般留保規定의 解釋은 많은 어려운 問題를 內包하고 있다<sup>(65)</sup>.

第32條2項의 解釋中에서 問題가 되는 것은 이 條項의 規制對象이 問題된다. 이 規定에서 모든 基本權이 制限을 받느냐 그렇지 않으면 自由權만이 制限을 받느냐 하는 것과 그러면 그 制限 받는 權利는 어느 程度까지 制限을 받게 되는가가 問題된다. 첫째로 規制對象에 對해서는 「自由와 權利」의 解釋에 있어서 두 가지 見解가 對立된다. 憲法第32條2項 前段을 自由權의 保障限界로 보는 見解<sup>(66)</sup>와 이것을 基本權全般的 保障限界로 보는 見解<sup>(67)</sup>로 나누어진다. 前者가 萬若에 自由權以外的 基本權은 秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 경우가 아니라도 制限할 수 있다고 본다면 基本權輕視에 치우치는 것이기 때문에 이를 承認키 어려우며, 自由權以外的 基本權은 秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 경우라도 法律에 依해서 制限할 수 없다고 한다면 이것은 不當하다고 하지 않을

(64) 同旨 韓東爨, 姜炳斗, 反對 文鴻柱. 朴一慶 先生은 通說의 憲法留保란 말을 否認하고 있다(朴一慶, 民主의 基本秩序 司法行政 1964年 12月 p. 35).

(65) 이 規定의 解釋에 對해서는 朴一慶, 基本權 保障의 限界 法政 1964年 6月號, 文鴻柱, 基本的人權과 公共福利, 法政 1964年 6月 7日號, 金正實 基本的人權과 公共의 福祉, 考試界 1963年 5月號, 徐柱實, 基本的人權에 對한 立法權의 限界, 法政 1964年 12月號, 1965年 1月號, 其他 教科書 參照.

(66) 韓泰淵, 憲法 p. 212. 金箕範 憲法講議 p. 135. 韓相範, 逐條韓國憲法 p. 192.

(67) 朴一慶, 新憲法解義 p. 172. 法政 1964年 6月號. 文鴻柱, 法政 1964年 6月號. 姜炳斗, 新憲法 p. 142. 李仁復, 尹世昌, 宮澤俊義.

수 없다. 따라서 後者의 學說이 妥當하다고 생각하며, 비록 「自由와 權利」라고는 하고 있으나 이는 基本權 全般에 對한 制限原理라고 보아야 할 것이다.

둘째로는 本質的 內容의 侵害禁止規定이다. 이들 基本權은 公共福利로 秩序維持를 爲하여 必要한 경우에는 法律으로써 制限할 수 있으나 그 本質的 內容은 決코 侵害할 수 없다 (第32條 2項 後段). 이 規定은 西獨基本法 第19條 2項을 모방한 것이며, 西獨學說에 依하면 이 規定은 새로운 創造이며 不知의 領域에 屬한다고 한다. 第32條 後段의 法的意義는 法理的으로 볼 때에는 無意味하다고 하겠다. 왜냐하면 이는 너무나 自明한 것을 規定하고 있기 때문이다. 그러나 法實踐的으로는 公權力에게 基本權의 本質的 內容을 尊重할 것을 要請하고 있는 것이라고 할 것이다<sup>(68)</sup>.

여기서 말하는 基本權은 超實定的인(前國家的) 基本權을 包含하지 않는다. 왜냐하면 超實定的인 基本權은 立法者에 依해서나 다른 權利에 依해서 制限을 都大體 받지 않기 때문이다<sup>(69)</sup>. 따라서 여기서 말하는 基本權은 國家內的인 基本權, 國家에 依해서 創造된 것 卽 法律의 留保가 있는 것이나 內容과 限界를 法律로 定할 수 있는 것만을 意味한다<sup>(70)</sup>.

그런데 基本權의 本質的 內容이 무엇인가 하는 것이 또 問題된다. 判例와 學說에서 本質的 內容이 相對的인가 絕對的인가가 問題되어 왔다. 그러나 基本權의 本質的 內容은 不可避하게 確定되어 있는 絕對的이고 本質的인 核心體라고 보아야 할 것이다<sup>(71)</sup>. 基本權의 本質的 內容은 基本權의 內容과는 相異하다고 보아야 하겠다<sup>(72)</sup>. 基本權의 內容은 包括的인 것이고 本質的 內容은 根本要素(Grundsubstanz)를 內包하고 있다<sup>(73)</sup>. 基本權의 本質的 內容에는 그의 法的強制性(rechtliche Erzwingbarkeit) 까지를 包含한다. 個別的 경우에 基本權의 本質的 內容이 侵害되었느냐 아니냐<sup>(74)</sup>는 內容과 本質的 內容의 對照(Gegenüber-

(68) v. Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 551 ff 參照. Abraham, Bonner Kommentar § 19. II.

(69) Maunz, Deutsches Staatsrecht 9. Aufl. S. 109.

(70) Hamann, a.a. O.S. 197.

(71) 基本權의 本質的 內容에 關한 規定은 따라서 基本權의 內在의 限界(immanenter Schranken)의 受諾을 不可避하게 하는 것이라고 보고 있다. Hamann, a.a.O.S. 197, Herb, Krüger, a.a.O.S. 597. 西獨聯邦憲法裁判所는 不可避한 必要性을 가진 法的處分인 경우 基本權의 本質的 內容에 對한 介入의 妥當性을 認定하는 下級審의 判決의 正當性을 否認하고 있다. BVerfGE 7/411.

(72) Hamann, a.a.O.S. 197.

(73) v. Mangoldt-Klein 은 本質的 內容의 三概念을 區別하고 있다. 첫째로는 絕對的으로 보는 見解, 둘째로는 相對的으로 보는 見解, 셋째로는 絕對的이나 基本權의 內在의 限界에 依해서 相對化된다고 보는 見解이다. v. Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 557 ff.

(74) 朴一慶先生은 人間의 尊嚴과 價値의 毀損은 곧 基本的人權의 本質的 侵害를 意味하는 것으로 보고 있다. 그런데 다만 어느 程度의 自由와 權利의 侵害가 人間의 尊嚴과 價値를 毀損하는 것으로서 基本的人權의 本質的 侵害가 되느냐에 關해서는 一般의 抽象的 標準에 依하기보다 具體的인 경우에 어떤 國家機關(우리나라에서는 法律의 最終的 違憲審查權을 가지는 大法院)이 有權的으로 判定하게 될 것이다, 고 하고 있다(前掲 法政誌 p. 29) 朴一慶 p. 180, 姜炳斗 p. 143. 尹世昌 p. 125. 文鴻柱 p. 251. 韓相範 p. 184. 李士復.

stellung)에 依해서 導出해 낼 수 있다. 이 兩者의 限界를 超越하는 制限은 本質的 內容을 侵害한 것이라고 하겠다.

(2) 公共福利와 秩序維持 ① 公共福利와 秩序維持의 概念 公共福利와 秩序維持가 무엇을 뜻하고 있는가는 明確하지 않다. 外國의 立法例를 보면 이들을 區分하지 않고 秩序維持를 公共福利의 概念 속에 包含시키고 있다. 例를 들면 Weimar 憲法의 公共福利, 東獨憲法의 公共福利, 日本憲法의 公共福祉 등이 그 例이다. 우리 憲法에서는 公共福利와 秩序維持를 區分하고 있으며 西獨基本法 第2條 1項에서는 他人의 權利, 憲法秩序, 道德律로 列擧하고 있다. 우리 憲法上 公共福利와 秩序維持를 統合하여 公共福祉로 呼稱하려는 勞力이 있으며<sup>(75)</sup> 또 實質的으로 公共秩序維持도 窮極的으로는 公共福利에 包含된다고 할 수 있다<sup>(76)</sup>.

이 公共福祉가 무엇이나에 對해서는 여러가지 學說의 對立이 있다<sup>(77)</sup>. 公共福祉는 이를 個人主義的 公共福利, 團體主義的 公共福利로 나누는 見解도 있으며<sup>(78)</sup> 自由國家의 公共福祉와 社會國家의 公共福祉로 區分하는 見解도 있다<sup>(79)</sup>. 이러한 여러 學說을 整理하면 大略 다음과 같다. 첫째로는 全體主義的 世界觀에 立脚하는 것으로서 社會成員의 모든 者의 利益의 綜合으로서의 社會成員全體의 利益 幸福 福祉라고 한다<sup>(80)</sup>. 둘째로는 個人主義的 世界觀에 立脚하는 것으로서 社會成員의 個個人의 福利가 곧 公共福祉라고 한다.<sup>(81)</sup> 셋째로는 人格主義的 世界觀에 立脚한 것이라고 볼 수 있는 것으로서 社會成員의 모든 者의 利益의 平均이라고 한다<sup>(82)</sup>. 넷째로는 國家主義的 世界觀에 立脚한 것이라고 볼 수 있는 것으로서 「公共福利는 國民全體에 利益되는 國家로부터의 受益으로서 公共福利規定은 社會的 留保」라고 한다<sup>(83)</sup>. 다섯째로는 社會主義的 世界觀에 立脚한 것이라고 볼 수 있는 것으로서 社會的 弱者인 勤勞大衆의 權利福利라고 한다<sup>(84)</sup>. 여섯째로는 人權規制의 內在的 理念으로서 把握하는 것으로서 人權相互의 矛盾衝突을 調整하는 原理로서의 實質的 公

(75) 姜炳斗, 集會의 自由와 公共의 福祉, 法政 1964年 6月號 p. 33 以下, 韓東燮 憲法 p. 105.

(76) 韓東燮, 憲法 p. 105. 文鴻柱, 法政 1964年 6月號.

(77) 日本과 韓國에서의 學說 對立에 對해서는 韓相範 逐條韓國憲法 p 186~193 參照.

(78) 文鴻柱 p. 261.

(79) 宮澤俊義 憲法 II p. 230.

(80) Le Fur, 木材龜之, 尹世昌 p. 120. 李圭復 p. 144.

(81) 佐藤功, 文鴻柱 p. 249. 朴一慶 p. 177. p. 180. Dürig 는 公共福利란 個人利益의 總和가 아니라고 하고, 이는 個別利益에 比較할 때 獨自의 價値를 가지고 있다고 한다. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. I Anm-74 S. 2<sup>n</sup> 62.

(82) 이 見解는 個人의 公通利益을 強調한 것으로 柳賴良幹은 이를 配分的 正義로 把握하고 있다. 屋高朝雄.

(83) 韓泰淵 p. 218. 金正實, 姜炳斗 教授는 公共의 幸福과 利益으로서 國家政策的 考慮에 立脚한 積極的 概念이며 國家社會의 利益增進을 爲한 것이라고 한다. p. 143.

(84) 鈴木安藏.

平의 原理라고 한다<sup>(85)</sup>. 이 以外에도 公共福利의 憲法的 概念構成을 포기하고 그 具體的 內容만을 限定하려는 見解가 있다<sup>(86)</sup>.

公共福利의 概念은 抽象的인 것이기 때문에 그 內容은 때와 場所를 따라서 어느 程度 다르며 基本權의 種類에 따라 制約原理로서의 公共福利의 內容은 다르다고 할 수 있을 것이다. 따라서 公共福利의 具體的 內容은 各國家의 憲法과 그 授權에 依하여 制定된 法律 또는 그 違憲審査判例에서 그 內容을 確定할 수 있을 것이다. 西獨基本法은 公共福利라는 不確定概念代身に 第2條 1項에서 他人의 權利, 憲法秩序, 道德秩序를 들고 있다. 그러나 他人의 權利나 憲法秩序內에서 公共福利의 概念을 再發見하려고 하고 있는 面에서 立憲的인 內容確定에 成功했다고는 보기 어려울 것이다<sup>(87)</sup>. 日本<sup>(88)</sup>과 韓國에서도 學說上 西獨基本法 第2條 1項의 基本權制約原理를 導入하려는 傾向이 보인다. 韓東燮教授는 公共福利의 內容에 對해서는 「때와 場所를 超越하여 固定될 수는 없는 것이며 特定한 社會經濟, 政治的 條件의 變化에 따라 變遷되지 아니할 수 없는 것이다. 그러므로 公共福利의 具體的 內容은 具體的 國家의 憲法秩序에 있어서 通說的인 憲法判例에 依하여 具體化되는 것이다」고 하고, 公共福利에 基한 基本權制約의 原理로서 「㉠ 他人의 權利를 侵害하지 않는 限 基本的人權은 尊重된다. ㉡ 憲法的 秩序에 違反하지 않는 限 基本的人權은 尊重된다. ㉢ 道德律에 違反하지 않는 限 基本的人權은 尊重된다」고 말하고 있다<sup>(89)</sup>. 公共福利의 意義는 이를 人格主義的 見地에서 把握하여 人權相互의 衝突을 調査하고 各人의 人格의 最大限의 保障을 피하는 社會正義의 原理라고 볼 수 있을 것이다. 本論에서는 韓國憲法의 用語에 따라 秩序維持와 公共福利를 分離해서 考察해 보기로 한다. 一般的으로 公共福利라는 概念은 積極的인 公共의 利益實現이라고 解釋하고, 秩序維持란 現存秩序의 攪亂防止라는 消極的인 概念으로 解釋할 수가 있을 것이다<sup>(90)</sup>.

② 秩序維持를 爲한 基本權의 制限 秩序維持를 爲한 基本權의 制限은 秩序가 무엇을 意味하는가에 따라 學說이 나뉘어지고 있다. 秩序維持는 [消極的인 概念으로서 이 秩序에는 國家秩序가 包含되지 않는다는 見解가 있고<sup>(91)</sup> 이에 對하여 國家秩序를 包含한다는 見解가<sup>(92)</sup> 있다. 여기서의 秩序維持는 憲法秩序와 社會秩序를 包含하는 것이라고 하겠다.

(85) 宮澤, 憲法, II p. 230, 小林直樹, 橋本公互, 韓相範 p. 192, 李炯鎭 憲法 p. 134.

(86) 法協, 註解 日本國憲法 p. 304, 韓東燮 p. 105/6 參照.

(87) 詳細한 것은 Nipperdey, a.a.O. Dürig, in Maunz-Dürig, a.a. O. 參照.

(88) 橋本公互, 憲法原論.

(89) 韓東燮 p. 107.

(90) 同旨 朴一慶 法政 1964年 6月號. 文鴻柱 法政 1964年 6月, 7月號. 西獨에서는 國民保健의 向上은 §2 I의 留保限界에 해당한다고 본다. OVG Münster v 11, 12, 52.

(91) 韓泰淵 p. 215/220, 尹世昌 p. 120, 韓相範 p. 186, 姜炳斗 p. 143, 李圭復 p. 143. 文鴻柱; 葛奉根.

(92) 朴一慶 p. 231. 「秩序라 함은 國家의 基本秩序 即 立憲國家인 우리나라의 民主의 基本秩序와 社



國家의 法秩序維持가 基本權의 限界를 이루는 것은 아니나 憲法이 指向하는 基本秩序, 即 憲法의 民主的 基本秩序 維持를 爲해서는 基本權이 制約을 받는다고 하겠다<sup>(93)(94)</sup>.

憲法秩序(verfassungsmässige Ordnung)에 對해서 西獨聯邦憲法裁判所는 「憲法에 適合한」 「憲法에 適合하게 構成되고 憲法의 領域內에서 維持되는 法秩序」라고 解釋하고 있으나<sup>(95)</sup> 이것은 憲法秩序와 法秩序를 同置하는 것으로 妥當하다고는 할 수 없다<sup>(96)</sup>. 왜냐하면 法秩序를 維持하기 爲하여 基本權의 制限을 하게 되는 憂慮가 많기 때문이다.

秩序維持란 概念에는 憲法의 基本秩序維持와 他人의 權利維持, 道德秩序維持, 社會의 公共秩序維持 등이 內包되어 있다고 보아야 할 것이다. 憲法의 基本秩序維持란 憲法에 根據한 全法秩序를 意味하는 것이 아니고 憲法의 原理的인 基本原則과 國際法의 一般原則 等を 內包하는 것이다<sup>(97)</sup>. 이에는 憲法의 民主的 基本秩序며 社會의 法治秩序 등이 包含된다고 하겠다<sup>(98)(99)</sup>. 道德秩序란 文化民族의 共通財産인 倫理規範을 말하는 것이다<sup>(100)</sup>

會秩序를 包含하며 社會秩序에는 다시 社會의 安寧秩序와 善良한 風俗이 包含된다」.

- (93) 民主的 基本秩序와 憲法秩序에 對해서는 Maunz-Dürig Art. 18, 16-20 Anm. 46, 47 ff 參照.
- (94) 韓泰淵教授는 自由權은 憲法秩序에 違反되는 內容을 가질 수 없음을 力說하고 民主的 基本秩序는 自由權의 限界로 보고 이를 一般的 憲法의 留保라고 말하고 있다. (p 216) 따라서 韓教授의 見解도 結論的으로는 基本權의 憲法秩序 國家秩序에 依한 制限을 認定하고 있다.
- (95) Hamann, Das Grundgesetz, S. 80/81, BVerfGE, 6/38(vom 16, 1, 1957), BVerfGE 9/11 BVerwGE 7/134; 6/141, 356; 5/128, 292, Vgl. auch Bad-Württ VGH, ESVGH 8/171, 이 聯邦憲法裁判所判例에 對해서는 많은 批判이 行해졌다. Dürig, JZ 57/675, Schätzler, NJW 57/8195, Maunz StaatsR(9) S. 96; Vgl. auch Maunz-Dürig, Rdnr. 18 zu Art. 2 Abs 1.
- (96) BGH St 7/227; 9/286 VGH Freiburg, DVBl, OVG Lüneburg, DVBl. 53/478; OVG Münster, DÖV 52/59; LVG Düsseldorf, MDR 53/382 f. Herb. Krüger, NGW 55/201. v. Mangoldt-Klein, S. 182.
- (97) v Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 182. E.R. Huber, DÖV 56/135 f. Nipperdey, WW 54/219 ff. BGH DVBl 53/173 f
- (98) BVerfGE 8/328, ; BVerwGE 3/304, ; Gerber, ArchÖR 81/40. Wintrich 29; Maunz-Dürig, Rdnr 24, 25 zu Art 2 Abs 1 GG.
- (99) 憲法秩序의 概念과 內容에 對해서는 Nipperdey, Grundrechte IV/2, Maunz-Dürig, a.a.O. § 21 參照. 憲法秩序의 概念에 對해서는 여러 見解가 對立되어 있다. 有力한 見解는 基本的인 憲法原則과 國際法의 一般規定만이 第2條 1項에 依한 憲法秩序라고 한다 (Krüger, Naumann, Lehbruck, v. Mangoldt-Klein, Kleinrahm, Derredde, Hamann, Köster, Ipsen, Dürig, Jahrreis) 다른 見解들은 基本法이 根據를 두는 根本原則 [OVG Münster, JZ 1951, 276(278), VGH Freiburg, DVBl 1951, 635(636)] 憲法이 가지고 있는 原則(tragenden Grundsätze)(Meyer-Cording) 憲法의 決定的 基本原則(maßgebenden Grundprinzipien)(Nipperdey H. Peters), 혹은 單純히 基本法의 原則(Grundsätze des Grundgesetzes) 憲法原則, 全體로서의 憲法, 共同體의 法律(Gesetze der Gemeinschaft)이라고 한다. Giese는 基本法의 本文(Wortlaut)과 語意(Wortlaut) 및 憲法(記述되지 않은)에 依한 國家의 根本秩序라고 말하며(Grundgesetz, 4. Aufl 1955 Art 2 Anm II 3), H Peters는 實質的 憲法, 特히 人格의 自由로운 發展에 關한 權利가 基礎를 두고 있는 秩序라고 말한다(Festschrift für Laun, S. 676, 1953) Grewe (Der Markenartikel 1951, 246)는 憲法秩序 아래서, 基本法 속에 있거나 없거나 古來의 慣習 혹은 一般的으로 認定된 國家의 社會의 原理에 依해서 構成된 것인 가를 勿論하고, 聯邦共和國의 政治的 社會的 經濟的 全體秩序의 構成과 內容에 對해서 基本的 意味를 갖는 모든 原則과 規範을 理解하고 있다. Maunz는 特히 第20條의 所謂 社會國家의 條項을 들 수 있는 憲法의 가장 一般的인 構造原理 뿐만 아니라 그것을 넘어서 本質的 法規에 있어서의 國家의 根本秩序라고 把握한다(Staatsrecht, 10. Aufl. 1961, S. 97) 憲法秩序라는 概念은

이 倫理規範은 一般的 尺度로 解釋하여야 하며 地域的 見解에 支配되어서는 안된다<sup>(101)</sup>. 他人의 權利維持란 個人과 法人의 私權 뿐만 아니라 公權維持를 包含하는 것으로서 生活의 安定이나 健康의 維持 같은 公共의 利益은 이에 包含되지 않는다<sup>(102)</sup><sup>(103)</sup>. 社會의 公共 秩序維持는 生活의 安定과 保健의 維持 등을 內包하는 것으로서 다음과 같은 公共福利와 密接한 關係를 가지고 있다.

日本判例는 地方公共의 秩序의 維持, 住民 및 滯在者의 安全, 健康, 福祉의 保持는 公共 福祉에 基하는 것이라 하고 (昭和 24 年 埼玉縣條例 43 號 違反被告事件), 竊盜被告事件에 있어서 社會秩序를 紊亂케 하고 그 基礎를 威脅하는 行爲는 公共의 福祉에 反한다고 보고 있다(最判 昭和 23. 10. 21. 刑集 2, 11. 1377). 나아가 善良한 風俗維持도 또한 公共의 福祉라고 보고 있다 (最判 昭和 25. 11. 22. 刑集 4, 11, 2380). 이러한 判例에서 보더라도 秩序維持는 憲法의 基本秩序維持와 他人의 權利維持 및 社會의 安寧秩序維持라는 것을 알 수 있을 것이다.

③ 公共福利를 爲한 基本權制限 秩序維持의 概念이 現存秩序維持라는 消極的인 目的을 지니고 있는데 對하여 公共福利란 概念은 現代的福祉國家의 理念을 具顯하는 積極的인 意味를 갖는 것이라고 할 수 있겠다. 그러나 公共福利가 무엇을 뜻하는가에 對해서는 많은 見解의 對立이 있음을 위에서 보았다.

公共福利의 概念을 既述한 바와 같이 人權相互의 衝突을 調整하고 各人의 人權의 最大限의 保障을 피하는 社會正義의 原理라고 보는 경우에 있어서도 그 具體的 內容이 무엇인가는 確定되어 있지 않다<sup>(104)</sup><sup>(105)</sup>.

西獨에서는 憲法秩序의 概念이 公共福利의 概念을 內包하고 있다고 보고 있다<sup>(106)</sup>. 聯

民主的, 自由的, 그리고 社會的 法治國家에 對한 憲法의 法的信條로부터 發生하는 人間의 共同生活의 決定的인 根本原理라는 것에 依하여 가장 잘 定義된다. (Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte IV/2 S. 804)

(100) BVerfGE 6/437; Maunz-Dürig 는 이 倫理規範을 私法上의 良俗과 信義誠實의 原則으로 局하고 있는데 이는 妥當하다고 할 수 없다. Hamann, a.a.O.S. 81.

(101) BVerw GE 1/308, BVerfGE 6/89. 그러나 全獨逸的인 倫理秩序의 概念을 排斥하는 것은 아니다. 例를 들면 獨逸서 同性戀愛를 禁止하고 있는 것은 合憲的이라고 보고 있다.

(102) 同旨 BGH, DVBl, 53/474; Maunz-Dürig, Rdnr. 14 zu Art. 2 Abs. 7 m.w. Nachw; Dürig, NJW, 55/732. 反對 VGH Freiburg, DVBl 51/636 OVG Münster, DVBl 53/763; OVG Koblenz, DÖV 54/290. v. Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 178.

(103) 他人의 權利가 公共의 福利를 內包하는가에 對해서 獨逸에서는 많은 學說의 對立이 있다.

(104) 日本 文獻에 關해서는 峯村光雄 基本的人權と公共の福祉 法哲學講座 5卷(上) p. 35 ff. 依靜夫, 基本的人權と公共の福祉, 憲法講座 II, p. 1~16 奥平康弘, 公共の福祉に關する立法及び判例の傾向, 憲法講座 II, p. 17~38, 基本的人權と公共の福祉, 日本國憲法體系 VII.

(105) 公共福利 概念은 우선적으로 社會的 亂狀의 排除와 健全한 社會狀態의 形成에 聯關되고 있다(BayVerfGH. Entschluß v. 24, 1, 49);

(106) Nipperdey, Grundrechte IV/2. S. 813.

邦憲法裁判所는 藥房判決(Apothekenurteil)<sup>(107)</sup>에서 職業選擇의 制限規定으로서 公共福利의 概念을 援用하고 있다. 職業選擇의 自由는 特別히 重要한 共同利益(Gemeinschaftsgüter)의 保障을 爲하여 不可避한 경우에는 制限할 수 있다고 보고 있다. 이러한 公共福利의 要請으로서는 健康을 들고 있다. 健康을 爲해서는 藥房의 設立에 對해서 法律로 制限할 수 있고 또 牛乳의 含量을 規制할 수 있다고 判示하고 있다.

日本判例에 依하면 公共의 福祉는 ①國家의 福祉, ②社會的 福祉, ③人類的 福祉를 內包하고 있다<sup>(108)</sup>. 여기서 國家의 福祉란 國家가 그 政治機能을 必要로 하고 充分히 다 하기 爲한 利益이다. 日本判例는 國家機能을 阻害한다고 思料되는 경우를 「公共의 福祉」에 反하는 것으로 하고, 立法政策上의 問題를 모두 公共의 福祉의 問題로서 把握하고 있다. 例를 들면 選舉의 公正한 施行<sup>(109)</sup>, 裁判機能의 能率化<sup>(110)</sup> 등을 公正의 利益이라고 보며 심지어는 國家의 利益의 이름下에 當時의 政府의 利益을 곧 公共의 福祉로 보는 判例<sup>(111)</sup> 까지 나오고 있으나 國家의 利益은 반드시 公共福祉와 矛盾되는 것이 아니라도 政府의 利益 公共福祉란 思考傾向은 不當하다고 할 것이다.

社會的福祉에는 다음과 같은 것이 있다. ①國民一般의 健康增進, 生活安定 등을 公共의 福祉로 보고 있다. 例를 들면 國民健康保險에의 強制加入<sup>(112)</sup>, 有毒飲食物團東<sup>(113)</sup>, 水產動物의 保護<sup>(114)</sup>, 麻藥團東<sup>(115)</sup>, 都市計劃<sup>(116)</sup> 이 있다. 또 ②社會經濟의 安定發展<sup>(117)</sup> 등을 公共의 福祉로 보는 判例가 많다. 例를 들면 國民全般의 食生活 其他 一切의 經濟生活의 安定確保는 公共의 福祉라고 보아 社會經濟的 公共性을 指摘하고 있고, 또 農業生產力의 發展과 農村의 民主化傾向의 促進을 目的으로 하는 農地買收 및 賣渡處分은 널리 公共의 福祉를 目的으로 하는 것이라는 判例도 있다<sup>(118)</sup>. 또 「社會惡의 根絶」도 公共의 福祉라고 보고 또 遊藝場營業의 團東도 公共의 福祉를 爲한 것이라 한다<sup>(119)</sup>.

(107) BVerfGE. 7, 377.

(108) 日本判例는 公共福利의 概念을 Case by case 로 다루고 있고 一般의인 概念規定을 하지 않고 있다(宮澤俊義 p. 217 ff). 日本判例에 對해서 詳細한 것은 前記 奧平康弘, 公共의福祉에 關する立法及び判例의 傾向, 憲法講座, II p. 17~38. 小林孝輔, 總合判例叢書 憲法(3) p. 1 ff 參照.

(109) 最判 昭 31. 9. 25 刑集 10, 9, 14, 16.

(110) 最判 昭 23. 7. 29 刑集 2, 9, 1007.

(111) 仙臺高判 昭 27. 2. 13 刑集 5, 2, 208.

(112) 福岡高判 昭 30. 3. 28 行政例集 6, 3, 90.

(113) 最判 昭 23. 12. 15 刑集 2, 13, 783.

(114) 最判 昭 23. 10. 21 刑集 11. 11 1377.

(115) 最判 昭 31. 1. 10 刑集 10, 1, 1.

(116) 名古屋 地判 昭 25. 5. 10 行政例集 1, 10, 1469.

(117) 最判 昭 25. 2. 1 刑集 4, 2, 88.

(118) 甲府批判 昭 25. 5. 16 行政例集 1, 4, 552.

(119) 東京高判 昭 26. 12. 6 刑集 4, 14, 2052.

人類的 法益이란 個人的인 人間關係에 있어서의 福祉를 말하는 것으로 所謂 私的法益도 이에 包含된다. 그 重要的인 日本判例를 보면 職業安定法은 公共의 福祉를 爲하여 이들 弊害를 除去하고 各人에게 그 能力에 應하여 適當한 職業을 주어서 職業의 安定을 꾀하려는 것이라고 보아 職業의 安定을 公共福祉로 보고 있다<sup>(120)</sup>. 또 他人의 福祉<sup>(121)</sup>와 兒童의 福祉<sup>(122)</sup> 等도 公共福祉로 認定되고 있다.

以上の 判例를 概觀해 볼 때에 여러가지로 統一性을 缺한 느낌이 있다. 社會的 福祉에 있어서 健康保險의 強制加入, 麻藥 等の 兩東이 公共의 福祉를 爲하여 合憲的이라고 하는 것은 前者에 있어서는 社會保障制度라는 觀點에서, 後者에 있어서는 公衆衛生上의 觀點에서 判旨에 贊成할 수 있다. 그러나 水產動物의 保護, 森林共有者의 利益保護 等은 個個의 營利와 公共의 福祉를 混同하고 있는 것 같다. 都市計劃에 基한 居住移轉, 財産의 制限 等を 公共的인 見地에서 合憲이라고 보는 判例가 있으나, 이것은 一般的인 見地에서는 首肯되나 具體的인 實施面에 있어서 個別的으로 違憲性이 生길 可能性이 많다고 할 것이다. 우리 憲法上에서는 公共福利를 爲하여 必要한 경우에 限하여 法律로 基本權을 制限할 수 있게 하고 있는데 이러한 여러 法律이 制定되고 있다.

(3) 必要한 경우의 意義 「必要한 경우」의 意味가 問題된다. 여기서 必要한 경우란 秩序維持 또는 公共福利를 爲하여 그 制限이 不可避한 경우와 또 그 制限이 最小限으로 그 쳐야 한다는 것을 意味하고 있다<sup>(123)</sup>. 그런데 Nipperdey는 公共福利條項은 正確하고도 嚴格한 解釋을 하여야 한다고 하고, 解釋原則을 列擧하고 있다<sup>(124)</sup>. 첫째로는 公共福利의 顯著한 要請(überragende Forderung)이 있어야 하고, 둘째로는 다른 方法으로써는 到達할 수 없는 不可缺하고도 不可避한 경우에만 法律으로써 基本權을 制限할 수 있다고 보고 있다. 制限하는 경우에 있어서도 基本權의 侵害는 最小限에 局限되어야 하며 이에는 比例(Proportionalität)의 原則과 補充(Subsidiarität)의 原則이 支配하여야 한다. 補充性의 原則은 당초에 公共福利를 爲하여 正當한 處分이라고 하더라도 나중에 그것이 正當할 수 있는가의 尺度를 提供한다. 公共福利를 爲한 法律에 依한 制限은 立法者의 自由裁量에 依한 것이 아니고 法院에 依한 違憲審査의 對象이 된다.

우리 憲法에 있어서도 公共福利를 爲한 制限은 그것이 個人의 基本權에 優越하는 比例性이 認定되어야 하며 秩序維持를 爲한 制限은 明白하고도 現存하는 危險의 原則이 適用되

(120) 最判 昭 25. 6. 21 刑集 4, 6, 1049.

(121) 東京高判 昭 27. 4. 8 刑集 5, 4, 560.

(122) 最判 昭 31. 9. 11 刑集 10, 9, 1331.

(123) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 105, 韓泰淵, p. 218.

(124) Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Grundrechte IV/2 S.S. 813 ff.

어야만 할 것이다<sup>(125)</sup>.

### 3. 特殊的 法律留保

一般憲法留保에 對하여 特殊的 法律留保는 個個의 基本의 人權에 對하여 法律로 制限할 수 있음을 規定하고 있는 것이다. 既述한 마와 같이 特殊的 法律留保는 憲法間接의 留保限界로서 一般的 또는 特殊的 法律의 留保의 根據下에 基本權을 制限할 수 있는 것이다.

우리 憲法에서도 特殊的 法律留保規定이 많이 있다. 例를 들면 憲法 第20條의 財產權의 保障이 있는데 財產權의 內容과 限界를 法律로 定하도록 留保하고 있다. 또 憲法 第18條 4項의 屋外集會에 對하여서도 그 時間과 場所에 關한 規制를 法律로 定할 수 있게 하고 있다<sup>(126)</sup>. 이러한 特殊留保에 따라 憲法 第32條 2項의 一般的 憲法留保條項의 規定에 依하지 아니하고도 法律로 財產權과 屋外集會를 規律할 수 있게 하고 있다.

그런데 問題가 되는 것은 特殊的 法律留保와 一般的 憲法留保와의 關係이다. 例를 들어 言論·出版·集會·結社에 對한 許可制 檢閱制 등은 個別條項으로서는 禁止되어 法律에 依해서도 導入할 수 없게 되어 있으나, 第32條 2項에 依하여 秩序維持와 公共福利를 爲하여 制限이 可能한가의 問題이다. 이러한 경우에는 第32條 2項의 一般留保條項은 어디까지나 個別留保條項에 違背할 수가 없다고 解釋하여야 한다<sup>(127)</sup>.

### 4. 法律에 依한 制限

憲法 第32條 2項에서의 一般留保에 있어서나 特殊的 留保에 있어서 基本權은 法律에 依하여 制限할 수 있음을 規定하고 있다. 이는 基本權이 立法을 拘束하는 憲法上의 例外로서 認定되고 있는 것으로 第32條 2項과 第18條 4項, 第20條 1項 3項 등의 경우에 限하여 嚴格히 解釋되어야 한다. 國會制定法인 形式的 法律에 이를 局限한 것은 法律國家의 原則에서 認定된 것이며 또 法律은 一般意思의 表現이란 點에서 基本權制

(125) 文鴻柱, 朴一慶, 朴一慶先生은 必要한 場合に 對해서 다음과 같이 말하고 있다.

① 秩序維持를 爲해서 必要한 경우에는 明白하고도 現存하는 危險의 原則이 適用된다.

② 公共福利를 爲해서 必要한 경우에는 國民의 經濟의 利益을 爲하여 個人의 經濟的 權利를 制限하는 것이라고 보고 있다.

(126) 言論, 出版, 集會, 結社의 自由의 限界에 對해서 Ermacora는 壤地利憲法上에 다음의 다섯가지를 들고 있다. ㉠ 國家秩序를 타락한 表現에서 保障하기 爲한 制限 ㉡ 國家에 依하여 維持되는 文化를 타락한 表現에서 保障하기 爲한 制限 ㉢ 國家에 依하여 承認된 教會나 宗教結社를 타락한 表現에서 保障하기 爲한 制限 ㉣ 個人의 正當한 利益을 타락한 表現에서 保障하기 爲한 制限 ㉤ 特別權力關係에 依하여 規定되어지며 個別的으로 承認되고 있는 制限. Vgl. Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte S. 332 ff.

(127) 文鴻柱 憲法 p. 259f. 法政 前掲論文.

限의 根據가 될 수 있는 것이다<sup>(128)</sup>.

法律에 依해서 基本權을 制限하는 경우에도 法律은 一般的이어야 하며 또 明確性을 가져야 하고 具體的으로 各 條項을 指示해야 한다. 西獨基本法은 이를 第19條에서 明白히 하고 있다<sup>(129)</sup>. 西獨基本法 第19條는 公權力 特히 立法權과 基本權과의 緊張狀況을 規律하는 것을 課題로 하고 있으며, Weimar 憲法の 경험에 비추어 特히 基本權의 保障을 期하고 있다. 基本權의 內容에 介入하거나 그 行使를 制限하는 法律의 留保는 一般的이거나 特殊的이다. 法律의 留保가 아닌 것은 內容的인 形式을 單純한 立法者에게 放任한 것이다. 이는 憲法の 留保로 把握할 것이다. 또 基本權規定의 施行法律의 判定을 立法者에게 委任한 것도 法律의 留保가 아니다. 이 경우에 立法者는 基本權의 內容을 侵害할 수 있는 것이 아니고, 다만 憲法에 形成되어 있는 基本原則의 補充을 할 수 있을 뿐이다. 基本權의 制限은 憲法破毀(Durchbrechung)에 依해서는 不可能하다. 基本權의 制限은 直接 法律에 依하거나 法律의 根據에 依하여 法規命令이나 行政行爲에 依해서만 可能하다. 基本權은 形式的 法律以外的 法規範 即 法規命令이나 條例 等に 依해서는 制限할 수 없다.<sup>(130)</sup> 勿論 慣習法에 依해서도 制限될 수 없다.

法律에 依하여 또는 法律에 依據하여 基本權을 制限하는 경우에도 그 法律은 一般的이어야 하며 個別的인 경우에만 妥當한 것이어서는 안된다.<sup>(131)</sup> 나아가 그 法律은 基本法의 條文을 밝히고 그 基本權을 明示하여야 한다. 이 規定은 立法形態에 있어서의 行政行爲를 禁止하는 것이며, 所謂 處分法(Massnahmegesetz)을 禁止하는 趣旨이다. 그런데 國家緊急時에 있어서는 基本權은 實質的으로 法律의 效力을 가지는 命令에 依해서도 制限된다. 例를 들면 大統領의 緊急財政, 經濟命令(73條1項), 緊急財政經濟處分, 緊急命令(同條2項)과 大統領의 戒嚴令(75條)이 있다. 이는 法治主義原則에 對한 重大한 例外이다. 그 中에서도 戒嚴下에서는 法律이 定하는 바에 依하면 令狀制度, 言論·出版·集會·結社의 自由, 政府나 法院의 權限에 關하여 特別한 措置를 할 수 있고, 非常戒嚴下의 軍事裁判은 法律이 定한 一定한 犯罪에 對하여 單審으로 裁判할 수 있으므로 基本權保障의 重大한 例外가 된다.

(128) 公共福利를 爲하여 基本權을 制限하는 것으로서는 그 性質에 따라 警備, 保安, 消防 等 治安關係法規 旅券 在外國民登錄 等 涉外關係法規, 土地收用, 都市計劃 等 國土建設法規, 農地改革, 山林保護 等 農林關係法規, 貿易, 電氣, 鑛業 等 產業關係法規, 價格統制 等 物價政策에 관한 法規, 公衆衛生, 藥事 等 保健關係法規, 勞動社會福祉 等 社會關係法規 等이 있다. 이를 基本權의 種別에 따라서 보면 旅券法 傳染病豫防法 等 居住移轉의 自由를 制限하는 法規 新聞通信 等の 登錄에 關한 法律, 映畫法 等 言論 出版의 自由를 制限하는 法規, 國家保安法 集會 및 示威에 關한 法律 等 集會 結社의 自由를 制限하는 法規, 勞動組合法 等 勞動基本權을 制限하는 法規, 土地收用法 等 財產權을 制限하는 法規 等 無數한 法律이 있다.

(129) 西獨基本法 第19條에 對해서는 Maunz-Dürig § 19, v. Mangoldt-Klein, § 19, Hamann § 19.

(130) Köttgen, DVBl, 55/448. Hamann, a.a.O.S. 195.

(131) 一般的이란 말은 모든 基本權 享有者에게 法的인 構成要件을 充足시키면 다 같은 方途로 適用되어야 한다는 것을 말한다. v. Mangoldt Klein S. 544.

# Schutz und Schranken der Grundrechte

von Tscholsu Kim\*

## Gliederung

- I. Einleitung
- II. Achtung und Schutz der Grundrechte—Artikel 8 KV
  - 1. Art.8 der Koreanischen Verfassung
  - 2. Sinn und Systematik des Grundrechtsschutzes
    - (1) Begriff der Würde und Werte des Menschen
    - (2) Würde und Werte des Menschen als Grundrechte
    - (3) Inhalt der Würde und Werte des Menschen
  - 3. Verpflichtung des Grundrechtsschutzes
    - (1) Art.8 Satz 2 der Koreanischen Verfassung
    - (2) Verbindlichkeit der Grundrechte
    - (3) Drittwirkung der Grundrechte
- III. Schranken der Grundrechte—Art.32 KV
  - 1. Sinn der Grundrechtsschranken
  - 2. Genereller Verfassungsvorbehalt
    - (1) Einschränkung der Grundrechte
    - (2) Gemeinwohl und Ordnungssicherung
    - (3) Im notwendigen Fall
  - 3. Spezieller Gesetzesvorbehalt
  - 4. Einschränkungen durch Gesetz

## Zusammenfassung

### I. Einleitung

In dieser Abhandlung wird das Problem des Grundrechtsschutzes und der Grundrechtseinschränkungen behandelt. Der hier besonders in Frage stehende Art.8 und Art 32 KV lautet (in offizieller englischer Übersetzung):

**Article 8** All citizens shall have the dignity and value as human beings, and it shall be the duty of the State to guarantee fundamental rights of the people to the utmost.

**Article 32** (1) Liberties and rights of the citizens shall not be ignored for the reasons that they are not enumerated in the constitution.

(2) All liberties and rights of citizens may be restricted by law only in cases demand necessary for the maintenance of order and public welfare. In case of such restriction, the essential substances of liberties and rights shall not be infringed.

### II. Achtung und Schutz der Grundrechte

An der Spitz des Grundrechtskatalogs der KV ist Würde und Werte des Menschen verkündet. Art.8 KV stellt die oberste Norm unseres Verfassungsrecht dar, es handelt sich hierbei um

\* a.o. Professor, Juristische Fakultät, Universität Seoul

einen Satz des überpositiven Rechts. Art.8 gehört zu den tragenden Konstruktionsprinzipien, die alle Bestimmung der KV beherrschen. Art.8 erscheint zugleich als die entscheidende Aussage unserer Verfassung über den Staatszweck. Art.8 KV verbürgt auch die Grundrechte der Menschenwürde. Dieser in Art.8 KV verbrieftes Rechtssatz richtet sich aber nicht nur gegen den Staat, er verpflichtet diesen vielmehr, die gesamte Rechtsordnung so zu gestalten, dass die Menschenwürde auch nicht von außerstaatlichen Kräften verletzt werden kann.

### III. Schranken der Grundrechte

Die Schranken, denen die Grundrechte unterworfen sind, ergeben sich ausschließlich aus den positiven Vorschriften der KV. Einmal aus der gesetzlichen Umschreibung des Inhalt des betreffenden Grundrechts, und weiter aus den etwa der Grundrechtsverbürgung zugefügten "Gesetzesvorbehalten", und den jeweils der einfachen Gesetzgebung gewährten Befugnissen, Inhalt und Grenzen des betreffenden Grundrechts zu bestimmen und schließlich die Generalvorbehalt des Art.32 Abs.2 KV. Art.32 Abs.2 KV bestimmt: "Einschränkungen der Grundfreiheiten und Grundrechte durch Gesetz sind nur zulässig wenn die öffentliche Sicherheit und Gemeinwohl es zwingend erfordern". Also der gesetzliche Eingriff darf nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht gleichwohl und in weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen. Es muß also eine Güterabwägung zwischen dem Ziel des Eingriffs und der Schwere der Beeinträchtigung vorgenommen werden. Kein Gesetz darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt antasten auch nicht mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl, die allgemeinen Sitten, die öffentliche Ordnung, die soziale Gerechtigkeit, die Nationale Sicherheit oder aus ähnlichen Gründen. Ein Grundrecht wird dann durch einen gesetzlichen Eingriff in seinem Wesensgehalt angestastet, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet.