

基本權의 葛藤

權 寧 星*

I. 머리말

근년에 와서 個人主義와 自由主義가 심화·정착되면서, 基本權의 葛藤(基本權의 競合과 衝突)의 문제가 이론적 차원에서 뿐만 아니라 실천적인 차원에서도 중대한 의미를 가지게 되었다. 특히 국민간에 기본권수호를 위한 行政的·司法的 努力이 고조되고 있고, 民主主義와 法治國家原理의 실현을 위한 기본권보장의 중요성에 대한 認識이 확산되고 있으며, 憲法裁判의 정착에 따른 기본권보장에 대한 기대가능성도 증대되고 있는 점이 그 배경원인으로 작용하고 있다. 그러나 우리 학계에서는 기본권의 경합과 충돌의 문제에 관한 보편적인 논의가 아직은 본격적으로 전개되고 있지 아니하여 이 문제에 관한 만족할 만한 解決原則도 定立되어 있지 아니한 실정이다. 本橋에서는 基本權의 競合과 衝突의 문제에 관한 독일과 우리나라에서의 理論的 試圖들을 소개하고 나름대로의 문제해결의 방향을 제시해 보려고 한다.

II. 基本權의 葛藤과 基本權의 效力

헌법의 基本權規定들은 각기 고립하여 존재하는 것이 아니라 어떠한 형태로든 다른 기본권규정들과 관련을 가지고 있으며 경우에 따라서는 기본권 상호간에 마찰과 모순을 드러내는 경우도 없지 아니하다. 기본권간의 마찰과 모순으로부터 야기되는 제반문제를 「基本權의 葛藤」(Grundrechtskonflikt)이라 한다. 기본권의 갈등은 복수의 기본권주체가 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우(基本權의 衝突)와 단일의 기본권주체가 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우(基本權의 競合)를 포괄하는 개념이다.⁽¹⁾

이러한 基本權의 葛藤은 (ㄱ) 기본권규정을 어떻게 해석하느냐에 따라 그것이 과연 기본권의 갈등에 해당하는 경우인지 아닌지 또 그 갈등의 범위가 어느 정도인지 명백히 된다

* 서울대학교 법과대학 교수

(1) 金哲洙 교수(第7全訂版 新版 憲法學概論, 1995, 박영사, 271면), 李康赫 교수(基本權 相互間的 補充과 衝突, 月刊考試 1981. 7, 64면 이하), 洪性邦 교수(基本權의 衝突, 考試研究, 1986. 7, 68면) 등이 基本權의 競合 또는 衝突이라 표현하는 것을 許 營 교수(新訂3版 韓國憲法論, 1995, 박영사, 258-265면)는 競爭과 相衡이라 표현하고 있다.

는 점에서 기본권으로는 “基本權의 解釋”에 관한 문제이지만, (ㄴ) 갈등관계에 있는 기본권의 효력을 어느 정도로 인정할 것인가를 결정해야 한다는 점에서는 “基本權의 效力”에 관한 문제이기도 하고, (ㄷ) 이러한 갈등을 해소하기 위해서는 결국 헌법이 예정한 기본권제한의 원칙(이론)을 문제해결의 준거로 삼을 수밖에 없다는 점에서 최종적으로는 “基本權의 制限”에 관한 문제라고 할 수도 있다.

III. 基本權의 競合

1. 基本權競合의 意義

(1) 基本權競合의 概念

基本權의 競合(Grundrechtskonkurrenz)이라 함은 「단일의 기본권주체가 국가에 대하여 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우」를 말한다. 일반적으로 기본권경합의 문제는 상이한 제한의 정도를 규정한 法律留保가 부가됨으로써 그 制限의 可能性이 각기 상이한(schrankendivergent) 여러 기본권을 단일의 기본권주체가 동시에 주장하는 경우에 발생하며, 이 경우 제한의 가능성이 보다 더 큰(효력이 보다 더 약한) 기본권과 제한의 가능성이 보다 더 작은(효력이 보다 더 강한) 기본권 중에서 어느 것을 우선적으로 적용할 것인가가 헌법문제로서 제기된다.

(2) 基本權의 競合과 類似競合

기본권이 경합되는 경우는 어떠한 행위가 여러 기본권의 구성요건에 해당하는 경우이지만, 그러한 기본권 구성요건들이 一般法과 特別法의 관계에 있는 경우에도 기본권경합을 인정할 것인가가 문제된다. 이 점에 대해서는 (ㄱ) 각 기본권은 그 자체로서 獨自的인 것이며 따라서 기본권규정 상호간에는 法條競合이라는 것이 존재할 수 없으며, 원칙적으로 어떤 기본권도 다른 기본권의 특수범주로 볼 수 없기 때문에 기본권간에는 경합이 있을 수 있다고 보는 견해(기본권경합긍정설)⁽²⁾가 있는가 하면, (ㄴ) 어떠한 행위가 一般規範과 特殊規範에 각각 해당하는 경우에는 特殊的 基本權의 침해 여부만이 문제되어야 한다는 견해(기본권경합부정설)⁽³⁾가 있다.

그러므로 기본권경합의 경우에도 기본권 충돌의 경우와 마찬가지로 기본권의 「類似競合」(Scheinkonkurrenz)이라는 문제가 제기될 수 있다. 예컨대 학문적 표현이나 예술적 수단을 이용한 광고 또는 선전행위를 하는 경우에 營業의 自由(§15)나 財産權(§23) 이외

(2) Rütger, W., Grundrechtskonflikte, in: Starck, Ch.(hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen 1976, S. 477.

(3) Bleckmann, A., *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln · Berlin · Bonn · München 1989, S. 395.

에 學問과 藝術의 자유(§22)까지도 경합적으로 주장할 수 있는가가 문제된다. 생각건대 상업적 목적의 광고 또는 선전행위는 학문적 지식이나 예술적 관념을 전파하는 전형적인 수단이 아니므로 그러한 행위는 학문의 자유나 예술의 자유로서 보호받을 수 없는 것이고,⁽⁴⁾ 따라서 이러한 경우 진정한 기본권경합의 문제는 발생하지 아니한다.⁽⁵⁾

2. 基本權競合의 類型

진정한 기본권경합의 사례로는 (가) 집회나 시위에 참여하려는 사람을 체포·구속한 경우 身體의 자유(§12)와 集會의 자유(§21)를 동시에 주장한다거나, (나) 정치단체에 가입하였다는 이유로 教師를 과면한 경우 結社의 자유(§21)·職業遂行의 자유(§15)·授業權(§31①) 등을 동시에 주장한다거나, (다) 직업음악가의 연주회 개최나 성직자의 설교를 제한한 경우 藝術의 자유(§22)·宗教의 자유(§20)·職業遂行의 자유(§15)를 동시에 주장한다거나, (라) 재산적 가치가 있는 예술작품을 강제로 철거하는 경우 藝術의 자유(§22)와 財產權(§23)을 동시에 주장한다거나, (리) 신문배달의 자동차를 압수한 경우 言論의 자유(§21)와 財產權(§23)을 동시에 주장하는 경우 등을 들 수 있다.

3. 基本權競合의 解決理論

(1) 學說

독일에서는 제한의 가능성이 각기 상이한 여러 기본권이 경합하는 경우에, (가) 少數說은 제한의 가능성이 보다 더 큰(효력이 보다 더 약한) 기본권을 우선시켜야 한다고 주장하지만, 이러한 주장은 기본권은 최대한으로 존중되고 보장되어야 한다는 헌법이념에 부합하지 아니하는 것이다. (나) 多數說은 “의심스러울 때는 자유의 이익으로”(in dubio pro libertate)라는 원칙을 원용하여 제한의 가능성이 보다 더 작은(효력이 보다 더 강한) 기본권을 우선시켜야 한다고 주장한다. 다시 말하면 경합되는 기본권의 효력의 정도가 각기

(4) 재산권행사의 社會的 義務性을 헌법이 명문화하고 있는 것은 재산권의 악용 또는 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 社會正義를 구현하려는 국민적 합의의 표현이라고 할 수 있으며, 私法の 領域에서도 信義誠實의 원칙이라든가 權利濫用禁止의 원칙 그리고 所有權의 相隣關係 등의 형태로 그 정신이 반영되고 있다. 따라서 判例도 「사회적 공동생활에 있어서는 공동생활자 상호간에 이해관계가 서로 경합되므로 모든 권리행사에는 필연적으로 일정한 한계가 있어야 하기 때문에 민법 제2조는 “權利的 行使는 信義에 좇아 성실히 하여야 하고, 권리는 濫用하지 못한다”고 규정하여 권리의 社會性과 適法性을 명백히 하고 있는 바, 형식적으로는 權利行使라고 하여도 그것이 권리의 社會性과 適法性의 관념에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도의 것이라면 그 권리의 행사는 부인되어야 할 것이다」라고 하고 있다(1992. 6. 9. 大判 91 마 500).

(5) Rüter, W., *aaO.*, S. 475.

상이할 때에는 “그 효력이 보다 더 강한” 기본권을 우선시켜야 한다는 것이다.⁽⁶⁾ 그러나 효력이 보다 더 강한 기본권을 우선적으로 적용하여야 한다고 할지라도 “당해 사안과 直接的으로 關聯되는 기본권”이 존중되어야 하며, 동등한 효력의 기본권이 경합할 경우에는 “당해 사안과 관련이 있는 기본권적 가치내용은 모두 실현되어야 한다”⁽⁷⁾는 원칙에 따라 모든 기본권이 적용되어야 한다고 한다.⁽⁸⁾

(2) 私見

생각전대 기본권이 경합하는 경우에는 (ㄱ) 여러 기본권 중에서 문제의 事案과 직접적인 관련이 있는 기본권이 우선적으로 적용되고(直接關聯基本權適用의 원칙),⁽⁹⁾ (ㄴ) 사안과의 관련성이 동일한 경우에는 그 효력이 가장 강력한 기본권이 적용되며(最強力基本權適用의 原則),⁽¹⁰⁾ (ㄷ) 문제의 사안과 관련이 있는 모든 기본권의 효력이 동일한 경우에는 관련이 있는 기본권 모두가 적용될 수밖에 없을 것이다(關聯基本權全部適用의 원칙).⁽¹¹⁾ 이러한

(6) Lerche, P., *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, 1967, S. 28; Lepa M., *Grundrechtskonflikte*, DVBl, 1972, S. 164; Berg, W., *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, Diss. Köln, Berlin 1968, S. 88 ff., 142, 162; Rüfner, W., *aaO.*, S. 477; Bleckmann, A., *aaO.*, S. 393 ff. 참조.

(7) Bleckmann, A., *aaO.*, S. 394.

(8) 許 贊 교수(전계서, 260면)는 기본권의 選擇의인 保護가 불가피한 경우에 관하여 이른바 最強效力說과 最弱效力說을 소개한 후 「경쟁하는 기본권 간의 효력의 우열은 기본권을 주장하는 기본권주체의 의도와 기본권을 제한하는 공권력의 동기를 감안해서 개별적으로 판단하되 기본권의 효력이 되도록 강화되는 방향의 해결책을 모색하는 것이 가장 바람직하다」고 한다.

(9) 예컨대, (ㄱ) 言論·出版의 자유와 集會·結社의 자유는 모두 表現의 자유이지만, 전자는 個人的 표현의 자유를 의미하고, 후자는 集團的 표현의 자유를 의미한다. 다만 集會에 참가하여 발언을 하는 경우에 그것은 집회의 자유로서 보장된다. 집회·결사의 자유조항은 언론·출판의 자유조항에 대한 특별법으로서 우선하기 때문이다. (ㄴ) 良心 또는 信仰을 외부에 표현하는 자유에 관한 제19조 제20조는 表現의 자유에 관한 제21조에 대하여 특별법적 규정이기 때문에, 양심·신앙의 외부적 표현에 관해서는 제19조·제20조가 우선적으로 적용된다. (ㄷ) 言論·出版의 자유와 學問 및 藝術의 자유의 관계도 언론·출판의 자유와 良心 및 信仰의 자유의 관계에 준한다. 따라서 연극·음악·영화 등이 순수한 학문적인 것 또는 예술적인 것일 때에는 제22조가 우선 적용된다. (ㄹ) 言論·出版은 사상 또는 의견을 불특정다수인을 상대로 표현하는 행위이다. 따라서 개인간의 일상적인 會話나 연인간의 戀文은 언론·출판에 해당되지 아니하므로 표현의 자유로서 보호받는 것이 아니라, 通信의 자유 또는 그것을 내포하는 私生活의 秘密과 자유로서 보호받게 된다.

(10) 이 원칙은 비록 우리 헌법이 基本權制限이 있어 명시적인 差等を 두고 있지는 않다 하더라도 解釋論상 보다 강력한 보장이 요구되는 기본권을 인정할 수 있음을 전제로 하는 것이다.

(11) 判例: 헌법재판소는 ① 일련의 檢事不起訴處分에 대한 憲法訴願審判事件(예컨대 1993. 9. 27. [92 헌마 179], 헌판집 5권 2집, 321면 이하; 1993. 11. 25. [92 헌마 278], 헌판집 5권 2집, 499면; 1993. 11. 25. [93 헌마 113], 헌판집 5권 2집, 551면) 등에서 하나의 기본권이 아니라 平等權과 裁判節次陳述權을 동시에 적용하는 방향으로 인용하고 있으며 ② 체육시설의설치·이용등에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원심판사건에서도 職業選擇의 자유와 平等權을 동시에 적용하는 방향으로 인용결정을 하고 있다(1993. 5. 13. [92 헌마 80], 헌판집 5권 1집, 365면). 그러나 이러한 결정에서 볼 수 있듯이 사안에 조금이라도 관련되는 것으로 인정되는 기본권이라면 무조건 헌법재판의 근거로서 나열하고 보는 憲法裁判所의 종래의 관행은 基本權의 保護範圍의 확정이라는 관점에서나 憲法判斷의 經濟性이라는 관점에서는 문제가 있다고 본다.

해결방법은 합리적이고 적절한 것이면서 기본권의 효력을 가능한 한 강화하는 방안이 될 수 있기 때문이다.

IV. 基本權의 衝突

1. 基本權衝突의 意義

(1) 基本權衝突의 概念

基本權의 衝突(Grundrechtskollision)이라 함은 「복수의 기본권 주체가 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대해 각기 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우」를 말한다.⁽¹²⁾ 기본권의 충돌은 다음을 그 개념적 요소로 한다. (가) 「複數의 基本權主體」를 전제로 한다. (나) 원칙적으로 「國家에 대하여」 기본권을 주장하는 경우를 말한다.⁽¹³⁾ 실질적으로는 「사인 상호간에 이해관계가 충돌」하는 경우라 하더라도 기본권규정의 적용과 관련된 권리자와 의무자는 국가와 사인일 수밖에 없다. 왜냐하면 기본권의 충돌이란 국가공권력이 한 사인의 기본권을 보호하려는 의도를 가지고 이와 대립하는 다른 사인의 기본권을 제한하는 경우를 의미하기 때문이다.⁽¹⁴⁾

(2) 基本權의 類似衝突

기본권의 적용을 주장하는 자의 행위가 당해 기본권규정의 保護範圍(Schutzbereich)를 벗어난 것인 경우에는 진정한 의미에서의 기본권충돌의 문제는 발생하지 아니한다. 이러한 경우는 진정한 의미에서의 기본권충돌이 아니라 기본권의 「類似衝突」(Scheinkollision)

(12) 기본권충돌의 문제가 憲法問題로서 제기되기 시작한 것은 독일에 있어서 기본권의 客觀的(價値)秩序論과 이를 근거로 한 기본권의 第3者의 效力論이 대두된 것과 그 맥락을 같이한다. 기본권은 본질적으로 對國家의 공권일 뿐이라고 해석하는 전통적인 기본권관을 고수하는 한, 이러한 기본권충돌이라는 현상은 문제될 여지가 없다. 그러나 기본권을 主觀的 公權이면서 동시에 「法秩序 전체에 대한 原則規範」으로 이해하게 되면서(基本權의 二重性), 「客觀的(價値)秩序」로서의 기본권은 私人 상호간의 관계에서도 직접 또는 간접적으로 효력을 가지는 것으로 관념하게 되었고(基本權의 第3者的 效力), 이에 따라 私人間에서의 대립하는 권익의 실현을 기본권에 근거하여 주장하는 것이 가능하게 되면서 기본권충돌의 문제가 헌법문제로 부각되게 된 것이다(Rüfner, W., aaO., S. 454 참조). 그러나 基本權의 第3者의 效力은 엄밀히 따지면 基本權의 衝突과는 그 문제상황을 달리하는 것이다. 왜냐하면 전자는 대체로 어느 일방의 사인이 사실적인 힘에 의하여 다른 사인의 기본권을 침해하는 경우에 제기되는 문제인데 대하여, 후자는 대체로 사인과 사인간의 기본권이(국가공권력을 매개로) 상호 대립하는 상황에서 국가공권력이 그 대립을 해소하기 위하여 여기에 개입하는 경우에 제기되는 문제이기 때문이다.

(13) 사인과 사인간의 관계에 있어서는 기본권이 간접적으로 효력을 미칠 뿐이라고 보는 한, 그 기본권의 충돌 역시 國家公權力를 매개로 한 간접적으로 충돌될 수밖에 없기 때문이다. Rüfner에 의하면, 오늘날 기본권의 직접적인 제3자적 효력은 대체로 부인되고 있으며, 따라서 두 사인의 기본권이 직접 맞부딪치는 식으로 기본권충돌이 일어나는 경우는 거의 없다고 한다(Rüfner, W., aaO., S. 454 f.

(14) Rüfner, W., aaO., S. 455.

의 경우에 불과하기 때문이다.⁽¹⁵⁾ 예컨대, 출판업자가 출판을 위하여 종이를 절취하고서 종이의 소유자(재산권)에 대하여 出版의 자유를 주장한다거나, 연극배우가 무대 위에서 살인을 하고서 피살자(생명권)에 대하여 藝術의 자유를 주장하는 경우는 기본권의 충돌에 해당하지 아니한다. 헌법이 出版의 자유(§21)를 보장하고 있다고 하여 출판업자가 종이를 절취하기까지 할 수는 없는 것이며, 藝術의 자유(§22)가 보장된다고 하여 무대에서의 살인까지 용인될 수는 없기 때문이다. 그러한 행위는 헌법이 보장하고 있는 기본권의 보호범위를 이미 벗어난 경우이므로 「一般法律(刑法)」의 적용을 받아야 하는 경우이다.⁽¹⁶⁾ 따라서 이러한 경우에는 출판의 자유나 예술의 자유와 財產權(§23)이나 生命權(§10, §12①, §37①)과의 충돌문제는 처음부터 제기될 여지가 없는 경우이다. 요컨대 진정한 의미에서의 기본권의 충돌이라 함은 “어떠한 기본권이 그 保護範圍 안에서 행사되는 경우임에도 불구하고 다른 기본권이 이를 현실적으로 제한하게 되는 경우”를 말한다.

2. 基本權衝突의 類型

기본권충돌에 관한 위의 개념규정을 유념할 때, 진정한 의미에서의 基本權衝突에 해당하는 사례를 든다는 것은 쉬운 일이 아니다. 基本權의 保護範圍를 어떻게 규정하느냐에 따라 基本權衝突에 해당하는 경우의 範圍도 달라질 수 있는 것이므로, 일견 기본권충돌에 해당하는 사안으로 볼 수 있는 경우라 하더라도 관점에 따라서는 그 경우를 基本權의 類似衝突로 볼 수 있는 여지도 있기 때문이다. 예컨대 교통방해를 초래하는 집회의 경우 그것이 集會의 자유의 보호범위 내에 속하는 것이냐의 여부에 따라 그것이 기본권충돌의 문제가 될 수도 있고 되지 않을 수도 있기 때문이다. 더욱이 기본권충돌은 기본권의 核心領域에서보다는 그 周邊領域에서, 그것도 非典型的인 기본권 행사방식과 관련하여 발생하는 경우가 흔히 있는 것이므로, 그러한 영역이 과연 당해 기본권의 保護範圍 내에 속하는 것인지 그 여부를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다.

판례와 학설에서 일반적으로 지적하고 있는 사례들을 예시한다면, (ㄱ) 문학작품에서 개인의 사생활사항을 구체적으로 언급함으로써 작가의 藝術의 자유(§22)와 개인의 私生活

(15) 李康嶸 교수(전계 논문, 64-65면)도 眞正한 의미의 基本權의 衝突과 非眞正한 似以非의 衝突의 경우를 구별하면서 「기본권이 일정한 限界를 지니고 있는 權利라고 시인되는 경우에는 그러한 限界를 벗어남으로써 他人의 基本權을 侵害하거나 저촉하는 경우, 그것을 “기본권의 충돌”이라고 말할 수는 없을 것이다. 오히려 그와 같은 경우에는 基本權의 限界逸脫이라고 부르는 것이 마땅할 것이다. 바로 그러한 경우가 非眞正 또는 似以非의 基本權衝突에 해당할 것이다.」라고 규정하고 있다. 洪性邦 교수(전계 논문, 68면)는 이를 「基本權의 外見의 衝突」이라 표현하면서 「기본권의 외견적 충돌이란 일견해서는 기본권의 충돌처럼 보이나 사실에 있어서는 한 基本權主體의 기본권의 보호영역에 속하지 않는 行爲, 즉 기본권의 남용 또는 기본권의 限界逸脫의 행위가 다른 기본권 주체의 기본권의 보호영역과 충돌하는 경우를 말한다.」라고 정리하고 있다.

(16) Rüter, W., aaO., S. 458 참조.

의 자유(§17)가 충돌하는 경우,⁽¹⁷⁾ (나) 언론기관이 특정인의 과거의 범죄사건을 보도함으로써 언론기관의 報道의 자유(§21)와 범인의 人格權(§10)이 충돌하는 경우,⁽¹⁸⁾ (c) 합리적인 이유없이 사원채용에서 특정인을 자의적으로 배제함으로써 고용자측의 契約의 자유(§10)와 피고용자측의 平等權(§11)이 충돌하는 경우, (리) 사용자가 반노조적 의사표현을 함으로써 사용자의 言論의 자유(§21)와 근로자의 團結權(§33)이 충돌하는 경우, (미) 기업주가 공해사업을 운영함으로써 기업주의 職業의 자유(또는 財產權)와 인근주민의 健康權(環境權)이 충돌하는 경우, (비) 종교단체가 거리에서 종교적 집회를 함으로써 종교단체의 宗教의 자유와 시민의 交通權이 충돌하는 경우 등을 들 수 있다.

3. 基本權 衝突의 解決理論

(1) 독일에서의 學說

1) 立法의 自由領域理論

입법의 자유영역이론은 立法의 機能을 도외시키고 憲法解釋만으로써 기본권충돌의 문제를 해결하려는 입장을 원칙으로 거부하면서, 기본권충돌의 문제를 해결할 역할은 자유로운 立法形成을 그 과제로 하는 立法者의 임무라고 하는 이론이다.⁽¹⁹⁾ 그러나 이 이론은 (가) 기본권 충돌의 문제가 1차적으로는 기본권의 내용을 확정하는 憲法解釋의 문제라는 점을 간과한 것이고, (나) 立法府의 역할을 지나치게 과대평가한 것이며, (c) 기본권이 衝突하는 狀況의 多樣性에 비추어 일반적 법률로써 문제를 해결하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 도외시키고 있다는 점에서 비판의 여지가 없지 아니하다.

2) 基本權의 序列理論

기본권의 서열이론은 기본권간의 序列(Rangordnung)을 규정하고 그 보호법익을 형량함으로써 보다 우위에 있는 것으로 판단되는 기본권을 우선시키려는 이론이다. 이를 위하여 (가) 개별적 기본권에 수반된 상이한 法律留保로부터 기본권의 서열을 추론해내려는 시도라든가, (나) 헌법의 근본가치이며 핵심이라 할 수 있는 人間의 尊嚴性尊重에 대한 각 기본권의 친근의 정도를 기준으로 하여 그 서열을 결정하려는 시도가 있으며,⁽²⁰⁾ 이외에도 (c) 人的 價値이나 物的 價値이나, 自由權이나 平等權이나, 公益에 관련된 기본권이나 私益에 관련된 기본권이나에 따라 서열을 결정하려는 견해도 제시되고 있다. 하지만 기본권서열이론도 각 기본권은 그 자체로서 獨自적으로 보장되는 것이므로 원칙적으로 同等한 序列을 가지는 것이며, 상이한 법률유보는 사회에 미치는 위험성의 차이에 따라 부가된 것

(17) 독일연방헌법법원의 「Mephisto판결(BVerfGE 30, 107)」의 사안이 이에 해당한다.

(18) 독일연방헌법법원의 「Lebach판결(BVerfGE 35, 202)」의 사안이 이에 해당한다.

(19) Rüfner, W., aaO., S. 472 및 Lerche, P., *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln 1967, S. 130 ff. 참조.

(20) 그 대표적인 예로는 Blaesing, H., *Grundrechtskollisionen*, Diss. Bochum 1974, S. 143 ff. 참조.

일 뿐 상이한 법률유보가 곧 상이한 가치서열을 의미하는 것은 아니라는 점에서 비판을 받고 있다.⁽²¹⁾ 그리하여 (리) 기본권 상호간에 어떤 抽象的 價値序列을 상정하고 이에 따라 특정의 기본권을 우선시하는 방법(抽象的 法益衡量)으로 기본권충돌을 해결하려는 시도에 반대하면서, 개별사안의 具體的 狀況을 고려한 具體的 法益衡量이 이루어져야 한다는 입장⁽²²⁾도 제시되고 있다. 그러나 이 입장 역시 법익형량을 “어떻게” 할 것이냐 하는 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다는 점에서 불완전한 것이라 하지 않을 수 없다.

3) 實際的 調和의 理論

실제적 조화의 이론은 여러 기본권이 충돌하는 경우에 특정의 기본권이 上位序列에 있다는 이유만으로 그 효력을 極大化하고 그밖의 기본권을 전적으로 배제할 것이 아니라 충돌하는 기본권 모두의 본질적 내용을 훼손하지 아니하면서 그 효력을 最適正化할 수 있도록 기본권들을 조화시켜야 한다는 이론이다.⁽²³⁾ 實際的 調和를 실현하기 위한 다양한 방안들이 제시되고 있지만, 이러한 방안들의 공통된 기본목표는 구체적인 충돌사안에서 衡平性이 유지되는 解決方案을 모색하려는 데에 있다.⁽²⁴⁾ 그 방안들의 내용이 되는 대표적인 원칙들로는 比例的 制限의 原則, 代案提示의 원칙, 過剩禁止의 원칙 등을 들 수 있다. 구체적으로 말하면 (가) 충돌하는 기본권 상호간에 比例的인 制限을 가함으로써 관련 기본권 모두의 효력을 양립시키되(비례적 제한의 원칙), (나) 각 기본권이 서로를 배척하지 아니하고서는 실현될 수 없을 경우에는 代案을 제시하며(대안제시의 원칙), (다) 대안을 발견할 수 없을 경우에도 후퇴시키는 기본권을 과도하게 제한하여서는 아니된다는 내용이다(과잉금지 원칙).⁽²⁵⁾

4) 規範領域의 分析理論

규범영역의 분석이론은 기본권이 충돌하는 경우에 그 궁극적인 판단기준을 헌법 자체에서 구할 뿐 아니라 基本權의 解釋을 통하여 기본권의 規範領域을 분석하고 이에 따라 비전형적인 기본권 행사방식은 당해 기본권의 내용으로부터 배제해 버림으로써 기본권의 충돌을 해결하려는 이론이다.⁽²⁶⁾ 예컨대 복잡한 도로에서 그림을 그리는 행위는 예술의 자유

(21) Rübner, W., aaO., S. 461 ff.

(22) 독일연방헌법법원의 입장도 기본적으로 법익형량의 관점에서 문제를 해결하려는 것이라고 한다 (Rübner, W., aaO., S. 465).

(23) K. Hesse는 이를 「實際的 調和(praktische Konkordanz)의 원리에 다른 最適正化(Optimierung)」라고 표현하고 있다(Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl., Heidelberg 1991, Rdnr. 72).

(24) 우리 憲法裁判所는 「訂正報道請求權制度는 언론의 자유와는 비록 서로 충돌되는 면이 없지 아니 하나 전체적으로 相衡되는 기본권 사이에 합리적 조화를 이루고 있으므로, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항은 결코 平等의 원칙에 반하지 아니하고, 言論의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 言論機關의 裁判請求權을 부당히 침해하는 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다」(憲裁決 1991. 9. 16 [89 헌마 165]) 라고 하고 있다.

(25) Rübner, W., aaO., SS. 467-471 참조.

(26) Hesse, K., aaO., Rdnr. 310 ff; Leisner, W., *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960, S. 394 참조.

의 규범영역에 포함될 수 없는 것이므로 기본권의 충돌이나 경합의 문제가 발생하지 아니하는 것으로 본다. 이러한 견해에 따르면, 종래 기본권충돌로 다루어진 많은 유형들이 기본권의 類似衝突의 문제로 정리될 수 있을 것이다. 그러나 규범영역의 분석이론은 (㉑) 기본권의 충돌문제를 基本權解釋의 문제로만 파악함으로써 입법자의 역할을 전적으로 무시하고 있다는 점, (㉒) 基本權의 歷史性에 비추어 볼 때 기본권의 규범영역은 끊임없이 변화하는 것임이 분명함에도 기본권의 규범영역을 과연 해석을 통하여 항상 일의적으로 확정할 수 있을지 의문이라는 점 등에서 비판이 제기될 여지가 있다.

(2) 우리나라의 學說

1) 金哲洙 교수의 견해

金교수는 「우리 헌법상 基本權의 衝突이 있는 경우에는 어느 基本權이 優先하느냐는 利益衡量에 의할 수밖에 없다」고 하면서, 기본권의 충돌문제는 우리나라에서는 기본권에 관한 一般的 制限原理로 처리할 수 있기 때문에 특별히 논란할 필요가 없다고 한다.⁽²⁷⁾

2) 李康嫻 교수의 견해

李교수는 「진정한 기본권충돌의 決定·解決基準」으로서 (㉑) 헌법상의 기본권 상호간에 어떠한 기준에 의해서는 序列을 정하여 놓고 그중 서열이 높은 것을 서열이 낮은 것에 優先시키는 방식, (㉒) 모든 기본권 또는 모든 헌법규정이 조화 또는 합치될 수 있는 방향에서 기본권충돌을 해결하는 實際的·調和的 解決, (㉓) 過剩禁止의 원칙 등을 고려하면서 충돌하는 諸利益을 衡量하여 판단하는 방법, (㉔) 代案의 提示 등을 소개하면서立法을 통한 해결만이 기본권충돌의 궁극적인 해결책이라고 결론짓고 있다.⁽²⁸⁾

3) 許 蒼 교수의 견해

許교수는 기본권의 상충관계가 발생한 경우 (㉑) 利益衡量에 의한 해결방법과 (㉒) 規範調和的 解釋에 의한 해결방법(過剩禁止의 방법·代案式解決方法·最後手段의 抑制方法 등)이 있다고 하면서, 「상충하는 기본권의 문제는 이익衡量과 규범조화적 해결방법을 모두 동원해서 다각적인 검토를 해야 하는 매우 복합적인 성질의 사안」이라고 하고 있다.⁽²⁹⁾

4) 洪性邦 교수의 견해

洪교수는 기본권의 충돌을 해결하기 위한 여러 가지 試圖 중 (㉑) 立法의 自由領域의 理論, (㉒) 基本權의 序列秩序理論, (㉓) 독일연방헌법재판소의 판례에 나타난 法益衡量의 理論, (㉔) 實際的 調和의 理論 등을 소개·평가하면서, 「모든 기본권의 충돌을立法에 의하여 해결해야 한다는 견해에는 찬성할 수 없다. 또한 기본권 사이에 일반적인 序列을 정함으로써 문제를 해결하려는 생각도 한정된 경우에만 타당하다고 할 것이다. 결국 문제의 해결

(27) 金哲洙, 전계서, 271면.

(28) 李康嫻, 전계 논문, 66-69면.

(29) 許 蒼, 전계서, 260-265면.

은 구체적인 경우에 憲法의 統一性을 견지하면서 관계된 모든 기본권의 本質的 內容이 침해되지 않고 보장되는 방향에서 찾아져야 할 것이다」라고 결론짓고 있다.⁽³⁰⁾

(3) 私見

1) 제1차적 증거

기본권충돌의 문제는 기본적으로 基本權解釋의 문제라는 점에서 일단(제1차적으로는) 기본권의 규범내용을 해석론을 통하여 확정하는 작업의 차원에서 해결의 실마리를 찾아야 할 것이다. 이러한 기본권해석론을 통하여 기본권충돌의 문제로 보이는 많은 부분들이 기본권의 類似衝突의 문제로 여과될 수 있을 것이다.

2) 제2차적 증거

그러나 모든 기본권충돌의 문제를 오로지 해석론을 통하여 해결할 수 있을 것이라는 발상에는 무리가 있다. 그러므로 제2차적으로는 기본권의 충돌을 조정할 憲法原則들을 적용하여 문제를 해결하려는 작업이 뒤따라야 할 것이다. 기본권충돌의 문제를 해결하기 위한 일련의 憲法原則들을 들면 다음과 같다.

(가) 法益衡量的 원칙

복수의 기본권 주체간에 기본권이 충돌하는 경우 그 효력의 우열(적용의 우선순위)을 결정하려면 충돌하는 기본권들의 법익을 형량하여야 한다. 그러나 기본권의 충돌관계를 법익형량에 따라 해결하기 위해서는 기본권 상호간에 효력의 우열을 가리기 위한 합리적인 기준을 제시하여야 한다. 하지만 그러한 기준의 제시가 쉬운 일은 아니다.⁽³¹⁾ 굳이 기본권 상호간에 효력의 우열을 가리기 위한 추상적 기준을 제시한다면, (㉠) 生命權·人格權優先의 원칙, (㉡) 生存權優先의 원칙, (㉢) 自由權優先의 원칙 등을 제시할 수 있을 것이다. 구체적으로 말하면 (㉠) 生命權·人格權優先의 원칙에 따라 생명과 인격적 가치를 보장하기 위한 기본권은 비생명권적·비인격권적 가치를 보장하기 위한 기본권(경제적·정치적·사회적 기본권)보다 우선하는 효력을 가지게 하며, (㉡) 生存權優先의 원칙에 따라 인간다

(30) 洪性邦, 전계 논문, 69-76면.

(31) ① 「人格權으로서의 개인의 명예의 보호와 表現의 자유의 보장이라는 두 法益이 충돌하였을 때, 그 조정을 어떻게 할 것인지에 관하여는 구체적인 경우에 사회적 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익·가치와 人格權의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것이다」(1988. 10. 11. 大判 85 다카 29). 그러나 법익형량이론에 관해서는 다음과 같은 비판이 가해지고 있다. (㉠) 법익형량은 抽象的 법익의 抽象的 형량이 되기 쉽다. (㉡) 法益의 형량이 아니라 실제로는 2인의 利害關係의 형량이 되고 있다. (㉢) 법익형량은 法的 安定性과 판결의 豫測可能性을 파괴할 위험이 있다. (㉣) 법관에게 法(律)解釋의 恣意를 허용하게 된다(Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, aaO., Rdnr. 252 zu Art. 5). ② 형법 제310조의 규정은 人格權으로서의 개인의 명예보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 表現의 자유의 보장이라는 相衡되는 두 法益의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 眞實한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다(1993. 6. 22. 大判 92 도 3160).

은 생존을 보장하기 위한 기본권은 그밖의 법익을 보장하기 위한 기본권(경제적·정치적 기본권)보다 우선하는 효력을 가지게 하며, (c) 自由權優先의 원칙에 따라 자유를 실현하기 위한 기본권은 평등을 실현하기 위한 기본권보다 우선하는 효력을 가지게 한다.⁽³²⁾

(나) 衡平性의 원칙

형평성의 원칙이라 함은 둘 이상의 기본권이 충돌하는 경우 상술한 법익형량에 의하여 어느 하나의 기본권만을 절대적으로 우선시키고 그밖의 기본권을 후퇴시킬 것이 아니라 충돌하는 기본권 모두가 최대한으로 그 효력을 유지할 수 있게 함으로써 각 기본권간에 형평이 유지될 수 있도록 하는 원칙을 말한다. 그러한 방법으로는 公平한 制限의 원칙과 代案(또는 折衷案)發見의 원칙을 들 수 있다.

가) 公平한 制限의 원칙

공평한 제한의 원칙은 충돌하는 기본권이 그 효력에 있어 우열을 가리기 어려운 경우에는 모든 기본권에 비례적으로 공평하게 制約을 가함으로써 각 기본권의 핵심영역을 유지함은 물론 기본권 모두의 효력을 양립시키려는 원칙이다.⁽³³⁾

나) 代案(折衷案)發見의 原則

대안발견의 원칙이라 함은 충돌하는 기본권들의 효력이 우열을 가릴 수 없을 뿐만 아니라 公平한 制限까지도 수용하기 어려운 경우에는 기본권 모두의 효력을 유지하는 代案 내지 折衷案을 찾아내는 방법을 말한다.⁽³⁴⁾

(32) 우리 헌법의 基本權制限體系가 독일기본법의 그것과 달리 「제한의 정도가 상이한 법률유보(差等留保)」를 두지 아니하고, 제37조 제2항의 「一般的 法律留保」로 모든 기본권을 제한하는 형태를 취하고 있기는 하지만, 해석론상 絶對的 基本權이 인정되고 있으며 精神的 自由의 優越論도 주장되고 있는 점에서 각 기본권에 대한 規範的 評價는 반드시 동일하다고 할 수 없을 것이다.

(33) 判例: 헌법재판소는 「두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 憲法의 統一性을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 調和로운 방법이 모색되어야 할 것」이라고 하면서 「피해자의 反論權과 보도기관의 言論의 自由(보도의 자유와 편집·편성의 자유)가 상충하는 본 '정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌 여부에 관한 헌법소원' 사건의 경우, 동법 제16조는 基本權相衡의 規範調和의 解釋方法에 따른 '過剩禁止의 원칙'에 위배되지 아니한다」라고 판시하고 있다(憲裁決 1991. 9. 16. [89 헌마 165], 헌판집 3권 518[529]면 이하). 또한 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 대한 違憲審判에서 李時潤 재판관은 「두 개의 기본권이 相衡하는 경우이면, 서로 양립·조화를 모색하여야 하는 것이지, 그 중 하나의 기본권인 피교육자의 교육을 받을 권리만을 우선시켜 이를 최대한으로 보장하고 그 저해요인을 발본제거하기 위하여 다른 기본권인 사립학교 교원의 근로 기본권을 최대한 위축시켜 이를 완전히 형해화시키는 입법은 결코 基本權相衡의 경우에 맞는 법리라고 할 수 없다」는 반대의견을 내고 있다(憲裁決 1991. 7. 22.[89 헌가 106], 헌판집 3권 387[433]면 이하).

(34) 충돌하는 기본권의 代案式解決方案의 예로 「병역의무와 執銃拒否權간의 상충관계는 대체적인 민간역무의 부과에 의해서 조화적으로 해결될 수 있다」고 주장하는 견해가 있지만, 이러한 견해는 기본권간의 충돌의 문제를 「公義務와 기본권의 충돌의 문제」로 오해한 것이며, 따라서 이러한 내용의 代案式解決方案은 여기서 문제되는 충돌하는 기본권간의 대안식 해결방안이라 할 수 없는 것이다.

3) 제3차적 증거

이상과 같은 증거 내지 헌법원칙들로서도 기본권충돌의 문제가 해결될 수 없는 예외적인 경우에는 최종적으로 立法에 의한 해결에 기대할 수밖에 없을 것이다.

4) 結論

기본권이 충돌할 경우 그 해결의 원칙으로서 어느 價値를 우선시킬 것이냐 하는 것은 논자의 價値觀이나 世界觀에 따라 상이한 결론이 날 여지가 있음은 물론이다. 뿐만 아니라 기본권충돌을 해결함에 있어 각각의 기본권에 관하여 그 受忍義務 여부라든가 受忍의 限界 여하가 고려되어야 하고 또 문제의 事案과 관련이 있는 구체적 狀況(예컨대 공해사업체 경영권과 쾌적한 주거환경권이 충돌할 경우 당해지역이 工場지대인가 住居지역인가 하는 상황과 같은)도 충분히 참작되어야 할 것이다. 요컨대 기본권이 충돌할 경우 그 해결의 증거는 상술한 바와 같이 우선 제1차적 증거에 따라 해결하고, 이로써 해결되지 않을 경우 제2차적 증거를 적용하고, 이로써도 해결되지 아니할 경우 최종적으로 제3차적 증거에 따라 문제를 해결할 수밖에 없을 것이다.

Grundrechtskonflikte

Young Sung Kwon*

I. Einleitung

Die Grundrechtskonflikte sind die Fragen, die sich aus Widersprüchen und Spannung im Grundrechtsteil der Verfassung ergeben. Hier sind es vor allem zwei Komplexe, die Probleme aufwerfen: Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen.

II. Grundrechtskonflikte und Grundrechtswirkung

Die Grundrechtskonflikte sind die Probleme, die sich sowohl auf die Probleme der Grundrechtswirkung als auch auf die Probleme der Grundrechtsauslegung und Grundrechtsbeschränkung beziehen.

III. Grundrechtskonkurrenzen

Eine Grundrechtskonkurrenz liegt vor, wenn ein bestimmtes Verhalten des Grundrechtsträgers unter den Schutzbereich mehrerer Grundrechte fällt.

Der Inhalt dieses Kapitels ist wie folgend:

1. Grundrechtskonkurrenzen und Scheinkonkurrenzen
2. Beispiele der Grundrechtskonkurrenzen
3. Verfassungsrechtliche Lösung der Grundrechtskonkurrenzen
 - (1) Anwendung der direkt beziehenden Grundrechte(das erste Postulat)
 - (2) Anwendung der stärksten Grundrechte(das zweite Postulat)
 - (3) Anwendung allen beziehenden Grundrechte(das dritte Postulat)

IV. Grundrechtskollisionen

Unter der Grundrechtskollision versteht man den Aufeinanderprall der Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger.

Der Inhalt dieses Kapitels ist wie folgend:

1. Grundrechtskollisionen und Scheinkollisionen
2. Beispiele der Grundrechtskollisionen

*Professor der Rechte, Staatliche Universität Seoul

3. Verfassungsrechtliche Lösung der Grundrechtskollisionen

- (1) Schutzbereichsbegrenzung durch Grundrechtsauslegung(das erste Postulat)
- (2) Verfassungsrechtliche Prinzipien als Lösungsvorschläge(das zweite Postulat)
 - a. Die Güterabwägung der kollidierenden Grundrechte
 - b. Das Prinzip der Billigkeit
 - (α) Die verhältnismäßige Grundrechtsbeschränkung
 - (β) Das Angebot von Alternativen
- (3) Entscheidung von Kollisionen als Aufgabe der Gesetzgebung(das dritte Postulat)

V. Schlußwort