

인권의 헌법적 보장과 한계*

- 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성립요건과 관련하여 -

박 문 석

법학박사, 영남대학교 EU센터(YU-EU Centre) 연구원

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 헌법을 통한 인권의 보장
- III. 평화적 생존권의 헌법적 보장과 한계
- IV. 결론

I. 서론

1948년 12월 10일 UN총회에서 제정된 세계인권선언의 전문은 “인류가족 모두의 존엄성과 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의, 평화의 기초다”라고 시작하고 있다. 이러한 세계인권선언은 총30개의 조문으로 구성되어, 모든 인류가 다 함께 달성해야 할 하나의 공통기준으로서 ‘인류의 가장 아름다운 약속’이라는 역사적 의의와 평가를 지니고 있다. 이처럼 ‘인권’은 인류의 역사에 있어서 가장 중요한 가치로 부상하였으며, 인류의 존속과 평화를 유지하기 위해서는 반드시 달성해야만 하는 지상과제가 되었다. 이를 위해 국제사회와 각국 정부는 인권을 보장하기 위한 수많은 국내외 인권관련 법과 제도를 만들어 시행하고 있으며, 민간차원에서도 인권의 신장과 보호를 위해 헤아릴 수 없을 만큼 많은 인권단체들이 오늘날 국제사회와 개별국가에서 인권의 개선과 발전을 위한 부단한 노력을 경주하고 있다.

* 투고일 : 2014.5.12, 완료일 : 2014.6.3, 게재확정일 : 2014.6.12

세계인권선언에서도 밝히고 있듯이 자유와 평등을 통해 인간의 존엄과 가치가 보장되고, 인간의 존엄과 가치를 기본적 전제로 하는 인권은 인간이라는 생물학적 조건을 갖추었다면 시간과 공간을 초월하여 누구나 향유할 수 있는 보편적 효력을 가지는 도덕적·추상적 권리임과 동시에 모든 인간에게 필수적으로 요구되는 권리라는 점에서 양도와 포기가 불가능한 근본적이고 기본적인 권리이며, 또한 인권은 모든 실정법의 존재목적으로서 실정법의 판단기준과 효력의 정당성을 부여하는 우월적 지위를 가진다고 할 수 있다.¹⁾ 하지만 인권의 보편적 당위성이 선형적이고 형이상학적인 것으로 이해하게 된다면 인권의 의미와 내용이 다소 도덕적이며, 그 경계가 불명확해지므로 구체적 권리로서 실체를 갖추지 못하게 될 것이며, 게다가 인권을 특정한 시대와 장소를 기반으로 존재하는 국가를 초월하여 국가이전에 존재하는 권리로서 의미를 강조하게 되면 보편적 주체성이 인정되는 보편적 권리로서의 당위성은 인정되겠지만 현실적으로 인권위반에 대한 제재와 인권침해에 대한 구제를 강제할 수 있는 주체인 국가가 전제되지 않는다는 점에서 실효적인 인권의 보장은 여전히 숙제로 남게 될 것이다. 따라서 실정법 이전에 존재하며, 천부적 권리라고 하는 인권보장이 실효성을 확보하기 위해서는 권리로서 그 의미와 내용에 있어 구체성을 가진 법적규범으로 개별국가의 헌법에 수용 또는 명문화되어 헌법상 기본권으로서 보장되어야 할 것이다.²⁾ 다시 말해 인권은 초국가적 존재로서 전제하고는 있지만 현실적으로 국가 안에서 실현될 수밖에 없기 때문에 인권은 헌법상 기본권이라는 형태로 보장되고 실현되어야 하는 것이다.

우리 헌법도 세계인권선언과 같은 국제적인 인권규범에서 규정하고 있는 인권내용들을 '제2장 국민의 권리와 의무'에서 규정하고 있으며, 이를 헌법상의 자유와 권

1) 인권은 보편성, 도덕성, 근본성, 추상성, 우월성이라는 다섯 가지 본질적 특성을 가지고 있으며, 그러한 특성에 기인하여 보편적 권리, 도덕적 권리, 근본적(기본적) 권리, 추상적 권리, 우월적 권리라는 법적 성격을 가진다고 할 수 있다(이준일, *인권법(제5판)*, 홍문사, 2014, 6-8쪽; 허완중, *인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무 - 기본권의 의무적 고찰을 위한 토대-*, 저스티스(통권 제124호), 한국법학원, 2011. 6, 140-143면).

2) 오늘날 인권의 실질적 보장은 한 국가의 내부문제로만 그치는 것이 아니며, 국제사회에서 각종 인권조약 등을 통한 국제적 보장이 더욱더 강조되고 있으며 이를 위한 노력들이 구체화되고 있다. 인권의 보장과 관련해서는 크게 두 가지 법적보장체계로 나눌 수 있는데, 하나는 헌법상 기본권을 매개로하는 국내적 인권보장체계와 국제사회에서 국제인권법을 매개로 하는 국제적·지역적 인권보장체계로 구분할 수 있을 것이다. 하지만 국제사회는 인권보장에 있어 개별국가들이 자발적으로 인권보장에 대한 확고한 실천의 의지가 없는 상황에서는 국제인권법의 위반에 대한 제재와 인권침해에 대한 구제를 강제할 수 있는 권위를 가진 주체가 존재하지 않는다는 점에서 국제인권법에 의한 인권보장에는 실효성의 한계가 있다. 이러한 한계를 극복하기 위한 국제사회에 대한 개별국가의 인권에 관한 인식의 전환과 긴밀한 국제적 협력이 더욱 요청된다고 할 것이다.

리 또는 기본권으로 보장하고 있다. 다만 국가인권위원회법 제2조 제1호에서는 “인권이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.”라고 규정하고 있어 인권과 기본권의 관계를 그 법적근거에 따라 구별하고 있지는 않지만 인권을 기본권의 개념보다 넓게 사용하고 있다. 헌법상 기본권은 자연권 사상에 바탕을 둔 천부인권론에 기초하여 헌법에서 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계³⁾이며, 기본권에는 자연권도 있지만 국가를 전제로 인정되는 사회적·청구권적 기본권·참정권 등도 있기 때문에 비록 헌법상 보장된 권리가 모두 인권은 아니다. 하지만 우리 헌법의 기본권중 자유권적 기본권은 역시 자연권과 천부인권사상에 기초한 개념이므로 인권은 헌법에서 반드시 보장해야만 하는 권리임에는 틀림이 없다.

인간의 존엄과 가치를 전제하고 있는 인권은 일반적으로 명시화의 과정을 거쳐 헌법에 수용된다. 하지만 인권은 고정불변의 개념이 아니며, 과거에 인정받지 못한 권리들이 오늘날 헌법적 가치를 가지는 인권으로 보장되는 것처럼 새롭게 등장하는 인권은 지속적으로 그 영역을 확장하여 오고 있다. 헌법현실과 헌법규범의 괴리를 극복하기 위해 그때그때마다 헌법개정의 문제로 인식하는 것은 바람직하지 않으며 새롭게 등장하는 인권을 헌법에 즉각적으로 명시화하는 것은 현실적 한계를 가진다. 헌법적 가치를 가지는 새로운 인권이 헌법에 명시화되어 기본권으로 보장되지 못하는 문제점을 해소하기 위해서 우리 헌법 제37조 제1항에서는 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라는 규정을 두어 헌법의 기본권체계의 불완전성과 미완결성을 보완하여 헌법에 의해 명시적으로 보장되지 않는 인권이라고 하더라도 헌법상 기본권으로 보장받을 수 있도록 하는 직접적인 근거를 두고 있으며, 이를 통해 기본권을 확장할 수 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 헌법 제37조 제1항의 규정과 함께 주로 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 및 개별기본권조항의 헌법적 해석을 통해 인격권, 성적 자기결정권, 소비자의 자기결정권, 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 알권리, 생명권, 성명권 등을 헌법상 열거되지 아니한 기본권으로 해석 및 판시하여 왔다. 하지만 그동안 헌법재판소는 구체적으로 헌법상 열거되지 않은 기본권이 헌법상 보장되는 기본권이 되기 위한 요건에 대해서는 구체적인 요건을 제시하지 않다가 ‘2007년 전시증원연습 등 위헌확인사건’⁴⁾에서 2000년대 들어서 우리 사회에서 본격적으로 논의되고 있는 인권 중 하나인 평화적 생존권⁵⁾의 인정여부에 관한 결정을 하면서 그 이유로 “평화적 생

3) 성낙인, 헌법학(제14판), 법문사, 2014, 882면.

4) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마363, 2007년 전시증원연습 등 위헌확인.

존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다 할 것이다”라고 판시하면서 제37조 제1항의 의미를 보다 더 구체화하고 있다.

본 논문에서는 먼저 인권과 기본권의 관련성을 논의하고 인권의 헌법적 보장의 필요성과 그 헌법적 근거를 고찰하고 나아가 헌법상 열거되지 않은 기본권으로서 새로운 인권이 헌법상 보장되는 기본권이 되기 위해서는 어떠한 요건을 충족해야만 하는가를 헌법재판소의 위 결정과 관련하여 분석·논의하고자 한다.

II. 헌법을 통한 인권의 보장

1. 인권과 기본권의 관련성

일반적으로 ‘인권’, ‘기본권’이라는 표현은 인간의 자유와 권리의 보장과 관련하여 혼용되어 사용되고 있으며, 인권과 기본권을 구별하지 않는 견해에 따르면 기본권을 자연권으로 본다. 하지만 인권과 기본권은 일치하지 않으며, 이를 구별하는 견해가 우세하며 인권과 기본권을 구별하는 기준은 그 존재근거와 효력근거에 따라 자연법적 근거를 가지는 것은 인권으로 실정법적 근거를 가지는 것은 ‘기본권’으로 구분된다.

우선 ‘인권’은 사회, 철학, 정치, 교육 분야에서 다양하게 표현되고 있다. 인권개념을 정의하면 ‘인권은 모든 인간 또는 사람의 천부적 권리로서 인간답게 살기 위해 당연히 누려야 하는 기본적인 자유이며, 권리’이다. 이러한 인권은 국가이전에 생래적 자연권으로 전국가적 권리이므로 입법을 통해 규정될 필요가 없으며, 국가권력을 통해서도 그 효력이 담보될 필요가 없는 초실정법적 권리이다.⁵⁾ 하지만 초실정법적 권리로서 입법화할 필요가 없음에도 불구하고 인권의 실정법적 개념이 존재한다. 국가인권위원회법 제2조(정의) 제1호에서는 “인권이란 대한민국헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”라고 정의를 내리고 있다. 국가인권위원회법상의 인권용어의 정의는 헌법뿐만 아니라 법률과 헌법 제6조 제1항의 헌법에 의하여 체

5) 이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014, 17면.

6) 허완중, 앞의 논문, 138면.

결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제인권법도 인권의 실정법적 근거규범임을 명시하고 있으며, 헌법상 보장되는 기본권의 범위를 넘어 법률까지 인권의 근거규범으로 확장하고 있는 것으로 해석된다. 그러나 헌법상 기본권은 자연권사상에 바탕을 둔 천부인권론에 기초하여 헌법이 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계로 헌법에서 보장하는 권리이기 때문에 실정헌법이 국민에게 보장하고 보호해 주는 권리이다. 다만 기본권을 실정헌법의 근거를 가지는 것만으로는 인권과 대비되는 개념으로 이해하기에는 다소 무리가 있다. 물론 기본권에는 신체의 자유 등과 같은 자연권도 있지만 법원의 재판받을 권리, 형사피해자의 재판절차진술권, 형사보상청구권, 범죄피해자 구조청구권, 소비자의 권리 등은 실정 헌법상의 기본권을 의미하므로 자연권이나 인권이라고 할 수 없을 것이다. 이처럼 헌법상 보장된 권리인 기본권과 인권은 반드시 일치하는 개념은 아니다. 그러나 우리 헌법의 자유권적 기본권의 경우 자연권과 천부인권사상에 기초한 개념이므로 인권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있다. 이러한 점에서 기본권과 인권은 긴밀한 연관성을 인정할 수 있을 것이다. 따라서 인권은 헌법에 편입하여 반드시 보장되어야 하는 권리라는 점에는 의심의 여지가 없으며, 인권에 대한 법적보장이 먼저 이뤄진 것은 헌법적 차원의 보장으로서 기본권 보장체제와 인권보장체제와는 긴밀한 연관성을 인정된다.⁷⁾

결국 인권은 헌법상 기본권으로 전환되어야 그 내용이 명확해지고 그 보장을 담보 받을 수 있으며, 기본권은 인권을 통해서 보충되어 기본권의 영역을 확장할 수 있으며 새로운 권리의 등장의 요구에 탄력적으로 대응할 수 있을 것이다. 이처럼 인권과 기본권은 서로 보완하면서 함께 발전해 나갈 때 비로소 개인의 권리는 충실한 보호를 받을 수 있게 될 것이다.⁸⁾

2. 인권의 기본권화와 그 필요성

헌법상 기본권화는 인권보장의 역사와 맥을 같이 하고 있다. 일반적으로 인권의 논의는 그리스로마 시대의 스토아학파에서 시작되어 영국의 민주주의의 발전과정에서 인간의 자유와 권리를 보장하는 일련의 제도적 장치가 확립되었으며, 근대자연법론, 사회계약론, 계몽주의사상에 기초하여 18세기 이후 미국의 버지니아 권리장전, 미국독립선언 그리고 프랑스 대혁명과정에서 채택된 ‘인간과 시민의 권리선언’⁹⁾으로

7) 김용훈, 인권 보장 체제의 특징-인권 보장 체제의 보충적 역할을 중심으로-, 저스티스(통권 제127호), 한국법학원, 2011.12, 138면.

8) 허완중, 앞의 논문, 152면.

9) 1789년 8월 26일 프랑스 국민의회에서 선포한 ‘인간과 시민의 권리선언’의 주요내용으로는

명문화되기 시작하였다. 이후 1831년 벨기에헌법, 1849년 독일의 프랑크푸르트헌법, 1850년 프로이센헌법 등이 헌법으로서 인권을 보장하기 시작하였으며, 20세기 들어 와서 1919년 독일 바이마르에서 열린 국민의회에서 언론·집회·결사·신앙·양심의 자유 등 국민의 기본권은 물론 소유권의 사회성을 강조하고 인간다운 생존권을 보장하는 현대적 인권을 보장하는 바이마르공화국헌법이 제정되었다. 하지만 바이마르공화국은 초기부터 좌익과 우익으로 나뉘어 극심한 이념대립과 계층 및 계급 간의 분열, 세계 경제대공황 등으로 인해 1933년 아돌프 히틀러가 정권을 장악하면서 바이마르헌법은 짧은 운명을 맞이하게 되었다. 정권을 장악한 히틀러는 독일민족에 의한 유럽제패를 실현하고 대생존권을 수립하기 위해 1939년 제2차세계대전을 일으켜 인류역사상 가장 큰 인명과 재산의 피해를 낳는 결과를 초래하였다. 전쟁이 끝나자마자 UN은 2차세계대전중 발생한 무자비한 살육 등으로 인한 반인권적·반인륜적 상황을 극복함과 동시에 지구상에서 야만의 시대를 종식하기 위해 1948년 12월 10일 파리에서 개최된 UN총회에서 세계인권선언을 채택하였으며, 이후 1949년 독일기본법은 인간의 존엄을 헌법상 최고의 가치로 수용하기에 이르렀다.¹⁰⁾ 나아가 국제적 차원에서의 각종 인권협약 등이 제정되었으며, 2차 세계대전 이후 독립한 국가들도 인권을 보호하기 위해 헌법을 제정하여 UN총회에서 제시된 상당수의 인권을 기본권으로 보장하고 있으며, 특히 우리 헌법도 제헌헌법인 1948년 헌법에서 세계인권선언에서 제시하고 있는 인권을 기본권으로 규정하였으며, 1960년 헌법에서 기본권의 자연권적·천부인권적 성격을 강조하였으며, 1962년 헌법에서 인간의 존엄과 가치를 명시하였다. 이와 같이 인권을 보장하기 위해 세계 각국은 헌법과 국제인권법 등을 통해 인권보장을 규범화하고 있으며, 인권의 보장은 현실적으로 헌법을 중심으로 이루어져 왔다고 해도 과언이 아니다. 다만 2차세계대전 이후 인권보장은 세계의 자유와 정의와 평화의 기초라는 인식하에서 국내문제로만 인식되지 않고 국제적 보장의 강조되어 왔으며 최근에는 이를 더욱 가속화되어 오고 있지만, 인권보장의 역사적 과정과 실효성 확보라는 면에서는 여전히 헌법적 차원에서 보장은 강조되고 있다.

한편 인권을 헌법의 기본권으로 수용해야 하는 이유로는 첫째, 헌법의 정당성을

전문에서 “...인권에 대한 무지, 망각 또는 멸시가 공공의 불행과 정부의 부패를 초래하는 유일한 원인이라고 생각하여, 인간은 자연적이고 양도불가능하고 신성불가침한 제 권리를 엄숙히 선언...”라고 하고 있으며, 제1조에서 “인간은 자유롭고 평등하게 태어나 존재할 권리를 가진다.”라고 규정하고 제16조에서 “인권보장과 권력분립이 되어 있지 아니한 나라는 헌법을 가졌다고 할 수 없다”라고 천명하고 있다. 이러한 선언은 1791년, 1793년 프랑스 헌법전문으로 채택되었으며, 1958년 제5공화국 헌법전문에서도 1789년 ‘인권과 시민의 권리선언’을 준수할 것을 선언하면서 오늘날에도 헌법적 가치를 갖는 규범으로 정립되고 있다.

10) 성낙인, 앞의 책, 879면.

보장하기 위해서이다. 인권을 전제로 하는 기본권은 헌법의 필수적 부분이며 자유민주적 기본질서의 핵심적 사항이므로 오늘날 헌법을 단순히 국가의 조직과 구성에 관한 기본법으로서만 이해하는 것이 아니라 자유와 권리가 확보되어 있는 기본권보장을 반드시 포함하여야 헌법으로서 가치와 정당성이 인정된다. 이러한 점에서 헌법은 기본권보장규범이라는 특성을 가지게 된다. 이처럼 헌법과 국가의 존재목적은 인권의 보장과 실현에 있으며 인권은 헌법상 기본권체계에 있어서 기본적 요소이므로 인권은 반드시 헌법의 기본권으로 보장하여야 한다. 만일 인권을 헌법의 기본권으로 보장하지 않는다면 헌법은 그 정당성을 의심받게 될 것이다. 다시 말해 정당한 헌법이라고 주장하는 모든 헌법은 인권을 포함시켜야 한다. 물론 헌법의 정당성을 보장하는 인권의 보장은 헌법상 자유와 권리인 기본권과 중첩되어 인권에 대한 논의는 바로 헌법상 기본권에 대한 논의로 진행될 수 있다. 왜냐하면 기본권은 헌법에 실정화된 인권이기 때문이다. 이것은 인권에 관한 논의에 있어 헌법상 규정된 기본권에 관한 논의가 함께 논의됨을 의미하며 비로소 인권의 헌법적 보장이 이루어질 것이다.¹¹⁾

둘째, 인권의 실효적 보장을 위해 인권이 가지는 불명확성과 비강제성을 해소하기 위해서이다. 인권은 헌법에 규정됨으로써 헌법적 권리를 의미하는 기본권이 된다. 인권이 헌법적 권리가 된다는 것은 그 의미가 구체화되고 보호영역이 명확해져 인권의 불명확성을 제거하여 구체적 권리로서 파악할 수 있게 됨을 의미하며, 헌법은 확인된 인권을 보장하기 위해서 법적 질서를 형성하고 유지하게 되며, 인권은 헌법상 구체적 권리로서 헌법에 기초한 국가권력에 의해 보호되고 그 권리의 실현이 관철될 수 있을 것이다. 이것은 '인권의 헌법화'¹²⁾라고 부를 수 있을 것이다. 따라서 인권의 헌법화는 기본권을 의미하며 기본권이란 헌법에서 어떤 범익을 기본적 권리로 인정하고 이를 보장할 때 생겨나는 것이어서 헌법을 떠나 기본권이란 개념을 생각할 수 없고, 헌법은 국가의 존립을 전제로 하므로, 역시 기본권도 국가의 존립을 떠나서 존재할 수 없게 된다. 다시 말해 국가의 존립은 기본권의 개념적 기초이자 기본권 보장의 전제인 것이다. 따라서 기본권은 국가권력에 의해 강제력을 가진 규범으로서의의를 가지게 된다.

셋째, 인권은 헌법상 기본권의 범위를 확장할 수 있게 한다. 기본권의 의미는 좁게는 기본권조항에 규정된 것을 의미하지만, 넓게는 헌법상 보장된 기본권을 의미한다. 헌법상 보장된 기본권에는 인권이 기본권조항으로 규정되어 이미 규범화되고 있는 경우도 있고, 기본권조항의 규범화에 의하여 이미 확정된 기본권의 보장을 실현

11) 이준일, 앞의 책, 8-9면.

12) 위의 책, 8면.

하기 위한 절차적 기본권들도 포함되며, 기본권조항에는 명시되어 있지 않지만 헌법상 원리 및 기본제도가 정하고 있는 규정에 의하여 도출되는 기본권도 포함되며, 아직 헌법상의 명시적으로 규정되어 있지 않아 기본권으로 보장받을 수 없다고 하더라도 인간으로서 당연히 누려야 하는 필수적인 자유와 권리는 역시 기본권에 포함된다고 할 수 있다.¹³⁾ 이러한 헌법상 보장된 기본권의 의미 중 인간으로 당연히 누려야 하는 필수적인 자유와 권리가 헌법상 명시적으로 규정되어 있지 않은 경우 우리 헌법 제37조 제1항에 근거하여 헌법상 기본권으로서 창출될 수 있다.¹⁴⁾ 이처럼 인권은 헌법에 명시되어 있지 않은 기본권을 창출하여 그 범위를 확장시킬 수 있기 때문에 이는 기본권이 가지는 최대한의 보장원칙에도 어느 정도 부합하게 된다.

넷째, 급변하는 헌법현실에 적응하여 헌법문제를 탄력적으로 해결할 수 있다. 인권은 기본권으로 전환되면서 구체성과 명확성 그리고 관철 가능성을 획득하는 대신에 보편성을 양보해야 한다. 다시 말해 기본권은 헌법이 미치는 범위 내에서만 주장할 수 있기 때문이다. 그러나 인간의 생활영역은 사회가 발전되고 세계화가 진척됨에 따라 그 범위는 확장되고 복잡·다양해진다. 새로운 권리의 문제가 발생하고, 종래의 권리에 대해서 새롭게 평가되고 수정될 필요성이 계속해서 제기되고 있다. 그러므로 종래의 권리의 보호영역이 새롭게 확정·수정되고, 새로운 권리가 마침내 보장될 필요성이 등장하게 되는 것이다. 헌법상 규정된 기본권은 헌법의 개방성과 탄력적인 헌법해석을 통해 급변하는 헌법현실에 대응할 수 있지만 오늘날 성문헌법으로서 경성헌법의 특성으로 인해 헌법개정은 쉽지 않으므로 헌법현실에 적응하여 헌법문제를 해결하는데 한계를 가진다.¹⁵⁾ 즉 새로운 권리의 헌법적 수용에 있어 그 탄력성을 잃게 된다면 헌법현실과 헌법규범은 헌법변천을 통해 해결할 수 없으며 결국 헌법개정을 통해서만이 헌법현실과 헌법규범의 간격을 좁힐 수밖에 없는 상황을 초래하게 되는 것이다.

3. 인권의 기본권화의 헌법적 근거

인권을 전제하고 있는 헌법 규정들은 헌법전문과 헌법 제10조 그리고 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있을 것이다. 특히 헌법 제37조 제1항은 인권이 구체성과 필요성 및 독립성을 갖추게 되면 기본권으로의 확장을 헌법적으로 보장하는 규정으로

13) 정극원, 헌법재판을 통한 기본권의 확장, 공법학연구(제7권 제5호), 한국비교공법학회, 2006.12, 120면.

14) 정극원, 위의 논문, 120면.

15) 허완중, 앞의 논문, 150면.

서 의의를 가진다.

1) 전문

헌법은 제헌헌법인 1948년헌법 이래 전문을 두고 있으며, 이러한 헌법 전문은 헌법의 본문 앞에 위치한 문장 또는 조문을 말하며, 당해 헌법의 유래와 기본원리를 설명하고 있다. 이러한 헌법전문은 헌법의 본질적인 부분을 포함하고 있음과 동시에 기본권에 대한 포괄적인 보장을 위해서도 그 규범성을 긍정할 수 있으며, 헌법재판소는 헌법전문을 재판규범성을 인정¹⁶⁾하고 있다. 헌법전문에서 “...불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고...”라고 규정함으로써 미국독립선언과 인간과 시민의 권리선언에서 밝히고 있는 것과 같이 압제에 저항하는 권리는 초실정법적 근거를 가지며 천부의 권리로서 생래적 자연권으로서 인권을 인정하고 있다. 또한 헌법전문은 “...자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여...”라고 규정하고 있는데, 기본권은 자유민주적 기본질서의 핵심부분으로 인권을 전제¹⁷⁾로 하고 있으며, 자유민주적 기본질서를 확고히 할 수 있는 바탕이 되는 자유는 기본적으로 개인적 권리에 기초해 있으며, 이는 개인이 스스로 자유를 선택하고 실현할 수 있는 것¹⁸⁾을 의미하는 것으로 헌법상의 인간상이 가져야 하는 가장 필수적인 요소로 인권의 보장과 실현에 있어 반드시 전제가 되는 인간의 존엄과 가치와 직접적 관련성을 가진다.

2) 헌법 제10조

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 갖는다. 국가는 개인이 갖는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하고 있다. 헌법 제10조는 인권의 전제인 인간의 존엄과 가치를 명시적으로 규정하고 있으며 이는 헌법상의 일반원칙으로서 자연법적 원리를 헌법으로 규범화한 것이다. 즉, 전국가적인 자연법적 원리를 헌법의 틀 속에 끌어들이는 것이다. 헌법재판소는 “헌법 제10조는 모든 기본권보장의 종국적 목적이라고 할 수

16) 헌재 1989. 1. 25 88헌가7, 소송촉진등에 관한 특례법 제6조의 위헌심판; 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 국회의원선거법 제33조·제34조의 위헌심판; 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원 등.

17) 정극원, 앞의 논문, 121면.

18) 성낙인, 앞의 책, 883면.

있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권”을 보장하고 있다고 판시¹⁹⁾한바 있으며, 헌법상 기본원리적 성격과 더불어 구체적 권리성²⁰⁾도 인정하고 있다.

헌법 제10조의 행복을 추구할 수 있는 권리의 보장은 인권의 실현을 통해 궁극적으로 보장받고자 하는 인간의 안락한 삶을 추구할 수 있는 권리로 인간의 존엄과 가치와 구별하여 독자적 기본권성이 인정되며, 행복추구권속에 일반적 행동자유권²¹⁾, 개성의 자유로운 발현권²²⁾, 성적자기결정권²³⁾, 소비자의 자기결정권²⁴⁾이 함축되어 있다고 보며, 일반적 행동자유권으로부터는 계약의 자유²⁵⁾도 파생된다고 헌법재판소는 해석하고 있다. 또한 헌법재판소는 “행복추구권의 법적성격에 관하여 자연권적 권리이고 인간의 존엄과 가치의 존중규정과 밀접 불가분의 관계가 있고 헌법에 규정하고 있는 모든 개별적, 구체적 기본권은 물론 그 이외에 헌법에 열거되지 아니하는 모든 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 해석 된다”고 판시²⁶⁾한바 있다.

헌법 제10조의 후단은 국가의 기본적 인권의 확인과 보장의무를 규정하고 있다. 인권은 헌법을 통해서 국가의 의무를 부과한다. 즉 헌법이 인권을 확인하여 국가에 그것을 보장할 의무를 지운다는 것이다. 이것은 국가의 목적은 인권을 보장한다는 점에서 당연히 도출된다. 다시 말해 헌법 제10조의 후단은 인권이 국가의 의무를 지운다는 점을 명확하게 밝히고 있는 규정이다.²⁷⁾ 헌법에 의해 국가가 인권을 보장하기 위해서는 먼저 인권을 확인하여야 하는데 인권의 개념을 확정하고 그 내용이 무엇인지를 밝혀야 하며, 보장대상이 무엇인지를 알아야 인권을 보장할 수 있게 된다. 이처럼 인권을 확인하고 나서 국가는 확인 대상을 보장하여야 한다. 개인의 인권을 보장할 의무가 있는 국가가 단순히 인권 침해나 침해위험을 제거하는 의무뿐 아니라 권리를 실제로 행사할 수 있도록 할 의무까지도 가지게 된다.²⁸⁾

19) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 형법 제241조의 위헌여부에 대한 헌법소원.

20) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 민법 제847조 제1항 위헌제청등.

21) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원; 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 가정의례에 관한 법률 제4조 제1항 제7호 위헌확인; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 구 먹는물관리법 제28조 제1항 위헌제청.

22) 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 노동쟁의조정법 제13조의2, 제45조의2에 대한 위헌심판.

23) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원.

24) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 주세법 제38조의7 등에 대한 위헌제청.

25) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률 제5조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원

26) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 민법 제809조 제1항 위헌제청.

27) 허완중, 앞의 논문, 155면.

3) 헌법 제37조 제1항

헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라고 규정²⁹⁾하고 있다. 우리 헌법도 제10조부터 제37조까지 국민의 자유와 권리를 열거하고 있으나 그 자체가 기본권의 불완전성과 미완결성을 내포하고 있는 것으로 헌법 제37조 제1항을 통해 간접적으로 알 수 있으며, 기본권해석을 통해 이를 보완할 수 있는 여지를 역시 포함하고 있는 것으로 헌법 제37조 제1항은 오늘날 다양하게 전개되고 있는 헌법현실에 대응한 국민의 헌법상 권리보장에 중요한 기능을 담당하고 있는 규정이다. 다시 말해 열거된 기본권보장만으로는 국민의 자유와 권리의 보장이 충분하지 못하므로 오늘날 다양한 형태로 존재하는 헌법상의 생활관계에 대응하여 시대와 사회의 변화에 따라 개인의 헌법상 이익을 보호하기 위해서는 헌법적 가치를 갖는 새로운 기본권을 학설과 판례를 통하여 창출하는 것이 중요한 의미를 가진다는 것이며, 이것은 헌법개정을 하지 않아도 제37조 제1항을 근거로 기본권을 창설할 수 있다는 것이다.³⁰⁾ 이처럼 제37조 제1항은 헌법상 명문으로 규정된 기본권과는 달리 현재의 상황에서 아직 존재하지 않고 있는 새로운 기본권을 창출하는 직접적인 근거가 된다.³¹⁾

헌법 제37조 제1항의 ‘국민의 자유와 권리’는 헌법 전문의 ‘…자유와 권리…’, 헌법 제37조 제2항의 ‘…자유와 권리…’와 같이 자유와 권리를 분리하지 않고서 해석한다면 헌법상 기본권을 의미³²⁾한다고 할 수 있다. 하지만 ‘자유와 권리’를 분리해서 ‘자유’는 천부적이며 생래적인 기본권의 영역을 ‘권리’는 자유를 보장하기 위하여 필요한 보호내용을 가지고 있는 실정헌법상의 기본권의 영역을 의미하는 것으로 양자를 분리³³⁾한다면 미완결적인 헌법상의 기본권체계에서 헌법에 열거되지 아니한 자유와

28) 허완중, 위의 논문, 156면.

29) 미국 수정헌법 제9조는 “국민의 권리는 헌법에 열거되지 않은 이유로 부인되거나 경시되는 것으로 해석되어서는 안 된다(Amendment 9 The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people).”라고 규정하고 있어 우리 헌법 제37조 제1항은 미국의 수정헌법 제9조의 내용과 유사하다.

30) 표명환, “헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리”에 관한 체계적 고찰, 공법학연구(제12권 제2호), 한국비교공법학회, 2011.5, 81면.

31) 정극원, 앞의 논문, 120면.

32) 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학(제1권), 안암법학회, 1993. 9, 189면.

33) 박진완, 기본권보장과 국가, 법학논고(제16집), 경북대학교 법학연구소, 2000.12, 252면.

권리의 존재에 대한 유권적 해석기관의 기본권의 형성 및 구체화 등의 범위와 관련하여 중요한 실익을 발견할 수 있다.³⁴⁾ 다시 말해 헌법 제37조 제1항의 국민의 자유와 권리에서 새롭게 창출되는 헌법상의 권리를 의미하는 것은 ‘자유’에 상응하고, 그와 달리 헌법상의 제규정 및 개별기본권으로부터 구체화되는 헌법상의 권리를 ‘권리’에 상응하는 것으로 해석하는 것이 ‘자유와 권리’를 구분하지 않고 이를 헌법상 보장된 기본권으로 해석하는 것보다 기본권창출의 근거규정으로서 제37조 제1항의 의의를 보다 명확하게 하는 것으로 이해된다.

헌법 제37조 제1항과 관련하여 헌법재판소는 “헌법 제37조 제1항은 헌법에 명시적으로 규정되지 아니한 자유와 권리라도 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치를 위하여 필요한 것일 때에는 이를 모두 보장함을 천명하는 것이다”라고 판시³⁵⁾하여 헌법 제37조 제1항과 제10조의 밀접한 관련성이 있음을 밝히고 있다. 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유는 궁극적으로 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 수단으로 그 필요성이 인정되며 인간의 존엄과 가치는 헌법 제37조 제1항의 새로운 기본권 창출에서 있어 그 지침과 기준으로서 작용하고 있다고 이해할 수 있다.³⁶⁾ 헌법에 열거되지 아니한 자유를 기본권으로 보장할 것인지 여부는 인간의 존엄과 가치를 전제하는 인권을 그 기준 및 지침으로 하여 판단할 수 있다는 것으로 해석되며, 이것은 헌법재판소가 인권을 기본권보장체계내로 전환하여 그 보호를 강화하고자 하는 의지를 표명한 것으로도 이해되어야 할 것이다.

한편 헌법 제37조 제1항에 의해 창출되는 기본권은 열거되어 헌법상 보장되는 기본권과는 구분될 수밖에 없으며, 그 이유는 헌법상의 모든 개별조항은 그 자체의 헌법적 의미가 있기 때문에 이 의미를 찾아가는 작업은 열거되지 아니한 어떤 내용의 자유와 권리를 찾아가는 것과는 상이하다고 할 수 있다. 즉 헌법 제37조 제1항에 근거하여 열거되지 아니한 자유와 권리로 인정되려면 다른 개별조항들이 내포하는 헌법적 의미라고 할 수 있는 독자성이 요구된다고 할 수 있다.³⁷⁾ 이러한 독자성은 헌법상 열거되지 아니한 기본권이라고 하더라도 구체적 내용을 가지고 있어야 함과 동시에 새로운 기본권을 창출할 수 있는 필요성과 독립성을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 인권이 헌법상 기본권으로서 보장받기 위해서는 주장되는 인권이 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 필수불가결한 것이어야 하고, 나아가 권리로서의 구체

34) 표명환, 위의 논문, 91면.

35) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원.

36) 표명환, 앞의 논문, 87면.

37) 김대환, 불문헌법으로서 열거되지 아니한 자유와 권리-비교법적 고찰, 세계헌법연구(제15권 3호), 국제헌법학회, 2009, 45면.

성을 충족하여야 하여야 하며, 열거되지 아니한 기본권의 보장의 필요성 및 독립성이 인정되어야만 할 것이다.

III. 평화적 생존권의 헌법적 보장과 한계

헌법재판소는 2006년 2월 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인사건³⁸⁾에서 “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다.”³⁹⁾ 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다”라고 판시하면서 평화적 생존권의 헌법상 열거되지 않은 기본권으로 인정하였다.

그러나 평화적 생존권을 기본권으로 인정한지 약 3년 3개월만인 2009년 5월 헌법재판소는 2007년 전시증원연습 등 위헌확인사건⁴⁰⁾에서 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실체에 부합하여야 할 것이다”라고 판시하면서 기존의 평화적 기본권을 인정한 2005헌마268결정을 변경하게 되었다. 헌법재판소는 2007헌마369결정에서 헌법상 열거되지 아니한 기본권의 성립요건으로 첫째, 특별한 필요성의 인정여부, 둘째, 권리내용(보호영역)의 명확성여부, 셋째, 구체적 기본권의 실체인 구체적 권리성의 충족여부를 제시하였다. 헌법재판소는 이전의 결정에서는 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 인정여부와 관련된 결정에서 성립요건을 제시하지 않았지만 헌법재판소가 2005헌마268결정을 변경하기 위해 자신의 결정을 뒤집기 위해 보다 과거

38) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인.

39) 정극원 교수는 “우리 헌법에는 평화적 생존권을 직접 명문화하고 있는 규정은 없지만 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’, 제37조 제1항 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리’ 및 제34조의 ‘인간다운 생활을 할 권리’에서도 도출할 수 있다”고 보고 있다(자세한 내용은 정극원, 헌법상 평화조항에 관한 일고찰, 세계헌법연구(제18권 3호), 국제헌법학회 한국학회, 2012, 132면 참조).

40) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 2007년 전시증원연습 등 위헌확인.

헌법에 열거되지 아니하는 기본권과 관련된 결정례 들에서는 찾아 볼 수 없는 성립요건을 구체적으로 적시하였다는 점에서 그 의의가 있다. 이하에서는 2007헌마369결정과정에서 제시한 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성립요건과 2005헌마268결정과정에서 판시한 결정례를 중심으로 그 내용들을 비교·분석하여 그 성립요건을 살펴보고 나아가 평화적 생존권의 헌법적 보장에 있어 그 한계를 논의해보고자 한다.

1. 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성립요건

1) 인간의 존엄과 가치의 실현 관련성

헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 성립 또는 창출되기 위해서는 모든 기본권으로서의 이념 및 목적인 인간의 존엄과 가치를 실현할 수 있어야 하고 또한 이에 의해 보호되어야 할 것이다. 이와 관련하여 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정한 2005헌마268결정에서 헌법재판소는 “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다. 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다”라고 판시하였으며, 이와는 달리 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정하지 않은 2007헌마369결정에서 헌법재판소는 “국가는 국민이 전쟁과 테러 등 무력행위로부터 자유로운 평화 속에서 생활을 영위하면서 인간의 존엄과 가치를 지키고 헌법상 보장된 기본권을 최대한 누릴 수 있도록 노력하여야 할 책무가 있음은 부인할 수 없다.”라고 판시하면서 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워지는 평화적 생존권은 인간의 존엄과 가치와 행복추구의 실현과 밀접하게 관련되어 있을 뿐 아니라 평화적 생존권이 인간과 존엄과 가치의 실현을 위한 수단으로서 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 그 보호의 필요성을 제시하고 있다.

2) 새로운 기본권으로서의 필요성 또는 독립성

헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법상 열거된 개별기본권과의 관계에서 새로운 기본권으로서 인정할 필요성이 특별히 인정되고 새로운 기본권이 헌법에 명시적으로 열거된 기본권과의 중복된 경우가 아닌 경우를 의미한다.⁴¹⁾ 평화적 생존권을

헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정하지 않은 2007헌마369결정에서 헌법재판소는 “평화적 생존권을 구체적 기본권으로 인정한다고 가정할 때 “침략전쟁이나 방어 전쟁을 불문하고 전쟁이 없는 평화”란 자국의 노력만으로 이룰 수 있는 것이 아니라 세계 각국이 함께 노력하여 형성하는 평화로운 국제질서의 확립에 의해 달성할 수 있는 것일 뿐… 그러나 침략전쟁과 방어전쟁의 구별이 불분명할 뿐만 아니라 전시나 전시에 준한 국가비상 상황에서의 전쟁준비나 선전포고 등 행위가 침략전쟁에 해당 하는지 여부에 관한 판단은 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제할 대상으로 보아야 할 경우가 대부분일 것이다. 또한, 평상시의 군사연습, 군사기지 건설, 무기의 제조·수입 등 군비확충 등의 행위가 ‘침략적’ 전쟁준비에 해당한다고 볼 수 있는 경우란 거의 없거나 ‘침략적 성격’·‘중대한 공포’ 등에 관한 규명이 사실상 곤란하므로, 이에 대하여 평화적 생존권이라는 이름으로 관련 공권력 행사를 중지시키려는 것은 실효적으로 보호받을 가능성을 증명하기 쉽지 않다. 이러한 사정을 종합적으로 고려해 보면, 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이…어렵다 할 것이다”라고 판시하고 있으며 또한 “평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 새롭게 인정할 필요성이…어려운 이상, 우리 헌법 전문이나 총강에 나타난 평화에 관한 몇몇 규정에 기초하여 헌법 제 10조 및 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권으로 쉽사리 인정할 수는 없다고 할 것이다. 우리 헌법보다 더 강한 평화에 관한 규정을 기본법에 두고 있는 독일의 경우 평화적 생존권에 관한 논의가 학계나 실무에서 이루어지지 않은 것도 같은 이유일 것이다”라고 판시하여 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성립에 있어 이미 헌법에 명시적으로 규정하고 있는 기본권적 이익이 아닌 새로운 기본권의 이익을 보장하는 독립성이 인정될 뿐 아니라 기본권으로서 그 실효성이 발휘될 수 있는 필요성을 요구하고 있다. 필요성 또는 독립성이 인정되지 않는다면 헌법 제10조와 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권은 헌법에 열거되지 않은 기본권으로서 보장될 수 없을 것이다.

3) 권리내용의 명확성

평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정하지 않은 2007헌마369 결정에서 헌법재판소는 “평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나

41) 표명환 교수는 필요성과 독립성을 상황적 요건으로 구분하고 있으며, 인간의 존엄과 가치, 명확성, 구체적 권리성은 내용적 요건으로 하여 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유의 창출요건으로 논의하고 있다(표명환, 앞의 논문, 91면).

지 아니하고, … 평화적 생존권은 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 수는 없다 할 것이다…앞서 지적한 바와 같이 전쟁은 그 특성상 침략적 전쟁인지 방어적 전쟁인지의 구분이 불명확하여 그 같은 관념의 전제 자체가 성립하기 어려울 뿐만 아니라…”라고 판시하여 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 성립하기 위해서는 권리의 개념이 명확한 것이어야 하고 헌법의 이념 내지 목적에서 도출되는 개념은 그 추상성으로 인한 불명확성은 권리로서 보장될 수가 없을 것이다. 물론 명확성의 정도는 모든 법률에서 있어서 동일한 정도를 요구되는 것이 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다.⁴²⁾ 헌법상 열거되지 아니하는 기본권의 권리내용의 명확성은 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의해 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 권리내용의 명확성을 갖추어야 할 것이다.⁴³⁾

4) 구체적 권리성

평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정하지 않은 2007헌마369 결정에서 헌법재판소는 “일본 최고재판소는 일본 헌법이 위와 같은 헌법 전문의 ‘평화 속에 생존할 권리’라는 문구 외에 제9조에서 전쟁을 포기하고 전력 및 교전권을 부인하는 규정까지 두고 있음에도 평화적 생존권으로 주장된 ‘평화’란 이념 내지 목적으로서의 추상적 개념이고, 그 자체가 독립된 권리가 될 수 없다고 하여 구체적 기본권성을 부정하였다. 우리 헌법은 일본 헌법과 같이 평화적 생존권을 직접적으로 도출할 표현을 두고 있지 아니하고, 다만 전문이나 총강에서 ‘평화적 통일’, ‘세계평화’, ‘국제평화’, ‘침략전쟁의 부인’ 등의 규정을 갖고 있을 뿐이다. 앞서 본 바와 같이 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 평화적 생존권이 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려운 이상, 우리 헌법 전문이나 총강에 나타난 평화에 관한 몇몇 규정에 기초하여 헌법 제10조 및 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권으로 쉽사리 인정할 수는 없다고 할 것이다”라고 판시하여 다분히 주의적이고 선언적인 규정으로부터 도출되는 는 추상적 개념은 불확정적이며 불명확한 것으로 구체적인 권리성을 충족하지 못하게 된다. 결국 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하며, 개인의 구체적 권리로서

42) 2004. 2. 26. 2003헌바4, 임용결격공무원등에대한퇴직보상금지급등에 관한특례법 제7조 제1항 단서 위헌소원사건.

43) 2002. 4. 25. 2001헌가27, 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 등 위헌제청.

평화적 생존권은 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 요청할 수 있는 효력 등을 지닌 것이라고 볼 수 없을 것이다.

2. 평화적 생존권과 헌법적 보장과 한계

평화적 생존권은 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 행복을 추구하기 위하여 침략전쟁이나 테러 등으로부터 안전하고 평화롭게 살아갈 권리를 의미한다.⁴⁴⁾ 인간이 존엄과 가치를 누리면서 행복을 추구하려면 우선적으로 침략전쟁과 테러 등으로부터 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 생존할 수 있어야 한다. 이를 위해 국가는 국민들의 평화적 생존권을 보장하기 위하여 침략전쟁·테러 등으로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 확보하기 위한 조치의무를 하여야 하며, 게다가 국민을 침략적 전쟁에 동원하거나 테러의 위협 속에 그대로 방치하는 것은 국가의 기본권보호의무를 위반하게 된다. 따라서 평화적으로 안전하게 생존할 수 있는 권리는 비록 헌법에 명시화 되어 있지 않다고 하더라도 헌법 제37조 제1항과 인간의 존엄과 가치가 함께 보호해야 할 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 국가에 대하여 요청할 수 있는 구체적 권리로 보장하여야 할 것이다. 하지만 평화적 생존권을 구체적 기본권으로 인정하는 것은 평화적 생존권을 침략전쟁에 강제로 동원되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리로서 규범적 보장의 정당성은 확보될 수 있겠으나, 현실적으로 전쟁이 발발하게 되면 침략적 전쟁인지 방어적 전쟁인지의 구분이 불명확하여 평화적 생존권의 보장은 장담할 수 없게 된다. 따라서 국가의 모든 기능은 전쟁이 아니라 평화를 향해 이루어져야 한다는 것은 우리 헌법의 기본원리상으로도 당연한 이치이지만 남북한이 대립하고 군비확장의 끝없는 대립상화에서 전쟁에 대비한 군사훈련을 하지 말아야 한다는 명분은 국가수호와 헌법질서를 위태롭게 할 수도 있다. 따라서 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 구체적 권리로써 실체성을 갖지 못해 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 누릴 수 있도록 요청할 수 있는 효력을 지닌 기본적 권리는 한계를 맞이하게 될 수밖에 없을 것이다. 평화적 생존권도 우리 헌법의 기초적 가치로서 이 같은 태두리 속에서 관념하면 되지 굳이 이를 구체적 기본권으로 관념하여 이를 근거로 전시에 대비한 군사훈련마저 저지하기 위한 독립된 대국가적 권리로 인정할 이유에 있어 그 필요성은 없다고 판

44) 이경주 교수는 “평화적 생존권은 평화적 생존을 위협하는 국가적·국제적 간섭의 배제를 국가 및 국제사회에 요청하고 이를 위해 연대할 수 있는 권리이다”라고 정의하고 있다(이경주, 평화적 생존권, 헌법판례100선, 한국헌법학회 편, 법문사, 2012, 493면 참조).

시⁴⁵⁾한 헌법재판소의 결정에는 동감하지만, 개인이 평화로운 삶을 추구하고 이를 보장받고자 하는 것을 법적인 권리로서 보장할 구체적 권리성 및 그 필요성의 존재여부로만 판단하여 헌법상 열거되지 아니한 기본권으로 해석하는 것은 헌법의 목적과 존재이유를 고려해볼 때 다소 아쉽다. 다시 말해 국민의 자유와 권리를 최우선으로 하는 국가는 수많은 국민의 생명 및 자유와 재산에 막대한 피해를 초래하는 전쟁을 막을 수 있도록 국가의 모든 역량을 총집결하여 동원 가능한 국내외 정치적·외교적 수단 등을 통해 전쟁을 막아야 한다는 점에서 평화적 생존권은 국가에게 구체적인 헌법적 의무를 부여하고 있으며, 이러한 헌법적 의무를 다하지 못하는 국가에 대해 그동안 정치적·외교적 판단이라는 핑계로 그리고 국제평화를 유지한다는 명목으로 외국정부의 일방적인 군대파견요청을 용인한 우리정부에 대해 이제는 헌법상 보장되는 기본권으로서 평화적 생존권을 통해 명분이 다소 부족한 우리 정부의 군대파견 및 군사적 조치를 견제할 수 있도록 하는 법적 장치로서 평화적 생존권의 기본권성은 그 의의를 가질 수도 있을 것이다.

IV. 결어

헌법상 보장된 권리인 기본권과 인권은 반드시 일치하지 않는다. 그러나 헌법의 자유권적 기본권의 경우 자연권과 천부인권사상에 기초한 개념이므로 인권을 상당수 헌법상 기본권으로 보장하고 있다. 이러한 점에서 기본권과 인권은 긴밀한 연관성을 인정할 수 있다. 따라서 인권은 헌법에 편입하여 반드시 보장되어야 하는 권리라는 점에는 의심의 여지가 없으며, 인권에 대한 법적보장이 먼저 이뤄진 것은 헌법적 차원의 보장으로서 기본권 보장체제와 인권보장체제의 긴밀한 연관성이 인정된다. 이러한 인권의 헌법적 보장의 이유로는 첫째, 헌법의 정당성을 보장하고, 인권의 실효적 보장을 위해 인권이 가지는 불명확성과 비강제성을 해소하고, 헌법상 기본권의 범위를 확장을 도모할 수 있으며, 헌법현실에 적용하여 헌법문제를 탄력적으로 해결할 수 있기 때문이다. 인권을 전제하고 있는 헌법 규정들은 헌법전문과 헌법 제10조 그리고 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있을 것이다. 특히 헌법 제37조 제1항은 인권이 구체성과 필요성 및 독립성을 갖추게 되면 기본권으로의 확장을 헌법적으로 보장하는 규정으로서 의의를 가진다. 또한 인권의 기본권화는 헌법전문과 헌법 제10조 그리고 헌법 제37조 제1항에서 그 헌법적 근거를 가지며, 특히 헌법 제37조 제1항은

45) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 2007년 전시지원연습 등 위헌확인.

인권이 구체성과 필요성 및 독립성을 갖추게 되면 기본권으로의 확장을 가능케 하는 기본권 창설적 규정으로 인권의 기본권화를 위한 중요한 의의를 가진다.

헌법재판소는 2007년 전시증원연습 등 위헌확인사건에서 2000년대에 들어와 우리 사회에서 적극적으로 사용되고 있는 용어인 평화적 생존권의 기본권성을 부인하는 결정을 내렸지만 헌법해석을 통해 헌법 제37조 제1항의 헌법상 열거되지 아니한 기본권의 성립요건으로 구체적으로 제시하고 있다는 점에서 헌법 제37조 제1항에 의한 헌법에 열거되지 아니하는 기본권의 연구에 주요한 전환점을 마련하게 되었다. 헌법재판소가 제시하고 있는 헌법에 열거되지 아니하는 기본권의 성립요건으로는 첫째, 인간의 존엄과 가치의 실현, 둘째, 새로운 기본권으로서의 특별한 필요성과 독립성 인정여부, 셋째, 권리내용(보호영역)의 명확성여부, 넷째, 헌법상 보장되는 기본권의 실체인 구체적 권리성의 충족여부를 제시하고 있다.

평화적 생존권은 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 행복을 추구하기 위하여 침략전쟁이나 테러 등으로부터 안전하고 평화롭게 살아갈 권리를 의미하는 인간이 존엄과 가치를 누리면서 행복을 추구하려면 우선적으로 침략전쟁과 테러 등으로부터 생명과 신체의 안전을 위협받지 않고 생존할 수 있어야 한다. 하지만 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 구체적 권리로서 실체성을 갖지 못해 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 누릴 수 있도록 요청할 수 있는 효력을 지닌 기본적 권리는 한계를 맞이하게 될 수밖에 없을 것이다. 비록 헌법재판소에 의해 기본권으로 보장받지 못하였지만 헌법재판관들의 별개의견에서 평화적 생존권은 기본권으로서 가능성을 확인하게 되었다는 점에서 그 의의가 있다.

참 고 문 헌

- 성낙인, 헌법학(제14판), 법문사, 2014.
- 이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014
- 이준일, 인권법(제5판), 홍문사, 2014.
- 김대환, 불문헌법으로서 열거되지 아니한 자유와 권리-비교법적 고찰, 세계헌법연구(제15권 3호), 국제헌법학회, 2009.
- 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학(제1권), 안암법학회, 1993. 9.
- 김용훈, 인권 보장 체제의 특징-인권 보장 체제의 보충적 역할을 중심으로-, 저스티스(통권 제127호), 한국법학원, 2011.12.
- 박진완, 기본권보장과 국가, 법학논고(제16집), 경북대학교 법학연구소, 2000.12.
- 이경주, 평화적 생존권, 헌법판례100선, 한국헌법학회 편, 법문사, 2012.
- 정극원, 헌법재판을 통한 기본권의 확장, 공법학연구(제7권 제5호), 한국비교공법학회, 2006.12.
- 정극원, 헌법상 평화조항에 관한 일고찰, 세계헌법연구(제18권 3호), 국제헌법학회 한국학회, 2012.
- 표명환, “헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리”에 관한 체계적 고찰, 공법학연구(제12권 제2호), 한국비교공법학회, 2011.5.
- 허완중, 인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무-기본권의 의무적 고찰을 위한 토대-, 저스티스(통권 제124호), 한국법학원, 2011. 6.

[국문초록]

인권의 헌법적 보장과 한계

- 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성립요건과 관련하여 -

박 문 석

영남대학교 EU센터(YU-EU Centre)

헌법상 보장된 권리인 기본권과 인권은 반드시 일치하지 않지만, 기본권과 인권은 긴밀한 연관성을 가진다. 인권을 헌법으로 보장하는 이유는 헌법의 정당성보장, 불명확하고 비강제성을 가지는 인권의 실효적보장, 기본권의 범위확장, 인권과 관련한 헌법문제의 탄력적 해결을 기대할 수 있기 때문이다. 우리헌법에서 인권을 전제하고 있는 헌법 규정들은 헌법전문과 헌법 제10조 그리고 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있을 것이다. 특히 헌법 제37조 제1항은 인권이 구체성과 필요성 및 독립성을 갖추게 되면 기본권으로의 확장을 가능케 하는 기본권 창설적 규정으로 인권의 기본권화와 관련하여 중요한 의의를 가진다.

헌법 제37조 제1항과 관련하여 헌법재판소의 2007년 전시증원연습 등 위헌확인사건은 주목할 만한 결정이다. 왜냐하면 이 사건에서 헌법재판소는 헌법상 열거되지 아니한 기본권의 성립요건을 구체적으로 제시하고 있기 때문이다. 헌법재판소가 제시하고 있는 헌법에 열거되지 아니하는 기본권의 성립요건을 분설하면 첫째, 인간의 존엄과 가치의 실현, 둘째, 새로운 기본권으로서의 특별한 필요성과 독립성 인정 여부, 셋째, 권리내용(보호영역)의 명확성여부, 넷째, 헌법상 보장되는 기본권의 실체인 구체적 권리성의 충족여부를 제시하고 있다.

비록 이 사건에서 헌법재판소는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 구체적 권리로서 실체성을 갖지 못해 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 누릴 수 있도록 요청할 수 있는 효력을 지닌 기본적 권리는 한계를 맞이하고 있다고 판시였지만, 헌법재판관들의 별개의견에서 평화적 생존권은 기본권으로서 가능성을 확인하게 되었다는 점에서 그 의의가 있다.

주제어 : 인권, 기본권, 헌법상 보장된 기본적 권리, 평화적 생존권, 헌법에 열거되지 아니하는 권리

[Abstract]

The Guarantee of Constitutional Law for Human Rights and the Limitation.

- Related to requirements of Not enumerated in the Constitution as the
Fundamental right -

Park, Moon-Seok

European Union Centre at Yeungnam University

Fundamental rights guaranteed by the constitution and human rights does not necessarily coincide with each other but they are associated closely. The reason why human rights are ensured by the constitution, We expect that human rights can assure justification of the constitution and they are not clear and compulsory but they can guarantee their effectiveness by stipulating in the constitution and enlarge scope of protection of fundamental rights. Lastly, they can solve constitutional problem associated with human rights.

The Article 37 (1) of the Constitution prescribes that "freedoms and rights of citizens shall not be neglected on the grounds that they are not enumerated in the Constitution". Hereby, the Constitution promulgates that, with respect to constitutionally protected rights, the Constitution shall protect the fundamental rights even if they are not enumerated in the Constitution. Related to Article 37 (1) of the Constitution, The Wartime Reinforcement Military Practice of 2007[21-2(B) KCCR 769, 2007Hun-Ma369, May 28, 2009] of the Constitution Court was a noticeable constitutional decision. Because this case presented conditions to guaranteed fundamental rights of not enumerated rights which is Human rights in the constitution. In order to acknowledge a fundamental right not enumerated in the Constitution, first, the constitutional court should find the special need for the right. Additionally, the scope of protection of the right should be relatively clear so that the right retain the power to demand concrete substance from the subjected person or entity. Finally, it should be the concrete right which legal resort can be sought through court proceeding.

In this Case, Despite pacifism as asserted by complainants as the right to peaceful livelihood is the goal and spirit of the Constitution, it does not directly create fundamental right to peaceful livelihood. And therefore nothing is more absolute than concept. Not enumerated in the Constitution as the Fundamental right, the right to peaceful livelihood does not meet the reality as concrete right and therefore it cannot be acknowledged as a new right. So it is not the right guaranteed by the Constitution. But Concurring Opinion of Justices in this case has a signification in terms of suggesting possibility that the right to peaceful livelihood is guaranteed by the constitution.

Key words : Human rights, Fundamental rights, Guaranteed basic rights on Constitution, right to peaceful livelihood, Not enumerated in the Constitution as the Fundamental right