

基本權의 內在的 限界에 관한 批判的 考察

金日煥*

차 례

- I. 問題提起
- II. 韓國文獻上 主張과 判例
 - 1. 文獻上 主張
 - 2. 憲法裁判所의 判例
- III. 獨逸의 理論과 判例
 - 1. 基本權의 內在的 限界討論의 成立背景
 - 2. 基本法 제2조제1항의 3制限要因
 - 3. 基本權의 內在的 限界事由로 認定與否
 - 4. 獨逸法院의 判例
- IV. 批判的 檢討

* 韓國法制研究院 先任研究員, 法學博士

I. 問題提起

사람들은 더불어 共同體속에서 살고 있다. 따라서 이렇게 모두 함께 살아야만 하기에 다른 사람을 존중해야만 한다. 내 權利가 소중한 만큼 남의 權利도 소중한 것이다. 물론 규율되지 않은 개개인의 自由行使는 다른 사람의 自由와 충돌할 수 있기에 이러한 충돌을 예방하거나 해결하기 위하여 國家가 基本權으로 보호되는 개인의 自由들에 간섭해도 된다는 것은 너무나 당연하다. 그런데 우리 나라의 일부 學說¹⁾과 判例²⁾는 소위 “基本權의 內在的 限界”란 것을 인정한다. 어떤 基本權에 관한 制限規定이 있든 없든 基本權은 그 자체에 內在하는 限界를 갖고 있다는 것이다.³⁾ 언뜻 보기에 이러한 주장은 너무나 당연한 것처럼 들린다. 하지만 이를 인정한다면 문제는 이제부터 시작된다. 먼저 憲法理論的으로 보자. 이러한 주장을 점점 더 따라가다 보면 결국에는 모든 基本權의 “制限”이란 基本權의 “限界”를 확인하는 것이 되어버린다.⁴⁾ 그렇다면 국민의 基本權을 制限하는 국가의 행위는 처음부터 전혀 문제될 것이 없고, 오히려 당연한 것이 되고 만다. 왜냐하면 국가는 公共福利의 실현을 위하여 행동해야할 의무를 갖고 있기 때문이다. 그렇다면 국가가 국민의 基本權을 制限하려고 한다면 반드시 法律에 근거해야만 하며, 이러한 制限이 또한 비례성원칙을 준수해야만 한다고 憲法 제37조제2항이 굳이 강조할 필요가 있을까? 반대로 국가의 입장에서는 국민의 基本權을 “制限”하려 한다면 번거롭게 法律을 만들거나 법률에 근거해야하는 까다로운 과정을 거치기보다는 손쉽게 국민의 어떤 基本權行使가 이미 그 基本權의 “內在的 限界”를 벗어났으므로 처

1) 權寧星, 「憲法學原論」, 法文社, 1996, 314면이하.

2) 1990. 9. 10. 89헌마82.

3) 權寧星, 前掲書, 314면 : “자유와 권리는 그 내재적 한계 내에서만 행사될 수 있고 내재적 한계 내에서만 보장된다.”

4) 예를 들어 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (3. Auflage), 1983, C. F. Müller, 57면 : “자유와 권리의 內在的 限界가 규범화되어지고 처음부터 헌법에 존재하는 한계 내에 기본권향유자가 있어야 한다는 것은 명백하다. 基本權은 단지 基本權內在的인 限界내에서만 보장된다. 기본권의 내재적 한계를 구체화하는 立法者는 기본권을 침해하거나 상대화하는 것이 아니라 오히려 이를 확인, 보장하고 결정하는 것이다. 기본권의 內在的 限界는 기본권 개념의 결론이다.”

음부터 基本權制限의 문제가 아니라고 주장하면서 그러한 基本權行使를 못하게 하는 손쉬운 길을 택하려고 하지 않을까? 그러므로 언뜻 보기에는 너무나 당연한 것처럼 들리는 이러한 基本權의 內在的 限界란 단어 뒤에는 굉장히 무서운 함정이 도사리고 있다. 두 번째로 보통 흔히 생각하는 것처럼 他人의 權利를 침해하는 權利行使는 보호받지 못한다고 한다. 이 또한 새삼스러울 게 없는 주장이다. 그런데 여기서 다시 한번 위 문장을 분석해보자. 우선 “他人의 權利”를 침해하는 어떤 사람의 행위가 과연 基本權保護範圍에 속하는 權利行使인가? 아니면 이러한 행동은 처음부터 어떤 基本權의 보호범위에도 속하지 않기에 “基本權의 內在的 限界”가 언급될 필요도 없는 것일까? 그리고 이러한 경우에 “他人의 權利”란 무엇이며, 어떻게 “해결”하며 “基本權의 內在的 限界”에 속한다고 누가 결정하는가? 또 예를 들어 우리 나라에서 基本權의 內在的 限界에 속한다고 언급되는 “道德律”이 무엇인지를 파악한다는 것이 매우 어렵다. 왜냐하면 우선 도덕적으로 어떤 것이 금지된다는 생각이 시대 속에서 변화되어 가고 있으며 법 적용당시 확인할 수 있는 사회의 도덕적 확신을 법 적용자가 확인한다는 것이 쉽지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 “道德律”을 基本權의 內在的 限界로 인정해야만 하는가? 세 번째로 基本權의 內在的 限界란 결국에는 憲法에 규정된 직·간접적인 基本權制限을 넘어서서 또다른 基本權制限事由로서 작용하게 된다. 이는 곧 行政府나 司法府가 직접적으로 憲法에 근거하여 국민의 基本權을 制限할 수 있음을 뜻한다. 하지만 이미 우리 나라 憲法規定上 직접적으로 基本權을 制限할 수 있도록 예외적으로 인정한 경우와 憲法 제37조제2항에 따라 法律에 근거하여 基本權을 制限하도록 한 경우이외에 “일반적으로” 基本權의 內在的 限界를 인정하여 이를 바탕으로 한 또다른 基本權制限을 받아들여야만 하는가? 과연 法院이나 憲法裁判所는 이를 주장할 수 있는 憲法上 權限이나 근거를 갖고 있는가? 마지막으로 더욱 더 문제가 되는 것은 우리 나라 學說과 判例에서 논의되고 있는 “基本權의 內在的 限界”理論은 獨逸 基本法 제2조제1항의 3制限要因에서 그 근거를 찾는다는 것이다. 筆者는 과연 “우리 나라”憲法上 존재한다는 基本權의 內在的 限界를 입증하기 위하여 “獨逸 基本法 제2조제1항의 3制限要因”을 그 근거조항으로 인정한다는 論理 자체를 이해할 수 없다. 어떠한 추상적인 “理論”이 아니라 獨逸의 “특정한” 憲法條項이 憲法規定이나 基本權制限體系가 전혀 다른 한국에서도 “보편적으로” 적용된다고 과연 정말로 주장할 수 있을까? 게다가 獨逸에서 基本法 제

2조제1항의 3制限要因(憲法合致的 秩序, 他人의 權利, 道德律)을 基本權의 內在的 限界의 근거조항으로 인정하기를 문헌상 通說과 判例는 단호하게 부인한다.⁵⁾ 결국 이 논문은 한정된 지면 때문에 “基本權의 內在的 限界”라고 단순히 언급되고 있는 단어 뒤에 숨어 있는 많은 문제들을 전부 설명하지는 못한다. 그래서 이 論文에서는 獨逸에서 왜 “基本權의 內在的 限界”란 단어가 필요했으며, 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 基本權의 內在的 限界로 왜 받아들여지지 않았는지가 집중적으로 다루어진다. 이를 통하여 우리 나라 學說과 判例에서 잘못 이해하고 있는 “基本權의 內在的 限界”란 단어나 獨逸 基本法 제2조제1항의 “3制限要因”이 더 이상 언급되지 않기만을 바랄 뿐이다.

II. 韓國文獻上 主張과 判例

1. 文獻上 主張

(1) 肯定說

우리 나라에서 가장 강력하게 基本權의 內在的 限界를 주장하고 있는 學者로는 먼저 權寧星教授가 있다. 먼저 權寧星教授는 “基本權은 그 制約에 관한 명문의 규정이 없는 경우에도 無制限의인 것이 아니고 不文律에 따라 제약되는 것으로 보고 있다”고 하면서⁶⁾ “憲法에 明文의 規定을 가지고 직접 基本權의 制約을 규정하고 있는 경우에 그것을 基本權制限에 관한 憲法留保 또는 憲法直接的 基本權制約이라고 한다.”⁷⁾ 이어서 權寧星教授는 獨逸基本法 제2조제1항의 “他人權利, 道德律, 憲法秩序”를 獨逸 基本法上 一般的 憲法留保條項으로 보면서⁸⁾ 우리 나라 憲法에 “일반적 憲法留保에 관한 조항이 없을지라도

5) 참고로 슈테른(Stern)에 따르면 獨逸에서 논의되는 基本權의 內在的 限界에는 다음과 같은 어려운 문제들이 도사리고 있다고 한다 : (1) 基本權의 制限을 가능하게 하는 헌법내용들의 설정, (2) 어떤 전제조건들 하에서 이러한 헌법내용과 충돌을 받아들일 수 있는 지라는 문제, (3) 충돌해결의 기반(근거)이 무엇인지, (4) 반대되는 헌법내용들과 상호 관계 속에서 충돌해결이 어떻게 행해져야만 하는지, (5) 이러한 결정들을 누가 내릴 지라는 權限(管轄)문제. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2*, C. H. Beck, 1994, 552면.

6) 權寧星, 前揭書, 314면.

7) 權寧星, 前揭書, 315면.

8) 權寧星, 前揭書, 314면이하.

他人의 權利, 道德律, 憲法秩序 등의 존중은 國家的 공동생활을 위하여 基本權에 당연히 내재하는 제약사유”라고 인정한다.⁹⁾

그 다음으로 許營教授는 위와 같은 權寧星教授의 견해를 크게 비판하면서 도¹⁰⁾ 여전히 基本權의 內在的 限界理論이 우리 나라에서도 부분적으로 필요함을 인정한다. 먼저 許營教授는 “基本權의 內在的 限界는 憲法理論의으로 基本權 속에서 일종의 불문의 限界를 찾아냄으로써 基本權에 대한 불가피한 制限을 정당화시키려는 논리형식”¹¹⁾이라고 하면서 “法律에 의해서도 制限할 수 없는 이른바 絶對的 基本權을 규정하고 있는 憲法秩序 내에서 그 절대적 基本權의 제한필요성이 현실적으로 생긴 경우, 이를 합리적으로 해결하기 위해서 생각해낸 憲法理論의 논리형식이 바로 基本權의 內在的 限界”¹²⁾라고 언급한다. 계속해서 許營教授는 “基本權의 內在的 限界를 일반화시켜서 이를 모든 基本權에 확대 적용시키려고 하는 것은 적어도 일반적인 法律留保條項과도 조화되기 어려울 뿐만 아니라 자칫하면 법률에 의한 基本權制限의 최후적 限界로 명시되고 있는 본질적 내용의 침해금지를 공허한 것으로 만들어버릴 위험성마저 갖게 된다”¹³⁾고 강하게 비판한다. 그러면서도 계속해서 許營教授는 “따라서 우리 憲法上 基本權의 內在的 限界가 문제될 수 있다면 이같은 법률의 규제권박에 있는 基本權이 다른 基本權 또는 憲法에 의해서 보호되고 있는 다른 憲法的 가치와 충돌을 일으키는 경우 그 구체적인 문제를 해결하기 위한 수단으로 원용되는 때에 국한된다고 보아야 한다”¹⁴⁾고 하여 부분적으로 “基本權의 內在的 限界理論”이 우리 나라에서도 필요함을 인정한다.¹⁵⁾

9) 權寧星, 前掲書, 316면. 權寧星教授는 더 나아가 정당의 목적과 활동, 언론·출판의 사회적 책임, 재산권의 행사 등에 관한 조항을 개별적 헌법유보라고까지 주장한다. 前掲書, 316면 참조.

10) 예를 들어 許營, 「憲法理論과 憲法(中)」, 博英社, 1988, 126면이하.

11) 許營, 前掲書, 118면.

12) 許營, 「韓國憲法論」, 博英社, 1996, 266면. 그러나 다른 한편으로는 前掲書, 266면 주1)에서는 오늘날에는 절대적 기본권의 개념이 성립되지 않는다고 언급하고 있다.

13) 許營, 前掲書, 270면.

14) 許營, 前掲書, 270면.

15) 許營教授는 독일 기본법상 제2조제1항의 3제한요인을 基本權의 憲法的 限界로 인정하는데(前掲書 271면) 이는 독일기본법 2조 1항에 대한 충분한 인식이 없기 때문이다. 게다가 許營教授는 독일에서 기본권의 내재적 한계의 논증이론으로 3한계이론,

(2) 否定說

먼저 崔大權教授는 “일반적이든 개별적이든 憲法留保라는 개념이 우리 나라 제37조제2항과 같은 포괄적인 조항이 존재치 아니하는 憲法하에서 나온 개념임을 감안하면 이같은 개념을 인정할 필요나 이유가 있는지 의문이다”¹⁶⁾고 언급한다. 이를 바탕으로 하여 계속해서 “더구나 제37조제2항과 같은 포괄적인 조항을 가지고 있는 형편에 또다른 基本權制限의 근거를 제공하는 이같은 개념을 가진다는 것은 위에서 본 바와 같은 헌법정책적인 입장이나 우리 나라에 있어서의 실천적인 이유 내지 현실을 감안할 때 번잡할 뿐만 아니라 위험하기도 하다고 할 수 있다”¹⁷⁾고 주장한다.

金哲洙教授 또한 “우리 나라의 경우에는 현행헌법은 絶對的 基本權을 규정하지 않고서 모든 基本權에 대하여 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 法律로써 制限할 수 있도록 하고 있다. 따라서 基本權의 制限은 반드시 內在的 限界를 통하지 않고도 모든 基本權에 대하여 일반적 法律留保로써 가능하기 때문에 구체적인 경우에 실질적으로 內在的 限界가 주장될 필요성은 거의 없는 것처럼 보인다”¹⁸⁾고 하여 우리 나라 헌법상 “基本權의 內在的 限界理論”의 필요성을 강하게 부정한다.

2. 憲法裁判所의 判例

“개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적

개념내재적 한계이론, 국가공동체유보이론, 규범조화를 위한 한계이론이 있는 것처럼 소개하고 있는데 실제로 독일에서 전개되고 있는 여러 이론들을 이렇게 분류할 수 있을지는 의심스럽다. 예를 들어 聯邦行政法院이나 聯邦憲法法院의 설명은 기본권의 내재적 한계를 논증하기 위하여 判例에서 언급된 논거인데, 이를 기본권의 내재적 한계에 관한 “이론”중 하나로 취급할 수 있을까? 기본권의 내재적 한계를 언급한 독일 학자들로는 헤벌레, 밀러, 갈바스 등이 있다. 이에 관하여 자세한 것은 Herwig Van Niewland, *Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken*, Diss. 1981, 50면이하 ; Klaus Stern, *a.a.O.*, 552면 이하 참조.

16) 崔大權, 「憲法學」, 博英社, 1989, 196면.

17) 崔大權, 前掲書, 197면.

18) 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社, 1996, 286면.

자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리·공중도덕·사회윤리·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며(필자강조), 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 憲法 제37조제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체목적에 의하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로서 제한할 수 있는 것이다. … 그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여서는, 배우자 있는 자의 간통행위를 규제하는 것은 불가피한 것이며, 그러한 행위를 한 자를 2년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 형법 제214조의 규정은 성적자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 인정된다.”¹⁹⁾

Ⅲ. 獨逸의 理論과 判例

1. 基本權의 內在的 限界討論의 成立背景

1) 獨逸에서 基本權의 內在的 限界가 무엇 때문에 토론되고 있는지를 살펴 보기 위해서는 우선 獨逸 基本法成立史 및 基本法上 基本權制限體系에 관한 이해가 우선 선행되어야만 한다.

먼저 憲法制定議會(Parlamentarischer Rat)에서 다룬 憲法草案을 만들기 위하여 各州의 首相들이 임명한 전문가들이 1948년 8월 10일부터 23일까지 활동하였는데 이들이 헤렌힘제(Herrenhimemsee)란 섬에서 憲法草案을 만들었기 때문에 이를 “헤렌힘제초안”이라고 한다.²⁰⁾ 基本法 제2조제1항을 만드는 데 참조가 된 이 헤렌힘제憲法草案의 제2조는 다음과 같다 : “1) 모든

19) 1990. 9. 10. 89헌마82.

20) 자세한 것은 Reinhard Mußnug, *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*, Isensee / Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Bd. I*, C. F. Müller, 1987, 232면 이하 참조.

인간들은 자유롭다. 2) 모든 사람은 법질서와 선량한 도덕 내에서 다른 사람에게 해를 주지 않는 모든 것을 할 자유를 갖고 있다.” 이 憲法制定議會(Parlamentarischer Rat)²¹⁾는 憲法制定을 위한 小委員會를 구성하였는데 그 중 하나인 基本原則委員會(Grundsatzausschuß)는 이러한 헤렌힘제초안과 헤센州 憲法 제2조를 바탕으로 하여 일차적으로 다음과 같은 草案을 채택하였다 : “1) 모든 사람은 生命·自由·安全에 관한 權利를 갖는다. 2) 他人의 權利를 침해하지 않고, 憲法合致的 秩序나 道德律을 위반하지 않는 한 모든 사람은 人格의 自由로운 發現權을 갖는다. 3) 이러한 자유는 법질서 속에서만 제한되어도 된다. 4) 公權力을 통하여 이러한 權利를 침해당한 사람은 裁判을 請求할 수 있다.” 결국 망골트나 나비아스키는 이 조항에 삽입된 모든 基本權과 관련된 一般的 法律留保規定을 옹호하였으나 다른 小委員會인 一般編輯委員會(Allgemeiner Redaktionsausschuß)는 위 조항에 규정된 一般的 法律留保에 분명하게 반대하였다.²²⁾ 一般編輯委員會는 처음부터 一般的 行動自由를 주요 또는 핵심기본권으로 생각하였던 것이다. 그래서 이 一般編輯委員會는 다음과 같이 수정하여 제안하였다 : “모든 사람은 다른 사람의 權利를 침해하지 않고, 憲法合致的 秩序나 道德律에 위반되지 않는 것을 하거나 하지 않을 자유를 갖고 있다.” 그 뒤 一般編輯委員會는 다시 이 조항의 法益으로 “人格의 自由로운 發現”을 채택할 것을 주장하였다. 그리하여 마침내 1949년 5월 5일 현재와 같은 獨逸基本法 제2조²³⁾가 채택되었다. 그리하여 결국 基本權에 관한 일반적 法律留保를 基本法에 두자는 제안은 단호하게 거부되었다.²⁴⁾

2) 憲法制定議會가 이렇게 단호하게 一般的 法律留保規定에 반대한 것은 그들의 역사적 경험 때문이었다. 곧 바이마르시대에 이러한 一般的 法律留保에

21) 憲法制定議會(Parlamentarischer Rat)에 관해서는 Reinhard Mußgnug, *a. a. O.*, 234면이하 참조.

22) Thomas Dehler, *Zur Entstehung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes*, *JZ* 1960, 728면.

23) 독일기본법 제2조제1항은 다음과 같다 : “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”

24) Herwig Van Niewland, *a. a. O.*, 3면.

의하여 基本權保障이 무력해졌기 때문에 이를 방지하려는 목표설정이 基本法制定 당시에 지배적이었다.²⁵⁾ 그래서 基本法에 규정된 개개 法律留保를 넘어서서 자유를 制限하는 또다른 중요한 공공이익을 만들어서는 안된다는 것이 基本法을 제정할 때 묵시적으로 인정되었다고 할 수 있으며²⁶⁾ 이를 통하여 결국 基本法上 基本權의 制限與否는 개개 基本權의 制限問題로 구체화될 수밖에 없었다.²⁷⁾

3) 이에 따라서 基本權의 內在的 制限에 관하여 용어적으로나 사항적으로 상당한 정도로 憲法制定議會에서 다양하게 토론되었다. 물론 이를 옹호하는 견해도 있었지만 基本法 제18조에서 그 표현이 발견되는 基本權의 남용을 도외시한다면 基本權의 內在的 限界의 인정에는 비판적이었다.²⁸⁾

4) 그렇다면 基本法에서는 모든 基本權에 적용되는 一般的 制限規定이란 존재하지 않는다. 그러므로 해당 基本權規範이 어떠한 制限을 허용하는지는 基本法上 다양한 基本權制限規定을 분석해야만 비로소 알 수 있다.²⁹⁾

5) 이를 바탕으로 하여 基本法上 基本權들은 다음 세 가지 유형들로 분류할 수 있다. ①單純法律留保를 갖고 있는 基本權(Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt), ②加重法律留保를 갖고 있는 基本權(Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt), ③法律留保없는 基本權(Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt). 먼저 基本權制限이 법률을 통하거나 법률에 근거하여 행해지는 것만을 요구하도록 基本法에 규정된 基本權은單純法律留保를 갖고 있다.³⁰⁾ 두 번째로 基本權制限이 법률을 통하거나 법률에 근거하여 행해지는 것을 요구할 뿐만 아니라 制限法律이 구체적 상황과 결합되거나, 특정 목적들에 봉사하거나 특정 수단을 사용하도록 또한 基本法이 요구하는 基本權들은 加重法律留保를 갖고 있는 것이다.³¹⁾ 마지막으로 基本法

25) 이에 자세한 것은 Klaus Stern, *a.a.O.*, 271면이하 참조.

26) Thomas Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken*, Duncker & Humblot, 1981, 62.

27) Klaus Stern, *a.a.O.*, 271면.

28) 이에 관하여 자세한 것은 Klaus Stern, *a.a.O.*, 501면이하 참조.

29) Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar Bd. 1 - Vorbemerkungen zu den Art. 1 - 19* (4. Auflage), C. H. Beck, 1992, Rn. 53.

30) 보기 : 기본법 제2조제2항, 제3조, 제8조제2항, 제10조제2항. 이에 관하여는 Thomas Wülfing, *a.a.O.*, 27면이하 참조.

31) 보기 : 기본법 제11조제2항. 이에 관하여는 Klaus Stern, *a.a.O.*, 462면 :

이 도대체 법률을 통하거나 법률에 근거한 어떤 制限을 규정하고 있지 않은 경우가 바로 法律留保없는 基本權이다.³²⁾

6) 문헌이나 判例에서 사용되는 용어가 비통일적이라 하더라도³³⁾ 헌법상 어떤 制限規定을 갖고 있지 않기에 언뜻 절대적으로 보이는 基本權이라 하더라도 절대로 制限될 수 없는 것이 아니라는 것만은 모두 인정한다.³⁴⁾ 왜냐하면 基本法은 고립된 개인이 아니라 사회공동체에서 살고 있는 인간을 전제로 하기 때문이다.³⁵⁾ 그렇다면 이제 문제는 이러한 基本權의 內在的 限界를 어떻게 정당화할 수 있는 지이다. 그래서 먼저 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 분석한 다음에, 이를 바탕으로 하여 이 3制限要因을 基本權의 內在的 限界로 인정할지 여부에 관한 學說 및 이에 관한 獨逸法院의 判例들을 살펴보기로 한다.

2. 基本法 제2조제1항의 3制限要因

그 동안 判例와 문헌에서 獨逸基本法 제2조제1항이 主觀的 公權으로서 基本權을 보장하는지, 이를 보장한다면 어떠한 보호범위를 갖고 있는지가 토론되었다. 聯邦憲法法院과 문헌상 通說에 따르면 基本法 제2조제1항은 포괄적인 행동자유를 보호한다.³⁶⁾ 그러므로 우선 이 基本權은 인간의 一般的인 行動自

Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 53이하 참조.

32) 보기 : 기본법 제4조제1항, 제5조제3항. 이에 관하여는 Pieroth / Schlink, *Grundrechte*, C. F. Müller, 1991, 68면 참조.

33) 내재성(고유성 Immanenz)이란 표현은 원래 철학적 용어로부터 유래한 것이라고 한다. 그래서 內在的이란 한 대상의 구체적 특징과 분리될 수 없이 결합되어 있고 그 限界를 넘지 못하는 모든 특징을 말한다고 한다. 獨逸에서 사용되는 용어는 통일되어 있지 않다. immanent 대신에 inhärent, natürlich, selbstverständlich, unvermeidlich, notwendig, der Natur der Sache nach가 사용된다. 또한 내재적 제한(Schranke)뿐만 아니라 Be- und Einschränkung, Grenzen이 사용됨으로써 이러한 불명확성은 더해진다. 이에 관하여 자세한 것은 Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 7면이하 참조.

34) Wolfgang Höfling, *Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken*, Jura 1994, 171면 ; Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 56.

35) Hans-Ingo v. Pollern, *Forum - Immanente Grundrechtsschranke*, JuS 1977, 644면.

36) 이에 관하여 자세한 것은 金榮秀·金日煥, “한국헌법상 일반적 행동자유권존재여부

由를 보장하고 이러한 行動自由는 인간의 모든 作爲와 不作爲를 포함한다. 이 조항은 國家로부터 자유로운 영역을 보장하고 개개인이 자신의 인격을 실현할지, 실현한다면 어떻게 실현할지를 개개인에게 자유로이 맡긴다.³⁷⁾ 그렇다면 基本法 제2조제1항은 憲法合致的 秩序라는 制限 밑에서 行動自由를 보장하는 것으로서³⁸⁾ 이는 法治國家原則에 따르지 않는 국가의 基本權制限을 금지한다. 그 다음으로 제2조제1항이 갖고 있는 넓은 構成要件과 그 制限規定 때문에 제2조제1항과 다른 基本權間 관계가 결정되어야만 한다. 기본법 제2조제1항은 다른 구체적인 自由權들이 보호하지 못하고 남겨 놓은 畧餘들을 메울 수 있다. 이에 따라서 구체적인 基本權들의 보장이 충분한 한 일반적 行動自由로서 基本法 제2조제1항은 뒤로 물러난다.

결국 이렇게 基本法 제2조제1항의 보호범위가 넓어짐에 따라서 基本法 제2조제1항의 制限事由로 언급되고 있는 “他人의 權利”(die Rechte anderer), “憲法合致的 秩序”(die verfassungsmäßige Ordnung), “道德律”(das Sittengesetz)을 어떻게 파악해야 하는지, 그리고 다른 基本權制限根據와는 어떤 관계가 있는지가 계속해서 논란이 된다.³⁹⁾

(1) 憲法合致的 秩序

1) 聯邦憲法法院의 判例

a) 獨逸 基本法에는 제2조제1항 외에도 여러 조항에서 “憲法合致的 秩序”란 문구가 언급되고 있다.⁴⁰⁾ 聯邦憲法法院은 基本法 여러 조항에 규정되어 있는 이러한 “憲法合致的 秩序”를 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”와 구별하였다.⁴¹⁾

에 관한 비판적 검토”, 『憲法學研究』, 제2집, 1996, 168면이하 참조.

37) Detlef Merten, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*, JuS 1976, 346면.

38) BVerfGE 7, 92.

39) HansUwe Erichsen, *Allgemeine Handlungsfreiheit* : Isensee / Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Bd. 6*, 1989, C.F.Müller. Rn. 30 ; v. Mangoldt / Klein / Starck, *Das Bonner Grundgesetz* (3. Auflage), Verlag Franz Vahlen, 1985. Rn. 13.

40) 독일기본법 제9조제2항, 제20조제3항, 제28조제1항, 제98조제2항.

41) 예를 들어 聯邦行政法院은 기본법 9조 2항의 “헌법합치적 질서”는 “자유민주적 기본질서”라고 결정하였다.(BVerwGE 47, 330/351) 이에 반하여 기본법 20조 3항의 “헌법합치적 질서”는 기본법 전체규범을 뜻한다고 한다. Jarass / Pieroth,

聯邦憲法法院은 그 구별근거로 개개 규범이 수행해야만 하는 구체적 기능을 들었다.⁴²⁾ 결국 많은 基本法規定들에서 다양하게 언급되고 있는 “憲法合致的 秩序”가 모두 동일한 의미를 갖는 것으로 해석해서는 안되고 특히 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 다른 基本法條項에서 언급되고 있는 “憲法合致的 秩序”처럼 좁게 해석할 수 없다고 한다.⁴³⁾

b) 聯邦憲法法院은 基本法 제2조제1항에 관한 중요한 判例인 엘페스판결에서 다음과 같이 결정하였다 : “법적으로 본다면 基本法 제2조제1항은 포괄적인 의미에서 一般的 行動自由를 보장하는 독자적인 基本權이다. … 基本法 제2조제1항이 보장하는 일반적 행동자유 옆에 基本法은 역사적 경험에 따라 특히 공권력의 간섭에 맡겨져 있는 특정생활영역에 속하는 인간의 활동자유를 특별한 기본권규정들을 통하여 보호한다. 이러한 기본권규정들에서 憲法은 단계적인(구분된) 法律留保를 통하여 개개 기본권영역이 얼마만큼 制限될 수 있는지를 결정하였다. 이런 특별한 생활영역들이 基本權으로 보호되지 않는 한 公權力의 制限에 대하여 개개인은 基本法 제2조제1항 자유에 호소할 수 있다. … 인격의 자유로운 발현을 갖고 있는 基本法 제2조제1항에서 憲法合致的 秩序에만 구속되는 일반적 행동자유가 보장된다면 이러한 憲法合致的 秩序란 개념은 실질적이고 형식적인 헌법규범을 존중해야만 하는, 그래서 憲法合致的 法秩序이어야만 하는 一般的 法秩序(필자강조)일 뿐이라고 이해해야만 한다.”⁴⁴⁾ 엘페스판결 이후에 聯邦憲法法院은 後續判例들에서 일관되게 이 입장을 유지하였다. 그래서 基本法 제2조제1항 해석을 위한 聯邦憲法法院의 기준은 다음과 같다 : “基本法 제2조제1항은 他人의 權利를 침해하지 않고, 道德律이나 憲法合致的 秩序에 반하지 않는 한 모든 사람에게 일반적 행동자유를 보장한다. 형식적, 실질적으로 憲法과 일치하는 모든 법규범이 이러한 憲法合致的 秩序에 속한다.(필자강조)”⁴⁵⁾ 결국 엘페스판결이후 聯邦憲法法院은 일관되게

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (2. Auflage), C. H. Beck, 1992, 366면 이하 참조.

42) 자세한 것은 Rupert Scholz, *Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AÖR 1975, S. 88 참조.

43) BVerfGE 6, 32/38.

44) BVerfGE 6, 32/36면이하 참조.

45) BVerfGE 55, 159/165. ; BVerfGE 7, 92 : “2조 1항은 헌법합치적 질서제한

憲法合致的 秩序를 憲法과 일치하는 형식적이고 실질적인 모든 현행 法秩序라고 이해한다.⁴⁶⁾ 이에 따라서 聯邦憲法法院의 判例에서 憲法合致的 秩序라는 制限이 중대한 의미를 획득하게 되고 나머지 制限要因들(他人의 權利, 道德律)을 계속해서 포함하게 된다.⁴⁷⁾

2) 학설

聯邦憲法法院이 基本法 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 이렇게 넓게 해석하는 것에 대하여 강하게 비판하는 소수설이 있기는 하다.⁴⁸⁾ 그러나 문헌상 통설 또한 聯邦憲法法院의 견해를 따른다. 먼저 문헌상 통설 또한 基本法의 다른 규정들에서 사용되고 있는 “憲法合致的 秩序”를 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”와 구별한다.⁴⁹⁾ 다른 헌법조항들에서 언급되고 있는 “憲法合致的 秩序”처럼 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 좁게 해석하는 것은 다른 구체적 자유권을 보충하는 受容基本權으로서 제2조제1항의 성격과도 맞지 않는다는 것이다.⁵⁰⁾ 이렇게 基本法 제2조제1항에서 基本權制限事由로 언급되고 있는 “憲法合致的 秩序”를 넓게 해석하는 것은 제2조제1항의 보호범위가 확대됨으로써 등장하게 되는 필연적 결과이다.⁵¹⁾ 다시 말하면 基本權構成要件의 확대는 그에 상응하는 광범위한 基本權制限을 전제로 한다. 따라서 제2조제1항에서 언급되고 있는 憲法合致的 秩序란 憲法合致的인 全體法秩序라고 한다.⁵²⁾

밑에서 행동자유를 보장한다.”

46) BVerfGE 42, 234/236.

47) Pieroth / Schlink, *a.a.O.*, 99면.

48) 예를 들어 Walter Schmidt, *Die Freiheit vor dem Gesetz*, AÖR 1966, S. 78 : “헌법합치적 질서는 헌법합치적 법질서와 동일할 수 없다. 이를 받아들인다면 모든 형식적인 헌법합치적 법률이 기본권목록에 언급되지 않은 자유영역을 효과적으로 제한하고 축소할 수 있기 때문이다.”

49) 예를 들어 뮌히(Münch)는 제20조제3항의 헌법합치적 질서를 “전체헌법질서”로, 제9조제2항의 헌법합치적 질서는 “자유민주적 기본질서의 핵심상태”를 뜻한다고 한다. Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 22 ; 슈타르크(Starck)는 제9조제2항의 헌법합치적 질서는 “헌법의 기본원칙”으로, 제20조제3항의 헌법합치적 질서는 “결국 헌법 그 자체”라고 하면서 양자를 구별한다. v. Mangoldt / Klein / Starck *a.a.O.*, Rn. 23.

50) Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 32.

51) Pieroth / Schlink, *a.a.O.*, 98면.

52) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 22 ; Pieroth / Schlink, *a.a.O.*, 98면이하 ; Christoph Degenhart, *Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art.21*,

모든 법규범들(聯邦法이나 州法)뿐만 아니라 法規命令과 條例 및 이에 근거한 행정행위들도 이러한 憲法合致的 秩序에 포함된다.⁵³⁾

(2) 他人의 權利

그 다음으로 基本法 제2조제1항에서 또 다른 基本權制限事由로 언급되고 있는 “他人의 權利”가 무엇인지는 法秩序가 결정한다. 따라서 “他人의 權利”에는 自然人과 法人의 모든 主觀的인 權利들(私的, 公的 權利)이 속한다.⁵⁴⁾ 결국 聯邦憲法法院의 判例에서 “憲法合致的 秩序”가 넓게 해석됨에 따라서 “他人의 權利”를 통한 基本權制限은 독립적인 의미를 상실하게 된다.⁵⁵⁾

이에 대하여 基本法 제2조제1항의 制限事由로서 “他人의 權利”가 가져야만 하는 기능과 역할에 관하여는 학설이 나뉜다. 먼저 문헌상 통설은 聯邦憲法法院의 判例처럼 제2조제1항에서 基本權制限事由로써 언급되고 있는 “他人의 權利”에 적극적 기능을 인정하지 않는다. 이러한 주장의 근거로 “憲法合致的 秩序”를 포괄적으로 이해한다면 이는 他人權利에 근거한 규범전체도 이미 포함하게 되고, 그렇다면 결국 “憲法合致的 秩序”에 의한 基本權制限이 결정적 역할을 하게 된다는 것이다.⁵⁶⁾ 예를 들어 “他人의 權利”가 基本權制限事由로서 작용할 수 있기 위해서는 이러한 權利가 입법자를 통한 실정화를 필요로 한다. 그런데 이는 이미 憲法合致的 秩序라는 基本權制限에 포함되어 버린다는 것이다.⁵⁷⁾ 이에 대하여 문헌상 소수설은 이러한 “他人의 權利”에 나름대로 의미를 부여하려고 한다. 곧 슈타르크(Starck)에 따르면 일반적 행동자유의 制限으로서 “他人의 權利”는 憲法合致的 秩序보다 더욱 분명한 것으로서 무엇보다도 생명이나 활동의 자유와 같은 개인의 법익이 他人의 자유행사를 통하여

JuS, 1990, 164면.

53) Christoph Degenhart, *a.a.O.*, 164면 ; Pieroth/ Schlink, *a.a.O.*, 99면.

54) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 20이하 ; v. Mangoldt / Klein / Starck, *a.a.O.*, Rn. 21. 이러한 타인의 권리에는 공법상 법인의 공권은 속하지 않는다고 한다. Adalbert Podlech, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Bd. 1* (2. Auflage), Luchterhand, 1989, Rn. 68.

55) 이에 관하여는 Christoph Degenhart, *a.a.O.*, 164면 참조.

56) Christoph Degenhart, *a.a.O.*, 164면 ; Hans-Uwe Erichsen, *Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG*, Jura 1987, 371면 ; Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 19.

57) Christoph Degenhart, *a.a.O.*, 164면.

침해될 우려가 있는지를 명확하게 “他人의 權利”라는 制限事由가 요구한다고 한다.⁵⁸⁾

(3) 道德律

1) 聯邦憲法法院의 判例⁵⁹⁾

同性愛를 처벌하는 법률의 合憲性에 관한 결정에서 聯邦憲法法院은 유일하게 “道德律”을 基本權制限事由로써 다루었다. 聯邦憲法法院은 먼저 道德律이 형식적으로는 인격을 자유로이 형성하는 개개인에 대한 獨立的 制限이라고 인정한다.⁶⁰⁾ 계속해서 이러한 제2조제1항의 道德律은 도덕성, 지배적 도덕관념을 포함한다고 하면서⁶¹⁾ 판사의 개인적 윤리감정이 道德律을 認識하는데 결정적일 수 없고 국민일부의 견해 또한 道德律의 내용을 결정할 수는 없다고 하였다.⁶²⁾ 결과적으로 聯邦憲法法院은 도덕적 견해의 변경이나 道德律內容의 변화가 가능함을 인정하였다.⁶³⁾

2) 學說

먼저 基本法 제2조제1항의 “道德律”이 무엇인지를 파악한다는 것이 매우 어렵다. 우선 도덕적으로 어떤 것이 금지된다는 생각이 시대 속에서 변화되어 가고 있으며 법적용당시 확인할 수 있는 사회의 도덕적 확신을 법적용자가 확

58) v. Mangoldt / Klein / Starck *a.a.O.*, Rn. 21이하 참조.

59) 同性愛의 처벌에 관한 이러한 聯邦憲法法院의 判例는 기본법 제2조제1항의 “道德律”이 무엇인지에 관한 것이기도 하지만, 이 判例는 또한 “同性愛”와 같은 性生活領域이 도대체 “불가침의 핵심영역”인지, 아니면 공공이익에 근거하여 제한될 수 있는 “私的 領域”에 속하는 지와도 관련된다. 자세한 것은 Dietwalt Rohlf, *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*, Duncker & Humblot, 1980, 99면이하 참조.

60) BVerfGE 6, 389/434.

61) BVerfGE 6, 389/433.

62) BVerfGE 6, 389/434.

63) BVerfGE 6, 389/436. 聯邦憲法法院은 이 判決에서 종교단체(특히 기독교)교리를 道德律을 확정하기 위하여 중요한 것으로 평가하였다.(BVerfGE 6, 389/434) 그러나 많은 국민들이 위 종교단체로부터 그들의 도덕적 행동을 위한 지침이나 기준을 얻는다 하더라도 聯邦憲法法院이 同性愛라는 구체적인 경우에서 道德律의 내용확정을 위한 간접증거로만 이러한 종교단체의 교리를 끌어들이었음을 주목해야만 한다. 따라서 종교단체의 교리로부터 또는 기독교교리로부터 일반적으로 道德律의 내용을 확인하는 것은 허용되지 않는다.

인한다는 것이 쉽지 않다.⁶⁴⁾

基本法 제2조제1항의 “道德律”이 무엇인지에 관하여는 학설이 나뉜다. 먼저 문헌상 통설에 따르면 “道德律”이란 사회의 지배적인 도덕관념이라고 한다.⁶⁵⁾ 基本法에서 언급되는 이러한 道德律이란 개념은 이에 관한 종교적, 철학적 표현들과는 다른 것이다. 그러므로 道德律이란 법개념의 내용은 해석을 통하여 얻어질 수 있는데 이러한 해석은 基本法 자체로부터 나와야만 한다고 한다.⁶⁶⁾ 따라서 법관의 개인적·윤리적 감정이나 일부국민의 견해는 권위 있는 것이 못되며⁶⁷⁾ 중요한 도덕규범은 특정종교단체나 기독교교리에서 나올 수 없다고 한다.⁶⁸⁾ 결국 이러한 通說에 따르면 道德律에 의한 基本權制限은 현실적인 의미를 더 이상 갖지 않는다.⁶⁹⁾ 이에 대하여 슈타르크(Starck)는 基本法에서 언급된 道德律의 내용은 철학적으로 시간을 초월하여 근거된 것도 아니고 경험적으로 파악할 수 있는 국민 대다수의 견해도 아니라고 하면서 법이론적으로 유일하게 이용할 수 있는 것은 “道德律”이란 문구에서 基本法이 “전통적인 도덕관념”을 언급하고 있다고 주장한다. 그러한 한 道德律은 확고한 윤곽을 가지고 있지도 않으며, 확정될 수 없는 그때그때의 윤리적 의식에서 나오지 못한다고 한다.⁷⁰⁾

(4) 小 結

1) 聯邦憲法法院과 문헌상 통설에 따르면 基本法 제2조제1항은 포괄적인 행동자유를 보호한다. 그러므로 우선 이 基本權은 인간의 一般的인 行動自由

64) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 27.

65) 예를 들어 Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 41 ; Schmidt-Bleibtreu / Klein, *Kommentar zum Grundgesetz* (7 Auflage), Luchterhand, 1990, Rn. 13이하 참조.

66) Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 41 ; Sieghart Ott, *Das Sittengesetz und seine Bedeutung im öffentlichen Recht*, BayVBl 1966, 186면.

67) Schmidt-Bleibtreu / Klein, *a.a.O.*, Rn. 13.

68) Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 41 ; Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 28 ; Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar* Bd. 1, C. H. Beck, 1986, Rn. 16 : “이는 세계 속의 또는 서양문화범주의 윤리적 견해와 일치에 의존하는 것이 아니라 처음부터 우리 법공동체의 윤리적 의식에만 의존한다.”

69) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 28 ; Pieroth / Schlink, *a.a.O.*, 99면.

70) Christian Starck, *Das “Sittengesetz” als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit*, Festschrift für Willi Geiger, 1974, 264면 이하 참조.

를 보장하고 이러한 行動自由는 인간의 모든 作爲와 不作爲를 포함한다. 이 조항은 國家로부터 자유로운 영역을 보장하고 개개인이 자신의 인격을 실현할지, 실현한다면 어떻게 실현할지를 개개인에게 자유로이 맡긴다. 두 번째로 제2조제1항은 다른 구체적인 자유권들이 보호하지 못하고 남겨 놓은 흠결들을 메울 수 있다. 이에 따라서 구체적인 基本權들의 보장이 충분한 한 일반적 행동자유로서 基本法 제2조제1항은 뒤로 물러난다.

2) 엘페스판결이후 聯邦憲法法院은 일관되게 基本法 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 憲法과 일치하는 형식적이고 실질적인 모든 현행 법질서라고 이해한다. 문헌상 통설 또한 聯邦憲法法院의 견해를 따른다. 이렇게 基本法 제2조제1항에서 基本權制限事由로 언급되고 있는 “憲法合致的 秩序”를 넓게 해석하는 것은 제2조제1항의 보호범위가 확대됨으로써 등장하게 되는 필연적 결과이다. 따라서 모든 법규범들(연방법이나 州法)뿐만 아니라 법규명령과 조례 및 이에 근거한 행정행위들도 이러한 憲法合致的 秩序에 포함된다.

3) 이렇게 “憲法合致的 秩序”概念이 넓어지는 것에 대한 가장 큰 우려는 이를 통하여 基本法 제2조제1항에서 보장되는 일반적 행동자유가 공허해진다는 것이었다. 그러나 일반적 행동자유를 制限하는 법은 형식적, 실질적으로 憲法에 따라야만 한다. 이에 관하여 聯邦憲法法院은 다음과 같이 결정하였다 : “基本法 제2조제1항의 일반적 자유추정을 시민을 위한 것으로 이해한다면 개개인이 공권력의 불필요한 制限으로부터 보호될 것을 法治國家原則은 요구한다. 法的 制限이 불가피하다면 그 수단은 법적 목표달성에 적당하고 개개인에게 지나치게 부담을 주는 것이어서는 안된다.”⁷¹⁾ 결국 이는 비례성원칙에 일치하면서 중요한 공공복리에 따른 基本權制限을 立證하는 그러한 법률만이 憲法合致的 秩序에 속한다는 것을 뜻한다.⁷²⁾ 이를 통하여 基本法 제2조제1항의 일반적 행동자유가 부당하게 침해될 수 있다는 우려는 불필요한 것으로 입증

71) BVerfGE 20, 150/155. BVerfGE 55, 159/165 : “자유제한이 불가피하다면 이는 비례적이어야 한다. 자유를 제한하는 목표와 비교하여 목표달성에 적합하고 달성되는 이익과 대가로 지불되는 불이익사이에 그 효과가 실증적이어야 한다.”

72) Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 36 ; v. Mangoldt / Klein / Starck, *a.a.O.*, Rn. 19; Hans Heinrich Rupp, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrecht-sinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG ?*, NJW 1966, 2035면 이하 ; Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 24.

된다.

4) 엘페스판결이후 聯邦憲法法院은 일관되게 基本法 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 憲法과 일치하는 형식적이고 실질적인 모든 현행 법질서라고 이해한다. 이에 따라서 聯邦憲法法院의 判例에서 憲法合致的 秩序라는 制限事由가 중대한 의미를 획득하게 되고 나머지 制限要因들(他人의 權利, 道德律)을 포함하게 된다.

먼저 聯邦憲法法院은 “憲法合致的 秩序”를 넓게 해석함으로써 “他人의 權利”를 통한 基本權制限에 독립적인 의미를 부여하지 않는다. 문헌상 통설 또한 聯邦憲法法院의 判例처럼 제2조제1항의 基本權制限事由로서 “他人의 權利”에 적극적 기능을 인정하지 않는다. 왜냐하면 “憲法合致的 秩序”를 포괄적으로 이해한다면 이는 他人權利에 근거한 규범전체를 또한 이미 포함하게 되고, 그렇다면 결국 “憲法合致的 秩序”에 의한 基本權制限이 결정적 역할을 맡기 때문이라고 한다.⁷³⁾

그 다음으로 道德律이 무엇인지에 관한 해석은 이론적으로도 현실적으로도 어려움을 제기한다. 처음부터 道德律을 독립된 제한규범으로 파악할 이유는 크지 않다. 왜냐하면 이미 법질서가 흠결이 거의 없을 정도로 충분하기에 일반적 행동자유의 제한을 직접적으로 도덕적 규범에 따라 평가하기가 어렵기 때문이다.⁷⁴⁾ 聯邦憲法法院의 判例에서도 지금까지 道德律은 同性愛判決에서 基本權制限事由로써 역할을 하였다. 결국 道德律이 독자적으로 基本權을 制限할 가능성을 判例와 학설은 확실하게 배제한다. 따라서 憲法合致的 秩序가 道德律로까지 확대되었다고 말할 수 있다.⁷⁵⁾

73) 基本權의 限界事由나 制限事由로서 “他人의 權利”를 인정한다는 것이 언뜻 보기에 너무나 당연한 것을 확인한 것에 불과한 것처럼 보인다. 그렇지만 실제로 실정헌법상 제한체계 속에서 “타인의 권리”가 어떤 기능과 역할을 할 수 있는지는 별개의 문제이다. 예를 들어 일반적으로 문제없이 전제로 되는 것처럼 보이는 “다른 사람의 권리들”을 어떻게 누가 결정할 수 있는지가 우선 해명되어야만 한다. 다시 말하자면 “타인의 권리”란 국가법질서 속에서는 그 본성(Natur)으로부터 확정(인)되는 게 아니라, 국가권력으로부터 법률적으로 확정된다. 이에 관하여 자세한 것은 Klaus Stern, *a.a.O.*, 304면이하 참조.

74) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 26 ; Hans-Uwe Erichsen, *a.a.O.*, Rn. 42 : “모든 경우에 일반적으로 사회를 해롭게 한다고 파악된 행위는 이미 실정법수단으로 저지할 수 있다.”

75) v. Mangoldt / Klein / Starck, *a.a.O.*, Rn. 24.

3. 基本權의 內在的 限界事由로 認定與否

(1) 學說

1) 肯定說

먼저 基本法 제2조제1항이 어떤 主觀的 權利를 보장하지 않는다는 입장에서 제2조제1항의 3制限要因을 內在的 限界의 근거로 인정하는 古典的인 學說이 있다. 이러한 학설은 基本權의 內在的 限界를 제2조제1항의 3制限要因으로부터 직접 끌어낸다. 결국 제2조제1항의 3制限要因은 독립된 기본권규범의 특별한 制限으로 해석되어지는 게 아니라 형식(문언)상 制限없는 자유권에 보충적으로 적용될 수 있는 一般的 共同體留保로서 해석되어야 한다는 것이다. 이를 가장 강력하게 주장했던 클라인(Klein)은 基本法 제2조제1항은 어떤 독자적인 基本權이 아니라 전체법질서를 위한 기본원칙규범이라고 하면서⁷⁶⁾ 제2조제1항의 이러한 3制限要因을 基本法의 모든 자유권규정을 위한 일반적인 憲法直接的 留保라고 주장하였다. 따라서 基本法 제2조제1항이 독자적 基本權이 아니라 일반적인 자유원칙으로서 모든 개개 자유권규정을 위한 해석규칙으로 파악된다면 또한 이 제2조제1항의 3制限要因은 더 이상 구체적 基本權規定의 특별한 制限이 아니라 모든 基本權規定에 관한 일반적인 制限으로 이해되어야만 한다는 것이다.⁷⁷⁾ 제2조제1항의 3制限要因이 이렇게 基本權의 內在的 限界理論의 근거로 사용되는 이유는 먼저 이를 인정한다면 內在的 限界를 어느 정도 구체화할 수 있다는 장점을 갖기 때문이다. 그래서 무엇보다도 이러한 이론은 憲法典에 근거할 수 있다는 것이 명백하게 매력적이었다.⁷⁸⁾ 문제는 어떻게 이 3制限要因을 基本法 제2조제2항이하 구체적 자유권에 적용하는 가이다. 따라서 이러한 학설은 이 3制限要因이 직접적으로 다른 모든 자유권의 制限基準으로 적용된다고 주장하였던 것이다.⁷⁹⁾

76) von Mangoldt / Klein, *Das Bonner Grundgesetz* (2. Auflage), Verlag Franz Vahlen, 1974, 167면.

77) von Mangoldt / Klein, *a.a.O.*, 176면 ; Diether Haas, *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, DÖV 1954, 70면이하 ; Wilhelm Wertensbruch, *Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG*, DVBl 1958, 481면이하 참조.

78) 이러한 學說에 관하여 자세한 것은 Klaus Stern, *a.a.O.*, 546면 이하 참조.

79) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 15면.

그 다음으로 基本法 제2조제1항의 主觀的 權利性을 인정하면서도 제2조제1항의 3制限要因을 內在的 限界의 근거로 인정하는 입장이 있다. 뒤리히(Dürig)는 어떤 法律留保도 갖고 있지 않은 基本權이라 하더라도 완전히 무제한적일 수는 없다는 것은 당연하다고 하면서 이러한 경우 제2조제1항의 3制限要因이 자유를 제한하는 공동체가치를 제공한다는 것이다.⁸⁰⁾ 계속해서 그는 제2조제1항의 3制限要因 - 특히 憲法合致的 秩序概念 - 을 모든 다른 基本權에 직접적으로 적용한다는 그 어떤 언급도 없으나 이 3制限要因은 모든 基本權을 위한 憲法留保로서 간접적으로 작용한다고 주장한다.⁸¹⁾ 그래서 예를 들어 國家에 대한 반역행위(Hochverrat)가 어떤 基本權에 속하지 않음은 당연하다고 하면서 그러한 한 刑法은 언제나 모든 基本權行使의 (당연한) 內在的 限界라고 주장한다.⁸²⁾

2) 否定說

a) 먼저 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 基本權의 內在的 限界로 인정하는 古典的 學說에 관하여는 다음과 같이 비판된다. 3制限要因의 보편적인 적용을 지지하는 이러한 이론은 基本法의 制限規定들을 체계에 反하는 방법으로 평준화하려 한다는 의심을 받게된다. 基本法은 개인이익과 공동체 이익간 조화문제를 세심하게 분류하고 개개 자유에 부속된 制限規定을 통하여 규율하려고 하였다. 그런데 基本法 제2조제1항의 적용을 통한 획일적 적용은 이러한 基本權制限體系의 비차별화로 이끌고 따라서 동시에 基本權의 효력을 마비시킬지도 모른다는 것이다.⁸³⁾ 그리고 이는 결과적으로

80) Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *a.a.O.*, Rn. 4.

81) Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *a.a.O.*, Rn. 72.

82) Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, *a.a.O.*, Rn. 86 ; Sieghart Ott, *a.a.O.*, 187면 : “聯邦憲法法院의 지적처럼 이 제2조제1항 3제한요인은 다른 기본권제한에 적용되지 않는다. 제2조제1항과 후속기본권간에는 一般法과 特別法關係가 존재한다. 보호되는 모든 자유는 보다 높은 이익과 대립될 수 없다. 여기서 제2조제1항 3제한요인이 고려될 수 있다. 이는 해석을 위한 참조(지시)로 다루어질 수 있지 결코 이 제2조제1항 3제한요인의 직접적 적용에 관한 것은 아니다. 따라서 道德律은 제2조제1항 기본권제한을 위하여 뿐만 아니라 기본법상 다른 개별 기본권의 내재적 한계를 위한 기준으로 헌법상 의미를 가진다.” ; Rupert Scholz, *a.a.O.*, 283면 : “그러나 他人의 權利와 道德律은 일반적인(헌법내재적인) 제한유보로 간주될 수 있다.”, 285면 : “제2조제1항 3제한요인은 직접적인 헌법유보를 형성한다.”

83) BVerfGE 32, 98/107; Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 24면이하; Hans-Ingo

憲法制定者가 이미 거부한 一般法律留保와 다르지 않게 된다. 결국 문제는 憲法合致的 秩序라는 개념의 해석에서 나온다. 聯邦憲法院처럼 이를 “一般的 法秩序”로 이해한다면 결국 모든 基本權이 單純法律留保하에 있게 되는 결론이 나오게 되고 이를 통하여 사실상 基本權은 공허하게 될지도 모른다.⁸⁴⁾

- b) 그 다음으로 기본법 제2조제1항이 憲法留保로서 간접 적용된다는 뒤리히의 학설도 다음과 같이 비판된다. 우선 제2조제1항의 3制限要因을 객관적 憲法決定이라고 평가하는 것은 묵시적으로 他人의 權利, 憲法合致的 秩序, 道徳律속에 존재하는 基本權制限事由들이 개개 基本權에 첨가된 구체적 制限들보다 법적으로 높은 위치를 차지한다는 전제에서 나온다. 그러나 이러한 이론은 역사적으로는 물론 법적으로도 왜 그런지를 설명하지 못한다.⁸⁵⁾ 두 번째로 뒤리히의 견해에 따르면 刑法은 모든 基本權行使의 一般的 限界를 형성한다고 한다. 그러나 憲法下位에 존재하는 규범체계로서 형법이 基本權의 효력범위를 결정할 수는 없다. 오히려 그 반대로 基本權이 형법규정의 憲法合致性을 심사하는 기준을 형성한다. 基本權 및 일반적 憲法原則을 준수하는 경우에만 형법규정은 유효하다.⁸⁶⁾ 세 번째로 이 3制限要因이 제2조제1항 基本權의 制限인지 또는 다른 자유권의 일반적 공동체유보로 작용하느냐에 따라 이 3制限要因은 다양한 적용측면을 갖게 된다. 결국 제2조제1항의 憲法合致的 秩序는 개개 조항의 적용범위에 따라 다양한 해석을 경험하게 된다.⁸⁷⁾
- c) 基本權의 內在的 限界學說은 지금까지 基本法이 그러한 限界를 알거나 최소한 허용한다는 어떠한 증거도 제시하지 못하였다. 명시적인 限界외에 基本權에 不文的 限界 - 이러한 限界가 어디에 있으며 의심스러운 경우 누가 이를 정할지를 확정함이 없이 - 가 관련된다는 명제만을 內在的 限界概念은 갖고 있다.⁸⁸⁾

v. Pollern, *a.a.O.*, 646면 참조.

84) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 26면 ; Hans-Ingo v. Pollern, *a.a.O.*, 646면 ; Klaus Stern, 549면 참조.

85) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 37면 ; Klaus Stern, *a.a.O.*, 550면.

86) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 43면 ; Klaus Stern, *a.a.O.*, 535면이하 참조.

87) Hans-Ingo v. Pollern, *a.a.O.*, 646면.

88) Herbert Krüger, *Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung*

- d) 基本法 제2조제1항의 3制限要因은 명시적으로 制限規定을 갖고 있지 않은 基本權의 制限을 위하여 적용될 수 없다. 마찬가지로 이미 制限規定을 갖고 있는 다른 基本權을 위한 추가적 制限을 이 3制限要因이 제공할 수도 없다. 왜냐하면 基本法上 基本權體系는 基本權制限問題를 개개 基本權規定을 통하여 해결하도록 요구하고 있기 때문이다.⁸⁹⁾
- e) 더군다나 基本權制限問題를 헌법해석자의 임의에 맡기지 않으려면 실정법 규범이 아닌 자연법규범에 의한 基本權制限을 부인해야 한다. 우선성관계 (Vorzugsrelation), 곧 어떠한 헌법상 이익이 다른 이익보다 우월하며 그에 따라 하위이익을 制限할 수 있는 지라는 문제는 基本法 자체로부터 찾아내야 하는 것이다.⁹⁰⁾
- f) 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 基本權의 內在的 限界로 인정하는 모든 학설이 갖고 있는 주요 결점은 이 이론이 다른 基本權의 內在的 限界를 해석하는 것이 아니라 제2조제1항의 制限留保가 다른 基本權속으로 들어가게 되고 다시 개개 基本權속에 있는 이러한 3制限要因을 해석한다는 것이다. 그래서 결국 다른 基本權과 그 制限間 관계가 아니라 제2조제1항의 制限留保가 조사(연구)대상이 되어버리고 만다. 결국 基本法이 자유와 그 구속간 긴장관계를 구체적인 개별유보를 통하여 규율하려 했다는 것을 인정한다면 이 3制限要因의 일반적 효력을 인정하려는 시도는 거의 성공할 수 없다고 강하게 비판된다.⁹¹⁾

4. 獨逸法院의 判例

(1) 聯邦行政法院의 判例

基本權의 內在的 限界로써 “一般的 共同體留保”라는 단어가 聯邦行政法院으로부터 이미 1953년에 등장한다. 곧 “다른 사람의 基本權이나 공동체의 존속(립)을 위하여 필요한 법익을 위태롭게 한다면 그러한 基本權은 주장(요구)되어져서는 안된다는 것이 基本權의 완전한 개념”⁹²⁾에 속한다는 것이다. 왜냐하

und deren Schranken, NJW 1955, 202면이하.

89) v. Mangoldt / Klein / Starck, *a.a.O.*, Rn. 15이하 ; Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 19.

90) Thomas Wülfing, *a.a.O.*, 87면.

91) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 48면.

면 基本權은 이를 보장하는 국가공동체의 존속을 전제로 하기 때문이라고 한다.⁹³⁾ 이러한 공동체유보에 속하는 구체적인 법익으로 연방행정법원은 국가공동체보호, 국민건강, 거래안전, 道德律 등을 든다.⁹⁴⁾

이러한 判例에 대하여 문헌상 다음과 같이 격렬하게 비판된다.⁹⁵⁾ 우선 일반적 공동체유보가 내용상 불명확하기에 허용되는 基本權制限과 허용되지 않는 基本權制限間에 합리적인 구분을 매우 힘들게 한다는 것이다.⁹⁶⁾ 두 번째로 이러한 공동체유보는 基本法의 다양한 基本權制限體系를 비차별화시킨다는 것이다. 다시 말하면 공동체유보는 基本法에 근거가 없다는 것이다.⁹⁷⁾ 세 번째로 基本權으로 보장되는 자유가 어떤 法律留保를 담고 있지 않다면 실정헌법상 어떤 준거점이 없이 국가공동체존립에 필요하다고 하여 제시되는 일반적 법질서를 통해서 상대화되지 못한다고 한다.⁹⁸⁾ 결국 基本權의 內在的 限界를 논증하기 위한 해결모델로서 일반적인 공동체유보라는 것은 이미 극복된 것으로 파악될 수 있으며, 더군다나 聯邦行政法院 스스로가 이를 오래 전에 포기하였다.⁹⁹⁾

(2) 聯邦憲法法院의 判例¹⁰⁰⁾

1) 우선 聯邦憲法法院은 위에서 설명한 聯邦行政法院의 判例들을 반복해서 명시적으로 거부하고 基本法 제5조제3항제1절에 관하여 다음과 같이 표현하

92) BVerwGE 1, 92/94.

93) BVerwGE 2, 85/87 ; BVerwGE 4, 167/171 ; BVerwGE 6, 13/17.

94) 이에 관하여 자세한 것은 Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 92면이하 참조.

95) 이에 관하여 자세한 것은 Klaus Stern, *a.a.O.*, 531면 이하 참조.

96) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 97면.

97) Friedrich E. Schnapp, *Grenzen der Grundrechte*, JuS 1978, 733면.

98) Ingo von Münch, *a.a.O.*, Rn. 58.

99) BVerwGE 49, 202/208.

100) 이 論文은 한정된 지면 때문에 基本權의 內在的 限界와 관련되는 모든 문제들을 남김없이 다루지 못한다. 다시 말하면 이 論文에서는 우리 나라에서 잘못 소개, 인식되고 있는 기본법 제2조제1항의 3제한요인의 분석에 집중되어 있다. 獨逸에서 基本權의 內在的 限界를 論證하기 위하여 이 3제한요인을 그 근거로 드는 古典的인 學說은 獨逸에서 오늘날 문헌상 通說과 판례가 일치하여 반대한다. 하지만 이것은 문제해결의 출발에 불과할 뿐이다. 다시 말하자면 이제 다시 새롭게 이에 관하여 개개 경우에 구체적으로 파악해야만 한다. 따라서 이러한 작업은 주로 聯邦憲法法院의 判例를 분석함으로써 그 윤곽을 그릴 수 있다. 이에 관한 聯邦憲法法院의 判例紹介는 다음 기회로 미룬다.

였다 : “예술자유가 단순입법자를 위한 어떤 유보를 갖고 있지 않기 때문에, 이러한 자유는 일반적인 법질서를 통해서도, 불명확한 조항 - 헌법상 근거 없이 그리고 충분한 법치국가적 보장 없이 공동체의 존속(립)을 위하여 필요한 법익의 위협으로 제시되는 - 을 통해서도 상대화되어서는 안된다.”¹⁰¹⁾

2) 內在的 限界란 개념은 1953년 12월 18일 判例에 처음으로 등장하였다.¹⁰²⁾ 그 뒤 聯邦憲法法院은 여러 결정들에서 制限되지 않는 자유는 없다고 하면서도 개개 자유권에 대한 제2조제1항의 보충성 때문에 다른 조항에 이러한 3制限要因을 적용할 수 없다고 결정하였다.¹⁰³⁾ 聯邦憲法法院은 兵役拒否 決定,¹⁰⁴⁾ 예술자유(메피스토판결),¹⁰⁵⁾ 신앙자유결정(輸血事件)¹⁰⁶⁾에서 基本權의 內在的 限界問題를 집중적으로 다루었다. 이러한 결정들에서 聯邦憲法法院은 基本法 제5조제2항의 制限事由나 基本法 제2조제1항의 制限事由를 法律留保없이 보장되는 基本權에 적용하는 것을 명시적으로 부인하였다.¹⁰⁷⁾

3) 聯邦憲法法院은 法律留保없는 基本權의 制限問題에 관하여 우선 개인의 자유는 制限된 것으로서 사회적으로 구속되는 자유라는 생각에서 출발하였다.¹⁰⁸⁾ : “사회공동체내에서 자유롭게 발현하는 자기책임적 인격으로서 인간이라는 基本法으로부터 인정된 이러한 개인의 공동체구속은 유보없이 보장되는 基本權에 또한 어느 정도 외부적인 限界를 설정하도록 만든다.”¹⁰⁹⁾ 그렇다면 法律留保없이 보장되는 基本權에서 나타나는 제한문제의 핵심은 이런 基本

101) BVerfGE 30, 173/193.

102) BVerfGE 3, 248/252 .

103) BVerfGE 6, 32/37 ; BVerfGE 30, 173/192 ; BVerfGE 32, 98/107.

104) BVerfGE 28, 243/260이하.

105) BVerfGE 30, 173/193.

106) BVerfGE 32, 98/108.

107) 예를 들어 BVerfGE 30, 173/191이하 ; BVerfGE 32, 98/107이하 ; BVerfGE 47, 327/369.

108) BVerfGE 4, 7/15이하 ; BVerfGE 7, 198/205 ; BVerfGE 24, 119/144 ; BVerfGE 27, 1/17 ; BVerfGE 30, 1/20 ; BVerfGE 33, 1/10이하.

109) BVerfGE 32, 98/107이하 ; BVerfGE 32, 98/108 : “다른 한편으로 自由權이 제한 없이 보장되는 것은 아니다. 모든 다른 기본권들에서처럼 基本法 5조 3항 1절의 자유보장은 기본법의 인간모습, 곧 사회공동체 속에서 자유롭게 발현되는 자기책임적 인격으로서 인간으로부터 출발한다.” 그러나 많은 判例들에서 聯邦憲法法院이 언급하고 있는 이러한 “기본법상 인간모습”이 기본권제한을 위한 어떤 독자적인 의미를 갖고 있는 것은 아니다.

權이 도대체 制限될 수 있느냐에 관한 것이 아니라 그러한 基本權制限이 얼마만큼 필요하고 개개 경우에 어떻게 근거할 수 있느냐이다. 따라서 기본법상 인정되는 개인의 공동체구속성 및 공동체관련성이 法律留保없는 基本權의 制限을 가능하게 한다고 하였으며 그 限界는 단지 憲法 자체로부터만 결정될 수 있다고 聯邦憲法法院은 결정하였다.¹¹⁰⁾ 따라서 구체적으로 개개 경우에 결정되어야 하는 문제에서 어떠한 헌법규정이 더 높은 가치를 갖는지를 심사한다는 것은 결국 이익형량의 틀 속에서만 해결될 수 있다고 한다.¹¹¹⁾ 憲法 자체로부터 어떤 限界가 설정되는지를 聯邦憲法法院은 다음과 같이 설명한다 : “헌법통일체 및 그로부터 보호되는 가치질서의 고려 하에서 충돌되는 제3자의 基本權 및 憲法에 속하는 것으로 인정되는 다른 법가치가 制限될 수 없는 基本權을 개개 관계 속에서 예외적으로 制限할 수 있다.”¹¹²⁾ 예를 들어 憲法에 속하는 것으로 인정된 법적 가치 중에는 예술자유의 제한을 위한 청소년보호가 있다.¹¹³⁾ 법률유보없이 보장되는 基本權들 또한 공동체 구속적인 책임의 틀 속에서 과잉되어야만 한다는 것이 언급된 判例들로부터 나온다. 따라서 충돌하는 헌법가치의 고려를 통하여 필연적으로 행해지는 한계설정이나 내용결정은 일반적으로가 아니라 이익형량을 통하여 개개 경우에서만 행해질 수 있다. 결국 이러한 틀 속에서 헌법상 동등하게 보호되는 가치들과 충돌할 때 법률유보없이 보장되는 基本權에게 더 이상 우월성이 속하지 않게 된다.

110) BVerfGE 28, 243/261.

111) 利益衡量이란 충돌하는 법익간 평가와 중요성판단에 관한 思考過程으로 표현된다. 聯邦憲法法院의 判例에서 이익형량절차는 원칙적으로 두 가지 단계로 나누어진다. 첫 번째 단계에서 聯邦憲法法院은 형량대상의 추상적인 서열조사와 비교를 행한다. 이러한 과정은 실정헌법상 이익들의 존재와 구체화가능성을 언급한다. 두 번째 단계에서 개개 경우와 관련된 이익형량이 행해진다. 충돌하는 자유이익을 구체적으로 배설할 때 법원은 사례 유형적인 형성과 그때그때 사정의 특별한 상황을 목표로 한다. 형식적으로 제한할 수 없는 基本權에 대한 지금까지 결정에서 聯邦憲法法院은 충돌하는 이익중 어느 하나의 절대적 우월을 받아들이지 않았다. 이에 관하여는 BVerfGE 28, 243/260; BVerfGE 30, 173/195; BVerfGE 32, 98/108; BVerfGE 33, 52/70; BVerfGE 34, 269/282; BVerfGE 35, 202/225; BVerfGE 39, 1/59 참조. 그 대신에 이러한 충돌해결은 언제나 개개 경우의 구체적인 상황을 고려하여 행해졌다. BVerfGE 19, 342/348 참조.

112) BVerfGE 28, 243/261.

113) BVerfGE 83, 130/139. 聯邦憲法法院의 判例속에서 인정된 또다른 헌법규정들이나 법가치들에 관하여는 Klaus Stern, *a.a.O.*, 553면이하 참조.

4) 계속해서 聯邦憲法法院은 基本權의 內在的 限界에 관한 중요한 判例인 兵役拒否決定에서 아직 병역거부자로 인정받지 못한 軍人이 무기를 잡지 않는 경우 처벌할 수 있느냐라는 문제를 다루어야만 했다. 우선 실정헌법상 나타나는 이러한 긴장해결을 위한 해석기반은 憲法 자체일 수밖에 없다고 聯邦憲法法院은 말하였다 : “헌법 밑에 있는 규범, 제도들이 헌법규정의 해석을 위한 척도를 구성하는 게 아니다. 오히려 반대로 이러한 규범이나 제도들이 따라야만 하는 그러한 틀과 기반을 憲法이 제시한다.”¹¹⁴⁾ 이러한 원칙을 형식적으로는 制限할 수 없는 基本權과 연결하여 계속해서 聯邦憲法法院은 다음과 같이 결정하였다 : “오로지 충돌하는 제3자의 基本權 및 헌법상 인정되는 다른 법가치들만이 헌법통일성과 이로부터 보호되는 전체가치질서의 고려 하에서 또한 制限할 수 없는 基本權을 개개 관계에서 예외적으로 制限할 수 있다. 따라서 구체적으로 결정되어야만 하는 문제를 위하여 어떠한 헌법규정이 더 높은 중요성을 가지는 지를 연구(조사)하면서만 해결될 수 있다. 더 약한 규범은 논리적, 체계적으로 부득이하게 나타나는 만큼만 물러나야 한다. 그 사항적 기본가치는 어떠한 경우에도 존중되어야만 한다.”¹¹⁵⁾ 이 判例에서 결과적으로 연방군대의 가능성이 개인의 양심결정보다 우월하다는 것이 인정되었다.¹¹⁶⁾ 이러한 聯邦憲法法院의 병역거부결정에 대하여 형식적으로는 制限할 수 없는 基本權制限이 예외라고 하면서도 이에 대한 논증을 聯邦憲法法院이 충분히 하지 않았으며¹¹⁷⁾ 또한 聯邦憲法法院이 인정한 “헌법상 인정된 다른 법가치”가 광범위하다는 것이 비판된다.¹¹⁸⁾

IV. 批判的 檢討

1. 먼저 지금까지 獨逸의 判例와 이론을 요약하면 다음과 같다. 基本法制定 당시에 憲法制定議會는 단호하게 一般的 法律留保規定을 두는 것에 반대하였다. 따라서 基本法에는 모든 基本權에 적용되는 一般的 制限規定이

114) BVerfGE 28, 243/260.

115) BVerfGE 28, 243/261.

116) BVerfGE 28, 243/261.

117) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 114면 ; Klaus Stern, *a.a.O.*, 559면이하 참조.

118) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 124면.

존재하지 않는다. 그러므로 基本法上 基本權들은 1) 單純法律留保를 갖고 있는 基本權, 2) 加重法律留保를 갖고 있는 基本權, 3) 法律留保없는 基本權으로 분류된다. 헌법규정에 따라 어떤 制限을 담고 있지 않기에 언뜻 절대적으로 보이는 이러한 法律留保없는 基本權 또한 制限할 수 없는 것이 아니라는 것은 공통적으로 인정된다. 그렇다면 이제 문제는 이러한 基本權의 制限을 어떻게 정당화할 수 있는 지이다. 基本權의 內在的 限界를 정당화하려는 이론중 하나가 바로 基本法 제2조제1항 3制限要因을 이러한 法律留保없는 基本權에 적용하려는 이론이었다.

하지만 우선 聯邦憲法法院과 문헌상 通說에 따르면 基本法 제2조제1항은 포괄적인 행동자유를 보호한다. 그리고 이렇게 제2조제1항의 보호범위가 넓어짐에 따라서 엘페스판결이후 聯邦憲法法院은 일관되게 基本法 제2조제1항의 “憲法合致的 秩序”를 憲法과 일치하는 형식적이고 실질적인 모든 현행 법질서라고 이해한다. 이에 따라서 聯邦憲法法院의 判例에서 憲法合致的 秩序라는 制限이 중대한 의미를 획득하게 되고 나머지 制限要因들(他人의 權利, 道德律)을 포함하게 된다. 따라서 基本法 제2조제1항을 다른 基本權에 획일적으로 적용함으로써 기본법상 基本權制限體系의 비차별화로 이끌고 따라서 동시에 基本權의 효력을 마비시킬지도 모른다는 등의 격렬한 비판에 부딪히게 되었다. 결국 聯邦憲法法院은 基本法 제2조제1항의 制限事由를 법률유보없이 보장되는 基本權에 적용하는 것을 명시적으로 부인하였다. 그리고 계속해서 “헌법통일체 및 그로부터 보호되는 가치질서의 고려 하에서 충돌되는 제3자의 基本權 및 憲法에 속하는 것으로 인정되는 다른 법가치가 制限될 수 없는 基本權을 개개 관계 속에서도 예외적으로 制限할 수 있다.”고 결정하였다. 결국 獨逸의 지배적 학설과 聯邦憲法法院의 判例에 따르면 다음 두 가지를 확인할 수 있다 : 1) 법률유보없이 보장되는 基本權은 개개 법률을 통해서가 아니라 憲法 전체적으로 보장되는 權利나 법가치를 통해서만 制限될 수 있다. 2) 그러나 이런 헌법상 지위를 갖는 權利나 법가치가 법률유보없이 보장되는 權利를 곤장 制限할 수 있는 것이 아니라 오히려 개개 상황에 따른 이익형량에 달려 있다.¹¹⁹⁾

119) Martin Kriele, *Vorbehaltlose Grundrecht und die Rechte anderer*, JA 1984, 629면.

2. 그렇다면 먼저 비교법적으로 獨逸 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 “일반적 헌법유보조항”으로 보는 權寧星教授의 주장 자체가 이 基本法 제2조제1항에 대한 인식이 부족한 데에서 나온 결과임을 알 수 있다. 게다가 이 基本法 제2조제1항의 3制限要因을 基本權의 內在的 限界로 주장하는 학설은 獨逸에서도 1950년대에서 70년대 초반까지 존재했을 뿐이고 문헌상 通說과 判例는 단호하게 이를 부인한다. 그렇다면 도대체 獨逸 基本法 제2조제1항의 3制限要因이 “보편적”인 基本權制限事由로서 “우리 나라”에서도 유효하다는 주장은 처음부터 성립할 수 없고, 성립해서도 안된다.
3. 그 다음으로 許營教授는 위 權寧星教授의 견해를 크게 비판하면서도 여전히 基本權의 內在的 限界理論이 우리 나라에서도 부분적으로 필요함을 인정한다. 하지만 어떤 基本權이 “절대적” 基本權이라면 이미 그것은 基本權의 본질내용에 속하는 부분이기에 처음부터 制限이 불가능할 것이다. 따라서 “絶對的” 基本權을 전제로 하고서 이러한 基本權의 制限을 다루는 許營教授의 주장은 논리에 맞지 않다. 獨逸 基本法上 “法律留保없는 基本權”은 絶對的 基本權이 아니다. 그렇기 때문에 독일의 문헌과 判例는 그 제한가능성여부를 문제삼는 게 아니라, 이러한 基本權의 制限을 어떻게 정당화할 수 있는지에 토론을 집중하였다.
4. 그렇다면 다시 문제는 基本權의 制限問題로 되돌아간다. 오늘날 “民主法治國家”들에서 헌법상 중요한 문제는 공동체이익과 개인이익간 긴장관계를 해결하고 양자간 균형상태를 보장하는 것이다.¹²⁰⁾ 다시 말하자면 규율되지 않은 개인의 자유행사는 충돌로 이끌 수 있기에 이러한 충돌을 예방하거나 해결하기 위하여 國家는 基本權으로 보호되는 입장들에 간섭해도 된다. 그러나 개개 國家의 憲法秩序는 이러한 “보편적인” 문제를 그 나라의 憲法을 바탕으로 하여 그들의 방법으로 “구체적으로” 해결해야만 한다.
5. 그렇다면 여기서 權寧星教授를 비롯하여 많은 사람들이 인식하지 못하고 있는 문제들이 “基本權의 內在的 限界”와 맞물려 있다. 곧 “基本權의 內在的 限界”란 단어에서 다음 두 가지를 구별해야만 한다. 첫 번째로 基本權

120) Friedrich Schnapp, *a.a.O.*, 729면.

保護範圍를 설정함에 따라서 基本權 자체에 놓여있는 限界들이 동시에 결정된다. 이러한 限界를 우선 “基本權內在的(固有한)”이라고 언급할 수도 있다. 이러한 基本權의 보호범위 또는 규범범위는 기존의 헌법해석방법들에 따라 개별적으로 확정될 수 있다.¹²¹⁾ 정확하게 말하면 이는 基本權의 制限에 관한 것이 아니라 基本權規定의 사항적 보장범위를 헌법에 따라서 직접적으로 설명하는 것이다.¹²²⁾ 그러나 두 번째로 언급되는 基本權의 內在的 限界는 前者로부터 구별된다. 이러한 용어는 이미 基本權의 구성요건 속에 있는 限界들을 뜻하지 않는다. 이러한 용어는 일반적인 헌법용어사용 속에서 오히려 不文的인 制限들 - 헌법통일체지각 하에서 법률유보없는 基本權들이 또한 따르는 - 과 관계된다.¹²³⁾ 통상적인 외부적 制限으로부터 內在的 限界는 두 가지 측면에서 구별될 수 있다. 첫 번째 차이로 우선 後者에서는 憲法規定에서 그 근거를 찾지 못하는 不文的 制限을 뜻한다. 두 번째 차이는 基本權의 內在的 限界란 원래(처음부터) 基本權에 내재해 있는 限界를 표시하는 것이기 때문에 內在的이라고 표현한다. 內在的 限界는 외부로부터 基本權에 접근하는 것이 아니라 그 권리본질상 내부로부터 나오는 것이라고 한다.¹²⁴⁾ 그렇다면 우리에게 문제로 되는 것은 바로 두 번째이다. 우리 나라에서도 이러한 “不文的인” 基本權 限界를 인정 - 다시 말하면 독자적인 효력부여 - 해야만 할까? 이에 관하여 먼저 “基本權의 內在的 限界”를 일반화하려는 이론의 위험성을 지적하는 獨逸學者들의 설명을 들어보자.

6. 먼저 獨逸에서 헌법이론적으로 基本權의 內在的 限界를 일반화하는 것은 基本法上 基本權制限體系를 훨씬 뛰어넘어 基本權으로 보호되는 자유행사를 축소하는 데에만 기여하고 따라서 이는 基本權을 가능한 한 넓게 보호하려고 했던 헌법제정자의 의사와도 반대된다고 한다. 더욱이 이러한 基本權의 內在的 限界決定은 해석자의 주관적 관점에 의존하게 되며 전혀 존재하지도 않는 사물의 본성 또는 基本權의 본질로부터 나오는 객관성을

121) Wolfgang Heyde, *Der Regelungsspielraum des Gesetzgebers bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten*, Festschrift für Wolfgang Zeidler Bd. 2 1989, Walter de Gruyter, 1433면.

122) Friedrich Schnapp, *a.a.O.*, 730면.

123) Wolfgang Heyde, *a.a.O.*, 1433면.

124) Wolfgang Heyde, *a.a.O.*, 1433면.

가진 것처럼 僞裝한다고까지 비판한다.¹²⁵⁾ 두 번째로 기본법상 基本權制限體系에 근거하여 基本權의 內在的 限界를 일반적으로 인정해서는 안된다고 비판한다. 곧 기본법상 法律留保體系를 비실용적이고 불충분하다하여 소홀히 하는 것은 헌법해석은 憲法典으로부터 나오는 것임을 주목할 때 문제가 있다는 것이다.¹²⁶⁾ 따라서 憲法上 보장된 자유는 오로지 憲法 자체가 허용하는 정도 내에서만 制限될 수 있으며 모든 국가권력을 基本法에 따라 구성해야 한다면 자연법질서에 근거하여 헌법상 유효하게 보장되는 자유를 制限하는 것이 기본법상 정당성을 가진다는 주장은 基本法下에서는 인정될 수 없다는 것이다.¹²⁷⁾ 基本權制限을 授權하는 규범이 法律留保를 넘어서는 예외적인 것이라면 이러한 授權規範을 헌법규정으로부터 임의적으로 끄집어내는 것은 불합리하다는 것이다. 헌법전체 또는 헌법의미통일체라는 단순한 언급은 보충(추가)적 制限의 授權規範性을 정당화하지 않는다는 것이다.¹²⁸⁾

7. 여기서 슈테른(Stern)의 다음과 같은 주장을 들어보자 : “不文的인” 基本權制限들의 적용범위는 成文的 基本權制限들의 결여로부터 소극적으로 나온다. 명시적인 基本權制限들이 발견된다면, 그리고 발견되는 한, 이것으로 되돌아갈 수 있다. 어떤 基本權制限을 그 제한규정으로부터 독립하여 또한 적용할 수 있을지도 모른다는 문제는 순수하게 假說的인 성격을 갖는 것으로서, 현행 헌법을 위해서는 제기되지 않는다. 이에 따라서 “不文的인” 基本權制限들이 토론되는 가장 중요한 부분영역은 (법률)유보 없이 보장되는 基本權들이다.”¹²⁹⁾ 우리 나라 헌법규정을 도외시하고서 抽象的, 假定的으로 基本權의 內在的 限界를 주장하는 학자들은 이러한 슈테른의 주장을 귀담아들어야만 한다. 그렇다면 獨逸과는 달리 헌법상 개별적인 法律留保뿐만 아니라 一般的인 法律留保 또한 규정되어 있는 우리나라에서 이러한 “基本權의 內在的 限界”란 단어나 그 사용이 유용하지 않다는 것은 더 이상의 설명을 필요로 하지는 않을 것이다. 그렇다면 이제

125) Herwig Van Niewland, *a.a.O.*, 149면이하 참조.

126) Thomas Wülfing, *a.a.O.*, 21면.

127) Thomas Wülfing, *a.a.O.*, 85면.

128) Thomas Wülfing, *a.a.O.*, 122면.

129) Klaus Stern, *a.a.O.*, 515면.

“基本權의 內在的 限界”란 단어를 사용함으로써 나타나는 오해와 혼동을 피하기 위하여 가급적이면 이러한 단어를 쓰지 않는 것이 어떨까 생각한다. 결국 基本權들은 헌법규범을 통하여 또는 헌법규범을 바탕으로 해서만 制限될 수 있다. 따라서 基本權制限들은 언제나 1) 헌법서열을 갖는 규범들(憲法直接的인 基本權制限들)이나 2) 헌법하위규범들 - 그 제정에 관하여 헌법규정들을 통하여 授權되는 - 이다.¹³⁰⁾ 그래도 계속해서 基本權의 內在的 限界를 주장하려고 한다면 개별적 法律留保는 물론 一般的 法律留保 또한 규정되어 있는 현행 헌법하에서 추가적인 基本權制限의 필요성이 불가피하다는 것을 “우리 나라 憲法”에 근거하여 입증해야만 한다.¹³¹⁾

130) Wolfgang Höfling, *a.a.O.*, 171면.

131) 따라서 “그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리·공중도덕·사회윤리·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로서 제한할 수 있는 것이다.”라는 憲法裁判所의 判例(1990. 9. 10. 89헌마82)는 基本權制限의 論據를 잘못 들었다. 결국 이 判例는 基本權의 內在的 限界問題가 아니라 헌법 제37조제2항의 公共福利(이 판례에서 구체적으로 여러 사유들이 열거됨)에 따른 基本權制限問題를 다루었음을 기억해야만 한다. 따라서 이미 이 판례 자체에서 “內在的 限界”란 문구는 불필요한 단어의 삽입에 불과하다.