

기본권으로서 인간의 존엄

이 부 하*

I. 서론

인권의 올바른 이해는 기본권과 기본권의 역사적 뿌리인 인권과의 관계가 분명히 정리되어야만 가능할 것이다. 인권은 시간적인 면에서 영구불변의 효력을 지니나, 기본권의 효력은 시간적으로나 장소적으로 제한되어 있으며, 기본권은 보편적인 효력을 갖는 인권에 이념적 기반을 두지만, 기본권은 헌법에 규정된 국민의 권리라고 정의할 수 있다. 이처럼 형식적 의미의 기본권이 인권과 개념범위가 반드시 일치하지 않는다. 또한 기본권의 효력근거는 실정헌법이고 인권의 효력근거는 학설에 따라 다르지만 사회적 실효성이나 자연법 또는 사회적 도덕규범에서 찾을 수 있다. 따라서 기본권과 인권은 그 적용영역과 효력근거에 차이가 있고 구별되어야 한다.¹⁾

그런데 인권의 가장 중요한 특징 중 하나는 인권의 ‘보편성’²⁾이라 할 수 있다. 이는 초국가적, 초인종적, 초시간적으로 동일한 내용을 담고 있다는 것을 의미한다. 이러한 보편성을 지닌 인권 중 국가법 질서에 구체적·현실적으로 편입되어 국민의 권리로서 보장되는 기본적 권리를 ‘기본권’이라 한다. 기본권은 인권의 ‘최소한’(Mindestmaß)으로 명명된다. 이는 보편성을 갖는 인권이 최대에 보장될 수는 없지만, 인권 중에 핵심적이고 필요최소한의 수준 이상은 국가가 기본권으로서 보장해야 한다는 의미이다. 그러나 문제는 먼저, 보편성을 갖는 인권의 범위가 불명확하다는 데 있다. 또한, 일반적으로 인정하는 인권의 범위를 넘어서서 기본권으로 보장하는 헌법도 있고, 그 반대로 최소한의 인권조차도 실정 헌법상 보장하지 않는 국가도 있다. 여기서 알 수 있듯이 인권과 기본권의 관계는 어느 쪽에 포함될 수 없는 상이성을 지니며, 각 국가의 헌법과 현실에 관련

* 영남대학교 법과대학 교수

1) 줄고, 기본적 인권으로서 생명권, 인권이론과 실천 제1호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2007. 4, 1면.

2) 인권의 보편성에 관한 철학적 논증으로는 양천수, 인권이론과 실천 제1호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2007. 4, 23면 이하 참조.

하여 다양하게 이해되고 있다. 그러나 인권과 기본권은 인권의 실현이라는 공통목적을 지니며 상호영향을 주며 발전하고 있다는 것이다.

인권적 성격을 지니는 것이지만 실정 헌법에 편입되어 그 보편성을 추구하는 기본원리 내지 기본권이 있는데, 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄’에 관한 규정이다.

II. 인간의 존엄성에 관한 헌법례 및 인간상

1. 입법례 및 헌법규정

근대 계몽주의와 인문주의 사상은 인격체로서의 인간의 존엄성을 주창하였다. 최초로 인간의 존엄과 가치성을 명문화한 것은 1949년 본(Bonn) 기본법 제1조에서 “인간존엄의 불가침”을 선언했고, 1945년 국제연합(U.N.) 헌장 前文에서도 “인간의 존엄과 가치”를 확인하고 있다. 1948년 세계인권선언 제1조도 “인간의 자유, 존엄, 평등”을 규정하고 있고, 유럽인권규약 및 국제인권규약에도 “인간존엄”을 선언하고 있다.

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 하여 인간의 존엄과 가치를 명문화하고 있다. 이는 1962년 제5차 개정헌법시 제8조에 독일기본법의 영향을 받아 새로이 규정한 것이다.

2. 존엄과 가치의 관계

(1) 존엄과 가치를 분리하여 정의하려는 견해

인간의 존엄이란 인격의 내용을 이루는 것으로 보아 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체라고 할 것이고, 인간의 가치란 인간의 독자적 평가라고 본다. 즉, 인간의 존엄과 가치는 ‘인간의 인격과 그 평가’라고 본다.³⁾

(2) 존엄과 가치를 통일적으로 정의하려는 견해

인간의 존엄과 가치는 인격의 내용을 이루는 윤리적 가치를 말한다고 한다.⁴⁾ 또는 인간의 존엄과 가치는 인간의 본질로 간주되는 존귀한 인격주체성을 의미한다고 한다.⁵⁾

3) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 489면; 문홍주, 한국헌법, 해암사, 1981, 205면.

4) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2007, 321면.

5) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 374면.

(3) 존엄과 가치를 동의어로 보려는 견해

인간의 존엄과 인간의 가치는 동의적 의미라고 한다.

(4) 결 어

인간의 존엄과 가치에서 존엄은 존재개념이 아니라 가치개념이다. 인간은 존엄하기 때문에 가치가 있다는 것이기에 이를 헌법적으로 확인하는 것이다. 인간의 존엄은 최고·불가침의 가치이기에 이 가치를 우선하는 다른 것을 인정할 수 없다는 것이다. 그러므로 존엄과 가치의 구별 및 관계를 논하는 것은 실익이 없고, 그 인간의 존엄 침해여부를 판단하는 기준이 중요하다.

3. 인간의 존엄성에서의 인간상(Menschenbild)

개인 대 사회의 관계에서 볼 때, 개인주의사회에서의 인간은 고립적·이기적·독립적 인간상에 해당하고, 전체주의사회에서의 인간은 자기 자신의 결단에 의해 스스로를 결정할 자유를 갖지 못하여 국가권력의 객체로 격화된 인간상으로 나타난다. 이에 대하여 인격주의사회에서의 인간은 인간의 고유가치를 유지하면서 사회와 긴밀한 관계를 가지고 사회에 의하여 구속되는 인간상을 뜻하게 된다.

우리 헌법이 예정하고 있는 인간상은 고립된 인간도 아니고 독립적 지위를 전혀 갖지 못하는 인간도 아닌, 인간의 고유한 가치를 유지하면서 사회에 구속되고 사회와 일정한 관계를 가진 자주적 인간이며, 인격주의적 인간이다. 독일 연방헌법재판소가 전개한 인간상의 내용은 다음과 같다. “기본법의 인간상은 고립된 절대적인 개인주의적 인간상이 아니다. 왜냐하면, 기본법은 인간의 독자적인 가치를 침해당하지 아니하면서 인간의 공동체 관계성 내지 공동체 구속성의 의미에서 개인 대 공동체의 긴장을 결정하기 때문이다.”⁶⁾

또한 우리 헌법재판소는 “헌법상의 인간상은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민이다. 우리 국민은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체안에서 각자의 생활을 자신의 책임하에 스스로 결정하고 형성하는 민주시민이다”⁷⁾라고 판시하고 있다.

III. 인간의 존엄성 규정의 법적 성격

6) BVerfGE 4, 7 (15 f.).

7) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5.

1. 최고원리 및 최종적 목적

(1) 헌법의 최고원리 및 기본이념

인간의 존엄성에 대한 존중과 보호는 헌법의 최고원리이다. 인간의 존엄과 가치를 헌법질서에 있어 최고원리로 이해한다는 것은 『국가가 인간을 위해 존재하는 것이지, 인간이 국가를 위해 존재하는 것이 아니다』는 반전체주의적 성격을 나타내는 것이다. 또한 우리 헌법은 사회정의의 실현을 위해 순수한 개인주의를 수정하고 있으므로 우리 헌법이 예정하는 인간은 자신의 고유한 가치의 주체이며 동시에 사회공동체의 주체로서 자주적 인간이며 인격주의적 인간관을 채택하고 있다는 의미이다. 우리나라 헌법재판소 결정에서도 “헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질적이고 고유한 가치인 인간의 존엄과 가치 ... 를 보장하고 있고, ...”라고 판시하고 있다.⁸⁾ 또한 “헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치”라고 판시하고 있다.⁹⁾

(2) 기본권보장의 최종적 목적

헌법재판소는 헌법 제10조는 “모든 기본권보장의 종국적 목적이라 할 수 있는 인간의 본질과 고유한 가치인 개인의 인격과 행복추구권을 보장하고 있다”라고 판시하였다.¹⁰⁾ 헌법 제10조의 인간의 존엄은 모든 국가권력을 구속하며, 국가작용의 목적이며 가치판단의 기준이 된다.

인간의 존엄성은 개별적인 기본권을 통해 구체화된다. 인간의 존엄권(헌법 제10조)은 ‘적극적 의미’로는 국가는 개인의 기본권보장을 위해서 존재한다는 것이고, ‘소극적 의미’로는 국가와 개인의 충돌시 개인의 이익의 우월성을 추정해야한다는 것이다. 인간의 존엄권 조항은 국가권력의 발동의 한계이자 인간의 존엄성을 국가의 침해로부터 보호하는 개인의 방어권이자 제3자인 사인의 기본권 침해의 경우에 국가의 기본권보호의무를 발생시키는 근거규정이다.

(3) 법해석의 기준, 헌법개정 한계, 기본권제한입법의 한계

헌법 제10조의 인간의 존엄성 조항은 원칙규범이며 최고규범으로서 법해석의 기준이 된다. 더욱이 헌법 제10조의 인간의 존엄성 조항은 헌법개정 한계가 되며, 기본권 제한입법에 있어서 그 한계를 형성한다. 헌법재판소는 “인간의 존엄과 가치를 핵으로 하는 헌법상의 기본권보장이 다른 헌법규정을 기속하는 최고의 헌법원리”라고 판시하고 있다.¹¹⁾

8) 헌재 2006. 6. 29, 2004헌마826, 942면

9) 헌재 1992. 4. 14, 90헌마82.

10) 헌재 1990. 9. 10, 89헌마82.

2. 기본권성 인정여부

헌법상 인간의 존엄과 가치조항은 직접적인 구속력을 지니는 헌법원칙이라는 데는 어느 정도 일치가 이루어지고 있다. 그러나 인간의 존엄과 가치조항이 국민의 기본권인지 여부에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다.

(1) 기본권성 부정설

인간의 존엄성의 기본권성을 부인하는 입장은 독일헌법제정권자들의 제헌의회 자료에서 나타난 기록들에 의존한다. 이 기록들에는 인간의 존엄 보장을 기본권의 의도(Absicht), 의미(Sinn), 이유(Grund) 등으로 이해한다.¹²⁾ 또한 개별적인 기본권의 침해없이 바로 인간의 존엄을 침해하는 경우는 상정하기 어려우므로, 이미 개별 기본권의 보호를 통해 인간의 존엄이 보장된다는 것이다.¹³⁾ 인간의 존엄성 규정의 독자적 기본권성을 부인하는 입장에 따르면, 인간의 존엄성의 규범적 구조는 다른 기본권과 비교가 되지 않으며, 충분한 법적 명확성을 결여하고 있기에¹⁴⁾ 인간의 존엄성의 침해를 이유로 직접 권리구제를 청구할 수 없고, 인간의 존엄성을 구체적으로 구체화하는 다른 기본권(예를 들면, 생명권, 알권리 등)을 근거로 직접 권리구제를 청구할 수밖에 없다. 따라서 인간의 존엄성 규정은 적용을 위해 다른 개별적인 기본권의 해석시 기준이 되는 ‘기본원리’로 보는 것이다.

망골트/클라인(v. Mangoldt-Klein)은 인간존엄을 기본권으로 인정할 수 없다고 하고, 마운츠(Maunz)는 인간의 존엄은 특별한 권리를 부여하는 것이 아니고, 다른 기본권의 이념적 출발점이라고 한다. 계희열 교수도 우리 헌법상 인간의 존엄성규정이 모든 기본권의 ‘이념적 출발점’이며 모든 ‘기본권보장의 목표’이다. 그리고 인간의 존엄성규정이 헌법의 최고구성원리로서 제37조 1항의 열거되지 않은 자유와 권리를 인식하는 내용적 표지가 된다고 한다.¹⁵⁾

(2) 기본권성 인정설

인간존엄은 주체로서의 인간을 보호하고, 기본권의 침해가 모든 개별 기본권의 구성요건에 의해

11) 헌재 1992. 10. 1, 91헌마31.

12) Bergerträsser, in: Deutschen Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/I, 1993, S. 63 참조 (정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 한계, 공법학연구 제7권 제2호, 275면).

13) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, Art. 1, 1958, Rn. 13.

14) H. Dreier, in: ders., GG, Bd. I, Art. 1 Abs. 1, Rn. 124 ff.

15) 계희열, 헌법상 인간의 존엄과 가치, 법학논집 제32집, 고려대 법학연구원, 1996, 321-322면.

포섭되지 않는 경우, 인간의 존엄을 충분히 보장하기 위해 인간존엄의 주관적 권리성을 인정해야 한다는 견해이다. 인간의 존엄성 규정의 독자적 기본권성을 인정하는 입장은 인간의 존엄성의 침해를 이유로 직접 권리구제 및 헌법소원을 청구할 수 있다고 한다.

니퍼다이(H. C. Nipperdey)는 인간의 존엄성조항으로부터 실질적 주기본권이며, 독자적 기본권이라고 하였다.¹⁶⁾ 그 밖에 치펠리우스(Zippelius)¹⁷⁾, 문히(v. Münch), 모델/뮐러(Model/Müller) 등이 이 입장에 있다.

(3) 결 어

독일 연방헌법재판소는 일관된 입장은 아니나, 일부 판결에서 인간의 존엄성에 대한 기본권성을 인정하고 있다.¹⁸⁾ 인간의 존엄성에 대해 기본권성을 인정할 경우, 인간의 존엄성은 절대적 기본권의 성격을 지니며, 이로 인해 기본권의 보장에 기여할 것이다.

인간의 존엄성 조항은 객관적인 헌법원칙에 국한되는 것이 아니라, 국가권력에 의해 인간의 존엄성이 침해되거나 보호받지 못할 경우, 개인에게 침해의 배제나 적극적인 보호를 요구할 기본권으로 보아야 한다. 인간의 존엄성 조항을 단지 객관적인 헌법원칙으로만 이해한다면, 인간의 존엄권이라는 기본권을 주장하여 국가의 침해로부터 방어하기 어렵게 된다. 이를 입증하듯 우리나라 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치와 관련하여 국가가 개인이 가지는 불가침의 '기본적 인권'을 보장할 의무가 있음을 규정하고 있다.

인간의 존엄성 규정은 이념적 기초가 되는 원리도, 추상적인 기본권도 아니며, 구체적인 개별 기본권이라 보아야 한다. 이러한 인간의 존엄성의 기본권성을 인정할 경우, 개인이 국가의 침해로부터 보호를 요청할 방어권의 성격을 지니며, 국가권력뿐만 아니라 인간의 존엄권이 사인의 침해로부터 보호되어야 하는 국가의 기본권보호의무가 발생하며, 또한 개인적·사회적 생활의 실질적 보장을 위한 국가적 급부를 요구할 수 있는 사회적 기본권을 포함한다.

우리 헌법 제10조에 규정된 행복추구권 조항의 행복이나 행복추구라는 개념이 너무 불명확하고 애매모호하기에 기본권보호영역이 확정되기 어렵고, 헌법재판에서도 헌법적 근거조항을 찾을 수 없는 경우 행복추구권 조항으로 도피조항 역할을 하기도 한다. 더욱이 우리 헌법재판소가 판시하듯 자기운명결정권과 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권이 어떻게 행복추구권에서 도출되는지 근거를 설명할 수 없다는 문제점에 봉착한다. 결국 행복추구권으로 인하여 인간의 존엄성

16) H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 11 ff.

17) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., S. 202.

18) BVerfGE 13, 132 (152); BVerfGE 28, 243 (263).

조항의 공동화 문제가 발생하게 된다. 또한 일부견해는 인간의 존엄과 가치와 행복추구권이 모두 기본권성을 지니면 양자간의 해석문제가 생긴다고 하는데, 이를 위한 근본적인 해결책은 행복추구권 조항을 헌법개정시 삭제하는 것이 바람직하다. 이는 인간의 존엄성 조항을 기본권으로 인정하는 데 도움이 되며, 인간의 존엄성의 내용을 풍성하게 하는 지름길이기도 하다.

3. 자연권성 여부

인간의 존엄과 가치는 초국가성이 인정하지만, 헌법 제10조 후단은 국가가 이를 실정법적 권리의 보장으로 보려는 견해가 있다. 즉, 헌법 제10조는 권리창설규범이라고 견해이다. 이는 인간의 존엄이 헌법에 일단 실정화된 이상, 실정헌법의 해석으로 문제되어야 한다는 것이다. 또한 헌법 제10조에 명문화된 인간의 존엄은 자연법의 단순한 수용이라기보다는 법가치화된(즉, 실정화된) 윤리적 가치 내지 헌법적 가치의 창설로 본다.¹⁹⁾

반면에 헌법 제10조의 인간의 존엄 조항은 자연법사상의 확인으로 보는 견해가 있다. 즉, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 실정권이 아니기에, 천부인권, 즉 전국가적인 자연권을 선언한 것으로 보는 견해이다.²⁰⁾

생각건대 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 전국가적이며 불가침, 불가양의 자연권이나, 이를 헌법상 규정한 이상 헌법상 기본권으로 이해해야 한다. 그래야만 기본권의 보호영역과 제한 및 그 보장이 가능하다.

IV. 인간의 존엄의 근거 및 내용

1. 인간의 존엄의 주체

인간의 존엄의 주체는 그 본질상 자연인인 인간이다. 그러므로 국민뿐만 아니라, 외국인도 포함한다. 그러나 법인이나 법인격없는 단체는 주체가 될 수 없다.²¹⁾ 또한 태아는 생명권의 주체가 될 수 있다. 사망으로 인간의 존엄성은 자동적으로 소멸되는 것이 아니라, 지속효를 지닌다.²²⁾

19) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2007, 565면.

20) 김철수, 헌법학개론, 2007, 487면.

21) Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, S. 177 Rn. 27.

22) BVerfGE 30, 173 (194); W. Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 53 ff.

따라서 사자(死者)의 경우, 사자의 인간의 존엄성을 보호해야 할 국가의 의무가 발생하며 사자와 그 가족관계 관련하에서 사후에도 인정된다고 할 것이다.²³⁾

2. 인간의 존엄의 근거

(1) 인간의 존엄의 근거에 관한 학설

인간의 존엄성 근거에 관해 ‘기독교적 관점’과 ‘철학적 관점’으로 나뉘어 설명된다. ‘기독교적 관점’에서는 모든 인간은 신(神)의 모상(imago Dei)²⁴⁾을 닮은 형태로 창조되었기에, 인간은 그 자체만으로 존엄성을 지닌다고 한다. 그 반면 ‘철학적 관점’에서는 인간의 존엄성의 근거를 ‘인간의 자율성’에서 찾는다. 이에는 관계이론(의사소통이론; Kommunikations- theorie), 은사이론(지참금이론; Mitgifttheorie), 성과이론(Leistungstheorie)으로 나뉜다.

“관계이론(의사소통이론)”은 인간의 존엄은 상호 서로간의 사회적 평가와 존중에 의해 인정된다고 하는 이론이다. 인간의 존엄을 ‘존재’상태로가 아니라, ‘관계’ 또는 ‘의사소통’의 개념으로 이해한다. 인간의 존엄은 구체적인 사회적 관계의 전제조건이자 결과물이다.²⁵⁾ 즉, 인간의 존엄은 사회적 존중의 긍정적 평가를 통한 사회적 인정에 의해 형성된다.²⁶⁾ 결국 인간의 존엄은 개인에 대한 인간성의 범주로서 정의된다.

“은사이론”은 기독교적 자연법사상 또는 칸트(I. Kant)의 철학을 바탕으로 한 것으로²⁷⁾, 인간의 존엄은 창조자인 신에 의해 또는 자연에 의해 부여받은 것이라고 하며, 이 견해는 독일 기본법 제1조 제1항을 제정시 인간의 존엄에 관한 기본입장이 되었다.²⁸⁾ 이 이론은 인간의 존엄을 인간의 창조자인 신 또는 자연이 인간을 세상에 보낼 때, 인간에게 지참금으로 소지하여 보낸 개인주의적 특성 또는 고유성으로 이해한다. 칸트의 견해에 의하면, 인간의 윤리적 자유의지에 기초한 도덕성으로 말미암아 인간은 다른 것으로 대체할 수 없는 절대적 가치인 존엄성을 지닌다는 것이다.²⁹⁾

“성과이론”은 루만(N. Luhmann)이 주장하는 견해로³⁰⁾, 개개인이 자신의 정체성 형성

23) Vgl. BVerfGE 30, 173 (194).

24) 토마스 아퀴나스는 「신학대전」에서 인간을 신의 모상(모습, imago dei)으로 강조하였다.

25) H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 (371).

26) H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, S. 353 (364).

27) Vgl. W. Graf Vitzthum, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201 (205 f.); Chr. Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 1 Abs. 1 Rn. 3, 5.

28) Vgl. Matz, JöR 1 n.F. (1951), S. 48 ff.

29) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 79 ff.

30) Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 53 ff.

(Identitätsbildung)을 위한 과정에서 이루어 낸 성과(Leistung)를 인간의 존엄의 근거로 본다.³¹⁾ 성과이론은 독자적인 창조작으로서 인간의 주관성의 특수성을 강조한다. 즉, 개인은 자신의 독자적인 자기확정적인 행위에 의거하여 자신의 존엄을 가진다. 인간은 선천적으로 타고난 인간의 존엄을 인식하는 것이 아니라, 인간의 삶 또는 사회적 생존을 위한 전제조건으로서 인간의 존엄을 파악한 것이다. 루만(N. Luhmann)에 주장에 의하면, 인간의 존엄과 자유의 보호는 개별적인 인간이 자신의 사회적 행위들을 인격적인 행위들의 총합(synthese)에 일치시키기 위해 필요한 형성여지를 만든다고 한다.³²⁾

(2) 학설의 평가

루만의 성과이론은 어느 하나의 철학적 전통에 기속되어 그 법적 근거를 부여하는 것이 아니라, 점과 인간의 존엄을 정체성 형성을 가능케하는 헌법상 여러 다른 근본결단들(법치국가원리와 사회국가원리, 평등권, 자유권)과 연결시켰다는 점에서 장점이 있다.³³⁾ 또한 개인의 존엄성을 형성하는 주체는 개인 스스로에 의해서라는 것을 명확히 하는데 의의가 있다. 그러나 성과이론은 개인이 행위무능력자이거나 의사무능력자이기에 정체성 형성을 할 능력이 없는 경우에는 그 해결책을 찾을 수 없다. 이에 반해 은사이론은 이러한 부류의 사람을 동등하게 인간으로서 존중하도록 요구하고 있다.³⁴⁾

또한 관계이론은 인간의 특정한 상태를 인간의 존엄의 근거로 파악하는데, 인간의 존엄의 근거는 인간의 특정한 상태(Zustand)에서 찾을 수 있는 것이 아니라, '인간 그 자체'에서 구해야 한다. 그러나 은사이론은 실정적인 개념규정을 포기하고 그 대신 각각의 침해과정에 초점을 맞추고 있다. 금기의 한계로서 인간의 존엄성의 사회적 기능만을 설명하고 있다. 이러한 관점의 변화는 해석론적으로 보호영역의 문제로부터 보호영역의 제한(침입: Eingriff) 문제로 이행하게 했다.³⁵⁾

3. 인간의 존엄의 내용과 전제조건

(1) 인간의 존엄의 내용

인간의 존엄권은 제한할 수 없는 절대적 기본권이라면, 이러한 절대적 기본권의 보호영역은 되도록

31) Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 68 ff.; Podlech, AK, Art. 1 Abs. 1 Rn. 11.

32) Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 53.

33) Podlech, AK, Art. 1 Abs. 1, Rn. 17 ff.

34) Pieroth/Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 355, 356.

35) W. Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 15 a.E.; Pieroth/Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 358.

록 엄격하고 협소하게 해석해야 할 것이다.³⁶⁾ 그리고 인간의 존엄성 조항이 헌법개정한계조항이라는 점에서도 그 보호영역을 협의로 해석하도록 하는 측면이기도 하다.³⁷⁾

또한 인간의 존엄을 침해하였는가를 판단하기 위해서는 인간의 존엄의 보호영역이 무엇인가를 확정해야 하는데, 인간의 존엄성의 보호영역은 무엇이 인간의 존엄인가를 적극적으로 확정하기 어렵기에, 반대로 어떠한 경우에 인간의 존엄이 침해되는가를 소극적으로 인식하여 그 보장영역을 이해할 수밖에 없다. 즉, 기본권의 보호영역과 기본권의 제한이라는 심사구조를 지니지 않고, 어떠한 경우에 인간의 존엄이 침해될 수 있는가의 확인을 통해 기본권의 보호영역이 확정된다.³⁸⁾

인간의 존엄이란 “인간의 책임능력있는 인격”³⁹⁾이라는 의미인데, 인간의 존엄이라는 개념이 절대적인 것이 아니고, 구체적 상황에 따라 상대성이 있는 개념이다.

인간의 존엄성의 중요한 내용은 「인간을 객체로 취급해서는 안된다」는 “객체공식”(Objektformel)으로 요약될 수 있다. 즉, 인간이 자신의 주체성을 근본적으로 의심하게 될 정도로 취급될 때, 자의적인 국가행위로 인해 국가권력의 객체로 전락했을 때 인간의 존엄이 침해된다는 것이다. 이러한 객체공식(Objektformel)이란 인간은 “객체”로 또는 “대체할 수 있는 대상”으로, 또는 “단지 수단”으로 경시되어서는 안된다는 공식이다.⁴⁰⁾ 즉, 인간 존재의 절대적 핵심영역의 제한이 불가하다는 표현이다.

(2) 인간의 존엄의 중요한 조건

인간의 존엄에 대해 역사적으로 특별한 위협을 경험한 것을 고려하여 인간의 존엄의 존재를 위한 중요한 조건으로는 ① 본질적인 요소로서 법적 평등, ② 신체적·정신적 정체성과 불가침성(완전성), ③ 개인적·사회적 생활의 실질적 보장을 들 수 있다.⁴¹⁾

① 본질적인 요소로서 법적 평등

인간의 평등은 자유를 실현할 수 있는 기회의 평등을 말한다. 따라서 자유권의 보장과 더불어 자유를 행사할 기회의 평등을 보장하는 법적 평등권은 인간의 존엄을 실현하기 위한 중요 요소이

36) Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 22 f.; Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 5; W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, S. 860.

37) Dreier, Grundgesetzkommentar, 2004, Art. 1 Rn. 41; W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, S. 860.

38) Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201 (204); W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, S. 860.

39) Vgl. BVerfGE 45, 228.

40) Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (127); ders., in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. I Rn. 28.

41) W. Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 19; Maihofer, Menschenwürde im Rechtsstaat, 1967, S. 56 ff.; Podlech, AK, Art. 1 Abs. 1 Rn. 17 ff.

다. 만약 법적 평등이 침해받게 되면, 평등권 위반이 될 뿐만 아니라, 인간의 존엄성 위반도 된다.

② 신체적·정신적 정체성과 불가침성(완전성)

헌법 제12조의 신체의 자유보장은 형사절차에서 인간의 존엄성을 구체화한 개별적인 기본권이라 할 수 있다.

③ 개인적·사회적 생활의 실질적 보장

인간의 존엄은 자유권 행사를 위한 실질적인 조건을 갖춘 경우에만 가능하다. 따라서 인간의 존엄을 보장받기 위해서는 인간다운 생활의 유지를 위한 최저한의 개인적·사회적 생활이 보장되어야 한다. 개인이 스스로 자신의 생계를 유지할 수 없다면, 국가는 인간다운 생활을 위한 최소한의 조건으로 최저생계를 위한 급부할 의무가 있다.⁴²⁾ 이를 위해 헌법은 인간다운 생활의 보장을 위해 사회국가원리와 사회적 기본권을 보장하고 있다.

현대에는 인간의 존엄성 보장을 위해서 ‘국가로부터의 자유’뿐만 아니라, 국가가 자유를 향유하기 위한 실질적 조건을 형성해야 하는 ‘국가에 의한 자유’가 요청된다. 우리 헌법재판소 결정에서 「인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고 볼 수는 없다」고 판시하였다.⁴³⁾

V. 인간의 존엄권으로부터 파생되는 기본권

인간의 존엄권으로부터 파생되는 구체적인 기본권에는 다음과 같은 것들이 있다.

1. 생명권

인간의 존엄권의 구체적 내용으로서 생명권이라 함은 인간의 생명에 대한 포괄적인 권리를 말한다. 우리 헌법상 명문규정의 유무에도 불구하고 생명권은 인간의 본질적인 권리로서 인간의 존엄권으로부터 인정된다. 생존기능을 보유하는 한 모든 인간의 생명은 동일한 가치를 지닌다. 따라서 생명권은 인간의 본질적인 권리이기에 다른 어떤 법익과도 비교형량도 인정되지 않는다.⁴⁴⁾

42) Vgl. BVerfGE 1, 159 (161 f.).

43) 헌재 2006. 11. 30, 2005헌바25, 477면.

44) BVerfGE 39, 1 ff.

생명권의 헌법적 근거에 관하여는 헌법 제10조로 보는 견해⁴⁵⁾, 헌법 제10조, 제12조 1항, 제37조 1항으로 보는 견해⁴⁶⁾, 헌법질서 내에서 생명권은 명문규정의 유무에 관계없이 당연한 헌법상의 권리로 인정해야 한다는 견해⁴⁷⁾ 등의 대립이 있다. 헌법재판소는 제10조의 “인간의 존엄”에서 생명권의 헌법적 근거를 찾고 있다.⁴⁸⁾

2. 일반적 인격권

일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)⁴⁹⁾에는 명예권, 성명권, 초상권 등이 포함되며, 인격형성·유지권과 관련하여 알 권리, 읽을 권리, 들을 권리 등이 포함된다. 알 권리란 일반적으로 접근할 수 있는 정보원(Informationsquelle)으로부터 의사형성에 필요한 정보를 수집하고, 수집된 정보를 취사·선택할 수 있는 권리를 말한다.

헌법재판소는 헌법 제10조의 인간의 존엄성에서 일반적 인격권⁵⁰⁾이 도출되고, 행복추구권에서 일반적 행동자유권⁵¹⁾과 개성의 자유로운 발현권이 도출된다고 판시하고 있다.

3. 자기결정권

헌법 제10조상의 인간의 존엄성으로부터 개인이 자기의 운명을 결정하는 자기운명결정권이 도출된다. 이러한 자기운명결정권에는 생식여부의 자기결정권, 생명·신체의 처분에 대한 자기결정권(예, 안락사), 생활양식(Life-style)에 대한 자기결정권, 성적 자기결정권⁵²⁾, 정보에 대한 자기결정권 등이 포함될 수 있다.

생각건대, 미국헌법이나 일본헌법에는 프라이버시에 관한 명문규정이 없기에 이를 헌법 제10조의 행복추구권의 한 내용으로 보나, 우리 헌법은 제17조에 프라이버시를 규정하기에 이를 헌법

45) 김철수, 헌법학개론, 2007, 495면.

46) 권영성, 헌법학원론, 2007, 407면.

47) 허 영, 한국헌법론, 2007, 346면.

48) 헌재 1996. 11. 28, 95헌바1, 545-546면. “인간존엄성의 활력적인 기초를 의미하는 생명권은 절대적 기본권으로 보아야 함이 당연하고, 따라서 인간존엄성의 존중과 생명권의 보장이란 헌법정신에 비추어 볼 때 생명권에 대한 법률유보를 인정한다는 것은 이념적으로는 법리상 모순이라고 할 수도 있다.”

49) 인격권에 관해서는 한수웅, 헌법상의 인격권, 헌법논총 제13집, 2002, 636면 이하 참조.

50) 헌재 1990. 9. 10, 89헌바82; 헌재 1991. 9. 16, 89헌바165; 헌재 1997. 3. 27, 95헌가14 등; 헌재 2001. 7. 19, 2000헌바546; 헌재 2002. 7. 18, 2000헌바327; 헌재 2003. 6. 26, 2002헌가14. “경찰서 유치장에 수용되어 있는 동안 차폐시설이 불충분하여 사용과정에서 신체부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 실내화장실을 사용하도록 강제한 행위는 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.”(헌재 2001. 7. 19, 2000헌바546).

51) 헌재 1991. 6. 3, 89헌바204; 헌재 1998. 5. 28, 96헌가5; 헌재 1998. 10. 29, 97헌바345; 헌재 2003. 10. 30, 2002헌바518.

52) 헌재 1990. 9. 10, 89헌바82; 헌재 1997. 7. 16, 95헌가6; 헌재 2001. 10. 25, 2000헌바60; 헌재 2002. 10. 31, 99헌바40.

적 근거로 보아야 할 것이다.

4. 행복추구권 (?)

행복추구권도 인간의 존엄과 가치의 내용이 될 수 있다. 헌법재판소는 행복추구권에서 ‘일반적 행동자유권’과 ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘평화적 생존권’이 포함된다고 한다. 그러나 헌법재판소가 예시하는 이러한 권리들은 일반적 인격권으로부터 충분히 도출될 수 있다. 따라서 행복추구권의 헌법규정은 헌법개정의 문제로서 신중히 고려해야 한다.

VI. 인간의 존엄과 가치의 제한과 한계

인간의 존엄과 가치의 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항과의 관계에 대하여 학설의 대립이 있다. 헌법 제37조 1항은 헌법 제10조의 선언적 확인규정이라는 견해⁵³⁾, 헌법 제10조와 헌법 제37조 1항은 목적과 수단이라는 유기적 관계에 있다는 견해⁵⁴⁾, 헌법 제37조 1항은 헌법 제10조를 실현시키기 위한 수단이라는 견해⁵⁵⁾ 등의 대립이 있다.

또한 인간의 존엄성을 기본권으로 볼 경우, 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 2항에 의한 목적으로 일반적 법률유보로 제한할 수 있는가가 문제된다. 인간의 존엄권은 헌법상 최고원칙이자 가치이므로 기본권보장의 목적을 위한 국가의 존재이유이므로 이 기본권은 제한할 수 없는 성질의 것이 아니다. 입법부, 사법부, 행정부 등 국가권력에 의해 침해될 수 없는 ‘절대적 기본권’⁵⁶⁾으로서 다른 법익과의 비교형량의 대상이 되지 않는다.⁵⁷⁾ 우리나라에서도 반대견해가 있지만, 인간의 존엄성은 다른 기본권과는 달리 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장 질서유지 공공복리를 이유로 제한할 수 없다는 견해가 있다.⁵⁸⁾

인간의 존엄성과 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용의 동일성 여부가 문제된다. 인간의 존엄성 보장의 내용은 개별적인 기본권들의 본질적 내용의 전체합과 일치하지 않기에 양자는 동

53) 김철수, 헌법학개론, 2007, 488면.

54) 권영성, 헌법학원론, 2007, 375면.

55) 허 영, 한국헌법론, 2007, 325면.

56) W. Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, S. 9.

57) Vgl. BVerfGE 93, 266 (293); W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, S. 859; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 4; Pieroth/Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 365.

58) 계희열, 헌법학 (中), 2004, 213면; 허 영, 한국헌법론, 2007, 326면; 권영성, 헌법학원론, 2007, 376면. 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한할 수 있다는 견해로는 김철수, 헌법학개론, 2007, 514면 참조.

일하지 않다고 볼 수 있다. 개별적인 기본권에 있어서 본질적 내용을 침해할 수 없다는 것은 일단 개별적인 기본권이 제한될 수 있다는 것을 전제로 함에 반해, 인간의 존엄성은 불가침적이어서 인간의 존엄성 제한이 바로 인간의 존엄성 위반으로 되는 것이다.⁵⁹⁾

이와 관련하여 개별적인 기본권의 침해와 더불어 인간의 존엄권이 침해될 수 있는가라는 문제가 발생한다. 또한 다른 기본권이 침해되지 않는 상황에서 인간의 존엄권만 침해될 수 있는가라는 문제도 있다. 첫째, 개별적인 기본권의 침해와 더불어 인간의 존엄권의 침해가 문제되는 경우라면, 먼저 개별적인 기본권 침해를 확인한 후, 보충적으로 인간의 존엄권 침해를 확인해야 할 것이다.⁶⁰⁾ 둘째, 다른 기본권이 침해되지 않는 상황에서 인간의 존엄권만 침해될 수 있는가에 관해 인간의 존엄권으로부터 파생되는 기본권침해가 가능하다.

VII. 결 어

인간의 존엄은 그 보호영역을 명확히 정의내리기 어렵다. 그러나 이 정의내리는 것을 포기한다면, 인간의 존엄에 대한 보호영역이 불명확하게 되고, 이로 인해 그 내용의 공동화 위험에 직면하게 된다. 또한 우리 헌법상 행복추구권의 경우와 유사하게, 헌법재판의 청구시 당해 사건의 헌법적 근거가 불명확하게 되면 회피조항으로서 인간의 존엄을 그 근거로 삼게 되는 문제가 있을 수 있다. 결국 인간의 존엄에 대한 개념과 그 내용이 구체화되어야만 객관적인 판단기준이 설정될 수 있다. 그런데 인간의 존엄을 침해하였는가를 판단하기 위해서는 인간의 존엄의 보호영역이 무엇인가를 확정해야 하는데, 인간의 존엄성의 보호영역은 무엇이 인간의 존엄인가를 적극적으로 확정하기 어렵기에, 반대로 어떠한 경우에 인간의 존엄이 침해되는가를 소극적으로 인식하여 그 보장영역을 확정할 수밖에 없다.

헌법상 인간의 존엄과 가치조항은 최고의 헌법원칙이라는 데는 이론이 없으나, 인간의 존엄과 가치조항의 기본권성에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다. 인간의 존엄성 조항은 객관적인 헌법원칙에 국한할 특별한 이유가 존재하지 않을 뿐만 아니라, 국가권력에 의해 인간의 존엄성이 침해되거나 보호받지 못할 경우, 개인이 침해의 배제나 적극적인 보호를 요구할 기본권으로 인정할 필요성이 있다.

59) 한수웅, 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007. 6, 262면.

60) W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, S. 862; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 69.