

프랑스 人權宣言과 憲法

成 樂 寅*

I. 序說

자유·평등·박애 정신에 사상적 기초를 둔 1789년 프랑스 혁명의 깃발을 휘날리며 ‘人間과 市民의 權利宣言’(Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789)을 공포한지도 벌써 200년을 넘어섰다. 사실 프랑스를 비롯한 전세계를 강타한 프랑스 혁명의 여파는 이미 그 이전에 성공한 미국의 독립혁명과 더불어 세계사의 흐름을 국민의 자유와 권리에 기초한 국민주권의 시대로 바꿔 놓았다. 그러한 프랑스 혁명의 정신과 이념은 오늘날까지 프랑스의 정신사 및 제도사에 자리잡고 있다. 특히 혁명기에 불려졌던 ‘라 마르세이예즈’(La Marseillaise)는 오늘날 프랑스의 國歌(L’hymne nationale)로, 혁명기에 주창되었던 구호로서의 자유·평등·박애(Liberté · Égalité · Fraternité¹⁾)는 프랑스 공화국의 國是(La devise de la République)로, 혁명의 깃

* 嶺南大 法科大學 教授

1) Cf. Michel Borgetto, La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l’avenir de la solidarité, avec préface de Philippe Ardent, Paris, L.G.D.J., 1993. 國是로서의 자유·평등·박애 중 博愛는 매우 특이한 개념으로 볼 수 있다. 비록 박애라는 개념이 법적으로 매우 불명확하고 추상적인 개념이

발인 靑・白・紅 三色旗(Le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge)는 프랑스의 國旗(L'emblème national)로 현행 프랑스 憲法 第2條에 명기되어 있다. 그것은 바로 프랑스혁명의 정신을 현행헌법에 그대로 담고 있음을 의미한다. 따라서 오늘날 프랑스공화국의 정신적・제도적・법적 기원은 바로 프랑스혁명으로부터 연유된다고 말하여도 과언이 아니다.

1789년 혁명의 궁극적인 성공과 더불어 혁명을 통하여 천명한 '인간과 시민의 권리선언' 또한 오늘날의 프랑스공화국과 단절될 수 없음을 현행 프랑스헌법 前文에서 분명히 하고 있다. 즉 프랑스 제5공화국 헌법 전문에서는 "프랑스 國民은 1789년 인간과 시민의 권리선언에서 定義되고 1946년 헌법의 前文에서 確認・補完된 人權과 國民主權의 原理에 대한 애착을 엄숙히 선언한다"라고 명시하고 있다.

그렇다면 200년의 세월이 지난 오늘날에 이르는 과정에서 프랑스에서 수없이 명멸해 간 憲法の 變化²⁾에 비추어 유독 1789년 '인간과

라고 하더라도 그것은 연대(solidarité) 개념과 연계되어 오늘날 프랑스 공법학을 고취시켜주는 기본원리로 이해되고 있다. 보르게토 교수는 이 논문에서 박애와 연대의 상호발전적인 관계를 조명하면서 박애개념은 여전히 20세기 프랑스공법학의 중심개념으로 자리잡고 있음을 강조하고 있다.

- 2) 프랑스 憲法史는 한마디로 그 엄청난 多樣性으로 특징지을 수 있다. 바로 그러한 변화무쌍한 헌법전으로 인하여 프랑스에서조차 몇 개의 헌법전이 채택되었는지에 관해서 11・14・15・16・18 등 상이한 숫자가 제시되고 있다. 아르당・뒤아멜 교수는 11・15・18 등을 제시하고 있다. Philippe Ardent, Olivier Duhamel, "1789-1989 Histoire constitutionnelle", Pouvoirs n° 50, Paris, P.U.F., 1989, p. 3. 카두 교수에 의하면 헌법개정이나 임시정부를 계산에 넣지 않더라도 16개의 成文憲法을 1789년 프랑스혁명 이후에 실시하였으며, 더 나아가서 6개의 憲法案이 사실상 審議・成案된 바 있다. 여기에 정식정부의 출범에 이르기까지 존속하였던 16개의 임시정부 혹은 과도정부를 포함할 경우에 지난 200년 동안 36개의 헌정체제를 체험하였다고 볼 수 있다. Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institutions politiques, tome 2, Les régimes politiques contemporains, Paris, Cujas, 1995, p. 274. 한편 카다 교수에 의하면 14개의 헌법으로 표현하고 있으므로 카두의 16개 헌법과 차이를 보이고 있다. 그것은 아마도 채택되었지만 시행되지 않는 헌법 등의 계산에 따른 차이인 것 같다. Jacques Cadart, Institutions

시민의 권리 선언'만이 오늘날까지도 憲法的 價値를 가질 수 있을 것인지, 가진다면 그 의미와 가치는 어떻게 해석하여야 할 것인지가 문제되지 않을 수 없다. 특히 이 문제는 1989년 프랑스革命 200週年을 맞이하면서 헌법학의 주요 관심사의 하나로 정리된 바 있다.³⁾

바로 그러한 문제의식하에서 이하에서는 프랑스 革命的 知的 基礎 및 人權宣言의 起源과 프랑스 헌법사적인 변용을 개관하면서 인권선언의 實定憲法的 價値를 살펴 보고자 한다. 이러한 논의는 특히 프랑스 헌법전상에 한국헌법에서와 같은 國民의 權利와 義務에 관한 章이 따로 마련되어 있지 아니함으로 인하여 야기되는 문제점도 동시에 검토되어야 할 것이다.⁴⁾

politiques et droit constitutionnel, tome 2, Paris, Economica, 1989, p. 785.

- 3) 혁명 200주년에 즈음하여 간행된 인권선언과 관련된 문헌 중 본고에서 주로 참조한 것은 다음과 같다 : R.D.P. 1989, n° 3, "Le bicentaire de la Révolution française", Paris, L.G.D.J.; Pouvoirs n° 50, "1789-1989 Histoire constitutionnelle", Paris, P.U.F., 1989; Conseil constitutionnel, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F., 1989; Droits no 2, Les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1986. 인권선언과 관련된 문헌목록은, Gélard Conac · Mare Debene et Gélard Teboul(sous la direction de), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : histoire, analyse et commentaires, Paris, Economica, 1993, pp. 53-54. 참조.
- 4) 또한 헌법(droit constitutionnel) 또는 헌법과 정치제도(droit constitutionnel et institutions politiques)라는 과목과 기본권론(libertés publiques, droit de l'homme et libertés publiques) 과목은 대학에서 별개로 강의되고 있다. 이에 관한 상세는 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 756-768면, 780-782면 참조.

II. 프랑스 革命과 ‘人間과 市民의 權利宣言’의 採擇

1. 프랑스 革命과 人權宣言의 思想的 基礎

프랑스 혁명을 고취시킨 사상적 배경에는 기독교사상·자연법사상·계몽사상을 들 수 있다. 이러한 당시의 주류적인 사상은 바로 1789년 인권선언의 사상적 원류를 이룬다는데 이론의 여지가 없는 것 같다.⁵⁾

1) 基督教思想

프랑스 인권선언에서는 미국의 인권선언과는 달리 종교적 즉 기독교적인 직접적인 표현이 채택되지 아니하고 단지 ‘絕對者’(l'Être suprême)⁶⁾라는 표현을 사용하고 있음에도 불구하고, 서양정신사의 기저를 흐르고 있는 기독교사상은 프랑스혁명의 사상적 배경을 이루고 있다는 사실을 부인할 수는 없다.

神에 의하여 창조된 인간의 존엄을 강조하는 기독교사상은 바로 인간의 권리를 선언하게 되는 하나의 동인을 제공해 줌에 틀림없다. 나아가서 기독교사상은 정치권력의 제한이라는 명제를 제공해 주고 있다. 그것은 곧 압제에 대한 抵抗權의 正當性을 설파하고 있으며, 이러한 사상은 인권선언 제2조에서 “압제에 대한 저항”으로 구현되어 있다.⁷⁾

5) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 31-36; Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tome 1 - *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 44-48.

6) 前文 끝부분 : “따라서 國民議會는 絕對者의 존재와 보호하에 다음의 인간과 시민의 제권리를 인정하고 宣言한다.”

7) 제2조 : “모든 정치적 결합의 목적은 인간의 자연적이며 박탈될 수 없는 제권리를 보전함에 있다. 이러한 권리는 자유·소유권·안전 및 壓制에 대한 抵抗 등이다.”

2) 自然法思想

사실 자연법사상은 프랑스혁명기에 발생한 것이 아니라 가장 오래 된 법사상이나, 17세기 중엽에 이르러 근대자연법사상(Ecole moderne du droit naturel)은 본격적인 개화기를 맞이한 바 있고, 그것이 18세기에 이르러 프랑스 법철학계의 주요한 흐름으로 등장하기에 이르렀다. 자연법사상은 그 기저에 인간은 원래 모든 권력으로부터 자유롭고 아무런 정치적 조직의 통제도 받지 아니하는 自然狀態에 있다는 것이다. 이러한 자연상태에서 인간은 스스로 자신의 의지에 따라 社會契約을 체결하여 정치권력을 창출하게 된다는 것이다.

종래 기독교사상으로부터 연역되던 고전적인 자연법사상은 흄스의 '레비아탄'이나 로크에 의한 '시민정부2론'을 통하여 발전된 근대자연법론을 통하여 새로운 전기를 마련하였으며, 그것은 미국헌법에 결정적인 영향을 미치게 되어 최초로 실정법상 구현됨으로써 主觀的 自然權(droit naturel subjectif)으로 정립된 바 있다.⁸⁾ 프랑스에서는 루소가 제기한 '사회계약론'에 의하여 一般意思라는 명제를 통하여 새로운 전기를 마련하게 되었다.⁹⁾

3) 啓蒙思想

"啓蒙思想이 革命을 낳았다"라는 명제는 동시에 "혁명이 계몽사상을 낳았다"라는 역설적인 명제로까지 이어지고 있다. 사실 혁명의 지도자들은 저마다 계몽사상의 아들임을 자처하면서 앙시앙 레짐의 모순을 타파하기 위하여 계몽사상의 강령을 따랐음을 부인할 수 없다. 그것

8) Guy Scoffoni, "Le droit naturel et l'établissement de la démocratie américaine : la contribution théorique de Thomas Jefferson", R.D.P., 1989, pp. 853-882(854).

9) Guillaume Bacot, "Déclaration de 1789 et constitution de 1958", R.D.P., 1989, pp. 726-729; Jacques Robert, op. cit., pp. 34-35. 제6조 : 法律은 一般意思의 表現이다. 모든 市民은 누구나 자신이 直接하거나 또는 그의 代表者를 통해서 법률의 제정에 참여할 권리를 가진다.

은 또한 反封建의인 革命이기도 하였다. 이러한 혁명은 그 진행에서 있어서 고도의 교양을 갖춘 계급으로부터 아래로, 중심부에서 주변으로 즉 파리에서 지방으로, 시간이 흐를수록 가속화되어 가는 세 가지 원칙에 입각하고 있음을 알 수 있다.¹⁰⁾

이러한 계몽사상의 원류에는 바로 英國의 自由主義의 精神에 대한 프랑스 계몽사상가들의 憧憬이 주요한 작용을 하고 있음을 알 수 있다. 그것은 1734년에 간행된 볼테르의 '영국으로부터의 편지'나 몽테스키외의 '법의 정신'에서 영국에서 발전하고 있는 의회민주주의에 대한 논술을 통하여 잘 드러나고 있다. 또한 프랑스에서의 왕의 직인(lettres de cachet)보다는 오히려 영국에서의 인신보호영장제(hebeas corps)를 통하여 국민의 자유와 권리를 보다 실질적으로 보장할 수 있다는 점에서도 영국의 제도는 동경의 대상일 수밖에 없었다. 18세기에 이미 상당한 민주주의적 제도적 기초를 다진 영국에서의 국민의 자유와 권리보호의 정신은 이미 1215년 마그나 카르타의 채택으로부터 끊임없이 발전되어 온 영국적인 커먼 로(Common Law)로 정립되어 있었다는 점에서 절대주의가 지배하던 프랑스와는 현저한 대조를 이루고 있었다.

또한 계몽사상의 근거에는 重農主義 정신이 깔려 있었다. 중농주의는 자연법적인 질서를 존중하며 바로 이러한 정신하에서 개인의 자유와 권리를 존중하는 가운데 사회가 형성될 수 있다는 정신이다. 특히 중농주의의 기저에는 개인의 사적 소유권의 보장이 사회적 질서의 기초를 이룬다는 사고가 지배하고 있었다.

나아가서 議會가 집행권 특히 왕의 권력에 대한 牽制力을 갖게 된다는 점이다. 의회는 절대권력을 장악하고 있던 국왕이 법률을 시행하려고 할 때 일종의 법률의 적헌성통제를 가할 수 있게 되었고, 이러한

10) Daniel Morner, Les origines intellectuels de la Révolution française avec la préface de René Pomeau, Armand Colin, 1967. 주명철 역, 프랑스 혁명의 지적 기원, 민음사, 1993, 605-607면; Alexis de Tocqueville, L'Ancien régime et la révolution, Paris, Gallimard, 1967.

국왕에 대한 의회의 진언을 통하여 재산권보장·법 앞의 평등·공적 부담의 평등·신체의 자유의 보장과 같은 개인의 자유와 권리를 확보하게 되었다.¹¹⁾

2. 人權宣言의 起源에 관한 論爭

인권선언의 기원에 관해서는 전통적으로 獨逸의 국법학자 엘리네크의 주장과 같이 그것은 美國의 1776년 6월 12일 버지니아 권리선언(Bill of Rights)이라 나온 각종 인권선언의 모방이라는 주장과, 프랑스 국법학자 부트미의 인권선언의 프랑스 독자적 사상 특히 장-자크 루소의 사상으로부터의 기원한다는 주장이 양립되어, 치열한 논쟁이 18세기 말에서 19세기 초엽 사이에 진행된 바 있다. 이들의 논쟁은 오늘날까지 프랑스 인권선언의 기원에 관한 대표적 논쟁으로 기록되고 있다.¹²⁾

사실 1787년 미국헌법과 프랑스 인권선언은 국민주권의 원리, 정교분리의 원칙, 권력분립의 원리, 대의제의 원리, 법 앞의 평등원칙, 과세에 대한 국민의 동의 원칙, 공무원과 군인의 국민 앞의 책임원칙 등의 내용을 다 같이 내포하고 있다. 또한 미국과 프랑스의 헌법은 다 같이 인권선언에 기초하여 탄생하게 되었다.

기본권에 관한 내용을 담고 있는 미국헌법은 프랑스 인권선언에

11) Jacques Robert op. cit., p. 36. 이러한 권리는 인권선언 제1조·제2조·제6조·제7조·제8조·제9조·제14조·제17조에 구현되고 있다.

12) Cf. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, München und Leipzig, Drucker und Humbolt, 1895. Emile Boutmy, "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek", in *Annales des Sciences politiques*, tome 17, 1902, pp. 415-443. Georg Jellinek, "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy", in *La Revue du droit et de la science politique en France et à l'étranger*(R.D.P.), tome 18, 1902, pp. 385-400. 김효전 역, *인권선언논쟁*, 법문사, 1991. Jean Morange, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, P.U.F., 1989.

앞선 것은 사실이다. 또한 1776년 버지니아 인권선언 이래 미국의 각주에서는 기본권에 관한 장전을 채택한 바 있다. 바로 그런 의미에서 독일의 국법학자 엘리네크가 프랑스 인권선언은 미국의 인권선언에서 그 영감을 고취받은 것으로 논술한 바 있다. 이에 대하여 프랑스의 사회학자이자 국법학자인 부트미는 인권선언은 결코 미국의 인권선언을 모방한 것이 아니라 프랑스의 독창적인 산물이라고 반박한 바 있다.

하지만 이러한 美國에서의 人權宣言의 歷史的인 先行性에도 불구하고 프랑스 인권선언은 당시에 서구라파와 북미대륙을 풍미한 계몽사상의 영향하에 탄생되었다는 점을 부인할 수는 없다. 또한 인권선언의 기저에는 이미 민주주의적 원리를 정립한 英國에서의 일련의 인권선언에 관련된 내용이 상당부분 그대로 미국의 인권선언에 반영되어 있으며 그것은 동시에 프랑스 인권선언에 구현되어 있다는 점에서 프랑스 인권선언은 그 시대의 인간의 자유와 권리를 보장하는 하나의 장전으로서의 가치를 인정하여야 할 것이다.¹³⁾ 따라서 이제 프랑스 인권선언의 역사는 본질적으로 인권선언의 내용 그 자체와 인권선언이 갖는 상징적 가치 뿐만 아니라, 人權宣言의 歷史的 進化過程과 그 결과를 이해하는데 주력하여야 할 것이다.¹⁴⁾ 특히 인권선언은 그 당시의 인권선언의 내용에만 집착할 것이 아니라 인권선언이 갖는 역사적 성격에 비추어 그 이후에 전개된 역사적·철학적·종교적 발전과정에 비추어 개념지워져야 한다는 점이다. 사실 인권은 인권선언 이전에도 존재하였으며, 인권선언이 있었다고 해서 인권이 반드시 존중되어 진 것만도 아

13) 영국의 마그나 카르타를 비롯한 역사상 세계의 인권선언에 관한 불어판 자료는, Pierre Bercis, *Guide des droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1993, pp. 196-250 참조.

14) 프랑스학계에서는 일반적으로 인권선언과 관련된 이러한 논쟁을 기본권론 교과서에서 뿐만 아니라 사상사 관련 저서에서도 충실하게 소개하고 있다. 그럼에도 불구하고 일관된 견해는 엘리네크 류의 편협한 해석에는 반대하는 것 같다. Jacques Robert, op. cit., pp. 37-39; Jean Rivero, op. cit., pp. 53-57; Jean Morange, op. cit., pp. 6-7.

니다. 또한 인권선언이 담고 있는 기본원리는 그 이후의 역사적 전개과정에서 수정·보완·적용되어 왔다는 점을 부인할 수 없다.

그러나 보다 중요한 것은 人權宣言이 法的 價値를 갖는 規範으로 이해되고 있다는 점이다. 헌법전문에서 명시하고 있는 인권선언에 대한 애착은 바로 입법자를 구속하는 것이기 때문이다.

Ⅲ. ‘人間과 市民의 權利宣言’의 內容

인권선언은 18세기 프랑스의 모든 철학적 사조가 집합된 결합체로서 時代精神의 具現으로서의 의의를 갖고 있다. 그것은 볼테르와 같은 계몽주의적 사조, 몽테스키외·루소·시예에스의 사회계약론 등에 입각한 국민주권론 등이 그것이다.¹⁵⁾

인권선언의 內容¹⁶⁾은 자연권의 재인식에서 비롯된 인간의 권리와 시민의 권리에 관한 사항과 정치조직에 관한 사항으로 나누어 볼 수 있다.¹⁷⁾ 특히 델보의 분석에 의하면 인권선언의 주된 주제는 바로 人間의 權利이며, 그 내용은 개인적 권리·사회계약에 기초한 권리의 불가양성·합리적 인간의 개인적 본성으로 요약하고 있다.¹⁸⁾

15) Cf. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Ed. du Seuil, 1985; Charles Louis Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 2 vol., GF Flammarion, 1987; Emmanuel Siyès, *Qu'est ce que le Tiers état?*, éd. par R. Zapperi, Droz, 1970. 이들 사상가의 이론적 분석에 관한 교과서적인 연구로는 Marcel Prélôt et G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 325-366; Philippe Braud et François Burdeau, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 23-67. 참조.

16) 인권선언의 내용에 관한 조문별 축조 해설은, Gélard Conac·Mare Debene et Gélard Teboul(sous la direction de), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993. 참조.

17) 인권선언의 기초과정과 그 내용에 관한 토론에 관해서는, Jean Morange, op. cit, pp. 11-40 참조.

1. 自然權의 再認識에 따른 人間の 權利와 市民의 權利

인권선언에서는 인간의 권리와 시민의 권리를 구분하고 있다. 人間の 權利(droits de l'homme)는 사회 이전에 존재하는 권리라면, 市民의 權利(droits du citoyen)는 사회의 존재를 전제로 하는 권리란 점에서 본질적인 차이가 있다. 사실 인간의 권리는 카톨릭교의에 입각하여 당시로서는 비교적 최근에 정립된 것이다. 그것은 영국에서의 프라그마티즘적인 역사의 발전과정과 맥락을 같이 한다. 프랑스의 인권선언은 바로 이러한 시민으로서의 지위와 인간으로서의 지위에 따른 두 가지 문제를 均衡의으로 定立하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.¹⁹⁾

인간의 권리는 自由와 財産 및 安全을 보장하는 것이다. 이에 따라 인권선언 제1조와 제2조에서는 인간의 자연적 권리를 확인하고 있으며, 前文에서는 “인간의 自然的이고 讓渡不可能하고 神聖不可侵한 諸權利를 엄숙한 선언서에 서술하기로 결정하였다”라고 적시하고 있다.²⁰⁾

이러한 인간의 권리는 自由와 自律의 원리에 기초해 있다면, 시민의 권리는 특정한 사회에 연계된 권리라는 점에서 그것은 정치적 參與의 원리와 직접적으로 연계된다.²¹⁾

自由의 原理는 제4조에서 규정되어 있다 : “자유란 타인을 침해하지 않는 모든 것을 할 수 있다는데 있다. 따라서 각 개인의 자연권의

18) Paul Delvaux, "Analyse lexicale de la Déclaration", *Droits*(Revue française de théorie juridique), n° 2(Les droits de l'homme), Paris, P.U.F., 1985, p. 33. 동 논문은 Mavidal et Laurent, *Archives parlementaires de 1787-1789*, 1^{ère} série, tome VIII, Paris, 1875, de la p. 221(séance du 11 juillet 1789) à la p. 489(séance du 26 août 1789)를 기초자료로하여 집필된 것임을 필자는 밝히고 있다(Ibid., p. 24).

19) Jean Morange, op. cit., pp. 40-42.

20) 인권선언에 표현된 자연권이론의 의미와 그 현대적 구체화에 관해서는, Patrick Wachmann, "Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration", *Droits* n° 2, pp. 13-22. 참조.

21) Jacques Robert, op. cit., p. 40; Jean Morange, op. cit., p. 41.

행사는 사회의 여타 구성원에게 동일한 권리의 향유를 보장해 주는 경우에만 제한이 있다. 이러한 제한은 법률에 의해서만 정해질 수 있다.” 제10조·제11조에서는 良心·宗教의 자유와 表現의 自由를 보장하고 있다. 이어서 인권선언 제5조·제7조·제8조·제9조에서는 安全과 관련된 신체의 자유와 죄형법정주의의 원리를 선언하고 있다.

소유권 내지 財産權에 관한 사항은 제2조에서 自然權으로 규정되어 있다. 제17조에서는 不可侵의 神聖한 權利로 규정되어 있다. 그러나 이러한 개념은 아리스토텔레스나 성 토마스가 설파한 필요에 따른 사용과 공공선의 요청의 개념과는 차이가 있다. 그러나 재산권은 정당한 사전보상을 통해서 공공의 필요에 따라 수용될 수 있다.

2. 政治組織의 原理

제2조에서는 정치적 조직에 관한 기본적인 철학을 담고 있다. : “모든 政治的 結合의 目的은 人間의 自然的이며 剝奪될 수 없는 諸權利를 保全함에 있다.” 이 원칙은 전통적인 카톨릭 철학의 원리를 반영한 것이기도 하다.

인권선언은 동시에 시민의 공적 업무에의 참여를 보장하고 있다. 個人으로서의 사람은 市民임과 동시에 人間의 지위를 갖는다. 시민으로서의 지위와 인간으로서의 지위는 상호 연계되어 있다. 시민으로서의 지위에 따라 사람은 개인적인 권리를 향유한다. 이러한 시민으로서의 지위에 기초한 자유는 고전적인 의미를 갖는다. 여기서 자유로운 존재라는 의미는 곧 한 사회에서 어느 누구에게도 종속되지 아니하고 자유로운 시민이라는 의미를 갖는다. 바로 그런 의미에서 시민의 자유는 곧 정치활동에 참여하고 법 앞의 평등의 원리로 특징지워질 수 있다.

인간은 자연적·불가양적·신성한 권리를 향유한다. 시민은 일반 의사의 표현인 법률에 따르게 된다. 이러한 시민은 직접 정치적 활동에

참여하거나 그들의 대표자를 통하여 참여하게 된다.²²⁾

이제 군주주권은 國民主權으로 대체되었다. 이에 따라 프랑스는 대의민주주의를 채택하게 된다.²³⁾ 하지만 국민주권과 인민주권은 프랑스 민주주의의 발전과정에서 혼재하게 되었으며 그것은 半代表²⁴⁾의 원리로 정립되었다.

사회 구성원의 개인적 권리를 보장하고 정치적·사회적 평등의 보장과 국민주권과 대의민주주의의 확립과 같은 원리는 영국과 같은 불문헌법과 달리 성문헌법·경성헌법에 규정되어야만 한다. 權力分立의 原理는 바로 이러한 정신에 기초한 것이다. 몽테스키외는 “권력이 권력을 차단하기”(le pouvoir arrête le pouvoir) 위한 원리로서의 권력분립을 통하여 개인의 공적인 자유를 보호할 수 있다고 설파한 바 있으며,²⁵⁾ 그 원리는 인권선언 제16조에 규정되어 있다.²⁶⁾

22) 前文·제6조·제14조.

23) 제3조 : 모든 主權의 원칙은 본질적으로 國民에게 있다. 어떠한 개인이나 어떠한 단체도 명백히 국민으로부터 나오지 않은 권한을 행사할 수 없다. 사실 주권론은 앙드레 오유의 표현대로 프랑스 정치헌법학이론에서 발달된 다분히 “프랑스적인 이론”이다. André Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1983, p. 371. 상세는, 성낙인, 프랑스헌법학, 159-185면 참조.

24) 반대표론(semi-représentatif)은 Adhémar Esmein(“Deux formes du gouvernement”, R.D.P., 1984, tome 1, pp. 24-26)이 제기한 이래 오늘날 프랑스 헌법학의 일반이론으로 되어 있을 뿐만 아니라, 현행 프랑스헌법 제3조에서도 이러한 원리를 구현하고 있다(제3조 제1항 : La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. 이에 관한 해설은 Jean Chatelain, “Article 3”, in La Constitution de la République française, Paris, Economica, 1987, p. 180 이하 참조). 국내 문헌으로는, 조병윤, 국민대표론의 연구, 서울대 박사학위논문, 1982, 234-243면; 성낙인, 프랑스헌법학, 176-185면 참조.

25) Charles Louis Secondat de Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748, 특히 제11편 제6장에 권력분립론이 주로 개진되어 있다.

26) 제16조 : 권리의 보장이 확보되어 있지 않고, 權力의 分立이 규정되어 있지 아니한 모든 社會는 憲法을 가지고 있지 아니하다.

미국헌법은 몽테스키외의 영향에 따라 이른바 대통령제를 통하여 입법·행정·사법의 엄격한 3권분립원리를 정립시켰다.²⁷⁾ 1791년 프랑스헌법의 제정자들도 군주와 의회의 엄격한 권력분립원리를 채택한 바 있으나 날로 약화되어 가는 왕권과 강화일로에 있는 의회사이의 불균형으로 급속하게 붕괴되고 말았다. 그것은 프랑스헌법사에서 제1·제2 제정 초기의 집행권 우위와 1793년의 의회우위 등의 현상으로 나타나곤 하였다.

그러나 프랑스에서의 권력분립은 의회제를 통한 연성적 권력분립 체제를 정립시켰다. 그것은 왕정복고기, 7월군주제, 제2제정의 말기, 제3공화국, 제4공화국 및 제5공화국을 통하여 權力の 均衡을 이룩하게 되었다.²⁸⁾

3. 人權宣言의 不充分性

1789년 인권선언은 그 권리의 불충분성이 노정되었다. 그것은 사회의 진전과 더불어 출현되는 권리와도 맥락을 같이 한다. 공적 구조권이나 교육권과 같은 사회권의 출현과, 집회·결사의 자유 그리고 그 이후에 출현한 근로권 등이 그것이다. 또한 남녀평등권의 구현도 인권선언 이후에 이루어 졌다. 특히 대부분의 권리는 경제·사회적인 권리로

27) Paul Dubouchet, "L'influence de Montesquieu sur les Pères Fondateurs des Etats-Unis : Du féodalisme de Montesquieu au fédéralisme des Pères Fondateurs", R.D.P., 1989, pp. 812-852(845). 뒤부세 교수는 이 논문에서 몽테스키외의 권력분립론이 미국헌법에 끼친 영향을 권력의 수평적 분립과 수직적 분립을 동시에 도모함으로써 진정한 권력의 분립을 기할 수 있도록 한다는 점을 강조하고 있다.

28) 권력의 균형을 중심으로 한 사이클 이론은 Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 293-331. 참조. 프랑스헌정사 일반에 관해서는, Jean-Jacques Chevallier, Histoire des institutions et des régimes politiques de 1789 à nos jours, Paris, Dalloz, 1987. 참조.

서 새로이 선언되고 있다. 그것은 근로3권, 취업의 권리, 건강권 등을 들 수 있다. 이러한 권리들은 “이 時代에 特別히 必要한” 權利이기도 하다. 그러나 이러한 권리들은 국가생활의 실체에 있어서 법적으로 충분히 보장되지 못하고 있다.

또 다른 측면에서 종래의 절대적 권리는 相對的 權利로 轉化되고 있다는 점이다. 그 대표적인 것이 바로 재산권 특히 소유권의 사회적 구속성이라 할 수 있다.

IV. ‘人間과 市民의 權利宣言’의 憲法的 價值

1. 人權宣言의 安定性 : 連續性과 再解釋

1789년 인권선언의 내용은 프랑스 憲法史에 있어서 受容되었을 뿐만 아니라 동시에 구라파 헌법이나 인권선언에도 이어졌다. 특히 1948년 유엔 인권선언에서도 프랑스 인권선언과 관련된 내용이 상당 부분 반영되고 있다. 바로 그런 점에서 200년전 프랑스의 인권선언은 프랑스 뿐만 아니라 구라파사회의 인권의 정신에도 그대로 구현되고 있음을 의미한다.²⁹⁾

그러나 인권선언은 시대정신의 구현이라는 점에서 歷史的 進化過程에서 때로는 당해 규정의 意味가 減退될 수도 있을 것이고 때로는 당해 규정의 의미를 뛰어 넘는 새로운 再解釋이 불가피하게 된다.

이러한 문제점으로 인하여 인권선언의 抽象的이고 理論的이며 때론 形而上學的인 性格을 갖기 때문에 그것은 아무런 법적 가치를 가질 수 없는 아무런 효력도 갖지 않는 아름다운 宣言에 不過하다는 비판도

29) Jean-Louis Harouel, Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, Paris, P.U.F., 1987, p. 509.

제기되었다. 하지만 인권선언은 1791년 헌법의 앞머리를 장식하였다는 점에서 그 법적 가치를 무시할 수 없었다. 그러나 1793년헌법, 1795년 헌법, 1814년장전, 1830년장전, 1848년헌법에서는 인권선언에 관한 언급이 없었으므로 인하여 인권선언은 하나의 역사적 장식에 불과하다는 인식이 확산되었다.

하지만 1852년헌법에서 다시금 인권선언을 參照하기에 이르렀고,³⁰⁾ 제3공화국하에서 인권선언의 법적 가치를 인정하려는 경향은, 1946년헌법 및 제5공화국헌법의 전문에서 인권선언에 대한 애착을 규정하기에 이르렀다.

이러한 인권선언의 법적 가치 인정여부에 관한 논의는 무엇보다도 인권선언이 갖는 역사적 성격과 더불어 프랑스헌법에 기본권에 관한 章이 설정되지 아니하고 있다는 문제와 중첩되어 있다. 프랑스에서의 기본권(공적 자유)에 관한 논의는 무엇보다도 1789년 인권선언이 있는 이래 이를 독일 헌법 등과 같이 헌법전 속에 기본권 章을 마련할 것이냐, 즉 기본권의 헌법화 논의가 계속되었으나 현재 제5공화국 헌법에 이르기까지 이를 체계적으로 헌법화하지 못하고 있는 특수성을 논의해야 할 것이다.

프랑스에서의 기본권(공적 자유)의 헌법화 논의는 그것을 憲法 속에 體系化하는 문제와 既存의 原理를 사실상 憲法規範化하는 두 가지 차원에서의 논의가 진행된다. 이 두 가지 문제는 결과적으로 共和國의 成文憲法典內에 삽입되느냐의 여부의 문제도 중요하지만 성문헌법전상의 규범과 동일한 또는 그 이상의 가치를 갖는 규범이나 원리를 인용할 경우에는 비록 그것이 성문헌법전 속에 체계화되어 있지 아니하더라도 마찬가지로의 효과를 갖는다는 점에서 서로 별개의 문제가 아니라 法的 效果의 측면에서는 동일한 문제로 볼 수 있다. 프랑스 민주주의의

30) 1852년 제2제정헌법 제1조에서는 “1789년에 선언된 큰 원리를 인식하고 확인하며 보장한다. 그것은 프랑스인의 공법적 기초이다.”라고 규정하고 있으나, 제2제정 자체가 루이 나폴레옹의 권위주의 체제라는 점에서 신뢰할 만한 규정이 되지 못하였다, Guillaume Bacot, op. cit., p. 666, note 4.

開花와 더불어 共和國의 法治主義의 토대가 형성되어 오늘날 그 법치주의와 관련된 기본원리가 정착한 제3공화국 이래 이러한 문제는 특히 1789년 인권선언을 비롯한 일련의 人權宣言의 헌법적 가치의 문제와 연계되어 논의를 진행하고 있다.³¹⁾ 그러나 기본적으로 오늘날 헌법적 가치를 갖는 인권선언이란 일반적으로 1789년 인권선언으로 집중되어 있다고 본다.³²⁾

2. 第3共和國下의 不充分한 保障

1875년 제3공화국의 헌법적 법률에서는 기본권에 관해서는 아무런 규정도 두지 아니하고 있었다. 이에 따라 1789년 인권선언 이래 권리선언과 헌법전문이 法的 價値와 관련하여 제3공화국하에서 입장을 달리

31) 그것은 첫째, 1789년 인권선언과, 둘째, 1793년의 지롱드선언이 있다. 지롱당의 발의에 의해 의회에서 통과된 이 선언은 미국의 영향을 받았고 콩도르세의 반향을 삼입했다. 이 선언은 헌법의 일부분을 이루나 그 헌법 자체가 채택되지 못했다. 셋째, 1793년의 산악당선언의 헌법은 결코 시행되지 못했다. 이 선언은 민주적이고 동시에 혁명적이나, 큰 독창성은 갖지 못한다. 넷째, 혁명력 3년의 선언은 혁명력 3년 5월 5일 헌법에서 비롯되는 바, 로베스피에르의 몰락 이후 의회에서 통과되었다. 이것은 권리와 더불어 의무를 규정한 특이성을 갖고 있다. 끝으로 제3공화국 이전의 헌법전문으로서 중요성을 갖는 것은 1848년 헌법의 전문이다. 이것은 1789년 혁명 이후 새로운 시대적 사회상을 반영한 것으로 다름 아닌 20세기로 연계되는 산업화 사회의 새로운 기본권에 관한 사항이 토크빌과 플로베르 등의 영향에 따라 헌법전문에 구현되었다는 점이다.

32) 인권과 기본권에 관한 프랑스 헌법사적인 논의에 관해서는, Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, pp. 52-104; Jacques Robert, *op. cit.*, pp. 29-124; Jean Rivero, *op. cit.*, pp. 43-140 등 참조. 모든 프랑스 기본권론 교과서에서는 1789년 인권선언 이래 프랑스헌법사적인 기본권논의 뿐만 아니라 세계적인 인권선언도 동시에 논술하고 있다. 이러한 경향은 '헌법과 정치제도' 교과서에서 전반부에는 전 세계적인 제도론적인 고찰과 더불어 프랑스 헌법사를 상술한 연후에 현재의 제5공화국헌법을 논하는 것과 일맥상통한다. 한국에서의 헌법학 논술에서도 이러한 巨視的이고 歷史的인 考察도 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

하는 세 가지 이론을 학자들은 일반적으로 제시하고 있다.³³⁾ 첫째, 극단적 이론으로서 권리선언은 확실한 법적 가치를 가질 뿐만 아니라 초헌법적 가치를 갖는다는 입장이다. 둘째, 보다 제한적인 이론으로서 권리선언은 단순히 도덕적·철학적 효과만을 갖는다는 입장이다.³⁴⁾ 끝으로, 이들 두 가지 이론의 중간 입장이 국사원에 의해 제시되었다.

1) 인권선언의 實定法的 價値理論

인권선언의 법적 가치(valeur juridique)를 부여하는 이론으로서는 뒤기의 超憲法的 價値理論(La thèse de la valeur supra-constitutionnelle des Déclarations)과 오류의 實定法(lois positives)的 價値理論으로 나누어 볼 수 있다.³⁵⁾

뒤기의 초헌법적 가치이론에 의하면 인권선언은 실제로 선출된 기관에 의해 기초되고 통과되었으며, 흔히 헌법의 모두에 헌법의 기초를 형성하는 기본이론으로서의 일반이론을 담보할 임무를 진 철학자나 현자의 의회에 의해 기초·통과되었기 때문에, 인권선언은 실정법적 가치를 가질 뿐만 아니라 그것은 논리적으로 보아서 초헌법적 가치를 가져

33) Jacaues Robert, op. cit., pp. 100-104; Jean Morange, op. cit., p. 91 et suiv; Henri Oberdorff, "A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", R.D.P., 1989, p. 668 et suiv; Guillaume Bacot, op. cit., 1989, pp. 689 et suiv..

34) Jean Morange, op. cit., pp. 91-99. 모랑즈 교수는 뒤기·오류·카레 드 말베르그라는 프랑스 제3공화국 공법학을 대표하는 세 학자의 학문적 세계와 더불어 인권선언에 대한 입장을 잘 적시하고 있다. 오류와 뒤기는 각기 툴루즈학과와 보르도학과 및 공권력학과와 공역무학과의 창시자이기도 하다. 반면에 카레 드 말베르그는 스트라스부르그학과를 대표하면서 독일의 예링과 엘리네크의 영향을 받아 국가가 법의 유일한 원천임을 주장한 바 있다.

35) Cf. Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, 5 vol., Fontemoing, 1921-1929; Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey, 1929. 뒤기와 오류는 각기 제3공화국헌법학을 대표하는 학자이면서도 가장 인간적으로나 학문적으로 가장 가까운 사이이다. 이들의 학문세계에 관한 상서는, 성낙인, 프랑스헌법학, 121-140면(제1권 제2장 제3절 프랑스공법학의 두 석학 오류와 뒤기) 참조.

야 한다는 입장이다.

인권선언은 모든 실정 사회규범에 우선하는 불가양·절대적인 自然權이 선언된 원리이다. 실정법에 우선하는 이성적·신성한 자연법을 인용하는 모든 제도적 메커니즘하에서, 엄숙히 선언된 권리는 자연히 규범의 단계구조에서 최상위에 놓이게 된다. 이러한 최상위의 가치를 부여하는 것은 그러한 인권선언을 통해서 표현된 것이 아니라, 그 자체의 본질적 속성에 기인한 것이다. 결국 실정법의 위에 사회나 사회적 권위에 의존하지 않는 상위의 법이 존재할 수 있다는 것이다.³⁶⁾

또한 制憲權(pouvoir constituant)의 自己制限(auto-limitation)에 기초하여 논리를 전개하고 있다. 시원적 권력(pouvoir originaire)으로서의 제헌권은 유용하다고 판단하는 규범을 자유로이 과할 수 있다. 그러나 제헌권이 헌법의 모두에 인권선언을 채택하기로 결정하는 순간, 그것은 그 자체로서 제헌권이 인정한 원리에 따르도록 하는 의도를 드러낸 것이다. 결국 인권선언은 한 국가내에서 국가권력의 한계를 설정하기 위하여 행해질 경우 그것은 입법자 뿐만 아니라 헌법제정자까지도 구속하는 원리라는 것이다. 즉 인권선언은 실정헌법의 전제조건으로서 당연히 실정헌법보다 우월적 가치를 갖는다고 본다. 따라서 제헌권이 스스로 연계되고, 그 스스로 기초한 선언을 수정하거나 폐기할 수 없게 된다. 이에 따라 1789년의 상황에 비추어 본다면 법규범의 단계구조는 인권선언, 헌법적 법률, 일반법률이라는 단계구조가 성립하게 된다.³⁷⁾

위와 같은 뒤기의 논리는 그 특유의 법의 일반개념에 관한 논의와 부합한다. 즉 헌법적 법률이든 법률이든 간에 이들 실정법규범은 客觀的 法(droit objectif)에 부합하여야 하며, 이러한 객관적 법이란 橫集團的 認識(conscience collective)을 통하여 발견되는 바, 바로 이러한 집단적 인식이 객관적 법과 연계되어 인권선언을 채택하게 되기 때문

36) Léon Duguit, op. cit. tome I, p. 553.

37) Ibid., p.553 ; tome II, p. 599 et suiv..

에, 객관적 법으로서의 인권선언에 모든 실정법규범은 따르게 되어야 한다는 것이다.

이와 같은 뒤기 등이 주장하는 1789년 인권선언의 초헌법적 가치 부여에 따르는 문제점은 무엇보다도 인권선언이 형식적으로는 1791년 헌법에 연계되어 있음에도 불구하고 1791년헌법의 폐지에 따라 아무런 법적 가치를 갖지 못한다는 데 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 오류는 인권선언은 慣習憲法(coutume constitutionnelle)으로 잔존해 왔다는 점을 강조하고 있다. 이에 따라 자유민주주의 내지 자유국가론자인 오류는 헌법을 정치적 헌법과 社會的 憲法(constitution sociale)을 구분하여, 사회적 헌법은 인권선언을 포괄하는 것으로서 그것은 정치적 헌법과 달리 지속적 효력을 갖는 완전한 자율성을 갖는다는 점을 강조하고 있다. 즉 오류는 “인권선언은 사회적 헌법의 헌법전이다”라고 설명하고 있다. 이러한 오류의 명제는 1789년 프랑스혁명이래 그 특유의 사회적 헌법의 안정성에 반하는 정치적 불안정을 비판하는 데에서 출발하고 있다.³⁸⁾ 바로 그런 의미에서 오류는 헌법적 원리를 존중하기 위하여 위헌법률심사제도의 필요성을 강조하고 있다.³⁹⁾

결국 뒤기는 인권선언에 대한 원칙적인 초헌법적 가치론자라면, 오류는 헌법적 가치론자로 구분될 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

2) 인권선언의 法的 價值 否認論

뒤기나 오류와는 달리 인권선언의 법적 가치를 부인하는 이론은 에즈멩과 카레 드 말베르그가 제시하고 있다. 에즈멩(Esmein)과 카레 드 말베르그(Carré de Malberg)에 의하면 인권선언은 단순히 道德的 · 哲學的 效果만을 갖는다고 본다.⁴¹⁾ 이들에 의하면 혁명기에 나타난 인

38) Maurice Hauriou, op. cit., p. 625.

39) Ibid., p. 626.

40) Jean Rivero, op. cit., p. 173.

41) Cf. Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat,

권선언은 입법자에게 기본원리를 고취시키는 의도에서 나온 것이지 진정한 법적 규범은 아니라는 것이다. 이러한 이론에 기초하여 이들은 두 가지 논쟁을 제기한다.

첫째로, 헌법에 따라서는 그 헌법전 자체에 권리보장을 하고 있는데, 이 경우 인권선언이 법규범으로 간주된다면 二重的 採擇의 문제가 발생한다는 점을 지적하고 있다. 실제로 이들 학자는 많은 헌법이 인권선언을 하고 있을 뿐만 아니라 헌법규정 속에 기본적인 권리를 천명하고 있다는 것을 입증하고 있다. 예컨대 1848년 11월 4일 프랑스 제2공화국 헌법은 헌법전문 뿐만 아니라, 제2장에서는 ‘헌법상 보장된 시민의 권리’를 규정하고 있다. 이 章에서는 16개 이상의 조항이 교육의 자유·재산의 자유·언론의 자유·노동의 자유·기업의 자유 등 일련의 자유(기본권)의 행사를 보장하고 있다.

둘째로, 인권선언은 매우 애매한 一般的 原則을 表現한 것에 불과하다는 비판이 제기된다. 에즈맹에 의하면 “인권선언은 법률규정과 같이 구체적이고 집행적인 것이 아니고, 다만 원칙적인 선언에 불과”한 “哲學的 眞實을 宣言(une déclaration de vérités philosophiques)”⁴²⁾한 것으로 본다. 한편 카레 드 말베르그도 뒤기의 초헌법적 가치이론을 반박하면서 “1789년 인권선언은 1791년 인권선언을 고취시킨 자연법개념을 표현한 것으로서, 프랑스공법학의 형성에 크게 기여한 것을 부인할 수 없지만, 그것은 실정법적 규율 효과를 가진 법적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 혁명기의 인권선언 특히 1789년 인권선언은 추상적이고 이론적인 격언에 불과하며, 그것은 헌법이나 법률의 제정을 통해서 실제적인 법규범으로서의 효과를 갖게 된다. 헌법전에 규정된 권리의 보장도 실정법적 효과를 갖기 위하여서는 그 보장된 개인적 권리의 행사 조건과

2 vol., Sirey, 1920-1922; Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*,

2 vol., par Nézard, Sirey, 1927.

42) Adhémar Esmein, op. cit., tome 2, p. 553.

범위가 설정되어야 하는데, 바로 그러한 의미에서 1789년 인권선언은 권리선언이라기 보다는 오히려 단순한 원리의 선언에 불과하다. 따라서 인권선언은 국민생활의 실제에서 법관에 의하여 적용될 수 있는 실정 법규범이 될 수 없다”라고 설명하고 있다.⁴³⁾

결국 이들의 주장을 종합하면 1789년 인권선언은 자연법적 원리를 선언한 것에 불과할 뿐만 아니라 그 원리의 구현은 헌법을 통해서 이루어지는데 이와 관련된 헌법이 사라진 다음에는 인권선언은 아무런 법적 가치를 가지지 못한다는 주장이다. 더구나 인권선언의 내용의 추상성으로 인하여 실정법규범과 같은 구체성을 담보하지 못하고 있다는 입장이다.⁴⁴⁾ 이러한 주장은 바로 이들이 추구하는 법적 실존주의(existentielisme juridique)적인 경향과 맥락을 같이 한다. 이러한 에즈멩과 카레 드 말베르그의 견해는 어떤 점에서 국사원의 판결에도 영향을 미친 것 같다.

3) 國事院의 中道的 立場

제3공화국하에서 국사원은 1789년 인권선언에서 표명된 원리를 위반한 것으로 보이는 행정결정을 무효화시키기 위한 행정소송에서, 인권선언의 법적 가치 문제를 여러 차례에 걸쳐서 판단하게 되었다. 이에 국사원으로서 1789년 인권선언의 구체적인 법적 가치를 인정하여 권리선언에서 제시한 원리들을 위배한 행정행위를 무효화시킬 것인지의 여부를 판단하여야 했다. 이와 관련하여 국사원은 두 개의 중요한 판결, 즉 1913년 루보(Roubeau)판결과 1944년 기에이스(Guieysse)판결을 내린 바 있다.

루보사건⁴⁵⁾은 市 위생규칙에 부합하지 않음에도 불구하고 공중위

43) Raymond Carré de Malberg, op. cit., tome II, pp. 580-581.

44) Ibid., pp. 581-582.

45) C.E., 9 mai 1913; Jacques Robert, op. cit., p. 103.

생 목적을 달성하기 위하여 호텔의 높이를 제한하려는 시장을 상대로 호텔주인이 제소함으로써 비롯되었다. 호텔주인은 법률 앞의 평등이라는 일반원칙에 비추어 모든 시민이 행정규칙 앞에 평등하다는 원칙을 위반하는 것이라고 주장한 바 있다. 이에 대해 국사원은 호텔주인의 주장을 배척하면서, 행정규칙 앞에 평등원칙의 위반이 실제로 있었던 것은 아니라고 판시하였다. 그러나 국사원은 이 판결에서 1789년 인권선언에 구현된 법률 앞의 평등원칙을 제대로 통찰하지 못했던 것 같다. 만약 국사원이 이 원칙을 적용했다라면, 법률 앞의 평등원칙이 1789년 인권선언에서 특별히 규정되어 있기 때문이 아니라, 그것이 일반적인 성문법률과 같이 적법성의 法源으로서 간주하는 불문법적인 法の一般原理(principe général du droit non écrit)로서 판단하기 때문일 것이다.⁴⁶⁾

나아가서 국사원은 기에이스판결⁴⁷⁾에서 논고담당관(Commissaire du gouvernement) 세노(Chenot)의 결론에 따라 인권선언은 일반적으로 그 자체로서 법적 가치를 갖는 것이 아니라, 단지 그 인권선언이 내포하는 원칙들이 일반법률의 법적 가치와 최대한 동일하게끔 법적 가치를 가진 法の一般原理나 慣習的 規範으로 영향을 미칠 수 있게 된다고 판시한 바 있다.

4) 評價

제3공화국하의 논의는 기본적으로 프랑스 혁명이후에 구현된 일련의 인권선언 전반에 관한 법적 가치판단의 문제이므로 이를 1789년 인

46) 이에 관한 연구는 金東熙, "프랑스 行政法上の 法の 一般原理," 서울大 法學 제 37권 제1호(통권 100호), 1996, 17-42 참조. 이 논문에서는 국사원의 법의 일반 원리에 관한 내용 뿐만 아니라 후술하는 헌법위원회의 공화국법률에 의하여 확인된 기본원리에 관해서도 깊은 연구결과가 제시되고 있다.

47) C.E. sect., 4 février, 1944; R., p. 44; R.D.P., 1944, p. 158, Concl. Chenot, note Jèze.

권선언에 한정짓는 논의로 보기에는 어려움이 따른다. 즉 1789년 인권선언은 그 자체로서 단일의 인권선언이지만, 그 이후에 나타난 일련의 인권선언은 헌법전문 혹은 헌법본문에 구현되어 있다는 본질적인 차이가 있다. 그것은 무엇보다도 이러한 인권선언 관련규정이 그 시대의 특정헌법의 성격과 직접적으로 연계되기 때문이다. 반면에 1789년 애초에 인권선언은 특정헌법과 직접적으로 연계되지 아니하고 그 자체가 혁명정신을 반영한 인권선언이라는 점에서 “超憲法的 眞理의 表現”⁴⁸⁾으로 인용되고 있다. 따라서 혁명이후에 구현된 일련의 인권선언 관련사항을 포괄적으로 법적 가치 부여 여부를 판단한 제3공화국하에서 제기된 인권선언의 법적 가치에 관한 논의는 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 이미 제3공화국하에서 1789년 인권선언을 포함한 프랑스헌법사에 있어서의 인권선언 관련 사항에 대하여 헌법적 가치 부여 여부에 관한 논의가 제기되었다는 것은 그 이후의 헌법 즉 제4공화국헌법과 제5공화국헌법하의 인권선언의 헌법적 가치 논의의 주요한 기초를 제공하였다는 점을 높이 평가할 수 있다. 결국 제3공화국하에서 전개된 인권선언의 법적 가치 부여 여부에 관한 논쟁은 부분적으로나마 에즈맹과 카레 드 말베르그에 대한 뒤기와 오류의 승리로 프랑스 헌법사는 전개되었다는 평가를 받고 있다.⁴⁹⁾

4. 第4共和國下의 規範的 保障

1) 第4共和國 憲法前文의 法的 價值

제3공화국의 헌법적 법률과는 달리 제4공화국헌법에서는 前文에서 기본권에 관한 규정을 두고 있을 뿐만 아니라, 全文 18조로 구성되어

48) Guillaume Bacot, op. cit., pp. 689-711. 바코 교수는 이 논문의 제1부 인권선언의 가치에서 자연법론자와 법실증주의자 간의 인권선언의 이해에 관한 논쟁을 설명하면서 본문과 같은 소제목하에서 기술하고 있다.

49) Henri Oberdorff, op. cit., p. 669.

있다.⁵⁰⁾ 헌법전문 제1조에서는 “프랑스 국민은 1789년 인간과 시민의 권리선언에서 확인된 인간과 시민의 권리 및 자유와 공화국법률에서 인정된 기본원리를 엄숙하게 재확인한다”라고 규정하고 있다.⁵¹⁾ 이에 헌법제정자가 헌법전문에 대하여 헌법본문과 동일한 법적 가치를 부여한 것인지에 관한 논란이 제기되었으며, 만일 헌법전문문의 법적 가치를 인정한다면 그것은 곧 1789년 인권선언의 헌법적 가치를 인정하게 되는 셈이다. 하지만 헌법제정과정에서 헌법전문의 내용에 관해서는 오랜 토론과정을 거쳤음에도 불구하고 헌법전문의 법적 가치에 대하여서는 분명한 논의가 진전되지 아니하였다.⁵²⁾

50) 1946년헌법 全文의 구성과 내용에 관해서는, Jacques Chevallier, “Essai d’analyse structurale du préambule”, in *Le préambule de la constitution de 1946 : anatomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 13-36. 참조.

51) 제2차세계대전 직후 프랑스에서는 제4공화국 건설을 위한 제1차 헌법안이 1946년 4월 19일에 채택되었으나 국민투표에서 부결되었다. 제1차안에서는 1789년의 원리에 따라 자유와 경제·사회적 권리에 관한 39개로 된 새로운 인권선언을 채택하고 있었다. 결국 제4공화국헌법은 1946년 10월 27일 국민투표에서 통과되었다. 동 제1차 헌법안과 헌법 본문은 Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris, P.U.F., 1981, pp. 208-234 참조. 제1차 헌법안에서 제4공화국헌법이 채택되기까지의 과정에 관한 상세는, Jacques Chapsal, *La vie politique sous la 4^e République*, Paris, P.U.F., 1984, pp. 150-189 참조.

52) 이와 관련하여 초안성안과정에 참여한 Jean Rivero 교수와 Georges Vedel 교수에 의하면, “헌법에 대한 주석을 통해서 불명확성을 해결하기란 불가능하였다. 전문이 헌법적 가치를 갖는 법규범인지 아니면 단순한 정치철학의 고백에 불과한 것이지에 관해서는, 동일한 의회에서 동일한 정당에서 때로는 동일한 발언자의 의사가 전문의 본질에 대한 의미부여가 상이한 상황이었다.”라고 기술하고 있다. Jean Rivero et Georges Vedel, “Les problèmes économiques et sociaux de la constitution du 27 octobre 1946”, Paris, Collection Droit social, 1947, p. 21, cité par Henri Oberdorff, op. cit., p. 669. Cf. aussi R. Pelloux, “Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946”, R.D.P., 1947, p. 347; Gilles J. Guglielmi, “Débattre d’un... et écrire le... préambule”, in *Le préambule de la constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, pp. 52-65.

헌법규정만을 살펴 본다면, 1946년 헌법 전문의 법적 가치문제는 특별한 중요성을 갖지 못한다.⁵³⁾ 헌법전문은 규정으로 법률의 적헌성 통제를 보장하는 임무를 진 憲法評議會(Comité constitutionnel)의 적헌성 판단의 준거규범으로 제기될 수 없었다. 1946년 헌법 제92조에서 헌법평의회는 헌법 제1장에서 제10장에 이르는 규정에 위반되는 법률의 적헌성에 대해서만 논할 수 있는 권한을 부여하고 있기 때문에, 결과적으로 적헌성 심사의 준거규범으로서 헌법전문은 제외되어 있다. 그럼에도 불구하고 헌법전문의 법적 가치에 관한 논의는 자주 문제가 되는 바, 그것은 특히 행정기관에 의해 발해진 행위에 대해서 헌법전문의 규정을 근거로 한 위반논의가 제기되곤 하였다.⁵⁴⁾ 예컨대 행정행위에 대하여 헌법전문 규정에 위배된다는 이유로 월권소송(recours pour excès de pouvoir)을 제기하여 행정법원으로 하여금 동 행정행위의 무효로 판결하게 할 수 있을 것인가의 문제가 제기된다. 그것은 이미 제3공화국하에서 제기된 1913년 루보사건이나 1944년 기에이스사건에서 제기된 것과 동일한 논쟁사항이나 제4공화국하에서의 법원의 판단이 새롭게 문제될 수 있다.

2) 司法法院(Tribunaux judiciaires)⁵⁵⁾의 積極的 立場

사법법원에서는 1946년 헌법전문의 규정은 사법법원 앞에 제기될 수 있으며, 따라서 헌법전문은 법률의 효과울 갖는다는 입장이다. 이러한 입장은 특히 1947년 1월 22일 세느민사법원(Tribunal civil de la

53) 바로 그런 의미에서 헌법전문의 법적 가치 인정을 통한 1789년 인권선언의 헌법적 가치 인정에는 논란의 소지가 있다. Benoît Mercusot, "Le préambule de 1946 entre Républiques et la Révolutions", in Le préambule de la constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques, pp. 37-49.

54) Henri Oberdorff, op. cit., p. 670; Jacques Robert, op. cit., p. 111.

55) 프랑스에서는 行政法院과 司法法院이 구별되는 소위 行政制度國家이다. 이 사법법원은 Cour de cassation을 頂點으로 하는 법원이다. 프랑스 사법체제에 관한 상세는, 성낙인, 프랑스헌법학, 655-700면 참조.

Seine)의 판결에서 나타났다.⁵⁶⁾ 이 사건에서 법원은 할머니가 그녀의 손녀에게 유증(legs)을 하면서 만약 그녀의 손녀가 이스라엘인과 결혼하면 유증을 취소한다는 유언(testament)의 내용을 파기하였다. 법원으로서 이러한 내용의 유언은 헌법전문의 규정에 위반되는 것으로 판단하였으며, 그 헌법전문은 바로 1789년 인간과 시민의 권리선언을 참조하도록 하고 있는 바, 여기에서는 모든 인간은 “인종의 차별이 없는” 권리를 향유한다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾

3) 國事院(Conseil d'Etat)의 中道的 立場

제4공화국하에서 최고행정법원인 국사원의 입장은 사법법원과는 상당히 다른 것으로서, 대체로 제3공화국하의 국사원의 태도와 유사하다. 즉 인권선언은 그 자체로서 법적 가치를 갖는 것은 아니라는 입장이다. 1947년 4월 23일에 국사원은 헌법전문의 규정은 헌법전을 평석하는데 단순히 기여할 뿐이라는 입장을 취하였다.

그 후 1950년 7월 7일 드아엔(Dehaène)판결에서 이 문제를 분명히 하였다.⁵⁸⁾ 이 사건의 발단은 1948년 7월 13일에 도(préfecture)의 공무원들이 단순히 직업적인 이유로 파업을 행사하는 데서 비롯된다. 이에 내무부장관은 당해부서의 長(chef de bureau) 이상으로서 파업에 참여한 모든 공무원에 대하여 즉각적으로 직무가 정지될 것임을 경고하였다. 그럼에도 불구하고 이들은 파업에 동참했으며 그들은 일주일 후에 노동조합의 명령에 따라 업무를 재개하였다. 한편 이들의 직무정지 명령은 이들이 파업하고 있는 동안에 도지사에 의해서 발동되었다. 이 직

56) Triunal civil de la Seine, 22 janvier 1947, Gaz. Pal., 1947, I, 67.

57) Jacques Robert, op. cit., p. 104; Georges Vedel, "La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité'", in La Déclaration ... (Conseil constitutionnel), p. 41.

58) C.E., 7 Juillet 1950, Rec., p. 426; R.D.P., 1950, p. 691. Concl. Commissaire du gouvernement Gazier, note Waline, G.A.J.A., p. 339.

무정지 명령은 이들이 직무를 재개했을 때 견책(blâme)으로 대체되었다. 이러한 징계에 대하여 앙드르-에-루아르(Indre-et-loire)道の 6명의 부서장은 헌법전문에서 인정된 파업권의 행사에 비추어 보건대 그들의 파업이 징계를 정당화시킬 수 있는 사유가 될 수 없다는 취지하에서 행정소송을 제기하였다. 이 사건에서 정부 논고담당관인 가지에(Gazier)는 종래 국사원이 견지한 입장을 환기시켰다 : “프랑스 공법체제하에서 인권선언과 헌법전문에 규정되어 있는 내용이 헌법적 혹은 법률적 성격의 법적 규정이라고 볼 수는 없다. 왜냐하면 그것은 국민의사(volonté nationale)의 특별히 엄숙한 표현이며, 우리는 여기서 일반적으로 입법 작용이나 정부작용 및 행정작용이 추구하여야 하는 기본원리들을 발견할 수 있다. 따라서 법관은 이를 적용하는 사법적 통제에 있어서 일반적으로 법률 및 헌법규정 보다는 폭넓은 자유를 견지하는 가운데 이들 원칙을 존중하도록 하여야 하며, 법률 및 헌법규정의 평석은 보다 엄격한 원칙에 따라야 한다.” 이에 따라 파업권에 관하여 국사원은 정부 논고담당관의 견해와 같이 “헌법전문에 규정되어 있는 파업권은 이를 구체적으로 규율하는 법률이 규정하고 있는 범위내에서 행사되며, 제헌의회는 이러한 점을 충분히 인식하여 입법자로 하여금 파업이라는 형태로 나타나는 직업적 이익의 수호와 파업으로 인하여 침해될 수 있는 일반이익(intérêt général)의 보호 사이에서 필요한 타협을 해야 하는 것”으로 판시하였다. 결국 국사원은 헌법전문 그 자체가 재판에 직접 적용될 수 있는 법규범은 아니지만, 헌법전문의 규정은 법의 일반원리(principes généraux du droit)로 간주될 수 있으며, 따라서 궁극적으로는 그것이 법규범의 단계구조의 측면으로 고려되지 않는 한도 내에서, 이들 원리는 일반법규범의 차원에 위치한 것이며 이를 평석함에 있어서 법관은 폭넓은 자유를 갖는다는 것이다.

위와 같은 국사원의 논리는 곧 법의 일반원리에 대하여 법률에 우월한 가치를 부여하지 않으려는 관념에 기초해 있다는 점을 쉽게 이해

할 수 있다. 하지만 드아엔사건이 종결될 즈음에, 이미 라모트(Lamotte)사건⁵⁹⁾이 전개되었으며 보다 가시적 징표가 나타났다. “법률이 예견하는 행정결정에 대항하는 모든 제소”를 제외시키는 법률에 관하여, 모든 행위에 대항하는 월권소송의 존재는 적법성의 원리에서 도출된다는 점을 환기시킴으로써, 입법자는 이러한 제소를 차단시킬 수 없다는 점을 국사원은 분명히 판시한 바 있다. 이것은 불분명하게나마 성문법률에 대한 법의 일반원리의 우월성을 보장한 것으로 이해할 수 있다.⁶⁰⁾

4) 學者들의 積極的 立場

샤피 교수는 헌법전문에 법적 가치를 인정하는데 있어서 제4공화국헌법 제81조를 제대로 이해하지 못한 측면과 국사원의 드아엔 판결에서 비롯된 오해에서 문제의 소지가 있음을 적시하고 있다.⁶¹⁾ 학자들의 지배적인 견해는 헌법전문에 법적 가치를 인정하고 있다.⁶²⁾ 첫째, 제헌권을 향유하는 동일한 의회에서 통과된 인권선언은 헌법본문과 달리 간주할 수는 없다는 것이다. 둘째로, 헌법전문은 헌법본문과 같이 조문숫자별로 되어 있지 않기 때문에 법적 가치를 갖지 않는다는 것은 있을 수 없는 일이라는 것이다. 그러나 학자들의 헌법전문에 대한 법적 가치인정에는 다음과 같은 留保 즉 첫째, 표현이 막연하거나 정치적인 견해를 단순히 표명한 것과 같은 헌법전문 규정은 결코 법규범으로 간

59) C. E. 17 février 1950, Rec., p. 111; R.D.P., 951, p. 478, concl. du Commissaire du gouvernement Delvolpe, note Waline.

60) Jacques Robert, op. cit., pp. 104-106; Georges Vedel, op. cit., pp. 41-42.

61) René Chapus, Droit administratif général, Paris, Montchrestien, 1989, p. 31; 학자들도 샤피 교수의 견해에 전적으로 동의하고 있다. Georges Vedel, op. cit., p. 41; Henri Oberdorff, op. cit., p. 670. 헌법 제81조에서는 모든 프랑스인과 프랑스연합 소속원에 대하여 “헌행헌법 전문에서 보장한 권리와 자유를 향유”한다 라고 규정하고 있다.

62) Henri Oberdorff, op. cit., p. 669; Jacques Robert, op. cit., p. 114; Jean Morange, op. cit., pp. 101-102.

주될 수 없으며, 둘째, 어떤 헌법전문 규정은 국민 개개인을 위해 즉시 기여될 수 없다는 유보하에서 인정하고 있다.

V. 第5共和國下의 憲法規範的 保障

1. 第5共和國下의 憲法規範化

헌법전문의 법적 가치를 인정할 것인가의 여부에 관해서는 제5공화국하에서도 여전히 논란의 소지가 있다. 그러나 일찍이 브델 학장⁶³⁾을 비롯해서 학계에서 헌법전문의 법적 가치를 인정하여 왔으며, 그러한 흐름은 헌법위원회(Conseil constitutionnel)⁶⁴⁾의 결정에도 그대로 반영되었다.

1) 憲法委員會의 決定을 통한 憲法前文의 憲法規範化

제5공화국헌법 제정에 있어서 취하여야 할 기본원리를 천명한 1958년 6월 3일 헌법적 법률(loi constitutionnelle) 제1조에서는 특히 “1789년 인권선언에서 정의된 기본적 자유를 존중하기 위하여 사법권을 설치한다”라고 규정하고 있기 때문에 새로 제정될 헌법에서 인권선

63) Georges Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif 1, Paris, P.U.F., 1990, pp. 446-448.

64) 본고에서는 Conseil constitutionnel을 헌법위원회로 번역하고 있다. 그 이유는 한국헌법사에 있어서 헌법재판기관으로서 헌법재판소가 아니면 헌법위원회(제1·제4·제5공화국헌법) 제도가 있었기 때문에 이렇게 번역하고자 한다. 그러나 학자에 따라서는 헌법평의회(김철수 교수), 헌법원(권영성·권형준 교수), 헌법재판소(조병윤 교수) 등으로 번역하고 있다. Conseil constitutionnel이 오늘날 위헌법률심사를 통한 헌법재판기능을 활성화시키고 있음에 비추어 헌법재판소로까지 평가할 수도 있을 것이다. 본고에서는 앞에서 제4공화국의 Comité constitutionnel은 헌법평의회로 번역하고 있다. 프랑스 헌법위원회 제도의 상세는, 성낙인, 프랑스헌법학, 655-666면 참조.

언의 헌법적 효력을 사실상 부여하고 있음을 알 수 있다.⁶⁵⁾ 이에 따라 1958년 10월 4일 헌법(제5공화국헌법)에서는 헌법전문문의 헌법적 가치에 관해 호의적인 태도를 취하고 있다: “프랑스 국민은 1789년 인권선언에서 정의되고 1946년 헌법전문에서 확인·보완된 인권과 국민주권의 원리에 대한 애착을 엄숙히 선언한다.” 하지만 이러한 헌법전문문의 규정만으로 헌법전문이 헌법적 가치를 갖는다고 단언하기는 어려운 측면이 있다. 그것은 헌법본문을 살펴 보면 정당의 형성과 활동의 자유(헌법 제3조) 및 사법권에 개인의 자유의 수호권 부여(제66조)와 같은 개별적인 기본권관련 규정을 두고 있기 때문이다. 반면에 1946년 제4공화국헌법 제92조와는 달리 1958년 제5공화국헌법 제62조에서는 법률의 適憲性 統制를 할 수 있다고 규정하고 있기 때문에, 이 경우 적헌성 통제 의미 속에는 헌법전문도 포함되는 것이냐의 의문이 제기된 바 있다.

먼저 헌법위원회는 제5공화국에 이르러 헌법전문의 법적 가치를 인정할 뿐만 아니라 이를 실정법의 일부로 평가하기에 이르렀으며, 법률의 적헌성 통제를 하면서 그 準據規範으로서 헌법전문을 인용하기에 이르렀다. 헌법위원회는 이미 1971년 7월 16일의 결사의 자유에 관한 판결⁶⁶⁾에 이어 1973년 12월 27일 판결이래 명시적으로 인용하고 있

65) 제5공화국헌법제정 당시에 주된 과제는 국가의 재건국이라는 명제에 쫓여 있기 때문에 인권선언은 주된 주제로 등장하지 못하였다고 보고 있다. 제5공화국헌법전문의 성안과정에 대한 상세는, *La documentation française, L'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, 1987, compte rendu de la réunion du groupe de travail du 12 juin 1958, pp. 243·500; *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, 1960, p. 101.

66) 이 판결은 새로운 법률이 1958년 헌법전문에 비추어 보건데 1789년 인권선언에서 규정한 결사의 자유의 원칙에 반한다는 것이다. 동 헌법위원회의 決定 全文에 대한 번역과 해설은, 성낙인, 프랑스헌법학, 667-680면 참조. 사실 헌법전문의 법적 가치는 이미 헌법위원회의 1970년 6월 19일 결정에서도 제시된 바 있다. 이 판결은 프랑스판 *Mabury v. Maidison*으로도 평가되고 있다. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1986, p. 254; G. Haimnauth, “Was it France’s *Mabury v.*

다.⁶⁷⁾ 결국 헌법위원회의 판례에 의하면 헌법적 가치를 갖는 원리 내지 헌법전화(constitutionnalisation)된 사항은 인권과 국민주권의 원리에 관한 1789년 인권선언 전문⁶⁸⁾·1946년헌법 전문⁶⁹⁾ 및 공화국법률에 의하여 확인된 기본원리(principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)로 볼 수 있다.⁷⁰⁾

그런데 제4공화국헌법 전문에는 - 예컨대 개인의 발전에 필요한 조건을 위한 개인의 권리와 같은 매우 명확하지 않은 규정들이 있기 때문에, 이러한 규정까지도 헌법적 가치를 갖는 규범으로 볼 수 있을 것인지 의문이다. 여기에 공화국법률에 의하여 확인된 기본원리가 헌법적 가치를 갖는 원리가 아니고 단지 법률적 가치를 갖는 사항에 불과한 경우도 있을 수 있다는 문제점을 안고 있다. 결국 이러한 문제점으

Madison", Ohio State L.J., 1974, vol. 35, p. 910.

- 67) C.C., 27 décembre 1973; A.J.D.A., 1974, p. 236, note Gaudemet; R.D.P., 1974, 531 et 1099, note Loïc Philip. 헌법위원회는 그 이후의 판결에서는 더 이상 전문을 특별히 적시하지 아니하고 그냥 헌법이라고 판사하기에 이르렀다. Cf. C.C., 23 juillet 1975, A.J.D.A., 1976, p. 44, note Jean Rivero.
- 68) 일부 反論(Loïc Philip, "La valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Mélanges Kayser, P.U.A.M., 1979, vol. 2, p. 317)에도 불구하고 1789년 인권선언의 모든 조항이 헌법적 가치를 갖는다는 것이 헌법위원회(C.C., 16 janvier 1982; C.C., 3 juillet 1986)의 판례와 학계의 다수 견해(Bruno Genevois, op. cit., pp. 196-197; François Luchaire, La protection constitutionnelle de droits et des libertés, Paris, Economica, 1987, p. 21)이다.
- 69) 하지만 헌법전문에 규정되어 있다고 하더라도 이미 그 의미를 상실한 사항은 당연히 헌법적 가치 자체가 논의될 필요조차 없다. 예컨대 1946년헌법 전문중 프랑스연합(Union française)은 더 이상 존재하지 아니하기 때문에 적용될 소지가 없다. Pierre Pactet, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Armand Colin, 1997, p. 502.
- 70) 하지만 헌법위원회는 유럽인권협약과 같은 국제조약은 비록 헌법 제55조의 규정에 따라 일반법률보다는 우월적 지위를 갖고 있긴 하지만, 그것이 헌법적 가치를 갖는 규범은 아니기 때문에 법률의 적헌성 통제에 관한 준거규범이 될 수 없다고 판시한 바 있다. Cf. C.C., 15 janvier 1975, A.J.D.A., 1975, p. 134, note Jean Rivero.

로 인하여 헌법위원회가 적헌성 심사에 있어서 너무 광범위한 판단권을 갖게 되는 이른바 司法(법판)에 의한 統治(gouvernement des juges)의 문제를 야기시키게 된다. 하지만 헌법위원회는 스스로 “의회와 마찬가지로 광범위한 평가와 결정에 관한 일반적 권한”을 향유하는 것은 아니라는 점을 여러 차례 강조하고 있다.⁷¹⁾ 헌법위원회의 적헌성 통제의 준거규범에 관한 문제점에도 불구하고 그간 헌법위원회의 결정은 국민의 자유와 권리를 확대하는 방향으로 정립시켜 가고 있기 때문에 결코 비판의 대상이 아니라는 점이다.

2) 國事院의 判例를 통한 事實上 認定

국사원은 비록 헌법위원회와 같은 수준의 적극적인 입장은 아니라고 하더라도 종래 제4공화국에서와 같은 소극적인 입장에서 탈피하여 헌법전문에 법적 가치부여에 대하여 好意的인 立場으로 변화하고 있다. 즉 법의 일반원리 그 자체가 헌법적 가치를 갖는 것은 아니라 하더라도 바로 이 法의 一般原理는 “특히 헌법전문으로부터 연유된다”는 입장에서 파악하여 헌법전문에 법적 가치를 강화시키고 있으며, 그런 의미에서 법의 일반원리는 헌법전문을 통하여 헌법적 가치를 추출해 낼 수 있다는 것이다.⁷²⁾

그런데 이와 관련된 논의에 있어서 제5공화국헌법 제37조에서 새로운 유형의 법규범 창설로 인하여 미묘한 문제점을 야기시키고 있다. 그것은 곧 집행권은 스스로 입법권이 관여하지 아니하는 독자적인 법규범 즉 독립명령(règlements autonomes)⁷³⁾을 제정함으로써 그것은 형

71) C.C., 15 janvier 1981 relative à la loi ‘sécurité et liberté’

72) C. E. 22 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Rec., p. 394, Sirey, 1959, 202, note Drago; R.D.P., 1959, p. 1004, Concl. du Commissaire du gouvernement Fournier.

73) 제5공화국헌법 제34조에서는 국회에서 제정하여야 하는 입법사항을 열거하고, 제37조에서는 그 외의 사항은 집행권의 명령(법규명령)으로서 입법할 수 있도록 하고 있다. 이는 입법권의 제약을 위한 것으로서 이른바 입법사항의 개괄주

식적으로는 법률이 아니지만 법률과 동일한 효력을 사실상 갖게 되는 바, 이 경우 만약 법의 일반원리가 법률보다 우위의 효력을 갖지 아니한다면 현실적으로 어려운 문제에 봉착하기 때문에 법의 일반원리에 대하여 헌법적 가치를 부여할 수밖에 없는 문제가 제기된다.

하지만 법의 일반원리에 대하여 헌법적 가치를 부여하는 문제는 이 문제로 인하여 불가피한 것 만은 아니다. 왜냐하면 법률종속적인 명령이 아니라 독자적인 법규명령이라 하더라도 그것은 법규범의 단계구조하에서 법률의 하위규범일 수밖에 없기 때문이다. 바로 그러한 문제로 인하여 비록 헌법 제37조의 명문규정이 있다고 하더라도 집행부에서 독자적으로 정당한 법규명령도 법률이 정하고 있는 기본원리를 존중하여야 한다.

이러한 국사원 판례를 통해 정립된 법의 일반원리는 오늘날 두 가지 측면으로 분리해서 이해되고 있는 것 같다. 그것은 우선 1789년 인권선언과 1946년 헌법전문에서 명시한 사항으로서 1958년헌법 전문에서 명백히 참조하고 있는 사항에 관해서는 헌법적 가치를 부여하지만, 나머지 사항들은 단순히 입법(법률)적 가치(valeur législative)를 갖는데 불과하다는 것이다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 견해에 대해 샤프 교수는 법의 일반원리를 법률보다는 하위이며, 명령보다는 상위(infra-législatifs, supra-réglementaires)로 이해하고 있는 것 같다.⁷⁵⁾

의가 아닌 열기주의의 헌법적 채택이다. 그러나 사실상 이러한 입법사항의 열기주의는 매우 완화된 채 있다. 성낙인, 프랑스헌법학, 535·619·718면; Louis Favoreu, "Les règlements autonomes existent-ils", in Mélanges Georges Bureau, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 405-420; Avant propos de Louis Favoreu, Le domaine de loi et règlement, Paris, Economica, 1981.

74) C. E. 12 février 1960; Sirey, 1960, p. 131, Concl. du Commissaire du gouvernement Kahn.

75) Cf. René Chapus, "De la soumission au droit des règlements autonomes," Dalloz, 1960, chronique, p. 124, "De la valeur juridiques des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif," Dalloz, 1966, chronique, p. 99.

여기서 우리는 국사원의 판례를 통하여 나타난 “법의 일반원리”와 1946년 헌법전문에서 표현된 “공화국법률에 의하여 확인된 기본원리”⁷⁶⁾를 구별하여야 할 것이다.⁷⁷⁾ 헌법위원회의 1971년 7월 16일의 판결 이래 수차에 걸쳐서 이 원리가 헌법적 가치를 갖는 것임을 천명한 바 있기 때문에 헌법전문의 법적 가치 및 그에 따른 인권선언의 법적 가치에 대해 더 이상 의문을 제기하지는 않고 있다.⁷⁸⁾

이에 따라 헌법위원회의 판례와 국사원의 판례가 상호 배치되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 헌법위원회로서는 헌법전문은 適憲性 領域(bloc de constitutionnalité)⁷⁹⁾으로 이해하고 있기 때문에 기본원리는 헌법적 가치를 갖는다는 것이다. 반면에 국사원으로서는 헌법전문에 포함된 모든 일반원리에 대하여 법률보다 우위의 효력을 부여할 수 없다는 것이다. 왜냐하면 성문법규범에 선존하는 법의 일반원리의 구체화가 필요하기 때문이다. 결국 국사원으로서는 헌법전문에서 채택하고 있는 원리와 법의 일반원리를 구별하고 있다는 점이다. 법의 일반원리는 국사원의 판례를 통하여 정립된 프랑스행정법상의 고전적인 원리라면, 헌법전상 구현되는 원리는 헌법위원회의 결정을 통하여

76) 제5공화국헌법상 ‘principes fondamentaux’라는 표현은 제34조에서 입법사항을 열거하면서 사용되고 있다. 여기서 공화국법률이란 대체로 프랑스의 현대적 민주주의가 정립된 제3공화국하에서 제정된 법률이 주축을 이루고 있다. 전술한 1971년 결사의 자유에 관한 헌법위원회의 결정도 1901년 결사의 자유에 관한 법률에 배치되는 동 법률의 개정에서 비롯된 것이다.

77) Cf. Bruno Genevois, “Les principes généraux du droit,” Aspects de droit administratif, R.I.D.C., 1980, no spécial, vol. 2, pp. 280 et suiv. 헌법위원회도 이미 결정문을 통하여 법의 일반원리도 인용하고 있다. 이에 관한 상세는, 김동희, 앞의 논문, 36-40면.

78) Jacques. Robert, op. cit., p. 116.

79) 헌법위원회 판례를 통하여 확립된 적헌성 영역에 관한 상세는, 성낙인, 프랑스 헌법학, 706-708면; Georges Vedel, “La place de la Déclaration de 1789 dans le ‘bloc de constitutionnalité’”, in La Déclaration …(Conseil constitutionnel), pp.35-64. 브델 학장은 이 논문에서 적헌성 영역에 있는 사항 사이에는 아무런 규범적 가치상의 차이가 없다고 보고 있다.

정립되는 원리를 국사원이 따를 수밖에 없을 것이다.⁸⁰⁾ 어쨌든 코스타 국사원위원이 지적하는 바와 같이 헌법적 가치를 갖는 원리로서의 기본원리나 일반원리는 비록 그 이론적 출발점이나 목적이 상이한 것이기는 하나, 결과적으로 상호간에 영향을 미치고 있다는 점을 부인할 수 없다.⁸¹⁾

2. 1789년 人權宣言의 憲法的 效力의 適用實際

1) 憲法的 效力의 段階의 擴大

프랑스에서 헌법재판의 대표적 이론가인 파보르 교수는 한국공법학회 초청 국제학술대회에서 헌법위원회 판례를 통해 본 1789년 인권선언의 실정법적 가치인정에 대하여 3段階로 나누어 설명하고 있다. 첫째 實定法的 價値 確認 단계(1971-1973), 둘째 適憲性 領域으로의 插入 단계, 셋째 立法者統制를 위한 準據規範으로의 擴大 단계로 나누어 설명하고 있다.⁸²⁾

80) Cf. Jean-Paul Costa, "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle", in Université de droit d'économie et sciences sociales de Paris, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris, L.G.D.J. et Montchrestien, 1988, pp. 134-144. 특히 이 논문의 모두에서 현직국사원 위원인 Costa는 Jean Rivero 교수의 견해를 인용하면서 국사원에 의한 '법의 일반원리'의 정립이나 헌법위원회에 의한 '공화국의 법률에 의하여 확인된 기본원리'를 통하여 사실상 새로운 범규범의 창출이라는 점에서 "Le juge administratif français : un juge qui gouverne", 또는 "Gouvernement des juges"라는 비판을 지적하고 있다.

81) Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, pp. 223-225. 본서는 파리2대학교에서 주관한 세미나(1988.1.21-22) 내용을 간행한 것으로서 프랑스에서 최초로 국사원과 헌법위원회에 관련된 내용을 다루었다는 점에서 매우 의의있는 일이었다. 현직국사원 위원인 Costa는 논문발표에 이은 토론에서 Benoît Jeanneau 교수의 질문에 답변하면서 현실적으로 헌법위원회와 국사원은 재판과정에서 상호간에 이미 내린 판례를 참조함으로써 두 기관 사이의 판결의 괴리나 갈등을 최소화하려는 노력을 기울이고 있다는 점을 강조하고 있다.

이와 같이 1789년 인권선언이 헌법적 효력을 부여하는데 헌법위원회 결정을 통하여 명확히 해 진 것과 더불어 학계에서도 인권선언의 헌법적 가치를 인정하는 것이 거의 통설이 되었다. 바로 그러한 이유 때문에 헌법상 기본권 규정을 체계화하기 위한 하나의 시도였던 '자유와 인권에 관한 헌법적 법률안'⁸³⁾ 제39조 다음에 마지막 규정(disposition finale)이라는 제목하에 "1958년 10월 4일 헌법 전문에서 규정하고 있는 1789년 인권선언과 1946년헌법 전문은 이 헌법적 법률에 반하지 아니하는 한 헌법적 효력을 유지한다"라고 규정하고 있다.⁸⁴⁾ 그것은 비록 동 헌법적 법률안이 채택되지 아니하였다 하더라도 1789년 인권선언의 헌법적 효력을 다시 한 번 확인하는 의미를 갖는다. 즉 새로이 헌법에 기본권 규정을 창설하더라도 그 내용과 직접적으로 배치되지 아니하는 인권선언의 내용은 여전히 유효하다는 의미이다.

헌법위원회가 그 결정에 있어서 1789년 인권선언을 참조한 것은 거의 전 규정에 해당된다. 실제로 아직도 제1조·제12조·제15조는 여전히 참조된 적이 없긴 하지만 이들 규정 또한 당연한 민주사회의 기본원리의 일부로 되어 있기 때문에 특별히 그 효력 여부가 문제될 소지는 없을 것이다.⁸⁵⁾

또한 그간 헌법위원회 결정을 통하여 적시된 바 있는 헌법적 가치를 갖는 기본권을 살펴 보면 다음과 같다 : 결사의 자유, 양심의 자유,

82) Louis Favoreu, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 et le Conseil constitutionnel, 공법연구 제17집, 한국공법학회, 1989, 228-247면.

83) 동 헌법적 법률안의 全文은, Laurent Richer, Les droits de l'homme et du citoyen, Paris, Economica, 1982, pp. 59-65.

84) Ibid., p. 65.

85) 1789년 인권선언 관련 헌법위원회 결정에 대하여서는, Louis Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Paris, Sirey, 1993, p. 904(table des matières); Jacques Robert, op. cit., 1996, p. 779(Index n° 1). 헌법위원회 판례집은 매년 Recueil des décisions du Conseil constitutionnel로 출간되고 있는데, 종합판례집이 최근 출간되었다 : 40 ans de jurisprudence du Conseil constitutionnel, vol. 1(1959-1993), vol. 2(1994-1997), Litec, 1998.

교육의 자유, 의사전달(언론)의 자유, 개인의 자유, 재산권, 영업권, 파업권, 노동조합결성권, 평등권 등. 여기에 1946년헌법 전문에서 규정하고 있는 일련의 권리 중 헌법위원회가 적시한 권리로서는 건강보호권, 근로의 권리, 근로조건결정에 관한 근로자의 참여권 등이 있다.⁸⁶⁾

2) 여전히 남아 있는 課題

프랑스에서 1789년 인권선언에 대한 헌법적 가치의 부여문제는 그간 학리적인 차원에서 논란의 대상이 되어 왔다. 그것은 특히 1958년 제5공화국헌법 전문에서 다시금 인권선언에 대한 애착을 선언함으로써 헌법전상의 문제로 발전되었다고 볼 수 있다. 여기에 헌법위원회의 판례를 통하여 헌법전문의 헌법적 가치부여를 통하여 1789년 인권선언의 헌법적 가치 부여로 귀결되었다. 따라서 제5공화국하에서의 논의는 헌법전문에 명시된 내용을 이론과 판례를 통하여 헌법전문에 대한 헌법적 가치 부여를 통하여 결과적으로 1789년 인권선언에 대한 헌법적 가치부여로 귀결되었다는 점이다. 바로 그런 점에서 헌법전문의 헌법적

86) 헌법위원회 결정에 관한 개괄적 연구는, Cf. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1993; Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, S.T.H., 1988; Conseil constitutionnel, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989; François Luchaire, *Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980. 국내에서의 연구로는, 권형준, 프랑스에 있어서의 기본권보장에 관한 연구 - 헌법원(Conseil constitutionnel)을 중심으로, 서울대 박사학위논문, 1990.9; 남궁승태, 프랑스헌법소송론, 삼선, 1993. 참조.

특히 위 문헌 중 헌법위원회가 "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence" 즉 "인권선언과 판례"라는 주제하에 프랑스 인권선언 200주년을 기념하여 1989년 5월 25일과 26일 양일간 개최한 세미나 자료를 종합한 것으로서 종합논의와 개별 주제에 관한 논의가 전개되고 각 주제별로 토론내용까지 소개하고 있어서 소중한 자료이다. 이 중 앞에서 소개한 인권선언 일반에 관한 내용 이외에도 Guy Braibant의 평등권, Louis Favoreu의 재산권, Mireille Delmas-Marty의 형사법상 기본원리, René Chapus의 국가조직의 기초 등에 관한 소중한 논문과 토론 내용이 포함되어 있다.

가치 부여 그 자체가 주요한 헌법상의 쟁점으로 부각될 수 있었다.⁸⁷⁾

하지만 헌법전문에 헌법적 가치를 인정하고 이에 따라 인권선언의 헌법적 가치를 부여함으로써 논쟁은 종식된 것 같지는 않다. 무엇보다도 1789년 인권선언은 原論的인 내용을 규정하고 있기 때문에 抽象的이고 一般的이기 때문에 권리의 내용이 구체화되어 있지 아니하다는 점이다. 또한 1789년 인권선언이 채택될 당시의 기본정신은 개인주의적 사고하에 있었지만 그간 사회의 변화에 따라 제5공화국헌법 제2조에서는 프랑스가 ‘社會的 共和國’임을 분명히 밝히고 있다. 그렇다면 예컨대 개인주의적 소유권관념에 기초한 인권선언은 이제 공공의 이익을 위한 재산권의 사회적 구속성의 논리와 배치되는 문제가 발생한다. 따라서 인권선언은 적어도 이 시대의 프랑스헌법의 정신에 배치되지 아니하는 범위 내에서 그 헌법적 가치가 평가되어야 할 것이다. 바로 이 평가와 판단의 중심에 헌법위원회가 서게 된다. 그것은 결과적으로 헌법위원회가 사실상 입법자가 되는 결과를 초래할 수 있기 때문에 이에 대한 의회를 중심으로 하는 정치권의 ‘법관에 의한 통치’⁸⁸⁾에 대한 비판적 견해가 제기된다. 즉 “헌법위원회는 애매모호하고 때로는 상호배치되는 규정에 대하여 법적 가치와 시행조건을 자의적으로 결정할 수 있다”⁸⁹⁾

87) 그런데 韓國憲法理論에서는 헌법전문에 규범적 가치에 관하여 긍정설과 부정설이 제기된 바 있으나 그 규범적 가치 부여 여부에 대한 실정법적 가치에 관한 논의는 제대로 이루어지지 아니하였다는 점에서 프랑스헌법학과의 차이가 있다. 또한 憲法裁判所도 개소 이래 수 차례 걸쳐 아무런 설명도 없이 準據規範으로서 헌법의 개별조문과 더불어 헌법전문을 들고 있다(헌재 1989.1.25, 98헌가7 사건 등). 이에 필자는 헌법전문에 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통 …을 계승하고”라는 의미의 헌법적 해석론을 헌법전문의 헌법적 가치와 더불어 제기한 바 있다. 성낙인, “憲法前文上 大韓民國臨時政府의 法統”, 우제이 명구박사화갑기념논문집, 1996, 153-165면.

88) François Luchaire, op. cit., pp. 21-24.

89) Danièle Loxchak, “Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés?”, Pouvoirs n° 13, 1980, p. 37

이러한 논의는 사회당이 기본권에 관한 헌법화를 주장한 바 있으나 그들의 집권후에는 이를 실현시키지 못하였으며, 1986년 동거정부하의 집권 우파는 심지어 법관에 의한 통치를 차단하기 위하여 인권선언의 헌법적 가치를 부정하여야 한다는 논의까지 제기한 바 있다. 그럼에도 불구하고 좌파와 우파라는 상이한 이데올로기적 가치에 따라 형성된 프랑스 정치권에서 공통의 기본권장전을 법제화하는 것은 현실적으로 불가능한 일인지도 모른다. 바로 여기에 헌법위원회가 1789년 人權宣言의 現代的 解釋을 통하여 그 내용을 구체화시켜 나감으로써 의회가 다하지 못하는 立法機能을 헌법위원회가 充足시켜 나가게 되었다.⁹⁰⁾

특히 헌법위원회 위원들의 賢者⁹¹⁾로서의 판단은 결과적으로 1789년 인권선언의 법적 내용을 확정해 나가고 있는 바, 그들은 이 과정에서 국민여론에 항시 귀를 기울임으로써 헌법위원회도 주권자인 憲法制定權者의 統制를 받고 있다는 신뢰를 부여하고 있다.⁹²⁾ 그것은 바로 1789년 인권선언과 1958년 헌법 사이의 놓여 있던 갈등 요인인 인권선언이 2세기전에 만들어진 낡은 것이라든가 그 규정 자체가 불명확하다든가 하는 문제와 더불어 법개념의 상이점 즉 18세기적인 자연법적 원리와 20세기적인 성문헌법에 기초한 법실정주의적 사고의 조화⁹³⁾라는 현실적 문제점에 대해서 헌법위원회는 1789년 인권선언이 현행헌법의 일부로 판단함으로써 이러한 논쟁을 종식시킴으로써 “1789년 인권선언의 아름다운 現代的 繼承”이라고 평가할 수 있을 것이다.⁹⁴⁾

90) François Luchaire, op. cit., pp. 25-26.

91) 프랑스에서는 헌법위원회 위원을 9인의 賢者(neuf sages)로 표현하고 있다.

92) Guillaume Bacot, op. cit., p. 687.

93) Jean Rivero, Le Conseil constitutionnel et les libertés, Paris, Economica, 1987, pp. 45-58. 이 글에서 리베로 교수는 바로 그러한 의미에서 “헌법위원회 위원은 통치를 원하지 않는다”는 표제를 달고 있다.

94) Louis Favoreu, “Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, R.D.P., 1983, p. 400.

VI. 새로운 代案 摸索의 難點

1. 基本權規範의 憲法本文에 挿入試圖

1789년 인권선언에서 국민주권의 원리나 권력분립의 원리와 같은 권력으로서의 憲法에 관한 사항도 규정되어 있지만 이러한 사항은 이미 헌법전의 본문에 구현되어 있기 때문에 특별히 인권선언을 재론할 현실적 필요는 없어 보인다. 따라서 헌법전문문의 실정법적 가치가 논의되고 있는 기본적인 배경에는 바로 自由로서의 憲法에 관한 사항 즉 基本權(公的 自由)에 관한 사항이 헌법전 속에 명문으로 구체화되어 있지 않은 것이 하나의 커다란 요인이 됨을 부인할 수 없다. 헌법본문 속에 기본권 章을 설정하고 있다 하더라도 그것이 기본권에 관한 완벽한 종류·체계·범주를 이룰 수는 없을지라도 적어도 최소한의 기본범주는 제시할 수 있기 때문이다.

1789년 권리선언 200주년이 지난 오늘에 이르기까지 그 인권선언의 헌법적 가치를 인용하고 자축하는 것은 200년에 걸쳐 면면히 흘러 내려 온 민주주의적 전통의 憲法史的 結實이라 평가할 수 있지만, 그렇다고 하여 오늘날 국가의 가장 기본적 책무가 국민의 자유와 권리의 보장이라는 측면에 비추어 본다면 성문헌법전이 그 본문 속에 다양한 정치권력의 작용과 균형에 관한 규정만 둘 것이 아니라 국민의 자유와 권리에 관한 내용을 그 현대적 변용에 부응하여 이를 獨立된 章으로 하여 體系的으로 규정하여 명실상부한 憲法(典)化를 이루는 것이 필요하다는 논의가 전개되고 있음은 당연한 시대적 흐름이다.

1974년 대통령선거운동기간에 즈음하여 공적 자유(기본권) 보장의 문제가 제기되면서 동시에 成文化의 문제도 제기된 바 있다. '개인의 기본적 자유에 관한 법(un code des libertés fondamentales de l'individu)을 제안하는 임무를 가진 위원회'가 1974년 11월 8일 데크레

(명령)로 창설되었다. 이 위원회는 국사원 부원장⁹⁵⁾(사실상 원장)을 위원장으로 하여 각계 각층의 인사로 구성되어 그 동안의 판례·이론을 종합검토하고 궁극적으로는 기본권의 확충·강화를 위한 성문법을 성안하여 제안을 하도록 임무를 부여받았다. 이 위원회는 1975년 5월에 소집되어 그리 큰 역할을 수행하지는 못했으나 1975년에 여러 가지 법안이 기본권에 관해 제안된 바 있다.⁹⁶⁾

당시 집권당으로부터 최초의 법안인 '자유법'(De la liberté)⁹⁷⁾이 1975년 12월 17일에 제안되었으나 그것은 일반법률의 형태였다. 12월 20일에는 공산당이 '자유선언'(Déclaration des libertés)⁹⁸⁾에 관한 헌법적 법률을 제안하였으며, 같은 날 사회당은 '자유장전과 기본권'(Charte des Libertés et Droits fondamentaux)을 통하여 1958년 10월 4일 헌법전문을 보충하려는 절차적 성격의 법률안⁹⁹⁾을 제안하기도 하였다. 이에 국민의회(하원)는 두 개의 야당안과 여당안을 검토하기 위한 특별위원회를 구성하였다.¹⁰⁰⁾ 이 위원회는 여러 차례 관계전문가의 청문을 행한 끝에 야당이 반대 혹은 불참한 가운데 '자유와 인권에 관한 헌법적 법률안'(Proposition de loi constitutionnels sur les libertés et les droits de l'homme)을 1977년 12월에 채택하였다.¹⁰¹⁾ 이 법안은 3개장의 전문 39조로 구성되어 있으며 각 章의 타이틀은 '博愛·平等·自由'로 되어 있다. 그 내용에 있어서도 새롭고 흥미로운 개념이 포함되어

95) Conseil d'Etat는 형식적으로는 원장이 수상으로 되어 있으나 사실상 부원장이 원장임무를 수행하는 독립기관의 하나이다. 이 국사원은 헌법상 최고행정법원으로서의 기능과 법안심의·정부자문 등의 기능을 동시에 수행한다.

96) Clude-Albert Colliard, op. cit., p. 11.

97) Proposition n° 2080 du 17 décembre 1975.

98) Proposition n° 2128 du 20 décembre 1975.

99) Proposition n° 2131 du 20 décembre 1975.

100) 이 위원회는 국회의석수 비율에 따라 포르(Edgar Faure) 의장이 직접선출한 33명의 위원으로 구성되었다 : 12 U.D.R., 5 R.I., 3 Réformateurs, 7 Socialistes, 5 Communistes, 2 non-inscrits.

101) 동 헌법적 법률안의 全文은, Laurent Richer, op. cit., pp. 59-65.

있었다.¹⁰²⁾ 또한 여기서는 예컨대 주거권(제11조), 일반적 권리로서 국제평화에의 권리(제1조) 등과 같은 새로운 경제·사회적 권리를 선언하고 있다. 나아가서 양심적 반대를 헌법상 권리로 인정하고 있다(제3조). 또한 주권존중상 개발도상국가의 발전에의 기여를 국가적·국제적 의무로 규정하고 있다(제5조). "부모는 그의 후손을 자유롭게 결정한다"(제22조), 가족은 법률의 보호하에 두며(제9조), 제28조에서는 행정문서 액세스권을 두고 있다. 제18조에서는 외국인 노동자의 보호에 관한 규정도 두고 있다.¹⁰³⁾

그러나 이 법안은 1978년 총선 전에 국민의회의표결에 부쳐지지도 못하였고 또한 새 국회에도 제안되지 못하였으므로 인하여 하나의 시대적 상황에서의 "단순한 분위기 연출"(simple velleité)에 불과해져 버렸다.

2. 基本權의 範疇와 體系的 構成에 따른 難點

인간이 향유할 수 있는 많은 권리들 중에서 기본권 사항을 추출하고 이를 체계화하는 것은 그리 간단한 문제가 아니다. 이런 많은 권리들을 보다 넓은 개념으로 파악할 경우에 모든 권리는 어떤 의미에서는 자유와 연계되게 된다. 반면에 이들 권리를 제한적이고 한정적인 의미로 파악할 경우에도 마찬가지로의 어려움이 발생하는 바, 그것은 기본권에 해당하는 것으로 간주할 수 있는 일반적인 권리를 추출해야 하는 문제가 발생한다. 우선 講學上的 基本權 範疇가 문제된다. 프랑스에서

102) 예컨대 제12조의 상이권(droit à la différence), 제10조의 "모든 인간은 균형되고 건강한 환경에의 권리를 갖는다," 제35조의 "생활의 여유는 인간의 즐거움에 불가피한 권리로서 인정된다." "모든 인간은 휴식, 바캉스 및 휴가의 권리를 갖는다." 등을 들 수 있다.

103) Cf. Jean Morange, "Vers une condification des libertés en France," R.D.P., 1977, vol. 2, pp. 259-281.

는 전통적으로 기본적 권리의 범주에 속함에도 불구하고 순전히 역사적 성격으로 인하여 기본권강의에 포함되지 않는 사항이 있다.¹⁰⁴⁾ 예컨대 결혼상대방의 자유로운 선택과 부모의 자녀교육권은 민법에서 강의될 뿐이며, 상공업의 자유는 상법에서, 재산권문제는 민법·상법·행정부법(국유화 문제 등)에서 병렬적으로 강의되고 있다. 기업에서의 근로자의 권리는 노동법과 사회법강의의 중요 부분을 이룬다. 의료권의 문제는 흔히 사회보장법상의 기법의 문제로 취급된다. 반면에 형법, 형사·민사·행정소송법의 문제는 반드시 기본권강의에 포함되어 있다. 이러한 여러 측면에서 보건대 기본권강의에서 반드시 있어야 할 내용이 무엇인가의 문제는 다소 상대적 성격을 띠 수밖에 없다. 이것은 동시에 기본권의 체계적 분류문제와도 상호 연계되는 문제이기도 하다.

基本權의 體系化의 문제에 관해 完全한 滿足을 追求하기란 不可能하다는 데에 관해서는 이론의 여지가 없다.¹⁰⁵⁾ 그 주된 이유는 모든 기본권이 여러 가지 분류체계 시도에 비추어 보면 복합적 측면을 내포하고 있기 때문이다. 예컨대 결사의 자유는 재정적·직업적·도덕적·정치적 이익을 옹호하기 위해 결합하는 것이며, 동시에 그것은 자선적·종교적 활동을 위해 행사되거나 혹은 스포츠클럽과 민족단체를 관리하기 위해서도 행사된다. 또한 결사의 자유는 노동조합의 자유·파업권 등과도 관련될 수밖에 없다. 언론의 자유는 정치적·상업적 성격 나아가서 외설적 성격까지도 내포하게 된다. 나아가서 언론의 자유는 의사표현과 개인적 지성의 기본적 표현이라 할 수 있다. 그러나 이것은 경제적 측면에서의 언론기업의 자유까지도 문제된다. 재산권에 관해서는 기업가·출판인·언론인·독자·제3자 등이 개입하게 된다. 교육의 자유는 그것이 공역무 차원에서 더욱 잘 보장될 수 있을지 혹은 학교단체의 다원성 존중의 차원에서 검토되어야 할지의 애매한 측면이 있다.

104) Jean Morange, *Libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1995, p. 131

105) Jean Morange, op. cit., p. 132; Claude-Albert Colliard, op. cit., p. 226; J. Rivero, op. cit., vol. 1, p. 31.

또한 그 교육의 자유의 주체가 부모 혹은 교육자 또는 학생인지의 문제가 제기된다. 바로 이런 측면에서 기본권의 체계화는 상대적 가치(valeur relative)의 측면을 가지고 있음을 부인할 수 없다.¹⁰⁶⁾

위와 같은 기본권분류의 현실적 문제점을 인식한 전제하에서 기본권론 자체의 이해의 편의상 또는 강학상의 이유 등으로 해서 기본권의 체계적 분류 그 자체를 포기할 수는 없을 것이다.¹⁰⁷⁾ 이미 제3공화국하에서도 기본권의 분류론이 제기된 바 있다. 뒤기는 기본권을 積極的 自由와 消極的 自由로,¹⁰⁸⁾ 모리스 오류는 자유로운 신분상 자유·정신적 자유·사회적 제도의 창설자로서의 개인적 권리로,¹⁰⁹⁾ 에즈멩은 물질적 성격의 자유와 정신적 성격의 자유로 구분¹¹⁰⁾한 바 있다.¹¹¹⁾ 이러한 분류작업의 기본적인 흐름은 오늘날까지도 여전히 잔존함과 동시에 해결하여야 할 과제이다.

3. 憲法學으로서의 基本權法論의 實質的 定立

1954년에 기본권론 강좌가 법과대학에서 본격적으로 개설되기 이전인 제3공화국하에서 全五卷에 걸친 방대한 헌법학원론의 제5권에서 기본권론(libertés publiques)¹¹²⁾을 뒤기가 저술한 이후에 기본권론 그 자체의 본질적 차이가 있는 것 같지는 않다.¹¹³⁾

106) Jean Morange, op. cit., pp. 131-132; J. Rivero, op. cit., pp. 35-36.

107) Claude-Albert Colliard, op. cit., p. 225.

108) Léon Duguit, op. cit., tome 3·5.

109) Maurice Hauriou, op. cit., p. 650 et suiv.

110) Adhémar Esmein, op. cit., tome 1, p. 583 et suiv.

111) 이들 학자의 분류법에 대한 비판적 고찰은, Claude-Albert Colliard, op. cit., p. 226. 참조.

112) Léon Duguit, op. cit., tome 5-Les libertés publiques.

113) Ibid., pp. 651-653. 필자는 이미 프랑스에서 간행된 10권의 기본권론저를 분석하면서 개별적 기본권의 체계화와 관련된 논의를 전개한 바 있다. 성낙인, 프랑스헌법학, 784-807면 참조.

프랑스에서 1954년 이래 정립된 기본권법학은 오늘날에 이르러 그 이론적 정밀성이 최대한 개화하고 있는 것으로 평가함은 지나침이 없을 것이다. 1789년 인권선언 이래 수없이 명멸해 온 헌법사적 전통하에서 민주주의의 기반을 다져온 프랑스에서 1789년 인권선언에서 비롯된 자유·평등·박애의 정신을 계승하는 가운데 현대 국가에 있어서의 기본권에 이르기까지 보다 체계적이고 정밀한 연구를 통하여 이제 기본권법학이 학문의 한 분과로서의 정립되었음을 알 수 있다.

실제로 1789년 인권선언을 비롯한 1946년의 헌법전문 그리고 1958년 헌법전문을 통하여 개별법학의 분야에서 논의되던 시민의 자유와 권리분야를 憲法的 次元의 基本權論에서 논의·취합하는 과정에서 자연히 그 실제적 논의가 정착된 사항을 중심으로 연구되고 있는 것이 프랑스 기본권론의 현실이다. 어쩌면 프랑스에서의 기본권의 개별적 논의는 비록 학자들이 ‘프랑스의 실정법상(en droit positif) 기본권’이라는 표제하에 설명되고 있음에도 불구하고 개별적 기본권의 기본권법학의 차원에서의 구체적인 검토는 成文法·不文法·判例法을 종합한 연구성과의 반영물이라고 하지 않을 수 없다. 그런 의미에서 여기서 지칭하는 실정법은 보다 넓은 의미의 실정법일 수밖에 없다. 특히 오늘날에 이르러 기본권법학의 보다 정밀화되고 현실적 시민생활과의 연계를 형성하는 데에는 1971년 결사의 자유 판결 이래 쏟아져 나오고 있는 헌법위원회의 기본권 관련판결의 성숙에 있음을 부인할 수 없다. 여기에 헌법위원회 성립 이전부터 기본권보장기관으로서의 사명을 다해 온 최고법원인 국사원¹¹⁴⁾과 파기원¹¹⁵⁾의 판결은 헌법위원회 판결의 좋은 지침이

114) 국사원과 헌법위원회와의 관계에 관해서는, Ahmed Salem Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*; 전술한 Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat 참조.

115) Cf. Stavros Tsiklitis, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, avec préface de Jean Rivero, Paris, L.G.D.J., 1991. 이 책의 서문에서 리베로 교수는 사법법원에 의한 기본권보장이 보다 현실적이고 효과적인 면이 있음을 강조하고 있다.

될 수 있었다.

V. 結語

프랑스 헌법사에서의 연속성과 불연속성은 이제 1789년 인권선언에 대하여 사법적 보장이란 방법을 통하여 헌법적 가치를 부여하고 있다는 점에서 그것은 憲法史의 連續性을 드러낸 대표적인 결과라고 할 수 있을 것이다. 실로 1789년 인권선언에 대한 아무런 언급도 없었던 제3공화국의 헌법적 법률에서도 인권선언의 헌법적 가치를 강조하던 일련의 흐름은, 제4공화국헌법 전문에서 인권선언에 대한 언급과 더불어 매우 미흡한 법률의 적헌성 통제의 준거시대를 거쳐, 마침내 제5공화국헌법하에서 헌법전문에서의 명시적인 애착과 이에 따른 헌법위원회의 위헌법률심사의 준거규범으로서의 인권선언의 정립은 200년전 혁명을 통하여 제시한 인권원리의 영원한 진리성을 다시 한 번 재음미하게 한다.¹¹⁶⁾

200년 전 혁명의 정신이 갖는 인권선언이 오늘날 프랑스에서의 지배적인 기본권장전으로 재해석되고 인용되고 있다는 사실은 인권선언이 갖는 기념비적인 가치를 부여함에 무리가 없는 중좌이기도 하다. 바로 그런 의미에서 프랑스에서 시도된 헌법전상의 기본권 조항의 삽입 기도가 성공하지 못하였다는 사실이 결코 인권정신을 멀리하는 헌법이 아니라는 점을 증명하고 있다. 그것은 곧 인간의 자유와 권리의 보장이

116) 특히 혁명 200주년에 즈음하여 종래 기본권론이 *Libertés publiques*(직역하면 공적자유론)이라는 제목으로 출간되던 것이, *Droits de l'homme et libertés publiques*(인권과 공적자유론) 혹은 *Droits fondamentaux et libertés*(기본권과 자유)라는 제목으로 출간되고 있다. Cf. Virginie Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, P.U.F., 1995.

결코 헌법전상의 조항이나 조문화를 통하여서가 아니라 時代的 必要에 副應한 합리적인 司法的 保障을 통하여 구현될 수 있음을 알 수 있다. 이러한 헌법적 가치를 갖는 기본권보장의 중심에 憲法委員會가 자리잡고 있다.¹¹⁷⁾ 비록 프랑스의 위헌법률심사제도는 완전한 헌법재판기관으로서의 기능을 다하지 못하고 있다는 본질적인 문제점에도 불구하고, 단기간의 심사·기본권침해 이전의 사전심사·미래를 관류하는 교육적 효과를 갖는 통제라는 특징과 장점을 갖고 있다.¹¹⁸⁾

200년의 역사 속에 흐르는 자유와 권리의 소중함에 대한 인식과 흐름을 함께 하는 헌법위원회의 판례, 이를 체계화하려는 법학자들의 노력 속에서 어쩌면 자유와 권리의 나열식 규범화는 구차해 보일지도 모를 일이다.

117) 새로 전개될 헌법적 가치를 갖는 기본권의 확대문제는 제3세대인권과 관련된 다, Henri Oberdorff, op. cit., p. 683. 제3세대인권에 관해서는, Dominique Rousseau, "Les droits de l'homme de la troisième génération", in Droit constitutionnel et droit de l'homme, Paris, Economica, 1987, pp. 125-137.

118) Henri Oberdorff, op. cit., p. 679.