

헌법의 구조원리와 기본권의 실현

Das Strukturprinzip der Verfassung und Realisierung der Grundrechte

정극원*
Jeong, Kuk-Won

목 차

- I. 머리말
- II. 민주주의원리와 기본권 실현
- III. 사회국가원리와 기본권 실현
- IV. 문화국가원리와 기본권 실현
- V. 맺음말

국문초록

헌법의 구조원리는 국가구성에 있어서의 직접적인 근거가 된다. 민주주의원리, 사회국가원리 및 문화국가원리는 헌법의 구조원리가 된다. 헌법의 구조원리로 기능하는 이러한 원리들은 상호 밀접한 관련성을 가지며, 궁극적으로 기본권실현에 기여하게 된다. 민주주의원리는 국가권력이 창설되고 국가권력이 작용하게 되는 정치과정의 질서의 지도원리이다. 민주주의원리는 정치의 의사형성을 위한 민주주의에 고유한 절차와 이 절차의 공개에 의하여 합리성을 만들어 내는 근거이다. 이러한 과정에 있어서의 기본권으로서의 의사표현은 모든 형식에 관계없이 보장된다. 사회국가원리는 여러 가지의 기능과 권리를 창설하고 정서함으로써 국가작용의 전제조건을 마련하고 기본권보장을 강화하게 된다. 이에 관련된 기본권이 사회적 기본이며 오늘날 점차 강화되고 있다. 오늘날 현대국가에 있어서 국가작용의 증점은 고전적 국가에 있어서 보다도 훨씬 문화적 영역에 놓여 있으며, 국가는 이러한 문화적 영역에 있어서 광범위하고 계획적인 문

논문접수일 : 2009. 10. 1.
심사완료일 : 2009. 10. 27.
게재확정일 : 2009. 10. 27.
* 대구대학교 법과대학 교수

화형성을 통하여 문화국가를 실현하여야 한다. 문화국가에 있어서는 예술과 학문 그 자체를 기본권으로서 보장함과 동시에 자유로운 공동체에 있어서 예술과 학문이 가지는 기능적 전제로서의 이러한 자유를 보장하고 있다.

주제어 : 민주주의원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 표현의 자유, 사회적 기본권, 학문과 예술의 자유

1. 머리말

헌법의 기본원리는 헌법의 이념적 기초로서 국가현실의 본질적이고 핵심적인 내용을 확정하는데 있어서 직접적인 근거로 작용한다.¹⁾ 이러한 헌법의 기본원리는 기본권 보장이라는 점에서는 국민 개개인에게 구체적인 법적 지위와 직접적인 권리요구권을 부여하는 근거로 기능하게 되며, 통치조직의 구성이라는 점에서는 국가공동체의 형성과 유지의 구조원리가 되기 때문에 입법·행정·사법의 모든 국가기관을 포괄적으로 구속하게 된다. 헌법의 기본원리는 기본권보장과 통치조직의 구성에 있어서 국가공동체를 총체적으로 지배하는 근본규정임과 동시에 국가존속의 구조원리가 된다. 헌법의 근본규정에는 헌법의 모든 기본원리의 내용들이 포함되는 것이지만, 헌법의 구조원리에는 헌법의 모든 기본원리의 내용들이 다 포함되는 것이 아니라는 점에서 구별된다. 즉 헌법의 구조원리는 국가구성에 있어서의 직접적인 근거가 되는 헌법의 기본원리의 내용만 포함된다. 헌법의 구조원리에 해당하는 헌법원리로서는 민주주의, 법치주의, 사회국가 및 문화국가원리 등을 들 수 있다. 헌법의 구조원리의 궁극적인 지향점은 헌법의 최고가치가 되고 있는 기본권의 강화 및 이상적 실현에 있다. 국민은 기본권의 보장을 통하여 인간으로서 존엄과 가치를 향유하게 되며 개개인이 가지는 자유와 권리를 최대한으로 보장받게 한다. 기본권은 그 실현방법에 따라 국가권력이 임의로 제한하거나 처분할 수 없을 뿐만 아니라 국가와 국민간의 갈등 및 이해대립의 관계를 푸는 열쇠로서 기능하게 된다. 현대헌법국가들은 헌법의 최고이념으로서의 국민주권주의를 표방하고 있다. 국민주권주의를 실현하는 구체적으로 실현하기 위한 선결조건이 바로 민주주의인데, 이에 근거한 국민의 자기결정에 따라 국가의 통치조직을 구성하게 된다.

1) 헌법의 기본원리는 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리로서, 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며, 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 지침이 되며, 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나 기본권의 해석 및 기본권제한입법의 합헌성 심사에 있어 해석기준의 하나로서 작용한다. 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47.

국민의 자기결정에 의하여서만이 비로소 정당화되는 국가의 통치조직에 대한 통제장치로서 권력분립과 법치주의를 확립하고 있으며, 현대헌법국가의 한 특징적 징표가 되는 사회국가원리에 따라 국민 개개인이 가지는 자유와 권리의 실질적 실현을 위한 정당한 사회질서의 형성을 국가의 우선적인 가치가 되도록 하고 있다.²⁾ 또한 국가로부터의 문화활동의 자유와 문화적 요구가 충족되고, 국가에 의하여 수준높은 문화가 공급됨으로서 개인의 문화적 활동이 신장되게 하는 문화국가원리를 헌법상에 규정하고 있다. 헌법의 구조원리로서의 민주주의원리, 사회국가원리 및 문화국가원리는 기능적인 면에서 우선적으로 국가의 통치조직의 구성을 위한 직접적인 원리가 되지만, 궁극적으로는 국민의 기본권실현을 위한 준거가 되거나 기본권의 도출 및 기본권의 내용적 확장의 원리가 된다. 본고에서는 이러한 기능을 가지는 헌법의 구조원리가 어떻게 개별적 기본권의 관계에 있는지에 대하여 상세하게 규명하는 것을 그 목적으로 한다.

II. 민주주의원리와 기본권실현

1. 민주주의원리

헌법에서 정하고 있는 두 가지의 근본원칙은 국민의 측면에서의 기본권보장과 국가의 측면에서의 통치조직의 구성이다. 전자를 기본권규범(Grundrechtsnorm)이라 부르며, 후자를 조직규범(Organisationsnorm)이라 한다. 헌법은 기본권규범을 통하여 국민 개개인의 자유와 권리를 구체적으로 확장하거나 보장하며, 조직규범을 통하여 국가권력의 형성과 배분의 기본원칙을 정하게 된다. 국가권력의 형성이란 원칙적으로 국민으로부터 나오는 국가권력을 의미하게 된다. 국가권력은 국민으로부터 나온다는 점으로부터 오로지 국민으로부터 그 정당성을 부여받게 되며, 그 권력의 행사는 국민의 의사에 합치하는 경우에 가장 이상적인 것으로서의 사회적 실현성은 가지게 된다. 이 과정에서 어느 조직에 어느 만큼의 권능을 부여할 것이냐를 헌법적으로 정하는 기능적 원칙이 바로 국가권력의 분립이다. 국가권력의 형성과 분립에 있어서 최우선적인 결정요소가

2) 헌법의 근본규정(Verfassungsgrundsatz) 혹은 헌법원리(Verfassungsprinzip)에는 국가목적규정이 포함되지만, 국가목적규정이 반드시 헌법의 근본규정 그 자체를 의미하는 것은 아니다. 이러한 점에서 사회국가(원리)를 국가존속의 구조원리로서는 헌법의 근본규정이지만, 아직 실현되어야 할 국가의 헌법적 과제로서는 국가목적규정으로 이해하는 것이다. Creifelds, Rechtswörterbuch, 11. Aufl. 1992, S. 1238f. ; Avenarius, Kleines Rechtswörterbuch, 7. Aufl. 1992, S. 467. 정극원, 「헌법국가론」, 대구대학교 출판부, 2006, 65면, 각주 144) 참조.

되는 것이 바로 민주주의원리(Demokratieprinzip)이다. 헌법국가에 있어서의 민주주의 원리가 가지는 우선적 기능은 국가권력을 제한하고 합리화하는 것으로서의 자유로운 정치적 생활의 보장에 있다.³⁾ 민주주의원리는 주로 정치적 과정에서의 국민에 의한 정당화 및 합리화의 결정을 위한 장치가 된다. 헌법이란 민주주의원리와 국민주권주의에 의한 국가권력의 구성을 명문으로 확인하기 위하여 성문화되는 것으로서 국민은 이러한 권력부여에 대한 통제를 위하여 권력분립주의와 법치국가원리를 동시에 채택하고 있다. 이러한 체계적 관점에서 보더라도 민주주의원리는 국가구성 혹은 헌법국가의 정립을 위한 최우선 단계가 된다. 민주주의원리의 가치는 공동체질서 속에서 인간 생활에 존재하는 다양한 이해의 대립, 지향노력 및 행동양식을 통일적으로 형성하거나 사회적 통합을 위한 국가조직체계의 구성이라는 점에서 통치질서의 근거가 된다. 나아가 국민 개개인에게 인간으로서의 존엄과 가치를 누릴 수 있는 법적 지위와 권리를 직접 부여한다는 점에서는 기본권실현의 직접적인 준거가 된다.

민주주의원리는 정치적 과정에서의 합리화를 위한 원리이기도 하지만 궁극적으로 국민주권주의의 실현에 있다. 민주주의국가에 있어서는 국민만이 유일한 통치자가 된다는 원리가 바로 국민주권주의이다. 우리 헌법 제1조 제2항에 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 규정하고 있으며, 독일기본법 제20조 제2항에 “국가권력은 국민으로부터 나온다.”라고 규정하여 국민주권주의를 표방하고 있다. 국민은 국가의 정치적 생활에서 주체가 되며,⁴⁾ 국민은 모든 국가권력의 원칙적 행사자가 되는 것이다. 즉 모든 국가기관이 행하는 권력행사의 정당성의 근거는 바로 국민에게 있다는 것이다. 이러한 원칙적인 국민주권주의를 실현하는데 있어서 슈미트(C. Schmitt)가 말하는 소위 치자와 피치자의 동일성⁵⁾은 그 본성상 모든 경우에 매개 없이 실현되는 것은 불가능하다.⁶⁾ 현대국가는 모든 국민이 국가의사의 결정에 참여하기 어려운 현실에서의 민주주의의 실천방안으로서 대의제원리를 채택하고 있다. 이

3) 이에 대한 자세한 참조는 Bulla, Die Lehre von der streibaren Demokratie. AöR 93(1973), S. 340ff.; Gusy, Die "freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. AöR 105(1980), 279ff.; Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 88f.; ders., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVStRL 20(1963), S. 61f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 62; Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29(1971), S. 46ff.; Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996, S. 791; Stein/Frank, Staatsrecht, 17. Aufl. 2000, S. 58; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 587ff.

4) Katz, Staatsrecht, 12. Aufl., 1994, S. 68.

5) Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl. 1961, S. 30f.; ders., Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970, S. 234f.

6) Vgl. Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 127.

처럼 국민주권주의와 대의제원리는 오늘날의 민주주의원리의 내용적 기초를 이루고 있다고 할 것이다.⁷⁾ 현대 민주주의국가가 채택하고 있는 대의제원리는 정치적 의사형성과정에서 국민이 직접 자기의 의사를 반영할 수 있도록 대표를 선출하고 그 대표에게 법적 지위를 보장하는 순수대표제를 의미한다는 점에서 국민민주주의(Volksdemokratie)⁸⁾ 또는 정당민주주의(Parteidemokratie)⁹⁾와는 다른 의미를 가진다고 할 것이다. 국가권력의 주체로서의 국민은 자기가 직접 권력을 행사하는 것보다는 입법, 행정 및 사법의 특별 기관에 의하여 권력을 행사하게 하는 것이므로 국민주권주의에는 이와 같은 방법의 권력행사도 포함하게 된다.¹⁰⁾ 이러한 경우에 있어서는 국민은 국가권력의 객체가 되는 것이므로 국민주권주의는 일견 주체와 객체의 동질성을 의미하기도 한다.¹¹⁾ 따라서 주권자로서의 국민이 자기를 실질적으로 대의하는 대표자를 통하여 국가의사를 결정하고 집행하는 경우에도 국민은 여전히 국가권력의 직접적인 정당성의 근거가 된다.¹²⁾ 이러한 방법으로 민주주의를 실현하는 것이 바로 대의제원리이다. 대의제원리는 국민주권주의를 한 실현형태가 된다. 국민주권주의는 간접민주주의로서의 대의제원리에 의하여 효과적이고 효율적으로 실현될 수 있는 것이다.¹³⁾ 국민은 원칙적으로 직접 국가의사를 형성하거나 의사형성의 결과에 따라서 국가조직을 구성한다. 그러나 이러한 의사형성에 모든 국민이 다 직접적으로 참여하는 것에는 한계가 있기 때문에,¹⁴⁾ 현대 국가의 헌법들은 국민의 직접적인 자기통치로서의 직접민주주의뿐만 아니라 국민이 자기가 선출한 기관에게 국가권력을 담당하게 하는 간접민주주의의 방식을 채택하고 있다. 예컨대, 독일기본법은 제20조 제2항에는 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다.

7) 민주주의국가에 있어서의 대의제원리는 정치적 의사형성과정에서 국민이 직접 자기의 의사를 반영할 수 있도록 대표를 선출하고 그 대표에게 법적 지위를 보장하는 순수대표제를 의미한다는 점에서 국민민주주의(Volksdemokratie) 또는 정당민주주의(Parteidemokratie)와는 다른 의미를 가진다. 이에 대하여 자세한 참조는 정국원, 「헌법국가론」, 대구대출판부, 2006, 30면.

8) Schultz, Volkdemokratie, in: Sowjetsystem und demokratischen gesellschaft, Bd. VI, 1972, S. 725.

9) 정당민주주의라는 개념은 라이프홀츠(Leibholz, Strukturproblem der modernen Demokratie, 1958, S. 93ff.)에 의하여 유래하였는데, 슈나이더(Schneider)가 이를 개념적으로 체계화하였다. Schneider, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1974, S. 94.

10) Degenhart, Staatsrecht I, 11. Aufl., 1995, S. 6.

11) Stein, Demokratie, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1989, S. 1322.

12) 그러므로 국민을 대의하는 대표자로서의 입법권자는 자기 앞에 놓여 있는 과제를 국가 내의 다른 조직 혹은 국가외부의 다른 조직에 그 처분에 위임하여서는 안 된다. BVerfGE 33, 158.

13) 대의제원리의 본질적 특성은 다음과 같다. 첫째, 국민대표는 국민의 의사반영의 거울이어야 하며, 둘째, 국민대표는 합법적인 정당성을 가져야 하고 셋째, 그 결정과정은 토론원칙에 따라야 하며, 넷째, 공공성의 원칙과 보고의무의 원칙에 따라야 한다. Leibholz, Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 2986ff.

14) BVerfGE 8, 14.

그것은 국민에 의하여 투표와 선거를 통하여 행사되고, 입법, 집행 및 사법의 특별기관에 의하여 행사된다.”라고 규정하여 국가권력의 주체로서의 국민을 규정하면서도 국가권력의 행사는 국민을 대의하는 특정기관이 행할 수 있도록 하고 있다. 우리 헌법에서는 독일기본법에서처럼 직접 대의제원리를 명문화하고 있는 것은 아니지만, 헌법 제40조, 제41조, 제66조 제4항, 제67조 등에서는 의회주의를 핵심으로 하는 간접민주제적 대의제를 통치구조의 기본으로 규정하고 있다.¹⁵⁾ 대의제원리의 본질적 내용은 첫째, 국가기관구성권과 국가의사결정권의 분리, 둘째, 자유위임이다. 대의제에 있어서는 주권자인 국민은 국가의사를 결정하는 대표자를 선출하는 국가기관구성권만 가지고 국가의사와 국가정책은 국민에 의하여 선출된 대표자가 결정하고 행하게 되며, 대표자가 국가의사결정에 있어서 자신을 선출한 국민의 지시와 명령에 구속되지 아니하고 오로지 자신의 양심에 따라 독립하여 행동하게 되는 것이다. 우리 헌법 제41조와 제67조는 대의제원리로서의 기관구성권에 관한 규정이라면 헌법 제45조¹⁶⁾와 제46조 제2항¹⁷⁾은 자유위임에 관한 규정이라 할 것이다. 국민의 대표자인 국회의원은 그 권력행사에 있어서 국민에 대한 법적 구속을 배제하고 오직 자신의 재량적 자율에 따라 결정을 내리는 자유위임(freies Mandat)을 기반으로 하고 있음을 분명히 하고 있다. 이는 대의제원리의 본질적 내용에 해당하는 것이라고 할 것이다.¹⁸⁾ 자유위임은 국회의원에게 국회내에서의 정치적 의사를 형성하는데 있어서의 외부적 구속으로부터 자유롭게 하는 것이지만, 정치적 행위영역의 범위에서조차도 의원의 책임이 면제된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 대의제원리에서의 국회의원에 대한 책임요구는 미래형성적 정치의 영역에서 주로 나타나는데,¹⁹⁾ 이는 주로 정치적 결과에 대한 책임만을 의미한다. 즉 자유위임은 국회의원의 재선에 관한 유권자의 영향력이라는 사실상의 압력으로부터의 자유를 보장하는 것은 아니다. 환언하자면 국민으로부터 선출된 대표에 대하여 책임을 물을 수 있는 방법은 사실상 선거인 것이다.

2. 민주주의원리와 정당의 자유 및 표현의 자유의 실현

헌법의 기본원리로서의 민주주의원리는 결국 권리로서의 기본권의 실현을 강화하거

15) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 737면.

16) 헌법 제45조 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회외에서 책임을 지지 아니한다.”

17) 헌법 제46조 제2항 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”

18) 예컨대, 독일기본법 제38조 제①항 후문 “연방의회의 의원은 국민전체의 대표자이고 명령과 지시에 구속되지 않으며 자신의 양심에만 따른다.”

19) Steinacher, Staatspflichten und Grundgesetz, 1986, S. 69.

나 또는 민주주의원리 및 기본권실현을 동시에 이루게 한다. 이러한 측면에서 본다면 민주주의원리와 가장 밀접한 관련을 가지는 기본권이 정당의 자유와 표현의 자유이다. 정당의 자유와 관련하여서는 주로 선거에 있어서의 정당의 참여의 보장이다. 선거는 모든 국민의 참여가 보장되는 정치적 결정으로서 기능하는 것이다. 정치적 의사형성의 과정으로서의 선거는 국민에게 국가권력의 행사에 있어서 공동책임의 기회를 부여한다. 이러한 정치적 의사형성을 위한 헌법상의 제도적 장치가 바로 정당이다. 따라서 정당의 범위 내에서 이루어지는 국민의 의사형성 및 의사결정행위는 결코 포기할 수 없는 민주주의의 보루가 된다. 국민은 선거와 투표에 의하여 구성된 국가기관을 통하여 자신에게 고유하게 부여된 국가권력을 실행한다. 헌법현실에서 국가의사를 국민이 직접 결정하게 되는 투표(Abstimmung)는 어떤 사안에 대하여 결정을 내린다는 점에서 큰 의미를 가지는 것이지만 국가적 현안에 대한 보편적의사형성이라는 점에서는 큰 의미를 가지지 못한다.²⁰⁾ 이에 반하여 선거(Wahlen)는 민주적의사형성의 과정이 된다는 점에서 헌법현실에서 큰 의미를 가진다. 특히 입법부를 구성하는 총선거는 국가권력의 정당화를 위한 유일한 직접선거가 되며,²¹⁾ 자신들이 선택한 대표가 국민의 요구들을 실현하여 줄 것이라 믿게 된다. 정당은 정치적 결사체로서 이러한 선거에의 참여를 위한 여러 가지의 자유와 특권을 가지게 된다. 예컨대, 정당은 그 결성과 등록에 있어서 특권을 가지며, 공직선거에서의 후보자추천 등의 특권을 가지며, 나아가 그 운영에 필요한 자금을 국고로부터 보조받을 수 있는 재정·경제상의 특권을 가진다. 이러한 특권의 근거가 되는 것이 바로 헌법 제8조의 정당조항이다. 정당의 자유에는 합법적으로 정당을 조직하는 정당설립의 자유와 그 조직을 통하여 정당정책의 실행과 선거에의 참여하거나 여론을 형성하는 등의 정당행위의 자유가 포함된다. 그러므로 모든 정당은 헌법에 적합한 정당을 형성하고 조직할 권리를 가지며, 또한 정부여당이 되기 위한 야당으로서의 정치행위도 보장 받는다.²²⁾ 헌법 제8조에 의하여 보장되는 이러한 정당의 자유와 특권은 단지 정당의 자유로의 의미가 아니라 궁극적으로 민주주의 원리와 관련에서 보장되는 것이다. 민주주의원리의 실현으로서의 정당이 존재하는 것과 마찬가지로 정당에게 보장되는 자유와 특권에 의하여 민주주의가 보다 합리적이고

20) 독일기본법상에서는 국민투표에 관하여서는 제146조와 제29에 그 규정을 두고 있었다. 제146조는 기본법의 유효기간에 관한 것이며, 제29조에는 연방의 영역에 관한 것이다. 기본법 제146조는 1993년 말에 새로 규정된 통일조약 제5조에 의하여 대체되었으므로 제29조만이 실질적 효력을 가진다.

21) 기본법상의 국가권력은 입법, 행정 및 사법으로 나누어지지만, 입법을 제외한 나머지 국가권력은 민주적 방식에 의한 의회의 간접적인 방식에 의하여 구성되는 것이기 때문에 연방의회를 구성하는 이러한 총선거를 흔히 독일기본법상의 유일한 직접선거로 보는 것이다.

22) BVerfGE 2. 1. 12f.

발전적으로 이루어지게 되는 것이다.

민주주의원리는 표현의 자유라는 기본권을 통하여 구체적으로 실행되는 것으로 이해하는 것이 기본권적 관점(Grundrechtsaspekt)에서의 민주주의이다. 국가구성이라는 기관적 관점에서의 민주주의원리는 의사의 형성과 실행의 자유로서의 기본권적 관점에서의 의사표현의 자유를 근거로 하여서 그 규범적 내용을 확장하게 된다.²³⁾ 기본권으로서의 의사표현의 자유는 “오직 자유민주적 기본질서를 위하여 정립되어진 것으로서 국가질서의 필수적인 기능을 수행하기 위한 이해와 사상의 논쟁 및 정신적 투쟁을 보장하는 것이다.”²⁴⁾ 의사표현의 자유는 이러한 기능을 실현하는 전제가 되는 것이기 때문에 자유민주주의의 체제에 있어서는 의사표현의 자유의 보장은 매우 중요하다. 의사표현의 자유는 의사의 확실성을 방지하며 자유민주적 기본질서의 본질문제를 푸는 열쇠가 된다.²⁵⁾ 그러므로 통치질서로서의 민주주의원리는 가치질서로서의 의사표현의 자유에 의하여 보다 더 구체적인 규범내용을 확장하게 되는 것이다. 민주주의국가에 있어서 가장 큰 현안이 되고 있는 것은 의사형성과 의사결정에서의 평등실현에 있다고 할 것이다.²⁶⁾ 민주주의원리는 비민주적·반국가적 관념에 대립하는 개념으로서 국가구성을 위한 의사의 형성에 있어서 다수의 의사를 가진 자들에게 자기지배의 실현을 일반화하는 것이다. 의사표현의 자유는 공동체생활에서 어느 특정집단의 의사독점(Meinungsmonopol)과 국가적 간섭과 조종을 부인하는 반면에 모든 국민에게 고유하고 자유로운 의사의 다양성보장을 그 규범내용으로 하고 있다. 이러한 의사표현의 자유는 크게 의사의 자유와 표현의 자유로 나누어진다. 의사의 자유란 공동체의 구성으로서의 국민 개개인이 국가권력의 방해나 간섭을 받지 아니하고 자유롭게 의사를 형성할 수 있는 자유와 권리의 보장을 의미한다. 표현의 자유는 의사의 표명을 통하여 여론의 형성과정에 적극적으로 참여하거나 정치적 현안문제에 대하여 직접 결정을 내릴 수 있는 자유와 권리의 보장을 의미한다. 의사표현의 자유에는 의사의 자유로서의 참여와 표현의 자유로서의 결정의 자유가 동시에 포함된다. 이를 민주주의원리와 관련하여 고찰할 때, 의사의 자유는 참여에 있어서의 의사의 형성이라면, 표현의 자유는 참여에 있

23) 이에 대한 연방헌법재판소의 판결로서는 예컨대, BVerfGE 7, 198, 208(Lüth-Urteil); BVerfGE 12, 113, 125(Richard-Schmid-Beschluss).

24) BVerfGE 12, 113, 125.

25) Vgl. BVerfGE 5, 85, 205.

26) 기본법상의 민주주의원리는 전체민주주의를 의미하는 것이 아니기 때문에 모든 생활영역에 민주주의 원리가 미치는 것은 아니다(Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in: Matz(Hrsg.), Grundproblem der Demokratie, 1973, S. 112ff.; Jasper, Die Krise der streibaren Demokratie, DVBl, 1978, S. 725). 그러므로 이러한 평등실현은 국가적 영역에서만 적용되는 것이고 사회적 또는 개인적 영역에서는 적용되지 않는다(Arndt/Rudolf, Öffentliches Recht, 9. Aufl. 1992, S. 47).

어서의 의사의 결정이다.²⁷⁾ 민주주의원리는 국가공동체의 유지·존속을 위한 이상적이고 합리적인 결정을 내릴 수 있도록 하는 정치적 과정의 자유와 공개적인 토론의 절차를 보장한다. 국가권력의 행사가 정당화되는 것은 바로 이러한 토론과 절차를 통하여 직접 의사결정에 참여하는 국민의 위임에 의하는 것이기 때문이다.²⁸⁾ 민주주의원리는 모든 국민에게 의사의 형성과정에 있어서 정당하고 균등하게 참여하는 것을 우선적으로 보장하여야 한다. 그러나 사회적 현실에서는 소수의 의견에 의한 다수의 지배라는 과두정체가 흔히 발생하게 되는데, 이는 실질적 민주주의와는 거리가 먼 것이다. 실질적 민주주의의 실행에 있어서는 재산의 정당한 분배뿐만 아니라 의사형성과정에서의 불균등을 최소화하는 것이 요구된다. 이러한 점에서 본다면 기본권으로서의 표현의 자유의 보호범위의 확장을 통하여 민주주의원리가 보다 그 공통적인 지향점을 찾게 하는 것이 된다. 민주주의국가에 있어서의 의사형성은 국민으로부터 출발하여 국가기관으로 행하여지는 것이지 역으로 국가로부터 국민에게 행하여지는 것은 아니기 때문이다.²⁹⁾ 의사표현의 자유의 보장이 강조되는 이유이다.

III. 사회국가원리와 기본권실현

1. 사회국가원리

현대국가의 헌법은 사회공동체의 형성과 유지에 있어서 구조원리가 되며, 입법·행정·사법의 모든 국가기관을 포괄적으로 구속하는 구조원리로서 사회국가(Sozialstaatsprinzip)를 채택하고 있다는 데에서 그 특색을 찾을 수 있다. 현대산업사회는 공동체의 생활관계의 기술화·전문화 및 복잡화를 그 특징으로 하고 있다. 따라서 사회가 국가의 간섭 없이도 사회적 요구를 자기형성(Selbstgestaltung)과 스스로의 책임에 따라 해결하는 시민적 사회³⁰⁾는 더 이상 제 기능을 다 할 수 없게 되었다. 시민적 사회는 국가가 사회적 영역에서 발생하는 사회문제에 개입하지 않고 오직 시민의 형식적 자유의 보장

27) 정극원, 전제서, 37면.

28) Schwabe, Grundkurs Staatsrecht, 4. Aufl. 1991, S. 21.

29) BVerfGE 20, 56, 97ff.

30) 시민적 사회(bürgerliche Gesellschaft)의 특징으로는 첫째, 경제와 문화의 국가불간섭의 영역에서 개인의 자유로운 자기결정권을 통한 둘째, 힘의 자유로운 역할에서 경제·문화적 창조과정의 자기규칙을 통한 셋째, 자유로운 급부경쟁에서 경제·사회적 급부상태의 최대한의 획득을 통한 넷째, 교육과 재산을 통한 사회적 상류계층이 고전적 귀족계급을 대체하는 것이다. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, 1965, S. 8.

에만 전념하는 사회중립적 국가(sozial-neutraler Staat)³¹⁾였기 때문이다. 그러나 사회생활관계가 복잡하게 변화됨에 따라 개인의 사회적·경제적 생활이 국가의 광범위한 개입·조정·계획적 형성에 의하여 좌우되게 되었다. 사회국가는 이러한 시대적 반영으로서의 타나나게 된다. 사회국가의 헌법적 발단은 평등의 형식적 보장이었던 시민적 법치국가(bürgerlicher Rechtsstaat)의 발전적인 개념인 사회적 법치국가(sozialer Rechtsstaat)를 최초로 사용한 헬러(Heller)에서 찾을 수 있다.³²⁾ 그러나 사회국가원리의 헌법적 내용에 관해서는 아직 법이론과 실제적 적용에서도 통일적인 의견을 형성하지 못하고 있다.³³⁾ 이는 헌법상의 사회국가의 개념의 유래가 연혁적으로 오래되지 않았다는 사실적인 이유도 있겠지만, 다른 한편으로는 헌법원리로서의 사회국가에 관한 선행모델을 정립하지 못한 데에서 오는 다양한 개념의 전개가능성 때문이기도 하다.³⁴⁾ 이러한 논의의 전개에 있어서 사회국가원리에 대하여 가장 잘 정의한 사람이 바로 리더(Ridder)였다.³⁵⁾ 그는 사회국가를 독일기본법의 가치결정으로 파악하면서 첫째, 국가의 사회적 의무, 둘째, 기본권의 사회적 구속성, 셋째, 국가와 사회의 동질성³⁶⁾에 따라 헌법적으로 체제화시켰다. 즉 사회국가원리의 핵심적인 내용은 국가의 첫째, 사회적 의무와 둘째, 기본권의 사회적 구속성이라는 것이다. 사회국가원리는 하나의 헌법의 구조원리로서 국가에 대하여 인간다운 생존과 사회적 안전을 보장하기 위한 여러 가지의 사회적 과제를 실현하여야 하는 의무를 부과시키는 근거가 된다. 국가는 사회적 안전과 사회적 정의 및 공공복리의 측면에서 국가의 급부에 의존적인 사회적 약자의 보호를 위한 헌법상의 사회적 의무를 져야 한다는 것이다. 특히 사회의존적인 계층과 사회적 약자의 인간다운 생존을 보장하기 위한 사회적 급부의 형성 및 제공의무를 국가가 부담하여야 한다는 것이다. 국가의 사회적 의무(Sozialpflichtigkeit des Staates)는 사회의 긴

31) 사회국가의 개념을 이러한 사회중립적 국가의 반대개념에서 찾는다. Doehring, a.a.O., S. 251.

32) Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1930, S. 11; Stein, Staatsrecht, 15. Aufl. 1995, S. 170.

33) BSGE 19, 88, 92; Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 225; Katz, a.a.O., S. 107.

34) 그러므로 사회국가가 실현하여야 할 헌법상의 구체적 내용에 관한 논의는 앞으로도 계속 진행될 수밖에 없을 것이다. 정극원, 전거서, 66면.

35) Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960, S. 3ff.; Ders., Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 44f.

36) 국가와 사회의 동질성(Homogenisierung von Staat und Gesellschaft)은 국가가 사회를 민주적으로 조직함으로써, 이를 통하여 평등과 가치를 보장받은 사회구성원의 능동적인 지위에서 실현되어진다. (Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 18f.) 이는 사회의 민주적인 조직에 의한 국가의 민주적인 형성이라는 민주주의원리에 관한 것이지 사회국가원리에 의해 규명되어질 문제가 될 수 없다. (Stein, a.a.O., 1995, S. 172)

급상태에 대한 국가의 부조의무와 소외계층의 사회적 지위를 개선하여야 개선의 의무 또는 국가가 직접 그러한 급부를 제공하여야 하는 국가의 의무로 이해되고 있다.³⁷⁾ 기본권의 사회적 구속성(Sozialbindung der Grundrechte)은 개별 기본권이 사회국가에 있어서 가능한 실질적으로 보장되어야 하는 것이므로 국가는 사회적 권력관계에 따라 사회적 약자를 위한 사회적 강자의 기본권보장의 한계를 정하여야만 하는 것이다. 국가적 측면에서 본다면 국가의 사회적 의무를 이행하기 위하여서는 기본권으로서의 사회적 기본권이 보다 실질적으로 실현될 수 있게 하여야 하는 것이지만, 국민의 측면에서 본다면 기본권의 구속성에 의하여 사회적 약자의 기본권의 실현이 보다 강화될 수 있게 하려는 것이 사회국가원리이다. 헌법상의 사회국가원리는 국가에 의무를 부과하는 국가의 사회적 의무와 국민 개개인에게 기본권행사에 제한을 가하는 기본권의 사회적 구속성이라는 두 가지 규범적 내용을 가지고 있다. 전자가 국가가 실현하여야 할 사회국가에 관한 의무의 규정이라면, 후자는 사회국가의 실질적 실현을 위하여 국민 개개인의 기본권으로서의 자유와 권리를 제한할 수 있는 구속규범(Bindungsnorm)이 된다.

2. 사회국가원리와 사회적 기본권의 실현 및 재산권의 사회구속성

사회국가원리의 본질적인 내용인 국가의 사회적 의무를 실현하기 위한 것이 바로 기본권으로서의 생존배려(Daseinvorsorge)이다. 생존배려에 관한 국가의 사회적 의무를 보다 더 구체적으로 실현하기 위하여서는 이를 헌법의 객관적 규범으로 존재하여야만 했는데, 이에 대한 최초의 헌법적 근거³⁸⁾는 제1차 세계대전후의 사회적 변화를 수용한 1919년의 Weimar 헌법이다.³⁹⁾ Weimar헌법상에 사회국가라는 명문의 규정은 없었지만, 제5장의 “경제생활”편에 인간다운 생존보장을 위한 사회적 기본권을 규정하고 있었다. 이러한 사회적 기본권은 선언적 의미의 프로그램규정(programmsatz)으로 기능했기 때문에⁴⁰⁾ 생존배려에 관한 국가의 의무는 아직 헌법적 규범력을 확보할 수 없었다. 그러나 독일기본법에서 사회적 기본권의 규범력을 보다 강화하였다. 독일기본법은 Weimar

37) Kittner, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 1989, Art. 20 Abs. 1-3 IV, Rdnr. 34.

38) 생존배려에 관한 헌법적 규정 이전에 존재하였던 입법례를 살펴보면 다음과 같은 것이 있었다. 질병보장법(1883년), 사고보장법(1884), 폐질 및 노후보장법(1889), 고용자보장법(1911) 등.

39) Weimar헌법상에 사회국가라는 명문의 규정은 없지만, 제5장의 경제생활편에 인간다운 생존보장을 위한 사회적 기본권을 규정하였다. 특히 Weimargis법상에는 제157조 노동력보호, 제163조 노동의 권리 및 제161조 사회보장권 등이 규정되어 있었다. 그러나 이러한 사회적 기본권은 프로그램규정(Programmsatz)으로 기능했기 때문에 생존배려에 관한 국가의 의무는 아직 헌법적 규범력을 확보할 수 없었다.

40) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 515f.

헌법과는 달리 사회적 기본권을 기본법에 직접 규정하지 않고 있지만,⁴¹⁾ 사회국가는 인간의 존엄성 보장과 유지를 위한 최고의 헌법근본규정으로서의 의미를 가지게 되었다.⁴²⁾ 이에 따라 생존배려에 관한 국가의 급부는 하나의 은혜행위(Akte der Gnade)가 아니라, 개개인이 국가에 대하여 사회부조를 요구할 수 있는 하나의 권리로 인정되고 있다.⁴³⁾ 우리 헌법은 독일기본법과는 달리 헌법상에 직접 사회국가라는 단어를 사용하고 있지 않지만, 헌법전문에서 생활의 균등한 향상을 통하여 공동체생활의 기본적 수요를 충족시켜야 하는 국가의 책임을 명시하고 있다. 특히, 기본권영역에 있어서는 자유권적 기본권의 보장에서 생존권적 기본권보장에 중점을 두는 복지국가를 지향하고 있다. 사회공동체 내에서 인간다운 생활을 할 수 있는 포괄적인 생존권으로 이해되는 이러한 사회적 기본권은 우리 헌법 제31조에서 제36조에 규정되어 있는데, 사회공동체 생활을 영위하고 있는 국민 개개인의 입장에서는 이를 근거로 하여 국가에 대한 실질적 보장을 요구할 수 있는 권리이고 국가적 측면에서는 이러한 것들을 구체적으로 실현하여야 하는 사회적 의무가 되는 것이다. 헌법 제34조 제1항에는 모든 국민의 인간다운 생활을 보장하고, 동 제2항에는 사회보장·사회복지의 증진에 관한 국가의 사회적 의무와 제35조 제1항에 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리와 국가의 노력의무를 규정하여 사회복지국가의 헌법적 규범성을 명시하고 있다. 아울러 근로자의 보호(제32조 제1·3·4·5항)를 통하여 사회복지국가를 실현하여야 하는 국가의 의무를 헌법적으로 규범화하고 있다. 특히 사회적 약자에 대한 국가의 생존배려의 의무는 특히 노동의 권리(실업자 보호 등), 적정임금요구권 및 적당한 주거에 생활할 권리에 대하여 국가의 급부보장으로 나타난다.⁴⁴⁾ 노동3권의 보장은 단지 근로자의 노동3권의 행사가 형사처벌의 대상이 되지 않는다는 단순한 자유권적 보장이 아니라 국가의 적극적인 보호육성을 받아야 한다는 사회권적인 보장이어야 하는 것이다.⁴⁵⁾ 헌법이 이와 같이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존

41) 사회적 기본권은 타인의 자유권적 기본권과 긴장관계에 놓이게 된다. 즉 사회적 기본권의 실현은 타인의 자유침해를 초래할 수 있다. 기본법은 바이에른주 헌법이나 헤센주의 헌법과는 달리 사회적 기본권을 포기하고 있다. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, S. 85.

42) 헌법상의 사회국가조항은 직접 효력을 갖는 구속적인 헌법공언(Verfassungsaussage)으로 이해되게 되었다.

43) BVerwGE 1. 159. 161f.

44) 구체적인 예로 부녀자, 청소년 및 장애자의 보호 및 배려청구권, 노령·장애·질병·사고·직업병·임신 및 가족부양에 관한 사회부조권, 국가에 대한 노동력 보호청구권 등을 들 수 있으며, 독일에서는 사회권에 관하여 약 800개의 입법례가 있다.

45) 현재 1990. 1. 6. 89헌마269.

중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립과 적대의 관계로 나아가지 않고 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다고 할 것이다.⁴⁶⁾ 인간의 생존배려는 사회 및 교육제도에 의해 실현되는 것이므로⁴⁷⁾ 교육을 받을 권리의 헌법적 보장도 이에 해당된다.⁴⁸⁾

재산권의 사회구속성(Sozialbindung des Eigentums)이란 소극적으로는 재산권자에게 공공복리와 제3자에게 손실을 가하지 않는 한 자유롭게 재산권을 행사할 수 있게 하는 것이지만,⁴⁹⁾ 적극적으로는 공공복리에 적합한 재산권행사가 되도록 재산권자에게 공동체에 대한 사회적 의무를 부과하는 것을 말한다.⁵⁰⁾ 우리 헌법상의 재산권의 사회구속성은 1919년의 Wiemar헌법을 수용한 제헌 헌법 제15조 제2항에 “재산권 행사는 공공복리에 적합하여야 한다.”라는 규정에서 찾을 수 있다. 이를 현행 헌법 제23조 제2항에 그대로 이어오고 있다. 급부 및 배려작용에 의한 조세부담의 증가, 사회구성원간의 연대와 책임에 따른 이기적 재산권행사의 제한 및 사회적 약자보호를 위한 의무를 지게 된다. 또한 재산권자에게는 오로지 자기 자신만을 위한 재산권행사가 아니라, 사회적합성의 의무를 부과하게 된다. 우리 헌법재판소도 “사유재산제도의 보장은 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트리지 않는 범위 내에서의 보장이다.”라고 판시하여⁵¹⁾ 재산권의 사회구속성의 헌법적 규범력을 인정하고 있다. 이는 재산권의 남용과 악용에서 야기되는 계층간의 갈등과 경제력의 집중이라는 사회적 폐단을 최소화함과 동시에 헌법에 보장된 재산권을 합리적으로 보장하기 위한 근본목적에서 연유한다. 재산권의 사회구속성은 수요가 늘어난다고 해서 공급을 늘릴 수 없는 토지재산권에 대하여서는 입법부가 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제할 필요가 있다고 하는데, 이에 관한 입법부의 입법재량의 여지는 다른 정신적인 기본권에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다. 현대사회에 있어서 재산권의 사회구속성이 강조되는 것은 재산권의 절대적 보장에서 배태되는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제의 기본이념을 보호하려는 것으로서 사유재산제도의 유지존속을 위한 최소한의 자기희생 내지 양보를 의미하는 것이다.⁵²⁾ 이러한 재산권의 사회구속성은 헌법의 원리적인 측면에서의

46) 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33.

47) BVerfGE 33. 303. 331f.

48) BVerfGE 39. 258. 269f.

49) Arndt/Rudolf. a.a.O.. S. 118

50) 정극원. 전제서. 89면.

51) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

52) 위 헌재결정.

사회국가원리에 기인하는 것이며, 궁극적으로 사회적 약자의 기본권보장의 강화를 위한 규범적 장치라 할 것이다. 사회국가원리에 있어서의 기본권실현의 지향점은 한편으로는 사회적 약자를 위한 자유와 권리보장의 강화이고, 다른 한편으로는 재산권보장에 있어서의 사회적 강자의 기본권보장의 약화를 의미하게 된다. 그러므로 사회적 약자의 기본권보장적 이익을 위해서 사회적 강자의 자유가 제3자에게 부담을 주지 않도록 제한하는 의무를 지우는 것이 가능하게 된다.⁵³⁾

N. 문화국가원리와 기본권실현

1. 문화국가원리

문화국가원리는 국가의 문화정책과 불가분의 상호관계에 있다.⁵⁴⁾ 문화국가원리는 Huber의 문화국가개념으로부터 현저하게 영향을 받았다는 점은 일반적으로 인정되고 있다.⁵⁵⁾ 후버(Huber)는 문화를 자율적인 '인격도야재' 내지 '교양재'(Bildungsgüter)로 이해하고 문화국가라는 개념속에 전제된 문화의 자율성은 어떻게 보장될 수 있고 문화와 국가의 통일적 존재(Einsein)는 획득될 수 있는가라는 문제를 제기하면서 문화국가의 개념적 요소를 분석하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 문화의 자율성만을 강조하게 된다면 지속한 문화에 대한 자정기능을 상실하게 되는 사회에서의 문화의 퇴보현상이 유발되게 될 것이다. 이 경우에 문화국가의 의미는 상실하게 된다. 그러므로 문화국가는 문화와 국가의 상호관계를 중심으로 개념정의가 이루어져야 하는 것이다. 후버가 문화국가개념의 의미를 '문화의 국가적 자유'(Die Staatsfreiheit der Kultur), '문화에의 국가적 기여'(문화보호, 문화관리, 문화전승, 문화진흥), '국가의 문화형성력'(문화와 비문화의 구별, 문화의 차별화, 문화고권의 문제), '문화의 국가형성력', '문화형상으로서의 국가'(Der Staat als Kulturgebilde)⁵⁷⁾ 등 다섯 가지로 분석하여 의견을 제시한 것은 바로

53) Stein. a.a.O., 1995, S. 175.

54) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009, 165면.

55) Geis, Kulturstaat und Kulturelle Freiheit-Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzeptz von Ernst Rudolf Huber aus Verfassungsrechtlicher Sicht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-baden, 1990, S. 22ff.

56) 자세한 것은 Huber, Zur Problematik des Kulturstaats in Geschichte und Gegenwart, 1958, S. 13; 김수갑, "한국에 있어서 문화국가 개념정립과 실현과제", 「문화정책논총」 제6집(한국문화정책개발원), 1995, 48-57면; 제회열, 「헌법학(상)」, 박영사, 2001, 389-392면 참조.

57) Huber의 문화국가개념 분석의 마지막 단계는 국가의 문화형성력과 문화의 국가형성력의 양 계기를 일치시키고 있는 국가라 할 것이다. 즉 국가가 스스로 '문화형상'(문화적 산물 내지 문화조직체)으로

이러한 차원의 개념정의이다. 문화와 국가의 측면에서의 문화국가원리는 제1차·제2차 세계대전 이후에 국제법적인 차원에서 뿐만 아니라 각국의 헌법에도 보편적으로 수용되기 시작하였다. 우리나라는 제헌헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다.⁵⁸⁾ 우리 현행헌법은 전문에서 ‘문화의 …영역에 있어서 각인의 기회를 균등히’할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 헌법 제9조에는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”라고 하여 헌법적 근거를 마련하고 있다.⁵⁹⁾ 우리 헌법전문과 헌법 제9조에서 말하는 ‘전통’, ‘전통문화’란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며…, 과거의 어느 일정시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니다. 전통이란 과거와 현재를 다 포함하고 있는 문화적 개념이다.⁶⁰⁾ 우리 헌법재판소는 과외교습금지가 “창의와 개성, 최고도의 능력발휘를 교육의 이념으로 삼고 국민 개개인의 개별성과 다양성을 지향하는 헌법상의 문화국가원리에도 위배”된다고 판시한 바 있다.⁶¹⁾⁶²⁾ 또한 헌법재판소는 “공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게 경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이

서 자신을 이해하고 실현하는 국가의 단계이다.

- 58) 우리 헌법에서는 1980년 헌법개정에서 문화국가조항(제8조)을 두게 되었지만, 문화국가는 헌법에 규정하기 전에도 민주주의, 법치국가, 사회국가 등과 더불어 헌법의 기본원리로 잡고 있었다. 그러나 문화국가를 민주주의, 법치국가, 사회국가 등을 통하여 그 내포 내지 미래에 바람직한 국가상으로 이해하려는 태도로 인하여 그 독자적인 의미에 대한 연구가 부족했다는 것이다. 김수갑, “한국헌법에서의 ‘문화국가’조항의 법적 성격과 의미”, 『공법연구』(제32집 제3호) 한국공법학회, 2004. 2. 180면.
- 59) 1948년의 세계인권선언에는 “모든 인간은 사회·문화적 활동에 참가하고 예술을 감상하며 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 권리를 가진다.”라고 규정하고(제27조 1항), 1966년의 경제적·사회적 및 문화적권리에 관한국제규약(이른바 A규약)에서는 문화적 권리의 보편성과 권리성을 국제적 차원에서 선언하고 있다. 권영성, 전계서, 145면.
- 60) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 민법 제781조 제1항 본문 후단부분 위헌제청 등(호주제 헌법불합치, 잠정적용).
- 61) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 학원의 설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 동법 제3조 등 위헌확인(위헌): “단지 일부 지나친 과외과외교습을 방지하기 위하여 모든 학생으로 하여금 오로지 학원에서만 사적으로 배울 수 있도록 규율한다는 것은 어디에도 그 예를 찾아볼 수 없는 것일 뿐만 아니라 자기결정과 자기책임 생활의 기본원칙으로 하는 헌법의 인간상이나 개성과 창의성, 다양성을 지향하는 문화국가원리에도 위반되는 것이다.”
- 62) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 구 전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호 등 위헌소원(헌법불합치, 잠정적용): “중요한 것은 민족문화유산을 보존하는 것이 국가의 단순한 은혜적 시혜가 아니라 헌법상 의무이므로, 일단 관할국가기관에 의하여 민족문화유산으로 지정된 전통사찰의 경우, 사정이 허락하는 한 이를 최대한 빠짐없이 지속적으로 보존하는 것이 헌법 제9조 등의 규정취지에 부합한다”(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516(헌법불합치, 잠정적용) 참조).

다”라고 판시하고 있다.⁶³⁾ 이처럼 문화는 과거와 현재를 포괄하고 있으며 개별성·고유성·다양성으로 표현되고 있으며 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.⁶⁴⁾ 문화를 어떤 측면에서 이해하든 문화는 인류가 사회구성원으로서 획득한 능력 및 습관 등의 주요한 행동양식이나 상징구조의 총체를 의미한다고 할 수 있으며, 구체적으로는 과학·교육·언어·사상·종교·예술·교통·정보·제도·정치 등의 광범한 생활현상형태라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 문화는 기본권과의 불가결의 관계에 있다는 점에서 본다면, 문화는 경제에 대한 대칭적 개념으로서 출발하여서 인간의 정신적 창조적 영역에 속하는 본질적 부분으로 보고, 이의 실현을 위한 학문과 예술의 자유뿐만 아니라 언론·출판의 자유, 신앙·종교의 자유, 교육 등에 관한 권리와 제도도 이른바 문화헌법으로 이해될 수 있다.⁶⁶⁾ 세계 각국 헌법에서의 문화국가조항을 명문화하고 있는 것은 바로 이러한 측면에서 이해되고 있다.⁶⁷⁾

2. 문화국가원리와 문화형성권 및 문화적 기본권보장의 강화

문화국가원리는 단지 선언만으로는 실현될 수 없다. 국가적 측면에서는 정책집행에 의하여 실현되는 것이며, 국민의 측면에서는 기본권으로서의 보장을 통하여 실현되는 것이다. 그러므로 문화국가원리의 가장 중요한 헌법상의 징표는 국가적 측면에서는 국가에 문화형성의무를 부과하여야 하고 국민의 측면에서는 기본권으로서의 학문과 예술의 자유 및 교육권이 보다 실질적으로 실현될 수 있게 하여야 하며, 제도적 측면에서는 교육제도의 보장이 요구되는 것이다. 그러므로 국가는 국가와 문화와의 관계에서 보는바와 같이 이전의 단순한 문화보호자로서의 지위에만 그치는 것이 아니라 오늘날은 개인의 문화적 수요를 인간의 생존권보장의 주요 요소로 파악하고, 적극적으로 문화형성적 기능을 수행하기도 한다.⁶⁸⁾ 즉 개인이 문화형성권은 기본권으로서 최대한 보장을, 문화생활권은 국가에 의한 ‘최소한의 문화수준’의 원칙적 보장을 의미한다.⁶⁹⁾ 문

63) 헌재 2003. 12. 28. 2002헌가2. 구 문화예술진흥법 제19조 제5항 등 위헌제청(위헌).

64) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등. 학교보건법 제6조 제1항 제2호 위헌제청 등(위헌, 헌법불합치, 적용중지).

65) 永井憲一, 憲法と文化, 憲法裁判研究會 編, 現代の憲法論, 敬文堂出版部, 1970, p. 124. 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호(한국헌법학회), 2008. 9. 253면에서 재인용.

66) Stern, Das Staatsrecht der BRD., Bd. III/I, CH.H.Beck, 1988, S. 886.; Wienholtz, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, AöR Bd. 109 H.4, 1984, S. 543f.

67) 문화국가적 성격은 헌법규정의 유무에 관계없이 민주헌법 자체에 내재하는 헌법적 원리라고 할 수 있다. 권영성, 전제서, 145면.

68) Vgl. Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., Kreuz, 1975, S. 1428f.

화국가의 과제는 어디까지나 일차적으로 문화적 기본권 실현을 위한 권리와 급부에 대한 개인의 적극적 참여를 통하여 실현되며, 이는 문화의 자율성과 민주성을 위해서도 매우 중요한 과제이기도 하다. 따라서 문화국가의 개념적 형태로서 국가와 사회에 있어서 문화에 대한 태도는 일방적으로만 형성될 수 없는 복합적인 성격과 내용을 지니고 있는 것이며, 문화실현과제로서 문화의 소극성과 적극성의 양면성, 자율성과 국가급부성의 이중성도 고려되어야 함은 물론이다.⁷⁰⁾ 문화보호자로서 국가는 문화정책을 수립·집행하고 나아가 문화침해적 환경을 제거함으로써 문화적 권리실현의 사회문화적 토양을 다져야 한다. 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 '문화' 그 자체 있는 것이 아니고 '문화'가 생겨날 수 있는 '문화풍토'를 조성하는 데 두어야 한다.⁷¹⁾ 그러므로 국가의 문화정책은 문화의 꽃을 피울 수 있는 불편부당한 풍토의 조성에 노력하여야 한다.⁷²⁾ 국가는 문화적 영역에서의 자치활동, 특히 학문·예술 활동의 자유를 존중해 줌으로써 문화의 자율성·독창성을 진작케 하여야 하는 것이다. 인간의 존엄과 가치를 부정하는 야만적인 문화는 문화로 평가될 수 없듯이 문화국가 법리에는 국가에 의한 문화침해에 대한 방어권적 성격 외에 국가에 의한 문화적 영역의 보호와 부양을 필요로 하는 적극적 성격이 아울러 내포되어 있다. 아울러 문화국가원리는 사회국가원리와 법치국가원리와의 상호관계속에서 실현된다.⁷³⁾ 즉 현대국가가 지향하고 있는 공공복리의 실현을 위한 사회국가적 노력과 자유 및 안전에 대한 법치국가적 요구와 전통적인 교육·학문과 예술의 진흥과 보호를 요소로 하는 문화국가적 요청은 상호 불가분의 관계라고 할 수 있다.

헌법상에 기본권으로서 보장된 개인의 정신적·창조적 활동영역을 보장하기 위한 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 표현의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조 제1항)⁷⁴⁾ 등은 문화적 기본권의 측면을 갖고 있다. 특히 환경권(제35조 제3항), 국가의 환경보전의무(제35조 제1항), 국가의 국민의 쾌적한 주거생활을 위한 노력(제35조

69) 류시조, 전계논문, 265면.

70) 오늘날 현대국가에서는 "국가가 사실상 교육제도를 통하여 사실상 연구·교수의 자유를 독점하는 측면을 가지고 있으므로 개인의 학문적 기본권 자유는 결국 국가급부에의 참여에 불가결하게 구속된다"는 것이다. BVerfGE 35, 79(115).

71) 허영, 전계서, 166면.

72) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2009, 271면.

73) 법치국가적 문화적 자유권과 사회국가적 문화적 생존권은 상호 보완적 관계에 있게 되는 것이다. 즉 법치국가적 문화적 자유권의 보장을 통하여 실질적으로 문화적 생존권을 확대하여 나갈 수가 있게 되는 것이다.

74) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등(위헌): "양심의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 기본권의 보장과..."

제3항) 등은 문화적 기본권과 직접적으로 관련된다고 할 것이다. 우리 헌법 제22조에는 학문과 예술의 자유를 동시에 규정하고 있는데, 학문과 예술의 자유는 문화헌법의 중심 규정으로서 국가로부터 침해배제를 내용으로 하는 방어권이기는 하나 문화국가목적규정으로서 국가권력을 구속하고 궁극적으로는 사법심사의 기준으로서 법적 구속력을 가진다.⁷⁵⁾ 학문과 예술의 자유는 문화국가원리의 중심규정이 된다하더라도, 문제는 문화국가원리에 의한 기본권의 실현이라는 도식에서 본다면 학문과 예술의 자유는 그 자체의 규범내용을 통하여서 이미 보호영역을 가지고 있는 것이므로 문화국가원리에 의한 기본권 실현은 아니게 된다. 다만 문화국가의 조성에 의하여 이러한 자유가 보다 현실적으로 실현된다는 점에서 큰 관련성이 있다고 할 것이다. 예술과 비예술, 학문과 비학문 등 문화와 비문화간의 가치판단은 상당 부분 국가의 문화정책적 판단에 의존하지 않을 수 없고, 이 경우에 국가의 문화형성권은 학문과 예술의 자유의 영역에 있어서 정의금지와 모순되는 것은 아닌 것이다.⁷⁶⁾ 국가의 문화형성권이라는 점에서 본다면, 단지 국가의 정책적 수단에 그친다면 그 실현은 결국 국가의 재정상태에 의하여 좌우되게 될 것이다. 그러한 점에서 본다면 국가의 학문과 예술의 진흥은 공공의 '문화급부정책' 중의 하나⁷⁷⁾가 될 뿐 그 실현은 기본권단계에서의 실현에 이르지 못하게 학문과 예술의 자유는 개인의 문화적 기본권으로서 문화헌법체계의 중심이 되려면, 동시에 문화국가원리 구현의 핵심적 규정으로서 기능하려면 결국 기본권보장의 강화에 의하게 된다. 우리 헌법 제9조와 같이 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달의무는 문화목적프로그램 중의 하나이고, 이를 위한 각종의 정책적·행정적 제도와 조치도 문화국가원리의 실현을 위한 문화급부정책적 수단 중의 하나⁷⁸⁾라는 점에서 본다면, 국가의 문화급부의 제공은 궁극적으로 이와 같은 문화적 기본권의 실질적 실현의 제도적 장치로서 기능하게 만들어야 하는 것이다. 그러기 위해서는 국가는 개개인의 창의와 개성, 최고도의 능력을 발휘할 수 있게 하여야 하며, 개개인의 개별성과 다양성을 지향하는 문화적 인프라를 구축하여야 한다. 이러한 문화국가원리의 구현을 위하여 국가는 물질적 측면에서의 인간다운 생활을 할 권리를 뛰어넘어 문화적 측면에서의 인간다운 생활을 할 권리를 구현할 수 있도록 하여야 하는

75) Wienholtz, Arbeit · Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen. AöR Bd. 109 H.4 1984, S. 543f.

76) 우리 헌법재판소는 "대학교육기관의 교원에 대한 기간임용제와 정년보장제는 국가가 문화국가의 실현을 위한 학문진흥의 의무를 이행함에 있어서나 국민의 교육의 실현·방법 면에서 각각 장단점이 있어서, 그 판단·선택은...입법자의 입법정책에 맡겨 두는 것이 옳다"고 봄으로써 학문과 예술의 자유의 내용의 구체적 판단은 입법정책에 위임되지 않을 수 없다고 하고 있다. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33·66·68, 97헌바2·34·80, 98헌바39(병합).

77) Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Allgemeine Grundrechtlehren. 1989, S. 821.

78) 류시조, 전제논문, 266면.

것이다. 그러므로 국가는 문화의 조성, 육성, 진흥, 계승, 발전 및 지원이 이루어지도록 노력하여야 하는 것이다. 직접적인 규제는 최소한에 그쳐야 한다.⁷⁹⁾

V. 맺음말

헌법은 국가의 통치국가와 국민의 기본권보장에 관한 근본원칙을 정한 최고법이다. 통치조직의 관점에서 헌법을 이해하려고 하는 것이 기관적 관점이고 기본권보장의 실현 정도에서 보는 것이 기본권적 관점이다. 헌법이 구조원리는 이러한 기관적 관점과 기본권적 관점에서 동시에 접근이 가능하다. 헌법의 구조원리는 국가구성을 위한 것이지만 국가구성의 궁극적인 목적은 헌법의 최고가치가 되는 기본권의 실현에 있는 것이므로 헌법의 구조원리는 결국 기본권보장에 이르게 된다. 그러므로 헌법의 구조원리가 되는 민주주의원리, 사회국가원리 및 문화국가원리는 기본권의 실현과 불가분의 관계에 있는 것이다. 헌법의 구조원리에 따른 국가구성으로서의 통치조직이 형성되는 경우에 국가기관은 보다 더 자신들에게 부여된 권능 강화에 치중하기 때문에 기본권보장과 관계에서 충돌을 야기하게 된다. 국가권능이 강화되면 필수록 기본권침해의 가능성이 높아지게 되는 것이므로 국가권능의 강화는 흔히 기본권보장과 대칭적 관계에 있게 된다. 그러나 헌법의 구조원리는 이와 같이 대칭적 관계를 형성하는 것이 아니라 구조원리를 통하여 이에 관련된 기본권을 보다 실질적으로 실현하게 하는 기본권강화의 관계를 가지게 된다. 즉 일반적으로 어느 한 개의 침해를 통하여 다른 한 개의 가치를 보장하는 대칭관계가 아니라 어느 한 개의 보장을 통하여 다른 것의 보장을 더욱 강하게 하는 중첩적 작용을 하는 것이 바로 헌법의 구조원리이다. 그러므로 헌법의 구조원리는 기관적 관점으로부터의 기본권보장의 실현의 근거가 되며, 기본권적 관점으로부터의 국가기관구성의 실현이라는 두 가지의 기능을 동시에 가지게 되는 것이다. 헌법의 구조원리가 되는 민주주의원리, 사회국가원리 및 문화국가원리의 궁극적 지향점은 국민 개개인에게 인간으로서 존엄과 가치 및 기본권으로서의 자유와 권리를 최대한으로 보장하는데 있다. 즉 민주주의원리는 의사표현의 자유의 규범적 내용을 확장하거나 보다 강화하게 되며, 사회국가원리는 사회적 기본권의 규범내용을 구체화하는 원리적 근거가 되며, 문화국가원리는 국가에 문화형성의 의무를 부과하고 국민 개개인에는 문화적 기본권을 실현하게 하는 근거가 된다. 아울러 기본권실현의 관점에서 이러한 헌법의 구조원리의 의미와 내용을 보다 명확히 하는 것도 가능하게 된다. 그러한 점에서 본다면 헌법의 구조원리와 기본권의

79) 성낙인, 전계서, 272면.

실현이라는 상호호환적인 방법에 의한 본 연구는 그 나름의 의미를 가지게 될 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2001.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
김철수, 헌법학(상), 박영사, 2009.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2009.
정극원, 헌법국가론, 대구대학교 출판부, 2006.
허영, 한국헌법론, 박영사, 2009.
김수갑, “한국에 있어서 문화국가 개념정립과 실현과제”, 문화정책논총 제6집(한국문화정책개발원), 1995.
김수갑, 한국헌법에서의 “문화국가”조항의 법적 성격과 의미, 공법연구 제32집 제3호(한국공법학회), 2004. 2.
류시조, 한국헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호(한국헌법학회), 2008. 9.

[외국문헌]

- Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933.
Arndt/Rudolf, Öffentliches Recht, 9. Aufl. 1992.
Avenarius, Kleines Rechtswörterbuch, 7. Aufl. 1992.
Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98, 1973.
Creifelds, Rechtswörterbuch, 11. Aufl.
Degenhart, Staatsrecht I, 11. Aufl. 1995.
Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984.
Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953.
Geis, Kulturstsst und Kulturelle Freiheit-Eine Untersuchung das Kulturstaatskonzepts von Ernst Rudolf Huber aus Verfassungsrechtlicher Sicht, Nomos Verlagsgesellschaft,

- Baden-baden, 1990.
- Gusy, Die "freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 105, 1980.
- Heller, Rechtsstaat oder Diktatur ?, 1930.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999.
- Huber, Zur Problematik des Kulturstaats in Geschichte und Gegenwart, 1958.
- Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, 1965.
- Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des staatsrechts, Allgemeine Grundrechtslehren, 1989.
- Jasper, Die Krise der streibaren Demokratie, DVBl. 1978.
- Katz, Staatsrecht, 12. Aufl. 1994.
- Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in: Matz(Hrsg.), Grundproblem der Demokratie, 1973.
- Kittner, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 1989.
- Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29, 1971.
- Leibholz, Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975.
- Leibholz, Strukturproblem der modernen Demokratie, 1958.
- Ridder, Zur verfassungsrechtlichen stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960.
- Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996.
- Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl. 1961.
- Schneider, Die parlamentarische Oppotition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1974.
- Schultz, Volkdemokratie, in: Sowjetsystem und demokratischen gesellschaft, Bd. VI, 1972.
- Schwabe, Grundkurs Staatsrecht, 4. Aufl. 1991.
- Stein, Demokratie, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1989.
- Stein, Staatsrecht, 15. Aufl. 1995.
- Stein/Frank, Staatsrecht, 17. Aufl. 2000.
- Steinacher, Staatspflichten und Grundgesetz, 1986.
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984., Bd. I, 2. Aufl. 1984.
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III / I, 1988.
- Wienholtz, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, AöR Bd. 109 H.4, 1984.

[Abstract]

Das Strukturprinzip der Verfassung und Realisierung der Grundrechte

JEONG, Kuk-Won

Professor, Faculty of Law, Daegu University

Demokratieprinzip, Sozialstaatsprinzip und Kulturstaatsprinzip sind Strukturprinzip der Verfassung und werden die Verflechtungen in zahlreichen Beziehungen einander. Diese drei Prinzipien tragen sich stärkere Gewährleistung der Grundrechte bei. Das demokratische Prinzip ist das Leitprinzip der Ordnung des politischen Prozesses, in dem staatlichen Gewalt geschaffen und in dem staatliche Gewalt wirksam wird. Demokratie schafft Rationalität durch das ihr eigene Verfahren der politischen Willensbildung durch die Publizität dieses Verfahrens. In diesem Zusammenhang Meinungsäußerungen als Grundrechte sind in jeder Form geschützt. Das Sozialstaatsprinzip stellt durch Schaffung und Zuordnung von Funktion und Kompetenzen die Voraussetzungen staatlichen Tätigwerden her und die Gewährleistung der Grundrechte verstärkt. Hier geht um die soziale Grundrechte. Das Schwergewicht liegt heutzutage weit mehr als im früheren Staat auf kulturellen Gebiet und wendet sich der Staat in zunehmenden Masse planender Gestaltung für die Realisierung der Kulturstaat. In dem Kulturstaat, die es konstituiert, schützt Wissenschaft und Kunst um ihrer selbst willen: sie gewährleistet deren Freiheit zugleich als Voraussetzung der Funktion von Wissenschaft und Kunst in dem freiheitlichen Gemeinwesen.

Key words : Demokratieprinzip, Sozialstaatsprinzip, Kulturstaatsprinzip, Meinungsfreiheit, Soziales Grundrecht, Freiheit von Wissenschaft und Kunst.