

공동체와 기본의무

Gemeinwesen und Grundpflichten

홍 일 선* · 김 주 환**
Hong, Il-Sun · Kim, Joo-Hwan

목 차

- I. 서론
- II. 기본의무의 개념과 분류
- III. 기본의무의 역사적 발전과정
- IV. 기본의무의 근거
- V. 기본의무와 기본권의 관계
- VI. 결론

국문초록

기본의무는 국민이 국가공동체에 대하여 부담하는 헌법상의 의무이다. 기본 의무는 인간의 의무·국민의 의무, 도덕적 의무·불완전한 법적 의무·법적 의무, 고전적 기본의무·새로운 기본의무 등으로 구별할 수 있다. 기본의무는 1789년 프랑스 인권선언을 배경으로 각국의 역사적·사회적·사상적 배경 등을 기초로 각각 발전되어 왔다. 기본의무를 인정하는 헌법적 근거로는 헌법국가의 국가성, 헌법상 사회국가원리, 기본권의 동등한 보장, 인간의 존엄성 등이 제시된다. 그러나 이러한 하나의 근거에서 기본의무가 정당화되기 보다는

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 법학박사·한림대학교 법행정학부 부교수 (주저자)

** 법학박사·홍익대학교 법과대학 부교수 (공동저자)

기본의무의 성격과 내용 및 특징에 따라 위와 같은 근거들이 종합적으로 고려되어야 한다. 기본의무는 각각의 개별 기본권에 상응하는 기본의무의 내용이 항상 존재하지 않는다는 의미에서 기본권과 비대칭의 관계에 있다. 기본권과 기본의무를 대칭적 관계로 이해한다면 이는 과거 권위주의적 또는 독재국가의 헌법에서 초래된 위험성을 정당화시킬 수도 있다. 그러나 기본의무가 기본권을 배척한다는 의미에서 반자유주의적 성격, 즉 기본의무와 기본권의 상반적 관계를 인정할 수는 없다. 기본권과 기본의무는 각각의 영역에서 자유의 실현 또는 자유실현을 위한 국가질서의 구성이라는 서로 다른 역할을 수행하는 것으로, 양자는 대립의 관계가 아니라 공생의 관계에 있다고 보아야 한다. 기본의무는 특정한 기본권의 내용을 제한하는 것이 아니라 독자적 의무부와 규범으로 여러 상이한 기본권적 영역에 향해진다는 점, 기본의무는 기본권을 제한하는 목적이 아니라 기본권실현을 위한 국가질서의 구성을 위해 요구되는 것이라는 점에서 기본권제한과 동일시되거나 기본권제한의 개념에 포함되는 것으로 볼 수 없다.

주제어 : 기본의무, 인간의 의무, 국민의 의무, 도덕적 의무, 기본의무와 기본권의 관계, 기본의무와 기본권제한의 관계

1. 서론

우리 헌법은 제2장 「국민의 권리와 의무」라는 목록에서 헌법상 보장되는 국민의 일정한 권리와 헌법에 따라 부여되는 일정한 의무를 규정하고 있다. 여기에서 보장 또는 부과되는 국민의 권리와 의무는 각각 기본권 또는 기본의무로 불린다. 헌법 제2장에서 규정된 기본권과 기본의무는 「권리와 의무」라는 표제에서 나타나듯이, 일핏 형식적으로 대등한 지위에 있는 것으로 보인다. 그러나 헌법에 규정된 권리와 의무는 양적·내용적으로 보면 압도적으로 권리, 즉 기본권에 치중되어 있다. 우리 헌법이 실제 의무라는 표현으로 규정한 것은 제31조 제2항의 「교육을 받게 할 의무」, 제32조 제2항의 「근로의 의무」, 제

38조의 「납세의 의무」, 제39조의 「국방의 의무」에 관한 4개의 조항에 그치고, 나머지 대부분의 규정들은 권리에 관한 내용이기 때문이다.

형식적으로는 권리와 의무를 대등하게 규정하고 있으나 내용적으로 권리에 치중된 이러한 불균형은 단지 헌법전에서만이 아니라, 이에 대한 의미를 해석하고 관련 문제를 해결하는 헌법학계와 헌법재판소의 판례에서도 나타난다. 지금까지 헌법 제2장에 대한 우리 헌법학계에서의 논의는 주로 기본권에 대해서만 전개되었을 뿐, 기본의무에 대한 논의는 거의 없었다.¹⁾ 헌법재판소의 판례에서도 논의의 대부분은 기본권에 관한 것이었으며, 기본의무를 중점적으로 다룬 사건은 거의 찾아볼 수 없다.

물론 헌법은 국민의 기본권을 보장하기 위한 국가의 최고법이라는 점에서 헌법의 목적에 해당되는 기본권을 중심으로 헌법적 논의가 이루어지고 있다는 것 자체를 비판할 수는 없다. 그러나 누구나 권리만을 주장하고 의무를 이행하지 않는다면 진정한 권리는 실현될 수 없다는 점, 실질적인 권리의 실현은 일정한 의무의 이행을 전제로 한다는 점, 따라서 권리의 이면에는 항상 의무가 존재해 왔으며 이러한 태도에 따라 우리 헌법도 제2장의 표제어를 「국민의 권리」가 아닌 「국민의 권리와 의무」로 규정하고 있다는 점 등을 비추어 볼 때, 기본의무에 대한 헌법적 논의의 중요성도 결코 경시될 수는 없을 것이다. 기본의무에 대한 논의의 필요성은, 바이마르공화국 헌법과는 달리 기본법제정 당시 의도적으로 의무를 배제시키고 권리만을 중심으로 기본법을 구성한 독일에서도 여러 차례 확인된바 있다.²⁾ 이러한 논의의 내용은 기본의무란 도대

1) 지금까지 발표된 헌법상의 기본의무에 대한 대표적인 연구로는 장영수, 헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조, 법학논집 33(1997), 51쪽 이하; 홍성방, 국민의 기본의무 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구 34-4-1(2006), 309쪽 이하; 헌법재판소, 헌법상 기본의무에 관한 연구, 헌법재판연구 제23권(2012)를 들 수 있다.

2) 독일에서는 1982년 콘스탄츠에서 개최된 공법학자대회에서 기본의무가 주제로 채택된 이래 본격적인 논의가 시작되었다. 이에 대해서는 *Volkmar Götz*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 7 ff.; *Hasso Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 42 ff. 참조. 나아가 기본의무에 대한 대표적인 단행본으로는 *Otto Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Dunker & Humblot 1988; *Thorsten Ingo Schmidt*, Grundpflichten, Nomos 1999가 있으며, 대표적인 논문으로는 *Albrecht Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, in: HBG II, § 37 등이 있다.

채 무엇이며 어디에서 기원하는가, 기본의무를 인정하는 근거는 무엇인가 그리고 기본의무는 기본권 특히 기본권의 제한과 어떠한 관계를 가지고 있는가 등으로 요약할 수 있다.

이와 같이 기본의무에 대해 제기되는 여러 헌법적 문제점들을 검토해 보는 것은, 이와 관련된 문제의 직접적인 해결을 위해서만이 아니라 기본의무에 대한 좀 더 깊이 있는 학계의 논의를 유도한다는 점에서도 매우 의미 있는 일이라고 판단된다. 따라서 이하에서는 기본의무에 대한 여러 헌법적 문제들을 소개하고 이를 논의해 보고자 한다. 우선 기본의무의 일반적 내용으로서 그 개념(Ⅱ)과 역사적 발전과정(Ⅲ)을 살펴보고자 한다. 다음으로 기본의무의 근거(Ⅳ) 및 기본권과 기본의무의 관계(Ⅴ)를 각각 논의해 보고자 한다.

Ⅱ. 기본의무의 개념과 분류

1. 기본의무의 개념

1) 기본의무에 대한 다양한 개념정의들

우리 헌법은 기본권과 기본의무에 해당되는 일정한 권리와 의무들을 규정하고 있지만, 양자의 개념을 직접 언급하지는 않고 있다. 결국 기본의무의 개념정의는, 기본권과 마찬가지로 학설과 판례에 맡겨지게 된 것이다. 이에 따라 기본의무에 대해서는 지금까지 다양한 개념들이 등장하게 되었다. 가령 “헌법이 국민으로 하여금 국가 또는 공동체에 대하여 반대급부 없이 특정한 작위 또는 부작위의 행위를 하도록 강제하는 부담,”³⁾ “개인이 국가에 대하여 부담하여야 하는 헌법상의 급부, 부작위, 작위 등의 의무로서 국가공동체의 존속을 위하여 불가결한 것,”⁴⁾ “국민이 국가구성원으로서 부담하는 여러 의무 가운데서 특히 헌법이 규정하고 있는 의무,”⁵⁾ “국가구성원인 국민이 부담하여야

3) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2013, 880쪽.

4) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2004, 803쪽 이하.

하는 헌법상 의무.”⁶⁾ “국가의 형성과 유지에 관하여 국민이 주권자로서 지는 의무.”⁷⁾ “국민이 통치대상으로서의 지위에서 부담하는 기본적 의무”⁸⁾ 등이 그것이다.

이러한 사정은 비록 명시적으로 기본의무라는 개념을 인정하지 않고 있지만, 학설과 판례를 통해 기본의무에 상응하는 일정한 의무가 존재하는 것으로 인정되는 독일 기본법 하에서도 마찬가지이다. 독일의 경우에도 기본의무의 개념에 대해서 매우 다양한 견해가 존재한다.⁹⁾ 가령 “공공복리를 위해 헌법상 요구되는 시민의 기여의무,”¹⁰⁾ “국가공동체가 국가의 정치적 존립을 유지하기 위해 개인에 대해 요구하는 기본권과 유사한 것,”¹¹⁾ “인간과 국민에 대하여 헌법에서 확정된, 개인의 기본지위를 결정하고 공동체를 위하여 특별한 의미를 가지며 공동체에 의하여 요구될 수 있는 법적 의무”¹²⁾ 등이 그것이다.

2) 기본의무의 개념적 특징들

기본의무에 대해 존재하는 이와 같은 다양한 개념들을 기초로 공통된 내용을 정리하면 다음과 같다. 기본의무는 국민이 국가공동체에 대해서 부담하는 헌법상의 의무라는 점이 그것이다. 기본의무의 이러한 개념적 특징은 기본권의 개념에 대한 논의에서도 그 유사점을 발견할 수 있다. 기본권의 개념정의 또한 그동안 학설과 판례를 통한 다양한 시도의 결과, “헌법상 보장된 국민의 기본적 권리”로 이해되기 때문이다. 그러므로 기본의무의 개념에서도 다음과

5) 홍성방, 헌법학(중), 박영사 2010, 389쪽.

6) 성낙인, 헌법학, 법문사 2011, 828쪽.

7) 장영수, 헌법학, 홍문사 2007, 921쪽.

8) 김철수, 헌법학개론, 박영사 2010, 1112쪽.

9) 기본의무의 개념에 대한 독일의 논의에 대해서는 O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 49 ff.; A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 17 ff.; Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 29 ff.; 헌법재판소, 앞의 책(주 1), 2쪽 이하 참조.

10) V. Götz, 앞의 논문(주 2), 7(12).

11) H. Hofmann, 앞의 논문(주 2), 42(47).

12) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, C. H. Beck 1994, S. 999.

같은 세 가지의 중요한 요소들을 구분해 볼 수 있다. 즉 기본의무는 ① 헌법상 부과된 것이라는 점, ② 국민이 그 부담의 주체라는 점, ③ 기본의무는 국가공동체에 대해 부담하는 의무라는 점이 그것이다.

첫째, 기본의무는 헌법상 부과된 의무이다. 따라서 국민 개개인이 국가공동체에 대해서 부담하는 법률상의 의무는 기본의무에 해당되지 않는다. 이는 기본권의 개념이 헌법상 보장된 권리이지, 결코 법률상의 권리를 의미하지 않는다는 점과 유사한 맥락에서 이해할 수 있다.¹³⁾ 가령 집회의 자유가 집회및시위에관한법률에서만 보장된다면 집회의 자유를 기본권이라고 부를 수는 없을 것이다. 집회의 자유는 집회및시위에관한법률 제1조를 통해서도 보장되지만, 헌법 제21조 제1항을 통해 보장되기 때문에 법률상의 권리가 아닌 헌법상의 기본권이라고 부르는 것이다. 마찬가지로 형사소송법상의 증언의무도 비록 재판절차에서 매우 중요한 의무의 하나이기는 하지만(형사소송법 제161조 제1항), 헌법에 의해 부과된 의무가 아니라 법률상의 의무라는 점에서 기본의무에 해당된다고는 할 수 없는 것이다. 기본의무를 헌법상 부과된 의무에 한정시키지 않고 법률상의 의무까지 모두 포함하는 것으로 파악한다면, 기본의무에 해당되는 국민 개개인의 의무는 지나치게 많이 등장하게 될 것이다. 그렇다면 기본의무에 대한 공통적 성격 및 국가공동체의 구성에 대한 비중을 제대로 파악할 수 없게 된다. 기본의무를 헌법상 부과된 의무라고 한정하는 경우에도, 기본의무는 헌법에 명시된 것만을 의미하는지 아니면 명문규정은 없지만 해석을 통해 헌법에 내제된 것으로 볼 수 있는 것도 포함되는지의 여부에 대해서는 여전히 다툼이 존재한다.¹⁴⁾

둘째, 기본의무의 주체는 일차적으로 국민이라는 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 대부분의 견해는 기본의무를 헌법상 부여된 국민의 의무라고 하여 기본의무의 주체를 일차적으로 국민에 한정시키고 있다. 이러한 태도는 우선 헌법상의 명문규정을 그 근거로 한다. 우리 헌법 제2장의 표제가 「국민의 권리와 의무」라고 되어 있을 뿐만 아니라, 기본의무에 해당되는 개별 규정들에

13) Detlef Merten, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: HGR II, § 35 Rn. 67.

14) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 19.

서도 “국민은 … 의무를 진다.”라는 식으로 규정하고 있기 때문이다. 그러나 헌법상의 문구만을 근거로 기본의무의 주체를 대한민국 국적을 보유한 자연인에게만 한정시키는 것은 지나치게 형식적인 태도이다. 기본의무와 동일한 헌법상의 명문규정에도 불구하고, 기본권의 주체는 자연인만이 아니라 법인에게도, 내국인만이 아니라 외국인에게도 일정 범위에서 인정된다고 보기 때문이다.¹⁵⁾ 따라서 기본의무의 경우에도 각각 기본의무의 성격과 유형에 따라, 자연인과 법인 또는 내국인과 외국인 등으로 그 주체를 논의해 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

셋째, 기본의무의 효력 또는 수규자(受規者)는 국가라는 것이다. 기본의무는 국민이 국가에 대하여 부담하는 것이기 때문에 기본의무에 대한 규정은 국민과 국가와의 관계에서 그 효력을 가진다. 그러나 기본의무는 국민과 국가와의 관계에서만 아니라 국민들 상호간, 즉 개인 상호간의 관계에서도 효력을 가질 수 있는지의 문제가 제기될 수 있다.¹⁷⁾ 마치 기본권의 대사인적 효력에 대한 논의에서와 마찬가지로, 기본의무도 사인 상호간의 관계에서도 그 효력이 문제될 수 있기 때문이다. 결국 이러한 문제는 이른바 기본의무의 제3자적 효력(Drittwirkung der Grundpflichten)이라는 주제로 논의될 수 있을 것이다.¹⁸⁾

2. 기본의무의 분류

기본권의 경우와 마찬가지로, 기본의무도 하나의 기준으로 명확하게 분류하기는 어렵다. 어느 하나의 분류유형에 해당되지 않는 기본의무가 있을 뿐만 아니라, 동시에 여러 가지 속성을 가진 기본의무도 존재하기 때문이다. 따라서 기본의무의 분류에는 다음과 같이 다양한 기준들이 제시된다.

15) 계희열, 앞의 책(주 4), 58쪽 이하; 김철수, 앞의 책(주 8), 315쪽 이하; 정종섭, 앞의 책(주 3), 314쪽 이하.

16) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 20.

17) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 34 f.

18) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 62.

1) 인간의 의무 · 국민의 의무

기본권이 인간의 권리와 국민의 권리로 분류되는 것과 마찬가지로, 기본의무도 인간의 의무와 국민의 의무로 분류된다.

인간의 의무란 국민에게 한정된 의무가 아니라, 국적을 불문하고 모든 인간에게 부여되는 의무이다.¹⁹⁾ 인간의 의무가 도출되는 근거 및 구체적인 내용과 관련하여 다음과 같은 다양한 시도가 존재한다. 첫째, 자연법에 근거하여 인간의 의무를 설명하는 방법이 있다. 이에 따르면 실정법에 근거한 의무와 자연법에 근거한 의무를 구분하여, 자연법에 근거한 의무가 인간의 의무에 해당된다. 둘째, 각각의 국가에서 인정되는 의무를 모두 취합한 다음, 특정한 국가에만 한정된 것이 아니라 모든 국가에서 공통으로 인정되는 의무를 인간의 의무로 이해하는 방법이다. 셋째, 의무규정에 대한 효력대상 또는 효력근거를 기준으로 인간의 의무를 설명하는 방법도 있다. 가령 국가를 대상으로 부여된 의무가 아니라 다른 (동료) 인간들을 대상으로 부여되는 의무를 인간의 의무로 파악하는 것이다. 가령 인간의 의무를 국제법에 근거를 둔 의무로 파악하여 특정한 국내법에만 근거한 의무와 구분하려는 시도도 여기에 해당된다. 이러한 방법들을 종합해 보면, 결국 인간의 의무에는 다른 사람들에게 손해를 끼치지 아니할 의무, 다른 사람들을 동등하게 대우할 의무, 어려운 상황에 처한 다른 사람들을 도와줄 의무, 자연을 보호할 의무 등이 해당된다.²⁰⁾

반면 국민의 의무란 한 나라의 국적을 보유한 국민에 대해서만 부여되는 의무를 의미한다. 이는 국적의 보유 여부와 관계없이 모든 인간에게 부여되는 것으로 이해되는 인간의 의무에 대응되는 개념이다. 국민의 의무에는 국방의 의무, 납세의 의무, 재산권행사의 의무 등이 해당된다.²¹⁾

2) 도덕적 의무 · 불완전한 법적의무 · 완전한 법적의무

19) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 39 ff.

20) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 53 f.

21) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 41 f.

기본의무는 이에 대한 법적 구속력의 근거와 정도를 기준으로 도덕적 의무·불완전한 법적 의무·완전한 법적 의무로 분류된다.

도덕적 의무란 법이 아닌 도덕상의 의무를 나타낸다.²²⁾ 법과 도덕의 관계를 고려할 때, 법과 도덕의 영역을 명확하게 구분하기는 매우 어렵다. 따라서 법적 의무와 도덕적 의무의 영역을 구분하는 것도 간단한 일은 아니다. 이에 대해서는 헌법상 규정된 형식이 일차적 기준으로 제시된다. 헌법의 명문규정으로 일정한 작위 또는 부작위가 규정된 경우와 단순한 목표 또는 이념이 제시된 경우로 양자를 구분하자는 것이다.²³⁾ 그 밖에 헌법규범의 성립사를 통해 법적 의무가 아닌 도덕적 의무임을 확인할 수 있는 경우²⁴⁾ 또는 그 의무의 목적과 성격상 명백하게 법적 의무가 아닌 도덕적 의무로 해석될 수 있는 경우²⁵⁾ 등이 도덕적 의무의 예로 거론된다.

불완전한 법적의무란 법적 의무에 해당되지만, 국가기관을 통해 전혀 이행될 수 없거나 또는 불충분하게만 이행될 수 있는 의무를 의미한다.²⁶⁾ 나아가 법적 의무로 규정되어 있기는 하지만, 불이행에 대한 어떠한 제재도 가해지지 않는 경우가 불완전한 법적 의무로 설명되기도 한다. 이러한 의미에서 불완전한 법적의무는 불완전한 법(*lex imperfecta*) 또는 책무(*責務, Obliegenheit*)로 불리기도 한다. 가령 우리 헌법 제23조 제2항과 마찬가지로 「재산권의 공공복리 적합의무」를 규정한 독일 기본법 제14조 제2항 또는 사회국가원리에서 도출되는 「연대성의무」 등이 그 예로 거론된다.²⁷⁾

완전한 법적의무란 그 의무의 내용을 이행하지 않은 경우 일정한 제재가 가해지는 법적 의무를 의미한다.²⁸⁾ 이는 불완전한 법적의무와 대응하여 완전한

22) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 120.

23) 가령 우리 헌법 전문에 규정된 「조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명」, 「우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것」 등이 도덕적 의무에 해당된다는 것이다. *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 120.

24) 1919년 바이마르 공화국 헌법 제153조 제3항 제1문의 근로의 의무가 이에 대한 예로 설명된다. *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 121.

25) 선거 또는 투표에 참여할 의무가 헌법상 규정된 경우에 이를 법적 의무로 해석하기보다는 도덕적 의무로 해석하는 것이 더 타당하다고 한다. *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 121쪽.

26) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 121.

27) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 121.

법(*leges perfectae*)으로 불리기도 한다. 완전한 법적의무의 불이행에 대한 제재는 헌법에서 직접 또는 일반 법률규정을 통해 부과되기도 한다. 그러나 이러한 제재가 헌법에서 직접 규정된 경우는 매우 드물다고 한다.²⁹⁾ 완전한 법적 의무의 내용은 헌법에 규정되어 있지만, 그 불이행에 대한 강제는 일반법률을 통해 부과되는 것이 대부분이라고 한다. 형법상의 각종 형벌을 통한 제재, 행정법규를 통한 각종 과태료의 부과, 민법상의 손해배상제도 등이 모두 이에 해당된다는 것이다.

3) 고전적 기본의무 · 새로운 기본의무

이 분류는 주로 국내 학자들에 의해 시도된 방법으로, 기본의무가 등장하게 된 역사적 과정을 기준으로 한 것이다.

고전적 기본의무란 헌법전에 기본의무가 규정되기 시작한 이후인 근대 입헌주의헌법에서부터 부과된 의무를 의미하며, 전통적 기본의무 또는 본래의 기본의무라고도 한다.³⁰⁾ 기본의무 사상이 발전되기 시작한 18세기 말부터 각국의 헌법에 등장하게 된 여러 의무들 중에서, 1919년 바이마르 공화국 헌법에서 새롭게 등장하게 된 의무들을 제외한 기본의무들이 이에 해당된다고 한다. 가령 법률에 복종할 의무, 병역의 의무, 납세의 의무 등이 이에 해당된다. 이러한 고전적 기본의무는 주로 국가질서의 유지를 목적으로 한 것으로, 근대 국가가 성립되기 시작한 이래 국가의 존립을 위해 필요한 내용을 중심으로 형성되었다고 한다.³¹⁾

새로운 기본의무란 1919년 바이마르 공화국 헌법에서 시작된 기본의무, 다시 말해 현대 사회국가적 헌법에서 새롭게 규정된 기본의무를 의미한다.³²⁾ 새

28) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 121.

29) 우리 헌법 제8조 제4항과 마찬가지로 독일기본법 제21조 제2항의 방어적 민주주의를 통해 정당에 대해 부과하는 「자유민주적 기본질서를 침해하지 아니할 의무」 또는 독일 기본법 제18조의 기본권실효제도를 통한 「자유민주적 기본질서를 침해하지 아니할 의무」 등이 이에 해당된다고 한다. *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 127.

30) 김철수, 앞의 책(주 8), 1112쪽.

31) 김철수, 앞의 책(주 8), 1113쪽.

로운 기본의무에는 교육의 의무, 환경보전의 의무, 재산권행사의 공공복리 적합의무 등이 해당된다. 새로운 기본의무는 특히 사회국가사상의 발전과 함께 도입된 내용으로 사회적 정의의 실현을 위한 경제적·문화적 영역에서 요구되는 내용을 중심으로 형성되었다고 한다.³³⁾

Ⅲ. 기본의무의 역사적 발전과정

기본의무의 역사적 발전과정에 대해서는 기본의무가 법사학적으로 어떠한 과정을 거치면서 형성·발전되어 왔는지, 그리고 이에 대한 사상적 배경은 어떠한 것이었는지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

1. 기본의무의 법사학적 발전과정

1) 1789년 프랑스 인권선언과 기본의무

1789년 프랑스 혁명이래 시민의 권리를 기본권의 형태로 보장하는 헌법제정의 움직임과 함께, 국가에 대한 시민의 일정한 의무를 부과하는 내용도 헌법에서 등장하기 시작하였다.³⁴⁾ 이는 당시 인권선언의 기초가 된 개인의 생명·자유·재산 등을 보호하기 위해서 필요한 국가조직의 유지에 대한 일정한 비용이나 활동은 시민이 공동으로 분담하여야 한다는 사상에 기초한 것이었다.

그러나 1789년 프랑스 인권선언을 작성하는 국민회의에서 시민의 권리와 의무에 일정한 의무도 규정할 것인가에 대해서는 논란이 있었다. 권리와 의무를 동등하게 규정해야 한다는 견해들은 다음과 같은 논거들을 제시하였다.³⁵⁾ 첫째, 권리와 의무는 상호 의존관계에 있다는 것이다. 권리와 의무는 서로 분리

32) 홍성방, 앞의 논문(주 1), 320쪽.

33) 김철수, 앞의 논문(주 8), 1113쪽.

34) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 51 ff.

35) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 66 f.

될 수 없으며, 따라서 의무규정 없는 권리선언은 불충분하다는 것이다. 둘째, 인권선언에서 일방적으로 권리의 측면만 강조한다면 시민들은 이로부터 무제한의 자유를 주장하려 할 것이라는 우려이다. 이러한 가능성은 당시와 같이 정치적으로 불안정한 시기에는 특히 더 위험하다는 것이다. 셋째, 권리만을 일방적으로 강조하게 된다면 인간의 이기심과 오만함이 더욱 더 커지게 될 것이라는 점이다. 반면 권리와 의무를 동등하게 강조한다면 인간의 이러한 부정적 심리가 완화될 수 있다는 것이다. 넷째, 의무를 강조하는 정신적 기초는 윤리성(도덕성)에 기인한 것만이 아니라, 종교적인 측면에서도 그 이유가 있다고 한다. 종교적인 계기에서 발생하는 의무를 강조하게 되면 국가 내에서 교회의 지위를 안정화시킬 수 있다는 것이다.

이러한 주장은 국민회의에서 다수견해의 지지를 받지 못하였다. 물론 다수견해가 의무규정의 존재 자체를 근본적으로 반대한 것은 아니었지만, 다음과 같은 이유에서 권리와 의무의 동등한 규정이 불필요하다고 보았다.³⁶⁾ 첫째, 인간의 이성에 대한 믿음이다. 인간은 이성적인 힘을 통해서 무제한한 자유와 권리에 대한 자연적인 한계를 인식할 수 있다는 점이다. 둘째, 권리행사의 남용은 교육을 통해 충분히 예방할 수 있다는 것이다. 인간은 교육을 통해 자신의 권리가 어디까지 존재하는가에 대한 한계점과 타인의 권리를 존중해 주어야만 자신의 권리도 보장된다는 점 등을 충분히 깨닫게 된다는 것이다.

이러한 배경으로 1789년 프랑스 인권선언은 권리의 측면, 특히 자유의 보장에 중점을 두었으며 의무규정은 자유와 법률의 관계에 대한 내용 등에서 제한적으로 반영되었다. 우선 인권선언은 서문에서 "... 이로서 이 선언은 모든 사회 구성원에게 항상 현존하는 것이고, 끊임없이 권리와 의무를 상기시키는 것이다."라고 하여 의무라는 표현을 사용하고 있다. 나아가 국민회의에서 논의되었던 「자유에 대한 제한」으로서의 의무규정은 인권선언 제4조의 일반적 행동의 자유에 대한 내용에서 반영되었다. "자유는 타인에게 손해를 가하지 않는, 모든 것을 행하는 것에 존재한다. 따라서 모든 인간의 자연권의 행사는 단지 다른 사회 구성원에 대해 동등한 권리의 향유를 보장하는 곳에서

36) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 67 f.

만 그 한계를 가지는 것이다. 이러한 한계는 오로지 법률을 통해서만 확정될 수 있는 것이다.”라는 부분이 그것이다.

반면 1791년 프랑스 헌법에서는 1789년 프랑스 인권선언의 경우보다 의무를 강화하는 경향으로 변화되었다. 특히 동 헌법은 일반적 시민과 능동적 시민을 구분하여 선거권이 부여되는 능동적 시민에게는 보다 많은 권리와 의무를 부과하고 있었다.³⁷⁾ 이후 1795년 프랑스 헌법에서는 권리와 이에 상응하는 기본 의무가 포괄적으로 규정되었다. 동 헌법은 1789년 인권선언 당시 논의된 기본 의무에 대한 내용이 대부분 반영되어, 「인간과 시민의 권리와 의무」라는 표제 하에 22개의 권리조항과 9개의 의무조항을 규정하고 있었다.³⁸⁾

2) 독일에서의 기본의무 발전과정

1789년 프랑스 혁명 이후 일련의 헌법제정움직임으로부터 강하게 영향을 받은 남부와 중부의 독일에서도 개인의 권리보장과 이에 대응한 의무부과에 대한 논의가 초기 입헌주의시대의 헌법에 반영되었다. 가령 법률에 대한 복종의 의무, 조세의 의무, 재산권양도의 의무, 병역의 의무 등이 그 예이다.³⁹⁾ 초기 입헌주의 시대에 반영된 기본의무들은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 당시의 기본의무는 입헌주의 헌법 그 자체와 처음부터 밀접하게 관련된 것으로 여겨졌다는 점이다. 가령 조세를 납부하여 국가의 필요경비를 충족시켜야 한다는 내용의 납세의무는 국민대표가 허용한 경우에만 가능하다는 내용과 결합하여 부과되었다. 둘째, 기본의무는 기본권의 보장과 함께 근대 국가의 본질적 특징을 형성한다는 이유로 당시 헌법의 본질적 내용을 형성하는 것으로 이해되었다는 점이다. 이러한 내용은 과거 군주국가 시대 일부 특권계층에 대해서만 부과

37) 가령 능동적 시민에게는 단지 프랑스인이라는 요건 이외에도 일정기간 프랑스 내에서 거주하고 있을 것, 최소한의 과세(당시에는 3일간 근로임금의 가치)를 납부할 것, 병역을 수행할 능력이 있으며 병역의무의 이행에 대한 국민명부에 기재되어 있어야 하고 「국가·법률·국왕에 대한 충성 및 헌법에 대한 수호」를 선서할 것 등의 의무가 부과되었다. O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 73.

38) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 83.

39) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 52.

되었던 권리와 의무가 점차 모든 시민에게 확대된 것으로 볼 수 있다. 모든 시민에게 일반적으로 부과되기 시작한 납세와 병역의 의무가 그 예이다.⁴⁰⁾

1849년 독일제국헌법(파울교회헌법)은 무려 60여개 조항의 기본권규정을 마련하여 기본권 보장에 집중하고 있었으나, 일정한 내용의 기본의무도 규정하고 있었다. 가령 병역의 의무, 납세의 의무, 재산권 양도의 의무, 취학의 의무⁴¹⁾ 등이 그것이다.⁴²⁾ 1866년 북독일연맹 헌법과 1871년 독일제국헌법(비스마르크 헌법)은 국가조직에 관한 규정만을 두고, 국가와 시민의 관계 특히 기본권에 대한 규정들을 대부분 연방법률이나 개별 지방국에 위임하고 있었다.⁴³⁾ 따라서 당시에는 단지 병역의 의무만이 헌법적 차원에서 규정되어 있었다.

1919년 바이마르 헌법은 독일의 헌법사에서 최초로 포괄적인 기본의무규정을 두고 있었다. 동헌법은 제2부의 「독일인의 기본권과 기본의무들」이란 표제 하에 기본권과 함께 기본의무도 비교적 포괄적으로 규정하고 있었다. 여기에는 납세의 의무(제134조), 병역의 의무(제133조 제2항), 재산권양도의 의무(제153조 제2항) 등과 같이, 기존헌법에서 전해내려 온 고전적 의미의 기본의무만이 아니라, 새로운 내용의 기본의무도 포함되었다. 기존의 취학의 의무를 등교의 의무로 변경한 내용(제145조), 부모의 자녀에 대한 양육의무(제120조), 명예공직에 취임할 의무(제132조) 등이 그 예이다. 특히 바이마르 헌법은 일련의 사회적 기본권을 채택한 것과 마찬가지로, 헌법의 사회적·경제적 영역에서도 일정한 기본의무를 도입하였다. 가령 재산권 일반에 대한 사회적 의무성(제153조 제3항), 토지에 대한 사회적 의무성(제155조), 보상 없는 수용에 대한 수인의무(제153조 제2항 제2분), 근로의 의무(제163조 제1항) 등이 그것이다.

그러나 바이마르 헌법에서 규정되었던 이와 같은 방대한 내용의 기본의무

40) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 96 f.

41) 당시 파울교회헌법의 취학의 의무는 보호하는 자녀를 최소한의 수업에 참여시키도록 개인에게 의무를 부과하는 내용만이 아니라, 국가에 대해 공교육체계 확립을 위한 의무부과의 내용이 보다 강하다고 평가할 수 있다. 이에 따라 당시 교회가 주도하던 초등교육체계 대신 국가에 의한 국민학교(Volksschule)라는 교육제도가 마련되었으며, 이는 교육과 관련된 사항에서 교회와 국가의 관계를 분리시키고자 한 시도로 평가되고 있다. O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 139 ff.

42) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 131 ff.

43) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 52 f.

는 실제 헌법현실에서 거의 실현되지 못했다는 평가를 받았다.⁴⁴⁾ 이에 대해서는 다음과 같은 원인들이 제시된다. 우선 당시 헌법상의 기본의무에 대한 이행 여부를 재판을 통해 구체화할 수 있는 헌법재판제도가 존재하지 않았다는 점, 동헌법은 1933년까지 14년이라는 비교적 짧은 기간에만 효력을 유지하고 있었다는 점이 지적된다. 특히 이러한 제한된 기간 내에, 그렇지 않아도 방대한 내용의 기본권과 특히 사회적 기본권의 법적 성격 및 효력에 대한 논의에 지쳐있는 상황에서, 당시 헌법학계는 기본의무의 내용과 성격에 대해서까지 논의를 확대할 여력이 없었다는 점이 지적되고 있다.⁴⁵⁾

바이마르 공화국의 혼란기에 등장한 나치정권은 바이마르 헌법에서 보장된 기본권들을 모두 배제하고 그 위에 광범위한 내용의 의무구조를 구축하였다. 나치정권의 의무사상은 이른바 모든 독일국민들에 대한 포괄적인 충성의 의무로 대표될 수 있다.⁴⁶⁾ 1934년에는 제국 명령⁴⁷⁾의 형태로 제국근로봉사라는 내용의 근로의 의무가 도입되었으며, 1935년에 베르사유조약에 반하는 내용의 병역의 의무가 다시 도입되었다. 나치정권이 도입한 위와 같은 의무들은 결코 헌법에서 보장된 헌법상의 기본의무는 아니었다. 그러나 나치정권이 헌법규정을 배제하고 일반 법률의 형태로 모든 통치의 기반을 마련했었다는 점에서 볼 때, 위와 같은 의무규정들은 모든 독일국민을 직접 구속하는 초헌법적 효력을 가지고 있는 것이었다.⁴⁸⁾

이와 같은 헌법유린의 역사에 대한 반성으로 1948년 제정된 독일 기본법은 제1부의 표제를 과거 바이마르 헌법과 같이 「기본권과 기본의무」가 아니라, 단지 「기본권」이라고 지칭하였다. 나아가 기본법은 기본의무에 대한 조항을 도입하지 않았으며, 기본의무라는 표현도 일체 사용하지 않아, 이른바 「바이마르 공화국 헌법으로부터의 전향」(Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung)⁴⁹⁾

44) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 53 f.

45) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 308.

46) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 54.

47) Verordnung vom 13. Dezember 1934(RGBl. I, 1235).

48) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 55.

49) Hasso Hofmann, Grundpflichten und Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, C. F. Müller 2000, § 114, 322.

이라는 태도를 분명히 하였다. 이와 같은 태도는 다음과 같은 이유로 설명될 수 있다.⁵⁰⁾ 첫째, 기본법은 기본권규정이 지나치게 많고 특히 광범위한 사회적 기본권의 법적 성격으로 인해 논란이 되었던 바이마르 공화국 헌법의 문제점에 대한 반성이었다는 점이다. 바이마르 헌법에 대한 반성으로 기본권의 (주관적) 권리성을 보장하기 위한 시도였다는 점이다. 둘째, 기본법은 지나치게 의무규정을 강조하였던 나치정권에 대한 반작용이었다는 점이다. 국가전체의 이익이라는 명목으로 개인의 자유를 무참하게 제한하고 희생하도록 강요했던 나치정권에 대한 반성으로, 자유권 중심으로 기본권을 축소하고 기본의 무라는 개념 자체를 인정하지 않았다는 것이다. 셋째, 기본의무에 해당되는 내용들이 대부분 도덕적·윤리적 성격의 것에 해당된다는 점이다. 이러한 내용들은 법적 권리와 의무만으로 기본법의 내용을 제한하고자 했던 기본법제정자의 의도와 부합하지 않았다는 것이다.

그러나 기본의무라는 개념을 사용하지 않았어도, 기본법에서 기본의무에 해당되는 내용이 전혀 도출되지 않는 것은 아니다. 기본법의 해석을 통해 기본법상 직접적 또는 간접적으로 기본의무에 해당되는 내용들이 도출된다고 보기 때문이다. 가령 기본법 제6조 제2항 제1문의 부모의 양육의무, 제12a조 제1항의 병역의 의무, 제14조 제2항의 재산권행사 공공복리 적합의무, 제26조 제1항의 평화적 공존의무, 제33조 제4항의 공무원의 충성의무가 기본법을 통해 직접 도출되는 기본의무로 해석된다.⁵¹⁾ 나아가 법률에 대한 복종의 의무, 납세의 의무 등은 기본법을 통해 간접적으로 도출되는 의무로 설명된다.⁵²⁾

2. 기본의무의 사상적 발전과정

기본의무의 역사적 발전과정에서 살펴본 것과 같이 기본의무가 헌법에 도입된 것은 각국의 오랜 역사적·문화적·사상적 배경을 전제로 한다. 따라서

50) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 13 ff.

51) Christoph Gusy, Grundpflichten und Grundgesetz, JZ 1982, 657, 657(658 ff.): K. Stern, 앞의 책(주 12), 1017 ff.

52) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 37 ff.

기본의무가 어떠한 이념적·사상적 배경으로 발전해 왔는가를 살펴보는 것은 기본의무를 이해하는 데에 많은 도움이 될 것이다.

1) 성경

서양에서 기본의무의 사상적 기원은 성경에서 찾아볼 수 있다. 성경에서 제시된 신에 대한 인간의 의무, 인간 상호간의 의무 또는 종교적 세계질서에 대한 의무 등이 그것이다. 가령 구약성경에 있는 10계명(출애굽기 제20장), 출애굽기의 여러 법령들,⁵³⁾ 레위기의 일상과 종교의식에 대한 여러 법률들(레위기 제17장 이하) 등이 그것이다. 나아가 신약성경에 있는 이른바 황금률,⁵⁴⁾ 속세의 질서에 대한 복종의무,⁵⁵⁾ 신에 대한 복종의무(사도행전 제5장 제29절) 등이 그것이다. 이러한 성경의 내용들은 법질서에 대한 복종의무, 인간 상호간의 배려의무 등과 같은 기본의무의 등장에 중요한 영향을 미쳤다고 평가된다.⁵⁶⁾

2) 고대 스토아 철학

고대 스토아 철학에서 의무라는 개념을 체계화한 철학자는 제논(*Zenon von Kition*, BC 335 - 263)을 선두로 키케로(*Marcus Cicero*, BC 106 - 43), 세네카(*Lucius Annaeus Seneca*, BC 4 - AD 65), 아우렐리우스(*Marcus Aurelius*, AD 121 - 180) 등을 들 수 있다.⁵⁷⁾ 이들에 의하면 인간은 정의, 용맹, 자기지배, 인간성의 실현에 대한 기본적 도덕성을 가지고 있다고 한다. 그러나 당시 스토아 철학에서는 도덕적 의무와 법적 의무가 구분되지 않았다. 법과 도덕은 상호 결합되어 나타난다고 보았기 때문이다.⁵⁸⁾

53) 가령 출애굽기 제21장 종에 관한 법령, 살인에 관한 법령, 과실치사 및 과실치상에 관한 법령, 절도죄에 관한 법령, 손해배상에 관한 법령 등.

54) “너희는 남에게서 바라는 대로 남에게 해 주어라.” 마태복음 제7장 제12절, 루카복음 제6장 제31절 등.

55) “누구나 자기를 지배하는 권위에 복종해야 합니다.” 로마서 제13장 제1절, 마태복음 제8장 제9절 등.

56) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 58.

57) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 58.

3) 중세 신학자들

4세기경 이탈리아에서 활동한 신학자 아우구스티누스(*Sanctus Aurelius Augustinus*, 354 - 430)는 자신의 대표적 저서인 신국론(神國論, *De civitate dei*)에서 2개의 국가를 설명하고 있다. 신이 지배하는 신의 국가(*civitas dei*)와 인간이 지배하는 속세의 국가(*civitas terrena*)가 그것이다. 아우구스티누스는 속세의 국가를 악마의 국가(*civitas diaboli*)라고 하여 이에 대한 근본적인 회의를 나타냈지만, 간접적으로 신의 국가에서 전해오는 국가의 평화적 기능을 강조하기도 하였다. 이러한 맥락에서 속세의 국가에서 유지되어야 할 법률에 대한 복종의 의무를 강조했다. 종교적 신성성을 해하지 않는 한 그리고 속세의 삶을 유지하는 데에 기여가 되는 한, 법률에 대한 복종의 의무가 매우 요청된다는 것이다.⁵⁹⁾

중세 이탈리아의 신학자 아퀴나스(*Thomas von Aquin*, 1225 - 1274)는 인간의 공동체 구속성을 기초로 공공복리에 따라 행동해야 할 의무, 특히 보편적 정의(*iustitia universalis*)의 요소로 법에 복종할 의무를 강조하였다.⁶⁰⁾ 법에 복종할 의무는 삼라만상을 지배하는 신이 우주 만물에 관하여 영구적으로 계획한 영원법(永遠法, *lex aeterna*), 인간사회의 질서를 지배하는 영원불멸의 보편적 내용으로 신이 부여한 자연법(自然法, *lex naturalis*), 인간사회의 질서를 유지하기 위해서 자연법으로 부족한 내용을 보완하기 위해 제정한 인정법(人定法, *lex humana*)이라는 단계구조의 형태로 나타나는 법에 대한 복종을 의미한다. 이러한 의무는 신민이나 군주에 대해서도 동일하게 적용되는 것이라고 한다.

4) 종교개혁론자들

반면 독일의 종교개혁자이자 신학자인 루터(*Martin Luther*, 1483 - 1546)는

58) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 58 f.

59) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 59.

60) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 59 f.

토마스 아퀴나스의 사상적 기초에 반론을 제기했다. 루터는 국가가 형벌의 위협이라는 방법으로 피조물들을 보호해 준다고 보았다. 이러한 기능의 수행을 위해 국가에 대한 복종의 의무가 제시된다고 보았다. 다만 루터는 군주의 지배는 단지 신민들의 외적인 생활환경에만 국한된다고 보았으며, 평화를 유지시키고 자신의 신민들을 보호해야 할 군주 자신의 의무도 강조하였다.⁶¹⁾

칼뱅(*Johannes Calvin*, 1509 - 1564)은 자신의 신정(神政) 국가정치사상에 기초하여 종교적으로 기인하는 속세의 지배에 대한 복종의 의무를 강조하였다. 그러나 국가가 종교적 명령에 반하는 행동을 하면 복종의 의무는 존재하지 않는다고 하였다. 오히려 그러한 경우에는, 신의 명령에 반하는 국가에 대한 저항권만이 아니라 저항의무까지 제기된다고 보았다.⁶²⁾

5) 보댕의 국가철학

주권개념의 창시자인 보댕(*Jean Bodin*, 1530 - 1596)은 16세기 프랑스의 종교전쟁을 경험한 후, 내적 평화의 유지를 자신의 사상적 기초로 삼았다. 보댕은 시민전쟁의 위협을 강력한 군주의 힘으로 극복할 수 있다고 판단하고, 이를 주권개념을 통해 설명하였다. 군주는 신의 모사(模寫)라는 것이다. 따라서 신민은 신에 대해서와 마찬가지로 군주에 대해서도 절대적인 복종의 의무를 가지고 있다는 것이다. 그러나 군주가 신의 뜻에 거역하는 경우 군주에 대한 신민의 복종의 의무는 더 이상 존재하지 않게 된다고 한다. 이러한 경우에만 신민은 군주에 대해 수동적인 저항을 할 수 있다고 한다.⁶³⁾

6) 영국의 사상

홉스(*Thomas Hobbes*, 1588 - 1679)는 당시의 종교적 시민전쟁을 회피하기 위해 절대권력을 정당화했다. 홉스에 의하면 국가는 자연상태에 처해진 개개

61) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 60.

62) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 60 f.

63) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 61.

인의 계약을 통해 건설된 초인간적 리바이던(Leviathan)이라고 한다. 이 경우 국가의 지배자는 계약의 당사자가 아니기 때문에 계약의 내용에 구속되지 않는다고 한다. 따라서 지배자의 명령에 대해 피지배자(신민)들은 무조건적인 복종의 의무를 지게 된다고 한다. 그러나 이러한 구속관계는 지배자가 더 이상 신민들을 보호할 수 없거나 국가의 질서를 유지할 수 없는 경우 종료된다고 한다. 이와 같은 보호와 복종의 관계는 “너를 보호해 주기 때문에 너에게 의무를 부과한다.”(protego, ergo obligo)라는 표현으로 요약된다. 이러한 보호의무와 기본의무의 관계라는 관점에서 이후의 논의에도 많은 영향을 미치게 되었다.⁶⁴⁾

로크(*John Locke*, 1632 - 1704)는 자신의 정치철학에서 가장 중요한 내용을 개인이 소유한 것, 즉 생명·자유·재산의 유지라고 보았다. 로크는 이와 같은 소중한 요소들을 유지시키기 위한 의무가 제시된다고 하였다. 이러한 의무는 개인 자신, 다른 사람들(동료) 그리고 국가에게 각각 부과된다고 한다. 이를 기초로 로크는 자기유지의무, 손해금지 의무, 국가에 대한 납세의 의무, 국가의 법률을 준수할 의무 등의 구체적 의무를 도출하였다.⁶⁵⁾

7) 18세기 프랑스 철학자들

몽테스키외(*Charles de Montesquieu*, 1689 - 1755)는 자신의 정치철학에서 자유의 보장을 최우선의 과제로 삼았다. 그는 로크의 사상을 이어받아 권력분립의 원리를 전개하였으며, 이를 통해 국가권력의 행사를 제한하여 자유의 보장을 실현하고자 하였다. 이러한 과정에서 몽테스키외는 국가에서 제정된 법률에 대한 무조건적인 복종의 의무를 강조하기도 하였다.⁶⁶⁾

루소(*Jean-Jacques Rousseau*, 1712 - 1778)의 경우 홉스와 마찬가지로, 사회에 대한 계약적 기초를 중심으로 자신의 논의를 전개하였다. 그러나 루소는 홉스와 달리, 사회계약의 기초가 단지 개인 상호간에서 만이 아니라 초개인적

64) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 61 f.

65) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 62.

66) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 65.

공동체에도 존재한다고 보았다. 이에 따라 루소는 공동체 구성원으로서의 개인 의지(*volontés particulières*)를 강조하였다. 개인의지는 공동체의 이익과 특별한 이익을 포함한다고 보았다. 개인의지가 모두 모인 전체의지(*volonté de tous*)에서 특별이익은 상호 충돌할 수 있다고 한다. 한편 그밖에 남아있는 공동체 이익은 일반의지(*volonté générale*)를 형성하게 된다고 한다. 이러한 일반의지가 개개인에 대해 원칙적으로 무제한한 의무를 부과한다고 한다. 이른바 “동의를 했으면 피해가 없다.”(*voenti non fit injuria*)는 원칙에 따라, 개개인은 공동체 의지 형성에 참여함으로써 무제한의 의무에 동의하고 이의 부과를 받게 된다는 것이다. 결국 인간의 자유보장을 위한 루소의 정치철학은, 동시에 인간에 대한 의무부과도 정당화시켜주는 사상적 근거를 제시하였던 것이다.⁶⁷⁾

8) 18세기와 19세기 독일의 철학자들

자유를 보장하는 사상이 동시에 의무부과의 정당성을 마련해 주는 위와 같은 내용을 칸트(*Immanuel Kant*, 1724 - 1804)에게서는 찾아볼 수가 없다. 칸트는 자신의 윤리 형이상학에서 「합법성의 법적의무」와 「도덕성의 윤리적인의무」를 구분하였다. 나아가 칸트는 순수실천이성으로서의 자유의지에 대한 자신의 견해에서 외부적 법제정을 내부적 법제정으로부터 분리시켰다. 외부적 법제정은 실정법에 상응하는 것이며, 내부적 법제정은 법학적 법제정과 도덕적 법제정으로 구분된다고 한다. 법학적 법제정은 외부적으로 강제할 수 있는 행위에 향해지며 실정법에 대한 합법적인 실행을 요구한다고 한다. 반면 윤리학의 대상인 협의의 도덕적 법제정은 내부적으로 강제할 수 없는 행위에 향해지며, 의무의 이념에서 도출되는 스스로 적법하게 행동할 것을 요구한다고 한다. 도덕성에서 도출되는 행동은 적법성에서 도출되는 행동을 명령하게 되며, 적법성에서 도출되는 행동은 실정법에 따른 행동을 명령하게 된다고 한다. 따라서 실정법에 복종할 것을 명령하는 도덕적 의무가 도출된다는 것이다. 이로써 법과 도덕의 구분은 폐지되지 않고, 다만 그 의미가 상대화된다고 한다.⁶⁸⁾

67) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 66.

68) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 66 f.

독일에서 포괄적인 의무이론은 괴팅엔의 철학자 페더(*Johann Georg Heinrich Feder*, 1740 - 1821)가 확립시켰다고 평가된다. 그는 자신의 저서 「실무적 철학서」(*Lehrbuch der praktischen Philosophie*)에서 의무를 도덕론의 범위에 한정시켰으나, 일반적인 도덕성으로부터는 분리시켰다. 페더는 과거 푸펜도르프의 견해와 마찬가지로 신에 대한 의무, 자신에 대한 의무, 다른 인간에 대한 의무를 세분하였다. 주목할 점은 페더가 「생명이 없는 창조물과 이성이 없는 동물들을 고려할 의무」도 언급했다는 점이다. 오늘날 거론되고 있는 환경보존의 의무는 이와 같은 페더의 견해에서 그 사상적 기원을 찾기도 한다.⁶⁹⁾

피히테(*Johann Gottlieb Fichte*, 1762 - 1814)는 칸트의 이론을 수용하여 이를 더욱 발전시켜놓았다. 피히테도 법과 도덕을 구분하고 있었다. 그러나 그는 의무를 오로지 도덕의 개념에 해당되는 것으로만 보았다. 이를 기초로 피히테는 모든 생활영역에 대한 포괄적인 의무론을 전개시켰다. 도덕적 영역에 속하는 의무들을 피히테는 일반적 의무, 특별한 의무, 제한적 의무, 무제한적 의무 등으로 세분화시켰다. 특히 피히테는 각각의 신분층에 따른 서로 상이한 의무를 제시하였다. 시민은 자신의 신분이나 직업에 따라 각각 상이한 내용의 의무를 부담하게 된다는 것이다.⁷⁰⁾

IV. 기본의무의 근거

기본의무의 근거는 어떠한 근거로 국민에게 일정한 내용의 의무를 명령할 수 있는가에 대한 문제로, 기본의무의 헌법상 정당화문제라고도 할 수 있다. 지금까지 전개된 논의들을 바탕으로 기본의무의 정당화 근거를 요약하면 대체로 다음과 같은 네 가지의 내용을 들 수 있다. ① 헌법국가의 국가성, ② 헌법상 사회국가원리, ③ 기본권의 동등한 보장, ④ 인간의 존엄성 등이 그것이다.

69) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 68.

70) *Th. I. Schmidt*, 앞의 책(주 2), 68.

1. 헌법국가의 국가성

기본의무를 국가의 통치성이나 주권성 또는 국가에 선존하는 복종의무에서 찾는 견해들이 있다.⁷¹⁾ 이들의 공통점은 헌법제정 이전에 존재하는 국가성, 즉 헌법적 질서를 가능하게 하는 국가 자체의 존립을 유지하기 위해 기본의무가 필요하다는 점에 있다. 기본의무를 국가권력 그 자체 또는 국가의 존립과 연관시켜 이해하는 태도이다.

구지(*Christoph Gusy*)의 경우 국가의 실질적 존립으로부터 기본의무의 정당성을 도출한다.⁷²⁾ 그의 견해에 따르면 국가의 존립은 헌법제정 이전의 문제라고 한다. 국가권력은 개개인에 대해 의무를 부여하는 일정한 행동의 요구를 가능하게 한다고 한다. 이러한 개개인의 행동이 존재하지 않게 되면 국가권력의 유지, 즉 국가의 존립이 어렵기 때문이라는 것이다. 그러나 국가의 존립을 가능하게 하는 이와 같은 의무들은 헌법에서부터 직접 도출되는 것이 아니라, 헌법을 구체화하는 일반 법률을 통해서 나타나게 된다고 한다. 기본의무를 정당화시키는 국가의 존립 자체도 헌법 외적인, 헌법제정 이전의 내용이기 때문이라는 것이다. 결국 기본의무의 구체화는 헌법상의 문제가 아니라 일반 법률상의 문제에 해당된다는 것이다.⁷³⁾

구지의 위와 같은 견해에 대해서는 많은 문제점이 지적되고 있다. 국가의 존립이 헌법제정에 선재한다는 논의의 출발점에 대해서부터 비판이 제기된다. 국가권력의 존재를 이미 전제하고 이를 바탕으로 헌법의 제정을 설명하는 견해는 헌법학에서 많은 비판을 받고 있는 과거의 이론이다. 이미 존재하는 국가권력이 헌법을 구성한다는 것은 헌법이 정한 절차에 따라 비로소 정치적 통일이 형성되고 국가가 구성된다고 하는 오늘날의 헌법이해와 부합하지 않기 때문이다. 오늘날의 헌법적 국가에서는 국가를 통해 헌법이 제정되는 것이 아니라, 헌법을 통해 국가가 구성되고 조직된다는 것이다.⁷⁴⁾ 나아가 헌법상

71) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 436.

72) Ch. Gusy, 앞의 논문(주 51), 657(657 ff.).

73) Ch. Gusy, 앞의 논문(주 51), 657(662 f.).

74) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 23.

명시적으로 인정되는 기본의무의 내용을 헌법으로부터 도출되는 것이 아니라, 법률을 통해 비로소 인정되는 기본의무라고 이해할 수도 없다. 물론 헌법상의 기본의무가 법률을 통해 어느 정도 구체화되고 구체화될 필요가 있는 것은 인정할 수 있다. 그러나 가령 납세의 의무나 국방의 의무와 같이 대부분의 국가에서 헌법상 직접 규정된 기본의무를 법률상의 의무라고 나타낼 수는 없는 것이다.⁷⁵⁾

이젠제(*Josef Isensee*)의 경우 구지의 기본입장을 공유하는 전제에서, 자신의 견해를 좀 더 확대하고 있다. 이젠제는 대부분의 기본의무를 윤리 또는 헌법의 전제조건들로 파악한다. 그 중에서도 특히 복종의 의무는 법치국가적 민주주의의 자명한 요건에 해당되며, 자연법규범으로서의 성질을 가진다고 한다.⁷⁶⁾ 나아가 이러한 기본의무는 자유주의적 공동체를 구성하는 「윤리적 기본 의무」로서 인간 상호간의 상호 존중과 관용의 의무, 국가와 국민 상호간의 상호 충실과 신뢰의 의무를 나타낸다고 한다. 물론 헌법의 전제조건으로서 기본 의무는 법적인 성격도 가질 수 있다고 한다. 이러한 내용은 형식적 헌법규정에는 찾아볼 수 없지만, 실질적 헌법질서에 해당되는 것이라고 한다.⁷⁷⁾

이러한 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다. 즉 이젠제가 헌법의 전제조건이라고 지칭하는 의무는 헌법상 명문으로 규정되지 아니한 복종의 의무에만 해당된다는 지적이 그것이다. 이젠제의 설명은 그 밖의 대부분의 기본의무들, 가령 납세의 의무나 국방의 의무와 같이 헌법상 명문으로 규정된 기본의무들에 대해서는 적용되지 않는다는 것이다.⁷⁸⁾ 결국 이젠제의 견해는 기본의무의 근거에 대한 일반적 설명으로는 불충분한 것이다.

2. 사회국가원리 또는 사회국가성

기본의무의 근거를 헌법상의 사회국가원리 또는 사회국가성에서 도출하고

75) *O. Luchterhandt*, 앞의 책(주 2), 438 f.

76) *Josef Isensee*, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, 609(609 ff.).

77) *J. Isensee*, 앞의 논문(주 76), 609(609 ff.).

78) *O. Luchterhandt*, 앞의 책(주 2), 440; *A. Randelzhofer*, 앞의 논문(주 2), Rn. 23.

자 하는 견해들도 있다. 대표적으로 바두라(*Peter Badura*)는 기본법의 사회국가원리에서 기본의무에 대한 일반조항이 도출될 수 있다고 설명한다.⁷⁹⁾ 사회국가원리를 통해 도출되는 기본의무는 단순한 권유적·윤리적 성격의 의무가 아니라 법적인 의미의 것으로, 기본권적 자유에 대한 사회적 구속성에 기인하는 것이라고 한다. 클라인(*Hans Hugo Klein*)도 기본법 제20조와 제28조의 사회국가규정을 통해서 일련의 사회적 기본의무가 도출된다고 설명한다.⁸⁰⁾ 슈테른(*Kalus Stern*)의 경우도 기본의무는 헌법상의 사회국가성과 아주 밀접한 관련을 가지고 있다고 설명한다.⁸¹⁾

사회국가원리 또는 사회국가성에서 기본의무의 근거를 찾으려는 시도는 바호프(*Otto Bachof*)에 의해서 좀 더 체계화되었다. 바호프는 사회국가원리에서 기본의무에 대한 일반조항이 존재한다는 바두라의 견해에 대해서는 반대하였지만, 모든 의무는 어느 정도 연대성에 기인하는 것이며 이러한 연대성은 헌법상의 사회국가원리에서 출발하는 것이라고 설명한다.⁸²⁾ 연대성에서 기인한 기본의무는 자연법적 성격의 의무도 초국가적(국가에 선재하는) 성격의 의무도 아니며, 오히려 국가에 의해 근거된 법적 의무라고 한다. 이러한 사회국가원리의 연대성에서 기인하는 기본의무는 모든 인간들에 대하여 상호 존중하고 피해를 주지 않으며 다른 사람을 희생시키며 살아가지 않도록 하는 의무를 부과한다고 한다. 헤세(*Konrad Hesse*)의 경우 명시적으로 헌법상의 기본의무를 언급하지는 않았지만, 헌법상의 사회국가원리에서 국가의 개인에 대한 사회적 의무성만이 아니라, 개인상호 간의 사회적 배려의무, 공동체에 대한 집단적 보호의무 등과 같은 「사회적 의무성」이 도출된다고 설명한다.⁸³⁾

사회국가원리 또는 사회국가성에서 기본의무의 근거를 찾으려는 견해들에

79) *Peter Badura*, Grundpflichten als verfassungsrechtlicher Dimension, DVBl. 1982, 861(869 ff.).

80) *Hans Hugo Klein*, Über Grundpflichten, Der Staat 14(1975), 153(158 ff.)

81) *K. Stern*, 앞의 책(주 12), 1023 ff.

82) *Otto Bachof*, in: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 126 ff.

83) *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C. F. Müller 1999, Rn. 213.

대해서는 다음과 같은 문제점이 제기된다. 사회국가원리는 민주주의원리나 법치주의원리와 같은 헌법상의 다른 기본원리와 달리, 그 내용과 범위 또는 법적 성격에 대해서 아직까지도 명확하게 설명되지 않고 있다는 점이 그것이다. 따라서 이와 같은 불명확한 헌법상의 원리를 통해 기본의무의 근거가 과연 명쾌하게 제시될 수 있는가는 의문이라는 것이다.⁸⁴⁾ 실제로 사회국가원리 또는 사회국가성에서 기본원리의 근거를 설명하려는 견해도 헌법상의 대부분 기본의무를 대상으로 하는 것이 아니라 제한된 내용의 기본의무만을 그 예로 들고 있다.

3. 모든 시민의 동등한 자유에 대한 상호주의

호프만(*Hasso Hofmann*)은 기본의무의 헌법적 근거를 모든 시민의 동등한 자유에 대한 상호주의에서 찾는다. 우선 호프만은 개개인의 모든 사회적 의무성에 대한 공통적 근거를 찾자 하였다.⁸⁵⁾ 그에 따르면 법률적으로 전개된 개인의 모든 사회적 의무와 특히 헌법상 묵시적 의무라고 여겨지는 합헌적 법률에 대한 복종의 의무는 기본법 제2조 제1항⁸⁶⁾과 거기에서 언급된 상호주의원리 그리고 기본법 제3조 제1항⁸⁷⁾의 일반적 평등원칙에서 그 근거를 찾을 수 있다고 한다. 이와 같은 내용을 통해서 보장되는 인간 상호간의 자유를 보장하기 위해서 그리고 이를 위한 공동체의 과제를 수행하기 위해서 개개인에 대한 어느 정도의 부작위의무, 수인의무, 급부의무 등이 강제된다는 것이다. 따라서 기본의무의 헌법적 의의는 헌법상의 경쟁·공존·안전 등으로 파악되는 기본권과 본질적으로 다르지 않다고 한다. 결국 호프만에 의할 경우 기본 의무는 기본권을 통한 자유와 동일한 위치에 놓이게 된다는 것이다.⁸⁸⁾

기본권과 기본의무의 관계를 바탕으로 기본의무의 헌법적 근거를 해명하려

84) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 441; A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 24.

85) H. Hofmann, 앞의 논문(주 2), 42(74 f.).

86) 독일기본법 제2조 제1항: “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고, 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유롭게 발현할 권리를 가진다.”

87) 기본법 제3조 제1항: “모든 인간은 법률 앞에서 평등하다.”

88) H. Hofmann, in: 앞의 논문(주 2), 42(74 f.).

는 호프만의 시도는 어느 정도 긍정적 평가를 받고 있다.⁸⁹⁾ 특히 기본의무의 근거를 가능한 한 헌법규범으로부터 직접 도출하려 했다는 점에서 더욱 더 그러하다. 그러나 바로 이 부분에 대해서 다음과 같은 의문이 제기되기도 한다. 호프만이 기본의무의 근거로 제시한 기본법 제2조 제1항과 제3조 제1항의 규정들이 과연 기본의무를 정당화시켜줄 수 있는 적절한 규정에 해당되는가의 문제가 그것이다. 물론 타인에 대해서도 자신과 동등한 자유를 보장해 주기 위해서는 서로 존중하고 피해를 주지 않아야 하는 이른바 상호주의에 입각한 의무와 법률에 복종할 의무가 요청되는 것은 사실이다. 이를 바탕으로 기본의무와 기본권을 같은 지평에 놓고 설명하는 것도 어느 정도 설득력이 있다. 그러나 기본의무는 개인과 개인 간의 관계에서만 아니라 개인과 국가와의 관계에서도 문제되는 것이다. 타인에게 손해를 가하지 않거나 타인을 존중할 의무는 개인과 개인 간의 관계에서만 문제되지만, 납세의 의무나 국방의 의무는 개인과 개인의 관계가 아닌 개인과 국가와의 관계에서 문제되는 것이다. 나아가 기본법 제2조 제1항과 제3조 제1항의 규정들은 일차적으로 기본권을 보호하기 위한 것이지, 기본의무를 정당화시켜주기 위한 국가기능을 규정 한 것이 아니다. 이 규정들은 오히려 자유와 평등에 대한 소극적 방어권으로서의 성격을 우선적으로 가지고 있는 것이다. 따라서 이러한 규정들을 근거로 헌법상의 모든 기본의무를 정당화시킬 수는 없는 것이다.⁹⁰⁾

4. 인간의 존엄성

기본의무의 근거를 헌법상의 인간의 존엄성 규정에서 찾으려는 견해도 있다. 특히 헤벌레(*Peter Häberle*)는 기본의무와 인간의 존엄성 간의 상호 관계에서 기본의무의 근거를 설명한다. 인간의 존엄성은 단지 기본권만을 의미하는 것이 아니라, 기본의무까지도 정당화시킨다는 것이다.⁹¹⁾ 따라서 인간의 존엄성 규정

89) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 443.

90) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 27.

91) Peter Häberle, Menschenwürde und Verfassung, 1975, 389 ff.(O. Luchterhandt, 앞의 책 [주 2], 444에서 재인용).

에 대해서는 인간과 다른 인간의 관계 그리고 국가와 인간의 관계 속에서의 기본의무의 측면도 고려해야 한다고 한다. 루흐터한트(*Otto Luchterhandt*)도 헤벨레의 견해를 이어받아 인간의 존엄성 규정에서 기본의무의 정당화근거를 찾으려 시도한다.⁹²⁾ 그에 의하면 기본법 제1조 제1항⁹³⁾의 인간의 존엄성 규정은 기본의무의 근거규정에 해당되며, 특히 제1문의 규정은 타인과의 관계에서 문제되는 기본의무에 대한 근거가 된다고 한다.⁹⁴⁾ 가령 평화의 의무, 법률을 준수할 의무, 헌법을 존중할 의무 등이 여기에 해당된다는 것이다. 나아가 기본법 제1조 제1항 제2문의 규정은 개인과 국가와의 관계에서 문제되는 기본의무에 대한 근거를 제시한다고 한다.⁹⁵⁾ 이 규정은 인간의 존엄성 존중을 보장하는 내용을 국가에 대해 부과하는 의무적 성격을 포함하기 때문이라는 것이다.

이러한 견해도 헌법규범으로부터 직접 기본의무의 정당화를 도출하려 했다는 점에서 긍정적 평가를 받고 있다. 특히 인간의 존엄성이 불가침이라는 규정은 개인과 국가와의 관계에서만 아니라 개인 상호간의 관계에서도 적용된다는 점에서, 이를 근거로 대부분의 기본의무에 대한 정당화근거를 찾는 것은 어느 정도 설득력이 있다. 그러나 여기에서 제시된 대부분의 기본의무는 헌법상 명문화된 명시적인 기본의무라고 하기 보다는 헌법에 명문화되지 않은, 윤리적 성격의 기본의무에 해당된다는 점을 지적할 수 있다. 헌법상 명문화된 기본의무들 중에서 특히 개인과 국가와의 관계에서 문제될 수 있는 병역의 의무 또는 납세의 의무에 대해서는 좀 더 설득력이 부족하다고 할 수 있다.⁹⁶⁾

5. 비판적 평가

이상에서 살펴본 바와 같이 기본의무에 대한 헌법적 근거는 어느 하나의 관점이 모든 기본의무에 대한 일반적 근거를 제시해 준다고 판단하기 어렵다.

92) *O. Luchterhandt*, 앞의 책(주 2), 444 ff.

93) 기본법 제1조 제1항: “인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가 권력의 의무이다.”

94) *O. Luchterhandt*, 앞의 책(주 2), 445 ff.

95) *O. Luchterhandt*, 앞의 책(주 2), 457 ff.

96) *A. Randelzhofer*, 앞의 논문(주 2), Rn. 28.

이는 기본의무의 내용과 성격이 매우 방대하고 다양한 것이라는 점에서도 그 원인을 찾을 수 있다. 결국 기본의무의 헌법적 근거에 대해서는 기본의무의 성격과 내용 및 특징에 따라 지금까지 제시된 이론들을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.

V. 기본의무와 기본권의 관계

기본의무에 대한 가장 어려운 문제는 바로 기본의무와 기본권과의 관계, 특히 기본의무와 기본권 제한과의 관계에 대한 것이다. 이는 다음과 같은 내용으로 살펴볼 수 있다.

1. 기본의무와 기본권의 비대칭관계

기본의무와 기본권은 서로 균형 또는 대칭적 관계가 아니라, 불균형 또는 비대칭의 관계에 서 있다.⁹⁷⁾ 기본의무와 기본권의 비대칭관계란 각각의 기본권에 상응하는 기본의무가 항상 존재하지는 않는다는 것을 의미한다. 대부분의 기본권, 특히 개개인의 자유를 보호하는 내용의 자유권적 기본권들은 그 보장의 의미와 목적상 해당 기본권에 상응하는 의무를 도출할 수 없기 때문에, 기본의무와 기본권은 원칙적으로 비대칭의 관계에 놓여있다고 할 수 있다.⁹⁸⁾

자유란 그 본질상 여러 대안 가운데에 특정한 행위를 선택할 수 있는 가능성을 요구한다. 일정한 행위를 하거나 하지 않는 것이 진정한 자유의 보장이다. 가령 표현의 자유는 자신의 의사를 표현하거나 표현하지 않을 자유를, 집회의 자유는 집회에 참여하거나 참여하지 않을 자유를, 직업의 자유는 특정한 직업을 선택하거나 아무런 직업도 선택하지 않을 자유를 모두 포함한다. 이러한 선택가능성이 보장되지 않는다면, 진정한 자유가 보장되었다고 말하기 어렵다.⁹⁹⁾ 그러므로 특정한 자유영역과 이에 상응하는 의무를 동시에 제시하는

97) J. Isensee, 앞의 논문(주 76), 614 f.; K. Stern, 앞의 책(주 12), 1063 f.

98) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 43.

것은 해당 자유의 보장을 무의미하게 만들 수 있다.

기본의무와 기본권의 대칭적 관계가 초래할 수 있는 위험성은 과거 권위주의적 또는 독재국가의 헌법에서 제시된 기본의무조항들을 통해 확인된다. 가령 과거 나치시대에서와 마찬가지로 권리와 이에 상응하는 의무를 동시에 대등적 관계에서 규정하는 경우가 이에 해당된다.¹⁰⁰⁾ 이는 결국 해당 권리의 보장이 국가권력을 통해 허용되는 범위 내에서만 가능하며, 의무라는 개념을 통해 언제든지 제한될 수 있다는 내용으로 해석될 수 있다. 기본권과 기본의무의 대칭적 관계는 결국 기본권의 진정한 실현을 보장해 주지 못한다는 교훈을 전달해 준다. 기본의무는 결코 기본권과 대칭적 관계에 있어서는 안 되는 것이다.¹⁰¹⁾

2. 기본권에 대한 상반적 관계성?

기본의무는 종종 기본권에 대한 상반적 관계에 놓여 있는 것으로 설명되기도 한다. 기본의무가 존재하면 기본권은 실현되기 어렵다는 의미에서, 기본의무가 기본권을 배척하게 된다는 것이다. 이러한 견해는 의무를 반자유주의적 성격으로 인식하는 기초에서, 기본의무를 군주국가 또는 권위주의국가의 유물로 파악하기도 한다.¹⁰²⁾

그러나 기본의무가 진정으로 기본권과 대립적 관계 또는 상반관계에 놓여있는 것인가에 대해서는 좀 더 깊이 있는 논의가 필요하다. 기본의무를 반자유주의적 성격의 것으로 이해하여 자유보장에 대한 장애물로 인식하는 견해는 기본적으로 자유보장과 의무부과를 동일시하는 기초에서 출발하고 있다. 가령 집회의 자유와 집회의 의무 또는 결사의 자유와 결사의 의무가 동시에 존재하며, 이 경우 해당 의무의 부과는 자유의 실현을 방해한다는 것이다. 이는 자유의 실현만을 주장하는 「부르조아」와 자유와 의무를 동시에 부여받은 「시민」을 구

99) K. Stern, 앞의 책(주 12), 1066.

100) O. Luchterhandt, 앞의 책(주 2), 338 ff.

101) Th. I. Schmidt, 앞의 책(주 2), 48.

102) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 46 Fn. 138, 139, 140.

분하고, 모든 자유는 의무로서의 성격도 가지고 있다는 막스(Karl Max)와 스멘트(Rudolf Smend)의 사상에 기초하는 것이라고 한다.¹⁰³⁾

그러나 이러한 견해에 대해서는 다음과 같은 문제가 제기된다. 첫째, 실정헌법상 기본의무와 기본권은 동일한 구조와 성격으로 규정되지 않았다는 점이다. 시민의 일정한 생활영역을 적용대상으로 하는 기본권은 존재하지만, 이와 동일한 영역에 대한 기본의무는 존재하지 않는 경우가 대부분이기 때문이다. 가령 집회의 의무나 결사의 의무가 실제로 규정되지 않았으며, 이를 해석상 인정한다고 하여도 해당 기본권의 법적 성격과 동일한 의미를 부여하기는 어렵다는 것이다. 둘째, 헌법의 전체구조를 중심으로 파악하더라도 권리와 의무는 명제와 반대명제라는 대립적 의미가 아니라, 상호 보완적으로 작용한다는 점이다. 헌법상 기본권과 기본의무는 각자가 추구하는 영역이 서로 다르며, 각자의 영역에서 자유의 실현 또는 자유의 실현을 위한 국가질서의 구성이라는 각각의 다른 역할을 수행하는 것이다. 그러므로 기본권과 기본의무는 상호 대립의 관계가 아니라 오히려 공생의 관계에 놓여있는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁴⁾

3. 기본의무와 기본권의 제한

기본권과 기본의무의 관련성 중에서 기본의무와 기본권제한은 어떠한 관계를 가지고 있는지의 특수한 문제가 제기된다. 기본의무는 기본권제한에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지의 내용도 이와 관련된다.

기본의무는 기본권제한, 특히 기본권 제한적 법률유보와 유사한 법적 구조를 가진다. 기본의무와 기본권 제한적 법률유보는 자유권에 의해 보호되는 영역을 제한할 수 있는 헌법적 근거가 된다는 점, 양자 모두 형식적인 법률에 의해 구체화될 필요가 있다는 점에서 그러하다. 이러한 유사성을 근거로 기본권제한 자체를 기본의무로 이해하는 견해도 있다. 이에 따르면 진정한 의미의 기본의무는 존재하지 아니하며 기본의무에 해당되는 대부분의 내용은 기본권 제한의 내용에 포함되는 것이라고 한다.¹⁰⁵⁾

103) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn 48.

104) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 53.

그러나 이러한 견해는 기본의무와 기본권제한에 대한 개념과 특수성, 특히 양자의 구별을 오인하고 있다. 기본권의 제한은 타인의 이익 또는 공동체의 이익을 위해 개개인의 기본권 행사를 제한하는 것이다. 이에 반해 기본의무는 개개인의 특별한 기본권행사를 제한하는 것이 아니라, 개개인에 대해 공동체의 이익을 위해 일정한 급부나 수인의 의무를 부과하는 것이다. 특히 기본의무에서 도출되는 각각의 급부나 수인의 의무는 특정한 기본권에 대해 향해진 것이 아니라, 각각 서로 다른 여러 기본권적 영역에 포함될 수 있는 것이다.¹⁰⁶⁾

기본권제한과 기본의무는 각각의 기본구조에서도 서로 구별된다. 기본권제한은 다음과 같은 구조를 그 내용으로 한다. 헌법은 기본권의 보장을 최고의 목적으로 한다. 개별 기본권이 법률유보 하에 있다거나 헌법 내재적 제한 하에 있는 경우에도, 헌법은 기본권의 보장을 최우선적 과제로 하고 있는 것이다. 그러므로 기본권의 제한은 기본법 제19조 제2항이나 우리 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용 침해금지원칙만이 아니라, 이에 앞서 비례의 원칙이라는 기준을 우선 충족시켜야만 하는 것이다.¹⁰⁷⁾

이에 반해 기본의무의 내용은 특정한 기본권의 보호를 목적으로 하지 않는다. 기본의무는 오히려 독자적 의무부과규범으로서 여러 상이한 기본권적 영역에 대해 향해지는 것이다. 나아가 기본의무를 부화하는 목적은 기본권제한의 그것과 달리, 특정한 기본권의 영역을 제한하는 것이 아니라 공공복리의 관점에서 개개인에게 일정한 급부를 부담하게 하거나 일정한 행위의 수인을 내용으로 하는 것이다.¹⁰⁸⁾ 나아가 기본의무는 각각의 특별한 국가목적 관점을 가지고 있다는 점에서도 기본권제한과 구별된다. 가령 법적 평화, 국가방어, 국가의 재정적 수요충족, 사회적 형평성, 후손에 대한 교육 등의 목적이 그것이다. 기본의무는 그 자체로 국가의 존립 또는 공동체의 기능수행을 위해 불가피하게 요구되는 것이다. 그러므로 기본의무는 결코 기본권제한의 개념에

105) Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 114 ff.

106) H. Hofmann, 앞의 논문(주 49), Rn. 48.

107) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 55.

108) A. Randelzhofer, 앞의 논문(주 2), Rn. 56.

흡수될 수 없는 것이다.

Ⅵ. 결론

기본의무와 관련된 여러 헌법적 문제들을 살펴보았다. 결론을 대신하여 앞에서 논의된 내용을 정리하면 다음과 같다.

기본의무는 국민이 국가공동체에 대하여 부담하는 헌법상의 의무이다. 구체적으로는 헌법상 부과된 것이라는 점, 국민이 그 부담의 주체라는 점, 국가공동체에 대하여 부담하는 것이라는 점 등이 기본의무의 개념적 특징이다. 기본의무는 여러 가지 기준으로 분류될 수 있다. 국적과 관련 없이 모든 인간에게 부여될 수 있는가를 기준으로 하는 인간의 의무·국민의 의무, 법적 구속력의 근거와 정도를 기준으로 한 도덕적 의무·불완전한 법적 의무·법적 의무, 기본의무가 등장한 역사적 과정을 기준으로 한 고전적 기본의무·새로운 기본의무 등의 구별이 그것이다. 기본의무는 1789년 프랑스 인권선언을 배경으로 각국의 역사적·사회적·사상적 배경 등을 기초로 각각 발전되어 왔다. 기본의무를 인정하는 헌법적 근거로는 헌법국가의 국가성, 헌법상 사회국가원리, 기본권의 동등한 보장, 인간의 존엄성 등이 제시된다. 그러나 이러한 하나의 근거에서 기본의무가 정당화되기 보다는 기본의무의 성격과 내용 및 특징에 따라 위와 같은 근거들이 종합적으로 고려되어야 한다. 기본의무는 각각의 개별 기본권에 상응하는 기본의무의 내용이 항상 존재하지 않는다는 의미에서 기본권과 비대칭의 관계에 있다. 기본의무와 기본권을 대칭적 관계로 이해한다면 이는 과거 권위주의적 또는 독재국가의 헌법에서 초래된 위험성을 정당화시킬 수도 있다. 그러나 기본의무가 기본권을 배척한다는 의미에서 반자유주의적 성격, 즉 기본의무와 기본권의 상반적 관계를 인정할 수는 없다. 기본권과 기본의무는 각각의 영역에서 자유의 실현 또는 자유실현을 위한 국가질서의 구성이라는 서로 다른 역할을 수행하는 것으로, 양자는 대립의 관계가 아니라 공생의 관계에 있다고 보아야 한다. 기본의무는 특정한 기본권의 내용을 제한하는 것이 아니라 독자적 의무부과규범으로 여러 상이한 기본권적 영

역에 향해진다는 점, 기본의무는 기본권을 제한하는 목적이 아니라 기본권 실현을 위한 국가질서의 구성을 위해 요구되는 것이라는 점에서, 기본권제한과 동일시되거나 기본권제한의 개념에 포함되는 관계로 볼 수 없다.

참고문헌

장영수, 헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조, 법학논집 33(1997), 51 - 79.
홍성방, 국민의 기본의무 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구 34-4-1 (2006), 309 - 336.

Badura, Peter, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, DVBl. 1982, 861 - 872.

Götz, Volkmar, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 7 - 41.

Gusy, Christoph, Grundpflichten und Grundgesetz, JZ 1982, 657 - 663.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C. F. Müller 1999.

Hofmann, Hasso, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), 42 - 86.

Hofmann, Hasso, Grundpflichten und Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, C. F. Müller 2000, § 114, 321 - 351.

Isensee, Josef, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers - ein grundgesetzliches Interpretationsvakuum, DÖV 1982, 609 - 618.

Klein, Hans Hugo, Über Grundpflichten, Der Staat 14(1975), 153 - 168.

Luchterhandt, Otto, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland - Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz, Duncker & Humblot 1988.

Merten, Detlef, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: *D. Merten/*

H.-J. Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, C. F: Müller 2006, § 35, 475 - 572.

Randelzhofer, Albrecht, Grundrechte und Grundpflichten, in: *D. Merten/H.-J. Papier*(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, C. F. Müller 2006, § 37, 595 - 624.

Schmidt, Thorsten Ingo, Grundpflichten, Nomos 1999.

Stern, Klaus, Die Grundpflichten und ihr Verhältnis zu den Grundrechten, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, C. H. Beck 1994, 985 - 1067.

[Zusammenfassung]

Gemeinwesen und Grundpflichten

Hong, Il-Sun

Dr. jur., Professor an der Hallym Universität

Kim, Joo-Hwan

Dr. jur., Professor, Dept. of Law, Hongik University

Grundpflichten sind solche Pflichten, die dem Individuum durch das Verfassungsrecht auferlegt werden und die gegenüber des staatlichen Gemeinwesens zu erfüllen sind. Nach vielartigen Maßstäben unterscheiden die Grunpflichten sich in Menschenpflichten · Staatsbürgerpflichten, Sittliche Pflichten · Unvollkommene Rechtspflichten · Vollkommene Rechtspflichten und Klassische Grundpflichten · Neue Grundpflichten. Historisch und theoretisch gesehen, reflektieren die Grundpflichten die verfassungsrechtliche Entwicklung der Menschen- und Grundrechte. Für die Begründung der Grundpflichten

lassen sich vier konzeptionelle Ansätze unterscheiden: die Staatlichkeit des Verfassungsstaates, die Sozialität des Individuums bzw. das Sozialstaatsprinzip, das Gegenseitigkeitsprinzip der gleichen Freiheit aller, die Menschenwürde. Eine der zentrale Fragen bezüglich der Grundpflichten ist die nach ihrem Verhältnis zu den Grundrechten. Dabei zeigt sich unbezweifelbar, dass zwischen ihnen grundsätzlich kein Verhältnis der Symmetrie besteht, sondern ein solches der Asymmetrie, das heißt, dass nicht jedem Grundrecht eine entsprechende Grundpflicht gegenübersteht. Das Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundpflichten in einer auf Freiheit und Gemeinschaft angelegten Verfassung ist nicht Kampf, sondern Symbiose. Schließlich sollte man nicht verkennen die spezifische Differenz zwischen Grundpflichten und Grundrechtsschranken. Letztere beschränken im Interesse der anderen und des Gemeinwesens die Ausübung einzelner Grundrechte. Grundpflichten beschränken demgegenüber nicht die Ausübung eines speziellen Grundrechts, sondern legen dem Individuum im Interesse des Gemeinwesens Leistungs- und Duldungspflichten auf, die sich nicht auf ein spezielles Grundrecht richten, sondern jeweils den Bereich mehrerer grundrechtlicher Freiheiten betreffen.

Schlüsselbegriff : Grundpflichten, Menschenpflichten, Staatsbürgerpflichten, Sittliche Pflichten, das Verhältnis zwischen Grundpflichten und Grundrechten, das Verhältnis zwischen Grundpflichten und Grundrechtsschranken