

獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 成立과 發展

金 日 煥*

目 次

I. 問題提起	1. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 생성과정
II. 獨逸 基本法 “제2조 제1항”의 基本的體系的 地位	2. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 保護範圍
1. 自由權體系 속에서 제2조 제1항	3. 一般의 人格權의 法的 性格
2. 一般의 行動自由의 保護範圍와 法的 性格	4. 一般의 人格權의 基本權體系的 地位
III. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 成立과 發展	IV. 結 論

I. 問題提起

憲法 제10조는 “모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다”고 규정하고 있고, 헌법 제17조는 “모든 國民은 私生活의 秘密과 自由를 侵害받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이러한 권리들은 오늘날 새로운 정보과학기술의 발전에 따라서 다양한 영역에서 그 침해여부가 다루어지고 있으며, 특히 이는 公法分野뿐만 아니라 私法分野에서도 마찬가지로이다. 그런데 문제는 우리나라 헌법상 기본권규정체계에 대한 충분한 고찰없이 憲法裁判所와 學說은 獨逸에서 발전된 “一般의 人格權”이란 권리에 근거하여 이러한 문제를 해결하려고 시도하고 있으며, 이는 私法分野¹⁾에서도 나타나는 공통된 현상

* 濟州大學校 法政大學 法學部 助教授, 法學博士

1) 우리나라 민법학계에서는 현행 민법상 “一般의 人格權”의 인정 및 유용성을 인정하는 학설이 통설이나 (예를 들어 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1998, 820면 이하; 金載亨, 言論의 事實報道로 인한 人格權侵害, 서울대학교 法學, 39권 1호, 1998, 189면 이하; 제철웅, 민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로, 중앙대학교 법학연구소 법학논문집, 제24집 제1호, 2000, 252면 이하) 李銀榮教授는 이에 반대하고 있다: “그러나 私見으로서의 우리 민법규정 아래서 그러한 권리개념을 인정할 필요가 있는가 의문이다. 첫째, ... 우리 불법행위법은 독일민법이나 일본민법에서처럼 ‘권리의 침해’를 책임발

이기도 하다. 하지만 學說과 判例에서 언급되고 있는 이러한 견해들은 비판받아야만 한다.²⁾ 왜냐하면 이들은 도대체 一般的人格權이 무엇인지, 우리 나라 헌법상 이러한 권리가 다른 기본권들과 어떤 관계에 있는지, 왜 이러한 권리가 도출되어야만 하는지에 관하여 전혀 설명하고 있지 않기 때문이다. 결국 우리나라 헌법상 “一般的人格權”의 인정여부에 관하여 기본적으로 독일 憲法理論과 判例를 지향하는 견해들은 獨逸 基本法이 개인의 私的 領域을 보호하는 몇몇 구체적인 기본권들을 명시적으로 규정하고 있으나, 이를 통한 보호가 충분하지 않음으로 인하여 聯邦憲法法院이 이러한 흠결을 메우고자 하는 필요성에서 “一般的人格權”이란 권리를 判例法을 통하여 발전시켰다는 “獨逸”의 “特殊한 狀況”을 간과하고 있는 것이다. 이에 따라서 筆者는 우리 나라 헌법상 “一般的人格權”이란 단어 자체의 필요성여부를 다루기 위한 事前作業으로서, 이 論文에서 우리나라 學界와 判例에서 언급되고 있는 “一般的人格權”에 관한 논쟁의 根源地인 獨逸 基本法上 “一般的人格權”의 發展, 根據條項, 保護範圍 등에 관하여 설명하고자 한다.

II. 獨逸 基本法 “제2조 제1항”의 基本的體系的 地位

1. 自由權體系 속에서 제2조 제1항

기본법제정이후 처음 10년동안에는 기본법 제2조 제1항이 도대체 主觀的 公權으로서 基本權인지에 관하여, 제2조 제1항이 基本權으로 인정된 후에는 계속해서 제2조 제1항이 어떠한 基本權인지에 관하여 토론되었다.³⁾ 곧 제2조 제1항이 基本權이라는 것이 인정된 후 제2조 제1항이 보장하고 있는 基本權의 성격에 관한 논쟁은 법적으로 매우 파악하기 어려운 “人格”概念의 해석에 집중되었다.

이에 관하여는 人格核心保護理論과 一般的 行動自由保障理論이 대립되고 있다⁴⁾ : 이러한 두 이론간에 의견차이는 기본법 제2조 제1항이 보장하고 있는 “인격의 자유로운 발현

생요건으로 하지 않고, 보호이익에 대한 위법한 가해행위를 그의 요건으로 하기 때문에 불법행위책임 발생을 위하여 보호법익을 권리개념을 빌어 이론구성할 필요가 없다. ... 둘째, 인체에 대한 가해와 명예·사생활보호 등 순수한 정신영역에 관한 가해의 경우를 통털어 인격권이라는 하나의 권리개념으로 설명하는 것은 기능적이지 못하다.”(債權各論, 博英社, 1994, 732면 이하)

2) 이에 관하여 자세한 것은 金日煥, 韓國憲法上 “一般的人格權”存在與否에 관한 批判的 考察, 公法研究 第28輯 第4號 第2卷, 韓國公法學會, 2000, 113면 이하 참조.

3) Hans-Uwe Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VI, 1989, 1186~1219, C.F. Müller, Rn. 10. 이에 관하여 자세한 것은 Thomas Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Duncker & Humblot, 1981, 108면 이하 참조.

4) Detlef Merten, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, JuS 1976, 345면.

권”이 단지 정신적·윤리적 인격발현만을 보장하는지 또는 이를 넘어서서 一般的 行動自由로 확대되는 지라는 것에서 비롯된다. 人格核心理論⁵⁾은 기본법 제2조 제1항에서 보장되는 권리를 다른 기본권들과 동등한 지위에 있는 具體的인 權利로 보고 있는 데 반하여 연방헌법법원과 문헌상 通說은 제2조 제1항과 다른 기본권규정들간에 “一般法-特別法”관계가 적용된다고 본다.⁶⁾

이를 구체적으로 살펴보면, 첫 번째로 人格核心理論은 제2조 제1항이 일반조항적 성격을 갖는 일반적 행동자유가 아니라 윤곽이 부여된 구체적 자유로 이해해야만 한다는 것이다. “숲속에서 乘馬”사건의 少數意見에서 그림(Grimm)판사는 제2조 제1항을 일반적 행동자유라고 넓게 볼 경우에 나머지 기본권과 한계설정, 제2조 제1항에 속하는 자유가 무엇인가 등을 파악하기 어렵다고 주장한다. 이와는 반대로 聯邦憲法法院은 일반적 행동자유로서 제2조 제1항이 자유의 포괄적 보장에 기여한다고 말한다. 곧 기본법 제2조 제1항에 언급된 “인격의 자유로운 발현”이 구체적이지 않다는 것이 구성요건 그 자체의 독립성포기를 전제로 하는 것은 아니라는 것이다. 왜냐하면 제2조 제1항의 자유구성요건 그 자체는 이미 존재하고 전제로 되는 것이고 따라서 제2조 제1항의 내용과 윤곽은 포괄적이고 탄력적으로 열려있기 때문이라고 한다.⁷⁾ 두 번째로 聯邦憲法法院의 判例와 문헌상 通說이 기본법 제2조 제1항을 일반적 행동자유로 파악하는 가장 중요한 論據는 憲法節次的 結果이다 : 少數意見은 제2조 제1항의 보호범위를 넓게 보는 해석은 憲法訴願을 증가시키고 허용되는 憲法訴願과 허용되지 않는 憲法訴願의 구별을 어렵게 한다고 비판한다. 하지만 기본법 제2조 제1항을 일반적 행동자유로 넓게 해석하게 되면 憲法訴願의 적용범위가 필연적으로 확대된다.⁸⁾ 모든 基本權制限規定은 제2조 제1항에 규정된 헌법합치적 질서에 속하지 않는다는 이유로 憲法訴願을 통하여 공격될 수 있다.⁹⁾ 결국 이러한 해석을 통하여 우선은 기본권보호가 약화되는 것처럼 보인다 할지라도 聯邦憲法法院의 제2조 제1항의 해석은 憲法訴願權限의 주목할만한 확대와 실질적 기본권보호의 확대로 이끈다.¹⁰⁾

5) Konrad Hesse. Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (17. Auflage). C.F. Müller. 1990. Rn. 428 : Hans Peters. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. Festschrift für Rudolf Laun. 1953. 672면.

6) v. Mangoldt / Klein / Starck. Das Bonner Grundgesetz (3. Auflage). Verlag Franz Vahlen. 1985. Rn. 3. 결국 聯邦憲法法院의 判例에 따라 제2조 제1항을 통하여 보호되는 행동영역의 확대는 일반적 행동자유로 해석되는 “인격의 자유로운 발현”이 제한될 수 있는 경우가 매우 넓어지는 결과를 가져왔다. 그래서 聯邦憲法法院은 제2조 제1항의 憲法合致的 秩序란 개념을 憲法合致的 法秩序全體로 해석하였던 것이다. 이에 따라서 한편으로 제2조 제1항과 다른 基本權간 관계를 명백히 해야하고 다른 한편으로 제2조 제1항의 制限條項이 독일기본권체제에서 어떤 역할을 하는지를 결정해야만 한다.

7) Rupert Scholz. Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. AÖR. 1975. 98면.

8) v. Mangoldt / Klein / Starck. a. a. O. Rn. 3.

9) BVerfGE 6. 32/41 : “개인의 行動自由를 제한하는 法律이 헌법합치적 질서에 속하지 않는다고 모든 사람은 憲法訴願節次에서 주장할 수 있다.”

2. 一般의 行動自由의 保護範圍와 法的 性格

① 기본법 제2조 제1항은 정신적-윤리적 인격의 자유로운 발현을 보장하나 이는 오로지 그것만을 보장하는 것은 아니다. 이를 넘어서서 이 기본권은 인간의 一般的인 行動自由를 보장하고 이러한 行動自由는 인간의 모든 作爲와 不作爲를 포함한다. 이 조항은 국가로부터 자유로운 영역을 보장하고 개개인이 자신의 인격을 실현할지, 실현한다면 어떻게 실현할지를 개개인에게 자유로이 맡긴다.¹¹⁾ 그렇다면 기본법 제2조 제1항은 헌법합치적 질서라는 제한 밑에서 行動自由를 보장하는 것으로서¹²⁾ 이는 法治國家原則에 따르지 않는 국가 권력의 基本權制限을 금지한다.¹³⁾

② 기본법 제2조 제1항에서 보호되는 一般的 行動自由는 국가권력을 통한 自由制限으로부터 개인을 보호하는 防禦權이다.¹⁴⁾ 이것은 우선 국가의 자유제한으로부터 시민의 보호가 基本權을 통하여 보호되는 自由임을 뜻한다. 하지만 제2조 제1항은 主觀的 權利로서 오로지 防禦權만을 보장하는 것이지 給付에 대한 어떤 청구도 포함하지 않는다.¹⁵⁾

③ 제2조 제1항의 넓은 構成要件과 그 制限規定 때문에 제2조 제1항과 다른 기본권간 관계가 결정되어야만 한다. 위의 설명에 따라서 제2조 제1항에게 一般的 自由權의 성격이 부여되고 다른 기본권들은 이들이 적용되는 한 제2조 제1항을 배제하는 特別規定이다. 그래서 특별한(구체적) 기본권을 통한 보호가 작동되지 않으면 受容(補充)基本權으로서 제2조 제1항이 작용하게 된다. 따라서 具體的 基本權이 문제로 제기된 인간활동이나 인간생활영역을 보호한다면 기본권제한 또한 이 특별한 기본권으로부터 나오고 제2조 제1항의 기본권 제한규정은 적용되지 않는다. 다만 구체적 기본권이 부분적으로만 포함하는 복잡하거나 나

10) v. Mangoldt / Klein / Starck. a. a. O. Rn. 17.

11) Detlef Merten. a. a. O. 346면.

12) BVerfGE 7. 92.

13) BVerfGE 40. 347 : Schmidt-Bleibtreu / Klein. Kommentar zum Grundgesetz (7. Auflage). Luchterhand. Rn. 2 이하.

14) Christoph Degenhart. Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I. JuS 1990. 168면 : Walter Schmitt Glaeser. Die Freiheit vor dem Gesetz. AÖR 1966. Bd. 91. 54면 : Ingo von Münch (hrsg.), Grundgesetz - Kommentar Bd. 1 (4. Auflage). C.H. Beck. 1992. Rn. 15 : Rupert Scholz. a. a. O. 84면.

15) Philip Kunig. Der Reiter im Walde. Jura 1990. 525면. 포들레흐(Podlech)는 "개개인이 인격의 자유로운 발현의 법적·경제적·문화적 전제조건들을 스스로 만들 수 있는 상황에 있는 한 제2조 제1항은 자기 책임적 생활형성의 개인적 창조영역을 기본권보호범위로 갖는 소극적 기능만을 갖는다. ... 개개인이 이러한 상황에 있지 않으면 제2조 제1항으로부터 이러한 영역을 형성하거나 그 형성을 위한 일부분을 제공할 국가의 의무가 성립할 수 있다."고 주장하나(Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Band 1 (2. Auflage). Luchterhand. 1989. Rn. 55) 이는 문제가 있다고 한다. 곧 社會國家原則과 결합한 기본권의 자유보장이 그 防禦權內容을 넘어서서 자유행사의 본질적 사회전제조건 형성과 그 보장을 국가에게 청구한다면 그것으로부터 客觀法的 憲法義務가 나올 수는 있다. 그러나 독일에서 基本權의 參與性格論爭이 지적하는 것처럼 이러한 客觀法的 義務는 어떠한 시민의 主觀的 給付要求와 일치하지 않는다. 이에 관하여는 예를 들어 Hans-Uwe Erichsen. a. a. O. Rn. 65이하 참조.

늘 수 있는 생활사정이 존재한다면 이 구체적 자유권 외에 제2조 제1항이 또한 적용된다. 따라서 특별한 기본권이 충분히 적용되는 한 제2조 제1항을 통한 一般的自由保障은 후퇴한다. 여기서 구체적 기본권이 적용된다는 것은 이러한 구체적인 기본권이 보호범위심사를 위한 실제적도일 뿐만 아니라 基本權制限에 대한 형식적이고 특히 권한법적 요구를 위한 척도이기도 하다는 것이다. 그러한 한 이러한 구체적 기본권제한의 경우에도 제2조 제1항에 의지할 필요가 없다.¹⁶⁾ 어떤 기본권이 우선적으로 制限되었는가는 두 기본권의 구체적 의미내용에 달려 있다.¹⁷⁾

④ 그렇다면 제2조 제1항의 基本權은 다른 구체적 자유권이 이로부터 派生되는 母權을 형성하지 않는다. 오히려 이러한 구체적 자유권들은 독립적으로 一般的行動自由 옆에 존재한다. 결국 이는 다시 具體的自由權이 제2조 제1항의 一般的自由權으로부터 나오거나 발전하지 않았음을 뜻한다. 효력 면에서 인격의 자유로운 발현과 구체적 자유권은 상호 독립적이고 다만 적용 면에서만 제2조 제1항이 補充적으로 작용할 뿐이다.¹⁸⁾ 이를 자세히 설명하면 첫 번째로 개개 기본권을 통하여 보호되는 생활범위가 一般的行動自由의 具體化라는 母權主張은 개개 자유권의 구별을 의미 없는 것으로 만들고 구체적인 사항들이 어느 基本權에 속하는지를 포기하도록 할 위험성을 갖고 있다.¹⁹⁾ 두 번째로 기본법에 규정된 구체적 자유권들이 확정적으로 구체적인 제2조 제1항의 발현형태도 아닐 뿐더러 제2조 제1항은 이러한 구체적 자유의 단순한 總합도 아니다.²⁰⁾ 그렇다면 결국 제2조 제1항과 다른 기본권간 관계는 한가지 형태로 도입될 수는 없으며 더욱이 基本法은 완결된 기본권체계를 설명하지도 않는다. 그러한 것은 역사적으로도 법논리적으로도 근거될 수 없다. 다른 기본권과 관계에서 제2조 제1항의 補充性을 제외하고는 제2조 제1항은 개념상 경계 설정할 수 있는 자유범위를 보호하고 그러한 한 그 자체가 구체적 기본권으로 기능을 수행한다는 것을 聯邦憲法法院判例는 지적하고 있다.²¹⁾

⑤ 人格의 發現을 결정하는 作爲나 不作爲 속에서 개개인의 자기실현과 결정자유를 제2조 제1항이 보장해야 한다면 이러한 규범의 규정대상으로서 모든 인간행동들이 포섭될 수 있다. 이렇게 채택된 보호범위는 결국 제2조 제1항으로부터 보장되는 자유를 포괄적이고 개방적인 것으로 이미 전제로 하고 있다.²²⁾ 하지만 聯邦憲法法院의 自由理解는 인격발현 자유의 形式化 - 곧 내용상 공허화 - 로 이끌지 않는다. 또한 그 애매보호함과 내용상 불명확성에도 불구하고 일반적 행동자유는 여전히 이론상으로는 독립적인 기본권으로 남아있

16) v. Mangoldt / Klein / Starck, a. a. O. Rn. 34 이하.

17) Schmidt-Bleibtreu / Klein, a. a. O. Rn. 11.

18) Rupert Scholz, a. a. O. 114면.

19) Hans-Uwe Erichsen, a. a. O. Rn. 27 ; Detlef Merten, a. a. O. 347면.

20) Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Grundgesetz Kommentar Band 1, C. H. Beck, 1986, Rn. 8.

21) v. Mangoldt / Klein / Starck, a. a. O. Rn. 5.

22) Hans-Uwe Erichsen, a. a. O. Rn. 21.

다. 제2조 제1항의 자유개념은 역동적이고 열려져 있기에 완결된 것이 아니라 개방되고 역동적인 기본권체계를 만드는 데에 중요한 역할을 한다. 결국 人格의 自由로운 發現은 개방된 기본권자유보장의 체계 곧 완결된 것이 아니라 오히려 내용적으로 열려있고 역동적인 체계의 근거임을 기억해야 한다.²³⁾

Ⅲ. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 成立과 發展

그런데 독일기본법상 규정된 개별 基本權들을 통하여 보장되는 私的 領域의 保護들은 흠결이 있고 단지 부분적인 보장에 불과하므로 私的인 범위로 고려되는 인간의 행태들이 이러한 基本權들로부터 모두 포섭, 보호되지 못한다. 따라서 기본법 제2조 제1항에서 보장되는 一般的 行動自由 옆에 연방헌법법원은 기존의 自由權들을 통하여 파악되지 못하는 이렇게 좁은 人格의 生活領域을 보장하기 위하여 “一般의 人格權”(기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 발전시켰다.²⁴⁾ 이러한 一般의 人格權은 判例를 통하여 발전되는 것이기 때문에 그 보호범위 등을 확정하기가 매우 어렵기는 하다. 하지만 연방헌법법원이 밝힌 것처럼 이러한 一般의 人格權은 새로운 발전들 및 이와 결합된 위험들로부터 개인의 인격 보호를 위하여 있는 것으로서 개개 경우에 구체화되는 것이다.²⁵⁾ 따라서 이러한 一般의 人格權을 분명하고 뚜렷하게 그려낸다는 것이 쉽지 않다는 것은 어찌 보면 불가피한 것일지도 모른다.

1. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 생성과정

1) 獨逸 民法上 人格權의 成立과 發展

獨逸에서는 먼저 民事法上 人格權에 관하여 전개된 判例들이 憲法上 一般의 人格權의 인정 및 발전에 결정적인 영향을 미쳤다는 것을 인식해야만 한다. 곧 과거에 帝國法院 및 그 당시 通說은 민법상 명시적으로 규정되어 있지 않은 “一般의 人格權”이라는 포괄적 권리를 판례법적으로 발전시킨다면, 이를 통하여 나타나게 되는 법원의 재량확대를 통제할 수 없다고 생각하여서 이러한 일반적이고 포괄적 권리를 인정하지 않았다. 그래서 人格權의 보호는 법률상 특별히 인정된 것 - 예를 들어 姓名權과 肖像權 - 으로서만 한정되었다.²⁶⁾

23) Rupert Scholz, a. a. O. 288면 이하 참조.

24) Walter Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre. Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VI 1989, C.F. Müller, Rn. 5 이하 참조.

25) BVerfGE 54. 148/153.

이에 따라서 제2차세계대전 이후 성립한 독일 민법 또한 不法行爲로부터 法益保護를 제823조 제1항, 제823조 제2항, 제826조를 통하여 구체화하였다. 그런데 民法의 시행이후에 이러한 법규정들의 구성요건들이 너무 좁고, 흠결이 있음을 인식하게 되었다.²⁷⁾ 이에 따라서 1954년 “Schachtbrief” 결정에서 독일 연방민형사최고법원(BGH)은 기본법 제1조와 제2조를 통하여 보호되는 人間尊嚴 및 人格의 自由로운 發現權을 들면서 민법(BGB) 제823조 제1항²⁸⁾에 언급된 “그 밖의 권리(sonstiges Recht)”에서 “一般의 人格權”을 도출시켰다.²⁹⁾ 그 뒤 BGH는 이러한 견해를 후속 판례들에서 일관되게 유지하였다. 이에 따라서 “名聲” 및 “名譽의 保護”가 民事法院을 통한 “一般의 人格權”의 내용 중에서 핵심을 차지하였다.³⁰⁾ 결국 이를 요약한다면 독일 민법상 不法行爲責任에 관하여 존재하는 흠결을 메우기 위하여 등장한 것이 바로 민법 제823조 제1항에 규정된 “그 밖의 권리”에 속하는 “一般의 人格權”이었다. 그러므로 독일 민법 제823조 제1항에 언급된 다른 보호이익과는 달리 이 “一般의 人格權”은 당연히 일반조항적 성격을 가질 수밖에 없었다.³¹⁾

2) 獨逸 聯邦憲法法院을 통한 人格權의 發展

결국 이러한 BGH의 판례를 나중에 聯邦憲法法院이 원칙적으로 받아들여서 憲法上 “一般의 人格權”을 인정하게 되었다.³²⁾ 독일 기본법상 “一般의 人格權”의 성립과 발전에 결정적 영향을 미친 聯邦憲法法院의 중요 결정들을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 마이크로젠주스(Mikrozensus)決定

人格權, 특히 私的 領域의 보호에 관한 연방헌법법원판례의 출발점은 마이크로젠주스決定

26) 이에 관하여는 Josef Brossette, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Duncker & Humblot, 1991, 93면 이하 참조.

27) Herbert Leßmann, Weiterentwicklungen in Rechtsprechung und Lehre zu § 823 Abs. 1 BGB. JA, 1988, 409면.

28) 독일 민법 제823조 제1항 : “고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다.”

29) BGHZ 13, 334/338 f.

30) Christoph Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.mit Art. 1 I GG, JuS, 1992, 362면.

31) Hans Erich Brandner, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ, 1983, 689면.

32) 이에 관하여는 BVerfGE 34, 269/286 이하 : BVerfGE 54, 148/153 이하 참조. 그러나 이는 獨逸에서 聯邦憲法法院이 연방민형사최고법원(BGH)의 판례로부터 “一般의 人格權”의 발전에 관하여 영향을 받았다는 것만을 말하는 것이지, 憲法上 보장되는 “一般의 人格權”이란 基本權이 법률상 지위를 가질 뿐인 私法上 權利인 “一般의 人格權”과 혼동되어서는 안 된다고 언제나 문헌상 강조된다.(예를 들어 Hans D. Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW, 1989, 858면 참조)

이다.³³⁾ 이 사건에서 具體的 規範統制의 대상은 마이크로젠투스(Mikrozensus)法³⁴⁾에 따라 시행된 휴가여행과 휴식여행 특히 기간, 종류, 여행목적지와 그 참가자, 운송수단에 대한 대표설문조사였다. 이 질문에 답하기를 거절했을 때 벌금이 과해졌다. 연방헌법법원은 制裁를 포함하는 이러한 설문조사시행을 합헌이라고 설명하였다. 곧 연방헌법법원에 따르면 身上情報과 履歷情報에 관한 국가의 모든 調査가 개인의 人間尊嚴을 침해하는 것은 아닐뿐더러 가장 內的인 생활영역 속에 자리잡고 있는 그 자기결정권과 관련되는 것도 아니다. 왜냐하면 공동체관련적이고 공동체구속적인 시민으로서 모든 사람은 일정범위에서 자기에 관한 통계조사의 필요성을 받아들여야만 하기 때문이라는 것이다. 따라서 마이크로젠투스法에 따른 휴가여행과 휴식여행에 관한 設問調査는 基本法 제1조 제1항, 제2조 제1항과 충돌하지 않는다고 연방헌법법원은 결정을 내렸다.³⁵⁾ 그러나 마이크로젠투스(Mikrozensus)결정에서 연방헌법법원은 國家가 시민에 대하여 강제적으로 기록하고 목록화하는 것은 人間尊嚴과 조화될 수 없다고 하면서 人格權의 보호이익을 보다 구체적으로 결정하였는데 이를 연방헌법법원은 고독할 권리, 조용히 혼자 있을 권리라고 표현하였다 : “시민의 개인적인 관계들을 포괄적으로 감시(검열)하는 것을 통하여 그 인격영역에 국가가 침입하는 것은 금지된다. 왜냐하면 주위에 입장을 허락하지 않고 자기 자신이 소유하며, 그 스스로 물러나서 혼자 조용히 고독할 권리를 향유하는 그러한 “內的 領域”(Innenraum)을 자유롭고 자기가 책임을 지는 인격발현을 위하여 개인은 가져야만 하기 때문이다.”³⁶⁾

(2) 離婚書類(Scheidungsakten)決定

私的 領域概念의 체계적 형성을 연방헌법법원은 離婚書類事件에서 하게 된다.³⁷⁾ 곧 이혼서류재판에서는 전혀 다른 목적, 곧 懲戒節次上 필요하다는 이유로 국가기관간에 離婚書類를 전달하는 것에 관하여 연방헌법법원은 다루어야만 했다. 먼저 연방헌법법원은 당사자 동의 없이 機關協助(Amtshilfe)를 통하여 행하여진 징계위원회에 이혼서류전달은 比例性原則이 존중된다면 예외적으로 私的 領域에 관한 基本權侵害가 아니라고 하였다. 다시 말하자면 이혼서류는 양당사자의 동의하에서만 공개될 수 있다고 연방헌법법원은 결정하였

33) Rupert Scholz / Rainer Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Duncker & Humblot 1984, 66면.

34) 1957년 3월 16일, BGBl I S. 213.

35) BVerfGE 27, 1 : NJW 1969, 1707면 참조. 그러므로 이 판결은 設問調査의 내용이 비밀로서 성격을 가지는 인간의 고유한 생활범위를 포함하지 않는다면 공동체관련적이고 구속적인 시민으로서 어느 정도 범위에서는 그 개인에 대한 통계조사필요성을 받아들여야만 한다는 것을 뜻한다. 여기서 聯邦憲法院은 위 법률이 合憲인 이유로 우선 외부적이고 그 자체가 공적 행위인 것은 제한적으로 기록될 수 있다는 것을 제시하였다. 또다른 근거로 統計의 익명성을 통하여 그 진술이 누구의 진술인지를 알 수 없다는 것을 들었다.

36) BVerfGE 27, 1 : NJW 1969, 1707면 참조.

37) Dietwalt Rohlf, Der Grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Duncker & Humblot, 1980, 74면.

으나 이러한 이혼서류는 물론 不可侵의 核心領域에 속하지 않는다는 것이다.³⁸⁾ 하지만 이러한 서류는 당사자의 동의를 근거로 해서만 접근이 허용되며 형식적인 機關協助와 法協助義務는 모든 경우에 충분한 법률상 근거조항은 아니라고 하였다. 또한 이러한 서류전달의 제한된(좁은) 전제조건으로 연방헌법법원은 일반이익과 관련자의 비밀유지 사이에 利益衡量을 들었다. 무엇보다도 이에 관하여 比例性原則이 강조되었다. 따라서 그러한 서류전달필요성은 세심하게 조사되어야만 한다는 것이다. 이러한 원칙들에 따라서 聯邦憲法法院은 이 사건에서 국가기관간에 전혀 다른 목적(懲戒節次)을 위한 서류전달은 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항(一般의 人格權)에 대한 침해라고 확정하였다.³⁹⁾

(3) 편지검열결정

이러한 판례의 연장선상에 있는 편지검열 1, 2 사건에서 연방헌법법원은 罪囚와 그 부인간 편지교환을 다루어야만 했다.⁴⁰⁾ 그 罪囚는 無罪라고 주장하면서 裁判을 비난하고 특히 모욕적 방법으로 판사의 행동을 비난하는 편지를 부인에게 썼으나 이러한 내용 때문에 이 편지는 부인에게 전달되지 못하였다. 연방헌법법원은 하급법원판결이 婚姻關係에 있는 부부의 私的 領域에서 행해지는 자유로운 의사표현이라는 기본권의 의미를 오해하였고, 한 사람이 그 혼인상대방에게 자유롭고 솔직하게 자기에 대한 裁判에 관하여 말하고 설명할 수 있음을 인식하지 못했다고 결정하였다.⁴¹⁾ 연방헌법법원은 법원의 편지검열을 통하여 모든 경우에 보호받아야 하는 부부간 의견교환의 신뢰성이 방해받게 됨을 강조하였다. 따라서 부부간 신뢰성과 솔직함이 私的 領域으로 보호된다는 것을 연방헌법법원은 전제로 하였다. 이를 위하여 한편으로는 신뢰하는 內的 領域은 당사자관계의 솔직함을 가능하게 해야 한다. 또 다른 한편으로는 혼인과 가족의 內的 領域保護는 신뢰성뿐만 아니라 혼인과 혼인당사자들 상호간 그리고 외부에 대하여 행하는 자율적인 자기표현을 보장해야만 한다. 다만 매우 중요한 公益만이 이러한 영역에 간섭을 정당화할 수 있다는 것이다.⁴²⁾ 이러한 사례에 속하는 또다른 유형을 연방헌법법원은 患者書類⁴³⁾와 藥物中毒援助書類決定⁴⁴⁾에서 파악하

38) BVerfGE 27, 344/351.

39) BVerfGE 27, 344. 이에 관하여 자세한 것은 Hans Peter Bull, Verfassungsrechtlicher Datenschutz. Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, N.P. Engel Verlag, 1982, 871면 이하 참조.

40) BVerfGE 35, 35 : BVerfGE 42, 234.

41) BVerfGE 35, 35/40.

42) 이에 자세한 것은 Dietwalt Rohlf, a. a. O. 96면 이하 참조. 국가간섭이 허용되는 그러한 私的 領域으로 聯邦憲法法院은 1. 혼인과 가족의 내적 관계 2. 性關係 3. 건강자료 4. 생활모습(Lebensbild)처럼 비공식적인 대화로 사례유형을 나누었다. BVerfGE 27, 344 : BVerfGE 34, 205 : BVerfGE 35, 35 : BVerfGE 42, 234 참조. 또한 同性愛處罰性에 관한 BVerfGE 6, 389 : BVerfGE 36, 41 참조. 同性愛 1 판결에서 性關係가 보통 특별한 정도의 친밀함을 전제로 하나 불가침의 내적 영역으로는 생각할 수 없다고 결정하였다. 왜냐하면 이는 의사소통의 특별한 형태를 표현하므로 핵심영역을 떠났기 때문이라고 한다. BVerfGE 6, 389/433.

었다. 두 절차에서 憲法訴願提起는 被疑者의 건강상태에 대한 의사소견서와 고객의 약물중독에 대한 상담소의 모든 서류들이 刑法上 증거절차의 틀 내에서 증거자료로 압수된 것에 대한 것이었다. 연방헌법법원은 두 결정에서 私的 領域尊重에 관한 기본권을 침해하였기 때문에 압수를 憲法違反이라고 설명하였다. 곧 연방헌법법원의 견해에 따르면 이러한 서류 압수는 상담소직원의 基本權 및 상담소의뢰인들의 私的·內的 領域尊重에 관한 基本權(제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 침해하였다는 것이다 : “의사의 환자카드는 不可侵의 內的 領域에 속하지는 않으나 환자의 私的 領域에는 속한다. 따라서 憲法上 私的 領域保護가 의사의 환자목록과 관련된다면 이는 그러한 목록이 公權力制限을 원칙적으로 금지한다는 것을 뜻한다. 이는 公共福利가 이를 부득이하게 명령하는 곳에서 개개인의 보호가치있는 비밀유지이익은 물러나야만 한다는 것을 확실히 바꾸지 않는다.”⁴⁵⁾ 聯邦憲法法院은 私的 領域保護를 위하여 관련자에 관한 개개 건강정보 - 곧 개개 記入이나 구체적인 환자서류의 내용의 알림과 같은 것에 의존하는 것이 아니라 - 에 연결시키지 않았다. 오히려 聯邦憲法法院에 따르면 결정적인 것은 개인건강상태에 관한 의사의 판단과 같은 매우 개인적인 情報들을 外部의 調査로부터 보호하려는 개인의 意思이다.⁴⁶⁾ 연방헌법법원은 관련이익의 상세한 利益衡量을 근거로 이 결정에 도달했다. 이러한 경우 國家의 刑罰追求利益과 헌법상 社會國家原則에 근거하여 요구되는 건강배리어익이 대립된다. 마약중독상담소운영을 위한 절대적 전제조건은 상담원과 그 의뢰인간 신뢰관계형성이다. 이러한 정보를 압수할 때 보다 높은 이익과 대립된다면 比例性이라는 헌법상 원칙에 따라 국가의 형법보호의 무가 양보되어야 한다는 것이 특히 이들 결정에서 확인되었다.⁴⁷⁾

(4) 錄音事件

이번 사례유형은 非公式的 對話保護에 관한 것이다. 연방헌법법원은 주로 형법상 조사절차에서 행해진 은밀한(비밀스런) 테이프녹음에 대한 결정에서 이를 파악하였다. 녹음사건 결정의 대상이 된 대화내용은 개인적인 것이 아니라 業務的 性格을 가지고 있었다. 따라서 聯邦憲法法院은 대화내용의 개인관련성과 연결시키지 않고 一般的 人格權에 대한 BGH결정에 밀접하게 의존하여⁴⁸⁾ 자기가 언급한 말에 대한 處分權과 연결시켰다.⁴⁹⁾ 이는 녹음기에 녹음된 자기목소리가 다시 들려져도 되는지, 누가 이를 행해도 되는지와 같이 누가 자기 말을 녹음해야 하는지를 원칙적으로 모든 사람이 스스로 그리고 혼자서 결정해야 한다

43) BVerfGE 32. 373.

44) BVerfGE 44. 353.

45) BVerfGE 32. 373/379 이하.

46) BVerfGE 32. 373/380.

47) Hans Peter Bull. a. a. O. 872면.

48) BGHZ 27. 284 이하.

49) BVerfGE 34. 238/246.

는 것이다 : “관련자의 意思가 없거나 이에 반하여 그가 公的으로 언급하지 않은 단어를 다른 사람이 임의로(마음대로) 처분해도 된다면 人格의 不毀損性은 특히 제한될 것이다.”⁵⁰⁾ 보호되는 것은 비공식적인 私的 對話이다. 왜냐하면 이러한 영역에서만 인간교섭의 솔직함이 방해되기 때문이다.⁵¹⁾ 處分權은 처음부터 구체적인 경우 신뢰가 있는 비공식적인 대화 또는 사적 대화로 제한된다.⁵²⁾ 이러한 사례유형에서 규정범위의 구분을 위하여 결정적인 것은 자율적 자기표현의 요소로서 개인이 갖고 있는 처분권이 아니라 업무거래에서 행해진 비공식적인 말들도 私的 領域에 포함시키는 일반적 접근성(Allgemeinzugänglichkeit)이라는 형식적인 기준이다. 보호이익으로 연방헌법법원은 공적이지 않은 의사소통의 솔직함을 언급하였다. 私的 對話는 그 비밀스런 녹음이 대화자의 동의가 없거나 그 표현된(명시적) 意思에 반하여 이용되지 않는다는 의심이나 두려움 없이 행해질 수 있어야만 한다.⁵³⁾ 결국 이 판례에서 聯邦憲法法院은 공공에서 행해진 개개인의 일관된 자기표현이 私的 領域에 속하고 그에 따라서 보호될 수 있도록 하려는 목적을 추구하였다. 그럼으로써 특히 공공에서 일관된 자기표현기회를 갖도록 하려는 목적이 존재한다. 물론 여기서는 대화내용이 아니라 오히려 예측할 수 있는 참여자의 범위가 한정됨을 신뢰하는 것이 보호된다. 따라서 일반인이 접근하지 못하는 私的 領域範圍에서 언급된 말(단어)만이 이에 속한다. 또한 이를 통하여 외부에 대한 자기표현권을 위한 자유가 계속해서 보장된다.⁵⁴⁾

(5) 레바하(Lebach)決定

이 사건은 1969년 레바하란 곳에서 일어났던 軍人殺人에 관한 사건을 다시 한번 끄집어 내는 방송국의 기록영화상영을 금지하려는 憲法訴願에 관한 것이었다. 訴提起者(共犯)의 석방 몇달전 이 영화가 상영될 예정이었다. 이 영화에서는 범죄행위와 그 동기 그리고 범인들의 중요한 개인성장 및 생활환경을 묘사할 뿐만 아니라 그 실제이름까지도 공개해버리는 내용을 담고 있었다. 그런데 이 기록영화에 나오는 憲法訴願提起者에게는 이러한 내용들의 匿名性を 요구할 수 없는 사정이 깔려 있었다. 왜냐하면 그는 과거에 그가 범했던 연방군대 군인의 강도살인으로 이미 세상의 커다란 주목을 받았기 때문이다. 여기서 범죄경과와 동기에 대한 방송국의 기록영화가 관련자의 意思에 반하여 방영되는 것을 막기 위하여 聯邦憲法法院은 私的 領域尊重權을 심사적으로 관련시켰다. 보호되는 사적 영역과 公共사이 한계를 어디서 정할 것이며 어떠한 公共概念을 연방헌법법원이 이용하는지는 다른 판례들에서처럼 물론 불명확하게 남아있다. 다만 절대적으로 보호되는 內的 領域으로부터

50) BVerfGE 34. 238/246.

51) BVerfGE 34. 238/246.

52) BVerfGE 34. 238/247.

53) BVerfGE 34. 238/246.

54) Dietwalt Rohlf. a. a. O. 116면.

상대적으로만 보호되는 私的 領域의 구분은 이에 반하여 명확한 것처럼 보인다. 여기서 연방헌법법원은 구분기준으로 외부와 개인의 접촉, 행위의 사회관련성을 언급하였다.⁵⁵⁾ 결국 聯邦憲法法院은 訴提起者의 憲法訴願을 인정하였다. 왜냐하면 이 기록영화는 개개인에게 자기의 개성을 발전시키고 유지할 수 있도록 私的 生活形成의 자율적 영역을 보장하는 인격권(제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 침해했기 때문이라고 한다.⁵⁶⁾ 이는 자기의 고유한 모습, 말, 자기에 대하여 어떻게 표현되고 설명되는지에 대한 처분권을 포함한다. 개인의 생활모습을 다른 사람이 전체적으로 또는 특정 부분을 공개적으로 표현해도 될지, 그리고 얼마만큼 표현해도 되는지를 모든 사람은 원칙적으로 스스로 혼자서 결정한다는 것이다 : “인격의 자유로운 발현과 人間尊嚴은 개개인에게 그가 자기의 개성을 발전시키고 유지할 수 있는 자율적인 私的 生活形成領域을 보장한다. 이는 자기 모습, 표현된 말에 관한 권리, 그리고 사람에 대한 표현(설명)에 관한 처분권도 포함한다. 다른 사람이 자기생활 모습 전체나 그 일부분을 공적으로 표현해도 되는지, 얼마만큼 해도 되는지를 모든 사람은 원칙적으로 스스로 그리고 혼자서 결정해야 된다.”⁵⁷⁾ 결국 이 레바하결정을 통하여 다루어진 사건은 위에서 다른 사례들과는 달리 公共에서 행동을 포함하는 것이다. 따라서 더이상 모든 사람이 접근하지 못하는 개 개인의 행위만이 사적 영역으로 보호되는 것이 아니라 公共에서 행위 또한 보호된다. 연방헌법법원은 더이상 공공으로부터 구분된 어떤 영역만을 보호하는 것이 아니라 개개인에게 그 생활모습을 스스로 결정할 기회가 거의 허용되지 않는 그러한 종류와 방법으로 다른 사람으로부터 표현되거나 설명되는 것으로부터 이들을 보호한다.⁵⁸⁾ 물론 이러한 생각을 연방헌법법원이 레바하결정에서 처음으로 발전시킨 것은 아니다. 이는 私的인 旅行과 휴식여행에 대한 조사가 통계비밀유지하에서만 허용된다는 마이크로젠주스(Mikrozensus)결정에 이미 근거한 것이다. 그럼에도 불구하고 이 레바하결정에서처럼 자발적으로가 아니라 他意로 누군가가 공개되는 경우 마이크로젠주스결정에서 언급된 것을 넘어서는 새로운 것을 포함하게 된다.⁵⁹⁾ 더 나아가 이 판결에서 또한 罪囚의 再社會化가 강조되었다 : “판결을 받은 罪囚는 人間尊嚴으로부터 나오고 그 보호를 보장하는 基本權의 주체로서 刑期를 마친 후에 다시 공동체 속으로 들어올 기회를 갖고 있어야만 한다. 죄수입장에서 본다면 이러한 再社會化(Resozialisierung)에 관한 관심사는 基本權(기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)으로부터 성립한다.”⁶⁰⁾ 법원은 여기서 이를 위한 또다른 근거로 공동체 속에서 어려움을 겪는 사람들을 위하여 국가배려를 요구하는 社會

55) BVerfGE 6, 389/433 : BVerfGE 27, 1/7 : BVerfGE 33, 367/377.

56) BVerfGE 35, 202/205.

57) BVerfGE 35, 202/220.

58) Dietwalt Rohlff. a. a. O. 118면.

59) Dietwalt Rohlff. a. a. O. 119면.

60) BVerfGE 35, 202/226 이하. 罪囚를 위한 再社會化權은 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항에 근거한다.(BVerfGE 45, 185/239)

國家原則을 언급하였다.⁶¹⁾

(6) 에플러決定

1976년에 바덴-뷔르템베르크州의 의회선거가 행해졌는데 이 지방 CDU黨首가 SPD黨首인 에플러(Eppler)가 하지도 않은 말을 했다고 주장하였다. 이러한 주장을 통하여 그의 人格權이 침해되었다고 생각한 에플러는 訴를 제기하게 되었다. 聯邦憲法法院은 이 사건에서 다음과 같이 결정하였다 : “기본법 제2조 제1항을 통하여 보장되는 一般의 人格權은 하지도 않은 말을 했다고 주장하는 것으로부터 당사자를 보호할 수 있다. … 이것은 一般의 人格權保護의 기초가 되는 自己決定(Selbstbestimmung)으로부터 나온다. 곧 개인의 私的 領域으로 제한됨이 없이 그 개인은 제3자나 공공에 대하여 자기를 어떻게 표현할지, 자기의 인격에 관하여 제3자가 처분할 수 있는지, 그리고 이를 얼마만큼 할 수 있는지를 원칙적으로 스스로 결정해야만 한다.”⁶²⁾ 에플러決定에서 聯邦憲法法院은 한 개인이 말하지 않은 것을 말했다고 주장한다면 이러한 주장 자체가 人格權侵害임을 확인하였다. 이러한 권리는 자기결정사상에 근거한 一般의 人格權으로부터 나왔다. 따라서 이는 모든 사람이 개인적 사건에 대하여 스스로 결정하고 처리할 권리를 가져야만 한다는 것을 말하는 것으로⁶³⁾ 에플러결정 이후로 聯邦憲法法院은 포괄적인 자기서술(표현)권을 언급하였다.⁶⁴⁾

(7) 人口調查判決

이미 1970년대 말에 人口調查法草案이 의회에서 자세히 검토되었으나 3억 7천만 마르크에 달하는 엄청난 비용 때문에 통과되지 못하였다. 1981년초에 당시 與黨이었던 CDU가 그 내용이 본질적으로 크게 달라지지 않은 人口調查法을 다시 연방의회에 상정하였다. 연방의회는 결국 1982년 3월 25일 人口調查法(Volkszählungsgesetz 1983)을 통과시켰다.⁶⁵⁾ 人口調查法의 내용을 보면 이 법의 제1조부터 제8조까지는 人口調查의 계획과 수행에 관한 내용을 담고 있으며⁶⁶⁾, 제9조는 특별규정으로서 인구조사계획에 따라 조사된 정보들의 사용과 전달에 관한 규정이었다.⁶⁷⁾ 이 법에 따라 人口調查는 1983년 4월 27일 하기로 확정되

61) Hans Peter Bull, a. a. O. 874면. 이에 관하여 자세한 것은 Tatjana Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Duncker & Humblot, 1990, 159면 이하 참조.

62) BVerfGE 54, 148/153 이하.

63) Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Nomos Verlag, 1987, 47면 이하 참조.

64) 예를 들어 BVerfGE 54, 208 참조.

65) 이 법률의 원래 이름은 “das Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs-, und Arbeitsstättenzählung”이다.

66) 이 법률에 따라 시민은 性, 생년월일, 가족상황, 어떤 종교단체에 속하는지 여부, 國籍, 주거상황 이 6가지 질문에 답변해야만 했다. Sigmund Wimmer, Volkszählung und Melderegister, DÖV 1984, 453면 참조.

67) 자세한 것은 Hansjörg Geiger, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Volkszählungsgesetz 1983,

었다. 이에 따라서 연방과 州의 해당관청은 준비계획을 수립하고 대답을 거부할 경우에 대비하여 벌금을 고지할 것까지 준비하고 있었다.⁶⁸⁾ 그러나 몇 주만에 상황이 급격하게 변하였다. 곧 위 인구조사법은 연방의회에서 여당이나 야당 모두에게 전혀 정치적인 이슈가 아니었던데 반하여, 바로 국민들이 밑에서부터 격렬하게 이 법에 반대하기 시작하였다. 왜냐하면 이 인구조사법이 그들의 人格權을 충분히 존중하지 않는다고 많은 국민들이 생각하였기 때문이다. 그리하여 결국 이 법률에 대한 무수한 憲法訴願이 연방헌법법원에 제기되었던 것이다.⁶⁹⁾ 이러한 상황을 슬링크(Schlink)교수는 國民投票(Plebiszit)의 狀況이라고까지 말하였고⁷⁰⁾ 지미티스(Simitis)교수는 이러한 상황을 다음과 같이 논평하였다 : “그전의 어떠한 연방헌법법원의 판례도 이러한 긴장을 기대한 적은 없다. 그리고 한 결정이 그렇게 격렬하고 공공연하게 토론된 경우도 없었다. 인구조사법토론과 비교할 수 있는 그 어떤 것도 과거에 없었다.”⁷¹⁾

이렇게 주목을 받으면서 제기된 인구조사법에 대한 憲法訴願에 관하여 드디어 聯邦憲法法院은 판결을 내렸다. 이 인구조사판결에서 연방헌법법원은 우선 인구조사법에 규정된 조사계획이 憲法에 合致되지 않는다고는 볼 수 없다고 확정하였다. 곧 이러한 조사계획은 기본법 제1조 제1항을 통하여 보호되는 人間尊嚴도 침해하지 않았고, 인격의 자유로운 발현권도 침해하지 않았다는 것이다. 또한 계속해서 연방헌법법원은 이 법규정은 比例性原則과 規範明確性(Normenklarheit)原則을 준수하였다고 결정하였다.⁷²⁾

하지만 이 인구조사법 제9조 제1항과 제3항은 一般的 人格權(기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 침해하였기 때문에 違憲이라고 하였다. 곧 統計目的을 위한 人口調查와 申告記録(Melderegisterabgleich)의 결합은 憲法이 요구하는 명령들에 일치하지 않는다는 것이다. 그 다음으로 상급연방관청이나 州官廳에 개인관련정보들을 전달하도록 규정한 제9조 제2항 또한 違憲이라고 결정하였다. 그리고 마지막으로 지방자치단체영역에서 조사된 개인관련정보를 특정한 行政目的을 위하여 처분할 수 있도록 규정한 이 인구조사법 제9조 제3항도 違憲으로 결정되었다.⁷³⁾ 이 인구조사법에 관한 격렬한 국민들의 저항이나 엄청난 토론에 비한다면 위와 같은 연방헌법법원의 인구조사판결은 매우 조심스럽고 技術的으로 이

DSWR 1984. 43면 : Gerhard Groß, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit Blick auf die Volkszählung 1987, das neue Bundesstatistikgesetz und die Amtshilfe, AÖR 1988. 174면 이하 참조.

68) Otwin Massing, Von der Volkszählungsbewegung zur Verrechtlichung oder : Öffentlichkeit, Herrschaftsrationalisierung und Verfahren, Harald Hohmann, Harald (Hrsg.), Freiheitssicherung durch Datenschutz, Suhrkamp, 1987, 95면.

69) 1982년 12월에 처음으로 인구조사거부단체인 VoBo-Ini가 결성되었다.

70) Bernhard Schlink, Das Recht der Informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 1986, 234면.

71) Spiros Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398면.

72) BVerfGE 65, 1/52면 이하.

73) BVerfGE 65, 1/62면 이하.

러한 문제에 접근하였음을 나타낸다. 결국 연방헌법법원은 한편으로는 위 법에 규정된 전반적인 인구조사계획의 合憲性은 인정하였지만 또다른 한편으로는 몇몇 규정들에서 違憲性을 찾아냄으로써 “情報社會”에서 국민의 基本權 - 특히 私的 領域 - 들이 어떻게 보호되어야만 하는지를 제시하려고 하였다.

2. 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”의 保護範圍

1) 保護範圍設定의 어려움

그런데 독일 기본법상 열거된 구체적 基本權들을 통한 私的 領域의 保護는 흠결이 있고 충분하지 못해서, 私的인 領域에 속하는 인간의 행태나 상황들이 이러한 基本權들로부터 포괄적으로 보호되지 못하였다. 이에 따라서 기본법 제2조 제1항에서 보장되는 一般의 行動自由⁷⁴⁾ 옆에 聯邦憲法法院은 기존의 自由權들을 통하여 파악되지 못하는 “좁은 人格의 生活領域”을 보호하기 위하여 “一般의 人格權”(기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 발전시켰다. 이러한 一般의 人格權은 判例를 통하여 발전되는 것이기 때문에 그 保護範圍 등을 확정하기가 매우 어렵기는 하다. 하지만 聯邦憲法法院이 밝히고 것처럼 이러한 一般의 人格權은 새로운 발전들 및 이와 결합된 위험들로부터 개인의 인격보호를 위하여 있는 것이기 때문에 개개 경우에 그 내용이 구체화될 수밖에 없다.⁷⁵⁾ 그렇다면 이러한 一般의 人格權을 분명하고 뚜렷하게 그려낸다는 것이 쉽지 않다는 것은 어찌 보면 불가피한 것일지도 모른다.

결국 獨逸 基本法上 “一般의 人格權”을 이해하기 어려운 첫 번째 이유는 私的 領域의 尊重에 관한 主觀的 公權의 範圍를 결정하기 쉽지 않다는 데에 있다. 왜냐하면 “一般의 人格權”의 고유한 보호대상으로서 “私的 領域”과 “人間人格”을 法的으로 파악하기가 매우 어렵기 때문이다.⁷⁶⁾ 그 다음으로 나타나는 어려움은 이러한 一般의 人格權이 “人間尊嚴”과 밀접한 관계에 있기 때문에 이러한 權利의 制限을 허용할 지이다.⁷⁷⁾

2) 구체적 내용

이러한 설명을 바탕으로 하여 聯邦憲法法院의 判例에서 一般의 人格權에 속하는 권리들

74) 이에 관하여 자세한 것은 金日煥, “韓國憲法上 ‘一般의 行動自由權’存在與否에 관한 批判的 檢討”, 憲法學研究 第2輯, 1996, 163면 이하 참조.

75) BVerfGE 54, 148/153

76) Walter Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VI, 1989, C.F. Müller, 42면.

77) 이에 관하여 자세한 것은 Dietwalt Rohlf, Der Grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Duncker & Humblot, 1980, 127면 이하 참조.

로 인정된 것들을 소개한다면 다음과 같다 : a) 一般의 人格權은 외부로부터 차단되는 영역을 보호한다. 곧 一般의 人格權은 가장 넓은 의미에서 “혼자 있을 권리”를 최우선적으로 보장한다. 이는 內的 領域이나 私的 領域을 제3자나 공중으로부터 차단하는 것에 관한 것이다.⁷⁸⁾ b) 一般의 人格權이 人間自律의 尊重에 관한 권리를 보호하는 한, 이러한 권리는 위에서 언급된 영역으로 한정되는 게 아니라, 公開領域에서 自己表現으로까지 확대된다.⁷⁹⁾ 이에 따라서 이는 公開領域에서 개개인의 표현 - 자신의 표현에 관한 처분권을 포함한 肖像權⁸⁰⁾, 자신이 사용한 단어에 관한 권리⁸¹⁾, 反論權⁸²⁾ - 을 보호한다. c) 一般의 人格權은 개인의 名譽를 보호하고⁸³⁾, d) 罪囚의 再社會化權⁸⁴⁾을 보장하며, e) 不利陳述拒否權(自己 負罪禁止權) 또한 포함하며⁸⁵⁾, f) 情報自己決定權⁸⁶⁾이 도출된다.

3. 一般의 人格權의 法的 性格

1) 一般의 人格權(또는 私的 領域)의 保護範圍에 관한 다양한 견해들

(1) 內容

그런데 독일 기본법상 一般의 人格權을 통하여 보장되는 “人間人格” 또는 “私的 領域”(Privatsphäre)이 무엇인지, 그 保護範圍가 어디까지인지를 설명하고자 하는 여러 이론들이 그 동안 다양하게 제시되었다.

그중 첫 번째가 바로 領域理論(Sphärentheorie)이다. 이 이론에 따르면 개인의 영역은 우선 보호되지 않는 公共領域과 보호되는 私的 領域으로 나뉘고, 다시 후자는 보호되기는 하지만 국가가 제한할 수 있는 영역과 국가가 절대로 제한할 수 없는 영역으로 또 나뉜다고 한다.⁸⁷⁾

그 다음으로 등장하는 自律的 自己表現理論(autonome Selbstdarstellungstheorie)은 領域理論을 비판하면서, 자신에 관한 어떤 개인관련정보가 공개되어도 되는지를 스스로 결정할 개인의 권리를 강조한다.⁸⁸⁾ 이 이론에 따르면 私的 領域保護에 관한 권리는 좁은 의미의

78) BVerfGE 27, 1 : BVerfGE 27, 344/350 : BVerfGE 32, 373/379 f. : BVerfGE 33, 367/374

79) Erhard Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, K.J. 1985, 219면.

80) BVerfGE 34, 238/245 f. : BVerfGE 35, 202/220 : BVerfGE 54, 148/154

81) BVerfGE 34, 238/246 : BVerfGE 54, 148/153 f. : BVerfGE 54, 208/217

82) BVerfGE 63, 131/142 f. : BVerfGE 72, 118/201

83) BVerfGE 54, 208/217

84) BVerfGE 35, 202/226 f. : BVerfGE 45, 185/239

85) BVerfGE 38, 105/114 f.

86) 이에 관하여 자세한 것은 金日煥, “獨逸基本法上 情報自己決定權”, 金雲龍教授華甲紀念論文集, 1997, 101면 이하 참조.

87) 이에 관한 자세한 설명은 Dietwalt Rohlf, a. a. O. 41면 이하 참조.

私的 領域保護 외에 특히 政治的 決定自由를 위한 것이다.⁸⁹⁾

세 번째로 役割理論(Rollentheorie)은 私的 領域을 폐쇄적이고 공공으로부터 구분되는 영역으로 파악하는 게 아니라, 구체적으로 행사되는 역할 및 역할 구체적인 의사소통으로부터 이해한다.⁹⁰⁾

그리고 마지막으로 意思疏通理論(Kommunikationstheorie)에 따르면 의사소통은 언어적 상징의 다양한 의미를 통하여 결정되기 때문에, 그때그때 행해지는 의사소통상황과 문맥을 통해서만 명확해질 수 있다는 것이다. 이에 따라서 意思疏通의 자발성과 솔직함이 제한되지 않는 경우에만 私的 領域의 불가침성이 보장된다고 한다. 그러므로 私的 領域의 保護는 情報의 종류와 내용이 아니라, 의사소통의 문맥구속성정도에 의존한다는 것이다.⁹¹⁾

(2) 批判

그러나 지금까지 설명된 어떤 理論도 私的 領域의 보호범위를 완전하게 제시하지는 못하고 있다. 특히 役割理論과 意思疏通理論은 개인의 역할을 개념정의하기가 불가능하다는 점에서 모두 동일한 약점을 갖고 있다. 게다가 意思疏通理論은 私的 領域이 의사소통에 관한 자유영역 그 이상이라는 것을 간과하고 있다.⁹²⁾

2) 聯邦憲法法院의 領域理論

(1) 內容

위에서 이미 언급한 領域理論은 私法上 一般의 人格權을 보장하기 위하여 본래 民事法에서 발전되었는데, 나중에 이 이론이 公法上 받아들여지게 된 것이다.⁹³⁾ 그 동안 聯邦憲法法院은 私的 領域의 保護와 관련하여 그 보호정도가 다른 다양한 인격발현영역들을 구별하려고 시도하였다. 여기서 다양한 영역들의 구별기준은 社會關聯性(Sozialbezug)이었다.⁹⁴⁾ 이 領域理論에 따르면 우선 核心領域(Kernbereich)(또는 內的 領域(Intimsphäre))이 있다. 이 核心領域은 공권력의 작용으로부터 완전히 벗어나 있는 절대로 훼손할 수 없는

88) Walter Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ, 1974, 246면 이하; Adalbert Podlech, Das Recht auf Privatheit, Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Suhrkamp, 1979, 53면 이하.

89) Walter Schmidt, a. a. O. 246면.

90) 이에 관해서는 Waler Schmitt Glaeser, a. a. O. 50면; Dietwalt Rohlf, a. a. O. 56면 이하 참조.

91) Giselher Rüpke, Der Verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, Nomos Verlag, 1976, 75면 이하, 86면 이하, 184면 이하 참조.

92) 이에 관해서는 Waler Schmitt Glaeser a. a. O. 51면 이하; Dietwalt Rohlf, a. a. O. 65면 이하 참조.

93) 이에 관하여는 Dietwalt Rohlf, a. a. O. 24면 이하 참조.

94) Adalbert Podlech, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Bd. 1 (2. Auflage), Luchterhand, 1989, Rn. 38; Walter Schmitt Glaeser, 註 22) 64면.

인간자유 의 최후영역이다.⁹⁵⁾ 이러한 영역의 특징은 아주 개인적이며, 사회관련성이 없거나 거의 없다는 것이다. 결국 聯邦憲法法院의 判例에 따르면 공익에 근거한 제한을 정당화하지 않는 “절대적으로 보호되는 私的 生活形成領域”이 이에 해당한다. 이에 따라서 이 영역에서는 比例性原則에 따르는 形량이 허용되지 않는다.⁹⁶⁾ 聯邦憲法法院은 私的 生活形成의 훼손할 수 없는 核心領域을 우선적으로 기본법 제19조 제2항의 本質內容保障은 물론 “인격의 핵심”을 보호하는 기본법 제1조 제1항의 人間尊嚴保障에서 그 근거를 구하였다.⁹⁷⁾ 이러한 核心領域 주위에는 私的 領域(Privatsphäre)이 있다. 이 私的 領域은 核心領域과는 달리 상대적 보호만을 누리기 때문에 比例性原則의 엄격한 준수 하에서 이러한 영역은 제한되어도 된다.⁹⁸⁾ 마지막으로 가장 바깥에는 더 이상 私的 生活形成으로 보호되는 못하는 인격 발현영역인 公開領域(Öffentlichkeitssphäre)이 있다.

(2) 聯邦憲法法院의 領域理論에 대한 문헌상 비판

聯邦憲法法院의 이러한 領域理論은 문헌상 강하게 비판받았다. 우선 이 이론은 고립된 개인모습으로부터 출발한다고 지적되었다. 곧 私的 領域이란 고립된 것으로 생각되는 개인영역이 아니라, 다른 사람과 교섭에서 나오는 특성이라는 것이다.⁹⁹⁾ 또다른 비판은 이러한 영역들이 서로 명확하게 구별되지 못하고 相對的이라는 것이다. 왜냐하면 私的 領域 자체가 적극적으로 개념 정의되는 게 아니라, 전적으로 그 반대개념인 “公開(Öffentlichkeit) 領域”에 속하는지에 따라서 해명되기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 마지막으로 聯邦憲法法院 스스로 核心領域을 그 동안 판례 속에서 여러 차례 강조하면서도, 지금까지 단 한번도 이러한 核心領域의 侵害를 인정한 적이 없다는 것 또한 언급되고 있다.

(3) 領域理論으로부터 결별?

情報社會에서 행해지는 自動情報處理라는 조건하에서 더 이상 중요하지 않은(belanglos) 情報란 존재하지 않는다는 “人口調查決定”에서 聯邦憲法法院의 확인¹⁰¹⁾은 문헌상 강력한 지지를 받았다.¹⁰²⁾ 이에 따라서 이 판례를 통하여 聯邦憲法法院이 領域理論을 포기하였다

95) BVerfGE 56. 54/74

96) BVerfGE 34. 238/245

97) BVerfGE 27. 344/350 : BVerfGE 32. 373/379 : BVerfGE 80. 367/373 f.

98) BVerfGE 44. 353/373

99) Dieter Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Duncker & Humblot, 1976, 88면 : Adalbert Podlech, a. a. O. Rn. 53.

100) Philip Kunig, Grundgesetz Kommentar (Ingo von Münch (Hrsg.)) Bd. 1. Art. 2. Rn. 14. C. H. Beck, 1992 : Dietwalt Rohlf, a. a. O. 66면.

101) BVerfGE 65. 1/41

102) 獨逸 聯邦憲法法院의 “人口調查判決”의 내용과 영향에 관하여는 金日煥, “獨逸聯邦憲法法院의 人口調查判決”, 金啓煥教授回甲紀念論文集, 1996. 62면 이하 참조.

고 많은 학자들은 생각하였다.¹⁰³⁾ 우선 聯邦憲法法院의 “人口調查決定” 이후에 私의 生活 領域中 보호받지 못하는 公開領域이 더 이상 존재하지 않는다는 것은 명백해졌다. 이에 따라서 聯邦憲法法院의 판례에만 집중한다면, 이제 領域理論은 1) 私의 生活形成의 훼손할 수 없는 영역을 얼마만큼 인정할 수 있는지, 2) 상대적으로만 보호되는 인격권범위를 이러한 核心領域으로부터 어떻게 구분할 수 있는 지라는 문제로 귀결된다.¹⁰⁴⁾

3) 小結

① 聯邦憲法法院은 다양한 판례들에서 권한 없는 침입으로부터 內的 領域과 私의 領域의 보호를 먼저 領域理論에 바탕을 두고 보장하려 하였으며 이러한 領域理論에 따라서 보호되지 않고 남아있는 생활영역을 보호하기 위하여 포괄적인 自己決定權을 인정하였다.¹⁰⁵⁾ 다시 말하자면 개개인이 자기의 개인적 사건에 대하여 스스로 결정해야만 한다는 생각은 이미 一般의 人格權에 관한 초기판례들에서 등장하였다.¹⁰⁶⁾ 이에 따라서 一般의 人格權을 통한 보호는 크게 세 가지 부류로 나눌 수 있다 : 1) 권한 없는 침입으로부터 개인영역을 보호하기 위하여 다양하게 보장되는 공간적 영역의 발전, 2) 보호되는 內的인 領域과 私의 領域에서 시민의 自己決定權認定, 3) 이러한 사적 영역과 내적 영역 밖에 있는 시민의 自己表現과 自己決定保護.¹⁰⁷⁾

② 연방헌법법원의 판례들을 통하여 확인할 수 있는 것처럼 “私의 領域의 제한된 보호를 넘어서서 公開領域에서 自己決定의 保護”로까지 人格權의 保護範圍가 확대되는 것은 우선 다른 사람 및 사회에 대한 개인의 관계가 바뀌었음을 뜻한다 : 사람은 고립 속에서가 아니라, 그 주위와 다양한 접촉을 맺으면서 살아간다.¹⁰⁸⁾ 이는 우리의 삶이 다른 사람의 사회

103) Reinhold Baumann. Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12. 1983 zum Volkszählungsgesetz 1983. DBVL. 1984. 613면 : Philip Kunig. a. a. O. Rn. 41 : Ulrich Mückenberger. Datenschutz als Verfassungsgebot Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes. KJ. 1984. 7면 : Pieroth/Schlink. Grundrechte Staatsrecht II (7. Auflage). C. F. Müller. 1991. 97면 : Adalbert Podlech. a. a. O. Rn. 40.

104) 情報自己決定權을 제외한 상태에서 聯邦憲法法院의 판례상 核心領域과 다른 保護領域間 區別은 서류나 증언, 기록 등이 刑事訴訟法上 證據能力을 갖는 지라는 문제에서 중요한 의미를 여전히 갖는다. 이에 관하여는 Knut Amelung. Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG. NJW. 1990. 1753면 이하 : Max-Emanuel Geis. Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts. JZ. 1991. 112면 이하 : Rainer Störmer. Zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen. Jura. 1991. 17면 이하 참조.

105) Rupert Scholz/ Rainer Pitschas. Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung. Duncker & Humblot. 1984. 70면 : Klaus Vogelgesang. a. a. O. 42면.

106) Pieroth/Schlink. a. a. O. 96면 참조.

107) 자세한 것은 Klaus Vogelgesang. a. a. O. 45면 이하 참조.

108) 이에 관하여는 Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1. C. H. Beck. 1988. 644면 이하 참조.

적 평가와 판단을 통해서만 의미 있을 수 있다는 것을 말하지는 않지만, 어쨌든 이러한 접촉들이 개인의 인격발현을 위하여 아주 중요한 의미를 갖는다는 것은 분명하게 한다. 이를 통하여 사회 속에서 고립되거나 분리된 사람들이 서로 살아가는 게 아니라, 이러한 사회 속에서 모든 구성원이 자신의 고유한 개인성이나 인격을 발현한다고 이해된다. 이에 따라서 다른 사람과 의사소통 및 다른 사람과 접촉은 개개인의 인격을 형성하고 발전시킨다. 그렇다면 이러한 상호주체성은 개인의 인격발현을 위한 충분조건은 아닐지라도 필요조건이기는 하다. 그런데 獨逸 基本法上 규정된 基本權들은 이러한 이념을 발전시키기에는 충분하지 않다. 이에 따라서 聯邦憲法法院은 “기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항”으로부터 공동체와 개인의 관계를 더 명확하게 파악하기 위하여 포괄적이며 매우 발전 가능한 권리를 도출하였던 것이다. 결국 이에 따라서 이러한 “一般的人格權”은 기본법상 基本權體系 속에서 중요한 역할을 맡는다.

③ 이에 따라서 우선 “一般的人格權”의 보호범위가 확정적으로 記述되지 않는다는 것을 확인할 수 있다. 그래서 정확한 윤곽이 잡히지 않는 상태에서 판례와 문헌은 “一般的人格權”의 보호범위를 抽象的으로나마 설정하려고 노력한 것이다. 결국 이는 一般的人格權은 이미 事前에 확정되고 결정된 인격내용이 개개 경우에 입증되는 게 아니라, 구체적인 사례들을 통하여 비로소 구체화된다는 것을 뜻한다.¹⁰⁹⁾ 이에 따라서 “새로운 발전 및 이와 결합되는 위험들로부터 개인의 인격보호란 관점에서” 一般的人格權이 등장하고 그 존재필요성이 인정된다. 그러므로 이러한 권리의 발전가능성과 개방성이 언제나 강조된다.¹¹⁰⁾ 결국 一般的人格權의 보호범위는 이를 근거로 하여 判例를 통하여 구체화된다.

④ 그러므로 “一般的人格權”은 주위와 의사소통여부에 관하여 스스로 결정할 개인의 권리를 보장한다. 이에 따라서 기본법 제1조 제1항과 결합한 기본법 제2조 제1항의 私的 領域保護는 외부세계로부터 후퇴 및 公開領域에서 自律的 自己決定을 모두 다 포함하게 된다. 곧 공동체로부터 후퇴할 가능성은 바로 이에 참여할 가능성의 전제조건이기도 하다.¹¹¹⁾ 이를 통하여 다른 防禦權들처럼 一般的人格權 또한 국가권력의 제한으로부터 개인의 자유영역을 보호한다. 이를 넘어서서 一般的人格權은 또한 공동체 속에서 자유로운 협력과 형성을 위한 전제조건들과 가능성들을 보호한다.¹¹²⁾

109) 이에 관하여는 BVerfGE 54. 148/153 참조.

110) BVerfGE 79. 256/268 : Christoph Degenhart, a. a. O. 366면 이하 ; Walter Schmitt Glaeser, a. a. O. 58면.

111) Paul Schwartz, Das Übersetzen im Datenschutz : Unterschiede zwischen deutschen und amerikanischen Konzepten der “Privatheit”, RDV, 1992, 9면.

112) BVerfGE 68. 193/205 ; BVerfGE 65. 1/43

4. 一般의 人格權의 基本權體系的 地位

1) 補充(受容)機能의 認定?

이미 설명한 것처럼 기본법에 규정된 具體的 自由權들을 통하여 포함되지 못하는 좁은 人格生活領域을 一般의 人格權에 포섭시킴으로써 聯邦憲法法院은 一般의 人格權을 독자적 기본권으로 확립하였다.¹¹³⁾ 一般의 人格權을 이렇게 이해한다면 당연히 私的 領域과 어떤 관련을 맺고 있지 않은 기본권들과 관계설정문제는 제기되지 않는다. 이에 반하여 私的 領域을 보호하는 구체적 기본권들 - 예를 들어 기본법 제4조, 제6조, 제10조, 제13조 - 과 一般의 人格權間 關係는 논란이 된다. 이에 따라서 一般의 人格權과 다른 기본권들간 관계는 문헌상 의견이 다양하게 나뉘어지고 있다 : 한편에서는 구체적 기본권들이 관련영역에서 私的 領域을 보호하는지 그리고 이에 따라서 기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항이 보충(수용)기본권으로서 작용해도 되는지를 우선적으로 해당하는 具體的 基本權들에 따라서 판단되어야만 한다고 언급된다.¹¹⁴⁾ 그러나 다른 한쪽에서는 一般의 人格權이 다른 기본권들 옆에 독자적으로 존재한다고 주장한다. 이에 따라서 一般의 行動自由와는 달리 一般의 人格權에서는 보충(수용)기능이 전면에 등장하지 않는다는 것이다.¹¹⁵⁾

위에서 설명한 것처럼 비록 基本法 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항을 통하여 보장되는 一般의 人格權이 “非明示的” 自由로서 구체적인 자유권들을 보충한다 할지라도¹¹⁶⁾ 一般의 人格權은 다른 구체적 基本權들과 마찬가지로 독자적인 기본권이다. 그리고 一般의 人格權의 인정을 통하여 다른 기본권들의 보호범위가 축소되지는 않는다. 왜냐하면 一般의 人格權은 기본법상 규정되어 있는 구체적 권리들을 통하여 파악되지 않는 좁은 인격적 생활영역 및 그 기본조건들의 유지를 保障하기 때문이다.¹¹⁷⁾ 먼저 聯邦憲法法院은 一般의 人格權의 근거로 언제나 철저하게 “기본법 제1조 제1항과 결합한 기본법 제2조 제1항”이라고 언급한다. 그리고 私的 領域과 관련되는 具體的 基本權이 침해되지 않는 한, 오로지 一般의 人格權만이 심사척도로 남는다.¹¹⁸⁾ 그러나 一般의 人格權의 核心領域이 관련된다면, 이는 처음부터 一般의 人格權에만 속하고, 모든 다른 자유권들을 배제한다.¹¹⁹⁾

113) BVerfGE 54. 148/153

114) Christoph Degenhart, a. a. O. 361면 ; Adalbert Podlech, a. a. O. Rn. 47 ; Dietwalt Rohlf, a. a. O. 190면 ; Scholz/Pitschas, a. a. O. 90면.

115) Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1986, 335면 ; Philip Kunig, a. a. O. Rn. 91 ; von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz (3. Auflage), Verlag Franz Vahlen, 1985, Art. 2 Abs. 1, Rn. 64.

116) BVerfGE 54. 148/153.

117) BVerfGE 54. 148/153.

118) BVerfGE 54. 148/153

119) BVerfGE 54. 148/153

2) 一般의 人格權과 다른 基本權들간 關係

(1) 基本法 제1조 제1항

기본법 제1조 제1항이 개인의 主觀的 權利를 보장한다 할지라도, 나머지 기본권들과 인간존엄간 관계는 많은 문제들을 제기한다. 왜냐하면 人間尊嚴이란 매우 추상적 개념이기 때문이다. 기본법상 보장된 人間尊嚴은 자유민주주의에서 가장 최고의 가치이다. 이에 따라서 人間尊嚴은 기본법상 핵심이 되는 構成原則에 속한다.¹²⁰⁾ 그런데 聯邦憲法法院은 一般의 人格權을 언제나 동시에 기본법 제2조 제1항 그리고 기본법 제1조 제1항으로부터 도출시켰다.¹²¹⁾ 그럼에도 불구하고 구체적으로 두 기본권간 관계의 해명에 관하여는 언제나 소극적이었다. 그러나 一般의 人格權의 근거에 관하여 기본법 제1조 제1항의 끌어들이는 기본법 제1조 제1항이 一般의 人格權의 심사척도가 아니라, 오로지 이러한 基本權의 解釋 및 效力強化에만 영향을 미친다는 것이다.¹²²⁾

(2) 다른 기본권들

一般의 行動自由처럼 一般의 人格權 또한 다른 具體的 基本權들을 보충하기는 하나, 그 補充의 의미가 두 기본권간에는 서로 다르다. 곧 一般의 行動自由의 경우에는 이 基本權의 保護範圍가 다른 구체적 기본권들의 보호범위를 포함하기 때문에, 당연히 이들간에는 補充關係가 존재한다. 그러나 이미 설명한 것처럼 새로운 발전 및 이와 결합된 위험들로부터 개인의 인격보호란 관점에서 성립하는 一般의 人格權은 다른 구체적 기본권들 옆에 또 다른 구체적인 독립된 기본권으로 인정할 필요성이 존재한다.¹²³⁾ 이에 따라서 一般의 人格權의 구성요건은 본질적으로 一般의 行動自由보다 좁고¹²⁴⁾, 다른 기본권과 一般의 人格權이 충돌하는 경우에는 이들간에 동등한 지위가 인정된다.¹²⁵⁾

120) 독일 기본법상 "人間尊嚴"이 갖는 다양한 役割과 機能에 관해서는 Tatjana Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Duncker & Humblot, 1990 : Eibe H. Riedel, Gentechnologie und Embryonenschutz als Verfassungs- und Regelungsproblem, EuGRZ, 1986, 469면 이하 참조.

121) "기본법 제2조 제1항에 규정된 기본권의 내용과 범위를 결정할 때에는 기본법 제1조 제1항의 근본규범에 따라서 인간존엄을 훼손할 수 없고, 모든 국가권력에 대하여 그 존중과 보호를 요구한다는 것이 고려되어야만 한다."(BVerfGE 34, 238/245) 기본법 제2조 제1항 이외에 人間尊嚴은 生命權, 신체 불훼손권, 양심의 자유, 종교의 자유와 兵役拒否權의 내용과 범위를 해석하는 데에도 관련된다. 이에 관하여는 Tatjana Geddert-Steinacher, a. a. O. 136면 이하 참조.

122) Ernst Benda, Privatsphäre und "Persönlichkeitsprofil" Ein Beitrag zur Datenschutzdiskussion, Festschrift für Willi Geiger, J. C. B. Mohr, 1974, 31면 : Tatjana Geddert-Steinacher, a. a. O. 143면 : Walter Schmitt Glaeser, a. a. O. 52면 : v. Mangoldt/Klein/Starck, a. a. O. Rn. 11.

123) BVerfGE 54, 148/153

124) BVerfGE 54, 148/153

125) Robert Alexy, a. a. O. 352면.

IV. 結 論

1) 聯邦憲法法院은 다양한 판례들에서 권한 없는 침입으로부터 內的 領域과 私的 領域의 보호를 먼저 領域理論에 바탕을 두고 보장하려 하였으며 이러한 領域理論에 따라서 보호되지 않고 남아있는 생활영역을 보호하기 위하여 포괄적인 自己決定權을 인정하였다. 다시 말하자면 개개인이 자기의 개인적 사건에 대하여 스스로 결정해야만 한다는 생각은 이미 一般的人格權에 관한 초기판례들에서 등장하였다. 이에 따라서 一般的人格權을 통한 보호는 크게 세 가지 부류로 나눌 수 있다 : 1) 권한 없는 침입으로부터 개인영역을 보호하기 위하여 다양하게 보장되는 공간적 영역의 발전, 2) 보호되는 內的인 領域과 私的 領域에서 시민의 自己決定權認定, 3) 이러한 사적 영역과 내적 영역 밖에 있는 시민의 自己表現과 自己決定保護.

2) 연방헌법법원의 판례들을 통하여 확인할 수 있는 것처럼 “私的 領域의 제한된 보호를 넘어서서 公開領域에서 自己決定의 保護”로까지 人格權의 保護範圍가 확대되는 것은 우선 다른 사람 및 사회에 대한 개인의 관계가 바뀌었음을 뜻한다 : 사람은 고립 속에서가 아니라, 그 주위와 다양한 접촉을 맺으면서 살아간다. 이는 우리의 삶이 다른 사람의 사회적 평가와 판단을 통해서만 의미 있을 수 있다는 것을 말하지는 않지만, 어쨌든 이러한 접촉들이 개인의 인격발현을 위하여 아주 중요한 의미를 갖는다는 것은 분명하게 한다. 이를 통하여 사회 속에서 고립되거나 분리된 사람들이 서로 살아가는 게 아니라, 이러한 사회 속에서 모든 구성원이 자신의 고유한 개인성이나 인격을 발현한다고 이해된다. 이에 따라서 다른 사람과 의사소통 및 다른 사람과 접촉은 개개인의 인격을 형성하고 발전시킨다. 그렇다면 이러한 상호주체성은 개인의 인격발현을 위한 충분조건은 아닐지라도 필요조건이기는 하다. 그런데 獨逸 基本法上 규정된 基本權들은 이러한 이념을 발전시키기에는 충분하지 않다. 이에 따라서 聯邦憲法法院은 “기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항”으로부터 공동체와 개인의 관계를 더 명확하게 파악하기 위하여 포괄적이며 매우 발전 가능한 권리를 도출하였던 것이다. 결국 이에 따라서 이러한 “一般的人格權”은 기본법상 基本權體系 속에서 중요한 역할을 맡는다.

3) 이에 따라서 우선 “一般的人格權”의 보호범위가 확정적으로 記述되지 않는다는 것을 확인할 수 있다. 그래서 정확한 윤곽이 잡히지 않는 상태에서 판례와 문헌은 “一般的人格權”의 보호범위를 抽象的으로나마 설정하려고 노력한 것이다. 결국 이는 一般的人格權은 이미 事전에 확정되고 결정된 인격내용이 개개 경우에 입증되는 게 아니라, 구체적인 사례들을 통하여 비로소 구체화된다는 것을 뜻한다. 이에 따라서 “새로운 발전 및 이와 결합되는 위험들로부터 개인의 인격보호란 관점에서” 一般的人格權이 등장하고 그 존재필요성이 인정된다. 그러므로 이러한 권리의 발전가능성과 개방성이 언제나 강조된다. 결국 一般的人格權의 보호범위는 이를 근거로 하여 判例를 통하여 구체화된다.

4) 그러므로 “一般의 人格權”은 주위와 의사소통여부에 관하여 스스로 결정할 개인의 권리를 보장한다. 이에 따라서 기본법 제1조 제1항과 결합한 기본법 제2조 제1항의 私的 領域保護는 외부세계로부터 후퇴 및 公開領域에서 自律的 自己決定을 모두 다 포함하게 된다. 곧 공동체로부터 후퇴할 가능성은 바로 이에 참여할 가능성의 전제조건이기도 하다. 이를 통하여 다른 防禦權들처럼 一般의 人格權 또한 국가권력의 제한으로부터 개인의 자유영역을 보호한다. 이를 넘어서서 一般의 人格權은 또한 공동체 속에서 자유로운 협력과 형성을 위한 전제조건들과 가능성들을 보호한다. 그러므로 일반적 인격권의 내용과 영향들을 처음부터 너무 성급하게 좁게 확정하는 것은 피해야만 한다.