
人間的 尊嚴과 價値·幸福追求權

Human Dignity and the Right of Pursuing Happiness

전찬희
배재대학교 행정학과

Chan-Hui Jeon(4599632@hanmail.net)

요약

인간의 존엄과 가치의 존중은 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 모든 기본권 보장의 목적이므로, 이러한 목적을 달성하는데 필요한 자유와 권리는 그 어느 것이나 보장되어야 한다. 인간의 존엄과 가치의 실현이라는 목적 달성을 방해하는 행위는 금지되어야 한다. “인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”는 개인 대 국가의 관계에서 국가는 개인을 위하여 존재한다는 반 전체주의적 이념을 선언한 것이며, 헌법의 각 조항과 법령의 효력이 문제될 경우 그에 관한 궁극적 해석기준이 된다. 또한 행복추구권은 인간이 행복을 추구하는데 필요한 것이며 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 보고 있으나, 최소한의 수준에서 사회적 기본권과 같은 적극적 권리성의 성격도 볼 수 있다. 헌법재판소의 결정례에 따르면 행복추구권은 일반적 행동의 자유권, 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권의 영역으로 범주화되고 있기에 의의와 연혁입법례를 통해 행복추구권의 중요성을 강조하고자 한다.

■ 중심어 : | 인간존엄 | 가치존중 | 행복추구권 |

Abstract

The respect for human dignity and worth is to purpose both the ideological premise and the guarantee of all the fundamental rights at the same time. Both freedom and rights which are necessary for obtaining those purposes should be guaranteed. "A human has dignity and worth as a human being" is that a nation exists for an individual between an individual and a nation. It declares democratic ideology. It becomes a ultimate standard to solve a problem of the interpretation of an article of a law and the effect of a law. The right to pursue one's happiness is necessary to persue one's happiness. The rights comprehensively covers even the freedom and the right without in an article of a law. It shows a positive rights like a social fundamental rights in a minimum level of a law. According to the precedent of the Constitutional Court, as the right to pursue one's happiness is in area of a common action, the free manifestation of the authoritative individuality, and self-determination in category, this study is to emphasize the importance of the right to pursue one's happiness throughout its meaning and the precedent of history legislation.

■ keyword : | Human Dignity and Worth Respect | the Right to Pursue one's Happiness |

I. 서론

인간의 존엄과 가치의 존중은 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 모든 기본권 보장의 목적이므로, 이러한 목적을 달성하는데 필요한 자유와 권리는 그 어느 것이나 보장되어야 한다. 인간의 존엄과 가치의 실현이라는 목적 달성을 방해하는 행위는 금지되어야 한다. “인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”는 개인 대 국가의 관계에서 국가는 개인을 위하여 존재한다는 반 전체주의적 이념을 선언한 것이며, 헌법의 각 조항과 법령의 효력이 문제될 경우 그에 관한 궁극적 해석기준이 된다. 또한 행복추구권은 인간이 행복을 추구하는데 필요한 것이며 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 보고 있으나, 최소한의 수준에서 사회적 기본권과 같은 적극적 권리성의 성격도 볼 수 있다. 헌법재판소의 결정례에 따르면 행복추구권은 일반적인 행동의 자유권, 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권의 영역으로 범주화되고 있기에 의의와 연혁입법례를 통해 행복추구권의 중요성을 강조하고자 한다.

II. 연혁과 입법례

중세의 봉건제도와 신성국가체제를 극복하고 발전하기 시작한 근대 민주주의는 인간의 존엄과 가치를 지도 원리로 하는 개인주의와 자유주의를 그 내실로 하고 있으며, 기본적 인권은 곧 국가로부터의 자유를 의미하는 자유권을 가리켰다. 인간은 원래 이성적인 동물로서 인격체로 인정되어 왔다. 그러나 현실적으로 인간은 고대의 노예제도, 중세의 농노, 인신매매 등을 통하여 인격자로 대우를 받지 못한 때가 있었다. 근세의 계몽주의·인문주의사상은 이에 반발하여 인간의 존엄성을 주창하였고 이러한 의미에서 근세는 개인의 가치와 인간의 존엄성을 찾아가는 자유권의 전성기라고 하였다.

인간 존엄성에 대한 자각은 2차 대전중의 전체주의 군국주의 하에서의 비인간적인 만행에 자극 받아 세계 각국은 인간존엄성에 관한 헌법규정을 두게 되었으며 이러한 인간의 존엄과 가치는 인권의 국제화 경향에 따라서

국제연합헌장[1], 세계인권선언(1948년 세계인권선언 제1조에서 『모든 인간은 나면서부터 자유이고 또 존엄 및 권리에 있어서 평등하다』 및 제3조에서 『모든 사람은 생명, 자유 및 신체의 안전에 대한 권리를 가진다』를 들 수 있다.), 유럽인권협약(1953년 유럽인권협정은 제1절 자유와 권리 제2조에 생명의 권리, 제3조 고문의 금지, 제4조 노예제도와 고문금지, 제5조 자유와 안전의 권리를 두고 있다.) 등에서도 규정하게 되었다(서독 기본법 제1조 1항(2차세계대전 후 국제법상에서도 기본권을 규정하기 시작하였다. 1945년 국제 연합헌장전문에서 『우리들 연합국의 인민은 ..., 기본적 인권과 인간의 존엄 및 가치와 남녀 및 대소각국의 동권에 관한 신임을 새로이 확인하는 것을 결의한다고 하였고, 제1조 3항은 국제연합의 목적 중 하나로 『...모든 사람을 위한 인권 및 기본권의 자유를 존중하도록 조장 장려하는 것에 의한 국제협력의 달성』을 들고 있다.), 일본헌법 제11조 13조, 이탈리아 헌법 제2조, 터키 헌법 제14조 등). 또한 1776년 버지니아 권리장전 제1조, 1789년 프랑스 인권선언, 1946년 일본 헌법 제13조 제2항은(『생명·자유 및 행복추구의 권리』를 정하고 있는데, 이 조항은 아메리카 독립선언에서 사용되었던 『life, liberty and pursuit of happiness』에서 수용한 것으로 본다.)[2] 등에서는 인간의 행복추구권을 규정하고 있다[3].

1. 우리 헌법규정

1) 제 1공화국 헌법

기본권 조항은 자연권적 규정이 아니고 실정권으로 규정하였으며 거의 모든 조항에 법률의 유효조항을 두었다. 기본권의 포괄성에 관해서는 『국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.』를 규정으로 하고 있다.

2) 제 2공화국 헌법

제 2공화국 헌법은 법률유효조항을 상당부분 삭제했으나 완전한 자연권으로 규정되지는 아니하였고 다만 『국민의 모든 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있다. 단 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하여

서는 아니되며 언론, 출판에 대한 허가를 제정 할 수 없다.』고 하였다.

3) 제 3공화국 헌법

제3공화국헌법은 제 8조에서 인간의 존엄과 가치를 규정하였다. 『모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다』고 했다[4].

4) 제 5공화국 헌법

1980년 10월 27일에 공포된 제 5공화국 헌법 9조는 『모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다』로 규정하였다.

이처럼 기본권은 본질적으로 우리 사회 모두가 공감할 수 있는 ‘가치의 세계’를 징표하는 것이어야 한다. 우리 헌법은 그러한 가치세계의 핵심적인 내용으로서 ‘인간의 존엄과 가치’를 내세우고 있다.

1987년 헌법 제2장 제10조에서 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며」라고 하여 기본권 보장의 일반원칙으로서 인간으로서의 존엄과 가치를 선언하고 있다[5].

이와 같이 우리 헌법은 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 기본권의 핵심적 내용으로 중시하며, 국가에게 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 핵으로 하는 기본권을 보장할 의무를 과함으로써(제10조) 기본권보장의 원칙적인 가치 지표가 ‘인간의 존엄성’이라는 것을 헌법 제10조 2절 「국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.」에서 명백히 밝히고 있다[6].

III. 人間的 尊嚴과 價値

1. 의 의

1) 인간으로서의 존엄과 가치

인간의 존엄이 무엇이나를 법적으로 정의하는 데는 학자마다 견해가 달라 어려움이 있다[7]. 먼저 ‘인간으로서’의 人間的 의미와 인간성은 무엇일까? 개인 대 개인의 관계를 그 발전 단계라는 관점에서 규정한다면, 개인주의 사회 - 인격주의 사회 - 전체(집단)주의 사회에서의 인간 등으로 유형화 할 수 있다[8]. 개인주의사회에서의 인간은 자신의 결단에 의하여 자신을 규율할 자유를 소유하지 못하고 국가 권력의 객체로 격하된 인간상에 해당한다. 이에 대하여 인격주의사회에서의 인간은 인간의 고유한 가치를 유지하면서 사회와 긴밀한 관계를 가질 뿐 아니라 사회에 의하여 구속을 받는 인간성을 말한다[9]. 우리헌법이 ‘인간으로서의 존엄과 가치’라는 표현을 통해서 ‘인격의 내용을 이루는 윤리적 가치’를 기본질서의 최고의 가치로 선언하고 있는 경우에 우리헌법은 동시에 이 표현을 통해서 우리 헌법질서가 이상으로 하고 있는 인간상을 구체적으로 부각시키고 있다고 볼 수 있다. 즉 윤리적 가치에 의해서 징표되는 자주적 인간상이나 국가 권력의 객체로서 인간상이 아니라 개인 대 개인 사회라는 관계에서 인간의 고유한 가치를 훼손 당하지 아니하면서 사회관계성 내지 사회구속성을 수용하는 인간상을 의미한다. 따라서 헌법 제10조는 공동체와 다른 구성원과 단절되고 고립되어 사는 객체로서의 인간도 부정하고 집단의 단순한 부속품으로서 존재하는 인간도 부정한다고 본다. 윤리적 가치에 의해 징표되는 자주적인 인간상으로 보고, 헌법재판소도 동일한 취지의 판시를 하고 있다[10][11].

2) 존엄과 가치의 의미

인간은 이성적 존재로서 인격의 주체가 될 수 있다는 데에 존귀한 가치가 있다는 것이다. 헌법 10조 제1문의 인간으로서의 존엄과 가치란 인간의 본질로 간주되는 존귀한 인격체성을 의미하며[12], 인간의 존엄은 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체이며 인간의 가치란 인간의 독자적 평가를 의미한다고 하겠다[13]. 또한 인간의 존엄과 가치는 인격의 내용을 이루는 윤리적 가치이고[14] 인간의 존엄성과 가치는 인간의 존엄권으로서 그 내용을 일일이 열거할 수는 없지만 최소한 인간으로서 살아갈 수 있게 하는 자주성을 의미한다고 한다[15].

칸트는 인간의 존엄의 존중은 그 자체가 목적이라고 보았다[16]. 칸트는 인간존엄과 명예를 구분하면서 존엄 개념의 불명확성에 대해서도 설명을 하고 있다. 칸트는 법은 도덕에 봉사하기 위한 수단으로 보았으며 법규범의 특수성을 인정하면서도 모든 인간은 이성적·윤리적으로 평등하기 때문에 평등한 존엄이 보장되어야 한다고 하였다[17].

인간의 존엄과 가치는 위에서 본 것처럼 표현상에 있어서 약간의 차이가 있을 뿐 그 본질면에서는 큰 차이가 없다. 따라서 그 의미를 두고 논쟁하는 것은 별 실익이 없다. 어느 견해를 취해도 노예제도, 인신매매, 고문, 강제노동, 집단학살, 인간실험, 인종차별 등은 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이기 때문이다. 따라서 인간의 존엄과 가치의 의미는 상기의 모든 견해를 통합적으로 이해하는 것이 바람직 할 것이다.

2. 법적 성격

1) 최고의 법원리

「인간의 존엄성과 가치」가 주관적 공권을 보장할 것이냐 객관적, 헌법적 원리를 선언한 것이냐가 문제 된다.

① 소수설(주관적 공권설)

소수설은 「광의로는 모든 기본권의 근원이 되는 주기본권을, 협의로는 인격권이라고 하는 인간의 존엄권을 보장하는 것」이라고 한다(주기본권설).

② 기본권 인정여부에 따른 학설의 대립을 보면

ㄱ. 기본권성 부정설(객관적 헌법 원리성설)

인간의 존엄과 가치는 구체적, 개별적인 권리가 아니라, 모든 기본권의 목적 내지 원시적인 가치 지표가 되는 객관적 헌법원리를 선언한 것으로 이해하는 견해이다.

ㄴ. 기본권성 긍정설(주관적 공권성설)

인간의 존엄과 가치는 인격적 생존에 필요한 모든 것을 포함한 포괄적 권리입과 동시에, 주기본권이라는 주관적 공권성을 보장한 것으로 이해하는 견해이다(이 견해는 인간의 존엄과 가치 및 행복 추구권을 합하여 이해함).

ㄷ. 헌법원리와 공권성설

인간의 존엄과 가치는 객관적인 헌법원리의 선언으로서 모든 기본권의 이념적 전제나 목적을 나타내면서, 국민개개인에게 구체적인 주관적 공권을 직접적으로 부여한 것으로 이해하는 견해이다. 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 관계를 분리하여 체계화 시킬 것인가(다수설), 아니면 합하여 체계화 시킬 것인가(소수설)에 대하여 헌법재판소의 판례와 달리 절충설의 입장을 따랐고, 인간의 존엄과 가치에 관한 법적 성격을 헌법원리로 이해할 것인가(다수설), 아니면 주관적 공권성으로 이해할 것인가(소수설)에 대하여 편향된 시각에서 벗어나 절충설의 입장에서 포괄적으로 기술하였다. 행복추구권의 기본권성을 인정할것인가(다수설), 아니면 부정할것인가(소수설)에 대하여 헌법재판소의 입장과 같이 기본권성을 인정하는 견지에 따랐다.

인간의 존엄과 가치에 관한 법적성격을 이해하는데 있어서 객관적 원리성뿐만 아니라 주관적 공권성도 함께 가지는 2중적 성격을 갖는다고 보는 절충설의 견해가 타당하다고 본다.

③ 통설(객관적 헌법원리성설)

통설은 제10조 전문은 구체적인 기본권을 보장하는 것이 아니고 「다른 모든 기본권의 전제가 되는 기본원리이며 모든 기본권의 이념적 출발점」, 「국법질서의 최고의 구성원리」, 「최고의 헌법원리이며 다른 기본권의 가치적 전제가 되는 객관적 원리」로 보고 있다.

④ 결 어

생각건대 제10조 전문은 「모든 기본권의 이념적 전제(기본권의 핵)가 되고 모든 기본권 보장의 목적이 되는 기본원리」에 관한 규정이라고 본다.(서독의 통설이자 우리의 통설)

2) 전국가적 자연권성

① 제10조의 성격에 대해서는 i)천부인격성을 강조한 기본권의 전국가적·초국가적 권리의 선언이라고 보는 견해와 ii) 실정법상의 권리선언이라고 보는 견해(실정법적 권리설)가 대립되고 있는바 전설은 10조를 선언적

(주의적 규정으로 보며 기본권의 포괄성을 선언한 제37조1항을 단순한 주의적 규정으로 본다.) 후설은 10조를 권리창설규범으로 보고 있다. 생각컨대 제10조는 전국가적 기본권을 헌법상에서 선언함으로써 실정법에 의한 보장을 하는 것이며 생활의 실제에 있어서 보다 큰 집행력의 강행성을 부여하며 그 실효성을 보장하기 위하여 자연법을 실정법화한 규정이라고 본다.

② 제37조 1항과의 관계: 제37조1항은 기본권의 전국가성과 포괄성을 선언한 주의적 규정이며(천부인권설) 그 구체적인 내용은 제10조 「인간으로서의 존엄과 가치」를 누리기 위하여 필요한 것이면 모두 포함 된다고 본다(예컨대 생명권, 일반적인 행동의 자유, 평화적 생존권, 저항권 등).

3) 제37조와의 관계[18]

① 37조1항과의 관계: 헌법 10조의 관련하여 헌법 37조 1항에서는 헌법에 열거되지 아니한 기본권도 경시되지 아니한다고 규정하여 헌법에 열거된 기본권과 마찬가지로 인간의 존엄과 가치를 실현시키기 위한 수단으로 보는 것이며 양자는 상호보완 내지 상호상충작용 관계에 있다고 할 수 있다.

② 제37조 제2항과의 관계

인간의 존엄과 가치는 모든 기본권의 목적 내지 가치이념적 요소로서 본질적 내용에 해당함으로써 기본권제한의 한계로서의 기능을 갖는다. 제37조 2항의 일반적 법률유보에 의한 기본권제한의 경우에도 「인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이어서는 안된다.」 따라서 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 기본권제한은 그것이 아무리 법률에 의해서 행해진다 하더라도 결코 용납되지 않는다. 즉 인간의 존엄과 가치는 기본권 제한의 내재적 한계이며 그 최후적 한계를 이룬다.

4) 반 전체주의적 성격

헌법 제10조는 「인간의 존엄과 가치·행복추구권」을 보장함으로써 개인의 존엄성을 규정하고 전체주의를 배격하고 있다. 올바른 민주주의 발달을 위해서는 무엇

보다도 개인의 존중이 확립되어야만 한다.

반 전체주의적 성격의 실정법적 의의는 개인과 국가간의 긴장 관계가 있을 때에는 인간의 이익을 위하여 출발할 것을 요구하며, 국가는 인간을 위하여 존재한다는 원칙을 확인하고, 국가권력의 한계를 이루는 기본권의 본질적 내용이나 인권내포의 형식적 가치를 부여하는 것 등에 있는 것이다[19]. 따라서 우리의 기본권은 사회주의적 기본권과는 완전히 다르며 개인주의 - 인격주의 - 전체주의의 단계구조에 있어서는 중용의 「인격주의」(Personalismus)를 채택하고 있다고 하겠다.

5) 기타의 기본권 조항과의 관계

인간의 존엄성 조항은 모든 기본권 보장의 궁극적인 목적 조항이므로 기타의 기본권 조항(제11조 - 제37조)은 인간의 존엄과 가치를 유지하고 실현하기 위한 수단 조항이라 할 수 있다.

① 행복추구권과의 관계

인간의 존엄과 가치 및 행복추구권은 양자를 합한 통일적 개념의 입장에서, 인간의 존엄, 가치(존엄권 내지 인격권)와 독자적인 기본권으로서 행복추구권이라고 보는 견해가 있다.

즉 행복추구권은 인간의 존엄과 가치라는 목적을 실현시키기 위한 수단을 의미하므로, 양자의 관계는 일용 목적과 수단의 관계에 있다는 견해이다[20].

② 헌법에 열거된 기본권과의 관계

헌법 제11조로부터 제36조에 걸쳐 열거된 개별적 기본권은 모든 기본권 보장의 궁극적 목적인 인간의 존엄과 가치를 유지하고 구현하기 위한 수단이다. 우리 헌법 재판소도 인간의 존엄·가치와 헌법에 열거된 개별적 기본권과의 관계를 목적과 수단의 관계로 보고 있다[21].

3. 주 체

인간의 존엄과 가치에 있어서 주체는 존엄권 즉 肉身·靈魂·精神의 統一體(Lieb - Seele - Geist - Einheit)로서의 「人間」의 권리이므로 모든 국민과 외국인이나 무국적자를 포함함에는 이설이 없으나 자연인

으로서 사람이 아닌 법인이나 권리능력이 없는 사단이나 재단은 성질상 인정 될 수 없고 다음과 같은 경우에 그 주체가 인정된다.

첫째, 인간의 존엄과 가치는 일반인에게 고유한 가치로 인정되는 인격 주체성을 의미하므로 내국인 뿐만 아니라 외국인, 무능력자도 포함한다. 그러나 法人은 제외한다[22]. 여기서 기본권과 주체성이 문제된다. 인간의 존엄과 가치가 기본권 보장의 이념적 기초이고 최고원리로 작용하는 것이라면 법인의 기본권이 어떻게 설명될 수 있는가 하는 문제가 남는다. 법인의 기본권은 본질적으로 법인 그 자체의 기본권을 보장하는 것이지만, 법인의 구성원의 기본권을 보장하는데 기여하는 이상 인간의 존엄과 가치도 이의 이념적 기초가 된다. 다만, 법인의 재산권과 같이 그 구성원의 기본권과 관련이 없는 것인 경우에는 법인이 그 자체 법 기술적인 개념이고 법인의 기본권을 인정하는 것은 이러한 법 기술적인 개념에 필연적으로 따라오는 귀결로 인정되는 것이므로 이러한 경우에 법인의 기본권 보장은 법적 필요성에 의하여 인정하는 것이지 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 인정하는 것은 아니다.

둘째, 정신병자, 범죄인 태아에게도 인간의 존엄과 가치는 인정된다. 태아에 대해서도 인간의 존엄이 인정될 것인가에 대해서는 理論이 있지만, 태아도 인간으로서의 존엄과 행복추구권과 생명권을 가진다는 것이 일반적인 견해이며, 낙태는 태아의 생명권을 침해하는 것으로 위헌이라는 것이 1975년 독일연방 헌법 재판소의 판결이다[23].

셋째, 기형아의 경우 신체적 기형이라고 해서 인간으로서의 고유가치를 부인하거나 생활할 가치가 없는 것으로 단정해서는 아니 되며,

넷째, 인간의 사체는 원칙적으로 주체성이 부정되나 예외적(죽은자의 생시유언이나 추정적 동의 없이 해부 또는 장기이식을 하는 경우[24] 인간의 사체를 산업용으로 이용하는 경우 등)으로 인정되는 경우가 있을 수 있다.

4. 내 용

인간의 존엄과 가치는 주기본권으로서 국민의 기본적 인권 전반을 지칭하는 것이라고 하겠다.

1) 적극적 내용

이를 구현하기 위한 적극적 방법으로는 헌법에 규정된 권리(제10조 - 제36조)는 물론 헌법에 규정이 없는(제37조 1항) 권리까지도 보장되어야 한다. 그렇지만 그 구체적인 내용을 남김없이 망라하는 것은 거의 불가능하다[25]. 헌법에 보장되어 있지 아니한 경우에는 일반적 인격권[26] (알권리, 명예권, 초상권, 성명권)[27] 일반적 행동의 자유(의사결정, 의사작용의 자유, 경쟁의 자유, 계약의 자유 등) 평화적 생존권, 학습권 등을 들 수 있다[28].

2) 소극적 내용

인간의 존엄과 가치를 부정하거나 그 현실을 방해하는 어떠한 행위도 금지된다. 예컨대 집단 추방, 대량학살, 고문, 노예, 강제노동, 인간 실험 등의 행위는 모두 금지된다.

5. 효 력

인간의 존엄과 가치 조항은 대국가적으로는 모든 국가 권력을 구속함은 물론, 헌법개정 권력도 구속하는 것이며, 대사인적으로는 모든 공·사법 질서의 원리이므로 사인간에 직접효력 규범성을 인정하는 견해도 있다.

1) 근본규범성

헌법 10조 전문은 기본권의 이념적 기초이고 기본권의 핵으로서 우리 헌법의 최고의 객관적 규범이고, 개인이익 우선의 원칙을 명백히 하는 것이라고 하겠다. 따라서 국가작용의 목적과 가치 판단의 기준을 제공하여, 국가 목적적인 국가를 부인하는 의미를 갖는다. 또한 통치구조의 한계를 명백히 하고 기본권 실현 수단으로서 통치구조의 기능을 보여 주는 것이다. 이러한 점에서 볼 때 본 조는 기본권 실현의 이념적 기초이고, 헌법 개정의 한계에 해당하는 근본규범이다.

2) 대국가적 효력

제10조 전단은 대국가에 대한 관계에서 직접적 효력규정이다. 따라서 국가의 모든 작용(입법권·행정권·통치권·형법개정권·특별권력관계)을 구속한다. 따라서 침해 행위가 있는 경우에는 제10조 전문에 의거하여 그 위헌 무효를 주장할 수 있고 손해를 입은 경우에는 손해 배상을 청구할 수 있다.

3) 대사인적 효력

제10조 전단은 법질서의 전체에 대하여 구속력을 가지는 것이므로 사인에 의한 침해의 경우에도 적용되어(간접 적용설을 취하여도 직접적으로 적용됨) 침해행위의 위헌무효 또는 손해배상을 청구할 수 있다.

IV. 행복추구권

1. 헌법규정과 연혁 및 입법례

① 헌법규정

우리 헌법은 ‘인간의 존엄과 가치’준중에 관한 규정(제10조)에서 이른바 ‘행복추구권’을 함께 보장 하고 있다. 「모든 국민은 행복을 추구할 권리를 가진다.」는 내용이 바로 그것이다.

② 연혁 및 입법례

행복추구권은 J. Locke의 사상의 영향을 받은 것으로 버지니아(Virginia) 권리장전에 최초로 규정되었으며, 미 독립선언과 1947년 일본헌법 제13조 제2항에서 「생명, 자유, 행복추구권에 대한 국민의 권리에 관하여는.....」라고 규정되었고 우리헌법은 미국헌법의 영향을 받아 제8차 헌법개정(5공화국헌법) 제9조에서 최초로 명문화되었으며 현행헌법 제10조 후문 후단에서 규정하고 있다.

2. 본 질

행복추구권이 기본권의 전체계 내에서 어떤 위치를 차지하는가에 대하여서는 행복 추구권은 자유권적 기본권

의 총칙규정이라는 견해와 사회적 기본권의 총칙적 규정이라는 견해도 있으나 자유권적 성격과 사회권적 성격을 공유하는 기본권 전반에 관한 총칙적 규정으로 이해해야겠다.

3. 법적성격

1) 주관적 공권성

행복추구권이 주관적 공권인가에 대하여 이념적 기원설은 행복추구권은 인간의 존엄성 존중원리의 또 다른 표현이며 기본적 인권이 보장되어야 한다는 추상적 요청에 지나지 않는다는 견해이고 주관적 권리설은 행복추구권은 헌법상의 원리로 볼 수 없으며 주관적 권리의 하나라는 견해이다. 헌법재판소도 행복추구권을 독자적인 주관적 기본권의 하나로 해석하고 있다.

2) 자연권성

행복추구권이 자연권임에 대하여는 이는 성질상 자연법상의 권리이기는 하나 헌법 제10조에 규정된 이상 실정권이라는 견해도 있으나 행복추구권은 인간존중에 고유한 인간의 생태적 권리로 보는 것이 다수설이다.

3) 포괄적 권리성

행복추구권이 포괄적 권리인가에 대하여는 이는 그 밖의 개별적 기본권과 구별되는 단하나의 독자적인 권리로서 사생활의 비밀과 자유, 환경권 등을 보장하는 것이라는 견해도 있으나 행복추구권은 인간이 행복을 추구하는데 필요한 것이며 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 이해하여야 할 것이다.

4) 행복추구권의 적극적 권리성 여부

행복추구권을 포괄적인 주관적 공권으로 볼 경우 그것이 자유권적 기본권을 의미하는 것인지, 아니면 사회적 기본권이나 청구권적 기본권까지도 포괄하는 것인지에 대하여 견해가 대립되는데, 헌법재판소는 국가유공자에 우등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청사건에서 “헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것

을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가의 간섭없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.”고 판시하여 자유권적 기본권과 같은 소극적인 권리로 파악하고 있다. 오늘날 국가는 단순히 국민의 자유를 침해하지 않아야 하는 측면 뿐만 아니라, 국민의 자유실현에 적극적으로 개입할 것이 요구되는 바, 단순히 국가가 행복을 추구하기 위한 자유를 침해하지 않는데 그친다면, 행복추구권의 내용의 많은 부분이 현실적 규범적력을 잃을 우려가 있으므로, 그 포괄적 권리성에 비추어 최소한의 수준에서 사회적 기본권과 같은 적극적 권리성의 성격도 가진다고 보아야겠다[29].

4. 행복 추구권의 주체 및 내용과 효력

1) 주 체

행복추구권은 자연법사상을 바탕으로 하고, 인간의 존엄성 존중과 밀접, 불가분의 관계를 가진 인간의 권리를 의미하므로, 국민뿐만 아니라 외국인도 향유할 수 있어야 한다. 그러나 행복추구권은 인간의 권리를 의미하므로, 자연인만이 누릴 수 있고, 법인은 그 주체가 될 수 없다.

2) 내 용

행복추구권을 포괄적 기본권으로 이해한다면, 그 내용도 다양한 것이 될 수 밖에 없다. 현행헌법은 제17조 생활의 자유라든가 제35조에서 환경권을 명문으로 규정하고 있으므로 헌법에 열거된 개별적 기본권을 제외한 행복추구권의 주요 내용으로는 생명권, 신체를 훼손당하지 않을 권리, 인격권 평화적 생존권, 휴식권, 수면권, 스포츠권등을 들 수 있다[30].

3) 효 력

행복추구권은 대국가적 효력과 제3자적 효력을 아울러 가지고 있으며 또한 침해된 경우에는 제1차적으로는 개별적 기본권에 의해서 구제되며, 2차적 보충적으로 행복추구권의 침해 침해행위가 무효임을 이유로 침해행위 배제청구와 침해예방청구에 의하여 구제 받을 수 있다.

V. 결 론

우리 헌법상에서도 제 10조가 『모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.』라고 하고 있는 점에서 천부인권, 즉 전 국가적인 자연권을 선언한 것으로 볼 수 있고 나아가 『국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다』고 하여 불가침·불가양의 전 국가적인 자연권을 헌법에서 선언함으로써 이를 실정법에 의해서 보장하고 있다. 또한 인간의 존엄과 가치·행복추구권은 모든 기본권을 대표하는 최고의 규범이며 대표성을 갖는 근본규범이라고 하겠다.

모든 인간의 천부인권적인 가치를 보장하는 포괄적 주의적 규정으로 헌법 제10조와 34조 그리고 35조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 찾을 수 있다. 또한 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권을 보장할 의무를 지닌다는 대 국가적 효력을 명시하고, 깨끗하고 쾌적한 환경에서 인간다운 생활을 할 권리등을 보장함으로써 사회주의 시장 경제적 복지국가의 주인인 국민의 인간으로서의 존엄성을 강조하고 있다.

예외적 규정으로 37조 2항에서 법률로서 국가 공공복리와 안전, 질서유지를 위해서 국민의 기본권을 제한할 수 있다고 명시하고 있으나 이는 본질적인 문제는 제한할 수 없는 주의적 규정에 불과함을 알 수 있다.

행복추구권이 1980년 헌법에서 처음 규정된 이래로 상당한 세월이 흐른 지금 행복추구권도 나름대로 적용영역을 확보하고 있다. 현재까지의 헌법재판소의 결정례에 따르면 행복추구권은 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권의 영역으로 범주화되고 있다. 행복추구권은 인간존엄과 더불어 최고의 권리로 파악해야 한다. 또한 사회적, 문화적, 정치적, 종교적, 경제적 영역에서도 구체적인 권리의 모체가 될 수 있을 것이며, 행복추구권으로부터 생존권과 청구권을 끌어내려는 시도 또한 이례적이기에 사형제도의 존폐문제와 아동인격침해에 대한 가해자의 단종 논의에 있어서도 상대방의 동의를 구하는데도 결코 소홀해서는 아니 된다고 본다.

참 고 문 헌

- [1] 박일경, 신 헌법원론, p.219, 1986.
- [2] 김철수, 헌법학개론, 박영사, p.311, 1993.
- [3] 상세한 국제인권내용은 국가인권위원회편 「국제 인권조약집」 6권, 정인섭 편역, 국제인권조약집 2000참조
- [4] 정종섭, 헌법학원론, 박영사, p.328, 2006.
- [5] 1982. 2 「고시연구」 pp.171-203 / 김철수 저 「한 국헌법」 pp. 113-119 ; 1776 버지니아 인권선언은 「사람은 나면서부터 자유이며 독립이고 일정한 생의 권리를 가진다. 이들의 권리는 인민이 사회상태에 들어감에 있어서 어떠한 계약에 의해서도, 인민의 자손에서 이를 빼앗을 수 없는 것이다. 이러한 권리란, 즉 재산을 소유 취득하고 행복과 안전을 추구하는 수단을 수반하여 생명과 자유를 누리 는 권리이다」 라고 하고 있다. 이러한 원리는 프랑스 혁명시의 인권선언에서도 인정되었으며, 미국 헌법 수정 제5조에서도 규정하고 있다(상세한 立法例에 관해서는, 김철수편, 입법자료 교재 헌법 증보판 p.200이하 참조).
- [6] 김철수, 인간으로서의 존엄과 가치, 월간고시 35('76.12) pp.17-27 : 행복추구권에 관한 규정을 두지 아니했기 때문에 헌법의 전문에 있는 안전 과 자유와 행복 규정에서 행복추구권을 도출해 낼 수 있다고 본다.
- [7] 이 헌법규정은 연혁적으로 볼 때 우리 헌법의 독창 적인 것은 아니다. 인간의 존엄성을 존중하려는 사상은 이미 18C 자유주의 사상의 영향아래 이루어진 美國의 獨立宣言(1776)과 프랑스 혁명(1789년)의 이데올로기적인 바탕으로 작용했었고, 특히 제2 차 세계대전 중에 자행된 인간 존엄성에 대한 엄청난 도전을 교훈 삼아 서독·이태리·일본 등의 전 후헌법에 명문으로 수용된 것이 그 實證法化의 시작이었다. 우리 憲政史에서는 제3공화국헌법(1962)이 인간의 존엄성에 관한 규정을 두기 시작했고, 제5공화국 헌법(1980년)에서 幸福追求權이 추가되어 지금의 내용으로 규정되었다.
- [8] 허영, 한국헌법론, 박영사, p.315, 1996.
- [9] '인간으로서의 적극적인 인격과 가치' (文鴻柱), '인간의 인격과 평가'(金哲洙), '인격성 내지 人格主體性'(權寧星)
- [10] Haunz - Dürig - Herzog - scholz, aaO., Rdnr, 48zuArt.7.
- [11] 권영성, 헌법학원론, 법문사, p.355, 2000.
- [12] 헌 2003, 10, 30 - 2002헌마518 『우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 “자신이 스스로 선택한 인생관, 사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”인바, 이는 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다.』
- [13] 獨逸判例 : Investionshife - urteil, BVerfGE 4, 7 「15f.」 참조
- [14] 권영성, 전게서, p.356. 인간의 존엄성을 바로 「인간이 자기 책임 능력이 있는 인격체」 라는 의미이며(BVerfGZ 45,228), 인격의 주체성이란 「인간을 비인격적 자연과 구별하여 자기 자신을 의식하고 자기 자신의 결단에 의하여 스스로를 규율하여, 자신과 주변 세계를 형성할 능력을 말한다.」
- [15] 김철수, 전게서, pp.315-316.
- [16] 허영, 전게서, p.316.
- [17] 강경근, 헌법학 강론, 일신사, p.163, 1993.
- [18] The respect for human dignity and worth is to purpose both the ideological premise and the guarantee of all the fundamental rights at the same time. Both freedom and rights which are necessary for obtaining those purposes should be guaranteed. "A human has dignity and worth as a human being" is that a nation exists for an individual between an individual and a nation. It declares democratic ideology. It becomes a ultimate standard to solve a problem of the

interpretation of an article of a law and the effect of a law. The right to pursue one's happiness is necessary to pursue one's happiness. The rights comprehensively covers even the freedom and the right without in an article of a law. It shows a positive rights like a social fundamental rights in a minimum level of a law. According to the precedent of the Constitutional Court, as the right to pursue one's happiness is in area of a common action, the free manifestation of the authoritative individuality, and self-determination in category, this study is to emphasize the importance of the right to pursue one's happiness throughout its meaning and the precedent of history legislation. (주석[19]와 동일한 자료임)

- [19] 김철수, 대한민국학술원논문집(인문, 사회과학편) 제47집 제1호, p.222, 2008.
- [20] 광구열, 김영관, 유태수 편저, 헌법-고시연구원, 1999, p.425 ; 이강혁 고시연구- 인간다운 생활을 할 권리, pp.37-43, 1982(12).
- [21] 김철수, 한국헌법 p.6 - 3, 최고규범으로서의 헌법
- [22] 권영성, 전계서 p.388, 허영, 전계서 p.318, Maunz
- [23] 김철수, 전계서 p.313, Nipperdey
- [24] 강경근, 전계서 p.164
- [25] 광구열 외 2인 공저, 전계서, p.426 참조
 - 현재결, 1992, 10.1 ,91 헌마 31 참조
 - 현재결, 1992, 4.14, 90 헌마 82 참조
- [26] 김철수, 상계서 pp.3-7.
- [27] 헌법재판소에 따르면 헌법 제10조는 「모든 기본권 보장의 궁극적 목적(기분이념)이라 할 수 있는 인간의 본질과 고유한 가치인 개인의 인격권을 보장하고 있고」 (헌재 1990. 9.10 89헌가82) 헌법집 2권 306 [310] 면), 「헌법이념의 핵심 및 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있다고 한다.」 (헌재 1992. 4.14 [90헌마82] , 헌법집 4권, 194 [206] 면)
- [28] 이강혁, 고시연구, 전계서 p.37-43.
- [29] 김현석 편저, 헌법, 화학사 p.271.

[30] 김철수, 전계서, pp.149-150 : 기본권 보장의 한계는 「헌법 제10조 및 37조 1항에 의거 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다.」 이는 천부 인권에 대한 확인성, 주의적 규범을 주의적으로 규정한 것으로 제한하는 경우라도 본질적인 요소는 제한하지 못한다.

저 자 소 개

전 찬 희(Chan-Hui Jeon)

정회원



- 1995년 6월 : 청주대학교 법학 박사
- 2008년 12월 : 중앙경찰학교 외래교수
- 2008년 12월 ~ 현재 : 배재대학교 외래교수

<관심분야> : 공법(헌법: 환경 분야와 기본권, 행정법: 행정 절차법, 법교육)