

基本權의 對私人的 效力問題에 관한 一考察

- 그 主題의 構成要素의 分析을 中心으로 -

韓柄鎬*

Die Probleme der Wirkung der Grundrechte auf den Privatrechtssubjekt

Byung - Ho Han

1. 序 論

헌법에 의해 보장되는 基本權은 오랜 동안 국가에 대한 개인의 공권, 즉 국가에 대해서 주장할 수 있는 對國家的 權利로 이해되어 왔다. 그래서 이러한 기본권이 국가권력에 의하여 침해당할 경우에는 그 기본권의 주체는 당연히 법적 구제를 받을 수 있다고 보고 있다. 이것은 특히 대국가적 방어권으로서 이해되어 온 고전적 기본권인 자유권에서 그대로 통용된다. 그러나 개인의 기본권은 단순히 국가에 의한 침해를 막는 것만으로 완전히 실현될 수 있는 것이 아니다. 그것은 국가가 아닌 私人에 의해서도 얼마든지 침해당할 수 있고, 실제로도 사인, 특히 이른바 社會的 權力에 의한 침해·위협현상은 가중되고 있기 때문이다.

이러한 현실적인 기본권 침해위험에 직면하여 개인의 기본권보장·실현이라는 憲法的 目標을 달성하기 위한 노력의 일환으로 헌법해석론의 차원에서 논의된 것이 바로 기본권의 對私人的 效力 내지 이른바 第三者的 效力에 관한 문제이다. 이와 관련해서는 우리나라에서도 독일의 학설로서 효력부인설(적용부인설)과 직접효력설(직접적용설) 및 간접효력설(간접적용설)이, 그리고 미국의 판례이론으로서 이른바 국가행위이론(state action doctrine)이 소개되어 있다¹⁾. 그리고 우리나라의 憲法解釋論으로서 효력부인설이나 직접효력설을 따르는 견해가 없지 않지만²⁾, 원칙적으로 간접효력설을 따르는 것이 다수설이라고 할 수 있다³⁾. 그러면서도

* 인문사회과학대학 법학과 부교수 법학박사

- 1) 丘秉朔, 新韓國憲法論(일신사, 1990), 247쪽 이하; 權宰星, 新版 憲法學原論(법문사, 1996), 298쪽 이하; 金哲洙, 憲法學概論(박영사, 1996), 271쪽 이하; 文鴻柱, 第6共和國 韓國憲法(해암사, 1992), 203쪽 이하; 朴一慶, 新憲法(법경출판사, 1990), 205쪽 이하; 許營, 新訂版 韓國憲法論(박영사, 1996), 250쪽 이하; 韓柄鎬, “基本權의 對私人的 效力 - 美國聯邦憲法上的 國家行爲理論을 中心으로 -”, 社會科學研究論叢(韓國海洋大) 제2호(1995), 295쪽 이하. 부분적으로 미국의 국가행위이론의 인용을 주장하는 견해로는 安溶教, 韓國憲法(고시연구사, 1986), 249쪽; 李康赫, 憲法의 基本原理(한국헌법학회출판부, 1978), 44쪽.
- 2) 효력부인설로서는 尹世昌, 全訂版 新憲法(일조각, 1983), 105쪽. 직접효력설로서는 金箕範, 韓國憲法(교문사, 1973), 131쪽. 그리고 법사회학적 시각에서 ‘생성중인 권리로서 전혀 새로운 이론구성을 하는 견해로는 崔大權, “基本權의 第三者的 效力”, 崔大權, 憲法學 - 法社會學的 接近 - (박영사, 1989)(이하에서는 “앞책”이라고 인용한다), 154쪽 이하; 崔大權, “基本權의 第三者的 效力 - 法社會學的 接近의 試圖 -”, 公法研究(한국공법학회) 1983.

대사인적 효력이 없는 기본권과 대사인적 직접효력이 인정되는 기본권도 나란히 또는 예외적으로 인정하는 경향이 있다⁴⁾. 그 결과 다수설에 따르면, 대사인적 효력 여하와 관련해서 직접효력이 있는 기본권과 간접효력이 있는 기본권의 두 종류 내지 전혀 효력이 없는 기본권까지 포함한 세 종류가 우리 헌법에 혼재하고 있다는 결론에 이르게 된다. 이와 같이 기본적인 구조적 틀, 즉 대사인적 효력 여하 및 그 방식을 기준으로 하여 기본권을 두 종류 또는 세 종류로 분류하는 基本權二分論 내지 基本權三分論에 대해서는 동일한 입장을 취하는 경우에도, 구체적으로 특정의 기본권이 어떤 종류에 속하는가에 관한 세부적인 주장내용에서는 다시금 현격한 견해차를 보이고 있는 것이 현재 우리나라의 이론적 상황이다.

따라서 우리 헌법상 대다수의 기본권은 대사인적 효력이 없다는 주장으로부터 대사인적 직접효력이 있다는 주장에 이르기까지 다양한 견해가 대립하고 있는 상황이다. 이러한 상황 속에서 특정 기본권의 대사인적 효력문제와 관련하여 어느 견해가 과연 타당한가를 하나씩 구체적으로 검토할 필요성이 현실적으로 매우 크지만, 그에 앞서서, 도대체 대사인적 효력 유무 및 효력방식에 관한 그러한 견해차가 과연 현실적인 결과에서도 그만큼 차이를 드러내는 것인가⁵⁾, 더구나 기본권의 대사인적 효력에 관한 각종 견해가 그 문제의 해결을 위하여 고려해야 할 요소를 충분히 고려한 것인가를 검토하는 것이 이 시점에서는 더욱 필요하다고 생각한다. 기본권의 대사인적 효력문제에 관한 개별적 주장을 검토하고 궁극적으로 문제해결을 위한 구체적인 방안을 제시하는 것은 바로 그러한 근본적인 문제의 검토를 기초로 할 때에만 더욱 합리적이고 타당한 주장·논증이 될 수 있기 때문이다.

이러한 시각에서 이 논문에서는 기본권의 대사인적 효력문제 그 자체를 분석하여 그 문제에 내포된 주제가 무엇이고, 그 문제의 해결을 위하여 어떤 요소를 고려해야 하며, 나아가 우리나라에서 소개·주장되고 있는 이론으로서 직접효력설·간접효력설·효력부인설이 실제로는 과연 어떠한 차이를 나타낼 것인가를 다루어 보고자 한다. 따라서 이 글에서는 기본권의 대사인적 효력문제에 관한 각 이론의 타당성 여부 및 나아가 우리 헌법상의 개별 기본권규정에 대한 해석론의 타당성 여하에 관해서는 다루지 않으며, 단지 그러한 문제의 해결을 위한 전제가 되는 일종의 선결문제에 국한해서만 논의하게 될 것이다.

7(이하에서는 “앞글”이라고 인용한다), 59쪽 이하.

- 3) 丘秉湖, 앞책, 248쪽; 權寧星, 앞책, 303쪽; 金哲洙, 앞책, 278쪽; 朴一慶, 앞책, 209쪽; 許蒼, 앞책, 257쪽; 金哲洙 외 9인, 憲法(법원사, 1992), 105쪽; 安溶教, 앞책, 249쪽; 李康嫻, 앞책, 44쪽; 韓泰淵, 憲法學 - 近代憲法の一般理論-(법문사, 1983), 965쪽. 자신의 견해가 간접효력설과는 표현만 다를 뿐 실질적으로 같은 내용이라는 견해로는 文鴻柱, 앞책, 211쪽.
- 4) 丘秉湖, 앞책, 249쪽 이하; 權寧星, 앞책, 302쪽 이하; 金哲洙, 앞책, 278쪽; 金哲洙 외 9인, 앞책, 105쪽; 文鴻柱, 앞책, 209쪽; 朴一慶, 앞책, 208쪽 이하; 安溶教, 앞책, 249쪽 이하; 韓泰淵, 앞책, 965쪽 이하; 許蒼, 앞책, 257쪽.
- 5) 이론구성면에서의 차이에도 불구하고 실제문제와 관련한 결론에서는 별로 차이가 없다는 점이 지적되고 있기도 하다. 崔大權, 앞책, 164쪽 이하; 崔大權, 앞글, 64쪽; v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz (München: Franz Vahl, 1985), 132쪽 이하; Robert Alexy, Theorie der Grundrechte(Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986), 481쪽 이하; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1 (München: C.H.Beck, 1988), 1550쪽. 그리고 기본권규정이 사인 상호간의 관계에는 적용되지 않는다는 표현을 쓰면서도 실질적으로는 간접효력설과 같은 내용이라는 文鴻柱, 앞책, 209쪽 이하도 참조.

2. 基本權의 對私人的 效力問題의 主題

2.1. 用語와 主題의 範圍

기본권의 대사인적 효력문제는 우리나라에서 유사하면서도 다소 상이한 題目으로 다루어져 왔다. ‘기본권의 제삼자적 효력’⁶⁾ 내지 ‘제삼자에 대한 구속력’⁷⁾, ‘기본권의 대사인적 효력’⁸⁾ 또는 ‘사인간의 기본권효력’⁹⁾, ‘기본적 인권과 사인간의 관계’¹⁰⁾ 내지 ‘기본권규정과 사법관계’¹¹⁾ 또는 ‘기본권의 사법예외의 적용’¹²⁾ 등의 제목이 그것을 말해 준다¹³⁾. 물론 그러한 제목 밑에서 다루는 주제는 비록 그 속에서 내세우는 최종적 주장은 서로 다를지라도 대체로 유사하다. 즉 독일에서의 기본권의 이른바 제삼자적 효력이론으로서 효력부인설과 간접효력설 및 직접효력설을 개관하고 미국에서의 이른바 국가행위이론을 소개하면서, 우리나라 헌법의 해석론과 관련해서는 대개 독일에서의 이론을 기초로 하여 자신의 주장을 개진하고 있는 것이다¹⁴⁾.

물론 이와 같이 대체로 동일한 주제를 상이한 제목으로 지칭하는 것은 단순한 명칭상의 차이에 불과하다고 볼 수도 있다. 그러나 주제에 대한 명칭의 차이로 말미암아 결론적 주장에서까지도 현저한 시각차를 보일 수 있기 때문에 단지 사소한 명칭차이에 불과한 것처럼 보이는 이들 제목이 내포하는 주제의 범위를 보다 면밀히 검토해 보는 것이 필요하다. 실제로 이들 제목을 엄밀하게 살펴보면 그것에 내포된 주제의 범위나 그것을 보는 기본시각에서 다소의 차이를 발견할 수 있다. 이들은 모두 기본권(또는 기본권규정)의 효력을 문제삼으면서도 그 효력의 대상을 약간씩 다르게 특정하고 있기 때문이다.

첫째, 行爲主體 내지 행위에 따른 法律關係의 主體를 기본권의 효력대상으로서 특정하고 있는 것으로는 ‘기본권의 대사인적 효력’과 ‘기본권의 제삼자적 효력’을 들 수 있다. 이들은 기본권이 사인 또는 제삼자(또는 그 행위)에 대하여 어떠한 효력을 가지는가, 바꾸어 말하면 사인 또는 제삼자는 (기본권주체에 대한 자신의 행위와 관련하여) 타인의 기본권으로 말미암아 어떠한 구속을 받게 되는가의 문제를 다루는 것이다. 그런데 그러한 문제는 사법관계에서만 아니라 때로는 공법관계에서도 제기될 수 있다. 그것은 사인에 대하여 행한 사인의 행위가 사

6) 丘秉朔, 앞책, 245쪽; 權寧星, 앞책, 297쪽; 金哲洙, 앞책, 271쪽; 尹世昌, 앞책, 104쪽; 崔大權, 앞책, 154쪽; 崔大權, 앞글, 59쪽.

7) 韓泰淵, 앞책, 962쪽.

8) 丘秉朔, 앞책, 245쪽; 金哲洙, 앞책, 261쪽.

9) 許營, 앞책, 248쪽.

10) 文鴻柱, 앞책, 202쪽.

11) 朴一慶, 앞책, 208쪽.

12) 韓泰淵, 앞책, 962쪽.

13) 독일에서는 ‘기본권의 제삼자적 효력(Drittwirkung)’이라는 말 이외에도 최근에는 ‘기본권의 수평적 효력(Horizontalwirkung)’ 또는 ‘사법(내지 사법질서)에서의 기본권의 효력’이라는 명칭이 사용되고 있다고 한다(Stern, 앞책, 1513쪽).

14) 그러나 崔大權, 앞책, 154쪽 이하; 崔大權, 앞글, 59쪽 이하에서는 그 주제의 범위에서나 그 주장내용에서도 여타의 것과는 달리 법사회학적 방법론에 기초한 매우 특이한 시각을 보여 주고 있다.

법관계만이 아니라 공법관계도 발생시킬 수 있기 때문이다¹⁵⁾. 따라서 기본권의 대사인적 효력 또는 제삼자적 효력은 넓게 보면 사법관계에서의 기본권의 효력만을 문제삼는 것이 아님을 알 수 있다. 그리고 '기본권의 제삼자적 효력'이라는 말은, 거기서의 제삼자가 실제로는 사인을 가리킨다고 한다면 대사인적 효력이라는 말과 결과적으로는 동일한 의미를 지니게 되지만, 그럼에도 불구하고 근본적으로는 제삼자란 특정의 법률관계의 당사자가 아님을 뜻하기 때문에 원래 기본권이란 대국가적 공권에 불과하고 기본권관계도 단지 개인과 국가 사이의 관계일 뿐이라는 관념에 기초하고 있다는 것도 유의하여야 한다¹⁶⁾.

둘째, 행위의 法的 效果로서 나타나는 法律關係를 기본권효력의 대상으로 특정하고 있는 것으로는 '기본권규정과 사법관계'를 들 수 있다¹⁷⁾. 그것은 공법과 사법의 구별 및 공법관계와 사법관계의 구별을 전제로 하여 기본권(기본권규정)이 오직 사법관계에 대해서 어떠한 효력을 미치는가, 바꾸어 말하면 기본권으로 말미암아 사법관계가 어떻게 달라지는가의 문제를 다루는 것이다. 그런데 사법관계는 엄밀하게는 사인 상호간에서만 아니라 국가와 사인 사이에도 존재할 수 있다. 국가도 때로는 사법주체로서 인정되고, 사법주체로서의 국가의 행위는 사법관계를 발생시키기 때문이다. 사법관계에 대한 기본권의 효력은 사법주체로서의 국가에 대한 기본권의 효력이라는 부분에서 기본권의 대국가적 효력과 중복된다. 다만 그것이 기본권의 대국가적 효력에 대비하여 사용되는 경우에는 사인 상호간의 사법관계에서의 기본권의 효력을 의미하게 된다.

셋째, 행위 및 그 법적 효과인 법률관계의 내용을 규율하는 法 그 자체를 기본권효력의 대상으로서 특정한 경우로는 '기본권의 사법에의 적용'이라는 표현을 들 수 있다. 그런데 그것이 사법 자체에 대한 기본권의 효력을 의미한다면¹⁸⁾, 앞의 두 가지 경우와는 상당히 다른 양상을 초래하게 된다. 물론 법은 행위 및 그 법적 효과로서의 법률관계를 규율하는 것이기 때문에, 사인에 대한 기본권의 효력문제나 사법관계에 대한 기본권의 효력문제에서도 사법에 대한 기본권의 효력문제가 다루어질 수 있다. 그렇지만 사법 자체는 공법과 마찬가지로 어디까지나 입법의 산물이고 그 의미내용이 사법부의 해석을 통하여 밝혀진다는 점을 고려하면, 사법에 대한 기본권의 효력은 입법자와 사법부에 대한 효력, 즉 대국가적 효력에 불과하다는 점을 유의하여야 한다.

이와 같이 우리나라에서는 기본권의 대사인적 효력문제와 관련하여 다소 상이한 제목이 사

15) 예컨대, 1960년대초 미국에서 크게 문제되었듯이, 특정인종에 대한 접객을 거부하는 인종차별적 공중접객업소에 서 주인의 퇴거요구에 불응한 채 평등한 접대를 계속 요구하면서 영업시간 내내 농성할 경우에, 이를테면 우리 형법 319조 2항의 퇴거불응죄의 성립 여부나 314조나 324조에서의 '업무방해' 또는 '권리행사방해'에의 해당 여부와 관련하여 형사법관계에서도 사인에 대한 기본권의 효력문제가 제기될 수 있다.

16) 그리고 '제삼자적 효력'이라는 말은 두 기본권주체가 서로 대립하는 대사인적 효력문제의 특수성을 드러내지 못한다는 지적으로는, Stern, 앞책, 1514쪽.

17) '기본권과 사인간의 관계'에서 사인간의 관계가 곧 사법관계를 의미한다면 그것은 '기본권(규정)과 사법관계'와 동일한 의미가 될 것이다. 그리고 '사인간의 기본권효력'이라는 말에서는 사인간의 관계에 대한 기본권의 효력인지 사인간의 행위에 대한 기본권의 효력인지가 명확하지 않다.

18) 물론 그것을 '사법(영역)에서의 효력'이라고 본다면, 사법에 대한 효력뿐만 아니라 사법영역에서의 사인의 행위에 대한 효력 및 그에 따른 사법관계에 대한 효력도 포함하는 훨씬 포괄적인 의미가 될 수 있다. 실제로 독일에서도 '사법에서의 기본권의 효력'이라는 용어가 천편일률적으로 다룰 수 없는 상이한 차원의 문제를 포함하고 있으며, 그리하여 예컨대 사법의 입법자에 대한 기본권의 구속이라는 문제도 다루고 있다고 한다(Stern, 앞책, 1514쪽).

용되고 있지만, 엄밀하게 보면 그것들이 포괄하는 주제의 범위가 서로 달라질 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 여기서 어떠한 표현이 더 적절한 것인가는 그 표현하고자 하는 주안점이나 시각에 따라 견해가 다를 수 있기 때문에 획일적으로 그리고 단정적으로 말할 수 없다. 다만 과거에는 오랜 동안 기본권의 효력문제를 대국가적 관계에서 주로 논의해 왔다는 점을 고려해 볼 때, 국가에 대비되는 개념으로서의 '사인'이라는 표현을 사용하여 기본권의 '대사인적 효력'이라고 칭하는 것이 더 적절하지 않을까 생각한다. 그렇게 표현하는 것이 여타의 경우보다 특정한 기본권관념이나 공사법이원론을 전제하지 않은 중립적 표현이 될 뿐 아니라, 주제를 훨씬 더 포괄적으로 다룰 수 있으리라 생각되기 때문이기도 하다. 다만 그 경우에 사법주체로서의 국가에 대한 기본권의 효력은 공사법체계의 이원성에 따른 문제를 제외하고는 대국가적 효력의 일환으로 다루는 것이 좋을 것이다. 이에 비해서 '제삼자적 효력'이라는 말은 제삼자가 실제로는 사인을 지칭하기 때문에 대사인적 효력이라는 표현과 유사하지만, 그것은 사인이 기본권관계의 당사자가 아닌 제삼자일 뿐이라는 기본권관념을 처음부터 전제하고 있으며, 또한 대사인적 효력이 인정될 경우에는 그 사인이 진정한 의미에서의 제삼자라고 보기 어렵게 되는 문제점도 안고 있다¹⁹⁾. 다른 한편으로 '사법관계에 대한 기본권의 효력'이라는 표현은 공사법이원론에 따른 문제의 특수성을 반영하고 있다는 장점을 지니고 있지만, 동시에 그것은 공사법이원론을 전제하는 듯한 인상을 풍기는 단점도 지니고 있다. 또한 거기에는, 사법관계의 주체에는 사인만이 아니라 사법주체로서의 국가도 포함된다는 문제점과 더불어, 공법적 특성과 사법적 특성이 착종·융화되어 있는 현대의 새로운 중간법분야를 포괄하기 어렵다는 문제점도 있다²⁰⁾. 끝으로 '사법에 대한 기본권의 효력'이라는 표현은 궁극적으로 대국가적 효력의 문제에 불과하며, 그것은 사법관계에 대한 효력 내지 사인에 대한 효력과 관련해서는 주제의 범위를 너무나 좁게 한정시킨다는 문제점을 지니고 있다.

2.2. 基本權의 對私人的 效力問題의 獨自性

기본권의 대사인적 효력문제에 대하여 종래의 이론은 일반적으로 그것을 기본권의 대국가적 효력문제와는 전혀 별개의 문제로서 취급해 왔다. 그런데 이러한 입장에 대하여 다른 한편에서는 이의가 제기되고 있다. 기본권의 대사인적 효력문제는 결국 기본권의 대국가적 효력에 의하여 해소될 수 있기 때문에, 그것을 독자적인 문제로 생각하여 골머리를 썩일 필요가 없다는 것이다. 말하자면 기본권의 대사인적 효력문제는 종국적으로 대국가적 효력문제로 환원된다는 것이다.

사실, 사인에 의한 기본권침해를 둘러싼 법적 분쟁은 종국적으로 法院의 심판을 받게 된다. 그래서 만일 사인이 기본권침해라는 상대방의 항변을 무릅쓰고서 자신이 주장하는 권리를 관철하려면 궁극적으로는 반드시 법원을 통하지 않으면 안 되는데, 다른 한편으로 바로 그 법원은 국가기관으로서 기본권의 대국가적 효력에 의하여 기본권에 직접 구속된다. 이와 같이 법원이

19) 다만 그러한 경우에도 사인은, 권리로서의 기본권에 직접 대응하는 의무를 부담하는 것이 아니라면, '권리-의무'관계로서의 기본권관계의 직접적인 당사자가 아니라고 볼 수 있는 가능성은 여전히 남아 있다.

20) 새로운 법분야에 대한 고려를 강조하고 있는 것으로는 崔大權, 앞책, 157, 160, 165쪽; 崔大權, 앞글, 63쪽 이하.

기본권에 직접 구속되기 때문에, 민사재판에서 법원이 사인에 의한 기본권침해를 방관하거나 나아가 기본권침해를 수반하는 사인의 권리주장에 동조함으로써 그 (주장되는) 권리의 관철에 조력한다면, 그것은 곧 법원에 의한 기본권침해가 되는 것이 아닌가라는 생각을 가질 수 있다. 그리하여 법원이 자신에 대한 기본권의 효력을 이유로 기본권을 재판규범으로 삼을 수밖에 없다면, 그것에 의하여 사인에 대한 기본권효력을 인정하는 결과가 나타나게 될 것이다.

다른 한편으로, 사인 상호간의 관계에서 기본권침해를 둘러싼 법적 분쟁이 발생할 경우에, 법원은 私法을 적용함으로써 그 분쟁을 해결하려고 할 것이다. 그런데 그 사법은 立法者에 의하여 제정된 것이고, 바로 그 입법자는 국가기관으로서 기본권의 대국가적 효력에 의하여 기본권에 직접 구속되며, 따라서 기본권을 침해하는 내용의 법률을 제정할 수 없다. 그런데 사인이 사법에 의거한 일정한 권리의 존재를 주장하면서 그것을 관철하려고 할 경우에, 만일 그 권리로 인하여 상대방의 기본권이 침해되는 결과가 초래된다면, 그러한 결과는 그 사인의 권리의 법적 근거가 되는 사법인 법률에 의하여 기본권이 침해됨으로써 나타난 것이고, 그와 같은 법률에 의한 기본권침해는 곧 입법자에 의한 기본권침해로 볼 수 있다는 생각을 가질 수 있다. 이 때 법원은 입법자에 의한 기본권침해를 시정하기 위하여 기본권을 적용할 수밖에 없다면, 그것은 곧 사인에 대한 기본권효력을 인정하는 결과가 된다.

이것이 모두 사실이라면, 기본권의 對私人的 效力問題는 결과적으로 對國家的 效力問題로 전환되어 버리기 때문에 그에 관한 별도의 이론구성이 필요없게 된다. 실제로도 이와 유사한 주장을 펴는 견해가 있다. 즉 기본권의 대사인적 효력문제가 대국가적 효력에 의하여 해결될 수 있다고 하면서, 진정한 의미에서는 대사인적 효력문제가 발생하지 않고 그것은 단지 사이비문제(Scheinproblem)일 뿐이라고 보는 J. Schwabe의 견해가 그것이다²¹⁾. 그에 따르면, 타인의 권리영역에의 사인의 개입은 언제나 국가의 법질서에 기초하고 있으며, 따라서 사인은 언제나 국가의 규범적 명령이나 허용에 의해서만 타인의 권리영역에 개입한다고 한다. 그리고 그러한 규범적 명령이나 허용은 일반적·추상적 형태로는 법률의 형식으로, 그리고 개별적·구체적 형태로는 재판의 형식으로 존재한다는 것이다. 이러한 전제에서 출발하게 되면, 사인에 의한 기본권침해는 그러한 침해를 명령하거나 허용하는 법률 및 재판에 의하지 않고서는 결코 관철될 수 없으며, 따라서 사인에 의한 기본권침해는 궁극적으로는 언제나 법률 또는 재판에 의한 기본권침해를 동반하게 된다. 이 경우에 법률을 제정하는 것은 입법자이고 재판을 하는 것은 법원이므로, 결국 기본권침해를 종국적으로 초래하는 것은 입법자나 법원이며, 따라서 여기서는 기본권의 이른바 第三者的 效力이 아니라 기본권의 對國家的 效力이 문제될 뿐이라는 것이다.

이러한 견해에 대해서는 강력한 反論이 제기되고 있다²²⁾. 그러한 반론은 우선 公法領域과 私法領域의 差異에 의거하고 있다. 즉 사법관계에서의 기본권침해는 직접적으로는 사인의 자

21) Jürgen Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte(1971); Jürgen Schwabe, "Drittwirkung' und kein Ende", NJW 1973, 229쪽 이하; Jürgen Schwabe, "Über den Wert von Gemeinplätzen für das Drittwirkungsproblem", JR 1975, 13쪽 이하; Jürgen Schwabe, "Bundesverfassungsgericht und 'Drittwirkung' der Grundrechte", AöR 1975, 442쪽 이하.

22) Walter Leisner, J. Schwabe의 Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte에 대한 서평, JZ 1971, 187쪽 이하; Stern, 앞책, 1550쪽 이하; Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte(Köln u.a.: Carl Heymanns Verlag, 1989), 178쪽 이하.

율적인 결정에 의한 것일 뿐이고, 그 경우에 국가는 그러한 자율적 결정에 따른 행위를 용인함으로써 단지 간접적으로만 관계할 뿐이라고 한다²³⁾. 따라서 사법에서의 개입수권의 경우에 국가는 공법에서의 개입수권의 경우처럼 자기이익을 가진 직접적인 자유대립자로서가 아니라, 단지 사적 자치의 仲裁者로서 개입할 뿐이라고 한다²⁴⁾. 또한 사법규범인 私的 自治 내지 契約自由는 공법에서의 규범적 명령과는 달리 거의 백지상태일 정도로 일반적이고 포괄적이기 때문에, 사법에서의 기본권구속의 정도는 공법에서의 경우와는 다를 수 있다고 한다²⁵⁾. 다른 한편으로 기본권의 대사인적 효력문제를 법원의 기본권구속에 의하여 해결하려고 하는 것은 訴訟法關係와 實體法關係를 혼동한 것이라는 비판도 있다. 즉 이른바 제삼자적 효력문제는 사인 상호간의 관계를 규율할 법규범이 무엇인가라는 실체법관계의 문제인 데 반해서, 법원에 의한 기본권침해는 그러한 실체법관계를 전제로 하여 법규범의 적용의 잘못에서 발생하는 소송법관계의 문제이기 때문에, 대사인적 효력문제를 법원의 기본권구속에 의하여 해결하려고 하는 것은 옳지 않다는 것이다²⁶⁾.

확실히 기본권의 대사인적 효력문제에서는 기본권침해가 직접적으로는 사인에 의해서 발생한다. 그럼에도 불구하고 사인에 의한 기본권침해행위가 결국 국가에 의한 기본권침해행위와 완전히 동일시되는 결과를 초래한다²⁷⁾는 것은 일견 수긍하기 어렵다. 또한 사인의 행위는 사적 자치 내지 계약자유에 따른 단지 법률상의 허용에만 근거한 것은 아니며, 헌법적 차원에서는 오히려 헌법상의 基本權의 自由에 의거하고 있는 경우가 많다. 그러한 점에서 볼 때 사인의 (기본권침해)행위가 규범적(법률과 재판) 명령이나 허용에 의해서 비로소 수권된 것이라는 전제도 납득하기 어렵다. 나아가 기본권의 대사인적 효력문제가 사인(의 행위)에 대하여 과연 기본권의 효력이 미치는가의 문제, 즉 사인이 기본권의 수범자로서 인정되는가 여부 및 그것이 긍정되는 경우에 그 규범내용의 문제라고 할 때, 그것은 분명 實體法的 問題이지 소송법적 문제는 아니다. 따라서 사인이 헌법에 의해서든 그에 근거한 법률에 의해서든 기본권의 수범자로서 인정된다면 몰라도, 그렇지 않다면 법원은 사인의 행위에 기본권규정을 적용해서는 안 된다. 그럼에도 불구하고 법원이 자신에 대한 기본권효력을 이유로 기본권수범자가 아닌 사인에 대해서 기본권규정을 적용한다면, 그것이 도리어 그 사인에 대한 법원의 위법행위가 될 것이다.

그 반면에 기본권의 對私人的 效力問題는 언제나 對國家的 效力問題와는 전혀 무관한 것이 아니다. 예컨대, 사인의 기본권침해행위가 헌법상의 기본권규정에 위반되는 법률에 의하여 비로소 수권되고 있는 경우에는, 비록 직접적으로는 사인에 의하여 기본권이 침해되었을지라도, 그 사인의 기본권침해행위는 立法者에 의한 일차적인 기본권침해에 수반된 결과로서 나타난 것에 불과하게 된다. 또한 기본권의 대사인적 효력이 인정된다고 할 경우에, 사인의 기본권침해행위에 적용할 법규범을 발견하는 과정에서 헌법이나 법률의 의미를 잘못 해석하여 기본권

23) Bleckmann, 앞책, 180쪽; Stern, 앞책, 1551쪽.

24) Leisner, 앞글, 187쪽.

25) Leisner, 앞글, 188쪽.

26) Bleckmann, 앞책, 177쪽; Stern, 앞책, 1551쪽.

27) Schwabe의 결론은 결국 대사인적 직접효력설에 이르게 되며, 이러한 결과는 마치 모든 사인의 행위에 국가의 관여(법률적 수권 또는 사법적 집행)를 인정함으로써 미국의 국가행위이론을 전면적으로 확대한 것처럼 보인다.

침해행위를 용인한다면, 法院에 의한 이차적인 기본권침해가 초래된다. 이와 같이 입법자나 법원이 사인의 기본권침해행위와는 별도로 자신의 행위에 의하여 기본권침해를 야기할 수 있음을 유의하여야 한다. 그러나 여기서 기본권의 대사인적 효력문제와 기본권의 대국가적 효력문제의 상관관계를 문제삼는 것은 단지 그러한 차원의 것에 머무르지 않는다. 기본권의 대사인적 효력문제와 관련하여 특히 관심을 끄는 대국가적 효력문제는 기본권의 대사인적 효력문제의 해결과 관련하여 국가(기본권의 효력이 미친다), 특히 입법자와 법원이 어떠한 역할을 담당하는가이다. 그것은 기본권의 구속을 받는 국가가 사인에 의한 기본권침해행위의 규율과 관련하여 어떤 내용의 권한·의무를 부담하는가, 그리고 사인의 행위를 규율할 법규범이 헌법상 확정되어 있는가 아니면 불명확하거나 유동적인가 아니면 완전한 백지상태인가, 나아가 그러한 법규범이 확정되어 있지 않다면 구체화·보충 등을 통한 규범내용의 확정은 입법자와 법원 중 누구의 권한 또는 의무인가에 달려 있다. 이러한 관점에서 사인간의 사법관계를 규율하는 사법의 입법과 해석·적용에 관여하는 입법자와 법원의 역할을 올바르게 이해할 때 私法의 憲法上 地位 내지 의미²⁸⁾도 명확해질 것이며, 그리하여 기본권의 대사인적 효력문제도 올바르게 해결하는 길이 열릴 것이다²⁹⁾.

3. 基本權의 對私人的 效力問題의 構成要素

3.1. 概觀

기본권의 대사인적 효력문제는 기본권이 사인에 대해서 어떤 효력을 미치는가의 문제이다. 그것은 곧 사인도 기본권의 수범자인가(또는 어떤 과정을 거쳐 수범자가 되는가), 그리고 수범자로서 인정된다면 그 규범내용은 무엇인가(또는 어떤 과정을 거쳐 형성 또는 발견되는가)의 문제이다³⁰⁾. 이러한 문제는 현실적으로는 사인의 특정행위가 기본권침해라고 주장되는 경우에 발생한다. 따라서 기본권의 대사인적 효력문제는 現實的 次元에서는 언제나 사인에 의한 기본권침해의 가능성을 전제하고 있다고 할 수 있다. 그러한 가능성조차 전혀 없다면, 기본권침해의 구제를 위한 기본권의 대사인적 효력문제도 논의할 실익이 전혀 없기 때문이다.

그 반면에 規範的·論理的 次元에서는 오히려 기본권의 대사인적 효력이 사인에 의한 기본권침해의 전제가 된다. 어떠한 과정을 거쳐서도 기본권의 대사인적 효력이 전적으로 부정되어 결국 사인이 전혀 기본권의 수범자가 아니라면, 규범적으로는 그러한 사인은 타인의 기본권과 관련하여 아무런 의무도 부담하지 않을 것이며, 따라서 위법행위로서의 기본권침해란 인정될

28) 사법이 법률의 형식을 취하는 한 분명히 그 형식적 효력에서 헌법보다 하위에 있음에도 불구하고 다른 한편으로는 공사법이원론의 입장에서 사법의 독자성을 유지하려는 시각이 상존하고 있음을 유의해야 한다.

29) 앞에서 언급한 Schwabe의 견해는 기본권의 대사인적 효력문제에 관하여 대국가적 효력이라는 매개과정을 통하여 결국 대사인적 직접효력을 인정하는 결론에 이르고 있다. 그와는 달리 다수의 견해는 대국가적 효력(기본권보호의 무)이라는 매개과정을 통하여 원칙적으로 대사인적 간접효력을 인정하고 있다.

30) D. Vogt, "Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes"(Diss. Münster, 1960), 1쪽.

수 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 기본권의 대사인적 효력과 사인에 의한 기본권침해는 서로 表裏關係에 놓여 있다고 볼 수 있다. 그리하여 기본권의 대사인적 효력문제의 분석에서는 '기본권의 대사인적 효력'과 더불어 '사인에 의한 기본권침해'도 함께 검토할 필요가 있다고 본다. 여기서 '기본권의 대사인적 효력'은 '기본권', '사인', '효력'이라는 세 가지 요소로, 그리고 '사인에 의한 기본권침해'에서는 침해행위주체인 '사인', 침해객체(대상)인 '기본권', 그리고 '침해행위'라는 세 가지 요소로 분석된다. 이 가운데에서 기본권의 대사인적 효력에서의 '효력'은 기본권이 지니는 규범요소에 불과하기 때문에, 아래에서는 이것을 제외한 나머지 세가지 요소만을 분석하여 고찰하고자 한다.

3.2. 侵害主體로서의 私人

일반적으로 사인이라는 말은 국가에 대비하여 사용되고 있다. 그것은 대 '국가'적 효력에 대비하여 대 '사인'적 효력을 문제삼는 데에서도 엿볼 수 있다. 그러나 대국가적 효력에서의 '국가'가 엄격한 의미에서의 국가에 국한되지 않고 널리 공권력주체를 의미한다고 할 때, 사인이라는 말은 바로 공권력주체가 아닌 자를 의미하게 된다. 그런데 그것으로 문제가 모두 해결되는 것은 아니다. 사인과 국가(또는 널리 공권력주체)는 개념상 서로 명백히 구별됨에도 불구하고, 구체적으로 어떤 특정행위의 법적 규율과 관련해서는 그 법적 지위가 뒤바뀔 수도 있기 때문이다.

우선 國家의 경우를 보면, 공권력주체로서의 국가도 이른바 國庫作用 내지 私經濟的 作用을 할 수 있고, 그러한 경우에는 국가도 사인과 마찬가지로 사법의 규율을 받는다고 한다. 그렇다면 그 경우에는 국가는 오히려 사인의 지위에 서게 된다고 할 수 있다. 이 경우에 국가에 대해서는 기본권의 대국가적 효력이 미치는가 아니면 대사인적 효력이 미치는가? 물론 어느 쪽에 의하는 결과가 동일하다면, 그러한 물음을 제기할 실익은 없을 것이다. 그러나 효력부인설과 간접효력설은 대사인적 관계에서의 기본권의 효력내용이 대국가적 관계에서의 효력내용과는 다르다는 입장에서 서 있다고 볼 때, 사경제주체로서의 국가에 대하여 기본권의 대국가적 효력이 미치는 대사인적 효력이 미치는 그 결과가 언제나 동일할 것이라는 보장은 없다. 그렇다면 기본권의 대사인적 효력문제와 관련하여 사인의 범위에 사경제주체로서의 국가도 포함되는가의 문제가 해결되어야 한다. 그리고 만일 그것을 대국가적 효력문제로서 처리하려고 한다면³¹⁾, 그것이 효력부인설이나 간접효력설에서 강조하는 이른바 공사법이원론의 문제와 어떻게 조화될 수 있는지도 논증되어야 할 것이다.

다음으로 私人의 경우를 보자. 우선 公務員은 공무집행과 관련해서는 국가기관의 담당자 내지 국가의 피용자의 지위에 서게 된다. 그렇지만 공무원의 직무상 불법행위가 국가의 행위인가 공무원 개인의 행위인가에 관해서는, 국가배상책임이 자기책임인가³²⁾ 대위책임인가³³⁾ 그

31) 우리나라에서는 대체로 대국가적 효력문제로서 취급한다. 丘秉弼, 앞책, 242쪽; 權寧星, 앞책, 296쪽 이하; 許營, 앞책, 247쪽; 金哲洙, 앞책, 268쪽; 安溶教, 앞책, 243쪽 이하. 그러나 보충적으로 대사인적 효력문제로서의 가능성도 시사하는 것으로는, 金哲洙, 앞책, 268쪽; 安溶教, 앞책, 243쪽 이하.

32) 예컨대 權寧星, 앞 책, 533쪽; 許營, 앞 책, 551쪽 이하.

리고 헌법 29조 1항에서의 “공무원 자신의 책임”이 어떤 책임인가³⁴⁾를 둘러싸고 이론적으로 다툼이 있다는 것은 주지의 사실이다. 그리고 공무원이 아닌 私人도 국가기관의 지위에 서게 되는 경우가 있다. 그러한 경우로서는 사인이 개별적으로 공무를 수탁하여 그것을 수행하는 경우를 들 수 있고³⁵⁾, 또한 법령에 의하여 사인에게 일종의 공권력이 수권되어 있는 경우도 있다³⁶⁾. 이와 같이 공무를 수탁하거나 공권력을 수권받은 사인에 대해서는 기본권의 대사인적 효력문제로서 다를 것인가 아니면 대국가적 효력문제로서 다를 것인가? 나아가 사인이 국가로부터 특허나 허가를 받아 행위를 하는 경우에, 그리고 더욱 일반적으로는 사인의 행위에 국가가 어떤 형태로든지 관여하거나 연루되어 있는 경우에, 그러한 행위와 관련해서는 사인의 지위는 어떻게 되는가? 사실 미국의 國家行爲理論은 이러한 물음에 대한 연방대법원의 대답이라고 할 수 있다³⁷⁾. 아울러 국가에 버금갈 만큼 국가와 아주 흡사한 조직과 기능을 수행하는 거대사조직체 내지 社會的 權力의 경우에는 기본권의 대국가적 효력문제로서 취급할 것인가 대사인적 효력문제로서 취급할 것인가도 고려해 보아야 할 것이다.

이와 같이 기본권의 대사인적 효력문제와 관련해서는 침해주체인 사인의 범주는 어떠한가를 판단하여야 한다. 물론 사인이 순수한 사적 행위를 하거나 국가가 공법적 행위를 하는 경우에는 의문의 여지가 없다. 그러나 앞에서 지적한 바와 같이 국가와 사인의 지위가 서로 교착하거나 사인의 행위에 국가가 관여하는 경우에는, 그 행위를 기본권의 대사인적 효력문제에서의 사인의 행위의 범주에 포함시킬 것인지를 판단하여야 한다. 물론 이것은 대국가적 효력의 정도와 대사인적 효력의 정도가 서로 다른 경우에만 의미가 있다.

3.3. 侵害客體로서의 基本權

기본권의 대사인적 효력문제는 사인(의 행위)에 대하여 ‘기본권’의 효력이 미치는가, 그리하여 사인이 ‘기본권’을 침해한 경우에 그 법률관계는 어떻게 되는가의 문제이다. 여기서 일차적인 과제는 침해객체로서의 ‘基本權’의 特定이다. 비록 우리나라의 헌법학에서는 기본권이라는 말이 널리 사용되고 있지만, 헌법에서 명시적으로 사용되는 표현은 “기본권”이 아니라 “기본적 인권”(10조)과 “자유” 또는 “권리”(전문, 제2장)이고, 다만 기본권이라는 말은 헌법 재판소법(68조 1항)에서 헌법소원심판과 관련하여 “헌법상 보장된 기본권”이라는 형태로 사용되고 있을 뿐이다. 여기서 먼저 헌법의 어느 규정이 기본권규정인가를 밝혀야 한다. 물론 헌법 10조에서의 “기본적 인권”을 기본권으로 이해하고, 또한 제2장의 “국민의 권리와 의무”

33) 예컨대 金哲洙, 앞 책, 617쪽.

34) 국가와 공무원 개인에 대한 이른바 선택적 청구권을 인정하는 경우에는, 헌법 29조 1항 2문은 국가배상청구권 주체가 공무원 개인에 대해서 직접 손해배상청구권을 주장할 수 있는 근거가 되므로, 대사인적 직접효력을 가지는 것으로 이해될 수 있다.

35) 行政審判法 2조 2항과 行政訴訟法 2조 2항에서는 명시적으로, 그리고 국가배상책임과 관련해서는 해석론상으로 그러한 것이 인정되고 있다.

36) 예를 들면 刑事訴訟法 197조에 의거하여 제정된 ‘司法警察官吏의 職務를 행할 자와 그 職務範圍에 관한 法律’ 7조에서는 해선과 항공기 안에서 발생하는 범죄에 관하여 선장과 선원 그리고 기장과 승무원에게 사법경찰관리의 직무를 수권 내지 명령하고 있다.

37) 우리나라에서 미국의 국가행위이론을 수용하려는 견해로는 安溶教, 앞 책, 249쪽; 李康赫, 앞 책, 47쪽 이하.

가운데에서 국민의 권리에 관한 조항을 기본적 인권의 실정화규정으로 이해한다면, 제2장 가운데에서 국민의 의무에 관한 조항을 뺀 나머지 조항을 기본권규정으로 일응 생각해 볼 수는 있을 것이다. 그렇다고 하더라도, 개인의 권리가 아닌 법원칙이나 제도보장에 관한 조항을 기본권규정에 포함시킬 것인가, 그리고 37조 1항의 해석과 관련해서 헌법에 열거되지 않은 자유와 권리를 어떻게 취급할 것인가, 나아가 헌법 제2장 이외의 조항(예컨대 8조, 124조, 126조)으로부터 개인의 권리가 도출될 수 있을 경우에 그러한 규정은 또 어떻게 할 것인가의 문제는 여전히 남아 있다. 어쩌면 우리 헌법상으로는 독일헌법에서와 같은 기본권과 헌법상 권리의 구분이 무의미하거나 불가능하다고 볼 수도 있으며, 그 결과 개인의 헌법상 권리를 보장한다고 볼 수 있는 모든 헌법규정을 기본권규정으로 볼 수도 있으리라 생각된다. 단지 그 보장의 정도가 헌법적 차원의 강력한 보장인가, 아니면 단순한 법률적 차원 이하의 보장에 머무르는 것인가를 판단하는 일만이 남아 있을 뿐이다.

그런데 이와 같이 침해대상으로서의 기본권이 무엇을 가리키는가를 특정한다 할지라도, 기본권의 대사인적 효력문제와 관련해서는 그 기본권의 의미를 밝혀야 한다. 물론 기본권이 침해된다고 할 때 가장 먼저 생각할 수 있는 것은 기본권에 의하여 보호된다고 생각되는 現實의 利益이다. 그러한 이익의 침해가 전혀 없다면, 사법적 구제의 필요성이나 그 가능성도 없을 것이고, 그리하여 대사인적 효력문제의 인식계기도 찾을 수 없을 것이기 때문이다. 그런데 현실적 이익의 침해가 초래된다고 해서 그것을 곧바로 기본권의 침해라고 할 수는 없다. 기본권의 침해란 단순히 현실적 이익의 침해(제약)만이 아니라 그것을 보호하고자 하는 일정한 規範的 要素(법)의 침해(위반)로 생각되기 때문이다. 말하자면 일정한 현실적 이익의 침해가 '기본권'이라는 일정한 규범적 요소의 침해를 동반하는 경우에 비로소 기본권의 침해를 인정할 수 있을 것이다. 그런데 규범적 요소는 일정한 수범자에 대한 명령(또는 금지 또는 허용)으로 표현될 수 있기 때문에, 사인에 의한 기본권침해가 가능하려면 결국 사인이 그러한 규범적 요소의 수범자로서 인정되어야 하고, 그것은 바로 기본권의 대사인적 효력의 긍정을 의미한다. 이에 따라 '기본권'이라는 말 속에 내포되어 있는 규범적 요소를 고찰하고자 할 때, 그 결과는 헌법의 명문규정과 더불어 특히 기본권관념에 따라 크게 달라질 수 있음을 유의해야 한다.

첫째로, 기본권의 규범적 요소로서 생각할 수 있는 것은 그 주관적 측면으로서의 權利라는 요소이다. 일반적으로 기본권이란 헌법상 보장된 개인의 기본적인 권리라고 이해되고 있기 때문에, 기본권이라는 말 속에서 권리라는 규범적 요소를 인정하는 것은 자명한 것처럼 보인다. 아울러 기본권의 대사인적 효력이론에서 전제되고 있는 기본권침해가 현실적 이익 및 규범적 요소의 침해라는 점을 고려하더라도, 현실적 이익과 규범적 요소를 동시에 내포하고 있는 권리를 통상적인 침해객체로서 쉽게 상정할 수 있다. 그런데 일반적으로 기본권의 침해란 기본권에 내포된 규범적 요소에 대한 그 受範者의 침해를 의미한다고 할 때, 권리로서의 기본권의 수범자를 밝히는 것이 기본권의 대사인적 효력문제의 해결을 위한 관건이 된다. 여기서 권리의 통상적인 수범자는 권리자의 상대방인 義務者라고 할 때, 일차적으로는 사인이 그러한 의무자에 해당하는가가 문제된다. 그리하여 어떻게 해서든 국가만이 아니라 사인도 의무자로서 인정된다면, 그 기본권은 對世的 權利로서의 성격을 지니게 되고, 대사인적 효력문제도 자명하게 해결된다. 그 반면에 헌법상의 명문규정이나 기본권관념에 따라 국가만이 의무자로서 인

정되는 경우에는, 사인은 그 권리의무관계의 당사자인 의무자가 아니라 단지 第三者에 불과하게 된다. 따라서 그 경우에 사인은 기본권주체의 권리로서의 기본권에 직접 대응하는 의무를 부담하지는 않지만, 그럼에도 불구하고 사인에 의한 기본권침해의 문제는 아직 남아 있다. 이를테면 민법상의 이른바 第三者에 의한 債權侵害의 이론에 비추어서 제삼자에 의한 기본권(대국가적 권리)침해의 문제를 검토해 볼 수 있기 때문이다³⁸⁾. 특히 침해행위의 유형으로서 契約을 고려할 경우에는 더욱 그러하다. 나아가 비록 기본권이 대국가적 권리일 뿐이라고 할지라도, 그 권리의 내용 여하에 따라서는 제삼자인 사인에게도 국가에 의한 매개를 통해서 간접적으로 영향을 미치게 될 수는 있다. 예컨대 자유권과 같은 기본권이 단순히 대국가적 방어권만이 아니라 保護請求權도 포함한다면 국가는 제삼자인 사인에 의한 침해로부터의 기본권(기본권적 이익)보호의무를 지게 되는데, 그리하여 입법자가 기본권보호입법을 하는 경우에는, 사인도 그 보호입법의 수범자가 됨으로써 간접적으로 기본권의 영향을 받게 될 수도 있는 것이다³⁹⁾.

둘째로, '기본권'이라는 말 속에 내포된 규범적 요소로서는 客觀的인 法規範을 들 수도 있다. 기본권이 객관적인 측면에서 법규범(내지 법질서의 구성요소)으로서의 성격도 동시에 가지는가에 대해서는 이른바 기본권의 이중성 여하를 둘러싸고 논란이 없지 않지만, 대다수는 그것을 긍정하고 있다⁴⁰⁾. 그러한 경우에 기본권의 대사인적 효력⁴¹⁾과 관련하여 문제되는 것은 그 규범내용과 수범자이다. 우선 객관적 법으로서의 기본권의 規範內容과 관련해서는, 헌법에서 대사인적 관계에서의 규율사항에 관한 세부적인 특별규정을 두고 있지 않은 한, 그것은 원칙규범으로서의 성격을 지닐 수밖에 없을 것으로 보인다. 따라서 본질적인 핵심사항에 관한 원칙을 제외한 개별적인 세부사항과 관련해서는 그 구체화가 불가피할 것이라고 생각된다. 다음으로, 기본권에 내포된 객관적인 법규범의 受範者에 관해서도 살펴 볼 필요가 있다. 흔히 헌법의 수범자는 국가라고 하는데, 만일 기본권에 내포된 객관적 법규범의 수범자도 국가일 뿐이라면, 사인은 그 수범자가 아니기 때문에 규범적 차원에서는 사인에 의한 기본권(그것에 내포된 법규범)침해가 있을 수 없다. 다만 그러한 경우에도 사인은 국가에 의한 매개(이를테면 입법자에 의한 기본권보호입법)를 통해서 간접적으로 수범자가 될 수는 있다. 그 반면에, 기본권에 내포된 객관적 법규범이 공법과 사법을 포괄하는 법질서 전체의 구성요소로서의 성격을 지니는 것이라면, 그 수범자에는 사인도 포함된다. 따라서 그 경우에는 사인에 의한 기본권(그것에 내포된 법규범)침해도 가능하고, 기본권의 대사인적 효력도 긍정될 것이다. 그렇지만 기본권에 내포된 법규범의 규범내용이 원칙규범으로서의 성격을 지니는 한, 그 구체화의 과정이 필요하게 된다. 따라서 그러한 구체화과정에서 입법자와 법원(및 헌법재판소)의 역

38) 이러한 경우에 비로소 진정한 의미에서의 제삼자적 효력문제가 제기되는 것이다. 그리고 사인이 의무자로서 인정되지 않는다는 이유로 곧바로 대사인적 효력을 부정하는 것도 그러한 점에서 문제가 있다고 본다.

39) 만일 입법자의 기본권보호입법 여부와 상관없이 법원(및 헌법재판소)도 직접 독자적인 기본권보호의무를 진다고 본다면, 그것은 대국가적 권리로서의 기본권이 사인에게도 직접 효력을 미치는 결과를 낳는다. 그러나 그것은 사인이 대국가적 권리로서의 기본권에 대한 의무자가 아니라는 전제와 모순된다.

40) 기본권의 이중성을 긍정하지 않고서는 기본권의 대사인적 효력을 긍정할 수 없다는 견해로는 許蒼, 앞책, 249쪽.

41) 여기서의 대사인적 효력은 결국 기본권에 내포된 객관적 법규범의 대사인적 효력을 의미한다. 그런데 객관적 법규범은 기본권규정에 국한되지 않고 헌법 전반에 걸쳐서 인정될 수 있다. 그렇다면 적어도 부수적으로나마 개인적 법익도 동시에 보호하고 있을 뿐 아니라 그 법익이 사인에 의해서도 침해될 수 있는 가능성이 있는 한, 기본권규정만이 아니라 여타의 헌법규정에 대해서도 대사인적 효력문제가 제기될 가능성이 있다.

할 및 그 상호관계의 문제가 제기될 수 있다.

3.4. 侵害行爲의 類型

기본권의 대사인적 효력문제는 기본권이 사인에 의하여 침해된 경우에 그 사인에 대하여 기본권의 효력이 미치는가의 문제이다. 여기서 侵害行爲의 形態는 기본권침해 여부의 판단 및 침해시의 구제방법과 관련하여 중요한 역할을 한다. 우선, 基本權侵害 與否의 판단과 관련해서는, 침해행위가 기본권주체(피해자)의 의사와는 무관하게 기본권침해자(앞에서 언급한 '사인')의 일방적 의사에 의하여 행해지는 경우와 쌍방의 합의에 의하여 행해지는 경우로 나누어 볼 수 있다. 물론 기본권침해는 기본권주체에게 피해를 야기하는 것이기 때문에, 가해자의 일방적 의사에 의한 기본권침해가 통상적인 침해유형이라고 보는 것이 합리적인 것이다. 그런데 이러한 一方的 意思에 의한 기본권침해의 경우에는, 기본권침해라는 기본권주체쪽의 주장에 맞서서 가해자는 자신의 권리(헌법적 또는 법률적 권리)의 행사임을 내세워 응수할 가능성이 많다. 따라서 이러한 경우에 기본권침해 여부를 판단하기 위해서는 먼저 문제의 침해행위가 가해자의 권리의 범위에 포함되는지 여부를 가려야 할 것이다. 그리고 만약 그 행위가 가해자의 권리행사라면, 문제는 기본권주체와 가해자 사이의 權利衝突(내지 基本權衝突)의 양상을 띠게 될 것이며, 기본권침해 여부는 그러한 충돌문제(진정한 충돌인가 여부를 비롯하여 진정한 충돌시 우선순위 여하)의 해결과정을 거쳐 비로소 확인될 것이다. 다른 한편, 기본권주체와 가해자 쌍방의 승수에 의한 기본권침해의 경우에는 가해자의 일방적 의사에 의한 경우와는 다른 양상이 나타나게 된다. 즉 여기서는 합의에 따른 의무의 부담이라는 형태로 기본권주체가 스스로 자신의 기본권적 이익의 침해에 동의하고 있는 것이다. 그러한 기본권주체의 의사는 일용 그 기본권의 拋棄 내지 自律的 制限이라고 볼 수 있는데, 과연 그러한 것이 허용되는가, 그리고 만약 기본권의 포기가 허용된다면 어느 정도까지(전면적으로 또는 부분적으로, 영구적으로 또는 일시적으로) 가능할 것인가의 문제가 있다. 아울러 자신의 기본권적 이익에 대한 기본권주체의 처분의사는 단지 그 기본권의 포기를 의미하는 것만이 아니라, 도리어 그 기본권 또는 다른 어떤 기본권을 실현하는 수단으로서 일종의 基本權行使를 의미하는 것은 아닌가, 그렇다면 기본권주체는 자신의 기본권의 행사에 따른 일정한 책임을 부담해야 하는 것은 아닌가의 문제도 아울러 제기될 수 있다. 이와 같이 쌍방의 합의에 의한 기본권침해의 경우에는 무엇보다도 기본권주체의 의사를 어떻게 이해하고 평가할 것인가가 중요한 문제로 부각된다. 물론 그러한 경우에는 기본권주체가 그 의사를 고수하는 경우와 나중에 번복하는 경우도 함께 고려되어야 한다. 그리고 기본권주체의 의사에 대한 그러한 평가에는 基本權保護와 契約自由 상호간의 충돌문제의 해결과 조정이 수반하게 된다.

다음으로, 기본권침해행위는 침해시의 救濟方法과 관련해서는 사실행위와 법률행위로 나누어 볼 수 있다. 그 가운데에서 事實行爲의 경우에는 침해당시에는 침해행위의 저지, 침해후에는 원상회복 또는 손해배상이 기본권침해에 대한 구제방법이 될 수 있다. 그 반면에 法律行爲의 경우에는 그 법률효과의 발생·존속·실현의 저지, 그리고 사후적으로는 원상회복 또는 손해배상이 기본권침해의 구제방법이 될 수 있다. 이러한 차이는 법률행위에서는 그것의 법적 효

력 여하가 선행한 다음에 현실적인 결과가 발생하는 데 기인한다. 법률행위 중에서 특히 계약의 경우에는, 계약 자체의 무효나 해제 또는 해지에 의하여, 그리고 당사자 일방의 의사표시의 무효나 취소 또는 철회에 의하여, 계약이 처음부터 효력을 발생하지 못하거나 소급적으로 또는 추후적으로 그 효력을 상실하게 된다. 이와 같이 사인에 의한 기본권침해가 발생했다고 하더라도, 그 구제방법은 침해행위의 형태에 따라 다르고, 특히 계약에 의한 기본권침해의 경우에는 그 계약의 효력의 저지방법이 반드시 일률적이어야 하는 것은 아니라는 것을 유의해야 한다.

4. 基本權의 對私人的 效力理論의 差異

4.1. 問題의 提起

우리나라에서는 기본권의 대사인적 효력에 관하여 효력부인설, 간접효력설, 직접효력설 등으로 견해가 나누어져 있고, 또한 다수설인 간접효력설의 경우에도 간접효력의 원칙에도 불구하고 직접효력이나 효력부인이라는 예외를 인정하는 경향이 있다. 이러한 견해의 대립에는 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 효력부인과 간접효력 및 직접효력 사이의 차이가 당연히 전제되어 있다. 그렇지 않다면 대사인적 효력이론은 단지 실익없는 공리공론에 불과하게 될 것이다. 사실 기본권의 대사인적 효력문제에 관하여 효력부인설과 간접효력설 및 직접효력설 사이에는 그 표현상 명백한 차이가 드러나는 것처럼 보인다. 그러나 실제에서 무엇이 어떻게 다를 것인가는 명확하지 않으며, 이와 관련해서는 실제로도 의문이 제기되고 있는 실정이다⁴²⁾. 그렇다면 그러한 학설의 차이는 단지 이론구성상의 차이에 불과할 것인가? 그러한 점에서 학설의 차이를 검토하는 것은 대사인적 효력문제의 해결을 위한 의미있는 필수적 과정에 속한다고 볼 수 있다. 아래에서는 특히 사법관계에서의 적용법조와 규율내용 및 쟁송절차와 관련하여 학설의 차이를 살펴 보고자 한다. 다만 검토대상이 되는 학설은 우리나라에서 주장되거나 소개된 원칙적이고 일반적인 주장에 국한하고 학자들의 개인편차는 무시하기로 한다.

4.2 適用法條

기본권의 대사인적 효력문제의 핵심에는 사법관계에 헌법의 기본권(규정)을 적용할 수 있는가의 문제가 포함되어 있다. 이와 관련하여 공사법이원체계를 이유로 하여 그 적용을 반대하는 입장이 效力否認說이다. 즉 효력부인설은 사법관계에는 사법만이 적용되기 때문에 공법인 헌법의 기본권(규정)이 적용될 수 없다는 것이다. 따라서 효력부인설에 따르면 사인에 의한 기본권침해가 문제될지라도 사인 상호간의 사법관계에는 사법의 해당규정만이 적용되는 것으로 보게 된다. 그러한 의미에서 효력부인설에서의 적용법조는 私法規定뿐이라고 할 수 있다.

42) 崔大權, 앞책, 164쪽; 崔大權, 앞글, 64쪽 이하. 아울러 Alexy, 앞책, 481쪽 이하; v.Mangoldt/Klein/Starck, 앞책, 132쪽; Stern, 앞책, 1550쪽.

이러한 효력부인설에 대해서 정면으로 대립하는 입장이 直接效力說이다. 즉 직접효력설은 기본권이 사법관계에도 직접 효력을 미친다고 보기 때문에, 사인에 의한 기본권침해가 문제될 경우에 사인 상호간의 사법관계에도 기본권규정을 직접 적용해야 된다고 보는 것이다. 따라서 직접효력설에서의 적용법조는 헌법상의 基本權規定이라고 할 수 있다.

이상과 같은 효력부인설 및 직접효력설의 입장에 비해서 間接效力說의 입장은 다소 모호하다. 간접효력설에 따르면, 사법관계에는 기본권규정이 직접 적용될 수 없고 단지 사법의 一般條項을 통해서 간접적으로만 적용될 수 있을 뿐이라고 보기 때문에, 사법관계에 대한 적용법조에는 오직 사법의 일반조항만이 포함될 것같이 보인다. 그리고 간접효력설에서는 사법의 '일반조항'⁴³⁾을 언급하고 있을 뿐이기 때문에, 사법의 구체적인 개별규정들은 적용법조에서 배제되는 것 같은 인상을 받게 된다⁴⁴⁾. 그 반면에 간접효력설은 간접적으로나마 기본권이 사법관계에 적용된다고 보기 때문에, 사법관계에 대한 적용법조에 基本權規定도 일응 포함시킬 수 있을 것 같기도 하다. 그렇지만 이 경우에 기본권은 단지 사법의 일반조항의 解釋에만 관여할 뿐이기 때문에, '사법관계'에 대한 적용법조에서는 기본권규정이 여전히 배제되는 것으로 볼 수 있다. 그러한 점에서 간접효력설은 효력부인설과 유사하며, 또한 공사법이원체계의 유지라는 그 논거에서도 공통적이다. 오히려 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 간접효력설은 적용법조를 사법의 일반조항에 한정시키는 느낌을 받게 된다.

요컨대 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 適用法條에 대한 견해를 도식화하면, 효력부인설은 {사법규정 -> 사법관계}, 간접효력설은 {(기본권규정 -> 사법의 일반조항) -> 사법관계}⁴⁵⁾, 직접효력설은 {기본권규정 -> 사법관계}라는 식으로 나타낼 수 있다. 이렇게 보면 기본권규정과 사법규정 전체 중에서 효력부인설의 경우에는 기본권규정이, 직접효력설의 경우에는 사법규정이, 그리고 간접효력설의 경우에는 일반조항이 아닌 사법의 개별규정이 적용법조에서 빠져 있음을 알 수 있다. 그러나 그와 같은 의견상 차이가 액면 그대로 나타나는 것은 아니다.

첫째, 效力否認說은 사법관계에 대한 기본권규정의 적용을 명백히 반대하지만, 그럼에도 불구하고 憲法(基本權規定)의 적용과 관련해서는 공사법이원론의 차원이 아닌 法의 位階秩序에 따른 문제가 여전히 남아 있다. 즉 효력부인설을 따를지라도 헌법의 기본권규정이 사법관계와 전혀 무관한 것일 수는 없는 것이다. 국가의 최고법으로서의 헌법은 모든 법의 해석기준이 될 뿐 아니라, 어떠한 법도 헌법에 위반해서는 안 되기 때문이다. 이것은 법률로서의 사법과 헌법의 기본권규정 사이에서도 그대로 타당하다. 따라서 사법규정도 헌법의 기본권규정에 위반하는 것이어서는 안 되며, 또한 기본권규정에 부합되도록 해석되어야 한다. 그리하여 기본권규정에 위반하는 사법규정은 規範統制의 과정(위헌법률심판과 헌법소원심판)을 거쳐서 적용법조에서 배제되며, 또한 合憲的 法律解釋을 통해서도 사법관계에 대한 적용법조(사법규정)에 기본권규정

43) 학자에 따라서는 사법의 '일반원칙'이라는 표현을 쓴다. 權寧星, 앞책, 303쪽; 安溶教, 앞책, 249쪽; 許贊, 앞책, 257쪽.

44) 그러나 기본권의 대사인적 효력문제와 관련하여 간접효력설이 일반조항이 아닌 개별적이고 구체적인 조항의 적용을 전적으로 부인한다면 문제가 아닐 수 없다. 그럼에도 불구하고 간접효력설을 내세울 때 사법의 일반조항을 통한 매개만을 언급하는 경향이 있기 때문에, 간접효력설에 관한 아래에서의 설명도 개별조항의 적용이 없다는 주장을 전제로 하여 전개한다.

45) 다만 朴一慶, 앞책, 209쪽 이하에서는 기본권규정과 사법관계 사이에 이중의 매개를 설정하는 것처럼 보인다. 즉 {(기본권규정 -> 인간존엄·가치의 존중) -> 사법의 일반조항) -> 사법관계}라는 식이다.

이 영향을 미치게 된다. 그 결과 만일 사인에 의한 기본권침해가 문제되는 사법관계에 사법의 일반조항을 적용하게 된다면, 설령 효력부인설을 따를지라도, 합헌적 법률해석의 원칙에 따라 그 일반조항의 해석에서 기본권규정이 고려되지 않으면 안 될 것이다. 이렇게 보면 사실상 효력부인설과 간접효력설 사이에는 적용법조에서의 차이를 찾기가 매우 어렵게 된다⁴⁶⁾.

둘째, 直接效力說은 사법관계에도 기본권규정이 직접 적용된다고 하는데, 이 경우에 私法の 적용이 배제되는가는 의문이다. 사인에 의한 기본권침해가 문제되는 경우에, 단지 기본권규정만을 해석·적용함으로써 문제를 전부 해결하려고 하는 것은 민주적 권한질서 속에서 인정되는 立法者의 역할을 사실상 부인하는 결과를 초래할 것이기 때문이다. 일반적으로 민주적 권한질서 속에서는 입법자는 법질서에 대한 광범한 형성권을 가지며, 그 행사는 헌법에 위반하지 않는 한 마땅히 존중되어야 한다. 사법영역이라고 해서 예외일 수는 없다. 따라서 사인 상호간의 구체적인 쟁송사건에 관련되는 사법규정이 있을 경우에는 입법자의 형성권행사의 산물인 그 사법규정을 적용해야 할 것이다. 다만 그 사법규정이 위헌적인 경우에 한하여 규범통제 및 합헌적 법률해석의 과정을 거쳐서 적용법조에서 배제시키는 것이 허용될 뿐이다. 그렇다면 직접효력설에 따를지라도 헌법의 기본권규정만이 단독으로 적용되는 경우는 오히려 드물게 될 것이다. 사법에 포괄적 규정인 일반조항이 있다는 점을 고려하면 더욱 그렇다. 이렇게 되면 직접효력설은 간접효력설과 별로 다를 것이 없게 된다. 다만 직접효력설은 기본권규정이 직접 적용된다고 보기 때문에, 기본권규정에 대해 독자적인 적용법조로서의 지위를 인정한다는 점에서 구별될 뿐이다. 이러한 사실은 사인에 의한 기본권침해가 문제되는 쟁송사건을 규율할 관련사법규정이 없을 경우에 더욱 분명하게 드러난다. 왜냐 하면, 사법의 일반조항의 해석·적용을 통해서조차도 사인에 의한 기본권침해가 구제되지 않는 그러한 경우에는, 직접효력설로서는 헌법의 기본권규정을 직접 적용할 수밖에 없는 데 반해서, 간접효력설은 그와 같은 경우에도 여전히 사법의 일반조항의 해석·적용만을 문제삼게 될 것이기 때문이다.

4.3. 規律內容

앞에서 본 바와 같이 효력부인설은 {사법규정 → 사법관계}, 간접효력설은 {(기본권규정 → 사법의 일반조항) → 사법관계}, 직접효력설은 {기본권규정 → 사법관계}라는 식으로 일응도식화할 때, 적용법조에서의 그러한 의견상 차이가 곧 규율내용에서도 마찬가지로의 차이를 초래한다고는 볼 수 없다. 사인에 의한 기본권침해가 문제되는 사안에서 규율내용에서의 차이 여하가 일단 기본권규정의 규범내용과 사법의 규범내용의 부합 여부에 달려 있다고 할 때, 그러한 부합 여부는 일차적으로 私法立法者의 손에 달려 있기 때문이다. 그래서 직접효력설에서 주장하는 바 대사인적 관계에서 실현되어야 할 기본권규정의 규범내용을 입법자가 사법에 충실하게 반영하는 경우에는 기본권규정과 사법 사이에 규율내용의 불일치는 발생하지 않을 것이다. 물론 입법자가 언제나 그렇게 하리라는 보장은 없다. 그러나 입법자에 의한 사법입법의 결과로서 일단 그러한 불일치가 야기된 경우에도, 이번에는 그 불일치가 法院(및 憲法裁判所)에 의해서 시정될 수 있는 기회가 남아 있다. 그러한 불일치의 시정장치로는 規範統制制度(위

46) 文鴻柱, 앞책, 211쪽.

헌법률심판과 헌법소원심판)와 合憲의 法律解釋의 원칙을 들 수 있다. 문제는 이러한 시정장치에 의하여 기본권규정과 사법의 불일치가 얼마나 제거될 수 있는가라는 것이다.

여기서 사인에 의한 기본권침해와 관련하여 기본권규정과 사법 사이에 규범내용이 서로 부합하지 않는 경우를 크게 두가지로 나누어 생각해 볼 수 있다. 하나는 기본권규정의 규범내용에 저촉되는 규범내용이 사법에 포함되어 있는 경우이고, 다른 하나는 기본권규정의 규범내용이 사법에는 전혀 들어 있지 않은 경우이다. 전자는 사법입법자가 기본권규정에 저촉하여 積極的 立法을 한 경우로서, 일반적으로 그러한 경우에는 규범통제 및 합헌적 법률해석에 의하여 그 불일치가 시정된다고 볼 수 있다. 후자는 사법입법자가 사인의 침해로부터의 기본권보호를 위한 입법을 하지 않음으로써 나타나는데⁴⁷⁾, 그것은 말하자면 사법상의 기본권보호규정의 欠缺이라고 볼 수 있다. 그러한 흠결은 사인에 의한 기본권침해를 포괄적으로 규율할 수 있는 일반조항이 없을 때 나타날 가능성이 많다. 그런데 문제는 그러한 사법의 흠결이 어느 정도로 시정될 수 있는가인데, 그것은 사인의 침해로부터의 기본권보호를 위한 입법자의 입법의무를 전제로 한 立法不作爲에 대한 사법적 통제 가능성 여하, 그리고 법원(및 헌법재판소)에 의한 積極的인 欠缺補充의 가능성 여하에 따라 달라질 수 있다. 즉 여기에서도 규범통제와 합헌적 법률해석과 관련하여 법원(및 헌법재판소)의 積極的인 통제·보충·형성기능이 어느 정도로 인정되느냐가 관건이다. 이와 같은 문제는 물론 기본권의 對國家的 效力과 관련되는 것이지만, 사인에 의한 기본권침해에 대한 규율내용의 판단에서도 기본적으로 먼저 고려되어야 한다.

그리하여 첫째로, 效力否認說과 間接效力說은 간접적이거나 기본권의 대사인적 효력을 긍정하는가 여부에서 명백한 차이를 보이지만, 그러한 의견상의 차이가 규율내용상의 실질적 차이를 초래하는가는 의문이다. 우선, 간접효력설은 사법의 일반조항의 매개를 통해서만 기본권의 대사인적 효력을 인정하기 때문에, 그러한 일반조항이 없을 경우를 상정하면⁴⁸⁾ 결과적으로 그 주장 자체가 효력부인설과 다름없다. 다음으로, 사법에 일반조항이 있을 경우를 상정하면 간접효력설과 효력부인설 사이에는 규율내용에서도 일응 실질적인 차이가 존재할 것처럼 보인다. 간접효력설은 효력부인설과는 달리 사법의 일반조항의 해석에서 기본권의 대사인적 효력을 고려할 것을 주장하기 때문이다. 그렇지만 효력부인설의 경우에도 여전히, 비록 대사인적 효력 때문은 아닐지라도, 사법의 일반조항의 해석에서 기본권규정이 고려되어야 한다. 그런 것조차도 부인한다면, 그것은 사법 자체에 대한 기본권규정의 효력까지도 부인하는 것이고, 궁극적으로는 법의 위계질서 및 기본권의 대국가적 효력까지도 부정하는 것이리라. 그리하여 효력부인설의 경우에도 합헌적 법률해석의 원칙에 따라 사법의 일반조항을 해석함으로써, 즉 사법의 일반조항의 규범내용을 기본권규정에 맞게 구체화함으로써, 사실상 간접효력설과 동일한 규범내용을 얻을 수가 있으리라 생각된다⁴⁹⁾. 이에 대해서 기본권의 대사인적 효력문제와

47) 물론 그러한 입법을 불충분하게 한 경우에도 부분적으로 흠결이 발생하며, 또한 앞에서와 같은 積極적 입법이 있더라도 그것이 기본권규정에 위반된다고 하여 사법의 규범내용에서 제거되어 버린 경우에도 동일한 양상이 나타난다.

48) 현실적으로 사법에서 일반조항이 완전히 없어지는 결과를 상정하기는 어렵지만, 논리적으로 볼 때, 일반조항은 개별조항으로 구체화할 수 있는 가능성은 존재하며, 실제로 일반조항에 포섭될 수 있는 일부내용이 구체적인 개별조항으로 입법화할 수 있는 여지는 더욱 크다.

49) 결과적으로 유사한 견해로는 文鴻柱, 앞책, 211쪽.

合憲의 法律解釋의 문제의 엄격한 구별을 강조하면서, 효력부인설과 간접효력설 사이의 내용상의 차이를 주장하는 견해가 있다⁵⁰⁾. 물론 합헌적 법률해석의 원칙은 일반적인 법해석방법에 따라 해석된 규범내용 가운데에서 위헌적인 것은 배제하고 오직 합헌적인 것만을 그 법률규정의 규범내용으로 삼을 것을 요구한다. 그런데 일반조항에는 포괄적 규범내용이 담겨 있고, 합리적 해석을 통한 구체적 범발견은 단지 이미 일반조항 속에 담겨 있는 규범내용의 구체화일 뿐이고 규범흡결에 대한 새로운 보충이 아니다. 따라서 간접효력설에 따를지라도 일반조항이 포괄할 수 없는 규범내용을 기본권규정에 의거하여 새로이 보충할 수는 없고, 단지 기본권규정을 판단기준으로 삼아 일반조항의 포괄적 규범내용을 구체화할 수 있을 뿐이다. 이러한 현상은 비록 논리는 다를지라도(예컨대, 최고법인 헌법의 일부로서의 기본권규정의 성격 내지 기본권의 법규범적 성격 또는 기본권의 대국가적 효력에 따른 기본권보호의무 등) 효력부인설의 경우에도 마찬가지로 나타난다. 즉 효력부인설에 따를지라도 일반조항의 구체화과정에서는 여전히 기본권규정을 지침으로 삼아야 하는 것이다⁵¹⁾.

둘째로, 間接效力說과 直接效力說의 규율내용상의 차이 여하는 사법관계에 직접 적용될 기본권규정의 규범내용(직접효력설)과 사법의 일반조항의 매개를 거친 뒤의 규범내용(간접효력설)이 얼마나 다른가에 달려 있다. 먼저, 間接效力說은 기본권규정의 사법침투를 위한 돌파구로서 일반조항을 전제로 삼고 있기 때문에, 그러한 일반조항이 없을 경우를 상정하면 간접효력설은 직접효력설과는 현격한 차이를 초래한다. 그러한 경우에 간접효력설은 기본권의 사법침투를 위한 돌파구의 부존재로 인하여 결과적으로 기본권의 대사인적 효력 자체를 부정할 수밖에 없는 데 반해서, 直接效力說은 기본권규정의 직접효력을 주장하기 때문이다. 이러한 상황은 일반조항이 있을 경우에도 부분적으로 나타날 수 있다. 왜냐 하면, 일반조항이 아무리 포괄적인 규범내용을 가지고 있다고 할지라도, 그 규범내용이 완전한 백지상태가 아닌 한, 그 규범영역에 일정한 한계가 있을 것이고, 그리하여 기본권의 대사인적 효력에 의하여 요구되는 규범내용이 그러한 한계를 벗어나는 경우에는 더 이상 일반조항에 포괄될 수 없을 것이기 때문이다. 다음으로, 사법의 일반조항의 존재를 전제로 할 경우에는, 間接效力說도 기본권의 대사인적 효력을 인정한다. 문제는 사인 상호간의 사법관계에 적용될 규범내용인데, 그것은 사법에 침투하기 전의 기본권규정의 규범내용 및 침투과정에서의 그 변용정도에 따라 달라진다.

여기서 사법에 침투하기 전의 기본권규정의 규범내용은, 간접효력설이 직접효력설에 대해서 사적 자치의 원칙의 파괴를 우려하는 데에서 알 수 있듯이, 일용 대국가적 관계에서 적용되는 규범내용을 의미하는 것으로 짐작된다. 그런데 그것이 사법의 일반조항 속에서 일정한 변용과정을 거침으로써 순화되는데, 그 순화의 요소는 사적 자치의 원칙(및 이를 통해서 확보되는 개인의 기본권적 이익)이라고 할 수 있다. 결국 사인 상호간의 사법관계에 적용될 규범내용은 사법의 일반조항의 구체화과정에서 기본권규정의 규범내용과 사적 자치의 원칙에 따른 규범내용 사이의 적정한 조정·조화를 통하여 발견될 것이다. 그런데 기본권의 대사인적 효력을 위한 매개조항으로서 간접효력설이 들고 있는 일반조항은 그 자체가 사적 자치의 원칙과의 조정을

50) 許營, 憲法理論과 憲法(中)(박영사, 1984), 101쪽 이하.

51) 그러나 이것이 효력부인설의 타당성을 의미하는 것은 아니다. 사법관계를 규율하는 사법의 해석이 법의 위계질서에 의해서든 기본권의 대국가적 효력(기본권보호의무)에 의해서든 기본권의 영향을 받고 있기 때문에, 기본권이 사법관계에 전혀 효력을 미치지 못한다는 주장은 잘못된 것이다.

거쳐 그것에 대한 한계를 설정한 것이기 때문에, 또 다시 사적 자치의 원칙을 고려할 필요없이, 단지 그 일반조항의 규범구체화를 위한 해석과정에서 기본권규정의 규범내용을 지침으로 삼기만 하면 된다. 결국 간접효력설에 따를 경우에 사인 상호간의 사법관계에 적용될 규범내용은, 사법의 일반조항이 포괄할 수 있는 규범내용 가운데에서 기본권규정을 지침으로 판단하여 거기에 합치되는 그러한 것이라고 볼 수 있다. 이에 대해서 直接效力說의 경우에는 사법관계에 적용될 규범내용은 기본권규정 자체의 해석에 의하여 획득하게 된다. 그런데 만일 그렇게 해서 얻은 결과가 대국가적 관계에서 적용될 규범내용과 동일하다고 본다면, 그것은 간접효력설의 경우와는 엄청난 차이를 보이게 될 것이다. 그러나 사인 상호간의 관계에서는 대국가적 관계와는 달리 규율대상면에서 동등한 두 기본권주체의 대립이라는 특수한 상황이 존재하기 때문에, 두 기본권주체 사이의 기본권충돌이 야기될 경우에는 그 충돌을 해소하기 위한 조정이 불가피하다. 또한 사적 자치의 원칙이 단순히 사법상의 원칙에 불과한 것이 아니라 헌법적 보호를 받고 있는 것이라면, 그러한 한도 안에서는 기본권과 사적 자치의 원칙의 조화를 도모하는 해석이 필요하다. 그러한 과정에서는 대사인적 관계에서의 기본권의 행사·실현의 가능성과 한계와 더불어 기본권의 자율적 제약·포기의 가능성과 한계도 동시에 고려되지 않으면 안 된다. 이와 같이 직접효력설에 따를지라도 사법관계에 적용될 기본권규정의 규범내용이 기본권충돌의 해소, 사적 자치의 원칙과의 조화, 그리고 기본권의 자율적 행사·실현 및 제약·포기의 가능성과 한계의 고려를 통해서 비로소 확정될 수 있는 것이라면, 그것은 대국가적 관계에서 적용될 기본권규정의 규범내용과는 훨씬 순화된 것일 수밖에 없다. 더구나 앞에서 지적했듯이 직접효력설에 따를지라도 합헌적인 사법규정을 적용할 수밖에 없다고 본다면, 사법의 일반조항의 구체화과정에서 합헌적 법률해석에 따라 인식된 규범내용은 간접효력설과 다름이 없게 된다. 문제는 직접효력설에서 주장되는 기본권규정의 규범내용이 사법의 일반조항에 포괄될 수 없는 영역에 속하는 경우나, 합리적인 해석방법에 의해 구체화된 일반조항의 규범내용이 기본권규정의 규범내용과 배치되어 적용할 수 없게 되는 경우이다. 이런 경우에 직접효력설에서는 간접효력설과는 달리 기본권규정의 규범내용의 직접적용이 불가피하게 된다. 결국 기본권의 대사인적 효력이 문제되는 경우에 규범통제나 합헌적 법률해석의 과정을 거쳐 사법규정을 적용할 수 있는 한, 사법관계에 적용될 규범내용이 직접효력설과 간접효력설 사이에 차이를 보이리라고는 생각되지 않는다. 설령 구체적인 경우에 그러한 차이가 존재한다고 하더라도, 그 차이는 간접효력설 내에서의 견해차이 또는 직접효력설 내에서의 견해차이에 미치지 못할 것이다.

4.4. 爭訟節次

일반적으로 사법관계에 대한 법적 분쟁은 民事裁判節次에 따라 해결된다. 그 과정에서 민사법원은 적용법조를 찾아 그 규범내용을 해석하게 되는데, 만일 위헌적 요소가 있을 경우에는 규범통제절차를 거치거나 합헌적 법률해석을 함으로써 그것을 규범내용에서 제거해야 한다. 그 과정에서 소송당사자는 規範統制와 관련해서는 헌법재판소법 41조 및 68조 2항에 따라, 우선 그 민사재판의 선결문제로서 해당법률조항의 위헌성을 주장하면서 법원에 위헌법률심판

의 제청을 신청할 수 있고, 그것이 기각당할 경우에는 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그리하여 법률의 합헌성 여부에 대한 심사를 하게 되는 경우에 기본권규정이 기준이 됨은 물론이다. 그리고 그것은 기본권의 대국가적 효력의 문제이기 때문에, 대사인적 효력 여하에 관하여 어떤 입장을 취하든 결과는 마찬가지이다⁵²⁾. 사법 자체에 대한 기본권효력의 부정은 곧 입법자에 대한 기본권의 효력, 즉 기본권의 대국가적 효력을 부정하는 것으로서 용납될 수 없기 때문이다. 따라서 만일 기본권주체의 기본권이 아니라 오히려 사인의 기본권침해행위가 입법자의 적극적 입법의 산물인 사법규정에 의하여 적극적으로 보호되고 있다면, 기본권주체는 규범통제절차에 따라 입법자에 의한 기본권침해를 주장하여 그 사법규정을 무효화시킴으로써 대사인적 관계에서의 기본권침해도 구제받을 수 있게 된다.

다음으로, 사인에 의한 침해로부터의 기본권의 구제를 위하여 생각할 수 있는 헌법재판절차로서는 앞에서 설명한 규범통제 외에도 憲法訴願審判을 들 수 있다. 사인에 의한 기본권침해와 관련하여 헌법소원심판을 고려할 수 있는 것은 두 가지 경우이다. 첫째는 立法者를 상대로 한 헌법소원심판이다. 여기서 문제가 되는 것은 입법자의 적극적 입법이 아니라, 입법자가 사인에 의한 침해로부터 기본권을 보호하기 위한 기본권보호입법을 하지 않은 경우이다. 물론 이와 같은 것이 헌법소원심판의 대상이 되기 위해서는 그것이 立法不作爲에 해당하는 것이어야 하고, 입법부작위는 다시 구체적인 입법의무를 전제로 한다. 그런데 그것은 기본권의 대국가적 효력에 따른 것이기 때문에, 기본권의 대사인적 효력에 관하여 效力否認說을 취하더라도 기본권의 대국가적 효력에 의하여 입법부작위의 성립이 가능하다. 둘째는 法院의 裁判에 대한 헌법소원심판이다. 물론 헌법재판소법 68조 1항에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원심판을 제외하고 있기 때문에, 법원의 재판에 대해서는 현재 우리나라에서는 통상적인 불복절차로서 상소가 인정될 뿐이다. 이러한 사실은 기본권의 대사인적 효력 여하에 관해서 어떤 견해를 따르든 마찬가지이다. 그런데 그것이 법원의 재판에 대한 헌법소원심판이 허용되는 경우에도 여전히 타당할 것인가는 이론적 관심의 대상이 될 수 있다. 우선 效力否認說의 경우에는, 기본권이 사법관계에 효력을 미치지 않는다고 보기 때문에, 법원이 기본권규정을 적용하지 않았음을 이유로 하는 헌법소원심판청구는 일단 불가능하게 된다. 그렇지만 앞에서 보았듯이, 비록 효력부인설을 따른다고 할지라도, 합헌적 법률해석의 원칙에 따라 법원은 사법규정을 기본권규정에 합치되도록 해석해야 한다고 볼 수도 있다. 그 경우에 만일 법원이 기본권규정을 무시한 채 사법규정을 해석·적용한다면, 그것은 위헌이 된다. 그럼에도 불구하고 그러한 경우에 헌법소원심판청구가 가능한가는 여전히 의문이다. 효력부인설에 따른다면, 법원이 올바른 법해석을 함으로써 보호되는 기본권주체의 권리는 실제로는 기본권이 아니라 사법상의 권리에 불과하다고 볼 것이기 때문이다. 다만 그러한 경우에도 기본권의 대사인적 효력문제와는 별도로 기본권의 대국가적 효력에 위반하여 법원이 기본권을 침해한 것이 아닌가, 그리하여 헌법소원심판청구도 가능한 것은 아닌가라는 문제는 남아 있다. 다음으로 間接效力說의 경우에는, 기본권이 사법의 일반조항을 통하여 사법관계에 효력을 미치기 때문에, 법원은 기본권규정을 지침으로 삼아 사법의 일반조항을 해석해야 한다. 만일 법원이 이러한 사실을 무시한 채 일반조

52) 물론 간접효력설에 따른 경우에는, 기본권의 대사인적 효력이 사법의 일반조항에 의하여 매개되고, 기본권은 그 일반조항의 해석기준이 되기 때문에, 통상적으로는 규범통제의 문제가 발생하기 힘들다.

항을 해석한다면 그것은 위헌이다. 그럼에도 불구하고 간접효력설을 따를 때 사인에 대한 기본권주체의 권리가 사법상의 권리에 불과하고 기본권이 아니라면, 효력부인설과 마찬가지로 일단 헌법소원심판청구가 곤란하게 된다. 그러나 여기서도 기본권의 대국가적 효력에 기초하여 법원에 의한 기본권침해를 긍정할 수 있는 가능성은 여전히 남아 있다. 끝으로 直接效力說의 경우에는, 기본권이 사법관계에 직접 효력을 미친다고 보기 때문에, 법원은 사법관계에 기본권규정을 직접 적용해야 한다고 볼 수 있다. 이 때 기본권주체가 사인에 대하여 가지는 권리는 단순히 사법상의 권리에 불과한 것이 아니라 기본권이고, 나아가 대사인적 직접효력은 기본권의 대국가적 효력과 관련해서도 법원에 대한 기본권보호청구권을 수반한다고 볼 수 있다. 따라서 법원이 기본권규정을 고려하지 않음으로써 사인에 의한 기본권침해가 구체되지 않는 경우에는, 헌법소원심판청구가 가능할 것이다.

5. 結 論

이 논문에서는 기본권의 대사인적 효력문제 자체를 분석함으로써, 그러한 문제에 내포된 주체가 무엇이고, 그 문제의 해결을 위하여 어떤 요소를 고려해야 하며, 나아가 직접효력설·간접효력설·효력부인설이 실제로는 과연 어떠한 차이를 나타낼 것인가를 다루어 보고자 하였다. 이러한 논의를 통하여 기본권의 대사인적 효력문제가 단지 헌법과 사법적 법률의 위계질서의 문제나 공사법이원론의 문제에 국한해서 다루어질 성질의 것은 아니라는 점을 알게 되었다고 본다. 즉 거기에는 그러한 문제 외에도, 기본권의 대국가적 효력과의 상관관계 및 특히 입법자와 법원의 역할의 문제, 기본권(기본권적 이익)충돌의 문제, 기본권의 자율적 제한 내지 포기의 문제, 기본권의 수범자와 그 규범요소 등에 관한 기본권관념의 문제 등 그 어느 하나도 간단히 해결하기 힘든 극히 어려운 문제가 내포되어 있음을 알 수 있다. 이러한 문제는 사인에 대한 사인의 행위에 의하여 발생하는 사법관계에서만 제기되는 것이 아니라, 그러한 사인의 행위에 의해서 발생하는 공법관계에서도 마찬가지로 나타날 수 있음도 유의하지 않을 수 없다.

그런데 기본권의 대사인적 효력문제에 관한 우리나라에서의 기존 학설은 이러한 점들을 충분히 고려하고 있는 것으로는 보이지 않는다. 따라서 우리나라의 기존 학설에 대한 재검토의 필요성도 아울러 느끼게 되지만, 우리나라에서는 현실적으로 기본권의 대사인적 효력문제가 크게 논란되지 않고 있는 실정이다. 그것은 위에서 보았듯이 의견상 명백한 학설대립에도 불구하고 현실적 결과에서는 차이가 별로 크지 않기 때문이 아닌가 생각된다. 그러나 이론구성의 차이가 미세하나마 현실적 결과에서도 차이를 초래할 수 있고, 이론구성 자체의 합리성과 타당성을 도모할 필요성은 더욱 크다는 점을 고려할 때, 기본권의 대사인적 효력이론에 관한 비판적 재검토가 요청되고 있다.

參 考 文 獻

- 丘秉湖, 新韓國憲法論, 일신사, 1990.
- 權寧星, 新版 憲法學原論, 법문사, 1996.
- 金箕範, 韓國憲法, 교문사, 1973.
- 金哲洙, 憲法學概論, 박영사, 1996.
- 文鴻柱, 第6共和國 韓國憲法, 해암사, 1992.
- 朴一慶, 新憲法, 법경출판사, 1990.
- 安溶教, 韓國憲法, 고시연구사, 1986.
- 尹世昌, 全訂版 新憲法, 일조각, 1983.
- 李康熾, 憲法の 基本原理, 한국헌법학회출판부, 1978.
- 崔大權, “基本權의 第三者의 效力 - 法社會學的 接近의 試圖 -”, 公法研究(한국공법학회) 1983. 7.
- 崔大權, 憲法學 - 法社會學的 接近 -, 박영사, 1989.
- 韓柄鎬, “基本權의 對私人的 效力 - 美國聯邦憲法上的 國家行爲理論을 중심으로 -”, 社會科學研究論叢(韓國海洋大) 제2호(1995), 295쪽 이하.
- 韓泰淵, 憲法學 - 近代憲法の 一般理論 -, 법문사, 1983.
- 許營, 新訂版 韓國憲法論, 박영사, 1996.
- Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.
- Bleckmann, Albert, Staatsrecht II - Die Grundrechte, Köln u.a.: Carl Heymanns Verlag, 1989.
- Leisner, Walter, J. Schwabe의 Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte에 대한 서평, JZ 1971, 187쪽 이하
- v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, München: Franz Vahl, 1985.
- Schwabe, Jürgen, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.
- Schwabe, Jürgen, “Bundesverfassungsgericht und ‘Drittwirkung’ der Grundrechte”, AöR 1975, 442쪽 이하.
- Schwabe, Jürgen, “Über den Wert von Gemeinplätzen für das Drittwirkungsproblem”, JR 1975, 13쪽 이하.
- Schwabe, Jürgen, “‘Drittwirkung’ und kein Ende”, NJW 1973, 229쪽 이하.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, München: C.H.Beck, 1988.
- Vogt, Dieter, “Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes”, Diss. Münster(1960).