전남대학교 법학연구소 공익인권법센터
인권법평론 제24호 (2020년 2월)

헌법상 인간의 존엄에 대한 몇 가지 고찰

홍 성 방*

목차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 인간의 존엄의 개념
Ⅲ. 인간존엄의 법적 성격
Ⅳ. 인간존엄의 포기가능성
Ⅴ. 인간의 존엄과 형량가능성
Ⅵ. 요약

| 국문초록 |

첫째, 인간의 존엄은 근대의 산물이고, 그렇기 때문에 계몽철학, 특히 칸트의 도덕철학을 토대로 하여 파악되어야 한다. 둘째, 법개념으로서의 인간의 '존엄'의 본질적 개념징표는 도덕적·이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행위에 대한 자기결정이다. 셋째, 인간의 존엄은 근본규범으로서의 성격, 다른 기본권에 기초를 제공하는 성격, 헌법의 최고조직원리로서의 성격(이상 객관법적 성격) 및 최고기본권인 자기결정권으로서의 성격(구체적 기본권성)을 가진다. 넷째, 특별기본권으로 기능하는 자기결정권은 포기할 수도 처분할 수도 없다. 다섯째, 객관법적 성격과 주관적 기본권성을 가진 인간의 존엄은 절대성을 지니고 그럼으로써 형량될 수 없다.

주제어 : 인간의 존엄, 자기결정권, 근본규범, 객관법적 성격, 구체적 기본권성, 포기불가능성, 처분불가능성, 절대성

* 법학박사·전 서강대학교 법학전문대학원 교수
논문접수일 : 2019. 12. 5., 심사개시일: 2020. 1. 17., 게재확정일 : 2020. 1. 31.

Ⅰ. 서 론

독일기본법[1]의 법개념으로서 인간의 존엄은 한편으로는 매우 장구하고 복잡한 역사의 결과이다. 2500년 이상의 역사를 가지는 철학은 인간존엄의 개념과 깊은 연관이 있다. 그러나 다른 한편으로는 기본법의 법개념으로서 인간의 존엄은 "독일민족의 탈선과 무질서"(Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes)[2]에 기인하는 1949년의 특별한 사정, 즉 독일연방공화국 건립의 역사적 상황과 직접적으로 관련되어 있다.[3] 그리고 "만인은 존엄과 권리에서 평등하다"고 규정한 1948년 12월 10일의 유엔인권선언 제1조가 어느 정도 기본법 제1조 제1항의 성립에 간접적인 영향력을 행사했다는 점 또한 부인하기 어려울 것이다.

우리 헌법은 기본법 제1조 "인간의 존엄(die Würde des Menschen)은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다(제1항). 따라서 독일국민은 불가침·불가양의 인권을 세계의 모든 인간공동체, 평화 그리고 정의의 기초로서 인정한다(제2항)"[4]

---

1) 이하에서는 기본법이라 한다.

2) G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1(1946), S. 105ff.(107).

3) 헌법사에서 '인간의 존엄'이 처음 등장한 것은 "경제생활의 질서는 만인의 '**인간다운**' (menschenwürdiges) 생활의 보장을 목적으로 하는 정의의 여러 원칙에 일치하여야 한다"라고 규정한 바이마르 헌법 제151조 제1항 제1문에서이다.

4) 헤렌힘제 초안에서 제1조는 "인간이 국가를 위해서 존재하는 것이 아니라, 국가가 인간을 위해서 존재한다(제1항). '**인간의 인격**의 존엄'(Die Würde des menschlichen Persönlichkeit)은 불가침이다. 모든 형태의 공권력은 '**인간의 존엄**'(Menschenwürde)을 존중하고 보호할 의무가 있다(제2항)"이었다. 이 초안을 두고 한편으로는 인간의 존엄을 '국가질서의 보호 하에'에 두는 것으로 표현하자는 제안(호이쓰 *Th. Heuss*, 슈미트 *C. Schmid*)이, 다른 한편으로는 인간의 존엄을 '영원한, 만인에게 선천적으로 주어지는 권리에' 기초하는 것으로 표현하자는 제안(1948년 9월 23일 원칙위원회를 위한 제안)이 대립되었다. 제1안에 대해서

의 예를 따라 1962년 12월 헌법(이른바 제3공화국[5] 헌법)에서 인간의 존엄성에 대한 규정을 수용하였다.[6] 현행헌법은 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며(제1문 전단) …. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다(제2문)"라고 규정하고 있다. 우리 헌법과 기본법은 표현에서는 차이가 있다. 그러나 일반적으로 우리 헌법 제10조 제1문 전단과 제2문은 기본법 제1조 제1항과 제2항에 해당되는 것으로 이해되고 있다.

기본법 제1조 제1항의 인간존엄 보장은 현재 패러다임의 변화를 겪고 있다. 기본법 성립 시에는 나치 불법정권의 경험을 근거로 국가권력을 제한하고 모든 사람의 존엄을 무조건적으로 존중하는 의무를 국가에 부과하는 것에 해석의 중점이 주어졌으나,[7] 현재는 인

는 인간의 존엄을 국가가 보호할 뿐만 아니라 존중하자는 의견이, 제2안에 대해서는 (내용적으로 다양한 형태를 갖는) 자연법을 직접 언급하는 것과 거리를 두는 것이 바람직하다는 의견이 관철되어 기본법 제1조가 성립되었다.

5) 우리 헌법사에서 공화국 분류는 다시 생각해볼 여지가 있다. 공화국은 마키아벨리에 따르면 군주가 없는 국가이고, 칸트에 따르면 권력이 분립되어 있는 국가이다. 그래서 오늘날 공화국이라 하면 군주가 없고 독재가 아닌 국가를 의미한다. 그렇다면 우리 헌법사에서 일반적으로 제3, 제4, 제5공화국이라 불리는 것들은 당시의 권력주체들이 공화국이라 명명하였고 일반적으로도 그렇게 사용되고 있지만 공화국의 범주에 속하기 힘들다. 자세한 연구가 필요하겠지만 우리 헌법사에서 시대구분은 제1공화국 – 이승만 독재 – 제2공화국 – 군사쿠데타와 그에 따른 군사독재(박정희 독재와 신군부 독재) – 제3공화국으로 나누어야 한다는 것이 필자의 생각이다.

6) 이른바 제3공화국 헌법이 인간의 존엄을 규정한 것은 장식적 헌법의 대표적인 예이다. 왜냐하면 독일에서는 인간의 존엄이 침해되고 유린된 과거사에 대한 반성이자 동시에 미래에 대한 경계로서 인간의 존엄이 기본법에 규정된 반면, 우리의 경우는 인간의 존엄을 규정하였음에도 불구하고 군사독재가 끝날 때까지 인권침해가 자행되었기 때문이다. 그렇기 때문에 제1차 개헌 이전의 제1공화국과 제2공화국의 짧은 기간 그리고 1987년 이후의 기간을 제외한다면 우리 헌법은 규범력을 갖지 않는 명목적 헌법이었다고 할 수밖에 없다.

7) 예컨대 E.-W. Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip – Die

간존엄의 보호내용이 의미하는 바를 밝히는 데 중점이 주어지고 있다. 즉 독일에서는 “인간의 존엄 논쟁”에서 “인간존엄의 주체가 인간존엄을 포기하거나 처분할 수 있는가” 라는 문제로 또는 “인간의 존엄은 절대적 효력을 가지는가 아니면 인간의 존엄은 비교형량이 가능한가”라는 문제로 헌법학에서 활발하게 논의되고 있다.[8] 이 문제는 인간의 존엄성 보장이 구체적 기본권인가라는 문제로 소급될 수 있다.

우리 헌법의 기본권 구조는 자유권뿐만 아니라 사회권을 규정하고 있고 기본권제한과 관련하여 일반적 법률유보를 규정하고 있다는 점에서 자유권 위주로 기본권을 구성하고 있고 기본권 제한과 관련하여 개별적 법률유보만을 규정하고 있는 기본법상의 기본권 구조와는 많은 차이가 있다. 따라서 우리 헌법상의 기본권을 설명함에 있어서는 이러한 차이를 반드시 염두에 두어야 한다. 그럼에도 불구하고 두 헌법 모두 기본권 편의 모두(冒頭)에 인간의 존엄을 규정하고 있기 때문에 현재 진행되고 있는 독일에서의 인간존엄 규정에 대한 논의는 우리에게도 여러 면에서 시사하는 바가 크리라 생각한다.

Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2005, S. 809ff.(809) 참조.

8) 예컨대 Kirchner/Felmeden/Pfitzenmeier(hg.), Karlsruher Juristische Bibliographie, Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht, Staat, Gesellschaft, 2006/2007/2008/2009에 따르면 2006-2009년 사이에만 해도 인간의 존엄을 제목으로 한 논문이 135편이나 발표되었다. 그런가 하면 독일에서는 근래에 법철학 분야에서도 인간의 존엄을 대상으로 한 논문이 정의를 대상으로 한 논문보다 숫자적으로 우세하여 법철학에서도 인간의 존엄이 ‘새로운 핵심 개념’(ein neuer Schlüsselbegriff)이 되었다는 주장까지 있다(예컨대 K. Seelmann, Rechtsphilosophie, 4. Aufl.(2007), S. 203).

Ⅱ. 인간의 존엄의 개념

1. 학문적 논쟁

가. 논쟁의 개관

이따금 헌법조문 자체가 철학적일 때가 있다. 이러한 사실은 특히 '경계규정'(Grenzbestimmungen), 예컨대 불가침의 인간존엄과 불가침·불가양의 인권에 대한 신앙고백에 가까운 규정에서 증명된다. 그러한 경계규정은 엄밀한 의미에서 법적 차원을 넘어선다. 그러나 그러한 규정들은 주변적 규정이 아니라 핵심적 규정이다. 즉 그러한 규정들은 법적 차원을 넘어서는 민주적 헌법국가의 법윤리적 기반을 형성한다.[9]

인간의 존엄과 관련된 논쟁문제에 대하여 논의를 계속하려면 우선적으로 인간존엄의 개념이 무엇인가가 대답되어야 한다. 인간존엄의 개념이 명백하게 밝혀져야만 인간존엄의 규범적 내용이 완벽하게 확정될 수 있기 때문이다. 그러나 인간의 존엄에 대해서는 단 하나의 (개념)정의가 존재하지 않는다. 그 대신 인간의 존엄을 정의하지 않으려는 태도,[10] 소극적으로 정의하려는 입장(독일연방헌법

---

9) H. Bielefeldt, Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie. Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes, 1991, S. 9.

10) 인간의 존엄을 정의하지 않으려는 입장은 인간존엄의 개념을 추상적으로 파악하는 것이 어렵다는 생각에 기초한다(H. Dreier, in: ders.(hg.), Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 37; W. G. Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 202ff.). 예컨대 "인간존엄의 개념은 더 이상의 법적 정의가 필요하지 않다"(H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: F. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner(hg.). Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, 2. Aufl.(1968), S. 1ff.(1))라는 태도나 "인간존엄은 윤곽이 선명하지 않은 개방적 개념이다. 그것은 정의(定義)에 의하여 파악되지 않는다. 정의하려고 노력하면 동의이어(同意異語)를 반복하게 된다"(J. Isensee,

재판소[11]의 객체정식),[12] 적극적으로 정의하려는 입장[13]이 있다. 그러나 인간존엄의 개념은 매우 광범위하여 이러한 모든 시도들 중에서 다른 모든 시도들에 대하여 압도적인 우위를 차지하는 견해는 아직까지 나오지 않고 있다.[14]

법개념으로서의 인간존엄의 역사[15]는 비교적 짧은 편이다. 그러나 헌법사와는 무관하게 인간의 존엄은 2500년 이상 철학자들을 괴롭혀온 개념이다.[16] 인간존엄의 개념은 스토아철학의 '로고스'(logos) 이론 – 인간이 세계이성에 참여할 수 있고 이성적으로 구성되었다

Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131(2006), S. 173ff.(214))라고 하는 태도가 이러한 입장에 속한다.

11) 이하에서는 연방헌법재판소라 한다.

12) 인간의 존엄을 소극적으로 정의하려는 입장은 인간의 존엄을 구체적 사건에서 침해과정으로부터 출발하여 구체화하려는 시도를 의미한다(H. Dreier, aaO., Rn. 30; W. G. Vitzthum, aaO., S. 202).

13) 인간의 존엄을 적극적으로 정의하려는 입장에는 한편으로는 신의 모상설의 형태를 띠는 그리스도교의 이론과 다른 한편으로는 칸트를 대표로 하는 자연법적·관념론적 이론을 두 개의 축으로 하는 가치이론 또는 '지참이론'(Mitgifttheorie)에서부터 시작하여, 특히 루만 *N. Luhmann*을 대표로 하는 인간의 존엄을 이미 존재하는 것이 아니라 획득해야 할 그 무엇으로 보면서 인격적 정체성과 사실적 자기결정의 창출 동기를 강조하는 '성취이론'(Leistungstheorie)을 거쳐, 인간존엄의 국가구성적 측면과 그 국가건립기능을 강조하면서 존엄의 본질을 사회적 존중권을 적극적으로 평가하는 것에 의하여 사회적 승인을 받는 데 있다고 보는 호프만 *H. Hofmann*류의 최근의 '승인이론' 또는 '의사소통이론'에 이르는 다양한 시도들이 속한다. 특히 '지참이론', '성취이론' 그리고 '승인이론' 또는 '의사소통이론'에 대하여 더 자세한 것은 의사소통이론을 주장하는 H. Hofmann, Die versprochne Menschenwürde, AöR 118(1993), S. 353ff. 참조.

14) 개념정의의 다양함과 그들 간의 경쟁에 대하여는 H. C. Sandkühler, Menschenwürde und die Transformation moralischer Rechte in positives Recht, in: ders.(hg.), Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen, 2007, S. 57ff., 특히 66ff. 참조.

15) 이에 대하여는 Chr. Waldhoff, Menschenwürde als Rechtsbegriff und als Rechtsproblem, in: Evang. Theol. 66(2006), S. 425ff.; P. Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung, 2. Aufl.(2010) 참조.

16) B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 24. Aufl.(2008), Rn. 383.

고 생각되는 사물의 질서를 인식할 수 있다는 생각 – 에서 시작되어 그리스도교의(그리고 현재까지도 가톨릭교회의) 신의 모상설과 부분적으로는 종교개혁 이전에 신의 모상설을 수용하고 더욱 발전시켜 인간의 창조적 잠재력을 부각시킨 이탈리아 르네상스 기의 인문주의자들[17]을 거쳐 근대의 칸트철학과 새로운 이론적 단서에까지 전개되어 왔다.[18]

그러나 이곳에서 문제되는 것은 헌법개념으로서의 인간의 존엄 그리고 그와 동시에 실정법의 개념이다. 민주적 헌법국가에서 인간의 존엄, 자유, 평등과 같은 기본개념들과 더불어 도덕원칙, 정의원칙, 이성원칙의 중심내용은 실정적 효력을 가지는 헌법에 편입되어

---

17) 르네상스기에 현세의 삶을 눈물(고통 Miseria)의 골짜기 내지는 내세의 영원한 삶을 위한 시험으로 보는 견해가 바뀌었다. 현세, 현세의 삶, 현세의 인간이 고유한 가치를 가진 주제로 되었다. 현세의 인간 – 모든 인간 – 에게 독립적 존재로서의 가치가 귀속되었다. 이러한 변혁기에 인간존엄의 이념에 대해서도 새로운 정당화가 이루어졌다. 이탈리아 르네상스기의 인문주의자로는 Coluccio Salutati, Giannozzo Manetti, Marsilio Ficino, Lorenzo Valla를 들 수 있다. 특히 Giovanni Pico della Mirandola는 그의 유명한 「인간의 존엄에 대하여 논함, De hominis dignitate oratio」(1486)에서 르네상스에서 인간의 자율성이 가지는 의미를 강조한 바 있다. 예컨대 그는 인간이 비구속성을 통해 인간의 존엄을 정당화했다(K Bayertz, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, in: ARSP 81(1995), S. 465ff.(465)). 이는 인간이 특정의 생활영역이나 특정의 생활방식에 구속받지 않는다는 사실을 의미한다. 그 결과 인간은 본질적으로 더 큰 자유를 갖게 되고 이로부터 Pico della Mirandola는 인간의 존엄을 도출하였다.

18) H. Dreier, aaO., Rn. 2는 인간존엄의 선구자와 기초로서 그리스인들의 정의사상, 스토아철학의 평등이념, 그리스도교의 신의 모상설, 휴머니즘과 계몽주의, 관념철학과 실질적 가치윤리학을 든다. 그에 반하여 인간존엄에 대한 그리스도교의 기여를 언급하지 않는 다음과 같은 경우도 있다: “이미 고대 그리스에서 스토아학파가 인간의 존엄을 강조하였다. 그에 따르면 인간은 이성에 참여할 수 있다는 점에서 다른 생명체와는 다른 특징을 가진다. 그에 반하여 르네상스 기에는 인간을 특징짓는 존엄이 인간의 자유에 있는 것으로 간주되었다. 계몽철학은 이러한 두 가지 생각을 결합하여 인간존엄의 본질은 이성 안에서 인식된 것을 행할 수 있는 자유에 있다고 언명하였다.”(E. Stein/F. Götz, Staatsrecht, 21. Aufl.(2010), S. 233)

있다.[19] 법개념으로서의 인간의 존엄이 가지는 이러한 '전실정적 토대'(vorpositive Fundament)[20]는 헌법적 논의에서 고려되어야 한다. 이러한 것들 중 헌법적 인간존엄의 개념과 관련하여 특히 중요한 것으로는 신의 모상설과 칸트의 '목적 자체의 정식'이 있다.

나. '신의 모상설'(Imago Dei Lehre)

인간을 이성을 가진 그리고 자유의지를 가진 존재로 보는 고대의 인간상 – 특히 고대후기 스토아철학, 즉 중기 스토아철학(특히 치체로 *Cicero*)이 인간존엄의 보편성을 설파하였다 – 은 그리스도교적·고대적 인간적 자유이념에 본질적으로 기여하였다. 초기 그리스도교와 중세 신학은 인간존엄이 가지는 보편적 의미를 받아들였다. 즉 초기 그리스도교와 중세 신학(철학), 즉 교부신(철)학과 아퀴나스 *Thomas von Aquin*[21]로 대표되는 스콜라철학은 신의 모상성과

---

19) R. Dreier, Recht und Moral, in: ders., Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, 1981, S. 180ff.(193); ders., Recht und Gerechtigkeit, in: ders., Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, 1991, S. 8ff.(36).

20) E.-W. Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2006, S. 379ff.(380)는 기본법 제1조 제1항에 대한 뒤리히 *G. Dürig*의 주석을 분석하면서 다음과 같이 '전실정적 토대'를 강조하고 있다. "뒤리히의 주석은 – 그리고 특징이기도 하다 – 인간존엄보장을 근본적인, 유럽의 정신사에서 나타난 도덕적 가치를 실정헌법에 인수하는 것으로 이해하였다. 실정헌법은 그러한 가치를 헌법에 인수함으로써 스스로를 전실정적 토대, 일종의 자연법적 희망의 상징 … 에 관련시킨다." 인간존엄규범의 초실정성에 대해서는 이미 "기본법 제1조 제1항의 규범은 – 또한 헌법제정자의 관점에서 보면 – 초실정성을 갖는다. 즉 그 규범은 헌법제정자에 선존(先存)하였다. 헌법제정자가 그 규범을 창조한 것이 아니라 발견하여 승인한 것이다"라고 하는 J. M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 5 참조.

21) 토마스 아퀴나스는 「신학대전, Summae Theologiae」에서 신의 모상성을 통하여 인간에게 주어진 자유로운 결정능력을 'liberum arbitrium'이라 표현하고 있는데, 이는 '자유의지'(Willensfreiheit)와 같은 의미를 가진다.

인간의 이성적 능력 그리고 인간의 자유의지를 인간의 존엄과 결합시켰다.[22)]

그리스도교는 신의 모습에 따라 인간이 창조되었다는 데[23)]에서 인간의 존엄의 근거를 찾는다. 즉 인간은 신의 모습에 따라 창조되었기 때문에 인간 내부에는 존엄을 요구할 수 있는 한 조각의 신성(神性)을 가진다. 그에 반하여 개신교, 특히 루터에 따르면 인간이 원죄를 범함에 따라 인간은 신적 모상성의 중요한 모든 내용, 즉 원초적 정의, 올바른 판단능력 및 신에 대하여 올바르게 판단할 능력을 상실하였다고 한다. 따라서 개신교 쪽에서는 신의 모상설 대신 '신의 자녀성'(Gotteskindschaft) 개념에서 인간존엄의 근거를 찾는다.[24)]

다. 칸트 *Immanuel Kant*의 '목적 자체의 정식'

윤리학은 도덕적으로 올바른 행동에 관한 학문이다. 윤리학과 법학은 어떤 관계를 가지는가? 두 학문은 이른바 "당위", 즉 인간의 행위를 대상으로 하는 명령과 관계한다. 법규범의 의무 부여적 성격은 윤리적 기초 위에서 결정되어야 한다. 물론 이는 '누구도 항상 어떤 목적에 대한 단순한 수단으로 간주되고 취급되어서는 안 된다'

---

22) K.-E. Hain, Menschenwürde als Rechtsprinzip, in: H. J. Sandkühler(hg.), Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen, 2007, S. 87ff.(90) 참조.

23) 창세기 1장 26절·27절: "하느님께서 말씀하셨다. '우리와 비슷하게 우리 모습으로 사람을 만들자. …'(26절). 하느님께서는 이렇게 당신의 모습으로 사람을 창조하셨다. 하느님의 모습으로 사람을 창조하시되 …'"(27절). 또한 시편 8장 5절·6절: "인간이 무엇이기에 이토록 기억해 주십니까? 사람이 무엇이기에 이토록 돌보아 주십니까?(5절) 신들보다 조금만 못하게 만드시고 영광과 존귀의 관을 씌워 주셨습니다(6절)." 성서의 내용은 한국천주교회 주교회의, 「성경」, 2006에 따랐음.

24) M. Leiner, Menschenwürde und Reformation, in: R. Gröschner/S. Kirste/O. W. Lembcke(hg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, 2008, S. 49ff.(49).

라는 간주관적 윤리가 존재함을 전제한다.[25] 그러한 윤리가 존재한다는 것을 전제로 하면 윤리학으로부터 차용된 개념은 법이 될 수 있다. 윤리학과 법학은 모두 당위에 관한 학문이기 때문에 양자 사이를 가교(架橋)하는 것이 그렇게 어려운 것은 아니다.[26]

도대체 무엇 때문에 칸트의 도덕철학으로부터 유래하는 존엄의 개념이 법의 대상이 되어야 하는가라는 질문이 제기될 수 있다. 이를 설명하는 최초의 단서는 칸트에게 있어 '덕이론'(德理論, Tugendlehre) 뿐만 아니라 법학도 '도덕이론'(Sittenlehre) – 도덕철학의 최고원리는 정언명령이다 – 의 한 부분이기 때문이다.[27] 따라서 정언명령은 법학에서도 유효하다.

(1) 자율은 존엄의 근거

칸트의 존엄개념은 다른 어느 누구보다 명백히 인간의 '자율'(Autonomie)에 근거를 두고 있다. "그러므로 자율은 인간적 존재와 모든 이성적 존재의 존엄의 근거이다."[28] 칸트에게 있어 자율은 자기입법의 능력이다.[29] "인간(Menschheit)의 존엄은, 비록 이러한 입법에 동시에 스스로 복종하여야 한다는 조건이 붙기는 하지만, 일반적으로 입법하는 이러한 능력에 있다."[30] 이때 Menschheit이라는 개념은

---

25) F. Bydlinsky, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 171ff.(176).

26) L. Adammovich, Ethik in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: M. Fischer(hg.), Der Begriff der Menschenwürde, 2. Aufl., 2005, S. 19ff.(23).

27) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften(hg.), Kants'gesammelte Schriften, Bd. VI, 1907/14, S. 203ff.: "도덕철학의 제1부분으로서의 법학"(S. 205).

28) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preuβische Akademie der Wissenschaften(hg.), Kants'gesammelte Schriften, Bd. IV, 1903/11, S. 385ff.(436).

29) I. Kant, Ibid, S. 440; "자율, 즉 자기 스스로가 법률인 속성"(S. 447).

30) I. Kant, Ibid, S. 440.

오늘날 우리가 이해하는 것처럼 모든 인간의 집합체가 아니라 '이성존재'(homo noumenon)로서의 모든 개별 인간을 의미한다.[31] 자기입법을 할 수 있는 능력의 배후에는 다시금 정언명령이 있다. 정언명령은 제1정식, 즉 보편적 법칙의 정식에서 다음과 같이 표현된다. "그것을 통하여 네가 동시에 그것이 보편적 법칙이 되는 것을 의욕할 수 있는 그러한 준칙에 따라서만 행동하라."[32] 칸트의 「도덕형이상학」에서 도덕철학의 최고원리인 정언명령은 "동시에 보편적 법칙으로 유효할 수 있는 준칙에 따라 행동하라"이다.[33]

거꾸로 이는 첫째, 정언명령은 자기입법에 대한 능력을 요구함을, 둘째, 자기입법은 자율임을, 셋째, 자율은 존엄의 근거임을 의미한다.[34] 이러한 3단계를 거침으로써 보편적 법칙의 정식 내의 일반화가능성으로부터 결국 인간의 존엄이 도출된다. 동시에 그럼으로써 정언명령의 제1정식, 즉 보편적 법칙의 정식은 정언명령의 제2정식, 즉 목적 자체의 정식[35]과 결합된다.

(2) 목적 자체의 정식[36]

특히 정언명령의 제2정식, 즉 목적 자체의 정식은 연방헌법재판

---

31) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 239.

32) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 421.

33) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 226.

34) 이러한 논증의 연속에 대해서는 R. Alexy, Kants Begriff des praktischen Gesetzes, in: O. Behrends(hg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung. 13. Symposion der Kommission "Die Funktionen des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart", 2006, S. 197ff., S. 205f. 참조.

35) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 429. 정언명령의 제3정식은 "의지가 그 준칙에 따라 스스로 동시에 일반적 입법으로 생각될 수 있도록" 행동할 것을 요청하는 자기입법정식 또는 자율정식이다(I. Kant, Ibid, S. 434)

36) 이에 대한 국내문헌으로는 김성호, 칸트의 목적 자체의 정식에 관한 연구, 고려대학교 대학원 철학박사학위 청구논문, 1993.

소의 객체정식과 간과할 수 없는 유사성을 지니기 때문에 인간의 존엄을 헌법적으로 이해하는 데 중심적인 의미를 가진다. 목적 자체의 정식은 다음과 같다. “너 자신의 인격에 있어서나 다른 모든 사람의 인격에 있어서 ‘인간’(Menschheit)을 단순히 수단으로서만 사용하지 말고 동시에 목적으로서 사용하도록 행동하라.”[37]

목적 자체와 존엄은 또한 상관개념이다. 목적 자체와 존엄이 필연적으로 관련될 뿐만 아니라 동시에 존엄과 자유도 개념상 필연적으로 관련된다. 칸트에게 순수이성에 의한 자기입법의 능력, 즉 자율은 내적 자유이기 때문이다.

(3) 내적 자유로서의 자율

내적 자유는 또한 도덕적 자유 또는 적극적 자유로 표현될 수 있다. 왜냐하면 자유는 성향과는 무관하게 실천이성에 의하여 올바른 것을 하는 것이기 때문이다. 그러므로 자유의 이러한 적극적 의미에서 자유의지는 자율적 의지와 같다. 그에 반하여 외적 자유는 적나라한 자의(恣意)의 자유이다. 외적 자유는 또한 법적 자유로 표현될 수 있고 결국 무언가를 하거나 하지 않을 기본법의 소극적 자유로 표현될 수 있다. 그러므로 소극적 자유의 본질은 행위를 하거나 하지 않을 것 중에서 하나를 선택하는 데 있다. 그에 반하여 적극적 자유의 본질은 동기에 따라 행동하는 데 있다.

(4) 절대적 가치로서의 존엄

칸트는 「도덕형이상학」에서 다음과 같이 이야기함으로써 인간의 존엄이 절대적 가치라고 한다. “오직 인간만이 인격으로서, 즉 도덕적·실천적 이성의 주체로서 간주되며 모든 가격을 초월한다; 왜냐

37) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 429.

하면 그러한 존재(이성존재, homo noumenon)로서 인간은 단순히, 그것도 자체로, 자기 자신의 고유한 목적인 타인의 수단이 아닌 목적 자체로 존중되기 때문이다. 즉 인간은 존엄(절대적 내적 가치)을 가지며, 그 때문에 인간은 모든 다른 이성적 '세계존재'(Weltwesen)에게 자신에 대한 존경을 요구하고 이러한 종류의 모든 타인들과 경쟁할 수 있고 평등하게 존중할 수 있다."[38]

존엄이 개념적으로 자유개념과 필연적으로 연관된다는 점을 고려하면 이곳에서 성립된 존엄과 평등의 연관 때문에 존엄은 자유와 평등의 상위개념으로 생각된다. 그리고 이는 인간의 존엄을 기본권의 가치체계의 기초[39]로 보는 뒤리히 *G. Dürig*의 체계와 일치한다.[40]

인간존엄의 절대적 성격이 문제되는 한 칸트는 존엄을 절대적 내적 가치로 표현하고 명시적으로 존엄을 '이성존재'(homo noumen), 즉 지성적 존재로서의 인간에만 적용하고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 인간이 단지 이성적 '자연존재'(homo phaenomenon)[41]에 지나지 않는다면 인간은 존엄을 가지지 않을 것이다.[42] "자연계 내

---

38) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 434f. 또한 "목적의 왕국에서는 모든 것은 가격을 가지거나 존엄을 가진다. 가격을 가지는 것은 동가(同價)의 그 어떤 것으로 대신할 수 있다; 그에 반하여 모든 가격을 능가하여 동가를 허용하지 않는 것은 존엄을 가진다"라고 하는 I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 434도 참조.

39) G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 II des Grundgesetzes, AöR 81(1956), S. 117ff.(119).

40) P. Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, 2002, S. 352; Chr. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997, S. 201 참조.

41) 감각존재, '이성적 자연존재'(homo phaenomennon) 및 '이성존재'(homo noumenon)의 구별에 대해서는 J. Hruschka, Die Würde des Menschen bei Kant, ARSP 88(2002), S. 463ff.(465ff.).

42) J. Hruschka, Ibid, S. 478ff.는 공리주의적 입장에서 인간을 이성적 존재로 환원시키는 것은 인간존엄의 종말과 다름없다고 한다.

의 인간(homo phaenomenon, animal rationale)은 의미를 갖지 않으며 지상의 피조물로서 그 밖의 동물과 공통되는 가치를 가진다. … 인간이 동물에 비해서 사전에 오성을 가지고 자기 스스로 목적을 정립할 수 있다 하더라도 그러한 사실은 인간에게 유용성의 외적 가치 …, 즉 인간에게 유용성의 가치, 즉 물품으로서의 가격으로서, 이러한 동물과의 관계에서 그가 저급한 가치를 갖는 물건으로서, 일반적 교환수단으로서, 즉 그렇기 때문에 … 그 가치가 가격으로 표현되는 화폐로서의 외적 가치만을 부여할 뿐이다."[43]

라. 사견

인간존엄의 보장은 발생사적으로 그리스도교와 아주 밀접한 연관이 있다. 그래서 법학에서도 인간의 존엄은 그리스도교에 그 기반을 둔다(예컨대 *E. Benda*[44])는 생각이 널리 퍼져 있다. 이러한 입장에 따르면 휴머니즘과 계몽주의의 인간존엄에 대한 신앙고백은 결국 그리스도교의 인격이념의 세속화된 형태일 뿐이고(베르텐브루히 *W. Wertenbruch*), 종교적인 것만이 인간의 존엄을 정당화하며, 신의 모상 없는 인간의 존엄은 법학자들의 공허한 말, 내용 없는 개념이며(라이스너 *W. Leisner*), 인간의 존엄은 그리스도교에서 직접적으로 파생된 것이라고 한다(이젠제 *J. Isensee*).[45]

그러나 그러한 입장은 다음과 같은 세 가지 이유에서 문제가 있다. 첫째, 주관적 개인적 자유보다 객관적 그리스도교적 진리에 우위를 부여함과 동시에 그리스도교인과 이교도 그리고 비그리스도교인을 구별하여 '인류'(genus humanum)의 공통성을 무시한 교의

43) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 434.

44) E. Benda, Die Menschenwürde, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel(hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. 1, 1984, S. 107ff.(107).

45) H. Dreier, aaO., Rn. 7.

사(教義史)와 일치되기 어렵다. 둘째, 특히 가톨릭교회는 프랑스혁명의 구호였던 자유와 평등의 원리에 적대적이었을 뿐만 아니라 프랑스혁명의 인권선언에도 적대적이었다. 셋째, 가톨릭교회의 교의에서 일반적 의미에서 개인적 인격의 존엄이 결정적 의미를 갖게 된 것은 요한 23세 교황 하에서의 일이다.[46]

그밖에도 이러한 입장은 다음과 같은 사회학적 설명과도 조화되기 어렵다. "인간의 존엄은 근대적 현상이다. 근대 이전에도 스토아철학이나 그리스도교에서 인간의 존엄에 대하여 언급하였다. 그러나 그것은 철학적, 도덕적, 종교적 요청에 지나지 않았다. 근대 이전의 정적인 사회에서 인간은 정적인 기술적 방법과 운명적으로 확정된 사회질서, 특히 개인이 특정 사회계층에 소속되었다는 사실 그리고 소유, 수입, 교육, 특권 및 권력의 적나라한 차이 때문에 인간의 존엄은 보편적 인권으로 요구될 수 없었다.[47] … 그러므로 인

---

46) H. Dreier, aaO., Art. 1 Abs. 1, Rn. 7. 또한 "18세기의 계몽주의에 있어 인권에 대한 반대개념은 관용의 개념이었다. … 권력자는 관용을 베풀 수도 거두어들일 수도 있다. 관용은 자의의 한 형식일 뿐이고, 주어지기도 하고 도로 빼앗을 수도 있다(S. 242). … 그에 반하여 인권은 권력분립에 의한 국가권력의 구속을 전제로 한다. 이러한 구속은 권력분립, 즉 법의 지배와 같은 것을 의미한다(S. 245)" 라고 하는 M. Kriele, Menschenrechte und Gewaltenteilung, in: E.-R. Böckenförde/R. Spaemann(hg.), Menschenrechte und Menschenwürde, 1987, S. 242ff.와 "두 가지 생각(신의 모상설과 인간의 존엄은 계몽주의의 산물이라는 생각 – 필자)이 아마도 공동으로 작용하여, 즉 신의 모상성과 인간영혼의 불멸을 신앙하는 지식이 인간을 목적 자체로 인식하는 데 대한 동기로 작용하는 식으로 … 그런 후 후자의 생각이 자신의 근거가 된 전자의 생각으로부터 분리되어, 자신의 해방을 정당화하고 직접적 이성 – **어떤 이성** – 에서 자신의 주체성을 정당화하기 위하여 어느 정도 세속화된 것일까?"라는 질문을 제기하는 E.-R. Böckenförde, Zur Eröffnung, in: E.-R. Böckenförde/R. Spaemann(hg.), Menschenrechte und Menschenwürde, 1987, S. 13의 입장도 여기에 속한다.

47) R. F. Behrendt, Menschenwürde als Probleme der sozialen Wirklichkeit. Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit - 1B, 1967, S. 16f.

간의 존엄에 대하여 이야기할 때 그것은 한편으로는 근대의 정치계몽주의·자유주의·민주주의 및 사회개혁의 영향과 다른 한편으로는 기술적·경제적·사회적 변화 – 예컨대 지식, 분업, 생산력, 수명, 생활수준 및 사회적 관계의 연속적인 증가 – 의 결과 계층과 민족과 인종 간에 지위와 상황이 상대적으로 평준화된 것을 전제로 한 것이다. 즉 이러한 조건들이 성숙되면서 인간이 존엄하다는 생각은 꿈같은 이야기에서 처음으로 원칙적으로 실현 가능한 정치 지도이념으로, 예언자와 도덕가의 비젼에서 원칙적으로 모든 사람의 합리적으로 이해된 자기이익에 상응하는, 객관적으로 입증될 수 있는 필연으로 생각되게 되었다."[48] 그러므로 인간존엄의 이념은 근대의 산물이다.

신의 모상설은 성서에 근거를 둔다. 그러나 성서는 신앙의 대상이지 학문적 논의의 대상이 아니다. 달리 말하면 인간이 신의 모습에 따라 창조되었다는 것은 학문적 논쟁의 결과 밝혀진 것이 아니라 학문적 논쟁 이전에 이미 자명한 진리로서 주어진 것으로서 학문적 논쟁의 대상이 아니다. "결론이 미리 주어진 논증의 발견은 학문(원문에는 철학으로 되어 있음)이 아니라 특별한 변론에 지나지 않는다."(러셀 *B. Russel*) 그렇다면 역사적으로 일어나는 일들은 앞선 사건들로부터 비롯된 것이고 그러한 것은 정신사에도 적용된다는 점에서 휴머니즘과 계몽주의의 인간존엄에 대한 신앙고백은 결국 그리스도교의 인격이념의 세속화된 형태일 뿐이라는 해석의 정당성을 어느 정도 인정한다 하더라도, 세속화[49]된 현대세계에서,

---

48) R. F. Behrendt, Ibid, S. 18f.

49) 예컨대 W. Fikentscher, Die heutige Bedeutungs des nichtsäkularen Ursprungs der Grundrechte, in: E.-W. Böckenförde/R. Spaemann(hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, 1987, S. 43ff.(44)는 세속화를 '역사적 생활형식을 종교적 구속으로부터 해방하려는 시도'라고 정의한다.

심하게는 '신은 죽었다'(니체 *Nietsche*)고 까지 선언되는 세계에서 그리고 급기야는 '신이 된 인간'(Homo Deus, *Y. N. Harari*)이 언급되는 시점에서 '인간의 존엄'은 칸트 식으로 이해되는 것이 더 바람직하다 할 것이다.

2. 연방헌법재판소의 판례

가. 원칙 – 객체정식

연방헌법재판소는 인간의 존엄에 대한 판결에서 적극적 개념정의 대신 인간존엄의 개념을 침해로부터 접근하는 객체정식을 사용한다. 뒤리히 *G. Dürig*의 커다란 영향을 받은 연방헌법재판소는 지속적인 판결에서[50] "인간의 존엄은 구체적인 인간이 객체로, 단순한 수단으로, 대체할 수 있는 정도로 타락하면 문제된다"[51]고 한다.

객체정식은 분명히 다음과 같은 칸트의 정언명령의 제2정식, 즉 목적 자체의 정식에 소급된다."너 자신의 인격에 있어서나 다른 모든 사람의 인격에 있어서'인간(Menschheit)을 단순히 수단으로서만 사용하지 말고 동시에 목적으로서 사용하도록 행동하라."[52]

적어도 연방헌법재판소는 객체정식을 칸트의 정식의 의미에서 사용한다. 이러한 사실은 특히 무기자유형에 대한 결정의 다음과 같은 표현에서 명백해진다. "국가 내에서 인간을 단순히 객체화시키는 것은 … 인간의 존엄에 모순된다. … '인간은 항상 목적 자체인 상태로 머물러 있지 않으면 안 된다'는 명제는 모든 법영역에 대하여 무제한적 효력을 가진다."[53]

---

50) BVerfGE 9, 89(95); 27, 1(6); 28, 386(391); 45, 187(228); 50, 125(133); 50, 166(175); 50, 205(215); 72, 105(116); 87, 209(218); 109, 133(150); 109, 279(312).

51) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. I, Rn. 28.

52) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 429.

소극적 정의로서의 객체정식은 단지 해석의 방향을 제시할 수 있을 뿐 인간존엄의 개념에 대하여 구체적인 내용을 확정하지 못한다. 객체정식은 인간존엄의 개념을 근본적으로 침해로부터 정의한다.[54] 침해구성요건의 개념은 인간의 존엄에 대한 모든 처분은 동시에 인간의 존엄에 대한 침해를 의미하며, 따라서 인간존엄의 구성요건은 무제한적으로 보장된다는 고전적인 견해와 일치한다. 그와 동시에 헌법적 정당화사유를 배제함으로써 단지 인간존엄 구성요건에 대한 1단계 심사만이 문제된다. 예컨대 연방헌법재판소는 "모멸하기, 낙인찍기, 박해, 추방 등"의 행위[55]를 인간의 존엄을 침해한 것으로 보았고 또한 공감대를 얻었다. 또한 인간존엄의 개념을 추상적으로 규정하는 방법으로서 객체정식은 무리 없이 공감대를 얻을 수 있다. 객체정식은 자명한 것을 표현하기 때문에 부분적으로는 공허한 정식이라 불리기도 한다.[56] 이렇듯 객체정식이 추상성을 띄고 있고 보호영역을 적극적으로 규정하는 대신 침해를 소극적으로 규정한다는 약점을 지니고 있으면서도 계속해서 사용되는 이유는 아마도 인간의 존엄이라는 개념이 결정적이고 적극적인 개념규정을 어렵게 하는 의미론적으로 넓은 개방성의 영역을 대상으로 하기 때문이다.

---

53) BVerfGE 45, 187(228).

54) 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016, 322면 참조: "우리는 인간의 존엄을 명확하게 규정할 수 없다. 또한 인간의 존엄이 일반적으로 구속력을 가지는 것을 증명할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 인간의 존엄은 현실이다. 왜냐하면 어디에서 인간의 존엄이 짓밟히고 침해되는가는 금방 알 수 있기 때문이다. 특히 인간의 존엄은 한계상황에서 문제된다고 할 수 있다." 또한 "우리는 인간의 존엄이 무엇인지 모른다. 그러나 우리는 언제 인간의 존엄이 침해되는지는 정확하게 안다"라고 하는 Fr. Hufen, Staatsrcht II, 2. Aufl.(2009), S. 153도 참조.

55) BVerfGE 1, 97(104).

56) L. Michael/M. Morok, Grundrechtre, 2. Aufl.(2010), Rn. 135; H. Dreier, aaO., Rn. 53 참조.

나. 예외

이러한 객체정식을 상대화하는 판례도 보인다. 그것은 사건별 결정, 모든 상황을 고려하는 결정, 이유의 중요성을 고려하는 결정이다.

(1) 사건별 결정

그때그때 사건에 따라 결정한다는 것은, 객체정식에 확정된 지위를 부여하지 않는다는 것을 뜻하기 때문에, 이미 절대적 효력의 상대화를 의미한다. 이는 언제라도 원칙에 대한 예외를 둘 수 있다는 것이다. 예외는 특히 지속적인 판결을 통해서 점차적으로 형성된다. 그에 따르면 인간존엄의 구성요건은 침해의 구성요건을 열거하는 것이다.

아래의 연방헌법재판소의 판결(형사소송에서 피고인의 일기와 유사한 기록을 이용하는 것에 대한 결정)에 따르더라도 사생활 형성의 핵심영역은, 구체적 사건에서 사회적 의미가 어떤 종류의 것이고 어떠한 강도의 것이 결정적인 경우에는, 확정된 지위를 갖지 못한다.

> "인격으로서의 인간은 그 인격의 핵심에 있어서도 필연적으로 사회적 관계 내에서 존재한다. 그러므로 어떤 사건을 사생활 형성의 불가침 영역이나 또는 일정한 전제하에서는 국가가 개입할 수 있는 사생활 영역에 편입시키는 것은 사회적 의미나 관계가 도대체 성립하는가 여부가 아니라 그러한 사회적 의미나 관계가 어떤 종류의 것이고 어떤 강도의 것이냐에 좌우된다. 이와 같은 것은 추상적으로 기술되지 않고 개별적인 사건의 특수성을 고려함으로써만 만족스러운 대답을 얻을 수 있다(BVerfGE 34, 238, 248 참조) …
>
> 우선 당사자가 어떤 생활사태를 비밀로 하고자 하는지 여부가 중요하

다. 왜냐하면 당사자가 어떤 생활사태를 비밀로 삼는 것 자체에 어떠한 가치도 부여하지 않는다면 일반적으로 이미 이러한 사정 때문에 핵심영역이 침해된 것이 아니기 때문이다. 다른 한편으로는 인격권의 핵심영역은 오직 어떤 생활영역을 비밀로 삼는 것에 대한 당사자의 의사만이 중요하다는 식으로 확정되지 않는다.

더 나아가 어떤 생활사태가 핵심영역에 편입될 수 있을지 여부는 어떤 생활사태가 그 내용에 따라 극히 개인적인 성격의 것인지 여부와 타인의 영역이나 사회의 관심사와 어떤 유형과 어떤 강도로 충돌되는지 여부에 달려 있다."[57]

(2) 모든 상황의 고려

연방헌법재판소는 한 판결에서 "자신의 존엄 유지에 대한 절대적으로 보호되는 개인의 존중청구권에 대한 국가적 침해는 … 문제되는 헌법적 법익의 중요성과 무관하게 항상 금지된다"[58]는 것을 확인하였다. "중요성과 무관하게"라는 표현은 자신의 존엄유지에 대한 개인의 존중청구권은 항상 그에 반대되는 헌법적 법익보다 더 중요하다는 것을 의미한다.

그러나 중요성의 정도에 따라 구별되지 않는다면 모든 상황이 어떻게 고려되어야 하는가라는 문제는 해결되지 않은 채 남아 있게 된다. 이로부터 핵심영역의 한계는 형량 없이 인식될 수 없다는 결론이 나온다.

(3) 이유의 중요성의 고려

연방헌법재판소는 도청에 대한 결정에서 다음을 확인하였다. "비례원칙의 요소들이 중요한 것이 되는 한 비례원칙의 요소들은 인간

57) BVerfGE 80, 367(374).
58) BVerfGE 115, 320(358f.).

존엄 보호의 절대성을 문제 삼지 않는다. 비례의 원칙은 오히려 도청처분이 인간의 존엄을 침해하지 않는 곳에서만 더 이상의 제한으로 고려된다."[59] 또한 죄수의 위험성 때문에 종신형에 대한 사면의 금지가 문제된 "위험성 있는 범죄자"에 대한 결정[60]에서도 범죄자의 위험성이 인간존엄에 대한 침해의 정당화사유로서 다루어졌다.

3. 법개념으로서의 인간의 존엄

가. 정언명령을 법학에 도입하기 위한 선결문제

앞에서 칸트의 정언명령은 법학에서도 유효하다고 하였다. 그렇지만 문제는 무엇보다 정언명령은 특정된 준칙에 따라 행동할 것을 요구함으로써 내적 자유의 사용, 즉 도덕성과 관련됨에 반하여, 법의 중심개념은 외적 자유라는 데 있다.[61][62] 이러한 이유에서 드라이어 *Ralf Dreier*는 정언명령의 법학적 사용과 윤리학적 사용을 구별한다.[63] 윤리학적 사용에서 정언명령은 외적으로 올바른 행동을

---

59) BVerfGE 109, 279(315).

60) BVerfGE 117, 71.

61) R. Alexy, Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition, in: ders. (hg.), Intergratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, 2005, S. 95ff.(101ff.).

62) 예컨대 H. Dreier, aaO., Rn. 13은 다음과 같은 이유로 칸트의 정언명령을 인간존엄을 정의하는 데 사용할 수 없다고 한다. 첫째, 칸트 자신은 덕의무와 법의무, 도덕성과 합법성 사이에 중요한 차이가 있음을 지속적으로 강조하였다. 둘째, 칸트 도덕철학의 선험철학적 성격과 그리고 그럼으로써 도덕철학을 '예지계'(叡智界, mundus intelligibilis)에 위치시키고 있다는 것을 간과해서는 안 된다. 모든 경험적 요소를 제외시키면 인간의 존엄에 대한 침해는 가능하지 않은 것으로 생각되는 반면, 기본법은 구체적 법질서로서 현실적 위해로부터 특정의 법익을 보호하려고 한다. 셋째, 칸트는 존엄을 외적 침해로부터 보호하여야 할 실재가 아니라 본질적으로 객관적 도덕법칙의 통찰을 본질로 하는 – 의무윤리적으로 근거된 – 도덕적 입법에 대한 능력으로 보고 있다.

63) R. Dreier, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants. Kants Rechtsphilosophie

명령하는 속성을 가질 뿐만 아니라 내적으로 좋은 행동에 동기를 부여하는 속성도 가진다. 정언명령의 법학적 사용은 오직 '의무와 일치하게'(Pflichtmäßig) 행동하라는 명령이 뒤에 잔류하게끔 '의무감에서'(aus Pflicht) 행동하라는 명령을 추상화한다. 즉 "정언명령은 이러한 방법으로 외적으로 보편화가 가능하게 행동하라는 명령으로 환원된다."[64] 그렇게 되면 정언명령의 법학적 사용에서 존엄의 잔류(殘留)가 무엇인가라는 문제가 제기된다.

'포괄이론'(Einschlußtheorie)은 이 문제를 존엄은 자의의 자유를 포괄한다고 함으로써 해결한다. 만일 존엄이 도대체 그 어떤 목적을 정립할 능력을 포괄한다면, 존엄은 목적 자체로서 존엄을 갖는 이성존재에게 귀속되는 내적 가치(절대적 내적 가치)[65]일 뿐만 아니라 또한 자연존재(자연존재는 … 자기 스스로 목적을 변경할 수 있고, 그러한 사실은 자연존재에게 오직 외적 자유를 준다)가 갖는 외적 가치이기도 하다.[66] 이로써 존엄개념은 내적 그리고 외적 자유개념이라는 이분법을 자신 안에서 합일시킨다. 그러므로 특히 존엄의 개념을 통하여 칸트 실천철학의 통일성이 이룩될 수 있다.

이로써 확인될 수 있는 것은 두 가지이다. 첫째로, 존엄의 근거로서의 자율은 직접적으로 존엄개념의 헌법적 해석에 연결될 수 있는 헌법적 가치를 제시한다. 둘째로, 자의의 자유, 즉 소극적 자유의 원리는 존엄의 필요조건이다. 두 번째 결과는 소극적 자유의 원리가 효력을 갖지 못하는 경우에는 존엄이 침해된다는 것을 명확하게 한다. 그리고 연방헌법재판소는 "피고인이 자신의 인격의 전개에도

---

im Kontext seiner Moralphilosophie, in: ders., Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, 1981, S. 286ff.(294).

64) R. Alexy, aaO., S. 103.

65) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 435.

66) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 434.

불구하고 자신의 자유를 다시 획득할 모든 희망을 포기하지 않으면 안 되는 경우에는 인간존엄의 핵심이 침해된다"고 판시하고 있다.[67] 그러므로 인간의 존엄과 관련하여 포괄이론이 의미하는 바는 일반적 행동의 자유가 단지 정당화사유 없이 침해되는 경우뿐만 아니라 자의적으로 침해되는 경우에도 인간의 존엄이 침해된다는 것이다. 그렇다면 인간의 존엄은, 그것이 - 의견의 일상적 전투에서 그리고 특히 분위기의 변화에 따라 변하는 정치적 수사(修辭)에서 사용되듯이 - '보조수단'(kleine Münze)으로 전락되어서는 안 된다면, 상대적으로 자유에 대한 사소한 제한에 의해서는 침해되지 않는다.

나. 인간존엄 주체의 자기이해와 기본법의 인간상

인간존엄 주체의 자기이해가 인간존엄의 내용을 결정하는 데 어떤 의미를 가지는가가 다투어진다. 이에 대해서는 주관설과 객관설이 대립되어 있다. 주관설은 "모든 인간의 생생한 자기이해"는 인간존엄의 내용의 본질을 규정한다고 한다. 그에 반하여 객관설은 존엄개념을 주관적 처분에만 맡길 수 없다고 한다.[68] 인간존엄 주체의 자기이해를 고려하는 것이 필요하기는 하지만 그것은 존엄의 기초가 되어 있는 자기입법능력으로서의 자율의 이념의 충분조건은 아니다. 기본법의 인간상이 화제의 대상이 되는 경우 인간존엄 주체의 자기이해가 가지는 의미는 특히 강조된다.

연방헌법재판소의 '인간상정식'(Menschenbild-Formel)에 따르면 인간의 존엄은 "자유롭게 자기 스스로 결정하고 발현하는 것을 지향하는 정신적·도덕적 인간으로서의 인간관을 근거로 한다. 기본법은

67) BVerfGE 45, 187(245).
68) W. G. Vitzthum, aaO., S. 207.

이러한 자유를 고립되고 독단적인 개인의 자유가 아닌 공동체 관련적·공동체 구속적 개인의 자유로 이해한다."[69]

이 정식은 자율에 근거하고 소극적 자유를 필요조건으로 포함하는 존엄구상과 거의 일치하며 이로써 존엄과 자유의 개념적 연관을 증명한다. "인간의 생명이 존재하는 곳에서는 인간의 생명에 인간의 존엄이 귀속된다. 그 주체가 이러한 존엄을 의식하고 있는가, 이러한 존엄을 스스로 지킬 수 있는가 여부는 중요하지 않다. 인간의 존엄을 정당화하기 위해서는 처음부터 인간적 존재에 내재하는 잠재적 능력으로 충분하다."[70]

다. 법개념으로서의 인간의 존엄

이러한 의미에서 뒤리히와 연방헌법재판소 그리고 자율에 근거한 인간상이라는 철학의 오랜 전통에 따라 도덕적·이성적 인격체인 '**인간의 자유의지에 따른 자기결정**'을, 더 정확하게 표현하면 **도덕적·이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행동에 대한 자기결정**을 인간의 '존엄'의 본질적 개념징표로 이해할 수 있을 것이다.[71] 그렇다면 인간의 자율은 기본법 제1조 제1항에 의하

---

69) BVerfGE 45, 187(227). 또한 BVerfGE 4, 7(15f.); 27, 1(7); 30, 173(193); 32, 98(108); 41, 29(50); 50, 166(175); 50, 290(353)도 참조.

70) BVerfGE 39, 1(41).

71) 이는 W. Maihofer, Menschenwürde im Rechtsstaat. 1967가 인간존엄의 본질은 원칙적으로 '자기 자신을 스스로 처분함'(Übersichselbstverfügung, S. 27)과 '자기 자신에 속함'(Sichselbstgehören, S. 29)에, 그의 **인격**에(S. 33), 즉 인간의 자기결정에(S. 33) 있는 것으로 본 것과 거의 일치한다. 그러나 필자는 이미 인간이 인격체라는 것을 전제하고 있다는 점에서 마이호퍼와는 견해가 다르다. 이러한 이야기는 "타인을 자율(적 존재 – 필자의 보충)로 인정하는 자는 타인을 인격으로 인정한다. 타인을 인격으로 인정하는 자는 타인에게 존엄을 부여한다. 타인에게 존엄을 부여하는 자는 타인의 인간존엄을 인정한다"는 R. Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, DZPhil 52(2004), S. 15ff.(20)의 주장은 물론, 윤리적 주체로서의 개인을 강조하여 "인간의 존엄으로써 보호되는 것은 인간으로서 존중받을 것

여 보호되는 존엄의 표현[72]이다.

Ⅲ. 인간존엄의 법적 성격

1. 인간존엄 규정의 특별한 지위

인간의 존엄이 헌법 내에서 특별한 지위를 가진다는 것은 거의 이론의 여지없이 전제된다. 그러나 문제는 이러한 특별한 지위가 어디에 있는가, 이러한 특별한 지위가 구조적인 것인가 아니면 내용적인 것인가 하는 것이다. 특별한 지위에 대한 다양한 견해들은 크게 다음의 세 가지로 분류될 수 있다. 첫 번째 견해는 기본법 제1조 제1항은 기본권이 아니라고 한다. 즉 기본법 제1조 제1항의 특

을 요구하는 핵심적 권리일 뿐이다. … 인간의 도덕적 존엄이 무시되는 경우에만 인격에 대한 보호가 침해되는 것이다. … 그러한 경우는 예컨대 인간의 비밀영역이 강제로 침해되는 경우가 될 것이다"라고 하는 H. Coing, Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, SJZ 1947, S 641ff.(644)에게도 그대로 적용된다. 또 예컨대 N. Teifke, Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen, 2011, S. 65는 자기결정, 자기존중, 자기책임, 인간의 자주성과 고유한 가치를 인간존엄의 본질적 개념징표로 이해한다. 그러면서 특히 자기책임을 드는 근거로 연방헌법재판소가 "자기책임 하에 행동하는 인격(체)로서의 인간의 존엄"(BVerfGE 57, 250, 275)을 언급하고 있는 것을 다. 그러나 '자기책임 하에 행동하는 인격(체)'는 '인간'이지 인간의 '존엄'이 아니기 때문에 자기책임은 인간의 '존엄'의 본질적 징표일 수 없다. 그리고 인간의 자주성은 자기결정에 포함되며, 인간의 '고유한 가치'는 인간의 '존엄'을 달리 표현한 것에 불과하기 때문에 인간존엄의 개념적 징표로 간주될 수 없다.

72) W. Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation – Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, 1987, S. 116; T. Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff – Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, 1990, S. 19; M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 287.

별한 지위는 단순히 객관적 규범이라는 데 있다고 한다. 그 결과 인간존엄을 침해당한 당사자는 기본법 제1조 제1항에 따라 전적으로 인간존엄 침해만을 근거로 헌법소원을 청구할 수 없다. 헌법소원을 청구할 수 있으려면 최소한 인간존엄의 침해가 적용되는 개별기본권이 침해되어야 한다. 이렇게 해서 인간의 존엄은 다른 기본권과 별개로 독자적 기본권이 아니면서도 기본권체계의 내용적·형식적 상위개념일 수 있다.[73]

두 번째 견해는 인간의 존엄의 특별한 지위는 기본법 제1조 제1항이 제한이 허용되지 않는 기본권이라는 데 있다고 한다. 이러한 해석은 인간의 존엄에 대한 제한은 동시에 인간존엄의 침해를 의미한다는 다수설의 입장과 일치한다.[74] 인간의 존엄에 대한 제한을 헌법적으로 정당화하는 것이 불가능하다면 기본권제한에 대한 수권이 불가능하다. 즉 기본법 제1조 제1항의 경우 〈제한/제한의 정당화〉 구조는 적용될 수 없다. 이러한 관점에 따르면 기본법 제1조 제1항은 그 밖의 기본권과 구조적으로 구별된다.

세 번째 견해는 기본법 제1조 제1항은 제한될 수 있는 기본권이긴 하지만 그 구성요건은 매우 엄격하다고 한다. 즉 기본법 제1조 제1항의 특별한 지위는 그것이 기본권이 아니거나 그 밖의 기본권들과 전혀 다른 구조를 가지고 있기 때문이 아니다. 기본법 제1조 제1항의 특수성은 단지 인간존엄의 구성요건이 다른 기본권과 비교

---

73) Chr. Enders, aaO., S. 110; T. Geddert-Steinacher, aaO., S. 129; R. Gröschner, Menschenwürde als Konstitutionsprinzip, in: A. Siegetsleitner/N. Knoepffler(hg.), Menschenwürde im interkuturellen Dialog, 2005, S. 17ff.(21f) 참조.

74) 많은 견해를 대신해서 "기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄은 그것이 도대체 제한되어서는 안 된다는 데에 특징이 있다. 인간의 존엄을 제한하고 인간존엄에 대한 보호를 해태하는 것은 어떤 정당화도 불가능하다. 그러한 일이 있게 되면 반드시 인간존엄에 대한 침해가 발생한다"라고 하는 L. Michael/M. Morlok, aaO., Rn. 544 참조.

하면 제한이 불필요할 정도로 매우 엄격한 데 있다는 것이다. 그리고 인간존엄 보장의 보호영역 축소가 요구되는 경우 대부분 그에 대답은 인간의 존엄이 '보조수단'(kleine Münze)으로 타락하면 안 된다는 논거를 댄다.[75)]

2. 기본법 제1조 제1항 제1문의 객관적 규범성

인간의 존엄은 객관적 규범이다. 뒤리히는 기본법 내에서 제1조 제1항의 문언과 체계에 따를 때 그것은 '모든 객관적 법의 최고구성원리'(oberstes Konsitutionsprinzip allen objektiven Rechts)로서의 성격[76)]을 가진다고 한다. 그리고 인간의 존엄이 기본권적 가치체계의 기초로 기능한다는 것을 의심하는 학자는 없다. 연방헌법재판소도 인간의 존엄을 '최고의 가치'(oberster Wert),[77)] '최고의 법적 가치'(höchster Rechtswert),[78)] '근본적 헌법원리'(tragendes Konstitutionsprinzip),[79)] '최고의 원칙'(oberster Grundsatz),[80)] '모든 법의 최고 목적'(oberster Zweck allen Rechts),[81)] '헌법의 가치체계의 중심

---

75) P. Tiedemann, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2009, S. 606ff. 참조.

76) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 4; ders., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. S. 119.

77) BVerfGE 5, 85(204); 6, 32(41); 27, 1(6); 30, 173(193); 32, 98(106); 33, 23(29); 35, 202(221); 35, 366(376); 50, 166(175); 52, 223(247); 72, 105(115); 96, 375(398); 102, 370(389); 109, 279(311); 115, 118(152).

78) BVerfGE 12, 45(53); 30, 1(39); 45, 187(227); 48, 127(163); 69, 1(22); 82, 60(87); 89, 346(353).

79) BVerfGE 5, 85(204); 6, 32(36); 45, 187(227); 50, 166(175); 61, 126(137); 72, 105(115); 87, 209(228); 96, 375(398); 102, 370(389); 109, 133(149); 109, 279(311); 115, 118(152).

80) BVerfGE 35, 348(355f.).

81) BVerfGE 12, 45(51).

점'(Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung),[82] '근본규범'(Grundnorm),[83] '헌법의 근본결정'(Grundentscheidung der Verfassung),[84] '기본권의 기초'(Fundament der Grundrechte),[85] '모든 기본권의 근원'(Wurzel aller Grundrechte)[86] 등으로 표현하여 학설과 견해를 같이하고 있다.

3. 기본법 제1조 제1항의 기본권성

가. 기본권성의 법적 근거

그럼에도 불구하고 기본법 제1조 제1항은 헌법체계의 기초규범으로서 또한 동시에 기본권을 보장하지 않는가 하는 문제는 별개의 문제로 남게 된다. 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄이 기본권인가 아닌가 라는 논쟁에서 기본권이라는 견해가 압도적이다. 이 견해는 연방헌법재판소의 판례를 그 근거로 한다.[87] 특히 연방헌법재판소는 한 판례에서 "개인의 공동체구속성을 고려한다면 지속적인 위험성에 대한 안전장치 확보는 기본법 제1조 제1항의 **기본권**을 위배하지 않는다"[88]라고 인간의 존엄이 기본권이라는 점을 명시적으로 확인하고 있다.

"**이하의 기본권**은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속한다"(기본법 제1조 제3항)는 표현을 근거로 기본법 제1조

82) BVerfGE 35, 202(225).
83) BVerfGE 27, 344(351); 32, 373(379); 34, 238(245).
84) BVerfGE 39, 1(67).
85) BVerfGE 107, 275(284).
86) BVerfGE 93, 266(293).
87) BVerfGE 1, 332(347); 12, 113(123); 15, 283(286); 28, 151(163); 28, 243(263); 61, 126(137).
88) BVerfGE 109, 133(151).

제1항의 기본권성을 부정하는 견해가 있다. 왜냐하면 기본법 제1조 제1항은 기본법 제1조 제3항보다 선행규정이기 때문에 이하의 기본권에 속하지 않기 때문이다.[89] 이러한 주장에 대해서는 거꾸로 형식적으로 기본법 제1조 앞의 '제1장 기본권'을 근거로 기본법 제1조 제1항의 기본권성을 인정할 수 있다. 더 나아가서 기본법 제1조 제1항 제2문에 따라 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 이미 모든 국가권력의 의무이기 때문에 인간의 존엄은 기본법 제1조 제3항의 기본권기속력(기본권의 대국가적 효력)을 필요로 하지 않는다. 기본법 제1조 제1항 제2문으로부터 기본법 제1조 제1항 제1문이 기본권을 확정하고 있다는 결론을 직접적으로 내릴 수는 없다. 그러나 인간의 존엄이 기본권이라면 기본법 제1조 제1항은 기본권기속력(기본권의 대국가적 효력)을 표현하고 있다. 그 밖에도 기본법 제1조 제1항을 제외하고는 그 밖의 어떤 기본권규정도 자신만의 기본권기속력을 규정하고 있지 않기 때문에 기본법 제1조 제1항 제1문의 기본권기속력은 배타적인 성격을 갖는다. 이로써 기본법 제1조 제3항의 일반적 기본권기속력을 인간의 존엄에 적용하는 것은 불필요하다고 할 수 있을 것이다. 그러나 기본법 제1조 제1항 제2문이 단순히 객관적 규범이냐 아니면 주관적 권리를 표현하고 있느냐 라는 문제는 해명되어야 할 문제로 남게 된다. 이 문제를 해결하기 위해서는 그에 앞서 기본법 제1조 제1항은 규범적 명제인가 아니면 단순히 기술적 명제인가 여부가 해명되어야 한다.

기본법 제1조 제1항 제1문은 "인간의 존엄은 불가침**이다**(Die Würde des Menschen **ist** unantastbar)"라고 하여 기술명제의 형태를

89) 이에 대하여 자세한 것은 W. Krawietz, Gewährt Art. 1 Abs. 1 dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?, in: D. Wilke/H. Weber(hg.), Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, 1977, S. 245ff.(269) 참조.

취하고 있다. 이렇게 기술명제의 형태를 취한 것이 기본법 제1조 제1항 제1문에만 유일한 것은 아니다. 기술명제의 형태는 규범명제에서 흔히 발견되며, 개별기본권에서도 자주 발견된다. 그러므로 **이다(ist)**는 매우 강한 명령을 표현한 것으로 볼 수 있다.[90] 즉 기본법 제1조 제1항 제1문은 규범명제이다.

그에 반하여 기본법 제1조 제1항 제2문은 국가에게만 의무를 부과할 뿐 기본권주체에게 어떤 권리를 부여하고 있지 않다. 그러한 한에서 기본법 제1조 제1항 제2문은 객관적 의무만을 부과하는 객관적 규범으로서의 성격만을 가진다. 그리고 알렉시 *R. Alexy*는 이러한 객관적 의무만을 부과하는 객관적 규범을 '기본권규범'(Grundrechtsnorm)이라 부른다. "어떤 규범에 의하여 근거지어진 의무가 그 어떤 기본권주체에 대하여 성립하지 않는다면, 즉 어떤 규범이 주관적 권리의 형태로 기본권을 보장하지 않으면서 국가에 대하여 단순히 객관적 의무만을 부과하고 있는 경우 그 어떤 규범을 기본권규범이라고 할 수 있다."[91]

나. 인간존엄의 기본권성

(1) 자기결정권

오히려 '모든 객관적 법의 최고구성원리'로서의 인간의 존엄은 동시에 주관적 권리로 이해할 수 있다. 즉 인간존엄의 객관적 법규범성이 인간존엄의 기본권성에 반대하는 논거는 될 수 없다. 오히려 인간존엄의 근본적 성격 때문에 인간의 존엄을 기본권으로 취급할

---

90) "이다"(Ist)의 규범적 사용에 대하여는 G. Löhrer, Menschliche Würde. Wissenschaftliche Geltung und metaphorische Grenze der praktischen Philosophie Kants, 1995, S. 18.

91) R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 262ff.(267).

것이 요청된다.

실질적 관점에서는 바로 인간존엄의 보호대상으로서의 개인의 주체성 때문에 '주관화'(Subjektivierung)가 요구된다는 점이 기본법 제1조 제1항의 기본권성에 찬성하게 된다. 연방헌법재판소는 공동결정판결에서 다음과 같이 판시하고 있다. "기본권의 역사와 현재의 내용에 따르면 기본권은 일차적으로 개인의 권리이다 … 객관적 원리로서의 기본권의 기능은 기본권의 효력을 원칙적으로 강화하는 데 있다 … 그러므로 기본권은 본래의 핵심으로부터 분리될 수 없고 기본권의 원래의 그리고 현재에도 남아 있는 의미가 후퇴되는 객관적 규범의 구조로 독립될 수 없다."[92] 이러한 연방헌법재판소의 판결을 인용하여 알렉시는 일반적 '주관화명제'(Subjektivierungsthese)를 정립한다. 그리고 일반적 주관화명제에 따르면 주관적 차원 유리 추정이 성립하며 기본권규범의 순 객관적 성격만을 주장하는 자가 논증책임을 부담한다고 한다.[93] 주관화명제가 모든 기본권규범에 적용된다면, 주관화명제는 인간존엄규범에도 적용된다. 왜냐하면 "기본권의 목적과 근거는 개인을 보호하는 데 있지 객관적 질서나 집단적 이익을 보장하는 데 있지 않다"[94]고 하는 기본권개인주의는 인간존엄의 주관화명제에 찬성하는 주된 논거로 될 수 있기 때문이다. 주관화명제에 찬성하는 그 밖의 논거는 '기본권최적화'(Grundrechtsoptimierung)[95] 논거이다. 기본법의 인간존엄규정이 주관적 권리를 확정한다면 그것은 내용적으로 동일한 순 객관적 의무를 정립하는 것보다 더 높은 정도로 인간존엄의 원리를 실현하는

92) BVerfGE 50, 290(337).
93) R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, S. 277.
94) R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, S. 277.
95) R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, S. 278.

것을 의미한다. 그러므로 기본법 제1조 제1항은 기본권성을 갖는다.

그리고 인간의 존엄이 구체적 기본권(인간존엄기본권)이라고 할 때 그것은 **'자기결정권'**, 더 정확하게 말하면 **'도덕적·이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행동에 대한 자기결정권'**을 의미한다.

(2) 인간의 존엄과 기본권의 본질적 내용

뒤리히에 따르면 인간존엄의 내용과 기본권의 본질적 내용은 일치한다. 즉 모든 자유권적 기본권에는 그 본질적 내용과 일치하는 기본법 제1조 제1항으로부터 오는 핵심적 내용이 내재하고 있다.[96] 그와 동시에 뒤리히는 기본권의 본질적 내용과 관련하여 절대설을 주장한다. 그와는 반대로 기본권의 본질적 내용에 관한 주관적·상대적 이론에 따르면 기본권의 본질적 내용은 비례의 원칙과 동일한 것이라고 한다. 이 견해는 두 가지 점에서 인간존엄의 내용과 기본권의 본질적 내용이 같은 것이 아니라고 한다. 즉 인간존엄 보장의 표현이 아닌 기본권이 있으며,[97] 더 나아가 본질적 내용보장은 기본법 제79조 제3항의 기본법개정의 한계에 속하지 않는다는 것이다.[98]

개인적으로는 기본권의 본질적 내용은 모든 기본권에 공통된 부분과 각 기본권에 특유한 본질적 내용으로 구성된다고 생각한다.[99]

---

96) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 I, Rn. 81ff.; 그에 대한 반대견해로는 특히 B. Pieroth/B. Schlink, aaO., Rn. 306; H. Dreier, Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: K. Seelmann(hg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, ARSP Beiheft 101, 2004, S. 33ff.(37) 참조.

97) Cl. Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, 2005, S. 342 참조.

98) T. Geddert-Steinacher, aaO., S. 182.

99) 홍성방, 앞의 책, 502면. 최근에 H.-J. Papier/Chr. Krönke, Grundkurs Öffentliches

그렇다면 모든 기본권에 공통된 본질적 내용은 무엇인지? 각 기본권에 특유한 본질적 내용은 무엇인지? 개별 기본권의 공통적 본질적 내용과 개별 기본권에 특유한 본질적 내용 중 하나가 침해되면 인간존엄권이 침해된다고 해야 하는지 아니면 해당 개별 기본권의 본질적 내용이 침해된다고 해야 하는지? 등의 질문이 제기된다. 모든 기본권에 공통적인 본질적 내용은 인간의 존엄이다. 이때 인간의 존엄은 최고의 기본권인 자기결정권이며, - 자유권은 물론 사회권과 참정권 그리고 절차기본권을 포함하는 - 모든 개별기본권에는 자기결정권이 표현되고 있기 때문에 모든 개별기본권은 인간존엄의 표현이며 구체화라고 할 수 있다. 그에 반하여 개별적 기본권의 본질적 내용은 개별기본권의 보호영역에서 제한이 허용되지 않는 부분이다. 전자가 모든 기본권에서 이미 확정되어 있는 부분이라면, 후자는 학설과 판례가 개별기본권의 보호영역을 분명히 함으로써 그 내용을 밝혀야 할 부분이다. 그리고 인간의 존엄이 근본규범이면서 동시에 기본권적 가치체계의 기초라면, 그것이 구체적 기본권으로 표현된 자기결정권은 약방의 감초처럼 보조수단으로 사용되어서는 안 될 것이다. 개별기본권의 본질적 내용의 침해에는 개별기본권의 공통적 본질적 내용, 즉 자기결정권이 침해되는 경우와 기본권의 공통적 본질적 내용과 개별적 기본권에 특유한 본질적 내용이 동시에 침해되는 경우(공통적 본질적 내용과 특유한 본질적 내용이 경합하는 경우) 및 개별기본권에 특유한 본질적 내용이 침해되는 세 가지 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우들에서 본질적 내용의 침해를 확정함에 있어서는 자기결정권이 침해되어 인간이 단

Recht 2. Grundrechte, 2012, S. 71ff.은 모든 실체적 기본권에는 인간존엄의 핵심이 내재하고 있는데, 그것은 특히 광범위하고 강력한 국가적 침해에 대하여 절대적으로 보장하는 기능을 한다고 한다.

순한 객체(수단)로 전락하는 경우, 즉 첫 번째와 두 번째의 경우에는 인간의 존엄의 침해를, 세 번째의 경우, 즉 개별기본권에 특유한 본질적 내용이 침해된 경우에는 개별기본권의 본질적 내용의 침해를 이야기해야 할 것이다.

(3) 인간의 존엄과 다른 기본권의 관계

인간의 존엄이 구체적 기본권이라면 다른 기본권과의 관계가 문제가 된다. 한편으로는 인간의 존엄은 최고의 기본권이자 동시에 기본권 체계의 기초로서 다른 기본권과의 관계에서 다른 기본권에 기초를 제공한다. 그러나 자기결정권(인간존엄기본권)은 기본법 제2조 제1항의 인격발현권과는 달리 '잔여사안포섭기본권'(Auffanggrundrecht)이 아니다.[100] 만일 인간존엄기본권이 잔여사안포섭기본권이라면 예컨대 기본법 제2조 제2항의 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리와 같은 특별기본권이 적용될 수 있는 경우에는 항상 적용될 수 없을 것이다. 고문의 경우에는 기본법 제1조 제1항이 직접적으로 적용될 수 있기 때문에 인간의 존엄이 잔여사안포섭기본권이 아니라는 점은 분명하다. 그렇지 않다면 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리는 인간의 존엄이라는 잔여사안포섭기본권의 특수한 경우가 될 것이다. 따라서 인간의 존엄은 특별한 기본권이면서 동시에 근본적인 기본권이다.

다. 사견

앞에서도 보았듯이 독일에서는 기본법 제1조 제1항 제1문이 객관적 규범이라는 데 대해서는 이견이 없다. 그밖에도 구체적 기본권이라는 것이 압도적 다수설의 입장이다. 그러나 개인적으로는 이

100) H. Dreier, in: ders.(hg.), Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, iRn. 96.

를 세분해서, 특히 객관적 규범성을 세분해서 설명하는 것이 더 설득력을 가질 것으로 생각된다. 우선, 인간의 존엄은 자연법의 실정화로서 국가법질서의 근본규범이다. 켈젠 *H. Kelsen*에 따르면 근본규범은 (실정 – 필자의 삽입) 규범질서에 효력을 부여하는 최고의 것으로 전제되어 있는 규범이다.[101] 필자는 근본규범을 실정 규범질서에 효력을 부여하는 최고의 규범이라는 점에서는 켈젠과 견해를 같이하나, 켈젠과는 달리 전제되어 있는 개념이 아니라, 종교적·윤리적으로 입증된 또는 논리적으로 국가와 법에 선행하는 규범으로 보고자 한다.[102] 다음으로, 인간의 존엄은 '기본법의 가치체계의 기초'이자 '모든 객관적 법의 구성원리'로서(Dürig) 다른 기본권에 기초를 제공할 뿐만 아니라 헌법의 최고 조직원리로서 헌법의 다른 조직원리들 – 자유민주주의 원리, 법치주의원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 평화국가원리 – 에도 그 기초를 제공한다. 마지막으로, 인간의 존엄은 우리 기본권체계의 권리목록 내에서 기본권화 된 최고의 인권으로 '도덕적·이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행동에 대한 자기결정권'(이하 자기결정권이라 한다)이다. 그리고 인간존엄의 근본규범으로서의 성격, 다른 기본권에 기초를 제공하는 성격, 헌법의 최고조직원리로서의 성격 및 최고의 기본권으로서의 성격은 서로 분리할 수 없는 일체를 이루고 있기 때문에 모든 규범질서와 모든 기본권 그리고 모든 국가조직은 인간의 존엄을 실현하는 수단으로 이해할 수 있다. 그러한 한에서 필자가 헌법을 한마디로 국가라는 정치공동체 내에서 인간의 존엄을 실현하기 위한 법[103]으로 개념정의하는 것이 이해될

---

101) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 98f., 249ff.; ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl.(1960)(변종필·최희수 옮김, 순수법학, 길안사, 1999), S. 196ff., 228ff.

102) 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2015, 12면, 각주 5.

수 있을 것이다.

Ⅳ. 인간존엄의 포기가능성

1. 기본권의 포기

기본권의 포기는 한편으로는 기본권의 불행사와, 다른 한편으로는 이른바 기본권의 소극적 행사의 자유와 구별하여야 한다. 기본권불행사의 경우에는, 직업을 갖지 않는 자가 직업의 자유를 포기하지 않는 것에서 보듯이, 기본권의 포기가 아닌 법적으로 중요하지 않은 부작위가 존재할 뿐이다. 무신론자가 종교의 자유를 근거로 무신앙의 자유를 보호받듯이, 기본권의 소극적 행사의 자유는 기본권의 행사에 관한 문제이기 때문에 또한 기본권의 포기에 편입시키기 어렵다.

권리포기라는 제도는 공법이 아닌 사적 자치 원리가 지배하는 민법에서 유래하였다. 기본권포기는 공법에서는 우선 이른바 특별권력관계에서 특별한 의미를 가진 바 있다. 예컨대 공무원관계에서 보는 것처럼 자발적인 권력관계에서는 여러 기본권은 기본권주체가 명시적으로 자신의 기본권을 포기함으로써 그 제한이 정당화될 수 있다.

기본권의 포기에는 기본권의 완전포기와 기본권행사의 포기가 있다. 기본권의 완전포기에서 민법상의 권리포기와 기본권의 포기

---

103) 정확하게는 "인간의 존엄을 실현하기 위하여 정치적 통일과 정의로운 경제질서를 형성하는 국가적 과제의 수행원리와 국가 내에서의 갈등을 극복할 절차 및 국가작용의 조직과 절차의 대강을 규정하는 국가의 법적 기본질서"이다(홍성방, 앞의 책, 17면).

는 전적으로 구별된다. 민법에서는 의사표시에 근거한 권리의 소멸은 원칙적으로 유효함에 반하여, 기본권의 포기의 경우에는 그 반대가 유효하다. 기본권의 포기를 일반적으로 인정할 것이냐 라는 문제에서는 견해가 나누어져 있다. 그에 반하여 완전히 그리고 영원히 권리를 단념한다는 의미에서 어떤 기본권을 완전히 포기하는 것은 법적으로 무효라는 것이 다수설의 입장이다.[104]

기본권행사의 포기의 경우에는 기본권 자체와 기본권의 행사를 구별하는 것이 일반적이다. 그에 따라 기본권행사의 포기를 인정하더라도 기본권의 일반적 포기불가능성과 배치되는 것은 아니다.[105] 그에 대하여 기본권행사의 포기를 부정하는 입장에서는 기본권의 본질적 내용의 불가침성을 그 근거로 제시한다. 기본권의 경우에 권리와 권리의 행사를 나누는 것이 가능하다 하더라도 주관적 권리로서 행사권한이 남아 있지 않은 기본권은 본질적 내용을 상실한 것이다.[106] 이로써 그 기본권은 더 이상 존재하지 않게 되고, '공허한 권리'(nudum ius)가 될 것이다.[107]

2. 인간존엄기본권의 처분

기본권의 완전포기가 무용지물이 되었기 때문에 공법학에서는 자신만의 포기개념을 도입하였다. 뉘앙스의 차이는 있지만 "기본권적 지위에 대한 개인적 처분",[108] 기본권적으로 보장된 법적 지위의

---

104) J. Pietzcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17(1978), S. 527ff.(531); A. Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S. 57ff.(59); J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 93, 127.

105) Th. Brüggemann, Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht, 1965, S. 79.

106) G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 152.

107) G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 152; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 904.

유효한 포기,[109] 기본권적으로 보호되는 기본권주체의 기본권적으로 보호되는 법적 지위를 축소하는 법률효과를 가져오는 의사표시,[110] 기본권영역에서 고권적 처분에 대한 기본권주체의 동의[111] 등의 표현들이 그것에 해당된다. 그러나 여기서는 개인이 자신의 인간존엄권을 행사하여, 즉 자기결정권을 행사하여 자기결정권을 처분한 경우에 인간의 존엄을 새롭게 해석하여 국가가 개인의 자기결정권을 제한할 수 있는가 여부가 문제되기 때문에, 기본권의 처분이라는 개념이 다른 개념들보다 더 적절한 것으로 생각된다. 기본권의 처분과 관련된 사건으로는 Laserdrome 사건,[112] Paintball 사건,[113] Zwergenweitwurf 사건,[114] Körperwelten 사건, TV 방영물 "Big Brother" 사건 등이 있다.

그러나 인간존엄권의 처분에 대한 대표적인 사례는 1981. 12. 15. 연방행정법원의 Peep-Show 사건이다. 연방행정법원은 제1차 Peep-Show결정[115]에서 인간의 존엄은 개인이 유효하게 포기할 수 없는 객관적이고 처분할 수 없는 가치이기 때문에 Peep-Show를 하는 여성이 그러한 행위를 자유의지에서 행하였다 하더라도 Peep-Show는 (여성의 인간의 존엄을 침해하여) 선량한 풍속을 위반하기 때문에 Peep-Show 영업은 허가되지 않는다고 판시하였다. 이 결정은 여성의 인간의 존엄 위반을 결정이유로 한 점 때문에 학계에서 압도적

108) J. Pietzcker, aaO., S. 531.
109) G. Robbers, Der Grundrechtsverzicht – Zum Grundsatz "volenti non fit iniura" im Verfassungsrecht, JuS 1985, S. 925ff.(925).
110) K. Stern, aaO., S. 906.
111) J. Schwabe, aaO., S. 93.
112) BVerwGE 115, 189 참조.
113) BayVGH, BayVBl. 2001, S. 689ff. 참조.
114) VG Neustadt, NVwZ 1993, S. 98ff. 참조.
115) BVerwGE 64, 274(279).

으로 부정적인 평가를 받았다. 그래서 1990년의 제2차 Peep-Show 결정[116]에서는 선량한 풍속 위반을 근거로 같은 결정을 내렸으나 이 또한 학계의 부정적 평가를 받았다. 더구나 이 결정에 대해서 다수의 함부르크 *Hamburg*시민들은 그것이 상파울리 *St. Pauli*와 같은 특수지역에서 행해지는 한 허용되어야 한다고 생각했다고 한다. 그래서 1995년의 제3차 Peep-Show 결정[117]에서는 여론조사 결과 – Peep-Show 영업자에 의해 제출된 결과는 응답자의 49%는 여성의 존엄에 위반한다이었고, 48%는 선량한 풍속에 위반한다 이었다 – 를 토대로 선량한 풍속위반을 확정하였다.

이러한 사건들에 대한 결정에서 다음의 것이 확인되었다. 기본법은 가치질서이다. 인간의 존엄에 대한 위반은 이러한 기본질서에 대한 위반이다. 가치질서는 객관적으로 확정되므로 인간존엄침해에 대한 개인의 동의는 고려의 대상이 아니다. 즉 당사자의 의사에 반해서 인간의 존엄이 보호되는 한 당사자의 자기결정권은 유효하지 않다.[118]

앞에서 이미 살핀 바와 같이 학계에서도 기본권의 포기가 허용되는가에 대해서는 기본권을 어떻게 이해하느냐에 따라 상이한 견해가 대립되어 있다. 그러나 이러한 견해의 대립과는 무관하게 인간의 존엄은 포기될 수 없다는 데 대해서는 견해가 일치한다.[119] 또한 '인간다운'(menschenwürdiges) 행위에 의해서도 인간존엄의 포기에

116) BVerWG, NVwZ 1990, S. 668ff.

117) BVerWG, NJW 1996, S. 1423ff.

118) 이에 대한 반론은 기본법 제1조 제1항의 기본의무로의 재해석, 객관적 가치질서와 헌법의 인간상이라는 개념에 대한 비판(헌법해석학의 이단), 자기결정과 자유의사의 경시 및 그 밖의 기본권을 고려하지 않음을 내용으로 하는 J.-U. Suchomel, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen, 2010, S. 46ff. 참조.

119) B. Pieroth/B. Schlink, aaO., Rn. 137 참조.

대한 근거를 제시할 수 없다. 인간존엄의 불가침성으로부터 인간존엄의 주체라 하더라도 자신의 인간의 존엄을 처분할 수 없다는 결론이 나온다.[120] 따라서 인간의 존엄은 처분할 수 없는 동시에 상실될 수 없다. 국가가 누군가의 존엄을 빼앗을 수 없듯이[121] 인간 또한 자기 자신의 존엄을 빼앗을 수 없다. 즉 자기결정권은 자기결정권의 처분권을 포함하지 않는다.

Ⅴ. 인간의 존엄과 형량가능성

1. 인간존엄의 절대성

인간의 존엄이 절대적인가라는 문제에 대하여는 기본적으로 다음과 같은 4가지 입장이 있다. 첫째는, 기본법 제1조 제1항은 기본권을 보장하고 있고 절대적으로 효력을 가진다 라는 입장이다.

둘째는, 기본법 제1조 제1항은 기본권을 보장하지 않으나, 절대적 효력을 가진다는 입장이다.[122] 예컨대 뵈켄푀르데 *E.-W. Böckenförde*는 인간의 존엄은 절대적으로, 즉 모든 가능한 침해자에 대하여 존중할 것을 요구하고 있다는 뒤리히[123]의 견해를 본받아 인간존엄성

---

120) J.-U. Suchomol, aaO., S. 155ff.는 자신의 존엄을 처분할 수 있다는 자신의 명제에도 불구하고 동시에 처분의 한계를 인식하고 있다.

121) BVerfGE 87, 209(228).

122) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 4ff.; H. Dreier, in: ders.(hg.), Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 128; V. Neumann, Menschenwürde und psychische Krankheit, KritV 1993, S. 276ff.(288); D. Jaber, Über den mehrfachen Sinn von Menschenwürde-Garantien, Mit besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, 2003, S. 286f.

123) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 3.

보장의 전실정적 기초를 강조한다. 따라서 기본법 제1조 제1항의 성격을 객관적 규범으로 규정해야지 기본권으로 규정할 수는 없다는 것이다. 절대적 효력을 가지는 객관적 규범이라는 것을 확인하기 위하여 뵈켄푀르데는 다음과 같이 말한다. "뒤리히는 (명시적으로 표현하지는 않았지만) 모든 기본권은 제한되고, 또 제한되어야 하며 그리고 형량되고 법질서 내에서 존재하는 반면에, 의도와 표현에 따를 때 인간존엄을 존중하고 보호하라는 명령은 보편적이고 '불가침적으로' 효력을 가져야 한다는 것을 알고 있었다."[124]

셋째는, 기본법 제1조 제1항은 기본권을 보장하고 있으나, 절대적 효력을 갖지는 않는다는 입장이다. 이러한 입장은 인간의 존엄은 기본권을, 그리고 모든 기본권은 '잠정적 당위'(prima facie-Sollen)를 표현하고 있고 그리고 그렇기 때문에 절대적 효력을 요구할 수 없는 원칙으로 취급하는 자들이 주장한다.[125] 이 입장은 결합불가능명제를 확인한다. 왜냐하면 절대성명제가 요청하듯이 인간존엄기본권이 모든 다른 헌법원칙에 대하여 관철되어야 한다면 인간존엄기본권은 인간존엄 보장이 사실상 더 이상 중요하지 않을 수 있을 정도로 축소될 수도 있기 때문이다.[126] 그렇다면 기본법 제1조 제1

---

124) E.-W. Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2006, S. 379ff.(380).

125) M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl.(2007), S. 281f.; M. Kloepfer, Leben und Würde des Menschen, in: P. Badura/H. Dreier(hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 77ff.; ders., Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: C. Starck(hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaβ des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 405ff.(411ff.); Th. Elsner/Kl. Schobert, Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde, DVBl. 2007, S. 278ff.(286) 참조.

항을 절대화하면 그 결과는 보호의 축소에 이르게 된다. 이 견해에 대하여는 아래에서 더 자세하게 다룬다.

넷째는, 기본법 제1조 제1항은 기본권을 보장하고 있지도 않고 절대적 효력을 갖지도 않는다는 입장이다. 이 입장은 예컨대 *W. Brugger*가 대표하고 있다. 이 입장은 인간존엄에 대한 제한은 자유권의 제한으로 분석되기 때문에 인간존엄의 기본권성의 필요성을 문제삼는다. 그러한 한에서 이 입장은 뒤리히의 입장과 일치하고 두 번째 입장과 일치한다. 그러나 뒤리히의 체계와는 반대로 이 모델에 따르면 인간의 존엄에 기본권의 내재적 한계가 적용되어야 한다. 왜냐하면 기본법 제1조 제2항 이하의 기본권규정들에만 기본권의 내재적 한계가 적용되고 인간의 존엄이 제한될 수 없다고 하면 인간존엄의 보장을 가장 잔인하게 축소하는 결과가 될 것이기 때문이다.[127]

이러한 견해 가운데 여전히 압도적 다수설[128]에 따르면 기본법 제1조 제1항은 형량될 수 없고 그래서 인간의 존엄에 대한 제한은 위헌이다. 칸트는 '이성존재'(homo noumenon)로서의 인간은 절대적인 인간의 존엄을 가지나 이성적 자연존재로서의 인간은 그렇지

---

126) M. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, S. 411.

127) W. Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, S. 20f., 23.

128) 많은 것 중에 B. Pieroth/B. Schlink, aaO., Rn, 350, 365; "인간의 존엄은 '불가침'이기 때문에 침해나 다른 종류의 제한은 허용되지 않으며 위헌이다. 또한 '충돌하는 헌법'도 인간의 존엄에 대한 침해를 정당화할 수 없다"고 하는 J. Ipsen, Staatsrecht II. Grundrechte, 11. Aufl.(2008), Rn. 244; W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherung an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, S. 857ff.(858f.); E. Schmidt-Jortzig, Zum Streiten um die korrekte dogmatische Einordnung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jetaedt/P. Axe(hg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 491ff.(505) 참조.

않다고 한다. 그러나 인간은 이성존재임은 물론 또한 자연존재로서의 이중성을 가지고 있기 때문에(이성존재와 자연존재의 사실상 분리불가능성), 인간은 존엄을 가지며 존엄과 더불어 스스로 근본적으로 오로지 자연존재에게만 필요한 정언명령에 복종할 능력을 가진다. 그러나 존엄이 예지계(叡智界) 밖에서도 절대성을 가지는지 여부 그리고 그럼으로써 절대성은 초월성만을 갖지 않는지 여부의 문제는 남게 된다. 인간의 존엄이 또한 실제로 그리고 감각적으로 인지될 수 있게 침해될 수 있는 곳에서만, 즉 감각계(感覺界, mundus sensibilis)에서만 인간존엄의 절대성 명제는 입증되어야 한다.

인간존엄의 절대성은 또한 수단이 아닌 목적 자체의 정식으로부터도 직접적으로 설명되지 않는다.[129] 목적 자체는 '자기목적'(Selbstzweck)에 위반하도록 "단순히 수단"으로서만 취급되어서는 안 된다. 이는 인간의 주체 특성이 원칙적으로 의문시되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 그러므로 인간을 도구화하는 모든 행위가 아직도 여전히 그의 인간존엄에 대한 침해는 아닌 것이다. 인간을 단순한 객체로 취급해야 비로소 인간의 도구화는 인간존엄에 대한 침해인 것이다.[130]

2. 인간존엄의 형량가능성 : 알렉시 *R. Alexy*의 원칙이론

가. 원칙이론의 내용

알렉시의 원칙이론은 규범이론적 기초로서 규범의 구조와 '기본권원칙'(Grundrechtsprinzipien)의 기초로 삼을 수 있다. 알렉시에 따르면 원칙이론은 기본권이론과 논증이론을 필연적 통일체로 결합

129) H. Hofmann, aaO., S. 360.

130) U. Neumanm, Die Menschenwürde als Menschenbürde, in: ders., Recht als Struktur und Argumentation, 2008, S. 35ff.(47) 참조.

한다.[131] 원칙이론은 '규칙'(Regel)과 '원칙'(Prinzip)의 구별을 중심으로 한다.

규칙과 원칙의 구별은 영미의 '법이론'(Rechtstheorie)에서 로널드 도킨 *Ronald Dworkin*이 법실증주의를 비판하면서 발전시켰다.[132] 알렉시가 이러한 구별을 받아들여 그의 「기본권이론」(Theorie der Grundrechte)[133]에서 더욱 발전시켰다.

알렉시는 기본권규범의 구조를 원칙과 규칙으로 나눈다. "원칙은 어떤 것을 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라 상대적으로 가능한 한 높은 정도로 실현하도록 명령하는 규범이다. 따라서 원칙은 '최적화명령'(Optimierungsgebot)이다. 즉 그것은 상이한 정도로 실현될 수 있다는 점, 그리고 그 실현의 명령된 정도가 사실적 가능성뿐만 아니라 법적 가능성에 의해 결정된다는 점이 특징이다. 법적 가능성의 영역은 충돌하는 다른 원칙과 규칙에 의해 결정된다.

그에 반해서 규칙은 항상 실현될 수 있거나 실현될 수 없는 규범이다. 어떤 규칙이 효력이 있다면 그 규칙이 요구하는 바로 그것이 명령되는 것이지, 그 이상이나 그 이하도 아닌 것이다. 따라서 규칙은 사실적 가능성과 법적 가능성의 테두리 안에서 '확정된 것'(Festsetzungen)을 포함한다. 이것은 규칙과 원칙의 구분이 질적 구분이지 정도에 따른 구분이 아니라는 것을 의미한다. 모든 규범은 규칙이나 원칙

---

131) R. Alexy, Hauptelement einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, ARSP 95(2009), S. 151ff.(166). J.-R. Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, 2009, S. 39ff.(40)에 따르면 원칙이론은 법을 그 규범적 기초에서 성찰하고 재구성하려는 시도로 이해될 수 있다.

132) R. Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, S. 22ff.

133) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985(이준일 옮김, 기본권이론, 한길사, 2007). 여기서 사용하는 「기본권이론」의 내용은 이준일의 번역을 주로 사용하였으나, 필자가 새롭게 옮긴 부분도 있다.

가운데 하나가 된다."[134]

즉 원칙은 형량이 가능하고 형량이 필요한 규범임에 반하여, 규칙은 실현될 수 있거나 실현될 수 없는 형량이 불가능한 규범이다. 따라서 원칙에 대한 전형적 법적용형식은 형량이고, 규칙에 대한 전형적 법적용형식은 포섭이다. 형량과 포섭은 법적용의 기본형식이다.

그리고 원칙은 가치와 두 가지 점에서 공통점이 있다. 첫째, 원칙과 가치는 다른 원칙이나 가치와 서로 충돌할 수 있고, 따라서 형량이 필요하다는 점이다. 둘째, 원칙과 가치는 정도에 따라 실현된다는 점이다.[135] 원칙과 가치의 차이는 원칙이 '당위론적'(deontologisch) 측면을 강조한다면, 가치는 '가치론적'(axiologisch) 측면을 강조한다는 점뿐이다. 다만 법학이 당위의 문제를 다루고, 당위의 문제는 원칙의 형태로 더 잘 표현되기 때문에 원칙이론에 근거한다고 한다.[136]

나. 형량법칙과 충돌법칙

기본권의 구조인 원칙은 형량을 포함한다. 형량의 구조는 한편으로는 형량법칙에 의해 그리고 다른 한편으로는 충돌법칙에 의해 파악된다. 형량법칙은 좁은 의미의 비례원칙, 즉 법적 가능성에 대한 최적화의 이념을 배경으로 하는 '균형원칙'(Grundsatzz der Proportionalität)과 관계가 있다. 형량법칙은 "어떤 하나의 원칙에 대한 비실현 또는 제약의 정도가 크면 클수록 다른 원칙의 실현의 중요성이 그만큼 커야만 한다"[137]는 것을 내용으로 한다.

---

134) R. Alexy, Ibid, S. 75ff.
135) R. Alexy, Ibid, S. 125.
136) R. Alexy, Ibid, S. 133.
137) R. Alexy, Ibid, S. 146.

충돌법칙도 원칙의 충돌 – 규칙과 원칙의 차이는 원칙충돌과 규칙충돌 시에 가장 분명하게 나타난다[138] – 을 해결하기 위하여 조건부 우열관계에 대한 우선명제를 요구하는 최적화명령으로서의 원칙의 성격을 표현한다. 최적화과제의 본질은 조건부 우위관계를 올바르게 확정하는 데 있다.[139] 충돌법칙은 다음과 같은 규칙으로 표현된다. "원칙 P_1이 원칙 P_2에 사정 C에서 우선하고, 즉 (P_1 **P** P_2) C이고 사정 C에서 P_1으로부터 법률효과 R이 발생한다면 구성요건으로서 C는 법률효과로서 R을 내포한다, 즉 C → R이다."[140]

그에 반하여 규칙충돌은 "갈등을 제거하는 예외조항이 갈등을 일으킨 규칙들 가운에 하나에 부가되거나 갈등을 일으킨 규칙들 가운데 하나가 무효가" 됨으로써만 해결된다.[141] 예외조항은 규칙에 대하여 절대적 우위를 가진다. 규칙에 대한 예외는 모두 열거할 수 없기 때문에,[142] 규칙도 '잠정적 성격'(frima facie-Charakter)을 갖는다. 그러나 규칙의 잠정적 성격은 원칙의 잠정적 성격보다 강하다. 규칙과 원칙이 상이한 잠정적 성격을 갖는 이유는 규칙의 '무효화 가능성'(defeasibility)에 그 원인이 있다.[143] 원칙은 무효가 될 수 없다. 즉 원칙이 충돌하는 경우 후퇴하는 원칙은 무효로 선언되어서도 안 되고 후퇴하는 원칙에 예외조항이 부가되어서도 안 된다. 규칙충돌

---

138) R. Alexy, Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio 17(2001), S. 69ff.(70).

139) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 77.

140) R. Alexy, Ibid, S. 83.

141) R. Alexy, Ibid, S. 77.

142) 어떤 사건을 결정하는 경우에 규칙에 예외규정을 삽입하는 것은 언제나 가능하다(R. Alexy, Ibid, S. 88).

143) 무효화가능성의 개념에 대하여는 P.-H. Wang, Defeasibility in der juristischen Begründung, 2004, S. 13ff.

과는 반대로 원칙충돌은 효력의 차원이 아닌 중요성의 차원에서 발생하는 것이기 때문이다.[144)]

다. 원칙개념과 원칙이론에 대한 반론과 재반론

(1) 원칙개념[145)]에 대한 반론과 재반론

알렉시는 원칙은 형량될 수 있고 형량을 필요로 하는 규범이라는 원칙개념에 대한 반론을 무효인 원칙의 존재, 절대적 원칙의 존재, 원칙개념의 광의성의 세 가지[146)]를 들고 그 각각에 대하여 다음과 같이 답하고 있다. 우선, 무효인 원칙이 존재한다는 반론에 대해서는 원칙의 충돌이 발생하기 때문에 법질서 외부에 위치하는 무효인 원칙은 처음부터 원칙충돌의 범위에 포함되지 않는다고 한다. 다음으로, 인간존엄의 원칙과 같이 언제나 우선하는 절대적 원칙이 존재한다는 반론에 대해서는 원칙으로서의 인간존엄과 규칙으로서의 인간존엄을 구분해야 하고, 대부분 절대적 우월성을 갖는 것으로 보이는 것은 규칙으로서의 인간존엄에 근거한다고 대답한다. 마지막으로, 원칙으로 포괄되는 이익이 지나치게 광범위한다는 반론에 대해서는 원칙에 대한 넓은 개념이 적절하다고 응수한다.

(2) 원칙이론에 대한 반론과 재반론

알렉시는 원칙이론에 대한 반론을 처음에는 철학적, 방법론적 그리고 법해석학적 반론의 3가지로 나누었으나,[147)] 후에는 다음과 같

---

144) R. Alexy, Theorie der Grundrechrte, S. 79.

145) 이준일, 분석적 자유주의자의 기본권이해, (로버트 알렉시, 기본권이론, 이준일 역, 한길사, 2007, 11쪽 이하(16, 17 쪽). 그리고 같은 글에서 이준일은 Begriff des Prinzips(16쪽)과 Prinzipientheorie(185쪽 이하)을 모두 '원칙이론'으로 옮기고 있는데, 16쪽의 해석은 '원칙이론'이 아니라 '원칙개념'으로 정정하는 것이 옳을 것으로 보인다.

146) R. Alexy, Theorie der Grundrechrte, S. 93ff.

이 7개 군으로 나눌 것을 추천하고 있다.[148] ① 원칙의 존재와 구조, 원칙과 규칙의 구별을 문제삼는 규범이론적 반론이다. 원칙의 규범성에 대한 원칙적인 비판 외에[149] 이 반론은 특히 규칙과 원칙을 구별하는 엄격한 분리명제를 문제삼는다. 엄격한 분리명제에 반대하여 이 반론은 약한 분리명제 또는 일치명제를 주장한다. 약한 분리명제에 따르면 규칙과 원칙 사이에는 정도의 차이가 있을 뿐이다. 일치명제는 규칙과 원칙 사이에 도대체 구조적 차이가 존재한

147) R. Alexy, Ibid, S. 136ff. 첫째는, 가치는 독립적 실재로서 그에 대한 인식은 직관으로 가능하다는 철학적 반론이다. 이러한 견해에 대해서는 그러한 직관으로 얻은 인식이 상이하여 결국은 주관주의로 흐를 수 있다고 하면서, 가치는 자명한 것으로서 직관의 대상이 아니라 논증의 대상이라고 한다. 둘째는, 가치서열질서와 형량에 대해 비판적인 방법론적 반론이다. 이러한 견해에 대해서 알렉시는 다음과 같이 대답한다. 원칙이론에서 말하는 가치서열은 추상적 서열이 아니라 잠정적 서열이다. 그리고 그러한 서열은 구체적 사안에서 형량에 따라 확정적인 것이 된다. 문제는 이러한 형량과정에서 통제가능한 방법론이 존재하는지 하는 점이다. 조건부 우열관계를 확정하는 과정으로서 형량은 주관적 결단의 과정이 아니라 합리적 형량의 논증의 과정이다. 알렉시는 이를 위해 다음과 같은 형량의 법칙을 제시한다. "어떤 하나의 원칙에 대한 비실현 또는 제약의 정도가 크면 클수록 다른 원칙의 실현의 중요성도 그만큼 커야만 한다." 이러한 형량법칙이 형량결정을 도출하지는 않는다. 그러나 형량과정에서 무엇을 논증해야 하는지에 대해서는 분명하게 밝혀준다. 셋째로, 이 이론은 자유주의적 기본권이론을 파괴할 뿐만 아니리 법치국가적 요청에도 반한다는 법해석학적 반론이다. 그러나 전자의 법해석학적 반론은 자유를 원칙으로 이해하는 견해가 반드시 자유주의와 반대되는 것이 아니라 자유에 대한 어떠한 이해에 대해서도 중립적이라는 점에서, 후자의 법해석학적 반론은 원칙수준이 규칙수준으로 보완될 수 있다고 대답한다.

148) R. Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, in: L. Clérco/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, 2009, S. 9ff.(12f.); ders., Ideales Sollen, in: L. Clérco/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, 2009, S. 21ff.(21).

149) J. H. Klement, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, JZ 2008, S. 756ff.(760) 참조.

다는 것을 부정한다.[150] 물론 엄격한 분리명제를 방어하는 학자들 사이에서도 올바른 원칙의 정의를 둘러싸고 다툼이 있다. 그렇게 해서 원칙을 최적화명령으로 정의한 것이 문제를 야기한다. 최적화명령은 실현될 수 있거나 또는 실현될 수 없기 때문에 형량될 수 없다는 것이다.[151] 그러므로 최적화명령은 확정적인 명령, 즉 규칙이라는 것이다. 지크만 *J. R. Sieckmann*에 따르면 규칙과 원칙의 구별은 규범이론적 문제라기보다는 오히려 효력이론적 구상과 관련이 있다. 그 밖에 원칙은 규범적 논거로서 "형량의 대상일 뿐만 아니라 또한 형량판단의 근거이기도"[152] 하다고 한다. 이러한 비판 때문에 이제 알렉시는 최적화명령을 '최적화할 명령'(dem Gebot zu optimieren)과 '최적화하는 명령'(zu optimierende Gebot)으로 구별한다.[153] 형량의 대상으로서 원칙은 최적화하는 명령이라는 것이다.[154] 최적화하는 명령은 이상적 당위나 잠정적 당위를, 최적화명령은 현실적 당위를 표현한다. 알렉시의 이러한 분류에 대해서는 이상적 당위는 존재하지 않고 그리고 그렇기 때문에 원칙이론은 불필요하다는 이의가 제기된다.[155] ② 형량이 합리적 근거제시 또는 논증인가의 문제를 둘러싼 논증이론적 반론이다. 논증이론적 반론은 비합리주의

150) 이에 대하여는 M. Borowski, aaO., S. 71 참조.

151) J. R. Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 65.

152) J. R. Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: ders.(hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, 2007, S. 17ff.(22).

153) R. Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk(hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 31ff.(38f).

154) R. Alexy, Ibid, S. 39.

155) R. Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: J. R. Sieckmann(hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, 2007, S. 59ff.(69f).

반론으로서 다음과 같이 표현된다. 즉 형량은 '합리적 척도'를 결여하고 있기 때문에 형량에는 비합리적 판단의 위험이 포함되어 있다.[156] ③ 형량에는 기본권해체 또는 기본권축소의 위험이 있다는 기본권해석론적 반론이다. ④ 세 번째 반론과는 반대로 기본권확대를 우려하는 제도적 반론이다. 그에 따르면 의회에 의한 입법국가를 헌법재판소에 의한 사법국가로 변화시키는 제도적 결과를 가져온다고 한다. ⑤ 원칙구조가 실정법상의 기본권목록의 올바른 해석이라는 것에 대하여 논거가 제시될 수 있는가 그리고 어떻게 논거가 제시될 수 있는가 여부를 문제삼는 해석이론적 반론이다. ⑥ 원칙이론은 헌법과 법률에의 기속을 무효화시키고 법의 단계구조를 해체한다고 비판하는 효력이론적 반론이다. ⑦ 원칙이론은 기본권해석론으로서는 쓸모없고 불충분하다고 주장하는 학문이론적 반론이다.

이러한 반론들에 대해서 알렉시 자신과 그의 추종자들은 다음과 같이 재반론한다. ① 규범이론적 반론에 대해서는 원칙은 최적화명령이라는 정의가 고수된다. 그 이유는 그러한 정의가 "생각할 수 있는 가장 단순한 방법으로 원칙에서 문제되는 것을 표현하기" 때문이라고 한다.[157] 그 밖에도 최적화하는 명령은 최적화할 명령을 포함하고, 그 역(逆)도 타당하다고 한다.[158] 따라서 원칙은 현실적 차원과 이상적 차원을 서로 결합하고 단계적으로 실현할 수 있으며 규칙과는 반대로 중요성의 차원을 제시한다는 것은 고수되어야 한다고 한다. ② 비합리주의비판에 대해서는 알렉시가 형량은 합리적

156) J. Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 315f.

157) R. Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 39.

158) R. Alexy, Ibid, S. 39.

담론의 논거형식으로 입증된다는 것을 엄수한다고 한다.[159] ③ 기본권해석론적 반론과 제도적 반론에 대해서는 원칙이론이 영역문제에 대한 적절한 해결책이 될 수 있다면, 원칙이론으로써 기본질서로서의 헌법과 윤곽질서로서의 헌법 사이에 균형이 유지될 수 있다고 한다. ④ 해석이론적 반론과 효력이론적 반론 그리고 학문이론적 반론에 대해서는 모든 기본권을 원칙으로 해석하면 된다고 한다.[160]

3. 원칙이론과 인간의 존엄

가. 원칙/규칙모델

기본권을 어떤 규범으로 볼 것인지에 대해서는 세 가지 모델이 있다. 즉 순수원칙모델, 순수규칙모델, 원칙/규칙모델이 있다. 순수원칙모델에 따르면 기본권은 형량이 필요한 순수한 원칙이다. 그러나 기본권제한에 관한 일반적 유보조항을 두지 않고 개별적 유보조항만을 두고 있는 독일기본법의 경우에는 기본권을 원칙으로 보게 되면 헌법의 명시적 제한규정을 진지하게 고려하지 않은 채 모든 기본권을 형량으로 제한할 수 있다는 점에서 비판을 받을 수 있다.[161] 순수규칙모델에 따르면 기본권은 형량이 필요 없는 순수규칙이다. 그러나 유보 없는 기본권, 단순유보된 기본권, 가중유보된 기본권으로 세분하여 기본권을 제한하는 기본법의 경우에도 기본권제한의 정당성이 문제될 때에는 언제나 형량이 문제된다는 점에서 순수규칙모델에 대한 비판이 가능하다.[162] 원칙/규칙모델에 따르면 기본권은 이중성이 있다.[163] 기본권은 우선적으로 형량이 필

159) R. Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, S. 19.
160) M. Borowski, aaO., S. 131ff.가 그 대표적 예이다.
161) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 104f.
162) R. Alexy, Ibid, S. 106ff.

요한 원칙이지만 그것이 형량이 된 후에는 규칙으로 바뀔 수 있기 때문이다. 이러한 통합모델이 기본권을 이해하는 데 적절한 것으로 평가받는다.[164]

알렉시는 규칙과 원칙을 규범이론적으로 구별하는 것에서 출발하여 기본법 제1조 제1항은 규칙성격뿐만 아니라 원칙성격도 갖는다고 한다.[165] 그런데도 기본법은 적어도 하나의 절대적 원칙을 규정한다고 생각하면서 그것을 논증하기 위해 기본법 제1조 제1항 제1문 "인간의 존엄은 불가침이다"라는 조문을 지적할지도 모른다. 기본법 제1조 제1항 제1문은 절대성의 인상을 주는게 사실이다.[166] 그러나 이러한 인상을 주는 근거는 이러한 기본권규정을 통해서 절대적 원칙이 규정되어 있기 때문이라기보다는 인간존엄규범이 때로는 규칙으로, 때로는 원칙으로 다루어지고 있기 때문이다. 즉 인간존엄원칙을 위해서는 전제조건들의 포괄적인 집합이 존재하는데 그러한 조건들 가운데는 인간존엄원칙이 서로 충돌하는 원칙보다 우선하는 것이 매우 확실한 것들이 존재하는 것이다. 이와 같은 조건들에 의해 정의된 영역, 즉 이러한 조건들에 상응하는 규칙들에 의해 보호되는 영역이 연방헌법재판소가 '절대적으로 보호되는 사적 생활형성의 핵심영역'[167]"이라고 불렀던 영역이다.

인간존엄규범의 규칙성격이 보여주는 바는 바로 이 규범이 문제되는 사안에서 문제가 되는 것이 이 규범이 다른 규범보다 우선하

---

163) R. Alexy, Ibid, S. 117.

164) 이준일, 앞의 논문, 17·18면.

165) R. Alexy, Theorie der Grundrechtre , S. 95.

166) 이는 인간의 존엄에 대한 제한은 이미 인간의 존엄에 대한 침해를 의미한다는 압도적 다수설의 입장과 일치한다. 그에 따르면 인간의 존엄에 대한 제한은 배제된다. 인간의 존엄이 절대적 효력을 갖는다면 어떤 상황에서도 인간의 존엄에 대한 제한은 허용되지 않을 것이다.

167) BVerfGE 34, 238(245).

는지 여부가 아니라,[168] 단지 이 규범이 침해받았는지 여부라는 점이다. 물론 인간존엄규범의 개방성이라는 측면에서 이러한 문제에 답변하는 경우에 넓은 재량영역이 존재한다. 도청판례에서 연방헌법재판소가 설명한 바는 많은 정보를 준다. "기본법 제1조에서 언급된 인간존엄의 불가침성에 관한 원칙이 문제되는 경우에 모든 것은 어떠한 사정에서 인간존엄이 침해될 수 있는지에 대해서 확정하는 것에 따라 결정된다. 분명히 그것은 일반적으로 말할 수 없고, 항상 오로지 구체적 사안을 고려해서만 말할 수 있다."[169] … "재판에 의한 보호의 배제가 인격체를 학대하거나 모멸함으로써가 아니라 민주적 질서의 보호나 국가의 존립을 보호하기 위한 조치에 대한 비밀유지의 필요성에 의한 동기에 따라 촉발된 경우에는 언제든지 인간존엄은 침해당하지 않게 될 것이다. … 인간존엄의 원칙은 국가보호의 원칙보다 우선할 것이다."[170] 이것은 다음과 같이 일반화될 수 있다. 원칙의 수준에서 인간존엄이 우선한다면, 규칙수준에서는 인간존엄이 침해된다.

인간존엄원칙이 인간존엄규칙의 내용을 확정하기 위한 목적으로 다른 원칙들과 형량된다는 점은 종신형에 관한 판례에서 특히 분명하게 나타난다. "인간존엄은 … 형벌의 집행이 수형자의 지속적인 위험성 때문에 필수적이고 이러한 근거에서 사면을 금지하는 경우에도 침해되지 않는다."[171] 이러한 표현에서 확정할 수 있는 바는 '국가공동체'의 보호가 앞에서 인용한 조건에서는 인간존엄원칙보다 우선한다는 점이다. 다른 조건이 존재한다면 우열관계는 다르게

168) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 95.
169) BVerfGE 30, 1(25).
170) BVerfGE 30, 1(27).
171) BVerfGE 45, 187(242).

결정될 수 있다.[172]

"인간존엄원칙과 서로 충돌하는 원칙과의 우열관계는 인간존엄규칙에 관한 내용을 결정한다. 절대적인 것은 원칙이 아니라 의미론적 개방성의 측면에서 고려되는 어떠한 우열관계에서도 제한이 필요없는 규칙인 것이다. 인간존엄원칙은 상이한 정도로 실현될 수 있다. 그것이 일정한 조건에서 상당히 확실하게 다른 모든 원칙보다 우선한다는 점은 원칙의 절대성을 정당화하지 않고, 단지 일정한 조건에서 인간존엄이 우선하는 우열관계에 대한 반대되는 헌법적 근거가 거의 존재하지 않는다는 것을 의미할 뿐이다. 그러나 그와 같은 핵심적 지위이론은 다른 기본권규범에도 역시 타당하다. 따라서 인간존엄규범은 절대적 원칙이 아니라고 할 수 있다. 절대성이라는 인상은 두 가지의 인간존엄규범, 즉 인간존엄규칙과 인간존엄원칙이 존재한다는 사실에서 나오고, 또한 인간존엄원칙이 거의 확실하게 다른 모든 원칙에 우선하는 일련의 조건들이 존재한다는 사실에서 나온다."[173]

그러므로 절대성의 문제는 인간존엄보장이 규칙의 구조를 갖는가 원칙의 구조를 갖는가라는 문제로 환원될 수 있다. 원칙이론을 토대로 하는 경우 절대적 원칙이 아니라 제한될 수 있는 권리인 인간존엄규범, 인간존엄원칙이 존재할 뿐이다. "절대적 원칙이 존재한다면 원칙의 개념정의가 바뀌어야 한다."[174] 왜냐하면 절대적 원칙에 대해서는 '충돌정률'(Kollisionstheorem)이 적용될 수 없을 것이기 때문이다. 절대적 원칙은 다른 원칙들에 대한 관계에서 결코 우위를 점하지 못할 것이다.[175] 그 이유는 원칙충돌의 경우 절대적 우위

172) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 96.
173) R. Alexy, Ibid, S. 97.
174) R. Alexy, Ibid, S. 94.

관계가 아닌 사건의 모든 상황을 고려하여 조건부 우위관계만을 확정할 수 있다는 데 있다. 절대적 원칙은 상이한 정도로 실현될 수 있는 것이 아니라 항상 실현될 수 있거나 실현될 수 없거나 한 것이기 때문에, 절대적 원칙은 규칙이거나 또는 "최소한 충돌정률은 절대적 원칙과 규칙을 구별하기 위해서는 적합하지 않다."[176]

따라서 인간존엄원칙의 절대성은 단순히 외견상의 절대성에 지나지 않는다. 다만 인간의 존엄은 다른 모든 원칙들을 압도하는 고도의 추상적 중요성을 가지고, 이러한 고도의 추상적 중요성 때문에 정상적인 상황에서는 인간의 존엄을 절대적으로 보호하여야 한다고 할 수 있다.[177] 그러나 이러한 이야기는 아주 극단적인 상황에서도 인간존엄원칙이 후퇴될 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다.

나. 원칙/규칙 모델의 인간존엄규정에의 적용

(1) 내용

따라서 두 개의 인간존엄규범에서, 즉 인간존엄규칙과 인간존엄원칙에서 출발해야 한다. 이러한 가능성은 '기본권규정'(Grundrechtsbestimmungen)[178]의 일반적 이중성을 근거로 하여 성립한다. 간단히 이야기하면 의미론적 규범개념에 있어 구성적인(본질을 규정하는) 규범명제와 규범을 구별하는 데서 시작하면 기본권규정은 기본권을 표현하는 기본법조문에 포함된 명제이다. 그밖에도 기본권규

175) R. Alexy, Ibid, S. 93.

176) R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 177ff.(199).

177) R. Alexy, Rheorie der Grundrechte, S. 272 참조.

178) 알렉시의 용어사용에서 기본권규정은 "기본법 제1조 내지 제19조에 표현된 명제와 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 개인적 권리를 보장하는 명제들이다."(R. Alexy, Ibid, S. 56).

정은 해석을 통하여 그것에 기본권규범들이 편입될 수 있는 기본법의 명제이다.[179] 기본권규정의 이중성은 기본권규정을 통하여 원칙과 규칙이 모두 확정될 수 있다는 데 그 본질이 있다. 즉 "기본권규정을 통해서 한편으로는 원칙이 실정법화되는 것이지만 다른 한편으로는 보장에 관한 구성요건과 제한조항이 서로 다르기 때문에 충돌하는 다른 요청들의 요청에 따라 상대적인 확정적 내용을 포함하게 된다. … 기본권규정을 통해서 어떤 확정적 내용이 서로 충돌하는 다른 원칙들의 요청에 따라 상대적으로 결정되었다면 기본권규정을 통해서 어떤 원칙이 규정된 것뿐만 아니라 규칙도 규정된 것이다."[180] 직접 규정된 규칙은 형량 없이 적용될 수 없기 때문에 직접 규정된 규칙은 대부분 불완전하다. 이 경우에는 원칙 차원에서 다시 시작하여야 한다. 그러나 이는 확정된 것을 진지하게 여기라는 것에 영향을 주지는 않는다. 확정된 것을 진지하게 여기라는 것은 헌법의 문언을 진지하게 여기라는 것을 의미한다.[181] 이러한 의미에서 인간의 존엄과 관련하여 불가침정식에서 그리고 인간의 존엄에 대한 제한은 이미 인간의 존엄에 대한 침해라는 명제에서 인간존엄의 규칙차원이 표현된다. 알렉시는 한편으로는 인간존엄규범의 구성요건에 불문의 제한규정을 도입하는 것을 막을 수 있다는 점에서, 다른 한편으로는 그럼에도 불구하고 인간존엄원칙과 다른 원칙들을 형량할 수 있다는 점에서 이러한 구성의 장점을 보고 있다.[182]

물론 기본법 제1조 제1항의 문언이 어떤 확정된 내용을 나타내

179) R. Alexy, Grundrechtsnorm und Grundrecht, in: Rechtstheorie, Beiheft 13(2000), S. 101ff.(110).

180) R. Alexy, Theoroe der Grundrechte, S. 121.

181) R. Alexy, Ibid, S. 121: "헌법의 문언을 진지하게 여기라는 요청은 헌법에의 기속 요청의 한 부분이다."

182) R. Alexy, Ibid, S. 97, Fn. 69.

보일지는 불확실하다. 이와 관련된 문제는 인간존엄에 대한 침해를 어떻게 확정할 것인가라는 문제이다. 인간의 존엄에 대한 침해를 확정하기 전에 인간존엄의 내용에 대한 확정이 반드시 선행되어야 한다. 그러나 인간존엄의 개념은 매우 불확정적이기 때문에 직접 기본권규정에 의하여 규정된 인간존엄규칙은 의미론적으로 개방적이다. 이러한 개방영역 때문에 언제 인간의 존엄이 침해되었는가를 확정하는 데는 넓은 활동의 여지가 열려 있다. "이와 같은 것을 확정함에 있어 형량의 가능성이 성립한다."[183] 그러나 형량은 원칙 차원에서 행해지기 때문에 기본권에 직접적인 규칙 차원은 침해되지 않은 채 남아 있게 된다. 인간존엄규칙은 그 의미론적 개방성 때문에 제한을 필요로 하지 않으므로 절대적 인간존엄규칙에서 출발할 수 있게 된다.

(2) 반론

원칙/규칙 모델을 인간존엄규정에 적용하는 데 대해서는 세 가지 점에서 반론이 제기된다. 첫째는 인간존엄의 개념이 확정되어 있다는 반론이다. 엔더스 *Chr. Enders*에 따르면 인간존엄의 개념에는 이미 그 절대성의 요구가 표현되고 있다.[184] 문언에 따라 기본법 제1조 제1항의 절대적 언명은 보호영역과 제한이라는 기본권해석론의 체계를 파괴한다.[185] 그밖에도 알렉시는 바로 규칙을 형량을 하지 않고 적용될 수 있다는 것을 통하여 정의하기 때문에 절대적 원칙이라는 알렉시의 표현은 동의어 반복에 지나지 않는다.[186] 거의 모든 규칙은 예외를 필요로 하나, 그럼에도 불구하고 "항상 실현될 수

183) R. Alexy, Ibid, S. 96.
184) Chr. Enders, aaO., S. 102ff.
185) Chr. Enders, aaO., S. 104.
186) Chr. Enders, aaO., S. 108, 302, Fn. 52.

있거나 실현될 수 없다"[187]는 그의 주장은 반박된다.

둘째는 헌법 내에서 기본법 제1조 제1항이 가지는 특별한 지위를 근거로 한 반론이다. 이러한 반론은 여러 근거를 가지고 제기된다. 한편으로는 기본법 제1조 제1항의 기본권성을 문제삼으면서 주관적 권리를 규정하지 않아야만 헌법질서 내에서 인간존엄이 가지는 특별한 지위가 확보될 것이라는 주장이 있다.[188] 다른 한편으로는 존엄규범은 알렉시의 명제와는 반대로 기본권에 대하여 구조적 차이를 나타내고 있다는 주장이 있다. 즉 인간의 존엄은 규칙과 마찬가지로 항상 우선하나 인간의 존엄은 기본권최적화의 대상이 아니라 기본권최적화를 판단하는 척도라는 것이다.[189]

셋째는 헌법의 문언은 인간의 존엄을 규정하는 단 하나의 규범만을 가지고 있다는 반론이다. 그러므로 두 개의 인간존엄규범에서 출발하는 것은 문제점이 있다는 것이다. 그밖에도 이 반론은 형량의 결과 얻어진 인간존엄 보장의 규칙내용을 그때그때 사건에 따라 변화시키고 고정된 규칙이 인간존엄의 고정된 '본문'(Text)에 편입될 수 없다는 것을 비판한다.[190] 이러한 견해에 따르면 존엄보장 자체는 형량의 결과인 조건부 확정을 내용으로 하지 않는다. 만일 형량의 결과인 규칙이 존엄보장 자체의 구성부분이라면 규칙은 변화될 수 있을 것이고 이는 인간존엄의 불가침성과 결합될 수 없을 것이다.[191]

---

187) R. Alexy, Theorie der Grubdrechte, S. 76.

188) Chr. Enders, aaO., S. 110.

189) T. Geddert-Steinacher, aaO., S. 129.

190) K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, 1999, S. 253, Fn. 194.

191) K.-E. Hain, Ibid, S. 165, Fn. 380.

(3) 사견

기본권을 원칙/규칙으로 보는 알렉시의 견해와 그에 대한 반론과 재반론에 대해서는 앞에서 살펴보았다. 개인적으로는 알렉시의 견해와 반론에 대한 재반론보다 반론이 더 설득력을 가지는 것으로 보인다. 그 이유를 상세하게 논하는 것은 이곳에서는 하지 않는다. 그러나 인간존엄규정에 원칙/규칙모델을 적용하는 데 대해서는 앞의 반론에 더하여 사견을 첨가하는 것이 이 글의 주제와 관련하여 반드시 필요할 것으로 생각된다. 우선, 기본법의 문언에 따르면 인간의 존엄은 불가침인 반면(제1조 제1항 제1문), 다른 기본권들은 본질적 내용만이 불가침이며(제19조 제2항), 인간의 존엄에만 특별한 기본권기속력, 즉 대국가적 효력을 규정하고 있는 반면(제1조 제1항 제2문), 다른 기본권들에는 공통된 기본권기속력을 규정하고 있다(제1조 제3항). 다음으로, 알렉시는 인간의 존엄에 원칙규범과 규칙규범의 두 가지 성격이 공존하고 있어서 인간의 존엄은 확정된 것이 아니기 때문에 원칙이며 그것이 확정된 것을 포함하는 규칙이 되기 위해서는 형량이 필요하다고 한다. 그러나 필자의 입장에서는 인간의 존엄은 주관적 권리성, 즉 자기결정권으로서의 성격을 가지고 있고 그 내용은 이미 확정되어 있기 때문에 그러한 한에서는 그 적용에서 형량이 필요한 것이 아니라 포섭이 문제된다고 할 수 있다. 셋째로, 알렉시도 인정하듯이 인간의 존엄은 다른 모든 원칙들을 압도하는 고도의 추상적 중요성을 가지고, 이러한 고도의 추상적 중요성 때문에 정상적인 상황에서는 인간의 존엄을 절대적으로 보호하여야 한다고 할 수 있다.[192] 그리고 이러한 이야기는 아주 극단적인 상황에서도 인간존엄의 원칙이 후퇴될 수 없다는 것을 의미

192) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 272 참조.

하는 것은 아니라 하더라도, – 모든 법은 원칙적으로 정상적인 상황을 전제로 하기 때문에 – 정상적인 상황에서 인간의 존엄을 절대적으로 보호하여야 한다는 것은 인간존엄의 절대성, 즉 인간존엄원칙의 절대성을 인정하는 것이고, 그렇다면 알렉시의 말과는 달리 절대적 원칙이 존재하는 것이기 때문에, 원칙의 개념정의가 바뀌어야 한다. 더 나아가 예컨대 기본법 제9조 제3항에 따라 개별기본권인 근로단체결성권과 경제단체결성권을 제한하거나 방해하려는 협정은 – 아주 극단적인 상황에서도 – 무효이며, 이를 목적으로 하는 조치가 위법이라면, 이러한 기본권의 근거가 되는 인간의 존엄에 대해서도 같은 이야기를 할 수 있다. 즉 아주 극단적인 상황에서도 인간의 존엄은 후퇴될 수 없다고 보아야 한다. 그렇다면 인간의 존엄은 그것이 근본규범이든, 기본권적 가치체계의 기초이든, 헌법의 최고조직원리이든, 최고의 근본적 기본권인 자기결정권이든 모두 절대성이 인정되어야 할 것이다.

Ⅵ. 요 약

이상을 간단히 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 인간의 존엄은 근대의 산물이고, 그렇기 때문에 계몽철학, 특히 칸트의 도덕철학을 토대로 하여 파악되어야 한다. 둘째, 법개념으로서의 인간의 '존엄'의 본질적 개념징표는 도덕적·이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행위에 대한 자기결정이다. 셋째, 인간의 존엄은 근본규범으로서의 성격, 다른 기본권에 기초를 제공하는 성격, 헌법의 최고조직원리로서의 성격(이상 객관법적

성격) 및 최고기본권인 자기결정권으로서의 성격(구체적 기본권성)을 가진다. 넷째, 특별기본권으로 기능하는 자기결정권은 포기할 수도 처분할 수도 없다. 다섯째, 객관법적 성격과 주관적 기본권성을 가진 인간의 존엄은 절대성을 지니고 그럼으로써 형량될 수 없다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

김성호, 칸트의 목적 자체의 정식에 관한 연구, 고려대학교 대학원 철학박사학위 청구논문, 1993.

로버트 알렉시, 기본권이론, 이준일 역, 한길사, 2007.

한스 켈젠; 순수법학, 변종필·최희수 역, 길안사, 1999.

홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.

_____, 헌법학(중), 박영사, 2015.

이준일, "분석적 자유주의자의 기본권이해", 로버트 알렉시, 기본권이론, 이준일 역, 한길사, 2007, 11쪽 이하.

2. 국외문헌

Adammovich, Ludwig; Ethik in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: M. Fischer(hg.), Der Begriff der Menschenwürde, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2005, S. 19ff.

Alexy, Robert; Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

_____; Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 262ff.

_____; Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 177ff.

_____; Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk(hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 31ff.

_____; Grundrechtsnorm und Grundrecht, in: Rechtstheorie, Beiheft 13 (2000), S. 101ff.

_____; Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: Jahresbericht des

Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio 17(2001), S. 69ff.

_____; Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition, in: ders.(hg.), Intergratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, S. 95ff.

_____; Kants Begriff des praktischen Gesetzes, in: O. Behrends(hg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung. 13. Symposion der Kommission "Die Funktionen des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart", Göttingen 2006, S. 197ff.

_____; Die Konstruktion der Grundrechte, in: L. Clérco/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Badwn-Baden 2009, S. 9ff.

_____; Ideales Sollen, in: L. Clérco/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 21ff.

_____; Hauptelement einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, ARSP 95 (2009), S. 151ff.

Bayertz, K.; Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, ARSP 1995, S. 465ff.

Behrendt, Richard F.; Menschenwürde als Probleme der sozialen Wirklichkeit. Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit - 1B, Hannover 1967.

Benda, Ernst; Die Menschenwürde, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel(hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. 1, Berlin/New York 1984, S. 107ff.

Bielefeldt, Heiner; Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie. Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes, Würzburg 1991.

Bleckmann, Albert; Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S. 57ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang; Böckenförde, Zur Eröffnung, in: E.-R. Böckenförde/ R. Spaemann(hg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart 1987, S. 11ff.

_____; Menschenwürde als normatives Prinzip – Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2005, S. 809ff.

_____; Die Würde des Menschen war unantastbar. Zu Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 2006, S. 379ff.

Borowski, Martin; Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 2. Aufl.(2007).

Brüggemann, Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht, Münster 1965.

Brugger, Winfried; Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, Baden-Baden 1997.

Bydlinsky, Franz; Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988.

Coing, Helmut; Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, SJZ 1947, S 641ff.

Dreier, Horst; Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: K. Seelmann(hg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, ARSP Beiheft 101, 2004, S. 33ff.

_____; (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübinbgen 2004.

Dreier, Ralf; Recht und Moral, in: ders., Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981, S. 180ff.

_____; Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants. Kants Rechtsphilosophie im Kontext seiner Moralphilosophie, in: ders., Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981, S. 286ff.

_____; Recht und Gerechtigkeit, in: ders., Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt am Main 1991, S. 8ff.

Drews, Claudia; Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, Baden-Baden

2005.

Dürig, Günter; Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 II des Grundgesetzes, AöR 81(1956), S. 117ff.

_____; in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, Art. 1 Abs. I (Erstbearbeitung), München 1958.

Dworkin, Ronald; Taking Rights Seriously, Cambridge/Mass. 1978.

Elsner, Thomas/Schobert, Klara; Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde, DVBl. 2007, S. 278ff.

Enders, Christoph; Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997.

Fikentscher, Wolfgang; Die heutige Bedeutungs des nichtsäkularen Ursprungs der Grundrechte, in: E.-W. Böckenförde/R. Spaemann(hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart 1987, S. 43ff.

Geddert-Steinacher, Tatjana; Menschenwürde als Verfassungsbegriff – Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin. 1990.

Gröschner, Rolf; Menschenwürde als Konstitutionsprinzip, in: A. Siegetsleitner/ N. Knoepffler(hg.), Menschenwürde im interkuturellen Dialog, Freiburg/ München 2005, S. 17ff.

Habermas, Jürgen; Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.

Hain, Karl-Eberhard; Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden 1999.

Höfling, Wolfram; Offene Grundrechtsinterpretation – Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, Berlin 1987.

_____; Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherung an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, S. 857ff.

Hofmann, Hasso; Die versprochne Menschenwürde, AöR 118(1993), S. 353ff.

Hruschka, Joachim; Die Würde des Menschen bei Kant, ARSP 88(2002), S. 463ff.

Hufen, Friedhelm; Staatsrcht II, 2. Aufl., München 2009.

Ipsen, Jörn; Staatsrecht II. Grundrechte, 11. Aufl., Köln/München 2008.

Isensee, Josef; Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131(2006), S. 173ff.

Jaber, Dunja; Über den mehrfachen Sinn von Menschenwürde-Garantien, Mit besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Frnkfurt am Main 2003.

Kant, Immanuel; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften(hg.), Kants'gesammelte Schriften, Bd. IV, Berlin 1903/11, S. 385ff.

_____; Die Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften(hg.), Kants'gesammelte Schriften, Bd. VI, Berlin 1907/14, S. 203ff.

Kelsen, Hans; Allgemeine Staatslehre, 1925.

_____; Reine Rechtslehre, 2. Aufl.(1960).

Klement, Jan Henrik; Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, JZ 2008, S. 756ff. Kloepfer, Michael; Grundrechtstatbestand und Grundrechts-schranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: C. Starck(hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 405ff.

_____; Leben und Würde des Menschen, in: P. Badura/H. Dreier(hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 77ff.

Krawietz, Werner; Gewährt Art. 1 Abs. 1 dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?, in: D. Wilke/H. Weber(hg.), Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977, S. 245ff.

Kriele, Martin; Menschenrechte und Gewaltenteilung, in: E.-R. Böckenförde/R. Spaemann(hg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart 1987, S. 242ff.

Leiner, Martin; Menschenwürde und Reformation, in: R. Gröschner/S. Kirste/O. W. Lembcke(hg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, Tübingen 2008, S. 49ff.

Löhrer, Guido; Menschliche Würde. Wissenschaftliche Geltung und metaphorische Grenze der praktischen Philosophie Kants, Freiburg/München 1995.

Maihofer, Werner; Menschenwürde im Rechtsstaat. Hannover 1967.

Michael, Lothar/Morlok, Martin, Grundrechtre, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

Morlok, Martin; Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.

Neumanm, Ulfrid; Die Menschenwürde als Menschenbürde, in: ders., Recht als Struktur und Argumentation, Baden-Baden 2008.

Neumann, Volker; Menschenwürde und psychische Krankheit, KritV 1993, S. 276ff.

Nipperdey, H. C.; Die Würde des Menschen, in: F. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner(hg.). Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, 2. Aufl.(1968), S. 1ff.

Pieroth, Bldo/Schlink, Bernhard, Grundrechrte. Staatysrecht II, 24. Aufl. Heidelberg 2008.

Pietzcker, Jost; Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17(1978), S. 527ff.

Poscher, Ralf; Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: J. R. Sieckmann(hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 59ff.

Radbruch, Gustav; Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1(1946), S. 105ff.

Robbers, Gerhard; Der Grundrechtsverzicht – Zum Grundsatz "volenti non fit iniura" im Verfassungsrecht, JuS 1985, S. 925ff.

Schmidt-Jortzig, Edzard; Zum Streiten um die korrekte dogmatische Einordnung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jetaedt/P. Axe(hg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 491ff.

Schwabe, Jürgen; Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.

Seelmann, Kurt; Rechtsphilosophie, 4. Aufl., München 2007.

Sieckmann, Jan-Reinard; Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.

_____; Grundrechte als Prinzipien, in: ders.(hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 17ff.

_____; Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann(hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 39ff.

Stein, Ekkehart/Götz, Frank; Staatsrecht, 21. Aufl., Tübingen 2010.

Stern, Klaus; Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1994.

Suchomel, Jan-Ulf; Partielle Disponibilität der Würde des Menschen, Berlin 2010.

Teifke, Nils; Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen, Tübingen 2011.

Tiedemann, Paul; Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2009, S. 606ff.

Unruh, Peter; Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungs-theoretische Rekonstruktion, Tübingen 2002.

Graf Vitzthum, Wolfgang; Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 202ff.

Wang, Peng-Hsiang, Defeasibility in der juristischen Begründung, Baden-Baden 2004.

Wintrich, Josef M.; Zur Problematik der Grundrechte, Köln/Opladen 1957.

<Zusammenfassung>

Bemerkungen über die Menschenwürde im Verfassungsrecht

Seong-Bang HONG*

1. Die Idee der Menschenwürde ist in ihrer Substanz ein Kind der Neuzeit. Deshalb ist der Menschenwürdebegriff u.a. mit Immanueal Kant als Autonomie der menschlichen Person zu verstehen. Der Begriff "Menschheit" bezeichnet bei Kant nicht das Kollektiv aller Menschen, wie man nach heutigem Versädnis meinen könnte, sondern bezieht sich vielmehr auf die Eigenschaft jedes einzelnen Menschen als Vernunftwesen.
2. In diesem Sinne sollen mit Bundesverfassunggericht und darüber hinaus mit einer langen Tradition des auf Autonomie basierenden Menschenbildes in der Philosophie die Fähigkeit zur Selbstbestimmug als wesentliche Begriffs- merkmale der Menschenwürde aufgefaßt werden.
3. Die Menschenwürde fungiert als Grundnorm, als Grundlage des Wertsystems der Grundrechte, als oberstes Organisationsprinzip der Verfassung(objejktive Dimenssion) und als Selbstbestimmungsrecht(subjektive Dimension).
4. Die Menschenwürde kann nicht verzichtet werden. Auch durch menschenwürdiges Verhalten kann kein Menschenwürdeverzicht begründet werden. Aus der Unantatsbarkeit der Menschenwürde folgt, dass auch der Würdeträger selbst seine Würde nicht zur Disposition stellen kann.
5. Die Menschenwürde hat eine subjektive und eine objektive Dimension. Die Menschenwürde als solche gilt absolut, ist kein Prinzip im Sinne Robert Alexys, das mit anderen Prinzipien kolliedieren kann und durch Abwägung diese Kollisionen lösen läßt.

---

* Prof. em. Dr. iur.

Schlüsselwörter : Menschenwürde, Selbstbestimmungsrecht, Grundnorm, objektive Dimension, subjektive Dimension, Unmöglichkeit des Menschenwürdeverzichts, Undisponibilität der Menschenwürde, Absolutheit der Menschenwürde>