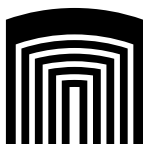


발간등록번호  
33-9750000-000029-10

헌법재판연구 제23권

# 헌법상 기본의무에 관한 연구



헌법재판소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 2012년도 연구계획에 의하여 (사)한국헌법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

## 머 리 말

헌법상 보장된 기본권에 관한 연구에 비하여 기본의무에 관한 연구는 턱없이 부족한 것이 현실이다. 이에 따라 기본의무의 법적 성격에 대한 논의에서부터 기본의무의 유형과 내용에 이르기까지 많은 학자들이 동의할 수 있는 합의가 존재하지 않는다. 특히 헌법상 기본의무가 기본권과 함께 규정되어 있음에도 불구하고 기본권과 기본의무의 관계에 대해서는 아직까지 충분한 해명이 이루어지지 못하고 있다. 이렇다보니 헌법을 해석하고 적용해야 하는 헌법재판 실무에서조차 기본의무에 관한 규정을 인용하면서도 심사기준이나 심사강도가 확정되어 있지 않다. 이 연구는 이러한 문제의식에서부터 출발하여 기본의무의 법적 성격을 밝히고, 그 유형과 내용을 정리할 뿐만 아니라 기본권과 기본의무의 상호관계, 그리고 유용한 심사기준과 심사강도를 제시하고자 하는 노력의 일환으로 시작되었다.

기본의무는 원칙적으로 기본권에 대한 제한을 의미한다. 따라서 기본권제한에 관한 헌법적 원칙에 따라 기본의무가 부과되어야 한다. 하지만 헌법적 의무를 구체화하는 입법자에게 일정 정도의 형성권한이 부여되어 있다는 점에서 기본의무는 일반적인 기본권제한과 완전히 같은 취급을 받을 수는 없다. 여기에 기본의무와 관련된 심사기준과 심사강도를 확정하는 데 어려움이 따르는 이유가 있다. 한편 기본의무는 헌법에 열거된 의무와 열거되지 않은 의무로 구분될 수 있다. 헌법에 명시적으로 열거된 기본의무의 경우에는 헌법적 근거가 존재하여 그 내용을 밝히는 것이 과제인 반면에 열거되지 않은 기본의무는 어떠한 의무까지를 헌법상 기본의무로 확정할 것인지 부터가 문제된다. 이 연구에서는 헌법상 열거된 개별적 기본의무를 중심으로 가능한 한 상정할 수 있는 열거되지 않은 개별적 기본의무까지 살펴보려고 했다. 또한 일본헌법을 중심으로 기본의무에 관한 비교법적 연구도 추가하였다.

이 연구는 기본의무의 개념과 역사, 기본의무와 기본권의 관계, 개별적 기본의무, 기본의무에 관한 비교법적 연구 등으로 구성되어 있다. 이 연구를 위하여 세 명의 연구진이 참여하였는데 제1장과 제2장은 한림대학교 홍일선 교수가, 제3장은 고려대학교 이준일 교수가, 제4장은 영남대학교 서보건 교수가 책임을 지고 서술하였다. 물론 세 명의 연구진이 기본의무라는 주제를 중심으로 통일적이고 체계적인 연구가 이루어질 수 있도록 노력했지만 각자가 서 있는 기본입장이 조금씩 다르기 때문에 최대한 연구자의 학문적 양심을 존중하기로 하고, 각 장에 대한 논의와 주장은 각각의 필자가 책임지도록 하였다. 따라서 기본의무에 관한 기본입장은 동일하지만 각 장마다 다소 의견의 차이가 발견될 수는 있다. 이 연구를 위하여 전폭적으로 지원해준 헌법재판소에 감사의 말을 전한다.

2012. 12.

**공동연구책임자 이준일**

# 목 차

## 제1장 기본의무의 의의·역사적 발전과정 ..... 1

제I절 기본의무의 의의 .....	1
I. 기본의무의 개념 .....	1
1. 기본의무에 대한 다양한 개념정의들 .....	1
2. 기본의무의 개념적 특징들 .....	3
3. 기본의무와 기본권의무 .....	5
II. 기본의무의 분류 .....	5
1. 인간의 의무·국민의 의무 .....	6
가. 인간의 의무 .....	6
나. 국민의 의무 .....	7
2. 도덕적 의무·불완전한 법적의무·완전한 법적의무 .....	7
가. 도덕적 의무 .....	7
나. 불완전한 법적의무 .....	8
다. 완전한 법적의무 .....	8
3. 진정 기본의무·부진정 기본의무 .....	9
가. 진정 기본의무 .....	9
나. 부진정 기본의무 .....	10
4. 고전적 기본의무·현대적 기본의무 .....	11
가. 고전적 기본의무 .....	11
나. 현대적 기본의무 .....	11
제2절 기본의무의 역사적 발전과정 .....	12
I. 기본의무의 법사학적 발전과정 .....	12

1. 프랑스 혁명과 기본의무 .....	12
가. 1789년 프랑스 인권선언 .....	12
나. 1791년 프랑스 헌법 .....	16
다. 1793년 프랑스 헌법 .....	17
라. 1795년 프랑스 헌법 .....	18
2. 초기 입헌주의시대 .....	19
3. 1849년 파울교회헌법 .....	20
4. 1866년과 1871년 독일제국헌법 .....	23
5. 1919년 바이마르 공화국 헌법 .....	23
6. 나치시대의 기본의무 .....	25
7. 1948년 독일 기본법 .....	26
II. 기본의무의 이념사적 발전과정 .....	28
1. 성경 .....	28
2. 스토아 철학 .....	29
3. 아우구스티누스 .....	29
4. 토마스 아퀴나스 .....	30
5. 종교개혁론자들 .....	30
6. 보댕의 국가철학 .....	31
7. 영국의 사상 .....	31
8. 독일의 계몽주의자들 .....	32
9. 18세기 프랑스 철학자들 .....	34
10. 18세기와 19세기 독일의 철학자들 .....	35
III. 우리 헌법사에서의 기본의무의 발전과정 .....	37
1. 제1공화국 헌법 .....	37
2. 제2공화국 헌법 .....	38
3. 제3공화국 헌법 .....	38

4. 제4공화국 헌법 .....	39
5. 제5공화국 헌법 .....	39
6. 현행헌법 .....	40
IV. 북한헌법의 기본의무 .....	40
1. 1948년 북한헌법 .....	40
2. 1972년 북한헌법 .....	41

## **제2장 기본의무의 근거와 기본권과의 관계 ..... 44**

제1절 기본의무의 근거 .....	44
I. 헌법국가의 국가성 .....	44
1. 구지의 견해 .....	45
2. 이젠제의 견해 .....	46
II. 사회국가원리 또는 사회국가성 .....	47
1. 견해들의 소개 .....	47
2. 비판 .....	48
III. 모든 시민의 동등한 자유에 대한 상호주의 .....	48
1. 호프만의 견해 .....	48
2. 비판 .....	49
IV. 인간의 존엄성 .....	50
1. 견해들의 소개 .....	50
2. 비판 .....	51
V. 비판적 평가 .....	52
제2절 기본의무와 기본권의 관계 .....	52
I. 기본권에 대한 비대칭관계 .....	53
II. 기본권에 대한 반대적 관계 .....	55

1. 칼 막스의 권리와 의무의 통일성에 기초한 이론 .....	56
2. 기타의 견해들 .....	57
가. 스펜트의 견해 .....	57
나. 크뤼거의 견해 .....	58
다. 베켄페어데의 견해 .....	58
라. 슈미트의 견해 .....	59
3. 비판적 평가 .....	59
III. 기본의무와 기본권의 제한 .....	61
1. 기본의무와 기본권의 제한에 대한 논의의 개관 .....	61
2. 학설의 태도 .....	62
가. 기본의무와 기본권제한을 구별해야 한다는 견해 .....	63
1) 괴츠의 견해 .....	63
2) 호프만의 견해 .....	64
3) 바두라의 견해 .....	65
4) 기타의 견해 .....	65
나. 기본의무와 기본권제한을 동일시하는 견해 .....	66
1) 클라인의 견해 .....	66
2) 베켄페어데의 견해 .....	66
다. 기본의무의 유형에 따라 판단하는 견해 .....	67
1) 부작위의무와 기본권의 제한 .....	67
2) 수인의무와 기본권의 제한 .....	67
3) 행위의무와 기본권의 제한 .....	68
라. 비판적 평가 .....	68



### 제3장 헌법상 개별적 기본의무 ..... 70

제1절 열거된 기본의무 .....	70
I. 국방의 의무 .....	70
1. 내용 .....	70
2. 국방의무의 구체화를 위한 형성적 법률 .....	72
3. 국방의무와 기본권제한 .....	76
4. 병역의무로 인한 불이익한 처우의 금지 .....	81
5. 병역의무와 양심적 병역거부 .....	83
6. 남성에 대한 병역의무의 부과와 평등원칙 .....	86
7. 병역의무와 항명죄 .....	89
8. 징집된 군인의 국가배상청구권 배제 .....	90
9. 징집된 군인의 범죄에 대한 군사법원의 재판관할 .....	95
10. 징집된 군인의 동성애에 대한 처벌 .....	97
II. 납세의 의무 .....	100
1. 조세법률주의 .....	101
2. 소급과세금지 .....	105
3. 조세평등주의 .....	107
4. 과잉과세금지 .....	110
5. 체계정합성 .....	111
III. 환경보전의 의무 .....	112
IV. 재산권행사의 공공복리적합의무 .....	115
V. 자녀를 교육받게 할 의무 .....	118
VI. 근로의무 .....	121
제2절 열거되지 않은 기본의무 .....	124
I. 양육의무(Erziehungspflicht) .....	126

II. 투표 및 선거의 의무 .....	128
III. 법준수의무 .....	132
IV. 충성의무 .....	134
V. 저항의무 .....	135
VI. 평화의무 .....	136
VII. 위험수인의무 .....	137
VIII. 그 밖의 기본의무 .....	138

## 제4장 비교법적 연구

### (일본에서 기본의무에 대한 논의) ..... 139

제1절. 헌법에 있어서 의무규정의 변천 .....	139
I. 근대헌법과 20세기의 기본의무 .....	139
II. 일본의 헌법상 기본의무의 변천 .....	142
제2절 일본헌법상 의무규정의 의미와 내용 .....	145
I. 일본헌법상 일반적 의무와 개별적 의무 .....	145
II. 일본헌법 제12조상 일반적 의무규정 .....	147
1. 일반적 의무규정의 의미 .....	147
2. 자유 및 권리의 보장책임 · 남용금지 · 이용책임 .....	149
가. 자유와 권리의 보장의 의무 .....	150
나. 자유와 권리를 남용하지 않을 의무 .....	151
다. 자유와 권리를 공공의 복지를 위해 이용할 의무 ...	152
III. 납세의 의무 .....	154
IV. 근로의 의무 .....	156
V. 교육을 받게 할 의무 .....	159
VI. 국민의 헌법준중옹호의무 .....	163

VII. 국방의 의무 내지 국방에 협력할 의무 .....	165
1. 국방의 의무에 대한 논의의 전개 .....	165
2. 국방의 의무에 대한 긍정과 부정의 법리 .....	166
VIII. 선거에서 기권의 자유에 대한 법리 .....	168
1. 일본헌법에 있어서 기권의 자유부정의 법리 .....	168
가. 국민주권과 기권 .....	168
나. 참정권공무설 .....	168
다. 공권과 기권 .....	169
2. 일본헌법상 기권의 자유의 긍정의 법리 .....	169
가. 참정권개인적 권리설 .....	169
나. 헌법의 규범구조를 근거로 하는 기권의 자유의 긍정 ..	169
다. 사상 양심, 표현의 자유권을 근거로 하는 기권의 자유의 긍정 .....	170
라.) 투표제도의 목적을 근거로 하는 견해 .....	170
3. 기권론에 대한 비교형량론 .....	170
제3절 국민의 의무에 관한 새로운 논의의 전개와 헌법개정 .....	171
I. 문제의 제기 .....	171
II. 권리와 의무의 균형에 관한 논의 .....	173
1. 서양적 인권의식의 문제점 .....	173
2. 권리와 의무의 균형론에 관한 논의 .....	175
III. 국민의 의무에 관한 헌법상 개정의 논의 .....	177
1. 헌법개정과 국민의 의무 .....	177
가. 국가에 대한 충성의무 .....	180
나. 국방의 의무 .....	180
다. 긴급시에 협력의무 .....	180
라. 공공적 의무 .....	181

마. 봉사활동의무 .....	181
바. 환경보호의무 .....	181
사. 가족부양의무 .....	181
2. 국민의 의무규정을 증가해야 한다는 의견 .....	182
가. 국민의 의무규정을 증가해야 한다는 의견의 논거 ·	182
나. 증가해야 할 국민의 의무의 내용 .....	183
1) 국방의 의무 · 징병제 .....	183
2) 환경보전의 의무 .....	183
3) 투표의 의무 .....	183
4) 그 외의 의무 .....	184
3. 국민의 의무규정을 증가하는 것에 반대하는 의견 .....	184
4. 그 외의 헌법상 의무의 규정에 관한 사항 .....	185
제4절 결론 .....	188

**참고문헌 .....** **191**

# 제1장 기본의무의 의의 · 역사적 발전과정

## 제1절 기본의무의 의의

### 1. 기본의무의 개념

#### 1. 기본의무에 대한 다양한 개념정의들

우리 헌법은 제2장 ‘국민의 권리와 의무’라는 표제 하에 기본권과 기본의무에 해당되는 일정한 권리와 의무들을 규정하고 있다. 그러나 여기에서 기본권이나 기본의무의 정확한 개념을 헌법 스스로 규정하지는 않고 있다. 결국 기본의무의 개념정의는, 기본권과 마찬가지로 학설과 판례에 맡겨지게 된 것이다. 이에 따라 기본의무에 대해서는 지금까지 다음과 같은 다양한 개념이 등장하고 있다.<sup>1)</sup>

기본의무에 대한 개념으로는 “헌법이 국민으로 하여금 국가 또는 공동체에 대하여 반대급부 없이 특정한 작위 또는 부작위의 행위를 하도록 강제하는 부담”,<sup>2)</sup> “개인이 국가에 대하여 부담하여야 하는 헌법상의 급부, 부작위, 작위 등의 의무로서 국가공동체의 존속을 위하여 불가결한 것”,<sup>3)</sup> “국민이 국가구성원

---

1) 지금까지 발표된 헌법상의 기본의무에 대한 대표적인 논문으로는 장영수, 헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조, 법학논집 33(1997), 51면 이하; 홍성방, 국민의 기본의무 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구 34-4-1(2006), 309면 이하 만을 들 수 있다. 독일에서는 1982년 콘스탄츠에서 개최된 공법학자대회에서 기본의무가 주제로 채택된 이래 본격적인 논의가 전개되었다.

기본의무에 대한 대표적인 단행본으로는 가령 Otto Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Dunker & Humblot 1988; Thorsten Ingo Schmidt, Grundpflichten, Nomos 1999를 들 수 있으며, 대표적인 논문으로는 Hasso Hofmann, Grundpflichten und Grundrechte, in: Handbuch der Staatsrechts V, C. F. Müller 2000, 321 ff.; Albrecht, Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, in: Handbuch der Grundrechte, C. F. Müller 2006, 595 ff. 등을 들 수 있다.

2) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2012, 861면.

3) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2004, 803면 이하.

으로서 부담하는 여러 의무 가운데서 특히 헌법이 규정하고 있는 의무,”<sup>4)</sup> “국민이 국가구성원으로서 부담하는 갖가지 의무 중에서 특히 헌법이 규정하고 있는 의무,”<sup>5)</sup> “국가구성원인 국민이 부담하여야 하는 헌법상 의무”<sup>6)</sup>, “국가의 형성과 유지에 관하여 국민이 주권자로서 지는 의무,”<sup>7)</sup> “국민이 통치대상으로서의 지위에서 부담하는 기본적 의무”<sup>8)</sup> 등이 제시된다.

이러한 사정은 비록 명시적으로 기본의무라는 개념을 인정하지 않고 있지만, 학설과 판례를 통해 기본의무에 상응하는 일정한 의무가 존재하는 것으로 인정되는 독일 기본법 하에서도 마찬가지이다. 독일의 경우에도 기본의무의 개념에 대해서는 다음과 같은 매우 다양한 견해가 존재한다.

독일에서 제시된 기본의무의 개념으로는 “공공복리를 위해 헌법상 요구되는 시민의 기여의무(verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge des Bürgers zum Gemeinwohl),”<sup>9)</sup> “국가공동체가 개인에 대해 요구하는 기본권과 유사한 것(Quasi-Grundrechte der staatlichen Gemeinschaft gegenüber den Individuen),”<sup>10)</sup> “개인 상호간의 관계 또는 공동체에 대한 개인의 관계를 규율하는 일반적이고 동등한 법적 의무(allgemeine und gleiche Rechtspflichten, die entweder das Verhältnis der einzelnen untereinander oder das Verhältnis des einzelnen zum Gemeinwesen regeln),”<sup>11)</sup> “인간과 국민에 대하여 헌법에서 확정된, 개인의 기본지위를 한정하는, 공동체를 위하여 특별한 의미를 가지며 공동체에 의하여 요구될 수 있는 법적 의무”<sup>12)</sup> 등을 들 수 있다.

---

4) 홍성방, 헌법학(중), 박영사 2010, 389면.

5) 권영성, 헌법학원론, 법문사 2010, 715면.

6) 성낙인, 헌법학, 법문사 2011, 828면.

7) 장영수, 헌법학, 홍문사 2007, 921면.

8) 김철수, 헌법학개론, 박영사 2009, 982면.

9) Volkmar Götz, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), S. 12.

10) Hasso Hoffmann, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983), S. 47.

11) Heinz Saffert, Geschichte der Grundpflichten, Diss. Würzburg 1959, S. 7.

## 2. 기본의무의 개념적 특징들

기본의무에 대해 제기되는 이와 같은 다양한 개념들을 기초로 공통된 내용을 정리하면 다음과 같다. 즉 기본의무는 국민이 국가공동체에 대해서 부담하는 헌법상의 의무라는 점이 그것이다. 기본의무의 이러한 개념적 특징은 기본권의 개념에 대한 논의에서도 그 내용이 유사하다는 점을 발견할 수 있다. 기본의무와 마찬가지로 학설과 판례를 통해서 그 개념이 확정되어 온 기본권도, 여러 다양한 개념정의의 시도가 있지만, 공통적으로 “헌법상 보장된 국민의 기본적 권리”라고 볼 수 있기 때문이다. 기본권의 개념과 마찬가지로, 기본의무의 개념정의들에서도 다음과 같은 세 가지의 중요한 요소들을 구분해 볼 수 있다. 즉 기본의무는 ① 헌법상 부과된 것이라는 점, ② 국민이 그 부담의 주체라는 점, ③ 기본의무는 국가공동체에 대해 부담하는 의무라는 점이 그것이다.

첫째, 기본의무는 헌법상 부과된 의무라는 것이다. 따라서 국민 개개인이 국가공동체에 대해서 부담하는 법률상의 의무는 기본의무에 해당되지 않는 것이다. 이는 기본권의 개념이 헌법상 보장된 권리이지, 결코 법률상의 권리를 의미하지 않는다는 점과 유사한 맥락에서 이해할 수 있다. 가령 집회의 자유가 『집회 및 시위에 관한 법률』에서만 보장된다면 집회의 자유를 기본권이라고 부를 수는 없을 것이다. 집회의 자유는 『집회 및 시위에 관한 법률』 제1조를 통해서도 보장되지만, 헌법 제21조 제1항을 통해 보장되기 때문에 법률상의 권리가 아닌 헌법상의 기본권이라고 부르는 것이다. 마찬가지로 형사소송법상의 증언의무도 비록 재판절차에서 매우 중요한 의무의 하나이기는 하지만, 헌법에 의해 부과된 의무가 아니라 법률상의 의무라는 점에서 기본의무에 해당된다고 할 수 없는 것이다. 기본의무를 헌법상 부과된 의무에 한정시키지 않고 법률상의 의무까지 모두 포함하는 것으로 파악한다면, 기본의무에 해당되는 국민 개개인의 의무는 지나치게 많이 등장하게 될 것이다. 따라서 기본의무에 대한 공통적 성격 및 국가공동체의 구성에 대한 비중을 제대로 파악할 수 없게 될 것이다. 그러나 기본의무를 법률이 아닌 헌법상 부과된 의무라고 이해하는 경

---

12) Klaus Stern, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994. S. 999.

우에도, 기본의무는 헌법이 명시적으로 부과한 것만을 의미하는 것인지 아니면 헌법의 명문규정은 없지만 내제된 것으로 볼 수 있는 의무도 포함되는 것인지의 여부에 대해서는 다툼이 이루어질 수 있다.<sup>13)</sup>

둘째, 기본의무의 주체는 국민이라는 것이다. 대부분의 견해는 기본의무란 헌법상 부여된 국민의 의무라고 하여, 기본의무의 주체를 국민에 한정시키고 있는 것처럼 보인다. 이러한 태도는 일차적으로 우리 헌법의 명문규정을 근거로 한다고 할 수 있다. 즉 우리 헌법 제2장의 표제가 ‘국민의 권리와 의무’라고 되어 있을 뿐만 아니라, 기본의무에 해당되는 개별 규정들에서도 “국민은 … 의무를 진다.”라는 식으로 규정하였기 때문이다. 그러나 헌법의 명문규정 자체를 근거로 기본의무의 주체가 대한민국 국적을 보유한 자연인에 한정된다고 보기는 어려울 것이다. 이와 동일한 헌법상의 명문규정을 가지고 있음에도 불구하고, 기본권의 주체는 자연인만이 아니라 법인에게도, 내국민만이 아니라 외국인에게도 일정 범위에서 인정된다고 보고 있기 때문이다. 따라서 기본의무의 경우에도 각각 기본의무의 성격과 유형에 따라, 자연인과 법인 또는 내국민과 외국인 등으로 그 주체를 논의해 보아야 할 것이다.<sup>14)</sup>

셋째, 기본의무의 효력 또는 수규자(受規者)는 국가라는 것이다. 즉 기본의무는 국민이 국가에 대하여 부담하는 것이기 때문에 기본의무에 대한 규정은 국민과 국가와의 관계에서 그 효력을 가진다는 것이다. 그러나 기본의무는 국민과 국가와의 관계에서만 아니라 국민들 상호간, 즉 개인 상호간의 관계에서도 효력을 가질 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 마치 기본권의 대사인적 효력에 대한 논의에서와 마찬가지로, 기본의무도 사인 상호간의 관계에서도 그 효력이 문제될 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 문제는 이른바 기본의무의 제3자적 효력(Drittwirkung der Grundpflichten)이라는 테마로 논의될 수 있을 것이다.<sup>15)</sup>

---

13) 이 문제에 대해서는 뒤 기본의무의 내용 참조.

14) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 20; Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 34.

15) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 34 f.



### 3. 기본의무와 기본권의무

이와 같은 개념적 특징을 가지는 기본의무의 유사개념으로 기본권의무가 설명되기도 한다. 기본권의무(基本權義務, Grundrechtspflicht)란 기본권의 실행과 관련된 의무로, 이에 대해서도 다음과 같은 다양한 개념정의가 존재한다.<sup>16)</sup>

첫째, 기본권의무란 개인이 공동체의 다른 시민들에 대해 부담하는 기본의무라고 이해하기도 한다.<sup>17)</sup> 기본의무가 개인이 국가에 대해 부담하는 의무임에 반해, 이 경우 기본권의무는 개인이 또 다른 개인에 대해 부담하는 의무라는 것이다.

둘째, 기본권의무란 기본권을 사용해야하는 법적 의무로 이해하기도 한다.<sup>18)</sup> 이 경우 기본권의무는 기본권의 사용(실행)이라는 데에 그 중점이 놓여진다. 가령 개인의 기본권실현을 위해 노력해야하는 국가의 의무 또는 개인의 기본권실현에 기여하기 위한 각종 급부프로그램을 이행해야할 국가의 의무로 설명된다. 이 경우 기본권의무는 기본의무와 달리, 국가가 국민 개개인을 위해 부담해야하는 의무라는 점에 그 특징이 놓이게 된다.

## II. 기본의무의 분류

위와 같은 내용을 기초로 기본의무는 여러 가지 기준에 따라 다양하게 분류되기도 한다. 물론 기본의무를 하나의 기준으로 명확하게 분류하기는 어렵다. 이 경우 어느 하나의 분류에도 해당되지 않는 기본의무가 있을 뿐만 아니라, 동시에 여러 가지 속성을 가진 기본의무도 존재하기 때문이다. 따라서 기본의무의 분류는 다음과 같이 다양한 기준이 제시되며, 이 경우 물론 어느 하나의 기준에 의한 분류가 모든 경우에 다 만족할 만한 결과를 제시해 주는 것은 아니다. 결국 여러 기준에 의한 기본의무의 분류를 종합적으로 이해해야 할 것이다.<sup>19)</sup>

---

16) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 39.

17) *Ernst Benda*, Grundrechte und Grundpflichten, S. 19.

18) *Herbert Bethge*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, 2145(2148); *Frank Littwin*, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993, S. 126.

# 1. 인간의 의무 · 국민의 의무

## 가. 인간의 의무

인간의 의무(Menschenpflicht)란 국민에게 한정된 의무가 아니라, 모든 인간에게 부여되는 의무라는 개념이다.<sup>20)</sup> 인간의 의무에 대한 설명도 다음과 같이 다양한 견해가 존재한다.

첫째, 자연법에 근거하여 인간의 의무를 설명하는 견해이다.<sup>21)</sup> 이 견해는 실정법에 근거한 의무와 자연법에 근거한 의무를 구분하고, 자연법에 근거한 의무를 인간의 의무라고 설명한다. 가령 다른 사람들에게 손해를 끼치지 아니할 의무, 다른 사람들을 동등하게 대우할 의무, 어려운 상황에 처한 다른 사람들을 도와줄 의무, 자연을 보호할 의무 등이 인간의 의무에 해당된다고 설명된다.

둘째, 각각의 국가에서 인정되는 의무를 모두 취합한 다음, 특정한 국가에만 한정된 의무가 아니라 모든 국가에서 공통으로 인정되는 의무를 인간의 의무로 이해하는 견해이다.<sup>22)</sup> 특정한 국적을 보유한 국민에게만이 아니라, 국적과 무관하게 모든 인간에게 인정되는 의무를 인간의 의무라고 파악하는 견해이다.

셋째, 의무규정에 대한 효력대상 또는 효력근거를 기준으로 인간의 의무를 설명하려는 견해이다. 가령 국가를 대상으로 부여된 의무가 아니라 다른 (동료) 인간들을 대상으로 부여되는 의무를 인간의 의무로 설명하는 견해가 있다 또는 인간의 의무를 국제법에 근거를 둔 의무로 파악하여 특정한 국내법에만 근거한 의무와 구분하려는 견해도 존재한다.<sup>23)</sup>

---

19) 기본의무의 분류에 대해 좀 더 자세한 것은 Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 120 ff.; 홍성방, 국민의 기본의무 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 317면 이하 참조.

20) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 39 ff.

21) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 40 Fn. 131.

22) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 40 Fn. 142.

23) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 41 Fn. 144

## 나. 국민의 의무

국민의 의무(*Staatsbürgerliche Pflicht*)란 한 나라의 국적을 보유한 국민에 대해서만 부여되는 의무를 의미한다. 이는 국적의 보유 여부와 관계없이 모든 인간에게 부여되는 것으로 이해되는 인간의 의무와 대응되는 개념이다.

국민에 의무에 해당되는 것으로는 가령 국방의 의무, 납세의 의무, 재산권행사의 의무 등이 거론된다. 이러한 국민의 의무는 사회문화적 의무(*Sozio-kulturelle Pflicht*) 또는 사회경제적 의무(*sozio-ökonomische Pflicht*)와 구분된다고 한다. 가령 복종의무, 충성의무, 선거의무, 복무수행의무, 재난구조의무, 교육의 의무 등이 사회문화적 의무에 해당되며, 공용수용에 대한 수인의무는 사회경제적 의무에 해당된다고 한다.

## 2. 도덕적 의무 · 불완전한 법적의무 · 완전한 법적의무

이 분류는 기본의무에 대한 구속력의 근거와 정도를 기준으로 한 분류방법이다.<sup>24)</sup>

### 가. 도덕적 의무

도덕적 의무(*Sittliche Pflicht*)란 법이 아닌 도덕상의 의무를 나타낸다.<sup>25)</sup> 도덕과 법은 상호 모순되는 개념처럼 보일 수도 있다. 그렇지만 대부분의 경우 도덕과 법은 상호 무관하게 병렬적인 관계에 있는 것이 아니라, 상호 영향을 주며 중첩적인 관계에 있기도 하다. 어떤 의미에서 법은 도덕이라는 매우 광범위한 영역을 기초로 그 근거를 유지하고 있는 것이기도 하다. 그렇지만 경우에 따라서 법과 도덕의 영역을 명확하게 구분하는 일은 매우 어려운 것이다. 따라서 의무에 관해서도 도덕적 의무와 법적 의무의 영역을 구분하는 것은 매우 어려운 것이다.

헌법상 법적 의무와 도덕적 의무를 구분하는 기준에 대해 우선적으로 헌법

---

24) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 120 ff.

25) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 120.

상 규정된 형식이 제시되고 있다. 가령 헌법 전문에 나타난 바와 같이 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명”, “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것” 등의 내용이 그것이다. 그 밖에 헌법규범의 성립사를 통해 법적 의무가 아닌 도덕적 의무임을 확인할 수 있는 경우<sup>26)</sup> 또는 그 의무의 목적과 성격상 법적 의무가 아닌 도덕적 의무로 해석될 수 있는 경우<sup>27)</sup> 등이 그 예로 설명된다.

## 나. 불완전한 법적의무

불완전한 법적의무(Unvollkommene Rechtspflicht)란 도덕적 의무가 아닌 법적 의무에 해당되지만, 국가기관을 통해 전혀 이행될 수 없거나 또는 불충분하게 이행되는 의무를 의미한다.<sup>28)</sup> 나아가 법적 의무로 규정되어 있기는 하지만, 이행하지 않은 경우에 어떠한 제재도 가해지지 않는 의무가 불완전한 법적 의무로 설명되기도 한다. 이러한 의미에서 불완전한 법적의무는 불완전한 법(*lex imperfecta*) 또는 책무(責務, *Obliegenheit*)라고 불리기도 한다. 이에 대한 예로는 우리 헌법 제23조 제2항과 마찬가지로 ‘재산권의 공공복리 적합의무’를 규정한 독일 기본법 제14조 제2항 또는 사회국가원리에서 도출되는 연대성의무(*Solidarpflichte*) 등이 거론된다.<sup>29)</sup>

## 다. 완전한 법적의무

완전한 법적의무(*Vollkommene Rechtspflicht*)란 그 의무의 내용을 이행하지 않은 경우 일정한 법적 제재가 가해지는 의무를 의미한다.<sup>30)</sup> 이는 불완전한 법

---

26) 가령 1919년 바이마르 공화국 헌법 제153조 제3항 제1문의 근로의 의무가 이에 대한 예로 설명된다. *Th. I. Schmidt, Grundpflichten*, S. 121.

27) 가령 선거 또는 투표에 참여할 의무가 헌법상 규정된 경우에 이를 법적 의무로 해석하기보다는 도덕적 의무로 해석하는 것이 더 타당하다는 것이다. *Th. I. Schmidt, Grundpflichten*, S. 121 참조.

28) *Th. I. Schmidt, Grundpflichten*, S. 121.

29) *Th. I. Schmidt, Grundpflichten*, S. 121.

적의무와 대응하여 완전한 법(*leges perfectae*)으로 불리기도 한다.

완전한 법적의무에서의 제재는 헌법상 이미 규정된 경우도 있고 일반 법률 규정을 통해 마련되는 경우도 있다. 물론 이 경우 헌법이 일정한 의무의 불이행에 대해 직접 제재를 규정한 예는 매우 드물다고 한다. 우리 헌법 제8조 제4항 그리고 독일 기본법 제21조 제2항의 방어적 민주주의를 통해 정당에 대해 부과하는 ‘자유민주적 기본질서를 침해하지 아니할 의무’ 또는 독일 기본법 제18조의 기본권실효제도를 통한 ‘자유민주적 기본질서를 침해하지 아니할 의무’ 등이 이에 해당된다고 한다.<sup>31)</sup> 반면 헌법상 규정된 의무가 일반 법률의 일정한 제재를 통해 그 이행이 강제되는 경우는 매우 많이 있다. 형법상의 각종 형벌을 통한 제재, 행정법규를 통한 각종 과태료의 부과, 민법상의 손해배상제도 등이 모두 이에 해당된다는 것이다. 가령 국가에 대한 평화상태를 교란한 경우가해지는 형법 제87조의 내란죄, 제92조 이하의 외환죄, 개인 상호간의 법익침해에 대한 형법 제250조의 살인죄, 제329조의 절도죄, 병역의무위반의 경우 가해지는 병역법 제84조 이하의 벌칙, 민법상의 손해배상청구권에 대한 민법 제750조 이하의 규정 등이 이에 해당된다고 한다.<sup>32)</sup>

### 3. 진정 기본의무 · 부진정 기본의무

이 분류는 기본의무에 대한 일정한 법적 결과가 헌법상 언급되어 있느냐에 의한 구분이다.

#### 가. 진정 기본의무

진정 기본의무(*Echte Grundpflichte*)란 해당 기본의무의 일정한 법적 결과가 헌법상 규정되어 있는 의무를 의미한다.<sup>33)</sup> 진정기본의무의 대표적인 예로 거론

---

30) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 121.

31) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 127.

32) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 127 ff.

33) 홍성방, 국민의 기본의무, 318면 이하.

되는 경우는 독일 기본법 제6조 제2항 제1문의 규정이다. 즉, 동 조항은 “자녀의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다.”라고 규정하고 있다. 자녀의 부양과 교육은 양친의 권리이자 동시에 의무로 부과되는 것이다. 여기에서 양친의 의무로 부과되는 자녀의 부양과 교육은 기본법의 규정 그 자체로 어느 정도 그 의미와 내용이 정해져 있기 때문에, 헌법상 자녀에 대한 양친의 부양과 교육의 의무에 관한 일정한 법적 결과가 이미 규정되어 있다는 것이다. 따라서 이 경우 입법자는 헌법이 정한 범위 내에서 기본의무의 내용을 구체화할 수 있을 뿐이지 새로운 내용을 형성할 수는 없다고 한다.

## 나. 부진정 기본의무

부진정 기본의무(Unechte Grundpflichte)란 해당 기본의무의 특정한 법적 결과가 헌법상 언급되어 있지 않기 때문에, 입법자가 그 내용을 형성해야 하는 경우를 의미한다.<sup>34)</sup> 부진정 기본의무의 대표적인 예로는 독일 기본법 제14조 제2항이 거론된다. 독일 기본법은 제14조 제2항 제1문에서 “재산권은 의무를 수반한다.”라고 규정하고, 제2문에서 “그 행사는 동시에 공공복리에 기여하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 경우 제14조 제2항 제1문의 의무는 해당 규정으로부터 일정한 법적 결과를 도출해 내기 위해서 지나치게 관념적이고 불확정적이라는 것이다. 이 규정으로부터 재산권자에 대한 구체적인 의무, 즉 국가가 재산권자에게 무엇을 요구할 수 있는가의 내용을 확정할 수 없다는 것이다. 이 경우 제2문 공공복리에 기여하여야 한다는 내용을 결부시키더라도 해당 의무의 내용이 명확해 지지는 않는다는 것이다. 따라서 기본법 제14조 제2항의 의무는 입법자가 그 내용을 구체적으로 규정하지 않는 한, 해당 의무의 내용과 결과가 불명확하기 때문에 국가가 재산권자에게 일정한 의무를 부과할 수 없다는 것이다. 그렇기 때문에 기본법 제14조 제2항의 내용은 독자적인 기본의무를 규정하고 있는 것이 아니라, 입법자에게 공공복리를 위하여 재산권사용의 한계를 구체화시킬 권한을 부여하고 있을 뿐인 이른바 부진정 기본의무에 해당된다는 것이다.<sup>35)</sup>

34) 홍성방, 국민의 기본의무, 318면 이하.

## 4. 고전적 기본의무 · 현대적 기본의무

이 분류는 기본의무가 등장하게 된 역사적 과정을 중심으로 한 구분이다.

### 가. 고전적 기본의무

고전적 기본의무(Klassische Grundpflichte)란 헌법전에 기본의무가 규정되기 시작한 이후 이른바 근대 입헌주의헌법에서부터 부과된 의무로 전통적 기본의무 또는 본래의 기본의무라고 불리기도 한다.

기본의무 사상이 발전된 이후 대체로 18세기 말부터 각국의 헌법에 등장하게 된 여러 의무들 중에서, 1919년 바이마르 공화국 헌법에서 새롭게 등장하게 된 의무들을 제외한 여러 의무들이 이에 해당된다고 한다. 가령 법률에 복종할 의무, 병역의 의무, 납세의 의무 등이 이에 해당된다. 이러한 고전적 기본의무는 주로 국가질서의 유지를 목적으로 한 것으로, 근대 국가가 성립되기 시작할 이래 국가의 존립을 위해 필요한 내용을 중심으로 형성되었다고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

### 나. 현대적 기본의무

현대적 기본의무(Neue Grundpflichte)란 1919년 바이마르 공화국 헌법에서 시작된 기본의무, 즉 현대 사회국가적 헌법에서 새롭게 규정된 기본의무를 의미한다. 현대적 기본의무에는 교육의 의무, 환경보전의 의무, 재산권행사의 공공복리 적합의무 등이 해당된다고 보는 것이 일반적이다. 이러한 현대적 기본의무는 특히 사회국가사상의 발전과 함께 도입된 내용으로 사회적 정의의 실현을 위한 경제적·문화적 측면의 분야에서 요구되는 내용을 중심으로 형성되었다고 할 수 있다.<sup>37)</sup>

다만 교육의 의무가 현대적 기본의무에 해당되는가에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 이에 대해서는 교육의 의무를 수업에 참여할 의무(Unterrichtspflicht)

---

35) 홍성방, 국민의 기본의무, 318면 이하.

36) 김철수, 헌법학개론, 982면.

37) 김철수, 헌법학개론, 983면.

로 이해하는 경우에는 이를 고전적 의무라고 하고, 아동의 취학의무 (Schulbesuchspflicht) 또는 무상 의무교육을 받게 할 의무라고 이해하는 경우 이를 현대적 기본의무로 이해하기도 한다.<sup>38)</sup>

## 제2절 기본의무의 역사적 발전과정

기본의무의 역사적 발전과정으로는 기본의무가 법사학적으로 어떠한 과정을 거치면서 형성·발전되어 왔는지, 그리고 이에 대한 사상적 배경은 어떻게 발전되어 왔는지 살펴볼 필요가 있다. 나아가 우리 헌법사에서는 기본의무가 어떠한 과정과 내용으로 발전되어왔는지도 논의되어야 할 것이다.

### 1. 기본의무의 법사학적 발전과정

기본의무의 법사학적 발전과정은 대체로 1789년 이후의 과정부터 살펴보는 것이 일반적이다.<sup>39)</sup> 이 시기 이후에야 비로소 기본의무는 각국의 헌법을 통해 부과되기 시작하였기 때문이다.

#### 1. 프랑스 혁명과 기본의무

##### 가. 1789년 프랑스 인권선언

1789년 프랑스 혁명이래 시민의 권리를 기본권의 형태로 보장하기 시작한 헌법제정의 움직임과 함께 아울러 국가에 대한 시민의 일정한 의무도 이른바 기본의무의 형태로 각국의 헌법에 등장하기 시작하였다. 가령 1789년 메사쉴레츠 헌법 제10조는 “사회의 구성원은 누구나 자신의 생명, 자유 및 재산을 향유함에 있어서 법에 따라 사회에 의하여 보호받을 권리를 가진다. 그는 그에 따라 필요한 경우 그 보호에 필요한 비용을 자신의 역무나 기타 이에 상응하는 것을 제공함으로써 분담하여야 할 의무가 있다.”라고 규정하였다. 이는 18세기

38) 홍성방, 국민의 기본의무, 320면 이하.

39) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 51 ff.



말 미국 및 프랑스 인권선언들의 기초자들이 시민은 공동체에 대하여 기본적인 사회적·정치적 의무를 지고 있다는 사상을 반영한 것으로 볼 수 있다. 개인이 국가에 대하여 생명·자유·재산 등을 보호해 줄 것을 요구할 수 있는 권리에 대응하여, 이러한 보호활동을 위한 국가조직의 유지에 필요한 일정한 비용을 개인이 역무나 금전적 기여를 통하여 분담하여야 할 의무가 있다는 것이 그 기초였다.

특히 1789년 프랑스 혁명의 기초가 된 인간과 시민의 권리선언을 작성하기 전에 당시 국민회의에서는 인권선언이 단지 불가침의 인권만을 규정하고 있어야 하는가 아니면 권리의 이면에 존재하는 의무도 함께 포함해야 하는가의 여부에 대해 논란이 있었다. 국민회의의 다수의 견해는 의무 자체에 대해서는 반대하지 않았지만, 지나치게 의무를 강조하는 것도 불필요한 것으로 보았다. 결국 권리와 의무를 병렬적으로 규정한 초안에 대해 국민회의는 반대 570, 찬성 433표로 부결하였다.<sup>40)</sup> 1789. 8. 4. 국민회의에서 초안으로 제시된 중요한 기본 의무는 다음과 같은 다섯 가지를 들 수 있다. 즉 ① 신·종교·성직자를 존중할 의무, ② 국왕을 존중할 의무, ③ 법률에 복종할 의무, ④ 다른 시민들의 권리를 배려할 의무, ⑤ 세금을 납부할 의무가 그것이다.<sup>41)</sup>

프랑스 인권선언 초안을 위한 국민회의에서 권리와 의무를 동등하게 규정해야 한다는 견해들은 다음과 같은 논거들을 제시하였다.<sup>42)</sup> 첫째, 권리와 의무는 상호 의존관계에 있다는 것이다. 권리와 의무는 서로 분리될 수 없으며, 따라서 의무규정 없는 권리선언은 불충분하다는 것이다. 둘째, 인권선언에서 일반적으로 권리의 측면만 강조하는 것은 시민들로 하여금 자신들에게 부여된 권리에서 무제한한 자유를 주장하게 만드는 위험성이 초래된다는 점이다. 이러한

40) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 65.

41) 그 밖에도 인권선언의 초안에는 다음과 같은 의무들이 언급되었다. 즉, ① 공공부담의 납부에 기여할 의무, ② 국방의 의무, ③ 인근의 재난에 원조할 의무, ④ 공공질서를 방해하지 않고 타인의 명예를 침해하지 않을 의무, ⑤ 조국을 사랑할 의무 등이 그것이다. O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 66.

42) 이하의 내용들은 O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 67.

문제는 당시와 같이 정치적으로 불안정한 시기에는 특히 더 위험하다는 것이다. 셋째, 권리만을 일방적으로 강조하게 된다면 인간의 이기심과 오만함이 더욱 더 커지게 될 것이라는 점이다. 반면 권리와 의무를 동등하게 강조한다면 인간의 이러한 부정적 심리가 완화될 수 있다는 것이다. 넷째, 의무를 강조하는 정신적 기초는 윤리성(도덕성)에 기인한 것만이 아니라, 종교적인 측면에서도 그 이유가 있다는 것이다. 종교적인 계기에서 발생하는 의무를 강조하게 되면 국가 내에서 교회의 지위를 안정화시킬 수 있다는 것이다.

이러한 주장은 국민회의에서 다수견해의 지지를 받지 못하였다. 물론 다수견해가 의무규정의 필요성 자체를 근본적으로 반대한 것은 아니지만, 다음과 같은 이유에서 권리선언에서 의무와 권리를 동등하게 규정하는 것은 불필요하다고 보았다.<sup>43)</sup> 첫째, 인간의 이성에 대한 믿음이다. 즉 인간은 이성의 힘을 통해 충분히 권리와 자유에 대한 자연적인 한계를 인식할 수 있을 것이라고 한다. 둘째, 권리행사의 남용은 교육을 통해 충분히 예방할 수 있다는 것이다. 이성적 존재인 인간은 교육을 통해 자신의 권리가 어디까지 존재하는가에 대한 자유의 한계라는 점과 타인의 권리를 존중해 주어야만 자신의 권리도 보장된다는 점 등을 충분히 깨닫게 된다는 것이다.

이러한 배경으로 1789. 8. 26. 프랑스 인권선언은 권리의 측면, 특히 자유의 보장에 중점을 두었던 것이며, 의무규정은 단지 자유와 법률의 관계에 대한 내용에 반영되게 된 것이다. 의무라는 명칭은 단지 인권선언의 서문에 다음과 같은 표현으로 나타나게 되었다. “... 이로서 이 선언은 모든 사회 구성원에게 항상 현존하는 것이고 끊임없이 권리와 의무를 상기시키는 것이다(leur rapelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs).”라는 부분이 그것이다.

인권선언의 초안 작성 시 논의가 되었던 내용 중 ‘자유에 대한 제한’으로서의 의무규정은 인권선언 제4조의 일반적 행동의 자유에 대한 내용에서 반영되었다. 즉 인권선언 제4조는 “자유는 타인에게 손해를 가하지 않는, 모든 것을 행하는 것에 존재한다. 따라서 모든 인간의 자연권의 행사는 단지 다른 사회 구성원에 대해 동등한 권리의 향유를 보장하는 곳에서만 그 한계를 가지

---

43) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 67 ff.

는 것이다. 이러한 한계는 오로지 법률을 통해서만 확정될 수 있는 것이다.”라고 규정하였다. 나아가 제5조는 이러한 법률유보에 예외가 없다는 내용을 규정하고 있다. 즉 인권선언 제5조는 “법률만이 사회에서 해로운 행위를 금지할 권한을 가진다. 법률을 통해 금지되지 않은 모든 것은 저지되지 아니한다. 누구도 법률이 명령하지 않는 내용을 이행하도록 강요당하지 아니한다.”라는 부분이 그것이다.

한편 인권선언 제13조는 납세의 의무를 규정하였다. 즉 동조는 “공공의 군대를 유지하기 위하여 그리고 행정의 제비용을 위하여 일반적 조세는 불가결하다. 이는 모든 시민에게 그들의 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다.”라고 규정하였다. 물론 여기에서는 납세에 대한 의무부과의 성격보다는 일반적이고 동등한 부담이라는 원칙에 그 초점이 놓이게 되었다.<sup>44)</sup> 이러한 내용은 “모든 시민은 스스로 또는 대표자를 통하여 공공 조세의 필요사항, 용도, 세액, 징수방법 및 기간을 결정하는 데에 자유롭게 발언할 권리가 있다.”라고 하여 이른바 “대표 없으면 조세 없다(no taxation without representation)”는 원칙을 반영한 인권선언 제14조의 내용을 통해서도 이어지고 있다.

프랑스 인권선언은 병역의 의무도 규정하였다. 즉 인권선언 제12조는 “인권과 시민권을 보장하기 위해서는 공공의 병력이 필요하다. 이 병력은 모든 사람의 이익을 위하여 마련된 것이지, 그것을 위임받은 사람들의 개인적인 이익을 위해 마련된 것은 아니다.”라고 규정하였다. 그러나 이러한 병역의무의 규정 또한 오늘날과 같은 내용의 일정한 내용의 병역의무를 구체적으로 규정하기 보다는, 자유와 권리를 확보하기 위해서 병력이 필요하다는 일반적 내용의 확인에 그쳤다는 평가를 내릴 수 있다. 이 또한 국민회의에서 의무와 권리의 대등한 규정을 마련한 초안이 부결된 결과가 반영된 것이라고 볼 수 있다. 이러한 내용은 인권선언 제7조의 법률에 대한 복종의무에서도 나타난다. 즉 동조는 “누구도 법에 의하여 규정된 경우이거나 법이 정하는 절차에 의하지 아니하고는 고소, 체포, 구금되지 아니한다. 자의적인 명령의 작성을 선동하거나 편의를 제공하는 자 또는 그 명령을 집행하게 하는 자는 처벌되어야 한다. 그러나 법에 의하여 소환되거나 체포되는 시민은 누구나 즉각 법에 순응해야만 한다. 이

---

44) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 71.

에 저항하는 자는 범죄자가 된다.”라고 하여 법률에 의한 소환이나 체포에 대한 복종의무(Pflicht zum Rechtsgehorsam)를 규정하였다.

## 나. 1791년 프랑스 헌법

1791년 프랑스 헌법에서는 1789년 프랑스 인권선언에서 반영되었던 권리와 의무의 관계에 대한 내용들이 보다 의무를 강조하는 방향으로 이어지게 되었다.<sup>45)</sup> 가령 일반적 행동의 자유에 대한 내용에서도 과거 인권선언에서 보다 의무를 강화하는 경향으로 규정되었으며, 납세의 의무도 보다 강화되었고 일반적 교육의 의무도 신설되었다. 즉, 1791년 프랑스 헌법 제1부는 “공공의 학교제도가 창설되고 조직되어야 한다. 이는 모든 시민을 위한 것이고 모든 인간에게 필요한 부분의 수업은 무상으로 한다.”라고 규정하고 있었다. 한편 1791년 프랑스 헌법은 병역의 의무를 규정하지 않았다. 다만 제4부 제3조에서 “병역의무의 이행을 위해 소환되는 자는 시민들 자신이다.”라는 규정을 두었을 뿐이다.<sup>46)</sup>

1791년 프랑스 헌법에서 기본의무와 관련하여 주목할 만한 점은 동 헌법이 일반적 시민(제2부 제2조)과 능동적 시민(제3부 제1장 제2절)을 구분하여, 능동적 시민에게는 일반적 시민에게 해당되지 않는 일정한 특권과 의무를 부과하고 있었다는 점이다. 능동적 시민은 정치적 권리의 보유자로서 일반적 시민과 달리 입법기관인 국민회의의 구성을 위한 선거에 참여할 수 있었다. 다만 이를 위해 능동적 시민에게는 일정한 요건이 부여되었다. 즉 능동적 시민은 단지 프랑스인이라는 요건 이외에도 일정기간 프랑스 내의 일정한 장소에서 거주하고 있어야 했으며 최소한의 과세(당시에는 3일간 근로임금의 가치)를 납부함을 통해 일정한 경제적 자립성을 갖추고 있어야 했다.

나아가 능동적 시민은 병역을 수행할 능력이 있고 필요한 경우 평역의무를 이행할 수 있는 이른바 국민명부에 기재되어 있어야 하며 “국가, 법률 그리고 국왕에 대한 충성”과 “헌법을 수호할 것”을 선서를 통해 서약해야만 했던 것이다. 이러한 충성의 의무는 물론 윤리적 복종의무에 그 기원을 찾을 수 있는 것

---

45) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 72 f.

46) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 72.

이지만, 국가권력·법률·집행부(국왕)에 대한 존립을 헌법적으로 확인한 의미가 있다고 평가될 수 있다.<sup>47)</sup>

#### 다. 1793년 프랑스 헌법

1793년 프랑스 헌법은 의무가 아니라 다시 한 번 권리를 강조하고 있다. 즉 동 헌법은 개인의 자유를 더욱 더 강조하였으며, 나아가 평등과 민주주의의 원리를 지향하고 있다. 물론 동 헌법의 서문에 의무(devoir, Pflicht)라는 표현을 하고 있으나, 이는 국가에 대한 시민의 의무가 아니라 시민의 권리에 대응하는 정부의 의무를 나타내는 것이었다.<sup>48)</sup> 1789년 프랑스 인권선언과 마찬가지로 1793년 프랑스 헌법에서도 의무에 대한 내용은 우선 기본권제한의 형태, 즉 타인의 자유를 자신의 자유와 마찬가지로 존중해야 한다는 형태로 나타났다. 이러한 내용은 특히 다음과 같은 원칙, 즉 “타인이 너에게 시키지 않았으면 좋겠다고 원하는 일을, 너도 타인에게 하지 마라.”는 원칙에 기인한 것이었다.<sup>49)</sup>

나아가 1793년 프랑스 헌법은 인권을 침해하는 정부에 대해 저항할 의무를 규정하고 있었다. 즉 동 헌법 제35조는 정부가 인간의 권리들을 침해하는 경우 국민은 집단적으로 저항할 의무를 규정하고 있었다. 그러나 이는 국가에 대하여 일정한 내용의 행위를 부과하는 의무라기보다는 인권보장을 강화하기 위한 방법의 하나로 이해되었다.<sup>50)</sup> 1793년 프랑스 헌법에서는 1791년 헌법에서보다 시민의 국가에 대한 일정한 급부의 의무가 보다 강하게 규정되기도 하였다. 가령 동 헌법 제101조는 납세의 의무를 “명예로운 의무”(ehrenhaften Verpflichtung, honorable obligation)라고 지칭하였으며 병역의 의무를 일반적으로 부과하고 있었다. 즉 동 헌법 제109조는 “모든 프랑스인은 군인이다. 이들은 모두 무기사용법을 익힌다.”라고 규정하였다.

한편 1791년 헌법에서 일반적 시민과 능동적 시민을 구분하여 일반적 시민

---

47) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 73.

48) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 75.

49) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 75.

50) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 76.

에게는 권리만을 부여하고 능동적 시민에게는 이에 상응하는 의무도 부과하는 태도를 1793년 프랑스 헌법에서는 더 이상 수용하지 않았다. 따라서 병역의무나 납세의무의 이행여부에 따라 선거권을 제한하는 태도도 나타나지 않게 되었다.

#### 라. 1795년 프랑스 헌법

1795년 프랑스 헌법은 특히 기본의무의 역사적 발전과정에서 매우 의미 있는 헌법으로 거론된다. 왜냐하면 동 헌법에서 최초로 권리선언과 대응하여 기본의무가 포괄적으로 규정되어 있었기 때문이다.<sup>51)</sup> 즉 1795년 프랑스 헌법에서는 1789년 인권선언의 초안을 작성하기 위해 국민회의에서 논의된 내용 중 권리에 상응한 의무라는 부분이 대폭 수용된 것이다. 동 헌법은 “인간과 시민의 권리와 의무”라는 표제 하에 22개의 권리조항과 9개의 의무조항을 규정하고 있었다. 이처럼 권리와 의무를 나란히 규정한 것은 1795년 프랑스 헌법이 최초의 헌법이었다는 평가를 받고 있다.<sup>52)</sup>

1795년 프랑스 헌법에서 규정된 9개의 의무조항의 내용은 다음과 같다.

제1조 권리의 설명은 입법자의 의무를 포함한다: 사회를 유지하기 위해서는 다음과 같은 것, 즉 사회의 구성원은 자신의 의무들을 인식하고 이도 마찬가지로 이행해야 할 것을 요구하는 것이다.

제2조 모든 인간과 시민의 의무들은 선천적으로 모든 이들의 마음속에 각인된, 다음과 같은 두 원칙들의 결과이다: ‘타인이 너에게 하도록 네가 원하지 않는 것을, 너도 타인에게 하지 마라.’, ‘타인에게는 항상 그들이 원하는 선한 것들을 나타내도록 하라.’

제3조 사회에 대해 존재하는 모든 의무들은 다음과 같은 점, 즉 이를 방어하고, 이를 섬기고, 법률에 대해 복종하며 살고, 그 기관들을 존중하는 점에 있다.

제4조 좋은 아들, 좋은 아버지, 좋은 형제, 좋은 친구, 좋은 배우자가 아니면

---

51) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 51 f.

52) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 78.

누구도 좋은 국민이 아니다.

제5조 자유롭고 올바른, 명예롭고 양심적인 법률의 감시자가 아니면 누구도 좋은 인간이 아니다.

제6조 공공연히 법률을 위반하는 자는 사회와의 전쟁상태에 명백하게 들어 서고 있는 것이다.

제7조 법률의 한계를 공공연히 넘어서지는 않지만 간사하게 또는 능숙하게 우회하는 자는, 만인의 이익을 침해하는 것이다. 그는 만인의 호의와 존중을 받을 자격이 없는 것이다.

제8조 농업, 모든 생산물, 모든 근로수단 그리고 전체 사회질서는 재산의 유지에 기인한다.

제9조 모든 시민들은 조국에 대해, 자유·평등·재산의 유지에 대해 법률이 그들에게 그 방어를 외치는 모든 경우에 복무해야할 책임을 진다.

이러한 일련의 기본의무조항들은 물론 국가와 사회에 대해 일정한 참여나 적극적인 행위를 요구하는 내용이라기보다는, 윤리적인 의무의 성격을 가지는 소극적인 복종을 요구하는 것이 대부분이었다. 이러한 내용들은 결국 인권 및 시민의 권리보장과 더불어 자유로운 공동체를 유지하기 위한 프로그램으로서 특권적 구질서를 타파하는 의미를 갖는 것으로 이해되기도 하였다.<sup>53)</sup>

## 2. 초기 입헌주의시대

프랑스 혁명 이후 프랑스에서 전개된 일련의 헌법제정 움직임으로부터 강하게 영향을 받은 남부와 중부의 독일에서도 개인의 의무에 대한 논의가 초기 입헌주의시대의 헌법에 반영되었다.<sup>54)</sup> 이러한 내용은 특히 초기 입헌주의시대의 법률에 대한 복종의 의무, 조세의 의무, 재산권양도의 의무, 병역의 의무 등을 들 수 있다.

초기 입헌주의시대 기본의무에 대한 논의는 다음과 같은 특징을 가지고 있다.<sup>55)</sup>

---

53) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 83.

54) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 52.

첫째, 당시 시민의 의무는 입헌주의와 처음부터 밀접하게 관련된 것으로 여겨졌다. 가령 조세를 납부하여 국가의 필요경비를 충족시켜야 한다는 내용의 시민에 대한 납세의 의무는 납세와 국민대표의 의미를 연계시키는 입헌주의적 이해와도 부분적으로 관련이 있다는 것이다. 즉 국민대표가 허용한 경우에만 조세를 부과할 수 있다는 것이 납세의무를 정당화시킬 수 있다는 것이다. 이러한 납세의 기본의무를 근거로 시민이 국가의 유지에 기여할 수 있게 될 수 있을 뿐만 아니라, 과세의 근거와 사용내용 등을 함께 결정할 수 있는 시민의 권리까지도 도출된다는 것이다.

둘째, 기본의무는 기본권의 보장과 함께 근대 국가의 본질적 특징을 형성하기 때문에 초기 입헌주의 시대 헌법의 본질적 내용을 형성하게 되었다는 것이다. 이러한 내용은 과거 군주국가 시대에서 유래한 사회의 일부 계층들에 대한 특권들이 점차 사라지고 모든 시민에 대한 일반적이고 동등한 권리가 인정되면서, 과거 특권 계층이 국가의 존립과 유지를 위해 담당하던 기본의무 또한 모든 시민에게 일반적이고 동등하게 부과되기 시작되었다는 것이다. 특히 납세의 의무와 국방의 의무가 이에 해당된다는 것이다.<sup>55)</sup>

### 3. 1849년 파울교회헌법

유럽에서는 나폴레옹의 몰락 후 1815년 빈회의(Wiener Kongreß)를 통해 복고세력에 의한 새 질서가 형성되면서 이미 크게 성장한 자유주의적 시민세력과 계속적인 갈등이 지속되었다. 1848년 3월 독일에서도 자유주의자들의 혁명이 일어났고 프랑크푸르트 파울교회(Paulskirche)에서 소집된 국민회의에서 헌법제정을 논의하게 되었다. 이듬해인 1849년 3월 헌법이 제정되고 공포되기는 하였으나 시행되지 못하고 복고세력이 재등장하게 되었다. 그러나 이 1849년 독일제국헌법(일명 파울교회헌법[Paulskirchenverfassung])은 무려 60개 조항에 달하는 기본권규정을 두었고 그 내용도 매우 진보적이었다.

물론 헌법제정을 논의한 국민회의에서 기본의무가 큰 비중을 차지하지는 못

---

55) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 95 ff.

56) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 96 f.



하였다. 파울교회헌법의 제정에서 주요한 논의는 기본권의 보장에 집중되었기 때문이다. 따라서 당시 의무에 대한 사고는 평등과 정의의 원칙, 즉 국가에서 인간과 시민의 의무와 공공복리에 대한 구속의 형식으로 논의된 것이었다.<sup>57)</sup> 파울교회헌법에서 규정하고 있던 기본의무의 내용은 다음과 같다.

첫째, 병역의 의무이다. 병역의 의무는 파울교회헌법의 제정과정에서 가장 심각하게 논란이 되었던 주제 중의 하나였다.<sup>58)</sup> 헌법제정과정에서 병역의 의무는 대리행사가 불가능하며 따라서 시민으로부터 직접 행사되어야 한다는 점이 분명하게 되었다. 왜냐하면 병역의 의무는 하나의 명예로운 의무(eine Ehrenpflicht), 시민의 국가에 대한 가장 신성한 의무(die heiligste Pflicht)로 여겨졌기 때문이다. 국가의 존립과 국력은 국가의 부담을 모든 국민이 동등하게 부담하는 경우에만 유지되고 모든 신분을 포괄하는 국민의 군대야말로 국가의 발전을 위해 필수 불가결한 존재로 여겨졌던 것이다. 다른 한편 병역의 의무는 병역권(Wehrrecht)로 이해되기도 하였다.<sup>59)</sup> 즉 국가의 구성원으로서 모든 국민에게 원래부터 부여된 권한으로 이를 민주적으로 규율된 방법에 따라 사용해야 한다는 것이다. 나아가 병역의 의무는 일종의 무기권(Waffenrecht)으로까지 이해되기도 하였다.<sup>60)</sup> 그러나 무기권에 대한 논의는 자칫 공공의 안전을 위태롭게 하는 결과를 초래할 수 있다는 우려 때문에 더 이상 진행되지 못하였다.

둘째, 납세의 의무 역시 파울교회헌법에서는 국가의 부담에 대한 공평한 부담의 차원에서 논의되었다.<sup>61)</sup> 물론 헌법위원회는 보수적인 시각에서 공평부담 원칙의 의미를 무차별적 평등지상주의라고 비난하기는 하였다. 그러나 파울교회 헌법제정 본회의에서 다수 견해는 공평한 과세의 원칙을 선언할 것을 주장하였다. 이를 통해서 비로소 국가에 대한 지나치고 불공평한 과세에 대한 비난

---

57) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 124 f.

58) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 131.

59) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 133.

60) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 133.

61) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 135.

을 극복할 수 있기 때문이라는 것이 그 이유였다.

셋째, 재산권양도의 의무(die Pflicht zur Eigentumsabtretung)이다. 기존의 헌법과 마찬가지로 파울교회헌법도 한편으로는 사인의 재산권을 보장하면서 다른 한편으로는 일정한 요건 하에 재산권에 대한 수용을 수인할 의무를 규정하고 있었다. 이러한 내용은 재산권에 대한 수용은 공공의 최적의 이익을 위해 서만 가능한 것이고, 오로지 법률을 근거로 해야만 하며 이에 앞서 정당한 보상이 선행되어야 한다는 조건으로 구체화되었다.<sup>62)</sup>

넷째, 취학의 의무(Schulpflicht)이다. 기존 헌법에서 존재하지 않았지만, 파울교회헌법에서 반영된 새로운 내용의 하나가 바로 취학의 의무에 대한 규정이다. 취학의 의무는 본래 파울교회헌법의 제정과정에서 수업의 의무(Unterrichtspflicht)라는 규정으로 주장되었다.<sup>63)</sup> 라인발트(Reinwald)의원으로 부터 제안된 수업의 의무는 다음과 같은 내용이었다. 즉, “누구도 자신의 보호 하에 있는 아동을 초등 국민교육의 내용에 대한 수업을 받지 않게 내버려두어서는 안 된다.”라는 것이 그 내용이다.<sup>64)</sup> 이는 얼핏 자신의 자녀를 최소한의 수업에 참여시키도록 하는 개인에 대한 의무부과의 내용으로 보일 수 있지만, 실제로는 학교교육과 교육체계를 확립시키도록 요구한 국가에 대한 의무부과의 내용과 교육과 관련된 사항에서 교회와 국가의 관계를 분리하고자 한 시도였다. 당시만 하여도 아동에 대한 초등교육의 담당자는 국가나 개인이 아닌 교회의 역할이었으나, 교회의 주도하에 행해졌던 초등교육이 모든 시민에게 공정하고 적절한 기회를 제공해 주지 못했기 때문이었다. 따라서 국가는 최소한의 초등교육을 실행할 수 있는 교육시설을 확립하고 이를 바탕으로 개인에게 자신의 보호 하에 있는 아동들을 수업에 참여시키는 의무를 부과한 것이다. 이러한 배경으로 당시에는 이른바 국민학교(Volksschule)라는 제도의 설립이 주장되었다. 국민학교는 모든 아동들에게 신체와 정신을 단련시켜 사회의 건전한 시민으로 성장할 수 있는 기회를 제공하는 국가에서 운영되는 학교체제를 의미하였다.<sup>65)</sup> 파울교회헌법에서 최초로 규정된 이와 같은 내용의 취학의 의무

---

62) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 137.

63) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 139.

64) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 139.

또는 수업의 의무는 이후의 헌법에도 반영되어 교육의 의무라는 기본의무로 발전되었다.<sup>66)</sup>

#### 4. 1866년과 1871년 독일제국헌법

1866년 북독일연맹헌법(die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1866)과 1871년 독일제국헌법(일명 비스마르크 제국헌법[die Bismarcksche Reichsverfassung von 1871])은 국가조직에 관한 규정만을 두고 있었다. 국가와 시민의 관계에 대한 규정들, 특히 국민의 기본적 권리에 관한 규정들은 대부분 연방법률 또는 개별 지방국에 위임되어 있었다.<sup>67)</sup>

이러한 내용에 따라 당시 헌법에는 단지 병역의 의무만이 헌법적 차원에서 규정되어 있었다. 당시 병역의 의무는 바닷가에 사는 주민에 대한 해병의 의무(Marinepflicht[1871년 독일제국헌법 제 53조 제4항])와 그 밖의 제국주민에 대한 육군병의 의무(Heerespflicht[1871년 독일제국헌법 제3조 제5항, 제57조])로 구분되었다. 그러나 실제 전쟁이 발생했을 경우에는 일반 법률로 병역의 의무가 부과되기도 하였다. 가령 1916년 전쟁 중 조국구조법률(Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst[RGBL. 1916, 1333])이 제정되어 17세에서 60세까지의 모든 독일 남성에게 복무의 의무가 부과되기도 하였다.<sup>68)</sup>

#### 5. 1919년 바이마르 공화국 헌법

1919년 8월 11일 바이마르 공화국 헌법(die Weimarer Reichsverfassung)은 독일의 헌법사에서 최초로 포괄적인 기본의무규정을 두고 있었다. 바이마르 공화국 헌법 제2부는 아예 표제를 ‘독일인의 기본권과 기본의무들(Grundrechte

---

65) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 139.

66) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 52; O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 143.

67) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 52 f.

68) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 53; O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 154 ff.

und Grundpflichten der Deutschen)’이라고 나타냈다.

바이마르 공화국 헌법에 규정된 기본의무들 중에서 납세의 의무,<sup>69)</sup> 병역의 의무,<sup>70)</sup> 재산권양도의 의무<sup>71)</sup> 등과 같이 기존의 헌법에서 전해내려 온 고전적 의미의 기본권도 있었다. 다른 한편 바이마르 공화국 헌법은 기존의 전통적 기본의무 이외에 새로운 기본의무를 도입하기도 하였으며 기존의 기본의무를 새로운 형식으로 규정하기도 하였다. 가령 바이마르 공화국 헌법은 취학의 의무(Schulpflicht)를 등교의 의무(Schulbesuchspflicht)<sup>72)</sup>로 형성하기도 하였으며, 부모의 양육의무(Erziehungspflicht)<sup>73)</sup>를 수용하여 그 내용을 보완하기도 하였다. 나아가 당시 지방에서 인정되고 있었던 명예공직수임의무(Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern)도 헌법상의 기본의무로 채택되었다.<sup>74)</sup>

바이마르 공화국 헌법은 사회적·경제적 영역에서도 헌법상의 일정한 기본의무를 채택하였다. 이는 바이마르 공화국 헌법이 최초로 일련의 사회적 기본권을 채택한 것과 마찬가지로 동기에서 기인한 것으로, 이러한 사회적·경제적 차원의 기본의무 역시 바이마르 공화국 헌법의 주요한 특징이었다고 할 수 있다.<sup>75)</sup> 가령 재산권 일반에 대한 사회적 의무성(Sozialpflichtigkeit des Eigentums allgemein),<sup>76)</sup> 특히 토지에 대한 사회적 의무성(Sozialpflichtigkeit des Bodens),<sup>77)</sup> 보상 없는 수용에 대한 수인의무(Pflicht zur Hinnahme entschädigungsloser Enteignung),<sup>78)</sup> 근로의 의무(Arbeitspflicht)<sup>79)</sup> 등이 그것이다.

---

69) 바이마르 공화국 헌법 제134조.

70) 바이마르 공화국 헌법 제133조 제2항.

71) 바이마르 공화국 헌법 제153조 제2항.

72) 바이마르 공화국 헌법 제145조.

73) 바이마르 공화국 헌법 제120조.

74) 바이마르 공화국 헌법 제132조.

75) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 53.

76) 바이마르 공화국 헌법 제153조 제3항.

77) 바이마르 공화국 헌법 제155조.

78) 바이마르 공화국 헌법 제153조 제2항 제2문.

그러나 바이마르 공화국 헌법에서 규정되었던 이와 같은 방대한 내용의 기본의무는 실제 헌법현실에서 거의 실현되지 못하였다.<sup>80)</sup> 가령 바이마르 공화국 헌법상의 병역의 의무는 베르사유조약 제173조를 통해 보류되었다. 나아가 당시 헌법상의 기본의무를 재판관을 통해 구체화하는 헌법재판제도도 존재하지 않고 있었다. 게다가 바이마르 공화국 헌법은 1933년까지 14년이라는 짧은 기간 동안에만 효력을 유지하고 있었다. 이처럼 제한된 기간 내에 당시 헌법학계는 그렇지 않아도 바이마르 공화국 헌법의 방대한 기본권과 특히 사회적 기본권의 법적 성격 및 효력에 대한 논의에 집중하고 있는 상황에서, 기본의무의 내용과 성격에 대한 논의까지 진행할 여력이 없었다고 평가된다.<sup>81)</sup>

## 6. 나치시대의 기본의무

바이마르 공화국의 혼란기에 등장한 나치정권은 바이마르 공화국 헌법에서 보장된 기본권들을 모두 배제하고 그 위에 광범위한 의무구조를 구축하였다. 나치정권의 의무사상은 이른바 모든 독일국민들에 대한 포괄적인 충성의 의무로 대표될 수 있다.<sup>82)</sup> 1934년에는 제국 명령의 형태로 제국근로봉사(Reichsarbeitsdienst)에서의 근로의 의무가 도입되었으며,<sup>83)</sup> 1935년에 베르사유조약에 반하는 내용의 병역의 의무가 다시 반영되었다.<sup>84)</sup> 이를 통해 병역의 의무를 구체화하는 일련의 새로운 의무들이 등장하게 되었다. 가령 방공호복무의무(Luftschutzdienst),<sup>85)</sup> 청소년복무의무(Jugenddienstpflicht),<sup>86)</sup> 일반적 복무의

79) 바이마르 공화국 헌법 제163조 제1항.

80) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 53 f.

81) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 54; *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 308, 311.

82) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 54.

83) Verordnung vom 13. Dezember 1934(RGBl. I. 1235).

84) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 54.

85) Luftschutzgesetz vom 26. Juni 1935(RGBl. I, 827, 1092).

86) Gesetz über die Hitlerjugend(RGBl. I 1936, S. 993).

무(allgemeine Dienstleistungspflicht)<sup>87)</sup> 등이 그것이다.

나치정권에 의해 부과되었던 위와 같은 의무들은 결코 헌법에 규정된 것은 아니었다. 그러나 당시 나치정권이 헌법규정을 배제하고 일반 법률의 형태로 모든 통치의 기반을 마련했었다는 점에서 볼 때, 위와 같은 의무규정들은 비록 법률 또는 명령에 근거한 것이었지만 모든 독일국민을 직접 구속하는 효력을 가지고 있었던 것이었다. 특히 병역의 의무, 청소년복무의무 등은 당시의 독일 민족공동체(Volksgemeinschaft)의 구성원으로 지녀야 할 민족적 주요의무(völkische Hauptpflichten)라는 성격으로 여겨지기도 하였다.<sup>88)</sup>

## 7. 1948년 독일 기본법

1948년 제정된 독일 기본법 제1부, 즉 제1조에서 제19조까지의 규정은 과거 바이마르 공화국 헌법에서와 같은 「기본권과 기본의무」라는 표제가 아니라 단지 「기본권」이라는 표제만을 두고 있다. 나아가 1948년 독일 기본법의 내용 어디에도 ‘기본의무’라는 개념을 찾아볼 수 없다. 이러한 의미에서 독일 기본법은 바이마르 ‘공화국 헌법으로부터의 전향’(Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung)이라고 나타낼 수도 있다.<sup>89)</sup> 이러한 태도는 바이마르 공화국 헌법이 권리와 의무를 결합하여 생각하고 개인의 의무가 국가와 공동체의 유지를 위해 반드시 필요하다는 독일의 오랜 국가철학의 전통을 반영하고 있었다는 점을 고려할 때, 매우 주목할 만한 것이라고 평가할 수 있다.<sup>90)</sup>

독일 기본법의 이러한 태도는 다음과 같은 이유로 설명될 수 있다. 즉 한편으로 독일 기본법은 기본권규정이 지나치게 많이 있었고 특히 광범위한 사회적 기본권의 법적 성격으로 인해 논란이 되었던 바이마르 공화국 헌법의 문제

---

87) Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan zur Sicherstellung des Kräftebedarfs für Aufgaben von besonderer staatspolitischer Bedeutung vom 13. Februar 1939(RGBl. I, 206).

88) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 55.

89) H. Hofmann, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 52 f.

90) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 13.

점에 대한 반성이었다는 점이다. 다른 한편으로 독일 기본법은 지나치게 의무 규정을 강조하였던 나치정권에 대한 반작용이었다는 점이다. 즉 국가전체의 이익이라는 명목으로 개인의 자유를 무참하게 제한하고 희생하도록 강요했던 나치정권에 대한 반성의 태도라는 것이다.<sup>91)</sup> 이러한 태도에 대한 반성으로 독일 기본법은 바이마르 공화국 헌법과 달리 사회적 기본권을 포기하고 자유권 중심으로 기본권을 축소한 것이다. 특히 헌법의 편제에서 기본권목록을 제1부에 두었으며, 기본의무라는 개념 자체를 인정하지 않았던 것이다.

기본법 제정 당시 기본의무의 도입여부에 대한 논의가 전개되었으나 이는 다음과 같은 두 가지 이유로 거부되었다. 첫째, 기본의무에 해당된다고 거론되는 의무의 내용들은 어떤 의미에서는 지극히 당연한 것들로서 굳이 명시적으로 강조할 필요성이 없다는 것이다. 둘째, 바이마르 공화국 헌법에서 규정되었던 기본의무에 대한 내용들은 대부분 도덕적 또는 윤리적 의무이거나 입법자에 대한 호소 정도의 성격을 지니고 있었기 때문에 엄격하게 개개인의 법적 권리와 의무만으로 기본법을 제한하고자 했던 기본법제정자들의 의도에 합치되지 않았던 것이다.<sup>92)</sup>

그러나 독일 기본법이 기본의무라는 개념을 사용하지 않고 있다고 하더라도 독일 기본법에서 기본의무에 해당되는 내용이 전혀 도출되지 않는 것은 아니다. 내용적으로 독일 기본법도 기본의무에 해당되는 일정한 개인의 의무를 요구하고 있기 때문이다. 가령 기본법 제6조 제2항 제1문의 부모의 양육의무(Erziehungspflicht der Eltern), 기본법 제12a조 제1항의 병역의 의무가 그것이다. 그 밖에 독일 기본법에서 다른 의무도 도출될 수 있는지 또는 독일 기본법의 명시적 규정 이외에 해석을 통해 이른바 불문의 기본의무가 도출될 수 있는지에 대해서는 다양한 견해가 대립되고 있다.<sup>93)</sup>

---

91) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 14.

92) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 15.

93) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 16.

## II. 기본의무의 이념사적 발전과정

기본의무의 역사적 발전과정에서 살펴본 것과 같이 기본의무가 헌법에 규정된 것은 각국의 오랜 역사적·문화적·사상적 배경을 전제로 한다. 따라서 여기에서는 기본의무가 이념사적으로 어떠한 배경을 통해 발전해 왔는가를 살펴보고자 한다.

### 1. 성경

서양에서 기본의무의 사상적 기원은 이미 성경에서도 찾아볼 수 있다. 성경에 제시되어 있는 신에 대한 인간의 의무 또는 인간 상호간의 의무 또는 종교적 세계질서에 대한 의무 등이 그것이다. 가령 구약성경에 있는 10계명,<sup>94)</sup> 출애굽기의 여러 법령들,<sup>95)</sup> 레위기의 일상과 종교의식에 대한 여러 법률들<sup>96)</sup> 등이 그것이다. 나아가 신약성경에 있는 이른바 황금률,<sup>97)</sup> 속세의 질서에 대한 복종의무,<sup>98)</sup> 신에 대한 복종의무<sup>99)</sup> 등이 그것이다.

이러한 성경의 내용들은 이후 서양에서 기본의무의 중요한 내용의 하나로 인정된 법질서에 대한 복종의무, 인간 상호간의 배려의무 등의 내용에 중요한 영향을 미쳤다고 평가된다.<sup>100)</sup>

---

94) 출애굽기 제20장.

95) 가령 출애굽기 제21장 중에 관한 법령, 살인에 관한 법령, 과실치사 및 과실치상에 관한 법령, 절도죄에 관한 법령, 손해배상에 관한 법령 등.

96) 레위기 제17장 이하.

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

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

99) 사도행전 제5장 제29절.

100) *Th. I. Schmidt, Grundpflichten*, S. 58.



## 2. 스토아 철학

고대 스토아 철학에서 의무라는 개념을 체계화한 철학자는 제논(Zenon von Kition, BC 335 - 263)을 선두로 키케로(Marcus Cicero, BC 106 - 43), 세네카(Lucius Annaeus Seneca, BC 4 - AD 65), 아우렐리우스(Marcus Aurelius, AD 121 - 180) 등을 들 수 있다.<sup>101)</sup>

이들에 의하면 인간은 정의, 용맹, 자기지배, 인간성의 실현에 대한 기본도덕성(Grundtugenden)을 가지고 있다고 한다. 그러나 당시 스토아 철학에서는 도덕적 의무와 법적 의무를 구분하지 않고 있었다. 법과 도덕은 이성의 통일적 질서에 상호 결합되어 나타난다고 보았기 때문이다.<sup>102)</sup>

## 3. 아우구스티누스

4세기경 이탈리아에서 활동한 신학자 성 아우렐리우스 아우구스티누스(Sanctus Aurelius Augustinus, 354 - 430)은 자신의 대표적 저서인 신국론(神國論, De civitate dei)에서 2개의 국가를 설명하고 있다. 즉 신이 지배하는 이른바 신의 국가(civitas dei)와 인간이 지배하는 속세의 국가(civitas terrena)가 그것인데, 속세의 국가는 악마의 국가(civitas diaboli)라 칭해지기도 하였다. 속세의 국가는 인간이 지배하는 국가인 반면, 신의 국가는 신을 믿는 신자들의 공동체로서 교회에서 조직된 형태의 국가라고 한다.

아우구스티누스는 세상의 국가에 대한 근본적인 회의를 나타내기도 했지만, 간접적으로 신의 국가에서 전해오는 국가의 평화적 기능을 강조하기도 하였다. 따라서 속세의 국가에서 유지되어야 할 법률에 대한 복종의 의무를 강조했다. 종교적 신성성을 해하지 않는 한 그리고 속세의 삶을 유지하는 데에 기여가 되는 한, 법률에 대한 복종의 의무가 매우 요청된다는 것이다.<sup>103)</sup>

---

101) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 58.

102) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 58 f.

103) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 59.

#### 4. 토마스 아퀴나스

중세 이탈리아의 신학자 토마스 아퀴나스(Thomas von Aquin, 1225 - 1274)는 스콜라철학을 대표하여 인간의 공동체 구속성을 기초로 모든 행위를 공공 복리에 향하도록 해야 할 의무(Pflicht zur Gemeinwohlorientierung), 특히 보편적 정의(iustitia universalis)의 요소로 법에 복종할 의무를 강조하였다.<sup>104)</sup>

법에 복종할 의무는 삼라만상을 지배하는 신이 우주 만물에 관하여 영구적으로 계획한 영원법(永遠法, lex aeterna), 인간사회의 질서를 지배하는 영원불멸의 보편적인 법으로 신이 내려주었다고 하는 자연법(自然法, lex naturalis), 인간사회의 질서를 유지하기 위해서 자연법으로 부족한 내용을 실제로 제정한 인정법(人定法, lex humana)이라는 단계구조의 형태로 나타나는 이성(Vernunft)의 표현이라는 형태의 법에 기인하는 것이라고 한다. 따라서 인간의 모든 행동은 공동선(bonum commune)에 부합되어야 한다는 것이다. 이와 같은 의무는 신민이나 군주에 대해서도 동일한 방법으로 제시된다고 한다.<sup>105)</sup>

#### 5. 종교개혁론자들

반면 독일의 종교개혁자이자 신학자인 마틴 루터(Martin Luther, 1483 - 1546)는 토마스 아퀴나스의 사상적 기초에 반론을 제기했다. 루터는 자신의 2국가론(Zwei-Reiche Lehre)에서 국가를 형벌에 대한 위협을 통해 피조물을 지켜주기 위한 비상기구(Notanstalt)로 간주하였으며, 이러한 국가의 정당성을 인정하기 위해서는 복종의 의무가 요구된다고 보았다. 다만 루터는 군주의 속세에 대한 지배는 단지 신민들의 외적인 생활환경의 지배에 국한된다고 보았으며, 평화를 유지시키고 자신의 신민들을 보호해야 할 군주 자신의 의무도 강조하였다.<sup>106)</sup>

요하네스 칼뱅(Johannes Calvin, 1509 - 1564)은 자신의 신정(神政) 국가정치

---

104) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 59.

105) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 60.

106) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 60.

사상에 기초하여 종교적으로 기인하는 속세의 지배에 대한 복종의 의무를 제시하였다. 그러나 이러한 의무는 국가가 종교적 명령에 반하는 행동을 하는 경우 그 한계에 직면한다고 하였다. 그러한 경우 개인에게는 신의 명령에 반하는 국가에 대해 저항할 권리만이 아니라 저항할 의무까지 부여된다는 것이다.<sup>107)</sup>

## 6. 보댕의 국가철학

주권개념의 창시자인 장 보댕(Jean Bodin, 1530 - 1596)은 16세기 프랑스의 종교전쟁을 경험한 후, 내적 평화의 유지를 자신의 사상적 기초로 삼았다. 보댕은 시민전쟁의 위험을 강력한 군주의 힘으로 극복할 수 있다고 보아 이를 주권개념을 통해 설명하였다. 군주는 신의 모사(Abbilde)라는 것이다. 따라서 신민은 신에 대해서와 마찬가지로 군주에 대해서도 절대적인 복종의 의무를 가지고 있다는 것이다. 그러나 군주가 신의 뜻에 거역하는 경우 군주에 대한 신민의 복종의 의무는 더 이상 존재하지 않게 된다고 한다. 이러한 경우에만 신민은 군주에 대해 수동적인 저항을 할 수 있다고 한다.<sup>108)</sup>

## 7. 영국의 사상

토마스 홉스(Thomas Hobbes, 1588 - 1679)는 당시의 종교적 시민전쟁을 회피하기 위해 절대권력을 정당화했다. 홉스에 의하면 국가는 자연상태에 처해진 개개인의 계약을 통해 건설된 진정한 초인간적인 것, 리바이던(Levathan)이라고 한다. 이 경우 국가의 지배자는 계약의 당사자가 아니기 때문에 계약의 내용에 구속되지 아니하며 따라서 지배자의 명령에 대해 피지배자(신민)들은 무조건적인 복종의 의무(unbedingte Gehorsamspflicht)가 존재하게 된다는 것이다. 그러나 이러한 구속관계는 지배자가 더 이상 신민들을 보호할 수 없거나 국가의 질서를 유지할 수 없는 상황에 처할 경우 종료된다고 한다. 그러한 경우 인간의 자연적 자기방어권(Selbstverteidigungsrecht)이 다시 등장하게 된다

---

107) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 60 f.

108) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 61.

는 것이다. 이와 같은 보호와 복종의 관계는 “너를 보호해 주기 때문에 너에게 의무를 부과한다.”(protego, ergo obligo)라는 표현으로 요약된다. 이러한 내용은 오늘날까지도 보호의무와 기본의무의 관계라는 범위에서 많은 영향을 미치게 되었다고 평가된다.<sup>109)</sup>

존 로크(John Locke, 1632 - 1704)의 경우 자신의 정치철학에서 가장 중심적인 것은 개인이 소유한 것, 즉 생명·자유·재산의 유지였다. 로크는 이와 같은 소유물의 유지에 대한 의무를 제시하였다. 이러한 의무는 개인 자신, 다른 사람들(동료) 그리고 국가에게 부과되는 것이었다. 따라서 로크는 자기유지의무(Selbsterhaltungspflicht), 손해금지의무(Schädigungsverbot), 국가에 대해 납세를 이행할 의무, 국가의 법률을 준수할 의무를 제시하였다. 그리고 이와 같은 내용의 의무들을 국가가 개인의 소유물을 보존해 줄 과제를 통해 정당화시켰다.<sup>110)</sup>

## 8. 독일의 계몽주의자들

사무엘 폰 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf, 1632 - 1694)는 기본의무에 대한 사상에서 매우 중요한 역할을 수행하였다고 평가된다.<sup>111)</sup> 푸펜도르프는 인간의 무력함(Hilflosigkeit, imbecillitas)과 사회성(Geselligkeit, socialitas)을 통해 의무론이라는 자연법의 체계를 발전시켰다. 이러한 내용은 절대적인 의무(absolute Pflichte, officia absoluta)와 가정적인 의무(hypothetische Pflichte, officia hypothetica), 신에 대한 의무와 자기 자신에 대한 의무 그리고 다른 인간에 대한 의무를 모두 포함한다고 한다. 다른 인간에 대한 의무는 다음과 같은 3가지 주요의무, 즉 손해를 가하지 않을 의무(Nichtschädigungsgebot), 법적으로 동등하게 대할 의무(Gebot rechtlicher Gleichbehandlung), 후원의 의무(Förderungsgebot) 등을 포함하며, 이를 통해 그 밖의 많은 세부적 의무가 도출된다고 한다. 이러한 타인에 대한 푸펜도르프의 의무와 의무구조는 오늘날의

---

109) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 61 f.

110) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 62.

111) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 62.

의무사고에 많은 영향을 미쳤다고 한다. 가령 평화의 의무, 인간의 존엄을 존중할 의무, 긴급구호의 의무 등이 그 예라고 한다. 그러나 푸펜도르프가 의미한 의무는 여전히 법과 도덕의 관계를 엄격하게 구분하지 않고 있었다는 점, 오히려 푸펜도르프가 의미한 법적인 의무는 양심을 구속하는 도덕적 의무로 이해되고 있었다는 점이 지적되기도 한다.<sup>112)</sup>

반면 크리스티안 토마시우스(Christian Thomasius, 1655 - 1728)는 외부의 법적 의무(obligatio externa)와 내부의 도덕적 의무(obligatio interna)의 관계를 구분하고 있다. 따라서 토마시우스 이후로 법적 의무와 도덕적 의무는 구분될 수 있었다는 평가를 받고 있다.<sup>113)</sup>

크리스티안 볼프(Christian Wolff, 1679 - 1754)의 경우에도 자신의 자연법에 대한 설명에서 의무론이 중심을 차지하고 있다. 그러나 볼프는 개인의 양심적 의무와 법적인 강제 의무의 관계에 대한 토마시우스의 구분을 다시 폐기하고 우주적 원리로서 모든 인간에게 해당되는, 완성을 위한 통일적인 인간의 의무(einheitliche Pflicht des Menschen zur Vervollkommung)만을 제시하였다. 이와 같은 일반 조항적 성격의 의무를 기초로 볼프는 인간의 모든 생활관계에 적용되는 자신의 새로운 의무체계를 전개하였다. 여기에서 볼프는 다시 푸펜도르프의 설명을 이어 받아 인간의 자기 자신에 대한 의무, 다른 인간에 대한 의무, 신에 대한 의무를 제시하였다. 자연법론자들 중에서 볼프는 최초로 인간의 권리와 의무의 관계를 논리적으로 연관시켰으며, 이 경우 권리에 대한 의무의 우위를 강조하였다.<sup>114)</sup>

프로이센 일반 란트법의 정신적 창조자였던 칼 고트리브 스바레즈(Carl Gottlieb Svarez, 1746 - 1798)는 프리드리히 빌헬름 3세 앞의 강연을 통해 지배자와 신민간의 상호의무(wechselseitige Pflichten von Regent und Untertanen)에 기초한 법치국가의 이성법적 체계를 발전시켰다. 여기에서 주목해야 할 만한 신민의 의무들이란 법률에 복종할 의무, 평화의 의무, 공공선에 적합하도록 행동할 의무, 국가의 부담을 연대해서 짊어질 의무 등이 해당된다. 특히 스바

---

112) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 63.

113) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 64.

114) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 64.

레즈는 국민의 동등한 부담을 강조하였다. 이와 같은 평등사상에 기인한 의무의 관점에서 향후 기본의무의 사상이 발전하게 되었으며, 이를 기초로 하여 특히 오늘날과 같은 병역의 의무와 조세의 의무가 발전되었다고 평가된다.<sup>115)</sup>

## 9. 18세기 프랑스 철학자들

프랑스의 몽테스키외(Montesquieu, 1689 - 1755)는 자신의 정치철학에서 자유의 보장을 최우선의 강조점으로 삼았다. 몽테스키외는 로크의 사상을 이어 받아 권력분립의 원리를 전개하였으며, 이를 통해 이미 국가권력의 행사를 적정하게 제한하여 자유를 보장하고자 하였다. 반면 국가에서 제정된 법률에 대해 몽테스키외는 무조건적인 복종의 의무를 강조하였으며, 이른바 저항권에 대한 문제는 몽테스키외에게 더 이상 큰 의미를 가지는 것이 아니었다.<sup>116)</sup>

스위스 제네바에서 태어났지만 생의 대부분을 프랑스에서 보냈던 루소(Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778)의 경우 몽테스키외와 달리 홉스의 견해와 마찬가지로 사회에 대한 계약적 기초를 제시하였다. 그러나 루소는 영국의 절대주의 사상가들과 달리 계약의 기초를 단지 개인 상호간에서 만이 아니라 동시에 초개인적 공동체에도 존재한다고 보았다. 이에 따라 의무이행의 상호관련성원리(Prinzip der Wechselseitigkeit der Pflichterfüllung)를 통한 시민의 의무에 대한 한계가 존재한다고 하였다. 이와 같은 공동체의사의 형성을 통해 법치 국가적으로 보장되는 기능이 확장된다고 보았다.

루소는 공동체 구성원으로서의 개인의지(volontés particulières)에서 논의를 시작하였다. 이러한 개인의지는 통상 공동체의 이익과 특별한 이익을 포함하게 된다고 한다. 개인의지가 모두 모인 곳에서, 즉 전체의지(volunté de tous)에서 특별이익은 상호 충돌할 수도 있다고 한다. 한편 그 밖에 남아있는 공동체이익은 일반의지(volonté générale)를 형성하게 된다고 한다. 이러한 일반의지가 개개인에게 원칙적으로 무제한의 의무를 부과한다는 것이다. 이른바 “동의를 했다면 피해가 없다(voenti non fit injuria)”의 원칙에 따라 각각의 시민은 이러

---

115) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 65.

116) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 65.

한 무제한의 의무를 공동체의지의 형성에 참여함으로써 스스로 동의하게 된다는 것이다. 이와 같은 방법으로 인간의 자유를 보장하기 위해 등장한 루소의 정치철학은, 동시에 시민에 대한 무제한의 요구사항(의무부과)도 정당화시켜주는 사상적 근거를 제시하게 되었다는 평가를 받고 있다.<sup>117)</sup>

## 10. 18세기와 19세기 독일의 철학자들

자유를 보장하는 사상이 동시에 의무의 부과에 대한 정당화 근거가 되는 위와 같은 내용을 임마누엘 칸트(Immanuel Kant, 1724 - 1804)에게서는 찾아볼 수가 없다. 칸트는 자신의 윤리 형이상학(Metaphysik der Sitten)에서 합법성의 법적의무(Rechtspflichten der Legalität)와 도덕성의 윤리적의무(Tugendpflichten der Moralität)를 구분하였다. 물론 칸트는 과거 토마시우스의 견해와는 달리 법과 도덕의 상호관계를 매우 강조하였다.

순수실천이성으로서의 자유의지에 대한 자신의 견해에서 칸트는 외부적 법제정을 내부적 또는 광의의 도덕적 법제정으로부터 분리하였다. 외부적 법제정은 실정법에 상응하는 것이라고 한다. 반면 내부적 법제정은 법학적 법제정과 도덕적인 법제정으로부터 구분되어진다고 한다. 칸트 법학의 대상인 법학적 법제정(Juristische Gesetzgebung)은 내적인 법제정으로서 외부적인 강제할 수 있는 행위에 향해지며 실정법의 합법적 실행(합법성, Legalität)을 요구하게 된다고 한다. 이에 반해 법학이 아니라 도덕학의 대상인 좁은 의미의 윤리적 법제정은 내부적으로 강제할 수 없는 행위에 향해지며, 의무의 이념에서 도출되는 내용으로 스스로 적법하게 행동할 것(도덕성, Moralität)을 요구하게 된다고 한다. 도덕성에서 도출되는 행동은 적법성에서 도출되는 행동을 명령하게 되며, 반면 적법성에서 도출되는 행동은 실정법에 따른 행동을 명령하게 된다고 한다. 따라서 실정법에 복종할 것을 명령하는 도덕적 의무가 도출된다는 것이다. 이로써 법과 도덕의 구분은 폐지되지 않고, 그 의미가 상대화되었다고 한다.<sup>118)</sup>

포괄적인 의무이론은 괴팅엔의 철학자 요한 게오르그 하인리히 페더(Johann

---

117) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 66.

118) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 66 f.

Georg Heinrich Feder, 1740 - 1821)가 자신의 '실무적 철학론'(Lehrbuch der praktischen Philosophie)에서 확립시켰다. 이 저서에서 페더는 의무를 도덕론의 범위에 한정시켰으나. 일반적인 덕성론(Tugendlehre)으로부터는 구분시켜 놓았다. 페더는 과거 푸펜도르프의 견해와 마찬가지로 신에 대한 의무, 자신에 대한 의무, 다른 인간에 대한 의무를 구분하였다. 여기서 주목할 점은 페더는 생명 없는 창조물과 이성이 없는 동물들을 고려할 의무(Pflichten in Ansehung der leblosen Geschöpfe und unvernünftigen Tiere)도 언급하고 있었다는 점이다. 따라서 가령 오늘날 거론되고 있는 환경보존의 의무는 이와 같은 페더의 견해에 그 사상적 기원을 둘 수 있다는 평가를 받고 있다.<sup>119)</sup>

요한 고틀리브 피히테(Johann Gottlieb Fichte, 1762 - 1814)는 칸트의 이론을 수용하여 이를 더욱 발전시켜 놓았다. 피히테도 법과 도덕을 구분하고 있었다. 그러나 그는 의무를 오로지 도덕의 개념에 해당되는 것으로 보았다. 이를 기초로 하여 피히테는 모든 생활영역에 대한 포괄적인 의무이론을 전개시켰다. 반면 법적인 영역에는 의무가 아니라 권능(Berechtigung) 또는 강제법(Zwangsrecht)만을 언급하고 있었다. 도덕적 영역에 속하는 의무들을 피히테는 일반적 의무, 특별한 의무, 제한적 의무, 무제한적 의무 등으로 세분화시켰다. 특히 피히테는 각각의 신분층에 따른 서로 상이한 의무를 제시하였다. 즉, 시민들은 자신의 신분이나 직업에 따라 각각 상이한 내용의 의무를 부담하게 된다는 것이다.<sup>120)</sup>

헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770 - 1831)은 푸펜도르프에서 시작되어 볼프로 이어지고 칸트에 의해 확립된, 법과 도덕의 통일성을 최종적으로 다시 확립시켜 놓았다. 법과 도덕은 상호 무관하게 존재하는 것이 아니라 변증법적으로 도덕성에 진입하게 되며, 이는 주관적 의지으로써 법으로 나타나게 되는 것이라고 한다. 결과적으로 법과 도덕적 의무의 구분이 남게 된다는 것이다.<sup>121)</sup>

---

119) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 68.

120) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 68.

121) *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, S. 68.



### Ⅲ. 우리 헌법사에서의 기본의무의 발전과정

우리 헌법은 국민의 기본의무로서 납세의 의무(제38조), 국방의 의무(제39조 제1항), 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의 의무(제32조 제2항) 및 환경보전의 의무(제35조 제1항)를 명시적으로 규정하고 있다. 이 중에서 환경보전의 의무는 1980년 제8차 개정헌법에서 처음으로 규정되었으며, 교육을 받게 할 의무가 보다 구체적으로 명시적으로 규정된 것은 1962년의 제5차 개정헌법에서였다. 그 밖의 기본의무들은 1948년 건국헌법에서부터 이미 규정되어 있었다. 반면 우리 헌법상의 기본의무는 이처럼 헌법에 명시적으로 규정된 것만이 아니라 헌법에 당연히 전제되어 있으나 열거되지 않은 것들도 있다고 할 수 있다.<sup>122)</sup> 그러한 기본의무로서 법률에 대한 복종의무, 타인의 권리를 존중할 의무, 허용된 위협을 감수할 의무 등이 제시되고 있다.

이러한 내용을 기초로 역대 헌법에서 규정된 기본의무의 내용을 요약해 보면 다음과 같다.

#### 1. 제1공화국 헌법

1948년 7월 17일 제정된 대한민국헌법은 국민의 기본의무로 납세의 의무, 국방의 의무, 교육의 의무, 근로의 의무를 명시적으로 규정하고 있었다. 이러한 1948년 헌법상의 기본의무들은 그 내용이 현행헌법상의 기본의무들과 대체로 유사하다고 할 수 있다. 가령 납세의 의무를 규정한 1948년 대한민국헌법 제29조는 “모든 國民은 法律의 定하는 바에 依하여 納稅의 義務를 진다.”라고 규정하고 있었고, 국방의 의무를 규정한 제30조는 “모든 國民은 法律의 定하는 바에 依하여 國土防衛의 義務를 진다.”라고 규정하고 있었다. 교육의 의무는 1948년 대한민국헌법 제16조에서 “모든 國民은 均等하게 教育을 받을 權利가 있다. 적어도 初等教育은 義務의이며 無償으로 한다.”라고 규정되어 있었고, 근로의 의무는 제17조 제1문에서 “모든 國民은 勤勞의 權利와 義務를 진다.”라고 규정되어 있었다. 이와 같은 1948년 대한민국헌법상의 기본의무는 당시 유진오박사

---

122) 국내 학자들의 일반적 견해이다. 가령 계획열, 헌법학(중), 박영사 2002, 766면 참조.

의 헌법초안<sup>123)</sup>과 이를 기초로 헌법분과위원회에서 기준안으로 채택된 헌법초안<sup>124)</sup>의 내용과 모두 동일한 것임을 확인할 수 있다.

1948년 대한민국헌법의 기본의무들은 1952년 7월 7일의 제1차 개정헌법, 1954년 11월 29일의 제2차 개정헌법에서도 그 내용이 변경되지 않고 그대로 유지되고 있었다.

## 2. 제2공화국 헌법

기본권과 국가조직 분야에서 대폭적인 변화를 가져온 1960년 6월 15일의 제3차 개정헌법에서도 기본의무에 대한 규정은 변화가 없었다. 즉 1962년 제3차 개정헌법도 제16조에서 교육의 의무, 제17조에서 근로의 의무, 제29조에서 납세의 의무, 제30조에서 국방의 의무를 규정하고 있었으나, 그 내용은 1948년 대한민국헌법의 규정과 달라진 점이 없었다. 이러한 내용은 1960년 11월 29일의 제4차 개정헌법에서도 그대로 유지되었다.

## 3. 제3공화국 헌법

1962년 12월 26일의 제5차 개정헌법에서 기본의무에 대한 규정들은 약간의 변화를 맞이하게 되었다. 제5차 개정헌법도 제33조와 제34조에서 각각 납세의 의무와 국방의 의무를 규정하고 있었지만, 그 내용은 과거의 규정과 다른 점이 없었다. 그러나 교육의 의무와 근로의 의무에 대한 규정에서는 약간의 변화가 나타났다.

1962년 제5차 개정헌법은 제27조에서 “① 모든 國民은 能力에 따라 均등하게 敎育을 받을 權利를 가진다. ② 모든 國民은 그 보호하는 어린이에게 初等敎育을 받게 할 義務를 진다. ③ 義務敎育은 無償으로 한다. ④ 敎育의 自主성과 政

123) 유진오 헌법초안 제16조(교육의 의무), 제17조(근로의 의무), 제28조(납세의 의무), 제29조(국방의 의무). 자세한 것은 정종섭 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사 2002, 168면 이하 참조.

124) 헌법분과위원회 헌법초안 제16조(교육의 의무), 제17조(근로의 의무), 제28조(납세의 의무), 제29조(국방의 의무). 자세한 것은 정종섭 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사 2002, 181면 이하 참조.

治의 中立性은 보장되어야 한다. ⑤ 教育制度和 그 運營에 관한 基本的인 事項은 法律로 定한다.”라고 규정하여, 과거에 비해 무상의무교육제도를 보다 구체적으로 규정하였다. 한편 1962년 제5차 개정헌법은 제28조에서 “① 모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進에 노력하여야 한다. ② 모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 內容과 條件을 民主主義原則에 따라 法律로 定한다. ③ 勤勞條件의 基準은 法律로 定한다. ④ 女子와 少年의 勤勞는 특별한 보호를 받는다.”라고 하여, 근로의 의무에 대한 내용도 과거에 비해서 좀 더 구체적으로 규정하고 있었다. 이러한 태도는 1969년 10월 21일의 제6차 개정헌법에서도 그대로 이어졌다.

#### 4. 제4공화국 헌법

국민의 자유와 권리를 대폭 제한하고 대통령의 권한을 지나치게 확장했던 1972년 11월 24일의 제7차 개정헌법도 기본의무에 대해서는 과거 헌법의 규정과 크게 달라진 게 없었다. 다만 교육의 의무에 대한 부분에서 제7차 개정헌법 제27조 제2항은 “모든 國民은 그 보호하는 子女에게 적어도 初等教育과 法律이 定하는 教育을 받게 할 義務를 진다.”라고 하여, 무상의무교육의 범위를 초등교육과 ‘법률이 정하는 교육’으로 확대하였다.

#### 5. 제5공화국 헌법

1980년 10월 25일의 제8차 개정헌법은 납세의 의무, 국방의 의무, 교육의 의무, 근로의 의무에 대해서 물론 약간의 수정을 가한 경우도 있지만, 과거 헌법의 태도를 대체로 이어 받고 있었다. 가령 1980년 제8차 개정헌법은 제37조에서 “① 모든 國民은 法律이 定하는 바에 의하여 國防의 義務를 진다. ② 누구든지 兵役義務의 履行으로 不利益한 處遇를 받지 아니한다.”라고 하여, 병역의 무이행으로 인한 불이익한 처우를 금지하고 있다.

한편 1980년 제8차 개정헌법은 환경보전의무를 새롭게 신설하였다. 즉 제8차 개정헌법은 제33조에서 “모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하여, 국가와 국

민에게 환경보전의 의무를 규정하고 있다.

## 6. 현행헌법

1987년 10월 29일 개정된 제9차 개정 현행헌법은 기본의무와 관련해서는 기존 헌법의 태도를 그대로 유지하고 있다. 즉 현행헌법 제31조는 교육의 의무, 제32조는 근로의 의무, 제38조는 납세의 의무, 제39조는 국방의 의무를 규정하고 있다.

## IV. 북한헌법의 기본의무

북한헌법의 경우에도 다른 사회주의국가 헌법과 마찬가지로 일정한 기본의를 규정하고 있다. 그 내용은 대체로 헌법 및 법령을 준수할 의무, 조국을 보위할 의무, 근로의 의무, 납세의 의무 등으로 나누어 볼 수 있다.<sup>125)</sup>

### 1. 1948년 북한헌법

1948년 9월 9일 제정된 북한헌법(조선민주주의인민공화국헌법)은 제2장 ‘국민의 기본적 권리 및 의무’ 부분에서 북한 주민의 일정한 기본권 및 기본의무를 규정하였다.<sup>126)</sup> 이 중 기본의무에 해당되는 내용들은 다음과 같다.

1948년 북한헌법은 제27조에서 “국민은 헌법 및 법령을 준수하여야 한다. 헌법에 규정한 법적 질서를 변경 또는 파괴하기 위하여 헌법에서 부여한 권리를 악용함은 국가에 대한 중대한 죄악이며 법적으로 처벌을 받는다.”라고 하여, 이른바 헌법 및 법령 준수의 의무를 규정하였다. 동 헌법은 또한 제28조에서 “국민은 조국을 보위하여야 한다. 조국의 보위는 국민의 최대의무인 동시에 최대 영예이다. 조국과 인민을 배반하는 것은 최대의 죄악이며, 엄중한 형벌에 의하여 처단된다.”라고 하여 조국을 보위할 의무를 규정하고 있다. 나아가 동 헌법

---

125) 이하의 내용은 정종섭, 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2012, 537면 이하 참조.

126) 정종섭, 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2012, 538면 이하.

은 제29조에서 “공민은 그 경제적 형편에 따라서 조세를 납입하여야 한다.”라고 하여 납세의 의무를, 제30조에서 “공민은 로력하여야 한다. 로력은 조선인민의 영예다. 조선민주주의인민공화국에 있어서의 로력은 인민경제 및 문화발전의 기초가 된다.”라고 하여 근로(로력)의 의무를 규정하고 있다.

그 밖에 교육과 관련해서 1948년 북한헌법은 제18조에서 “공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 초등교육은 전반적으로 의무제다. 국가는 빈한한 공민의 자녀에 대하여 무료로 교육을 받도록 보장한다. 전문학교 및 대학의 대다수의 학생에 대하여 국비제를 실시한다. 교육용어는 국어로 한다.”라고 하여 초등의무교육제를 규정하고 있다. 나아가 동 헌법은 제23조에서 “혼인 및 가정은 국가의 보호 밑에 있다. 결혼생활 이외에서 출생한 자녀에 대한 부모의 의무는 결혼생활에서 출생한 자녀에 대한 것과 동일하다. 결혼생활 이외에서 출생한 자녀는 결혼생활에서 출생한 자녀와 동등한 권리를 가진다. 혼인 및 가정에 대한 법적 관계는 따로 법령으로 규정한다.”라고 하여 혼인외의 자녀를 포함한 자녀에 대한 부모의 의무를 규정하고 있다.

## 2. 1972년 북한헌법

1948년 북한헌법의 위와 같은 기본의무에 대한 규정들은 이후 1954년 10월 30일 개정헌법, 1955년 3월 11일 개정헌법, 1962년 10월 18일 개정헌법에서도 그 내용이 변화되지 않은 채 유지되어 왔다.<sup>127)</sup> 그러나 1972년 12월 27일 개정된 북한헌법은 기본의무에 대한 규정에서도 새로운 내용이 추가되는 등의 변화를 맞이하게 되었다.<sup>128)</sup>

1972년 북한헌법은 제4장 ‘공민의 기본권리와 의무’의 첫 조항인 제49조에서 “조선인민민주주의인민공화국에서 공민의 권리와 의무는 「하나는 전체를 위하여, 전체는 하나를 위하여」 라는 집단주의원칙에 기초한다.”라고 규정하여 집단주의원칙에 따른 권리와 의무를 강조하고 있다. 나아가 개별 기본의무 조항들에서도 교육의 의무에 대해서는 제59조에서 “공민은 교육을 받을 권리를 가진

---

127) 정종섭 校勸·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 551면 이하.

128) 정종섭 校勸·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 570면 이하.

다. 이 권리는 선진적인 교육제도와 무료의무교육을 비롯한 국가의 인민적인 교육시책에 의하여 보장된다.”라고 규정하고 있다. 1972년 북한헌법은 제67조에서 “공민은 국가의 법과 사회주의적 생활규범, 사회주의적 행동준칙을 철저히 지켜야 한다.”라고 하여 기존의 헌법과 법령을 준수할 의무를 ‘법과 사회주의적 생활규범·행동준칙의 준수 의무’로 개정하였다. 한편 동 헌법은 제68조에서 “공민은 집단주의정신을 높이 발양하여야 한다. 공민은 집단과 조직을 사랑하며, 사회와 인민의 이익, 조국과 혁명의 이익을 위하여 몸바쳐 일하는 혁명적 기풍을 세우야 한다.”라고 규정하여, 이른바 사회주의 집단정신에 대한 발양의무를 새로 신설하였다.

나아가 1972년 북한헌법은 제69조에서 “로동은 공민의 신성한 의무이며 영예이다. 공민은 로동에 자각적으로 성실히 참가하며, 로동규율과 로동시간을 엄격히 지켜야 한다.”라고 하여 근로의 의무에 대한 내용을 좀 더 구체화하였다. 한편 동 헌법 제70조는 “공민은 국가재산과 공동재산을 아끼고 사랑하며, 온갖 탐오랑비현상을 반대하여 투쟁하며, 나라의 살림살이를 주인답게 알뜰히 하여야 한다. 국가 및 사회협동단체 재산은 신성불가침이다.”라고 하여 국가재산과 공동재산에 대한 보전의무를 새롭게 신설하였다. 또한 동 헌법 제71조는 “공민은 제국주의자들과 우리 나라 사회주의제도를 반대하는 온갖 적대분자들의 책동에 대하여 혁명적 경각성을 높이며, 국가비밀을 엄격히 지켜야 한다.”라고 하여 사회주의체제 유지를 위한 새로운 형태의 의무를 도입하고 있다. 나아가 동 헌법 제72조는 “조국보위는 공민의 최대의 의무이며 영예이다. 공민은 조국을 보위하여야 하며, 법이 정한 데 따라 군대에 복무하여야 한다. 조국과 인민을 배반하는 것은 가장 큰 죄악이다. 조국과 인민을 배반하는 자는 법에 따라 엄중히 처벌한다.”라고 하여 국방의 의무를 보다 구체화시키고 있다.

1972년 북한헌법의 위와 같은 기본의무는 1992년 4월 9일의 북한헌법에도 대체로 이어지고 있다.<sup>129)</sup> 다만 1992년 북한헌법은 제81조에서 “공민은 국가의 법과 사회주의적 생활규범을 지키며, 조선민주주의인민공화국의 공민된 영예와 존엄을 고수하여야 한다.”라고 하여 법과 사회주의적 생활규범의 준수 의무를 약간 변경시켰으며, 제82조에서 “집단주의는 사회주의사회생활의 기초이다. 공

129) 정종섭 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 587면 이하.

민은 조직과 집단을 귀중히 여기며, 사회와 인민을 위하여 몸바쳐 일하는 기풍을 높이 발휘하여야 한다.”라고 하여 기존의 사회주의 집단정신에 대한 발양의무를 내용을 약간 변경하여 규정하고 있다.

1998년 9월 5일의 북한헌법은 1972년 북한헌법에서 규정하고 있었던 기본의무에 대한 전체적인 틀은 유지하고 있지만, 그 내용에 약간의 변화를 가져왔다.<sup>130)</sup> 가령 1998년 북한헌법 제81조는 기존의 사회주의 집단정신에 대한 발양의무의 내용을 “공민은 인민의 정치사상적 통일과 단결을 견결히 수호하여야 한다. 공민은 조직과 집단을 귀중히 여기며, 사회와 인민을 위하여 몸바쳐 일하는 기풍을 높이 발휘하여야 한다.”라고 변경하여 규정하고 있다. 나아가 1998년 북한헌법은 제85조에서 “공민은 언제나 혁명적 경각성을 높이며, 국가의 안전을 위하여 몸바쳐 투쟁하여야 한다.”라고 하여 체제유지를 위한 새로운 내용의 기본의무를 신설하였다. 그 밖의 기본의무에 대한 내용들은 1972년 북한헌법과 1992년 북한헌법의 내용들과 대체로 유사하다.

---

130) 정종섭 校勘·編, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 607면 이하.

## 제2장 기본의무의 근거와 기본권과의 관계

### 제1절 기본의무의 근거

기본의무에 대한 헌법적 논의에서 크게 논란이 되고 있는 분야 중의 하나가 바로 기본의무의 근거에 대한 부분이다. 국민에게 일정한 내용의 의무를 명령하는 기본의무가 헌법상 부과된 근거는 무엇인가에 대한 문제가 그것이다. 다시 말해 기본의무의 헌법상 정당화문제라고도 할 수 있다. 이에 대해 지금까지 전개된 논의들은 대체로 기본의무의 정당화근거를 헌법외적인 대상 또는 어떠한 헌법상의 원리 또는 헌법상의 기본권 등을 들고 있다.<sup>131)</sup> 이를 바탕으로 지금까지 논의된 기본의무의 정당화 근거는 다음과 같은 네 가지 견해로 요약할 수 있다. 기본의무의 헌법적 근거를 ① 헌법국가의 국가성, ② 헌법상 사회국가원리, ③ 기본권의 동등한 보장, ④ 인간의 존엄성 등에서 찾는 견해가 그것이다.

#### 1. 헌법국가의 국가성

기본의무를 국가의 지배적 성격(Herrschaftscharakter des Staates) 또는 국가의 주권성(Souveränität des Staates) 또는 국가성에 선재하는 복종의 의무(Gehorsampflicht als das a priori der Staatlichkeit)에서 찾는 견해들이 있다.<sup>132)</sup> 이러한 견해들의 공통점은 대체로 헌법이 제정되기 이전에 등장하는, 헌법적 질서를 가능하게 하는 국가 자체의 존립을 유지하기 위해 기본의무가 필요하다는 주장들로 요약할 수 있다. 즉 기본의무를 국가권력 그 자체 또는 국가의 존립과 연관시켜 이해하는 견해이다.

---

131) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 21 ff.

132) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 436.



## 1. 구지의 견해

구지(Christoph Gusy)의 경우 국가의 실질적 존립으로부터 기본의무의 정당성을 도출하고 있다.<sup>133)</sup> 그의 견해에 따르면 국가의 존립은 헌법제정 이전의 문제라고 한다. 국가권력은 개개인에 대해 의무를 부여하는 일정한 행동의 요구를 가능하게 한다고 한다. 이러한 개개인의 행동이 존재하지 않게 되면 국가권력의 유지, 즉 국가의 존립이 어렵기 때문이라는 것이다. 그러나 국가의 존립을 가능하게 하는 이와 같은 의무들은 헌법에서부터 직접 도출되는 것이 아니라, 헌법을 구체화하는 일반 법률을 통해서 나타나게 된다고 한다. 기본의무를 정당화시키는 국가의 존립 자체도 헌법 외적인, 헌법제정 이전의 내용이기 때문이라는 것이다. 결국 구지의 이론에 의하면, 기본의무는 헌법상의 문제가 아니라 일반 법률상의 문제에 해당된다는 것이다.<sup>134)</sup>

그러나 구지의 위와 같은 견해에 대해서는 많은 문제점이 지적될 수 있다. 국가의 존립이 헌법제정에 선재한다는 논의의 출발점에 대해서부터 비판이 제기된다. 과거 국가권력을 이민 존재하는 것으로 전제하고 이를 통해서 헌법이 도출된다고 하는 견해는 헌법학에서 많은 비판을 받고 있는 과거의 이론이다. 헌법이 정한 절차에 따라 정치적 통일이 형성되고 유지되는 즉 국가가 구성되는 것이 아니라, 이미 존재하는 국가권력이 헌법을 구성한다고 하는 것은 오늘날의 민주주의적 상황에 부합하지 않기 때문이다.<sup>135)</sup> 오늘날의 헌법적 국가에서 국가를 통해 헌법이 제정되는 것이 아니라, 헌법을 통해 국가가 구성되고 조직되는 것이기 때문이다.<sup>136)</sup> 나아가 헌법상 명시적으로 인정되는 기본의무의 내용을 헌법으로부터 도출되는 것이 아니라, 법률을 통해 비로소 인정되는 기본의무라고 이해할 수도 없다. 물론 헌법상의 기본의무가 법률을 통해 어느 정도 구체화되고 구체화될 필요가 있는 것은 인정할 수 있으나, 가령 납세의 의무나 국방의 의무와 같이 대부분의 국가에서 헌법상 명문으로 인정하고 있는

---

133) *Christoph Gusy*, Grundpflichten und Grundgesetz, JZ 1982, 657 ff.

134) *Ch. Gusy*, Grundpflichten und Grundgesetz, 662 f.

135) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 32면.

136) *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 23.

기본의무를 헌법상의 의무가 아니라 법률상의 의무라고 나타낼 수는 없다는 것이다.<sup>137)</sup>

## 2. 이젠제의 견해

이젠제(Josef Isensee)의 경우 구지의 견해에 대한 기본입장을 유지하고 있지만, 기본의무의 근거에 대한 내용에서 자신의 견해를 좀 더 확대하고 있다. 이젠제의 경우 대부분의 기본의무를 윤리 또는 헌법의 전제조건들(Verfassungsvoraussetzungen)로 파악하고 있다. 그 중에서 복종의 의무는 법치국가적 민주주의의 자명한 요건에 해당된다고 한다.<sup>138)</sup> 나아가 이러한 기본 의무는 자연법규범(Naturrechtsnorm)으로서의 성질을 가진다고 한다. 이젠제는 자유주의적 공동체를 구성하는 ‘윤리적인 기본의무’(ethische Grundpflicht)로서 인간 상호간의 상호 존중과 관용의 의무 그리고 국가와 국민의 관계에서 상호 간에 충실하고 신뢰할 의무를 지칭하고 있다. 물론 이젠제는 헌법의 전제조건들로서 기본의무는 법적인 성격도 가질 수 있다고 보았다. 이러한 의무는 비록 형식적인 헌법규정에는 찾아볼 수 없지만, 실질적인 헌법질서에 해당되는 것이라고 한다.

이와 같은 견해에 대해서도 다음과 같은 비판이 가능하다. 즉 이젠제가 헌법의 전제조건이라고 지칭하는 의무는 헌법상 명문으로 규정되지 아니한 복종의 의무에만 해당된다는 점이다. 그 밖의 대부분의 기본의무들, 가령 납세의 의무나 국방의 의무와 같은 헌법상 명문으로 규정된 기본의무에 대해서는 전혀 그에 대한 근거를 제시하지 않았다는 점이다. 따라서 이젠제의 견해를 기본의무에 대한 일반적인 근거로 설명하기에는 부족하다는 평가를 받고 있다.<sup>139)</sup>

---

137) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 438 f.; A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 23.

138) Josef Isensee, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, 609 ff.

139) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 440; A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 23.

## II. 사회국가원리 또는 사회국가성

### 1. 견해들의 소개

기본의무의 근거를 헌법상의 사회국가원리 또는 사회국가성에서 도출하고자 하는 견해도 많이 존재한다. 가령 바두라(Peter Badura)의 경우 기본법의 사회국가원리에서 기본의무에 대한 일반조항이 도출될 수 있다고 설명한다.<sup>140)</sup> 사회국가원리를 통해 도출되는 기본의무는 단순한 권유적(유도적) 또는 윤리적 성격의 의무가 아니라 법적인 의미의 것으로, 기본권적 자유에 대한 사회적 구속성에 기인하는 것이라고 한다. 클라인(Hans Hugo Klein)의 경우도 기본법 제20조와 제28조의 사회국가규정을 통해서 일련의 사회적 기본의무가 도출된다고 설명하고 있다.<sup>141)</sup> 슈테른(Kalus Stern)의 경우도 기본의무는 헌법상의 사회국가성과 아주 밀접한 관련을 가지고 있다고 설명하고 있다.<sup>142)</sup>

사회국가원리 또는 사회국가성에서 기본의무의 근거를 찾으려는 시도를 좀 더 체계화시킨 것은 바호프(Otto Bachof)에 의해서였다. 바호프는 물론 바두라가 주장하는 바와 같이 사회국가원리에서 기본의무에 대한 일반조항이 존재한다는 견해에 대해서는 반대하였지만, 다른 한편 모든 의무는 어느 정도 연대성(Solidarität)에 기인하는 것이며 이러한 연대성은 헌법상의 사회국가원리에서 도출되는 것이라고 설명하여, 기본의무의 근거를 사회국가원리에서 찾고 있다.<sup>143)</sup> 이와 같이 연대성에서 기인한 기본의무는 자연법적인 성격의 의무도 초국가적(국가에 선재하는) 성격의 의무도 아니며, 오히려 국가에 의해 근거된 법적 의무라고 한다.

이처럼 사회국가원리의 연대성에 기인하는 기본의무는 모든 인간들에 대하여 상호 존중하고 피해를 주지 않으며 다른 사람을 희생시키며 살아가지 않도록 하는 의무를 부과한다고 한다. 헷세(Konrad Hesse)의 경우도 명시적으로

---

140) *Peter Badura*, Grundpflichten als verfassungsrechtlicher Dimension, DVBl. 1982, 869 ff.

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

142) *Klaus Stern*, in: Staatsrecht III/2, S. 1023 ff.

143) *Otto Bachof*, Diskussionsbeiträge, in: VVDStRL 41(1983), 126 ff.

헌법상의 기본의무를 언급하지는 않았지만, 헌법상의 사회국가원리에서 국가의 개인에 대한 사회적 의무성만이 아니라, 개인의 조력에 대한 의무, 집단적 과세의 의무 등과 같은 개인의 국가에 대한 사회적 의무성(Sozialpflichtigkeit der Individuen gegenüber dem Staat)을 도출하기도 하였다.<sup>144)</sup>

## 2. 비판

이와 같이 사회국가원리 또는 사회국가성에서 기본의무의 근거를 찾으려는 견해들에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다. 즉 사회국가원리는 민주주의 원리나 법치주의원리와 같은 헌법상의 다른 기본원리와 달리, 그 내용과 범위 또는 법적 성격에 대해서 아직까지도 명확하게 설명되지 않고 있기 때문에, 이와 같은 불명확한 헌법상의 원리를 통해 기본원리의 근거가 과연 명쾌하게 제공될 수 있을 것인가의 의문이 든다는 것이다. 실제로 사회국가원리 또는 사회국가성으로부터 기본원리의 근거를 설명하려는 견해도 정작 헌법상의 대부분 기본의무에 해당되는 내용들을 바탕으로 설명하기 보다는 제한된 내용의 기본의무를 바탕으로 설명을 시도하고 있다는 점이 이러한 문제점을 잘 나타내 주고 있다고 할 수 있다.<sup>145)</sup>

## III. 모든 시민의 동등한 자유에 대한 상호주의

### 1. 호프만의 견해

호프만(Hasso Hofmann)의 경우 복종의 의무를 포함하여 법률상으로 전개된 모든 개인의 사회적 의무성에 대한 공통적 근거를 찾고자 하였다.<sup>146)</sup> 특히 호프만은 기본의무에 대한 이론적 근거만이 아니라, 기본법의 실제 헌법적 결단

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

145) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 441; *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 24.

146) *H. Hofmann*, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 74 f.

으로 기본의무가 도입된 것에 대한 정당화의 근거를 찾고자 하였다. 그에 따르면 법률적으로 전개된 개인의 모든 사회적 의무와 특히 헌법상 묵시적 의무라고 여겨지는 합헌적 법률에 대한 복종의 의무는 기본법 제2조 제1항과 거기에 언급된 상호주의원칙(Gegenseitigkeitsprinzip) 그리고 기본법 제3조의 일반적 평등원칙에서 그 근거를 찾을 수 있다고 한다.

이와 같은 내용을 통해서 보장되는 다른 인간들과의 상호간 자유를 보장하기 위해서는, 첫째로 모든 인간들과의 동등한 자유주장을 가능하게 하기 위해서 그리고 둘째로 다른 공동체의 과제를 수행할 수 있도록 조직하기 위해서는, 개개인에 대한 어느 정도의 본질적인 부작위의무(Unterlassungspflicht), 수인의무(Duldungspflicht), 급부의무(Leistungspflicht)를 불가피한 것으로 강제하게 된다는 것이다. 이에 따르면 기본의무의 헌법적 의의는 헌법상의 경쟁(Konkurrenz), 공존(Koexistenz), 안전과 조직의 필요성(Sicherungs- und Organisationsbedürftigkeit)으로 파악되는 기본권과 다르지 않다고 한다.<sup>147)</sup> 결국 호프만에 의할 경우 인간과 시민의 모든 의무들은 기본권적인 자유와 동일한 측면에 놓이게 된다는 것이다.

## 2. 비판

호프만이 기본권과 기본의무의 관계를 바탕으로 기본의무의 근거를 헌법적 차원에서 논의하고 해명하려고 시도했다는 점에 대해서는 긍정적 평가를 받고 있다.<sup>148)</sup> 특히 기본의무의 근거를 가능한 한 헌법규정에 밀접하게 연관시켜 도출하려 했다는 점에 대해서도 긍정적 평가를 받는다. 그러나 바로 이 부분에 대해서 다음과 같은 의문이 제기되기도 한다. 즉 호프만이 기본의무의 근거로 제시한 기본법 제2조 제1항과 제3조 제1항의 규정들이 과연 기본의무를 정당화시켜줄 수 있는 적절한 규정에 해당되는가의 여부에 대한 지적이 그것이다. 물론 타인에 대해서도 자신과 동등한 자유를 보장해 주기 위해서는 서로 존중

---

147) *H. Hofmann*, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 74 f.

148) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 443; *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 26.

하고 피해를 주지 않아야 하는 이른바 상호주의에 입각한 의무와 일반적 법률에 복종할 의무가 요청되는 것은 사실이다. 이를 바탕으로 기본의무와 기본권을 같은 지평에 놓고 설명하는 것도 어느 정도 타당해 보인다. 것이다.

그러나 기본의무는 개인과 개인 간의 관계에서만 아니라 개인과 국가와의 관계에서도 문제되는 것이다. 가령 타인에게 손해를 가하지 않거나 타인을 존중할 의무는 개인과 개인 간의 관계에서만 문제되는 기본의무에 해당되지만, 납세의 의무나 국방의 의무에 대해서는 개인과 개인의 관계가 아닌 개인과 국가와의 관계에서 문제되는 기본의무에 해당되는 것이다. 나아가 기본법 제2조 제1항과 제3조 제1항의 규정들은 일차적으로 기본권을 보호하기 위한 것이지, 기본의무를 정당화시켜주기 위한 국가의 기능을 규정한 것이 아니다. 이 규정들은 오히려 자유와 평등에 대한 소극적 방어권으로서의 성격을 우선적으로 가지고 있는 규정들이라는 것이다. 따라서 이러한 규정들을 근거로 기본의무를 헌법적으로 정당화시키려는 주장은 설득력이 부족하다는 것이다.<sup>149)</sup>

## IV. 인간의 존엄성

### 1. 견해들의 소개

기본의무의 근거를 기본법의 인간의 존엄성 규정에서 찾으려는 시도들은 예전부터 많이 있어왔다. 가령 인간의 존엄과 모든 인간 공동체와의 관계 속에서 기본의무의 근거를 찾거나 모든 인간에게 보장되는 인권의 제한에 대한 상호주의원칙에서 찾는 견해 등이 그것이다.<sup>150)</sup>

특히 헤벌레(Peter Häberle)의 경우 기본의무와 인간의 존엄성의 관계를 좀더 체계화시키고 이를 설명한다. 헤벌레에 의하면 인간의 존엄은 단지 기본권만을 의미하는 것이 아니라, 기본의무까지도 정당화시킨다는 것이다.<sup>151)</sup> 따라서 인간의 존엄성 규정에 대해서는 다른 인간과의 관계 그리고 국가와 인간과

---

149) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 443; A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 27.

150) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 444.

151) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 444.

의 관계 속에서의 기본의무의 측면도 고려해야 한다는 것이다.

이와 같은 헤벌레의 견해를 이어받아 루흐터한트(Otto Luchterhandt)는 인간의 존엄에서 각각의 기본의무에 대한 정당화 근거를 찾으려고 시도하였다.<sup>152)</sup> 루흐터한트에 의하면 가령 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성 규정은 기본의무의 근거에 해당되며 특히 다른 사람들과의 관계에서 문제되는 기본의무에 대한 근거가 되는 것이라고 한다.<sup>153)</sup> 가령 평화의 의무, 법률을 준수할 의무, 헌법을 존중할 의무 등이 여기에 해당된다는 것이다. 나아가 기본법 제1조 제1항 제2문의 규정은 개인과 국가와의 관계에서 문제되는 기본의무에 대한 근거를 제시하게 된다고 설명하고 있다.<sup>154)</sup> 왜냐하면 이 규정은 인간의 존엄성 존중을 보장하는 내용을 국가에 대해 부과하는 의무적 성격이 있기 때문이라는 것이다.

## 2. 비판

기본의무의 근거를 인간의 존엄성 규정에서 찾는 시도도 좀 더 직접적인 헌법상의 근거규정을 통해 기본의무의 정당화를 시도했다는 점에서 긍정적 평가를 받을 수 있다. 특히 인간의 존엄성이 불가침이라는 규정은 개인과 국가와의 관계에서만 아니라 개인 상호간의 관계에서도 적용된다는 점에서, 이를 근거로 대부분의 기본의무에 대한 정당화 근거를 찾는 것은 어느 정도 설득력이 있다고 평가된다. 그러나 여기에서 규정된 대부분의 기본의무는 헌법상 명문화된 명시적인 기본의무라고 하기 보다는 헌법에 명문화되지 않은, 윤리적 성격의 기본의무에 해당된다는 점을 지적할 수 있다. 헌법상 명문화된 기본의무들 중에서 특히 개인과 국가와의 관계에서 문제될 수 있는 병역의 의무 또는 납세의 의무에 대해서는 좀 더 설득력이 부족하다고 비판할 수 있다.<sup>155)</sup>

---

152) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 444 ff.

153) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 445 ff.

154) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 457 ff.

155) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 28.

## V. 비판적 평가

이상에서 살펴본 바와 같이 기본의무에 대한 헌법적 근거는 어느 하나의 견해에서 일반적으로 적용되는 해답을 제공해 주지 못한다. 이는 기본의무의 내용과 성격이 매우 방대한 것에서 그 원인을 찾을 수 있다.

앞에서 살펴본 견해들은 대부분 헌법에 명문화되지 않은 기본의무의 근거에 대한 시도라고 볼 수 있다. 이러한 기본의무들, 특히 개인 상호간의 관계에서 문제될 수 있는 기본의무의 근거에 대해서는 각각의 견해들이 모두 어느 정도 설득력을 가지고 있다고 판단된다. 다만 헌법에 명문화된 기본의무, 특히 개인과 국가와의 관계에서 문제되는 기본의무에 대해서는 좀 더 명확한 근거를 제시해 주지 못하고 있다. 결국 기본의무의 헌법적 근거에 대해서는 기본의무의 성격과 내용 및 특징에 따라 지금까지 제시된 이론들을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.

## 제2절 기본의무와 기본권의 관계

기본의무에 대해 제기되는 문제들 중 가장 어려운 문제의 하나는 바로 기본의무와 기본권과의 관계에 대한 것이다. 기본권과 기본의무의 개념에 대한 앞의 설명에서도 이미 논의된 바와 같이 인간의 의무와 시민의 의무로서 기본의무는 인간의 존엄성과 다른 자유권에 관련되어 있으며 이러한 내용의 기본권을 보호하기 위해 기본의무도 헌법상 보장된 것이라고 판단할 수 있다.<sup>156)</sup>

이러한 의미에서 기본권과 기본의무는 실질적 그리고 기능적으로 결코 대립관계에 서 있는 것이 아니다. 물론 기본의무는 언제나 기본권의 제한으로 특징될 수 있다는 점으로 인해 기본권과 기본의무는 상호 대립관계에 있는 것처럼 보일 수는 있다. 그러나 기본의무의 실질적 의미와 기능을 파악한다면 기본의무는 결코 기본권과 반대되는 성질을 지니고 있지는 않는다.

기본권과 기본의무의 특수한 「수단-목적-관계」(Mittel-Zweck-Relation)는 기본의무에 대한 이론적 논의과정 속에서 「비대칭」(Asymmetrie)이란 기하학

---

156) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 532.



적 개념으로 설명되기도 하였다.<sup>157)</sup> 반면 과거 권위주의 국가나 독재국가의 경우 기본권과 기본의무를 상호 결합된 「대칭적 관계」(symmetrisch)로 이해하기도 하였다.<sup>158)</sup>

이와 같은 내용을 중심으로 기본권과 기본의무의 관계를 살펴보면 대체로 다음과 같이 논의할 수 있다.

## 1. 기본권에 대한 비대칭관계

기본의무와 기본권은 서로 균형 또는 대칭관계가 아니라, 불균형 또는 비대칭의 관계에 서 있다는 의견이 제시될 수 있다. 즉 모든 기본권에 대해서는 이에 상응하는 기본의무가 존재하지 않는다는 것을 의미한다.<sup>159)</sup> 가령 헌법 제31조 제1항에서 교육을 받을 권리를 규정하고 동조 제2항에서 교육에 대한 의무를 규정한 것, 그리고 헌법 제32조 제1항에서 근로의 권리를 규정한 동시에 동조 제2항에서 근로의 의무를 규정한 것은 이에 대한 예외라고 할 수 있다. 그러나 그 밖의 다른 대부분의 기본권 규정들은 이에 상응하는 기본의무가 제시되지 않는다는 점에서 기본권과 기본의무는 비대칭의 관계(Verhältnis der Asymmetrie)에 놓여 있다는 것이다. 나아가 대부분의 기본권은, 특히 개개인의 자유를 보호하는 내용의 자유권적 기본권들에 대해서는 그 보장의 의미와 목적상 해당 기본권에 상응하는 의무를 도출할 수 없다고 한다. 왜냐하면 특정한 자유영역에 대해 이에 상응하는 의무를 제시하는 것은 해당 자유의 보장을 무의미하게 만들기 때문이라는 것이다.<sup>160)</sup>

자유 본질에는 여러 대안 가운데에 특정한 행위를 선택할 수 있는 가능성이 보장되는 것이라고 한다. 일정한 행위를 하거나 하지 않는 것이 진정한 자유의 보장이라는 것이다. 가령 표현의 자유는 자신의 의사를 표현하거나 표현

---

157) *Volkmar Götz*, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: *VVdStRL* 41(1983), S. 13 f., Fn. 27.

158) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 533.

159) *J. Isensee*, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, *DÖV* 1982, S. 614 f.

160) *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 43.

하지 않을 자유를 의미하고, 집회의 자유는 집회에 참여하거나 참여하지 않을 자유를, 직업의 자유는 특정한 직업을 선택하거나 아무런 직업도 선택하지 않을 자유를 모두 포함하는 것이라고 한다. 이와 같은 선택가능성이 보장되지 않는다면, 이에 대해서는 진정한 자유가 보장되었다고 말하기 어렵다는 것이다. 일정한 권리에 이에 상응하는 일정한 의무가 존재한다고 한다면 이는 권리를 무의미하게 만드는 것이며, 결국 해당 영역에는 권리는 더 이상 존재하지 아니하고 의무만이 남게 될 것이라고 한다.<sup>161)</sup> 바로 이와 같은 이유로 인해 헌법상 보장된 기본권, 특히 자유권적 기본권은 해당 영역의 소극적 영역을 포함하고 있는 것이라고 설명된다. 가령 종교의 자유에서 아무런 종교도 선택하지 않을 자유, 직업의 자유에서 아무런 직업도 선택하지 않을 자유 등이 그것이다.

그러나 독일의 경우 기본법 제6조 제2항 제1문<sup>162)</sup>의 규정이 이에 대한 예외에 해당된다. 부모의 자녀 교육에 대한 기본권은 해당 자녀를 교육시키지 않을 내용이라는 소극적 측면을 포함하지 않고 있는 것이다. 왜냐하면 기본법 제6조 제2항 제1문은 자녀의 양육과 교육에 대한 부모의 권리만이 아니라, 자녀의 양육과 교육에 대한 부모의 의무까지도 규정하고 있기 때문이다. 이 경우 다른 기본권에서와 같이 해당 권리의 소극적 측면을 보장하지 않은 것에 대해서는 다음과 같은 특성으로 설명된다. 즉, 기본법 제6조 제2항 제1문에서는 부모와 국가 사이의 개인과 국가와의 관계만이 아니라, 자녀라고 하는 또 다른 개인이 등장한다는 점이 그것이다. 자녀의 양육과 교육에 대한 기본권 주체인 부모가 자신의 기본권을 다른 자유권들과 마찬가지로 소극적 측면까지 주장하여 자녀의 교육과 양육을 포기하는 내용으로 주장한다면, 이는 또 다른 개인인 자녀에 대한 불이익을 초래하게 되기 때문에 허용될 수 없다는 것이다.<sup>163)</sup>

기본권과 기본의무의 대칭적 관계에 대한 경고적 의미는 과거 권위주의적 또는 독재국가의 헌법에서 제시된 바와 같은 기본의무조항을 통해 확인된다. 가령 과거 동구 공산국가 헌법상 보장된 대부분 기본권들, 특히 정치적 표현의

161) K. Stern, in: Staatsrecht III/2, S. 1066.

162) 기본법 제6조 제2항 제1문: “자녀를 양육하고 교육하는 것은 부모의 자연적 권리이며 1차적으로 이들에게 부과되는 의무이다.”

163) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 44.

자유와 같은 기본권은 일정한 행위를 하는 것에 대한 영역과 반드시 이에 상응하는 행위를 하지 않을 것에 대한 영역으로 대칭적 구조를 이루고 있었다는 점이 그것이다. 이는 결국 해당 자유가 국가권력이 허용되는 영역과 내용에 대해서만 의미가 있는 것으로 이해된다는 결과를 초래하게 된다. 즉 기본권과 기본의무의 대칭적 관계는 결국 기본권의 진정한 실현을 보장해 주지 못한다는 교훈을 전달해 주는 것이다. 헌법상의 기본권은 결코 기본의무와 대칭적 관계에 서 있지 않는다는 것이다.<sup>164)</sup>

## II. 기본권에 대한 반대적 관계

기본의무는 종종 기본권에 대한 반대적 관계(*antithetische Gegenüberstellung*)에 놓여 있는 것으로 설명되기도 한다. 기본권에 반하는 반대관계 또는 기본권을 배척하는 관계라는 의미에서 기본의무는 반자유적 개념에 해당된다고 비난되기도 한다. 이러한 의미에 따라서 기본의무는 “절대주의적 권위주의 국가의 정신에서 궁극적으로 기인하는 것”(Die Grundpflichten entstammen letztlich dem Geist des absolutistischen Obrigkeitsstaates)으로 표현되기도 한다.<sup>165)</sup>

그러나 기본의무가 진정으로 기본권에 대한 대립적 관계 또는 상반관계에 놓여있는 것인가에 대해서는 좀 더 깊이 있는 논의가 필요하다. 가령 모든 각각의 기본권에 이에 상응하는 동일한 유형의 기본의무를 제시하는 것과 마찬가지로, 기본권적 자유를 시민의 정치적 의무화 도구로 이해한다면 위와 같은 이해가 가능해 질 수도 있을 것이다. 1968년 동독 헌법이 이에 대한 예로 거론되기도 한다. 동 헌법은 제24조 제2항에서 다음과 같이 규정하고 있었다: “사회적으로 유용한 활동은 모든 근로능력 있는 시민들의 명예로운 의무이다. 근로의 권리와 근로의 의무는 통일체를 형성한다.”<sup>166)</sup> 이와 같은 방식에

164) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 533 ff.

165) 가령 Hans Bayer, Entstehung und Bedeutung wirtschaftlicher Grundrechte und Grundpflichten, Diss. Frankfurt 1937, S. 14(A. Randelzhofer, 앞의 논문, Rn. 46 Fn. 138에서 재인용).

166) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 47.

서 자유주의적 기본권은 별로 중요한 것으로 부각되지 않는다. 이 경우 기본의무는 불가피하게 반자유적인 기능을 수행하게 되는 것이다.<sup>167)</sup>

## 1. 칼 마르크스의 권리와 의무의 통일성에 기초한 이론

널리 알려진 바와 같이 칼 마르크스(Karl Marx)는 1864년 자신의 「국제 노동자연맹 임시적 규약」(provisorische Statuten der Internationalen Arbeiterassoziation)에서 「의무 없이는 권리가 없고, 권리가 없이는 의무도 없다」(Keine Rechte ohne Pflichten, keine Pflichten, ohne Rechte)라는 표현을 통해 권리와 의무의 통일성(Einheit von Rechten und Pflichten)을 사회주의 국가와 사회질서의 기본이념으로 제시하였다.<sup>168)</sup> 모든 기본권들에 대해 이에 상응하는 내용의 헌법적 기본의무를 제시하지는 않는다고 하여도, 기본권을 이와 같은 방식으로 이해하는 경우에도 이와 유사한 결론을 도출하게 된다. 이와 같은 기본의무를 통한 자유권적 기본권의 왜곡은 「시민」(citoyen)과 「부르조아」(bourgeois)를 대비시켰던 마르크스의 사상에서도 이미 엿볼 수 있다.<sup>169)</sup>

이와 같은 마르크스의 이론은 물론 이견이 있을 수 있으며 권리와 의무와의 관계에 대한 불명확한 점도 지적될 수 있으나, 사회주의 국가의 실무에서 대체로 다음과 같은 두 가지의 의미를 가지게 되었다.

첫 번째로 사회주의 국가의 헌법에서 제시된 대부분의 기본권들은 이와 동시에 국민들로 하여금 사회주의적 인격성을 행사하도록 요구한 의무가 된다는 점을 지적할 수 있다. 사회주의적 헌법에서 규정된 기본권들은 사회주의와 공산주의를 구축한다는 관점에서 일정한 행동의 의무를 동시에 내포하고 있다는 점이다. 이와 같이 권리와 의무의 통일성에 기초한 사회주의 헌법에서의 의미 내용은 결국 공산주의 일당체제에서 기본권과 인권을 배제하는 결과를 초래하는 데에 이론적 기초를 제시하게 된 것이다.<sup>170)</sup>

---

167) J. Isensee, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, S. 615.

168) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 533 f.

169) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 48.

170) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 534.

물론 이와 같은 내용이 사회주의 국가에서의 시민들이 결코 주관적 공권을 보유하지 못하였다는 것을 의미하지는 않는다. 물론 사회주의 국가의 시민들도 제한된 범위에서는 주관적 공권을 보유하고 있었다. 다만 이러한 권리들은 정부당국(Obrigkeit)의 무제한한 처분에 맡겨진 것일 뿐이었다. 이와 같이 개개인의 권리와 법적 이익이 상대화된 내용이 권리와 의무의 통일성이 초래한 두 번째의 의미라고 할 수 있다. 사회주의 헌법에서는 이와 같이 사회주의를 공동으로 형성하는 내용에 대한 의무와 개인의 자유를 존중하고 보장하는 내용이 서로 결합되어 있었던 것이다. 결국 당이나 국가에 대한 정치적 충성의무의 위반은 개인과 사회적 안전에 대한 실효(Verwirkung)를 의미하는 것이었다.<sup>171)</sup>

## 2. 기타의 견해들

이와 같이 권리와 의무의 통일성을 기초로 한 기본의무와 기본권의 관계를 이해하는 내용들은 이미 살펴본 바와 같이 과거 제3제국에서의 독일 국가학에서도 살펴볼 수가 있다. 이에 따르면 전체주의 국가에서 권리와 의무의 통일성이라는 본질은 우선 권리에 대한 의무의 무조건적 우위라는 결과를 초래하게 되었다. 이러한 내용은 전체주의 국가의 시민들은 자신들의 의무를 이행하기 위해서만 권리가 보장되었다는 의미에서 「권리의무의 우위」(Primat der Rechtspflicht)라고 표현되기도 한다.<sup>172)</sup>

### 가. 스멘트의 견해

이러한 내용은 1933년 발표된 루돌프 스멘트(Rudolf Smend)의 “독일의 국가법에서의 시민과 부르조아”(Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht)라는 논문에서도 발견할 수 있다고 한다. 이 논문에서도 국가와의 거리를 두기 위해 또는 국가로부터 어느 정도 벗어나기 위해 기본권을 행사하는 부르조아는 부정적 인물로 묘사되었다고 한다. 이러한 부르조아 계층은 기본권의 진정

171) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 534.

172) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 535.

한 행사를 일종의 책무와 유사하게 간주하여 국가에 대해 도덕적 의무를 부여 받고 있는 시민 계층과 대립되는 것으로 묘사되었다고 한다.<sup>173)</sup>

#### 나. 크뤼거의 견해

자유주의적 기본권 이해에 대한 이와 유사한 불신의 내용은 다음과 같은 경우에도 발견된다. 가령 헤어베르트 크뤼거(Herbert Krüger)는 기본법의 인간상이 자기 지배적 개개인이 아니라, 「공동체에 기인하고 공동체에 의무를 둔 인격체」를 의미한다는 내용을 확인하지 않았다는 의미에서 독일연방헌법재판소를 비판하고 있는데, 이러한 이해가 위의 내용에 해당된다는 것이다. 크뤼거는 이러한 비판을 통해 기본권이 공동체에 대한 개개인의 의무지움이 아니라 오히려 의무면제의 수단으로 이해되는 경향을 경고하고자 했던 것이다. 따라서 이러한 견해에서도 기본권은 본래 기본의무라는 사상을 엿볼 수 있다는 것이다.<sup>174)</sup>

#### 다. 베켄페어데의 견해

나아가 기본권해석에 대한 이른바 제도적 기본권이론(institutionelle Grundrechtstheorie)과 기본권의 가치이론(Werttheorie der Grundrechte)을 통해서도 이와 같이 기본권이 기본의무로 전환되는 내용을 살펴볼 수 있다.

가령 베켄페어데(Ernst-Wolfgang Böckenförde)는 다음과 같이 기본권을 이해함으로써 기본권을 기본의무로 전환시키는 경향을 나타내고 있다. “기본권적 자유는 더 이상 자유주의적 기본권 이론에서와 같은 자유 그 자체가 아니다. 기본권적 자유는 오히려 자유보장에 대한 제도적·객관적 의미의 실현이라는 일정한 목적에 향해진 것이다. 이에 따라 자유의 범위와 자유의 보장은 자유를 사용하는 유형과 목적에 의하여 각각 구분된다. 법적인 자유의 의미에 어떠한 과제가 부여된다면, 국가의 측면에서도 이에 상응하는 법률규정이 뒷받침되어야 이를 이행하지 않는 경우 국가의 제한이나 해당 자유영역의 보호를 감소하거나 거부하는 것을 통해서 이러한 과제의 수행을 지원해야 하는 것이다.”<sup>175)</sup> 결

173) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 48.

174) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 49.

국 이와 같은 견해가 초래하는 이러한 자유 위협적인 이해가 후에 제도적 기본권이론에 대해 가해진 중대한 비난의 핵심이 되었다고 할 수 있다.<sup>176)</sup>

### 마. 슈미트의 견해

물론 정도의 차이는 있지만, 이와 같이 기본권을 이해하는 견해는 대체로 위와 동일한 내용의 기본의무에 대한 반 자유주의적 작용을 초래하게 된다. 그러나 기본의무의 위와 같은 반 자유주의적 작용은 결코 헌법체계에서 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 기본의무의 반 자유주의적 작용은 법규를 통해서이건 해석을 통해서이건, 어쨌든 기본권과 기본의무를 동일시하는 경우에만 발생하게 되는 것이다. 기본권과 기본의무를 동일시 하는 경우에 이와 같은 위험이 발생될 수 있다는 것이다.

이러한 관계에서 특히 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 다음과 같이 지적하고 있다. “시민적 법치국가에서 기본의무는 ... 그것이 제한되는 경우에만 실정법적 의미의 의무가 될 수 있다. 이러한 기본의무의 법적 구조는 기본권의 법적 구조와 상이한 것이다.”라는 표현이 그것이다.<sup>177)</sup> 이를 통해 칼 슈미트는 다음과 같은 내용을 전달하고자 했던 것이다. 즉 기본의무는 기본권과 동일한 성질을 보유할 수도 있다는 점 그리고 기본의무가 헌법에서 종종 단지 프로그램 규정으로만 규정되어 입법자로부터 구체화를 필요로 하는 경우에는 기본권과 동일한 성질을 가지지 못하게 된다는 점이 그것이다.<sup>178)</sup>

## 3. 비판적 평가

이와 같은 기본권과 기본의무의 동일성은 선형적으로 존재하지 않는 것이며 원칙적으로 자유에 향해진 헌법을 근거로 해서만 존재하는 것이라는 점에 대

---

175) *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1532.

176) *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 50.

177) *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1957, S. 174 ff.

178) *A. Randelzhofer*, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 51.

해서는 동의할 수 있을 것이다. 기본 의무와 기본권의 동일성에 대해서는 법이론적으로도 그리고 법사학적으로도 완전하게 이를 배제하기는 어려울 것이다. 언젠가는 일련의 기본 의무들이 기본권과 동일한 방식으로 직접 적용되는 형식으로 규정될 수도 있을 것이다. 집회의 자유와 마찬가지로 특정한 목적을 위한 집회의 의무 또한 규정될 수 있을 것이다. 나아가 결사의 자유와 마찬가지로 특정한 단체와 관련된 결사의 의무 또한 규정될 수 있다는 것이다. 다른 한편 기본권들도 - 가령 현재 독일 기본법 제1조 제3항에서와 같이 - 직접 적용되는 법으로서가 아니라, 18세기와 19세기 초기 헌법에서 규정된 바와 같은 형태의 프로그램적 성격으로서 주관적 권리가 아니라 객관적 법의 기본요소로 규정되기도 하였다.<sup>179)</sup>

어떤 법질서에서 권리와 의무의 결합은 객관적으로 불가피한 것이다. 특히 명제와 반대명제(These und Antithese)라는 대립적 의미에서가 아니라, 상호 보완적으로 구속한다는 의미에서 더욱 더 그러하다.<sup>180)</sup> 권리와 의무의 이러한 원칙적 기본구조는 변하지 않는다. 단지 양자 사이의 관계에서 한쪽 또는 다른 쪽에 대한 강조점이 변화하는 것이다. 권리와 의무의 관계에서 나타나는 이러한 변화와 증점의 이동은 역사적 정치적 상황에 대반 반작용이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 오늘날 기본법에 대해서는 기본 의무의 관점에서 헌법상 흠결이 존재하지 아니하며, 단지 헌법적 이해만이 문제된다는 내용이 주장될 수 있는 것이다.

반면 기본 의무의 영역을, 우리의 이해에 따르면 자유주의적인 어떤 법질서에, 기본권을 희생하여 지속적으로 강조하여 관철시킨다는 것은 어리석은 주장이 될 것이다. 헌법이 자신의 공동체 형성력과 공동체 유지력을 유지시키고자 한다면, 이와 반대의 내용도 타당한 것이다. 왜냐하면 기본권과 기본 의무의 관계는, 자유와 공동체 생활을 의도하고 있는 헌법에서는, 상호 투쟁의 관계가 아니라 공생(Symbiose)의 관계에 놓여있기 때문이다.<sup>181)</sup>

---

179) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 52.

180) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 53.

181) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 53.



### III. 기본의무와 기본권의 제한

#### 1. 기본의무와 기본권의 제한에 대한 논의의 개관

기본권과 기본의무의 관계에서 제기되는 특수한 문제는 기본의무와 기본권의 제한에 대한 문제이다. 즉 기본의무는 기본권의 제한에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지의 문제가 그것이다. 기본권제한과 기본의무와의 관계에 대한 문제는 아마도 기본의무에 대해 제기되는 가장 중요하고 심각한 문제 중의 하나가 될 것이다.<sup>182)</sup>

기본의무는 기본권의 제한, 특히 기본권 제한적 법률유보와 유사한 법적 구조를 가진다. 기본의무와 기본권에 대한 법률유보는 무엇보다도 자유권에 의하여 보호되는 자유를 제한할 수 있는 헌법적 근거가 된다는 점과 양자 모두 형식적인 법률에 의하여 구체화될 필요가 있다는 점에서 유사성을 가진다. 이러한 관점에서 경우에 따라서는 기본권제한 그 자체를 기본의무로 이해하는 견해도 있으며, 이에 따르면 진정한 의미의 기본의무는 존재하지 아니하며 기본의무에 해당되는 대부분의 내용은 기본권의 제한에 대한 설명에 해당된다고 한다.<sup>183)</sup>

그러나 이러한 견해는 기본의무와 기본권제한에 대한 개념과 특수성, 특히 양자의 구별을 오인하고 있는 것이다. 기본권의 제한은 타인의 이익 또는 공동체의 이익을 위해 개개인의 기본권 행사를 제한하는 것이다. 이에 반해 기본의무는 개개인의 특별한 기본권행사를 제한하는 것이 아니라, 개개인에 대해 공동체의 이익을 위해 일정한 급부나 수인의 의무를 부과하는 것이다. 특히 기본의무에서 도출되는 각각의 급부나 수인의 의무는 특정한 기본권에 대해 향해진 것이 아니라, 각각 서로 다른 여러 기본권적 자유영역에 관련되는 것이다.<sup>184)</sup>

기본권과 기본의무는 그 기본구조에서도 각각 구별된다. 기본권의 제한은 다

---

182) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 463.

183) 가령 Ernst Benda, Grundrechte - Grundpflichten, 1981, S. 8. 나아가 이러한 의미에서 E.-W. Böckenförde, in: VVDStRL 41(1983), S. 114 ff. 도 참조.

184) H. Hofmann, in: HStR V, S. 347 Rn. 48; A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 54.

음과 같은 점으로부터 구체화되어야 한다. 즉 기본법에서 해당 기본권의 보장을 우선적으로 목적으로 하는 경우가 그것이다. 각각의 기본권이 법률유보 하에 있거나 또는 헌법 내재적 기본권제한 하에 있는 경우에도, 기본법은 각각 기본권의 자유영역을 보장하는 것을 제1차적 목적으로 하고 있다는 것이다. 이러한 이유로 인해 자유영역에 대한 제한은 기본법 제19조 제2항이나 우리 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용 침해금지의 원칙만으로 행사되는 것이 아니라, 이에 앞서 비례의 원칙에 대한 내용을 충족해야만 허용되는 것이다.<sup>185)</sup>

이에 반해 기본의무의 내용은 특정한 기본권의 내용에 향해져 있지 않는다. 기본의무의 내용은 오히려 독자적 의무부과규범으로서 여러 상이한 기본권적 자유의 영역에 향해지는 것이다. 나아가 기본의무의 목적은 기본권제한의 목적과 달리, 특정한 기본권을 제한하는 것이 아니라 공공복리의 관점에서 개개인에게 일정한 급부를 부담하게 하거나 일정한 감수를 부과하는 것이다.<sup>186)</sup>

나아가 기본권이 개인의 소극적 지위, 적극적 지위, 능동적 지위를 규정함에 반해, 기본의무는 공동체의 유지를 위해 주장되는 개인의 수동적 지위를 한정한다.<sup>187)</sup> 따라서 기본의무는 「특별한 국가목적 관점」(spezifischer Staatszweckbezug)을 가지게 되는 것이다. 기본의무는 법적 평화, 국가방어, 국가의 재정적 수요 충족, 사회적 형평성, 후손에 대한 교육 등의 목적에 기여하는 것이다. 다른 말로 표현하면 기본의무는 공동체의 기능을 수행하기 위해 불가피하게 요구되는 것이며 기본권의 제한에 흡수되는 것이 아니다.<sup>188)</sup>

## 2. 학설의 태도

기본권제한과 기본의무와의 관계에 대한 문제는 이미 과거 헤렌킴제에서의 기본법제정 논의과정 속에서도 중요한 테마 중의 하나에 해당되었었다. 당시

---

185) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 55.

186) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 56.

187) V. Götz, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 12; H. Hofmann, HStR V, S. 339 Rn. 30.

188) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, Rn. 57.

기본법 제정자들은 기본권제한에 대한 매우 세심하고 차별화된 논의와 규정을 통해 기본의무에 대한 문제에 대해서도 충분하게 답하려고 하였다. 이러한 내용에 대해서 기본법의 제정 이후에 곧바로 다음과 같은 해석이 등장하게 되었다. 즉, 기본권 제한 이외에 기본의무라는 개념만으로 독자적인 기본권 제한 또는 기본권 한계가 존재할 수 있다는 내용이 그것이다.<sup>189)</sup> 이러한 내용을 시작으로 기본의무와 기본권의 제한에 대해서는 다음과 같은 다양한 견해가 제시된다.

### 가. 기본의무와 기본권제한을 구별해야 한다는 견해

기본의무와 기본권제한을 구별해야 한다는 견해는 대체로 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

#### 1) 괴츠의 견해

괴츠(Volkmar Götz)는 1982년 독일 국법학자대회에서 논의된 기본의무에 대한 논문에서 헌법상 기본의무는 기본권의 제한에 대한 논의로 진행되어서는 안 된다고 주장하였다.<sup>190)</sup>

기본권의 제한은 개인 상호간의 기본권적 자유영역, 법익 또는 그 밖의 공익을 상호 정서하고 확정하는 기능을 수행한다고 한다. 반면 기본의무는 이와 같은 기본권제한의 기능을 수행하는 것이 아니라고 한다. 기본의무의 본질은 오히려 공공복리를 위하여 시민들로 하여금 헌법상 요구되는 의무의 이행을 부과하는 것에 놓여 있다는 것이다. 이와 같은 기본권과 기본의무의 기능과 본질상의 차이로 인해 양자를 동일시해서는 안 된다는 것이다.<sup>191)</sup>

---

189) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 463.

190) V. Götz, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 12.

191) V. Götz, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 13.

## 2) 호프만의 견해

호프만(Hasso Hofmann)의 경우 형식적으로 기본권제한과 기본의무와의 관계는 매우 유사한 점이 있으며 따라서 어느 정도 공통점이 있다고 파악하였다.<sup>192)</sup> 기본권제한과 기본의무가 모두 개개인의 자유를 제한하는 경향이 있으며, 이와 같은 추상적인 관점에 의하면 기본권의 제한과 기본의무는 상호 구분되지 않을 수도 있다고 하였다. 따라서 기본의무는 기본권의 제한이라는 영역에 포함시킬 수도 있으며, 이와 반대로 기본권의 제한을 넓은 의미에서 기본의무로 이해할 수도 있다고 한다. 이와 관련해서 호프만은 기본권제한의 개념에는 소극적인 부작위와 수인의무가 문제되며, 기본의무의 개념에는 반면 적극적인 수행의무가 결합되는 것이라고 설명하고 있다.<sup>193)</sup>

그러나 호프만의 경우에도, 위의 피츠의 견해와 마찬가지로, 실질적인 관점에서 기본권제한과 기본의무는 서로 상이한 기능을 수행한다는 점을 강조하고 있다. 기본권의 제한이 다른 기본권보유자의 정당한 관점에서 그리고 공공복리의 관점에서 기본권의 행사를 결합하는 것으로 파악하는 반면, 기본의무의 경우 특정한 공공복리수행이라는 목적의 관점에서 개개인이 의무의 수급자로서 특별한 규정 하에 놓이게 되는 특정한 상황을 전제로 한다는 점이다.<sup>194)</sup> 기본의무는 아주 예외적인 경우에만 개별적인 기본권과 관련된다고 한다. 대부분의 경우 기본의무는 독자적인 의무규정으로서 여러 상이한 기본권들에게 동시에 영향을 미치게 된다고 한다. 기본의무의 이러한 결과는 각각 기본의무의 기능에 상응하여 매우 다양하며 따라서 기본권의 제한으로도 설명될 수 없으며 나아가 「자유의 제도화」(Institutionalisierung von Freiheit)로도 이해될 수 없다고 한다.<sup>195)</sup>

---

192) H. Hofmann, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 76.

193) H. Hofmann, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 76 f.

194) H. Hofmann, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41(1983), S. 76.

195) H. Hofmann, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL

### 3) 바두라의 견해

바두라(Peter Badura)의 경우 기본의무를 기본권제한의 상위개념(Oberbegriff)으로 설명하고 있다.<sup>196)</sup> 기본의무는 독자적인 의무 또는 자유를 구속하는 기본권의 유보로 구분된다고 한다.<sup>197)</sup> 기본의무가 독자적인 의무규범으로서 또는 비독자적인 의무유보규범으로 구성되는가의 여부에 대한 문제를 바두라는 헌법이론적 문제로 여기지 않고 있다. 바두라에 의하면 이는 헌법정책상의 목적을 달성하기 위해 각각 추구되는 문제에 해당된다는 것이다.

### 4) 기타의 견해

메어텐(Detlef Merten)은 부진정 기본의무와 진정 기본의무를 구분하여 논의를 전개하고 있다.<sup>198)</sup> 부진정 기본의무(unechte Grundpflichte)란 특별한 자유의 제한이나 한계를 명확하게 하기 위해 헌법상 규정된 기본의무를 의미하며, 진정 기본의무란 일정한 행동의무가 헌법상 직접 규정되어 제시되는 의무를 말한다고 한다. 이 중 헌법상 직접 규정되어, 법률에 의한 구체화가 필요하지 않는 그러한 (진정) 기본의무는 독자적인 헌법상의 의무로서 그 자체로 인식 가능하며 확정할 수 있는 것이라고 한다. 이러한 진정 기본의무는 단지 기본권을 제한하는 기능에 국한되지 않는다고 한다.<sup>199)</sup>

베트게(Herbert Bethge)의 경우도 기본의무를 목록상 독자적인 내용의 것으로 구분하여, 기본의무를 기본권 이외의 존재영역에 두고 있다.<sup>200)</sup> 따라서 기

---

41(1983), S. 76.

196) *Peter Badura*, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, DVBl. 1982, S. 861 ff.

197) *P. Badura*, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, DVBl. 1982, S. 869.

198) *Detlef Merten*, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 1978, S. 557 f.

199) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 465.

200) *H. Bethge*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S. 2145 f.

본의무는 헌법상 개개 권리주체의 독자적 지위에 해당된다고 보았다. 이러한 관계 속에서 베틀게는 기본권유보로부터 경우에 따라 기본의무가 도출될 수 있는가의 문제를 제기했고, 마지막으로 법질서 존중의 의무를 헌법국가를 통한 기본권 보장을 위해 필수적인 대응물로 간주하고 있다.<sup>201)</sup>

## 나. 기본의무와 기본권제한을 동일시하는 견해

반면 기본의무와 기본권제한을 명시적으로 구분하는 것은 타당하지 않으며, 이와 같은 주장은 결국 불충분한 기본권의 보장 즉, 시민의 자유를 희생하는 결과를 초래한다는 반대의 견해가 제시된다.<sup>202)</sup>

### 1) 클라인의 견해

기본의무와 기본권제한을 동일시하는 견해를 주장하는 학설 중 클라인(Hans H. Klein)의 견해가 가장 대표적으로 제시될 수 있다.<sup>203)</sup> 클라인은 기본의무 그 자체에 이미 기본권제한이 포함된 것이라고 파악하고 있다. 기본의무에는 헌법 스스로 정당화시킨 기본권의 제한만이 아니라, 법률을 통해 규율되고 위임된 기본권의 정당한 제한이 포함된다는 것이다.<sup>204)</sup>

### 2) 베켄페어데의 견해

베켄페어데(Ernst Wolfgang Böckenförde)의 경우 제한적 범위 내에서 기본의무와 기본권제한을 동일시한다.<sup>205)</sup> 베켄페어데는 본질상 부작위의 의무라는 성

---

201) *H. Bethge*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S. 2145.

202) *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 466.

203) *H. H. Klein*, Über Grundpflichten, Der Staat 14(1975), 153 ff.

204) *H. H. Klein*, Über Grundpflichten, Der Staat 14(1975), 158.

205) *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 41, S. 114 ff.

질을 지니게 되는 평온침해금지 의무(Nichtstörungspflicht)는 기본권제한과 거의 동일시 할 수 있다고 설명하고 있다. 그러나 이에 대한 이론적 근거를 충분하게 제시하고 있지는 않는다.<sup>206)</sup>

## 다. 기본의무의 유형에 따라 판단하는 견해

기본의무와 기본권제한의 문제를 기본의무의 유형에 따라 각각 다르게 판단하는 견해도 있다. 가령 루흐터한트(Otto Luchterhandt)는 기본의무의 유형을 부작위의무, 수인의무, 작위의무로 구분하여 각각 기본의무의 유형에 따라 기본권제한과의 관계를 설명하고 있다.<sup>207)</sup> 그의 견해를 정리하면 다음과 같다.

### 1) 부작위의무와 기본권의 제한

부작위의무(Unterlassungspflichte)는 그 본질상 특정한 행위와 관련된다. 따라서 부작위의무는 법률상 허용되지 않는 일정한 행위를 하지 않을 소극적 금지의 의미라고 할 수 있다. 따라서 부작위의무는 자연적인 행위가능성에 대한 제한을 의미하며, 이는 기본권적 행위에 대한 일정한 한계를 나타낸다는 점에서 기본권제한과 유사하다고 평가된다.<sup>208)</sup> 가령 평온방해금지의 의무, 헌법충실의 의무 또는 평화의 의무 등이 이에 해당된다고 한다.<sup>209)</sup>

### 2) 수인의무와 기본권의 제한

수인의무(Duldungspflichte)란 타인의 일정한 행위를 감수하는 내용의 의무를 나타낸다. 따라서 수인의무의 경우 특정한 행위와 독자적인 내용의 부작위를 전제로 한다. 이러한 점에서 수인의무는, 부작위의무와 마찬가지로 일정한 행위를 하지 않을 내용을 요구하기는 한다. 그러나 수인의무는 자신에게 가해

---

206) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 466.

207) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 467 ff.

208) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 468.

209) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 468 ff.

지는 불이익한 상태를 감수하도록 요구한다는 점에서 그 특징이 있다고 설명된다.<sup>210)</sup> 가령 재산권의 제한과 관련하여 수인의 의무는 자신의 재산권과 관련되어 행해지는 특정한 제한행위를 수인할 의무를 나타낸다. 이러한 점에 있어서 재산권의 제한과 이에 따라 행해지는 불이익한 행위를 수인할 의무는 유사한 점이 있다고 평가된다.<sup>211)</sup>

### 3) 행위 의무와 기본권의 제한

행위의무(Handlungspflichte)는 부작위의무와 달리 기본의무의 수급자로 하여금 일정한 행동을 적극적으로 수행할 것을 의무화한다. 이러한 행위의무는 기본의무의 대부분에 해당되는 내용으로 가령 납세의 의무, 교육의 의무, 병역의 의무와 같이 여러 가지 유형으로 세분화할 수 있다. 따라서 일정한 행위를 요구하는 행위의무와 기본권의 제한은 일률적으로 설명될 수 없으며, 기본의무의 유형에 따라 각각 세분화해서 판단될 수 있다고 한다.<sup>212)</sup>

#### 라. 비판적 평가

이러한 논의 과정을 시작으로 독일 공법학계에서는 기본의무와 기본권제한에 대한 논의가 그동안 비교적 활발하게 전개되어 왔다. 오늘날 일반적인 견해에 따르면 물론 기본의무는 일정한 부작위 또는 작위의 의무를 부과한다는 특성상 어느 정도 자유를 제한하는 요소를 스스로 내포하고 있지만, 본질적으로 기본권의 제한과 동일시 할 수 없다는 점에 대해서 대체로 견해가 일치한다.<sup>213)</sup> 이러한 대다수의 견해는 이와 같은 결론을 특히 대부분 기본의무의 개념 자체에서 도출하고 있다. 즉 기본의무의 개념으로부터는 개개인에 대해 일정한 행동의 내용을 부과하는 독자적이고 규범적이며 공동체를 위한 헌법적

---

210) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 481.

211) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 484 f.

212) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 485 ff.

213) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 467.



의무가 도출된다는 점이 그것이다.<sup>214)</sup>

이러한 점을 기초로 기본권제한과 기본의무는 다음과 같은 점에서 그 구별이 가능하다고 할 수 있다.

첫째, 내용적인 관점에서도 기본권제한과 기본의무는 구별이 가능하다. 기본의무는 전형적으로 일정한 행위를 하는 것에 대해 그 내용이 향해져 있는 반면, 기본권제한은 부작용에 향해져 있기 때문이다.<sup>215)</sup>

둘째, 목적상의 관점에서도 기본권제한과 기본의무는 구별이 가능하다. 기본의무는 무엇보다도 시민과 국가와의 관계 및 국가의 공공복리의 관점에서 그 목적이 향해져 있다. 반면 기본권제한은 다른 시민의 동등한 자유와 결합되어 있는 자유의 행사를 그 내용으로 하고 있는 것이다. 따라서 기본권제한은 각각 하나의 기본권을 대상으로 하는 반면, 기본의무는 종종 다른 여러 기본권의 보호범위와 관련되는 것이다. 따라서 가령 조세의 의무는 단지 재산권보장과의 관계에서만 논의되는 것이 아니라, 직업의 자유와의 관계에서도 거론될 수 있는 것이다. 이와 마찬가지로 병역의 의무는 직업의 자유에 대한 제한뿐만 아니라, 인격의 자유로운 발현권 등의 기본권과도 그 관련성이 인정되는 것이다.<sup>216)</sup>

셋째, 방법상의 관점에서도 기본권제한과 기본의무는 구별이 가능하다. 비록 기본권제한과 기본의무는 동일하게 일정한 기본권행사의 제한이라는 결과를 초래하기는 하지만, 양자는 각각 상이한 방법으로 위의 결과를 초래한다는 것이다. 기본권제한의 경우 우선적으로 기본권의 보호영역을 열어 놓고 두 번째 단계로 기본권보호를 다시금 제한하게 된다. 반면 기본의무의 경우 이미 기본권의 보호영역에 직접 관련되는 것이다.<sup>217)</sup>

이러한 내용들을 종합해 볼 때, 물론 기본의무를 통해 개개인에 대해 일정한 기본권행사의 제한내용이 초래되지만 이는 기본의무의 성격상 당연히 도출되는 것이기 때문에 기본의무와 기본권제한을 동일시하는 이유가 되지 못한다. 기본권제한과 기본의무는 구별이 가능할 뿐만 아니라, 헌법상 구별을 해야 되는 개념인 것이다.

---

214) O. Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, S. 467.

215) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 46.

216) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 47.

217) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 47.

## 제3장 헌법상 개별적 기본의무

헌법상 기본의무는 다양한 개별적 기본의무로 구체화될 수 있다. 이러한 헌법상 개별적 기본의무는 헌법에 명시적으로 열거된 것과 열거되지 않은 것으로 구분할 수 있다. 어떠한 개별적 기본의무를 헌법에 명시적으로 열거할 것인지 여부는 전적으로 헌법제정자가 결정할 사항에 속한다. 물론 국가적 특수상황을 배제하고 보편적으로 요구될 수 있는 개별적 기본의무도 있지만 대체로 국가적 특수상황을 고려할 때 해당 국가의 존립과 유지에 필수적이어서 특별히 헌법에 규정해야 할 필요성이 있다고 판단되는 개별적 기본의무가 헌법에 명시될 수밖에 없다. 그렇지만 헌법의 해석을 통하여 비록 헌법에 명시되지는 않았으나 헌법상 개별적 기본의무로 도출할 수 있는 것들도 있다. 국가공동체의 존립을 위하여 필수적임에도 불구하고 헌법제정자가 헌법을 제정할 당시에 미처 인식하지 못하였거나 심지어 너무나 당연하다고 판단되어 명문으로 열거하지 않은 개별적 기본의무도 존재할 수 있기 때문이다. 하지만 기본의무의 본질상 헌법상 기본의무의 부과로 인하여 기본권이 제한될 수밖에 없다는 점에서 헌법상 기본의무의 성격을 기본권에 대한 헌법직접적인 제한으로 이해하는 경우에 헌법에 명시적으로 열거된 기본의무 외에 열거되지 않은 기본의무를 무작정 확대할 필요는 없다고 보인다. 기본의무의 확대는 기본권제한의 확대를 의미하기 때문이다. 어쨌든 헌법상 기본의무는 법적인 금지나 명령을 통해 헌법상 보장된 자유나 권리를 제한하는 것으로 헌법에 명시적으로 열거된 개별적 기본의무로는 국방의 의무, 납세의 의무, 근로의 의무, 환경보전의 의무 등이 있고, 열거되지 않은 개별적 기본의무로는 법 준수의 의무, 충성의 의무, 평화의 의무 등이 논의될 수 있다.

### 제1절 열거된 기본의무

#### 1. 국방의 의무

##### 1. 내용

국방의 의무는 국가의 독립(주권)과 영토를 보전하기 위하여 부과되는 국토방위의 의무를 말한다. 헌법재판소는 병역의무로 구체화된 국방의무를 “헌법적 가치”로 이해하고 있다.<sup>218)</sup> 병역의무가 헌법적 가치로 이해되면 다른 헌법적 가치(헌법적 수준에서 보장된 가치)에 의해서만 제한될 수 있게 된다. 한편 독일 연방헌법재판소는 국민의 생명, 자유, 재산에 대한 국가의 보호의무(Schutzpflicht)를 이행하기 위하여 국민에게 부여한 의무로 국방의 의무를 이해하기도 한다.<sup>219)</sup> 보호의무의 법리에 따르면 국가는 국민의 기본권을 제3자의 침해로부터 보호해야 할 의무를 지게 된다. 국방의 의무는 이러한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여 국민에게 부과되는 의무를 의미한다. 이러한 이해에 따르면 기본권과 기본의무는 밀접한 관련을 맺게 되어 개인이 가지는 기본권과 공동체와 관련된 기본의무는 서로 부합하게 된다. 헌법재판소에 따르면 국방의 의무는 “직접적인 병력형성의무”뿐만 아니라 “간접적인 병력형성의무”, 그리고 “군작전명령에 복종하고 협력할 의무”까지 포함한다. 다시 말해 “국방의 의무라 함은 북한을 포함한 외부의 적대세력의 직접적 간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력적인 점에 비추어 단지 병역법 등에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것으로 좁게 볼 것이 아니라, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 병역법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 넓은 의미의 것으로 보아야 할 것”이라고 한다.<sup>220)</sup> 또한 병역의무의 이행을 위하여 징

218) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌바13: “민주국가에서 병역의무는 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로서, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라 할 수 있는바, 우리 헌법 제5조 제2항, 제39조는 국방과 병역의무가 지닌 이러한 헌법적 가치성을 분명히 밝히고 있다.”

219) BVerfGE 48, 127, 161면 참조.

220) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80. 물론 그렇다고 하더라도 전투경찰업무가 국방의 의무에 포함되는지에 대해서는 견해가 나뉜다. 다수견해는 “전투경찰순경으로서 대간첩작전을 수행하는 것도 위와 같이 넓은 의미의 국방의 의무

집(또는 소집)되어 지정된 군부대로 이동하는 과정, 특히 관계공무원의 인솔에 따른 이동과정도 병역의무와 밀접하게 관련된 것으로 본다.<sup>221)</sup> 그렇다면 병역의무의 이행을 마치고 귀가하는 이동과정도 병역의무와의 일정한 관련성을 인정할 수 있을 것으로 보인다.

## 2. 국방의무의 구체화를 위한 형성적 법률

국방의 의무는 헌법에 의하여 확정적으로 부과된 의무(헌법적 의무)라는 점에서 법률에 의해서 비로소 부과되는 의무(법률적 의무)와 구분된다. 하지만 그 ‘존재’가 이미 헌법적으로 확정된 국방의 의무라고 하더라도 그 ‘내용’은 법률로써 비로소 구체화되어야 하므로 헌법은 국방의 의무의 내용을 국회가 법률로써 구체적으로 형성하도록 위임하고 있다(헌법 제39조 제1항). 이에 따라 국회는 국방의 의무의 내용을 구체적으로 형성할 수 있는 권한이 인정된다. 헌법재판소도 “입법자는 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 필요한 범위 내에서 이러한 국방의무를 법률로써 구체적으로 형성할 수 있다”고 확인하고 있다.<sup>222)</sup> 이로써 국방의 의무를 구체화하는 법률의 성격이

---

를 수행하는 것으로 볼 수 있다”고 본 반면에 소수견해는 “전투경찰대로 전임되는 현역병은 대간첩작전의 수행을 임무로 하고 있을 뿐이므로, 경찰의 순수한 치안업무인 집회 및 시위의 진압의 임무는 결코 국방의무에 포함된 것이라고 볼 수 없다”고 본다.

221) 현재 2005. 10. 27. 2004헌바37: “병역의무를 이행하기 위하여 징집 또는 소집되어 지정된 군부대로 입영하는 과정에서 발생한 생명 또는 신체에 대한 사고나 재해의 경우에는 그 자체가 바로 국가공동체의 존속과 유지를 위한 개인의 특별한 희생으로 평가되기는 어렵다고 하겠지만, **입영과정에서의 이동행위**는 병역의무의 이행을 위한 군복무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위로서 병역의무자 개인의 생활영역에서 발생하는 스스로 책임져야 할 사적 행위와는 뚜렷이 구별된다. 그리고 입영과정에서 이동중에 발생한 사고나 재해라고 하더라도 관계공무원의 인솔 하에 단체로 군부대로 입영하는 과정에서 발생한 사고나 재해의 경우 아직 군통수권의 지휘와 통제 하에 군부대의 구성원으로서의 지위에서 발생한 사고나 재해는 아니라고 하더라도, 이미 사실상 군의 지휘와 통제를 받고 있으므로 개별적으로 입영하는 과정에서 발생한 사고나 재해와 그 성격을 달리한다고 볼 것이다.”

222) 현재 1999. 2. 25. 97헌바3 참조

기본적으로 ‘형성적 법률’임을 알 수 있다. 이것은 국방의 의무를 구체화하는 법률에 대한 심사의 기준이 기본권을 제한하는 법률에 대한 심사의 기준과 달라질 수밖에 없음을 의미한다. 기본권을 제한하는 법률의 경우에는 헌법적 원칙에 대한 엄격한 준수가 요구되어 입법자의 재량영역이 상당히 축소되는 반면에 기본권을 형성하는 법률의 경우에는 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되기 때문이다. 그렇지만 형성적 법률의 경우에도 형식적 법률에 대해서 요청되는 헌법상의 원칙인 평등원칙, 명확성원칙, 포괄위임입법금지원칙,<sup>223)</sup> 소급입법금지원칙, 신뢰보호원칙 등이 요구된다.

특히 병역의무는 모든 국민에게 평등하게 부과되어야 한다는 점에서 평등원칙의 준수가 필수적이다.<sup>224)</sup> 헌법재판소도 병역의무와 관련된 평등원칙을 의미

223) 헌법재판소는 군인에 대한 교육훈련의 특수성과 관련하여 다음과 같이 실시한다. “국군의 사명을 수행하고 국방의 의무를 이행하기 위해서는, 국가의 안전보장과 국토를 방위할 수 있는 전투력을 갖추어야 하므로, 모든 군인이 개인적·조직적 전투력을 갖추도록 훈련시켜야 한다. 그러한 전투력을 갖추기 위해서는 군인들이 각각 국토방위의 신성한 의무에 대한 사명감과 전투능력을 증분하게 갖추어야 할 뿐만 아니라 철저한 상명하복의 지휘체계로 운영되는 군대조직에 흡수되고 통합되어야 한다. 이에 적합한 교육훈련과 병영생활에 관한 사항은 국군 통수권자와 군사전문지식을 갖춘 지휘관에게 포괄적인 재량권을 인정할 필요가 있는 영역이라고 할 것이다. 특히 이 사건 지침을 비롯한 육군 신병교육 지침은 군에 새로이 입대하여 군대생활에 적응시켜야 하는 신병의 교육훈련 및 병영생활에 관한 사항으로서 각군 참모총장의 군사전문적인 계획과 시행에 맡길 필요가 있다고 할 것이다.” 그리고 이러한 특수성에 기초하여 위임입법이 다소 개괄적이라고 하더라도 헌법적 요청인 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 않는다고 본다. “앞에서 본 바와 같이 국군의 특수한 사명을 수행하기 위하여 모든 국민에게 국방의무가 부과되고, 군인의 복무 및 군인훈련은 일반사회생활과는 현저하게 다른 특수하고 전문적인 영역이어서 군사전문가인 지휘관에게 포괄적으로 일임할 필요가 있고, 군대에 대한 통수와 지휘는 예측할 수 없는 다양한 상황에 대하여 신속하고 응급적으로 전문적·효과적으로 이루어져야 하므로 광범위한 유동성과 긴급성·기밀성 등을 요구한다. 이러한 요구는 특히 남북한의 군사력이 첨예하게 대치하고 있는 우리의 특수한 안보상황에서 더욱 절실하다. 이와 같은 군인복무 및 군인훈련의 특수성과 헌법이 대통령에게 국군통수권을 부여하고 있는 점을 고려하면, 군인사법 제47조의2가 군인의 복무에 관한 사항에 관한 규율권한을 대통령령에 위임하면서 대통령령으로 규정될 사항 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하지 아니하고 다소 개괄적으로 위임하였다고 하여 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 어긋난다고 보기 어렵다고 할 것이다.” 헌재 2010. 10. 28. 2007헌마890 참조.

하는 “병역부담평등의 원칙”을 강조하고 있다.<sup>225)</sup> 어쨌든 평등원칙은 상대적 평등으로 이해되어 합리적인 이유가 있으면 차별행위, 즉 병역의무의 차등적 부과나 면제가 허용될 수 있다. 현행 병역법에 따르면 병역의 종류가 구분되고,<sup>226)</sup> 병역의무자는 징병검사를 받아 신체등위에 따라 병역의 종류가 결정된

---

224) 이와 관련하여 병역의 형성성을 강조하는 견해로 오호택, 병역의무의 형성성에 관한 연구, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제11권 제4호(2005), 224면 이하 참조.

225) 헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739: “국민개병주의를 규정한 헌법 제39조, 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조에서 나오는 **병역부담평등의 원칙**은 헌법적 요청일 뿐만 아니라, 우리나라에서 그것은 다른 어느 사회와도 비교할 수 없을 정도로 강력하고도 절대적인 사회적 요구이다. 이종국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다해야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 병역부담평등의 원칙은 심각하게 훼손된다. 특히 이종국적자들은 사회지도층이나 부유층 인사들의 자녀가 많아서 이들의 기회주의적 병역면탈을 일정하게나마 규제하지 않는다면 병역정의에 대한 일반국민의 불신은 커지고, 병역부담에 관한 국민적 일체감이 저해되어 국방이라는 국민의 총체적 역량에 손상을 미치게 된다.” 같은 취지의 판례로 헌재 2004. 8. 26. 2002헌바13 참조.

226) 병역법에 따른 병역의 종류는 다음과 같다(동법 제5조 제1항)

1. 현역: 징집이나 지원에 의하여 입영한 병(兵)과 이 법 또는 「군인사법」에 따라 현역으로 임용된 장교(將校)·준사관(准士官)·부사관(副士官) 및 무관후보생(武官候補生)
2. 예비역: 현역을 마친 사람, 그 밖에 이 법에 따라 예비역에 편입된 사람
3. 보충역: 징병검사를 받아 현역 복무를 할 수 있다고 판정된 사람 중에서 병력수급(兵力需給) 사정에 의하여 현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람과 공익근무요원(公益勤務要員), 공중보건의사(公衆保健醫師), 징병검사전담의사, 국제협력의사, 공익법무관(公益法務官), 공중방역수의사, 전문연구요원, 산업기능요원으로 복무 또는 의무종사하고 있거나 그 복무 또는 의무종사를 마친 사람, 그 밖에 이 법에 따라 보충역에 편입된 사람
4. 제1국민역: 병역의무자로서 현역·예비역·보충역 또는 제2국민역이 아닌 사람
5. 제2국민역: 징병검사 또는 신체검사 결과 현역 또는 보충역 복무를 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지원업무를 감당할 수 있다고 결정된 사람과 그 밖에 이 법에 따라 제2국민역에 편입된 사람

다.<sup>227)</sup> 이처럼 신체등위에 따라 병역의 종류가 결정되고, 특히 병역을 면제받는 자가 결정되는 것은 병역의 본질상 체력이 요구된다는 점에서 합리적인 이유가 있다고 판단된다. 한편 병역법은 병역면제사유로 “군사분계선 이북지역에서 이주하여 온 사람”(탈북주민)을 열거하고 있다(동법 제64조 제1항 제2호). 탈북주민이라는 이유로 병역면제가 되는 것에 대해서는 합리적인 이유가 있는지 의문이 든다. 북한주민의 법적 지위(국민 또는 외국인)에 대한 논란이 있는 상황에서 탈북주민의 법적 지위를 병역법으로 결정하는 것은 문제가 있기 때문이다. 또한 병역법에 따르면 “수형(受刑) 등 대통령령으로 정하는 사유로 병역에 적합하지 아니하다고 인정되는 사람”은 제2국민역에 편입이 된다(동법 제64조 제1항 제3호). 이에 따라 제2국민역에 편입될 수 있는 사람으로는 ① 1년 6개월 이상의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 사람(병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 신체를 손상하거나 속임수를 써서 징역형을 선고받은 사람은 제외), ② 가족관계등록부상 부모를 알 수 없는 사람, ③ 13세 이전에 부모가 사망하고 부양할 가족(「민법」 제779조 및 제974조에 따른 가족을 말한다)이 없는 사람, ④ 18세 미만의 아동으로 「아동복지법」 제52조 제1항에 따른 아동양육시설·아동보호치료시설 및 공동생활가정에 5년 이상 보호된 사실이 있는 사람, ⑤ 귀화에 의하여 대한민국국적을 취득한 사람, ⑥ 성을 전환하여 가족관계등록부상 여성에서 남성으로 성별이 정정된 사람이 있다(동법 시행령 제136조 제1항 제2호). 여기서 제2국민역은 징병검사 또는 신체검사 결과 현역 또는 보충역 복무를 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지원업무는 감당할 수 있다고 결정된 사람과 그 밖에 병역법에 따라 제2국민역에 편입된 사람을 의미하므로(동법 제5조 제1항 제5호) 전시가 아닌 평상시에는 사실상 병역이 면제된 사람이라고 할 수 있다. 그렇다면 사실상의 병역면제를 받기 위해서

---

227) 신체등급에 따른 병역의 종류는 다음과 같다(병역법 제12조 제1항).

1. 신체 및 심리상태가 건강하여 현역 또는 보충역 복무를 할 수 있는 사람: 신체 및 심리상태의 정도에 따라 1급·2급·3급 또는 4급
2. 현역 또는 보충역 복무를 할 수 없으나 제2국민역 복무를 할 수 있는 사람: 5급
3. 질병이나 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 사람: 6급
4. 질병이나 심신장애로 제1호부터 제3호까지의 판정이 어려운 사람: 7급

는 합리적인 이유가 있어야 하는데 고아나 귀화한 외국인에게 병역을 면제시켜야 할 합리적인 이유가 있는지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다고 본다. 고아나 귀화한 외국인에게 병역을 면제시켜주면 이것은 외관상 특혜인 것처럼 보이지만 한편으로 이들을 2등 국민으로 취급하여 차별하는 행위가 되기도 하기 때문이다. 한편 병역면제는 아니라고 하더라도 현역보다 병역의무의 내용이 수월하다고 평가되는 보충역이나 제2국민역 편입에 관한 결정에서 신체등위와 함께 학력이나 연령 등의 자질이 고려되는데(병역법 제14조 제1항 제1호) 이러한 자질에 대한 고려를 통해 보충역이나 제2국민역 편입을 결정하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 판단된다. 다양한 종류로 구분될 수 있는 병역은 병역의무자의 학력이나 연령 등을 고려하여 병역의무자에게 부과될 수 있는 병역의 종류가 결정될 수 있기 때문이다.

### 3. 국방의무와 기본권제한

국방의 의무를 구체화하는 법률이 원칙적으로 형성적 법률이라고 하더라도 국민은 국방의 의무를 이행함으로써 신체의 자유나 거주·이전의 자유 등과 같은 다양한 기본권을 제한당하게 된다. 따라서 국방의 의무를 구체적으로 형성하는 법률은 또한 기본권을 제한하는 법률이기도 하다. 헌법재판소도 역시 국방의 의무가 국민의 여러 가지 기본권을 제한하게 된다는 사실을 인정하고 있다. “병역의무를 이행하는 기간 동안 의무자는 군인사법이나 그 하위법규인 군인복무규율이 정하는 바에 따라 여러 생활영역에서 다양한 기본권 즉 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 사생활의 자유, 언론·출판·결사·집회의 자유, 학문과 예술의 자유, 재산권행사의 자유, 재판청구권, 교육의 권리, 근로의 권리 등을 제한받게 된다.”<sup>228)</sup> 병역의무 기간 동안은 일상적인 활동까지도 지휘와 통제 아래 놓이게 된다는 점에서 병역의무로 제한될 수 있는 기본권의 유형은 매우 다양하다.

228) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156 참조. 같은 취지로 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3: “병역의무를 부과하게 되면 그 의무자의 기본권은 여러 가지 면에서 (일반적 행동의 자유, 신체의 자유, 거주이전의 자유, 직업의 자유, 양심의 자유 등) 제약을 받으므로 ….”



따라서 국방의 의무를 구체화하는 법률은 동시에 기본권을 제한하는 법률로써 기본권제한에 관하여 헌법상 요구되는 일반적 원칙을 준수해야 한다. 이에 대해서는 헌법재판소도 동일하게 이해하고 있다. “법률에 의한 병역의무의 형성에도 헌법적 한계가 없다고 할 수 없고 헌법의 일반원칙, 기본권보장의 정신에 의한 한계를 준수하여야 한다.”<sup>229)</sup> 기본권제한에 관하여 헌법상 요구되는 일반원칙으로는 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙 등을 들 수 있다(헌법 제37조 제2항). 그러므로 국방의 의무를 구체적으로 형성하면서 동시에 기본권을 제한하는 법률의 경우에도 이와 같은 헌법적 원칙이 적용되어야 한다. 다만 기본권제한에 관한 헌법적 원칙은 국방의 의무를 구체적으로 형성하는 경우에는 적용될 수 없고, 오로지 국방의 의무를 통해 기본권을 제한하는 경우에만 적용되어야 한다. 여기서 양적으로 일부는 국방의 의무를 구체적으로 형성하면서 다른 일부는 기본권을 제한하는 경우에는 이러한 적용원칙이 타당하지만 국방의 의무를 구체적 형성하는 부분과 기본권을 제한하는 부분이 단지 질적으로만 구분되는 경우에는 이러한 적용원칙이 관철되기 어렵다는 점을 확인할 수 있다. 하지만 국방의 의무를 구체적으로 형성하는 법률에 기본권을 제한하는 부분을 가지는 경우에 기본권을 제한하고 있다는 사정을 변경시키지는 않기 때문에 기본권제한에 관한 헌법적 원칙이 적용되는 것이 바람직하다고 보인다.

이처럼 국방의 의무를 구체화하는 법률에 대한 심사기준이 기본권을 제한하는 법률에 대한 심사기준과 동일하다고 하더라도 심사의 강도까지 동일한지에 대해서는 논의가 필요하다. 헌법재판소에 따르면 국방의 의무에 따른 기본권제한은 중대하지 않다고 한다. “병역법에서 구체화된 국방의 의무를 이행함에 있어서 그 의무자의 기본권이 여러 가지 면에서 제약을 받게 되는 점은 인정되나, 이는 헌법상의 국방의 의무의 규정에 의하여 이미 예정되어 있는 것으로서, 국가나 공익목적을 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없으므로 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 인정된다고 보기는 어렵다.”<sup>230)</sup> 이것은 국방의 의무를 구체화하는 법률에 대한 심사의 강도를 완화시킬 수 있다는 뜻으로 이해된다. 하지만 국방의 의무가 기본권제한적 성격을 지니고 있는 한 무

229) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3.

230) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328.

조건 심사의 강도를 완화시킬 수는 없다고 보인다. 다시 말해 국방의 의무를 이행하는 데 반드시 필요한 기본권제한이라면 심사의 강도를 완화시킬 수 있지만 국방의 의무의 이행과 무관한 기본권제한의 경우에는 마찬가지로 심사의 강도를 엄격하게 유지해야 할 필요가 있는 것이다. 예를 들어 신병교육훈련을 받고 있는 군인에 대한 통신제한<sup>231)</sup>이나 불온서적지정을 통한 군인의 알 권리에 대한 제한<sup>232)</sup>의 경우에는 병역의무를 이행하기 위하여 반드시 필요한 기본

231) 헌법재판소는 신병교육훈련을 받고 있는 군인에 대한 통신제한이 과도하지 않다고 본다. 헌재 2010. 10. 28. 2007헌마890: “이 사건 지침(육군 신병교육 지침서 중 ‘신병훈련소에서 교육훈련을 받는 동안 전화사용을 통제하는 부분’)은 신병교육훈련을 받고 있는 군인의 통신의 자유를 제한하고 있으나, 신병들을 군인으로 육성하고 군대의 병영생활에 적응시키기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정된다. 신병교육은 민간인을 군인으로 육성하는 교육훈련임과 동시에 일반사회생활과 현저하게 다른 병영생활에 적응하는 교육훈련이므로 원리원칙에 따른 강도 높은 군사훈련을 통하여 군인의 기본자세를 확립하고, 실제 전투상황과 같은 악조건 하에서도 부여된 임무를 완수할 수 있도록 강인한 체력과 정신력을 육성하는 과정이다. 신병교육은 이러한 신병교육의 목적을 달성하기 위하여 신병교육훈련기간 동안 통제된 병영생활을 통하여 군대 기강 및 책임의식, 단체의식을 갖추도록 강도 높은 군사훈련과 정신교육을 병행할 필요가 있다. 이 사건 지침은 이와 같은 교육훈련과 병영생활에 조속히 적응시키기 위하여 신병훈련과정의 하나로서 신병교육기간에 한하여 신병의 외부 전화통화를 통제하고, 해당 신병교육의 주체인 중대장 이상의 지휘관에게 신병교육의 목적과 배치되지 않는다고 판단하는 경우에 신병의 전화통화를 허용하도록 한 것이다. 따라서 이 사건 지침에 의한 전화통화 제한조치는 신병교육을 위하여 필요하고도 합리적이며 적절한 수단이 아니라고 보기 어렵다. 그리고 신병훈련기간이 5주의 기간으로서 상대적으로 단기의 기간이라는 점, 긴급한 전화통화의 경우는 지휘관의 통제 하에 허용될 수 있다는 점, 육군 신병교육 지침서를 통하여 교육훈련 중인 신병들이 부모 및 가족에 대한 편지를 작성하여 우편으로 송부하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 이 사건 지침에서 신병교육훈련기간 동안 전화사용을 하지 못하도록 정하고 있는 규율이 청구인을 포함한 신병교육훈련생들의 기본권을 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한하는 것이라고 보기 어렵고, 국군의 사명과 신병교육훈련의 중요성만 지나치게 중시하고 신병들의 통신의 자유를 지나치게 경시하는 규범이라고 보기 어렵다.”

232) 헌법재판소에 따르면 불온서적의 지정을 통하여 군인의 알 권리를 제한하는 것은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 한다. 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마 638: “① 목적의 정당성 및 수단의 적절성: 이 사건 북부규율조항은 군의 정신전력을 보존하는 것을 목적으로 하고 있는바, 정신전력이 국가안보보장을

권제한이라고 보기 어렵다는 점에서 엄격한 심사척도를 적용하는 것이 바람직하다고 보인다.

한편 병역의무를 실제로 이행하기 전에 병역의무자로 편성되기만 하면 국가의 관리대상이 되어 각종 기본권을 제한받게 된다. 예를 들어 ‘병역의무자에

---

확보하는 군사력의 중요한 일부분이라는 점이 분명한 이상, 그 목적의 정당성은 충분히 인정할 수 있다. 또 국가안전보장과 직결되는 위치에 있는 군의 정신전력을 보호하기 위해서는 이적표현물 등 국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하는 도서로서 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 불온도서에 대한 군인의 접근을 차단할 필요가 있고, 이를 위하여 해당 도서의 소지 및 취득 등을 금지하는 것은 목적을 달성하기 위하여 적절한 수단이다. ② 침해의 최소성 및 법익의 균형성: 이 사건 복무규율조항은 국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 할 내용으로서, 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 한정된 범위 내의 불온도서를 취득하는 등 행위를 금지하고, 그 인적인 범위 또한 군인들로 한정하고 있다. 기본권의 예외 없는 보장을 핵심으로 하는 오늘날의 법치주의 헌법 아래에서 군인이라고 하여 기본권보장의 예외가 될 수는 없으나, 기본권의 보장도 국가의 존립과 안전을 그 기반으로 하는 것이고, 군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원이므로, 그 존립 목적을 위하여 불가피한 경우에는 일반인 또는 일반 공무원에 비하여 상대적으로 기본권제한이 가중될 수 있는 것이다. 군인들의 정신전력은 국가안전보장의 중요한 부분을 형성하는 것으로서, 국가의 존립·안전이나 자유민주주의 체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 하는 등 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 내용의 도서가 군인들의 정신전력에 나쁜 영향을 미칠 가능성이 있는 점은 부정할 수 없다. 한편, 일반적으로 도서의 소지·취득·독서 등은 개인적인 영역에 속하는 행위이지만, 집체생활을 하는 군인들에게는 구체적인 사회적 위험성의 결과를 가져올 가능성이 있고, 또한 군의 정신전력을 해할 목적으로 도서를 소지, 취득하는 행위가 발생할 가능성이 있음을 부인할 수 없을 것이다. 따라서 국가안전보장과 국토방위라는 군의 헌법적 사명을 수행하는 데 심각한 저해를 가져올 수 있는 경우에는 개개의 군인에 대하여 도서의 취득 등의 제한을 통하여 알 권리를 제한하는 것이 불가피한 측면이 있다 할 것이고, 또 이와 같은 제한은 필요한 범위를 넘거나 지나치게 광범위한 제한이라고 보기 어렵다. 이렇듯 군의 정신전력에 심각한 저해를 초래할 수 있는 범위의 도서로 한정하여 소지 및 취득 등의 금지를 규정하고 있는 이 사건 복무규율조항은 기본권의 제한에 있어 침해의 최소성 요건을 지키고 있다 할 것이고, 이 사건 복무규율조항으로 달성되는 군의 정신전력 보존과 이를 통한 군의 국가안전보장 및 국토방위행위의 효과적인 수행이라는 공익은 이 사건 복무규율조항으로 인하여 제한되는 군인의 알 권리라는 사익보다 결코 작다 할 수 없으므로, 이 사건 복무규율조항은 법익균형성 원칙에도 위배되지 아니한다.”

대한 해외여행제한'이 대표적이다. 이러한 기본권제한은 병역의무에 의한 기본권제한과 구별될 필요가 있다. 병역의무에 의한 기본권제한은 헌법직접적인 제한인 반면에 병역의무자의 사전관리를 위한 기본권제한은 법률에 의한 제한이기 때문이다. 병역의무에 의한 기본권제한의 경우에는 병역의무를 이행하기 위하여 불가피하게 제한될 수밖에 없는 기본권제한이라는 점에서 제한의 필요성이 높고 그 강도도 높아질 수밖에 없다. 하지만 병역의무자의 사전관리를 위한 기본권제한의 경우에는 병역기피라는 위험을 예방할 목적에서 행해지는 기본권제한이라는 점에서 아직 발생하지 않은 위험(추상적 위험)에 대한 예방책이므로 제한의 필요성이 높지 않고 그 강도도 반드시 높을 필요가 없다. 그만큼 병역의무로 인한 기본권제한의 경우보다는 병역의무자에 대한 사전관리를 위한 기본권제한의 경우에 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 이러한 맥락에서 병역의무자가 비록 법률에 따른 규제와 관리의 대상이 된다고 해도 그 기본권에 대한 제한이 있는 경우에 엄격한 심사가 요구된다. 이와 같은 심사척도를 적용할 때 병역의무자에게 해외여행'허가'를 받도록 하는 것은 과도한 제한이라는 의심이 든다. 해외여행'신고'를 통해서도 병역의무자에 대한 관리의 목적은 달성될 수 있기 때문이다.<sup>233)</sup>

---

233) 헌법재판소는 병역의무자에 대한 국외여행허가제의 위헌성을 검토하면서 병역의무자의 개념이 명확성원칙에 위반되는지 여부 등 죄형법정주의의 기준을 적용하는 대신에 과잉금지원칙을 적용하지는 않는다. 이에 따라 병역의무자의 국외여행허가제는 합헌이라는 결론에 이른다. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바120: “이 사건 법률조항(병역의무자가 병무청장의 국외여행허가를 받지 않고 출국한 경우 이를 처벌하는 법률조항)은 병역의무자가 국외여행 시 병무청장의 국외여행허가를 받지 않고 출국한 경우 형사처벌을 함으로써 국외여행을 제한하고 있는데 이는 병역자원관리를 위한 병역법상의 규제 중의 하나이다. 이 사건 법률조항의 입법목적이 병역의무의 충실한 이행을 담보하고 병역의무의 기피를 차단하고자 하는데 있고, 구 병역법이 병역의 종류, 병역의무자에 대하여 명확한 규정을 두고 있는 점, 구 병역법 제70조 제1항에서 병역복무의무를 이행하였거나 이를 부담하지 않는 사람은 국외여행허가대상에서 제외되어 있다는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에 따라 국외여행허가를 받아야 하는 대상은 병역의무자 중 아직 현역이나 보충역 등으로 병역의무를 이행하지 않은 사람이 될 것임을 쉽게 짐작할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.”

#### 4. 병역의무로 인한 불이익한 처우의 금지

국방의 의무와 관련하여 현행 헌법의 매우 특징적인 부분은 병역의무로 인한 불이익한 처우의 금지를 요구하고 있다는 점이다(헌법 제39조 제2항). 여기서 불이익한 처우는 차별행위(본질적으로 같은 것을 달리 대우하는 행위 또는 본질적으로 다른 것을 같게 대우하는 행위)와 같은 의미로 이해될 수 있으므로 헌법 제39조 제2항은 병역의무와 관련된 평등원칙 또는 차별금지원칙(헌법 제11조 제1항)의 적용으로 이해된다. 따라서 평등을 상대적 평등으로 이해하여 합리적인 이유가 없는 차별행위만이 금지된다고 본다면<sup>234)</sup> 병역의무로 인한 불이익한 처우도 합리적인 이유가 없는 경우에만 금지된다. 병역의무로 인한 불이익한 처우가 절대적으로 금지되는 것이 아니라 합리적인 이유가 있는 경우에는 허용될 수 있어 상대적으로만 금지되는 것이라는 점이다. 그리고 평등은 기회의 평등뿐만 아니라 결과의 평등까지도 의미해야 하므로 법적 평등과 함께 사실적 평등을 포함해야 한다는 점에서<sup>235)</sup> 병역의무로 인한 불이익한 처우에는 법적 불이익뿐만 아니라 사실적 불이익도 포함되어야 한다. 실제로 병역을 꺼리는 이유도 병역의무로 인한 법적 불이익보다는 사실적 불이익에 있다는 점에서 병역의무로 인한 불이익한 처우의 금지라는 헌법적 요청이 실효성을 가지기 위해서는 이러한 불이익한 처우에 사실적 불이익이 반드시 포함될 필요가 있다.

헌법재판소에 따르면 병역의무로 인하여 금지되는 불이익한 처우는 직접적인 것뿐만 아니라 결과적 또는 간접적인 것도 포함한다. “(헌법 제39조 제2항의 의미는) 병역의무 이행을 직접적 이유로 차별적 불이익을 가하거나, 또는

234) 헌법재판소도 평등을 상대적 평등으로 이해한다. 헌재 2001. 6. 28. 99헌마 516; 2006. 6. 29. 2004헌바76: “평등의 원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그렇지만 이러한 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”

235) 이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - ‘세대균인 가산점 제도’에 대한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, <안암법학>(안암법학회), 제12호(2000), 7면 이하 참조.

병역의무를 이행한 것이 결과적, 간접적으로 그렇지 아니한 경우보다 오히려 불이익을 받는 결과를 초래하여서는 아니된다는 것이 그 일차적이고도 기본적인 의미이다.”<sup>236)</sup> 처음부터 차별의 의도를 가지고 행해지는 직접차별(direct discrimination)뿐만 아니라 애초에 차별의 의도는 없었으나 결과적으로 발생한 간접차별(indirect discrimination)도 금지되는 것으로 이해할 수 있다. 하지만 “병역의무 그 자체를 이행하느라 받는 불이익은 헌법 제39조 제1항, 기타 헌법 원칙에 대한 위반여부의 문제로 될 수 있을 뿐 헌법 제39조 제2항과 무관”하므로 “병역의무 이행의 일환으로 병역의무 이행 ‘중’에 입는 불이익은 ‘병역의무의 이행으로 인한’ 불이익에 해당하지 않는다”고 한다.<sup>237)</sup> 병역의무의 본질이 기본권제한이라는 점에서 병역의무를 이행하면서 입은 기본권제한의 불이익은 헌법상 금지되는 불이익한 처우에 포함될 수 없다는 점은 분명하다. 그밖에도 헌법재판소에 따르면 병역의무로 인한 불이익은 법적 불이익에 국한되고 사실적, 경제적 불이익은 포함되지 않는다고 한다. “이 조항(헌법 제39조 제2항)에서 금지하는 ‘불이익한 처우’라 함은 단순한 사실상, 경제상의 불이익을 모두 포함하는 것이 아니라 법적인 불이익을 의미하는 것으로 이해하여야 한다. 그렇지 않으면 병역의무의 이행과 자연적 인과관계를 가지는 모든 불이익으로부터 이를 보호하여야 할 의무를 국가에 부과하게 되는 것이 되어 이 또한 국민에게 국방의 의무를 부과하고 있는 헌법 제39조 제1항과 조화될 수 없기 때문이다.”<sup>238)</sup> 앞서 언급한 대로 병역의무로 인한 불이익에는 법적 불이익뿐만 아니라 사실적 불이익도 포함되어야 한다는 점에서 병역의무로 인한 사실적, 경제적 불이익을 병역의무로 인한 불이익에서 제외한 헌법재판소의 입장은 동의하기 어렵다. 평등원칙은 합리적인 이유가 없는 차별행위를 금지하면서 그것이 법적 차별행위든 사실적 차별행위든 상관없이 금지하기 때문이다. 따라서 병역의무를 이행하면서 발생한 기본권제한의 불이익이 아니라면 병역의무로 인한 불이익은 그것이 법적 불이익이든 사실적 불이익이든 금지된다고 보는 것이 타당하다.

236) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3.

237) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3.

238) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363; 2003. 6. 26. 2002헌마484.

한편 헌법재판소에 따르면 헌법은 병역의무로 인한 ‘불이익한 처우’를 금지하고 있으므로 ‘유리한 처우’까지 금지한다고 볼 수는 없다고 한다.<sup>239)</sup> 앞서 언급한 것처럼 헌법이 규정한 불이익한 처우는 차별행위로 이해되어 불평등한(차등적) 대우뿐만 아니라 평등한(동등한) 대우도 포함하고, 불평등한 차별행위에는 불리한 차별행위뿐만 아니라 유리한 차별행위도 포함된다고 보아야 한다. 평등원칙의 관점에서 중요한 것은 불평등한 대우든 평등한 대우든, 그리고 불리한 차별행위든 유리한 차별행위든 합리적인 이유가 존재하는지 여부다. 따라서 병역의무로 인한 차별행위의 경우에도 그 내용이 불리한 차별이든 유리한 차별이든 평등원칙에 위배되는지 여부는 합리적 이유의 존재 여부에 따라 결정되어야 한다.

## 5. 병역의무와 양심적 병역거부

한편 국방의 의무와 관련하여 문제가 되는 것은 양심적 병역거부와 대체복무제를 인정할 것인지 여부다.<sup>240)</sup> 헌법은 모든 국민에게 양심의 자유를 보장하고 있다(헌법 제19조). 여기서 양심의 자유는 내면의 양심형성의 자유와 외면의 양심실현의 자유를 포함하고,<sup>241)</sup> 양심형성 및 양심실현에 관한 적극적인 자

239) 헌재 2008. 12. 26. 2006헌마1192: “위 헌법조항은 병역의무의 이행으로 인하여 불이익을 받지 않는다는 것인데, 위 군의무복무기간 부분은 병역의무의 이행으로서 군복무를 한 자에게 그에 상당한 혜택을 주는 것이므로 헌법 제 39조 제2항에 반하지 않는다.” 같은 취지의 판례로 헌재 2010. 6. 24. 2009헌마177 참조.

240) 양심적 병역거부자에 대한 대안으로서 제시되는 대체복무제의 구체적 내용에 대해서는 표명환, 양심적 병역거부와 대체복무제도, <법과 정책>(제주대학교 법과정책연구소), 제12권 제1호(2006), 336면 이하; 강현철, 헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰 - 사회복무제로의 변화를 통한 입법대안을 중심으로 -, <아주법학>(아주대학교 법학연구소), 제4권 제1호(2010), 47면 이하 참조.

241) 헌법재판소도 동일한 견해를 가지고 있다. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35: “헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유(forum internum)뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유(forum externum)를 포함한다고 할 수 있다. 내심적 자유, 즉 양심형성의 자유와 양심적 결정의

유와 더불어 소극적인 자유도 포함하므로 평화주의나 비폭력주의의 양심에 반하는 행동을 하지 않을 소극적인 양심실현의 자유도 양심의 자유에 의하여 보장된다. 헌법은 동시에 모든 국민에게 국방의 의무를 부과하고 있다. 따라서 국방의 의무는 양심의 자유에 대한 헌법직접적인 제한으로 이해되어야 한다. 중요한 것은 국방의 의무가 양심의 자유를 제한할 수 있는 근거가 됨으로써 양자가 충돌할 때 조화롭고 균형적인 실현이 요구된다는 점이다. 이것은 국방의 의무든 양심의 자유든 한쪽의 일방적인 실현을 위하여 다른 한쪽의 일방적인 희생을 요구할 수 없다는 의미다.

기본권과 공익이 충돌할 때 요구되는 조화롭고 균형적인 실현은 양자택일적 해결방법을 배제함에도 불구하고 헌법재판소는 국방의 의무와 양심의 자유가 충돌할 때 오로지 양자택일적인 방법만이 가능하다고 본다. “양심실현의 자유의 보장 문제는 ‘양심의 자유’와 양심의 자유에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 ‘헌법적 법익’ 및 ‘국가의 법질서’ 사이의 조화의 문제이며, 양 법익간의 법익형량의 문제이다. 그러나 양심실현의 자유의 경우 법익교량과정은 특수한 형태를 띠게 된다. 수단의 적합성, 최소침해성의 여부 등의 심사를 통하여 어느 정도까지 기본권이 공익상의 이유로 양보해야 하는가를 밝히는 비례원칙의 일반적 심사과정은 양심의 자유에 있어서는 그대로 적용되지 않는다. 양심의 자유의 경우 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다. 양심상의 결정이 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 ‘양심’이 아니다. 이 사건의 경우 종교적 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 병역의무의 절반을 면제해주거나 아니면 유사시에만 병역의무를 부과한다는 조건 하에서 병역의무를 면제해 주는 것은 병역거부자의 양심을 존중하는 해결책이 될 수 없다. 따라서 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’

---

자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다.”



와 ‘공익’ 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다.”<sup>242)</sup> 양심의 자유와 국방의 의무가 충돌할 때 법익형량이 요구된다고 보면서도 이 경우에 법익형량의 구체적 방법은 오로지 “양자택일”만이 가능하다고 본 헌법재판소의 입장은 납득하기 어렵다.<sup>243)</sup> 법익형량의 핵심은 서로 충돌하는 법익 가운데 하나를 포기하고 일반적으로 하나를 선택하는 양자택일이 아니라 서로 충돌하는 법익을 모두 조화롭고 균형적으로 실현하는 데 있기 때문이다.<sup>244)</sup> 그렇다면 양심의 자유와 국방의 의무가 서로 충돌할 때 이 두 가지 법익을 조화롭고 균형적으로 실현하는 방법은 양심적 병역거부자에게 대체복무를 인정하는 것이 된다.<sup>245)</sup>

그렇지만 헌법재판소는 양심적 병역거부자에게 대체복무제를 허용하는 경우에 발생할 있는 국가안보에 대한 위협을 다시 고려하면서 이것은 미래에 대한

242) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1.

243) 같은 맥락에서 국방의 의무와 양심의 자유가 충돌하는 경우에 비례성원칙을 적용했어야 한다는 주장으로 김명재, 양심의 자유와 병역의무 양심의 자유와 병역의무 : 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제8권 제3호(2007), 232면 이하 참조.

244) 소수의견도 이러한 조화와 균형을 강조하고 있다. 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 김경일 재판관, 전효숙 재판관의 반대이견: “일반적으로 우열을 가리기 어려운 헌법가치들이 갈등관계에 있을 때 입법자는 각 헌법가치들이 공존하면서 **최적의 상태로 실현되어 조화를 이룰 수 있는 방안**을 찾아야 한다. 기본권과 여타의 헌법가치 사이에 충돌이나 갈등이 있는 경우에도 입법자는 일반적으로 다른 헌법가치만을 실현하려고 할 것이 아니라 충돌이나 갈등상황을 피할 수 있는 대안을 모색하여야 하며 대안마련이 불가능하여 기본권을 제한할 수밖에 없는 경우에도 그 목적에 비례하는 범위 내의 제한에 그치지 않으면 안된다. 헌법 제37조 제2항의 기본권제한원리는 이러한 내용을 포함하고 있다. 따라서 만일 대안의 마련이 필요하고 가능성에도 불구하고 입법자가 이를 위해 최소한의 노력조차 하지 않았다면, 입법자는 위와 같은 기본권제한원리를 준수하였다고 할 수 없다.”

245) 양심적 병역거부를 인정하지 않는 것은 법익의 균형성에 위반된다는 견해로 김병록, 양심적 병역거부의 헌법이론적 검토, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제9권 제1호(2003), 51면; 노혁준, 양심적 병역거부에 관한 병역법상 처벌조항의 위헌성 검토, <민주법학>(민주주의법학연구회), 제24호(2003), 301면 이하; 이상명, 양심적 병역거부와 양심의 자유, <고려법학>(고려대학교 법학연구원), 제49호(2007), 927면 참조.

예측에 속하기 때문에 입법자에게 광범위한 형성권이 인정된다고 결론을 내리고 있다.<sup>246)</sup> 국방의 의무로 인한 양심의 자유에 대한 제한의 문제를 해결하는 방법으로 입법자의 광범위한 형성권을 선택한 헌법재판소의 입장은 대단히 문제가 있다고 보인다. 기본권에 대한 제한이 있는 경우에 헌법상 요구되는 일반 원칙을 적용하여 해결하는 것이 바람직하지 입법결과까지 고려하여 입법자에게 광범위한 형성권을 인정해버리는 것은 본말이 전도된 것이기 때문이다. 심지어 헌법재판소가 남북이 분단된 현실만을 지나치게 고려한 나머지, 그리고 남북분단으로 인한 안보상황을 지나치게 위기상황으로 규정한 결과 입법자에게 모든 것을 맡김으로써 국가안보를 위하여 양심의 자유를 포기한 것은 정치한 법적 판단을 버리고 국민정서를 고려한 정치적 판단을 했다는 우려마저 들게 한다.

## 6. 남성에 대한 병역의무의 부과와 평등원칙

국방의무는 모든 국민에게 부여된 의무임에도 불구하고 법률에서는 병역의무가 남성에게만 부여되어 있다. 병역법에 따라 “대한민국 국민인 남성은 헌법과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야” 하고, “여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있”도록 규정함으로써 남성에게만 병역의무가 부과되는 것이다(동법 제3조 제1항). 이것은 외관상 성별에 따른 차별이라는 인상을 주기에 충분하다. 이와 관련하여 헌법재판소는 평등권

246) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1: “기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. … 입법자에게 인정되는 예측판단권은 법률을 통하여 달성하고자 하는 공익의 비중 및 침해되는 법익의 의미, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도에 따라 다르다. 달성하고자 하는 공익의 비중이 클수록, 개인이 기본권의 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클수록, 입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하게 된다. 이러한 한계까지는 공익을 어떠한 방법으로 실현하고자 하는가의 판단은 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다.”

침해 여부를 검토하면서 “평등권침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것”이라고 하면서 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되고, 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것”으로 본다.<sup>247)</sup> 헌법재판소는 종래에 엄격한 심사척도가 적용되는 경우로서 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우”를 “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있”는 경우로 이해하였다.<sup>248)</sup>

그렇지만 남성에게만 병역의무를 부과한 법률조항의 평등권침해 여부를 심사하는 기준에서는 미묘한 의견차이가 확인된다. “이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. ‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생리적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다.”<sup>249)</sup> 헌법이 특별히 평등을 명령한 경우, 즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준을 열거한 경우에 해당함에도 불

247) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 참조.

248) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조.

249) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328.

구하고 반드시 엄격한 심사척도를 적용할 필요는 없다는 취지다. 심사척도는 위헌 여부를 판단하는 데 결정적인 역할을 할 수 있다는 점에서 심사척도와 관련된 헌법재판소의 입장변화는 주목할 필요가 있다. 엄격한 심사척도를 적용하면 위헌으로, 완화된 심사척도를 적용하면 합헌으로 결정이 내려진 것이 대체적인 경향이기 때문이다.

어쨌든 병역의무를 구체화하는 법률이 남성에게만 병역의무를 부과하는 내용으로 병역의무를 구체화한다고 해도 헌법에 위반되지 않는다는 것이 헌법재판소의 입장이다.<sup>250)</sup> 하지만 병역의무와 관련된 대상(병역의무자)의 확정에서 입법자가 자유로운 형성의 권한을 가진다고 해도 평등원칙에 구속되어야 하고, 평등원칙에 따른 심사의 핵심은 합리성이라는 점을 고려할 때 병역의무에서 여성을 배제해야 할 합리적인 이유를 찾기 어렵다는 점에서 남성에게만 병역의무를 부과하는 것은 평등원칙에 위반된다고 볼 수 있다. 남성과 여성의 생물학적 차이나 신체조건의 차이만으로 반드시 여성을 병역의무에서 배제해야만 하는 것은 아니고(여성이 담당할 수 있는 병역이 존재하고), 여성이 임신과 출산으로 남성의 병역의무를 대체할 수 있다고 보기도 힘들며,<sup>251)</sup> 여성에 대한 현존하는 차별만으로 병역의무의 면제라는 결론을 도출할 수는 없기 때문이다.<sup>252)</sup> 더 근본적으로는 차별행위의 합리성을 심사하면서 헌법이 스스로 평등

250) 한편 남성에게만 병역의무를 부과하는 것은 평등원칙에 위반된다는 견해로 양현아, 병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도 병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도, <여성연구>(한국여성정책연구원), 제75권 제2호(2008), 152면 이하 참조.

251) 여성이 임신과 출산의 부담에도 불구하고 병역의무까지 부담한다면 이중의 부담이 될 수 있다는 주장으로 정혜영, 여성의 병역의무 - 제대군인가산점 부활 논의에 대한 비판적 고찰 -, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제37집 제2호(2007), 514~515면: “출산은 성질상 ‘주체’의 측면에서 비교가능성을 내포하지 못한다. 따라서 그 특수성을 인정하여 ‘직업활동의 지연’이라는 공통분모만을 기준으로 하여 병역과 출산의 영역을 같은(또는 비슷한) 영역으로 분류할 필요가 있다. 직업활동에 대한 불이익이 발생한다는 점에서 병역과 출산의 상관성을 인정한다면, ... 여성에 대하여 병역의무를 부과하게 되었을 때 여성의 직업활동에서의 지연(또는 정체)시기가 남성의 두 배가 되어 대단히 불합리한 결과에 이르게 될 것이다.”

252) 여성에 대한 현존하는 차별이 여성에 대한 병역면제를 정당화할 수 있다는

을 명령한 경우에만 엄격한 심사척도를 적용하는 것이 과연 타당한지 여부도 검토되어야 한다. 헌법은 일반적 평등원칙과 차별금지원칙(헌법 제11조 제1항)을 통하여 원칙적으로 모든 경우에 평등을 명령하고 차별을 금지하기 때문이다. 그렇다면 오히려 헌법이 스스로 차별을 명령하는 경우가 아니라면 원칙적으로 평등이 명령되고 차별이 금지된 것으로 보아 엄격한 심사척도를 적용하는 것이 타당하다고 판단된다. 헌법이 스스로 차별을 명령한 경우로는 여성과 연소자(청소년)의 근로에 대한 특별한 보호(헌법 제32조 제4항 및 제5항), 국가유공자 등에 대한 근로기회의 우선적 제공(헌법 제32조 제6항), 여성과 노인 및 청소년의 복지향상(헌법 제34조 제3항 및 제4항), 장애인 및 생활무능력자(빈곤자)에 대한 국가의 보호(헌법 제34조 제5항)를 들 수 있는데 이 경우에는 헌법이 스스로 우대적(유리한) 차별을 명령하고 있으므로 완화된 심사척도를 적용하고, 그밖에 모든 경우에 엄격한 심사척도를 적용해야 한다고 본다.

## 7. 병역의무와 항명죄

타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생해야만 되는 직업들이 있다. 군인, 경찰, 소방관이 대표적인 예에 속한다. 문제는 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생해야만 되는 구체적인 상황이 발생했을 때 상관의 직무명령에 대해서 거부할 수 있는지 여부와 거부했을 경우에 이를 형벌을 통해서 강제할 수 있는지 여부다. 우선 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생하라는 상관의 직무명령에 대해서는 거부할 수 있다고 보아야 한다. 타인의 생명과 자신의 생명이 충돌했을 때 자신의 생명을 기꺼이 희생하는 것은 일반인의 관점에서 기대하기 어렵기 때문이다. 물론 타인의 생명을 구하기

---

주장으로 윤진숙, 여성의 병역의무에 대한 법이론적 고찰, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제8권 제4호(2007), 253면: “여성이 현역으로 군대에 입대할 의무는 국민으로서 평등한 의무와 함께 평등한 의무를 부담한다는 점에서 형식적 의의가 있을 수도 있지만, 평등하게 군대에 입대할 의무를 부담한다고 해서 사회 전반에서 남성에 대한 전반적인 종속적 지위에 놓인 여성에게 평등이 실현될 수 있을까 하는 점에서는 여전히 의문이 남는다. 아직 우리 사회에서 남녀평등이 실현되고 있지 않은 상황에서, 이러한 의무무과는 오히려 남성지배와 남성문화를 공고히 하는 데 일조할 가능성도 배제할 수 없다.”

위하여 자신의 생명을 기꺼이 희생하는 의인(義人)이 없는 것은 아니지만 이것은 극히 예외적인 상황에 지나지 않고, 그런 사람들에게 의인이라는 호칭을 부여하는 이유도 그런 사람이 극히 예외적으로만 존재한다는 데 있다. 그렇다면 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생하라는 상관의 직무명령을 거부한 사람에게 형벌을 부과하는 것은 과도하게 가혹한 조치라고 할 수 있다. 일반적으로 기대할 수 없는 행위에 대해서 형벌을 부과하는 것이기 때문이다. 물론 그러한 상관의 직무명령을 거부한 사람은 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생할 수밖에 없는 직무의 본질을 고려하면 그 사람은 해당 직업에 부적합한 사람으로 평가할 수 있으므로 그 사람을 징계할 수는 있다고 본다. 특히 경찰이나 소방관과 같이 해당 직업을 본인의 자유로운 결정에 따라 선택한 것이 아니라 병역의무에 따라 군인이 된 경우에는 애초에 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생할 각오조차 없는 사람이라는 점에서 문제가 더욱 커진다. 징집된 군인의 경우에는 본인이 해당 직업을 자유롭게 선택하지 않았다는 점에서 직무적합성을 판단하여 징계해야 할 근거도 약하기 때문이다. 오히려 징집된 군인은 상관의 직무명령을 적극적으로 거부함으로써 병역의무를 면하려 할지도 모른다. 이러한 맥락에서 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 사람은 항명죄로 처벌을 받게 된다(군형법 제44조). 병역의무는 본인의 동의 없이 강제로 부과되는 기본의무다. 따라서 징집된 군인은 병역의무에 따라 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생해야 하는 헌법적 의무를 부담하고 있다. 여기서 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생하도록 요구하는 상관의 직무명령에 대하여 형벌을 부과할 수 있는 헌법적 근거가 도출된다. 병역의무를 이행하기 위하여 징집된 군인의 경우에는 타인의 생명을 구하기 위하여 자신의 생명을 희생하라는 상관의 명령을 거부할 수 없고, 거부하는 경우에는 형벌을 부과할 수 있으므로 군형법상의 항명죄는 헌법에 위배되지 않는다.

## 8. 징집된 군인의 국가배상청구권 배제

헌법은 국가배상청구권의 주체에서 징집 여부와 상관없이 모든 군인을 배제

하고 있다(헌법 제29조 제2항). 상대적 평등을 내용으로 하는 평등원칙은 합리적인 이유가 있는 경우에 차별행위를 허용하고, 헌법에서 명시적으로 차별행위를 명령하는 경우에 합리적인 이유가 있는 것으로 판단될 수 있으므로 군인을 국가배상청구권의 주체에서 배제한 것에는 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다. 하지만 군인이 국가배상청구권의 주체에서 배제되었다는 실정헌법상의 근거를 제외하고 나면 군인을 국가배상청구권의 주체에서 배제해야 할 필연적인 이유는 없다. 굳이 이유를 찾는다면 오로지 재정적인 이유밖에는 없다. 아무래도 일반인보다 상대적으로 위험상황에서 많이 노출되어 있는 군인의 경우에 국가배상청구권을 행사할 수 있는 가능성이 높고, 이로 인하여 국가의 재정에 큰 영향을 줄 수 있기 때문이다. 그리고 군인을 국가배상청구권에서 배제하는 조항이 법률에 규정되어 있었을 때 이 법률조항은 이미 위헌결정을 받았고,<sup>253)</sup>

253) 대판 1971. 6. 22. 70다1010: “헌법 제26조는 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 국가 또는 공공단체에 배상을 청구할 수 있다고 규정하여 공무원의 불법행위로 손해를 받은 국민은 그 신분에 관계없이 누구든지 국가 또는 공공단체에 그 불법행위로 인한 손해전부의 배상을 청구할 수 있는 기본권을 보장하였고 한편 헌법 제32조 제2항에는 국민의 모든 자유와 권리는 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 헌법 제26조의 규정에 의하여 보장된 국민의 손해배상청구권은 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 그 배상청구권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 안에서 법률로써 제한할 수 있으나 헌법 제32조 제2항에 의하여 손해배상청구권을 법률로써 제한하는 경우에도 다시 헌법 제9조의 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 규정에 위반되지 않아야 하며 또 헌법 제8조의 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다는 규정에도 적합하여야 하므로 결국 헌법 제26조에 의하여 보장된 손해배상청구권을 법률로써 제한함에는 첫째 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 필요가 있어야 하고 둘째, 위 제한은 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 최소한도에 끝임으로써 손해배상청구권을 최대한도로 보장하여야 하며 어떠한 이유로도 헌법 제26조에 보장된 손해배상청구권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 제한할 수 없으며 셋째, 위 제한은 국민평등의 원칙에 적합하게 모든 피해국민에게 평등하게 제한하여야 하며 일부국민 특히 군인군속에 대하여서만 제한하는 경우에는 헌법 제9조의 평등의 원칙에 반하지 않는 합리적인 이유와 범위 안에서만 할 수 있다 할 것이요, 이 제한의 범주를 넘은 손해배상청구권의 부인은 위 헌법이 보장한 기본권 자체의 박탈이므로 어떠한

이유로도 헌법의 규정상 불가능하다 할 것인바 한편 국가배상법 제2조 제1항 단행의 입법이유의 하나는 군인군속이 공무수행 중에 신체 또는 생명에 피해를 입은 경우에는 군사원호보상법, 군사원호보상급여금법, 군인연금법, 군인재해보상규정, 군인사망급여금규정 등에 의하여 재해보상금, 유족일시금, 또는 유족연금 등을 지급받게 되어 있음으로 불법행위로 인한 손해배상도 받게 하면 이중이 된다는 것이나, 위 법들의 규정에 의한 재해보상금 등은 군인군속 등의 복무중의 봉사 및 희생에 대하여 이를 보상하고 퇴직 후의 생활 또는 유족의 생활을 부조함에 그 사회보장적 목적이 있고 손해배상 제도는 불법행위로 인한 손해를 전보하는데 그 목적이 있으므로 양자는 그 제도의 목적이 다르며, 군인연금법 제41조 등에는 타 법령에 의하여 국고 또는 지방자치단체의 부담으로 같은 법에 의한 급여와 같은 류의 급여를 받는 자에게는 그 급여금에 상당하는 액에 대하여는 같은 법에 의한 급여를 지급하지 않도록 규정하여 불법행위로 인한 손해배상과 같은 성질의 급여가 손해배상과 이중으로 지급되지 않게 하고 있으며 판례도 양청구권은 경합할 수 있고 같은 성질의 손해전보는 어느 한 쪽의 행사에 의하여 만족되면 다른 청구권은 그 범위 안에서 소멸한다는 전제 아래에서 재해보상금, 유족일시금 또는 유족연금이 이미 지급된 경우에는 손해배상을 명함에 있어서는 같은 성질의 손해액에서 이를 공제하여 손해액을 산정하여야 한다고 하여 같은 성질의 돈이 이중으로 지급되지 않도록 하고 있고 또 이러한 재해보상 등은 군인군속 뿐 아니라 경찰관(상이 또는 전몰경찰관)에 대하여도 지급되며 일반 공무원에 대하여도 지급되며 일반공무원에 대하여도 공무원연금법(군속인사법 21조에 의하여 군속에도 이 법이 준용된다)등에 의하여 같은 보상제도가 마련되어 있으며 심지어 사기업의 피용자에게도 근로기준법 등에 의하여 같은 제도가 마련되어 있음으로 위와 같은 이유로써는 군인군속에 대하여서만 별도로 다루어 손해배상청구권을 제한할 이유가 되지 못하고 다음 위 입법이유의 또 하나는 군인군속이 피해자가 된 불법행위 사고가 많아서 국고손실이 많으므로 이를 최소한으로 감소 내지 방지함에 있다는 것인바 그러한 불법행위가 많다는 이유만으로는 군인군속에 대하여서만 배상청구권을 부인하여 그들의 희생위에 국고손실을 방지하여야 할 이유가 되지 못한다 할 것이며 또 군인군속은 국가에 대하여 무정량의 위험근무임무를 부담하는 이른바 특별권력관계에 있음으로 그러한 근무임무의 성질상 공무원 중의 피해에 대하여는 일반국민과는 달리 이를 자담수인할 의무가 있다고 주장하나 그것은 어디까지나 군인 또는 군속으로 근무함에 있어서 전투 또는 훈련 등의 각 그 직무상 불가피하고 정당한 것으로 인정되는 행위로 인한 피해로서 불법행위의 결과가 아닌 경우의 희생에 한하여 수공할 수 있는 이론이라 할 수 있을 뿐이고, 다른 공무원의 고의 또는 과실 있는 직무상의 위법행위로 인하여 군인 또는 군속이 공무원에 입은 손해는 군인 또는 군속이 복종하는 특별권력관계의 내용이나 근무임무에 당연히 포함되는 희생은 아니므로 특별권력관계를 이유로 그 배상청구권을 부인할 수 없을 뿐 아니라 위험근무임무에 당하거나 특별권력관계에 있음은 비단 군인 또는 군속에 국한되지 않고 경찰공무원이나 다른 위험근무에 당하는 기타 공무원도 다를



이러한 위헌의 문제를 헌법에 명시함으로써 해결했을 뿐이라는 점도 군인의 국가배상청구권을 제한하는 문제의 위헌성을 부각시킨다.

헌법재판소는 군인을 국가배상청구권의 주체에서 배제한 헌법 제29조 제2항의 위헌성이 문제된 사건에서 다음과 같이 설시하였다. “① 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항은 위헌법률심판의 대상에 관하여, 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항은 헌법소원심판의 대상에 관하여 그것이 법률임을 명문으로 규정하고 있으며, 여기서 위헌심사의 대상이 되는 법률이 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것에는 아무런 의문이 있을 수 없다. 따라서 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는 조약 등은 포함된다고 볼 것이지만 헌법의 개별규정 자체는 그 대상이 아님이 명백하다. ② 그럼에도 불구하고, 이른바 헌법제정권력과 헌법개정권력을 준별하고, 헌법의 개별규정 상호간의 효력의 차이를 인정하는 전제하에서 헌법제정규범에 위반한 헌법개정에 의한 규정, 상위의 헌법규정에 위배되는 하위의 헌법규정은 위헌으로 위헌심사의 대상이 된다거나, 혹은 헌법규정도 입법작용이라는 공권력 행사의 결과이므로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 된다는 견해가 있을 수는 있다. 그러나, 우리 나라의 헌법은 제헌헌법이 초대국회에 의하여 제정된 반면 그후의 제5차, 제7차, 제8차 및 현행의 제9차 헌법 개정에 있어서는 국민투표를 거친 바 있고, 그간 각 헌법의 개정절차조항 자체가 여러 번 개정된 적이 있으며, 형식적으로도 부분개정이 아니라 전문까지를 포함한 전면개정이 이루어졌던 점과 우리의

---

바 없다 할 것이므로 유독 군인 또는 군속에 대하여서만 차별을 할 하등의 합리적 이유도 없다 할 것이니 군인 또는 군속이 공무원의 직무상 불법행위의 피해자인 경우에 그 군인 또는 군속에 이로 인한 손해배상청구권을 제한 또는 부인하는 국가배상법 제2조 제1항 단행은 헌법 제26조에서 보장된 국민의 기본권인 손해배상청구권을 헌법 제32조 제2항의 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 필요성이 없이 제한한 것이고 또 헌법 제9조의 평등의 원칙에 반하여 군인 또는 군속인 피해자에 대하여서만 그 권리를 부인함으로써 그 권리자체의 본질적 내용을 침해하였으며 기본권제한의 범주를 넘어 권리 자체를 박탈하는 규정이므로 이는 헌법 제26조, 같은 법 제8조, 같은 법 제9조 및 같은 법 제32조 제2항에 위반한다 할 것이니 원심이 이 점에 관하여 이와 같은 취지로 판단하여 피해자가 군인인 이 사건에 국가배상법 제2조 제1항 단행을 적용하지 아니한 것은 정당하고 이를 논란하는 상고 논지는 채용할 수 없다.”

현행 헌법이 독일 기본법 제79조 제3항과 같은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있지 아니하고, 독일 기본법 제79조 제1항 제1문과 같이 헌법의 개정을 법률의 형식으로 하도록 규정하고 있지도 아니한 점 등을 감안할 때, 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이요 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아니할 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다. 이러한 점과 앞에서 검토한 현행 헌법 및 헌법재판소법의 명문의 규정취지에 비추어, 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정관계론은 그 자체로서의 이론적 타당성 여부와 상관없이 우리 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 원용될 수 있는 것이 아니다. 또한 국민투표에 의하여 확정된 현행 헌법의 성립과정과 헌법 제130조 제2항이 헌법의 개정을 국민투표에 의하여 확정하도록 하고 있음에 비추어, 헌법은 그 전체로서 주권자인 국민의 결단 내지 국민적 합의의 결과라고 보아야 할 것으로, 헌법의 규정을 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력 행사의 결과라고 볼 수도 없다. ③ 물론 헌법은 전문과 단순한 개별조항의 상호관련성이 없는 집합에 지나지 않는 것이 아니고 하나의 통일된 가치체계를 이루고 있는 것이므로, 헌법의 전문과 각 개별규정은 서로 밀접한 관련을 맺고 있고, 따라서 헌법의 제 규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있어서 이념적·논리적으로는 규범 상호간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실이다. 그러나, 그렇다 하더라도, 이때에 인정되는 규범 상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면 부인할 수 있는 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력 상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다.”<sup>254)</sup> 헌법과 법률의 규정상 헌법은 규범통제의 대상이 되지 않는다는 점, 헌법제정권력과 헌법개정권력의 구분을 전제로 한 헌법개정관계론은 우리 헌법에는 적용되기 어렵다는 점, 헌법규정 상호간의 효력상 서열을 인정할 수 없다는 점을 들어 군인을 국가배상청구권의 주체에서 배제하고 있는 헌법조항이 위헌이 될 수 없다는 취지다.<sup>255)</sup> 이러한 ‘위헌적 헌법’

254) 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3 참조.

의 문제에 관한 논의를 피해하기 위해서는 초실정법(자연법)을 근거로 헌법조항의 부당성을 평가하는 것이 가능하다. 하지만 초실정법의 내용이 명확하지 않을 뿐만 아니라 많은 초실정법의 요청이 헌법에 수용되었다는 점에서 초실정법을 근거로 헌법조항의 부당성을 논증하기도 쉽지 않다. 결국 가장 바람직한 방법은 개헌을 통한 문제의 해결이다. 이미 그 부당성이 충분히 논의된 헌법 제29조 제2항의 경우에는 헌법개정을 통해 이 조항을 삭제하는 것이 이상적인 해결방법으로 이해되는 것이다. 특히 병역의무로 인하여 징집된 군인의 경우에 국가배상청구권의 주체에서 배제하는 것은 병역의무를 이행하면서 발생할 수 있는 다양한 형태의 기본권제한에 더하여 추가로 국가배상청구권의 박탈이라는 불이익한 처우를 부과하는 것이므로 병역의무로 인한 불이익한 처우를 금지하고 있는 헌법적 원칙과도 충돌하게 된다. 따라서 헌법의 체계적 정합성이라는 관점에서 헌법 제29조 제2항의 삭제는 필수적이라고 보인다.

## 9. 징집된 군인의 범죄에 대한 군사법원의 재판관할

군인은 군사법원의 재판을 받는다(헌법 제27조 제2항). 이로써 모든 국민은

255) 다만, 군인과 일반인의 공동불법행위로 군인에게 손해가 발생한 경우에조차 피해자인 군인에게 국가배상청구권을 인정하지 않으면 가해자인 일반국민이 다른 가해자인 군인에게 구상권을 행사할 수 없게 됨으로써 손해배상에 대한 책임을 전면적으로 부담하게 된다는 점에서 이러한 한도 내에서만 법률조항의 위헌성을 검토하기는 한다. 현재 1994. 12. 29. 93헌바21: “국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련된 부분, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가에 대한 구상권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다.”

헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리<sup>256)</sup>를 가지는 데 대한 예외가 군인에게 적용된다. 이것은 평등의 문제를 발생시킨다. 군인을 다른 국민과 다르게 취급해야 할 합리적인 이유가 제시되어야 하기 때문이다. 일단 헌법이 명시적으로 재판받을 권리의 예외로 군인을 열거했다는 점에서 실정(현)법상의 위헌문제는 해결되었다. 그리고 군사법원의 근거에 대해서도 헌법이 명시하고 있으므로 군사법원의 위헌문제도 해결되었다.<sup>257)</sup> 그렇다

256) 헌법재판소는 재판받을 권리의 의의와 내용을 다음과 같이 이해한다. 헌재 2009. 10. 29. 2008헌바101: “헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정함으로써 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 이러한 재판청구권은 공권력이나 사인에 의해서 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해있을 경우 이에 대한 구제나 그 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가지고 있다. 여기서 재판이라 함은 구체적 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석적용을 그 본질적인 내용으로 하는 일련의 과정이다. 따라서 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고, 그와 같은 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 아니 된다고 할 것이며, 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이다.“

257) 헌법재판소도 군사법원의 설치를 합헌으로 본다. 헌재 1996. 10. 31. 93헌바25: “① 구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다. ② 헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고, 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군

면 재판받을 권리의 측면에서 군인을 다르게 취급해야 할 실질적인 이유는 무엇인지가 해명될 필요가 있다. 군인은 사회와 분리되어 있는 군대라는 특수한 조직에 속해 있고, 국토방위라는 중단 없이 지속되어야 하는 특수한 업무를 수행하고 있으며, 군대와 관련된 사항은 기본적으로 비밀이 요구된다는 점에서 군인과 관련된 재판을 일반법원과 분리된 특별법원에서 관할하도록 하는 것은 합리적인 이유가 있다고 볼 수 있다. 헌법재판소는 군대의 특수성과 연관된 군인에 대한 재판에서 요구되는 특수성을 다음과 같이 실시한다. “군대는 각종 훈련 및 작전수행 등으로 인해 근무시간이 정해져 있지 않고 집단적 병영(兵營) 생활 및 작전위수(衛戍)구역으로 인한 생활공간적인 제약 등, 군대의 특수성으로 인하여 일단 군인신분을 취득한 군인이 군대 외부의 일반법원에서 재판을 받는 것은 군대 조직의 효율적인 운영을 저해하고, 현실적으로도 군인이 수감 중인 상태에서 일반법원의 재판을 받기 위해서는 상당한 비용·인력 및 시간이 소요”된다.<sup>258)</sup> 이처럼 군인과 관련된 재판의 특수성에서 군인의 신분을 가지는 한 직업군인과 징집된 군인을 구분해야 할 필요가 없다는 점에서 징집된 군인의 경우에도 군사법원의 재판을 받도록 하는 점에 대해서는 헌법적 문제가 발생하지 않는다.

## 10. 징집된 군인의 동성애에 대한 처벌

---

사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다라는 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없고, 또한 같은 법 제7조, 제23조, 제24조, 제25조가 일반법원의 조직이나 재판부구성 및 법관의 자격과 달리 군사법원에 관할관을 두고 군검찰관에 대한 임명, 지휘, 감독권을 가지고 있는 관할관이 심판관의 임명권 및 재판관의 지정권을 가지며 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정하였다고 하여 바로 위 조항들 자체가 군사법원의 헌법적 한계를 일탈하여 사법권의 독립과 재판의 독립을 침해하고 죄형법정주의에 반하거나 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 및 정신적 자유를 본질적으로 침해하는 것이라고 할 수 없다.”

258) 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162 참조.

균형법에 따르면 계간 기타 추행한 자는 처벌을 받는다(동법 제92조). 이것은 군인의 경우에 당사자의 합의 여부와 상관없이 동성간의 성행위를 모두 처벌한다는 의미다. 이로써 동성애자인 군인의 성적 자기결정권을 제한하고, 이성간의 성행위와 비교하여 동성간의 성행위를 다르게 취급하는 문제를 발생시킨다. 이와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같이 설시하고 있다. “① 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 또한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선교유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다. ② 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방치할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”<sup>259)</sup> 하지만 균형법상의 계간죄나 추행죄는 강제성 여부, 상대방이 군인인지 여부, 성행위의 장소가 병영 내인지 여부를 구분하지 않은 채 모든 동성애적 성행위를 처벌할 수 있다는 점에서 동성애자인 군인의 성적 자기결정권을 과도하게 침해하고, 이성애

259) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 참조.

자인 군인과 비교하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있으므로 위헌적인 법률 조항이라고 보아야 한다.<sup>260)</sup> 만약 군인의 성행위가 군대의 건전한 생활과 군기의 유지에 필요하다면 해당 군인이 동성애자인지 아니면 이성애자인지를 구분하지 않고 모두 금지하는 것이 타당하다. 하지만 이성애자인 군인의 성행위가

---

260) 비슷한 맥락에서 헌법재판소의 소수견해는 군형법상의 추행죄가 명확성원칙에 위반된다고 본다. 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대이견: “이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다. 그러나 이러한 해석은 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다. 다음으로 이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 범이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다. 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다. 결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 ‘계간 기타 추행’이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가별성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 조래하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.”

군대의 건전한 생활과 군기의 유지를 위하여 금지되지 않는다는 점을 고려할 때 오로지 동성애자인 군인의 성행위만을 금지하는 것은 동성애자의 성행위에 대한 편견이 전제되어 있다고 볼 수밖에 없다. 이러한 편견은 다수견해가 “기타 추행”이라는 범죄구성요건을 설명하는 부분에서 잘 드러나 있다. “이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다.” 다수견해는 동성애를 “일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”로 정의함으로써 동성애는 주관적으로 혐오감이라는 감정을 불러일으키는 행위일 뿐만 아니라 객관적으로 성도덕에도 위반되는 행위임을 강조하고 있다. 하지만 다수견해가 “객관적으로”라는 용어로 강조하듯이 이와 같은 혐오감이나 성도덕은 증명된 것이 아니라 가설에 지나지 않는다. 따라서 동성애자인 군인의 성행위와 이성애자인 군인의 성행위를 다르게 취급해야 할 합리적인 이유도 없이 계간죄나 추행죄는 동성애자인 군인의 성행위에 대한 가설적인 혐오감과 도덕감에 근거하여 제정되었다고 볼 수 있다.

## II. 납세의 의무

납세의 의무는 국가의 재원을 조달하기 위하여 국민에게 조세를 납부해야 하도록 강제하는 의무를 말한다. 여기서 조세는 재원조달의 목적으로 공법상의 단체가 반대급부 없이 모든 사람에게 강제적으로 징수하는 금전을 말한다.<sup>261)</sup> 헌법은 조세에 대한 정의를 내리지 않고, 국세기본법<sup>262)</sup>이나 지방세기본법<sup>263)</sup>

261) 헌법재판소는 조세를 다음과 같이 정의한다. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95: “헌법이나 국세기본법에 조세의 개념정의는 없으나 조세는 국가 또는 지방자치단체가 재정수요를 충족시키거나 경제적·사회적 특수정책의 실현을 위하여 국민 또는 주민에 대하여 아무런 특별한 반대급부없이 강제적으로 부과징수하는 과징금을 의미하는 것이다.”

262) 국세기본법에 따르면 국세에는 ① 소득세, ② 법인세, ③ 상속세와 증여세, ④ 종합부동산세, ⑤ 부가가치세, ⑥ 개별소비세, ⑦ 교통·에너지·환경세, ⑧ 주세(酒稅), ⑨ 인지세(印紙稅), ⑩ 증권거래세, ⑪ 교육세, ⑫ 농어촌특



등과 같은 법률에서도 조세를 정의하지 않은 채 조세의 종류에 대해서만 열거하고 있는데 이러한 법률들에 따라 조세는 국세와 지방세로 구분된다. 헌법이 납세의무의 구체적 내용을 입법자가 법률에 따라 형성하도록 위임했다는 점에서 조세에 관한 입법에서 입법자의 자유로운 형성권한이 원칙적으로 인정될 수 있다.<sup>264)</sup> 조세에 관한 입법에 대하여 헌법적 심사를 하는 경우에 완화된 심사척도가 적용될 수 있다는 뜻이다. 이에 따르면 입법자가 합리적으로 인정될 수 있는 한계를 넘어서 현저하게 불합리한 조세입법을 하지만 않으면 해당 조세입법은 헌법적 정당성을 획득할 수 있다. 하지만 입법자가 원칙적으로 자유롭게 형성할 수 있는 조세입법에 의하여 부과되는 납세의무는 본질적으로 재산권에 대한 제한(박탈)을 의미하므로 법률의 형식으로 이루어져야 하고, 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지하고 있는 헌법규정(헌법 제13조 제2항)에 따라 소급과세도 금지된다. 또한 과잉금지원칙과 같은 기본권제한에 관한 일반적인 헌법원칙이 준수되어야 하므로 과도한 세금의 부과는 금지된다.

## 1. 조세법률주의

조세와 관련된 입법에 대해서 요구되는 헌법적 원칙으로는 무엇보다도 ‘조세법률주의’가 있는데 이 원칙의 헌법적 근거는 헌법 제38조와 제59조다.<sup>265)</sup> 조세에 관한 규율이 법률의 형식으로 이루어져야 하는 이유는 납세의 의무와 조

---

별세가 포함된다(동법 제2조 제1호).

263) 지방세기본법에 따르면 지방세는 ① 특별시세, ② 광역시세, ③ 도세 또는 시·군세, ④ 구세(지방자치단체인 구의 구세를 말함)를 의미한다(동법 제2조 제3호).

264) 조세입법에 관한 원칙적인 형성재량을 헌법재판소도 인정하고 있다. 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바100; 2010. 6. 24. 2007헌바125: “과세대상을 선정하는 것은 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반 여건과 재정사정 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하고 이는 원칙적으로 입법재량의 영역에 속하므로, 입법자가 조세법에서 과세대상을 선정한 결과가 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”

265) 헌법재판소도 동일한 견해를 가지고 있다. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38 참조.

세의 부과가 본질적으로 재산권에 대한 제한을 의미하기 때문이다.<sup>266)</sup> 따라서 헌법 제37조 제2항에 따라 국민의 재산권을 제한하는 납세의무와 조세부과의 경우에도 당연히 법률에 의하여야 한다. 그럼에도 불구하고 헌법은 납세의무가 법률에 의해 구체적으로 형성되도록 요구함으로써(헌법 제38조) 재산권에 대한 제한을 의미하는 납세의무가 법률에 의하도록 해야 한다는 사실을 다시 한 번 강조하고 있다. 또한 입법자에게 조세의 종목과 세율을 법률의 형식으로 규율하도록 요구함으로써(헌법 제59조) 재산권에 대한 제한을 의미하는 조세부과가 법률에 의해야 한다는 사실을 한 번 더 강조하고 있다. 물론 조세법률주의는 조세입법에 관한 원칙적인 형성권을 입법자에게 부여한다는 의미를 가진다는 점에서 입법자에 대한 조세의 형성(구체화)에 관한 재량권의 부여와 기본권제한의 한계설정이라는 이중적 의미를 함축하고 있다.

이러한 조세법률주의를 규정한 목적은 조세와 관련된 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하려는 데 있다는 점에서 조세법률주의는 기본적으로 법치국가(법치주의)원리로부터 도출된다. 그리고 조세법률주의는 구체적으로 ‘과세요건 법정주의’와 ‘과세요건 명확주의’를 내용으로 하는데 이러한 원칙의 상위원칙인 법률유보원칙과 법률명확성원칙도 법치국가원리의 하위원칙이라는 점에서 조세법률주의는 법치국가원리를 근거로 한다. 조세법률주의의 목적과 내용에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 실시하고 있다<sup>267)</sup>. “조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거없이 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 이른바 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그

---

266) 헌재 2002. 6. 27. 2000헌바88: “조세의 징수는 국민의 재산권에 대한 중대한 침해를 가져올 수 있는 것이기 때문에 이에 관한 것은 국민의 대표기관인 의회의 입법인 법률에 의하도록 하는 것이 국민주권주의와 법치주의를 채택하고 있는 민주국가의 헌법상의 공통된 기본원칙이라고 할 수 있으며, 우리 헌법 역시 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정한 데 이어 제59조에서 이를 구체화하여 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정함으로써, 행정부의 일방적이고 자의적인 조세 부과를 금하고 반드시 국회가 제정한 법률에 의하면만 조세를 부과할 수 있다는 조세법률주의의 원칙을 선언하고 있다.”

267) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38 참조.

핵심적 내용으로 삼고 있는 바, 먼저 조세는 국민의 재산권 보장을 침해하는 것이 되기 때문에 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것이 과세요건 명정주의이고, 또한 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고, 일의적(一義的)이어야 한다는 것이 과세요건 명확주의라고 할 수 있다. 그렇다면 위 헌법규정들에 근거한 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하겠다는 것이라고 이해된다.” 특히 과세요건 명확주의와 관련하여 조세법규의 문언이 다소 불명확하더라도 그 입법의 목적이나 역사(연혁) 또는 체계를 고려하여 과세요건의 의미가 명확하게 해석될 수 있다면 과세요건 명확주의에 위반되었다고 할 수 없다. 헌법재판소도 다음과 같이 동일하게 이해하고 있다.<sup>268)</sup> “조세법규는 해석상 애매함이 없도록 명확히 규정될 것이 요청되지만, 조세법규에 있어서도 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 것은 다른 법률의 경우와 다를 바 없으므로, 당해 조세법규의 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명하여질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정이 과세요건 명확주의에 위반된다고 할 수는 없다.” 조세법규의 해석에서도 법규범의 해석을 위한 일반적 해석규칙인 문법적 해석규칙, 논리적 해석규칙, 역사적 해석규칙, 체계적 해석규칙, (주관적 또는 객관적) 목적론적 해석규칙이 적용될 수밖에 없다. 이러한 해석규칙을 적용하여 법규범의 의미가 일의적으로 해석될 수만 있다면 법률명확성원칙에 위반되지 않는 것처럼 조세법규의 경우에도 비록 해당 법규가 다의적이라고 하더라도 이와 같은 해석규칙을 매개로 해당 법규에 포함된 과세요건의 의미를 일의적으로 도출할 수 있다면 과세요건 명확주의에 위반된다고 할 수는 없을 것이다.

조세법률주의에 따라 조세에 관해서는 원칙적으로 법률의 형식으로 규율해

268) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바41; 2007. 4. 26. 2006헌바71; 2008. 7. 31. 2006헌바 95 등 참조.

야 하지만 경우에 따라서 행정입법에 위임해야 할 필요성도 있다. 조세의 영역은 매우 전문화된 영역이고, 조세에 관한 규범은 지속적으로 변화하는 경제현실과 연동되어 제정되어야 하기 때문이다. 헌법재판소도 이러한 사정을 잘 이해하고 있다.<sup>269)</sup> “조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 즉응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있다.” 조세에 관한 위임입법의 경우에도 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)이 적용되어야 하는데 이에 따라 조세에 관한 모범에서 행정입법에 위임될 내용의 대강의 예측할 수 있어야 하고, 예측성 여부는 문제가 된 법률에 따라 개별적이고 구체적으로 판단될 수밖에 없다.<sup>270)</sup> 다만, 조세입법은 국민의 기본권을 제한하는 입법이라는 점에서 국민의 기본권을 제한하지 않는 입법보다 위임의 구체성에서 상대적으로 강화된 정도를 요구한다.<sup>271)</sup> 여기서 위임의 구체성은 과세요건 명확주의에서 요구

269) 헌재 1995. 11. 30. 94헌바40; 2002. 1. 31. 2001헌바13; 2006. 6. 29. 2004헌바8 참조.

270) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125; 2002. 1. 31. 2001헌바13; 2006. 6. 29. 2004헌바8: “위임입법의 경우 그 한계는 예측가능성인바, 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것이다.”

271) 헌법재판소도 같은 입장이다. 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59; 2006. 12. 28. 2005헌바59: “위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것인바, 처벌법규나 조세를 부과하는 조세법규와 같이 국

되는 명확성과 같은 의미로 이해될 수 있다. 다시 말해 위임의 구체성에 대한 요청은 위임입법에서 요구되는 명확성원칙으로 해석되어야 한다.

조세와 관련된 헌법의 기본원칙인 조세법률주의에 따라 조세의 내용이 법률에 의하여 구체적으로 형성된다는 점에서 입법자에게 형성의 자유가 광범위하게 인정된다고 볼 수도 있다. 하지만 여러 번 지적한 것처럼 조세의 부과는 재산권의 제한(박탈)을 의미한다는 점에서 조세입법은 기본권을 제한하는 입법의 성격을 벗어날 수 없다. 따라서 조세입법은 기본권제한에 관한 헌법적 원칙인 비례성원칙이나 본질내용침해금지원칙에 위반되지 않아야 한다는 점에서 조세법률주의는 다른 헌법적 원칙과 병립할 수 있는 한도 내에서만 정당성을 획득한다.

## 2. 소급과세금지

조세는 법률로써 부과될 수 있다고 하더라도 조세입법은 원칙적으로 소급입법일 수 없다. 다시 말해 소급적으로 과세하는 입법은 원칙적으로 허용될 수 없다. 소급입법을 통한 과세는 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 의미하기 때문이다. 헌법은 이와 같은 사실을 명확하게 확인하고 있다(헌법 제13조 제2항). 이에 따라 소급적인 효력을 가진 법률로서 조세를 부과하거나 중과세하는 하는 것은 금지된다.<sup>272)</sup> 다만, 헌법재판소에 따르면 소급입법은 ‘진정소급입법’과

---

민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 더 엄격하게 규정되어야 하는 반면, 일반적인 급부행정이나 조세감면 혜택을 부여하는 조세법규의 경우에는 위임의 구체성·명확성의 요구가 완화되어 위임의 요건과 범위가 덜 엄격하게 규정될 수 있으며, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에도 마찬가지다.”

272) 현재 1998. 11. 26. 97헌바58; 2002. 2. 28. 99헌바4; 2003. 6. 26 2000헌바82: “헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 … 재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정하고, 국세기본법 제18조 제2항은 “국세를 납부할 의무(세법에 징수의무자가 따로 규정되어 있는 국세의 경우에는 이를 징수하여 납부할 의무. 이하 같다)가 성립한 소득·수익·재산·행위 또는 거래에 대하여는 그 성립 후의 새로운 세법에 의하여 소급하여 과세하지 아니한다”고 규정하여 소급과세금지 원칙을 정하고 있다. 따라서 새로운 입법으로 과거에 소급하여 과세하거나 또는 이미 납세의무가 존재하는 경우에도 소급

‘부진정소급입법’으로 구분되며, 헌법상 금지되는 소급입법은 진정소급입법이고, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다.<sup>273)</sup> 따라서 재산권에 대한 제한을 의미하는 조세입법의 경우에도 이미 과거에 완성된 사실관계나 법률관계에 대하여 조세를 부과하는 진정소급입법은 금지되지만 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 않고 진행과정에 있는 사실관계나 법률관계에 대하여 조세를 부과하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용될 수 있다. 물론 원칙적으로 허용되는 부진정소급조세입법의 경우에도 조세에 관한 국민의 신뢰가 보호되어야 하기 때문에 조세입법이 추구하는 공익적 목적과 신뢰보호 사이에 합리적인 형량이 이루어져야 한다.<sup>274)</sup> 그리고 원칙적으로 금지되는 진정소급조세입법의 경우에

---

하여 중과세하는 것은 위 헌법조항에 위반된다.”

273) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등; 2002. 7. 18. 99헌마574; 2005. 6. 30. 2004헌바42: “과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.”

274) 헌법재판소도 조세법의 영역에서 신뢰보호원칙의 중요성을 강조하고 있다. 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58; 2003. 4. 24. 2002헌바9; 2008. 9. 25. 2007헌바74: “신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 파생되는 것으로서, 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그러나 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 인정되어야 하고, 특히 조세법의 영역에 있어서는 국가가 조세·재정정책을 탄력적·합리적으로 운용할 필요성이 매우 큰 만큼, 조세에 관한 법규·제도는 신속적으로 변할 수밖에 없다는 점에서 납세의무자로서는 구법질서에 의거한 신뢰를 바탕으로 적극적으로 새로운 법률관계를 형성하였다든지 하는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 현재의 세법이 변함없이 유지되리라고 기대하거나 신뢰할 수는 없다.”

도 이미 과거에 완성된 사실관계나 법률관계에 대하여 조세를 부과하여 할 중대한 공익상의 필요가 존재한다면 이와 같은 진정소급입법은 허용될 수 있다.

### 3. 조세평등주의

조세평등주의는 조세법의 영역에서 평등원칙이 적용되어야 함을 의미한다. 평등원칙은 상대적 평등으로 이해되므로 조세평등주의도 조세법의 영역에서 상대적 평등이 실현되어야 함을 요구한다. 상대적 평등은 본질적으로 같은 것을 같게 취급하고, 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하도록 요구하기 때문에 조세평등주의도 조세와 관련된 입법과 집행 및 사법의 영역에서 본질적으로 같은 것을 같게 취급하고, 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하도록 요구한다.<sup>275)</sup> 이에 따라 조세는 납세자의 담세능력에 따라 결정되어야 하고(동일한 담세능력을 가진 납세의무자에게는 동등한 조세를 부과하는 반면에 상이한 담세능력을 가진 납세의무자에게는 차등적인 조세를 부과하고), 특정 납세자에게 유리하거나 불리하게 부과되어서는 안 된다.<sup>276)</sup> 특히 특정집단에 대하여 조세를 감면하는 우대조치는 계속해서 조세를 부담해야 하는 다른 국민에게 상대

---

275) 헌법재판소는 조세평등주의를 조세정의의 실현과 연결시켜 이해하기도 한다. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38; 2008. 9. 25. 2007헌바74: “헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 조세평등주의는 위 헌법 규정에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지 원칙의 조세법적 표현이라고 할 수 있다. 따라서 국가는 조세입법을 함에 있어서 조세의 부담이 공평하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐만 아니라, 조세법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 할 의무를 진다. 조세평등주의는 정의의 이념에 따라 ‘평등한 것은 평등하게’, 그리고 ‘불평등한 것은 불평등하게’ 취급함으로써 조세의 입법과정이나 집행과정에서 **조세정의**를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있다.”

276) 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2: “우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있으므로, 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니하는바 이를 조세평등주의라고 한다.”

적 박탈감을 강화시킨다는 점에서 그들을 설득할 수 있을 만큼 상대적으로 강화된 정도의 합리적인 이유가 존재하지 않는 한 허용될 수 없다.<sup>277)</sup> 다만 조세감면의 우대조치도 차별행위에 해당하여 자의금지원칙을 내용으로 하는 평등심사가 필요하기 때문에 그러한 우대조치가 자의적이지 않는 한도 내에서 원칙적으로 입법자에게 재량이 인정된다고 보아야 한다.<sup>278)</sup> 헌법재판소는 조세평등주의를 “실질과세원칙”<sup>279)</sup> 또는 “조세공평주의”<sup>280)</sup>로 부르기도 한다. 어쨌든

277) 같은 취지의 헌법재판소 판례로 현재 1996. 6. 26. 93헌바2; 2002. 9. 19. 2002헌바2: “조세감면의 우대조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책목표달성이 필요한 경우에 그 면제혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 한다.”

278) 헌법재판소는 조세감면의 우대조치와 관련하여 입법자에게 광범위한 재량의 영역을 인정하고 있는 것으로 보인다. 현재 2011. 6. 30. 2010헌바430; 2012. 7. 26. 2011헌바365: “입법자가 조세감면의 혜택을 부여하는 입법을 함에 있어서 그 입법목적, 과세공평 등에 비추어 그 범위를 결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속하고, 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어나 자의적이거나 임의적인 것으로 볼 수 없는 한 이를 위헌이라고 단정할 수 없다.” 다만 조세우대조치에는 비교형량이 필요함을 강조하기도 한다. 현재 1996. 6. 26. 93헌바2; 2000. 1. 27. 98헌바6: “조세우대조치는 납세자의 경제활동 방향을 일정방향으로 유도하여 일정한 정책목적을 달성하기 위한 것이고, 입법자는 조세법의 분야에서도 정책목적을 달성하기 위하여 어떤 수단을 선택할 것인가에 관하여 광범위한 입법형성의 재량을 가지므로, 재정정책적, 국민경제적, 사회정책적, 조세기술적 제반 요소들에 대한 비교형량을 통하여 적절한 조세우대조치를 선택할 수 있다.”

279) 현재 2006. 5. 25. 2005헌바82: “**실질과세의 원칙**은, 조세평등주의의 이념을 실현하기 위하여, 법률상의 형식과 경제상의 실질이 서로 부합하지 않는 경우에 그 경제적 실질을 추구하고 그에 과세함으로써 조세를 공평하게 부과하여야 한다는 것이다.”

280) 현재 1995. 6. 29. 94헌바39: “헌법 제38조에 규정된 국민의 납세의무는 **조세공평주의**에 따라 개인의 재력에 상응한 공정하고 평등한 과세를 내용으로 하는 것이어야 한다. 조세공평주의는 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 법 앞에 평등의 원칙을 세법의 영역에서 구현한 것으로서 정의의 이념에 따라 ‘평등한 것을 평등하게, 불평등한 것을 불평등하게’ 취급함으로써 조세의 부과와 징수과정에서 조세징의를 실현하려는 원칙이다. 이러한 조세공평주의의 원칙에 따라 과세는 개인의 경제적 급부능력을 고려한 것이어야 하고, 동일한 담세능력자에 대하여는 원칙적으로 평등한 과세가 있어야



평등원칙은 합리적인 이유가 있는 차별행위를 허용하기 때문에 합리적인 이유가 있다면 조세의 부과와 징수에서 차별행위도 허용된다.<sup>281)</sup>

평등원칙에 대한 위반 여부는 원칙적으로 자의금지원칙에 따라 본질적으로 같은 것을 같게 취급하고, 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하는 데 합리적인 이유가 있는지 여부로 판단된다. 따라서 조세평등주의에 대한 위반 여부도 조세의 부과에서 동등하거나 차등적인 대우에 합리적인 이유가 있는지 여부로 판단되어야 한다. 따라서 조세법의 영역에서 조세법률주의에 따라 형성의 자유가 인정된다고 해도 조세평등주의의 관점에서 합리성 기준에 따른 심사가 요구된다.<sup>282)</sup> 헌법재판소는 조세평등주의의 내용을 “수평적 조세정의”와 “수직적 조세정의”로 구분하기도 한다.<sup>283)</sup>

---

한다(담세능력 존중의 원칙). 또 나아가 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하는 것이 금지될 뿐 아니라 합리적 이유 없이 특별한 이익을 주는 것도 허용되지 아니한다. 조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호간에는 조세의 전가관계가 있으므로 특정인이나 특정 계층에 대하여 정당한 이유 없이 면세·감세 등의 조세우대조치를 하는 것은 다른 납세자에게 그만큼 과중과세를 하는 결과가 되기 때문이다.”

281) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55; 2010. 2. 25. 2008헌마79: “담세능력에 따른 과세의 원칙이라 하여 예외 없이 절대적으로 관철되어야 한다고 할 수 없고, 합리적 이유가 있는 경우라면 납세자 간의 차별취급도 예외적으로 허용된다 할 것이다.”

282) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바41: “조세평등주의는 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등원칙이 세법영역에서 구현된 것으로 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다. 입법자는 조세법의 분야에서도 광범위한 입법형성의 자유를 가지므로 구체적인 조세관계에서 납세자들을 동일하게 대우할 것인지 혹은 달리 대우할 것인지를 일차적으로 결정할 수 있는 것이기는 하지만, 이러한 결정을 함에 있어서는 재정정책적, 국민경제적, 사회정책적, 조세기술적 제반 요소들에 대한 교량을 통하여 그 조세관계에 맞는 합리적인 조치를 하여야만 평등의 원칙에 부합할 수 있다. 조세감면의 우대조치의 경우에도 비록 조세감면이 조세평등의 원칙에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하며 특히 정책목표달성이 필요한 경우에 그 감면혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 하는 것이기는 하나, 특정 납세자에 대하여만 감면조치를 하는 것이 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치라고 인정될 때에는 조세평등주의에 반하여 위헌이 된다고 할 것이다.”

#### 4. 과잉과세금지

재산권에 대한 제한을 의미하는 조세의 부과로 인하여 납세자에게 과도한 부담을 지우는 것은 금지된다. 첫째로, 최저생계비에 대해서 조세가 부과될 수는 없다. 최저생계비는 인간다운 생활을 하기 위하여 필수적인 비용에 해당하여 이에 대한 과세는 인간다운 생활을 위한 최소기준에 미치지 못하는 삶을 강요하는 것이기 때문이다. 둘째로, 경제생활을 보장하는 자유권, 예를 들어 직업의 자유나 재산권을 과도하게 제한하는 조세는 부과될 수 없다. 이에 따라 재산권을 제한하는 조세입법의 경우에도 비례성원칙이 적용되어야 한다. 이러한 맥락에서 헌법재판소는 기본권제한에 관한 헌법원칙을 준수하는 내용을 가진 조세입법을 요구함으로써 조세법률주의를 “실질적 조세법률주의”로 이해하기도 한다.<sup>284)</sup> 조세입법에 비례성원칙이 적용된다면 조세입법의 목적이 정당해야 하고, 조세입법의 목적을 실현하는 구체적인 조세제도가 그 목적의 실현에

---

283) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55: “조세평등주의가 요구하는 이러한 담세능력에 따른 과세의 원칙(또는 응능부담의 원칙)은 한편으로 동일한 소득은 원칙적으로 동일하게 과세될 것을 요청하며(이른바 ‘수평적 조세정의’), 다른 한편으로 소득이 다른 사람들 간의 공평한 조세부담의 배분을 요청한다(이른바 ‘수직적 조세정의’). 그러나 이러한 담세능력에 따른 과세의 원칙이라 하여 예외없이 절대적으로 관철되어야 한다고 할 수 없고, 합리적 이유가 있는 경우라면 납세자 간의 차별취급도 예외적으로 허용된다 할 것이다. 세법의 내용을 어떻게 정할 것인가에 관하여 입법자에게는 광범위한 형성의 자유가 인정되며, 더욱이 오늘날 조세입법자는 조세의 부과를 통하여 재정수입의 확보라는 목적 이외에도 국민경제적, 재정정책적, 사회정책적 목적달성을 위하여 여러 가지 관점을 고려할 수 있기 때문이다.”

284) 헌재 2009. 12. 29. 2008헌바139: “조세법률주의는 조세행정에 있어서의 법치주의를 말하는 것인바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻한다. 따라서 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로도 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제원칙에 합치되어야 하고, 이에 어긋나는 조세법 규정은 헌법에 위반되는 것이다. 이와 같이 조세법률이 형식적 법률인 것으로는 부족하고 기본권과 헌법원칙에 부합하여야 한다는 헌법적 요청을 실질적 조세법률주의라고 한다.”

적합하고 효과적이어야 하며, 구체적인 조세제도를 대신하여 재산권에 대한 제한을 최소화하는 다른 대체제도가 존재하지 않아야 하고, 조세입법이 실현하려는 공익적 목적과 조세제도로 침해되는 재산권이 서로 조화롭고 균형적으로 실현되어야 한다. 헌법재판소도 조세의 부과에서 비례성원칙(과잉금지원칙)의 준수를 강조하고 있다. “조세 관련 법률의 목적이나 내용은 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 과잉금지의 원칙 등 헌법상 제반 원칙에도 합치되어야 하고, 과잉금지원칙 등에 어긋나 국민의 재산권을 침해하는 때에는 헌법 제38조에 의한 국민의 납세의무에도 불구하고 헌법상 허용되지 아니한다.”<sup>285)</sup> 또한 납세의무의 위반에 대한 제재의 형식으로 부과되는 가산세의 경우에도 비례성원칙의 준수가 중요하다고 본다. “의무위반에 대한 책임의 추궁에 있어서는 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적정한 비례관계가 유지되어야 하므로, 조세의 형식으로 부과되는 금전적 제재인 가산세 역시 의무위반의 정도에 비례하는 결과를 이끌어내는 그러한 비율에 의하여 산출되어야 하고, 그렇지 못한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나서 재산권에 대한 부당한 침해가 된다.”<sup>286)</sup> 범죄와 형벌 사이에 비례관계가 존재해야 하는 것처럼 납세의무위반과 그에 대한 책임 사이에도 비례관계가 존재해야 한다는 뜻으로 풀이된다.

## 5. 체계정합성

조세는 조세제도의 전체 체계 안에서 부과되어야 한다. 입법자가 형성한 조세제도는 하나의 체계를 형성할 수밖에 없고, 그러한 전체 체계에 대해서는 입법자 스스로도 구속되기 때문이다. 다시 말해 입법자가 이미 형성한 조세제도의 체계는 입법자도 자의적으로 변경하거나 해체할 수 없다. 따라서 입법자에 의해 한 번 형성된 조세제도의 체계를 변경하기 위해서는 경과규정이나 적용규정을 두어야 한다. 만약 이러한 규정들을 두지 않은 채 조세제도의 체계에 영향을 주는 입법이 이루어진다면 납세의무자는 체계정합성에 위반됨을 이유로 헌법적 심사를 요구할 수 있다. 다만 헌법소원을 청구하는 경우에는 기본권

285) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌바67; 2012. 7. 26. 2011헌바357.

286) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16; 2005. 2. 24. 2004헌바26; 2006. 4. 27. 2005헌바54.

에 대한 침해가 있어야 하기 때문에 체계정합성에 위반되어 재산권이 침해되었다는 주장이 필요하다.

### III. 환경보전의 의무

헌법은 모든 국민에게 환경권<sup>287)</sup>을 보장함과 동시에 환경보전의무를 부과하고 있다(헌법 제35조 제1항)<sup>288)</sup> 이러한 환경보전의무의 경우에는 국민뿐만 아니라 국가도 부담한다는 점이 특징이다. 또한 환경보전으로 인한 손해는 같은 시대를 함께 사는 다른 국민과 더불어 미래 세대의 국민이 공동으로 향유한다는 점도 환경보전의무의 특징으로 볼 수 있다. 헌법제정자는 헌법전문(前文)에서 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것”을 다짐하고 있는데 이러한 다음 세대(자손)에 대한 배려가 특별히 요구되는 기본의무가 환경보전의무다. 한편 환경보전의무는 이어서 논의하게 될 ‘재산권행사의 공공복리적합의무’와 중첩될 수 있다. 재산권행사의 공공복리적합의무는 재산권을 환경친화적으로 행사해야 할 의무를 포함하기 때문이다. 특히 재산권행사의 공공복리적합의무가 재산권행사와 관련된 문화재보호의무(Denkmal schutzpflicht)를 포함하는 경우에 보호되는 문화재가 자연환경이라면 환경보전의무와 재산권행사의 공공복리적합의무는 중첩될 수밖에 없다.

환경보전의무 안에서 최근에 강조되는 의무가 동물보호의무(Tierschutzpflicht)다. 동물보호의무는 인간의 존엄을 보장하기 위한 수단으로 인정되기도 하지만

287) 헌법상 보장된 환경권에 대해서는 김종보/김배원, 환경권의 헌법적 의미와 실현방법, <법학연구>(부산대학교 법학연구소), 제53권 제1호(2012), 29면 이하; 박진완, 환경권과 자연보호 - 환경기본권의 기본권의 기능적 측면에서의 검토 -, <환경법연구>(한국환경법학회), 제30권 제3호(2008), 3면 이하; 석인선, 헌법상 환경권규정의 의미와 효과에 관한 소고, <법학논집>(이화여자대학교 법학연구소), 제7권 제2호(2003), 1면 이하; 정극원, 헌법체계상 환경권의 보장, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제15권 제2호(2009), 399면 이하; 학회발표 및 연구논문: 최윤철, 우리헌법에서의 환경권조항의 의미 - 기본권 보장 또는 환경보호? -, <환경법연구>(한국환경법학회), 제27권 제2호(2005), 373면 이하 참조.

288) 환경보전의무에 관한 문헌으로 홍완식, 헌법상 『국가의 환경보전의무』의 실현에 관한 고찰, <일감법학>(건국대학교 법학연구소), 제6권(2001), 133면 이하 참조.

동물보호의무의 독자적인 의미는 인간의 존엄과 분리되어 동물보호 자체가 목적이 되는 경우에 살아난다.<sup>289)</sup> 이것은 인간중심적 사고에 벗어나 생태중심적 사고로 이동함을 의미하고, 동물이 독립적인 권리주체로 정립됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄을 보장하기 위한 환경보전의무와 동물보호가 목적이 되는 동물보호의무는 중첩되지 않을 수 있다.

국민과 국가에게 부여된 환경의무를 실현하기 위한 법률로는 환경정책기본법을 필두로 대기환경보전법, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률, 소음진동관리법, 공항소음 방지 및 소음대책지역 지원에 관한 법률 등이 제정되어 있다. 환경정책기본법에 따르면 환경은 자연환경과 생활환경을 말하고,<sup>290)</sup> 자연환경은 “지하·지표(해양을 포함) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함)”를, 생활환경은 “대기, 물, 토양, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조(日照) 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경”을 의미한다(동법 제3조 제1호에서 제3호). 그리고 우선 국가는 환경오염 및 환경훼손과 그 위해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 시행할 책무를 지고(동법 제4조 제1항), 지방자치단체는 관할 구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 그 지방자치단체의 계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 지며(동조 제2항), 사업자는 그 사업활동으로부터 발생하는 환경오염 및 환경훼손을 스스로 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 하고, 국가 또는 지방자치단체의 환경보전시책에 참여하고 협력하여야 할 책무를 진다(동법 제5조). 다음으로 모든 국민은 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 하고, 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 하는 의무를 부담한다(동법 제6조 제2항 및 제3항).

---

289) 독일의 연방법인 동물보호법(Tierschutzgesetz)은 이와 같은 내용을 다음과 같이 담고 있다: “이 법률의 목적은 동료피조물(Mitgeschöpf)인 동물에 대한 인간의 책임에서 동물의 생명과 복리를 보호하는 데 있다. 어느 누구도 합리적인 근거 없이 동물에게 상처를 입히거나 동물을 고통스럽게 하거나 피해를 줄 수 없다.”(동법 제1조)

290) 헌법재판소도 환경의 내용을 자연환경과 생활환경으로 이해하고 있다. 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711 참조.

환경은 국가에 의하여 침해될 수 있을 뿐만 아니라 사인에 의해서도 침해될 수 있다는 점에서 ‘기본권보호의무의 법리’가 적용될 수 있는 영역이다. 이러한 기본권보호의무의 법리에 따른 국가의 환경권보호의무와 국가의 환경보전의무는 일정 정도 중첩된다고 볼 수 있다. 국가의 환경보전의무에는 사인에 의한 환경침해로부터 환경을 보호해야 할 의무도 포함되기 때문이다.<sup>291)</sup> 헌법재판소는 기본권보호의무의 법리를 다음과 같이 이해하고 있다. “우리 헌법은 제10조 제2문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정함으로써 국가의 적극적인 기본권보호의무를 선언하고 있는바, 이러한 국가의 기본권보호의무 선언은 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다는 의미뿐만 아니라 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다. 그런데 국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이기 때문에, 입법자의 입법행위를 매개로 하지 아니하고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다.”<sup>292)</sup> 여기서 기본권보호의무의 헌법적 근거와 방어권에 상응하는 국가의무와 달리 기본권보호의무가 가지는 차이점을 확인할 수 있다. 어쨌든 이와 같은 법리에 따라 국가는 일정한 국민이 향유해야 되는 환경권이 제3자인 사인에 의해 침해되는 경우에 이로부터 보호해야 할 의무를 부담한다. 기본권보호의무에 대한 위반 여부에 관한 판단은 과소금지원칙에 따라 심사되

291) 헌법재판소도 환경보전의무에서 제3자의 환경권침해에 대한 국가의 보호의무를 도출하고 있다. 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711: “국가가 국민의 기본권을 적극적으로 보장하여야 할 의무가 인정된다는 점, **헌법 제35조 제1항이 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있는 점**, 환경침해는 사인에 의해서 빈번하게 유발되므로 입법자가 그 허용 범위에 관해 정할 필요가 있다는 점, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다.”

292) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 참조.

어야 하므로<sup>293)</sup> 환경권에 대한 침해로부터 보호해야 할 국가의 의무의 경우에도 과소금지원칙에 따라 환경권을 보호하는 입법이 전혀 없거나 현저하게 불충분한 경우에 과소금지원칙 위반으로 판단해야 한다.<sup>294)</sup>

#### IV. 재산권행사의 공공복리적합의무

헌법은 재산권을 보장하면서도 그 내용과 한계는 법률로 정할 수 있도록 하고 있다(헌법 제23조 제1항). 또한 헌법은 재산권행사의 공공복리적합의무 또는 사회적 의무를 부과하고 있다(헌법 제23조 제2항).<sup>295)</sup> 이것은 재산권의 내

293) 헌법재판소도 국가의 기본권보호의무에 대한 위반 여부를 판단할 때 과소금지원칙을 적용한다. 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등; 2008. 12. 26. 2008헌마419: “국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.”

294) 헌법재판소가 이해하는 과소금지원칙의 내용도 유사하다. 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711: “국가가 기본권의 보호의무를 다하지 않았는지를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호 금지원칙”의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.”

295) 헌법재판소는 제23조 제1항과 제2항의 관계를 다음과 같이 이해하고 있다. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110: “헌법은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”(제23조 제1항), “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”(제23조 제2항)고 규정함으로써 재산권이 헌법적으로 보장됨을 천명함과 동시에 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한, 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다. 한편, 재산권이 헌법상 기본권이기는 하지만, 구체적인 재산권으로서 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위해서는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 사적 재산권의 보장이라는 요청(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 사회적 기속성에서 오는 요청(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.”

용과 한계를 정하면서 발생할 수 있는 기본권제한 이상으로 기본권제한이 이루어질 수 있음을 의미하고, 재산권행사의 공공복리적합에 관한 기본의무가 존 재함을 의미한다.<sup>296)</sup> 이러한 재산권행사의 공공복리적합의무는 사회국가원리에 따라 사회적 약자를 보호하기 위하여 헌법상 요구되는 기본의무로 이해된다.<sup>297)</sup> 한편 헌법은 재산권에 대한 공용계약(공공필요에 따른 재산권의 수용·사용·제한)을 규정하고 있으므로(헌법 제23조 제3항) 국민은 공용계약에 대한 수인의무(Pflicht zur Duldung)를 부담해야 한다. 공용계약의 경우에는 재산권 주체의 의무인 반면에 공공복리적합의무의 경우에는 재산권주체뿐만 아니라 입법자에게 부과된 의무이기도 하다. 입법자는 재산권주체에게 부과된 재산권 행사의 공공복리적합의무를 입법을 통해 구체화해야 할 의무를 부담하기 때문이다. 재산권행사에서 공공복리적합의무를 부과하는 경우에도 비례성원칙이 준수되어야 한다. 헌법재판소도 동일한 견해를 가지고 있다. “입법자에게 재산권의 사회적 제약에 관한 사항에 관하여 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다.”<sup>298)</sup>

296) 헌법재판소에 따르면 재산권에 대한 사회적 의무의 부과는 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정됨을 의미한다. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110: “재산권의 이용과 처분이 소유자의 개인적 영역에 머무르지 아니하고 국민 일반의 자유행사에 큰 영향을 미치거나 국민 일반이 자신의 자유를 행사하기 위하여 문제되는 재산권에 의존하는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한은 더욱 넓어진다. 우리 헌법은 재산권 행사의 사회적 의무성을 강조하는 것에 더하여 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”(제122조)고 함으로써, 토지재산권에 대한 한층 더 강한 규제 의 필요성과 그에 관한 입법부의 광범위한 형성권을 표현하고 있다.”

297) 재산권행사의 공공복리적합의무가 가지는 의의에 대해서는 김광수, 재산권 보장의 구조와 사회적 의무, <공법연구>(한국공법학회), 제28집 제3호(2000), 63면 이하; 정태호, 헌법 제23조 제2항의 해석론적 의의, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제25집(2005), 577면 이하 참조.

298) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26; 2009. 7. 30. 2007헌바110 참조.



재산권행사의 공공복리적합의무에 따라 재산권을 구체화하는 입법자는 이 과정에서 국민의 재산권을 제한하고 이로 인하여 해당 국민에게 피해를 발생시킬 수 있다. 종래에 경계이론<sup>299</sup>에 따르면 공공복리적합의무에 의한 재산권 제한과 공공필요에 의한 재산권제한(공용계약)은 공익적 목적에서는 차이가 없지만 보상의 필요 여부에 따라 구분된다고 이해되었다. 이에 따라 공용계약의 경우에는 반드시 보상이 필요하지만 공공복리적합의무에 의한 재산권제한의 경우에는 보상이 필요없다고 인식되었다. 하지만 새롭게 등장한 분리이론에 따라 공공복리적합의무와 공용계약은 목적 자체에서부터 완전히 구분되어 공용계약뿐만 아니라 공공복리적합의무에 의한 재산권제한의 경우에도 보상이 필요하다는 주장이 제기되었다.<sup>300</sup> 다만 공용계약의 경우에는 정당한 보상이 필요하고 불가분조항이 적용되지만 공공복리적합의무의 경우에는 단지 조정적 보상만이 필요하고 불가분조항도 적용되지 않는다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 공공복리적합의무에 의한 재산권제한의 경우에도 비례성원칙을 준수하는 범위 안에서만 허용될 수 있고, 비례성원칙에 따라 보상 여부가 결정될 수 있

299) 공공복리적합의무(사회적 의무)와 공용계약의 관계에 대한 경계이론과 분리이론의 입장에 대해서는 이준일, 재산권에 관한 법이론적 이해 - 규칙/원칙 모델을 중심으로, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제7권 제2호(2006), 209면 이하; 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰 - 이른바 조정적(조절적) 보상의무 있는 내용규정의 도입 가능성, <공법연구>(한국공법학회), 제32집 제3호(2004), 375면 이하 참조.

300) 헌법재판소도 분리이론에 따른 결정을 내린 바 있다. 대표적으로 1999. 10. 21. 97헌바26: “토지소유자가 개발제한구역의 지정에 불구하고 자신의 토지를 원칙적으로 종래의 용도대로 사용할 수 있는 한, 이 사건 법률조항이 개발제한구역 내의 토지소유자에게 부과되는 현상태의 유지의무나 변경금지의 의무는 토지재산권의 사회적 기능 및 법규정이 실현하려는 법익의 중요성에 비추어 재산권에 내재하는 **사회적 제약**을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이다. 그러나 예외적으로 종래의 용도대로 토지를 사용할 수 없거나 아니면 사적으로 사용할 수 있는 가능성이 완전히 배제되는 경우에도 이 사건 법률조항이 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 규정하고 있는 한, 이러한 부담은 법규정이 실현하려는 중대한 공익으로도 정당화될 수 없는 과도한 부담으로서 비례의 원칙에 위반되어 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 것이다. 따라서 입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 **보상규정**을 두어야 한다.”

다는 점에서 공용계약의 경우와 다르지 않다. 따라서 비례성원칙을 적용하여 공공복리적합의무와 공용계약을 구분할 뿐만 아니라 각각의 경우에 발생할 수 있는 피해에 대한 보상 여부와 정도를 결정하는 것이 합리적이라고 보인다.

## V. 자녀를 교육받게 할 의무

헌법은 모든 국민에게 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 부과하고 있다(헌법 제31조 제1항). 자녀를 교육받게 할 의무는 부모가 부담하는 양육의무와 밀접한 관련을 맺는다. 교육받게 할 의무는 교육을 받아야 하는 자녀의 입장에서는 학교교육의 의무(Schulpflicht)로 이해될 수 있고, 이러한 학교교육의 의무는 교육받을 의무(Unterrichtungspflicht)와 학교에 갈 의무(Schulbesuchspflicht)로 구분되기도 한다.<sup>301)</sup> 이러한 의미에서 학교교육의 의무는 권리인 동시에 의무의 성격을 갖는다.

헌법재판소는 부모의 교육권을 자연법적 권리로 이해하면서 ‘자녀를 교육시킬 권리’로 정의하고 있다. “부모의 자녀에 대한 교육권”은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.”<sup>302)</sup> 행복추구권은 일반적 자유권으로서 모든 자유권의 근거가 될 수 있다는 점에서 자녀에 대한 교육권의 근거를 행복추구권에서 찾는 것은 큰 의미가 없다고 볼 수 있고, 각각 독자적인 기본권인 헌법 제36조 제1항과 제37조 제1항을 자녀에 대한 교육권의 근거가 된다면 기본권이 경합하므로 어떠한 기본권이 우선적으로 적용되어야 하는지를 언급할 필요

301) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, Baden-Baden, 1999, 271면 참조.

302) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16. 한편 교사의 교육권을 언급하면서 부모에게 자연법적으로 속한 권리를 신탁받은 권리로 지칭하기도 한다. “자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁받은 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것이다.” 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 참조.

가 있다고 보인다.

한편 헌법재판소는 이러한 교육권에 교육의무가 불가분적으로 결합되어 있다는 점도 언급하고 있다. “자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의 본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 ‘자녀교육에 대한 부모의 책임’으로도 표현될 수 있다. 따라서 자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다. 즉, 부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향·능력·정신적, 신체적 발달상황 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 권리를 가진다. 부모의 이러한 일차적인 결정권은, 누구보다도 부모가 자녀의 이익을 가장 잘 보호할 수 있다는 사고에 기인하는 것이다.”<sup>303)</sup> 자녀의 교육에 관한 권리로 부터 자녀의 교육에 관한 의무를 도출한 점은 납득할 수 있다. 특히 자녀의 복리에 대한 고려의 책임을 통해 자녀의 교육에 관한 의무가 자녀의 교육에 관한 권리와 결합될 수 있다는 논증도 설득력이 있다고 판단된다. 교육과정에서 교육의 주체(교육자)도 중요하지만 교육의 대상(피교육자)을 고려하면 인격형성과 밀접하게 관련되는 교육은 그에 관한 권리와 권한의 측면보다는 의무와 책임의 측면이 강조되어야 하기 때문이다.

동시에 헌법재판소는 자녀의 교육에 관한 부모의 책임과 함께 국가의 책임을 언급하면서 전자의 우월성을 강조한다. “자녀의 교육은 헌법상 부모와 국가에게 공동으로 부과된 과제이므로 부모와 국가의 상호연관적인 협력관계를 필요로 한다. 자녀의 교육은 일차적으로 부모의 권리와 의무이지만, 헌법은 부모 외에도 국가에게 자녀의 교육에 대한 과제와 의무가 있다는 것을 규정하고 있다. 국가의 교육권한 또는 교육책임은 무엇보다도 학교교육이라는 제도교육을 통하여 행사되고 이행된다. 자녀에 대한 교육의 책임과 결과는 궁극적으로 그 부모에게 귀속된다는 점에서, 국가는 제2차적인 교육의 주체로서 교육을 위한 기본조건을 형성하고 교육시설을 제공하는 기관일 뿐이다. 따라서 국가는 자녀의 전반적인 성장과정을 모두 규율하려고 해서는 아니되며, 재정적으로 가

---

303) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16.

능한 범위 내에서 피교육자의 다양한 성향과 능력이 자유롭게 발현될 수 있는 학교제도를 마련하여야 한다. 따라서 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육의 범주 내에서는 국가의 교육권한이 헌법적으로 독자적인 지위를 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.”<sup>304)</sup> 아동을 교육을 시킬 의무는 우선적으로 해당 아동을 자녀로 가진 부모의 책임에 속한다는 점에서 부모의 교육권을 교육에 관한 국가의 책임보다 우선시킨 헌법재판소의 견해는 타당하다고 판단된다. 교육에 관한 국가의 책임에서는 우선적으로 교육과 관련된 시설과 인력 및 재원의 공급과 같은 사회국가적 책임이 강조되어야 하기 때문이다.

자녀에게 교육을 받게 할 의무는 의무교육과 밀접하게 연결되어 있다. 부모에게 부과된 교육받게 할 의무는 필수적으로 이수해야 하는 의무교육과정에 한정되기 때문이다. 그런데 의무교육은 교육받을 권리의 사회적 핵심을 이룬다. 시장에서 구입할 수 있는 대상 가운데 자력(경제력)이 없어 구입할 수 없는 대상들이 사회적 기본권의 대상이 된다고 할 때 교육은 사회적 기본권의 대표적 대상이 된다. 교육이야말로 충분한 자력이 없으면 시장에서 자유롭게 구입할 수 없는 대상이기 때문이다. 따라서 사회적 기본권의 대상으로서 교육은 국가가 그 구입을 위하여 재정적 기초를 제공해야 할 의무의 대상이 된다. 다만 사회적 기본권으로서 교육받을 권리에 상응하는 국가의 의무교육제공의무는 그 핵심이 무상교육이다. 헌법은 의무교육이 무상교육임을 분명하게 확인하고 있다(헌법 제31조 제2항). 이처럼 무상교육의 대상이 되는 의무교육은 사회적 기본권의 대상이므로 다른 사회적 기본권과 마찬가지로 과소금지원칙에 따라 그 실현 여부가 심사되어야 한다. 따라서 국가가 무상교육의 대상이 되는 의무교육의 범위를 전혀 설정하고 있지 않거나 오로지 재정적 여건만을 고려하여 사회적 기본권으로서 의무교육을 과도할 정도로 적은 범위에서만 보장하고 있다면 과소금지원칙에 위반된다고 보아야 한다.<sup>305)</sup>

304) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16.

305) 헌법재판소에 따르면 무상으로 제공되어야 하는 의무교육의 범위는 다음과 같이 결정된다. 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220: “의무교육 무상의 범위는 학

## VI. 근로의무

헌법은 모든 국민에게 근로의 의무를 부과하고 있다(헌법 제32조 제2항). 우선 헌법이 부과한 근로의무는 단순한 도덕적 또는 윤리적 의무에 지나지 않는 것이 아니라<sup>306)</sup> (헌)법적 의무로 이해되어야 한다.<sup>307)</sup> 근로의무가 도덕적, 윤리적 의무로만 이해되면 일할 수 있는 능력이 있음에도 불구하고 일하지 않는 사람에게 국가가 공적 부조나 사회보험(실업보험)을 제공하지 않겠다고 선언함으로써 일할 수 있는 능력이 있는 사람들에게 일하고자 하는 의욕을 불어넣는 일종의 동기부여적 의무로 이해된다.<sup>308)</sup> 하지만 근로의 의무는 국가적 재난과

---

교 교육에 필요한 모든 부분을 완전 무상으로 제공하는 것이 바람직한 방향이라고 하겠으나, 교육을 받을 권리와 같은 사회적 기본권을 실현하는 데는 국가의 재정상황 역시 도외시킬 수 없으므로, 원칙적으로 헌법상 교육의 기회균등을 실현하기 위해 필수불가결한 비용, 즉 모든 학생이 의무교육을 받음에 있어서 경제적인 차별 없이 수학하는 데 반드시 필요한 비용에 한한다고 할 것이다. 따라서, 의무교육에 있어서 무상의 범위에는 의무교육이 실질적이고 균등하게 이루어지기 위한 본질적 항목으로, 수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 채원 부담으로부터의 면제가 포함된다 할 것이며, 그 외에도 의무교육을 받는 과정에 수반하는 비용으로서 의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용은 무상의 범위에 포함된다. 한편, 의무교육에 있어서 본질적이고 필수불가결한 비용 이외의 비용을 무상의 범위에 포함시킬 것인지는 국가의 재정상황과 국민의 소득수준, 학부모들의 경제적 수준 및 사회적 합의 등을 고려하여 입법자가 입법정책적으로 해결해야 할 문제이다.”

306) 헌법의 근로의무를 도덕적 또는 윤리적 의무로 보는 대표적 견해로 권영성, <헌법학원론>(2010), 724면 이하 참조. 하지만 이 견해도 “근로의 의무의 내용과 조건이 법률로써 구체적으로 규정될 때에는 그 의무는 법적 의무가 된다”고 본다. 심지어 근로의 의무는 폐지되어야 한다는 견해도 있다. 정종섭, <헌법학원론>, 제3판(2008), 766면: “사회적 생산성이 획기적으로 증대한 현재의 상황에서 선언적인 의미에서도 근로의 의무를 헌법에 정할 필요는 사라졌다고 할 것이다. 더구나 헌법에 의무라고 정하여 진정한 의미의 헌법상 의무와 혼동하게 하는 문제도 발생하므로 헌법 제32조 제2항은 폐지하는 것이 타당하다.”

307) 같은 견해로 김철수, <헌법학개론>(2007), 1171면 참조.

308) 예를 들어 허영, <한국헌법론>(2008), 599면: “결국 ‘근로의 의무’는 모든 국민으로 하여금 ‘일자리 선택’의 실업보험적인 한계를 명백히 인식시키고, 입

같은 비상사태를 전제하여 모든 국민에게 근로의 의무를 부과할 수 있는 법적 의무로 이해될 필요가 있다. 물론 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 근로의 자유를 제한하는 근로의무의 부과도 가능하지만 이것은 법률유보에 의한 헌법간접적인 제한인 데 비하여 헌법상 기본의무를 통한 근로의무의 부과는 근로의 자유에 대한 헌법직접적인 제한으로 이해될 수 있다. 이러한 “근로의 의무의 내용과 조건”에 대해서 국가는 “민주주의원칙”에 따라 법률로 정해야 한다. 따라서 근로의무의 구체적 내용은 기본적으로 입법자가 법률로써 자유롭게 형성할 수 있다. 근로의무에 관한 입법적 형성에서 원칙적으로 입법자에게 재량의 여지가 넓게 인정되어 근로의무를 구체화하는 입법에 대한 헌법적 통제는 완화된 척도에 따라 진행되어야 한다고 볼 수 있는 것이다. 하지만 근로의무의 부과는 대가와 상관없이 일시적 또는 장기적으로 요구되는 노동강제나 강제노동으로서 기본권(근로의 자유)에 대한 제한을 의미하기 때문에 기본권제한에 관한 헌법적 원칙들, 무엇보다도 비례성원칙을 준수해야 한다. 따라서 헌법이 명시한 “민주주의원칙”은 기본권제한에 관한 헌법적 원칙들, 그 중에서 특히 비례성원칙을 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 이처럼 근로의 의무를 기본권제한으로 이해하면서 헌법적 통제를 가하기 위해서는 근로의 의무에 상응하는 근로의 권리에 대하여 근로기회제공청구권을 구체적 내용으로 하는 사회적 의미와 함께 자유권적 의미를 부여할 필요가 있다.<sup>309)</sup>

---

법권자로 하여금 이같은 내용을 제도화하게 함으로써 누구나 주어진 일자리를 거절하고 그 대신 실업보험금(실업생계비)의 지급을 요구하는 일이 없도록, 그리고 근로능력을 갖추고 근로의 기회도 주어지는 경우에 사회보장적인 국가의 급부를 요구할 수 없게 하려는 데 그 근본취지가 있다고 보아야 할 것이다.”

309) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670: “헌법재판소도 근로의 권리에 포함된 자유권적 측면을 외국인인 주체성과 관련하여 다음과 같이 논증한다. 근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하며, 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것으로서 사회적 기본권의 성격이 강하므로 이에 대한 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하기는 어렵다. 그러나 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내

근로의 권리의 자유권적 측면은 다름 아닌 근로(노동) 여부에 관하여 자유롭게 결정할 수 있고, 국가로부터 근로의 강제나 금지를 당하지 않을 권리를 내용으로 한다. 근로의 의무는 이러한 근로의 권리의 자유권적 측면에 대한 제한으로서 근로의 강제를 의미한다. 근로의 강제로서 근로의 의무는 개념상 ‘근로할 수 있는 능력이 있는 사람’을 전제로 한다. 근로할 수 있는 능력이 없는 사람에게 근로를 강제하는 것은 단순히 근로의 자유를 제한하는 것을 넘어 인간의 존엄성에 대한 침해를 의미하기 때문이다. 따라서 근로의 의무는 근로할 수 있는 능력이 있는 사람에게 일정한 공익적 목적에 따라 근로의 강제를 요구하는 의무를 의미한다.

근로의무와 관련하여 나치의 무자비한 강제노동에 의한 인간존엄성의 상실이라는 참혹한 현실을 경험한 독일의 경우에 원칙적으로 노동강제(Arbeitszwang)를 금지하면서도 예외적으로 공역수행의무(Dienstleistungspflicht)를 부과하고 있다(GG 제12조 제2항).<sup>310)</sup> 여기서 공역수행의무는 “전통적이고 보편적인 의무”로서 “모든 사람에게 동등하게” 부여되는 “공적인” 업무의 수행에 관한 의무이어야 한다. 따라서 공역수행의무는 공공복리를 실현하기 위한 업무(공공성)로서 지역공동체에서 전통적으로 수행되어 왔고(전통성), 누구에게나 일반적으로 요구되며(보편성), 모든 사람에게 동등한 내용과 범위에서 요구된다(동등성)는 점에서 평등원칙의 준수가 포함되어 있다.<sup>311)</sup> 대표적으로 사고발생 시의 긴

---

포하고 있는바, 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 **자유권적 기본권의 성격**도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.”

310) 독일 헌법(GG) 제12조 제2항: 모든 사람에게 동등한 전통적이고 보편적인 공역수행의무 외에는 누구나 일정한 노동을 강제당하지 않는다(Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht).

급구조의무(Nothilfpflichte) 또는 화재나 수재와 같은 재난이 발생했을 때 요구되는 진압의무와 같은 협조업무(Hand- und Spanndienste)로서 국가나 지방자치단체의 공역을 수행할 의무를 의미한다.<sup>312)</sup> 이러한 공역수행의무는 단기간 동안 사안별로 특정한 개별노동이 요구된다는 점에서 장기간 동안 포괄적으로 세분화되지 않는 노동이 요구되는 근로의 의무와 구분된다.<sup>313)</sup> 독일 기본법은 이와 같은 근로의 의무, 즉 강제노동(Zwangsarbeit)은 법원이 선고한 형벌(자유형)로만 부과될 수 있음을 선언하고 있다(GG 제12조 제3항).<sup>314)</sup> 따라서 강제노동은 재사회화를 목적으로 수형자(기결수용자)에게만 부과될 수 있고, 무죄 추정원칙을 적용받는 미결수용자에게는 수사나 재판 과정에서 부과될 수 없다. 또한 규정은 자유형으로 되어 있지만 재산형에 따른 벌금을 납부하지 않은 자에 대해서도 강제노동이 부과될 수 있다.

독일의 입법례를 한국에 적용시켜보면 공역수행의무의 부과와 같이 ‘단기간 동안의 특정한 개별노동’에 관한 의무를 법률의 형식으로 부과하는 것은 민주주의원칙에 따른 근로의무의 부과라고 볼 수 있다. 따라서 ‘장기간 동안의 포괄적인(특정되지 않은) 노동’에 관한 의무를 부과하는 입법은 민주주의원칙에 위반된다. 한편 수형자에 대한 재사회화를 목적으로 법률에 규정된 형벌의 내용으로서 강제노동을 부과하는 것도 민주주의원칙에 따른 근로의무의 부과로 이해될 수 있다. 헌법도 법률과 적법한 절차에 따라 강제노역을 시킬 수 있음(헌법 제12조 제1항)을 명시적으로 확인하고 있다.

311) G. Manssen, Art. 12. Abs. 2 und 3, in: Bonner GG Kommentar, 1468면 이하 참조.

312) 화재진압의무와 관련하여 남성에게만 이러한 의무를 부과하는 주법이 헌법상 요구되는 차별금지원칙에 위반된다는 독일 연방헌법재판소의 판례가 있다. BVerfGE 92, 91면 이하 참조.

313) Th. Mann, Art. 12, in: GG Kommentar (M. Sachs 편), 559면 참조.

314) 독일 헌법(GG) 제12조 제3항: 강제노동은 오로지 법원이 선고한 자유형에 의해서만 부과될 수 있다(Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig).



## 제2절 열거되지 않은 기본의무

헌법에 명시적으로 열거되지 않은 기본의무로 다양한 의무가 언급된다. 대표적으로 법준수의무, 타인의 권리를 존중할 의무 등이 언급되고 있다.

계희열 315)	헌법에 명시된 기본의무	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육을 받게 할 의무 4. 근로의 의무, 5. 환경보전의무, 6. 재산권행사의 공공복리적합의무 7. 재산권이향의무
	헌법에 열거되지 아니한 기본의무	1. 법률에 대한 복종의무, 2. 타인이 권리를 존중할 의무 3. 허용된 위험을 감수할 의무, 4. 증언의무
권영성 316)	헌법상 의무	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육을 받게 할 의무 4. 근로의 의무, 5. 환경보전의 의무
	민주국가국민의 일반적 의무	1. 조국에 대한 충성의 의무, 2. 헌법옹호의 의무, 3. 법률준수의 의무
김철수 317)	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육을 받게 할 의무, 4. 근로의 의무, 5. 재산권행사의 공공복리적합의무, 6. 환경보전의 의무, 7. 헌법과 법률준수의무	
성낙인 318)	1. 국방의무, 2. 납세의무, 3. 교육의무, 4. 근로의무, 5. 재산권행사의 공공복리적합의무 6. 환경보전의무, 7. 헌법과 법률의 준수 의무, 8. 국가수호의무	
장영수 319)	명문화된 의무	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육받게 할 의무 4. 근로의 의무, 5. 환경보전의무
	불문의 의무	1. 헌법과 법률을 준수할 의무, 2. 타인의 권리를 존중할 의무 3. 자신의 권리를 할 때 공존의 이념을 존중할 의무
전광석 320)	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육의 의무, 4. 근로의 의무 5. 재산권행사의 공공복리적합의무	
정종섭 321)	헌법에 명시된 의무	1. 국방의무, 2. 납세의무, 3. 교육을 받게 할 의무, 4. 근로의
	헌법에 명시되지 않은 의무	1. 법준수의무, 2. 타인의 권리존중의무
허영 322)	국가창설적 국민의 의무	1. 순종의무, 2. 평화의무
	내포된 국민의 윤리적 의무	기본권을 온건하고 평화적으로 바르게 행사해야 할 의무
	헌법상의 국민의 기본적 의무	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육을 받게 할 의무 4. 근로의 의무, 5. 환경보전의무, 6. 재산권행사의 공공복리적합의무
홍성방 323)	1. 국방의 의무, 2. 납세의 의무, 3. 교육을 받게 할 의무, 4. 근로의 의무 5. 환경보전의무, 6. 재산권행사의 공공복리적합의무	

## I. 양육의무(Erziehungspflicht)

헌법상 명문의 규정은 없지만 부모는 자녀를 돌보고 양육해야 할 의무를 부담한다. 이러한 양육의무는 양육권과 동전의 양면을 이룬다.<sup>324)</sup> 따라서 양육권을 가진 사람만이 양육의무를 진다. 양육권은 일반적으로 부모가 갖지만 후견인도 양육권을 가질 수 있으므로<sup>325)</sup> 양육권을 가진 후견인은 양육의무를 부담하게 된다. 양육의무의 특징은 국가공동체가 부모의 양육의무에 대한 감독권을 가진다는 점에서<sup>326)</sup> 법적으로 볼 때는 국가에 대한 의무지만 사실상은 자녀에 대한 의무라는 점이다. 이와 같은 양육의무는 부모와 자식의 관계에서 자연법적으로 가지는 의무로 이해될 수 있다.<sup>327)</sup> 따라서 실정 헌법에 명시적으로 규정되지는 않더라도 당연히 인정되어야 하는 의무라고 볼 수 있다. 같은 맥락에서 양육의무는 실정 헌법의 명시적 규정이 없이 곧바로 법률에서 규율되는 경우가 많다. 비록 헌법에 양육의무가 명시적으로 규정된다고 해도 그 구체적 내

---

315) 계획열, <헌법학(중)>(2004), 810면 이하 참조.

316) 권영성, <헌법학원론>(2010), 716면 이하 참조.

317) 김철수, <헌법학개론>(2007), 1162면 이하 참조.

318) 성낙인, <헌법학>, 제12판(2012), 851면 이하 참조.

319) 장영수, <헌법학>, 제7판(2012), 916면 이하 참조.

320) 전광석, <한국헌법학>, 제2판(2005), 365면 이하 참조.

321) 정종섭, <헌법학원론>, 제3판(2008), 759면 이하 참조.

322) 허영, <한국헌법론>(2008), 589면 이하 참조.

323) 홍성방, <헌법학>, 제2판(2005), 662면 이하 참조.

324) 독일 헌법(GG)은 아동에 대한 부양과 양육의 의무를 부모의 권리인 동시에 의무로 규정하고 있다(GG 제6조 제2항 제1문).

325) 민법에 따라 후견인은 부모가 가지는 보호와 교양에 관한 권리와 거소지정권 및 징계권 등을 갖는다(동법 제945조).

326) 독일 헌법(GG)의 경우에 부모의 양육의무에 대한 국가공동체의 감독권을 명문화하고 있다(GG 제6조 제2항 제2문).

327) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, 610면 참조.

용은 아동의 복리를 고려하여 입법자가 구체화할 수밖에 없다. 현행 민법에 따르면 원칙적으로 친부모나 양부모가 친권자가 되고(동법 제909조 제1항), 친권자는 자녀에 대한 교양의무가 있으며(동법 제913조) 직계혈족 간에는 부양의무가 있으므로(동법 제974조 제1호) 부모를 포함하여 양육권자는 양육의무를 부담한다.

헌법재판소는 양육권을 자연법적 인권으로 이해하면서 그에 대해서 다음과 같이 실시하고 있다. “자녀에 대한 부모의 양육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’고 규정한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 부모는 자녀의 양육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 양육을 자유롭게 형성할 권리를 가진다. 헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고 있는데, 가족생활을 구성하는 핵심적 내용 중의 하나가 바로 자녀의 양육이다. … 따라서 양육권은 공권력으로부터 자녀의 양육을 방해받지 않을 권리라는 점에서는 자유권적 기본권으로서의 성격을, 자녀의 양육에 관하여 국가의 지원을 요구할 수 있는 권리라는 점에서는 사회권적 기본권으로서의 성격을 아울러 가지고 있다고 할 수 있다.”<sup>328)</sup> 행복추구권은 모든 자유권의 근거가 되는 일반적 자유권이라는 점에서 행복추구권을 양육권의 근거로 든 것에 대해서는 의미있는 논증으로 볼 수 없고, 헌법 제36조 제1항과 제37조 제1항은 독자적인 개별적 기본권이라는 점에서 양자를 양육권의 근거로 든 것은 문제가 있다고 보인다. 양육권이 가족에 관한 권리의 한 내용을 이룬다면 양육권은 가족에 관한 권리를 내용으로 하는 헌법 제36조 제1항이 근거가 되어야 하고, 양육권이 가족에 관한 권리의 한 내용이 되지 못하면서 열거된 개별적 기본권과 같은 수준의 추상화 정도를 보유한다면 헌법 제37조 제1항이 근거가 되어야 하기 때문이다. 어쨌든 양육권을 자녀의 양육에 관하여 자유롭게 형성할 수 있는 법적 지위로 본 점

328) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156.

은 타당하고, 이러한 자유권적 측면과 더불어 사회권적 측면도 포함되어 있다는 사실을 확인한 점도 수긍할 수 있다고 판단된다. 한편 이보다 중요한 것은 소수의견이 양육권에 대한 일반적 설명에 동의하면서 “자녀의 출산과 양육은 국가를 유지하기 위한 인적 기반이 된다는 점에서 국가공동체의 생존 및 발전, 나아가 인류의 존속을 위해서도 결코 소홀히 할 수 없을 뿐만 아니라 자녀에 대한 양육권은 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도”하다고 하여 양육권에 양육의무가 포함되어 있음을 확인하고 있다는 점이다. 양육권은 양육의 대상이 되는 아동의 복리를 고려하여 행사되어야 한다는 점, 아동의 양육은 공동체의 유지에 필수적이라는 점, 아동에 대한 양육의 포기는 유기에 해당하여 아동에게 해악이 될 수 있다는 점을 고려할 때 권리나 권한인 동시에 의무와 책임일 수밖에 없다.

## II. 투표 및 선거의 의무

선거의 의무는 ‘인물’을 결정하는 선거에 참여할 의무를 말하는 반면에 투표의 의무는 ‘사안’을 결정하는 투표에 참여할 의무를 말한다.<sup>329)</sup> 물론 인물을 결정하는 선거에서도 간접적으로나마 사안에 대한 결정이 문제될 수 있고, 사안을 결정하는 투표에서도 간접적으로나마 인물에 대한 결정이 문제될 수 있다는 점은 배제할 수 없다는 점에서 선거의 의무와 투표의 의무를 구분하는 것에 대해서 의문을 제기할 수도 있다. 어쨌든 선거의무 또는 투표의무는 선거나 투표에 참여할 의무를 의미하고, 선거나 투표에 참여해서 일정한 내용의 결정을 해야 할 의무를 의미하지는 않는다.<sup>330)</sup>

헌법에서 선거권을 규정하고 있고(GG 제38조), 연방선거법(BWahlG)에서도 선거의무에 관한 규정을 두고 있지 않은 독일의 경우처럼 한국 헌법에서도 선거권을 규정하고 있을 뿐 공직선거법에서 선거의무를 규정하고 있지 않다.<sup>331)</sup>

329) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 217면 참조.

330) 선거의무의 개념에 대해서는 홍일선, 선거권과 선거의무 - 자유선거의 원칙과 선거참여의무제의 도입가능성-, <공법연구>(한국공법학회), 제34집 제3호(2006), 347면 이하 참조.

331) 선거권을 구체화하는 공직선거법은 선거권의 적극적 요건으로 연령과 주소

자를, 소극적 요건으로 형벌을 규정하고 있는데 이러한 요건들은 적극적 선거권(선거할 권리)에 대한 제한을 의미하고, 소극적 선거권(선거하지 않을 권리)에 대한 제한으로서 선거의무를 의미하지는 않는다.

◆ 적극적 요건: 제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람  
2. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조 제1항에 따라 해당 국회의원지역선거구의 선거구역 안에 거소를 두고 그 국내거소 신고인명부에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 사람

② 19세 이상으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람  
2. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조 제1항에 따라 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부(이하 이 장에서 “국내거소 신고인명부”라 한다)에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 국민  
3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

◆ 소극적 요건: 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 금치산선고를 받은 자  
2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자  
3. 선거법, 「정치자금법」 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙)에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임중의 직무와 관련하여 「형법」(「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조에 의하여 가중처벌되는 경우를 포함한다) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제3조(알선수뢰)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자(형이 실효된 자도 포함한다)  
4. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자  
② 제1항 제3호에서 “선거법”이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와

문제는 선거권을 규정하고 있는 경우에 선거의무를 법률에 규정하면 위헌이 되는지 여부다.<sup>332)</sup> 이에 대한 답변은 선거의 자유를 선거의 내용(Wie)에 관한 자유로 한정하여 이해할 것인지, 아니면 선거의 여부(Ob)에 관한 자유로 확대하여 이해할 것인지에 따라 달라진다.<sup>333)</sup> 만약 선거의 자유를 선거의 내용에 관한 자유로 한정하면 선거의 여부, 즉 선거에 참여할지 여부는 자유롭게 결정할 수 없고, 오로지 선거에 참여하여 선거의 내용만을 자유롭게 결정할 수 있을 뿐이다. 하지만 선거의 여부도 선거의 내용에 관한 하나의 의사표현, 즉 기권의 의사표현이라면 선거의 여부와 선거의 내용을 구분하는 것 자체는 무의미해진다. 개인적으로 선거의 자유는 선거의 내용뿐만 아니라 여부에 관한 자유로운 결정권으로 이해되는 것이 선거의 자유에 대한 완벽한 보장을 위하여 타당하다고 보인다. 선거에 대한 참여 여부, 정확히 말하면 선거에 대한 불참 그 자체도 선거에 참여해서 일정한 의사표현을 하는 것과 마찬가지로 선거에 관한 의사표현이기 때문이다. 따라서 선거의 의무를 부과함으로써 선거참여를 강제한다면 선거에 관한 불참, 즉 기권의 의사표현을 인정하지 않고 오로지 선거참여에 관한 의사표현만을 강제함으로써 선거권을 침해한다고 보아야 한다.

한편 선거나 투표에 관한 권리는 일종의 권한으로서 의무를 내포하고 있다

---

「국민투표법」 위반의 죄를 범한 자를 말한다.

③ 「형법」 제38조에도 불구하고 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 이를 분리 신고하고, 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 사람으로서 후보자와 통모(通謀)하여 해당 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당하는 사람을 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 직계존비속 및 배우자에게 제263조 및 제265조에 규정된 죄와 이 조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경합범으로 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형을 선고하는 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다)에는 이를 분리 신고하여야 한다.

332) 현행 공직선거법은 선거와 관련하여 정당후보자 등의 공정경쟁의무(동법 제7조), 언론기관의 공정보도의무(동법 제8조), 공무원의 정치적 중립의무(동법 제9조) 등을 규정하고 있지만 선거참여를 강제하는 선거의무를 부과하고 있지는 않다.

333) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 217면 이하 참조.

고 볼 수 있다. 선거는 민주국가에서 국가의사결정과정에서 참여할 수 있는 시민의 권한인 동시에 의무라고 하는 것이다.<sup>334)</sup> 하지만 선거나 투표에 관한 권리도 기본권적 자유로서 선거나 투표에 참여할 수 있는 ‘적극적 자유’뿐만 아니라 선거에 참여하지 않을 수 있는 ‘소극적 자유’를 포함하므로 선거나 투표에 관한 의무를 포함한다고 보기는 어렵다. 특히 선거나 투표에 관한 의무는 전체주의 국가에 특징적인 요소라는 점에서<sup>335)</sup> 자유선거의 원칙에 위반되는 선거의 의무는 헌법적으로 허용될 수 없다.<sup>336)</sup> 전체주의 국가에서 민주적 정당성은 전체 국민이 선거에 참여했다는 형식적 측면에서 획득되지만 민주주의 국가에서 민주적 정당성은 대다수의 국민이 선거에서 동의했다는 실질적 측면에서 획득되기 때문이다. 우리 헌법도 선거의 원칙으로서 자유선거의 원칙을 열거하고 있지는 않지만(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항) 자유선거의 원칙은 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙과 함께 민주적 선거원칙의 하나로 인정될 수 있기 때문에<sup>337)</sup> 자유선거의 원칙에 위반되는 강제선거로서 의미를 가지는 선거의무

334) 헌법재판소는 선거제도의 의미를 다음과 같이 이해하고 있다. 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26: “국민주권의 원리와 의회민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법상의 선거제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사를 위한 필수적인 과정으로서 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 정당성을 뒷받침하고 담보하는 민주주의의 기본원리이다. 따라서, 국민의 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 하며, 선거 또한 공정하게 행하여지지 않으면 안된다. 즉, 공정한 선거에 영향을 미칠 수 있는 금권이나 관권, 폭력 등의 개입을 배제함으로써 불공정·타락 선거를 방지하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 인한 사회·경제적 손실과 부작용을 최소화하고 실질적인 기회균등이 보장될 수 있도록 선거운동의 자유와 선거의 공정성이 확보되어야 한다.”

335) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 218면 참조.

336) 선거의무가 자유선거원칙에 위반된다는 견해로 홍일선, 선거권과 선거의무, 353면 이하 참조.

337) 헌법재판소도 자유선거원칙을 민주적 선거원칙의 하나로 인정한다. 예를 들어 헌재 1999. 6. 24. 98헌마153; 2001. 8. 30. 99헌바92; 2004. 3. 25. 2001헌마710; 2008. 10. 30. 2005헌바32: “자유선거의 원칙은 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서 국민주권의 원리, 대의민주주의의 원리 및 참정권에 관한 헌법의 규정들에 근거를 두고 있는 것이다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다.”

는 국민의 기본의무로 요구되지 않는다고 보아야 한다.<sup>338)</sup> 헌법재판소도 선거나 투표의 강제를 자유선거원칙에 대한 위반으로 본다.<sup>339)</sup>

### III. 법준수의무

법준수의무는 국민에게 국가법에 따라 행동하도록 요구하는 의무를 말하기 때문에 법에 따른 외적인 행동의 의무를 의미하지 법에 대한 내적인 동의의 의무를 의미하지는 않는다. 이러한 의미에서 법질서에 대한 내적인 동의까지 요구하는 충성의무(Treuepflicht)와 구분된다.<sup>340)</sup> 법준수의무는 헌법의 적용을 받는 모든 사람에게 요구되는 의무로서 다양한 근거에서 도출된다. 법준수의무는 무엇보다도 기본권과 법치국가원리에서 도출된다.<sup>341)</sup> 우선 기본권에 대한 헌법적 보장은 기본권보장을 위한 국가법질서를 정당화하고, 국민은 이러한 국가법질서에 구속된다. 또한 헌법질서도 헌법을 정점으로 단계적으로 구성되어 있는 국가법질서에 대한 존중의무를 정당화한다. 그리고 기본권의 제한도 공익적 목적 또는 타인의 기본권을 위하여 기본권을 제한하는 국가법에 대한 준수의무를 정당화한다. 국민의 기본권은 공익과 타인의 기본권을 고려하여 정서된 법질서의 테두리 안에서만 보장되기 때문이다. 마지막으로 법치국가원리는 국

---

338) 선거의무가 자유선거원칙에 위반되지 않는다는 견해로 김래영, 의무투표제는 위헌인가?: 의무투표제에 관한 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마259 결정의 평석을 겸하여, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제18권 제1호(2012), 100면 이하 참조.

339) 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마259: “차등 없이 투표참여의 기회를 부여했음에도 불구하고 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사도 존중해야 할 필요가 있다. 만약 ... 최소투표율제도를 도입하게 되면 투표실시결과와 그러한 최소투표율에 미달하는 투표율이 나왔을 때 그러한 최소투표율에 도달할 때까지 투표를 또 다시 실시하지 않을 수 없게 되는데, 그것을 막기 위해 선거권자들로 하여금 투표를 하도록 강제하는 과태료나 벌금 등의 수단을 채택하게 된다면 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하여 결국 자유선거의 원칙을 위반할 우려도 있게 된다.”

340) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 175면 참조.

341) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 170면 이하 참조.



가의 법률에 대한 준수 의무를 포함함으로써 국민의 법준수 의무를 정당화하기도 한다. 법에 의해 지배(통치)하는 법치국가는 법준수 의무를 자명한 조건으로 전제하기 때문이다. 한편 실정법을 넘어서는 근본규범이나 자연법규범에 의하여 법준수 의무를 정당화하기도 한다.<sup>342)</sup> 우선 쾰젠의 법단계설에 따라 최상위에 위치하는 근본규범은 근본규범에 따라 제정된 헌법과 헌법에 따라 제정된 법률을 준수하도록 요구한다. 그리고 자연법은 실정법의 준수를 요구한다. 이처럼 자연법에 근거하여 법준수 의무를 정당화하는 견해에 따르면 법준수 의무는 반드시 헌법에 명시될 필요가 없게 된다.<sup>343)</sup>

법준수 의무는 법률준수 의무(Grundpflicht zum Gesetzesgehorsam)와 구분되어야 한다.<sup>344)</sup> 실정법(제정법)을 의미하는 법률과 실정법을 넘어서 있는 초실정법을 의미하는 법은 구분되어야 하기 때문이다. 따라서 헌법도 법준수 의무를 이행해야 하고, 입법부의 법률뿐만 아니라 집행부의 집행작용과 사법부의 재판작용도 법준수 의무를 이행해야 한다. 또한 법체계의 위계질서를 인정하므로 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 법률뿐만 아니라 법률에 근거한 행정행위와 판결도 헌법을 준수해야 한다. 그리고 법준수 의무는 국가기관뿐만 아니라 모든 국민에게 요구되기 때문에 법준수 의무와 관련하여 모든 국민은 평등하다. 국민의 법준수 의무와 관련하여 문제가 되는 것은 상위법에 위반되는 법규범에 준수할 의무가 있는지 여부 및 시민불복종이다. 법치국가는 법준수 의무를 관철하기 위한 사법절차를 보장하고 있다. 따라서 헌법에 위반되는 법률이나 법률에 위반되는 행정처분 또는 헌법과 법률을 위반한 재판은 정해진 사법절차에 따라 사후적으로 통제받아야 한다. 같은 맥락에서 법준수 의무는 폭력에 의한 자기구조를 배제함으로써 평화의 의무를 포함한다.<sup>345)</sup> 또한 상위법에 위반되는 법규범에 대한 시민불복종도 법질서를 준수하는 한도 내에서만 인정될 수 있다.

헌법재판소는 법준수 의무를 불문의 “자명한 기본의무”로 이해한다. “국가의

342) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 172면 이하 참조.

343) J. Isensee, Die verdraengten Grundpflichten des Buergers, DOEV 1982, 612면 이하 참조.

344) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 174면 이하 참조.

345) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, 614면 참조.

존립과 기능은 국민의 국법질서에 대한 순종의무를 그 당연한 이념적 기초로 하고 있다. 특히 자유민주적 법치국가는 모든 국민에게 사상의 자유와 법질서에 대하여 비판할 수 있는 자유를 보장하고 정당한 절차에 의하여 헌법과 법률을 개정할 수 있는 장치를 마련하고 있는 만큼 그에 상응하여 다른 한편으로 국민의 국법질서에 대한 자발적인 참여와 복종을 그 존립의 전제로 하고 있다. 따라서 헌법과 법률을 준수할 의무는 국민의 기본의무로서 헌법상 명문의 규정은 없으나 우리 헌법에서도 자명한 것이다.”<sup>346)</sup> 헌법재판소에 따르면 법준수의무에 대한 정당성의 기초는 국가의 존립과 기능 및 자유민주적 법치국가다. 헌법재판소가 법준수의무의 주체를 국민에 한정하고 있지만 국가도 법준수의무의 주체가 되어야 함은 분명하다.

#### IV. 충성의무

헌법은 직업공무원제도를 보장하고 있고(헌법 제7조), 이러한 직업공무원제도에 따라 공무원에 대해서 충성의무(Treuepflicht)가 요구된다. 법준수의무는 행동을 요구하는 외적인 것인데 비하여 충성의무는 내적인 것까지 요구한다.<sup>347)</sup> 충성의무에 따라 공무원은 항상 헌법상 보장된 자유민주적 기본질서의 옹호를 위해 노력해야 할 의무를 부담한다. 충성의무는 공무원이라는 특정집단에 대해서만 요구되어 모든 국민에게 동일한 방식으로 요구되지는 않지만 기본의무에 포함된다.<sup>348)</sup> 기본권의 경우에도 모든 사람에게 보장되는 기본권이 있지만 국민에게만 보장되는 기본권이나 외국인에게만 보장되는 기본권(예: 독일 헌법상 망명권)이 있는 것처럼 기본의무의 경우에도 모든 사람에게 적용되는 기본의무만 있는 것은 아니기 때문이다. 충성의무는 공무원의 유형에 따라 행정공무원, 법관, 국회의원, 정당이나 단체, 대학교수에 대해 요구되는 내용이 조금씩 상이하다.<sup>349)</sup> 우선 공무원의 경우에 충성의무는 행정공무원(Beamte)에게

346) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425.

347) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 183면 참조.

348) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, 612면 이하 참조.

349) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 184면 이하 참조.

요구된다. 대학교수의 경우에 독일 기본법은 명시적으로 교수(강의)의 자유에 대하여 충성의무를 요구한다(GG 제5조 제3항 제2문). 독일에서 대부분의 대학이 국립대학이기 때문에 대학교수는 대부분이 공무원으로 충성의무를 요구하는 것은 문제가 없다. 하지만 한국의 경우에 모든 대학이 국립대학인 것이 아니기 때문에 모든 교수에게 충성의무를 요구할 수는 없다고 보인다.

## V. 저항의무

헌법에 대한 충성의무는 저항의무로 확장된다. 헌법에 대한 충성의무는 헌법질서에 위반되는 모든 시도에 대한 저항의 의무를 포함하기 때문이다. 이로써 헌법과괴적 행위에 대한 저항의무가 정당화된다. 독일 기본법은 헌법질서를 배제하려는 모든 시도에 대해서 저항할 수 있는 권리를 보장하고 있다(GG 제20조 제4항).<sup>350)</sup> 이러한 저항권으로부터 저항의무를 도출할 수도 있다. 하지만 저항권을 초실정법적 권리로 정당화할 수 있다면 저항의무도 초실정법적 의무로서 도출할 수도 있다. 어쨌든 저항권은 문자 그대로 권리라는 점에서 저항권으로부터 저항의무를 도출하기는 어려워 보인다. 한국 헌법의 경우에는 저항권에 관한 규정이 없기 때문에 실정헌법으로부터 저항의무를 도출하기는 어렵다. 다만 저항권을 자연법적 권리로 인정하는 경우에도 저항권으로부터 저항의무를 도출하기는 어렵다고 보인다. 한편 방어적 민주주의의 원리로부터 저항의무를 도출하기도 한다. 하지만 이 원리는 국민에 대해서 민주주의에 대한 적대적 행위를 금지하는 의미에서 부작위를 요구하지 작위를 요구하지 않기 때문에 저항의무를 도출할 수 없다는 견해도 있다.<sup>351)</sup> 같은 맥락에서 한국 헌법의 경우에도 방어적 민주주의를 규정하고 있지만(헌법 제8조 제4항) 이로부터 저항의무를 도출하기는 어렵다고 판단된다.

---

350) 독일 기본법(GG) 제20조 제4항: 헌법질서를 배제하려는 모든 사람에게 대해서 모든 독일 국민은 다른 구제수단이 없는 경우에 저항권을 가진다(Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich is).

351) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 195면 참조.

## VI. 평화의무

독일 기본법에서 집회의 자유는 평화롭게 무기를 휴대하지 않고서만 행사될 수 있으므로(GG 제8조 제1항)<sup>352)</sup> 헌법상 평화의 의무가 기본의무로 도출될 수 있다. 평화의 의무는 원칙적으로 국가기관에 대해서 요구되는 의무이지만 사인에게도 요구될 수 있는 의무이기 때문이다.<sup>353)</sup> 평화의 의무는 국내적으로만 요구되지 않고 외국과의 관계에서도 요구된다. 특히 침략적 전쟁을 위헌적 행위로 금지하고 있는 독일 기본법 조항은 외국과의 관계에서 요구되는 평화의 의무의 근거가 될 수 있다(GG 제26조 제1항).<sup>354)</sup> 대한민국의 헌법의 경우에 집회의 자유에 대해서 평화의 의무를 요구하고 있지 않지만 침략적 전쟁을 금지하고 있기 때문에(헌법 제5조 제1항) 이 조항을 통하여 평화의 의무를 도출할 수 있다.

평화의 의무가 헌법적 의무로 인정될 때 이 의무는 모든 인간에게 요구되는 보편적 의무로서 국민뿐만 아니라 국내에 거주하는 외국인도 부담한다. 우선 평화의무에 따라 국내적으로 개인들 상호간의 사적인 폭력행사는 금지된다.<sup>355)</sup> 폭력은 오로지 국가에 의해서만 형벌의 형태로 행사될 수 있기 때문이다. 이에 따라 모든 기본권은 평화의 의무에 의해 제한된다. 모든 기본권의 행사는 타인에게 폭력을 행사하는 형태로 이루어질 수 없다는 뜻이다. 특히 독일처럼 집회

---

352) 독일 기본법(GG) 제8조 제1항: 모든 독일 국민은 신고나 허가 없이 평화롭게 무기를 휴대하지 않은 채 집회할 수 있는 권리를 가진다(Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln).

353) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, 612면 참조.

354) 독일 기본법(GG) 제26조 제1항: 국가간 평화적 공존을 방해하는 데 적합하고 그러한 의도로 행해진 행위, 특히 침략적 전쟁의 도발을 준비하는 행위는 위헌이다. 그러한 행위에 대해서는 형벌이 부과된다(Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen).

355) 이러한 의미의 평화의무를 “국내적 평화의무(Friedenspflicht nach innen)”로 부르기도 한다. Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 202면 이하 참조.

의 자유에 대한 평화의무의 요구가 없더라도 집회는 평화적 집회에 한정되는 것으로 이해되어 평화의무에 의한 제한이 가해진다고 보아야 한다.<sup>356)</sup> 한편 국제간에도 폭력행사는 금지된다.<sup>357)</sup> 국제간의 폭력행사는 전쟁을 의미하기 때문에 평화의무에 따라 국제간의 침략적 전쟁은 금지된다. 현행 헌법은 침략적 전쟁의 금지를 명문으로 선언하고 있다. 평화의무는 법준수의무의 변형 또는 법준수의무로부터 도출되는 의무로 이해되기도 한다. 평화의무는 폭력행사의 부작위를 요구하는 반면에 법준수의무는 법준수의 태도를 요구한다는 점에서 차이가 있다는 견해도 있다.<sup>358)</sup>

## VII. 위협수인의무

호프만은 연방헌법재판소의 판례로부터 실천이성의 한계를 넘어선 위협을 수인할 의무를 기본의무에 포함시킨다.<sup>359)</sup> 여기서 실천이성의 한계를 넘어선

---

356) 같은 맥락에서 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위의 주최를 금지하는 법률 조항에 대하여 헌법재판소는 합헌으로 본다. 헌재 2010. 4. 29. 2008헌바118: “집단적인 폭행·협박 등이 발생한 집회 또는 시위를 해산하고 질서를 회복 시키는 데는 일반적으로 상당한 시간과 경찰력이 동원되고, 그 과정에서 공공의 안녕질서나 참가자나 제3자의 신체와 재산의 안전 등이 중대하게 침해되거나 위협받을 수밖에 없으므로, 그와 같은 집회 또는 시위의 주최를 절대적으로 금지하는 것은 공공의 안녕질서를 유지하고, 집회 또는 시위의 참가자나 이에 참가하지 않은 제3자의 생명·신체·재산의 안전 등 기본권을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단이며, 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 제한이 된다고 보기 어렵다. 나아가 위와 같은 금지에 위반한 정을 알면서도 그러한 집회 또는 시위에 참가한 자는 직접 폭행·협박 등 행위에 참여하지 않았다 하더라도 고유한 불법성이 인정되고, 그러한 참가행위의 금지는 폭력적 집회 또는 시위의 확대 방지를 위한 사전예방의 측면에서도 필요성이 인정된다. 한편 이 사건 법률조항들을 통해 달성하려는 공공의 안녕질서 유지, 기본권 보호의 필요성은 양보하기 어려운 것이므로, 그로 인해 제한되는 사익과의 관계에서 현저한 불균형이 존재한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하지 아니한다.”

357) 이러한 의미의 평화의무를 “국가간 평화의무(Friedenspflicht nach außen)”으로 지칭하기도 한다. Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 205면 참조.

358) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 206면 참조.

위험이란 인간의 인식능력의 한계 때문에 발생하는 위험으로 불가피하고 모든 사람이 사회적으로 적절하게 부담해야 하는 위험을 의미한다. 예를 들어 원자력발전소의 건설허가는 현재의 과학기술 수준에서 원자력발전소시설의 설치와 운영으로 발생할 수 있는 위험에 대한 필요한 예측을 다한 경우에는 가능하다. 이러한 위험수인의무에 대해서는 기본권의 제한으로서 기본의무는 아니라고 보는 비판도 있다.<sup>360)</sup>

## VIII. 그 밖의 기본의무

그 밖에도 열거되지 않은 기본의무로 여러 가지가 언급될 수 있다. 예를 들어 슈미트는 인간존엄을 존중할 의무, 매스미디어의 의무, 비방해의무(Nichtstörungspflicht), 사회보장의무, (자신의 노력으로 생활수단을 얻기 위해 노력할 의무라는 의미에서) 사회국가에 부담을 주지 않을 의무, 신의성실의 의무 등을 든다.<sup>361)</sup> 기본의무의 본질은 기본권제한이라는 점에서 열거되지 않은 기본의무를 무차별적으로 확대할 필요는 없다. 하지만 기본의무를 기본권제한으로 이해하여 기본권 제한의 경우와 마찬가지로 헌법적 원칙을 적용한다는 전제에서는 다른 헌법적 의미로 이해될 수 있는 것들을 기본의무로 재구성해보는 것도 가능하고, 반드시 무의미한 시도는 아니라고 본다.

---

359) H. Hofmann, HStR V, 334면 이하 참조.

360) A. Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, 614면 참조.

361) Th. I. Schmidt, Grundpflichten, 275면 이하 참조.

## 제4장 비교법적 연구 (일본에서의 기본의무에 대한 논의)

### 제1절 헌법에 있어서 의무규정의 변천

#### 1. 근대헌법과 20세기의 기본의무

근대헌법의 탄생기의 국가이론인 사회계약설은 국가·사회를 권리와 의무의 관계에 의해 구성되었기 때문에 인간에게 고유한 인권의 사상과 함께 국민의 의무의 이념도 또한 자연법적으로 파악하였다. 이렇게 자연법적으로 파악된 기본의무는 특히 상호간에 안전을 보장하는 법률에 따라 의무가 주로 강조된 것이었다.<sup>362)</sup> 그 동안 인권선언은 권리를 보장하는 조항 뿐만 아니라, 1789년 프랑스 인권선언 이래 약간의 기본의무만을 두는 규정이 적지 않았다. 그러나, 시대에 따라 국가에 따라 헌법이 정하는 의무의 성질이나 내용은 내용마다 상이하하였다. 예를 들어 미국이나 스위스의 헌법에는 의무의 규정은 없다. 또한 사회주의 공산주의국가의 헌법이 정하는 의무는 자본주의 국가의 헌법이 정하는 의무와 그 성질과는 완전히 다른 것이었다.<sup>363)</sup>

근대헌법의 탄생기의 대표적인 기본의무의 규정은 1789년의 프랑스 인권선언이다. 이는 압제자에 대항하는 인민의 투쟁의 결과로 획득한 정치적 승리의 기록이기 때문에 승리자는 쟁취한 권리를 강조하고 이를 보호하기 위한 것에만 전념하는 것은 통례였기 때문에, 그들은 책임 내지 의무를 경시 혹은 무시한 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다. 따라서 인권선언에서 나타난 의무규정은 인권선언 제13조의 납세의 의무라는 한 개의 조문에 불과하였다. 그러나, 그 후 본격적으로 의무가 등장하게 된 것은 1795년 공화력 3년의 프랑스헌법에 붙은 인간 및 시민의 권리의무의 선언이다. 이 선언은 인간 및 시민의 권리의무의 선언으로 불려지면서 9개조로 이루어지는 의무를 규정하였다. 그것은

362) 芦部信喜、『憲法學Ⅱ人權總論』有斐閣 2000年, 111頁.

363) 芦部信喜、前掲書, 99-100頁.

권리선언과 함께 사회를 유지하기 위해서는 그 구성원이 자기의 의무를 알고, 이를 수행하는 것이 요구된다(제1조)는 생각에 근거하여, 그 의무는 국가에 대한 의무만이 아니라, 타인에 대한 의무를 포함하고 있는 점에서 특색이 있다. 국가에 대한 의무는 사회를 방어하고 사회에 봉사하고 법률에 복종하여 생활하고, 그 기관인 사람들을 존중함에 있다(제3조)로 규정하고 있다. 또한 조국과 함께 자유 평등 및 소유권의 유지에 대한 봉사를 명하고, 나아가 일반적으로 타인을 존중하는 도덕적 원칙을 분명히 하여, 보다 나은 시민이 되도록 하여 상당히 도덕율적 색채가 강한 것이었지만, 제9조는 조국을 방위하기 위해 봉사할 의무를 정하고 있어, 이 규정은 오늘날의 국민개별의 병역의무의 근원으로 된다.<sup>364)</sup> 이 병역의 의무와 함께 납세의 의무는 지극히 고전적인 성질을 가지는 의무로서 어떤 의미에서는 물론 그 형태는 다르지만, 그 실체를 고찰하면, 극히 오래전부터 존재한 것이라고 할 수 있다. 어쨌든, 대개 인간이 공동체를 영위하는 이상 내적으로 공동체를 지지하기 위한 금품(납세)과 외적으로 공동체를 지킬 무력이 공동체 구성을 위한 2대 의무라고 할 수 있다.

한편 20세기의 헌법은 이 고전적인 2대 의무 외에도 다양한 의무규정을 두게 되었다. 때때로 인용되는 바와 같이 1789년의 프랑스의 인권선언에서는 신성불가침으로 된 소유권이 바이마르 헌법에서는 의무를 동반한다고 되었지만, 이것은 국가체제가 자유국가에서부터 사회국가로의 이행한 것에 대응하여, 의무규정에도 새로운 변화가 발생한 것이었다. 바이마르 헌법은 그 외에도 자녀를 교육시켜 육체적 정신적 및 사회적으로 유능하게 할 의무, 취학의 의무, 토지의 경작 및 충분한 이용의 의무, 토지에 대한 노동 또는 자본의 투여 없이 발생한 지가의 騰貴를 전체를 위해 이용할 의무, 정신적 및 육체적인 힘을 공동체 전체의 복지가 요구하는 대로 사용할 도덕적 의무 등의 의무규정을 두고 있지만, 이것은 사회국가로부터의 요청에 부응하는 새로운 의무규정이라고 할 수 있을 것이다. 이것은 1948년의 이탈리아 공화국헌법에서도 나타나고 있다. 이 헌법도 납세의 의무 및 병역의 의무 외에 자기의 능력과 선택에 따라 사회의 물질적 또는 정신적 진보에 기여하는 활동 또는 기능을 수행할 의무, 자녀를 양육하고, 가르치고, 배우게 할 의무, 초등교육은 의무적이며, 법률은 사유재

364) 高原堅治、國民の憲法上の義務、憲法の講座 281頁、1969年.



산의 취득 향유의 방법 및 그 제한을 정하고 있고, 사적 토지소유권에 대하여 의무 및 제한을 부과하라는 내용을 규정하여 사회국가로부터의 요청에 대해 의무규정으로 표현하고 있다.

이렇게 헌법에서 의무규정은 그 시작은 납세의 의무 및 병역의 의무를 주로 하여 그 외의 것은 선량한 시민으로 되기 위해 소위 심적으로 당연하다고 하는 것에 불과한 것이었지만, 사회국가의 출현과 함께 20세기 헌법의 의무규정은 그 양에 있어서도 그 질에 있어서도 상당히 크게 변화하였다. 따라서 새롭게 인정된 의무규정의 대부분은 많던 적던 그 사회국가의 이념에 봉사하는 성질을 가지는 것이라고 할 수 있을 것이다. 바꿔 말하면, 그것은 일면에서는 사적 소유권의 절대성을 수정하는 의무규정의 출현이며, 다른 한편으로는 사회권적인 범주에 속하는 의무규정의 출현이라고 할 수 있다. 그러나, 이 두 종류의 의무규정과 권리에 대한 관계는 완전히 다른 것에 주목하여야 할 것이다. 전자는 자유방임체제의 폐해를 제거하기 위해서 채택된 것으로서, 사적소유권에 대한 제한 그것이지만, 후자는 이것과 같이 논할 수 없을 것이다.

그러나 이러한 의무의 사상은 그 후 국가에 대한 권리가 강조됨과 동시에 의무도 또한 오로지 국가에 대한 개인의 헌법상의 의무로서 구성되게 된다. 게다가 의무의 내용도 국가의 근대화와 주권국가화의 진전이나 사유재산제로 이루어지는 자본주의의 발전에 대응하는 형태로, 헌법의 명문상 일반적으로 병역의 의무, 납세의 의무 등에 한정되어 있었다. 또한 납세의 의무는 의무를 수행한 자에게만 선거권을 보장한다는 의미를 같이 가지는 경우가 많았다. 19세기 후반부터는 이러한 고전적인 의무 외에 새롭게 교육의 의무가 등장하게 된다.

예를 들어 1850년 프로이센 헌법은 병역의 의무를 정하면서 동시에 양친은 자녀를 공립초등학교에 규정된 교육을 받지 않도록 방지해서는 안된다는 규정과 함께 현재의 조세 및 公課는 유지된다고 규정함에 따라 교육의 의무와 납세의 의무를 정하였다. 일본의 구헌법(1889년 헌법, 명치헌법)도 프로이센의 영향을 받아 헌법상에서 병역의 의무와 납세의 의무를 규정하게 된다.

이러한 19세기헌법은 거의 공통으로 3개 기본의무(납세, 병역, 교육)는 국가를 강력한 사회형성적인 권력으로 파악하였으나, 20세기에는 민주적 사회적인 국가에서 3대 의무를 중심으로 19세기 헌법의 기본의무사상을 변화시켰으며,

이에 대표적인 것이 바이마르 헌법이며, 이는 권리에는 의무가 동반한다는 사상에 근거하여 국민의 기본의무를 중시하고 이것을 헌법의 명문에서 규정하게 되어<sup>365)</sup>, 제2차 세계대전이후 일본에도 헌법개정시 영향을 주게 된다.

일본에서의 논의도 마찬가지로 기본의무의 발생에 대해서 인식의 전제로 해야 할 것은 자유권과 사회권에 대한 인식의 문제이다. 사회권은 국가에 대해서 일정한 작위의무를 부과하는 권리이다. 이점에서 자유권과는 근본적으로 구별된다. 이렇게 국가에게 작위를 요구하는 권리에 대해서는 국민은 반드시 그 권리에 대응하는 의무를 부담한다고 생각할 수 없는 것일까. 예를 들어 교육을 받을 권리에 대해서 국가가 이를 보장하기 위해서 학교를 세우고, 모든 설비를 둔 경우에는 국민은 국가의 의도하는 바대로 그 설비를 이용할 의무 및 교육을 받을 의무가 발생한다고 생각할 수 없는 것인가. 또한 예를 들어 생존권을 보장하기 위해서 국가가 국민에 대해서 일정한 금품을 급부한 경우에는 국민은 그 금품을 낭비하는 것은 허용되지 않고, 국가의 의도하는 바에 따라 생존을 위해서 이를 사용할 의무를 발생한다고 생각할 수 없는 것인가라는 문제이다.

이 경우, 권리 그것이 청구권으로서 법적 효과가 인정되고 있지 않은 경우에는 의무도 또한 법적인 효과를 동반하지 않는다는 것이 일반적이다. 왜냐하면, 사회권이 국가에 대해서 일정한 작위 혹은 급부를 요구하는 권리인바, 그 작위 혹은 급부가 이루어진 경우에는 그 권리를 포기하는 것은 물론, 이를 현실로 행사하지 않는 것도 허용되지 않기 때문이라고 생각되어지기 때문이다. 이것은 사회권에 대해서 이를 현실적으로 행사할 의무를 지게 됨에 따라 사회권을 실질화 할 의무가 있다는 것이다. 때때로 권리는 의무를 동반한다고 하지만, 적어도 사회권에 대해서는 이 말은 진리라고 할 수 있다.

## II. 일본의 헌법상 기본의무의 변천

전쟁전의 구헌법(명치헌법)은 臣民의 권리의무라는 제목으로 제2장에서 병역의 의무, 납세의 의무를 규정하고 있었다. 이외에 칙령으로 정한 교육의 의무

---

365) 바이마르 당시의 의무규정은 병역의무, 자력에 따른 조세분담의무, 부모의 자녀교육의무, 취학의 의무, 관리의 국가·헌법에 대한 충성의무외 소유권의 소유권에 관한 사회적 기본의무 등이 알려져 있다.

가 추가되어 신민의 3대의무가 되었다. 현행 일본헌법은 국민의 권리 및 의무라는 제목으로 보호할 자녀에게 보통교육을 시킬 의무, 근로의 의무, 납세의 의무를 규정하고 있다. 구헌법의 권리의무의 주체는 신민이다. 신민이란 것은 군주에 대해서 사용하는 것으로 여기서는 군주 혹은 통치권을 가지는 국가에 대한 의무가 당연히 포함된다. 신민의 권리는 법률의 범위 내에서 인정되어진 것에 불과하며, 법률에 따라 수시로 국민에게 의무를 부과하는 것도 가능한 것이었다. 현재 일본헌법은 인권의 제한 혹은 의무의 부과는 인권의 보장과 모순되지 않는 한에서 국가가 정하는 법률에 의해서 허용되는 것에 불과하며, 헌법상의 의무를 법률에서 보다 구체화하는 경우도 같다.<sup>366)</sup>

일본헌법상 대표적인 의무규정으로서는 제12조 자유 및 권리의 보장책임·납용금지·이용책임에 관한 규정을 들 수 있다. 이 규정은 기본적 인권의 중요한 의의에 따라 이를 보유하는 국민의 의무를 밝히는 것과 동시에 기본적 인권의 보장에는 이것을 남용할 수 없는 의무와 공공의 복지를 위해서 이용해야 하는 책임이 동반됨을 선언하는 것이다. 민정국장을 위한 각서라는 헌법기초안<sup>367)</sup>의 처음에는 인권의 장에서 “이 헌법에 의해 정해진 자유, 권리 및 기회는 국민의 자율적 협력에 의해서 보장된다. 따라서 이들 자유, 권리 및 기회는 국민의 측에서 이것에 대응하는 의무, 즉, 그 남용을 방지하고 항상 공동의 복지(common welfare)를 위해 사용할 의무가 발생한다”는 규정이 자율적 과 기회라는 단어 등의 삭제를 통해서 오늘날의 기본의무의 조항이 된 것이다.

일본헌법의 의무에 관한 개정과정을 보면, 일본헌법의 원안을 작성한 GH Q<sup>368)</sup>는 헌법에 국민의 의무를 규정하는 것에 소극적이었다. 시민의 의무(obligation)는 두 개의 조문에만 등장할 뿐이었다. 즉 원안 제11조는 이 헌법이

366) 杉原 泰雄, 新版 体系憲法事典, 青林書院; 2008. 07, 648頁.

367) 일본의 헌법개정구상상은 1945년 近衛文麿에 의한 개헌작업, 민간에서의 헌법구상은 헌법연구회안, 高野岩三郎안, 일본공산당과 일본사회당, 자유당안 등이 있었다. 정부의 헌법개정구상안은 松本蒸治를 위원장으로 하는 헌법고문조사위원회가 설치되어 만든 松本안 등이 있었다.

368) General Headquarters는 연합군 총사령부로서 1945년 제2차 대전후 대일 점령 정책을 실시하기 위하여 東京에 설치하였던 관리 기구로서 1952년의 대일 강화 조약 발효시까지 일본을 지배하였다.

선언하는 자유, 권리 및 기회는 시민의 끊임없는 경계에 의해 유지되는 것이며, 또한 시민에게 그 남용을 방지하고, 항상 공동의 이익을 위해 사용할 의무를 발생시킨다고 되어 있었으며, 원안 제29조에는 재산의 소유권은 의무를 부담한다는 규정만 있었다.

여기에서 헌법상의 국민의 의무에 관한 생각의 대립이 있었다. GHQ는 의무의 규정에 소극적이었지만, 이러한 태도와는 반대로 일본측의 개헌안에서는 명치헌법의 규정에 영향을 받아, 의무가 자주 사용되게 된다. GHQ에 의해 부인된 內閣憲法問題調査會案(乙案)에는 「일본신민은 법률이 정하는 바에 따라 조세의 의무를 진다」, 「일본신민은 법률이 정하는 바에 따라 교육을 받을 권리 및 의무를 진다」, 「일본신민은 법률이 정하는 바에 따라 근로의 권리 및 의무를 가진다」라는 세 개의 의무가 예정되어 있었지만, 일본측은 GHQ 초안의 검토의 과정에서 조금씩 의무규정을 가미하게 된다.

그 후 헌법개정초안요강에는 재산권보유자에 관한 재산을 소유하는 자는 의무를 진다라는 규정은 삭제되었지만, 제국회의 헌법초안<sup>369)</sup>에는 근로의 의무, 교육의 의무 등이 점차 추가되게 된다. 이에 대해 江橋崇 교수는 전후의 헌법학은 좌익적이었기 때문에 일할 권리는 의무라는 설명을 하고 있는 것은, 의무가 권리에 대응하는 것으로 본다면 누구에 대한 근로할 의무인지 명확하지 않으며, 근로의 의무는 취지가 불분명한 단어라고 비판하기도 한다.<sup>370)</sup>

그 외 병역의 의무와 납세의 의무의 두 가지에 대해서는 고전적인 대표적 의무로서 세계 각국에서 인정되어 온 것으로, 일본 고유의 의무라고는 할 수 없다.

우선, 구헌법 상, 병역의 의무라는 것은 군무에 복종할 의무이며, 보다 구체적으로는 병역법에 따라 내국인에게만 그 의무가 부가되어 병역기피자는 3년 이하의 징역에 처하도록 되어 있었다. 물론 일본헌법 하에서는 군비를 폐지하고 있기 때문에 병역의 의무는 존재하지 않는다. 또한 현재 다른 나라에서는

---

369) 폐전후의 일본 헌법의 경우, 새로운 헌법의 창설이 아니라, 헌법이 개정되는 형식으로 변경된 것이므로, 기존의 제국회의를 논의할 거치도록 된 것이다.

370) 江橋崇, 「日本國憲法制定の経緯における『國民の義務』」, 市民立憲フォーラム, 2005. <http://www.citizens-i.org/kenpo/paper/duty2.html> (2011年7月30日参照)

병역의 의무를 국민에 대해서 부과하는 것이 일반적이다. 그러나, 신앙, 사상 등에 근거하여 병역거부가 인정되는 방향으로 나아가고 있다는 점에도 유의해야 할 것이다.

다음으로 납세의 의무는 국가 또는 지방공공단체를 유지하기 위해서 필요한 비용으로서 조세를 지불할 의무를 말한다. 역시 각국의 헌법에서 규정되어 있는 것이며, 그것이 법률에서 정해져야 한다는 ‘대표적이 과세없다’는 격언이 나타내듯이 의회국가의 공통된 원칙이다. 교육의 의무는 구헌법에 직접 명문규정은 없었던 것으로, 1890년 10월 30일에 발표된 ‘교육에 관한 칙어’에 의해서 그 이념이 구체화되었다. 그것은 신민의 도덕과 교육의 목적을 병행하여 나타난 것으로 충효를 중심으로 그 내용이 이루어져 있다. 이는 전후 국회에서 일본헌법의 정신에 반하는 것으로 1948년 6월 19일 그 실효확인 및 배제가 결의되었다.

한편 현행의 일본헌법은 명치헌법과는 달리 병역의 의무는 없지만, 구체적으로 세 개의 의무를 국민에게 부과하고 있다. 그것은 보호할 자녀에게 보통교육을 시킬 의무, 근로의 의무, 납세의 의무 세 가지이다. 물론 명문화된 이 세 가지의 의무만이 국민의 의무라고 단정할 수 없다. 이외에도 조리상의 일반의무는 당연한 것으로서 예를 들어 사회의 질서를 지켜 복지에 기여해야 할 의무, 타인의 자유·권리를 존중할 의무 등 인간이 사회생활을 영위함에 있어서 요구되는 생활상의 의무가 국민에게 부과되어 있다. 따라서 일본헌법은 명문상의 일반적 의무(12조)와 특히 중요하다고 생각되는 세 개의 개별적 의무를 병기한 것으로 해석해야 할 것이다.<sup>371)</sup> 이하에서는 일반의무와 세 개의 개별적 의무 외에 논의되고 있는 다른 의무에 대해서도 간단히 소개하도록 한다.

## 제2절 일본헌법상 의무규정의 의미와 내용

### 1. 일본헌법상 일반적 의무와 개별적 의무

일본헌법은 크게 4가지로 분류되는 명시적 의무를 규정하고 있다.

그러나, 이에 대해서는 국민에 대한 일반적 의무와 헌법상 명시된 의무로 나

371) 齋藤康輝, 「國民の義務に關する憲法的考察」, 『朝日法學論集』 第35号、2008. 2. 8頁.

누는 분류도 할 수 있을 것이다. 즉, 헌법에 명시되어 있는가의 여부에 관계없이 국민은 일반적으로 국가의 지배에 복종해야 할 의무, 즉 적법한 국권에 무조건적으로 복종할 의무를 진다는 것이다. 이러한 의무는 국민이 국가구성원이라는 사실 그 자체로부터 본질적으로 부과되는 의무이므로, 국민의 국가에 대한 본래적 의무 또는 일반적 의무라고 부르기도 한다.<sup>372)</sup> 국가는 국민의 이러한 의무를 전제로 하여 존립하고 그 기능을 수행할 수 있는 것이다. 한편, 우리들은 국민이 국가에 대해서 권리를 가지고 있지 않은 국가의 존재는 상상할 수 있어도, 국민이 국가에 대해서 의무를 가지지 않는 국가의 존재는 생각할 수 없다는 의미에서 국민의 국가에 대한 관계를 보면, 국민과 국가와의 관계에서는 권리관계 보다도 의무관계가 보다 본질적인 관계라고 할 수 있을 것이다.<sup>373)</sup>

그러나 성문헌법의 목적의 관점에서 본다면, 그것이 근대입헌주의 헌법이든 현대복지국가헌법이든, 헌법의 목적은 국민의 인권보장이므로 국민의 권리의 보장을 벗어나서 헌법의 존재이유는 없고 따라서, 국민의 권리를 보장하지 않는 국가는 국가로서의 존재이유를 잃게 된다. 이러한 의미에서는 국민의 국가에 대한 관계에서는 권리가 본질적으로 중요하며, 의무는 오히려 권리를 보장하기 위해서 필수적 전제로서 부과된 것으로 보는 것이 옳을 것이다.<sup>374)</sup>

국민의 의무의식이 희박하다면, 국가는 국민에게 충분한 권리보장을 하는 것은 불가능할 것이다. 기본적 인권을 침해할 수 없는 영구의 권리로서 보장하고 있는 일본헌법도 기본적 인권을 공공의 복지에 반하지 않는 한도에서 보장하고 있고, 이를 공공의 복지를 위해 이용할 책임을 지는 것으로 하고 있다. 공공복지의 유지와 증진은 국민의 의무의식에 의하여 이루어지는 것이므로, 이러한 의식이 없이는 국민의 인권과 조화적인 충실성은 있을 수 없는 것이다. 이에 국민의 의무는 기본적 인권의 보장을 가능하게 하기 위한 공공 복지의 유지를 개인의 측면에서 파악한 것으로 볼 수도 있다.

---

372) 榎原猛, 日本國憲法上の國民の義務と國防の義務 : 通説への疑問 甲子園短期大學紀要 12/13, 1995.02.25, 81頁.

373) 이에 대표적인 견해는 大石義雄의 견해를 들 수 있다.

374) 榎原猛, 前掲論文, 82頁.

사실상, 권리와 의무와의 우열을 논하는 것은 년센스이지만, 일반적으로 권리는 크게 주장하고 의무는 회피하는 것이 인간의 본성적 경향이라고 생각할 때, 권리와 의무의 발전을 위해서는 헌법에서 그동안 소홀히 한 의무의 중요성에 대해 특히 반성 자각할 필요가 있을 것이다.<sup>375)</sup>

다음으로 위에서 본 일반적 의무는 추상적인 개념으로 이제부터 직접 구체적인 의무가 발생하는 것은 아니다. 개별적 구체적인 의무는 헌법 및 그 외의 법이 정하는 바에 따라 발생한다. 여기서는 헌법이 정하는 개별적 의무로서 일본헌법이 명문의 규정으로 국민에게 부과하는 의무인 ‘헌법이 보장하는 자유 및 권리에 관한 보장의무, 남용하지 않을 의무, 공공의 복지를 위해 이용할 의무’, ‘자녀에게 교육을 받게 할 의무’, ‘근로의 의무’, ‘납세의 의무’가 있다. 이들 의무는 헌법이 개정되지 않는 한 법률의 개정 등에 의해서 이를 폐지하거나 일부의 개인에게 이를 면제하는 것은 허용되지 않는다.

## II. 일본헌법 제12조상 일반적 의무규정

### 1. 일반적 의무규정의 의미

근대헌법에서 인권보장규정은 국가에 대해서 국민이 가지는 자유나 권리를 침해하거나 제한하는 것을 금지하기 위한 것이었다. 그것은 자유나 권리가 국가이전에 인간이 인간임에 따라 존재하고 있는 것이라는 사상에 근거한 것이다. 여기서 국민의 의무라고 할 때 그러한 의미의 의무, 즉 전국가적 의무이라는 것은 존재하지 않기 때문에 인권규정 중에 의무규정을 정하는 것은 근대헌법의 본질에 부합하지 않는 것이었다. 단 전통적으로 모든 국가의 헌법의 인권규정 중, 일정한 부분에 대해서는 의무규정을 두게 된다. 그 규정은 국민에게 윤리적 지시를 주거나, 법률에 의해 구체화되는 것을 예정하고 있다는 의미를 가진다는 것에 불과하며, 그 구체화된 규정 그것만으로는 법적 의미를 거의 가지고 있지 않다. 이러한 견해가 일본의 헌법상의 통설적 견해이다.<sup>376)</sup>

---

375) 榎原猛 前掲論文, 82頁.

376) 伊藤正己、憲法、408—409頁.

결국, 제12조의 해석에 관한 부분으로 법적 의미가 없다고 하더라도 좀 더 능동적으로 의무의 규정으로 해석할 여지가 없는지의 여부가 논의될 수 있다.

즉, 국민의 의무라는 경우 헌법이 명시적으로 규정하고 있는가 없는가에 관계없이 국가의 지배에 복종해야 할 의무라는 본래적인 의무가 있는 것이다.<sup>377)</sup> ‘자유와 권리를 위한 노력에 의해서 보장하는 의무’와 ‘자유와 권리를 남용하지 않고 공공의 복지를 위해 이용할 의무’ 두 개를 놓고 본다면, 국가의 지배에 복종해야 할 의무는 당연히 책임과 의무의 행사라는 면도 함께 가지는 것으로 이해할 수 있다. 확실히 제12조가 정하는 책임은 구체적인 법적 의무로 귀결하는 것은 적당하지 않다고 하더라도, 일반적인 의무로서 헌법 제12조를 적극적으로 해석할 필요는 물론 있을 수 있다. 헌법 제12조에서 말하는 보장이라는 것은 가령 권리가 침해된 경우에 국민이 그 권리를 옹호할 책임을 진다는 소극적 의미에서의 의무에 그치지 않고, 언제나 적극적으로 책임을 가지고 자유와 권리의 행사를 하여야 한다는 것을 의미하는 것일 것이다. 따라서 능동적 의무의 규정이라고 할 수 있을 것이다.<sup>378)</sup>

한편 권리와 동시에 의무를 동반하는 점에서는 바이마르 헌법 제153조 제3항의 소유권 규정(소유권은 의무를 동반한다. 그 행사는 동시에 공공의 선)을 볼 수 있다. 이 조문규정에 대해서 일본헌법에서는 반드시 명시적으로 나타나고 있다고는 할 수 없지만, 그러나, 이 공공선의 내용이 현행 헌법의 기본사상이라는 것은 부정할 수 없다. 한편, 권리를 행사한다는 것은 동시에 그 책임도 요구된다는 것이라고 본다면, 거기서 의무의 본질이 파악될 수 있다. 한편 국민의 일반적 의무에 대해서 이탈리아 헌법은 제54조에서 모든 시민은 공화국에 충성을 다하여 그 헌법 및 법률을 준수할 의무를 진다고 규정하고 있다. 일본헌법에는 이러한 규정은 없지만, 일본헌법 제12조의 의무적 측면에 주목한다면 이탈리아 헌법의 규정의 취지와 유사한 해석도 가능할 것이다. 어떠한 국가에서도 국민은 국가의 구성원으로 국민의 통제에 복종해야 할 지위에 있기 때문에, 그러한 국가의 지배가 승인되는 이유는 각자가 생활의 안전과 발전을 유지하기 위한 것이다. 즉 각자 상호간 생활의 이익을 침해하지 않도록 하기 위

---

377) 齋藤康輝, 前掲論文, 6頁.

378) 齋藤康輝, 前掲論文, 8頁.



해서는 각자가 사회의 공동생활의 질서를 혼란시키지 않도록 상호간에 존중하여야 한다. 이를 위해서는 사회의 안전을 보호하고 그 질서를 유지하는 것은 국가의 중요한 임무중의 하나이며, 국민이 국가의 이러한 규율에 복종하는 것은 국민의 국가생활에서 가장 기본적 의무로 되는 것이다. 또한 이러한 규율을 보장하는 것의 결과로서 국민은 각자에게 동등하게 그 생활의 안전과 발전이 보장되는 것이며, 사회의 공동생활을 통해서 건전한 문화적인 생활의 이익을 향수할 권리를 가지는 것이다. 여기에 더 나아가, 이에 대해 의무규정을 적극적으로 강화하는 견해도 있다. 이는 때때로 자유나 권리의 행사가 지나치게 강조되어 국민이 부담하여야 할 의무가 경시되고 있다고 보는 것이다. 따라서 헌법의 인권규정 중에 의무에 관한 규정을 미리 정해야 한다고 주장하는 것이다. 예를 들어 헌법조사회의 보고서에서는 국토방위의 의무를 규정해야 한다는 주장을 들 수 있다. 그러한 주장은 인권보장의 개념에 어울리지 않는 것일 뿐 아니라, 그러한 규정을 둔다는 것은 근대헌법의 본질이 손상될 위험이 존재하는 것이며, 특히 국토방위의 의무에 대해서는 병역의 의무가 헌법규정상에서 부정되고 있는 것을 본다면, 평화주의에 반하는 사태를 초래할 위험이 있다.<sup>379)</sup>

## 2. 자유 및 권리의 보장책임·남용금지·이용책임

일본헌법 제12조는 ‘헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리는, 국민의 부당한 노력에 의해 보유되며 지속해 나가야 한다. 또한, 국가는 이를 남용해서는 아니 되는 바, 항상 공공복지를 위해 이를 이용할 책임을 진다’고 규정하고 있다.

이 조항은 기본적 인권의 중요한 의미에 비추어 볼 때 이를 보유하는 국민의 의무를 명확히 함과 동시에 기본적 인권의 보장과 함께 이를 남용해서는 안된다는 의무와 공공의 복지를 위해 이용해야 한다는 책무가 수반된다는 것을 선언한 것이다.

이 조항이 헌법상 국민에게 보장하는 권리 및 자유라는 것은 이 규정의 위치에서 보면, 주로 기본적 인권을 의미하는 것으로 보여지지만, 여기에 한정하지 않고, 예를 들어 최고재판소 재판관의 국민심사권, 헌법개정 의 승인권 등 제

---

379) 伊藤正己、前掲書、409頁.

3장 이외에 헌법이 국민에게 인정해야 하는 권리도 포함하고 있다. 따라서 헌법 제12조는 헌법상의 자유 및 권리에 관한 모든 의무를 규정하고 있다.<sup>380)</sup>

헌법 제12조는 일본헌법의 인권관념이 18세기의 입헌주의에 기초하고 있다는 것을 나타내고 있는 것과 동시에 자유와 평등이라는 인권의 추상적인 인간상에 근거한 낙관주의에 따른 18세기적 자유사상에만 의지할 수는 없는 것이다. 이에 기본적 인권의 획득 유지를 위해 인류가 경험해온 고난과 노력의 역사에 비추어 일본국민도 부단하게 노력하여야 이를 향유할 수 있다는 것을 선언함과 동시에 또한 기본적 인권을 남용해서는 안된다는 의무와 공공의 복지를 위해 이용해야 한다는 책무를 명확하게 규정하는 것은 현대 국가에서 인권보장의 존재방식에 관한 독자적인 자각의 표시이기도 하다.<sup>381)</sup>

### 가. 자유와 권리의 보장의 의무

헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리의 의미는 이 헌법이 국민에게 보장하는 기본적 인권과 같이 해석하는 입장과 후자보다도 넓은 의미에서 해석하는 입장이 있다. 이 견해들의 차이는 기본적 인권을 파악하는 방식의 차이에 있다. 인권개념에 대해서는 당해 개념을 자연권적 문맥에서 파악하려고 하는 헌법 제3장에는 국권을 전제로 하는 권리도 다양하게 함유되어 있으므로, 이 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리인 기본적 인권이란 것은 기본적 인권을 중핵으로 하는 것으로서, 헌법이 보장하는 자유 및 권리는 인류가 다년간에 거쳐 획득한 자유를 위한 노력의 성과로서, 현재 및 장래의 국민에 대해서도 침해 할 수 없는 권리로서 맡겨진 것이다. 따라서 이는 국민의 부단한 노력에 의해서만 보유될 수 있는 것이다. 국민은 어떠한 자유와 권리가 침해되지 않도록 방지하고, 발생한 경우에는 그 결과를 수정해야 할 노력의 의무를 진다. 이러한 의무는 법상의 견지에서 나오는 것으로 보는 법적 의무라고 주장되는 경우도 있지만, 자유와 권리의 보유의무의 이름으로 공권력에 의한 자유와 권

---

380) 榎原猛, 前掲論文, 83頁.

381) 樋口陽一、佐藤幸治、中村陸男、浦部法穂『注釋日本』國憲法下卷』青林書院 昭和63年, 246-247頁.

리에 대한 제한이 정당화되고, 자유와 권리를 보호하기 위한 명목으로 공권력의 활동에 협력해야 할 각종의 의무가 부과되는 근거로 되어서는 안된다. 따라서 여기서 제12조의 헌법조항은 그 조항에 의해서 법적 효과를 발생시키는 것이 아니고, 의무라고 하더라도 오히려 도덕적 지침이라고 보는 견해가 지배적이다.<sup>382)</sup>

권리는 항상 침해될 가능성을 가지고 있다. 이것이 국가기관에 의한 침해이든, 비국가기관에 의한 침해이든 국민은 합법적 수단을 가지고 침해를 예방하고, 침해에 저항하며, 권리를 회복하기 위해 부단한 노력을 다해야하는 것이다.<sup>383)</sup>

## 나. 자유와 권리를 남용하지 않을 의무

헌법이 보장하는 자유·권리는 모든 국민이 동등하게 향유할 수 있어야 하기 때문에 자기의 자유·권리의 남용에 의해서 타자의 자유·권리를 부당하게 침해해서는 안된다는 것은 당연한 귀결이다.

국민은 헌법이 보장하는 권리와 자유를 남용해서는 안되며, 권리의 남용이라는 것은 권리가 부여된 사회적 목적을 일탈한 권리행사를 말하는 것으로 구체적으로는 각각의 권리에 대한 권리 행사의 헌법적 가치와 위 권리행사에 따라 사회 내지 타인이 받는 헌법적 가치에의 손실을 비교衡量하여 후자가 크다고 판단되는 경우에 권리의 남용이 있다<sup>384)</sup>고 일반적으로 평가하는 것이다.

그렇다면, 자유·권리를 남용하지 않을 의무에 대해 연혁적으로 본다면, 18세기 인권선언 이래 자유와 권리 보장의 주장에 내재해 있는 것으로 볼 수 있지만, 특히 이러한 남용의 금지를 명시하는 것은 현대에 있어서 권리의 성격을 나타내는 것이다. 또한 공사법을 통해서 인정되는 현대법의 원칙이라고 할 수도 있는 것이다. 권리남용의 이론에 의하면 권리의 남용이란 것은 형식상 권리의 행사로서의 외형을 갖추고 있지만, 그 권리의 본래의 사명을 일탈한 것이기 때문에 실질적으로는 권리의 행사라고는 볼 수 없고, 위법한 행위라고 정의

---

382) 樋口陽一、前掲書、247頁.

383) 榎原猛 前掲論文、82頁.

384) 榎原猛 前掲論文、83頁.

되며, 종래의 개인주의적 법률관과 달리 권리는 사회공동생활의 향상과 발달을 위해 인정되는 것이므로 권리의 행사는 사회를 위한 그러한 형태로 행사되어야 한다는 발상에 서있는 것이다.

소위 권리남용의 내용이 이와 같다면, 그 법리가 무조건적으로 헌법상의 자유 권리에도 해당한다고 하는 것은 타당한 것인가. 제12조 후단의 자유 권리를 남용하지 않을 의무도 논자에 따라서는 법적 의무로 해석되기도 하며, 혹은 자유와 권리의 종류여하에 따라서는 그러한 이해도 타당할 여지가 있지만, 기본적으로 헌법 제12조는 결국 자유와 권리보장의 의무의 경우와 같이 국민에 대해서 도덕적 지침을 제시하는 것에 그치며, 이것을 근거로 그 책임을 법적으로 강제하고 인권을 제약할 수 있는 법적인 의미를 가지는 것은 아니라고 해석되고 있다.<sup>385)</sup>

그러나, 일본의 최고재판소의 경우, 차탈레사건의 판결(最大判昭32·3·13刑集11卷3号997항)에서 ‘헌법이 보장하는 각종의 기본적 인권에 대하여 각 조문에 그 기본적 인권의 제한의 가능성을 명시하고 있는가의 여부에 관계없이, 헌법 제12조, 제13조의 규정에 의해 권리의 남용이 금지되어 있고, 공공의 복지의 제한의 원리에서 본다면 절대적으로 무제한적인 것 아니라고’ 밝히고<sup>386)</sup> 있으므로, 이는 결국 법적인 의미를 가지는 것으로 보고 있으므로, 판례와는 기본적 견해와는 실제로 차이가 있다.

#### 다. 자유와 권리를 공공의 복지를 위해 이용할 의무

헌법 제12조상의 자유와 권리를 공공의 복지를 위해서 이용할 의무는 국민은 자유와 권리를 남용해서는 안된다는 것에 머물지 않고, 나아가 항상 공공의 복지를 위해 이를 이용할 책무를 진다는 것이다. 이점에서 일반적으로 자유 권리를 남용해서는 안된다는 소극적 의미뿐만 아니라, 공공의 복지를 위하여 이용해야 한다는 적극적 의무를 분명히 하는 취지의 조항인 것이다. 따라서 이 적극적 의무의 면에서 제12조가 국가협동체적 사상의 표현이라는 의미가 가장

---

385) 樋口陽一、前掲書、250-251頁.

386) 樋口陽一、前掲書、251頁.

명백하게 나타나고 있다고 볼 수 있다. 그러나, 항상 공공의 복지를 위해서 이를 이용할 책임이라는 것은 이중의 의미에 있어서는 애매하고 막연한 것이다. 즉, 공공의 복지라는 개념 그 자체가 불확정 개념이라는 의미에서 또는 공공의 복지를 위해 이를 이용할 책임이라는 것이 폭 넓은 의미로 사용될 수 있는 단어라는 의미에서 더욱 그렇다. 따라서 이러한 책임이 법상 모든 자유 권리에 수반하는 것이라고 한다면, 자유 권리의 체계는 의무의 체계로 변화될 우려가 있는 것이다. 이점에서 어떠한 의무가 있다고 하여 그 의무와 기본적 인권이 항상 같이 나아가는 것은 아니다. 예를 들어 선거권의 경우 선거권자는 선거를 반드시 해야 하며, 선거를 하지 않을 수 없다는 취지는 아니다. 또한 사상과 양심의 자유, 표현의 자유, 혹은 결사의 자유에 대해서는 이러한 자유가 공공의 복지를 위해 적극적으로 이용해야하는 것으로 보고, 게다가 그것이 법상 강제 되게 된다면, 근대 인권선언에서부터 내려온 자유의 관념은 본질적으로 왜곡되게 되는 현상도 발생할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 점을 고려하여 제12조가 적극적 의무를 정한 것이라고 해석될 여지가 있다고 하더라도, 일반적으로 모든 의무는 할 것인지 말 것인지의 개인의 심적 상태를 명백히 하는 것이거나, 윤리적 지침으로 해석하여야 할 것이다. 일본헌법에 의한 자유·권리의 보장이 근대입헌주의의 계보에 서있는 것이라면, 자유의 관점에서 그렇게 해석되어야 할 것이다.

결국 이 문제는 헌법 제12조의 의무는 단순한 도덕적 의무인가의 여부이며, 통설은 앞에서 본 바와 같이 단순한 도덕적 책임을 선언한 것으로 해석하고 법적 성격을 부정하는 것이다. 그러나 헌법 명문에서 국민의 행위에 대해 일정한 지침을 지시하고 있음에도 이를 통설이 말하는 바와 같이, 단순하게 도덕적 윤리적 지침으로 해석하고 법적 의미는 없다고 단정해도 좋은 것인가에 대해, 확실히 헌법 제12조의 규정에 위반하고 있다고 판단될 수 있는 국가구성원의 행위에 대해 제12조를 바로 직접 적용하여 법적 강제를 가하는 것은 일견 불가능하게 보이나, 제12조의 위반의 국가구성원의 행위에 헌법규정을 직접 적용하고 법적 강제를 가할 수 있고, 법적 강제를 할 수 밖에 없는 경우가 발생할 수 있으므로, 해석상으로 해석의 지침으로라도 그 가능성을 찾아보자는 취지의 반대의견도 있다.

게다가, 일본의 최고재판소는 기본적 인권에 대해 국민은 이를 남용해서는 안되는 것으로 항상 공공의 복지를 위해 이를 이용할 책임을 지는 것은 헌법 제12조에서 나오는 것으로 밝히고 있다. 또한 제13조는 기본적 인권은 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 그 외의 국정상 최대한 존중을 받아야 한다는 취지의 규정이므로, 이들 헌법의 규정은 결코 교훈적 규정은 아니라는 것이다.<sup>387)</sup>

### III. 납세의 의무

헌법은 국민은 법률이 정하는 바에 따라 납세의 의무를 지도록 규정하고 있다. 정치공동체는 이를 운영하기 위해서 재정적 조달을 필요로 하며, 헌법 제30조는 법률이 정하는 바에 따라 국민이 납세의 의무를 지는 것을 규정하고 있다.

조세가 국가 또는 공공단체의 재정의 유지에 불가결한 것인 이상, 국민이 그 자력에 따라 납세의 의무를 부담하는 것은 당연하다. 여기서 납세라는 것은 국민이 국가 또는 지방공공단체에 조세를 납부하는 것이며, 조세는 국가 또는 지방공공단체가 그 경비에 충당하기 위해 일반적 또는 강제적으로 국민으로 징수하는 금전이다.

여기서 국가가 국민에 조세를 부과하는 것은 제30조 외, 헌법 제84조의 규정에 따라 반드시 법률에 따라야 한다(조세법률주의의 원칙). 또한 납세의 의무는 그 성질상, 헌법 제29조에서 재산권의 무조건적인 보장에 대한 예외라고 할 수 있다.

조세를 납부하는 의무는 학문상은 조세채무라고 한다. 실정법상은 납세의무자의 조세납부의무 외, 원천징수의무자 특별징수의무자 등이 조세를 징수하여 국가나 지방공공단체에 납부할 의무도 포함하는 의미로서 납세의무라는 단어를 사용하고 있다. 이것은 조세납부라는 점에서 양자가 공통의 성질을 가지기 때문에 각종의 법률관계에 관해 공통의 규율을 하기 때문에 편의에 의한 것이다. 한편 납세의무는 각 세법이 정하는 과세요건의 충족에 의해 성립한다.<sup>388)</sup>

납세의 의무는 1789년 프랑스인권선언 제13조에서 ‘무력을 유지하고 행정의

---

387) 樋口陽一、前掲書、293頁.

388) 齋藤康輝、前掲論文、16頁.

경비에 충당하기 위해 공동의 조세는 불가결한 것이다. 그것은 모든 시민들 간에 그 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다' 고 규정한 바와 같이 평등하고 공정한 과세의 원칙과 연결되어 온 것으로 납세의 의무는 역사적으로 조세법률주의의 원칙의 성립과 같이 하고 있다.

조세법률주의는 헌법 제84조에도 규정되어 있지만, 헌법 제84조가 재정에 관한 국회의 권한이라는 면에서 규정하고 있음에 대하여 제30조는 납세의무의 면에서 조세법률주의를 규정한 것이므로 조세법률주의에 대해서는 헌법 제84조에 따라 그 내용을 확인할 수 있다.

납세의무의 주체는 납세의 의무를 지는 자는 국민이며, 국민이라는 것은 개인 및 법인이 포함되며 나아가 법인이 아니지만 법인으로서 실체를 가지는 인격을 없는 사단 재단도 포함된다. 현행세법은 통례, 인격없는 사단, 재단을 법인으로 간주하여 세법의 규정을 적용하고 있다. 외국인도 일본국내에 거주하고 과세의 목적인 목적물을 소유하고 행위를 하는 경우에는 납세의 의무를 지는 것이 원칙이다. 국민의 범위에 대해서 판례는 국민의 납세의무를 선언적인 의미로 정한 것에 지나지 않고, 납세의무자의 범위를 국민 또는 법인에게 한정하는 취지를 가지는 것은 아니다. 납세의 의무는 국민뿐만 아니라 외국인이나 법인은 물론 법인격없는 사단이라고 하더라도 헌법 제84조에 근거한 법률을 가지면 부담시킬 수 있는 것이라고 판시하여 국민 또는 법인에게 한정함이 없이 외국인이나 인격없는 사단도 포함하고 있다.<sup>389)</sup>

단 국제법이나 조약에 근거하여 다른 규정이 있을 수 있으며 예를 들어 일미안전보장 조약에 근거하여 일본에 체재하는 미국군대, 동 구성원 및 군속과 그들 가족은 일본의 조세에 대해서 광범위한 특권이 인정되고 있다.<sup>390)</sup>

이 조항은 패전 후 새로운 헌법을 제정할 때, 중의원의 심의 중에 기본적인 의무의 법제로서 규정된 것으로, 납세의 의무는 국가를 구성하는 국민의 당연한 의무이며, 헌법의 명문규정에 의해서 처음으로 발생하는 것은 아니라고 해석된다. 이 의무의 주체는 국민이지만 개인 외 법인도 포함되며, 외국인은 물론 일본에 거주하고 과세목적적인 물건을 소유하고 행위를 하는 경우에는 의무를 지

---

389) 樋口陽一、前掲書、696頁。참조, 東京地裁昭和42年4月11日判決

390) 樋口陽一、前掲書、696頁。

는 것은 당연하며, 왕이나 왕족도 예외는 아니지만, 소득세법상에서는 황족비·내정비에 대해 비과세로 되는 등 법률상 일정한 예외가 인정된다. 의무의 내용이나 이행방법 등에 대해서는 헌법 제84조의 조세법률주의의 취지에 따라서 이루어진다.

#### IV. 근로의 의무

역사적으로 보아 헌법제정에 있어 노동권을 헌법상 규정할 것인가가 최초로 문제가 되어 논의 된 것은 프랑스의 1848년 헌법이지만, 최종적으로는 노동권의 표현이 여기서는 삭제되었다. 20세기가 되면서부터 1919년의 바이마르 헌법은 모든 독일인민에게 그 경제적 노동에 의해 그 생활자료를 얻을 기회를 부여할 것을 필요로 한다(바이마르 헌법163조 제1항)고 규정하여 노동권을 보장하고 있지만, 이 규정은 모든 국민에게 반드시 노동의 기회를 보장하는 것은 아니고, 오히려 불가능한 것을 예정하고 있어 생활비의 지급을 명문규정화한 것이며, 또한 일반적으로 프로그램규정이라고 해석되어 왔다. 이 바이마르헌법의 노동권론이 일본의 논의에 크게 영향을 주었다. 제2차 대전 후의 헌법에서는 1946년 프랑스헌법 전문 제5항, 1947년 이탈리아 헌법 제41조 제1항 등이 노동권을 규정하고 있다. 다른 한편으로 노동의 의사와 능력을 가지는 자가 노동기회의 확보를 요구하는 권리인 소위 완전한 노동권의 실현을 목표로 사회주의 헌법의 노동권은 우선 1936년의 소비에트 헌법에서 ‘소련연방의 시민은 노동의 권리, 즉 노동의 양과 질에 따라 지불이 보장되는 일을 받을 권리를 가진다. 근로의 권리는 국민경제의 사회주의 조직, 소비에트 사회의 생산력이 느슨해지는 것 없는 증대, 경제공항의 가능성의 배제 및 실업의 해속에 의해 보장된다’고 규정하고 있다. 1977년 소비에트 헌법에서는 노동권의 내용에서 직업, 직종 및 일을 선택할 권리가 노동권에 포함된다는 것을 분명히 하고 있다. 그 외, 사회주의 헌법의 노동권은 1986년 동독 헌법 제24조, 1949년의 헝가리 헌법 제14조, 1952년 폴란드헌법 제68조, 1974년 유고헌법 제159조, 1982년 중국헌법 제42조 등에서 규정되었다.

일본헌법상 근로의 권리의 제정의 과정을 보면, 총사령부의 시안에는 ‘모든



성인은 생산적인 근로에 의한 생계를 세울 권리를 가진다. 그 인간에게 적절한 직업을 찾지 못할 때에는 그 생계의 유지에 빠질 수 없는 급부가 이루어져야 한다'라는 규정이 있었지만, 맥아더 초안에서는 전단 부분이 모든 사람은 근로의 권리를 가진다는 문언으로 바뀌고, 후단은 삭제되어서, 일본정부의 3월의 검토에서 아동의 착취의 금지를 정한 규정과 노동조건 등의 적절한 분배에 대해 정하는 규정이 이 가운데로 이동하여 각각 하나의 항으로 되고 동시에 근로의 권리를 가지는 것이 인간에서 국민으로 바뀌는 등의 수정이 이루어지게 되었다. 또한 중의원의 심의에서 제1항에 근로의 의무가 부가되고, 제2항에 법정되어야 하는 근로조건으로서 '휴식'이 규정되게 된 것이다.<sup>391)</sup>

결국, 근로의 의무 규정은 정부원안에서는 없었고, 중의원에서의 수정으로 추가된 것이다. 이 수정을 주장한 사회당의 의원으로 부터는 규정의 취지로서 '일하지 않는 자는 먹을 수 없다는 원칙' 혹은 '국민전체근로(國民皆勞)의 원칙'이 주장되었지만, 정부 측은 근로의 의무에 특별한 의미를 인정하지는 않았던 것이다.<sup>392)</sup>

현행 일본 헌법 제27조 제1항은 근로의 권리와 함께 근로의 의무를 규정하고 있다.

근로의 의무의 의의 및 법적 성격에 대해서는 학설은 재산권을 보장하고(제29조), 직업선택의 자유를 정하고 있는(제22조) 헌법 하에서 사회주의 국가의 노동의 의무와는 다른다는 점에 대해서는 공통되지만, 그 이해에 대해서는 두 개의 견해로 나뉘어져 있다.

첫 번째의 견해는 사유재산제를 기조로 하는 자본주의 체제에서 근로의 의무를 국민의 구체적인 의무로서 법정화 할 수 없다는 것은 당연한 것이며, 근로의 의무는 '국민은 일반적으로 근로해야 하는 것', '근로의 의사가 없는 자에게는 생존권 보장의 필요가 없다'는 사상을 실현한 도덕적인 의미의 규정으로서 근로의 권리를 선언하고 있는 이상, 당연히 그 안에 내포하고 있다고 해석하는 입장이다.<sup>393)</sup> 이것은 국민이 근로의 의무를 지게 됨에 따라 국민이 스스

391) 樋口陽一、前掲書、620頁.

392) 樋口陽一、前掲書、628頁.

393) 일본의 경우 직업선택의 자유 속에 직업을 수행할 자유, 즉 영업의 자유를

로 근로에 의해 생활하지 않으면 안된다는 것을 의미한다. 당연한 것이므로 제 27조에서 근로의 의무는 국가가 강제적으로 국민을 근로에 종사 시킬 수 있는 취지를 정한 것은 아니다. 즉, 명치헌법에서 전시 중에 이루어진 징용제와 같은 근로의 강제는 허용되지 않는다는 것이다.

한편 일본헌법은 사유재산제의 원칙을 인정하고 있고, 재산소득에 따라 생활하는 것을 배제하는 것도 아니고, 경제활동의 자유, 직업선택의 자유를 인정하고 있다. 그러나, 근로의 능력이 있는 국민이 재산이 있기 때문에 단순히 일하지 않고 무위도식하지 않고, 많고 적건 사회에 유용한 노동에 종사해야 하는 것이므로, 정신적 도덕적 의무가 여기서 선언되고 있다고 해석해야 한다는 것이다.<sup>394)</sup>

두 번째의 견해는 근로의 의무의 규정을 단순히 정신적 도덕적 규정으로 보는 것이 아니라 생존권이나 노동권의 보장과의 관계에서 근로의 의무를 하지 않는 자 즉, 근로의 능력이 있고 그 기회가 있음에도 불구하고, 근로하려고 하지 않는 자에 대해서는 생존권이나 노동권의 보장이 미치지 않는다고 보는 면에서 근로의 의무에 법적 의미를 인정하는 입장이다.

이 의무는 노동능력 있는 자는 자기의 근로에 의해 생활을 유지할 수 있다는 것이며, 국가가 노동을 강조하는 것을 정당화하는 것이 아니다. 그러나 근로의무를 강조하는 사회주의 헌법과는 달리 자본주의 하에서의 근로의무규정이 완전히 법적인 의미를 가지지 않는 것도 아니다. 단 여기서 근로의 의무가 원래 가지고 있는 사회주의적 성격에도 주의할 필요가 있다.

따라서 이 규정에 의해서 근로자의 능력이 있음에도 불구하고 근로할 의무

---

포함한다는 것이 통설적 견해이다. 그런데 이러한 통설적 견해에 대해서 영업의 자유의 헌법상의 인권으로서의 성격을 부정하는 생각이 경제사학자로부터 나와 법학자와의 사이에 활발한 영업의 자유논쟁이 전개되었다. 이 생각에 따르면, 영업의 자유는 역사적으로는 사적 독점이나 동업조합적 영업제한의 배제를 의미하는 제도적인 요청을 내용으로 하며 인권으로서가 아니라 公序로서 추구된 것이라는 주장이다. 이 논쟁을 계기로 일본 헌법학에서 영업의 자유의 의미와 그 헌법상의 위치에 관해서 검토가 이루어져, 오늘날에는 영업의 자유는 헌법 제23조의 직업선택의 자유 뿐만 아니라 헌법 제29조의 재산권의 보장에도 근거를 가진 경제적 자유로 해석하는 견해가 유력하게 된 것이다.

394) 齋藤康輝, 前掲論文, 15頁.

이 없는 자에 대해서는 헌법 제25조에 근거하여 생존권의 보장이 미치지 않게 된다. 예를 들어 고용보험법 제32조 제1항은 수급자격자가 공공직업안정소가 소개하는 직업에 취업하거나 또는 공공직업안정소장이 지시한 공공직업훈련 등을 받을 것을 거부한 때에는 그 거부한 날로부터 기산하여 일개월간은 기본수당을 지급하지 않는다는 취지를 정하고 있고, 생활보호법 제60조도 피보험자는 항상 능력에 따라 근로에 종사하고 지출의 절약을 도모하고 그 외 생활의 유지, 향상에 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 경범죄 제1조는 생계의 여지가 없고 일할 능력이 있으면서 직업에 종사할 의사를 가지지 않고, 또한 일정한 생활을 가지지 않는 자로서 여기저기 방황하는 자는 이를 구류 또는 과료에 처한다고 규정하고 있다. 따라서 국가는 근로의 의무를 하지 않는 자에 대해서는 근로의 권리를 보장할 의무가 없는 것으로 해석하는 것이다.

즉, 근로의 의무에 대해서 종래는 이것을 정신적 윤리적인 규정으로 해석하는 견해가 있었지만, 근래는 생존권이나 노동권보장과의 관계에서 법적 의미를 인정하고 있다. 즉, 노동능력, 기회가 있음에도 불구하고 근로를 하지 않는 자에 대해서 일정한 불이익이 부과되는 것은 정당하며, 실제로도 생활보호법이나 고용보험상에서는 급부제한 등에 의해서 이를 구체화하고 있으며, 이것은 생존권이나 근로의 권리가 일정한 범위에서 법적 효력을 가지는 것과 대응하여 근로의 의무에 이러한 범위에서 법적 효력을 인정하는 견해가 오늘날 일본의 다수설이다.<sup>395)</sup>

## V. 교육을 받게 할 의무

헌법 제26조 제2항 전단은 제1항의 교육을 받을 권리에 대응하여 이것을 현실화하기 위해 국민에 대해서 자녀에게 보통교육을 받게 할 의무(취학의무)를 부과하고 있다. 그 구체적인 내용은 교육기본법이나 학교교육법에서 밝히고 있고, 9년간의 취학의무와 그 의무위반에 대해서 제재규정을 두고 있다. 이 조항의 의무규정이 단순한 윤리규정이 아니고 법적 의미를 가지는 것은 학교에 취학할 아동생도를 일정한 학교에 취학시키지 않은 보호자에게 제재가 부과되

---

395) 樋口陽一、前掲書、629頁.

는 점에서 나타나고 있다. 이 의무는 의무교육무상, 교육을 받을 권리, 교육의 자유와 일체를 이루는 것으로 볼 수 있다<sup>396)</sup>.

구체적으로 일본헌법은 제26조 제2항에서 모근 국민은 법률이 정하는 바에 따라 그 보호하는 자녀에게 보통교육을 받게 할 의무를 진다고 규정하고 있으며, 여기서 보통교육이란 국민 혹은 사회인으로서 일반 공통에 필요한 지식 교육을 주는 교육을 말한다.

구헌법(명치헌법)에서 교육의 의무, 즉 의무교육제는 존재하지 않았지만, 단지 칙령에 의해 규정되었다. 그것이 현행 헌법학에서는 교육의 중요성에 따라 헌법상의 의무로서 규정되고 있다. 교육을 받는다는 것은 국민의 권리지만, 동시에 보호자의 입장에서는 자신의 자녀에게 보통교육을 받게 할 의무를 발생시키는 것이 된다.

따라서 민법 제820조에서 친권을 행사하는 자는 자녀의 감호 및 교육을 할 권리를 가지면, 의무를 진다고 규정하고 있으며, 친권자의 교육의 의무를 명확하게 하고 있다. 또한 현행 교육기본법 제5조는 국민은 그 보호하는 자녀에게 다른 법률이 정하는 바에 따라 보통교육을 받게 할 의무와 함께 의무교육으로서 이루어지는 보통교육은 각 개인이 가지는 능력을 신장하면서 사회에서 자립적으로 살아가는 기초를 배양하고 또한 국가 및 사회의 형성자로서 필요로 하는 기본적 자질을 키우는 것을 목적으로 이루어지도록 규정하고 있다. 또한 국가 및 지방공공단체는 의무교육의 기회를 보장하고, 그 수준을 확보하기 위해, 적절한 역할분담 및 상호협력 아래에서 그 실시에 책임을 지도록 하고 있으며, 국가 또는 지방공공단체가 설치하는 학교에서 의무교육에 대해서는 수업료를 징수하지 않는다고 규정하고 있다.

한편, 이 의무교육의 무상제라는 것은 판례에 따르면 수업료 불징수의 의미라고 해석하고 있다. 즉, 헌법 제26조는 모든 국민에 대해서 교육을 받을 기회 균등의 권리를 보장함과 동시에 자녀의 보호자에 대해서 자녀에게 최소한도의 보통교육을 받게 할 의무교육의 제도와 의무교육의 무상제도를 규정하고 있다. 그러나, 보통교육의 의무제라는 것이 필연적으로 이를 위해 자녀취학에 필요한 일정의 비용을 무상으로 하여야 한다고 속단하는 것은 허용되지 않는다. 단,

---

396) 辻村みよ子, 『憲法』, 日本評論社, 365頁.

헌법이 이렇게 보호자에게 자녀를 취학시켜야 하는 의무를 부과하는 것은 단순히 보통교육이 민주국가의 존립, 번영을 위해 필요하다는 국가적 요청 만에 의해서 이루어지는 것이 아니라, 그것이 또한 자녀의 인격의 완성에 필요 불가결한 것이기 때문이므로 부모가 본래 가지고 있는 자녀 교육을 시켜야 하는 책무를 완성시킨다는 취지에서 나오는 것이므로 의무교육에 필요로 하는 일정한 비용은 당연히 국가가 이를 부담하여야 한다고 할 수 없다고 판시하고 있다(最判昭39·2·26民集18·2·343).

헌법적으로 헌법 제26조 제2항의 의무교육의 무상의 의의에 대해서는 국가가 의무교육을 제공하는 것에 대해 유상으로 하지 않은 것은 환안하면, 자녀의 보호자에 대해서 그 자녀에게 보통교육을 받게 함에 있어 그 대가를 징수하지 않는 것을 정한 것이며, 교육제공에 대한 대가라는 것은 수업료를 의미하는 것이라고 인정되므로, 무상이라는 것은 수업료 불징수의 의미로 해석하는 것이 상당하다. 또한 종래 일반적으로 국가 또는 공공단체가 설치한 학교에서 의무교육에는 무료로 하여 온 연혁에도 합치하는 것이다. 또한 교육기본법 제4조 2항 및 학교교육법 제6항 단서에서 의무교육에 대해서는 수업료를 이를 징수하지 않는 취지를 규정하고 있는 바, 이것도 위 헌법의 취지를 확인한 것이라고 해석할 수 있다. 이에 헌법의 의무교육은 무상으로 한다는 규정은 수업료 외에 교과서, 학용품 그외 교육에 필요한 일정한 비용까지 무상으로 한다고 정한 것이라고는 해석할 수 없다는 것이 일반적이다.

결국, 최고재판소는 헌법은 모든 국민에 대해서 그 보호하는 자녀를 위해 보통교육을 받게 하는 것을 의무로서 강조하고 있기 때문에 국가가 보호자의 교과서 등의 비용의 부담에 대해서도 이를 간접적으로 경감하도록 배려, 노력을 하는 것이 바람직하므로, 국가의 재정 등의 사정을 고려하여 입법정책의 문제로서 해결해야하는 사항으로 헌법의 해석을 하고 있다.

그러나, 이 판례에 대해서는 의무교육에서 교과서, 학용품을 무상으로 할 뿐만 아니라, 학교측이 주체가 되어 그 외 교육에 필요한 일정한 비용을 징수하는 것에 대해 헌법상 문제가 있다는 지적이 이루어지고 있다. 즉, 현행의 무상제도를 관철하는 것이 헌법의 취지에 따르는 것이며, 민주주의를 철저히 하고 발전시키기 위해서도 필요하다고 주장도 이루어지고 있는 것이다.

이렇게 헌법이 부모가 자녀에 대해서 교육을 받게 할 의무가 있으나, 교육의 의무에 대해서 헌법은 구체적, 적극적으로 규정한 것이라는 느낌보다는 상당히 가정이거나 교육의 면에 소극적인 면이 있다. 이는 “세상이 복잡하면 할수록, 그를 위해 지적 수준이 필요하게 될 것이며, 사람에게서는 자신의 주위를 보는 것(즉, 사회공공의 가운데의 개인이라는 인식)이 바람직하다. 그렇다면, 사회생활, 국가생활의 질서의 존속이 무엇보다 전제로 될 것이며, 국가 사회의 존속이라는 의도가 교육에서 기초적인 사항이 될 것이다. 그것은 극히 자연적인 것이다. 따라서 부모가 자녀에 대해서 가지는 양육 훈육의 권리를 국가와 사회가 가지는 것이라는 측면이 중요하게 된 것이다. 교육에서 부모의 권리의 대행이라는 것이 여기서의 요점일 것이다. 이렇게 국가의 교육권이 성립하면서 따라서 보호자는 그 자녀에게 보통교육을 받게 하는 것이 의무로 되어진 것<sup>397)</sup>이라고 볼수도 있게 된 것이다.

의무의 문제에서는 그 외 다양한 형태의 문제가 발생할 수 있다.

의무의 이행이 부모의 가정교육의 자유(개인교수의 자유를 포함하여)와 사립학교선택의 자유, 한편 학교 내의 교육내용 선택의 자유를 제약하지 않도록 교육의 구체적 장면에서 배려가 필요할 것이다.<sup>398)</sup> 일본 최고재판소는 학력테스트 사건에서 부모의 교육의 자유는 주로 가정교육 등 학교이외에 있어서의 교육이나 학교선택의 자유로 나타난다고 보고, 부모의 교육의 자유로서 가정교육의 자유나 학교선택의 자유를 인정하고 있다. 우선, 학교선택의 자유와 취학의무와의 관계에서는 市町村의 교육위원회가 당해 市町村이 설치한 초중등학교를 취학해야하는 학교로 지정하지만, 사립학교에 취학시키는 것으로 취학의무를 다하고 있다고 할 수 있고, 또한 지리적 이유, 교통사정, 자녀의 신체적 이유, 가정의 사정 등으로 어쩔 수 없는 경우에는 다른 지역의 취학도 인정된다. 따라서 의무교육에 있어서도 사립학교선택의 자유는 인정되고 있다.

또한 학교 내에서 교육내용 선택의 자유에 대해서는 학교의식에서 일본국가(기미가요)를 제창하는 것에 대해서 사상 및 양심의 자유에 근거하여 부모와 자녀의 거부권, 불참가권, 생도자율의 두발규제에 대한 인신의 자유나 사생활의

397) 齋藤康輝, 前掲論文, 9頁.

398) 辻村みよ子, 『憲法』, 日本評論社, 365頁.

자유의 침해를 이유로 하는 거부권, 학교교육활동으로서 실시되고 있는 학교급식에 대한 아이들의 건강권보장의 견지에서 급식사퇴권 등이 문제로 되고 있지만, 학교교육내용이 교육전문적으로 아이들의 학습권보장에 있어 필요하며 사상 및 양심의 자유를 훼손하지 않는 한, 개인이 사상 및 양심과 그 형성에 관한 사항에 대해서는 불참가의 자유가 보장되어야 한다고 해석되고 있다.

또한 취학의무와 가정교육의 자유와의 관계에서는 부모가 가정교육이나 개인 교습에 의해 자녀에 대한 의무교육을 하는 것이 인정되는가가 문제가 된다. 사교육의 자유의 전통이 강한 구미제국에서는 일정한 가정의무교육의 여지를 법상 인정하는 경우가 많지만, 일본의 학교교육법은 취학의무의 내용을 일정한 학교에 취학시키는 의무로 하고 있다. 일본의 통설적인 견해에 따르면 일정한 학교에 통학시키지 않고 가정교사와 그 외의 방법으로 교육하는 것을 인정하는 것에 대해서는 헌법상 여전히 국민이 평등하게 교육을 받을 권리를 가지고 있어서 의무교육은 그 실현의 수단이라는 관념에서 부정적으로 평가되고 있다.<sup>399)</sup>

## VI. 국민의 헌법존중옹호의무

일본헌법 제99조는 천황 또는 섭정 및 국무대신, 국회의원, 재판관 그 외의 공무원은 이 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 진다고 규정하고 있다.

헌법은 국가의 최고법규이며, 각각의 모든 법률이나 규칙, 조직은 헌법을 정점으로 하여 규정되어 있다. 일본헌법 제99조가 이 헌법은 국가의 최고법규로서 그 조항에 반하는 법률, 명령, 詔勅 및 국무에 관한 그 외의 행위의 전부 또는 일부는 그 효력을 가지지 않는다고 규정하고 있는 것도 이 원칙(헌법의 최고법규정)의 확인이다. 결국, 정치에 관여하는 사람들은 헌법을 지키고, 또한 헌법위반행위를 예방하고, 여기에 저항할 의무를 부과한 것이다. 공무원 등은 주권자인 국민의 신탁에 의해서 또한 국가의 최고법규인 헌법에 근거하여 공무를 수행하여야 하므로, 헌법을 옹호하여야 하는 것은 당연한 것이다.

따라서 공무원에게는 국가공무원법상 헌법을 폭력으로 파괴하려고 하는 정당이나 그 외의 단체의 가입자는 취임할 수 없다는 소위 결격조항이 있고, 공

---

399) 辻村みよ子, 前掲書6, 08-609頁

무원은 법과 정령, 조례에서 헌법옹호의 선서가 필요하다. 또한 일본헌법 제99조는 직접 헌법을 운용하는 입장에 있는 공무원이 헌법을 존중하고 옹호하는 취지를 정하고 있지만, 이 조문의 해석으로서 일반국민도 반드시 헌법을 존중하고 옹호해야하는지에 대해서 즉, 국민의 의무인가라는 점에서 문제가 된다.

유추해석을 하여, 이 조항은 공무원에 대해서 부과된 의무라는 것에 머물지 않고, 국민의 의무라고 해석하는 견해도 있다.<sup>400)</sup> 그렇다고 한다면 헌법존중옹호의무는 국민의 구체적인 의무의 하나로 고찰할 필요가 있게 된다.<sup>401)</sup> 또한 헌법존중옹호의 의무는 당연히 국민도 포함하여 규정하여야 함에도 불구하고, 제99조가 국민을 들고 있지 않은 점에서는 헌법전문에서 밝히고 있는 바와 같이, 일본국민이 이 헌법을 확정한 것이며, 또한 일본국민은 이 헌법의 이상과 목적을 위하여 전력을 다하여 달성할 것을 선서하였으므로 국민은 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 지지 않는다는 취지를 포함하는 것은 아니고, 국민은 헌법을 존중옹호할 의무를 당연한 전제로 하고 있다고 보는 견해도 있다.<sup>402)</sup> 또한 이에 대해서 헌법존중옹호의무를 헌법보장의 문맥에서 이해하기도 하는 견해도 있다. 즉, 헌법을 존중 옹호하기 위해서는 헌법위반에 대한 제재가 필요하며, 독일이나 미국에는 대통령의 헌법옹호의 선서의무나 고의로 헌법위반을 한 경우의 제재를 규정도 하고 있다. 일본헌법에는 헌법보장의 수단에 대해서는 위헌심사의 방법과 공무원의 헌법존중옹호의무를 정하는 외는 제재의 규정은 없다. 주권자인 헌법제정권자와 헌법개정권자가 같은 국민인 경우 헌법을 옹호하는 것에 대해서도 의무라고 명기하고 있지 않고, 이에 반하는 행위에 대한 형벌 등의 제재도 규정되어 있지 않다. 이는 헌법존중옹호의무는 국민의 의무와는 다른 헌법의 최고규범성과 헌법보장과의 관련에서 논의해야한다는 것을 주장하는 것이다.<sup>403)</sup>

판례는 百里基地소송 제1심에서 본조는 국정운영의 중심에 있는 공무원에 대해서 헌법준수 옹호의무를 명시하고 있지만, 그것은 도의적인 요청이며 공무

400) 名雪健二, 憲法, 南窓社, 2005/03, 201頁.

401) 齋藤康輝 「國民の義務に關する憲法的考察」, 『朝日法學論集』 第35号、27頁.

402) 高原堅治、國民の憲法上の義務、憲法の講座 2 294頁, 1969年.

403) 辻村みよ子, 前掲書, 572-573頁.



원이 행한 개별적 구체적인 사법상의 행위의 효력을 규제하는 것은 아니라고 판시했다(水戶地裁昭52.2.17判時842·22).

또한 학력테스트사건에서는 헌법을 옹호할 의무가 헌법위반의 행위에 대해서 저항하고 헌법의 실효를 확고하기 위해 노력하는 것을 의미하는 것이라고 하더라도, 그 저항 내지 노력은 어떠한 수단방법도 인정하는 취지는 아니다(福岡地小倉地判昭39/3/16下刑集6-3·4-241)고 보고 있다.

한편 지방자치가 발간한 도서의 가운데 일본헌법의 조문에 반하는 우려가 있는 기술이 발견되어 헌법존중옹호의무와의 관계가 문제로 된 사례에서 高松高等재판소는 T시가 저술을 수록한 전집의 일부에 군국주의, 전제주의, 침략주의의 미화 및 국민의 戰意를 고양시키는 입장에서의 작품이 있어도, 이 작품은 K전집을 간행하는 목적에서 수록된 것으로, 그 작품의 내용을 지지하고 추천하기 위해 게재된 것이 아니라는 것은 전집의 간행목적 및 이미 판시한 바대로 명백하다. 따라서 제99조, 19조, 20조 및 전문에 위반하는 것은 아니라고 판시하고 있다(高松高判平11·11·30判タ1058·163).

## Ⅷ. 국방의 의무 내지 국방에 협력할 의무

### 1. 국방의 의무에 대한 논의의 전개

국가가 외국으로 부터 침해될 때 내지 국가가 타국으로부터 침해될 가능성에 대비하여 국민은 현행헌법상 국가에 대하여 국가를 방위할 의무 내지 국가의 방위에 협력할 의무를 지는 것인가라는 이 문제에 관해 일본헌법학계는 종래로부터 침묵으로 유지하고 있다.

역사적으로는 정치공동체의 구성원의 의무에는 정치공동체를 지킬 의무가 포함되어 있으며, 모든 외국의 헌법에서는 병역의 의무 등이 규정되어 있다. 또한 전쟁 중에는 징병제가 인정되며, 강제적으로 전쟁에 보내는 것도 있다. 일본헌법 제9조에서는 평화주의를 규정하여 군대를 부정하고 있고, 병역의무에 관한 근거를 두고 있지 않다. 따라서 징병제를 두는 것은 제9조에 반하며 또한 그 의사에 반하는 고역을 금지하는 18조에도 반한다고 보는 견해가 유력하다. 단, 침략된 경우의 실력의 행사나 자위를 위한 최소한의 실력행사가 헌법상 가

능하다면, 공화주의 패러다임이라면 정치공동체를 지키는 어떠한 정치적 도덕적 의무를 생각할 수 도 있을 것<sup>404</sup>)이라고 완화된 견해를 보이기도 한다.

최근에 외교안보에 있어 타국(한국, 중국, 북한)과의 문제가 제기되고, 헌법 개정에 대한 논의 속에서 국가의 독립 존속의 문제는 헌법학에 있어서는 최대의 관심사가 되었다. 따라서 국가의 독립, 존속의 문제를 진지하게 논의하기 위해서는 국민의 국방의 의무의 문제는 피할 수 없는 문제라는 인식에서 적극적으로 이에 대한 논의를 전개하는 움직임이 있다. 이러한 움직임에 대한 근본적인 문제에 대해서 일본의 헌법이 반세기의 걸쳐서 이 문제를 논의하는 것을 의식적으로 피해왔거나, 의식적으로 피해 왔다고 생각하기 보다는 무의식적으로 해태해 온 것<sup>405</sup>)이라는 논의 속에서 이 문제에 관한 내용을 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

## 2. 국방의 의무에 대한 긍정과 부정의 법리

국방의 의무를 긍정하는 논리는 국가고유의 의무라는 논리가 그 중심을 이루고 있다. 이는 기존의 일본헌법 제9조가 자위전력의 보유금지의 규범적 의미와 효력을 가지고 있다는 것을 인정하고 있다. 그러나, 그 후의 헌법변천 현상에 의해 오늘날 이 조항은 사실상 자위전력의 보유까지도 금지하는 것은 아니라는 규범적 의미와 효력을 가지게 되었다고 보고 있다. 또한 어떠한 국가도 자연법사의 권리로서 자위권을 가지는 것은 국제법도 인정하는 바이며, 국가에게 자위권이 있고, 자위를 위한 전력의 보유가 인정되는 한 논리 필연적으로 국민에게는 국방의 의무가 있다고 보는 것이다. 즉, 국방의 의무는 국가의 자위권에 대응하는 의무이며, 그것은 국민이 국가구성원이라는 사실 그것에 의해 당연히 가지는 고유의 의무이라는 것이다.

헌법규정의 명문과 배치하는가의 여부에 대해서는 국방의 의무는 국민으로서 본래적으로 가지는 의무이므로, 헌법규정 중에 어떠한 명시적 근거가 있을 것을 필요로 하지는 않으며, 일본헌법이 국방의 의무에 대해서 규정을 가지고

---

404) 松井茂記, 『憲法』 153頁, 1999.

405) 榎原猛, 前掲論文, 87頁.

있지 않은 것은 국민에게 국방의 의무가 있는 것은 자명한 것이며 따라서 규정할 필요도 없는 것으로 헌법의 명문에 국방의 의무규정이 없는 것을 가지고, 국방의 의무를 면제하는 취지로 해석하는 것은 잘못이라는 논리로 주장하고 있는 것이다.

또한 인권은 공공의 복지에 의해 제약되며, 노예적 구속 및 고역으로 부터의 자유도 그 외의 인권도 이에 의해 필요최소한의 제약을 받아야 하나, 세계 각국이 국방의 의무를 국민에 의한 명예의 의무, 신성한 의무 등으로 하고 있으므로, 징병제도를 노예적 구속 및 고역의 금지와는 다른 차원이라는 것이 논리를 주장하는 것이다.

다음으로 국방의 의무를 부정의 법리를 보면, 다음과 같다.

‘헌법 제9조는 절대 평화주의를 규정한 헌법이므로 자위를 위한 군대의 보유는 금지된다. 일본은 평화를 사랑하는 모든 국민의 공정과 신의에 신뢰하여 이들의 안전과 생존을 보유하려고 결의하였다(헌법 전문 제2단). 일본의 안전과 생존은 국제연합 내지 국제연합에 준하는 국가에 위임되어 있다고 해석되고, 이렇게 국가가 전력에 의한 자위를 단념한 이상 국민이 전력에 의한 국방에 참가가 내지 협력할 여지는 없다. 이 평화헌법 아래에서 국민에게 국방의 의무를 부과하는 것은 위헌의 국권행사이며, 국민은 위헌 위법한 국권행사에 따를 의무가 없다는 것이다. 구헌법은 일본국민은 법률이 정하는 바에 따라 병역의 의무를 진다고 규정하고 있었다. 또한 세계 각국은 일반적으로 헌법 속에 국방의 의무를 정한 규정, 내지 국방의 의무의 존재를 전제로 한 규정을 가지고 있다. 한편 일본헌법은 이 같은 종류의 규정을 삭제하였다. 이렇게 종래 있던 규정을 게다가 세계 각국이 가지고 있는 규정을 감히 삭제한 것은 달리 말하면, 일본헌법은 국민에게 병역 즉 군무에 의한 봉사의 의무(국방의 의무)를 부과할 의사가 없다는 것을 묵시적으로 표현한 것으로 해석된다. 일본헌법은 누구도 어떠한 노예적 구속을 받지 않는다. 또한 범죄에 의한 처벌의 경우를 제외하고는 그 의사에 반하는苦役に 따르지 않는다고 규정하고 있다. 임의로 병역에 복종하는 경우는 의무로서 국방에 해당되게 하기 위해서는 헌법이 금지하는 노예적 구속, 의사에 반하는 고역에 해당한다’라는 법리를 통하여 국방의 의무를 부정하고 있는 실정이다.

이러한 견해에 대해 헌법상 의무과 권리 등의 관계에 대해서 연구하고 주장

하는 몇몇 학자들은 국방의 의무의 헌법상 인정하는 견지에서 항구적 절대적 평화사회의 보장은 없으며, 이에 모든 국민이 동등한 국방의 의무를 가지고 있다는 것을 확인할 필요가 있다고 주장하게 된다.<sup>406)</sup> 즉, 법의 목적, 국가의 존립목적은 국민의 생명과 인권의 보장에 있는 것이므로 국방이라는 것은 추상적인 국가를 지키는 것이 아니라, 국민자신의 생명과 인권을 지키는 것으로 그 의무의 규정화를 주장하는 것이다.

## Ⅷ. 선거에서 기권의 자유에 대한 법리

의무와 관련하여 입헌주의 국가에서 국민참정권의 행사시에 국민에게 기권의 자유가 있는가에 대해서 이를 부정하는 설도 긍정하는 설도 각각 유력하게 주장되고 있다.

### 1. 일본헌법에 있어서 기권의 자유부정의 법리

#### 가. 국민주권과 기권

일본헌법이 이념으로 설정하고 선언하고 있는 국민주권은 이념적으로는 모든 국민이 정치적 판단력을 가지며 국가의사형성에 참가하는 것을 전제로 하고 있다. 정치는 정치적 판단력을 가지지 않는 일부국민이나 정치에 참가할 의사를 가지지 않은 일부의 국민을 제외하고 이루어지는 것은 국민주권의 이념과는 어울릴 수 없다고 본다.

#### 나. 참정권공무설

일본헌법이 통치기구 중에 국민에게 부여하고 있는 모든 권능(국회의원의

---

406) 이러한 연구자들의 국민의 기본적 의무에 대한 논의는 기본적으로 이러한 국방의 의무를 가정해 두고 전개를 하고 있는 듯하며, 타국을 절대적으로 침략하지 않는 것을 국가생존을 위한 최고필수의 국시로 하면서 물심양면으로 국방의 준비 없이 타국의 침략의욕을 적어도 억제해 두는 것이 최고의 방책으로 보고 있다.

선거, 최고재판소 재판관의 국민심사, 헌법개정(의 승인)에 대해 개개의 유권자가 투표에 참가하는 것은 각 국회의원이 국회의 의결에 참가하는 것과 같이 헌법상의 권한임과 동시에 의무로서의 측면을 가지고 있다. 기권은 적어도 형식적으로 보는 한에 있어서는 의무불이행이라고 할 수 있다는 주장이다.

#### 다. 공권과 기권

국민심사권은 헌법에 의해 보장된 헌법상의 권리 즉 공권이다. 공권이라는 것은 사법상 사람에게 인정되는 권리, 즉 사권과는 달리, 권리주체의 자유의사로서 포기할 수 없다. 공권은 권리주체의 이익을 위해서만이 아니라, 사회공공의 필요 내지 이익을 위해 부여된 것이 때문이다. 게다가 헌법상 스스로 부여된 모든 권리에 대해 보유의무 등의 의무를 부과하고 있다. 원래 제재 등의 강제적 조치를 수반하지 않는 의무는 의무주체에 있어서는 실질적으로는 도덕적 의무와 다를 바 없으므로, 이들의 의무와 법적 위무로 볼 수 없는 것도 이유가 없는 것은 아니다. 그러나, 이들의 의무는 헌법상의 법적 의무이며, 국회나 행정관청 등의 공공기관은 특별한 합리적 이유가 없는 한 기권을 긍정하는 등 국민으로부터 이들의 의무를 면제하는 조치 내지 처분을 하는 것은 금지되어 있다고 해석해야 한다.

## 2. 일본헌법상 기권의 자유의 긍정의 범위

### 가. 참정권개인적 권리설

이 주장은 참정권을 국정에 관한 자기의 의견을 표명할 수 있는 개인의 권리라고 해석하고 기권은 본인의 자유라고 해석하는 것이다.

### 나. 헌법의 규범구조를 근거로 하는 기권의 자유의 긍정

이것은 기권의 자유를 포함하는 자유선거의 원칙을 의회제 민주주의에 관한 모든 규정이나 개인 존중조항을 중심으로 일본헌법의 규범구조에 당연의 전제

로서 내재하는 원칙이라고 주장하는 것이다.

다. 사상 양심, 표현의 자유권을 근거로 하는 기권의 자유의 긍정 이설은 기권의 자유도 사상과 양심의 자유, 표현의 자유의 보장의 범위 내에 있다는 견해이다.

라. 투표제도의 목적을 근거로 하는 견해

국민의 진실의 의견을 알기 위한 투표의 목적을 달성하기 위해서는 투표의 자유 또는 기권의 자유도 보장되어야 한다.

### 3. 기권론에 대한 비교형량론

일본헌법의 해석상 기권론의 자유론이 통설의 견해를 점하고 있으며, 이는 강제투표제의 도입여부에 관한 논의의 문제이기도 하다.

여전히, 일본헌법상 강제투표제의 도입을 인정하고 있다고는 할 수 없고, 확실히 기권의 자유긍정론이 말하는 바와 같이 기권의 자유는 인격권이나 사상과 양심, 표현의 자유권의 보장범위 내에 있으며, 이들 자유를 제약하는 강제투표제 채용의 합헌성은 한편으로 강제투표제 도입에 의한 인격권, 사상과 양심의 자유권, 표현의 자유권에 대한 제약이라는 헌법적 가치에 있어서 마이너스 효과가 크다는 것과 다른 한편으로 강제투표제도의 도입에 의한 헌법적 가치의 플러스 효과의 크기를 신중하게 검토하여 비교형량에 의해 결정되어야 한다.

한편 강제투표제가 노리는 헌법적 가치는 보다 좋은 민주주의체제의 실현, 즉, 보다 많은 국민이 정치적으로 계발되어 보다 많은 국민이 정치에 참가하여 보다 많은 국민의 의사가 바르게 반영되어 지는 사회를 실현하는 데에 있다. 그러나, 정보전달수단의 비약적 발달, 교육제도의 충실을 도모하고 있는 일본에서 기권의 방지 등, 민주주의상의 모든 효과를 얻기 위해서는 투표강제제도 보다는도 인권에 대한 보다 제한이 적은 수단을 선택하는 것이 타당할 것이다. 이

렇게 생각한다면, 강제투표제 도입이 초래하는 헌법적 가치에 대한 효과는 플러스효과보다도 마이너스효과가 편이 큰 것이라고 판단된다. 따라서 인격권, 사상, 양심의 자유권, 표현권을 제한함에 충분한 공공의 복지가 있다고는 할 수 없으므로 강제투표제의 도입은 헌법위반의 의심<sup>407)</sup>이 있다고 할 것이다.

## 제3절 국민의 의무에 관한 새로운 논의의 전개와 헌법개정

### 1. 문제의 제기

일본헌법상에서 국민의 의무의 문제는 인권의 문제에 비교하여 연구, 교육의 양면에서 극단적으로 때로는 무시되어 왔다. 이는 패전전(구헌법체제하)의 극단적인 전체주의적 국가체제가 국가에 대한 국민의 의무를 강조한 나머지 국민의 인권을 경시한 역사에의 반성 내지 반동으로 이번에는 일본헌법의 개인주의적 인권존중주의가 극단적으로 강조되어 온 결과 국민의 의무의 문제가 소원해지게 된 것이다.

기본적으로 1789년 이래로 인간의 권리로서 자연권사상과 함께 권리가 중시되어 오면서, 권리만을 강조하는 시기와 함께 형식적인 권리만을 보장하고 의무만을 강조하는 시기를 거치면서, 오늘날 자유민주주의 사회는 권리의 중시와 함께 의무의 경시 풍조가 만연하게 되어, 과연 의무의 경시의 현상이 그대로 계속되는 것이 국가와 사회를 위해서 필요한 것인가의 문제의식과 함께 권리의 인플레이션으로 인하여 권리의식이 빈곤해지는 사회에서 권리를 강조하고 의무를 경시하는 사상이 대두하게 된 것은 오히려 자연스러운 일일 수밖에 없다. 전후 반세기 사이에 일본의 헌법학은 의식적이던 무의식적이던 권리를 강조하는 자는 진보적이며, 의무를 강조하는 자는 보수적이라는 것은 자기모순이라고 비판하는 몇몇 학자에 의해서 주로 주장되고 있으며, 현재 일본의 내외적인 환경을 주시할 때<sup>408)</sup>, 이러한 권리 중시, 의무경시의 풍조를 이대로 고착

407) 齋藤康輝, 前掲論文, 3-4頁.

408) 주로 의무론의 주장자들이 보수적인 측면이 있는 것으로 볼 때 내적으로는 개인주의의 만연으로 인하여, 기본적 의무를 소홀히 하는 경향으로 보여지며 외적으로는 자위대의 군대로서의 인정과 함께 병역의 의무를 그 기본전

화해서는 비판적<sup>409)</sup>의식에서 출발하는 것으로 보여진다.

의무의 논의는 사실상 오랫동안 이루어지고 있으며, 일본헌법의 개헌과정에서도 의무에 관한 논의의 변화를 볼 수도 있다.

1964년의 헌법조사사회보고서에서는 헌법 법률 명령을 존중할 의무나 국가에 대한 충성의 의무, 조국방위의무 등을 헌법에 첨가하는 것이 위원회로부터 제시 되었지만, 그것은 오로지 입헌주의 헌법에 대한 이해가 희박하기 때문이었다.

그러나, 오늘날의 개헌론에서는 과거에 지배적이었던 입헌주의 헌법에 대한 이해부족과는 다른 모습을 보이고 있다. 그 내용상 근대적 입헌주의 헌법을 넘는 것으로 적극적으로 제시되어 오고 있는 새로운 헌법관에 입각한 국민의 의무론이 전개 되고 있고, 각 개헌안이 구체적으로 제시하고 있는 의무 유형은 결과적으로 의무부정에서 어느 정도 타협의 형태로 나타내고 있다.

처음에는 구헌법(명치헌법)의 헌법적인 관점에서 서서 의무부가 및 의무추가론이 변함없이 주장되었고, 헌법에서 세 개의 의무밖에 없는 헌법은 곤란하다는 논의가 개헌당시 뿐만 아니라, 집권 여당인 자민당의 헌법조사사회에서도 빈번하게 발생하고 있는 것이다.

실제로 자민당은 창당 이래, 헌법의 자주적 개정을 당의 사명으로 들고 있다. 이는 점령체제로부터 탈피하여 일본을 주권국가에 어울리는 국가로 되기 위해 헌법을 개정하고자 하고 있다. 1956년 4월 헌법개정의 필용와 문제점이라는 중간보고를 필두로 1972년 6월에는 『憲法改正大綱草案(試案)-헌법개정의 필요와 그 방향』, 1982년 8월에는 『日本國憲法總括中間報告』, 2005년 11월에는 『新憲法草案』, 샌프란시스코강화조약으로부터 60년이 되는 2012년인 올해 4월에는 『日本國憲法改正草案』을 작성<sup>410)</sup>하는 등 지속적인 개헌의 작업을 하고 있다.

그렇지만, 오늘날 유력한 것은 국가와 국민을 대립적으로 파악하는 근대입헌주의는 진부한 생각으로 시대에 뒤떨어지는 것이며, 아시아적 가치관에 합치하지 않는 것으로서 그 한계를 타파하려는 새로운 헌법관이 적극적으로 논의가 되고 있다.

---

제를 하고 있는 것으로 보여진다.

409) 榎原猛, 前掲論文, 81頁.

410) <http://www.jimin.jp/activity/colum/116667.html>



거기서는 개인은 인류사회의 일원이라는 관점에서 국제사회, 국가 공동체, 개인이라는 관계 속에서 권리 의무관계를 파악할 필요성이 강조되거나 공동체적 가치의식의 형성촉진이 주장되기도 한다. 따라서 의무과의 관계에 대해서 ‘헌법은 정부와 국민이 상호간에 서로 해야 하는 것을 규정할 수 있는 계약’이라든가 ‘서로 권리를 부여하고 의무를 부과할 수 있음으로 인하여 국가를 구성해 나가는 것에 대해서 전원이 기본적 합의’하였다던가, ‘국가와 국민이 서로 협력하여 공생사회를 만드는 것을 규정한 것’이라는 헌법관이 국가를 구속하는 입헌주의 헌법관에 대신하여 등장하고 있다.

기존 일본 헌법상에서 의무규정에 관한 개헌안이 등장한 것은 지금과 같은 다양한 의무의 형성이 아니라, 제9조 전력보유금지에 대한 개헌논의에서 국제사회에 대한 일본의 의무는 오로지 일본의 국제공헌으로서 설명됨에 따라, 제9조 개정론이 전개되었고, 직접적으로는 국민의 의무로서 설명되는 것은 없다. 따라서 국민에 대한 의무에 관해서는 병역의무 등 일반적 보편적인 국가와의 관계에서가 아니라, 역사, 전통, 문화에 뿌리를 내리고 있다고 보는 일본고유의 가치 내지 일본국민의 동일성으로 제시하는 면에서 주장되었던 것이다. 또한 국가에 대한 충성이라고 한 경우에는 구체적으로는 고유한 가치라는 이러한 전제를 존중 유지하는 것이 의무로 되고 있었던 것이다. 실제 요미우리신문의 헌법 안에서는 ‘민족의 역사와 전통이 되는 것을 계승하여 아름다운 국토나 문화적 유산을 지켜 이들을 미래에 살려 문화 및 학술의 향성을 도모한다는 것이 국민에게 요구되고 있다’고 밝히듯이 고유가치와 전통, 나아가 전통적 가족과 공공의 기본에 대한 문제, 연대와 공생을 강조하는 것에 대한 문제에 초점인 것이다. 이에 대해 일부 다른 의도를 가지고 구헌법하의 관점에서 의무의 규정을 논의하는 입장이 있어 오늘날 문제가 되고 있다.

## II. 권리와 의무의 균형에 관한 논의

### 1. 서양적 인권의식의 문제점

권리라는 것은 일정한 이익을 주장하고 그것을 향유할 수단으로서 법률이 부여하는 힘을 말한다. 또한 어느 것을 하거나 하지 않을 수 있는 능력과 자유

를 의미한다고 생각된다. 그것에 대해서 의무는 자신의 입장에 따라서 하지 않으면 안되는 것, 혹은 해서는 안되는 것으로 법적으로 구속되는 상태를 말한다, 즉 법적으로는 권리는 사람에게 있어서는 이익이고 의무는 불이익이지만, 권리를 행사하는 것이 항상 이익을 초래한다고는 할 수 없고, 또는 공공을 위해 적극적으로 의무를 부과하는 것은 본인에게 있어 이익을 준다는 발상도 있을 수 있다. 한편 1789년 인간 및 시민의 권리선언은 압제자에 대한 인민의 투쟁의 결과, 승리의 성과로서 권리획득을 표현한 것이며 당연히 그 문서에서는 권리의 보장에 중심이 있고, 인민의 책임이나 의무에 관한 규정은 경시되어 왔다. 인권선언 전체 17개의 조문 중 의무에 관한 규정은 제13조의 납세의 의무 하나만 있다.

이렇게 서양근대에 있어서 인권문서 및 헌법의 특징으로서 권리에 대한 규정은 다수 들어간 것에 대해서 의무의 규정은 상당히 적다고 지적할 수 있다. 이것은 서양에서는 그리스도교 신앙에 근거하여 신에 대한 인간으로서 해야 할 의무라는 것이 전제로 되어 있고, 성문화되어 이것저것 의무를 규정할 필요성이 없다가고 생각할 지도 모른다.

그러나, 그 후 서양제국에서도 인간이 사회생활을 영위함에 있어서 국가가 국민에 대해서 권리를 보장함과 동시에 국민자신들이 다양한 의무를 부과하여 사회에 공헌해 갈 필요성이 중시되어짐에 따라 헌법에서 병역의 의무, 납세의 의무, 취학의 의무, 소유권 등의 공공의 복지를 위해 사용해야 할 의무, 근로의 의무 등을 규정하게 되었다.

여기서 하나 확인한다면, 인권의 보장은 단순히 개인의 이익만을 권리와 자유로서 보장하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 보다 넓게 국민전체의 입장에서 보아 보장되는 인권이어야 한다는 것이다. 여기서 인권의 향유 활동에 있어서는 타인의 권리와 자유나 공공의 복지를 침해하지 않는 의무와 책임이 내재적으로 존재해야 한다. 더 나아가 국민이 사회생활을 영위하는 한 국가공동체의 일원으로서 사회공공을 위해 이용할 책임이 있다는 것을 말할 필요가 없을 것이다.

따라서 기본적 의무의 성격에 대해서는 기본적 의무의 전국가성을 긍정하는 생각과 기본적 의무는 보편적 인간의 의무가 아니라 단순히 국민의 의무에 지

나지 않는다는 생각이 대립하고 있다. 이 논의는 아직 결론이 나오지 않고 있으며, 순수이론적 고찰을 할 것인가, 정치적 판단을 가미한 고찰을 할 것인가에 따라서 결론이 달라지는 것이다.

## 2. 권리와 의무의 균형론에 관한 논의

일본에서는 권리는 의무를 동반하는가의 문제는 상당히 고전적일 수 있다. 이는 주로 독일의 경우를 소개하면서, 내용이 전개되고 있다.

즉, 권리는 의무를 동반하는가라는 말은 모든 권리에 대해서 이에 대응하는 의무가 존재한다는 것을 설명하지만, 이 경우의 의무와 권리에 대한 관계는 자유권에 대한 경우와 사회권에 대한 경우에서는 근본적으로 다르다는 것에 주목해야 한다. 따라서 자유권은 자연권에 기초하고 있다는 것에 반해서, 사회권은 국가의 책무에 그 기초를 두고 있다는 것이지만, 만약 그렇다고 한다면, 이 사이의 문제는 자유권에 대응하는 자연권적이며 전국가적인 의무를 인정해야 하는가라는 문제가 된다. 이러한 문제의식에 대해서 일본에서는 주로 독일의 논의를 소개하는 문헌도 엿볼 수 있다. 즉, 이는 ‘주로 독일에서 논의된 것으로 칼슈미트가 그 구조에서 기본권에 대응하는 기본의무라는 것은 시민적 법치국가에서는 생각할 수 없고, 기본의무는 보편적인 인간의 의무는 아니고 단순히 국민의 의무에 불과하며, 기본의무라는 것은 시민적 법치국가에서는 헌법규범상에 규정된 의무 이외의 어떠한 것도 아니고, 원리적으로 무제한의 의무는 시민적 법치국가의 모습에 모순한다는 주장이며, 이에 대해 마운츠는 기본의무에도 기본권의 경우와 같이 인간의 의무와 국민의 의무가 존재하며, 기본적 인간의 의무의 존재를 승인하는 것은 국가로부터 극단적인 자유국가의 성격을 제외하고 그 국가를 동시에 사회국가로 만드는 것이 된다는 두 개의 의견대립이며, 결국 권리는 의무를 동반한다는 것은 순수이론적으로 고찰하는 경우, 아마도 진리일 것이고, 그것은 사회권의 범주에 속하는 권리의무에 대해서도 말할 수 있을 것’<sup>411)</sup>이라는 논의이다.

그러나, 여기서 주의해야 할 것은 사회권에 대응하는 의무는 사회권의 실질

---

411) 高原堅治、國民の憲法上の義務、憲法の講座 283頁.

화의 역할을 이루는 의무임에 반하여 자유권 대응하는 의무는 자유권을 제약하는 역할을 하는 의무이고, 양자는 근본적으로 다르다는 점이다. 따라서 사회권의 경우의 의무는 예를 들어 사회권 그것보다도 강조되는 경우가 생긴다고 하더라도, 그것은 권리 그것의 실질강화로서 오히려 완형해야하는 것이지만, 자유권의 경우에는 권리와 의무와는 완전히 대립하고 있고 의무의 강조는 권리의 부정이며, 절대적으로 허용될 수 없다는 것이다. 자유권에 있어서는 어디까지나 권리가 원칙이며 의무는 예외로서 의무의 강조는 본말이 전도되는 것<sup>412)</sup>이라는 논의의 전개는 있으나, 더 이상의 이론적 논의에 대해서는 일본에서는 찾아보기가 쉽지 않은 것이 현실이다.

추가해서 헌법에 있어서 의무규정의 이중성에 대한 논의의 면에서 본다면, 권리와 의무의 관계에서 현실적으로 문제가 되는 것은 의무가 가지는 역할의 한 단면에서, 원래 일반적으로 헌법상에서 권리와 의무와의 관계는 어떠한 것인가를 논의하게 된다. 그렇다면, 여기서 의무에는 두 개의 측면이 있다고 생각될 수 있다. 하나는 권리의 실현을 도모해야할 의무이며 다른 하나는 권리의 제약에 따르는 의무이다. 전자의 의무가 가장 잘 인정되고 있는 것은 사회권에 대한 의무규정에서 나타나며, 후자는 사적 소유권에 대한 제약의무의 규정에서 나타나고 있다.<sup>413)</sup>는 논의를 찾아볼 수 있다. 그러나 이러한 논의는 오래전에 이론적 과정의 설명에서 나타난 몇 가지 사안에 불과하며, 오늘날에는 좀더 실질적인 면에서 논의가 이루어지고 있다.

여기서 권리와 의무의 균형에 관해서 이루어지고 있는 논의를 소개하면 다음과 같다.

첫째는 원래 적극적으로 의무를 평가하는 입장, 둘째는 첫 번째의 입장의 반론으로서 헌법상의 의무규정은 필요없다는 견해가 있다.

우선 첫 번째는 의무를 재평가해야 한다고 주장한다. 물론 논자에 의해서 다양한 주장이 있지만, 예를 들어 서양류의 인권관이 동양에 강제로 밀어놓은 폐해로서 의무의 경시가 일어났다는 관점에서 권리와 의무의 균형에 관한 논의를 전개하고 있는 견해도 있다. 이는 극단적인 역사관으로서 동아시아는 구미

---

412) 高原堅治、前掲書、284頁-286頁.

413) 高原堅治、前掲書、286頁.

로부터 일방적인 인권문제비판에 부딪혀오고 있다는 것이다. 따라서, 구미제국의 주장은 개인의 자유와 권리만에 역점을 둔 것으로서 명백하게 동아시아 각국이 가지고 온 인권사상과는 어울릴 수 없다는 것이다. 또한 개인의 지나친 권리의 확대는 다른 개인의 권리를 박탈하는 것으로, 사회전체와 개인의 권리의 조화가 필요하며, 이를 위해서는 사회 속에서 개인의 책임이나 의무가 부과되어야 한다는 것이다.<sup>414)</sup>

둘째의 입장은 헌법상 의무규정은 불필요한 것이라는 주장이다. 대표적 교수는 江橋崇교수이다<sup>415)</sup>. 그는 헌법에서 시민의 의무라는 생각을 제외하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하고 있다. 의무강화론은 모순이며, 오히려 여러 가지 폐해가 있을 수 있으므로, 의무론에 관한 내용에 대해 반대를 주장하는 것이다. 특히, 의무론이 제정된 연혁적 과정을 통하여, 각각의 개별 의무에 대한 문제점을 들어 의무강화론에 대해서 반대를 지적하고 있다.<sup>416)</sup>

### III. 국민의 의무에 관한 헌법상 개정의 논의

#### 1. 헌법개정과 국민의 의무

일본국회의 헌법조사회는 일본헌법 및 일본헌법에 밀접하게 관련되는 기본법제에 대해서 광범위하고 종합적으로 조사를 하여 헌법개정원안, 일본헌법에

---

414) 齋藤康輝, 前掲論文, 10頁과 19頁. 서양근대의 가치관을 넘기 위한 시도로서 말레이시아에서 개최된 새로운 아시아 위원회의 보고서 “새로운 아시아를 향해서”에 따르면, 인권의 옹호와 인권의 추구의 손을 완화해서는 안된다는 생각과 함께 각각의 권리에는 그것에 상응하는 책임, 의무가 부수되어 있다는 것을 잊어서는 안된다. 우리들의 권리는 우리라는 개인의 본질에 바탕을 두고 있는 것과 동시에 우리에게 대해서 필요한 책임을 다하도록 하며, 즉 共通善의 향상추진을 위해 권리와 동시에 불가결성을 가지는 책임을 완전히 구하는 것이다. 확실히, 개인의 권리의 실현을 요구하는 것과 개인의 자기억제, 극기의 필요성과는 상호적으로 관련이 있다는 것이다. 자세한 것은 위 논문 참조.

415) 江橋崇, 「日本國憲法制定の経緯における『國民の義務』」, 市民立憲フォーラム, 2005.<http://www.citizens-i.org/kenpo/paper/duty2.html> (2011年7月30日参照).

416) 齋藤康輝, 前掲論文, 19頁.

관한 개정의 발의 또는 국민투표에 관한 법률안 등을 심사하는 기관으로 2000년 12월 1일에 설치되어 2005년 보고서를 제출하였다.<sup>417)</sup> 이와 함께 현행의 국민의 의무규정에 추가하여 새로운 의무규정을 두는 것에 대한 여부 및 의무규정을 추가하는 경우 어떠한 의무를 추가로 할 것인가에 대한 논의는 여전히 일본의 헌법학과 정치권에서도 주요한 논의 중의 하나이다.

우선, 헌법개정의 내용에 앞서서, 일본국민들의 현행 헌법에 대한 의식은 어떠한가의 문제를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

일본헌법 제96조 제1항은 헌법개정에 대해서 국민에게 제안하여 그 승인을 받지 않으면 안된다고 하여 국민투표를 예정하고 있다. 여기서 헌법개정권의 소재는 개개의 국민에게 있으며, 이는 근대입헌주의나 국민주권원리로부터 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 그러나, 그것은 단순히 헌법개정의 최종결정에 국민이 관여한다는 것에 그치지 않고, 국민투표에 이르는 모든 과정에서 개개의 국민이 주도권을 발휘할 수 있다고 해석해야 한다. 예를 들어 개헌문제를 다룸에 있어서는 국민의 의식을 주목해야 한다.

2005년 자민당이 압승한 중의원 선거와 2007년 자민당이 참패한 선거의 참의원선거를 중심으로 국민의식을 분석한 내용에 따르면 국민은 급진적인 개헌 노선과 구조개혁을 거절한 것으로 보고 있다.

전후 일본의 평화의식은 패전직후, 국민은 일본헌법의 평화주의 조항이 지지를 받아 도입되었지만, 그것은 비참한 전쟁체험 압제적인 피해자 체험에 의해서 이루어진 것으로 평화주의원리의 가치적 자각적 파악에 근거한 것은 아니었다. 그것이 1950년대 미군기지투쟁, 50대 개헌론과의 대응 속에서 일상적인 생활을 기점으로 한 ‘분쟁에 휘말리지 않는 것’에 대한 거부 의식으로서 형성되어 왔다. 이 의식은 한편으로 전쟁의 참화의 기억으로부터 군사력에 대한 회의의 우려와 비무장평화라는 독특한 평화의식을 형성하게 되었지만, 다른 한편으로는 사생활중심주의에 근거하기 때문에 적극적 능동적 평화관을 형성할 수 없었고, 전쟁책임에 대한 자각도 나오지 않았다. 따라서 60년대의 고도경제성장

---

417) 衆議院憲法調査會의 조사기간은 5년 정도를 목표로 활동하였으며, 이제까지의 조사의 경과 및 결과를 기재한 보고서를 작성하여 2005년 4월에 중의원의장에게 제출하였으며, 본문은 인터넷상 파일로 전문이 공개되어 있다.  
[http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.htm)

기를 거쳐 국민이 경제적 사회적으로 풍족함을 실감하는 가운데 평화가 생활상과의 관련이라고 인식되게 되어 ‘무장에 의한 경제성장’이라는 안보변영론을 탄생시켜, 평화는 풍부함에 종속하는 가치로서 파악되게 된다. 한편 70년대에는 달성된 풍족함이 방위와 안보, 자위대외도 연결된다는 인식이 자리매김하게 된다. 80년대 일본기업의 다국적화, 아시아에로의 자본진출이 나오면서 일본의 전쟁책임문제가 부상하여 가해책임을 묻는 운동이 전개되는 반면, 경제대국일본의 국제공헌론이 등장하게 된다. 90년 이후 미소냉정체제와 페르시아만전쟁이라는 두 개의 전쟁 후에 대해 ‘내향적인 분쟁에 휘말리지 않을 거부 의식’은 해외에서 분쟁해결을 위해 군사력행사를 긍정하는 인식으로 이어져, 일본 자본주의의 풍족함과 풍부한 생활확보를 위한 안정적 질서유지를 위해서 군사력행사의 필요성이 지적되게 된다. 또한 북한에 의한 미사일 실험이나 테러의 전횡의 가운데에서 선제적으로 저지해야 한다는 강자의 입장에서 분쟁에 휘말리고 싶지 않은 거부 의식이나 미국에 의한 정의를 위한 무력행사를 일정부분 시인하는 의식이 등장하고 있는 것<sup>418)</sup>이며, 이에 급진적인 개혁노선과 구조개혁 보다는 안정적인 생활을 추구하는 의식을 보여주고 있어 상당히 개혁논의는 60여년이 흘렀으나, 개혁이 이루어지지 않은 것이 현실이다.<sup>419)</sup>

이하에서는 일본 중의원헌법조사회의 최종보고서에 나온 헌법상 의무규정에 관한 논의를 소개하도록 한다.

우선 권리와 의무의 관계에 대해서는 기본적 인권의 보장은 견지되어야 하지만 권리에는 의무가 수반되며, 자유에는 책임이 따르므로 공공의 이익을 지키기 위해서는 권리나 자유가 조정되는 것도 자각되어야 한다는 것을 헌법의 전문에 명기하여야 한다는 의견과 이에 대해서 헌법의 성질로부터 국민의 의무나 책임을 전문에 명기하는 것에 대해서는 위화감이 있지만, 예를 들어 국민이 책임을 자각하고와 같이 주어를 국가가 아니라, 국민으로 한다면 전문에 명기할 수도

418) 奥野恒久 改憲改革を受容する國民意識, 法律時報増刊 改憲改革と法, 民主主義科學者協會法律部會編, 506頁.

419) 2012년 일본의 총선거결과가 자민당과 우익정당의 집권으로 인하여 개혁의 논의는 더 활발하게 될 것이다. 이는 그 후 변화된 세계정세(세계적 불경기와 북한과 중국에 의한 안보위협)에 따라 기존의 논의와는 다른 급진적인 개혁의 가능성도 있다.

있다는 의견<sup>420)</sup> 등이 제시되고도 하였다. 하지만, 이번 헌법조사회의 보고에 따르면 대부분은 국민의 의무에 관해서 의무의 규정을 증가시키는 것과 현행과 같은 수준으로 이루어져야 한다는 논의를 중심으로 이루어지고 있다.

각론적으로 보면, 이제까지 근년의 모든 개정안에서 제기되고 있는 부가해야 하는 국민의 의무를 내용을 보면 다음과 같다.

## 가. 국가에 대한 충성의무

이것에 대해서는 반드시 조문규정으로서는 제기하고 있지는 않지만, 국가를 사랑하는 의무라던가 보다 나은 국가를 만들 의무, 국가의 명예를 지킬 의무라는 형태로 자민당의 모든 의원에 의해서 언급되고 있다. 그 경우에 국가가 특정한 구체적 의미를 가지는 것으로서 전제하고 있는 것에 대해서는 구현법상의 신민의 의무로서 생각될 가능성이 무한하게 유입될 위험성이 있다. 예를 들어 神道(야스쿠니신사)가 국가의 전통으로서 자리매김하고 적어도 그것에 경의를 표하는 것이 국민에게 반강제되는 사례를 예상하는 것은 기우만은 아닐 것이다.

## 나. 국방의 의무

국가에 대한 충성의 의무에서는 당연히 국가를 수호할 의무가 도출된다. 모든 개헌안에서도 이 의무를 제기하는 것이 많고, 국가의 독립과 안정을 지킬 책무라던가, 모든 국민은 국가의 평화와 독립을 지킬 의무를 진다라는 형태로 규정하려고 하고 있다. 따라서 그것이 헌법 제9조 개정과 연동한 경우에는 당연히 군사력에 의해 국방을 행하는 것이 된다. 즉, 병역의 의무=징병제로 규정할 가능성은 현 단계에서는 부정적이라고 할 수 있다.

## 다. 긴급시에 협력의무

대지진 등의 긴급 시의 국민의 협력의무를 규정할 것인가는 하나의 과제이지

---

420) 衆議院 2005年 『衆議院憲法調査會報告書』, 東京: 衆議院憲法調査會, 289頁.



만, 이것도 제9조의 개정과 연동한 경우에는 단적으로 전쟁 등 군사력의 발동이라는 긴급시의 협력의무를 의미하는 것이 된다. 이 흐름에서는 한편으로는 당연한 것으로 큰 폭의 권리제한을 가능하게 개헌이 이루어질 수 있지만, 다른 한편으로는 보다 적극적인 국민의 협력의 의무가 요청된다. 따라서 비상사태에서 국민의 협력의무, 국가긴급사태에서 협력의무라고 하는 규정이 등장하게 된다.

## 라. 공공적 의무

사회적 연대 공조의 관점에서는 사회보장 그 외의 사회적 비용을 국민개인이 부담할 의무를 규정하는 것으로 이것은 국가가 해야 하는 사회보장서비스를 국민의 부담으로 하려고 하는 것이다.

## 마. 봉사활동의무

자민당의 일부에서는 국민에게 봉사활동을 할 의무를 부과하려 하는 의견도 있다

## 바. 환경보호의무

환경보호의 중요성에서 환경권을 헌법에 명시적으로 규정하려 하고 있다. 그러나, 동시에 국민에게도 환경보호의무를 부과하는 것이 일부의 개헌안이다. 어떠한 사람도 인격의 발전에 어울리는 환경을 향수할 권리를 가지며 또한 이를 보호할 의무를 진다고 규정한 스페인헌법도 있기 때문에 이 의무가 규정될 가능성도 있는 한편, 의무규정에 의해 그 기업활동의 제약을 우려하는 재계의 의향도 있으므로, 현실화나 그 의무의 정도는 미정이다.

## 사. 가족부양의무

공동체 중시론에서는 국가에 의한 가족보호의무가 제기되고 있지만 동시에 국민 개인의 가족의 유지 형성에 노력할 의무 가족을 부양할 의무의 설치가 강력하게 주장되고 있다. 이 경우의 논자의 가족의 이미지는 일본적 전통적 가

족이며, 일종의 가제도 의식에의 회귀하려고 하는 것이라고 할 수 있다.<sup>421)</sup>

이러한 자민당을 중심으로 한 헌법개정안에 대해서는 일본에서 많은 비판을 받고 있는 것이 현실이다.

자민당안의 경우 징병제를 금지하고 있으나, 기본적으로 국방의 책무를 부과하고 있으며, 또한 현행 헌법상 납세의무의 외에 사회보장 그 외의 사회적 비용에 대해서 부담할 의무가 있음을 규정하고 있다. 또한 기본권의 제한에서 공공의 가치가 있는 경우에 그 제한을 규정하고 있고, 국가의 안전과 사회의 건전한 발전을 도모하는 목적이라는 것이 넓게 사용되어 기본적 인권의 제한의 확대와 기본의무의 확대라는 측면의 비판을 받고 있다. 그중에 제9조의 개정으로 인하여 군대를 보유하게 되는 것에 대해서도 여전히 강한 비판을 받고 있는 것이 현실이다.<sup>422)</sup>

이하에서는 일본국회에서 논의된 개헌의 의무규정내용에 대해서 살펴보고자 하자.

## 2. 국민의 의무규정을 증가해야 한다는 의견

### 가. 국민의 의무규정을 증가해야 한다는 의견의 논거

의무규정을 증가시켜야 한다는 의견은 다음의 논거를 들 수 있다.<sup>423)</sup>

- 1) 전후, 일본 사회의 각 방면에서 권리의 이면에 있는 의무에 대한 인식이 상당히 점점 희박하게 되어, 국가, 사회, 가족·가정에의 책임이나 의무가 경시되어 권리주장만이 대두됨에 따라, 이에 타인의 인권 침해, 사회 혼란 등이 유발되고 있다. 이러한 문제를 해결을 위해서는 기본법인 헌법에 의무를 명기하여, 의무의식이나 책임의식의 재구축을 도모할 필요가 있다

---

421) 横田耕一, 「國民の義務」, 全國憲法研究會編『法律時報増刊 憲法改正問題——いま, 191頁, 2005.

422) 개헌국가가 목표로 하는 것, 자민당의 헌법개정초안대장을 비판한다 2005.2, 자유법조단개헌저치대책본부[http://www.jlaf.jp/jlaf\\_file/052224souanhihan.pdf](http://www.jlaf.jp/jlaf_file/052224souanhihan.pdf).

423) 衆議院, 前掲書, 347頁.

는 것이다.

- 2) 권리와 의무는 표리일체의 관계로서 권리의 생성에는 의무의 이행이 수반되는 것을 명기할 필요가 있다. 소위 새로운 인권을 규정한다면, 그 이면에 있는 의무도 명확하게 할 필요가 있다는 것이다.
- 3) 국가권력을 제한함에 있어 국민의 자유를 보장하는 근대입헌주의를 극복하고, 헌법을 국가와 국민의 협동을 규정하는 것으로 재구축해야 한다. 이를 위해서는 현재 있는 의무규정 외에도 새로운 의무규정을 신설할 필요가 있다.
- 4) 국민의 의무규정을 증가하는 것에 반대하는 자는, 근대입헌주의는 권력에 대한 의미하는 것으로서 국민을 그 대상으로 하는 의무규정을 두는 것은 이상하다고 비판하지만, 현실적으로 헌법은 세 개의 의무가 있으므로 그러한 비판은 논리적으로 성립되지 않는다는 것이다.

#### 나. 증가해야 할 국민의 의무의 내용

의무규정을 증가해야 한다는 의견은, 새롭게 증가시켜야 하는 의무로서 다음과 같은 것을 든다.

##### 1) 국방의 의무 징병제

공공적인 책무라는 관점에서 헌법에 국가를 수호할 의무를 명기해야 한다는 의견과 국가를 수호할 의무를 국민에게 부과하는 것은 징병제로 연결된다고 보기도 한다.

##### 2) 환경보전의 의무

권리와 의무는 일체이며, 가령, 국민의 환경에 관한 권리를 규정한다면, 국민에 의한 환경보전의 의무 또는 책임을 헌법에 규정할 필요가 있다고 보기도 한다.

### 3) 투표의 의무

건전한 민주정치의 발전을 위해서 투표는 선거권의 반대로서 국민의 의무라는 것을 헌법에 명시해야 한다는 견해이다.

### 4) 그 외의 의무

그 외 국민의 의무에 대해서 다음과 같은 의견이 제기되었다.

- ① 부모가 자녀를 양육할 의무나, 가족 간에 상호 양육할 의무를 규정해야 한다.
- ② 재산권은 우리 사회생활상 특히 중요한 요소이고 게다가, 이것을 둘러싼 다양한 문제가 있기 때문에, 사회적으로 이것을 잘 활용할 책임도 수반된다. 소유자의 책임과 의무를 어떠한 형태로든 헌법에서 규정하여야 한다는 논의도 있다.
- ③ 재산권의 제약에 관한 논의에 관하여, 근년, 시민이 쾌적하게 생활을 할 권리가 중시됨에 따라 경관이라는 것에 하나의 가치를 인정하여 이를 보전할 권리나 의무를 규정할 필요가 있다는 견해가 있다.
- ④ 봉사활동의 의무화에 대해서는 헌법을 개정해서 어떠한 규정을 두더라도 의무로 규정하는 것은 바람직하지 않고, 자발적으로 참가할 수 있는 분위기를 만드는 것이 중요<sup>424)</sup>하다는 견해도 있다.

## 3. 국민의 의무규정을 증가하는 것에 반대하는 의견

- (1) 근대입헌주의는 국가권력을 제한함에 따라 국민의 자유 권리를 지키려고 하는 것으로 일본헌법도 이 계보에 있는 것이다. 따라서 헌법에서 규정의 상대방 대상으로 삼는 것은 어디까지나 현재의 위정자와 권력이므로 국민을 대상으로 의무나 책임을 다수 부과해서는 안된다.
- (2) 근대 입헌주의는 국가권력을 제한함에 따라 국민의 자유 권리를 지키려

---

424) 衆議院, 前掲書, 348頁.

고 하는 것으로 국가가 국민에 대해서 어느 의무를 부과하는 것을 헌법이 금지하고 있지 않다면, 법률에서 자유롭게 부과할 수 있는 것이다. 따라서 만약 의무를 부과할 필요가 있다면 법률에 의해 의무를 부과하여도 되는 것을 헌법에 의무규정을 두고자 하는 것은 의무규정을 규정한다고 하여 법적 의미를 완전히 가지지 되는 것은 아니라는 것이다.

- (3) 확실히 개인 대 국가라는 이원적 대립을 넘어 공동체, 가족의 재구축을 생각하는 것은 현대의 사회문제의 해결을 위해 중요하지만, 헌법에 의무규정을 추가하여도 그 사회문제의 해결은 되지 않고, 오히려 역효과 또는 왜곡된 효과를 발생시킬 수 있다.
- (4) 권리의 관점에서 의무도 기술해야 한다는 관점은 제12조의 해석상에서 보더라도 이미 이루어지고 있는 것이다.<sup>425)</sup>

#### 4. 그 외의 헌법상 의무의 규정에 관한 사항

- (1) 환경의 보전 등에 대해서는 권리나 의무로서가 아니라, 국가 또는 국민의 환경에 대한 책임으로서 규정해야 한다.
- (2) 의무나 책임에 관한 규정은 그것이 헌법전 가운데에서 국민이 스스로 의사를 선언하고, 공권력을 행사함에 있어 지침을 제시한다는 의미에서 선언적인 규정이라면, 근대입헌주의의 흐름과 양립할 수 있게 생명윤리나 자연환경에 관한 사항 등 주요한 사항에 한하여 헌법에 규정할 수도 있다.
- (3) 그 외 기본의무에 관련된 참고인 등의 주요한 내용을 보면, 기본의무의 추가와 현상유지 등에 대한 다양한 의견을 내세우고 있다. 즉, 헌법에는 권리에 대한 규정은 많지만, 사회를 지키기 위한 의무라는 관점이 약하기 때문에 의무규정을 증가해야하고, 동시에 권리와 균형을 맞추는 형태로 전문 중에 의무에 관한 문언을 추가하여야 한다는 견해(西澤潤一參考人), 유라시아대륙에서 압력이 강해질 것으로 예상되는 현재, 이에 대처하는 국가의 조직을 생각할 필요가 있기 때문에 국방의 의무에 대해서

---

425) 衆議院 前掲書, 2005年 『衆議院憲法調査會報告書』、東京:衆議院憲法調査會, 349頁.

생각해야 한다. 이때 헌법상의 조문으로서의 규정화가 필요한가의 여부에 대해서 논의를 해야 하며, 만약 필요하다면, 일본국민은 국방의 의무를 지는 것이라는 추상적 규정만으로 충분한가, 만약 필요하다면 유사시에 공공의 복지에 대처할 수 있는가라는 점을 검토할 필요가 있다(坂本多加雄參考人), 국민의 의무 없이는 국가의 성립은 불가능하며, 또한 스스로의 국가를 지키는 것은 민주주의의 기본원칙이기 때문에 헌법에 국방의 의무를 규정해야 한다. 이 국방의 의무는 병역의 의무와는 구별되어야 한다는 견해(伊藤哲夫參考人), 헌법은 국가권력을 제한하기 위한 것이라는 근대입헌주의의 발상에서 벗어나, 세계적으로는 독일이나 스위스에서 이미 새로운 시도가 이루어지고 있다. 독일 기본법에서는 전문이나 기본법 제20a 조에서 장래에 대한 국가의 책임 등의 국가목표규정 등이 규정되어 있다(小林正弥參考人), 의무규정은 현행헌법에 들고 있는 정도로 충분하면, 헌법에 의무를 많이 추가하면 권리보장과는 다른 의무의 체계로 되어버릴 수 있다(阪本昌成參考人), 근대입헌주의의 입장에 서더라도 개개인의 인권을 지키기 위해서는 성립한 국가의 법 등을 준수할 의무는 필연적으로 존재한다. 그러한 의무의 존재는 오늘날의 헌법에서도 부정되는 것은 아니며, 사실, 일본헌법에서도 세 개의 의무가 규정되어 있다, 그러나 이것과 어떠한 의무를 헌법에 규정할 것인가는 별개의 차원의 문제이다. 근대입헌주의는 의무를 헌법에 규정하는 것을 부정하는 것임에도 일본헌법에는 의무가 규정되어 있지 않은가에 대한 질문에 대해서는 구체적인 의무규정에 관해서는 현재 규정되어 있는 것으로 충분하다고 견해(小林正弥參考人)<sup>426)</sup>, 확실히 미국의 경우 현대적인 사회문제의 원인을 가족이나 공동체의 붕괴, 개인의 의무의식이나 책임의 결여에서 찾고, 이들의 재구축을 주장하지만, 이를 헌법에 규정하는 것까지 주장하고 있지는 않다. 또한 국민의 도덕에 관련된 의무나 책임을 법제화하는 것은 의무나 책임을 부과하는 것과는 연결되지 않으며, 권위주의나 강권화의 위험을 초래하는 것으로 사회적 영역에서 의무나 책임을 지는 것인 도덕의 관념을 확고하게 하는 것으로 지향해야 하는 것이다(小

---

426) 衆議院, 前掲書, 350頁.

林正弥參考人), 기본적으로는 근대입헌주의 헌법은 국가를 구축하는 문서이지만, 국가를 만든 이상, 국가의 유지, 예를 들어 국가를 수호하기 위해서는 어떻게 할 것인가에 대한 의무규정이 그 한도에서 들어오는 것은 당연하다. 근대헌법에 규정되어 있는 의무규정은 그 단계의 것으로 권리에는 의무를 수반한다는 단계는 아니다. 단계의 차이가 다른 두 개를 같은 단계에서 헌법상의 논의를 전개하는 것은 타당하지 않다(橫田耕一參考人)는 등 다양한 헌법관련 전문가들의 의견이 개진되고 있다.<sup>427)</sup>

이번 헌법조사회의 보고에 대해서는 1964년 7월 법률에 의해 내각에 설치된 헌법조사회 때와 마찬가지로 지금의 헌법 제3장에서 의무규정을 변경해야 한다는 견해와 그 필요성이 없다는 견해가 동일하게 대립하고 있다.

64년 보고서에는 헌법 제3장의 개인의 권리를 존중함에 급급한 나머지, 의무 및 국가를 경시하고 있으며, 또한 국가와 개인을 대립적인 것으로만 생각하여, 국가공동체에 있어서 사회연대의 관념이나 개인의 사회적 책임의 관념을 경시하고 있는 것으로서 이러한 사상은 18·19세기적인 자유국가의 사상으로 20세기에서 현대의 복지국가의 사상에 반하는 것이다.

이미 46년 보고서에서도 권리·자유에 대한 일반적 제약을 공공의 복지보다도 한층 구체적이며 적극적인 표현으로 변경해야 하며, 공공의 도덕, 공공의 위생, 공공의 질서, 공공의 안전, 나아가 공공의 이익을 보장 또는 증진하여 혹은 헌법질서를 옹호함에 필요한 경우에는 법률을 가지고 기본적 인권을 제한할 수 있다고 상세하게 규정하여야 한다고 논의가 전개<sup>428)</sup> 된 바 있어, 46년이나 2005년의 헌법조사회의 보고서는 크게 내용면으로는 차이가 없다고 볼 수 있다.

새롭게 추가되는 의무의 내용에 대해서도 64년의 헌법조사회보고서와 마찬가지로 현재도 문제가 되고 있는 국방의 의무, 준법의 의무, 국가에 대한 충성의 의무를 들고 있다.

개헌론의 주장 가운데에는 헌법을 전술한 국가권력에 대한 제한적인 규범이라는 위치에서 해석하여, 헌법을 국민과 국가의 약속으로 재구성하여 국민의

---

427) 衆議院, 前掲書, 350頁

428) 橫田耕一, 前掲論文, 190-193頁.

국가에 대한 종속적 관계를 만드는 모습도 보이고 있다. 이를 잘 표현한 것이 민족의 지나간 역사나 전통의 계승, 국제사회의 평화와 번영과 안전의 실현, 혹은 지구환경의 보전을 향해서 일본국민이 노력하여야 한다는 선언<sup>429)</sup> 등의 표현으로 나타나고 있다.

## 제4절 결론

일본은 제2차 세계대전전의 명치유신의 통한 개화기에는 독일의 프로이센의 영향을 받아, 그 법체계를 계수한 국가이다. 따라서 제국주의의 기치아래 국민에게 의무를 강조하는 것은 역사적 과정에서 자연스럽게 흘러온 경향이다. 그 후 패전에 따라 자유민주주의의 영향으로 특히 의무규정이 없는 미국의 헌법과 미군정의 영향에서 의무규정이 미비한 헌법형태의 초안작업 속에서 여러 과정을 통하여 몇몇 의무에 관한 규정이 추가되게 된 현행 헌법으로의 개정이 이루어지게 되었다.

이러한 현행헌법의 시행 속에서 경제의 발달과 함께 사회가 발달하게 됨에 따라 개인주의의 만연, 국제사회에서 군대로서 인정받지 못하는 자위대의 군대 지위 부여를 위한 헌법변천론 등 국내외적인 문제를 해결하고자 다양한 시도를 하고 있다. 그 대표적인 활동이 국회의 헌법조사회에서 헌법의 개정과 관련된 일련의 작업을 통하여 헌법개정을 위한 시도라고 할 수 있다. 이러한 헌법개정을 위한 조사를 위해서는 헌법적인 이론적 근거가 필요하게 된 것이며, 다양한 논의를 통하여 환경에 관한, 헌법옹호준중의무 등 다양한 형태의 의무에 관한 규정이 논의되게 된다. 기존의 일본헌법학계에서는 기본의무에 대한 논의는 제국주의의 잔재라는 인식으로 인하여 제대로 논의가 이루어지지 않은 상황이었으며, 우선은 기본적 인권의 확대라는 영역에 초점이 맞춰져서 발전해 오고 있었다. 이에 현재 몇몇 학자들에 의해서 기본의무의 규정의 확대, 기본 의무와 권리와의 관계 등에서 서양의 인권위주의 헌법조항의 한계론 등을 제시하면서 기본의무에 대한 정치적 판단이 결부된 논의가 진행되고 있는 실정이다. 이러한 기본의무의 확대조짐에 대해서 여전히 일본헌법상에서는 부정적

---

429) 榎原猛, 前掲論文, 84頁.



인 측면이 강하며, 더 나아가, 기존의 의무규정마저도 삭제할 것을 요구하는 움직임도 보이게 된다. 결과적으로 개인주의가 만연한 자유민주주의의 일부 부정적인 측면을 부각하여 개인주의의 문제점을 시정하고 국가와 사회공동체의 발전을 위한 노력으로 기본의무의 확대와 발전을 위한 일본의 노력은 헌법적 이론과 현실에서 일정한 한계를 보이고 있는 실정이며, 앞으로 그 변화과정은 우리에게도 참고가 될 수 있을지 계속해서 고찰할 필요가 있을 것이다.



## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강현철, 헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰 : 사회복무제로의 변화를 통한 입법대안을 중심으로, <아주법학>(아주대학교 법학연구소), 제4권 제1호(2010), 29~60면.
- 김광수, 재산권 보장의 구조와 사회적 의무, <공법연구>(한국공법학회), 제28집 제3호(2000), 49~67면.
- 김대환, 기본권과 기본의무의 개정필요성과 방향 - 기본권 총론 부분과 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 중심으로 -, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제16권 제3호(2010), 27~78면.
- 김명재, 양심의 자유와 병역의무 : 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제8권 제3호(2007), 215~240면.
- 김래영, 의무투표제는 위헌인가?: 의무투표제에 관한 현재 2003. 11. 27, 2003헌마259 결정의 평석을 겸하여, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제18권 제1호(2012), 83~114면.
- 김현지, “남성중심의 병역의무” 관념의 해체 - 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마 328을 중심으로 -, <공익과 인권>(서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터), 제9호(2011), 463~497면.
- 박현조, 국방의 의무에 관한 소고, <경성법학>(경성대학교 법학연구소), 제14권 제1호(2005), 167~182면.
- 양현아, 병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도 병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도, <여성연구>(한국여성정책연구원), 제75권 제2호(2008), 135~172면.
- 오호택, 병역의무의 형평성에 관한 연구, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제11권 제4호(2005), 183~235면.
- 윤진숙, 여성의 병역의무에 대한 법이론적 고찰, <공법학연구>(한국비교공

- 법학회), 제8권 제4호(2007), 243~261면.
- 이상명, 양심적 병역거부와 양심의 자유, <고려법학>(고려대학교 법학연구원), 제49호(2007), 911~933면.
- 장영수, 헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조, <법학논집>(고려대학교 법학연구원), 제33호(1997), 51~79면.
- 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰 - 이른바 조정적(조절적) 보상의무 있는 내용규정의 도입가능성, <공법연구>(한국공법학회), 제32집 제3호(2004), 363~386면.
- 정태호, 헌법 제23조 제2항의 해석론적 의의, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제25권(2005), 575~597면.
- 정혜영, 여성의 병역의무 - 제대군인가산점 부활 논의에 대한 비판적 고찰 -, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제37집 제2호(2007), 503~523면.
- 표명환, 양심의 자유와 병역의 의무, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제8권 제3호(2002), 210~230면.
- 홍성방, 국민의 기본의무 - 독일에서의 논의를 중심으로, <공법연구>(한국공법학회), 제34집 제4-1호(2006), 309~336면.
- 홍완식, 헌법상 『국가의 환경보전의무』의 실현에 관한 고찰, <일감법학>(건국대학교 법학연구소), 제6권(2001), 133~150면.
- 홍일선, 선거권과 선거의무 - 자유선거의 원칙과 선거참여의무제의 도입가능성, <공법연구>(한국공법학회), 제34집 제3호(2006), 343~364면.

## 2. 외국문헌

- Badura, Peter, Grundpflichten als verfassungsrechtlicher Dimension, DVBl(1982).
- Bethge, Herbert, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimention, NJW(1982).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,

- NJW(1974).
- Götz, Volkmar, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983).
- Gusy, Christoph, Grundpflichten und Grundgesetz, JZ(1982).
- Hofmann, Hasso, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41(1983).
- Isensee, Josef, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV(1982).
- Merten, Detlef, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl(1978).
- Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland – Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz, Dunker & Humblot(1988).
- Randelzhofer, Albrecht, Grundrechte und Grundpflichten, in: Handbuch der Grundrechte, C. F. Müller(2006).
- Saffert, Heinz, Geschichte der Grundpflichten, Diss. jur. Würzburg(1959).
- Schmidt, Thorsten Ingo, Grundpflichten, Nomos(1999).
- Schmitt, Carl, 정태호 역, 기본권과 기본의무(Grundrechte und Grundpflichten, 1932), <동아법학>(동아대학교 법학연구소), 제36호(2005), 215~267면.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2(1994).
- 衆議院憲法調査會報告書(全文), [http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.htm)
- 青柳幸一, 「國民の基本義務」、阿部照哉ほか編『憲法 (3) 基本的人權II』第3版、有斐閣(1995).
- 芦部信喜ほか編, 『日本立法資料全集71 日本~國憲法制定資料全集 (1) 憲法問題調査委員會關係資料等』、信山社(1997).
- 江橋崇, 「日本國憲法制定の経緯における『國民の義務』」、市民立憲フォーラム

- ム, 2005. <http://www.citizens-i.org/kenpo/paper/duty2.html> (2011年7月30日参照)。
- 齋藤康輝, 「日本七國憲法における國民の義務」、『桐朋學園大學短期大學部紀要』第19号(2001).
- 齋藤康輝, 「國民の義務に關する憲法的考察」、『朝日法學論集』第35号(2008).
- 高原賢治, 「國民の憲法上の義務」、清宮〇四郎ほか編『憲法講座 國民の權利及び義務』、有斐閣(1963).
- 横田耕一, 「國民の義務」、全國憲法研究會編『法律時報増刊 憲法改正問題—』いま(2005).
- 高瀬弘文, 「あるべき國民」の再定義としての勤勞の義務—日本國憲法上の義務に關する歴史的試論—, *Review of Asian and Pacific Studies* No.36(2011).
- 齋藤康輝, 「國民の義務に關する憲法的考察」、『朝日法學論集』第35号(2008).
- 佐藤正巳, 『憲法』, 日本評論社(2001).
- 辻村みよ子, 『憲法』, 日本評論社(2001).
- 年佐藤功, 『憲法下 [新版]』, 有斐閣(2001).
- 芦部信喜、高橋和之補訂, 『憲法 第三版』, 岩波書店(2002).
- 佐藤功, 『憲法下 [新版]』, 有斐閣(2001).
- 野中俊彦、中村陸男、高橋和之、高見勝利, 『憲法Ⅱ [第3版]』, 有斐閣(2001).
- 樋口陽一、佐藤幸治、中村陸男、浦部法穂, 『注釋日本國憲法 下卷』, 青林書院(1988).
- 法學協會, 『註釋 日本國憲法 上卷』, 有斐閣(1946).

## 연구자 약력

### 1. 책임연구자 이준일

- 고려대학교 법과대학 법학과 졸업
- 고려대학교 대학원 졸업(법학석사)
- 독일 쾰(Kiel)대학교 대학원 졸업(법학박사)
- 전) 한동대학교 법학부 교수
- 전) 광운대학교 법과대학 교수
- 현) 고려대학교 법학전문대학원 교수
- 현) 헌법재판소 헌법연구위원
- 현) 한국헌법학회 학술이사

### 2. 공동연구자 서보건

- 영남대학교 법과대학 법학과 졸업
- 영남대학교 대학원 졸업(법학석사)
- 일본 대판(大阪, Osaka)대학교 대학원 졸업(법학박사)
- 전) 헌법재판소 헌법연구위원
- 전) 경남대학교 법정대학 교수
- 현) 영남대학교 법학전문대학원 교수

### 3. 공동연구자 홍일선

- 국민대학교 정치외교학과 졸업
- 고려대학교 대학원 졸업(법학석사)
- 독일 베를린 자유대학교(FU Berlin) 대학원 졸업(법학박사)
- 전) 헌법재판소 헌법연구위원
- 현) 한림대학교 법행정학부 교수
- 현) 한국헌법학회 이사





판 권

소 유

---

헌법재판연구 제23권

헌법상 기본의무에 관한 연구

---

2012년 12월 21일 인쇄

2012년 12월 24일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (대) 708-3456

인쇄 (주)서라벌 E&P

---

(비매품)

