

국제인권규약과 헌법상 기본권

Internationale Pakte über Menschenrechte und Grundrechte in der Verfassung

한양대학교 법학전문대학원 교수, 정광현
Hanyang Law School, Prof. Chung, Kwang Hyun

■ 목 차 ■

<p>I. 서론 45</p> <p>II. 문제 제기 및 연구방향 45</p> <p> 1. 문제의 제기 45</p> <p> (1) 이른바 '권리성질설'의 문제점 46</p> <p> (2) 국제인권규약의 헌법소송적 의미에 대한 혼선 48</p> <p> 2. 연구의 방향 50</p> <p>III. 인권과 기본권 51</p> <p> 1. 인권과 기본권의 개념적 구별 51</p> <p> 2. 구별의 실제적 의의 52</p> <p> (1) 법률의 위헌성 심사의 경우 52</p> <p> (2) 헌법소원심판청구의 경우 53</p> <p> 3. 인권의 기본권편입 가능성 55</p> <p> (1) 오스트리아 55</p> <p> (2) 스위스 및 리히텐슈타인 56</p> <p> (3) 독일 56</p> <p> (4) 평가 57</p>	<p>IV. 우리 헌법상 외국인에 대한 인권보장과 기본권 58</p> <p> 1. 헌법 제6조 제2항의 입법취지 58</p> <p> 2. '기본권조항'과 '기본권편입조항' 60</p> <p> 3. 헌법 제6조 제2항의 기능 62</p> <p> (1) 헌법 제6조 제2항의 부재를 가정할 경우 해석론 62</p> <p> (2) 헌법 제6조 제2항의 존재를 전제할 경우 해석론 64</p> <p> (3) 헌법 제6조 제2항의 성격 66</p> <p>V. 우리 헌법상 국민에 대한 인권보장과 기본권 67</p> <p> 1. 문제의 소재 67</p> <p> 2. 헌법 제37조 제1항의 입법취지 67</p> <p> 3. 헌법 제37조 제1항의 기능 68</p> <p>VI. 결어 69</p>
---	---

I 국문초록

이 글은 국제인권협약과 헌법상 기본권 사이의 관계를 다룬다. 이 연구의 계기를 제공한 것은 헌법 제 6조 제2항이다. 이에 따르면, 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다. 즉, 국제인권협약에 의해 외국인에게 여러 인권이 귀속되어 있다면, 해당 외국인은 대한민국에 대해 그 인권을 존중할 것을 청구할 수 있다. 여기서 전자의 인권 그 자체와 후자의 존중에 관한 권리를 구별할 필요가 있다. 전자는 협약에 의해 정해진 것이라면, 후자는 헌법 자체에 의해 정해진 권리이다. 사건으로는, 이와 같은 종류의 권리는 일종의 기본권으로서 성격이 있다고 할 것이다. 다시 말해, 그 권리는 헌법적 서열을 지닌다.

유사한 것이 헌법 제37조 제1항에도 적용된다. 이 조항에 따르면, 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 다시 말해, 헌법 제37조 제1항에서의 ‘국민의 자유와 권리’는 헌법에 열거된 기본권과 동일하게 보장되어야 한다. 사건으로는, 헌법 제37조 제1항에서의 ‘열거되지 아니한 국민의 자유와 권리’에 국제인권규약상의 인권도 포함된다. 그리하여 결과적으로 국민은 이러한 인권이 헌법 제37조 제1항에 의하여 헌법적 서열을 가지는 자신의 주관적 공권, 즉 기본권의 목록에 편입되어 있음을 주장할 수 있게 된다.

주제어: 인권, 기본권, 국제인권규약, 헌법 제6조 제2항, 헌법 제37조 제1항

(논문접수일: 2019. 5. 12. 심사개시일: 2019. 5. 13. 게재확정일: 2019. 6. 10.)

I. 서론

2017년 말 현재 우리나라에 체류하는 외국인 수는 약 218만 명에 달한다. 그 중에 장기체류자는 약 158만 명으로서, 전체 체류외국인의 약 72%나 된다.¹⁾ 외국인은 더 이상 단순한 방문객에 불과한 것이 아니라, 바로 우리의 이웃에서 우리와 함께 근로하고 세금을 내며 더불어 살아가는, 우리 사회를 구성하는 또 하나의 주체로서 대두되기에 이르렀다. 물론, 이러한 변화의 추세는 비단 우리나라에만 국한된 것은 아니다. 교통과 통신의 비약적 발달을 배경으로 오늘날 전 세계가 하나의 지구촌을 형성함에 따라, 각국은 실로 대량으로 유입된 ‘이주민의 시대’를 경험하고 있다.

‘세계화’의 조류에 더하여, 지난 세기의 세계대전이 일깨워 준 국제평화 및 인권 의식은 기존에 거의 절대시되어 왔던 ‘국민국가적 주권’ 관념에 어느 정도 후퇴를 요구하고 있다. 2차대전 종전 이후 국제인권규약의 급증과 UN 등 각종 국제기구의 창설은 ‘인류 및 세계시민 공동체의 이익’이라는 범세계적 가치에 개별 주권국가가 구속되어 가는 과정을 단적으로 보여 주고 있다. 우리나라 역시 이러한 추세에서 예외는 아닌바, 점증하는 교류와 협력의 필요성에 부응하고 국제사회의 일원으로 우뚝 서기 위해서라도, 그에 상응하는 책임을 다하지 않으면 안 된다.

이처럼 현대 국가는 그 영역의 경계선에서 외국인을 단순히 타자(他者)로서 배척하는 것만으로는 제대로 경영될 수 없고, 국가권력의 행사는 이제 ‘국민’에 대해서뿐만 아니라, 그 관할 내에 있는 ‘세계시민’에 대해서도 정당성을 획득할 수 있어야 한다. 그런데 이와 같은 시대적 요청에 우리 헌법이론은 얼마나 적응력을 갖추고 있는가? 혹시 ‘국민국가’라는 전통적 관념에 고루하게 속박된 채 필요최소한의 발상 전환마저 거부하고 있지는 않은가? 혹은 지나치게 이상론에 치우쳐 현행 법체계와 유리되는 오류를 범하게 되지는 않은가? 양 극단 사이에서 적절한 중용을 모색할 수는 없을까? 이하에서는 그 한 가지 시도를 해 보고자 한다.

II. 문제 제기 및 연구방향

1. 문제의 제기

먼저, 이 연구는 다음 두 가지 문제점에 대한 착목에서 출발한 것임을 밝힌다.

1) 체류 외국인 수의 통계는 https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=2756 (2019. 6. 17. 기준) 참조.

(1) 이른바 ‘권리성질설’의 문제점

우리나라 헌법의 기본권조항들 대부분에서 주어는 “국민”으로 되어 있다. 예컨대, 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며,”라고 시작하고, 제11조 제1항 제1문도 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 규정하고 있다. 이처럼 법문에서 해당 기본권의 주체를 “국민”으로 표현하고 있는 경우 외국인도 그 기본권의 주체가 될 수 없는가?

이에 대해 지배적인 학설과 판례는 이른바 ‘권리성질설’에 따라 판단하고 있다. 즉, 외국인에게도 기본권이 인정될 수 있으나, 그렇다고 무제한적인 것은 아니며, 그 성질상 ‘인간의 권리’로 분류될 수 있는 것만 인정되고 ‘국민의 권리’로 분류되는 기본권은 인정되지 않는다는 것이다.²⁾ 가령, 인간의 존엄과 가치나 행복추구권과 같은 것은 ‘인간의 권리’라고 볼 수 있으므로 외국인도 그 주체가 되는 데 반하여, 참정권, 사회적 기본권, 입국의 자유 등은 ‘국민의 권리’라고 할 것이어서 외국인은 그 주체가 되지 못한다고 한다.

하지만 명시적인 법문의 근거 없이 기본권주체의 범위를 이처럼 확장할 수 있는지에 대해 근본적으로 의문을 제기하는 견해가 있을 뿐만 아니라,³⁾ 무엇이 ‘국민의 권리’이고 무엇이 ‘인간의 권리’인지 구별기준이 반드시 선명하지도 않다. 예컨대, 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 결정에서 재판관 6인의 다수의견은 “직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것”이라고 한 반면,⁴⁾ 재판관 2인의 소수의견은 위 자유를 ‘국민의 자유’라고 보아 견해의 대립을 드러낸 바 있다.

그런가 하면, 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359 결정에서는 재판관 7인의 다수의견이 오히려 “직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하므로 국민의 권리에 해당한다”고 하여 위 선례와 배치되는 입장을 취한 데 대해,⁵⁾ 재판관 2인의 소수의견은 인간의 권리라고 본 종전의 선례를 고수해야 한다며 반대하였다.

또 다른 사례로서, 헌법재판소는 앞서 언급한 것처럼 사회권적 기본권이 ‘국민의 권리’라고 보고 있다. 하지만 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정에서는 사회권적 기본권에 속하는

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 316쪽; 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 202쪽 이하; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 951쪽; 양건, 헌법강의, 법문사, 2016, 265쪽; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 327쪽 이하; 한수용, 헌법학, 법문사, 2019, 397쪽 이하; 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 302.

3) 박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990, 199쪽; 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰, 헌법실무연구 제13권 (2012), 402-435쪽; 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 결정에 대한 재판관 김종대의 반대이견.

4) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등, 판례집 23-2상, 638.

5) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423.

‘근로의 권리’ 중에서도 적어도 ‘일할 환경에 관한 권리’에 관한 한 외국인의 기본권주체성을 인정함이 타당하다고 하였다. 비록 이 결정의 판시에서 “근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로...” 운운하고 하고 있으나,⁶⁾ 이는 ‘일할 환경에 관한 권리’가 말 그대로 ‘자유권’에 해당한다는 취지라기보다, 사회적 기본권이라 할지라도 인간의 존엄성 보장과 밀접한 관련성이 있다고 인정되는 한에서는 외국인에게도 그 주체성을 인정할 수 있다는 취지로 선택함이 상당하다.⁷⁾ 이렇게 볼 때, 판례는 사회적 기본권에 관한 외국인의 기본권주체성 판단에서도 일관성이 없는 모습을 보여 주고 있다고 하겠다.

이처럼 판례들 중에 모순된 판시가 등장하는 것보다 더 문제시될 것은, 기본권은 그것이 자유권이든 사회권이든 모두 인간의 존엄성 보장과 깊은 관련성이 있는데, 그럼에도 기본권 중 인간의 존엄성 보장과 관련된 것은 ‘인간의 권리’, 그렇지 않은 것은 ‘국민의 권리’라는 식으로 분류하는 것이 근본적으로 타당한가 하는 점이다. 독일의 경우 비록 우리나라와 마찬가지로 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’를 나누고 있기는 하나, 그것은 기본적으로 명문의 헌법 규정에 근거한다. 즉, 기본법에서 어떤 기본권의 주체를 “모든 사람(alle Menschen)” 또는 “누구든지(jeder, jedermann, niemand)” 등으로 명시하고 있으면 그 기본권을 ‘인간의 권리’로 인정하고, 그렇지 않고 “독일인(Deutsche)”라고 표현하고 있으면 해당 기본권을 ‘독일국민의 권리’로 인정하는 식이다.⁸⁾ 반면, 우리나라의 경우 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’를 나누는 준거는 헌법 문언과 같은 실정법적인 것이 아니라, 인간존엄성 보장과의 관련성과 같은 개별 기본권의 성질에 관한 가치평가이다. 하지만 그 가치평가의 기준 자체가 불확실하다.

이러한 상황에서 권리성질설에 따른 외국인의 기본권주체성의 판단은 주로 ‘순환논법’에 의존하는 경향을 보인다. 예컨대 위 2013헌마359 결정의 다수의견이 직업의 자유를 ‘국민의 권리’로 본 데에는 일견 이 기본권이 외국인을 포함한 인류 모두에 보편적으로 인정된다고 하는 것이 뭔가 사회현실적 관점 또는 실무적인 이유에서 마땅치 않다고 판단한 때문으로 생각된다. 또한 위 2004헌마670 결정에서 근로의 권리 중 ‘일할 환경에 관한 권리’를 ‘인간의 권리’라고 성격 규정한 것도 외국인에게 적어도 이 권리만큼은 보장되어야 할 필요가 있다는 판단이 선행하여 이루어졌기 때문으로 추측된다. 그렇지 않고는, ‘사회적 기본권은 국민의 권리’라던 종래의 판례에서 벗어난 결론을 달리 설명하기 어렵다. 하지만 이러한 순환논법은

6) 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670. 판례집 19-2, 303.

7) 유사한 견해로는, 전광석, 다문화사회와 사회적 기본권, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6), 129쪽 각주 67 참조.

8) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, CH.Beck, 2008, 193-194쪽 참조.

그 자체로는 외국인의 기본권주체성 여부 판단에 관한 아무런 실체적 근거를 제시하지 못하는 점에서, 헌법재판소 결정의 설득력과 예측가능성을 현저히 떨어뜨린다고 할 것이다. 바로 그러한 이유에서 권리성질설은 헌법 도그마틱의 관점에서 여간 불만족스럽지 않다.

(2) 국제인권규약의 헌법소송적 의미에 대한 혼선

한편, 앞서 언급한 2013헌마359 결정에서 재판관 김이수, 재판관 강일원은 직업 선택의 자유를 ‘인간의 권리’로 보아야 하는 논거들 중 하나로서, “1948년 유엔총회에서 채택된 세계인권선언은, 모든 사람은 일을 할 수 있는 자유(right to work)가 있고 자유롭게 직업을 선택할 자유(right to free choice of employment)가 있다고 선언하고 있다(제23조). 또 세계인권선언을 바탕으로 마련된 법적 구속력을 가진 국제인권협약 중 시민적·정치적 권리규약(B규약)은 강제노동을 금지하고 있고(제8조), 경제적·사회적·문화적 권리규약(A규약)은 모든 사람에게 자유로이 선택하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리가 있고 국가는 이를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다(제6조)고 규정하고 있다”고 하면서, 이는 “사람이면 누구나 자기가 하고 싶은 일을 선택하여 할 수 있는 기본적 권리를 가지고 있다”는 것을 확인하여 준다고 실시하였다.⁹⁾

만약 이 논리대로 국제인권규약상 ‘모든 사람이 마땅히 누려야 할 인권’으로 규정되어 있다는 것을 ‘인간의 권리’의 결정적인 판단기준으로 삼을 수 있다고 한다면, 우리 헌법에 열거되어 있는 기본권들은, 국민투표권 등 몇 가지 예외를 제외하고는, 대부분 ‘인간의 권리’로 분류할 수 있게 될 것이다. 국제인권규약에서는 우리나라 헌법상의 기본권에 상응하는 인권들의 향유주체를 “모든 사람(everyone)”으로 규정하는 게 보통이기 때문이다.¹⁰⁾ 그러나 위 결정의 다수의견은 직업의 자유를 인간의 권리로 보기를 거부함으로써 일단 결과적으로 이러한 결론에 부정적인 입장을 취한 모양새이다. 이것이 정당한지는, 국제인권규약상 인권이 우리 헌법의 해석·적용에서 가지는 의미가 무엇인가 하는 문제와 밀접하게 관련된다.

그 동안 헌법재판소 판례는 “헌법의 개별 조항을 해석함에 있어서는 국제연합의 세계인권선언이나 국제인권규약들, 국제노동기구의 협약과 권고 등 국제법 규범과 조화되도록 해석하여

9) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1425.

10) 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 1986. 4. 11.자 일반논평 제15호(General comment No. 15)에서 “이 규약상 각 권리는 국민과 외국인 사이에 차별 없이 보장되어야 하는 것이 일반적 원칙”임을 확인하였고, 경제적·사회적·문화적 권리위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)도 역시 2009. 7. 2.자 일반논평 제20호(General comment No. 20)에서 ‘국적’을 차별금지사유의 하나로써 열거하면서, “규약상 권리들은 법적 지위와 등록상태에 상관없이 난민, 망명자, 무국적자, 이주노동자, 국제인신매매 피해자 등 비국민을 포함한 모든 사람에게 적용된다”고 하였다.

야 할 것이고, 국내법이 이러한 국제적 규범에 위배된다고 하여 막바로 위헌이라고 할 수는 없다 하더라도, 그 국내법의 위헌 여부를 판단함에 있어 중요한 기준으로 삼아야 할 것"이라고 하거나,¹¹⁾ '국제인권규약의 위반이 헌법 제6조 제1항에 천명된 국제법 존중주의에 대한 위배로서 결국 위헌사유를 구성할 수 있다'는 전제 하에 실제로 국제인권규약 위반의 점이 인정될 수 있는지를 심사하기도 하였다.¹²⁾ 또한 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 사건에서 재판관 한병채, 재판관 이시윤은 "정정보도청구의 경우 ... 통상의 소송사건과 달리 약식절차에 의하게 함으로써 정기간행물의 발행인이나 편집인으로 하여금 명예권 침해여부에 대한 충분한 방어 기회를 보장하지 않[는] ... 것은 정기간행물의 발행주체에 대한 법적 차별이며 법원 앞에서의 평등(헌법 제11조, 국제인권규약 B규약 제14조 제1항)에 위반된다."고 실시하여 법원 앞에서의 평등의 근거규정을 헌법 제11조와 국제인권규약 B규약 제14조 제1항에서 찾은 바도 있다.¹³⁾

요컨대, 헌법재판에서 국제인권규약상 인권이 가지는 기능에 대해 기존 판례들은 어느 정도 편차를 보이고 있다. 즉, ① 국제인권규약상 인권이 독자적으로 위헌성 심사기준이 된다 기보다는, 단지 우리나라 헌법상 기본권조항의 해석·적용에 참고될 수 있을 뿐이라는 입장을 취한 것도 있고, ② 특정 기본권조항과 결부시키는 대신 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의를 매개로 하여 국제인권규약을 사실상 독자적 위헌성 심사기준으로 취급한 것도 있으며, ③ 비록 소수이지만, 국제인권규약상의 인권규정 자체를 마치 기본권조항처럼 취급하여 별도로 그 위반여부를 판단한 듯한 것도 있다.¹⁴⁾ 게다가, ④ 2013헌마359 결정의 다수의견처럼 기본권조항의 해석·적용에서 국제인권규약상 인권을 고려에서 배제한 것 같은 판례마저 있어서, 국제인권규약상 인권의 기능을 어떻게 파악하여야 하는지에 관하여 헌법재판소 내부에서도 상당한 혼선이 있음을 감지하게 한다.

학계의 상황도 크게 다르지 않아서, 아직 이에 관한 의견의 일치에 이르지 못하고 있다. 국회의 동의를 얻어 체결한 국제인권규약은 법률적 효력을 가진다는 견해가 다수를 이루지만,¹⁵⁾ 헌법적 서열을 인정할 수 있다는 견해도 있으며,¹⁶⁾ 헌법보다는 하위이고 법률보다는

11) 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47, 판례집 20-1상, 490.

12) 예컨대, 헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12등, 판례집 23-2상, 155-156.

13) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 538-539.

14) 이와 같은 헌법재판소 판례의 일관적이지 않은 태도를 지적한 것으로는, 전종익, 헌법재판소의 국제인권조약 적용, 저스티스 제170-2호 (2019. 2), 507쪽 이하 참조.

15) 우기택, 국제인권법의 국내 이행 과제, 경희법학 제51권 제2호 (2016. 6), 247쪽; 장영수, 국제인권규약의 국내법적 의의와 효력, 고려대 법학논집 제34집 (1998), 62쪽; 전종익(주 14), 534쪽; 조홍석, 국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성, 저스티스 제32권 제3호 (1999. 9), 14쪽.

16) 류성진, 헌법재판에서 국제인권조약의 원용가능성, 아주법학 제7권 제1호 (2013. 6), 18쪽 이하; 이명용, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 제83호 (2005. 2), 183쪽; 허종렬, 국제인권규약의 국내법적 효력과 헌법, 성균관법

상위인 것으로 보는 견해도 있다.¹⁷⁾ 그리고 단지 헌법하위적 서열만 인정하려는 견해 내에서도, 국제인권규약이 독자적으로는 헌법재판규범이 되지 못하지만, 헌법해석에 참고가 되거나 ‘국제법 존중원칙’을 매개로 실질적으로 국내법을 무효화할 여지는 있는 것으로 보려는 기류가 존재한다.

이처럼 국제인권규약의 헌법소송적 의미 내지 기능에 관해 일련의 혼선과 논란이 일어나는 데에는, 국제인권규약상의 인권이 내용적으로는 우리 헌법질서에 수용할 만한 것임에도, 아직 이를 실정헌법에 편입시킬 만족스러운 통로를 찾지 못한 데에 그 중요 원인이 있다고 판단된다.

2. 연구의 방향

이러한 문제의식 하에서, 이 연구는 그 동안 명확한 법문의 근거 없이 선형적으로 기본권주체성을 논하던 관행을 지양하고, 국제인권법의 발전추세와도 보조를 같이 할 수 있는 이론적 실마리를 모색하기 위해 다음과 같이 논지를 전개하기로 한다.

- (1) 우선, 인권과 기본권은 개념적으로 구별될 뿐만 아니라, 달리 특별한 정함이 없는 한, 헌법재판에서 권리구제와 관련하여 실제적 차이로 이어질 수 있음을 확인한다. 이 글의 논의는 바로 이러한 출발점에서 시작하지만, 그렇다고 거기서 모든 결론을 연역해 낼 의도는 없다. 오히려 그렇게 전제한 ‘인권’과 ‘기본권’의 준별이 개별 국가의 구체적인 헌법규정체계 하에서 상대화될 여지도 있다는 점을 지적하는 데 더 주안점이 있다고 하겠다.
- (2) 다음으로, 우리 헌법은 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 하고 있는바, 이 조항의 입법취지 및 의의를 살펴본 후, 이 조항을 매개로 외국인이 국제인권규약에 의해 보장된 인권을 헌법상 기본권처럼 주장할 여지가 없는지를 검토한다.
- (3) 끝으로, 국제인권규약상 인권은 외국인에게만 적용되는 것이 아니라, 국민에 대해서도 적용된다. 그러므로 만약 외국인이 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권처럼 주장할 수 있다고 한다면, 국민도 그에 상응한 권리주장을 할 수 있다고 함이 형평에 맞을

학 제5호 (1994), 43쪽 이하.

17) 박찬운, 국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰, 법조 제609호 (2007. 6), 151쪽; 박선욱, 국제인권조약의 국내적 적용, 법학연구 제49집 (2013. 3), 421쪽.

것이다. 하지만 그 근거를 외국인 지위에 관한 헌법 제6조 제2항에서 찾을 수는 없는데, 그 대체물이 될 만한 조항으로서 헌법 제37조 제1항의 의의와 기능에 대해 검토하도록 한다.

III. 인권과 기본권

1. 인권과 기본권의 개념적 구별

근대 서구에서 통용된 개념에 따르면, ‘인권’이란 인간이 인간이기 때문에 누리는 천부적이고 전(前)국가적인 권리, 즉 자연권을 가리켰다.¹⁸⁾ 하지만 오늘날 ‘인권’은 그보다는 좀 더 넓은 개념으로 사용되고 있다. 예컨대 1948년 UN의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)에서는 자연권적 성질의 자유나 평등뿐만 아니라, 가령 ‘국적을 가질 권리(the right to a nationality)’, ‘자국의 정부에 참여할 권리(the right to take part in the government of his country)’, ‘사회보장을 받을 권리(the right to social security)’ 또는 난민의 ‘비호를 구할 권리(the right to seek asylum)’ 같은 것들도 인권의 외연에 포함시키고 있다.

한편, ‘기본권’은 독일의 ‘Grundrecht’라는 용어에서 유래한 것으로서,¹⁹⁾ 근대적인 인권보장의 이념에 따라 중요 인권들을 헌법전에 명문화하면서 탄생하였다. 다시 말해, 일련의 인권을 실정헌법에 수용하면서 ‘기본권’의 개념이 등장하였다고 해도 과언이 아니다.²⁰⁾ 물론, 오늘날 헌법상의 기본권들 중에는 ‘전통적 의미의 인권’으로 보기 어려운 것도 있을 수 있지만, 전술한 바와 같이 ‘인권’ 개념이 확장함에 따라 양자 간의 내용적 중첩가능성이 그만큼 더 커진 상황이다.

이처럼 ‘기본권’은 이념적·역사적으로 ‘인권’과 아주 밀접한 관련이 있다. 그럼에도 헌법을 비롯한 한 국가의 법체계에서 양자가 가지는 지위는 상이하다. 개인의 다른 권리에는 없는 기본권만의 특성은 바로 그것이 ‘헌법적 서열(Verfassungsrang)’을 가진다는 데 있다.²¹⁾ 이러한 서열은 헌법전에서 그 권리의 보장을 명시적으로 규정함으로써 인정된다. 헌법재판소가 기본권을 정의함에 있어서 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 한 것도

18) 권영성(주 2), 287쪽; 한수웅(주 2), 375쪽 참조.

19) 정중섭, 기본권의 개념에 관한 연구, 서울대학교 법학 제44권 제2호 (2003. 6), 5쪽 참조.

20) 이상희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 60쪽 참조.

21) Kingreen/Poscher, Grundrechte, C.F.Müller, 2016, Rn. 45 참조.

바로 이러한 취지라 할 것이다.²²⁾ 반면, 헌법전에 그런 명시적 보장규정이 없고 단지 국제인권 규약에만 근거를 둔 인권은, 그것이 아무리 근본적 가치를 가진 것이라고 하여도, 그것만으로는 헌법적 서열이 당연히 인정될 수는 없다. 특히 헌법부칙 제5조에서 “조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하고 있고, 국제인권규약도 조약의 일종에 해당하는 점을 감안하면, 국제인권규약 내지 거기에 규정된 인권 자체는 우리나라에서 기본적으로 헌법하위의 서열을 가진다는 전제에서 출발할 수밖에 없다고 할 것이다.

2. 구별의 실제적 의의

인권과 기본권의 구별은 단지 이론적인 의미만 가진 것이 아니라, 헌법재판에서 여러 실제적인 차이로 이어질 수 있다.

(1) 법률의 위헌성 심사의 경우

첫째로, 위헌법률심판에서 심사기준은 모든 헌법규정들과 이로부터 도출되는 헌법원칙이고,²³⁾ ‘기본권’은 헌법상 명문의 규정에 근거를 두고 있기 때문에 그 자체로 법률의 위헌성에 관하여 독자적인 심사기준이 된다. 반면, 헌법전에 명문의 근거를 두고 있지 않은 ‘인권’은 원칙적으로 위헌법률심판에서 독자적인 심사기준이 되지 못한다. 즉, 심판대상 법률이 ‘기본권’을 침해하였다고 할 때, 그것만으로 그 법률에 대해 위헌결정을 할 수 있지만, 단지 ‘인권’을 침해하였을 뿐이라면, 그것만으로는 법률의 위헌성을 단정할 수 없는 것이다.

물론, 이것이 국제인권규약상의 인권이 위헌법률심판에서 아무런 기능도 하지 못한다는 것을 의미하지는 않는다. 앞서 언급한 바처럼, 헌법재판소는 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권조항의 해석·적용에 중요한 참고자료로 삼거나 혹은 국제인권규약상 인권의 침해를 국제법 존중주의에 대한 위반으로 간주하기도 한다. 그 결과 국제인권규약상 인권은 간접적이거나 법률의 위헌성 판단에 어느 정도 영향을 미칠 수도 있다. 특히, 국제인권규약상 인권을 단지 참고하는 데에서 그치는 게 아니라, 국제법 존중주의와 결부시킬 경우에는 국제인권규약과 국내법이 충돌할 때 전자를 우선시함으로써 사실상 국제인권규약상 인권에 대해 ‘법률상위적 서열’을 부여하는 것과 같은 결과를 가져올 수도 있다. 다만, 헌법재판소 판례가 국제법

22) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 692.

23) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 317쪽; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 645(“일반적으로 헌법상 명문규정뿐만 아니라 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙의 경우도 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다”) 참조.

존중주의를 도출하는 근거로서 제시한 헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에서 그러한 법률상위적 효력의 부여를 명시하고 있지는 아니하고,²⁴⁾ 국제법 존중주의가 본질상 국제법에 법률상위적 효력을 부여하는 것을 당연히 내용으로 한다고 볼 수도 없으며, 국회가 제정한 법률을 존중하는 것 역시 의회주의로부터 도출되는 대등한 헌법적 요청이라 할 때, 국제인권규약과 국내법률 간 저축의 상황에서 과연 국제법 존중주의만으로 법률의 위헌성을 결정하기에 충분할지는 의문이다.

(2) 헌법소원심판청구의 경우

둘째로, 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 … 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 ‘기본권’이 침해된 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있지만, “헌법상 보장된 기본권”에는 해당하지 않는 ‘인권’이 침해된 경우에는 헌법소원을 제기할 수 없다.

한편, 국제인권규약상 인권의 침해에 대해 헌법소원 이외의 통상적인 사법절차에 의한 구제가 가능한지는 별개의 문제이다. 일반적으로 조약에 의해 직접 개인에게 소구가능한 권리가 창설되는지 여부와 관련해서는 다음과 같은 사정들이 고려되고 있다.²⁵⁾ 첫째로, 조약이 국내에서 그 시행을 위해 별도의 추가적인 입법을 요하지 않을 정도로 구체적이고 명확한 규율로 되어 있는가? 둘째로, 조약이 문언, 목적, 내용 등에 비추어 단지 체약국에 대해 일정한 조치를 취할 의무를 지우는 데에서 그치지 않고 개인을 해당 법률관계의 주체로서 규정하여, 개인으로 하여금 행정청이나 법원 앞에서 자신의 법적 지위를 주장·관철할 수 있도록 한 경우라고 볼 수 있는가?

하지만 이러한 것들의 판단에 있어서 어떤 보편적인 기준이 마련되어 있는 것은 아니며, 그 결과 각국마다 또는 법의식의 발달상황에 따라 판단이 상이해질 소지가 있다는 점도 유의할 필요가 있다. 특히 위 첫 번째 사항은 19세기 초에 미국에서 판례법으로 형성된 이른바 ‘자기집행적 조약의 이론(The Doctrine of self-executing treaty)’에서 연원을 찾을 수 있는데,²⁶⁾ 이를 20세기 중반부터 본격적으로 등장하기 시작한 국제인권규약에 대해서까지 기계적

24) 헌법전문에서 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함”을 천명하고 있고, 헌법 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있는바, 현재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 428은 “헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에 나타나 있는 국제법 존중의 정신”이라는 문구를 통해 국제법 존중주의가 이들 규정으로부터 도출됨을 표현하고 있다.

25) 조약에 기한 개인의 구체적 권리 및 제소권의 인정 여부와 관련하여, 국제법에서는 조약의 ‘자기집행력’ 내지 ‘직접효력’ 등의 개념들 하에 논의가 이루어지고 있다. 이에 관한 자세한 설명은, 김태천, 재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행, 국제법평론 제20호 (2004), 27쪽 이하; 조홍석(주 15), 15쪽 이하 참조.

26) 자기집행적 조약의 이론이 미국연방대법원 판례에 의해 도입된 것은 1829년의 Foster v. Neilson 판결(27

으로 적용하여도 괜찮은지는 의문이다. 전통적인 국제법 하에서는 ‘국가’가 권리의무의 주체이고, ‘개인’은 주체가 아닌 것으로 인식되어 왔기 때문에 이와 같은 이론이 통용될 수 있었을 테지만, 현대에는 국제인권법의 발전 내지 ‘국제법의 헌법화’²⁷⁾와 더불어 개인이 독자적으로 국제법상 권리의 주체로 인정받는 예외가 점점 늘어나는 추세이다.²⁸⁾ 또한 형성적 법률유보에 의하는 기본권이 그 실현을 위해 관련 입법조치를 필요로 한다고 해서 기본권의 권리성이 부정될 수 없듯이, 기본권과 마찬가지로 원칙규범적 성격을 가진 인권이 그 구체적 실현에 어떤 입법조치를 필요로 한다고 해서 곧바로 그 권리성을 부정할 수는 없는 게 아닌가 하는 관점에서 도, 위 이론을 아무런 변용없이 무제한적으로 적용하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

실제로, UN의 경제적·사회적·문화적 권리 위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 1990. 12. 14. 일반논평 제3호로, ‘이 규약 제3조(모든 사회권의 향유에 있어 남녀의 동등한 권리), 제7조(a) (i)(정당한 임금과 동일가치 노동에 대한 동일보수), 제8조(노동조합을 결성하고 가입할 권리), 제10조 제3항(아동의 보호), 제13조 제2항(a) (무상초등교육의 보장), 제13조 제3항(자녀의 학교를 선택할 부모의 자유), 제13조 제4항(개인인과 단체의 교육기관 설립권), 제15조 제3항(과학연구와 창작활동의 자유) 등은 사법기관에서 즉시 적용이 가능하다고 할 것이므로, 이 규약상 규정들이 원래 비자기집행적이라고 하는 그 어떤 견해도 유지되기 어렵다’고 강조한 바 있고,²⁹⁾ 이는 국내의 다수 학자들에 의해서도 폭넓은 지지를 받고 있다.³⁰⁾ 또한 자유권규약위원회(Human Rights Committee) 역시 1994. 11. 4. 일반논평 제20호로 “인권조약, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 국가들 사이에 상호적 의무를 교환한 데 불과한 게 아니다. 인권조약들은 개인에게 권리를 부여하기 위한 것이다.”라고 천명하였다.³¹⁾ 이러한 점들에 비추어, 국제인권규약상 인권이 침해된 경우 법원에의 제소를 통한 권리구제의 길이 근본적으로 차단되어 있지는 않다고 할 것이다.

U.S. 253)부터이다. Vázquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, 89 Am. J. Int'l L. 695 (700) 참조.

27) ‘국제법의 헌법화’는 종래 국제법 영역에서 일종의 최고입법기관의 역할을 하던 ‘주권국가들’로 하여금 그 입법적 전권을 행사함에 있어서 ‘상위의 법원칙’, 특히 ‘인권’의 구속을 받게끔 국제법질서를 구축해 나가는 것을 뜻한다. 이로써, 대등한 주권국가들 사이의 수평적 법질서를 특징으로 하던 전통국제법 구조에, ‘인류 및 세계시민공동체의 이익’이라는 상위의 가치에 각 주권국가가 구속되고 이를 통해 국제법적 정당성이 부여되는 식의 수직적 요소가 가미된다. ‘국제법의 헌법화’에 관한 더 자세한 내용은, 박진완, 국제법의 헌법화, 유원북스, 2015; Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 (2003), 61-67쪽 등 참조.

28) 정인섭, 신 국제법강의, 박영사, 2016, 812쪽 참조.

29) CESCR General Comment No. 3, E/1991/23.

30) 정인섭(주 28), 858쪽; 류병운, 국제법, 형설출판사, 2016, 647쪽; 이명웅(주 16), 194-195쪽; 우기택(주 16), 265쪽; 박찬운, 국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격, 인권과 정의 제364호 (2006. 12), 105-110쪽; 이주영, 사회권규약의 발전과 국내적 함의, 국제법학회논문총 제61권 제2호 (2016. 6), 132-146쪽.

31) CCPR General Comment No. 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

다만, 권리침해시 통상적인 사법적 구제절차만 허용되는 것과 헌법소원심판절차도 허용되는 것 사이에는 권리구제의 실효성 면에서 엄연히 차이가 존재할 수 있음은 부정할 수 없다. 예컨대, 법원의 구제절차에서는 법령을 직접 소송물로 하여 다투는 것을 허용하지 않는 데 반하여, 헌법소원심판절차에서는 직접성요건 등의 충족을 전제로 이를 허용할 여지가 있다. 또한 권리침해의 상황이 종료된 경우 행정소송은 소의 이익이 없어 소각하 판결로 종결되는 것이 통상적이거나, 헌법소원심판에서는 예외적으로 객관적 심판청구의 이익이 존재한다고 인정되는 경우 본안판단에 들어가기도 한다. 그런 점에서도, 침해된 권리가 ‘기본권’이냐 아니면 ‘인권’이냐는 권리구제의 면에서 실제적인 차이를 초래할 수 있다고 하겠다.

3. 인권의 기본권편입 가능성

이상에서 인권과 기본권은 기본적으로 개념상 서로 구별될 뿐만 아니라, 헌법재판실무상 여러 실제적 차이로 이어질 수 있음을 살펴보았다. 하지만 그렇다고 인권과 기본권이 항상 상호 절연관계에 놓이는 것은 아니다. 만약 국제인권규약상 인권을 헌법상 기본권으로 편입시킬 수 있는 특별한 연결고리를 찾을 수 있다면, 전술한 인권과 기본권의 준별은 어느 정도 상대화될 여지도 있다고 할 것이다. 아래에서는 이와 관련하여 몇 가지 외국의 사례를 살펴본다.

(1) 오스트리아

오스트리아 헌법전(Bundes-Verfassungsgesetz)은 원래 자체적으로 기본권목록을 가지고 있지는 않다. 그 대신 헌법전 제149조 제1항에서 1867년 12월 21일 제정된 ‘국민의 일반적 권리에 관한 국가기본법’³²⁾을 헌법으로 간주하도록 규정함으로써, 동법에 규정된 일련의 권리들을 헌법상 기본권으로 전환시켰다.

그런데 이러한 방식의 기본권 편입은 그 후 유럽인권규약상의 인권에 대해서도 마찬가지로 행해졌다. 즉, ‘1964년 연방헌법개정법’³³⁾ 제2조 제7호에서 유럽인권규약 및 그 추가의정서

32) 공식명칭은 ‘제국참사회에 대표를 두고 있는 왕국과 주에 적용되는 국민의 일반적 권리에 관한 국가기본법, 1867년 12월 21일자, RGBl. Nr. 142 (Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder)’이다.

33) BGBl 1964/59. 공식명칭은 ‘1929년 연방헌법의 국가조약 관련 규정을 개정·보충하는 연방헌법률, 1964. 3. 4.자 (Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden)’이다.

도 역시 헌법적 서열을 가지는 것으로 간주되도록 규정한 것이다. 이에 따라 위 규약상의 인권은 자연스레 기본권에 추가 편입된 것으로 간주되기에 이르렀다.³⁴⁾

(2) 스위스 및 리히텐슈타인

이처럼 명문의 규정으로 유럽인권규약에 헌법적 서열을 부여한 오스트리아와는 달리, 스위스의 경우는 유럽인권규약에 명시적으로 헌법적 서열을 부여하는 규정이 없다. 그럼에도 스위스 연방법원은 유럽인권규약에 대해 헌법적 서열에 버금가는 서열을 인정함으로써, 실질적으로 위 규약상 인권을 기본권에 준하는 정도로 보장하고 있다. 즉, 동 법원은 1991년의 한 판결에서 “유럽인권규약은, 거기에 규정된 보장이 기본권을 보호하는 한에서 그 성격상 헌법적인 내용이 있는바, 그런 점에서 특별한 조약에 해당한다. 이 규약은 여러 회원국들의 헌법에 규정되어 있거나 혹은 그 회원국들이 불문의 헌법적 권리로서 인정하는 기본권들의 최소한의 수준을 보장한다.”라고 전제한 다음, 이러한 유럽인권규약에 의해 보장된 권리와 헌법상 기본권 사이의 내용적 연관성으로부터 전자의 침해는 헌법소원심판절차에서 후자의 침해와 똑같이 다루어져야 한다는 원칙을 확립한 바 있다.³⁵⁾

리히텐슈타인의 경우도 스위스와 유사하다. 즉, 비록 헌법을 개정하지는 않았지만 유럽인권규약의 비준 이후 헌법재판소법을 개정하여, 유럽인권규약상 권리에 대한 침해를 헌법소원으로 다룰 수 있게 한 것이다.³⁶⁾

(3) 독일

독일에서도 유럽인권규약에 대해 헌법적 서열을 인정할 만한 헌법적 근거를 찾을 수 있다는 견해가 존재한다. 즉, 독일 기본법 제1조 제2항은 “독일 국민은 불가침, 불가양의 인권을 세계의 모든 인류공동체, 평화, 정의의 기초로서 신봉한다”고 천명하고 있고, 이 조항은 심지어 헌법개정에 의해서도 폐지할 수 없는 것으로 기본법 제79조 제3항에서 규정하고 있는바, 이러한 헌법규정들을 근거로 국제인권규약상의 인권에 헌법적 서열을 인정함이 상당하다는 것이다.³⁷⁾ 만약 그렇지 않고 유럽인권규약상의 인권에 대해 단지 법률적 서열만 인정한다면,

34) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundes-Verfassungsrechts, Manz, 1992, Rn. 1321 참조.

35) BGE 117 Ib 367, 370-371.

36) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H.Beck, 2008, 17쪽, 각주 11 참조.

37) Bleckmann, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149쪽 이하; Zuleeg, Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich, EuGRZ 2005, 681쪽 이하.

예컨대 그에 저촉되는 연방법률이 사후에 제정되는 경우 신법우선의 원칙에 의하여 오히려 유럽인권규약상의 인권이 그 연방법률보다 열위에 놓이게 되는 등의 사태가 빚어질 수 있는 바, 그리 되면 결국 위 헌법규정들에서 천명하고 있는 '인권'에 대한 존중의 취지를 제대로 살릴 수 없다는 것이다.

그러나 이러한 견해는 독일 기본법상의 여러 조항들과 충돌을 일으키는 까닭에, 다수 학자들로부터 별로 지지를 받지 못하고 있다.³⁸⁾ 먼저, 독일 기본법은 국제법의 국내적 효력에 관해 두 개의 규정을 두고 있다. 즉, 기본법 제25조에서는 “국제법의 일반원칙은 연방법의 일부가 된다. 그것은 법률에 우선하며, 연방의 영역 내 주민들에게 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다.”고 규정하고 있고, 제59조 제2항에서는 “연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방의 입법사항에 관한 조약은 연방입법권한을 가진 기관이 연방법률의 형식으로 그에 동의 내지 참여할 것을 요한다. 행정협정에 관하여는 연방행정에 관한 규정이 준용된다.”고 규정하고 있다. 이 조항들 중 어느 쪽에 의하더라도, 국제법에 헌법적 서열이 부여되기는 어렵다. 그럼에도 국제인권규약상 인권에 대해 헌법적 서열을 부여하려고 한다면, 결국 위 조항들에 저촉될 수밖에 없다는 것이다.

뿐만 아니라, 기본법 제79조 제1항에서는 “기본법은 문언을 명시적으로 변경 또는 보완하는 법률에 의하여만 개정될 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그런데도 국제인권규약상 인권에 헌법적 서열을 부여한다면, 이는 결국 기본법의 문언을 명시적으로 변경 또는 보완함이 없이 개정하는 것이나 다를 바 없어 제79조 제1항을 위반하게 된다고 한다.

(4) 평가

이상의 외국 사례들에서도 알 수 있듯이, 국제인권규약상 인권이 기본권에 편입될 수 있는지는 일차적으로 각 헌법의 특수한 규정 상황에 크게 좌우된다. 오스트리아 헌법처럼 국제인권규약에 헌법적 서열을 부여하는 명문의 규정이 있다면, 인권의 기본권편입은 그만큼 용이하게 일어날 수 있지만, 독일 기본법처럼 기본권편입에 저항하는 헌법규정들이 있다면, 인권과 기본권의 엄격한 준별은 그만큼 확고하게 유지될 수도 있는 것이다. 그러므로 기본권편입의 가능성에 관하여 단지 이론적인 관점에서 그 결론을 재단하기보다는, 해당 헌법상 관련 규정들을 면밀히 분석하는 작업이 선행될 필요가 있다.

38) 대표적으로, Isensee, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006, § 26, Rn. 96 이하; Merten, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006, § 35, Rn. 68 참조.

IV. 우리 헌법상 외국인에 대한 인권보장과 기본권

1. 헌법 제6조 제2항의 입법취지

헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있다. 이것은 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 한 제헌헌법 제7조 제2항을 계승한 것으로서, 다른 나라에서는 그 유례를 발견하기 어려운 우리나라만의 독특한 헌법규정이다.³⁹⁾ 하지만 그 실제적 의미의 규명에 관하여 대부분의 문헌은 지금까지 거의 무관심에 가까운 태도를 보이고 있다. 그에 따르면, “외국인에 대한 법적 지위의 보장은 일방적일 수 없고 상대국의 보호에 상응하는 것일 수밖에 없다는 것이 국제적 관례”인바, 헌법 제6조 제2항은 결국 이른바 ‘상호주의’에 따라 외국인의 법적 지위를 보장하겠다는 취지라고 한다.⁴⁰⁾

그러나 단지 그러한 취지일 뿐이라면, 굳이 헌법 제6조 제2항과 같은 규정을 둘 필요가 있는지 의문이다. 그러한 식의 외국인 지위 보호는, 해당 문헌에서도 시인한 것처럼, 국제법에서 이미 관례로서 제공하는 바이며, 헌법 제6조 제1항에서 이러한 국제법에 대한 존중을 한 번 표명한 이상, 헌법 제6조 제2항에서 또 다시 기성의 보호상태를 단순 재확인하는 것밖에 안 되는 그런 무의미한 규정을 둘 이유가 전혀 없을 터이기 때문이다. 즉, 종래의 문헌에서 지배적인 견해처럼 헌법 제6조 제2항을 해석하면, 이 조항은 별다른 규범적 효력이 없는 쓸데없는 규정으로 전락하게 되는 것이다.

그런데 헌법제정 역사를 살펴보면, 흥미롭게도, 헌법 제6조 제2항의 전신(前身)에 해당하는 제헌헌법 제7조 제2항이 도입되기까지 상당한 우여곡절이 있었다는 것을 깨닫게 된다.⁴¹⁾ 그것은 외국인에게 헌법상 기본권을 어떻게 보장해 줄 것인가 하는 문제에 대해 제헌국회 나름으로 고뇌하여 내놓은 산물이었다.

39) 1949년 유진오가 저술한 ‘헌법해의’ 초판에서 제헌헌법 제7조 제2항에 대한 해설의 말미에 “伊 新憲法 第10條 參照”라고 부기한 점을 들어 일견 위 제헌헌법조항이 이탈리아 헌법 제10조 제2항을 참조하여 만들어진 것으로 추측된다는 지적으로는, 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의미, 서울대학교 법학 제55권 제1호 (2014. 3), 549쪽 이하 참조. 하지만 이종혁도 인정하듯이 제헌헌법 제7조 제2항과 이탈리아 헌법 제10조 제2항은 그 역사적 맥락이 상이할 뿐만 아니라, 문언에서도 본질적 차이가 있다. 즉, 동 조항에서는 “외국인의 법적 지위는 국제규범 및 조약과 합치되게 법률로 정한다”고 하고 있어서, 문리해석상 입법자에 대해 외국인의 법적 지위를 법률로 정할 수 있게끔 수권함과 동시에 그 입법권 행사를 국제규범 및 조약과 합치되게 할 것을 요구하는 취지로 읽힌다. 반면, 우리 제헌헌법 제7조 제2항은 그러한 입법적 수권 내지 그 한계를 규정한 것이 아니라, 문자 그대로 국제법과 국제조약에 의해 정해진 한에서는 외국인의 법적 지위를 보장하겠다는 헌법제정권자의 의지를 천명한 취지로 풀이된다.

40) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 218쪽; 권영성(주 2), 316쪽, 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016, 283쪽.

41) 제헌헌법 제7조 제2항의 도입경위에 관한 상세한 것은, 이종혁(주 39), 526쪽 이하 참조.

즉, 유진오가 기초한 제헌헌법 초안에서는 원래 기본권주체를 가리키는 표현으로 “인민”이라는 용어를 사용하였다. 이는 ‘국민’뿐만 아니라, 경우에 따라 ‘외국인’도 아우를 수 있는 개념으로 인식되었다. 하지만 당시 남북의 이념적 대립이 고조되어 가던 시대적 상황에서, 이 용어가 주는 어감은 남쪽 지역에서는 다소 거북스럽게 여겨질 수밖에 없었다. 그리하여 헌법기초위원회 회의과정에서부터 “인민”이라는 용어에 대해서는 반대가 많았고, 결국 이는 “국민”이라는 용어로 대체되게 되었다.

그렇게 작성된 ‘헌법기초위원회안’이 제헌국회 본회의에 부의되었고, 1948. 7. 1. 그 제2독회가 이루어지던 중에 진헌식 의원 외 44인은 “국민”을 다시 “인민”으로 수정할 것을 제안하였다. 기본권의 향유주체를 표현함에 있어 “국민”이라는 용어를 사용하면, 외국인이 그 향유주체에서 배제될 우려가 있다는 이유에서였다. 하지만 전술한 바와 같은 이념적 반감으로 인해, “인민”이라는 용어 사용으로 회귀하자는 안은 결국 부결되었다.

그러자 진헌식 의원 등은 그로부터 6일만인 1948. 7. 7. 제헌헌법 제7조 제2항을 도입할 것을 제안하면서 그 취지를 다음과 같이 설명하였다.

“진헌식 의원: 7월 5일 25차 본회의에 있어서 제2장에 『국민의 권리와 의무』라는 장에 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하는 ... 의미에 있어서 『국민』이라는 구절을 『인민』으로 고치자는 것을 제안했습니다. 그러나 그것이 통과되지 못하고 부결이 되었습니다. 그러나 우리가 헌법을 제정하는 데 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체제에 있어서 좋지 못한 ... 점이 있고 또는 우리 헌법이 세계의 한 법으로 ... 이러한 조항이 없으면 대단히 유감스럽다고 생각이 있어가지고 제7조 2항에다가 『외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다』라는 조항을 넣으면 ... 적절하다는 의미에 있어서 이것을 제안한 바입니다.”⁴²⁾

요컨대, 헌법 제2장의 기본권조항들에서 “인민” 대신에 “국민”이라는 표현을 쓰게 됨에 따라 야기될 수도 있는 외국인에 대한 법적 지위 보장상의 결손을 제헌헌법 제7조 제2항을 도입함으로써 만회하자는 것이었다. 이는 당시 찬성 109명, 반대 2명이라는 압도적인 표차로 가결되었다.

이렇게 볼 때, 제헌헌법 제7조 제2항의 실천적 의미는 외국인에게도 국민에 대한 기본권보장에 상응하는 법적 지위를 보장하는 것이었다. 이것은 제헌헌법 제정에 관여한 유진오의 다음과 같은 설명에서도 다시 한 번 확인할 수 있다.

42) 제헌국회속기록 (제1권), 501쪽 [이종혁(주 39), 534쪽에서 재인용].

“本條 第二項은 外國人の 法的 地位는 國際法과 國際條約의 範圍 內에서 保障된다고 規定하였는데, 그것은 外國人の 法的 安全을 明示하기 爲하여 特히 設置한 規定이다. 從來 各國은 自國 人民의 自由와 權利는 尊重하고 保障하면서도 自國內에 있는 外國人에게는 不當한 差別待遇를 하여 偏狹한 國家主義로 흐르는 傾向이 많았는데, 우리나라는 그러한 排外主義를 一擲하고 國際法과 國際條約의 範圍內에서 그 地位를 保障하기로 한 것이다. 그러나 國際法과 國際條約의 範圍內에서 外國人の 法的 地位를 保障한다는 것은 如何한 境遇에나 外國人을 우리나라 國民과 同一하게 取扱한다는 의미는 아니다. 一例를 들면, 身體의 自由(第九條, 第二十三條), 信仰과 良心의 自由(第十二條)같은 것은 우리나라 國民에 對한 것과 마찬가지로 外國人에게도 保障될 것이지만, 選舉權(第二十五條), 公務擔任權(第二十六條), 國土防衛의 義務(第三十條)같은 것은 外國人에게는 制限되거나 또는 賦與되지 않을 것이다. 大體로 말하여 國際法과 國際條約에 특별한 規定이 없는 한, 國防上 또는 治安上 重大한 關係가 있는 境遇에는 私權에 대하여도 外國人에게는 그 享有를 認定하지 않을 수 있는 것이라 할 것이다. 그리고 우리나라 國民에 대하여는 如何한 境遇에도 國外追放(deportation-expulsion) 許容되지 아니하지만, 外國人에 對하여서는 犯罪 또는 公安을 害하는 境遇에 國外追放을 命함은 國際法上的 當然히 容認되는 바이다.”⁴³⁾

이러한 설명에 따를 경우, 당초 제헌헌법 제7조 제2항에서 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다.”라고 함은, 가령 신체의 자유, 신앙과 양심의 자유와 같은 것들은 외국인도 국민과 마찬가지로 향유할 수 있도록 하되, 선거권이나 공무담임권처럼 외국인에 대해 제한하더라도 국제법상 용인될 수 있는 한에서는 외국인이 이를 누리지 못하도록 하는 것이 허용된다는 취지였던 것으로 보인다.

어쨌든 이러한 제헌헌법 제7조 제2항이 그 조문위치와 자구만 약간 바뀐 채 현행 헌법 제6조 제2항에 이르기까지 계속 계승되어 왔는바, 이 조항을 외국인의 기본권주체성과 연관시키지 않고 이른바 ‘상호주의’에서만 그 의미를 찾는 것은 이 조항의 원래의 입법취지에 충실한 해석이라고 하기 힘들다.

2. ‘기본권조항’과 ‘기본권편입조항’

일반적으로, 주관적 공권은 ① 국가 등 공권력주체에 대해 구속적인 일정한 규율, 즉 강행법

43) 유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954, 54-55쪽.

규가 존재하고, ② 그 강행법규의 취지가 적어도 개인의 이익도 보호하는 데 있다고 인정되며, ③ 그리하여 개인이 국가 등 공권력주체에게 그 강행법규에 따른 일정한 작위나 부작위를 요구하거나 소송으로 이를 관철할 수 있다고 할 때 성립한다고 파악되고 있다.⁴⁴⁾ 기본권도 일종의 주관적 공권에 해당하는바, 전술한 성립요건은, 관련 강행법규가 헌법조항이라는 점만 제외하고는, 기본권의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 바꿔 말해, 국가 등을 일정하게 구속하는 규율이면서 동시에 그 취지가 개인의 이익을 보호하려는 데 있는 규정이 헌법전에 존재한다는 것은, 해당 기본권의 성립을 인정하기 위한 기본적 전제인 것이다.

한편, 어느 헌법조항이 기본권의 근거가 되는 조항, 즉 ‘기본권조항’에 해당한다고 인정되기 위해서는 단지 ‘기본권관련적 규율’을 담고 있다는 것만으로는 충분하지 않고, 그 자체가 ‘해당 기본권의 생성원천(Erzeugungsquelle)’으로서 기능할 수 있을 것이 요구된다.⁴⁵⁾ 예컨대, 우리 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 한계를 설정한 점에서 ‘기본권관련적 규율’에 속한다고 할 수 있으나, 그 자체가 특정한 기본권의 생성원천이 될 수 있는 것은 아니므로, 기본권조항이라고 할 수 없다. 통상적으로, ‘기본권조항’이라고 하면, 적어도 일정한 ‘보장내용’을 규정하고 있어서⁴⁶⁾ 그로부터 ‘직접’ 또는 ‘해석을 통해’ 개별 기본권의 보호영역을 도출할 수 있어야 한다.⁴⁷⁾

이상과 같이, 기본권은 헌법전 내 ‘기본권조항’의 존재에 의존하고 있으며, 기본권조항은 원칙적으로 그 자체 일정한 ‘보장내용’을 담고 있어야 한다. 하지만 헌법전에서 그와 같은 기본권조항을 두지 않은 경우에는 기본권이 성립할 가능성이 전혀 없는 것인가? 앞서 언급한 오스트리아의 사례는 이에 대한 예외를 인정할 필요성을 잘 보여 준다. 즉, 헌법전에서 직접 일정한 보장내용을 가진 기본권조항들을 일일이 명시하고 있는 것은 아니지만, 특정한 국제인권규약상 인권규정에 대해 일괄적으로 헌법적 서열을 부여하기로 하는 조항을 둬으로써, 결과적으로 그 인권규정들로부터 개별 기본권들을 도출할 수 있게끔 할 수도 있는 것이다. 이처럼 국제인권규약에 규정된 인권규정과 특정한 기본권의 성립을 가교하는 헌법조항을 ‘기본권편입조항’이라고 일컫는다면, 결국 기본권은 ‘기본권조항’에 의해서뿐만 아니라, ‘기본권편입조항’의 매개에 의해서도 도출된다고 말할 수 있을 것이다.

44) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, W.Kohlhammer, 1914, 224쪽; 김동희, 행정법 I, 박영사, 2016, 88쪽 이하; 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2016, 105쪽 이하; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2017, 156쪽 이하 참조.

45) Merten(주 38), Rn. 61 참조.

46) 한수웅(주 2), 376쪽 이하 참조.

47) Merten(주 38), Rn. 57 참조.

3. 헌법 제6조 제2항의 기능

우리 헌법에는 오스트리아의 경우처럼 특정한 국제인권규약에 대해 명시적으로 헌법적 서열을 부여하는 규정은 없다. 하지만 그렇다고 독일의 경우처럼 전체적인 헌법규정체계에 비추어 기본권편입이 사실상 봉쇄되어 있다고 단정하기도 어렵다. 독일 기본법에서는 그에 상응하는 규정을 발견할 수 없는 헌법 제6조 제2항이 존재하기 때문이다.

(1) 헌법 제6조 제2항의 부재를 가정할 경우 해석론

만약 헌법 제6조 제2항이 없었다고 가정하면, 인권의 기본권편입 가능성을 둘러싼 독일에 서의 논란이 우리나라에서도 유사한 형태로 재현될 수 있었을지도 모른다. 즉, 한편에서는, 우리 헌법 제10조 제2문이 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있으므로, 국제인권규약상 인권이 바로 이 조항에 의하여 헌법적 서열을 획득하는 것으로 보자는 견해가 나올 수 있다. 그리고 이에 대해 다른 한편에서는, 헌법 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 할 때 “국내법과 같은 효력”이란 어디까지나 ‘헌법하위적 법령의 효력’을 의미한다고 할 것이고, 만약 이렇게 해석하지 않고 국제인권규약상 인권이 그 자체로 헌법적 서열을 가지는 것으로 인정한다면, 그런 한에서 결과적으로 헌법 제128조 내지 제130조에 규정된 절차를 따르지 아니한 채 실질적인 헌법개정을 하는 것을 용인하는 셈이 된다면, 위 견해에 반대하는 견해가 제기될 여지도 충분히 있다.

위 두 견해만 가지고 평가하면, 일견 후자의 견해는 법리적으로 상당히 설득력이 있다. 먼저, 국제인권규약도 조약의 일종이고, 조약이 국내법과 같은 효력을 가지기 위해서는 일단 헌법적으로 유효하게 체결·공포되어야 한다(헌법 제6조 제1항). 국제인권조약이라고 할지라도, 만약 그 체결·공포에 이르기까지 절차적인 측면에서 혹은 내용적인 측면에서 헌법에 위배되는 것으로 평가된다면, 그 효력을 유지할 수 없고, 헌법부칙 제5조도 바로 이러한 이치를 반영하고 있다고 할 것이다. 그러므로 국제인권규약 자체는 헌법하위적 법령으로서 효력만 가진다고 보아야 한다. 설령 국제인권규약상의 인권이 내용적으로는 헌법 제10조 제2문에서 말하는 ‘기본적 인권’에 완전히 부합한다고 할지라도, 이는 국제인권규약 자체가 헌법적 효력을 가진다고 말할 수 있는 근거가 되지 못한다. 그것은 어떤 법률규정이 내용적으로 기본권을 충실히 구체화하였다고 해서 그 자체로 헌법규정으로 간주되지 않는 것과 마찬가지로, 또한 만약 그런 법률규정 그 자체에 대해 헌법적 효력을 인정한다면, 그로써 헌법개정

절차가 사실상 잠탈되는 것 같은 결과가 빚어지리라는 것도 비교적 확연히 추론할 수 있다.

하지만 이와는 별개로, 전자의 견해도 일면 타당한 부분이 있음을 간과해서는 안 될 것이다. 국제인권규약상의 인권이 우리 헌법 제10조 제2문의 '기본적 인권'과 내용적으로 완전히 부합한다고 할 때, 그 국제인권규약상 인권을 침해하는 법률은 결과적으로 위헌이라고 평가될 수밖에 없다. 주의할 것은, 여기서 위헌성은 법률이 국제인권규약을 위반했다는 것 자체에 있는 것이 아니라, 우리의 실정헌법조항인 헌법 제10조 제2문을 위반했다는 데 있다는 사실이다.

이른바 '국제법 존중주의'를 매개로 법률에 대해 실질적인 위헌심사를 해 온 실무관행은, 비록 그 논거에서는 동의하기 어렵지만, 적어도 결론에서는 수긍할 수 있는 이유도 바로 여기에 있다. 다시 말해, 일반적으로 조약에 대해 국내 법률과 대등한 효력을 인정한다고 하더라도, 그리하여 양자가 상호 저촉할 때 신법우선의 원칙에 따라 그 효력 여부를 판단한다고 하더라도, 그것만으로 '국제법 존중주의' 위배여서 헌법에 위반된다고 말할 수는 없다. '국제법 존중주의'는 반드시 조약에 대해 국내 법률보다 상위의 효력을 부여함으로써만 실현될 수 있는 것이 아니다. 국내 법률과 대등한 효력을 부여하는 것 자체도 '국제법 존중주의'의 가능한 실현형태 중 하나라 하겠다.⁴⁸⁾ 따라서 어떤 법률이 국제인권규약에 위배된다고 해서, '국제법 존중주의 위반'이고 그래서 바로 '위헌'이라고 결론내리는 식의 논증은 별로 타당하지 않다. 나아가, '국제법 존중주의'의 의의를 이와 같이 파악할 때, 헌법조항, 그 중에서도 특히 기본권조항을 '국제인권규약에 합치되게 해석해야 한다는 요청' 역시 '국제법 존중주의' 자체로부터는 도출되지 아니한다고 할 것이다. 하지만 '국제법 존중주의' 대신에 '헌법 제10조 제2문'을 대입한다면, 이야기가 달라진다. 즉, 법률이 국제인권규약을 위배하였다는 것은 '헌법 제10조 제2문 위반의 하나의 징표'가 된다고 할 수 있고, 바로 그런 차원에서 법률의 위헌성 심사에 국제인권규약을 끌어들이 수 있게 된다. 또한 '헌법 제10조 제2문'은 비단 입법자뿐만 아니라, 헌법재판소에 대해서도 구속적인 실정헌법규정이자, 같은 조 제1문의 '인간으로서의 존엄과 가치'와 더불어 헌법해석의 지도이념으로서 기능한다고 볼 수 있다. 그리고 그러한 연장선상에서 기본권조항의 해석시 국제인권규약 체결의 의미를 반추하는 것도 요청된다고 할 것이다.

이렇게 볼 때, 국제인권규약이 그 자체로 헌법규정으로 전환되는 것은 아니라고 할지라도, 헌법 제10조 제2문의 후견기능 하에 사실상 '법률상위적 효력'을 접하는 것 같은 결과가

48) 대법원 2005. 5. 13.자 2005초기189 결정: "헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것이 아닐뿐더러.....".

초래될 수 있다. 물론, 이것은 어디까지나 기존의 실정헌법규정인 헌법 제10조 제2문을 적극적으로 해석·적용한 결과인바, 논리적으로 ‘헌법개정절차 잠탈의 위험’을 야기하지도 않는다.

그러나 그렇다고 해서 국제인권규약상의 인권의 향유주체에게 기본권주체로서의 지위까지 당연히 인정되지는 않는다. 설령 위헌법률심판절차에서 국제인권규약상의 인권이 실질적으로 법률의 위헌성을 판단하는 데 결정적인 잣대로 기능할 여지가 있다고 하더라도, 그것은 어디까지나 헌법 제10조 제2문의 규범력에 따른 반사적 효과일 뿐이고, 국제인권규약상 인권이 그로 말미암아 곧바로 헌법적 서열을 가진 기본권으로 그 법적 성격이 전환되는 것은 아니다.

또한 국제인권규약상 인권침해 여부가 문제되는 상황에서 헌법 제10조 제2문이 직접 일종의 ‘기본권조항’으로 기능하리라고 기대하기도 어렵다. 이 조항의 문언은 일차적으로 국가의 객관적 의무를 규정하는 취지로 비칠 뿐, 개인에게 직접 특정한 기본권을 보장한다는 인상을 주지는 않는다. 비록 ‘개인이 가지는 불가침의 기본적 인권’을 거론하고 있으나, 그러한 ‘기본적 인권’은 헌법 제10조 제2문에 의해 비로소 성립한 것이라기보다는, 이 조문의 규정 이외의 다른 근거에 의해 이미 성립하여 있고, 헌법 제10조 제2문은 단지 국가에게 그 확인 및 보장의무를 부여한 것으로 풀이된다. 그런 관점에서 헌법 제10조 제2문은 그 자체가 특정한 권리를 도출하는 근거로 기능한다고 볼 수 없다.

이처럼 헌법 제10조 제2문이 국제인권규약상 인권을 기본권으로 전환시키는 것도 아니고, 그 자체가 기본권조항으로 기능하는 것도 아니라고 한다면, 국제인권규약상 인권의 향유주체는 해당 인권의 침해나 혹은 헌법 제10조 제2문의 위반만 이유로 해서는 헌법소원심판을 청구하지 못한다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원심판은 오로지 ‘헌법상 보장된 기본권’의 침해를 주장하는 한에서만 청구할 수 있기 때문이다.

(2) 헌법 제6조 제2항의 존재를 전제할 경우 해석론

그런데 이러한 상황은 헌법 제6조 제2항이라는 또 하나의 변수가 등장함으로써 변화할 수 있게 된다. 이에 본격적으로 들어가기에 앞서, 우선 이 조항 자체의 특성부터 살펴보면, 헌법 제10조 제2문과는 달리, 제6조 제2항은 ‘국가’를 주어로 하고 있지 않고, ‘외국인’을 주어로 하고 있다. 또한 그 술어는 ‘지위가 보장된다’로 되어 있는데, 이러한 표현은 헌법 제23조 제1항 제1문(“재산권은 보장된다”)에서 유사한 사례를 발견할 수 있는 것에서 알 수 있듯이 일종의 주관적 공권을 규정한 취지로 해석할 소지가 많다. 즉, ‘외국인은 그 지위가 보장된다’고 함은, 국가는 외국인에 대해 그 지위를 보장할 의무가 있고, 외국인은 그 지위의

보장을 국가에 청구할 수 있다는 의미라고 풀이할 수 있는 것이다. 더구나, 앞서 살펴본 헌법 제6조 제2항의 도입경위에서 알 수 있듯이, 이 조항은 ‘외국인’에게도 국민에 대한 기본권에 상응하는 법적 지위를 보장하려는 데 그 취지가 있었다. 그러므로 헌법 제6조 제2항을 외국인에게 헌법상 주관적 공권을 부여하는 조항이라고 간주하더라도 그리 무리는 아니다.

다만, 헌법 제6조 제2항은 통상의 기본권조항과 달리, 그 보장내용이 매우 포괄적이다. 그 법문에서 사용된 ‘지위’라는 개념 자체가 온갖 종류의 자유와 권리를 모두 함축할 수 있을 만큼 광범위하다. 물론, ‘국제법과 조약이 정하는 바에 의하여’라는 수식어가 삽입됨으로써, 헌법 제6조 제2항에서 말하는 ‘지위’의 범위가 어느 정도 한정되는 측면이 분명히 있기는 하다. 하지만 이 역시 뒤집어 말하면, 헌법 제6조 제2항은 구체적으로 어떤 자유와 권리를 보장한다는 것인지 그 실제적 보장내용에 관하여는 스스로 규율함이 없이, ‘국제법과 조약에 따른 지위’라는 단지 형식적인 요소들로 구성된 보장내용만 규정하고 있다는 이야기도 된다.

한편, ‘국제법과 조약’은 그 자체로 헌법적 서열을 가지는 것은 아니다. 그러므로 이들은 자신과 동급 이상의 서열을 가지는 헌법하위적 법령에 의해서도 얼마든지 폐기될 수 있다. 이것은, 헌법 제6조 제2항에서 ‘외국인의 지위를 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장할 것’을 규정하고 있거나 그에 따라 외국인에게 일종의 헌법상 주관적 공권이 인정된다고 하더라도, 달라지지 않는다. 이 조항에서 규정한 바는 어디까지나 ‘국내에서 유효하게 존속하는 국제법과 조약에 의하여 외국인의 지위를 보장한다’는 것일 뿐이고, 국제법과 조약의 개정 내지 폐기의 가능성 자체는 아니기 때문이다.

그런데 헌법 제6조 제2항과 제10조 제2문이 서로 결합하면 또 이야기가 달라진다. 즉, 이미 앞서 설명한 바와 같이, 국제인권규약상 인권이 내용적으로 헌법 제10조 제2문의 ‘기본적 인권’과 전적으로 부합한다고 인정될 경우, 전자의 인권은 후자의 헌법규정의 후견에 의해 실질적으로 법률의 위헌성 심사의 기준으로도 기능할 수 있게 된다. 이 경우 거꾸로 법률로써 국제인권규약상의 인권을 폐기하는 것은 헌법 제10조 제2문에 위배되는 결과가 되므로 가능하지 않다. 여기에 더하여 헌법 제6조 제2항까지 적용되면, 그 인권은 이제 이 조항에서 말하는 ‘지위’의 실제적 보장내용으로 그대로 전사(轉寫)됨으로써, 외국인에게 보장되는 ‘헌법상 주관적 공권’으로서 거듭나게 된다. 이렇게 탄생한 ‘헌법상 주관적 공권’은 형식적 면에서나 실제적 면에서나 모두 헌법적 서열의 보장내용을 가진 것으로서, ‘기본권’의 반열에 넣더라도 전혀 손색이 없다.

(3) 헌법 제6조 제2항의 성격

이러한 견지에서, 헌법 제6조 제2항은 제10조 제2문과 결합 하에 일종의 ‘기본권조항’으로 기능한다고 할 수 있다. 하지만 그 실제적 효과는 사실상 국제인권규약상 인권을 기본권으로 편입시킨 것이나 다를 바 없다는 측면에 초점을 맞추면, 실질적으로 ‘기본권편입조항’의 변형된 형태라고 간주하더라도 완전히 틀린 것은 아니라고 할 것이다. 다만, 원래의 의미의 ‘기본권 편입조항’은 국제인권규약상의 인권 자체가 헌법상의 기본권으로 전환되도록 하는 것이라고 한다면, 헌법 제6조 제2항은 국제인권규약상 인권의 실제적 보장내용만 따와 이를 자신이 가진 주관적 공권의 작동기계에 결합시킨다는 점에서 양자는 차이가 있다. 따라서 설령 헌법 제6조 제2항을 매개로 국제인권규약상 인권의 내용이 우리 기본권체계 내로 대거 유입된다고 하더라도, 이는 어디까지나 실정헌법규정인 헌법 제6조 제2항을 적극적으로 해석·적용한 결과일 뿐이므로, 애당초 ‘헌법개정절차 잠탈의 위험’과는 무관하다.

나아가, 가사 헌법 제6조 제2항을 전형적인 ‘기본권편입조항’으로 분류한다고 하더라도, 그에 따른 인권의 기본권편입이 꼭 헌법 제6조 제1항의 규정에 위배된다거나 혹은 헌법 제128조 내지 제130조에 규정된 헌법개정절차를 잠탈하는 결과가 된다고 볼 수는 없다. 그것은, 첫째로 만약 헌법 제6조 제2항에서 보장하기로 한 외국인의 지위가 ‘헌법상 주관적 공권’으로서가 아니라, 단지 ‘헌법하위적 서열의 권리’로서만 인정되게 하려는 의도였다면, 헌법 제6조 제2항은 처음부터 있으나마나하여 존재할 이유가 전혀 없었다고 해도 과언이 아니다. 헌법 제6조 제1항의 규정만으로도 그런 ‘헌법하위적 서열’은 얼마든지 확보할 수 있기 때문이다. 헌법 제6조 제1항이 있음에도 굳이 같은 조 제2항을 도입한 것은 바로 ‘헌법적 서열을 가지는 공권’으로서의 성격을 인정해 주기 위한 데 그 취지가 있었다고 해석할 수밖에 없고, 그런 점에서 헌법 제6조 제2항은 오히려 같은 조 제1항에 대한 특칙에 해당한다고 할 수 있다.

둘째로, 앞서 독일의 사례에서는 기본권편입에 관하여 명시적인 헌법규정이 없이 단지 해석에 의존해서만 기본권편입을 인정할 수 있겠는가 하는 맥락에서 헌법개정절차 잠탈의 우려가 제기되었다. 하지만 오스트리아의 사례에서처럼, 기본권편입에 관하여 명문의 규정을 헌법제정 내지 개정에 의해 도입하였다면, 그로써 헌법제정 내지 개정의 요건은 충족되었다고 할 것이지, 기본권에 편입되는 인권규정 자체에 대해 일일이 헌법개정절차를 밟지 않으면 안 된다고 요구할 수는 없다. 마찬가지로, 우리 헌법의 제정 및 개정에 의해 제6조 제2항과 같은 명문의 규정을 도입한 이상, 기본권편입되는 인권규정에 대해 일일이 헌법개정절차를 밟도록 요구할 수는 없다 할 것이다. 물론, 오스트리아의 경우 기본권편입조항에서 어떠한 인권규약상 인권을 기본권으로 편입할 것이지를 구체적으로 특정하고 있는 데 반해, 우리

헌법 제6조 제2항에서는 기본권편입대상인 인권규약을 구체적으로 특정하고 있지 않은 점에서 양자의 차이가 있기는 하다. 하지만 기본권편입에 관해 얼마만큼 개방적인 태도를 취할지는 어디까지나 헌법제정권자가 결단할 사항이라고 할 것이고, 그러한 결단이 개별 실정헌법규정을 통해 일단 명시된 이상, 헌법개정절차 잠탈의 우려를 내세워 이를 저지할 수는 없다고 생각한다.

V. 우리 헌법상 국민에 대한 인권보장과 기본권

1. 문제의 소재

국제인권규약상 인권은 기본적으로 외국인뿐만 아니라 우리나라 국민에게도 인정된다. 하지만 헌법 제6조 제2항은 외국인에 대하여만 국제인권규약상 인권의 보장내용을 기본권으로서 향유할 수 있게끔 하고 있다. 이로 말미암아 오히려 국민이 역차별을 받게 되는 것이 아니냐는 의문이 제기될 소지도 있다. 그러나 결론적으로 그러한 시비 제기는 헌법 제37조 제1항의 존재를 간과한 것이어서 정당하지 않다.

2. 헌법 제37조 제1항의 입법취지

헌법 제37조 제1항에서는 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이러한 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리 조항은 1948년 제헌헌법 이래 그 조항 위치나 일부 문구만 바뀌었을 뿐, 계속 존속해 오고 있다.

이 규정의 취지에 관하여 유진오는 다음과 같이 설명한 바 있다.

“本條는 前 各條에 列記한 國民의 自由와 權利는 例示에 지나지 않는 것으로서 國家는 前記 以外의 國民의 모든 自由와 權利도 尊重하여야 하는 것이며, 秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 境遇에 法律에 依하지 아니 하고는 이를 任意로 制限할 수 없음을 規定하였는데, 이것은 第二章 「國民의 權利義務」의 基本原則 卽 法治主義의 原則을 宣命한 重要한 規定이라 할 수 있는 것이다.”⁴⁹⁾

49) 유진오(주 43), 100쪽.

이에 의할 때, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리도 헌법에 명시적으로 열거된 기본권과 마찬가지로 보호되어야 하며, 그 제한 역시 헌법 제37조 제2항과 같은 기본권제한의 일반적 한계를 준수할 것이 요구되는바, 결국 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 실질적으로 기본권으로서 취급된다는 것을 전제하고 있다고 하겠다.

3. 헌법 제37조 제1항의 기능

하지만 헌법에 명시적인 근거규정이 없음에도 과연 기본권의 성립을 인정할 수 있는가? 만약 인정한다면, 그것은 이 글의 서두에서 전제한 ‘기본권’의 개념, 그 중에서도 특히 ‘실정헌법성’에 정면으로 반하는 결과가 되지 않는가?

실제로 학설 중에는 헌법 제37조 제1항은 ‘기본권조항’이라기보다는 “헌법해석의 지침을 담고 있는 객관적인 규정”⁵⁰⁾ 내지 일종의 ‘주의적·확인적 의미’만 있는 규정으로 보는 견해도 있다.⁵¹⁾ 헌법 제10조 제1문의 ‘인간의 존엄성’이나 ‘행복추구권’이라는 포괄적인 보장내용을 가진 기본권조항이 존재하는 이상, 헌법 제37조 제1항과 같이 구체적 보장내용을 가지지 않은 조항으로부터 기본권을 도출하려고 할 필요가 거의 없다는 판단이 그 배경을 이룬다.

또한 헌법 제37조 제1항이 불문의 기본권을 도출하는 근거조항으로서 기능할 수 있음을 인정하는 견해도, 이 조항이 독자적으로 기본권 도출의 근거가 된다고보다 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄성’이나 ‘행복추구권’ 등과 결합하여 기본권조항이 되는 것으로 파악하거나 그런 불문의 기본권을 인정하는 실체적 기준을 헌법 제10조 등으로부터 추출하려는 경우가 많다.⁵²⁾

이러한 학설의 상황은 헌법 제37조 제1항이 기본권조항으로 보기에 지나치게 불완전한 구조로 되어 있음을 반영한다. 즉, 헌법 제37조 제1항에는 기본권의 보장내용이 전혀 나타나 있지 않다. 또한 그 문언은 이 조항으로 말미암아 비로소 어떤 개별 기본권이 창설된다는 인상을 주기보다는, 오히려 이 조항과 무관하게 성립한 국민의 자유와 권리가 경시되어서는 안 됨을 규정한 데 그치는 것처럼 보인다.

그럼에도 ‘헌법에서 달리 도출근거를 찾기 어렵지만 전술한 헌법 제37조 제1항의 입법취지에 따라 여전히 기본권적 보호를 할 만한 자유와 권리’를 찾아야 한다면, 그에는 적어도 헌법 제10조 제2문에서 말하는 “불가침의 기본적 인권”에 해당하는 자유와 권리가 포함될 것이다.

50) 한수용, 헌법상의 인격권, 헌법논총 제13집 (2002), 635쪽.

51) 권영성(주 2), 311쪽.

52) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 209쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2012, 335쪽; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2015, 21쪽.

나아가, 국가가 '불가침의 기본적 인권'을 확인하고 보장할 의무를 행하는 일환으로서 각종 국제인권규약에 가입하는 것이라고 할 때, 해당 국제인권규약상의 인권은 결과적으로 헌법 제37조 제1항에서 말하는 '헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리'의 중요한 부분을 이룰 것이라고 추론할 수도 있다. 이 때 중요한 것은, 그러한 인권이 단지 법률적 권리로 보호받는 데 그치는 것이 아니라, 헌법에 열거된 기본권과 대등한 수준의 보호를 받아야 하고, 이것이 바로 헌법 제37조 제1항의 입법취지이기도 하다는 점이다.

이렇게 볼 때, 헌법 제37조 제1항의 도입이유는 이 조항 자체가 '기본권조항'으로 기능하도록 하는 데 있다기보다는, 국가가 헌법 제10조 제2문에 따른 의무의 이행 차원에서 확인한 '불가침의 기본적 인권'을 기본권으로 고양시켜 보호하고자 하는 데 있다고 해석할 여지가 크다. 즉, 헌법 제37조 제1항은 일종의 '기본권편입조항'에 해당한다고 봄이 상당하다.

VI. 결어

이상의 내용을 정리하면, 우선, 국제인권규약이라고 할지라도 국내에서 그 효력이 인정되기 위해서는 우리 헌법에 의하여 체결공포되어야 하고(헌법 제6조 제1항), 만약 어떠한 사유에서든지 헌법에 위배된다면 그 효력은 부정될 수밖에 없다(헌법 부칙 제5조). 그러므로 헌법 헌법의 규정체계 하에서 국제인권규약 자체는 원칙적으로 헌법하위적 효력을 가지는 것으로 전제함이 상당하다. 이는 국제인권규약상 인권 역시 그 자체로는 헌법적 서열이 부정됨을 의미하며, 그런 점에서 기본권과 구별된다.

하지만 유럽인권규약에 헌법적 서열을 인정하는 명문의 규정을 둔 오스트리아의 사례에서 알 수 있듯이, '인권'과 '기본권'의 준별은 특별한 헌법규정의 존재에 의해 상대화될 여지도 있다. 우리나라의 경우 헌법 제6조 제2항과 제37조 제1항이 바로 그런 조항이라고 할 것이다.

즉, 국제인권규약상의 인권이 내용적으로 헌법 제10조 제2문에서 말하는 '기본적 인권'과 부합한다고 볼 수 있는 한에서, 헌법 제6조 제2항은 해당 국제인권규약에 의하여 외국인에게 보장된 인권을 우리 헌법상으로도 보장함을 선언한 취지이다.

또한 헌법 제37조 제1항은 국민에 대하여 헌법에 열거되지 않은 자유와 권리도 헌법상 기본권에 준하여 보장할 것임을 규정하고 있는바, 국제인권규약에 의하여 국민에게 보장된 인권이 바로 이 조항에서 말하는 '헌법에 열거되지 않은 자유와 권리'에 속하는 것으로 인정될 수 있는 한에서, 그것을 실질적으로 기본권으로 편입시키는 기능을 한다고 하겠다.

이러한 해석론을 전제할 경우, 첫째 외국인의 기본권주체성을 인정하기 위해 굳이 ‘권리성 질론’에 의존할 필요가 없게 된다. ‘권리성질론’은 헌법의 문언해석적 한계를 넘어 헌법재판소가 일종의 판례법 형태로 창설한 것인데, 외국인의 기본권주체성이 인정되는 범위에 관한 분명한 기준을 제시하지 못하고 다소 순환논법에 의존하는 양상을 보이는 점에서 법도그마틱적으로 문제가 있다. 반면, 이 글에서 제안한 바에 따라 헌법 제6조 제2항을 헌법 제10조 제2문과 더불어 외국인의 기본권을 도출하는 헌법적 근거로 본다면, 막연한 선형적 판단에만 의지하여 외국인의 기본권주체성을 논하던 종래의 관행을 지양할 수 있을 뿐만 아니라, 헌법이나 국제인권규약 규정에 대한 해석을 통해 외국인에게 인정되는 기본권의 보장내용을 좀 더 확실히 제시할 수 있는 장점이 있다고 생각한다.

둘째, 헌법 제37조 제1항의 기능이 국민에게 인정되는 국제인권규약상의 인권을 기본권으로 고양시켜 보장하는 데 있다고 파악할 경우, 헌법 제6조 제2항이 외국인에 대해서만 국제인권규약에 따른 지위를 보장하는 데에서 생기는 역차별의 우려를 불식시킬 수 있을 뿐만 아니라, 국제인권법의 발전추세에 보조를 맞추어 국민에게 기본권보호의 폭을 더 넓히는 계기를 제공할 수 있을 것으로 기대된다.

다만, 이 글의 논지와 같이 국제인권규약상 인권의 보장내용이 기본권체계에 유입되도록 한다고 할 때, 국제인권규약상 인권규정과 헌법상 기본권규정이 상이한 데에서 오는 규범저촉의 상황을 어떻게 해결할지가 문제될 수 있다. 여기서는 일단 이 문제에 관한 고찰에까지 나아가지는 않았는바, 이를 추후 연구할 과제로서 남겨 두고자 한다.

| 참고문헌 |

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2016.
김동희, 행정법 I, 박영사, 2016.
김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.
김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018.
류병운, 국제법, 형설출판사, 2016.
박균성, 행정법론(상), 박영사, 2017.
박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990.
박진완, 국제법의 헌법화, 유원북스, 2015.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
양진, 헌법강의, 법문사, 2016.
유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954.
이장희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.
정인섭, 신 국제법강의, 박영사, 2016.
한수용, 헌법학, 법문사, 2019.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2012.
홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.
홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2015.
- 김태천, 재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행, 국제법평론 제20호 (2004).
류성진, 헌법재판에서 국제인권조약의 원용가능성, 아주법학 제7권 제1호 (2013. 6).
박선욱, 국제인권조약의 국내적 적용, 법학연구 제49집 (2013. 3).
박찬운, 국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰, 법조 제609호 (2007. 6).

- 박찬운, 국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격, 인권과 정의 제364호 (2006. 12).
- 우기택, 국제인권법의 국내 이행 과제, 경희법학 제51권 제2호 (2016. 6).
- 이명웅, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 제83호 (2005. 2).
- 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의, 서울대학교 법학 제55권 제1호 (2014. 3).
- 이주영, 사회권규약의 발전과 국내적 함의, 국제법학회논총 제61권 제2호 (2016. 6).
- 장영수, 국제인권규약의 국내법적 의의와 효력, 고려대 법학논집 제34집 (1998).
- 전광석, 다문화사회와 사회적 기본권, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6).
- 전종익, 헌법재판소의 국제인권조약 적용, 저스티스 제170-2호 (2019. 2).
- 정종섭, 기본권의 개념에 관한 연구, 서울대학교 법학 제44권 제2호(2003. 6).
- 정태호, 외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰, 헌법실무연구 제13권 (2012).
- 조홍석, 국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성, 저스티스 제32권 제3호 (1999. 9).
- 한수용, 헌법상의 인격권, 헌법논총 제13집 (2002).
- 허종렬, 국제인권규약의 국내법적 효력과 헌법, 성균관법학 제5호 (1994).
- Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, W.Kohlhammer, 1914.
- Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H.Beck, 2008.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte, C.F.Müller, 2016.
- Walter, Robert/Mayer, Heinz, Grundriß des österreichischen Bundes-Verfassungsrechts, Manz, 1992.
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht, CH.Beck, 2008.
- Bleckmann, Albert, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994.
- Bryde, Brun-Otto, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 2003.

Vázquez, Carlos Manuel, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, 89 Am. J. Int'l L., 1995.

Isensee, Josef, Positivität der und Überpositivität der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006.

Merten, Detlef, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, C.F.Müller, 2006.

Zuleeg, Manfred, Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich, EuGRZ 2005.

| Abstract |

In dieser Arbeit geht es um das Verhältnis zwischen Internationalen Pakten über Menschenrechte und den Grundrechten in der Verfassung. Einen Anstoß zu dieser Untersuchung liefert eine Vorschrift, nämlich Art. 6 Abs. 2 KV. Sie lautet: die Stellung von Ausländern, wie sie durch das Völkerrecht bzw. Staatsverträge bestimmt wird, ist zu gewährleisten. Das heißt, wenn Ausländer nach einem Internationalen Pakt eine Menge von Menschenrechten haben, können sie geltend machen, dass der Staat ihre Menschenrechte beachten muss. In diesem Zusammenhang sollte man zwischen jenen Menschenrechten als solchen und diesem Beachtungsanspruch unterscheiden. Die Ersteren sind nach dem Internationalen Pakt bestimmt, während der Letztere nach dem KV selbst bestimmt ist. Meiner Meinung nach ist ein derartiger Anspruch an sich als eine Art Grundrecht zu qualifizieren; er hat nämlich den Verfassungsrang.

Ein Ähnliches gilt auch für Art. 37 Abs. 1 KV. Nach dieser Vorschrift dürfen die Freiheiten und Rechte der Staatsbürger nicht deswegen vernachlässigt werden, weil sie nicht in der Verfassung enumeriert sind. Das heißt, 'die Freiheiten und Rechte der Staatsbürger' im Sinne von Art. 37 Abs. 1 KV sind genauso wie diejenigen Grundrechte, die in der Verfassung enumeriert sind, zu gewährleisten. Meines Erachtens gehören Menschenrechte, die durch eine Reihe von Internationalen Pakten über Menschenrechte bestimmt sind, den Freiheiten und Rechten der Staatsbürger im Sinne von Art. 37 Abs. 1 KV. Somit können die Staatsbürger im Ergebnis geltend machen, dass jene Menschenrechte aufgrund Art. 37 Abs. 1 KV in den Katalog ihrer subjektiven öffentlichen Rechte mit Verfassungsrang, d.h. ihrer Grundrechte, inkorporiert sind.

Keywords: Menschenrecht, Grundrecht, Pakte über Menschenrechte, Art. 6 Abs. 2 KV, Art. 37. Abs. 1 KV