



사랑과 헌법

담당교수: 이육한, 조수영

[제3-4주차] 강의 참고 자료: 기본권의 주체성

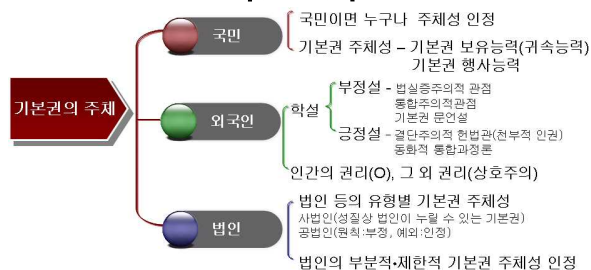
목차	학습목표
1. 기본권 주체의 의의	-기본권의 주체성의 의의 이해
2. 국민의 기본권 주체성	-국민의 기본권 주체성 이해
3. 외국인의 기본권 주체성	-외국인의 기본권 주체성 파악
4. 법인의 기본권 주체성	-법인의 기본권 주체성 이해

1. 의의

☒ 기본권의 주체(성): 헌법이 보장하는 자유와 권리(기본권)를 누리는 자(항유자)를 의미

기본권 주체의 문제는 현대헌주의 헌법이 보장하고 있는 기본권의 보장 대상에 관한 문제로, 오늘날 대부분의 국가에서는 그 주체를 국민으로 규정하고 있다. 그러나 이와 관련하여, 국민의 신분이나 국가에 대한 관계에 따라 그 보장의 정도가 달라질 수 있어 국민의 성격과 범위가 문제될 수 있으며, 더 나아가 인권적 차원에서 접근할 경우 외국인과 법인의 기본권 주체 해당성이 문제된다. 이번 주에는 기본권 보장의 대상인 기본권 주체에 대해 살펴보고자 한다.

[기본권의 주체]



기본권의 주체란 헌법이 보장하는 자유와 권리(기본권)를 누리는 자(항유자)를 말한다. 기본권을 항유함에 있어서는 기본권 보유능력과 기본권 행위능력으로 구분할 수 있다. 이 중 기본권보유능력은 기본권을 보유 내지 항유하는 능력을 말하며, 헌법상 모든 국민은 기본권 보유능력(항유능력)을 가진다.¹⁾ 그리고 기본권 행위능력은 기본권의 주체가 특정한 기본권을 행사할 수 있는 능력을 말한다. 특히 미성년자나 어린이의 기본권 행위능력은 개별적 기본권에 따라서 상이하다.²⁾ 한국헌법의 기본권 장에서는 국민의 자유와 권리를 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 기본권의 항유자는 국민이다. 그러나 인권적 관점에서 접근한다면, 기본권은 원래 초국가적 자연권이기 때문에, 외국인도 인간으로서 기본권의 주체가 될 수 있다. 더불어 법으로 인정된 인간인 법인도 기본권의 성격에 따라서는 기본권의 주체성을 인정할 수 있다. 기본권의 주체성 인정여부와 관련하여, 그 유형을 자연인과 비자연인으로 구분하면, 자연인(국민, 외국인)과 법인으로 구분할 수 있다. 이를 다시 특성상 구분하면 아래의 체계로 분류할 수 있다.

[기본권의 주체(보장대상)]³⁾

인(人)	자연인 (自然人)	국민	일반국민(재외동포·북한주민의 문제)
		특수신분관계에 있는 국민(공무원 등)	
		외국인	제한적으로 인정
	법인(法人)	내국법인	사법인(원칙적으로 인정)(정당의 특수성)
		외국법인	공법인(원칙적으로 부정)
			제한적으로 인정

2. 국민의 기본권 주체성

☒ 기본권 보유능력(항유능력, 귀속능력): 헌법상 보장된 기본권을 항유할 수 있는 능력
☒ 기본권 행사(사용)능력: 기본권의 주체가 자신의 기본권을 현실적으로 행사할 수 있는 지리 또는 능력

(1) 기본권항유주체로서의 국민: 대한민국의 국적을 가진 모든 사람

자연인인 국민은 현대민주국가의 헌법에서 예외 없이 기본권의 주체성을 인정받고 있다. 한국헌법의 경우, 기본권의 출발조항인 헌법 제10조에서는 “모든 국민”의 기본권을 보장하고 있어, 모든 국민에게 기본권이 보장됨을 명시하고 있다. 그러나 국민이 되는 요건(국적에 관한 사항)을 제2조 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.”에서와 같이 법률에 유보하고 있다. 때문에 한국의 국적을 가진 대한민국의 국민(전체국민)은⁴⁾ 누구나 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 될 수 있다. 다만 국민에게 기본권의 주

1) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011년, 332면 참조

2) 예컨대 선거권과 피선거권의 경우 기본권보유능력을 가진 사람이라도 일정한 연령에 달하여야 기본권 행위능력이 인정된다. 그러나 인간의 존엄과 가치·평등추구권, 신체의 자유 등에 있어서는 기본권 보유능력과 기본권 행위능력이 일치한다.(기본권 보유능력>기본권행위능력, 성낙인, 전제서, 332면 참조)

3) 성낙인, 전제서, 332면 참조

4) 국민이란 우리나라의 국적을 가진 사람을 총칭하는 법적인 개념임.

채성을 인정함에도 불구하고,⁵⁾ 개별 기본권에서의 기본권의 주체가 항상 같은 것은 아니다. 앞서 설명한 바와 같이 기본권 주체성은 기본권보유능력과 기본권행사능력으로 구분할 수 있는데, 다시 상세히 설명하면 다음과 같다.

(2) 기본권의 보유능력과 기본권의 행사능력

1) 기본권 보유능력: 원칙·살아있는 사람, 예외- 사자(死者)와 태아

① 개념

기본권보유능력(Grundrechtsfähigkeit)은 기본권을 보유할 수 있는 기본권의 귀속능력을 의미하는데,⁶⁾ 헌법상 보장된 기본권을 향유할 수 있는 능력을 의미해서 기본권능력 또는 기본권향유능력이라고도 부른다.⁷⁾ 기본권보유능력은 국민이면 누구나 가지는 것이므로, 이때의 국민 중에는 미성년자나 심신상실자·수형자 등도 포함된다.⁸⁾

② 예외

기본권의 주체능력은 민법상의 권리능력과 반드시 일치하는 것은 아니다. 사망한 사람과 태아, 권리 능력 없는 사단의 경우를 예로 들 수 있다.⁹⁾ 민법상으로는 사망한 자의 권리능력은 전적으로 부정되며, 태아의 경우도 출생을 전제로 하고 인정되는 예외를 제외하고는 그 권리능력이 원칙적으로 부정된다. 그러나 헌법은 조금 다르다. 헌법적으로는 사망한 자도 인간의 존엄성(헌법 제10조)의 주체성이 인정될 수 있으며,¹⁰⁾ 태아의 경우도 원칙적으로 생명권과 신체적 완전성의 권리 등의 주체가 된다.¹¹⁾ 그 밖에 조정당과 같이 민법상 권리능력 없는 사단이 특정 기본권을 향유할 능력을 갖는 경우가 있다.¹²⁾

✓ 체크! 권리능력 없는 사단이란?

① 개념: 일정한 목적에 따라 결합하였으나, 권리능력¹³⁾을 가지지 않는 집단
 예: 영리를 목적으로 하지 않기에 회사가 아니며, 설립등기를 하지 않기 때문에 사단법인이 되지 않는 학회·동창회·친목회·사고를클럽, 장차 사단법인으로 발전해도 현재는 미등기상대인 집단 등

2) 기본권행사능력

① 개념

기본권행사능력(Grundrechtsausübungsfähigkeit)이라 함은 기본권의 주체가 독립적으로 자신의 책임 하에 자신의 기본권을 현실적으로 행사할 수 있는 자격 또는 능력을 말한다. 선거권·피선거권·투표권 등 특정한 기본권은 그것을 현실적으로 행사하기 위해서는 일정한

5) 사망으로 기본권의 주체성 소멸

6) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009, 313면 이하 참조.

7) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, 235면 이하 참조.

8) 권영성, 전제서, 313면 참조.

9) 홍성방, 『헌법학(상)』, 박영사, 2010, 336면 참조

10) 예컨대 사망한 자의 명예를 실추시킨 소설, 사망자의 승낙 없는 장기이식, 시체에 대한 의학적 실험등과 관련해서는 사자(死者)의 인간의 존엄성이 침해된 것으로 본다.(홍성방, 『헌법학(상)』, 전제서, 336면 참조.)

11) 홍성방, 전제서, 336면 참조.

12) 허영, 전제서, 336면 참조.

13) 권리나 의무를 가질 수 있는 자격 지위를 의미함. 예: 자연인과 법인(사단법인인 회사, 학교, 재단법인) 등

연령요건을 구비하고 결격사유가 없어야 하는 등 기본권행사능력이 요구되는 경우가 있다.¹⁴⁾

② 기본권의 행사가 제한되는 경우

기본권행사가 제한되는 경우는 기본권의 성격상 기본권의 행사능력이 제한되는 경우와 기본권의 행사능력 자체를 제한하는 경우로 나눌 수 있다.

구분	내용
성격상 기본권의 행사능력이 제한되는 경우	개념: 기본권보유능력을 가지고도 기본권 행사가 제한되는 경우 (예: 영아의 집회의 자유 행사 가능성, 14세의 미성년자의 보도의 자유 행사 가능성 등)
기본권의 행사능력 자체를 제한하는 경우	헌법자체가 기본권 행사능력 자체를 제한하는 경우 헌법의 위임을 받아 법률이 정하는 경우 ¹⁵⁾
제한하는 경우	예: 대통령직선거권의 행사능력을 국회의원 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달한 자에 한정하고 있는 우리 헌법 제67조 제4항 ¹⁶⁾ 예: 헌법에 미성년자의 거주이전의 자유(헌법 제14조)가 민법의 친권자의 거주지정권(민법 제914조)에 의해서 제한되는 경우. ¹⁷⁾

기본권의 주체성과 관련해서, 군인, 수형자와 같이 특수한 신분관계에 있는 국민을 기본권의 주체성 제약으로 볼 것인가에 대해 학설의 대립이 있지만, 특수한 신분관계를 설정한 목적을 달성하기 위한 범위에서 기본권의 제한이 있는 것이지 기본권의 주체에 대한 제약은 아니라고 보는 것이 타당하다고 본다.

3) 기본권보유능력과 행사능력의 관계: 항상 일치하는 것이 아님에 유의

기본권(보유·향유)능력과 기본권의 행사능력이 언제나 일치하는 것은 아니다. 예컨대, 태아¹⁸⁾가 ‘집회의 자유’를 행사할 능력이 없는 것처럼 기본권의 성격상 ‘기본권보장능력’과 ‘기본권의 행사능력’은 구별한 필요성이 있다. 또 공무원임권¹⁹⁾을 일정한 연령과 결부시켜²⁰⁾ 헌법이 명문의 규정을 두어 기본권의 행사능력을 따로 정하는 경우도 있으며, 헌법이 직접 정하지 않고 입법권자의 입법형성권에 일임하고 있는 경우도 있다. 이 경우 ‘기본권의 행사능력’이 법률에 의해 비로소 구체적으로 정해진다.²¹⁾ 그리고

14) 권영성, 전제서, 313면 참조.

15) 홍성방, 전제서, 337면 참조

16) 헌법의 위임을 받아 국회의원과 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권과 피선거권을 각각 19세와 25세로 정한 공직선거법 제15조, 제16조의 규정 또는 공무원임권을 대법원장의 경우 70세, 대법관의 경우 65세, 기타 법관의 경우 63세까지로 제한한 법원조직법 제45조 제4항 규정이 그 예이다.(홍성방, 전제서, 337면 참조)

17) 기본권의 행사능력이 헌법의 위임을 받은 규정이나 헌법의 위임이 없이도 개별법률규정에 의하여 제한되는 것은 민주국가에서 입법권자에게 주어진 광범위한 입법형성권에 근거한 것으로 볼 수 있음. 홍성방, 전제서, 337면; 허영, 전제서, 229면.

18) 헌법상 생명권의 주체

19) 헌법 제25조

20) 우리 헌법상 대통령·피선거권은 40세(제67조 제4항)로 헌법이 직접 정하고 있음(허영, 전제서, 235면 참조).

21) 우리 헌법(제24조, 제25조, 제41조 제3항)과 선거법(제15조, 제16조)에 의해서 국회의원과 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권과 피선거권이 각각 19세와 25세로 정해진 것이라든지, 국민의 공무원임권이 예컨대,

헌법에 명문의 규정이 없음에도 불구하고 민법²²⁾이 성년기를 19세로 정하고, 미성년자의 재산권행사 등 적지 않은 권리행사를 친권 내지는 법정대리인의 동의요건에 의해서 제한하는 경우도 이 유형에 속한다고 볼 수 있다. 미성년자가 가지는 ‘거주·이전의 자유²³⁾’가 친권자의 ‘거소지정권²⁴⁾에 의해서 제약을 받는 것은 그 대표적 예이다.²⁵⁾

3. 외국인의 기본권 주체성

자연인 중에서 대한민국의 국적을 보유하지 아니한 외국인에 대해 기본권의 주체성을 인정할 것인가가 문제되는데, 우리 헌법은 외국인이 기본권을 향유할 수 있는가 여부에 대하여 아무런 언급을 하고 있지 않다.²⁶⁾ 따라서 이 문제는 헌법관과 기본권관에 따라 해결될 수 있는 문제다.²⁷⁾ 다만, 우리나라 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고 규정하고 있어, 인정여부 및 인정한다면 어느 기본권까지 기본권주체성을 인정해야 하는지에 대해 견해가 나뉘고 있다.

(1) 학설²⁸⁾

1) 부정설

기본권의 주체성을 부정하는 견해로, 이는 다시 법실증주의적관점, 스멘트릭 통합주의적 헌법관적 관점 그리고 기본권문헌설로 구분할 수 있다.

① **법실증주의**: 기본권을 “법을 속의 자유”로 파악하여, 기본권의 주체는 법적 생활 공동체의 구성원인 국민에 한하고 외국인은 여기에서 제외된다고 보는 견해

② **스멘트릭 통합주의적 헌법관**: 기본권을 사회공동체가 통합되어 가기 위한 당위론적 가치질서로 파악하기 때문에, 외국인의 기본권주체성을 원칙적으로 부정함.

③ **기본권문헌설**: 헌법 제2장의 표제가 “국민의 권리와 의무”라고 규정하고 있음을 이유로 헌법은 국민의 권리만을 보장하는 것이지 외국인의 권리까지 보장하는 것은 아니라고 보는 견해

2) 긍정설

긍정설은 이론구성면에서 칼 슈미트적 기본권관과 동화적 통합이론 두 가지로 나눌 수 있다.

법관정년제를 규정하는 헌법(제105조 제4항)과 법원조직법(제45조 제4항)에 따라 대법원장의 경우 70세, 대법관의 경우 65세, 그리고 기타 법관의 경우 63세까지로 제한하는 것 등이 그 예이다.(하형, 전게서, 236면 참조).

22) 민법 제6조.

23) 헌법 제14조.

24) 민법 제914조.

25) 하형, 전게서, 236면 참조.

26) 예: 독일의 기본법은 비독일인에게만(곧 외국인에게만) 인정되는 권리를 규정하고 있음. 독일 기본법 제16조 제2문은 “정치적 박해를 받는 자는 망명자 보호권을 갖는다.”라고 규정하고 있음.(홍성방, 전게서, 342면 참조)

27) 홍성방, 전게서, 342-344면 참조.

28) 권영성, 전게서, 313-314면 참조.

① **칼슈미트적 기본권관**: 인간의 천부적·전국가적 인권은 외국인도 인간으로서 당연히 누릴 수 있는 것이기에, 외국인도 당연히 그 주체성이 인정된다고 봄. 단, 참정권과 사회적 기본권 등은 천부적 인권이 아니므로 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 아니한다고 봄.

② **동화적통합이론**: 진정한 의미의 동화적 통합을 이룩하기 위해서는 외국인을 포함한 생활공동체 내의 모든 구성원의 동화적 통합이 요구되므로, 자국민의 동화적 통합을 해치지 아니하는 범위 내에서 외국인의 기본권 주체성도 인정되어야 한다고 봄.

(2) 헌법재판소 견해

헌법재판소는 제외동포법 사건에서 “국민 또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인은 기본권의 주체가 될 수 있다.”고 하여,²⁹⁾ 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정한 바 있음.

(3) 검토

기본권을 그 성질에 따라 인간의 권리와 국민의 권리로 분류하는 기본권성질설의 입장에서 이해한다면, 외국인에게도 인간의 권리에 해당하는 것은 주체성을 인정해 주고, 그 외 국민의 권리에 해당하는 것은 헌법 제6조 제2항에 근거해 상호주의를 따르는 것이 타당하다고 판단된다.

(4) 외국인이 향유할 수 있는 기본권

① 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권

② **평등권**: 인정여부에 따라 학설(제한적 긍정설³⁰⁾·상향적 제한설³¹⁾·합리성설³²⁾)의 대립이 있음. 현재는 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 하여,³³⁾ 상향적 제한설을 취하고 있는 것으로 보임. 외국인도 원칙적으로 평등권의 주체이지만 상황에 따라 합리적 차별이 가능하다고 보는 것이 타당하다.

③ **자유권**: 대부분 인간의 권리이므로 원칙적으로 인정. 언론·출판·집회·결사의 자유·거주이전의 자유³⁴⁾ 등은 국가의 안전 등을 이유로 제한이 가능함. 망명권³⁵⁾ 내지 정치적 보호청구권까지 보장되는가에 대해서는 논란이 있다. 우리 헌법은 외국인에 대한 정치적 망명권을 규정하고 있지 않으나, 외국헌법³⁶⁾과 국제조약³⁷⁾은 망명권을 인정한 사례가 존재한다.

29) 헌재 99헌마494.

30) 국제법상 상호주의원칙에 따라 제한적으로 인정자는 견해

31) 자연법상 평등원칙에 근거하여 원칙적으로 외국인도 평등권의 주체성을 인정자는 견해. 다만 구체적인 사항에 따라 외국인의 평등권은 제한 가능하다고 봄.

32) 차별의 합리성이 없는 한 내국인과 동일하게 주체성을 인정자는 견해

33) 헌재 99헌마494

34) 일국의 자유는 보장되지 않으나, 일국한 경우 출국의 자유는 보장됨.

35) 대법원은 중공민항기납치사건과 관련하여 정치적 난민에 대해 소극적 입장을 취한 바 있음(84도39).

36) 독일기본법 제16조 제2항 제2문 “정치적으로 박해를 받는 자는 비호청구권을 누린다.”

37) 난민의 지위에 관한 조약 등

④ **경제적기본권**: 외국인인 우리나라의 경제질서를 교란할 위험이 있기 때문에 직업선택의 자유³⁸⁾·토지소유권·광업권³⁹⁾ 등 재산권은 일정한 범위 내에서 내국인에 비하여 보다 많이 제한하고 있다.

⑤ **정치적기본권**: 정치적기본권은 국민의 권리, 따라서 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 않는다.(지방자치단체 선거 예외적 인정)

⑥ **청구권적기본권**: 청구권적 기본권은 대부분이 기본권을 보장하기 위한 기본권이므로, 일정한 기본권의 보장⁴⁰⁾과 결부된 청구권적 기본권은 외국인에게도 인정되어야 한다.

⑦ **사회적기본권**: 사회적기본권은 자국민의 인간다운생활을 보장하기 위한 기본권을 의미하므로 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 아니한다. 다만 환경권⁴¹⁾과 건강권⁴²⁾ 등은 인간의 권리로서의 성격도 가지고 있으므로 제한된 범위 내에서 외국인에게도 인정된다.

4. 법인의 기본권 주체성

헌법학의 영역에서 기본권에 관한 전통적인 논의는 국가와 국민⁴³⁾과의 관계를 중심으로 전개되어 왔다. 그러나 오늘날에는 다양한 조직·단체·법인등의 실체성과 사회적 중요성이 증대됨에 따라 이들에 대한 기본권의 주체성 인정여부도 논의의 대상으로 떠오르게 되었다.

사례: 사단법인 한국영화인협회(청구인1)는 영화제작에 관여하는 영화인 상호간의 친목도모 및 영화예술의 발전과 영화시책의 개선 건의 등을 목적으로 설립된 사단법인이며, 청구인 한국영화인협회 감독위원회(청구인2)는 청구인 사단법인 한국영화인협회의 산하에 있는 영화감독들의 모임이다. 청구인들은 영화법 제12조 제1항(폐지) 때문에 기본권이 침해되었다며 헌법소원심판의 청구를 하였다.

Q1: 청구인1의 기본권 주체성은 인정되는가?

Q2: 청구인2의 기본권 주체성은 인정되는가?

(1) 학설⁴⁴⁾

1) 부정설⁴⁵⁾

법인의 기본권주체성을 부인하는 견해는 자연권설·법인의제설·칼슈미트적 기본권관설 등으로 구분할 수 있다.

38) 헌법 제15조

39) 광업법 제6조 제1항

40) 헌법 제10조, 제11조, 제12조, 제27조

41) 헌법 제35조

42) 헌법 제36조

43) 특히 자연인

44) 권영성, 전제서, 317~318면 참조.

45) 바이마르 헌법 당시에는 법인의 기본권 주체성을 부인하는 견해가 통설이었으나, 현재 우리나라의 학계에서는 부정설을 취하는 학자는 없음.(권영성, 전제서, 317~318면)

① **자연권설**: 역사적으로 인권은 자연인을 전제로 하여 성립된 관념이므로 자연인이 아닌 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 보는 견해

② **법인의제설**: 법인의제설(法人擬制設)을 기초로 하여 법인의 활동은 결국 자연인의 활동으로 환원되는 것이므로, 자연인의 기본권을 보장하는 것으로 충분하고 법인에게까지 기본권 주체성을 인정할 필요는 없다고 보는 견해

③ **칼슈미트적 기본권관설**: 기본권이란 초국가적 자연법적 성격을 가지는 것이므로, 실정 법질서에 의하여 비로소 인격이 창설되는 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 보는 견해

2) 긍정설

법인의 기본권주체성을 인정하는 견해는 법인설제설(제1설)·법실증주의적입장(제2설)·동화적통합이론(제3설)·이익실현여부에 따른 설(제4설)로 구분할 수 있다.

① **제1설**: 법인설제설에 기초하여, 법인은 자연인들로 구성되어 있으나 자연인과는 별개의 실체를 가지고 있고, 법에 의해서 권리주체성이 인정된 법인은 현대사회의 구성요소가 되고 있으므로 법인도 독자적 기본권 주체성을 인정해야 한다는 견해

② **제2설**: 법실증주의적 입장에서 자연인과 법인은 그 모두가 규범적 규율의 대상이 되는 것이므로, 자연인과 마찬가지로 법에 의하기만 하면 법인에게도 기본권주체성을 인정해야한다는 견해

③ **제3설**: 법인을 국가적 통합의 형식과 수단으로 파악하여 국가적 통합을 위하여 필요할 경우 법인에게도 기본권 주체성을 인정해야 한다고 보는 견해(동화적 통합이론)

④ **제4설**: 법인의 활동은 궁극적으로 자연인의 이익이나 권리의 실현을 목적으로 하는 것이고 그 효과도 자연인에게 귀속되는 것이므로, 법인자체의 기본적주체성을 인정하는 것이 합목적적이라고 주장하는 견해

(2) 헌법재판소

헌법재판소는 영화법제12조 등에 대한 헌법소원사건에서 “우리헌법은 명문규정은 없지만 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용되어야 한다”⁴⁶⁾고 판시하여, 긍정설의 견해를 취하고 있다. 아래는 판시사항에 근거한 사례의 답이다.

A1: 우리 헌법은 법인의 기본권항유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이더라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한, 법인이 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민사소송법 제48조 참조).

46) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289~310

A2: 청구인 한국영화인협회 감독위원회(이하 감독위원회라고 줄여 쓴다)는 영화인협회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고, 영화인협회의 내부에 설치된 8개의 분과위원회 가운데 하나에 지나지 아니하며(사단법인 한국영화인협회의 정관 제6조), 달리 단체로서의 실체를 갖추어 당사자 능력이 인정되는 법인 아닌 사단으로 볼 자료가 없다. 따라서 감독위원회는 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 헌법소원심판청구능력이 있다고 할 수 없는 것이므로 감독위원회의 이 사건 헌법소원심판청구는 더 나아가 판단할 것 없이 부적법하다.

(3) 검토

현대사회에서 법인이 수행하는 사회적 기능을 고려할 때, 성질상 법인의 기본권 주체성을 인정하여야 할 기본권은 그 주체성을 인정하여야 할 것으로 보인다.

(4) 기본권 주체로서의 법인의 범위

1) 사법상 법인 및 기타 유사

-법인격의 존재 유무나 사단·재단의 종류를 불문하고 기본권의 주체성 인정함.

예: 한국영화인협회47), 정당48)

2) 공법상 법인

-원칙: 그 주체성을 부정함.49)

-예외: 공법인이 기본권에 의해 보호되는 영역이 있어야 하고, 국민의 기본권 보호에 기여하여야 하며, 국가에 대해 독립된 실체가 있는 경우 인정한다.50)

3) 외국 법인

-성질상 법인에게 인정될 수 있는 기본권은 외국인에 준하여 외국법인에게도 인정된다. 다만 법인으로서의 제약과 외국인으로서의 제약이 모두 적용된다.

잠깐! 쉬면서 배우는 법률상식

* C. Schmitt의 제도적 보장이론

☒ **제도적 보장:** 객관적 제도를 헌법에 규정함으로써 당해 제도의 본질을 보장하려는 것
특색: 제도적 보장은 제도의 본질·중핵을 객관적 법규범으로 규정하는 것에 의하여 일반적인 입법에 의한 폐지나 본질훼손에서 보호하려는 점에 그 특색이 있음⁵¹⁾
☒ **기본권과의 관계:** 기본권이 주관적 권리의 성질을 갖는다면, 제도적 보장은 주관적 권리라기 보다는 객관적 법규범의 성질을 띠며, 헌법상 권리보장을 배제하는 것은 아니며 헌법상의 권리보장과 결합되는 경우도 있음⁵²⁾

47) 헌재 90헌마56

48) 정당에 대한 헌법소원청구시 주체성 인정(91헌마21)

49) 헌법재판소는 “국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체로서 소지자가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐”이라고 하여, 그 주체성을 부정함. 또한 농촌진흥청·농촌진흥법제16조위헌소원사건에서 “지방자치단체인 청구인은 기본권의 주체가 될 수 없다”고 하여 지방자치단체의 기본권 주체성을 부인함.(헌재 2004헌마50)

50) 헌법재판소는 서울대학교는 공법상의 영조물로서 공권력의 주체이지만 동시에 학문의 자유와 대학의 자율권이라는 기본권의 주체성을 인정함(헌재 92헌마68-70)

51) 법률용어사전, 전제서, 120면

→ **예:** 현행헌법은 사유재산제, 복수정당제, 민주적 선거제도, 직업공무원제, 지방자치제, 민주적 교육제도와 대의정치제, 민주적 군사제도, 민주적 혼인제도와 가족제도, 자율적인 언론·출판제도 등을 보장하고 있음.

-제도의 보장이론은 슈미트의 천부적 기본권이론에 대한 한계를 극복한 이론임.

-국가의 근간이 되는 최소한의 기본질서(본질적 부분)를 헌법상 보장하여, 헌법하위규범(법률)으로부터 최소한의 기본질서를 수호함으로써, 기본권을 실질화하고자 함.

-제도는 자유가 될 수 없음을 강조(제도≠자유), Habermas의 제도적 기본권관(제도=자유)과 구별⁵³⁾

-소극적·방어적 국가관에 기초한 이론

-단, 법률의 이름으로 현행헌법이 지키고자 하는 제도를 폐지할 수는 없음.

* 기본권과 제도적 보장의 비교

-제도적 보장이론은 슈미트의 법규범간의 위계질서에 근거해서 발전된 이론임.

헌법제정권력 > 헌법 > 헌법개정권력 > 헌법률 > 통치권(법률)

[기본권과 제도적 보장의 비교]

구분	기본권	제도적 보장
법규범	헌법(Versassung)	헌법률(Verfassungsgesetz)
기본권의 성격	주관적 공권(개인의 문제) ⇒ 침해시, 구제청구 가능	객관적 가치질서(전체의 문제) ⇒ 침해당해도 구제청구 불가
보장의 범위	최대한의 보장(절대적 보장)	최소한의 보장(상대적 보장)
효력	모든 국가기관 & 헌법개정권력 구속	모든 국가기관 구속 but 헌법개정권력 불구속
개정가능성	헌법개정권력 구속	헌법개정권력 불구속 소송제기 불가능(객관적 질서로 당사자 적격이 인정될 수 없음, But 개선의 필요가 있는 제도보장은 헌법개정권을 통해 원고적격(당사자 적격)을 인정할 수 있음.
기본권 침해시 소송가능성	기본권 침해시 소송제기 가능 (원고적격 인정)	악한 재판규범성 ⁵⁴⁾
재판규범성	강한 재판규범성	약한 재판규범성 ⁵⁴⁾
관 규정형식	기본권과 제도적 보장은 독립 또는 동시규정 가능	계 ⁵⁵⁾ 상호관계
계 ⁵⁵⁾ 상호관계	제도적 보장의 궁극적 목표는 기본권을 보장하는 것	

* 기본권과 제도적 보장의 관계

-제도적 보장은 기본권 보장을 위한 수단이기에 제도보장은 기본권을 실질화하기 위한 것임.(목적: 기본권 보장, 수단: 제도적 보장)

52) Id.

53) Habermas는 제도를 지나치게 강조함으로써, 법률을 지나치게 의존함. 때문에 기본권은 제도를 통해서 실현된다고 봄.(형식적 법률유보 주장).

54) 법률도 재판규범성이 인정되므로, 헌법외 제도보장도 재판규범성이 당연히 인정되나 헌법보다는 재판규범성이 상대적으로 약함.

55) 법률용어사전, 전제서, 120면.