

人間다운 生活을 할 權利의 法的 性格에 관한 考察

韓 柄 鎬

Die Rechtsnatur des Rechts auf menschenwürdiges Dasein

Byeong-ho Han

目 次

- I. 序 論
- II. 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容
 - 1. 人間다운 生活을 할 權利의 多義性
 - 2. 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容
- III. 人間다운 生活을 할 權利의 憲法上 規定形式
 - 1. 社會的 基本權의 理念의 憲法的 實現形態
 - 2. 人間다운 生活을 할 權利의 憲法上 規定形式
- IV. 結 論
- 〈 參考文獻 〉

Zusammenfassung

In Korea haben sich die sozialen Grundrechte auf der Ebene des Verfassungsrechts in der Form der subjektiven Rechte verankert. Es gilt vom Recht auf menschenwürdiges Dasein. Trotzdem hat die Mehrheit der Verfassungsrechtslehrer in Korea behauptet, daß die sozialen Grundrechte (und also das Recht auf menschenwürdiges Dasein auch) im Verfassungsrang nicht als die „konkreten Rechte“ (d.h. die subjektiven Rechte im echten Sinn), sondern als die „abstrakten Rechte“ anzusehen sind. Mit den abstrakten Rechte meint man die Verfassungsregelungen „die zwar in die Verfassung in der Form der subjektiven Rechte aufgenommen sind, die aber nicht unmittelbar anwendbar und

nicht gerichtlich sanktionierbar sind, soweit ihre konkreten Inhalte vom einfachen Gesetzgeber ergänzt, bestimmt werden. Gerade aus diesen Verfassungsregelungen für sich sind also die individuellen Ansprüche auf positive Leistung des Staates nicht herauszuziehen. Insoweit ist der Begriff der abstrakten Rechte dem Begriff der Gesetzgebungsaufträge ziemlich ähnlich.

In der Regel, um die Idee der sozialen Grundrechte auf der Ebene des Verfassungsrechts zu verankern, sind die verschiedenen Rechtsformen denkbar: Kompetenz- bzw. Organisationsnormen, Staatszielbestimmungen bzw. Programmsätze, Gesetzgebungsaufträge bzw. Verfassungsaufträge, Einrichtungsgarantie, und subjektive Rechte. Tatsächlich in der Koreanischen Verfassung, meiner Meinung nach, hat sich das Recht auf menschenwürdiges Dasein in solchen verschiedenen Rechtsformen gemäß seinen konkreten Inhalten gepositioniert. Die Verfassungsregelungen (§ 120 ② ff.), die mit der sozialen Marktwirtschaftsordnung in Zusammenhang stehen, enthalten einen Teil der Inhalte des Rechtes auf menschenwürdiges Dasein (d. h. die Wirtschaftspolitik des Staates), obwohl diese Verfassungsregelungen sich im anderen Kapitel „Wirtschaft“ (also nicht im Kapitel „Subjektive Rechte und Pflichten des Staatsbürgers“) ordnen lassen; Und sie sind beziehungsweise als entweder Kompetenznormen oder Staatszielbestimmungen, oder Gesetzgebungsaufträge anzusehen. Und die Verfassungsregelung in bezug auf Sozialpolitik des Staates (§ 32 ②) umfaßt nicht nur Staatszielbestimmungen, sondern auch Gesetzgebungsaufträge. Und die Verfassungsregelung (§ 32 ③), in der es ausgesprochen ist, daß jeder zum menschenwürdigen Dasein unfähige Staatsbürger den Anspruch auf die Pflege (d. h. Lieferung der zum menschenwürdigen Dasein unmittelbar nötigen Lebensmittel oder ihrer Surrogate) vom Staat machen kann, ist als eine Regelung in bezug auf subjektives Individualrecht anzusehen.

Schließlich ist nicht richtig eine solche Meinung, daß man das Recht auf menschenwürdiges Dasein nur als das abstrakte Recht versteht. Vielmehr hat es eine mehrseitige, mehrschichtige Rechtsstruktur; Das Recht auf menschenwürdiges Dasein ist gemäß seiner konkreten Inhalte (od. Typus der Anspruchsobjekte) als folgendes zu betrachten: teils als Kompetenz- od. Organisationsnormen, teils als Staatszielbestimmungen od. Programmsätze, teils als Gesetzgebungs- od. Verfassungsaufträge, teils als

subjektive Rechte.

I. 序 論

오늘날 社會主義國家를 제외한 대부분의 國家들은 社會國家·福祉國家¹⁾를 지향하고 있다. 그것은 近代市民社會로부터 現代產業社會에로의 社會의 構造的 變化에 따른 필연적인 결과라고 할 수 있다.²⁾ 近代市民社會는 이른바 ‘教養과 財産’을 가진 第3身分인 市民階級으로 구성된 社會였다. 그리고 그러한 市民社會를 기초로 하여 구축된 法秩序가 市民的 自由主義國家의 法秩序이다. 그런데 市民的 自由主義國家의 法秩序는 그 社會的 基礎인 市民社會가 존속되는 한도 내에서는 그 타당성을 계속 유지할 수 있었다. 그러나 近代市民社會는 역사의 진행에 따라 붕괴되기 시작했다. ‘教養과 財産’을 갖지 못한 채 오로지 從屬的 賃金勞動에만 의존해야 하는 第4階級인 勞動者階級이 출현하여, 社會의 구성원으로 편입되기 시작한 것이다. 그리하여 有產的 市民階級만으로 구성된 社會(市民社會)는 有產者階級과 無產者階級으로 구성된 產業社會로 변모하게 되었다. 이와 같이 社會의 構造가 변모했음에도 불구하고 市民的 自由主義國家의 法秩序가 고수될 경우에는, 그러한 法秩序는 有產者階級에 대해서는 그 타당성을 확보할 수 있을지는 몰라도, 社會構成員의 대다수를 차지하는 無產者階級에 대해서는 그 타당성을 확보할 수 없게 된다. 法秩序는 여전히 모든 사람의 自由와 平等을 선언하지만, 無產者階級은 그들의 生活의 유일한 방편인 勞動의 從屬性으로 말미암아 현실적으로는 不自由와 不平等을 감수할 수밖에 없는 것이다. 말하자면 法的인 自由와 平等이 形式化하고, 현실적인 自由·平等의 확보 여부는 法을 떠난 實力(특히, 財産의 유무)에 좌우되게 된 것이다. 이렇게 되자 市民的 自由主義國家의 法秩序에 있어서의 生活에 대한 個人責任主義下에서는 社會的 弱者는 生存 그 자체에 대한 위협마저 느끼지 않을 수 없게

1) 許營, 憲法理論과 憲法(上), 박영사, 1980, 292면에서는, 社會國家(Sozialstaat)와 福祉國家(Wohlfahrtsstaat)를 철저히 구별할 것을 주장하고 있다. 그러나, 우리나라에서 社會國家와 福祉國家를 준별하여, 우리의 憲法이 福祉國家가 아니라 社會國家를 추구하고 있다는 주장은 그 타당성이 의문스럽다. 첫째, 대부분의 學者들은 社會國家와 福祉國家의 두 개념을 혼용하고 있고, 둘째, 일반적인 언어관행에 비추어 보더라도 福祉國家라는 것이 그렇게 위험스러운 것으로만 받아들여지지 않고 있으며, 셋째, 福祉國家의 개념을 그렇게 한정적으로 규정하여 배격할 것이 아니라, 社會國家의 경우처럼 福祉國家의 경우에도 그 限界를 문제삼아야 할 것이기 때문이다.

2) J. Isensee는 社會國家를 ‘現代 產業社會의 運命’이라고 하고 있다. J. Isensee, “Verfassung ohne soziale Grundrechte,” Der Staat, Bd. 19, H. 3, 1980, S. 383.

되었다. 生活에 대한 個人責任主義下에서는 個人은 자신의 財產이나 勞動(에 의한 賃金)으로써 生活을 영위해 나갈 수밖에 없는데, 자신의 勞動밖에 가진 것이 없는 無產者階級은 勞動의 供給過剩(失業)과 勤勞條件의 악화로 말미암아 生活手段을 제대로 확보할 수 없기 때문이다. 現代産業社會에 있어서의 社會國家·福祉國家는 市民的 自由主義國家의 法秩序가 안고 있는 바로 이러한 문제점들을 해결하고자 한다. 그리하여 社會國家·福祉國家는 극단적인 個人主義를 지양하고 社會連帶主義를 바탕으로 하여³⁾ 모든 個人에게 人間다운 生活을 보장하고, 그렇게 함으로써 실질적인 自由와 平等을 보장하려고 한다. 이를 최초로 규정한 現代憲法이 바로 독일의 바이마르憲法이다.⁴⁾

우리 憲法도 1948년 憲法 이래로 각종의 社會的 基本權을 규정하고⁵⁾ 經濟秩序에 있어서 社會的 市場經濟秩序를 채택함으로써,⁶⁾ 人間다운 生活을 憲法的으로 보장하려고 한다. 특히, 現行憲法은 제 32 조에서, “① 모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다. ② 國家는 社會保障·社會福祉의 증진에 노력할 義務를 진다. ③ 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다”라고 규정하고 있다. 이와 같이 우리 憲法은 모든 國民이 人間다운 生活을 할 ‘權利’를 가진다고 규정하고 있지만, 문제는 이러한 權利가 현실적으로 충분히 보장되고 있느냐 하는 점이다. 물론 그 동안 우리나라의 國民經濟가 상당한 성장을 이룩함으로써 國民의 生活水準이 전반적으로 향상되었다. 그리고 法制度上으로도 生活保護法을 비롯한 公的 扶助法과 각종의 社會保障·社會福祉關係法律이 존재한다. 그러나 구체적으로 특정의 個人이 이러한 經濟成長 속에서도 그리고 이러한 法律 아래에서도 현실적으로 人間다운 生活을 누리고 있지 못하는 경우가 있다. 그러한 경우에는, 적어도 憲法規定의 文言上으로는, 그 個人이 憲法에 근거하여 國家에 대하여 人間다운 生活의 보장을 청구할 수 있어야 한다. 만일 그렇지 못하다면, 憲法에서 ‘人間다운 生活을 할 權利’를 보장한다고 규정한 것은 ‘不渡어음發行’⁷⁾의 비난을 면할 수 없을 것이고, 나아가 이러한 사태는 다른 憲法規定의 規範力의 악화를 초래할 위험성을 안고 있다.⁸⁾ 그러나, 현재의 憲法解釋論은, 社會的 基

3) 이에 관하여는, 中村睦男, 社會權法理의 形成, 有斐閣, 1973, 194면 이하 참조.

4) 특히, 바이마르憲法 제 151 조 1 항에서는, “經濟生活의 秩序는 모든 사람에게 人間다운 生活을 보장해 줄 수 있도록 正義의 原則에 합치하여야 한다. 개인의 經濟上의 自由는 이 한계 내에서 보장된다”라고 하고 있다.

5) 現行憲法 제 29 조(教育을 받을 權利), 제 30 조(勤勞의 權利), 제 31 조(勤勞 3 權), 제 32 조(人間다운 生活을 할 權利), 제 33 조(環境權), 제 34 조(保健에 관한 權利) 등 참조.

6) 現行憲法 제 22 조(私有財產制保障과 그 限界), 제 120 조 이하의 經濟條項 등 참조.

7) J. Isensee, a.a.O., S. 383.

8) 이러한 이유로 西獨基本法은 바이마르憲法의 社會的 基本權에 관한 규정을 대부분 삭제하였다. 西獨基本法의 제정 과정에서 있었던 社會的 基本權의 憲法的 實定化 여부를 둘러싼 논쟁에 관하여는, K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, C. H. Beck: München, 1977, S. 683ff. 참조.

本權의 自由權의 側面에 대한 具體的 權利性의 인정⁹⁾, 社會的 基本權의 法的 性格에 관하여 종래의 프로그램規定說로부터 法的 權利說(비록 抽象的 權利說이기는 하지만)에로의 지배적 憲法學說의 변천¹⁰⁾이라는 그 동안의 발전에도 불구하고, 그와 같은 경우에 있어서 현실적 請求權을 인정하지 않고 있는 것이 지배적이다.¹¹⁾ 만일 이와 같이 人間다운 生活을 할 憲法上的 權利(넓게는 社會的 基本權)가 '權利'라는 規定形式에도 불구하고 憲法의 규정만으로는 전혀 具體的 權利일 수가 없다면, 결국 現行憲法은 몸(權利의 內容)에 맞지 않은 옷(權利形式)을 입힌 것이고, 따라서 憲法改正의 方法으로 몸에 맞는 옷을 입히는 것이 타당할 것인가? 그렇다면 그러한 權利의 內容에 부합하는 形式을 찾는 것이 문제될 것이다. 그러나 人間다운 生活을 할 權利(넓게는 社會的 基本權一般)의 憲法上 規定形式 자체에 문제가 있다기보다는, 현재의 憲法解釋論에 더 큰 문제가 있다고 본다.¹²⁾ 그 문제점은 무엇보다도 人間다운 生活을 할 權利를 單層的·平面的으로 파악한다는 데 있다. 이것은 社會的 基本權(여기서는 人間다운 生活을 할 權利)의 특수성을 제대로 이해하지 못한 데서 비롯된 것이라고 생각된다. 다시 말해서 古典的 自由權에 있어서는 國家의 不作爲가 그 權利의 客體로 되어 있기 때문에, 여기서는 權利가 보장되느냐 아니냐 여부(ob)의 문제만 있을 뿐이지만, 國家의 積極的 給付를 목적으로 하는 社會的 基本權에 있어서는 權利가 보장되느냐 여부의 문제만이 아니라 權利가 어느 정도로(wieviel) 보장되느냐 하는 문제가 더욱 중요하다. 그럼에도 불구하고 人間다운 生活을 할 權利를 프로그램規定, 抽象的 權利, 具體的 權利 중의 어느 하나의 성격으로만 파악하는 것은 문제가 아닐 수 없다.¹³⁾ 本稿에서는 바로 이러한 시각에서 人間다운 生

9) 權寧星, 全訂版 憲法學原論, 법문사, 1986, 554면; 金哲洙, 新版憲法學概論, 박영사, 1983, 427면; 丘秉期, 新憲法原論, 박영사, 1984, 475면; 文鴻柱, 第5共和國 韓國憲法, 해암사, 1982, 289면.

10) 權寧星, 앞의 책, 544면; 金哲洙, 앞의 책, 427면 이하; 丘秉期, 앞의 책, 472면; 文鴻柱, 앞의 책, 289면; 朴一慶, 新憲法學原論, 법경출판사, 1986, 338면.

11) 다만, 安裕教, 人間다운 生活을 할 權利, 考試研究, 1978.2; 許營, 憲法理論과 憲法(中), 박영사, 1984, 342면에서는 人間다운 生活을 할 權利의 具體的 權利性을 인정하고 있다.

12) 社會的 基本權 일반에 있어서 그 法的 性格에 관한 현재의 憲法解釋論의 문제점에 관하여는, 韓柄鎬, 社會的 基本權의 法的 構造, 서울大學校 大學院 碩士學位論文, 1984.8, 7~11면 참조.

13) 다만, 社會的 基本權의 消極的 側面에 대하여 自由權과 같은 具體的 權利性을 인정하고 있을 뿐이고, 그 積極的 側面에 대해서는 多數說은 抽象的 權利로만 이해한다. 한편, 許營, 憲法理論과 憲法(中), 342면에서는, 人間다운 生活을 할 權利를 基本權의인 관점에서 뿐만 아니라 國家의 構造의 原理, 國家의 存立 根據, 國家의 當爲的 課題 등의 관점에서도 이해할 것을 주장함으로써, 主觀的 權利로서뿐만 아니라 客觀的 法으로서의 二重的 性格을 인정하려고 하는 것 같다. 그러나 이것은 人間다운 生活을 할 權利의 內容과 그 정도에 따라 그 法的 性格을 달리 파악하려고 하는 本稿의 입장과는 다른 것이다.

活을 할 權利的 法的 性格을 재검토하여, 그것을 多層的·複合的 構造로 파악하고자 한다.

이를 위하여 먼저 人間다운 生活을 할 權利가 가지는 構造的 內容을 파악하고, 그 다음에는 人間다운 生活을 할 權利의 內容이 어떠한 형태로 憲法에 實定化되어 있는가 하는 것을 검토한 뒤, 결론적으로 이러한 構造的 內容과 그 憲法上 規定形式을 결부시킴으로써, 人間다운 生活을 할 權利의 法的 性格을 多層的·複合的으로 파악하고자 한다.¹⁴⁾

II. 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容

1. 人間다운 生活을 할 權利의 多義性

人間다운 生活을 할 權利는 ‘人間다운 生活’이라는 말이 가지는 의미의 함축성으로 말미암아 多義的으로 이해될 소지가 충분히 있다. 人間다운 生活이란 人間으로서의 尊嚴과 價値가 보장되는 生活이라는 의미로 일단 풀이할 수가 있다. 그러나 구체적으로 人間다운 生活을 확보하는 方法과 生活의 여러가지 측면을 고려하게 되면, 그 의미를 一義的으로만 파악하기가 곤란해진다.

우선 人間다운 生活에 있어서의 ‘生活’의 의미를 政治的·經濟的·社會的·文化的·私的 生活의 모든 영역을 포괄하는 것으로 이해한다면, 人間다운 生活을 할 權利는 現行憲法 第9條의 ‘人間으로서의 尊嚴과 價値’를 보장하는 모든 權利를 포괄하는 包括的 權利로 이해될 수도 있다. 이러한 넓은 의미로 人間다운 生活을 할 權利를 이해하는 것은, 人間다운 生活을 할 權利가 나타나게 된 歷史的·沿革的 背景을 무시한 것일 뿐 아니라, 現行憲法의 規定體系를 도외시한 것이고, 또한 人間으로서의 尊嚴과 價値 및 幸福追求權과 중복되어 별로 의미가 없다고 할 수 있다. 그러나 人間다운 生活을 할 權利가 憲法 第9條의 人間으로서의 尊嚴과 價値에 관한 규정과의 理念的 關聯性을 가진다는 것을 밝혀 주는 점에서는, 그러한 개념규정이 전혀 무의미하다고는 할 수 없을 것이다.

다음으로는 人間다운 生活을 할 權利는, 市民的 自由主義國家의 法秩序의 모순으로 말미암아 발생한 각종의 社會問題를 해결하고자 國家의 적극적 개입을 규정한 모든 憲法規定을 포괄하는 의미로도 이해될 수 있다. 여기에는 社會的 基本權에 관한 규정과 財產權의 限界·制限에 관한 규정 및 經濟에 대한 國家介入에 관한 규정 등이 포함된다. 현재의 學說이 人間다운 生活을 할 權利를 社會的 基本權의 理念的 基礎로 파악한다든가,¹⁵⁾ 憲法 第22條의 財產權條項 및 第120條 이하의 經濟條項(社

14) 社會的 基本權 일반에 있어서 이러한 방법으로 그 法的 性格을 고찰해야 하는 이유에 관해서는 韓柄鎬, 앞의 논문, 14면 이하 참조.

15) 權寧星, 앞의 책, 548면; 丘秉期, 앞의 책, 478면; 文鴻柱, 앞의 책, 299면; 許營, 憲法理論과 憲法(中), 342면.

會的 市場經濟秩序를 규정한 조항)과의 關聯性을 언급하는¹⁶⁾ 것은 이러한 의미에서 이해될 수 있다. 그리고 이러한 개념규정은, 社會的 基本權의 체계를 올바르게 인식하고, 그렇게 함으로써 現行 憲法上的의 社會的 基本權에 관한 규정을 재검토하는 데 도움을 줄 것이다.

끝으로 人間다운 生活을 할 權利를 가장 좁은 의미로 파악하여, 憲法 제 32 조의 규정만을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 이것은 人間의 經濟的·物質的 生活에 있어서 人間으로서의 尊嚴과 價値가 보장될 것을 내용으로 한다.

이와 같은 人間다운 生活을 할 權利는 그 文言의 意義, 歷史的·沿革的 意義, 現行實定憲法上 意義 등 여러가지 概念으로 이해될 수 있는 소지를 가지고 있다. 아래에서는 이들 概念 중에서 人間다운 生活을 할 權利를 가장 좁은 의미로 파악하여, 現行憲法 제 32 조의 규정을 고찰대상으로 삼고자 한다. 다만 이러한 人間다운 生活을 할 權利의 실현방법과 관련하여, 財產權條項과 經濟條項도 부분적으로는 人間다운 生活을 할 權利의 規範的 內容으로 삼고자 한다.

2. 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容

1) 人間다운 生活을 확보할 수 있는 方法

人間의 物質的 生活을 확보하기 위해서는 그 生活手段이 확보되지 않으면 안된다. 그러한 生活手段의 확보는 바로 生活의 需要를 충족시킬 수 있는 物的 手段의 확보를 의미한다. 그런데 生活에 대한 個人責任主義가 지배하는 곳에서는, 그러한 物的 手段은 個人이 각자 스스로 확보하지 않으면 안된다. 우리 憲法도 私有財產制를 보장하고(제 22 조) 원칙적인 自由市場經濟秩序를 채택함으로써(제 120 조 1 항), 기본적으로는 生活에 대한 個人責任主義를 따르고 있다고 생각된다. 이와 같이 生活에 필요한 物的 手段을 個人이 스스로 확보할 수밖에 없다고 할 때, 그러한 物的 手段의 확보는 자신의 財產과 勞動에 의한 收入을 통해서 비로소 가능하게 된다. 여기서 자신의 財產만으로도 生活에 필요한 物的 手段을 확보할 수 있는 자의 경우에는, 財產權의 보장과 자유로운 經濟活動의 보장만으로도 人間다운 生活이 확보될 수 있을 것이다. 市民的 自由主義國家의 法秩序는 바로 이러한 사실을 기초로 한 것이라고 할 수 있다. 그러한 의미에서 財產權의 보장과 원칙적인 自由市場經濟秩序의 채택도 人間다운 生活을 할 權利와 무관하지는 않다.

그러나 문제는, 生活에 필요한 物的 手段을 확보할 수 있을 만큼의 財產을 가지지 못한 자의 경우이다. 그러한 경우에는 부득이 타인의 財產에 자신의 勞動을 투여하여 그 財產을 증식시켜 준 代價(賃金)로써, 生活에 필요한 物的 手段을 확보하지 않으면 안된다. 이로써 生活에 필요한 物的

16) 權寧星, 앞의 책, 539면; 丘秉朔, 앞의 책, 468면; 金哲洙, 앞의 책, 425면.

手段을 확보할 수 있는 경우에는, 憲法 제 30 조의 勤勞의 權利의 보장 문제는 몰라도, 제 32 조의 人間다운 生活을 할 權利는 個人的 自己責任下에서 확보되었다고 할 수 있다. 그러나 財産과 勞動에 의한 收入으로써도 生活에 필요한 物的 手段을 확보할 수 없는 경우에는, 財産이나 勞動의 代價를 증대시키지 않으면 人間다운 生活을 확보할 수 없다. 이 경우 財産의 증대(無償給與)보다는 勞動의 代價를 적정한 수준까지 증대시키는 것이 生活에 대한 個人責任主義下에서는 더 우선적이다. 그렇게 함으로써 生活에 대한 個人責任主義를 실현할 수 있기 때문이다. 勞動의 代價를 증대시키는 방법은, 勞動의 代價가 없거나 적은 원인에 따라 크게 두 가지로 나누어볼 수 있다. 첫째는, 勞動의 代價가 없거나 적은 원인이 勞動의 質에 있다기보다는 社會構造·經濟構造에 있는 경우이다. 그러한 경우로서는, 勤勞能力이 있음에도 불구하고 勞動의 機會가 제공되지 못한 경우(失業), 勞動生産性에 따른 勞動의 正當한 代價가 지급되지 않는 경우(勞動力的 착취), 또는 經濟體제가 非効率的으로 운영되어 勞動生産性이 過小評價되는 경우(獨寡占)를 들 수 있다. 이러한 것들은 대체로 私有財産制度和 自由市場經濟秩序의 폐해현상으로서 나타난다. 이러한 경우에 있어서 勞動의 代價의 증대는 바로 그러한 社會構造·經濟構造의 문제점을 시정함으로써 가능하게 된다. 우리 憲法도 이러한 방법으로써 人間다운 生活을 보장하려고 하는데, 財産權의 限界와 制限에 관한 규정(제 22 조 1 항 2 문 및 3 항), “生活의 基本的 需要를 충족시키는 社會正義의 실현과 균형있는 國民經濟의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 經濟에 관한 규제와 조정을” 할 수 있도록 하는 社會的 市場經濟秩序의 채택(自由市場經濟秩序의 수정)과 그에 따른 각종의 經濟政策에 관한 규정(제 120 조 2 항~제 128 조), 完全雇傭政策과 適正賃金保障政策에 관한 규정(제 30 조 1 항 2 문) 등이 그것이다. 둘째는, 勞動의 代價가 없거나 낮은 원인이 勞動의 質에 있는 경우이다. 이것은 곧 勤勞能力이 없거나, 있다고 하더라도 勞動生産性이 낮은 경우를 가리킨다. 이러한 경우에 있어서 勞動의 代價를 증대시킨다는 것은 곧 勤勞能力의 회복과 勞動生産性的의 향상을 도모한다는 것을 의미한다. 이와 관련된 憲法規定으로는, 再活을 위한 社會福祉政策에 관한 규정(제 32 조 2 항), 教育政策에 관한 규정(제 29 조 2.3.5 항), 保健에 관한 國家的 保護에 관한 규정(제 34 조 2 항)을 들 수 있다. 이와 같이, 자신의 財産과 勞動의 代價로써 生活에 필요한 物的 手段을 확보할 수 없는 경우에 있어서는, 勞動의 代價의 증대를 통하여 人間다운 生活이 확보될 수 있는데, 이러한 경우에 있어서의 國家는, 社會·經濟의 영역에 대한 不干涉을 이상으로 삼던 市民的 自由主義國家와는 달리, 한편으로는 規制를 통하여, 다른 한편으로는 給付를 통하여 적극적인 활동을 하는 존재로 나타난다. 이로써 國家는 消極國家·自由主義國家에서 벗어나 積極國家·社會國家·福祉國家의 길을 걷게 되는 것이다.

그러나, 자신의 財産과 勞動의 代價로써 生活에 필요한 物的 手段을 확보할 수 없고, 또한 勞動

의 代價의 증대가 영구적으로 또는 일시적으로 불가능한 상태에 있는 자가 있다면, 그러한 경우에 있어서의 人間다운 生活은 어떻게 확보할 수 있는가? 이러한 경우는 人間다운 生活을 自己責任下에서 영위할 수 없는 경우이다. 따라서 이러한 경우에 人間다운 生活을 확보하기 위해서는, 누군가가 生活에 필요한 物的 手段을 제공하는 수밖에 없다. 이것은 곧, 勞動의 代價의 증대가 아니라, 그때 그때 財産을 증대시키는 방법이라고 할 수 있다. 이 때 누가 그렇게 해야 할 것인가가 문제된다. 그것은 결국, 긴밀한 紐帶關係 내지 連帶性으로 말미암아 그 구성원의 이탈이 거의 불가능한 그러한 共同體가 아니면 안된다.¹⁷⁾ 그러한 것으로서 오늘날에는 家族共同體와 國家를 들 수 있다. 家族共同體의 경우에는 家族 상호간의 扶養義務에 의하여 이러한 것이 가능하게 된다. 家族共同體의 이러한 扶養義務를 직접 규정하고 있는 것은 民法이지만(제 826 조, 제 974 조~979 조), 그 전제로서 家族共同體의 유지, 즉 家族制度·婚姻制度의 보장이 요구된다. 그러한 의미에서 憲法 제 34 조 1항의 婚姻과 家族制度의 보장에 관한 규정은 간접적으로 人間다운 生活을 보장하는 방법이 된다.¹⁸⁾ 이와 같이 家族共同體의 구성원의 相互扶助에 의하여 어느 한 구성원의 生活不能狀態를 극복할 수 있으나, 家族共同體가 그러한 扶養能力을 가지고 있지 못할 경우에는, 또 다시 人間다운 生活의 확보가 문제되지 않을 수 없게 된다. 특히 家族共同體는 그 규모가 작기 때문에 그 扶養能力은 안정적이지 못할 가능성이 크며, 더욱이 오늘날에는 家族共同體의 해체·분화현상(離婚의 증가와 核家族化)이 두드러지고 있다. 이에 따라 人間다운 生活의 확보를 위한 國家의 역할과 責任이 증대되는 것은 당연하다고 할 수 있다. 人間다운 生活의 확보에 대한 國家의 責任을 규정하는 憲法規定이 바로 國家의 社會保障義務에 관한 규정(제 32 조 2.3 항)이다. 그와 같은 國家의 社會保障義務에 의하여 人間다운 生活을 확보하는 것은 人間다운 生活을 확보하기 위한 최후의 방법이

17) 自己責任으로 生活을 영위할 수 없는 자에게 生活에 필요한 物的 手段을 제공할 수 있는 者로서는 共同體가 아닌 自發的 社會團體(가령, 宗教團體·慈善團體)를 생각할 수도 있다. 그러나, 이러한 社會團體에 의한 給與는 임의적이며, 그래서 영속적이지 못하다. 그렇지만, 國家와 관련하여 생각해 보면, 國家는 이러한 自發的 社會團體에 의한 慈善的 給與活動을 방해하는 행위(가령, 그러한 社會團體의 設立을 곤란하게 하거나, 慈善的 給與에 대하여 租稅를 부과하는 행위)를 해서는 안된다. 그러한 방해행위는 國家의 부담의 증가를 초래할 뿐 아니라, 人間다운 生活의 보장에 대한 國家의 義務를 위반하는 것이기 때문이다.

18) 그러나 憲法 제 34 조 1항이 制度保障으로서의 성질 외에 社會的 基本權으로서의 성질도 가지고 있는가에 관하여는, 김정설(金哲洙, 앞의 책, 457면; 丘秉弼, 앞의 책, 514면)과 부정설(權寧星, 앞의 책, 241면)이 대립하고 있다.

다. 이와 같이 최종적으로는 國家가 人間다운 生活을 확보해야 주어야 하는 것은 個人的 社會的 拘束性에 대응하는 個人에 대한 社會的 責任 때문이라고 할 수 있다.¹⁹⁾ 이것은 곧, 종래의 市民的 自由主義 國家의 法秩序에 있어서의 극단적인 個人主義를 지양하고 個人的 社會的 連帶性을 인정한 결과라고 할 수 있다.

2) 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容

人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容은 그 主體, 相對方 및 客體로 구분하여 고찰할 수 있지만, 그 핵심적 내용은 人間다운 生活을 할 權利의 客體에서 발견할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 여기에서도 人間다운 生活을 할 權利의 客體를 중심으로 그 내용을 분석하고자 한다.

人間다운 生活을 할 權利의 客體를 검토함에 있어서는, 앞에서 설명한 바와 같이 人間다운 生活을 확보하기 위한 다양한 방법들을 고려하여야 한다. 그러한 다양한 방법들은, 人間다운 生活을 할 權利의 직접적 相對方(受信人)으로서의 國家의 입장에서 유형화할 수 있을 것이다. 물론 現行憲法은 人間다운 生活을 할 權利의 보장을 위한 國家의 義務로서, 직접적으로는 社會保障· 社會福祉의 증진에 노력할 義務와 生活無能力者에 대한 保護義務를 규정하고 있다(제 32조 2·3항). 그러나 앞에서 본 바와 같이, 人間다운 生活을 확보하는 방법의 다양성을 고려해 볼 때, 이러한 다양한 방법들도 憲法 제 32조 1항의 人間다운 生活을 할 權利의 내용으로서 체계적으로 검토하는 것이 필요하다고 생각된다.

이러한 관점에서 人間다운 生活을 할 權利의 내용을 검토해 볼 때, 그것은 다음과 같이 단계적으로 유형화될 수 있을 것이다. 첫째로, 人間다운 生活을 할 權利의 보장을 위해서는 國家의 不作爲가 요청되기도 한다. 그것은 흔히 國家의 적극적 개입이 없이도 人間다운 生活이 확보되는 경우에 있을 수 있다. 즉 個人이 自己責任下에서 또는 家族共同體나 自發的 社會團體의 扶養· 扶助에 의해서 人間다운 生活을 확보하고 있는 경우에는, 國家는 個人的 財產이나 勞動活動에 개입하거나 家族共同體 또는 自發的 社會團體의 扶養· 扶助行爲를 방해함으로써 도리어 人間다운 生活의 확보를 불가능하게 해서는 안된다는 것이다. 그런데 이와 같은 國家의 不作爲는 人間다운 生活이 확보되는 경우에만 요청되는 것은 아니다. 人間다운 生活이 自己責任下에서 또는 家族共同體나 自發的

19) 許營, 憲法과 社會國家와 社會保障, 省谷論叢, 제 6집, 1975, 63~65면에서는, 社會國家에 내재하는 '社會的 責任'으로서, 첫째, 社會構成員 상호간의 責任, 둘째, 社會構成員의 社會全體에 대한 責任, 셋째, 社會全體의 社會構成員에 대한 責任을 들고 있다.

20) 社會的 基本權 일반에 있어서 그 主體· 相對方에 관한 설명은 人間다운 生活을 할 權利에 있어서도 그대로 적용될 수 있다. 이에 관하여는 韓柄篇, 앞의 논문, 49~88면 참조.

社會團體의 扶養·扶助에 의해서 확보되지 못하고 있는 경우에는 국가의 적극적 활동이 요청되기는 하지만, 그러한 경우에 있어서도 현재의 生活水準(비록 人間다운 生活水準에 미치지 못하는 못한다 할 지라도)을 악화시키는 國家의 행위는 금지되어야 하기 때문이다. 이와 같이 人間다운 生活을 할 權利는 國家의 不作爲를 그 한 내용으로 하고 있는데, 이것은 人間다운 生活을 할 權利의 消極的 側面으로서, 古典的 自由權과 같은 防禦權的 構造를 취하고 있다는 데 그 특색이 있다. 그 때문에, 人間다운 生活을 할 權利의 이러한 내용은 古典的 自由權이나 制度保障²¹⁾에 의해서도 보장될 수 있는 성질을 가지고 있다. 가령, 人間다운 生活을 할 權利의 그러한 내용은 財產權의 보장에 관한 규정(憲法 제 22조 1항)이나, “個人的 經濟上의 自由와 創意를 존중함을 기본으로” 하는 원칙적인 自由市場經濟秩序의 채택에 관한 규정(憲法 제 120조 1항)에 의해서도 보장될 수 있는 것이다. 그러나 人間다운 生活을 할 權利의 그러한 내용은 憲法 제 22조 1항 및 제 120조 1항의 규정에 의한 보장내용과 중복되기는 하지만 완전히 일치하는 것은 아니다. 즉 財產權에 대한 침해나 經濟上의 自由에 대한 침해가 언제나 人間다운 生活을 할 權利의 침해를 수반하는 것은 아니다. 財產權이나 經濟上의 自由에 대한 침해·제한이 있다고 하더라도, 人間다운 生活이라고 하는 일정한 수준 이상의 生活이 확보된다고 한다면, 그러한 경우에는 人間다운 生活을 할 權利에 대한 침해는 아직 발생하지 않는 것이다.

둘째로, 人間다운 生活을 할 權利의 내용으로서 國家의 規制活動을 들 수 있다. 이것은 人間다운 生活을 할 權利의 積極的 側面의 일부이기는 하지만, 國家의 적극적 행위가 현실의 權利主體(人間다운 生活을 하지 못하고 있는자)가 아닌 제 3자를 지향한다는 점을 특색으로 하고 있다. 이미 본 바와 같이, 財產權과 經濟上의 自由의 보장은 한편으로는 자신의 人間다운 生活을 확보하는 방법이 될 수 있지만, 그 남용은 다른 사람의 人間다운 生活을 방해할 수도 있는 것이다. 그렇다면 財產權과 經濟上의 自由의 남용에 대한 國家의 規制活動은 人間다운 生活을 할 權利의 내용을 이룬다고 할 수 있을 것이다. 現行憲法이 이러한 방법에 의한 人間다운 生活의 보장을 규정하고 있는 것으로는, 財產權의 限界와 制限에 관한 규정(제 22조 1항 2문~3항)과 經濟에 관한 規制·調整 등에 관

21) 制度保障은 원래는 客觀的 制度 그 자체의 보장을 목적으로 하지만, 보장되는 制度의 受益者에 대하여는 그 制度로부터의 受益에 대한 침해의 금지라는 기능을 한다. 그러한 의미에서 制度保障은 防禦權的 構造를 취하고 있다. 따라서, 人間다운 生活을 확보할 수 있는 방법을 그 핵심내용의 하나로 담고 있는 그러한 制度를 보장한다면, 그러한 制度保障에 의해서 人間다운 生活을 할 權利가 보장될 수도 있는 것이다. 그러한 것으로서는, 現行憲法上 婚姻制度·家族制度의 보장(제 34조 1항)을 들 수 있다. 婚姻制度·家族制度는 扶養義務를 그 핵심적 내용의 하나로 담고 있다고 생각되기 때문이다(民法 제 826조 1항 및 제 974조 참조).

한 규정(제 120조 2항, 3항 등)을 들 수 있다. 특히 憲法 제 120조 2항은, “모든 國民에게 生活의 基本的 需要를 충족시키는 社會正義의 실현” 등을 위하여 필요한 범위 안에서 國家가 經濟에 관한 규제와 조정을 하도록 하고 있는데, 이 규정에서는 人間다운 生活을 할 權利와 經濟에 관한 國家의 規制·調整活動 사이의 관련성이 명시적으로 드러나고 있다. 生活의 基本的 需要를 충족시킨다는 것은 최저한도의 人間다운 生活을 확보한다는 의미로 받아들여지기 때문이다. 이와 같이 財產權과 經濟上의 自由에 대한 制限과 같은 國家의 規制活動은 人間다운 生活을 할 權利를 우회적으로 보장하는 방법이 된다. 다시 말해서 그러한 規制活動은, 그것을 요구하는 자에 대해서가 아니라 오히려 不作爲을 요구하는 자에 대해서 행해지고, 그렇게 함으로써 그러한 規制活動을 요구하는 자의 人間다운 生活이 확보된다는 것이다. 그러나 이러한 國家의 規制活動은 특정한 個人의 人間다운 生活을 확보해 주기 위하여 행해지는 것이 아니라, 오히려 客觀的 目的(가령, 社會正義의 실현, 균형 있는 國民經濟의 발전 등)을 위하여 행해지기 때문에, 그러한 規制活動이 직접 현실적으로 人間다운 生活의 확보라는 결과를 초래하지 않는 경우도 있을 수 있다. 이와 같이 人間다운 生活의 확보에 대하여 國家의 이러한 規制活動이 가지는 효과는 간접적이고 불확실하지만, 이러한 規制活動에 의한 人間다운 生活을 할 權利의 보장은 生活에 대한 個人責任主義를 별로 손상시키지 않는다는 데 특색이 있다.²²⁾

세째로, 人間다운 生活을 할 權利의 내용으로서 國家의 積極的 給付를 들 수 있는데, 그 가운데에서도 특히, 人間다운 生活을 하지 못하는 자에게 生活에 필요한 物的 手段을 제공하기 위한 社會的 裝置(곧 社會保障制度)를 마련하는 것이다. 이것이 國家의 規制活動과 다른 점은, 國家의 規制活動이 대체로 經濟政策으로 나타나는 데 반하여 이것은 社會保障政策으로 나타난다는 점과, 國家의 規制活動은 그러한 規制活動을 요구하는 자(人間다운 生活을 하지 못하는 자)가 아닌 제 3자(대체로, 자신의 人間다운 生活을 自己責任下에서 확보할 수 있는 자로서, 財產權과 經濟上의 自由를 남용할 수 있는 자)에 대하여 행해지는 반면에, 이것은 그러한 社會保障政策을 요구하는 자(人間다운 生活을 하지 못하는 자)를 대상으로 하여 행해진다는 점 등이다. 그러한 점에서, 社會保障政策으로서의 國家의 積極的 給付는 國家의 規制活動의 경우보다는 더 직접적으로 人間다운 生活을 할 權利를 보장하는 방법이 된다. 그렇긴 하지만, 社會保障政策으로서의 國家의 積極的 給付도 經濟政

22) N. Furnis and T. Tilton, *The Case for the Welfare State*, Bloomington: Indiana Univ. Press, 1977, pp.14 ~ 21에서는 國家介入의 형태를 積極國家(positive state), 社會保障國家(social security state), 社會福祉國家(social welfare state)로 구분하면서, 積極國家는 福祉國家(welfare state)가 아니라고 한다. 이러한 견해에 따를 때, 國家의 規制活動에 의하여 人間다운 生活을 할 權利를 보장하려고 하는 것은 積極國家의 유형에 해당한다고 볼 수 있다.

策으로서의 國家의 規制活動의 경우와 마찬가지로 하나의 政策으로서 표현되고, 따라서 이것은 대체로 정치적 차원에서 추구되는 경향이 있다.²³⁾ 또한 그와 같은 社會保障政策으로서의 國家의 積極的 給付는 일정한 集團 또는 國民 전체를 고려대상으로 삼기 때문에,²⁴⁾ 그 효과는 광범위하고 일반적이라고 할 수 있으나, 동시에 바로 그러한 사실 때문에 구체적으로 특정의 個人에게는 현실적인 도움이 되지 못하는 경우가 발생할 수도 있는 것이다.²⁵⁾ 그러한 의미에서 社會保障政策으로서의 國家의 積極的 給付는 人間다운 生活을 할 權利의 보장을 위한 최종적인 방법이 될 수는 없다. 어쨌든 現行憲法도 이러한 社會保障政策으로서의 國家의 積極的 給付를 人間다운 生活을 할 權利의 직접적 내용의 하나로 규정하고 있는데, 憲法 第32條 2項이 바로 그것이다. 물론 憲法 第32條 2項에서는 國家가 社會保障·社會福祉²⁶⁾의 증진에 노력할 義務를 진다고 규정할 뿐, 社會保障·社會福祉制度를 마련해야 한다고 규정하고 있지는 않다. 그러나, 社會保障·社會福祉의 증진에 노력해야 한다는 것은 社會保障·社會福祉制度를 마련해야 한다는 것을 전제하고 있는 것이다. 그 결과 國家는 人間다운 生活을 할 權利의 보장을 위하여 公的 扶助, 社會保險, 社會福祉의 制度를 마련하여야 한다.

네째로, 人間다운 生活을 할 權利의 내용으로서는, 人間다운 生活을 하지 못하고 있는 자에게 生活에 필요한 物的 手段(現物 또는 그 代價으로서의 金錢)을 國家가 직접 제공하는 것으로서의 積極的 給付를 들 수 있다. 다시 말해서, 어떤 특정의 개인이 앞에서 설명한 어떠한 방법에 의해서도(즉 自己責任下에서도, 家族共同體나 自發的 社會團體의 扶養·扶助에 의해서도, 國家의 規制活動에 의해서도, 社會保障·社會福祉制度에 의해서도)현실적으로 人間다운 生活을 하지 못하고 있을 경우에는, 國家는 최종적인 방법으로서 그에게 生活에 필요한 物的 手段을 제공함으로써 人間다운 生活을 보장해야 한다는 것이다. 여기서 생활에 필요한 物的 手段의 제공은 現物²⁷⁾으로써 하는

23) Th. Tomandle, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Recht und Staat, H. 337/338, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1967, S. 34.

24) L. Wildhaber, "Soziale Grundrechte", in: Der Staat als Aufgabe. Gedankenschrift für Max Imboden, 1972, S. 384; Ch. E. Benz, Die Kodifikation der Sozialrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag: Zürich, 1973, S. 90 참조.

25) G. Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht and Staat, H. 404/405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1971, S. 15.

26) 1962년 憲法과 1972년 憲法에서는 社會保障만이 규정되어 있었으나, 現行憲法에서 社會福祉가 추가되었다. 그러나, 社會保障은 좁은 의미로는 公的 扶助와 社會保險만을 가리키지만(社會保障에 관한 法律 제 2조 참조), 오늘날에는 그것을 넓은 의미로 파악하여 社會福祉도 社會保障에 포함시키고 있다. 金裕盛, 社會保障法, 동성사, 1985, 95면 참조.

27) 가령, 食生活에 필요한 것으로서 식료품, 衣生活에 필요한 것으로서 의류, 住生活에 필요한 것으로서 住居施設 등을 들 수 있다.

것이 가장 확실한 방법이겠지만, 이 경우에는 國家의 處分權의 限界가 문제점으로 등장한다.²⁸⁾ 아울러 現行憲法上の 經濟秩序는 自由市場經濟秩序를 그 기본으로 하고 있기 때문에, 특별한 경우²⁹⁾를 제외하고는, 반드시 現物의 給付에 의해서만 生活에 필요한 物的 手段이 확보될 필요는 없다. 오히려 現物보다는 그 代償으로서의 金錢의 給付가 더 유용하며,³⁰⁾ 이 경우에 個人은 市場機構를 통하여 金錢으로써 生活에 필요한 물적 수단을 확보할 수 있을 것이다. 우리의 現行憲法도 現物 또는 그 代償으로서의 金錢에 의한 國家의 積極的 給付의 義務를 人間다운 生活을 할 權利의 내용으로서 규정하고 있는데, “生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다”라는 규정(제 32조 3항)이 바로 그것이다. 그런데, 生活無能力者에 대한 生活保護는 公的 扶助의 내용을 이루고 있고, 公的 扶助制度는 社會保障制度의 일부로서 憲法 제 32조 2항에 의하여 그 실시가 전제되고 있기 때문에, 憲法 제 32조 3항은 단지 제 32조 2항을 구체적으로 보다 명확히 한 것에 불과한 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나, 憲法 제 32조 2항은 公的 扶助制度의 마련을 國家의 義務로 규정한 것인데 반하여, 제 32조 3항은 生活에 필요한 物的 手段(現物 또는 그 代償으로서의 金錢)의 직접적 給付 그 자체를 國家의 義務로 규정한 것이라고 볼 때, 그러한 의문은 사라지게 된다. 그리하여 憲法 제 32조 3항의 生活保護義務는, 다른 모든 방법에 의해서도(따라서 憲法 제 32조 2항에 의한 社會保障·社會福祉制度에 의해서도)人間다운 生活이 확보되지 않는 자에 대하여 國家가 최종적으로 직접 생활에 필요한 物的 手段을 급부 할 義務를 뜻한다고 본다.

이상과 같이 人間다운 生活을 할 權利의 내용을 그 상대방인 國家의 입장에서 크게 네 가지로 유형화할 수 있다. 이것을 다시 人間다운 生活을 할 權利의 主體인 個人의 입장에서 검토해 보면, 일정한 경우에는 國家의 不作爲(침해금지)를 요구할 수 있는 權利, 일정한 경우에는 國家의 規制活動을 요구할 수 있는 權利, 社會保障·社會福祉制度의 실시를 요구할 수 있는 權利, 끝으로 최종적으로는 生活에 필요한 物的 手段 그 자체를 직접 급부해 줄 것을 요구할 수 있는 權利로 나누어 볼 수 있다. 그런데, 이들 가운데에서 國家의 規制活動이나 社會保障·社會福祉制度의 실시를 요구할 수 있는 權利는, 그 요구대상이 國家의 經濟政策·社會保障政策이고 그러한 政策은 결국 立法에 의하여 가능해지기 때문에, 결국 規制立法·社會保障立法을 요구할 수 있는 權利로 된다. 그런데 民主的 權限秩序에 있어서는 立法者에게 광범한 形成의 自由가 인정되고 있기 때문에, 구체적인 規制立法·

28) G. Brunner, a. a. O., SS. 14~15; Th. Tomandl, a. a. O., SS. 30~31; P. Badura, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, Der Staat, Bd. 14, 1975, S. 26; E. Loebenstein, “Rechtsschutz—Soziale Grundrechte”, in: Festschrift für Felix Ermacora 1974, SS. 14~15 참조. 그러나 또한 D. Lorenz, “Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte,” Juristische Blätter, Bd. 103, 1981, SS. 24~25도 참조.

29) 가령, 戰時나 天災地變 등으로 말미암아 生活에 필요한 物的 手段이 절대적으로 부족하게 되는 경우를 생각할 수 있다.

30) G. Brunner, a. a. O., S. 15에서는 金錢給付조차도 國庫가 고갈되는 경우에는 그 實効性이 없을 것이라고 한다. 그러나, 이러한 주장은 논리적으로는 가능할지 모르지만, 현실적으로 그러한 사태가 발생할 가능성은 거의 없다고 본다. 이에 관하여 자세한 것은, 韓柄鎬, 앞의 논문, 146면 이하 참조.

社會保障立法의 내용은 立法者에 의한 補完에 의존할 수밖에 없고³¹⁾ 따라서 規制立法·社會保障立法에 대한 司法的 強制는 허용되지 않는다.³²⁾

Ⅲ. 人間다운 生活을 할 權利의 憲法上 規定形式

1. 社會的 基本權의 理念의 憲法的 實現形態

일반적으로 社會的 基本權은 積極的 給付性, 經濟的 相對性, 動態性과 開放性을 그 특질³³⁾로 하고 있기 때문에, 그것을 憲法에 實定化함에 있어서는 다양한 實現形態가 가능하다.³⁴⁾ 아래에서는 權限規範·組織規範, 國家目的規定·프로그램規定, 立法委任·憲法委任, 制度保障 및 主觀的 公權의 다섯가지 형태로 나누어 간단히 살펴 보기로 한다.

첫째로, 權限規範 내지 組織規範이란, 조직된 國家權力에 대하여 일정한 사항의 규율을 授權하거나, 일정한 사항을 규율할 수 있는 權限을 가진 國家權力을 조직하는 規範을 말한다. 이러한 형태로 社會的 基本權의 理念이 憲法에 實定化될 경우에는, 그러한 權限規範·組織規範에 따른 國家의 社會形成的 活動은 正當性을 부여받는다. 이러한 형태는 無色的으로 權限만을 규정할 뿐, 權限行使에 의하여 실현될 措置·制度의 방향·내용·범위를 규정하고 있지 않다. 한마디로 말해서 國家는 權限을 가질 뿐, 그 權限行使에 대한 義務를 부담하지 않는다. 그러나 이로써 國家가 積極國家의 형태를 취할 수 있기 때문에, 權限規範·組織規範은 社會的 基本權의 가장 초보적인 憲法的 實現形態이다.

둘째로, 國家目的規定(Staatszielbestimmungen) 내지 프로그램規定의 형태를 들 수 있다. 國家目的規定이란, “일반적 형태로든 제한적 형태로든, 國家行爲에 대한 원칙과 지침을 설정하고, 그 國家行爲에 대하여 命令과 指示로써 일정한 방향을 지향하게 하고 실질적 課題를 부여하는” 憲法原

31) 일반적으로 社會的 基本權의 補完必要性에 관하여는, 韓柄鎬, 앞의 논문, 102면 이하 참조.

32) 일반적으로 社會的 基本權의 侵害行爲에 대한 制裁可能性에 관하여는, 韓柄鎬, 앞의 논문, 121면 이하 참조.

33) 이에 관하여는, Th. Tomandl, a.a. O., S.7; J. Isensee, a.a. O., S.373; P. Badura, a.a. O., SS. 26 ~ 28; E. Loebenstein, a.a. O., S.5; Ch. E. Benz, a.a. O., SS. 150 ~ 175 참조.

34) 이에 관하여 자세한 것은, 韓柄鎬, 앞의 논문, 149 ~ 167면; Th. Tomandl, a.a. O., SS. 10 ~ 13; L. Wildhaber, a.a. O., SS. 387 ~ 388; J. Lücke, “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, AöR, Bd. 107, H.1, 1982, SS. 20 ~ 33; P. Lerche, “Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven”, AöR, Bd. 90, 1965, SS. 341 ~ 372; U. Scheuner, “Staatszielbestimmungen”, in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, C.H. Beck: München, 1974, SS. 325 ~ 346 참조.

則의 下位概念이라고 한다.³⁵⁾ 프로그램規定이란, 多義的이긴 하지만, 대체로 “현실적 効力과 適用可能性을 결여한” “장차 制定될 法律에 대한 指針”을 의미한다.³⁶⁾ 그러나 프로그램規定을 일정한 法的拘束力을 가진 規範으로 이해하는 경우에는, 그것은 대체로 國家目的規定과 같은 의미이다. 이러한 國家目的規定·프로그램規定의 형태로 社會的 基本權의 理念이 憲法에 實定化될 경우에는, 그것은 國家의 目的 내지 國家活動의 方向·指針을 지시함으로써, 國家 전체에 대한 구속력있는 價値를 설정하게 되고, 그 결과 그것은 憲法解釋·法解釋의 기준으로서의 역할도 하게 된다. 그러나 이러한 형태에 있어서는, 國家의 目的 또는 國家活動의 方向·指針을 위반하지 않을 소극적 義務만 인정되고, 그것을 적극적으로 실현할 적극적 義務는 인정되지 않고, 그 적극적 실현 여부와 그 내용은 立法者의 形成의 自由에 맡겨져 있다. 그럼에도 불구하고 그러한 형태가 자주 논의되는 것은, 그러한 형태가 가지는 未來指向性이 社會的 基本權의 특질과 어느 정도 부합되기 때문이다.

세째로, 立法委任 (Gesetzgebungsaufträge) 내지 憲法委任 (Verfassungsaufträge)의 형태를 들 수 있다. 立法委任이란, “立法에 의하여 행해져야 할 내용의 것으로서 憲法에 포함되어 있는, 立法府에 대한 指示”를 뜻한다.³⁷⁾ 憲法委任이란, 엄격하게 말하면, 立法委任의 上位概念으로서, 指示의 상대방이 立法府만이 아니라 立法·行政·司法의 모든 國家權力인 경우를 뜻한다. 그러나 社會的 基本權의 理念의 憲法的 實現形態로서의 憲法委任은 대체로 立法委任의 의미로 보아도 무방할 것이다. 이러한 형태로 社會的 基本權의 理念이 憲法에 實定化될 경우에는, 立法者는 위임받은 내용을 立法的으로 실현할 法的 義務를 지게 되며, 위임에 반하는 立法行爲나, 위임에 따라 이미 행해진 立法을 폐지하거나 그 내용을 감축시키는 행위는 금지되는 등, 일정한 防禦請求權이 인정된다.³⁸⁾ 그러나 위임에 따른 立法義務를 적극적으로 완전하게 이행하도록 司法的으로 강제할 수 있는 權利는 인정되지 않는다.³⁹⁾

네째로, 制度保障의 형태를 들 수 있다. 制度保障이란, 역사적·전통적으로 형성된 현존의 制度 그 자체의 핵심을 國家權力(특히, 立法權)의 침해로부터 憲法的으로 보장하는 것을 뜻한다. 이러한 형태로 社會的 基本權의 理念이 憲法에 實定化될 경우에는, 社會的 基本權의 理念을 실현하는 制度

35) U. Scheuner, a.a.O., S. 335.

36) J. Lücke, a.a.O., S. 27.

37) J. Lücke, a.a.O., S. 22.

38) E.-W. Böckenförde, “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm (Hg.), Soziale Grundrechte, C. F. Müller: Heidelberg, 1981, SS. 14~15.

39) 그러나 L. Wildhaber, a.a.O., S. 388에서는 立法不作爲違憲確認을 위한 憲法訴願을 인정하고 있다.

그 자체가 보장되고, 이로부터 일정한 防禦請求權이 도출될 수 있다. 그러나 회고적이고 防禦指向의 인 制度保障은 社會的 基本權의 특질과는 오히려 對立關係에 놓여 있다는 견해도 있다.⁴⁰⁾

끝으로 主觀的 公權의 형태를 들 수 있다. 社會的 基本權의 理念은 궁극적으로 個人的 主觀的 公權으로서 실현될 것이 요구되는데, 문제는, 社會的 基本權의 理念이 主觀的 公權의 형태로 憲法에 實定化될 경우에는, 이러한 主觀的 公權 속에 내포되어 있는 國家의 積極的 給付義務에 대하여 個人이 직접 憲法에 근거하여 그 이행을 청구할 수 있을 것인가 하는 것이다.⁴¹⁾

2. 人間다운 生活을 할 權利의 憲法上 規定形式

일반적으로 社會的 基本權의 理念의 憲法的 實現形態를 權限規範(또는 組織規範), 國家目的規定(또는 프로그램規定), 立法委任(또는 憲法委任), 制度保障, 主觀的 公權의 다섯가지 형태로 분경우에, 人間다운 生活을 할 權利도 마찬가지로 생각할 수 있다. 그렇다면 구체적으로 現行憲法은 人間다운 生活을 할 權利를 어떠한 형태로 실현하고자 하는가가 문제된다. 現行憲法은 제 32 조 1항에서 “모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다”라고 규정하고 있기 때문에, 일단 人間다운 生活을 할 權利는 現行憲法에서는 主觀的 公權의 형태로 實定化되고 있음을 알 수 있다. 그에 따라 憲法 제 32 조 2항과 3항에서 규정하고 있는 國家의 義務(社會保障·社會福祉制度의 實施義務와 社會保障·社會福祉의 증진에 노력할 義務, 生活無能力者에 대한 生活保護義務)는 이러한 個人的 主觀的 公權에 대응하는 것이라고 할 수 있다. 그리하여 人間다운 生活을 할 權利에 있어서는 現行憲法上으로는 오로지 主觀的 公權으로서의 그것의 現實的 實現可能性만이 문제될 뿐이라고 할 수 있다. 그렇지만, 현재의 憲法解釋論에 따르면, 그것이 主觀的 公權으로서 현실적으로 실현될 수 있으려면 그것의 具體化立法이 있어야 하고, 그 具體化立法에 대한 司法的 強制可能性은 현행의 法制度上으로는 없다고 봄으로써, 결과적으로 人間다운 生活을 할 權利는 主觀的 公權(具體的 權利)이 아니라고 한다.⁴²⁾ 그러나 이러한 견해는 타당하다고 할 수 없다. 人間다운 生活을 할 權利의 憲法上 規定形式을 오로지 權利(主觀的 公權)로만 이해하는 것도 人間다운 生活을 할 權利의 構造的 內容을 도외시한 것이라고 생각된다. 다시 말해서 現行憲法은 人間다운 生活을 할 權利를 憲法에 實定化함에 있어서, 전체적으로는 主觀的 公權의 형태를 취하였지만(제 32 조 1항), 구체적으로는 그 構造的 內容에 따라 다양한 형태를 취하고 있다고 본다. 아래에서는 人間다운 生活을 할 權利의 構

40) Th. Tomandl, a.a.O., SS. 42~43; E. Loebenstein, a.a.O., SS. 12~13.

41) 이에 관하여 자세한 것은 韓柄鎬, 앞의 논문, 100~148면; Ch. E. Benz, a.a.O., SS. 109~192 등을 참조.

42) 앞의 註 10)과 11) 참조.

造的 內容에 따라 그 憲法上 規定形式을 살펴보고자 한다.

첫째, 人間다운 生活을 할 權利에 있어서 國家의 不作為義務(消極的 側面)에 관하여는, 憲法이 직접적으로 규정하고 있지는 않다.⁴³⁾ 다만, 家族共同體의 구성원 상호간의 扶養義務를 핵심내용의 하나로 하고 있는 婚姻制度·家族制度에 관하여는, 現行憲法이 이를 制度保障의 형태로 규정하고 있다고 본다. 이것으로부터도 防禦權的 性質을 인정할 수 있다.

둘째, 國家의 積極的 規制活動에 관하여는, 憲法 제 22조 3항의 財產權의 制限에 관한 규정과 제 120조 2항 이하의 經濟에 관한 규정에서 憲法이 이를 규정하고 있다. 우선 憲法 제 22조 3항은 立法者에 대하여 財產權의 收用·使用·制限을 授權하는 權限規範으로 이해된다. 다만 이러한 授權도 公共必要性和 補償의 지급을 조건으로 함으로써, 立法者에게 완전한 形成自由를 인정하고 있지는 않다. 그리고 憲法 제 120조 2항은 國家로 하여금 經濟에 관한 규제와 조정을 하도록 지시하면서, “모든 國民에게 生活의 基本的 需要를 충족시키는 社會正義의 실현과 균형있는 國民經濟의 발전”이라고 하는 목적을 규정하고 있다. 이렇게 볼 때, 이 규정은 國家目的規定의 형태라고 할 수 있다. 그리고 제 120조 3항에서는 “獨寡占은 적절히 규제·조정한다”고 규정하고 있는데, 이는 반드시 명백한 것은 아니지만, 立法委任 내지 그것과 國家目的規定의 중간형태라고 할 수 있다. 그 밖의 經濟條項들은 權限規範(제 121조 1항, 제 123조, 제 126조 後段, 제 127조, 제 128조 3항), 國家目的規定(제 121조 2항, 제 124조 1·2항, 제 126조 前段, 제 128조), 立法委任(제 122조, 제 124조 3항, 제 125조) 등 다양한 형태를 취하고 있다.

세째로, 社會保障·社會福祉制度의 실시에 관하여는, 憲法 제 32조 2항이 규정하고 있다. 이 규정은 직접적으로는 “國家는 社會保障·社會福祉의 증진에 노력할 義務를 진다”고 함으로써, 國家目的規定의 형태를 취하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 또한 이 규정은 社會保障·社會福祉制度의 실시를 전제하고 있기 때문에, 그러한 것에 관해서는 立法委任의 형태를 취하고 있다고 보아야 한다. 그러한 의미에서 憲法 제 32조 2항은 立法委任과 國家目的規定을 동시에 담고 있다고 보아야 하는 것이다.

끝으로, 生活에 필요한 物的 手段을 직접 급부해야 할 國家의 積極的 義務에 관하여는, 憲法 제 32조 3항이 규정하고 있다. 이 규정은 “生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다”라고 하고 있다. 그런데 이 규정에서는 명시적으로 ‘權利를 가진다’라고 하지 않고, 단순히 ‘보호를 받는다’라고만 하고 있고, 더구나 ‘法律이 정하는 바에 의하여’ 보호를 받

43) 財產權保障이나 經濟上의 自由의 보장(憲法 제 22조 1항, 120조 1항)에 관한 규정들은 市民的 自由主義國家의 法秩序下에서 이미 나타났던 것이고, 오늘날의 社會國家·福祉國家에 있어서는 오히려 이들에 대한 제한·수정이 주로 문제되기 때문에, 이들 규정은 여기서 제외된다.

는다고 하고 있기 때문에, 이 규정은 主觀的 公權의 형태가 아니라 立法委任의 형태로 보일지도 모른다. 그러나 ‘보호를 받는다’라는 것은 일반적으로 ‘보호를 받을 權利를 가진다’라는 것으로 이해될 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 이 규정을 立法委任의 형태로 파악하게 될 경우에는, 憲法 제 32조 2항의 규정에서 전제되고 있는 社會保障·社會福祉制度實施義務와 구별이 곤란하게 되고, 결과적으로 憲法 제 32조 3항의 규정을 무의미하게 할 우려가 있다. 왜냐하면, 憲法 제 32조 2항이 전제하고 있는 社會保障·社會福祉制度 實施義務 속에는 公的 扶助制度 實施義務가 포함되어 있고, 이것은 또한 立法委任으로 이해되는데, 公的 扶助의 내용으로서의 生活保護를 立法委任으로 이해하게 될 경우에는, 憲法 제 32조 2항과 3항이 서로 중복되기 때문이다. 나아가 憲法 제 32조 3항의 生活保護는 人間다운 生活을 확보하는 최종적인 방법으로서, 人間다운 生活을 할 權利의 본질적 내용을 이루고 있다고 볼 때, 憲法 제 32조 1항의 ‘權利’라는 規定形式은 적어도 憲法 제 32조 3항에는 그대로 적용되어야 하는 것이다. 이러한 이유로 해서, 憲法 제 32조 3항은 生活保護請求權이라고 하는 主觀的 公權의 형태를 취하고 있다고 보아야 할 것이다.

IV. 結 論

이상의 논의를 종합해 볼 때, 人間다운 生活을 할 權利는, 그 構造的 內容이 단계적으로 유형화될 수 있고, 그것의 憲法上 規定形式도 다양하기 때문에, 그 法的 性格도 多層的·複合的 構造로 이해되지 않으면 안된다. 다시 말해서 人間다운 生活을 할 權利는, 첫째, 그 消極的 側面에 있어서는 일종의 防禦權으로서의 主觀的 公權(具體的 權利)의 성격을 가지며, 둘째, 제 3자에 대한 國家의 規制活動의 요구라는 측면에 있어서는, 그 구체적인 規制活動의 내용에 따라 權限規範·國家目的規定·立法委任 등의 다양한 성격을 가지며, 셋째, 社會保障·社會福祉의 요구라는 측면에 있어서는 立法委任의 성격을 가지고, 社會保障·社會福祉의 증진의 요구라는 측면에 있어서는 國家目的規定의 성격을 가지며, 끝으로, 生活無能力者에 대한 生活保護의 요구라는 측면에 있어서는 主觀的 公權(具體的 權利)의 성격을 가지는 것이다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 이렇게 볼 때, 종래의 憲法解釋論이 人間다운 生活을 할

44) 가령, 憲法 제 34조 2항의 保健에 관한 國家의 보호가 그렇게 이해되고 있다. 權寧星, 앞의 책, 241면, 586면; 金哲洙, 앞의 책, 458면; 丘秉朔, 앞의 책, 515면; 許營, 憲法理論과 憲法中, 261면 참조.

45) 生活保護請求權의 法的 性格에 관하여는, 韓柄鎬, 生活保護請求權의 法的 性格에 관한 考察, 釜山地方辯護士會誌, 제 5호, 1986.12, 50~76면 참조.

46) 이와 같이, 社會的 基本權의 핵심적인 최소내용에 대하여는 직접적응가능한 權利性을 인정하는 견해로는, D. Lorenz, a.a.O., SS. 22~23; L. Wildhaber, a.a.O., SS. 389~390; Th. Ramm, “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm(Hg.), a.a.O., SS. 30~34 참조.

權利를 프로그램規定, 抽象的 權利, 具體的 權利의 어느 하나로만 파악한 것은 지나치게 平面的이었음을 알 수 있다.

다만, 生活保護請求權이라는 부분에서나마 具體的 權利性을 인정함으로써, 이 부분에 있어서 憲法上 具體的 權利로서의 現實的 實現可能性的 문제가 제기되고 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는, 生活保護請求權의 구체적 내용(人間다운 生活에 필요한 物的 手段, 즉 現物 또는 그 代償으로서의 金錢의 給付)이 확정될 수 있는가 아니면 立法에 의한 補完이 필요한가, 生活保護請求權에 대한 司法審査와 그 침해행위에 대한 司法的 制裁가 가능한가, 國家가 生活保護請求權을 具體的 權利로서 보장할 수 있을 만큼 給付能力과 處分權을 가지고 있는가 하는 등의 문제가 해결되지 않으면 안된다. 이 문제에 관한 검토는 앞으로의 과제로 남겨 두고, 여기서는 다만 人間다운 生活을 할 權利가 權限規範, 國家目的規定, 立法委任, 主觀的 公權의 다양한 성격을 가진 多層的·複合的 構造를 취하고 있다는 사실만 밝히고자 하였다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

- 權寧星, 全訂版 憲法學原論, 법문사, 1986. 5.
- 丘秉勛, 新憲法原論, 박영사, 1984.
- 金哲洙, 新版 憲法學概論, 박영사, 1982.
- 文鴻柱, 第5共和國韓國憲法, 해암사, 1984.
- 朴一慶, 新憲法學原論, 법경출판사, 1986.
- 韓泰淵, 憲法學—近代憲法の 一般理論, 법문사, 1983.
- 許 營, 憲法理論과 憲法(上), 박영사, 1980.
- 許 營, 憲法理論과 憲法(中), 박영사, 1984.
- 安裕教, 人間다운 生活을 할 權利, 考試研究, 1978. 2.
- 許 營, 憲法과 社會國家와 社會保障, 省谷論叢, 제 6 집, 1975.
- 韓柄鎬, 社會的 基本權의 法的 構造, 서울대학교 大學院 碩士學位論文, 1984. 8.
- 韓柄鎬, 生活保護請求權의 法的 性格에 관한 考察, 釜山地方辯護士會誌, 제 5 호, 1986. 12.

2. 外國文獻

- Benz, Christian E., Die Kodifikation der Sozialrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag: Zürich, 1973.
- Böckenförde/Jelkewitz/Ramm(Hg.), Soziale Grundrechte, C. F. Müller: Heidelberg/Karlsruhe, 1981.
- Brunner, Georg, Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht und Staat, H. 404/405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1971.
- Hernekamp, Karl, Soziale Grundrechte, Walter de Gryter: Berlin, 1979.
- Horner, Franz, Die sozialen Grundrechte, Anton Pustet: Salzburg, 1974.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, C. H. Beck: München, 1977.
- Tomandl, Theoder, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Recht und Staat, H. 337/338, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1967.
- Badura, Peter, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", Der Staat, Bd. 14, 1975.
- Daum, Werner, "Soziale Grundrechte", Recht der Arbeit, H. 3, 1968.
- Isensee, Josef, "Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenzug des Grundgesetzes", Der Staat, Bd. 19, H. 3, 1980.
- Lerche, Peter, "Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven zu den 'nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträge'", AöR, Bd. 90, 1965.
- Loebenstein, Edwin, "Rechtsschutz - Soziale Grundrechte", in: Festschrift für Felix Ermacora, 1974.
- Lorenz, Dieter, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", Juristische Blätter, Bd. 103, 1981.
- Lücke, Jörg, "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", AöR, Bd. 107, H. 1, 1982.
- Scheuner, Ulrich, "Staatszielbestimmungen", in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, C. H. Beck: München, 1974.
- Wildhaber, Luzius, "Soziale Grundrechte", in: Der Staat als Aufgabe. Gedankenschrift für Max Imboden, 1972.

