

社會的 基本權의 법적 성격에 관한 反芻

- 進步的 이해를 위한 몇가지 視覺 -

김기영*

目 次

I. 序 言	IV. 사회적 기본권에 관한 몇가지 轉向的 觀點들
II. 憲法上 基本權과 社會的 基本權	V. 結語
III. 사회적 기본권에 대한 基本視角	

(1) '이명박 정부, 어디로?'라는 제목으로 17대 대통령직 인수위원회의 활동평가와 정책 제언에 대한 활발한 토론이 20일 오전 9시 30분부터 9시간 동안 서울 정동 프란치스코 교육회관에서 열렸다.

토론회 발제를 맡은 홍중학 교수는 "인수위를 지켜보면서 대선 전에 걱정했던 게 구체적으로 드러났다"면서 "7가지 재앙이란 말이 떠올랐다"고 밝혔다. 그는 7대 재앙으로 교육·민생·부동산·양극화·대운하·친기업과 규제완화·정부조직 개편과 관치 등의 실패 등을 꼽았다.

그는 "새 정부가 노동자나 소비자를 대변하는 세력이 없다고 해서 이들의 목소리를 듣지 않고, '정관경연'과 유착된 5%의 목소리만 듣는다면 정책이 왜곡될 수밖에 없다"며 "이명박 정부가 매우 걱정스럽다"고 말했다.

양극화 정책에 대해서는 더욱 비판의 날을 세웠다. 홍 교수는 "인수위는 양극화 얘기는 전혀 안했다. 중소기업과 중간 노동자가 초토화된 상황에서 이런 얘기가 없다는 것은 대단히 위험하고 우리나라가 중남미 형태로 갈 가능성이 높다"고 큰 우려를 나타냈다.

(2) 민주노총이 출범을 앞둔 이명박 정부에 대한 반대 투쟁을 본격화하고 나서 차기 정부에서 노정갈등이 심화될 것으로 보인다. 민주노총은 18일 서울 여의도 한나라당 당사 앞에서 기자회견을 열고 일주일간 집중 순회투쟁에 돌입한다고 선포했다. 민주노총은 "이명박 당선자와 한나라당은 여전히 친재벌적인 행보에만 집중한 채, 양극화의 핵심인

* 조선대학교 법과대학 교수.

비정규직 노동자 문제를 비롯해 해고 노동자 등 각종 노동현안에 책임 있는 자세를 보여 주지 않고 있다”고 주장했다.

민주노총은 차기 정부가 노동자를 무시하고 친재벌의 간판을 내거는 것을 두고 볼 수 없다는 입장을 드러냈다. 홍순광 민주노총 비정규국장은 “비정규 노동자와 장기투쟁사업장의 노동자들은 물론 구속·해고된 노동자 문제 등 노동 현안에 대해 취임 전에 이명박 당선인의 성실하고 책임 있는 자세를 촉구하고자 순회투쟁을 결의했다”고 밝혔다.

I. 序 言

위 글은 최근 이명박정부의 출범과 관련한 경제학 학술토론회 일부 논객의 발언요지와 한국 노동자그룹을 대표하는 민주노총의 최근 정치적 투쟁양상에 관련한 신문기사이다. 현대사회의 우리는 흔히 자유의 소중함과 함께 사회적 정의 내지 사회적 약자그룹의 보호 등에 관하여 관심을 보인다. 이러한 사회적 약자그룹은, 가진 것 없는 노동자, 남성위주의 사회체제 속에서의 여성, 청소년, 병자, 고령노인, 그리고 수동적 존재로서의 소비자¹⁾ 등을 대표적으로 들 수 있다. 이러한 사회적 약자그룹의 보호는 정치경제적 문제로서, 그 나라의 정치적 여황에 따라 입법부나 행정부의 정책형성과 집행을 통하여 해결되는 것이 일반적 통념이다. 사회적 양극화다 富益富 貧益貧 현상이다 사회적 시스템의 결함으로 인하여 불가피하게 사회적 약자그룹이 될 수밖에 없다면, 이들이 사회적으로 어떠한 권리를 보장받아야 하는가, 나아가 헌법적 차원에서 인권화 될 수 있는가 하는 문제에 관하여 생각해 보는 것은 당연하다. 人權 내지 基本權의 관점에서 보면 불행하게도 아직 이러한 문제는 입법부나 행정부 등 정치영역의 문제로서 취급되고 있으며, 구체적 입법이 없는 한 사회적 약자그룹의 권리는 헌법적 차원에서 그 권리성이 매우 한계적이다. 인권의 문제는 국내적 차원에서도 중요한 법적 문제의 하나이지만, 국제적 차원에서 사회적 기본권의 보호문제는 국내의 경우보다 더 열악할 수밖에 없다.

본고는 사회적 기본권의 기본권으로서의 성격, 사회적 기본권과 관련하여 대륙법계 내지 보통법계 국가의 헌법문화 또는 국제법적 차원의 접근방식과 특징, 그리고 사회적 기본권의 권리성 강화를 위한 몇가지 시각을 간략히 살펴보려 한다.

1) 스크레(Sklair)가 주장하는 것처럼, 오늘날 세계화된 자본주의를 지탱시키는 상부구조는 소비주의의 세계화이다. 소비주의는 미디어의 힘을 매개로 하여 선진자본주의 국가의 중간계급의 이데올로기에 그치지 않고 후발자본주의 국가의 대도시 중간층과 청소년층에까지 파고들어 그들의 사고와 행동에 영향을 미치고 있다. 소비주의는 사회주의가 인류를 구원할 수 있는 대안으로서 매력력을 상실한 후기 냉전, 후기 공산주의, 후기 자본주의 사회의 가장 강력한 이데올로기로 자리 잡았다.

Ⅱ. 憲法上 基本權과 社會的 基本權

1. 韓國憲法 기본권보장조항의 변천

제헌헌법은 최초로 기본권을 성문헌법에서 보장한 점에 의의가 있다. 기본권을 천부인권으로 보지 아니하고 실정헌법상의 권리로 보았으며, 각 기본권에는 개별적 법률유보조항을 두어 법률에 의하여 기본권을 제약할 수 있는 체제를 갖추고 있었다. 근로자의 '이익배분균점권' 인정, 국가의 경제에 대한 강력한 통제권 인정, 재산권의 상대화 등 사회국가적 성격이 강한 헌법이었다. 제헌헌법 이래 많은 개헌이 있었고, 현행헌법인 제 6공화국헌법에서는 근로자의 최저임금제 실시, 여성근로자의 특별한 보호와 부당한 차별 금지, 단체행동권행사에 관한 법률유보조항 삭제, 여자·노인·청소년의 복지향상을 위한 국가의 의무와 신체장애자 및 질병·노령으로 인한 생활무능력자에 대한 국가의 보호의무, 국가의 재해예방의무 및 주거생활의 보장 등을 규정하고 있다. 사회적 기본권이 사회국가에서 강조되는 기본권이라고 할 때, 제헌헌법과 현행헌법이 사회국가적 성격이 가장 강한 헌법이었다고 평가할 수 있다.

2. 기본권의 意義와 法的 性格

(1) 人權과 基本權

인권 혹은 인간의 권리란 인간이 인간으로서 당연히 가지는 생래적이며 기본적인 권리이다.

기본권이란 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 말한다. 주로 국내적으로는 후자, 국제적으로는 전자의 용어를 사용한다. 인권이 인간의 本性에서 나오는 생래적인 자연권을 의미한다고 하면, 기본권 중에는 생래적인 권리도 있지만 국가내적인 사회적 기본권, 청구권적 기본권, 참정권 등도 있는 까닭에, 엄격히 말한다면 인권과 기본권은 그 개념과 내용에 있어서 반드시 일치하는 것은 아니다. 그러나 각국 헌법에서 보장하고 있는 기본권은 인권사상에 바탕을 두고 인간의 권리를 실현하려고 하는 것이므로, 대체적으로 말한다면 사회적 기본권을 포함한 기본권이라는 개념은 일반적으로 인권이라는 개념과 동일하게 사용될 수 있다고 본다.

기본권의 본질에 관한 멜리네크(Jellinek)는 “主觀的 公權의 체계”에서 기본권이론을 전개, 국민은 국가에 대한 다양한 지위에서 주관적 공권을 가진다고 보았고, Kelsen 같은 이는 기본권에 관한 그의 반사적 효과이론을 통하여 국민의 기본권을 국가(법률)가

일정한 강제적 의무를 부과하지 않았기 때문에 인정된 국가로부터 恩惠的인 것이거나 또는 힘의 자제에서 기인하는 반사적 효과(반사적 이익)에 불과하다고 보았다. 한편 C. Schmitt와 같은 決斷主義 憲法觀에서는 자유란 마음대로 할 수 있는 것이며(자연상태에서의 자유), 자유로워야 할 자가 최종적으로 결정할 문제로서, 단순히 법률이 정하는 바에 따른 자유는 자유가 아니라고 보았다. 따라서 기본권은 전국국가적 성격의 방어청구권으로서 국가권력의 남용으로 부터 국민의 자유의 보호를 위한 것이고, 자유권만이 진정한 기본권이 된다. 한편 R. Smend와 같은 통합주의 헌법관에서는 자유는 법적 자유를 의미하며, 기본권은 특정 사회에서 전래되어 온 가치와 문화(기본가치)가 그 나라 헌법에 나타난 것으로, 정치적 공동체에게 그 내용과 존엄성을 부여해 주는 실질적 통합의 요소이며 가치체계라고 보게 된다. 따라서 켈젠에 의하면 국가의 적극적 급부를 내용으로 하는 사회적 기본권은 진정한 의미의 기본권이라고 할 수 없으며, C. Schmitt 역시 기본권의 천부인권성과, 憲法勅으로서 인간의 존엄과 자유권 등을 중시하였기 때문에, 그의 논리에 따르면 사회적 기본권은 단순히 헌법률이거나 법률적 차원의 문제가 된다. R. Smend의 통합이론에서는 정치적 공동체의 가치체계의 변화와 발전에 따라 사회적 기본권의 헌법적 가치가 인정될 여지가 있다.

한편 기본권의 법적 성격에 관하여는 주관적 공권성, 前國家的 자연권성, 同化的 통합 기능설 등 많은 논의가 있는 바, 특히 기본권의 이중적 성격여부가 문제된다. 기본권의 二重的 性格이란 기본권이 일면에 있어서는 개인의 주관적 공권인 성격을 가지고 있으며, 또 타면에 있어서는 국가의 기본적 법질서의 내용을 규정하는 객관적 법규범으로서의 성격을 지니고 있어서 이중적 성격을 가지고 있다는 것을 그 내용으로 한다. 기본권의 이중적 성격이론은 기본권의 권리로서의 성격과 함께 객관적 법질서와의 상관성을 강조하게 되므로 사회적 기본권의 사회국가적 법질서와의 관련성을 중시할 수 있게 된다.

그리고 기본권보장과 유사한 制度保障은 제도의 본질·중핵을 객관적 법규범으로서 헌법자체에 규정함으로써 일반적인 입법에 의한 폐지나 본질훼손을 방지하여 이를 보호하려는 것에 그 본래의 취지를 가지는 것이다. M. Wolff가 창안해낸 것으로서 그 뒤에 C. Schmitt에 의하여 체계화되었는바, C. Schmitt는 공법적인 제도적 보장으로서 1) 직업공무원제도, 2) 지방자치제도, 3) 학문과 교육제도의 보장(특히 대학자치), 4) 예외법원의 금지를 들고, 사법적인 제도보장으로는 1) 혼인과 가족의 보장, 2) 친권의 보장 3) 재산권의 보장, 4) 계약자유와 계약의 보장, 5) 상속권의 보장을 들고 있다. 제도보장의 대상이 되는 제도란 사회적 제도를 의미하는 것으로서 자유국가의 본질을 이루는 특정 사회적 제도를 국가의 최고법인 헌법에서 보장하려는 것이다. 즉 법률만능주의의 폐해를 반성한다는 차원²⁾에서 의회가 함부로 법률로 이러한 본질적이고 중요한 사회적 제도를 폐지한

2) 히틀러식의 의회제정법을 만능주의 내지 일당 독재국가적 폐해로부터 헌법은 일정한 제도를

다거나 훼손할 수 없도록 하려는 것이지만, 사회국가적 차원에서 형성된 제도를 보호한다거나 사회적 기본권 등 기본권보장과는 성격을 달리한다.

3. 社會的 基本權

(1) 사회적 기본권의 概念

헌법상 사회적 기본권의 개념은 논자에 따라 달리 정의될 수 있으나, 사회적 기본권은 “사실적 금부권”으로서의 기본권, “사실적 자유권”으로서의 기본권이라는 두가지 관점에서 개념을 부여해 볼 수 있다. 기본권이 대상으로 삼는 것은 국가의 행위가 되는데, 이러한 행위는 作爲(Tun)와 不作爲(Unterlassen)로 구분되는 바, 작위는 “넓은 의미의 금부”라고 부를 수 있고, 보호권, 조직과 절차에 관한 기본권과 같이 “규범적 금부”를 대상으로 하는 기본권과 달리, 사회적 기본권은 생존배려, 무상교육제공 등과 같이 “사실적 금부”를 대상으로 하는 기본권이라고 할 수 있다. 한편 사회적 기본권은 국가의 법적 형태의 금지나 명령 등에 의한 침해로부터의 자유를 의미하는 “소극적 자유” 내지 법적 자유와 달리 자신이 원하는 것을 실제로 할 수 있는 “적극적 자유”로서의 기본권의 본질을 갖는다. 사회적 기본권의 적극적 또는 사실상의 자유의 보장이라는 본질은 사실상의 경제적 재정적 조건이 공여됨으로써, 궁극적으로 소극적 형식적 자유가 완전히 실현될 수 있도록 한다.

(2) 사회적 기본권의 法的 性格

단체주의적 사회정의의 실현을 국가목적으로 하는 사회국가에서 국민의 인간다운 생활을 확보하기 위한 사회적 기본권이 어떠한 법적 성격을 갖는가의 문제는 객관설과 주관설로 나누어 살펴볼 수 있다. 客觀說의 입장에서는 사회적 기본권은 단순한 강령규정으로서 입법자에게 입법의 방침을 지시하는 방침규정일 뿐이고, 구체적 내용을 가진 청구권이 아니며, 따라서 직접적이고 현실적인 효력을 갖지 못한다거나, 모든 국가활동에 원칙과 지침을 제시하고 명령과 지시를 통하여 특정의 방향으로 국가활동을 정향시키고 실질적 과제를 부여하는 국가목표규정이라거나, 입법자에게 사회적 기본권의 내용에 대해 입법활동을 하도록 의무를 부과하는 헌법적 지시라거나, 국가권력에게 일정한 방향으로

보호하고 방어한다. 이러한 제도보장은 기본권보장과 달리 의회입법형성의 자유가 보다 광범위하게 인정될 수밖에 없고, 기본권보장이 “最大限의 보장”이라면 제도보장은 “最小限의 보장”이 된다.

활동할 의무를 부과하지만, 입법권은 물론 행정권과 사법권까지도 구속한다는 설 등 다양하다.

한편 사회적 기본권의 법적 성격³⁾을 법적 권리의 입장에서 바라보는 主觀說의 입장도 다양하다. 추상적 권리설에 의하면 사회적 기본권은 헌법상 권리로 성문화된 근거를 가지고 있으므로 국민은 국가에게 적합한 입법 또는 기타의 조치를 요구할 수 있는 권리를 가지며, 국가는 그러한 조치를 취할 법적 의무가 있지만, 구체적·현실적으로는 입법을 통해서만 권리가 실현될 수 있다고 한다. 구체적 권리설은 사회적 기본권은 직접 효력을 갖는 주관적 권리로서, 국가가 입법을 하지 않거나 불충분한 경우 헌법위반이 되고, 그러한 국가의 부작위에 대하여 사법적 구제가 가능하다고 하면서, 사회적 기본권을 완전한 권리로서 보고 있다. 한편 사회적 기본권은 자유권적 기본권처럼 직접효력을 가지는 완전한 의미의 구체적 권리는 아니지만, 청원권, 국가배상청구권, 선거권, 공무담임권과 동일한 수준의 불완전한 구체적 권리로서의 성격을 갖는다고 보는 절충설적 입장도 있다. 한편 알렉시의 원칙모델에 따라 법규범을 규칙과 원칙으로 나누면서, 모든 사회적 기본권은 일단 잠정적으로 개인에게 주관적 권리를 부여하지만 그 권리는 행량을 거친 후에 비로소 확정적인 권리가 될 수 있다는 설도 있다.

(3) 사회적 기본권의 內容과 類型

사회적 기본권이 구체적으로 어떠한 내용의 권리인가의 문제는 사회적 기본권을 담고 있는 법환경에 따라 약간씩 차이가 있을 수 있지만 우리 한국헌법을 기준으로 사회적 기본권의 구체적 내용을 살펴보면 다음과 같다. 사회적 기본권은 천부인권과 달리 여성, 노인, 청소년, 장애인, 기타 생활능력이 없는 자 등 이른바 사회적 약자라는 특수한 그룹이 권리의 주체가 된다.

우리 헌법은 제 34조 1항에서 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 규정하고, 국가의 사회보장, 사회복지의 증진의무, 여자의 복지와 권익향상, 노인과 청소년의 복지향상, 신체장애자, 질병, 노령 등 생활능력이 없는 국민의 보호, 재해예방과 재해위험으로부터 국민의 보호 등을 규정하고 있다. 한편 개별적으로 교육을 받을 권리, 쾌적한 주거생활을 할 수 있는 권리, 보건에 관한 권리, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리, 근로의 권리, 노동 3권⁴⁾ 등에 관하여 규정하고 있다.

3) 권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2001, 591-600면; 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 937-947면; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001, 501-503면; 김기영, 「헌법강의」, 박영사, 2002, 803-804면.

4) 예컨대 라스키(Laski)는 “파업할 권리를 제약하는 것은 산업적 노예상황을 부과하는 것이다”라고 말한 바 있다. 즉 파업권의 역제는 사용자와 정부에게 노동자들이 불편을 끼치지 않는

한편 제2차세계대전 후 기본권보장의 국제화는 인권의 국가적 내지 민족적 전파라는 현상을 불러오게 되고, 국제적 차원에 있어 인권의 보편화가 두드러지게 된다. 이는 인권 보장 역사에 있어서 특색을 이룬다. UN차원에서 국제연합헌장, 세계인권선언, 국제인권규약 등 기본적인 인권보장이 천명되게 된다. 나아가 1953년 9월 30일 발효한 유럽인권규약은 지역적 인권선언의 효시라고 하겠다. 1966년 12월 16일 제21차 총회에서 채택된 국제인권규약은 1) 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(B 규약), 2) 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(A 규약), 3) 시민적·정치적 권리에 관한 국제협정에 대한 선택의정서로 되어 있다.⁵⁾ 한국도 1990년에 이 규약에 서명·가입하였다.

그리고 유럽은 사회복지와 사회적 기본권에 관한 시조답게 1989년 유럽사회헌장(The Charter of the Fundamental Social Rights of Workers)을 채택한 바 있다.⁷⁾ 이 헌장은 법적 구속력이 없는 일종의 신사협정으로서 서명자들은 동 헌장에 포함되어 있는 사회적 기본권을 보장한다고 단지 도덕적으로 또는 정치적으로만 약속한 바 있다. 그 내용은 다음과 같다. i) 생활조건과 근로조건의 향상: 단일유럽시장의 발전은 EC내에서 생활과 근로조건의 향상으로 귀결되어야 한다. ii) 자유이동권: 근로자의 EC역내에서의 자유이동을 보장하고 역내 타국근로자에 대한 훈련, 사회보장, 주택 등에서의 차별금지. iii) 고용과 공정한 보상: 모든 근로자에게 공정한 임금의 지급. iv) 사회적 보호를 받을 권리: 근로자는 사회보장, 최저임금, 실업보험에 대한 권리를 가짐. v) 결사의 자유와 단

것을 의미하는데, 그것은 어떠한 경우에도 노동자들의 무조건적인 희생, 자유의 부인, 노예적인 노동 상황의 감수를 의미하는 것이기 때문이다

- 5) 시대에 맞는 새로운 기본권의 탄생은 제3세대인권의 문제를 제기한다. UNESCO의 전문가들은 새로운 인권으로서 연대권(Solidarity Rights)을 강조하고 있다. 그들은 시민적·정치적 권리를 제1세대인권이라고 하고, 경제적·사회적·문화적 인권을 제2세대인권이라고 하며, 이 연대권을 제3세대인권이라고 하고 있다. 또한 정보화사회의 혁신적 진전은 Data Base 등과 관련하여 정보화사회에서의 기본적 인권문제를 불러오고 있다.
- 6) 유엔 정규예산의 주원천은 회원국들이 납부하는 분담금이다. 분담금을 결정함에 있어서 가장 기본적인 기준은 각 회원국이 실제 납부능력이다. 총회는 1개 회원국의 분담을 상한선을 25%로, 하한선을 0.01%로 정하고 있다. 유엔에 대한 주요 재정기여국 가운데 미국이 가장 많은 분담금을 맡고 있으며 일본, 독일, 프랑스, 이탈리아 순으로 분담하고 있다. 어떠한 정치적 책임이 결여된 상황에서 이러한 분담금만으로 국제사회에서 사회적 경의를 위한 책임 있는 활동을 하기는 어렵다. UN차원에서 유니세프는 제2차 세계대전이 끝난 직후, 전쟁의 피해로 고통 받는 어린이와 청소년을 구호하기 위한 목적으로 1946년 12월 11일 UN(United Nations:국제연합) 총회 결의로 설립하여 긴급 구호, 영양, 보건, 예방접종, 식수 및 환경 개선, 기초교육 등의 사업을 펼치고 있다. 한편 세계식량계획, 국제적십자사, 국경없는 의사회, 구세군 등이 국제사회에서의 빈민 등 사회적 약자그룹을 위하여 활동하고 있다.
- 7) Jeff Kenner, Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility, in Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights 1, 2 (Tamara Hervey & Jeff Kenner eds., 2003).

체교섭권 vi) 직업훈련의 권리: 모든 노동자는 평생동안에 걸쳐 직업훈련을 지속할 권리를 갖는다. vii) 남녀평등의 권리 viii) 정보, 협의 그리고 노동자 참가의 권리: 경영참가권과 기업의 노동자 관련 주요 정보를 알 수 있고 협의를 받을 권리 부여 ix) 작업 시 건강과 안전에 대한 권리 x) 청소년 보호 xi) 노인보호 xii) 장애자의 근로생활 보장 등을 그 내용으로 하고 있다. 이 헌장은 시장단일화만으로는 유럽의 경제적 통합의 유지는 불가능하며, 유럽차원의 사회정책이 필요하다는 입장에서 단일시장의 사회적 차원에 관한 1988년 9월 집행위원회의 보고서가 촉발제가 되었다. 즉 동 보고서는 유럽통합은 고용창출을 위한 적극적인 정책속에서 추진되어야 하며, 공동체내에서 이동하고 있는 모든 사람들에 대해서는 그가 노동자이건, 관리자이건, 자영업자이건 적절한 사회적 보호가 보장되어야 한다고 주장하고 있다.⁸⁾

Ⅲ. 사회적 기본권에 대한 基本視角

우리는 헌법국가체제속에서 살고 있다. 헌법은 국가의 최고법으로서 고전적 의미의 헌법은 국가를 통치하는 대강을 담고 있다. 즉 헌법의 본래적 존재의의는 국가권력을 어떻게 나누고, 통치기관을 어떻게 구성할 것이며, 통치기관이 행사할 수 있는 통치권의 내용과 행사방법 등을 정하는데 있다. 소위 자유주의 헌법은 헌법제정권력인 시민의 사적 영역과 공적영역을 엄격히 준별하여 국가가 활동할 수 있는 영역과 시민의 경제활동, 사생활, 가족생활 등 사적인 영역을 다른 본질을 갖는 것으로 취급하면서, 헌법이라는 법을 통하여 시민의 자유를 극대화하고 국가권력을 제한하는 것을 그 본질로 한다. 브르조와 혁명을 계기로 전제권력에 대한 시민세력의 승리는 국가권력의 자의적 행사로부터 생명자유 재산으로 대표되는 자신의 천부인권적 권리를 보장받게 된다. 대한장 및 권리장전 등 귀족계급의 이익을 대변하는 봉건적 성격의 인권목록에 이어 미 식민지시대 주정부의 인권선언, 1789년 프랑스 인권선언 등 보다 근대적인 성격의 인권선언이 탄생하게 된다. 아이러니컬하게도 위헌법률심사제에 기반한 진정한 의미의 헌법을 세계 최초로 탄생시키게 되는 미 연방헌법은 구체적 인권목록을 헌법에 규정하지 않았다. 헌법서문에서 개인의 자유의 천부인권성과 불가침성을 확인하고 있지만, 동 헌법은 통치기관의 구성과 통치권의 행사에 관한 최고법으로서, 국가통치체계에 관한 대강을 담고 있는 고전적 의미

8) 그러나 영국은 이 사회헌장을 1992년의 마스트리히트조약으로 연결시키자는 집행위원회의 제안에 반대함으로써 사회헌장은 마스트리히트조약에서 제외되게 되었다. 영국의 반대로 로마조약 117-122조 사회조항을 대체할 예정이었던 사회적 권리에 관한 장(social chapter)의 삽입계획은 무산되고 제14의정서 즉 "사회정책에 관한 의정서"(protocol on social policy) 형식으로 채택되었다.

의 헌법으로서 성격을 갖는다.⁹⁾ 그 후 소위 修正憲法으로 불리우는 몇가지 조항을 통하여 표현의 자유, 종교의 자유, 국교분리의 원칙, 적법절차 등 자유권적 기본권의 몇가지가 헌법에 삽입되게 된다.¹⁰⁾ 그것은 실재상 통치권의 행사는 주정부에 포괄적으로 유보되어 있어, 주헌법과 같이 구체적 자유권조항을 둘 필요가 없다는 것과, 주정부의 인권침해가 연방문제로서 연방헌법이나 연방법률에 따라 연방법원에서 다루어지는 경우, 자유권의 포괄적 성격으로 인하여 개별적 구체적 기본권조항이 없는 경우에도 인간의 존엄, 자유와 평등 등 시민의 利害에 관한 사법심사기준이 헌법내재적으로 도출될 수 있기 때문이다.¹¹⁾ 우리는 자유주의헌법 하에서 생명, 자유, 재산에 관한 인간의 기본적 권리를 자유권적 기본권이라고 범주화하고, 혹은 제 1세대 기본권이라고 부른다.

따라서 자유주의헌법 하에서는 국가와 시민, 헌법과 시민은 각기 제 갈 길을 가면 되는 것이고, 국가는 시민영역에의 간섭과 관여를 최소화하면 가장 이상적인 정부인 것이었다. 그런데 20세기 법적 환경의 변화와 헌법문화는 이러한 자유주의 헌법의 전형으로부터 새로운 경향으로 발전해가고 있다. 몇가지 특징을 간추려 보면 다음과 같다.

첫째, 현대적 복지국가관의 등장으로 자유주의 최소국가의 모델에서 적극국가·급부국가화의 경향을 보이고 있다. 즉 중립적 심판관으로서 사적 영역에의 관여는 최소화하여야 한다는 자유국가는 기회균등과 자유경쟁체제의 모순과 낙오그림을 위하여 적극적으로 일해야 하는 국가를 지향하게 된다. 이러한 국가관의 수정은 제 2세대 기본권이라고 불

9) 1787년 독립당시 헌법은 서문과 7개장으로 구성되었는데, 서문에서 미국인민은 완전한 국가 연합, 정의의 확립, 국내치안을 위하여 공동방위, 일반복지의 증진을 공급하고, 우리와 후손의 천부인권적 자유를 확보하며, 이에 미합중국헌법을 제정한다고 되어 있다. 제1장(Article)에서는 10개의 조문(Section)을 두어 연방의회에 관하여, 제2장에서는 연방대통령에 관한 4개의 조문을, 제3장에서는 연방사법권에 관한 3개의 조문을 각 두고 있다. 제4장은 4개조항으로 구성되어 주정부에 대한 연방차원의 신용부여 및 연방정부의 주시민권자에게 주법에 의하여 부여된 권리와 면책인정 등(4장으로 인하여 주정부의 평등권보장을 명하고 있는 수정헌법 제14조 평등권조항이 연방정부에도 적용된다), 제5장과 6장은 각 1개 조항으로 헌법개정절차, 연방법의 최고성, 제7장은 헌법제정연도 등에 관하여 규정하고 있다. 즉 연방헌법은 본래 미합중국정부를 세우기 위한 국가구성법으로서의 성격을 갖는다.

10) 기본권에 관하여는 전국 후 1791년 헌법개정이 중요한 의미를 갖는 바, 10개 조문이 수정헌법에 삽입된다. 즉 집회결사 등 표현의 자유, 종교의 자유, 국교부인, 생명, 자유, 재산에 관한 적법절차, 배심재판에의 권리, 신속하고 공정한 재판을 받을 권리, 잔혹형벌의 금지 등 몇가지 핵심적 자유권영역이 헌법에 규정된다. 그리고 수정헌법 제9조에서는 우리 헌법 제37조 1항과 같이 열거되지 아니한 기본권 보호조항을 두고 있다. 수정헌법은 1971년까지 26개조항이 추가되는데, 남북전쟁과 관련한 제14조 주정부에 의한 차별금지, 1920년대 여성의 참정권에 관한 19조 등이 기본권과 관련되어 있다.

11) 즉 우리 헌법이 규정하고 있는 직업의 자유랄지, 통신의 자유, 학문 예술의 자유(academic freedom), 사생활의 자유(right to privacy)와 같은 경우 수정헌법 제5조 적법절차조항 또는 제9조 열거되지 아니한 기본권으로서 헌법상 보호를 받는다.

리우는 사회권적 기본권을 탄생시키고, 바이마르헌법이나 우리의 헌법과 같이 헌법차원에서 이를 반영하는 경우도 있고, 미국과 같이 법률적 차원에서 복지국가적 체계를 구축하는 경우도 있다.

둘째, 기능주의적 차원에서 헌법의 성격에 변화가 발생한다. 고유한 의미의 헌법하에서는 통치구조의 대강에 관한 조직법적 성격이 헌법의 본질을 구성한다. 헌법은 공법으로서 우월한 지위에 있는 국가통치조직에 관하여 규정하고, 본래의 의미의 헌법문제는 권력분립의 원칙의 문제, 위임입법금지의 원칙, 연방정부와 주정부간의 문제 등 통치권행사의 근거규범에 관한 문제가 된다. 법이 갖추어야 할 본질을 권리·의무의 문제로, 그리고 헌법을 국가와 국민간의 권리의무관계로 본다면, 통치권의 행사는 적법절차에 따라야 하며, 압수수색 등 준사법작용 또는 재판절차에서의 권리, 표현의 자유 등 개인의 중요한 자유에의 이익을 침해해서는 안된다는 것 등이 직접적으로 국민의 기본권과 관련되게 된다.¹²⁾ 이러한 통치권중심의 헌법문화는 헌법의 기원국이라고 할 수 있는 미 연방헌법에서 발견할 수 있다. 반면 유럽대륙계 국가들에서는 헌법의 철학화가 진행된다. 인간의 존엄, 생명, 자유, 재산에의 권리는 누구도 침범할 수 없는 선험적이고 본래적인 것이며, 인간이 인간답기 위하여 누려야 할 자유권의 구체적 내용이 헌법에 성문화된다. 중요 기본권 조항은 헌법의 핵을 구성하고, 통치조직에 관한 부분은 오히려 헌법률로서 격하되거나, 연방헌법은 국가구성에 관한 최고법으로서의 성격을 가지므로, 그에 반하는 모든 법은 효력을 가질 수 없다는 헌법재판의 최소한의 원리가 대륙법계 국가에서는 헌법재판의 반능화라고 부를 수 있을 정도로 다양화되고 활성화된 제도로 정착된다.¹³⁾ 헌법이 정치적 성격의 문서에서, 憲法文化的·哲學的 성격으로 변화하면서, 국가의사결정의 장으로서 의회와 함께 헌법재판을 위한 특별재판기관이 중요한 의미를 갖는다. 이러한 철학자적 지배문서로서의 헌법¹⁴⁾은 통합과정론적 헌법관이랄지, 국가통합을 위한 핵 내지 기본가치로서 기본권조항을 신성시하거나, 한 걸음 더 나아가 대한민국헌법과 같이 경제질서의 장을 두기까지 함으로써, 권한과 조직에 관한 국가최고 공법으로서의 성격이 희석되

12) 물론 권력분립의 원칙에 반하는 법률로 인하여 국민의 권리가 침해되는 경우 국민은 법원에 자신의 권리침해를 주장할 수 있으므로, 제도보장이나 통치구조에 관한 헌법조항들이 간접적으로 국민의 기본권 혹은 권리와 관련을 갖는다고 볼 수 있다.

13) 대륙법계 헌법재판제도를 계수한 우리 헌법과 헌법재판소법에 의하면 정당해산심판, 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 헌법소원심판 등 다양한 유형의 헌법재판제도를 두고 있다.

14) 이러한 인권중심의 헌법관은 인권의 보편성, 천부인권성이라는 특징을 배경으로 국제정치에도 영향을 미친다. 국제인권법은 국제법영역에서는 독특한 영역이다. 즉 고전적 의미의 국제법은 국가간의 권리·의무관계를 규율하는 것을 전형으로 하지만, 국제인권법은 국제사회가 개인의 권리·의무문제를 다룬다는 점에서 특징을 갖는다. 선험적 철학적 성격을 담고 있는 인권의 문제를 중심으로 국제정치의 패러다임은 일부 현실주의 정치학자 및 헌법의 본질을 정치적 성격에서 찾는 일부 헌법학자들에 의하여 비판되고 있다.

거나 기본권보장규범으로서의 성격을 넘어 국가이념의 나열을 위한 철학문서화 하는 경향까지 보인다.

셋째, 이러한 大陸法과 普通法 國家의 헌법문화적 차이는 기본권 보호 내지 복지국가 내지 급부국가화의 경향을 다름에 있어, 다른 양상을 보인다. 국가적 차원의 과학적 문제이고, 전통적으로 정치적 영역에서 다루어져야 할 문제로서 취급되어 온 사회적 약자를 위한 국가의 부조 내지 복지체제가 헌법상 기본권으로 성문화되며, 인권 내지 기본권우선의 사고관념은 제 1세대 기본권의 UN차원의 보호랄지 2세대 기본권으로서의 사회적 기본권, 나아가 연대예의 권리 등 제 3세대 인권선언 등 선험적·철학적 사고를 바탕으로 국제사회를 지배하려는 경향으로 나아간다. 이러한 경향으로 인하여 법학적 관점에서는 사회적 기본권이 권리로서의 성격을 갖는 것인가의 문제랄지, 국제사회의 규범과 헌법의 충돌 내지 헌법상 단독주의¹⁵⁾의 가능성 등 국제법적·국내법적 차원에서 다양한 문제들이 제기된다. 즉 정치가 소거된 철학적 지배가 민주주의의 원리에 비추어 가능한가, 국제사회에 책임있는 정부가 존재할 수 있는가, 主權 中心의 국제법체제의 변화가능성, 強行規範의 성격을 갖는 국제규범의 문제랄지, 사회적 기본권과 같은 권리가 법원에서 구체적으로 실현될 수 있는 권리인가 등의 문제가 그러한 예가 될 것이다.

넷째, 사회적 기본권이 헌법에 규정되는 경우, 기존의 기본권체제와 다른 특질을 갖는다. 벨리네크나 켈젠(Kelsen) 같은 학자는 본래적 의미의 기본권인 자유권마저도 국가의 은혜를 통하여 보장되는 권리로 보았다. 즉 헌법이라는 문서가 국가통치구조와 통치권의 행사에 관한 국가구성법으로서의 본질을 가짐으로 인하여, 헌법상 권리라는 것은 논리상 국가통치권의 자의적 행사로부터 침해받지 아니하는 “防禦的 성격의 권리”일 수 밖에 없으며, 이는 통치권의 주체로서 우월한 지위에 있는 국가와 통치권의 객체로서의 국민간의 법문제로서 이로써 파생하는 권리는 “公權”일 수 밖에 없다. 한편 법에서 보통 사용하는 권리는 판례법이나 의회제정 성문입법에 근거하지만, 헌법은 법체제상 법률의 상위규범이므로, 우리는 헌법상 권리를 특히 “基本權”이라고 부른다. 그런데 사법체제와 달리 헌법 혹은 행정법 등 공법의 경우에는 대부분의 조항이 통치권을 행사하는 국가의 작위와 부작위에 관한 형식으로 규정되어 있어, 문제되는 공법의 구체적 조항이 국가에 대한 청구권의 근거조항인가가 하나의 문제가 된다. 예컨대 우리의 헌법재판제도에 있어 그것이 자유권적 기본권이 침해된 경우라면 기본권이 법률로 구체화되어 있는 경우는 물론, 기본권의 구체화법률이 없더라도 그 침해시에는 헌법재판소법에 따라 憲法訴願형식에 의하여 헌법재판소에 대하여 일정한 권리구제를 신청할 수 있다. 그러나 사회적 기본권은 국가에 대한 일정한 행위 내지 급부를 요구하는 성격의 권리이고, 국가의 작위의무

15) Jed Rubenfeld, UNILATERALISM AND CONSTITUTIONALISM, New York University Law Review December, 2004 Commentary 참조.

는 국민에 대한 생존배려 등을 위한 일정 경제적 사회적 급부의 제공을 그 내용으로 하므로, 그 권리의 사항과 내용확정의 어려움, 의회나 행정부와 같은 정치기관과의 관계, 16) 국가예산상의 제약 등 그 실현이 애매한 경우가 많다.

Ⅳ. 사회적 기본권에 관한 몇가지 轉向的 觀點들

1. 사회적 기본권의 特殊性과 司法權

헌법상 기본권은 권리를 향유하는 자가 권리를 어떻게 취득하는가를 기준으로 분류해 볼 수 있다. 자유권 내지 정치적 기본권은 시민권 또는 국민으로서의 지위에 따라 당연히 취득하게 되지만, 사회적 기본권은 여성 또는 노동자로서의 지위라는 특수한 변수가 기본권생성의 기초가 된다.¹⁷⁾¹⁸⁾ Alain Spiout는 사회적 기본권의 영역으로서 사회적 기여에 관계없이 부여되는 보편적 사회권, 봉사활동 등 보수없는 노동과 관련되는 사회권, 근로의 권리, 취업의 권리 등 4가지 영역을 제시하고 있다.¹⁹⁾ 권리자의 범위와 관련하여 사회적 기본권이 개인적 권리인가 단체적 권리인가의 문제가 있다. 헌법상 자유권이나 참정권 등 전통적 기본권은 모두 개인적 권리로서의 성격을 갖는다. 대부분의 사회적 기본권도 개인적 권리로서의 성격을 갖지만, 단결권, 단체행동권 등 핵심적 노동권의

16) 우리 헌법재판소는 보건복지부장관이 고시한 '생활보호지침'상의 '1994년 생계보호기준'이 헌법이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것인지를 판단하면서 사회적 기본권과 관련된 중요한 내용을 언급하고 있는 바, 이러한 지침은 헌법의 수범자로서 입법부나 행정부에 대하여는 행위규범으로 작용하지만, 사법부에 대하여 입법부나 행정부가 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 "통계규범"으로 작용한다는 것이다.

17) 시민적·정치적 권리는 전통적으로 신성시되어 왔다. 또한 많은 법학자들은 시민적·정치적 권리와 사회적 기본권을 준별하여 왔다. 그러나 여성의 기본권과 관련하여 보면 전통적 서구 복지국가 발전사에 있어 가사노동을 하는 여성은 사회적 기본권은 물론 참정권이 부인되기도 하는 등 양자는 정치경제적 발전단계에 따라 달리 취급되었던 것으로 보아야 하고, 인권이라는 포괄적 개념하에서 융화포섭되어 접근되어야 한다.

18) 이러한 특징은 기본권을 바라보는 전통적 시각을 수정한다. 따라서 노동권의 본질이 무엇인가에 관하여 논란이 제기될 수 있는데, 캐나다 대법원은 노동권이 단체적 권리로서의 본질을 갖는 것은 공동체의 목적을 위한 것이며, 이는 정당의 형성, 집단소송의 인정, 노동조합의 형성 등이 사회적으로 인정받는 것과 같이 정치경제적 내지 사회적 지향가치의 변화에 따른 것이고, 일부 개인의 자유가 희생되는 것을 감수한다는 점에서 질적 차이가 있다고 한다.

19) Alain Spiout, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (2001).

경우 단체적 권리로서의 성격을 갖는다고 보지 않을 수 없다. 즉 노동영역에서 개인의 자유영역이 축소되면서, 집단적인 기본권으로서 헌법적 보호를 받는다는 특징을 갖는다.²⁰⁾

한편 대부분의 헌법상 기본권은 국가와 기본권의 향유자라는 수직적 관계하에 놓이게 되지만, 일부 사회적 기본권은 기본권의 향유자와 사인이라는 수평적 관계가 의미를 갖기도 한다는 점에서 차이를 갖는다. 또한 헌법상 전통적 기본권은 개인의 주관적 공권으로서, 침해시 사법적 구제를 받을 수 있지만, 사회적 기본권의 경우 그러한 성격을 결하는 경우가 많다.²¹⁾

근로권을 포함한 사회적 기본권의 권리로서의 성격이 모호하고, 법정에서 구체적으로 권리로서 보호받기 어려운 데에는 다음과 같은 3가지 이유가 있다. 첫째, 사회적 기본권을 실현시키기 위하여는 국가의 적극적 역할이 필요하다.²²⁾ 즉 사회적 기본권의 실현은 국가자원의 적극적 배분을 필요로 하며,²³⁾ 입법행위 내지 행정처분 등 국가작용을 취소하거나 금지시키는 것을 통하여 보호되는 것이 아니다. 둘째, 사회적 기본권의 구체적 내용이 모호하고, 그 구체적 실현은 국가역량의 변화에 따라 가변적이며, 기본권의 수혜자가 누구인가를 엄격하게 확정하기 어렵다는 점이다. 셋째, 헌법상 통치구조의 관점에서 법원은 사회적 기본권의 특정 수혜계층에 권리보호에 필요한 충분한 예산이 배정되었는가를 심사하기에 부적절한 기관이라는 점이다. 그러나 이러한 주장은 설득력이 적다. 법원은 사회적 기본권의 구체적 내용이나 司法的 審査基準을 발전시킬 수 있으며, 취소나

20) Philip Alston, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, in *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO* 7-8 (Virginia A. Leary & Daniel Warner eds., 2006). First published as 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, 13 *European Journal of Int'l L.* 457 (2004).

21) 따라서 Antoine Lyon-Caen 같은 이는 4가지 새로운 유형의 계소권 모델을 제시하고 있다. 그것은 첫째, 새로운 유형의 규칙들에 기초한 청구, 둘째, 새로운 유형의 규칙들에 대한 대한 국가적 인증, 셋째, 새로운 유형의 규칙제정에 대한 국가적 통제, 넷째, 공적 서비스의 형성과 조직에 대한 국가적 통제 등이다.

22) 그래서 제프리 조엘같은 이는 사회적 기본권을 헌법상 기본권으로 보는 것을 부인한다. 그는 국가의 자원배분문제나, 부의 재분배, 시장의 적정한 역할 등의 문제를 헌법에서 미리 규정하는 것은 헌법의 성격상 부적절하다고 보았다.

23) 거시 정치적 차원에서 노동자 주권 실현의 가장 대표적인 사례는 김대중 정부 하에서의 노사정위원회의 설치라 볼 수 있다. 김대중 정부는 기업차원의 경영참가 요구는 일방적으로 묵살하였지만, 97년 외환위기 이후 IMF가 강력하게 요구하였던 노동유연화의 완충장치로서 노사정위원회를 설치하였다. 이 것은 '민주노동' 운동세력인 민노총의 합법화와 더불어 한국 역사상 최초로 조직노동을 중요한 의사결정 과정의 참여자로 포함한 사례라 볼 수 있다. 그리고 87년 민주화 이후에도 일방적으로 배제되지만 했던 조직 노동이 극히 제한적으로나마 시민권을 획득한 것이라 볼 수 있다.

금지 등 관계적인 구제수단외에 사회적 기본권의 실현에 필요한 다양한 구제수단을 발전시킬 수 있다. 그렇다면 헌법이 시민권 내지 정치적 기본권과 달리 사회적 기본권을 헌법상 기본권으로 보장하지 않거나, 단순히 선언적으로 보장하는 이유는 무엇일까? 그것은 사시장과 국가권력의 분리라는 전통적 典範과 헌법상 권력분립의 원칙이 큰 영향을 미쳤기 때문이라고 본다. 따라서 과거 케인즈식 복지국가에서 강조된 경제적 정의랄지 사회적 기본권과 시민적·정치적 권리와는 이분법적 관념에 대한 수정이 필요하다.²⁴⁾ 또한 현재 국회나 행정부 등 정치기관에서 행해왔던 이해그룹간의 이해조정과 자원배분문제의 일정부분을 사법부에 이양할 필요가 있다.

2. 自由市場의 原理와 社會的 基本權

최근 EU의 노동시장에 대한 새로운 시각, ILO의 노동원칙과 노동자 권리선언²⁵⁾에 대한 이론적 뒷받침을 위하여 Langille은 전통노동법에 Sen의 경제철학을 접목시켜 다음과 같이 주장하였다.²⁶⁾ 즉 개인의 자유와 잠재력을 최대한 발휘할 수 있는 조건을 가장 숭고한 이념으로 삼는다면 노동자의 보호와 경제성장은 상호 배치되는 것이 아니다. 노동자의 권리는 최저임금, 모성휴가 등 이미 父權的으로 실체화된 실체적 권리 영역과 함께, 계약의 자유랄지 노동자 및 사용자의 자율적 영역과 관련이 있는 절차적 성격의 권리가 있는 바, 우리는 전자를 “노동기준(labor standard)”이라고 부르고, 후자를 “노동자의 權利(labor rights)”라고 부를 수 있다는 것이다. 국가의 법률에 의하여 강제되는 노동기준과 달리 노동자의 권리는 사용자와 노동자간의 공정한 교섭에의 권리로서, 산업내 민주화라고도 불리우며, 교섭을 통하여 상호이익을 증진시킬 것이라는 전제하에 인정되는 전통적 계약자유 내지 기업내 자율적 결정과 관련된 권리로서의 본질을 갖는다. 한편 Jude Brown, Deakin, Frank Wilkins 같은 이는 Sen의 이론을 法的으로 발전시켜 이해하고 있다. 그들은 사회적 기본권은 시장에서 형성된 것으로, 개인의 복지를 극대화시키기 위하여 중요한 것은 그들이 시장에서 지배하는 상품만이 아니라, 상품

24) Judy Fudge, THE NEW DISCOURSE OF LABOR RIGHTS: FROM SOCIAL TO FUNDAMENTAL RIGHTS? Comparative Labor Law and Policy Journal Fall 2007.

25) 노동기준 내지 노동자의 권리와 ILO의 중요성에 관하여, Brian Langille, The ILO and the New Economy: Recent Development, 15 Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel. 229, 240-241; Eddy Lee, Globalization and Labour Standards: A Review of the Issues, 136 Int'l Lab. Rev. 173 (1997).

26) A. Supiot, supra note 19; Europe and the Politics of Capabilities (Robert Salais & Robert Villeneuve eds., 2004); Langille, supra note 12; Brian Langille, Int'l Inst. For Labour Studies, What is International Labour Law For? (2005).

과의 관계에서 다양한 인간의 역량을 최대화하여야 한다는 변수가 고려되어야 한다고 한다.²⁷⁾ 이때의 인간의 역량이란 자신이 가치를 두는 상대 또는 행위 등 다양한 것을 취득할 수 있는 자유를 의미한다. 이러한 이론들은 사회권이 개인의 자유를 극대화하는데 긍정적으로 기여한다고 하면서, 사회권을 사실적 급부를 통한 적극적 자유의 보장 내지 확대라고 봄으로써, 근현대 헌법의 핵을 구성하는 “인간의 존엄”이나 자유, 생명 등 천부인권사상과 사회적 기본권을 접목시킬 수 있는 가능성을 열고 있다.

3. 大陸法界의 積極的 憲法主義

독일 헌정사에 있어 사회적 기본권 내지 공적 부조를 요구할 권리를 헌법적 권리로서 인정할 것인가는 매우 어려운 문제였다. 본 기본법제정에 있어 가장 중요한 지향점은 기본권의 적극적 역할이었고,²⁸⁾ 따라서 침해시 법정에서 구제될 수 있는 구체화된 권리만이 헌법상 기본권으로서 인정받을 수 있다고 보았다. 그러나 본기본법에서도 국가의 성격을 사회국가 내지 복지국가로 규정하면서, 所有權의 公益과의 조화를 규정하고 있었고, 사회적 기본권 중 유일하게 여성과 가족에의 권리만을 헌법상 기본권으로 인정하게 된다. 그러나 기본권은 권리가기도 하지만, 사회적 영역과의 관계설정이라는 헌법기능적 관점에서 하나의 지도적 원리 내지 원칙으로서 역할하기도 한다. 즉 기본권의 보호영역에 관한 재판소의 판례를 통하여 헌법상 성문화된 권리는 아니지만 입법이나 행정작용에 있어 보호받아야 할 사회적 기본권의 성격과 범위가 정해지기도 한다. 예컨대 직업의 자유에 관한 약국판결에서 실시된 직업과 인간다운 삶의 관련성에 관한 재판소의 판례는 실업이나 근로권에 관한 지도적 원리로서 국가의 통치작용에 실질적 영향력을 행사한다. 또한 특정 교육기관에서 적절한 훈련과 교육을 받을 시민의 권리의 내용과 범주도 직업의 자유에 관한 헌법재판소의 판례를 통하여 영향을 받고 있다. 기본권의 사회적 차원의 제약에 관한 재판소의 판례는 社會的 基本權이나 公的 扶助 등을 단순한 국가의 은혜적 차원에서 “일정한 權利”로 발전시키고 있다 또한 최고행정법원의 판례 역시 기본권에 관한 헌법해석을 통하여 연금, 실업급여, 건강보험 등에 관한 권리를 확대·강화하고 있으며, 사소유권 영역과 다른 “새로운 재산권개념”으로 발전시키고 있다. 따라서 본기본법은 사회적 기본권에 관하여 하나의 헌법조항만을 가지고 있지만, 기본권조항의 해석을 통해

27) Jude Brown, Simon Deakin & Brian Wilkinson, Capabilities, Social Rights and European Market Integration, in Europe and the Politics of Capabilities 205, 205 (Robert Salais & Robert Villeneuve eds., 2004).

28) 또한 1958년 프랑스 제 5공화국헌법과 관련한 프랑스 헌법평의회는 적극적 헌법주의도 한 예가 될 수 있다. Ferdinand Melin-Soucramanien, Le Principe d'Egalite dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel 219-21 (1997).

여 완례로서 사회적 기본권의 내용과 범주를 창설하고 있으며, 이는 때로 국가재정에 상당한 비용을 요구하는 결과를 야기하기도 한다.

4. 弱한 형태의 사법심사이론

일국의 최고법원이 사회경제적 기본권에 관한 헌법심사에서 기존의 강한 형태의 사법심사원칙을 고집하는 것은 바람직 하지 않다. “대화에 기초한 헌법주의” 내지 “협력적 헌법주의”의 관점에서 보다 유연한 사법심사를 할 필요가 있다고 본다. 소위 Mark Tushnet의 “弱한 형태의 사법심사(weak-form review)”이론²⁹⁾을 신중히 생각해 볼 필요가 있다. 약한 형태의 사법심사이론은 기존의 사법권의 본질론 내지 한계를 극복하고 사회적 기본권 보호에 있어 입법자의 방해물을 제거하는데 보다 유효할 수 있다. 즉 “대화이론”에 의하면 법원이 사회경제적 권리에 관한 헌법심사를 행함에 있어 권리의 내용과 범위 등 實體法的 定義를 함에 있어 보다 유연하고 넓은 태도를 가지되, 구체적 권리구제차원에서 가능한 범위내에서 최대한 實效的이고 강력한 구제를 행할 것을 요구한다. 물론 법원이 행하는 사회적 기본권에 관한 실체법적 정의와 그 침해에 대한 사법적 구제는 입법자의 명백하고 속고된 의사에 반해서는 안될 것이다. 또한 대화이론은 경직된 원칙이 아니므로 각국의 주어진 상황과 여건에 따라 구체적 사건에서 사법적 구제는 약한 형태를 취할 수 있을 것이다.

그렇다면 첫째, 전통적 자유주의 헌법관에 비추어 기본권침해에 대한 소극적 제거를 넘어 국가의 정치경제적 시스템에서 탈락한 그룹에 대하여 법원이 적극적으로 국가의 급부를 명하는 것을 어떻게 정당화할 것인가? 먼저 헌법제정권자의 의사를 중시하는 “고유이론자(originalists)”들은 헌법제정 당시에 헌법제정권자는 사회적 기본권을 기본권의 하나로 헌법에 규정하였으므로, 그 구체화를 위하여 법원은 당연히 사회적 기본권에 관하여 적극적 급부판결을 할 수 있다고 할 것이다. 그러나 입법, 행정, 사법 등 권력분립의 원리나 구체적인 사회적 기본권 조항에 비추어 대부분 국가의 헌법제정권자의 의사를 그렇게 확대하여 이해하기는 어렵다는 반론이 가능하다.

사회적 기본권의 침해에 대한 사법적 구제는 제 1세대 기본권의 침해에 대한 사법적 구제와는 물론 성격이 다르다. 사회적 기본권의 침해에 대한 사법적 구제에 “弱한 權利/弱한 司法的 救濟”라는 전형이 있을 수 있다. “協力的 憲法主義”는 다양한 분파를 가지고 있는데, 그 중 하나인 對話理論에 의하면, 법원의 경우 입법작용이나 행정작용에서 볼 수 있는 “決定機能”보다는 “熟慮機能”이 권력작용의 중요한 한 부분을 구성하므로, 약한 권리

29) Mark Tushnet, WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW AND “CORE” CIVIL LIBERTIES, 41 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1, (Winter, 2006).

가 약한 사법적 구제보다 선호된다. 그것은 약한 권리를 선호하는 것이 사법적 숙려기능에 보다 친근하기 때문이다. 협력적 헌법주의의 또 하나의 분파인 “사법권의 민주적 결핍”을 강조하는 입장에 의하면, 권리에 대한 광범위하고 깊은 이해보다는 구체적 사건을 해결하는 것을 사법권의 본질로 보게 되므로, 약한 사법적 구제보다는 기존의 헌법구도를 흔들지 않는 약한 권리를 보다 선호하게 된다. “전통적 권력분립론자”들도 비슷한 입장인 바, 사법권은 권력분립주의 하에서 구체적 사건을 전제로 구체적으로 사법적 구제를 행함을 그 권력작용의 본질로 보게 되므로 헌법상 사법적 권력작용에 대하여 일국의 정치과정에서 추정적 권위가 인정되는 것이 아니다. 따라서 약한 사법적 구제보다는 약한 권리를 선호하게 된다. 즉 약한 사법적 구제는 집행권의 담당자가 법원모욕죄에 해당하지 않는 한, 자유롭게 법원의 판결을 부인할 수 있는 약점을 가지고 있는 바, 따라서 약한 권리를 선호하게 된다는 것이다. 이러한 약한 권리 선호입장은 사회적 기본권에 관한 우리나라의 다수설인 추상적 권리설과 비슷한 결과가 된다.

그러나 對話理論의 일부 분파에 의하면, 사법부의 기능중 “강제적 측면”과 “대화적 측면” 모두가 헌법상 “통치작용”라는 관점에서 중시 되므로, “약한 권리/약한 사법적 구제”라는 형태의 소극적 접근방식은 지양된다. 이들의 견해에 의하면 약한 권리를 통하여 사회적 기본권을 취급하게 되면, 권리에 대한 보다 깊은 이해나, 사회문화적 관점에서 권리에 대한 열린 이해를 상실한다고 본다.³⁰⁾ 즉 사법부의 역할 중 대화적 기능을 통하여 입법자가 간과한 부분 내지 입법자의 정책적 우선결정으로 인한 法的 空白을 보충하는 역할을 봉쇄한다고 본다. 만약 법원이 약한 사법적 구제를 택한다면, 그러한 선택은 다른 부서의 협력을 요할 뿐만 아니라, 법원의 일반적인 구제수단과는 다른 구제수단이 갖는 복합적 성격으로 인하여 역시 입법적 공백을 효율적으로 치유하기 어렵다. 즉 헌법적 관점에서 통치기관간 경쟁적인 정치적 결정이나 정책적 결정이 행해질 수 밖에 없는 권력분립주의 통치구조하에서 사법부가 독자적 정치적 대표성을 갖추지 않는 한, 약한 사법적 구제결정 정도로는 입법부나 집행권을 구속하기는 어렵다는 것이다. 입법부나 집행권의 良識을 전제하더라도 입법자의 관점에 따른 정책적 선호 또는 입법부 고유의 다수주의 내지 非正義로운 입법의 가능성, 권력작용과정에서의 복잡성 등으로 인한 “권력의 不活性化”은 여전히 치유되지 못한다. 특히 약한 사법적 구제가 강제성이 없는 한 행정적 차원에서 여전히 권력의 불활성은 남게 될 것이다. 따라서 이러한 입장의 대화이론에 따르면, 최소한 하나는 강한 형태를 띄어야 하는 바, 이때 “弱한 권리/강한 사법적 구제”와 “강한 권리/弱한 사법적 구제”는 상호 트레이드 오프(trade-off)관계에 있게 된다. 이러한 진보적 입장은 일부 사회적 집단소송에서 부분적으로 실현되고 있지만, 향후 원고들 스스로

30) Sunstein이 갈파한 바와 같이 규범과 권리에 대한 본질적 이해는 규범과 권리를 둘러싼 사회문화적 범위의 광도와 밀접하게 관련을 갖는다.

사법부결정의 집행을 감시할 수 있는 제도랄지, 판결의 집행 등에 있어 집행권의 위반이나 해태가 있는 경우 법원의 추가 심판을 구할 수 있는 등 제도의 보완이 필요할 것이다. 또한 이러한 경우에 최소한 사법적 구제에 강제성이나 금지적 성격이 부가되어야 할 것이고, 집행의 위반이나 해태에 대하여 법원에 보고할 것을 명할 필요가 있게 된다.

5. 既存 兩分法의 相對性: 積極的 기본권/消極的 기본권

우리는 헌법상 기본권을 권리의 성격에 따라 “적극적 기본권(positive rights)”과 “소극적 기본권(negative rights)”으로 구분하고 있다. 주지하다시피 소극적 기본권이란 국민의 주관적 공권으로서 방어적 성격을 가지며, 권리를 침해하는 특정 국가작용을 금지하는 것을 내용으로 하는 권리이고, 적극적 기본권이란 국민에게 특정한 급부를 제공할 것을 정부에 교화하는 성격과 내용을 갖는 권리로서 사회보장수급권, 의료에의 권리, 인간다운 주거생활에 관한 권리 등이 이에 속한다. 사회적 기본권은 대표적으로 적극적 기본권영역에 속하며, 그 내용이 광범위하고 정치경제적·철학적으로 복잡한 양상을 띄고 있어, 司法的 잣대를 통하여 이를 구체적으로 어떻게 구현시킬 수 있는가하는 문제는 전술한 바와 같이 어려운 문제가 아닐 수 없다.³¹⁾ 사회적 기본권이 부분적으로 법정에서 권리로서 보장받는 경우에도, 이는 개인적 차원의 문제일 뿐이고, 법치주의랄지 보다 고차원의 헌법이념과 관계를 갖는 체계적이고 일반적인 성격의 문제로서 받아들여지지 않고 있다.

자유권적 기본권과 달리 사회적 기본권과 헌법은 水平的 構圖를 갖는다. 즉 고권적 지위의 국가와 개인의 자유라는 수직적 구도와 달리 사회적 기본권은 소득분배적 문제로서 의회차원에서 프로그램적 성격을 갖는 것으로 취급되거나, 국가와 시민간의 문제가 아닌 사용자와 노동자간의 문제로서 수평적 구도 하에 놓이게 된다는 것이다. 따라서 사회적 기본권은 헌법의 해석자로서 사법부가 기능하기 어려운 영역이 된다. 그러나 이러한 논의의 중심에 있는 권력분립이론의 핵심은 사실 立法權과 行政權에 관한 것으로 양 권력이 상호 다른 영역에 있는 권력작용을 침해해서는 안 된다는 것이다. 이로써 絶對權力的 출현을 방지하고 시민의 자유를 보장할 수 있다는 헌법원칙이다. 그렇다면 권력분립주의 내지 헌법이 기초하고 있는 민주적 정당성의 원리는 사법부가 공적 문제를 일반적으로 취급하는 것은 사법권의 본질에 반하므로 허용되지 않는다는 것만을 그 직접명제로 한다. 즉 입법권 및 행정권과 달리 사법부가 사법작용을 통하여 다른 권력영역을 침범할 수 있는가, 침범할 수 있다면 그 정도는 어떠한가 등에 관하여는 權力分立主義가 침묵하

31) 예컨대 근로권의 완전한 보장을 헌법에 규정하면서 정부가 완전고용정책에 실패한 경우 왜 사법적 잣대로 이를 심판하지 못하는가에 관하여 특별한 논의가 없는 것이 그 한 예이다.

고 있다. 사법부가 다른 부서에 비하여 민주적 대표성이 부족하고, 따라서 입법작용이나 행정작용적 성격의 권력작용은 헌법에 명문의 근거를 갖는 경우에 한하여 행사할 수 있다고 제한적으로 본다면, 최소한 왜 적극적 기본권과 소극적 기본권을 준별하고, 소극적 기본권과 달리 적극적 기본권에 관하여는 사법부가 실효적 統治權能을 행사하지 못하는가에 관하여 재고해는 볼 필요가 있다. 즉 권력분립이론 어디에도 헌법상 적극적 기본권을 소극적 기본권과 달리 취급할 수 없다는 직접적 답은 없기 때문이다.

다른 한편 보다 구체적으로 “司法權의 본질론”으로부터 사회적 기본권을 배제시키는 관점이 있어 왔다. 즉 앞에서도 잠깐 언급한 바와 같이 사법부는 누가 국가예산의 수혜자인가를 결정할 권능이 없으며, 법관은 그러한 결정을 할 훈련을 받은 자들이 아니라는 것이다. 이러한 전통적 관념과 이론의 지지자들은 특정 의료혜택이나, 주거에의 권리를 어떻게 배분할 것인가에 관하여 법관은 전문적 기술적 또는 체계적 정책결정을 할 수 없다거나,³²⁾ 사회적 기본권을 실체적으로 구현시킬 경우 정부예산에 심각한 타격이 발생할 것이라고 한다.³³⁾ 그러나 기존의 적극적 기본권과 소극적 기본권 분류가 절대적인 것인가에 관하여 의문이 드는 것은 당연하다. 예컨대 가장 전통적인 소극적 기본권의 하나인 생명권은 국가가 특정한 극단적인 경우가 아니면 국민의 생명을 박탈할 수 없다는 방어적 성격의 권리지만, 국가는 기본권의 적극적 보호의무에 따라 형사정책적으로 범죄로부터 국민의 생명을 지킬 헌법적 의무가 있으며, 어떤 경우에는 오히려 적법하게 안락사를 허용하고 있다. 즉 생명권과 같은 소극적 기본권의 경우에도 국가의 보호의무 내지 공공정책적 필요에 따라 헌법의 “수평적 구도의 문제(horizontal effect)”³⁴⁾ 혹은 적극적 기본권과 같은 차원의 문제가 발생하는 것이다. 따라서 우리는 이러한 二分法이 절대적으로 사법부의 憲法的 權能을 가르는 기준이 된다고 하기 어렵다.

V. 結 語

우리는 국가생활을 함에 있어 헌법상 기본권을 향유한다. 그것은 전통적으로 자유와 평등이라는 방어적 성격의 것이었다. 자유와 형식적 기회균등은 사회적 약자그룹의 보호를 위한 社會的 基本權의 문제를 야기하고 있다. 대륙법계국가의 風趣를 갖는 국제사회에서의 인권정치는 이미 세계인권선언이나 국제인권규약, EU차원의 인권보장체계를 단

32) 캐나다 퀘벡주 의료시스템에 관한 권리를 둘러싼 Chaoulli 사건이 대표적 예가 된다.

33) 대표적으로 남아 공화국 헌법재판소 선례가 그 한 예가 된다.

34) 국가와 시민간의 우월적 수직적 구도를 넘어 생명권을 둘러싸고 형사정책적으로 수평적 구도의 문제가 발생할 수 있으며, 생명권의 침해금지를 넘어 일정한 경우에는 인권의 존엄을 위하여 안락사라는 국가의 적극적 관여가 오히려 합헌적일 수가 있다는 것이다.

생시킨 바 있으며, 후진국그룹을 위한 국제인권규약 B랄지, 20세기 말 EU차원의 사회권에 관한 헌장 등은 국제사회에서의 인권보장의 확대를 결과한 바 있다. 또한 성문의 硬性憲法을 가지고 있지 않는 영국이나, 독특한 성격의 연방헌법을 가지고 있는 미국 등 대표적 보통법계 국가의 헌법을 제외하면, 많은 국가의 헌법이 사회권적 기본권에 관하여 헌법에서 명시적으로 규정을 두고 있다. 그러나 UN이나 국제기구의 경우 원리적으로 국가정치에 비하여 책임확보가 어렵고, 예산제약도 크기 때문에 사회적 기본권에 관한 인권규약이 제대로 집행되기 어렵다. 또한 국내적으로도 사회적 기본권의 실현은 입법권과 행정권 등 정치영역의 문제로 취급되고 있으며, 그 권리로서의 성격은 미약하다. 그러나 자유시장체제에 대한 Sen의 새로운 시각, 헌법재판에 있어 적극적 사법주의, 기존의 도식적 헌법이론체제에 대한 비판적 시각 등 조심스럽게 사회적 기본권을 재조명해 볼 필요가 있다고 본다.

참고문헌

권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2001.

김기영, 「헌법강의」, 박영사, 2002.

김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.

허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001.

Jeff Kenner, Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility, in Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights 1, 2 (Tamara Hervey & Jeff Kenner eds., 2003).

Philip Alston, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, in Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO 7-8 (Virginia A. Leary & Daniel Warner eds., 2006).

First published as 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, 13 European Journal of Int'l L. 457 (2004).

Brian Langille, The ILO and the New Economy: Recent Development, 15 Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel. 229.

Eddy Lee, Globalization and Labour Standards: A Review of the Issues, 136 Int'l Lab. Rev. 173 (1997).

- Europe and the Politics of Capabilities (Robert Salais & Robert Villeneuve eds., 2004).
- Brian Langille, Int'l Inst. For Labour Studies, What is International Labour Law For?(2005).
- Jude Brown, Simon Deakin & Brian Wilkinson, Capabilities, Social Rights and European Market Integration, in Europe and the Politics of Capabilities 205, 205 (Robert Salais & Robert Villeneuve eds., 2004).
- Ferdinand Melin-Soucramanien, Le Principe d'Egalite dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel 219-21 (1997).
- Mark Tushnet, WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW AND "CORE" CIVIL LIBERTIES, 41 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1, (Winter, 2006).

<ABSTRACT>

The Social Rights

- Commentary on its Constitutional Formulation and Judicial Review -

Kim, Ki-Yong

As the political framework had changed over the 20th century, we witnessed the constitutional mandate transform correspondingly. The original form of constitution, as were uniquely originated from the US, just dictated a limited set of liberty interests of citizens, while largely embracing an American vision of federal states. To say, the constitution, in terms of its intrinsic role related with a political unity, is fairly simple as well as focuses on the establishment or distribution of the constitutional powers, which also ensures the legitimacy and democratic rule of the government on the constitutional ground. This means the first emphasis is given to the constitution of government as literally given while the human rights are just subsidiary or rebounding by limiting the governmental powers to the constitutional language. Whereas little provisions on the due process of law, right to a jury trial and so, matter with the human rights in the US constitution setting aside the subsequent amendments, the human rights scheme was placed most importantly as a key framework in the European constitutional states. The right-based constitutional approach, as inviolable and endowed in nature, heavily influenced the later-born constitutions that evolved upon the international constitutionalism. Such approach could blur the traditional concept of common law rights, a gradual increase of socialistic welfarism, the political nature of the constitutions from philosophical dicta and so on. A sharp emphasis of public rights through the ground law of nations, at last, left a plethora of legal issues debated, but unresolved, which range, for some instances, over the conflict of national and international laws, the enforcement dilemma of social rights, and the democratic deficit of international constitutionalism. The social

rights, incorporated by many states into their constitutional documents have long been open to a scholarly debate surrounding its justiciability, judicial possibility of its enforcement, and separation of powers. Normally, it is perceived that the social rights could neither concrete nor enforceable lacking a definitive scope or contents. The judiciary may regard it as mere prescriptive unless the legislative authority takes a step to enact or delineate them into any enforceable laws. The social rights, as frequently dealt with in the international dimension, are much worse given the less political accountability or budgetary constraints. Not the least though, we could have identified a rising judicial activism that stressed their critical implications linked to the fundamental right of first generation. Sen, a nobel economist, enlightened that one's liberty could not be perfect under the discriminated social condition, and the German court delimited the constitutional liberties in ways of incorporating the prescription of social rights into viable commandments. Mark Tushnet, an American constitutional jurist, also suggested a weak-form judicial review that could improve the judicial setback relying on the traditional notion of separation of powers.

주제어 : 사회적 기본권, 미국헌법, 유럽사회헌장, 약한 형태의 사법심사, 적극적/소극적 기본구조

key words : the social rights, US Constitution EU Charter of the Fundamental Social rights, weak-form judicial review, positive/negative right