

헌법재판연구원

제5회

# 국제학술 심포지엄

The 5th International Symposium of  
the Constitutional Research Institute

S O C I A L

EQUALITY

“사회적 평등 - 이념과  
실현의 국제비교”

Social Equality - Comparative Analysis of  
the Idea and Realization



Constitutional Court of Korea  
Constitutional Research Institute



# 개 회 사

지난 세기 후반, 특히 2007년 세계적인 재정위기를 겪으면서 사회의 양극화 및 사회통합은 시대의 의제가 되었습니다. 자본과 노동의 불균형, 대기업·중소기업·영세상공업 등으로 자본의 분열, 특히 정규직과 비정규직으로 노동의 분열, 고용과 소득, 그리고 복지의 불안정 및 연계적 불평등 등이 시대의 의제에 포섭되는 대표적인 주제들입니다. 그리고 오늘날 대부분의 국가, 그리고 개인이 이러한 상황과 문제에 처해 있습니다. 이와 같은 새로운 상황과 문제는 전통적인 헌법의 이념인 평등의 기능에 의문을 제기하지만 동시에 평등의 이념에 새로운 기대가 모아지는 계기가 되기도 합니다. 특히 이러한 상황과 문제는 기본적으로 평등의 관심이지만 불평등이 깊어지는 결과 개인의 자유를 행사하기 위하여 필요한 조건을 상실하게 된다는 점에서 자유권을 포함한 헌법 전체의 문제이기도 합니다.

평등은 가장 야심적인 헌법이념이지만, 이는 동시에 평등의 실현은 불가능하다는 의미를 내포하고 있습니다. 모든 사람이 보유한 능력과 능력이 실현되는 환경이 기본적으로 다르기 때문입니다. ‘사회적 평등’은 더욱 도전적인 헌법의 과제입니다. ‘사회적 관점’을 투입하는 기준, ‘사회적 상황’과 ‘사회적 목표’에 대한 판단, 이를 실현할 ‘국가 및 사회의 능력’이 모두 규범적 문제인 동시에 현실적 문제이기 때문입니다. 이에 이번 심포지엄에서는 이러한 주제와 관련하여 호주, 독일, 일본의 대표적인 학자를 초빙하여 의견을 듣고 나누는 기회로 삼고자 합니다. 호주의 경우 독자적인 (헌)법문화와 체계를 보유하고 있음에도 불구하고 우리나라에 잘 알려져 있지 않았지만, 이번 기회에 사회적 평등의 이념과 실현에 관한 경험, 그리고 헌법 체계 전반에 대한 정보를 얻어 비교헌법적 지식의 지평을 넓힐 수 있게 될 것입니다. 독일의 경우 헌법 전반에 관한 논의 상황이 널리 알려져 있고, 또 우리 헌법재판실무에도 적지 않은 영향을 미쳤습니다. 이번 발표를 통하여 기본적으로 사회정책적인 과제의 성격을 갖는 사회적 평등의 문제를 헌법구조에 편입하여 논의하면서 헌법과 정치의 기능 분담을 새롭게 정리하는 기회가 될 것으로 기대합니다. 가깝지만 먼 나라 일본은 그동안 우리 학계와의 교류가 정체돼 있었습니다. 이에 두 나라가 공유

하는 문제에 대한 헌법규범 및 실무, 그리고 이론의 기반을 제공하여 다시 밀접한 학문공동체를 형성하게 될 수 있으리라 믿습니다. 세 나라의 발표자들의 입장에서 보면 지리적으로, 그리고 문화적으로 멀리 있는 한국의 상황과 문제, 그리고 이에 관한 헌법적 논의가 많은 부분 유사하다는 점에서 비교헌법적 담론을 풍부하게 하는 성과가 있을 것입니다.

이번 학술심포지엄에 흔쾌히 참석해 주신 Amelia Simpson, Ulrich Becker, Ogata Takeshi 교수님, 그리고 학기 중 바쁜 시간을 내어 사회와 발표 및 토론을 맡아 주신 한국의 참석자분들께 감사의 마음을 표합니다. 마지막으로 학술심포지엄의 개최와 성공을 위하여 아낌없이 지원하고 관심을 가져 주신 박한철 헌법재판소장님께 감사드립니다.

2016년 11월 25일

헌법재판연구원장 **전 광 석**

# 축사

존경하는 내외 귀빈 여러분!

바쁜 일정에도 불구하고, 헌법재판연구원이 주최하는 제5회 국제학술심포지엄에 참석해 주신 데 대하여 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 특히 아멜리아 심슨(Amelia Simpson) 호주 국립대학교 교수님, 울리히 베커(Ulrich Becker) 뮌헨 사회법과 사회정책 막스플랑크 연구소 소장님, 오가타 타케시(尾形健) 도시샤 대학 교수님께서서는 귀한 발표를 위해 한국까지 먼 길을 와 주셨습니다.

훌륭한 발표를 준비해 주신 김종철 교수님과 사회를 맡아 주신 이종수, 김복기 교수님, 그리고 좋은 토론을 준비해 주신 여러분께도 감사드립니다.

헌법재판연구원은 2013년 ‘복지영역에서 헌법재판의 역할’이라는 주제로 국제학술대회를 연 바 있습니다. 그 바탕 위에서 오늘 사회구조의 변화와 새로운 사회문제의 출현, 이에 대응하여 사회적 평등을 구현하는 길을 국제적으로 비교하고 논의하게 된 것을 매우 의미 있게 생각합니다.

최근 고용불안정, 교육기회의 차등, 인종·문화 갈등 등으로 인한 소득 양극화, 그에 따른 사회의 양극화 현상이 전 세계적으로 나타나고 있습니다. 이에 따라 다양한 경제적·사회적 영역에서 계층 사이의 이해관계 상충과 사회적 대립이 크게 증가하고 있습니다.

과거 문제되지 아니한 새로운 사회적 갈등이 나타나기도 하고 이미 존재하여 온 갈등을 증폭시켜 균열된 사회를 초래하기도 합니다. 최근 미국 대통령 선거에서 트럼프 후보의 당선, 영국의 유럽연합 탈퇴 국민투표 결과 등은 이러한 분노와 불신이 표출된 것이라고 볼 수 있습니다.

이러한 사회갈등을 해결하고 사회의 통합을 이루기 위해서, 모든 이가 동등한 인간으로서 소중하게 대우받을 수 있도록 사회적 평등을 실현하고, 이를 헌법적 가치로 보장하여야 할 필요성이 있습니다.

점점 개인의 자유와 기본권을 행사할 수 있는 실질적인 조건을 마련하는 것이라 말로 진정으로 기본적 인권을 보장하고 헌법질서를 수호하는데 필수불가결하다는 인식이 강조되고 있습니다.

공동체의 사회보장에 대한 구성원들의 기대가 점점 커지고 있으며, 헌법재판 기관과 사법부를 통하여 사회경제적 영역에서 실질적 평등을 구현하려는 요청이 늘고 있습니다. 그런데 상이한 헌법과 법문화 전통에 따라, 나라별로 헌법적 접근과 사회적 평등의 실현 방법은 다양하게 나타납니다.

예를 들어 한국 헌법은 인간다운 생활을 할 권리 등 여러 사회적 기본권을 헌법에 규정하고 있지만, 사회국가 원리만을 규정한 헌법, 사회적 권리에 대한 직접적 언급이 없는 헌법도 있습니다. 사회적 평등의 문제를 다루는 전문법원이 따로 있는지 여부나 헌법소원 등 구체적인 소송제도가 어떠한지도 나라마다 다릅니다. 헌법 규범과 제도의 차이와 상관없이, 세계 각국의 헌법재판기관들은, 헌법과 법률의 틀 안에서 인간의 존엄성을 지키고 사회적 평등을 최대한 실현하기 위하여 노력하고 있습니다.

이에 따라 사회적 평등의 실현 방법론으로, 사회적 기본권뿐만 아니라, 평등 심사, 연금과 관련된 재산권 심사 등 다양한 측면에서의 논의가 있습니다. 하지만 여러 수준 높은 연구 성과에도 불구하고, 사회적 평등을 구현하는 최적의 해답이 무엇인지는 아직 명확하게 드러나지 않았습니다. 앞으로도 계속 사회문제가 발생한 그 사회의 현실에 근거를 두고, 헌법이론과 해석을 발전시켜 나가야 할 과제입니다.

따라서 오늘 다양한 제도와 헌법을 운용하고 있는 나라들의 경험과 지혜를 모은 주제발표와 토론을 통하여, 서로의 현황과 해법을 비교하고 배우며 의견을 교환하게 된 것은 매우 소중한 기회입니다.

이를 통하여, 사회적 평등의 구현과 복지의 확충 방안, 국가의 책임 범위, 사회적 평등의 실체법적 실현과 절차적인 보장 방안, 헌법재판기관의 역할 등에 대한 비교법적 논의가 더욱 풍성해지기를 기원합니다. 그 바탕 위에서 사회적 평등의 보장에 관한 헌법재판이 더욱 깊이 있고 실효성 있는 권리구제 수단으로 발전할 것입니다.

끝으로 오늘 국제학술대회를 기획하고 준비하신 관계자 여러분 모두에게 진심으로 감사드립니다. 오늘 학술대회가 성황리에 마무리되기를 소망합니다. 감사합니다.

2016년 11월 25일

헌법재판소장 **박한철**



# 프로그램

2016. 11. 25 | 헌법재판소 대강당(1F)

13:00-13:30	등록		
13:30-13:50	개회식		
	개회사	전광석	헌법재판연구원장
	축사	박한철	헌법재판소장
제1세션	사회	이종수	연세대학교 교수
13:50-14:40	호주의 사회적 평등 : 시간이 잊어버린 헌법 (Social Equality in Australia : the Constitution that Time Forgot)		
	발표	Amelia Simpson	호주국립대학교 교수
	토론	오현	헌법재판소 헌법연구관
14:40-15:30	독일 사법체계 내 사회적 평등 (Soziale Gleichheit in der deutschen Rechtsordnung)		
	발표	Ulrich Becker	독일 사회법·사회정책 막스플랑크 연구소 소장
	토론	공진성	헌법재판연구원 교수
15:30-15:50	휴식		
제2세션	사회	김복기	서울대학교 교수
15:50-16:40	사회적 평등과 헌법 - 일본 헌법의 관점에서 (社会的平等と憲法—日本国憲法の観点から)		
	발표	尾形健	일본 동지사대학교 교수
	토론	정영훈	헌법재판연구원 책임연구관
16:40-17:30	한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점		
	발표	김종철	연세대학교 교수
	토론	차진아	고려대학교 교수
17:30-18:00	종합토론		
18:00-18:10	폐회식		

# Program

2016. 11. 25 | 헌법재판소 대강당(1F)

13:00-13:30	Registration		
13:30-13:50	<b>Opening Ceremony</b>		
	Opening Remarks	Cheon, Kwang Seok	President, Constitutional Research Institute
	Congratulatory Remarks	Park, Han-Chul	President, Constitutional Court of Korea
<b>Session 1</b>	<b>Moderator</b>	Lee, Jong Soo	Professor, Yonsei University
	<b>Social Equality in Australia : the Constitution that Time Forgot</b>		
13:50-14:40	Speaker	Amelia Simpson	Professor, Australian National University, Australia
	Discussant	Oue, Hwon	Research Judge, Constitutional Court of Korea
	<b>Social Equality in the German Judicial System (Soziale Gleichheit in der deutschen Rechtsordnung)</b>		
14:40-15:30	Speaker	Ulrich Becker	Professor, Director, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Germany
	Discussant	Kong, Jinseong	Professor, Constitutional Research Institute
15:30-15:50	Coffee Break		
<b>Session 2</b>	<b>Moderator</b>	Kim, Bok-gi	Professor, Seoul National University
	<b>Social Equality and Constitution - From the Japanese Constitutional Law Perspective (社会的平等と憲法——日本国憲法の観点から)</b>		
15:50-16:40	Speaker	Takeshi Ogata	Professor, Doshisha University, Japan
	Discussant	Jung, Younghoon	Senior Research Officer, Constitutional Research Institute
	<b>Constitution and Social Equality in Korea : Current State and Legal Issues</b>		
16:40-17:30	Speaker	Kim, Jongcheol	Professor, Yonsei University
	Discussant	Cha, Jina	Professor, Korea University
17:30-18:00	Discussion and Q&A Session		
18:00-18:10	<b>Closing Ceremony</b>		





**SESSION 1**

Presentation 1

**호주의 사회적 평등 :  
시간이 잊어버린 헌법**

**Social Equality in Australia : the  
Constitution that Time Forgot**

**Amelia Simpson**

Professor, Australian National University, Australia



# 호주의 사회적 평등 : 시간이 잊어버린 헌법

Amelia Simpson  
호주국립대학교 교수

## 목차

- I. 호주의 사회적 평등의 현 주소
- II. 사회적 평등 및 호주 헌법의 프레임(Constitutional Framework)
- III. 사회적 평등이 헌법 해석에 미치는 영향
- IV. '헌법에 준하는(Quasi - Constitutional)' 보호라는 헛된 생각
- V. 향후 전망과 결론



호주의 헌법 질서는 기타 자유 민주주의 국가들의 헌법 질서와 몇 가지 차이가 있다. 호주 헌법 질서는 비교 가능한 다른 국가들의 헌법이 전형적으로 보호하고 있는 개인의 권리를 어떠한 포괄적인 방식으로도 보호하지 못하고 있다. 이는 사회적 평등을 포함한 개인의 권리가 호주의 법과 사회에서 인식되지 않고 있음을 의미하는 것은 아니다. 본 발표문은 비록 주로 헌법 이외에서이기는 하지만, 사회적 평등의 가치가 호주 법률에 표현되어 있음을 설명할 것이다. 사실, 호주는 헌법적 보장이 없는 상태에서 사회적 평등과 같은 사회적 가치가 어떻게 전개되는지에 대한 흥미로운 사례를 제시한다.

호주 국민에게 사회적 평등의 중요성에 대해 물어보면 해당인은 사회적 평등이 호주 사회의 중심에 놓인 가치라고 꽤 자랑스럽게 답할 가능성이 높다. 이는 의식적으로 재차 요구되고 있고 중요한 정치사회적 슬로건인 ‘균등한 기회(Fair Go)’ 뿐만 아니라 ‘기회의 땅’이라는 호주의 자아적 이미지에 사로잡힌 발상이다. 하지만 똑 같은 사람에게 법이 사회적 평등의 확보에 어떻게 기여하고 있는지를 물어본다면 이에 대해 분명한 답을 내놓지 못할 가능성이 크다. 다른 많은 국가 국민들의 경우, 최고법원이 적극적으로 사회적 평등의 가치에 의미를 부여하고 있음을 일부 지각하고 있는 반면, 호주 국민들은 이러한 지각이 없다. 그도 그럴 것이, 호주의 헌법적 질서는 사회적 평등의 내용을 정의하는데 있어서 법원과 판사에게 작은 역할만을 부여한다. 오히려, 행정부와 입법부가 사회적 평등의 내용을 대부분 정의한다.

호주의 경험은 형식적인 헌법의 보장이 없을 때에도, 특정한 유형의 사회적 평등-평등주의와 공리주의가 가미된 사회적 평등-이 번성할 수도 있다는 것을 보여준다. 그러한 사회적 평등 모델은 호주에 이미 존재하고 있는 극단적인 다수결 민주주의 환경에서 지속될 수 있다. 그러나 사회적 평등의 개념이 정치력이 거의 없는 소수 집단을 보호할 것을 예정한다면 호주식 모델은 실패작이다. 호주에서 사회적 평등권을 요구하는 수적으로 우세하고 조직화된, 노동자나 여성과 같은 집단은 민주적으로 선출된 호주 의회로부터 가장 광범위한 보호를 얻어내고 있다. 반면 호주 원주민, 이민자 및 장애인을 비롯해 정치력이 거의 없고 더욱 소외된 집단은 그들의 인권을 확보하기 위한 법적, 정치적 장치를 작동시키는데 충분히 성공적이지 못해왔다.

사회적 평등에 대해 정의하고 그것을 확보하는 작업에서 상당 부분 정치성이 배제(Depoliticizing, 탈정치화) 되지 않는 한, 그리고 정치성이 배제될 때까지, 소외된 집단은 계속해서 호주에서 제대로 보호받지 못할 것이다. 이를 해결하기 위한 한 가지 방법은 호주 헌법을 개정하여 특정한 개인의 권리를 보장하고 그 같은 권리의 본질을 명시하는 주도적인 역할을 사법부에 부여하는 것이다. 최근 몇 년 간 이같은 제안에 대해서 기나긴 논의가 진행되어 왔지만, 예상된 바와 같이 호주와 같은 강력한 다수결 정치 문화에서 이러한 제안은 성공적인 지지를 이끌어내지 못했다. 다른 민주주의 국가들이 취약한 소수 집단을 보호하는 방식에 대해서, 그리고 사회적 평등의 발전을 확보하는데 있어서 헌법적 보장이 수행하는 중심 역할에 대해서 호주 국민들의 인식을 향상시키는 것이 더 나은 변화를 향해 나아가는 첫 걸음이 될 수도 있다.

## 1. 호주의 사회적 평등의 현 주소

호주가 어떻게 사회적 평등의 목표를 평가하는지 기술하기에 앞서, 발표자가 해당 용어에 부여하는 의미를 명확히 할 필요가 있다. ‘사회적 평등’의 의미와 본질에 대하여 논하는 상당한 문헌이 이미 존재하기 때문에, 여기서는 그 중요한 작업에 대해 논하는 것을 시도하지는 않겠지만, 호주의 사회적 평등의 현 주소에 대한 발표자의 관찰과 평가를 설명하기 위한 한도에서의 정의를 제공하겠다. 호주의 헌법 문



서에는 일반적인 평등의 원칙에 대한 상세한 설명이 없기 때문에, 발표자가 출발점으로 사용할 수 있는 호주만의 자생적인 표현이 없다. 발표자는 대신 국제 및 국내 법원의 관련 판결과 국제적인 철학 논쟁을 기초로, 모든 이들에 대한 사회적 포용 내지 존중, 다양한 기회의 보편적 제공과 일정 정도의 생필품 제공 등을 포괄하는 광의의 용어로 ‘사회적 평등’을 사용할 것이다.<sup>1)</sup>

이러한 이해를 바탕으로 보았을 때 호주의 자국민을 위한 사회적 평등 확보의 기록은 긍정적으로 평가한다 하더라도 엇갈린 평가를 내릴 수밖에 없다. 호주가 적어도 한때는 일부 사회적 평등 조치에 대해 진보적이라는 명성을 누렸었을 수도 있겠지만, 아마도 오늘날에는 정치인을 제외한 호주 국민 대부분은 그렇게 주장하지는 않을 것이다. 이 장에서는 평등 조치에 특히 관심을 보이는(전체는 아니더라도) 일부 사회 집단의 관점에서 사회적 평등의 현주소를 탐색할 것이다. 그 일부 사회 집단 중 일을 할 수 없거나 일자리를 찾을 수 없는 노동자, 여성, 장애인 혹은 병자, 호주 원주민과 새로운 이주민에 초점을 맞추기로 한다. 본 발표문은 호주에서의 불평등한 대우에 취약한 집단의 전체 목록을 다루고자 하는 것이 아니라 불평등한 대우를 받고 있는 위 일부 집단에 대하여 전체적으로 살펴보고자 한다.

역사적인 관점에서 보았을 때, 호주는 노동자를 위한 양질의 최저임금을 보장해 왔으며 대부분의 국민들을 대상으로 제대로 작동되는 복지 안전망을 상당히 성공적으로 제공해왔다. 호주의 노조는 항상 강건하였고 정치적인 영향력을 발휘해왔다. 호주가 독립국가의 지위를 얻은 지 얼마 되지 않아 국내법을 통해 높은 수준의 최저임금이 설정되었다. 그 유명한 하베스터 판결을 통해 중재법원 판사가 공식화한 최저임금, 즉 ‘생활임금(Living Wage)’은 5인 가족의 ‘적절한 안락함(Modest Comfort)’을 확보하기 위해 책정되었다.<sup>2)</sup> 중앙집권적으로 최저임금을 결정하는 전통은 호주에서 유지되어 왔고, 과거와 같이 높은 최저임금 수준을 유지하고 있지 않음에도 불구하고 다른 부유한 자유 민주주의 국가들과 비교했을 때 호주의 최저임금은 여전히 최저임금을 받는 노동자들에게 상대적으로 더 나은 생활수준을 보장하고 있다. 다시 한 번 일부 ‘비교 가능한’ 민주주의 국가들과 비교해 보았을 때, 호주의 복지 안전망은 역사적으로 적절한 수준을 유지해 왔고, 안정적으로 초당적 지지를 누려왔다. 지난 수 십 년 간 보편적인 의료 및 의약품 보장, 실업수당, 노령 및 장애 수당 등이 제공되어 왔고, 해당 부문에 대한 급진적인 개혁은 일반적으로 정치적 지지를 얻지 못했다. 그럼에도 불구하고 복지 혜택이 점진적으로 줄어들고, 수급 요건이 까다로워지면서 빈곤률이 OECD평균을 상회하는 수준으로 증가했다.<sup>3)</sup> 추적 연구에 따르면 호주 원주민, 장애인, 장기 실업자 및 편부모 가정이 특히 고착화된 빈곤으로 인해 고통 받을 가능성이 높다.<sup>4)</sup>

1) David Miller, ‘Equality and Justice’, (1997) 10 Ratio 222 ; Hugh Collins, ‘Discrimination, Equality and Social Inclusion’ (2003) 66 Modern Law Review 16 ; Sandra Fredman, ‘Europe with a Social Face : Equality and Social Rights in the European Union’ (2001) 22 Industrial Law Journal 1467 ; Carina Fourie, ‘What is Social Equality? An Analysis of Status Equality as a Strongly Egalitarian Ideal’ (2012) 18 Res Publica 107 ; Vriend v Alberta [1998] SCR 493 ; Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000 (11) BCLR 1169 (CC) 1175.  
2) Ex parte H.V. McKay (1907) 2 CAR 1(Harvester Case).  
3) Australian Council of Social Service, Poverty in Australia Report : 2016, ACOSS, Sydney, 2016. (<http://www.acoss.org.au/wp-content/uploads/2016/10/Poverty-in-Australia-2016.pdf>)  
4) Roger Wilkins, The Household, Income and Labour Dynamics in Australia Survey : Selected Findings from Waves 1 to 14 (‘HILDA Report’), Melbourne Institute of Applied Economic and Social Research, University of Melbourne, 2016, Ch 8.

양성평등에 관해서는 대다수의 호주 국민들이 자국을 이 분야의 개척자로 간주하고 있다. 그러한 명성은 여성에게 참정권을 부여하는데 있어서 호주가 실제로 세계에서 주도적 역할을 했던 100년 전이나 걸맞은 것일지도 모른다. 현재 세계경제포럼(World Economic Forum)의 글로벌 양성격차 순위에서 36위를 차지하고 있는 호주는 오늘날 양성평등을 국가적 자부심의 출처로 제시하기 어렵다.<sup>5)</sup> 교육에 있어서 양성격차는 완전히 사라졌음에도 불구하고, 임금 및 노동시장 참여에 있어서 양성평등의 목표를 향한 발전은 상당히 더디 진행되고 있다.<sup>6)</sup> 자랑스러운 시작에도 불구하고, 현재 세계경제포럼의 통계에 따르면, 호주에서의 여성의 정치적인 권리 신장(Political Empowerment)은 미약하다. 특히 최근 10년 전만해도 호주가 세계경제포럼 통계의 거의 모든 부문에 걸쳐 훨씬 더 높은 순위를 차지했던 것을 생각해 보면 이는 매우 실망스럽지 않을 수 없다.

장애인의 지위를 인정하고 이들에 대한 지원을 제공함에 있어, 호주는 다시 한 번 자국이 정책을 주도해 왔다고 주장할 수 있다. 1908년에 도입된 병자를 위한 장애 연금은 장애인에게 사회적 지위를 얻고 독립할 수단을 제공했다. 그러나 다시 한 번 이처럼 훌륭한 시작에도 불구하고 호주는 동시대를 위한 정책 기조를 설정하지는 못했다. 2010년까지 장애인에게 제공된 몇 가지 복지 조치에 있어서 호주의 순위는 OECD 국가 중 바닥으로 추락했다.<sup>7)</sup> 호주 정부의 존경받는 생산성 위원회(Productivity Commission)는 당시 장애 지원 시스템이 ‘자금이 부족하고, 불공정하고, 파편화되어 있었을 뿐만 아니라 비효율적’이었다고 선언하고, 뿌리부터 가지에 이르기까지 해당 시스템에 대한 대대적인 점검이 필요하다고 권고했다.<sup>8)</sup> 이에 대한 초당적인 정책 대응으로 도입된 국가장애보험제도(National Disability Insurance Scheme)는 제도의 경제성에 대한 논란과 우려가 여전히 끈질기게 따라붙고 있으며 아직 국민의 폭넓은 지지를 확보하지 못하고 있다.<sup>9)</sup>

마지막으로, 그리고 그 무엇보다 가장 중요한 것은 호주 주류 사회의 주목과 관심을 얻는데 가장 큰 어려움을 겪는 소외 집단이 있다는 것이다. 이 집단에는 특히 호주 원주민과 최근에 호주에 이민을 온 이민자들이 포함된다. 이러한 취약 집단을 위해 양질의 사회적 평등 수단을 확보해 주려고 하는 호주의 노력은 최소한도에 그치고 있다. 동 취약 집단은 건국 직후부터 오늘날에 이르기까지 기껏해야 무시를 당하거

([http://www.melbourneinstitute.com/downloads/hilda/Stat\\_Report/statreport\\_2016.pdf](http://www.melbourneinstitute.com/downloads/hilda/Stat_Report/statreport_2016.pdf))

5) 세계경제포럼(World Economic Forum), The Global Gender Gap Report 2015, 10th판, Geneva, 2015, 90-91.  
6) Bankwest Curtin Economics Centre and Workplace Gender Equality Agency, Gender Equity Insights 2016 : Inside Australia's Gender Pay Gap, Research Report : WGEA Gender Equity Series, Sydney 2016.  
([https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/BCEC\\_WGEA\\_Gender\\_Pay\\_Equity\\_Insights\\_2016\\_Report.pdf](https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/BCEC_WGEA_Gender_Pay_Equity_Insights_2016_Report.pdf)) ; Workplace Gender Equality Agency, Gender Workplace Statistics at a Glance, WGEA Fact Sheet series, Sydney 2016.  
([https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Stats\\_at\\_a\\_Glance.pdf](https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Stats_at_a_Glance.pdf))  
7) 경제협력개발기구(OECD), Sickness, Disability and Work - Breaking the Barriers : a synthesis of findings across OECD countries, Paris, 2010.  
8) Productivity Commission, Disability Care and Support, Productivity Commission Inquiry Report no 54, 2011년 7월 31일, Canberra.  
9) 참조, 예를 들어, 'Disability scheme deserves all our support', Editorial, The Age, 2016년 7월 24 ; Harriet Tatham, 'Indifference towards NDIS concerns north Queensland disability provider', ABC News Online, 2016년 9월 26일 ; Sue O'Reilly, 'How the disability sector is being uberised', The Australian Financial Review, 2016년 10월 6일 ; Michael Owen, 'Adelaide mum tells of the nightmare of NDIS system chaos', The Australian, 2016년 9월 16일 ; Nicholas Stuart, 'Who's paying for the NDIS? Crucial details bedevil roll-out', Sydney Morning Herald, 2015년 8월 25일 ; Professor Simon Darcy, 'Stop, go back, the NDIS board shake-up is going the wrong way', [www.theconversation.com.au](http://www.theconversation.com.au), 2015년 7월 31일.



나 더 최악의 경우 적극적으로 희생되어 왔다. 호주 원주민이 겪고 있는 불이익은 헌법 문제와 밀접하게 관련되어 있기 때문에 잠시 후에 다시 설명하기로 한다. 여기에서는 호주 당국의 원주민에 대한 처우—적극적인 의미에서의 희생 및 소극적인 의미에서의 무시를 모두 포함해—가 원주민들을 계속 좌절하게 하고 절망시키고 있다는 사실에 주목하는 것으로도 충분하다. 다수의 선량한 호주 국민들도 이를 수치스럽게 생각하고 있으며, 국제 공공 및 민간 단체들도 이를 비판하고 있다.<sup>10)</sup>

이민자는 호주사회의 인정을 받고, 사회적 평등권을 확보하는데 어려움을 겪고 있는 호주 사회의 또 다른 집단이다. 이와 관련해 심지어 더욱 소외된 인구 집단은 호주로의 서류미비 이민(Undocumented Immigrants)을 시도한 사람들이다. 아동을 포함하여 그러한 시도를 한 다수는 끔찍한 환경에 장기간 구금되어 있다. 이들 중 호주 사회에 입국이 허용된 사람들은 (호주 원주민 및 다른 인종 혹은 소수 민족의 일원과 동일하게) 직업, 주거, 공공시설 이용 및 모든 제품과 서비스의 제공 등에 있어서 인종 차별을 금지하는 국가 법률의 적용을 받는다.<sup>11)</sup> 해당 법률에 대해서는 이후 논의에서 다룰 것이다.

결론적으로, 호주에서의 사회적 평등에 대한 인식은 명백하게 다수결에 기반을 두고 있다. 정부는 항상 주류의 의견과 이익에 영합해 왔고, 따라서 극히 일부 예외적인 경우를 제외하고, 법과 정책은 그 같은 다수의 편의를 위하거나 다수가 수용할 수 있는 경우에만 사회적 평등의 원칙을 반영한다는 것을 그리 놀라운 일이 아니다. 선거권의 평등은 중앙집권화된 임금결정, 점진적인 소득과세, 보편적인 의료보장, 양질의 공교육, 대학교육을 위한 높은 수준의 지원, 연금과 기타 혜택 등 ‘일반인’들이 동의하는 모든 것에 대한 지속되는 지지로 해석되어 왔다. 반면, 정치 시스템에 영향력을 미치는데 비전문적인 소수 집단은 사회적 지위, 인정 및 존중과 같은 그들에게 특별히 중요한 사회적 평등을 성취하기 위한 진전을 거의 이루지 못했다. 호주 헌법의 본질과 내용은 사회적 평등을 향한 이처럼 편향된 접근법을 설명하는데 있어 절대적으로 중요한 위치를 차지하고 있다. 본 논문의 나머지 부분은 이런 관계를 설명할 것이다.

## II. 사회적 평등 및 호주 헌법의 프레임(Constitutional Framework)

호주의 성문헌법은 평등에 대한 폭넓고 일반적인 보장을 포함하고 있지 않다. 이런 관점에서 호주의 성문헌법은 자유 민주주의의 헌법 중에서도 상당히 드물고 독특하다고 할 수 있다. 이 같은 상황이 어떻게 발생했는지 이해하기 위해서는 호주의 헌법의 시작과 유산에 대하여 어느 정도 이해해야 할 필요가 있다. 영국 식민지배자들이 당도하기 전, 오늘날 호주라 불리는 땅에는 자신들만의 법 체계를 가지고 살고 있는 원주민들이 있었다. 그럼에도 불구하고 영국은 호주를 ‘무주지(Terra Nullius)’, 즉 비어있는 땅이라 선언했고, 식민지 시대에 영국인들이 수입한 법률과 헌법 원칙이 계속 현대 호주 법률의 시스템을 떠받치고 있다. 영국 시스템의 정부는 가장 중요한 신조인 ‘의회 우위(Parliamentary Supremacy)’, 즉 무제한의 권한을 가진 입법부를 유지시키기 위한 노력으로 가장 잘 알려져 있다. 이러한 정부 철학을 뒷

10) The United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review : Australia, A/HRC/31/14, 2016년 1월 13일 ; The United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Findings on the Native Title Amendment Act 1998 (Cth), UN Doc ERD/C/54/Misc.40/Rev.2 (1999년 3월 18일) ; Sarah Pritchard (ed), Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights, 1998.

11) 인종차별금지법 1975 (Cth).



받침하고 있는 것은(사법부와 같이 임명된 구성원들로 구성된 기관이 아닌) 민주주의적으로 구성된 기관들이 평화와 번영을 가장 잘 보장할 수 있다는 믿음이다. 호주의 독립에 대한 논의와 협상이 진행되었던 시기에 공리주의적인 사회적 선을 성취하기 위한 기반으로 강력한 입법부를 유지해야 한다는 이러한 발상은 절정에 달했다.<sup>12)</sup>

독립 국가인 호주를 위한 새로운 헌법초안을 작성하는데 있어서 이러한 과정을 선도적으로 이끌던 이들은 매우 다른 미국 헌법 모델도 충분히 고려했다.<sup>13)</sup> 그러나 초안 작성자들이 일차적으로 주목한 것은 호주 국민들이 그들만의 기초 문서를 위한 프레임워크로 채택했던 연방정부 메커니즘이었다. 호주는 6개의 전 영국 식민지의 연합으로 탄생했고, 여전히 연합을 유지하고 있다. 각각의 이전 식민지는 새로운 연방정부 안에서 주(州)가 되었다. 미국 헌법의 다른 현저한 특징인 권리장전(Bill of Rights)은 호주에서 그다지 큰 주목을 받지 못했다. 헌법초안 작성자 중 소수는 열거된 개인의 권리를 보호하기 위하여 사법부에 권한을 위임하는 것에 관심을 가졌지만, 다수는 이 같은 선택지에 대해 열의가 없었다. 사실, 다수는 이를 무지몽매하고 잘못된 판단으로 인해 발생된, 입법부와 민주주의 절차에 대한 신뢰 부족의 산물로 간주하면서 미국 헌법의 권리 장전을 혹평했다.

헌법초안작성 그룹 내부의 이 같은 지배적인 의견 및 실질적으로는 영국 의회로부터 최종안에 대한 승인을 받아야 할 필요가 있었기 때문에, 개인의 권리에 대한 언급은 거의 없고 주와 국가 정부 간의 권력 분할에 일차적으로 중점을 둔 호주 헌법이 탄생했다. 호주 헌법 문서는 과거에도 그랬고 지금도 여전히 시민과 정부 사이에 맺어진 어떤 종류의 협약이기 보다는 정치 구성단위 간에 맺어진 협약이다. 호주 헌법은 개인들은 몇 안 되는 개인의 헌법적 권리를 보장할 뿐이고, 그나마 이러한 보장들도 거의 대부분은 일부 연방 구조적 목적에 부차적으로 발생되어 보장되는 것이다. 예를 들어 ‘어떤 주에 상주하는 시민이 기타 다른 주에서 어떠한 종류의 장애와 차별의 대상이 되어서는 안 된다’는 것을 보장하는 헌법 조항이 있지만, 해당 조항은 국가의 일체감을 훼손하는 편협한 지역주의 정책을 억제하기 위해 포함된 것이다. 즉, 해당 조항이 일부 제한된 상황에서 개인을 보호하는 것은 단지 부수적인 결과에 불과한 것이다.<sup>14)</sup> 헌법 어디를 찾아봐도 자신의 출신 주(州) 안에서 개인을 차별로부터 보호하는 조항이 없다.

호주 헌법은 개인의 특정한 권리에 대해 일부 제한된 보호를 제공하는 기타 조항들을 몇 개 포함하는데, 이런 조항들은 흩어져 있다. 이러한 조항 중 두드러진 것은 배심원에 의한 재판의 보장, 종교적 자유를 위한 보호 및 재산이 강제 수용되었을 때 보상에 대한 권리이다.<sup>15)</sup> 그러나 각 조항은 아주 특별한 일련의 상황에 놓인 개인만이 혜택을 볼 수 있도록 좁게 해석되어왔다. 이는 헌법초안이 작성되고 제정되었던 시기의 지배적인 견해와 일치한다. 즉, 문명화된 정치 조직에서는 민주적으로 선출된 의회가 개인의 권리를 보호할 것이라는 신뢰를 가져야 하고, 사법부에 그러한 권한을 부여하는 것은 불필요할 뿐만 아

12) A V Dicey, *Law of the Constitution*, 10th판, 1959 ; George WInterton, ‘The British Grundnorm : Parliamentary Supremacy Re-examined’ (1976) 92 *Law Quarterly Review* 591.

13) Harrison Moore, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 2nd판, 1910.

14) Amelia Simpson, ‘The (Limited) Significance of the Individual in Section 117 State Residence Discrimination’ (2008) 32 *Melbourne University Law Review* 639.

15) 헌법 ss 80, 116, 51(xxxi).



나라 입법부의 무결성에 대한 모욕으로 보는 관점이 바로 그것이다.

호주 헌법이 제정된 이후 헌법 본문에 대한 극소수의 개정이 있었을 뿐이다. 헌법 개정 절차는 복잡하고 국민투표에서 거의 불가능에 가까운 ‘이중 다수결(Double Majority)’을 요구하고 있기에 구조적으로 변화를 가져오기가 어렵다. 이중 다수결은 호주 6개 주 중 적어도 4개 주에서 다수결을 확보할 것과 전국 차원에서의 과반 투표를 확보할 것을 요구한다. 여기서 참고로, 매우 드물기는 하지만 강화된 사회적 평등의 약속에 따라 3개의 조문이 공식적으로 개정되었다. 호주 국민들은 1946년 다음에 사항에 대하여 의회에 새로운 입법 권한을 부여하기 위한 헌법 개정을 표결했다 :

s 51(23 A) : ‘출산 수당, 미망인 연금, 아동 수당, 실업, 제약, 질병 및 병원 혜택, 의료 및 치과 서비스  
... 학생 혜택 및 가족 수당 ;’

오늘날 용어로 우리는 이를 ‘중산층 복지’ 권한이라 부르고, 이 용어는 왜 이러한 권한이 국민의 강력한 지지를 받아 도입되었는지를 설명해준다. 사회적 평등의 정신에 힘입어 개정된 것으로 보이는 헌법조문 개정은 1967년에도 이루어졌다. 그 이전에는 호주 헌법은 두 곳에서 호주 원주민을 명시적으로 언급하였다. 첫 번째는 호주 원주민은 인구 통계에 포함하는 것을 헌법으로 금지한다는 것이었고, 두 번째는 호주 원주민을 위한 특별법을 의회가 제정하지 못한다는 것이었다.<sup>16)</sup> 두 조항은 1967년에 삭제되었고, 그 당시의 공개 토론은 이와 같은 개혁이 호주 원주민의 사회적 평등에 있어서 전도유망한 개선으로 받아들여졌음을 확인시켜준다. 호주 원주민들도 이러한 개혁을 그와 같이 평가하였다.

따라서 그 시작은 불확실했지만, 결과적으로 사회적 평등의 가치는 호주 헌법 문언에 몇 가지 작은 기반을 마련해왔다. 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 것들은 이례적이었다는 결론을 피하기는 어렵다. 보다 거시적인 관점에서, 그리고 사회적 평등에 대한 현대적인 기준을 고려해보면, 호주의 헌법 문서는 실망스러울 수 밖에 없다. 모든 사회적 이견을 다수결 정치를 통해서 중재하도록 하는 것은 현대적인 기준으로 보았을 때 사회적 평등을 극대화하기 위한 합리적인 전략이 아니기 때문이다. 본 발표문 서두에 언급한 것처럼, 사회적 평등에 대한 현대의 철학적 컨센서스는, 다수결 민주주의가 이해하는 분배적 정의를 넘어서서, 사회적 평등을 훨씬 더 폭넓은 함의를 지닌 개념으로 인식한다. 더 정확히 말하면, 최근에는 사회적 평등이 ‘지위’에 대한 함의를 제공하는 것으로 여긴다. 즉, 다양한 관점과 필요에 대해서 기본적인 존중 및 인정을 요구하거나 우리 사회에 뿌리 깊은 특권과 지배를 불편하게 여기는 것이 그것이다.<sup>17)</sup> 이와 같이 보다 폭 넓은 사회적 평등의 표지들을 고려하였을 때 호주의 헌법은 비참하게 실패했다고 평가할 수 있다.

이러한 실패는 호주 원주민에 대한 현재 헌법의 입장에서 가장 분명하게 드러난다. 호주 원주민이 국가적 협약의 일원이 되고 그들이 호주의 국토와 풍부한 문화 전통의 특별한 연관성이 있다는 것을 인정하기는커녕, 현재의 헌법은 호주 원주민을 전혀 언급하지 않고 있다. 호주 원주민을 위한 보다 더 포용적인 처우에 대한 열망으로 인해 앞서 언급되었던 두 개의 호주 원주민 차별 조항이 1967년에 폐지되었지만, 비극적인

16) 헌법 ss 51(xxvi), 127.

17) 상기 n 1.

아이러니는 이로 인해 호주 원주민이 헌법 문서에서 완전히 지워졌다는 사실이다. 이것이 과연 만족할 만한 상황인지에 대한 토론이 수년 간 계속되어왔고, 가장 최근에는 변화에 탄력이 붙어 속도를 내고 있다. 헌법상의 호주 원주민 지위 인정을 위한 정치 캠페인에 대해서는 본 논문에서 다시 언급할 것이다. 요컨대, 다수결의 정치적 의지를 동력으로 활용해 사회적 평등을 구현할 수 있다는 측면에서, 즉 적어도 분배적 정의 개념의 일부를 추구할 수 있다는 측면에서, 호주 헌법은 사회적 평등을 쫓아오는 조력자로 간주될 수도 있다. 호주가 건국 초기부터 근로자를 위해 합리적인 수준의 최저임금을 계속 성공적으로 확보해 왔다는 것은 호주 헌법 모델이 사회적 평등의 가치를 어떻게 보호하고 발전 시켜 왔는지에 대한 한 가지 예를 제시한다. 다른 한편, 사회적 평등이 분배적 정의 이외에도 존중, 인정 및 비지배와 같은 사회적 지위를 확보하는 것을 목표로 한다는 것을 상정할 때, 호주 헌법 모델은 큰 도움이 되지 못해 왔다. 여기에서 그나마 긍정적으로 언급될 수 있는 것은 호주 헌법 모델이 포괄적인 차별금지 법안의 제정을 막지 않았다는 것이다. 그러나 호주 헌법 모델은 다른 사회적 평등의 ‘지위’의 측면—특히 호주 원주민, 새로운 이민자와 일반적이지 않은 종교적 소수 인종을 위한 지위의 측면—에 대한 주요 방안을 마련하기 위한 기반을 제공해 주지 않는다.

### III. 사회적 평등이 헌법 해석에 미치는 영향

다른 나라들의 헌법체계에서는 명시적인 평등보장이 눈에 잘 띄는 곳에 위치하고 있으며, 이러한 명시적인 보호가 사회적 평등의 발전에 있어서 얼마나 중요한 지 입증해온 바를 고려해볼 때, 호주 대법원 소송 당사자는 필연적으로 헌법 행간에 있는 유사한 보호를 찾아달라고 대법원에 촉구할 수 밖에 없다. 실제로 이미 호주 대법원 판사들은 창의적이며, 함축된 의미에 기반한 법리를 통해 이러한 인식된 호주 헌법의 흠결을 ‘정정(Correct)’해 달라는 요청을 정기적으로 받아왔다. 다수의 호주 학계 원로들은 일부 판사와 공인들과 함께 헌법이 평등권을 비롯한 권리를 명문의 규정으로 보호하고 있지 않은 점을 시정하기 위한 함축된 의미에 기반한 법리 적용의 장점을 수십 년에 걸쳐 공개적으로 토론해왔다.<sup>18)</sup> 그러나 1990년대 리스 대 연방<sup>19)</sup> 과 크루거 대 연방<sup>20)</sup> 이라는 두 사건에서 호주 대법원은 호주 헌법이 개인의 평등에 관해 폭넓고 묵시적인 보장을 담고 있다는 판결을 내리기를 단호히 거부했다. 심지어 대법원은 최근 몇 십 년 동안 입법권의 묵시적 한계—가장 중요하게는 정치적 평등의 보장, 그 다음표현의 자유 보호—를 추론할 준비를 해온 반면, 보다 폭넓은 평등 원칙에 대한 제안은 결정적인 다수에 의해 너무 멀리 나간 것으로 간주되었다.<sup>21)</sup> 요컨대, 대법원의 다수 대법관들은 그와 같은 평등의 묵시적 보장이 필연적으로 그리고 극적으로 정책 우선순위를 결정하는 사법부의 권한 확대에 이어질 것이라 말했

18) Leslie Zines, ‘A Judicially Created Bill of Rights’ (1994) 16 Sydney Law Review 166 ; Geoffrey Lindell, ‘Recent Developments in the Judicial Interpretation of the Australian Constitution’ in Lindell (ed) Future Directions in Australian Constitutional Law (Federation Press : 1994) ; Cheryl Saunders, ‘Concepts of Equality in the Constitution’ in Lindell (ed), as above.

19) (1992) 174 CLR 455.

20) (1997) 190 CLR 1.

21) Amelia Simpson, ‘Treachery or Heroism? The Judgment of Justices Deane and Toohey in Leeth v Commonwealth’ in Andrew Lynch (ed) Great Australian Dissents (Cambridge University Press : 2016).



다. 그렇게 되면 호주 헌법의 기본가치에 부합하지 않을 수 있다고 주장했다. 호주 헌법 기초에 이러한 전면적인 변화를 일으킬 수 있는 단 하나의 정당한 수단은 공식적인 헌법개정 메커니즘이라고 했다. 리스 와 크루거 사건에서 폭넓은 일반적인 평등의 원칙을 인정하지 않는 가운데, 일부 대법관들이 – 재판 상 평등한 정의(Equal Justice)의 개념 혹은 그 유사개념 등 – 함축된 의미에 기초한 법리를 통해 더 좁은 의미의 평등보호 확보 가능성을 논의했다는 점은 주목할 만하다.<sup>22)</sup> 이러한 대안은 사실상 엄격히 철 차적인 것으로 이해되며, 평등의 실질적인 개념과는 전혀 관련되지 않는 것으로 이해된다. 따라서 사회적 평등을 확보하는데 있어서 이러한 대안이 기여하는 부분은 기껏해야 최소한에 불과할 수 있다. 물론 사회적 평등이 독자적인 목시적 권리로 인정받지 못하는 동안이라도, 사회적 평등의 가치가 여전히 호주 헌법해석에 좀 더 미묘하고 간접적인 영향을 줄 수 있는 가능성이 있다. 호주에서 실제로 그러한 영향을 미치고 있지만, 이는 주변부에 국한되어왔다. 앞서 설명한 바와 같이, 사회적 평등은 건국 당시 호주 헌법을 형성한 가치가 아니었다. 호주의 판사들이 역사를 해석의 출발점으로 받아들이는 경향이 있는 한에서는, 사회적 평등의 가치가 헌법 원칙의 발전에 영향을 미칠 기회는 거의 없었다. 실제로, 지난 수 십 년간 대법원은 역사적 이해와 동기를 중대시하는 경향이 있었다. 그러나 자주는 아니어도 다른 영감의 근거가 헌법적 의미에 대한 분쟁 해결에 영향을 준 경우가 있었다. 이러한 해석지침으로 참고한 사항으로는 첫째, 현대의 사회적 가치, 둘째, 국제법 및 비교법이 포함되어 있었다. 때로는 역사적 정보에 바탕을 둔 해석이 현대의 사회적 가치 혹은 국제법 및 비교법에서 나온 논제와 잘 부합하는 것처럼 보인다. 그러나 대개 역사는 헌법원칙의 의미에 대해 대안적인 현대의 기준과는 다른 결론을 시사한다. 따라서 법원은 대립되는 해석 사이에서 반드시 선택을 해야 한다. 사회적 평등 문제를 제기한 헌법 소송 가운데 많은 사례를 비롯하여 해석상 견해 차이로 인한 이런 종류의 충돌 사례는 셀 수 없을 만큼 많다. 목시적인 평등원칙을 고려하였으나 부인한, 앞서 언급된 리스 와 크루거 판결 모두 해석철학의 차이로 인한 충돌을 중점적으로 다뤘다. 이 판결들과 다른 많은 사건들에서 현대의 가치와 국제적인 영감(International Inspiration)에 의지하여 사회적 평등의 발전을 유리한 방향으로 전개시킬 수 있었던 일종의 해석 전략은 결실을 맺지 못했다. 이 시점에서 이하에서 언급할 논점에 대한 배경으로서 호주의 사법체계에 관한 두 가지 사항을 언급하고자 한다. 첫째, 국제법과의 관계에 있어서 호주는 이원적 체계를 갖고 있다. 즉, 호주가 국제 조약 및 협약 당사국이 되었을 때, 조약 및 협약에 따른 의무가 호주 국내법에 바로 수용되지 않기 때문에 이를 호주 법원에서 집행할 수 없다.<sup>23)</sup> 따라서 호주가 모든 주요 국제인권규약 가입국이어도 이러한 노력은 헌법 맥락에서, 그 밖에 다른 국내 관할권 행사에 있어서 사법판단과는 절대적으로 무관하다.<sup>24)</sup> 두 번째 사항은 호주의 사법 방법에 관한 것이다. 호주에서는 다수의 구성원으로 구성된 재판부의 판사는 자신만의 판결을 작성하거나 또는 여러 명의 의견에 가담하는 방식을 취할 수 있다. 따라서, 실제로는 꽤 흔하게, 판사가

22) *Leeth v Commonwealth* (1992) 174 CLR 455, 475, 480 (Brennan J), 501–2 (Gaudron 대법관) ; *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1, 112 (Gaudron 대법관)

23) *Wurridjal v Commonwealth* (2009) 237 CLR 309, at [271] (Kirby 대법관).

24) *Horta v Commonwealth* (1994) 181 CLR 183.

반대결과를 지지하는 별도의 이유를 작성해 당해 사건에서의 대법원의 결정에 반대할 수 있다.<sup>25)</sup> 현대적인 대안에 더 많은 관심을 기울일 것을 지지하고, 해석 지침으로서 역사적 자료에 대한 관심은 줄여야 한다고 일관성 있게 주장하며 대법원과는 반대의 목소리를 내 온 일부 대법관들이 있다. 대법원이 이런 조건에서 훨씬 더 효과적인 인권 보호자가 될 수 있다는 공동의 믿음이 해당 대법관들에게 강한 동기를 부여하고 있다. 헌법의미의 현대적 근거에 대한 열성적인 대법원의 첫 옹호론자는 1975년에 대법원에 합류한 라이오넬 머피 대법관이다.<sup>26)</sup> 머피 대법관은 너무 많은 논란을 일으킨 인물이어서 그가 대법원을 떠났을 때 그와 뜻을 같이하는 그의 후임 판사들은 덜 도발적이고 양극화를 덜 부추기는 방식으로 자신들의 입장을 표명하고자 애썼다. 후임판사인 딘 대법관, 투헤이 대법관과 고드론 대법관은 변혁의 ‘메이슨 법원 시대(Mason Court Era)’의 중추들이었고, 주류 의견에 보다 가까이 접근해 진보주의적 해석을 위한 자리를 협상하는데 성공한 것처럼 보였다. 1996년부터 2009년까지 재직할 마이클 커비 대법관은 헌법 해석에 있어서 역사적 근거에 관심을 덜 기울여야 한다고 부단히 주장했다.<sup>27)</sup> 커비 대법관은 자신의 논지를 주장하기 위해 대법원의 결정에 자주 반대 의견을 냈고, 결과적으로 영향력에 타격을 받았다.<sup>28)</sup>

사회적 평등의 가치가 사법부의 헌법해석에 뚜렷한 영향을 미쳐온 몇 안 되는 극소수 맥락이 있었다. 그러한 모든 사건에서는 반대 입장에서 사회적 평등에 가장 유리한 해석을 옹호하는 판사들이 있었다. 이 같이 권리를 보호하는 반대 입장을 위해 가장 폭넓게 논의된 맥락은 소위 ‘인종의 권한(Races Power)’—‘특별법을 제정할 필요가 있다고 여겨지는 인종의 국민’을 위해 법을 제정하는 국민 의회의 권한—과 관련되어 있다.<sup>29)</sup> 가장 최근의 사건들에서, 의회로 하여금 부당한 대우를 당한 인종 혹은 민족 집단을 지목하게 할 수 있을 만큼 대법원이 충분히 강력한 지 여부를 놓고 대법원은 분열되었다. 하나의 가능성 있는 해석은 식별된 집단에게 유리한 법을 제정하는 것으로 권한을 국한시키는 것이다.<sup>30)</sup> 그러나 인권으로서의 차별금지 발상에 영향을 받은 이런 후자의 관점은 아직까지 다수의 승인을 얻지 못하고 있다.<sup>31)</sup> 아직까지 이 문제가 정면으로 다루진 바는 없으며, 대법원이 현대적인 가치의 편을 들어 역사를 간과하거나 경시하기로 결심하기 전까지는 차별금지의 추상적인 가치에 영향을 받은 ‘인종의 권한’의 전망은 빈약하다.

마찬가지로 인종에 대한 질문도 사회적 평등의 가치에 영향을 받은 또 다른 주목할 만한 반대 입장의 중심에 놓여 있었다. 영토를 통치하는 국민 의회의 매우 폭넓은 권한을 고려하는데 있어서—즉 연방체제

25) Andrew Lynch, ‘Dissent : The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia’ (2003) 27 Melbourne University Law Review 724.

26) Michael Coper and George Williams (eds), Justice Lionel Murphy : Influential or Merely Prescient? (Federation Press, 1997) ; James Stellios, Zines’s The High Court and the Constitution, 6th edition (Federation Press, 2015), 632–4.

27) 예를 들어, Newcrest Mining (WA) Pty Ltd v Commonwealth (1997) 190 CLR 513 참조.

28) Andrew Lynch, ‘Taking Delight in Being Contrary, Worried About Being a Loner or Simply Indifferent : How do Judges Really Feel about Dissent?’ (2004) 32 Federal Law Review 311.

29) 헌법s 51(xxvi).

30) Kartinyeri v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs (1998) 195 CLR 337.

31) Western Australia v Commonwealth (원주민 권리법 소송) (1995) 183 CLR 373 ; Kartinyeri v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs (1998) 195 CLR 337.



안에서 독립된 주로서의 지위를 가지지 못한 지역들—대법원은 그런 폭넓은 권한이 의회로 하여금 해당 지역들에서 대량학살을 야기하는 정책을 도입할 수 있게 한다고 해석해야 하는지 여부에 대해 질문을 받았다.

이런 질문은 평등의 묵시적 보장 가능성과 관련하여 앞서 언급했던 크루거사건에서 발생했다. 크루거 소송의 원고는 수 천 명의 호주 원주민 아동들을 가족과 지역사회로부터 ‘제거’해 정부나 교회가 운영하는 시설에 배치하는 것을 가능하게 했던, 오래 전에 폐지된 국가법의 헌법적 정당성에 대해 이의를 제기했다. 이런 비극적인 ‘빼앗긴 세대(Stolen Generations)’를 통해 개인과 지역사회에 가해진 피해가 현대의 범죄인 대량학살의 요건을 충족한다고 크루거 사건에서 제시되었다. 매리 고드론 대법관은 원칙적으로 국제법에 따라 극악한 범죄에 달하는 행위는 연방 의회의 입법 권한의 범위 내에 결코 있어서는 안 된다고 판결을 내린 유일한 대법관이었다.<sup>32)</sup> 다른 대법관 중에는 의회의 권한이 너무나 제약 받지 않는다고 말하거나, 이러한 맥락에서 대량학살이라는 주장은 이를 뒷받침하는 사실적 근거가 없으므로 이유 없다고 한대법관도 있었다.

대법원은 보다 최근에 동성 커플이 이성 커플과 똑 같은 조건으로 결혼하는 것을 허용 했던 호주 연방 지역의 또 다른 지역 법에 우선하여 이를 무효화 하는 국민 의회의 능력을 인정했다. 대법원은 국가 법을 ‘결혼’에 대한 의회 권한의 정당한 행사로 인정했다.<sup>33)</sup> 대법원은 만장일치 의견으로 지역 법이 사회적 평등 원칙의 더 나은 구현이 되었을 수도 있었다는 사실에 대해서 호주헌법상 국가 법이 지역 법을 성공적으로 대체할 수 있는지 여부와는 전혀 무관하다고 보았다.<sup>34)</sup> 대법원은 ‘결혼’을 정의하는 국민 의회의 권한이 국제법 혹은 현대의 사회적 가치와 관련해 제약 받지 않는다고 주장했다. 이러한 입장에 놓인 전세계의 많은 다른 대법원들은 ‘결혼’이라는 용어를 여러 가지로 해석할 수 있다고 보고 해당 용어에 인권 원칙과 일치하는 의미를 부여한 반면, 호주 대법원은 특별히 더 애를 써서 그러한 해석을 피해갔다. 이 과정에서, 만장일치 의견은 ‘현재 다른 법체계에서는 동성 간의 결혼을 허용한다. … 본 법원이 어떻게 왜 동성 간의 결혼이 발생했는지 검토하는 것은 유용하지도 적절하지도 않다.’고 말했다.<sup>35)</sup>

따라서 사회적 평등은 호주의 헌법 재판에서 기껏해야 배경이 되는 고려사항이었던 것이다. 이러한 원칙의 영향은 통상적으로 반대 이유에서만 볼 수가 있다. 대법원을 부분적으로 변호하자면 사회적 평등성의 가치는 적어도 헌법 영역 밖에 있는 다른 사법판단에 영향을 미친다고 말 할 수도 있다. 예컨대, ‘코먼로(Common Law)’ 원칙(헌법 영역 외에서의 법관법)의 발전에 있어서 대법원은 호주 원주민을 위한 ‘원주민 소유’ 토지권을 인정하기 위한 근거의 일환으로 유명하게도 사회적 평등 주제를 적용했다. 마보 대 퀸즐랜드(No.2)<sup>36)</sup> 판결은 호주에서 가장 잘 알려진 가장 유명한 판결 중 하나이다. — 그러나 지금 논의에서 결정적인 부분은 이 판결은 성문 헌법에 관한 판단이 아니었다는 점이다. 개인의 권리에 대한 후자의 의도적인 침묵은 현대적인 대안보다 지침의 역사적 출처를 더 강하게 선호하는 대법원

32) *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1, 107.

33) *Commonwealth v ACT (the Marriage Equality Case)* [2013] HCA 55.

34) *Ibid* at [14] (French CJ, Hayne, Crennan, Kiefel, Bell and Keane 대법관)

35) *Ibid* at [37].

36) (1992) 175 CLR 1.

에 의해 증폭되었다.

대법원이 해석 과정에서 평등 가치의 증진을 뚜렷하게 꺼리는 것과 더불어, 평등 문제에 대한 헌법의 사실상의 침묵으로 인해 적어도 대법원은 다른 헌법재판소들이 직면한 어려운 문제들로부터 보호되었다. 전세계 다른 헌법재판소들은 평등과 자유와 같이 대립되는 권리를 조화시켜야 하는 어려운 문제를 일상적으로 마주하고 있지만, 호주에서는 이러한 문제가 동일한 방식으로 호주 사법부의 관심을 요구하지 않는다. 판사들이 대립되는 추상적 가치의 절충을 촉구 받게 되면 법적 권리 수단의 해석자로서 그렇게 할 것이다. 이러한 자격 하에서 판사들의 재량은 여러 방식으로 제약되고, 궁극적으로는 입법에 의해 반복될 수 있는 대상이 된다. 마찬가지로 자유와 평등은 모두 ‘코먼로’ 가치-즉, 불법 행위법, 계약법 및 형평법과 같은 분야의 판례법 발달에 영향을 준 가치들-로 받아들여지는 반면, 법원이 여기에 부과할 수도 있는 우선순위는 입법 조치를 통해 반복될 수 있다. 이 모든 것이 의미하는 바는 사실상 자유와 평등 사이의 긴장은 거의 완전히 다수민주주의의 과정을 통해 중재된다는 것이다.

#### IV. ‘헌법에 준하는(Quasi – Constitutional)’ 보호라는 헛된 생각

이제는 호주의 헌법 전통이 정확하게 어떠한 방식과 이유로 사회적 평등의 가치를 빈약하게 인식하고 있는 지가 명확해져야 한다. 거의 규제 되지 않는 다수민주주의가 보통 선거권과 함께 배분적 정의 추구에 기여할 수도 있다는 제한된 의미에서만 사회적 평등의 가치는 헌법적으로 형성되었다. 마찬가지로 중요한 사회적 평등의 다른 차원, 즉 차별금지, 존중 및 인식의 원칙이 활발하게 작동하는 지위 관계와 관련된 사회적 평등도 규제되지 않는 다수민주주의의 조건을 통해 일반적으로 제대로 된 도움을 받지 못했다. 이러한 사회적 평등의 두 번째 차원이 정치 권한에 제약을 가한다는 사실을 받아들이지 않는 헌법 체제는, 일반적이지 않고 힘없는 소수민족을 모욕과 궁핍에 계속적으로 취약하게 만들 것이다. 그리고, 그러한 체제가 호주에 있다. 일부 판사와 정치인을 비롯해 일부 헌법 학자들도 사회적 평등의 두 번째 차원이 호주에서 일종의 헌법에 준하는(Quasi – Constitutional) 보호를 누리고 있다고 주장한다.<sup>37)</sup> 이러한 견해에 따르면, 인권의 원칙을 통해 영감을 얻거나 영향을 받은 법률을 포함해, 의회제정법 중에 일부는 초당적인 지지를 얻고 ‘특별한’ 위치를 차지하면서 오래 유지되고 있다.<sup>38)</sup> 이 이론의 한 줄기는 이러한 법률의 중요한 내용을 고려했을 때 의회가 이러한 법률을 혹은 법률의 주요 부분을 폐지하는 것이 부적절하다는 무언의 합의가 호주 정치 계층 간에 이뤄졌다고 주장한다.

정치적 합의를 통해 평등이 헌법에 준하는(Quasi – Constitutional) 보호를 누릴 수 있다는 발상에 대해서는 적어도 두 가지 중대한 반론이 나올 수 있다. 첫째, 많은 호주 정치 분석가들은 근본적인 사실적 전제, 즉, 차별금지 법안은 특별한 지위를 가지고 있기 때문에 폐지 혹은 비난으로부터 면책된다는 주장

37) James Spigelman, *Statutory Interpretation and Human Rights* (University of Queensland Press : 2008), 29 ; Dan Meagher, ‘The Principle of Legality as Clear Statement Rule : Significance and Problems’ (2014) 36 *Sydney Law Review* 413. For a critique, see Greg Craven, ‘Australian Constitutional Battlegrounds of the Twenty – First Century’ (1999) 20 *University of Queensland Law Journal* 250.

38) Cheryl Saunders and Megan Donaldson, ‘Values in Australian Constitutionalism’ in Davis, Richter and Saunders (eds), *An Inquiry into the Existence of Global Values : Through the Lens of Comparative Constitutional Law* (Hart, 2015) 15 at 21.



에 의문을 던질 것이다. 자유주의적 정치 비주류가 호주의 차별금지법 발상 그 자체를 장기간 공격해왔지만 최근 몇 년 간 이러한 반발의 일부가 주류화 되고 있다. 가장 최근에는 현재 집권 다수의 일부가 호주의 법률차원의 차별금지법 제도 안에 있는 기존의 인종 비방 금지에 대해 공개적으로 비난의 목소리를 높였고,<sup>39)</sup> 폐지하기 위해 노력하겠다고 맹세했다. 또한 많은 이들은 정치적 합의가 도덕적 깨달음에서 나온다는 암시에 저항할 것이다. 불법 이민자를 억제할 의도를 지닌 극단적이고 잔인한 정책에 대한 현재의 초당적인 정치적 지지, 즉 국제법에 명시된 호주의 인권 의무에 대한 명백한 위반은 정치적 합의가 도덕성과 특별한 관계를 맺는다는 발상을 반드시 약화시켜야 한다.

사회적 평등이 ‘헌법에 준하는(Quasi-Constitutional)’ 지위를 누린다는 발상에 대한 두 번째 반론은 관련 법률의 심각한 격차와 결함을 공격한다. 이러한 헌법에 준하는 지위를 누린다고 가장 많이 주장되는 차별금지 법안의 핵심 부분은 약한 집행 메커니즘을 공유하고, 청구인에게 복잡한 절차상의 요구를 한다. 더욱이, 차별금지 법안의 핵심 부분은 단편적인 입법조치에 의한 반복에 계속적으로 취약하다.<sup>40)</sup> 의회 위원회에 발의된 법안의 국제인권 의무 준수 여부를 평가하는 입법 감시기능이 최근 부여되었고, 이는 차별금지 보호를 의도치 않게 반복하는 것을 감소시키는데 성공할 수도 있다.<sup>41)</sup> 그러나 이러한 혁신도 차별금지 규칙을 고의적으로 우회하고자 하는 의회에 대한 추가적인 역지력을 제공하지 못한다. 가장 악명 높은 그 같이 명백한 우회 사례는 2007년에 발생했다. 특정 북부 호주 원주민 지역사회에 대한 호주 정부의 징벌적 ‘개입’과 관련해 표면적으로는 아동을 학대로부터 보호한다는 취지로 인종차별 금지법 1975년(Racial Discrimination Act 1975) (Cth)을 박탈한 것이다.<sup>42)</sup> 정부는 영향을 받은 지역사회, 즉 재산권, 재량지출 및 여가활동에 대한 침해로 받게 된 지역사회가 그들이 인종을 기준으로 지목되었다고 항의할 것을 당연히 예상했다. 호주 법에는 그러한 주장에 헌법적 기반이 없으므로, 의회는 선제적으로 그러한 주장을 배척할 수 있었고, 배척했다.

이처럼 골치 아픈 상황 이외에, 호주 원주민의 위치를 통해 차별금지 성문법이 공식적인 헌법의 평등 보장 기능을 대체할 수 없다는 점이 더욱 일반적으로 알려져야 한다. 사회적 평등을 추구하는 모든 국가에서 중요한 영역임에도 불구하고 차별 금지법은 현대적 이해에 바탕을 둔 사회적 평등을 보장하기 위한 유일한 혹은 심지어 가장 중요한 전제 조건이 아니다.

호주 원주민의 경우, 차별금지 법안이 고용차별 혹은 공공재 사용에 있어서의 차별에 피해를 입은 이들에게 해법을 제시할지 모르겠지만, 해당 법안을 호주의 이 특별한 집단을 위한 사회적 존중 및 인식의 부족과 같은 더 큰 문제를 해결하기 위해 동원할 수 없다. 호주 원주민들이 겪는 구조적 불이익은, 예를

39) 인종차별금지법 1975 (Cth), s 18C.

40) Dominique Allen, ‘Reducing the Burden of Proving Discrimination in Australia’ (2009) 31 Sydney Law Review 579 ; Beth Gaze, ‘The Sex Discrimination Act After Twenty Years : Achievements, Disappointments, Disillusionment and Alternatives’ (2004) 27 University of New South Wales Law Journal 914 ; Loretta de Plevitz, ‘The Briginshaw “Standard of Proof” in Anti-discrimination law : “Pointing with a Wavering Finger”’ (2003) 27 Melbourne University Law Review 308 ; Margaret Thornton, ‘Equivocations of Conciliation : the Resolution of Discrimination Complaints in Australia’ (1989) 52 Modern Law Review 733.

41) Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), Part 2 ; Commonwealth of Australia, Parliamentary Joint Committee on Human Rights, Guidance Note 1 (2012년 9월).

42) Northern Territory National Emergency Response Act 2007 (Cth) s 132 ; (Cth) ss 4, 6 ; (Cth)s4.



들어 통계에서 명백히 들어나는 조기 사망, 자살, 만성 질환, 문맹, 교육 수준, 감금, 아동 학대 및 약물 남용은 전면적인 헌법 개정을 요구한다. 다수주의 정치는 차별금지의 추상적인 원칙에 초당적인 의지를 보이고 있음에도 불구하고 지금까지 호주 원주민의 사회적 평등 보장에 실패하였다.

## V. 향후 전망과 결론

지금까지 직면한 모든 어려움에도 불구하고, 호주에서 헌법적 차원의 사회적 평등의 미래에 대해서 적어도 최근에는 약간 낙관적으로 바라볼 이유가 있다. 그 이유는 이미 앞서 설명했던 것처럼 헌법 본문을 개정하는 것은 매우 어렵지만, 최근 호주 원주민의 특별한 지위를 인정하는 법 개정에 대한 추진력이 힘을 받고 있기 때문이다. 총선이 있었고, 우선순위 및 정확히 어떠한 법적 형태로 인정해야 하는지를 놓고 호주 원주민 간 의견 차이를 좁히느라 올해는 발전 속도가 느렸다. 그럼에도 불구하고 많은 논자들은 가능한 최선의 결과를 추구하기 위해 모든 면에서 이러한 개혁과 결정의 중요성을 공동으로 인식하고 있음을 이러한 의견충돌이 반영한다고 주장한다.<sup>43)</sup> 이 같은 차이를 조정하면서 추진 동력이 너무 많이 상실되지 않기를 바란다.<sup>44)</sup>

실제로 국민의 무관심 및 비참여와 함께 추진동력상실은 개인의 권리 보장을 헌법화하려던 이전의 모든 노력을 좌절시켰다. 1988년에는 이상한 네거티브 공포 캠페인이 광범위한 관심을 끌고 난 후, 호주 국민들은 적당한 수준의 명시적인 개인의 권리보장목록을 수용하기 위한 국민투표 제안을 강력히 반대했다. 보다 최근에는 ‘국가 공공 자문위원회’가 작성한 호주 개인의 권리의 법적 지위에 관한 보고서는 헌법에 준하는 보호 모델의 대폭적인 확대를 권고했다.<sup>45)</sup> 그러나 그러한 주요 권고안을 의회는 거부했고, 대신 보다 작은 다양한 개혁이 진행되었다.

이러한 난국을 타개하기 위해 필요한 것은 변화의 제도적 옹호자이다. 구체적으로 말하자면, 사회적 평등권에 대한 헌법적 보호를 강화하기 위해서는 취약한 소수의 권리와 이익을 보다 이해하는 국민의 태도 변화 혹은 자유로이 적용할 수 있는 해석 도구 및 사법부의 역할에 대한 사법부의 태도에 근본적인 변화가 필요할 것이다. 그러한 변화가 하나라도(혹은 두 개 모두) 전개되기 전까지는 사회적 평등에 대한 현재의 일방적인 접근법이 호주 법에 지속될 것이다. 시간이 흘러 호주 국민들뿐만 아니라 판사들도 헌법적 예외에 점점 더 피로감을 느껴 다른 자유 민주주의 국가의 헌법에서, 그 중에서도 특히 사회적 평등에 관하여, 영감을 찾게 되길 바랄 수밖에 없다.

43) 참조, 특히, 정부 전용 웹페이지 : <http://www.recognise.org.au/why/recognise-what-is-proposed/>.

44) George Williams, ‘The plebiscite has damaged the chances of the Indigenous recognition referendum’, Sydney Morning Herald, 2016년 10월 16일.

45) National Human Rights Consultation, Report, 2009년 9월 : [/pan/94610/20100324-0000/www.humanrights-consultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Report\\_NationalHumanRightsConsultationReportDownloads.html#pdf](http://pan/94610/20100324-0000/www.humanrights-consultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Report_NationalHumanRightsConsultationReportDownloads.html#pdf)





# Social Equality in Australia : the Constitution that Time Forgot



**Amelia Simpson**

Professor, Australian National University

## Contents

- I . The Current State of Social Equality in Australia
- II . Social Equality and Australia's Constitutional Framework
- III . The Influence of Social Equality upon Constitutional Interpretation
- IV . The Chimera of 'Quasi – Constitutional' Protection
- V . Future Prospects and Conclusions



Australia's constitutional order stands apart from those of other liberal democracies. It fails to protect, in any comprehensive way, the individual rights that are typically safeguarded by the constitutions of otherwise comparable nations. That is not to suggest that those rights—including social equality—are unrecognised in Australian law or society. This paper will explain that the value of social equality does find expression within Australian law, albeit in mostly non-constitutional settings. Australia provides, in fact, an interesting case study in what happens to a societal value such as social equality—how it might manifest—in the absence of any constitutional guarantee.

If you were to ask an Australian about the significance of social equality, he or she would likely tell you, quite proudly, that it is a value lying at the very heart of Australian society. It is an idea that is captured in the ritually repeated demand for a 'fair go'—a political and social slogan that carries great weight—as well as in the Australian self-image as a 'land of opportunity'. However, if you asked the same Australian how the law contributes to securing social equality, he or she would likely be uncertain. While citizens of many other countries would have some sense that their highest courts are active in giving meaning to the value of social equality, Australians do not have this sense, for good reason. The Australian constitutional order gives only a minor role to courts and judges in defining the content of social equality. Rather, that content is largely defined by the legislative and executive branches of government.

The Australian experience shows that a certain type of social equality—one with an egalitarian, utilitarian flavour—can thrive in the absence of formal constitutional guarantees. Such a model of social equality can be sustained by an environment of extreme majoritarian democracy, as exists in Australia. However, to the extent that the concept of social equality anticipates protection of minority groups having little political power, the Australian model is a failure. In Australia, the numerically strong and organised groups demanding social equality rights—workers, and in more recent times perhaps also women—have extracted the most extensive protections from our democratically elected legislatures. Meanwhile, more marginalised groups which have less political clout—including Indigenous peoples, immigrants, and the disabled—have been much less successful in working legal and political levers to secure their human rights.

It is likely that this under-protection of marginalised groups will persist in Australia, unless and until there is some significant depoliticising of the task of defining and securing social equality. One way in which this might happen is for amendments to be made to the text of the Australian Constitution, to guarantee certain individual rights and to confer upon the judiciary the leading role in articulating the substance of those rights. This proposal has been discussed at length in recent years but, perhaps predictably in a strongly majoritarian political culture such



as Australia's, has struggled to achieve a critical mass of support. Improving awareness in Australia of how other democracies protect vulnerable minorities, and the pivotal role that constitutional guarantees often play in securing advances in social equality, might be a first step towards change for the better.

## I . The Current State of Social Equality in Australia

Before proceeding to describe how Australia measures against the goal of social equality, I should make clear the meaning that I will attach to that term. There is an impressive body of literature debating the meaning and nature of 'social equality' and I will not be attempting to contribute to that important work here. I ought, though, provide a working definition to guide my own observations and evaluations in the Australian context. As there is no generalised principle of equality spelled out in Australia's constitutional document, there is no home-grown statement to use as a starting point. I have, instead, taken as my reference points the global philosophical debate on this subject together with relevant decisions in international and national courts. On this basis, I will use the term 'social equality' broadly, to encompass concerns for the social inclusion of—and respect for—all persons, for the universal availability of various opportunities, and also for some degree of basic material provision.<sup>1)</sup>

With this understanding, Australia's record on securing social equality for its people is, at best, mixed. While Australia might once have enjoyed a reputation as progressive on at least some measures of social equality, few Australians—aside from politicians, perhaps—would make that claim now. I will in this section explore the current state of social equality from the perspectives of some (though not all) of the social groups with a particular interest in equality measures : workers, those unable to work or to find work, women, people with disabilities or ailing health, Indigenous peoples and new migrants. These foci have been selected merely to provide a snapshot, not an exhaustive list of groups vulnerable in the face of unequal treatment in Australia.

From an historical perspective, Australia has been quite successful in ensuring a decent minimum wage for workers and in providing a functioning welfare safety net extending to most people. The trade union movement in Australia has always been strong and politically

---

1) David Miller, 'Equality and Justice', (1997) 10 Ratio 222 ; Hugh Collins, 'Discrimination, Equality and Social Inclusion' (2003) 66 Modern Law Review 16 ; Sandra Fredman, 'Europe with a Social Face : Equality and Social Rights in the European Union' (2001) 22 Industrial Law Journal 1467 ; Carina Fourie, 'What is Social Equality? An Analysis of Status Equality as a Strongly Egalitarian Ideal' (2012) 18 Res Publica 107 ; Vriend v Alberta [1998] SCR 493 ; Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000 (11) BCLR 1169 (CC) 1175.

influential. Soon after the establishment of Australia as an independent nation, a generous minimum wage was established by force of national law. This ‘living wage’, formulated by an Arbitration Court judge in the celebrated Harvester decision, was calibrated to secure ‘modest comfort’ for a family of five.<sup>2)</sup> The tradition of centralised minimum wage fixing has been preserved in Australia and, although not as generous as it once was, it still secures a better living standard for Australia’s lowest paid workers when compared with some other wealthy liberal democracies. In comparison, again, with some ‘comparable’ democracies, the welfare safety net in Australia has historically been maintained at adequate levels and has enjoyed stable bipartisan support. Such provisions as universal health care and medicines, unemployment benefits, and old age and disability pensions have been in place for many decades and radical reform in these areas has generally been politically untenable. Nevertheless, a gradual erosion of benefits and tightening of eligibility requirements has contributed to increasing rates of poverty, which are above the OECD average.<sup>3)</sup> Longitudinal studies show that Indigenous Australians, the disabled, the long-term unemployed, and single parent households are especially likely to suffer entrenched poverty.<sup>4)</sup>

Gender equality is an area in which many Australians would regard their country as a pioneer. That reputation might have been deserved a century ago, when Australia was indeed a world leader in extending democratic participation to women. However, gender equity is harder to present as a source of national pride today, given that Australia now occupies 36th place in the World Economic Forum’s Global Gender Gap rankings.<sup>5)</sup> Although in education the gender gap has been fully closed, progress has been much slower towards the goals of gender parity in wages and in labour force participation.<sup>6)</sup> Women’s political empowerment is suggested by the current WEF data to be weak in Australia, despite its proud beginnings. This is disappointing, particularly when one considers that as recently as 10 years ago Australia ranked much higher across almost all categories of WEF data.

In providing support and recognition for disabled people, Australia can again claim to have

---

2) Ex parte H.V. McKay(1907) 2 CAR 1(Harvester Case).

3) Australian Council of Social Service, Poverty in Australia Report : 2016, ACOSS, Sydney, 2016.  
(<http://www.acoss.org.au/wp-content/uploads/2016/10/Poverty-in-Australia-2016.pdf>)

4) Roger Wilkins, The Household, Income and Labour Dynamics in Australia Survey : Selected Findings from Waves 1 to 14 (‘HILDA Report’), Melbourne Institute of Applied Economic and Social Research, University of Melbourne, 2016, Ch 8.  
([http://www.melbourneinstitute.com/downloads/hilda/Stat\\_Report/statreport\\_2016.pdf](http://www.melbourneinstitute.com/downloads/hilda/Stat_Report/statreport_2016.pdf))

5) World Economic Forum, The Global Gender Gap Report 2015, 10thedition, Geneva, 2015, 90-91.

6) Bankwest Curtin Economics Centre and Workplace Gender Equality Agency, Gender Equity Insights 2016 : Inside Australia’s Gender Pay Gap, Research Report : WGEA Gender Equity Series, Sydney 2016.  
([https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/BCEC\\_WGEA\\_Gender\\_Pay\\_Equity\\_Insights\\_2016\\_Report.pdf](https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/BCEC_WGEA_Gender_Pay_Equity_Insights_2016_Report.pdf)) ; Workplace Gender Equality Agency, Gender Workplace Statistics at a Glance, WGEA Fact Sheet series, Sydney 2016.  
([https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Stats\\_at\\_a\\_Glance.pdf](https://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Stats_at_a_Glance.pdf))



been a policy leader. A national invalid pension entitlement was introduced in 1908, giving a measure of social status and independence to the disabled. However, once again Australia's admirable beginnings have not set the policy tone for contemporary times. By 2010 Australia had fallen to the bottom of the OECD rankings on several wellbeing measures applied to disabled people.<sup>7)</sup> The Australian Government's own respected Productivity Commission declared that the disability support system at that time was 'underfunded, unfair, fragmented and inefficient' and recommended that the system needed a root and branch overhaul.<sup>8)</sup> The bipartisan policy response to this, a new National Disability Insurance Scheme, has so far been dogged by controversy and concerns about its affordability, such that it has not yet secured widespread public support.<sup>9)</sup>

Finally, and perhaps most importantly of all, there are those disadvantaged groups who have had the greatest difficulty in garnering the attention and concern of mainstream Australia. This includes, especially, Indigenous Peoples and recent immigrants. Australia's efforts to secure for these vulnerable groups a decent measure of social equality have been minimal. These groups have been, at best, neglected and, at worst, actively victimised right from the nation's beginnings through to the present day. Indigenous disadvantage is a subject to which I will return later in this paper, as it is intertwined with issues of constitutional law. Here, it is enough to note that Australia's treatment of its Indigenous Peoples – both in the active sense and also in terms of passive neglect – is an ongoing source of frustration and despair for them. It is also a source of shame for many other Australians of good will and it has attracted criticism from international observers, both public and private.<sup>10)</sup>

Immigrants are another group within Australian society who have had to struggle for acceptance and hence for social equality rights. A related, and even more disadvantaged, demographic group are those attempting undocumented migration to Australia. Many such people, including many children, have been detained in horrendous conditions for long

---

7) Organisation for Economic Co-operation and Development, *Sickness, Disability and Work – Breaking the Barriers : a synthesis of findings across OECD countries*, Paris, 2010.

8) Productivity Commission, *Disability Care and Support*, Productivity Commission Inquiry Report no 54, 31 July 2011, Canberra.

9) See, eg, 'Disability scheme deserves all our support', Editorial, *The Age*, 24 July 2016 ; Harriet Tatham, 'Indifference towards NDIS concerns north Queensland disability provider', ABC News Online, 26 September 2016 ; Sue O'Reilly, 'How the disability sector is being uberised', *The Australian Financial Review*, 6 October 2016 ; Michael Owen, 'Adelaide mum tells of the nightmare of NDIS system chaos', *The Australian*, 16 September 2016 ; Nicholas Stuart, 'Who's paying for the NDIS? Crucial details bedevil roll-out', *Sydney Morning Herald*, 25 August 2015 ; Professor Simon Darcy, 'Stop, go back, the NDIS board shake-up is going the wrong way', [www.theconversation.com.au](http://www.theconversation.com.au), 31 July 2015.

10) The United Nations Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review : Australia*, A/HRC/31/14, 13 January 2016 ; The United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Findings on the Native Title Amendment Act 1998 (Cth)*, UN Doc ERD/C/54/Misc.40/Rev.2 (18 March 1999) ; Sarah Pritchard (ed), *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, 1998.



periods of time. For those who succeed in gaining admission to Australian society (and equally for Indigenous peoples and members of any other racial or ethnic minority) there is national legislation prohibiting racial discrimination in areas such as employment, housing, access to public facilities and the provision of all goods and services.<sup>11)</sup> This legislation will be revisited in discussion to follow.

In summary, then, the acknowledgement of social equality in Australia has a distinctly majoritarian flavour. Governments have always pandered to the interests and opinions of the mainstream, and so it is unsurprising that, with few exceptions, law and policy reflect the principle of social equality only where that is convenient for, or acceptable to, those majorities. Equality in the franchise has translated into sustained support for centralised wage-fixing, progressive income taxation, universal health cover, quality public education, generous support for university study, and pensions and other benefits—all things that are agreeable to ‘the average person’. On the other hand, minorities who are unpopular or inexperienced at manipulating the political system have seen little progress towards other dimensions of social equality that are of special importance to them, such as status, recognition, and respect. Australian constitutional law is, in its nature and content, absolutely central to explaining this lopsided approach to social equality. The rest of this paper will explore this relationship.

## II. Social Equality and Australia’s Constitutional Framework

Australia’s written Constitution does not contain a broad, general guarantee of equality. In this respect it is highly unusual—perhaps unique—among liberal democratic constitutions. To understand how this situation arose, one needs to have some appreciation of Australia’s constitutional beginnings and heritage. There were Indigenous Peoples, with their own systems of law, living on the land now called Australia long before the arrival of British colonisers. Nevertheless, the British infamously declared Australia ‘terra nullius’—an empty land—and the legal and constitutional principles that they imported during the colonial period continue to underpin the modern Australian legal system. The British system of government is perhaps best known for its central tenet of ‘parliamentary supremacy’—a commitment to maintaining a legislature with unlimited power. Underlying this philosophy of government is a belief that democratic institutions (not appointed ones, like the judiciary) are best placed to ensure peace and prosperity. At the time when independence for Australia

---

11) Racial Discrimination Act 1975 (Cth).



was being discussed and then negotiated, this idea of strong legislatures as the foundation of utilitarian social good was at its zenith.<sup>12)</sup>

When it came time to write a new Constitution for an independent Australian nation, those leading this process did give ample consideration, as well, to the very different United States constitutional model.<sup>13)</sup> But the attention was primarily upon the mechanics of the federal mode of government, which the Australians adopted as a framework for their own foundational document. Australia was created as, and remains, a federation of six former British colonies, each of which became a State within the new federal model of government. The other prominent feature of the US Constitution – its Bill of Rights – was given much less attention in Australia. Even while there were a small few among the drafting group who were attracted to the idea of empowering a judiciary to protect enumerated individual rights, a majority were not enthusiastic about this option. In fact, many were scathing of the United States Constitution’s Bill of Rights, seeing it as the product of an uncivilised and misguided lack of trust in legislatures and the democratic process.

As a result of this prevailing sentiment among the drafting group – and, pragmatically, the need for the UK Parliament to approve the final draft – the Australian Constitution was born with a primary focus on carving up power between State and national governments, and with scant mention of the position of individuals. The document was, and remains, a compact made between political units, rather than any sort of pact between citizens and government. Individuals are given precious few guarantees in Australia’s Constitution, and almost all of these arise secondarily to some federal – structural objective. For instance, while there is a provision of the Constitution guaranteeing that citizens ‘resident in any State, shall not be subject in any other State to any disability or discrimination’, this provision was included to discourage parochial policies that would undermine a sense of national unity ; that it protects individuals, in some limited situations, is merely a collateral consequence.<sup>14)</sup> Nowhere in the Constitution are individuals protected against discrimination within their home State.

The Australian Constitution contains a small scattering of other provisions which provide some limited protection for certain rights of individuals. Prominent among these are a guarantee of trial by jury, a protection for religious freedom, and a right to compensation

---

12) A V Dicey, *Law of the Constitution*, 10th ed, 1959 ; George W Interton, ‘The British Grundnorm : Parliamentary Supremacy Re-examined’ (1976) 92 *Law Quarterly Review* 591.

13) Harrison Moore, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 2nd ed, 1910.

14) Amelia Simpson, ‘The (Limited) Significance of the Individual in Section 117 State Residence Discrimination’ (2008) 32 *Melbourne University Law Review* 639.

when property is compulsorily acquired.<sup>15)</sup> Each of these, however, has been construed narrowly so that only individuals in very particular sets of circumstances are able to benefit. This is in keeping with the prevailing sentiment at the time when the Constitution was drafted and enacted into law – that is, the view that a democratically elected legislature in a civilised polity should be trusted to protect the rights of individuals, it being unnecessary, and an insult to the integrity of the legislature, to give the judiciary supervisory powers. There have been only a handful of amendments made to the text of Australia’s Constitution since it came into being. The process for securing such amendments is cumbersome and, many would say, structurally weighted against change in that it requires an improbable ‘double majority’ at a popular referendum – a majority of votes nationwide in addition to majorities within at least four of the six States. of note here, three of these rare formal amendments have been carried over the line upon promises of strengthened social equality. In 1946, the Australian people voted to amend the Constitution to grant the national legislature a new law – making power with respect to :

s 51(xxiiiA) : ‘maternity allowances, widows’ pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and dental services ... benefits to students and family allowances ;’

In today’s terms we would probably call this a ‘middle class welfare’ power and this perhaps explains why it was ushered in on a wave of strong public support.

The other textual amendments that was seemingly motivated by a spirit of social equality were endorsed in 1967. Prior to that point in time, the Constitution explicitly mentioned Australia’s Indigenous Peoples in two places : firstly, it forbade their inclusion in collected population statistics and, secondly, it precluded the national Parliament from making special laws directed to these Peoples.<sup>16)</sup> In 1967 these two provisions were erased, and the public debate at the time confirms that these reforms were sold as promising improvements in the social equality of Indigenous Peoples. That is certainly how they are regarded by Indigenous Australians themselves.

So, despite unpromising beginnings, the value of social equality has managed to gain some small foothold in the text of Australia’s Constitution. Yet it is hard to avoid the conclusion that these are anomalies. Considered more broadly and against a modern standard of social equality, the Australian constitutional document is a disappointment ; allowing all social

---

15) Constitution ss 80, 116, 51(xxxi).

16) Constitution ss 51(xxvi), 127.



disagreements to be mediated through the forum of majoritarian politics is not, by modern standards, a sensible strategy for maximising social equality. As mentioned at the outset, the contemporary philosophical consensus on social equality sees it as a concept having much wider implications than merely those of distributive justice, which majoritarian democracy might at least be able to comprehend. Rather, social equality is these days seen to have implications for status : to require basic respect for and recognition of diverse perspectives and needs ; to be uncomfortable with entrenched privilege and domination.<sup>17)</sup> On these broader indicia of social equality, Australia's Constitution is an abject failure. This is perhaps most apparent in the Constitution's current position on Australia's Indigenous Peoples. Far from being woven into the fabric of the national compact, and acknowledged for their special connection to the land and rich cultural traditions, Indigenous Peoples are currently not mentioned at all. While the repeal in 1967 of those two discriminatory provisions, mentioned above, was motivated by a desire for more inclusive treatment of Indigenous Peoples, the tragic irony was that they were erased from the document entirely. Debate about whether this is a satisfactory state of affairs has continued for many years, and only very recently has momentum for change seemed to gather some speed. The political campaign for indigenous constitutional recognition will be returned to later in this paper.

In sum, to the extent that social equality can be realised through the harnessing of majoritarian political will – as perhaps it could be in the pursuit of at least some conceptions of distributive justice – Australia's Constitution could be seen as conducive to its flourishing. Australia's early and continued success in securing a reasonable minimum wage for workers offers one example of how the Australian constitutional model has protected and advanced this dimension of the value of social equality. On the other hand, insofar as social equality is also concerned with non – distributive goals relating to status – like respect, recognition and non – domination – the Australian constitutional model has been much less conducive. Here, the most that might be said for the Australian model is that it did not prevent the enactment of comprehensive anti – discrimination legislation. But on other key measures of the 'status' dimension of social equality – in particular, for Australia's Indigenous peoples, new migrants and unpopular religious minorities – the constitutional schema offers no foothold.

---

17) Above n 1.

### III. The Influence of Social Equality upon Constitutional Interpretation

In light of the prominent placement of explicit equality guarantees in other constitutional systems, and how important these express protections have proven to be in the advancement of social equality, it was inevitable that litigants before the Australian High Court would urge it to discover a similar protection written between the lines of its Constitution. There have indeed been regular calls for the Australia's highest judges to 'correct' perceived deficiencies in our constitutional document by employing creative, implication-based reasoning. Over several decades, a number of senior figures within the Australian academy – joined by some judges and other public figures – have openly debated the merits of employing implication-based reasoning to rectify the absence of explicit textual protections for rights, including equality rights.<sup>18)</sup>

Yet in two test cases brought during the 1990s – *Leeth v Commonwealth*<sup>19)</sup> and *Kruger v Commonwealth*<sup>20)</sup> – the High Court of Australia refused, decisively, to find that the Constitution contains an implicit broad guarantee of equality for individuals. Even whilst the Court has in recent decades been prepared to deduce other implied limitations upon legislative power – most prominently a guarantee of political equality and secondary to that a limited free speech protection – the suggestion of a broader equality principle was seen by decisive majorities as going too far.<sup>21)</sup> In short, a majority of the Court said that such an implied guarantee of equality would necessarily and dramatically increase the power of the judiciary to set policy priorities. In doing so, they insisted, it would be fundamentally inconsistent with the founding values of the Australian Constitution. The only legitimate means of making such a sweeping change to Australia's constitutional foundations was said to be the mechanism of formal textual amendment. It is worth noting that, even while rejecting the broad general principle of equality, in *Leeth* and *Kruger*, some judges did discuss the possibility that a much narrower protection for equality might be secured via implication-based reasoning – a notion of 'equal justice' before the Courts, or something similar.<sup>22)</sup> This alternative was acknowledged to be strictly procedural in nature and not

---

18) Leslie Zines, 'A Judicially Created Bill of Rights' (1994) 16 *Sydney Law Review* 166; Geoffrey Lindell, 'Recent Developments in the Judicial Interpretation of the Australian Constitution' in Lindell (ed) *Future Directions in Australian Constitutional Law* (Federation Press; 1994); Cheryl Saunders, 'Concepts of Equality in the Constitution' in Lindell (ed), as above.

19) (1992) 174 CLR 455.

20) (1997) 190 CLR 1.

21) Amelia Simpson, 'Treachery or Heroism? The Judgment of Justices Deane and Toohey in *Leeth v Commonwealth*' in Andrew Lynch (ed) *Great Australian Dissents* (Cambridge University Press : 2016).

22) *Leeth v Commonwealth* (1992) 174 CLR 455, 475, 480 (Brennan J), 501–2 (Gaudron J); *Kruger v Commonwealth* (1997)



concerned at all with substantive notions of equality—hence its contribution to securing social equality could only be minimal at best.

It would of course still be possible for the value of social equality, even while not accepted as a free-standing implied right, to have some more subtle and indirect influence upon the interpretation of the Australian Constitution. While such influence has indeed occurred in Australia, it has been confined to the margins. As outlined earlier, social equality was not among the values that shaped Australia's constitutional document at the time of the nation's birth. To the extent, then, that Australian judges are inclined to take history as their interpretative starting point, the value of social equality has had little opportunity to impact the development of constitutional principle. And indeed the High Court has, over many decades, tended to attach great importance to historical understandings and motivations. Yet there have also been occasions—less frequently—when other sources of inspiration have been influential in resolving disputes about constitutional meaning. These other sources of interpretative guidance have included, firstly, contemporary social values and, secondly, international and comparative law.

Sometimes, historically informed interpretations seem to align nicely with contemporary social values or with themes deriving from international and comparative law. More often than not, however, history points to different conclusions about the meaning of constitutional rules than do the alternative modern touchstones, so that the Court must elect between competing interpretations. There are endless examples of this kind of clash of interpretative vision, including many in constitutional cases that have raised social equality issues. Two earlier mentioned cases in which an implied principle of equality was contemplated and rejected—*Leeth* and *Kruger*—both revolved around this very clash of interpretative philosophies. In those cases, and in many others, the kinds of interpretative strategies that might favour the advancement of social equality—that is, ready recourse to contemporary values and international inspiration—did not win the day.

At this stage I should point out two things about Australia's legal system as background to some of the points to follow. Firstly, Australia is a dualist legal system in terms of its relationship with international law. That is, when Australia becomes a state party to international treaties and Conventions, these obligations are not immediately incorporated into Australian domestic law and they cannot be enforced in Australian courts.<sup>23)</sup> So, while Australia is a state party to all major international human rights instruments, these

---

190 CLR 1, 112 (Gaudron J)

23) *Wurridjal v Commonwealth* (2009) 237 CLR 309, at [271] (Kirby J).

commitments are strictly irrelevant to judicial reasoning, in the constitutional context and in any other exercise of domestic jurisdiction.<sup>24)</sup> The second point concerns Australian judicial method. Australia is a jurisdiction in which judges sitting on multi-member benches may choose to write their own judgment or, alternately, add their name to a joint judgment. Thus it is possible—indeed quite common—for judges to dissent from the Court’s decision in a case, writing separate reasons favouring an alternative outcome.<sup>25)</sup>

There have been some dissenting judicial voices that have consistently argued for reduced attention to historical sources of interpretative guidance while advocating, instead, greater attention to contemporary alternatives. For these judges, a strong motivator has been a shared belief that the High Court could be, under such conditions, a much more effective protector of human rights. The Court’s first passionate advocate of contemporary sources of meaning was Justice Lionel Murphy, who joined the Court in 1975.<sup>26)</sup> Murphy was a controversial figure—so much so that, following his departure from the Court, the next judges to take up this same cause were at pains to frame their position in a less provocative and polarising way. These next judges—Justices Deane, Toohey and Gaudron—were all mainstays of the transformative ‘Mason Court era’ and seemed to succeed in negotiating a place for progressivist interpretation closer to, even while not squarely within, mainstream judicial opinion. Justice Michael Kirby, who served from 1996 to 2009, persistently advocated for less attention to be paid to historical sources of meaning in constitutional interpretation.<sup>27)</sup> Kirby frequently dissented from the Court’s decisions to make his point and his influence may have suffered as a result.<sup>28)</sup>

There have been only a few contexts in which the value of social equality has had a discernible influence upon judicial interpretation of the Constitution. In all such cases, the judges advocating interpretations that are most favourable to social equality have done so from a position of dissent. One of the most widely discussed contexts for these dissenting, rights-protective positions has involved the so-called ‘races power’—the national legislature’s power to make laws ‘for the people of any race for whom it is deemed necessary to make special laws’.<sup>29)</sup> In the most recent cases, the High Court has been divided on the

---

24) *Horta v Commonwealth* (1994) 181 CLR 183.

25) Andrew Lynch, ‘Dissent : The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia’ (2003) 27 *Melbourne University Law Review* 724.

26) Michael Coper and George Williams (eds), *Justice Lionel Murphy : Influential or Merely Prescient?* (Federation Press, 1997); James Stellios, *Zines’s The High Court and the Constitution*, 6th edn (Federation Press, 2015), 632–4.

27) See, eg, *Newcrest Mining (WA) Pty Ltd v Commonwealth* (1997) 190 CLR 513.

28) Andrew Lynch, ‘Taking Delight in Being Contrary, Worried About Being a Loner or Simply Indifferent : How do Judges Really Feel about Dissent?’ (2004) 32 *Federal Law Review* 311.

29) *Constitution* s 51(xxvi).



question of whether this head of power it is potent enough to enable the Parliament to single out a racial or ethnic group for adverse treatment. On one possible reading, the power would be confined to the making of laws that were beneficial for the identified group.<sup>30)</sup> Yet this latter view, informed by the idea of non-discrimination as a human right, has not won majority approval so far.<sup>31)</sup> While the point has not been squarely tested as yet, the prospects for a races power that is informed by the abstract value of non-discrimination are probably poor until such time as the High Court resolves to overlook or downplay history in favour of contemporary values.

Questions of race were similarly at the heart of another notable dissenting position informed by the value of social equality. In considering the national Parliament's very broad power to govern its territories—that is, those parts of Australia that do not have the status of free-standing States within the federal structure—the High Court has been asked whether that broad power ought to be interpreted to enable the Parliament to implement, in those territories, policies giving rise to genocide. This question arose in the *Kruger* case, which was mentioned earlier on the issue of a possible implied guarantee of equality. The plaintiffs in *Kruger* challenged the constitutional validity of national laws, long since repealed, which had facilitated the 'removal' of thousands of Indigenous children from their families and communities and their placement in government or church-run institutions. The damage done to individuals and communities through this tragedy of the 'Stolen Generations' was, in *Kruger*, suggested to satisfy the elements of the modern crime of genocide. Justice Mary Gaudron was the only member of the Court to find, as a matter of principle, that actions amounting to a heinous crime under international law could never be within the scope of the federal Parliament's law-making powers.<sup>32)</sup> Other members of the Court either said that the Parliament's power was not so confined, or that the question was moot because there was no factual basis for allegations of genocide in this context.

More recently, the High Court has upheld the national Parliament's ability to override, and invalidate, the local law of another of Australia's federal territories which had enabled same-sex couples to marry on the same terms as heterosexual couples. The Court upheld the national law as a legitimate exercise of the Parliament's power over 'marriage'.<sup>33)</sup> The unanimous Court regarded the fact that the Territory's law may have been the better

---

30) *Kartinyeri v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* (1998) 195 CLR 337.

31) *Western Australia v Commonwealth (Native Title Act Case)* (1995) 183 CLR 373; *Kartinyeri v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* (1998) 195 CLR 337.

32) *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1, 107.

33) *Commonwealth v ACT (the Marriage Equality Case)* [2013] HCA 55.



embodiment of the principle of social equality as totally irrelevant to whether, as a matter of Australian constitution allow, the national law could successfully displace the Territory law.<sup>34)</sup> The Court held that the national Parliament's power to define 'marriage' was not constrained by reference to international law or contemporary social values. While many other constitutional courts of the world would, in this position, have viewed the term 'marriage' as ambiguous, and given it a construction that accorded with human rights principles, the Australian High Court went out of its way to avoid such reasoning. In doing so, the unanimous Court observed that '[o]ther legal systems now provide for marriage between persons of the same sex. ... It is not useful or relevant for this Court to examine how or why this has happened.<sup>35)</sup>'

So, social equality has been, at best, a background consideration in constitutional adjudication in Australia. The influence of this principle can typically only be seen within dissenting reasons. It might be said, in the High Court's partial defence, that the value of social equality at least influences other judicial deliberations, outside the constitutional arena. For instance, in the development of 'common law' principles (judge made rules outside the constitutional domain), the High Court famously invoked social equality themes as part of the rationale for recognising 'native title' land rights for Indigenous Peoples. That decision, in *Mabo v Queensland (No 2)*,<sup>36)</sup> is among Australia's best known and most celebrated judicial decisions – but, crucially for present purposes, it did not concern the law of the written Constitution. The latter's deliberate silence upon the rights of individuals has been amplified by the High Court's strong preference for historical sources of guidance over contemporary alternatives.

The Constitution's virtual silence on matters of equality, together with the High Court's marked reluctance to advance that value in the course of interpretation, has at least protected the Court from some difficult work confronting other constitutional courts. The thorny problem of having to reconcile competing rights – like equality and liberty – which routinely confronts other constitutional courts around the world, has not demanded the Australian judiciary's attention in the same way. Where judges are called upon to strike a compromise between competing abstract values, they will often be doing so as interpreters of statutory rights instruments. In that capacity, their discretion is confined in multiple ways and is ultimately subject to legislative override. Similarly, while liberty and equality

---

34) Ibid at [14] (French CJ, Hayne, Crennan, Kiefel, Bell and Keane JJ)

35) Ibid at [37].

36) (1992) 175 CLR 1.



are both accepted ‘common law’ values—that is, values which have informed the development of judge-made law in areas such as tort law, contract law and equity—any priority order that a court might impose here can be overridden by legislative action. All of this means, in effect, that the tension between liberty and equality is mediated almost entirely via the processes of majoritarian democracy.

#### IV. The Chimera of ‘Quasi – Constitutional’ Protection

By now it should be clear precisely how and why Australia’s constitutional tradition gives only an impoverished form of recognition to the value of social equality. That value is nurtured, constitutionally, only in the limited sense that largely unfettered majoritarian democracy, with a universal franchise, might conduce to pursuing distributive justice. The other, equally important, dimension of social equality concerned with status relationships—where principles of non-discrimination, respect, and recognition come into play—is generally not well served by conditions of unfettered majoritarian democracy. A constitutional system that does not accept that this second dimension of social equality imposes constraints upon political power will leave unpopular, powerless minorities continually vulnerable to indignities and deprivations. And so it is in Australia.

Some constitutional scholars—and also some judges and politicians—would assert that this second dimension of social equality does in Australia enjoy a sort of quasi-constitutional protection.<sup>37)</sup> On this view, there are some enduring pieces of statute law, including those inspired and informed by principles of human rights, which enjoy bipartisan support and hence occupy a ‘special’ position among legislative enactments.<sup>38)</sup> One strand of this theory holds that there is an unspoken agreement among the political class in Australia that it would be inappropriate for Parliament to repeal these laws, or key parts of them, in light of their important content.

At least two significant objections can be made to this idea that equality enjoys quasi-constitutional protection through political consensus. Firstly, many observers of Australian politics would question the underlying factual assumption, that is, the claim that anti-discrimination legislation has a special status that immunises it from repeal or reproach.

---

37) James Spigelman, *Statutory Interpretation and Human Rights* (University of Queensland Press : 2008), 29; Dan Meagher, ‘The Principle of Legality as Clear Statement Rule : Significance and Problems’ (2014) 36 *Sydney Law Review* 413. For a critique, see Greg Craven, ‘Australian Constitutional Battlegrounds of the Twenty – First Century’ (1999) 20 *University of Queensland Law Journal* 250.

38) Cheryl Saunders and Megan Donaldson, ‘Values in Australian Constitutionalism’ in Davis, Richter and Saunders (eds), *An Inquiry into the Existence of Global Values : Through the Lens of Comparative Constitutional Law* (Hart, 2015) 15 at 21.

While a libertarian political fringe has long attacked the very idea of anti-discrimination law in Australia, recent years have seen a mainstreaming of some of this backlash. Most recently, some voices within the current governing majority have openly criticised an existing prohibition on racial vilification, within Australia's statutory anti-discrimination law regime,<sup>39)</sup> and vowed to work towards its repeal. Many would also resist the insinuation that political consensus flows from moral enlightenment. Current bipartisan political support for extreme and brutal policies intended to deter undocumented migrants—in undoubted violation of Australia's human rights obligations at international law—must undermine the idea that political consensus bears any special relationship to morality. The second objection to the idea that social equality enjoys a 'quasi-constitutional' status turns on the significant gaps and flaws in the relevant statutes. The core pieces of anti-discrimination legislation, for which this quasi-constitutional status is most often claimed, share weak enforcement mechanisms and make complicated procedural demands upon claimants. Moreover, they are continually vulnerable to piecemeal legislative override.<sup>40)</sup> The recent conferral of a legislative scrutiny function upon a parliamentary committee, requiring it to assess proposed legislation for conformity with international human rights obligations, may succeed in reducing the inadvertent override of anti-discrimination protections.<sup>41)</sup> This innovation does not, however, provide any extra deterrent to a Parliament wishing intentionally to circumvent anti-discrimination rules. Perhaps the most infamous example of such an explicit circumvention occurred in 2007, with the ousting of the Racial Discrimination Act 1975(Cth) in connection with the Australian government's punitive 'intervention' in certain northern Australian Indigenous Communities, ostensibly to protect children from abuse.<sup>42)</sup> The government rightly anticipated that affected communities—subjected to intrusions upon their property rights, discretionary spending, and recreational activities—would object that they had been singled out on the basis of race. As that argument has no constitutional foothold in Australian law, the Parliament could,

---

39) Racial Discrimination Act 1975 (Cth), s 18C.

40) Dominique Allen, 'Reducing the Burden of Proving Discrimination in Australia' (2009) 31 Sydney Law Review 579; Beth Gaze, 'The Sex Discrimination Act After Twenty Years : Achievements, Disappointments, Disillusionment and Alternatives' (2004) 27 University of New South Wales Law Journal 914; Loretta de Plevitz, 'The Briginshaw "Standard of Proof" in Anti-discrimination law : "Pointing with a Wavering Finger"' (2003) 27 Melbourne University Law Review 308; Margaret Thornton, 'Equivocations of Conciliation : the Resolution of Discrimination Complaints in Australia' (1989) 52 Modern Law Review 733.

41) Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), Part 2 ; Commonwealth of Australia, Parliamentary Joint Committee on Human Rights, Guidance Note 1 (September 2012).

42) Northern Territory National Emergency Response Act 2007 (Cth) s 132 ; Social Security and Other Legislation Amendment (Welfare Payment Reform) Act 2007 (Cth) ss 4, 6 ; Families, Community Services and Indigenous Affairs and Other Legislation Amendment (Northern Territory National Emergency Response and Other Measures) Act 2007 (Cth) s 4.



and did, pre-emptively quash it.

Aside from this one vexed situation, the position of Australia's Indigenous Peoples should serve as a more general reminder that anti-discrimination statute law cannot be a functional substitute for a formal constitutional equality guarantee. Anti-discrimination law, though an important dimension of any nation's quest for social equality, is not the only or even the most important prerequisite for securing social equality on the modern understanding. In the case of Australia's Indigenous peoples, while anti-discrimination legislation may offer a solution for individuals aggrieved at discrimination in employment, or in access to public goods, it cannot be mobilised to address the bigger problem of a lack of societal respect and recognition for this special group of Australians. The systemic disadvantage suffered by Indigenous peoples—evident in statistics on, for instance, premature death, suicide, chronic illness, literacy, educational attainment, incarceration, child abuse and substance abuse—requires more thorough-going constitutional reform. Majoritarian politics, even with its bipartisan commitment to the abstract principle of non-discrimination, has so far failed to secure social equality for Australia's Indigenous peoples.

## V. Future Prospects and Conclusions

Despite all the difficulties that have been encountered to date, there is at least some recent cause for optimism about the future for social equality in the Australian constitutional domain. Even while amending the constitutional text is, for reasons already outlined, very difficult, momentum has been building recently for amendments that would recognise the special position of Indigenous Australians. The rate of progress has slowed this year, as the country went to a national election and as Indigenous communities worked through disagreements about priorities and the precise legal form that recognition should take. Many commentators would insist, though, that this disagreement merely reflects a shared appreciation of the importance of these reforms and determination on all sides to pursue the best possible outcome.<sup>43)</sup> It is hoped that the process will not lose too much momentum as these differences are worked through.<sup>44)</sup>

Indeed, lost momentum, alongside a measure of public apathy and disengagement, has stymied previous efforts to constitutionalise individual rights guarantees. In 1988 a referendum proposal to incorporate a modest list of express protections for individual rights

---

43) See, especially, the government's dedicated webpage : <http://www.recognise.org.au/why/recognise-what-is-proposed/>.

44) George Williams, 'The plebiscite has damaged the chances of the Indigenous recognition referendum', *Sydney Morning Herald*, 16 October 2016.

was resoundingly rejected by the Australian public, after a curious negative scare campaign gained widespread traction. More recently, the report generated by a ‘national public consultation’ on the legal status of individual rights in Australia recommended significant expansion of the quasi-constitutional protection model.<sup>45)</sup> That central recommendation was, however, rejected by the commissioning Parliament and a range of lesser reforms were proceeded with instead.

What is needed, to break this impasse, is an institutional champion of change. Specifically, strengthening constitutional protections for social equality rights will require either a change of public attitude, towards greater appreciation of the rights and interests of vulnerable minorities, or, alternately, a fundamental change in the attitude of the judiciary to its own role and to the interpretative tools at its disposal. Until either (or both) of those transformations unfolds, the current lopsided approach to social equality will persist in Australian law. One can only hope that, over time, Australia’s people, as well as its judges, will grow tired of constitutional exceptionalism and will find inspiration in other liberal democratic constitutions, not least as to social equality.

---

45) National Human Rights Consultation, Report, September 2009 : /pan/94610/20100324-0000/www.humanrightsconsultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Report\_NationalHumanRightsConsultationReportDownloads.html#pdf



## **SESSION 1**

### **Discussion 1**

# **토론문 : “호주의 사회적 평등 : 시간이 잊어버린 헌법”에 대하여**

**On Social Equality in Australia : the Constitution  
that Time Forgot by Prof. Amelia Simpson**

**Oue, Hwon**

Research Judge, Constitutional Court of Korea





## 아멜리아 심슨 교수의 「호주의 사회적 평등 : 시간이 잊어버린 헌법」에 대하여

오현

헌법재판소 헌법연구관

심슨 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 1948년에 제정된 대한민국의 헌법은 그 제정당시부터 비교적 상세한 기본권 목록(Basic Rights Catalog)을 가지고 있었고, 그 후 9차례 개정된 현재의 헌법에서도 평등권을 포함한 상세한 기본권 규정을 두고 있습니다(대한민국헌법 제10조 내지 제36조). 이에 비하여 호주는 영국의 법률 시스템을 계수하여, 의회에 대한 전폭적인 지지와 신뢰를 바탕으로 의회우위(Parliamentary Supremacy)가 성립되었고, 기본권의 보호는 의회의 본분이므로 굳이 헌법에 규정할 필요가 없다는 관점에서, 헌법에 아주 드문 기본권 보호조항만을 두게 되었다는 호주의 헌법 현실은, 비교적 상세한 기본권 목록이 존재한다는 전제에서 헌법사건을 다루어 왔던 저에게 매우 새로운 시각을 제시해 주었습니다. 뿐만 아니라, 이와 같은 새로운 시각 - 헌법에 평등권 보호조항이 부재한 상황에서 평등권을 헌법적 기본권으로 승화시키고자 하는 방법을 모색하는 것 - 은 기본권이 과연 성문 헌법에서만 유래할 수 있는 것인지에 관한 근본적인 질문을 생각해 보게 합니다. 이번 기회에 호주의 사회적 평등에 관하여 교수님의 고견을 듣게 되어 기쁘게 생각하고, 특히 호주의 헌법현실에 대한 교수님의 객관적이고도 솔직한 비판은 매우 인상적이었던 말씀드리고 싶습니다. 이러한 뜻 깊은 자리에서 토론을 맡게 된 것을 영광으로 생각합니다.

발표문에 나타난 교수님의 주장과 결론을 바탕으로, 사회적 평등 나아가 호주의 헌법 현실에 대하여 몇 가지 질문을 드리도록 하겠습니다. 물론 이하의 질문들은, ‘대한민국의 헌법 현실’에서 바라보는 ‘호주의 헌법’이라는 한계가 분명히 있을 수밖에 없다는 사실을 미리 밝힙니다.

1.

- 주지하다시피, 평등은 그 개념을 정의하기가, 정의(Justice)만큼이나 어렵습니다. 그럼에도 불구하고 평등의 정의(Concept of Equality)에 관하여 가장 오래되고, 광범위하게 받아들여지는 것은, “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 대우한다.”(People who are alike should be treated alike, people who are unlike should be treated unlike)<sup>1)</sup>라는 명제라고 생각합니다.<sup>2)</sup>
- 이러한 명제에 따라 한국 헌법재판소는 청구인이 평등권 침해를 주장할 경우, 대체로 먼저 비교집단을 설정하고, 차별의 존재를 확인한 다음,<sup>3)</sup> 만약 차별이 존재하는 것으로 인정되면, 그러한 차별이 정당한 이

1) 혹은 Equals should be treated equally, unequals should be treated unequally.

2) 위 명제 중 앞부분인 ‘같은 것’은 사실(is) 판단의 영역이고, 뒷부분인 ‘갈게 대우한다’는 부분은 이리 저리하게 대우해야 한다는 당위(ought)의 영역이라고 할 수 있습니다.



유가 있는지 혹은 합리적인 이유가 있는 차별인지 여부를 심사하는 방식을 취하고 있습니다.

- 호주 헌법에는 평등에 대한 상세한 설명이 없기 때문에<sup>4)</sup> 평등 개념이 상당히 열려 있는 채 논의될 수 있을 것이라고 생각합니다. 교수님께서서는 평등의 개념을 어떤 방식으로 이해하고, 정의내리고 있는지 궁금합니다. 아울러, 호주 대법원에서 평등 문제를 심사하게 될 경우 적용하는 특이한 심사기준이<sup>5)</sup> 있는지도 궁금합니다.

2.

- 교수님께서서는 사회적 평등(Social Equality)이 분배적 정의(Distributive Justice)보다 한 걸음 더 나아가 기본권을 보장할 수 있는 개념으로 상정하고 있는 것으로 보입니다.<sup>6)</sup>
- 그러나 이론적으로는, 평등하지만 정의롭지 아니한 경우를 상정해 볼 수 있기 때문에,<sup>7)8)</sup> 사회적 평등이 분배적 정의를 포함하는 개념이라고 볼 수 있을지 의문이 듭니다. 나아가 정의(Justice)는 모든 기본권이 잘 보장되어 있는 이상적인 상태의 총합을 지칭하는 것으로서, 기본권 중의 하나인 평등(Equality)보다 오히려 더 넓은 개념으로 상정하여 볼 수 있는데, 이에 관한 교수님의 생각은 어떠신지 궁금합니다.
- 이와 아울러 발제문 9면에서 사회적 평등의 정신에 입각한 헌법 개정으로서 중산층 복지(Middle Class Welfare)를 언급하고 있습니다. 그러나 ‘사회적 평등’은 기본적으로 권리(Right)라고 볼 수 있는 반면, ‘복지’라는 개념은 권리로서의 개념과 혜택(Benefit)으로서의 개념이 혼재되어 있다고도 볼 수 있습니다. ‘사회적 평등’과 ‘복지’의 관계에 대한 교수님의 생각은 어떠신지 궁금합니다.

3.

- 평등의 중요한 역할 중의 하나가 소수자를 보호하는 것이라고 할 수 있을 것입니다. 따라서 사회적 평등이 다수결 민주주의에 의하여(특히 선거에 의하여 선출된 국회의원에 의하여) 보호되고 실현되는 것에는<sup>9)</sup> 일정한 한계가 있을 수밖에 없다는 교수님의 의견에 동의합니다.<sup>10)</sup>

3) 평등이 논해지는 전제 조건으로서 ① 복수성(plurality) ② 상이성(difference) ③ 비교(comparison)를 평등을 논할 수 있는 전제 조건(the constitutive elements of equality)으로 삼고 있는 견해도 있다. Peter Westen, *Speaking of Equality*(1990), p. 12, p. 62.

4) “As there is no generalized principle of equality spelled out in Australia’s constitutional document, there is no home-grown statement to use as a starting point.” 발제문 2면.

5) 예컨대, 미국의 경우에는 평등을 심사함에 있어 차별 사유에 따라 합리성 심사(rationality test), 엄격 심사(strict scrutiny), 중간수준 심사(middle level review)를 하는 것으로 알려져 있습니다.

6) “As mentioned at the outset, the contemporary philosophical consensus on social equality sees it as a concept having much wider implications than merely those of distributive justice, which majoritarian democracy might at least be able to comprehend.” 발제문 7-8면 ; “In sum, to the extent that social equality can be realised through the harnessing of majoritarian political will—as perhaps it could be in the pursuit of at least some conceptions of distributive justice—Australia’s Constitution could be seen as conducive to its flourishing.” 발제문 8면 ; “That value is nurtured, constitutionally, only in the limited sense that largely unfettered majoritarian democracy, with a universal franchise, might conduce to pursuing distributive justice.” 발제문 13면.

7) 예컨대 하향평준화를 추구하는 경우를 들 수 있겠습니다.

8) “Equality can be unjust, they say, because equality itself looks only to the sameness of treatment, not to its justice. “Equality itself,” in Douglas Rae’s graphic word, “is as well pleased by graveyards as by vineyards.” William Franken makes the same point by way of example, “If a ruler were to boil his subjects in oil, jumping in afterwards himself,” he says, “it would be an injustice, but it would be no inequality in treatment.” Peter Westen, *Speaking of Equality*(1990), p. 90.

9) “the acknowledgement of social equality in Australia has a distinctly majoritarian flavour.” 5면.

10) “allowing all social disagreements to be mediated through the forum of majoritarian politics is not, by modern standards,

- 그렇다면 사법부에 의한 적극적인 헌법 해석 내지 법률 해석이 중요하다고 생각되는데, 호주 사법부가 어떠한 방향으로 헌법 해석 내지 법률 해석을 해야 바람직하다고 보시는지요.

4.

- 발제문 10면에서, 호주는 국제법과의 관계에서 이원적 체계(A Dualist Legal System)을 취하고 있기 때문에, 호주가 주요 인권규약에 가입하였다고 하여도 헌법적 맥락이나 국내 관할권의 행사에 있어서 사법판단과는 무관하다고 하셨습니다.<sup>11)</sup>
- 그러나 국제 협약에 따른 여러 가지 권고조치들은, 비록 법률적인 효력이 없지만 ‘상당한 설득력 있는 권위’를 부여하거나 또는 사실상의 효력으로서 ‘해석의 지침’(Interpretative Guidance)으로 작용하여 헌법재판이나 일반 법원의 기본권 해석에 영향을 미칠 여지도 있는 것으로 보이는데, 호주는 이러한 가능성마저 차단되어 있는지 궁금합니다.

5.

- 발제문 13면에 의하면, 사회적 평등을 i) 보통 선거권과 배분적 정의를 추구하는 부분과, ii) 인정 (Recognition)과 존경(Respect)과 같은 지위 관련된 부분(Status Relationships)으로 나누어 설명하고 있습니다.<sup>12)</sup>
- 이처럼 ‘배분적 정의를 추구하는 부분’과 ‘지위와 관련된 부분’이 구체적으로 어떠한 차이점을 지니고 있는지 궁금합니다.
- 특히 사회적 평등의 실현 방법으로서 지위, 인정, 존경을 여러 차례 언급하고 계신데,<sup>13)</sup> 이러한 지위, 인정, 존경이라는 것은 다소 추상적인 용어로서 실제로 보장될 수 있는 구체적인 권리를 의미하는 것인지 의문이 있습니다. 호주에서 지위, 인정, 존경이라는 것이 어떤 법률적 의미를 지니고 있는지 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

---

a sensible strategy for maximising social equality.” 발제문 7면 ; “Majoritarian politics, even with its bipartisan commitment to the abstract principle of non-discrimination, has so far failed to secure social equality for Australia’s Indigenous peoples.” 발제문 15면.

11) “So, while Australia is a state party to all major international human rights instruments, these commitments are strictly irrelevant to judicial reasoning, in the constitutional context and in any other exercise of domestic jurisdiction.” 발제문 10면.

12) “The other, equally important, dimension of social equality concerned with status relationships – where principles of non-discrimination, respect, and recognition come into play – is generally not well served by conditions of unfettered majoritarian democracy.” 발제문 13면.

13) “On the other hand, minorities who are unpopular or inexpert at manipulating the political system have seen little progress towards other dimensions of social equality that are of special importance to them, such as status, recognition, and respect.” 발제문 5면 ; “Rather, social equality is these days seen to have implications for status: to require basic respect for and recognition of diverse perspectives and needs; to be uncomfortable with entrenched privilege and domination.” 발제문 8면 ; “On the other hand, insofar as social equality is also concerned with non-distributive goals relating to status – like respect, recognition and non-domination – the Australian constitutional model has been much less conducive.” 발제문 8면 ; “But on other key measures of the ‘status’ dimension of social equality – in particular, for Australia’s Indigenous peoples, new migrants and unpopular religious minorities – the constitutional schema offers no foothold.” 발제문 8면.



6.

- 한국에서 평등은 사회권(Social Rights) 영역뿐만 아니라 더 많은 영역, 예컨대, 선거권, 재산권, 공무담임권 또는 표현의 자유 영역 등에도 그 기본권을 신장시키는 역할을 하고 있습니다. 이런 의미에서 평등을 ‘다른 기본권 실현의 방법적 기초’라고 표현하기도 합니다.
- 그럼에도 불구하고 사회권은 여전히 다른 자유권적 기본권이나 재산권적 기본권만큼 강력하게 보장되는 기본권이라고 보기 어렵기 때문에, 이러한 사회권을 신장시키는데 있어서 평등권의 역할은 다른 어느 영역보다 중요할 수 있다고 생각합니다. 말하자면, 오늘날에 이르러 평등권은 사회권의 영역(Social Rights Sector)에서 가장 빛을 발휘할 수 있는 것이 아닌가 생각하는데, 이에 관한 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

7.

- 끝으로, 교수님께서 호주 헌법 현실의 타개책으로서 변화의 제도적 옹호자(An Institutional Champion of Change)가 필요하다고 말씀하셨습니다.
- 그런데 이러한 변화의 가장 중요한 출발점은 학계라고 볼 수 있고, 그만큼 작금의 호주 헌법 현실에 대한 학계의 문제 인식은 중요하다고 생각합니다.
- 호주 헌법에 관한 문제의식의 핵심은 헌법에 기본권이 목록화 되어 있지 아니하다는 점, 즉 기본권 목록의 부재(The Absence of Explicit Textual Protections For Basic Rights)의 상황이라고 생각되는데, 이와 같은 기본권 목록의 부재 상황을 호주 학계 나아가 호주 법조계가 어느 정도로 인식하고 있는지 궁금합니다.

감사합니다.

## On Social Equality in Australia : the Constitution that Time Forgot by Prof. Amelia Simpson

Oue, Hwon

Research Judge, Constitutional Court of Korea

Thank you for your insightful presentation, Prof. Simpson. Korea's inaugural constitution adopted in 1948 contained a relatively detailed catalog of basic rights and the current one also specifies a detailed list of basic rights including the right to equality (Article 10 through 36 of the constitution) after undergoing nine amendments. Inheriting the British legal system, Australia established parliamentary supremacy based on tremendous support and trust toward the parliament. It is interesting to note that the Australian Constitution stipulates only a few basic rights because the parliament is regarded as inherently responsible for protecting basic rights and thus the constitution does not need to mention them explicitly. This presented me with a new perspective, because so far I have dealt with constitutional law cases based on a relatively detailed catalog of basic rights. In addition, this approach – an attempt to promote equality as a constitutional right without a broad, general guarantee of equality in its written Constitution – could lead us to question whether basic rights can be derived only from a written constitution. It was indeed a pleasure to hear your thoughts on social equality in the Australian context and your frank and objective criticism of Australia's constitutional reality was quite impressive. I also would like to say I am honored to serve as a discussant on this significant occasion.

Based on the ideas and conclusion in your paper, I would like to ask a few questions on the social equality and constitutional reality in Australia. Before doing so, let me make it clear that I ask those questions on the Australian context from the perspective of the constitutional reality in Korea.

1.

- As you are well aware, the concept of equality is as difficult to define as justice. However, one of the oldest, widely – accepted definitions of equality can be found in the proposition that “People who are alike should be treated alike, people who are unlike should be treated unlike.”<sup>1)2)</sup>



- This proposition serves as a guidance for Korea's Constitutional Court. When the plaintiff claims a violation of equality, in general, the Court identifies a comparative group and checks whether discrimination exists.<sup>3)</sup> If the claim of discrimination is deemed valid, the Court examines if such discrimination is reasonable or can be legitimately justified.
- Since the Australian Constitution has no generalized principle of equality spelled out in its constitutional document,<sup>4)</sup> I believe the concept of equality can be discussed in an open-ended manner. What are your perception and definition of equality? Does the High Court of Australia use specific review standard<sup>5)</sup> when dealing with the issue of equality?

2.

- It seems that you believe that social equality is a concept, wider in its implications than distributive justice, that can help guarantee basic rights.<sup>6)</sup>
- In theory, however, equality can be unjust,<sup>7)8)</sup> and it is not clear whether social equality encompasses distributive justice. In addition, justice is the sum of ideal situations where all basic rights are well protected and may be seen as a wider concept than equality. What is your take on this view?
- On page nine of your paper, it also mentions middle class welfare as part of a constitutional amendment seemingly motivated by a spirit of social equality.

However, 'social equality' is basically a 'right' while 'welfare' is both a 'right' and a 'benefit'. What are your thoughts on the relationship between social equality and welfare?

---

1) Or, "Equals should be treated equally, unequals should be treated unequally."

2) The first part of this proposition ("alike") belongs to the domain of factual judgment ("is") whereas the latter part of this proposition ("alike treatment") belongs to the domain of how they should be treated ("ought.")

3) There is a view that ① plurality, ② difference and ③ comparison are the constitutive elements of equality. Peter Westen, *Speaking of Equality*(1990), p. 12, p. 62.

4) "As there is no generalized principle of equality spelled out in Australia's constitutional document, there is no home-grown statement to use as a starting point." p2 of the paper.

5) For example, in the United States, rationality test, strict scrutiny or intermediate scrutiny standard is used in cases involving matters of discrimination.

6) "As mentioned at the outset, the contemporary philosophical consensus on social equality sees it as a concept having much wider implications than merely those of distributive justice, which majoritarian democracy might at least be able to comprehend." p7-8 of the paper ; "In sum, to the extent that social equality can be realised through the harnessing of majoritarian political will - as perhaps it could be in the pursuit of at least some conceptions of distributive justice - Australia's Constitution could be seen as conducive to its flourishing." p8 of the paper; "That value is nurtured, constitutionally, only in the limited sense that largely unfettered majoritarian democracy, with a universal franchise, might conduce to pursuing distributive justice." p13 of the paper.

7) Such cases can include leveling down(Dumbing down).

8) "Equality can be unjust, they say, because equality itself looks only to the sameness of treatment, not to its justice. "Equality itself," in Douglas Rae's graphic word, "is as well pleased by graveyards as by vineyards." William Franken makes the same point by way of example. "If a ruler were to boil his subjects in oil, jumping in afterwards himself," he says, "it would be an injustice, but it would be no inequality in treatment."」 Peter Westen, *Speaking of Equality*(1990), p. 90.

3.

- One of the most important roles of equality is to protect minority groups. I agree to your opinion<sup>9)</sup> that the protection of social equality through majoritarian democracy (and in particular, by elected MPs)<sup>10)</sup> carries certain limitations.
- This seems to warrant more active role of the judiciary in constitutional or legal interpretation. What do you think should be the direction of such constitutional or legal interpretation by the Australian judiciary?

4.

- On page ten of your paper, it says that Australia is a dualist legal system in terms of its relationship with international law and that while Australia is a state party to all major international human rights instruments, these commitments are strictly irrelevant to judicial reasoning, in the constitutional context and in any other exercise of domestic jurisdiction.<sup>11)</sup>
- While recommendations arising from international commitments are not legally – binding, they may be granted ‘substantially persuasive authority’ or serve as a de – facto ‘interpretative guidance’ to affect the interpretation of basic rights in constitutional adjudication or in other courts. Is this not possible in Australia?

5.

- On page 13, social equality is broken into i) pursuit of universal franchise and distributive justice and ii) issues of status relationships such as recognition and respect.<sup>12)</sup>
- I wonder what differences exist between distributive justice and status relationships.
- You cited a number of times status, recognition and respect as important elements in delivering social equality.<sup>13)</sup> As those concepts are somewhat abstract, it is not clear

---

9) “allowing all social disagreements to be mediated through the forum of majoritarian politics is not, by modern standards, a sensible strategy for maximising social equality.” p7 of the paper ; “Majoritarian politics, even with its bipartisan commitment to the abstract principle of non – discrimination, has so far failed to secure social equality for Australia’s Indigenous peoples.” p15 of the paper.

10) “the acknowledgement of social equality in Australia has a distinctly majoritarian flavour.” p5.

11) “So, while Australia is a state party to all major international human rights instruments, these commitments are strictly irrelevant to judicial reasoning, in the constitutional context and in any other exercise of domestic jurisdiction.” p10 of the paper.

12) “The other, equally important, dimension of social equality concerned with status relationships – where principles of non – discrimination, respect, and recognition come into play – is generally not well served by conditions of unfettered majoritarian democracy.” p13 of the paper.

13) “On the other hand, minorities who are unpopular or inexpert at manipulating the political system have seen little progress towards other dimensions of social equality that are of special importance to them, such as status, recognition, and respect.” p5 of the paper ; “Rather, social equality is these days seen to have implications for status : to require basic respect for and recognition of diverse perspectives and needs ; to be uncomfortable with entrenched privilege and domination.” p8 of the paper ; “On the other hand, insofar as social equality is also concerned with non – distributive goals



whether they constitute concrete rights to be protected in real situations. I would like you to share your ideas on what legal significance the three concepts have in Australia.

6.

- In Korea, equality has played a role in enhancing basic rights not just in the domain of social rights but also in other areas such as the right to vote, property, public office and free expression. In this respect, equality is seen as a methodological foundation for protecting other basic rights.
- Nevertheless, social rights are not protected as strongly as other liberty rights or property rights. For this reason, I believe equality rights can play an important role in enhancing social rights than in promoting any other sectors of basic rights. In other words, I believe equality rights may play the most significant role in the social rights sector. What is your take on this assessment?

7.

- Finally, you said that what is needed to break Australia's constitutional impasse is an institutional champion of change.
- I believe the academic community should be at the forefront and start the change, and its keen awareness of the current constitutional reality in Australia seems to be critical.
- At the heart of the issue with the Australian Constitution, it seems, is the absence of explicit textual protections for basic rights or a basic rights catalog. How do the academic and legal communities in Australia view this absence?

Thank you.

---

relating to status - like respect, recognition and non - domination - the Australian constitutional model has been much less conducive." p8 of the paper ; "But on other key measures of the 'status' dimension of social equality - in particular, for Australia's Indigenous peoples, new migrants and unpopular religious minorities - the constitutional schema offers no foothold." p8 of the paper.



**SESSION 1**

Presentation 2

# 독일 사법체계 내 사회적 평등

Soziale Gleichheit in der deutschen  
Rechtsordnung

**Ulrich Becker**

Professor, Director, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Germany



# 독일 사법체계 내 사회적 평등

Ulrich Becker

독일 사회법 · 사회정책 막스플랑크 연구소 소장

## 목차

- I. 도입 : 사회의 평등이 갖는 의미에 관하여
- II. 헌법적 배경 : 국가과제로서의 평등
  - 1. 사회적 질서에 대해 “냉정한” 기본법
  - 2. 헌법 속 사회국가원칙
    - a) 사회국가와 법치국가의 관계에 관하여
    - b) 사회국가원칙의 조종효과에 관하여
    - c) 사회국가에서의 평등
  - 3. 특수한 평등보장
    - a) 파생적 참여권
    - b) 양성평등
    - c) 장애인의 평등
- III. 실행 : 사회적 정의의 실제적 의미
  - 1. 사전고찰
  - 2. 사회법이 보장하는 사회적 평등
    - a) 보건
    - b) 노후보장
    - c) 기타 사회급부
  - 3. 기타 행정법 상 사회적 평등
    - a) 세법
    - b) 시설에 대한 접근
    - c) 공간의 분배
- IV. 결론

◆ 초안이므로, 저자의 허락이 없는 인용을 금합니다.



## I. 도입 : 사회의 평등이 갖는 의미에 관하여

평등은 사회가 근본적으로 추구하는 것 중 하나다. 사회의 평등을 위한 투쟁은 서구세계에서 일어났던 여러 혁명의 원동력이었고<sup>1)</sup>, 이들 혁명이 없었다면 현대적인 헌법의 탄생은 불가능했을 것이다. 특히 경제적 평등은 사회의 안정성을 측정하는 기준으로 간주된다. 그래서 소득분배의 실태를 나타내는 지니계수<sup>2)</sup>가 안정적인 그리고 덜 안정적인 정치공동체를 구분해주는 지표로 사용되기도 한다. 평등과 사회적 응집력 사이의 관계가 명백하지 않음에도 불구하고 말이다.<sup>3)</sup> 토마 피케티(Thomas Piketty)가 쓴 “21세기 자본”<sup>4)</sup>이 세계적으로 큰 관심을 받는 것 역시 이 때문이다. 이 책은 자본수익률이 경제성장률보다 높아 불평등이 심화된다고 설명한다. 물론 이 공식을 더 세분화하지 않는 이상, 이 주장의 타당성에 대해서는 의문이 제기될 수밖에 없다.<sup>5)</sup> 그렇다 하더라도 계속해서 커지는 불평등 문제에 대한 논의가 갖는 중요성은 달라질 것이 없다. 불평등에 관한 논의는 독일에서도 최근 몇 달 사이 다시 활발하게 일어나기 시작했다. 무엇보다 21세기 초 “어젠다 2010”이라는 이름하에 실시된 노동시장개혁<sup>6)</sup>으로 인해 불평등이 심화되었다는 주장이 제기되었다.<sup>7)</sup> 이때 소득분배 시 나타나는 불평등 문제뿐 아니라 노동시장 상황에서 나타나는 불평등 문제도 거론된다. 저임금 일자리가 증가하면서 새로운 형태의 불안정 계급(Prekariat)이 생겨났다는 것이다. 여기에서도 이 주장의 타당성과 근거로 제시되는 데이터에 관해 상당한 논란이 존재한다.<sup>8)</sup> 그러나 이 주장이 독일 사회의 핵심적인 문제를 지적하고 있다는 점만큼은 틀림없다.

최근 다시 뜨거워진 불평등 문제에 관한 논의는 아마도 독일이라는 사회가 이미 오래 전부터 실존하는 또는 실존한다고 주장되어지는 불평등에 대해서 매우 민감하게 반응했기 때문일지도 모른다. 불평등은 부당한 것으로 인식된다. 이는 적어도 헌법재판소의 재판관들이 셀 수 없이 많은 헌법소원을 다루면서 내린 결론이다.<sup>9)</sup> 괜히 “사회적 불평등”이 “사회적 평등”보다 훨씬 자주 언급되는 것이 아니다. 그런데 독일의 법학계는 사회적 평등이나 사회적 불평등 문제를 현재까지도 거의 쟁점화하지 않으면서<sup>10)</sup> 독일에서 이루어지고 있는 정치적 담론에 비해 한참 뒤쳐져 있다. 그 이유는 시사적인 논쟁이 학계 내부로부터<sup>11)</sup> 자체적으로 그리고 학술정책으로부터<sup>12)</sup> 제기되더라도, 전통적으로 법과 법이 적용되는 실생활 사이의 접점에 큰 관심을 두지 않는 독일 법학계의 특징 때문이라고 볼 수 있다. 그리고 무엇보다도 “사회적 평등”이라는 개념 속에서 표출되는 사회와 실생활의 결합에 관해 확정된 컨셉트가 존재하지 않기 때문이다.

사회적 평등은 무엇보다도 헌법적 개념이 아니다. 다시 말해 독일의 기본법이나 16개 연방주의 주헌법 및 기타 유럽 국가의 헌법에 명문화되어 있는 개념이 아니다. 국가의 질서는 항상 평등을 보장해야 할 책임이 있고, 그러한 이유에서 평등원칙은 필수적인 그리고 유럽 전역에서 헌법에 정착된 기본권보장의 요소인 반면, 사회적(Sozial)이라는 부가어는 매우 애매한 개념이다. 그래서 프리드리히 하이에크(Friedrich August von Hayek)는 이 부가어가 “방황의 진창(Morast der Verirrung)”<sup>13)</sup>으로 치닫게 할 수도 있기 때문에 위험하기까지 하다고 보았다. 그러나 독일 법학계에서는 이미 19세기에 부가어가 등장하였다. 예를 들어 헤르만 뢰슬러(Hermann Roesler)가 “사회적 자유 규정” 차원에서 “사회적 권리” 개념을 사용하였다.<sup>14)</sup> 오토 폰 기르케(Otto von Gierke)의 경우 사회권이 “개별존재로서의 의지주



체인 인간들 사이의 관계를 상호 연계시켜주는” 권리라고 보았고,<sup>15)</sup> 개인의 자유와 공동체에의 구속 간 구분을 분명히 하였다.<sup>16)</sup> 이로써 법학계는 노동자 보호<sup>17)</sup>라는 당시의 가장 핵심적인 사회적 문제를 적어도 가장 기본적인 차원에서 쟁점화하면서 시대의 요구에 부응하였다. 법학계는 또한 사회구성원들의 공동체에의 구속을 강조하는 독일의 국가철학에도 반응하였다.<sup>18)</sup> 그러나 개인의 자유와 사회적 자유의 조건 간의 관계 정립에 대해서는 거의 언급하지 않았다. 당시 헌법국가의 발전과 그와 함께 현대적 국가법의 발전이 아직은 초기 단계에 머물러 있었기 때문에 법학은 어차피 이를 위해 일반적으로 적용될 수 있는 기준을 거의 가지고 있지 않는다는 것이 그 이유였다.

이렇듯 명쾌한 개념적 정의가 아직 존재하지 않는 이상, 우선 사회적 평등이 무엇을 의미하는지를 확인할 필요가 있다. 그렇다면 특유의 사회성(Das Spezifisch Soziale)은 무엇을 말하는가? 사회성은 우선은 평등이라는 개념과의 관련성 속에 존재한다. 더 나아가 정치적 공동체의 반응에 대한 요구에 중요성을 부여한다. 이를 토대로 봤을 때 사회성은 사회 참여와 관련 있다. 즉, 다른 사람들과의 상호작용, 직업생활 및 경제생활, 생존배려(Daseinsvorsorge) 및 사회급부에 대한 참여 말이다.<sup>19)</sup> 공동체의 과제 차원에서는 이러한 참여를 보장하기 위한 노력들을 사회적이라고 할 수 있다. 그렇다면 국가가 장애물을 제거하고 차별을 없애고 개인이 자기계발을 위해 필요로 한 필수적인 재화를 제공함으로써 이러한 참여의 가능성을 열어주어야 하는 것인가? 아니면 국가의 역할이 결과를 보장하는 것 즉, 동일한 소득과 동일한 급부를 보장하는 것인가? 이에 대한 답은 정치적 공동체가 개인, 사회, 공동체 간의 관계를 자신의 헌법 질서를 통해 어떻게 형성하고 있는지에 따라 달라질 것이다. 그렇기 때문에 본 논고에서는 먼저 (II. 이하) 독일의 기본법이 개인의 자유 보장<sup>20)</sup>과 사회국가의 개입 즉, 자유의 보장 그리고 무엇보다도 평등실현에 기여하는 국가차원의 개입<sup>21)</sup>간의 관계에 대해 어떠한 기본적 입장을 취하고 있는지를 살펴보고자 한다. 그리고 나서 (III. 이하) 이 관계가 법적으로 어떻게 구현되는지를 고찰해보고자 한다. 헌법 상 규정들이 갖는 개방성 때문에 사회적 평등의 실질적 의미는 법으로 구체화된 복지정책을 살펴봄으로써 도출될 수 있다. 이때 경제생활 및 직업생활 질서와의 관련성 속에서 독일의 사회복지제도들을 우선적으로 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 이 제도들이 독일에서 사회적 평등의 실질적 구현에 있어서 기능과 의미 면에서 가장 우수한 성적을 자랑하기 때문이다. 본고에서는 아주 짧지만 평등을 실현하기 위한 조치들 그리고 급부에 대한 접근과 관련해 중요한 역할을 하는 평등의 공간적 차원에 대해서도 언급하고자 한다.

## II. 헌법적 배경 : 국가과제로서의 평등

### 1. 사회적 질서에 대해 “냉정한”기본법

기본법을 구상한 기본법의 아버지들과 어머니들은 헌법에 사회국가의 작동원리를 심어둠으로써(혹은 사회국가적 프로그래밍을 통해) 독일의 사회적 질서의 특징을 규정하고 사회적 질서를 정의하는 것을 최대한 지양하였다. 그래서 독일연방의 헌법은 사회질서 및 경제질서에 관한 명시적 규정을 포함하지 않으며, 기본권을 다루는 부분에서 포괄적인 사회적 권리 목록을 포함하고 있지 않다. 기

본법은 이러한 면에서는 독일 연방주의 헌법들보다 뒤쳐져 있을 뿐 아니라, 비교법학적 시각<sup>22)</sup>에서 봤을 때 그리고 유럽연합의 기본권 목록 도입<sup>23)</sup>을 봤을 때 유럽 내 법의 발전에 비해 뒤쳐져 있다. 그 이유는 독일의 역사 속에서 발견된다. 우선 독일은 역사적 경험 때문에 기본권의 방어기능을 강조하게 되었다(a)). 또한 항상 강조되었던 사실은 아닐지 몰라도,<sup>24)</sup> 사회적 권리와 관련한 독일의 실질적 경험이 그다지 긍정적이지 못하였다(b)).

a) 사회적 권리의 역사는 프랑스(1793)<sup>25)</sup>와 독일(파울스키르헤)<sup>26)</sup>에서 헌법 제정을 위한 최초의 노력들을 배제할 경우, 1917년 멕시코 헌법<sup>27)</sup> 그리고 유럽에서는 1918년 소비에트 연방 헌법<sup>28)</sup>과 함께 시작되었다. 멕시코나 소비에트 연방에서 헌법은 새로운 사회질서 정착을 위해 사회적 권리를 수용해야만 하는 상황이었지만, 놀랍게도 1년 후 독일에서도 바이마르 헌법<sup>29)</sup> 역시 유사한 변화를 겪게 된다.<sup>30)</sup> 이는 시기적으로 봤을 때 ILO<sup>31)</sup> 설립과 맞물려 있으며, 1차 세계대전과 그로 인한 정치적 변혁 경험에 비추어봤을 때 시민적 자유와 정치적 자유가 시민을 사회적으로 보호하기 위한 헌법적 보장 장치를 필요로 한다는 확신에 대한 표현으로 간주될 수 있다.

그 결과 독일은 사회국가적 요소들이 “축적된” 헌법에 있어서 선구자가 되었다. 바로 이러한 이유에서는 2차 세계대전 이후 일어난 헌법정책적 역주행이 더더욱 눈에 띈다. 다수의 국가에서 자유권을 사회적 권리와 함께 보장해야 한다는 주장이 관철되었던 시기에<sup>32)</sup>, 독일에서는 기본법이 사회적 권리들을 전적으로 생략하였다. 대신 인간의 존엄성과 개인의 권리들이 기본법의 전면에 내세워졌다. 목표는 명확했고, 헌법제정의 전 과정에 관여된 모든 이들은 눈에 선했던 국가사회주의(나치) 지배 시절 참혹했던 경험을 떠올릴 때 이를 충분히 납득할 수 있었다. 기본권들은 가능한 한 명확하게 규정되어야 했고, 우회적으로 묘사되어서는 안 되었다. 또한 실질적으로 관철될 수 있어야 했고, 다른 전제조건에 매여 있어서도 안 되었으며, 고권에 의한 침해에 대한 적극적인 방어 가능성을 보장해줄 수 있어야 했다.<sup>33)</sup>

b) 여기에 또 한 가지 이유가 있다. 2차 세계대전 종식 후 독일에서는 사회적 권리를 헌법에 수용하는 것을 생략 가능한 것으로 여겼던 것 같다. 이는 바이마르 헌법의 사회국가적 장치가 아무런 가시적 흔적을 남기지 못한 독일의 경험에서 비롯되었다. 독일에서는 비교적 일찍이 비스마르크식 사회보험을 통해 상당히 포괄적인 사회적 보호를 위한 토대가 마련되었다. 이 사회보험은 도입 목적이 일차적으로 빈곤방지였기는 했지만, 새로운 시대의 시발점이 되었다.<sup>34)</sup> 즉, 사회적 안전을 국가가 책임지는 시대가 열렸던 것이다. 여기에서 사회적 안전은 독립적으로 그리고 자체 예산으로 운영된 보험주체들에 의해 보장되었는데, 이들 주체는 사회기관에 뿌리를 두었지만 국가가 통제하는 공공기관이었으며 오늘날까지도 그러하다.<sup>35)</sup> 여기에서 바이마르 헌법은 전혀 유리한 점을 제공하지 못했다. 가장 특징적인 것이 바이마르 헌법 제161조의 운명인데, 이 조항은 바이마르 공화국이 사회적 안전을 위하여 “포괄적 보험체계”를 구축할 의무가 있다고 명시한다.<sup>36)</sup> 이는 구체적 입법명령으로서 표현되었지만, 이 조항은 정강으로서 이해되었다.<sup>37)</sup> 어떤 이들에게는 “약속”으로 보이기도 했지만,<sup>38)</sup> 1920년대 및 1930년대 사회법 제정 과정에서는 아무런 흔적을 남기지 않았다. 이와 마찬가지로 헌법은 지자체 차원의 실업자 지원을 실업보험을 통해 대체하는 데 있어 입증 가능한 영향을 거의 미치지 못



했다.<sup>39)</sup> 그 밖에도 헌법은 자유직업 종사자들을 연금보험에 수용하는 문제<sup>40)</sup>와 관련해 논쟁을 촉발시키기는 했지만 그로 인한 가시적 진전은 가져오지 못했다.

## 2. 헌법 속 사회국가원칙

기본법은 앞서 소개된 이유들 때문에 구체적인 사회국가적 요소들을 거의 포함하고 있지 않다. 아래에서 설명할 몇몇 특수한 평등원칙 외에는, 거의 부수적으로 보이는 다음의 서술 정도만 소개할 수 있는 정도다. “독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가다”라고 기본법 제20조 제1항에 명시되어 있으며, 제28조 제1항에서는 독일을 “사회적 법치국가”라고 설명하고 있다.

### (1) 사회국가와 법치국가의 관계에 관하여

잘 알려져 있듯이 연방공화국 설립 초기 무엇보다도 독일이라는 국가가 갖는 이 두 가지의 근본적인 구조적 특징을 결합하는 과정에서 매우 심도 깊은 논쟁이 일어났다. 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)와 볼프강 아벤트로트(Wolfgang Abendroth)가 선구자<sup>41)</sup>로서 이 논쟁을 주도하였는데, 이때 사용된 개념을 헤르만 헬러(Hermann Heller)가 바이마르 공화국이 겪은 변화를 서술하기 위해 이미 결합해 사용했었다는 사실은 모두가 잊은 채 논쟁은 진행되었다.<sup>42)</sup> 이 논쟁은 그 내용 면에서 오늘날에는 아무런 의미가 없다.<sup>43)</sup> 논쟁은 여러 측면에서 봤을 때 계속해 이어져 내려왔던 그리고 항상 인위적이기도 했던 어떤 가정된 대립을 맴돌기만 했다. 우선 오늘날 법치국가성이란 개념은 단순히 형식적 의미로만 이해되는 개념이 아니다. 주요 구성요소들<sup>44)</sup>이 기본적으로 형식적 요구들을 반영하지 모르지만(예를 들어 법안전성과 법률의 유보, 비례의 원칙 등을 들 수 있음), 최근에는 인간의 존엄성<sup>45)</sup>과 기본권, 그리고 필연적으로 우선은 추상적인 정의에의 지향<sup>46)</sup>같은 실질적 요소들도 법치국가성에 포함되어야 한다는 합의가 존재하는 상태다. 그 다음으로는 미하엘 슈톨레이스(Michael Stolleis)가 독일에서의 논쟁과 변화와 관련해 평한 것처럼 “스펙터클한 방식으로, ... ‘사회국가’의 실제적 그리고 학술적 비중이 늘어났다”.<sup>47)</sup> 비교대상인 유럽헌법의 차원에서 봤을 때에도 오늘날 사회국가성은 독립적이고 최우선적인 국가구조원칙으로서 충분한 근거를 갖는다.<sup>48)</sup>

사회국가와 법치국가의 양립에 관한 논쟁은, 독일에서 사회국가적 “국가목적규정”<sup>49)</sup>의 실현이 오랜 전통을 가지고 있기 때문에도 역사적인 에피소드가 되었다. 1880년대로 거슬러 올라가는 사회보험 입법의 획기적인 의미에 대해서는 이미 위에서 설명하였다.<sup>50)</sup> 당시 입법은 사회적 변혁에 대한 반응이자 통일을 추구하는 비스마르크의 정치를 반영하였다. 그러면서도 독립적이고 깊은 사상사적 뿌리를 가지고 있었다.<sup>51)</sup> 바로 국가가 자유의 실현을 위한 기본토대를 보장하고 자기책임 하에서 자유권을 주장하는 데 있어서 제한을 받는 자들을 지원할 임무가 있다는 인식이 당시에도 존재했고 현재까지도 이어져 오고 있다. 이에 관하여 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)이 이미 19세기 중반에 다음과 같이 언급한 바 있다. “자유는 자기결정의 조건으로서의 물질적이고 정신적인 재화의 소유를 조건으로서 충족할 때에야 비로소 진정한 자유라 할 수 있다.”<sup>52)</sup> 그리고 이 논리로부터 국가는 “모든 구성원들의 경제적 그리고 사회적인 진전을 촉진”<sup>53)</sup>해야 할 의무가 있다고 결론지었다. 여기에서 애초부터 존재하는 자기책임과의 연관관계 그리고



자유와 평등 사이에서 일어나는 상호작용이 드러난다. 다시 말해 사회국가는 개인이 스스로를 (그리고 자신의 가족을) 돕지 못할 경우, 그리고 그것을 기대하지 못하거나 스스로 대비하는 것이 어려워진 경우 개입해야 하는 것이다.<sup>54)</sup> 사회국가는 실질적인 자유실현의 가능성을 촉진하고 이로써 자유 지향적 사회 및 그 사회의 경제질서를 위한 기본조건들을 제공하는 것이다. 동시에 각 개인의 필요에 따라 달라지는 국가의 지원을 통해 모든 구성원들의 사회참여 기회가 동등하게 제공 또는 적어도 비슷하게 조정된다. 이러한 기본적 원리에 대해서는 사회 전반에 걸쳐 합의가 존재한다고 볼 수 있다. 한 가지 눈에 띄는 것은, 이 원리를 헌법을 통해 명문화시키는 것이 오늘날까지 거부되었다는 점이다. 그래서 기본법의 경제정책적 중립성<sup>55)</sup>을 옹호하는 연방헌법재판소의 기존 입장이 계속해서 유지되고 있다.<sup>56)</sup> 기본권과 사회국가원칙 간 상호작용을 근거로(이제는 유럽연합의 목표로도 인정되고 있는<sup>57)</sup>) 사회적 시장경제를 자유, 연대 그리고 사회참여에 기초하는<sup>58)</sup>, 헌법질서와 합치될 수 있는 유일한 경제체제로 간주할 수 있음에도 불구하고 말이다<sup>59)</sup>.

## (2) 사회국가원칙의 조종효과에 관하여

어떠한 경우라도 사회국가조항을 통해 사회국가의 개입 범위와 수준이 제시되지 않으며, 개인의 자유와 사회적 보호 간 실질적인 균형이 달성되도록 하지 않는다. 이러한 이유 때문에 과거에는 일각에서 사회국가원칙이 단지 “입법자와 행정을 향한 호소”<sup>60)</sup> 같다고 하기도 하였고, 사회국가원칙은 오늘날에도 여전히 효력이 매우 약하다고 간주된다.<sup>61)</sup> 그 결과 사회국가원칙은 오늘날의 국법학에서 크게 주목을 받지 못한다.

그러나 연방헌법재판소의 판례를 살펴보면 독일의 사회국가 실현에 관한 몇몇 보편적 서술들을 발견할 수 있다. 예를 들어 연방헌법재판소에 따르면 기본법 제20조 제1항에 근거해 국가는 지원을 필요로 하는 사람들(Hilfebedürftige)을 지원<sup>62)</sup>하고 “공동체 전체가 짊어져야 할 운명으로부터 발생한... 피해”<sup>63)</sup>에 대해 배상을 할 의무가 있다. 연방헌법재판소는 사회보험에 관하여서도 기본적 원리를 강조하였다. 예를 들어 “기본법에 근거한 사회국가질서에서는 질병 시 보호를 제공하는 것이 국가의 기본임무 중 하나다”<sup>64)</sup> 그리고 “법정사고보험의 포괄적 보장이라는 사회국가의 임무는 노동에 대한 공공의 이해를 통해서도 국민경제의 주요 토대 중 하나로서 정당화된다”<sup>65)</sup> 라고 하였고, 실업보험이 “사회보험의 한 분야로서 사회국가원칙을 실현하는 중요한 요소”<sup>66)</sup>라고도 하였다. 그러나 이러한 국가의 책임을 구체화시키는 방식을 결정하는 것은 입법자의 과제라는 식의 서술이 대부분의 경우 첨부되어 있다.<sup>67)</sup> 기본법 제20조 제1항이 국가의 행위 의무에 대한 근거보다는 자유에 대한 국가의 개입을 정당화할 때<sup>68)</sup> 더 큰 역할을 한다는 점 역시 이와 맥을 같이 한다.

연방헌법재판소의 기본적으로 소극적인 입장과 다른 두 가지 예외적 판결이 존재하는데, 상당히 이목을 끄는<sup>69)</sup> 경우라고 표현할 수 있겠다. 이 두 경우 연방헌법재판소는 기본법 제20조 제1항으로부터 기본권과의 연계를 통해 비록 어느 정도 제한되어 있기는 하나, 헌법에 근거한 급부청구권을 도출하였다. 연방헌법재판소는 먼저 최저생계에 대한 권리로부터 급부청구권을 도출하였는데, 이는 기본법 제1조 제1항 및 그와 연결해 제20조 제1항으로부터 도출<sup>70)</sup>되었고 독일에 사는 모든 사람들에게 적용되어야 한다고 확인<sup>71)</sup>되었다. 그 다음 건강보장급부에 대한 권리가



도출되었는데, 이는 국가가 보호임무를 다하기 위해서는 의무보험 하에서 적어도 생명을 위협하는 상황 발생 시 잠재적으로 효력이 있는 급부를 제공하지 않으면 안 된다는 인식으로부터 도출된 것이었다.<sup>72)</sup> 두 경우 모두 사회국가원칙을 통해 기본권보호에 급부권 측면이 추가되어 기본권보호 범위가 확장되었다. 단, 실질적인 불평등이나 특수한 차별의 해소를 위한 입법자의 책임에 대하여 직접적으로 무엇이 언급되지는 않았다.

### (3) 사회국가에서의 평등

이러한 의무들은 기본법에 입각해 적어도 비슷하게나마 유지되었다. 사회적 불평등의 해소가 국가의 임무로 인식되기는 하지만,<sup>73)</sup> 이 임무를 수행하는 데 있어서 보충성의 원칙만 적용되어서는 안 된다.<sup>74)</sup> 우선은 근거로서 다수의 법적 토대들이 제시되며, 그 다음 이들 토대를 바탕으로 특정 의무의 도출이 생략되는 일이 반복된다.<sup>75)</sup> 판례에서도 사회적 평등이라는 개념은 등장한다 하더라도 주변적으로 언급되는 정도다.<sup>76)</sup> 연방행정법원은 국가의 배상의무를 제한하는 것과 관련해 사회적 평등을 언급한 바 있는데, 법인에게 사회평등이 적용될 수 없다고 하였다.<sup>77)</sup>

예외는 무엇보다도 연방헌법재판소의 소수의견서에서 발견된다<sup>78)</sup>는 점을 언급할 필요가 있는데, 가장 최근에는 연방헌법재판소가 내린 상속세법<sup>79)</sup>에 관한 판결 과정에서 제출된 의견서를 예로 들 수 있다. 여기에서 베어(Baer), 가이어(Gaier), 마징(Masing) 재판관이 “고착화될 불평등을 해소하고 평준화를 달성할” 국가의 의무를 주장하였다.<sup>80)</sup> 그들은 “국가가 사회적 차이를 제거하고 이로써 정의로운 사회질서를 만들어야 할 의무가 있다”는 매우 모호한 판례만 근거로 제시하지 않았다.<sup>81)</sup> 그들은 여기에서 더 나아가 헌법이 “입법자에게 이 의무를 수행하는 데 있어서 당연히 큰 자율성”을 허락했다고 부연하였다.<sup>82)</sup> 그렇기 때문에(주로 세법의 제도견고성에 집중하며 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 초점을 맞춘 다수의견서의 경우와 마찬가지로) 예외를 정당화할 가능성이 존재한다. 어쨌거나 적어도 그 예외들이 다른 공공의 안녕 관련 사항들, 예를 들어 일자리 창출에 기여해야 한다고 강조된다.

이로써 사회국가적 요소들이 평등원칙에 추가되는 것이 가능하지만, 보다 자세한 내용과 적용범위가 헌법을 통해 규정되지는 않는다. 이는 기본법의 사회국가원칙을 그 누구보다도 집중적으로 다루었던 한스 자허(Hans F. Zacher)의 주장과 일치한다.<sup>83)</sup> 그는 사회국가가 평등을 원하지만, “자유 없는 평등을 원하는 것은 아니다”<sup>84)</sup>라고 설명한다. 특히 그의 말기 저서에서는 모든 사회적 요소들의 토대를 이루는 정신이자, 기본규범으로서 “더 많은 평등”을 강조하였다.<sup>85)</sup> 이는 실현 불가능한 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라,<sup>86)</sup> 상대적 평등을 의미한다. 자허는 “사회적 평등”을 거론하지 않고, 이 기본규범이 사회성과 특수한 관련이 있는 이유가 평등에 대한 요구가 생활조건의 평등을 이야기하는 것이며 “경제적 원인이나 경제적 영향이 있는” 불평등 해소에 관한 요구라는 점 때문이라고 설명한다.<sup>87)</sup> 그러면서도 그는 이러한 평등이 정치적 절차 속에서 생산되어야 한다고 보았다. 그래서 결론적으로 다음과 같이 말했다. “한 사회 또는 한 공동체의 성공은 그 사회 및 공동체가 인간의 같음과 다름을 어떻게 다루는지에 따라 좌우된다.”<sup>88)</sup> 그렇기 때문에 결과적으로 기본법 역시(적어도 판례나 문헌에 존재하는 기술을 볼 때) 사회적 평등의 실현을 입법자에게 일임한다. 입법자는 이를 위해 그리고 재분배를 위하여 사회국가원칙을 내세울 수는 있지만,<sup>89)</sup> 이는 결코 자유권과 기타 국가구조원칙을 준수하지 않는 채로는 불가능

하다.<sup>90)</sup> 따라서 독일 법질서 내 사회적 평등이 어느 정도 범위를 가지고 그리고 어떠한 기본적 고찰을 통해 국가의 과제로 간주되어야 하는지 그리고 실질적으로 법을 통해 실현되어야 하는지에 대한 질문에 대해서는 오로지 기존에 존재하고 있는 그리고 계속해서 발전하고 있는 성문법을 조사함으로써 답을 찾을 수 있다. 이에 대해 자세히 다루기 앞서, 기본법에서 규정하는 평등 원칙이 어떻게 구체화되는지를 살펴보고자 한다.

### 3. 특수한 평등보장

기본법의 일반적 평등원칙은 “법 앞에서” 모든 인간의 평등을 요구한다(기본법 제3조 제1항). 이 원칙은 발생사<sup>91)</sup> 그리고 연방헌법재판소의 판례<sup>92)</sup>에 근거해 모든 국가권력(기본법 제1조 제3항)에게 동일한 것은 동일하게, 서로 다른 것을 다르게 취급할 의무를 부여한다. 평등원칙은 자유권을 보충하는데,<sup>93)</sup> 특히 급부와 재화에 대한 접근가능성을 보장함으로써 보충한다(a)). 사회적 평등과 관련해 더 중요한 것은 특수한 평등원칙들이다. 이들 원칙은 법이 특정 기준을 연계시켜서는 안 되기 때문에(예를 들어 인종과 같은 기준, 기본법 제3조 제3항 참조) 부분적으로 구분금지를 포함하기도 한다. 그러나 이들 원칙은 전형적인 차별을 제거하도록 촉구하기도 한다. 이런 의미에서 사회적 권리를 내포하는 것이다. 오늘날에는 혼인 외 출생자의 평등(기본법 제6조 제5항)이 실현된 이후<sup>94)</sup>, 무엇보다도 양성평등(b))과 장애인의 포용(c))이 중요하게 다뤄지고 있다. 후자의 두 문제가 대두되게 된 배경에는 1994년 실시된 헌법개정이 있다.<sup>95)</sup> 헌법개정으로 기본법 제3조의 제2항과 제3항에 각기 한 문장씩 추가되었다. 여기에는 유럽법 및 국제법의 영향을 간과할 수 없다. 이 개정을 통해 독일의 기본권보호는 국제적 법발전을 따르게 되었다.

#### (1) 파생적 참여권

평등원칙으로부터 파생적 참여권이 도출된다. 이에 대한 근거는 간단하다. 공공의 손이 어떤 시설을 제공하는 경우, 동등취급에 대한 요구가 충족될 수 있도록 그 시설에 대한 접근을 가능하게 해야 한다. 이와 관련해 잘 알려진 연방헌법재판소의 정원제(Numerus Clausus) 판결<sup>96)</sup>은 주어진 정원을 충분히 채워야 할 의무를 제시하였지만, 일정 정원을 창출하거나 정원을 늘려야 한다는 의무에 대해서는 언급하지 않는다. 이러한 의무는 관련된 자유권으로부터 직접 도출될 수 밖에 없는데, 오늘날까지는 이것이 거절되었다.<sup>97)</sup>

사회적 평등에 관하여서는 파생된 참여권으로부터 아무것도 도출되지 않는다. 왜냐하면 접근권의 분배를 위한 기준은 변함없이 그대로 유지되기 때문이다.

#### (2) 양성평등

양성평등에 있어서는 상황이 조금 다르다. 앞서 언급한 헌법개정을 통해 남자와 여자가 “동등한 권리를 갖는다”고 규정하는 기본법 제3조 제2항이 보충되었다. 그 결과 기본법 제3조 제2항 제2문에는 다음과 같이 명시되어 있다. “국가는 남녀평등의 실질적 관철을 촉진하며 현존하는 불이익을 제거하기 위해 노력한다.” 이 문장은 국가의 목표를 규정하며 입법자는 이로써 평등이 “일상의 현실 속에서 더욱 강력하게 관철될 수 있게 하려 했다”.<sup>98)</sup> 결과적으로 제1문이 이미 평등목



표를 제시한 것 아니냐 또는 권리와 의무에 있어서 단지 평등하게 취급 받을 개인의 권리만을 제시하는 것이냐<sup>99)</sup>는 질문은 무의미해졌다.

실제로 연방헌법재판소는 헌법개정에 앞서 이미 2년 전 여성노동자들의 야근 금지에 관한 유명한 판결에서 “기본법 제3조 제3항에 명시된 차별금지를 넘어서는 기본법 제3조 제2항의 규정내용”은 “동등한 권리의 원칙을 제시하며 사회적 현실에 이를 적용시킨다”<sup>100)</sup>고 밝혔다. 연방헌법재판소는 이 원칙으로부터 실질적으로 단지 “이어져 내려오는 역할분담”이 고착화될 뿐이라면 입법자가 남자와 여자의 생물학적 차이를 근거로 그 어떤 조치도 정당화시킬 수 없다는 결론을 도출해냈고,<sup>101)</sup> 여기에서 더 나아가 입법자는 “과거로부터 이어져 내려오는 역할분담을 극복할 수 있도록” 기여를 해야 한다고 밝혔다.<sup>102)</sup> 이로써 입법자는 예를 들어 여성의 경제활동 참여를 촉진하기 위한 조치들을 도입하도록 권한을 부여 받게 되었다.<sup>103)</sup> 게다가 연방헌법재판소의 이 결정은 기본법 제3조 제2항 제2문의 후반부 관련해 의미가 있다. 즉, 실질적인 차별을 제거하는 과정에서 과거로부터 이어져 내려오는 가정 내에서의 역할과 같은 여자와 남자의 사회적 역할을 고정시켜서는 안 된다는 것이다.

입법자에게는 국가목표를 달성하기 위해 일정 수준의 형성여지가 제공되어야 한다. 하지만 “입법자의 규정들이 야기하는 실질적인 차별을 가능한 한 방지해야 한다.”<sup>104)</sup> 연방헌법재판소는 노동법과 관련해 입법자에게 “자신이 제정한 보호규정들이 노동 현실에서 차별효과를 발생시킬 위험을 인지하고 이를 적절한 규율 메커니즘을 통해 가능한 한 상쇄해야 할 의무가 있다”고 밝혔다.<sup>105)</sup>

### (3) 장애인의 평등

강력한 실질적 효과는 장애인의 평등보장에서도 나타난다. 이번에도 역시 1994년에 기본법 제3조 제3항에 “장애로 인하여 그 누구도 불이익을 받아서는 안 된다”는 문장이 추가되었다.<sup>106)</sup> 이로써 장애인의 우선적 배려도 가능해진다.<sup>107)</sup> 즉, 일명 긍정적 차별이 가능해진다. 기본법 제3조 제3항 제2문은 장애를 이유로 한 불평등한 취급을 금지시키는 주관적 권리와 함께 입법자로 하여금 실질적 평등의 달성을 위한 권한과 책임을 부여하는 국가목표를 포함한다.<sup>108)</sup>

그러나 새로운 규정은 오히려 소극적 역할을 하였고 최근의 법적 변화를 통해 중요성을 갖게 되었다. 이는 학교에서의 통합 문제를 통해서 무엇보다도 잘 확인할 수 있다. 연방헌법재판소는 1997년에만 해도 학교에서의 통합 문제에 관하여 다음과 같이 서술한 바 있다. “평가 자율성 및 현실화 가능성과 투입 가능한 재정에 의한 제한은 입법자의 규정 초안 구현 시에도 유효하다. 입법자는 기본법 제2조 제1항, 제6조 제2항 제1문, 제3조 제3항 제2문에 입각해, 해당 주에 모든 형태의 통합 교육을 제공할 의무가 없다. 입법자는 오히려 자신에게 주어진 자율적 결정의 여지 속에서 입법자가 볼 때 교육적, 더 나아가 조직적, 인적, 재정적 이유 때문에 현실화가 불가능한 것으로 판단되는 통합형태를 배제할 수 있다. 이때 남은 통합교육 방법들이 장애아동과 장애청소년의 요구를 충분히 고려했다는 조건을 충족해야 한다.”<sup>109)</sup> 결과적으로 장애가 있는 또는 없는 학생을 위한 다양한 학교형태의 구분이 유지될 수 있었다.<sup>110)</sup> 그러나 최근에는 이에 근본적인 변화가 일어났다. 주의 학교법들은 오늘날 규모면에서 상이할지 몰라도 훨씬 더 많은 통합프로그램 제공을 규정한다.

이 변화는 놀랍게도 헌법이 아닌 국제법에 의해, 구체적으로는 UN장애인권리협약에 의해서 주도되었다.<sup>111)</sup> 독일 연방정부는 그 의미를 축소해 표현했지만,<sup>112)</sup> 적어도 장애인정책 관련 논의가 상당히 활발해졌다는 사실과 이 과정에서 항상 UN장애인권리협약이 언급된다는 사실을 확인할 수 있다. 특히 장애의 개념에 대한 고찰<sup>113)</sup>과 무엇보다도 이제 막 시작된 통합에서 포용으로(von der Integration zur Inklusion)라는 패러다임의 전환에 대한 고찰 과정에서 이를 확인할 수 있다. 이러한 논의 속에서 최근에는 참여권의 포괄적 개혁이 추진될 계획이다.<sup>114)</sup> 그러나 현재 제출된 법안은 장애인 단체들의 수많은 요구를 충분히 반영하지 못하고 있으며 개혁이 현실화될지는 특히 재정문제 등 때문에 아직 알 수 없는 상황이다.

### III. 실행 : 사회적 정의의 실제적 의미

#### 1. 사전고찰

사회적 평등은 권리침해를 제거하고 경제적 조정을 통해서 실현될 수 있지만, 무엇보다도 참여가능성을 제공하는 것이 중요하다. 이를 위해 여러가지 수단들이 고려될 수 있다.<sup>115)</sup> 본고에서는 개별 수단들을 구체적으로 소개하지는 않겠다. 하지만 앞서 설명한 이중 목표의 설정을 통해 대략적인 체계화가 보다 쉽게 가능할 것이다.

권리침해를 제거한다는 말은 어떤 특성에 대해 사회가 부여하는 가치로 인해 한 개인이 갖는 특성으로부터 발생하는 손해, 예컨대 장애, 특정성별이나 인종 등으로 인한 손해를 없앤다는 말이다. 그리고 이를 위해 국가가 참여기회에 관하여 직접 결정을 내리는 한 나서야 한다. 그러나 국가는 이러한 손해를 제거하는 동시에 사회 구성원들 간 법적 관계를 적절하게 조성할 때에만 상대적 차별을 실질적이고 효과적으로 제거할 수 있을 것이다. 다시 말해 국가는 노동법, 경우에 따라서는 기타 계약법 분야 등에서 사법형성적(privatrechtsgestaltend)이어야 한다. 이는 종종 자유의 제한을 초래한다. 자유의 제한은, 당사자들에게 침해 제거에 대한 책임이 있고 의무가 상대적일 때 기본적으로 감수되어야 한다.<sup>116)</sup> 이때 2부에서 직업에서의 참여를 가능케 하기 위한 노동사용자의 다양한 의무를 포괄하는 사회법전 제9권(SGB IX)의 규정들을 언급할 필요가 있다. 노동관계와 기타 사법관계를 포괄하는 특별한 차별방지는 2006년 제정된 일반적 동등취급법에서 명시되고 있다.<sup>117)</sup> 이 법은 독일의 법질서를 위해 상당히 새롭고, 유럽연합법이 제시하는 사항<sup>118)</sup>에 근거를 둔 규율시도를 포함한다. 경제적 조정은 무엇보다도 피해가 발생한 경우 재정적 상황에 대한 고려 즉, 세법을 통해 실현될 수도 있지만, 급부와 서비스의 제공을 통해서도 실현될 수 있다. 후자의 경우 공공의 이해<sup>119)</sup> 및 생존배려<sup>120)</sup> 차원에서의 인프라구조급부와 서비스, 그리고 생계보장과 지원을 위한 사회급부를 말한다.<sup>121)</sup> 이들은 국가가 전적으로 제공하거나 인하된 가격으로 제공할 수 있다. 이때 해당 시설과 급부는 세수로 충당되기 때문에 재분배가 이루어져야 한다. 재분배는 사회보험제도의 특징이기도 하다. 물론 사전예방에 초점을 둔 리스크보장제도들은 납부금을 통해 재정을 충당하지만, 이 제도 내에서도 급부와 반대급부 간의(법적 관련성이 있는) 상관관계가 존재한다.<sup>122)</sup> 물론 근본적으로 등가적 관계는 아니다. 그 대신 보험가입자들 간의 재정적 재분배가 이루어지는데, 전통적인 사회보험제



도 하에서는(보험원리의 한 가지 표현일 뿐인) 상이한 리스크민감도와 소득에 따라 달라지는 보험료를 통해 재분배가 이루어진다. 이는 독일<sup>123)</sup> 그리고 유럽 법<sup>124)</sup>에서 연대의 표현방식으로 인식되거나 심지어는 연대와 동일시되기도 한다.<sup>125)</sup> 상이한 생활형편에 따라 보장제도에 납부해야 할 보험료의 차이가 곧 발전기회의 차이로 인식된다 하더라도 말이다.

## 2. 사회법이 보장하는 사회적 평등

### (1) 보건

- ① 법정의료보험제도는 재분배효과를 발휘한다. 왜냐하면 법정의료보험제도는 기본적으로 모든 가입자에게 동일한 급부를 보장하면서도 보험료는 가입자의 소득수준에 따라 다르게 책정하기 때문이다. 독일의 경우 재분배효과는 보험료산정상한선<sup>126)</sup>을 통해서만 제한되지 않는다. 독일의 경우는 건강리스크 보장을 위해 두 개의 기능적으로 등가를 이루는 시스템 즉, 법정의료보험과 민간의료보험이 공존하기 때문에 전세계 유일무이한 사례로 꼽힌다. 법정채상 논란이 있는 이 구조<sup>127)</sup>는 독일 사회보험의 여러 특징 때문에 탄생하였다. 독일의 사회보험 제도는 첫째로 공무원, 재판관, 군인의 자체적 보장을 그대로 허용하였다.<sup>128)</sup> 둘째로 여전히 비스마르크식 모델을 따른다. 그로 인해 자영업자 중 일부만이 법정의료보험에 가입되어 있는 실정이다. 마지막으로 법정보험의무가입상한선(*obere Versicherungspflichtgrenze*)<sup>129)</sup>이 존재함으로써 소득수준이 높은 근로자로 하여금 법정보험 대신 민간보험 가입을 가능하게 한다. 이는 그 규율 전통(*Regelungstradition*)을 통해서만 설명이 된다.<sup>130)</sup> 적어도 2009년부터는 포괄적인 보험가입의무가 적용되어, 이제는 기본요율을 따라야 하는 민간의료보험조차도(제한적이기는 하지만) 보험가입자 간 재정적 조정을 실시하게 되었다.<sup>131)</sup>

이에 따라 독일의 법정의료보험은 다른 나라의 사회적 의료보험에 비해 사회적 평등을 지향하는 정도가 낮다. 그래서 배우자, 동거인, 자녀의 비각출 보험보장<sup>132)</sup>으로 이들에 대한 지원이 이루어지기는 하지만, 납입면제 여부가 가입자가 속한 가계의 재정상황에 의해 결정되지 않는다.

- ② 그러나 평등과 건강은 매우 근원적인 연관성이 있다. 건강은 한편으로는 사회 참여를 위한 기본적 요건으로, 경제활동뿐 아니라 기타 모든 종류의 참여를 위한 전제가 된다. 동시에 건강의 정도가 사회적 조건에 의해 좌우된다는 점이 널리 알려져 있다. 소득과 건강상태 사이의 직접적인 인과관계가 충분히 입증되지는 않았지만, 각종 통계자료는 소득과 교육 및 교육과 건강 사이에 분명한 상관관계가 있음을 보여준다.

바로 이러한 이유에서 사회적 평등을 목표로 한 건강정책은 매우 근본적인 차원에서부터 접근해야 한다. 이러한 정책은 건강 관련 교육 및 예방 그리고 더 나아가 보건 의식 촉진을 중점으로 해야 한다. 이때 개인의 자유와 지금까지보다는 더 극단적인 형태로 국민의 안녕을 챙기려는 온정주의적 또는 교육적 사회국가가 마찰을 빚는 새로운 영역이 형성된다. 특히 사회국가가 사용하는 조종도구가 매우 세부적일 수 있기 때문이다.<sup>133)</sup> 현재 모든 주에 도입된 비흡연자에 대한 법적 보호 즉, 모든 공공장소와 기업 또는 단체가 운영하는 공간에서 전면적 금연을 예정하고 있는 제도가 대표적 사례로 소개될 수 있겠다. 이 제도로 개인의 자유권에 대한 개입이 일어난다는 사실이 명백하다.<sup>134)</sup> 하지만 이 개입이 건강보호와 직결되어 있다는

사실 역시 명백하며 이에 대한 확신이 널리 정착되어 있는 상태다. 그래서 흡연금지는 합헌으로 간주되었는데,<sup>135)</sup> 이때 앞서 제시된 헌법적 모델이 다시 등장한다. 입법자는 보호의무 차원에서 금연을 도입할 책임은 없었지만,<sup>136)</sup> 금연을 도입한 이상 금연 도입이 정당한 것으로 간주되었다. 반면 개인의 사생활에 대한 지나친 통제에 대해서는 개별 경우에 관해서만 경고가 있었다.<sup>137)</sup> 실질적으로 독일의 보건정책은 대단한 발전을 이루지는 못했다. 수년째 예방조치의 확장이 요구되었고 계획되었다.<sup>138)</sup> 그리고 작년에는 드디어 예방법이 제정되어<sup>139)</sup> 예방급부가 법정의료보험에 포함되고 일명 “국가 예방전략”이 도입되었다. 하지만 이로써 최초의 시도들만 이루어진 셈이며 건강정책의 패러다임의 전환이었다고 할 수는 없다.

## (2) 노후보장

독일에서 노후보장의 핵심을 이루는 것은 법정연금보험이다. 법정연금보험은 비르마르크식 입법에 근거를 둔 구조적 특징을 갖는 반면,<sup>140)</sup> 급부의 형태는 2차 세계대전 이후 재건 초기에 실시된 사회정책적 개혁의 핵심으로 불리는 일명 연금 대개혁(1957년)<sup>141)</sup>에 뿌리를 두고 있다.<sup>142)</sup>

법정연금보험은 생활수준의 유지를 가능케 한다. 그러나 이 기능은 세기 전환 시기 무엇보다도 인구구조의 변화에 대한 대응으로써 시행된 개혁을 통해서 약화되었다. 현재 독일의 노후보장은 3단계모형을 통해 이루어지며, 그 중 2번째 단계를 구성하는 것이 기업보장 즉, 세수로 지원되는 민간보험(일명 리스터연금)이다.<sup>143)</sup>

법정연금보험의 재분배효과는 상대적으로 낮다. 물론 이때 두 개의 특별제도 즉, 공무원, 재판관, 군인을 위한 제도<sup>144)</sup>와 자유직업인을 위한 제도<sup>145)</sup>가 별개로 존재한다는 점, 그리고 다수의 자영업자들이 여전히 가입의무가 없다는 점<sup>146)</sup>은 전적으로 배제해야 한다. 법정연금보험의 급부는 보험료에 의해 크게 좌우된다. 과거 최저소득 기준으로 사회적 평준화에 기여했던 연금은 이미 1992년의 연금개혁법<sup>147)</sup> 이후 과거의 모델이 되었고, 가입자의 비각출 기간 중 인정되는 기간 역시 짧아지고 있다.<sup>148)</sup> 약화된 등가원칙을 강화하는 것은 유럽의 추세와 그 맥을 같이 하는데,<sup>149)</sup> 독일의 경우(다수의 남유럽 국가들과는 달리<sup>150)</sup>) 최소한의 보장이 사회부조의 역할이지 연금보험의 역할이 아니라고 보고 있다. 이러한 상황은 당분간은 달라지지 않을 것으로 보인다.<sup>151)</sup> 민간 연금에 대한 국가의 지원은 무엇보다도 자녀를 둔 가정 및 저소득자들의 유리하게 작용한다.<sup>152)</sup> 그러나 문제는 상대적으로 예상되는 연금수급액이 낮은 사람들에 의해 이 제도가 충분히 활용되지 못한다는 점이다.<sup>153)</sup>

## (3) 기타 사회급부

① 가족지원은 사회보험 내에서도 이루어진다. 즉, 법정의료보험의 비각출제도와 육아기간을 의무납부기간 및 가입인정기간으로 인정해주는 제도가 있다. 연방헌법재판소는 요양보험<sup>154)</sup>에 관한 판결에서 “인구구조학적 기여”를 인정해야 한다고 경고했지만,<sup>155)</sup> 이것의 실제적 이행에 관하여서는 오늘날까지도 상당한 논란이 존재한다.<sup>156)</sup> 한편 독일의 가족지원은 두 가지 지원제도<sup>157)</sup>를 중심으로 이루어진다. 그 근거가 되는 것은 기본법 제6조 제1항, 제20조 제1항으로부터 도출되는 부부와 가족의 보호 및 지원 의무다. 물론 판례에 따르면 이 의무는 가족이 저야 하는 모든 부담을 상쇄할 의무나 기타 공공의 이해를 무시한 채 가족을



지원할 의무를 뜻하는 것은 아니다. 여기에서도 구체적 실현방식은 입법자의 자율성에 맡겨진다.<sup>158)</sup> 이로써 한편으로는 자녀보육이 공동체의 이해에 부합하며 공동체의 인정을 요구하는 급부로서 간주된다는 점이 명확하게 제시되었다.<sup>159)</sup> 그러나 다른 한편으로는 본원적 참여권리 및 급부권리가 배제되면서, 부모는 헌법 규정에만 의존해서는 주관적 권리를 도출해 낼 수 없다.<sup>160)</sup>

자녀수당(Kindergeld)은 생계보장을 위해 지급된다. 1996년 실시된 대대적인 개혁<sup>161)</sup> 이후 자녀수당제도는 세법에 통합되었고 자녀양육공제(Kinderfreibeträge)의 형태로 보장된다. 무한납세의무의 적용을 받지 않는 자에게만 여전히 현금급부가 제공된다.<sup>162)</sup> 자녀수당을 세법에 통합한 것은 자녀양육의 부담이 아닌 자녀양육의 공로에 대한 보상을 더 강조하기 위함이었다.<sup>163)</sup> 결과적으로는 세법의 매커니즘<sup>164)</sup>이 적용되었고 소득이 더 높은 사람들이 누진원리로부터 이득을 취하게 되었다.

부모수당(Elterngeld)은 자녀양육을 국가차원에서 지원하기 위한 제도다. 처음에는 1985년 양육수당(Erziehungsgeld)의 형태로 도입<sup>165)</sup>되었다가 2006년<sup>166)</sup> 명칭이 바뀌었을 뿐 아니라 내용면에서도 근본적으로 재조정되었다. 2006년 이후 고정된 금액이 지급되지 않게 되었고 자격심사제도도 없어졌다. 부모수당의 경우 이전 양육수당과 달리 임금대체급부로서의 기능이 강화되었는데, 부모수당은 세수로 충당되지만 수급자의 이전 소득 수준을 기준으로 지급된다.<sup>167)</sup> 부모수당 제도와 기본법 제3조 제1항 그리고 더 나아가 기본법 제6조 제1항과의 합치여부에 대한 의구심이 제기되었지만,<sup>168)</sup> 그 합치성은 기회비용의 상쇄 차원에서 도출된다. 보다 우수한 일과 가정의 양립 및 가정 내 전통적인 역할분담의 변화를 고려한 새로운 시도는 가족정책에 관해 입법자가 자율성을 발휘할 수 있는 여지 내에 존재한다. 이를 통해 경제적으로 취약한 부모에게 지급되던 급부가 상대적으로 줄어든다 하더라도 말이다.

- ② 독일에 존재하는 사회국가 차원의 마지막 “안전망”은 세수로 충당되며 결핍 정도에 따라 결정되는 사회부조(Sozialhilfe) 제도다. 앞서 언급한 세기 전환 시기 실시되었던 연금개혁<sup>169)</sup>과 무엇보다도 일명 하르츠 개혁<sup>170)</sup> 등 일련의 개혁을 통해서 이전까지 일괄 적용되었던 사회부조법(연방사회부조법(BSHG))이 세분화되었다. 현재는 사회부조법이 기본적으로 사회법전 제12권(SGB XII)<sup>171)</sup>에 의해 규정되는데, 고령자의 기초보장을 위한 몇몇 특별 규정들이 포함되어 있다.<sup>172)</sup> 모든 취업가능자를 대상으로 한 사회부조는 사회법전 제2권(SGB II)에 의해 규정된다. 이 법은 경제활동 장려를 목표로 하며, 변화하고 있는 사회국가 개념을 반영한다. “요구와 지원(Fordern und Fördern)”이라는 모토 하에 구직자들에 대한 압박이 강화되는 동시에 노동시장 통합을 위해 합리적 조치들이 제안된다.<sup>173)</sup> 망명신청자 및 용인된 외국인(geduldete Ausländer)을 위한 특별법도 존재한다.<sup>174)</sup>

원래의 급부들은 대부분 표준요율에 따라 산출된다. 연방헌법재판소는 처음에는 사회법전 2(SGB II)의 규정을 위헌이라고 판단하였다. 즉, 기본법 제1조 제1항 그리고 이와 연계해 제20조 제1항으로부터 도출되며 물리적 생존 보장뿐 아니라 사회문화적 요소들을 포괄하는 최저생계보장권에 위배된다고 본 것이다.<sup>175)</sup> 최저생계를 보장하는 것이 입법자의 의무이자 권리라는 것이다. 특히 참여기회의 보장 차원에서 입법자는 자율적 평가의 여지를 갖는다. 그러나 연방헌



법재판소는 결과 공개성의 절차적 상쇄로서의 근거를 요구할 뿐 아니라,<sup>176)</sup> 동시에 최저한계를 긋고 이로써 헌법으로부터 직접적으로 도출되는 급부에 대한 권리의 근거를 제시한다. 즉, 입법자는 “명백하게 불충분한” 급부를 허용해서는 안 되기 때문이다.<sup>177)</sup> 입법자는 표준요율을 연방 헌법재판소의 결정 이후 실제로 새롭게 산출해냈다. 이 요율은 수요 확인을 위해 5년마다 실시되는 소득 및 소비 조사에 근거를 두며, 하위 15%의 가계를 기준으로 한다. 연방헌법재판소는 이 방법, 시도 그리고 기준이 되는 장비구니 구성물의 변화를 각종 문헌에서 제기된 일련의 비판<sup>178)</sup>에도 불구하고 수용하였다.<sup>179)</sup> 근본적인 이의는 이전과 같이 복지기관들에 의해 제기 되는데, 입법자가 선택한 방법이 실생활에서 실질적으로 필요로 하는 것들을 빠뜨렸으며 중요한 참여의 기회를 보장하지 못한다는 것이다. 연방헌법재판소의 판례를 보면 이는 사회정치적 주장일 뿐이다. 그러나 이 주장에는 무엇보다도 아동의 참여기회<sup>180)</sup>를 논할 때 무게가 실린다. 왜냐하면 사회정책 분야의 연구를 통해 “가난의 이력”이 시간이 지남에 따라 고착화된다는 사실이 알려졌다. 그렇기 때문에 입법자는 경제적으로 불안정한 상황 속에서 살아가는 아동 및 청소년들의 교육 및 계발 기회를 개선하기 위한 조치들을 긴급히 시행해야 한다. 이는 실질적인 사회적 평등을 실현하기 위해 가장 중요한 일일 것이다.

- ③ 손해배상은 예컨대 희생에 대한 배상일 경우 법치국가원칙에 근거할 수 있다. 그러나 국가의 배상의무는 기본권으로부터 도출될 뿐 아니라 사회국가원칙으로부터도 도출될 수 있다. 그래서 연방헌법재판소는 국가라는 공동체가 원칙적으로 “공동체 전체가 짊어져야 할 운명으로부터 발생하였고 그 강도가 약하든 강하든 간에 우연히 개별 시민 또는 특정 집단에게 미친” 피해를 함께 책임질 의무가 있다고 강조하였다.<sup>181)</sup> 손해배상은 특수한 피해의 상쇄를 위하여 실시되지만, 원칙적으로는 손해배상 대상자의 재정상황을 고려하지 않는다.

### 3. 기타 행정법 상 사회적 평등

#### (1) 세법

세법은 연방헌법재판소의 판결에 입각해 경제적 능력 원칙을 고려해야 한다. 이 원칙은 “기본법 제20조 제1항, 제28조 제1항 제1문에 입각한 사회국가원칙에 의해 지원을 받아야”하며, 그러한 이유에서 “납세의무가 있는 자의 경제력을 기준으로 책정되는 세금이...사회적 관점을 고려하는 것이 허용될 뿐 아니라 권장”된다.<sup>182)</sup> 연방헌법재판소는 더 나아가 명시적으로 “조세정책이 경제적 취약계층의 이해를 고려해야 한다”<sup>183)</sup>고 강조하였다. 따라서 역진세는 금지되는데, 적어도 법적으로 보호받는 다른 이해 때문에 예외적으로 불평등한 취급이 정당화되는 경우가 아니면 말이다.

반대로 누진세와 경제적으로 취약한 채무자를 위한 세금부담 경감에 대한 정당성이 성립된다.<sup>184)</sup> 이것이 헌법에 근거해 어느 정도로 요구되는 지에 대해서는 정해진 것이 없다. 최저생계비에 대한 세금면제 및 가족구성원에 대한 고려는 이와 관련해 헌법에 근거하며<sup>185)</sup> 부분적으로는 사회적 평등의 표현으로써 간주된다.<sup>186)</sup> 그러나 누진세가 적용되는 조세제도의 특징은 소득 공제가 소득이 낮은 사람들보다 소득이 높은 사람들에게 절대적으로 더 큰 부담경감으로 이어진다는 점이다.



## (2) 시설에 대한 접근

- ① 모든 참여의 기회는 공공시설에 대한 접근가능성 여부에 따라 결정된다. 공공시설에 대한 접근가능성은 차별 금지뿐 아니라, 경우에 따라 특히 장애인의 참여를 위해서라면 기존 시설의 개보수를 통해서 달성되어야 한다. 이러한 의미에서 연방헌법재판소는 장애인의 평등과 관련해 차별은 “계발 및 활동 가능성이 제한되는데 공권력이 장애를 고려한 촉진조치로써 이러한 제한을 상쇄하지 않으면, 공권력에 의해서도 발생한다”고 보았다.<sup>187)</sup> 제약 없는 접근(Barrierefreiheit) 보장을 위하여 연방과 각 주는 평등법을 제정하였다.<sup>188)</sup> 그럼에도 현실에는 차별이 여전히 존재한다.<sup>189)</sup>
- ② 또 다른 접근문제는 시설 이용을 위해 비용을 지불해야 하는 경우 발생한다. 이 문제는 판례에서 여러 번 다루어졌고, 다양한 관점에서 경제적으로 취약한 자들을 보호하기 위해 사회국가 차원의 조치가 요구되었다.
  - 권리보호는 누구든지 출신과 소득에 관계없이 누릴 수 있어야 한다. 권리의 관철을 위해 권리보호가 갖는 의미가 그 배경을 이룬다.<sup>190)</sup> 헌법국가에서는 오로지 법원들이 이를 담당한다. 만일 법원들이 그 역할을 제대로 하지 못할 경우 권리들은 사실상 효력이 없어지게 되는 것이다.<sup>191)</sup> 이러한 이유에서 연방헌법재판소는 먼저 기본법 제20조 제1항 그리고 이와 연계해 제3조 제1항<sup>192)</sup>, 그리고 기본법 제3조 제1항<sup>193)</sup>과 연계된 법치국가원칙을 근거로 권리보호 차원에서 재산 규모의 차이를 고려한 조정이 필요하다고 요구한다. 이에 따라 소송비용지원을 보장하는 것이 사회국가의 당연한 책임이다. 이러한 지원은 단지 법원에 대한 접근 보장에만 국한되지 않는다. 권리보호가 갖는 특별한 의미를 고려해 연방헌법재판소는 다음과 같이 강조하였다. “일반적 평등원칙(기본법 제3조 제1항)은 사회국가 및 법치국가 원칙(기본법 제20조 제1항)과 연계해, 입법자로 하여금 법원 밖 영역에서도 필요한 예방조치를 취함으로써 권리를 찾고자 하는 사람이 소득의 결핍이나 불충분한 재산으로 인하여 애초부터 자기 권리를 인식 및 관철하는 데 있어서 좌절되지 않도록 해야 한다고 요구한다.”<sup>194)</sup>
  - 기본권 행사를 위해 중요한 기타 시설에 대한 접근 역시 비용 청구로 인해 경제적 취약계층에게 사실상 제한되어서는 안 된다. 이는 학교와 대학교에도 해당되는데, 입법자는 평등한 교육의 기회를 보장하기 위해 특별한 책임이 있다.<sup>195)</sup> 즉, 이들 교육기관에 대한 접근과 선발에 관한 규정과 관련된 책임이 있다.<sup>196)</sup> 교육비에 대해서도 역시 마찬가지다. 즉, 짧은 과도기를 거쳐 오늘날에는 대학학비를 더 이상 청구하지 않게 되었지만, 대학학비 때문에 대학진학이 제한되어서는 안 된다. 연방헌법재판소는 이와 관련해 명시적으로 “개인의 생활여건 또는 사회적 차별 때문에 개인적 그리고 사회적 계발이 제한된 대학생들의 피해”에 대한 고려를 요구하였다.<sup>197)</sup>
  - 접근가능성을 제공해야 하는 사회국가의 책임은 요금법에서의 등가원칙(gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip)과 요금채무자의 형식적인 평등취급으로부터의 예외를 정당화할 수 있으며, 그 결과 채무자들 간 재분배를 가능케 할 수 있다. 연방헌법재판소는 이를 유치원 이용과 관련해 언급하면서 다음의 두 가지 사실에 대한 숙고에 근거를 두었다. 기회평등의 실현<sup>198)</sup> 그리고 유아보육과 기본권주장의 연관관계<sup>199)</sup>에 대한 숙고 말이다.

### (3) 공간의 분배

평등은 개인의 참여기회 등과 같은 특정 사안에 있어서 한 사회 구성원들 사이의 비교를 통해서만 확인되는 게 아니다. 평등은 세대 간 평등에 대한 요구와 관련해 시간적 비교를 통해서도 확인된다. 그리고 공간적 차원의 계발 가능성을 통해서도 확인된다.<sup>200)</sup>

이러한 가능성들은 사회적 평등과 직결되기도 한다. 왜냐하면 평등의 핵심은 시설과 급부의 분배, 예를 들어 도로에서부터 시작해 보육 및 교육 시설, 병원과 요양원과 같은 시설의 사용을 넘어 인터넷에 대한 접근에서의 공평한 분배를 의미하기 때문이다. 그리고 분배는 인구구조의 변화와 함께 새로운 의미를 부여 받는다.<sup>201)</sup> 그 사이 사회국가원칙과 동가치성원칙은 오래도록 포괄적인 사회적 포용(Inklusion)을 약속해주었는데, 이는 예측가능하면서도 지역에 따라 큰 차이를 보이는 인구 감소 현상으로 인하여 점점 더 위협을 받기 시작하였다. 특히 법적 그리고 실제적 제반여건이 변하기 때문이다.<sup>202)</sup> 그런 의미에서 공간적 차원의 사회적 평등은 독일에서 완전히 새롭고 대략적으로도 규정하기 어려운 도전에 직면해 있다고 할 수 있다.

## IV. 결론



- 1)
- 2)
- 3) 참조 : 불평등을 고착화시키는 효과 그리고 그 보편적 이유들에 관하여 Tilly, Durable Inequality, 1998.
- 4)
- 5)
- 6)
- 7) Fratzscher, Verteilungskampf - Warum Deutschland immer ungleicher wird, 2016.
- 8) 참조 :
- 9) Papier, \*\* ; Steiner, \*\*
- 10) 예외적으로 국법학자협회가 2008년 연례회의에서 이 주제를 다루었다. Davy & Axer, Soziale Gleichheit - Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung, VVDStRL H. 68 (2009), p. 122 이하 그리고 p. 177 이하.
- 11)
- 12) 학술자문위원회, \*\*
- 13) 출처 : v. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit (Das Trugbild sozialer Gerechtigkeit), 2003, p. 229.
- 14) Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868, p. 264 ; 보다 상세한 내용 : Rauscher, Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens, Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, 1969, p. 235 이하.
- 15) Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, p. 26.
- 16) 참조 : 경쟁과 사회국가의 관계에 관하여 Becker, \*\*
- 17) 참조 :
- 18) 독일의 국가철학은 그렇기 때문에 독일 사회보험입법의 원동력으로 간주되기도 한다. Ritter, \*\*
- 19) 세부적으로 보면 이 관련성들이 매우 다양하고 속성상 계속해 변한다. 이는 역사적 관점에서 보면 분명하게 드러난다. 참조 : 예를 들어 Zacher, \*\*
- 20) 참조 : Heinig, \*\*
- 21) 이와 관련해 특히 : Zacher, \*\*
- 22) 참조 :
- 23)
- 24) 참조 : 해당 구절과 이하의 구절들 관련 Becker, Das Recht auf Gesundheit, in : FS für Steiner, \*\*
- 25) 1793년의 헌법(프랑스어 버전 : <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793.htm>)은 발효되지 않았다. 이 헌법은 인권과 시민권에 대하여 언급한 제21조에서 지원을 필요로 하는 자들의 생존을 보장할 국가의 의무를 명시하고 있다.
- 26) 참조 : 무상교육을 받을 권리, 1849년 3월 28일자 독일제국 헌법 제155조, 제157조(“파울스키르헤 헌법”, RGBl, 1849, p. 101 이하). 헌법의 일반적 의미와 수용에 관하여 Hans-Jochen VOGEL, “Das Vermächtnis der Paulskirche, Einige Bemerkungen zur Bedeutung der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 für unsere Zeit”, in : NJW, 1998, p. 1534 이하.
- 27) 1917년 2월 5일자 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (영어 버전 : <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/consting.pdf>). 이 헌법은 노동과 사회적 안전에 관한 별도의 장을 (현재에도 포함한다(제123조).
- 28) 러시아 소비에트 사회주의 연방 공화국의 1918년 7월 10일자 기본법(<http://www.verfassungen.net/rus/rsfsr18-index.htm>). 제17조는 노동자와 농민의 무상교육 권리를 보장한다. 이때 제18조에 반영된 “일하지 않는 자, 먹지도 말라!”는 표어를 언급하지 않을 수 없다.
- 29) 1919년 8월 11일자 독일제국 헌법(“바이마르 제국헌법”-WRV), RGBl, 1919, 1383.
- 30) 참조 : WRV 제155조 이하, 무엇보다도 포괄적 보험제도 수립 의무(제161조) 및 최소한의 사회적 권리 보장 의무(제162조).
- 31) ILO는 베르사유 평화조약 XIII장에 근거해 설립되었다. 참조 : RGBl, 1919, 1268 이하
- 32) 참조 : Becker, in : Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), \*\*
- 33) 참조 : 오로지 Hesse, in : Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl, 1994, § 5 Rdnr. 6, 이에 따르면 “기본법은 기본권의 법적 유효성을 가능한 견고하게 보장하려 한다.” 참조 : Badura, Der Staat 14 (1975), 17, 25, 그리고 사회적 기본권 관련한 일반 원칙에 관하여, p. 28 이하 ; Isensee, Der Staat 19 (1980), 368, 369 이하. 기본법의 소극성에 관하여 긍정적으로 : Rüfner, in : HGR I, 2006, § 40 Rdnr. 24.
- 34) 새로운 사회보험 도입의 동기와 이 사회보험의 효력에 관하여 : 오로지 Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, p. 52 이하.
- 35) 참조 : 사회적 자치에 관하여 : 오로지 Becker, Funktionen der sozialen Selbstverwaltung, LVA Mitteilungen 2003, 571 이하.
- 36) WRV 제161조 : “건강과 노동할 능력을 유지하기 위해, 모성 보호, 연령과 취약성, 삶의 우여곡절로 인한 경제적 어려움에 대한 대비를 위해 독일제국은 가입자들의 참여 하에 포괄적인 보험제도를 마련한다.”
- 37) “좁은 의미의...입법정강”으로 이해된다 하더라도..., 출처 : Schmitt, in : Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, p. 603.

- 38) 다시 말해 (범위 면에서) 보충 그리고 (가입자들의 참여 면에서) 변화를 의미하는 “입법의 포괄적 개정” 약속으로서 말이다. 출처 : Anschutz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 13. Aufl. 1930, Anm. zu Art. 161.
- 39) 참조 : Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, Sonderausgabe 1978, p. 98 이하.
- 40) 참조 : Poetzsch – Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928, p. 496.
- 41) 우선 영향을 미친 것은 포르스트호프의 발표였다 : Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, VVDStRL H. 12 (1954), p. 8 이하 ; 그 이후 폭넓은 논의가 일어났다. 참조 : 아벤트로트의 반대입장 : Abendroth, “Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland”, in : Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, 1968, p. 114 이하.
- 42) Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?“, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 68 (1930), p. 9 이하, 11.
- 43) 논쟁과 논쟁의 발전에 관하여 John Philipp THURN, Welcher Sozialstaat?, Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der Bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949 – 1990, Tübingen, 2003, p. 22 이하.
- 44) 이에 관하여 오로지 : Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip : Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, 1986, p. 312 이하, 333 이하, 390 이하, 438 이하.
- 45) 참조 : Schmidt – Aßmann, Der Rechtsstaat, in : Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdnr. 30 이하
- 46) 법치국가는 정의 구현을 추구해야 한다. 관련된 세부 규정과 실효성이 있는 구체화가 헌법에 의해 규정된 정치적 의사형성의 틀 안에서 가능하다 하더라도 말이다. 참고 : Hofmann, Einführung in die Rechts – und Staatsphilosophie, Darmstadt, 3. Aufl. 2003, p. 69 (참고로 사회적 정의에 관하여서도 언급, p. 197 이하).
- 47) Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Band : Staats – und Verwaltungsrechtswissenschaften in West und Ost 1945 – 1990, München, 2012, p. 288.
- 48) 그러나 독특하게 소극적인 입장으로 Claus Dieter CLASSEN, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden – Baden, 2013. CLASSEN은 법치국가성이 “토대에 포함”된다고 보았고, 별개의 부분에서 “사회적 확립”이라는 국가적 과제에 대해 논한다(p. 128 이하 두 단락에서). 명쾌한 설명 : Albrecht WEBER, Europäische Verfassungsvergleichung, München, 2010, p. 84 이하, 역사에 대한 묘사가 (다른 부분과 달리) 상당히 독일에 치우쳐 있다.
- 49) Ipsen, Über das Grundgesetz, 2. Aufl. 1964, p. 14.
- 50) 위에서, \*\*
- 51) 발생조건에 관한 설명 Ritter, \*\*
- 52) Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, 3. Aufl. 1921, p. 104.
- 53) Gegenwart und Zukunft der Rechts – und Staatswissenschaften Deutschlands, 1876, p. 215.
- 54) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 3, 1913 p. 289.
- 55) 기본법의 “경제정책적 중립성”에 관하여 BVerfGE 4, 7 ; 17 (투자지원) ; E 50, 290, 363 (공동의사결정).
- 56) 출처 : P. Kirchhof, Erwerbsstreben und Maß des Rechts, in : HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 169 Rn. 101, “장기적으로 유효한, 둘에 새긴 헌법은 사회적 질서와 그 이론들의 불확실성으로 내몰리면 안 된다.”는 주장이다. 서면 논쟁과 BVerfG의 판례에 관하여 R. Schmidt, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in : HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 16 이하
- 57) EUV 제3조 제3항 제1호.
- 58) 참조 : 이와 관련된 문제에 대해서는 오로지 Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in : Festschrift für Wannagat, 1981, p. 715 이하 ;
- 59) 참조 : Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965, 그리고 최근에는 : Zeit Burgi, Wohlstandsvorsorge als Staatsziel und als Determinante im Wirtschaftsverwaltungsrecht, AöR Beiheft 2014, p. 30, 37 이하
- 60) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, \*\*, p. 197.
- 61) 참조 : 아래, Rixen.
- 62) BVerfGE 43, 13, 19 ; 장애인 지원에 관하여 BVerfGE 44, 353, 375(중독환자를 위한 지원조치)
- 63) BVerfGE 27, 253 LS 2.
- 64) BVerfGE 68, 193, 209(급부제공의 비용감소).
- 65) BVerfGE 45, 376, 387(직업병으로 인한 태아 손상).
- 66) BVerfGE 51, 115, 125(실업수당 산출 시 초과근무시간 고려).
- 67) BVerfGE 59, 231, 263 : “사회국가원칙은 국가에 임무를 부여하지만, 이 임무를 구체적으로 어떻게 실현해야 할지에 대해서는 언급하지 않는다.”
- 68) 이는 포괄적 보험가입의무 도입에도 적용된다. 요양보험에 관하여 BVerfGE 103, 197 ; 의료보험에 관하여 BVerfGE 123, 186.
- 69) 판례는 (적어도 판례가 최저생계에 대한 요구에 관련된 것일 때) 실질적으로 해외에서도 참조되었고 부분적으로 외국 법원에 의해 인용되었다. 참조 : 예를 들어 \*\*
- 70) BVerfGE \*\* (SGB II에 입각한 표준요율에 관하여).
- 71) BVerfGE \*\* (AsylbLG에 관하여).
- 72) BVerfGE \*\*. 이 결정은 거센 비판을 받았다. 참조 : 예를 들어 \*\* ; 결정에 대한 방어 Becker, in : FS Steiner, \*\*



- 73) 참조 : 회의적 입장 Davy, VVDStRL 68, p. 175, LS 1.
- 74) 이에 대하여 Nußberger, \*\* DVBl, 2008, \*\*
- 75) 전형적 사례 Axer, VVDStRL 68, p. 185, 192 : 기본법은 “사회적 평등의 구현에 관하여 명시적 책임을 포함하지 않지만”, 그러나 “사회적 평등의 목표”는 “기본법의 규범적 시야에 존재”한다는 것이다. 이 설명은 규범적 기준들이 매우 모호하다는 점을 잘 보여준다.
- 76) “사회적 기회평등”이라는 개념에 대한 juris 검색 엔진에서의 검색 결과 별다른 것을 찾을 수 없었다.
- 77) BVerwG, 2011년 10월 9일 판결-5 C 26/10-, BVerwGE 141, 88-93, Rn. 16 : “이 목표설정은 사회국가원칙에 정착되어 있는 의부로부터 가해진 부담함에 대한 배상 정신에 뿌리를 둔다. 이에 따르면 보상급부의 제공이 자연인에 집중되어야 한다. 사회적 평등은 원래의 기본권 주체들 간의 관계 속에서 촉진되어야 하는 것이지, 원래의 기본권 주체와 공동의 이해를 보다 잘 관찰시키기 위해 법인 또는 인적회사 형태로 조성된 법적 존재(Rechtskonstrukt) 간의 관계 속에서 촉진될 수 없기 때문이다 (BVerfG, 2000년 11월 22일 판결 loc. cit. p. 319 = Rn. 272 ; BVerwG, 2008년 2월 14일 판결 loc. cit.).” 이와 연계해 BVerfGE 41, 126.
- 78) Rupp-v. Brünneck 재판관의 의견서, 근로자연금보험의 소급보험에 관하여 : BVerfG, 1973년 12월 12일 결정-1 BvL 19/72-, BVerfGE 36, 237-258, Rn. 30 이하 : “사회국가원칙이 준수되어야 하는 헌법의 기본원리 중 하나이나, 연방헌법재판소의 판례를 살펴보면 이 원리를 헌법에 근거한 검토에 적용하기를 일정부분 꺼리고 있음을 알 수 있다. ... 사회국가원칙에 대한 그 의미에 부합한 존중은, 이미 기본법 제3조 제1항을 검토할 시 이 원칙의 적용을 요구한다. 연방헌법재판소의 판례에 따르면, 두 생활영역이 같은지 그리고 어떠한 차원에서 같은지, 그리고 평등한 취급이 강제되어야 하는지, 어떠한 구체적 요소들의 차이가 불평등한 취급을 정당화할 만큼 중요한지 등을 판단하는 것이 입법자의 일차적 과제다. 이때 입법자는 일반적으로 적절하다고 인식되며 자의적이지 않은 선택을 할 의무가 있을 뿐 아니라, 헌법의 특수한 가치판단에 구속된다. 어떤 것이 같고 다른지, 어떤 것이 적절하고 부적절한지는 결국 사회국가원칙에 근거해 판단되어야 한다. 즉, “사회적 평등”이 기준이 되는 것이다. 그렇기 때문에 사회국가원칙만을 지원을 필요로 하는 사람들(Hilfsbedürftige)이나 기타 사회적 차별을 받는 집단이나 개인을 위한 국가의 보살핌 의무에 대한 근거로 보기는 충분하지 않다. 오히려 현대적 사회국가에서는 노후의 사회적 안전과 질병 발생 시 사회적 안전이 모든 시민의 당연한 삶의 토대로 간주되며, 구체적 구현방식은 모두 사회정의에 부합해야 한다.”
- 79) BVerfGE 138, 136.
- 80) BVerfG, 2014년 12월 17일 판결-1 BvL 21/12-, BVerfGE 138, 136-255, BStBl II 2015, 50, Rn. 5.
- 81) 청소년복지(Jugendhilfe)에 관하여 BVerfG, 1967년 7월 18일 판결-2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, 2 BvF 5/62, 2 BvF 6/62, 2 BvF 7/62, 2 BvF 8/62, 2 BvR 139/62, 2 BvR 140/62, 2 BvR 334/62, 2 BvR 335/62-, BVerfGE 22, 180-220, Rn. 74.
- 82) BVerfG, 2014년 12월 17일 판결-1 BvL 21/12-, BVerfGE 138, 136-255, BStBl II 2015, 50, Rn. 6.
- 83) 그의 삶과 저서에 관하여 오로지 Becker, \*\*
- 84) Zacher, HStR II, § 28 Rn. 110.
- 85) Zacher, Annäherungen an eine Phänomenologie des Sozialrechts, in : FS für Papier, 2013, 435, 440.
- 86) Zacher, in : FS P. Kirchhof (Fn, \*\*), 285, 287.
- 87) Zacher, in : FS Papier (Fn, 85), 448.
- 88) Zacher, in : FS Herzog (Fn, \*\*), 539.
- 89) 출처 : Benda, in : Hdb des VerFR, § 17 Rn. 170 : “보다 큰 사회적 정의를 구현하기 위한 재분배 정책은 원칙적으로 허용 가능하다.”
- 90) 그리고 이 제한은 자주 강조된다. 참조 : 예를 들어 Sommermann, in : vM/K/S, Art. 20 Abp. 1 Rn. 108.
- 91) 비교 : Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses, JöR n.F.1 (1951), p. \*\*
- 92) 비교 : BVerfGE \*\*
- 93) 상호보완에 관하여 P. Kirchhof, HStR VIII, Rn. 64 이하.
- 94)
- 95) 1994년 10월 27일자(BGBI, I, p. 3146) 기본법 개정에 관한 법률(제3조, 제20a조, 제28조, 제29조, 제72조, 제74조, 제75조, 제76조, 제77조, 제80조, 제87조, 제93조, 제118a조, 제125a조).
- 96)
- 97) 이는 기본법 제8조의 집회권에도 적용된다. 비교 : BVerwGE 91, 135 (Hifgartenwiese) ; 비교 : BVerfGE 128, 226 (Fraport).
- 98) BT-Drucks. 12/6000, S.
- 99) 출처 : Starck, in : vM/K/S, Art. 3 Abs. 2, Rn. 309 이하. 편집위원회는 제3조 제2항에 다음과 같은 문장을 2문으로 삽입할 예정이었다. “입법은 이를 모든 법의 영역에서 실현시켜야 한다.” 이 문장은 주위원회의 3차 검토에서 삭제되었다. JöR n.F. 1 (1951), p. 72.
- 100) BVerfGE 85, 191, LS 3
- 101) BVerfGE 92, 91, \*\*.
- 102) BVerfGE 114, 357, \*\*.
- 103) 적어도 동시에 가장 내에서 부담이 상쇄되는 경우. 비교 : 일명 “부모의 동시 육아휴직 급여 신청(Partnermonat)”에 관하여 : 2011년 8월 19일 BVerfG [Kammer], 1 BvL 15/11 (부적법한 법관의 제청) 그리고 2011년 10월 26일 [Kammer], 1 BvR 2075/11(헌법소원 불회부).
- 104) BVerfGE 109, 64, \*\* (모성수당에 대한 고용주의 지원금 제공의무).
- 105) BVerfG, 2003년 11월 18일 결정-1 BvR 302/96-, BVerfGE 109, 64-96, Rn. 213)

- 106) 공동 헌법위원회(Gemeinsame Verfassungskommission)만 해도 이 문장을 수용하는 것에 대해 반대했고 그 근거로 “헌법정책적 정정요구”가 존재하지 않고, 오히려 이 평등문제를 사회국가원칙을 실현시켜야 하는 입법자와 행정에게 그대로 일임해도 된다고 설명하였다(BT-Drucks. 12/6000, p. 53). 수용거부에 대한 근거를 살펴보면, 실질적인 평등 실현 명령에 대한 이어서 내려오는 회의가 표출된다(loc. cit.): “기본법 제3조 제3항의 차별금지 및 관련된 국가의 보호 및 촉진 임무에 입각한 장애인이 갖는 요구에 대한 특별한 인정은, 환자, 사고 및 범죄 희생자와 같은 사회 내 기타 집단의 헌법정책적 요구를 위한 선례가 될 것이다. 이와 같은 요구들을 모두 수용하고 모든 집단을 기본법 제3조 제3항에 명시한다면 헌법이 심각한 피해를 입게 될 것이다. 왜냐하면 헌법에 장애인의 특수한 이해와 요구를 명시할 경우, 헌법이 실현 불가능한 기대를 불러일으킬 수 있기 때문이다.”
- 107) 이것이 공동 헌법위원회(Gemeinsame Verfassungskommission) 내 찬성자들의 근거다(BT-Drucks. 12/6000, p. 53).
- 108) 참조 : 사례 Starck, Art. 3 Abs. 3 Rn. 419.
- 109) BVerfG, 1997년 10월 8일 결정-1 BvR 9/97-, BVerfGE 96, 288-315, Rn. 75.
- 110) 참조 : Becker/Graser (Hrsg.), \*\*
- 111) Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) 2006년 12월 13일 (<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>), 2008년 5월 3일 발효 : (리히텐슈타인, 오스트리아, 스위스와 합의한) 독일어 버전, BGBl. 2008 II, p. 1419.
- 112) UN 장애인권리협약에 관한 독일 연방공화국 최초의 국가보고, 2011년 8월 3일 연방내각에 의해 결의, p. 3 (<http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/staatenbericht-2011.pdf>).
- 113) 참조 : 예를 들어 Banafsche, Die UN-Behindertenrechtskonvention, SGB 2012, p. 373 이하.
- 114) 관련해 : Becker, in : FS Arai
- 115) 비교 : 예를 들어 Axer, \*\*
- 116) 중증장애인을 고용할 의무 및 고용하지 않을 경우 일종의 배상금을 납부할 고용주의 의무에 관하여 : BVerfG 1981년 5월 26일, 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78 = E 57, 139 ; 다음에 의해 확인됨 : BVerfG 2004년 10월 1일, 1 BvR 2221/03 [Kammer] & BVerfG 2004년 11월 10일, 1 BvR 1785/01, 1 BvR 2404/02, 1 BvR 2416/02, 1 BvR 2417/02, 1 BvR 2418/02, 1 BvR 1289/03, 1 BvR 1290/03, 1 BvR 457/04, 1, BvR 1427/04, 1 BvR 1428/04 [Kammer].
- 117) V. 14.8.2006 (BGBl. I, p. 1897).
- 118) RL 2000/78/EG 2000년 11월 27일, 일과 가정에서의 평등 실현을 위한 기본적 틀의 정립에 관하여
- 119) EU 법에서 사용되는 개념, 비교 : . \*\*
- 120) 토대 : Forstthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, P. 6 ; 참조 : Forstthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, p.22 이하. 시간이 지남에 따라 변하는 배경과 국가와 시민의 관계에 있어서 컨셉트의 한계에 관하여서 참조할 만한 : Kersten, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forstthoff, Der Staat 44 (2005), p. 543 이하 ; 개념의 발전에 관하여 : Möstl, Renaissance und Rekonstruktion des Daseinsvorsorgebegriffs unter dem Europarecht, in : Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität im Wandel, FS für Badura, 2004, p. 951 이하
- 121) 국가가 운영하는 보건시스템을 갖춘 국가의 경우에는 보건급부 제공도 포함된다.
- 122) 세부 사항에 대해서는 논란이 있지만 ; 보험료와 급부의 관계에 대해 부정 : BSG 2004년 1월 29일, B 4 RA 29/03 R ([www.bundessozialgericht.de](http://www.bundessozialgericht.de)), Rz. 83 이하 ; a.A. Ruland, in : SRH, 3. Aufl. 2003, C 16 Rz. 29 이하 (p. 971) ; 이에 대한 비판 : Schnapp, Buchbesprechung, NZS 2005, p. 586, 586. 이 논쟁에 관하여 이렇게 말할 수 있다 : 재정총당이 부과방식에 의해 이루어지기 때문에 법적 연관성이 결핍되어야만 하는 것은 아니다. 그보다는 오히려 보험료 납부와 어떠한 법적 약속이 연결되는지가 더 중요하다.
- 123) 참조 : 예를 들어 BVerfG, 2006년 6월 14일 결정-1 BvL 9/00, 1 BvL 11/00, 1 BvL 12/00, 1 BvL 5/01, 1 BvL 10/04-, BVerfGE 116, 96-135, Rn. 84 ; “조건의 불변성은 연금보험의 관계 즉, 민간보험의 관계와 달리 애초부터 순수한 보험원칙이 아니라 연대와 사회적 평준화를 목표로 한 연금보험의 관계에 부합하지 않을 것이다.”
- 124) 참조 : 오로지 EuGH v. \*\*, Rp. C 264/01, C 306/01, C 354/01 & C 355/01 (AOK 연방연맹 등), Slg. 2004, p. I 2493 (독일의 법정의료보험에 관하여) ; 2009년 3월 5일, Rp. C-350/07 (카트너-슈탈바우), Slg. 2009, p. I-1513 (독일의 법정사고보험에 관하여).
- 125) 참조 : 법적 구조화에 대한 요구에 관하여 : Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, p. 253 이하 (법원칙으로서의 연대원칙) ; Becker, Der Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung, 2004, p. 51 이하
- 126) § \*\* SGB V ; zur Festlegung \*\*
- 127) 비판 : 예를 들어 Kingreen/Kühling, Monistische Einwohnerversicherung, 2013 ; 이중구조를 조심스럽게 방어 : Steiner, Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung, 2015.
- 128) 직접 국가가 제공하는 급부를 유지(내면화 시스템)하였는데, 이는 유럽에서도 특이한 사례가 되었다. 비교 : Becker/Köhler/Körtek (Hrsg.), Die Alterssicherung von Beamten und ihre Reformen im Rechtsvergleich, 2010.
- 129) 일명 연간노동임금상한선(Jahresarbeitsentgeltgrenze), § 6 \*\*\* SGB V ; zur Festlegung \*\*
- 130) 참조 : Becker, Normative Grundlagen im deutschen Sozialstaat, Sozialpolitische Geschichte, in : Carigiet/Mäder/Opielka/Schulz-Nieswandt (Hrsg.), Wohlstand durch Gerechtigkeit, Deutschland und die Schweiz im sozialpolitischen Vergleich, 2006, p. 59 이하
- 131) 허용에 관하여 : BVerfG \*\*



- 132) § \*\* SGB V
- 133) 참조 : 일명 넛징(Nudging)에 관한 논쟁
- 134) 기본법 제2조 제1항에서 흡연자 그리고 제2조 제1항, 제12조 제1항 및 제14조 제1항에서 공공 접근이 가능한 공간의 운영자라고 명시적으로 언급되었다. 그러나 단체 활동은 전혀 거론하지 않기 때문에 기본법 제9조 제1항에는 언급되지 않았다. 출처 : BVerfG 2014년 9월 24일, 1 BvR 3017/11 [Kammer] m.w.N.
- 135) BVerfGE 121, 317.
- 136) 이는 지난 몇 년 사이 급격하게 변한 금연에 대한 사회의 일반적 태도의 표현일지도 모른다. 반드시 참조 : BVerfG v. 9.2.1998, 1 BvR 2234/97[Kammer], Rn. 8 : “그럼에도 불구하고 입법자는 또는 입법자로부터 전권을 위임 받은 규정제정자는 비흡연자보호 분야에서 결코 손 놓고 있지 않았다. 또한 현재 존재하는 입법 조치들이 확실히 불충분하다는 것도 명백하지 않다. 소원제기인이 주장하는 것처럼 간접흡연자의 건강에 위협이 가해지는지 여부에 관하여 충분히 신뢰할 수 있는 학술적 연구결과와 존재가 확인되어야 하는 것은 아니다(흡연이 건강에 미치는 위험에 대한 일반적 사항, 비교 : BVerfGE 95, 173 (184 이하)). 왜냐하면 그런 연구결과가 있다 하더라도 구체적인 목표설정이나 우선순위에 대한 판단 및 고려 대상이 되는 수단과 방법에 대한 선택이 요구되는데, 이는 일차적으로 입법자에 대한 요구이며 구체적 명령과 금지를 통해 이행되어야 하는 요구이기 때문이다.”
- 137) 그러나 이는 마싱(Masing) 재판관의 의견서에서 명쾌하게 기술된다. BVerfGE 121, 217, 388, Rn. 194 : “기본법의 자유권은 입법자에게 보호와 자유 사이의 어려운 긴장을 균형 있게 규율 할 의무를 부여한다. 따라서 식당업소법에 의한 절대적 금연이라는 극단적 처방이 적절하지 않다. 이 처방은 혼욕적인 강요의 형태를 띠며, 이는 더 넓은 영역으로 확장되고 결국에는 숨통을 조이는 방법이다.”
- 138) Vgl. \*\*
- 139) 건강증진과 예방을 강화하기 위한 법(Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (PrävG)) 2015년 7월 17일(BGBl. I, p. 1368).
- 140) 법\*\*
- 141) 법\*\*
- 142) 배경과 의미에 관하여 : Hockerts, \*\*
- 143) 참조 : 발달에 관하여 오로지 : Becker, in : Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), \*\* § 79 Rn. \*\*
- 144) 기본법 제33조 제5항에 입각해 헌법 차원의 보호를 누려야 한다.
- 145) 참조 : 해당 제도와 법정연금보험의 보험자유 매커니즘에 대하여, 오로지 : Becker, \*\* ZfA \*\*, p. \*\* m. -w.N-
- 146) 향후 언급개혁의 틀 속에서 논의될 것들 : 참조 Ruland, \*\*, NZS 2016, p. \*\*
- 147) \*\*
- 148) 참조 : 변천에 관하여 오로지 : Ruland, in : v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), SRH \*\*, § 17 Rn. 107 이하
- 149) 참조 : becker, \*\*, DRV \*\*
- 150) 참조 : Becker, \*\*, ZIAS \*\*
- 151) 현 정부의 연정협약에는 “인생성과연금(Lebensleistungsrente)”이 언급되고 있는데도 말이다. 참조 : Ruland, NZS 2016
- 152) 분배효과에 관하여 \*\*
- 153) 가능한 개혁시도들에 관하여 : Becker, \*\*, in : \*\*, Recht der Älteren, § 13 Rn. \*\*
- 154) BVerfGE \*\*
- 155) 연관관계에 관하여 Becker, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, p. ``, ``.
- 156) 참조 : 오로지Hase, Ruland und Kingreen in : Familie und Sozialleistungssystem, SDSRV 57 (2008), p. 37 이하, 53 이하, 71 이하
- 157) 체계에 관하여 Zacher, \*\*
- 158) BVerfG 1992년 7월 7일, E 87, 1, 36. 이에 따라 “가족지원이 실현되는 개별 법분야와 부분시스템을 위한 결론”은 헌법으로부터 도출될 수 없다.
- 159) BVerfG 1993년 5월 28일, E 88, 203, 258 이하.
- 160) 사법을 대상으로 한 일반 촉진명령에 대한 비판 : Pechstein, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, p. 146.
- 161) 법\*\*
- 162) BKGK를 토대로 \*\*
- 163) 참조 : § 31 EStG의 제목.
- 164) 참조 : 아래, \*\*
- 165) BErzGG \*\*
- 166) NMit dem BEEG \*\*
- 167) 개혁과 그로 인한 변화에 관한 상세한 사항 Becker, in : Buchner/Becker, MuSchG, BEEG, 8. Aufl. \*\*, C Rn. 1, 48 이하
- 168) 참조 : Seiler, \*\*NVwZ 2007 \*\*
- 169) 참조 : 위 \*\*
- 170) 법 \*\*
- 171) 법\*\*asf
- 172) 특히 구성원들을 소구로부터 포괄적으로 보호하는 것과 관련 : 참조 : 비판적 입장 Felix, \*\*



- 173) 참조 : 구상과 관련해 오로지 Becker, Menschenbild\*\*, in : \*\*
- 174) AsylbLG v. \*\*, 이 규정의 배경에 대하여 오로지 \*\*
- 175) BVerfGE \*\*
- 176) BVerfG, 2010년 2월 9일 판결-1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09-, BVerfGE 125, 175-260, Rn. 143 : “연방헌법재판소는 이 때문에 입법자가 인간의 존엄적 생존을 보장한다는 목표를 기본법 제1조 제1항 그리고 이와 연계해 기본법 제20조 제1항에 부합하는 방식으로 고려하고 반영했는지, 입법자에게 주어진 자율적 여지 내에서 입법자가 최저생계의 측정을 위하여 기본적으로 적합한 산출절차를 선택했는지, 입법자가 요구되는 사항들을 본질적으로 온전하고 적절하게 조사하였는지, 입법자가 모든 산출단계에서 납득할만한 데이터를 이용해 선택한 절차와 구조원칙 범위 내에서 합리적으로 산출을 실시했는지를 검토한다.”
- 177) BVerfG loc. cit., Rn. 141 : “기본법은 요구의 구체적 수치화를 허용하지 않기 때문에, 결과와 관련해 구체적 검토는 급부가 명백히 불충분했는지 여부에 대한 검토로 제한된다.”
- 178) \*\*
- 179) BVerfG, 2014년 7월 23일 결정-1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13-, BVerfGE 137, 34-103, Rn. 77 : “헌법으로부터 도출되는, 기본권으로 보장되는 급부의 방법론적으로 적절한 규정에 대한 요구는 입법절차에 대한 것이 아니라, 입법의 결과에 대한 것이다 (BVerfGE 132, 134 <162 f., Rn. 70>). 기본법 제1조 제1항 그리고 이와 연계해 제20조 1항으로부터 도출되는, 인간의 존엄성에 합당한 최저생계 보장에 대한 기본권은 입법자에게 절차 상 특수한 의무를 부여하지는 않는다. 최저생계를 보장하는 급부의 수준이 현실적이고 합리적 산출방식을 통해 상세하게 타당성을 입증할 수 있는지 여부가 결정적이다. 기본법은 기본법 제6조 이하에서 입법자의 결정의 투명성을 보장하기도 하는 입법 절차를 위한 규정들을 포함한다. 의회의 공개기능을 수반한 의회-절차(비교 : BVerfGE 119, 96 <128>)는 이로써 요구되는 입법적 결정들이 공개적으로 처리되도록 하며(기본법 제42조 제1항 제1문) 그리고 그 결정들이 보다 넓은 공론의 장에서 논의될 수 있게 한다(비교 : BVerfGE 70, 324 <355>) ; 연방 특별회의(Bundesversammlung)와 다름 : BVerfG, 2014년 6월 10일 제2재 판부의 판결-2 BvE 2/09-, juris, Rn. 100). 그러나 헌법은 입법 절차 중 정확하게 무엇이, 어떻게, 언제 입증되고 산출되어야 하는지를 명시하지 않고, 협상과 정치적 합의를 위한 여지를 남겨두었다. 따라서 기본법은 입법자에게 모든 생각 가능한 요소들을 고려함으로써 최저생계의 이상적 규정에 대한 책임을 부여하지 않는다. 이는 입법자보다는 정치가 할 일이다(비교 : BVerfGE 113, 167 <242>). 인간 존엄성에 부합한 생존에 실질적으로 기여해야 한다는 기본법의 요구들이 결과적으로 실패하지 않도록 하는 것이 관건이다.”
- 180) 실질적으로 일명 참여 및 교육 협정(\*\* 법)을 통해 불충분한 수준으로만 개선되었다.
- 181) BVerfGE 102, 52, \*\* (부담물수에 대한 보상 관련 손해배상 및 보상이행법의 규정)
- 182) BVerfG, 2014년 1월 15일 결정-1 BvR 1656/09-, BVerfGE 135, 126-154, Rn. 57 (지자체의 1가구2주택세).
- 183) BVerfG, loc. cit.
- 184) 기업에 관하여 : BVerfGE 26, 1 ; 비교 : BVerfGE 36, 66.
- 185) 한편으로는 기본법 제1조 제1항, 비교 : BVerfGE \*\*, 다른 한편으로 기본법 제6조, 비교 : 예를 들어 BVerfGE 43, 108 (자녀부양공제액(Kinderfreibeträge)) ; 61, 319 (한부모의 양육비용을 고려) \*\*
- 186) 출처 : P. Kirchhof, HStR V, § 118 Rn. 218 f.
- 187) 참조 : BVerfGE 128, 138 (Rdnr. 54) 이하 언급 : E 96, 288, 303 ; 99, 341, 357.
- 188) 근거 \*\*
- 189) 이 평가에 대하여 \*\*
- 190) 기본권보호 관련 참조 : 기본법 제19조 제4항
- 191) 참조 : BVerfGE 81, 347, \*\*.
- 192) BVerfGE 9, 124, 130 이하
- 193) BVerfGE 81, 347, 356.
- 194) BVerfG, 2008년 10월 14일 결정-1 BvR 2310/06-, BVerfGE 122, 39-63, Rn. 33, 확인 : BVerfG v. 7.10.2015, 1 BvR 1962/11 [Kammer], Rn. 9
- 195) BVerfG, 2005년 1월 26일 판결-2 BvF 1/03-, BVerfGE 112, 226-254, Rn. 72 : “그러나 무엇보다도 각 주가 대학학비 도입 시 자기 책임 하에 (연방과 다르지 않은) 자신들의 임무 즉, 사회국가적이고, 동일한 교육기회 보장(기본법 제3조 제7항 제3문, 제12조 제1항 ; 1966년 12월 19일자 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 규약 제13조 제1항 제1문, 제2항 c <BGBI II 1973 P. 1569>) ; 참조 BVerwGE 102, 142 <147> ; 115, 32 <37, 49>)을 지향하는 규율 과정에서 소득수준이 낮은 집단의 요구를 적절하게 반영할 것으로 예상된다.”
- 196) BVerfG, 1977년 2월 8일 판결-1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, 1 BvR 239/75, 1 BvR 92/76, 1 BvR 187/76-, BVerfGE 43, 291, Rn. 67 : “일반적 평등원칙과 사회국가원칙과 연계해 기본법 제2조 제1항이 보장하는 직업선택의 자유와 교육기관 선택의 자유에 관한 권리로부터 헌법에 의해 보장되는, 자의적 선택에 따라 대학입학허가를 받을 시민(주관적인 입학허가 조건을 충족하는 (“대입자격을 갖춘(hochschulreif)”) 시민)의 권리가 도출된다. 이 권리는 가능성 범위 내로 제한(Vorbehalt des Möglichen)되는데 개인이 합리적으로 사회에 청구할 수 있는 것으로 제한된다는 것이다. 이는 법적 토대를 통해 통제가능하고(헌법 상 응시자 선발 조치보다 우선시되어야 하는 모든 교육수용능력의 최대 활용을 전제로) 제한 가능하다.”
- 197) 그리고 다음과 같이 보충하였다 : “이는 장애를 가진 사람들(기본법 제3조 제2항)에게 적용될 뿐 아니라 자녀를 둔 대학생 또는 가정 구성원을 돌보아야 할 책임이 있는 대학생(기본법 제6조 제1항과 제2항)에게도 적용된다.“ BVerfG, 2013년 5월 8일 결정-1 BvL 1/08-, BVerfGE 134, 1-25, Rn. 42.



- 198) BVerfG, 1998년 3월 10일 결정-1 BvR 178/97-, BVerfGE 97, 332-349, Rn. 71 : “유치원 설치를 통해 국가는 유아에게 평등한 생활 및 교육 기회를 제공하며 이로써 사회국가에 대한 요구를 충족한다(기본법 제20조 제1항). 유치원교육은 언어발달 및 타인과의 관계능력 등 기본적 지식과 능력을 배양하고 촉진한다. 유치원교육은 부모를 지원한다(비교 : BTDrucks 11/5948, p. 42). 유치원은 더 나아가 교육제도의 주요 구성요소이다. 따라서 유치원은 저연령 자녀를 둔 모든 부모가 이용할 수 있는 제도이어야 한다. 이것이 국가의 청소년복지(Jugendhilfe)의 주요 목표 중 하나다.”
- 199) BVerfG, loc. cit., Rn. 72 : “유치원(킨더가르텐) 설치를 통해 기본권 보호와 지원 임무가 충족된다. 유치원 자리 제공을 통해 여성들이 원치 않은 임신을 중절하지 않도록 유도할 수 있다. 유치원은 이로써 태어나기 전 생명을 보호하는 역할도 하는데, 이는 기본법 제2조 제2항 제1문에 명시된 국가의 의무다. 유치원은 자녀를 양육하는데 있어서 가정을 지원함으로써 기본법 제6조 제1항에 명시된 촉진의무를 충족하는 데에도 기여한다. 또한 국가는 유치원 자리 제공을 통해 직업생활에서 여성의 평등한 대우를 가능케 해준다. 자녀를 둔 여성은 많은 경우 자녀가 유치원에서 보육을 받게 되면 비로소 직업생활을 영위하고 직업생활에서의 평등에 접근할 수 있게 된다. 이런 의미에서도 국가는 기본권 보호 임무를 수행하는 것이다. 기본법 제3조 제2항 제2문에 따르면 국가는 일-가정 양립이 가능하고 가정에 주어진 양육임무가 직업에서의 불이익으로 이어지지 않도록 조치를 취해야 한다.(비교 : BVerfGE 39, 1 <44 f.> ; 88, 203 <260>).”
- 200) 관련 상세내용 : Becker, \*\*DRV
- 201) 참조 : Becker, \*\*, in : ders./Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, \*\*, Rn. \*\*.
- 202) 이와 관련해 Becker/Kersten, \*\*, AöR 141 (2016), p. 30 이하

# Soziale Gleichheit in der deutschen Rechtsordnung

Ulrich Becker

Professor, Director, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Germany

## Gleichheit

### **I. Einführung : Zur Bedeutung gesellschaftlicher Gleichheit**

### **II. Verfassungsrechtlicher Hintergrund : Gleichheit als staatliche Aufgabe**

1. Die „Nüchternheit“ des Grundgesetzes im Hinblick auf die soziale Ordnung
2. Das Sozialstaatsprinzip im Gefüge der Verfassung
  - a) Zum Verhältnis von Sozial- und Rechtsstaat
  - b) Zur Steuerungswirkung des Sozialstaatsprinzips
  - c) Gleichheit im Sozialstaat
3. Spezielle Gleichheitsverbürgungen
  - a) Derivative Teilhaberechte
  - b) Gleichstellung von Mann und Frau
  - c) Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

### **III. Umsetzung: Zur praktischen Bedeutung sozialer Gleichheit**

1. Vorüberlegungen
2. Soziale Gleichheit im Sozialrecht
  - a) Gesundheitsversorgung
  - b) Alterssicherung
  - c) Andere Sozialleistungen
3. Soziale Gleichheit im übrigen Verwaltungsrecht
  - a) Abgabenrecht
  - b) Zugang zu Einrichtungen
  - c) Räumliche Verteilung

### **III. Schluß**



## I. Einführung : Zur Bedeutung gesellschaftlicher Gleichheit

Gleichheit ist ein gesellschaftliches Grundanliegen. Der Kampf um sie war eine Triebfeder der Revolutionen in der westlichen Welt<sup>1)</sup>, ohne die sich die modernen Verfassungen nicht entwickelt hätten. Insbesondere wirtschaftliche Gleichheit wird als ein Gradmesser für gesellschaftliche Stabilität betrachtet. Deshalb gilt der sog. Gini – Koeffizient, mit dem die Einkommensverteilung gemessen wird,<sup>2)</sup> vielen auch als Indikator für stabile oder weniger stabile politische Gemeinschaften – obwohl der Zusammenhang zwischen Gleichheit und sozialem Zusammenhalt keineswegs eindeutig ist.<sup>3)</sup> Und deshalb hat das Buch von Thomas Piketty mit dem Titel „Das Kapital im 21. Jahrhundert“<sup>4)</sup> weltweit für Aufsehen gesorgt. Denn es behauptet eine wachsende Ungleichheit, weil die Gewinne aus Kapital höher sein sollen als die Wachstumsraten. Die Richtigkeit dieser Feststellung kann, zumindest soweit die allgemeine Regel nicht differenziert wird, bezweifelt werden.<sup>5)</sup> Das ändert aber an der Bedeutung der Diskussion um eine wachsende Ungleichheit nichts. Diese Diskussion ist auch in Deutschland in den letzten Monaten neu entflammt. Auch hier wird behauptet, insbesondere durch die Arbeitsmarktreformen, die zu Beginn des Jahrtausends unter dem Stichwort „Agenda 2010“ durchgeführt worden sind,<sup>6)</sup> habe die Ungleichheit zugenommen.<sup>7)</sup> Das bezieht sich nicht nur auf die Vermögensverteilung, sondern insbesondere auch auf die Lage am Arbeitsmarkt : Durch eine zunehmende Zahl an schlecht bezahlten Arbeitnehmern soll, so die Behauptung, ein neues Prekariat entstehen. Auch in diesem Zusammenhang wird über die Richtigkeit der These und die zugrundeliegenden Zahlen heftig gestritten.<sup>8)</sup> Die These aber trifft in jedem Fall einen Nerv der deutschen Gesellschaft.

Das mag auch daran liegen, daß diese Gesellschaft schon lange besonders empfindlich auf tatsächliche oder angebliche Ungleichheiten reagiert. Sie werden als Ungerechtigkeiten empfunden – so haben es jedenfalls Verfassungsrichter als Konsequenz aus ihrer Beschäftigung mit unzähligen Verfassungsbeschwerden erfahren.<sup>9)</sup> Nicht umsonst wird sehr viel mehr von „sozialer Ungleichheit“ als von „sozialer Gleichheit“ gesprochen. Hinter den politischen Diskussionen steht die deutsche Rechtswissenschaft zurück : Sie thematisiert soziale Gleichheit oder Ungleichheit bis heute kaum.<sup>10)</sup> Das mag mit einer ihrer Eigenarten zusammenhängen : Sie hat traditionell – trotz aller aus der Wissenschaft selbst<sup>11)</sup> wie aus der Wissenschaftspolitik<sup>12)</sup> angestoßenen aktuellen Methodendebatten – keinen Schwerpunkt in der Befassung mit den Schnittstellen zwischen dem Recht und dem Leben, auf das sich das Recht bezieht. Vor allem aber besteht für die Zusammenfügung von Gesellschaft und Lebensverhältnissen, die im Begriff der „sozialen Gleichheit“ einen Ausdruck findet, kein festgefügtes Konzept.

Soziale Gleichheit ist insbesondere kein Verfassungsbegriff. Sie findet sich wörtlich weder im Grundgesetz noch in einer der sechzehn deutschen Landesverfassungen oder in einer anderen Verfassung der europäischen Staaten. Während eine staatliche Ordnung immer auch zur Gleichheit verpflichtet sein muß



und dementsprechend der Gleichheitssatz zum notwendigen und europaweit verfassungsrechtlich verankerten Bestandteil von Grundrechtsverbürgungen gehört, bleibt das Attribut sozial höchst ungewiß. Friedrich August von Hayek hielt es gar für gefährlich, weil es in „einen Morast der Verirrung“<sup>13)</sup> führen könne. Allerdings fand es bereits im 19. Jahrhundert Eingang in die deutsche Rechtswissenschaft. So wurde der Begriff des „sozialen Rechts“ von Hermann Roesler im Sinne einer „Regel der gesellschaftlichen Freiheit“ verwendet.<sup>14)</sup> Otto von Gierke verstand unter dem Sozialrecht das Recht, das „die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Einzelwesen zueinander in Beziehung setzt“,<sup>15)</sup> womit eine Unterscheidung zwischen individueller Freiheit und deren Gemeinschaftsgebundenheit hervorgehoben wurde.<sup>16)</sup> Insofern erwies sich die Rechtswissenschaft auf der Höhe der Zeit, weil die damalige große soziale Frage, die nach dem Schutz der Arbeiter,<sup>17)</sup> zumindest im Grundsätzlichen aufgegriffen wurde. Und sie reagierte auch auf Ansätze der deutschen Staatsphilosophie, in der gerade die Gemeinschaftsgebundenheit der Gesellschaftsmitglieder betont wurde.<sup>18)</sup> Aber sie sagte über die Ordnung des Verhältnisses zwischen individueller Freiheit und sozialen Freiheitsbedingungen wenig aus. Sie hätte auch kaum allgemeingültige Maßstäbe für diese Ordnung aufzeigen können, schon weil die Entwicklung der Verfassungsstaaten und damit auch des modernen Staatsrechts noch an seinem Anfang stand.

Angesichts der begrifflichen Offenheit ist es sinnvoll sich zunächst zu vergewissern, was mit sozialer Gleichheit überhaupt gemeint sein kann. Was ist in diesem Zusammenhang das spezifisch Soziale? Es liegt zum einen in den Bezügen der Gleichheit. Zum anderen entfaltet es Bedeutung für die Frage nach einer Reaktion politischer Gemeinschaften. Hinsichtlich der Bezüge geht es um Teilhabe an der Gesellschaft : an der Interaktion mit anderen, am Arbeits – und Wirtschaftsleben, an grundlegenden Gütern wie denen der Daseinsvorsorge und sozialen Leistungen.<sup>19)</sup> Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Aufgaben geht es um die Ansätze zur Sicherung dieser Teilhabe. Soll der Staat Möglichkeiten dazu eröffnen indem er Hindernisse beseitigt, Benachteiligungen ausgleicht und die zur Persönlichkeitsentfaltung essentiellen Güter bereitstellt? Oder ist es auch seine Aufgabe, Ergebnisse zu garantieren, etwa gleiche Einkommen und gleiche Leistungen? Die Antworten hängen davon ab, wie eine politische Gemeinschaft das Verhältnis zwischen Individuum, Gesellschaft und Gemeinschaft durch seine verfassungsrechtliche Ordnung gestaltet. Deshalb soll in einem ersten Schritt( unten, II.) darauf eingegangen werden, welche Grundpositionen das deutsche Grundgesetz zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit einerseits und sozialstaatlicher Intervention andererseits, die der Sicherung der Freiheit,<sup>20)</sup> vor allem aber auch der Herstellung von Gleichheit<sup>21)</sup>, dient, festlegt. In einem zweiten Schritt( unten, III.) ist die gesetzliche Umsetzung dieses Verhältnisses zu untersuchen. Angesichts der Offenheit verfassungsrechtlicher Vorgaben erschließt sich die praktische Bedeutung sozialer Gleichheit erst mit Blick auf die in Recht gegossene Wohlfahrtspolitik. Im Vordergrund stehen dabei die in Deutschland existierenden Sozialleistungssysteme mit ihren Bezügen zur Ordnung des

Wirtschafts – und Arbeitslebens. Denn diese Systeme legen angesichts ihrer Funktion und ihrer Bedeutung das beste Zeugnis über die tatsächlich verfolgte soziale Gleichheit in Deutschland ab. Kürzer eingegangen wird auch auf die zur Gleichstellung ergriffenen Maßnahmen und die räumliche Dimension der Gleichheit, die insbesondere im Hinblick auf den Zugang zu Leistungen eine Rolle spielt.

## II. Verfassungsrechtlicher Hintergrund : Gleichheit als staatliche Aufgabe

### 1. Die „Nüchternheit“ des Grundgesetzes im Hinblick auf die soziale Ordnung

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes haben weitgehend darauf verzichtet, die soziale Ordnung Deutschlands durch sozialstaatliche Programmierungen prägen und festschreiben zu wollen. Weder finden sich in der bundesdeutschen Verfassung ausdrückliche Aussagen zur Gesellschafts – und zur Wirtschaftsordnung, noch enthält der Grundrechtsteil einen umfassenden Katalog sozialer Rechte. Damit bleibt das Grundgesetz nicht nur hinter vielen Verfassungen der deutschen Länder, sondern auch hinter der Rechtsentwicklung in Europa, wie sie sich aus einer rechtsvergleichenden Perspektive<sup>22)</sup> und der Einführung eines Grundrechtskatalogs für die Europäische Union<sup>23)</sup> ablesen läßt, zurück. Die Gründe dafür liegen in der deutschen Geschichte. Zum einen führten die historischen Erfahrungen zu einer Betonung der Abwehrfunktion von Grundrechten (a)). Zum anderen waren, auch wenn das nicht immer hervorgehoben wird,<sup>24)</sup> die praktischen Erfahrungen mit sozialen Rechten nicht ermutigend (b)).

(1) Die Geschichte der sozialen Rechte beginnt, sieht man von den frühen Bemühungen zur Schaffung von Verfassungen in Frankreich (1793)<sup>25)</sup> und in Deutschland (Paulskirche)<sup>26)</sup> ab, mit der Verfassung Mexikos von 1917<sup>27)</sup>, in Europa mit der Verfassung der RSFSR von 1918.<sup>28)</sup> Während dort die Aufnahme sozialer Rechte einer neuen Gesellschaftsordnung geschuldet war, ist besonders bemerkenswert, daß ein Jahr später in der deutschen Verfassung von Weimar<sup>29)</sup> eine ähnliche Entwicklung festzustellen ist.<sup>30)</sup> Sie fällt zeitlich zusammen mit der Schaffung der IAO<sup>31)</sup> und kann als Ausdruck der Überzeugung angesehen, daß die bürgerlichen und politischen Freiheiten auch unter dem Eindruck des Ersten Weltkriegs und der damit verbundenen politischen Umwälzungen einer Flankierung durch verfassungsrechtliche Gewährleistungen für den sozialen Schutz der Bürger bedurften.

Damit wurde Deutschland zu einem Vorreiter für sozialstaatlich „angereicherte“ Verfassungen. Gerade deshalb fällt die verfassungspolitische Kehrtwende, die nach dem Zweiten Weltkrieg vollzogen wurde, besonders auf. Während sich in vielen Ländern nun die Idee, Freiheitsrechte durch soziale Rechte zu begleiten, durchsetzte<sup>32)</sup>, verzichtet das Grundgesetz völlig auf sie. An dessen Spitze wurden die Menschenwürde und die Rechte des Einzelnen gestellt. Das dahinterstehende Ziel ist klar und vor dem Hintergrund der schlimmen Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen



Unrecht, die allen am Prozeß der Verfassungsgebung Beteiligten klar vor Augen standen, sehr gut zu verstehen : Die Grundrechte sollten möglichst präzise und nicht umgehbar gefaßt werden, sie sollten durchsetzbar und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig sein, und sie sollten eine effektive Abwehr gegen hoheitliche Beeinträchtigungen sicherstellen.<sup>33)</sup>

- (2) Dazu kommt ein zweiter Punkt. Man hat nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs die Aufnahme sozialer Rechte in die Verfassung wahrscheinlich auch für verzichtbar gehalten. Das legt eine andere Erfahrung nahe. Die sozialstaatliche Anlage der Weimarer Verfassung hatte nämlich keine sichtbaren Spuren hinterlassen. In Deutschland war schon relativ früh durch die Bismarck'sche Sozialversicherung ein Fundament für einen breit angelegten sozialen Schutz geschaffen worden. Auch wenn das Ziel dieser Sozialversicherung zunächst vor allem Armutsvermeidung war, markiert sie doch den Beginn einer neuen Ära : <sup>34)</sup>nämlich der staatlichen Verantwortung für die soziale Sicherheit, durchgeführt durch Versicherungsträger mit Eigenständigkeit und eigenen Haushalten, die auf gesellschaftlichen Institutionen aufbauten, aber Behörden unter staatlicher Leitung waren und bis heute sind.<sup>35)</sup> Demgegenüber brachte die Weimarer Verfassung keinen Vorteil. Bezeichnend ist das Schicksal des Art. 161 WRV, der das Reich verpflichtete, ein „umfassendes Versicherungswesen“ zum Zweck der sozialen Sicherheit zu schaffen.<sup>36)</sup> Obwohl als konkreter Gesetzgebungsauftrag formuliert, wurde er als Programmsatz verstanden<sup>37)</sup>, der zwar manchem als „Verheißung“ erschien<sup>38)</sup>, aber in der Sozialgesetzgebung der 1920er und 1930er Jahre keine Spuren hinterließ. Ebenso wenig hatte die Verfassung einen nachweisbaren Einfluß auf die Ersetzung der kommunalen Erwerbslosenfürsorge durch die Arbeitslosenversicherung<sup>39)</sup>, und wo sie immerhin zu Diskussionen Anlaß gab, nämlich hinsichtlich der Einbeziehung von Angehörigen der freien Berufe in die Rentenversicherung<sup>40)</sup>, waren keine Fortschritte erkennbar.

## 2. Das Sozialstaatsprinzip im Gefüge der Verfassung

Das Grundgesetz enthält aus den genannten Gründen kaum konkrete sozialstaatliche Vorgaben. Neben einigen besonderen Gleichheitssätzen, auf die zurückzukommen sein wird, begnügt es sich mit einer schon fast beiläufig anmutenden allgemeinen Aussage. „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“ heißt es in Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG), in Art. 28 Abs. 1 GG findet sich die Charakterisierung als „sozialer Rechtsstaat“.

### (1) Zum Verhältnis von Sozial – und Rechtsstaat

Bekanntlich hat zu Beginn der Bundesrepublik insbesondere diese Zusammenführung zweier grundlegender Strukturmerkmale des Staates zu einer tiefgreifenden Auseinandersetzung geführt, mit Ernst Forsthoff und Wolfgang Abendroth als Protagonisten<sup>41)</sup> und ungeachtet des Umstands, daß bereits Hermann Heller den zusammengesetzten Begriff genutzt hatte, um die Entwicklungen der



Weimarer Republik zu beschreiben.<sup>42)</sup>

Inhaltlich besitzt diese Debatte heute keine maßgebliche Bedeutung mehr.<sup>43)</sup> Sie kreiste um angenommene Gegensätzlichkeiten, die in verschiedener Hinsicht überkommen sind und im übrigen auch immer künstlich waren. Da ist zum einen heute eine Rechtsstaatlichkeit, die nicht mehr in einem nur formalen Sinn verstanden wird. Mögen wichtige Bestandteile<sup>44)</sup> zwar vor allem formale Anforderungen festlegen – zu denken ist etwa an die Rechtssicherheit und den Vorbehalt des Gesetzes, aber auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz –, so besteht doch mittlerweile Einigkeit darüber, daß zu ihr auch materiale Teile zählen : vor allem die Menschenwürde<sup>45)</sup> und die Grundrechte, ebenso eine zwangsläufig zunächst abstrakte Orientierung an der Gerechtigkeit.<sup>46)</sup> Zum anderen hat, wie Michael Stolleis zu der deutschen Debatte und Entwicklung anmerken konnte, „das materielle wie wissenschaftliche Gewicht des ‚Sozialstaats‘ ... in spektakulärer Weise zugenommen“.<sup>47)</sup> Auch aus der Perspektive des vergleichenden europäischen Verfassungsrechts stellt heute die Sozialstaatlichkeit mit gutem Grund ein eigenständiges und erstrangiges Strukturprinzip dar.<sup>48)</sup>

Der Streit um die Vereinbarkeit von Sozial – und Rechtsstaat blieb auch deshalb eine historische Episode, weil die praktische Realisierung der sozialstaatlichen „Staatszielbestimmung“<sup>49)</sup> in Deutschland eine lange Tradition besitzt. Auf die bahnbrechende Bedeutung der Sozialversicherungsgesetzgebung aus den 1880er Jahren wurde schon hingewiesen.<sup>50)</sup> Diese Gesetzgebung reagierte nicht nur auf gesellschaftliche Umbrüche und stand im Zeichen der auf eine staatliche Einheit gerichteten Politik Bismarcks; sie besaß auch eigenständige und tief reichende ideengeschichtliche Wurzeln.<sup>51)</sup> Hinter ihr stand und steht bis heute die Überzeugung, daß dem Staat die Aufgabe zu kommt, die Grundlagen der Freiheitsausübung zu sichern und diejenigen, die in der eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Freiheit beschränkt sind, zu unterstützen. Darauf hat schon Mitte des 19. Jahrhunderts Lorenz von Stein hingewiesen : „Die Freiheit ist eine wirkliche erst in dem, der die Bedingungen derselben, den Besitz der materiellen und geistigen Güter, als die Voraussetzungen der Selbstbestimmung, besitzt“<sup>52)</sup>, und er hat daraus abgeleitet, der Staat müsse „den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller seiner Angehörigen fördern“<sup>53)</sup>. Diese Zitate bringen den von Beginn an bestehenden Zusammenhang zur Eigenverantwortung, aber zugleich auch das Zusammenspiel zwischen Freiheitsschutz und Gleichheit zum Ausdruck. Der Sozialstaat sollte da einschreiten, wo der Einzelne sich (und seiner Familie) nicht helfen kann, dies nicht erwartet werden kann oder die Eigenvorsorge gefährdet ist.<sup>54)</sup> Er fördert die tatsächlichen Möglichkeiten der Freiheitsausübung und schafft damit die Grundbedingungen für eine freiheitlich orientierte Gesellschaft einschließlich deren Wirtschaftsordnung. Zugleich werden die Chancen aller, an der Gesellschaft teilzuhaben, ausgeglichen bzw. zumindest angeglichen, weil die staatliche Unterstützung je nach individuellem Bedarf differenziert wird. Über diese Grundsätze dürfte weitgehend Einigkeit bestehen. Bemerkenswert ist aber, daß ihre verfassungsrechtliche Fixierung bis



heute abgelehnt wird. So soll die Annahme des BVerfG von einer wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes<sup>55)</sup> weiterhin gelten,<sup>56)</sup> obwohl es das Zusammenspiel zwischen Grundrechten und Sozialstaatsprinzip nahelegt, nur die – mittlerweile auch von der Europäischen Union als Ziel anerkannte<sup>57)</sup> – soziale Marktwirtschaft als mit einer auf Freiheitlichkeit, Solidarität und gesellschaftlicher Teilhabe beruhenden<sup>58)</sup> verfassungsrechtlichen Ordnung vereinbar anzusehen.<sup>59)</sup>

## (2) Zur Steuerungswirkung des Sozialstaatsprinzips

In jedem Fall werden mit der Sozialstaatsklausel Umfang und Niveau sozialstaatlicher Interventionen nicht festgelegt, individuelle Freiheit und sozialer Schutz nicht zu einem konkreten Ausgleich gebracht. Deshalb erschien das Sozialstaatsprinzip früher manchen nur als „Appell an Gesetzgeber und Verwaltung“<sup>60)</sup>, und es gilt immer noch als schwach.<sup>61)</sup> Als Folge findet es in der gegenwärtigen Staatsrechtslehre eher wenig Beachtung.

Der Rechtsprechung des BVerfG lassen sich immerhin einige allgemeine Aussagen zur Ausgestaltung des deutschen Sozialstaats entnehmen. So verpflichtet Art. 20 Abs. 1 GG zur Unterstützung von Hilfebedürftigen<sup>62)</sup> und zur Entschädigung bei „Lasten ...“, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind“<sup>63)</sup>. Für die Sozialversicherung hat das Gericht ebenfalls Leitgedanken betont; es hat etwa ausgeführt, „der Schutz in Fällen von Krankheit [sei] in der sozialstaatlichen Ordnung des GG eine der Grundaufgaben des Staates“<sup>64)</sup>, „die sozialstaatliche Pflicht zu einer umfassenden Sicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung [werde] auch durch das Interesse der Allgemeinheit an der Arbeitswelt als einer wesentlichen Grundlage der Volkswirtschaft begründet“<sup>65)</sup>, und die Arbeitslosenversicherung gestalte „als Zweig der Sozialversicherung ganz wesentlich das Sozialstaatsprinzip mit aus“<sup>66)</sup>. Aber fast immer wird solchen Ausführungen hinzugesetzt, die Konkretisierung der entsprechenden Verpflichtungen sei Aufgabe des Gesetzgebers.<sup>67)</sup> Es liegt auf dieser Linie, wenn Art. 20 Abs. 1 GG eine größere Rolle bei der Rechtfertigung staatlicher Freiheitseingriffe spielt<sup>68)</sup> als bei der Begründung von Handlungsverpflichtungen.

Von dieser verfassungsgerichtlichen Zurückhaltung existieren zwei Ausnahmen, die durchaus als aufsehenerregend<sup>69)</sup> bezeichnet werden können. In diesen Fällen führt Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Grundrechten zu verfassungsrechtlich begründeten Leistungsansprüchen, wenn auch mit gewissen Einschränkungen. Das bezieht sich zum einen auf ein Recht auf Existenzminimum, das vom BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 1 GG abgeleitet<sup>70)</sup> und dessen Geltung für alle in Deutschland lebende Menschen bestätigt<sup>71)</sup> wurde. Zum anderen kann es ein Recht auf Gesundheitsleistungen geben mit der Überlegung, angesichts der Schutzpflicht des Staates dürften in einer Zwangsversicherung zumindest in lebensbedrohlichen Situationen potentiell wirksame Leistungen nicht vorenthalten werden.<sup>72)</sup> In beiden Fällen wird durch das Sozialstaatsprinzip der Grundrechtsschutz um die Dimension von Leistungsrechten erweitert, ohne daß damit allerdings unmittelbar etwas über Pflichten des Gesetzgebers zum Ausgleich von

faktischen Ungleichheiten oder speziellen Benachteiligungen gesagt wäre.

### (3) Gleichheit im Sozialstaat

Solche Verpflichtungen bleiben nach der Konzeption des Grundgesetzes zumindest im Ungefähren. Selbst wenn der Abbau sozialer Ungleichheit als staatliche Aufgabe begriffen wird,<sup>73)</sup> soll für diese Aufgabe nicht nur das Subsidiaritätsprinzip gelten.<sup>74)</sup> Es wird regelmäßig einerseits zur Begründung auf eine Vielzahl rechtlicher Grundlagen verwiesen, um dann andererseits auf die Ableitung bestimmter Verpflichtungen zu verzichten.<sup>75)</sup> Auch in der Rechtsprechung findet sich, soweit ersichtlich, der Begriff der sozialen Gleichheit höchstens in rechtlichen Randbereichen.<sup>76)</sup> So hat ihn etwa das BVerwG im Zusammenhang mit der Beschränkung von staatlichen Entschädigungspflichten erwähnt, und zwar in dem Sinne, daß er für juristische Personen keine Geltung beanspruche.<sup>77)</sup>

Ausnahmen finden sich bemerkenswerterweise vor allem in Minderheitsvoten des BVerfG,<sup>78)</sup> zuletzt im Votum in der Entscheidung des BVerfG zum Erbschaftssteuerrecht<sup>79)</sup>. In ihm haben die Richter Baer, Gaier und Masing die Verpflichtung des Staates zur „Schaffung eines Ausgleichs sich sonst verfestigender Ungleichheiten“ postuliert.<sup>80)</sup> Allerdings berufen sich die Richter dabei nicht nur auf die sehr vage Rechtsprechung, nach der „der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen“.<sup>81)</sup> Sondern sie fügen auch selbst hinzu, die Verfassung überlasse „dem Gesetzgeber dabei freilich einen weiten Spielraum“.<sup>82)</sup> Es bleibt deshalb – nicht anders als beim Mehrheitsvotum, das im wesentlichen die Systemkonsistenz des Steuerrechts im Blick hat und damit an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG anknüpft – bei der Möglichkeit zur Rechtfertigung von Ausnahmen. Immerhin wird aber betont, daß diese Ausnahmen anderen Gemeinwohlbelangen, etwa der Schaffung von Arbeitsplätzen, zu dienen haben.

Damit wird zwar eine sozialstaatliche Aufladung des Gleichheitssatzes ermöglicht, deren genauer Inhalt und deren Reichweite aber nicht verfassungsrechtlich festgelegt. Das entspricht in der Sache auch den Feststellungen von Hans F. Zacher, der sich so intensiv wie kein anderer mit dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes beschäftigt hat.<sup>83)</sup> Er stellt fest, daß der Sozialstaat Gleichheit will, aber „nicht Gleichheit ohne Freiheit“.<sup>84)</sup> Gerade in seinen späten Werken betont er „mehr Gleichheit“ als Grundnorm, die als Idee hinter allem Sozialen stehen soll.<sup>85)</sup> Das meint nicht völlige Gleichheit, die nicht herstellbar ist,<sup>86)</sup> sondern eine relative. Ohne von „sozialer Gleichheit“ zu sprechen, sah Zacher den spezifischen Bezug der Grundnorm zum Sozialen darin, dass sich die Gleichheitsanforderungen auf Lebensverhältnisse beziehen und eine Ungleichheit ausgleichen sollen, die „entweder wirtschaftliche Ursachen oder wirtschaftliche Wirkungen hat“<sup>87)</sup>. Er sah aber auch, daß diese Gleichheit in einem politischen Prozeß hergestellt werden muß. Deshalb kommt er zu dem Schluß : „Das Gelingen einer Gesellschaft oder eines Gemeinwesens hängt davon ab, wie die Gesellschaft und ihr Gemeinwesen mit der Gleichheit und der Verschiedenheit der Menschen umgehen.“<sup>88)</sup>



Im Ergebnis bleibt deshalb auch unter dem Grundgesetz – zumindest nach den bestehenden Ansätzen in Rechtsprechung und Schrifttum – die Realisierung von sozialer Gleichheit dem Gesetzgeber überlassen. Er kann sich dafür und für eine Umverteilung auf das Sozialstaatsprinzip berufen,<sup>89)</sup> aber nicht, ohne die Freiheitsrechte und die anderen Staatsstrukturprinzipien zu beachten.<sup>90)</sup> Insofern kann die Frage, in welchem Umfang und mit welchen Grundüberlegungen in der deutschen Rechtsordnung soziale Gleichheit als Aufgabe angesehen und tatsächlich durch Recht realisiert werden soll, nur durch eine Untersuchung des bestehenden und sich weiter entwickelnden Gesetzesrecht beantwortet werden. Bevor darauf zurückzukommen ist, sind allerdings die im Grundgesetz vorgesehenen Konkretisierungen des Gleichheitsgebots hervorzuheben.

### 3. Spezielle Gleichheitsverbürgungen

Der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes fordert die Gleichheit aller Menschen „vor dem Gesetz“ (Art. 3 Abs. 1 GG). Nach seiner Entstehungsgeschichte<sup>91)</sup> und der ständigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>92)</sup> verpflichtet er alle Staatsgewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) dazu, Gleiches gleich, aber auch Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Gleichheitssatz ergänzt die Freiheitsrechte,<sup>93)</sup> auch indem er Zugangsmöglichkeiten zu Leistungen und Gütern schafft (a)). Wichtiger im Hinblick auf die soziale Gleichheit sind die besonderen Gleichheitssätze. Sie enthalten zum Teil das Verbot von Differenzierungen, weil Recht an bestimmte Kriterien nicht anknüpfen darf (etwa die Rasse, vgl. Art. 3 Abs. 3 GG). Sie fordern aber auch zur Beseitigung von typischen Nachteilen auf. In diesem Sinne enthalten sie soziale Rechte. Heute spielen, nachdem die Gleichstellung nichtehelicher Kin – der (Art. 6 Abs. 5 GG) umgesetzt worden ist,<sup>94)</sup> vor allem die Gleichbehandlung von Ge – schlechtern (b)) und die Inklusion von Menschen mit Behinderungen (c)) eine Rolle. Hin – tergrund der beiden letztgenannten Punkte ist eine 1994 erfolgte Verfassungsänderung.<sup>95)</sup> Mit ihr wurden die Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG jeweils um einen Satz ergänzt. Dabei sind die Einflüsse des europäischen und internationalen Rechts nicht zu übersehen. Denn mit den Reformen hat der deutsche Grundrechtsschutz die internationale Rechtsentwicklung aufgegriffen.

#### (1) Derivative Teilhaberechte

Der Gleichheitssatz führt zu derivativen Teilhaberechten. Die Begründung dafür ist einfach : Wenn die öffentliche Hand eine Einrichtung zur Verfügung stellt, so muß der Zugang zur ihr so geordnet werden, daß er dem Gleichbehandlungsgebot genügt. In der bekannten *numerus clausus* – Entscheidung des BVerfG<sup>96)</sup> ist damit auch eine Pflicht zur Ausschöpfung von Kapazitäten verbunden worden, allerdings keine Pflicht zur Schaffung bestimmter Kapazitäten oder zu deren Erweiterung. Eine solche Pflicht könnte nur aus den betroffenen Freiheitsrechten selbst abgeleitet werden, was aber bis heute abgelehnt worden ist.<sup>97)</sup>

Für die soziale Gleichheit folgt aus den abgeleiteten Teilhaberechten nichts – denn die Maßstäbe für

die Verteilung von Zugangsrechten bleiben unberührt.

## (2) Gleichstellung von Mann und Frau

Etwas anders sieht die Situation hinsichtlich der Gleichbehandlung von Geschlechtern aus. Durch die erwähnte Verfassungsreform wurde Art. 3 Abs. 2 GG, nach dem Männer und Frauen „gleichberechtigt sind“, ergänzt. In Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG heißt es nun : „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ Dieser Satz legt ein Staatsziel fest, der Gesetzgeber wollte damit der Gleichberechtigung „zur stärkeren Durchsetzung in der Lebenswirklichkeit verhelfen“.<sup>98)</sup> Damit hat sich die Frage, ob S. 1 nicht auch schon zuvor ein Gleichstellungsziel oder aber nur ein individuelles Recht auf Gleichbehandlung hinsichtlich von Rechten und Pflichten enthielt,<sup>99)</sup> erübrigt. Tatsächlich hatte das BVerfG schon gut zwei Jahre vor der Verfassungsänderung in seiner bekannten Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot von Arbeiterinnen festgestellt, „der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG“ bestehe „darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt.“<sup>100)</sup> Das Gericht hat aus diesem Gebot geschlossen, der Gesetzgeber könne keine Maßnahmen mit der biologischen Ungleichheit von Männern und Frauen rechtfertigen, wenn in Wahrheit nur eine „überkommene Rollenverteilung“ verfestigt werde,<sup>101)</sup> und ferner, der Gesetzgeber müsse „tradierte Rollenverteilungen zu überwinden“ helfen<sup>102)</sup>. Das ermächtigt den Gesetzgeber etwa zu Maßnahmen, mit denen die Erwerbsbeteiligung von Frauen gefördert werden sollen.<sup>103)</sup> Die Aussagen haben zudem für den zweiten Satzteil des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Bedeutung : Eine Beseitigung von faktischen Nachteilen darf nämlich nicht zugleich die überkommene Verteilung der sozialen Rollen von Männern und Frauen festschreiben, also etwa die tradierte Aufgabenverteilung innerhalb von Familien.

Dem Gesetzgeber soll zwar bei der Erfüllung des Staatsziels ein Gestaltungsspielraum zukommen. Er muß aber „faktische Diskriminierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergeben, so weit wie möglich vermeiden“.<sup>104)</sup> Für das Arbeitsrecht hält das BVerfG den Gesetzgeber für „gehalten, der Gefahr, dass sich die von ihm erlassenen Schutzvorschriften in der Wirklichkeit des Arbeitslebens diskriminierend auswirken können, zu begegnen und sie so weit wie möglich durch geeignete Regelungsmechanismen auszugleichen“.<sup>105)</sup>

## (3) Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

Große praktische Wirkung kommt auch der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu. Ebenfalls 1994 ist in Art. 3 Abs. 3 GG der Satz angefügt worden, nach dem „niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf“.<sup>106)</sup> Damit soll zugleich eine Bevorzugung von Menschen mit Behinderungen ermöglicht werden,<sup>107)</sup> also eine sog. positive Diskriminierung. Insofern enthält Art. 3 Abs. 3 S. 2 sowohl ein subjektives Recht, das eine Ungleichbehandlung wegen einer



Behinderung verbietet, wie auch ein Staatsziel, das den Gesetzgeber zur Herstellung faktischer Gleichheit ermächtigt und verpflichtet.<sup>108)</sup>

Allerdings hat die neue Vorschrift zunächst eine eher verhaltene Rolle gespielt und erst durch neuere rechtliche Entwicklungen an Bedeutung gewonnen. Das läßt sich sehr gut an der Frage der schulischen Integration zeigen. Zu ihr hatte das BVerfG noch 1997 ausgeführt: „Ein Einschätzungsspielraum sowie der Vorbehalt des tatsächlich Machbaren und des finanziell Vertretbaren bestehen aber auch bei der Ausgestaltung des Regelungskonzepts durch den Gesetzgeber. Er ist durch Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht verpflichtet, für das jeweilige Land alle Formen integrativer Beschulung bereitzuhalten. Im Rahmen seiner Entscheidungsfreiheit kann er vielmehr von der Einführung solcher Integrationsformen absehen, deren Verwirklichung ihm aus pädagogischen, aber auch aus organisatorischen, personellen und finanziellen Gründen nicht vertretbar erscheint. Voraussetzung dafür ist, daß die verbleibenden Möglichkeiten einer integrativen Erziehung und Unterrichtung den Belangen behinderter Kinder und Jugendlicher ausreichend Rechnung tragen.“<sup>109)</sup> In der Sache konnte es damit bei der herkömmlichen Trennung verschiedener Schulformen für Menschen mit und ohne Behinderung bleiben.<sup>110)</sup> Das hat sich mittlerweile grundlegend geändert. Die Schulgesetze der Länder sehen heute sehr viel mehr Integrationsangebote vor, wenn auch in durchaus unterschiedlichem Umfang.

Getrieben wird diese Entwicklung nicht durch das Verfassungsrecht, sondern bemerkenswerterweise durch das Völkerrecht, nämlich die UN – Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN – BRK)<sup>111)</sup>. Auch wenn die Bundesregierung deren Bedeutung eher klein geredet hat,<sup>112)</sup> ist zumindest auffällig, wie stark die behinderungspolitischen Diskussionen an Fahrt gewonnen haben und daß dabei immer auf die Behindertenrechtskonvention Bezug genommen wird. Das gilt für die Überlegungen zum Behinderungsbegriff<sup>113)</sup> und vor allem für den eingeleiteten Paradigmenwechsel : von der Integration zur Inklusion. Im Lichte dieser Diskussionen ist zur Zeit eine umfassende Reform des Teilhaberechts geplant.<sup>114)</sup> Der mittlerweile vorliegende Gesetzentwurf bleibt allerdings hinter vielen Forderungen der Behindertenverbände zurück, und die Realisierung der Reform ist nicht zuletzt wegen der mit ihr verbundenen Finanzierungsfragen noch offen.

### **III. Umsetzung : Zur praktischen Bedeutung sozialer Gleichheit**

#### **1. Vorüberlegungen**

Soziale Gleichheit kann durch den Abbau von Beeinträchtigungen und durch einen wirtschaftlichen Ausgleich angestrebt werden, wobei jeweils die Eröffnung von Teilhabemöglichkeiten eine wesentliche Rolle spielt. Dafür kommt eine Vielfalt von Instrumenten in Betracht,<sup>115)</sup> die hier nicht im einzelnen

dargestellt werden können. Die vorgeschlagene Zweiteilung der Zielsetzungen kann aber eine grobe Systematisierung erleichtern.

Der Abbau von Beeinträchtigungen betrifft Nachteile, die durch persönliche Eigenschaften in Verbindung mit der gesellschaftlichen Bedeutungszuschreibung dieser Eigenschaften entstehen, etwa für Menschen mit Behinderungen, für Angehörige eines Geschlechts oder einer Ethnie etc. Dafür muß auch der Staat sorgen, soweit er selbst über Teilhabemöglichkeiten entscheidet. Er wird aber relevante Nachteile praktisch wirksam nur dann abbauen können, wenn er zugleich die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft entsprechend ausgestaltet. Er muß also privatrechtsgestaltend tätig werden, etwa im Arbeitsrecht, aber unter Umständen auch im sonstigen Vertragsrecht. Das führt oftmals zu Freiheitsbeschränkungen. Diese sind grundsätzlich dann hinzunehmen, wenn die Betroffenen eine Verantwortung für den Abbau von Beeinträchtigungen trifft und die Pflichten verhältnismäßig sind.<sup>116)</sup> Hinzuweisen ist etwa auf die Regelungen des SGB IX, dessen zweiter Teil verschiedene Pflichten der Arbeitgeber zur Ermöglichung einer beruflichen Teilhabe enthält. Einen besonderen, Arbeitsverhältnisse und weitere Privatrechtsverhältnisse erfassenden, Diskriminierungsschutz sieht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das 2006 erlassen worden ist.<sup>117)</sup> Dieses Gesetz enthält für die deutsche Rechtsordnung einen weitgehend neuen, auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhenden<sup>118)</sup> Regelungsansatz.

Ein wirtschaftlicher Ausgleich kann vor allen durch die Berücksichtigung der finanziellen Situation bei Belastungen, also im Steuerrecht, aber auch durch die Zurverfügungstellung von Leistungen und Diensten hergestellt werden. Der letztgenannte Punkt bezieht sich auf Infrastrukturleistungen und Dienste im allgemeinen öffentlichen Interesse<sup>119)</sup> bzw. der Daseinsvorsorge<sup>120)</sup> ebenso wie auf Sozialleistungen zur Unterhaltssicherung und zur Förderung.<sup>121)</sup> Sie können ganz vom Staat bereitgestellt oder zu verminderten Preisen angeboten werden. Dafür ist eine Umverteilung erforderlich, weil entsprechende Einrichtungen und Leistungen steuerfinanziert sind. Umverteilungen kennzeichnen ferner auch Sozialversicherungssysteme. Zwar sind Risikoabsicherungssysteme, die auf Vorsorge beruhen, beitragsfinanziert; bei ihnen existiert eine(auch rechtlich relevante) Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung,<sup>122)</sup> aber grundsätzlich nicht im Sinne einer Äquivalenz. Stattdessen findet eine finanzielle Umverteilung zwischen den Versicherten statt, und zwar in klassischen Sozialversicherungssystemen sowohl aufgrund der unterschiedlichen Risikoanfälligkeit (was nur Ausdruck des Versicherungsprinzips ist) als auch aufgrund der einkommensabhängigen Beitragsberechnung. Das wird – in Deutschland<sup>123)</sup> wie im Recht der EU<sup>124)</sup> – als Ausdruck der Solidarität verstanden oder gar mit dieser gleichgesetzt<sup>125)</sup>, wenn sich auch unterschiedlich hohe Beiträge in Sicherungssystemen angesichts unterschiedlicher Lebensstandards durchaus als Äquivalente für unterschiedliche Entwicklungschancen begreifen ließen.



## 2. Soziale Gleichheit im Sozialrecht

### (1) Gesundheitsversorgung

- ① Umverteilungswirkungen entfalten viele gesetzliche Krankenversicherungssysteme, weil in ihnen grundsätzlich einheitliche Leistungen für alle Versicherte gewährt werden, aber die Beiträge einkommensbezogen sind. In Deutschland sind diese Wirkungen allerdings nicht nur durch die obere Beitragsbemessungsgrenze<sup>126)</sup> beschränkt. Vielmehr ist dort die Situation deshalb weltweit einmalig, weil zur Absicherung des Gesundheitsrisikos zwei funktional äquivalente Systeme nebeneinander existieren : die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) und die Private Krankenversicherung(PKV). Diese durchaus rechtspolitisch umstrittene Architektur<sup>127)</sup> ist mehreren Besonderheiten der deutschen Sozialversicherung zu verdanken. Sie hat erstens die eigenständige Absicherung von Beamten, Richtern und Soldaten nicht verdrängt;<sup>128)</sup> sie folgt zweitens immer noch dem Bismarck'schen Modell insofern, als Selbständige nur zu einem kleinen Teil in die GKV verpflichtend eingebunden werden; und vor allem kennt sie eine obere Versicherungspflichtgrenze,<sup>129)</sup> die es besser verdienenden Arbeitnehmern erlaubt, sich privat statt gesetzlich zu versichern. Diese Regelung ist nur aus der Regelungstradition erklärlich.<sup>130)</sup> Immerhin besteht seit 2009 eine umfassende Versicherungspflicht, was zur Folge hat, daß auch innerhalb der PKV, die nun einen Basistarif vorsehen muß, ein – wenn auch beschränkter – finanzieller Ausgleich zwischen den Versicherten stattfindet.<sup>131)</sup>

Dementsprechend ist die deutsche GKV weniger auf die Herstellung sozialer Gleichheit gerichtet als soziale Krankenversicherungen in anderen Ländern. Dazu paßt, daß die beitragslose Versicherung von Ehegatten, Lebenspartnern und Kindern<sup>132)</sup> zwar diese Personengruppe unterstützt, die Beitragsfreiheit aber nicht von der Haushaltssituation abhängt, in der sich Versicherte befinden.

- ② Gleichheit und Gesundheit stehen aber in einem sehr viel grundsätzlicheren Zusammenhang. Gesundheit ist einerseits eine Grundvoraussetzung für die Teilhabe an der Gesellschaft – nicht nur bezogen auf das Erwerbsleben, sondern auch alle anderen Teilhabemöglichkeiten. Gleichzeitig wissen wir, daß Gesundheit in sehr hohem Maße von sozialen Voraussetzungen abhängt. Auch wenn unmittelbare Kausalitäten zwischen Einkommen und Gesundheitszustand kaum ausreichend abgesichert nachweisbar sind : Statistiken weisen dennoch klar auf Zusammenhänge zwischen Einkommen und Bildung sowie zwischen Bildung und Gesundheit hin.

Insofern müßte eine auf soziale Gleichheit zielende Gesundheitspolitik sehr grundsätzlich ansetzen. Ihr müßte es um gesundheitsbezogene Bildung und Prävention und in diesem Zusammenhang um die Förderung gesundheitsbewußten Verhaltens gehen. Dabei ergäbe sich



dann aber zugleich eine neues Spannungsfeld zwischen individueller Freiheit und einem paternalistischen oder erzieherischen Sozialstaat, der sich radikaler als bis jetzt um das Wohlergehen seiner Bevölkerung kümmert – zumal die Steuerungsinstrumente durchaus subtil sein können.<sup>133)</sup> Der mittlerweile gesetzlich in allen Ländern eingeführte Nichtraucherschutz, der auch ein völliges Rauchverbot in öffentlich zugänglichen und von Unternehmen oder Vereinen betriebenen Räumen vorsieht, mag als ein Beispiel dienen. Allerdings ist hier einerseits der Eingriff in die Freiheitsrechte eindeutig,<sup>134)</sup> ebenso eindeutig aber nach mittlerweile einhelliger Überzeugung auch der Zusammenhang zum Gesundheitsschutz. Deshalb wurden entsprechende Verbote für verfassungsgemäß gehalten,<sup>135)</sup> wobei sich das oben schon dargelegte verfassungsrechtliche Muster zeigt : Der Gesetzgeber war zwar nicht auf der Grundlage seiner Schutzpflicht zur Einführung eines Rauchverbots verpflichtet,<sup>136)</sup> sofern er ein solches Verbot eingeführt hat, gilt es jedoch als gerechtfertigt; Warnungen vor zu starker Regulierung des Privatlebens bleiben demgegenüber vereinzelt.<sup>137)</sup> Praktisch allerdings ist die Gesundheitspolitik in Deutschland nicht wesentlich weiter gekommen : Seit Jahren wurde ein Ausbau der Prävention gefordert und geplant.<sup>138)</sup> Im vergangenen Jahr wurde denn auch endlich ein Präventionsgesetz erlassen,<sup>139)</sup> mit dem Präventionsleistungen in der GKV ausgebaut wurden und eine sog. „nationalen Präventionsstrategie“ eingeführt worden ist. Damit sind aber nur erste Ansätze geschaffen und von einem gesundheitspolitischen Paradigmenwechsel kann nicht die Rede sein.

## (2) Alterssicherung

Kern der Alterssicherung in Deutschland ist die Gesetzliche Rentenversicherung (GRV). Sie beruht in ihrer organisatorischen Ausgestaltung noch auf der Bismarck'schen Gesetzgebung,<sup>140)</sup> in der Ausgestaltung der Leistungen aber auf der sog. Großen Rentenreform aus dem Jahr 1957<sup>141)</sup>, die das Kernstück der sozialpolitischen Reformen im ersten Jahrzehnt des Wiederaufbaus nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs darstellt.<sup>142)</sup>

Die GRV dient der Lebensstandardsicherung. Jedoch ist diese Funktion durch die um die Jahrtausendwende durchgeführten Reformen, mit denen vor allem auf die demographischen Entwicklungen reagiert werden sollte, abgeschwächt. Nun existiert ein Drei – Schichten – Modell der Alterssicherung, dessen zweiter Bestandteil die betriebliche Versorgung bzw. eine steuerlich geförderte Privatversicherung (sog. Riester – Rente) darstellt.<sup>143)</sup>

Die Umverteilungseffekte der GRV sind relativ gering. Ganz abgesehen davon, daß auch hier zwei Sondersysteme existieren, nämlich wiederum eines für Beamte, Richter und Soldaten<sup>144)</sup> sowie eines für Angehörige Freier Berufe,<sup>145)</sup> und daß viele Selbständige immer noch nicht der Versicherungspflicht unterliegen<sup>146)</sup> : Vor allem sind die Leistungen in der GRV sehr stark beitragsbezogen. Die früher einem sozialen Ausgleich dienende Rente nach Mindesteinkommen ist



schon seit dem Rentenreformgesetz '92<sup>147)</sup> ein Auslaufmodell, und auch beitragslose Zeiten werden immer weniger anerkannt.<sup>148)</sup> Die Stärkung des abgeschwächten Äquivalenzprinzips liegt im Trend der europäischen Entwicklung,<sup>149)</sup> zumal in Deutschland – anders als in vielen südeuropäischen Ländern<sup>150)</sup> – eine Mindestsicherung als Aufgabe der Sozialhilfe und nicht der Rentenversicherung angesehen wird. Das wird sich voraussichtlich auch nicht in der nächsten Zeit ändern.<sup>151)</sup> Die staatliche Förderung der privaten Rente kommt immerhin vor allem Familien mit Kindern und Geringverdienern zugute.<sup>152)</sup> Das Problem ist aber, daß sie vor allem von denen, die relativ wenige Rentenanwartschaften aufbauen, trotzdem nicht in ausreichendem Maße genutzt wird.<sup>153)</sup>

### (3) Andere Sozialleistungen

- ① Eine Familienförderung findet auch innerhalb der Sozialversicherung statt : durch die beitragsfreie Versicherung in der GKV und die Anerkennung von Erziehungszeiten als Pflichtbeitrags – und Berücksichtigungszeiten in der GRV. Das BVerfG hatte allerdings in einer Entscheidung zur Pflegeversicherung<sup>154)</sup> die Anerkennung eines „demographischen Beitrags“ angemahnt,<sup>155)</sup> die Umsetzung dieser Entscheidung ist aber bis heute höchst umstritten.<sup>156)</sup> Im übrigen wird die Familienförderung in Deutschland vor allem durch zwei Förderleistungen<sup>157)</sup> durchgeführt. Hintergrund ist die aus Art. 6 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG ableitbare Schutz – und Förderungspflicht für Ehe und Familie, die aber nach der Rechtsprechung nicht gleichbedeutend ist mit einer Pflicht zum Ausgleich aller die Familien treffenden Belastungen oder zu einer Förderung ohne Rücksicht auf sonstige öffentliche Belange. Vielmehr bleibt es auch hier bei der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.<sup>158)</sup> Damit ist zwar einerseits klargestellt, dass die Kinderbetreuung als eine Leistung zu betrachten ist, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt.<sup>159)</sup> Andererseits scheiden aber originäre Teilhabe – bzw. Leistungsrechte aus, und die Eltern können allein aus den verfassungsrechtlichen Bestimmungen noch keine subjektiven Rechte ableiten.<sup>160)</sup>

Das Kindergeld dient der Unterhaltssicherung; seit einer grundlegenden Reform im Jahr 1996<sup>161)</sup> ist es weitgehend in das Steuerrecht integriert und wird in der Form von Kinderfreibeträgen gewährt. Nur für Personen, die nicht der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, ist noch eine Geldleistung vorgesehen.<sup>162)</sup> Durch die Integration in das Steuerrecht soll mehr die Leistung der Kinderbetreuung honoriert als deren Lasten betont werden.<sup>163)</sup> Im Ergebnis bedeutet das auch, daß die Mechanismen des Steuerrechts, auf die noch kurz einzugehen sein wird,<sup>164)</sup> greifen und Besserverdienende von einem Progressionsvorteil profitieren.

Mit dem Elterngeld soll die Kindererziehung staatlich gefördert werden. Es wurde zunächst als Erziehungsgeld 1985 eingeführt,<sup>165)</sup> erfuhr aber 2006<sup>166)</sup> nicht nur eine Umbenennung, sondern auch eine grundlegende Umgestaltung. Seitdem werden keine festen Beträge mehr gewährt, und es gibt auch keine Bedürftigkeitsprüfung mehr. Vielmehr stellt das Elterngeld nunmehr eine

Entgeltersatzleistung dar, die zwar steuerfinanziert ist, sich aber nach dem vorangegangenen Einkommen richtet.<sup>167)</sup> Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch mit Art. 6 Abs. 1 GG wurde angezweifelt,<sup>168)</sup> sie folgt jedoch aus dem Ausgleich von Opportunitätskosten. Der neue, auf eine bessere Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familie sowie auf eine Veränderung der tradierten Rollenverteilung innerhalb der Familie hinwirkende Ansatz liegt im familienpolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers – auch wenn damit wirtschaftlich schwächer gestellte Eltern relativ an Leistungen verlieren.

- ② Als letztes sozialstaatliches „Auffangnetz“ existiert in Deutschland die steuerfinanzierte und bedürftigkeitsabhängige Sozialhilfe. Mit einigen Reformen, der schon erwähnten Rentenreform der Jahrtausendwende<sup>169)</sup> und vor allem den sog. Hartz – Reformen<sup>170)</sup>, wurde das bis dahin einheitlich geltende Sozialhilferecht (BSHG) etwas aufgespalten. Es ist nun grundsätzlich im SGB XII<sup>171)</sup> geregelt, mit einigen Besonderheiten für die Grundsicherung im Alter.<sup>172)</sup> Für alle Erwerbsfähigen gilt aber das SGB II. Dieses Gesetz zielt auf eine Aktivierung und ist damit Ausdruck eines sich wandelnden Sozialstaatsverständnisses; unter dem Motto „Fordern und Fördern“ wird einerseits der Druck auf eine Arbeitsaufnahme erhöht und sollen andererseits zur Eingliederung sinnvolle Maßnahmen angeboten werden.<sup>173)</sup> Ein Sondergesetz besteht für Asylbewerber und geduldete Ausländer.<sup>174)</sup>

Die eigentlichen Leistungen werden weitgehend nach Regelsätzen bemessen. Das BVerfG hat die insofern zunächst im SGB II vorgesehene Regelung für verfassungswidrig gehalten; sie verstieß nach Ansicht des Gerichts gegen das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, das aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet wird und sowohl die Sicherung des physischen Überlebens als auch eine soziokulturelle Komponente umfaßt.<sup>175)</sup> Es soll Pflicht und Recht des Gesetzgebers sein, dieses Existenzminimum festzulegen. Insbesondere im Hinblick auf die Eröffnung von Teilhabechancen bestehen gesetzgeberische Wertungsspielräume. Aber das BVerfG fordert nicht nur eine Begründung als prozedurale Kompensation der Ergebnisoffenheit,<sup>176)</sup> sondern zieht gleichzeitig eine Untergrenze und begründet damit auch ein unmittelbar aus der Verfassung abgeleitetes Leistungsrecht : Denn der Gesetzgeber dürfe keine „evident unzureichende“ Leistung vorsehen.<sup>177)</sup> Tatsächlich hat er die Regelsätze als Folge der Entscheidung neu berechnet. Er bezieht sich zur Feststellung des Bedarfs auf die alle fünf Jahre ermittelten Einkommens – und Verbrauchsstichprobe (EVS) und orientiert sich in diesem Rahmen an den unteren 15% als Referenzhaushalten. Das BVerfG hat diese Methode, den Ansatz und die Veränderung des zugrundgelegten Warenkorb trotz einiger Kritik in der Literatur<sup>178)</sup> zwischenzeitlich zu recht akzeptiert.<sup>179)</sup> Ein grundsätzlicher Einwand wird allerdings nach wie vor insbesondere von Wohlfahrtsorganisationen vorgetragen, nämlich daß der insgesamt vom Gesetzgeber gewählte Ansatz das, was wirklich zum Leben gebraucht wird, verfehle und wichtige Teilhabemöglichkeiten verschlossen blieben. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung



des BVerfG bleibt das ein sozialpolitisches Argument. Dieses Argument hat aber vor allem insofern Gewicht, als es um die Teilhabechancen von Kindern<sup>180)</sup> geht : Denn aus der sozialpolitischen Forschung ist bekannt, wie sich „Armutskarrieren“ über den Lauf der Zeit verfestigen. Deshalb müßte der Gesetzgeber dringend Maßnahmen unternehmen, um die Bildungs – und Entfaltungschancen von Kindern und Jugendlichen, die in wirtschaftlich prekären Situationen leben müssen, zu verbessern. Zur Herstellung faktischer sozialer Gleichheit wäre das der wohl wichtigste Schritt.

- ③ Entschädigungsleistungen können – etwa im Fall der Aufopferung – im Rechtsstaatsprinzip wurzeln. Eine staatliche Verpflichtung zur Entschädigung kann aber nicht nur aus den Grundrechten, sondern auch aus dem Sozialstaatsprinzip folgen. So betont das BVerfG, die staatliche Gemeinschaft habe in der Regel Lasten mit zu tragen, „die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen haben“.<sup>181)</sup> Entschädigungsleistungen dienen dem Ausgleich besonderer Belastungen, nehmen aber in der Regel nicht auf die finanzielle Situation der Betroffenen Rücksicht.

### 3. Soziale Gleichheit im übrigen Verwaltungsrecht

#### (1) Steuerrecht

Im Steuerrecht ist nach der Rechtsprechung des BVerfG der Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten. Dieser Grundsatz soll „vom Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG ... unterstützt“ werden, weshalb „bei Steuern, die an die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen anknüpfen, ... die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nicht nur zulässig sondern geboten“ sei.<sup>182)</sup> Ausdrücklich betont das Gericht ferner, daß „die Steuerpolitik auf die Belange der wirtschaftlich schwächeren Schichten der Bevölkerung Rücksicht zu nehmen hat“.<sup>183)</sup> Das verbietet degressive Steuertarife, jedenfalls wenn andere rechtlich geschützte Interessen nicht ausnahmsweise eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Damit läßt sich umgekehrt eine Progression des Steuertarifs und eine Verminderung der Steuerlast für wirtschaftlich schwache Schuldner rechtfertigen.<sup>184)</sup> Inwieweit diese verfassungsrechtlich gefordert ist, bleibt offen. Die steuerliche Freistellung eines Existenzminimums und die Berücksichtigung der Familienmitglieder in diesem Zusammenhang gründet im Verfassungsrecht<sup>185)</sup> und wird zum Teil als Ausdruck einer sozialen Gleichheit gesehen.<sup>186)</sup> Aber es liegt in der Anlage des Steuersystems mit Progressionstarif, daß die Freistellung von Einkommen absolut mit größeren Entlastungen für besser Verdienende als für schlechter Verdienende verbunden ist.

## (2) Zugang zu Einrichtungen

- ① Viele Teilhabechancen hängen davon ab, daß zu öffentlichen Einrichtungen eine Zugangsmöglichkeit besteht. Dafür bedarf es nicht nur der Abwehr von Diskriminierungen, sondern unter Umständen auch des Umbaus bestehender Einrichtungen oder deren Errichtung, insbesondere wenn es um die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen geht. In diesem Sinne hat das BVerfG zu deren Gleichstellung festgestellt, eine Benachteiligung könne „auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme kompensiert wird“. <sup>187)</sup> Zur Erreichung der Barrierefreiheit sind vom Bund und den Ländern Gleichstellungsgesetze erlassen worden. <sup>188)</sup> Dennoch sind in der Praxis Defizite weiterhin nicht zu übersehen. <sup>189)</sup>
- ② Ein weiteres Zugangsproblem ergibt sich dann, wenn die Inanspruchnahme von Einrichtungen mit Kosten verbunden ist. Das hat die Rechtsprechung mehrfach beschäftigt, die in verschiedener Hinsicht sozialstaatliche Maßnahmen zum Schutz wirtschaftlich Schwacher gefordert hat.
  - Rechtsschutz muß jedermann unabhängig von seinen Einkunft- und Vermögensverhältnissen möglich sein. Im Hintergrund steht dessen Bedeutung für die Durchsetzung der Rechte : <sup>190)</sup> Dafür sind im Verfassungsstaat allein die Gerichte zuständig; können sie nicht befaßt werden, besteht die Gefahr, daß die Rechte praktisch leerlaufen. <sup>191)</sup> Deshalb hat das BVerfG zunächst aus Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG <sup>192)</sup>, dann auch aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG <sup>193)</sup> abgeleitet, die Situation von mehr und weniger Vermögenden bedürfe im Bereich des Rechtsschutzes einer Angleichung. Dementsprechend ist die Gewährung von Prozeßkostenhilfe ein sozialstaatliches Gebot. Entsprechende Förderungspflichten beziehen sich aber nicht nur auf den Zugang zu Gerichten. Angesichts der besonderen Bedeutung des Rechtsschutzes hat das BVerfG vielmehr betont : „Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 3 GG) verlangt, dass der Gesetzgeber auch im außergerichtlichen Bereich die erforderlichen Vorkehrungen trifft, damit der Rechtsuchende mit der Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte nicht von vornherein an mangelnden Einkünften oder ungenügendem Vermögen scheitert.“ <sup>194)</sup>
  - Auch der Zugang zu anderen Einrichtungen, die für die Grundrechtsausübung wesentlich sind, darf durch die Erhebung von Gebühren faktisch nicht wirtschaftlich Schwachen verwehrt werden. Das gilt für Schulen und Hochschulen : Hier trifft die Gesetzgeber eine besondere Verpflichtung, für die Wahrung gleicher Bildungschancen. <sup>195)</sup> Das betrifft die Regelungen über den Zugang und die Auswahl. <sup>196)</sup> Es betrifft ebenso die Gebühren. Dementsprechend dürfen Studiengebühren, die allerdings nach einer kurzen Zwischenphase heute für das Studium nicht mehr erhoben werden, nicht vom Hochschulbesuch abhalten. Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich die Rücksichtnahme auf „Belastungen Studierender“



verlangt, „die aufgrund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind“.<sup>197)</sup>

- Die sozialstaatliche Verpflichtung zur Eröffnung von Zugangsmöglichkeiten kann auch eine Abweichung vom gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip und der formalen Gleichbehandlung von Gebührenschuldern rechtfertigen und insofern zu Umverteilungen zwischen diesen Schuldnern führen. Das hat das BVerfG zum Besuch von Kindergärten hervorgehoben und sich dabei auf zwei Erwägungen gestützt : zum einen die Herstellung von Chancengleichheit,<sup>198)</sup> zum anderen den Zusammenhang zwischen der Kinderbetreuung und einer Grundrechtswahrnehmung.<sup>199)</sup>

### (3) Räumliche Verteilung

Gleichheit betrifft nicht nur Vergleiche zwischen Mitgliedern der Gesellschaft im Hinblick auf bestimmte Fragen wie einzelne Teilhabechancen. Sie betrifft auch Vergleiche in der Zeit, die im Zusammenhang mit der Forderung nach Generationengerechtigkeit stehen.<sup>200)</sup> Und sie betrifft die Entfaltungsmöglichkeiten im Raum.

Diese Möglichkeiten betreffen zugleich die soziale Gleichheit. Im Kern geht es nämlich um die Verteilung von Einrichtungen und Leistungen, etwa angefangen von Straßen über Betreuungs – und Bildungseinrichtungen, Krankenhäusern und Pflegeheimen bis zum Zugang zum Internet. Diese Verteilung erfährt angesichts des demographischen Wandels neue Bedeutung.<sup>201)</sup> Lange sicherten sowohl Sozialstaatsprinzip und Gleichwertigkeitsgrundsatz ein umfassendes soziales Inklusionsversprechen, das aber durch den voraussehbaren, regional sehr unterschiedlichen Rückgang der Bevölkerung zunehmend gefährdet wird, zumal sich die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen ändern.<sup>202)</sup> Insofern steht die auf den Raum bezogene soziale Gleichheit in Deutschland vor ganz neuen und selbst im Ansatz nicht geklärten Herausforderungen.

## IV. Schluß

- 
- 1)
  - 2)
  - 3) Vgl. zu stabilisierenden Effekten von Ungleichheit und möglichen universellen Gründen dafür Tilly, *Durable Inequality*, 1998.
  - 4)
  - 5)
  - 6)
  - 7) Fratzscher, *Verteilungskampf – Warum Deutschland immer ungleicher wird*, 2016.
  - 8) Vgl. nur
  - 9) Papier, \*\* ; Steiner, \*\*
  - 10) Eine Ausnahme stellt die Befassung der Staatsrechtslehrervereinigung mit dem Thema auf der Jahrestagung 2008 dar ; vgl. Davy und Axer, *Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung*, VVDStRL H. 68 (2009), S. 122 ff – und 177 ff.
  - 11)
  - 12) Wissenschaftsrat, \*\*
  - 13) So v. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit (Das Trugbild sozialer Gerechtigkeit)*, 2003, S. 229.
  - 14) Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868, S. 264 ; dazu näher Rauscher, *Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens*, Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, 1969, S. 235 ff.
  - 15) *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, 1895, S. 26.
  - 16) Vgl. zu den Ansätzen im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Wettbewerb und Sozialstaat Becker, \*\*
  - 17) Vgl.,
  - 18) Und die deshalb auch als eine Triebfeder der deutschen Sozialversicherungsgesetzgebung erscheint, vgl. Ritter, \*\*
  - 19) Im einzelnen allerdings sind die Bezüge äußerst vielfältig und unterliegen naturgemäß dem Wandel. Offensichtlich wird dies bei der Einbeziehung historischer Perspektiven, vgl. etwa Zacher, \*\*
  - 20) Vgl. Heinig, \*\*
  - 21) Dazu insbesondere Zacher, \*\*
  - 22) Vgl.
  - 23)
  - 24) Vgl. dazu und zu den folgenden Passagen schon Becker, *Das Recht auf Gesundheit*, in FS für Steiner, \*\*
  - 25) Die Verfassung von 1793 (französische Fassung abrufbar unter [http : //mjp.univ – perp.fr/france/co1793.htm](http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793.htm)) ist nicht in Kraft getreten. Sie enthielt in ihrer Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte mit Art. 21 die Verpflichtung des Staats, die Existenz der Bedürftigen zu sichern.
  - 26) Vgl. das Recht auf kostenfreie Bildung, §§ 155, 157 der Verfassung des deutschen Reiches vom 28.3.1849 („Paulskirchenverfassung“ ; RGBl. 1849, S. 101ff.). Zur allgemeinen Bedeutung und Rezeption der Verfassung vgl. auch Hans – Jochen VOGEL, „Das Vermächtnis der Paulskirche, Einige Bemerkungen zur Bedeutung der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 für unsere Zeit“, in : NJW, 1998, S. 1534 ff.
  - 27) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vom 5.2.1917 (in englischer Fassung abrufbar unter : <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/consting.pdf>). Die Verfassung enthielt (und enthält) einen eigenen Titel über Arbeit und soziale Sicherheit (Art. 123).
  - 28) Grundgesetz der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik vom 10.7.1918 (Text abrufbar unter <http://www.verfassungen.net/rus/rsfsr18 – index.htm>). So statuiert Art. 17 ein Recht auf unentgeltliche Bildung für die Arbeiter – und Bauernschaft. Dabei soll aber auch die in Art. 18 niedergelegte Losung „Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen!“ hier nicht unerwähnt bleiben.
  - 29) Verfassung des deutschen Reiches vom 11.08.1919 („Weimarer Reichsverfassung“ – WRV), RGBl. 1919, 1383.
  - 30) Vgl. Art. 155 ff. WRV, u.a. mit der Pflicht zur Schaffung eines umfassenden Versicherungswesens (Art. 161) und der Gewährleistung eines Mindestmaßes an sozialen Rechten (Art. 162).
  - 31) Die IAO wurde in Kapitel XIII des Versailler Friedensvertrags geschaffen, vgl. RGBl. 1919, 1268 ff.
  - 32) Vgl. Becker, in : Iliopoulos – Strangas (Hrsg.), \*\*
  - 33) Vgl. nur Hesse, in : Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, § 5 Rdnr. 6, wonach „das Grundgesetz sucht die rechtliche Geltung der Grundrechte so fest wie möglich zu sichern“. Vgl. auch Badura, *Der Staat* 14 (1975), 17, 25, und bezogen auf ein allgemeines Prinzip sozialer Grundrechte, S. 28 ff. ; Isensee, *Der Staat* 19 (1980), 368, 369 ff. Ebenfalls positiv zur Zurückhaltung des GG Rübner, in : HGR I, 2006, § 40 Rdnr. 24.
  - 34) Zu den Motiven und zur Wirkmächtigkeit dieser neuen Sozialversicherung nur Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, 2003, S. 52 ff.
  - 35) Vgl. zur sozialen Selbstverwaltung nur Becker, *Funktionen der sozialen Selbstverwaltung*, LVA Mitteilungen 2003, 571 ff.
  - 36) Art. 161 WRV : „Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.“



- 37) Wenn auch als ein „Gesetzgebungsprogramm... im engeren Sinne“, so Schmitt, in : Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 603.
- 38) Und zwar als Verheißung einer „umfassenden Revision der Gesetzgebung“ im Sinne einer Ergänzung (im Umfang) und Änderung (hinsichtlich der Mitwirkung der Versicherten), so Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 13. Aufl. 1930, Anm. zu Art. 161.
- 39) Vgl. Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, Sonderausgabe 1978, S. 98 ff.
- 40) Vgl. vgl. Poetzsch – Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928, S. 496.
- 41) Prägend war zunächst der Vortrag von Forsthoff, „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, VVDStRL H. 12 (1954), S. 8 ff. ; der dann eine breite Debatte auslöste. Vgl. etwa die Gegenposition von Abendroth, „Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland“, in : Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, 1968, S. 114 ff.
- 42) Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 68 (1930), S. 9 f., 11.
- 43) Zu ihr und der Entwicklung jetzt ausf. John Philipp THURN, Welcher Sozialstaat?, Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der Bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949 – 1990, Tübingen, 2003, S. 22 ff.
- 44) Zu diesen nur Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip : Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, 1986, S. 312 ff., 333 ff., 390 ff., 438 ff.
- 45) Vgl. Schmidt – Aßmann, Der Rechtsstaat, in : Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdnr. 30 ff.
- 46) Ein Rechtsstaat muß an der Herstellung von Gerechtigkeit ausgerichtet sein, auch wenn deren nähere Bestimmung und praktisch wirkende Konkretisierung erst im Rahmen der verfassungsrechtlich geordneten politischen Willensbildung erfolgen kann ; vgl. dazu Hofmann, Einführung in die Rechts – und Staatsphilosophie, Darmstadt, 3. Aufl. 2003, S. 69 (dort i.ü. auch zur sozialen Gerechtigkeit, S. 197 ff.).
- 47) Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Viertes Band : Staats – und Verwaltungsrechtswissenschaften in West und Ost 1945 – 1990, München, 2012, S. 288.
- 48) Eigentümlich zurückhaltend aber Claus Dieter CLASSEN, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden – Baden, 2013, der die Rechtsstaatlichkeit den „Grundlagen zuordnet“ und dann in einem davon getrennten Teil über Staatsaufgaben von „sozialen Festlegungen“ spricht (in zwei Absätzen auf S. 128 f.). Klarer insofern Albrecht WEBER, Europäische Verfassungsvergleichung, München, 2010, S. 84 ff., dessen Darstellung der Geschichte aber – anders als die übrigen Teile – sehr deutschlastig ist.
- 49) Ipsen, Über das Grundgesetz, 2. Aufl. 1964, S. 14.
- 50) Oben, \*\*
- 51) Zur Erklärung der Entstehungsbedingungen Ritter, \*\*
- 52) Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, 3. Aufl. 1921, S. 104.
- 53) Gegenwart und Zukunft der Rechts – und Staatswissenschaften Deutschlands, 1876, S. 215.
- 54) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 3, 1913 S. 289.
- 55) Zur „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes schon BVerfGE 4, 7 ; 17 (Investitionshilfe) ; E 50, 290, 363 (Mitbestimmung).
- 56) So P. Kirchhof, Erwerbsstreben und Maß des Rechts, in : HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 169 Rn. 101, mit dem Argument, es solle das „auf Dauer geltende gleichsam in Stein gehauene Verfassungsrecht nicht den Ungewißheiten einer sozialen Ordnung und deren Theorien ausgeliefert“ werden. Näher zur Diskussion im Schrifttum und der Rechtsprechung des BVerfG R. Schmidt, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in : HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 16 ff.
- 57) Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV.
- 58) Vgl. im Zusammenhang mit den hier interessierenden Fragen nur Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in : Festschrift für Wannagat, 1981, S. 715 ff. ;
- 59) So schon Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965, und aus neuerer Zeit Burgi, Wohlstandsvorsorge als Staatsziel und als Determinante im Wirtschaftsverwaltungsrecht, AöR Beiheft 2014, S. 30, 37 ff.
- 60) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, \*\*, S. 197.
- 61) Vgl. dazu unten, Rixen.
- 62) BVerfGE 43, 13, 19 ; zur Unterstützung von behinderten Menschen BVerfGE 44, 353, 375 (Hilfsmaßnahmen für Suchtkranke).
- 63) BVerfGE 27, 253 LS 2.
- 64) BVerfGE 68, 193, 209 (Kostendämpfung bei der Leistungserbringung).
- 65) BVerfGE 45, 376, 387 (Schädigung des ungeborenen Kindes durch Berufskrankheit).
- 66) BVerfGE 51, 115, 125 (Einbeziehung der Überstunden in die Bemessung des Arbeitslosengeldes).
- 67) BVerfGE 59, 231, 263 : „Das Sozialstaatsprinzip stellt also dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, wie diese Aufgabe im einzelnen zu verwirklichen ist [...]“.
- 68) Das gilt namentlich auch für die Einführung umfassender Versicherungspflichten ; zur Pflegeversicherung BVerfGE 103, 197 ; zur Krankenversicherung BVerfGE 123, 186.
- 69) Tatsächlich wird die Rechtsprechung – zumindest soweit sie einen Anspruch auf das Existenzminimum betrifft – auch im Ausland wahrgenommen und zum Teil von ausländischen Gerichten rezipiert ; vgl. etwa \*\*



- 
- 70) BVerfGE \*\* (zu Regelsätzen nach dem SGB II).
- 71) BVerfGE \*\* (zum AsylbLG).
- 72) BVerfGE \*\*. Diese Entscheidung ist auf heftige Kritik gestoßen, vgl. etwa \*\* ; zur Verteidigung Becker, in : FS Steiner, \*\*
- 73) Vgl. auch die Skepsis bei Davy, VVDStRL 68, S. 175, LS 1.
- 74) Zu diesem Aspekt auch Nußberger, \*\* DVBl. 2008, \*\*
- 75) Symptomatisch Axer, VVDStRL 68, S. 185, 192 : das GG enthalte „keine ausdrückliche Verpflichtung zur Herstellung sozialer Gleichheit“, das „Ziel sozialer Gleichheit“ liege aber „durchaus in seinem normativen Blickfeld“. Diese Formulierung verdeutlicht schon, wie die normativen Bezugspunkte verschwimmen.
- 76) Nichts anderes erbrachte eine juris – Recherche nach dem Begriff der „sozialen Chancengleichheit“.
- 77) BVerwG, Urteil vom 19. Oktober 2011 – 5 C 26/10 –, BVerwGE 141, 88–93, Rn. 16 : „Dieser Zielsetzung liegt der im Sozialstaatsprinzip verankerte Gedanke der Wiedergutmachung für fremdes Unrecht zugrunde. Danach ist die Gewährung von Ausgleichsleistungen auf natürliche Personen zu konzentrieren, da soziale Gleichheit nur im Verhältnis der originären Grundrechtsträger untereinander, nicht aber zwischen diesen und den zur besseren Wahrnehmung gemeinsamer Interessen in der Form von juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften gebildeten Rechtskonstrukten gefordert werden kann (BVerfG, Urteil vom 22. November 2000 a.a.O. S. 319 = Rn. 272 ; BVerwG, Urteil vom 14. Februar 2008 a.a.O.).“ Im Anschluß an BVerfGE 41, 126.
- 78) Votum der Richterin Rupp – v. Brünneck zur Nachversicherung in der Angestelltenversicherung, BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 1973 – 1 BvL 19/72 –, BVerfGE 36, 237–258, Rn. 30 f. : „Obwohl das Sozialstaatsprinzip zu den tragenden Verfassungsgrundsätzen gehört, kennzeichnet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Scheu, diesen Grundsatz für die verfassungsrechtliche Prüfung fruchtbar zu machen. … Eine der Bedeutung des Sozialstaatsprinzips entsprechende Beachtung verlangt demgegenüber, daß das Prinzip schon unmittelbar bei der Prüfung an Art. 3 Abs. 1 GG zum Zuge kommt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es zwar primär Aufgabe des Gesetzgebers zu beurteilen, ob und unter welchen sachlichen Gesichtspunkten zwei Lebensbereiche so gleich sind, daß die Gleichbehandlung zwingend geboten ist, welche Sachverhaltelemente andererseits so wichtig sind, daß ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Dabei ist der Gesetzgeber aber nicht nur zu einer im allgemeinen Verständnis sachgerechten, nicht willkürlichen Auswahl verpflichtet, er ist auch an die spezifischen Wertentscheidungen der Verfassung gebunden. Was gleich und was ungleich, was sachgerecht oder was sachwidrig ist, muß hier also am Sozialstaatsprinzip gemessen werden ; es kommt auf die "soziale Gleichheit" an. Insoweit genügt es nicht, das Sozialstaatsprinzip allein als die Verpflichtung zur staatlichen Fürsorge für Hilfsbedürftige oder sonst sozial benachteiligte Gruppen und Einzelpersonen zu verstehen ; vielmehr gehört im modernen Sozialstaat eine angemessene soziale Sicherung bei Alter und Krankheit zu den selbstverständlichen Existenzgrundlagen für alle Bürger, und ihre Ausgestaltung muß auch in Einzelheiten sozialgerecht sein.“
- 79) BVerfGE 138, 136.
- 80) BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BVerfGE 138, 136–255, BStBl II 2015, 50, Rn. 5.
- 81) Zur Jugendhilfe BVerfG, Urteil vom 18. Juli 1967 – 2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, 2 BvF 5/62, 2 BvF 6/62, 2 BvF 7/62, 2 BvF 8/62, 2 BvR 139/62, 2 BvR 140/62, 2 BvR 334/62, 2 BvR 335/62 –, BVerfGE 22, 180–220, Rn. 74.
- 82) BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BVerfGE 138, 136–255, BStBl II 2015, 50, Rn. 6.
- 83) Zu seinem Leben und Werk nur Becker, \*\*
- 84) Zacher, HStR II, § 28 Rn. 110.
- 85) Zacher, Annäherungen an eine Phänomenologie des Sozialrechts, in : FS für Papier, 2013, 435, 440.
- 86) Zacher, in : FS P. Kirchhof (Fn. \*\*), 285, 287.
- 87) Zacher, in : FS Papier (Fn. 85), 448.
- 88) Zacher, in : FS Herzog (Fn. \*\*), 539.
- 89) So Benda, in : Hdb des VerfR, § 17 Rn. 170 : „Eine Politik der Umverteilung, die größere soziale Gerechtigkeit herstellen will, ist dem Grundsatz nach zulässig.“
- 90) Und diese Einschränkung wird vielfach besonders betont, vgl. etwa Sommermann, in : vM/K/S, Art. 20 Abs. 1 Rn. 108.
- 91) Vgl. Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses, JöR n.F. 1 (1951), S. \*\*
- 92) Vgl. etwa BVerfGE \*\*
- 93) Zu der wechselseitigen Ergänzung P. Kirchhof, HStR VIII, Rn. 64 ff.
- 94)
- 95) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) v. 27.10.1994 (BGBl. I, S. 3146).
- 96)
- 97) Das gilt auch für das Versammlungsrecht aus Art. 8 GG, vgl. BVerwGE 91, 135 (Hifgartenwiese) ; vgl. auch BVerfGE 128, 226 (Fraport).
- 98) BT – Drucks. 12/6000, S.
- 99) So Starck, in : vM/K/S, Art. 3 Abs. 2, Rn. 309 f. Der Allgemeine Redaktionsausschuss hatte noch einen S. 2 in Art. 3 Abs. 2 seines Entwurfs vorgesehen, der lautete : „Die Gesetzgebung hat dies auf allen Rechtsgebieten zu verwirklichen.“ Dieser Satz wurde dann aber in der dritten Lesung des Hauptausschusses gestrichen, JöR n.F. 1 (1951), S. 72.
- 100) BVerfGE 85, 191, LS 3.



- 101) BVerfGE 92, 91, \*\*.
- 102) BVerfGE 114, 357, \*\*.
- 103) Zumindest dann, wenn zugleich die Lasten innerhalb der Familie ausgeglichen werden ; vgl. zu den sog. „Partnermonaten“ BVerfG v. 19.8.2011 [Kammer], 1 BvL 15/11 (Unzulässige Richtervorlage) und v. 26.10.2011 [Kammer], 1 BvR 2075/11 (Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde).
- 104) BVerfGE 109, 64, \*\* (Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld).
- 105) BVerfG, Beschluss vom 18. November 2003 – 1 BvR 302/96 –, BVerfGE 109, 64–96, Rn. 213)
- 106) Die Gemeinsame Verfassungskommission hatte sich noch gegen die Aufnahme dieses Satzes ausgesprochen mit dem Argument, es besteht kein „verfassungspolitischer Änderungsbedarf“, sondern es könne diese Gleichstellung dem Gesetzgeber und der Verwaltung überlassen bleiben, die das Sozialstaatsprinzip insofern zu realisieren hätten (BT – Drucks. 12/6000, S. 53). Bemerkenswert ist die Begründung der Ablehnung, da in ihr die überkommene Skepsis gegenüber Geboten der faktischen Gleichstellung zum Ausdruck kommt (a.a.O.) : „Die spezielle Anerkennung der Belange behinderter Menschen im Rahmen des Diskriminierungsverbots des Artikel 3 Abs. 3 GG bzw. im Rahmen einer entsprechenden staatlichen Schutz – und Förderungspflicht könnte Präjudiz für entsprechende verfassungspolitische Forderungen anderer Gruppen der Gesellschaft werden, wie etwa für Kranke, Unfall – und Verbrechensoffer. Soweit allen derartigen Begehren nachgegeben und jede einzelne Gruppe in Artikel 3 Abs. 3 GG aufgelistet würde, könnte die Verfassung ernsthaft Schaden nehmen. Schließlich könnte die verfassungsrechtliche Erwähnung der speziellen Interessen und Belange von behinderten Menschen Erwartungen wecken, die die Verfassung nicht einzulösen vermag.“
- 107) So das Argument der Befürworter in der Gemeinsame Verfassungskommission ((BT – Drucks. 12/6000, S. 53).
- 108) Vgl. das Beispiel bei Starck, Art. 3 Abs. 3 Rn. 419.
- 109) BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1997 – 1 BvR 9/97 –, BVerfGE 96, 288 – 315, Rn. 75.
- 110) Vgl. dazu die Beiträge in Becker/Graser (Hrsg.), \*\*
- 111) Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) v. 13.12.2006 (abrufbar unter : <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>), in Kraft getreten am 3.5.2008 ; deutschsprachige (mit Liechtenstein, Österreich und der Schweiz abgestimmte) Fassung in BGBl. 2008 II, S. 1419.
- 112) Erster Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zu BRK, vom Bundeskabinett beschlossen am 3.8.2011, S. 3 (abrufbar unter : <http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/staatenbericht-2011.pdf>).
- 113) Vgl. etwa Banafsche, Die UN – Behindertenrechtskonvention, SGB 2012, S. 373 ff.
- 114) Dazu Becker, in : FS Arai
- 115) Vgl. etwa Axer, \*\*
- 116) So zur Verpflichtung der Arbeitgeber, Schwerbehinderte zu beschäftigen und anderenfalls eine Ausgleichsabgabe zu zahlen, BVerfG v. 26.5.1981, 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78 = E 57, 139 ; bestätigt durch BVerfG v. 1.10.2004, 1 BvR 2221/03 [Kammer] und BVerfG v. 10.11.2004, 1 BvR 1785/01, 1 BvR 2404/02, 1 BvR 2416/02, 1 BvR 2417/02, 1 BvR 2418/02, 1 BvR 1289/03, 1 BvR 1290/03, 1 BvR 457/04, 1, BvR 1427/04, 1 BvR 1428/04 [Kammer].
- 117) V. 14.8.2006 (BGBl. I, S. 1897).
- 118) RL 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.
- 119) So der im EU – Recht gebräuchliche Begriff, vgl. \*\*
- 120) Grundl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 6 ; vgl. auch ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 22 ff. Aufschlußreich zu den wechselnden Hintergründen über die Zeit und zur Beschränktheit des Konzepts, soweit es das Verhältnis zwischen Staat und Bürger angeht, Kersten, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff, Der Staat 44 (2005), S. 543 ff. ; zur Begriffsentwicklung auch Möstl, Renaissance und Rekonstruktion des Daseinsvorsorgebegriffs unter dem Europarecht, in : Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität im Wandel, FS für Badura, 2004, S. 951 ff.
- 121) Und in Staaten mit einem nationalen Gesundheitsdienst auch die Zurverfügungstellung von Gesundheitsleistungen.
- 122) Wenn auch die Einzelheiten umstritten sind ; eine Beziehung zwischen Beiträgen und Leistungen verneinend BSG v. 29.1.2004, B 4 RA 29/03 R ([www.bundessozialgericht.de](http://www.bundessozialgericht.de)), Rz. 83 ff. ; a.A. Ruland, in : SRH, 3. Aufl. 2003, C 16 Rz. 29 ff. (S. 971) ; dazu wiederum krit. Schnapp, Buchbesprechung, NZS 2005, S. 586, 586. Zu der Diskussion ist zu sagen, daß es an einer rechtlichen Verbindung nicht schon deshalb fehlen muß, weil die Finanzierung in einem Umlageverfahren erfolgt ; die Frage ist vielmehr, welches rechtliches Versprechen mit einer Beitragszahlung verbunden ist.
- 123) Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvL 9/00, 1 BvL 11/00, 1 BvL 12/00, 1 BvL 5/01, 1 BvL 10/04 –, BVerfGE 116, 96 – 135, Rn. 84 : „Eine Unabänderlichkeit der bei ihrer Begründung bestehenden Bedingungen widerspräche dem Rentenversicherungsverhältnis, das im Unterschied zum Privatversicherungsverhältnis von Anfang an nicht auf dem reinen Versicherungsprinzip, sondern wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität und des sozialen Ausgleichs beruht.“
- 124) Vgl. nur EuGH v. \*\*, Rs. C 264/01, C 306/01, C 354/01 und C 355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, S. I 2493 (zur deutschen Gesetzlichen Krankenversicherung) ; v. 5.3.2009, Rs. C – 350/07 (Kattner – Stahlblau), Slg. 2009, S. I – 1513 (zur deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung).

- 125) Vgl. zum Erfordernis der rechtlichen Strukturierung Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 253 ff. (Solidarprinzip als Rechtsprinzip) ; Becker, Der Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung, 2004, S. 51 ff.
- 126) § \*\* SGB V ; zur Festlegung \*\*
- 127) Krit. etwa Kingreen/Kühling, Monistische Einwohnerversicherung, 2013 ; die Zweiteilung vorsichtig verteidigend Steiner, Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung, 2015.
- 128) Sondern es bei unmittelbar staatlichen Leistungen (internalisierendes System) belassen, was mittlerweile auch in Europa eine Besonderheit darstellt, vgl. Becker/Köhler/Körtek (Hrsg.), Die Alterssicherung von Beamten und ihre Reformen im Rechtsvergleich, 2010.
- 129) Sog. Jahresarbeitsentgeltgrenze, § 6 \*\* SGB V ; zur Festlegung \*\*
- 130) Vgl. Becker, Normative Grundlagen im deutschen Sozialstaat, Sozialpolitische Geschichte, in : Carigiet/Mäder/Opielka/Schulz – Nieswandt (Hrsg.), Wohlstand durch Gerechtigkeit, Deutschland und die Schweiz im sozialpolitischen Vergleich, 2006, S. 59 ff.
- 131) Zur Zulässigkeit BVerfG \*\*
- 132) § \*\* SGB V
- 133) Vgl. zur Diskussion um das sog. Nudging
- 134) Namentlich in Art. 2 Abs. GG der Raucher und in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG der Betreiber von öffentlich zugänglichen Räumen ; nicht aber in Art. 9 Abs. 1 GG, da die Vereinstätigkeit nicht berührt ist, so BVerfG v. 24.9.2014, 1 BvR 3017/11 [Kammer] m.w.N.
- 135) BVerfGE 121, 317.
- 136) Was aber auch ein Ausdruck der allgemeinen Haltung gegenüber dem Rauchen in der Gesellschaft sein kann, die sich in den letzten Jahren radikal geändert hat. Vgl. jedenfalls BVerfG v. 9.2.1998, 1 BvR 2234/97 [Kammer], Rn. 8 : „Nach alledem ist der Gesetzgeber oder der von ihm ermächtigte Normgeber im Bereich des Nichtrauchererschutzes keineswegs untätig geblieben. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die derzeit existierenden gesetzgeberischen Maßnahmen evident unzureichend wären. Dabei kann offen bleiben, ob mittlerweile hinreichend verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse über die Gesundheitsrisiken des Passivrauchens existieren, wie der Beschwerdeführer behauptet (zu den Gesundheitsgefahren des Rauchens generell vgl. BVerfGE 95, 173 <184 f.>). Denn auch dann wäre eine Beurteilung der konkreten Zielsetzungen und Prioritäten sowie eine Auswahl der in Betracht kommenden Mittel und Wege erforderlich, die in erster Linie der Gesetzgeber zu treffen und in konkrete Gebote und Verbote umzusetzen hat.“
- 137) Sie werden aber klar angesprochen in dem Votum des Richters Masing in BVerfGE 121, 217, 388, Rn. 194 : „Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber auf Regelungen, die der schwierigen Spannung von Schutz und Freiheit ausgleichend Rechnung tragen. Damit verträgt sich die Radikallösung eines absoluten gaststättenrechtlichen Rauchverbots nicht. Mit ihr wird vielmehr ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet, der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt.“
- 138) Vgl. \*\*
- 139) Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (PrävG) v. 17.7.2015 (BGBl. I, S. 1368).
- 140) Gesetz\*\*
- 141) Gesetz \*\*
- 142) Zu Hintergrund und Bedeutung Hockerts, \*\*
- 143) Vgl. zur Entwicklung nur Becker, in : Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), \*\* § 79 Rn. \*\*
- 144) Das verfassungsrechtliche Schutz nach Art. 33 Abs. 5 GG genießen soll.
- 145) Vgl. dazu und den Mechanismen der Versicherungsfreiheit in der GRV nur Becker, \*\* ZfA \*\*, S. \*\* m. – w.N –
- 146) Was einmal mehr im Rahmen der weiteren Rentenreformen diskutiert wird, vgl. etwa Ruland, \*\*, NZS 2016, S. \*\*
- 147) \*\*
- 148) Vgl. zu diesen Entwicklungen nur Ruland, in : v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), SRH \*\*, § 17 Rn. 107 ff.
- 149) Vgl. becker, \*\*, DRV \*\*
- 150) Vgl. dazu Becker, \*\*, ZIAS \*\*
- 151) Obwohl eine „Lebensleistungsrente“ im derzeitigen Koalitionsvertrag steht ; vgl. Ruland, NZS 2016
- 152) Zu den Verteilungswirkungen \*\*
- 153) Zu möglichen Reformansätzen Becker, \*\*, in : \*\*, Recht der Älteren, § 13 Rn. \*\*
- 154) BVerfGE \*\*
- 155) Zu den Zusammenhängen Becker, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. \*\*, ``.
- 156) Vgl. nur die Beiträge von Hase, Ruland und Kingreenin : Familie und Sozialleistungssystem, SDSRV 57 (2008), S. 37 ff., 53 ff. und 71 ff.
- 157) Zu der Systematik Zacher, \*\*
- 158) BVerfG v. 7. 7. 1992, E 87, 1, 36, wonach „konkrete Folgerungen für die einzelnen Rechtsgebiete und Teilsysteme, in denen der Familienausgleich zu verwirklichen ist“, nicht aus der Verfassung abgeleitet werden können.
- 159) BVerfG v. 28. 5. 1993, E 88, 203, 258 f.
- 160) Krit. zu dem allgemeinen Förderungsgebot der Rspr. Pechstein, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, S. 146.
- 161) Gesetz \*\*
- 162) Auf der Grundlage des BKGG \*\*



- 163) Vgl. die Überschrift des § 31 EStG.
- 164) Vgl. unten, \*\*
- 165) BErzGG v. \*\*
- 166) NMit dem BEEG v. \*\*
- 167) Näher zur Reform und den damit verbundenen Änderungen Becker, in : Buchner/Becker, MuSchG, BEEG, 8. Aufl. \*\*, C Rn. 1, 48 ff.
- 168) Vgl. Seiler, \*\*NVwZ 2007 \*\*
- 169) Vgl. oben \*\*
- 170) Gesetz \*\*
- 171) Gesetz\*\*asf
- 172) Insbesondere bezogen auf eine weitergehende Verschonung der Angehörigen vor Rückgriffen ; vgl. dazu krit. Felix, \*\*
- 173) Vgl. zu dem Konzept nur Becker, Menschenbild\*\*, in : \*\*
- 174) AsylbLG v. \*\* ; zu den Hintergründen dieser Regelung nur \*\*
- 175) BVerfGE \*\*
- 176) BVerfG, Urteil vom 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 –, BVerfGE 125, 175 – 260, Rn. 143 : „Das Bundesverfassungsgericht prüft deshalb, ob der Gesetzgeber das Ziel, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, in einer Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gerecht werdenden Weise erfasst und umschrieben hat, ob er im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat.“
- 177) BVerfG a.a.O., Rn. 141 : „Da das Grundgesetz selbst keine exakte Bezifferung des Anspruchs erlaubt, beschränkt sich – bezogen auf das Ergebnis – die materielle Kontrolle darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind“.
- 178) \*\*
- 179) BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 –, BVerfGE 137, 34 – 103, Rn. 77 : „Die sich aus der Verfassung ergebenden Anforderungen an die methodisch sachgerechte Bestimmung grundrechtlich garantierter Leistungen beziehen sich nicht auf das Verfahren der Gesetzgebung, sondern auf dessen Ergebnisse (BVerfGE 132, 134 <162 f., Rn. 70>). Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG bringt für den Gesetzgeber keine spezifischen Pflichten im Verfahren mit sich ; entscheidend ist, ob sich die Höhe existenzsichernder Leistungen durch realitätsgerechte, schlüssige Berechnungen sachlich differenziert begründen lässt. Das Grundgesetz enthält in den Art. 76 ff. GG zwar insofern Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren, die auch die Transparenz der Entscheidungen des Gesetzgebers sichern. Das parlamentarische Verfahren mit der ihm eigenen Öffentlichkeitsfunktion (vgl. BVerfGE 119, 96 <128>) sichert so, dass die erforderlichen gesetzgeberischen Entscheidungen öffentlich verhandelt (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) und ermöglicht, dass sie in der breiteren Öffentlichkeit diskutiert werden (vgl. BVerfGE 70, 324 <355> ; in Abgrenzung zur Bundesversammlung BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 10. Juni 2014 – 2 BvE 2/09 –, juris, Rn. 100). Die Verfassung schreibt jedoch nicht vor, was, wie und wann genau im Gesetzgebungsverfahren zu begründen und zu berechnen ist, sondern lässt Raum für Verhandlungen und für den politischen Kompromiss. Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber insofern auch nicht, durch Einbeziehung aller denkbaren Faktoren eine optimale Bestimmung des Existenzminimums vorzunehmen ; darum zu ringen ist vielmehr Sache der Politik (vgl. BVerfGE 113, 167 <242>). Entscheidend ist, dass die Anforderungen des Grundgesetzes, tatsächlich für eine menschenwürdige Existenz Sorge zu tragen, im Ergebnis nicht verfehlt werden.“
- 180) Die tatsächlich durecg das sog. Teilhabe – und Bildungspaket (Gesetz vom \*\*) nur unzureichend verbessert worden sind.
- 181) BVerfGE 102, 52, \*\* (Regelungen des Entschädigungs – und Ausgleichsleistungsgesetzes über die Wiedergutmachung von Enteignungsunrecht).
- 182) BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 2014 – 1 BvR 1656/09 –, BVerfGE 135, 126 – 154, Rn. 57 (kommunale Zweitwohnungssteuer).
- 183) BVerfG, a.a.O.
- 184) So zu Unternehmen BVerfGE 26, 1 ; vgl. auch BVerfGE 36, 66.
- 185) Art. 1 Abs. 1 GG einerseits, vgl. BVerfGE \*\* ; Art. 6 GG andererseits, vgl. etwa BVerfGE 43, 108 (Kinderfreibeträge) ; 61, 319 (zur Berücksichtigung des Betreuungsaufwands von Alleinerziehenden) \*\*
- 186) So P. Kirchhof, HStR V, § 118 Rn. 218 f.
- 187) Vgl. BVerfGE 128, 138 (Rdnr. 54) unter Verweis auf E 96, 288, 303 ; 99, 341, 357.
- 188) Nachw.\*\*
- 189) Zu dieser Einschätzung \*\*
- 190) Vgl. zum Grundrechtsschutz Art. 19 Abs. 4 GG.
- 191) Vgl. BVerfGE 81, 347, \*\*.
- 192) BVerfGE 9, 124, 130 f.
- 193) BVerfGE 81, 347, 356.
- 194) BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06 –, BVerfGE 122, 39 – 63, Rn. 33. Bestätigt durch BVerfG v. 7.10.2015, 1 BvR 1962/11 [Kammer], Rn. 9

- 195) BVerfG, Urteil vom 26. Januar 2005 – 2 BvF 1/03 –, BVerfGE 112, 226 – 254, Rn. 72 : „Vor allem aber ist davon auszugehen, dass die Länder in eigenverantwortlicher Wahrnehmung der sie – nicht anders als den Bund – treffenden Aufgabe zu sozialstaatlicher, auf die Wahrung gleicher Bildungschancen (Art. 3, Art. 7 Abs. 4 Satz 3, Art. 12 Abs. 1 GG ; Art. 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Buchstabe c des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 <BGBl II 1973 S. 1569> ; vgl. BVerwGE 102, 142 <147> ; 115, 32 <37, 49>) bedachter Regelung bei einer Einführung von Studiengebühren den Belangen einkommensschwacher Bevölkerungskreise angemessen Rechnung tragen werden.“
- 196) BVerfG, Urteil vom 08. Februar 1977 – 1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, 1 BvR 239/75, 1 BvR 92/76, 1 BvR 187/76 –, BVerfGE 43, 291, Rn. 67 : „Aus dem in Art 12 Abs 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden ("hochschulreifen") Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl. Dieses Recht steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann ; es ist auf gesetzlicher Grundlage regelbar und – unter der Voraussetzung erschöpfender Nutzung aller Ausbildungskapazitäten, die verfassungsrechtlich vorrangig vor Maßnahmen der Bewerberauswahl ist – einschränkbar.“
- 197) Und hinzugesetzt : „Das gilt für Menschen mit Behinderungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) ebenso wie für Studierende mit Kindern oder Pflegeverantwortung in der Familie (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG)“, so BVerfG, Beschluss vom 08. Mai 2013 – 1 BvL 1/08 –, BVerfGE 134, 1 – 25, Rn. 42.
- 198) BVerfG, Beschluss vom 10. März 1998 – 1 BvR 178/97 –, BVerfGE 97, 332 – 349, Rn. 71 : „Mit der Schaffung von Kindergärten stellt der Staat Chancengleichheit in bezug auf die Lebens – und Bildungsmöglichkeiten von Kindern her und trägt damit sozialstaatlichen Belangen Rechnung (Art. 20 Abs. 1 GG). Kindergartenerziehung vermittelt und fördert elementare Kenntnisse und Fähigkeiten wie den Gebrauch der Sprache und den Umgang mit anderen. Die Eltern sollen bei der Erziehung durch den Kindergarten unterstützt werden (vgl. auch BTDrucks 11/5948, S. 42). Kindergärten sind insofern auch wesentliche Bestandteile des Bildungssystems. Sie sollen allen Eltern mit kleinen Kindern zur Verfügung stehen. Dies ist eines der wichtigsten Ziele der staatlichen Jugendhilfe.“
- 199) BVerfG, a.a.O., Rn. 72 : „Mit der Einrichtung von Kindergärten werden zugleich grundrechtliche Schutz – und Förderpflichten erfüllt. Die Verfügbarkeit eines Kindergartenplatzes kann Frauen darin bestärken, eine ungewollte Schwangerschaft nicht abzuberechnen. Kindergärten dienen so dem Schutz auch des ungeborenen Lebens, der dem Staat durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zur Pflicht gemacht wird. Indem sie den Familien bei der Kinderbetreuung und –erziehung helfen, tragen Kindergärten zudem zur Erfüllung der in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten Förderpflicht bei. Schließlich unterstützt der Staat mit der Schaffung von Kindergärten auch die Gleichstellung der Frau im Arbeitsleben. Müttern wird häufig erst durch die Betreuung ihrer Kinder in einem Kindergarten der Freiraum verschafft, der ihre Teilhabe am Arbeitsleben ermöglicht und sie einer Gleichstellung im Beruf näher bringt. Auch insofern befolgt der Staat ein grundrechtliches Schutzgebot. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG muß er dafür sorgen, daß Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt(vgl. BVerfGE 39, 1 <44 f.> ; 88, 203 <260>).“
- 200) Näher dazu nur Becker, \*\*DRV
- 201) Vgl. Becker, \*\*, in : ders./Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, \*\*, Rn. \*\*.
- 202) Dazu Becker/Kersten, \*\*, AöR 141 (2016), S. 30 ff.



**SESSION 1**

Discussion 2

**토론문 : “독일사법체계 내  
사회적 평등”에 대하여**

**Diskussion : Soziale Gleichheit**

**Kong, Jinseong**

Professor, Constitutional Research Institute





## 사회적 평등

공진성

헌법재판연구원 교수

독일 및 유럽 사회법 전문가 이신 울리히 베커 교수님(Prof. Ulrich Becker)께서 ‘독일 법질서에서의 사회적 평등’이라는 주제로 사회적 평등의 헌법적 배경과 사회적 평등이 독일 사회법 및 행정법 영역에서 어떻게 실현되는지에 관해 체계적이고 분석적으로 발표해 주셨습니다. 개인적으로 교수님의 발표를 통해 ‘사회적 평등’이 독일법질서에 어떤 방식으로 투영되고 실현되는지 전체적으로 잘 조감 할 수 있었으며, 이 주제에 관해 여러 가지 문제의식을 갖는 계기가 되었습니다. 이와 관련하여 감사의 말씀을 드립니다.

제가 토론자로서 해야 할 중요한 역할은 교수님께서 발표하신 내용 중에서 우리 대한민국의 현실에서 이론적·실무적으로 도움이 될 수 있는 부분을 선별하여 질문을 드리는 것이 아닐까 생각합니다. 따라서 이하에서는 이와 관련된 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론을 진행하겠습니다.

첫째, 인간다운 최저한의 생활을 보장할 기본권의 침해 여부에 대한 독일연방헌법재판소의 위헌 심사기준 및 심사밀도에 관한 문제입니다. 인간다운 최저한의 생활을 보장할 기본권 관련된 주요 결정 예를 보면(예컨대 실업자 결정[BVerfGE 125, 175], 망명신청자 결정[BVerfGE 132, 134], 생계보장 표준요율 결정[BVerfGE 137, 34]), 독일연방헌법재판소는 일관되게 인간다운 최저한의 생활을 보장할 기본권의 내용을 물질적 생존과 함께 사회적·문화적·정치적 생활에 참여하기 위한 최소한의 조건도 포함하는 것으로 넓게 보면서, 최소보장원칙에 따라 위헌심사를 하고 있습니다. 또한 최소한의 필요한 수준을 판단할 때 실질적 심사는 ‘명백하게 불충분한지 여부(Evident Unzureichend, 명백성 통제)’에 그쳐야 하지만, 그와 같은 결과 통제는 아주 제한적으로만 가능하기 때문에, 기본권보호를 위해 절차통제를 하고 있습니다. 특히, 이러한 절차통제는 명백성 통제를 넘어서 신뢰할 수 있는 수치와 설득력 있는 계산방법에 근거하여야 하며, ‘납득가능한 범위 내에서(im Rahmen des Vertretbaren)’ 이루어져야 한다고 서술하고 있습니다(BVerfGE 125, 175[226]; BVerfGE 132, 134[165 – 166]; BVerfGE 137, 34[75 – 76]). 독일연방헌법재판소 결정례를 보면, ‘명백성통제’에 의한 내용통제를 보완하기 위해 도입한 절차통제는 입법자의 예측판단에 대해 명백성 통제보다 엄격한 태도를 취하는 것으로 보입니다. 이러한 상대적으로 엄격한 절차통제에 따라서 ‘실업자 결정’과 ‘망명신청자 결정’은 위헌결정이 선고된 반면, ‘생계보장 표준요율 결정’(BVerfGE 137, 34)은 합헌결정이 선고되었습니다. 위에서 언급한 3개의 결정들과 관련한 독일연방헌법재판소의 심사밀도와 결정 결



과에 대한 학계의 논의가 있다면 소개해 주시고 이에 대한 교수님의 평가도 부탁드립니다. 특히 위 결정례들의 결과와 관련해서 ‘생계보장 표준요율 합헌결정’에 대해서는 여러 비판의견이 있다고 서술하셨고, ‘망명신청자 위헌결정’ 이후 심화된 유럽의 난민급증 문제로 인해 현실적인 어려움이 있을 것으로 생각되는데 이와 관련해서도 말씀해 주시면 좋겠습니다.

둘째, 평등권의 심사기준과 심사밀도에 관한 문제입니다. 입법자가 법문상 사안집단을 차별했으나 이것이 결과적으로 특정 인적집단에 대한 중대한 차별을 초래하는 간접적 차별의 경우, 독일연방헌법재판소는 엄격한 비례성 심사가 요구되는 것도 아니고 단순한 자의통제로 충분한 것도 아니라고 하면서, ‘차별규율이 충분한 객관적 이유에 근거할 것을 요구’하고 있습니다. 이는 직접적인 인적 차별의 경우 적용하는 엄격한 비례성 심사(‘꼭 필요한 때... 허용될 수 있다’)보다 완화된 비례성 심사로 평가되고 있습니다. 입법자가 의도적으로 직접 인적집단을 차별하는 경우는 드물기 때문에, 사안집단 차별이 인적집단 차별을 초래하는 간접차별에 대한 심사의 중요성이 커지고 있습니다. 물론, 간접적 차별은 사회적 평등과 관련된 영역에서만 문제될 수 있는 것은 아닙니다. 그런데 독일연방헌법재판소 결정례를 보면 주로 사회적 평등과 관련된 영역(파트타임 공무원 연금결정[BVerfGE 121, 241], 연금회비납부의무 면제결정[BVerfGE 113, 1])에서 간접적 차별에 따른 완화된 비례성심사가 문제되었음을 알 수 있습니다. 앞으로도 사회적 평등과 관련된 영역에서 간접차별에 따른 완화된 비례성 심사가 많이 적용될 것으로 예상됩니다. (특히, 사회적 평등 영역에서) 간접차별의 위헌심사 기준과 밀도에 관한 학계의 비판이 있다면 소개해 주시고, 교수님께서도 어떻게 생각하시는지 의견을 주시면 감사하겠습니다.

셋째, 독일 사회보험제도 등의 영역에서 소득재분배기능의 약화에 관한 문제입니다. 발표문에 따르면, 소득재분배는 사회보험제도의 특징임에도 불구하고 사회적 평등의 관점에서 볼 때, 전체적으로 독일의 사회보험제도는 상대적으로 소득재분배 효과가 낮은 것으로 평가할 수 있을 것입니다. 구체적으로 발표문 내용을 살펴보면, 독일의 법정의료보험은 납입면제 여부가 가입자의 재정상황에 의해 결정되지 않는 등 다른 나라의 사회적 의료보험에 비해 소득재분배 효과가 낮고, 보험료에 의해 급부가 크게 좌우되는 법정연금보험도 소득재분배 효과가 낮기는 마찬가지라고 평가하고 있습니다. 또한 자녀수당도(직접 급부하는 형태가 아니라) 세법상 자녀양육공제 형태로 보장되면서 소득이 더 높은 사람이 이득을 취하게 되어 결국 소득재분배 효과가 낮아졌고, 부모수당도 이전의 양육수당과는 달리 수급자의 이전 소득 수준을 기준으로 지급되면서 소득재분배 효과가 낮아졌다고 평가하고 있습니다. 이처럼 독일의 사회보험제도가 다른 나라에 비해 상대적으로 소득재분배 효과를 기대하기 어려운 구조가 된 데 대한 현실적 배경이나 학계의 비판을 소개해 주시면 감사하겠습니다.

넷째, 포괄적·일반적 복지정책 또는 선택적·차별적 복지정책에 관한 문제입니다. 입법자는 사회국가원리를 실현하는 입법을 할 때, 포괄적으로 동일하게 급부할 것인지, 아니면 경제적 능력 등의 기준에 따라 선택적·차별적으로 급부할 것인지를 결정하여야 합니다. 어떠한 기준으로 어떤 사안에 대하여 어떤 입법방식을 채택할지 결정하는 것은 쉽지 않은 문제입니다. 소득재분배에 중점을 두면 선택적·차별적 복지정책이 바람직하겠지만, 복지정책을 선택하는데 있어 소득재분배만을 고려할 수는 없을 것입니다. 예를 들면 독일은, 유치원교육비는

가정의 경제적 능력에 따라 교육비를 차별화하여 청구하지만, 대학학비는 가정의 경제적 능력과 상관없이 청구하지 않습니다. 이와 반대로 국가의 복지정책에 따라서는, 대학학비와 같이 많은 비용이 소요되는 경우에는 가정의 경제적 능력에 따라 차별적으로 지원하고, 유치원교육비와 같이 아동의 기본교육에 해당하며 모(母)의 직업의 자유와 연관관계도 갖는 경우에는 가정의 경제적 능력과 상관없이 지원하는 입법을 선택할 수도 있을 것입니다. 사실 이러한 복지정책의 선택문제는 독일과 같이 오래전부터 사회보장제도가 확립된 나라에서 보다는, 일정한 시점에 사회보장제도 등 복지를 확장하려는 나라에서 한정된 재정을 전체 사회보장체계에서 배분하려고 할 때, 더 큰 문제가 됩니다. 혹시 독일에서 위와 같은 복지정책의 선택이 논란이 되었던 사안이 있다면, 어떤 논의과정을 거쳐서 어떠한 복지정책이 선택되었는지 궁금합니다.

다섯째, 세대 간 정의의 요청의 헌법적 실현방법에 관한 문제입니다. 대한민국은 출산율이 OECD 국가 중 최저일 정도로 초저출산 국가이기 때문에 특히 사회국가원리를 실현함에 있어 세대 간 정의의 요청이 크게 부각되고 있습니다. 발제문을 보면 평등은 세대 간 평등에 대한 요구와 관련해 시간적 비교를 통해서도 확인되며 이는 사회적 평등과 연결된다고 서술되어 있습니다. 그런데 세대 간 평등의 개념을 정책목표로서 사용할 수는 있지만, 헌법적으로 구조화하는 것은 쉬운 문제가 아닌 것 같습니다. 시대를 초월한 평등권을 상정하기가 어렵기 때문입니다. 예를 들면 국가 재정에 크게 의존하는 연금보험의 경우 현재 가입한 세대가 연금을 수급 받고 있는 세대와 동일한 수준의 연금 수익률을 향유할 법적 지위를 평등권으로 구성하기는 어렵습니다. 세대 간 정의의 요청의 헌법적 실현 방안에 관한 독일 학계의 논의와 교수님의 견해를 자세히 말씀해 주시면 감사하겠습니다.



## Soziale Gleichheit

**Kong, Jin-sung**

Professor, Constitutional Research Institute

Herr Professor Ulrich Becker ist ein Experte für Deutsches und Europäisches Sozialrecht und hat in seinem Vortrag „Soziale Gleichheit in der deutschen Rechtsordnung“ systematisch und analysierend dargestellt, welchen verfassungsrechtlichen Hintergrund die soziale Gleichheit hat und wie sie im deutschen Sozial- sowie Verwaltungsrecht realisiert wird. Sein Vortrag half mir zu verstehen, wie die soziale Gleichheit sich in der deutschen Rechtsordnung verankert hat und umgesetzt wird, wobei ich zu diesem Thema neue kritische Erkenntnisse gewinnen konnte. Ich möchte mich dafür bei Herrn Professor Becker bedanken.

Meine Aufgabe als Diskutant ist, in dem Vortrag theoretische sowie praktische Anhaltspunkte für Korea herauszufinden und eventuelle Fragen zu stellen. Ich erlaube mir daher, folgende Fragen zu stellen :

Frage 1 : Zuerst möchte ich Ihnen eine Frage zur Prüfungsintensität sowie zu den Prüfungskriterien bezüglich der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über das Rechtsproblem des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums stellen. Wenn man die wichtigsten Entscheidungen in Bezug auf das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (HartzIV – Urteil [BVerfGE 125, 175], Asylbewerber – Urteil [BVerfGE 132, 134], Urteil zur existenzsichernden Regelleistung [BVerfGE 137, 34]) betrachtet, ist zu erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht konsequent unter dem Begriff Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ein umfassendes Recht auf materielle Voraussetzungen, die für die physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind, versteht und auf Basis des „Prinzips über die Minimum – Sicherung“ seine Entscheidungen getroffen hat. Bei der Beurteilung über das Mindestmaß wird lediglich geprüft, ob eine Leistung bzw. Maßnahme „evident unzureichend“ ist (Evidenzkontrolle), aber da solch eine Ergebniskontrolle lediglich sehr begrenzt möglich ist, wird zum Schutz von Grundrechten eine Verfahrenskontrolle eingesetzt. Eine Verfahrenskontrolle muss sich über eine Evidenzkontrolle hinweg auf nachvollziehbaren Zahlen und überzeugenden Berechnungsmethoden stützen und im Rahmen des Vertretbaren

durchgeführt werden (BVerfGE 125, 175[226]; BVerfGE 132, 134[165 – 166]; BVerfGE 137, 34[75 – 76]). Anhand der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist festzustellen, dass die Verfahrenskontrolle, die zur Ergänzung der Inhaltskontrolle durch eine ‚Evidenzkontrolle‘ eingeführt wurde, in Bezug auf die Prognose des Gesetzgebers strenger als die Evidenzkontrolle ist. Aufgrund dieser relativ strengeren Verfahrenskontrolle wurden das Asylbewerber – Urteil und HartzIV – Urteil für verfassungswidrig erklärt, während die existenzsichernde Regelleistung (BVerfGE 137, 34) als verfassungsgemäß bestätigt wurde. Gibt es in Bezug auf die Prüfungsintensität und Entscheidungsergebnisse des Bundesverfassungsgerichts zu den oben genannten drei Entscheidungen Diskussionen in der deutschen Wissenschaft? Wenn ja, bitte ich Sie, die Diskussionen bzw. Debatten sowie Ihre persönliche Meinung dazu vorzustellen. Sie haben vor allem erklärt, dass es über den Beschluss zur existenzsichernden Regelleistung diverse kritische Meinungen existieren. Außerdem müssten wegen der derzeit steigenden Zahl der Flüchtlinge nach dem Asylbewerber – Urteil Probleme entstanden sein. Ich bitte Sie auch darauf, kurz einzugehen.

Frage 2 : Zweitens möchte ich Ihnen eine Frage zu den Prüfungskriterien und zur Prüfungsintensität für das Gleichheitsrecht stellen. Wenn der Gesetzgeber im Gesetzestext eine Fallgruppe differenziert hat, was letztendlich zu einer schwerwiegenden Diskriminierung bestimmter Menschengruppen führt, heißt es laut dem Bundesverfassungsgericht, dass keine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit verlangt wird, aber eine einfache willkürliche Kontrolle auch nicht ausreicht. Das Gericht verlangt daher, dass ‚die Differenzierung auf einem ausreichend objektiven Grund basieren müsse‘. Darunter ist statt der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die bei direkter Differenzierung von Menschen eingesetzt wird, eine aufgelockerte Art von Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen. Da es kaum Fälle gibt, wo der Gesetzgeber mit Absicht direkt eine Menschengruppe differenziert, wird der Prüfung hinsichtlich einer indirekten Differenzierung, die durch Differenzierung von Fallgruppen entsteht, eine größere Bedeutung zugeschrieben. Natürlich ist eine indirekte Differenzierung nicht nur ein Problem im Bereich der sozialen Gleichheit. Wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrachtet, ist erkennbar, dass die aufgelockerte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor allem in den Bereichen, die mit sozialer Gleichheit verbunden sind (Beschluss über den Ruhegehaltssatz von Teilzeitbeamten [BVerfGE 121, 241], Beschluss über die Befreiung von der Beitragsverpflichtung [BVerfGE 113, 1]), ein Problem darstellen. Es ist wahrscheinlich, dass in Zukunft diese aufgelockerte Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Bereichen, die mit sozialer Gleichheit verbunden sind, häufiger angewendet wird. Gibt es vielleicht auch in Bezug auf die Prüfungsintensität und Prüfungskriterien Diskussionen in der deutschen Wissenschaft? Könnten Sie Ihre eigene Meinung dazu vorstellen?



Frage 3 : Die nächste Frage bezieht sich auf die Schwächung der Einkommensumverteilung im Bereich der Sozialversicherung. Im Vortrag heißt es, dass Umverteilungen Sozialversicherungssysteme kennzeichnen. Aber aus der Sicht der Gleichheit sind die Einkommensumverteilungseffekte der Sozialversicherungssysteme relativ gering. Die Beitragsfreiheit ist in der gesetzlichen Krankenversicherung Deutschlands nicht von der Haushaltssituation abhängig, weshalb Umverteilungseffekte im Vergleich zu sozialen Krankenversicherungen anderer Länder schwach sind. Auch die Einkommensumverteilungseffekte der gesetzlichen Rentenversicherung, in der die Leistungen sehr stark beitragsbezogen sind, sind äußerst schwach. Auch das Kindergeld wird (nicht in Form einer direkten Leistung, sondern) in der Form von Kinderfreibeträgen gewährt, was dazu geführt hat, dass Besserverdienende eher profitieren und daher die Einkommensumverteilung geschwächt wird. Das Elterngeld richtet sich nach dem vorangegangenen Einkommen, was zu dem Rückgang der Einkommensumverteilungseffekte beigetragen hat. Könnten Sie uns den konkreten Hintergrund für die ungünstige Struktur des deutschen Versicherungswesens, die nur wenig Umverteilung erwarten lässt, sowie die Kritik aus der Wissenschaft vorstellen?

Frage 4 : Inklusive, allgemeine Sozialpolitik oder selektive, spezielle Sozialpolitik? Der Gesetzgeber muss bei der Gesetzgebung, durch die die Prinzipien des Sozialstaates umgesetzt werden, entscheiden, ob er jedem inklusive, gleiche Leistungen zugestehen will oder je nach wirtschaftlicher Kompetenz sowie anderen Kriterien selektive, gesonderte Leistungen zur Verfügung stellen will. Es ist eine schwierige Aufgabe zu entscheiden, nach welchen Kriterien, über welche Fragen, durch welche Verfahren eine Gesetzgebung erfolgen soll. Wenn man sich auf die Umverteilung des Einkommens konzentriert, eignet sich eine selektive und spezielle Sozialpolitik wohl am besten. Allerdings gibt es bei der Wahl einer Sozialpolitik außer der Einkommensumverteilung noch viele andere Elemente, die zu berücksichtigen sind. In Deutschland haben zum Beispiel Familien mit Kindern Kindergartengebühren zu zahlen, die sich je nach wirtschaftlicher Kraft der Familie unterscheiden können, während Studiengebühren ohne Rücksicht auf die Wirtschaftskraft allgemein nicht erhoben werden. Je nach Art der Sozialpolitik könnte man aber auch bei teuren Angelegenheiten wie Studiengebühren je nach wirtschaftlicher Situation Studierende differenziert unterstützen, während bei der Gewährleistung von Grundrechten der Kinder sowie beim Schutz der Arbeitsfreiheit der Mütter Kindergartengebühren allgemein zur Verfügung gestellt werden könnten, ohne die wirtschaftliche Kompetenz der betroffenen Familien zu berücksichtigen. Die Wahl über eine Sozialpolitik wird zu einer schwierigen Aufgabe vor allem für Länder, die das Sozialsystem an einem bestimmten Zeitpunkt ausbauen wollen, da die begrenzten finanziellen Mittel im gesamten Sozialsystem umverteilt werden müssen. Dies ist bei Ländern mit einem etablierten Sozialsystem wie Deutschland eher nur ein geringes Problem. Gab es in Deutschland Fälle, bei denen über die Wahl einer Sozialpolitik eine kontroverse Debatte geführt wurde? Wie verliefen die Verhandlungen und welche Politik wurde gewählt?

Frage 5 : Zuletzt möchte ich Ihnen eine Frage über die verfassungsrechtliche Realisierung der Generationengerechtigkeit stellen. Korea weist unter den OECD – Mitgliedern die niedrigste Geburtenrate auf. Daher wird vor allem bei der Umsetzung sozialstaatlicher Prinzipien der Forderung nach Generationengerechtigkeit große Aufmerksamkeit geschenkt. Im Vortrag steht, dass Gleichheit im Zusammenhang mit der Forderung nach Generationengerechtigkeit auch im zeitlichen Vergleich besteht. Aus meiner Sicht ist dieser Begriff Generationengerechtigkeit als politisches Ziel durchaus verwendbar, aber wenn es sich um verfassungsrechtliche Verankerung handelt, wird dies schwierig werden. Denn generationenübergreifende Gerechtigkeit festzulegen wird nicht einfach sein. Zum Beispiel ist es vor allem in der Rentenversicherung, die sich sehr stark auf staatliche Mitteln stützt, schwierig, den gegenwärtigen Beitragszahlern ein gesetzliches Recht auf identische Leistungssätze, das die derzeitigen Rentner genießen, durch Gerechtigkeit zu versichern. Ich bitte Sie, eventuelle Diskussionen in der deutschen Wissenschaft sowie Ihre persönliche Meinung über die verfassungsrechtliche Realisierung der Generationengerechtigkeit vorzustellen.





**SESSION 2**

Presentation 1

# 사회적 평등과 헌법 – 일본헌법의 관점에서

社会的平等と憲法——日本国憲法の観点から

尾形 健

Professor, Doshisha University, Japan



# 사회적 평등과 헌법 - 일본헌법의 관점에서

尾形健

일본 동지사대학교 교수

## 목차

- ▣ 요약
- ▣ 서론
- Ⅰ. 일본의 사회적 평등의 현황
- Ⅱ. 일본 헌법과 사회적 평등
- Ⅲ. 사회적 평등의 헌법적 실현
- ▣ 결론에 대신하여



## ■ 요약

‘사회적 평등—그 이념과 실현에 관한 비교 분석(Social Equality—Comparative Analysis of the Idea and Realization)’이라는 주제에 대해 일본의 논의와 경험을 토대로 검토하고자 한다. 이하에서는 우선 일본에 있어서의 일본의 사회적 평등에 관한 현황을 개관하고 (I), 일본 헌법이 사회적 평등에 대해 어떠한 규정을 두고 있으며 이를 둘러싸고 어떠한 판례법리가 형성되어 있는지, 학설에서는 어떠한 논의가 이루어지고 있는지를 서술한다 (ii). 그 다음 사회적 평등의 헌법적 실현에 관한 최근의 움직임에 대해 논하고자 한다 (III).

- I. 현재 일본의 사회, 경제적인 상황으로 들 수 있는 것은 경제 침체와 급속한 저출산, 고령화를 배경으로 발생한 사회적 평등의 여러가지 문제이다. 구체적으로는 a) 경제침체로 인한 빈곤문제의 표면화, b) 저출산, 고령화로 인한 노동력 인구 감소로 넓은 계층의 사회 참여가 요구되게 된 것, c) 사회 서비스의 급여와 부담을 둘러싼 세대간 공정의 문제이다.
- II. 이러한 문제에 대해서 일본 헌법의 관점에서 무엇을 말할 수 있는가가 그 다음의 문제이다. 일본 헌법은 개인의 존중 원리와 법 앞에서의 평등의 기치 아래 생존권 보장을 비롯한 사회권 규정을 두고 있다. 기본적 인권보장의 의의에 대해 일본 헌법학에서는 개인의 자율적인 삶의 존중이라는 관점에서 인식하고자 하는 견해가 있으며, 본 발표도 이에 근거하여 생존권을 비롯한 사회권규정은 개인의 자율적이고 주체적인 삶을 국가적으로 존중하고 지원하는 것으로 파악한다. 일본의 최고재판소는 사회권 규정에 대해 정치부문의 재량을 폭넓게 존중한다는 입장을 취하고 있지만, 이 발표에서는 일본 헌법은 사회권 이념을 토대로 정치부문과 사법부가 ‘협동(Collaboration / Partnership)’하여 사회권을 실현하는 구도를 예정하고 있다고 보고 전개하도록 한다.
- III. 이상의 검토를 바탕으로, 일본에서 두드러지고 있는 사회적 평등의 문제에 대해 검토한다. a) 빈곤의 표면화의 경우, 생활보호법 등 최저생활보장에 대한 법원의 보다 면밀한 통제가 요구된다. 또한 ‘사회적 포섭’의 관점을 헌법적 논의에서 참조하는 것도 중요할 것이다. b) 사회참여의 문제에 대해서는 여성과 장애인의 사회참여에 초점을 맞추고 최근의 판례와 입법례를 소재로 정치부문과 사법부의 ‘협동(Collaboration / Partnership)’에 의한 실현 가능성을 찾아보도록 한다. c) 세대간 공정의문제에 관해서는 향후 사회보장제도를 구상하는 데 있어서 입법부에 대해서는 개인의 자율적이고 주체적인 삶에 대한 배려가 요구되며 입법부에 과도한 유연성이 인정 되어서는 안 되기 때문에, 법원에 의한 통제의 가능성이 검토되어야 한다.

## ■ 서론

‘사회적 평등—그 이념과 실현에 관한 비교 분석(Social Equality—Comparative Analysis of the Idea and Realization)’이라는 주제에 대해 일본헌법에 있어서의 논의와 경험을 토대로 검토하고자 한다. 이하에서는 우선 일본의 사회적 평등에 관한 현황을 개관하고(I) 일본 헌법이 사회적 평등에 대해 어떠한 규정을 두고 있는지, 그 규정을 통해 어떠한 판례법리가 형성되어 있으며, 학설에서는 어떠한 논의가 이루어지고 있는지를 서술한다(II). 나아가 사회적 평등의 헌법적 실현에 관한 최근의 동향에 대해 논해보고자 한다(III).



## I. 일본의 사회적 평등의 현황

### 1. 일본의 사회 및 경제상황의 특징

사회적 평등에 대해 검토하기 위해 먼저 현재 일본이 처해있는 사회 및 경제상황에 대해 언급하고자 한다. 일본의 사회정책은 제2차 세계대전 후 실업, 인플레이션, 식량위기 등으로 생긴 생활공핍자에 대한 긴급지원으로부터 시작되어 연합군 최고사령부(SCAP/GHQ)의 점령 관리 하에서 전개되다가 1950년대의 고도경제성장을 배경으로 전 국민이 의료보험이나 공적연금 제도에 가입하는 ‘전국민 보험·연금’ 체제의 달성(1961년) 등의 과정을 거쳐 그때그때의 경제·사회적 상황에 맞추어 생활 보장제도를 정비해 왔다.<sup>1)</sup> 이러한 가운데 최근 외국과의 비교에서 일본 특유의 사회 및 경제 현상으로 들 수 있는 것은 (1) 경제 저성장의 계속, (2) 저출산 고령화의 급속한 진행이다.

#### (1) 계속되는 경제침체

일본정부(후생노동성)에 의하면 2015년 일본경제는 디플레이션 상황에서 벗어나 경제순환이 호전되고 있고 경기는 완만하게 회복되고 있다고 한다.<sup>2)</sup> 그러나 지난 20년간 일본경제는 침체를 계속해 왔다. 구체적으로는 1990년대 이후 만성적인 수요부족 등으로 구조적인 경제침체가 초래되었다. 이 배경으로는 1997년 아시아 외환위기와 2008년 글로벌 금융위기(리먼 사태) 등 국제적인 경제변동이 큰 요인이었다고 지적되고 있다. 그러나 일본 내의 커다란 요인으로는 토지나 주식 등의 자산가격이 대폭 하락한 시기가 오랫동안 지속(소위 거품경제의 붕괴) 되었다는 점 등도 중요하다. 이러한 경제 저성장이 계속되었던 것이 일본의 고용환경에도 큰 영향을 미쳤다. 실업률이 1990년대 말부터 상승했고 장기 실업자와 청년 실업자가 증가했다.<sup>3)</sup>

#### (2) 저출산 고령화의 급속한 진행

일본의 총 인구는 18세기 후반부터 최근에 이르기까지 지속적으로 증가하였다. 그러나 20세기 후반부터 저출산, 고령화가 급속히 진행되었다. 저출산, 고령화 그 자체는 다른 나라에서도 나타나고 있지만 일본에서는 급속하게 진행되었다는 특징이 있다. 구체적으로는 일본의 고령화율(65세 이상 노인인구의 비율)은 1990년 12.0%에서 2010년에는 23.0%까지 상승했으며 2035년에는 33.4%, 2060년에는 39.9%에 이르게 된다는 것이다. 반면 14세 이하의 인구는 2010년에는 13.1%였으나 향후 50년 사이에 9.1%로 감소할 것으로 추계되고 있다. 이 배경으로는 평균수명은 늘어나는 반면, 여성의 사회진출과 만혼화, 미혼화의 진행으로 출생하는 자녀수가 감소하고 있는 상황 등을 들 수 있다.<sup>4)</sup>

1) 厚生省監修, 厚生白書(平成11年版), (ぎょうせい, 1999)13-24, 菊池馨実, 社会保障法(有斐閣, 2014)15-22.

2) 厚生労働省編, 労働経済白書(平成28年版), (全国官報販売協同組合, 2016)5.

3) 厚生労働省編, 厚生労働白書(平成24年版), (全国官報販売協同組合, 2014)161, 164. 구체적으로는 완전실업률은 1997년에는 3%대였으나 2002년에는 5.5%, 2012년에는 4.3%가 되었다.

4) 厚生労働省編 前掲注(3)135-148.

## 2. 사회적 평등의 문제

이러한 일본특유의 상황은 여러 가지 사회적 평등의 문제를 야기하고 있다. 즉 (1) 경제 침체로 인한 빈곤문제의 표면화, 더불어 저출산, 고령화로 인한 (2) 노동인구의 감소로 폭 넓은 계층의 사회참여 필요성 대두, 그리고 (3) 세대 간 공정 등과 같은 문제가 발생하고 있다.

### (1) 빈곤문제의 표면화

경제의 장기침체로 인해 비정규직 노동자와 장기실업자가 늘어남으로써 저소득층이 증가하게 되었다. 이것이 배경이 되어 일본의 상대적 빈곤율(국민을 소득 순으로 정렬할 때 정확히 그 중간을 차지하는 소득 값의 절반 이하의 소득밖에 없는 사람의 비율)은 2009년에는 16.0%가 되었다. 또한 일본의 공적 부조제도인 생활보호수급자의 수는 1995년 이후 증가하여 2012년 3월에는 211만 명에 이르렀고, 그 내역을 보면 일할 수 있는 연령(가동 연령층)의 비율이 증가하고 있다. 이러한 빈곤으로 지역이나 직장, 가정에서 사람들과의 관계가 약화되고 저소득층이 사회의 주변으로 내몰리는 현상(사회적 배제)도 발생하고 있다는 점이 우려되고 있다.<sup>5)</sup>

### (2) 사회참여의 문제

급속한 고령화에 따라 일할 수 있는 인구의 비율이 감소하게 되고 그 결과로 우선 이에 대응하기 위해 젊은이, 여성, 노인, 장애인 등 모든 사람들이 취업의욕을 실현할 수 있는 사회를 구축하는 것이 요구되게 된다. 이 때 여성의 취업과 장애인의 고용기회 확보가 중요한 문제가 된다. 여성에 대해 이야기하자면, 최근 생산연령인구(15세~64세)의 고용률이 남녀 모두 상승한 가운데 특히 여성의 상승이 현저한 것으로 나타난다(2015년 15~64세 64.6%). 그러나 외국과 비교해보면 OECD 국가 중 16위에 머물고 있다는 점, 여성은 출산을 계기로 이직하는 경향이 강하다는 점, 남녀 간 임금격차가 여전히 존재하고 있다는 점 등 여성의 사회참여에는 여전히 많은 과제가 존재한다는 것도 사실이다.<sup>6)</sup> 장애인의 사회참여는 장애인권리협약이 비준됨에 따라(2016년) 일본의 장애인법제가 정비 및 재편되었고 부당한 차별적 취급뿐만 아니라 장애인에 대한 합리적인 배려를 요구하는 장애인 차별해소법의 제정 등(2013년 성립, 2016년 시행) 차별금지에 대한 노력이 이루어지고 있다.<sup>7)</sup>

### (3) 세대 간 공정의 문제

저출산, 고령화가 진행됨으로써 사회를 지탱하는 젊은 층은 감소하는 한편 고령자 증가, 평균수명의 증가에 따른 고령자의 돌봄 등 생활보장문제가 심각하게 대두되고 있다. 또한 사회보장비용의 증가로 인해 국가의 일반회계예산은 세출이 세수 등을 웃도는 재정적자 상황이 계속되고 있다.<sup>8)</sup> 일본의 사회보장제도는 현재 노동인구에 해당되는 젊은 층이 노인층의 생활보장을 지원

5) 厚生労働省編 前掲注(3)104-105, 173-174, 192-193. 일본의 상대적 빈곤율은 2000년대 중반부터 OECD 국가평균을 상회하고 있는 것으로 알려져 있다.

6) 内閣府男女共同参画局編, 男女共同参画白書(平成28年版), (勝美印刷, 2016)38-43, 47-48.

남녀임금격차는 남성일반노동자의 급여 수준을 100으로 할 때 여성의 임금 수준은 72.2임(2015). 일본의 남녀 간 임금격차는 OECD 국가평균(18.3)에 비해 32.0로 높은 수치이다(厚生労働省編·前掲注(3)113).

7) 内閣府編, 障害者白書(平成28年版), (勝美印刷, 2016)2-3. 장애인의 고용 상황은 2015년에 45만명이 되는 등 증가의 폭이 커지고 있다(厚生労働省編·前掲注(2)39).

8) 厚生労働省編·前掲注(3)149, 170.



하는 측면이 있어 연금, 의료, 돌봄 등의 사회서비스를 공공적으로 제공할 때 그 급여와 부담의 관계를 둘러싸고 세대 간의 이해대립이 표면화되는 문제를 내포하고 있다.<sup>9)</sup>

## II. 일본 헌법과 사회적 평등

이상으로부터 일본이 직면하고 있는 사회적 평등의 문제는 크게 ① 빈곤 문제, ② 사회참여에 대한 기회 문제, ③ 세대 간 공정 문제라고 할 수 있다. 이러한 문제를 염두에 두고 일본 헌법의 구조에 대해 개관하고자 한다.

### 1. 일본 헌법의 기본적인 인권조항

#### (1) 개인의 존중 원칙과 법아래 평등

1946년 제정되어 1947년 시행된 일본 헌법은 연합군 최고사령부의 강력한 감독과 지시에 따라 제2차 세계대전시기의 일본의 모습에 대해 깊이 반성한 것이라 할 수 있다. 기본적 인권과의 관계에서 보자면 헌법 제13조는 ‘모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복 추구에 대한 국민의 권리는, 공공복지에 반하지 않는 한, 입법 및 기타 국정에 있어서 최대의 존중을 필요로 한다’고 규정하고 있다. 이것은 개인의 존중원리와 행복 추구권을 보장하는 것으로 해석되며, 전체주의를 부정하고 모든 인간을 자주적인 인격으로 존중하고자 하는 것이다.<sup>10)</sup> 또한 제14조 제1항은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하며 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 문벌에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별 받지 않는다’라고 정하여 평등원칙을 분명히 하고 있다. 초기의 최고재판소판결에 의하면 이 규정은 ‘인격의 가치가 모든 인간에 있어서 평등하며, 따라서 인종, 종교, 남녀의 성, 직업, 사회적 신분 등의 차이에 따라 특권을 갖거나, 혹은 특별히 불이익한 대우를 받아서는 안 된다는 대원칙을 제시한 것’이라고 해석하고 있다.<sup>11)</sup>

#### (2) 사회권 규정

이러한 규정을 전제로 일본 헌법은 국민의 사회적, 경제적 삶에 대한 보장을 명기하고 있다.<sup>12)</sup> 헌법 제25조 제1항은 ‘모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다’, 제2항은 ‘국가는 모든 생활 국면에 있어서 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하여야 한다’고 정하고, 국민의 최저생활보장의 권리와 그것을 실현하는 국가의 책무에 대해 분명히 하고 있다. 그리고 제26조에서 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 그 능력에 따라 평등하게 교육을 받을 권리를 가진다’고 정하고 국민의 ‘교육 받을 권리’를 정하고 있다. 일본 헌법은 직업의 자유(헌법22조 1항)와 재산권(29조 1항)을 보장하고 개인의 자유로운 경제 활동을 기본으로 하는 체제를 전제로 하고 있다. 그러나 이러한 권리와 자유는 ‘공공의 복지’에 의한 제약이 인정되며(헌법 제22조 1항, 제29조 2항), 사회적 이익이라는 관점에서 제약이 부과

9) 塩野谷祐一, 経済と倫理 福祉国家の哲学(東京大学出版会, 2002)343.

10) 宮沢俊義(芦部信喜補訂), 全訂日本国憲法(日本評論社, 1978)197.

11) 最高裁大法廷, 1950. 10. 11, 刑集4卷10號, 2037(尊屬傷害致死事件).

12) 이하에서 설명하는 일본 헌법의 사회권 규정은 대한민국헌법 제31조 내지 제34조에 해당한다.



될 뿐 아니라, ‘국민의 근로권 보장 등, 경제적 열위에 서는 자에 대한 적절한 보호정책’(사회경제정책)이라는 관점에서의 규제도 헌법상 허용되고 있다.<sup>13)</sup> 또한 특히 노동분야에서 시장에 대한 규제를 예정하고 있다. 제27조는 ‘모든 국민은 근로의 권리를 가지며 의무를 진다’고 하여 근로권을 보장하고(제1항), 임금이나 근로시간 등의 근로조건을 법률로 정하도록 함으로써 노동 시장에 대해 국가가 관여해야 한다는 헌법상의 근거를 명확히 하고 있다.<sup>14)</sup> 그리고 노동자의 단결권·단체 교섭권·단체 행동권을 보장한다(제28조).

## 2. 사회권 규정의 의의와 그 실현

### (1) 사회권 규정 보장의 의의

일본 헌법학에서는 1990년대에 기본적 인권보장의 이념적 근거에 대한 논의가 활발하게 이루어졌다. 이들 중 헌법학뿐만 아니라 다방면에 크게 영향을 미친 학설로 사토 코지(Koji Sato)교수의 ‘인격적 자율권’론을 들 수 있다. 사토 교수에 의하면 헌법은 개인과 사회 및 국가와의 바람직한 관계에 관한 이론(Moral Theory)을 정립하고 있다고 볼 수 있는데, 일본 헌법의 경우 그 단서를 개인의 존중원리를 제시하고 있는 헌법 제13조에서 찾을 수 있다. 여기에서 말하는 ‘개인의 존중’은 개개인의 인간이 인격적 자율의 존재로서 최대한 존중되어야 한다는 취지이며, 헌법 제13조가 보장하는 행복추구권은 이러한 취지에 따라서 사람이 인격적 자율의 존재로서 자기를 주장하고, 그러한 존재로 계속 존재하는데 있어서 필수적이고 중요한 권리를 보장한 것이라고 한다. 헌법이 보장하는 기본적 인권의 근거인 이론(Moral Theory)은 ‘각 사람이 각각 자기의 행복을 추구하고 열심히 사는 모습에서 본질적 가치를 인정하고, (중략) 그 가치를 최대한 존중하면서 사람의 공생을 가능케 하는 사회와 국가의 바람직한 모습’에서 찾을 수 있다. 이렇게 기본적 인권은 헌법 제13조의 행복추구권이 보장하는 권리(이를 사토교수는 ‘인격적 자율권’이라고 부른다)를 기본으로 파생, 전개되는 것으로 이해할 수 있다.<sup>15)</sup>

이처럼 사람이 자율적인 삶을 영위하는 것에서 가치를 찾고 이와 관련된 자유를 헌법적 권리로 보장한 것으로 이해하는 방법은 사회권 규정이나 사회보장제도의 이해에도 영향을 미치고 있다. 사회보장법 학자인 키쿠치 요시미(Yoshimi Kikuchi)교수는 사회보장의 근본 목적이 개인적 자유의 확보에 있다는 점에 착안하여, ‘개인적 자유’의 의미를 ‘개인이 인격적으로 자율된 존재로서, 주체적으로 자신의 삶을 추구할 수 있는 것’으로 이해한다. 그리고 사회보장의 목적을 ‘단순히 물질적 필요의 충족에 의한 생활보장이라는 물리적 현상으로 이해하기 보다는 자율적인 개인의 주체적인 삶의 추구에 의한 인격적 이익의 실현, (중략)을 위한 조건 정비’라고 해석하고, 헌법과의 관계는 제13조에 근거를 두고 있다고 한다.<sup>16)</sup>

13) 最高裁大法廷, 1272, 11, 22, 刑集26卷9號, 586(小売市場調整特別措置法事件), 最高裁大法廷, 1987, 4, 22, 民集41卷3號, 408(森林法共有林分割請求制限規定違憲判決).

14) 이 배경에는 20세기 초 미국연방 대법원이 사회경제입법을 ‘계약의 자유’에 반한다는 등으로 잇따라 위헌이라 한 것을 근거로 헌법전에 규제근거를 명확히 해 두고자 하는 의도가 있었다. 小嶋和司, 憲法概説(良書普及會 '1987)225-226, 佐藤幸治, 日本國憲法論(成文堂 '2011), 374頁, 注40. Cf. *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918); *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. 388 (1935); *A. L. A. Schechter Poultry Co. v. U. S.*, 295 U. S. 495 (1935); *United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936).

15) 佐藤幸治, 現代國家と人權(有斐閣, 2008), 84.

16) 菊池馨実, 社会保障の法理念(有斐閣, 2000), 140, 菊池・前掲注(1)105-107.



필자는 이러한 논의와 미국 등의 정치철학 등을 참조하여 일본 헌법이 보장하는 사회권 규정 중 특히 제25조(생존권 보장)에 대해 다음과 같이 이해하고 있다. 즉 추상적, 이념적으로는 헌법 제25조는 사람들이 현실적인 사회상황 하에서 자기의 삶을 자율적, 주체적으로 구상, 달성하고자 하는 행위의 지원을 목적으로 하는 것이라고 해석할 수 있다. 또한 사람들의 생활상황이 거의 같다고 보기 어렵고 복잡, 미묘한 가치 판단을 수반하는 면도 있기 때문에 인간존재의 구체적인 삶의 과정과 측면의 다양한 필요에 따라 다양하게 검토해야 할 것으로 생각된다. 일본 헌법이 개인 존중의 원칙, 행복추구권을 보장하면서 국민의 생활보장을 권리로 명기하고 그 이행을 국가의 책무라고 한 것에는 이상과 같은 사람들의 자율적, 주체적인 삶을 국가가 존중하고 배려하며 지원해야 한다는 것을 이념으로 하고 있다고 이해할 수 있다.<sup>17)</sup>

## (2) 사회권 규정의 실현

이처럼 이념적으로는 개인의 자율적, 주체적 삶을 존중하고 지원한다는 관점에서 헌법 제25조를 비롯한 사회권 규정이 보장되고 있다고 해석할 수 있다고 전제하고, 그 다음 제기되는 문제는 어떻게 구체적으로 실현을 도모할 것인가, 이다.

한국헌법재판소는 1997년 생계보호기준 사건에서 대한민국헌법 제34조의 생존권 보장 조항에 대해 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 않거나, 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인할 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에는 입법자가 인간다운 생활을 할 권리와 생활 무능력자에 대한 국가의 보호 의무를 명시한 헌법규범에 위배된다고 판단하고 있다.<sup>18)</sup> 일본의 최고재판소도 헌법 제25조에 대해 정치부문의 판단과 재량을 널리 존중하는 자세를 보이고 있어 법원에 의해 생존권 보장이 실현되는 길은 매우 한정적이다.

예를 들어 생계보호기준 사건과 마찬가지로 최저생활을 보장하는 생활보호법의 보호 기준의 위법성이 다투어진 사건에서 일본의 최고재판소는 ‘(후생(노동)장관이 설정하는 보호 기준이) 현실의 생활조건을 무시하고 현저하게 낮은 기준을 설정하는 등 헌법 및 생활 보호법의 취지와 목적에 반하고, 법률에 의해 주어진 재량권의 한계를 넘은 경우, 또는 재량권을 남용한 경우에는, 위법한 행위로서 사법심사 대상이 되는 것을 면할 수 없다’고 하고 있다.<sup>19)</sup> 또한 헌법 제25조 규정에 근거한 법률의 합헌성에 대해 최고재판소는 ‘입법부의 넓은 재량에 맡겨져 있어서, 현저하게 합리성을 결하고 명백하게 재량의 일탈·남용이라고 보지 않을 수 없는 경우를 제외하면 법원이 심사판단하기에 적합하지 않은 사항이라고 보아야 한다’고 하고 있다.<sup>20)</sup> 헌법은 평등원칙도 보장하고 있으나(제14조 제1항) 사회보장에 관한 입법, 행정에 있어서 평등이 문제가 되는 경우에는 역시 정치 부문의 넓은 재량을 존중하는 자세를 견지하고 있다.<sup>21)</sup>

17) 尾形健, 福祉国家と憲法構造(有斐閣, 2011), 127.

18) 韓國憲法裁判所, 1997. 5. 29. 判決, 韓國憲法裁判所(徐元宇訳者代表), 韓國憲法裁判所10年史(信山社, 2000), 323-325(金敏祚訳)에 따른다.

19) 最高裁大法廷, 1967. 5. 24. 民集21卷5號, 1043(朝日訴訟). 이 판결은 상고인이 소송 계속 중에 사망했기 때문에 대법원은(최고재판소는) 그 사망과 동시에 소송은 종료되었다고 소송을 기각했지만, 이 사건이 헌법 제25조에 대한 국민의 관심을 모았던 소송이기도 해서 대법원은 ‘만일을 위해’ 라고 굳이 부연한 후 헌법 제25조에 관한 판단을 서술하고 있다.(소송이었다는 점도 고려하여 최고재판소는 ‘확실히 해두기 위하여’라고 굳이 부연한 뒤에 헌법 제25조에 관한 판단을 실시하고 있다.)

20) 最高裁大法廷, 1982. 7. 7. 民集36卷 7號, 1235(堀木訴訟). 여기에서는 모자 가정 등에 지급되는 아동부양 수당과 공적연금(이 사건에서는 장애복지연금)과의 병급을 제한하는 아동부양수당법 규정의 위헌 여부가 문제되었다.

21) 1982년 7월 7일 호리키소송판결 외에도 학생 등을 공적연금의 강제가입 대상자로 하지 않았던 것 등의 위헌성이 제기된 最高裁大法廷,

### (3) ‘협동(Collaboration / Partnership)’에 의한 실현

#### ① 판례 법리의 문제점

헌법 제25조가 정하는 ‘건강하고 문화적인 최저한도의 생활’은 추상적, 상대적인 개념이며 그 구체적인 실현에 있어서는 국가의 재정사정이나 고도의 정책적 판단도 필수적이다. 그리고 이러한 정책결정과 관련된 영역에 대해 사법기관인 일본의 최고재판소가 널리 입법부, 행정부의 재량을 존중할 수밖에 없다는 측면은 부정할 수 없다.<sup>22)</sup> 이 경우 법원은 그 입법 등에 어떠한 합리적 기초(Rational Basis)가 있다면 그것을 위헌이라고 하기는 어렵다. 그리고 그 배후에는 현명한 경제 및 사회정책이 무엇인가에 대해 법원은 정치 부문에 강요할 수 있는 권한을 전혀 갖지 않는다는, 외국에서도 볼 수 있는 정치부문에 대한 존중(Deference)이 나타나고 있다고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

#### ② 사회권 규정의 ‘협동’적 실현 가능성

그러나 법원이 어느 정도 정치부문의 판단에 관여할 수 있는지의 여부는 결국 헌법의 이념과 규정을 실현함에 있어 법원과 정치부문 중 어느 쪽이 보다 더 잘 실현할 수 있는가, 달리 표현하자면 헌법적 가치의 실현에 있어서 어느 국가기관이 더 신뢰할만한가라는 문제라고 볼 수 있을 것이다.<sup>24)</sup> 따라서 정치부문에서 구체화한 조치에 대해 어떠한 결함이 있고 그것이 개인의 생존권 보장을 심각하게 위협하는 등 개인의 권리보장에 대한 침해가 큰 경우에는, 생존권보장 실현에 대해 정치부문에 신뢰를 갖기가 어렵기 때문에, 이런 상황에서까지 법원은 정치부문의 판단을 존중해야 한다고 할 수는 없을 것으로 생각된다. 그리고 설사 사회권의 구체적인 실현이 입법부나 행정부에 일차적으로 맡겨져 있다고 해도 그것을 구체화하는 조치가 취해졌다면 헌법의 취지, 이념에 입각하여 이러한 조치가 헌법적 정의에 부합되는지 여부를 심사하는 것은 법원이 할 수 있는 일일 것이다.<sup>25)</sup> 즉 [헌법의] 핵심적인 부분에 대해서는 법원에 신속하고 실효적인 구제를 요구하고 있고, 입법부에는 사회보장제도를 점진적, 단계적으로 정비해 가야 할 책임을 부여하고 있다.<sup>26)</sup> 라고 이해할 수 있을 것으로 보인다.

이러한 이유로 필자는 국회와 내각이라는 정치부문과 사법권을 위임 받은 사법부가 이른바 ‘협동’하여 헌법 제25조를 비롯한 사회권의 이념을 실현하도록 기대되고 있는 것인 아닌가라고 생각하여 왔다. 입법권과 재정결정권을 갖는 국회(헌법 제41조, 제83조)는 행정권과 ‘국무를 통할’하도록 위임 받은 내각(헌법 제65조, 제73조 1호)과 함께 ‘그때, 그때의 문화 발달 정도, 경제적·사회적 조건, 일반국민생활의 상황 등과의 상관관계’(1982년 호리키(堀木)소송판결)를 고려하면서 다양한 복지 국가적 시책을 전개, 형성한다. 그것은 첫째로 헌법 제25조의 이념,

2006.9.28, 民集61卷6號, 2345(學生無年金障害者訴訟), 등이 있다.

22) 일본 최고재판소는 위헌 심사권을 가지고 있으나(헌법 제81조), 이는 헌법재판소형 위헌 심사를 인정한 것이 아니라 구체적 사건의 처리·해결에 사법권이 행사됨으로써 헌법판단이 이루어지는 구조를 취하는 것으로 해석되고 있다.(最高裁大法廷, 1952.10.8, 民集6卷9號, 783.)

23) 미합중국 대법원의 언급 중, See *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471, 485-486 (1970).

24) See KERMIT ROOSEVELT III, *THE MYTH OF JUDICIAL ACTIVISM : MAKING SENSE OF SUPREME COURT DECISIONS* 229 (2006).

25) See LAWRENCE GENE SAGER, *JUSTICE IN PLAINCLOTHES : A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE* 95-96 (2004).

26) 鄭明政, 司法による生存權の保障及び權利促進の可能性, 北大法學論集63卷3號(2012), 272, 265.



즉 개인의 자율적이고 주체적인 삶에 대한 배려, 지원이라는 가치를 구체적으로 실현하는 것이어야 한다. 그러나 그 형성과 전개가 헌법구조의 통제로부터 자유롭다고 할 수는 없다. 헌법 제25조의 이념실현 책임을 한편에서 담당하는 법원은 정치부문이 복지국가를 구체적으로 형성해 갈 수 있도록 앞길을 열어주면서 헌법 각 조의 지시에 근거하여 통제해야 할 지위에 있다고 해석할 수 있다. 이렇게 헌법은 정치부문에 의한 1차적인 정책형성을 전제로 하면서, 이에 대한 헌법적 통제를 법원에 기대하는 구조를 채택하고 있다고 생각된다.<sup>27)</sup> 이처럼 정치부문과 사법부와의 ‘협동(Collaboration/Partnership)’에 의한 사회적 규정의 실현이 일본 헌법이 기대하는 바람직한 모습이라고 할 수 있다.

### III. 사회적 평등의 헌법적 실현

이상의 논의를 바탕으로 앞서 본 일본에서 나타나고 있는 사회적 평등에 관한 문제에 대해 검토하고자 한다.

#### 1. 빈곤 문제의 현재화

##### (1) 최저생활보장의 헌법적 통제

심각해져 가고 있는 빈곤문제와 관련하여, 일본에서는 최저생활보장을 지원하는 생활 보호법의 급여수준의 개정을 위한 검토가 이루어지고 있다. 최고재판소는 고령자에게 인정하고 있던 부가적 급여(노령가산)가 단계적으로 감액, 폐지된 것이 헌법 제25조 등에 위배된다고 하여 다투어진 사건에서 소를 기각했다.<sup>28)</sup> 최고재판소는 생활보호기준 설정에 있어서는 후생노동 대신의 재량권이 인정된다고 하였다. 하지만 부가적인 급여를 감액·폐지할 것을 판단과정에서 과오·누락 등이 있었는지 여부를 심사한다는 기본 틀을 제시하고 있다. 여기에서는 보다 신중한 사법 심사를 실시하고자 하는 자세가 엿보인다. 그러나 개인의 최저생활을 지탱하고 있는 생활 보호법의 구체적 조치가 수급자에게 불이익 하게 변경될 경우, 그것이 개인의 구체적인 삶의 영위를 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 경우도 있을 수 있기 때문에, 이런 경우에는 법원은 정치부문에 대한 ‘실패’를 기대할 수 없다고 보고 헌법적 가치를 감안하여 보다 면밀한 사법 심사를 해야 할 것으로 보인다.

##### (2) ‘사회적 포섭’을 위한 헌법론

또한 일본 헌법학에는 유럽 각국에서 논의되는 ‘사회적 배제/사회적 포섭(Social Exclusion/Inclusion)’을 헌법이론에 도입하고자 하는 견해가 있다. 엔도 미나(Mina Endo)교수는 이러한 논의를 참조하면서 일본 헌법 제11조가 ‘국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해 받지 않는다’라고 규정하고 있는 것에 주목하고 이 규정에서 모든 국민은 시민으로서 그 지위를 인정받는 존재로 대우되어야 하며 헌법이 보장하는 기본적 인권의 보장으로부터 제외되지 않아야 한다, 라고 하고 있다.<sup>29)</sup> 공적 부조에 관해서 살펴보면, 엄격한 자산 조사를 통해 일반 시민이라면 소유가

27) 尾形·前掲注(17)129-130.

28) 最高裁大法廷, 2014. 2. 28, 民集66卷3號1240, 最高裁大法廷, 2012. 4. 2, 民集66卷6號2367.

인정되는 재산의 포기를 강요받거나, 수급자의 사생활까지 파고드는 개별상담(casework) 등을 하는 경우가 있는데, 일반 시민에게는 인정되는 자유와 권리를 공적부조 수급자라는 이유로 포기, 제한하도록 강요하는 것은 공적부조 수급자를 ‘시민’으로서의 지위로부터 배제하는 것을 의미한다. 이러한 관점에서든 헌법적 통제가 요구된다. 그리고 공적 수급자를 ‘시민’으로 사회에 포섭하는 것은 더 큰 맥락에서는 정치참여 등 민주적인 국민통합의 가능성으로도 이어질 것으로 생각된다.<sup>30)</sup>

## 2. 사회참여의 문제

저출산, 고령화의 급속한 진전, 노동력 인구 감소가 일어나고 있는 일본에서는 다양한 계층의 사람들의 적극적인 사회참여가 요구되고 있다. 사회참여를 통해 정책적 의의뿐만 아니라 윤리적 의의도 찾을 수 있을 것으로 보인다. 즉 이미 언급한 ‘사회적 포섭’의 논의도 그러하듯이 사회참여 기회를 확보한다는 것은 사람들이 자율적이고 주체적인 존재로서, 또한 평등한 시민으로서 사회·국가에 참여할 가능성을 향상시킨다는 것을 의미한다.<sup>31)</sup> 여기에서는 일본 헌법의 평등원칙에 관한 (1) 판례 법리를 개관한 후 (2) 여성과 (3) 장애인의 사회참여에 관해 언급해 두고자 한다.

### (1) 평등원칙을 둘러싼 판례 법리

최고재판소에 따르면 평등원칙을 정하고 있는 헌법 제14조 제1항은 ‘국민에 대해 법아래 평등을 보장한 규정이며 동향 후단에서 열거하고 있는 사항 [인종·신조·성별·사회적 신분·출생]은 예시적인 것이라는 점 및 이 평등의 요청은 사안의 성격에 맞는 합리적인 근거에 의한 것이 아닌 한, 차별적인 취급을 금지한다는 취지’라고 되어 있다.<sup>32)</sup> 그리고 사안에 따라 문제가 되는 구별의 성질이나 권리·이익의 중요성·성질 등을 종합적으로 고려하여, 헌법상 중요한 법적지위·권리가 문제되는 사안에 있어서는 보다 더 신중한 검토를 한다는 자세가 보인다.<sup>33)</sup>

### (2) 여성의 사회참여 - 성에 근거한 구별

여성의 사회참여는 성에 근거한 구별을 헌법으로 어떻게 평가하는가와 관계가 있다. 최고재판소는 기본적 인권이 사법상 문제가 되는 경우 남녀차별에 대해 엄격하게 판단하는 자세를 일관적으로 견지하고 있기는 하지만,<sup>34)</sup> 헌법 제14조 제1항에 열거된 차별사유를 어디까지나 예시적인 것으로 해석하고 있으며, 성에 근거한 법령상의 구별에 대해 정면으로 판단한

29) 遠藤美奈, 健康で文化的な最低限度の生活の複眼的理解, 齋藤純一編著, 福祉国家/社会的連帯の理由(ミネルヴァ書房, 2004)155.  
30) 전광석 교수는 헌법의 평등과 사회권 등의 과제는 민주주의를 통한 정치적 통합 가능성에 의존한다고 서술하고 있는데(国分典子, 韓国における福祉政策の位置づけ, 憲法問題20號 [2009] 20.의 소개에 따름) 이러한 정치적 통합의 문제와도 관련되는 것으로 보인다.  
31) See Ruth Bader Ginsburg, Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade, 63 N. C. L. REV. 375, 383 (1985).  
32) 最高裁大法廷, 1973.4.4, 刑集27卷3號, 265(尊屬殺重罰規定違憲判決).  
33) 예를 들어, 국적을 「중요한 법적 지위」라고 보고 「신중한 검토」를 요한다고 한 最高裁大法廷, 2008.6.4, 民集62卷2號, 1367(国籍法違憲訴訟)이나, 적출자라는 신분에 대해 「개인의 존엄」과 「법 아래 평등」에 비추어, 구별에 대해 「부단히 검토」해야 한다고 한 最大決 2013.9.4, 民集67卷6號, 1320(非嫡出子相続分差別違憲訴訟) 「혼인에 관한 자유」가 헌법 제24조 2항의 취지에 비추어 충분히 존중 받을 자격을 바탕으로 심사하는 最高裁大法廷, 2015.12.16, 民集69卷8號, 2427(再婚禁止期間違憲訴訟) 등을 그 예로 들 수 있다.  
34) 最高裁大法廷, 1981.3.24, 民集35卷2號, 300(日産自動車事件), 最高裁大法廷, 2006.3.17, 民集60卷3號, 773(男子孫入会権事件) 등이 있다.



에는 아직 존재하지 않는다. 이 점에서 주목되는 것은 최근의 하급 법원의 판례에서 지방자치단체 공무원에 대한 유족보상연금에 대해 수급자가 남편인 경우에만 연령요건을 부과하는 법률규정이 위헌이라고 하여 다투어진 사건이다. 오사카 지방법원은 성에 근거한 구별이 ‘헌법이 정하는 개인존중원리와 직결된 헌법 제14조 1항 후단에 열거된 사유에 의한 것으로서, 헌법이 양성(性)의 본질적 평등을 희구하고 있는 것은 분명하기 때문에 본 건 구별의 합리성은 헌법에 비추어 부단히 검토되고 음미되어야 한다’는 신중한 심사자세를 보였으며, 아내와 남편의 지급요건을 달리하는 규정은 입법 당시에는 합리성을 가지고 있었지만 여성의 사회진출이 확대된 오늘날에는 합리성을 잃었다 하여 위헌으로 판단하였다.<sup>35)</sup> 이 판결은 헌법론에서 볼 때 흥미로운 점을 지적하고 있다. 첫째, 성에 근거한 구별이 개인존중원리와 깊은 관련이 있다는 점에 입각하고 있다는 것이다. 생존권 보장이 개인의 자율적·주체적 삶의 존중을 이념으로 하는 것이라면 성에 근거한 구별은 남녀 모두에게 각자의 능력 및 선호 등에 따라 인생의 선택을 하는 것을 매우 어렵게 한다는 점에서 매우 문제가 된다.<sup>36)</sup> 둘째, 이 판결은 성에 근거한 구별을 포함한 입법에 대해, 법률제정 초기 당시에는 합리성이 있었다고 하면서, 사회·경제 상황이 변용됨에 따라 그 법률을 지지하는 합리성 또는 입법사실(Legislative Facts)이 오늘날에는 상실되었다고 판단하고 있다는 점이다.<sup>37)</sup> 헌법적 가치에 입각하고, 그리고 제1차적으로는 입법부의 판단을 존중하면서 점진적·단계적으로 사법적 통제를 하고자 하는 법원의 자세는 ‘협동’에 의한 사회권 실현이라는 관점에서 적극적으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다.

### (3) 장애인의 사회참여 – 장애인 차별금지법리와 헌법

앞서 언급했듯이 일본에서는 장애인 권리 협약의 비준에 따른 국내법의 정비를 위해 장애인 차별해소법이 제정되어 장애를 이유로 하는 차별을 금지하는 것뿐만 아니라 합리적인 배려 조치를 취하지 않는 것도 차별에 해당된다는 사실을 분명히 했다.<sup>38)</sup> 일본 헌법학계에서는 장애를 이유로 한 차별을 금지하는 것뿐 아니라 합리적 배려를 제공하지 않는 것도 금지한다는 장애인 차별금지법리가 헌법의 평등 원칙에 포함된다는 견해가 있다.<sup>39)</sup>

기본적 인권보장의 이념이 개인의 구체적인 자율적, 주체적 삶을 존중하는 것에 있다면 장애인의 주체적인 삶을 어렵게 하는 법령에 의한 구별이 존재하는 경우, 그에 대한 신중한 사법심사가 필요할 것이다. 물론 합리적 배려를 제공하지 않는 것을 금지하는 것이 헌법상의 평등원칙에 포함될지에 관해서는 이론적인 어려움이 있을 것이다. 그러나 헌법상의 원칙에 합리적 배려의 부 제공 금지가 포함되지 않더라도 장애인 차별해소법에 나타난 합리적 배려의 요청 등을 단서로 보다 엄격한 사법심사를 하는 것도 가능할 것으로 보인다. 즉 입법부가 명확히 한 장애차별금지법리의 메시지를 사법부가 받아들여 법해석에 반영시키는 것이야말로 입법부와 사법부와의 ‘협

35) 大阪地判, 2013.11.25, 判例タイムズ1402號69. 그러나 항소심은 위헌주장을 기각했다(大阪高判, 2015.6.19, 判例時報2280號, 21).

36) See Ruth Bader Ginsburg, Sex Equality and the Constitution, 52 TULANE L. REV. 451, 470 (1978).

37) 사회 상황의 변화에 따라 입법의 합리성을 상실했다고 보는 판단 방법은 사실 최고재판소가 자주 실시하고 있는 방법이다. 주(33)에서 언급한 국적법 위헌소송과 비적출자 상속분 차별 위헌 소송 등이 그 예이다.

38) 그러나 행정 기관 등에 대해서는 의무 규정이 있지만, 민간 사업자 등에 대해서는 노력 의무로 되어있다(障害者差別解消法7条·8条).

39) 植木淳, 障害のある人の権利と法(日本評論社, 2011)173-174.

동'이라고 할 수 있을 것이다.<sup>40)</sup>

### 3. 세대 간 공정의 문제

마지막으로 세대 간 공정의 문제에 대해 언급하고자 한다. 이 문제는 사실 입헌주의 헌법 제정과 동일한 성격의 문제를 포함하고 있다고 할 수 있다. 즉 단순 다수결로는 개정할 수 없는 경성헌법전을 제정하는 것은 다음 세대를 구속하게 되는데 이것이 왜 허용되는가라는 문제이다('합리적 자기구속(Precommitment)'론의 문제).<sup>41)</sup> 공적 연금 등과 같이 어느 시점에서 급여와 부담의 관계가 정해져 있는 사회서비스는 다음 세대를 구속하게 되므로 이 문제는 헌법의 입장에서 보면 사회보장제도를 창설하는 정치부문이 국민 개개인의 자율적이고 주체적인 삶이 존중되는 사회형성 및 발전에 대해 미래에 걸쳐 어느 선까지 배려할 수 있을 것인가라는 문제로 바꾸어 말할 수 있다.<sup>42)</sup>

세대를 파악하는 방법, 파악된 세대 간의 이익 형량의 방식, 문제가 되는 제도의 내용·성질 등을 구체적으로 검토해야 할 점이 많기 때문에<sup>43)</sup> 여기서는 추상적으로 논하는 정도에 그칠 수밖에 없지만, 일본 헌법에 '이 헌법이 보장하는 기본적 인권은 침해할 수 없는 영구한 권리로서 현재 및 미래의 국민에게 부여된다'(헌법 제11조)고 규정하고 있다는 점에 주목하고자 한다. 국회는 헌법상 국권의 최고기관이며(제41조), 또한 재정결정권(제83조)을 가지고 미래의 사회보장제도의 창설·개폐 등에 대해 1차적으로 책무를 담당하는 기관이라고 할 수 있다. 그러나 국회에 대해서는 미래의 지속가능한 제도를 구상할 때, 미래의 국민의 자율적이고 주체적인 삶의 실현에 대해 배려하면서 급여와 부담의 균형이 적절하게 이루어지도록 제도설계를 심사숙고하여 결정할 것이 헌법상 요구되고 있다고 생각된다. 이 점에서 입법부에는 과도한 유연성(Great Flexibility)이 주어져서는 안 되고 경우에 따라서는 사법적인 통제에 복종해야 하는 경우도 생각될 수 있다.<sup>44)</sup> 여기에도 입법부와 사법부의 '협동'에 의한 사회권 실현의 가능성이 잠재되어 있다고 볼 수 있다.

### ▣ 결론에 대신하여

이상, 이 발표에서는 사회적 평등과 헌법에 대해 일본헌법에서의 논의와 경험을 토대로 검토하였다. 일본의 사회적 평등에 관해서 말하자면 경제의 저성장과 심각한 저출산, 고령화를 배경으로 (1) 빈곤 문제의 표면화, (2) 사회참여 문제, (3) 세대 간 공정 문제가 오늘날의 과제로 거론되고 있다. 일본 헌법은 생존권 보장(헌법 제25조)을 비롯한 사회권 규정을 포함하고 있고, 사회적 평등에 대처할 수 있는 헌법이라고 할 수 있지만, 일본의 최고재판소는 헌법 제25조에 관해서는 정치부문의 재량을 널리 존중하고 있어 법원에 의한 헌법적 실현은 매우 제한적인 상황이 계속되고 있다. 이 발표에서는 일본 헌법이 예정하고 있는 사회권 규정의 실현을 정치부문과 사법부와의 '협동'에 의한 구도로 파악하고, 그러한 관점에서

40) 이 점에 대해서는, 尾形健, 障害者法をめぐる憲法的一思考, 大原社会問題研究所雑誌640號(2012), 4 참조.

41) See Jeremy Waldron, Precommitment and Disagreement, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 271 (Larry Alexander ed., 1998).

42) 尾形健, '健康で文化的な最低限度の生活'水準のあり方をめぐって, 社会保障法18號(2003), 7 참조.

43) 太田匡彦, 公的高齢年金制度における将来拘束, 社会保障法, 31號(2016)57 참조.

44) BRUCE ACKERMAN & ANNE ALSTOTT, THE STAKEHOLDER SOCIETY 111 (1999).



오늘날의 과제에 관한 제반 문제를 검토했다. 필자가 이해하는 한 복지국가의 시책은 결국 시대 상황에 규정되어 가면서 인간의 구체적인 삶의 과정의 다양성에 대해 어느 선까지 배려할 수 있는가 라는 질문으로 집약된다고 생각된다. 헌법이 보장하는 기본적 인권이 인간의 자율적 존재를 존중하는 것이라면 사회권을 둘러싼 헌법적 논의, 그리고 사회적 평등에 관한 문제도 개인의 자율적·주체적 삶을 어떻게 국가적으로 지원하고 배려해 갈 것인가라는 관점에서 고찰하는 것이 중요하다고 생각된다.



# 社会的平等と憲法—— 日本国憲法の観点から

尾形 健

Professor, Doshisha University, Japan

## 目次

- 要約
- はじめに
- I. 日本における社会的平等の現状
- II. 日本国憲法と社会的平等
- III. 社会的平等の憲法的実現
- むすびにかえて



## ■ 要約

「社会的平等——その理念と実現に関する比較分析 (Social Equality – Comparative Analysis of the Idea and Realization)」というテーマについて、日本憲法での議論・経験をふまえ、検討したい。以下ではまず、日本における社会的平等に関する現状を概観し (I)、日本の憲法である日本国憲法が、社会的平等についていかなる規定をおき、また、それらをめぐっていかなる判例法理が形成され、学説ではいかなる議論がなされているかを述べる (II)。そのうえで、社会的平等の憲法的実現に関する近年の動きについてふれたい (III)。

I. 日本における現在の社会・経済状況として挙げられるのは、経済の低迷と急速な少子高齢化を背景として生じた社会的平等の諸問題である。具体的には、a) 経済の低迷による貧困問題の顕在化、b) 少子高齢化により労働力人口が縮小し、広い階層からの社会参加が求められるようになったこと、c) 社会サービスの給付と負担をめぐる世代間公正の問題である。

II. これらについて、日本国憲法の観点からどのようなことがいえるかが次の問題である。日本国憲法は、個人の尊重原理と法の下での平等を掲げ、生存権保障をはじめとする社会権規定をおいている。基本的人権保障の意義については、日本憲法学において、個人の自律的生を尊重する観点から位置づけようとする考え方があり、この報告も、こうした考え方をふまえ、生存権をはじめとする社会権規定は、個人の自律的・主体的生を国家的に尊重し支援するものにとらえる。日本の最高裁判所は、社会権規定について、政治部門の裁量を広く尊重する姿勢を示しているが、この報告では、日本国憲法は、社会権の理念を踏まえながら、政治部門と司法院とが「協働」して社会権実現に当たるという構図を予定しているものととらえる。

III. 以上をふまえ、日本で明らかになってきた社会的平等の問題について検討する。a) 貧困の顕在化については、生活保護法などの最低生活保障について、裁判所による踏み込んだ統制が求められる。また、「社会的包摂」の観点を憲法論として参照することも重要であろう。b) 社会参加の問題については、女性と障害者の社会参加に焦点を当て、最近の裁判例や立法例を素材に、政治部門と司法院との「協働」による実現可能性を探る。c) 世代間公正の問題については、将来にわたって社会保障制度を構想する上で、立法府には、個人の自律的・主体的生に配慮することが求められ、立法府に過度の柔軟性が認められるべきではなく、この点で裁判所による統制の可能性が検討されるべきである。

## ■ はじめに

「社会的平等——その理念と実現に関する比較分析 (Social Equality – Comparative Analysis of the Idea and Realization)」というテーマについて、日本憲法での議論・経験をふまえ、検討したい。以下ではまず、日本における社会的平等に関する現状を概観し (I)、日本の憲法である日本国憲法が、社会的平等についていかなる規定をおき、また、それらをめぐっていかなる判例法理が形成され、学説ではいかなる議論がなされているかを述べる (II)。そのうえで、



社会的平等の憲法的実現に関する近年の動きについてふれたい(Ⅲ)。

## I. 日本における社会的平等の現状

### 1. 日本における社会・経済状況の特徴

社会的平等について検討するために、まず、現在日本がおかれている社会・経済状況についてふれておきたい。

日本における社会政策は、第二次世界大戦後、失業・インフレ・食糧危機などで生じた生活困窮者に対する緊急援護に端を発し、連合国軍最高司令官総司令部(SCAP/GHQ)による占領管理下の展開を経て、1950年代からの高度経済成長を背景に、全ての国民が何らかの医療保険・公的年金制度に加入する「国民皆保険・皆年金」体制が達成される(1961年)など、その時々の経済・社会状況に対応しながら、生活保障制度を整備していった<sup>1)</sup>。こうしたなかにあって、近年、諸外国との比較で、日本特有の社会・経済現象として挙げられるのは、(1) 経済の低成長が継続していること、そして、(2) 少子高齢化が急速に進行していることである。

#### (1) 経済の低迷の継続

日本政府(厚生労働省)によれば、2015年度の日本経済は、デフレ状況から脱却し、経済循環が好転しつつあり、景気は緩やかに回復しつつある、とされている<sup>2)</sup>。しかしながら、過去20年間、日本経済は低迷を続けてきた。具体的には、1990年代初頭以降、慢性的な需要不足などにより、構造的な経済低迷がもたらされている。この背景には、1997年のアジア通貨危機や、2008年の世界金融危機(リーマンショック)など、国際的な経済変動が大きな要因として指摘されている。しかし、日本国内の大きな要因として、土地・株式等の資産価格が大幅に下落する時期が長く続く(いわゆるバブル経済の崩壊)ことなども重要である。こうした経済の低成長が続いたことは、日本における雇用環境にも大きな影響を及ぼした。完全失業率は、1990年代末から上昇し、長期失業者や、若者の失業者が増加した<sup>3)</sup>。

#### (2) 少子高齢化の急速な進行

日本の総人口は、18世紀後半から近年にいたるまで、ほぼ一貫して増加し続けてきた。しかし、20世紀後半に入り、少子高齢化が急速に進行した。少子高齢化自体は各国でもみられるが、わが国についていえば、その進展が急速であるという特徴がある。具体的には、日本の高齢化率(65歳以上の高齢者人口の割合)は、1990年の12.0%から2010年には23.0%まで上昇しており、将来的には、2035年には33.

1) 厚生省監修『厚生白書(平成11年版)』(ぎょうせい、1999年)13-24頁、菊池馨実『社会保障法』(有斐閣、2014年)15-22頁。

2) 厚生労働省編『労働経済白書(平成28年版)』(全国官報販売協同組合、2016年)5頁。

3) 厚生労働省編『厚生労働白書(平成24年版)』(全国官報販売協同組合、2014年)161頁、164頁。具体的には、完全失業率は、1997年には3%代であったが、2002年には5.5%、2012年には4.3%となっている。

4%、2060年には39.9%に達するものとされている。その一方で、14歳以下の人口が2010年では13.1%であるが、今後50年の期間中に9.1%に減少すると推計されている。この背景には、平均寿命が伸びる一方で、女性の社会進出や晩婚化・未婚化の進展などにより、出生する子ども数が減少しているといった状況が挙げられる<sup>4)</sup>。

## 2. 社会的平等の問題

こうした日本に特有の状況は、いくつかの社会的平等の問題を生じさせている。すなわち、(1) 経済の低迷により、貧困の問題が顕在化してきたこと、また、少子高齢化に伴い、(2) 労働力人口が減少し、幅広い階層からの社会参加が求められるようになったこと、そして、(3) 世代間公正といった問題が生じてきたこと、などである。

### (1) 貧困問題の顕在化

経済の長期的な低迷により、非正規雇用の労働者や長期失業者が増加し、低所得者層が増加することとなった。こうしたことが背景となって、日本の相対的貧困率(国民を所得順に並べ、中位数の人の半分以下しか所得がない人の比率)は、2009年には16.0%となっている。また、日本における公的扶助制度である生活保護を受給する者の数は、1995年以降増加しており、2012年 3月には211万人に達している。その内訳として、働ける年齢層(稼働年齢層)の割合が増加しているとされる。こうした貧困は、地域や職場、家庭での人々の間のつながりがうすれ、低所得者層が社会の周縁に追いやられる現象(社会的排除)も生じていると懸念されている<sup>5)</sup>。

### (2) 社会参加の問題

急速な少子高齢化によって、働ける人口の割合が減少する。その結果として、まず、これに対応するために、若者・女性・高齢者・障害者などあらゆる人々が就業する意欲を実現できる社会の構築が求められることになる。ここにおいて、女性の就業や障害者の雇用の機会の確保が重要な問題となる。女性については、近年では生産年齢人口(15歳～64歳)の就業率は男女共に上昇し、特に女性の上昇が著しいとされている(2015年で15～64歳で64.6%)。しかし諸外国との比較でみると、OECD諸国中16位にとどまっていることや、女性については、出産を機に離職する傾向が強いこと、男女間の賃金格差が依然として存在するなど、女性の社会参加にはなお課題も多い<sup>6)</sup>。また、障害者の社会参加については、障害者権利条約の批准(2016年)に伴い、日本における障害者法制が整備・再編され、不当な差別的取扱い

4) 厚生労働省編・前掲注(3)135-148頁。

5) 厚生労働省編・前掲注(3)104-105頁、173-174頁、192-193頁。日本の相対的貧困率は、2000年代中頃から、OECD諸国の平均を上回っているとされている。

6) 内閣府男女共同参画局編『男女共同参画白書(平成28年版)』(勝美印刷、2016年)38-43頁、47-48頁。男女の賃金格差は、男性一般労働者の給与水準を100とすると、女性の給与水準は72.2とされる(2015年)。日本の男女間賃金格差は、OECD諸国の平均(18.3)に比べ32.0と高い数値となっている(厚生労働省編・前掲注(3)113頁)。



だけでなく、障害者に対する合理的配慮を要求する障害者差別解消法が制定されるなど(2013年成立、2016年施行)、差別禁止への取組みが進められている<sup>7)</sup>。

### (3) 世代間公正の問題

また、少子高齢化の進行により、社会を支える若年層は減少する一方、高齢者が増加し、しかもその平均寿命も伸びていくことに伴い、高齢者の介護など、生活保障の問題が深刻になっている<sup>8)</sup>。さらに、社会保障費の増大により、国の一般会計予算は、歳出が税込等を上回る財政赤字の状況が続いている。日本の社会保障制度は、現在、労働力人口に相当する若年層が、高齢者層の生活保障を支える側面を有しているが、ここには、年金・医療・介護などの社会サービスが公共的に提供される際、その給付と負担の関係をめぐって、世代間の利害対立が表面化するという問題が含まれている<sup>9)</sup>。

## II. 日本国憲法と社会的平等

以上から、日本が直面する社会的平等の問題としては、大別して、① 貧困化の問題、② 社会参加の機会の問題、そして③ 世代間公正の問題、をそれぞれ挙げることができる。これらの問題を念頭に、日本国憲法の構造を概観しておきたい。

### 1. 日本国憲法の基本的人権条項

#### (1) 個人の尊重原理と法の下での平等

1946年に制定され、1947年に施行された日本国憲法は、連合国軍最高司令官総司令部の強い監督と指示のもと、第二次世界大戦期の日本のありようを深く反省したものとといえる。基本的人権との関係でいえば、憲法第13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」、と規定する。これは、個人の尊重原理と幸福追求権を保障したものと解されており、全体主義を否定し、すべての人間を自主的な人格として尊重しようとするものである<sup>10)</sup>。そして、第14条第1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」、と定め、平等原則を明らかにしている。初期の最高裁判所の判決によれば、この規定は、「人格の価値がすべての人間について平等であり、従って人種、宗教、男女の性、職業、社会的身分等の差異に基づいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則を示したもの

7) 内閣府編『障害者白書(平成28年版)』(勝美印刷、2016年)2-3頁。障害者の雇用状況は、2015年で45万人となるなど、増加の伸びがみられる(厚生労働省編・前掲注(2)39頁)。

8) 厚生労働省編・前掲注(3)149頁、170頁。

9) 塩野谷祐一『経済と倫理 福祉国家の哲学』(東京大学出版会、2002年)343頁。

10) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)197頁。

」、と解されている<sup>11)</sup>。

## (2) 社会権規定

これらの規定を前提に、日本国憲法は、国民の社会的・経済的生活に対する保障を明記する<sup>12)</sup>。憲法第25条第1項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」、第2項は「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」、と定め、国民の最低生活保障の権利と、それを實現する国の責務について明らかにしている。そして、第26条で、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と定め、国民の「教育を受ける権利」を定めている。

日本国憲法は、職業の自由(憲法22条1項)と財産権(29条1項)を保障し、個人の自由な経済活動を基本とする体制を予定している。しかしこれらの権利・自由は、「公共の福祉」による制約が認められ(憲法第22条1項、第29条2項)、社会的利益の観点から制約が課されるほか、「国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」(社会経済政策)の観点から規制がなされることも、憲法上許容されている<sup>13)</sup>。さらに、特に労働の分野において、市場に対する規制を予定している。第27条は、「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」、として勤労権を保障し(第1項)、賃金・就労時間等の勤労条件を法律によって定めることとし、労働市場に対し国が関与すべきことの憲法上の根拠を明確にしている<sup>14)</sup>。そして、労働者の団結権・団体交渉権・団体行動権を保障する(第28条)。

## 2. 社会権規定の意義とその実現

### (1) 社会権規定保障の意義

日本憲法学では、1990年代に、基本的人権保障の理念的根拠について議論が盛んになされた。これらのうち、憲法学だけでなく多方面に大きく影響を与えた学説として、佐藤幸治(Koji Sato)教授が説いた「人格的自律権」論が挙げられる。佐藤教授によれば、憲法は、個人と社会・国家との関係のあり方に関する、何らかの理論(moral theory)を措定していると考えられるが、日本国憲法についていえば、その手がかりは、個人の尊重原理を示す憲法第13条に求められる。ここにいう「個人の尊重」とは、一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないという趣旨

11) 最大判1950年10月11日刑集4巻10号2037頁(尊属傷害致死事件)。

12) 以下に述べる日本国憲法の社会権規定は、大韓民国憲法第31条から第34条に対応する。

13) 最大判1272年11月22日刑集26巻9号586頁(小売市場調整特別措置法事件)、最大判1987年4月22日民集41巻3号408頁(森林法共有林分割請求制限規定違憲判決)。

14) この背景には、20世紀初頭、アメリカ合衆国最高裁が社会経済立法を「契約の自由」に反するなどとして相次いで違憲としたことをふまえ、憲法典に規制根拠を明確にしておこうとした意図があった。小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)225-226頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)374頁注40。Cf. *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918); *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. 388 (1935); *A. L. A. Schechter Poultry Co. v. U. S.*, 295 U. S. 495 (1935); *United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936)。



であり、憲法第13条が保障する幸福追求権は、これを受けて、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠・重要な権利を保障したものである、という。憲法が保障する基本的人権の根拠である理論(moral theory)は、「各人がそれぞれ自己の幸福を追求して懸命に生きる姿に本質的価値を認め、……その価値を最大限尊重しつつ人の共生を可能とするような社会・国家のあり方」に求められる。こうして、基本的人権は、憲法第13条の幸福追求権が保障する権利(これを教授は「人格的自律権」という)を基本として派生・展開するものと理解される<sup>15)</sup>。

このように、人が自律的生を営むことに価値を見出し、これにかかわる自由を憲法的権利として保障したものと理解する考え方は、社会権規定や社会保障制度の理解にも影響を与えている。社会保障法学者の菊池馨実(Yoshimi Kikuchi)教授は、社会保障の根本目的が個人的自由の確保にある点に着目し、「個人的自由」を、「個人が人格的に自律した存在として、主体的に自らの生を追求できること」を意味するものと捉える。その上で、社会保障の目的を、「単に物質的ニーズの充足による生活保障という物理的事象でとらえ切ってしまうのではなく、自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現……のための条件整備」と解し、憲法との関係では第13条に根拠をおくもの、と述べている<sup>16)</sup>。

私は、これらの議論や、アメリカ合衆国等の政治哲学なども参照し、日本国憲法が保障する社会権規定のうち、特に第25条(生存権保障)について、次のように理解している。つまり、抽象的・理念的には、憲法第25条とは、人々が、現実の社会状況下において、自己の生を自律的・主体的に構想し、かつ達成しようとする営みを支援することを目的としたもの、と解することができる。そして、人々の生活状況はおよそ一様とはいえず、複雑かつ微妙な価値判断を伴う面もあり、人間存在の具体的な生の過程・側面の様々な必要に応じて、多様に検討すべきものと考えられる。日本国憲法が、個人の尊重原理・幸福追求権を保障しつつ、国民の生活保障を権利として明記し、その実施を国の責務としたことには、以上のような、人々の自律的・主体的生を国家として尊重・配慮し、支援していくべきことを理念としていると理解できるのである<sup>17)</sup>。

## (2) 社会権規定の実現

このように、理念的には、個人の自律的・主体的生を尊重し、支援するという観点から、憲法第25条をはじめとする社会権規定が保障されたものと解されるとして、その具体的実現を、どのように図るべきかが次の問題となる。

韓国憲法裁判所は、1997年の生計保護基準事件で、大韓民国憲法第34条の生存権保障条項について、国が生計保護に関する立法を全くしなかったり、その内容が著しく不合理で、憲法上容認できる裁量の範囲を明白に逸脱した場合には、立法者が人

15) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008年)84頁。

16) 菊池馨実『社会保障の法理念』(有斐閣、2000年)140頁、菊池・前掲注(1)105-107頁。

17) 尾形健『福祉国家と憲法構造』(有斐閣、2011年)127頁。



間らしい生活をする権利と生活の無能力者に対する国の保護義務を明示した憲法規範に違反することになる、と判断している<sup>18)</sup>。日本の最高裁判所も、憲法第25条について、政治部門の判断・裁量を広く尊重する姿勢を示しており、裁判所によって生存権保障を実現する途は、極めて限定的なものとなっている。

例えば、生計保護基準事件と同じく、最低生活を保障する生活保護法の保護基準の違法性が争われた事件で、日本の最高裁は、「[厚生(労働)大臣が設定する保護基準が] 現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界を越えた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない」、としている<sup>19)</sup>。また、憲法第25条に基づく法律の合憲性について、最高裁判所は、「立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」、としている<sup>20)</sup>。憲法は、平等原則も保障しているが(第14条第1項)、社会保障に関する立法・行政について平等が問題となる場面では、やはり政治部門の広い裁量を尊重する姿勢を示し続けている<sup>21)</sup>。

### (3) 「協働(Collaboration/Partnership)」による実現

#### ① 判例法理の問題点

確かに、憲法第25条が定める「健康で文化的な最低限度の生活」は、抽象的・相対的な概念であり、その具体的実現については、国の財政事情や、高度な政策的判断も不可欠であり、こうした政策決定に関わる領域について、司法機関である日本の最高裁判所が広く立法府・行政府の裁量を尊重せざるを得ない面は否定できない<sup>22)</sup>。こうした場合、裁判所は、その立法などについて、何らかの合理的基礎(Rational Basis)があれば、憲法違反とすることは難しいことになる。そして、その背後には、何が賢明な経済・社会政策であるかについて、裁判所は政治部門に強要する権限を一切持たない、という、諸外国でもみられる政治部門への敬讓(deference)が示されているといえる<sup>23)</sup>。

#### ② 社会権規定の「協働」的实现の可能性

しかし、裁判所がどの程度政治部門の判断に踏み込めるかは、つまるところ、憲法の

18) 韓国憲法裁判所1997年5月29日判決。韓国憲法裁判所(徐元宇訳者代表)『韓国憲法裁判所10年史』(信山社、2000年)323-325頁(金敏祚訳)による。

19) 最大判1967年5月24日民集21巻5号1043頁(朝日訴訟)。この判決は、上告人が訴訟係属中に死亡したため、最高裁は、その死亡と同時に訴訟は終了したとして訴えを斥けたが、この事件が憲法第25条について国民の関心を集めた訴訟であったこともあり、最高裁は、「念のため」とわざわざ付言した上で、憲法第25条に関する判断を述べている。

20) 最大判1982年7月7日民集36巻7号1235頁(堀木訴訟)。ここでは、母子家庭等に支給される児童扶養手当と、公的年金(この事件では障害福祉年金)との併給を制限する児童扶養手当法の規定の合憲性が問題となった。

21) 1982年7月7日の堀木訴訟判決のほか、学生等を公的年金の強制加入の対象者としていなかったことなどの違憲性が争われた、最判2006年9月28日民集61巻6号2345頁(学生無年金障害者訴訟)などがある。

22) 日本の最高裁判所は違憲審査権を有するが(憲法第81条)、これは、憲法裁判所型の違憲審査を認めたものではなく、具体的事件の処理・解決に司法権が行使されるのに伴って憲法判断がなされる仕組みをとるものと解されている(最大判1952年10月8日民集6巻9号783頁)。

23) アメリカ合衆国最高裁判所の言及として、See *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471, 485-486 (1970)。



理念や規定を実現するにあたり、裁判所と政治部門との間で、いずれがよりよく実現しうるか、言い換えれば、憲法的価値の実現にあたり、いずれの国家機関が信頼に足るものであるか、という問題と捉えることができるであろう<sup>24)</sup>。したがって、政治部門が具体化した措置について何らかの不備があり、それが個人の生存権保障を深刻に脅かすような、個人の権利保障への侵害が大きい場面では、生存権保障実現について、政治部門に信頼を置くことは困難となっているのであるから、それでもなお裁判所は政治部門の判断を尊重すべきであるということにはならないものと思われる。そして、たとえ社会権の具体的実現が、立法府や行政府に第一次的に託されているとしても、それを具体化する措置が講じられたならば、憲法の趣旨・理念をふまえつつ、これらの措置が憲法的正義に適うものであるかどうかを審査するのは、裁判所がなしうることははずであろう<sup>25)</sup>。つまり、「[憲法の] 核心的部分については裁判所に迅速かつ実効的救済を要求し、立法府には社会保障制度を漸進的・段階的に整備していく責任を負わせている」<sup>26)</sup>、という理解が可能であるように思われる。

こうしたことから、私は、憲法第25条をはじめとする社会権の理念は、国会・内閣という政治部門と、司法権を付託された司法府とによって、いわば「協働」して実現されることが期待されているのではないかと考えてきた。立法権と財政決定権を有する国会(憲法第41条・第83条)は、行政権と「国務を総理」することを託された内閣(憲法第65条・73条1号)とともに、「その時々における文化の発達程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係」(1982年堀木訴訟判決)に配慮しながら、様々な福祉国家的施策を展開・形成する。それらは第一に、憲法第25条の理念、つまり、個人の自律的・主体的生への配慮・支援という価値を具体的に実現するものでなければならない。しかしその形成・展開は、憲法構造による統御から自由であるということとはできない。憲法第25条の理念実現の責務を一方で担う裁判所は、政治部門による福祉国家の具体的形成について、その進むべき途を開きつつ、憲法各条の指示を根拠に、その統制をなすべき地位にあると解することができる。こうして、憲法は、政治部門による第一次的な政策形成を前提としつつ、これに対する憲法的統制を裁判所に期待するという構造を採用していると考えられる<sup>27)</sup>。このように、政治部門と司法府との「協働(collaboration/partnership)」による社会権規定の実現が、日本国憲法が期待するあり方ということが出来る。

### III. 社会的平等の憲法的実現

以上の議論を踏まえ、最初にみた、日本にみられる社会的平等に関する問題について、検討し

24) See KERMIT ROOSEVELT III, THE MYTH OF JUDICIAL ACTIVISM : MAKING SENSE OF SUPREME COURT DECISIONS 229 (2006).

25) See LAWRENCE GENE SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES : A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE 95-96 (2004).

26) 鄭明政「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性」北大法学論集63巻3号(2012年)272頁、265頁。

27) 尾形・前掲注(17)129-130頁。

ておきたい。

## 1. 貧困問題の顕在化

### (1) 最低生活保障の憲法的統制

深刻になりつつある貧困問題に関連していえば、日本では、最低生活保障を支える生活保護法の給付水準の見直しが進められている。最高裁判所は、高齢者に認められていた付加的な給付(老齢加算)が段階的に減額・廃止されたことが憲法第25条などに反するとして争われた事件で、その訴えを斥けた<sup>28)</sup>。最高裁判所は、生活保護の基準の設定については厚生労働大臣の裁量権が認められるとした。もっとも、付加的な給付を減額・廃止する判断の過程における過誤・欠落等があったかどうかを審査するという枠組みを示し、より慎重な司法審査を行おうとする姿勢がうかがえる。しかしながら、個人の最低生活を支える生活保護法の具体的措置が受給者にとって不利益に変更される場合、それが個人の具体的生活を営むことが著しく困難となるか、または不可能とする場合もありうるのであるから、こうした場面では、裁判所は、政治部門に対する「信頼」を期待できないものとして、憲法的価値を踏まえた、より踏み込んだ司法審査を行う必要があるように思われる。

### (2) 「社会的包摂」にむけた憲法論

また、日本憲法学では、ヨーロッパ諸国で論じられる「社会的排除 / 社会的包摂 (social exclusion/inclusion)」を、憲法理論に導入しようとする考え方がある。遠藤美奈(Mina Endo)教授は、これらの議論を参照しながら、日本国憲法第11条が「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」、と定めていることに注目し、この規定から、すべての国民は市民としてその地位が認められる存在として処遇されなければならない、憲法が保障する基本的人権の保障から排除されないことが求められる、という<sup>29)</sup>。公的扶助についていえば、厳格な資産調査により、一般市民なら所有が認められる財産の放棄が強要されたり、受給者のプライバシーに立ち入ったケースワークなどが行わたりすることがあるが、一般市民に認められる自由・権利を、公的扶助受給者であるがゆえに放棄・制限することを強いるのは、公的扶助受給者を「市民」としての地位から排除することを意味する。こうした観点からも憲法的統制が求められる。そして、公的受給者を「市民」として社会に包摂することは、より大きな文脈では、政治参加などの民主的な国民統合の可能性にもつながるように思われる<sup>30)</sup>。

28) 最判2014年2月28日民集66巻3号1240頁、最判2012年4月2日民集66巻6号2367頁。

29) 遠藤美奈「『健康で文化的な最低限度の生活』の複眼的理解」齋藤純一編著『福祉国家 / 社会的連帯の理由』(ミネルヴァ書房、2004年) 155頁。

30) 全光錫教授は、憲法の平等や社会権等の課題は、民主主義を通じた政治的統合の可能性に依存すると述べられている(国分典子「韓国における福祉政策の位置づけ」憲法問題20号 [2009年] 20頁の紹介による)が、こうした政治的統合の問題とも関わるように思われる。



## 2. 社会参加の問題

少子高齢化が急速に進行し、労働力人口が減少する日本にあっては、様々な階層の人々が積極的に社会参加することが求められるようになってきている。これには、こうした政策的意義だけでなく、倫理的意義も見出せるように思われる。つまり、すでにふれた「社会的包摂」の議論もそうであるように、社会参加への機会を確保することは、人々が、自律的・主体的な存在として、また、平等な市民として、社会・国家に参画する可能性を高めることを意味する<sup>31)</sup>。ここでは、日本国憲法における平等原則に関する判例法理を概観した上で(1)、女性と障害者の社会参加に関連して、若干述べておきたい(2)、(3)。

### (1) 平等原則をめぐる判例法理

最高裁判所によれば、平等原則を定める憲法第14条第1項は、「国民に対し法の下での平等を保障した規定であって、同項後段列挙の事項〔人種・信条・性別・社会的身分・門地〕は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」のものとされている<sup>32)</sup>。そして、事案に応じて、問題となる区別の性質や、権利・利益の重要性・性質等を総合的に考慮し、憲法上重要な法的地位・権利が問題とされる事案にあっては、より慎重な検討をする姿勢がみられている<sup>33)</sup>。

### (2) 女性の社会参加——性に基づく区別

女性の社会参加は、性に基づく区別を憲法としてどのように評価するかと関係する。最高裁判所は、基本的人権が私法上問題となる場面で、男女差別について厳しく判断する姿勢を一貫させてはいるが<sup>34)</sup>、憲法第14条第1項にかかげる差別事由をあくまで例示的なものと解しており、性に基づく法令上の区別について正面から判断した例はまだ存在していない。この点で注目されるのは、最近の下級裁判所の判例で、地方自治体職員に関する遺族補償年金について、受給者が夫である場合にのみ年齢要件を課す法律の規定が違憲だとして争われた事件である。大阪地方裁判所は、性による区別が、「憲法の定める個人の尊重原理と直結する憲法14条1項後段に列挙されている事由によるものであって、憲法が両性の本質的平等を希求していることは明らかであるから、本件区別の合理性については、憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」、と慎重に審査する姿勢を示し、妻と夫で支給

31) See Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N. C. L. REV. 375, 383 (1985).

32) 最大判1973年4月4日刑集27巻3号265頁(尊属殺重罰規定違憲判決)。

33) 例えば、国籍を「重要な法的地位」とみて「慎重な検討」を要するとした、最大判2008年6月4日民集62巻2号1367頁(国籍法違憲訴訟)や、嫡出子たる身分について「個人の尊厳」と「法の下での平等」に照らし、区別について「不断に検討」すべきとした最大決2013年9月4日民集67巻6号1320頁(非嫡出子相続分差別違憲訴訟)、「婚姻することについての自由」が憲法24条2項の趣旨に照らし十分尊重に値することを踏まえて審査する最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲訴訟)などがその例として挙げられる。

34) 最判1981年3月24日民集35巻2号300頁(日産自動車事件)、最判2006年3月17日民集60巻3号773頁(男子孫入会権事件)などがある。

要件を異にする規定は、立法当初は合理性を有していたものの、女性の社会進出が進んだ今日において、合理性を失った、などとして違憲にした<sup>35)</sup>。この判決は、憲法論からみて興味深い点を指摘している。第1に、性に基づく区別が、個人の尊重原理と深く関わっていることを踏まえている点である。生存権保障が、個人の自律的・主体的生の尊重を理念とするものとするれば、性に基づく区別は、男性・女性の双方にとって、各人の能力・選好等に基づき人生の選択をすることを著しく困難にする点で、極めて問題となる<sup>36)</sup>。第2に、この判決は、性に基づく区別を含む立法について、法律制定当初は合理性があったとしながら、社会・経済状況が変容するに伴い、その法律を支える合理性あるいは立法事実(legislative facts)が、今日において失われた、と判断している点である<sup>37)</sup>。憲法的価値を踏まえながら、そして第一次的には立法府の判断を尊重しながら、漸進的・段階的に司法的統制を行おうとする裁判所の姿勢は、「協働」による社会権実現の観点から積極的に評価すべきものといえるように思われる。

### (3) 障害者の社会参加——障害差別禁止法理と憲法

先にふれたように、日本では、障害者権利条約の批准に伴う国内法の整備として、障害者差別解消法が制定され、障害を理由とした差別禁止のみならず、合理的配慮の不提供も差別に当たることが明らかにされた<sup>38)</sup>。日本憲法学では、障害を理由とする差別の禁止のみならず合理的配慮の不提供も禁止する障害差別禁止法理が、憲法の平等原則に含まれるとする見解が現れている<sup>39)</sup>。

基本的人権保障の理念が、個人の具体的な自律的・主体的生の尊重にあるとすれば、障害者の主体的生を困難にするような法令の区別がある場合、それは慎重な司法審査が必要となるであろう。もっとも、合理的配慮の不提供禁止が憲法上の平等原則に含みうるかは、理論的に難しいかもしれない。しかし、憲法上の原則としては合理的配慮不提供禁止が含まれないとしても、障害者差別解消法に示された合理的配慮の要請等を手がかりに、より厳格度の高い司法審査を行うことも可能であるように思われる。つまり、立法府が明確にした障害差別禁止法理のメッセージを司法府がふまえ、法解釈に反映させることは、まさに立法府と司法府との「協働」といえるものである<sup>40)</sup>。

35) 大阪地判2013年11月25日判例タイムズ1402号69頁。ただし控訴審は、違憲の主張を斥けている(大阪高判2015年6月19日判例時報2280号21頁)。

36) See Ruth Bader Ginsburg, *Sex Equality and the Constitution*, 52 TULANE L. REV. 451, 470 (1978).

37) 社会状況の変容によって立法の合理性が失われたとする判断方法は、実は最高裁判所自身がしばしば行っているものである。注(33)でふれた国籍法違憲訴訟や非嫡出子相続分差別違憲訴訟などはその例である。

38) ただし、行政機関等については義務規定となっているが、民間事業者等については努力義務とされている(障害者差別解消法7条・8条)。

39) 植木淳『障害のある人の権利と法』(日本評論社、2011年)173-174頁。

40) この点については、尾形健「障害者法をめぐる憲法的一思考」大原社会問題研究所雑誌640号(2012年)4頁参照。



### 3. 世代間公正の問題

最後に、世代間公正の問題にふれておきたい。この問題は、実は、立憲主義憲法を制定することと同じ性質の問題を含んでいるといえる。つまり、単純多数決では改正できない硬性憲法典の制定は後の世代を拘束するが、なぜそれが許されるのか、という問題である(「プリコミットメント(precommitment)」論の問題)<sup>41)</sup>。公的年金など、ある時点で給付と負担の関係が決められた社会サービスは、後の世代を拘束することになるが、この問題は、憲法としてみれば、社会保障制度の創設にあたる政治部門が、国民各人の自律的・主体的生が尊重される社会の形成・発展について、将来にわたってどこまで配慮しうるか、という問題と言い換えることができる<sup>42)</sup>。

世代の捉え方、把握された世代間の利益衡量のあり方、問題となる制度の内容・性質等、具体的に検討すべき点が多く<sup>43)</sup>、ここでは抽象的に論ずるにとどめなければならないが、ここでは、日本国憲法が、「この憲法が保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる」(憲法第11条)と定めていることに注目したい。国会は、憲法上、国権の最高機関とされ(第41条)、かつ財政決定権(第83条)を有しており、将来にわたる社会保障制度の創設・改廃等については、まさに第一次的にその責務を担う機関であるといえる。しかし、国会には、憲法上、将来にわたって持続可能な制度を構想する際、将来の国民の自律的・主体的生の実現に配慮しながら、給付と負担の均衡を適切に行った制度設計について熟慮し、決定することが求められるように思われる。この点で、立法府には過度の柔軟性(great flexibility)が与えられるべきではなく、場合によっては司法的統制に服する場面も考えられるであろう<sup>44)</sup>。ここにもまた、立法府と司法府との「協働」による社会権実現の可能性が潜んでいるように思われる。

#### ■ むすびにかえて

以上、この報告では、社会的平等と憲法について、日本憲法での議論・経験をふまえ、検討してきた。日本における社会的平等に関していえば、経済の低成長と深刻な少子高齢化を背景に、a) 貧困問題の顕在化、b) 社会参加の問題、c) 世代間公正の問題が今日的課題として挙げられる。日本国憲法は、生存権保障(憲法第25条)をはじめ、社会権規定を含み、社会的平等に対処する用意のある憲法といえることができるが、日本の最高裁判所は、憲法第25条に関しては政治部門の裁量を広く尊重するなど、裁判所による憲法的実現は極めて限定的な状況が続いている。この報告では、日本国憲法が予定する社会権規定の実現を、政治部門と司法府との「協働」

41) See Jeremy Waldron, Precommitment and Disagreement, in CONSTITUTIONALISM : PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 271 (Larry Alexander ed., 1998).

42) 尾形健「『健康で文化的な最低限度の生活』水準のあり方をめぐって」社会保障法18号(2003年)7頁を参照。

43) 太田匡彦「公的高齢年金制度における将来拘束」社会保障法31号(2016年)57頁参照。

44) BRUCE ACKERMAN & ANNE ALSTOTT, THE STAKEHOLDER SOCIETY 111 (1999).

による構図としてとらえ、その観点から、今日的課題に関わる諸問題を検討した。私の理解する限り、福祉国家における施策は、つまるところ、時代状況に規定されながら、人間の具体的生の過程の多様性にどこまで配慮しうるか、という問いに集約されていくように思われる。憲法が保障する基本的人権が、人間の自律的存在を尊重することにあるとすれば、社会権をめぐる憲法論、そして、社会的平等に関する問題も、個人の自律的・主体的生をいかにして国家的に支援し、配慮していくか、という観点から考察することが重要であるように思われる。





## **SESSION 2**

### **Discussion 1**

# **토론문 : “사회적 평등과 헌법 – 일본헌법의 관점에서부터”에 대하여**

「社会的平等と憲法－日本国憲法の観点から」  
についての討論文

**Jung, Younghoon**

Senior Research officer, Constitutional Research Institute



## 「사회적 평등과 헌법 - 일본 헌법의 관점에서부터」에 관한 토론문

정영훈

헌법재판연구원 책임연구원, 법학박사

한국의 연구자들이나 정책입안자들은 사회적 평등을 실현하기 위한 법정책을 논의하고 실행하는 데 있어서 일본의 현상과 그에 관련된 논의 및 법정책에 대해서 항상 많은 관심을 가지고 지켜보고 있습니다. 하지만 이러한 관심은 실정법적인 차원에 머물 뿐이고 헌법적 차원으로 나가지 못했다는 한계가 있다고 생각합니다. 그렇기 때문에 오늘 심포지움에서 오가타 타게시(尾形健)교수님의 발표를 듣고 의견을 나눌 수 있게 된 것에는 매우 중요한 의미가 있다고 생각합니다. 이와 같은 의미 부여가 가능한 것에는 크게 세 가지의 이유가 있습니다. 첫째로는 尾形健교수님께서도 말씀하신 바와 같이 사회적 평등에 관련된 기본권 규범의 측면에서 볼 때 한국과 일본의 헌법은 매우 유사하다는 점입니다. 이는 평등에 관한 조항의 규범적 내용이 매우 유사하다는 점과 사회권을 국민의 기본적 권리로서 보장하고 있다는 점에서 명확히 알 수 있습니다. 둘째로는 한국과 일본의 사회적 평등을 둘러싼 문제, 즉 사회적 불평등의 현상, 구조, 원인이 매우 유사하다는 점입니다. 예를 들어 여성의 경제적·사회적 각종 지표를 보면 한국과 일본은 모두 세계 최하위권을 맴돌고 있습니다. 노동시장의 이중구조의 문제도 역시 유사합니다. 셋째로 이상의 두 가지 이유 때문인지는 명확히 않지만, 사회적 평등을 실현하기 위한 법제도도 상당히 유사하다는 점입니다.

물론 사회적 평등에 관한 양국 국민의 인식이나 법의식을 보면 상당히 다른 점들도 있고 이러한 차이를 간과할 수는 없지만 이러한 차이가 양국 간의 위와 같은 공통성을 압도하여 비교연구의 의의를 감소시킬 정도는 아니라고 생각합니다.

尾形健교수님의 발표를 읽으면서 많은 공부가 되었습니다. 평소에 들었던 생각을 더하여 몇 가지 사항에 대해서 말씀드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

1. 한국 헌법과 일본 헌법에는 각각 “국민의 권리와 의무”라는 장(章)을 두어 사회권을 포함한 다양한 기본권을 명문으로 규정하고 있다는 공통점을 가지고 있습니다. 하지만 기본권이론의 전개와 발전을 보면 상당한 차이를 보이고 있습니다. 특히 위헌심사방법이나 심사기준에 관해서는 많은 차이를 보이고 있습니다. 이러한 차이에도 불구하고 유독 눈에 들어오는 공통점은 사회권의 법적 성격을 둘러싼 학계의 논쟁이라고 할 수 있습니다. 이러한 논쟁은 우리나라와 일본에만 있는 것은 아니지만, 사회권을 헌법에서 기본권으로 규정하고 있기 때문에 그 논쟁은 더욱 치열할 수밖에 없을 것으로 생각합니다. 일본이나 한국이나 사회권



조항을 프로그램 규정이라고 이해하면서 법적 권리성을 부정하는 견해는 오래전에 극복되었고, 법적인 권리로 이해하는 데 이론이 없는 것으로 알고 있습니다. 하지만 법적 권리로 이해하는 데 있어서 일본에서는 추상적 권리설이 1970년대 이래 현재까지도 통설(또는 다수설)로서 받아들여지고 있는 반면에 한국의 경우에는 적어도 1990년대 중반 이후로는 추상적 권리설을 주장하는 견해는 극소수에 불과합니다. 물론 한국에서도 1990년대 초반까지는 추상적 권리설이 통설이라고 평가되고 있었습니다.

사회권의 법적 성격에 관한 현재 한국 학계의 논의 상황을 보면 크게 주관적 권리설과 객관적 의무설이 대립하고 있습니다. 주관적 권리설을 지지하는 대다수의 견해가 추상적 권리설을 비판하고 있는 것에서 알 수 있듯이 이들 견해는 사회권은 “추상적”인 권리가 아니라 소구가능(訴求可能)한 주관적 공권(主觀的公權)으로 이해합니다. 여기에서 소구가능성은 주로 헌법재판소를 통한 구제가능성을 의미합니다. 주관적 권리설을 지지하는 견해 중에는 추상적 권리설에 대한 비판 의식으로부터 자신들의 견해를 “구체적 권리설(또는 불완전한 구체적 권리설)”이라고 부릅니다. 그런데 이들 견해도 사회권에 근거하여 국가에 대해서 요구할 수 있는 작위(作爲)의 내용이 항상 구체적으로 특정될 수 있다고 주장하는 것 같지는 않습니다. 한편 주관적 권리설을 지지하는 견해 중에는 Alexy의 기본권이론에 따라서 사회권의 주관적 권리성을 논증하려는 견해가 최근에는 주목을 받고 있습니다. 이에 대해서 객관적 의무설을 주장하는 견해는 사회권 기본권을 규정하고 있는 헌법 조항들은 대략적인 목적과 방향만을 추상적으로 기술하고 있기 때문에 조항의 해석을 통하더라도 사법적으로 이를 관철할 수 있을 만큼 구체화하는 것은 거의 불가능하다고 합니다. 따라서 헌법에 명문으로 권리의 양식으로 규정되어 있다고 하더라도 이를 주관적 권리 조항으로 보아서는 아니 된다고 합니다. 이 견해는 한국 헌법상의 사회권 조항의 법적 성격을 국가목표조항이나 헌법 위임조항으로 이해하여야 합니다. 사회적 기본권에 대한 독일의 통설적 이해와 거의 유사하다고 할 수 있습니다.

이와 같은 이론적 대립 상황 속에서 헌법재판소의 입장은 다소 모호합니다. 헌법재판소는 헌법 제34조 제1항에서 규정하고 있는 “인간다운 생활을 할 권리(人間に値する生活を営む權利)”의 침해 여부를 심사한 1995년 결정에서 “인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 「최소한의 물질적인 생활」의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다”라고 하여 “구체적 권리설”을 취하는 듯한 입장을 보였습니다. 역시 1997년의 생활보호기준사건 결정에서도 “헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다”라고 하여 “객관적으로 필요한 최소한 조치”를 언급하고 있습니다. 이러한 설시를 보면 헌법재판소는 “인간다운 생활을 할 권리”라는 사회권의 권리 내용 가운데 최소한도에 해당하는 내용은 객관적으로 파악될 수 있고, 따라서 그 부분에 대해서는 적어도 주관적 권리로 인정될 수 있다는 입장을 취하고 있는 듯합니다. 하지만 헌법재판소가 사회권의 최소한도의 내용에 국한해서 주관적 권리성을 인정하고 있는지는 확실하지 않습니다. 헌법재판소는 최소한도를 넘는 수준을 입법화한 법률조항이 사회권을 침해하고 있는지의 여부도 심사하고 있기 때문입니다. 이상의 한국의 논의 상황을 염두에 두면서 사회권에 관한 일본의 논의 상황을 보면 상당히 의아한 점이 있

습니다. 일본 헌법 제25조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다(すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する)”고 규정하여 명문으로 기본권의 내용을 “최저한도”라고 규정하고 있습니다. 이에 비하여 한국 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(すべて国民は、人間に値する生活を営む権利を有する)”고 하여 권리의 내용을 상당히 추상적으로 규정하고 있습니다. 따라서 한국에서는 헌법재판소의 판시와 같이 동 조항의 권리에 대해서 “객관적으로 필요한 최소한”에 국한하여 주관적 권리로 인정하려는 해석이 발생하게 됩니다. 독일의 경우에도 사회권을 헌법에서 명문으로 보장하고 있지 않음에도, 그리고 사회권 일반에 대해서 그 주관적 권리성을 부정적으로 바라보는 경향이 강함에도 독일 연방헌법재판소는 “인간다운 생활을 위한 최저한도의 조건에 권리”를 독일 헌법 제1조 제1항의 인간의 존엄성 보장과 제20조의 사회국가원리의 결합 속에서 도출하고 있습니다. 또한, 스위스 헌법도 “경제적 곤궁 상태에서 부조를 받을 권리(제12조)”와 “기초교육을 무상으로 받을 권리(제19조)를 주관적 권리로써 명확히 규정하고 있습니다.<sup>1)</sup> 이러한 입장은 적어도 최소한도의 수준에 대해서는 사회권의 주관적 권리성을 인정하고 있는 것으로 이해됩니다.

이상과 같이 보았을 때 일본의 경우에는 헌법 제25조 제1항에서 권리의 내용을 “최저한도의 생활”이라고 규정하고 있기 때문에 그 권리가 법적 권리인지를 둘러싸고 논쟁을 하여야 할 여지는 그다지 크지 않아 보입니다. 이렇게 보면 “추상적 권리”라는 성격 부여도 불필요한 것이 아닐까 하는 생각이 듭니다. 아사히소송(朝日訴訟)의 東京지방법판소 제1심 판결이 헌법 제25조의 법적 성격을 가장 잘 이해한 것이 아닌가라는 생각이 듭니다.

2. 일본 헌법 제25조 제1항에서 보장하고 있는 기본권은 “최저한도의 생활”을 보장하고 있는 것이고, 적어도 이러한 최저한도의 수준에 대해서는 주관적 권리성을 확고히 인정할 수 있다면, 이러한 최저한도의 수준을 충족하고 있는지의 여부에 대해서는 법원에 의한 엄격한 심사가 이루어져야 할 것으로 생각됩니다. 尾形健교수님께서도 말씀하신 바와 같이 헌법 제25조는 개인의 주체적·자율적 삶(個人の自律的·主体的生)에 대한 배려와 지원을 이념으로 하고 있기 때문입니다. 특히 건강하고 문화적인 최저한도의 생활 조차 유지될 수 없다면 개인의 주체적·자율적 삶은 불가능할 것이기 때문입니다. 尾形健교수님께서도 이 점에 관해서는 더욱 면밀한 사법심사(より踏み込んだ司法審査)가 필요하다고 말씀하십니다.

하지만 최저한도라고는 하여도 그 의미는 상대적이고 추상적이기 때문에 그 구체적인 수준이나 수치를 당해 기본권 조항의 해석을 통해서 도출하는 것은 거의 불가능할 것으로 생각됩니다. 이러한 한계를 보충할 수 있는 것이 절차통제, 즉 재량판단과정통제라고 할 수 있을 것입니다. 노령가산(老齡加算)이나 모자가산(母子加算)의 폐지·감액을 둘러싼 최근의 판결들에서 재량판단과정통제를 도입한 것은 매우 중요한 의의가 있다고 생각됩니다. 아직까지 한국의 헌법재판소는 이와 같은 재량판단과정통제와 같은 심사방법을 본격적으로 도입한 적은 없습니다. 향후 일본의 판례와 학설이 이러한 재량판단과정통제의 심사방법을 구조화·정치화하여 정식화할 필요가 있을 것으로 생각됩니다. 특히 입법자에게 어느 정도의 입증부담을 지울 것인지가 매우 중요할 것으로 생각됩니다.

그런데 사회권의 침해 여부 심사에서 있어서 비록 권리 내용의 추상성·상대성이 있다고 하여 재량판단

1) 이 점과 관련하여 스위스 연방대법원 1995년 판결에서 “인간다운 삶을 위한 최소조건에 대한 권리를 기본권으로서 인정하면서 “직접적으로 기본권이 명명하고 있으며 법원에 의해서 관철될 수 있는 것은 언제나 국가에 의한 급부의 최소한뿐이다”라고 하고 있습니다.



과정통제와 같은 절차통제에만 중점을 두는 것에는 찬성하기 어렵습니다. 일차적으로는 사회권의 실체적 권리 내용의 확립이 우선되어야 하는 것은 아닌가라는 생각이 듭니다. 특히 그것이 개인의 주체적·자율적 삶의 보장에 필수불가결한 “최저한도”와 관련되어 있다면 더욱 그러하다고 생각합니다. 적어도 “최저한도”에 관한 실체적인 권리 내용에 대해서는 당해 사회권 조항의 해석을 통해서 어느 정도는 명확히 할 수 있을 것으로 생각합니다. 즉, 개인의 자율적·주체적인 삶을 위해서 충족되어야 하는 기초적인 사실적 조건들을 유형화된 필요에 따라서 횡적으로 확정하는 데 있어서는 법원이 적극적으로 심사에 나서야 할 것으로 생각합니다. 예를 들어서 생활보호에 있어서 노령가산(老齡加算)이나 모자가산(母子加算)이 과연 최저한도의 인간다운 삶을 위해서 필요한 것인지를 실체적으로 검토해야 할 필요가 있다고 생각합니다. 요(要)보호대상자로서 70세의 노인과 30세의 젊은이에 대한 생활보호급부를 동일하게 할 것인지 아니면 70세 노인에게는 노인에게 특유하고 전형적으로 존재하는 필요를 반영하여야 하는지의 여부를 당해 일본 헌법 제25조 제1항의 해석을 통해서 도출되는 기본권의 실체적 내용에 따라서 판단되어야 할 것으로 생각합니다. 특히 건강과 생명의 유지에 필요한 최소한의 필요의 충족에 관한 것이라면 더욱 엄격한 심사가 이루어져야 할 것으로 생각합니다.

3. 사회적 평등을 실현하는 데 있어서는 실질적 평등/결과의 평등이 매우 중요한 의미를 가진다고 생각합니다. 복지국가원리(또는 사회국가원리)가 헌법상의 원칙으로서 인정되는 국가에서는 평등은 형식적 평등/기회의 평등을 넘어서 실질적 평등/결과의 평등도 포함한다고 해석하지 않을 수 없을 것입니다. 하지만 형식적 평등/기회의 평등의 실현과는 달리 실질적 평등/결과의 평등이 실현되기 위해서는 국가 또는 다른 개인의 적극적인 행위가 필요합니다. 장애인차별금지법상의 합리적인 편의제공이 대표적인 예라고 할 수 있습니다. 그런데 이러한 적극적인 행위는 복지국가원리(또는 사회국가원리)에 따른 요청이라고도 할 수 있고, 기본권의 측면에서 보자면 사회권의 내용이라고도 할 수 있습니다. 장애인에 대한 합리적 배려조치를 예로 들어 보면 일본 헌법에는 장애인에 관한 특별한 보호 규정이 없지만, 한국 헌법에는 장애인에 대한 특별한 보호를 규정하고 있습니다(헌법 제34조 제5항). 장애인에 대한 합리적 배려조치는 이와 같은 국가의 특별한 보호에 따른 것이라고 할 수 있습니다. 일본 헌법에 장애인에 대한 특별한 보호 규정이 없다고 하더라도 장애인에 대한 특별한 보호는 사회복지·사회보장에 해당하는 것이기 때문에 그 헌법적 근거는 일본 헌법 제25조 제2항에서 찾을 수 있을 것입니다. 이렇게 보면 사회적 평등의 과제는 사회보장의 과제와 중복될 가능성이 있고, 사회보장에 관해서 헌법에 개별 조항을 두고 있는 경우에는 그러한 개별 조항의 과제와 중복될 가능성이 있다고 생각합니다. 그런데 이러한 중복 가능성은 사회적 평등으로부터 국가의 적극적 배려의무 또는 보호의무가 도출될 수 있을 때 상정될 수 있는 것이 아닌가라는 생각이 듭니다. 尾形健교수님께서는 이에 관해서 “합리적 배려의 부제공금지가 헌법상의 평등원칙에 포함될 수 있는가는 이론적으로 어려울지도 모른다(合理的配慮の不提供禁止が憲法上の平等原則に含みうるかは、理論的に難しいかもしれな)”고 하십니다. 사회적 평등의 실현을 위한 적극적 배려조치 또는 보호조치는 단지 장애인에 국한되는 것은 아니라고 생각되기에 尾形健교수님의 이와 같은 평가는 매우 중요하다고 생각합니다. 尾形健교수님께서 이와 같이 평가하신 이유가 구체적으로 무엇인지 궁금합니다. 혹시 일본 헌법 제14조 제1항 후단에 “장애

인”이 언급되어 있지 않기 때문인지요? 아니면 이론적으로 평등원칙(또는 평등권)으로부터는 사회적 평등을 실현하기 위한 국가의 적극적 행위 의무를 도출하는 것이 불가능하다고 생각하시기 때문인지요? 나아가 사회적 평등과 사회권과의 관계에 대해서 어떻게 이해하여야 하는지 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.



## 「社会的平等と憲法－日本国憲法の観点から」 についての討論文

チョン・ヨンフン

(憲法裁判研究院 責任研究官、法学博士)

韓国の研究者や政策立案者たちは、社会的平等を実現するための法政策について議論し実行する上で、日本の現状と、それに関連する議論や法政策について常に大きな関心を持って見守っています。しかし、このような関心は実定法のレベルにとどまっており、憲法のレベルまでは進んでいないという限界があると思われます。そこで、本日のシンポジウムで尾形健教授の発表をお聞きになり、意見を交わせるのは非常に大事な意味があると思います。このような意味付けには、大きく分けて三つの理由が挙げられます。まず第一に、尾形健教授もおっしゃるように、社会的平等に関する基本権規範の側面から見て、韓国と日本の憲法は非常に類似しているという点があります。これは、平等に関する条項の規範的内容が非常に類似しているということや社会権を国民の基本的権利として保障しているということからも明らかです。第二に、韓国と日本の社会的平等をめぐる問題、すなわち社会的不平等の現象、構造、原因が大変似ているという点です。例えば、女性の経済的・社会的な各種の指標をみると、韓国と日本はともに世界の最下位圏にとどまっています。労働市場の二重構造の問題もやはり似ています。第三に、以上の二つの理由のためかは分かりませんが、社会的平等を実現するための法制度もかなり類似している点です。

もちろん社会的平等に関する両国の国民認識や法意識にはかなりの相違点もあり、かような違いを見過ぎてはなりません。このような相違点が両国の共通点を凌駕して比較研究の意義を低減させるほどではないと思われます。

尾形健教授の発表文を拝読させて頂きまして、大変勉強になりました。討論者自分で普段考えていたことを含め、いくつかの事柄について申し上げることで討論に代えさせて頂きたいと思ひます。



1. 韓国憲法と日本国憲法には、それぞれ「国民の権利と義務」という章があり、社会権を含めて様々な基本権を明文で規定しているという共通点があります。しかし、基本権理論の展開と発展をみると、そこにはかなりの相違点があります。特に、違憲審査方法や審査基準には多くの差があります。

かような相違点にもかかわらず、特に目につく共通点は、社会権の法的性格をめぐる学界の論争です。かかる論争が韓国と日本にかぎるものではないと思いますが、社会権を憲法で基本権として規定しているため、その論争はなおさら激しくなるしかなかったと思われます。両国ともに社会権条項をプログラム規定として理解し法的権利性を否定する見解は大分以前からなくなり、法的権利として理解することには異論のないところだと理解しております。しかし、法的権利として理解するにおいて、日本では抽象的権利説が1970年代以来、現在までも通説(または多数説)として受け入れられている一方、韓国の場合は、少なくとも1990年代半ば以降は抽象的権利説を主張する見解はごく少数に過ぎません。もちろん韓国でも1990年代初頭までは抽象的権利説が通説と評価されていました。

社会権の法的性格に関する現在の韓国学界における議論状況を見ると、大きく分けて主観的権利説と客観的義務説が対立しています。主観的権利説を支持する大多数の見解が抽象的権利説を批判していることから分かるように、彼らの見解では、社会権は「抽象的」な権利ではなく、訴求可能な主観的公権として理解しています。ここでの訴求可能性とは、主に憲法裁判所を通じた救済可能性を意味します。主観的権利説を支持する見解の中には、抽象的権利説に対する批判意識から、自分たちの見解を「具体的権利説(または不完全な具体的権利説)」と言う人もいます。しかし、これらの見解も社会権に基づいて国に求めることができる作為の内容が常に具体的に特定できると主張しているわけではないようです。一方、主観的権利説を支持する見解の中には、ロベルト・アレクシーの基本権理論にしたがって社会権の主観的権利性を論証しようとする見解が最近では注目を浴びています。これに対して客観的義務説を主張する見解は、社会的基本権を規定している憲法の条項は概略的な目的や方向だけを抽象的に記述しているため、条項を解釈しても司法的にこれを貫徹できるほどの具体化はほとんど不可能であると主張しています。したがって、憲法に明文で権利様式をもって規定されていたとしても、これを主権的権利条項として見てはならないとしています。この見解によると、韓国憲法上の社会権条項の法的性格を国家目標条項や憲法委任条項として理解しなければなりません。社会的基本権についてのドイツの通説的理解とほぼ類似しているといえます。

このような理論的対立状況において、憲法裁判所の立場はやや曖昧です。憲法裁判所は、憲法第34条第1項で規定している「人間に値する生活を営む権利」の侵害有無を審査した1995年の決定において、「人間の尊厳に相応する生活に必要な『最小限の物質的な生活』の維持に必要な給付を要求することができる具体的な権利が場合によって直接導き出せるとは言っても、同基本権が直接それを超える給付を内容とする具体的な権利を発生させるとはできない」とし、「具体的権利説」を取



るような立場を示しました。また、1997年の生活保護基準事件の決定においても、「憲法裁判においては、他の国家機関、すなわち立法府や行政府が、国民が人間に値する生活を営めるようにするため、客観的に必要な最小限の措置を取る義務を尽くしたかを基準に国家機関の行為の合憲性を審査すべきであるという統制規範として作用するのである」とし、「客観的に必要な最小限の措置」を言及しています。このような説示を見ると、憲法裁判所は、「人間に値する生活をする権利」という社会権の権利内容のうち最小限に当たる内容は客観的に把握することができるのであって、よって、その部分については、少なくとも主観的権利として認められるという立場を取っているようです。しかし、憲法裁判所が社会権の最小限の内容に限定して主観的権利性を認めているかは定かではありません。憲法裁判所は、最小限を超える水準を立法化した法律条項が社会権を侵害しているか否かも審査しているためです。

以上の韓国での議論状況を踏まえて社会権に関する日本の議論状況を見ると、非常に疑問に思われる点があります。日本国憲法第25条第1項は、「すべての国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定し、明文で基本権の内容を「最低限度」と規定しています。これに比べて韓国憲法第34条第1項は、「すべての国民は、人間に値する生活を営む権利を有する」とし、権利の内容を非常に抽象的に規定しています。したがって、韓国では、憲法裁判所の判示のように、同条項の権利について「客観的に必要な最小限」に局限して主観的権利として認めようとする解釈が生じています。ドイツの場合も、社会権を憲法に明文で保障していないにもかかわらず、そして、社会権一般についてその主観的権利性を否定的に見る傾向が強いにもかかわらず、ドイツ連邦憲法裁判所は、「人間らしい生活のための最低限度の条件に権利」をドイツ憲法第1条第1項の人間の尊厳性の保障と第20条の社会国家原理を結合して導出しています。また、スイス憲法も、「経済的困窮状態において扶助を受ける権利（第12条）」と、「基礎教育を無償で受ける権利（第19条）」を主観的権利として明確に規定しています<sup>1)</sup>。このような立場は、少なくとも最小限の水準については社会権の主観的権利性を認めているものと理解できます。

以上のように考えると、日本の場合は、憲法第25条第1項で、権利の内容を「最低限度の生活」と規定しているため、その権利が法的権利であるかを巡って論争すべき余地はさほど大きくないように思えます。こうしてみると、「抽象的権利」という性格づけも不要ではないかという気がします。朝日訴訟の東京地方裁判所第一審判決が憲法第25条の法的性格を最もよく理解したものではないかと思われま

2. 日本国憲法第25条第1項で保障している基本権は、「最低限度の生活」を保障しているものであり、少なくともこうした最低限度の水準について主観的権利性を確実に認めることができれば、このような最低限度の水準を満たしているか否かについては裁判所による厳格な審査が行われなければ

1) この点について、スイス連邦最高裁判所は1995年の判決で、「人間らしい生活のための最小条件についての権利」を基本権として認めながらも、「直接的に基本権が命令しており、裁判官によって貫徹できるものは、いつも国家による給付の最小限のみである」としています。

ならないと思われます。尾形健教授も言われたように、憲法第25条は、個人の自律的・主体的生への配慮と支援を理念にしているためです。特に、健康で文化的な最低限度の生活すら維持できないとすると、個人の自律的・主体的生は不可能であるためです。尾形健教授もこの点については、より踏み込んだ司法審査が必要であると述べられました。

しかし、最低限度とは言っても、その意味は相対的かつ抽象的であるため、その具体的な水準や数値を当該基本権条項の解釈を通じて導出することはほぼ不可能であると思われます。このような限界を補うことができるのが手続統制、すなわち、裁量判断過程統制であると言えるでしょう。老齡加算や母子加算の廃止・減額をめぐる最近の諸判決において裁量判断過程統制を取り入れたことは非常に重要な意義があると思われます。まだ韓国の憲法裁判所は、このような裁量判断過程統制のような審査方法を本格的に取り入れたことはありません。今後、日本の判例と学説がこのような裁量判断過程統制の審査方法をより構造化・精緻化して定式化する必要があると思われます。特に立法者にどの程度の立証負担を負わせるかが非常に重要であると思われます。

しかし、社会権の侵害有無の審査において、たとえ権利内容の抽象性・相対性があるとして裁量判断過程統制のような手続統制のみに重点を置くことには賛成し難いところがあります。まずは、社会権の実体的な権利内容の確立が優先されるべきではないかと思われます。特に、それが個人の主体的・自律的な生活の保障に不可欠な「最低限度」と関係している場合にはなおさらだと思います。少なくとも「最低限度」に関する実体的な権利内容については、かかる社会権条項の解釈を通じてある程度は明確化にできると思われます。つまり、個人の自律的・主体的な生活のために満たされなければならない基礎的で事実的な条件を、類型化された必要に応じて横的に確定することには裁判所が積極的に審査に乗り出さなければならないと思われます。例えば、生活保護において老齡加算や母子加算が果たして最低限度の人間らしい生活のために必要なものであるかを実体的に検討する必要があると思われます。要保護対象者として70歳の高齡者と30歳の若者への生活保護給付を同じくすべきか、それとも70歳の高齡者に対しては、高齡者に特有で典型的な必要を反映すべきかを、日本国憲法第25条第1項の解釈を通じて導出される基本権の実体的内容に合わせて判断すべきだと思われます。特に健康と生命の維持に必要な最小限の必要を満たすものに関するものであるとすれば、より厳格な審査が行われなければならないと思います。

3. 社会的平等の実現においては、実質的な平等/結果の平等が大変重要な意味を有すると思われます。福祉国家原理(或いは、社会国家原理)が憲法上の原則として認められる国では、平等というのは形式的平等/機会の平等を超え、実質的な平等/結果の平等も含めていると解釈せざるを得ないでしょう。しかし、形式的平等/機会の平等の実現とは異なり、実質的な平等/結果の平等を実現するためには、国または他の個人の積極的な行為が必要です。障害者差別禁止法上の合理的な利便性の提供が代表的な例であると言えます。しかし、このような積極的な行為は、福祉国家原理(または社会国家原理)に基づいた要求であるとも言えるでしょうし、基本権の側面からすると、社会権の内容



とも言えます。

障害者のための合理的配慮措置を例に挙げてみると、日本国憲法には障害者に関する特別な保護規定はありませんが、韓国憲法には障害者のための特別な保護を規定しています(憲法第34条第5項)。障害者のための合理的配慮措置は、このような国の特別な保護によるものであるとすることができます。日本国憲法に障害者のための特別な保護規定がないとしても、障害者に対する特別な保護は社会福祉・社会保障に該当するため、その憲法的根拠は、日本国憲法第25条第2項で見つけ出すことができるでしょう。

こうしてみると、社会的平等の課題は社会保障の課題と重複する可能性があります。社会保障に関して憲法に個別条項を置いている場合には、このような個別条項の課題と重複する可能性があると思われます。しかし、このような重複の可能性は、社会的平等から国の積極的配慮義務または保護義務が導出される時に想定できるものではないかという気がします。尾形健教授は、これについて「合理的配慮の不提供禁止が憲法上の平等原則に含みうるかは、理論的に難しいかもしれない」と述べられています。社会的平等の実現のための積極的な配慮措置または保護措置は単に障害者に限られるものではないと思われるので、尾形健教授のこのような評価はとても重要であると思われます。尾形健教授がこのように評価された理由は何か具体的にお聞きしたいと思います。もし、日本国憲法第14条第1項の後段に「障害者」が言及されていないからでしょうか。それとも、理論的に平等原則(または平等権)からは社会的平等の実現に向けた国の積極的な行為義務を導出することが不可能であると思われるからでしょうか。さらに、社会的平等と社会権との関係についてはどのように理解すべきか、尾形教授の見解をぜひ聞かせて頂ければ幸いです。

**SESSION 2**

Presentation 2

# 한국 헌법과 사회적 평등 – 현황과 법적 쟁점

Constitution and Social Equality in  
Korea : Current State and Legal Issues

**Kim, Jongcheol**

Professor, Yonsei University



# 한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점

김종철  
연세대학교 교수

## 목차

- I. 서론
- II. 한국 헌법상 사회적 평등의 이념과 법적 근거
- III. 헌법상 사회적 평등의 실현 구조 : 법적 쟁점을 중심으로
- IV. 사회적 평등을 위한 국제인권법의 국내적 수용의 현실적 필요성과  
한계
- V. 결론





## I. 서론

세계화와 신자유주의의 광풍이 휘몰아친 지구촌은 예외 없이 경제양극화에 의한 사회적 불평등의 심화로 신음하고 있다. 한국의 경우에도 1990년대 중엽이후, 특히 1998년 외환위기에 따른 IMF구제금융기를 거치면서 전체체적으로 근로소득의 상승이 둔화되는 상황에서 소득분포 하위 40% 저소득층의 평균소득은 감소하는 반면 소득분포 상위 10% 고소득층의 평균소득은 증가하면서 고도성장기 각 계층의 평균소득이 함께 상승하였던 것과 대조적으로 경제양극화가 심화되고 있다.<sup>1)</sup> 소득불평등도의 척도로 널리 사용되는 지표인 소득5분위배율과 상대적 빈곤율 추이를 살펴볼 때에도 한국은 2000년 이후 장기적 악화 추이를 확인할 수 있다. 소득 상위 20% 집단의 평균 소득을 소득 하위 20% 집단의 평균 소득으로 나눈 값으로 정의되는 소득5분위배율은 2015년 처분가능소득 기준 및 도시 2인 이상 가구 기준으로 4.2배였다. 가구를 소득 순으로 나열한 상태에서 한가운데 소득(중위소득)의 50%에 미치지 못하는 가구의 비중을 나타내는 상대적 빈곤율은 2015년에 10.4%였다.<sup>2)</sup>

한편 한국 임금근로자의 근로소득 격차는 OECD 주요 국가들 중에서 미국에 이어 두 번째로 큰 것으로 나타난다.<sup>3)</sup> 남성근로자 대비 여성근로자의 임금수준도 OECD 주요 국가들 중에서 최하위를 기록하고 있다. 정규직근로자와 비정규직근로자 사이의 임금격차도 매우 열악한 수준에 있다. 최근 10년간 기간제근로자의 임금은 정규직근로자의 약 70% 수준, 파견·용역근로자의 임금은 약 57% 수준, 단시간근로자의 임금은 약 28% 수준을 유지하고 있는 것으로 집계되고 있다. 대기업 대비 중소기업 임금 수준, 즉 기업규모에 따른 임금소득의 격차도 점진적으로 심화되고 있다.<sup>4)</sup>

이처럼 한국사회의 소득불균형으로 상징되는 경제양극화와 사회적 차별의 심화는 사회양극화를 심화시켜 사회적 병리현상이 심화되는 배경으로 작용하고 있는 것으로 추정되고 있다. 예컨대, 한국의 자살률은 2000년대 들어 가파르게 증가해서 인구 10만 명당 자살자수는 2015년 기준 26.5명에 이르며, 이는 2000년에 비해 약 2배 증가한 수치이다. 한국은 OECD 국가들 중에서 자살률이 가장 높은 국가이다.<sup>5)</sup> 경제적 원인이나 사회적 경쟁에 따라 영향을 받는 저출산율 또한 세계최고 수준으로 2014년 합계출산율 1.21명으로 초저출산율인 1.3명 미만에서 10년 이상 정체중이며, 노인빈곤율도 OECD 주요 국가들 중 최상위수준이다.<sup>6)</sup>

한국 사회의 사회적 불평등이 이처럼 심화되고 있는 것은 헌법이 사회적 기본권을 명시적으로 보장하는 등 사회정의의 구현을 중요한 국가목표로 설정하고 있는 민주복지국가를 표방하고 있는 점에 비추어 매우 유감스러운 일이다. 이 글은 이러한 헌법규범과 현실간의 괴리가 생기는 법적 원인에 대해 고찰해 보는 것을 목적으로 한다. 이 과제는 한국 헌법이 사회적 불평등을 해소하여 모든 구성원이 인간의 존엄과

1) 이와 같은 소득불균형의 심화에 의하여 최상층(상위 0.1%)와 최하층(하위 20%)의 평균소득 격차는 1996년에 비해 2010년 더욱 벌어졌다. 김낙년, “한국의 소득불평등, 1960-2010”, 경제발전연구 제18권 제2호(2012), 151쪽 참조.  
2) 통계청, 가계동향조사-소득분배지표 2015[http://kosis.kr/wnsearch/totalSearch.jsp].  
3) OECD, Stat-Labour-Earnings-Decile ratios of gross earnings-Decile 9/Decile 1 지표 [http://stats.oecd.org/ 참조].  
4) 통계청-국가지표체계-임금격차 지표 [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\_cd=2898].  
5) 통계청-국가지표체계-자살률 지표-OECD 주요국의 자살률 지표 [http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx\_cd=2992&stts\_cd=299202&clas\_div=&idx\_sys\_cd=602&idx\_clas\_cd=1].  
6) 대한민국정부, 제3차 저출산·고령화기본계획2016-2020, 2016, 8, 10쪽.



가치 및 행복추구권에 부합하는 불가침의 기본적 인권을 실질적으로 누릴 수 있도록 국가와 사회의 가치정향과 규범체계를 어떻게 설정하고 있는지를 살펴보는 것에서 시작되어야 한다. 그리고 이러한 규범적 요구와 현실이 상당한 괴리를 보이는 것이 입법권을 비롯한 국가권력이 헌법적 의무를 효과적으로 수행하지 못하는데 그 원인이 있다는 가설을 설정하고 이 가설을 뒷받침하는 주요한 법적 쟁점에 대해 법정책론과 법해석론적 논의의 장을 마련하는 것이 이 글의 핵심목표가 된다. 논의의 수준은 이 글이 국제학술대회에서의 발표문임을 감안하여 국제적 비교의 목적으로 한국에서는 공지의 사실에 해당하는 부분도 소개의 목적으로 상론하는 부분이 있음을 밝혀둔다.

## II. 한국 헌법상 사회적 평등의 이념과 법적 근거

### 1. 사회적 평등의 개념

근대 입헌주의의 핵심가치인 국가에 의한 기본적 인권보장은 개인의 자유와 더불어 평등보호를 기본요소로 하였다. 그러나 국가에 의한 평등보호는 개인이 헌법이 보장하는 다양한 자유와 권리를 향유함에 있어 불합리한 차별이 없어야 한다는 자유실현에 있어서의 기회균등과 자의적 차별을 금지하는 형식적 평등(Formal Equality)을 중심으로 이해되고 실현되었다. 그러나 자유로운 존재간의 형식적 평등은 개인의 다양한 능력과 외부적 환경이 상호작용하여 발생시키는 사실상의 차이를 규범적 고려의 대상에서 배제하기 때문에 이러한 사실상의 차이가 사회구조로 고착되어 구체적 현실 속에서 사실상의 불평등이 초래되는 문제에 대해서 효과적으로 대응하지 못한다.<sup>7)</sup> 결국 모두의 행복을 추구하는 정치공동체(Commonwealth)라면 형식적 평등이 보장하는 자유실현 기회의 평등이 사회현실의 구조적 장애로 인하여 유명무실하지 않도록 최소한의 법적·제도적 조건을 보장하여야 한다는 ‘조건적 평등’(Equality of Condition)이나 일정한 수준에서의 제한된 ‘결과의 평등’(Equality of Outcome or Results)을 의미하는 실질적 평등(Substantive Equality)을 외면할 수 없다.<sup>8)</sup> 이렇듯 형식적 평등이 ‘개인적 정의’의 구현에 머무르는 현실적 한계를 극복하고 경제생활과 사회생활에서 존재하는 사실상의 불평등을 교정하여 개인적 정의의 경계를 넘어 ‘사회적 정의’를 실질적으로 구현하는 기초가 사회적 평등이다.<sup>9)</sup>

### 2. 한국 헌법상 근거

#### (1) 헌법 전문

대한민국 헌법 전문(Preamble)은 “모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며”, “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고”, “국민생활의 균등한 향상을 기하”는 목적으로 대한민국 헌법이 제정되었음을 선포하고 있다. 사회적 폐습과 불의의 타파는 사회

7) 이런 현상을 자유의 이념적 불명확성과 구조적 가능성이라는 특질과 대비되는 평등의 이념적 명확성과 현실적(불)가능성의 비대칭관계로 설명하는 견해로는 전광석, “사회적 기본권의 논의구조”, 유럽헌법연구 제14호(2013), 160-161쪽 참조.

8) 전광석, 앞의 논문(사회적 기본권), 176-180쪽; 차진아, “사회적 평등의 의미와 실현구조”, 안암법학 제21호(2005), 227-233쪽 참조.

9) 전광석, 앞의 논문(사회적 기본권), 177쪽; 차진아, 앞의 논문(사회적 평등), 235-238쪽 참조.

적 정의의 구현을 천명하는 것이라는 점에서 사회적 평등을 지향하는 것임은 자명하다. 모든 생활영역에서의 기회의 균등은 엄격한 의미에서는 차별금지라는 형식적 평등을 직접적 내용으로 하지만 넓은 의미로 기회 균등의 실질성을 확보하기 위한 것으로 이념적으로 이해하는데 무리가 없다. 또한 국민생활의 균등한 향상이 개인적 정의를 넘어 사회적 정의를 실현하는 조건이자 결과를 의미함도 명확하다.

## (2) 헌법 제1조

헌법 제1조 제1항은 “대한민국은 민주공화국”임을 선언하고 있다. 국가형태를 표상하는 민주공화국의 규범적 의미에 대하여 다양한 해석론이 있을 수 있다. 그러나 전체 헌법의 통일적이고 체계적 해석이 공동체의 규범적 기초인 민주공화국 조항과 불가분의 관계에 있음을 고려하면 이 조항으로부터 단순히 정치공동체의 주권소재에 대한 형식적 선언이라는 의미를 부여<sup>10)</sup>하는데 그치지 않고 사회적 정의 구현이라는 정치공동체의 실질적 구현가치와 원리를 도출하는 것은 자연스러운 것이다.<sup>11)</sup> 즉, 공화국을 공동체구성원의 공화적 공존을 추구하는 정치공동체로 이해하게 되면 대한민국이라는 민주공화국은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 구성원들이 모든 사회적 차별을 극복하고 자유롭고 민주적인 정치 및 사회질서 속에서 더불어 살아가는 공화적 공존을 기초로 한다.<sup>12)</sup> 민주공화국은 공동체 구성원들의 존엄을 위하여 그들의 당연한 권리로써 사회적 차별을 구성하는 열악한 생활조건을 개선할 요구할 상당한 권리를 보장해야 한다.<sup>13)</sup>

## (3) 헌법 제10조

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 선언하고 있다. 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 성격에 관하여 한국 헌법학계와 실무계는 확립된 견해로 통일되어 있지 않다. 그러나 최소한 인간의 존엄과 가치와 관련하여 모든 헌법상의 자유와 권리의 이념으로서의 위상을 인정하건 혹은 그 원형(Prototype)으로서의 주기본권으로서의 위상을 인정하건 입헌주의가 최고의 가치로 삼는 자유와 평등의 권리적 실현을 정당화하는 근거로 기능한다는 점에 대해서는 일치하고 있다. 사회적 평등의 실현 또한 인간의 존엄과 가치를 실질적으로 실현하기 위한 조건임에 분명하므로 사회적 평등의 가치는 한국 헌법상 인간의 존엄과 가치 규정으로부터도 정당화된다.<sup>14)</sup> 예컨대 헌법 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄과 가치를 구체화하는 헌법적 권리라고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

10) 전광석, 한국헌법론(제11판), 법문사, 2016, 77쪽 참조.

11) 예컨대, 김선택, “공화국원리와 한국헌법의 해석”, 헌법학연구 제15권 제3호(2009), 233, 240-242쪽 이하 참조.

12) 김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013), 29-30쪽 참조.

13) 공화주의 정치철학자 비롤리는 “아프거나 늙는 것은 결코 범죄가 아니”며, “공화국은 이익을 추구하는 기업이 아니라, 시민들의 존엄성을 보장해 주려 노력하는, 함께 더불어 살아가는 생활방식이”기 때문에 “동정행위로서가 아니라 시민이 가진 당연한 권리에 따라 그러한 구호를 제공해야 할 의무가 있다”는 점을 강조하고 있다(모리치오 비롤리, 김경희·김동규 옮김, 공화주의, 인간사랑, 2006, 142-143쪽 참조).

14) 한수용, 헌법학(제2판), 법문사, 2012, 293쪽.

15) 이덕연, “‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격”, 공법연구 제27집 제2호(1999), 244쪽.



#### (4) 헌법 제31조부터 제36조

헌법 제31조부터 제36조에 이르는 소위 사회적 기본권의 보장규정은 실질적 평등에 따른 결과 보정보장 혹은 사회적 평등의 추구에 대한 가장 직접적인 헌법적 근거규정이라고 할 수 있다. 우선 헌법 제31조는 그 제1항에서 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 보장한다. 이어지는 조항에서는 이 권리를 구체적이고 실질적으로 보장하기 위한 무상의무교육에 관한 의무와 권리, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성 보장, 국가는 평생교육을 진흥 의무, 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 법정주의를 채택하고 있다.

제32조는 그 제1항에서 모든 국민에게 근로의 권리를 보장한다. 특히 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력할 의무와 최저임금제를 시행할 의무를 부과한다. 이어지는 조항에서는 국가가 그 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정하는 근로의 의무에 관하여 규정하는 한편 인간의 존엄성에 기초한 근로조건법정주의, 여성과 연소자의 근로에 대한 특별한 보호원칙을 선언하고 있다. 더불어서 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여하는 규정을 두고 있는 것도 유의할 만하다.

제33조는 근로자에게 근로조건의 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하면서 공무원의 경우 근로3권 전체를 법률유보에 의해 제한할 수 있도록 하고 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있도록 헌법적 한계를 설정하고 있는 점이 특색이다.

제34조는 포괄적 사회권으로서 인간다운 생활을 할 권리를 보장하면서, 구체적으로 국가에게 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무, 여자·노인·청소년의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력할 의무, 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민을 보호할 의무를 부과하고 있다. 이 조항의 마지막인 제6항에서 국가에 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력 의무를 부과하고 있는 것은 안전한 삶의 보장이 인간다운 생활의 기초임을 특히 확인한 것으로 볼 수 있다.

제35조는 그 제1항에서 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장하면서, 국가와 국민 모두에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부과하고 있다. 그 제2항과 제3항에서는 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정하도록 하는 한편 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력할 의무를 국가에 부여하고 있다. 제36조는 그 제1항에서 국가에 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지될 수 있도록 보장할 의무를 보장하고, 그 제2항과 제3항에서 국가의 모성보호의무와 국민의 보건에 관한 보호의무를 규정하고 있다.

#### (5) 헌법 제9장의 경제헌법과 제23조의 재산권의 공공복리적합의무

한국 헌법은 경제에 관한 국가의 조정과 규제를 뒷받침하는 특별한 장을 두고 있는 특색이 있다. 특히 제119조 제2항은 “균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고,

시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화”를 위한 국가의 규제와 조정권을 명시적으로 확인하여 실질적 평등을 위한 국가의 헌법적 기능을 분명히 하고 있다. 더구나 헌법 제23조 제1항과 제2항은 경제적 자유의 결과물인 재산권의 헌법적 보장을 선언하면서도 입법을 통해 그 내용과 한계가 정해지도록 하는 한편 그렇게 확정된 재산권의 행사마저도 공공복리에 적합하도록 재산권 행사자에게 특별한 헌법적 의무를 부여하고 있다. 또한 그 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 박탈을 법률적 근거라는 형식적 요건과 정당한 보상이라는 실질적 요건만 갖추면 허용할 뿐만 아니라 헌법 제126조에서 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요”로 인하여 법률이 정하는 경우에는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 있도록 함으로써 경제적 자유와 더불어 재산권에 대한 폭넓은 공적 조절을 헌법적으로 정당화하고 있다.

국가의 경제에 대한 폭넓은 규제와 조정권을 부여하고 있는 것은 사회적 기본권의 구체적 보장과 더불어 한국 헌법이 사회적 평등을 위한 국가의 적극적 의무를 설정한 것으로 경제사회질서와 관련하여 단순한 국가로부터의 ‘불간섭의 자유’를 중요시하는 개인주의적 시민국가적 이념형에서 국가를 통해 ‘비지배적 자유’를 추구하는 사회적 민주공화국의 적극적 가치정향을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

#### (6) 소결

이처럼 한국 헌법은 헌법 전체에 산재한 규정이나 그 기본 체계를 통해 근대시민국가단계의 형식적 평등관을 극복하고 실질적 평등관에 기초한 사회적 평등의 실현을 헌법의 기본가치로 확인하여 현대복지국가단계의 입헌주의를 추구하고 있음을 분명히 하고 있다.<sup>16)</sup> 현재는 이처럼 한국 헌법이 추구하는 현대복지국가를 ‘사회국가’로 명명하고, 이를 “사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가”<sup>17)</sup>로 정의하고 있다.

### 3. 국제인권법의 국내수용에 의한 사회적 평등의 법적 근거

한국 헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 선언하고 있다. 이는 국제평화주의라는 헌법상의 원리를 구현하는 구체적인 제도적 수단으로 국제법존중주의를 확인하는 것이다. 따라서 사회적 평등을 실현하는데 필요한 법적 조치의 근거를 조약이나 국제관습법에서도 확인할 수 있다. 예컨대, 한국은 1990.7.10. “경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약”(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 “사회권규약”이라 한다)<sup>18)</sup>의 체결국이 되었다. 이 규약은 사회적 평등

16) 김종철, “입헌주의의 본질과 현대적 의의”, 고시계 2000년 10월호, 6-19쪽 참조. 한편 같은 취지의 현재결정례로는 현재 1998. 5. 28. 96헌가4등; 현재 2002. 12. 18. 2002헌마52; 현재 2004. 10. 28. 2002헌마328.

17) 현재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904, 909-909.

18) 이 규약은 1966.12.16. 제21차 유엔총회에서 채택되고 1976.1.3. 발효되었다. 이 규약의 성립배경에 대한 설명은 이주영, “사회권규약의 발전과 국내적 함의”, 국제법학회논총 제61권제2호(2016), 126-132쪽 참조.



의 실현을 위해 필요한 다양한 권리의 목록을 가지고 있다. 예컨대, 제6조와 제7조는 한국 헌법 제32조의 근로의 권리 보장에 상응하는 근로관련 권리(제6조와 제7조), 한국 헌법 제33조의 근로3권에 상응하는 노동조합 결사 및 파업권(제8조), 한국 헌법 제34조에 상응하는 사회보장을 받을 권리(제9조), 한국 헌법 제36조 제1항에 상응하는 혼인의 자유 및 가정의 존중(제11조), 한국 헌법 제36조 제3항의 보건권에 상응하는 신체적·정신적 건강, 의료의 보장(제12조), 한국 헌법 제31조의 능력에 따른 균등한 교육을 받을 권리에 상응하는 교육을 받을 권리(제13조 및 제12조)에 관한 권리를 규정하고 있다.

사회적 평등을 위한 국제인권규약과 국제관습법이 국내법상 어떤 효력을 가지는지는 현실적으로 법실무상 쟁점이 되고 있다. 이에 대한 구체적 쟁점은 뒤에서 다루게 될 것인데 국제인권법에 대한 원칙적 국내수용은 최소한 이념과 원리적 차원에서 사회적 평등의 이념이 한국 헌법질서에서 추구하는 근본가치임을 확인한 것이라는 점은 명확하다고 할 수 있다.

### III. 헌법상 사회적 평등의 실현 구조 : 법적 쟁점을 중심으로

#### 1. 사회적 평등의 법제화 방식

사회적 평등의 이념을 법제화(Legalization)하는 방식은 전통적으로 세 가지 방식으로 이루어진다. 첫 번째 방식은 사회정의의 실현을 위한 사회국가원리를 헌법상 일반조항으로 선언하는 방식이다. 두 번째 방식은 헌법상 사회적 기본권의 보장과 경제질서상의 국가의 조정과 규제를 통해 사회적 평등의 이념을 실현하는 방식이다. 이 두 방식은 헌법적 차원에서 사회적 평등의 실현을 국가과제로 설정하고 있다는 점에서 공통되나 원리적 차원으로 실현하는 방식과 국민의 권리보장을 통해 실현하는 방식으로 구별된다. 세 번째 방식은 헌법화하기보다 사회입법정책에 전적으로 맡겨두고 있는 방식이다. 첫 번째 방식을 택한 경우로는 기본법 제20조 제1항을 통해 민주적, 사회적 연방국가임을 선언하는 방식을 택한 독일의 경우가 대표적이다. 세 번째 방식은 가장 전형적인 자유주의헌법인 미국의 경우이다. 한국은 두 번째 방식을 택하고 있다.

미국과 같은 자유권중심의 기본권실현체제는 시민국가적 입헌주의에서 복지국가적 입헌주의로 진화해온 인류사의 조류에 비추어 이례적인 것이다. 공동체적 존재로서의 인간의 본질을 도외시킬 수 없는 민주공화국에서 국가와 사회의 최고근본규범인 헌법은 개인적 정의를 넘어 사회적 정의의 구현을 위하여 최소한 공동체구성원의 사회적 차별을 극복하여 시민적, 정치적 자유와 평등의 실질적 보장을 국가의 존립이유로 삼지 않을 수 없기 때문이다. 즉 민주공화국의 헌법은 사회질서 속에서의 ‘정당한 가치배분’이 실현될 수 있는 기준과 방법에 관한 ‘가치적’ 지침을 설정하는 것<sup>19)</sup>이 당연한 요청이다. 다만 이 지침을 원리적 차원에서 천명하여 오로지 국가의 실현목표로만 기능하도록 할 것인지 아니면 개인에게 국가를 상대로 권리실현의 기회를 주는 방법으로 국가의 행위의무를 보다 강력하게 견인할 수 있도록 할 것인지에 대한 선택의 문제가 남겨져 있을 뿐이다.

19) 사회국가의 원리가 가치중립적일 수 없다는 점에 대한 논설로는 이덕연, 앞의 논문(인간다운 생활을 할 권리), 237쪽 참조.

## 2. 사회적 기본권을 통한 실현방식의 의의와 한계 – 구체적 권리로서의 법적 성격

### (1) 권리를 통한 실현방식의 의의와 방법

사회적 평등의 이념을 헌법화하는 방식이 모든 입헌체제에 필연적인 것은 아니라 하더라도 입법 재량에만 맡기고 있는 체제에 비해 인류사의 발전을 반영하는 체제라고 할 수 있다. 헌법화의 두 가지 방식에 대한 평가는 여전히 유동적이다. 뒤에서 따로 다루겠지만 국제인권법상 사회적 평등 실현을 위한 인권보장의 실질화가 전개되는 흐름을 고려하면 권리보장의 방법이 원리보장의 방법보다 더 강력한 방식으로 보인다. 사회적 기본권은 경제생활이나 사회생활에서 사회적 교섭력이 약화된 국민이 국가에 대하여 급부의 제공이나 제도의 형성을 통해 자유와 권리의 실질적 실현에 필요한 최소한의 물질·제도적 조건을 형성해 줄 것을 요청할 수 있는 헌법상의 권리이다. 이는 사회적 급부나 제도의 형성이 국가의 시혜가 아니라 수혜자의 법적인 권리로 인식된다는 점에서 개인과 국가의 관계에 대한 본질적 변화를 전제하는 것이다.<sup>20)</sup> 이런 점에서 단순한 원리 규정이 아니라 주관적 권리의 형식을 사회적 평등의 이념을 실현하는 것은 국가의 적극적 노력의무를 더욱 명확히 하고 이를 ‘구체적’ 활동영역에서 관철할 수 있는 법적 수단을 국민에게 부여하는 것이다.<sup>21)</sup> 따라서 권리보장의 방식이 사회적 평등의 심화된 실현의 관점에서는 진실 보한 헌법적 태도라고 볼 수 있다.

이러한 사회적 기본권 보장 체제하에서 국가는 전체 국민에 대한 ‘생존적 배려’를 제공하고 사회적 약자에 대한 ‘사회보장 및 안전’을 적극적으로 확보하기 위해 노력하여야 하며, 사회적 강자의 자유와 권리가 오남용되는 것을 막을 뿐만 아니라 공공복리를 위하여 생존과 직결되지 아니하는 경제·사회적 자유를 제한하는 사회조정의 기능에 매진하여야 한다.<sup>22)</sup> 한편 사회적 평등의 실현을 위해 사회적 기본권을 보장하는 것은 사회적 평등의 실현을 위한 자유의 제한이나 개인의 법적 지위의 변동은 공공복리를 위하여 일반적인 시민적·정치적 자유에 비하여 강한 개인의 수인의무를 수반한다(인권의 사회적 기속성). 헌법 제23조 제2항이 규정한 재산권 행사의 공공복리적 합의를 대표적 예이다.

### (2) 권리를 통한 실현방식의 한계

사회적 기본권을 통한 사회적 평등의 실현이 가지는 의의에도 불구하고 전통적으로 사회적 기본권을 통한 사회적 평등의 실현은 사회국가원리의 실현구조와 마찬가지로 내재적·외재적 한계를 가진다는 견해가 지배적이었다. 무엇보다 사회적 평등의 이념 자체가 가지는 한계를 전광석어 다음과 같이 설명한다: “사회적 평등은 이념적 명확성에도 불구하고 실현에 있어서는 내재적 및 외재적 한계가 있다. 법적 평등이 소극적으로 주어진 상황들의 관계를 평가의 대상으로 하는 반면, 사회적 평등은 일정한 방법에 기초하여 사회적으로 합의된 수준에서 평등을 적극적으로 실현해야 한다. 그러나 일반적으로 이러한 방법과 수준에 대한 합의가 헌법적으로 도출될 수는 없다. 자유의 실현조건을 평등하게 보장하는 적극적인 이념을 구체화하는 기준을 헌법이 직

20) 차진아, 앞의 논문(사회적 평등), 239-240쪽 참조.

21) 전광석, 한국헌법론(제11판), 법문사, 2016, 478쪽.

22) 한수웅, 앞의 책, 294-296쪽 참조.



접 제시하고 있는 것은 아니기 때문이다. 사회적 평등의 실현 역시 기본적으로는 정치적 이념과 정책적 타당성의 문제로 귀결되며, 정치적 이념과 정책적 타당성에 따라서 법적 평등과 사회적 평등은 첨예한 긴장관계에 놓이게 된다... 결국 사회적 평등은 원칙적으로 입법권에 대한 객관적인 원칙규범으로 기능할 뿐, 주관적인 청구권으로는 기능할 수 없다는 내재적 한계가 있다. 사회적 평등은 외재적으로는 사회적 평등을 위하여 재구성되는 법률관계에서 당사자의 자유권과 긴장관계에 있으며, 또 국가의 직접 급부를 통하여 실현되는 경우에는 재정능력 등 현실적 한계가 있다는 점에서 보면 사회적 기본권과 마찬가지로의 한계가 있다.<sup>23)</sup>

이와 같은 전통적 견해를 정리하면 사회적 평등이라는 이념 자체뿐만 아니라 이 이념을 사회적 기본권이라는 권리체계를 통해 구현하려는 접근은 법체계와 현실적 조건에 따른 한계에 봉착한다. 우선, 법적으로 헌법이념으로서의 사회적 평등은 그 구체화를 정치과정, 대표적으로 입법과정에 의존할 수밖에 없다. 이를 실현하는 사회적 기본권 또한 구체적인 청구권으로 기능할 수 있는지에 대하여 전통적으로 많은 회의론이 유포되어 왔다.<sup>24)</sup>

대표적으로 한수웅은 한국 헌법상 사회적 기본권의 목록은 그 법적 성격까지 밝혀주는 개별적 권리로서의 목록이라기보다는 중요한 국가목표를 입법기술적으로 표현한 것에 불과하다고 본다.<sup>25)</sup> 무엇보다 사회적 기본권을 사법적으로 관철하기에 적절하지 않다는 점을 권리성을 부인하는 주요 논거로 내세운다.<sup>26)</sup> 헌법이 “실현하려고 하는 상태 및 그 실현방법과 실현시기에 관한 구체적인 표현이 없”기 때문에 그 보장내용을 “헌법해석을 통해” 밝히는 것이 불가능하므로 사법적 심사기준이 존재하지 않는 것이고 그 결과 현재에 의한 사회적 기본권의 침해여부에 대한 사법적 심사의 가능성은 매우 제한적이라고 본다. 따라서 사회적 기본권의 보장내용에 대한 결정은 정치적 형성의 과제이고 입법자의 과제이므로 이를 사법기관이 맡는 것은 민주적·법치국가적 기능질서의 붕괴라고 본다.<sup>27)</sup> 이런 취지에 따르면 현재가 사회적 기본권의 이행여부를 심사하는 정도는 매우 제약적이어서 ‘과소보장금지’ 혹은 ‘최소한 보장의 원칙’을 기준으로 삼아 그 헌법적 한계의 명백한 이탈에 관한 심사에 국한된다.<sup>28)</sup> 한수웅은 이러한 명백성 통제는 사회적 기본권의 사법적 구제가능성을 “이론상의 가능성”으로 축소시키고 그 권리성을 “사실상 거의 의미가 없는 것”으로 만든다고 한다. 특히 이 권리가 국가로부터 특정 내용의 입법이나 특정 급부를 요구할 수 있는 “적극적” 권리가 아니라 사회적 기본권의 객관적 내용에 부합하는 입법의무 불이행 혹은 그 불충실한 이행의 위헌성을 다룰 수 있는 ‘소극적’ 권리에 불과하므로 본질적으로 객관적·의무적 성격의 목표규정으로 이해해야 한다고 본다.<sup>29)</sup>

다음으로, 설령 구체적 지침이나 권리로서의 지위를 확인받는다 하더라도 재정능력과 같은 현실적 조건의 한계에 직면하게 된다는 점도 사회적 평등의 이념 혹은 권리로서의 사회적 기본권이 자유권을 비롯한 다른 기본권과 구별되는 특징으로 인정되어왔다.

23) 전광석, 앞의 논문(사회적 기본권), 178-180쪽.

24) 예컨대, 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권”, 헌법학연구 제18권 제4호(2012), 51-104쪽 참조.

25) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 75쪽.

26) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 76-79쪽.

27) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 79쪽.

28) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 82-83쪽.

29) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 84-86쪽.



한국 헌재도 이런 전통적 견해를 받아들이고 있다. 예컨대, 한국 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 구체적으로 실현해야 할 국가과제로 전형적인 사회적 약자인 장애인에 대한 국가의 보호의무를 특별히 명시적으로 규정하고 있는 제35조 제1항의 규범적 의미를 다음과 같이 한정적으로 새기고 있다: “사회적 기본권(헌법 제31조 내지 제36조)이 국가에게 그의 이행을 어느 정도 강제할 수 있는 의무를 부과하기 위해서는, 국가의 다른 과제보다도 사회적 기본권이 규정하는 과제를 우선적으로 실현하여야 한다는 우위관계가 전제가 되어야 하는데, 사회적 기본권에 규정된 국가의 의무가 그렇지 못한 국가의 의무에 대하여 입법과정이나 정책결정과정에서, 무엇보다도 예산책정과정에서 반드시 우선적 이행을 요구할 수가 없다. 사회적 기본권과 경쟁적 상태에 있는 국가의 다른 중요한 헌법적 의무와의 관계에서나 아니면 개별적인 사회적 기본권 규정들 사이에서의 경쟁적 관계에서 보나, 입법자는 사회·경제정책을 시행하는 데 있어서 서로 경쟁하고 충돌하는 여러 국가목표를 균형 있게 고려하여 서로 조화시키려고 시도하고, 때 시안마다 그에 적합한 실현의 우선순위를 부여하게 된다. 국가는 사회적 기본권에 의하여 제시된 국가의 의무와 과제를 언제나 국가의 현실적인 재정·경제능력의 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없다. 그러므로 사회적 기본권은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한 고려를 요청하는 것이다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다.” 이런 기본입장은 결국 장애인을 위한 저상버스를 도입하지 아니한 행정청의 부작위가 장애인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것은 아니라는 결국으로 귀결된다: “국가가 장애인의 복지를 위하여 저상버스를 도입하는 등 국가재정이 허용하는 범위 내에서 사회적 약자를 위하여 최선을 다하는 것은 바람직하지만, 이는 사회국가를 실현하는 일차적 주체인 입법자와 행정청의 과제로서 이를 헌법재판소가 원칙적으로 강제할 수는 없는 것이며, 국가기관간의 권력분립원칙에 비추어 볼 때 다만 헌법이 스스로 국가기관에게 특정한 의무를 부과하는 경우에 한하여, 헌법재판소는 헌법재판의 형태로써 국가기관이 특정한 행위를 하지 않은 부작위의 위헌성을 확인할 수 있을 뿐이다.”

### (3) 사회적 기본권의 구체적 권리성 부인론에 대한 비판적 검토

사회적 기본권을 통한 사회적 평등의 실현이 입법형성에 의존해야 하는 한계가 있음을 근본적으로 부인할 수는 없다. 또한 일정한 재정부담에 따른 현실적 한계가 있음도 일정 부분 인정할 수밖에 없다. 그러나 이러한 한계를 이유로 사회적 기본권의 권리로서의 속성을 사실상 빈껍데기로 만들 수 있는 해석론은 사회적 평등을 헌법이념으로 제시하고 있는 헌법정신이나 이를 개별적 권리로 명시하면서 구체적인 국가노력의무를 부과하고 있는 헌법규범에 충실하다고 하기 힘들다.

#### ① 구체적이고 실질적인 최소보장 청구권-실질적 자유의 원칙과 사회적 기본권

무엇보다 사회적 기본권 보장을 위한 입법의무에 일정한 지침을 ‘헌법해석’을 통해 설정하는 것은 가능하다. 특히 ‘실질적 자유의 원칙’에 따라 자유권의 실질적 구현을 위해 필수불가결한 경우<sup>30)</sup> ‘구체적’이고 ‘실질적’인 내용을 담은 입법과 행정을 할 의무와 그에 대응하는 청구권이



산출될 수 있다. 이에 1997년 사회권규약과 관련하여 사회권위원회가 사회권 보장에 대한 국가의 의무를 존중(Respect)의무, 보호(Protect)의무, 실현(Fulfil)의무로 구분하는 한편 그 보장의 정도는 국가의 행위 의무(Obligation of Conduct)뿐만 아니라 일정한 결과를 보장하여야 할 국가의 결과의무(Obligation of Result)까지 확장됨을 선언한 것<sup>31)</sup>에서 시사점을 도출할 수 있다. 특히 사회권위원회의 이 해석지침은 각 권리마다 침해되어서는 안 되는 최소핵심(Minimum Core)이 있고 각 체약국은 이를 보장할 의무가 있다고 보고 있다.<sup>32)</sup>

예컨대 장애인의 이동의 자유를 구체적으로 국가가 보장하기 위하여 어떤 수단을 취할 것인지, 시기를 어떻게 설정할 지는 형성재량의 범위에 속하나 아무런 수단도 제공하지 않고 있거나 구체적 계획을 수립하여 필수적인 서비스나 급부를 필요로 하는 사람에게 제공하지 않고 있는 것은 장애인에 대한 보호의무를 이행해야 할 국가의 의무를 준수한 것으로 볼 수 없을 것이다. 따라서 저상버스제 시행 청구권을 인간다운 생활을 할 권리로부터 직접 도출할 수는 없다고 하더라도 그에 상응하는 장애인의 이동편의제공에 관한 정책을 수립하고 지속적으로 추진해야 할 것을 주장할 수 있는 권리는 인정되어야 한다. 따라서 앞서 예시된 현재의 사례의 경우에도 권력분립의 원칙 등을 제시하면서 입법부와 행정부의 형성재량을 통제할 수 없는 헌법재판의 한계를 이유로 부적법 각하할 것이 아니라 장애인복지권의 침해관련성을 인정한 다음 사안과 관련한 실증 조사를 통해 입법이나 행정청의 작위나 부작위가 장애인복지권의 최소보호수준을 준수하였는지를 심사하는 방법을 취하여야 할 것이다. 그리고 현실적으로 교통접근권의 사회경제적 수준을 고려할 때 저상버스를 이용한 장애인이동권 보장 외에 그에 상응하는 다른 수단이 없거나 혹은 그 수단을 제공할 수 있는 충분한 여건이 마련되기 어렵다면 저상버스제 시행 청구권 자체가 장애인복지권으로부터 직접 도출될 수도 있을 것이다.

## ② 재정적 한계론에 대한 비판적 검토 - 가용자원조건부 최대보장원칙

한편 재정적 한계와 관련하여서도 헌법해석적 제약이 전혀 없다고 보는 것은 적절하지 않다. 현재의 표현을 빌리자면 “최우선적” 배려까지 헌법이 직접 요청할 수는 없고 “적절한 고려”가 필요하지만 이때 적절성의 판단은 개별적 사회권이 가지는 본질적 요소에 대해서는 최대한 배려하여야 하며, 재정적 한계도 가용자원을 고려하여 최대한도까지 사용할 의무가 국가에 있는 것으로 해석하여야 한다. 즉 개별적 사회권의 본질적 내용은 ‘가용자원을 최대한 사용하여 보장해야 할 의무’가 국가에 있다. 이 한계요소를 충족하지 못한다면 국가는 사회권을 보장할 의무를 다하지 못하여 침해한 것으로 볼 수 있다.

흔히들 자유권의 경우 전국가적 보호범위가 이미 존재하고 국가는 소극적으로 간섭을 배제함으로써 재정부담 없이 보장되는 반면 사회적 기본권의 경우, 특히 급부를 내용으로 하는 사회적 기본권의 경우 재정부담이 초래되므로 국가의 재정상황에 따른 현실적 한계가 있다고 사회적 기본권의 특성을 강조한다. 그러나 자유권의 경우에도 단순히 국가의 존중의무만으로 실질적으로 보장되지 아니하며 사회적 침해로부터 질서유지 등을 이유로 국가가 적극적 보호행위를

30) 이덕연, 앞의 논문, 246쪽 참조.

31) 이에 대하여는 한상희, “사회권과 사법심사”, 공법연구 제39집제1호(2010), 96쪽; 이주영, 앞의 논문, 135-138쪽 참조.

32) 한상희, 앞의 논문, 96, 122쪽; 이주영, 앞의 논문, 136쪽 참조.

실행함으로써 그 보호범위가 실현된다는 점에서 기본적으로 재정부담을 전제하고 있다. 결국 자유권이나 사회권의 경우 재정부담의 차원에서 본질적 차이가 없고 가용자원 내에서 최대한 실현되어야 할 필요가 있다는 점에서 동일하다. 즉 국가목표이건 권리이건 “예산부담은 체제내 재적인 당연한 것이지, 배분여부나 가감이 국가편의에 따라 혹은 정책대안으로서 고려될 수 있는 외부비용이 아”닐 수 있다.<sup>33)</sup> 따라서 사회적 기본권이라 하여 아무런 헌법적 한계 없이 국가의 광범위한 형성과 집행이 가능한 것이 아니라 그 최소보장의 필요성이 있는 본질적 영역은 “장단기의 경제 혹은 재정정책결정에 앞서 헌법차원에서 선결된 예산투자항목”이라고 할 수 있다.<sup>34)</sup>

### ③ 사법적 구제불가능론에 대한 비판적 검토 - 통제규범상 최저기준의 현실적 · 실증적 구체화의 필요성

사회적 기본권이 다른 기본권에 비하여 이러한 사법적 심사기준이 불명확한 것은 부인할 수 없기 때문에 권리보장을 위한 사법적 통제의 여지 또한 축소되는 것이 사실이다.<sup>35)</sup> 또한 현재가 적절히 구별하였듯이 국가의 사회적 기본권 보장 의무는 입법권 및 행정권의 경우 행위규범으로 작용하고 헌법재판권과 같은 사법권의 경우 통제규범으로 작용하므로 사회적 기본권의 최적보장수준을 사법권이 직접 확정하는 것이 일반적으로 요청되지는 않는다.<sup>36)</sup>

그러나 입법권과 행정권의 헌법적 한계, 특히 본질적 내용의 최소보장의 범위설정이 원천적으로 부정될 수는 없다. 현재는 명백성 통제를 심사기준으로 제시하고 있다: “국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.<sup>37)</sup>” 그런데 이러한 최소보장의 범위설정은 현실적 사회경제적 조건에 대한 객관적이고 실증적인 평가를 통해 충분히 설정될 수 있다. 따라서 사회적 기본권의 주체는 이러한 현실적 · 실증적 구체화평가에 따른 최소한도의 복지보장을 청구할 권리를 가진다.<sup>38)</sup> 예컨대, 장애인 이동권 보장은 특정 시점의

33) 이덕연, 앞의 논문, 248쪽 참조.

34) 이덕연, 앞의 논문, 248쪽 참조.

35) 한수용, 앞의 논문(사회적 기본권), 69쪽.

36) 사회적 기본권이 국가권력기관별 기능에 따라 다른 차원에서 작동하는 점에 대하여는 현재가 생계보호기준위헌확인 사건에서 입법권과 행정권의 형성재량을 폭넓게 인정하는 논증방법으로 사용한 바 있다: “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만, 그 기속의 의미는 적극적 · 형성적 활동을 하는 입법부 또는 행정부의 경우와 헌법재판에 의한 사법적 통제기능을 하는 헌법재판소에 있어서 동일하지 아니하다. 위와 같은 헌법의 규정, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 553-554).

37) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 555.

38) 최소한도의 복지보장은 사회적 기본권의 본질적 내용이 될 수 있다는 것이 필자의 생각이다. 헌법 제37조 제2항의 적용대상에서 사회적 기본권을 제외하여야 한다는 해석론은 그 주요논거의 하나로 사회적 기본권에는 본질적 내용이 있을 수 없다는 입장에서 있다(한수용, 앞의 논문, 90-92쪽). 그에 따르면 본질적 내용이란 이미 존재하는 것을 전제로 하는 전국가적, 자연권적 기본권 사상에 기초하고 있으므로 국가에 의한 형성에 의존하는 사회적 기본권에는 적용될 수 없다고 한다. 그러나 권리로서의 사회적 기본권의 경우 인간의 존엄과 가치나 자유권의 실질적 보장에 필수불가결한 범위가 그 본질적 내용을 구성할 수 있는 것으로 해석할 수 있고 그렇게 해석되어야 한다. 사회적 평등이 효과적으로 구현되지 않는 자유권의 실질적 보장이란 요원한 것이기 때문에 자유권과 사회권은 불가분의 관계에 있으므로



대중교통수준, 일반적 이동권의 현황, 가용예산의 분포와 구성, 특정 교통수단과 제도 제공시 비용 등 일반적·특수적 사회경제환경을 고려하여 객관적 추정이 가능하다. 이덕연의 논증대로 “가치배분 혹은 사회보장수준의 최적성에 대한 사회과학적 가치판단은 진리성의 문제와는 달리 객관적인 기준으로 그 정오가 평가될 수 없지만, 최소필수형의 기본권보장에 의해 설정되는 한계선의 문제는 이미 헌법적으로 설정된, 헌법심사가 가능한 가치판단을 전제로 한다.”<sup>39)</sup> 만일 입법권이나 행정권이 이러한 객관적 추정을 무력화하는 수준에서 제공급부나 서비스의 내용과 시기를 설정하였다면 이는 형성재량의 범위를 벗어난 것으로 판단할 수 있어야 한다.<sup>40)</sup>

#### ④ 권력분립론 및 민주주의원리에 기초한 반론에 대한 비판적 검토

물론 이러한 사회적 평등을 실현하기 위한 급부의 제공이나 사회조정에는 법치주의나 민주주의의 원리에 따른 한계가 수반된다. 사회적 기본권이 입법권과 행정권의 구체적 형성을 필요로 한다는 원칙론적 한계는 부인할 수 없고 만일 이러한 형성재량을 부인하고 사법권이 위헌심사권을 오용한다면 사법권의 기능적 한계를 초과한 것으로 권력분립위반과 민주주의원리의 위반혐의를 받을 수 있다. 그러나 앞서 지적하였듯이 형성재량 자체를 부인하는 것이 아니라 형성재량의 일탈남용을 통제하는 것이라면 이런 주장은 근거 없다. 애당초 사법권에 의한 입법권 및 행정권에 대한 통제로 위헌법률심사권이나 헌법소원 등 헌법재판제도가 발전해 온 것도 권력분립론이나 민주주의론에 기초한 비판론과의 논쟁 끝에 보편화된 것이라는 점을 상기할 필요가 있다. 오히려 입법권과 행정권이 헌법상 보장된 사회적 평등이념과 이를 구체화한 사회적 기본권을 무력화하는 방향으로 형성재량을 행사할 때 인권의 실질적 보장을 위해 헌법재판권 등 사법권을 행사하는 것은 오히려 입헌적 민주주의를 더욱 신장시키는 것이다.

한편 한국에서 사회적 기본권의 구체적 권리로서의 실질을 강화하는 헌법해석을 입법권과 행정권이 가지는 국민대표기관으로서의 성격에 기초한 민주주의론에 기대어 비판하는 것에 대해서는 선거법이나 정당법이 민주공화국에서 핵심적인 정치적 자유를 효과적으로 보장하고 있지 못하고 민주적 대표성을 반영하지 못하는 국민대표기관 선거제도를 채택하고 있으므로 대표기관의 정당성의 취약하다는 점을 들어 간접적으로 반박할 수 있다.<sup>41)</sup> 특히 사회적 기본권은 경제사회적 취약계층에 특히 보장되어야 할 인권인데 이들의 경우 정치과정에서도 소수자로서 정치과정을 통해 이들을 위한 정책이 입안되기 어렵다는 점에서도 민주주의론에 기대어 사회적

사회적 기본권도 원래 인간의 존엄과 가치를 실현하는데 필수적인 인권으로 새길 필요가 있다(샌드라 프레드먼 지음, 조효제 옮김, 인권의 대전환—인권 공화국을 위한 법과 국가의 역할, 교양인, 2009 참조). 이와 같은 해석은 국제인권법의 발전과도 맥을 같이 하는 것이다(한상희, 앞의 논문, 95, 103쪽). 무엇보다 사회적 기본권을 개별적 기본권으로 목록화한 한국 헌법의 규정체계상 자연스러운 해석론이다. 특히 사회적 기본권에 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다고 단정하는 해석 또한 그 대상을 “모든 국민의 자유와 권리”로 명시하고 있는 문리적 태도와 부합하지 아니한다. 이 때 제37조 제2항 상의 “제한”은 침익적 국가작용에 대한 보호범위의 축소(“협의의 제한”)뿐만 아니라 수익적 국가작용에 대한 입법적 “형성”을 포함하는 개념으로 새길 수 있다. 어차피 일반적 법률유보조항에 따라 특정시점과 공간에서 기본권의 구체적 보호범위는 입법에 의해 최종적으로 구획지어진다는 점에서 자유권적 기본권과 사회적 기본권의 차이는 없다. 다만 이들 기본권의 사법적 판단기준을 설정하는 경우 그 본래의 법적 성격에 따라 비례원칙이 과잉금지의 방향이나 과소보호금지의 방향으로 상이하게 적용될 수 있을 뿐이다.

39) 이덕연, 앞의 논문, 248쪽.

40) 앞서 인용한 생계보호기준위헌확인 사건(현재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543)에서 현재는 이처럼 형성재량의 일탈여부를 심사한 결과 재량의 범위내에 있음을 확인하였으나 현실적·실증적 구체화평가를 효과적으로 적용하였는지에 대해서는 의문이 있다.

41) 한국 정치체제의 과도한 규제적 경향에 대하여는 김종철/이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서”, 세계헌법연구 제20권제1호(2014), 63-92쪽 참조.

권리의 구체성을 부인하는 논리의 현실적 취약점을 발견할 수 있다.<sup>42)</sup>

⑤ 권리의 법적 성격 및 효력에 대한 차등화 접근법에 대한 검토

사회적 기본권의 경우 구체적인 법적 효력이나 요구되는 급부의 수준을 그 기능과 가치에 따라 유형화하여 단계적인 혹은 차등화된 접근이 가능하고 또한 필요하다는 주장이 있다. 예컨대, 이덕연은 ‘인간다운 생활을 할 권리’의 내용을 ‘이상적 수준’, ‘인간다운 최저생활수준’, ‘생물학적 최저생존수준’ 등 세 단계로 나누어서 설정하고, 그 법적 성격을 각각의 수준에 따라 프로그렐적 규정, 불완전한 구체적 권리 및 구체적 권리 등의 복합적인 것으로 파악하는 한병호의 논의를 소개하면서 특히 인간다운 생활을 할 권리 가운데 ‘생물학적 최소생존수준’의 보장은 완전한 구체적 권리로서의 성격을 인정할 수 있다고 한다.<sup>43)</sup>

이러한 개별적인 사회적 기본권의 유형화와 단계론적 차등해석론은 규범이 작용하는 구체적 현실과의 상호관련성과 적실성을 고려함이 없이 원론적으로 사회적 기본권의 권리성을 부인하는 태도에 대한 중대한 대안을 제시하고 있다. 그러나 이런 진전에도 불구하고 이덕연이 제시하는 사회적 기본권인 인간다운 생활을 할 권리가 구체적 청구권을 내포하게 되는 범위가 너무 좁게 형성되어 개별적 권리로 규정된 사회적 기본권의 구체적 권리로서의 성격을 유의미하게 진전시키는데 역부족인 것은 아쉽다. 예컨대 구체적 권리성을 주장할 수 있는 인간다운 생활을 할 권리의 범위를 ‘생물학적’ 최저생존수준의 보장에 한정되는 것으로 보고 있는 것이 문제다.<sup>44)</sup> 실제로 이 정도로 최저생존수준을 설정하는 것은 사회적 기본권이 권리로서의 성격을 가진다는 것을 부정하는 대표적 학자인 한수웅도 예외적으로 그 권리성을 인정한 바 있다는 점이 그 한계를 시사해 준다. 물론 한수웅의 경우는 구체적 청구권의 인정 논거가 사회국가원리에서 찾거나 인간다운 생활을 할 권리 자체에서 찾은 것이 아니라 ‘생명권’과의 연관성을 고려한 인간존엄성에 근거하여 ‘최저생계의 보장을 요구할 수 있는 권리’를 예외적으로 인정될 수 있다고 본 것이라는 점에서 이덕연과 구별되기는 한다.<sup>45)</sup> 그러나 결국 헌법적으로 구체적 청구권을 보장하는 수준에 있어서 양자는 차이가 없다는 점에서 한계를 드러낸 것이다. 인간의 존엄성 조항에 더하여 인간다운 생활을 할 권리를 구체화하는 것도 모자라 구체적 생활영역에서의 국가노력의무를 특별히 규정하고 있는 헌법의 취지를 고려하면 최저생계의 보장을 넘어 사회복지의 본질적인 영역에서 구체적인 청구권이 보장되는 것으로 볼 수 있는 영역을 확대하여야 한다. 예컨대 생존만이 아니라 공동체적 존재로서 타인과 사회적 관계를 맺고 개인으로서의 사적 자아와 시민으로서의 공적 자아를 최소한도로 실현할 수 있는 조건의 보장이 필요한 것이다. 이와 같은 복지의 확대는 사회적 평등에 대한 아무런 명시적인 헌법적 근거가 없는 미국을 포함하여 단순한 사회국가원리규정을 확보하였을 뿐인 독일 등 구미제국의 복지수준이 비교대상이 되어야 할 것이다.<sup>46)</sup> 정치과정이 민주적 대표성을 효과적으로 확보하지 못하고 사회적

42) 같은 취지로 이주영, 앞의 논문, 150쪽 참조. 한편 정치철학적 관점에서 정치적 평등의 실현을 위해 사회적 취약계층에 대한 우대조치가 사법적으로 필요하다는 논지에 대해서는 로널드 드워킨 저, 염수균 옮김, 자유주의적 평등, 한길사, 2005, 특히 제4장 참조.

43) 이덕연, 앞의 논문, 240-246쪽.

44) 이덕연, 앞의 논문, 246쪽.

45) 한수웅, 앞의 논문(사회적 기본권), 63쪽 각주28) 참조.

46) 각국이 처한 상황의 차이가 전혀 고려되지 않을 수 없지만 아주 단순한 수준에서 주요국의 국민총생산(GNP)을 국민경제수준의 기준으로 삼더라도 가용재정수준에 따른 복지수준에서 한국이 매우 열악한 처지에 있다는 점은 헌법의 규범력 확보의 차원에서 심각하게 고려되어

약자의 정치적 자유를 억압하는 제도적·문화적 환경속에서 입법권과 행정권에 대한 기능적 예양은 헌법적 가치판단에 의해 축소될 수 있다.<sup>47)</sup>

### 3. 경제질서를 통한 실현방식의 의의와 한계

#### (1) 경제민주화를 통한 실현방식의 의의와 한계 – 참여를 통한 사회적 평등의 제도화

##### ① 경제질서에서 참여를 통한 사회적 평등의 제도화

경제질서 또한 사회적 평등을 실현하는데 매우 중요한 역할을 한다. 사회적 불평등의 기원이 주로 경제적 불평등에 의해 초래된다는 점을 고려할 때 사회정의의 실현은 경제에 관한 규제와 조정의 목적이 될 수 있다.<sup>48)</sup> 또한 사회적 평등을 실현하는 사회적 기본권은 자유권 특히 경제적 자유권이나 재산권과 긴장관계에 있을 수 있다.

앞서 언급하였듯이 한국 헌법은 제9장에 경제에 관한 별도의 장을 두고 경제질서의 기본원칙과 제도에 대한 결단을 내리고 있다. 특히 헌법 제119조 제2항은 사회적 불평등의 핵심인 경제적 불평등의 해소를 국가의 핵심적 과제로 설정하면서 국민경제의 균형성장, 소득분배, 시장의 지배와 경제력 남용방지를 넘어서서 “경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화”를 국가적 규제와 조정의 목표로 제시하고 있다. 이때 경제민주화의 의미를 둘러싸고 많은 논의<sup>49)</sup>가 가능하지만 그 전제가 “경제주체간의 조화”를 내세우고 있다는 점에서 민주주의 원리와 연계성을 확인할 수 있다.<sup>50)</sup> 특히 우리 헌법은 경제주체로서 노동자의 단결권·단체교섭권·단체행동

야 할 사항이다. 예컨대, 2014년 한국의 국내총생산(GDP) 대비 복지 예산의 비율은 경제협력개발기구(OECD) 조사 대상국 중 가장 낮은 것으로 나타났고 이는 한국이 이 통계에 가입한 이후 지속적인 현상이었다. 한국의 복지예산비율(10.4%)은 OECD 평균(21.6%)의 절반에도 미치지 못했고, 가장 높은 비중을 차지한 프랑스(31.9%)나 핀란드(31%)의 3분의 1에 불과했다고 한다(연합뉴스 인터넷판 [2015.2.5.], “**韓 GDP 대비 복지지출 비율, OECD중 최하위**” (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/02/04/0200000000AKR20150204186400002.HTML> 참조).

47) 물론 이러한 사법적극주의가 인권 신장이나 민주공화체제의 본질적 요소를 보장하는데 기여하지 않고 오히려 반대로 작용하는 경우 정당화될 수 있는 여지는 없다. 즉 사법권의 가치판단적 통제규범에 대한 한도설정기능은 조건부라고 할 수 있다. 이에 대해서는 김종철, “**정치의 사법화**”의 의의와 한계 – 노무현정부전반기의 상황을 중심으로”, 공법연구 제33권 제3호(2005), 244 – 246쪽 참조.

48) 경제질서에 사회적 과제를 부과하는 것은 1948년 제헌헌법 제84조에서 명문으로 규정되었다가 현행 1987년 헌법에서는 그런 표현이 명시적으로 드러나지는 않는다. 그러나 사회적 기본권을 명문으로 보장하고 있는 점이나 경제민주화를 위한 국가의 경제규제와 조정을 규정하고 있는 점에서 볼 때 한국 헌법상 경제헌법은 사회적 평등이념의 실현과 불가분의 관계에 있다(전광석, 앞의 책, 880 – 882쪽 참조).

49) 이 논의에 대하여는, 김종철, “**헌법과 양극화에 대한 법적 대응**”, 법과사회 제31호(2006), 23 – 29쪽 참조. 대표적으로 한수웅은 경제적 지배관계의 민주적 운용으로서의 경제민주화는 사회국가원리를 실현할 수 있는 사회정책적 도구를 입법정책적으로 수용하는 것일 뿐 민주주의 원리를 실현하는 헌법정책의 구체화라고 볼 수 없다고 한다(한수웅, 앞의 책, 141 – 143쪽, 320 – 321쪽 참조). 필자는 경제민주화가 실질적 평등을 위한 사회복지국가 원리의 실현적 측면을 가지는 것을 부인할 수 없지만 민주주의 원리를 정치영역에 국한된 원리로 파악할 필요는 없다고 본다(김종철, 앞의 논문[헌법과 양극화], 23 – 29쪽). 아래 본문에서 후술하듯이 경제주체의 민주화는 사회의 개별자치 단위별 민주주의 네트워크를 구성하는 것으로 볼 수 있고 이런 네트워크는 다원적 민주주의의 요소로서 사회단체의 정치참여의 토대가 될 수 있기 때문에 경제민주화의 다중적 의미를 애써 부인하는 것은 사회단체 정치세력화의 헌법적 정당화 가능성을 제한적으로 이해하려는 자유주의적 인식의 한계를 드러낸 것으로 볼 수 있다.

50) 반면 한수웅은 경제민주화의 민주주의적 관철은 근로자의 경영참가와 같은 근로자와 사용자간의 관계를 의미하는데, 경제주체가 근로자 이외에도 소비자, 기업, 가계로 다양하고 이들간의 관계도 복잡다단하므로 결국경제민주화를 근로자와 사용자간의 관계로 축소해서 볼 수 없는 논거로 내세우고 있다(한수웅, 앞의 책, 320쪽 참조). 그러나 경제주체가 다양하다는 것은 근로자 – 사용자관계도 다양한 관계의 하나로 볼 수 있다는 것을 의미하므로 경제민주화를 민주주의와 연계시키는 해석이 경제주체간의 다양성에 의해 부정될 이유는 없고, 또 경제민주화를 근로자와 사용자간의 공동경영과 같은 특수한 것으로만 볼 이유도 없다. 오히려 다양한 경제주체간에 경제정책을 협의하여 결정하고 집행하는 조합주의(Corporatism)적 모델까지도 포함하는 광의의 개념으로 해석할 수 있다. 결국 한국 헌법은 근로자의 공동경영참여와 같은 제도를 도입할 수 있는 헌법적 근거를 경제민주화조항을 통해서 허용한 것이며 이를 일부 경제자유론자들이 주장하듯이 반헌법적인 것으로 단정할 수 없다. 다만 그 구체적 도입여부는 정치과정에 위임되어 있을 뿐이다(김종철, 앞의 논문[헌법과 양극화], 23 – 29쪽; 김종철, “**헌법과 경제민주화 – 한국 헌법의 경제조항을 중심으로**”, 박영철 외, 대변환의 패러다임을 찾아서, 한국학술정보, 2013, 제2장, 특히 40 – 48쪽 참조).

권을 헌법적 권리로 보장하고 있을 뿐만 아니라 “농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성”하고, “그 자율적 활동과 발전을 보장”(제123조 제5항)하는 한편, “건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장”(제124조)함으로써 경제주체의 자조조직을 헌법화하고 있다. 원칙조항과 세부실현조항간의 유기적 해석을 시도하자면 이러한 경제주체의 자조조직은 경제활동적 단위이기도 하지만 필연적으로 정치활동적 단위이기도 하다. 우선 외부적으로 경제주체의 사회경제적 목적은 정치과정을 통해 실현되는 것이 다원적 민주주의의 기본적 현실이다. 내부적으로 경제활동의 효과를 조직화하고 교섭의 상대방과 대등한 관계를 가지기 위해서는 단체적 자율성을 확보하여야 하고 그 전제는 당연히 내부민주주의의 실현일 것이다. 특히 사회적 불평등을 해소하기 위한 주요한 수단이 교섭력을 확보하고 정치적 세력화를 이루기 위한 집단주의(Collectivism)이라고 할 때 경제민주화와 경제주체의 자조조직을 헌법화한 헌법의 결단은 소홀히 취급되어서는 안된다. 비지배적 자유실현이 사회경제적 환경에 달려있음을 고려할 때 이러한 결단은 실질적 평등을 통한 공화적 공존에의 지향의지와 다원적 방법론을 극적으로 보여주는 핵심적인 헌법적 근거로 이해되어야 할 것이다.

## ② 이른바 보충성의 원칙의 의의와 한계<sup>51)</sup>

사회적 평등의 실현과 경제 질서에 대한 국가의 규제와 조정은 경제적 자유와 재산권이라는 또 다른 기본권 영역에 대한 제한을 의미하기 때문에 자연스럽게 법치국가의 원리나 민주주의의 원리와와의 조화 속에 실현되어야 하는 구조적 한계가 있다. 따라서 사회적 평등의 이념과 이를 실현하는 원리로서의 사회국가 혹은 복지국가의 원리와 사회적 기본권과 법치국가의 원리나 민주주의의 원리 및 이들로부터 파생되는 국가권력통제원리간의 관계를 정확히 이해할 필요가 있다.

민주주의원리와 복지국가원리는 현재의 초기판례가 ‘민주복지국가’<sup>52)</sup>로 복지국가의 이상을 표현하고 있듯이 내용적으로 밀접한 관련성을 가진다. 민주주의 원리가 정치과정에 자유롭고 차별없이 참여할 수 있는 것을 내용적 가치로 하는 것이라면 복지국가의 원리는 그러한 자유와 평등의 실질을 위한 국가의 사회조정원리이고 그 사회조정의 과정이 민주적으로 이루어져야 한다는 점에서 상호보완적이다. 즉 정치적 민주화가 없는 복지국가는 사실상 불가능하거나 바람직하지 않으며 복지국가는 정치적 민주화의 버팀목이라는 점에서 양자는 내용적으로 연계성을 가진다.<sup>53)</sup>

또한 법치국가의 원리와 복지국가의 원리 또한 상보적이다. 법치국가는 헌법적 테두리 내에서 국가정책을 법률이라는 규범의 형식으로 확립하는 입헌적 입법국가, 법률이 정한 정책을 국민에게 헌법과 법률이 정하는 방식과 절차에 따라 집행하는 법치행정국가, 법적 분쟁을 헌법과 법률에 따라 양심에 의거하여 독립된 재판에 의해 해소하고 국민은 재판청구권이라는 기본권을

51) 이 부분은 김종철, “법률복지개념의 헌법적 정당화와 발전방안—법률구조의 패러다임 전환을 위한 시론”, 법과사회 제43호(2012), 54-56쪽을 토대로 재구성된 것임을 밝혀둔다.

52) 헌재 1989. 12. 22 선고 88헌가13 결정.

53) 전광석은 복지국가원리의 핵심적 실현분야인 사회보장의 전제가 민주주의임을 분명히 하는 한편 그 반대급부로 역시 민주주의 자체가 사회화되어야만 사회보장이 균형있게 발전함을 논증하고 있다. 전광석, 한국사회보장법론, 법문사, 2010, 19쪽 이하.



통해 법적 정의를 추구하는 사법국가를 그 내용으로 한다.<sup>54)</sup>

그런데 복지국가의 원리에 의해 사회적 보장을 국가가 담당하는 경우 기본권 주체의 사회영역에서의 활동이 일정정도 제한될 수밖에 없는 한계가 있고 이때 법치국가의 원리와 복지국가의 원리가 긴장관계를 형성할 수 있는 여지가 있다. 예를 들어 국토의 균형 있는 발전을 통해 모든 국민들이 안전하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 과도한 부동산 투기를 규제하기 위하여 토지거래허가제와 같은 제도를 도입하게 될 때 어쩔 수 없이 개인의 경제활동의 자유와 재산권을 제한하게 되면 복지국가원리에 기초한 사회통제와 법치국가원리에 바탕한 개인의 기본권보장이 충돌할 수 있다. 이러한 긴장관계를 해소하는 방법으로 복지국가의 원리 또는 국가의 사회통제는 개인의 자유가 일차적으로 보장되는 전제하에 자유가 과도한 방종으로 흘러 사회적 해악을 초래하는 경우 예외적으로 꼭 필요한 때에 한하여 이를 보충하는 정도로만 개입할 수 있다는 ‘보충성의 원칙’이 있다. 현재는 다음과 같이 보충성의 원칙을 헌법적 차원에서 인정하고 있다 : “각 개인의 인격을 존중하고 그 자유와 창의를 최대한으로 존중해 주는 것을 그 이상으로 하고 있는 만큼 기본권주체의 활동은 일차적으로 그들의 자결권과 자율성에 입각하여 보장되어야 하고 국가는 예외적으로 꼭 필요한 경우에 한하여 이를 보충하는 정도로만 개입할 수 있고, 이러한 헌법상의 보충의 원리가 국민의 경제생활영역에도 적용됨은 물론이므로 사적자치의 존중이 자유민주주의국가에서 극히 존중되어야 할 대원칙임은 부인할 수 없다.”<sup>55)</sup> 전통적으로 사회복지를 잔여적(Residual) 성격으로 이해하여 “사회에서 일차적인 제도가 아니라 욕구를 충족시키는 ‘정상적인’(Normal) 통로들이 적절히 기능하지 못할 때에만 필요한 보충적인 기능<sup>56)</sup>”으로 간주해 온 것도 이러한 보충성의 원칙과 연계되어 있다고 볼 수 있다.

복지국가의 원리가 새로운 헌법 원리로 발전한 것은 사실이고 국가의 재정수준 등에 의해 현실적 한계가 존재하는 원리임은 부인할 수 없지만 그렇다고 사회통제나 사회복지가 오로지 보충적인 것으로만 이해되어야 할 이유는 없다. 오히려 현대복지국가의 발전은 경제사회적 자유방임주의가 결국 개인의 자유 실현을 방해하고 소수 기득권자들의 불공정한 자유과잉을 낳는 사회적 폐해를 국가가 민주적으로 규제하는 것을 기본적으로 전제하고 있으며 이러한 실질적 자유와 평등의 조건하에서만 개인의 자율성이 공정하게 발휘될 수 있다는 것은 예외적이고 보충적인 조건이 아니라 국가의 제일차적 기능이라고 할 수 있다. 이 점에서 현재가 보충성의 원칙에도 따른 사적 자치에도 일정한 한계가 있음을 인정한 것은 타당하다 : “그것은 어디까지나 타개인이거나 사회공동체와 조화와 균형을 유지하면서 공존공영하는데 있어서 그것이 유익하거나 적어도 유해하지 않는 범위내에서 용인된다는 것이지 무조건 무제한으로 존중된다는 뜻은 아닌 것이다.”

따라서 사회복지도 개인의 자율적 활동이 한계에 봉착한 경우 예외적이고 보충적인 차원에서 희생자를 돌보는 안전망(Safety Net)이 아니라 “근대산업사회에서 필수적이고도 ‘정상적인 제일선적 기능(First-Line Function)’을 하는 고유의 성격을 가진 활동”으로 이해할 필요가

54) “헌법 제27조에서는 ‘모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다’고 규정하고 있는바, 국민의 헌법상의 기본권과 법률상의 권리는 이와 같은 재판청구권의 행사를 통하여 법원의 재판절차에서 관철된다고 할 수 있다.”(헌재 2002. 5. 30 선고 2001헌바28 결정).

55) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357.

56) 닐 길버트·폴 테렐 저, 남찬섭·유태규 역, 사회복지정책론-분석들과 선택의 차원, 나눔의 집, 2007, 21쪽.



있다.<sup>57)</sup> 예컨대, 전광석이 다음과 같은 영역에 있어 보충성의 원칙이 적용될 수 없다고 입론한 것은 지극히 타당한 견해라고 할 수 있다 : “첫째, 민주주의원리, 법치국가원리, 복지국가원리 등 헌법의 기본원리가 기능하기 위하여 필요한 공공재의 공급이다. 아동양육, 교육 등이 여기에 해당한다. 둘째, 시장에서 안정적으로 공급되기를 기대할 수 없는 공공재이다. 교통, 사회기반 시설 등이 여기에 해당한다. 셋째, 재화와 서비스의 가격이 시장에서 형성되는데, 이를 필요로 하는 자가 가격을 감당한 경제적 능력이 없어 수요가 충족될 수 없는 경우이다. 사회보장급여가 여기에 해당한다<sup>58)</sup>.”

## ② 재산권의 형성적 법률유보와 공공복리적합의무를 통한 실질적 평등의 실현

사회적 불평등을 해소하고 실질적 평등을 실현하기 위한 사회경제적 규제와 조정과정에서 가장 강력한 장애로 등장하게 되는 것이 개인의 재산권과 경제적 자유의 보장문제와의 갈등이다. 구조적인 경제적 불평등을 해소하기 위한 국가의 적극적 조정은 필연적으로 재산권의 향유 정도에 대한 한계설정이나 재산권 형성의 기초인 경제적 자유에 대한 규제를 수반하지 않을 수 없기 때문이다.

근대시민국가의 형성 직후 아주 짧은 기간 존재했었던 소위 ‘자유방임’(Laissez-Faire)의 시대는 경제적 자유와 재산권의 절대적 보장을 헌법과 국가의 본질적 요소로 간주하는 특징이 있었으나 곧 공공복리를 위해 이들 권리들이 상대화되는 과정이 민주화과정과 병행하여 19세기 이후의 입헌민주체제의 발전과정이었다<sup>59)</sup>. 제헌헌법은 이러한 조류를 정통으로 수용하였고 그 기본취지는 현행 헌법까지 이어지고 있다. 특히 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항은 재산권의 내용과 한계 자체를 법률이 형성하도록 함으로써 전통적 전국가적 자유권으로서의 재산권의 본질을 결정적으로 변환시켰으며 그 제2항에서 재산권의 행사에는 특별히 사회적 기속성이 있음을 명문으로 인정하였던 것이다<sup>60)</sup>. 또한 그 제3항에서는 정당한 보상이 수반되기는 하지만 재산권을 박탈하여 가치만을 보장하는 길을 열어주고 있으며 헌법 제126조는 특별한 요건을 갖춘 경우 사영기업의 국공유화마저 가능하도록 국가에 수권하고 있다. 1998년과 2008년 금융위기가 닥치자 사영기업에 대한 공적자금 투입이 당연시 되었던 경험을 되새겨

57) 닐 길버트·폴 테렐, 앞의 책, 22쪽.

58) 전광석, 앞의 책(한국헌법론), 883쪽.

59) 예컨대 근대시민국가의 태동기 계약의 자유의 위상변화를 보여주는 P. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract* (Oxford University Press, USA; New ed; Dec 12, 1985), 19세기 자유방임의 시대에서 사회규제의 시대로의 변화를 조망하는 A. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (London : Macmillan, c1914, 1940), 재산권 등 소유적 개인주의에 중점을 둔 ‘과거의’(old) 권리로부터 적법절차권, 평등권 등 인간의 존엄과 직결된 ‘새로운’(new) 권리로 헌법이 보장하는 권리의 중심축이 이동하는 흐름에 대해서는 존 헨리 메리만, 윤대규 옮김, *시민법전통*, 경남대학교출판부, 2001, 243-244쪽 참조.

60) 현재는 이러한 해석을 원칙적으로는 명확히 정립한 바 있다 : “우리 헌법상의 재산권에 관한 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되도록 하고 있다. 따라서 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바 20, 판례집 5-2, 36, 44 참조)……그러므로 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 형성함에 있어서 입법자는 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이고, 재산권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니 된다거나 사회적 기속성을 함께 고려하여 균형을 이루도록 하여야 한다는 등의 입법형성권의 한계를 일탈하지 않는 한 재산권 형성적 법률규정은 헌법에 위반되지 아니한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바36, 판례집 12-1, 869, 882-883 ; 헌재 2010. 9. 30. 2008헌가3, 판례집 22-2상, 568, 579 ; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바217, 판례집 24-1상, 423, 433-434 참조). 한수웅과 장영수는 이러한 재산권행사의 사회적 기속성이 사회국가원리가 재산권영역에서 구체화된 것으로 파악하고 있다(한수웅, 앞의 책, 841쪽; 장영수, *헌법학*, 흥문사, 2007, 588쪽).



보면 현대민주국가에서 경제적 자유와 재산권은 공공복리와 이익형량에서 좀처럼 우월할 수 없는 권리임을 알 수 있다. 국가와 사회의 기본질서를 형성하는 헌법이 경제영역의 실질적 평등을 통해 ‘비지배적 자유’를 관철하여 인간의 존엄의 보장되는 자유민주공화국을 추구하고 있음을 이보다 명확히 밝힐 수는 없을 것이다. 한국 헌법이 경제적 힘이 다른 국가 및 사회영역으로 전이되지 못하도록 할 수 있는 막중한 권력을 국가에 수권하였지만 한국의 헌법현실은 정반대로 전개되고 있음은 우려할 만하다. 특히 헌법의 해석에 있어서도 경제적 자유나 재산권 행사 규제입법에 대하여 엄격한 과잉금지원칙을 적용함으로써 엄격한 법치국가원리의 적용으로 사회복지주의에 기초한 사회경제개혁입법을 봉쇄할 수 있다는 전도된 논리가 만연하게 된 것이 공화적 공존을 통한 사회통합을 위협하는 원인이 되고 있음을 직시할 필요가 있다.

#### IV. 사회적 평등을 위한 국제인권법의 국내적 수용의 현실적 필요성과 한계

앞서 사회적 평등의 법적 근거로 국제인권법을 제시한 바 있다. 이는 한국 헌법 제6조 제1항에서 국제조약과 국제관습법의 국내법적 효력을 인정한 바에 따른 것이다. 특히 사회적 평등과 관련한 국제인권법의 국내적 수용의 결과 그 효력에 대한 논의가 필요하다.

##### 1. 사회적 평등과 관련한 국제인권법

20세 세계대전 이후 국제인권법의 모태로 기능한 것은 유엔총회의 세계인권선언이다. 그러나 이 선언의 성격은 법적 구속력이 없는 정치적 선언으로 이해되었다. 이에 법적 구속력을 가지는 인권규약의 제정이 논의되었고 그 대표적인 것이 사회권규약과 “시민적·정치적 권리에 관한 국제규약”(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 “자유권규약”이라 한다)<sup>61)</sup> 및 이들 규약의 부속의정서이다. 특히 사회권규약은 한국 헌법상 사회권규정들과 내용상 상당부분이 중첩되고 있다. 이외에도 한국은 사회적 평등과 관련된 다양한 국제조약에 체약국이 되었다. 예컨대 “인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약 및 최종의정서”, “모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약”, “여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약”, “국제노동기구헌장”, “난민의 지위에 관한 의정서”, “난민의 지위에 관한 의정서”, “취업최저연령에 관한 협약(ILO 협약 제138호)” 등에 국회의 동의를 받아 체약을 하였고, “부녀자의 정치적 권리에 관한 협약”, “아동의 권리에 관한 협약”, “동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약”, “고용 및 직업상의 차별에 관한 협약(ILO 협약 제111호)” 등에는 국회의 동의 없이 가입하였다.

61) 이 규약은 1966.12.16. 제21차 유엔총회에서 채택되고 1976.3.23. 발효되었다. 자유권규약과 사회권규약이 같은 날 유엔총회에서 채택되었음에도 별도의 규약으로 성립된 것은 일단 자유권과 사회권의 본질적 차이를 강조하는 이원론적 입장이 결과적으로 관철된 것이라고 할 수 있다. 자유권과 사회권의 이원론은 자유권은 사법심사가 가능하고 즉각적 이행이 가능한 반면 사회권은 점진적 실현의 필요성이 있는 목표로서의 성격이 강하고 각국의 재정상황을 고려하여야 한다는 성질상의 차이와 자유권의 경우 그 위반행위에 대한 국제기구예의 청원이나 모니터링이 용이하나 사회권의 경우 부적합하다는 이행수단상의 차이를 강조한 것이다. 이에 대하여는 이주영, 앞의 논문, 129-132쪽 참조.

## 2. 국제인권법의 효력에 관한 검토

### (1) 국제법 일반의 국내법적 효력에 관한 개관

헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 모두 국내법적 효력을 가지는 것으로 인정하고 있다. 일반적으로 국제관습법을 해석되는 일반적으로 승인된 국제법규와 조약의 경우 국제법적 위상이 다를 수 있어 비교법적으로도 그 국내법적 효력에는 다양한 법정책론적, 법해석론적 태도가 혼재하고 있다. 한국의 경우 이에 대한 논의 자체가 많지 않다. 판례 등 사법과정에서 재판규범으로 국제법을 인용하는 경우가 드물기 때문인 것도 그 한 원인이 된다. 이런 점에서 국제법존중주의가 한국의 헌법현실에서는 명목적이고 장식적으로 기능해온 점이 없지 않다고 할 것이다.

학술적 논의로는 국제법의 국내법적 효력 자체에 대하여 조약과 국제관습법을 구별하여 취급하고 있다. 조약의 경우 헌법적 효력을 인정하는 입장은 없고 법률적 효력과 행정입법적 효력을 그 성질에 따라 인정하는 해석론이 다수설인데, 이에 더하여 국제인권법의 경우 헌법률과 같은 효력을 가진다고 보아 법률우위의 효력을 인정하는 견해도 강하게 개진되고 있다<sup>62)</sup>.

국제관습법의 경우 헌법적 효력을 인정해야 한다는 견해에서부터 성질에 따라 헌법률·법률·행정입법과 같은 효력을 가진다는 입장과 법률적 효력을 가진다는 견해, 법률적 효력과 행정입법과 같은 효력을 가진다는 견해가 대립하고 있다<sup>63)</sup>.

### (2) 국제인권법의 국내법적 효력과 사회적 평등

한국이 가입한 국제인권조약의 경우 국내법상 단순한 법률의 효력만을 부여하기에 적절하지 아니한 경우가 많고 헌법상 국제법 존중주의와 입헌적 민주공화제가 궁극적으로 추구하는 “개인이 가지는 불가침의 기본적 인권”의 보장(헌법 제10조)에 충실하지 못할 수 있기 때문에 국제법 일반의 경우는 별론으로 하고 최소한 국제인권법에 관한한 법률보다 상위의 효력을 부여하는 해석론이 타당하다. 따라서 국제인권법은 헌법재판을 비롯한 사법권의 재판규범으로 기능할 수 있어야 할 것이다.

그러나 국제인권법이라 하더라도 자유권의 경우와는 달리 사회권의 경우 국내법적 효력을 인정하는데 상대적으로 제약이 더 많다는 점을 부인할 수 없다. 이는 국내헌법상 자유권과 사회권의 구별론이 지속되어 오는 것과는 일맥상통하는 것이다. 특히 사회권규약은 자유권규약과는 달리 개인에게 직접 구체적인 권리를 부여하는 것이 아니라 체약국이 관련 자유와 인권을 확인 혹은 보장해야 한다는 국가의무부과의 방식으로 규정하고 있어 그 자기집행성에 대한 논란이 있다<sup>64)</sup>. 더구나 앞서 살펴본 것처럼 사회권규약과 내용적으로 연계된 한국 헌법상의 사회적 기본권의 경우에도 그 권리의 구체성이 불완전한 것으로 이해되는 경향이 있다는 점도 유의해야 한다. 즉 국내적으로 사회적 기본권이 단지 입법부작위에 대한 헌법소원의 가능성만 열어 놓을 뿐, 헌법재판을 통해 국가의 의무이행을 강제하는 효과는 기대하기가 어렵다고 보는 경우<sup>65)</sup>와 같은

62) 정재황, 신헌법입문(제6판), 2016, 189쪽.

63) 정재황, 앞의 책, 193쪽.

64) 일본 최고재판소의 경우도 이런 논지에서 사회권규약의 재판규범성을 인정하지 않는다고 한다(히가시자와 야스시, “재판규범으로서의 국제인권법”, 서울국제법연구 제13권 제1호(2006), 77쪽 참조).



맥락에서 경제사회권 국제규약의 법률 상위적 효력을 인정하는 실익이 무엇인지에 대한 의문이 제기될 여지는 없지 않다.

그러나 오늘날 자유권적 인권의 보장은 사회경제적 물질·제도적 토대의 보장 없이 효과적으로 실현되기 힘들다는 점에서 양자의 불가분성이 강조되고 있는 추세라고 할 수 있으므로 사회적 인권의 구체적 권리성 자체를 포기할 수는 없다. 보다 적극적으로 국가의 입법무를 촉구할 수 있는 강한 정당화사유로서의 의미를 고려하면 사회권규약의 경우에도 입법마저도 강제할 수 있는 효력을 인정하는 것이 보편적 인권보장이나 기본적 인권의 실질적 보장을 위해 긴요할 수 있다<sup>66)</sup>. 특히 직접적용의 문제와 관련하여 원칙적으로 가능한데 다만 “구체적 상황에서 그것을 어떻게 해석하여 어떤 식으로 적용시키느냐의 문제만 남는 것”이라는 주장<sup>67)</sup>도 경청할 만하다. 더구나 국제인권법상 체약국의 사회권규약준수의무가 지속적으로 구체화되고 강화되어온 추세는 사회적 평등을 위한 국제인권법의 국내적 수용의 필요성을 더욱 강화시키고 있다. 2008.12.10. 유엔총회는 사회권규약 선택의정서를 채택하여 자유권규약과 같이 사회권규약의 위반사항에 대한 통보와 조사절차를 도입하였다. 또한 사회권위원회는 규약상 개별 권리의 내용과 이에 상응하는 국가의 의무를 구체화하는 일반논평을 지속적으로 제시하여 왔다. 예컨대 각 사회권별로 그 실현에 필요한 재화나 서비스가 갖추어야 할 필수적인 요소를 가용성(Availability), 접근성(Accessibility), 수용성(Acceptability), 질(Quality)로 구분하여 제시하여 체약국이 해당 사회권의 이행 전략을 수립하고 그 집행 및 평가에 유용한 기준을 마련하여 국내법상 사회권규약의 이행에 향유할 수 있는 형성재량권에 일정한 한계를 설정한 점을 주목할 필요가 있다<sup>68)</sup>.

## V. 결론

한국 헌법은 민주공화국으로서 자유민주적 기본질서에 입각한 민주복지국가를 표방하고 있다. 한마디로 자유·평등·복지를 최고의 가치로 삼아 국가는 개인이 가지는 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 가지도록 헌법이 국가의 존립이유를 선언하고 있다. 이러한 선언은 특히 자유의 실질적 실현을 위해 사회적 평등의 보장이 필수적임을 확인하는 사회적 기본권 보장규정과 경제민주화를 위한 국가의 경제영역에 대한 규제와 조정권을 보장하는 일반조항을 둔 것에서 구체화된다.

그러나 한국의 현실은 사회적 평등을 위한 헌법의 규범력이 약화되고 오히려 경제양극화에 의한 사회갈등의 심화로 점철되어 있다. 이러한 사회적 평등에 관한 헌법규범과 헌법현실의 괴리는 국민의 정치적 자유와 권리가 효과적으로 보장되지 못하는 선거법 등 정치관계법에 의해 형성된 대의민주주의의 위기에 일정부분 기인한다. 그러나 헌법재판권을 포함한 사법권력이 전통적인 기능적 한계론에 매몰되어 헌법규범의 실현에 소홀히 해 온 것도 한 몫하고 있다고 할 수 있다. 특히 사회적 기본권의 구체적 권리성을 부인하는 해석론이 헌법이론이나 헌법실무에서 팽배한 것이나 보충성의 원리를 헌법원리로 오독하

65) 한수용, 앞의 책, 912쪽 참조.

66) 같은 취지로 이명용, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 통권 제83호(2005), 195-197쪽 참조.

67) 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 통권 609호(2007), 165-170쪽 참조.

68) 이주영, 앞의 논문, 138-139쪽 참조.

여 복지정책을 수립하고 그에 상응하는 경제사회질서를 형성하는 데 기여해야 할 사법권의 책무를 방기해 온 점은 적극적 성찰이 필요한 부분이다. 또한 이처럼 사회적 평등의 실현에 관한 법제구축에 소홀한 국내법이론과 법실무의 현황은 헌법이 국제법 존중주의를 기본원칙으로 삼고 있음에도 불구하고 사회권규약을 비롯한 국제인권법의 보장체계가 지속적으로 발전해 온 점을 무시하거나 간과해 온 탓도 없지 않다. 이러한 현실은 한국 헌법학계와 헌법실무계로 하여금 헌법 전문이 밝힌 바와 같이 “우리들과 우리들의 자손의 영원한 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”한 점을 다시 한 번 상기하고 사회 정의와 사회적 평등에 관한 인식의 전환을 숙고하도록 요청하고 있다.





# Constitution and Social Equality in Korea : Current State and Legal Issues



**Kim, Jongcheol**

Professor, Yonsei University

## Contents

- I . Introduction
- II . The Concept of Social Equality in the Korean Constitution  
and Its Legal Basis
- III . Realization of Constitutional Social Equality : Legal Issues
- IV . Incorporation of International Human Rights Regimes :  
Needs and Limitations
- V . Conclusion





## I. Introduction

The unbridled forces of globalization and neoliberalism have aggravated the income gap and social inequality around the world. Since the mid 1990s, especially the 1998 Asian financial crisis and subsequent IMF bailout program, Korea has experienced sluggish growth in earned income with the average income of the bottom 40% declining and that of the top 10% on the rise contributing to an ever-growing economic disparity—a stark contrast to the period of the country’s rapid growth when the average income grew across all income groups.<sup>1)</sup> The worsening long-term trend since 2000 is evidenced by the income quintile share ratio and relative poverty ratio, two measures of the inequality of income distribution. The country’s income quintile share ratio, calculated as the ratio of total income received by the 20% of the population with the highest income to that received by the 20% of the population with the lowest income, stood at 4.2 in 2015 with the disposable incomes for urban families of two or more persons taken into account. The relative poverty ratio, defined as the percentage of families whose incomes are less than 50% of the median income, was 10.4% in 2015.<sup>2)</sup>

Korea’s earned income gap among paid workers is the second highest after the United States among key OECD members.<sup>3)</sup> The male–female income disparity is also the highest among major OECD member countries. The income gap between regular–and non–regular workers remains significantly high as well. Over the past ten years, temporary workers have earned 70% as much as regular workers while dispatched/temporary agency workers have made 57% and part–time workers have earned 28% as much. This divide appears also on the basis of corporate sizes as the income gap has widened between employees at big companies and smaller ones.<sup>4)</sup>

The overall income gap in Korea and the resulting wide economic disparity and social inequality seem to have contributed to ever-worsening societal problems. The suicide rate has soared since the 2000s with 26.5 out of 100,000 people taking their own lives in 2015, which is twice as high as that of the year 2000. The rate is the highest among OECD members.<sup>5)</sup> The fertility rate, an indicator affected by economic factors or social

---

1) The income disparity widened the gap in average income between the top 0.1% and bottom 20% grew in 2010 compared to 1996. Nak–nyeon Kim, “The Income Inequality in Korea, 1960–2010”, *Economic Development Journal*, No.18, vol 2(2012), p151.

2) National Statistical Office, Household Trend Survey – Income Distribution Index 2015 [http://kosis.kr/wnsearch/totalSearch.jsp].

3) OECD, Stat – Labour – Earnings – Decile ratios of gross earnings – Decile 9/Decile 1 Index [http://stats.oecd.org/].

4) National Statistical Office – National Index System – Wage Gap Index [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\_cd=2898].



competition, is among the lowest in the world with the total fertility rate standing at 1.21 in 2014 and remaining over the past decade below 1.3, which is considered lowest–low fertility, while the poverty rate among seniors is one of the highest among key OECD countries.<sup>6)</sup>

The growing inequality in Korea is highly regrettable as the country aims to become a democratic welfare state with social justice being the nation's goal and basic social rights explicitly guaranteed by the constitution. In this respect, this paper will explore how legal issues lead to the discrepancy between constitutional norms and reality. Firstly, the paper will look at the value orientation and normative system of the Korean state and society which are embodied in the constitution as guiding principles for addressing social inequality so that all members of society can enjoy the inviolable basic rights to pursue human worth, dignity and happiness. Assuming that the discrepancy comes from the failure of state authorities including the legislature to efficiently fulfill their constitutional mandate, the paper will then move on to its key objective of providing a venue for discussions on key legal issues that help prove the assumption from the perspective of legal policy and interpretation. As the paper will be presented at an international conference, some of the facts well–known in Korea will be discussed in detail here for the purpose of introduction as well as comparison with other countries.

## II. The Concept of Social Equality in the Korean Constitution and Its Legal Basis

### 1. The Concept of Social Equality

One of the fundamental elements of modern constitutionalism is the state's mandate to uphold not only individual freedom but equality. However, such equality was mostly construed and delivered as formal equality focused on providing equal opportunity and banning arbitrary discrimination in order to ensure individuals would not face injustice in the course of enjoying the liberty and rights guaranteed by the constitution. As the notion of formal equality among free individuals does not take into account discrepancies arising from the interaction between varied individual competence and external

---

5) National Statistical Office – National Index System – Suicide Rate Index for Key OECD Countries  
[[http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx\\_cd=2992&stts\\_cd=299202&clas\\_div=&idx\\_sys\\_cd=602&idx\\_clas\\_cd=1](http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=2992&stts_cd=299202&clas_div=&idx_sys_cd=602&idx_clas_cd=1)].

6) Korean government, Third Basic Plan on Addressing Low–Birth and Aging Society 2016–2020, 2016, p8, 10.

influences, such disparity becomes entrenched in the social structure, undermining effective response to de-facto inequality in real-world situations.<sup>7)</sup> If a commonwealth were to deliver happiness for all, it should ensure equality of condition with at least minimum set of legal and institutional arrangements in order to prevent structural issues from nullifying formal equality of opportunity to pursue liberty, and also realize substantive equality, a concept referring to limited equality of outcome or results on certain levels.<sup>8)</sup> As described above, social equality provides the basis to overcome the limitations of formal equality centered around 'individual justice' to serve 'social justice' focused on addressing de-facto inequalities in the economic and societal realms.<sup>9)</sup>

## 2. Constitutional Basis

### (1) Preamble

The preamble of the Korean Constitution proclaims that it aims to destroy all social vices and injustice ; to afford equal opportunities to every person and provide for the fullest development of individual capabilities in all fields, including political, economic, social and cultural life ; and to elevate the quality of life for all citizens. The objective of destroying all social vices and injustice is social equality as it apparently seeks the delivery of social justice. While the goal of affording equal opportunities to every person in all fields is to ensure formal equality of being free from discrimination in a strict sense, it can also be safely construed as meaning substantive equality in opportunities in a broad sense. It is obvious as well that elevating the quality of life for all citizens is both the prerequisite to, and the outcome of, successful delivery of social justice that goes beyond individual justice.

### (2) Article 1

Article 1 Section 1 of the Constitution declares the Republic of Korea as a democratic republic. The normative meaning of democratic republic, a form of state system, may be interpreted variously. However, given that the coherent and systematic interpretation of the entire constitution is closely linked to the clause proclaiming the country as a democratic republic, which is the normative basis of the community, the paragraph can be understood not only as a formal declaration as to where the

---

7) For an opinion that explains this phenomenon in the context of an asymmetry between the conceptual vagueness and structural possibility of liberty and the conceptual clarity and actual (im)possibility of equality, refer to "The Discussion Structure for Basic Social Rights" by Gwang-seok Jeon, *European Constitution Journal* No. 14(2013), p160-161.

8) Gwang-seok Jeon, aforementioned paper(Basic Social Rights), p176-180 ; Jin-a Cha, "The significance and Delivery Mechanism of Social Equality", *Anam Law Review* No. 21(2005), p227-233.

9) Gwang-seok Jeon, aforementioned paper(Basic Social Rights), p177 ; Jin-a Cha, *Ibid.*(Social Equality), p235-238.



sovereignty of the political community comes from<sup>10)</sup> but also as a guiding principle in realizing the community's objective of social justice.<sup>11)</sup> If a republic is construed as a political community seeking republican coexistence of its members, it can also be said that Korea is based upon republican coexistence where its citizens enjoy the right to pursue human worth and dignity while being unhindered by any form of discrimination and protected by free, democratic political and societal order.<sup>12)</sup> A democratic republic must ensure its members have the right to demand that the government rectify poor living conditions as they constitute social discrimination.<sup>13)</sup>

### (3) Article 10

Article 10 of the constitution declares, "All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals." Constitutional law scholars and legal practitioners differ in their opinions on the nature of human worth and dignity and the right to pursue happiness. However, they agree that the concept of human worth and dignity justifies the realization of liberty and equality as fundamental values underpinning constitutionalism whether the concept is seen as linked to all forms of liberty and rights embodied in the constitution or regarded as a 'principal' fundamental right, a prototype of all other liberty and rights. As the realization of social equality is an obvious prerequisite to human worth and dignity, the value of social equality is also justified by the human dignity and worth clause in the Korean Constitution.<sup>14)</sup> For example, "a life worthy of human beings" described in Article 34 Section 1 can be considered a constitutional right that embodies the values of human worth and dignity.<sup>15)</sup>

### (4) Articles 31 through 36

Articles 31 through 36 stipulating basic social rights are the provisions of guaranteeing the adjustment of unjust outcome demanded by substantive equality or

---

10) Gwang-seok Jeon, Introduction to the Korean Constitution(11th edition), Beopmunsa, 2016, p77.

11) Seon-taek Kim, "The Principle of Republic and the Interpretation of the Korean Constitution", Constitution Review No.15, vol 3(2009), p233, p240-242.

12) Jong-chul Kim, "Equality as a Prerequisite to Republican Coexistence", Constitution Review No.19, vol 3(2013), p29-30.

13) Viroli, a republican philosopher, emphasizes that falling ill or aging is not a crime and that a republic is not a for-profit company but a coexistent lifestyle that strives to protect the dignity of citizens and thus has a duty to provide relief based on the inherent rights of citizens and not out of sympathy for them(Maurizio Viroli, Translated by Gyeong-hee Kim & Dong-gyu Kim, Republicanism, Ingansarang, 2006, p142-143).

14) Su-woong Han, Constitution Studies(2nd edition), Beopmunsa, 2012, p293.

15) Deok-yeon Lee, "The Nature and Legal Status of 'the Right to a Life Worthy of Human Being'", Public Law Review No. 27 vol 2(1999), p244.

the most direct basis underpinning the pursuit of social equality.

Article 31 Section 1 provides that all citizens shall have an equal right to receive an education corresponding to their abilities. The next clauses describe how to substantively guarantee the above-mentioned right. They set forth the rights and obligations regarding free, compulsory education ; the independence, professionalism, and political impartiality of education and the autonomy of institutions of higher learning ; the state's mandate to promote lifelong learning ; and the principle that fundamental matters pertaining to the educational system, including in-school and lifelong education, administration, finance, and the status of teachers shall be determined by act.

Article 32 Section 1 guarantees the right to work for all citizens. In particular, the state should endeavor to promote the employment of workers and to guarantee optimum wages through social and economic means and should enforce a minimum wage system. The subsequent clause declares how all citizens shall have the duty to work and the state shall prescribe by Act the extent and conditions of the duty to work in conformity with democratic principles ; how standards of working conditions shall be determined by Act in such a way as to guarantee human dignity ; and special protection afforded to working women and children. It is worth noting that the provision also includes a clause stipulating preferential employment opportunity accorded under the conditions as prescribed by Act to those who have given distinguished service to the state, wounded veterans and policemen, and members of the bereaved families of military servicemen and policemen killed in action.

Article 33 stipulates workers' right to independent association, collective bargaining, and collective action for the purpose of enhancing working conditions, the three labor rights of public officials that may be limited by Act and the right to collective action of workers employed by important defense industries, prescribed by Act that may be either restricted or denied under the conditions as prescribed by Act.

Article 34 provides that all citizens shall be entitled to a life worthy of human being as a general social right. In particular, the article stipulates that the state shall have the duty to endeavor to promote social security and welfare ; the obligation to promote the welfare and rights of women, senior citizens and youth ; and the mandate to protect citizens who are incapable of earning a livelihood due to a physical disability, disease, old age, or other reasons. The last and sixth section of the article that describes the state's duty to prevent disasters and to protect citizens from harm therefrom is a confirmation that safety is essential in guaranteeing a life worthy of human being.



Article 35 Section 1 stipulates that all citizens shall have the right to a healthy and pleasant environment and that both the state and all citizens shall endeavor to protect the environment. Sections 2 and 3 provide that the substance and exercise of the environmental right is determined by Act and that the state shall endeavor to ensure comfortable housing for all citizens through housing development policies and the like. Article 36 Section 1 stipulates that marriage and family life shall be entered into and sustained on the basis of individual dignity and gender equality while sections 2 and 3 of the same article provide that the state shall endeavor to protect motherhood and the health of all citizens.

(5) The Economic Constitution in Chapter 9 and the Duty to Exercise Property Right in Conformity with Public Welfare under Article 23

A salient feature of the Korean Constitution is a chapter describing the state's role of coordinating and regulating economic affairs. In particular, Article 119 Section 2 clearly sets forth the state's constitutional role of regulating and coordinating economic affairs in order to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the domination of the market and the abuse of economic power, and to democratize the economy through harmony among the economic agents. In addition, Sections 1 and 2 of Article 23, while guaranteeing the right to property, an outcome of economic liberties, provide that the contents and limitations of such right shall be determined by Act and require that the property owner exercise their right in conformity with public welfare. Moreover, Section 3 allows denial of the right to property as long as it meets the formal requirement of legal basis and the substantive requirement of due compensation while Article 126 stipulates that private enterprises shall be nationalized or transferred to ownership by a local government, or their management shall be controlled or administered by the state in cases as prescribed by Act to "meet urgent necessities of national defense or the national economy," which provides a constitutional justification for significant adjustment by the state on economic liberties and property rights.

The broad constitutional power conferred on the state to coordinate and regulate economic affairs can be seen as a commitment to substantively guarantee basic social rights and to set proactive roles the state is supposed to play in order to ensure social equality. This constitutional arrangement with regard to the economic and social order demonstrates a transition from a individualism-based civil state of placing importance on individual freedom against the intervention of the state to a proactive value orientation toward social democracy that pursues 'non-dominant freedom'

through the state.

#### (6) Sub – conclusion

As shown in its provisions and basic framework, the Korean Constitution clearly aims to pursue a modern welfare state rooted in constitutionalism that transcends the modern civil state's attitude toward formal equality and promotes substantive social equality.<sup>16)</sup> A modern welfare state as defined by the Constitutional Court is a social state which enshrines social justice in its constitution ; involves itself in social phenomena for intervention, distribution and coordination in order to create a just social order in all the domains of economy, society and culture instead of remaining a passive actor ; and has the duty to provide substantive conditions that allow its citizens to enjoy freedom in a substantive manner.<sup>17)</sup>

### 3. Legal Basis of Social Equality through Incorporation of International Human Rights Mechanisms

According to Article 6 Section 1 of the Korean Constitution, treaties signed and proclaimed under the constitution and generally – accepted international laws have the same effect as domestic law. This clause confirms the principle of respecting international laws as a concrete tool to realize the constitutional principle of world peace. The basis of legal arrangements for promoting social equality can also be found in treaties and international customary law. For example, Korea became a signatory to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights(“ICESCR”) on July 10, 1990.<sup>18)</sup> The ICESCR lists a variety of rights essential to realizing social equality. Articles 6 and 7 of the covenant on labor rights correspond to article 32 of the Korean Constitution ; article 8 of the covenant on the formation of labor union and the right to strike to article 33 of the constitution on three labor rights ; article 9 of the covenant on the right to social welfare to article 34 of the constitution ; article 11 of the covenant on the freedom of marriage and the respect for families to article 36, section 1 of the constitution ; article 12 of the covenant on physical and mental health and the right to medical service to article 36, section 3 of the constitution ; and articles 12 and 13 of the

---

16) Jong – chul Kim, “The Nature and Modern Significance of Constitutionalism”, *Gosigye*, Sep 2000, p6 – 19, For rulings with the same opinion, refer to 10 – 1 KCCR 522, 96 Hun – Ka 4, May 28, 1998 ; 14 – 2 KCCR 904, 2002 Hun – Ma 52, Dec. 18, 2002 ; Heonjae 2004. 10, 28, 2002 Hun – Ma 328.

17) 14 – 2 KCCR 904, 2002 Hun – Ma 52, Dec. 18, 2002, 909 – 909.

18) The ICESCR was adopted at the UN General Assembly on December 16, 1966 and took effect on January 3, 1976. For the background of this covenant, refer to “Development of the ICESCR and Its Implications for Korea” by Ju – yeong Lee, *International Law Review* No.61, vol 2(2016), p126 – 132.



covenant on the right to education to article 31 of the constitution on the right of all citizens to receive an education corresponding to their abilities.

There has been some debate on what effects international human rights mechanisms and customary laws on social equality have under domestic law. As will be discussed later in this paper, it is evident that the acceptance of international human rights mechanisms into the Korean legal scheme confirms that social equality is a bedrock of the constitution at least on the conceptual and ideological levels.

### III. Realization of Constitutional Social Equality : Legal Issues

#### 1. Legalization of Social Equality

Conventionally, there are three ways of legalizing social equality. One of them is to declare the principle of social state aimed at delivering social justice in the general clauses of the constitution. Another is to realize social equality by guaranteeing basic social rights and allowing the state to coordinate and regulate economic affairs under the constitution. The two ways are similar in that they regard social equality as a state mandate on the constitutional level but they differ in the sense that the former takes a conceptual approach while the latter focuses on guaranteeing citizens' rights. The third is to rely upon legislative policies on social affairs instead of constitutionalizing social equality. Germany has adopted the first way by declaring itself as a democratic, social federation in Article 20 Section 1 of the Basic Law while the third way is in the case of the United States constitution, a typical constitution based on liberalism traditions. Korea has adopted the second way.

Mechanisms aimed at guaranteeing fundamental rights with focus on civil rights as has been adopted by the US are unusual given that the world has experienced an evolution from civil – state constitutionalism to welfare – state constitutionalism. A democratic republic cannot ignore the fact that humans inherently depend on the community and thus the constitution, the most fundamental set of national and social norms, should make it clear that the state exists to guarantee civic and political freedom and equality at least by eliminating social discrimination against its members for the purpose of transcending individual justice to realize justice on the social levels. In other words, the constitution of a democratic republic should set forth ‘value – based guidelines’ on how to realize a just distribution of values under its social order.<sup>19)</sup> It is up to the state whether it declares these

---

19) For a commentary on how the concept of social state is not value – neutral, refer to the previous paper(The Right to a Life Worthy of Human Being), p237.



principles only as national goals on the conceptual level or allows individuals to challenge the government to play a greater role in realizing citizens's rights.

## 2. Significance and Limitations of Using Basic Social Rights in Realizing Social Equality – Their Legal Nature as Concrete Rights

### (1) Significance and Method of Exercising Rights

While it is not imperative on all forms of constitutionalism to constitutionalize the idea of social equality, such mechanism better reflects the advances of humanity than systems depending solely on legislative discretion. Opinions vary on the two forms of constitutionalization. As will be discussed later, given that international schemes tend to advocate for human rights as a way of delivering social equality, guaranteeing rights appears to be a better tool than declaring principles. As set forth in the constitution, basic social rights allow the citizens with less bargaining power in economic and social affairs to demand that the state provide at least a minimum set of material and institutional resources in the form of benefits and mechanisms which are needed for substantive protection of individual liberty and rights. This scheme implies a fundamental change in the relationship between individuals and the state in that social benefits and mechanisms are now seen as citizens's legal rights rather than a measure of dispensation from the state.<sup>20)</sup> Realizing social equality by guaranteeing rights rather than by declaring principles confers on the citizens a legal tool to urge the state to clarify its mandates and act on them in concrete domains.<sup>21)</sup> In this respect, guaranteeing rights can be considered as constitutional attitude that took a major step forward in light of protecting more advanced social equality.

Under this scheme of guaranteeing social rights, the state has a duty to ensure the livelihood of the entire citizenry ; strive to provide the socially vulnerable with social security and safety ; prevent the socially powerful from abusing their freedom and rights ; and act as a coordinator responsible for restricting socioeconomic liberty that is not essential for survival for the sake of public good.<sup>22)</sup> Realizing social equality requires delivery of basic social rights as wells as restriction of liberty or change in individual legal status for the purpose of serving public good, in which case such mechanism subject individuals to a heavier duty of accepting inconveniences compared to civic and political freedom (social nature of human rights). A classic example is Article 23 Section 2 of the Constitution, which provide that exercise of property rights shall conform to the public welfare.

---

20) Jin-A Cha, aforementioned paper(Social Equality), p239-240.

21) Gwang-seok Jeon, Introduction to the Korean Constitution(11th edition), Beopmunsa, 2016, p478.

22) Su-woong Han, aforementioned book, p294-296.



## (2) Limitations of Realizing Social Equality by Ensuring Rights

Despite its significance, the scheme of realizing social equality by guaranteeing basic social rights has mostly been seen as carrying intrinsic and extrinsic limitations just like the process of delivering on the principles of social state. Kwang Seok Cheon says, “in spite of its conceptual clarity, social equality has both intrinsic and extrinsic limitations in practice. While legal equality passively deals with the relationship between given situations, social equality focuses on heavy involvement in realizing equality with certain set of rules within the bounds of consensus. However, it is impossible to agree on the extent and method on the constitutional level. The constitution does not directly address the criteria on how to develop concrete principles of equally guaranteeing the conditions necessary for realizing individual freedom. In the same vein, social equality boils down to the issues of political ideology and policy validity, which tend to create strong tensions between legal and social equality. Here lies the intrinsic limitations of social equality : it only functions as an objective principle in the legislative process and not as a subjective right to claim. Social equality, on the extrinsic level, is in tension with individual liberty in legal arrangements modified for the purpose of delivering social equality, and it also carries the same limitations as basic social rights such as lack of resources or other practical issues when it is realized through direct benefits from the state.”<sup>23)</sup>

To summarize this conventional view, the concept of social equality and the idea of realizing it through a system of basic social rights face limitations arising from the nature of legal system and practical conditions. Social equality as the constitutional ideology is bound to depend on the political process, typically legislative process. There has been prevalent pessimism about basic social rights—a set of tools for delivering social equality—as a concrete right to demand action from the state.<sup>24)</sup> Su –woong Han says that the list of basic social rights in the Korean Constitution does not clarify their legal implications and serves merely as a statement of important national goals as legislative technique.<sup>25)</sup> He does not see basic social rights as concrete rights as they are difficult to deliver through a judicial process.<sup>26)</sup> He claims that since the constitution does not specify the details, method and target timeline of desired outcome, it is impossible to clarify the contents of protection through interpretation of the constitution itself. This leads to the lack of criteria for judicial

---

23) Gwang-seok Jeon, aforementioned paper(Basic Social Rights), p178–180.

24) Su –woong Han, “Basic Social Rights as a Constitutional Foundation for Social Welfare”, Constitution Review No. 18, vol 4(2012), p51–104.

25) Su –woong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p75.

26) Su –woong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p76–79.

review and a limited possibility of judicial review by the Constitutional Court to determine whether certain basic social rights have been violated. Therefore, it should be left to the political process and legislature to agree on the details of basic social rights and any attempt to trust the judiciary with such task could lead to the collapse of democratic order and the rule of law.<sup>27)</sup> According to this view, the Constitutional Court reviews the implementation of basic social rights from a limited perspective such as prohibition of insufficient guarantee or the principle of minimum guarantee, focusing only on the presence of clear unconstitutionality.<sup>28)</sup> Due to this criterion of clear unconstitutionality, Han argues, it is only theoretically possible for the judiciary to ensure implementation of basic social rights and these rights are rendered practically meaningless. Since these rights are not “active” rights that provide a basis for demanding certain legislation or benefits from the state but “passive” rights that allow for determining unconstitutionality of a failure to enact laws aimed at guaranteeing basic social rights or to sufficiently implement such laws, they should be construed as a provision of objective and mandatory nature.<sup>29)</sup> Even if social equality is acknowledged as a concrete right or guiding principle, the ability to implement it is limited by a number of hurdles such as lack of financial resources. Such limitation has been recognized as a differentiator between social equality as a principle or right and other fundamental rights including liberty rights.

The Constitutional Court shares this conventional view as well. In connection with Article 34 Section 1 of the Constitution on the right to a life worthy of human beings and Article 35 Section 1 stipulating the state mandate to protect the disabled, a typical vulnerable group, the Court interprets the latter clause in a limited sense as follows : “It is a prerequisite that basic social rights(Articles 31 through 36 of the Constitution) should take precedence over other policy tasks in order to enforce the state to some extent to implement those rights. In the legislative or policy-making processes including budget allocation, however, it is untenable to demand that the state prioritize implementation of basic social rights over that of others. With respect to the relationship between basic social rights and other important constitutional obligations of the state as well as the relationship among those rights competing for priority, the legislators take into account competing and conflicting national objectives in the social and economic realms and strive to align them and set priorities right on a case-by-case basis. The state needs to review its mandate of ensuring basic social rights in relation to other policy goals and tasks, aligning different policy

---

27) Su-wong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p79.

28) Su-wong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p82-83.

29) Su-wong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p84-86.



objectives and setting priorities within its fiscal and economic capacity. Thus basic social rights do not always take precedence in the legislative or policy-making process and are simply given due consideration. In this respect, basic social rights mean the state's duty to review national goals arising from those rights in all decision-making process." This view leads to the conclusion that the government's failure to adopt low-floor buses does not violate the right of the disabled to a life worthy of human being: "While it is desirable for the state to do its utmost for the socially vulnerable including the adoption of low-floor buses to promote the welfare of the disabled within the bounds of available resources, the mandate falls on the legislature and administrative bodies, the prime actors responsible for realizing a social state, and does not constitute, in principle, a task whose implementation could be ordered by the Constitutional Court. Given the separation of power between state agencies, the Constitutional Court can determine the unconstitutionality of a failure by such an agency to implement a certain mandate through constitutional adjudication only when the constitution imposes specific mandate on the agency."

### (3) Critical Analysis on Denial of Basic Social Rights as Concrete Rights

It is undeniable that the realization of social equality through basic social rights depends on legislation. Practical limitations arising from fiscal constraints should be also acknowledged to certain extent. However, these limitations should not serve as an excuse to practically deny basic social rights as concrete rights and the interpretation of denying basic social rights as concrete rights is hardly in line with the spirit of the constitution, which stipulates social equality as both constitutional principle and a right and requires the state to strive for its concrete implementation.

#### ① Concrete and Substantive Right to Claim a Minimum Guarantee – Principle of Substantive Liberty and Basic Social Rights

First of all, it is possible to formulate legislative guidelines on basic social rights through constitutional interpretation. If deemed essential in implementing personal liberty under the principle of substantive liberty,<sup>30)</sup> legislative and administrative mandates with concrete, substantive content could be established along with corresponding rights. It is worth noting that in connection with the 1997 ICESCR, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights("CESCR") declared that the state should respect, protect and fulfill social rights and that the duty should be extended to include not only obligation of conduct but obligation of result.<sup>31)</sup> This

30) Deok-yeon Lee, aforementioned paper, p246.

31) Sang-hee Han, "Social Rights and Judicial Review", Public Law Review No.39, vol 1(2010), p96 ; Ju-yeong Lee, aforementioned paper, p135-138.

interpretation guidelines of the CESCR stipulate an inviolable minimum core for each right, which all signatories have the mandate to guarantee.<sup>32)</sup>

For example, while the state has a discretion to decide how and when to ensure the right to mobility for the disabled, it would constitute a failure by the state to fulfill its obligation to protect the group if it does not provide any options or develop policies for offering essential services or benefits to those who need them. Even if the right to demand the adoption of low – floor buses may not be derived directly from the right to a life worthy of human being, one should be allowed to urge the state to formulate policies on mobility for the disabled and implement them on a continuous basis. In the aforementioned case, the Constitutional Court dismissed the claim, citing the separation of power and the Court’s limited control over the discretionary power of the legislature and administration. However, the Court should have acknowledged that the right to welfare for the disabled had been interfered and then should have reviewed whether any action or inaction of the legislative or administrative body in question met the minimum requirements for protecting the welfare of those with disabilities. If the adoption of low – floor buses is the only mobility option for the disabled given their socioeconomic circumstances in connection with transportation access or there is a lack of resources for providing other alternatives, the right to demand the operation of low – floor buses may be derived directly from the right to welfare for the disabled.

② Critical Analysis on Claim of Limited Resources : Good – faith Maximum Delivery

On the issue of fiscal constraints, it seem also inappropriate to consider that no limits can be inferred from constitutional interpretation. While it may be right for the Constitutional Court to say that the constitution itself cannot mandate highest priority and there is a need for adequate consideration, such adequacy should be construed as an obligation to uphold the essential elements embodied in individual social rights to the maximum extent possible and fiscal constraints should be interpreted in the context of the state’s duty to make the best use of available resources. In sum, the core principles of social rights require the state to make the most use of resources available to deliver those rights. If such requirement is not met, it could constitute a failure by the state to fulfill its duty of ensuring social rights. As regards the right to liberty, the extent of protection is already in place and the state takes a passive stance of no intervention that does not carry any need for government spending. In the case of basic social rights, on the other hand, especially those that require the provision of benefits, the need for government spending

---

32) Sang – hee Han, aforementioned paper, p96, 122 ; Ju – yeong Lee, aforementioned paper, p136.



prompts some to highlight practical limitations arising from fiscal restrictions. However, the right to liberty also presumes spending needs. The state cannot guarantee it simply by respecting the right and should engage proactively in protection against infringement for the sake of maintaining order. The right to liberty and social rights are not fundamentally different when it comes to spending needs and both of them should be guaranteed as much as possible by making the best use of available resources. Whether such protection is a national goal or a right, spending needs are inherent in the state system and they may not be considered as external costs to be reviewed for allocation or adjustment based on administrative convenience or policy alternatives.<sup>33)</sup> The state may not create and implement basic social rights without constitutional limits and the core of those rights that requires a minimum guarantee may be considered as a government spending item predetermined from the constitutional level before making decisions on long – and short – term economic and fiscal policies.<sup>34)</sup>

### ③ Critical Analysis on Claim of Judicial Non – Intervention : Need for Minimum Requirements

Compared to other fundamental rights, there is a lack of definite criteria for judicial review of basic social rights, which, in turn, limits the judiciary’s ability to intervene for the sake of ensuring them.<sup>35)</sup> As distinguished adequately by the Constitutional Court, the state’s mandate to protect basic social rights serves as a guidance for the legislature and administration while it works as a restrictive factor for the judiciary including the Constitutional Court. Thus the judiciary is not usually requested to specify the optimum extent of delivering basic social rights.<sup>36)</sup>

---

33) Deok – yeon Lee, aforementioned paper, p248.

34) Deok – yeon Lee, aforementioned paper, p248.

35) Su – woong Han, aforementioned paper(Social Rights), p69.

36) The Constitutional Court mentioned the fact that basic social rights function differently among different government authorities in a case reviewing the unconstitutionality of the livelihood protection criteria as a way of recognizing that the legislature and administration have substantial discretionary power : “The constitution provides that all citizens have the right to a life worthy of human being and the state has the duty to protect people who cannot support themselves. While this clause binds all state organizations, the binding duty applies differently between the legislature or administration involved in active and formative activities and the Constitutional Court engaging in judicial control through constitutional trial. The above constitutional clause serves as a guidance for action for the legislature and administration to ensure that all citizens enjoy not only the minimum standard of living but also a healthy and culturally – rich lifestyle befitting their dignity as human beings to the maximum extent possible by taking into account the national income and fiscal resources. But the same clause functions as a guidance for control for the Constitutional Court in reviewing the constitutionality of the actions by other state organizations, namely the legislature and administration, in order to confirm if they have fulfilled their duties to take minimum measures needed to ensure that citizens enjoy a life worthy of human being. Thus when the judiciary reviews whether government organizations have fulfilled their constitutional obligations to ensure a life worthy of human being for citizens, it is deemed in violation of the constitution when the state fails to enact any legislation on the protection of livelihood or such legislation is inadequate to the extent that it is clearly outside the bounds of discretion allowed by the constitution. (Heonjae 1997. 5. 29. 94Heonma33, Ruling Compilation 9 – 1, 543, 553 – 554).

However, there exists an inherent need to set constitutional limits on legislative and administrative authorities, particularly in connection with the degree of minimum protection of core principles. The Constitutional Court cites clear violation as a review criterion : “It is deemed in violation of the constitution when the state fails to enact any legislation on the protection of livelihood or such legislation is inadequate to the extent that it is clearly outside the bounds of discretion allowed by the constitution.”<sup>37)</sup> Setting the range of minimum protection can be done by conducting an objective and substantive review of actual socioeconomic conditions. Thus those entitled to basic social rights have the right to demand the minimum welfare benefits as determined through such substantive review.<sup>38)</sup> For example, the appropriate range of mobility service for the disabled may be estimated objectively by taking into account general and specific socioeconomic factors including the quality of public transportation, the state of mobility rights, the distribution and composition of available resources, the potential costs of offering a certain mode of transportation and service. Deok – yeon Lee contends, “Unlike the issue of truth, socio – scientific evaluation does not represent an objective criterion on assessing value distribution or the optimum level of social protection. However, setting the minimum range of fundamental rights to be protected is predicated upon the values enshrined in, and reviewable by, the constitution.”<sup>39)</sup> If the legislature or administration sets the degree and timing of benefits and services in a way that goes against this objective estimation, it should

---

37) Heonjae 1997, 5, 29, 94Heonma33, Ruling Compilation 9 – 1, p543, 555.

38) My contention is that minimum welfare protection could be essential to ensuring basic social rights. There exists a view that article 37, paragraph 2 of the constitution does not apply to basic social rights because these rights lack essentiality (Su – woong Han, aforementioned paper, p90 – 92). Han says that such essentiality is based on natural rights that exist before the State, and thus does not apply to basic social rights that depend on the establishment of a State. With regard to basic social rights as concrete rights, however, it could and should be recognized that the range of benefits critical to the delivery of human dignity or substantive liberty constitutes such essentiality. Given that the substantive protection of the right to liberty is practically impossible without substantial social equality, the right to liberty and social rights are inseparable and the latter should be recognized as being critical in upholding inherent human worth and dignity (Sandra Fredman, translated by Hyo – je Jo, *Human Rights Transformed : Positive Rights and Positive Duties*, Gyoyangin, 2009). This is a reasonable interpretation in line with the advances in international human rights regime (Sang – hee Han, aforementioned paper, p95, 103) particularly because the Korean Constitution includes basic social rights in its catalog of individual basic rights. The view that article 37, paragraph 2 of the constitution on the principle of general legal – reservation does not apply to basic social rights goes against the stated idea of ensuring “the liberty and rights for all citizens.” The word “limitation” in the aforementioned clause could be interpreted to mean both the reduced range of protection against state action that undermines interests of the concerned entity (limitation in a narrow sense) and the legislative formation of state action that benefit the entity. Given that the final range of protection for basic rights in certain time and space is determined by legislation in accordance with the principle of general legal – reservation, the right to liberty and social rights do not differ. The only difference lies in the fact that a judicial review of these basic rights may lead to a condition where they are subject to either the principle of prohibiting excessive restriction or the principle of banning insufficient protection depending on their legal nature.

39) Deok – yeon Lee, aforementioned paper, p248.



be deemed outside the bounds of discretion.<sup>40)</sup>

#### ④ Critical Analysis on Claim of Separation of Power and Democratic Principles

Benefits and adjustments aimed at realizing social equality entail limitations brought on by the rule of law or democratic principles. Basic social rights also carry undeniable limitations in that they require the formation by legislative and administrative authorities. If the judiciary denies such authorities and abuses its right to render rulings for unconstitutionality, it may constitute being outside the bounds of its functional mandate and violation of the separation of power and democratic principles. As pointed out earlier, however, the above contention does not hold if the judiciary does not deny such discretionary authorities but simply tries to prevent the abuse of those authorities. It is worth remembering that the mechanism of constitutional adjudication including adjudication on constitutionality of law and constitutional complaints came into being as a check against legislative and administrative authorities after facing strong opposition from entities citing the separation of power and democratic values. When the legislature and administration abuse their discretionary power in a way that violates social equality and basic social rights set forth in the constitution, allowing the judiciary to exercise its rights including constitutional adjudication for the sake of substantially guaranteeing human rights would be conducive to the system of constitutional democracy.

In Korea, some critics say that any constitutional interpretation that strengthens basic social rights as concrete rights goes against democratic values as it undermines the authority of the legislature and administration as bodies representing the citizenry. One can indirectly refute this claim by citing the fact that the laws on election and political parties do not effectively guarantee political freedom, a core principle of a democratic republic and that the country's election system fails to adequately represent the entire constituency and thus does not fully legitimize those bodies representing the population.<sup>41)</sup> Given that basic social rights concern the socioeconomically disadvantaged more than other groups and that their status as a minority makes it difficult to have their voices heard in the political process, it is hard to justify that some try to deny the concrete values of social fundamental rights citing democratic principles.<sup>42)</sup>

---

40) In the aforementioned case reviewing the unconstitutionality of the livelihood protection criteria (Heonjae 1997. 5. 29. 94Heonma33, Ruling Compilation 9-1, 543, 543), the Constitutional Court ruled that the discretionary power was not abused. However, it is somewhat questionable whether the court conducted the review in a substantive and detailed fashion.

41) For the overly-regulating nature of the Korean political system, refer to "Jong-chul Kim & Ji-mun Lee, The Need and Conditions of Political Reform for Republican Coexistence : Beyond Constitutional Amendment for a New Government System, International Law Review No. 20, vol. 1(2014), p63-92).



⑤ Differential Approach to the Legal Status and Effect of Rights

Some contend that it is possible and necessary to take a phased or differential approach to basic social rights according to their function and value, by classifying their legal effects and required levels of benefit. Deok – yeon Lee divides the right to a life worthy of human being into three categories of ideal, minimum standard and biological survival, and introduces Byeong – ho Han’s discussion on the right and his classification of its legal features into being prescriptive, incompletely concrete and concrete, respectively. Lee says the survival category of the right to a life worthy of human being can be recognized as a concrete, complete right.<sup>43)</sup> This attempt to classify basic social rights and take a differential approach offers an important argument against the attitude of denying basic social rights as concrete rights without any consideration of their relevance and interconnectedness with the reality. Despite these advances, the range as defined by Lee of the right to a life worthy of human being that constitutes a concrete right is so narrow that it fails to significantly strengthen the nature of basic social rights as concrete rights. The problem with Lee’s classification is that only the biological survival category constitutes a concrete right.<sup>44)</sup> This limitation is also evidenced by the fact that even Su – woong Han, who denies basic social rights as concrete rights, recognizes the biological survival category as constituting a concrete right. Han’s contention differs from Lee’s in that Han’s recognition is not based on the principle of social state or the right to a life worthy of human being but on human dignity and the resulting right to life that justify the right to demand that the state provide minimum livelihood security.<sup>45)</sup> However, both of these contentions offer the same range that warrants a concrete demand for social protection. Given that the constitution not only states the guarantee of human dignity, the right to a life worthy of human being but also stipulates the state’s obligation to address specific areas of everyday living, social protection should go beyond minimum livelihood security to allow for greater right to claim for concrete benefits in the core domains of social welfare. People have a need for both survival and relationships with other members of the community and thus should at least be given minimum protection so they can realize their potential as an individual and citizen. Such expansion of welfare should be based on comparison with western countries that offer high levels of social protection

---

42) For the same opinion, refer to p150 of the aforementioned paper by Ju – Yeong Lee. For the view that the underprivileged should receive preferential treatment to ensure political equality from the perspective of political philosophy, refer to “Sovereign Virtue, Ronald Dworkin, translated by Su – gyun Yeom, Hangilsa, 2005,” Chapter 4, in particular.

43) Deok – yeon Lee, aforementioned paper, p240 – 246.

44) Deok – yeon Lee, aforementioned paper, p246.

45) Su – woong Han, aforementioned paper(Basic Social Rights), p63, Note 28.



including Germany, which simply has declared itself as a social state, and the United States with no constitutional basis for social equality.<sup>46)</sup> In a legal and cultural environment where the political process does not fully guarantee democratic representation and oppresses the political freedom of the underprivileged, the constitution could serve as a guidance in reducing, if necessary, the discretionary authority of the legislature and administration.<sup>47)</sup>

### 3. Significance and Limitation of Leveraging Economic Order

#### (1) Economic Democratization : Social Equality through Engagement

##### ① Institutionalization of Social Equality by Engaging People in Economic Order

The economic order plays a critical role in delivering social equality. As economic gap is the main cause of social inequality, the quest for social equality could serve as a driving force for regulating and coordinating economic activities.<sup>48)</sup> In addition, social rights, the bedrock of social equality, could be in tension with the right to liberty including economic freedom and property rights.

As mentioned earlier, the Korean Constitution has a chapter dedicated to the economy(Chapter 9) that stipulates the basic principles and institutional elements of the economic order. Article 119, paragraph 2 of the constitution presents the reduction of economic gap, the main reason for social inequality, as a key policy goal in a bid to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the domination of the market and the abuse of economic power and, ultimately, to “democratize the economy through harmony among the economic agents.” Opinions may vary on the meaning of economic democratization,<sup>49)</sup> but the fact that the concept is predicated upon the

---

46) Circumstances vary from country to country. With GNP as a criterion of the size of the economy however, Korea spends only a fraction of its available resources on social welfare. This warrants in –depth discussions from the perspective of the constitution as a guidance. In 2014, Korea’s welfare spending as a percentage of GDP was the lowest among the OECD countries surveyed and this trend has continued ever since. The share of social welfare in Korea’s total spending (10.4%) is less than half that of the OECD average (21.6%) and a third of France (31.9%) and Finland (31%). (Internet edition of Yonhap News[Feb 5, 2015], “Korea Spends Least on Welfare among OECD Countries” (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/02/04/0200000000AKR20150204186400002.HTML>).

47) Such active role of the judiciary is not justified when it undermines the fundamental elements of the democratic republican system and human rights instead of promoting it. In other words, it depends on the circumstances to decide whether to limit the judiciary’s ability to control and evaluate the state’s action. For details, refer to “The Significance and Limitation of Judicialization of Politics : the First Half of the Roh Administration” by Jong –chul Kim, Public Law Review No 33, vol 3(2005), p244 – 246.

48) The 1948 inaugural constitution specifically mentioned the social tasks of the economic order whereas the current one does not. However, given the constitution stipulates basic social rights and the state’s role of coordinating and regulating economic activities for economic democratization, the Constitutional clauses on the economy and the realization of social equality are inseparable(Gwang –seok Jeon, aforementioned book, p880 – 882).

49) For further details, refer to “The Constitution and Legal Response to the Growing Wealth Gap” by Jong –chul Kim, Law and Society No.31 (2006), p23 – 29. Su –woong Han contends that economic democratization as a way to regulate unequal

harmony among the economic agents confirms that it is line with democratic principles.<sup>50)</sup> The constitution not only guarantees the right of workers as economic agents to association, collective bargaining and collective action, but recognizes self-help organizations formed by different economic agents by mandating the state to foster organizations founded on the spirit of self-help among farmers, fishermen and businessmen engaged in small and medium industry(Article 123, paragraph 5) and to guarantee a consumer protection movement intended to encourage sound consumption activities and improvement in the quality of products under the conditions as prescribed by act(Article 124). A comprehensive look into the clauses containing principles and guidelines for action reveals that such self-help organizations hold the characteristics of both economic and political group. In a pluralistic democracy, economic agents achieve their socioeconomic goals through the political process. This necessitates a systematic control over their economic activities and equal bargaining power in negotiations, which, in turn, requires organizational autonomy predicated upon internal democratization. Since a key tool for alleviating social inequality is collectivism aimed at enhancing bargaining power and influence as a political group, one should not ignore the fact that the constitution enshrines economic democratization and recognizes self-help organizations. With the realization of freedom as non-domination being dependent upon the socioeconomic conditions, this value orientation of the constitution should be

---

economic relationships in a democratic manner is simply an attempt to incorporate a policy tool aimed at realizing the principle of social state into the legislative policy-making process and thus should not be seen as a concrete constitutional policy to realize the principle of democracy. My contention is that while economic democratization is partly aimed at realizing the ideals of welfare state for substantive equality, democratic ideals should not be limited to the political domain (Jong-chul Kim, aforementioned paper[Constitution and Growing Wealth Gap], p23-29). As will be discussed later, the democratization of economic agents could mean the formation of democratic networks by individual social units and these networks could serve as an element of pluralistic democracy and help involve civic groups in politics. Denying the different interpretations of economic democratization only reveals the limitations of the liberalistic view that puts the possibility of civic groups as political forces in a somewhat negative light.

- 50) Su-woong Han says that economic democratization may mean employee involvement in company decision-making. Along with employees, there are other economic agents such as consumers, companies and households and their relationships could be complex and varied. Han cites this condition as a basis for his argument that economic democratization should go beyond the relationship between management and employees (Su-woong Han, aforementioned book). However, the existence of various economic agents could also mean that the management-employee relationship is just one of many. This plurality should not serve as a basis for denying the interconnectedness between economic democratization and democracy. Nor should economic democratization be limited to co-management by the employer and employees. The concept of economic democratization may include the corporatism model where various economic agents work together to develop and implement economic policies. In sum, the Korean Constitution uses the clauses on economic democratization as a constitutional foundation to adopt different policies such as engaging employees in company decision-making. This should not be categorically criticized for being unconstitutional as argued by those who place significant emphasis on economic liberty. It is up to the political process to decide whether to embrace the concept or not. (Jong-chul Kim, aforementioned paper [Constitution and Growing Wealth Gap], p23-29 ; Jong-chul Kim, "The Constitution and Economic Democratization - Clauses on the Economy in the Korean Constitution" , Yeong-ryeol Park et al., Looking for a Transformation Paradigm, Korean Studies Information, 2013, Chapter 2, p40-48 in particular).



construed as a pursuit of pluralistic methodology and republican coexistence founded on substantive equality.

## ② Significance and Limitation of the Principle of Subsidiarity<sup>51)</sup>

The quest for social equality along with the coordination and regulation of economic order by the state inherently limits other basic rights including economic freedom and property rights and thus should be pursued in harmony with the rule of law and democratic principles. This prompts the need to accurately understand social equality, the concept of social or welfare state as a guidance in pursuing social equality and the relationship between basic social rights and the rule of law combined with democratic ideals as well as control over state authorities.

As can be seen in the rulings of the Constitutional Court in its early years where it presented a 'democratic welfare state'<sup>52)</sup> as a goal for the state, the concepts of democracy and welfare state are closely interconnected. They complement each other in that democracy involves free and fair access to the political process while welfare state serves as a guiding principle in ensuring such freedom and equality through a democratic process. In other words, the two concepts are inseparable as a welfare state is either impossible or undesirable without political democratization and it props up political democratization.<sup>53)</sup>

The rule of law and the notion of welfare state are mutually complementary as well. A law – governed state develops its policies in the form of law within the bounds of the constitution, implements such policies for its members in accordance with the constitution and other laws and resolves legal disputes through an independent, good – faith trial process in accordance with the constitution and other laws while allowing people to seek legal justice by exercising their fundamental right to trial.<sup>54)</sup>

When the state provides social protection as mandated by the principle of welfare state, such arrangement limits people's activities to a degree, which, in turn, creates tensions between the rule of law and the notion of welfare state. For example, social control based on the principle of welfare state could collide with basic rights derived from the rule of law when the state restricts individual economic activities and property rights by making it mandatory to obtain approval for land transaction in

---

51) This part is based on "The Constitutional Justification and Development of Legal Welfare : Paradigm Shift in the Legal Structure by Jong – chul Kim, Law and Society, No.43 (2012), p54 – 56."

52) Heonjae 1989. 12. 22. 88Heonga13, Ruling Compilation 1, 357.

53) Gwang – seok Jeon makes it clear that social security, a key element of welfare state, is predicated upon democracy and, conversely, the socialization of democracy is a prerequisite to the balanced delivery of social security. (Gwang – seok Jeon, Introduction to the Social Welfare in Korea, Beopmunsa, 2010, p.19 –).

54) "Article 27 of the constitution provides that all citizens shall have the right to be tried in conformity with the Act by judges qualified under the Constitution and the act. It is safe to say that the basic constitutional rights and legal rights are guaranteed by exercising this right to be tried in court"(Heonjae 2002. 5. 30 Seongo 2001Heonba28 Gyeoljeong).

order to prevent excessive real estate speculation for the purpose of ensuring balanced growth of the national economy and providing a safe and pleasant environment for all citizens. As part of an effort to diffuse this tension, the principle of welfare state or the social control by the state should intervene only when individuals abuse their right to liberty and cause social problems. Under the assumption that individual liberty is protected, such an intervention should come in as a complementary tool when it is absolutely necessary – a principle dubbed subsidiarity. The Constitutional Court recognized the principle of subsidiarity from a constitutional perspective : “As the state aims to respect the dignity of individuals and uphold their liberty and right to creative endeavor to the maximum extent possible, individuals should be able to enjoy autonomy and make decisions independently while the state should play a complementary role when it intervenes out of absolute necessity. Since the complementary nature of such intervention also applies to the national economy, respect for individual independence should undeniably serve as an overarching guidance in a free democracy.”<sup>55)</sup> The notion of subsidiarity comes in part from the conventional perception that views social welfare not as a primary vehicle but as a residual and complementary tool which is needed only when normal means of satisfying needs does not function properly.<sup>56)</sup>

The principle to pursue a welfare state has developed into a new constitutional principle, but it cannot be denied that it may be limited by practical limitations such as lack of fiscal resources. However, this does not necessarily mean that social control or social welfare should only function as a subsidiary vehicle. Modern welfare states understand a laissez – faire approach to socioeconomic affairs could lead to abuse of the right to liberty by the select few and eventually hinder individual liberty and they believe that the state should counter such abuse in a democratic manner. Given that individuals can enjoy independence only in an environment that ensures substantive freedom and equality, social control should be regarded not as a complementary tool but as a primary function of the state. In the same vein, the Constitutional Court rightly acknowledged that individual autonomy derived from the principle of subsidiarity carries certain limitations : “Individual autonomy should not be allowed limitlessly but respected only when it promotes harmony and balance with other individuals or the community and thus contributes to, or at least does not undermine, the coexistence and co – prosperity of the entire community.”

In this respect, one should not see social welfare as a safety net – a complementary

---

55) Heonjae 1989, 12, 22, 88Heonga13, Ruling Compilation 1, 357,

56) Neil Gilbert & Paul Terrell, translated by Chan – seop Nam & Tae – gyu Yu, Dimensions of Social Welfare Policy, Nanumuijip, 2007, p21.



tool for protecting people when they face insurmountable hurdles in their independent activities – but as a normal first – line function in its own right which is essential in modern industrial society.<sup>57)</sup> Gwang – seok Jeon aptly pointed out that the principle of subsidiarity does not apply to certain areas : “First, it does not apply to the supply of public goods necessary to protect the basic principles of the constitution such as democracy, the rule of law and welfare state. Such goods include childcare and education. Second, it does not apply to public goods which the market is not likely to provide in a stable manner. They include transit services and social infrastructure. Third, it does not apply to an environment where the market determines the prices of goods and services and consumers cannot buy them to satisfy their needs because they lack resources. Such goods include social security benefits.”<sup>58)</sup>

## (2) Realization of Substantive Equality through Legal Reservation of Property Rights Formation and Public Welfare Principle

One of the biggest challenges in implementing socioeconomic regulations and adjustments for the sake of substantive social equality is a conflict with personal property rights and economic freedom. When the state actively intervenes to reduce structural economic inequality, it inevitably places limits on the exercise of property rights and economic freedom, which serves as a foundation for property rights.

The laissez – faire approach adopted for a short period of time after the advent of modern civic states saw the absolute protection of economic freedom and property rights as fundamental elements of the constitution and state. However, such rights started to be limited to promote public welfare during the course of pursuing democratization and constitutional rule since the 19th century.<sup>59)</sup> This trend strongly influenced Korea’s inaugural constitution and its basic elements still affect the current constitution. Article 23, paragraph 1 provides that the content and limitation of property rights should be determined by act, a far cry from the traditional view of property rights as a right to liberty that needs to be protected from government intervention. Paragraph 2 of the same article recognizes that property rights should

---

57) Neil Gilbert & Paul Terrell, aforementioned book, p22.

58) Gwang – seok Jeon, aforementioned book, (Korean Constitution), p883.

59) For the change in the status of free contract in the early years of modern civic states, refer to P. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract* (Oxford University Press, USA ; New ed ; Dec 12, 1985) ; For the transition from the 19th century laissez – faire approach to the age of social control, refer to A. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (London : Macmillan, c1914, 1940) ; and for the transition from old rights focusing on personal ownership such as property rights to new rights aimed at promoting human dignity such as the right to due process and equality, refer to “John Henry Merryman, translated by Dae – gyu Yun, *The Civil Law Tradition*, Gyeongnam University Press, 2001, p243 – 244).

be exercised in the context of public welfare.<sup>60)</sup> Paragraph 3 stipulates private property can be expropriated but nevertheless, a just compensation must be paid, while Article 126 provides that private enterprises could be nationalized or transferred to ownership by a local government in certain circumstances. The fact that few took issue with the Korean government's decision to inject public funds to bail out ailing private companies during the financial crises in 1998 and 2008 demonstrates that economic liberty and property rights can hardly take precedence over public welfare in balancing of interests. Nothing could have better proved that the constitution, the bedrock of national and societal order, aims to promote substantive equality in order to ensure freedom as non – domination and create a free democratic republic that respects human dignity than the bailout decision. It warrants concern that the current state of constitutional reality in Korea is a direct opposite of the intended outcome of the constitutional mandate aimed at preventing economic forces from spilling over to other areas of national and societal importance. With regard to the interpretation of the constitution, strict scrutiny review standard is often invoked to thwart the attempt to enact legislation aimed at restricting economic liberty and property rights. This has led to a widespread view that such strict application of rule of law can ward off socioeconomic reform bills founded upon the principle of social welfare, which jeopardizes social integration based on republican coexistence.

#### IV. Incorporation of International Human Rights Regimes : Needs and Limitations

Earlier in this paper, international human rights laws were presented as a legal ground for social equality in line with article 6, paragraph 1 of the constitution that recognizes international treaties and customary laws as having the same effect as domestic laws. This necessitates discussion on the implications of incorporating those international regimes into the Korean legal system in regard to social equality.

---

60) The Constitutional Court, in principle, made it clear : “The Korean Constitution stipulates that, unlike other basic rights, the content and limitation of property rights should be specified in concrete terms by law. This means such a law forms, and not limits, property rights(Heonjae 1993. 7. 29. 92Heonba 20, Ruling Compilation 5-2, 36, 44)···The legislator exercises a comprehensive right in determining the content and limitation of property rights and thus laws that govern property rights are deemed constitutional unless they violate the rules of legislation such as those that prohibit such laws from undermining the core principles of property rights or require them to be line with social mandate.(Heonjae 2000. 6. 29. 98Heonma36, Ruling Compilation 12-1, p869, 882-883 ; Heonjae 2010. 9. 30. 2008Heonga3, Ruling Compilation 22-2 Sang, p568, 579 ; Heonjae 2012. 3. 29. 2010Heonba217, Ruling Compilation 24-1 Sang, p423, 433-434).” Su-woong Han and Yeong-su Jang argue this social nature of property rights means that the principles of social state have been incorporated into the realm of property rights (Su-woong Han, aforementioned book, p841 ; Yeong-su Jang, Constitution Studies, Hongmunsa, 2007, p588).



## 1. International Human Rights Laws That Address Social Equality

After World War II in the 20th century, it was the Universal Declaration of Human Rights that served as a catalyst for international human rights laws. However, the declaration was seen as a non-binding political statement. Later, discussions began on binding human rights regimes. They include the ICESCR and the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”)<sup>61)</sup> and their protocols. The ICESCR is very similar to the Korean Constitution in terms of clauses on social rights. In addition to the ICESCR, Korea has signed a variety of treaties that address social equality. The Korean government signed with parliamentary approval the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others and Final Protocol, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the International Labor Charter, the Convention Relating to the Status of Refugees, the Protocol Relating to the Status of Refugees and the ILO Minimum Age Convention(No.138). The government also signed without parliamentary approval the Convention on the Political Rights of Women, the United Nations Convention on the Rights of the Child, the Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value, the Convention on Discrimination in Respect of Employment and Occupation (ILO Convention No.111).

## 2. Effect of International Human Rights Regimes

### (1) Domestic Legal Effect of International Laws

Article 6, paragraph 1 provides that treaties duly concluded and promulgated under the Constitution and the generally recognized rule of international law shall have the same effect as domestic laws. However, the former may be different from the latter, which is understood as international customary law, in terms of status as an international law and there exist differing views on their domestic legal effects(status) from the perspective of policy and interpretation. In Korea, few

---

61) The ICCPR was adopted at the 21th UN General Assembly on December 16, 1966 and took effect on March 23, 1976. The fact that the ICESCR and ICCPR were passed as separate covenants on the same day means that a dualistic view that emphasizes the difference between the two might have had the final say. Under this dualistic view, the difference in nature between the two is as follows : the right to liberty can be reviewed through the judicial process and implemented immediately whereas social rights are mostly seen as goals to be achieved over time and should be pursued by taking into account the state’s fiscal resources available. The difference in implementation method is as follows : the features of the right to liberty make it easy to file a petition with international bodies or conduct monitoring if and when any violation takes place, which is not the case for social rights. For more information, refer to the aforementioned paper by Ju-yong Lee, p129-132.



discussions have taken place on the issue. This is in part because international laws are rarely cited in the judicial process including rulings. In this respect, it is safe to say that the Korean legal community has had somewhat nominal and peripheral respect for international laws.

On the issue of international laws' domestic legal effect, the academic community views treaties and international customary law differently. Treaties are not recognized as having the same validity as the constitution but mostly seen as having the force of law or administrative law depending on their nature while some strongly argue that international human rights laws have the same effect as the constitution and thus take precedence over laws.<sup>62)</sup>

With regard to international customary laws, some contend that they should be recognized as having the same validity as the constitution ; others argue that they have the force of the constitution, law or administrative law depending on their nature ; and still others say that they hold the same effect as law and administrative law.<sup>63)</sup>

## (2) Effect of International Human Rights Laws in Domestic Law and Social Equality

Most international human rights treaties signed by Korea have features that warrant supra – legislative status. Granting only a legal status to them in Korea might go against the constitutional principle of respecting international laws and guaranteeing the fundamental and inviolable human rights of individuals(article 10 of the constitution), the ultimate goal of a free, constitutional democracy. Apart from international laws in general, it would be reasonable to recognize at least international human rights laws as having a supra – legislative status. Therefore, the judiciary should refer to them in its trial process including constitutional trials.

With the same international human rights law, however, domestic legal effects to its social rights clauses is more difficult than to those dealing with the right to liberty. This might be in line with the continued tendency in Korea to distinguish the two in the constitution. Unlike the ICCPR, the ICESCR has sparked controversy over treaty self – execution as it requires the obligation of the signatory state to confirm or guarantee liberty and human rights rather than grant specific rights to individuals.<sup>64)</sup> As discussed earlier, it is worth noting that the basic social rights in the Korean Constitution whose content is similar to that in the ICESCR tend to be seen as

---

62) Jae – hwang Jeong, Introduction to New Constitution(6th edition), 2016, p189.

63) Jae – hwang Jeong, aforementioned book, p193.

64) In line with this view, the Japanese Supreme Court does not recognize the ICESCR as having the characteristics of trial norms, either (Yasushi Higashijawa, “International Human Rights Laws as Trial Norms”, Seoul International Law Review, No.13, vol1(2006), p77).



incomplete in terms of status as a concrete right. Some contend that basic social rights only open the door for constitutional complaints over failure to enact legislation and hardly invoke the constitutional trial process aimed at forcing the state to fully protect those rights.<sup>65)</sup> By the same token, others might question the effectiveness of recognizing the supra-legislative status of international socioeconomic regimes. However, the right to liberty and social rights are increasingly viewed as inseparable since an effective protection of the former also requires socioeconomic and institutional resources. Thus it would be inappropriate to give up the fight for having social rights recognized as concrete rights. As social rights could serve as a robust basis for urging legislation by the state, recognizing the ICESCR as having the ability to force legislation would be conducive to protecting universal human rights as well as fundamental human rights.<sup>66)</sup> It is also worth noting the view that direct application of international human rights regimes, in principle, is possible and that the only remaining issue is how to interpret and apply them in real situations.<sup>67)</sup>

Given that signatories to international human rights laws are increasingly obligated to abide by the ICESCR, there is a growing need to incorporate them into the domestic judicial process. On December 10, 2008, the UN General Assembly adopted the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, mandating the notification of, and investigation into, violations of the ICESCR as is the case with the ICCPR. In addition, the CESCR(Committee on Economic, Social and Cultural Rights) has continued to offer general comments on individual rights contained in the ICESCR and corresponding obligations of the signatories. It is of note that the CESCR classifies essential elements of goods services needed for protecting each of the social rights in the ICESCR with categories such as availability, accessibility, acceptability and quality, which better equips the signatories to develop, execute and assess their strategies and limits their discretion in fulfilling their obligation.<sup>68)</sup>

## V. Conclusion

The Korean Constitution declares the country as a democratic republic and presents a democratic welfare state founded upon free and democratic order as the goal of the state. In

---

65) Su-woong Han, aforementioned book, p912.

66) For the same view, refer to "Myeong-woong Lee, International Human Rights Laws and Constitutional Trials, Justice No. 83(2005), p195-197.

67) Chan-woon Park, "Reflections on International Human Rights Treaties : Domestic-law Status and Application", Beopjo No. 609(2007), p165-170.

68) Ju-yeong Lee, aforementioned paper, p138-139.

other words, the constitution mandates the state to uphold liberty, equality and welfare as key values and to confirm and protect the basic rights of individuals. The mandate is detailed in the clauses on basic social rights that recognize the delivery of social equality as being critical in promoting substantive liberty and in the general clauses that stipulate the state's authority to coordinate and regulate the economic domain for the sake of economic democratization.

However, the country has seen the constitution increasingly lose its influence as a guidance for promoting social equality and has been mired in social conflict and a growing disparity between rich and poor. This discrepancy between the constitutional ideals and reality is partly attributable to the crisis of representative democracy brought on by political legislation including the election law which fails to protect the citizenry's political freedom and rights effectively. The judiciary including the constitutional adjudication has also played a part. Trapped in the notion of functional limitation, it has not done enough to implement the constitutional ideals. Intense introspection may be in order given that many in the legal community deny basic social rights as concrete rights both in theory and practice and that the judiciary has misinterpreted principle of subsidiarity as a constitutional principle and failed to contribute to the development of welfare policies and the creation of socioeconomic order. The failure of theorists and practitioners in Korea to help enact legislation for promoting social equality is due in part to the attitude that has overlooked or ignored the increasingly robust mandate of international human rights regimes including the ICESCR although the constitution recognizes respect for international laws as part of its principles. This reality calls on both academics and practitioners in the constitutional law community to revisit the constitutional mandate of ensuring "security, liberty and happiness for ourselves and our posterity forever" and to contemplate the need for a change in view on social justice and equality.



**SESSION 2**

Discussion 2

**토론문 : “한국 헌법과 사회적  
평등 – 현황과 법적 쟁점”에 대하여**

**Constitution and Social Equality in  
Korea : Current State and Legal Issues**

**Cha, Jina**

Professor, Korea University



## 「한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점」에 대한 토론문

차진아

고려대학교 교수

### I. 서: 사회적 평등의 보편성과 고유성, 그 21세기적 문제상황

### II. 정의로서의 평등과 그 발전과정: 개인적 평등에서 사회적 평등으로

1. 정의의 실체로서의 평등
2. 자유주의와 개인적 평등의 확립
3. 사회주의의 대두와 사회적 평등으로서의 확대

### III. 사회적 평등과 그 실현으로서의 사회국가

1. 사회적 정의로서의 평등과 그 실현으로서의 사회국가
2. 사회국가의 개념과 유형
3. 각국의 경제적·사회적 배경에 따른 사회국가 실현의 다양성

### IV. 한국에서 사회국가 실현의 현황과 문제점

1. 현행 헌법상 사회국가원리의 구조와 성격
2. 급격한 사회·경제적 구조변화와 사회적 불평등의 심화
3. 이른바 박근혜 - 최순실 게이트와 사회구조적 불평등

### V. 한국에서 사회국가 실현을 위한 법적 장치와 개선과제

1. 현행법상 사회보장의 구조와 범위
2. 저출산·고령화에 따른 사회보장의 변화
3. 이른바 복지포퓰리즘의 대두와 사회국가의 개선방향
4. 사회적 정의실현으로서 실질적 기회균등을 위한 사회국가의 개선과제

### VI. 맺음: 사회적 평등의 이념적 보편성과 사회국가 실현의 특수성이 갖는 의미!



## I. 서 : 사회적 평등의 보편성과 고유성, 그 21세기적 문제상황

인류의 보편가치로서의 인권은 인간의 존엄성에서 출발하여 자유와 평등의 구체화를 통해 다양한 형태로 나타나고 있으며, 20세기 이후에는 사회국가의 대두와 더불어 사회적 평등의 중요성에 대해 폭넓은 공감대가 형성되어 사회적 인권 또한 국제인권으로 인정되고 있는 상황이다.

그러나 이러한 인권으로서의 사회적 평등이 갖는 보편성이 이념적 측면이라면, 각 국의 현실적 여건에 따라 사회국가 실현의 방식 및 정도에 상당한 차이가 있는 것은 -자유권과는 대비되는- 사회적 권 내지 그 근처에 있는 사회적 평등의(각국의 실정법제에 따른) 고유성이라 할 수 있을 것이다.

특히 21세기에 들어와 사회국가는 저출산·고령화 속에 성장의 둔화 문제 등을 겪으면서 매우 중대한 도전에 직면해 있으며, 이를 어떻게 극복할 것인가의 문제는 어느 특정 국가만의 문제가 아닌 인류 공동의 과제라 할 수 있을 것이며, 이러한 상황에서 각국의 법제의 비교뿐만 아니라, 수십 년 간 운용의 성과 내지 문제점에 대한 노하우를 교환하는 것은 매우 의미 있는 일이라 생각된다.

## II. 정의로서의 평등과 그 발전과정 : 개인적 평등에서 사회적 평등으로

### 1. 정의의 실체로서의 평등

아리스토텔레스(Aristoteles) 이래 롤스(J. Rawls)에 이르기까지 정의의 문제를 평등의 문제로 보는 것이 일반화되고 있다. 이는 정의란 결국 공동체 구성원들 사이에 각자의 몫을 나누는 문제이며, 어떤 기준에 따라 몫을 나누는 것이 가장 합리적이고, 설득력이 있는지가 곧 정의의 문제와 동일시되었던 것이다.

이와 관련하여 산술적 정의나 배분적 정의나 문제, 또는 자유의 평등 내지 기회의 균등이 갖는 의미 등에 대해서는 아직도 논란이 계속되고 있지만, 적어도 정의의 실체가 곧 평등이며, 평등을 어떻게 이해하느냐가 정의론과 맞물려 있다는 점은 부인하기 어렵다.

### 2. 자유주의와 개인적 평등의 확립

전통적인 평등은 개인적 평등을 중심으로 이해되었다. 즉, 각자의 정당한 몫을 판단하는 일차적 기준은 개인의 관점에서 각자의 능력과 노력에 따른 성과를 그의 몫으로 인정해야 한다고 보았던 것이다. 이런 의미에서 전통적인 평등은 곧 자유주의적 평등이라고 말할 수 있다.

자유주의에 기초한 개인적 평등은 곧 자유경쟁의 논리에 따른 정의관으로 연결된다. 자유로운 경쟁 속에서 각자의 능력과 노력에 따라 성취한 것은 자신의 정당한 몫이 인정될 수 있는 것으로 보았던 것이다.

### 3. 사회주의의 대두와 사회적 평등으로의 확대

자유주의적 정의관 내지 평등관은 사회주의의 대두로 인하여 거센 도전을 받게 되었다. 자유주의 시장경제의 모순이 노정되고, 독점자본주의의 폐해가 드러나는 상황에서 사회주의는 자유경쟁의 불공



정성을 날카롭게 지적했고, 그에 기초한 자유주의적 정의관의 허점을 비판했던 것이다. 많은 논란을 겪으면서 정의 내지 평등에 대한 이해 또한 변화되었다. 자유주의적 정의관이 완전히 포기된 것은 아니라 할지라도, 사회적 평등의 요청을 고려하는 방향으로 변화가 불가피했고, 이를 통해 사회적 평등 또한 국가의 선택적 시혜가 아닌 인권의 필수적 요소로서 널리 인정될 수 있었던 것이다.

### III. 사회적 평등과 그 실현으로서의 사회국가

#### 1. 사회적 정의로서의 평등과 그 실현으로서의 사회국가

개인적 평등에서 사회적 평등으로의 변화는 정의관에도 영향을 미쳐서 사회적 정의에 대한 관념이 확산되게끔 하였다. 무엇이 정의인지, 더욱이 무엇이 사회적 정의인지에 대해서는 여전히 논란이 많다. 그러나 적어도 사회적 약자의 권리를 인정하는 정의관이 요구된다는 점에 대한 공감대가 형성되고 있는 것이다.

사회적 정의의 실현은 다양한 방식으로 시도되었다. 사회주의 사상을 기반으로 하여 사회주의 혁명을 추구하는 급진주의적 입장(공산주의)에서부터 점진적인 사회개혁을 추구하는 다양한 사회민주주의에 이르기까지 수많은 대안들이 제시되었으며, 사회국가 또한 그러한 대안들 중의 하나라고 할 수 있다.

#### 2. 사회국가의 개념과 유형

사회적 정의를 지향하는 국가로서의 사회국가는 1919년 독일 바이마르 헌법 이래로 20세기 민주국가의 발전 속에서 광범위하게 확산되었다. 여기서 전제되어야 할 것은 사회국가는 1917년 소련 헌법 이래의 사회주의 국가와 구별되어야 한다는 것이다.

또한 사회국가는 각국의 경제적·사회적 여건과 정치적·문화적 배경의 차이에 따라 매우 상이한 형태의 발전을 보이게 되었다. 이러한 차이는 사회적 정의의 이념에 어느 정도의 비중을 두는지, 또 이를 실현할 수 있는 현실적 여건이 어느 정도 성숙되어 있는지에 따른 것으로 볼 수 있다.

#### 3. 각국의 경제적·사회적 배경에 따른 사회국가 실현의 다양성

오늘날 널리 인정되고 있는 Esping-Andersen의 분류에 따르면, 사회국가는 영미의 자유주의 모델, 북구의 사회민주주의 모델과 독일을 비롯한 서유럽의 보수주의 모델로 나뉜다.

영미의 경우는 사회적 정의의 요청을 부인하는 것은 아니라 할지라도, 전통적인 자유주의적 정의관에 더 큰 비중을 두고 있으며, 그로 인하여 사회국가의 실현 내지 사회보장의 구체화에 소극적인 태도를 보이고 있다. 사회적 약자에 대한 최소한의 사회보장은 인정하는 반면에 인간다운 생활을 폭넓게 보장하는 것은 각자의 몫으로 돌리고 있으며, 오바마 케어조차도 논란의 대상이 되고 있는 상황이다<sup>1)</sup>. 이와는 반대의 극단이라고 볼 수 있는 것이 북구의 복지국가이다. 개인의 경제활동의 자유를 인정하

1) 다만, 영국의 경우 노후소득 보장이 이러한 자유주의에 기초하고 있는 것과는 달리 공적 의료보장체계인 국민보건서비스(National Health Service)는 국가가 주로 조세를 재원으로 국가 내에 거주하는 모든 사람에 대해 직접 의료서비스를 제공하는 보편주의를 취하고 있는 것으로 이해된다. 이에 관하여 자세한 것은 차진아, 국민건강보험의 헌법상 의미와 실현구조, 고려법학 제57호(2010.6), 259쪽 이하 참조.



되, 높은 세금으로 개인과 기업의 소득을 국가공동체를 위해 사용하도록 함으로써 가장 복지혜택이 높은 체제를 만들었지만, 그로 인한 경제활동의 위축 등에 대한 논란이 계속되고 있는 것이 북구식 복지국가의 특징이라 할 수 있다.

독일의 사회국가는 이들의 중간 형태라고 할 수 있다. 사회적 정의의 실현을 위해 사회적 약자의 보호를 위한 다양한 제도들을 마련함으로써 영미보다 사회보장의 범위와 내용이 확장되어 있지만, 북구의 경우처럼 사회보장에 대한 의존도가 높지는 않은 형태의 사회국가를 실현하고 있는 것이다. 한국의 사회국가는 독일의 사회국가모델을 기초로 하면서도 다른 요소들도 혼재되어 있는 것으로 평가할 수 있다. (이러한 사회국가 모델 분류의 기준이 된) 사회보장제도의 경우 독일과 마찬가지로 사회보험을 근간으로 하고 있으나 비스마르크식의 사회보험에서 변형된 요소들, 특히 북구식의 보편주의를 지향하는 요소들<sup>2)</sup>도 혼재되어 있다.

## IV. 한국에서 사회국가 실현의 현황과 문제점

### 1. 현행 헌법상 사회국가원리의 구조와 성격

대한민국헌법은 독일기본법과는 달리 사회국가원리를 직접 명문화하지는 않고 있지만, 사회국가원리 실현의 전제라 할 수 있는 재산권의 사회적 구속성(제23조 제2항)과 사회국가원리를 구체화하는 두 가지 요소, 즉 한편으로는 사회적 기본권들(교육을 받을 권리[제31조], 근로의 권리[제32조], 근로삼권[제33조], 인간다운 생활을 할 권리[제34조], 쾌적한 주거생활을 할 권리[제35조 제3항], 혼인과 가족생활의 보호[제36조 제1항],<sup>3)</sup> 보건의 권리[제36조 제3항] 등)과 다른 한편으로는 사회적 시장경제질서(제119조 이하)를 명문화하고 있으며, 이에 근거하여 사회국가원리가 헌법상 채택되고 있다는 점에 대해서는 이론이 없다.

이러한 사회국가원리는 국가목표규정으로서 모든 국가권력, 특히 일차적으로 입법자를 구속하며 법률에 의해 그 구체적인 내용이—국가의 재정적·경제적 능력을 고려하는 가운데—구체화된다.

사회적 기본권의 법적 성격에 대해서 논란이 있지만, 같은 맥락에서 국가목표규정으로서 기본적으로 구체적인 실현 방법과 정도를 구체화하는 입법이 있을 때 이에 근거하여 구체적인 급부를 청구할 수 있는 것으로 이해할 수 있다.

### 2. 급격한 사회·경제적 구조변화와 사회적 불평등의 심화

한국에서는 1997년의 IMF 경제위기 이후 양극화 문제, 노동시장의 변화, 경제성장의 둔화, 저출산·고령화의 문제 등 급격한 사회·경제적 구조변화가 가시화되고 있다.

특히 양극화(이른바 흙수저, 금수저 논란)가 심화되고 있는데, IMF 경제위기의 극복과정에서 중산층이 몰락하고 상당 부분 빈곤층으로 편입되면서 양극화가 구조적으로 심화되었고, 그 이후에도 오

2) 예컨대 국민연금의 경우 조합주의가 아니라 국민연금공단을 단일 보험자로 하여 모든 국민들 가입자로 함으로써 하나의 사회보험공동체로 하며, 급여산정을 위한 산식 중 평균값 A가 광범위한 부의 재분배 역할을 한다는 점 등을 들 수 있다. 또한 국민건강보험의 경우에도 조합주의가 아니라 국민건강보험공단을 단일 보험자로 하여 모든 국민들 가입자로 하는 보편주의적 요소가 있다.

3) 헌법 제36조 제2항의 모성의 보호는 같은 조 제1항의 혼인과 가족생활의 보호에 포함되는 것으로 이해할 수 있다.

랜 기간 경제 살리기에 초점을 맞추면서 이러한 분배구조의 문제를 해결하려하기 보다는 이른바 선택과 집중의 논리에 따라 재벌기업 중심의 국제경쟁력 강화에 보다 강조점이 놓여져 왔다.

노동시장의 변화와 관련하여 양질의 정규직 감소, 시간제·비정규직의 확대, 정규직과 비정규직간 근로조건 격차의 심화, 정년의 유명무실화와 더불어 이른바 청년실업 문제도 심화되고 있다.

한국이 선진국의 문턱에까지 성장·발전하는 과정에서 가장 중요한 문제로 대두되고 있는 것 중의 하나가 한계성장의 문제이다. 1970년대 중반 이후 한동안 지속되었던 고도 경제성장이 국가발전 중요한 기초가 되었던 만큼, 2000년대 중반 이후 보이고 있는 경제성장의 한계는 매우 심각한 위기로 받아들여진다. 그나마도 이러한 저성장이 고용 없는 성장의 경향까지 보이고 있다는 점은 문제의 심각성을 더하고 있다.

이미 예견되고 또한 진행되고 있던 저출산·고령화 문제의 심각성도 최근에 이르러서야 피부로 와 닿고 있다. 인구 관련 여러 통계들에 따르면 한국은 세계에서 가장 빠른 속도로 인구가 감소하고 늘어가고 있는 나라이다. 경제활동인구 비중의 감소로 인한 국가경쟁력 약화, 사회보장 재정의 약화(사회보장을 위한 재정수입의 감소, 사회보장수요의 폭증) 등이 심각한 문제로 대두되고 있다.

이들은(그 하나하나가 그리고 이들의 상호결합을 통해) 그 자체로서 한국 사회의 급격한 변화의 원인으로 주목되고 있으며, 국민연금, 공무원연금 등 사회보장혜택의 점진적 축소, 청년실업 문제의 심화 등은 세대 간 형평으로 문제로까지 논의의 지평을 확대시키고 있다.

상기한 문제 상황들은 다른 선진외국이 오늘날 처한 문제 상황과 공통되는 부분도 많다. 그러나 한국의 문제 상황이 보다 심각하고 특수한 것은 IMF 경제위기를 계기로 가시화되었다는 점뿐만 아니라, 이러한 변화가 그 어떤 나라보다도 빠른 속도를 보인다는 점, 그리고 사회적 안전망의 확충이 너무나 미비한 상태에서 이러한 총체적인 문제들에 갑자기 직면하게 되었다는 점이다.

### 3. 이른바 박근혜-최순실 게이트와 사회구조적 불평등

1987년 한국의 민주화 이후 근 30년이 지나면서 한국국민들은 과거(군사)독재시절과는 달리 국가 의사결정과정의 투명성과 민주성이 많이 향상되었고, 고질적인 정경유착 및 이에 의한 사회·경제적 구조의 왜곡도 대부분 사라졌다고 믿게 되었다.

그러나 최근 이른바 박근혜-최순실 게이트에 의하여 매우 은밀한 형태로 정경유착이 계속되고 있다는 점이 밝혀지면서 이러한 국민의 믿음은 산산이 부서졌으며, 국민들은 정권에 대한 불신과 불만으로 분노를 폭발시키게 되었다. 분명한 것은 이러한 국민의 분노가 과거 1960년 4·19 혁명과 1987년 6월 민주혁명의 경우처럼 대한민국의 민주주의 발전에 또 하나의 전환점 내지 발전의 계기가 될 것이라는 점이다.

## V. 한국에서 사회국가 실현을 위한 법적 장치와 개선과제

### 1. 현행법상 사회보장의 구조와 범위

현행법상 사회보장은 다양한 형태로 구체화되고 있다. 사회보장에 관한 기본법인 사회보장기본법



제3조에 따르면 사회보장은 사회보험, 공공부조 및 사회서비스로 구성된다.

사회보험에는 공적 연금(국민연금, 공무원연금을 비롯한 특수직역연금), 국민건강보험, 노인장기요양보험, 고용보험과 산업재해보상보험이 있다.<sup>4)</sup> 공공부조 내지 사회부조로는 국민기초생활보장법상의 급여와 의료급여가 있다. 사회서비스는 각종 바우처 등으로 내용이 확대되고 있다. 최근에 사회보장에 대한 국민적 관심과 수요가 높아짐에 따라 사회보장법제도 계속 변화되고 있다.

## 2. 저출산·고령화에 따른 사회보장의 변화

1945년 해방 이후 70여년의 짧은 기간에 산업화와 민주화를 이루어내면서 한국은 매우 심각한 정치적·경제적·사회적 구조변화를 겪었다. 1970년대부터 본격화된 산업화에 따라 급속한 경제성장을 이루면서 (대)가족의 해체, 저출산·고령화가 어느 나라보다도 빠른 속도로 진행되었으며, 그 결과가 오늘날 가시화되고 있다. 심각한 저출산의 결과 한국은 세계에서 가장 빠른 속도로 늙어가는 나라의 하나이며, 이는 경제활동인구의 급감과 사회보장수요의 폭증으로 사회보장의 재정을 심각하게 악화시키는 주원인이 되고 있다.

이러한 고령화에 직면하여 최근 2차례에 걸쳐 국민연금의 개혁, 2015년의 공무원연금개혁 등 공적 연금의 개혁이 단행되었다. 또한 이러한 상황에 따라 2007년에 노인장기요양보험법의 제정으로 노인장기요양보험이 도입되었고 국민건강보험에서도 노인성질환에 대한 보장성강화 등 새로운 변화가 계속되고 있다.

## 3. 이른바 복지포퓰리즘의 대두와 사회국가의 개선방향

저출산·고령화에 따른 또 다른 문제는 이른바 복지포퓰리즘이 급속도로 확산되고 있다는 점이다. 노인인구 비중의 증가 및 그로 인한 정치적 영향력의 확대는 청년실업문제를 비롯하여 이른바 세대 간 불평등을 야기하고 있으며, 그 가장 중요한 원인의 하나가 복지포퓰리즘이다.

2012년 대선에서 당시 박근혜 후보가 이른바 ‘중세 없는 복지’, 그리고 ‘모든 65세 이상의 국민에게 월 20만원의 국민행복연금을 지급하겠다.’는 선거공약을 내세우면서 본격적으로 시작된 복지포퓰리즘은 박근혜 후보의 당선 이후 여야 모두가 사회보장정책에 대해 그 지속가능성을 면밀하게 분석하지 않은 채 인기위주로 정책을 제안하고 추진하는 일들이 빈번해짐으로써 사회보장재정을 고갈시킨다는 시민사회의 비판에 직면하게 되었다.

## 4. 사회적 정의실현으로서 실질적 기회균등, 분배의 평등을 위한 사회국가의 개선과제

사회적 정의의 실현을 위해서는 다양한 요구가 충족되어야 한다. 특히 미래의 가능성을 위한 다양한 형태의 기회균등과 소득재분배를 통한 분배의 평등의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

4) 이 외에도 2014년 기존의 기초노령연금이 개편된 기초연금은 65세 이상의 노인 중 소득인정액의 하위 70%에 해당되는 사람을 수급권자로 하며, 기초연금액은 최대 20만원이며 국민연금의 수급액에 따라 감액되어 최저 10만원이다. 기초연금은 명칭과는 달리 수급요건이 빈곤이며 급여에 대한 자기기여가 없다는 점에서 국민연금과 같은 사회보험으로 평가하기 어려우며, 국민연금을 보완하는 성격이 있다고 하여도 공공부조 내지 사회부조로서의 성격이 더 강한 것으로 볼 수 있다.

문제는 이러한 것들이 매우 첨예한 논란의 대상이 되고 있다는 점이다. 그 인정 필요성은 부정하기 어렵지만 구체적으로 어떤 방법을 통하여 어느 정도까지 실현되어야 하는지에 대해서는 끊임없는 갈등과 논란의 대상이 되고 있다.

예컨대 교육의 기회균등의 구체적인 방법, 누진세제의 세목과 · 누진율 등에 대한 것, 상속세와 증여세를 둘러싼 다툼, 나아가 사회적 평등의 실현조건으로서 사회적 약자들의 정치적 평등 등 많은 사항들이 첨예한 갈등 속에 논의가 진행 중이다.

이러한 문제들에 대하여 합리적인 대안을 마련하여 국민들을 설득하고 공감대를 형성하는 것이 지속가능한 사회국가를 위한 가장 중요한 전제조건이라 할 수 있다. 그런 의미에서 오늘의 국제학술대회가 나름의 시사점을 던져줄 수 있지 않을까 기대한다.

## VI. 결론

사회적 평등, 즉 사회적 정의의 문제는 21세기를 살아가는 우리 모두가 함께 고민하고 모두의 생각과 노력의 결정체로서 진지하게 다루어가야 할 성과이며 과제이다. 과거에 비해 많은 진전이 있었고 한국의 민주화와 더불어 사회적 정의 또한 성장했다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 한국의 민주주의가 아직도 미완이듯이 사회적 평등 또한 아직은 진행형이다. 우리가 오늘 어떤 결정을 내리느냐에 따라 사회적 정의의 미래가 달라질 것이며, 우리 세대뿐만 아니라 다음 세대들의 삶의 질이 결정될 수 있다.

이러한 점을 무겁게 인식하는 가운데 충분한 논의와 검토, 선진외국사례들의 참고를 통해 진정한 정의에 한 걸음 더 가까이 갈 수 있어야 할 것이다. 그러나 신중함이 지나쳐 우유부단함이 될 경우에는 오히려 더 큰 문제를 야기할 수 있다는 점도 고려하는 가운데 사회적 약자의 보호를 위한 골든타임을 놓치지 않도록 하는 것도 유의해야 할 것이다.



## Discussion on 「The Korean Constitution and Social Equality – Current State and Legal Issues」

Cha, Jina

Professor, Korea University

### I. Introduction : Universality and Uniqueness of Social Equality, Issues in the 21st Century

Human rights, a universal value of the human race, started from human dignity and is manifested in various forms as an embodiment of liberty and equality. Since the 20th Century, with the rise of the social state, the importance of social equality has garnered a broad acceptance and social human rights is recognized as international human rights.

The universality of the social equality as a part of human rights, however, is its ideological aspect. Based upon the practical conditions of each nations, there is a significant difference in the extent and method of realizing the social state and the difference lies in the distinctiveness of social rights or social equality as its foundation (pursuant to the existing legal system of each nation) – as opposed to right to liberty.

Since the 21st Century, social states are facing serious challenges as growth stagnates due to low birth rate and aging population. How to overcome these issues is not a task limited to any one nation, but a task for the entire humanity. Therefore, it would be highly significant to compare the legal systems of each nation, discuss issues and exchange know – how from the decades of past experience.

### II. Equality as Justice and its Development : From Individual Equality to Social Equality

#### 1. Equality as the Substance of Justice

From Aristoteles to J. Rawls, the issue of justice had been generally regarded as an issue of equality. In other words, justice was considered as a matter of dividing shares among

the members of the community and achieving justice was about identifying the most reasonable and convincing standard to do so.

There still remain controversies on the definition of justice, whether it is quantitative or distributive and also the meaning of equality of liberty and equal opportunity. However, it is difficult to deny that equality is the substance of justice and understanding equality is closely linked to the theory of justice.

## **2. The Establishment of Liberalism and Individual Equality**

Conventionally, the concept of equality was understood based on individual equality. In other words, the primary criteria for identifying the fair portion for each individual was the performance generated from each person's capability and efforts. In this regard, conventional equality can be deemed liberal equality.

Individual equality based on liberalism is connected to the conception of justice that is founded on the theory of free competition. It was considered that the achievement obtained through one's own capability and efforts in a free competition environment could be accepted as the fair portion for the individual.

## **3. The Rise of Socialism and its Extension as Social Equality**

With the rise of socialism, the liberalism-based conception of justice or equality has faced vehement challenges. As the contradictions of the liberal market economy and the negative consequences of monopolistic capitalism were exposed, socialism poignantly pointed to the unfairness of fair competition and criticized weaknesses of the liberalism-based conception of justice.

In the course of going through many controversies, the understanding on justice or equality has changed as well. Although the liberalistic conception of justice had not been abandoned altogether, it was inevitable to incorporate the request for social equality, and accordingly the notion of social equality had been widely accepted not as a selective favor from the state, but as one essential element of human rights.

# **III. Social Equality and its Realization through the Social State**

## **1. Equality in the Context of Social Justice and its Realization through the Social State**

The change in the notion from individual equality to social equality has had an impact on the conception of justice, which helped spread the conception of social justice. There are



still many controversies as to what justice means, furthermore, what social justice means. However, at least consensus has been reached that the conception of justice, which recognizes the rights of the socially disadvantaged, is required.

The realization of social justice had been attempted in various ways. Many alternatives from the radical position(communism) that pursued a socialist revolution based on the socialist ideology to social democracy, which aims at incremental social reform, have been suggested and the social state is one of these alternatives.

## 2. The Concept and Forms of the Social State

The concept of social state, which pursues social justice, had been widely disseminated in the course of the development of democracy in the 20th Century since the Weimar Constitution of 1919. The premise here is that the social state is different from the socialist state under the Soviet Constitution of 1917.

In addition, the development of social state took different paths in each nation, depending on its economic · social conditions and political · cultural background. The difference lies in how much weight is put on the ideology of social justice and how mature practical conditions are for the realization.

## 3. Various Realization of Social State Based on the Economic and Social Backgrounds of Each Nation

According to the widely accepted Esping – Andersen categorization, the social state can be divided into the liberalism model of the United Kingdom and the United States, the social democracy model of Northern Europe and the conservatism model of Western Europe.

Although the United Kingdom and the United States are not denying the request for social justice, they put more emphasis on the conventional liberalism – based conception of justice, under which both nations are passive in the realization of a social state or materialization of social security. While the minimum social security on the socially disadvantaged is acknowledged, they do not take the responsibility of providing an extensive social security coverage to ensure that their people earn a humane livelihood and defer it to the individuals. Even Obamacare is a controversial topic.<sup>1)</sup>

---

1) However, while the retirement income is based on liberalism, the U.K has adopted universalism in the healthcare service where all residents in the U.K can benefit from the public healthcare system, National Health Service. Refer to [Constitutional Significance of the National Health Insurance and its Structure, Jin Ah Cha, Korea Law Vol,57 (Jun 2010) P.259 thereafter.



On the polar opposite lie the social welfare states in Northern Europe. Whereas the individual's freedom to economic activities is accepted, a high level of taxation is levied on the income generated by individuals and corporations for the use by the state to develop a system that provides the highest level of social welfare. However, there are constant controversies on whether this system constricts the development of the economy.

The social state of Germany falls in between these two types. While for the realization of social justice, a broader scope and more varieties of social welfare programs protecting the socially disadvantaged are in place compared to the United Kingdom and the United States, the dependence on social welfare is not as high as the Northern European Countries.

The Korean social state can be regarded as a mixed type which is based on the social state model of Germany with other elements added to it. In the case of the social welfare system(which is used as the criteria for classifying social state models), it largely bases on social insurance programs like Germany, but variations from the Bismarck – style social insurance, the Northern European universalism – oriented elements<sup>2)</sup> in particular, can be found as well.

#### IV. Current State and Issues in Realization of the Social State in Korea

##### 1. The Structure and Characteristics of the Principle of the Social State under the Current Constitution

Unlike the Basic Law for the Federal Republic of Germany, the Korean Constitution does not stipulate the social state principle. However, it adopts the prerequisites for the realization of the social state principle, namely, the Social Restriction of Property Right (Art 23 Sec. 2) and the two elements that materialize the social state principle that consists of basic social rights on the one hand (right to education [Art 31], right to work [Art 32], workers' three primary rights [Art 33], right to humane livelihood [Art 34], right to adequate housing [Art 35 Sec. 3], protection of marriage and family life [Art 36 Sec. 3]<sup>3)</sup>, right to healthcare [Art 35 Sec. 3]) and social market economy order (Art 119

---

2) For instance, instead of adopting corporatism, the National Health Insurance has a single insurer, the National Health Insurance Corporation, and the insurers are the subscribers whereby a social insurance community is formed. The average value A in the formula for benefit calculation is used for redistribution of wealth. Also, the National Health Insurance has the aspect of universalism as it does not adopt corporatism where the National Health Insurance Corporation is the single insurer and all Koreans are subscribers of the insurance.

3) Protection of maternity as stipulated in Art 36 para 2 of the Constitution can be understood as included in the marriage and protection of family life stipulated in Art 1.



thereafter) on the other hand. Based on this, it is beyond dispute that the principle of the social state is constitutionally adopted.

Such social state principle is applied to all state power, in particular, primarily the legislators and the details are materialized by law – in consideration of the financial and economic capability of the state.

Despite the controversies on the legal characteristics of basic social rights, it could be understood that from the same context, a concrete claim could be made in the presence of a legislation as a national goal that embodies the detailed method and degree of execution.

## 2. Rapid change in Socioeconomic Structure and Aggravation of Social Inequality

Since the financial crisis of 1997, problems such as economic polarization, change in the labor market, stagnant economic growth, low birth rate and aging population have rapidly emerged and changed the socioeconomic structure of Korea.

In particular, economic polarization (the so-called earthen spoon, gold spoon controversy) is further aggravated as the collapse of the middle class led to an increase of the poor. As revitalizing the economy had been the main focus for a long time, strengthening the conglomerates-oriented international competitiveness has been the priority instead of resolving the issue of distribution.

In the labor market, issues such as decrease of full-time jobs, increase of temporary/part-time jobs, widening gap in the labor condition between the full-time workers and temporary/part-time workers, involuntary early retirement as well as youth unemployment are becoming more serious.

As Korea is close to joining the ranks of developed countries, one of arising serious problems is the limits to growth. As much as the compressed economic development which began in the mid 1970's has laid the groundwork for national development, it is a serious threat imposed upon the national economy that the growth started to slow down since the mid 2000s. The problem is even more serious as the low growth issue is aggravated with low employment.

The low birth rate and aging population which have long before been identified as potential threats are now presenting real problems. According to some statistics on demographics, Korea is the most rapidly aging nation with the most rapid decrease in population in the world. Weakening national competitiveness due to the decrease of the economically active population (decrease in financial income for social welfare, explosive

growth in demand for social welfare) has become a serious issue.

These (individual reasons as well as couple of reasons combined) are identified as the culprits of the rapid social change in Korea and the horizon of the discussion is widening to include issues regarding generational imbalance such as incremental reduction of social welfare benefits such as national pension and government employees pension and aggravation of youth unemployment.

The above mentioned problems are not unique to Korea and other developed nations are experiencing similar problems as well. However, the Korean situation is more serious and distinctive in that these problems have surfaced in the wake of the financial crisis of 1997 and that too many problems have developed at a overly rapid pace, emerging all at once when the social safety net is far too insufficient.

### **3. The So-called ‘Park Geun Hye – Choi Soon Sil Gate’ and the Structural Inequality in Society**

30 years have passed since the democratization of the nation in 1987 and unlike the times of the (military)dictatorship, Koreans have developed a trust that transparency and democracy of the national decision making process have made great strides and that the chronic corrupt relationship that used to exist between the political and business circles and the disruption in the socioeconomic structure have been mostly fixed.

However, as the recent ‘So-called Park Geun Hye – Choi Soon Sil Gate’ has revealed that such corrupt relation had been continuing in a very secretive manner, the people's trust was shattered to pieces and it has sparked outrage among the people who are expressing their distrust and dissatisfaction towards the government. It is clear that the rage of the people is going to be a watershed for the nation as the Apr 19th revolution of the 1960 and the democracy movement in the June of 1987 had been in the past.

## **V. Legal Mechanism for the Realization of the Social State in Korea and Tasks for Improvement**

### **1. The Structure and Scope of Social Welfare under the Current Legal System**

The current law materializes social welfare in various ways. According to Article 3 of the Basic Act on Social Welfare, social welfare consists of social insurance, public assistance and social service.

Social insurance consists of public pension (national pension and pension for certain



occupations including government employees pension), national health insurance, elderly long-term care insurance, unemployment insurance and the insurance for compensation of industrial casualty.<sup>4)</sup> Public assistance or social assistance consist of benefit under the National Basic Living Security Act and medical benefit. The social service is being expanded to provide various vouchers. As the people's interest and demand on social security heighten, the social welfare related system is changing continuously.

## 2. Change in Social Welfare due to Low Birth Rate and Aging Population

As Korea has achieved industrialization and democratization during the short 70 years after the liberation in 1945, it had experienced a serious political, economic and social structure change. Due to the compressed economic growth that began in the 1970's, (extended) families were dissolved and the trend of low birth rate and aging settled faster than any other country. As a result, we are already starting to suffer the consequences. Due to the serious drop in birth rate, Korea has become one of the world's most fastest aging countries, and it is leading to a sharp decrease in the economically active population and an explosive growth in the demand of social welfare, putting a great pressure on the social welfare budget.

As a countermeasure to the country's aging population, two rounds of national pension reform and the government employees pension reform in 2015 took place. Also, changes ensued such as the enactment of the Act on Elderly Long-term Care insurance, which brought about the adoption of elderly long-term care insurance and the reinforcement of coverage of elderly diseases in the national health insurance.

## 3. Rise of the So-called welfare populism and the Direction for the Improvement of the Social State

Another problem stemming from low birth rate and aging population is the rapid spread of welfare populism. The increase of the elderly population and their increased political influence is leading to the so-called generational imbalance problems including youth unemployment and one of the main causes is welfare populism.

In the 2012 presidential elections, then-candidate Park Geun Hye has promised 'welfare

---

4) In addition, the Basic Pension of 2014, which revised the existing Basic Elderly Pension allows the elderly population older than 65 years of age with the bottom 70% of the acknowledged income to be the beneficiary. The amount of the Basic Pension is maximum 200,000 Won and minimum 100,000 Won reduced by the amount received from the national pension. Unlike its name, the Basic Pension allows only the poor to be the beneficiary and it lacks individual contribution. Thus, it cannot be considered as a social insurance like national pension. Although it supplements the national pension, it is closer to public assistance or social assistance in nature.

without tax increase' and 'monthly happiness pension of 200,000 Won to all Koreans older than 65', which triggered the spread of welfare populism. Since then, both the ruling and opposition parties competed in proposing and executing policies without thoroughly analyzing their sustainability in pursuit of short-term popularity. The civil society is criticizing that this trend is depleting the social welfare budget.

#### **4. Tasks for Improvement for the Realization of Substantive Equality in Opportunity as a Means of Realization of Social Justice**

Many requirements must be met in order for social justice to be realized. Particularly, not enough emphasis can be made on the importance of providing various forms of equal opportunities and equality in distribution through redistribution of income.

The problem is that these are subjects of great controversy. Their necessity is hard to deny, but the method and degree of execution is inviting endless conflicts and controversies.

For instance, the specific method of executing equality in education, items for progressive tax and the tax rate, conflicts around inheritance tax and gift tax, and political equality for the socially disadvantaged are issues that have come under sharp debate.

Preparing rational alternatives to convince the people and establish a common understanding is the most important premise for a sustainable social state. In that regard, today's symposium will present significant implications.

## **VI. Conclusion**

Social equality or social justice is both an achievement and a task that everyone who is living in the 21st Century must work to resolve together. It is not disputable that we have made progress over the years and social justice has matured along with the development of democracy in Korea. However, as the Korean democracy is still incomplete, so is the realization of social justice. The decisions that we make today will change the future definition of social justice and shape the quality lives not just for our generation but also for the future generations.

With this in mind, we need to take a step towards the real justice, learning from the best practices of the developed countries and engaging in sufficient discussion and reviews. However, we must not forget that too much prudence can result in indecision and must keep sight of the golden time to protect the socially disadvantaged.

